

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM

06

中国不动产法研究

刘云生 / 主编

中国房地产法律实务研究论坛会刊 土地市场
化专号

第三卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
06



中国房地产法律实务研究论坛会刊 土地市场化专号

中国不动产法研究

刘云生 / 主编

第三卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 第3卷 / 刘云生主编. —北京: 法律出版社, 2008. 12

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9022 - 8

I. 中… II. 刘… III. 不动产—物权法—研究—中国—
丛刊 IV. D923.24 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 182013 号

© 法律出版社·中国

中国房地产法律实
务研究论坛会刊

中国不动产法研究(第3卷)

刘云生 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2009 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14 字数 375 千

印次 2009 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9022 - 8

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

Contents

论坛聚焦

完善我国建设土地使用权制度的思考	李开国/ 3
论抵押物转让的法律规制模式	孙 鹏 王勤劳/ 49
论我国房地产证券化	吴清旺/ 81
论典当制度的社会价值	杨育正/ 99
住房抵押贷款证券化的立法模式与制度选择	胡海涛/ 116
典权生存空间下若干问题的思考	张正怡/ 132
我国城市建设用地证券化研究	胡凯华/ 150
农村土地权利流转探讨	陈玮煌/ 181
逐步开禁农村宅基地使用权的流转	刘沛佩/ 198

理论探索

德国与瑞士的登记制度研究	陈华彬/ 213
不动产,何以让我们安身?	肖厚国/ 270
集体土地所有权制度改革之路径选择	郭永庆/ 290
罗马法上双重所有权之研究	周小锋/ 335
论土地征收之程序设计	刘传甫/ 346
建立一元化的国有土地制度	奚正辉/ 357

实务聚焦

工业用地市场化方式探索	孙佩学 左璟璐/ 373
城乡二元土地体制下的房屋流转思考	阳雪雅/ 381

土地招拍挂规则

韩季余 张英敏 / 400

宅基地买卖合同何以有效

黄 忠 章献彪 / 414

论土地征收中农民权益的保护

周海华 / 422

域外采风

俄罗斯农地流转制度研究

张建文 / 433

地权革命 民生思想 和谐社会——代编后记

/ 444

论坛聚焦

完善我国建设用地使用权制度的思考

李开国*

基于我国城乡分割的两种土地公有制,在我国现行法上形成了城乡分割的两套不同的建设用地使用权制度:一套是城市国有建设用地使用权制度;另一套是农村农民集体所有建设用地使用权制度。因此,在思考如何完善我国建设用地使用权制度时,必须分别予以讨论。

一、关于完善我国国有建设用地使用权制度的思考

如果从《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》施行之日(1990年5月19日)算起,现行城镇国有建设用地使用权制度已在中国大地实施了16年。从该制度实施的客观效果上看,我们可以作出这样的评价:一方面,它开放和激活了我国城市土地市场,造就了我国十分可观的城市房地产业,同时给政府带来了极大的级差地租利益,促进了我国城市建设和交通运输等基础设施建设;但是,这一制度之实施在取得重大积极效果的同时,也带来了人们始料不及但又不能不正视的一系列消极后果。这些消极后果,数得出来的就有:(1)诱发了地方政府的圈地风,导致大量违法圈地、占地案件的发生;无数良田沃土被非法圈占,对我国经济的持续发展产生了极为不利的影响。闵中在一篇纪念《土地管理法》颁布20周年的文章中指出:

* 李开国,四川华蓥市人,西南政法大学法学子民商法院教授,博士生导师。

“站在《土地管理法》颁布 20 周年这个重要时点上,人们展开多方面的回顾与总结,而土地执法与土地违法的艰苦斗争,始终是贯穿其中的主线……尤其值得注意的是,当前大量出现的是地方政府尤其是市、县政府为招商引资、出政绩,默许甚至背后支持土地违法行为,严重土地违法案件的背后,都有地方政府的影子。”那么,土地违法究竟严重到了何种程度以及当前的势头又如何呢? 闵中举例说,“执法检查表明,一项城市的违法用地总数和面积分别占建设新增用地总数和面积的 60% 左右和 50%,有的甚至高达 90% 以上;国土资源部统计显示,今年头 5 个月,全国国土资源部门共立案土地违法案件 25,153 起,与去年同期基本持平,但涉及的土地面积达到 12,241.7 公顷,同比上升了近 20%。”(2) 土地使用权出让金的不断的、大幅度的攀升,引发了城市郊区农民集体、承包地被征收的农民个人和住房被强制拆迁的居民个人与政府间尖锐的土地利益冲突;更潜伏着城市居民与政府间更大的土地利益冲突。城市发展规划区的农民和列入旧城改造区域的居民,眼见他们占有的土地可能产生的高额出让金,已经不能满足于现行的补偿标准。他们一方面盼着政府来征地、来拆房;另一方面又准备着为尽可能多地分享他们现时占有的那片土地的高额级差地租利益而与政府进行不懈的斗争。在重庆江北经济开发区,农民为获得更多的补偿而乱搭乱建的“养猪场”、“养鸡场”、“养兔场”、“养鸽场”成了公路两旁一道道“靓丽”的风景区。而作为土地所有者的农民集体,不顾《土地管理法》的禁令公开出租土地用于非农业建设也不再是个别现象,在国家控制的建设用地市场旁边已经形成了一个不受国家控制的隐形的土地市场。更有因抗拒土地征收,要求以入股方式参与水电、能源企业而酿成群众性事件者。随着土地使用权出让金的增加,房价日益攀升,城市市民的抱怨也随之而增加。(3) 土地使用权出让成了官商勾结、腐败政府官员的一个可怕温床。在已经揭发出来的贪官污吏中,与土地和城市建设、交通建设相关联者,也不是少数。这些消极后果既有经济上的,也有政治上的,但更多的是政治上的消极后果。面对这些消极后果,我们很自然

地联想到中共中央新一代领导集体提出的“与时俱进”的指导思想,特别是中共中央在21世纪初提出的“三个代表”、“以人为本”的指导思想,以至于用这些指导思想来重新审视我国现行城市建设用地使用权制度。本人尝试用中共中央的这些指导思想审视我国现行城市建设用地使用权制度,得出了如下基本结论:我国现行城市建设用地使用权制度,由于历史的局限,^[1]无论在立法指导思想上,还是在制度设计上,都存在着诸多不符合“三个代表”、“以人为本”要求的问题,我国城市建设用地使用权制度有待进一步完善。

(一)关于立法指导思想的思考

立法指导思想涉及法律之价值取向和本位选择两个问题。我认为,我国现行的有关建设用地使用权的立法,无论在价值取向上还是本位选择上,都存在一定问题。这些问题归结起来,主要是:

1. 在对旧的以无偿、无期为特征的行政划拨土地使用制进行改革时,忘记了社会主义全民所有制的性质以及以社会主义全民所有制为基础的国家所有权的性质及其真正内涵。

马克思主义所设想的全民所有制,指的是全体人民共同所有。全民财产在经济上属于全体人民,国家仅处于代表全民行使财产所有权的地位。这决定了以社会主义全民所有制为基础的建设用地使用权制度的根本价值取向只能是全体人民的利益,包括作为全民一个个体的(每一个人)享有一片阳光、占有一块土地的利益,而不能是政府片面追求高额级差地租的利益。计划经济体制下的土地无偿使用不能发挥土地的经济效益,是要不得的;但是在市场经济体制下我们也不能走向另一个极端,使政府成为与人民对立的“地主”,把土地使用权制度搞成一个为这个“地主”谋取高额级差地租利益的法律

[1] 我国城市建设用地使用权制度改革是在缺乏历史经验的条件下进行的,难以避免一种倾向掩盖另一种倾向的片面性。我国城市土地使用权制度改革所针对的是计划经济体制时期实行的虽然公平但毫无效益的行政无偿划拨制度,效益自然成为改革追求的目标,从而导致人们对效益的热情追求,以致忘记了对公平的兼顾,甚至忘记了社会主义全民所有制的性质,也就谈不上对改革可能产生的消极后果的预见和预防。

工具。以马列主义为理论指导的共产党之所以要用土地的全民所有制来代替土地私有制,目的是要克服土地的私人垄断所造成的种种社会弊端,大大改善租地者的经济法律地位;绝不是为了让政府取代土地私有者的地位,成为“地主”,以便向人民收取地租。如果我国城镇土地使用权制度的实行,未能改善我国市民在土地问题上的经济法律地位,我国城镇土地的全民所有制就会失去其应有的意义。

2. 没有反映出我党“三个代表”蕴涵的“以民为本”的思想精髓,片面强调甚至完全站在了政府追求高额级差地租利益的立场,漠视了对土地使用者(即土地全民所有制下的人民大众)利益的维护。

我国现行建设用地使用权制度也不符合我党“三个代表”体现的“以民为本”的精神。在21世纪之初,我党明确提出了“三个代表”的指导思想。接着,围绕“三个代表”,我们不仅在第一逻辑层面上提出了“立党为公、执政为民”,而且在第二逻辑层面上又提出了“行政为民、司法为民、检察为民”,但是迄今为止就是没有人提“立法为民”。我认为,在法治社会,如果不提“立法为民”,那么“行政为民、司法为民、检察为民”便只能是一句空话。特别是与人民生活密切相关的土地使用权立法,必须十分强调“以民为本”的政治理念和“耕者有其田、居者有其屋”的民生主义思想,优先确认和保护人民在土地的社会主义全民所有制下所享有的“人人都能享有一片天空和占有一块土地”的自然权利。我认为,要使我国建设用地使用权制度由现在的片面追求级差地租利益的政府本位转向优先确认和保护人民“享有一片天空和占有一块土地”的人民本位,需要协调好以下两个方面的关系,解决以下两个重要问题:(1)要协调好发展社会主义市场经济与保障市民居住权的关系,解决好市民居住权的社会保障问题。为此需要适度限制国有建设用地有偿使用制度的适用范围。土地既可作为生产资料来利用,也可作为生活资料来利用,前者为经营性用地,后者为生活性用地(即居民的宅基地)。对经营性建设用地,自当从社会主义市场经济出发,实行有偿使用制,运用市场机制来配置;而对生活性建设用地,即居民宅基地,则不能完全实行有偿使用

制,完全运用市场机制来配置。在现行法上,农民的居住权是由作为土地所有者的农民集体无偿提供宅基地使用权来保障的;对城镇非农业人口的居住权,作为代表全民行使土地所有权的国家又应不应当从宅基地使用角度提供一定的保障呢?个人认为也是应当的。当然,城镇与农村的情况不同,不一定要照搬农村的宅基地使用权制度,但是从我国城市土地的社会主义全民所有制和保障城镇非农业人口的居住权出发,在法律上作出以下两条规定则是完全可能和可行的:一是将经济适用房和廉租房建设用地纳入划拨用地范围;二是借鉴土地私有制国家和地区在一定起点下免收个人地产税和房产税的做法,为我国城镇非农业人口的宅基地也规定一个征收土地使用权出让金或年租的起点,在这个起点以下免收土地使用权出让金或租金。(2)要协调好建筑物所有权与国有建设用地使用权之间的关系,处理好建筑物所有权之永久性与国有建设用地使用权之有期性之间的矛盾。为此需要从维护我国市民和城镇工商业者之生存权和发展权出发,不再将土地使用权出让合同规定的使用年限届满作为土地使用权消灭的原因,而只将它作为土地使用权出让方再次向土地使用方收取土地使用权出让金或开始向土地使用方收取年租的条件。以此使城镇非农业人口和城镇工商业者在享有永久性的房屋所有权的同时,能够同时享有永久性的基地使用权(尽管这种使用权是有偿的),以期其基地使用权在时间效力上与房屋所有权保持一致。

3. 在土地使用权出让金的收取和分配上,没有遵循马克思的地租理论,存在不公平的问题。

在城市土地的社会主义全民所有制下,政府对城市土地地租(在我国现行土地制度下表现为土地使用权出让金)的收取绝不是越多越好,而是要有所控制,并对已收取的地租进行公平合理的分配。

对城市建设用地(马克思称为“建筑地基”)之高额地租,包括这种地租产生的原因及本质,马克思在《资本论》第三卷中都作了精辟的论述。按马克思的建筑基地地租理论,这种高额地租之产生有以下原因:土地的地理位置;因城市人口增加而增长的对住所的需求;

对土地投入的固定资本的增长;建筑投机。在私有制下,这种地租是“社会一部分人在这里向另一部分人要求一种贡物,作为在地球上居住的权利的代价”;是“地主剥削地体,剥削地中心,剥削空气,并从而剥削生命维持和发展的权利”。

马克思的这些论断虽然是针对土地私有制提出来的,但是对我们土地社会主义公有制下处理土地使用权出让金的收取和分配问题仍然具有重要的理论指导意义。

其一,按照马克思的前述地租理论,我们应防止因土地使用权出让金过高而对市民“生命维持和发展权利”可能造成的剥削和损害。为此,对土地使用权出让金的收取,我们原则上应设置以下两条限制:

(1)我国政府收取的土地出让金应当低于同等经济发展水平的私有制国家政府和土地私有者共同向土地租佃者收取的地租额。^{〔2〕}在我国,国家虽然是城市土地的法律上的所有权人,但是依全民所有制的性质,市民则是城市土地经济上的所有者。由土地的全民所有制的这一经济实质所决定,我们的市政府向使用土地的市民收取的地租额只能低于土地私有制国家(地区)政府和土地私有者共同向土地租佃者收取的地租额;如果等于或高于土地私有制国家(地区)政府和土地私有者向土地租佃者收取的地租额,那么不仅土地公有制较之于土地私有制的合理性和优越性无从体现,而且会导致对市民“生命维持和发展权利”同样的,甚至更严重的剥削和侵害。

(2)我国政府收取的土地使用权出让金,除了成本后的纯收入,应以满足市政基础设施建设、公益设施建设以及补充耕地等的合理需求为限。按照马克思对城市建筑地基产生高昂地租的原因的分析,无论土地公有制国家或土地私有制国家,政府对市政基础设施建设和城市公益设施建设的财政投入,都是城市建筑地基产生高昂地

〔2〕 在土地私有制国家或地区,政府分享地租的法律手段是向土地私有者征收地价税和土地增值税。

租的重要原因。^{〔3〕}而城市工商企业和市民对市政基础设施和城市公益设施的分享,便构成了政府向他们征收土地出让金(在我国)或土地税(在土地私有制国家或地区)的合理的根据。另外,我国这些年来新增的建设用地大都是由国家通过土地征收程序将原来的耕地转用于非农业建设的土地而产生的,这些因土地转用而减少的耕地必须从可持续发展的战略高度予以补充;国家补充耕地的开支也需要以土地使用权出让金或租金的形式向建设用地使用者收取。但是,这些合理根据同时也构成了对政府收取土地使用权出让金、租金或征收土地税的限制,如果超越市政基础设施建设、城市公益设施建设及补充耕地的合理需求收取高昂土地出让金、租金或土地税,那就意味着不合理,意味着对市民生存权和发展权的剥削和侵害。为避免过高的土地出让金对市民生存权和发展权的侵害,我国政府应当从马克思的地租理论出发,克制通过土地出让增加财政收入的欲望,并通过建立相应的制度限制政府收取过高的土地出让金。例如,对土地使用权出让金实行价格管理,限制土地使用权出让金的年增长幅度,将土地使用权出让金的增长幅度限制在国民经济增长幅度之内;规定土地使用权出让金的用途,建立专款专用的财政账户,严格禁止将土地出让金挪着他用等。以此将政府的土地纯收入(扣除征地成本及其他必要开支后的土地出让金)限制在满足市政基础设施建设、城市公益设施建设及补充耕地的合理需求的范围之内。

在我国城市土地的全民所有制下,市政府是土地使用权的唯一出让者,我们的一级土地市场是一个完全由政府垄断的市场,如果政

〔3〕 按照马克思的分析,土地的地理位置、城市人口的增长、对土地的固定资本的投入、建筑投机都是产生城市土地高昂地租的原因。其中对土地的固定资本的投入应为主要原因。因为地理位置和城市人口增长这两项原因都与对土地的固定资本投入相关联。城市中心的地价最高,是因为在那里对土地的固定资本投入最多,土地的利用率最高。城市人口的增长则意味着对土地固定资本投入需求的增长。而对城市土地的固定资本投入,虽然也有私人资本的投入,但私人资本多为营利性投入,就市政基础设施建设和公益设施建设而言,主要还是政府的财政投入。

府没有社会主义觉悟和马克思的前述思想意识,如果不按照土地社会主义全民所有制的基本精神和合理性原则建立相关制度对政府加以限制,那么政府就可能利用其对我国城市土地市场的垄断地位,使土地使用权出让金不断攀升,从而导致对市民“生命维持和发展权利”的剥削和侵害。近几年来,在我国的一些城市,政府片面追求级差地租利益的动因和房地产开发商追求超额利润的动因两相结合,导致地价直线上升,2003年,上海二级住宅用地的平均价格已占商品房价格的70%。我国城市地价的这种上涨势头绝非市民的福音、政府的福音、国家的福音,因为它使人怀疑我国现行的城市土地制度是否还具有社会主义全民所有制的性质,我们的市民是否还是城市土地的主人。

其二,对已收取的土地出让金,政府也不能独占,应当按照马克思的地租理论和社会主义原则,合理分摊征地成本,维护因土地征收而失地失房的农民和市民的生存权和发展权。

我国城市政府出让的土地,就其来源看,无外乎两个方面:一是随城市的扩展征收的农民的集体土地;二是以旧城改造的名义拆迁城市居民而收回的土地。这就涉及在政府收取的土地出让金中如何分摊征地成本,如何对失地农民和失房市民进行补偿的问题。在土地私有制国家或地区,一般实行按被征土地当地当时的市价进行补偿的原则。根据我国当前的具体国情,这个补偿原则显然行不通。因此,我们只能按照社会主义的要求和马克思的地租理论,以保障失地农民和失房市民的生存权和发展权为原则。

(1)对失地农民的补偿原则。基于农民对农村土地的集体所有权,对被征用土地的农民应当给予合理经济补偿,已形成社会的共识。特别是党的十六届三中全会后,三农问题成为党和国家工作的一个重点。在这种趋势下,国土资源部在土地市场监管中突出强调了如下两项工作:一是刹地方政府的圈地风;二是落实农民的土地补偿。有关这两项工作的报道在近一两年的《中国土地资源报》上几乎天天可见。国土资源部的这两项工作体现了党的“三个代表”的指导

思想,利国利民,值得我们充分肯定和赞赏。但是,现行的以土地若干年的农业产值为标准进行一次性补偿而不管农民今后的生存和发展的制度仍然有缺陷:一是究竟以被征土地多少年的农业产值来定补偿标准,始终是一个有争议的问题。二是我国农民个体按现行的土地承包经营制占有的土地并不多,不可能像土地私有制下拥有较多土地的地主那样获得较多的土地补偿金,可以用土地补偿金投资工商业以求今后的发展;而用土地补偿金异地购置农地,重操旧业,在我国现行农地承包经营制下也几乎行不通。这两点缺陷迫使我们只能以保障失地农民的生存权和发展权为原则,另建补偿制度。比如,可以考虑从土地出让金中拿出以下四部分资金,分别用于不同的目的:一部分资金给农民一次性补偿,以保障失地农民全家农业人口近几年(比如说3年)的基本生活需要;如果农民的住房被拆迁,再拿出一部分资金,一次性补偿农民,以保障农民在当地购买商品房的需要;第三部分资金,用以建立失地农民再就业培训基金,以保障对失地农民进行再就业培训的需要;第四部分资金加入市民社会保障基金,使一次性生活费补偿年限届满仍未就业的农民享受与市民同等的社会保障。

(2)对失房市民的补偿原则。在过去的一段时间里,对住宅被拆迁的市民的经济补偿问题,普遍存在一种错误的认识:认为地面建筑是市民私人的,应当补偿;而其宅基地则是国家的,可以无偿收回。反映在具体做法上那就是在以新房换旧房时还要拆迁户补新旧房之间的差价。近一两年来经过拆迁户静坐示威一类的斗争,其被拆除的旧房虽然获得了相当于新商品房一样的补偿,但那也是政府出于稳定局势的需要所作出的无可奈何的让步,对此并无符合社会主义和马克思地租理论的正确认识。我认为,市政府在拆迁市民住宅时,对市民的宅基地也应给予合理的补偿。理由至少有以下几点:第一,在经济实质上,社会主义全民所有制意味着唯有市民才是市镇土地经济上的所有人,与市民对立的市政府或国家并非市镇土地经济上的所有人。第二,在法律结构上,城市土地的全民所有制在法律上表

现为国家所有权与市民使用权的对立统一关系。在这种法律结构中,如果按社会主义全民所有制的性质和“以民为本”的政治理念,市民的使用权还应优位于国家的所有权。即使将二者平等看待,市民的使用权亦构成对国家所有权的限制,只有通过合法程序,给土地使用权人合理补偿,消除土地上的使用权负担后,市政府才能收回土地。第三,从市政府取得级差地租的原因分析,农民或市民交出其合法占有的土地都是市政府取得该土地级差地租的前提条件,如果不是农民或市民顺从政府而交出其合法占有的土地,^[4]政府也就不可能通过土地的再处分取得级差地租利益。尽管在法律上,农民之土地交出,意味着其集体土地所有权的丧失,而市民之土地交出则仅意味着其土地使用权的丧失,似乎有所区别(这种区别是由我国现行的不合理的土地所有权双轨制造成的),但是就经济实质和对个人的生存影响而言,二者并无二致。但是,以什么标准确定土地使用权征收补偿金,却是一个值得认真研究的问题。尽管我国城市建设用地使用权之出让和转让已形成一定的市价,但是以土地使用权出让或转让的市价来补偿,显然也是不合理的。因为旧城改造中拆迁的房屋,其基地的土地使用权大都是计划经济体制时期按行政划拨的方式无偿取得的。因此,对失房市民的补偿也只能以保障其居住权为原则。实践中逐渐采取的按当地当时商品房的价格进行补偿的做法,符合这一原则,应当制度化。

[4] 历史经验表明,人民对政府的顺从是有限度的,而绝不是无限度的。如果政府行为超越了人民可接受和可容忍的限度,人民就不仅不会顺从,相反会揭竿而起进行社会革命。我国现时的不合理的城市土地使用权制度,迄今为止虽然尚未酿成农民或市民的土地革命,但是失去土地的农民和市民对政府的抗争已成此起彼伏之势。这在新中国的历史上已是前所未有之事,必须引起我们的高度重视。在与失去土地的农民或市民的利益冲突中,我们的政府尚不失人民政府的本色,都毫无例外地从稳定之大局出发,对争利的农民或市民作出了一定的让步,化解了与农民或市民的冲突,尚未发生一起以武力进行镇压的事件。但这还是治标不治本的做法。治本的办法还是我前面所说的转换城市土地使用权的立法本位。