武漢大學學報【哲学社会科学版】
WUHAN UNIVERSITY JOURNAL (Philosophy & Social Sciences)
第66卷 第6期 2013年11月
Vol. 66. No. 6 Nov. 2013. 021～026

集体建设用地使用权流转之客体研究

冯 果 陈国进

摘 要：作为集体建设用地使用权的客体，土地的流转历来受到法律的严格管制，它是公法介入私法领域的合理途径。土地用途管制和规划管理两项原则是集体建设用地使用权作为流转客体不同于其他客体的重要特征，基于不同的价值目标和管理需要，不同种类的集体建设用地应当受到不同因素的约束。经营性集体建设用地之流转应该遵循统一市场的原则；非经营性集体建设用地类似于公用物，流转应当受到更严格的限制；现行宅基地使用权制度基于国情需要和带有福利性质，对宅基地流转的限制应视不同情形和不同主体区别对待。

关键词：集体建设用地；集体土地；土地流转；客体

我国现行法律法规对集体建设用地使用权仅允许集体建设用地的被动流转，对主动流转严格限制。这种限制既是对集体建设用地的一种法律歧视，同时也造成集体土地使用的低效和价值贬损，并成为引发种种尖锐社会矛盾和群体事件的重要因素。给予集体建设用地完整物权、逐步取消对集体建设用地流转的不合理限制，在物权平等保护和国家土地管制之间寻找到平衡点，实现国家、集体和个人的协调发展，已成为学界的主流观点。厘清集体建设用地使用权的范围、种类及其权利限制，对其客体属性进行深入研究，对于建构集体建设用地使用权流转制度具有重要意义。

一、集体建设用地使用权客体的范围

从法律规定来看，我国对“集体建设用地”迄今为止尚无一个法定的确切定义。1986年颁布的《土地管理法》将“建设用地”分为“国家建设用地”和“乡(镇)村建设用地”，并在第五章专设“乡(镇)村建设用地”作为一章，该章虽未对“乡(镇)村建设用地”涵义与范围做出界定，但第37条规定“乡(镇)村建设应当按照合理布局、节约用地的原则制定规划，经县级人民政府批准执行。城市规划区内的乡(镇)村建设规划，经市人民政府批准执行。农村居民住宅建设，乡(镇)村企业建设，乡(镇)村公共设施、公益事业建设等乡(镇)村建设，应当按照乡(镇)村建设规划进行”。《土地管理法》于1998年进行了修改，新法删除了“乡(镇)村建设用地”的称谓，将“国家建设用地”和“乡(镇)村建设用地”合称“建设用地”，并对“建设用地”的概念进行了定义，是指因建造建筑物、构筑物使用的土地，包括城乡住宅用地、城乡公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等，并在第43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)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除外”。综上，现行法律主要从建设用地使用权初始取得的权利主体对集体建设用地的范围

进行划分,其范围和类型包括集体组织兴办工商企业或者与其他组织、个人以集体土地使用权作为出资入股、联营等共同举办工商企业所使用的土地;乡(镇)村兴建公共设施及兴办公益事业建设用地;由集体组织依法分配给本集体组织成员用于修建其住宅以及满足基本生活所使用的一定面积的集体土地等。但是,从实际情况看,集体建设用地的范围包括了四个来源:一是来源于历史传承下来的住宅、道路、庙宇、宗祠、乡镇(村)企业、学校用地等,并经过相关部门确权登记颁发集体建设用地使用证的存量集体建设用地;二是经相关部门批准由未利用地、农用地转化而来的新增集体建设用地;三是由历史传承下来长期存在或长期使用但未经确权颁证的集体建设用地,如多数农村道路和水利设施用地;四是集体组织或其成员未经法定程序擅自将未利用地、农地转化成的建设用地。前两者属于合法的集体建设用地,后两者属于不法状态集体建设用地。

由于建设用地特别是用于经营目的的建设用地相对农业用地产值更高,因此,允许集体建设用地流转最大的危险就在于短期内高额回报或价值增长激励着集体组织及其成员随意将耕地、未利用地转为建设用地,导致集体建设用地客体范围的无限膨胀,进而危害国家基本土地政策,因而,能够成为集体建设用地流转客体的只能是合法的集体建设用地而不包括不法状态的集体建设用地。需要说明的是,尽管对于未利用地、农用地如何转化为集体建设用地以及如何防止不法状态集体建设用地流转的制度设计,事关集体建设用地流转制度的成败,但此属于行政学和土地学的研究范畴而已逾越民法学知识的畛域,因而本文将研究范围界定在对存量集体建设用地及已经新设为集体建设用地的土地使用权流转客体的范围、条件及其限制之上,对于权属尚未明晰的不法集体建设用地的流转及其规制则未在本文讨论之列。

二、集体建设用地使用权客体的分类

依现行法律规定,集体建设用地的用地类型分为三种:第一,乡(镇)村企业建设用地。它指乡(镇)村等所属集体经济组织举办的企业和集体经济组织以集体土地使用权作为出资或联营条件、与其他经济组织或个人共同兴办的联营企业所使用集体土地,以及集体组织成员集资联办的企业和集体组织成员的个体企业等使用的集体土地。第二,乡(镇)村公共设施及公益事业用地。公共设施用地是指乡(镇)村为满足村民的生产生活需要,建设如电力、水利、道路、桥梁、通讯等基础设施而使用的集体土地;公益事业用地是指为满足集体成员在教育、文化、体育、医疗等方面需求或为社会公益而由集体组织举办的公益事业使用的集体土地,如医疗机构、学校、公共体育设施、幼儿园、影剧院等占用的土地。第三,宅基地。指农民建造住所而占用的土地,包括农民住宅的主要建筑物和如厕所、畜舍等附属的建筑物以及建筑物周围农户自己使用的土地等。

随着改革开放和经济社会的发展,乡(镇)村企业的构成已经极为复杂,作为一种独立的企业形态实际已不复存在。原有的乡(镇)村企业在改制和转型完成后以及其建设用地使用权在流转后用地单位不再属于原来意义上的乡(镇)村企业。并且,由于改革的逐步深入,乡(镇)村公共设施及公益事业用地的举办主体也已由原来的单一主体变成多元主体,因而再以集体建设用地使用权初始取得人的身份对集体建设用地进行分类显得不合时宜,也不便于依法对其管理。根据集体建设用地的属性不同,本文将集体建设用地分为以下三类:第一,经营性集体建设用地,指权利主体以兴办营利性经济组织为目的取得并使用的集体建设用地,主要包括在集体建设用地兴办工业、商服、仓储、交通运输和旅游等营利项目而使用的集体建设用地。第二,非经营性集体建设用地,指权利主体以兴建公共设施或兴办公益事业为目的取得并使用的集体建设用地,包括为满足居民生产生活需要,建设道路、桥梁、电力通讯设备等基础设施而占用的集体建设用地,以及为满足集体组织及其成员在教育、文化、医疗等方面的需要而兴办的公益事业使用的集体建设用地。第三,住宅类集体建设用地,指权利主体以兴建住宅为目的取得并使用的集体建设用地,包括宅基地及其他在集体土地上建设住宅的用地。

三、对集体建设用地使用权流转客体的限制

作为重要的稀缺资源,土地的流转历来受到法律的严格管制,对集体建设用地流转的客体的限制是

公法介入私法领域的合理途径。允许集体建设用地自主流转，那么需探讨的问题有：何种集体建设用地使用权能够流转？它们各应当受到哪些限制及其理由？本文认为，对集体建设用地作为流转客体的限制，既有共通的普遍性原则，同时，不同种类的集体建设用地应受不同的规制。

（一）对集体建设用地流转限制的共通性原则

1.规划限制原则。对土地利用实行规划管制制度，是世界上多数国家（或地区）的惯例。以美国为例，规划管理的方法是“分区制”，它是美国地方政府进行土地管理的基本方法，“分区”这个词本身是地方政府在土地规划和管理的实践中，通过批准一块土地具有与另一块土地不同的用途，并用地图表示出来而形成的。并且，这种“分区制”并不牵涉土地的所有权性质，它所规范的主要是土地使用权，其核心是既要合理地利用土地资源进行经济开发，又要保护土地的自然属性，避免过度开发破坏环境（张千帆，2013：36）。土地规划管制包括两项主要内容：“其一，规划是土地用途管制的前提与基础。土地利用规划是实施用途管制的依据、基础，用途管制则是落实土地利用规划的手段和方法。凡是实施土地用途管制的发达国家（或地区），都有比较完善的土地利用规划制度。二是对非农用征地严格加以限制。世界各国（或地区）在私有财产和社会公共利益发生冲突时，都有社会公共利益优先的原则，但优先原则不能滥用，必须是真正的社会公共利益需要”（张志强，2010：19）。土地规划是确保土地总供给和总需求基本平衡、合理调节土地价格、有效调整土地利用结构以及实现土地用途管制的重要手段。土地利用规划包括土地利用总体规划和专项规划。有学者指出，土地利用总体规划是指“一定规划区域内，根据当地自然和社会经济条件及国民经济发展的要求，确定或调整土地利用结构、利用布局的宏观战略措施”（郭洁，2004：1）。我国土地利用总体规划按照行政区域分为全国级、省级、地（市）级、县级、乡镇级五级。土地利用规划的目的是根据国土资源的供给和人口、经济发展情况，平衡土地需求关系，实现供求总量的平衡。不论各国的土地资源分布和拥有量的差异如何，土地规划制度的核心内容都是配比土地供给和需求的关系，遏制土地过度开发，以实现土地资源的可持续利用。许多国家都颁布了土地规划方面的法律。例如，1950 年、1962 年日本先后颁布了《国土综合开发法》、《全国综合开发法》；20 世纪 60 年代法国政府实施“大都市平衡政策”，70 年代以后又开始实施一系列国土开发整治计划；原苏联也在全国经济区划的基础上完成了国土规划（肖国兴，1999：151）。我国没有专门的土地规划法，但在《土地管理法》中用专章对土地利用总体规划作了规定，其中包括土地利用总体规划的依据、原则、审批程序，它为土地利用总体规划确定了基本的制度和原则。集体建设用地无论是经营性、非经营性还是住宅类用地，其流转均应用符合国家规划管理的要求。

2.用途限制原则。用途限制原则，即“流转不得变更用途”的原则下，指集体建设用地流转时，非依法不得改变原来的土地用途。由土地的天然属性所决定，为保证土地资源的合理利用，国家通过编制土地利用规划，依法划定土地用途分区，确定土地使用限制条件，实行用途变更许可的强制性管理制度。依据《土地利用现状分类》的规定，我国土地用途分类采用两级分类体系，共分为 12 个一级类，56 个二级类（赵金龙，2012：12）。我国《土地管理法》将土地用途分为农地、建设用地和未利用地三类，目前土地用途管制按该三大类划分标准进行，其中建设用地按使用用途的不同又区分为商服用地、工矿仓储用地、公共设施用地、公共建筑用地、住宅用地、交通运输用地、水利设施用地和特殊用地等八种。用途限制原则在维护公共利益、保障可持续发展和促进土地资源可持续利用等方面有着重要作用。第一，禁止土地所有权人和使用权人实施危害和可能危害公共利益的土地用途。为防止土地使用权人滥用权利，多数国家均通过土地用途管制原则对私人土地所有权或土地使用权设置行权边界并给予了必要的限制，以防止其在利用土地时危害社会公共利益；第二，合理使用土地，通过土地用途管制避免不适当的土地利用方式，以发展生产和保护和改善生态环境，并防止因土地自由流转可能导致的土地资源的错误分配和土地利用外部不经济效果。第三，控制土地开发利用速度、规模和强度，使整个土地利用符合经济社会发展速度。第四，防止土地细碎化，通过用途限制，使所有权和使用权人对土地的分割受到限制，从而防止土地细碎化。流转不改变土地原有用途，是集体建设用地使用权作为流转客体不同于其他客体的重要特征。

(二) 对经营性集体建设用地使用权的流转限制

在实践中,集体建设用地使用权流转多数情形下发生在经营性集体建设用地之上。经营性集体建设用地,主要包括在集体建设用地上兴办工业、商服、仓储、交通运输和旅游等项目并以营利为目的使用土地。依现行法律法规的规定,经营性集体建设用地的取得人和受让人必须是乡(镇)村等所属集体组织举办的企业和集体经济组织以集体土地使用权作为出资或联营条件、与其他经济组织或个人共同兴办的联营企业,以及集体组织成员集资联办的企业和集体组织成员的个体企业。但是,从乡(镇)村企业日蹙的趋势看,将经营性集体建设用地的权利主体限定为集体经济组织及其成员或与其联营、入股的企业既不符合"财富最大化的原则就要求把权利授予那些可能最珍视这些权利的人,以此来使交易费用最小化"理论(波斯纳,2008:61),采用权利主体身份限制的方法亦与物权平等的民法基本原理明显相悖。由集体土地的特殊性和土地资源稀缺性所决定,经营性集体建设用地使用权的流转应当受到规制,但这种规制应当是对客体范围、使用用途以及流转方式的限制而非对主体身份的限制。客体的限制包括:第一,属集体土地,产权明晰、权限清楚;第二,属合法建设用地,非农用地或未利用地,并取得相关部门批准;第三,在批准使用年限内转让。

诚如前文所言,"流转不得变更用途"作为普遍性原则当然适用于经营性集体建设用地使用权的流转,即未经批准,流转不得改变土地原有用途,但问题在于:第一,经营性集体建设用地的用途包括商服业用地、工矿仓储业用地、交通运输业用地和旅游业用地,但权利主体在企业改制或变更经营范围后能否调整土地用途,如将商服用地改为工矿或仓储业用地?或者将交通运输业用地调整为旅游业用地?第二,经营性集体建设用地能否转化为非经营性集体建设用地?如将工矿仓储用地转变了公益事业用地,是否当然丧失集体建设用地使用权?对于第一个问题,本文认为,现代企业对经营范围进行调整多数情形下属于其意思自治范围,但基于土地的天然属性和集约节约使用土地的需要,为加强土地用途管理和保护集体土地所有权人利益,对土地用途的调整即使是微调都应事先征得土地管理部门的批准和土地所有权人的同意;对于第二个问题,基于对公益性事业的鼓励与支持,经营性用地转化为公益性非经营性用地法律应当允许,且此种变动不应丧失集体建设用地使用权,但此种变动不可逆向而为。

我国《物权法》第 143 条规定:"建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押,但法律另有规定的除外"。《物权法》第 146 条、第 147 条规定:"建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的,附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分","建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的,该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分"。物权法所规定的转让、互换、出资、赠与或者抵押等流转方式是否全部适用于经营性集体建设用地?作为经营性用地,对集体建设用地使用权流转方式不应与国有建设用地作差别性规定,应当按照"同地、同权、同价"的原则(高圣平等,2007:62),建立城乡建设用地使用权统一流转市场,完善市场的规则,保证市场主体公平竞争。

还需要讨论的问题是,集体建设用地使用权的流转是否要受到集体组织及其成员优先购买权的限制?本文认为,对于经营性集体建设用地,不宜赋予集体组织及其成员优先权。如同国有建设用地一样,各类主体在统一土地流转市场中通过市场竞争机制获得集体建设用地使用权,在这样的市场中不宜赋予任何人优先权,否则构成对市场竞争机制的破坏,同时实质上也是对非集体性质主体的歧视。况且,在集体建设用地使用权初次流转之时,集体组织作为出让方可以依法行使选择权和处分权,决定是否给予本集体组织或其成员开办的经济组织对于集体土地的优先使用权。在集体土地所有权人向他人出让并设立与所有权分离的建设用地使用权后,应包含集体组织或其成员对该建设用地使用权的优先权,除非在出让合同中另有保留优先权的特别约定,否则再次流转无需再征得集体组织及其成员意见,而迳由交易双方办理完成权属移转登记即可。

(三) 对非经营性集体建设用地使用权的流转限制

非经营性集体建设用地使用权是指乡(镇)村公共设施、公益事业集体建设用地使用权,包括为满足村民的生产生活需要,建设道路、桥梁、水利设施、电力通讯设备等基础设施而使用的集体土地以及为满

足集体成员文化、教育、体育、医疗等方面需求而举办的公益事业使用的集体土地。非经营性集体建设用地多数表现为在历史中形成的存量建设用地，在新农村建设和城镇化进程中也表现为新增集体建设用地。

非经营性集体建设用地与公用物的性质非常类似。在古罗马法中，物区分为交易物和非交易物，设置不同的规则。公用物被划入非交易物中，原则上被排除在私法调整范围之外，此对近现代大陆法系各国物权立法产生较大影响（高富平，2002：777）。在《物权法》的制订过程中，不少学者也曾提出对公用物进行不同法律调整和权利配置的建议，但最终颁布的《物权法》仅规定了对自然资源、城市国有土地以及其他部分公用物（如公路）等属于国有产权的公用物的特殊调整规则，对其他公用物尤其是集体产权公用物如何调整则没有规定。从“法不禁止即自由”私法原理看，非国有产权的公用物在我国的流转并未受到法律禁止。进而言之，对于非经营性集体建设用地流转，我国法律法规并未完全禁止。基于非经经营性集体建设用地目的的特殊性，非经营性集体建设用地在流转方式以及流转程序上，除应当受规划限制、用途限制以及遵守经营性集体建设用地使用权在流转方式的限制外，为了确保公共利益不受损害，还应遵守以下原则：第一，存量非经营性集体建设用地使用权的初次转让应该征得集体组织及其成员的同意和行政机关的批准；第二，非经营性集体建设用地使用权人如非为集体组织本身，权利人如在相邻土地上同时获得经营性集体建设用地使用权和非经营性集体建设用地使用权，其非经营性集体建设用地使用权禁止单独转让；第三，非经营性集体建设用地使用权事关公益，其流转方式应参照采用国有财产的流转方式，并禁止协议流转方式。

（四）对住宅类集体建设用地使用权的流转限制

住宅类集体建设用地使用权主要表现为宅基地。我国宅基地使用权是在特定的历史条件下产生的，具有一定的福利性质。宅基地使用权主体原则上应为集体经济组织成员，一般也仅能在集体经济组织内部流转，不能流向集体成员以外的人。但是，根据《土地管理法》以及相关司法解释等规定，对一些特殊情形下的转让方式的还是认可的：第一，因继承引起的转让问题，被继承人死亡留下宅基地而又没有继承人仍然是集体组织成员，无集体组织成员身份的继承人继承该宅基地使用权是被允许的；第二，因农转非等原因将户口迁出而导致的转让。随着城市化进程和社会的发展，农民进城经商或务工已十分普遍，一部分农民迁居城市并丧失集体户籍，但仍然保留着原宅基地。现行法律对宅基地的流转一直持异常谨慎的态度，但不少学者持反对意见。认为：第一，从城乡一体化角度来看，既然要解决城乡的二元结构问题，没必要分成农村房屋和城市房屋；第二，从保护私权的角度来看，如仅限于为集体经济组织内部成员之间的流转，农村房屋的价值难以通过交换来实现；第三，从社会保障角度看，社会保障和社会福利是社会对某一特定群体的成员提供的福利或保障，而宅基地使用权本身是权利人所享有的权利，并非是国家和社会对集体成员实施的某种保障；第四，从实践中看，随着城镇化的发展，农民进城已成趋势，造成大量宅基地闲置，宅基地使用权流转有利于物尽其用。

宅基地作为我国农民安家乐业之稀缺土地资源，又同时考虑有条件进入市场的问题，或许本身就是一个准天然的悖论（陈小君等，2010：10）。但是，我国各地经济发展水平极不平衡，集体组织成员的经济能力也更不相同，根据国情、区情和个体差异的不同构建科学合理、因地因人制宜的宅基地流转制度是为最佳选择。对于条件具备的地区和条件具备的集体组织成员，应当允许其转让宅基地使用权。具体而言：第一，对于社会保障制度已经相当完善的地区，应构建农民有条件的有偿退出集体的机制。第二，对于经济条件良好并已在城镇购买自有住房的集体组织成员，由于宅基地对其的保障功能已经丧失，因而应允许其通过市场流转并获得对价；同时，对无其他自有住房者，禁止转让宅基地使用权。第三，在允许宅基地的对外流转时，基于宅基地取得的无偿性，应同时赋权于集体组织以及集体组织成员基于所有权、成员权的优先购买权；第四，宅基地使用权出让人应不再享有本集体宅基地使用权的福利，而受让人获得的宅基地使用权后不得改变其所有权性质与用途；第五，为避免宅基地允许流转后导致土地兼并和资源浪费，对宅基地使用权受让人的资格进行严格审查，规定任何人只能拥有一处宅基地使用权，并且严格禁止在城镇已有自有住房者购买宅基地使用权。

四、结　语

从私法而言,权利在不同主体之间配置,通过权利的配置,最大限度地发挥交易客体的价值,实现权利人利益的最大化,并可促进物尽其用。但是,作为集体建设用地使用权的客体,土地的流转历来受到法律的严格管制。集体建设用地的客体可以分为三类:经营性集体建设用地、非经营性集体建设用地和住宅类集体建设用地。三种不同类型客体的流转除应遵守土地用途管制和规划管理两项共同原则外,经营性集体建设用地的流转还应遵循统一市场的原则;非经营性集体建设用地类似于公用物的范畴,其流转应当受到更严格的限制;现行宅基地使用权制度基于国情需要和带有福利性质,对宅基地流转的限制应视不同情形区别对待。

参考文献:

[1]　波斯纳(2008).司法和正义的经济学,中国政法大学出版社.
[2]　赵金龙等(2012).农村土地流转与征收,金质出版社.
[3]　陈小君等(2010).宅基地使用权制度:规范解析、实践挑战及其立法回应,管理世界,10.
[4]　高富平(2002).物权法原论,中国法制出版社.
[5]　高圣平等(2007).集体建设用地进入市场:现实与法律困境,管理世界出版社.
[6]　肖国兴(1999).自然资源法,法律出版社.
[7]　张志强(2010).农村集体建设用地"入市"研究,中共中央党校.
[8]　张千帆(2013).土地管理制度比较研究,中国民主法制出版社.

The Object Study of the Use Rights Transfer of the Collective Construction Land

Feng Guo (Professor, Wuhan University)
Chen Guojin (Doctoral Candidate, Wuhan University)

Abstract: As the object of collective construction land use rights, land circulation is strictly regulated by law, it is a reasonable way in the field of public intervention in private law. Two land use control and planning management principle is the collective construction land use rights as the important characteristics of transfer object is different from other object, based on different value goals and management needs, different kinds of collective construction land shall be constrained by different factors. Management of collective construction land circulation should follow the principle of the single market; Non-operating collective construction land is similar to the public, the circulation should be more strict limits; And the current system of housing land use right based on the needs and welfare conditions and the restrictions on the land circulation should be depending on different circumstances and different subjects.

Key words: the collective construction land; collective land; land circulation; the object

■**作者简介**:冯　果,武汉大学法学院教授,博士生导师;湖北 武汉 430072。Email:fxyfg@whu.edu.cn
陈国进,武汉大学法学院博士生,广东省高级人民法院民三庭庭长,高级法官。

■**基金项目**:教育部人文社会科学规划基金项目(11YJA820017)
■**责任编辑**:车　英