



南湖法学文库 | 总主编 吴汉东

集体经营性建设用地入市的 法律规则体系研究

On the Legal Rules System about Right of
Collective Management Construction Land into the Market

陆 剑 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



南湖法学文库 | 总主编 吴汉东

湖北省社会科学基金项目“集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究”
(编号 2014124)的最终成果

国家社科基金青年项目“农村土地法律制度中集体与成员权利配置研究”
(批准号 13CFX077)的阶段性成果

本研究受中央高校基本科研业务费专项资金资助



集体经营性建设用地入市的 法律规则体系研究

On the Legal Rules System about Right of
Collective Management Construction Land into the Market

陆 剑 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究 / 陆剑著.
—北京:法律出版社, 2015. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8671 - 2

I. ①集… II. ①陆… III. ①农业用地—土地管理法
—研究—中国 IV. ①D922.324

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 261789 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京九州迅驰传媒文化有限公司	责任印制/沙 磊
开本/A5	印张/9.125 字数/220 千
版本/2015 年 11 月第 1 版	印次/2015 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636	重庆公司/023-65382816/2908
	北京分公司/010-62534456
	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8671 - 2	定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

南湖法学文库编辑委员会

主 任 吴汉东

副 主 任 陈景良 刘 笋 张 红

委 员	吴汉东	陈景良	刘 笋	张 红
	王广辉	郑祝君	张继成	赵家仪
	胡开忠	樊启荣	詹建红	邓 烈

总 序

历经几回寒暑,走过数载春秋,南湖畔的中南法学在不断精心酿造中步步成长。中南法学的影响与日俱增,这离不开长江边上这座历史悠久、通衢九州的名城武汉,更离不开中南法律人辛勤耕耘、励精图治的学术精神。中南学子源于各地聚集于此,又再遍布大江南北传播法学精神,砥砺品格、守望正义的同时也在法学和司法实践部门坚持创新、止于至善,做出了卓越的贡献。

纵观中南法学的成长史,从 1952 年 9 月成立中原大学政法学院,到 1953 年 4 月合并中山大学、广西大学、湖南大学的政法系科,成立中南政法学院,后至 1958 年成为湖北大学法律系,1977 年演变为湖北财经学院法律系,转而于 1984 年恢复中南政法学院,又经 2000 年 5 月的中南财经大学与中南政法学院合并至今,中南财经政法大学法学院已然积淀了 50 年的办学历史。虽经几度分合,但“博学、韬奋、诚信、图治”的人文精神经过一代又一代中南学人的传承而日臻完善,笃志好学的研习氛围愈发浓厚。中南法学经过几十年的积累,其学术成果屡见丰硕。“南湖法学文库”这套丛书的编辑出版,就是要逐步展示中南法学的学术积累,传播法学研究的中南学派之精神。

中南法学经过数十载耕耘,逐渐形成了自成一格的中南法学流

派。中南法律人在“为学、为用、为效、为公”教育理念的引导下,历练出了自有特色的“创新、务实”的学术精神。在国际化与跨地区、跨领域交流日益频繁的今天,中南法学以多位中南法学大家为中心,秉承多元化的研究模式与多样性的学术理念,坚持善于批判的学术精神,勇于探讨、无惧成论。尤其是年轻的中南法学学子们,更是敢于扎根基础理论的研习,甘于寂寞;同时也关注热点,忧心时事,活跃于网络论坛,驰骋于法学天地。

从历史上的政法学院到新世纪的法学院,前辈们的学术积淀影响深远,至今仍给中南法学学子甚至中国法学以启迪;师承他们的学术思想,沐浴其熠熠生辉的光泽,新一代的中南法律人正在法学这片沃土上默默耕耘、坚忍不拔。此次中南财经政法大学法学院推出这套“南湖法学文库”,作为中南法学流派的窗口,就是要推出新人新作,推出名家精品,以求全面反映法学院的整体科研实力,并使更多的学者和学子得以深入了解中南法学。按照文库编委会的计划,每年文库将推出5~6本专著。相信在中南法律人的共同努力下,文库将成为法学领域学术传播与学术交流的媒介与平台,成为中南法律人在法学研习道路上的阶梯,成为传承中南法学精神的又一个载体,并为中国法学研究的理论与实践创新做出贡献。

晓南湖畔书声朗,希贤岭端佳话频。把握并坚守了中南法学的魂,中南法律人定当继续开拓进取,一如既往地迸发出中南法学的铿锵之声。

是为序。

吴汉东

2011年2月1日

序

陈小君^{*}

党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称十八届三中全会《决定》)被视为新一轮农村制度改革的政治宣言,在理论和政策上取得了一系列新的重大突破,具有鲜明的时代特征。其中关于涉农问题的改革决定则关系到农村土地制度的未来变革之路。十八届三中全会《决定》最大的亮点之一便在于将集体建设用地“市场化”,即在符合规划和用途管制的前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁或入股,实行与国有土地同等入市、同权同价。我国此轮农村土地制度改革从集体建设用地切入意义重大,这一制度改革的关键不仅在于宣示之价值,更在于如何践行与操作,即如何建立集体建设用地新规则体系。该体系的构建,目的在于统筹国有建设用地和集体建设用地、平衡增量建设用地与存量建设用地,实行统一城乡规划,遵循统一法律规则,确定统一的价格原则,建设统一交易平台,强化统一管理制度,最终形成统一、开放、竞争、有序的城乡统一建设用地市场,缩

* 中南财经政法大学法学院教授,博士生导师,中国农地法律制度研究中心主任。兼任中国民法学研究会副会长。

小长期以来的城乡差距,为持续增加农民财产性收入提供制度支撑。陆剑博士在较长时期坚持对农村土地研究的基础上,聚焦集体经营性建设用地入市这一热点问题,其论述重点在于如何构筑集体经营性建设用地入市的法律规则体系,可谓凝聚要领,回归本源。

在我看来,陆剑博士对于集体经营性建设用地入市的制度研究具有三大特点:

首先,秉承社会实证研究的方法,深入实践,了解实践。本书仍采用我所在的中南财经政法大学中国农地法律制度研究中心实施十余年的社会实证研究方法,特别是运用田野调查方法去真正了解我国农村集体建设用地使用权制度运作的现状。2012年7~8月,陆剑博士和我主持的国家社会科学基金重大招标项目(项目编号:09&ZD043)“我国农村集体经济有效实现的法律制度研究”课题组成员先后前往黄石市下陆区和大冶市、黄冈市黄州市和浠水县、咸宁市咸安区和嘉鱼县、武汉市江夏区和蔡甸区、孝感市孝南区和安陆市、襄阳市襄州区和南漳县、荆门市沙洋县和东宝区、宜昌市猇亭区和枝江市,以及潜江市等地开展集体建设用地问题专项调研,每个县(市、区)选择2个乡镇,每个乡镇选择2个行政村,共计72个行政村,每个行政村选择6户,共发放问卷432份,回收问卷432份。2014年7月,陆剑博士和其他农地中心成员又先后在湖北省宜昌市宜都市、夷陵区、安徽省宣城市宁国市和江西省南昌市进贤县以深度访谈方式,就十八届三中全会《决定》出台后集体经营性建设用地入市的新问题进行补充调研,两次区域性的相关大数据,正是陆剑博士从中发现问题、分析问题和解决问题的坚实基础。

其次,以民法学特别是物权法的学科知识为铺垫,以集体土地所有权和农民集体成员权理论为基点对集体经营性建设用地入市的制度问题进行研究。充分认识到,就当下我国农村土地法律制度的改革而言,必须首先坚持农村土地集体所有权的基础性地位不可动摇。无论改革步伐急缓如何,农村集体所有制及其实现的法权制

度,即集体所有权仍被坚持和强调,并视为一切中国农村制度改革的大前提。党的十八届三中全会《决定》提出保障成员在农村集体经济组织中的权利,是在党的政策文件中首次提及,于法律制度层面,重点则在于厘清且保护其真正在实体上的财产权利和程序上的参与权利。据此,借助物权法制度中用益物权制度的基本原理,对集体经营性建设用地使用权的用益物权本性进行深入检讨与制度设计,并恢复集体经营性建设用地使用权的私权品格,通过农民集体成员权制度真正使集体经营性建设用地入市能够体现农民意志,壮大农民集体和惠及农民个体。

最后,从我国农村集体经济有效实现的法律视角构筑集体经营性建设用地入市法律规则体系。集体建设用地制度的改革方向,是在国家严格控制下的集体经营性建设用地使用权直接入市,这也将成为壮大农村集体经济、增加其成员收益的助推器,对于缩小城乡差距具有重要的历史意义与现实价值。通过集体土地所有权主体的重构、利益的回归,做实做强集体土地所有权,切实保障集体经济组织的土地权益,以农村土地权益特别是集体经营性建设用地使用权为代表的集体财产权的实现,可为集体经济的有效实现和增强农民持续增收能力奠定物质基础。集体经营性建设用地入市法律规则体系的设计也应以促进和达成农民集体经济有效实现进而服务于该社区全体成员为基点目标。

集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究之课题,是陆剑博士在我的大学法学(民商法学)博士后流动站脱产勤学三年所形成的最终学术成果,然仍有一些理论和实践问题未得回应,某些结论还须打磨,但作为一名“80后”年轻法学学者,陆剑博士难得有这样能耐住清贫、寂寞又饱含深情与理性的学术兴趣,近五年来每年致力于坚持用脚丈量着乡村的土地,由此去体会中国农民的苦楚,为改变这个群体的命运进行深入的理论和制度研究,令人宽慰和欣赏。我认为,法学界真的需要一批这样有理想激荡、懂知行合一、醉

心于中国问题解决的朴实的年轻人。

陆剑博士在博士后研究期间先后获得国家社会科学基金(青年)项目、湖北省社会科学基金项目、湖北省博士后科技活动项目和中南财经政法大学第五届博士后科研基金项目等项目支持。这本书的最终完成也得到了上述研究项目的支持。我作为他的合作导师,为他学术理论和精神气质上已有的成就自豪高兴,对他往后的成长期待满怀。

目 录

引 言	1
第一章 集体建设用地使用权的历史与法律实证考察	33
第一节 集体建设用地使用权的历史实证考察	33
第二节 集体建设用地使用权的法律实证考察	43
第二章 集体建设用地使用权运作现状的社会实证研究	55
第一节 集体建设用地使用权实证调查的理论前见和 样本介绍	58
第二节 集体建设用地制度运行现状:基于农户调查问 卷的分析	63
第三节 实证调查的总结与思考	72
第三章 乡镇企业建设用地制度的现状与问题	77
第一节 丰村土地概况及农地制度运作现状	77
第二节 乡镇企业建设用地“入市”的实践图景	81
第三节 乡镇企业建设用地的历史变迁与启示:基于丰 村的实证研究	92

第四章 集体建设用地使用权的物权法构造	96
第一节 基本概念的法律界定与类型化	96
第二节 集体公益性建设用地使用权制度的完善	103
第三节 集体经营性建设用地使用权制度的重构	113
第五章 集体经营性建设用地入市中的权利配置问题	133
第一节 集体经营性建设用地入市权利配置的一般理论	133
第二节 集体经营性建设用地入市中的集体与成员权利配置问题	144
第三节 集体经营性建设用地入市集体与使用权人的权利配置	158
第六章 集体经营性建设用地入市中的国家管制问题	168
第一节 土地法律制度中国家管制的一般理论	168
第二节 集体经营性建设用地入市中国家管制的路径	171
第三节 集体经营性建设用地入市中国家管制的主要问题	176
第四节 集体经营性建设用地入市中国家管制的完善	189
第七章 城乡统一建设用地使用权市场的法律规制	203
第一节 集体建设用地制度市场化改革的价值与意义	203
第二节 构建城乡统一建设用地使用权市场的法律障碍及其成因分析	209
第三节 构建城乡统一建设用地使用权市场的法律规则体系	221
附录 《集体建设用地使用权条例》的法条设计	235
参考文献	252
后 记	277

引 言

中国历史上的农民革命斗争,无不是围绕土地问题而展开;新中国的农村体制改革,也无不是从土地问题入手。当前“三农”问题成为困扰党和国家的重大难题,其实围绕“三农”问题展现出来的各种利益冲突,或多或少与农地问题相关。近年来,“三农”问题成为政治学与社会学等学科研究的热点,农地法律问题亦成为法学界关注的焦点。但由于学界争点较多,《物权法》虽然在用益物权编对建设用地使用权进行了规定,但规定内容较为粗放,未能进行系统、完整地体系化权利构建,^{〔1〕}对集体建设用地使用权的规定仅有一条(第151条)。《物权法》将政策性较强、特殊性较大、理论研究尚不成熟、很难在短期内取得共识的农地非农使用问题,留待《土地管理法》及其他行政法规和国家政策去具体调整和规范,避免了在细节和敏感问题上的纠缠,保证了《物权法》的及时出台。^{〔2〕}但将本应由作为私法基本法的物权法规定的内容交由作为公法的行政法规去规制,将会冲淡集体建设用地使用权的私权属性,可能会影响农民集体和集体成员对该用益物权所生利益的公平享有。^{〔3〕}

正因《物权法》的规范缺位,而实践中问题层出,随后,政策层面

〔1〕 陈小君等:“后农业税时代农地权利体系与运行机理研究论纲”,载《法律科学》2010年第1期。

〔2〕 刘保玉:“中国物权法的成就与不足”,载《法学论坛》2009年第5期。

〔3〕 陈小君等:“后农业税时代农地权利体系与运行机理研究论纲”,载《法律科学》2010年第1期。

开始对集体建设用地使用权进行了新一轮的调整和规范。党的十七届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》(以下简称十七届三中全会《决定》)和十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称十八届三中全会《决定》)均对集体建设用地入市进行了规定,但十八届三中全会《决定》比十七届三中全会《决定》更进一步明确了改革的方向。十八届三中全会《决定》提出“建立城乡统一的建设用地市场”“在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价”。十八届三中全会《决定》首次确立了同地同权理念,^[4]指明了集体建设用地制度以市场化为基调的改革方向。

十八届三中全会《决定》将十七届三中全会《决定》中的“逐步”二字删除,要求“建立城乡统一的建设用地市场”;明确集体经营性建设用地与国有土地同等入市、同权同价,而非“享有平等权益”。2014年中央一号文件《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》除重申十八届三中全会《决定》内容以外,进一步提出:加快建立农村集体经营性建设用产权流转和增值收益分配制度。2014年12月,中央全面深化改革领导小组第七次会议审议通过了《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》,标志着集体经营性建设用地入市即将进入试点阶段。

《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》明确指出:暂时调整实施集体建设用地使用权不得出让等的规定。在符合规划、用途管制和依法取得的前提下,允许存量农

[4] 参见刘守英:“中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施”,载《法商研究》2014年第2期。

村集体经营性建设用地使用权出让、租赁、入股,实行与国有建设用地使用权同等入市、同权同价。

全国各地的集体建设用地使用权流转试验已进行 20 余年,具体形态纷繁多样,晚近以来的重庆的地票交易试验、成都的城乡统筹试验更是毁誉参半。^{〔5〕} 在十八届三中全会《决定》必将对我国农村土地制度的变革产生深远影响之时,对立法者而言,深入的实践考察和精准的政策解读,意义甚为深重。在农村土地制度理论储备已渐丰富、立法技术臻于完善的当下,应对国家政策的实现导向法律规范层面,运用法律语言解读政策文件的革新思想及其要旨,以使立法、修法既符合政策意旨又具备法律理性。^{〔6〕} 如何从法律制度层面评析和规制集体经营性建设用地入市,如何对《土地管理法》《物权法》等法律法规进行修订和完善,如何对城乡统一的建设用地使用权市场进行法律规制等,均是值得深入探讨的重大理论和实践问题。我国农村土地制度改革从集体建设用地切人的意义重大,而这一制度改革的关键不仅在于宣示之价值,更在于如何践行与操作,即如何建立集体经营性建设用地入市的新规则体系。^{〔7〕}

一、研究现状与问题

集体建设用地是指因兴办乡镇企业、乡村公用设施和公益事业建设之需,经依法批准使用本集体所有的土地。从用途来看,集体建设用地不包括城市建设用地中尚未被征收的集体所有的土地;从来源来看,集体建设用地不仅包括存量建设用地,还包括经依法审

〔5〕 赞誉者参见周其仁:《城乡中国》(上),中信出版社 2013 年版;反对者参见贺雪峰:《地权的逻辑 2:地权变革的真相与谬误》,东方出版社 2013 年版。

〔6〕 陈小君:“我国农村土地法律制度变革的思路与框架”,载《法学研究》2014 年第 4 期。

〔7〕 陈小君:“构筑土地制度改革中集体建设用地的新规则体系”,载《法学家》2014 年第 2 期。

批由农用地、未利用地转用的新增建设用地。^{〔8〕}《土地管理法》第59条将集体建设用地固化为三种类型:乡镇企业用地,乡村公共设施、公益事业用地和宅基地。但依据《物权法》第十二章和第十三章的规定,建设用地使用权并不包含宅基地使用权,《物权法》意义上的集体建设用地使用权,是指因兴办乡镇企业及进行各项公益事业、公共设施等非农建设而使用本集体土地而生成的一种用益物权。本书将对集体建设用地使用权和宅基地使用权进行区分,仅研究《物权法》第151条规范意义上的集体建设用地使用权。

集体建设用地使用权创设之继受取得是指在符合法律规定的情况下,由农民集体初始设立集体建设用地使用权,而有关自然人或法人直接从农民集体取得集体建设用地使用权,这种继受取得受到规划限制、审批限制以及土地用途的限制。^{〔9〕}但当前地方政府垄断土地一级市场,集体经营性建设用地入市并无法律依据,导致农民集体和集体成员土地权利受损,而地方政府对集体经营性建设用地管理缺位,造成违法用地现象严重。^{〔10〕}我国农村集体建设用地主要就是乡镇集体建设用地,它并不是真正的集体建设用地,而是由乡镇政府代管的所谓的集体建设用地,但本质上应该属于国家建设用地。有学者认为对乡镇集体建设用地应该实行国有化,但并不是完全否认集体建设用地制度的存在价值。^{〔11〕}

对于集体经营性建设用地入市,主要观点有:自由入市说,农村集体土地流转在上海以及整个东部沿海地区已经十分普遍,这是农

〔8〕 黎平:“农村集体建设用地流转治理的路径选择”,载《中国土地科学》2009年第4期。

〔9〕 蒋晓玲:“论农村集体建设用地使用权”,载《重庆工学院学报》(社会科学版)2007年第4期。

〔10〕 吴春歧:《中国土地法体系构建与制度创新研究》,经济管理出版社2012年版,第150~160页。

〔11〕 李宴:“乡镇集体建设用地制度异化与法律反思”,载《农业经济问题》2014年第5期。

村城市化与工业化进程中对非农建设土地需求急剧上升的结果。^[12]有学者提出应规范集体土地物权行使的主体和程序,^[13]国家应对集体土地征收和集体建设用地入市范围进行严格区分和分别限制,公共利益目的范围以内的可以征收,公共利益目的范围外的应通过集体经营性建设用地入市的方式解决。^[14]结合我国的实际情况,全国人大及其常委会应及时修改《土地管理法》《城市房地产管理法》等法律,承认农民集体自行流转集体经营性建设用地使用权的合法性。^[15]

严格控制入市说,有学者对集体经营性建设用地使用权完全自由流转持谨慎态度,认为应实行国家严格控制下的集体经营性建设用地入市制度。^[16]或认为应修改《土地管理法》第43条,并建立由国家严格控制的集体经营性建设用地入市流转制度。^[17]李开国教授认为《土地管理法》对集体建设用地使用权限制过死,集体经营性建设用地入市流转存在法律上的障碍。^[18]在十八届三中全会以后,部分学者认为依靠集体经营性建设用地流转缩小城乡差距是不切实际的,会在农村造成新的食利阶层和贫富分化,并引发一系列的社会问题。华生教授认为:农地入市、集体土地自由流转以及城乡

[12] 顾海英、赵德余:“农村集体建设用地流转的法律与产权问题”,载《农业经济问题》2003年第10期。

[13] 任丹丽:《集体土地物权行使制度研究》,法律出版社2010年版。

[14] 李凤梅:《中国城市化进程中农地保护法律制度研究》,知识产权出版社2011年版,第4页。

[15] 张鹏、王亦白:“对农村集体建设用地使用权流转试点的思考”,载《法学》2006年第5期。

[16] 崔娟、陶镭:“集体建设用地使用权流转可行性之法理分析”,载《中国土地科学》2009年第8期。

[17] 韩松:“集体建设用地市场配置的法律问题研究”,载《中国法学》2008年第3期;杨子蛟:“集体建设用地使用权流转的法律思考”,载《甘肃社会科学》2006年第1期。

[18] 李开国:“我国农民集体所有建设用地使用权制度改进论”,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2008年第3期。