

《土地管理法》修正后集体建设用地使用权的制度构造

李国强

摘要：修正后的《土地管理法》增加规定“集体经营性建设用地使用权”，目的就在于实现和国有建设用地使用权“同权”，但如果依据物权法的逻辑，“同权”的目标应该是民法典物权编统一规定“建设用地使用权”，而不应该还是《土地管理法》单独规定集体经营性建设用地使用权。集体建设用地使用权作为用益物权应该与国有土地设定的建设用地使用权在客体、设定权利的主体、设定方式等方面遵循相同的物权逻辑。因为行政管制的不同，集体建设用地在权能限制和收益分配等方面均表现出特殊性，既涉及私权指向的私益，也涉及公权力指向的公益。

关键词：建设用地使用权；集体经营性建设用地使用权；用益物权

中图分类号：D922.3 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2020）02—0111—08

2019年8月26日，全国人民代表大会常务委员会公布决定修改了《土地管理法》和《城市房地产管理法》的部分条文，本次修法的主要内容在于废除了原《土地管理法》第43条、第63条和《城市房地产管理法》第9条，取消了对集体建设用地设定权利的限制，显著的变化还表现在修正后的《土地管理法》新的第63条的规定第一次确定了“集体经营性建设用地使用权”作为一种新的土地权利类型，这与《物权法》以及《中华人民共和国民法典（草案）》（以下简称“民法典草案”）有关“建

设用地使用权”规范逻辑并不一致。一定程度上，本次修法使得土地权利体系重构，原有的以国有建设用地使用权为核心的土地权利体系被重新梳理成既包括国有建设用地使用权也包括集体建设用地使用权的并列式结构。

在本次修法之前的理论探讨中，学界把集体建设用地入市的政策中表达的“集体经营性建设用地权能不完整、不能同等入市、不能同权同价等”当成亟需解决的法律问题，^①修法的目的就在于实现集体建设用地“与国有土地同等入市、同权同价”^②，

基金项目：本文是国家社会科学基金重大项目“新时代中国特色土地管理法律制度完善研究”（项目号：18ZDA151）的阶段性成果。

作者简介：李国强，男，法学博士，大连海事大学法学院教授，博士生导师，主要从事民法学、土地法学研究。

① 宋志红、姚丽、王柏源：《集体经营性建设用地权能实现研究——基于33个试点地区入市探索的分析》，《土地经济研究》2019年第1期。

② 在此次修法之前，一系列政策文件推动集体土地权利的改革，包括：2003年《中共中央国务院关于做好农业和农村工作的意见》、2004年《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》、2008年《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》、2013年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》、2014年《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》、2015年中共中央办公厅和国务院办公厅联合印发的《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》，以及2015年第十二届全国人大常委会通过的《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》。

但在公有制的经济基础上,集体和国家作为特殊的民事主体不能自由交易,这就决定了在物权的逻辑中同为物权客体的土地很难真正地成立“同权”,修正后的《土地管理法》也不可能简单突破土地国家所有和土地集体所有的界限,所谓“同权”很大程度上只是回归私权平等的基础来安排建设用地上设定的用益物权制度,所以法学界更应该关注以用益物权为中心的土地权利体系如何构造的问题。^①综上所述,本文重点在于解释作为用益物权的集体建设用地使用权的制度构造,同时从解释论的角度对土地权利体系进行梳理,土地权利体系表面上看是一个纯粹私法的问题,实际上受到公权力干预较多,需要确定一个公私法接轨领域的解释逻辑。

一、行政管制与集体建设用地使用权的类型区分

从《物权法》第135条的规定看,“建设用地使用权”只是以国有建设用地设定的权利类型,而第151条规定以“集体建设用地”设定权利依照《土地管理法》,实际上规定的是一种不同于国有土地上设定的建设用地使用权的所谓“集体建设用地使用权”,在《土地管理法》修正之前,只能是因兴办乡镇企业的和建设乡(镇)村公共设施、公益事业的需要,按照《土地管理法》规定的程序批准使用集体所有的土地而设定的“建设用地使用权”^②,这些需经特殊审批设定且不能自由交易的权,虽然也被称为建设用地使用权,但与《物权法》规定的建设用地使用权并非同一种权利设定逻辑,或者说在物权逻辑中并未承认“集体建设用地使用权”。修正后的《土地管理法》增加规定“集体经营性建设用地使用权”,目的就在于实现和国有建设用地使用权“同权”,但如果依据物权法的逻辑,“同权”的目标应该是民法典物权编统一规定“建设用地使用权”,而不应该还是《土地管理法》单独规定集体经营性建设用地使用权。^③现行《土地管理法》仍然坚持以行政管制区分建设用地类型,就需要循此逻辑区分建设用地设定权利的类型。

(一) 区分建设用地设定权利类型的依据

早在《物权法》颁布之前的讨论中,房绍坤教授就认为,“建设用地使用权包括国有土地设定的和集体土地设定的,而宅基地使用权则应该单独规定为一种类型”^④。但这种观点并未被《物权法》所采纳,国有建设用地和集体建设用地所成立的权利无论是在取得方式、权利内容,还是在是否能够设定抵押权的处分权能等方面均明显不同。修法之前集体建设用地上不能设定作为用益物权的权利,不能就此认为用地人就没有权利,这种《物权法》之外的集体“建设用地”之上的“使用权”也应通过解释纳入到土地权利体系当中,其解释根据是《物权法》第151条规定转由《土地管理法》来规定的内容。

建设用地使用权类型区分标准并非建设用地设定权利的私权属性的差异,而主要指向行政管制的不同。《物权法》规定的建设用地使用权的客体不包括集体所有土地的原因在于行政管制的规定限制了集体建设用地的交易,修正之前的《土地管理法》对“建设用地”行政管制明确集体所有的建设用地设定权利并无私权属性,即使《物权法》第十三章规定“宅基地使用权”为用益物权的一种,但从具体规定的4个条文看,也几乎没有私权内容。《土地管理法》的“建设用地”一章是按照行政管制的逻辑来区分各种建设用地上设定的权利类型,从条文顺序上甚至完全看不出在宅基地上设定的权利是独立的权利类型,而在《物权法》却分别用两章规定“建设用地使用权”和“宅基地使用权”为两种不同的用益物权。依据行政管制区分权利类型的原因在于公有制的经济基础,土地归属于国家和集体所有,这种公有制经济基础上的所有权不同于近代民法的自由主义的绝对所有权,其享有和行使权利均需要公权力的介入。土地作为基本生产要素在任何所有制的基本经济制度中都会有公权力的介入,土地国家所有权在这方面表现尤甚,国家既是所有权人,又是公权力的行使主体,改变了一般私权享

① 陈小君:《构筑土地制度改革中国集体建设用地的新规则体系》,《法学家》2014年第2期。

② 参见温世扬:《集体经营性建设用地“同等入市”的法制革新》,《中国法学》2015年第4期;陆剑:《集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究》,北京:法律出版社,2015年,第3页。

③ 韩松:《论农村集体经营性建设用地使用权》,《苏州大学学报》2014年第3期。

④ 房绍坤:《用益物权基本理论研究》,北京:北京大学出版社,2006年,第152页。另参见高圣平:《论集体建设用地使用权的法律构造》,《法学杂志》2019年第4期。

有和行使的逻辑,看起来不像是一个私的所有权行使而是一个公权力运行的表现,这也使学界经常把讨论的土地权利问题的重点集中在行政管制和政策的层面,忽略了土地权利也是民事权利的一种,也需要归入私权体系。

(二) 行政管制对集体建设用地使用权类型区分的具体影响

土地行政管制的核心是用途管制,《土地管理法》第4条主要区分为建设用地和农用地,如此区分的目的在于通过用途管制确保粮食安全,土地规划是用途管制的主要形式,不允许土地所有权人自由改变用途,通过限制财产权来实现耕地保护。^①从耕地保护的规划和规划的整体角度看,农村主要的土地就应该是耕地、林地等农用地,建设用地应该是少数,且不能和城市建设用地等量齐观。依此逻辑,用途管制会限制土地上设定权利的类型,农用地只能设定用于农业的权利类型。^②建设用地上设定是以建设用地使用权和宅基地使用权为名的用益物权,由于中国对于建设用地的管制更多,因而建设用地上权利类型也相对更加复杂,通常可以依据行政管制内容的不同将权利类型做如下梳理:

第一,依据设定目的和设定方式的不同,可以将建设用地使用权区分为公益性建设用地使用权和经营性建设用地使用权。此种分类依据可以从修正后《土地管理法》第63条规定“集体经营性建设用地使用权”反推可得,在建设用地的设定权利的实践中,公益性建设用地使用权由于设定目的为公共利益,因此其设定方式完全依据行政审批途径的划拨方式,而经营性建设用地使用权则通过合同逻辑的出让方式设定,依据《物权法》的规定,国有建设用地使用权由此分别对应的是划拨建设用地使用权和出让建设用地使用权,从《城市房地产管理法》第23条规定的内容看,划拨用地无需支付低价,只需支付一定的补偿、安置费用或者完全无偿即可取得,主要用于公益性用途;而出让则依据出让合同设定,且需要支付对价,本质是一种批租,主要用于经营性用途。根据《土地管理法》第61条规定,

乡(镇)村公共设施、公益事业建设用地的审批虽然没有使用划拨的说法,但基于其公益性的目的,和划拨方式设定的国有建设用地使用权并无功能上的实质区别,而依据修正后《土地管理法》第63条的规定,集体经营性建设用地使用权既然是用于经营性目的,所以也是通过出让等交易的方式设定。

第二,依据权利设定的福利性功能指向,集体建设用地上可以区分为福利性的宅基地使用权和非福利性的集体建设用地使用权。在《物权法》和“民法典草案”中,“宅基地使用权”是和“建设用地使用权”并列的用益物权,但是在《土地管理法》中,宅基地也是“建设用地”的一种,宅基地使用权基于身份获得,且以农户为取得主体,具有明显的福利性,其行政管制相较乡镇公益性用地更加严格,在规划上和集体经营性建设用地更加对立,不能带来任何市场价值。但福利性和非福利性的分类很难涵盖《土地管理法》第60条、第61条规定的乡镇企业用地的建设用地使用权和乡(镇)村公共设施、公益事业用地的建设用地使用权,尤其是前一种主要是存量存在的,明显少于宅基地使用权和集体经营性建设用地使用权。但是从《土地管理法》和相关土地管理的法规看,无论宅基地使用权还是集体经营性建设用地使用权的设定,都是由政府的公权力主导的,按照行政管制程序来完成的,并没有完全按照私的所有权设定用益物权的逻辑展开。

二、集体建设用地使用权设定的整合

在土地权利体系中,集体建设用地使用权如果要做到和国有建设用地使用权“同权”,其在权利客体、设定主体、设定方式等方面均应遵循相同的用益物权规范逻辑,所以应按照《物权法》规定的内容重新整合集体建设用地的客体、设定主体、设定方式等具体规则。

(一) 集体建设用地使用权客体和用途管制的关系

用益物权的客体以不动产为限,在动产或权利之上不能设立用益物权。^③建设用地使用权的客体

① 韩松:《论农村集体经营性建设用地使用权》。

② 在土地资源日益紧张的情况下,各国对于土地均设有用途管制的内容,如日本的农地转用管制规定于《农地法》第4条、第5条。参见【日】关谷俊作:《日本的农地制度》,金洪云译,北京:生活·读书·新知三联书店,2004年,第209页。

③ 房绍坤:《用益物权基本问题研究》,第169页。

就是土地,《土地管理法》依据用途管制的不同将土地地区分为三种类型,分别为农用地、建设用地和未利用地,基于中国社会主义公有制的基本经济制度,建设用地又依据所有权主体的不同被区分为国有建设用地和集体建设用地,这是建设用地作为权利客体最基本的分类。《土地管理法》制定之初就依据所有权主体的不同将“国家建设用地”和“乡(镇)村建设用地”分别独立设章,由此“土地双轨制”确定下来,现行《土地管理法》虽然只设“建设用地”一章,但仍区分国有建设用地和集体建设用地,国有建设用地并未再做分类,而与之不同的是集体所有的建设用地又基于用途管制的不同区分为四种类型,分别为:乡镇企业建设用地;乡(镇)村公共设施、公益事业建设用地;宅基地;集体经营性建设用地。除了宅基地上设定的为“宅基地使用权”以外,其他三种建设用地都应该比照国有建设用地设定集体建设用地使用权。

修正后的《土地管理法》虽然规定了新类型的集体经营性建设用地,但并未明确其具体范围和来源。宋志红教授归纳了集体经营性建设用地的集中来源,包括现已存在的乡镇企业用地和符合规划和用途管制而且可以用于经营性用途的新增集体建设用地。^①乡镇企业用地主要是存量上的,由于乡镇企业的衰落而逐渐退出进而可以用于出让但存量有限,更主要的还是新增集体经营性建设用地,通过规划和规划调整实现,既包括农用地合法转用的建设用地,也包括通过土地整理、规划变动等形式将原来属于宅基地或者公益性建设用地调整而来可以用于经营性用途的建设用地。但是《土地管理法》的基础功能还在于耕地保护,真正具体涉及到建设用地用途管制还需要《城乡规划法》起作用,通过这两部法律的具体规定衔接城乡建设规划与土地利用总体规划的内容,但必须明确的是《土地管理法》在规范的指导思想方面更强调耕地保护和节约集约用地等目标,与此相对应,《城乡规划法》在指导思想方面更强调经济发展和城乡建设等目标^②。通过调整乡镇企业用地或者宅基地等公益性、福利

性用地都是有限的,而农用地合法转用建设用地更是涉及守住18亿亩耕地红线的问题,所以,虽然集体经营性建设用地设定用益物权看似有广阔的范围,但实际上应该还是比较小的量。

(二)集体建设用地使用权设定主体的明确

由于作为集体所有权主体的“集体”并不是一个确定的典型民事主体概念,所以明确集体建设用地使用权设定主体成为重要的前提性问题,而不能简单地认为用益物权由所有权人设定。依据物权的逻辑集体建设用地应由农民集体自行处分(流转),这已经为《土地管理法》《城市房地产管理法》修订所确认,但集体如何通过处分行为设定权利法律并未明确规定。首要的问题是集体究竟如何界定,以及集体是否自身能够完成权利设定。宋志红教授认为,应该对现行法律规定的农村土地所有权的主体——农民集体进行改造,使之成为一个主体确定、对外法律地位明确、内部治理机制顺畅、能充分反映成员意志、并能有效经营管理土地资产履行土地所有者职责符合现代市场经济要求的民法上适格的所有权主体。^③从现行法规定看,无论是《物权法》规定作为所有权主体的“成员集体”,还是《民法总则》规定作为特别法人的“集体经济组织”,^④都不是典型民事主体,其组织治理结构决定其难以自己完成用益物权的设定,就公益性建设用地使用权的设定来说,必须经行政审批。即使是设定集体经营性建设用地使用权,也必须有国家公权力介入加以市场规制和宏观调控,某种程度上还包括专业的土地管理部门或其他主体的代理行为。综上所述,集体建设用地使用权设定主体可以从四个层次上进行区分:其一,作为所有权人的农民集体,依据《物权法》的规定,包括乡镇农民集体、村农民集体和组农民集体;其二,作为集体所有权代表行使主体的各种组织,包括农村集体经济组织、村民委员会、村民小组等;其三,作为公权力介入的自然资源管理部门,公权力在集体建设用地使用权的设定中是直接介入,而非仅行使管理职能;其四,作为设定集体建设用地使用权的代理主体,包括各种经市场

① 宋志红:《中国农村土地制度改革研究——思路、难点与制度建设》,北京:中国人民大学出版社,2017年,第259页。

② 王卫东、刘卫东:《土地利用规划:公权力与私权利》,《中国土地科学》2012年第3期。

③ 宋志红:《农村土地改革调查》,北京:经济科学出版社,2016年,第108页。

④ 也有观点认为,集体经济组织可以是营利法人。参见郭洁:《论农村集体经济组织的营利法人地位及立法路径》,《当代法学》2019年第5期。

监管机关登记注册具有法人资格的组织,其接受农民集体的委托,代理集体所有权人经营和管理集体土地。^①需要注意的是,设定集体建设用地使用权必须基于集体所有权主体的特殊性增加集体成员的集体表决程序,在权利设定的具体程序方面则大体参照国有建设用地使用权的设定程序进行。^②增加集体成员表决程序是因为,集体缺乏有效的组织治理结构,集体表决是保障其集体利益的唯一有效手段。另外,依据修正后的《土地管理法》的规定,在保障集体利益的同时,集体经营性建设用地的设定用益物权应是一种对一切市场主体开放的市场行为,作为民事主体的各种类型市场主体均有资格成为集体建设用地的使用者,不限于本集体成员。^③但是本集体成员和集体以外的主体之间应该有所区别,因为集体土地的利益应最终归属于集体成员,在设定用益物权的时候也应保证集体成员的优先受让权。

(三) 集体建设用地使用权设定方式的规范

除了《土地管理法》第63条明确集体经营性建设用地使用权的设定方式之外,各种类型集体建设用地使用权的设定方式都需要依照物权逻辑进行整合,根据《物权法》第137条规定,国有建设用地使用权的设定方式有划拨、出让等,但所谓的“等”还包括那些不确定的方式。这可以从两个角度来考虑:一是从改革开放以来土地权利的演变历史看,设定方式还存在过像外资企业场地使用权的合同加审批的方式;二是从土地管理的实践看,出租一直被认为是设定建设用地使用权的方式,但在物债二分的财产法体系下,出租只能负担债权不能设定物权而应予剔除。但学者对《土地管理法》修正之前集体经营性建设用地入市改革试点情况进行总结,“集体经营性建设用地初次流转的方式包括拨用、

出让、出租、作价出资或入股、合作或联营、抵押等”^④,设定方式呈现出多样性的特点,而且没有一个统一的逻辑,具有明显的物债混淆的表现,出租方式并不导致物权用益物权设定,而且有些实践中存在的所谓设定方式如抵押和入股也只是对建设用地使用权的处分(二次流转),并没有设定新的建设用地使用权,依循物权设定的逻辑应予剔除。因此,集体建设用地使用权的设定方式应当做以下梳理:

第一,对《土地管理法》第61条规定的公益性集体建设用地使用权应该采取划拨的方式设定。《土地管理法》和实践中均未规定集体建设用地使用权的设定可以采取划拨的方式,^⑤地方实践中存在所谓拨用的设定方式,^⑥其实所谓拨用可以理解为和国有建设用地的划拨功能相同的不同表述方式而已,在“同权”的逻辑下不宜再做不同的表述,依据前文对于集体建设用地使用权类型的梳理,基于公益性目的而设定集体建设用地使用权就应当采取划拨的方式。^⑦与此相对,集体经营性建设用地使用权的设定则划拨之外的出让等方式,^⑧这是因为,《土地管理法》第61条规定的乡镇公共设施、公益事业用地的建设用地使用权等的审批设定同于划拨的方式,只不过从现有的条文表述看仅表现为行政审批而已,如果从物权逻辑表述,应避免使用纯粹行政管制提法的“审批”,统一转化为设定用益物权方式表述的“划拨”。实际上,在国有建设用地使用权的设定中,划拨就逐渐被规范为只能用于公益目的。

第二,集体经营性建设用地使用权的设定采取出让方式,出租可以设定债权性质的“建设用地使用权”。租赁关系产生的是债权,在物债二分的财产法体系下,租赁不能设定作为物权的集体经营性建设用地使用权,但不能忽略的是,由

① 岳永兵:《集体经营性建设用地入市实施主体对比分析》,《中国国土资源经济》2019年第6期。

② 宋志红、姚丽、王柏源:《集体经营性建设用地权能实现研究——基于33个试点地区入市探索的分析》,《土地经济研究》2019年第1期。

③ 宋志红:《中国农村土地制度改革研究——思路、难点与制度建设》,第229页。

④ 宋志红:《中国农村土地制度改革研究——思路、难点与制度建设》,第229页。

⑤ 韩松教授认为集体建设用地使用权的设立显然不能采取划拨的方式,即国家不能将集体建设用地无偿划拨。参见韩松:《论农村集体经营性建设用地使用权》,《苏州大学学报》2014年第3期。

⑥ 例如《安徽省集体建设用地有偿使用 and 使用权流转试行办法》第10条规定集体公益性建设用地使用权的取得方式为拨用。

⑦ 陆剑:《集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究》,北京:法律出版社,2015年,第104页。

⑧ 高圣平认为,《土地管理法》第63条将集体经营性建设用地使用权的设立方式确定为“出让、出租等方式”,与《物权法》第137条相比,增加了“出租”这一供地方式,删去了“划拨”这一设立方式,明确表明了集体经营性建设用地不能划拨的基本立场。高圣平:《论集体建设用地使用权的法律构造》。

于租赁土地的权利人基于建设的目的长期占有使用土地,已经客观上使作为债权的土地租赁权和作为用益物权的建设用地使用权在利用土地的功能上区别不大。所以按照宋志红教授等的统计,出租是试点地区实践中集体建设用地入市的主要方式。^①租赁成为重要方式不是偶然的,农民一方和用地人一方都青睐租赁方式,农民是为了多收租金,未来提升地价,用地人是对政策未来的顾虑。通过出让方式设定长期的、具有物权效力的建设用地使用权反而是农民集体和用地人均不愿意做出的选择。《物权法》颁布之前国有土地使用权的设定也有出租的方式,早在1999年国土资源部制定的《规范国有土地租赁若干意见》中就规定土地租赁可以作为国有土地有偿使用的一种形式存在,只不过这种形式是国有土地出让方式的补充,但现实中土地租赁方式大量存在。需要注意的是,此时《合同法》都没有颁布,《民法通则》和《经济合同法》等立法都没有确立物债二分的财产法体系,所以不区分物权方式的出让和债权方式的租赁是有其时代背景的,随着《物权法》的颁布,国有建设用地使用权的设定方式被限定为划拨和出让,而租赁则由于债权属性而在《物权法》中消失了。虽然国有土地不再以出租方式设定债权属性的建设用地使用权,但是集体建设用地入市从试点到《土地管理法》修法固定,才刚刚开始而未臻成熟,所以应该继续保留出租设定债权属性的建设用地使用权的方式,只是需要注意承租土地同出让取得建设用地使用权相比,并不具有物权效力,其只能通过转租的方式二次流转,为了维护土地市场的稳定,需要对租赁的适用范围进行一定的限制。^②

三、集体建设用地使用权的权能限制

因建设用地行政管制的要求,集体建设用地使

用权的权能受到诸多限制,主要表现在涉及使用功能的土地用途管制,另外,虽然《物权法》第117条在定义用益物权的时候,仅明确列举占有、使用、收益三方面内容,没有涉及处分内容,但不能忽略的是,用益物权人只是不能为所有权层面的处分,权利人当然可以处分用益物权本身,也可以为设定抵押权的处分行为,只是需要基于公共利益的要求而加以行政管制的限制而已。

(一) 集体建设用地使用权使用的限制

作为土地权利的类型,集体建设用地使用权与国有建设用地使用权一样,其使用权能会基于实施规划和用途管制的原因而设定不同规则,表现为一定程度的权能受限,不得仅仅因为拥有主体的不同而区别对待。^③但在用途管制的具体方面,集体建设用地使用权所受到的限制要明显多于国有建设用地使用权。例如,集体经营性建设用地入市的试点地区多不认可集体建设用地用于房地产开发和建设,从“同权”的逻辑出发,学者对此多持反对态度,认为这是城乡分治的二元模式的延续,从房地产交易的角度会进一步加剧建设用地使用权市场和房产所有权市场的城乡割裂,进一步说,这种做法违背了城乡统筹发展、城乡统一规划的需要。^④但集体建设用地是否可以用于房地产开发并非限制私权的问题,而主要取决于行政规划,完全没有公权力介入的土地所有权当然是具有所有权各项潜在权能,进而可以将土地用于各种用途,但无限制地自由行使私权会影响到公共利益,而规划公权力是为了解决土地利用中各种不同私人利益的冲突,从根本上将更是为了维护和实现社会公共利益,规划公权力限制的是私权利,但也是从私权利中让渡和认可而产生的,^⑤现代社会土地均需受规划限制,基于农村的整体规划,为了防止耕地流失和保护宅基地等原因,即使不禁止集体土地用于房地产开发,农村集体土地在用途规划上也只会很少可以用于房地

① 从集体经营性建设用地入市方式看,租赁方式(包括租赁、协议租赁、挂牌租赁等)入市比例较大,有8,700多宗,约占总入市宗数的86%;出让方式入市1,300多宗,约占13%;作价出资入股18宗,占比最小;33个试点中,江苏武进、广东南海租赁入市比例较大,分别约占当地总入市宗数的93.8%和93.6%。宋志红、姚丽、王柏源:《集体经营性建设用地权能实现研究——基于33个试点地区入市探索的分析》。

② 宋志红:《中国农村土地制度改革研究——思路、难点与制度建设》,第243页。

③ 宋志红、姚丽、王柏源:《集体经营性建设用地权能实现研究——基于33个试点地区入市探索的分析》。

④ 王菊英:《禁止集体建设用地使用权进入房地产市场的正当性质疑》,《西南政法大学学报》2009年第3期;陆剑:《集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究》,北京:法律出版社,2015年,第119页。

⑤ 王卫东、刘卫东:《土地利用规划:公权力与私权利》。

产开发,且应该只能是城市规划区范围内的集体建设用地,所以即使不禁止客观上也难以有土地可以用于房地产开发。集体建设用地的所有权人没有规划和行政管制的权力,土地规划管制是作为主权者的国家对土地所有权的干预和限制,集体建设用地使用权设定后,并基本脱离所有权人的控制,反而要和所有权一样不断地受到公权力的限制,与国有建设用地使用权不同,集体建设用地的行政管制主体也是国家而所有权的主体则是农民集体。

(二) 集体建设用地使用权处分的限制

《土地管理法》并没有规定集体建设用地使用权处分的规则,根据《土地管理法》第60条、第61条、第63条的规定,并且结合《物权法》和民法典草案关于乡镇企业用地上建筑物设定抵押权的规定等来看,公益性建设用地不能转让,乡镇企业用地虽然可以随同建筑物一同转让但不能单独转让,只有《土地管理法》第63条规定的集体经营性建设用地使用权既可以为转让也可以为抵押等处分。

集体建设用地使用权转让的限制包括:其一,基于公共利益的行政管制的限制。集体经营性建设用地使用权一般的处分是转让,还可以在广义上包括互换、入股、赠与等形式导致变动物权,根据《土地管理法》第63条第2款、第3款的规定,集体经营性建设用地使用权转让的具体内容方面应该参照国有建设用地使用权的规定执行,因此,在国务院没有指定具体规范的情况下,也应该受到《城市房地产管理法》第39条房地产转让条件限制。其二,虽然集体经营性建设用地使用权作为一种用益物权,依据物权法定原则的要求,其内容亦应由法律全面规定,但出让合同也会具体约定双方当事人的权利义务,超出法律规定物权的内容应认定为只发生债权的效力,在转让建设用地使用权时只能依据债权让与的规则来衡量是否一同移转。在国有建设用地使用权转让时,由于公权力介入较多,转让合同的内容多为明示且能确定随之移转,而在集体建设用地使用权转让时,集体作为所有权人并无基于公权力介入的机制,所以应当确定合同的备案和转让登记的附记规则,使得原出让合同约定的集体的权利得到有效的保护。其三,不同用途建设用地依据规划变动的转化,公益性的建设用地要改变规

划性质成为经营性的建设用地才能进入建设用地使用权市场,其一般做法是农民集体通过收回公益性建设用地而消灭建设用地使用权,然后再该宗土地以出让的方式设立集体经营性建设用地使用权。^①

在所有类型的集体建设用地使用权中,只有集体经营性建设用地使用权可以为设定抵押权的处分,修正后的《土地管理法》第63条第2款对此做明文规定。而《土地管理法》第60条规定的乡镇企业建设用地使用权依据现行《物权法》第183条规定不得单独抵押,但依据“地随房走”的市场原则,此种建设用地使用权只能在建筑物设定抵押的时候一并抵押,因为其本身并不具有设定抵押权所必须的交换价值,而民法典草案继续坚持了这一规定。因此,可以认为《物权法》第180条规定的可以抵押的财产第(三)项“建设用地使用权”应该包括两种:其一是国有建设用地使用权;其二是《土地管理法》第63条规定的集体经营性建设用地使用权。

四、集体建设用地使用权设定中的收益分配

按照用益物权的设定逻辑,设定建设用地使用权的收益应归于土地所有权人,国有土地设定建设用地使用权时,作为所有权人的国家是收益的唯一享有者,但是对于集体建设用地使用权设定来说,收益分配是一个特殊问题,不仅国家基于公共利益应参与收益分配,作为集体所有权主体的集体成员也要参与收益分配,这里主要是指集体经营性建设用地不经国家征收直接进入市场设定用益物权,其所获收益原则上归集体,而国家和集体成员也都应该对收益享有权利,作为所有权人的集体只是收益的享有者之一。集体建设用地使用权的收益分配既是一个实现私权指向的私益的问题,也涉及公权力指向的公共利益问题。

政府代表国家参与分配有两方面依据:其一,集体作为所有权人并没有能力完成土地规划和整理工作,甚至在设定建设用地使用权的过程中都必须借助于政府公权力的介入,地方政府对于基础设施的投入和建设改变了建设用地的开发利用条件,如果仅通过二次分配即征收税费来实现利益分配,则会打消地方政府的积极性,影响到基础设施建设的

^① 陆剑:《集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究》,第113页。

效果,而且从房产交易个人所得税的征收来看,缺乏配套制度的衔接,用税收来调节集体超额收益的方式并不可行。其二,建设用地的价值主要由一个地区的经济条件和所处的特定区位决定,推行集体建设用地流转的同时,需要实现土地财富在全社会的平均分配,但实现的手段是税收和转移支付,而非让远郊或者偏远农村的农民也去流转集体建设用地。^①需要注意的是,政府代表国家享受利益应该有统一的规定,不能由地方政府自行决定收取多少,应建立统一的收益分配体系,因为政府掌控的规划权力使其在土地开发权分配中成为切蛋糕的人,而怎样切蛋糕,又要受到社会的监督和相关的制约。^②

国家和作为集体成员的农民也应该享有部分收益,但如何具体取得收益也需要考量。其一,国家或代表国家的地方政府有限地参与收益的初次分配。虽然学界主流的观点认为,集体建设用地流转收益分配中,代表国家的地方政府只应该以税费征收的方式参与流转收益的二次分配,流转收益应该直接用于集体利益的维护,一方面是为农村提供公共产品和公共服务供给,另一方面是为集体成员的持续普遍的收入增长奠定经济基础。^③但在实践中,集体建设用地入市的多数试点地区做法是政府直接参与分配,^④虽然各地规定的具体额度有所区别,但总体的表现是国家收益分配的额度要明显少于集体,这符合国家公权力在集体建设用地设定过程中直接介入的现实。其二,集体建设用地流转收益在集体内部的分配,普遍的做法是集体经济组织先按

一定的比例提取集体发展基金,从而将收益纳入集体财产进行统一管理,进而专款用于集体事业的再发展和集体成员的社会保障,再将剩余收益在集体成员之间进行分配。^⑤这涉及到城乡转化的问题,或者说是城市化的问题,在收益分配体系中,并非简单规定“农民应成为最大受益者”即可,而是应切实将所有者利益与作为集体成员的农民的生存和发展利益一致,使公权力维护公共利益的目的和维护基础设施基本建设的职能一致,更需要明确的是集体建设用地入市以外地区的利益的维护纳入到公共利益的维护中。

《土地管理法》由于其行政管理性法律的属性,并没有依据物权法定原则规定完整的权利设定规则和用益物权的权能内容,所以,有关作为类权利的“集体建设用地使用权”制度需要参照国有建设用地使用权的规则来补充完善,但同时也有一些特殊的内容需要注意,主要表现为集体建设用地使用权的使用和处分的特殊限制。更重要的问题是,在集体建设用地使用权设定的收益分配时,国家虽然不是所有权人,但基于公共利益的公权力介入也应该直接参与设定用益物权的收益分配。从公有制经济基础上土地权利体系完善的角度看,集体建设用地会与国有建设用地逐步实现“同等入市、同权同价”,但这种目的的实现,有赖于逐步把乡镇企业用地设定建设用地使用权等相对不规范做法从土地权利体系中去除,更重要的是实现城乡统一的行政管制和规划,进而形成统一的价格形成机制等相关配套制度建设。

[责任编辑:陈慧妮]

① 宋志红:《中国农村土地制度改革研究——思路、难点与制度建设》,第210页。

② 华生:《城市化转型与土地陷阱》,北京:东方出版社,2014年,第173页。

③ 陈小君:《构筑土地制度改革中国集体建设用地的新规则体系》。

④ 例如,安徽省芜湖市规定,县级人民政府获得10%的出让收益,乡级政府获得40%的出让收益,农民集体获得50%的出让收益;浙江省湖州市则按照“谁所有,谁受益”的原则分配,地方政府土地管理部门只收取5%的手续费,乡镇政府收取15%用于乡镇基础设施建设,剩余的出让收益有农民集体分给集体成员;广东省顺德市的规定,出让收益的50%作为集体成员社会保障金,剩余的50%则需要将其中的20%留存给集体,80%分配给集体成员。

⑤ 王振伟:《农民集体土地权利主体及收益分配研究——基于海南省农村土地改革实践》,北京:中国地质大学出版社,2018年,第135页。

Public Law Foundation of Legalizing the "Three Rights Division" Policy for Rural Homestead——Based on the interpretation of Article 62 of the Land Management Law GAO Fei (95)

The legalization of the "three rights division" policy for rural homestead should be based on public law norms such as the management system of rural homestead. In terms of the implementation of the rural revitalization strategy, the government should pursue the goal of assisting the construction of livable villages, ensuring the rational use of land, and creating the conditions to realize land rights when managing rural homestead. These goals also constitute public law restrictions on the legal expression of the "three rights division" policy for rural homestead. Examining the new Land Management Law with the goal of the reform of the rural homestead management system, we can find that the rural homestead management in the law has problems such as the offside of government power, weaker government management responsibilities, and blurred government action boundaries. Aiming at rural revitalization, clarifying the boundaries between government power and rural homestead rights, refining the list of government power to manage rural homestead, and systematically constructing the rural homestead management system from different levels will help to provide scientific and reasonable public law foundation for legalizing the "three rights division" policy for rural homestead.

Construction of the Planning Right System for Land Governance in China LI Jun (104)

Use regulation is the core means of land management in China, and planning and regulation constitute a dual-track model of land governance in China. The planning right system is constructed around the overall land use planning as the core. The content of the planning right must be sorted out from different perspectives, and the agricultural land, construction land and unused land must be reasonably planned in a hierarchical classification manner, and then a three-tier structure of the planning right must be established. Aligning corrective, integrated, and passive planning rights with use controls. Expansive interpretation of planning rights should be included. In addition to the overall land use design at the macro level, specific administrative actions at the micro level should also be included. Under the trend of attaching importance to the protection of peasants' land and property rights, we should not enforce administrative c planning rights in isolation, but rather form an interaction with private rights by means of in advance planning and post-planning, so as to coordinate the relationship between the power group and property rights group, thus achieving the unity of the internal and external systems of planning rights.

The Legal Institutional Structure of the Right to Use Collective Construction Land after the Amendment of Land Administration Law LI Guo-qiang (111)

The amendment of Land Administration Law added the provision of " the right to use rural collective business construction land". The purpose of the new provision is to realize the "identical right" with the right to use state-owned construction land. However, according to the logic of the Real Right Law, the goal of the " identical right" should be the unified provision of " the right to use construction land " in the Real Right section of the Civil Code, rather than the separate provision of the right to use rural collective business construction land in Land Administration Law. As usufructuary right, the right to use collective construction land should follow the same logic of real right with the right to use construction land set by state-owned land in terms of legal object, legal subject and the way of setting right, etc. Because of the difference of administrative control, the collective construction land represents the distinctiveness in the restriction of right capacity and income distribution and so on, which involves not only the private interest directed by the private right, but also the public interests directed by the public power.

Political Attention and Disaster Management: Framework, Approach and Method

.....TAO Peng & LI Fang (134)

The political research on disaster management emphasizes on analyzing the interaction between disaster management and politics based on the disaster management standard, and further constructs the relationship between the two from the perspective of the cycle stage theory of disaster management. This paper focuses on the unique value