



我国建设用地使用权 一级市场法律制度研究

陈晓芳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



本书的出版得益于2012年上海高校青年教师培养资助计划（ZZHDZF12022）以及2014年度上海市教育委员会科研创新项目（14YS080）的支持。

我国建设用地使用权 一级市场法律制度研究

陈晓芳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国建设用地使用权一级市场法律制度研究 / 陈晓芳著. —北京: 法律出版社, 2014. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6680 - 6

I. ①我… II. ①陈… III. ①基本建设—土地使用权—土地管理法—研究—中国 IV. ①D922.354

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 175112 号



责任编辑 吕丽丽
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 2014 年 8 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 三河市龙大印装有限公司

印张 16.75 字数 237 千

印次 2014 年 8 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 - 6680 - 6

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 导论 / 001

一、研究背景 / 001

二、相关概念的界定 / 008

1. “建设用地” / 008

2. “建设用地使用权” / 008

3. “建设用地使用权一级市场” / 009

第二章 我国建设用地使用权一级市场的制度变迁 路径 / 013

一、国有建设用地一级市场:渐进的市场化过程 / 013

(一)突破:场地使用费和城市土地使用费的开征 / 016

(二)起步:国有土地使用权出让的尝试及合法化 / 018

(三)发展:从协议出让到“招、拍、挂”的普及 / 021

二、案例剖析:以西南 M 市为样本 / 028

三、集体建设用地一级市场:法律的限缩与脱法的 实践 / 040

(一)法律框架下的集体建设用地一级市场 / 040

1. 1949 ~ 1962 年,宅基地和住房私有并可自由 买卖时期 / 042

2. 1962 ~ 1998 年,宅基地公有私用,住房私有 并可自由买卖时期 / 043

3. 1998 年至今,宅基地公有私用,农民房屋处分权受限制时期 / 043
- (二) 实践中的集体建设用地一级市场 / 045
 1. 安徽芜湖——国家级试点 / 049
 2. 四川成都——国家级城乡综合统筹试验区 / 051

第三章 国有建设用地一级市场的运行

——以土地储备制度为中心 / 055

- 一、“土地储备”的制度内涵和目标 / 056
 - (一) 域外对“土地储备”概念的定义 / 056
 - (二) 国内对“土地储备”概念的理解 / 058
 - (三) 我国建立土地储备制度的背景 / 059
 1. 盘活存量国企土地资产 / 061
 2. 政府全面垄断土地一级市场供应权,改多头供地为政府统一供地 / 062
- 二、国有建设用地一级市场中的土地来源——土地储备的范围 / 063
 - (一) 土地储备范围概述 / 063
 1. 土地回收 / 064
 2. 土地收购 / 065
 3. 土地征收 / 066
 - (二) 储备范围扩大化的趋势及根源 / 069
 1. 存量土地收储的主要来源:对国有建设用地使用权的征收 / 071
 2. 增量土地收储的主要来源:对农村集体所有土地的征收 / 077
- 三、国有建设用地一级市场出让方式——以商品住宅类土地用途为视角 / 084
 1. 招标出让 / 085
 2. 拍卖出让 / 085
 3. 挂牌出让 / 085
 4. 协议出让 / 086
 - (一) 目前对国有建设用地出让方式的批评及改革建议 / 086
 - (二) 地价和房价关系究竟为何 / 089
 - (三) 对相关改革建议或措施的分析 / 095

第四章 打破建设用地一级市场法律垄断格局的前提

——土地征收制度的改革 / 100

一、公共利益范围的界定 / 101

- (一)什么是“公共” / 102
- (二)什么是“利益” / 104
- (三)什么是“公共使用” / 107
- (四)“发展经济”是否符合公共使用目的 / 111
- (五)界定“公共利益”的实体性规则 / 120
 - 1. 对现有规则和观点的评析 / 120
 - 2. 笔者的建议 / 123
- (六)界定“公共利益”的程序规则 / 124

二、征收补偿标准的确定 / 126

- (一)“市场价值”的含义及一般规则 / 130
- (二)“市价补偿”标准的利弊 / 131
- (三)三种主要的估值法 / 140
 - 1. 概述 / 140
 - 2. “可比较售价法”与“收入折现法”的比较 / 142
 - 3. 重置成本法 / 145
 - 4. 三种估值法在司法中的运用:Sonwbank 案述评 / 149
- (四)我国征收补偿标准与评估程序评析 / 157
 - 1. 国有土地上的房屋征收补偿规则 / 157
 - 2. 农民集体所有土地及房屋征收补偿规则 / 159
 - 3. 被征收人分享土地征收项目价值的合理性与可行性 / 161
 - 4. 评估机构的选定及评估报告的质证 / 165

第五章 集体建设用地进入一级市场:必要性及法律的重构 / 169

一、集体建设用地入市合法化的必要性 / 172

- (一)是满足城市化进程中建设用地需求的主要途径 / 172
- (二)有助于实现政府、农民集体、农户和用地者的多方共赢 / 173
- (三)有助于降低合约的交易成本,使土地更好地得到市场配置 / 177
- (四)是所有权平等这一基本法律精神在土地法律上的回归 / 178
- (五)符合中国“渐进式”改革的发展路径 / 179

二、集体建设用地一级市场的供应主体 / 181

(一)“农民集体” / 183

1. “农民集体”的现状:主体虚位 / 183
2. 完善农民集体土地所有制的模式选择 / 185
3. 对“农民集体”的确权和重塑 / 189

(二)农户 / 195

三、集体建设用地一级市场的供应客体 / 196

(一)宅基地使用权入市法律问题 / 197

(二)规划集体建设用地入市法律问题 / 204

四、集体建设用地入市的具体制度设计 / 205

(一)集体建设用地入市交易方式 / 205

(二)集体建设用地入市后的用途范围 / 207

(三)集体建设用地入市程序 / 209

第六章 城乡统一的建设用地一级市场的构建 / 213

一、总体目标 / 213

二、具体制度的改进和完善 / 215

(一)改革与完善现行土地储备制度 / 215

(二)修改相关法律,保证集体建设用地进入一级市场的合法性 / 217

(三)完善土地利用规划制度,兼顾确定性和适度的弹性 / 218

1. 现行土地规划法律制度的现状与不足 / 219

2. 完善土地利用规划法律制度的建议 / 223

(四)改革土地税费体制,保障地方政府长期稳定的土地税收 / 230

结 语 / 240

参考文献 / 242

中文文献类 / 242

一、中文著作 / 242

二、中文译著 / 247

三、中文论文 / 248

四、统计年鉴 / 254

英文文献类 / 254

一、英文著作 / 254

二、英文期刊 / 255

三、研究报告 / 256

四、美国司法案例 / 256

致 谢 / 258

第一章 导 论

地者,政之本也,是故地可以正政也。地不平均和
调,则政不可正也,政不正则事不可以理也。

——管仲《管子·乘马》

一、研究背景

土地是人民赖以生存和生活的场地和空间,也是整个国民经济最基本的不可或缺的生产要素。随着城市化进程的加速,^{〔1〕}我国现有的建设用地一级市场格局日益显示出它的弊端,其法律制度安排无法在兼具公平与效率的前提下满足经济和社会发展对建设用地的合理需求。

我国的土地制度不同于世界上大多数国家,是国家所有和农民集体所有并存的二元所有制。改革开放以来,国有土地从全部无偿划拨逐渐过渡到有偿使用,且有偿使用方式从协议出让为主逐渐发展为以招标、拍

〔1〕 按照国际通用标准,城市化水平一般采用居住在城镇的人口占总人口的比重来衡量。半个多世纪以来,我国城市化水平由1949年的7.3%提高到2012年的53%,预计到2030年将达到65%左右。世界历史上最大规模的城市化进程可能将主要发生在最近的二三十年里。这意味着社会对建设用地的需求将急剧且持续地增加(参见<http://data.stats.gov.cn/visualchart/view?c=01>,2013年12月10日访问)。

卖、挂牌等公开透明方式为主,从而形成了一个规模可观的建设用地使用权一级市场。该一级市场的特征是,土地来源的垄断性和土地出让方式的市场化。

具体而言,一方面,在现有的法律框架内,国家几乎是唯一的建设用地一级供应商。根据《土地管理法》,除极个别的例外情况,任何单位和个人因建设需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地,包括国家所有的土地和国家征收的原属于农民集体所有的土地。农民集体成为建设用地一级市场供应主体的合法渠道只有一条,即以集体建设用地使用权入股、联营等形式与他人共同举办企业。但由于受自身经营才能、企业生命周期等的影响,这类乡镇企业在实践中早已式微。因此,在法律上,集体建设用地进入一级市场的途径几近完全关闭,其无法像国有建设用地一样,可以通过出让、出租等方式获得稳定可靠的收益。另一方面,随着我国城市化的加速,各类工商业、商品住宅、娱乐等经营性事业对建设用地的需求也日益高涨。国有建设用地在一级市场中以拍卖、挂牌、招标等市场化方式出让,从而使得作为国家土地所有权代理人的地方政府获得丰厚的土地出让金,形成可与政府预算内财政相媲美的“土地财政”。^[1] 这两项特征加起来,意味着地方政府有极强的经济激励去扩大国有建设用地的来源。

随着政府手中掌握的存量国有建设用地逐渐批租殆尽,土地储备制度作为国有建设用地一级市场的运行机制,满足了地方政府拓宽供地来源的愿望。虽然依据《土地储备管理办法》和各地出台的相关地方性法规或规章,土地收储范围包括以土地回收、土地市场化收购以及土地征收三种方式获得的土地,但在实践中,受各种因素的限制,前两种方式采用得并不多。土地回收仅限于土地使用权期限届满使用权人未申请续期,或虽申请续期但政府因公共利益的需要而不予批准,^[2] 以及土地使用权人

[1] 据统计,2013年全国300个城市土地出让金总额为人民币31,304.5亿元,同比增加50%,创历史新高。上海更是突破两千亿元大关(参见<http://fdc.soufun.com/report/7516.htm>, 2014年1月10日访问)。

[2] 参见《城市房地产管理法》第22条。

违反了国有土地使用权出让合同中规定的一些强制性义务等情形。^{〔1〕}这些情况要么是若干年以后才可能发生,要么属于现实中的小概率事件。而通过市场化方式收购土地,一是具有很大的不确定性,土地储备机构首先需要和土地使用权人达成合意,而后者要么根本就不同意出售建设用地使用权,要么是双方无法就对价达成一致;二是收购资金受制于各地方政府的财政能力。因此,无论是依法回收土地还是收购土地,其数量都不可能太大。而目前我国的征收法律制度对政府公权力的限制较少,征收补偿款也远低于市价,因此征收土地,包括征收城市居民房屋所在的国有建设用地使用权以及集体土地所有权,就成了土地储备机构的主要收储来源,也成为地方政府得以维持在建设用地一级市场中的垄断地位的主要保障。

而现有的征收法律制度,笔者将之称为中国式的征收。其特征为:

(1) 几乎不受限制的征收权启动前提。虽然《宪法》、《物权法》、《土地管理法》均规定,征收权启动的前提是“基于公共利益的需要”,^{〔2〕}但一则“公共利益”从未得到界定,法律并未采用列举的立法方式明确限定哪些情形属于公共利益的范围,因此,这一概念成为弹性极大、可供灵活操作的法律词汇;二则《宪法》及随后的《物权法》同时又规定,“城市的土地属于国家所有”,而“城市”这一词语属于变动不居的概念,只要城市规划区或建成区在扩大,地方政府就获得了启动征收权的理由。即使祭出“公共利益”这一“尚方宝剑”,但如前所述,在这一概念未得以明确限定的情况下,各地政府亦能将其解释为“城市规划区的扩展即属于公共利益”。

(2) 失范的征收程序。目前,法律对国有建设用地使用权的征收和集

〔1〕 如土地使用权人未依约及时足额缴纳土地出让金;土地使用权人擅自改变土地出让合同中约定的用途;以出让方式取得土地使用权进行房地产开发,非因不可抗力或者政府行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延,满二年未动工开发的(参见《土地管理法》第80条,《城市房地产管理法》第16、26条)。

〔2〕 《宪法》(2004年)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》(2004年)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给予补偿”。《物权法》(2007年)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”。《城市房地产管理法》(2007年)第6条规定,“为了公共利益的需要,国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋,并依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定”。

体所有土地的征收分别适用两套不同的征收程序。近十年来,国有建设用地使用权的征收主要依据 2001 年的《城市房屋拆迁管理条例》。依法理,征收本应是拆迁的前提,但是根据该条例,土地储备机构获得房屋拆迁许可证并不需要以政府已经完成对单位、个人合法拥有的房屋和土地的征收为前提。换言之,在房屋仍然属于单位、个人合法所有的时候,土地储备机构就可依据与征收程序毫无关联的文件,取得拆除房屋的资格。而作为征收构成要件之一的补偿问题则被放在拆迁阶段予以解决。而国家在征收农民集体所有土地时,则根据《土地管理法》的相关规定,采取“两公告一登记”的程序。即政府决定启动征收权后,直接将征收决定向农民公告;土地被征收的农民集体和农民在公告规定期限内,持土地权属证书到当地政府土地主管部门办理征地补偿登记;征地补偿安置方案确定后,地方政府再进行公告,并听取被征地的农民集体和农民的意见。^{〔1〕}这一程序意味着,一旦政府作出征收决定,农民只能被动地接受,无任何司法救济渠道,征收补偿方案也是由政府单方面制定,虽然要听取被征收人的意见,但接受与否则属政府的自由裁量权。农民即使对补偿标准不服,也只能由县级以上地方人民政府协调;协调不成的,由批准征收土地的人民政府裁决。并且,征地补偿、安置争议不影响征收土地方案的实施。^{〔2〕}

(3)法定的低价补偿。在对被拆迁的国有土地上的房屋进行补偿时,2001 年的《城市房屋拆迁管理条例》规定可以实行货币补偿或房屋产权调换。虽然货币补偿的金额应根据被拆迁房屋的区位、用途、建筑面积等因素,以房地产市场评估价格确定,但是并未明确可参照的市场评估价的确定日期,拆迁人即使依照征收前一段时期内可参照房屋市场价的最低值给予补偿也并不违法;并且对于因拆迁非住宅房屋给产权人造成的停产、停业损失,拆迁人只需给予“适当补偿”而非全部补偿。依照《土地管理法》,对农民集体所有土地给予的法定补偿是按照被征收土地的原用途给予补偿。其中,对被征收耕地的土地补偿费、安置补助费的总和不得超

〔1〕 参见《土地管理法》第 46、48 条。

〔2〕 参见《土地管理法实施条例》第 25 条。

过耕地被征收前三年平均年产值的三十倍。^{〔1〕}这种“一刀切”的办法一次性地剥夺了原本属于农民的永久性收入来源。如果说对国有土地上的房屋的补偿标准尚属不完全的、有待改进的市价补偿,那么对农民集体所有土地给予的补偿,则早已远离公平合理的标准,成为国家剥夺农民的合法工具。对此,有学者曾精辟地评论道:“20世纪50年代,国家依靠垄断手段和对粮食的低价统一收购来支持国家的工业化,而半个世纪以后,‘粮食’和‘工业化’替换成了‘土地’和‘城市化’,唯一不变的是政府和农民的关系。”^{〔2〕}

于是,城市化对建设用地的合理需求、国家垄断建设用地一级市场、“方便、便宜”的土地征收法律制度,这三者结合致使公平与效率的双重损失。一方面以行政手段配置土地资源的方式扭曲了建设用地一级市场,以远低于市价的标准征收集体土地,使得政府不受其财力和信用的约束,建设用地利用方式粗放,规模庞大的各类工业开发区大量闲置,浪费现象严重;另一方面,神州大地上推土机的轰鸣声不绝于耳,“CHINA”被人调侃为“拆哪”,更有地方官员发出惊人之语——没有强拆就没有新中国。举国关注的湖南嘉禾拆迁案、成都唐福珍自焚案、上海潘蓉抗拆案、江西宜黄钟家自焚案、广西白虎滩强拆案、辽宁盘锦强拆命案……一系列恶性事件的背后都隐藏着地方政府对建设用地的渴求。而当国民拿起自制燃烧瓶、弓箭,甚至不惜以生命抗争时,伴随着倒下的房屋或麦苗,政府的威信亦赫然倒塌在地。

2011年年初国务院新出台《国有土地上房屋征收与补偿条例》,饱受诟病的2001年《城市房屋拆迁管理条例》终于退出历史舞台。新条例首次对“公共利益”的范围采取了列举加概括的方式进行限定,并且在征收补偿、征收程序方面作了较大改进。但在对农民集体所有土地的征收制度改革方面,尚待《土地管理法》从立法理念到具体条文革新。

根据《全国土地利用总体规划纲要(2006~2010)》,到2020年,我国城市化率预计将达到58%。而城市化是人口、劳动力、土地和其他资源在

〔1〕 参见《土地管理法》第47条。

〔2〕 周飞舟:“生财有道:土地开发和转让中的政府和农民”,载《社会学研究》2007年第1期。

空间上的大规模流动、积聚和集中。这意味着我国经济发展对建设用地的需求将会有增无减。虽然目前的法律基本上已禁止集体建设用地直接进入一级市场,但在市场经济利益的驱动下,农民自发的入市实践早已开始,并逐渐在法定的国有垄断建设用地一级市场之外,并行发展出一个规模庞大的隐形市场,对现行的法律法规形成倒逼之势。

截至2006年,珠江三角洲地区通过隐形流转的方式使用农村集体建设用地实际超过集体建设用地的50%。而在粤东、粤西等地,这一比例也超过20%。仅在2006年一年,广东省集体建设用地使用权直接入市的数量就达到2.32万亩。^{〔1〕}在经济相对不发达的地区,集体建设用地直接入市的现象也很普遍。如河南郑州等地城乡结合部大型家电市场、建材市场、集贸市场等使用的土地全部是集体建设用地。^{〔2〕}

集体建设用地使用权自发进入一级市场,在一定程度上消解了法律制度本身所蕴含的不公正和不经济。但是,由于这一灰色市场一直游走在法律边缘,没有纳入国家正式法律的规制之下,使得交易成本大大提高,并且在缺乏土地利用规划的约束之下,造成了耕地被滥占转为建设用地的新问题。^{〔3〕}

面对集体建设用地自发入市的行为,政府最初的反应是严厉打击。但集体建设用地自发入市不但没有停止,反而愈演愈烈,形成错综复杂、数量庞大的隐形市场。地方政府长期以来通过征地经营土地、经营城市的模式也遭到了农民的顽强持久抵抗,征地的隐形成本直线上升。在这种情况下,一些地方政府逐渐改变了政策取向,开始对这些自发入市的行为进行疏导、鼓励甚至是支持。广东省更是在2005年以政府规章的形式出台了《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》,在总结省内南海、顺德、东莞等地流转经验的基础上,允许在全省范围内推行集体建设用地的依法入市,被媒体称为“新土地革命”。^{〔4〕}在中央政府层面,国土资源部自1999年开始在芜湖试点,随后又扩大到了上海、深圳、杭州、苏州、安阳

〔1〕 参见《中国国土资源年鉴2007》,第238页。

〔2〕 参见《中国国土资源年鉴2002》,第242页。

〔3〕 黄金萍:“西岗村:不种庄稼种房子”,载《南方周末》2010年4月14日版。

〔4〕 参见余力:“新土地变革广东启幕”,载《南方周末》2005年9月29日版。

等城市。

2008年发布的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》,首次在中央政策层面对集体建设用地直接入市的地方性实践开了一个小口。^[1]“决定”把集体建设用地入市的范围限定在“城镇规划区范围外”,即城市规划区和建制镇以外的区域。但事实上,除了城市规划区和建制镇,中国真正能用于非农建设的用地并不多。这反映了中央在此问题上的谨慎态度。如何论证集体建设用地直接入市的必要性,以及其与耕地保护之间并不存在必然的冲突,而让法律对农民合理的利益诉求予以回应,将是本书的任务之一。此外,对于集体建设用地直接入市,还有一些基本问题亟待解决:入市主体应是农民集体还是农户,抑或两者皆可?如果是农民集体,如何解决目前其主体虚位的问题?对于占据存量集体建设用地主要部分的宅基地使用权,是否应允许其直接入市?集体建设用地直接入市的交易方式是否必须参照国有建设用地的模式?直接入市后的程序应如何设计?

此外,集体建设用地直接入市必然意味着对现有征地制度的改革。从2010年到2020年这十年间,全国新增建设用地将达到585万公顷。^[2]这意味着,如果现有征地模式继续保持不变,除开少量由国有农用地、国有未利用地转变用途而来的建设用地,以及一部分新增农民宅基地、新增村庄公益设施建设用地以外,这585万公顷中的绝大部分新增建设用地都将通过征收集体所有的农用地以及未利用地来实现,届时又将会有大量农民因为征地而失去或减少土地。那么,在对征地制度的改革中,如何界定“公共利益”以及确定公平合理的补偿标准?如何规范失范的征收程序?

集体建设用地直接入市,也意味着目前国家垄断建设用地一级市场的局面将被打破。在构建全国统一的建设用地一级市场的过程中,又可能产生新的问题需要解决,如怎样保证原本以土地为支撑的地方财政的平稳过渡,如何有效平衡建设用地与耕地保护目标之间的矛盾,保证土地

[1] “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。”

[2] 参见《全国土地利用总体规划纲要(2006~2010)》。

利用规划的可操作性和有效性等。

种种乱象亟须正本清源。对以上问题的回答,将有利于我国城乡二元分割的建设用地一级市场格局的化解,使建设用地使用权以全新的商品权利体系重构中国市场经济的总体结构和基础信用,并在保护农民权益的同时,保障我国城市化的健康发展。

二、相关概念的界定

明确的概念界定,是探讨一项制度的前提。对本书中将反复出现的若干概念,笔者拟界定如下:

1. “建设用地”

土地权属和用途是划分土地类别的两个维度。从词义来看,“建设用地”是从用途上对土地类别进行的划分。根据《土地管理法》的规定,我国的土地从用途上来说,除建设用地以外,还包括农用地和未利用地。其中,建设用地是指“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”;农业用地是指“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”;第三类未利用地,则是指“农用地和建设用地以外的土地,如荒滩,荒山、荒沟、荒坡等”。可见,《土地管理法》中的建设用地是指一切用于建设用途的土地。此外,我国法学界也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”^{〔1〕}

依照所有权主体的不同,建设用地分为国有建设用地和农民集体所有的建设用地。此外,按照状态的不同,建设用地分为存量建设用地和规划建设用地。前者是现实的、已实际用于建造建筑物、构筑物的土地,后者是指在符合土地利用总体规划的前提下,可能从农业用地和未利用地转为建设用地的土地。

2. “建设用地使用权”

根据《物权法》和《土地管理法》,建设用地使用权是指自然人、法人

〔1〕 江平主编:《中国土地立法研究》,中国政法大学出版社1999年版,第389页。

或其他组织依法利用国有或者集体所有的土地来建造建筑物、构筑物及其附属设施,并享有占有、使用和收益的权利。依建设用地的所有权主体不同,可以分为国有建设用地使用权和集体建设用地使用权。

目前,我国《物权法》仅对国有建设用地使用权的设立、效力、处分等作了具体规定,对集体建设用地使用权则采取了回避的态度,通过设定引致性条文的立法技术,将其交由《土地管理法》予以规制。该法第151条规定,“集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地管理法等法律规定办理”。在《物权法》起草的过程中,学者普遍建议将集体建设用地使用权与国有建设用地使用权统一进行规定,^[1]但最后出台的《物权法》并未采纳这一建议。立法者的理由是,集体建设用地制度如何改革,尚需通过修改《土地管理法》等法律从根本上予以解决,目前《物权法》对此作出规定的时机还不成熟。^[2]

此外,不同于《土地管理法》的思路,《物权法》首次将宅基地使用权从集体建设用地使用权中分离出来单列一章。但该章仅有4个条文,且其中第153条规定,宅基地使用权的取得、行使和转让,适用《土地管理法》等法律和有关规定。立法者的理由是宅基地使用权是一种带有社会福利性质的权利,是农民的安身之本,因此应单独予以规定,以保护农民利益。^[3]笔者认为,宅基地使用权在本质上与其他建设用地使用权并无不同(本书第五章将予以详细讨论),因此拟采取广义的概念,将宅基地使用权纳入建设用地使用权当中一并进行研究。

3. “建设用地使用权一级市场”

我国《宪法》禁止土地所有权的买卖,唯一的所有权合法转移形式是国家通过征收方式将农民集体所有的土地单向地、不可逆地转为国有,并且这种转移并非建立在双方自愿平等的基础上,因此一般我们所称的土地市场,仅限于土地使用权的有偿交易。

[1] 王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第343页;梁慧星等:《中国物权法草案建议稿附理由》,社会科学文献出版社2007年版,第388~441页。

[2] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第277页。

[3] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第279页。