

Case Study on the
Disputes of Land and
Resources in China

第四辑

中国土地矿产法律事务中心
国土资源部土地争议调处事务中心 编

土地矿产争议
典型案例与处理依据

来自国家权威部门的土地矿产争议实务指南 ►

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

土地矿产争议典型 案例与处理依据

Case Study on the Disputes of
Land and Resources in China

(第四辑)

中国土地矿产法律事务中心 编
国土资源部土地争议调处事务中心

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

土地矿产争议典型案例与处理依据. 第4辑/中国土地矿产法律事务中心, 国土资源部土地争议调处事务中心编. —北京: 中国法制出版社, 2009. 6

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1312 - 1

I. 土… II. ①中…②国… III. ①土地法 - 案例 - 分析 - 中国②矿产资源法 - 案例 - 分析 - 中国 IV. D922. 305 D922. 625

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 107177 号

土地矿产争议典型案例与处理依据 (第四辑)

Case Study on the Disputes of Land and Resources in China

编者/中国土地矿产法律事务中心, 国土资源部土地争议调处事务中心
经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2010 年 1 月第 1 版

印张/20 字数/319 千

2010 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1312 - 1

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66065921

邮购部电话: 66033288

目 录

上篇：案例评析

一、征地争议

- 案例1 征地公告未在规定地方张贴是否属程序违法 (1)

二、国有土地使用权出让、转让中的争议

- 案例2 政府能否将农民集体自愿放弃所有权的土地直接出让 (8)
- 案例3 国有建设用地使用权重复出让，受让人如何进行法律救济 (16)
- 案例4 取得《建设用地规划许可证》是否意味着当然取得国有土地使用权 (23)
- 案例5 已出让的工业用地改为商业用地后，政府是否一定要收回后重新公开出让 (30)
- 案例6 公司转让引起的土地使用权变更是否可按企业名称更名的变更办理 (36)
- 案例7 未达投资总额 25% 是否必然导致国有土地使用权转让合同无效 (45)
- 案例8 项目用地转让合同履行不能如何处理 (52)
- 案例9 合作开发项目用地“一女两嫁”导致根本违约如何处理 (59)

三、小区业主土地权利争议

- 案例10 小区业主能否善意取得开发商无权处分的土地使用权 (68)
- 案例11 小区业主是否可就开发公司与他人签订的地役权合同主张权利 (73)

四、土地权属争议

- 案例12 国家能否直接出让由政府组织复垦的原农民集体的土地 (85)

2 土地矿产争议典型案例与处理依据(第四辑)

- 案例13 抵押权的实现能否改变集体建设用地使用权的性质 (92)
- 案例14 债务人在主债权诉讼时效届满后请求解除抵押关系能否得到
到人民法院的支持 (102)
- 案例15 房和地分别抵押给不同债权人时应该如何处理 (108)
- 案例16 如何处理转让人在预告登记期限内再次处分不动产的行为 (116)

五、土地登记争议

- 案例17 因继承取得的第二宗宅基地登记申请能否受理 (122)
- 案例18 多家法院对同一宗土地进行查封,国土资源部门如何协助
办理 (132)
- 案例19 国土资源管理部门能否以执行期限已过受理土地抵押权的
注销登记申请 (140)

六、其他土地争议

- 案例20 收取土地闲置费是行政处罚还是行政事业性收费 (147)
- 案例21 因民事诉讼被查封而无法实际使用的土地是否可认定为闲
置土地 (157)
- 案例22 土地储备机构能否作为储备项目拆迁人 (164)
- 案例23 存在瑕疵的“四荒地”承包经营权发包方能否收回 (171)
- 案例24 未经发包人同意的土地承包经营权转让是否有效 (181)

七、矿产争议

- 案例25 矿产资源监管部门人员玩忽职守罪如何认定 (189)
- 案例26 能否在划定矿区范围内不按采矿许可证主采矿种开采 (195)
- 案例27 矿主拒绝接受行政执法监督检查的认定与处罚 (199)
- 案例28 法院是否有权责令省国土资源厅限期办理探矿权变更过户 (204)

下篇：处理依据

一、中共中央、国务院文件

- 中共中央、国务院关于2009年促进农业稳定发展农民持续增收
的若干意见 (213)
(2008年12月31日)
- 中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定 (221)
(2008年10月15日)
- 国务院关于促进节约集约用地的通知 (234)
(2008年1月3日)
- 国务院办公厅关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知 ... (238)
(2007年12月30日)

二、部门规章及规范性文件

- 矿山地质环境保护规定 (242)
(2009年3月2日)
- 土地利用总体规划编制审查办法 (246)
(2009年2月4日)
- 建设项目用地预审管理办法 (250)
(2008年11月12日)
- 国土资源部立法工作程序规定 (252)
(2008年10月18日)
- 城乡建设用地增减挂钩试点管理办法 (257)
(2008年6月27日)
- 违反土地管理规定行为处分办法 (260)
(2008年5月2日)
- 国土资源部关于全面实行耕地先补后占有关问题的通知 (264)
(2009年3月14日)
- 国土资源部办公厅关于印发报国务院批准项目用地省级审查报告
文本格式的通知 (266)
(2009年2月18日)

4 土地矿产争议典型案例与处理依据(第四辑)

国土资源部关于改进报国务院批准单独选址建设项目用地 审查报批工作的通知	(272)
(2009 年 1 月 24 日)	
关于切实做好扩大内需促进经济平稳较快发展的用地保障 和管理的通知	(275)
(2008 年 12 月 22 日)	
国土资源部关于土地整理复垦开发项目信息备案有关问题的通知	(277)
(2008 年 12 月 15 日)	
关于企业改制过程中以国家作价出资(入股)方式转移国有土 地使用权有关契税问题的通知	(279)
(2008 年 10 月 22 日)	
国土资源部关于建立健全土地执法监管长效机制的通知	(279)
(2008 年 9 月 5 日)	
国土资源部关于印发《土地登记表格》(试行)的通知	(284)
(2008 年 7 月 15 日)	
国土资源部关于进一步加快宅基地使用权登记发证工作的通知	(298)
(2008 年 7 月 8 日)	
关于巩固扩大百日行动成果加快建立土地执法长效机制的通知	(300)
(2008 年 1 月 28 日)	

三、司法解释

最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定	(302)
(2008 年 8 月 21 日)	

一、征地争议

案例1

征地公告未在规定地方张贴是否属程序违法

【案情介绍】

2005年1月，某县梅山镇王村村民李某等10户村民发现，该县田源食品有限责任公司（以下简称食品公司）在其承包地上填土施工，涉及面积约50亩，于是向县国土资源局提出投诉，县国土资源局受理后进行了调查，于2005年4月向10户村民作出答复：50亩土地中的20亩已于2003年3月经省人民政府批准征收，其余的30亩属于违法占地。对于田源食品公司少批多占的行为，予以查处；对于其中已经批准部分，县政府已依法公告了征收土地方案（并提供了一份《某县人民政府征收土地方案公告》），不予处理。对此，李某等10户村民认为，征收土地公告根本未在村内张贴，公告应当无效。于是，10户村民向县人民法院提起了行政诉讼，请求人民法院判令县政府重新公告并予以足额补偿。

【法院判决】

县人民法院经过审理后认为，根据《土地管理法实施条例》和国土资源部《征用土地公告办法》等规定，征收土地方案应当在被征收土地所在地的村、组内以书面形式公告，公告应当包括被征收土地的位置、地类和面积，以及征地补偿标准和农业人员安置途径等内容。本案中，征收土地方案的公告仅刊登在当地报纸上，未在被征地所在村公告，明显违反了有关规定。因此，法院判令县政府在判决书生效后15日内重新公告征收土地方案，并按规定支付征地补偿。

【评析】

征地公告是土地征收的必经程序，我国法律、行政法规、部门规章以及相关部

门规范性文件对此均有明确的规定。对于公告的内容、形式和程序也有着严格的要求，这也是对地方政府及相应行政机关依法行政的基本要求。本案中，县人民政府未按规定的形式和程序公告征收土地方案，属于程序违法，侵犯了李某等被征地农民的知情权。因此，人民法院判令重新公告，是完全正确的。本案始发于2003年，按当时的法律规定，征地审批报批前没有强制性要求必须征求被征地农民意见，只是要求征地批准后，有关人民政府应当及时进行公告，被征地农民只能对征地补偿方面提出异议，所以经常出现土地被征收后被征地农民毫不知情的现象，一定程度上也不利于保护农民的合法权益。为纠正这一法律上的不足，自2004年以来，国务院和有关部门通过中央文件、部门规章等形式，不断强调征地程序的必要性和重要性。国土资源部2004年5月1日施行的《国土资源听证规定》中规定，拟定拟征地项目的补偿标准和安置方案的，主管部门在报批之前，应当书面告知当事人有要求举行听证的权利；2004年10月国务院发布的《关于深化改革严格土地管理的决定》中规定，各地在征地报批前，应当履行告知、确认等程序。因此，在2004年5月以后，如果在征地中仍出现被征地农民不知情的现象，征地程序将严重违法，被征地农民有权要求批准征地的人民政府或人民法院对本次征地行为的法律效力予以否定。本案中，由于考虑到征地行为已经实施，被征地农民只是对征地公告的效力和补偿提出了诉讼要求，所以人民法院未对整个征地行为的法律效力进行裁定，只是对征地公告这一行政行为进行了审理并作出了判决，从司法审判的原则来看，也基本符合规定。

【法理研究】

程序作为实现法律正义的重要手段，是制约行政权力、防止权力滥用的重要方式。实体公正的实现，必须以程序的公正为保障。

在土地征收中，由于行政机关既是决定者又是执行者，很容易从自身利益出发，滥用行政权力。因此，科学、规范的土地征收程序，可以规范行政机关的行为，增加土地征收的透明度，在一定程度上避免暗箱操作，使被征收者及时了解征收的决策、执行依据和步骤等信息，增加可预见性、增强对行政机关征收行为的信服度，缓解两者间的矛盾冲突，最大限度地避免产生纠纷。同时，规范的征地程序，有利于提高行政效率，保证结果的一致性和稳定性。征地公告是我国征地程序中的重要环节，也是保障农民合法权益的重要措施，但根据我国法律和行政法规的规定，征地公告发生在征地审批之后，被征地农民对于征地与否无任何发言权，只能在事后对补偿标准等内容提出自己的意见，法律法规中的这一规定有着极大的局限性，也不符合现代社会公开、公平的法治原则。因此，2004年以后，中央政府

和有关部门为进一步规范征地行为，通过规范性文件的形式对征地程序作了更为具体的规定，明确赋予了被征地农民集体和被征地农民土地征收报批前的知情权、拟征土地现状调查结果确认权、听证申请权和监督权等一系列权利，通过这些权利的行使，可以从程序上及时纠正违法征地行为，维护被征地农民的合法权益。根据现行规定及各地实践做法，征收土地的程序，应当包括以下步骤：（1）发布征地预告；（2）现状调查及确认；（3）征询村民意见，组织征地听证；（4）征地材料组织、审核上报；（5）征地的审查（核）、报批；（6）征地公告；（7）办理征地补偿登记；（8）征地补偿安置方案拟订和报批；（9）实施补偿安置方案和交付土地；（10）征地争议的协调及裁决。

一、征地公告制度是我国征地程序中的重要环节

征地公告制度，包括征收土地方案公告和征收土地补偿安置方案公告，是保证被征地农民知情权的法定程序，这一制度是1998年修订的《中华人民共和国土地管理法》对征收土地程序的重大改革，提高了征地及补偿安置工作的透明度。2008年5月1日实施的《政府信息公开条例》规定了市、县人民政府及其部门和乡级人民政府重点公开征收土地及其补偿、补助费用的发放、使用情况等政府信息公开的方式和要求，这可以说是对我国征地公告制度的新要求和重要补充。

（一）征收土地公告

征收土地公告，应当在被征收土地经有关机关批准后的10个工作日内进行。公告的办法可以根据各地的不同情况决定，可以采用张贴公告的办法，也可采用广播、报纸、电视等工具予以公告。要通过公告，使被征收土地单位和农民知道自己的土地已被征收，征收后的用途及自己将得到哪些方面的补偿或安置等，防止征收土地过程中发生侵害农民利益的行为，使农民的合法权益受到保护。

1. 征收土地公告的内容：（1）征地批准机关、批准文号、批准时间和批准用途；（2）被征收土地的所有权人、位置、地类和面积；（3）征地补偿标准和农业人员安置途径；（4）社保方案；（5）办理征地补偿登记的期限、地点。

2. 征收土地公告的发布机关：市、县人民政府，由市、县人民政府土地行政主管部门负责具体实施。

3. 发布范围：被征收土地所在地的乡（镇）、村、组。

4. 发布后果：公告发布后抢栽、抢种的农作物和抢建的建筑物不列入补偿范围。

（二）征收土地补偿安置公告

征收土地补偿、安置方案公告的时间，应当在方案制订之后，报市、县人民政府批准之前。公告的方式，应当使被征地单位的农民和农村集体经济组织都能了解

4 土地矿产争议典型案例与处理依据（第四辑）

征地补偿和安置方案的具体内容。公告的内容要具体、详细，使征收土地涉及到的土地所有权人和使用权人都能明白征收土地对自己造成的影响和得到的相应补偿的数量。对政府确定的方案有异议的，应当在征地补偿安置方案公告之日起10个工作日内向有关市、县人民政府土地行政主管部门提出，当事人要求听证的，应当举行听证。根据《国土资源听证规定》，2004年5月1日以后，应当告知被征地农民有要求听证的权利，对当事人要求听证的，应当举行听证会。确需修改征地补偿、安置方案的，应当依照有关法律、法规和批准的征收土地方案进行及时修改。

征地补偿安置方案公告的内容包括：

1. 本集体经济组织被征用土地的位置、地类、面积，地上附着物和青苗的种类、数量，需要安置的农业人口的数量。
2. 土地补偿费的标准、数额、支付对象和支付方式，包括征地中土地补偿的总费用和每个土地所有权人和使用权人的补偿费数额。
3. 安置补助费的标准、数额、支付对象和支付方式。
4. 地上附着物和青苗的补偿标准和支付方式，包括地上附着物的种类、数量、补偿的具体标准和地上附着物所有权人补偿费的数额，青苗补偿的标准和每个土地使用权人（或承包经营权人）应得的补偿费数额。
5. 农业人员的具体安置途径，包括征地安置农业人口的计算办法和安置者的姓名、安置的方式和安置方案的实施步骤和组织实施的单位等。
6. 被征地农民的社会保障方案，包括社会保障的内容和方式，社会保障费用中农民、集体及地方政府应当承担的比例和数额。
7. 其他有关征地补偿、安置的具体措施。

（三）征收土地补偿、补助费用的发放、使用情况公开

根据《政府信息公开条例》规定，设区的市级人民政府、县级人民政府及其部门重点公开的政府信息应当包括征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；乡（镇）人民政府应当在其职责范围内确定主动公开的政府信息的具体内容，重点公开征收或者征用土地及其补偿、补助费用的发放、使用情况。行政机关应当通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等便于公众知晓的方式公开。各级人民政府应当在国家档案馆、公共图书馆设置政府信息查阅场所，并配备相应的设施、设备，为公民、法人或者其他组织获取政府信息提供便利。属于主动公开范围的政府信息，应当自该政府信息形成或者变更之日起20个工作日内予以公开。

二、全面执行征地公告制度是确保征地制度依法进行的基础和保障

（一）公告的方式要合法

《政府信息公开条例》规定，应当通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等便于公众知晓的方式公开，在国家档案馆、公共图书馆设置政府信息查阅场所，并配备相应的设施、设备，为公民、法人或者其他组织获取政府信息提供便利。因此，征地公告除按规定在被征收土地所在乡（镇）、村、组进行公告外，还要通过上述方式公开。实践中，国土资源行政主管部门确实因工作需要，由村干部代为张贴公告的，应向村干部说明征地公告的重要性，指明张贴位置，并对张贴情况做好监督检查工作。

（二）公告的内容要全面

制作公告时，应对被征收土地的面积、位置、地类、补偿标准以及征地单位的联系方式等内容准确、完整地描述，张贴公告应附上根据土地利用现状图制作、突出显示征地的征地位置图。

（三）公告程序要合法

国土资源行政主管部门在公告的同时，应告知被征地农民集体和农户有申请听证的权利，根据《国土资源听证规定》，自2004年5月1日起，有关部门拟订征地补偿安置方案后，除应当在被征收土地所在地的乡（镇）、村、组予以公告外，还应当以书面方式告知被征收土地的农村集体经济组织和农户等有关当事人有要求举行听证的权利。有关当事人要求举行听证的，应当举行听证会听取被征收土地的农村集体经济组织和农民的意见。同时，公告应当有一个合理的期限；现行法律法规中未规定公告期限，为防止期限过短而导致公告流于形式，部分省（自治区、直辖市）在地方政府规章或其他规范性文件中规定了最低公告期限，如《海南省土地征收补偿安置管理办法》规定，征地方案公告期限不得少于15日。从公告制度设立的初衷和当事人权利保护来看，公告应当有合理的期限。

【关联法条】

《中华人民共和国土地管理法》

第48条 征地补偿安置方案确定后，有关地方人民政府应当公告，并听取被征地的农村集体经济组织和农民的意见。

《中华人民共和国土地管理法实施条例》

第25条 征用土地方案经依法批准后，由被征用土地所在地的市、县人民政府组织实施，并将批准征地机关、批准文号、征用土地的用途、范围、面积以及征地补偿标准、农业人员安置办法和办理征地补偿的期限等，在被征用土地所在地的乡（镇）、村予以公告。

被征用土地的所有权人、使用权人应当在公告规定的期限内，持土地权属证书到公告指定的人民政府土地行政主管部门办理征地补偿登记。

市、县人民政府土地行政主管部门根据经批准的征用土地方案，会同有关部门拟定征地补偿、安置方案，在被征用土地所在地的乡（镇）、村予以公告，听取被征用土地的农村集

6 土地矿产争议典型案例与处理依据（第四辑）

体经济组织和农民的意见。征地补偿、安置方案报市、县人民政府批准后，由市、县人民政府土地行政主管部门组织实施。对补偿标准有争议的，由县级以上地方人民政府协调；协调不成的，由批准征用土地的人民政府裁决。征地补偿、安置争议不影响征用土地方案的实施。

征用土地的各项费用应当自征地补偿、安置方案批准之日起3个月内全额支付。

《中华人民共和国信息公开条例》

第10条 县级以上各级人民政府及其部门应当依照本条例第九条的规定，在各自职责范围内确定主动公开的政府信息的具体内容，并重点公开下列政府信息：

- （一）行政法规、规章和规范性文件；
- （二）国民经济和社会发展规划、专项规划、区域规划及相关政策；
- （三）国民经济和社会发展统计信息；
- （四）财政预算、决算报告；
- （五）行政事业性收费的项目、依据、标准；
- （六）政府集中采购项目的目录、标准及实施情况；
- （七）行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及申请行政许可需要提交的全部材料目录及办理情况；

- （八）重大建设项目的批准和实施情况；
- （九）扶贫、教育、医疗、社会保障、促进就业等方面的政策、措施及实施情况；
- （十）突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况；
- （十一）环境保护、公共卫生、安全生产、食品药品、产品质量的监督检查情况。

第11条 设区的市级人民政府、县级人民政府及其部门重点公开的政府信息还应当包括下列内容：

- （一）城乡建设和管理的重大事项；
- （二）社会公益事业建设情况；
- （三）征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；
- （四）抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的管理、使用和分配情况。

第12条 乡（镇）人民政府应当依照本条例第九条的规定，在其职责范围内确定主动公开的政府信息的具体内容，并重点公开下列政府信息：

- （一）贯彻落实国家关于农村工作政策的情况；
- （二）财政收支、各类专项资金的管理和使用情况；
- （三）乡（镇）土地利用总体规划、宅基地使用的审核情况；
- （四）征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；
- （五）乡（镇）的债权债务、筹资筹劳情况；
- （六）抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的发放情况；
- （七）乡镇集体企业及其他乡镇经济实体承包、租赁、拍卖等情况；
- （八）执行计划生育政策的情况。

《国土资源听证规定》

第19条 有下列情形之一的，主管部门在报批之前，应当书面告知当事人有要求举行听证的权利：

- （一）拟定拟征地项目的补偿标准和安置方案的；

(二) 拟定非农业建设占用基本农田方案的。

有下列情形之一的，主管部门在作出决定之前，应当书面告知当事人有要求举行听证的权利：

(一) 较大数额罚款、责令停止违法勘查或者违法开采行为、吊销勘查许可证或者采矿许可证等行政处罚的；

(二) 国有土地使用权、探矿权、采矿权的许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的；

(三) 法律、法规或者规章规定的其他情形。

《征用土地公告办法》

第3条 征用农民集体所有土地的，征用土地方案和征地补偿、安置方案应当在被征用土地所在地的村、组内以书面形式公告。其中，征用乡（镇）农民集体所有土地的，在乡（镇）人民政府所在地进行公告。

第5条 征用土地批准机关、批准文号、批准时间和批准用途；

(一) 征地批准机关、批准文号、批准时间和批准用途；

(二) 被征用土地的所有权人、位置、地类和面积；

(三) 征地补偿标准和农业人员安置途径；

(四) 办理征地补偿登记的期限、地点。

第8条 征地补偿安置、方案公告应当包括下列内容：

(一) 本集体经济组织被征用土地的位置、地类、面积，地上附着物和青苗的种类、数量，需要安置的农业人口的数量；

(二) 土地补偿费的标准、数额、支付对象和支付方式；

(三) 安置补助费的标准、数额、支付对象和支付方式；

(四) 地上附着物和青苗的补偿标准和支付方式；

(五) 农业人员的具体安置途径；

(六) 其他有关征地补偿、安置的具体措施。

(钟京涛)

二、国有土地使用权出让、转让中的争议

案例2

政府能否将农民集体自愿放弃所有权的土地直接出让

【案情介绍】

2000年5月，A公司计划开发某市甲村的集体土地。2000年7月，A公司与甲村达成土地补偿协议并支付了相应的补偿。2000年9月，甲村召开村民大会，全体村民一致同意放弃土地的集体所有权，交由国家统一管理。同月，甲村所在的市国土资源行政主管部门与A公司签订了《国有土地使用权出让合同》，将上述地块出让给A公司。随后，A公司办理了《国有土地使用权证》。2003年7月，部分村民反悔，随后到省国土资源行政主管部门上访，要求撤销该《国有土地使用权证》，将土地归还给村农民集体。

【处理结果】

省国土资源行政主管部门经核查后，认为A公司拟开发的土地为集体土地，未履行征地手续就变更为国有土地，其行为违法，考虑到A公司已对农民做了相应补偿，并且已履行了出让手续，所以并未建议撤销《国有土地使用权证》，而是要求甲村所在的市政府按照当时征地程序做好村民的安置补偿工作，完备相关征地程序。

【评析】

由于我国法律法规对农民集体能否自愿放弃土地所有权的问题没有明确规定，所以关于市国土资源行政主管部门直接将上述土地作为国有土地予以出让的行为是否有效，存在两种截然不同的观点。

一种观点认为，市国土资源行政主管部门的行为是有效的。处分权能是所有权

的重要权能。甲村作为集体土地的所有权人，让渡土地所有权给国家，是行使处分权能的表现。国家受让土地后，土地由集体所有转变为国家所有，无需再履行征地审批手续。市国土资源行政主管部门将该地作为国有土地出让，是符合法律规定的。

另一种观点认为，市国土资源行政主管部门的行为违法。因为根据现行法律规定，农民集体土地只能通过征收才能转为国有土地，从而进一步用于经营性开发。

无论从我国现行法律、法规规定分析或是从法理分析，市国土资源行政主管部门将甲村的土地直接以国有土地进行出让的做法都违背了法律规定和法学基础理论。国有土地所有权的取得，属于原始取得，必须有法律明确规定。当前我国有关国有土地所有权取得方式的规定中，并没有规定上述取得方式。从行政管理层面而言，此行为规避了征地程序，进而可能损害农民对土地享有的权益。根据我国法律、法规规定，使用农民集体所有的土地进行建设，除兴办乡镇企业、村民建设住宅、建设乡（镇）村公共设施和公益事业等特殊情形外，应当按照《中华人民共和国土地管理法》第43条，履行征地手续。因此，市国土资源行政主管部门仅凭借甲村放弃土地所有权的意愿，而将集体土地直接作为国有土地予以出让的做法是没有法律依据的。

【法理研究】

本案中，市国土资源行政主管部门依据农民意愿直接将农民集体土地作为国有土地予以出让的行为是否合法？笔者认为其行为并不符合我国现行的法律规定，而且也不利于维护社会的稳定和农民的权益。以下将从国有土地所有权的取得方式作进一步的探讨。

一、土地所有权在我国法律特征

土地所有权是属于财产所有权的范畴，但是在我国土地所有权相对于一般财产所有权而言，具有其特殊性，主要表现在：

1. 主体的特定性

土地所有权的主体仅限于国家和集体。

《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第10条第1、2款规定：“城市的土地属于国家所有。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，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。”

2. 交易的禁止性

土地所有权是禁止进行商业流通的。

《宪法》第10条同样规定了：“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他

形式非法转让土地。”

3. 权能的分离性

土地所有权包括占有、使用、收益、处分四项权能，实践中这四项权能通常分离为不同的他物权进行分别利用，最为典型及常见的就是土地使用权的分离。

根据上述特征，可以归纳出土地所有权在我国定义：土地所有权是国家或集体依法对归其所有的土地所享有的具有支配性和绝对性的财产权利。

二、关于权利取得的民法理论

依据民法的基本理论，权利取得方式分为继受取得和原始取得两类。继受取得，是承受他人既存权利的权利取得方式；原始取得，是不以他人既存权利为前提的权利取得方式^①。所有权作为民事权利的一种，也存在上述两种权利取得方式。

所谓所有权的继受取得，是承受前手权利人既有所有权的取得方式。这一取得方式起源于罗马法，其经典表述方式就是“任何人只能向他人转让属于他自己的权利”^②。古罗马的五大法学家之一的乌尔比安指出：只能将属于转让人的权利交付给受让人；如果某人没有所有权，便不能将任何东西移转给受让人^③。继受取得制度发源于罗马法，是与早期罗马法物权体系密切相连的。早期罗马法物权体系深受个人主义的影响，强调所有而非利用，物权法体系以“所有”为中心。而继受取得制度充分发挥了保护所有权的功能。如果出让人将他人所有的物让渡给第三人，所有权人有权依据“继受取得”的原理向第三人行使追索权。以“所有”为中心的早期罗马法物权体系适应资本主义需要，为大多数资本主义国家所接受。后世的法国民法、日本民法以及英美法皆加以继承。

所谓所有权的原始取得，是不以他人既存所有权为前提的权利取得方式。原始取得是权利的绝对发生。相比较而言，继受取得制度过分强调所有权，在特殊情况下不利于物尽其用、社会财富的增长。首先，当所有人不能或不愿利用财产时，他人亦无法利用。如遗失物，所有人无法处分使用，而拾得人也无法处分利用。其次，在缺乏相关权属证明的情况下，妨碍财产的转让。依据经济分析法学派的观点，财产权具有可转让性是判断财产权制度是否有效率的三个标准之一^④。财产权的可转让性，实现了资源的有效配置。如果出让人因自身过失而缺乏本应具有的所

① 张俊浩主编：《民法学原理（修订第三版）》（上册），中国政法大学出版社2000年版，第82页。

② [意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第209页。

③ [意]桑德罗·斯契巴尼选编：《民法大全·物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年版，第49页。

④ 高德步：《产权与增长：论法律制度的效率》，中国人民大学出版社1999年版，第83页。