



卓越学术文库

集体建设用地 使用权物权法建构研究

——以“同地同权”为基础

JITI JIANSHE YONGDI SHIYONGQUAN WUQUANFA JIANGOU YANJIU

河南省高等学校哲学社会科学优秀著作资助项目

孟俊红 著

 郑州大学出版社



卓越学术文库 ■

集体建设用地 使用权物权法建构研究

——以“同地同权”为基础

JITI JIANSHE YONGDI SHIYONGQUAN WUQUANFA JIANGOU YANJIU

河南省高等学校哲学社会科学优秀著作资助项目

孟俊红 著



郑州大学出版社

郑 州

图书在版编目(CIP)数据

集体建设用地使用权物权法建构研究:以“同地同权”
为基础/孟俊红著. —郑州:郑州大学出版社,2016.9
(卓越学术文库)
ISBN 978-7-5645-3481-3

I. ①集… II. ①孟… III. ①农业用地-土地使用权-
物权法-研究-中国 IV. ①D922.324

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 227056 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人:张功员

全国新华书店经销

新乡市豫北印务有限公司印制

开本:710 mm×1 010 mm 1/16

印张:15.75

字数:300 千字

版次:2016 年 9 月第 1 版

邮政编码:450052

发行电话:0371-66966070

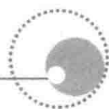
印次:2016 年 9 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978-7-5645-3481-3

定价:39.00 元

本书如有印装质量问题,请向本社调换

序 言



集体建设用地问题研究是一个具有重大理论研究意义的课题,更是一个具有重大现实意义的课题。集体建设用地制度是我国特殊国情所致,鲜有外来制度可供借鉴,研究这一课题自然具有重大的理论意义。城乡一体化要求建立包括土地在内的统一市场机制,这对集体建设用地的自由流转提出了明确的要求,而 2007 年通过的《物权法》规定了国有建设用地使用权,将集体建设用地使用权交由《土地管理法》处理的做法,回避了问题,明显滞后于形势的发展和要求。党的十八届三中全会提出允许农村集体经营性建设用地入市,并由此开启新一轮集体建设用地市场化改革。许多法学研究者投入到这一主题的研究中,为农村土地改革献计献策。

本书作者为我的博士生,2009 年入学时即在我的指引下选择了农村土地研究方向,经过几年沉淀,在博士学位论文基础上修改形成本书,也加入到这一研究队伍中。农村土地问题不单纯是民法问题,而且涉及政治、经济、文化等多方面的问题,研究的难度很大。他勇敢面对挑战,刻苦钻研,形成了以“同地同权”为切入点研究集体建设用地物权法建构的博士论文,通过了答辩。毕业后,作者一直没忘记博士论文中的缺憾,仍然在不懈努力,不断补充和完善,最终形成了今天的书稿。作为他的导师,在此为他的努力点个赞。

整体上,该书以集体建设用地使用权物权法建构之意义为切入点,以可流转集体建设用地使用权之创设为主线,从现行法律规定到地方立法探索,从可流转集体建设用地使用权之设立到非出让方式设立的集体建设用地使用权之转轨改造,从集体建设用地使用权物权法建构之制度前提到配套制度的完善,分析存在的问题,提出制度设计建议。

学术研究旨在谨慎求证,期望获得真理。集体建设用地使用权的物权

法建构非常复杂,还有许多问题需要研究。该书只是作者集体建设用地制度研究的一个新起点。作为作者的老师,我殷切希望作者不断探索,在学术研究的道路上越走越远。

高富平(华东政法大学财产法研究院院长,博士生导师)

2016年5月16日

前 言



土地使用权是我国土地生产要素实现市场配置的物权法途径。土地资源市场配置的基本要求是土地要素的可流动性,土地使用权的物权法建构就是要区分公益性与非公益性土地,允许在非公益性用途的土地上设立可流转的土地使用权。在社会主义市场经济形成过程中,从《民法通则》到《物权法》,国有建设用地使用权完成了物权法建构,在符合土地规划和土地用途管制的前提下,针对非公益性建设用地可设立去身份、有偿、有期限的建设用地使用权。集体建设用地使用权也应当完成物权法建构,然《物权法》止步于《土地管理法》的规定,并没有取得实质性突破。

城乡一体化进程迫切需要集体建设用地使用权完成物权法建构,在非公益性用途的集体土地上设立可流转的集体建设用地使用权,实现非出让方式设立的集体非公益性建设用地使用权之转轨改造。随着城市化和工业化进程的加快,城乡一体化成为不可避免的发展趋势。需要从土地上解放出来的农民的数量和我国目前所能提供的就业岗位之间的矛盾、经济发展的不均衡、家庭稳定、子女教育等因素决定了我国城乡一体化必须走适合我国国情的农村城市化道路,其关键在于将农民从土地上解放出来,并解决其就业问题。我国目前的综合国力还很有限,政府不可能完全解决农民的就业问题,这就意味着农村城市化很大程度上必须依靠农村自主城市化。如何盘活农民手中的土地资产,为农村自主城市化提供土地生产要素和资金支持,是农村自主城市化必须解决的重要问题。中共中央十七届三中全会提出的集体建设用地与国有建设用地“同地同权”,中共中央十八届三中全会提出的集体经营性建设用地使用权入市流转,反映了农村自主城市化的必然要求,为集体建设用地制度改革指明了方向。

法律禁止集体土地所有权设立可流转的建设用地使用权,但是中央政策、地方立法、试点地区实践对可流转的集体建设用地使用权一直在进行探索,集体建设用地隐形入市对创设可流转的集体建设用地使用权制度也有一定的借鉴意义。中央政策宏观上提出了解决非农建设用地入市问题,谨

慎地提出了创设可流转集体建设用地使用权问题,为集体建设用地使用权改革指明了方向;区分公益性与经营性建设用地,改革征收制度、限缩征收范围,强化登记制度等,有助于为集体建设用地使用权之物权化做好准备。地方立法和试点地区实践对集体建设用地使用权之设立主体、可用于设立可流转的集体建设用地使用权的集体土地、可使用集体建设用地之事项、决策程序等做了有益的探索。中央政策、地方立法、试点地区实践关于可流转集体建设用地使用权创设的实践探索取得了一定的进展,但并未取得实质性突破。目前的实践探索一直在着力推进集体建设用地使用权之流转,但既未设计出符合农村实际的可流转集体建设用地使用权之创设路径,也没有完成非出让方式设立的集体经营性建设用地使用权之转轨改造。

完成集体建设用地使用权之物权法建构,必须选择合适的参照系和标准。在我国目前的土地权利体系中,集体建设用地使用权物权法建构只能以国有建设用地使用权为参照系,建构的基本要求和标准是“同地同权”。基于“同地同权”,集体土地所有权、国有土地所有权均可以设立性质相同的建设用地使用权。正确理解“同地同权”必须正确理解“同地”“同权”。所谓同地,是指按照市场化运作,符合非身份性、有偿性、有期限性等市场化要求的建设用地。所谓同权,是指相同用途的土地,赋予相同的法律地位,可以设定相同性质的权利,实现相同的功能(具有相同的权能),接受同样的限制,适用同样的法律保护。

反思我国关于集体建设用地使用权之现行法律规定和探索实践,集体建设用地使用权与国有建设用地使用权存在着严重的“同地不同权”。在集体建设用地使用权的设立主体方面,对集体土地所有权人存在严重的身份歧视;在集体建设用地使用权人方面,集体建设用地使用权人受到严格的限制;在权能方面,集体建设用地使用权主要是满足占有、使用、收益权能,处分、投资、融资权能受到严格限制。“同地不同权”的制度根源既在于集体土地所有权是集体所有制在民法上的反映,也在于不合理的城乡二元结构,还在于我国经济体制改革的稳步推进和农村改革的复杂性。这就使得我国的集体建设用地使用权物权法建构面临着如下法律障碍:集体土地所有权私法旨趣之缺失,现行集体建设用地制度所建立的农民与土地的直接身份联系;不合理的土地征收制度。

完善集体建设用地使用权物权法建构,首先必须对集体土地所有权进行物权化改造,使其成为符合物权法要求的、可以对抗一切非法侵害(包括对抗政府的非公共利益征收)的私权利。在此基础之上,区分可流转集体建设用地使用权之设立与非出让方式设立的集体建设用地使用权之转轨改造分类规范、稳步推进。同时还要完善土地规划和土地用途管制、财政转移支

付、社会保障等配套制度。

集体土地所有权物权化改造是设立可流转的集体建设用地使用权的制度前提。这既需要从主体、客体角度按照私法之要求对集体土地所有权进行物权化改造,又需要改革不合理的土地征收制度、限缩土地征收范围,落实农民的土地自主开发权。前者属于私权扩张之路径,后者属于公权限制之路径,二者相辅相成。完善集体土地所有权之主体制度,应当以《物权法》之规定为依据正确定位集体组织、辅之以公司法股权限制理论完善集体组织,落实集体组织之决策机制与监督机制。完善集体土地所有权客体制度,应当对集体土地所有权及集体建设用地使用权确权登记、划定边界,并用登记手段对集体建设用地使用权的转让、投资、融资等进行监管。不合理的土地征收制度是创设可流转集体建设用地使用权之巨大障碍。改革土地征收制度,关键在于合理界定公共利益、限缩土地征收范围。此外,土地征收补偿形式也要进行创新。

设立可流转的集体建设用地使用权,必须在正确界定集体组织公共利益的基础上,从土地用途出发,对集体建设用地使用权分类规范,分别采用不同的设立方式。纯粹的村集体的公益事业用地,仍然应当采用拨用方式设立集体建设用地使用权。乡镇企业建设用地,不应当采用拨用方式,而是应当采用出让方式设立集体建设用地使用权,同时可以通过减免出让金的方式达到招商引资的目的。宅基地要逐渐实现由分配方式向出让方式的转变。设立可流转的集体建设用地使用权,还必须从主体、客体、内容等实体要件和决策、审批、登记等程序要件加以规范。

非出让方式设立的集体建设用地使用权之构成非常复杂,其转轨改造也要分类规范、稳步推进。公益性建设用地使用权不适合采用转轨方式流转。非出让方式设立的集体经营性建设用地使用权必须完成有偿、有期限、去身份的转轨改造。宅基地使用权属于非公益性建设用地使用权的范畴,其能否转轨流转和如何转轨流转,应当区分存量与增量、自用与流转、一户多宅等不同情况分别处理。隐形入市的集体建设用地使用权问题更为复杂,应当区分违法的原因做不同处理。当务之急是对违法建设用地摸底、登记,以便为将来处理提供依据。

集体建设用地使用权物权法建构过程中,必须正确处理土地增值利益的分配问题。产权关系和投资收益是分配土地增值利益的基本依据。基于产权关系,集体土地所有权人可以基于所有权、集体建设用地使用权人可以基于用益物权参与土地增值利益分配。基于投资关系,集体土地所有权人、集体建设用地使用权人、地方政府可以参与土地增值利益分配。

以“同地同权”为基础完成集体建设用地使用权物权法建构还需要土地

规划与用途管制、财政转移支付、社会保障等配套制度的完善。

土地规划和土地用途管制有助于防止耕地流失。《城乡规划法》已经将土地规划延伸到农村,目前需要做的是涤除《城乡规划法》中仍然残留的二元痕迹。更重要的是将在城市实施的土地规划和土地用途管制延伸到农村,并严格落实,实现城乡一体的土地规划与土地用途管制。

土地规划和土地用途管制造成了部分农业用地不能转变为建设用地、因为农业用地与建设用地的巨额利差而受损,从而造成巨大的不公平。解决这一问题需要财政转移支付制度的完善。财政转移支付制度有利于缓和区际不公平,有助于减缓地方政府和农民的土地利益冲动,防止耕地流失。

现行的农村集体土地制度承担着对农民的社会保障功能,并因而建立起农民与土地的直接身份联系。因此,切断农民同土地的身份联系,还依赖于农村社会保障体系的健全与完善。完善农村社会保障体系,应本着农民自愿原则,通过创新社会保障形式、完善保障成本分担机制等措施逐步实现。



导言	1
一、研究背景	2
二、国内外研究现状	6
三、基本概念界定	14
四、研究框架	18
五、研究方法	20
第一章 集体建设用地使用权物权法建构之意义	23
第一节 集体建设用地使用权物权法建构之必要性	23
一、物权法路径是土地资源市场配置的理想路径	23
二、我国土地资源市场配置的物权法路径:土地使用权	27
三、我国集体建设用地使用权物权法建构的必要性	29
第二节 集体建设用地使用权物权法建构之可行性	30
一、集体建设用地使用权的社会保障功能逐渐弱化	31
二、城乡一体化为集体建设用地使用权的物权法建构提供了现实基础	34
第三节 集体建设用地使用权物权法建构之迫切性	36
一、农村自主城市化是适合我国国情的城乡一体化道路	37
二、农村自主城市化对集体建设用地使用权物权法建构提出了迫切要求	40
第二章 集体建设用地使用权之现行法律规定与历史流变	44
第一节 集体建设用地使用权之现行法律规定	44

一、《物权法》关于集体建设用地使用权之规定	44
二、《土地管理法》关于集体建设用地使用权之规定	45
三、《担保法》关于集体建设用地使用权之规定	46
四、对集体建设用地使用权现行法律规定的评析	46
第二节 集体建设用地使用权之历史流变	47
一、新中国成立至社会主义改造完成	47
二、社会主义改造完成至改革开放初期	48
三、改革开放至现在	49
第三章 集体建设用地使用权物权法建构之探索	54
第一节 中央政策对可流转集体建设用地使用权的探索	54
一、关于集体建设用地使用权的中央政策概述	55
二、相关中央政策关于集体建设用地流转取得的进展	60
三、相关中央政策存在的局限性	62
第二节 地方立法对可流转集体建设用地使用权的探索	63
一、地方立法关于可流转集体建设用地使用权的规定概述	63
二、地方立法关于集体建设用地流转取得的进展	67
三、地方立法存在的局限性	70
第三节 试点地区实践对可流转集体建设用地使用权的探索	72
一、试点地区集体建设用地使用权探索概述	72
二、试点地区实践取得的突破及局限性	76
第四节 隐形入市中集体建设用地使用权之创设	81
一、集体建设用地隐形入市概况	81
二、集体建设用地隐形入市中集体建设用地使用权之创设	84
三、隐形入市中创设集体建设用地使用权存在之问题	86
第四章 集体建设用地使用权物权法建构之反思	89
第一节 集体建设用地使用权物权法建构之参照系：国有建设用地使用权	89
一、集体建设用地使用权物权法建构参照系之选择	90
二、国有建设用地使用权物权法建构之基本思路	90
第二节 集体建设用地使用权物权法建构之基本要求：同地同权	96
一、“同地同权”是物权平等原则的必然要求	96
二、对“同地同权”的不同理解	97
三、对“同地同权”理解偏差的辨析	100

四、“同地同权”内涵界定	102
第三节 集体建设用地使用权与国有建设用地使用权之“同地不同权”	106
一、集体建设用地使用权设立人私法身份的歧视	106
二、集体建设用地使用权人存在严格的身份限制	107
三、集体建设用地使用权权能受到身份的影响	108
第四节 集体建设用地使用权“同地不同权”之制度根源	109
一、根源一：集体所有制	110
二、根源二：城乡二元结构	112
三、根源三：渐变式的改革开放模式	113
第五节 集体建设用地使用权物权法建构之法律障碍	114
一、集体土地所有权私法旨趣之缺失	114
二、不合理的土地征收制度	119
第六节 集体建设用地使用权物权法建构构想	124
一、集体土地所有权的物权化改造	124
二、集体建设用地制度改革分类规范、稳步推进	125
三、完善配套制度	126
第五章 集体建设用地使用权物权法建构之制度前提	128
第一节 私权扩张：集体土地所有权物权化改造	128
一、集体土地所有权的命运与物权化改造	129
二、村集体组织的明确与实化：集体土地所有权主体之完善	135
三、集体土地的确定与登记：集体土地所有权客体的确定	144
四、设立可流转的集体建设用地使用权：集体土地所有权属性之回归	145
五、权利的保护与救济	147
第二节 公权限制：集体土地所有权物权化改造	148
一、公共利益的界定	148
二、土地征收补偿制度的创新	152
第六章 集体建设用地使用权物权法建构之内容设计	157
第一节 集体建设用地使用权之设立	158
一、设立方式	158
二、设立之实体要件	163
三、设立之程序要件	171

四、可流转集体建设用地使用权设立案例之分析	175
第二节 非出让方式设立的集体建设用地使用权之转轨改造	179
一、国有建设用地使用权转轨改造之借鉴意义	180
二、非出让方式设立的集体建设用地使用权构成的复杂性 ...	181
三、集体公益性建设用地使用权不适合转轨改造	181
四、非出让方式设立的集体经营性建设用地使用权之转轨改造	182
五、宅基地使用权转轨改造问题	185
六、隐形入市的集体建设用地使用权权利瑕疵补正问题	189
第三节 土地增值利益的分配	192
一、利益主体	192
二、目前利益分配存在的问题	195
三、解决方案	197
第七章 集体建设用地使用权物权法建构之配套制度	201
第一节 实施城乡一体的土地规划与土地用途管制	201
一、由城乡二元土地规划到《城乡规划法》	202
二、目前城乡规划与土地用途管制存在的问题	203
三、严格土地规划和土地用途管制	205
第二节 完善财政转移支付制度	208
一、我国关于土地保护方面财政转移支付的实践	209
二、现行财政转移支付制度存在的问题	210
三、完善财政转移支付制度的若干建议	210
第三节 完善社会保障体系	212
一、土地对我国农民的社会保障价值	212
二、我国农民的社会保障现状	214
三、健全与完善农民的社会保障机制	215
结论	219
参考资料	222
后记	236

导言

假如我是一只鸟，
我也应该用嘶哑的喉咙歌唱：
这被暴风雨所打击的土地，
这永远汹涌着我们的悲愤的河流，
这无止息地吹刮着的激怒的风，
和那来自林间的无比温柔的黎明……
——然后我死了，
连羽毛也腐烂在土地里面。
为什么我的眼里常含泪水？
因为我对这土地爱得深沉……

——艾青

土地是农民的基本生存资料，是农民直接的衣食来源，农民把土地看作生存的命根子^①。土地制度与农民权益相关、与农民负担相关、与农村社会保障制度相关、与农村公共服务相关、与社会公平公正相关、与贫困相关^②。因此，在所有的农村问题中，土地问题最复杂，也是最根本的问题。

基于用途管制，土地有建设用地与农业用地之区分；基于国家所有制与集体所有制之区别，我国土地又有国有土地与集体土地之区分。因此，如果不考虑未利用土地，我国土地可以分为国有建设用地、集体建设用地、国有

① 韩松著：《集体所有制、集体所有权及其实现的企业形式》（修订版），法律出版社2009年版，第102页。

② 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，第30页。

农业用地、集体农业用地。国有建设用地与集体建设用地本应在平等意义上受到平等对待,但是城乡二元结构导致集体建设用地在一定意义上承担了社会保障功能,具有社会福利性质,从而与国家建设用地隔离运行。市场经济条件下,作为国有土地进入市场的媒介,国有建设用地使用权已经完成了市场化进程。但是对民生的关注、对社会稳定的诸多顾虑,政府对土地用途管制产生的建设用地与农业用地级差地租利益的追求,导致集体建设用地仍然被作为国家建设用地的“蓄水池”,流通功能十分有限。

土地资源的市场配置离不开民事法律对土地权利的规范。作为规范物权的专门法律,《物权法》对建设用地使用权做了具体规定,第十二章第一百三十五条至第一百五十一条具体规定了国有建设用地使用权;第一百五十一条将集体建设用地使用权交由《土地管理法》处理;第十三章虽然规定了宅基地使用权,相比较于《土地管理法》并无实质性突破。同是在土地上建造建筑物、构筑物对土地进行利用的权利,《物权法》完成了国有建设用地使用权之物权法建构,却没有完成集体建设用地使用权之物权法建构。^①

集体建设用地流转是集体建设用地制度改革之重要内容。目前的研究多从集体建设用地流转角度探讨集体建设用地使用权存在的诸多问题,从流转促进城乡一体化、解决建设用地指标等角度研究集体建设用地流转,却很少有人从权利源角度研究集体建设用地使用权制度,即如何创设可流转的集体建设用地使用权,如何实现非出让方式设立的集体非公益性建设用地使用权之转轨改造、使其变成可流转的集体建设用地使用权。笔者认为,集体建设用地制度问题的核心在于:集体建设用地使用权与国有建设用地使用权“同地不同权”,国有建设用地使用权已经完成了物权法建构,为国有建设用地的市场配置提供了物权法路径,而集体建设用地使用权尚没有完成物权法建构,缺乏市场配置的物权法安排。因此,以“同地同权”为基础研究集体建设用地使用权之物权法建构就显得十分必要。

一、研究背景

(一)城乡一体化背景

新中国成立以来,我国与许多发展中国家一样,选择了赶超型工业化发展战略,这种通过追赶来加快实行工业化的发展战略,必然要让农业做出牺

^① 当然,立法者可能考虑到我国土地制度改革正在深化,各地差异较大,土地行政主管部门正在进行土地制度改革试点和研究,尚待总结实践经验,集体建设用地使用权物权法建构之时机还不成熟,委任《土地管理法》解决比较灵活,但集体建设用地使用权物权法建构之未完成,应是不争之事实。



牲。我国采取户籍、土地、教育等诸种制度将农民固定在土地上,使农村为我国的工业提供原材料、劳动力等,形成了现行的城乡二元结构。我国的“城市化进程不是靠城市自身发展,也不是靠乡村城市化,而是靠剥夺农民、牺牲农业发展加速工业化、推进城市化,从而导致了城市布局的不合理和城市人口分布的不均衡”。^① 鉴于“三农”问题的严重性,中共中央于2003年初的农村工作会议上首次提出要把解决好“三农”问题作为全党工作的重中之重;之后,党中央、国务院在每年的1号文件^②中都强调新农村建设,制定了解决“三农”问题、实现农村社会经济发展的重要措施。在这些中央1号文件中,解决“三农”问题的核心思想是“城乡一体化”。例如,《中共中央 国务院关于推进社会主义新农村建设的若干意见》(中发[2006]1号)指出:“要加快建立有利于逐步改变城乡二元结构的体制,实行城乡劳动者平等就业的制度,建立健全与经济发展水平相适应的多种形式的农村社会保障制度。充分发挥市场配置资源的基础性作用,推进征地、户籍等制度改革,逐步形成城乡统一的要素市场,增强农村经济发展活力。”从民法学意义考虑,城乡一体化的核心在于改革土地制度,在于平等对待集体土地与国有土地(即“同地同权”)。这也就意味着,在符合土地规划和土地用途管制的前提下,集体土地上也可以设立可流转的建设用地使用权。

(二) 土地流转背景

城乡二元格局下,集体土地承担了国有建设用地“蓄水池”的功能,因而造成了集体建设用地与国有建设用地的不平等。虽然法律明文禁止集体建

① 高佩义著:《中外城市化比较研究》,南开大学出版社1991年版,第84页。

② 2004年,《中共中央 国务院关于促进农民增收若干政策的意见》;2005年,《中共中央 国务院关于进一步加强农村工作 提高农业综合生产能力若干政策的意见》;2006年,《中共中央 国务院关于推进社会主义新农村建设的若干意见》;2007年,《中共中央 国务院关于积极发展现代农业 扎实推进社会主义新农村建设的若干意见》;2008年,《中共中央 国务院关于切实加强农业基础建设 进一步促进农业发展农民增收的若干意见》;2009年,《中共中央 国务院关于促进农业稳定发展农民持续增收的若干意见》;2010年,《中共中央 国务院关于加大统筹城乡发展力度 进一步夯实农业农村发展基础的若干意见》;2011年,《中共中央 国务院关于加快水利改革发展的决定》;2012年,《中共中央 国务院关于加快推进农业科技创新 持续增强农产品供给保障能力的若干意见》;2013年,《中共中央 国务院关于加快发展现代农业 进一步增强农村发展活力的若干意见》;2014年,《中共中央 国务院关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》;2015年,《中共中央 国务院关于加大改革创新力度 加快农业现代化建设的若干意见》;2016年,《中共中央 国务院关于落实发展新理念加快农业现代化 实现全面小康目标的若干意见》。

设用地的市场化流转,但集体建设用地一直在合法或不合法地流转:“被学者推崇为第三次土地革命的土地流转,在农民看来就像是吃饭、穿衣一样……只是农民不知道‘流转’这个洋名字”^①而已。认识到集体建设用地与国有建设用地不平等问题严重性,认识到土地隐形入市的危害,经国家有关部门批准,我国开始了集体建设用地流转的试点改革。20世纪90年代中期以后,逐渐进入集体建设用地规范化流转的探索时期,形成了集体建设用地流转的“南海模式”“苏州模式”以及“芜湖模式”。进入21世纪后,又出现了“嘉兴模式”“成都模式”“天津模式”等。集体建设用地流转的各地探索实践,无不与可流转集体建设用地使用权之探索有关。从民法学意义考虑,集体建设用地使用权可流转化的实质是集体建设用地使用权之物权化(他物权),使目前尚不可流转的集体非公益性建设用地使用权(包括集体经营性建设用地使用权和宅基地使用权)变为可流转的集体建设用地使用权。

(三)立法探索背景

试点地区集体建设用地流转的探索必须有相应的规范,因此各地从地方立法层面开始积极探索流转规范。2001年9月11日,湖州市政府通过了《湖州市区农村集体建设用地使用管理试行办法》;2001年12月25日,山东临沂市人民政府印发《临沂市集体建设用地使用权流转管理暂行办法》等三个规范性文件……2002年12月23日,安徽省通过了《安徽省集体建设用地有偿使用和使用权流转试行办法》;广东省认真总结试点地区的经验,制定了有关的政策措施,于2003年6月24日发布《关于试行农村集体建设用地使用权流转的通知》,并于2005年6月23日正式颁布了《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》。地方层面的立法或保守,或激进,甚至对集体建设用地流转和中央的政策导向存在着各种各样的误解。国土资源部某负责人曾指出:“‘农村集体用地’和‘农村集体建设用地’虽仅两字之差,但内涵相差甚远。‘农村集体用地’除包括农村集体建设用地外,还包括农村集体所有的农用地和未利用地。”^②尽管存在理解的偏差,尽管反映试点地区探索实践成果的地方立法旨在促进流转、加强对集体建设用地流转的管理,但从法学意义分析,地方立法的探索必然涉及可流转集体建设用地使用权之创设问题。

① 李昌金:《我看取消农业税政策——兼与李昌平先生商榷》,载华中科技大学中国乡村治理研究中心编《三农中国》(总第7辑),湖北长江出版集团、湖北人民出版社2006年版,第113页。

② 郭媛丹:《农地入市调控房价 媒体误读》,载《法制晚报》2009年11月25日第A02版。