

SOUTHEAST UNIVERSITY
东南大学法学学术文库

集体土地物权行使制度研究

—— 法学视野中的集体土地承包经营权流转

任丹丽 著



法律出版社
LAW PRESS-CHINA



SOUTHEAST UNIVERSITY
东南大学法学学术文库

集体土地物权行使制度研究

——法学视野中的集体土地承包经营权流转

任丹丽 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

集体土地物权行使制度研究:法学视野中的集体土地
承包经营权流转 / 任丹丽著. —北京:法律出版社,
2009. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0076 - 3

I. 集… II. 任… III. 集体所有制—农村土地承包法—
研究—中国 IV. D922.44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 194740 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/马帅

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/7.75 字数/193 千

版本/2010 年 2 月第 1 版

印次/2010 年 2 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 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0076 - 3

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

东南大学法学学术文库

编委会

·

主任 周佑勇

编委 汪进元 孟鸿志 刘艳红

龚向和 施建辉 孟 红

总 序

“大学之道，在明德，在亲民，在止于至善”——“止于至善”四字，正是百年名校东南大学的校训。在历史上，东南大学曾经赢得“北大以文史哲著称、东大以科学名世”之美誉。而今，她正秉承校训精神，不断追求，锐意进取，力图突破以往在理工科方面所取得的卓越形象，而朝着以工为特色、多学科协调发展的综合性大学方向奋力前行。1995年，东南大学恢复法学专业、成立法律系；2006年9月，东南大学在原法律系的基础上重建法学院。通过创办法学院并大力发展其他人文学科，东南大学正不断体现着集中华人文精神与希腊科学精神为一体的“止于至善”的校训之理念，不达“至善”境界，永不止步。

东南大学法学院虽然恢复重建时日尚短，然而，东大法学却已历经百年醇厚学术传统之浸润。东大法学肇始于民国时期1928年7月成立的中央大学法学院，首任院长为民国时期著名法

学家谢冠生教授。中大法学院人文荟萃,名流云集,为东南法学一时之冠。学界、政界著名人物韩忠谟、钱端升、杨兆龙、梅仲协、史尚宽、刘克鏞、曾劭勋、黄正铭、金国鼎、范馨香、韩德培等,或曾任职于中央大学法学院,或就学于中央大学法学院,缔造了东南大学法学曾经的辉煌。

感念先贤中大法学精神,激励当下东大法学学人。当今中国,政治昌明,民生安定;经济腾飞,法治发达。东大法学如何在此盛世之下为中国的法治建设添薪加火,对当下中国法治与经济建设中的重大法律课题作出创造性回应,是今日东大法学学人所面临的历史使命。“东南大学法学学术文库”作为肩负这一历史使命而推出的一套法律丛书,以为社会贡献一批有分量的法学作品为己任,以促进法学的繁荣发展为目的,勉力为我国法制现代化建设尽绵薄之力。

通过出版“东南大学法学学术文库”,亦使社会各界加深对东大法学的了解。当今中国法学出版物急剧增多,各法学院专业院校纷纷推出了体现自身学术风格的法学丛书。然而,这只表明今日社会文明之昌明和法律文化发展之鼎盛,而不代表法学理论著作的社会需求已经饱和。事实上,与飞速发展的我国政治经济生活相比,我国法学理论研究成果的质量与数量都有待提升。金陵古城作为位于当今中国经济最为发达、市场最为广阔、活力最为强盛的长江三角洲中心之腹地,也要求生于斯长于斯的东大法学在法治经济强劲发展的当下时代发出自己的声音。东大法学文库可谓应时而生!众多法学著述的存在不但使东大法学文库的出版平添了百舸争流的竞争意味,也象征着中国法学事业的锦绣篇章又添繁花。通过出版法学文库,使东大法学的学术风貌能够以一种整体的、持续的方式呈现给大家,使社会各界加深对东南大学法学的了解,使以科学名世的东南大学在法科领域再现奇葩!通过出版文库的方式,也答谢所有曾经关心和支持过东大法学发展的前辈和朋友!毕竟,无论是东大法学学人还是东大法学院本身,都需要社会和学界各方面的关

爱和帮助!

本套丛书的选题涉及法哲学与法理学、宪法与行政法、民法与商法、经济法、刑法、诉讼法、国际法等法学各个领域。选题范围面向东南大学法学院全体教师征集稿源,重点出版优秀的法学博士学位论文、省部级以上的课题结项成果以及具有创见性的专题论著。本文库坚持以质取文,拒绝平庸之作,确保文库的高品位、高质量。凡纳入文库出版的著作必须由作者本人提出书面申请,经由编委会就专著内容、学术规范等各方面意见综合确定。我们希望,本套丛书能够成为东大法学高层次理论成果得以稳定持续成长的一方园地,成为集中展现东大法学学术传统与今日法学原创力学术作品的窗口!

“百年难得百家评,郁郁文哉动石城。虎踞龙蟠今胜昔,千秋学术在金陵。”期望东大法学学术文库的出版能够成为东大法学事业恢复重建的标志,并能延续东大法学的人文传统,超越过往,引领新时代的法治精神!

《东南大学法学学术文库》编委会

2007年6月26日

目 录

引言	1
一、集体所有权的存废之争	2
二、集体土地物权行使制度的基本构成	3
三、集体土地物权相关概念的界定	5
第一章 集体土地物权的内容	7
第一节 集体土地所有权的内容	8
一、受限制的集体土地所有权	8
二、受限制不是集体土地所有权国有化或 私有化的充分理由	12
第二节 集体土地用益物权的内容	16
一、受限制的土地承包经营权	17
二、受限制的宅基地使用权	21
三、流转不能改变集体土地用益物权的 基本价值	25
本章小结	41

第二章 集体土地物权的主体	44
第一节 集体土地的所有权人为农民集体组织	45
一、集体土地所有权人是为集体土地所保障的农民集体	46
二、集体土地的所有权人应明确规定为“农民集体组织”	64
第二节 集体土地的使用权人为户	79
一、土地承包经营权人主要是经营性的“农户”	80
二、宅基地使用权人主要是非经营性的“户”	86
本章小结	95
第三章 集体土地物权的行使主体	100
第一节 确定集体土地所有权行使主体的标准是民主	101
一、现有集体土地所有权行使主体的问题	101
二、引入股份合作制壮大社区合作组织	119
第二节 确定集体土地用益物权行使主体的标准是身份	126
一、成员身份的判定标准	127
二、成员权的内容	139
本章小结	151
第四章 集体土地物权的行使	154
第一节 村组集体土地所有权通过村民自治的程序行使	155
一、村民自治制度与集体土地所有权制度的联系与区别	156
二、通过村民自治程序行使集体土地所有权的特殊性	162
三、村民自治制度自身的完善	190
第二节 乡镇集体土地所有权通过股份合作的方式行使	193
一、通过乡镇土地股份合作社行使集体土地所有权的 特殊性	193
二、乡镇土地股份合作社行使集体土地所有权的主要 领域	204
第三节 集体土地用益物权行使的保障措施	209
一、加强行政引导	210

二、完善社会保障	216
三、健全救济渠道	218
本章小结	222
参考文献	225
后记	237

引 言

土地是农业最重要的生产资料。在我国,由于没有建立起广泛的、覆盖农村的社会保障体系,我国的集体土地在很大程度上还承担着农民就业、养老等社会保障功能。随着城市化的深入,集体土地,尤其是城市周边的集体土地,日益焕发出巨大的商业价值。与此同时,农民非但没有分享到土地带来的经济利益,反而沦为“种田无地、就业无岗、低保无份”的“三无”人员的现象时有发生。在国家关注三农、推行公民权利平等化的新农村建设过程中,土地问题无疑是一个重要问题。反映在民法中,集体土地物权制度的不完善,不利于土地价值的发挥,也有损广大农民的合法权益。^①

^① 据统计,苏北某县级市2005年1至4月份共发生农村土地纠纷171起,占全部矛盾纠纷的20%左右。引自唐强:“当前农村土地纠纷多发亟待解决”,载《苏州法制报》2005年5月24日第2版。

一、集体所有权的存废之争

集体土地上出现的问题与集体所有制有关。

集体所有制是公有制的组成部分之一,具有公有的鲜明特征。一是公有财产所有状态的特殊性。有权享有“全民所有”和“集体所有”的财产的主体范围很难界定清楚。二是公有财产处分方式的特殊性。处分权能是自物权与他物权最重要的区别,即使所有权主体能够界定清楚,让数量庞大的集体成员行使处分权能也缺乏操作性。公有财产的行使和监督机制的缺乏,使得公有财产常常处于被其实际占有者据为己有或随意处分的危险中。

以确认权利归属和利用为重要内容的物权法律制度,因保护私人财产而产生,以保护私人财产为宗旨。即便是发展得相对成熟的物权法律制度,保护公有财产的经验也相对欠缺。共有制度的一般规定,对公有财产所有权行使的作用十分有限。物权法是调整财产关系的基本法,客观存在的公有财产,不应该游离于物权法调整的范畴之外。物权法既然明确规定了国家所有权和集体所有权两大公有财产权,下一步应该是将这些制度加以细化。

围绕集体财产面临的困境,解决方案大致分为两类——改造集体所有制还是改造集体所有权。改造集体所有制讨论的是取消集体所有权,把集体财产上交给国家,或者下放给个人,即所谓的国有化模式和私有化模式。改造集体所有权讨论的是在集体所有权的框架内完善相关制度,让集体成员真正享有所有权带来的收益。

应当以私人财产为主线进行一般规定,还是应当反映中国的基本经济制度,物权法给出的官方意见符合客观规律。法律作为上层建筑之一,必须以基本经济制度为基础。在我国基本经济制度的框架下,私有化模式没有根据,公有化模式则存在巨大的交易成本。

排除经济基础的因素,这两个方案也不是解决集体土地问题的关键。在人多地少、小块经营的条件下,“私有化”模式着眼于农民个体利益,但是会导致土地兼并、失地农民生活无着,甚至引起严重的社会动荡。国有化方案强调国家对土地的管理和规模经营,但是国家难以直接面对分散经营的小农经济,制度运行中的交易成本甚至会高于集体所有权的制度安排。因此,集体土地“私有化”和“国有化”的主张都不具有现实可能性。

在改造集体所有权的方案中,很多学者已经意识到集体所有权主体的虚化、行政力量的干预是导致农用地大量流失、非法转让现象严重的根源。如何改变这一现象尚未出现倾向性的结论。理论认识的不统一没有影响到农村第一线的创新。从最早安徽凤阳小岗村的包干到户,山东平度的“两田制”,^①贵州的湄潭模式,江苏的苏南模式,到广东南海的土地股份合作制,都反映出实践对完善立法的强烈需求。集体土地所有权领域出现的问题,不是集体所有制本身的问题,而是物权立法没有为集体土地设计出针对性的保护方式。物权法关于集体土地上各项物权制度的规定,来之不易但稍嫌粗浅,很有进一步完善的必要。

二、集体土地物权行使制度的基本构成

集体土地上的物权,有自物权和他物权之分。集体土地所有权上的问题,主要是主体范围不明确、代表机构行政化,需要通过民事

① 在我国现阶段农地收益分配尚不规范的情况下,有些地方搞的“两田制”实际上成了收回农民承包地、变相增加农民负担和强制推行规模经营的一种手段。因此,1997年《中共中央办公厅、国务院办公厅关于进一步稳定和完善农村土地承包关系的通知》第3条明令禁止“两田制”的进一步推广;中央不得提倡实行“两田制”。没有实行“两田制”的地方不要再搞,已经实行的必须按中央的土地承包政策认真进行整顿。

法律关系的分析和民事主体相关制度的构建,理顺农民集体与集体成员、农民集体与村委会、农民集体与国家、农民集体与交易相对人之间的民事法律关系,明确农民集体作为集体土地所有权人的法律地位,设立集体土地所有权人的代表机构,确保农民在集体土地上的收益和社会保障等。集体土地用益物权上的问题,主要是物权属性的进一步彰显和能否向集体以外的人员流转,^①需要结合农村的实际情况分析权利内容、行使的方式和程序、是否具备流转的条件等。

(一)集体土地物权的内容

平衡国家与集体利益的过程,是一个衡量集体土地所有权制度设计中公权力与私权利如何分配的过程。实践证明,公权力过度介入私权领域,不但使集体土地所有权失去存在的价值,还会引发矛盾和冲突。但是,完全没有公权力介入的私权利也是不可能存在的。怎样的介入是必须并且合适的,是集体土地物权的内容部分需要解决的问题。

(二)集体土地物权的主体

集体土地所有权在现有的立法框架下,较为可取的完善方向是将私权利主体明确化,通过对权利的有效行使来制约公权力的扩张。在试行土地流转的地区,现有制度的问题主要集中在两方面:一是集体土地所有权人界定为“农民集体”是否过于模糊,不利于保护农民个体的权利;二是集体土地使用权主体界定为“户”是否过于狭窄,不利于土地价值的发挥。

(三)集体土地物权的行使主体

集体所有权的确立是强制性的制度变迁,权利行使上的行政性

^① 严格意义上说,流转不是一个法律用语,使用“用益物权的移转”更为严谨。考虑到土地管理法等立法的一贯规定和在实践中广泛使用的现状,本书沿用“土地流转”的表述方式。

色彩具有一定的历史延续性,导致集体土地利用上的两极分化——在集体经济不发达的中西部农村,集体土地被闲置、抛荒的现象十分严重;而在集体经济相对发达的东部沿海农村,集体成员与集体组织在土地收益的分配和利用方式上存在矛盾。物权法沿用“集体经济组织”的提法却没有进行性质上的界定,使得集体经济组织被用于指代农村各种类型的经济组织,“集体”在权利分配上的平均性和福利性在大多数经济组织中没有得到体现。作为集体土地所有权人的代表,集体经济组织并没有普遍设立,已有的集体经济组织在行使所有权时极易受到公权力的干涉,村级集体经济组织还面临其代表权限与村民自治组织重合时的协调问题。

(四)集体土地物权的行使方式

集体土地所有权的行使和集体土地用益物权的行使,前者的角度是如何通过所有权的行使增加集体土地的价值来提高集体福利和保障的水平,后者的角度是如何通过科学有效的分配方式来解决集体土地用益物权固有的公平和效率之间的矛盾,实质都是在行使过程中如何贯彻成员意志的问题。现有的股份合作制和村民自治实践为集体土地物权的行使提供了借鉴。

三、集体土地物权相关概念的界定

在我国现行立法中,“土地使用权”一词基本囊括了除所有权以外的所有有关土地利用的权利。物权法既已将物权分为所有权、用益物权和担保物权三大类,本书除引用立法条文外,以“集体土地用益物权”指代“集体土地使用权”。《物权法》的地役权和担保物权部分没有针对集体财产作出专门规定,因此,本书不对集体土地上的地役权和担保物权设专章探讨。

我国集体土地上的土地承包经营权和宅基地使用权,体现出物

权法作为固有法的特点。从功能和用途来看,宅基地属于集体建设用地的范畴。但是从结构设置来看,我国物权法将宅基地使用权从建设用地使用权部分独立出来专章规定,并且将集体建设用地的相关内容交给其他立法来解决,足见在主体身份、取得方式和权利内容等方面,宅基地使用权与集体建设用地使用权的区别大于联系。限于篇幅,本书只研究集体土地用益物权中的土地承包经营权和宅基地使用权的行使问题。

第一章 集体土地物权的内容

集体土地是指除国家所有以外的由农民集体所有的土地。^①按照用途的不同,集体土地可分为建设用地和农用地。建设用地主要包括乡(镇)村公益事业用地、公共设施用地和农村居民住宅用地。农用地主要是耕地。《中华人民共和国物权法》(以下简称为《物权法》)对集体土地所有权和集体土地用益物权所作的专门规定是本书将集体土地物权分为集体土地所有权和集体土地用益物权来论述的立法依据。

由于长期以来我国实行的是城乡二元体制,集体土地保障着农民最低水平的生存和居住需要。集体土地的社保职能使得集体土地物权在内容上呈现出和国有土地物权不一样的特点。

^① 《中华人民共和国土地管理法》(以下简称为《土地管理法》)第8条第2款:农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。