

土地法制科学

LAND LEGAL SYSTEM SCIENCE

第1卷

主 编 耿 卓

副主编 高 飞 张保红

广东外语外贸大学 主办
土地法制研究院

法律出版社



土地法制科学

LAND LEGAL SYSTEM SCIENCE

第1卷

主 编 耿 卓

副主编 高 飞

张保红

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

土地法制科学. 第1卷 / 耿卓主编. —北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1356 - 0

I. ①土… II. ①耿… 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(2017)第 217964 号

土地法制科学(第1卷)
TUDI FAZHI KEXUE (DI 1 JUAN)

耿卓主编

责任编辑 吴昉
装帧设计 马帅

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京至诚印务有限公司
责任印制 沙磊

编辑统筹 法律教育出版社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 16.25
字数 289千
版本 2017年8月第1版
印次 2017年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1356 - 0

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)

编委会主任 陈小君

编委会委员 (以姓氏拼音为序)

蔡立东 常廷彬 高 飞

高圣平 耿 卓 韩 松

黄 忠 李昌平 刘云生

王荣珍 于海涌 张保红

主 编 耿 卓

副 主 编 高 飞 张保红

责任编辑 (以姓氏拼音为序)

曹益凤 陈小君 高 飞

耿 卓 李昌平 刘洪华

于凤瑞 张保红

卷首语

土地是人类赖以生存、发展的基本物质条件,是人类的基本资料和宝贵的资源,是“财富之母”,各种经济、社会和文化活动的开展都离不开土地。土地问题在人类社会的每个发展阶段和各个国家都受到高度重视,在我国这样一个人口多、地少的发展中大国中,其更是社会主义现代化建设进程中带有全局性、战略性的核心问题,亟须集合社会各界力量进行攻关。在推进全面依法治国和治理能力现代化进程中,亟须运用法治思维在法治框架下深入研究和解决新型城镇化进程中与城乡土地制度相关的重大理论和现实问题。土地法制问题的研究和解决,要求坚持问题导向,打破学科藩篱,努力实现各学科及其方法的交叉融合;要求坚持学术导向,积聚研究力量,打造学术交流平台,努力实现研究队伍的壮大和学术思想的砥砺;要求坚持目标导向,主动对接国家和区域的土地法制发展需求,服务土地法制的科学与进步。

为推动理论研究进一步深入、满足经济社会发展的现实要求,广东外语外贸大学土地法制研究院特创办《土地法制科学》,可谓恰逢其时。

为深入反映土地法制研究中的新观念、新动向,夯实土地法制理论基础;为全面解析土地法治实践中的新问题、新情况,助推城乡土地制度转型;为大兴社会调查之风,加强实证研究的运用;为广泛参考发达国家和地区的有益经验,博采众长,评介外国法理论和制度,《土地法制科学》将设置“基础理论”、“城乡中国”、“田野采风”、“外国法译评”等栏目,并根据情况设置相应专题,以聚焦社会热点、难点问题以及学界交叉性研究、跨学科研究。我们热忱欢迎广大专家学者不吝赐稿,尤其是惠赐针对上述领域的大作。

作为一株新苗,《土地法制科学》诞生于改革开放的热土和前沿,沐浴在全面推进依法治国的阳光下,相信在理论界和实务界的广大专家学者的关心与呵护下,其一定会茁壮成长,无愧于这个伟大的时代!

广东外语外贸大学土地法制研究院
《土地法制科学》编辑部

目 录

理论纵横

- | | | |
|----|-----------------------|--------------------------|
| 3 | 我国土地制度的缺陷与改进 | 李昌平 |
| 15 | 日本农地制度的变迁与现状 | [日]棚泽能生 著
 文元春 李 硕 译 |
| 28 | 论民法典编纂背景下农地私法体系的逻辑自治性 | 陈小君 |
| 45 | 论农民集体土地所有权的处分权能 | 韩 松 |
| 55 | 农民土地财产权利保护的法律制度研究 | 陆 剑 耿 卓 |
| 73 | 中国农地流转的社会行动与制度回应 | 童列春 安学勇 |
| 89 | 不动产登记能力赋予范围分析 | 张 瑞 |

城乡中国

- | | | |
|-----|---|---------|
| 103 | 预购商品房抵押预告登记的司法困境与出路 | 王荣珍 |
| 114 | 法治现代化视野下集体土地所有权转性问题研究 | 于凤瑞 |
| 133 | 三权分置之法权关系厘定:政策解读与学理考量 | 刘云生 吴昭军 |
| 145 | 论土地政策的司法融入
——以政策在土地承包合同纠纷中的介入机制为
研究路径 | 汪 君 |
| 157 | 集体土地征收补偿标准及其民法典进路 | 肖楚钢 |
| 171 | 农村土地承包经营纠纷仲裁若干问题探究 | 常廷彬 |

田野采风

- 183 土地承包经营权稳定与承包地调整的冲突及其解决之道
——一个社会实证的分析 | 高 飞

外国法译评

- 199 西欧农地法律制度研究 | 陈晓敏
223 多维视角下的日本农地制度 | 伦海波
239 西班牙农地租赁法述评 | 曹益凤

Contents

Fundamental Theory

Li ChangPing The Deficiencies and Improvements of Chinese Land System	3
Yoshiki Kurumisawa The Vicissitude and the Status Quo of Japanese Land System	15
Chen XiaoJun The Logic Self-consistency of the Private Legal System of Rural Land under the Background of the Compilation of the Chinese Civil Code	28
Han Song The Right of Disposal of Peasants' Collective Land Ownership	45
Lu Jian Geng Zhuo Study on Legal System of Protection of the Peasants' Land Rights	55
Tong LieChun An XueYong The Social Activity and Institutional Response of Chinese Rural Land Transfer	73
Zhang Rui Research on the Range of the Capacity for Real Estate Registration	89

Earthbound China

Wang RongZhen The Judicial Dilemma and the Way Out for Mortgage Preliminary Registration of Pre-purchasing Commercial House	103
Yu FengRui Study on the Natural Transition of Collective Land Ownership: in the Eyes of the Modernization of the Rule of the Law	114
Liu YunSheng Wu ZhaoJun Definition of the Legal Relationship in the "Three Rights Division" on Rural Land: Policy Interpretation and Theoretical Consideration	133

Wang Jun Judicial Application of Land Policies —Taking the Intervening Mechanism in the Policy of Contracted Management of Rural Land Disputes as Research Approach	145
Xiao ChuGang The Compensation Standard of Collective Land Expropriation and Its Future Development in Civil Code	157
Chang TingBin Study on the Arbitration of Contracted Management of Rural Land	171

Social Empirical Research

Gao Fei The Conflicts and Its Solutions between the Stabilization of the Right to Contracted Management of Rural Land and the Adjustment of the Contracted Rural Land —A Social Empirical Analysis	183
---	-----

Foreign Law Translation & Review

Chen XiaoMin Study on Rural Legal Land System of Western Europe	199
Lun HaiBo Japanese Rural Land System from a Multidimensional Perspective	223
Cao YiFeng Review on the Spanish Rural Land Lease Act	239

理论纵横

我国土地制度的缺陷与改进

李昌平*

| 摘要 |

我国农地农用制度必须回归《宪法》之规定,让宪法的“村民集体所有,农户联产承包,实行统分结合双层经营制度”落到实处,以解决现有农地农用制度的缺陷。坚持“总量控制”、“共有共享”、“非公共性集体建设用地有偿使用”的三原则,是解决农地非农用制度存在问题的有效途径。而作为诟病最多的征地制度,其问题产生的根本原因在于制度设计不合理,遵循“规划管理”和“涨价归公”是其改进办法。严格遵守规划、平均地权、涨价归公、土地增值收益全民共享、闲置受罚是改善城市建设用地制度、消除其弊端的五大原则。此外,土地制度作为一个完整的体系,必须建立和完善相应的地权登记和确认、地价评估、地价公开、土地规划和编制、土地金融等配套制度。

| 关键词 |

农地制度 农转城 农转非 城市建设用地

| 目次 |

- 一、农地制度的缺陷与改进
- 二、关于土地“农转城”或“农转非”制度的缺陷与改进
- 三、城市建设用地制度的缺陷与改进
- 四、土地制度的配套制度及其完善

土地制度改革,已成为我国改革的焦点。关于土地制度改革的主张,众说纷纭,莫衷一是。对此,到底应如何改进呢?本文将复杂的中国土地制度体系分三部

* 李昌平,广东外语外贸大学“云山学者”,土地法制研究院研究员。

分讨论,首先是农地制度,其次讨论“农转城”或“农转非”问题,最后是城市建设用地制度。

一、农地制度的缺陷与改进

对于农地占国土面积90%以上的中国,研究土地制度,首先应考量其农地制度。我国的农地制度由两大部分构成,一是农地农用制度,二是农民生产生活配套用地——集体建设用地制度。

(一)关于农地农用制度

农地农用制度,是指种植业养殖业的用地制度。我国的农地农用制度,用我国宪法的语言可简单表述为:村社集体所有,农户联产承包,大稳定小调整。用政策和法律法规的语言则可表述为:村社集体所有,均分到户单干,长久不变。我国的农地农用制度的宪法表述和政策表述是不一致的,宪法偏重强调集体所有,政策和法律法规偏重强调农户均分。这是我国农地农用制度的最大特点之一。正因为这个特点,我国的农地农用制度在实际执行层面既不完全与宪法吻合,也未完全与政策和法律法规保持一致。

就本人分析,衡量一国农地农用制度的优劣,一般有如下基本原则:

第一,耕者有其田。这是指耕者才能有田,田不能用于出租获利。限制农地食利阶层,是为了降低农业成本。如日本、韩国和我国台湾地区等都是限制农用地转租获利的。由于限制农地转租获利,世界上绝大多数国家农用地的价格是极其低廉的。我国宪法规定的农地农用制度“村社集体所有、农户联产承包”确实可以保障“耕者有其田”,但由于政策和法律法规作了“长久不变”和“鼓励农民追求农地财产性收益”的规定,导致了“有田者不耕”和“耕者无田”的现状。所以,我国的农地农用价格是世界上最高的国家之一,比发达国家高3~5倍,比发展中国家高5~10倍,^[1]这对我国的农业发展是不利的。但也有例外:我国有数千个像大寨村一样始终坚持宪法规定的“土地集体所有+农户联产承包”农地制度的村庄,既实现了耕者有其田,又避免农地转租获利。

第二,地权要“平均”。这里的平均不是绝对平均,是相对而言。因为中国人多地少,人地矛盾突出,单个农户家庭占有的农业生产用地不能太多,规模要控制在一定的范围内,既不能太大,也不能过小。否则,会造成生产经营规模不经济和社会两极分化的后果。如日本韩国和我国台湾地区,在初次平均地权之后,一方面

[1] 参见李昌平:《地权改革的制度逻辑》,《南风窗》2013年第25期。

实行长子继承制,另一方面限制城市居民和工商资本购买农地,以保持农业规模经营稳定性和有序城市化。^[2]我国改革开放40年来经济社会高速发展,我国农村户籍人口仍有5.9亿。^[3]说明我国的城市化是一个极其漫长的过程,可能比亚洲四小龙之前的所有先发国家和地区都要曲折得多。所以,我国当下推动的土地向少数公司和个人流转集中的改革,应该谨慎才是。如果觉得规模不经济,要适当扩大规模,最好的办法是坚持和完善宪法规定的“集体所有+农户联产承包+大稳定小调整(择优承包)”,而不是“集体所有+农户均分单干+长久不变+土地流转”。以大寨村和小岗村为例:大寨村12个种田能手“联产承包”全村的农地搞农业,为全村村民提供农产品,剩余农产品外销。这既实现了耕者有其田和平均地权,又实现了稳定不变和规模经营。而小岗村坚持的“均分单干、长久不变、鼓励流转”的农地农用制度,“平均地权、规模经营”等目标均没有很好地实现。大寨村农地农用制度和小岗村农地农用制度经过比较,其优劣一目了然。

第三,撂荒越少越好。我国人均耕地面积是世界上最少的国家之一,比日本还少。吃饭是我国天大的难题,所以更要避免农地闲置和撂荒。但我国农村随处可见闲置和撂荒的农地,甚至以所谓的“高科技农业园”的名义圈地后长期撂荒的不在少数。对于闲置和撂荒农地的,在国土法律管理规则上应给予惩罚,直至收回农地承包经营权。同样以大寨和小岗村为例:小岗村长期有闲置和撂荒的农地,而大寨村没有。^[4]大寨村之所以没有也不可能有,因为“联产承包+择优承包”的情况下,闲置和撂荒是不可能的。从这点上来看,大寨的农地农用制度毫无疑问比小岗村的优势明显。

第四,地权的财产权可实现。好的农地制度,地权的财产权应具有可实现性。这一点是市场配置资源之必须,也是城乡统筹发展之应然。譬如,如果有村民全家进城了,不愿意做农民了,应该准许公平有偿退出村社集体——地权变现。农地的退出补偿=农地的实际收益/银行存款利率。我国少部分农村由于村社集体所有权有收益或村社内部有内置金融存在,家庭承包权或集体成员权有偿退出或抵押

[2] 参见梁书民:《日本的土地制度和农业政策与启示》,《农业经济问题》2011年第9期。

[3] 国家统计局2017年2月28日公布的《中华人民共和国2016年国民经济和社会发展统计公报》显示,2016年年末全国内地总人口138271万人,其中城镇常住人口79298万人,农村户籍人口58973万人。载中华人民共和国国家统计局:http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201702/t20170228_1467424.html。

[4] 参见《资本大举进村,土地流转走样——来自中国改革第一村的土地流转调查》,《经济参考报》2013年10月21日;刘勇、马占亚:《山西大力推动农业科技创新为“大寨”精神注入新内涵》,《广东经济》2013年第3期。

贷款权是可实现的。但更多的村社由于农地集体所有权虚置,村社内置金融也没有建立起来,成员权或承包权有偿退出或抵押贷款权是无法实现的。从这点上考察,大寨村的农地农用制度也比小岗村的运行要科学。

综上所述,我国《宪法》规定“农地村民集体所有+家庭联产承包”的农地农用制度是基本符合上述四个原则的,但这些年由于错误“改革”典型的诱导,许多地方实行的是“分田单干,长久不变;虚置所有权、鼓励承包权转租食利”的农地农用制度,导致了如下问题:其一,农民集体所有权虚置,农田水利等基础设施建设和维护的主体缺失,农村治理越来越无效;其二,村社集体成员权和承包权有偿退出及抵押贷款权均无法实现;其三,农地闲置、撂荒越来越严重且无人管控;其四,农地占有越来越不平均,非农民占地越来越多,小农耕者种地成本越来越高;其五,农业生产经营规模越来越难,大农耕者规模经营成本越来越不经济。

那么,我国的农用地制度到底该如何改进?

笔者主张农地农用制度回到《宪法》的规定上来,即让《宪法》的“村民集体所有,农户联产承包,实行统分结合双层经营制度”落到实处。山西大寨村、江阴长江村、张家港永联村等数千个坚持集体所有制和集体经济的村社比较标准地执行了《宪法》的规定,全村5~10个种田能手种了全村的土地,为全体村民供给基本农产品,超产部分归5~10个种田能手所得,全体村民共同承担水利等农田基础设施建设。这样,既实现了平均地权,又实现了规模经营,还避免了土地食利阶层的出现,极大提高了农业现代化水平及综合生产能力,且村民如果进城市民化了,自愿退出村社,其成员权也可以实现有偿退出。这些村庄的农地制度的唯一不足是承包权或集体成员权抵押贷款还不能充分实现,解决的办法也不难,本人创见的中国乡建院经过多年实验证明,村社“内置合作金融”可以帮助集体成员权和农户承包权实现抵押贷款。对于已经分田单干了的村社(如小岗村),农地农用制度如何重归《宪法》呢?中国乡建院在湖北鄂州市梁子湖区张远村协作建立“内置金融”,农户的承包地可以作价入社(也可以作为存款存入内置金融),分享保底收益,入社(或存入)的时间越长,保底收益越高;农户也可用承包地在“内置金融”抵押贷款,农户如果进城了也可以实现有偿退出。“内置金融”的信用服务收益和土地信托经营收益分配后的结余归村社共同体成员共享。这样的改革试验在全国13个省的近百个村庄推广,实践证明,村社内置金融可以帮助已经分田单干的村社重回《宪法》规定的农地农用制度轨道上。

关于村民的农地抵押贷款及其村社成员地权的有偿退出,很多专家学者的设

计是“私有化+市场自由交易+银行抵押贷款”,^[5]这是美国大农场农业主体农地产权实现的市场逻辑。而在日本等东亚小农农业主体农地产权实现的市场逻辑里,农地抵押权是不可能正常在银行里实现的,^[6]其农地产权的抵押贷款权或集体成员份额地权的有偿退出权的充分实现是以共同体集体经济及其共同体内置金融为实现基础的。过去许多年,正是由于美国大农场主农地产权实现的市场逻辑一直主导我国小农农业主体农地产权实现的制度创新,才导致了今天中国农地制度越改问题越多的困境。^[7]在中国,农地制度改革要回应的不仅仅是产权实现问题,更重要的是回应中国人的吃饭问题和中国农村的社会治理等问题。如果仅仅是从产权的角度改革农地制度,肯定有明显缺失的。因此,如果用学习美国的办法实现中国小农的农地产权实现,以此主导中国农地制度改革,那就大错特错了!

(二)农村农地非农用制度——农民生产生活配套建设用地制度

只要有农业,就须有农民,就必须给农民配套生活用地——宅基地、饮用水源地、道路、学校、卫生室用地等。只要有农业,就须有农业服务业,就必须给农业配套生产服务用地——农道、农技站、农机站、冷库仓储、加工厂等。

我国农村集体建设用地,是农民从事农业生产生活的配套用地。保守估计,全国农村集体建设用地至少在2.5亿亩以上。^[8]

我国当下的农村集体建设用地制度存在的主要问题有:一是农户乱占耕地建房、建坟、建厂等现象比较普遍。根据笔者在中原地区多县的调查,一般而言,在一个县域内,每年合法的城市化工业化占用耕地还不到农户乱占耕地的1/4。二是占有集体建设用地而不用来的越来越多。闲置的农村建设用地越来越多,一方面是农村住宅空房的越来越多,农村厂房关门的越来越多;另一方面是以所谓的一、二、三产业融合发展等名义占了用地不用来的越来越多。三是村庄之间人均占有集体建设用地严重不平衡,有的村庄集体建设用地份额占总面积的比例高得惊人,有的村庄连一户一宅都难以实现。

当下,解决我国农村大量集体建设用地闲置、利用效率不高、总量不断增加、严重不均衡等问题,很多人的主张是在不再新增集体建设用地的前提下,开放农村建设用地交易市场,准许农村建设用地与城市建设用地同地同权同价交易。^[9]这样的主张对消化集体建设用地存量是有效的,但这样的主张如果成为刚性政策,会使

[5] 钟水映、李春香:《农地私有化的神话与迷思》,《马克思主义研究》2012年第2期。

[6] 龚春霞:《农地抵押权的实践偏差及回归路径》,《中共宁波市委党校学报》2017年第1期。

[7] 温铁军:《为何我国不能实行农村土地私有化》,《甘肃农业》2013年第3期。

[8] 陈锡文:《我国城镇化进程中的“三农”问题》,《国家行政学院学报》2012年第6期。

[9] 刘守英:《中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施》,《法商研究》2014年第2期。

既有的问题更加严重。其一,大量的非法集体建设用地所建的房子和厂子如果准许同地同权同价交易和抵押,会导致大量的死资产(如温州、东莞等地的倒闭工厂)在国家的金融体系里套现,这会对金融体系造成冲击。其二,这会给改革蒙羞——将无法无天合法化。这会鼓励进一步违法占用耕地,会对18亿亩耕地红线直接构成威胁。其三,这对集体建设用地相对少的村庄极不公平。其四,集体建设用地本质上讲是“耕者有其田和平均地权”的延续,集体建设用地同地同权同价交易实质违背了农地制度的基本原则,违背了集体建设用地是农民生产生活配套建设用地的“半公共品”属性,这样做或许会引发国家土地制度体系的全面崩溃。

在笔者看来,集体建设用地存在的所有问题,必须在坚持三个原则的前提下解决:

第一,总量控制。为了守住耕地总规模,村庄村民的生产生活配套建设用地必须实现总量控制。一般来讲,我国绝大多数村庄村民的生活生产用地(村内建设用地)控制在人均0.3亩或生产生活各5%以内是合适的。^[10]超过总量的,应该有偿使用——向国家缴纳“耕地占用特别税”。对于占有建设用地不足人均0.3亩或生产生活各5%的,国家应该给予奖励——“耕地节约特别补助”。

第二,共有共享。既然农村建设用地是村庄村民的(共同)生产生活配套用地,是耕者有其田的延续,带有公共性和半公共性,就必须坚持共有共享的集体所有制——成员权制。成员有份,不能买卖、不能继承、生有死灭。如果村庄内为村民生产生活配套的建设用地可以买卖、继承,势必造成少数人通过垄断集体建设用地实施对多数村民的控制和村庄村民共同体的瓦解,必然冲击中国共产党革命取得的最重要的成果——村社制度和土地集体所有制,必然导致农村现存的治理体系土崩瓦解。

第三,非公共性集体建设用地有偿使用。除水塘、道路、学校等公共性集体建设用地之外,无论是生活配套(如宅基地)用地还是生产配套(加工厂)用地,无论是家庭还是集体内的企业或家庭厂房等占用集体建设用地,都必须向集体建设用地所有者缴纳占用费。非农民在村庄占有宅基地,至少双倍缴纳占用费。

关于农村生产生活配套建设用地制度的改革,笔者认为应该以村社为基本核算单元,按照人均配套0.3亩生产生活建设用地的标准结算,多占的必须还耕或征税,少占应该补助或增加法定的用地指标。准许村社集体之间置换农地和法定的生产生活配套用地,准许有土地主体资格的村社以合法的建设用地指标上市交易。对于城市“新市民”原在农村合法占有建设用地(宅基地等)的,愿意将合法占有的

[10] 刘喜广、刘朝辉:《农村居民点用地存在的问题与整理措施》,《国土资源情报》2006年第11期。