



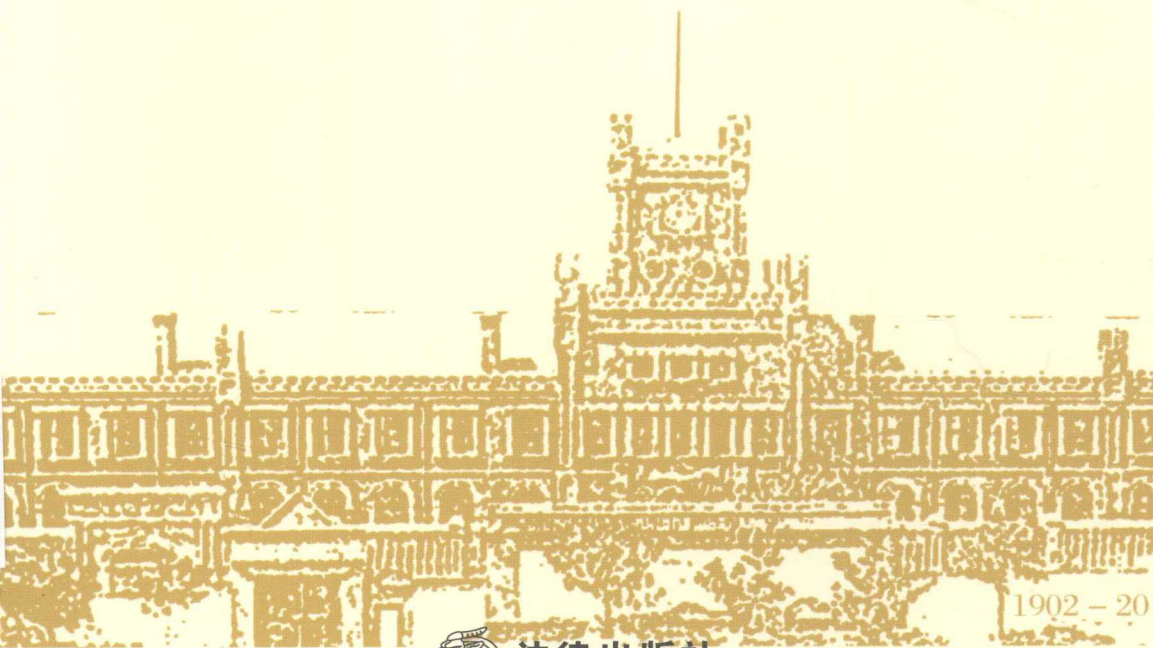
山西大学建校110周年学术文库

告别“权利的贫困”

GAOBIE QUANLI DE PINKUN

农村集体建设用地流转法律问题研究

曹笑辉 曹克奇 著



1902 - 20



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

山西大学建校110周年学术文库

告别“权利的贫困”

GAOBIE QUANLI DE PINKUN

农村集体建设用地流转法律问题研究

曹笑辉 曹克奇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

告别“权利的贫困”:农村集体建设用地流转法律问题研究 / 曹笑辉, 曹克奇著. —北京: 法律出版社, 2012. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3264 - 1

I. ①告… II. ①曹…②曹… III. ①农业用地—土地流转—土地管理法—研究—中国 IV. ①D922.324

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 043309 号

山西大学建校 110 周年
学术文库

告别“权利的贫困”
——农村集体建设用地流转
法律问题研究

曹笑辉 著
曹克奇

责任编辑 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 4 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 固安华明印刷厂

印张 19.5 字数 283 千

印次 2012 年 4 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 - 3264 - 1

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)

总 序

2012年5月8日,山西大学将迎来110年校庆。为了隆重纪念母校110年华诞,系统展现近年来山西大学创造的优秀学术成果,我们决定出版这套《山西大学建校110周年学术文库》。

山西大学诞生于“三千年未有之变局”的晚清时代,在“西学东渐,革故鼎新”中应运而生,开创了近代山西乃至中国高等教育的先河。百年沧桑,历史巨变,山西大学始终与时代同呼吸,与祖国共命运,进行了可歌可泣的学术实践,创造了令人瞩目的办学业绩。百年校庆以来,学校顺应高等教育发展潮流,以科学的发展理念引领改革创新,实现了新的跨越和腾飞,逐步成长为一所学科门类齐全、科研实力雄厚的具有地方示范作用的研究型大学,谱写了兴学育人的崭新篇章,赢得社会各界的广泛赞誉。

大学因学术而兴,因文化而繁荣。山西大学素有“中西会通”的文化传统,始终流淌着“求真至善”的学术血脉。不论是草创之初的中西两斋,还是新时期的多学科并行交融,无不展现着山大人特有的文化风格和学术气派。今天,我们出版这套丛书,正是传承山大百年文脉,弘扬不朽学术精神的身体力行之举。

《山西大学建校110周年学术文库》的编撰由科技处、社科处组织,将我校近10年来的优秀科研成果辑以成书,予以出版。我们相信,《山西大学建校110周年学术文库》对于继承与发扬山西大学学术精神,对于深化相关学科领域的研究,对于促进山西高校的学术繁荣,必将起到积极的推动作用。

谨以此丛书献给历经岁月沧桑,培育桃李芬芳的山大母校,祝愿母校在新的征程中继往开来,永续鸿猷。

序

建设用地使用权,是大陆法系中的地上权制度在中国特有的政治经济条件下发展出的用益物权制度。这一制度与传统的地上权制度相比,具有鲜明的“中国特色”,即从它产生之时起,便打上了“国有”与“集体”的身份标签。换言之,在中国,凡是用来建造并保有建筑物、构筑物及其附属设施的土地,都因其所有人身份的不同而在法律上分为两类而受到不同的法律待遇。这种以财产主体身份来区分权利内容及其法律保护的立法范式,与民法淡化主体身份区别、强调平等保护私权的基本精神存在着深刻的矛盾。

如果说,这种“国有”与“集体”双轨式的建设用地制度,在“城乡分治”的计划经济时代,尚含有相对合理性或必然性,那么在“市场化”和“城市化”已经成为整个社会发展趋势的时代,这一制度已经显得“力不从心”,既无效率,又不公平。在城市化进程加快、城市建设用地需求不断高涨的背景下,用法律强行限制甚至禁止集体建设用地进入市场实现其价值,实质上鼓励了地方政府通过本应只为公共利益服务的土地征收去满足城市化对商业用地的刚性需求。一方面,这种“征收—出让”模式的大行其道,造成了程序繁琐、成本高昂的土地管理,严重阻碍了土地市场的建立与健全,使建设用地利用率低下;另一方面,高额国有建设用地出让金与低廉的土地征收补偿款之间的巨大反

差,彰显了制度性的歧视,导致了严重的社会不公,引发了诸多的社会矛盾。此外,集体建设用地使用权是建立在集体土地所有权基础上的,但是集体所有权作为我国公有制的表现形式之一,其逻辑和话语体系与传统民法中的所有权制度存在着明显的“不兼容性”,这严重影响了集体所有权在土地流转中的核心作用的发挥,也是当前农村土地流转混乱无序、纠纷频发的主要原因之一。

可见,溯源于二十世纪五十年代、形成于三十年前的现行农村土地制度,在当前新的社会背景下,其可供挖掘的制度潜力已所剩无几。改革这一制度已是大势所趋。在制度改革的当口,我们分析和讨论集体建设用地使用权流转,首先关涉的不是具体的法律技术问题,而是立法的价值取向与利益衡量问题。集体土地是否应与国有土地一样,拥有完整的权利和同等的法律保护?集体土地流转是否会必然导致耕地保护的困难?集体土地流转后,其原有的社会保障作用又何去何从?集体建设用地流转在本质上属于何种法律关系?公法与私法的目标与调整手段在土地流转过程中应如何协调?城市化进程中,农村土地向城市建设用地的过渡,究竟应该是通过市场,还是通过国家强制的方式来完成?在保持集体所有权的前提下,应该如何对集体组织进行民法化的改造?如何在土地流转中对土地使用权进行“类所有权”式的保护?这些都是摆在物权法理论面前的重要问题。只有在对这些问题进行深入分析的基础之上,才能更进一步地设计具体的制度架构和操作规则,以实现这些价值和目标。

所以,集体建设用地使用权流转,是中国经济与社会发展中的热点,同时也是难点问题,它已经成为社会转型发展时期实现制度改革创新的重要领域。如果着眼于中国制度改革的大局,集体建设用地流转问题的法律解决,不仅会极大地影响我国农村地区未来的经济和社会的发展,而且还会影响中国整个社会发展模式的选择。从这个层面来讲,对集体建设用地流转法律问题的研究,其意义深远。

本书正是立足于中国特定的市民社会环境和发展道路,以公法与私法的划分为基点,以构建和谐社会为目标,以用益物权为中心和逻辑点,从我国的立法与司法现状出发,适应我国农村市场经济的发展要求,对我国集体建设用地使用权的若干重要问题进行了富有创建性的探讨。尽管书中的部分观

点有待于进一步展开,甚至有的地方尚需仔细斟酌,但瑕不掩瑜,仍不失为该领域内的有益尝试。

本书的作者是两位朝气蓬勃的青年教师,他们在市场经济的大潮面前坚定执著、潜心钻研,勤于思考、勇于探索,正如孔子所言,“后生可畏,焉知来者之不如今也?”(《论语·子罕》)

是为序。

汪渊智

2012年初春

引 言

几年前,我们经常听到这样的一种说法:中国的问题在于农民,而农民的问题在于土地。正是在这种说法的感召下,我们开始投入农村土地问题的思考与写作之中。现在,这样的思考与写作可以暂时告一段落了;但是,农村土地问题的影子却并未在我们心头淡去,相反,它更加的清晰,显得那样的浓重。

土地在中国一直是个很沉重的话题,马克思主义权威史学曾不断重复着那个经典的历史轮回:“土地私有—土地兼并—农民战争—王朝更替”,似乎在诉说着土地乃是“治乱之源”的不破真理。这也使近代以来,土地成了中国政治经济的“晴雨表”,二十世纪中国历史的几次重大转折,无一不与土地息息相关。

新中国成立之初,为实现战争年代对广大农民的承诺,中国大陆地区实行了“耕者有其田”的农民土地所有制,这是破天荒的头一回。然而好景不长,这种“小私有制”还未来得及证实是否如执政者所担忧的那样,会形成社会的“两极分化”,就在意识形态的强大压力下退出了历史舞台。从初级社到高级社,紧接着人民公社、“一大二公”,最后落到“三级所有、队为基础”,这一切都在短短不到五年的时间里发生了。后来的事情众所周知,中国农村陷入了长达二十多年的低潮之中,与此伴随的是那残酷的短缺年

代。为什么我们掌握了普遍真理,有了高涨的生产热情,又顺应了社会的发展规律,最终还是失败了?对于这段历史,已有不同学者从多角度进行过解读。作为民法的研习者,我想,从民法的角度,这一失败是注定的了:因为我们失去了“人”,一个民法意义上的“人”,一个受到法律保护、因而敢于判断个人利益并将其自由表达出来的“人”。当整个社会都被政治激进与狂热裹挟而去时,民法上的“人”的失落是必然的。

三十多年前,当整个社会已是疲惫不堪、处于人人吃亏而无人受益的“负帕累托”状态之时,中国农民在农村的土地上开始了将“人”找回来的冒险尝试,这种在今天看起来并不惊人的“自选动作”,却一发不可收拾地传遍了大江南北。从此城市和农村告别了匮乏的年代,农村地区面貌一新,充满了生机;用社会主义的专用术语,叫做“解放生产力与发展生产力”。但这里面其实并没有什么太大的玄虚,远没有我们的种种理论所解释的那样复杂。从民法的视角来看,只不过就是承认了每个人都有自己的利益需求,而每个人的正当利益需求都应该受到法律的承认和保护而已。虽然这种利益需求的“解放”,在当时并未受到足够的重视,对其保护也未充分,但从历史进程来看,这种有限的“解放”,对长期透不过气来的中国农民们来说,已经足够了。

历史进入了二十一世纪,在经过八十年代“希望田野上”的短暂春天和九十年代乡镇企业的停滞甚至萎缩之后,中国的农民突然发现,他们落在了社会发展的后面。全社会上自党和国家、下至平民百姓,都开始关注农村、农业和农民,“三农”成了社会热点,国家每年的一号文件都与“三农”有关,扶贫、输血、免税、关怀农民工。但是,农民顾不上受宠若惊,摆在他们面前的是农村集体的名存实亡、农业增收的日渐困难;更重要的是,他们一向视为命根子的土地,越来越由不得自己了。而吊诡的是,这一切实际上都是他们自己“造成”的:城市工业与第三产业的发展,让更多的农民进城成了农民工,城市化大潮迅猛而来,城市原有的建设用地早已告罄,急需农村土地来补充。按理说这本来应该是农民之福才对:原本不值钱的郊区甚至更远的土地,一下子成了“日进斗金”的“聚宝盆”,土地天天在升值,农民应该偷着乐才对啊!但是,造化弄人,在计划经济所遗留的“城市国有土地搞建设”、“农村集体土地种粮食”的思维定式之下,法律禁止集体土地进入建设用地市场中去实现其“市值”,广大农民只能是“望楼兴叹”;这也罢了,由于城市化终

究是需要土地来搞的,于是“东边不亮西边亮”,在法律“任何单位进行建设,都必须申请使用国有土地”的规定之下,地方政府运用自己手中的征地大权以极低的成本将集体土地征至国家名下,然后转手按其市场价格出让给使用权人,就此大发其财,“土地财政”由此成风。于是从九十年代初期至今,中国上演了一幕幕的“为了公共利益而大征商业用地”的怪现象。

法律不平等地对待国有土地与集体土地,这已经是无须再讨论的问题了,这种不平等是如此的赤裸裸,但却又是如此的顽固。在社会各界强烈要求平等对待国有土地与集体土地的情况下,法律的改良却一推再推,以至于渐渐地有许多人甚至开始怀疑平等对待国有土地与农民集体土地是否真像看上去那样正确合理。于是乎,社会保障、粮食安全、土地私有化、农民会变流民、农民法律素质不高等说法纷纷扰扰,不停地论证着农民享有完整的土地权利是多么的可怕、农民是多么地不配享有流转土地权利的自由。伴随着土地利益的流失,中国的农民发现,自己曾经慢慢找回的那个敢于表达自己的“人”,也渐渐离他们远去。这真是应了一句法谚:“无财产即无人格”。

我们向来是个习惯了以“大公无私”为标榜的民族,我们想尽了各种办法,来证明农民不能也不配享有完整土地权利的理由,这些似是而非的理由,充满了价值的迷惑与逻辑的陷阱,当我们将其轻轻抹去后,看到的只是对农民享有平等土地权利的恐惧。但我们究竟在害怕什么呢?当然,也有十分真诚的民法学者们,他们认为自己是身在设身处地为农民着想,他们在想过以后得出的结论是:土地是农民的命根子,农民不能失去土地,因此集体土地不能“入市”。但是,他们忘记了民法上的一条“金律”,那就是“每个理性的人都是自己利益的最佳判断者”,这个“最佳”,是无人能替代的;如果他们真为农民朋友们着想,唯一应该做的就是支持他们为自己的利益做自己的判断,以及由此支持那些能够保障每个人按照自己的利益决定自己事务的制度,而不是代替他们进行判断,代替他们处理自己的事务;除非他们认为农民都是无民事行为能力人——婴儿或者疯子。

更让我们担忧的是,这种“伟大的代入感”还被放大到了整个国家的发展模式上。看看地方政府不断推出的“城市化蓝图”和“以土地换保障”的美好前景,不能不让人深深的忧虑:当每个人的命运都被国家和政府设定之后,没有了个人意志与自由选择的“城市化”,到底还有没有可欲性了呢?退一

步讲,即使我们不排除这样的前景安排,但在失去个人与市场的选择后,城市化与土地流转还能取得成功吗?这种“被市民”的模式难道不是计划经济在更高层面上的回归吗?正是在这种不尊重农民主体地位的模式下,土地征收引发了诸多的社会不公,严重影响了社会的和谐稳定。我们难道能指责农民没有社会发展的大局观吗?当你的立身之本被拿走,而又无人问过你“YES or NO”之时,我想谁都无法保持“淡定”。

这样的用地模式不只是带来了制度的不正义,它同样伴随着经济上的低效率。在高额“地价差”引发的强烈牟利冲动面前失去理智的地方政府,无论如何都不可能将土地市场导向健康发展的方向。而公权力行使者与土地所有权人的“双重身份”,更是让政府自己都无法辨别其在土地市场中的角色。在市场规律不能发挥作用的时候,潜规则和“权力寻租”则乘虚而入。于是,盲目征地、过度开发、房产泡沫遍布土地市场之上,结果就是:中国在有着世界第一城市人均建设用地的同时,也成了房价收入比最高的国家。

但是中国的农民永远不会停下寻找“人”的脚步。当“小产权房”绕过法律的阻碍,直接将“征地一出让”模式短路之时,我们似乎又看到了三十年前那些冒着“杀头”危险而将土地“私分”的人的身影。他们在摸索通往真正市场的道路,同时也在不断地将自己的利益诉求表达出来。或许再过三十年,我们会将“小产权房”看做又一个“小岗模式”。

当前,集体建设用地使用权的流转,其焦点不仅在于法律上的技术性,而更在于其价值上的争议性。中国农村的第一次改革重点是将农用地权利下放给农民,而如今的第二次改革重点或许将在于赋予农民以平等的建设用地流转权。国有土地与集体土地“同地不同权”的制度不公正终将成为历史,真正要解决本书所要讨论的问题,就必须以统一的“建设用地”代替“农村集体建设用地”,消解掉建设用地前的身份限定,或许是最终的问题解决之道。

如今我们又来到了改革的十字路口。正像有的学者所说的,中国的农村改革,继“均田”、“免赋”之后,应当是“开权”。^{〔1〕}但是,我们应该清醒地看到,后者与前两者有着本质的不同,其背后隐藏着主体逻辑的变换:前两者中,农民只是作为国家恩赐的对象而存在;而后者则意味着农民作为主体去

〔1〕 武建东:“中国土地权利改革路线”,载《中国改革》2008年第4期。

追求自己本应拥有的权利。这注定了“开权”的过程将曲折而艰难。但是这条道路一旦走通,将带来一次彻底的社会发展思路的改变:农民将不再需要政府和他人的同情与输血,而是拥有自己“造血”的能力,拥有发展自己的能力,从而真正融入到社会发展潮流之中。

社会总是在竞争中进步,一个人可能,也可以输在竞争的途中;但如果法律使一个人输在了起跑线上,那将是整个社会的悲剧。从这个意义上来看,今天中国的“三农”问题,正可以归结为一种“权利的贫困”。而本书所要做的,正是为告别这种“权利的贫困”而努力。

目 录

第一部分 私权基础篇

第一章 建设用地使用权的源与流 / 003

第一节 地上权的沿革、意义及其流转属性 / 003

第二节 我国建设用地使用权的产生与发展 / 007

第三节 建设用地使用权在我国不动产权制度中的 特殊地位 / 011

第二章 集体土地所有权的制度分析 / 016

第一节 “农村集体”的形成 / 016

第二节 “集体土地所有权”的制度缺陷 / 023

第二部分 现实挑战篇

第三章 我国现行的建设用地流转法律体系 / 039

第一节 建设用地流转相关法律法规综述 / 039

第二节 现行建设用地流转法律体系的价值分析与 检讨 / 052

第四章 城市化背景下集体建设用地流转的现状分析 / 072

第一节 前提:城市化与城乡统筹发展 / 072

第二节 现状:内外交困中的集体建设用地流转 / 086

第三部分 理论应对篇

第五章 “包容性增长”——集体土地流转制度改革的 宏观目标 / 121

第一节 何谓“包容性增长” / 121

第二节 “包容性增长”的法律思考 / 124

第三节 当前建设用地流转的“不包容性”及其改革 的方向 / 126

第六章 集体建设用地流转制度改革的总体思路 / 134

第一节 “公私分明”的土地流转制度 / 134

第二节 再造产权基础:农村集体的民法化改造 / 148

第三节 《土地管理法》修改的进步与局限 / 163

第四部分 制度重构篇

第七章 集体建设用地使用权流转制度重构概述 / 183

第一节 集体建设用地使用权流转的基本讨论 范畴 / 183

第二节 集体建设用地使用权流转的制度基础 / 190

第八章 集体建设用地使用权的设立 / 194

第一节 经营性集体建设用地使用权的设立 / 196

第二节 非经营性集体建设用地使用权的设立 / 202

第九章 集体建设用地使用权的流转 / 215

第一节 经营性集体建设用地使用权的流转 / 215

第二节 非经营性集体建设用地使用权流转 / 221

第十章 集体建设用地使用权流转的管制 / 230

第一节 用途管制 / 231

第二节 土地整理 / 236

第三节 价格管理 / 250

第四节 地籍管理 / 252

第十一章 集体建设用地使用权的消灭 / 256

第一节 集体建设用地使用权消灭之原因 / 256

第二节 集体建设用地使用权消灭之效果 / 264

第十二章 集体建设用地使用权流转的相关配套 制度 / 267

第一节 农村基层群众自治组织与集体建设用地使用 权流转 / 267

第二节 社会保障与集体建设用地使用权流转 / 274

参考文献 / 281

后记 / 294

第一部分

私权基础篇

面对集体建设用地流转这个当前社会的热点问题,本书试图运用民法学的基本原理来分析和解释这一社会现象,并有针对性地提出立法的合理化建议。要实现这一目标,对“建设用地使用权”、“集体土地所有权”这两个基本的民法概念进行深入的理论考察,是必须首先完成的任务。

