

建设用地国有制的 逻辑、挑战及变革

徐 键^{*}

内容提要：在计划经济和人民公社体制下，全民所有制和集体所有制承载了城乡土地资源的权力性支配职能，以此形成了城乡二元的建设用地使用和管理制度。人民公社体制消解及计划经济体制转型后，集体所有制的权力性支配取向与国家意志产生了偏离，农村地区乱占滥用耕地的现象愈渐严重。在规约土地利用和土地资源市场化配置的社会性管制制度无法快速形成的情况下，权力性支配框架得以延续并得到改造，原本由全民所有制和集体所有制分别承载的权力性支配职能被集中于全民所有制，由此确立了建设用地国有制。建设用地国有制的实现依赖于征收，但计划经济体制下基于“国家需要”的征收正当化论述，无法容纳市场经济体制下的“市场需要”和“个人需要”，产生了征地正当性的疑问。权力性支配的逻辑也与市场逻辑相背离。在土地使用制度改革中，应当剥离所有制的权力性支配职能；土地公有的公共职能则应聚焦于居住权的保障和土地收益的分配。

关键词：土地公有制 建设用地 权力性支配 集体所有土地

引 言

依宪法第6条及第10条第1、2款的规定，我国实行土地的社会主义公有制。对于宪法上“二元公有”即国家所有和集体所有的法律性质，论者莫衷一是，由此导致了土地公有的公共职能和土地权利的私法使命之间的含混不清。也因此，尽管物权法将国家所有权和集体所有权置于与私人所有权平行分类的体系中，且在第39条有关所有权的一般规定中明确所有权人对其所有物得依法享有占有、使用、收益和处分的权利，但土地管理法第43条却有例外地否定了土地集体所有权的建设使用权能——除宅基地、乡镇企业用地及乡村公益用地外，任何单位和个人只能申请国有土地进行建设使用；即使申请建设使用集体土地，也必

^{*} 上海财经大学法学院副教授。

须先将集体土地征收为国有土地。由此，在效果上确立了有例外的建设用地国有制。^{〔1〕}

基于宪法上土地公有所具免受私人侵夺的公共职能而将公有土地的处分权完全地予以抽离，符合马克思主义经典理论有关“消灭剥削”之理论要素的一般要求。^{〔2〕}不过，同样作为土地公有之具体形态的集体所有，缘何在建设使用的规则上要与国家所有作区别性对待，却并不能从马克思主义经典理论中得到直接的启示。针对这一重大问题，有学者试图通过叙述我国“农地非农化的国家征收原则”的“历史事实”、发掘“合理利用土地”的“制度理性”，以尊重 and 理解的立场去看待建设用地国有制（农地非农化的国家征收）的制度安排。^{〔3〕}也有学者尝试在土地利用管制的视角上，通过论证土地的开发权利系由行政所创设的公共权利，来间接论证建设用地国有制的合理性。^{〔4〕}此外，在土地溢价归公的视角上，有学者认为，土地的发展权利应属非派生于土地所有权的独立权利，应通过集体建设用地的国有化，来确保土地的发展利益能够在最大的社会范围内实现公平分配。^{〔5〕}

通过对“历史事实”之延续的制度确认，结合“合理利用”的现实需要，以“伟大的妥协”来论证建设用地国有制的合理性，在逻辑上或许是一种可接受的方案。但必须指出的是，该方案中作为论述基础的“农地非农化的国家征收”并非上世纪50年代以来的历史事实；所谓“制度理性”，也至多是作为“国家—农民集体”关系之一端的国家立场上的“经济理性”。围绕土地利用管制和溢价归公理论展开的土地开发权或发展权的公共化的论述，以土地利用的行政介入为着眼点，阐述了土地利用管制对土地所有权构造的深刻调整。确实，近代以来，伴随着财产所负社会义务的深化，规划等管制手段深刻地影响着土地的开发利用，原本根植于自由主义基础上的建设自由观念逐步瓦解，形成了所谓“营建权”与所有权的“分离”论说。^{〔6〕}以此为基础，建设权利不再被认为是土地所有权必然能实现的内容；建设利益也不再是土地所有人当然能支配的利益。^{〔7〕}不过，行政对土地利用施加的外部管制，能否在土地所有权之外创设一项原本属于所有权当然之内容的公共性权利，即使在外部管制的框架下，有关肯定性的学说也不属于“支配性意见”。^{〔8〕}更何况，在中国的建设用地国有制的生成史中，实际上并不具有类似的土地利用管制背景。^{〔9〕}

制度安排有其特定的历史背景、制度预期和立法技术的权衡考虑，但不可否认，在财产制度和经济制度发生重大变动的宪法框架下，^{〔10〕}建设用地的国有制已然成为现行土地制度最大的争议之一。为此，2013年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提

〔1〕“国家垄断土地一级市场”的表述并不能完整涵括土地管理法第43条的内容。根据该条的规定，即使是集体经济组织也不能对其经营和管理的土地进行三类以外的建设使用。同时，土地管理法第43条在效果上也不是实现土地使用权的国有，而是通过征收实现土地所有权的国有。

〔2〕关于社会主义、公有制和消灭剥削制度这三个马克思主义科学社会主义理论要素之间的逻辑联系，参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，《中国法学》2016年第2期，第88页。

〔3〕参见彭箴：《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，第36页以下。

〔4〕参见华生：《新土改：土地制度改革焦点难点辨析》，东方出版社2015年版，第53页以下。

〔5〕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，第103页以下。

〔6〕Cfr. P. Urbani e S. C. Matteucci, *Diritto urbanistico*, Torino, 2013, p. 279.

〔7〕Cfr. G. F. Cartei e L. D. Lucia, *Contenere il consumo di suolo*, Napoli, 2013, pp. 114 - 115.

〔8〕Cfr. F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, pp. 410 - 411.

〔9〕参见陈越峰：《附随规制：我国城市规划形成空间秩序的机制》，载《行政法论丛》第16卷，法律出版社2014年版，第57页以下。

〔10〕参见宪法第10条第3款（第20条修正案，2004年）、第15条第1款（第7条修正案，1993年）。

出，“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”。为了做到“改革于法有据”，2015年2月27日，全国人大常委会通过了《关于授权国务院在北京市大兴区等33个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》，“授权国务院在北京市大兴区等33个试点县（市、区）行政区域，暂时调整实施《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地管理制度的有关规定”。2017年5月23日，国土资源部公布了土地管理法（修正案）“征求意见稿”，该征求意见稿删除了第43条有关建设用地国有制的条款及第63条有关禁止集体土地入市的条款，以期为确认集体土地的建设使用权能及允许集体建设用地入市扫除法律上的障碍。

土地管理法第43条及第63条的删除，是对1998年确立的土地使用制度的重大变革，但后续具体制度的调整乃至重整仍然面临如何系统性展开的难题。在变革的起始阶段，制度藩篱的破除应当建立在对争议问题的检视和核心理论问题的厘清基础之上。有鉴于此，本文尝试通过爬梳建设用地国有制的历史生成、基本逻辑，分析建设用地国有制存在的问题，以为集体土地使用具体制度的改造提供些许参考。

一、建设用地国有制的历史生成

（一）土地二元公有制的确立

为消灭剥削、稳固政权、解放农村生产力，建国之初，国家在农村实施了分期分批的土地改革，实行“农民的土地所有制”。由于生产和生活资料占有状况及劳动能力存在个体差异，土地改革后农村地区出现了贫富差距拉开的“两极分化”苗头。^[11] 为了帮助农民克服一家一户经营中的困难，避免农村重新产生两极分化，农业生产互助合作运动在全国范围内展开。1953年，毛泽东在中央政治局会议上对党在过渡时期的总路线和总任务作了比较完整的表述，即“要在一个相当长的时期内，逐步实现国家的社会主义工业化，并逐步实现国家对农业、对手工业和对资本主义工商业的社会主义改造”，“党在过渡时期的总路线的实质，就是使生产资料的社会主义所有制成为我国国家和社会社会主义的唯一经济基础”。^[12] 根据过渡时期的总路线，1953—1957年间，国家通过推进农业合作化逐步将农民土地所有制改造为集体土地所有制。随着农业合作化的实现和富农经济的消灭，农民土地所有制的社会主义改造基本完成。在此基础上，1958年开始的人民公社化运动对农村土地制度进行了继续改造。经过前期的探索和争论，在《农村人民公社工作条例（修正草案）》通过后，“三级所有，队为基础”的集体土地所有制在全国范围内确立。

在城市，建国初期经过对帝国主义、官僚资本主义及反革命分子土地的接收或没收，土地实现了部分国有化。1953年起，根据过渡时期的总路线，对手工业和资本主义工商业的社会主义改造逐步展开。通过“赎买”、“入社”、“经租”等方式，城市范围内相当一部分私有土地被改造为国有土地。同时，作为“城市全面的社会主义改造的一个组成部分”，

[11] 例如，在山西省忻县新区的35个村中，1950—1952年间出卖耕地户占总户数的25.3%，出卖耕地占总耕地的13.4%。参见邹玉川：《当代中国土地管理》上册，当代中国出版社1998年版，第42页。

[12] 毛泽东：《革命的转变和党在过渡时期的总路线》，《毛泽东文集》第6卷，人民出版社1999年版，第316页。

城市私有房产的社会主义改造也被提上日程,并要求在“一两年内”完成该项任务。不过,城市私有房产的社会主义改造面临重重困难,未能实现预期的目标。^[13]至1982年宪法修改完成前,城市土地仍然存在不同的所有制,但城市建成区土地基本实现了国家所有。^[14]由此,我国城乡土地的社会主义改造基本完成,土地的社会主义二元公有制基本确立。1982年,以城乡土地的产权状况为基础,^[15]宪法在“元规范”上对土地的社会主义二元公有制进行了确认。

总体而言,对农村和城市土地的社会主义改造,总的目标是一致的,即实现土地的社会主义公有制,但在阶段性的指导思想、正当化的论述及采用的手段等方面,存在相当的差异。在农村,土地改革的主线是“消灭剥削”、“解放生产力”,在改革阶段上呈现为:“消灭剥削→平均地权”、“避免剥削重现→合作化”、“提高农业生产力→集体化”。在城市,土地改革的主线则是“消灭剥削”,阶段性的改革指向手工业、资本主义工商业及“剥削者”的私产(包括帝国主义、官僚资本及反革命分子的私产及人民的出租私产)。对人民的私产(包括出租私产和自住私产)的社会主义改造,因欠缺“消灭剥削”的正当化基础,其社会可接受性受到诸多的质疑,^[16]这也使得城市土地的国有化进程受到了影响。

(二) 与二元公有制相适应的建设用地使用和管理制度

土地是各社会主体必需的生产和生活资料,在宪法确立了土地的社会主义二元公有制以后,有关土地制度的讨论实际上围绕着使用展开。不过,作为土地所有者的国家和农民集体,均属抽象的主体,^[17]土地的使用人是所有人以外的个人或者组织。因此,在1982年宪法确立了土地制度的基本框架以后,1986年土地管理法及相关配套制度的中心任务,就是实现对土地使用人既有使用现状的权利确认,并确立土地新增使用的规则。

根据1986年土地管理法第7条、第9条第2款、第35—36条和第38—41条及《城镇个人建造住宅管理办法》(1983)第3—4条的规定,国有建设用地可以确定给全民所有制单位、城镇集体所有制单位和全民所有制单位、城镇集体所有制单位与农村集体经济组织共同投资举办的联营企业(以下简称“联营企业”),以及城镇个人使用,并确认其国有土地使用权;集体建设用地可以确定给联营企业、乡(镇)村企业、集体土地的经营和管理人以及个人使用。尽管在当下的认知中,上述土地使用规则会存在不周延的问题,但在特定的社会历史背景下,全民所有制单位和城镇集体所有制单位、乡(镇)村企业、联营企

[13] 《国家房管局、财政部税务局答复关于城镇土地国有化请示提纲的记录》(1967年11月4日)提到,“对土地国有化问题,1963年研究过一次,有两种意见,一种是所有城镇土地一律收归国有,另一种是先解决空闲的出租的土地收归国有,各执一词,不得解决。1965年又进行了调查,当权派的意见是分两步走,在目前文化大革命期间造反派的意见要一次解决,并批判了原来两步走的意见”。

[14] 有数据表明,1982年,在全国226个城市7438平方公里的城市建成区中,私有土地占城市建成区面积的4.5%。前引[11],邹玉川书,第87页。

[15] 《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》(1982年11月26日)指出,“关于土地的所有权问题,宪法修改草案从我国的现实状况出发,作出了明确规定”。

[16] 时任国务院八办副主任许涤新在1958年第一次全国城市房产工作会议上指出,“出租房屋的占有者不是一个阶级,小市民、教师、工人、小职员等都出租房子。因此要很客观地,细致地分析这个问题,不能一概称为资本家……要细致地解决问题,不要概念化,不要拿工商业改造的办法硬套,一套就套糟了”。参见刘正山:《当代中国土地制度史》上册,东北财经大学出版社2015年版,第179页。

[17] 参见孙宪忠等:《国家所有权的行使与保护研究》,中国社会科学出版社2015年版,第10页以下;高飞:《集体土地所有权主体制度研究》,法律出版社2012年版,第114页以下。

业、个人及集体土地的经营和管理人，基本上涵盖了立法者可得列举的建设用地使用人。换言之，1986年土地管理法采用了“公有建设用地与所有制身份基本对应”的使用人列举规则：（1）全民所有制单位及城镇集体所有制单位只能使用国有建设用地；（2）乡（镇）村企业、集体土地的经营和管理人及农村居民只能使用（本集体的）集体建设用地；（3）具有双重身份的联营企业可以使用国有建设用地，也可以使用（联营集体的）集体建设用地；（4）城镇非农业户口居民可以申请使用国有建设用地，也可以申请使用集体建设用地。

在政治观念中，社会主义的国家性质与公有制经济制度及其消灭剥削的功能是逻辑一致的，社会主义公有制不同于其他经济制度，它具有极其强烈的政治性。^{〔18〕}因此，土地的社会主义公有，呈现出与强调法律性之私人所有显著不同的政治性。在社会基本治理单元和户籍的城乡二元结构下，作为基本生产和生活资料的土地，其使用规则也被赋予了服从并维持城乡二元结构的功能。具体而言，建设用地的使用强调使用人与所使用土地之间的城乡身份关联性；建设用地的取得分别实行征用划拨制和分配供给制。^{〔19〕}在“摸着石头过河”的转型过渡阶段，1986年土地管理法在建设用地的使用制度上，沿袭了长期以来奉行的逻辑。从这个意义上说，1986年土地管理法虽然实现了对建设用地城乡分立规则的形式整合，但在实质内容上却依然延续了此前一直实行的与社会主义二元公有相适应的、以“身份识别”为特征的建设用地城乡二元的管理和使用制度。在国有和集体建设用地上分别形成相互独立的建设管理制度，国有和集体建设用地分别由具有对应之身份的单位及个人使用。

（三）一元化建设用地使用和管理制度的形成

1986年土地管理法的制定，实现了土地管理体制从多头分散向集中统一的转变，明确了国有和集体土地的建设使用实行项目审批管理制度。“乱占耕地、滥用土地”的状况得到了一定程度的遏制。^{〔20〕}1987年，国务院决定在部分城市进行国有土地使用制度改革，探索通过市场机制优化土地资源配置，以改变国有土地长期无偿、无期限、无流动、单一行政手段的划拨制度。为了配合改革的需要，1988年修改的宪法和土地管理法，明确了土地使用权可以依法转让，并在立法上确认实行国有土地有偿使用制度。在建设用地分级限额审批制下，国有土地有偿使用制度的确立，激发了地方政府出让国有土地使用权的热情，越权批地的现象呈现蔓延的趋势。^{〔21〕}同时，上世纪90年代初开始的城镇住房制度改革，引发了部分地区的房地产开发热潮。这些因素结合乡（镇）村企业的发展和农村宅基地需求的

〔18〕 参见前引〔2〕，谢海定文，第88页。

〔19〕 例如，《内务部关于执行国家建设征用土地办法中几个问题的综合答复》（内地〔54〕字第30号）规定，“国家机关、企业、学校、团体及公私合营企业使用国有土地时，由当地政府无偿拨给使用，均不必再交纳租金”。《中共中央关于各地对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》（1963年3月20日）也规定，“社员需新建房又没有宅基地时，由本户申请，经社员大会讨论同意，由生产队统一规划，帮助解决……社员新建住宅占地无论是否耕地，一律不收地价”。

〔20〕 1985年以前，耕地锐减的形势十分严峻，每年净减少最高达100多万公顷，1986年土地管理法实施后，耕地净减少连续几年控制在20万公顷以下。邹家华：《深化改革，加强管理：促进国民经济持续、快速、健康发展——邹家华副总理在全国土地使用制度改革工作会议上的讲话》，《中国土地》1994年第11期，第5页。

〔21〕 《国务院批转国家土地管理局关于部分地方政府越权批地情况报告的通知》（国发〔1990〕8号）指出，1987年以来，地方政府“越权批地的情况十分严重”，要“切实加强对于土地管理工作的领导，严格依法办事，积极采取措施，防止越权批地问题继续发生”。

放大,全国范围内耕地减少的速度又开始上升,^[22]耕地保护工作再次面临严峻挑战。针对房地产市场无序发展带来的耕地流失问题,1993年《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出“国家垄断城镇土地一级市场”的思路,^[23]并在次年的城市房地产管理法中得到初步确认。1997年,中共中央、国务院发出《关于进一步加强土地管理切实保护耕地的通知》,要求加强土地利用计划管理,实行土地用途管制;明确“集体土地使用权不得出让,不得用于经营性房地产开发,也不得转让、出租用于非农业建设”。以前期的探索实践为基础,原国家土地管理局和国务院法制局对土地管理法进行了修订论证,并形成了修订草案。1998年8月29日,土地管理法修订通过。

1998年土地管理法确认了土地使用制度市场化改革的探索成果,并对单位和个人的土地使用权予以确认。但该法同时又规定,除兴办乡镇企业、村民建设住宅和乡(镇)村公共设施、公益事业建设使用本集体所有的土地外,任何单位和个人需要建设使用土地的,必须依法申请使用国有土地。从文本上看,1998年土地管理法关于可以使用集体土地的建设使用人的列举规定,与1986年土地管理法的例外允许情形差别并不太大,但在思路出现了重大的扭转:一方面,对于使用国有建设用地的情形,从具体列举(全民所有制单位和城市集体所有制单位、联营企业和城镇居民)转向概括表述(但书以外的任何单位和个人);另一方面,对于使用集体建设用地的情形,从概括的身份识别(集体土地的经营和管理人及农民集体组织的成员)转向具体列举的项目识别(村民宅基地、乡镇企业及乡村公共设施和公益事业)。由此,1998年土地管理法打破了长期以来实行的建设用地城乡二元管理和使用制度,确立了有例外的建设用地国有制。以此为基本框架,在建设用地的管理上形成了一元化的建设用地总量控制制度、农地转用制度和法律责任体系。

二、建设用地国有制的形成逻辑

(一) 权力性支配框架的确立

建国后,国家政权建设的首要任务是重建国家与社会的关系。对于社会主义政权,马克思主义经典理论是政权建设的指导理论。马克思主义经典理论指出,新的社会制度将消灭与私有制相联系的竞争;^[24]无产阶级在取得政权后,“将利用自己的政治统治,一步一步地夺取资产阶级的全部资本,把一切生产工具集中在国家即组织成为统治阶级的无产阶级手里”;^[25]“生产资料的全国性的集中将成为由自由平等的生产者的各种联合体所构成的社会的全国性的基础”。^[26]因循这一理论,我国在完成社会主义改造以后,在国家与社会

[22] 1987—1989年间的年均耕地净减少289万亩,1990—1994年间的年均净减少490万亩(参见汪晖、陶然:《中国土地制度改革》,商务印书馆2013年版,第127页)。由于土地管理体制和统计口径的原因,这一统计数据约为实际数字的40%(前引〔11〕,邹玉川书,第228页)。

[23] 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》(1993年11月14日)提出,“规范和发展房地产市场。我国地少人多,必须十分珍惜和合理使用土地资源,加强土地管理。切实保护耕地,严格控制农业用地转为非农业用地。国家垄断城镇土地一级市场。实行土地使用权有偿有限期出让制度,对商业性土地使用权的出让,要改变协议批租方式,实行招标、拍卖……”。

[24] 恩格斯:《共产主义原理》,《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第237页。

[25] 马克思、恩格斯:《共产党宣言》,《马克思恩格斯选集》第1卷,第293页。

[26] 马克思:《论土地国有化》,《马克思恩格斯文集》第3卷,人民出版社2009年版,第233页。

的关系上形成了所谓的“总体性社会结构”，即国家通过对生产资料的全面改造和组织重建，控制和垄断了绝大部分社会资源和社会空间，从而使社会各部分之间高度关联，并使社会与市场基本不存在的社会结构状态。^[27]在这种社会结构下，对社会的总体性控制，需要依赖包括意识形态、组织结构及有效的干部队伍等政治动员力量，但就其经济基础而言，则是生产资料的社会主义公有制。因此，区别于其他经济制度，社会主义公有制承载了生产资料的权力性支配职能。以社会主义公有制为基础，作为社会整体之统合力量的国家，直接拥有和控制各类生产资料，并基于社会整体利益进行管理和分配。

当然，由于发展基础、工作重心、社会分工及原有社会结构的城乡差异，至少在过渡时期，国家对社会的总体性控制并不能通过生产资料的单一的、全社会的公有模式实现。为此，在城市，国家通过建立以社会主义政治制度和计划经济体制为基础的“单位制”，实施社会控制、资源分配和社会整合，并使单位承担包括政治控制、专业分工和生活保障等多种公共职能。^[28]在农村，为使国家能够整体迅速地走向现代化和共产主义式的生产和生活方式，阶段性地通过人民公社体制重新组织农民，并建立国家与农民的关系。在“政社合一”的人民公社体制下，对农民的重新组织以社队组织为中心，这个自成一体的大共同体，集中了比以前任何一个单位都要大得多的经济和政治权力。^[29]它们掌握着几乎所有的生产、经营、居住及迁徙等活动。在国家通过“三级所有，队为基础”的人民公社体制重新建构起农村秩序时，社队组织具有了由国家力量建构的“制度型权力”，这种新型“权力”由生产资料的集体所有、工分制度、统购统销以及户籍制度等一系列制度所维系，并对劳动力和生产资料具有强有力的支配能力。^[30]由此，在组织结构上，全国范围内建立了两类具有综合性功能的“总体性组织”——城市的单位和农村的人民公社，以实现全部社会生活的高度组织化；^[31]反映在经济基础上，则是分别确立了生产资料的全民所有制和集体所有制。

马克思主义经典理论着墨于生产资料的全国性集中，而并未形成有关集体所有的成熟论述。集体所有是我国在特定历史背景下刻意创造的概念，^[32]是最终实现全民所有制的过渡性概念。由毛泽东主持起草的《关于人民公社若干问题的决议》对此作了相对完整的阐述：“社会主义经济全面地实现全民所有制”，是我国社会主义建设的总目标，但“要在全国农村实现全民所有制，还需要经过一段相当的时间”，需要“逐步地使社会主义的集体所有制过渡到社会主义的全民所有制”；人民公社制度则是“我国农村由集体所有制过渡到全民所有制的最好的形式”。^[33]也就是说，在制度设计者的思路中，集体所有制与全民所有制之间形成的是一种想象性的认同关系。在这种认同关系下，与作为社会整体的整合力量

[27] 参见孙立平：《“自由流动资源”与“自由活动空间”——论改革过程中中国社会结构的变迁》，《探索》1993年第1期，第64页。

[28] 参见李路路：《“单位制”的变迁与研究》，《吉林大学社会科学学报》2013年第1期，第11页。

[29] 参见〔美〕布萊特利·沃马克、詹姆斯·R. 汤森：《中国政治》，董方、顾速译，江苏人民出版社2010年版，第84页。

[30] 参见申瑞峰：《村庄权力研究：回顾与前瞻》，《中国农村观察》2006年第5期，第53页。

[31] 参见前引〔27〕，孙立平文，第67页。

[32] 参见刘连泰：《“土地属于集体所有”的规范属性》，《中国法学》2016年第3期，第109页。

[33] 《关于人民公社若干问题的决议》（1958年12月10日）。

的国家通过全民所有制对生产资料实施权力性支配相对应,作为农村蜂窝式状态之社会组织结构的整合力量的社队组织,也被镜像化地赋予了通过集体所有制对生产资料实施权力性支配的职能。

基于这一思路,在确立生产资料的集体所有制以后,社队组织被赋予了集体土地的权力性支配职能。在管理体制上,1954年裁撤了内务部地政司,不再设立城乡统一的国家土地行政管理部门。在规划管理上,社队组织按照《农业部关于加强人民公社土地利用规划工作的通知》(1959)确定的方针、要求和方法,直接承担了利用规划职能——“按社按队编制土地利用规划,按地块建立土地档案”。^[34]在建设管理上,对水利建设等基本建设、社队企业建设以及社员房屋建设等用地活动,社队组织也直接承担了建设管理职能。^[35]国家则通过基本建设的计划管理、集体财产的公共义务设定等方式,予以适度介入。^[36]易言之,适应过渡时期的需要,土地的社会主义公有制承载了经济职能、管理职能和服务职能,国家及社队组织分别以全民所有制和集体所有制为根据,对城乡建设用地实施直接的权力性支配。建设用地使用和管理中城乡有异的权力性支配框架由此确立。

(二) 权力性支配框架的适度调整

作为政社合一的组织,人民公社被定位为一个生产和行政单位。就其生产职能而言,主要是从事农业生产,以便为国家落实重化工业优先的发展战略提供充足的原材料。诸如经营性建设、生活性建设等农村用地建设,必须服从于农业生产这一中心,农村土地的建设强度和规模相对较小。尽管耕地保护是保障农业生产的基础,但在相当长的时期内,抑制非法侵占、确保土地的合理利用,并不是农村地区土地使用和管理的中心工作。基于此,针对农村集体土地,国家没有设置统一的土地管理机构。农村的土地利用,根据“条条”职能分别由多个部门分散管理。^[37]即使在不同的时期,国家在农村土地管理中制定的约束性措施,往往也是对运动性事件的短期因应。^[38]可以说,土地改革以后,农村地区土地管理的主要任务,是围绕集体化生产进行的“产权”管理和围绕农业生产展开的农业用地开发与整理。因循集体所有制的权力性支配逻辑,集体建设用地主要实行以社队自我管理为主的体制。

20世纪70年代中后期,为解决“吃饭”问题,农村地区率先启动改革。土地问题是改革中的关键问题。以土地改革为核心的农村改革解放了被人民公社体制、计划价格体制乃

[34] 《关于为提前实现全国农业发展纲要而奋斗的决议》(1960年4月10日)。

[35] 兴办基本建设,由公社、有关生产(大)队的社员(代表)大会讨论决定,并订立合同(《农村人民公社工作条例(修正草案)》,1962年9月27日)。社员新建房屋的地点,要由生产队统一规划;社员建房用地,经社员大会讨论同意,由生产队统一解决(《中共中央关于各地对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》)。

[36] 《农村人民公社工作条例(修正草案)》第11条规定,水利建设等基本建设需经上级批准;《中央关于各地对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》规定,宅基地建设占用耕地的,需经县人民委员会批准。

[37] 在完成了土地改革任务后,土地管理的职能逐渐分散。1954年,内务部地政司撤销,在农业部设立土地利用总局。1963年,土地利用总局几经变动,改称土壤肥料局。农村土地利用管理职能由农业部、农垦部、林业部、水利部等分散管理。参见前引[16],刘正山书,第161页,第184页。

[38] 例如,1964年,为了“农业学大寨”,建设早涝保收、高产稳产基本农田,实现机械化的形势要求,全国的人民公社开展了以平整土地、规划方田、田渠林路综合配置为中心的土地利用规划。“文化大革命”期间,针对知识青年上山下乡、基本建设投资大包干等带来的基建用地失控问题,国务院下发了《关于贯彻国务院有关在基本建设中节约用地的指标的通知》,要求基本建设尽量不占耕地农田。参见前引[16],刘正山书,第188页,第208页。

至于以重化工业发展优先的发展战略束缚的社会生产力，并为农民收入和生活水平的提高、城乡粮食和副食品供应的保障，以及以乡镇企业发展为标志的乡村非农业生产的发展，打下了良好的经济基础。^[39] 随着改革的持续推进，社队企业（乡镇企业）不断发展壮大，农民改善居住条件的愿望得以激发。在集体建设用地由社队组织直接实施权力性支配的框架下，农村地区“乱占耕地、滥用土地”的现象愈渐显现，^[40] 非法买卖和租赁土地的现象也相伴而生。^[41] 面对农村土地使用和管理中出现的种种问题，国务院在1981—1986年间先后制发了三个通知，要求各地加强土地管理，坚决制止侵占乱占耕地现象，坚决制止买卖和租赁土地行为。^[42] 同时，相比于第一次全国农村房屋建设工作会议（1979年）体现的“重视农房建设，充分调动亿万农民的积极性，改变农村面貌、缩小城乡差别、巩固工农联盟”的精神，第二次全国农村房屋建设工作会议（1981年）明显地表现出了对“家家备料、村村动土”的忧虑。国务院在转发该次会议的纪要时，特别强调要“把农房建设工作扩大到有规划地建设村庄和集镇上来”，“要十分珍惜和节约用地，制止乱占滥用耕地”。^[43] 1981年五届全国人大四次会议的政府工作报告进一步提出，“十分珍惜每寸土地，合理利用每寸土地，应该是我们的国策”。“严格保护耕地、合理利用土地”逐渐成为农村土地使用和管理工作的重心。

在此背景下，国家尝试通过引入规划、标准、许可等社会性管制的方式，去弥补集体建设用地权力性支配框架的不足。1982年，全国人大常委会和国务院分别制定了《国家建设征用土地条例》和《村镇建房用地管理条例》。相比于1958年的《国家建设征用土地办法》，《国家建设征用土地条例》确立了“合理使用土地资源”的立法目的，并明确全民所有制单位同农村社队联建项目、城镇集体所有制单位单独或同农村社队联建项目使用集体土地的，比照国家建设征用办理。《村镇建房用地管理条例》则是建国后第一次专门针对农村地区的用地建设进行的立法。该条例也确立了“经济合理利用土地”的立法目的。为实现该目的，条例规定，村镇建房用地应当统一规划、符合用地标准，并以规划和用地标准为依据实行建房用地审批。这些规则的确立，旨在通过国家的介入来改变权力性支配框架下村镇建房以社队自我管理为主、缺乏统一规范的局面，据此“刹住乱占滥用耕地之风”。同年年底颁布的宪法第10条第3和第4款有关“禁止侵占土地”和“合理利用土地”的规定，在根本规范层面上对此前的一系列努力予以了确认。1986年土地管理法的制定，实现了对土地管理部门及各类规则的形式统一，并将“合理利用土地，切实保护耕地”确立为立法目的。

[39] 参见前引〔22〕，汪晖等书，第1页。

[40] 十一届三中全会以后，农村宅基地和社队企业建设用地的增长连续五年超过国家建设，成为占用耕地的大头。参见前引〔11〕，邹玉川书，第132页。

[41] 大量的城镇公有制单位与社队通过“协议”或“合同”的方式买卖或租赁土地进行建设开发。以北京为例，1979—1983年间，类似的事件有850起，占耕地9018亩。其中属于朝阳、海淀、丰台、石景山四个近郊区的耕地8282亩，占非法占地面积的91%。见《国务院办公厅转发北京市人民政府关于清查租赁买卖或变相租赁买卖社队土地情况和处理意见的报告的通知》（国办发〔1983〕89号）。

[42] 参见《国务院关于制止农村建房侵占耕地的紧急通知》（国发〔1981〕57号）、《国务院关于制止买卖、租赁土地的通知》（国发〔1983〕182号）和《中共中央、国务院关于加强土地管理、制止乱占耕地的通知》（中发〔1986〕7号）。

[43] 《国务院批转第二次全国农村房屋建设工作会议纪要的通知》（国发〔1982〕4号）。

（三）权力性支配框架的延续及再改造

随着农村土地使用和管理工作重心的转变，“制止乱占耕地、合理利用土地”的国家意志，需要通过一定的管道向农村地区传递。由于1986年土地管理法沿袭了“旧体制”，即计划经济时期形成的建设用地城乡二元管理和使用制度，因而国家意志仍然需要通过前文所述的想象性的认同关系转化为集体意志，并借助集体所有制的权力性支配职能落实到集体土地的管理中。^[44]然而，伴随着人民公社的解体和以阶级斗争为纲的强意识形态的瓦解，以“政社合一”为基础建立起来的庞大组织体系，逐步失去功能。^[45]农村“权力”的逻辑也发生了重大的变化，从原本由农村向国家权力型塑的秩序妥协，转向由国家权力意欲型塑的秩序向农村妥协，农村“权力”运转的逻辑除了遵循国家的逻辑之外，还有各种地方性的逻辑。^[46]尤其是在农业和农民的半市场化经营环境下，社队组织从人民公社体制下的高度组织化的集体，转向具有不确定性的经济共同体。^[47]因此，即使集体所有制依然被作为社会主义公有制的一种形态予以表达，但在从集体统一经营到以户为单位的个体经营、从服从国家计划到面向商品经济的多元化生产经营转变的背景下，无论是社队集体抑或是农民个体，都开始“以市场理性来对待人际联系”，“所有的关系都向经济利益化递归”。^[48]在土地首先是社队组织的“私产”，然后才在抽象意义上属于社会主义“公产”的观念下，农民集体的利益诉求不再与国家意志保持一致。^[49]在集体土地的管理中，寄望通过集体所有制来落实“制止乱占耕地、合理利用土地”的国家意志或政策意图，遇到了严重的阻碍，反而滋生了“隐形土地交易”现象。^[50]这也是改革初期集体土地利用秩序失控的主要原因。在不改变城乡土地分管格局的情况下，以《村镇建房用地管理条例》为标志，国家试图通过引入社会性管制的手段，从外部强化推进“合理利用”的国家意志。这一思路为1986年土地管理法所承继，并通过建立城乡统一的土地管理机构，弱化农民集体在土地管理中的作用，强化国家对集体建设用地的管控。

在权力和市场双轨进路的“改革体制”下，以基层单位为能动主体，结合市场激励，构成了改革经济的主要动力。^[51]事实上，自上世纪70年代末到90年代前期，中国各地二、三产业增长的主要驱动力就是各类由地方政府、农民集体直接投资和所有的企业，即地方国有企业和乡（镇）村企业。^[52]其中，乡（镇）村企业凭借人民公社体制传统、集体所有

[44] 《国务院关于制止农村建房侵占耕地的紧急通知》提到，“要教育农村干部、社员正确处理个人和集体的关系、眼前利益和长远利益的关系，顾全大局”；同时，要求“农村社队要因地制宜，搞好建房规划”。

[45] 参见贺雪峰：《关于村庄权力扩展性的讨论》，《云南社会科学》2000年第6期，第36页。

[46] 参见前引〔30〕，申瑞峰文，第53页。

[47] 参见毛丹：《村庄的大转型》，《浙江社会科学》2008年第10期，第2页。

[48] 前引〔45〕，贺雪峰文，第36页。

[49] 为了实行政治动员，国家权力对社会生活几乎所有方面实行管理。但是，管理的功能需要与此相适应的组织结构。而这种组织结构一旦生成，便会有自己的生命，自己的运行逻辑，甚至追求自己的、而不是最高公共权威的利益。参见李强：《国家能力与国家权力的悖论》，载张静主编：《国家与社会》，浙江人民出版社1998年版，第22页。

[50] 例如，上海市嘉定县长征公社1981年以转让土地为主要收入来源的生产队有17个，有1个生产队全年转让土地收入达39683元，而同年的农业收入仅为22366元。参见刘正山：《当代中国土地制度史》下册，东北财经大学出版社2015年版，第35页。

[51] 参见黄宗智：《实践与理论：中国社会、经济与法律的历史与现实研究》，法律出版社2015年版，第523页。

[52] 参见前引〔22〕，汪晖等书，第15页。

制、农村廉价富余劳动力及有效的产业传统的比较优势，快速发展。^[53]在建设用地城乡双轨制下，乡（镇）村企业的用地主要遵循社队组织的自我管理，在“集体土地集体用，咋用咋有理”的观念下，村村办厂、布局分散，土地浪费严重，用地失去控制。^[54]在一定程度上，数量庞大的乡（镇）村企业在空间布局上的分散，是造成农村地区非农建设占地多的主要原因。^[55]因此，1986年土地管理法有关强化用地管制的措施，并没有从根本上解决“乱占耕地、违法批地、浪费土地的问题”，^[56]在经过短期的抑制后，耕地减少的速度又开始上升。尽管造成这一后果的原因错综复杂，但不可否认的是，在集体建设用地的使用和管理上，试图延续人民公社时期确立的以集体所有制为根据的权力性支配框架，在体制转轨进程中遭遇了巨大的挑战。改革旧有的建设用地使用和管理制度，成为土地管理法修订的重要任务之一。

在改革的方案选择上，既然1993年宪法修正案增加了“国家实行社会主义市场经济”的条款，则剥离土地公有制的权力性支配职能，而由规划、标准、许可等社会性管制方式主导形成建设用地的使用秩序，应当是一种可以选择的路径。不过，在当时的情境下，社会性管制逻辑下的建设用地管理制度体系是否能够快速有效地建立并得到忠实的执行，却是一个很现实的问题。更何况，1994年分税制改革以后的“央地”财政关系处理、独特的经济增长和城市化模式等，实际上更青睐于继续强化社会主义公有制的权力性支配职能。^[57]因此，在建设用地的使用和管理上，延续权力性支配框架便成为了较优的选择。当然，在政社分设、农村集体经济组织再定位的情况下，^[58]结合适度调整阶段的经验教训，以集体所有制为根据对集体建设用地实施权力性支配的框架，显然不再能够适应新形势下建设用地的使用和管理需要。仅保留集体所有制的经济职能，而将其权力性支配职能予以剥离并转移集中于全民所有制，成为改革的基本思路。基于此，1998年土地管理法在两个方面进行了重大的调整，一是剥离土地集体所有制的权力性支配职能，通过建设用地国有制形成单一构造（全民所有制）的权力性支配框架，并以“建设用地供应的国家计划控制”强化该项职能；二是通过实行土地用途管制制度、完善土地利用规划、提高建设用地审批权限等，逐步完善作为辅助手段的土地利用社会性管制机制。

三、建设用地国有制的现实挑战

（一）征地的正当性诘问

宪法在确立了以城乡地理范围为基本标准的土地的社会主义二元公有制以后，1986年土地管理法及此后的土地权属登记规则，对土地的归属及实际使用人的土地占用现状予以

[53] 参见邱泽奇：《乡镇企业改制与地方威权主义的终结》，《社会学研究》1999年第3期，第86页。

[54] 参见前引〔11〕，邹玉川书，第133页。

[55] 参见李秀彬：《中国近20年来耕地面积的变化及其政策启示》，《自然资源学报》1999年第4期，第331页。

[56] 《关于进一步加强土地管理切实保护耕地的通知》（中发〔1997〕11号）。

[57] 参见黄宗智：《国营公司与中国发展经验：“国家资本主义”还是“社会主义市场经济”？》，《开放时代》2012年第9期，第10页以下。

[58] 参见《当前农村经济政策的若干问题》（中发〔1983〕1号）、《关于一九八四年农村工作的通知》（中发〔1984〕1号）。

了权利化确定。基于转型背景下的路径依赖,1986年土地管理法延续了以往以所有制的身份识别为标准的建设用地城乡二元使用和管理制度。与集体经济组织联营的全民所有制单位和城镇集体所有制单位,经计划渠道的审批可以使用集体建设用地;除此之外的单位,则须以国家建设为依托,申请使用存量国有建设用地,或通过征收集体土地使用增量国有建设用地。

尽管全民所有制和集体所有制均属社会主义公有制的具体形态,但在生产资料的单一的、全社会的公有制没有实现之前,两类公有制之间仍然存在着不能任意逾越的界限。在社会主义二元公有制初创之时,由毛泽东主持起草的《关于人民公社若干问题的决议》就明确地指出,“全民所有制企业的生产资料和产品,可以直接由代表全体人民的国家按照整个国民经济的需要作统一的合理的分配,而集体所有制的企业,包括目前的农村人民公社,却不能作到这一点”。面对“共产风”导致的各级机关、事业单位及国家基本建设平调、随意占用集体土地的现象,中共八届七中全会通过的《关于人民公社的十八个问题》(1959年)强调,“公路、铁路、工厂、矿山和其他基本建设占用的土地,除了公社自己兴办的由公社合理调剂以外,应当按照国家关于征用土地办法的规定办理,不能够无代价地随意占用”。1960年,中央再次发出《关于农村人民公社当前政策问题的紧急指示信》,要求各地坚决反对、彻底纠正一平二调的“共产风”;县和县以上各级机关和企业、事业单位向社队平调的房屋、土地等,都必须认真清理,坚决退还。在集体所有制整体性地改造并过渡至全民所有制之前,社队组织以外的单位需要使用集体土地的,必须经过征收程序。

对土地的征收,1954年宪法确立了“公共利益的需要”的目的条款。在计划经济体制和总体性社会结构下,在集体所有制之外,国家通过全民所有制和单位制直接拥有和控制着劳动力及各类生产资料,并实施管理和分配,并不存在“市场需要”及“个人需要”。因此,法律上有关“国家需要”的服从性,承担着宪法上“公共利益的需要”的征收正当化功能。^[59]全民所有制单位和城镇集体所有制单位、联营企业的各类建设项目,则通过国家计划渠道的确认,成为用地上的“国家需要”,以凭此正当化了的征收机制实现了对增量国有建设用地的使用。^[60]也就是说,在计划经济体制下,建设项目的“国家计划性”→建设的“国家需要”→建设用地的“行政性划拨”,构成了对集体土地征收之“公共利益的需要”的正当化论述。正是在此背景下,国家建设从原有的城市地理范围向外逐步扩张,展现了一幅集体土地通过征收机制不断被国有化的图景。这也意味着,计划经济体制下,1982年宪法有关“城市的土地属于国家所有”的内容通过后续的权属确定规则予以实现以后,土地所有权的变动,实质上不是围绕城市范围的变动,而是围绕“国家建设征用”展开。国家建设被定位为“经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业”的“国家需要”,^[61]具有概括的公益性。以国家建设为依托的集体土地国有化据此被导入公益性征收的框架中,

[59] 1958年《国家建设征用土地办法》第1条规定:为适应国家建设的需要,慎重地妥善地处理国家建设征用土地问题,制定本办法。1982年《国家建设征用土地条例》第4条规定:国家建设征用土地,凡符合本条例规定的,被征地社队的干部和群众应当服从国家需要,不得妨碍和阻挠。

[60] 参见1986年土地管理法第22条、第35条和第36条。

[61] 1986年土地管理法第21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,需征用集体所有的土地或者使用国有土地的,按照本章规定办理”;第23条规定,“国家建设征用土地,被征地单位应当服从国家需要,不得阻挠”。

实现了制度的逻辑自洽。

然而，在逐步去计划的背景下，大部分建设项目不再是国家建设项目，^[62]计划经济体制下基于“国家需要”形成的征收公益性论述，已难以容纳经济体制转型背景下基于“市场需要”及“个人需要”产生的增量国有建设用地需求，由此产生了集体土地征收中的正当化叙述危机。为此，1988年土地管理法第2条增加了“国有土地和集体土地的使用权可以依法转让”的内容，并授权国务院制定具体办法。1990年，国务院根据该授权制定了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》，但集体土地使用权转让的具体办法却迟迟未能制定。1998年土地管理法以“土地使用权可以依法转让”取代了1988年土地管理法第2条的内容，并在第63条规定，“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”。同时，该法第43条确立的建设用地国有制，事实上将“市场需要”及“个人需求”纳入了征收的目标范围。这使得建设用地国有制的实现，在征收环节上陷入了公益性叙述的困境。一方面，存量国有土地无法满足各类建设项目的用地需求而必然需要使用集体土地，而对集体土地的建设使用必须经由征收转为国有土地；另一方面，在市场经济体制下，除非确为公益性建设项目，各类建设项目在失去“国家计划性”和“国家需要”的转介以后，在目的公益性上如何实现征收正当化的叙述，便成为了重大的问题。

事实上，在1998年修订土地管理法时，部分征求意见也关注到了该问题。如有人认为，必须区分建设用地和公共用地的概念，若确要实行建设项目使用土地只能申请国有土地这一制度，则应当以对集体土地的征购取代征收，以回应征收在目的公益性问题上可能面临的质疑。^[63]本轮土地使用制度改革的基本思路在逻辑上也反映出，缩小征地范围的关键是征收的目的公益性的归位；征收的目的公益性的归位，基础是确认集体土地的建设使用权能，实行与国有土地同等入市、同权同价。^[64]

（二）建设权利公共化的疑问

在社会主义市场经济体制下，对征收目的公益性的正当化叙述，是建设用地国有制面临的巨大挑战。面对这一问题，近年来部分学者尝试在建设权利公共化的思路，找寻建设用地国有制的证成逻辑，即在合理利用土地、公平分配土地增值收益及公平分担城市化成本的视角上，通过将建设权利剥离于土地所有权，^[65]使其成为一项由行政所创设的新的公共性或社会性权利。土地管理法第43条建设用地国有制，则是建设权利公共化方案中最为彻底的实现机制——通过征收实现土地所有权的国有化。

众所周知，所有权得使所有人对于其所有物进行一般的、全面的支配，是内容最全面、最充分的物权。土地所有权亦是如此。当然，所有权从来就未曾是一个不受限制、不负义

[62] 1988年宪法修正案确认，“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展”。而且，即使在基本建设投资（全民所有制单位）中，1950—1979年间，国家投资的占比在80%以上，但自1980年以后，该比例降至50%以内。国家统计局：《中国统计年鉴·1981》，中国统计出版社1982年版，第295页。

[63] 参见《中国土地学会征求对土地管理法（修订草案）意见专家座谈会综述》，《中国土地科学》1998年第3期，第48页。

[64] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（2013年11月12日）。

[65] 相关的讨论使用的是土地的发展权或开发权（land development rights）。土地的发展权或开发权，尽管可以作“改变土地利用状态的权利”的一般理解，但实质就是对土地的建设权利。

务的权利。^[66]所有权的内容由法律规定,所有权的行使应遵守法定义务,不得妨碍他人的权利或不得损害他人的合法权益,这些都是所有权概念的应有之义。基于对不同私益的平衡保护,财产的支配受到权利不得滥用、他物权体系等民法原则或制度的约束;基于私益与公益的协调,财产的支配也在增进公益的目的上受到公共规则的约束。土地利用具有明显的负外部性,立法者在土地所有权内容上的塑造有着相比于其他所有权的立法而言更加重要的意义,^[67]土地所有权尤其应当在特别的法律秩序中确定其范围和社会义务,并受到具体管制,由此,在土地利用中形成了建设利益之最大化与有序利用之公共利益之间的冲突。规划等土地管制机制逐渐形成了对建设使用的秩序性约束,以协调私益与公益之间的紧张关系。

就行政管理的一般原理而言,公权力的介入以市场和私法自治为基础。为了合理利用土地的公共目的,即使法律设定了权利行使的外部规则,也无非是在“自由—管制”的框架中去讨论建设权利行使的限度。不过,在工业化和城市化的背景下,伴随着土地利用中行政管制的加强,公权力逐渐超越了原本消极干预的范围,而具有了积极形成特定土地利用秩序的功能。立法上为土地利用活动设定的规划相符性许可,实质上将原本属于私人自由之建设活动确定为一般禁止事项。这使得土地所有人的建设权利行使空间被压缩“殆尽”,产生了所谓建设最小自由、甚至不自由的效果。此时,公权力的介入是否依然属于“自由—管制”框架下建设权利行使的最低限度问题,便会引发疑问,由此引申出的建设权利是否属于由行政创设的新的权利,便成为学说和判例上争议的焦点。

以意大利为例,土地的利用自1935年起便受到了城市规划的制度性管制,但管制的原理经历了渐进的演变过程。为控制城市核心区的建筑增长,1942年的城市规划法(l. n. 1150/1942)设立了建筑准照(licenza edilizia)制度。它要求城市核心区的建设活动必须取得行政机关的准照;城市核心区以外的建设活动则仍属私人的自由。1977年的建设法(l. n. 10/1977)则以建筑特许(concessione edilizia)取代了城市规划法上的建筑准照。建筑特许制度要求城市规划区内的建设活动均应取得行政机关的特许,并以特许使用费的方式分担城市化与公共设施的成本。学说上普遍认为,建设法中的建筑特许属于创设性特许。由于创设性特许具有权利或资格的创设效果,土地利用人依特许取得的建设权利属于由行政所创设的一项新的权利(所谓“营建权”),而不再属于土地所有权的内容。^[68]不过,1980年的一项宪法判决认定建设法上的特许条款违宪。该判决指出,对土地利用活动实施公权力的干预是必要的,但其目的仅在于使土地利用人于法律设定的规则下行使利用权利,而不具有创设权利的效果;建设权利仍然是土地所有权的内容,不是行政创设的一项新的权利。^[69]2001年的建设法汇编(T. U. 380/2001)确立了建设准许(permesso di costruire)制度。建设准许以确认土地利用人拥有土地上既存的使用权能为基础,只是土地利用人在行使该种权能时,应当由行政机关进行事先审查以确保利用活动与法律所保护的公共利益具有相容性。

[66] 参见王泽鉴:《民法物权I:通则·所有权》,中国政法大学出版社2001年版,第152页。

[67] 参见李玲焯:《土地使用的公共限制》,《清华法学》2011年第1期,第153页。

[68] Cfr. N. Assini, *Diritto urbanistico*, Padova, 2003, p. 252.

[69] Corte cost., sent. 30 gennaio 1980, n. 5.

在表象上，证照、特许和准许均要求土地利用人的利用活动应当取得行政机关的事前同意，同意的条件之一是相关的用地活动应当与城市规划具有相符性。在通常的理解中，行政上的同意机制属于典型的对土地利用活动施加的外部管制，不过，在行政介入的效果上，不同的同意机制之间有着明显的差异，进而决定着建设权利的性质。在行政法原理上，依行政行为的内容，能够对外产生单方法律效果的行政行为，可以区分为形成行为和确认行为。^[70]其中，形成行为的效果在于变动行政相对人的主体资格或权利义务。许可和特许都属于形成行为中的授益行为，但两者属于迥然相异的具体行政制度。其中，许可的法律结构体现为“私性自由—公益性—一般禁止”，即许可是以承认私人原本拥有的自由或权利为基础，只是该种私人的自由或权利基于公共利益而被立法所一般性禁止；如果私人欲从事该种原本可以自由从事的活动或者行使该种私人的权利，必须向行政机关申请取得许可。由于许可申请人所受到的一般性禁止是基于公益的需要而设定的，解除该禁止的许可行为并不产生权利。^[71]但在特许中，并不存在私人原本拥有的自由或权利；私人根据特许取得的权利或资格乃由行政所转移或创设，属于私人原本并不拥有的一项新的权利或资格。

在意大利行政法中，证照和准许属于许可的两种具体形态。若土地利用人需要取得行政机关的证照或准许方可从事土地利用活动，则制度上承认土地利用人的建设权利是土地所有权的当然内容。相反地，倘若土地利用人的利用活动需要取得行政机关的特许，则意味着土地利用人依特许取得的建设权利并非派生于土地所有权，而是由特许所创设的一项新的权利。因此，学界普遍认为，既然1977年建设法确立了建筑特许制度，在立法者的观念中，土地的建设权利不再属于土地所有权的内容，而成为了一项公共权利。^[72]不过，意大利宪法法院认为，倘若建设权利是一项公共权利，则意味着任何人都有申请取得该项权利的资格。这与仅容许拥有土地上既有权能之主体方得申请的规定不符。^[73]相反，既然建设法规定申请特许的前提是申请人必须在对象土地上拥有既有权能，那么，1977年建设法上所谓的建筑特许本质上仍然属于具有解禁功能的许可，^[74]建设权利的公共化自然也不具有制度上的根据。

不可否认，在现代社会，行政通过规划等手段对土地的利用发挥着积极的形成功能，植根于自由主义基础上的建设自由观念，因而受到了巨大的冲击。原本属于土地所有权之内容的建设权利，是否成为由行政所创设的新的权利，也便具有了讨论的空间。国内部分学者有关建设权利公共化的讨论，至少在建设权利的性质与土地利用管制之间的关系上，具有了类似的问题意识。^[75]不过，建设用地国有制是否可以与有关建设权利公共化的论述作同构性的讨论，实际上存在着诸多的疑问。一方面，建设权利的公共化以土地利用管制为论述的基础——高强度的行政介入对土地所有权构造的深刻影响。但从前文的分析可以发现，我国建设用地国有制的生成，是以社会主义公有制在土地利用中的权力性支配为逻辑，

[70] Cfr. F. G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 290.

[71] 参见朱芒：《日本的行政许可——基本理论和制度》，《中外法学》1999年第4期，第102页。

[72] Cfr. N. Assini, *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, Padova, 2000, p. 289.

[73] Corte cost., sent. 30 gennaio 1980, n. 5.

[74] 有学者据此认为，1977年建设法相关条款中的建筑特许，仅是一个唯名论意义上的概念。Cfr. P. S. Richter, *Diritto urbanistico: Manuale breve*, Milano, 2014, p. 5.

[75] 参见前引[5]，陈柏峰文，第110页。

是权力透过公有制对土地所有权构造施以的内在影响。另一方面,即使是在特许的论述框架下,也仅涉及行政是否在土地所有权之外创设了一种新的权利,以此产生建设权利的公共化效果,但并不会直接导致土地所有权的公共化或国有化。

(三) 市场逻辑的背离

国家权力在特定领域逐步退出,并使秩序重建的力量回归市场和社会,是上世纪70年代末期以来中国社会变迁的主旋律。土地使用制度的市场化改革以“先行先试”的方式启动。1987年,深圳首次出让国有土地使用权。次年,《上海市土地使用权有偿转让办法》实施,8月第一幅国有土地的使用权出让。为适应改革的需要,1988年宪法修正案和土地管理法确认,土地使用权可以依法转让。1990年,国务院根据土地管理法的授权制定了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》。至2003年,随着《划拨用地目录》、《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》和《协议出让国有土地使用权规定》的相继出台,国有土地使用制度的市场化改革基本完成。然而,集体土地使用制度的市场化却并未得到有效实践。随着建设用地国有制的确立,制度上基本否定了集体土地使用制度的市场化。

否定集体土地使用制度的市场化,并确立以全民所有制为根据的权力性支配框架,主要有三个方面的原因:第一,耕地流失的疑虑。政社分设及经济体制转型以后,随着国家权力在农村地区一定程度的消退及市场化带来的农村集体和农民个人利益的分殊,农村的基层组织建设、基层管理和政策执行能力受到很大的影响。^[76] 村镇建设不合理占用土地、农民住房建设“超标、多宅”情况严重,乡镇企业布局分散,以及出租甚至转让土地用于房地产等非农建设现象凸显。“严格控制人口、保护耕地和保护生态环境,实现农业可持续发展”,成为农业和农村工作中必须解决的重大问题之一。^[77] 基于此,在1998年修订土地管理法时,有代表性的意见认为,“为了切实保护耕地,禁止农用地使用权进入市场转为建设用地是必要的”。^[78] 第二,改革方向的疑虑。土地使用制度的市场化改革一直伴随着各种争议,特别是担忧改革是否会偏离社会主义方向。上海在1986年研究制定国有土地使用制度市场化改革试点方案时,时任市委书记芮杏文就提出了“试行土地使用权出租,是否违背四项基本原则”的问题。^[79] 面对改革中坚持社会主义方向这一重要问题,邓小平明确指出,“社会主义有两个非常重要的方面,一是以公有制为主体,二是不搞两极分化”。^[80] 国有土地使用制度的市场化改革中,在明确了土地所有权不变、土地使用收益纳入国库并确定其公益用途等焦点问题之后,^[81] 有关改革是否会偏离社会主义方向的质疑得到了削

[76] 为此,中央通过一系列的文件提出要加强农村基层组织建设、加强党在农村工作中的领导作用、强化农村基层组织政策执行力。见《中共中央关于加强农村思想政治工作的通知》(1983年)、《中共中央、国务院关于加强农村基层政权建设工作的通知》(中发〔1986〕22号)、《中共中央关于转批〈全国村级组织建设工作座谈会纪要〉的通知》(中发〔1990〕19号)、《中共中央关于进一步加强农业和农村工作的决定》(中发〔1991〕21号)和《中共中央关于加强农村基层组织建设的通知》(中发〔1994〕10号)等。

[77] 参见姜春云:《实现农业和农村经济发展目标必须解决的若干重大问题》,载中共中央文献研究室编:《十四大以来重要文献选编》中册,人民出版社1997年版,第1648页。

[78] 《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国土地管理法(修订草案)〉初步审议情况的汇报》(1998年6月24日)。

[79] 前引〔50〕,刘正山书,第91页。

[80] 邓小平:《改革是中国发展生产力的必由之路》,《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年版,第138页。

[81] 1998年修订的土地管理法第55条第2款规定,“自本法施行之日起,新增建设用地的土地有偿使用费,百分之三十上缴中央财政,百分之七十留给有关地方人民政府,都专项用于耕地开发”。

弱。集体所有原本是被定位为向社会主义全民所有的过渡形式，而这种定位是以人民公社体制为基础。在人民公社体制解体后，农村集体产权制度的改革与定位，成为必须面对的重大的问题。如何“防止少数人仗权垄断”、“以权谋私”，如何“防止集体资产流失”、“切实保障农民群众经济上的物质利益和整治上的民主权利”，是农村集体产权制度改革必须重视的重大问题。^{〔82〕}基于此，在1998年修订土地管理法时，有代表性的意见认为，“不应当允许集体土地使用权的流转，不然有可能使大量的农用地转为建设用地，农民的利益被少数人侵占，除农民的宅基地外，非农业建设用地都应当先征用为国有土地后再用”。^{〔83〕}第三，经济发展模式的考虑。在经济体制转型的过程中，官方话语体系都会用“没有土地市场就没有完整的商品经济体制”去解释土地使用制度改革的缘起。但不能否认的是，促使这场改革启动的直接驱动力是“为城市建设和发展获取资金”及“服务于招商引资”。^{〔84〕}此后，伴随着“央地”关系的调整、地区间“竞次式”竞争的铺展，土地逐渐成为地方政府推动经济增长和城市发展的一个基本政策工具，并带来了中国进入21世纪后近十年的超常规经济增长。^{〔85〕}而集体土地使用制度的市场化，与土地使用制度改革整体的驱动模式并不相容。

以全民所有制为基础的权力性支配框架，通过对建设用地的国家统一、集中和计划控制，一定程度上可以缓解耕地快速流失的局面；通过禁止集体土地市场化流转，也可以在集体经济组织内部治理机制未臻完善的情况下，抑制集体资产流失及少数人控制的现象。在由计划经济向市场经济转制的特定历史阶段，由于尚未有效形成规约土地利用和土地资源市场化配置的社会性管制制度，尚未明晰政府和市场在土地资源分配中的边界，农村基层组织也尚处于重建和完善的过程，根据特定时期工作的着重点和实际情况去处理加强宏观调控和发挥市场作用的关系，强化国家在建设用地的资源配置和实施土地利用管制的公共职能，从而使得建设用地的配置既满足市场的需求，又能服从于指令性计划，^{〔86〕}有其时代合理性。^{〔87〕}但是，以国家的集中、统一和计划为核心特征的建设用地权力性支配框架，总体上与改革开放以来主导国家建设的市场逻辑相背离。特别是，在土地利用管理、城乡规划、土地市场管理等制度体系逐步建立，农村集体产权经营及管理的实践探索取得相当成效的当下，倘若继续维系建设用地的权力性支配框架，将偏离“使市场在资源配置中起决定性作用”的深化改革目标。

〔82〕 《把农村改革引向深入》（中发〔1986〕5号）、《中共中央关于进一步加强农业和农村工作的决定》等。

〔83〕 《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国土地管理法（修订草案）〉初步审议情况的汇报》。

〔84〕 诸如“捧着金饭碗讨饭”、“对采取行政划拨土地资源的情况深感痛惜”等来自香港的意见深刻地影响着土地使用制度改革。在上海，“土地批租”试点与“扩大利用外资”则从一开始就被绑定在一起。参见饶斌、刁姬君：《上海第一块土地批租的前前后后——蒋如高老人的回忆》，《中国土地》2008年第3期，第18页以下。

〔85〕 参见前引〔22〕，汪晖等书，第33页。

〔86〕 根据《土地利用年度计划管理办法》（1999年通过，2004、2006年及2016年进行了三次修订）第4、13条的规定，国家对计划年度内新增建设用地量实行计划指标控制，计划指标实行指令性管理。

〔87〕 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》有关“国家垄断城镇土地一级市场”的内容，被置于“培育和发展市场体系”部分，是作为加强土地管理、控制农业用地转为非农业用地、规范房地产市场的一种措施来对待的。江泽民在“关于贯彻《决定》的几个问题”的讲话中特别强调，要“正确处理加强宏观调控和发挥市场作用的关系”。江泽民：《更好地组织和推进社会主义市场经济体制的建立》，载中共中央文献研究室编：《十四大以来重要文献选编》上册，人民出版社1996年版，第554页。

结语：土地使用制度改革的方向

按照全面深化改革的总体布局，以“使市场在资源配置中起决定性作用”、“建立城乡统一的建设用地市场”为立足点的市场逻辑，成为推进土地使用制度改革的基本思路。^{〔88〕}土地管理法（修正案）征求意见稿删除现行土地管理法第43条和第63条的内容，至少是在土地管理基础法律层面尝试抽除长期以来主导建设用地使用和管理的权力性支配逻辑。当然，权力性支配是以建设用地国有制为基础搭建起的体系性框架，它由建设用地总量指令性控制制度、新增建设用地年度计划管理制度、城乡建设用地增减挂钩制度、土地价格评估与管理制度、出让与划拨管理制度等，这些体现着国家的集中、统一、计划管理特征的制度体系构成。土地管理法的修改只是新一轮土地使用制度改革的起步。消除土地使用制度中的权力性支配逻辑，仍然需要经历一个繁杂的抽丝剥茧过程。从改革试点的情况看，允许入市的集体土地被限定为存量集体建设用地、^{〔89〕}甚至存量集体经营性建设用地，^{〔90〕}且规划用途受到较大的限制，一定程度上也反映了改革的艰巨性和渐进性。

在以市场逻辑取代权力性支配逻辑的基本思路下，以集体建设用地入市改革为契机，未来的具体制度设计中，有必要重新检视社会主义公有制下土地权利的私法使命和土地集体所有制的公共职能，在两个方面稳妥推进土地使用制度的改革。

第一，剥离土地公有制的权力性支配职能。

经过近四十年的改革转型，社会主义市场经济体制基本建立，作为社会主义市场经济体制的根基，我国仍然必须毫不动摇地巩固和发展公有制经济，坚持公有制主体地位。但对公有制的理解，已经从将其作为实施政治性和社会性控制的手段，转向了侧重发挥其经济性功能。在这样的背景下，基于公有制经济和非公有制经济都是社会主义市场经济的组成部分的定位，为实现两种经济形态在市场竞争中的“权利平等、机会平等、规则平等”，应当剥离两种公有制形态承载的、由国家或集体据此实施直接权力性支配的职能，真正让市场在资源的配置中发挥决定性作用，优化资源的配置效率。

随着政府与市场边界的逐渐理清，土地利用规划体系和城乡规划体系的不断完善，国有土地使用权“招拍挂”制度的健全，政府作为土地所有权行使主体的职能和作为土地利用管理主体的职能逐步分离，市场配置国有土地资源的体制机制基本形成，所有制的权力性支配职能得到消减，但相比其他领域而言，土地资源配置和利用管理中国家集中、统一和计划的特征仍然比较明显。同时，通过不断的“权利补足”，土地集体所有概念中“私”的面向日益茁壮，^{〔91〕}赋予集体土地相对完整的私权地位的呼声亦是不断。尽管土地集体所有的法律性质尚存争议，但就整体的趋势而言，土地使用制度改革的基本方向应当是，剥离社会主义公有制的权力性支配职能，由市场机制来配置土地资源，并通过健全规划、标

〔88〕 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

〔89〕 参见《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》（国土资发〔2015〕35号）。

〔90〕 参见《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》（2015年2月27日）。

〔91〕 参见前引〔32〕，刘连泰文，第116页以下。

准、许可等社会性管制机制来主导形成合理的土地利用秩序。其一，除所有权不得转让外，确认集体土地的相对完整权能。在符合规划和用途管制的前提下，集体经济组织可以直接使用集体建设用地，或者出让集体建设用地使用权。其二，按照土地所有权行使主体与土地利用管理主体、土地市场监管主体相分离的思路，调整以土地的国家所有制为根据建立的建设用地使用和管理制度体系，包括改革新增建设用地年度计划管理制度、土地出让制度和土地价格形成机制等。建立平等容纳两类土地的利用和市场管制规则，剥离国土部门在国有土地上的财产性职能，使国土、规划等部门成为单纯的土地利用管制主体，真正实现国有土地和集体土地的“同价同权、同等入市”。

第二，重新审视土地集体所有制的公共职能。

剥离土地公有制的权力性支配职能，让市场在土地资源配置中发挥决定性作用，核心是界定土地产权并建立产权保护制度。当然，这并不意味着要忽视土地公有制，尤其是集体所有制的公共职能。为此，需要重新审视土地集体所有制之公共职能及其实现机制。在逻辑上，土地产权界定及保护的私法使命和土地集体所有制的公共职能，在农业用地和建设用地上各自有不同的侧重点，不能等同视之。其中，农业用地的使用较少受到规划等外部管制及非自力性因素的影响，除了兼顾农民基本生活及农业安全的保障外，农业土地使用制度的设计应当遵循效率原则。事实上，建国以来经历的三次农村土地改革，主要围绕着效率与公平之间的往复探索。第三次的“联产承包责任制”改革使农地制度被定位为“准自耕农制度”，^[92]农业用地使用及收益分配的“包产到户”激发了农业生产的效率。2016年开始的农业用地“三权分置”改革，则是此种思路的深化，旨在进一步提升土地产出率、劳动生产率和资源利用率，为农业的规模化经营提供制度基础。换言之，农业用地的产权确认及保护的私法使命，主要是提高农业生产效率；集体所有制则承担着“稳定器”功能，^[93]以使每个农民都能够获得至少足以“自给自足”的土地长期使用权，并有权支配自己的土地产品。^[94]相比而言，建设用地的使用受到规划等社会性管制机制的明显影响，这使得土地所有权的内容被重新塑造，并对建设使用利益的分配产生了深刻影响。同时，建设用地的收益还会受到城市化、宏观经济等非自力因素的影响。因此，与农业用地不同，建设用地的使用应当遵循公平原则；土地公有制的公共职能则是在保障居住权利的基础上，确保土地利益的公平分配。

基于此，在集体建设用地使用制度的改革中，可以根据土地集体所有制之居住权利保障和确保土地利益公平分配两个不同公共职能取向，建立分别针对“自住需要”和“市场需要”的建设用地分类使用制度。在“自住需要”的侧面上，土地集体所有制的公共职能是保障农民的居住权利，因而应当在农村土地确权的基础上，确认宅基地使用权的长期化，维护农户依法取得的宅基地占有和使用权。在“市场需要”的侧面上，应当确认公益性用地以外的集体建设用地使用权的市场化和收益的适度公共化。不同于其他经济形态，农村

[92] 胡景北：《农业土地制度和经济发展机制》，《经济学（季刊）》2002年第2期，第449页。

[93] 《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见〉》（中办发〔2016〕67号）明确指出，“守住政策底线。坚持和完善农村基本经营制度，坚持农村土地集体所有，坚持家庭经营基础性地位，坚持稳定土地承包关系，不能把农村土地集体所有制改垮了，不能把耕地改少了，不能把粮食生产能力改弱了，不能把农民利益损害了”。

[94] 参见前引〔92〕，胡景北文，第449页。

集体经济是集体成员利用集体所有的资源要素,通过合作与联合实现共同发展的一种经济形态;不同于一般经济组织,农村集体经济组织是农村社会公共服务的承担主体。^[95]因此,土地的集体所有不能等同于一般的私法团体所有,而应体现出公有属性和社区属性。除在土地使用权流转中保障集体经济组织成员的知情权、参与权、表达权、监督权等民主权利外,应当建立集体土地收益的适度公共化实现机制:一方面,基于城市化成本及土地利用管制之社会成本的分担,应当形成土地增值收益的国家(社会)分享机制;另一方面,基于农村集体经济组织的公共服务职能及集体所有的社区性,应当形成土地收益的集体留存和使用管理制度。

Abstract: Under the planned economy and the people's commune system, ownership by the whole people's and collective ownership performed the power domination function of administration of land resources in urban and rural areas, thus forming the system of urban-rural dualistic use and management of construction land. With the collapse of the people's commune system and the transformation of the planned economic system, the objective of collective ownership is gradually deviating from the interests of the highest public authority and the phenomenon of abuse of cultivated land in rural areas is becoming more and more serious. In order to achieve the rational use of land and ensure that the reforms are in line with socialist goals, the power domination function of public ownership is transferred into the ownership by the whole people, thus establishing the state ownership of construction land. The state ownership of construction land depends on land expropriation, but the "national needs" theory under the planned economy system can no longer explain the "market needs" under the market economy system, thus resulting in the contradiction between the public interest of land expropriation and the mercerization of land use. In order to coordinate the relationship between socialist market economy and socialist public ownership, China should divest the power domination function of the public ownership, construct the land use order through "market-regulation", and focus the functions of public ownership of land on the protection of the right of residence and the equitable distribution of land value-added benefits.

Key Words: public ownership of land, construction land, power domination, collectively-owned land

[95] 《中共中央、国务院关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》(中发〔2016〕37号)。