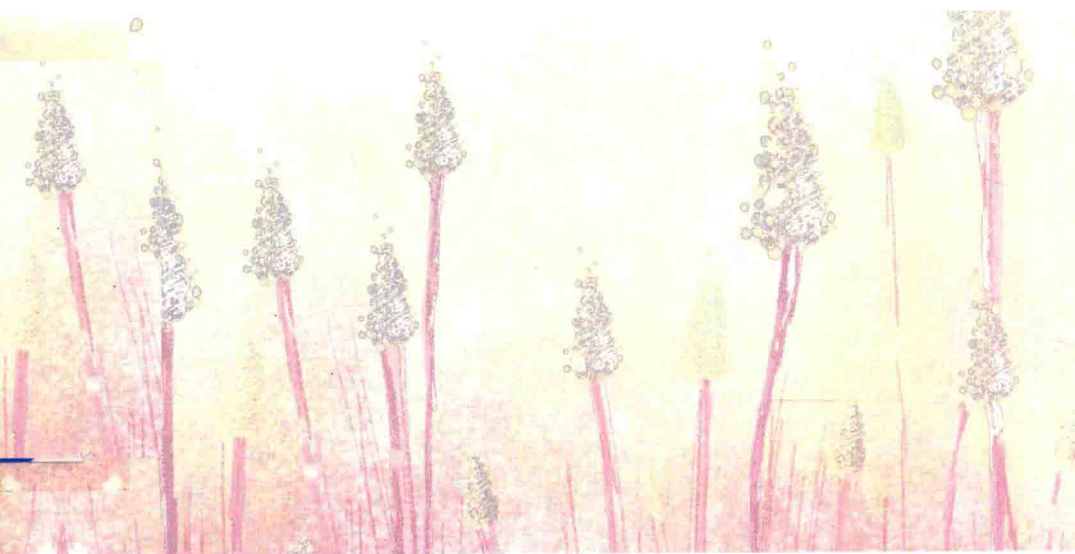


集体经营性建设用地使用权 流转法律问题研究

綦磊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

青岛科技大学学术专著出版资助专项（16XB24）

青岛科技大学科研启动基金资助

集体经营性建设土地使用权 流转法律问题研究

綦磊 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使用权流转法律问题研究 / 綦磊著. —北京:法律出版社,2016.11

ISBN 978-7-5197-0319-6

I. ①集… II. ①綦… 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(2016)第291302号

集体经营性建设用地使用权
流转法律问题研究

綦磊 著

编辑统筹 财经出版社
策划编辑 刘文科
责任编辑 刘文科
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 A5
印张 8.75
字数 231千
版本 2016年12月第1版
印次 2016年12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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071010/1636

书号:ISBN 978-7-5197-0319-6

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)

诗性的还是理性的？（代序）

田园诗曾经是一个高标独蹈的诗学流派。

归隐田园曾经是无数士大夫的终极梦想。

田园的诱惑在哪里？是日出而作、日落而息的自然节奏；是鸡鸣狗吠的音响搭配；是袅袅炊烟映晚霞的水墨写意；是礼尚往来的人文风范；是生态天然的饮食结构。

当然，最勾人心魄的是那种放松闲适的心境和眼前的一抹青绿苍翠。

当然，这些都是士大夫心中、眼中的田园，或如小旦行步，青衣挽袖；或如老苍高腔，板正腔圆。

农民兄弟实在得多，没有文人那般多情、矫情、滥情。土地对他们就如同父母，不仅供给衣食，还磨砺意志、寄托灵魂。

所以，他们对土地是感恩、是膜拜。

无论是士大夫还是农民兄弟，土地之于他们既是诗性的存在，又是理性的存在。

是什么使农民对土地的情感发生了异质性变

异?背井离乡,毅然决然;抛雏别妇,一无所恋。

是什么使田园不再是诗性的寄托,灵性的皈依?凋败的墙垣,丛生的野草,被污染的土地、河流,还有刺鼻的空气,混杂了现代化的滚滚浓烟。

是利益。当生存利益的差序格局形成,田园就成了“落后”、“愚昧”、“贫穷”的代名词;当身与口的依赖消失,灵与魂的内存自然崩毁瓦解。

但可悲的是,一旦农民阶层丧失了对地的利益和情感的双重关联,土地就是一片孤寂的荒野;村落也会凋残湮没。

不是土地挤走了自己的主人;而是地权的逻辑决定了生存的逻辑。

綦磊博士入西南政法大学以来,随我从事土地法律研究七年,虽然长于城市,对土地问题却能一直关注。这篇博士学位论文,亦是致力于解析农村地权逻辑,希望在恪守土地效益持续增长、土地利益公平分配、土地生态渐次改良三大前提下,重构农民与土地的身、心关联,其人文关怀立场可亲可感。既有理想主义者的无上激情,亦不乏法律理性的纤微细致。

我们研究的是土地,关注的却是生存逻辑;研究的是地权,关注的却是人文涵化。

理性的逻辑何时重返乡村,诗性的立轴亦会自然铺展。

从这个意义上来说,土地,尤其是农村土地,既是理性的存在,也是诗性的再现。

是为序。

刘云生

2016年10月4日

重庆天高鸿苑 排云轩

目 录

引 言/1

第一章 集体经营性建设用地使用权流转的价值目标/9

第一节 城乡二元的经营性建设用地结构/9

- 一、城乡二元经营性建设用地结构的表现/10
- 二、城乡二元经营性建设用地结构的成因/14
- 三、城乡二元经营性建设用地结构的后果/17

第二节 流转的价值目标/20

- 一、平等价值/21
- 二、自由价值/31
- 三、效率价值/39

第二章 集体经营性建设用地使用权流转的法律关系/46

第一节 首次流转的主体/47

- 一、首次流转的流出主体/47
- 二、首次流转的流入主体/61

2 集体经营性建设用地使用权流转法律问题研究

第二节 流转的客体/65

- 一、集体经营性建设用地与宅基地/66
- 二、集体公益性建设用地与经营性建设用地/70
- 三、集体经营性建设用地是否仅限于乡镇企业用地/73
- 四、集体经营性建设用地的外延/75
- 五、集体经营性建设用地的分类/83

第三节 流转的内容/92

- 一、所有权人的权利与义务/92
- 二、使用权人的权利与义务/98

第三章 集体经营性建设用地使用权流转的程序/105

第一节 首次流转的程序/106

- 一、书面合同/106
- 二、是否需要行政许可/120
- 三、登记/124

第二节 再次流转程序/128

- 一、是否需要行政许可/128
- 二、是否需要所有权人同意/129
- 三、是否需要对象体完成特定比例的开发/131

第四章 集体经营性建设用地使用权流转的方式/133

第一节 一般方式/134

- 一、能否无偿取得/134
- 二、出让与出售/138
- 三、互换/142

第二节 特殊方式/142

一、出资/143

二、抵押/152

三、信托/160

第五章 集体经营性建设用地使用权流转的增值收益分配/171

第一节 国家如何参与增值收益分配/171

一、国家参与增值收益分配的地方实践与理论探索/172

二、国家独占何种因素引发的增值收益/175

三、国家参与增值收益分配的形式与用途/180

第二节 集体如何参与增值收益分配/184

一、集体参与增值收益分配的阶段/184

二、集体参与增值收益分配的用途与数额/186

第三节 集体成员如何参与增值收益分配/195

一、集体成员资格的认定标准/196

二、增值收益分配的标准/204

三、特殊成员增值收益分配权的保障机制/210

四、增值收益分配权流转/214

第六章 集体经营性建设用地使用权流转的服务体系/220

第一节 构建城乡统一的经营性建设用地使用权流转平台/221

一、流转平台的意义/221

二、流转平台的现状/223

三、构建城乡统一的经营性建设用地使用权流转平台/226

第二节 构建多元化的流转金融服务体系/238

4 集体经营性建设用地使用权流转法律问题研究

一、金融服务的意义/238

二、金融服务的现状/239

三、构建多元化的流转金融服务体系/240

结 语/249

参考文献/251

致 谢/271

引 言

一、选题背景与研究意义

(一) 选题背景

集体经营性建设用地使用权受到我国理论界与实务界的关注,各地区也开展了多种形式的流转实践。党中央以系列政策文件确立了集体经营性建设用地使用权的改革目标。囿于《土地管理法》等公法规范的限制与民法调整的缺位,集体经营性建设用地使用权的用益物权属性并未得到充分实现。党中央提出的改革目标在现行法律制度下缺乏实现路径。基于此,笔者希望通过自己的研究,使土地使用权流转建立在适度的市场化路径之上,使农民可以凭借集体经营性建设用地使用权分享国家的工业化与城市化发展成果,获取更多的财产收益。

(二) 研究意义

本书的研究意义可以分为理论意义与实践意义:

在理论意义方面,在不改变集体所有制的前提

下,实现集体经营性建设用地使用权的财产属性。我国集体土地所有权是集体所有制在法律上的实现形式,集体土地所有制的重要目标是实现集体成员的共同富裕。在我国集体土地所有权不能流转的前提下,集体经营性建设用地使用权成为实现共同富裕目标的重要手段。然而目前,在法律层面,我国集体经营性建设用地使用权的权能、受让人的范围仍受到较大的限制,使其成为一种沉睡资本。地方实践已经证明:若集体经营性建设用地使用权的用益物权属性能够充分实现,并能通过适度的市场化路径进行流转,因其客体的稀缺性与不可再生性,集体经营性建设用地使用权会成为工商业资本追逐的对象,成为融通集体发展所需资金的重要手段。农民可以凭借集体经营性建设用地使用权分享国家工业化与城市化发展成果,实现共同富裕的目标。

在实践意义方面,推动集体经营性建设用地的高效率利用与增值收益的合理分配。集体经营性建设用地除因乡镇企业破产或与其上的建筑物一并抵押等情况外,主要通过国家征收方式进入市场。政府征收集体经营性建设用地后有相当比例仍采取划拨的方式供应,导致土地资源浪费,参照耕地补偿的规则屏蔽了农民通过流转获取增值收益的机会。若市场在集体经营性建设用地使用权的配置中起决定性作用,而政府只负责监管,基于市场价值规律,集体经营性建设用地使用权可以流转至最珍视权利的人,以避免土地资源的浪费。国家基于主权的身份以税费的方式参与增值收益分配,集体、集体成员在私权领域独占增值收益,则可构建兼顾国家、集体、集体成员的增值收益分配机制。

二、研究范围与主要概念界定

(一) 研究范围

宅基地作为保障集体成员基本生活的土地,不属于集体经营性建设用地,宅基地使用权的流转应慎重。按照目前的法律规定、政策指导、地

方实践等,集体公益性建设用地不能单纯按照市场化规则运作。^①但是,为了提高集体土地资源的利用效率,在保障农户基本居住条件和不妨碍集体公益目的实现的前提下,可以将这两类集体土地转变为集体经营性建设用地。除该情况外,本书不单独论述这两类集体土地使用权流转。现行的中央政策与地方实践,允许集体经营性建设用地复垦成耕地换取新增用地指标。但集体经营性建设用地被整理、复垦成耕地后,土地的用途发生了根本性变化。即便参照地役权的逻辑与规则构建指标交易,也不属于直接在集体经营性建设用地上设立使用权并流转该使用权,由此本书不涉及指标交易。

(二)主要概念界定

(1)集体经营性建设用地

国内学者一般将集体经营性建设用地的内涵界定为以营利性目的使用并获取利润的农村建设用地。就外延而言,本书参照《土地利用现状分类》(GB/T21010-2007)的分类标准将集体经营性建设用地界定为工矿仓储用地、商服用地、住宅用地。

(2)集体经营性建设用地使用权

集体经营性建设用地使用权,是指权利人在集体经营性建设用地上修建建筑物与构筑物并进行排他性的占有、使用、收益,或处分其已取得的集体经营性建设用地使用权的权利。

(3)集体经营性建设用地使用权流转

集体经营性建设用地使用权流转,是指集体土地所有权人在集体经营性建设用地上设立集体经营性建设用地使用权,并通过合同的形式将使用权转移给用地者,由用地者按照合同与规划的用途对集体经营性建设用地进行排他性的占有、使用、收益,或者将已取得的集体经营性建设

^① 就党中央政策层面而言,包括十七届三中全会《决定》、十八届三中全会《决定》、《2014年中央一号文件》、《2015年中央一号文件》等。

用地使用权再次让与他人的行为。其中,集体土地所有权人在集体经营性建设用地上设立集体经营性建设用地使用权将使用权转移给用地者的行为是首次流转,使用权人将已取得的集体经营性建设用地使用权再次让与他人的行为属于再次流转。

(4) 国有经营性建设用地使用权

在集体经营性建设用地使用权流转的价值目标与具体流转规则设计上,会涉及与国有建设用地使用权的比较与借鉴,但是,比较与借鉴的不是划拨国有建设用地使用权。按照《物权法》第137条规定:“工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地……应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。”这部分国有建设用地在理论上应当按照市场规则运作。集体经营性建设用地使用权流转所比较与借鉴的应当是这部分国有建设用地使用权。为了表述方便,本书将这部分国有建设用地使用权称为国有经营性建设用地使用权。

三、本书的逻辑路径

本书总体上分为三个部分。第一部分:流转的价值前提。通过分析我国城乡二元的经营性建设用地结构所引发的问题,结合近期中央所提出的改革目标,指出流转在民法领域应当以平等、自由、效率为指引。第二部分:流转的制度设计。价值目标的指导落实为具体的制度设计。通过厘清流转的主体、客体、当事人的权利与义务,为流转提供静态的法权模型。流转是一个动态过程,通过程序控制,明确当事人在为法律行为时的自治空间。流转的方式是流转法律关系和程序的具体化,流转的增值收益分配是制度设计的落脚点。第三部分:流转的服务体系。为流转的制度设计提供服务,进一步明确流转制度设计的实施路径。

四、国内研究现状

集体经营性建设用地制度为我国所特有的制度,我国历史学界、社会学界、经济学界、法学界对其给予了广泛关注,各以独特的研究视角对

流转的价值预设、制度设计等方面提供了有益的建议。

(一) 历史学研究

历史学界系统地梳理我国历代的土地制度的变革:^①或者挖掘我国历史中曾经存在的对当今土地制度变革有借鉴意义的制度;^②或者立足于土地制度的某一方面研究等。^③ 这些研究包括了对集体经营性建设用地制度有借鉴意义的内容。

(二) 社会学研究

社会学界对该问题的研究集中于论证集体经营性建设用地制度的成因、社会效果、改革路径,^④或者分析我国乡村社会的独特结构。^⑤ 这些研究包括了对流转有借鉴意义的内容。

(三) 经济学研究

经济学界对于该问题的研究领域较多,如研究集体经营性建设用地的结构与改革方向;^⑥或选择某一流转范本进行分析研究;^⑦或专注于研究中国农村土地的产权结构。^⑧

(四) 法学研究

民法学界、经济法学界、行政法学界在该领域的研究成果丰硕,包含

① 蒲坚著:《中国历代土地资源法制研究》,北京大学出版社2006年版。

② [美]曾小萍等著:《早期近代中国契约与产权》,李超等译,浙江大学出版社2011年版。

③ 杨国桢著:《明清土地契约文书研究》,中国人民大学出版社2009年版。

④ 刘守英等著:《土地制度改革与转变发展方式》,中国发展出版社2012年版;贺雪峰著:《地权的逻辑——中国农村土地制度向何处去》,中国政法大学出版社2010年版。

⑤ 黄宗智著:《中国乡村研究》,福建教育出版社2010年版。

⑥ 蒋省三等著:《中国土地政策改革——政策演进与地方实施》,上海三联书店2010年版。

⑦ 刘宪法著:“南海模式的形成、演变与结局”,载北京天则经济研究所:《中国制度变迁的案例研究(土地·第八卷)》,上海人民出版社2011年版。

⑧ 周其仁著:《产权与制度变迁:中国改革的经验研究》,北京大学出版社2004年版。

著作、研究报告、论文、考察报告、政府决策建议等。就民法学对该领域的研究而言,主要包括著作、研究报告、专门论文。

1. 著作

著作包括专门性著作与系统性著作。

(1)专门性著作。专门研究流转的困境、制度设计、配套制度等。^①

(2)系统性著作。系统性研究农村土地权利制度。^② 专注于通过田野考察方法查找我国现行土地权利存在的问题并指出改革方向;^③在流转中如何保障农民权利。^④ 这些系统性著作包括了集体经营性建设用地制度的内容。

2. 研究报告

以风险控制为主,系统性研究集体建设用地制度(包括集体经营性建设用地与宅基地)所存在的问题、构建流转规则与流转的配套制度等。^⑤ 研究报告的部分内容中涉及探索集体经营性建设用地的股份化改革路径与构建流转规则。^⑥

3. 专门论文

目前研究该领域的专门论文成果斐然。仅以党的十八届三中全会

① 曹笑辉、曹克奇著:《告别“权利的贫困”——农村集体建设用地使用权流转法律问题研究》,法律出版社2012年版。

② 孟勤国著:《中国农村土地流转问题研究》,法律出版社2009年版;崔建远著:《土地上的权利群研究》,法律出版社2004年版;刘俊著:《中国土地法理论研究》,法律出版社2006年版;刘云生著:《制度变异与乡村贫困》,法律出版社2012年版。

③ 陈小君等著:《后农业税时代农地法制运行实证研究》,中国政法大学出版社2009年版;陈小君著:《农村土地法律制度研究——田野调查解读》,北京中国政法大学出版社2004年版。

④ 吴越等著:《农村集体土地流转与农民土地权益保障的制度选择》,法律出版社2012年版。

⑤ 孙鹏:“集体建设用地流转的风险控制与法律构造”,载《国家社科基金项目结题报告》2014年10月。

⑥ 刘云生:“农村土地股权制改革:现实表达与法律应对”,载《中国法学会项目结题报告》2014年11月。

后的论文为例,包括系统性研究十八届三中全会在该领域确立的改革目标如何实现;^①或专注于流转的某一方面,如流转客体、^②增值收益如何分配等。^③

五、研究方法

本书重点采用比较研究方法、社会学研究方法与历史研究方法、田野考察方法。

(一) 比较研究方法

在具体制度层面,例如流转的期限、流转方式、流转的增值收益分配等制度设计借鉴了其他国家和地区的经验。

(二) 社会学研究方法与历史研究方法

采用社会学的研究范式,分析我国城乡二元经营性建设用地结构成因,分析乡村习俗对增值收益分配的影响。借鉴自贡井盐契约中土地资本化的创新方式,佐证我国农民是否具有市场能力的问题。

(三) 田野考察方法

笔者利用挂职机会与导师课题调研机会,到重庆市永川区、沙坪坝区、九龙坡区、秀山县官湖社区、綦江区打通镇、璧山区丁家街道与大路街道、合川区盐井街道、忠县东溪镇、垫江普顺镇,以及两江新区进行了调研。就集体成员认定标准、地方政府规划权行使等形成了自己的看法。

① 王卫国:“建立城乡统一建设用地市场的法律思考”,载《中国法律》2013年第6期;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;张鹏:“当前农村集体经营性建设用地制度改革若干构想”,载《苏州大学学报》2014年第3期。

② 韩松:“论农村经营性建设用地使用权”,载《江苏大学学报》2014年第3期;冯果、陈国进:“集体建设用地使用权之客体研究”,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2013年第11期;黄忠:“城市化与‘入城’集体土地的归属”,载《法学研究》2014年第4期。

③ 韩松:“论农民集体成员对集体土地资产的股份制权利”,载《法商研究》2014年第2期;程雪阳:“土地发展权与土地增值收益的分配”,载《法学研究》2014年第5期。

六、本书的创新之处

(一) 流转的客体部分

在借鉴国内学者已有的论述与参照地方实践的基础上,参照《土地利用现状分类》,界定集体经营性建设用地的外延。

(二) 流转的增值收益分配部分

在借鉴国内学者已有的论述与地方实践的基础上,论述如何构建兼顾国家、集体、集体成员的增值收益分配机制。

(三) 流转的服务体系部分

在借鉴国内学者的论述与地方实践的基础上,论述如何构建城乡统一的经营性建设用地使用权流转平台。