

 郑州大学嵩阳法学文库



非公共利益利用 集体土地机制研究



申惠文 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

本书是中国法学会部级法学研究课题《非公共利益利用集体土地机制研究》

(编号为：CLS (2011) 22) 的研究成果。

非公共利益利用 集体土地机制研究

申惠文 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

非公共利益利用集体土地机制研究 / 申惠文著. —
北京: 法律出版社, 2015. 9
(郑州大学嵩阳法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8417 - 6

I. ①非… II. ①申… III. ①农村—集体所有制—土
地制度—研究—中国 IV. ①F321.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第209756号



非公共利益利用集体土地机制研究 | 申惠文 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015年10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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 9.875 字数 238千

印次 2015年10月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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 978-7-5118-8417-6

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引言 001

第一章 非公共利益利用集体土地机制的正当性 014

第一节 非公共利益利用集体土地机制的理论依据 014

一、土地发展权理论 015

二、社会转型理论 020

三、制度变迁理论 031

第二节 非公共利益利用集体土地机制的立法依据 037

一、宪法依据 038

二、物权法依据 043

三、新重农主义政策 048

第二章 非公共利益利用集体土地机制的制度障碍 054

第一节 集体土地所有权的主体虚位 054

一、集体土地所有权主体的沿革 055

二、集体土地所有权主体的规范 060

三、集体土地所有权主体的定位 066

第二节 集体建设用地取得的非市场化 070

一、宅基地使用权取得的非市场化 070

二、乡镇企业建设用地取得的非市场化 080

第三节 集体土地物权登记的不完善	085
一、集体土地物权登记的现状	085
二、集体土地物权登记的完善	088
第三章 集体经营性建设用地的出让机制	094
第一节 集体经营性建设用地出让的政策考察	095
一、集体土地征收中的公共利益	095
二、非公共利益利用集体土地的现状	106
三、集体经营性建设用地出让政策的形成	110
第二节 集体经营性建设用地出让的个案实践	114
一、四川试点	114
二、广东试点	117
三、湖北试点	120
第三节 集体经营性建设用地出让的法律构建	122
一、集体经营性建设用地出让的立法	122
二、集体经营性建设用地出让的程序	128
三、集体经营性建设用地出让的内容	133
四、集体经营性建设用地出让的限制	138
第四章 集体经营性建设用地的出租机制	147
第一节 集体经营性建设用地出租的基本理论	147
一、集体经营性建设用地出租与出让的区分	148
二、集体经营性建设用地出租的地方立法	151
第二节 集体土地年租金模式	154
一、宜兴市的集体土地年租金模式	155
二、镇江市的集体土地年租金模式	156

第三节 集体土地建设租赁房模式 157

一、北京集体土地建设租赁房 158

二、上海集体土地建设租赁房 159

三、广州集体土地建设租赁房 160

第五章 集体经营性建设用地的入股机制 163

第一节 集体经营性建设用地入股的含义 163

一、土地承包经营权入股的不同解读 164

二、集体经营性建设用地入股的科学界定 166

第二节 入股公司 169

一、土地承包经营权入股公司 169

二、集体经营性建设用地入股公司 170

第三节 入股信托机构 174

一、土地承包经营权信托 175

二、集体经营性建设用地信托 179

第六章 宅基地使用权的利用机制 182

第一节 农村宅基地买卖的效力 183

一、农村宅基地买卖的历史沿革 183

二、农村宅基地买卖的法律规范 186

三、农村宅基地买卖的制度反思 188

四、农村宅基地买卖的司法政策 190

第二节 “以宅基地换房”模式 196

一、天津“宅基地换房”模式 197

二、无锡“宅基地换房”模式 200

三、北京“宅基地换房”模式 202

第三节 “宅基地和承包地同步改革”模式 204

一、成都的“双放弃”模式 205

二、嘉兴的“两分两换”模式 208

第四节 “地票交易”模式 212

一、重庆“地票交易”模式 213

二、成都“地票交易”模式 219

第七章 土地承包经营权的利用机制 225

第一节 农地三权分离改革的逻辑悖论 225

一、土地权利与土地产权 226

二、土地所有权与土地经营权 229

三、土地承包权与土地经营权 231

第二节 农地三权分离改革的原因分析 233

一、农地流转的实践需求 233

二、权能分离的理论误导 234

三、制度创新的路径依赖 237

第三节 农地三权分离改革的制度构建 240

一、集体成员的成员权 240

二、新型农业经营主体的组织形态 243

三、新型农业经营主体的土地经营权 247

第四节 农村土地经营权的未来发展 249

一、农村土地经营权的性质 249

二、农村土地经营权的流转 252

三、农村土地经营权的立法 255

第八章 非公共利益利用集体土地的配套机制 259

第一节 健全城乡发展一体化机制 259

一、城乡二元户籍制度的取消 260

二、城乡一体的社会保障制度 267

第二节 健全集体土地规划机制 271

一、集体土地的利用规划 272

二、违反集体土地规划的效力 277

第三节 健全集体经济组织决策机制 281

一、集体经济组织的民主决策 281

二、违反集体民主决策程序的效力 285

结论 289

参考文献 301

引言

一、问题的提出

土地是人类生存和发展的基础,是具有战略意义的社会财富。土地改革牵动着国家经济发展的命脉,影响着社会生活的方方面面。土地问题不仅是私法问题,更是公法问题。土地问题不仅是法律问题,更是政治问题。我国社会目前最大的特征是城乡二元结构,而城乡二元结构最主要的制度原因是土地所有权的二元结构。集体土地所有权具有浓郁国情特色,是现行法律体系中一个无法绕开的概念。建立科学的非公共利益利用集体土地机制,是全面深化改革中的重大问题。

(一)非公共利益征收普遍存在

土地征收是指国家为了公共利益,依据法定程序,强制取得他人土地所有权并给予合理补偿的行政行为。我国《宪法》第10条第3款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”《土地管理法》第2条第4款规

定：“国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并予以补偿。”《物权法》第42条第1款规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”从法律规范层面，政府征收集体土地，必须是为了满足公共利益的需要。然而，从法律实践层面，政府非公共利益征收普遍存在。政府为了达到不违法的效果，把土地征收中的公共利益无限扩大化，以至于演变成经济发展就是公共利益。

根据16省(区、市)上报的材料,2000~2001年,征地项目不仅包括交通、能源、水利等基础设施项目(占52%)和经济适用住房、市政公用设施等城市公益性项目(占12%),还包括工商业、房地产等城市经营性项目(占22%)和道路、学校、企业等及乡镇村建设用地项目(占13%)。^[1]公开资料显示,截至2007年年底,全国80%的农用地被征用后,用做房地产开发、高速公路修建等建设用地。^[2]这意味着,仅有20%的农用地被征收,是为了满足公共利益的需要。随着城镇化建设的加快和市场经济的发展,因征收集体土地引发的纠纷逐年增加,严重影响着社会的稳定。不合法不合理的征地拆迁,是目前老百姓上访的最重要原因。^[3]根据国家信访局2011年统计,群众性上访事件60%与土地有关,其中征地拆迁纠纷又占土地纠纷的84.7%,每年因征地拆迁引发的纠纷400万件左右。^[4]

制度设计不合理,欠缺非公共利益利用集体土地机制,是造成上述现象的重要原因。我国《土地管理法》第43条第1款规定:“任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地;但是,

[1] 国土资源部征地制度改革研究课题:《征地制度改革研究报告》,载中国国土资源网,访问日期:2009年9月7日。

[2] 张贵峰:《缩小政府征地范围,公共利益需厘清》,载《西安晚报》2008年10月17日版。

[3] 《征地拆迁成上访事件中最大类型,公共利益难界定》,载《法制日报》2010年8月19日版。

[4] 《集体土地征收条例第一问:征收什么?》,载《东方早报》2012年2月22日版。

兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的,或者乡(镇)村公共设施 and 公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”根据该条款的规定,除了一些特殊情况,任何单位和个人进行建设,不管是因公共利益,还是非公共利益,必须使用国有土地,城市经营性土地由政府垄断供应。而根据《土地管理法》第2条规定,集体土地征收必须是为了公共利益,这就造成了法律适用的两难。如果不严格限定集体土地征收的公共利益范围,则会引起土地征收权的滥用,农民的土地权益得不到保障。如果严格界定公共利益的范围,则存量的建设用地无法满足一般企事业单位的需要。围绕着如何解决集体土地征收中存在的问题,学者们大都关注如何科学确定公共利益的内涵、公共利益的认定程序和主体等。然而,界定清楚这些问题,只能解决因公共利益征收集体土地问题,并不能解决非公共利益建设用地的需求问题。市场经济不仅需要公共利益建设用地制度,而且还需要非公共利益建设用地制度。

(二)集体土地增值收益分配不合理

我国现行的土地征收补偿安置计算办法是产值倍数法,补偿标准的计算是基于农业用途的土地收益。根据《土地管理法》第47条的规定,政府对土地补偿费和安置补助费的补偿的总额是土地被征收前3年平均年产值的10倍到30倍之间。假设每亩农地平均年产值为2000元,补偿费最多也才只有6万元。这是计划经济时代的产物,是城乡分离格局的现象。这种产值计算法把农民还严格界定为一种身份,让失去地的农民还维持农民的身份。政府非公共利益征地行为,抑制农民集体土地财产性收入增长,已经成为农民贫困化的新根源。

1995年全国每公顷土地出让金纯收益为66.1万元,其中政府获得47.2万元,集体和农民获得18.9万元,政府与集体和农民的土地增值

收益分配比为 2.5:1。到了 2005 年,这个比例扩大到了 9.7:1。^[1] 有关部门调查表明,如果以成本价(征地价加各级政府收取的各类税费)为 100%,农民只得到 5%~10%,农村集体经济组织得 25%~30%,60%~70% 为政府以及各级部门所得。^[2] 2011 年征地补偿约为 103 元/平方米,而土地出让均价约为 943 元/平方米,这意味着农民在土地收益中所获得的比例不到 11%。^[3]

政府征收集体土地后,出让建设用地使用权,每亩可以得到十几万甚至几十万、上百万元利润。财政部数据显示,2012 年,地方政府获取 2.89 万亿的土地转让金收入,相当于地方财政的 47%。2013 年全国国有土地使用权出让收入高达 41250 亿元,相当于地方财政的 59.8%,这创出了土地市场有史以来的新高。^[4] 2003 年以来,“土地财政”逐渐成为地方政府收入的主要来源。从 2003 年到 2012 年,土地转让金与地方本级财政收入的比例平均为 50%,2010 年最高曾达到 72%。^[5] 2013 年全国土地出让金高达 4.125 万亿元,相当于地方财政的 59.8%。2014 土地出让金 4.26 万亿元,同比增加 3.2%。国土资源部数据显示,2014 年全国开展节约集约土地专项督查,清理出批而未供土地 1300 万亩和闲置土地 100 万亩。土地财政推动了地方政府投资冲动,影响整体的投资效率,导致地方政府债务扩张,带来金融风险。

(三)集体土地利用效率低

宅基地使用权闲置突出,违法交易数量不断增加。越来越多的农民通过进城务工、升学、个体经营等各种各样的方式,离开了农村。其

[1] 《专家称土地增值收益分配不合理,农民所得比例偏低》,载《第一财经日报》2012 年 11 月 30 日版。

[2] 《让土地成为农民财产性收入的主要来源》,载《经济参考报》2008 年 1 月 18 日版。

[3] 《2014 年或将出台农村集体土地征收补偿条例》,载《21 世纪经济报道》2013 年 11 月 26 日版。

[4] 《2013 年土地出让金收支均超 4 万亿》,载《第一财经日报》2014 年 1 月 24 日版。

[5] 《土地财政转型成败决定改革命运》,载《上海证券报》2013 年 5 月 23 日版。

中一部分已经在城市里安家落户,大量宅基地闲置。据有关资料表明,目前全国 2.4 亿亩村庄建设用地中,“空心村”内老宅基地闲置面积占 10% ~ 15%。^[1] 全国大约有 1200 万宅基地和农村房屋处于需要转让但不能转让的闲置状态。^[2] 绍兴市国土资源局 2008 年 6 月至 8 月,对全市 6 个县(市、区)106 个乡镇(街道)2019 个行政村宅基地利用情况进行调查,结果显示闲置宅基地数量大。2008 年绍兴市共有闲置住宅 57,346 宗、面积 7318 亩,废弃住宅 23,435 宗、面积 4993 亩,村内空闲地 9062 宗、面积 10,726 亩。另有在城里购房农户 36,766 户,保留农村宅基地 35,870 宗、面积 13,399 亩;在外长期打工农户 28,186 户,保留农村宅基地 18,879 宗、面积 3868 亩。全市闲置或空置宅基地面积占农村居民点总面积的比例达 4.6%。根据江苏省常州市国土部门统计,截止到 2014 年,该市共有宅基地 25.4 万亩,共计 67 万多宗,而其中,至少有 10 万多宗处于闲置空置状态。^[3]

根据中国土地勘测规划院地政研究中心有关专家的调查,近年来京郊大部分村镇的宅基地流转案例已占宅基地总数的 10%,有的甚至高达 40% 以上。^[4] 据湖北省国土厅调查,荆州市自 2003 年以来,农村宅基地出租、出让的户数占总户数的 29%。浙江义乌 1997 年到 2000 年,共发生了 3223 宗农村宅基地和房屋转让,其中 37% 左右卖给了外村村民,16% 左右卖给了城镇居民。^[5] 有学者对广西 3 个村调研发现,发现 86.1% 的受访农户表示近 5 年来村内没有转让宅基地的现象;仅有 15 户表示存在转让的现象,占 5%,其中 14 户农户回答均转让给

[1] 李莹:《我国耕地资源的增减大势》,载《中国国土资源报》1999 年 5 月 31 日版。

[2] 徐宗威:《物权法中关于农村宅基地使用权有条件转让的问题》,载《城乡建设》2006 年第 5 期。

[3] 《盘活 10 万宗闲置宅基地,常州探索获突破性进展》,载《常州日报》2014 年 12 月 30 日版。

[4] 姚丽:《北京市郊区宅基地流转问题研究》,载《中国土地》2007 年第 2 期。

[5] 肖华:《农宅入市,为谁松闸?》,载《半月选读》2007 年第 9 期。

本村村民。^[1] 面对城市房价的飙升,工资水平永远跟不上物价飞涨速度的普通市民只能望洋兴叹。各地商品房价格飞涨之后,价格低廉的小产权房大量出现。2007年深圳市国土局所做的住宅调查显示,深圳有“城中村”农民房或其他私人自建房超过35万栋,总建筑面积约1.2亿平方米,占全市住房总量的49%。^[2] 以北京为例,目前小产权房项目约占市场总量的18%,95%分布在京郊县区。^[3]

土地承包经营权粗放经营,规模化程度不高,不能适应农村现代化的要求。根据中国统计年鉴,2012年,我国农户总数达2.5亿,农民工数量2.63亿,平均每个农户就有1个农民工,农户的非农兼业行为成为常态。我国人均耕地不足1.4亩,户均耕地只有7.3亩左右。2013年6月底,全国流转面积已经达到3.1亿亩,占家庭承包耕地总面积的23.9%。其中转包土地占流转总面积的47.2%。出租土地面积占30.7%,股份合作面积占6.7%,转让面积占3.8%,互换面积占6.4%,其他形式流转的土地面积占5.2%。^[4] 另有数据显示,截止到2013年年底,土地流转面积占家庭承包经营总面积的比例超过26%,其中,流转入农户、合作社和农业企业的面积分别占61.8%、18.9%和9.7%。^[5] 土地经营权流转成为经济生活的新常态,需要立法适时作出相应的修改。

综上,我国现行法律只规定因公共利益可以征收集体土地,欠缺非因公共利益利用集体土地的机制。这一方面不能有效约束政府的征地行为,导致公共利益解释的无限扩大化,另一方面不能对失地农民提供充分的补偿,严重侵害了农民的土地权益。解决此问题的路径有两条:

[1] 孟勤国:《中国农村土地流转问题研究》,法律出版社2009年版,第121页。

[2] 陈小瑛:《深圳小产权房将拿全国首个准生证》,载《华夏时报》2009年5月31日版。

[3] 王小乔:《变革土地制度的时机已经成熟》,载《南方周末》2007年10月11日版。

[4] 万宝瑞:《当前我国农业发展的趋势和建议》,载《农业经济问题》2014年第4期。

[5] 孔祥智:《新型农业经营主体的地位和顶层设计》,载《改革》2014年第5期。

第一是把集体土地征收的范围扩大到非公共利益;第二是建立集体建设用地直接入市制度。相对而言,第二种方案更符合市场主体平等的要求,更有有利于平衡政府、农民和非公共利益用地需求方的利益,立法修改的成本也比较小。作为配套的改革措施,应当强化土地利用总体规划的权威性,严格限定公共利益征收的范围,建立中立的农地价格评估机构。

二、研究的意义

2011年4月,温家宝总理在山西农村考察时指出,土地是农民最大的社会保障,维护农民的基本权益最重要的就是维护土地权益。^[1]土地政治学、土地经济学、土地社会学、土地管理学和土地法学等不同学科,都积极关注农村土地改革问题。研究非公共利益利用集体土地机制,对于拓展土地法学的基本理论,推动相关立法的完善,具有重要的现实意义。

(一)理论价值

第一,有利于拓展民事主体理论。1986年《民法通则》规定的民事主体是公民(自然人)和法人,将农村承包经营户视为自然人的特殊形式。1999年《合同法》规定的民事主体是自然人、法人和非法人组织。2007年《物权法》规定的民事主体是国家、集体、私人和其他权利人。《民法通则》和《物权法》都规定了集体的民事主体地位,都规定了集体土地所有权。《乡镇企业法》、《农业法》、《土地管理法》、《农村土地承包法》等特别法,也都规定了集体土地所有权。集体是具有中国特色的制度设计,研究非公共利益利用集体土地机制,必然要进一步深入研究

[1] 解希民:《维护农民土地权益也是国家利益》,载《中国财经报》2012年2月11日版。

集体的民事主体。按照市场经济的内在要求,建立城乡统一的建设用地市场,有利于根本上解决集体土地征收问题,保障农民的土地权益,缩小城乡差异,实现社会的公平和正义。坚持在集体土地所有制的基础上,探索公有制实现的新路径,让农民分享改革的成果。

第二,有利于丰富土地私权利理论。权利是近现代法律的核心概念,是法律制度构建的基础。在法律世界中,权利分为财产权和人身权,财产权分为物权和债权,人身权分为人格权和身份权。我国是大陆法系国家,采纳了德国债权物权二元划分的财产权体系,强调法律概念的逻辑性和严谨性。土地权利包括土地债权和土地物权,前者受合同法调整,后者受物权法调整。虽然我国物权概念具有模糊性、相对性和僵固性,但仍维持了债权物权二元的财产权结构。^{〔1〕}集体经营性建设用地使用权、宅基地使用权和农地承包经营权是重要的用益物权。集体经营性建设用地入市、宅基地使用权流转和农地承包经营权流转,必须按照债权物权二元财产权体系进行构建。采取经济学产权的概念,将土地承包经营权分解为土地承包权和土地经营权,并不能解决制度构建中的诸多问题。此外,土地发展权作为一种新型的复合型权利,有助于更好地解释农民集体的权利地位。

第三,有利于发展土地公权力理论。我国治理的轨迹,是从一元治理到多元治理、从集权到分权、从人治到法治、从管制政府到服务政府、从党内民主到社会民主。^{〔2〕}从国家治理现代化的角度,从国家公权力妥当行使的角度,评判目前的集体土地制度改革,具有重要的意义。集体土地所有权属于私权利,但具有较强的公法属性。土地规划权、土地征收权、土地税收权、土地登记权、土地监管权等,是政府依法享有的公

〔1〕 申惠文:《中国物权概念的反思与批判》,载《河北法学》2014年第3期。

〔2〕 俞可平:《论国家治理现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第80页。

权力。这些公权力要依法行使,避免以公共利益为名征收集体土地,损害农民集体的权益,实现土地私权利与土地公权力的平衡。

(二)实践价值

第一,有利于准确解读中央农村集体土地改革的基本政策。2008年10月,中共十七届三中全会审议通过的《关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》提出,在土地利用规划确定的城镇建设用地范围外,经批准占用农村集体土地建设非公益性项目,允许农民依法通过多种方式参与开发经营并保障农民合法权益。2013年11月,中共十八届三中全会审议通过的《关于全面深化改革若干重大问题的决定》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。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》规定,加快推进征地制度改革,缩小征地范围,规范征地程序,完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制,保障农民公平分享土地增值收益。该文件还提出,在落实农村土地集体所有权的基础上,稳定农户承包权、放活土地经营权,允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资。2015年中央一号文件《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》指出,在确保土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、农民利益不受损的前提下,按照中央统一部署,审慎稳妥推进农村土地制度改革。

第二,有利于合理解释《宪法》和《物权法》等法律。2007年颁布的《物权法》是改革共识的法律表现,也是后继改革的法律基础。《物权法》规定了城乡统一建设用地市场的基本原则,诸多条款具有较大的弹性,预设了较大制度创新空间。集体土地征收制度改革需要分阶段、分层次、分区域、分方法进行,需要很长的转型期。因此,要以现行的法