

集体经营性建设用地入市的价值取向与制度安排

赵红梅

内容提要:集体经营性建设用地入市制度的价值并非复原权能而是补偿利益。复原权能系以此复原作为民法上财产所有权的集体土地所有权被剥离的固有权能,以充分实现集体和集体成员的个体利益。补偿利益系以此补偿集体土地所有权因社会公共利益和集体共同利益需要而受限的利益,即以规划特许的方式给予集体土地所有者一定经济特权利益,以促使集体土地所有权更好地担当其所承载的使命,同时也适当兼顾集体成员的个体利益。因此,国家应当根据集体土地所有权承载的社会公共利益和集体共同利益使命的强弱不同,向集体土地所有者征收不同比例的土地增值收益调节金,并限制集体经营性建设用地入市收益的支出。

关键词:集体土地所有权 集体经营性建设用地 复原权能 集体成员

赵红梅,中国政法大学民商经济法学院教授。

集体经营性建设用地入市是近二十年来我国出现的重要经济改革现象。2019年修订的《土地管理法》主要通过新增加的第63条,对集体经营性建设用地入市作了突破性规定,但对所涉及的一些关键问题仍没有直接作出明确具体规定。笔者认为,与国有建设用地入市相比,集体经营性建设用地入市涉及更复杂的根本利益性问题,如土地增值收益在国家与集体之间如何分配、集体所获的土地收益支出是否受限等,仅仅依据该条第4款的规定“参照同类用途的国有建设用地执行”会出现很大障碍。而由国务院制定解决前述问题的具体办法,尚需学界提供强有力的理论基础支撑,可谓“理不清、事不明”。

学界已就集体经营性建设用地入市制度进行了颇具学术创新性且有一定深度的探讨,笔者将其中最具有影响力的主张概括为“复原权能说”。本文试图对该制度进行进一步解析,在与“复原权能说”商榷的基础上提出和论证“补偿利益说”,并进一步阐述二说在实践中如何具体检验和运用。笔者以为,集体经营性建设用地入市不单纯涉及集体土地使用权流转的具体法律制度设计,而是触及有关集体土地所有权的属性和地位问题。阐释清楚这两个重要的法学论题,方能进一步厘清集体经营性建设用地入市制度的价值,并对该制度的完善提出合理化建议。本文就教于学界同仁,错讹之处敬请批评指正。

一 集体土地所有权的属性

“土地集体所有的性质是什么？这种追问并非单单出自知识论上的好奇，有太多的问题必须以此为前提求解。”^{〔1〕}笔者认为，集体土地所有权的属性分为本质属性和兼有属性。为解析集体土地所有权的属性，还应将其与国外社会化的私人土地所有权相比较，并且将其与我国的国家土地所有权置于同一体系下观察。

（一）集体土地所有权的本质属性为公共性

秉持“复原权能说”的学者认为，集体经营性建设用地入市“本质上要求将农民集体土地所有权打造成真正的私法意义上的财产所有权”，即“能按照私法规则行使的所有权”。^{〔2〕}那么，集体土地所有权是与国外社会化的私人土地所有权一样的所有权吗？若我们草率地作出回答，或许就陷入一个“不易察觉的陷阱”。^{〔3〕}固然，在现当代社会，国外私人土地所有权经过社会化洗礼，其权能行使不得妨害社会公共利益以及多受公法规范控制已为常态。具体来说，即按照不同的性质和分类加以规范，并实施土地用途管制。可以认为，“自由放任的概念即个人的权利确定土地用途是受法律保护的主要价值……缓慢但肯定地屈服于社群主义社区利益必须至高无上的规范”。^{〔4〕}但是，国外私人土地所有权尽管社会化了，其本质属性依然是私人所有权，属于所有权社会治理介入私人之间关于财产所有权关系的问题。^{〔5〕}与之不同，在我国，集体土地所有权既然是依托土地公有制而生，其内在本质属性就不是私人所有权，而与国家土地所有权一样具有公共性。集体土地所有权与国外私人土地所有权的本质区别具体表现在以下两个方面：

1. 根本目的：是否为实现社会公共利益和集体共同利益

有一种观点认为，我国的集体土地所有权与国外社会化的私人土地所有权一样，都兼顾个体与社会公共利益。如有学者认为：一方面，集体土地所有权是一种集体的“私有权”，这意味着它本质上与其他民事主体的民事权利是一致的，也契合民法的个人权利本位的精神；^{〔6〕}另一方面，因为集体土地所有权是公有制的反映，所以其与公共利益密切相关，因而集体土地所有权不是一般的私权利，而是多受公法的管理和干预，其与私人的所有权不能完全等同。^{〔7〕}国外甚至早有研究认为社会化的私人所有权已经彻底异化了。如狄骥(Léon Duguit)提出：“所有权不复为所有主的主观法权了，而为持有财物者的社会职务。”^{〔8〕}笔者不赞同两种所有权在本质上一致的观点，而认同另有学者提出的下述观

〔1〕 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107页。

〔2〕 参见高富平：《重启集体建设用地市场化改革的意义和制度需求》，《东方法学》2014年第6期，第80页。

〔3〕 参见陈晓敏：《论大陆法上的集体所有权——以欧洲近代私法学说为中心的考察》，《法商研究》2014年第1期，第127页。

〔4〕 Emerson G. Spies, Review of Haar, Land Planning Law in a Free Society, 38 *Virginia Law Review* 561, 561 (1952).

〔5〕 See Michael E. Stone, *Social Ownership, A Right to Housing*, Temple University Press, 2006, p. 241.

〔6〕 韩松：《农民集体土地所有权的权能》，《法学研究》2014年第6期，第72页。

〔7〕 韩松：《农民集体土地所有权的权能》，《法学研究》2014年第6期，第78页。

〔8〕 [法]莱昂·狄骥著：《拿破仑法典》以来私法的普通变迁，徐砥平译，中国政法大学出版社2003年版，第149页。

点：“我国的集体土地所有权在现有的土地法律制度下，包含着社会职能……这就决定了在一定程度上集体土地所有权的公权性。”〔9〕笔者还认为狄骥的观点过分拔高了私人所有权的社会公共性，“从而走向了极端的社会本位立场”。〔10〕国外法律对私人土地所有权实现社会公共利益的要求，是从外部课加的强制性义务，而土地所有者通常不情愿接受甚至抗拒履行这样的义务。从所有者一面来看，私人所有权存在的根本目的是为实现其自身利益最大化，“所有权是为所有人（的利益）而存在的权利”，〔11〕立法者也不否定这一前提，并基于社会公共利益的考量对所有权施以有限、适当的公法规范控制。正如有学者所言，所有权承担社会义务并非否认私人权利和利益，而是基于个人利益与社会利益之间平衡的考虑，对所有权予以适当限制。〔12〕

对集体土地所有权而言，强调对其适当限制以及在个体利益与社会公共利益之间找到平衡就显得十分不够了。从立法意旨来看，集体土地所有权存在的主要目的是为实现社会公共利益和集体共同利益，也就是说其根本目的并非是为了实现个体的利益。可见，集体土地所有权才真正符合狄骥的前述论断。

将集体土地所有权的本质属性认知为偏向于个体的私人所有权，是基于将土地集体所有认知为土地归集体成员共有（但承认较为特殊）的思考。有学者指出：“‘集体成员’作为所有权的主体，该所有权的主体是复数的，在民法上隶属于‘共有’的概念。”〔13〕土地归集体成员共有观念的政治哲学基础是个人主义。个人主义社会观习惯于把农民集体看作是农民个体利益的联合体。一个联合体的利益可以还原为其成员的共同利益；联合体的利益这一说法只是联合体成员共同利益的一个缩写。〔14〕在此语境下，土地集体所有的目的是为了实现在每一个集体成员各自私人的利益。除了集体成员各自私人的利益之外，农民集体没有自身独特的利益。这种利益结合的出发点是单个集体成员物质利益最大化的愿望。〔15〕藉此，集体土地所有者在集体经营性建设用地入市中将土地出让给出价最高者，然后最大限度地土地收益向集体成员分红，为集体成员谋取最大化经济利益。

而将集体土地所有权的本质属性认知为公共性（但也不否定后文所论兼顾个体汇集利益），则是基于将土地集体所有认知为土地归集体总有的思考。总有制导源于中世纪的日耳曼村落共同体，这种制度在传统社会中普遍存在，但近代已经比较少见。〔16〕

〔9〕 刘俊著：《中国土地法理论研究》，法律出版社2006年版，第132-133页。

〔10〕 朱晓喆：《耶林的思想转型与现代民法社会化思潮的兴起》，《浙江学刊》2018年第5期，第24页。

〔11〕 Thomas Rüfner, *The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of Dominium Utile, The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh University Press, 2010, p. 141.

〔12〕 张卉林：《从所有权绝对到所有权社会化：所有权观念及立法变迁》，《山东社会科学》2013年第5期，第112页。

〔13〕 汪洋：《集体土地所有权的三重功能属性——基于罗马氏族与我国农村集体土地的比较分析》，《比较法研究》2014年第2期，第24页。

〔14〕 参见[英]A. J. M. 米尔恩著：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1995年版，第48页。

〔15〕 参见[德]斐迪南·腾尼斯著：《新时代精神》，林远荣译，北京大学出版社2006年版，第60页。

〔16〕 参见陈明：《何谓“公有”？——土地产权制度改革的政治经济逻辑再认识》，《理论月刊》2021年第10期，第51-52页。

有学者认为,“总有”财产属于集体、分配归成员、实行民主管理、成员有严格的身份特征、成员的入退不影响集体组织的存续,这是半个世纪以来对我国集体公有所形成的共识。^[17] 另有观点认为,集体所有在性质上类似于总有,不同于共有。如果将集体所有权等同于共有,有可能导致集体财产完全私有化以及集体财产的不稳定性。^[18] 土地归集体总有观念的政治哲学基础是集体主义。集体主义社会观习惯于把农民集体看作“由人们组成的某种形式的(有机)共同体……这个共同体的利益绝对大于所有个人利益的总和”。^[19]

本文依循集体主义,试图以高于成员之上的“集体不可拆分为个体”的特征来证成集体所有“公共所有”的本质属性。该“公共所有”承载的利益并非集体和集体成员个体的利益,而是社会公共利益和集体的共同利益。依据集体主义理论,社会公共利益关涉更为广泛的不特定多数人的利益,是一种抽象的“大集体”利益;而集体成员之间基于有机团结、同舟共济形成的“集体的共同利益”,是一种具体的“小集体”利益,其与社会公共利益紧密关联,且两者在根本上并不相互对抗或防御(见下文)。集体主义关注“整个社会团结的基本原则哲学”,其“不能基于追求自我利益和利润最大化”。^[20] 既有的研究揭示,“公共土地所有权涉及一个持续利益和共同联合的问题”,^[21] 其着眼点不是追求私益。“集体并非近代民法上的民事主体,也不像传统民法上民事主体的自然人和法人一样,具有追求私益最大化的目的”;^[22] 土地虽然归集体所有,但集体却不能按照其“最好最佳”用途来获取收益。^[23] 对法律赋予集体土地所有者代表集体行使“所有权”的恰当解释应当是,其并非从这种代表性中获得利润。^[24] 集体中的农民个体即集体成员只能基于归依于集体的身份,接受其在集体中的共同的命运和集体所承载的全部功能。^[25]

本文进一步认为,集体土地所有权本身就不是以效率优先,而是以安全、公平等其他价值优先的制度工具。藉此,集体土地所有权存在的根本性目的及功能定位,主要不是为实现集体和集体成员经济利益的最大化,而是为实现社会公共利益和集体共同利益。这集中体现为集体土地所有者负有两大义务:

一是,集体负有就土地用途管制、耕地保护等对其成员实施管理、督促的义务。集体土地所有权对实现上述宏观层面的社会公共利益而言,具有比较明显的制度连贯性优势,当然这就抑制了集体土地所有权实现集体和集体成员个体的利益最大化的功能。有学者

[17] 参见孟勤国:《物权法如何保护集体财产》,《法学》2006年第1期,第72页。

[18] 参见王利明、周友军:《论我国农村土地权利制度的完善》,《中国法学》2012年第1期,第48-50页。

[19] 李强著:《自由主义》,中国社会科学出版社1998年版,第156页。

[20] Vladimir Rys, *Reinventing Social Security Worldwide: Back to Essentials*, Bristol University Press, 2010, p. 39.

[21] Carl F. Brown, A Criteria for Public Land Ownership, 35 *Journal of Farm Economics* 291, 291 (1953).

[22] 李国强:《论农地流转中“三权分置”的法律关系》,《法律科学》2015年第6期,第183页。

[23] 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115页。

[24] See Gregory T. Chin, Securing a Rural Land Market: Political - Economic Determinants of Institutional Change in China's Agriculture Sector, 29 *Asian Perspective* 209, 213 (2005).

[25] See Laurel Bossen, Changing Land Tenure System in China: Common Problem, Uncommon Solution, 40 *Sociological Bulletin* 47, 64 (1991).

指出,“集体土地所有权本身的功能被严格限制,其处分的权能几乎为零,集体土地所有权变成了保障国家粮食安全等的制度工具。”^[26]我国的集体土地制度总体上与土地用途管制、耕地保护等目标契合,是毋庸置疑的。事实上,这并非是在所谓的“绩效”意义上与域外的土地用途管制相比较,^[27]而是在强调,在我国既不实行土地私有化也尚未推行土地用途激励性管制的前提下,坚持集体土地所有权的公共性,还是相对更有利于前述目标的实现。毕竟基于集体土地所有权的公共性,集体土地所有者不会过分逐利;并且集体土地所有者通过与集体成员之间设立土地承包经营权等配置相互的权利义务,使社会公共利益和集体共同利益得以实现,也大大消解了由国家采取行政措施直接对农民个体实施土地用途管制以实现耕地保护目标的负担。相反,若偏离集体土地所有权的公共性,则实施土地用途管制以实现耕地保护目标将面临更加巨大的压力。

二是,集体负有依托集体土地及其收益为其成员提供生产、生活依托和其他社会保障进而促进社会安全的义务。例如,对集体成员普遍性无偿分配承包地和宅基地以使其具备基本生产和生活条件,以集体经营性建设用地入市收益为集体成员加入城乡居民基本医疗保险和基本养老保险垫付个人缴费部分,供养集体成员中的“五保户”等。

2. 基本职能:是否实施社会公共管理

集体土地所有权存在的根本目的要求其承载社会公共管理这一基本职能。我国的土地集体是一个具有诸多特殊性的乡村组织系统,土地不论为村或乡镇农民集体所有,其所有权边界都与各自层级的行政或群落边界高度吻合,这不是巧合,而恰恰可以说明,集体土地所有权主要是国家构建农村最基层政治统治秩序和为农民提供最基本社会保障等社会治理的制度工具。前述集体土地所有者负有的两大义务,实际上一部分是集体替代国家履行的公共管理职能,一部分则是集体履行的社会自治职能。有学者认为,由集体所有者对农户进行管理,能够在最大程度上消除负外部性,增加正外部性,提高集体土地资源利用的效用。^[28]国外社会化的私人土地所有权虽关涉社会公共利益,然而却不具有前述社会公共管理的基本职能。

本文还需要面对是否能以前述根本目的和基本职能来证成集体土地所有权“公共”本质属性的诘问,因为在现代社会,由私人团体执行社会公共职能或者于私人财产上承载社会公共利益较为常见。^[29]大陆法系依然坚持公法与私法的区分,进而区分公法人与私法人。这种区分带来的不利后果是,很多处于中间状态的法律主体既可判断为公法人也可判断为私法人。^[30]从法律体系的整体来看,公法人与私法人的划分并不能满足当代社

[26] 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19页。

[27] 国外私法与公法结合的土地用途激励性管制,参见郭洁:《土地用途管制模式的立法转变》,《法学研究》2013年第2期,第72-80页。

[28] 参见桂华、贺雪峰:《宅基地管理与物权法的适用限度》,《法学研究》2014年第4期,第41页。

[29] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2004年版,第8页。

[30] 例如,我国台湾地区工商会究竟属于公法人还是私法人,学界存在较大争议,有观点认为属于公法人,也有观点认为属于私法人。参见赵相文:《行业自治作为我国行政任务民营化之方法——以证券市场自律机制为例》,我国台湾地区台湾大学2015年博士学位论文,第178页。

会的需求。很多介于国家与私人之间的法律主体只是借用公法人与私法人的法律调整技术,实际上在很多特性上都不同于典型的公法人与私法人。^[31] 也就是说,“公”“私”主体性质的判断与“公”“私”权利本质属性的判断存在着错动。进一步而言,公法主体在特殊情况下(如在政府国有土地使用权出让中)也可以享有私法权利,私法主体在特殊情况下(如私人公司在 PPP 项目中)也可以享有公法权利。本文虽然对“公”“私”的划分体系特别是法律主体的分类提出质疑,但仍然坚持将“公”“私”权利本质属性的判断作为立论的基础;法律主体的分类往往流于法律关系的外在形式判断,而法律权利的分类往往揭示法律关系的内在功能和本质属性,并对具体法律制度的设计产生至关重要的理论指导意义。在此还需要强调的另外一点是,“集体”本身并非是私法主体。原因在于,我国《民法典》并未对民事法律主体地位作出规定,不能将其与具有特别法人地位的农村集体经济组织和村民委员会混同。有研究认为,集体土地所有权的政治意义或公法上的主体为“集体”自身,而私法上的主体则为“集体成员”。^[32]

(二)集体土地所有权兼顾个体汇集利益

在我国土地公有制的框架体系下只有两种土地所有权,即国家土地所有权和集体土地所有权。这两种土地所有权既有很强的共通性,也有明显的差异性。

国家土地所有权意味着土地归属“全民”这一社会最大利益共同体非排他地拥有,国家所有永远不可能演变为私人集合所有,国家土地所有权的行使受个体利益动机驱使属非正常现象(如果现实中受个体利益动机驱使,则应通过法律制度予以排除),国家即使将国有建设用地出让给出价最高者,出让金也用于实现社会公共利益。由此表明,国家仅仅是为实现社会公共利益而使用国有建设用地使用权出让这一法律工具而已,并不改变国家土地所有权的公共性本质。

集体土地所有权则有特定区域的农民集体这一利益共同体排他性拥有特定土地的一面,并非国有土地那样的“大公”,只是对于一定区域的农民而言的“小公”。^[33] 集体土地所有权是一个具有双面性的法律工具:在公法和兼容公私法的经济法、社会法一面,其具有公共性,主要承载社会公共利益和集体共同利益;在私法一面,其兼顾个体利益,主要承载集体成员个体利益的汇集。比如集体土地所有者将集体经营性用地出让给出价最高者,出让金如果主要用来向集体成员分红,就不是用于实现社会公共利益和集体共同利益,但却可以让集体成员得到实实在在的眼前利益,因而通常较受欢迎。但是,如果我们过分强调集体土地所有权承载个体利益的侧面,则在相当程度上可能会影响公共性实现的一面。因此,要把握好认知集体土地所有权承载个体利益的“度”。本文将表述为“兼顾个体汇集利益”,即寓意不可过分强调这一方面。笔者也不排斥在某种程度上借助私法的制度工具,使集体土地所有权更好地行使并实现对其的保护。集体土地所有权的本质属性是公共性,与兼顾个体汇集利益及借助一些私法制度进行规范与保护,这两者之

[31] 参见[日]盐野宏著:《日本行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社 2008 年版,第 15 页。

[32] 参见汪洋:《集体土地所有权的三重功能属性——基于罗马氏族与我国农村集体土地的比较分析》,《比较法研究》2014 年第 2 期,第 21 页。

[33] 参见刘俊著:《中国土地法理论研究》,法律出版社 2006 年版,第 137 页。

间是里与表、本与末的关系。如果终极目标是将集体土地所有权打造成完全彻底的私权,则有弃里求表、舍本逐末的嫌疑。

二 集体土地所有权的地位

集体土地所有权的地位即集体土地所有权与国家土地所有权的关系是我国法学界的一个老论题,近几年伴随着因集体经营性建设用地入市引发的对“同等入市、同地同权”政策的理解,一些研究者又对此进行了新的理论诠释。

(一) 土地所有权平等论与土地所有权内容差序论

我国法学界主流观点认为,集体土地所有权与国家土地所有权应当平等。如有学者认为,国家土地所有权与集体土地所有权,以及基于二者所衍生出来的其他权利,其法律地位应当是平等的,权利内涵也应当是一致的。^[34]但也有观点主张两种土地所有权不一定平等。如有学者认为,国家土地所有权较之集体土地所有权具有优越性。^[35]党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》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、同权同价。”解读前述政策,若认为同等入市是指以同等的条件进入建设用地一级市场,同等的条件就是符合规划和用途管制即“同地同权的本质在于使用权平等”^[36]在理论和实践上均不会产生分歧。而“复原权能说”将其解读为“同地同权的本质在于所有权平等”^[37]则容易引起歧义。

土地所有权平等论的逻辑推理如下:集体土地所有权与国家土地所有权同属民法上的财产所有权,而民法贯彻民事主体权利平等原则,则集体土地所有权与国家土地所有权地位应一律平等;过去现实中存在着集体土地所有权与国家土地所有权地位的不平等,这是错误的,现在实行集体经营性建设用地入市就是纠正了这种错误。但是,将“集体土地所有权与国家土地所有权同属民法上的财产所有权”作为逻辑推理的重要一环存在很大的疑问,据此得出的结论也难以令人信服。

本文提出的“补偿利益说”,对集体土地所有权与国家土地所有权的关系的认知为土地所有权内容差序论,认为我国的国家土地所有权和集体土地所有权在实质内容上存在着根本差别,这两者实际不在同一层面上。国家土地所有权具有绝对性和完整性,内容相对饱满;而集体土地所有权受到相当多的限制,其最终命运由国家决定,不具有绝对性和完整性。在我国,“只有国家对土地拥有完全的所有权”,而“集体对农村土地的财产权是

[34] 程雪阳:《土地发展权与土地增值收益的分配》,《法学研究》2014年第5期,第84-85页。

[35] 参见刘俊著:《中国土地法理论研究》,法律出版社2006年版,第137页。

[36] 有学者指出:“在建立城乡统一的建设用地市场的政策目标之下,集体建设用地使用权和国有建设用地使用权,具有相同的权利内容,实行统一的交易规则。”参见高圣平:《论集体建设用地使用权的法律构造》,《法学杂志》2019年第4期,第25页。

[37] 其理由是,集体经营性建设用地和国有建设用地同为建设用地,同为经营性质,那么国家作为所有者和农民集体所有者所拥有的权利应当是相同的。参见高富平:《重启集体建设用地市场化改革的意义和制度需求》,《东方法学》2014年第6期,第77页。

非常有限的……集体只拥有、使用和受益于土地的权利财产,但无权处置土地”。^[38] 从这一点看,集体土地所有权不是真正意义上的所有权,而是对国家土地所有权有向心力的“准所有权”。^[39] 过去现实中存在着集体土地所有权与国家土地所有权内容上的差序具有一定的正当合理性,现在实行集体经营性建设用地入市主要不是要重置二者之间的关系而系另有他意(详见下文)。集体土地所有权具有先天的权利残缺,这一点土地所有权平等论与笔者秉持的土地所有权内容差序论的认识其实大致相同。两者的分歧在于,其对土地所有权的观念不同。

土地所有权平等论从大陆法系传统民法所有权即以个人主义为基础的土地所有权观念出发认识问题。罗马法提出了关于土地所有权的两个基本概念。第一个概念是“完全所有权”(dominium),它意味着土地所有者对当前土地的专有权——有益地利用其财产及其掌握该财产未来的发展。第二个概念是“绝对权”(imperium),它意味着所有者对土地拥有唯一和无可争议的权利;然而这些权利又属于国家治理的总体范围,良好的国家为了更大的利益而干涉所有者的财产权,必须尊重所有者的意思表示。^[40] 在承袭罗马法的现代大陆法系中,所有权概念是绝对使用和处置财产的权利概念,只能有一个所有者或一组共同所有者。^[41] 土地所有权平等论藉此认为,既然立法规定集体土地所有权为财产所有权,就要符合大陆法系传统民法所有权的特征,否则即为讹误,应当改正。

而笔者秉持的土地所有权内容差序论则不认同个人主义基础上的土地所有权观念。在个人主义基础上的土地所有权观念看来,“两个人不能在同样的时间以同样的方式拥有同样的东西”;^[42] 但其实,两个法律主体可以分享同样的东西,只要将其立场建立在团体主义土地所有权观念之上。“这种所有者的定义至少很有可能没有我们听起来那么罗马,也不那么现代,但实际上,它是一个完全符合(另外一种)理论的定义。”^[43] 以此解读我国国家所有权与集体所有权的关系,恰如其分地呈现了其真实样貌。事实上,由于国家控制下的总体规划已经经过相应土地使用权人的同意而确定了。须经有效的规划许可才享有土地未来的发展权,这意味着土地财产权利永远不可能是绝对的。^[44] 正如有德国学者所言,公法中规定的对所有权的限制在以前尚属例外现象,而并未在根本上改变所有权人广泛的使用权和处分权;但在今天,“这些限制已经成了共同决定着所有权内容的

[38] George C. S. Lin, *The Tragedy of the Commons: Urban Land Development in China under Marketization and Globalization*, Lincoln Institute of Land Policy, 2012, pp. 8, 11.

[39] 参见赵红梅:《我国土地征收制度的政府、社会联动模式之构想》,《法商研究》2006年第2期,第28页。

[40] See Philip Booth, From Property Rights to Public Control: The Quest for Public Interest in the Control of Urban Development, 73 *The Town Planning Review* 153, 155 (2002).

[41] See Thomas R fner, *The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of Dominium Utile, The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh University Press, 2010, p. 128.

[42] Thomas R fner, *The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of Dominium Utile, The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh University Press, 2010, p. 136.

[43] See Thomas R fner, *The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of Dominium Utile, The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh University Press, 2010, p. 142.

[44] See Philip Booth, From Property Rights to Public Control: The Quest for Public Interest in the Control of Urban Development, 73 *The Town Planning Review* 153, 156, 167 – 168 (2002).

因素”。^[45] 在此,笔者将“共同决定”的主体理解为国家和原来享有绝对化所有权的土地所有者,在团体主义观念看来,他们扮演着差序所有者的角色。

以上论述或许会进一步受到质疑:本文既然以团体主义观念对私人土地所有权全面社会化作出解释,那承认我国集体土地所有权与国外社会化的私人土地所有权地位一样又何妨呢?笔者认为,在我国法下,集体与国家之间虽然在内容上存在差序关系,但二者同具公共性,故更加顺畅甚至能形成各负其责基础上的相互配合;而私人与国家之间的差序所有权关系因分属于两种不同所有权的关系,故可能更多地出现对抗或防御的情况。

(二)从土地所有制看集体土地所有权与国家土地所有权的关系

要理解土地所有权,离不开对土地所有制的认识。有学者认为,农村集体所有制与全民所有制是一致的;集体所有制与全民所有制的真正区别只是在于,国家支配和控制集体土地,但并不对其控制后果负直接的财务责任。^[46] 有学者认为,在土地所有制的大前提下,集体土地所有权与国家土地所有权的关系本质上体现的是公有制两种形式间的关系,这种关系不应是平等的关系,而是整体与部分的关系。^[47] 有学者则认为,全民所有制和劳动群众集体所有制这两种所有制的差异,只是体现在财产规模等方面,但在法律地位上不是整体与部分的关系,而是平等的关系。^[48] 笔者认为,所有权的绝对平等性是抽离掉所有制对所有权的认知,其是基于传统私法的基本理念,甚至有悖于社会化之现代私法的基本理念。而如果超越私法,从土地所有制与土地所有权关系的视域观察,我国两种公有制下土地所有权的平等性则无从谈起,也不具有正当合理性。土地所有权平等论所阐述的集体所有与国家所有平等化,也并不是真正的平等。因为如前文所述,如果强调集体土地所有权与国家土地所有权在财产利益上的平等性,则集体土地所有权在本质上就脱离了公有制的体系框架,而国家土地所有权则根本不会脱离公有制的体系框架,就此而言二者本身就不平等。

退一步说,即使真要实现所谓不同土地所有权的平等性,也应先于所有制层面厘清为何不将农村居民的 land 所有权与城市居民的 land 所有权平等化,而只片面强调集体土地所有权与国家土地所有权平等化。在我国的其他领域,几乎没有像土地这样仅实行国家和集体所有的情况。因此,有关不同所有制企业和投融资平等化的理论,无法简单套用于本文论题的研讨。换言之,不强调集体土地所有权与国家土地所有权的关系本质上是平等的,就是实现了农村居民与城市居民土地权利的实质平等化。土地所有权平等论总是关注国家与集体土地所有者之间在土地一级市场中的公平竞争,却忽略了集体土地所有者与国有土地使用者在土地二级市场中的公平竞争。因此,不能泛泛而谈“平等保护”,而应当区分到底是形式平等保护还是实质平等保护。实质平等保护正是通过承认实质上的不平等,为不同法律主体差异化设计权利义务而得以实现的。

[45] [德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2004年版,第53页。

[46] 周其仁:《中国农村改革:国家与土地所有权关系的变化(上)——一个经济制度变迁史的回顾》,《管理世界》1995年第3期,第81页。

[47] 参见桂华、贺雪峰:《宅基地管理与物权的适用限度》,《法学研究》2014年第4期,第28页。

[48] 参见程雪阳:《土地发展权与土地增值收益的分配》,《法学研究》2014年第5期,第84-85页。

综上所述,从土地所有制看集体土地所有权与国家土地所有权的关系,二者不可能脱离公有制体系框架进行探讨,其置于公有制体系框架则是内容差序又统一的。

三 集体经营性建设用地入市制度的价值二说

基于对前面两个问题的分析论证,下文将归纳阐述有关集体经营性建设用地入市制度的价值二说。

(一)复原权能说

关于集体经营性建设用地入市制度的价值,“复原权能说”基本观点如下。

首先,集体经营性建设用地入市制度的价值主要在于,使得集体土地所有权被剥离的固有权能(即自由改变土地用途的处分权能和与该处分权能相关的收益权能)得以复原。在该说看来,集体土地所有者对其拥有土地进行处分和获取相关收益,本该是其固有权利,但在过去相当长一段时期,却因依据修订前《土地管理法》的相关规定,^[49]由国家垄断土地一级市场而被抑制,形成了集体土地所有权与国家土地所有权有天壤之别的不利地位;国家允许集体经营性建设用地入市,系以此复原被剥离的固有权能。有学者认为,现行法律大大限缩了农民集体所有权的权能,甚至根本没有将其视为独立的所有权;过去不允许农民集体的建设用地使用权入市,必须先将集体土地征为国有再用于建设与商业开发,“显然剥夺农民集体土地所有权应有的权能,而使国家对土地的所有权优越于集体所有权”。^[50]另有学者指出:“允许集体土地入市只是归还农民处分自己土地财产的权利。”^[51]“复原权能说”认为“国家通过法律和土地利用规划行使的管制权力,既不是提升土地经济价值等土地发展权的来源,也无法分配或者赋予某块土地的发展权,其仅仅是决定是否限制以及如何限制土地的发展权而已。”^[52]在该说看来,土地规划是为了某些社会公共利益目的而从集体土地所有者处剥离了原本属于其所有的部分财产权利益,而对于未被土地规划剥离部分财产权利益或者被剥离的财产权利益相对较少的集体土地所有者来说,这种利益不是国家通过土地规划特许的方式给予的,而是其自身固有的权能或者幸运获得的。

其次,集体经营性建设用地入市制度的价值还在于支持集体土地所有者将这些得以复原的权能承载的经济利益完全释放出来。“要赋予农民在符合规划条件情形下,商业化利用农村土地的权利,使农村土地财产化、资本化、市场化”,^[53]使得集体土地所有者像私人财产所有者那样,在土地市场上谋取最大化利益,当然前提是应依法向国家上缴土地增值收益金或税。

(二)补偿利益说

关于集体经营性建设用地入市制度的价值,本文提出“补偿利益说”:集体经营性建

[49] 本次修订前的《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,必须依法使用国有土地。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。

[50] 高富平:《重启集体建设用地市场化改革的意义和制度需求》,《东方法学》2014年第6期,第77页。

[51] 程雪阳:《土地发展权与土地增值收益的分配》,《法学研究》2014年第5期,第92页。

[52] 参见程雪阳:《土地发展权与土地增值收益的分配》,《法学研究》2014年第5期,第82页。

[53] 高富平:《重启集体建设用地市场化改革的意义和制度需求》,《东方法学》2014年第6期,第80页。

设用地入市制度的价值主要在于补偿集体土地所有权受到限制的利益,而不是使集体土地所有权被剥离的固有权能得以复原。理由有如下几方面。

其一,集体土地所有权具有公共性的本质属性,其存在本身主要是为了实现社会公共利益和集体共同利益,而非集体和集体成员个体的利益,进而也就无需复原该利益;自由改变土地用途等处分权能和与该处分权能相关的收益权能本就不属于集体土地所有权的固有权能,并无被抑制之说,也就没必要复原。

其二,对于因社会公共利益和集体共同利益需要而使集体土地所有权等处分和收益权能受限的利益,需要给予一定的补偿。其实,在不给予补偿的“单纯限制”^[54]与给予补偿的“准征收”^[55]之间还存在着需要给予一定补偿的“管制性限制”。其核心是基于社会公平正义来平衡国家的管制与相关主体的权益保护,强调后者不能独自负担本应当由社会整体来公平负担的法律义务。^[56]

其三,集体土地所有权与土地承包经营权、宅基地使用权、集体公益性建设用地使用权和集体经营性建设用地使用权相互之间是唇齿相依、唇寒齿亡的关系,在四种集体土地使用权中,只有集体经营性建设用地使用权因具有较高经济价值且可相对较为自由地依法入市,而能够提供集体土地所有权对其他三种集体土地使用权受限利益的补偿支撑。本文提出的“补偿利益说”认为,依据《土地管理法》第63条第1款的规定,只有“符合土地规划和用途管制”,集体经营性建设用地才能入市,这意味着集体土地所有者享有的土地增值收益主要是国家通过土地规划特许的方式给予的。自由持有土地受到许多限制,大部分地区都有分区规划法决定一个法律主体能在土地上建造什么以及为了什么目的而建造。^[57]一块土地的价值是由分区和其他土地管制法规决定的,每当出台条例时土地价格会受到强烈影响。^[58]条件相同、价值相当、用于种植农作物产出相近的两块集体农用地,若其中一块被纳入城镇规划区转变成建设用地,则通常会地价飞涨,而这仅仅取决于国家的土地规划和用途管制。^[59]同时,经常有人建议将土地增值公有化作为减少土地不平等的一种手段,这是基于社会创造机会提高了土地价值的假设。据此,应当让整个社会而不是只让偶然的、特定的土地所有者享有土地增值收益。^[60]换言之,土地上的收益是城市增长总体演变的结果,“溢价归公”突出了分配正义的考虑。^[61]因此,土地所有者因

[54] 有研究者指出:“法律制度中还存在诸多对于财产权‘不予补偿的单纯限制’。此种限制往往被视为财产权的社会义务,是私人财产为了社会公共福祉所应承担的正常负担。”参见张翔:《财产权的社会义务》,《中国社会科学》2012年第9期,第100页。

[55] 有研究者指出:“财产权准征收是指对财产权的形式限制构成对财产权的实质剥夺。”参见金俭、张先贵:《财产权准征收的判定基准》,《比较法研究》2014年第2期,第26页。

[56] 参见彭涛:《美国管制性征收法律制度简史及启示》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期,第100页。

[57] See Peter Temin, *Land Ownership, The Roman Market Economy*, Princeton University Press, 2013, p. 139.

[58] See Vincent Renard, Property Rights and the “Transfer of Development Rights”: Questions of Efficiency and Equity, 78 *The Town Planning Review* 41, 43 (2007).

[59] 参见陈柏峰:《土地发展权的理论基础与制度前景》,《法学研究》2014年第4期,第104页。

[60] See P. T. Kivell & I. McKay, Public Ownership of Urban Land, 13 *Transactions of the Institute of British Geographers* 165, 167 (1988).

[61] See Vincent Renard, Property Rights and the “Transfer of Development Rights”: Questions of Efficiency and Equity, 78 *The Town Planning Review* 41, 58 (2007).

“符合土地规划和用途管制”而享有很高商业价值的利益其实是一种经济特权,这种利益是国家以公权力额外给予的,而不是土地所有者自身固有的权能或者幸运获得的。既然集体土地所有权根本不包含自由改变土地用途等处分权能和与该处分权能相关的收益权能,又何来“复原权能”一说?

最后,集体经营性建设用地入市制度的价值还在于为集体土地所有者未来继续实现社会公共利益和集体共同利益提供支撑,但入市应主要以满足提供这一支撑的要求为限度,以促使其更好地完成受限的利益所承载的使命。这种以提供前述支撑为限度的补偿,体现的是农民集体对于更大社会共同体利益的责任与担当。相反,促使集体土地所有者在土地市场上谋取最大化利益,并将入市收益主要用于向集体成员分红,体现的则是农民集体从社会最大限度地汲取财富价值,然后向集体成员输送更多经济利益。总之,应坚持集体土地所有权的公共性本质,将集体经营性建设用地入市的价值确定为补偿利益。

四 集体经营性建设用地入市制度价值二说的检验和运用

本文尝试将复原权能说与补偿利益说置于集体经营性建设用地入市制度的实践中,检验并探讨如何具体运用其指导实践,并依据补偿利益说对入市制度提出两点有待验证的完善建议。

(一) 关于是否、如何征收土地增值收益调节金

依复原权能说可推导出反对国家向集体土地所有者征收土地增值收益调节金的观点。有学者提出,对于集体经营性建设用地政府既非所有权人,也非使用权人;其角色是行政管理者和公共服务提供者,因而“在入市、再转让这一市场行为中不应当直接介入、参与收益分配”。^[62] 还有学者提出,“应规定地方政府不参与土地收益分配,明确地方政府的公益性角色……应以法律形式把农村集体经营性建设用地收益权完全界定给农民及村集体。”^[63] 另有学者主张,国家可以通过设置土地增值税、不动产持有税等税种进行社会财富的二次分配,从而获得基于社会因素而产生的部分土地增值。^[64] 也有学者认为应增设新税种即集体土地入市所得税,对集体经营性建设用地入市所得进行征税。^[65]

本文秉持补偿利益说,赞同国家向集体土地所有者征收土地增值收益调节金,理由如下:其一,土地所有者因“符合土地规划和用途管制”而相应享有的商业价值其实是一种经济特权,这种特权是国家以公权力额外赋予的,因此基于公平原则,要对这种经济特权交易所获得的利益进行严肃的合理性考量和分配调节——“溢价归公”,而有效方式就是

[62] 吴昭军:《集体经营性建设用地土地增值收益分配:试点总结与制度设计》,《法学杂志》2019年第4期,第48页。

[63] 伍振军、林倩茹:《农村集体经营性建设用地的政策演进与学术论争》,《改革》2014年第2期,第119页。

[64] 参见程雪阳:《土地发展权与土地增值收益的分配》,《法学研究》2014年第5期,第89-93页。

[65] 参见吴昭军:《集体经营性建设用地土地增值收益分配:试点总结与制度设计》,《法学杂志》2019年第4期,第51页。

国家向集体土地所有者征收土地增值收益调节金。否则,将会造成不同集体土地所有者之间在土地利用方面的不公平竞争。可能存在的疑问是,为什么国家不对国有土地使用者而仅对集体土地所有者征收土地增值收益调节金?笔者认为,在国有土地使用权出让中,国家已根据土地规划所体现出的土地价值向受让方收缴了土地出让金;在用地过程中若发生土地规划依法调整,国家会再次向其收缴土地出让金。可见,如果国家不向集体土地所有者征收土地增值收益调节金,会造成集体土地所有者与国有土地使用者之间在土地利用方面的不公平竞争。其二,国家向集体土地所有者征收的土地增值收益调节金,其法律性质不是“税”,而是国家基于与集体共享土地最终利益的“权利金”。以“权利金”调节较之以“税”调节,更能精准、到位地纠正土地的发展权“溢价归私”的不公平偏差(见后文论述)。

《土地管理法》未就国家向集体土地所有者征收土地增值收益调节金作出规定。本文主张该法应就征收作出明确的概括性规定,下位法应依据补偿利益说相应作出具体规定,确定国家分情形向集体土地所有者征收不同比例的土地增值收益调节金:其一,在集体土地所有者承载社会公共利益和集体共同利益使命很强或较强的情形下,应主要由集体土地所有者享有入市产生的土地增值收益,国家不向其征收或仅征收低比例(20%以下)的土地增值收益调节金。理由在于:在我国,不同地域、不同地区的农村存在显著区别;可能因为城镇化而实现土地增值的,只有相对发达的城郊农村,而对于远郊农村而言,并不存在这一机会。有学者指出,根据我国的城镇化规划,最多只有5%的农村土地能够通过城镇化获得增值收益。如果这5%的农村能够享有所有土地增值收益,那么这对于其他95%的农村来说是极不公平的,也不利于城乡统筹发展。^[66]在广大农村地区,集体土地所有权承载的社会公共利益和集体共同利益使命依然较强,主要由集体土地所有者享有入市产生的土地增值收益并无不妥,此时国家不向其征收或仅征收低比例的土地增值收益调节金才公平合理。需要强调的是,前述土地增值收益“溢价归公”并非仅指归国家,而是指归国家和社会;其中归农民集体这一小型社会共同体,也是归社会的一种良好形态。其二,在集体土地所有权承载的社会公共利益和集体共同利益使命非常弱化而集体土地市场价格高昂的情形下,不应主要由集体土地所有者享有入市产生的土地增值收益,国家应当向其征收高比例(50%以上)土地增值收益调节金。在相对发达地区的城中村和城郊,已不包含或仅包含少量农地,集体成员的生计、生活与城市融合度高,集体成员对集体土地所有者提供的社会保障等功能的依赖程度低,而土地的市场价格却十分高昂。此时,如果国家不向集体土地所有者征收高比例的土地增值收益调节金,而土地增值收益被用于不加以限制地向集体成员分红,则有失公平。其三,在处于中间状态的情形下,国家应当向其征收中比例(20% - 50%)的土地增值收益调节金。

相较于2016年财政部和原国土资源部发布的《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》第6条第1款、第3款,本文的前述思路与该条第1款

[66] 参见贺雪峰著:《地权的逻辑Ⅱ:地权变革的真相与谬误》,东方出版社2013年版,第288页。

的规定显然不同,与该条第 3 款的规定有一定程度的契合,但是本文的思路主脉络更加清晰,而该条第 3 款的规定执行时需考虑的因素过多,主脉络并不清晰。在集体经营性建设用地入市试点中,有关国家向集体土地所有者征收土地增值收益调节金,各地基本遵循集体土地所有者应当得到大部分入市收益的理念原则,仅区分一些简单的情形,按相对单一比例计收。如依据《苏州市农村集体存量建设用地使用权流转管理暂行办法》第 31 条、第 32 条,集体经营性建设用地入市时流转方必须按照以下比例(并区分不同情况)向政府缴纳土地流转收益:第一次流转时,苏州市政府确定的最低保护价 30%;第一次流转后再次流转的,增值额在 20% 以内的免缴增值费,超额部分 30%。这一规定与本文的前述思路有较大差别。其实,像苏州市这样的上千万人口的大城市,城乡土地增值收益差别大,遵循本文前述思路处理更为合理,也更具实际意义。

(二)是否、如何限制集体经营性建设用地入市收益的支出

恢复原权能说可推导出反对将集体经营性建设用地入市收益的支出强制限制为主要用于实现社会公共利益和集体共同利益目的的观点。有学者提出:“应以法律形式把农村集体建设用地收益权完全界定给集体经济组织成员,把收益全部分配给集体经济组织成员。而农村社区基础设施建设、公共服务等公益事业的费用,应由村民通过民主程序,筹集资金进行支付。”^[67]另有学者主张,既然集体经营性建设用地为农民集体所有,而农民是集体之一员,那么自应由其自主决定集体的提留比例、提留入市收益的用途等,公权力不应过度干预。^[68]前述观点坚信农民个体是“为了达到其营利目的而‘进行最合理的行动的人’,因而是不需要依据法律来‘监护’的‘我行我素的人’”,^[69]能够处理、安排好自己的事务,别人不必担忧,更不能代替他们作出选择,应当由其自主共同决定。问题在于,实现社会公共利益和集体共同利益并非主要属于农民个体自己的事务(但也并非与农民个体的切身利益毫无关联),由他们自主共同决定是否、如何实现前述目的带有很大的不确定性,依据本文的前述论证,该观点也缺乏合理性。

本文秉持的补偿利益说主张,法律应明确、具体地限制集体经营性建设用地入市收益的支出,特别在国家不征收或仅征收低比例的土地增值收益调节金的情形下尤其应当如此。具体限制为:最优先用于集体成员社会保障;次优先用于农田基础建设、农村基础设施和公益事业建设、土地承包经营权补贴,此外应鼓励经济发展水平较低的地区以此支出向集体成员发放适量的生活补贴;再次用于集体经济基础性的发展建设;尚有余额可直接或间接向集体成员分红,但分红应受限制。本文既主张强制限制集体经营性建设用地入市收益的支出主要用于实现社会公共利益和集体共同利益,也兼顾实现农民个体利益。适当分红也可以增加农民集体的凝聚力,减少集体经营性建设用地入市必须依据《土地管理法》第 63 条第 2 款经过集体表决时来自集体成员的阻力。

《土地管理法》未就集体经营性建设用地入市收益支出的限制作出规定。本文主张

[67] 伍振军、林倩茹:《农村集体经营性建设用地的政策演进与学术论争》,《改革》2014 年第 2 期,第 119 页。

[68] 吴昭军:《集体经营性建设用地土地增值收益分配:试点总结与制度设计》,《法学杂志》2019 年第 4 期,第 47 页。

[69] [日]星野英一著:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社 2004 年版,第 44 页。

该法应就此支出限制作出明确规定,如何限制可以由下位法另行作出具体规定。相较于《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》第16条第2款,本文的前述思路与该款规定虽有一定程度的契合,但本文的思路更具体地落实了“按照壮大集体经济的原则留足集体”,而该款规定对此只是笼统提及。在集体经营性建设用地入市试点中,有关集体土地所有者所获得的土地收益如何处置,各地有以下两种典型做法:其一,强行规定提取一定比例专款用于本集体成员的社会保障,^[70]不得挪作他用,其余部分可由农民集体自行决定用途,如《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》第25条。此时就其他部分资金存在着向集体成员大比例分红的可能。在实践中,有的试点地区有分红比例过高,从而有影响实现集体土地所有权所承载的社会公共利益和集体共同利益使命之嫌,本文认为对此应加以限制。其二,未强行规定提取一定比例专款,但规定所有收益资金专项用于本集体事务,不得挪作他用,如《湖北省农民集体所有建设用地使用权流转管理暂行办法》第23条。该规定契合本文的观点。

五 结 语

“价值判断表达了符合愿望的(‘好’)或者应当抛弃了(‘坏’)。当存在行为方式可选择时,它发出决策的指令。”^[71]在阐释有关集体土地所有权的两个法学论题的基础上,厘清集体经营性建设用地入市制度的价值,对于该制度未来在立法上的应然建构具有指导意义。但我们仍需承认:一切有关价值的理论的前提都是基于相应的经验论据,而该论据中虽含有一定的可以理性证明的伦理成分,但其实是不确切的、带有主观性的。或曰价值的理论不是认知而是自明,其表达只能被看作是假设而非科学原理或事实本身。^[72]“复原权能说”及“补偿利益说”仅仅是笔者对集体经营性建设用地入市制度价值的学说所作的抽象理论概括,两者本身并不存在绝对的“对”与“错”。况且现实中的立法设计也不是非此即彼、二择其一,大多是介乎两者之间的折衷。本文仅是主张立法设计更多采信“补偿利益说”。

本文认为,集体土地所有权承载着社会公共管理这一基本职能,其存在的根本目的是实现社会公共利益和集体共同利益。集体土地所有权的本质属性是公共性,但在内容上与国家土地所有权构成差序关系,且兼顾个体汇集利益。基于以上分析,集体经营性建设用地入市制度的价值是补偿集体土地所有权因社会公共利益和集体共同利益需要权能受限的利益,以此促使其更好地担当所承载的使命。国家应当根据集体土地所有权承载的社会公共利益和集体共同利益使命的强弱不同向集体土地所有者征收不同比例的土地增值收益调节金,并限制集体经营性建设用地入市收益的支出。

[70] 主要指以此为本集体成员加入城乡居民基本医疗保险和基本养老保险等社会保险垫付个人缴费部分。此外也包括对农村“五保户”等提供社会救助。

[71] [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春译,法律出版社2005年版,第52-53页。

[72] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春译,法律出版社2005年版,第132-133页。

[**Abstract**] The market entry of collectively-owned commercial construction land has been an important phenomenon of economic reform in China in the past 20 years. The 2019 Amendment to the Land Administration Law makes a breakthrough mainly in the newly added Article 63 on the market entry of collectively-owned commercial construction land, but still contains no clear and specific provisions on some key issues involved. The most influential proposition on these issues can be summarized as the “rights restoration theory”. This article proposes and argues for an “interest compensation theory” on the basis of a debate with the “rights restoration theory”, and explains how these two theories can be tested and applied in practice. The “rights restoration theory” holds that, firstly, the essential attribute of collective land ownership is private ownership, and, secondly, collective land ownership should be completely equal with state land ownership. Based on the above propositions, this theory further holds that the value of the market system of collectively-owned commercial construction land mainly lies in its restoration of the inherent right of collective land ownership that had been deprived and suppressed in the past, and in its support of the full release of the economic benefits carried by the restored collective land ownership. This author holds that, firstly, the fundamental purpose of collective land ownership is to realize public interests and the common interests of collectives, as a result of which it carries the basic function of public administration. Therefore, the essential attribute of collective land ownership lies in its public nature, but certain private interests should also be taken into consideration. Secondly, there is a fundamental difference in content between state land ownership and collective land ownership in China. The two are actually not on the same level: state land ownership is absolute, complete, and relatively rich in content, while collective land ownership is subject to many limitations, with its final fate determined by the state, and therefore lacks absoluteness and integrity. Based on the above analysis, this paper further holds that the value of the market entry system of collectively-owned commercial construction land lies not in the restoration of rights, but in the compensation of interests, which is the compensation of the interests of the collective land ownership subject to limitation for the public interest and the collective common interest, that is to say, to give the collective land owners certain economic privileges in the form of planning concessions to encourage them to better realize the mission borne by collective land ownership, and at the same time give due consideration to the private interests of members of collectives. Therefore, the state should, according to the strength of the public interest and collective common interest missions carried by collective land ownership, levy different proportions of land value-added income adjustment funds from collective land owners and limit the expenditure from the market income from collectively-owned commercial construction land.

(责任编辑:余佳楠)