

不动产法制文丛 | 高圣平 主编



中国土地法制的现代化

——以土地管理法的修改为中心

高圣平 著

不动产法制文丛 | 高圣平 主编



中国土地法制的现代化

——以土地管理法的修改为中心

高圣平 著

图书在版编目(CIP)数据

中国土地法制的现代化:以土地管理法的修改为中心 / 高圣平著. —北京:法律出版社, 2014. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6476 - 5

I. ①中… II. ①高… III. ①土地管理法—研究—中国 IV. ①D922.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 106522 号

中国土地法制的现代化
——以土地管理法的修改为中心

高圣平 著

责任编辑 刘文科
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 固安华明印业有限公司

印张 20 字数 282 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 - 6476 - 5

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《不动产法制文丛》总序

土地、房屋等不动产在社会财富形态中一直占据重要位置,古人云,有恒产者有恒心,法治通过保护私权,使人们对其创造性活动形成合理、稳定的预期,从而激励人们积累和创造社会财富。从这个意义上讲,法治最有利于实现社会生产力的解放和发展,并能够促进社会生产和社会财富的创造,从而提升一个社会的整体和人均福利。近来,许多经济学家都已经证明了世界上任何一个崛起的大国,在崛起过程中莫不是以保护产权为其重要任务。不动产作为社会基本的财产形式,应当是物权法规范的重心。

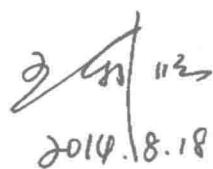
我国实行社会主义公有制,这也使得我国的不动产法制具有鲜明的中国特色。随着我国城市土地使用制度、住房制度以及农村土地承包经营制度改革的逐步深入,我国现有的不动产法制已经不能完全满足调整相应法律关系的需要,相关法律法规的修改与完善成了目前的紧迫任务。改革开放以来,我国陆续颁行了《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《农村土地承包法》等有关不动产的法律法规及司法解释,我国不动产法制逐渐完善。2007年颁行的《物权法》在总结我国既有法制经验的基础上,确认了相对完善的不动产物权制度,如农村土地承包经营权、城市建设用地使用权、宅基地使用权等不动产物权,进一步完善了不动产的相关法律制度。在物权变动方面,《物权法》还规定了公示原则,并专门规定了不动产登记制度,初步建立了不动产登记制度体系。

随着改革进程的不断深入,我国不动产制度也处于不断发展之中,《中共中央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,《中共中央、国务院关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》更进一步地将“完善农村土地承包政策”、“引导和规范农村集体经营性建设用地入市”等作为深化农村土地制度改革的主要任务,所有这些都昭示着我国不动产法制的重大变革。不动产制度的改革对不动产理论的深入研究也提出

了许多新的课题,需要我国法学工作者从我国基本国情和改革开放的实践出发,不断探索新情况,研究新问题,从而为完善我国的不动产制度献言献策。

中国人民大学不动产法研究中心成立于2006年,一直关注和组织不动产法制的理论研究,推动相关法律法规的修订,参与相关制度的实施评估和田野调查,先后就不动产抵押、不动产税收、不动产登记、不动产交易、物业管理、不动产信托、土地管理法修改等起草了专题研究报告。在社会各界的关心之下,中心精心组织,将部分研究成果结集出版。本文丛既有就社会热点问题的专题论述,也有就目前立法问题的主题文集;既有国外著述的中文译本,也有中心研究人员的系统论著,还有不动产裁判案例的专题研究。我们期待中心的研究成果引起大家的广泛关注,我们也期望该研究成果能够在我国不动产法制完善的过程中发挥重要作用。

是为序!



2014.8.18

目录 Contents

导论 《物权法》视野下的《土地管理法》修改 / 1

- 一、《土地管理法》修改的必要性 / 1
- 二、《土地管理法》修改的基本原则 / 6
- 三、《土地管理法》修改的主要内容 / 11
- 四、小结 / 26

第一章 土地物权体系的建构 / 27

- 一、问题的提出 / 27
- 二、土地物权体系的比较观察 / 28
- 三、我国物权法立法过程中关于土地物权体系的争议 / 34
- 四、《土地管理法》与《物权法》关于土地物权体系的比较 / 41
- 五、《土地管理法》修改中关于土地物权体系的几个争论问题 / 43
- 六、小结 / 48

第二章 土地与建筑物之间利用关系的法律表达 / 49

- 一、问题的提出 / 49
- 二、我国“房地一致原则”的形成及理论基础 / 50
- 三、房地分离主义模式之下的房地各别处分的缺陷及理论分析 / 53
- 四、我国采纳“房地一致原则”的理论再证成 / 56
- 五、对改造“房地一致原则”几种观点的评述 / 59
- 六、小结 / 64

第三章 不动产统一登记视野下的土地登记 / 65

- 一、问题的提出 / 65
- 二、不动产登记的功能定位 / 65
- 三、农村土地登记与农村房屋登记之间的关系 / 69
- 四、不动产抵押登记的若干问题 / 85

五、不动产登记错误的司法救济 / 99

第四章 土地承包经营权的市场化 / 111

一、土地承包经营权性质的再认识 / 111

二、土地承包经营权权能的完善 / 122

三、土地承包经营权抵押与农村金融的发展 / 134

四、土地承包经营权登记制度:困境与出路 / 143

第五章 建设用地使用权的市场化 / 154

一、建设用地使用权设立规则的重构 / 154

二、建设用地使用权期限制度 / 167

三、建设用地使用权期限届满后的法律后果 / 179

四、土地一级市场上租赁供地模式的法律表达 / 194

五、集体建设用地进入市场:现实与法律困境 / 211

六、建设用地使用权抵押权——以房地单独抵押、房地分别抵押的效力为中心 / 234

第六章 宅基地使用权的市场化 / 251

一、农村宅基地权利的嬗变 / 251

二、宅基地使用权性质的再认识 / 260

三、宅基地使用权的设立:审批制质疑 / 264

四、宅基地使用权流转的法律经济分析:从个案分析的视角 / 273

五、宅基地退出与补偿机制 / 293

后记 / 313

导论 《物权法》视野下的 《土地管理法》修改

融合了立法机关、学者、公众智慧的《物权法》于2007年3月通过。在立足于传统物权法理论和制度的基础上,《物权法》充分结合了我们国情,有效借鉴了外国相关制度,同时又在诸多领域进行了富有前瞻性的创新。我国《物权法》是以不动产为重心的构建起来的法律体系,^①而不动产又以土地为其核心,^②其与《土地管理法》之间存在着千丝万缕的联系。《物权法》施行后,《土地管理法》是否应当修改,应当如何修改,是摆在我们面前的紧迫问题。

一、《土地管理法》修改的必要性

(一)《物权法》与《土地管理法》关于土地权利规定的比较

我国《土地管理法》基于当时土地权利立法的状况,并没有将其调整范围局限于土地管理法律关系(行政法律关系),^③而是规定了大量的土地权利规则(民事法律关系)。例如该法第2章“土地的所有权和使用权”,第5章“建设用地”关于国有土地使用权以及集体建设用地使用权的取得以及宅基地使用权的相关规定均属物权规范。《物权法》中有关土地权利方面的规定与《土地管理法》的基本制度框架是一致的,在一定程度上肯定了《土地管理法》确定的以耕地保护为核心的土地管理制度,肯定了近年来深化改革严格土地管理所形成的一些重要的土地管理成果。同时,《物权法》结合《土地管理法》施行以来的实际情况,对土地权利作了一些新的规定。

① 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第119~120页;孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2009年版,第24页。

② 就不动产与土地之间的关系,参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第67页以下;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2010年版,第44页以下;孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2009年版,第210页以下;尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第52页以下。

③ 参见卞耀武主编:《中华人民共和国土地管理法释义》,法律出版社1998年版,第13页。

《物权法》的创新之处主要体现在以下几个方面：

第一，规定了不动产登记的效力、登记申请、登记机关的审查职责等基本规则，^①填补了《土地管理法》土地权利登记的相关内容的缺失。《土地管理法》中仅对土地所有权和使用权的登记作了宣示性规定，^②但对于这些登记起什么作用、登记机关对登记申请如何进行审查、利害关系人是否有权查询登记资料等这些问题均不明确。这直接造成实践中将登记仅仅理解为一种土地管理的方式，忽视了其在土地权利变动中的作用。

第二，完善了土地征收的相关规则，明确了“足够支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用”的征收补偿标准，增加了“安排被征地农民和社会保障费用”。^③ 这些都是针对《土

-
- ① 《物权法》第9条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。”第10条规定：“不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。”第11条规定：“当事人申请登记，应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。”第12条规定：“登记机构应当履行下列职责：（一）查验申请人提供的权属证明和其他必要材料；（二）就有关登记事项询问申请人；（三）如实、及时登记有关事项；（四）法律、行政法规规定的其他职责。申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的，登记机构可以要求申请人补充材料，必要时可以实地查看。”
- ② 《土地管理法》第11条规定：“农民集体所有的土地，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认所有权。农民集体所有的土地依法用于非农业建设的，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认建设用地使用权。单位和个人依法使用的国有土地，由县级以上人民政府登记造册，核发证书，确认使用权；其中，中央国家机关使用的国有土地的具体登记发证机关，由国务院确定。确认林地、草原的所有权或者使用权，确认水面、滩涂的养殖使用权，分别依照《中华人民共和国森林法》、《中华人民共和国草原法》和《中华人民共和国渔业法》的有关规定办理。”第12条规定：“依法改变土地权属和用途的，应当办理土地变更登记手续。”第13条规定：“依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”
- ③ 《物权法》第42条规定：“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。征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，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。任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。”第121条规定：“因不动产或者动产被征收、征用致使使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿。”

地管理法》施行中土地征收过程中的问题所作的相应规定,和《土地管理法》的相关规则^①有重大差异。

第三,明确了集体土地所有权的主体,界定了“集体成员”的职权。《物权法》第59条第1款明确规定:“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有”,同时第60条规定了三种土地所有权的行使主体。^②这就改变了《土地管理法》中集体土地属于“农民集体所有”这一广受诟病的主体规定,^③为以后的制度发展留下了空间。^④

第四,增加了建设用地使用权可以分层设立的规则,将工业用地的取得也纳入招标、拍卖的范围。《物权法》第136条规定:“建设

① 《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给予补偿。”第47条规定:“征收土地的,按照被征收土地的原用途给予补偿。征收耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。征收耕地的土地补偿费,为该耕地被征收前三年平均年产值的六至十倍。征收耕地的安置补助费,按照需要安置的农业人口数计算。需要安置的农业人口数,按照被征收的耕地数量除以征地前被征收单位平均每人占有耕地的数量计算。每一个需要安置的农业人口的安置补助费标准,为该耕地被征收前三年平均年产值的四至六倍。但是,每公顷被征收耕地的安置补助费,最高不得超过被征收前三年平均年产值的十五倍。征收其他土地的土地补偿费和安置补助费标准,由省、自治区、直辖市参照征收耕地的土地补偿费和安置补助费的标准规定。被征收土地上的附着物和青苗的补偿标准,由省、自治区、直辖市规定。征收城市郊区的菜地,用地单位应当按照国家有关规定缴纳新菜地开发建设基金。依照本条第二款的规定支付土地补偿费和安置补助费,尚不能使需要安置的农民保持原有生活水平的,经省、自治区、直辖市人民政府批准,可以增加安置补助费。但是,土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征收前三年平均年产值的三十倍。国务院根据社会、经济发展水平,在特殊情况下,可以提高征收耕地的土地补偿费和安置补助费的标准。”

② 《物权法》第60条规定:“对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等,依照下列规定行使所有权:(一)属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权;(二)分别属于村内两个以上农民集体所有的,由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权;(三)属于乡镇农民集体所有的,由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。”

③ 《土地管理法》第8条第2款规定:“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,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。”第10条规定:“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理;已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的,由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理;已经属于乡(镇)农民集体所有的,由乡(镇)农村集体经济组织经营、管理。”

④ 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第530页。

用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立……”这一规则对于解决我国土地供应紧张,提高土地利用效率都有重要作用。目前城市地铁等基础设施建设用地、户外广告用地均可以通过建设用地使用权的分层设立解决。

第五,修改了建设用地使用权期间届满后的相关规则。《物权法》第149条第1款规定:“住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期。”这一规则改变了《土地管理法》第58条的规定。^①住宅建设用地使用权期限届满的,无须土地使用者申请即自动续期,避免了成千上万住户办理续期手续等可能造成的操作困难以及行政成本的增加,减轻了老百姓的负担,受到了普遍的赞成。同时《物权法》第149条还规定了非住宅建设用地使用权期间届满后地上物的归属,这是《土地管理法》中所没有明确的。

第六,增加了地役权这种土地用益物权形态,完善了土地利用方式。地役权是按照合同约定利用他人不动产,以提高自己不动产效益的权利。在他人土地上设立地役权,是建造并保有建筑物(建设用地使用权、宅基地使用权)、从事农业生产(土地承包经营权)之外的一种利用土地的方式,是突破物权法定原则的限制以充分利用土地的有效工具。^②实践中,对于在集体土地之下铺设地下管道、在集体土地之上架设天线,如果通过设定地役权的方式,就可以避免复杂的征地程序,直接通过与“农民集体”签订地役权合同来解决。

(二)《土地管理法》与《物权法》相冲突之处的处理

《土地管理法》与《物权法》相冲突的地方如何处理?这主要涉及《物权法》第8条的理解问题。

① 《土地管理法》第58条规定:“有下列情形之一的,由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准,可以收回国有土地使用权:(一)为公共利益需要使用土地的;(二)为实施城市规划进行旧城区改建,需要调整使用土地的;(三)土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满,土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准的;(四)因单位撤销、迁移等原因,停止使用原划拨的国有土地的;(五)公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。依照前款第(一)项、第(二)项的规定收回国有土地使用权的,对土地使用权人应当给予适当补偿。”

② 参见王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社2013年版,第986页;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第631页。

《物权法》第8条规定:“其他相关法律对物权另有特别规定的,依照其规定。”《土地管理法》无疑是该条所称的“其他相关法律”之一。对于该条,权威的解释是:“物权法是规范物的一般法,相对于物权法而言,其他规范物权的法都是特别法。如土地管理法、城市房地产管理法、农村土地承包法、文物法等许多法律的规定都涉及物权,都是对特定领域的物权所作的特别规定,当然要优先适用。”^①准此以解,即使与《物权法》相冲突,《土地管理法》也无必要修改。在《物权法》的字里行间,无法找到修改《土地管理法》的理由。

我国《立法法》第83条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”该条即确立了“特别法优于一般法”、“新法优于旧法”的法适用规则。《物权法》第8条的规定依循了其中的“特别法优于一般法”的规则,但排斥了“新法优于旧法”的规则。不过,《立法法》所确立的这两个规则适用的前提是“同一机关”制定的规定,不属于“同一机关”制定的规定之间的冲突不适用该规则,而适用“上位法优于下位法”的规则(同法第79条)。《物权法》属于全国人民代表大会通过的基本法律,而《土地管理法》属于全国人民代表大会常务委员会通过的一般法律。全国人民代表大会是我国的最高权力机关和立法机关,而全国人民代表大会常务委员会作为全国人民代表大会的常设机关和组成部分,是一个独立的立法主体,享有独立的国家立法权,在我国立法主体系统中处于中央级立法主体第二级别的位置。^②由此可见,全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会并非同一个立法机关。《物权法》和《土地管理法》这两部法律并非同一机关制定,《立法法》第83条自无适用的余地,但《土地管理法》与《物权法》之间的冲突是否可依《立法法》第79条所规定的“上位法优于下位法”的规则而解决?该条规定,“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规

① 胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第37页。

② 参见封丽霞:“论全国人大常委会立法”,载周旺生主编:《立法研究》(第1卷),法律出版社2000年版,第87页、第91页。

章”。《土地管理法》与《物权法》在性质上都属于法律,而该条并未规定全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会通过的法律之间的效力轩轻。^①也就是说,《土地管理法》与《物权法》之间的效力冲突无法在《立法法》框架之下解决。

根据我国《宪法》的规定,法律分为基本法律和基本法律以外的法律(一般法律)。^②基本法律是指全国人民代表大会制定和修改的刑事、民事、国家机构和其他事项的法律,内容涉及国家和社会生活某一方面最基本的问题;一般法律是指全国人民代表大会常务委员会制定和修改的“除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的法律”(《宪法》第67条)。^③本书作者认为,基于全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会之间不同的立法地位和立法权限,基本法律应当具有高于一般法律的效力。^④《物权法》属于全国人民代表大会制定的基本法律,应当具有优先于全国人民代表大会常务委员会制定的《土地管理法》的效力。《土地管理法》与《物权法》的冲突之处即应修改。

二、《土地管理法》修改的基本原则

(一)公私法相结合的原则

将调整某一行业或事项的主要法律关系放在一部法律中规定,将“行为法、组织法、管理法”合一的思路,已经成为我国立法工作中的一种惯例,我国《电力法》、《建筑法》、《民用航空法》、《铁路法》、《招标投标法》、《拍卖法》、《保险法》、《公司法》、《合伙企业法》、《政府采购法》、《公益事业捐赠法》、《票据法》、《信托法》等均不例外。“规范相同社会关系的立法内容,应尽可能使其集中起来,力求

① 不过,也有学者认为全国人民代表大会制定的《物权法》与全国人民代表大会常务委员会制定的《担保法》之间是上位法和下位法的关系。参见奚晓明:“当前民商事审判工作应当注意的几个法律适用问题”,载《法律适用》2007年第7期。

② 参见公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第323页。

③ 参见付子堂主编:《法理学初阶》,法律出版社2005年版,第286页。

④ 从我国《宪法》的相关规定也可以看出这一点。在全国人民代表大会闭会期间,全国人民代表大会常务委员会有权对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改,但“不得同该法律的基本原则相抵触”。

涵括在一个规范性法律文件之中。”^①有学者认为,立法工作的类似问题应秉承公法与私法相区分的原理来解决。^②亦即土地管理法律关系(公法关系)由《土地管理法》等法律调整,土地权利法律关系(私法关系)由另外的法律调整。本书作者认为,“公法”与“私法”的概念本有其合理性,但学界至今对两者的分界仍存在争议,特别是在目前“私法公法化”、“私法社会法化”等观念盛行的情况下,严守公法与私法的划分已无意义。我国立法实践早已扬弃了公法与私法严格划分的观念,即使是在具有私法属性的《合同法》和《物权法》中,亦存在许多公法规范。^③因此,修改《土地管理法》,同时修改和完善其中的公法规范和私法规范,符合我国立法惯例。“土地管理法中所包含的法律关系的性质并非是单一的,而是多种性质的结合,这种结合围绕土地而形成,精密而融合。”^④同时,依据公法与私法主体职能划分的原理,行政权与所有权应该是相互分离的。^⑤但在事实上,二者并不能完全分离,对于国土资源领域而言尤为如此。国土资源管理部门既充任着国家土地所有权的代表(私法主体),又行使着土地管理的职能(公法主体)。我们所要做的是,厘清《土地管理法》中国土资源管理部门的公权主体和私权主体地位,分别修改和完善相关规则。

(二) 物权平等保护的原则

《物权法》确立了物权平等保护的基本原则,“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯”(第4条)。物权平等保护原则的意义在于,对不同所有制性质的物权给予同样的法律地位,赋予同样的法律效力,适用同样的法律规则。

土地所有权作为一种特殊的财产所有权,具有占有、使用、收

① 李文政:“关于完善立法技术问题的探讨”,载《菏泽师专学报》1999年第3期。

② 参见徐化冰:“从行政法与民法的关系及特点看民法典立法技术的完善”,载《洛阳大学学报》2003年第3期。

③ 我国《合同法》第127条有关合同监管的规定,我国《物权法》第38条关于侵害物权的行政责任和刑事责任的规定、第57条关于违反国有财产管理规定的法律责任的规定等,均为著例。

④ 卞耀武主编:《中华人民共和国土地管理法释义》,法律出版社1998年版,第13页。

⑤ 参见梅夏英、高圣平:《物权法教程》,中国人民大学出版社2011年版,第85页。

益、处分的权能,并受有一定限制。这是各国立法通行的做法。在我国,依据宪法和法律的规定,土地属于国家和集体所有。我国的土地公有制度作为基本经济制度之一,其意义毋庸置疑,但是目前土地所有权与其说是一种民事权利,不如说实际表现为公共权利或者行政权力。过多的政治色彩,妨害了从物权角度对土地所有权制度进行思考,也妨害了制定符合市场经济条件的土地所有权制度。我国的集体土地所有权是一项具有本国特色的制度,它是历史形成的,不是国家土地所有权的派生物,也不是隶属于国家土地所有权之下的权利,而是一种独立的民事权利。在法律上,集体土地所有权与国家土地所有权处于平等的地位。^①在我国,集体土地所有权具有浓厚的政治色彩和深刻的政治含义,具有不完全性。集体土地所有权的这种“不完全性”与所有权的社会化以及由于土地所有权的特殊性所受到的公法上的限制和公权力的干涉不同,是与国有土地所有权相比较在效力、权能上的欠缺。在使用、处分权能方面,集体土地所有权人不能自主决定如何使用土地,而常常受到行政权力的过分干预,行政管理权替代了所有权的行使。《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,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)村公共设施和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。”由此可见,农村集体所有的土地一般只能用于农业生产、农民宅基地和兴办乡镇企业等与集体密切相关的建设中,而不得用于能够产生巨大经济效益的房地产开发等项目中,从而使集体土地所有权的使用权能呈现出不完全性。在收益权能方面,国家通过行政权力,侵占农村集体土地流转收益。根据现行法律,集体所有的土地,只有经国家征收转为国家土地后,才能出让、转让。国家垄断土地一级市场;政府对农村土地“先征后让”;征收土地的主体是国家而不是用地单位。征收后的土地所有权属于国家,用地单位只享有使用权。国家征收土地,虽然也给土地所有者一定的价款补偿,但补偿价款的数额远远低于土地的市场交易价格,不是所有人意志的

① 王卫国:《中国土地权利研究》,中国政法大学出版社1997年版,第92页、第94页。

体现,也不能真实地体现土地价值,是一种强制性的非市场价格,是非地租的不等价补偿。^①

中共中央《关于推动农村改革发展若干重大问题的决定》^②(以下简称十七届三中全会《决定》)明确指出:“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。”这为集体建设用地二级市场指明了方向。中共中央《关于全面深化改革若干重大问题的决定》^③(以下简称十八届三中全会《决定》)更是明确指出:“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。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。扩大国有土地有偿使用范围,减少非公益性用地划拨。建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制,合理提高个人收益。完善土地租赁、转让、抵押二级市场。”这将集体建设用地制度的改革延伸至一级市场。为了全面贯彻落实党的十八届三中全会精神,中共中央、国务院于2014年1月19日印发了《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》(以下简称2014年中央一号文件),其中明确指出“引导和规范农村集体经营性建设用地入市。在符合规划和用途管制的前提下,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,加快建立农村集体经营性建设用产权流转和增值收益分配制度。有关部门要尽快提出具体指导意见,并推动修订相关法律法规。各地要按照中央统一部署,规范有序推进这项工作”。这些政策都为下一步的土地法制改革指明了方向。

本书作者认为,集体土地所有权的“限制”不应该成为排斥和剥夺本应属于所有权的权能的理由。基于集体土地所有权所承载的

① 邵彦敏:“‘主体’的虚拟与‘权利’的缺失——中国农村集体土地所有权研究”,载《吉林大学社会科学学报》2007年第4期。

② 2008年10月12日中国共产党第十七届中央委员会第三次全体会议通过。

③ 2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过。

社会功能,《土地管理法》应当赋予所有权人适度限制下的集体土地处分权。在市场经济条件下,现行集体土地所有权的权能已不足以应付农地的高效利用。将集体土地限制在农民的手里以及固定的农业生产中,造成了大量的弃耕抛荒,农民的生存已受到威胁。既然国家土地所有权上可以设立建设用地使用权且建设用地使用权可以依法流转,在物权平等的观念之下,集体土地所有权之上亦可设定集体建设用地使用权且集体建设用地使用权亦可依法流转。^①允许集体土地在一定条件下进入市场,由农民自主决定土地用途,可以促进集体土地使用效率的提高,比如采用招标的形式引入大型的农业生产厂商,不仅可以带动当地经济的发展,还可以缓解就业压力。

(三) 尊重他人物权的原則

相比民法的其他部分,《物权法》更加关注人的基本生存条件和其他基本需要,也与人的生存和发展联系更加密切,可以说,《物权法》是一部“以人为本”,贯彻“构建和谐社会”理念的法律。“以人为本”反映在财产关系领域,就是要确认和保障物权。《物权法》第2条明确规定物权是具有排他性的权利,具有排除他人干涉的效力。《物权法》所规定的土地所有权、土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、建设用地使用权、抵押权等,均具有排他性,不仅排除一般人的干涉,而且排除国家的干涉。这就要求《土地管理法》在修改时,完善相应的行政处罚措施,在设定没收或收回行政相对人财产(权利)的条款时,应当有足够的正当性。

《物权法》第38条第2款规定:“侵害物权,除承担民事责任外,违反行政管理规定的,依法承担行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”《土地管理法》同样肩负着保护土地物权的职能。除了完善《物权法》中的许多援引性规范之外,《土地管理法》在修改时还应完善对侵害土地物权的行政责任条款。

① 高圣平、刘守英:“集体建设用地进入市场:现实与法律困境”,载《管理世界》2007年第3期。