

【土地问题】

# 集体经营性建设用地入市改革试点的 困境与出路

陆剑, 陈振涛

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

**摘 要:**集体经营性建设用地入市改革正在我国三十三个试点区展开,并在入市主体、入市范围和入市收益分配等方面进行了积极的探索,但面临集体建设用地使用权的法律地位缺失,入市范围过窄和城乡建设用地“同等入市、同权同价”规则不清等问题。在《物权法》与《土地管理法》修订中,应明确集体建设用地使用权的用益物权定位并明确其特殊规则。增量集体经营性建设用地应当纳入入市客体,并建立城乡统一的建设用地出让、土地利用规划、土地价格管制与土地收益分配的法律规则体系。

**关键词:**集体经营性建设用地;改革试点;困境;出路;立法选择

**中图分类号:**D912.3      **文献标志码:**A      **文章编号:**1671-7465(2019)02-0112-11

党的十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称“党的十八届三中全会《决定》”)提出“建立城乡统一的建设用地市场”的改革目标。2014 年中央出台《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》(以下简称《试点意见》),标志着集体经营性建设用地入市进入改革试点阶段。2015 年全国人大常委会对“三块地”改革试点工作作出授权,意味着集体经营性建设用地改革试点正式启动。2017 年中央一号文件对“三块地”制度改革试点提出了“统筹协调推进”的新部署,将集体经营性建设用地改革推广到 33 个试点地区。2017 年 11 月,基于“农村土地制度改革试点时间紧、任务重、要求高、责任大,综合考虑试点地区实际工作情况以及《土地管理法》修订工作进度”的考量,全国人大常委会决定“三块地”改革试点期限延长 1 年,即试点期限延长至 2018 年 12 月 31 日<sup>[1]</sup>。2018 年底,全国人大常委会决定“三块地”改革试点期限再延长一年至 2019 年 12 月 31 日。

其实在中央出台《试点意见》、全国人大常委会授权试点地区开展“三块地”试点改革前,广东省、湖北省等地已制定了集体建设用地入市的地方性法规或地方政府规章,开展了一系列突破现行法规定的探索创新。集体经营性建设用地改革作为中国新一轮农村土地制度改革的重要组成部分,根据总体安排,改革试点已经进入关键的收官阶段。当下,在中央政策进行集体经营性建设用地入市实践探索的同时,国家立法亦正在进行顶层设计,《民法典物权编》正在编纂,《土地管理法》亦正在协调修订,这些法律的修订将为集体建设用地使用权入市提供坚实的法律制度保障。目前学界亟待对改革试点的得与失进行充分的整理与总结,并将集体经营性建设用地入市改革试点所取得的实践经验转化为具有普适性的法律规范,重点在于提炼立法与修法的建议。集体经营性建设用地改革试点工作运作如何,如何从法律制度层面评析和规制集体

收稿日期:2018-05-31

基金项目: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”(18ZDA151)

作者简介:陆剑,男,中南财经政法大学中国农地法律问题研究中心副主任,副教授,硕士生导师,法学博士;  
陈振涛,男,中南财经政法大学中国农地法律问题研究中心助理研究员。



经营性建设用地入市,《土地管理法》和《民法典物权编》如何构造集体建设用地使用权制度,均是值得深入研究的课题。

## 一、集体经营性建设用地入市改革试点的实践情况

目前共有33个县(区)作为集体经营性建设用地改革试点区,《土地管理法》和《城市房地产管理法》的相关法律条款在试点区暂停实施在我国尚属首次,对试点区来说既是机遇更是挑战。集体经营性建设用地入市改革试点成功与否,直接影响着集体建设用地制度的前景,涉及未来集体建设用地法律规则的顶层设计。因此,认真总结试点区的改革实践经验与困境,对推动《民法典物权编》与《土地管理法》等法律的修改具有十分重要的意义。

试点区的集体经营性建设用地入市工作主要围绕“谁来入市、哪些地入市、怎么入市、钱怎么分”四个核心问题展开。其中,关于“怎么入市”的入市方式问题,《试点意见》明确了三个入市途径,即就地入市、调整入市和城中村入市。各试点区基本采取上述三种入市途径,具体采用出让、租赁、作价入股三种方式。如河南长垣县对规划范围外的零碎集体建设用地和空闲宅基地进行拆旧复耕后,以“增减挂钩”的形式异地调整入市,并实现县政府对农转用和调整入市的审批实验<sup>[2]</sup>;山西泽州县初步确定了就地入市、调整入市和村庄整治入市三条土地试点入市途径<sup>[3]</sup>;浙江德清县除就地入市之外,还重点探索异地调整入市,探索开展城中村整治入市<sup>[4]</sup>。关于“谁来入市、哪些地入市、钱怎么分”的问题,试点区采取的改革措施不尽相同,详述如下。

### (一)“谁来入市”:入市主体的试点措施

集体经营性建设用地入市是由农民个体还是农民集体决定,目前试点区对于入市主体的规定大致有六种情形:

一是明确入市主体是集体经济组织。如上海松江区明确,集体经营性建设用地入市可由集体经济组织代表农民集体行使所有权<sup>①</sup>;重庆大足区规定由集体经济组织代表农民集体行使土地所有权<sup>[5]</sup>。二是明确入市主体是农民集体。如辽宁海城市在入市主体上,既有村农民集体也有镇农民集体<sup>②</sup>;江苏常州武进区明确农民集体是集体经营性建设用地的入市主体<sup>③</sup>。三是明确入市主体是村委会或乡(镇)、街道办事处。吉林长春九台区确定由村委会与土地使用者签订土地出让合同,最大限度地体现农民意愿<sup>[6]</sup>;黑龙江安达市集体经营性建设用地入市的入市主体均为村委会<sup>[7]</sup>;湖北宜城市探索实践两种入市主体,一种以村委会为主体,另一种以镇政府为主体<sup>[8]</sup>。四是由农民集体委托授权的具有市场法人资格的土地股份合作社、土地专营公司等作为入市实施主体,代表集体行使所有权。如四川成都郫都区围绕“委托—代理”机制进行探索,确定成立农村股份经济合作社(联社)等形式的新型农村集体经济组织作为集体经营性建设用地入市的实施主体<sup>④</sup>;陕西西安高陵区结合农村产权制度改革,成立农村集体经济合作社作为入市主体,村民小组土地可委托村合作社代理入市<sup>[9]</sup>;浙江德清县明确三级入市主体,即镇集体土地由镇资产经营公司等全资下属公司或其代理人实施入市、村农民集体由村股份经济合作社实施入市、村民小组可委托村股份经济合作社等代理人实施入市<sup>⑤</sup>。五是由有关集体经济组织联合设立入市实施主体。如北京大兴区在全国率先推出集体经营性建设用地入市的“镇级统筹”模式,成立集体所有制的联营公司,将集体经营性建设用地登记至联营公司名下,并委托其

① 《上海市松江区农村集体经营性建设用地入市管理办法》第12条。

② 《海城市农村集体经营性建设用地入市管理办法》第12条。

③ 《常州市武进区农村集体经营性建设用地入市管理办法(试行)》第13条。

④ 《郫都区农村集体经营性建设用地入市规定》第9条。

⑤ 《德清县农村集体经营性建设用地入市管理办法(试行)》第13条。



统一进行园区建设、经营管理、收益分配<sup>[10]</sup>。六是对不同层别集体所有的经营性建设用地由不同种类的主体实施入市。如河南长垣县对三级主体探索出不同的入市实施主体,其中乡集体所有的,由乡集体经济组织作为入市主体;对村集体所有的,由村委会作为入市主体;对村民小组所有的,由村民小组委托村委会作为入市主体<sup>[11]</sup>。

从民法理论视之,集体经营性建设用地的入市主体应为集体土地所有权人;从集体土地所有权的制度界定上看,村民小组、村农民集体以及乡(镇)农民集体均为《物权法》第 60 条明确规定的集体土地所有权主体。法律仅从权利的行使主体角度对集体土地所有权进行了规定,而农民集体本身的内涵与法律地位则缺乏明确规定。目前中央政策对集体土地所有权的主体进而是对集体经营性建设用地入市的主体未作明确规定,集体土地所有权主体的实现形式不明问题尚未完全解决,这一问题有赖于在《民法总则》第 99 条规定集体经济组织为特别法人的制度框架下,结合农村集体资产股份权能改革试点的探索情况,由《民法典物权编》予以彻底厘清<sup>[12]</sup>。

## (二)“哪些地入市”:入市范围的具体限定

关于集体经营性建设用地的入市范围,学界认识不一。对此,政策制定者明确指出,并不是所有的集体建设用地都可以入市,只有符合规划和用途管制的集体经营性建设用地才能入市<sup>[13]</sup>。《试点意见》将本轮改革的入市范围限定在存量集体经营性建设用地范围内。存量集体经营性建设用地是指土地利用总体规划和城乡规划已经确定为经营性用途的土地。增量集体经营性建设用地,也就是将原农用地或公益性集体建设用地转变为经营性建设用地。各试点区对集体经营性建设用地的入市范围严格遵循《试点意见》的要求,即将集体经营性建设用地入市的范围限定在存量集体经营性建设用地。

国家层面关于土地制度的改革思路都将盘活存量建设用地作为发展土地市场的总基调。2013 年中央城镇化工作会议强调,新型城镇化要“严控增量,盘活存量”。近年来,全国国土资源工作会议也多次明确建设用地“严控增量,盘活存量”的发展思路。国土资源部的系列政策均明确了经济新常态下向土地存量要发展的转变。笔者认为,政策层面之所以将集体经营性建设用地入市范围限定在“存量集体经营性建设用地”的原因可能有三:其一,存量集体建设用地涉及面广,整治开发潜力大,集体经营性建设用地入市利用存量土地即可,原则上不需要安排增量经营性建设用地;其二,允许增量集体经营性建设用地直接入市可能导致部分农用地、宅基地、公益性建设用地向集体经营性建设用地转移,影响农民生存保障和生活保障,进而影响农村社会稳定,难以有效掌控本次农村土地制度改革的社会风险;其三,集体土地征收范围和集体经营性建设用地入市并非简单的此消彼长关系,但两者存在着诸多现实关联,集体经营性建设用地入市范围扩大,必会影响集体土地征收的范围,将集体经营性建设用地入市范围限定在存量集体经营性建设用地上可防止给土地征收、土地管理乃至整个土地市场发展造成重大不利影响。

## (三)“钱怎么分”:入市收益分配的试点探索

入市收益如何合理分配是集体经营性建设用地改革的核心问题,不仅政府与农民集体、农民个体之间的土地收益分配不易确定,不同地区集体之间的土地收益如何平衡更是难题。各试点区进行了有益探索,形成了实践经验。

首先,在政府与农民集体间的外部分配上,各试点区均按照国家政策因地制宜地规定土地增值收益调节金的征收比例。如山西泽州县出台规则明确收取土地增值收益调节金为 20%,土地收益按集体三成个人七成分配;吉林长春九台区参照土地增值税分级超额累进计税方法,设定不同增值收益级别和不同的分配比例;江苏常州武进区针对不同的入市交易行为,对调节金规定了从 20%~50% 的不同征收比例;河南长垣县按照土地不同用途和不同地块的基准地价等



级收取5%~40%不等的调节金;四川成都郫都区采取以成交总价款13%~40%的比例,进行阶梯式差别化征收调节金的办法。

其次,在不同农民集体之间的土地收益分配上,鉴于试点区内各村集体的集体建设用地资源差异较大,容易产生利益差异和分配不均衡的问题。对此,有试点区进行了特殊的调节和制度设计,如北京大兴区探索由镇属公司统筹不同村集体的建设用地和收益分配,保障各村土地发展权共享和收益平衡<sup>[14]</sup>。

最后,在农民集体与集体成员间的内部分配上,绝大多数试点区规定入市收益分配到集体成员的不超过入市地块所在区域的征地补偿标准,剩余部分留归农民集体,用于公共基础设施事业支出、发展壮大集体经济,以及村组农民参加养老保险、医疗保险等。如贵州湄潭县规定集体存留比例不得少于征收增值收益调节金后收益的30%,农民集体与集体成员分配比例由集体经济组织成员民主决议<sup>[15]</sup>;浙江德清县按照集体土地“三级所有”制度规定,若入市土地属乡镇集体或村集体的,其入市收益不予分配,纳入乡镇财政统一管理或列入集体公积公益金进行管理,若入市土地属村民小组的,其入市收益在扣除国家相应税费、村集体提留以及入市的相关费用后,可用于农户分配<sup>①</sup>。

各试点地区对集体经营性建设用地入市收益采取了各不相同的收益分配方案,这些土地入市收益分配方案具有以下特点:农民集体和各级政府都参与了土地收益分配,不过农民集体始终是集体经营性建设用地入市收益分配的主角。尽管政府主体参与分配比例在不同地区有所区别,但农民集体始终在集体经营性建设用地入市进程中居于主体地位。关于农民集体与集体成员之间的收益分配,虽然各试点地区出于经济发展阶段和社会保障水平的差异对集体成员的收益分配比例作出了不同的规定,但集体成员毕竟在集体经营性建设用地入市中得到了实实在在的收益,农民集体所取得的收益大多也用于集体成员福利的支出,利益的享有者仍为集体成员。

## 二、集体经营性建设用地入市改革试点面临的现实困境

中国集体建设用地制度的产生和变迁均带有显著的行政主导色彩。从广东省二十世纪八十年代最早开展集体建设用地入市试点开始,始终存在着国家管制错位和私权属性不彰等问题。有鉴于此,《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》指出,深化集体建设用地制度改革应以“赋予农民更多财产权利”为目标,这一改革目标可视为中国将在坚持公有制制度前提下实现“地权归农”。目前试点地区集体经营性建设用地改革已进入关键阶段,集体经营性建设用地的财产属性逐步显现,中国集体建设用地制度已经迈向“私权”理性回归的新时期。集体经营性建设用地入市改革旨在构建“同等入市、同权同价”的城乡统一建设用地使用权市场,虽然改革试点取得了一定的进展,但仍存在以下困境:

### (一) 定性障碍:集体建设用地使用权的法律地位缺失

从各试点地区的实践审视,集体经营性建设用地入市的主体多元,主要源于《物权法》对农民集体的定性不明,其与集体经济组织之间的关系不清,本质仍在于集体土地所有权主体的法律地位缺失,该问题有赖于《民法典物权编》予以明晰,对此,笔者已另行撰文详述,在此不再赘述<sup>[12]</sup>。在试点区,更为重要的问题是因集体建设用地使用权的法律地位缺失,进而导致集体建设用地使用权人所取得的权利无法得到现行法的认可,金融机构无法接受其为抵押权的标的,导致使用权人的融资困局。

① 《德清县农村集体经营性建设用地入市收益分配管理规定(试行)》第4、5、6条。



根据《物权法》第135条及第151条之规定,《物权法》意义上的“建设用地使用权”特指设立在国有土地上的用益物权。有观点认为可从《物权法》第151条推导出“集体建设用地使用权”,笔者不予赞同。从体系解释出发,《物权法》第151条转介的《土地管理法》中,只有第43条规定了乡镇企业建设用地使用权和乡(镇)村公益性建设用地使用权,并未规定其他集体土地上的建设用地使用权,显然不能将上述两者等同于“集体建设用地使用权”。《土地管理法》虽对集体建设用地采用了“建设用地使用权”之称谓,但其并非赋权性规范,仅是一个空洞的概念,不能定性为一种真正的物权<sup>[16]</sup>。因此,集体建设用地使用权既未被明确规定为独立的用益物权,也没有被涵盖在现有的“建设用地使用权”规范中。与此同时,“集体建设用地使用权”一词被政策文件广泛使用,但并未发现现行法明示“集体建设用地使用权”的法律地位。

虽然现行法并未明示“集体建设用地使用权”,并不意味着集体建设用地使用权没有存在的必要。集体建设用地是农民集体最为重要的可获取收益的“活”资产,在集体土地上设立建设用地使用权具有强烈的实践诉求,集体建设用地使用权是农民集体和集体成员重要的土地财产权之一,对农村集体经济的有效实现具有重要的制度价值。集体建设用地使用权制度本应为物权立法的重要内容,但《物权法》对此未作明确表述和具体规范,而是将集体建设用地法律规制问题交给《土地管理法》解决。《土地管理法》主要作为管制法,规范重心是集体建设用地的行政管理内容。事实上,《土地管理法》严格限定了集体建设用地使用权的主体范围和权利内涵,而且未对其具体权能作出明确规定。据此,有学者认为中国的集体建设用地使用权尚不具备完全的私权属性<sup>[17]</sup>。

现行立法未对“集体建设用地使用权”进行准确的法律定位,更未构造清晰的法律规则。实践中通过官方正式试点方式或者农民自发方式突破集体建设用地流转限制的做法,已经屡见不鲜,地方造法已导致管制规则不统一的严重问题,使中国集体建设用地使用秩序处于混乱状态。

其一,集体建设用地使用权的设立规则缺位。集体建设用地使用权的设立是集体建设用地入市的前提条件<sup>[18]</sup>。现行规则仅规定集体建设用地使用权经有权机关审批后设立,并未体现集体建设用地使用权出让主体即所有权人与受让主体即使用权人的合意,并未规范建设用地使用权设立所应具备的“招拍挂”等出让程序。

其二,集体建设用地使用权的确权制度缺位。集体建设用地使用权登记是不动产物权登记制度的重要内容,但《物权法》并未对其作出规定。根据湖北省72村调研数据显示,目前办理集体建设用地使用权证的情况不佳,仅有28.4%的土地进行了确权登记颁证<sup>[19]</sup>。由于确权是集体经营性建设用地入市的法律基础,作为地籍管理基础的集体建设用地确权事实并未完成的情况下,集体经营性建设用地入市便严重受阻。

其三,集体建设用地使用权的权能受限。集体建设用地使用权作为设立在他人之物上的他物权,其权能范围特别是处分权能理应受到一定的限制,但其自有的占有、使用、收益及必要的处分权能不应受限。然而现有规则严格限制集体建设用地使用权的权能,其入市交易功能几乎被阻断。

## (二) 客体障碍:集体经营性建设用地入市范围过窄

在入市改革试点中,关于集体经营性建设用地可入市交易的范围学界存在着重大分歧。集体经营性建设用地入市范围也影响着构建城乡统一建设用地使用权市场的意义与效果。对此,中央政策明确只有存量集体经营性建设用地才能入市。各试点区亦均规定不符合土地利用总体规划和城乡规划或有其他限制时不得入市,学界也普遍认为入市客体要符合土地规划和用途管制。目前在入市客体上的争议,最核心的问题是增量集体经营性建设用地是否纳入入市范围。中国存量集体经营性建设用地总量仅约3000万亩,近半数村庄并无存量集体经营性建设用地,且大半存量集体经营性建设用地并未经过县(市、区)政府及土地管理部门办理审批手



续,使此次改革对壮大农村集体经济、增加农民财产性收入的意义并不显著,也弱化了构建城乡统一建设用地使用权市场的实践效果。

存量集体经营性建设用地并不能等同于乡镇企业建设用地。所谓乡镇企业建设用地使用权,是指因兴办乡镇企业之需,使用集体土地的权利。《土地管理法》第59条和60条规定了乡镇企业建设用地使用权的取得方式及程序,但对该权利的具体权能构造则未予释明。乡镇企业建设用地的取得具有明显的非市场化特征<sup>[20]</sup>。乡镇企业是特定发展阶段的产物,现已基本退出历史舞台,从全国整体情况来看,尚存的使用集体土地的乡镇企业数量极为有限。根据《乡镇企业法》第28条和《土地管理法》第63条,乡镇企业建设用地没有使用期限,具有特定的用途,除因企业破产、兼并等情况致使土地使用权发生变更外,不得转让或抵押。因此,乡镇企业建设用地使用权并非严格意义上的用益物权,违反用益物权的期限特征,并且其权能也受到严格限制。此外,集体经营性建设用地在范围上宽于乡镇企业建设用地。在新的改革形势下,集体经营性建设用地不能仅指乡镇企业用地<sup>[21]</sup>。将集体经营性建设用地仅限于乡镇企业用地,无法满足农村的实际用地需求,亦无法达成建立城乡统一建设用地使用权市场的改革目标。

目前中央政策和全国人大常委会授权决定将入市客体限定为存量集体经营性建设用地,关于增量集体经营性建设用地能否入市的问题争议较大。但多数学者认为应当允许增量集体经营性建设用地入市。如孙鹏教授主张允许宅基地整合节余的建设用地转为经营性建设用地,从而扩大入市的规模<sup>[22]</sup><sup>131</sup>。关于其益处,有实践专家认为将非经营性建设用地规划为经营性用地的,应当允许依法变更的增量集体经营性建设用地进入市场。这样可以盘活大量闲置的农村集体建设用地,为经营性建设用地的入市提供了更加广阔空间<sup>[23]</sup>。

增量集体经营性建设用地主要来源于农地转用及宅基地整理节余转用,其中农地转用事关国家粮食安全和新增建设用地指标分配,关涉重大且程序复杂,仍有待于进一步研究。从法理观之,现有否定增量入市的主要出发点是保护耕地,维护国家的土地秩序。但党的十八届三中全会《决定》并未将集体经营性建设用地入市限定于存量用地,是否意味着中央政策层面认可集体经营性建设用地入市的范围并不仅仅包括存量也涉及增量?《试点意见》、全国人大常委会授权决定和其他政策性文件为何要在集体经营性建设用地入市的问题上区分存量和增量草案而差异化对待呢?这样的差异化处理是否具有法理和价值上的正当性,限制增量入市是否真的是从公共利益出发抑或纯粹是部门利益作祟。值得注意的是,《土地管理法(修正案草案)》(第二次征求意见稿)延续十八届三中全会《决定》精神,并未将入市交易客体限定在存量之中,而是规定“土地利用总体规划确定为工矿仓储、商服等用途,并经依法登记的集体经营性建设用地,土地所有权人可以通过出让、出租等方式将其使用权交其他单位或者个人用于非农业建设,并与有关单位、个人签订书面合同,明确用地供应、动工期限、使用期限、规划用途和双方其他权利义务。”此等争议亟待理论上的澄清。

另外,宅基地整理节余转为集体建设用地在实践中早已进行操作。2016年中央进一步统筹协调推进农村土地制度改革三项试点,集体经营性建设用地入市扩大改革范围,统筹推进宅基地制度改革。在此改革背景下,宅基地制度与集体经营性建设用地入市如何联动,宅基地改革节余出的宅基地能否转变为集体经营性建设用地进而入市,这些问题不仅关涉集体经营性建设用地入市问题,也关涉宅基地制度改革能否顺利进行。

### (三) 规则障碍:城乡建设用地“同等入市、同权同价”的规则不清

在集体经营性建设用地入市的收益分配问题上,《农村集体经营性建设用地土地增值收益



调节金征收使用管理暂行办法》(财税[2016]41号)第6条和第16条<sup>①</sup>对政府、集体经济组织和集体成员之间的利益分享做出了比较明确的规定,集体经济组织与集体成员之间的利益分配问题本属集体内部事宜,应由其按照“多数决”的程序规则依法确定,与国家管制无涉。因此,收益分配问题的实质在于既然政策目标是构造城乡统一的建设用地使用权市场,那么,集体建设用地的土地价格与税金也应与国有土地使用权的规则统一,而不应存在显著差异,甚至是另起炉灶。但实际上,城乡建设用地“同等入市、同权同价”的规则仍属不清,亟待辨明。

中国建设用地市场具有城乡二元的典型特征,存在城乡两种不同的建设用地使用权制度体系,“我国二元双轨地权结构的根本问题不是在于土地所有权二元,而在于二元地权间的权利不平等”<sup>[22]16</sup>。建设用地使用权亦存在着权利的二元不平等性,主要体现在以下方面:

其一,根据《土地管理法》第43条之规定,农村土地参与城镇化的途径只有集体土地征收转用一种方式。集体建设用地亦需经政府征收环节,始得进入土地市场。地方政府直接参与土地资源的配置,其角色发生严重异化,日益成为“经营型”政府。

其二,根据《土地管理法》第47条之规定,“征收土地的,按照被征收土地的原用途给予补偿”。由于经营性建设开发在土地规划用途与原用途之间一般存在巨额的增值收益差异,按照土地的原用途给予补偿就意味着将增值收益全部收归政府所有。这一规定实际上剥夺了农民集体和农民参与土地增值收益的分配的权利,从而事实上剥夺了农民集体和农民个人的土地发展权,也因此颇受诟病。

其三,根据《物权法》第143条和《土地管理法》第63条之规定,集体建设用地使用权与城市建设用地使用权的权利差距显而易见,集体建设用地具有明显的“集体所有、集体使用”的特征。《担保法》第36条、《物权法》151条对于城乡土地抵押进行相反的规定,集体建设用地抵押受到了诸多限制,这些使得集体建设用地权利资本化步履维艰。

党的十八届三中全会提出构建城乡统一的建设用地使用权市场,“同等入市、同权同价”正式成为中国集体经营性建设用地改革的核心目标,为构建城乡统一的建设用地市场勾画了具体的“路线图”。构建城乡统一的建设用地使用权市场就是要打破城乡二元建设用地结构,实现集体经营性建设用地与国有经营性建设用地的“同等入市、同权同价”,其中“同地”是前提,“同权”是核心,“同等入市”是目标。学界亦一直主张城乡建设用地使用权应“同地同权”,实现城乡协调发展<sup>[24]</sup>。但也有观点认为“同等入市、同权同价”仅仅是道德夙愿,根本不可能实现<sup>[25]</sup>。造成这种认识的差异,笔者认为主要原因在于对“同等入市、同权同价”内涵缺乏严格、科学的法律界定。“同等入市、同权同价”这一推进集体经营性建设用地改革的政策目标提出已久,但至今法律层面仍未对其内涵进行科学解读和规则体系的构建,构建城乡统一的建设用地使用权市场存在着严重的规则障碍。

### 三、集体经营性建设用地制度改革的现实路径

集体经营性建设用地入市改革的顺利进行,并构建城乡统一的建设用地使用权市场,均有赖于立法应还原集体建设用地使用权作为用益物权的私权本质,并对集体经营性建设用地使用权进行赋权、行权和保权。一方面需要保证赋权有据,强化作为权利人的农民集体和集体成员充分享有集体经营性建设用地入市所带来的收益;另一方面应保证行权有效,公平有效地运用

① 《农村集体经营性建设用地土地增值收益调节金征收使用管理暂行办法》(财税[2016]41号)第6条规定:调节金分别按入市或再转让农村集体经营性建设用地土地增值收益的20%~50%征收。第16条规定:农村集体经济组织以现金形式取得的土地增值收益,按照壮大集体经济的原则留足集体后,在农村集体经济组织成员之间公平分配。对以非现金形式取得的土地增值收益应加强管理,并及时在农村集体经济组织内部进行公示。



法律规则体系设计保障集体经营性建设用地通过入市有效实现其价值,并构建城乡规则统一的建设用地使用权市场。以农民集体和农民个体的权利实现为中心构建集体经营性建设用地入市制度,这是集体经营性建设用地改革最核心、最关键的问题,也是构建城乡统一建设用地使用权市场最基础、最根本的问题。

### (一) 集体建设用地使用权法律定位的立法回应

“集体建设用地使用权”在《物权法》制定过程中被有意或无意地回避,其制度规则散见于《土地管理法》等法律规定。如前所述,《物权法》将集体建设用地使用权完全交予管制法欠妥。在管制法中对土地权利进行详尽规定,将影响土地权利作为私法权利的基本属性<sup>[26]</sup>。立法对集体建设用地使用权进行回应,这是推进集体经营性建设用地改革,构建城乡统一建设用地使用权市场的法律基础和制度前提<sup>[27]</sup>。对集体建设用地使用权进行法律制度的回应,既需对《物权法》进行修订,将关涉所有权人和使用权人等民事主体的权利问题纳入《民法典物权编》,在《土地管理法》中则重点加入集体建设用地使用权行政管制方面的内容,共同打造规则明晰、公私兼及的集体建设用地使用权制度。

首先,在编纂民法典的过程中,鉴于争议较大,《物权编征求意见稿》第十二章对集体建设用地使用权并未作出任何修改。但集体建设用地使用权的法律地位和权利内涵亟待明确,《民法典物权编》应对集体建设用地使用权作出制度回应,将集体建设用地使用权明确为一种用益物权类型<sup>[28]</sup>,从而符合“物权类型法定”的基本要求,同时增量数条条文规定集体建设用地使用权的基本权利内涵,即集体建设用地使用权是设定在集体土地上的一种用益物权,包含公益性和经营性集体建设用地使用权。

其次,除集体建设用地使用权的得丧变更规则中的特殊问题,如出让主体、出让的内部决策程序和出让收益等问题以外,应与国有建设用地使用权规则一体适用。但鉴于集体公益性建设用地的特殊性,应借鉴划拨用地的基本法律规则,对公益性和经营性集体建设用地使用权的设立分别规定:设立集体公益性建设用地使用权,应当采用划拨方式。设立集体公益性建设用地使用权,应当经县级人民政府批准,涉及农用地转为建设用地的,应当办理农用地转用审批手续。设立集体经营性建设用地使用权,应当由农民集体采用招标、拍卖等公开竞价的出让方式。设立集体经营性建设用地使用权,需经本集体成员(代表)大会三分之二以上集体成员(代表)的同意。

最后,《土地管理法(修正案草案)》(第二次征求意见稿)的重大突破在于删除了《土地管理法》第43条关于建设用地必须使用国有土地,集体土地不得用于建设用途的规定。并将第63条修改为:“土地利用总体规划确定为工矿仓储、商服等用途,并经依法登记的集体经营性建设用地,土地所有权人可以通过出让、出租等方式将其使用权交其他单位或者个人用于非农业建设,并与有关单位、个人签订书面合同,明确用地供应、动工期限、使用期限、规划用途和双方其他权利义务。”这意味着,集体土地进入建设用地市场不再一律先通过征收变成国有土地,依法取得的集体经营性建设用地可以出让和出租。此种改变为集体建设用地制度改革消除了最根本的法律障碍。但《土地管理法》作为国家管制的重要工具,其也应对集体建设用地使用权中涉及国家管制的部分予以立法回应,如集体建设用地使用权的确权、集体公益性和经营性建设用地界分等特殊规则。

### (二) 增量集体经营性建设用地应当纳入入市客体

现有政策文件将集体经营性建设用地入市改革的范围限定在存量集体经营性建设用地,“允许其出让、租赁、入股”。但从文义解释来看,若将入市范围限定在存量集体经营性建设用地,则仅关涉建设用地使用权二级市场,根本不存在出让的问题,似应表达为“转让”。笔者认为应将增量集体经营性建设用地纳入入市的客体范围。



首先,将增量集体经营性建设用地纳入入市的客体范围有利于让广大农民更充分地享有土地增值收益。增量集体经营性建设用地使用权的生成必然指涉城乡规划的变更和建设用地指标的分配,由于城乡规划和建设用地指标直接支撑地方政府的“土地财政”,涉及地方政府的根本利益,地方政府并不愿意将宝贵的建设用地指标分配给集体。虽然政府参与集体经营性建设用地入市收益的分配,但作为集体土地所有权人的农民集体始终是集体经营性建设用地入市的主角,农民集体和集体成员享有绝大部分土地收益。因此,从保护农民土地权益的角度来看,限制增量集体经营性建设用地入市并不具有正当性。

其次,限制增量集体经营性建设用地的入市,将严重影响农地转用和宅基地整合节余出来的集体经营性建设用地入市。从实践来看,中国存量集体经营性建设用地数量并不大,如果再不允许增量集体经营性建设用地入市,那么改革试点的实际效果堪忧。如果限制增量集体经营性建设用地的入市,那么未来符合土地规划的农地转用和宅基地整合节余出来的集体经营性建设用地将如何处理?目前,有的改革试点区已经探索将增量集体经营性建设用地纳入入市交易范围。如宁夏平罗县将集体经营性建设用地入市和宅基地制度改革有机结合,通过收储进城农民自愿退出的宅基地,依据乡村规划调整为集体建设用地,以此盘活农村长期闲置的宅基地资源。在平罗县城关镇星火村的几户农户已进城10余年,借此次宅基地制度改革的机会,这几户农户自愿有偿退出宅基地5.57亩,经村集体收储后,调整为集体经营性建设用地,以33万元的价格转让给农机制造公司<sup>[29]</sup>。平罗县的做法最大限度地激活了农村闲置土地资源,扩大了集体经营性建设用地入市规模。

最后,政策层面对集体经营性建设用地入市范围的限制不应是“存量”与“增量”之分,也不应限制城乡土地一级市场的统一。只要在土地利用总体规划和城乡规划中被定性为集体经营性建设用地的,都应具有入市的资格。但并非只要具备入市资格即可直接入市交易,在入市之前还应履行土地用途变更手续。只有在完成土地用途变更手续后,增量集体经营性建设用地才可以入市交易。并且利用效率极低的荒地、退出整合的宅基地、退出公益目的的公益性建设用地等非经营性建设用地经行政审批获得增量用地指标并完成土地用途变更登记手续后,也可以进入土地市场。该举措有利于提高集体土地的使用效率,实现节约用地的改革目标。构建城乡统一的建设用地使用权市场,不仅包括土地二级市场的规则统一,也包括土地一级市场的规则统一,只有允许新增集体经营性建设用地入市,才能真正做到建设用地一级市场的规则统一。

总之,将建设用地入市客体严格限定在存量范围会导致入市范围的极大限缩,使改革红利大打折扣,也无法满足实践中将整理节约出来的废弃建设用地、公益性建设用地、宅基地等进行综合性统筹利用的需要。无论是从改革目标的实现,还是从“三块地”改革政策的联动性来说,均不应将入市客体限定在存量建设用地上,应允许增量集体建设用地入市<sup>[30]</sup>。当然,推进集体经营性建设用地入市改革首先要盘活存量,控制增量集体建设用地数量。无论是农民集体还是集体成员均有“化农用为经营”“化公益为经营”的利益冲动,因此,行政机关应严控集体经营性建设用地的新增数量。《土地管理法(修正案草案)》(第二次征求意见稿)中并没有沿用《试点意见》中关于“存量”的限制,第63条规定集体经营性建设用地入市的条件是“土地利用总体规划确定为工矿仓储、商服等用途,并经依法登记”,有利于拓展入市范围,值得肯定。尽管第62条规定:国家鼓励进城居住的农村村民依法自愿有偿退出宅基地,但并未规定宅基地腾退后如何整理利用,能否作为存量集体建设用地合法入市。因此,《土地管理法(修正案草案)》(第二次征求意见稿)仍需进一步完善。

### (三) 构建城乡统一的建设用地使用权市场的规则体系

构建城乡统一的建设用地使用权市场的目标是保障作为私权主体的农民集体和集体成员享有的集体经营性建设用地及其法权充分实现,以及使用权人享有的集体经营性建设用地使用



权充分行使,具体举措应是构建城乡统一建设用地市场的管制法律规则体系。

其一,建立城乡统一的经营性建设用地出让规则体系。现有建设用地规则未能将城乡建设用地使用权的权能统一起来,导致城乡建设用地虽同为建设用地,因其所有权主体不同而导致权利限制和市场化程度的不同。建立城乡统一的经营性建设用地出让规则体系,有利于实现集体土地与国有土地的所有权平等,即不论土地所有权主体是农民集体或国家,只要在性质上属于建设用地,就应当适用同样的出让法律制度规范。需要注意的是,集体经营性建设用地使用权出让的双方主体为农民集体与使用权人,政府并不直接参与这一具体的民事法律关系当中,在集体经营性建设用地使用权出让制度中,政府的角色应回归为监管者和争议解决者,政府的作用在于制定相关制度规则,并确保其得以执行,当事人发生争议时,政府应为当事人之间的纠纷解决提供救济渠道和程序。

其二,健全城乡统一的土地利用规划法律制度。土地利用规划是土地市场规范发展的重要前提,也是土地资源得以有效配置的基本保证。土地利用总体规划是实行土地用途管制的依据,任何土地的利用都受到规划的严格约束。通过土地利用总体规划,国家既可以实现对城乡建设的总量控制,建立城乡统一的增量建设用地指标分配体系和建设用地使用权总量控制法律制度,又可以对集体经营性建设用地出让数量进行严格控制,将集体经营性建设用地使用权纳入城乡统一的建设用地总量控制体系,从而防止集体经营性建设用地入市供给冲击国有出让土地的总量控制,防止因集体经营性建设用地入市导致大量农用地在利益驱使下变为集体经营性建设用地。增量集体经营性建设用地事关农用地转用,数量过大可能会对耕地保护和国家粮食安全形成冲击。据此,应在《土地管理法》中对存量和增量集体经营性建设用地采取不同的规制策略,从程序上严格控制增量集体经营性建设用地的生成。

其三,构造城乡统一的土地价格管制与土地收益分配制度。地价是国家对土地市场进行管制的有力工具,是建设用地使用权市场化改革的重要前提。城乡统一的土地价格管制制度至少应包括地价评估、基准地价、最低限价制度、地价公示制度和地价申报制度等<sup>[31]</sup>。城乡统一的土地价格管制制度建设是关系到整个城乡统一建设用地市场建设的关键所在。在集体经营性建设用地合法入市后,更应对建设用地地价进行统一管理,在法律确认的基础上形成城乡统一的建设用地价格管控机制。

建立城乡统一的土地收益分配机制,由于国有建设用地使用权出让制度已经相对完善,重点是规范集体建设用地使用权出让收益分配机制<sup>[32]</sup>。中国土地制度的改革应以土地收益在全社会的公平分享为原则,以对特殊群体的适度倾斜为补充,结合目前的发展实际及国情,将集体建设用地出让收益在所有权人、偏远地区的农村集体及农民以及政府之间进行合理分配。集体土地所有权人享有主要的出让收益,政府则通过土地增值收益调节税收方式分享土地增值收益,偏远地区的农村集体及农民可通过指标交易分享土地增值收益。集体建设用地使用权的再转让收益应当归使用权人所有,国家可收取一定比例的土地增值收益调节税,土地所有者不得参与分配,除非当事人的合同另有约定。《土地管理法(修正案草案)》(第二次征求意见稿)对此并未涉及,应属立法草案之漏洞需予填补。

《土地管理法(修正案草案)》(第二次征求意见稿)第65条规定:“集体经营性建设用地使用权的出让、出租、转让、转租、互换、出资、赠与等,其期限、登记等参照同类用途的国有建设用地执行,具体办法由国务院土地行政主管部门制定。”虽然明确了集体经营性建设用地的期限、登记等制度参照同类用途的国有建设用地执行,但仅有这部分规则是不够的,建议除了明确集体经营性建设用地的特殊规则,如出让主体、出让的内部决策程序和出让收益分配等问题外,其他规则均与国有建设用地完全统一。



## 参考文献:

- [1] 朱隽.农村“三块地”改革试点延期一年(政策解读)[N].人民日报,2017-11-07(2).
- [2] 中共河南省委农村土地工作办公室.长垣县扎实推进农村集体经营性建设用地入市试点[J].农村要情,2017(13):3-4.
- [3] 田瑞芳,徐军利.泽州县“土地入市”试点成效初显[N].山西日报,2016-12-21(8).
- [4] 付冬梅,龙腾.浙江德清集体经营性建设用地入市模式研究[J].上海国土资源,2016(2):42-45.
- [5] 刘丹,潘远生.重庆大足:探索集体经营性建设用地入市路径[J].中国土地,2017(9):58-59.
- [6] 吉林省人民政府.九台区农村集体经营性建设用地入市试点改革成果显著[EB/OL].(2017-09-19)[2018-03-10].[http://www.jl.gov.cn/zw/yw/zwlb/sx\\_77310/xsxf/201709/t20170919\\_2844156.html](http://www.jl.gov.cn/zw/yw/zwlb/sx_77310/xsxf/201709/t20170919_2844156.html).
- [7] 董祚继.“新东北现象”下的集体土地入市[J].中国土地,2017(9):33-36.
- [8] 周勤达,竺昌权.宜城农村集体经营性建设用地入市稳步推进[N].襄阳日报,2017-08-04(2).
- [9] 乔佳妮.“农地”入市,从“0”到“1”——全省首宗农村集体经营性建设用地入市剖析[N].陕西日报,2017-08-06(1).
- [10] 耿未名,张华义.“镇级统筹”新模式下的集体建设用地利用——北京市大兴区的探索与经验[J].中国土地,2017(8):8-11.
- [11] 黄建水,王星,张志林.长垣县推进集体经营性建设用地入市试点工作研究[J].河南工业大学学报(社会科学版),2016(4):52-56.
- [12] 陆剑,易高翔.论我国农村集体经济组织法人的制度构造[J].农村经济,2018(2):16-21.
- [13] 冯华,陈仁泽,陈锡文:农村土地制度改革不能突破底线[J].农村经营管理,2014(1):10-11.
- [14] 肖顺武.从管制到规制:集体经营性建设用地入市的理念转变与制度构造[J].现代法学,2018(3):94-108.
- [15] 郝迎灿.农地活了 产业火了(探路供给侧)——贵州湄潭农村集体经营性建设用地入市调查[N].人民日报,2017-03-29(10).
- [16] 温世扬.集体经营性建设用地“同等入市”的法制革新[J].中国法学,2015(4):66-83.
- [17] 曹笑辉,曹克奇.告别权利的贫困:农村集体建设用地入市法律问题研究[M].北京:法律出版社,2012:51.
- [18] 韩松.集体建设用地市场配置的法律问题研究[J].中国法学,2008(3):65-85.
- [19] 陆剑.集体经营性建设用地入市的实证解析与立法回应[J].法商研究,2015(3):16-25.
- [20] 申惠文.非公共利益利用集体土地机制研究[M].北京:法律出版社,2015:80.
- [21] 刘守英.解剖新土改中政策滞后现象[N].社会科学报,2014-02-27(3).
- [22] 孙鹏,等.集体建设用地流转的风险控制与法律构造[M].武汉:华中科技大学出版社,2016.
- [23] 黄发儒.集体经营性建设用地入市路径思考[J].中国土地,2015(2):19-21.
- [24] 刘守英.中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施[J].法商研究,2014(2):3-10.
- [25] 章林晓.同地同价同权理论的谬误[N].中国房地产报,2012-04-12(4).
- [26] 高圣平,刘守英.土地权利制度创新:从土地管理法修改的视角[J].经济社会体制比较,2010(3):57-66.
- [27] 陈小君.构筑土地制度改革中集体建设用地的新规则体系[J].法学家,2014(2):30-36.
- [28] 温世扬.“民法物权编”修订起草中的几个重点问题[J].北京航空航天大学学报(社会科学版),2018(1):8-9.
- [29] 张亮.手中有证,心里有底——宁夏农村集体经营性建设用地入市试点见闻[N].新华每日电讯,2017-06-02(1).
- [30] 宋志红.集体经营性建设用地入市改革的三个难点[J].行政管理改革,2015(5):38-43.
- [31] 陆剑.集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究[M].北京:法律出版社,2015:230.
- [32] 李永乐,舒帮荣,石晓平.城乡建设用地市场:分割效应、融合关键与统一路径[J].南京农业大学学报(社会科学版),2017(3):103-111.

(责任编辑:刘浩)