

我国集体土地征收制度的构建

王克稳*

内容提要：与国有土地上房屋征收制度相比，构建我国集体土地征收制度所面临的问题要复杂得多，阻力也大得多。现行集体土地征收是为实现和保障国家对建设用地的垄断建立起来的。要缩小征地范围，将征地限缩在公共利益需要的范围内，必须首先打破“先征收、再出让”的国家垄断建设用地的供地模式，建立公益性建设用地与经营性建设用地相分离的建设用地供应制度。现行的集体土地征收以集体土地公有为逻辑起点，以国家利益至上为中心，以公权力为主导，制度设计上反映了公权的至上与私权的虚化。要平衡土地征收中的公益与私益，必须打破失衡的公权与私权配置机制，明确被征收人及其在土地征收中的基本权利，并为权利的行使提供充分有效的救济与保障。

关键词：集体土地征收 公益性建设用地 集体经营性建设用地

我国的不动产征收由国有土地上房屋征收与集体土地及其附属物的征收构成。在《国有土地上房屋征收与补偿条例》发布实施后，加快构建集体土地征收与补偿制度成为共识。国务院相关部门自2011年起就开始了《集体土地征收与补偿条例》的起草工作，但我国土地制度的复杂性使得立法陷入了停滞状态。集体土地征收制度的构建，除了立法本身需要攻克的难题之外，还涉及诸多制度性障碍的清除与配套性制度的建设问题。

一、集体土地征收制度的构建需先修法再立法

集体土地征收立法停滞的主要原因之一，是现行土地制度对立法掣肘。现行土地制度所设定的集体土地征收及有关集体土地管制制度，构成了集体土地征收立法无法逾越的制度性障碍。不消除这些制度性障碍，集体土地征收立法不仅无法实现《中共中央关于全

* 苏州大学王健法学院、东吴公法与比较法研究所教授。

本文为江苏高校哲学社会科学重点研究基地重大项目“我国集体土地征收法律制度研究”（2012JDXM019）的阶段性成果。

面深化改革若干重大问题的决定》(以下称“全面深化改革决定”)所提出的“缩小征地范围”的改革目标,甚至会出现一立法就违法的状况。因此,集体土地征收立法,首先需要通过修法清除现行土地法律制度中的制度性障碍。

(一) 我国土地征收制度的沿革

现代意义上的征收制度源于西方国家,意指国家通过公权力强制取得私人财产权的活动。作为公权力对私有财产权的合法剥夺,征收受到严格的法律限制,包括必须得到法律的授权,必须基于公共利益的需要,必须符合比例原则,必须遵守法定程序,必须有公平的补偿等等。在这些限制性条件中,公共利益需要是征收行为合法性和正当性的前提和基础。这种国家强制征收行为因此被称之为公益征收或公用征收,并被定义为“行政主体为了公共利益的目的,按照法定形式和事先公平补偿原则,以强制方式取得私人不动产所有权和其他物权的程序”。〔1〕土地征收属于公益征收的范围,也是公益征收最主要的方面。

我国建国后的四部宪法都有关于土地征收的规定。其中,1954年宪法、1982年宪法将“国家为了公共利益的需要”作为征收权的行使条件,但在具体的制度设计上,我国的土地征收制度从一开始就不是以公共利益需要为基础构建的。

政务院1953年颁布的《国家建设征用土地办法》是建国后第一部有关土地征收的立法。〔2〕从该“办法”第2条和第20条所规定的征地目的与征地范围看,除了基于公共利益的需要外,基于经营性项目建设需要,国家也可以实施土地征收。〔3〕1957年国务院对征用土地办法进行修改,新修订的征用土地办法不但未根据1954年宪法的规定修正征地目的、缩小征地范围,反而进一步扩大了征地的适用范围,完全架空了宪法的规定。1982年5月14日国务院发布《国家建设征用土地条例》,原征用土地办法被废止。从该“条例”第2条规定看,同样未将征地限制在公共利益需要的范围内。〔4〕

1986年土地管理法发布,《国家建设征用土地条例》废止,有关土地征收的制度被合并规定到土地管理法中。在土地征收的目的方面,虽然土地管理法第2条第2款重复了1982年宪法关于“国家为了公共利益的需要,可以依法对集体所有的土地实行征用”的规定,但在征收的适用范围方面,该法第21条基本上照搬了《国家建设征用土地条例》第2条的规定。此后,土地管理法又历经了1988年、1998年和2004年三次修正。虽历经修正,但在土地征收的基本制度方面并无实质性突破。2004年3月宪法修正案通过后,土地管理法于同年8月修正,除了重复宪法修正案的规定,将第2条第4款修正为“国家为了公共利

〔1〕 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第287页。

〔2〕 “征收”与“征用”在我国立法上长期未区分使用。1954年宪法、1975年宪法、1978年宪法和1982年宪法中使用的“征用”实际上都包含了“征收”和“征用”两方面的内容,直到2004年宪法修正案通过,方从立法上对“征收”与“征用”进行了区分。2004年宪法修正案第20条规定,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”宪法修正案第22条规定,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”单行立法亦如此。所以,该办法中使用的“征用”实际上也包括了“征收”和“征用”两方面的内容。

〔3〕 该“办法”第2条规定,“国家兴建厂矿、铁路、交通、水利、国防等工程,进行文化教育卫生建设、市政建设和其他建设,需要征用土地的时候,都按照本办法的规定办理。”第20条规定,“公私合营企业、信用合作社、供销合作社、手工业生产合作社用地以及群众自办的公益事业用地,可以向当地县级以上人民委员会提出申请,获得批准后,援用本办法的规定办理。”

〔4〕 该“条例”第2条规定,“国家进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业,需要征用集体所有的土地时,必须按照本条例办理。”

益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿”外,原有的土地征收制度及其相关制度均未根据“公共利益的需要”作相应修改。“公共利益的需要”只是一个摆设,并未在具体的土地征收制度中得到落实,现行的土地征收事实上与公共利益需要无缘。

(二) 现行集体土地征收不以公共利益为前提

宪法第10条第1款规定,“城市的土地属于国家所有”。这是宪法对城市土地所有权的硬性规定,实质是为了实现国家对城市土地的垄断。宪法对“城市”的涵义和范围未作界定,土地管理法将土地划分为城市市区的土地和农村及城市郊区的土地。土地管理法第8条第1款规定,“城市市区的土地属于国家所有。”第8条第2款规定,“农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有。”依土地管理法的规定,宪法第10条第1款中“城市”的涵义应是指“城市市区”,“城市的土地属于国家所有”应指“城市市区的土地属于国家所有”。宪法的这一规定,不仅意味着宪法实施时原有城市市区的土地必须全部国有化,而且意味着因城市扩张而进入城市市区的集体土地也必须国有化。

如何实现入城集体土地的国有化呢?理论上的路径有二:一是议价购买,二是强制征收。宪法第10条第4款规定,“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。”虽然宪法并未明确这里的“非法转让土地”所指的是土地的所有权还是使用权,但若结合该条款后面“土地的使用权可以依照法律的规定转让”的规定,会看出禁止转让的应是土地的所有权。由于宪法禁止土地所有权的转让,因此,集体土地所有权通过议价购买方式转让给国家的路径被封死了。一方面城市土地必须国有化,另一方面议价转让集体土地所有权的路径又被堵死了,那么剩下的集体土地国有化的路径就只有国家强制征收。由于进入城市的集体土地在用途上既可能是公益性使用,也可能是经营性使用,这就将经营性项目建设用地一并纳入了征收的范围,实践中也正是这样操作的。

宪法第10条第1款只是为了实现和保障国家对城市市区土地的垄断,如果没有单行立法对国家垄断建设用地范围的肆意扩张,对于农村和城市郊区的集体土地来说,将征地限制在公共利益需要的范围内仍是可能的。问题是,此后的单行立法不但未能落实宪法第10条第4款“土地的使用权可以依照法律的规定转让”的规定,为城市市区之外的集体土地使用权的转让提供法律依据,反而在宪法之外不断扩大国家垄断建设用地的范围,又将征收作为国家取得集体土地的唯一手段,土地征收因此蔓延扩张到整个农村和城市郊区的集体土地上。

城市房地产管理法规定,整个城市规划区内房地产开发建设需要使用集体土地的,必须先征收、再出让。1994年通过的城市房地产管理法第9条规定,“城市规划区内的集体所有的土地,经依法征用转为国有土地后,该幅国有土地的使用权方可有偿出让”。尽管立法起草过程中对该条规定充满了争议,但最终仍获通过。^[5]城市房地产管理法是规范城市房

[5] 在审议城市房地产管理法草案的过程中,针对草案中规定的“集体所有的土地,经依法征用转为国家土地后,该幅国有土地的使用权方可出让”,有一些全国人大常委会的委员反对这一规定,提出“集体所有的土地应当允许由所有权人出让,当然应当有所限制,如基本农田保护区内的土地不得出让。理由是,1988年4月七届全国人大第一次会议通过的宪法修正案规定,土地的使用权可以依照法律的规定转让;1988年12月七届全国人大常委会第五次会议通过的关于修改土地管理法的决定,明确规定集体所有的土地的使用权可以依法转让。……如果所有权人无权出让,只有征用后才能出让进入房地产市场,是不合理的,也是与宪法和土地管理法的规定不一致的”。这些反对意见最终都未被采纳。参见房维廉主编:《中华人民共和国城市房地产管理法释义》,人民法院出版社1994年版,第233页。

地产经营的法律，城市房地产经营显然不属于公共利益的需要。由这样一部法律规定城市规划区内房地产开发建设需要使用集体土地的，必须先征收、再出让，显然不是为了保护公共利益。这一规定的真实意图，就是为了保证国家对整个城市规划区内房地产建设用地的垄断供应，防止集体建设用地直接出让用于房地产建设而给房地产建设用地市场造成冲击。需要进一步明晰的是，在城乡规划法上，城市规划区包括城市建成区和城市规划控制区。城乡规划法上的“城市建成区”和“城市规划控制区”与土地管理法上的“城市市区”和“农村及城市郊区”之间的对应关系，在立法上尚不明确。^{〔6〕}如果将城乡规划法上的“城市建成区”理解为相当于土地管理法上的“城市市区”，将城乡规划法上的“城市规划控制区”理解为“受城市规划控制的农村及城市郊区”，那么，根据城市房地产管理法第9条的规定，不仅是城市建成区（城市市区）的房地产建设用集体土地，而且连受城市规划控制的农村和城市郊区的房地产建设用集体土地，也全部被纳入了国家垄断供给和强制征收的范围。

其后，土地管理法在城市房地产管理法的基础上再进一步，规定所有建设需要使用土地的，都必须申请使用国有土地。1998年土地管理法再次修改，这次修改在城市房地产管理法第9条国家垄断城市规划区房地产建设用地的基础上，将国家对建设用地的垄断从房地产开发拓展到所有建设领域，从城市规划区延伸到农村地区。^{〔7〕}1998年修订的土地管理法第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；……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收的原属于农民集体所有的土地”。这一规定意味着，若因建设需要使用集体土地的，无论该建设是公益性项目建设还是经营性项目建设，也不论该集体土地位于城市规划区还是农村地区，都必须先征收，再出让。为保证土地管理法第43条的落实，土地管理法第63条禁止农民集体所有土地的使用权出让、转让或者出租用于非农业建设。至此，所有城乡建设用地全部为国家垄断，而征收又成为国家取得集体建设用地的唯一手段。

（三）集体土地征收立法的制度性障碍的清除

我国要建立以公共利益需要为基础的土地征收制度，必须将经营性项目建设用地从土地征收中分离出来。为此，必须通过修改现行立法来清除集体土地征收立法的制度性障碍。

在单行立法方面，建议将城市房地产管理法第9条规定的“城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让”，修改为：“城市规划区内集体土地使用权可直接出让用于房地产开发建设”。

建议将土地管理法第43条第1款规定的“任何单位和个人进行建设，需要使用土地

〔6〕 关于土地管理法上的“城市市区”是否等同于城乡规划法上的“城市建成区”的问题，笔者专门咨询了相关的国土资源行政主管部门和规划行政主管部门。两部门都无法给出准确的答复，但认为城市建成区的范围似要稍大于城市市区。由于城市市区与城市建成区的主体部分是重叠的，为简便起见，本文将两者统一对待。

〔7〕 1988年宪法修正案规定，土地的使用权可以依照法律的规定转让。为落实宪法修正案的规定，同年修订的土地管理法也明确国有土地和集体土地的使用权都可以依法转让，但后面附加了一个条件，即土地使用权转让的具体办法，由国务院另行规定。两年后《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》出台，国有土地使用权顺利进入市场流转，而集体土地使用权出让和转让办法的出台则因为地方政府普遍担心允许集体土地流转会冲击国有土地的供应市场和加大土地征收的难度而受阻。1998年土地管理法修改过程中，又有很多地方政府及民众提出，希望建立集体土地流转和有偿使用制度，这些建议均遭立法机关否决。参见卞耀武主编：《中华人民共和国土地管理法释义》，法律出版社1998年版，第318页。

的,必须依法申请使用国有土地”,修改为:“公益性项目建设单位和个人需要使用土地的,可以依法申请征收集体所有的土地”,将土地管理法第63条规定的“农民集体所有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”,修改为:“符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的农民集体所有的土地,其土地使用权可以出让、转让或者出租用于非农业建设”。

但是,城市房地产管理法第9条、土地管理法第43条第1款和第63条的修改只能将国家征收农村和城市郊区的集体土地控制在公共利益需要的范围内,受制于宪法第10条第1款的规定,城市房地产管理法和土地管理法的修改仍无法解决国家对城市市区经营性建设用集体土地的征收问题。要将国家对城市市区集体土地的征收也控制在公共利益需要的范围内,就必须修改宪法或者寻找到既不违背宪法、又能够有效控制土地征收权行使的替代性制度。虽然修改宪法需要高度的社会共识和复杂的修宪程序,短时间内甚至看不到希望。但是,这并不妨碍我们进行相关探讨。目前,学者们多将目光聚焦在宪法第10条第1款的规定上,主张删除“城市的土地属于国家所有”的规定,改变城市土地只能国有的现状,允许城市范围内集体土地的存在,同时允许集体建设用地直接入市,维持入市后土地的集体所有制,保障农民在集体土地上进行城市建设的权利。^{〔8〕}但实际上,除宪法第10条第1款的规定外,宪法第10条第4款关于“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”的规定同样不可忽略。如果只有宪法第10条第1款而无第4款的规定,那么,城市土地国有化可有两条并行的路径:一是基于公共利益需要的征收,二是非公共利益需要的议价购买,即国家通过议价购买实现集体土地的国有化。正是宪法第10条第4款的规定将国家议价取得集体土地所有权之路给封死了,因而形成了城市的土地国家所有、征收是集体土地国有化唯一路径的制度现状。所以,除了对宪法第10条第1款进行修改外,还可以选择保留第10条第1款,在第10条第4款“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”的后面增加规定“集体土地所有权可以依法转让给国家”。这样,宪法第10条第4款就与第3款“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”的规定共同构成了城市土地国有化的双轨制:基于公共利益需要的土地征收和非公共利益需要的议价购买。

二、集体土地征收立法需要解决的特殊性问题

在有关集体土地征收的理论研究中,学者们多将研究内容集中在土地征收中公共利益的界定、土地征收补偿的范围与标准以及土地征收的程序构建等方面。实际上,这些问题都是土地征收中的共性问题,而且也是相对容易解决的问题。而我国集体土地征收制度的构建,需要考虑我国集体土地制度的特殊性。

(一) 集体土地征收中被征收人的资格与范围

土地征收中的被征收人,系指因土地征收而丧失权利或致其权利受到影响的人,具体

〔8〕 曲相霁:《消除农民土地开发权宪法障碍的路径选择》,《法学》2012年第6期,第28页。

包括征收标的的所有权人及其他权利人两类。前者系指土地所有权人，后者是指土地所有人以外，其他一切关于土地有权益之人，且因土地征收而蒙受损失者。^{〔9〕}被征收人的资格与范围是土地征收制度的基础，没有被征收人或者被征收人不明确，其他的制度设计皆为空中楼阁。

在域外，土地征收中被征收人的资格与范围明确且具体。除土地所有权人外，对被征收土地享有他项权利的人，甚至包括因征收而使其权利受到影响的人都能够成为被征收人。譬如在德国，“作为征收客体的财产的范围十分广泛，凡是属于基本法第14条第1款第1句的保护范围并且因此属于该条第3款规定的私权利中具有财产价值的所有权利，以及特定条件下公权利中具有财产价值的权利都包括在内”。^{〔10〕}这些权利人因此成为当然的被征收人。在我国台湾地区，土地所有权以外之土地权利亦得为征收之标的，而且，其范围不仅限于民法上所规定的土地他项权利，如地上权、抵押权或其他限制物权、承租权等，其他如矿业法上之矿业权、渔业法上之渔业权、水利法上之水权等权利，也都包括在内。此外，土地权利之外之权利，如土地之改良物（建筑物或工作物），亦为征收之标的物。^{〔11〕}相应地，这些权利人在土地征收中皆享有被征收人的主体资格。

在国内，集体土地征收中被征收人的资格与范围至今都不明确，界定土地征收中被征收人的资格与范围成为集体土地征收制度构建中需要着力解决的一个问题。

我国集体土地上的权利人，除土地所有权人外，大致还有以下几类权利人：一是地上物所有权人，二是集体土地使用权人，三是乡镇、村企业的厂房等物业的承租人，四是抵押权权利人，五是股权权利人，六是其他与集体土地使用相关联的权利人。但是，是否应当将这些权利人纳入被征收人的范围，仍需要一一进行分析。

1. 地上物所有权人是否具有被征收人主体资格

被征收土地及房屋的所有权人是当然的被征收人，其被征收人资格已为我国物权法（第42条）所肯定，无需详解。这里的房屋既包括农民住宅，也包括乡镇、村企业的厂房、设施等物业。需要讨论的是，地上农作物所有权人是否构成独立的被征收人。土地管理法第47条第4款将被征收土地上的附着物和青苗作为一类独立的补偿内容，但未将土地承包经营权纳入征收补偿的范围。物权法第42条第2款也将地上附着物和青苗作为征收补偿的内容，但第132条又规定，承包地被征收的，土地承包经营权人有权依照本法第42条第2款的规定获得相应补偿。由于地上附着物和青苗的所有权人也就是土地承包经营权人，因此，在确定土地承包经营权的补偿时，可以考虑将地上附着物和青苗等农作物的所有权吸收合并到土地承包经营权的补偿范围。如是，土地承包经营权人可以合并吸收地上农作物的所有权人作为被征收人。

2. 集体土地使用权人是否具有被征收人主体资格

我国立法上未将集体土地使用权作为一项独立的土地权利，而是根据不同用途对其进行了分解，分解后的集体土地使用权大体包括土地承包经营权、宅基地使用权、地役权、自然资源特许使用权等多类。其中，根据物权法的规定，土地承包经营权、宅基地使用权、

〔9〕 翁岳生编：《行政法》下册，中国法制出版社2002年版，第1704页。

〔10〕 [德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第680页。

〔11〕 前引〔9〕，翁岳生编书，第1700页。

地役权以及探矿权、采矿权、取水权等自然资源特许使用权,已经被明确规定为用益物权并被纳入了征收补偿的范围。因此,土地承包经营权人、宅基地使用权人、地役权人以及探矿权、采矿权、取水权等自然资源特许使用权人,当然具有被征收人的主体资格。但是,由于一些实践中产生的权利尚未被法律所确认,因而,仍需对他们进行探讨。

首先,专业大户、家庭农场、农民合作社、农业企业等经营权人通过承包经营权的流转所获得的土地经营权的物权属性,目前尚未获立法确认。有学者主张将这类土地经营权看作一种在农村土地承包经营权之上设立的次级土地承包经营权,仍为用益物权。^{〔12〕}我们认为,规模化的农村土地经营是我国农业未来的发展方向,也是农业走向现代化的必由之路。明确农村土地经营权的物权属性,有利于推动农村土地的规模化和集约化经营,稳定农村土地经营关系,保护经营权人的合法权益。在土地征收中,应当赋予农村土地经营权人被征收人的主体资格。

其次,受限于现行立法对集体建设用地流转的管制,我国物权法未将集体建设用地使用权明确规定为用益物权,物权法第151条规定,“集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地管理法等法律规定办理”。土地管理法第11条第2款规定,“农民集体所有的土地依法用于非农业建设的,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认建设用地使用权。”根据土地管理法的规定,集体建设用地使用权人经登记的使用集体土地进行建设的权利是一项法定的权利。但是,因为物权法并未将其作为用益物权加以规定,因而,集体建设用地使用权人是否享有被征收人的主体资格仍不明确。实际上,随着集体经营性建设用地流转的放开,集体建设用地,特别是集体经营性建设用地使用权,作为一类独立的集体土地使用权已势所难挡。“全面深化改革决定”中指出,要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。根据“全面深化改革决定”,集体经营性建设用地不仅可以流转,而且要实现与国有建设用地同权同价。因此,土地征收立法应当明确将集体建设用地使用权作为土地征收的权利客体,并赋予集体建设用地使用权人独立的被征收人主体资格。

再次,物权法在用益物权编中对自留山、自留地使用权未作规定,但在担保物权编将自留山、自留地的使用权作为与耕地、宅基地并列的一项集体土地使用权排除在可以设定抵押的物权之外。本文认为,无论是基于历史还是现实,自留山、自留地不仅构成一类独立的集体土地使用权,而且,其使用权与宅基地使用权一样都是无期限的、具有福利性质的、更接近于自物权的集体土地使用权,自留山、自留地使用权人应当享有被征收人的主体资格。

3. 乡镇、村企业的厂房等物业的承租人是否具有被征收人主体资格

乡镇、村企业将已经建成的厂房等物业出租给承租人经营使用,承租人支付租金,由此形成了承租人对乡镇、村企业的厂房等物业的租赁(经营)权。租赁经营权也是法律上独立的权利,权利人的损失包括装修损失、停产停业损失以及生产设备的搬迁、安置损失等。这些损失都是承租人所独有的损失,应当纳入征收补偿的范围。乡镇、村企业的厂房等物业的承租人应享有被征收人的主体资格。

〔12〕 朱广新:《土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善》,《法学》2015年第11期,第98页。

4. 抵押权权利人是否具有被征收人主体资格

为现行立法所确认的与集体土地利用相关联的抵押权有两个：一是土地承包经营权的抵押权（农村土地承包法第49条），二是集体建设用地上的建筑物及其建设用地使用权的抵押权（物权法第183条）。但是，“全面深化改革决定”指出，要赋予农民更多财产权利，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，保障农户宅基地用益物权，改革完善农村宅基地制度，选择若干试点，慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让，探索农民增加财产性收入渠道。因此，随着改革的推进，农村土地承包经营权、农民对集体资产的股份、宅基地使用权以及农民住房等财产的抵押都将逐步解禁。农村以土地权利为基础的抵押权的范围将会不断扩大。

关于抵押权人在土地征收中的地位，物权法等法律未作直接规定，但物权法第174条规定，担保期间内担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿；被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。对于以土地承包经营权、住宅、集体建设用地上的建筑物等财产权抵押的，由于这些抵押权均为集体土地上生成的独立物权，且因征收被消灭，抵押权人的抵押权因征收而丧失，其与征收权的行使有直接的利害关系，应享有被征收人的主体资格。

5. 股权权利人是否具有被征收人主体资格

农村以集体土地为基础形成的股权大致有三种情形：一是农民对农村土地、森林、水面在内的资源性资产所享有的股权。^[13]二是农民通过将土地承包经营权投资入股形成的股权。三是集体土地所有者或集体建设用地使用权人通过以集体建设用地使用权作价入股（出资），与他人合资、合作、联营等形式共同兴办企业而形成的股权。集体建设用地使用权投资入股作为集体建设用地使用权流转的又一形式，也已为部分地方立法所确认。^[14]

征收直接消灭的是投资企业的土地经营权、集体建设用地使用权而非股权。如果因为土地征收导致投资企业停止经营的，其股权应是通过投资企业的收益分配以及解体清算后的资产分配而实现。股权权利人不享有被征收人的主体资格。

6. 其他与集体土地使用相关联的权利人是否具有被征收人主体资格

其他与集体土地使用相关联的权利人主要有两类：一类是集体建设用地使用权的租赁权利人，另一类是土地承包经营权的转承包人、承租人等权利人。

集体建设用地使用权的租赁权利人是否享有被征收人主体资格应视情形而定。如果厂房等建筑物是由租赁权利人投资建设，其享有对地上建筑物的所有权，那么，因征收所产生的建筑物及其装修损失、停产停业损失以及生产设备的搬迁、安置等损失都是归属于租赁权利人的损失，其应享有被征收人的主体资格。如果其转租的是包括厂房在内的租赁物，那么，其因征收所产生的损失仅为装修损失、停产停业损失以及生产设备的搬迁、安置等损失。这些损失的补偿应由租赁权利人与出租人协商解决，这种情形下租赁权利人不享有被征收人的主体资格。

[13] 农村集体资产主要有两大类：一是包括农村土地、森林、水面在内的资源性资产，二是以集体名义投资建设的物业、厂房等非资源性资产。

[14] 参见《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》第12条第1款、《安徽省集体建设用地有偿使用和使用权流转试行办法》第2条、《湖北省农民集体所有建设用地使用权流转管理试行办法》第2条。

转承包权、承租权等权利系基于合同形成的债权,在征收过程中其受到影响或损失已为土地承包经营权所吸收,转承包人、承租人等权利人因征收产生的损失应依双方之间的合同进行解决。转承包人、承租人等权利人不享有被征收人主体资格。

(二) 集体土地所有者代表人的资格与范围

在集体土地征收中,集体土地所有权人是最主要的被征收人。但是,我国集体土地的所有权人缺位,是立法至今没有解决的一个问题。谁作为集体土地所有权人参与土地征收,是集体土地征收立法必须解决的一个难题。

从1949年至1982年,中国农村土地经历了从农民个人所有到集体所有的转变,1982年宪法确认了农村土地的集体所有。宪法第10条第2款规定:农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留山、自留地,也属于集体所有。然而,“宪法上所规定的‘集体所有’中的‘集体’,根本就不是民法上所讲的一个‘团体’或者一个‘组织’,根本不是这个意思,它是个经济学上或者所有制意义上的概念,讲的是公有的一种形式”。^[15]由于“集体”非法律上有人格的组织,明确集体土地所有人便成了此后立法的任务,但无论是民法通则还是土地管理法均未能真正解决集体土地的所有人问题。^[16]

在物权法立法中,为集体土地寻找主人成了物权法的立法任务。在有关集体所有权的立法中,“物权法讨论的第一个问题就是农村土地问题,要给农村所谓的‘集体土地’找一个‘主人’。集体土地的所有人是谁呢?它必须是一个能够享受土地权利的组织”。但寻找集体土地主人的努力最终还是以失败告终,“在农村,这样的组织我们终于没能找到。立法上最后的解决方案实际上是回避了这个问题,也没有让它形成一个重点讨论的问题”。^[17]物权法最终规定,“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有”。由于“成员集体”非法律上的主体,物权法不得不为包括集体土地在内的集体财产规定了所有权的代表人。依物权法第60条的规定,集体所有财产的代表人为(乡镇、村或村内)集体经济组织或者村民委员会、村民小组。

在物权法已对集体所有权代表人作了规定的情形下仍需着重讨论,在土地征收中,由集体经济组织或村委会、村民小组作为集体土地所有权的代表人和被征收人在法律上是否

[15] 尹田:《民法思维之展开》,北京大学出版社2008年版,第257页。

[16] 民法通则第74条第2款规定,“集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村委会经营、管理。已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有。”但民法通则的这一规定既未实际解决集体土地所有权主体,也没有明确村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村委会经营、管理权的法律性质,而“已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有”更是让人难以理解其所有权的归属,更未解决属于乡(镇)农民集体所有的土地的所有权的行使问题。1986年通过的土地管理法第10条再次规定,“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理;已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的,由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理;已经属于乡(镇)农民集体所有的,由乡(镇)农村集体经济组织经营、管理。”土地管理法将集体所有的土地分为三种类型:即村农民集体所有、村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有和乡(镇)农民集体所有,三种类型的集体所有的土地分别由村集体经济组织或者村民委员会、村内各该农村集体经济组织或者村民小组以及乡(镇)农村集体经济组织经营、管理。简言之,集体土地由(村、村内或乡镇)农村集体经济组织或村民委员会、村民小组经营管理。但土地管理法未明确农村集体经济组织或村民委员会、村民小组对集体土地的经营管理权是一种什么性质的权利。

[17] 前引[15],尹田书,第258页。

具有正当性、在实践中是否具有可行性。

先看集体经济组织。集体经济组织是改革开放后为了适应政企分开而在农村成立的经营性组织，这些组织大多由村民委员会或乡镇人民政府发起设立（少数发达地区也有村民小组发起设立的情形），主要负责人多由村或乡镇的党政负责人兼任或任命。现实中行使集体土地所有权的权力，主要集中在乡镇政府或村委会手中。因而，“作为所有权代表的乡镇政府和村委会也就理所当然地拥有了土地征收过程中的谈判权、决策权以及征收补偿的分配权，而农民个人是被排除在征地博弈之外的”。^{〔18〕}

再看村委会和村民小组。我国的村委会脱胎于原体制下的生产大队，村民小组则脱胎于原体制下的生产队。随着基层政权组织的改革与整合，现在的村民小组在很多地方已经消亡。关于村委会，村民委员会组织法第2条将其定性为基层群众性自治组织，基本职能是负责办理本村的公共事务和公益事业。但是，由中国农村目前的现实情况所决定，村委会虽名为基层群众自治组织，实际上却并没有真正的独立性和自治性。在不少地方，乡镇政府多将村委会当成其下属机构，村民们也大多认同村委会代表政府。在土地征收等事关农民切身利益的重大事项上，当基层政府的决策与村民的利益发生矛盾与冲突时，村委会大多站在政府的一边，成了政府利益的维护者。现实中大量因征地引发的冲突，多是在农民与地方政府之间直接发生的，鲜有村委会出面维护农民的利益。另外，由于村委会角色的错位，有些冲突甚至最后演变成农民与村委会之间的冲突。

由于集体经济组织事实上由乡镇政府或村委会所控制，村委会又多依附于乡镇政府。在这种情形下，中国的集体土地征收在实践中演变为上级政府（市、县人民政府）向下级政府（乡镇政府）取地，上级政府要多少、下级政府给多少，土地征收不需要任何条件，征收程序没有任何约束，征收补偿完全由征收机关决定。当征收遇有阻力时，村委会或乡镇政府往往毫不犹豫地站在征收机关一边。农民即使选择了诉讼，也常常因主体不适格而被驳回。

在中国，土地是农民最为重要的财产和生存之本。没有农民的参与，土地征收就不可能有真正的博弈。集体土地征收的被征收人应当以农民为主体进行设计。物权法改变了之前立法上农民集体财产“集体所有”的抽象规定，将“集体所有”具体化为“本集体成员集体所有”。尽管成员集体不是一个组织，也不是农民个人，但若将“本集体成员集体所有”理解为“本集体成员共有”，那么，特定集体范围内的全体农民就成了集体所有权的权利人。循着这一思路，在集体土地征收立法中，对于集体土地被征收人的代表可作如下设计：（1）改变物权法第60条关于集体经济组织或村委会、村民小组代表农民集体行使所有权的規定，在土地征收中由本集体全体成员依照法定程序选举农民代表，由农民代表以集体土地所有人的身份直接参与土地征收。（2）在物权法第59条第2款规定的基础上，完善、细化重大事项的民主决定程序，明确土地征收中农民代表与农民集体的关系。明确规定土地征收中所有涉及本集体成员权益的事项应经本集体成员集体决定，涉及补偿范围、补偿标准、补偿方式等重大问题必须经全体成员一致同意方能决定，在其他问题上必须经

〔18〕 李凤章：《通过“空权利”来“反权利”：集体土地所有权的本质及其变革》，《法制与社会发展》2010年第5期，第22页。

全体成员多数同意方可决定。^[19] (3) 修改《土地管理法实施条例》第26条关于“土地补偿费归农村集体经济组织所有”的规定,明确规定土地补偿费归农民集体所有,土地补偿费的使用、分配由本集体成员共同决定。

(三) 被征收人的基本权利

现代意义上的土地征收制度以土地私有为前提、以财产权保护为中心,在制度设计上反映为对征收权的严格限制和对私有财产权的充分保障。我国现行的集体土地征收是以集体土地公有为逻辑起点、以国家利益至上为中心、以公权力为主导,在制度设计上反映为公权的至上和私权的虚化。

土地管理法不仅对被征收人的范围未作明确规定,而且几乎排除了被征收人参与集体土地征收的权利。征收由征收机关单方面决定,征收决定的合法性完全由征收机关和征收审批机关在内部程序中自行判断,征收决定按内部程序审批确定后才由征收机关对外公告。公告的目的并非听取被征收人对征收决定的意见或者给予被征收人以救济的权利,而是要求被征收人在公告规定的期限内持土地权属证书到当地人民政府土地行政主管部门办理征地补偿登记,注销土地权属证书(土地管理法第46条)。

被征收人对于征地补偿安置同样没有话语权。在征收补偿方面,征收补偿的范围、标准和幅度已由土地管理法自身或授权省、自治区、直辖市人民政府进行规定(土地管理法第47条),征地补偿、安置方案由市、县人民政府土地行政主管部门会同有关部门拟订(《土地管理法实施条例》第25条第3款)。被征收人无权参与征收补偿安置方案的拟订,无权参与征收补偿安置的协商。只有在征收补偿安置方案确定后,有关地方人民政府才会将征地补偿安置方案公告,听取被征地的农村集体经济组织和农民的意见(土地管理法第48条)。对于农村集体经济组织和农民提出的意见如何听取、如何处理,立法未作任何规定。对于补偿安置纠纷,立法未赋予当事人诉请司法救济的权利,规定对补偿标准有争议的,只能由县级以上地方人民政府协调,协调不成的,由批准征用土地的人民政府裁决。而且,征地补偿、安置方案报市、县人民政府批准后,市、县人民政府土地行政主管部门即开始组织实施。征地补偿、安置争议不影响征用土地方案的实施(《土地管理法实施条例》第25条第3款)。

因此,现行的土地征收在公权与私权的配置方面,从程序到实体几乎都是一边倒地偏向公权力倾斜,被征收人在征收中几无权利可言。这种失衡的公私权配置机制使被征收人无法制衡征收机关的征收权,丧失了起码的保卫自己财产的能力。法律上无权抗征,也容易使得农民不得不转向非法的暴力抗征。

土地征收是强制剥夺集体土地及其附属财产权的制度,即使是基于公共利益需要的征收也应当在公益与私益之间寻求起码的平衡。因此,集体土地征收立法必须打破目前土地征收中公权与私权的失衡状态,从约束公权、保障私权的角度重新配置土地征收中的公权与私权,明确被征收人在土地征收中的基本权利,并为权利的行使提供充分有效的救济与

[19] 物权法第59条第2款规定,土地补偿费等费用的使用、分配办法,应当依照法定程序经本集体成员决定。该款规定存在两个方面的问题:第一,土地征收是涉及农民土地权益的最为重大的事项,但该事项未列入应当经本集体成员决定的事项。“土地补偿费等费用的使用、分配办法”实际上与土地征收并无直接关系。第二,本集体成员应如何形成决定包括是全体同意方能决定、还是多数通过方能决定该条没有明确规定。

保障。

被征收人权利的配置，需从重构土地征收程序着手。首先，应当实现征收程序的外部化。现行的征收程序是以上下级行政机关为主体、以内部审批为基础构建的。征收由征收机关（市、县人民政府）作出征收决定，报征收审批机关（省、自治区、直辖市人民政府或国务院）批准后实施；征收补偿安置方案由市、县人民政府土地行政主管部门拟定报市、县人民政府批准实施，被征收人难以参与其间。在土地征收中，征收机关和被征收人是征收法律关系的主体，应当以征收机关和被征收人为主体、以正当程序为基础重构征收程序。其次，应当明晰土地征收的具体程序构成。立法上应将征收程序划分为征收决定程序、补偿安置的协商与裁决程序和征收决定的强制执行程序，以作为被征收人权利配置的基础。

被征收人在土地征收中的基本权利应包含程序性权利、实体性权利和救济性权利。程序性权利是被征收人参与整个征收过程、监督征收权行使的权利。在征收决定阶段，被征收人的权利包括对征收目的的调查与认定的参与权、对征地决定和征收审批决定的合法性提出异议的权利。在征收补偿阶段，其权利包括补偿安置方案以及补偿款分配方案拟定与实施的参与权，对补偿安置方案、征收补偿方案的批准以及补偿款分配方案的合法性与合理性提出意见的权利，就补偿安置与征收机关协商、签署补偿安置协议的权利，在协商不成的情形下参与被征收财产价值评估的权利。在强制执行阶段，其权利包括对强制执行行为提出异议的权利，与执行机关达成执行和解的权利。

实体性权利主要是被征收人获得公平补偿的权利和买回被征土地的权利。根据土地管理法第47条规定，现行的土地征收按被征收土地的原用途给予补偿。这意味着土地被征收后的增值部分全部由国家独享，这不符合公平补偿原则。“全面深化改革决定”中指出，“允许集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实现与国有土地同等入市、同权同价”。基于同权同价的原则，集体土地征收补偿标准应当借鉴《国有土地上房屋征收与补偿条例》第19条的规定，以“不得低于被征收为国有土地后的市场价格”作为补偿基准，对地上建筑物及其他财产的补偿，也应当遵循这一补偿标准。买回权是指当被征土地在征收后的一定期限内未按批准的公用目的使用时，被征收人要求买回被征土地的权利。买回权是土地征收制度中被征收人享有的一项基本权利，目的是为了防止征收机关假借公共利益之名滥用征收权。目前我国土地征收中的买回权制度缺失，代之以一个完全反向的制度——土地储备制度。^[20]依据2007年国土资源部、财政部、中国人民银行联合发布的《土地储备管理办法》第10条第（四）项的规定，土地储备的范围包括已办理农用地转用、土地征收批准手续的土地。关于储备土地的使用，该“办法”第22条规定，“储备土地完成前期开发整理后，纳入当地市、县土地供应计划，由市、县人民政府国土资源管理部门统一组织供地”。这里的土地供应，虽不排除基于公共利益的项目建设，但实践中大量储备土地主要用于商业目的的开发。为防止征收机关假借公共利益之名征地，集体土地征收立法应当明令禁止将被征土地纳入土地储备的范围，同时赋予被征收人买回权。

救济性权利是指被征收人对土地征收中的行政行为诉请司法救济的权利。新修订的行

[20] 土地储备制度最早在上海建立。1996年，上海成立土地发展中心，这是我国首家土地储备机构。2001年，国务院发布《关于加强国有土地资产管理的通知》，土地储备制度开始在全国推行。2007年国土资源部、财政部、中国人民银行联合发布《土地储备管理办法》，这是目前土地储备的依据。

政诉讼法已明确将征收决定、补偿决定以及行政机关不依法履行、未按约定履行、违法变更、解除土地房屋征收补偿协议等引起的争议纠纷,纳入行政诉讼的受案范围。在理论上,凡有可能对被征收人权利产生影响的行政行为以及相关的行为都应当赋予被征收人以救济权。

(四) 征地模式的改革

在土地征收中,公共利益需要是征收合法性的前提,审查、判断征收是否符合公共利益是征收程序的核心。但只有按项目征收,才能使识别和判断征收是否符合公共利益需要成为可能。因此,域外的土地征收除特殊的区段征收外,^[21]都是按项目征收,每一个征收决定都与具体项目挂钩。项目设立人为土地征收请求权人,又称需用地人。征收以项目设立人向国家提出征收申请作为程序开始的标志,整个征收决定程序都是围绕公共利益的识别和判断进行设计的,司法审查征收决定的合法性,也是围绕征收决定是否基于公共利益的需要展开的。在法国,公用征收的程序分为行政阶段与司法阶段。行政阶段审批公用征收的目的,确定可以转让的不动产。司法阶段主要是裁决被征收财产所有权的转移和确定补偿金。行政阶段由事前调查、批准公用目的、具体位置调查和可以转让的决定四个部分构成,核心程序是批准公用目的,“这是行政阶段最主要的环节。只有批准符合公用目的,公用征收才能合法进行,法院裁决所有权的转移才有合法依据”。^[22]在日本,土地征收法将土地征收的程序分为项目认定程序和征收裁决程序两部分。其中的项目认定程序就是对申请项目是否具有公共性以及是否符合征收条件的审查程序。在项目认定程序中,首先由项目设立人^[23]向项目认定人^[24]提出项目认定申请,征收的项目能否成立,关键在于该项目是否具有公共性。在项目认定中,项目认定人需要判断确定相关土地房屋、项目计划以及为此该项目只能征收或者使用相关土地房屋的公益性,并最终决定是否作出项目认定。^[25]在项目认定人就申请项目作出项目认定后,土地征收方能进入第二个程序即征收裁决程序。

我国当前的土地征收并不以公共利益为前提,而是由土地利用年度计划来确定的。除存量国有建设用地外,新增国有建设用地全部由国家通过征收集体土地取得,地方政府每年的建设用地供应量以及征地量是由土地利用年度计划确定的。土地利用年度计划由地方政府根据土地利用总体规划编制,并根据土地管理法规定的审批权限报省级人民政府或国务院审批,审批机关审批同意后即可执行并作为征地的依据。因此,我国现行的土地征收除道路、管线工程、基础设施等项目建设实行按项目征地外,其他的土地征收都是按土地利用年度计划分批次征收的,与具体项目建设无关。土地的开发利用是在征收后确定的,或用于公益性项目建设,或用于经营性项目建设。在征收当事人中,我国土地管理法上只有

[21] 区段征收是土地征收中比较特殊的一类征收,“系指对一定区段内私人之土地权利,进行收买或者征收,将土地整理后,复行放领、出租或者出卖,或由政府直接支配使用之制度,又称地带征收”,“区段征收旨在改善该地区之土地利用,使适于事业目的之发展,故区段征收之特征,在于将某一区域内之土地全部征收,重新分宗整理后,再行支配使用”。参见前引[9],翁岳生编书,第1708页。

[22] 前引[1],王名扬书,第297页。

[23] 根据日本土地征收法第3条和第8条第1款的规定,项目设立人是指从事符合征收条件的项目,认为有必要征收相应土地房屋的人,具体是指国家、地方公共团体以及公社、公团、特殊会社等政府相关机关、公益事业从业者、公共组合等。

[24] 项目认定人是指根据土地征收法的规定进行项目认定的行政机关,包括国土交通大臣和都道府县知事。

[25] 参见朱芒:《日本房屋征收制度的基本状况》,《法学》2007年第8期,第31页。

征收机关（市、县人民政府）、征收审批机关（国务院或省、自治区、直辖市人民政府）的规定，而无土地征收请求权人（项目设立人）的规定。由于征地依据是用地计划而非公共利益的需要，因此，土地管理法是将用地计划而非公共利益需要设定为征地的条件，将是否符合用地计划而非公共利益的识别和判断设定为土地征收基本的程序内容。我国的征地程序既简单又封闭，整个征地程序由征地决定和征地审批两个环节构成，两个环节全部是在征收机关与审批机关之间封闭运行。对征收机关来说，能否征地是看是否有土地利用年度计划，不需要也不可能判断每一批次的征地是否符合公共利益的需要。对于征收审批机关来说，是否同意征地的依据也是该批次征地是否符合土地利用总体规划和土地利用年度计划。

要构建以公共利益需要为基础的征地制度，必须改革“按计划、分批次”征收的征地模式，实行按项目征地。每一征地决定都应具体的项目建设挂钩，整个征收决定程序都应围绕项目建设是否符合公共利益的需要展开，由项目设立人（需用地人）向征收机关提出征收申请作为征收程序开始的标志，征收机关收到征收申请后启动对项目建设是否符合征收条件的调查与认定程序，经调查认定征收申请符合征收条件的，作出征收决定，不符合征收条件的依法驳回征收申请。唯有按项目征地，才能将经营性项目建设用地从土地征收中剔除出去。

三、集体土地征收制度配套性制度的建设

（一）建立国家议价购买集体土地制度

本文第一部分提出了修改宪法第10条的立法建议，但在集体土地征收立法出台之前要启动并完成修宪的可能性微乎其微。在这种情形下，要将城市市区的集体土地征收控制在公共利益需要的范围内，唯一的办法就是建立不抵触宪法的替代性制度。

对于城市市区的集体土地来说，将土地征收限制在公共利益需要的范围内较为可行的替代性制度是：建立国家对入城集体土地的议价购买制度。对于经营性用地，由国家在遵循市场交易规则的情形下议价获取集体土地所有权。值土地管理法修改之际，可由土地管理法创设国家议价购买入城集体经营性建设用地的制度。

也许有人担心，在土地征收之外建立国家对集体土地的议价购买制度，国家的征收权会失去保障，国家的议价购买可能会存在较多的困难，如农民集体的出价过高或存在国家无法满足的其他要求。我们认为，议价购买所导致的集体土地国有化的困难恰好可以成为促进我国城市转型升级、改革城市发展模式、提升城市发展质量的契机。改革开放的过程也是我国城市急剧扩张的过程，经过三十多年“摊大饼”式的扩张，现在的城市规模已经非常庞大。由于用地成本低，土地利用不集中、不集约、征而不用、效益低下等现象普遍存在，土地资源的浪费十分严重。不少开发区杂草丛生，空心城、鬼城频现。今后，我国城市发展需要从外延式扩张，向提升城市内涵、提高土地利用效率和效益方面转变。而集体土地国有化的困难，会促使各地方政府转变城市发展思路，在转变土地利用方式、盘活城市闲置土地、合理进行空间开发、提升集约和节约利用土地的能力等方面，去寻找新的发展方向。议价购地不仅会使集体土地国有化变得困难，而且会大大增加集体土地国有化的成本，这对于改革地方经济发展模式同样具有重要作用。自上世纪80年代起，在政府经

营城市理念的推动下,各地方政府逐渐成为城市建设的主导力量。地方政府不仅是城市的管理者,更是城市的经营者。由政府主导的大规模的城市建设需要巨量的资金投入,地方税收远不能满足地方政府的投资需求,卖地即成为增加地方政府财政收入的主要路径,征地又成为地方政府获取土地的主要手段。由于政府的土地收入是由卖地所得与征地补偿之间的价差决定的,因此,尽可能压低征地补偿的范围与标准、尽可能抬高建设用地的市场价格成为各地方的普遍做法。这种牺牲土地权利人利益的征地模式自然引发了土地权利人的不满与抗争,所以,强征又成为地方政府征地的普遍做法,这进一步加剧了地方政府与土地权利人之间的矛盾与冲突。显然,这种发展模式不可持续。取消强征,可以提高政府获取土地的成本,增加政府获取土地的难度,有效抑制地方政府的投资和扩城冲动,让市场成为推动经济和城市可持续发展的主导力量,让地方政府逐渐回归理性和本位。

议价购买不仅应作为国家取得城市市区经营性建设用集体土地的手段,还应作为国家取得公益性建设用集体土地的手段之一,替代土地征收。在现代各国,尽管法律上赋予国家基于公共利益需要的征收权,但为防止激化矛盾,保护被征收人的合法权益,法律上都鼓励国家以协商购买的方式替代强制征收,日本等国的土地征收法更是将自愿收购土地房屋的方式作为土地征收的必经程序,只有在难以通过自愿收购土地房屋的情形下方能启动征收程序。^[26]依据我国宪法第10条第3款的规定,国家为了公共利益的需要,是“可以”而非“必须”对土地实行征收,这就为国家议价购买集体土地预留了制度空间。集体土地征收立法应当将议价购买规定为强制征收的前置性制度或替代性制度。

(二) 同步制定《集体土地使用权出让与转让条例》

在城市市区之外,将集体土地征收限缩到公共利益需要的范围内,必须改革现行“先征收、再出让”的国家垄断建设用地供应制度,将经营性项目建设用地从土地征收中分离出来,在土地征收之外建立独立的经营性项目建设供用地制度,允许集体土地不必再经征收而是可以直接进入建设用地市场,从而建立公益性项目建设与经营性项目建设相分离的建设用地供给制度。^[27]

公益性项目与经营性项目相分离的项目建设供用地改革路径图示如下:

公益性项目用地:需地人 申请征收 国家 征收 集体土地

经营性项目用地:集体土地所有权人(使用权人) 出让(转让) 需用地人

改革“先征收、再出让”的建设用地供应制度,允许集体土地直接进入建设用地市场,涉及一系列法律制度的变革。除了修改或废止城市房地产法、土地管理法的相关规定,通过立法明确集体建设用地使用权是设定在集体所有土地上的物权外,还需要同步制定《集体土地使用权出让与转让条例》,为集体土地使用权的流转提供具体的制度保障。

目前,放开集体土地使用权的流转,不少问题还有待立法进一步明确。

[26] 前引[25],朱芒文,第31页。

[27] 有学者担心,一旦严格限定了征地范围,允许农民集体直接出让建设用地使用权,农民尤其是城市郊区的农民,可以单纯凭借土地而不是劳动,获得巨额的土地增殖收益。在城市尤其是城市郊区会滋生出一个单纯的土地食利阶层。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,第52页。这一担心有一定道理,但可以通过完善交易规则、制定合理的土地收益分配规则以及税收等方式解决,而不应成为阻止集体经营性建设用地进入建设用地市场的理由。

第一，可以直接进入建设用地市场的集体土地的范围。集体土地按使用性质有农用地、宅基地和建设用地三类，而集体建设用地又有集体公益性建设用地和集体经营性建设用地之分。根据“全面深化改革决定”的精神，可以试点允许集体经营性建设用地直接进入建设用地市场。随着集体土地制度改革的深化，其他集体土地能否进入建设用地市场还有深入讨论的必要和余地。

第二，可以入市的集体经营性建设用地的区域范围。如果将目前可以入市的集体土地限定在集体经营性建设用地领域，那么，哪些区域的集体经营性建设用地可以进入建设用地市场？“全面深化改革决定”对此没有明确。有学者以我国城乡规划法规定的城乡规划区域为基础，提出可以入市的集体经营性建设用地应限于城市规划区外的集体经营性建设用地，而城市规划区内的土地仍应通过征收实行国有化，即“城镇规划区外（圈外），只要是非公益性用地，允许农村集体建设用地不征收，从事非农生产”。^[28]

根据城乡规划法第2条的规定，我国的城乡规划包括城镇体系规划、城市规划、镇规划、乡规划和村庄规划。根据规划确定的区域称为规划区，规划区分为城市、镇和村庄规划区，各规划区又相应分为建成区和规划控制区。^[29]因此，城市规划区相应分为城市建成区和城市规划控制区。

如果把可以入市的集体经营性建设用地的范围限制在城市规划区外的农村地区，城市规划区内，特别是城市规划控制区内的集体土地仍沿袭“先征收、再出让”的供用地模式，实际上难以真正规范土地征收、缩小征地范围。这是因为，城市规划区外用于经营性建设的集体土地的范围本来就很小，集体经营性建设用地主要集中在城市规划区内。所以，土地征收制度改革的核心，就是如何将城市规划区内的土地征收控制在公共利益需要的范围内。要将城市规划区内的土地征收控制在公共利益需要的范围内，就必须解除对城市规划区内集体经营性建设用地流转的管制，允许其直接进入建设用地市场。进言之，如果将可以入市的集体经营性建设用地的范围限制在城市规划区外，那么，随着城市规划区的外扩，原城市规划区外可以入市的集体经营性用地也都落入被征收的下场。因此，要将土地征收限缩在公共利益需要的范围内，首先应当允许城市规划控制区内的集体经营性建设用地进行流转，待条件成熟时还可考虑通过删除宪法中“城市的土地属于国家所有”的规定，将允许流转的集体经营性建设用地延伸到城市市区。

第三，集体建设用地可以进入的市场范围。对集体经营性建设用地可以进入的市场范围是否应有限制？对此，有观点认为，集体经营性建设用地不得用于商业性房地产开发建设和住宅建设，以免房地产市场投资过热，土地供应失控，并影响其他产业的发展。也有学者认为，既然对集体经营性建设用地使用权的初始设定已经设立了严格的规划控制条件，对其用途再予管制实无必要。^[30]我们同意第二种观点。如果商业性房地产市场禁止集体建设用地进入，意味着仍将维持国家对房地产建设用地的垄断，也就难以解决房地产用地

[28] 刘守英：《中共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，第4页。

[29] 1989年通过的城市规划法第3条规定：“本法所称城市，是指国家按行政建制设立的直辖市、市、镇。本法所称城市规划区，是指城市市区、近郊区以及城市行政区域内因城市建设和发展需要实行规划控制的区域。”按这一规定，城市为行政区划，镇属于城市；城市规划区包括城市市区、近郊区和城市规划控制区。2007年通过的城乡规划法将镇排除出城市的范围，取消了郊区的概念，城市成为与镇、乡和村庄并列的概念。

[30] 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，第22页。

“先征收、再出让”的供地模式。

我国集体土地征收制度的构建之所以如此困难，其根源在于由现行土地制度所支撑的传统经济发展方式难以撼动，改革的阻力太大。但随着经济体制改革的不断推进，现行土地制度的运行成本越来越高，土地资源配置中的不公平与低效率等问题越来越突出，由此产生的社会矛盾与社会冲突越来越剧烈，已经到了必须在守旧与改革之间作出抉择的时候了。

Abstract: Compared with the system of expropriation of houses built on state-owned land, the system of expropriation of collectively-owned land is faced with much more complex problems and obstacles. The current system is established for the purpose of achieving and guaranteeing the state's monopoly on construction land. To reduce the scope of land expropriation and establish a land expropriation system based on the public interest need, China must first revise the Urban Real Estate Administration Law, the Land Administration Law and other relevant laws to separate construction land for business purposes from the scope of land expropriation, thereby removing the institutional obstacle to the legislation on the expropriation of collectively-owned land. With respect to problems to be solved in the legislation on the expropriation of collectively-owned land, apart from those common to most countries, the particularities of China's collectively-owned land system and the complete domination of the current land expropriation system by public authorities have led to many special problems in the establishment of the land expropriation system in China, including the qualification and scope of those whose land is to be expropriated, representatives of collectively-owned land proprietorship in land expropriation, basic rights of persons whose land is to be expropriated, reform of expropriation mode to change it from "plan-based expropriation in batches" to "project-based expropriation". Furthermore, in order to effectively restrain the expropriation power exercised by local governments, it is also necessary to establish the system of purchasing collectively-owned land by the state at negotiated price, as well as system of transfer of the right to the use of collectively-owned land and other supporting systems.

Key Words: expropriation of collectively-owned land, construction land for public interest, collectively-owned construction land for business purpose
