

集体经营性建设用地入市范围的政策逻辑与法制因应

欧阳君君*

摘要:集体经营性建设用地入市是否应以土地利用规划确定的城镇建设用地范围(即“圈内”)为界,地方实践与试点改革未能提供明确答案,国家立法也不明晰,理论界更是分歧不断,难以达成共识。但是,集体经营性建设用地入市改革为中央所确认与推动,在此基础上,建立统一的城乡建设用地市场、实施征地制度改革,以及完善土地增益分配机制等相关政策,构成集体经营性建设用地可以直接进入“圈内”的政策逻辑。集体经营性建设用地入市对现行法制提出了挑战,直接进入“圈内”更需专门的法制变革,包括承认城市土地可以属于集体所有、建立民主的“两规”制定机制以及城镇集体经济组织成员有序退出机制。

关键词:集体经营性建设用地 入市改革 城镇建设用地范围

党的十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)明确提出:“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。”此后,中央在全国范围内布置入市的试点改革,2019年新修改的《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)则首次将直接入市写入法律。但时至今日,实务界与理论界对集体经营建设用地入市依旧存有诸多分歧。其中,争点之一是入市范围应当如何确定,即集体经营性建设用地入市是否应该限定在“土地利用规划确定的城镇建设用地范围外”,又可称为入市“圈内”与“圈外”之争。确定集体经营性建设用地入市范围有极为重要的现实意义,这直接决定了土地一级市场的重构力度,并与土地征收、地方土地财政、土地增益分配等制度直接勾连,甚至对城乡统筹发展、维护社会公平等产生深远影响。为此,本文尝试在对集体经营性建设用地入市范围的地方实践与理论争议予以梳理的基础上,分析背后产生分歧的缘由,明确入市范围的政策逻辑,进而提出相应的法制变革策略。

* 江西财经大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(17BFX085)

一、集体经营性建设用地改革中入市范围的实践之惑

1982年修改的《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)规定:“城市的土地属于国家所有”,《土地管理法》则进一步规定城市市区的土地属于国家所有,并强调各种建设以使用国有土地为原则,在法律层面上排除了集体土地直接进入“圈内”的可能性。但是,为了满足经济与社会发展之需,20世纪90年代,不少地方政府突破法律规定,开展集体建设用地流转的实践。在流转范围方面,有的地方规定集体建设用地只能在城镇规划区外流转;^①有的地方规定流转只限于批准的试点区域;^②有的地方则不设界别,集体建设用地在本行政区内皆可流转。^③

面对地方的改革探索,中央的态度由默许、禁止又逐渐转向认可。1999年之后,原国土资源部陆续批准了安徽省、广东省、上海市等多个地市的集体建设用地流转试点改革方案。然而,地方改革经验并未转化为国家立法,相反,2004年修改的《土地管理法》对集体建设用地流转予以明确禁止,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”。吊诡的是,国务院在同年发布的《关于深化改革严格土地管理的决定》又允许集体建设用地使用权依法流转,从而以中央政策的名义撕开了《土地管理法》禁令的口子。

2008年党的十七届三中全会通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》提出了“逐步建立城乡统一的建设用地市场”之目标,但是,经营性建设用地入市区域被限定为“土地利用规划确定的城镇建设用地范围外”。2013年《决定》则取消了这一限制。2014年,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《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》,把“明确农村集体经营性建设用地入市范围”作为改革试点主要任务之一,并未对入市做“圈内”“圈外”的区分,但与此同时,该意见又将入市对象限定于“存量”集体经营性建设用地。^④

2019年8月全国人大常委会做出了修改《土地管理法》的决议,删除原第43条关于建设用地以使用国有土地为原则的规定,新增第63条规定,即“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途,并经依法登记的集体经营性建设用地”,可以依法进行流转。但是,该条文中的建设用地是指新增还是存量集体经营性建设用地,以及“圈外”用地能否直接进入“圈内”,并不明晰。同时,新《土地管理法》第45条确立的征地公益条款虽有利于缩小征地范围,但该条款所确定的“成片开发”征地情形又为政府土地征收留下了巨大空间。但无论如何,从逻辑上讲,

① 参见《河北省集体建设用地使用权流转管理办法(试行)》第2条、《无锡市集体建设用地使用权流转管理暂行办法》第2条。

② 参见《安徽省集体建设用地有偿使用和使用权流转暂行办法》第2条、《昆明市集体建设用地使用权流转管理办法》第2条。

③ 参见《大连市集体建设用地使用权流转管理暂行办法》第3条、《成都市集体建设用地使用权流转管理暂行办法》第2条、《长沙市集体建设用地使用权流转管理暂行办法》第3条、《南京市集体建设用地使用权流转管理办法》第2条。

④ 33个试点地中的大部分试点地把入市土地界定为“存量”集体经营性建设用地,把入市范围限定于“圈外”,但也有部分试点地突破了“存量”与“圈外”的限制。参见宋志红、姚丽、王柏源:《集体经营性建设用地权能实现研究——基于33个试点地区入市探索的分析》,《土地经济研究》2019年第1期。

在土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内使用集体土地,若不属于第45条规定的公益情形,则政府不能动用征地权,而是应允许集体经营性建设用地直接入市,以满足用地需求。同期进行的《中华人民共和国房地产管理法》(以下简称《房地产管理法》)的修改情况,亦印证了立法者对入市范围的“摇摆”心态。因此,修法之后虽然中央有关部委提出“全面推开农村集体经营性建设用地直接入市”,^①但地方政府更多是谨慎地采用试点方式实施新法的入市规定。

二、集体经营性建设用地入市范围的理论之争

集体经营性建设用地入市范围的理论之争由来已久,并主要形成了三种观点:“圈外说”“圈内说”与“折中说”。所谓“圈外说”,是指集体经营性建设用地入市范围应限于土地利用规划确定的城镇建设用地范围外,而“圈内”的集体经营性建设用地仍应按照先征收后出让的传统模式运作。持“圈内说”的学者认为,在符合土地利用总体规划与城乡规划的前提下,集体经营性建设用地入市范围不受限制,可以直接进入“圈内”。持“折中说”的学者认为,应该根据集体土地的性质以及我国法律尤其是宪法规定选择入市的途径。这三种观点之间的分歧主要体现在以下方面:

第一,对《宪法》相关规定的理解不同。《宪法》第10条第3款规定:“城市的土地属于国家所有。”集体经营性建设用地直接进入“圈内”明显与之冲突。为此,有持“折中说”的学者提出,对于城市规划范围区内的农村集体经营性建设用地,可以采用征购而非征收的方式收归国有,而后再予出让,或者把集体土地转为国有土地,农民取得一定年限的使用权,并可将其流转收益。^②持“圈内说”的部分学者基于现实中大量“城中村”之存在事实,认为《宪法》第10条第3款实际处于某种虚置状态,城市规划可以通过土地用途和使用强度管制以及征收特定土地的发展权来实现,政府不必在意被管制的土地是否国有。^③另有学者主张以修改宪法的方式承认城市土地可以属于集体,为集体经营性建设用地直接进入“圈内”扫除宪法障碍。^④

第二,对集体土地所有权与农民集体经济组织的认知不同。持“圈内说”的学者认为,对不同所有权给予同等地位,方符合物权一体保护的原则。^⑤将集体经营性建设用地入市范围限定于“圈外”,是对农民集体所有权的歧视,并固化了土地征收“抑私扬公”的理念,导致征地权的滥用。同时,应对集体土地所有权主体进行民法改造,使农民集体成为独立法人与市场主体,^⑥以确保入市之后集体土地所有权的延续性。持“折中说”与“圈外说”的学者则认为,集体土地所有权虽然为“集体私权”,但同时具有公法或社会法属性,集体土地属于农民的“生产资料”,承担了农村

① 国家发展改革委印发的《2020年新型城镇化建设和城乡融合发展重点任务》[发改规划(2020)532号]。

② 参见房绍坤:《农村集体经营性建设用地入市的几个法律问题》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2015年第3期;韩松:《城镇化进程中入市集体经营性建设用地所有权归属及其与土地征收制度的协调》,《当代法学》2016年第6期。

③ 参见汪晖:《中国征地制度改革:理论、事实与政策组合》,浙江大学出版社2013年版,第36页。

④ 参见温世扬:《集体经营性建设用地“同等入市”的法制革新》,《中国法学》2015年第4期。

⑤ 参见陈小君:《我国〈土地管理法〉修法的民法思考》,载麻昌华主编:《私法研究》(第23卷),法律出版社2018年,第7页。

⑥ 参见高飞:《集体土地所有权主体制度研究》,中国政法大学出版社2017年版,第186~199页。

社会保障功能;^①进入“圈内”之后,集体土地功能将发生变化,持“圈内说”的学者主张以股份公司形式改造农民集体,将导致土地成为集体成员的私产,这与坚持土地公有制相背离。^②

第三,对土地财政的功能与城市建设的性质的认知不同。持“圈内说”的学者认为,支撑政府运行的财政收入应该是税收而不是非税收入,不允许集体经营性建设用地“入圈”就是继续坚持土地财政的老路。^③持“圈外说”的学者则认为,土地财政无论是过去还是将来对城镇化建设的贡献都不可忽视,而城镇化能够提升经济社会发展水平,改善民众生活质量,乃公益之表现。^④我国既有的土地制度整体上是合理的,土地制度改革应该是小补而非大修。

第四,对集体经营性建设用地进入“圈内”是否会引致社会不公的认知不同。持“圈内说”的学者认为,城镇化过程应该是市场导向、农民自主的过程。^⑤鼓励集体经营性建设用地直接“入圈”,对于壮大农村集体经济、增加成员收益、缩小城乡差距具有重要的历史意义与现实价值。^⑥持“圈外说”的学者则认为,直接“入圈”有损社会公平。因为能够进入“圈内”的集体经营性建设用地主要为郊区集体土地,只能使占比极少的农民获益,形成事实上的土地食利者集团。^⑦此外,同一区域不同用途定位的土地价值相差甚大,实践中农民都会极力追求高价补偿,引发新的社会不公与社会矛盾,以致阻碍城镇化的进程。^⑧更为严重的是,允许直接进入“圈内”就是同意把农地转变为私有财产,这将直接破坏“地尽其利、地利共享”的土地制度宪法秩序。^⑨

最后,对于集体经营性建设用地能否“入圈”的技术性考量不同。持“圈内说”的学者认为,划分“圈内”与“圈外”在技术上并不可行。这是因为,一旦以“土地利用规划确定的城镇建设用地范围”作为是否入市的界限,各方主体就都会极力影响这个“圈”的划定,极有可能导致“圈”的范围被不合理放大,使得入市改革举措大打折扣。^⑩持“圈外说”的学者同样认为直接“入圈”存在技术障碍。因为城市规划区内的公益与非公益项目往往相互交织,临近区域将被规划为不同用途的集体土地。由于公益用地的征收价格较低而商业住宅用地因自由交易而价格较高,因此势必引起被征地人的不满,倘若按照商用地价格提高征收补偿标准,那么又将给政府带来极大的公共财政负担。^⑪如何界定“圈内”土地的不同用途,同样会引发各种利益纠纷。

总之,任何一项制度安排、选择与变革都不是随意决定的,而是人们依据成本收益分析进行权衡的结果。^⑫无论是“圈外说”“圈内说”还是“折中说”,都是地方政府及有关学者在选择不同路径时对入市改革成本与效益综合考量后得出的不同结论。然而,问题在于:(1)我国地方经济发展不平衡,不同地区的政府会基于自身情况区别对待土地制度的改革政策。例如,经济发达地

① 参见韩松:《农民集体土地所有权的权能》,《法学研究》2014年第6期。

② 参见华生:《土地制度改革焦点难点辨析》,东方出版社2015年版,第29~30页。

③ 参见王克稳:《非经营性土地征收》,《法律适用》2019年第1期。

④ 参见桂华:《中国土地制度的宪法秩序》,法律出版社2017年版,第65页。

⑤ 参见张千帆:《城市化不需要征地——清除城乡土地二元结构的宪法误区》,《法学》2012年第6期。

⑥ 参见陈小君:《我国农村土地法律制度变革的思路与框架》,《法学研究》2014年第4期。

⑦ 参见贺雪峰、桂华、夏柱智:《地权的逻辑3》,中国政法大学出版社2018年版,第39页。

⑧ 参见李太森:《农村集体经营性建设用地入市的难点问题论析》,《中州学刊》2019年第1期。

⑨ 参见贺雪峰、桂华、夏柱智:《地权的逻辑3》,中国政法大学出版社2018年版,第39页。

⑩ 参见宋志红:《中国农村土地制度改革研究》,中国人民大学出版社2017年版,第256页。

⑪ 参见华生:《土地制度改革焦点难点辨析》,东方出版社2015年版,第27页。

⑫ 参见张曙光:《制度均衡与制度变革》,《经济研究》1992年第6期。

区工业用地需求较大,政府虽然会因集体土地直接进入“圈内”而失去部分土地出让金,但完全可以通过发展工业、扩大税源等途径弥补这一损失,其推进集体经营性建设用地入市意愿更为强烈;相比之下,经济欠发达地区的工业用地交易不活跃,地方政府对土地出让金较为依赖,因此对于直接进入“圈内”的改革,其意愿并不坚决。(2)制度改革成本效益不易衡量。集体经营性建设用地直接进入“圈内”,对征地制度、政府财政收入、经济发展模式、土地收益分配机制乃至社会公平等都将产生深远影响,但是评价其中任何一个因素皆非易事。例如,是否继续政府低价征地以促进工业发展的模式,赞成者认为,传统制度体现了我国的制度优势;反对者则认为,这一制度不可持续且导致土地利用效率低下、破坏耕地等。^①(3)地方探索与试点改革在入市范围方面积累的经验有限。20世纪90年代,尽管有些地方允许集体建设用地直接进入“圈内”,但也只针对存量而非新增建设用地。近年的试点改革,多数地方也主要围绕存量土地“做文章”。整体而言,我国集体经营性建设用地入市改革经验,在入市范围方面较为有限。

集体经营性建设用地入市范围之争,其实质是我国经济社会发展与土地管理的模式之争。认同我国现行土地管理模式并认为应继续发挥其在经济社会发展中的作用者,主张“圈外说”,并认为“小修小补”足以解决土地征收所引发的各种社会问题;相反,认为现有土地管理模式存在巨大弊端者,则主张必须采取制度性变革,从而形成“圈内说”;而赞同集体经营性建设用地改革总体方向且认为需严格遵守《宪法》规定者,则采用“折中”之观点。

三、确定集体经营性建设用地入市范围的政策逻辑

我国土地制度改革之路颇为曲折甚至有所反复,但中央划定了改革底线并明确了改革方向。本文从重要政策层面切入分析,认为确立集体经营性建设用地入市范围的政策逻辑如下:首先是“目的逻辑”,即选择何种入市范围与“建立城乡统一的建设用地市场”这一目标相一致;其次是“体系逻辑”,即中央关于征地制度的改革政策能否允许集体经营性建设用地直接进入“圈内”;最后是“结构逻辑”,即已有的土地增值收益分配政策是否意在协调政府与农民间的利益关系。

(一)确定入市范围的“目的逻辑”:同价同权、城乡统一的用地市场

《决定》明确提出建立同价同权、城乡统一的用地市场。集体经营性建设用地能否直接进入“圈内”,应该从《决定》中寻找答案。

一是对象上,城乡统一的建设用地应包括国有建设用地与集体经营性建设用地。学界目前有一种重要观点:中央之所以实施集体经营性建设用地入市改革,目的是盘活20世纪70年代之后发展乡镇企业过程中形成的四千两百多万亩集体经营性建设用地;至于未来土地利用总体规划所确定的集体经营性建设用地,应依旧采用“先征地后转让”的传统模式。^②我们认为,这种认识至少会引发如下几个问题:(1)人为分割、制造出存量与增量建设用地两个土地市场,对于相同性质的土地采取“直接入市”与“间接入市”两种不同规则,与改革所追求的“统一市场”相悖。(2)“缩小征地范围”、尽量实现公益与非公益的区分,是中央改革征地制度的重要举措。增量集体经营性建设用地不能直接入市,旨在维持传统征地模式,将所有征地情形都纳入名义上的公益范

① 参见刘守英:《中国土地制度改革的方向与途径》,《上海国土资源》2014年第1期。

② 参见贺雪峰、桂华、夏柱智:《地权的逻辑3》,中国政法大学出版社2018年版,第126、275页。

围,与征地改革方向不符。(3)引发新的社会不公平。经济发达的东部试点改革成绩大,农民受益颇丰,这是建立在当地集体建设用地存量、用地需求旺盛等基础上的,^①但从全国范围看,存量集体经营性建设用地分布不均衡,不允许新增集体经营性建设用地直接入市,中西部农民难以从改革中获利。并且,不少改革试点地区的数据表明,闲置的集体经营性建设用地并不多甚至基本没有,若只限于存量建设用地入市则会导致改革几乎失去意义。^②(4)中央新近政策认可了部分试点地区所采取的异地调整入市措施,^③即把零散的集体经营性建设用地复垦成农用地后,将用地指标予以整合,集中到产业聚集区进行入市,而这些区域基本处于城镇规划区内。此外,中央推行“三块地”的联动改革,允许把“有偿收回的闲置宅基地、废弃的集体公益性建设用地转变为集体经营性建设用地入市”,^④而此类集体建设用地为增量用地而非存量用地。(5)新《土地管理法》第63条并未强调可入市的集体经营性建设用地为存量土地,也就是说,判断能否入市的依据应该“是规划而非现状”。^⑤

二是内容上“同等入市、同价同权”。首先,关于“同等入市”的理解。《决定》只是强调集体经营性建设用地入市的前提是“符合规划和用途管制”。因此,同等入市是指在符合这一前提下,以直接入市方式满足非公益性用地需求,实现集体土地所有权物权属性与权能构造,^⑥以改变国有建设用地独家在平台上交易而集体建设用地在灰市上非规范交易的格局。^⑦其次,关于“同权同价”的理解。无论是集体还是国有经营性建设用地,只要具有相同的用途,其所有权人就拥有相同的权利。入市结果上,相同区域的建设用地受市场规律的调整,只要规划用途类型相同,其价值就应大体相同,从而实现“同价”。

此外,《决定》提出“建立有效调节工业用地和居住用地合理比价机制,提高工业用地价格”,2020年3月30日中共中央、国务院发布的《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》亦要求推进土地要素市场化配置,“调整完善产业用地政策,创新使用方式,推动不同产业用地类型合理转换”。这应被理解为,发挥市场的作用以及减少政府干预(如为招商引资而有意压低工业用地价格),逐步消除因出让方式不同而导致不同经营性建设用地之间不合理的价格差距,使土地用途更易转换、土地使用权更易流通。这与建立城乡统一建设用地市场内在契合。

(二)确定入市范围的“体系逻辑”:协调与征地范围的关系

集体经营性建设用地直接入市、征收集体土地以及已有的国有建设用地,构成城镇建设用地的供给来源。直接入市的范围与征地的适用范围形成互相消弭的关系:集体经营性建设用地若可以直接进入“圈内”,征地范围则大大缩小;反之,征地将固守供给城镇建设用地主渠道的地位。因此,集体经营性建设用地能否直接进入“圈内”,可从我国征地制度改革的方向作反向推论。

① 参见章俊、赵旭、姚叶平:《农村集体经营性建设用地入市的“德清实践”》,《浙江国土资源》2020年第4期。

② 参见杨遂全:《论集体经营性建设用地平等入市的条件与路径》,《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2019年第4期。

③ 2019年4月15日中共中央、国务院发布的《关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见》、2019年12月19日国家发改委等多部门联合印发的《国家城乡融合发展试验区改革方案》。

④ 2019年4月15日中共中央、国务院发布的《关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见》。

⑤ 宋志红:《集体建设用地使用权设立的难点问题探讨》,《中外法学》2020年第4期。

⑥ 参见温世扬:《集体经营性建设用地“同等入市”的法制革新》,《中国法学》2015年第4期。

⑦ 参见刘守英:《十八届三中全会后的土地制度改革及其实施》,《法商研究》2014年第2期。

1. 关于征地范围改革

一定意义上,以往我国城乡规划变更与扩张的过程,即为推进土地征收的过程。宽泛的征地范围为我国经济社会发展提供了大量土地,但其所造成的社会负面影响也十分明显。中央亦已意识到缩小征地范围的必要性与紧迫性,党的十七届三中全会与党的十八届三中全会都强调要“缩小征地范围”。近几年《土地管理法》的修改动向,也为我们理解征地范围改革,以及该改革与集体经营性建设用地入市范围的关系,提供了一个良好的观察视角。

2017年国土资源部发布的《土地管理法(修正案征求意见稿)》、2019年1月全国人大常委会公布的《土地管理法(修正案)草案》、2019年7月全国人大常委会公布的《土地管理法修正案(草案二次审议稿)》,以及2019年8月新修改的《土地管理法》都对征地情形作了规定并前后有所变化。四个版本的共同之处是对公共利益都做了相对明确的列举,把军事外交用地、能源交通等基础设施用地等视为公共利益需用地。不同之处则表现为:(1)2017年《土地管理法(修正案征求意见稿)》将公共利益界定为“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展”,并以“法律、行政法规规定的其他公共利益的需要”作为兜底条款;2019年1月的《土地管理法(修正案)草案》未强调征收的公益需要,兜底条款改为“法律规定可以征收农民集体所有土地的其他情形”;2019年7月的《土地管理法修正案(草案二次审议稿)》以及新《土地管理法》重新强调征收是“为了公共利益的需要”,兜底条款也仅为“法律规定为公共利益需要……的其他情形”。由此可以看出,征地应受到公共利益何等程度的拘束,立法者颇显踌躇。但是,为尽量减少争议,《土地管理法修正案(草案二次审议稿)》及新《土地管理法》明确征收需要基于公共利益,同时删除“促进国民经济”等界定用语,并强调唯“法律”方可规定征地的其他情形,缩小征地范围的意图实为可察。(2)2019年《土地管理法(修正案)草案》及《土地管理法修正案(草案二次审议稿)》将2017年《土地管理法(修正案征求意见稿)》规定的“由政府为实施城市规划而进行开发建设的需要”,修改为“由政府土地利用总体规划确定的城镇建设用地范围内组织实施开发成片建设需要土地的”,新《土地管理法》进一步强调成片开发须“经省级以上人民政府批准”。“成片开发建设”需要符合一定的标准,^①其范围无疑要小于“实施城市规划而进行开发建设”。并且,我们认为,政府组织实施“成片开发”并不能被理解为必然实施征收,而应该先允许集体组织可以根据规划选择自主开发或将土地推入市场,以满足成片开发的土地需求。只有这一条件不可成就时,政府才可强制征收土地。如此才符合新《土地管理法》征地公益条款的“确需”之意蕴。^②简言之,修法动态表明了征地的公益范围整体上在不断缩减,即使成片开发所需土地如何供给尚存争议,但是,城镇建设用地范围内的非“成片开发建设”所需土地,由集体经营性建设用地直接予以提供,当无疑义。

2. 关于征地程序改革

在征地程序方面,原《土地管理法》主要规定了征地的“两审批”程序,以及补偿公告与听取意见之程序,具有典型的封闭性、事后性特征。相比之下,2004年《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》与《完善征地补偿安置制度的决定》的程序规定更为合理。亦即,在征地依法报批前,地方政府与当地国土资源部门应履行拟征收事务的告知义务、拟征收土地现状调查结果的确认义务,以及组织补偿方案的听证义务,被征地农民知情、确认的有关材料是地方政府征地报批

① 参见《自然资源部关于印发〈土地征收成片开发标准(试行)〉的通知》[自然资规(2020)5号]。

② 参见于凤瑞:《〈土地管理法〉成片开发征收标准的体系阐释》,《中国土地科学》2020年第8期。

的必备材料。新《土地管理法》将其吸纳,而且该法第 47 条更进一步,规定地方政府在拟征收阶段,需要将征收目的、征收范围、土地现状、补偿标准等予以公告,并听取利害关系人的意见。这一规定将使得被征收人的陈述权更加完整,征地程序更加符合正当程序的基本要求。

我们认为,将“征收目的”作为拟征收阶段听证的内容之一,对于征地改革具有十分重要的意义,有利于推进集体经营性建设用地直接进入“圈内”。因为在传统征地模式下,无论是否基于公益目的,集体土地都只能接受被征收的命运,利害关系人无法对征地目的提出质疑,听取意见之内容只能被限定于征收补偿方案。新《土地管理法》对征地范围作了列举式规定,那么,在征地程序上赋予被征收人针对征收目的提出异议就有了实质性的作用。换言之,个案中的被征收人,可以对征收的公益性以及征地的必要性提出质疑,在否定征收合法性的基础上可以提出集体经营性建设用地直接入市的主张。由此观之,新《土地管理法》实际上赋予被征收人拒绝接受政府征收决定与方案的权利。在土地利用总体规划与城镇规划已经被确定的情形下,集体经营性建设用地必然因此进入城镇建设用地市场。

3. 关于征地补偿改革

迄今为止,我国土地征收决定尚不可诉,进入救济渠道的征地纠纷基本为征地补偿纠纷。而我国征地补偿标准长期过低,农民权益未能得到合理保障,这被认为是征地制度的最大缺陷。形成鲜明对比的是,官方披露的数据显示,“三块地”试点改革地区集体经营性建设用地每亩平均入市价格大约为 110 万元,^①即使被征收一定比例的调节金,农民分配所得也远高于以往征地补偿所得。由此看来,征地补偿不作出必要的改革,被征收人会因为与直接入市增益分配的巨大差异产生心理落差而引发征地抗争行为。若是如此,出于稳定社会需要,集体经营性建设用地入市范围则可能被政府尽量限缩。

近年来,理论界对于集体土地改变用途而形成的土地发展权应属于国家还是农民展开了广泛的讨论,^②但提高失地农民在土地发展增益分配中的比例已成共识并为中央所肯认。新《土地管理法》第 48 条对征地补偿亦作出了较大幅度的修改,取消原《土地管理法》以土地原用途为补偿基础,以及原土地年均产值 30 倍为补偿上限的规定,确立“公平、合理”的补偿原则,并以“保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障”为目标。尽管补偿标准最终如何确定、社会保障费用如何安排、失地农民如何顺利实现再就业等,最终还需要立法加以明确以及地方政府进一步地实践探索,但是集体经营性建设用地直接入市可以为征地补偿标准的设置提供一个参照。未来征收集体经营性建设用地若采用市场价格形成机制进行补偿,则更有利于入市增益分配标准与征地补偿标准达到一个动态的整体平衡,^③集体经营性建设用地直接进入“圈内”的障碍也将由此减少。

(三) 确定入市范围的“结果逻辑”:增值收益分配的公正

1. 入市范围与社会公平

若将集体经营性建设用地入市限定于“圈外”,则对入市增益分配所引致的社会公平问题可能体现为两个方面:宏观层面,经济发达的东部地区的存量集体经营性建设用地远多于中西部地

① 参见叶开:《农地入市亩均百万“三块地”改革试点今年大考》,《第一财经日报》2017 年 6 月 12 日。

② 参见陈柏峰:《土地发展权的理论基础与制度前景》,《法学研究》2012 年第 4 期。

③ 参见程雪阳:《论集体土地征收与入市增值收益分配的协调》,《中国土地科学》2020 年第 10 期。

区,在入市增益倾向于农民的背景下,地区间经济发展与不同地区农民收入的差距会进一步拉大;微观层面,则涉及上文论及的直接入市增益分配与征地补偿之间的公平性问题。此外,主张入市范围仅限于“圈外”的观点,是对改革历史的漠视。不能否认的是,20世纪90年代浙江省、广东省等地出现的,以出让、转让、出租、抵押、作价等形式自发进行的集体建设用地流转,主因是征地补偿标准与直接流转收益差距巨大。^①在土地价值不断提升的当下,如果不允许“圈内”集体经营性建设用地入市,那么农民为获得高收益必将再次自发建成隐形的集体经营性建设用地流转市场。不过,若入市范围包括“圈内”,也会产生城乡之间新的社会公平问题。这是因为,传统征地模式实行“涨价归公”,为我国城市化的快速推进贡献巨大。然而,集体经营性建设用地直接进入“圈内”,增值收益如何分配将直接影响政府财政收入,进而影响社会公平。亦即,若直接入市的增益主要倾向于入市农民,政府则另需安排财政用于公共基础设施建设,而入市的集体组织与农民可以进一步享受由此产生的土地增值利益。

2.入市增益分配的政策导向

为实现分配公平,2016年财政部与国土资源部印发了《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》。虽然该办法具有较为明显的过渡性与试验性特征,但我们亦可从中窥探出中央在入市增益分配方面的基本态度。

其一,保障农民公平分享土地增值收益。《中华人民共和国民法典》第261条第1款规定:“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有。”该款明确了农民集体财产的所有权主体为成员集体,以及“作为成员集体中的成员,必然对集体的事务和集体所有的不动产和动产享有一定的权益”。^②集体经营性建设用地入市,是农民集体在符合法律规制的前提下实现土地价值的方式,基于所有权与成员权,农民集体与集体成员有权获得入市增值收益。为此,党的十八届三中全会提出健全城乡发展一体化机制,“让广大农民平等参与现代化进程、共同分享现代化成果”,党的十九大报告也提出“深化农村集体产权制度改革,保障农民财产权益”。“农民权益不受损”成为土地制度改革的基本底线之一。从试点改革地区实践看,农民集体获取的土地增值收益均高于政府取得的土地增值收益。^③

其二,建立兼顾国家、集体与个人的土地增值收益分配机制。之所以征收增益调节金,一方面是因为“农村集体经营性建设用地入市应履行与国有建设用地同等义务,承担相应的基础设施建设等社会责任”,^④因此入市集体需按规定缴纳相关税费;另一方面是因为,国家参与土地增值收益分配,缘于土地资源具有社会性和公共性特点。换言之,利益分配不能由政府谋利转为农民食利,不能与乡村振兴及统筹发展相悖。

“实现土地增值收益在国家 and 集体间的大体平衡”^⑤是中央所确定的改革要求。这一政策导向反映出国家既要确保让土地入市的农民分享改革的成果,又要防止出现土地食利阶层,以及科

① 参见沈国明等:《农村土地制度改革:浙江故事》,科学出版社2018年,第44页。

② 郭明瑞:《物权法实施以来的疑难案例研究》,中国法制出版社2011年版,第47页。

③ 参见谢保鹏等:《土地增值收益分配对比研究:征收与集体经营性建设用地入市》,《北京师范大学学报》(自然科学版)2018年第3期。

④ 高文:《规范收益分配 共享改革成果》,《农民日报》2016年6月15日。

⑤ 《国土资源部关于印发农村土地征收、集体经营性建设用地入市和宅基地制度改革试点实施细则的通知》[国土资发(2015)35号]。

以入市集体必要的社会义务。这有利于平衡政府与农民、不同地区农民之间的利益关系,为集体经营性建设用地直接进入“圈内”营造良好的社会环境。

四、集体经营性建设用地进入城镇建设用地范围的法制因应

入市改革直接与传统土地管理理念与现行某些法律制度相抵牾。这需要政府在理念上从管制转向规制,制度层面上明确集体建设用地使用权的用益物权地位、注重农民权益保护和集体权益保护的有机结合、构建集体经营性建设用地使用权流转的规则体系等。^①除此之外,我们还需为集体经营性建设用地直接进入“圈内”实现制度改革。

(一)确立城市土地可以属于集体所有的宪法规则

为了使城市集体土地正当化,不少学者试图通过宪法解释的方式化解《宪法》第10条引致的困境,提出了诸如“国家所有的名义所有权说”“城市土地可以属于国家所有说”“城市土地属于国家所有静态说”等观点,但在宪法现行规范的框架内,这些解释都存在较为明显的漏洞。^②稳定是保障宪法权威的重要因素,宪法解释往往优于宪法修改,但宪法解释也有其限度。为了让集体经营性建设用地名正言顺进入“圈内”,修改宪法应是更为可取的方法,且具有完全的正当性。

首先,从新中国成立之后的历史看,城市的土地并非只能国有。新中国成立之后直至1982年《宪法》(以下简称八二宪法)出台,我国未有任何法律确认城市土地国家所有制,其间所发生的城市土地国有化运动并未经过正式立法,而是依据政策性文件甚至行政部门内部记录。根据八二宪法修订讨论文献可知,城市土地国家所有的规定是我国特殊时期的产物。^③八二宪法实施之后,城市扩张而形成的“城中村”“撤县设区”改革,以及经济发达地区的就地城镇化,表明城市土地所有权多元化并非为社会主义意识形态和社会主义经济体制所不容。并且,八二宪法规定城市土地属于国有,目的是为国家获得建设用地提供便利。但在新时代背景下,土地征收补偿机制不断完善,被征收人主张权利乃为法律所保护;在法律规则的限定下,“漫天要价”现象亦能得到有效遏制。此外,集体经营性建设用地直接进入“圈内”,直接为城市建设提供所需土地,换言之,国家所需建设用地,并非一定要通过城市土地属于国家所有的方式获得。

其次,集体土地的功能在发生嬗变。计划经济时代的集体土地有其特别功能:一则,当时包括劳动力在内的各种资源,在农村与城市之间不能自由流通配置,绝大多数农民终生被限制在农村;囿于财力的不足,国家当时无法为广大农民建立基本的社会保障体系,土地由此成为农民的安身立命之本。二则,当时中国确立工业化道路,为提取农业产品、加快工业化现代化的步伐,国家实施统购统销政策完成工业积累,而土地集体所有是实现这一政策的重要基础。^④

但是,从计划经济向社会主义市场经济转变,集体土地被严格管控的基础也已松动。其一,我国社会保障体系逐渐完善,且农民进入城市的“藩篱”已被逐步打破,很大一部分农民不再完全

① 参见温世扬:《集体经营性建设用地“同等入市”的法制革新》,《中国法学》2015年第4期;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》,《现代法学》2018年第3期。

② 参见温世扬:《集体经营性建设用地“同等入市”的法制革新》,《中国法学》2015年第4期。

③ 参见彭鐔:《八二宪法土地条款:一个原旨主义的解释》,《法学研究》2016年第3期。

④ 参见袁震:《中国农村物权制度研究》,法律出版社2018年版,第125~132页。

依附土地生存。其二,市场在资源配置中发挥决定性作用,作为生产资料的集体土地有序流通,同样可以为发展经济与实施城镇化战略发挥应有的作用。其三,城乡统筹发展,需要改变农村“哺育”城市的现状,允许集体土地进城,就是解除对集体土地的不合理限制,将城市长期安插在农村背后的“输血管”予以拔除,让农民共享改革之成果。

(二)建立参与式的“两规”体制

土地利用总体规划与城市规划(即“两规”)之所以在对集体经营性建设用地直接进入“圈内”产生重要作用,一方面是因为,“两规”对土地的具体用途作出了严格的划分与界定,只有被认定为经营性建设用地的集体土地才能获得入市资格;另一方面是因为,“两规”还决定了集体经营性建设用地能否直接进入“圈内”,即只有处于城市规划区内的集体经营性建设用地,才有可能转化为城市建设用地。

建立科学、民主的“两规”制定机制,对集体经营性建设用地能否顺利进入“圈内”有重要的影响,这体现在两组关系的处理上。其一,直接进入“圈内”与土地发展权的关系。因用途管制,故相邻区域的土地被区分为农地与非农地,其市场价值差异甚大。因此,改变土地性质、实现农地非农化,将集体土地划入“圈内”,对于郊区农民具有极大吸引力。围绕如何出台“两规”也就更易产生矛盾与冲突。其二,直接进入“圈内”与征收的关系。新《土地管理法》第23条规定土地利用年度计划应该对集体经营性建设用地作出合理安排,这表明,在建设用地总量控制前提下,直接进入数量直接影响国有土地出让数量。因此,以直接进入“圈内”的方式抑或以征地的方式供给城市建设用地,直接关系到城市用地策略与土地利益的分配格局。

民主的参与机制是土地利用规划或区域规划实现公共利益的程序保证,也是平衡各方利益、抑制政府权力的必要手段。从我国目前的立法规定与实践看,“两规”的公众参与机制建设十分滞后。根据原《土地管理法》第18、21条的规定,地方土地利用总体规划以上级土地利用总体规划为依据,且实行分级审批制,形成了政府内部运作与控制程序,农民被完全排除在外。本次修法对此亦未能作出必要回应与改进。尽管2017年国土资源部发布的《土地利用总体规划管理办法》将公众参与作为编制规划的原则之一,但是第6、12条关于参与的情形、效力等规定过于抽象。《城乡规划法》也存在类似问题。“两规”立法上关于参与规定的粗陋,导致实践中公众参与几乎未能实现。过于受政府利益以及官员意志影响的“两规”,在集体经营性建设用地直接进入“圈内”的实施过程中,将可能因为利益失衡而引发各类矛盾与冲突。

当然,真正民主的“两规”,既需要立法上作出严密的制度建构,也需要公众具备良好的公民道德与公共精神,为保证集体经营性建设用地直接进入“圈内”得以顺利实现,立法者应首先在如下几个方面做好制度供给准备:一是确定公众参与在“两规”编制或修改中的地位。法律应该明确规定,作为政府重大行政决策事项的“两规”编制与修改,未经公众参与不具有法律效力。二是规定公众参与的程序与方式。“两规”制定中的参与主体多元,但因其对农民利益产生的影响重大,故农民的参与方式应被确定为听证形式。对于听证公告、材料准备、选举代表、发言规则、能否辩论、救济方式等内容,法律都应该作出细致的规定,^①以防止听证成为表演秀。三是明确公众参与的效力。“两规”中的听证会为公共听证,体现了公共行政中的民主旨趣,因听证会无法完全反映所有利益主体的诉求,故行政机关没有义务听从听证代表提出的所有异议。但是,行政机

^① 参见贾西津:《听证制度的民主限度和正当程序》,《开放时代》2007年第1期。

关必须从实现公共利益的角度充分听取、吸收和平衡处理公众的各种意见,^①并通过信息公开的方式接受公众监督。

(三)入城之后集体经济组织的建设与转型

为改变集体所有权主体虚置的现状,在经济相对发达的东部省份,一些地方政府进行大胆的改革探索,股份合作制应运而生。农民股份合作在不改变集体所有权性质的基础上,“能够将农民享有的成员权的具体内容予以明晰和固定化”,^②能够使农民较为有效地参与集体资产的管理,并切实分享集体资产收益。《决定》为此提出“保障农民集体经济组织成员权利,积极发展农民股份合作,赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权”。

但是,如果集体经营性建设用地直接进入“圈内”,那么集体经济组织的外部环境与存在基础也将随之改变。其一,集体土地的社会保障功能弱化。集体土地能够直接进入“圈内”,往往也意味着所在区域经济环境较为优越,集体成员外部机会增加,收入开始多元,集体土地的保障功能不断弱化。^③其二,集体成员身份的转变。进入“圈内”之后,集体成员在享受集体经济组织成员权、分享土地入市红利的同时,还可享用城市公共资源,并因为入城工作而进入城市社会保障系统,事实上享受了双重社会福利。这对于其他农民或市民而言,可谓是制度变革所造成的社会不公平。为此需要对入城之后的集体经济组织予以合理改造,使得在积极推动集体经营性建设用地入市的同时实现社会公平。

首先,保障入城农民的权利。有学者提出,城镇化的本质是“人的城镇化”,唯有当入城的农民身份完全发生转变,与市民均等享有平等政治、经济、社会等各项权利时,该入城的集体土地才能属于国家所有。^④该观点较之“土地换社保”有进步,但依然存在。一则,农民获得市民身份与失去集体土地权利并无必然关系。2018年修改的《中华人民共和国土地承包法》规定,“不得以退出土地承包经营权作为农户进城落户的条件”。国家承认农民在获得市民身份之后其原有土地权利可以在一定期限内保持不变,但不是以是否真正市场化为标准。二则,一旦集体经营性建设用地进入“圈内”以及实现集体成员身份市民化,就需要强制实施集体土地国有化,这不仅与入市改革初衷相悖,而且可能导致因入市而形成的各种法律关系不确定化。三则,以“社保换土地”的地方实践困顿。一些地方政府(如深圳市)将农民纳入城市社会保障体系,并意图将集体土地概括国有化,但农民已经认识到经济快速发展之下的土地价值,并不可认同城市社会保障加上较低的补偿就足以交换其地权。^⑤所以,集体经营性建设用地直接进入“圈内”,应切实保证遵守“农民利益不受损”这一改革底线。即使集体成员实现了身份的市民化以及不再依附集体土地生存,国家也仍应承认其作为集体经济组织成员的资格,并保护其从土地入市中所获得的各种利益。从历史的角度看,我国长期实行的城乡二元体制,整体而言不利于农民经济权利的保护,在现代化进程中给予农民一定“补偿”并不缺乏正当性基础。

① 参见朱芒:《论城市规划听证会中的市民参与基础》,《法商研究》2004年第3期。

② 高飞:《集体土地所有权主体制度研究》,中国政法大学出版社2017年版,第203页。

③ 参见李竣、杨旭:《城镇化背景下社区股份合作制形态演进与终结——源自北京市郑各庄村的案例解读》,《南京农业大学学报》(社会科学版)2015年第3期。

④ 参见黄忠:《城市化与“入城”集体土地的归属》,《法学研究》2014年第4期。

⑤ 参见孙宪忠:《中国农民“带地入城”的理论思考和实践调查》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2014年第3期。

其次,实现城镇集体经济组织的逐步转型。农村集体经济组织是为了保护一定区域内农民的利益而设立的,具有较为明显的封闭性特征,取得集体成员资格也往往需要以户籍为前提条件。股份合作社的建立,可以进一步落实集体成员权。但是,随着集体经营性建设用地直接进入“圈内”以及集体成员身份的转变,集体所在的社区呈现开放性特征,集体经济组织的存在基础将会受到极大的冲击。其一,“是否拥有当地户籍”以及“是否以本集体经济组织土地为基本生活保障”,二者无法成为城镇集体经济组织成员的认定标准,^①也无法有效接纳新的成员进入集体经济组织。其二,鉴于集体经济组织接纳新成员的困难,集体资产股份权的内部转让会使股份不断集中,理论上会形成几个人组成的畸形集体。其三,倘若集体成员的集体资产股份权可以转让给集体组织之外的成员,那么集体经济组织与一般的公司就不存在本质上的差别,可能导致集体土地与其他集体财产的私有化。其四,集体成员的股份权若可以继承,则会导致利益阶层的固化,形成一个永久性的土地食利阶层。

因此,我们认为,进入“圈内”的集体经营性建设用地及城镇集体经济组织,应该是有一定存在期限的,应通过国家收购集体成员股份权的方式衔接集体经济组织成员的退出,以及逐步实现集体土地国有化。该制度构想的基本内容如下:一是以集体经营性建设用地进入“圈内”为时间节点,划定集体经济组织成员的数量与范围。农村集体经济组织因集体经营性建设用地进入“圈内”而成为城镇集体经济组织,集体成员实现农民身份到市民身份的转变。但是对于这部分集体成员,国家应充分保障其权益,承认其永久享有包括地权在内的成员权。二是建立国家购买机制。城镇集体经济组织成员可能因为自愿退出或死亡而导致成员资格的灭失,此时可由第三方机构评估该成员股份的价值,当地政府代表国家予以收购,在一定期限内实行国家所有与集体所有的混合,并最终实现集体土地全部转化为国家所有。此举既能合理保护原集体成员的权利,又可防止因为身份造成的权利世袭,严格遵守了“坚持土地公有制不改变”的土地制度改革底线。

五、结 语

集体经营性建设用地入市改革是一个系统且复杂的工程,它既要发挥市场在资源配置中的决定性作用,又要协调与征地制度的关系,还需遵守土地制度改革三条底线。集体经营性建设用地能否直接进入“圈内”,进一步涉及如何与宪法规则兼容以及如何妥善处理复杂的社会公平等问题。对于这个具有中国特色的重要议题,我们不能寄希望于从域外获得相关的经验,更不能在“权力—权利”对峙关系中去挖掘土地改革的原始动力,而应该立足本国国情,切实领会党中央关于土地制度改革政策的目的与精神,认识到集体经营性建设用地直接进入“圈内”的必要性与可行性。当然,部分地方是改革的先行者,部分地方是改革的顺应者与跟随者,但也有不少地方往往惧怕改革。整体而言,中国的政治体制决定了中国土地改革的最终走向,终归取决于中央的决策与选择。这也是本文以中央政策为分析对象的根本原因。集体经营性建设用地问题繁杂,学术界需积极参与,对直接进入“圈内”的相关法律问题予以正视并做好理论准备,如此方能保证国家从改革中谋得经济发展的动力与“红利”,以改革发展促进社会和谐与稳定。

责任编辑 张家勇

^① 参见戴威:《农村集体经济组织成员资格制度研究》,《法商研究》2016年第6期。