

农民集体土地再物权化： 民法典编纂的使命和策略

高富平*

目次

引言

- 一、集体土地再物权化的困境
- 二、集体土地再物权化要解决的问题
 - (一) 集体土地去身份
 - (二) 落实集体土地所有权
- 三、集体土地再物权化：民法典编纂中的

策略

- (一) 集体成员集体所有权的法律要件
- (二) 集体成员集体所有权的法律地位
- (三) 集体土地使用权的物权法表达

结语

摘要 农民集体的团体性决定了集体土地物权化的独特性。上一轮农村土地制度改革塑造了集体成员直接利用集体土地并给予物权保护的赋权模式。但是这种集体成员直接享有土地(使用权)的方式,制约了集体土地使用权流转,阻碍了集体土地作为市场化资源的配置利用功能。新一轮集体土地制度改革,试图解决“三块地”的市场化问题,必然带来全新集体土地的物权法表达,这便是民法典编纂中物权法编的使命,即再物权化。新一轮的物权化旨在保持集体所有的团体性前提下完成从直接转向间接的集体土地利用方式的变革。这需要法律上落实和强化农民集体所有权的私法效力,赋予集体市场化利用集体土地的自主权,允许农民集体根据具体情况选择不同的集体土地所有权实现方式,为农民集体土地设定多样性的土地使用权。

关键词 集体土地 集体土地所有权 集体土地物权化

导 言

2007年3月颁布的《物权法》被定位为“规范财产关系的民事基本法律,调整因物的归属和利用而产生的民事关系”。〔1〕这部法律最伟大的成就是将国有、集体和私人财产纳入物权法,适用相应规则,给予平等的保护。由此集体土地也算完成了物权化。但是集体土地的物权化仍然停留

* 华东政法大学法律学院教授、法学博士。

〔1〕 全国人民代表大会常务委员会副委员长王兆国:《关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉的说明》(2007年3月8日在第十届全国人民代表大会第五次会议上)。

在表面或形式上,集体土地与市场经济接轨的根本问题并没有被解决。

《物权法》明确了农民集体所有权的客体范围和权能,并赋予农民成员撤销侵害集体成员权益的权利,但是这些规定并没有也不可能彻底改变农民集体所有权运行现状,让农民集体土地所有权成为自主配置集体土地的私权利,担负集体土地市场利用的制度工具。《物权法》规定了集体土地的两种他物权形式,但是,土地承包经营权基本保持与《土地承包法》一致,^{〔2〕}宅基地仍然与《土地管理法》的相关规定一致,^{〔3〕}而实现集体土地市场化利用的“经营性用地”^{〔4〕}根本没有涉及。这样,农民集体土地仍然带有农民或农民集体身份,农民土地资源的社会化配置和利用仍然面临制度障碍。也就是说,集体土地进入物权法仍然停留在形式上,并没有解决农民集体土地市场化利用的根本问题。这导致在物权法颁布之后,我国又开始了新一轮的农村集体土地改革。

2008年10月,中共中央十七届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》,核心思想是推进农村土地使用权流转,以实现农村经济的新发展,揭开了新一轮农村土地制度改革序幕。新一轮农村土地制度改革也是十八届三中全会提出的深改的重要内容。^{〔5〕}之后除了常规的中央一号文外,国家又专门出台了一系列的农村集体土地改革文件。^{〔6〕}在刚刚公布的十九大报告中则指出保持土地承包关系稳定并长久不变,第二轮土地

〔2〕《物权法》自第124条至134条复述了现有土地承包权的设计:首先再次强调土地承包经营权是在双层经营体制下的选择,并明确了土地承包经营权人的占有、使用和收益权能。但在用途转变上,仍然将承包经营权限定在农业用途上。在土地承包经营权的流转、调整、收回上均采《土地承包法》为转引规范。较有物权法特色的规定是赋予了土地承包经营权的登记对抗效力和依据《物权法》第42条的征收补偿。

〔3〕《土地管理法》第62条:“农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。农村村民建住宅,应当符合乡(镇)土地利用总体规划,并尽量使用原有的宅基地和村空闲地。农村村民住宅用地,经乡(镇)人民政府审核,由县级人民政府批准;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。农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准。”《物权法》从第152条到155条再次宣示了宅基地使用权的内涵为占有和使用而不包括收益权能,在宅基地使用权的取得、行使和转让适用法律上的衔接性上依然依托旧的规定,只是在程序上增加了宅基地使用权的变更登记和注销登记。

〔4〕经营性用地是现行政策文件中的提法,现行法律中使用“乡(镇)村建设用地”“乡(镇)村企业建设用地”概念。

〔5〕2013年11月中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》则指出了改革重点在于建立城乡统一的建设用地市场。在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价。

〔6〕2014年11月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》指出当前农户承包土地的经营权流转明显加快,发展适度规模经营已成为必然趋势。为此需要实现所有权、承包权、经营权三权分置,引导土地经营权有序流转。坚持农村土地集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权,以家庭承包经营为基础,推进家庭经营、集体经营、合作经营、企业经营等多种经营方式共同发展。2015年1月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》再次强调了建立城乡统一的建设用地市场,并建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制,合理提高个人收益,完善土地租赁、转让、抵押二级市场。2016年12月中共中央、国务院印发的《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》对农村集体产权制度改革作了总体部署。该《意见》指出要逐步构建归属清晰、权能完整、流转顺畅、保护严格的中国特色社会主义农村集体产权制度。该《意见》突出之处在于对农村集体资产分类施策,将农村集体资产区分为集体所有的土地等资源性资产、用于集体统一经营的经营性资产和用于公共服务的非经营性资产。而刚刚公布的十九大报告则指出要保持土地承包关系稳定并长久不变,第二轮土地承包到期后再延长三十年。

承包到期后再延长三十年。^{〔7〕}

新一轮改革必然推动立法修改完善,而民法典编纂给集体土地脱胎换骨的实质性变革带来的契机,使我们有机会在物权法编中,吸收改革成果,成就集体土地与市场经济接轨的伟大使命(不妨将之简化为集体土地的再物权化)。于是,集体土地物权制度完善和优化成为当今学术界的重要话题。在新的改革过程中,有的学者从农村土地制度的变迁角度分析了改革的“路径依赖”,指出了改革过程难以摆脱的“制度变迁的社会成本”。^{〔8〕}有的学者在农民分化的框架前提下,提出了农民分化——农村土地功能变化——分化农民土地产权诉求变化——农村土地制度创新的改革逻辑,试图解决旧制度中“一刀切”的做法带来的集中违反现象。^{〔9〕}有的学者从促进新型农业经营体系出发,试图梳理农地产权结构的法律逻辑,并论证现行法上对土地流转限制的正当性不足。^{〔10〕}还有的学者从权利主体的视角出发,认为集体土地所有权主体的明确化和具体化是当前解决农村土地所有权改革难题的首要方式,并进一步论证所有权主体规范的可操作性是集体所有权实现法律意义的必要条件。^{〔11〕}

这些洞见或从宏观角度或从微观机制的视角尝试在规范体系内部和超越规范体系为改革寻求外部性的证成。但是,改革的文件中所体现的物权化思想和学者们作辩的立场在多种价值取向和制度构建目标中徘徊。这说明仅仅在解释论的框架下难以为农村土地改革提出明晰具体的法学建议。同时,大部分学者们聚焦在农村集体土地所有权派生的次级权利上,并没有将目光聚集在所有权—集体经济这对农村土地改革中的核心范畴。因此,本文借民法典编纂之机,试图从农民集体土地所有权实现角度,对新一轮集体土地改革后的集体土地物权法呈现作一展望。

一、集体土地再物权化的困境

如果初次物权化解决的是农民集体排他性利用土地问题,即土地承包经营权由合同权利上升为用益物权,那么再次物权化则要完成所有集体土地的财产化。所谓财产化就是不仅仅让农民取得的土地权利成为物权,而且可以自主地处分(流转),实现集体土地的市场化配置和利用。换言之,再物权化的核心目标是通过农民集体土地制度改革,使集体土地使用权(包括土地承包经营权、宅基地使用权、乡镇企业建设用地使用权,下同)成为可以自主处分的财产权利。实现这一目标的前提是集体土地脱离集体或农民身份,让最能有效利用土地的人(不论其身份)自由获得土地,从而用于农业生产或其他经营活动。因此,再物权化的核心内容不仅仅是集体土地与特定主体之间的排他支配关系的建立,更重要的是要使这种物权关系“去身份”,要使形成的土地使用权变成可流转的财产。因此,去身份和财产化是新一轮农地制度改革和再次物权化改革的核心内容。如果依据此种目标来在现行框架中寻找集体土地再次物权化的路径,那么集体土地这一概念本身存在着法律上难以解决的困境。

〔7〕 保障农民土地承包经营权长久不变的政策有望法律化,《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》第4条第2款规定,国家依法保护农村土地承包关系稳定并长久不变;第20条第2款规定,耕地承包期届满后再延长30年。

〔8〕 参见陈丹、唐茂华:《中国农村土地制度变迁60年回眸与前瞻》,载《城市》2009年第10期。

〔9〕 参见傅晨、任辉:《农业转移人口市民化背景下农村土地制度创新的机理:一个分析框架》,载《经济学家》2014年第3期。

〔10〕 参见高圣平:《新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑》,载《法学研究》2014年第4期。

〔11〕 参见高飞:《论集体土地所有权主体立法的价值目标与功能定位》,载《中外法学》2009年第6期。

当我们谈到私法上调整土地的方式,我们一般指的是将土地划分为特定地块,确定其归属主体,赋予该主体特定的权限,以实现土地的利用,这一过程便是土地物权化。我国所面临的特殊问题是如何实现社会主义公有制与物权法的对接。《宪法》第6条规定:“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。”土地是最为基础和重要的生产资料,土地成为公有制最主要的体现形式。^[12]在我国放弃计划经济体制,选择市场经济体制作为社会主义经济建设的道路之后,需要确立与市场经济相适应的物权(财产权)制度,我国立法政策上选择了直接将全民所有权和农民集体所有权视为私法上所有权的形式,使得土地所有权规定不仅具有宪法依据,而且也可以成为土地物权化的基础。由于全民所有被等同于国家所有,^[13]因此,土地的两种公有制对应的所有权形式为国家所有权和农民集体所有权。公有制是社会主义的基本经济制度,公有制在法律上的两种所有权形式虽然具有法律意义,但是并不是可以直接受物权法调整的财产权。民法上的所有权则至少要满足两个要件:一是所有权要有特定的权利客体;二是所有权可处分(客体是可交易物)。而公有制下的两种土地所有权,均不是针对四至明确的宗地,土地也不可以处分,因而在我国土地所有权具有不可让与性。因此,公有制的两种所有权是一种制度意义上的所有权,而不是私法意义上的所有权,不能直接担当让土地物权化的“职责”。

在改革开放过程中,决策者创造性地构建了土地使用权这一中国特色制度。在保留两种土地所有权不变的情形下,创设了有偿有期限的土地使用权制度,且赋予土地使用权自主处分性,实现了土地的物权化。借助土地使用权,土地被界定成为具有特定四至的宗地,每宗土地设定的土地使用权可以处分,以实现土地市场化利用。土地所有权的私法性质体现在设定土地使用权的权能上,通过土地使用权使土地物权化,“土地所有权+土地使用权”成为公有制下土地物权化的独特法律构造。这样的法律构造在全民所有的土地上得到完美实现。这是因为土地的全民所有权并没有在每个公民与土地之间建立直接法律关系,而是转化为了国家所有。《土地管理法》第2条第2款明确规定:“全民所有,即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。”在不存在与成员特定联系的前提下,国家就可以自主设定可流转的土地使用权,实现国有土地的物权化。1990年《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》在保留划拨方式的同时,创设了出让土地使用权制度,授权县级人民政府土地管理部门代表国家行使土地所有权设定(出让)土地使用权,赋予出让土地使用权人对特定地块的排他性支配权,并允许其在法律范围内转让、抵押和出租土地使用权。^[14]保留的划拨土地使用权也有新的定位,即除法律规定的例外的情形,划拨土地使用权不得转让、出租和抵押。^[15]依照笔者的理解,这是将划拨方式定位于公益目的,而法律允许转让的情形是历史上形成的采用划拨方式但用于经营目的的土地。总体上,通过出让设定可流转的出让土地使用权,

[12] 1986年制定的《土地管理法》第2条第1款规定:“中华人民共和国实行土地的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。”

[13] 《土地管理法》第2款:“全民所有,即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。”

[14] 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第3条明确规定:“中华人民共和国境内外的公司、企业、其他组织和个人,除法律另有规定者外,均可依照本条例的规定取得土地使用权,进行土地开发、利用、经营。”第16条规定:“土地使用者在支付全部土地使用权出让金后,应当依照规定办理登记,领取土地使用证,取得土地使用权。”条例分三章规定了土地使用权流转:第三章土地使用权转让、第四章土地使用权出租、第五章土地使用权抵押。

[15] 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第44条:“划拨土地使用权,除本条例第四十五条规定的情况外,不得转让、出租、抵押。”

国有建设用地实现了市场化配置和利用,找到了国有建设用地与市场经济接轨的路径。《物权法》将实践中形成的国有土地利用规则设为法律,完成了国有土地物权化。但是,借助土地使用权实现土地物权化,在集体土地遇到了障碍。

通过分离和设定土地使用权实现公有制土地的物权化利用的探索源自农村。其起始于1978年安徽农村的试验,1982年在全国正式推广。^[16]从此,家庭联产承包经营成为农民集体农地经营的农业生产的主要形式,也成为农民集体经济的实现方式,这被概括为“家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”。在法律上,土地承包经营由原来的合同权利,上升为物权,正是为了支撑这种集体经营体制。^[17]在这样的定位下,集体土地只能由集体成员平均取得(以家庭为单位计算)承包经营权,只有荒地和零散的机动地才有可能采取契约方式由出价高的集体成员取得。^[18]家庭承包为主体的集体经济主要体现为集体成员(家庭为单位)凭借成员身份获得土地,自主经营,解决“吃饭问题”;而集体经济主要体现于集体经济组织向成员提供土地,解决新增人口“吃饭问题”。^[19]为了解决家庭承包带来的分散小规模经营问题,在制度设计上,采取允许承包经营土地流转来促进农村土地规模经营和合作经营。可以说,在承包经营上升为法律制度伊始,法律和政策就一直允许和鼓励土地承包经营权流转,但流转并没有成为解决农业生产规模化经营的有力措施,^[20]从而引发了之后推行的以“三权分置”为核心的新一轮农地制度改革。

这一制度设计并没有实现设计者的愿望的根本原因在于集体所有的团体性,即集体是由特定范围的农民(成员)构成,集体所有为成员团体所有。集体所有的团体性蕴含着集体与成员内在的“紧张关系”,导致了承包经营权实践中的两个棘手的难题:其一,集体经济组织在承包期内调整土地的需求与土地承包经营三十年不变的法律规定的冲突;其二,土地承包经营权流转限于农民集体成员内部与农地的社会化和市场化配置和利用(市场经济的基本特征)相矛盾。

前一个冲突反映了承包经营制度的内在矛盾。集体经济组织需要行使集体所有权,平等解决所有成员生存问题(这是集体经济的体现,也是土地集体所有的目的),因而农民集体应当有权调

[16] 1978年11月24日晚上,安徽省凤阳县凤梨公社小岗村,18位农民秘密开会,决定实行“分田到户”,包干经营。1980年5月31日,邓小平在一次重要谈话中公开肯定了小岗村“大包干”的做法。1982年1月1日,中国共产党历史上第一个关于农村工作的1号文件正式出台,明确指出包产到户、包干到户都是社会主义集体经济的生产责任制。

[17] 《农村土地承包法》第1条:“为稳定和完善以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,赋予农民长期而有保障的土地使用权,维护农村土地承包当事人的合法权益,促进农业、农村经济发展和农村社会稳定,根据宪法,制定本法。”《物权法》第124条也宣示了这种集体经济运行体制:“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。”

[18] 《农村土地承包法》第3条第2款:“农村土地承包采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。”按照第44条规定,“不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,通过招标、拍卖、公开协商等方式承包的”,适用第三章“其他承包方式”规定。

[19] 《农村土地承包法》第28条:下列土地应当用于调整承包土地或者承包给新增人口:

- (一) 集体经济组织依法预留的机动地;
- (二) 通过依法开垦等方式增加的;
- (三) 承包方依法、自愿交回的。

[20] 由于土地仍然是农民最后的生存保障,在流转或合作没有充分的信任(对收益或收回风险的担忧)的情形下,农民不愿意轻易地放弃对土地的权利,所以尽管法律上允许转包、出租、互换、转让或者其他方式的流转,但是农民宁肯长期控制土地的意愿使他们不愿意交出土地承包经营权。

整土地承包经营关系;而将承包经营由合同转变为物权后,只有保持承包经营权稳定不变,才能给予长期的激励,实现土地有效利用,二者之间存在冲突。后一个矛盾源自直接依赖土地解决成员“吃饭问题”的集体经济模式。农民集体所有承载着农民集体共同生存和发展的使命,而首次的改革选择了直接分配土地给农民,解决农民“吃饭问题”。这样,只有具有集体成员身份的人才能取得土地承包经营权(承包经营权具有身份性),因而就限制了将土地流转给外人。如果允许农民集体成员自由向成员以外的人转让土地承包经营权且长期经营的话,意味着农民集体对土地丧失控制,集体组织很难再依赖集体土地,发展集体经济。因此,这两个方面的问题反映了集体所有土地与集体成员有着直接的勾连。集体土地是集体经济组织解决集体成员“吃饭问题”的物质基础。设定土地承包经营权,让集体成员自行解决“吃饭问题”是集体经济的一种经营方式。但是如果土地承包经营权长期不变,就虚化了农民集体所有权,削弱了集体解决集体成员的“吃饭问题”的能力;如果允许集体成员向集体成员之外的人转让土地承包经营权,可能意味着集体经济的物质基础被掏空。因此,集体所有的团体性制约着成员土地权利稳定性、独立性、可自由流转性,决定了承包经营权难以成为集体成员自主处分的土地使用权。

上述问题同样存在于宅基地和集体经营性建设用地。如果农民继续凭身份经审批可以取得宅基地(维系集体组织解决其成员居住问题),那么宅基地就相当于解决特定农民(家庭)的居住问题,在其死亡或不再需要(无继承人)之后就应当将宅基地归还集体,而不允许其转让和抵押。如果集体成员为发展集体经济而经审批获得建设用地,发展工商业,回馈农民集体(解决农民集体的发展问题),那么也不应当允许取得集体建设用地的乡镇企业将土地转让或变相转让给集体成员之外的主体。

上述分析可以看出,虽然农民集体的“三块地”都通过土地使用权的方式得以分散利用,但是“三块地”是用来解决农民集体成员生存、居住和发展问题的。因而三种土地使用权的取得只能限于成员。土地使用权取得的身份性决定了该权利人身性或成员权属性,因而决定了该权利难以被塑造成为权利人可以自主处分的财产权。这根源于农民集体所有权的团体性和农民直接依赖土地的生存发展模式,农民集体由特定地域范围的集体成员组成,集体承担着农民集体居住、生存和发展的任务,农民集体需要实实在在的土地所有权来保障这一任务的实现。而设定不同类型的土地使用权只是农民直接依赖土地的生存发展模式的实现工具,只是让集体成员直接占有和使用土地,这种安排影响了形成的土地使用权可流转性。现行集体土地(或集体经济)是以直接配置集体成员土地使用权为主要实现方式,在这样的实现方式下,就不应当允许将土地使用权出让给集体成员以外的主体。因此,集体成员取得各种土地使用权的身份性成为集体土地使用权脱离主体自由流转的财产属性的主要障碍。

二、集体土地再物权化要解决的问题

破解土地再物权化的困境就是要解决农民集体土地的去身份问题,让集体土地使用权取得不再受农民或集体成员身份限制。不过,在集体土地不再由集体成员专享之后,农民集体(所有者)就必须对集体土地有强有力的掌控权,除了强化集体组织能力外,更重要的是落实农民集体所有权,在法律上给集体所有权以充分的保障。因此,去身份和落实集体所有权是集体土地再物权化的两个关键问题。

(一) 集体土地去身份

集体土地去身份即割断集体成员与集体土地的直接联系,使集体土地使用权的取得不受农民

或集体成员身份的限制。集体土地去身份实质上是集体经济的实现方式的转换,即由过去的由集体成员直接占有土地方式转变为间接获取集体土地收益的方式。

在不改变农民集体所有的情形下,改革开放引发了集体经济模式(也可以称为农民生存发展模式)的变革,即由传统计划经济时代的共同使用土地,共同劳动和共享劳动成果(收益)的集中经营模式,转变为分散使用土地,独立劳动和独享劳动成果的承包经营模式。承包经营在调动集体成员积极性的同时,也使农民被束缚于土地,土地被贴上农民的标签。就农业用地而言,因为集体成员凭借身份取得土地,因此也不允许土地承包权流转给外人;因为农地对农民具有生存保障功能,农民不愿意流转土地给外人甚至其他集体成员。就建设用地(包括宅基地、乡村企业用地)而言,因凭借身份取得土地(且无偿性),因而集体组织不愿意该土地使用权流转给外人,造成集体土地流失;同时,国家土地政策也不允许集体建设用地使用权直接入市流转。

事实上,改革中形成的土地承包经营权、宅基地使用权、农村建设用地使用权制度设计本身就是集体土地内部使用的实现方式,而不是集体土地的市场化实现方式。城市与农村、全民所有制和集体所有制、国家所有权与农民集体所有权事实上造就了我国二元经济运营模式,在推行适应市场经济的用地方式改革中,也不自觉地选择了二元模式。在城市建设用地可以完全市场化配置的同时,农民集体土地继续采取在集体成员内部配置和使用的模式。尽管名义上土地承包经营权、宅基地使用权和乡镇企业建设用地使用权取得物权的地位,但是其本质上是集体成员的成员权一种物权化的表现。取得土地的身份性导致形式上具有独立物权性质的三种土地权利是所有权上派生的次级权利,不能成为像国有土地出让那样的独立财产权,而是一种财产利益和身份限制混合的复合权利。这些次级权利的身份性主要体现在以下几个方面:第一,权利的取得源于农民的集体成员资格;第二,权利的取得往往是无偿或者以明显不符合市场交易规律的低价;第三,集体组织在权利主体丧失成员资格后有权收回;第四,权利转让时往往限制在集体内部,即便允许对外转让,集体成员也有优先受让权。这些权利上的身份限制,将土地使用权的自由流转严格限缩在农村集体内部,导致土地只能在农村或集体范围内配置和利用,形成封闭的土地要素市场,人为阻隔了集体土地的市场化。

我们仍然以土地承包经营权为例。《土地承包法》第26条规定了农村集体成员在转为城市户口时,发包方有权收回承包地。从法理上,农民享有的土地承包经营权是实质上类似成员权的性质,是成员对集体利益的一种分流和共享,因此在丧失成员资格时,集体自然有权收回承包地。^[21]《土地承包法》规定了土地承包经营权转包、出租、互换、转让、入股五种流转方式,但是,在同等条件下,本集体经济组织成员享有优先权,而且采取转让方式流转的,应当经发包方同意;采取转包、出租、互换或者其他方式流转的,应当报发包方备案。所有这些均体现了农民集体需要控制土地流向集体成员之外的人,以保障集体成员的生存资料,具有正当性。

因此,取得土地使用权的身份限制是农民集体设定的各种土地使用权不能流转的根本原因,而要让集体土地使用权可以流转,就必须在取得时采用市场化的方式。所谓市场化方式,就是建立农民集体土地有偿有期限使用土地的制度,将集体土地使用权通过公开市场方式出让(租赁)给最有能力使用土地的人,农民集体成员也只能通过市场方式取得土地使用权,最多在同等条件下享有优先权。这样,取得土地使用权的人没有身份性,土地使用权人与农民集体之间的联系仅仅是经济(财产)关系。土地使用权人与集体组织之间是契约联结,而非身份联结,由此去除土地使

[21] 参见祝之舟:《论农村土地承包经营权的身份属性——从农村户口迁移引发的土地承包经营权流转困境谈起》,载《农村经济》2011年第6期。

用权的身份,让集体土地从身份束缚中得到解放,让农民从依赖土地生存中解放出来。

但是去身份,并不是简单地割断集体成员与土地之间的关系,而是要寻找到集体所有权的新的实现方式。之所以集体土地使用权只能由集体成员享有,是因为集体所有权负载了确保集体成员生存、居住和发展等保障功能。上一轮改革开放是通过集体成员直接取得土地(使用权)实现保障功能,因此,凭借成员身份取得各种集体土地就成为一种必然的制度选择。在社会保障制度未建立或者欠缺的情形下,承包地就“补位”了农民的社会保障制度,成为农民在丧失收入来源时的最后生存保障。这便是农民集体土地具有身份性的缘由。而要去身份就是变革集体所有的实现方式,由直接分配或提供土地给集体成员,转变为由农民集体商业化经营集体土地,然后再分配给集体成员,集体成员获取的是收益,是农民集体土地经营的收益。新一轮农村土地制度改革的核心就是变直接“分配”土地为分配土地经营收益。这便是农地“三权分置”改革的目的,也是经营性土地“直接入市”改革希望实现的目标。

集体成员的土地权益的间接实现方式,实际上也意味着集体组织收回过去按照身份或无偿无期限方式形成的土地使用权,重新按照有偿有期限的市场化方式设定承包经营权、建设用地使用权,商业化或契约化经营土地,然后分配土地经营收益给集体成员。集体所有权的团体性决定了集体成员有权从集体获取收益,集体成员的财产权利由过去的土地使用权变为土地收益权。集体成员也可以按照新方式取得土地使用权经营农业或从事工商业,但必须向集体土地所有者缴纳土地收益(可以是一次性的使用金也可以是年金),使得该土地收益成为集体收益。农民集体的收益再根据集体成员所有权份额(或成员权)进行分配。显然,集体成员的土地权益的间接实现方式需要发达的集体经济为前提。发达的集体经济不仅需要专业性的管理组织,且需要所处地区及周边工商业较为发达,农业用地具有规模化、产业化经营的条件,产业发展对建设用地具有旺盛和持续的需求,因而集体土地经营可以带来持续、稳定的收入。集体经济的发展不仅可以实现可观的土地收益,使集体成员凭借成员权获得该收益,而且还可以创造就业市场,让摆脱农地的农民可以在本地就业,获得劳动收入。“土地收益+劳动收入+投资收入”成为农民生存发展的基本构成。在这个基础上,逐渐推行和强化农村社会保障制度,才能彻底解决农民生存发展和生活问题,解除丧失对土地直接控制的农民的担忧。

除了组织和经济条件之外,集体土地所有权实现方式的转变更需要法律上重塑集体土地所有权,落实集体土地所有权,使其成为具有较强私法地位的土地所有权。

(二) 落实集体土地所有权

集体所有制是公有制经济的组成部分,集体所有权仍然是公有制范畴,但集体所有权与全民所有权(国家所有权)的巨大不同就是它具有团体性。

如果承认集体是集体成员组成的一个团体,那么集体所有权的主体就代表特定的团体利益(集体利益),所拥有的土地就是为该团体服务的财产,相对于集体以外的团体、法人组织和自然人,集体所有的土地就是“私有”的,集体所有权也是一种“私”财产权。因此,将农民集体所有权纳入物权法面临的一个重大问题是,如何定位农民集体所有的法律性质,是否要承认和明确土地集体所有权的“私权”性质。

法律上的“私所有权”是某财产(物)完全由某主体支配,该物归某主体意志支配,法律上保护该主体对该物的意志力。某物归某主体意志支配意味着该物仅服务该主体的利益,因而该主体可以排除他人的意志,占有使用(经营管理)和处分该物,获取收益。法律上的所有权的性质取决于客体物的目的,当物是用来满足不特定人的利益(即公共利益),该物的所有权就是公共所有权,不属于私法调整;而当物是用来满足特定人(包括法人、团体)的利益(即私人利益),该物的所有权即

是受私法调整的私权利。所有权客体的目的、用途决定了该物或该物的所有权的性质。所有权主体是自然人还是法人,是集体还是国家,并不影响权利的性质,而仅影响收益的分配或使用。为集体成员利益而由集体组织支配特定物的所有权(即集体成员所有)仍然是私法上对特定财产的自主支配权,属于私权性质。集体所有是一种特殊的共有,其特殊性在于其集体成员共有关系具有固定性和不可解除性,尽管集体成员可以退出和终止,但共有关系不可解除,除非特殊地域范围的集体不复存在。相比于完全抽象的全民所有,农民集体属于一个相对封闭的社群,在比较的意义上农民集体属于私益“团体”。^[22]因此,从法律逻辑上,土地的集体所有权的私权性质是毋庸置疑的。

在一定程度上,《物权法》肯定农民集体所有权的私权性质。《物权法》明确了集体所有的不动产和动产范围,并将所有权定位于“集体成员集体所有”,由能够代表特定范围的集体成员的集体经济组织或村民委员会等集体组织行使所有权。但是,实践中我们发现农民集体所有权的权能和效力并没有落地,只具有所有权之“形”,而并没有私法上所有权之“实”。其中最为突出的表现是在可设定可流转土地使用权上。当下农民集体所有的土地的使用只能限定于集体成员本身,而没有自主设定有偿有期限且可流转的土地使用权给集体成员之外主体的权利,因此农民集体土地进入市场化利用的通道被阻滞。

在某种意义上,减损农民集体土地所有权这样的权能和效力是为了维护农民集体的团体性。因为商业化、市场化有可能使农民集体逐渐丧失对土地的控制,也使集体成员逐渐丧失土地保障。但是,这是建立在集体成员土地权益直接实现模式上的一种制度安排,且这种制度安排是与之前的农村改革开放实践联系在一起。起始于20世纪80年代的农村家庭联产承包制度改革,主要目的是调动农民的积极性、提高集体土地利用效率,改善农民生活。因而选择最为简单的分配方式,将特定土地赋予特定家庭,使生产要素土地与劳动成员直接结合。而在这一时期允许集体成员取得土地(采取批租方式),发展村镇企业或民营经济的改革实践仅持续了约10年时间。到1998年《土地管理法》第二次修改,虽然仍然肯定农民集体所有的土地可以依法用于非农业建设,但是,“任何单位和个人进行建设需要使用土地必须申请使用国有土地”的原则的确立,^[23]实际上叫停了农民集体土地直接用于工商业或建设用途的做法。这就形成了如今的集体所有土地用于建设用途的,需要先征收为国有再出让的局面。不仅如此,修订后的《土地管理法》还严格限制甚至禁止集体建设用地使用权转让或变相转让给非集体成员主体。^[24]由此,形成城乡差异十分巨大的二元土地市场。基于土地权属不同,集体农业用地(承包经营权)和建设用地使用权均只能在集体成员之间流转。分割的土地市场支撑了城乡二元经济结构,但这与统一的社会主义市场体系

^[22] 公有制是一种经济制度概念,并不是法律上对所有权的定性。公有制强调共同拥有生产资料、共同劳动和按劳分配劳动成果。在公有制经济形式下,生产资料的共同拥有被划分为全民和集体两个层次。全民所有是全体人民共同所有;而集体所有被认为是特定人群的共同所有。集体所有是从一产生就具有团体性的一种所有权,只是按照马克思主义的经济制度观念仍然将其归类于公有制。

^[23] 《土地管理法》(1998年修订)第43条:“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。”“前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征用的原属于农民集体所有的土地。”

^[24] 《土地管理法》(1998年修订)第63条:“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。”

的建设目标是相违背的。

而起始于2008年的新一轮农村土地制度改革的重要目标则是消除城乡二元土地市场和经济结构,建立统一的要素市场,真正实现农村土地资源的社会化配置和利用,以提高土地资源的利用效率。配合这样的目标,承包经营权向集体成员之外的流转、宅基地使用权的可转让、集体建设用地使用权直接入市等改革目标成为新一轮改革的重要内容,并开始了各种试点工作。^[25]

从各地实践来看,进展并不十分理想。这是因为所有的试点均是在突破农民集体土地的现行规范,将农民集体土地所有权塑造成为与国家所有权那样可以由所有者(集体)自主决定、自我处分的所有权,由此实现集体土地与国有土地的同地同权。由此引发的问题不仅仅是与现行法律冲突(突破现行法律的禁止规范),并与当前先征收为国有再商业化开发利用的建设用地利用现状相悖。在上海,松江区也是集体土地直接入市的试点,但松江的改革仅仅拿出两宗已经确定规划为建设用地的土地作为试点土地,没有任何可复制推广价值。甚至上海市没有推行集体建设用地直接入市的愿望,而是继续采取将集体土地征收为国有,由国家解决被征地农民的生存问题的旧措施。与此相对,在佛山的南海区因发达的乡镇经济需求而一直在探索由乡镇主导建设各种开发区、工业区甚至居住区,并形成独特的集体土地直接入市的模式。但是,这样的直接入市模式也遇到缺失上位法支撑的问题,面临许多法律上不确定因素。最为关键的一点在于需要法律承认农民集体可以像国家一样,直接出让土地用于规划允许的各种建设目的,让农民集体直接享受城市化的好处,成为城镇建设的主体。显然,这不仅要改变宪法“城市土地归国家所有”的原则,而且还涉及土地管理法、不动产登记等法律修改。这些法律修改的核心是重新定义和落实农民集体所有权,赋予农民集体真正私法意义上的所有权,使农民集体所有权可以对抗非真正公共利益的国家征收,使农民集体可以按照当地经济发展状况,自主利用土地资源,走出一条自主发展、自主城市化的道路。

除了宪法和法律障碍外,集体土地直接入市、宅基地和承包经营权向集体成员以外的流转还需要强有力的集体土地管理机制,使农民集体能够有效地利用土地,并公平地将土地收益分配给集体成员本身,解决农民生存、居住和发展问题。《民法总则》创造性地规定:“农村集体经济组织依法取得法人资格”(第99条),“村民委员会具有基层群众性自治组织法人资格”,“未设立村集体经济组织的,村民委员会可以依法代行村集体经济组织的职能”(第101条)。这为农民集体所有权主体法人化铺平了道路。集体土地归集体成员“集体所有”需要由具有主体资格的组织形成集体成员的意志,经营集体土地,向集体成员分配土地收益,维护农民成员的土地权益。只有代表农民集体利益、行使集体所有权的组织发育成熟了,集体成员与集体土地的分离才可能顺利实现。显然,这也并不是一件容易的事情。因此,落实农民集体所有权,需要在法律赋权和有效的集体组织两个层面上共同推进。缺失这两个条件,集体所有权就难以成为与国家所有相同性质的权利,集体所有权进入物权法仍然是一个形式上的宣示口号。

^[25] 这一改革主要有两个步骤。第一步是自2013年起的农村承包地确权登记颁证试点工作,目的在于通过确权颁证理清权属关系,明晰产权现状,为下一步的改革提供阶段性准备。第二步则是自2015年2月起在北京市大兴区等33个试点县(市、区)行政区域开展的农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地管理制度创新的试点改革。改革目的是将确定为经营性用途的存量农村集体建设用地,与国有建设用地享有同等权利,在符合规划、用途管制和依法取得的前提下,可以出让、租赁、入股,并完善入市交易规则、服务监管制度和土地增值收益的合理分配机制,从而发挥农村集体土地的市场资源配置功能。

三、集体土地再物权化:民法典编纂中的策略

如果说《物权法》对集体土地规范是对之前农村土地制度改革的肯定和制度化,那么集体土地的再物权应当是新一轮土地制度改革的法律化。在笔者看来,新一轮农地制度改革的方向和任务已经明确,但所有的政策仍然在试验阶段,远还没有形成一套稳定的制度规则。在这样的背景下,我们也就不指望对集体土地做出全面细致的规范去引导农村土地改革。但由于民法典的稳定性,要求正在制定中的民法典必须回应改革需要,对集体土地做出前瞻性的规定。笔者认为,为实现这样的目标最为重要的一步是明确“集体成员集体所有”的私法地位,将其塑造成由特定集体组织独立行使的所有权,赋予集体组织自主利用土地的权利。至于土地的利用方式,法律给出不同的选择,由集体组织根据实际情况做出选择,以实现集体所有的目的。

(一) 集体成员集体所有权的法律要件

“集体成员集体所有”是《物权法》对农民集体所有权的法律定位,它准确地反映了集体所有本质上是由集体成员构成的团体所有。集体所有即集体成员团体所有,集体所有的团体性是“集体成员集体所有”的当然解释。因此,法律必须依据法律上的团体所有权来定位。在法律上,我们必须清晰地界定集体所有的要件,而不是笼统地承认现状。笔者认为,满足私法上的集体所有权必须具备以下要件:

其一,确定的集体范围。对于团体性的所有权而言,最重要的是确定团体(集体成员)的范围且赋予该团体以相应的主体资格(可以是法人)。这一过程需要通过界定成员权来实现,只有享有成员权的集体成员才能构成一个关系密切的团体,共同享有土地权利和收益。

其二,界定集体拥有的土地范围。明确集体范围的同时,也需要明确其拥有土地的范围,在特定的团体与特定四至范围的土地之间建立一对一的关系,才能建立法律上排他支配权,成立土地所有权。实质上,明确界定团体范围的过程也是确定土地范围的过程,二者应当同步进行。

在集体(团体)与特定范围土地建立排他支配关系的同时要求土地范围不能重合叠加、也不能相互交叉,否则会出现上下级所有权、所有权边界不清晰,导致由上级所有权替代下级所有权,或者导致权利冲突。

其三,赋予集体以民事主体资格。现行《物权法》对农民集体所有权的定义沿用了现行规则,将土地和自然资源分别归属于“村集体经济组织”或者“村民委员会”或者“村内各该集体经济组织”或者“村民小组”或者“乡镇集体经济组织”,但是这些集体组织并非按照特定成员权组成的团体,需要在上述两个范围确定基础上,依据《民法总则》,构建以土地为基础的农民集体法人组织,实现农民集体组织化、法人化。在新一轮改革实践中,已经成立了各种股份合作社或基于成员权形成的各种公司性或合作社性组织,而这些组织成为未来集体所有权的真正的主体。

(二) 集体成员集体所有权的法律地位

在将集体成员所有权塑造成私法上所有权之后,关键的问题就是明确集体所有权的权能和效力。在这方面我们要解决的问题显然不是在法律上宣布农民集体对所属的土地享有占有、使用、收益和处分的权能,而是要明确农民集体所有权有权自主决定农地的利用方式,农民集体对建设用地享有与国家所有权相同的内涵,即可以在规划范围内进行经营性开发利用。

承认农民集体所有私法性质意味着农民集体自主决定土地的“命运”。由于农民集体所有的团体性,农民集体对集体土地的“处分”仅限于设定使用权,而不具有处分土地或转让土地所有权的权能。在这一点上,农民集体所有权仍然具有公有制的属性,仍然是为全体集体成员利益服务

的制度存在。土地的集体所有是集体经济得以存在的根本,因而保持土地集体所有也是保持集体经济长期稳定不变的重要保障。

但是,农民集体所有最大的问题是不承认农民集体在土地利用方面的自主权,而以整齐划一的政策替代农民集体的自主选择。比如,在推行家庭联产承包责任制的过程中,有些工商业发达的地方并没有真正实行家庭分散经营,而只是在形式上将土地分配到户,由集体组织集中耕作和经营,将收成或收益再按照人头分配到家庭。实际上,由于我国农村经济发展状况千差万别,应当赋予农民集体自主选择农地所有权实现方式的权力。在“三权分置”被提出之后,农民集体的农地经营方式就至少有两种:一种是家庭承包经营,一种是三权分置模式下的专业化经营。而这两种模式应当由农民集体来选择和决定。

农民集体所有权法律地位的第二个需要解决的问题是在建设用地方面与国有土地的同地同权问题。同地同权是在建立城乡统一的建设用地市场政策下的必然选择,但同地同权本身有着极为特殊的内涵。首先需要明确的是,同地同权仅针对农村建设用地。在用途管制和耕地保护的土地管理模式下,农业用地因为负载着国家粮食安全这一重要的功能诉求,并不属于同地同权改革模式的范畴之内。因而需要明确只有农村建设用地才是同地同权措施真正所要针对的对象。具体而言,同地同权的含义可被表述为:其一,农村建设用地与城市建设用地具有相同的流通能力或者法律能力;其二,如果必要(不管是农村集体组织,还是非农村主体)均可以经过法定审批程序,取得农业建设用地,不需要先征收国有,再用于建设。这样,农村建设用地便无须依附城市建设用地的出让制度,拥有自身市场化的渠道,从而让市场化的收益能够合理地被集体所享有。

(三) 集体土地使用权的物权法表达

明确集体土地所有权的主要目的在于赋予集体自主设定土地使用权的权利,而集体土地使用权也是集体土地再物权化的重点。显然,新一轮集体土地改革就是要创设可流转的土地使用权,实现集体土地的社会化配置和利用。在未形成普适性的规则之前,在民法典编纂过程中我们也不可能指望对集体土地上设定的土地使用权类型和效力做出全面和具体的规范。在这样的背景下,笔者认为民法典可以依据物权法原理设计集体土地可能的他物权设定方式,对其要件和性质做出规范。因此本文仅对“三块地”的物权法表达作简要论述。

1. 农业用地

集体的农业用地是支撑农村经济的基础,既关系农民生存问题,也关系我国的粮食生产。改革开放之后,集体农业用地采取承包经营的两权分离模式,通过赋予家庭对特定地块的土地使用权(承包经营权),来解决家庭生存问题和集体土地权益的实现。这种直接实现模式,使农地承载生存保障功能,使集体成员权与土地相联结,导致土地承包经营权不能流转于集体成员之外。为了解决集体农业用地的社会化、市场化利用问题,党中央提出了“三权分置”改革思路。^[26] 自从三权分置概念被提出后,法学界对这一制度褒贬不一,反对者坚持一个所有权上不能产生两个有冲突的他物权,^[27]赞成者认为派生于所有权的承包经营权也可以设定物权性的土

^[26] 2014年1月19日,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》对三权分置表述为:“在落实农村土地集体所有权的基础上,稳定农户承包权、放活土地经营权。”

^[27] 例如单平基教授认为,在大陆法上传统的所有权的法理基础上,坚持一个所有权上不能产生两个有冲突的他物权,在权能分离理论下所有权不能再次派生同样具有占有使用权能的土地经营权,并试图在既有的两权构造框架中构建土地的流转功能。参见单平基:《“三权分置”理论反思与土地承包经营权困境的解决路径》,载《法学》2016年第9期。

地经营权。^{〔28〕} 笔者认为,三权分置是重构农民集体所有权实现的新体制,而不仅仅局限在对现行土地承包权的改造,它是变过去农民集体土地权益的直接实现方式为间接实现方式,而借助可流转的农业土地使用权(政策文件中被称为经营权)实现农业土地资源的社会化、市场化配置利用。因此,我们不能局限于对政策表达作法律解读,而应当依据法律原理和制度目标作法律设计。为此笔者曾将三权分置的法律结构表述为:“土地所有权仍保留在农民集体手中,但土地不再直接发包给农户占有使用,而是将农户承包权改造为集体土地的份额权利(是集体成员对集体土地的所有者份额),农业用地则由村集体统一经营运作,既可以承包给专业的农业合作社经营,也可以出租或者发包给农业公司、专业农户等经营使用(取得土地的经营权);土地的经营权向农民集体支付土地使用费,农民集体扣除提留等项目后,按照农民承包权(所有权份额)分配给农民。”^{〔29〕}

依照笔者这样的理解,三权分置是集体农地利用方式的重要变革。改革核心是将农民集体的成员权由过去的土地(占有使用)变为土地收益权(价值化),让农民集体重新掌握集体农地的利用方式(实化了集体所有),再将农地按照有偿有期限方式发包(租赁)给可有效经营土地的主体(可以是集体成员,也可以是非集体成员),而实际占有土地的才是真正的土地使用权。因此,三权分置本质上是农民集体土地所有权实现方式的变革。借助这样的变革,可以真正落实农民集体土地所有权,让农民集体经营管理土地,让集体成员真正地享有土地所有权益(土地收益),让专业的农民经营(占有和使用)土地。这样的变革实现了集体成员与土地的脱钩(去身份)和集体农地的集约化和市场化经营,实现了农地生产经营方式的转变。

不过,三权分置实现需要一定的条件,适合经济较为发达、社会保障体系较为健全、农民自主经营能力较强、且存在着素质高和经验管理能力强的农村集体组织的地区,我国大多数农村地区目前并不具备这样的条件。因此,两权分离和三权分置应当成为我国集体经济实现的两种土地权利结构。在一些地多人少、集体经济不发达、以农业生产为主的农村地区应当继续维持家庭承包经营体制,通过稳定农民承包经营权和促进承包经营权在集体成员内部流转来解决农业生产效率问题。关于此,笔者的基本想法是基于农地的生存保障功能需求,使集体成员承包取得的土地使用权成为终生地产权,除允许在集体成员内部转包、租赁和转让外,土地使用权可为家庭成员继承,无人继承的收归农民集体并重新分配给无地或少地且从事农业生存的集体成员。通过这样的方式,维系基于土地内部配给的集体农业经济。

因此,在民法典编纂中,在集体农地利用的物权法实现方式上,应当坚持二元模式,让农民集体自主选择农民集体经济的实现方式,是继续维持现有的承包经营模式或是采用新的三权分置模式。让农民根据地区的经济发展和自身的风险承受能力自由选择,从而让理性建构的制度能够最大限度地切合实际需求。法律只需要根据物权法原理对两种实现方式做出原则性的规范,比如,基于集体成员身份取得的农地使用权(即两权分离下的土地承包经营权)可以在集体内部流转(转包、租赁和转让);而以公开市场化方式取得有偿有期限的农地使用权(即三权分置下的经营权)可以转让和抵押。

2. 建设用地

根据《土地管理法》的土地用途分类,农民集体还有三类建设用地:宅基地、乡镇企业用地和乡

〔28〕 例如,蔡立东和姜楠认为,三权分置符合物权法的法理基础,将土地承包权视为集体土地所有权的派生权利,土地经营权视为土地承包权的派生权利,形成双重的次级权利构造,并指出在物权法定的原则下需要在立法中规定土地经营权这一新型权利。参见蔡立东、姜楠:《农地三权的法实现》,载《中国社会科学》2017年第5期。

〔29〕 高富平:《农地“三权分置”改革的法理解析及制度意义》,载《社会科学辑刊》2016年第5期。

镇公益用地,三类建设用地使用权的规范也是集体土地再物权化要解决的核心问题。由于这三类建设用地的目的和取得方式均不一样,所以需要分类规范。

乡镇公益用地是乡(镇)村公共设施和公益事业的建设用地的简称,^[30]这两类用途也可以归并为集体公益目的,所占用的土地或建筑物或设施是不特定集体成员均可以使用或享有的。事实上,集体公益土地大致相当于“公共利益”目的土地,相当于物权法上公有物或公共财产概念,其配置和供给应当与私益物品有所差异,^[31]不适合市场化的资源配置,其设定的建设用地使用权也因其公益性而被排除于私法调整,形成不可交易土地权利。在民法典编纂中,应当明确列举此类用途,^[32]并确定该建设用地使用权不可转让和抵押。

宅基地是集体成员依据身份而取得的用于居住目的的建设用地使用权。在新一轮改革中要“慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让”^[33],显然,宅基地的流转成为基础性制度安排。笔者认为,对于宅基地的流转,民法物权法编仍然应当坚持集体成员凭借成员身份经审批取得的宅基地不可流转给集体成员之外的主体原则,而只有通过有偿有期限取得的宅基地才可以转让和抵押。这意味着,过去形成的宅基地也可以进入市场,但是前提是必须向集体交纳有偿使用金,通过此改变宅基地的性质,使宅基地及其附着物可以进行市场化处分。

乡镇企业用地是农村存量的建设用地,在新一轮改革中通过“集体经营性建设用地入市”改革实现集体经营性建设用地的市场化改革。主要改革内容为:“在符合规划和用途管制的前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价,加快建立农村集体经营性建设用产权流转和增值收益分配制度。”^[34]集体经营性建设用地使用权改革的基本目标是使农村建设用地与城市建设用地对接,真正实现同地同权,同权同能,创设可流转的农村建设用地使用权制度。^[35]为实现这样的改革目标,只需要将城市建设用地的出让制度移植到农民集体经营性建设用地,让农民集体创设可流转的集体建设用地使用权就可以了。但真正的问题不在于实现路径上,而在于国家是否真的愿意让农民自主设定可流转的建设用地使用权,发展农村经济,进行城镇化建设。允许农民集体直接出让经营性建设用地使用权,让集体成员分享农村土地城市化的增值收益是替代现行的“先征收为国有,再进行城镇建设”的农民集体自主城市化道

[30] 《土地管理法》第43条第3款规定,农民集体土地上可以设立乡(镇)村公共设施和公益事业的建设用地使用权。在具体的取得流程上,《土地管理法》第61条规定:“乡(镇)村公共设施、公益事业建设,需要使用土地的,经乡(镇)人民政府审核,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。”

[31] 对此有力的解释有经济学上的公共物品和私人物品的区分,这一区分以萨缪尔森(Saumuelson)在1954年发表的《公共支出的纯理论》中所划定的私人消费品和公共消费品为源,经后续学者发展在公共财政经济学领域达成了公共物品具有非排他性和非消费性特征的共识,为了防止个人偏好和“搭便车行为”降低公共物品的资源配置效率,公共财政经济学者往往提倡由政府、集体、社会公益团体等组织性群体采用非市场化的方式来进行公共物品的配置。

[32] 根据农村用地的实践,一般可以将以下建设项目归类为农村公益性建设:一是农田水利建设,如防洪、防涝、引水、灌溉等设施建设;二是农村道路、公共活动场所、公共设施建设;三是农业教育、科研、技术推广和气象基础设施建设等。

[33] 参见中共中央、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》(2014年1月19日发)。

[34] 参见中共中央、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》(2014年1月19日发)。

[35] 从城乡一体化的视角探讨农村建设用地改革的建议参见高富平:《农村建设用地制度改革研究》,载《上海财经大学学报》2010年第2期。

路,是我国土地利用制度的重大变革,是需要新一轮农村土地制度改革才能完成的制度设计。在民法典编纂中,可以明确农民集体在符合规划和用途管制的前提下可以出让集体经营性建设用地,并规定按照有偿有期限出让的建设用地使用权可以转让、租赁、抵押、入股,享有与城市建设用地相同的权利。

在建设用地上,公益土地使用权不具有商业利用性、可交易性,基本上不会给集体带来经济利益,宅基地用来满足集体成员居住需要,即使脱离身份之后可以转让或抵押,但集体从中不会获取多少收益。但是,集体建设用地使用的出让和转让则可以给农民集体带来丰厚的收益,是农业产业转型期、农村城镇化、城镇城市化发展的主要资金来源。因此,允许农民集体直接出让经营性建设用地使用权并永久获取建设用地转让、抵押、入股等商业性利用的利益,是壮大集体经济,使集体成员分享土地商业化开发利益的主要方式。同时,农民集体经营性建设用地入市(或市场化)必然带动整个农村建设用地市场化改革,对于消弭城乡二元土地制度鸿沟,实现城乡一体化发展具有深刻的制度变革寓意。

在现阶段,集体经营性建设用地直接入市仍然在试点,还没有形成可供复制的制度模式。因此,民法典编纂时,在肯定农民集体具有设定可流转入市的建设用地使用权的同时,还应当保留现行乡镇企业建设用地不得入市流转的规则,除非按照新的有偿有期限规则,将存量建设用地转变为可流转的集体经营性建设用地。

结 语

在当前农村集体土地改革如火如荼的推行过程中,需要我们反思和理清现有框架下物权法表达的不足,并借民法典编纂之机,在物权编中为改革提供前瞻性的法理基础。现阶段集体土地再物权化的困境集中体现在集体土地所蕴含的身份性和团体性上,集体土地的固有属性使其和农民的生存、居住和发展需求紧密相连。而这种身份性正是农村土地市场化的最大阻力。因此在新的物权法表达上,经济发展的需求要在权利初次取得时斩断身份性的勾连,构造有偿有期限的土地使用权,对既有的身份性取得采取补交出让金的方式完成市场化的转变。并在此过程中实化集体所有权的权能,依托间接利用土地的方式让集体真正地享有所有权。同时需要考量不同地区的发展差异,承认农村用地的社会保障功能,给予农民在传统的两权模式和新的三权模式中自由选择的权利,让农民真实的诉求得到最大限度的满足。此外,需要基于土地用途的差异采取不同的物权表达,将公益用地塑造造成非市场化的利用方式。对经营性用地采取市场化的资源配置,在建设用地上采用同地同权,让土地市场化的收益切实地被集体和集体成员所共享。

(责任编辑:肖俊)