

浙江省集体建设用地流转法律问题研究

邢益精

(浙江理工大学法政学院, 杭州 310018)

摘 要: 现行法律对集体建设用地使用权的流转持严格限制的态度,但是法律中规定了例外情况,正是这个例外可以让现行集体建设用地使用权流转有了合法的可能性。浙江省正在进行着集体土地使用权流转的改革创新,但同时面临着一个没有法律依据的合法性的担忧。因此浙江省亟需制定一个地方性法规,来为浙江集体土地使用权流转的改革创新保驾护航。借鉴《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》,提出完善浙江省集体建设用地流转的法律制度的建议:规范集体建设用地与国有土地这两种使用权流转关系,明确集体土地所有权主体人格,在流转收益分配中保障农民的土地财产权,尝试用农村集体土地股份制改革的思路来健全浙江省集体建设用地流转的法律制度。

关键词: 浙江省;集体建设用地;使用权流转;法律

中图分类号: D922.32

文献标志码: A

0 引言

在浙江,农村集体建设用地的流转一直处境尴尬。一方面各地经济向工业经济转型,迫切需要工业用地,另一方面是在现行的法律下,非经政府征收任何农地不得转为非农用途。

广东省于2005年开始实施《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》(简称《广东办法》),广东省的农地自此可以直接进入市场交易,自由出让、转让、出租和抵押,并与国有土地“同地、同价、同权”。但《广东办法》的合法性有争议,因为这与《土地管理法》第63条的规定(“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。”)有着明显的冲突。

因此,要分析浙江特点,找到一条合法的、适合浙江省的、更完善的农村集体建设用地能直接进入市场的法律制度。首先,从法律层面研究我国对集体建设用地流转制度的规制与合法性;然后,考察浙江省集体建设用地流转发展现状;第三,借鉴广东省集体建设用地流转的法律制度;最后,提出完善浙江

省集体建设用地流转的法律制度的建议。

1 我国集体建设用地流转制度的规制体系及合法性

我国集体建设用地流转制度经历了自由流转、禁止流转、严格限制流转到流转制度探索创新这样四个阶段。那么,现行规制体系是怎样的?流转是否合法?

1.1 集体建设用地使用权流转规制体系

从宪法和法律、国务院的政策、地方政府规章和规定这样三个层面来进行陈述。

1.1.1 宪法和法律

《宪法》第10条第4款:“土地的使用权可以依照法律的规定转让。”《土地管理法》第2条:“国有土地和集体土地使用权可以依法转让。土地使用权转让办法由国务院另行规定。”

《土地管理法》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。”第60条:“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。”可见,法律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集体建设用地使用权的流转。

《土地管理法》第62条:“农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地,不予批准。”该条规定隐含的前提就是宅基地的使用权是可以随房屋一起转让的。

《土地管理法》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。

1.1.2 国务院的政策

国务院及国土资源部通过政策对该领域的改革尝试给予了支持。

2003年,国务院《关于做好农业和农村工作的意见》提出了“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”。

2004年10月,《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》第2条第10款中指出: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。

1.1.3 地方政府规章和规定

各地纷纷出台了地方政府规章或规定,如《苏州市农村集体存量建设用地使用权流转管理暂行办法》、《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》、《安徽省集体建设用地有偿使用和使用权流转试行办法》、《大连市集体建设用地使用权流转管理暂行办法》、《海安县集体建设用地使用权流转管理办法(试行)》等。

1.2 现行法律规制体系的合法性探讨

在现行的流转规制体系中,对集体建设用地使用权流转的明确操作规定主要表现为各地的地方政府规章,而《土地管理法》等法律对该问题的规定持严格限制的态度,有学者认为,前者内容与上位法的规定相抵触,形成了一种尴尬的违法状态^[1]。那么

到底是否为“违法状态”呢?

《土地管理法》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”。因此,立法已确认集体土地使用权可以流转,只是规定了实施转让的办法是依照国务院另行出台的相应规定执行。国务院出台了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》与《农村土地承包法》,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尚未出台,仍在各地试点实践完善中。因此,按照这个逻辑,在试点各地颁布的地方政府规章与规定的合法性是没有问题的。但学者们担心流转的合法性的问题出在《土地管理法》第63条的规定。

其实,《土地管理法》第63条是对《土地管理法》第43条的一个强调,而且在该条款的但书中明确列出了农民集体所有的土地的使用权可以出让、转让或者出租用于非农业建设的情形——“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。”从这个但书中,可以看到立法者的谨慎与智慧——除外情形发生的前提是“符合土地利用总体规划并依法取得建设用地”,而且启动该程序的条件是“破产、兼并等情形”,请特别注意“等”这个字,这个字含有“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、兼并之外其他的情形下致使土地使用权依法发生转移的”意思——而这个解释与《土地管理法》第2条规定的“土地使用权转让办法由国务院另行规定”的思路是相联系的,“国务院有关农民集体建设用地流转的另行规定”就可以从这里展开并合法进入《土地管理法》的规范体系内。

从这个角度来考虑,应该不用担心地方政府规章与政策,以及国务院及部门的政策的合法性问题。土地管理法所规定的流转的例外情况,表明立法者对集体建设用地使用权的流转是有预见的,留有空间的。正是这个例外的规定让现实中存在的集体建设用地使用权流转有了合法的可能性^[2]。

2 浙江省集体建设用地流转发展现状

浙江省农村集体建设用地使用权的流转管理已经初步形成了具有各自特点的模式。按照乡镇企业的集体建设用地的流转、农民宅基地的流转、城乡结合部集体建设用地的流转三部分作一介绍。

2.1 乡镇企业的集体建设用地的流转

2.1.1 转权让利

在城市规划区、建制镇规划区范围内,乡镇企业因合并、兼并、重组及公司改制涉及集体建设用地使用权流转的,在符合土地利用总体规划、城市规划或乡镇建设规划的前提下,将其集体土地所有权转为国有,并补办国有土地出让或租赁手续。收取的土地收益给乡镇政府、村级集体经济组织一定比例的返回。

2.1.2 保权流转

在城市规划区、建制镇规划区范围外的集体建设用地使用权流转,在符合规划要求的基础上,乡镇政府、村级经济组织经批准可保留其集体土地所有权性质不变,将乡镇企业原使用的集体建设用地、闲置的建设用地使用权在一定使用年限内以转让、出租、入股、联营等方式提供给企业或个体工商户使用,并收取土地收益、租金或股红。土地收益原则上按土地所有权隶属关系全额予以返还,县级财政不参与分配。

2.1.3 使用权抵押

涉及农村集体建设用地使用权抵押的,在经集体土地所有者同意的前提下,土地使用者可将其使用的土地连同地面建筑物作为标的物,向银行抵押贷款,并向土地行政主管部门办理抵押登记手续。抵押集体建设用地使用权相当于准转让土地的行为,一旦抵押权实现,可参照上述两种方式处置。

2.2 农民宅基地的流转

2.2.1 温州模式

凡城市(镇)规划区内的农民房屋转让的,其宅基地一律先由市、县政府统一征为国有,再参照国有划拨土地使用权转让管理办法办理出让手续。凡城市(镇)规划区外的农民房屋转让的,如转让双方均属农业户口且户籍同属一个县(市、区),而且受让方在该县(市、区)原有的宅基地已全部由当地村级经济组织收回或转让的,可保留集体所有权性质不变,办理宅基地转让手续;如转让双方不符合上述条件的,其宅基地一律先由市、县政府统一征为国有,再参照国有划拨土地使用权转让管理办法办理出让手续。

2.2.2 义乌模式

城区型农村的宅基地,只要取得产权证的都可以任何方式流转;城郊型农村的宅基地,中央〔1997〕11号文件下发后未建过房子的只要权属合法并取

得产权证的都可以流转,建过房子的只允许经登记的宅基地流转;纯农村的宅基地只能以抵押方式流转。对于具体的流转管理,采取将流转的集体土地先依法征为国有土地,按国有土地出让、转让、抵押、出租的程序和方法办理有关手续。

2.2.3 嘉兴模式

即“两分两换”模式。“两分”:a) 宅基地与承包地分开;b) 搬迁与土地流转分开。“两换”:a) 以宅基地置换城镇房产;b) 以土地承包经营权置换社会保障。该模式的实质是:统筹考虑农村宅基地流转和土地承包经营权流转,促进农地规模经营和农村新社区建设。

2.3 城乡结合部集体建设用地的流转

2.3.1 居住进小区

在城镇规划区,具备撤村建居条件的行政村区域内,一律停止单院独户式的农民住宅建设,全面实行农村多层公寓式住宅建设。城镇规划区以外的,可办理集体建设用地使用手续,保留集体土地所有权性质。拆除后的老宅基地必须依法由农村集体经济组织收回。

2.3.2 家庭工业进园区

浙江省诸暨等地,以织布、织袜为主的家庭工业相当普遍。农户在住宅旁边违法小搭小建,作为生产用房。最近几年来,诸暨市进行全面清理、拆除,同时按照村镇规划,建立家庭工业园区,将一家一户的织机向园区集中,园区建设用地办理集体建设用地使用手续,由村集体经济组织统一规划、统一建设,出租给农户使用,租地允许农户转让。

浙江集体土地使用权流转的改革创新如火如荼地进行着,但同时面临着一个法律上的困惑:那就是尚未为这些改革找到一个法律上的依据,存在一个合法性的担忧。因此,浙江省亟需制定一个地方性法规,来为浙江集体土地使用权流转的改革创新保驾护航。

浙江省高级人民法院从司法实践层面对这一问题作出了一个回应。浙江省高院于2009年7月23日出台的《关于为推进农村土地流转和集体林权制度改革提供司法保障的意见》(浙高法〔2009〕250号)提出,全省法院要准确把握审理原则,对与农村土地流转和集体林权制度改革相关举措,只要不违反法律、行政法规的强制性规定,有利于农民得实惠,有利于土地集约化经营,有利于推进新农村建设和城镇化发展方向,都要给与有力的司法支持。出现矛盾和问题时,不要轻易认定涉案流转合同、协议

无效。《意见》依法支持宅基地使用权流转,依法保障集体经营性建设用地的流转,支持了浙江集体土地使用权流转的改革创新。

3 借鉴广东省集体建设用地流转的法律制度

《广东办法》首次以地方政府规章的形式对农村集体建设用地使用权流转的范围、形式与程序、流转收益分配等方面,进行了较全面的规定。

一是关于流转范围的规定。a)《广东办法》将流转客体范围限定为“集体建设用地”,不包括耕地。b)《广东办法》第3条将流转地域范围限定为“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。”c)《广东办法》第10条规定禁止将集体建设用地用于商品房开发建设和住宅建设。d)《广东办法》第8条对取得流转建设用地使用权的主体的范围扩展到:国有、集体、私营企业、个体工商户、外资投资企业、股份制企业、联营企业等。

二是关于流转形式与程序的规定。《广东办法》参照了国有土地使用权流转(出让)的办法,规定集体建设用地使用权流转基本形式,以及出让、出租的最高年限。《广东办法》设置了两项主要的流转程序: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;二是规定集体建设用地一切流转行为为要式法律行为。

三是关于流转收益分配的规定。《广东办法》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。

《广东办法》开创性地以地方立法形式对集体建设用地流转范围、对象条件、方式与程序、流转期限、政府监管机制与方式等方面进行了规定,意义重大。而且该土地法律制度的创新,对国内集体建设用地流转的立法有较好的推进价值。《广东办法》有利于纠正实践中的处于“合法性争议”尴尬处境的农村非农建设用地流转所造成的土地利用混乱无序、权属管理失真、交易失范的问题,对维护农民土地权益,加强农地保护有积极促进作用。

4 完善浙江省集体建设用地流转的法律制度的建议

由于浙江省集体建设用地流转的法律制度尚处

于一个待开发的阶段,而《广东办法》则给浙江省提供了一个较好的样本,因此,完善浙江省集体建设用地流转的法律制度的建议分以下两部分探讨:一是在《广东办法》这个法律文本的基础上,对集体建设用地流转中的法律制度作更进一步的创新、完善;二是尝试用农村土地股份制改革的思路来完善浙江省集体建设用地流转的法律制度。

4.1 在《广东办法》基础上对集体建设用地流转法律制度作进一步的创新、完善

《广东办法》填补了国内集体建设用地流转立法调整的空白,但《广东办法》仍有以下3个方面有待进一步创新、完善^[3]。

4.1.1 如何规范集体建设用地与国有土地这两种使用权流转关系

由于国有土地的开发利用是政府财政的重要来源;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改变了以往政府垄断建设用地供给的局面,从而导致两者之间发生利益冲突。

为此,应该依照法律明确土地开发范围、用途、布局等要求,统筹城乡土地利用用途分区管制,以土地利用规划和建设用地年度使用计划来协调城乡土地的规划及利用,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。

4.1.2 如何界定集体土地所有权主体人格

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”等概念,既非法人,亦非其他非法人组织。那谁是集体土地所有权的真正代表?是村行政组织(村委会)?是村集体经济组织?是《土地管理法》中的“农民集体经济组织”?

立法上的缺陷,导致集体建设用地流转中的权属关系混乱、权责不清、纷争不断。因此,有必要从制度的角度明确集体土地所有权的主体人格,而后面将论述的农村集体土地股份制改革的思路可能会解决这个问题。

4.1.3 如何分配集体建设用地流转收益

温家宝总理在2011年12月27召开的中央农村工作会议上指出,中国经济发展水平有了很大提高,不能再靠牺牲农民土地财产权利降低工业化城镇化成本,有必要也有条件大幅度提高农民在土地增值收益中的分配比例。土地承包经营权、宅基地使用权、集体收益分配权等,是法律赋予农民的合法财产权利,任何人都无权剥夺。

可见,保障农民的土地财产权的理念体现在集

体建设用地流转收益分配中,政府作为管理者、服务者及基础设施投资者,可以税收方式适当对流转收益进行调整;主要的收益应由农民集体作为土地所有者享有;而农民个人可以依据农村集体土地股份制改革的思路从集体收益中进行分配。

4.2 尝试用农村集体土地股份制改革的思路来完善浙江省集体建设用地流转的法律制度

国土资源部副部长王世元于2011年11月19日在中国土地学会年会上提出要“鼓励推进农村集体土地股份制改革”。他说,土地是统筹城乡发展的核心问题之一,我国将抓紧完善现行法律和政策,为农村集体土地使用权流转创造良好的法律和政策环境,鼓励集体土地股份制改革,成立集体土地农业经合组织、股份合作社或股份公司等,使农民对集体资产享有充分的股权,通过完善和强化土地收益物权,使农村集体土地所有权实现最大化。

通过股份制改造,可以将土地价值资产量化为股权,均等地分配给每个农民,使农户成为土地所有者的股东,完成农民集体的所有权量化的任务,使得土地股份制改革成为促进土地有效流转的一种新尝试。

由于当前集体农用地的产权较为清晰,承包权已落实到户,其收益和话语权已经在农民身上得到充分体现。而在现实中,农民作为成员最迫切需要实现财产权益和行使话语权的恰恰是农村建设用地部分,这才是未来推行集体土地股份制的重点所在。与农地不同,农村的集体建设用地如何推行股份制困难较多。一方面,村民的宅基地虽然也在推行确权发证,但基本作为村民的住房福利提供,在各种政策中除可转让给本村村民外,并没有给出其他可流转使用的空间。另一方面,其他集体建设用地的所有权往往也是明确的,但具体的处置权和收益分配权不明确。

集体建设用地上存在的这些问题恰恰说明了推行股份制的紧迫性。只有通过法律与政策解决农民在集体建设用地上的权利确定问题,并明确他们在集体建设用地上的股份,农民才能在股份制形式下行使股东的决策权和分配权,解决以上问题。现在

按照国土资源部的思路,先要把这部分农村集体建设用地的使用权归属,确权到农村集体经济组织。其实,无论是“确权”还是“赋能”,最为关键且具有意义的领域便是“除去宅基地之外的农村集体建设用地”的“确权”与“赋能”。这样一来,农村集体土地股份制改革可以解决集体土地所有权主体人格的确定与集体建设用地流转收益的分配这两个问题。

因此,股份制以及相关的“收益权”,可能是“赋能”最为成熟与可能的实现方式与路径,而浙江省可以在这一领域做出创新性的尝试,进而制定地方性法规或地方政府规章,作为浙江省完善集体建设用地流转的法律制度经验可以向全国推广。

5 结 语

以上对浙江省集体建设用地流转制度的试点经验进行总结,并解决其中的法律障碍,提出完善浙江省集体建设用地流转法律制度的建议,进而作为一种经验向各省及全国推广,梳理国有土地与集体土地使用权流转的双线路径。

如果是“为了公共利益的需要”,国家可以征收农地;如果不是“为了公共利益的需要”,就可以通过农地直接入市的方式来解决,农地补偿过低的问题也就可以解决了,同时解决了我国非属“公共利益”建设项目无法通过合法途径获得农地的困境。这样,可以实现温家宝总理在中央农村工作会议中所指出的“提高农民土地增值收益分配比例,不能再靠牺牲农民土地财产权利降低工业化城镇化成本”的想法,分配好土地非农化和城镇化产生的增值收益,进而切实做到保障农民的土地财产权。

参考文献:

- [1] 江 尧. 集体建设用地使用权流转法律规制探析[J]. 法制与社会, 2008(11): 364-365.
- [2] 王菊英. 集体建设用地使用权流转的法律障碍与空间[J]. 政治与法律, 2008(3): 84-88.
- [3] 王权典. 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[J]. 华南农业大学学报: 社会科学版, 2006(1): 131-139.

Research on Legal Issues of Collective Construction Land Transfer in Zhejiang

XING Yi-jing

(School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: Existing law holds the attitude of strictly restraining the transfer of collective construction land use right. However, exceptional cases are specified in law. Such exception can allow the transfer of current collective construction land use right to have legal possibility. Zhejiang is carrying out reform and innovation of the transfer of collective land use right in full swing, but meanwhile worries about the legality without legal basis. Therefore, it is urgent for Zhejiang to establish local regulations to protect the reform and innovation of the transfer of collective land use right in Zhejiang. This paper uses the Management Method of Transfer of Collective Construction Land Use Right in Guangdong for reference and makes suggestions on the improvement of legal system of collective construction land transfer in Zhejiang: standardize the relationship of use right transfer of collective construction land and state land, define the subject personality of collective land ownership, guarantee the land property right of peasants in transfer income distribution and attempt to improve the legal system of collective construction land transfer in Zhejiang with the thinking of joint-stock system reform of rural collective land.

Key words: Zhejiang Province; collective construction land; transfer; law

(责任编辑: 马春晓)