

■ 宋志红 著



法学理念·实践·创新丛书

集体建设用地 使用权流转 法律制度研究

 中国人民大学出版社

法学理念·实践·创新丛书

集体建设用地使用权 流转法律制度研究

宋志红 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

集体建设用地使用权流转法律制度研究/宋志红著.

北京:中国人民大学出版社,2009

(法学理念·实践·创新丛书)

ISBN 978-7-300-11379-1

I. ①集…

II. ①宋…

III. ①农村-土地利用-土地管理法-研究-中国

IV. ①D922.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 198025 号

法学理念·实践·创新丛书

集体建设用地使用权流转法律制度研究

宋志红 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京山润国际印务有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2009 年 11 月第 1 版

印 张 17 插页 1

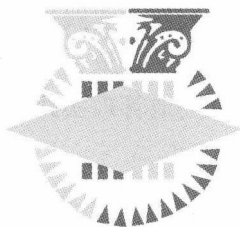
印 次 2009 年 11 月第 1 次印刷

字 数 249 000

定 价 35.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



集体建设用地使用权流转法律制度研究

序

我国的土地问题历来都是广受社会关注的重要问题。当前，农业、农村、农民问题关系党和国家事业发展全局，解决好“三农”问题是全党工作的重中之重，大力推进改革创新，加强农村制度建设是党和国家今后一个时期的重要工作。而在农村的各项制度中，土地制度无疑是基础，土地制度的创新能对农村经济的发展起到牵一发而动全身的作用，无论是解决“三农”问题还是化解城乡二元结构，都避不开这一话题。这也是近些年来土地问题一直广受关注的重要原因。对土地问题的学术研究，可以从政治学、经济学、管理学、法学等不同的角度展开。从近些年的情况来看，基于经济学和管理学的研究多一些，基于法学的研究相对较少。这主要是因为土地法是一个跨领域的、公私法交融的学科，涵盖的范围非常庞杂。从民法的视角来看，土地物权是一种非常重要的不动产物权，对土地法的研究属于物权法、不动产法研究的重要部分；从行政法的视角来看，土地法的研究包括土地用途管制、土地税收、土地登记、土地征收等内容；从经济法的视角来看，还包括土地金融等方

面的内容。再加上土地法的政策性和实践性非常强，土地法的研究较少受到学者们的青睐。宋志红博士一直致力于土地法的研究，其经济学和法学的复合学术背景以及其对土地管理实践的长期关注为其在这一交叉学科的研究提供了便利。

回顾改革开放 30 年来我国土地制度变革的历程，第一次划时代的改革是农村土地打破“大包干”实行家庭联产承包责任制，第二次则是城市国有土地有偿使用改革。目前对农村土地制度改革关注主要集中在集体建设用地部分。鉴于立法过程中的争议比较大，以及农村土地使用制度的创新正在探索之中，2007 年通过的《物权法》对集体建设用地使用权和宅基地使用权都只作了简略的规定，更多的内容留给了土地管理法等法律和国家有关规定来规范。从改革开放 30 年的发展历程看，我国的经济体制经历了从计划经济到市场经济的转变，国有土地的使用经历了从行政划拨到以市场配置资源为主的历程，农村承包地正在推动有条件的市场化流转，农村集体建设用地的使用制度也要往这个方向发展。党的十七届三中全会《关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》指出：“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。”这为集体建设用地使用制度的创新指明了方向，为集体建设用地使用权流转提供了政策支持。下一步则要通过法律的立改废来落实这一政策精神。目前，《土地管理法》正在修改，如何在《土地管理法》的修改中落实改革精神，消除当前集体建设用地流转面临的法律障碍；如何制定专项法律界定集体建设用地流转法律关系中的各种权利义务关系以及管理规则；集体建设用地流转需要哪些配套制度辅佐，等等，均需要研究。

宋志红博士早在几年前，就选定《集体建设用地使用权流转法律制度研究》作为博士论文的选题，并围绕这一主题展开多视角的研究。近一年来，宋志红在其博士论文的基础上又进行了一些修改和补充，使其研究更深入一步。宋志红博士的这一研究顺应了社会发展的迫切需求，也是在这一主题的研究中走在较前面者。当然，围绕土地使用制度的改革，大到改革方向，小到改革中一些具体制度的安排，向来存在许多争

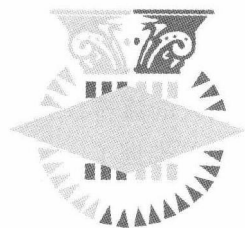
议。作者在书中的许多地方大胆提出了个人的见解，尽管某些论述尚有待深入、一些观点也有商榷的余地，但总体上具有较强的前沿性、实践性和可读性。我相信，本书的出版无论是对今后土地法的理论研究，还是对当前的土地立法和土地管理实践，都将起到积极的促进作用。

最后，衷心祝贺本书出版，并希望宋志红博士在今后的工作与学习中继续刻苦钻研，取得更好的学术成果。



中国人民大学副校长、教授
中国法学会民法学研究会会长

2009年10月28日



集体建设用地使用权流转法律制度研究

前 言

改革开放 30 年，我国经济、政治等各方面取得了重大成就，但城乡二元结构和农村落后的状况严重制约了我国社会经济的进一步发展，化解城乡二元结构、推动农村改革发展被推到了改革的风口浪尖，也成为我国下一步改革发展工作的重中之重。土地作为一种资源，不仅是人们赖以生存的物质基础，更具有重要的经济功能和社会保障功能。城市化的推进和农村的发展离不开土地这一生产要素的支撑，土地改革无疑又是农村各项改革工作的重中之重。

从整个土地制度改革本身来看：对国有土地部分，20 世纪 70 年代末 80 年代初实行国有土地使用制度改革，至今国有土地大部分已实行市场化有偿使用，国有土地使用权流转市场初步建立，1990 年的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》以及 1994 年颁布、2007 年修正的《城市房地产管理法》等规定了城镇国有土地的流转规则。对集体土地部分，首先是 1979 年以来农村土地家庭联产承包责任制的建立，之后 2002 年通过的《农村土地承包法》极大地强化并丰富了土地承包经营权的内

容,规定土地承包经营权可以采用转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。2007年通过的《物权法》进一步将土地承包经营权确认为一种用益物权,对土地承包经营权人的流转权利进一步予以确认,从而将土地承包经营权的市场化流转向前推进了一大步。由此可见,城镇国有土地和农村农业用地都在不同程度上实行了市场化的流转,也分别制定了对各自的权利和流转等进行确认和规范的法律法规。但集体建设土地使用制度的改革却止步不前,离市场化使用仍然相去甚远。然而,农村的城市化和农村工商业的发展离不开集体建设用地这一重要载体的支撑。集体建设土地使用制度是否合理,不仅直接影响我们耕地保护任务是否能够实现,也直接影响农村第二、第三产业发展的速度,乃至整个农村经济发展的步伐。

目前,实际情况是,我们的集体建设土地使用制度,严重落后于实践需求。我国处于城市化加速发展的过程,城市化必然需要大量建设用地的支撑,必然会有大量的位于农村的集体土地投入建设。在目前法律制度下,要使用集体土地进行建设,必须先行征收为国有(乡村公益性建设用地、宅基地、乡村企业用地除外)。由于这种征地供给模式存在很多弊端,实践中产生了大量的规避或者公然违背法律而直接使用并流转集体建设用地的行为。面对法律与现实的巨大矛盾,我们是否应该改革现行制度?改革方向是什么?该如何进行具体的制度构建?

本书正是致力于这些问题的解决,一方面指出我国集体建设土地使用制度改革的方向,并充分论证制度改革的必要性和可行性,以便扫清制度改革的思想障碍;另一方面研究这一改革方向之下的具体制度构建,对改革的范围、程度、操作模式、方法、步骤、程序、条件等方面的问题进行探讨,并结合我国法治状况提出切实可行的修法、立法建议,以便保障改革的稳步有序进行。

本书指出,集体建设土地使用制度改革的方向是彻底改变目前的征地供给模式,对于大量的非公益性建设用地需求,应当允许农民集体在保留土地所有权的前提下直接以出让等方式流转其集体建设土地使用权,实行集体建设用地的市场化有偿使用。改革之后,征地的范围严格局限在公共利益范围内;大量非公益性的使用集体建设用地的需求,则通过

农民集体直接流转的方式予以满足。为了使这一制度改革稳步进行，避免这一市场放开过程中可能出现的各种弊端，在放开之前，应该进行制度建设，既包括流转制度本身，也包括与此相关的一些配套制度，并通过立法确认制度改革的成果。在文章结构上，本书分为三个层次展开：第一个层次介绍集体建设用地使用权流转的历史、现状以及前些年试点探索的情况；第二个层次对集体建设用地使用权流转的必要性和可行性进行论证；第三个层次则致力于流转制度的构建，包括作为集体土地使用权流转前提的集体土地所有权制度的完善、集体土地使用权流转制度本身的构建和相关配套制度的建设三个方面。全书共分六章，主要内容如下：

第一章，集体建设用地使用权流转的历史、现状与突破。首先对新中国土地制度改革的脉络进行简要回顾，从该脉络中可以看出，无论是何种类型的土地资源，促进其市场化有偿利用是改革的必然方向。然后对集体建设用地使用权流转的现状进行介绍和分析，一方面阐述法律和政策现状；另一方面对实践现状予以描述和分析，其中包括对南海、济南、苏州、芜湖等试点地的详细介绍和评析，并在此基础上得出结论，总结其经验教训，为后文的制度构建提供实践依据。

第二章，集体建设用地使用权流转的必要性和可行性分析。首先介绍相关的经济学理论依据，作为后文论证的基础。其次论证流转的必要性，本书紧密结合我国现实国情和集体建设用地使用权流转的实践功能，分析集体建设用地使用权流转的价值功能。最后论证可行性，本书一方面从现行法律和政策的空间、实践经验储备充足度等正面角度论证可行性；另一方面，对目前影响流转改革进一步推进和顺利进行的因素进行分析，并对这些问题的可解决性予以阐述，从而从侧面论证可行性。

本书的第三章至第五章则着眼于流转制度的构建。

第三章，集体建设用地使用权流转的前提：集体土地所有权制度的完善。本章围绕产权明晰的核心目标，对作为流转前提的集体土地所有权法律制度的完善予以探讨，并提出解决方案。首先，简要分析现行集体土地所有权制度存在的缺陷，并结合我国现实国情提出集体土地所有权制度改革的基本模式；其次，在该模式的框架下探讨具体的完善措施，

包括对集体土地所有权主体的确认,对“农民集体”的法律定性以及治理结构的重塑,农民集体成员资格的确定等问题;最后,对集体土地所有权的效力范围进行探讨,以明确集体所有者在行使土地权利时与他人、国家,尤其是与国家之间的关系。

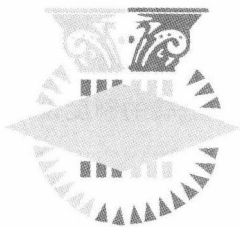
第四章,集体建设用地使用权流转的制度设计。此章对集体建设用地使用权流转的目标和指导原则、流转模式、初次流转和再次流转的具体规则以及权利义务关系等进行探讨。

第五章,集体建设用地使用权流转配套制度的完善。此章对与集体建设用地使用权流转制度密切相关的土地征收征用法律制度、集体土地规划制度、集体建设用地地价管理制度、集体建设用地地籍管理与登记制度、集体建设用地整理与储备制度、集体建设用产权交易和中介机构制度、集体建设用地使用权流转收益分配管理制度、农村社会保障制度等配套制度的建立和完善予以简要探讨,鉴于此部分已超出了法学专门研究的范畴,笔者结合本书研究之所需,仅提出方向性的建议。

第六章,研究结论与建议。作为本书的最后一部分,对整个研究的结论进行简要概括,并就集体建设用地使用权流转法律制度的构建提出立法建议。

在决策层尚未确认一个制度改革的方向之前,学者就对某一改革方向之下的具体制度进行深入研究,无疑是一件冒险的事。但可喜的是,在完稿后不久,党的十七届三中全会召开,笔者从其通过的《关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》中看到了实行集体建设用地市场化使用的曙光。这也使得本书的研究不至于成为痴人说梦,废纸一堆。上述《决定》指出:“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。逐步建立城乡统一的建设用地市场,对依法取得的农村集体经营性建设用地,必须通过统一有形的土地市场、以公开规范的方式转让土地使用权,在符合规划的前提下与国有土地享有平等权益。”这表明农民集体可以在保留其土地所有权的条件下以多种方式实行集体建设用地的非公益性使用,尽管对此设定了严格的范围,但无疑在政策上有较大突破;上述《决定》更是进一步对集体建设用地

使用制度改革的目标进行了阐述，即：“建立城乡统一的建设用地市场”，集体建设用地“与国有土地享有平等权益”。这是在土地方针政策方面的重大突破，也代表了我国土地制度科学发展的方向。然而，一个制度的改革毕竟不是一两句话的事，从蓝图性政策到法律条文再到制度在实践中的有效运行，尚有一段较长的路要走。为了扫清改革的障碍，争取社会各界对新政策的支持，必须有充分的理论支持；为了避免“一放就乱”的局面，放开之前必须先行推出一整套切实可行的方案。“经批准”三个字意味深长，恰恰表明了政策制定者在此问题上的慎重态度。尽管如此，改革的曙光已经鼓舞了不少人的心。面对实践中一些人的“蠢蠢欲动”，国土资源部就上述《决定》中的土地新政策问题召开电视电话会议时，也不得不郑重声明：未改法和出台配套政策前，不得擅自推进。因此，加紧对集体建设用地使用权直接流转理论和操作层面的相关问题进行研究，并制定出切合实际、易于操作的修法、制法方案，无疑是下一步的首要工作。本书正是努力在这些方面有所贡献。笔者相信，在社会各界的共同努力下，此次集体建设用地使用制度的变革必将稳步推进并造福全国人民。

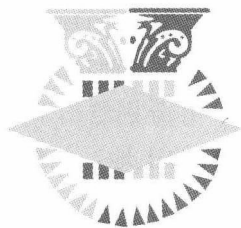


集体建设用地使用权流转法律制度研究

目 录

第一章	集体建设用地使用权流转的历史、现状与突破	1
第一节	集体建设用地使用权流转的概念	1
第二节	集体土地制度历史回顾	6
第三节	集体建设用地使用权流转的现状分析	13
第四节	探索与突破 ——集体建设用地使用权流转的试点	25
第二章	集体建设用地使用权流转的必要性和可行性分析	52
第一节	经济学理论基础	52
第二节	集体建设用地使用权流转的必要性分析	79
第三节	集体建设用地使用权流转的可行性分析	87
第三章	集体建设用地使用权流转的前提： 集体土地所有权制度的完善	96
第一节	现行集体土地所有权制度的缺陷	97
第二节	完善集体土地所有权制度的模式选择	100

	第三节 对集体土地所有权主体制度的改造	108
	第四节 集体土地所有权的效力范围	131
第四章	集体建设用地使用权流转的制度设计	149
	第一节 总论	149
	第二节 集体建设用地使用权的初次流转	179
	第三节 集体建设用地使用权的再次流转	199
	第四节 集体建设用地使用权流转的程序	206
第五章	集体建设用地使用权流转配套制度的完善	209
	第一节 完善土地征用征收法律制度	209
	第二节 完善集体土地利用规划制度	216
	第三节 建立集体建设用地地价管理制度	221
	第四节 完善集体建设用地地籍管理与登记制度	224
	第五节 建立集体建设用地的整理与储备制度	226
	第六节 建立集体建设用地产权交易中介机构	231
	第七节 完善集体建设用地使用权流转收益的 分配管理制度	232
	第八节 完善农村社会保障制度	237
第六章	研究结论与建议	241
	第一节 本文研究结论	241
	第二节 立法建议	244
	参考文献	247
	后记	257



集体建设用地使用权流转法律制度研究

第一章 集体建设用地使用权 流转的历史、现状与突破

第一节 集体建设用地使用权流转的概念

一、集体建设用地

1. 建设用地的含义

我国法律并未对建设用地予以明确界定。首先，从辞源上看。顾名思义，建设用地应是从用途上对土地类型所作的一种划分，是指用于建设用途的土地，从而与用于农业用途的土地区分开来。因此，仅从该词义本身来看，建设用地应指一切用于建筑建筑物、构筑物等用途的土地。这一分类标准不包括对土地所有者类型的区分，既包括国有土地，也包括集体土地。对于农村宅基地，由于其也是用于建设用途，也应包含在建设用地的范畴之中。^①

^① 《中华人民共和国土地管理法》第4条明确规定建设用地包括城乡住宅用地。并且，《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》专门用一条除外条款规定“村民住宅用地”不得流转，可见，其也是将宅基地包含在集体建设用地之中的。

其次,从现有土地管理法律法规的规定来看。现行《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)第4条首先将土地区分为农用地、建设用地和未利用地,并分别给出了三者的定义。其将建设用地定义为“建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等”。其将农用地定义为“直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等”;而未利用地则是指“农用地和建设用地以外的土地”。可见,《土地管理法》中的建设用地也是指一切用于建设用途(建造建筑物、构筑物)的土地,既包括国有建设用地,也包括集体建设用地,而集体建设用地包括乡镇(村)企业建设用地、乡村公共设施及公益事业建设用地以及农村宅基地三部分。可见,现有土地管理法律规定中建设用地的含义与从辞源上考察的含义是一致的。

再次,从土地管理行业实际使用的术语情况来看。颜进明等主编的《土地大辞典》对建设用地的解释是:“指付出一定投资(土地开发建设费用),通过工程手段,为各项建设提供的土地。它是利用土地的承载力或建筑空间,不以取得生物产品为主要目的的用地。”^① 查看土地管理部门官员的讲话以及土地管理领域的学术文章,都不难发现,他们对建设用地的界定与上述《土地管理法》中的界定也是一致的。

我国法学界有学者将建设用地定义为:“一切建筑工程物体所占有及其使用范围内的土地,是一种以利用土地承载力和建筑空间为主要目的的用地方式。”^②

2. 集体建设用地的含义

集体建设用地则是指集体所有的一切用于建设用途的土地,与国有建设用地相对。而集体所有土地的范围包括农村和城市郊区的一切法律未规定属于国家所有的土地,集体所有的土地绝大部分位于农村和城市郊区,但由于一些项目征地遗留的“城中村”问题,使得在城市中也零星存在一些尚未办理征地手续的集体土地。在集体建设用地流转市场未

① 颜进明、章耀松主编:《土地大辞典》,419页,北京,中国农业大学出版社,2005。

② 江平主编:《中国土地立法研究》,389页,北京,中国政法大学出版社,1999。

开放的地方，也即严格依据现行法律规定的用地类型来看，集体建设用地具体包括如下三类：

(1) 乡（镇）、村企业用地。它包括乡（镇）、村（行政村或村民小组）两级农业集体经济组织举办的企业，农民集资联办的企业，农民个体企业和以集体土地使用权作为联营条件、由农村集体经济组织同其他类型企业共同兴办的联营企业所使用的集体土地。

(2) 乡（镇）村公共设施及公益事业用地，简称为乡（镇）村公益性建设用地。乡（镇）村公共设施用地主要是指乡（镇）村为满足农村村民生产、生活需要而修建的基础设施占用的土地，“如道路、桥梁、电力通讯设备等”占用的土地。乡（镇）村公益事业用地是指在乡（镇）村中为满足农村农民文化、教育、医疗的需要而举办的公益事业占用的土地，如乡村会议室、学校、卫生所、幼儿园、敬老院等占用的土地。

(3) 农村宅基地，即农村居民住宅建设用地。通常是指农村居民个人（也包括回乡落户的干部、职工、军人、城镇居民及归侨、港澳台同胞等）为建造住宅而占用的土地。包含主要建筑物（居民住房）和附属建筑（厨房、厕所、畜舍等），以及房屋周围为独家使用的土地等，依法取得使用权但仍未开工建设房屋的土地也属于宅基地。^①

而在集体建设用地市场开放的地方，其范围更宽泛，包含一切由集体享有所有权的用于建设用途的土地，不仅包括符合现行法律规定的宅基地、乡（镇）村公益性建设用地、乡（镇）村企业用地，而且包括现在的隐形市场中大量存在而未来立法可能承认的其他一切经营性的集体建设用地，与用于农业用途的集体土地相对。

3. 关于农业建设用地与非农建设用地

1996年9月18日原国家计委和原国家土地管理局发布的《建设用地计划管理办法》第3条规定：“本办法所称建设用地，包括所有非农建设和农业建设用地。农业建设用地是指农、林、牧、渔场，农村集体经济组织和个人投资修建的直接为农业生产服务的农村道路、农田水利、永

^① 参见张海涛：《农村集体建设用地使用权流转法律问题研究》，山东大学民商法学专业硕士学位论文，5页，2005。

久性晒场等常年性工程设施用地。”此处将建设用地地区分为农业建设用地和非农建设用地两种。而从2004年《土地管理法》第4条的规定来看，此处的农业建设用地实际上是直接用于农业生产的土地，属于农用地。在实践中应以作为上位法和新法的《土地管理法》为依据，因此，直接为农业生产服务的建筑设施设备占地也属于农用地，而不应归于建设用地的范畴。因此，“非农建设用地”的概念现在已经失去了意义，因为依据《土地管理法》，建设用地均是非农用途的。但现有文献中仍有使用“非农建设用地”的，其内涵与“建设用地”一致。

二、集体建设用地使用权

依据上文对建设用地和集体建设用地的界定，从词义上看，集体建设用地使用权应是指在集体建设用地之上设立的土地使用权，其所对应的标的应包括一切由农民集体享有所有权的建设用地。这是最广义的集体建设用地使用权的概念。但依据《物权法》的规定，其“建设用地使用权”不包括宅基地使用权，后者已作为一种单独的用益物权予以规定。笔者认为，从概念本身的含义上看，集体建设用地使用权应当包括宅基地使用权，但由于宅基地使用权具有无偿分配性，其流转也受到更严格的限制，相对于其他集体建设用地使用权尤其是国有建设用地使用权而言具有较强的特殊性，因而《物权法》对其予以单独规定是合理的。为了方便区别，笔者称《物权法》上的集体建设用地使用权为狭义的集体建设用地使用权，这也是学者们通常使用的概念。

为了与《物权法》的规定相一致，作为本书研究对象的集体建设用地使用权不包括宅基地使用权。但由于在一些试点地方，有关集体建设用地的统计数据并未排除宅基地，宅基地也随其他集体建设用地一同流转，对空闲荒芜宅基地的整理和流转也是一些地方推动集体建设用地流转的重要动因，因而，本书的研究也难免会涉及宅基地部分。宅基地与其他集体建设用地最重要的区别在于其无偿分配性和福利性，这也决定宅基地使用权的设立和流转规则不同于狭义的集体建设用地使用权。但正如划拨土地使用权不是国有土地使用权的主流形态一样，宅基地使用权也不是最广义的集体建设用地使用权的主流形态。本书的研究对象主