

论农村集体经营性建设用地入市的规范体系

——以《土地管理法》(修正)和《民法典》为基本法

夏沁

(中国人民大学法学院,北京 100872)



摘要 农村集体经营性建设用地入市可以《土地管理法》(修正)和《民法典》为基本法,建立起集体经营性建设用地入市的规则体系和结构体系。内容层面,《土地管理法》(修正)确立了集体经营性建设用地入市的基本规则、配套规则以及参照规则的规则体系,但也存在不足。《民法典》则通过界定集体经营性建设用地使用权的物权属性,在结构层面实现了对其规范的重新定位与体系整合。基于此,可从“同地同权不同适用”落实对集体经营性建设用地入市的具体适用规范。其中,集体成员自治是实现集体经营性建设用地入市“不同适用”的基本途径;城乡一体化建设是实现“不同适用”的主要内容。在一级市场,集体经营性建设用地入市应受到统一的规划条件和用途管制;在二级市场,应健全集体经营性建设用地与国有建设用地一体化流转的配套机制。以此,在规则体系和结构体系内构建集体经营性建设用地入市的适用体系,能最终实现“三位一体”的规范体系。

关键词 集体经营性建设用地入市; 规则体系; 结构体系; 适用体系

中图分类号:F323 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-3456(2022)03-0177-11

DOI 编码:10.13300/j.cnki.hnwkxb.2022.03.017

历史上,我国集体经营性建设用地的入市受制于《宪法》《土地管理法》《城市房地产管理法》等的法律规定,存在“根本法律障碍”和“具体规则障碍”。随着工业化、城市化以及城镇化的演进,农村土地制度变迁不断地呈现为政府与农民之间的利益博弈。缘于此,集体经营性建设用地先后经历了完全禁止入市(1978—1984年)、严格限制入市(1985—1998年)、逐步开放入市(1998—2007年)、政策推动入市(2008—2013年)、试点改革入市(2014—2019年)的过程。2019年启动的《土地管理法》第四次修正通过删除原法第43条以及修改原法第63条的规定,首次在立法层面授权允许集体经营性建设用地流入市。《土地管理法》(修正)和《民法典》的颁布实施标志着我国集体经营性建设用地正式进入了法律规范入市的新阶段。

为巩固集体经营性建设用地入市的改革成果,下一个阶段的重点任务还在于自上而下地落实顶层规范设计。但总体上,基于立法主体多元、所涉内容交叉、规范位阶多级等现状,对顶层规范的落实表现出了“各为其政”的局限性和规范之间的不协调性。如《土地增值收益办法》第3条限定农村集体经营性建设用地为存量地,而《土地管理法实施条例草案》第36条则包括存量地和新增地。加之地方试点的“遍地开花”,实践中集体经营性建设用地入市的规则也存在较大的冲突^[1]。如湖南浏阳规定增量地可入市,而贵州湄潭却明确限制入市土地为存量地。这些都严重违背了统筹协调、系统总结、引导规范以及全面推开集体经营性建设用地入市的改革目标。

据此,理论上梳理并探讨集体经营性建设用地入市的规范体系,进而保持该领域适用规则的统一性和一贯性,显得尤为必要。笔者拟以《土地管理法》(修正)和《民法典》物权编为基本法层层展开。

收稿日期:2021-03-15

基金项目:中国法学会民法研究会青年学者研究项目“民法典体系视野下集体经营性建设用地入市的实践问题和规范对策”(2020MFXH015)。

一、《土地管理法》(修正)对集体经营性建设用地入市的规范与不足

可以说,《土地管理法》(修正)“结束了多年来集体建设用地不能与国有建设用地同权同价、同等入市的二元体制,为推进城乡融合发展扫清了制度障碍。”^[2]在规则层面上,此种突破是通过确立集体经营性建设用地入市的基本规则、配套规则以及参照规则实现的。

1.《土地管理法》(修正)界定了集体经营性建设用地入市的基本规则

集体经营性建设用地入市的基本规则主要规定在《土地管理法》(修正)的第63条第1款、第2款和第3款。具体包括,第一,入市流转的前提规则。集体经营性建设用地入市流转受到实质性条件和程序性条件两个方面的限制。实质方面,需要符合土地利用总体规划、城乡规划,符合工业、商业等经营性用途以及依法登记权属清晰。程序方面,应当经过2/3以上的成员或村民代表集体决策表决通过。该条属于对表决比例的特别规定,对于召集形式、表决方式、必要参会人员等其他规定可适用《村民委员会组织法》的一般规定^[2]。

第二,入市流转的方式规则。第63条第1款规定了集体经营性建设用地在一级市场中存在物权性流转(出让)和债权性流转(出租)两种不同的方式,在二级市场的入市则仅存在物权性流转。

第三,入市流转的主客体规则。集体经营性建设用地入市主体和客体在不同阶段和不同方式中有所区别。在一级市场,根据《宪法》第10条、《土地管理法》(修正)第9条以及《民法典》第260条和第261条的规定,集体土地所有权人只能为农村集体。在二级市场,受让取得集体经营性建设用地使用权的主体也相应地限制为物权主体。有学者指出因不动产登记法上先登记原则,第63条第1款所称的依法登记的客体应是集体经营性建设用地的所有权^[3]。事实上,在解释为使用权的情况下,所有权和使用权归属于同一人,使用权因混同而消灭,无法在初次流转中转让依法登记的使用权。故本款所称的依法登记只能解释为集体土地的所有权。

第四,入市流转的形式规则。此处属于特别法的规定,集体经营性建设用地使用权以及租赁设立应采用书面合同。关于集体经营性建设用地的出资和抵押合同应当采用书面形式,而有关转让、互换、赠与的合同不要求采取书面形式。

2.《土地管理法》(修正)确立了集体经营性建设用地入市的配套规则

集体经营性建设用地入市的配套规则重点规定在《土地管理法》(修正)的第23条、第66条和第82条以及与之配套实施的《土地管理法实施条例草案》第36条至第44条。第一,入市流转前的规划与方案编制。《土地管理法》(修正)第23条规定集体经营性建设用地的相关规划应体现在土地利用年度计划中。该规定旨在将入市的集体经营性建设用地确定为“与国有建设用地统筹安排”的规划事项,“从用地源头实现‘同地同权’和规模管控”^[2]。该法第37条则确定了“优先使用存量地”,“严格控制新增地”以及“合理区位调整”作为集体经营性建设用地入市规划的一般性原则。

第二,入市流转中的责任承担。《土地管理法》(修正)第82条规定集体经营性建设用地违反本法入市的,应当承担相关的法律责任,包括限期改正,没收违法所得和罚款。此处所称的“违反本法”,体系上应表现为第63条界定的集体经营性用地入市的基本规则以及第23条要求制定的规划方案两个方面的内容。而《土地管理法实施条例草案》第68条第1款实质将《土地管理法》第82条的责任范围限缩为规划方面的内容。

第三,入市流转后的使用权收回。《土地管理法》(修正)第66条第1款确定了依法收回需办理的审批条件以及依法收回的基本情形。《土地管理法实施条例草案》第44条规定收回土地使用权的权利来源于当事人之间达成的合意,即“法律赋予依法成立的合同具有拘束当事人各方乃至第三人的强制力”^[4]。在一级市场中,集体经营性建设用地的所有权人尚可根据其与使用权人订立的书面合同收回土地使用权。而二级市场中,土地所有权人与使用权人无直接的合同关系,只能适用依法收回的规则。例如,土地所有权人A与使用权人B签订出让合同,后B将使用权转让或赠与C,A与C之间并不存在合同关系,自无权依照合同收回土地。

3.《土地管理法》(修正)指明了集体经营性建设用地入市的参照规则

《土地管理法》(修正)的第63条第4款基于土地的用途,明确集体经营性建设用地入市参照适用同类用途的国有建设用地的规定。法律文本中的“参照”一词是法律将拟处理的对象与拟引用对象所规范类型做类似处理而确定适用的规则,并且基于“类似情形类似处理”之法理,通常采用类推适用的方法。其核心在于“就法律未规定之事项,比附援引与其性质相类似之规定”^[5]。因此,对于本款的参照规则,首先要求检视既有集体经营性建设用地入市规则,不存在相关规则的,方有可适用空间。

就集体经营性建设用地入市的基本规则而言,可适用的范围包括:一是缺失的规范。部分缺失的规范,如《土地管理法》(修正)第63条未涵盖集体经营性建设用地初次以出租方式流转后,在二级市场再次流转的情形,以及集体经营性建设用地使用权人在二级市场通过出租等债权性方式流转的情形。但各地试点大量存在集体经营性建设用地出租、转租的实践。全部缺失的规范,如有关集体经营性建设用地出让的最高期限、方式以及使用权终止的情形等。二是不一致的规范。如《土地管理法实施条例草案》第43条与《土地管理法》(修正)第63条第3款关于入市方式的存在差异,其允许初次以出租方式设立使用权,并在其后进行转让、互换、出资、赠与或者抵押。三是有待明确的规范。如有关土地所有权人设立登记集体经营性建设用地使用权以及使用权流转中变更登记的规则。

就集体经营性建设用地入市的配套规则而言,可适用的范围包括:一是公私法冲突的规范。如《土地管理法》(修正)第63条关于合同形式的要求应是“倡导和诱导当事人采取特定行为模式”的倡导性规范,不发生强制性的法律效力^[6]。但根据该法第82条,违反合同形式属于违反本法的规定的情形,会产生相关的行政法律责任。二是内容不同的规范。例如,《土地管理法实施条例草案》第68条限缩《土地管理法》(修正)第82条规定的责任范围,除未按合同规划和期限开发、利用之外的其他情形,如违反土地管理法规定的合同形式或集体决策程序,是否需要承担责任。三是未确定的规范。如集体经营性建设用地使用权收回后注销登记的规则,涉及收回出租的集体经营性建设用地的情形以及集体经营性建设用地入市交易平台、服务监管等相关规则。

为此,应当坚持《土地管理法》(修正)已形成的集体经营性建设用地入市的规则体系。《土地管理法》(修正)对集体经营性建设用地入市的规范,意味着该领域的发展从“基层自发+政府主导”的自发性变迁回归到“政府主导”的自为性变迁,有助于自上而下地加强国家对农村集体土地产权的规范和控制^[7]。循此,一是有关入市改革中某些争论已有定论。如关于集体经营性建设用地入市范围一直存在增量地和存量地之争,国务院在2018年底发布的试点总结报告明确指出新增集体建设用地可以入市,后《土地管理法》(修正)第63条采纳该建议,删除了“农村三块地”意见中提出入市范围为存量地的限制。二是有关冲突和不一致的规范也有定调。如《土地管理法实施条例草案》第43条、第68条与《土地管理法》(修正)第63条关于规划条件和流转方式之间的冲突,根据上位法优先的原则,应适用土地管理法确定入市流转的基本规则,拟制定的实施条例或相关的实施办法规范不得违背,已有下位法相冲突的,应当及时废除或修改。

4.《土地管理法》(修正)对集体经营性建设用地入市规范的不足

参照适用的含义在于法律明文授权法院类推适用国有建设用地的规定。就国有建设用地流转的规范而言,可参照的范围大体可分为:第一类针对国有建设用地流转专门的规范。目前《房地产管理法》《关于建立土地有形市场促进土地使用权规范交易的通知》《规范国有土地租赁若干意见》等一系列法律规范确定了国有建设用地使用权出让转让、出租、交易平台、价值机制、收回等规则^[8]。此类规则的参照适用填补了集体经营性建设用地缺失、不明确或尚未确定的规范。如《土地管理法实施条例草案》第37条新增入市流转的条件。第二类与国有建设用地流转相关的规范。主要是《民法典》物权编、《民法典》合同编、《不动产统一登记条例》等。此类规则可协调不一致、相互冲突的规范或补充未确定的规范。

再者,参照是基于集体经营性建设用地与国有建设用地的相似性,两者尚有差异性,故类推适用

有必要依集体经营性建设用地入市自身的特性予以修正或限制。“应避免不合事宜的等量齐观,换言之,不可自始排除事物本身所要求的差别处理。”^[9]但目前试点实践中,试点地区普遍参照国有建设用地的交易制度。而由于现行立法有关集体经营性用地的特殊性规范并不充分,参照国有建设用地执行容易陷入简单照搬适用或另起炉灶适用的怪圈。这样的类推适用可能存在滥用自由裁量权的风险,不利于引导规范和全面推开集体经营性建设用地的入市。

此外,集体经营性建设用地入市的合同形式、责任范围以及流转方式等规范,还涉及物权的认定、物权法定以及物权债权二元区分的结构。此时的参照就预设了一个适用的前提,即集体经营性建设用地使用权与国有建设用地使用权的属性均为物权,参照适用才具有正当性。

二、《民法典》对集体经营性建设用地入市规范的重新定位与体系整合

目前,国有建设用地使用权已被明文规定为一种独立的用益物权类型(《民法典》物权编第344条)。而《民法典》物权编第361条并未直接对集体经营性建设用地使用权的性质作出界定。土地管理法作为管制性的行政规范,是否以及多大程度上能证成集体经营性建设用地使用权的物权属性,颇具争议^[10]。

1.《民法典》物权编第361条与集体经营性建设用地使用权的物权属性

《民法典》物权编第361条是公法与私法结合视角下的产物。本条明确指引集体经营性建设用地应适用土地管理法的规定。就该条性质而言,我国学者观点包括:其一,准用条款说,认为物权法可作为集体建设用地的参照适用规则,“不能直接适用于集体建设用地使用权,仅具有参照适用的价值”^[11];其二,转介条款说,认为物权法未对集体建设用地进行规定,“是通过转介条款将规制依据指向《土地管理法》”^[12]。准用条款说将建设用地整体作为集体建设用地的参照规则,不承认其适用的强制效力。土地管理法虽未否定集体经营性建设用地的物权属性,却也无认定私权属性的功能。并且,参照适用本身无法赋予集体经营性建设用地使用权物权的权能。转介条款说则仅将其界定为转引至土地管理法的依据,集体经营性建设用地使用权无适用物权法的空间,也无定位为物权的依据。此处转介条款实质上仅指引致条款。两者均有所不足。从功能角度,本条转介使得土地管理法得以介入物权法,也为公法管控预留了适当的空间,应兼具引致规范、解释规则与概括条款的功能。

第一,第361条作为引致规范。引致本身不具有特定的规范内涵,而需根据实际情形指引到具体强制性规范确定其法律效果。如有关集体经营性建设用地使用权的规划条件以及退回情形等,可直接根据土地管理法的目的或强制性规定作出认定和判断,本条即发挥着引致的功能。此情形下,“国有管制通过强制性规范这一衔接公法与私法的‘管道’,不断进入到民法中来”,以此“协调‘自治’与‘管制’的各自界限和目标”^[13]。

第二,第361条作为解释规则。本条类别属于不完全的引用性法条,基于条文的不完全性,必然需要寻求法律解释的方法获取规定的含义。“其构成要件或法律效力的规定中,引用其他的法条”,引用性法条在立法技术上是为了避免重复规定,同时也“具有授权法院或其他主管机关为法律补充的功能”^[14]。根据民法典物权编关于物权主体、客体、权能内容等确定集体经营性建设用地使用权的构成要件时,可能存在疑义或不确定之处,需指引适用土地管理法确定的入市流转的基本规则。法律效力上,集体经营性建设用地使用权的设立、变更和消灭也需结合本条指引的规定予以具体化。

第三,第361条作为概括条款。从立法目的来看,本条沿袭了我国2007年《物权法》第151条的规定。第151条的立法说明指出物权法对集体建设用地作出原则性的规定,“作为民事基本法律的物权法,还是有必要作出原则且灵活的规定,为今后的土地制度改革留下空间。”^[15]《民法典》物权编第361条基本保留原第151条的规定,并在立法说明中指出本条作为原则性规定,应当适用2019年土地管理法修改后新增集体经营性建设用地的相关规定^[16]。可见,这种原则性规定超越了单纯的法解释范围,概括授权法院结合土地管理法的内容作出独立的价值判断和衡量。该条款也从单纯的引致规范或解释规则上升为一个概括授权的条款,通过授权法院判断和选择集体经营性建设用地使用权规则

的适用,使得私法自治与社会公共利益、国家利益达到最佳平衡。

有学者将第361条指引的土地管理法作为《民法典》物权编的特别规定,认为在《土地管理法》未有规定时,可适用或参照适用《民法典》物权编关于建设用地使用权的一般规定。但特别规定意味着立法者已对规范作出评价,法院仅有权在此基础上予以采用。该观点固然解释集体经营性建设用地使用权适用物权法的路径,却存在混淆转介条款与特别条款,忽略其沟通私法与公法功能之嫌,也难以成为其具有物权属性的依据。“公私法规范绝无相互区隔的问题,且并无何种规范应当在一般意义上优位的问题,两者应当接轨汇流,从而在整体秩序下相互配合。”^[17]第361条不同于特别规定,其超越了立法者的评价,概括授权法院在公私法接轨之处作出独立的评价,联结协调了私法与公法,也因此赋予集体经营性建设用地使用权具有物权属性之可能。

准以此言,该转介条款中物权法与土地管理法之间应是一般规定与具体规定的关系。正是以物权法为原则法的基础上,通过授权法院考虑私法自治、交易安全以及农村集体利益、产权平等予以解释或补充,可灵活地认定集体经营建设用地使用权的物权属性。解释论上,以《土地管理法》对集体经营性建设用地使用权的特别规定,认定其物权属性,存在本末倒置的问题。根据第361条,《民法典》物权编应作为原则法,本条所指引的公法规范构成对私法自治的限制,是因《土地管理法》背后所蕴含的粮食安全、耕地安全以及生态安全等价值,立法授权通过强制性规范对私法自治形成更强有力的干涉^[18]。集体经营性建设用地使用权得优先适用《民法典》物权编的规定和框架。其先作为一种物权才能适用《土地管理法》,而不是因为先适用《土地管理法》,才具有物权属性。

2. 集体经营性建设用地使用权定性为物权符合物权法定的基本原则

物权法作为集体经营性建设用地使用权的原则法,仅证成了其具有物权属性的正当性。基于《民法典》第116条“物权的种类和内容,由法律规定”的规定,集体经营性建设用地使用权的种类和内容仍受到物权法定的限制。就我国物权立法而言,《民法典》物权编第12章确定了建设用地使用权作为一类法定的用益物权类型,第344条又进一步明确将建设用地限定为国家所有的土地。对此,学理上认为其一,集体经营性建设用地使用权不符合物权法定,“物权法上并没有集体建设用地使用权的物权种类”,需尽快根据物权法定,修改法条,使之法定化^[19];其二,符合物权法定,因集体建设用地使用权是建设用地使用权的子物权,而集体经营性建设用地使用权又是集体建设用地使用权的子物权,故其理应直接定位为用益物权^[20]。问题在于,“亚类型”或“子概念”的方式在使用权层面并不成立。因为,集体经营性建设用地逻辑上可作为建设用地的子概念,但建设用地使用权里面已经预先加入了其是法律承认的用益物权的含义。上述的《民法典》物权编第361条仅提及了集体土地作为建设用地使用,而未直接规定或承认集体土地使用权或集体经营性土地使用权的概念。并且,土地管理法在转介条款中作为具体规定,故难以仅根据第361条认定集体经营性建设用地使用权符合物权法定。

事实上,物权法定只是排除当事人和法院的自治,并不限制立法机关确定新的物权类型和内容。关于第116条所指的物权法定的“法”的范围存在较大的争议且至今尚未形成统一的认识,但普遍认可法律规定属于“法”的范围。此规定性质上类似于委任立法的空白条款,即授权立法机关在一定范围制定一定内容的法律确定物权的种类和内容^[14]。就此条而论,《民法典》《矿产资源法》《渔业法》《水法》《土地管理法》等都可作为确定法定物权的法律。根据第116条,《土地管理法》(修正)即可设定集体经营性建设用地使用权的物权种类和内容。此时,土地管理法作为物权法的准据法,确定了其一,集体经营建设用地使用权是一种特殊类型的物权。《土地管理法》(修正)将集体经营性建设用地使用权与土地所有权、土地使用权、土地承包经营权并列作为一种新型的法定物权^[21]。并且,此种委任立法属于特别规定,相对于民法典物权编确定的基本物权类型,集体经营性建设用地使用权是一种特别物权;其二,集体经营性建设用地使用权具有特殊的内容。集体经营性建设用地使用权的内容应当受到土地管理法有关规划、用途、耕地保护等方面的限制^[22]。这些限制不仅是公法意义上的管制内容,也属于私法意义上物权的法定内容。当事人违背法定内容创造集体经营性建设用地使用权的,

不发生物权效力。

结合《民法典》第116条的规定,集体经营性建设用地使用权适用第361条不再存在物权法定的障碍。该转介条款将法定后的集体经营性建设用地使用权置于物权—用益物权(建设用地使用权)的体系中,因此可以准确地把握其为物权的权利属性。更确切地说,与土地管理法的功能不同,物权法作为维护市场经济正常秩序和交易安全的基本法,前者为集体经营性建设用地提供规则体系,后者更多的是提供一种秩序体系。此种秩序在市场交易中即表现为具有共同特征以及结构关联的规范类型。集体经营性建设用地使用权经由第116条物权法定成为法定物权的过程,也由第361条完成了物权种类和内容的类型化,并归于现行物权法体系中已具备共同特征的类型或类型谱^[23]。循此,集体经营性建设用地入市以《民法典》物权编为基本法,有助于确定集体经营性建设用地使用权的物权属性以及在秩序体系中寻求适当的规范。

3. 集体经营性建设用地使用权定位为物权契合“同地同权”的内在要求

《土地管理法》(修正)完成了对集体经营性建设用地的赋权,《民法典》物权编也将集体经营性建设用地使用权纳入了统一调整的范围。进而,集体经营性建设用地与国有建设用地具有“同地同权”交易的规范基础。“‘同地同权’是物权平等的必然要求,是农村自主城市化道路的必然要求。”^[24]“同地同权”的法律构造则从制度层面保障了城乡一体化的发展。在以《民法典》物权编为基本法的视角下,集体经营性建设用地使用权“同地同权”的法律构造,是由物权法定形成的物债区分结构的基础上展开的。物债区分结构为集体经营性建设用地入市提供了“同地同权”的基本规范结构。集体经营性建设用地使用权也在物债区分结构中,实现了规范层面的“同地同权”。具体而言,物债区分结构下集体经营性建设用地使用权的“同地同权”表现为:

第一,与物权具有相同的区分性规范。集体经营性建设用地使用权定位为物权,与集体经营性建设用地出租设立债权相区分,可分别适用物权法和合同法的规范。其一,物权部分,关于集体经营性建设用地使用权设立、变更、转让、消灭适用登记规则、非因法律行为发生物权变动的规则、物权保护规则等。其二,债权部分,关于集体经营性建设用地以出租、转租流转的情形适用租赁合同规则、合同解除规则、违约规则等。如,可直接解除合同,收回出租的集体经营性建设用地。其三,物债区分,如违反《土地管理法》(修正)第63条的规定,未以书面合同的形式设立集体经营性建设用地使用权的,不影响其登记后产生物权效力。同时,该法第82条规定违反书面合同应承担法律责任的,属于公法管控的手段,合同形式在私法上则属于任意性规范,并不会产生相应的合同责任。转介条款在私法中引入公法的强制性规范,必须保持适度的管制,绝不得以此干涉意思自治^[25]。

第二,与用益物权(建设用地使用权)具有相同的基础性规范。物权体系中使用权与所有权的分离,是资源优化配置、提高不动产利用效率的必然结果。集体经营性建设用地使用权即是土地利用价值与集体土地所有权分离后,单独设立的一种用益物权^[26]。由此,集体经营性建设用地使用权入市有四个方面的意涵:其一,可适用民法典物权编关于用益物权的一般规定,具有占有、使用、收益、处分的基本权能;其二,受到用益物权行使的一般限制,包括支付出让金、合理利用、保护环境、在先登记设立的用益物权或担保物权等,但不受所有权人的干涉;其三,可作为财产进行抵押担保,《民法典》物权编第395条即将建设用地使用权纳入债务人或第三人可处分的财产范围予以抵押。对于法典第398条乡镇、村企业建设用地不得抵押的规定,由于历史原因,该建设用地转变为经营性建设用地的部分即不再适用本条的规定;其四,形成了以使用权为中心的整体和附属规则。集体经营性建设用地使用权与其上附属的建筑物、构筑物、生成物与定着物构成统一的不动产,适用“房随地走”或“地随房走”、附属建筑一并处分等规则。

第三,与经营性的国有建设用地使用权具有相同的共通性规范。《民法典》物权编第344条的国有建设用地使用权与集体建设用地使用权为同一层级的概念。建设用地按用途又可分为经营性建设用地、住宅用地以及公益性建设用地。因此逻辑上,集体经营性建设用地使用权的“同地同权”的对象应是国有经营性建设用地使用权。法典第347条以设立方式的不同,分为出让和划拨设立的建设

用地。其中,划拨是依法无偿取得公益性建设用地使用权的方式。出让则是通过缴纳出让金依法取得的经营性建设用地使用权的方式^[27]。集体经营性建设用地使用权的“同地同权”,具体对应为本条“工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等”经营性建设用地。此处经营性即可用于扩张解释《土地管理法》第63条所指的“工业、商业等经营性用途”。集体经营性建设用地使用权应适用与物权编中经营性建设用地有关的规范,包括分层设立(民法典第345条)、设立限制(民法典第346条、第350条)、出让方式(民法典第347条第3款)、书面形式(民法典第348条)、流转方式(民法典第353条)等。对于划拨设立(民法典第347条第4款)和住宅建设用地使用权(民法典第359条第1款)等不应属于经营性建设用地“同权”的内容。

三、体系论中集体经营性建设用地入市规范“同地同权不同适用”的路径和内容

以《民法典》物权编为基本法的“同地同权”,从结构层面为集体经营性建设用地使用权提供了稳定的规范。该结构有利于系统性地确认集体经营性建设用地使用权的权属并保持其权能的完整性和协调性,但可能因规范过于抽象而缺乏针对性和特殊性。为此,尚需在具体适用层面落实对集体经营性建设用地入市的规范。

1. 集体经营性建设用地入市规范“同地同权不同适用”的必要性

毫无疑问,“同地同权”贯彻了物权平等原则,是集体经营性建设用地入市必须坚持的前提条件。同地同权最早在政策文件中作为统一城乡建设用地的手段被提出。尽管理论上对“同地”与“同权”存在不同的理解,却普遍接受这一概念。我国也从法律层面认可了同地同权的基本地位。但以民法典物权编为基本法,实现的仅是“还权于”集体经营性建设用地使用权。即法律上将建设用地使用权的基础性和共同性的内容,归还给原本存在缺位的集体建设用地使用权。目前学界对“同地同权”的研究主要致力于建设用地的共同性。如同地同权要求“农村建设用地去身份、市场化,最终使农村建设用地与城市建设用地具有相同的性质和流通能力”^[28];或落实为两者“法律地位、权能、利益三个方面的平等”^[24];或赋予建设用地“相同的法律地位、可以设定相同性质的权利,实现相同的功能”^[29]。以上观点实质上是将集体经营性建设用地类比适用国有建设用地规则的结果。而以类比方式构造规则,逻辑上并未创造或增设新的适用规则,无法满足集体经营性建设用地入市的特殊要求。

离开特殊性的探索,“集体与国有土地‘同权同价’的法律制度设计就很可能变成机械的制度移植”,明确两者的重大差别,“才能实事求是地锁定和夯实‘同权’的内涵和要义”^[30]。目前学界关于特殊性研究着墨并不多,主要观点包括:其一,同地同权有界限,即同权在物权法领域,但公法和合同领域应体现差异性;其二,同地同权但规划和用途规制不同;其三,同地不同权,存在身份限制。以上观点肯定了农村集体土地使用权在法构造上的区别性,以及农村集体经营性建设用地供给侧和需求侧在统一建设用地市场的差异性,颇有洞见。集体经营性建设用地入市“同地同权”的解读应当既有坚持且有所改变。基于此,可具化集体经营性建设用地入市的适用规则,以实现其入市流转特有的市场价值和经济效益,即“同地同权不同适用”。

同时,基于长期土地制度变迁中已经形成城乡二元的路径依赖,“同地同权”容易囿于既有路径,自发性力量(群众或市场)并不足以推动集体经营性建设用地充分发挥入市流转的权能。实践中地方试点入市的经验很好地阐述了这一点。整体而言,实践中的一个突出的矛盾在于:入市规则的统一性与地方实践的多样性。即部分地方试点或直接适用国有建设用地入市流转的一般规则,难以应对实践中出现的各种复杂问题。如辽宁省大连市未考虑农村集体建设用地市场的特点,确权、收益分配和交易方式等均脱离了农村的建设发展。或针对本农村集体建设用地入市出台专门的办法,导致规制过度但规范不足。如广东省颁布的入市流转办法建立了严格的市场准入标准,不当地规制主体以及限制流转途径,也未能与民法典和土地管理法相衔接,关于规划、收益分配、价格等制度安排均有缺失。

事实上,各试点实践入市流转的客体、区域、主体、用途、方式以及流转是否需取得土地所有人的同意等规范均存在一定程度的差异。这是集体经营性建设用地入市实践多样性的必然结果。对集体经营性建设用地入市的规范无法仅停留在地方层面,也无法自下而上地完成集体土地制度的变迁。“同地同权不同适用”的含义在于:其一,有利于灵活适用而满足地方实践的多样性;其二,又能确保地方规范保持最低程度的统一性。因此,对于集体经营性建设用地入市权能制度转型和创新,重点还应落在由强制性力量(政府)自上而下地具体规范其入市的特殊性。

2. 集体经营性建设用地入市规范“同地同权不同适用”的基本路径

从路径选择出发,建立城乡统一的建设用地市场,关键就在于一系列集体经营性建设用地新制度的安排,在城乡规划管控对接条件下实现对农村土地的还权赋能^[31]。集体经营性建设用地制度安排的“新”即表现为其区别于国有建设用地所具备的特质。其一,入市客体为集体土地。我国农村土地现实中划分细碎、布局分散,而且作为生产资料,承载了保障农民以及保护农业的双重功能。集体土地自身的资源禀赋要求集体经营性建设用地入市以集约利用、规模经营和持续发展为导向。调整入市和整治入市即成为优化农村用地布局,有效利用零散集体土地入市的重要方式。其二,入市内容为集体土地权利。坚持公有制的前提下,国有土地已初步形成了以国有土地使用权配置为核心的产权制度,而农村集体土地权利构造是集体所有—成员用益—其他主体使用三级利用的产权制度^[32]。该产权制度由于集体土地所有权虚置、用益物权受限、权能不完整等,备受诟病。集体经营性建设用地入市规范应着力于集体、成员以及其他主体之间对集体土地使用权形成的配置关系。其三,入市主体为农村集体与集体成员。农村集体作为团体性组织,其主体构造依赖于本集体土地上成员之间结合的紧密度,且其权利行使建立在其内部成员决议表决的基础上^[33]。故集体经营性建设用地入市中需尊重集体内部成员的意思自治,充分授权集体组织进行自治。

尤其是,在“三权分置”的背景下,集体成员权从身份性的农地用益物权中剥离出来,回归为农村集体所有权的内在部分,集体土地、集体土地权利与集体成员联系紧密,不可分割。集体成员的自治性即构成集体经营性建设用地制度最重要和本质的特征。授权各农村集体自主入市既保证入市规范的灵活性,也能兼顾地方实践的多样性。可以说,依靠集体成员自治是实现集体经营性建设用地入市“同地同权不同适用”的基本途径^[34]。在具体规范层面则需要完善农村集体内部决议程序、决议机制、管理规则、救济保护等,保障和落实集体成员实施自治的权利。

回到路径目的,本轮建设用地改革的根本目标在于建立城乡统一的建设用地市场。集体经营性建设用地所安排的“新内容”还应服务于城乡一体化建设的基本目标。而集体经营性建设用地入市通过出让、出租等方式形成的一级市场与再次流转形成的二级市场具有各自的功能和要素市场,由此城乡一体化在不同的市场对集体经营性建设用地的内容安排有不同的要求。在一级市场,集体经营性建设用地入市受到统一的规划条件和用途管制。在城乡二元结构影响下,我国早期以《城乡规划法》(1989)和《村庄和集镇规划建设管理条例》(1993)为中心形成了城乡二元规划与用途管理的体制。后在城乡一体化发展中废除了《城市规划法》,结束了二元规划的制度。部分学者认为,城乡之别的根源,不在于国有土地与集体土地所有制的差异,而在于初次配置时土地用途和规划的不同。该观点或有所偏。但因土地用途与土地所有制直接关联,不可否认,“土地资源的初次配置主要靠规划”,规划对集体经营性建设用地在一级市场的流转中起到决定性作用^[35]。统一规划也是集体和国有建设用地一体化流转的制度前提。城乡统一的建设用地市场要求,“对土地市场的管理逐渐淡化‘按所有制分类管理’,实行‘规划管理’。”^[36]目前《土地管理法》(修正)仅概括性地规定了集体经营性建设用地入市应符合规划条件和用途管制,2019年最新修正的《城乡规划法》则未涉及集体经营性建设用地规划的规定,更多的是在宣示层面管控城乡统一规划。《土地管理法实施条例》也有诸多立法空白,尚需补充完善有关统一规划和用途管理中“占补平衡”“定级分等”“土地储备”等可操作性的标准。

在二级市场,健全集体经营性建设用地统一入市的配套机制。统一的配套制度是保障集体经营性建设用地与国有建设用地一体化流转,以及协调一、二级市场均衡有序发展的关键。国有土地建

设用地经多年的实践已具备较为健全的交易、服务等配套制度。集体建设用地还处于探索阶段。2020年中央一号文件也明确指出“制定集体经营性建设用地入市配套制度”。但物权法是解决财产支配秩序问题的法律,不能在物权法中建立社会保障制度^[21]。土地管理法作为管理规制土地利用的法律,也是如此。所以,这一任务便落在专门针对集体经营性建设用地入市流转的规范。目前我国学者提出集体经营性建设用地入市的配套措施方案包括:其一,征收征用、利用规划、地价管理、地籍管理和登记、整理与储备、中介机构、收益分配管理、社会保障^[22];其二,土地规划、财政转移支付、社会保障体系、增值利益分配^[24];其三,交易管理、使用条件管理、市场监管、税收制度、增值收益制度^[32];等等。其中,有关社会保障、财政支付转移、税收、地籍与登记等属于专门法的内容,征收、规划整理和储备为一级市场调整或规范的内容,均不宜纳入集体经营性建设用地入市配套措施的范围。

3. 实现集体经营性建设用地入市“同地同权不同适用”的具体规范

从“同地同权不同适用”来看,理论上通过对集体经营性建设用地入市的具体规定,可“赋能”于集体经营性建设用地使用权,进而跳出惯有路径、创造新的路径。

第一,以《土地管理法》(修正)和《民法典》物权编为基本法,制定专门的入市条例。土地管理法和民法典作为集体经营性建设用地入市的顶层规范,按照其体系展开立法有利于保证具体适用的一贯性。其一,应遵循土地管理法和民法典所确立的规则体系和结构体系。如,在物债区分结构下设计集体经营性建设用地入市的规则。其二,应协调与《土地增值收益办法》《管理法实施条例草案》等其他相关集体经营性建设用地入市规范之间的关系。如,对于实施草案已规定有关集体经营性建设用地入市的规划编制和规划监督、分等定级、土地征收、农用地转用、土地调查整理、占补平衡等内容,入市条例无需再做重复规定。其三,应对土地管理法和民法典等基本法未规定之处作出具体规定。如,《民法典》物权编第359条规定未约定非住宅建设用地使用权届满后房屋和不动产归属的,依照法律和行政法规处理。入市条例即可细化集体经营性建设用地届满后房屋和不动产的归属规则。

第二,以集体成员自治为中心,确定集体经济组织的决策机制,完善集体经营性建设用地入市途径、流转方式以及入市范围等规定。围绕集体自治以及成员自主决策,集体经营性建设用地入市应规定:其一,确定有关集体经营性建设用地入市的表决事项、管理机构、决议程序和相关救济等规则;其二,可通过调整入市与整治入市的方式入市,并确定先复垦后入市、统一整治、确权归属等规则;其三,可采用入股、联营等共同举办企业的方式流转集体经营性建设用地使用权^①,并规定此种流转需符合审批以及行业、经营规模的条件;其四,明确农村宅基地和公益性集体建设用地转变集体经营性建设用地入市所需的审批手续和限制条件。

第三,明确集体经营性建设用地直接入市有关的规划条件和用途管制的内容和统一入市的配套规范。结合集体经营性建设用地自身规划的特点,应当规定其一,在乡镇、村庄规划内以出让方式提供集体经营性建设用地使用权的,依据控制性详细规划,以出让地块使用性质、开发强度等规划条件,作为使用权出让合同的组成部分,并以签订的该合同领取建设用地规划的许可证;其二,规划条件未纳入集体经营性建设用地使用权出让合同的,该合同无效,已占用土地的,及时退回,造成损失的,依法给予赔偿。可从统一交易平台、入市价格、服务、监督救济等方面确定促进城乡的一体化流转的配套制度^[22]。

四、结 语

自2008年《关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》界定了农村集体经营性建设用地的类型,我国理论上对集体经营性建设用地的流转展开了若干有益的探索。十几年以来,集体经营性建设用地的研究以政策为导向,研究重点先后从破除集体经营性建设用地入市的法律障碍、允许与国有土地同地同权流转、增值收益分配、确定农村集体产权登记,到开展试点改革、总结改革试点经验、

① 根据《土地管理法》(修正)第60条允许土地使用权采用入股、联营的方式。

制定配套制度,经历了一系列的转变。目前,学界关于集体经营性建设用地的研究,围绕针对问题一解决问题的模式展开,为其入市提供了坚实的理论基础和可行的指导方案^[29,31-32,35]。但此种方式也存在“头疼医头、脚疼医脚”的弊端,反过来制约了集体经营性建设用地入市改革的全面推进。土地问题“牵一发而动全身”,对集体经营性建设用地入市的规范还需置于体系化的视角。例如,在城镇化的过程中,要求合理配置城乡之间的建设用地、协调城乡发展,但由于建设用地内部存在不同用途之间的价格失调和用地比重失衡的结构性矛盾,需要系统性地研究流转模式、产业结构、用途管制等方面。《土地管理法》(修正)和《民法典》的颁布则带来了此种契机。以土地管理和民法典为基本法,并且在规则体系和结构体系内构建具体适用体系,能够实现“三位一体”的规范体系。这种做法的好处是显而易见的,不仅为集体经营性建设用地入市提供充足的法律规范,为政策的出台提供稳定性的法律保障,也构建了相互和谐的法律制度和法律体系,保证了集体经营性建设用地入市规范的科学性。在加快建设全国统一大市场的背景下,集体经营性建设用地入市的规范体系更是优化用地布局、健全城乡统一建设用地市场以及实现宅基地与集体经营性建设用地联动改革的基础支撑。本文虽系统性地讨论集体经营性建设用地入市的规范,总结若干立法的原则、内容和规定,但关于入市条例的具体条文,涉及更精细化的研究,尚待进一步的讨论。

参 考 文 献

- [1] 丁琳琳,孟庆国,刘文勇.农村集体建设用地入市的发展实践与政策变迁[J].中国土地科学,2016,30(10):10-12.
- [2] 魏莉华.《土地管理法》(修正)学习读本[M].北京:中国大地出版社,2019:130-135.
- [3] 高圣平.民法典与农村土地权利体系:从归属到利用[J].北京大学学报(哲学社会科学版),2020,57(6):143.
- [4] 崔建远.合同法[M].6版.北京:法律出版社,2015:60.
- [5] 杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,1999:146.
- [6] 王轶.民法原理与民法学方法[M].北京:法律出版社,2009:224.
- [7] 陈锡文,罗丹,陈征.中国农村改革40年[M].北京:人民出版社,2018:71-73.
- [8] 法律出版社法规中心.建设用地审批、出让转让法律全书:实用版[M].北京:法律出版社,2012:3-5.
- [9] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003:141.
- [10] 高圣平.论集体建设用地使用权的法律构造[J].法学杂志,2019,40(4):13-25.
- [11] 宋志红.集体建设用地使用权设立的难点问题探讨 兼析《民法典》和《土地管理法》有关规则的理解与适用[J].中外法学,2020(4):1042-1061.
- [12] 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.
- [13] 钟瑞栋.民法中的强制性规范:公法与私法“接轨”的规范配置问题[M].北京:法律出版社,2007:111-129.
- [14] 黄茂荣.法学方法与现代民法[M].5版.北京:法律出版社,2007.
- [15] 全国人大常委会法制工作委员会民法室.中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定[M].北京:北京大学出版社,2007:277.
- [16] 黄薇.中华人民共和国民法典物权编解读[M].北京:中国法制出版社,2020:525.
- [17] 朱虎.规制性规范、侵权法和转介条款[J].中共浙江省委党校学报,2014,30(3):115-121.
- [18] 耿林.强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心[M].北京:中国民主法制出版社,2009:156-158.
- [19] 韩松.论农村集体经营性建设用地使用权[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2014,35(3):70-75.
- [20] 房绍坤.农村集体经营性建设用地入市的几个法律问题[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2015,28(3):15-22.
- [21] 孙宪忠.论物权法(修订版)[M].北京:法律出版社,2008:510-515.
- [22] 宋志红.集体建设用地使用权流转法律制度研究[M].北京:中国人民大学出版社,2009:209.
- [23] 房绍坤.物权法用益物权编[M].北京:中国人民大学出版社,2007:4.
- [24] 孟俊红.集体建设用地使用权物权法构建研究——以“同地同权”为基础[M].郑州:郑州大学出版社,2016:102-114.
- [25] 王轶.民法典的规范类型及其配置关系[J].清华法学,2014,8(6):54-63.
- [26] 周林彬.物权法新论——一种法律经济分析的观点[M].北京:北京大学出版社,2002:603-604.
- [27] 刘俊.中国土地法理论研究[M].北京:法律出版社,2006:193.
- [28] 高富平.农村建设用地制度改革研究[J].上海财经大学学报,2010,12(2):33-40.
- [29] 綦磊.集体经营性建设用地使用权流转法律问题研究[M].北京:法律出版社,2016:27.
- [30] 靳相木.集体与国有土地“同权同价”的科学内涵及其实现[J].农业经济问题,2017,38(9):12-18.

- [31] 陆剑,陈振涛.集体经营性建设用地入市改革试点的困境与出路[J].南京农业大学学报(社会科学版),2019,19(2):112-122.
- [32] 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.
- [33] 陈小君.农村土地问题立法研究[M].北京:经济科学出版社,2012:167.
- [34] 王文.农村集体经营性建设用地使用权权益及其价值研究[J].中国土地科学,2015,29(7):34-39.
- [35] 吴义龙.集体经营性建设用地入市的现实困境与理论误区——以“同地同权”切入[J].学术月刊,2020,52(4):118-128.
- [36] 陈晓芳.我国建设用地使用权一级市场法律制度研究[M].北京:法律出版社,2014:218.

On the Normative System of Rural Collective Commercial Construction Land Entering the Market

——Taking the Land Administration Law(Amendment) and the Civil Code as the Basic Laws

XIA Qin

Abstract The land administration law (amendment) and the civil code can be the basic laws to establish the regulation system and structure system for the marketing of rural collective commercial construction land. At the content level, the Land Management Law (Amendment) has established the basic rules, supporting rules and the rule system of reference rules for the marketing of collective commercial construction land, but there are also some shortcomings. The Civil Code, by defining the property right of the use right of collective commercial construction land, resets up its norms and integrates its system in structure. Based on this, we can implement the specific applicable norms for the marketing of collective commercial construction land from the perspective of “same land, same right, different application”. Relying on the autonomy of collective members is the basic way to realize “different application” of collective commercial construction land. The goal of the integration of urban and rural construction is to construct the main content of its “different application”. Among them, in the primary market, the collective commercial construction land should be subject to unified planning conditions and use control; In the secondary market, we should perfect the supporting mechanism of the integrated transfer of collective commercial construction land and state-owned construction land. In this way, the applicable system for the marketing of collective commercial construction land is constructed within the rule system and structural system, and the “trinity” normative system is finally realized.

Key words the market entry of collective commercial construction land; rule system; structural system; applied system

(责任编辑:陈万红)