华南农业大学学报(社会科学版)
2006年第1期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No. 1 2006
(第5卷) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol. 5)

农村集体建设用地使用权流转法律问题研析
——结合广东相关立法及实践的述评

王权典

(华南农业大学 法律系,广东 广州 510642)

摘 要:农村集体建设用地使用权流转的理论探讨与实践探索由来已久,而其在国家立法层面尚未得到明确支持及合理规制;广东省率先以地方立法(政府规章)形式认可集体建设用地使用权流转的合法地位,普遍认为这是在尊重历史与承认现实基础上的一项制度创新,但人们对相关法律问题的认识仍然存在差异;文章基于对广东立法的认识,结合理论分析与实践印证,分析农村集体建设用地使用权流转的立法调整动因、现实基础、制度设计的合理性及可完善创新的空间。

关键词:集体建设用地;使用权流转;立法调整

中图分类号:D922.32 文献标识码:A 文章编号:1672-0202(2006)01-0131-09

依现行法律规定,任何单位和个人进行建设需用土地的,须申请使用国有土地,由此决定了集体土地使用权要进入市场,唯一途径即须经政府征用转为国有土地再予出让(使用权)方可。然而,随着《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》(下称"广东《办法》"或"《办法》")于2005年10月1日实施,广东成为第一个允许集体建设用地(使用权)"合法"入市流转的地区,打破了"非经政府征地,农村土地不得合法转为非农用途"的传统旧制。此如一石激浪,评论如潮。有盛赞之为一场"新的土地革命"、"一个符合市场需要的制度创新"等,如:北京大学周其仁教授即认为此举开创了"以一个征地制度与农村非农建设用地直接入市制度并存的新时期"①;中国社科院王小映研究员认为"办法的出台在某种意义上可以算是一次土地革命,对我国制定类似管理法规有很强的探索和借鉴意义",但"该地方性规章实施起来缺乏国家法律背景支持是最大难点",强调"要以加强城乡统一的土地用途管制为前提"②。同时,也有对该《办法》提出质疑的,如认为其导致"国家法律的权威性将受到挑战,程序正义面临惨遭破坏的危险",缘于其"突破《土地管理法》(上位法与国家大法)的限制"③。不过,不少政府官员、企业界及农村基层组织则普遍对该《办法》持欢迎肯定态度。众说纷纭,有赞有弹,这正说明了农村集体建设用地流转问题依然是备受关注的焦点,反映了人们在法律政策上对集体建设用地流转认识判断的差异。其实,任何一项颇具革新意义的政策方案或立法措施出台,难免都会引致人们有不同看法。关键是我们要冷静思考,审视这一探索性的地方立法缘起的背景,洞悉农村集体建设用地流转法律调整的意义、制度创新的动因、实施的效果及可能出现的矛盾冲突,否则,任何脱离现实逻辑的判断都是缺乏理性的僵化思维。故本文以此作为引题,基于理论分析与实践印证,拟对非农集体建设用地流转法律问题作一概析,试图透视广东《办法》出台的动因、基础条件、制度设计的合理性及可创新的空间。

收稿日期:2005-10-29

作者简介:王权典(1968-),男,湖南人,华南农业大学法律系副教授,主要研方向为经济法、土地法、农业法等.

① 参见《第一财经日报》(2005-09-28)之"广东首开先河推动农地入市与土地法冲突成隐患"一文。

② 参见《中国经济日报》(2005-09-29)之"广东建设用地流转面临诸多难点"一文。

③ 参见《光明观察》(2005-09-26)之刘海明、刘世强"'新土地革命':挑战国法权威?"一文。

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

一、集体建设用地流转法律调整的现实动因

随着我国市场化改革的深入以及城镇国有土地市场的建立和完善，土地由既往的无偿、无期限、无流动的使用模式趋变为有偿、有限期、可流动的使用，土地资产价值已广为人们所认识并加以利用，农村集体土地的非农市场价值愈加显现。土地的交易流转，是实现土地资产价值的重要途径。九十年代以来国有土地使用权的出让转让刺激了集体建设用地所有者以让渡土地使用权获取收益的欲望。而鉴于政府征地补偿费与土地实际使用价值相差悬殊，农民并不希望集体拥有的土地被轻易征用而永久失去土地收益的所有权；在平等观念支配下，认为国有土地、集体土地不同的"出身"不应该影响各自主体权利的地位——如同国家对城镇国有土地使用权拥有完全的土地处置、收益等权能一样，农村集体土地的处置、收益权也应完整地归属于集体土地所有者。

在经济起步早发展快的东部沿海与珠江三角洲地区，多年来蓬勃发展的制造业、商贸业与持续加快的城镇化，导致建设用地需求量急剧增长。而随着国家对土地供给宏观调控不断加强，城镇国有土地可供量已变得捉襟见肘。2003年国土资源部的统计反映，山东已使用城市规划用地的80%，浙江超过90%，一些地区5年就超量用完10年的指标，如广东东莞当时在未来5年内只剩下6万多亩用地指标。在国有建设用地供给稀缺状态下，城市的再扩张和工业的持续发展使得盘活集体建设用地势在必行，这为集体建设用地入市提供了机会。只要得到市场需求的认可，集体建设用地也同样可作为市场经济中的一种资源要素进行流转[1]。国土资源部的统计数据显示，农村集体建设用地的数量约相当于城市建设用地的2.5倍，各为约1700万公顷和700万公顷。尽管集体建设用地一直游离于土地市场以外，国家立法对集体土地使用权"入市"存在种种限制，集体建设用地的资产属性与市场需求特征也日渐显露，以出让、转让、出租、作价（入股）投资等形式自发流转集体建设用地使用权的现象早已存在，在数量上和规模化呈不断扩大趋势，演变为关系错综复杂而庞大的集体建设用地"隐形市场"。这是不争的事实，珠三角地区尤为典型。该地区的农村社区集体经济大多是以土地经营为主，即以土地出租或在土地上建厂房或商铺出租等形式获得土地非农收益，既是农村集体的主要收入来源，也是农民最直接稳定、最为长久的收益保障。据统计，珠三角地区近些年通过自发流转方式使用农村集体建设用地实际超过集体建设用地存量的50%，即使在粤东、粤西等地，这一比例也超过20%。

长期以来，集体非农建设用地的自发流转在客观上对农村社区经济发展、集体财富积累、社区管理服务及稳定农民收入等起到了保障促进作用，但是，这种流转毕竟是在政策法律上未得到明确的认同，在杂乱无序或隐蔽状态下进行，缺乏合理的规制，从而难免地引发诸多问题，容易滋生不少土地纠纷及矛盾冲突，影响农村社会稳定与城镇化的健康发展。其弊端主要表现为：

其一，集体非农建设用地自发无序地流转，导致政府调控土地市场的能力被削弱，难以有效控制建设用地供应总量，冲击土地利用总体规划和城市规划的有效实施，造成土地利用混乱，土地市场秩序受到严重干扰。

其二，隐形市场活跃，违法用地屡禁不止，耕地保护受到冲击。受流转利益的驱动，集体经济组织和农民耕地保护的意识淡薄，不愿意承担耕地保护的义务。未经批准随意占用耕地并出让、转让、出租用于非农建设，或低价出让、转让和出租农村集体土地，交易行为扭曲，工业用地以联营为名行转让、出租之实，住宅用地则借房屋出租或私自转让进行市场交易。

其三，集体建设用地流转的权利缺乏可靠保障，交易不安全。由于集体土地依法不允许出租，对非农建设用地流转的条件、用途、权益等缺乏明确规定，难以依法进行土地登记；加之流转主体（主要是集体组织）法律地位不明确，流转程序失范，对建设投资者也不利，还会波及到其他利害关

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

系人, 交易安全得不到保障; 权利设定缺乏合法依据, 由此引致流转法律纠纷不断, 一旦调处失当, 极易酿成重大社会案件。

其四, 集体建设用地流转收益分配关系混乱。由于缺乏依法监管与市场机制, 土地市场价值和资产资源属性在流转中不能得到充分体现, 国家土地税费流失严重, 加上农村土地产权关系混乱、集体经济组织结构不完善, 使得本属于农民集体及农民的土地流转收益亦难以得到法律的切实保障。

总之, 土地使用权的有偿化、商品化是农村集体建设用地流转入市的理论依据, 城市化、工业化进程导致对非农建设用地需求急剧增长, 农村集体建设用地自发流转处于法律上的"灰色"地带及伴存的种种问题, 对获得相关法律政策支持提出了迫切的要求。因而, 法律政策将农村集体非农建设用地流转纳入调整范畴并合理规制是顺理成章已势在必行的。

二、国家法律政策对集体建设用地流转的调整现状及面临来自实践的挑战

国家立法对农村集体土地流转问题向来持谨慎和有保留的态度, 直到八十年代末控制才有所松动, 但仍有颇多限制。

譬如, 1988 年《宪法》修正案规定"土地使用权可以依照法律规定转让", 同年修改的《土地管理法》第二条亦曾规定"国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权的转让办法, 由国务院另行规定"。据此, 有人认为当时立法已确认一切土地使用权均可(包括集体土地使用权)流转; 而集体土地使用权一般包括农地使用权与非农建设用地使用权, 此处的"转让"可理解为土地使用权流转的各种形式。然而, 后来的立法动向表明该理解是有偏差的——缘于上述立法在规定集体土地使用权可以依法转让的同时, 又规定了实施转让的前置条件即要依照国务院另行出台的相应法规, 否则就缺乏具体操作规范而无法实施。事实上, 国务院此后仅出台了有关国有土地使用权流转的法规性文件①, 农地使用权(土地承包经营权)流转则由《农村土地承包法》作了详尽规范, 而有关农村集体非农建设用地(使用权)流转的实施性立法至今没有出台。虽然 1998 年修订的《土地管理法》第二条仍有"土地使用权可以依法转让"的规定、第九条规定"……农民集体所有的土地, 可以依法确定给单位或者个人使用", 但第六十三条规定"农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设; 但是, 符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业, 因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外"; 同时, 第四十三条规定"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"; 第六十条规定"农村集体经济组织使用乡(镇)土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业的, 应当持有关批准文件, 向县级以上地方人民政府土地行政主管部门 提出申请, 按照省、自治区、直辖市规定的批准权限, 由县级以上地方人民政府批准; 其中, 涉及占用农用地的, 依照本法第四十四条的规定办理审批手续"。由此显示, 国家立法对农村集体非农建设用地流转设定了严格的限制, 但并不意味着完全禁止或否定集体建设用地(使用权)的流转, 况且, 结合《土地管理法》第四十四条规定, 省级政府还有一定的农用地转为建设用地的批准权限, 实际上为集体建设用地使用权流转制度创建留下一定空间。

值得注意的是, 中共中央、国务院于 1997 年颁布的《关于进一步加强农村集体土地管理的通

① 即《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990 年国务院第 55 号令发布)。

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

知》中指出:“用于非农业建设的土地,因与本集体以外的单位和个人转让、出租、抵押附着物而发生土地使用权交易的,应依法严格审批,要注意保护农民的利益。”这项政策精神应可理解为为集体建设用地入市流转初步明确了方向[1]。而中发[20034]第3号文《中共中央国务院关于做好农业和农村工作的意见》要求“各地要制定鼓励乡镇企业向小城镇集中的政策,通过集体建设用地流转、土地置换、分期缴纳出让金等形式,合理解决企业进镇的用地问题”。国务院[2004]28号文《关于深化改革严格土地管理的规定》既要求采取最严格的措施保护农田、控制用地规模,同时亦提出“在符合规划的前提下,村庄、集镇、建制镇中的农民集体所有建设用地使用权可以依法流转”。可以说,这些政策精神为农村集体建设用地使用权流转的立法控制在逐步松绑、开口子,是积极明朗的改革导向。

不能否认,全面深化改革的中国仍处于转轨时期,许多制度变革的典型路径即实践探索先于法律变革,在总结实践经验基础上促动立法进程。农村集体建设用地使用权流转实践亦印证了这一点。

事实上,国家土地管理部门早在改革之初(1978年)至后来一直未中断组织部分地区进行农村集体建设用地流转的试点实践,而自1999年以来,国土资源部更在全国范围内较大规模安排了30处的集体建设用地流转试点,如安徽芜湖、广东顺德、浙江湖州等地。当然,全国不少地方政府亦在积极推动或由农民自发进行更多的相关实践。虽然各地实践探索不尽相同,但基于现实合理性所总结的典型经验或成功模式,大多已突破了现行法律所设置的樊笼,对集体建设用地使用权流转的制约格局提出了挑战。

例如,顺德是由国土资源部和国务院法制办批准作为广东唯一的农村集体非农建设用地流转试点地区,基于实践制订的《顺德市农村集体土地管理改革试点方案》和《顺德市集体非农建设用地流转试点方案》与《顺德市集体所有建设用地使用权流转管理暂行办法》(2002年11月)集中体现了集体建设用地使用权流转的改革创新意义,可概括为:1. 流转的集体建设用地必须符合土地利用总体规划和城镇建设规划,且在流转前须经村委会和镇土管机构确认所有权人,权属无争议;2. 流转须通过合同约定使用年限,不得超过同类国有土地使用权出让的最高年限,再流转的年限不超过出让合同约定的剩余年限;3. 流转的集体建设用地不得用于房地产开发建设,使用者不得擅自改变原土地用途;4. 建立集体建设用地基准地价,由区政府定期公布,作为政府向土地所有者核收流转收益金的收据;5. 集体建设用地流转可采取招标、拍卖、竞价或协议方式进行,须签订定制的流转合同并经区规划国土局审查备案后方能生效。等等,构成了顺德集体建设用地流转的基本管理制度和规范机制①。

除了有组织的类似于顺德试点做法外,广东南海、东莞、中山等地还普遍存在出租集体非农用地或以出租地面建筑物(厂房等)的形式连同土地一并出租的自发流转现象。由于法律并不禁止兴办乡镇企业使用本集体经济组织集体土地(如《土地管理法》第43条),而且国务院1992年颁布的《关于发展房地产业若干问题意见的通知》中存在“如农村集体经济组织以集体所有的土地资产用入股的方式,与外商联办企业,须经县级人民政府批准”之规定。相关法律或政策中的“除外”和“入股”②,恰恰为农民规避法律而出租土地,提供了可变通的途径。在现实中,农民自发流转土地的申报内容与实际使用情况大相径庭——一般是由村集体经济组织以兴办乡镇企业需用土地的

① 参见佛山市顺德区政府《顺德农村集体土地管理制度改革试点情况汇报》(2004年广东省国土资源厅汇编的农村集体土地管理制度改革顺德试点总结研讨会资料)。

② 如参见《土地管理法》第43、60、63条中的“但书”(例外条款)。

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

名义申请用地, 将土地使用权证办到出租方名下, 实际上交由承租方(并非本集体经济组织成员)投资建设, 承租方取得土地使用权的依据是一纸(土地、厂房)租赁合同, 而似乎集体组织与投资人之间可能存在各种名目的合作、合资合同或承包合同。出租往往是集体建设用地使用权流转的主要形式, 其或者表现为村集体将非农建设用地使用权或厂房出租给企业或个人, 搞"招商引资", 集体收取租金; 或者表现为村办企业以全部或部分土地出租, 以收取租金为企业营利, 以及农民个人出租住房而引致土地使用权出租; 此外, 现实中还存在集体建设用地使用权出让、作价(入股)、转让转租等情形。而相较于国有土地使用权流转市场已走上统一、规范、有序的轨道, 自发的集体土地流转市场则很不完善, 极不规范, 基本上处于无章可循、隐形、无序的状态。自发流转往往无资产评估等必要环节, 无税收负担, 在流转成本几乎为零和无障碍的前提下, 较大的流转收益回报诱使人们大肆进行"灰色"交易, 甚至出现了有组织、大规模、多形式的土地非法流转或非法从事房地产开发, 给现行国家土地法律制度带来重大挑战, 在较大程度上也冲击了国有土地交易市场, 严重影响土地利用总体规划的全面实施, 导致土地宏观管理失控①。

现有土地法律制度对农村集体建设用地使用权流转的调整不到位及现实流转的频繁与秩序混乱, 必将引致法律规制创设的现实需求, 促使流转走上规范运作管理的正轨。

三、以广东《办法》为例对集体建设用地使用权流转制度设计的积极评价

广东《办法》并非横空出世, 有学者认其为"在尊重历史和承认现实的基础上的制度创新"[2]。即可以说, 一方面其创制理念源于对多年来农村集体建设用地流转实践的认识特别是顺德"试验"的经验总结, 亦是相关土地改革政策导向的结果。如国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》(国发[2004]28 号)中"在符合规划的前提下, 村庄集镇、建制镇中的农民集体所有建设用地使用权可以依法流转"的精神, 则成为广东《办法》制定的直接依据, 此前广东省政府以《关于试行集体建设用地使用权流转的通知》(粤府[2003]51 号)肯定并倡导试行集体建设用地使用权流转方案。另一方面, 所谓"创新", 主要是指其首次以政府规章之立法形式对农村集体建设用地使用权流转的原则、条件、流转对象、期限、流转法律关系、流转收益分配及法律责任等, 进行了较全面的规制, 这些属现实中流转行为与流转关系需要法律调整的范畴。详言之, 广东《办法》作为土地新政或立法探索的创新意义主要表现为:

其一, 关于流转范围即前置条件的界定。集体建设用地流转范围一般包括地域范围、客体范围、主体范围及用途范围, 通过对这些范围的合理界定, 即可明晰流转的基本条件。首先, 广东《办法》将流转客体范围限定为"集体建设用地"而非指耕地及其它集体土地, 其总则第一条与第二条规定"为加强国家对集体建设用地的管理"、"规范集体建设用地使用权流转市场秩序"、"集体建设用地使用权出让、出租、转让、转租和抵押, 适用本办法", 即明确了其调整对象仅是集体建设用地使用权流转行为与流转关系。其次, 广东《办法》将流转地域范围界定为"应当符合国家有关产业政策及当地土地利用总体规划、城市规划或村庄、集镇规划, 涉及农用地转为建设用地的, 应当落实土地利用年度计划的农用地转用指标"(第三条), 这就明确了可流转地的来源, 防止农用地"搭便车"任意进入市场转为建设用地流转, 即要矫正实践中的偏差。同时, 第四条还列明四种不得流转的情形, 即如: 不符合土地利用总体规划、城市规划或村庄、集镇规划的; 土地权属有争议的; 被依法采取法律措施限制土地权利的; 村民住宅用地使用权。另外, 广东《办法》对流转用途范围做

① 参见华南农业大学地理信息系统研究室《广东省农村集体建设用地使用权流转结题报告》(广东省土地学会委托课题, 主持人胡月明, 2004)。

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

出严格限制。一方面,禁止将集体建设用地用于商品房开发建设和住宅建设,这完全符合国家对城市房地产业的宏观调控政策与法律管制措施;另一方面,规定流转的非农建设用地可用于兴办各类企业、公共设施、公益事业、农村村民住宅,但土地使用者不得擅自改变批准的用途(第十条)。还有,《办法》对流转土地使用主体范围并未做出明确的限制,其实质上已经突破国家立法将使用主体限于同一集体经济组织内部的规定,反映了集体建设用地流转主体范围的开放性。

其二,关于流转形式与程序的规制。广东《办法》第二条与第十五条规定,集体建设用地使用权流转基本形式包括出让、出租、转让、转租和抵押;涉及商业、旅游、娱乐等经营性项目用地的,应通过招标、拍卖、挂牌等公开交易方式取得使用权。显然,这是参照了国有土地使用权流转(出让)的法定形式。就流转程序规制而言,《办法》设置了两项主要的程序:一是初次流转须经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意,体现了村民自治原则下的民主、自愿流转的原则,在一定程度上可减少基层政府或村干部滥用权力、强迫流转、"黑箱操作"等侵犯农民集体土地权益的行径;二是规定集体建设用地一切流转行为(无论是出让、出租、抵押还是转让、转租等)为要式法律行为,即都需要签订书面流转合同并申办登记确认手续,这既体现了流转集体建设用地使用权的物权性公示要求,亦便于土地主管部门的有效监管,从而对土地市场实施宏观调控、维护农民集体土地权益。

其三,关于流转收益分配的规制。集体建设用地流转中的收益分配问题是集体用地使用制度改革即规范流转管理的关键所在,其涉及到政府、集体和农民个人三者利益关系的平衡,涉及公平与效率原则的贯彻落实[3]。所谓流转收益即指由土地的承载功能和资源功能带来的,是集体建设用地所有者和使用者因让渡集体建设用地的使用权而产生的收益。2003年广东省政府《关于试行农村集体建设用地使用权流转的通知》原规定将30%左右的土地收益用于农民的社会保障安排,剩余的50%留一部分发展村集体经济,大部分分配给农民。而《办法》规定出让、出租集体建设用地使用权所得收益应纳入农村集体财产统一管理,其中50%以上应当存入银行(农村信用社)专户,专款用于本集体经济组织成员的社会保障;同时,集体建设用地使用权出让、转让和出租的,应当向土地行政主管部门申报价格,依法缴纳税费和增值收益,实际上认同国家(政府)作为管理者与基础设施及相关环境建设的投资者,主要是以税费形式实现参与土地收益的分配,而完全摈弃了某些实践中由政府直接参与土地流转收益提成的做法。

其四,关于基准地价的政府调控。土地作为特殊商品进入市场流转的核心问题之一就是价格的确定。为了避免集体土地资产流失与资源浪费,《办法》规定市、县人民政府土地主管部门制定本行政区域内集体建设用地使用权的基准地价,并报本级政府批准,体现了政府以价格之市场机制手段对集体建设用地使用权流转市场实施宏观调控的理念。

其五,关于法律责任形式的创新。广东《办法》主要针对闲置集体建设用地、将流转取得的集体建设用地用于开发商品房项目和进行住宅建设的、对流转不实行公开交易等三种对流转市场秩序影响较大的违规行为而分别设置相应的行政措施,且主要表现为"责令改正"、"停办(登记或审批)手续"等非行政处罚方式或手段,重在阻却违禁状态的存续及不利后果的发生,而一改设置种种行政处罚的立法惯常做法,即以行政约束手段替代纯粹的行政制裁性,以避免陷于既往执法中"一经处罚即可认同违法情形"的做法或"怪圈"。

四、由广东《办法》的不足展示集体建设用地流转法律制度可创新的空间

诚然,广东《办法》率先以地方立法形式将集体建设用地流转主要行为与基本关系纳入了规范调整范畴,其内容较完备,已涵盖集体建设用地流转范围、对象条件、方式与程序、流转期限、政府

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

监管机制与方式等流转法律关系及法律责任诸方面, 是具有重大开创意义与示范价值的土地制度创新, 填补了国内集体建设用地流转立法调整的空白。它的实施, 有利于纠正或克服既往实践中的"隐性"状态中处于"合理欠合法"尴尬处境的农村非农建设用地流转所造成土地利用混乱无序、权属管理失真、交易失范的状态, 对落实土地利用总体规划、城市规划, 维护农民土地权益, 加强农地保护的方针有积极促进作用。然而, 为进一步加强国家对城乡统一土地市场的建设、培育, 合理利用土地, 全面有效规范集体建设用地使用权流转市场秩序, 在促进农村社会经济可持续发展方面发挥更大的作用, 广东《办法》同规范合理的集体建设用地使用权流转法律制度尚有一定差距, 其立法规制的一般调整性、适应性、实施性及对相关矛盾关系的协调性还不够突出, 有待于进一步创新完善。

(一)关于集体与国有建设用地使用权之两种流转形态的协调

实施农村集体建设用地使用权流转改革的重要目的之一即要将农村集体非农建设用地纳入城乡统一的土地市场, 通过适度增加建设用地的供应量, 强化国家对土地市场的调控。而调整存量建设用地, 关键是在于加强城乡土地规划的统一协调与严格土地用途管制。虽然广东《办法》体现了流转中的集体土地使用权与国有土地使用权"同地、同价、同权"的原则, 但这只是立法者的良好愿望, 其真正实现还需要完善相应的操作规则, 执行统一的入市条件。由于国有土地、集体土地流转收益的分配关系不同, 开发利用存量国有土地往往是城市政府增加财政收入的重要来源; 而农民集体是集体建设用地初次流转最大收益主体, 现允许集体建设用地入市无疑造成由既往地方政府作为唯一的建设用地供给主体转变为存量建设用地"多头"供应的局面, 从而导致地方政府与农民集体之间存在利益需求的矛盾冲突。一旦城市政府意识到农村集体建设用地流转过旺而形成对国有土地交易市场的较大冲击, 就有可能采取某些影响公平竞争的不当措施——如: 滥用土地征用权, 借"公共利益的需要"任意扩大"征用"范围, 将可自主流转的农村集体建设用地转为国有; 或者改变土地利用规划和村镇建设规划, 使集体建设用地同国有土地虽处于相同经济区位而处于不同用途, 导致其价值的差异性; 或者变相限制集体建设用地使用权权能、交易主体(主要是受让主体)及可交易的范围——而事实上在这些方面, 集体建设用地使用权同国有土地使用权基于现行法律规定已经存在较大差距。凡此种种, 都会影响集体建设用地流转推广之路的顺畅, 阻碍"建立城乡统一、开放、有序的土地市场"的立法初衷的实现。因此, 需要合理规范协调集体建设用地与国有土地之两种使用权流转形态及其关系, 其改进措施有: 一是以土地利用规划和建设用地年度使用计划来统一协调城乡土地的规划及计划利用, 旨在对土地供应总量进行控制; 二是遵循"法定图则"供应两类两地, 即以法律规范形式明确土地开发范围、用途、布局等要求, 使土地供给与城乡规划相一致, 使"弹性"过大的城乡规划增加"刚性"; 三是流转过程加强土地用途管制的落实, 统筹城乡土地利用用途分区管制; 四是除了法律明确规定必须使用国有土地的(依法明文列出用地目录清单)以外, 对集体建设用地使用受转主体打破界线(所有制、行政区域), 一般经济组织和个人都可以选择使用集体建设用地; 五是通过土地储备制度确保在土地利用总体规划内的集体建设用地拥有一定存量, 保留集体土地所有权的工业小区、私人园区用地, 由集体经济组织依法进行基础配套建设, 用于储备, 即确保集体经济组织有持续不断的土地收益, 也有利于政府调控土地市场。

(二)、关于流转土地产权关系及流转实施主体的界定

土地产权关系明晰、主体界定明确是集体建设用地使用权流转有序进行的前提条件。农村集体土地产权关系不清, 集中体现为集体土地所有权不明, 这是不争的事实。法律规定作为集体土地所有权主体的"农村劳动群众集体"或"农民集体"是一个抽象化的概念, 虽可以解释为乡镇行政辖区内的全体农民、行政村范围内的全体农民、村民小组管辖范围内的全体农民, 但其完全有别于

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

一般的民事主体,既非法人,亦非其他非法人组织,更非自然人(共有)。因而,如何界定集体所有权主体人格就变得令人无法揣摸——为何种民事主体,依何依据确立,在民事立法中未有定论。由此,导致集体土地所有权主体代表或行使主体的模糊性——如村行政组织(村委会)与村集体经济组织,谁是土地所有权的真正代表?《土地管理法》中的"农民集体经济组织"与《民法通则》中的"农业合作经济组织"是否具有同一性?"农民集体"与"农村集体经济组织"的内涵是否一致?其可否包括现实中的"农民土地股份合作制组织"、"农工商总公司"等集体所有制企业?村民小组是由既往的"生产队"演变而来,其作为农民集体的组织形式很不健全,有名无实,能否担负土地所有者代表的职责?可否由村委会监管,实行所谓的"组有村管"?正是由于国家立法设计的缺陷,难免导致集体建设用地流转中的权属支配关系混乱,不同利益主体之间权责不清、纷争不断,甚至还会产生土地流转过程中的"边界纠纷"。对外并非其都当然具备合法有效的流转合同当事人资格,也不能对土地流转中的机会主义进行有效约束与监督[3],特别是上级政府或村民自治行政组织代下级集体经济组织行使集体建设用地流转中的土地资产处置权的情形难以避免,导致农民利益受损;实际上亦为乡镇或村干部随意支配集体土地资源即为行政权力控制集体所有权提供了法律空间,使其根据不同需要让不同的主体来行使所有权。诚然,广东《办法》作为地方政府规章,对此法律障碍是无能为力的,只能寄望于国家立法层面将集体土地所有权人格化主体确定,有学者提议参照农地产权主体的确定方法[1]。笔者认为这仅作为一种权宜之计,关键是要加强可流转的集体建设用地的规范登记工作,若涉及土地权属争议,依法进行确权后再予登记。

(三)、关于流转收益分配及监管机制的完善

土地收益分配及管理是集体建设用地使用权流转中的关键问题,关系到集体建设用地使用权制度运作的利益保障机制,只有建立合理的收益分配及管理机制,才能最终达到保护农民利益、规范土地流转的目的。原则上,在集体建设用地流转收益分配中,国家(政府)作为管理者、服务者及基础设施投资者,可以税收方式对流转收益进行调整,以及取得一定服务费用与建设用地增值收益分割额;农民集体作为土地所有者,其收益就是建设用地地租加上建设用地发展权所致价值增值收益;农民个人从集体收益中分配,但集体收益分配由村民大会表决。然而,广东《办法》既没有明确基层政府或县市政府与农民集体之间的收益分配关系,也没有明确农民集体和农民个人之间的分配比例,故实际运作中会遇到难以克服的障碍。另外,涉及乡镇集体土地流转收益分配,由于乡镇政府与乡镇集体资产管理代表混为一体,极易导致集体建设用地流转收益成为乡镇财政收入的补充来源,其使用管理更缺乏相应的制约监督,无法提取相当部分用于农民的社会保障。同时,在集体建设用地流转收益分配管理中,欠缺一套公开透明且行之有效的监督机制,否则容易产生部分村干部侵吞或挪用集体资产的行为,关键是要规范包括乡镇政府、村民财务监督小组和全体村民在内的各监管主体的权限分工及方式程序。

(四)关于集体建设用地流转的配套性制度创设方面

农村集体建设用地流转的立法创新是一项全新的实践探索,亦是一项系统工程,因其涉及到流转土地的产权关系、流转行为的效力、流转的价格机制及流转收益的分配管理机制等诸多重要问题,故绝非一部单项立法就能将其囊括并全面规制到位的。正如广东《办法》虽已搭建起农村集体建设用地使用权流转的基本制度框架,但其中尚有不少条款设置是粗线条的或原则性的,存在实施的技术难题,某些方面还涉及到相关立法规范的协调问题。譬如,《办法》第七条第一款有关初次流转前置程序要求决大多数(2/3以上)村民或村民代表的同意,在一般很难做到一致同意的情况下,少数不同意流转的村民利益如何能得到切实保障?而涉及村民小组一级集体所有的建设用地时,如何避免实际中常有发生的乡镇或村委会同用地企业串通合谋操作损害不明就里的村民小组集体土地权益的行为呢[4]?

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

再如,《办法》第九条中规定"国家为了公共利益的需要,依法对集体建设用地征收征用的,农民集体土地所有者和集体建设用地使用者应当服从",这是否意味着集体建设用地被征转为国有土地仅限于"国家建设"的需要?此处的"公共利益"是否将地方政府欲出让地块上的一切经营性建设项目排除在外呢?因为既然集体建设用地与国有土地使用权流转已纳入了"同地、同权、同价"的范畴,若农民集体不同意征地,地方政府为何非得要"抱残守缺"——走先征地后出让的老路不可呢?看来该条文语焉不详,极易在实践操作中引发争端或被地方政府借此依然滥用征地权而随意侵犯或剥夺农民集体的流转自主权及其他土地权益。

另如,《办法》虽然确立流转土地使用权的基准地价由政府调控的管理方针(第二十七条),这是参照了国有土地使用权流转的监管机制,如前所述,颇有积极意义,但是若排除市场机制的作用,并忽视公众(有利害关系的农民)参与的作用,是否适当可行?如何防止同一地段的"国有地价"与"集体地价"的不对等,而导致彼此流转的非公平竞争?由此需要完善理顺土地价格的形成机制。同时鉴于土地使用权流转的基准地价是体系化的,不同流转形式的土地使用权利可分化具有不同的价值,从而形成相应的地价体系及评估体系,如转让价格不同于租赁价格、抵押价格等,故亦有必要健全集体建设用地价格评估体系,建立土地价格评估备案制度;另为避免集体土地资产流失,还应实行土地最低价保护制度[1]。

参考文献:

[1] 陈利根,郭立芳. 关于集体建设用地流转制度构建的探讨[C] // 2001 年全国环境资源法学研讨会论文集. 中国法学会环境资源法学研究会组编. 武汉:[出版者不详],2001.

[2] 余　力. 新土地变革广东启幕[N]. 南方周末,2005-09-29:C17.

[3] 王权典. 我国农地所有权的法律剖析[J]. 南京农业大学学报(社科版),2005(2):60-64.

[4] 顾海英,赵德余. 农村集体建设用地流转的法律与产权问题[J]. 农业经济导刊,2004(2):67-69.

On Legal Issues Related to the Turnover of Rural Collective-owned Construction Land's Exploitation Right
——An Exploration Based on the Practice of Guangdong

WANG Quan-dian

(*Law Department of South China Agricultural University, Gaungzhou* 510642, *China*)

Abstract: There have been lots of discussions and arguments on the Turnover of Rural Collective-owned Construction Land's Exploitation Right due to national legislation's ambiguous attitude toward it. Guangdong takes the lead in legislation on the Turnover of Rural Collective-owned Construction Land's Exploitation Right, which is widely deemed as a system innovation. However, views still diversify on the relative issues. Based on the practice of Guangdong, this article intends to dissect the motive, practical basis, reasonability and perfection of the system of the Turnover of Rural Collective-owned Construction Land's Exploitation Right.

Key Words: Collective-owned Construction Land; Turnover of Exploitation Right; Practice; Legal Regulation

?1994-2014 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.