

从公私合一到公私分离

——论集体土地所有权的使用权化

李凤章

内容提要:我国集体土地所有权既具有公共权力的强制性,也具有财产权利的资源收益性,这使得农村社会现实中公共职能与经济职能界限不清,村民委员会与农村集体经济组织的职能存在一定混淆。为解决实践中存在的诸多制度矛盾,我们应从认识我国土地使用权的性质入手,并进行相应权利安排。由于土地使用权已经成为我国的基础土地权利,因此集体土地所有权中的财产权内容应自所有权中剥离,独立为非限定土地使用权,而所有权作为公权力继续加以保留,并允许集体经济组织以非限定土地使用权为基础设定其他限定性土地使用权。这对于我国城乡土地权利并轨、保护集体和农民的土地权益,实现土地使用权的体系化等具有重要的意义,并能够充分实现物尽其用,使广大农民从农村集体经济改革中获益。

关键词:使用权 非限定土地使用权 集体 土地所有权

李凤章,上海大学法学院教授。

党的十八大《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《十八大改革决定》)明确指出,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。强调了“出让”是最重要的使用权创设方式。那么,出让的权利基础是什么?以集体土地所有权为出让基础是否可行?如果以土地所有权为出让基础并不可行,又有什么权利可以替代?这是亟待研究的问题,是解决我国现实而这一问题的解决又依赖于对集体土地所有权的认识。

一 我国集体土地所有权中的公权与私权

我国《宪法》第10条规定,“城市的土地属于国家所有。城市和城市郊区的土地,除

由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。”可见,在我国,土地所有权要么属于国家,要么属于农民集体,不得被个人拥有,更不得交易,事实上不具备大陆法系土地所有权作为交易客体的基础。从公共职能的角度来看,土地所有权已成为国家调控经济和社会发展的工具,这不仅体现于国有土地所有权,而且也体现于集体土地所有权。在我国,集体土地所有权呈现出公私融混的特点,其既具有公共权力的强制性,又具有财产权利的资源收益性。

对于集体享有公共权力,承载公共职能的特征,集中体现在集体与其成员、集体与国家之间的关系上。一是,集体对其成员,既可以分配土地以维护其基本生产和生活条件,也可以因为成员违反法律规定,不承认其成员资格而拒绝分配宅基地或承包地。二是,集体对其成员负有保障义务和安置义务等等,例如对五保户,集体还负有供养义务。三是,集体对土地规划、生态环境等还负有实施和保护义务,这些义务实际上是集体代表国家而履行的公共职能与义务。因此,正如有学者所指出的,虽然集体土地所有权被规定在物权法中,但是,其却是以公权的形式存在于社会生活当中。^[1] 农村土地的集体所有和集体经营,体现的是公权力的政治偏好,而非农民的自主选择。^[2] 以至于很多时候,同级不同集体之间土地所有权的范围,往往是和各自的行政边界是一致的。

同时,集体土地所有权本身又具有财产性,既然是土地资源,就有着巨大收益。集体可以将土地使用权出让给成员或者其他人而收取费用;也可以通过供应土地,兴办企业的方式将土地转化为出资。集体土地所有权还是被征收的客体,国家的征收补偿也是集体土地价值实现的重要方式。可见,集体土地所有权又具有财产权利的资源收益性。

可见,集体土地所有权呈现着公权和私权并存的特征,这在一定程度上导致公共职能和经营职能的纠结,导致村民委员会和村集体经济组织职能的混淆。而公共权力的行使,本质上以制约为根本,目的是将权力关在笼子里,以防范独断,以民主参与为关键。相反,财产权本质上以自由为根本,目的是实现对土地或财产的高效利用,以赋予财产权人决策自由为关键。可见二者的功能相悖,如果将其纠结在一起的话,势必会导致公共权力的行使和财产权的行使都存在一定问题,都无法实现各自的价值目标。因此,集体土地所有权的改革首先应当关注的是,如何将所有权中的财产权要素和公权要素以适当的方式予以界分。由于土地所有权在现有法律框架下几无流通交易的可能,而土地使用权已经成为我国的基础物权,因此,集体土地所有权公私界分的关键就在于能否将财产权要素以某种土地使用权的形式从所有权中剥离,单独成为纯粹的财产权类型。

二 非限定土地使用权自集体土地所有权剥离的法理基础

(一) 土地使用权是我国的基础土地权利

在我国长期的计划经济体制下,土地产权制度被取消,土地利用一直都是由国家无偿

[1] 高飞:《从公权回归私权——关于集体土地所有权的性质》,《贵州警官职业学院学报》2009年第5期,第72页。

[2] 赵万一、汪青松:《土地承包经营权的功能转型和权能实现》,《法学研究》2014年第1期,第86页。

行政划拨,效率低下,根本不存在市场对土地资源的优化配置。改革开放以后,一方面,社会主义公有制需要继续坚持,另一方面,为了提高土地的利用效率,又需要赋予土地占有人以一定的土地权利,因而开始要进行土地产权的一系列制度建设。这种制度建设先是在农村实施了承包经营制度,赋予农民土地承包经营权,继而在国有土地上开始了土地使用权有偿出让的试点。1988年《宪法修正案》第2条对《宪法》第10条第4款进行了修改,在坚持“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地”的同时,增加了“土地的使用权可以依照法律的规定转让”。可见,该土地使用权是在土地公有制不变的情况下,依据所有权和使用权相分离原则而建立的产权形态。从这个角度来说,土地使用权是中国土地市场赖以建立的基础土地权利,在该使用权被规定在《宪法》中之前,土地是无偿划拨、无偿使用的,是彻底的计划分配制度。而使用权出让制度的建立,才使得土地产权实现从无到有,使土地市场的构建成为可能。“土地能够商品化,进入市场,起点在土地所有者出让使用权。”^[3]因此,我国的使用权绝非大陆法系的用益物权,而是借助土地使用权实现土地的物权化和市场化配置。也就是说,在我国,土地使用权实现着基础土地物权的作用。^[4]目前,我国的国有土地上主要存在出让土地使用权和划拨土地使用权,在集体土地上主要存在承包经营权^[5]和宅基地使用权。

我国大陆地区的国有土地使用权出让制度,一定程度上借鉴了香港特别行政区的土地批租制度实践,在保持土地公有不变的情形下,以使用权的方式,为相关主体创设了土地财产权。考察国有土地使用权出让制度建立的历史,我们就会发现其背后存在明显的英美法渊源,或者说在一定程度上借鉴了英美法的相关实践。该制度的直接来源是香港特别行政区的土地批租制度,土地批租本来所使用的用于为 grant leases,^[6]即批授租赁保有,移植于英国法中的“grant”土地保有权制度。由于占香港特别行政区面积92%的新界系根据1898年英国政府与清政府签订的《展拓香港界址专条》而由英国从中国租借,租期99年,到1997年为止,因此政府只能批出“租赁保有”(leases),而没有无期限的“自由保有”(freehold)。而考察“grant”的本源,其强调的是在国家垄断土地所有权的基础上,所有权不得流转,而又为了创设土地财产权,而将土地保有权批授给社会成员。其批授的方式可以是拍卖,也可以是无偿授予,方式不同会形成不同的契约条款,从而形成不同的土地保有权。但是,就法律效果而言,都是将土地使用权从主权者(所有权人)手中分离出来,授予给用地的申请人,为土地使用者创设相应的土地使用权。只不过为了区别于国王对土地所有权的拥有,而将土地使用权的享有称为保有(hold)。

在香港特别行政区回归之后,其原有的土地财产权体系并没有因为回归社会主义公有制而产生任何不协调。香港特别行政区在回归之前一直沿用英国的土地权利体系,所

[3] 戚名琛、张瑜:《中国城市的土地批租》,《城市问题》1989年第3期,第19页。

[4] 高富平:《土地使用权的物权法定位》,《北方法学》2010年第4期,第11页。

[5] 承包经营权,虽然由于其发端于农村的家庭承包经营,而冠以承包经营权的名称,但其本质仍然是基于集体土地所有权而设立的基础性农地物权,属于农地使用权。因此《农村土地承包法》第1条才开宗明义地强调其立法宗旨是,为稳定和完善的以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,赋予农民长期而有保障的土地使用权。

[6] 参见中英关于香港问题的联合声明之附件三的英文版本。

有权被认为属于女王所有,个人拥有的只是土地使用权或者保有权,而香港特别行政区的回归在形式上是将女王的所有权转变为社会主义的国家所有权。上海当时负责设计国有土地使用权出让方案的蒋如高曾深刻地指出这种制度的契合:“我们去香港考察,学习香港的土地管理模式,是因为香港的模式方便我们采用,当时港英政府的土地制度是所有权归英王,而使用权可以有限地出让,并且土地的使用受到明确的限制和严格的管理。而我们的土地所有权也是归国家所有,不能转让,不能出卖的。参照香港的模式,就是所有权归国家所有,使用权可以按不同的年期和具体的用地条件,实行有偿使用或者有偿出让。这是一个基本的体制上的参考。”〔7〕

香港特别行政区土地使用权制度的这一历史,意味着至少在形式上仍然借鉴和沿用了英美法上的土地保有(tenure)制度,即土地所有权归国家,人民从国家处取得土地使用权。按照英国传统的保有制度,国王〔8〕被视为土地的绝对所有权人,所有社会成员都是国王的臣民,都是作为佃户(tenant)从国王那里保有土地,即通过国王的出让而获得土地的保有权或使用权(fee simple, fee tail, life estate 和 leasehold),〔9〕这些使用权也被称为地产(real estates)。也即,对于权利人而言,其拥有的不是土地,而是土地的使用权即地产。当然,对于这种英美法上的使用权或者地产,不能简单地视之为大陆法系的用益物权。波洛克(Frederick Pollock)和梅特兰(Frederic William Maitland)明确指出,国王拥有的是直接所有权,而臣民拥有的是用益所有权(dominium utile)。虽然臣民拥有的只是对土地的用益权,但是这一用益则来自于对国王土地的保有,对于这一用益权人而言,无论他是直接还是间接地保有,其都有权利用或者滥用土地,有权耕种或者弃耕土地,也有权排除他人的干涉。〔10〕

对于我国的使用权,越来越多的学者也逐渐认识到其与大陆法系土地所有权的近似性。有学者认为,从法理上看,农村土地承包经营权尽管不是所有权,但是其历史渊源和制度目标都决定了该权利应当是一种类似于所有权的用益权设计。〔11〕

(二)物权法现有土地使用权的本质在于其限定性

尽管承包经营权、建设用地使用权等承担的是所有权的功能,但其与真正的土地所有权还存在一定距离。因为所有权强调的是非限定性,要求的是时间上的永久性、交易的自由性和用途的非限定,即“法不禁止即自由”,而我国立法上明确规定的土地使用权类型,包括建设用地使用权、宅基地使用权以及承包经营权,均属于附加条件限制或者附加期限限制的土地使用权。例如,国有土地上的住宅类出让建设用地使用权,虽然根据物权法,该建设用地使用权可以依法转让、自动续期,事实上形成了无期限,但其用途却是被限定的,即只能用于住宅。国有划拨土地使用权,虽然使用权是无期限的,但其主体必须是国

〔7〕 饶斌、刁娅君:《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19页。

〔8〕 在现代君主立宪制国家,国王只是国家的代表而已,国王所有就是国家所有。

〔9〕 土地保有权作为和土地所有权的相对概念,强调的是权利人对土地的占有、使用和收益,和我国的使用权基本上是一致的,因此,下文在提到英美法系相关制度时,其保有权的概念和使用权的概念是可以互换的。

〔10〕 Pollock and Maitland, *The History of English Law*, p. 773. 转引自 Adrian J. Bradbrook, Susan V. MacCallum, Anthony P. Moore, *Australian Property Law, Cases and Materials*, Sydney: Lawbook Co, 2003, p. 188.

〔11〕 参见赵万一、汪青松:《土地承包经营权的功能转型和权能实现》,《法学研究》2014年第1期,第80页。

家机关、事业单位等,并且土地必须用于公共利益目的,因此不得转让。而宅基地使用权与国有划拨土地使用权相似,二者不仅主体特定,而且只能用于村民住宅建设因此不得转让的土地使用权。对于此类主体限定、目的限定的土地使用权,如果该主体不再存续,例如国家机关关闭、家庭绝户等,则相应权利消灭,由土地的剩余权人即作为所有权人的国家和集体继续享有土地的使用权。相对而言,四荒地的承包经营权、国有土地上住宅用地之外的出让土地使用权则可以转让,主体也没有特殊限定,但是期限却是限定的。一旦期限届满,则权利消灭,剩余权人恢复圆满的非限定土地使用权。至于家庭土地承包经营权,则主体限定于农户,期限限定于30年以及流转也必须获得集体的批准等。

权利名称	现行法中的对应类型	主体	用途	转让	期限	目的	说明
非限定土地使用权	(城市土地国有化前)个人城市私房土地使用权(已转化)和集体土地所有权(未转化)	非限定	非限定	非限定	非限定	非限定	享有剩余权
限定性土地使用权	住宅类出让土地使用权	非限定	限定住宅	非限定	非限定	非限定	权利会因为到期,主体不存,目的不用或者违反限定而消灭。
	住宅以外的出让土地使用权	非限定	限定工业、商业等	非限定	限定	非限定	
	四荒地承包经营权	非限定	限定农业	非限定	限定	非限定	
	家庭承包经营权	限定为农户家庭	限定农业	限定	限定	非限定	
	宅基地使用权	限定为农户家庭	限定自用住宅	限定	非限定	非限定	

可见,现有物权法上的使用权类型,无论如何分类,在“限定”上却是一致的,都可以称之为限定性土地使用权。

(三)集体以土地所有权为基础出让限定土地使用权面临困窘

如果使用权被当作基础权利的话,所有权就不是基础性财产权,相反,其是财产权的来源,代表的是公共权力,这种公共权力主要体现为土地使用权的出让和管理。因此,与此相关的所有权及其登记也就不应该规定在物权法中。例如,国土资源部《土地登记办法》第2条就明确排除了国家土地所有权的登记,事实上这就建立了所有权公共权力化、土地财产权使用权化的权利模式。但同时就集体土地而言,其虽然也存在宅基地使用权、承包经营权这种使用权形式,但是,集体土地所有权却仍然被视为财产权的形态而成为征收的客体,^[12]使用权相应地被虚化和弱化。这样,在土地财产权的体系中,就存在着国有

[12] 在我国,集体土地所有权处于一种极为尴尬的局面,虽然其被称为财产权,但是却又不可以转让,从而无法形成市场价格。如果不认为其是财产权,却又被视为财产权,而成为征收的客体。这种尴尬局面不但导致使用权无法彰显,而且土地所有权的征收补偿,也只能借助于人为地按照产值乘以一定的年数估价,而无法通过市场形成价格。这大大降低了土地征收补偿的数额。

土地上的使用权形态和集体土地上的所有权形态并存的双轨制局面。

为了克服这种双轨制,现有制度实际上是采取了国家垄断土地使用权出让的做法,而将集体土地使用权局限于集体成员内部。^[13] 凡是集体外个人或组织需要使用集体建设用地的,应该首先向国家申请,由国家将该土地征收为国有土地后,再出让给使用人。可以说,这样就限制了集体土地使用权的范围。而随着城市化进程的加快,集体土地的范围就会越来越小。同时,因为第三人的土地使用权来自于国家,而非集体,就集体土地所有权以及集体的出让本身,无论有多少争议,都不会影响第三人所取得的使用权的效力,异议者只能向国家提出。换句话说,国家在此过程中用自己的公信力担保了土地使用权的稳定性和安全性,起着防火墙的作用。但这样一来,国家又通过拍卖而获得较征收补偿数额高出很多的溢价,为人诟病。正是在这种背景下,党的《十八大改革决定》才允许集体对经营性建设用地也可以直接出让建设用地使用权,以实现国有土地和集体土地的同地同权。但与此同时,也产生了如下问题:

首先,如果集体以土地所有权为基础出让土地使用权的话,虽然实现了与国家出让土地的同地同权,但也会导致国有土地和集体土地的双轨制进一步强化。国有土地上出让的是国有建设用地使用权,而集体土地上出让的是集体建设用地使用权,各自沿着自己的轨道渐行渐远,这与城乡土地权利并轨的大势是相悖的。

其次,目前对集体土地的使用基本上是无偿的,宅基地使用权根据一户一宅的原则加以分配,而家庭承包经营权,名为承包,但农户并不缴纳所谓的承包费。允许集体以招、拍、挂的方式有偿出让建设用地使用权,对于财政饥渴的农民集体来说,无疑具有巨大的利益诱惑,有可能会使集体以盈利为目的而违法收回已经分配或发包的土地使用权或者将应分配或发包的土地截留,从而损害集体成员的利益。^[14]

再次,长期以来,我国集体土地所有权主体缺位,其权能主要由村委会或者乡镇人民政府代为行使。^[15] 而村委会被界定为村民的自治组织,相对于国家出让而言,集体土地使用权在出让之时,村干部的权力则更少受到规范化的制约。^[16] 正如张千帆教授所指出的,在农地权利未落实到农民个体和村级自治不完善的情况下,集体所有很容易就蜕变为村委会所有,村委会主任和村支书背着村民卖地的现象屡见不鲜。而这还是在“卖地”或者“租地”仍然非法,购买者大多望而却步的情况下发生的。一旦开放出让,购买者蜂拥而来,村干部突然面临着巨大的利益诱惑,却没有相应的制度配套作为约束,其后果可想

[13] 当然,集体还有四荒地承包经营权,其使用权主体并不局限于成员内部。

[14] 这一点,可以平度拆迁案作为典型案例加以说明。在该案中,村集体以旧村改造名义,欲收回陈宝成父母的宅基地使用权,并出让给开发商。但是却遭到陈宝成家人的反对。纠纷因记者陈宝成的介入而成为公共事件,最后村集体不得不放弃收回。参见刘星:《抗拆记者涉嫌非法拘禁事件始末》,《中国青年报》2013年8月23日第7版。

[15] 参见《物权法》第60条以及2011年《国土资源部、中央农村工作领导小组办公室、财政部、农业部关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》第5条。

[16] 我国的集体土地所有权主体分成了三个:乡镇集体、村集体和村内集体。相应地,行使主体也是乡镇集体经济组织,村集体经济组织和村内集体经济组织。但实际上,除了极少数地区对集体实施了公司化或者股份化改造,建立了此类经济组织外,大部分集体基本上都处于简单的集合状态,并没有独立的经济组织的存在。因此,具体集体土地权利的行使往往都是由行使公权力的机构来完成的。

而知。^[17]

出现上述问题的核心就在于本文一开始所指出的,集体土地所有权作为公私融混甚至不分的权利,其中私权的行使被代表公权力的村委会所裹挟,而裹挟者不仅像行使财产权一样行使集体土地所有权中的私权内容,也像行使私权一样行使其中的公权内容,导致公共权力的私人化。这一问题如不根本改变,给集体的诱惑或者利益越多,村干部的权力和利益就越大,个体农民的利益受到损害的危险就越大。

(四)集体土地所有权的财产权部分应被剥离为非限定土地使用权

1. 非限定土地使用权是土地所有权在英美法系的替代物

与大陆法系个人享有土地所有权不同,在英美法系,土地所有权属于国家或者国王,个人私有的只是土地保有权或者土地使用权。土地使用权的类型有很多,其中最根本或者最大的土地使用权就是 fee simple,又称自由保有权。Fee 本来是一个封建词汇,表示保有土地的封臣或佃农对领主承担的义务或者劳役、役务等,其最初带有强烈的人身性,需要亲自履行,后来义务的履行变得越来越简单,曾经带有身份性质的役务消灭,而只剩下简单的缴纳赋税的义务,因此被称为 fee simple。Fee simple,根据《布莱克法律词典》的解释,其作为一种地产类型,是普通法上人所共知的最大的地产权,也被称作 tenancy in fee,对这一地产的所有权,近似于土地本身的所有权。其也是法律所承认的最全面的土地上的地产,就权利的授予来说,它在数量上是最广泛的,在权利内容上是最绝对的。Fee simple 作为普通法上个人能够拥有的最大权益,被视为大陆法系绝对所有权在英美法上的对应物,同时这种保有在时间上是永久的,在继承对象和转让对象上是非限定的、自由的。该土地上的保有人拥有在土地上从事其可以想象得到的任何行为的合法权利。^[18]因此,fee simple 又被称为自由保有权(free hold)。由于土地的终极所有权被归属于国家或者国王,土地的自由保有权本质上就是一种非限定的土地使用权。

2. 中国在制度实践中存在着非限定土地使用权

一种权利,其到底是不是财产权意义上的所有权,并不在于名称,而在于权利的内涵,在于与国家的关系上,权利人是否拥有法律上禁止之外的土地剩余价值,换句话说,权利人是否对土地的占有具备时间上的永久性、转让的自由性和用途的非限定性。^[19]从这一逻辑出发,作为所有权转化而来的非限定土地使用权类型,虽然我国法律上没有明确规定,但实践中却是存在的。

一是城市个人土地所有权转化而来的土地使用权。在我国实行土地公有制之前个人拥有所有权的土地,在土地被宣布为国有之后,原土地所有权人作为房屋所有权人依然占有着该土地,国家并没有进行任何征收或者程序上的剥夺。^[20]此时,原所有权人只能享

[17] 张千帆:《农村土地集体所有的困惑与消解》,《法学研究》2012年第4期,第115页。

[18] Kate Green, Joe Cursley, *Land Law*, Law Press, 2003, p. 50.

[19] 参见李凤章:《法律移植、移植什么——以土地所有权的中国命运为中心》,《法律科学》2009年第6期,第137页。

[20] 据统计,在1982年《宪法修正案》对《宪法》进行修改,规定城市土地属于国家所有,正式从法律上取消城市土地个人所有权时,全国226个城市中依然还有私有土地334.7平方公里,占城市土地面积的4.5%。参见郑振源:《私房土地使用权的历史沿革》,《中国经济时报》2003年6月10日A01版。

有土地使用权。国土资源部 1995 年发布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》第 28 条也规定,土地公有制之前,通过购买房屋或土地租赁方式使用私有的土地,土地转为国有后迄今仍继续使用,可确定现使用者国有土地使用权。但是这种土地使用权的性质为何,却一直并没有明确的结论。由于城市土地国有化并未影响之前私人占有和使用土地的权利,对于这些原先由特定主体合法占用的土地,国家所有只是名义性的,私人或单位仍然保留实质性的土地使用权,在实际效果上,这种使用权和所有权几乎没有差异,并应该作为宪法上的财产权受到政府的尊重与保护。^[21] 现实中这种城市私房的土地使用权也可以自由转让,并且不存在出让合同期限或者其他条款的限制。^[22]

二是实践中也存在集体土地所有权转化成非限定土地使用权的例子。早在 1992 年,深圳就宣布了特区内土地的国有化,但是却并没有对集体土地的占有和使用进行任何限制或剥夺。2013 年《深圳市完善产业用地供应机制拓展产业用地空间办法(试行)》中规定,原农村集体经济组织继受单位^[23]实际占用的符合城市规划的产业用地,在理清土地经济利益关系,完成青苗、建筑物及附着物的清理、补偿和拆除后,可申请以挂牌方式公开出(转)让土地使用权。作为集体土地所有权转化而来的使用权,深圳还明确了其可以成为一般土地使用权的母权利。这就从另一个角度强调了其相对于一般土地使用权的“母权”性及其系所有权转化而来的本质,该种使用权应当无期限,其用途也是除法律禁止之外不应当对其进行单一限定。

上述两种情形的使用权,均不同于一般意义上的土地使用权,其时间无期限、用途非限定并且可以依法自由转让,与英美法上自由保有权的特征基本上相吻合。我们可以名之为非限定土地使用权。

三 非限定土地使用权自集体土地所有权剥离的国际经验

(一) 澳大利亚部落土地所有权

集体土地所有权并不是中国独有的现象,在澳大利亚、加拿大、美国等存在土著部落的国家,在主流的国家所有权之外,都存在着部落的集体土地所有权。根据 2013 年的数据,澳大利亚土著集体土地的面积为 1094800 平方公里,占到澳大利亚土地面积的 14.25%。其既不属于公有,也不属于私有,而是一种独立的土地所有权形态。^[24]

首先,部落土地所有权首先意味着部落土地的集体所有。在 Mabo 一案中,大法官布莱南(Brennan)写到:马瑞母人(Meriam)有权占有、使用莫雷岛(Murray)的土地,并取得

[21] 张千帆:《城市土地“国家所有”的困惑与消解》,《中国法学》2012 年第 3 期,第 190 页。

[22] 我国国有土地使用权的期限和用途限制主要依据出让合同的规定或者划拨文件的规定,而城市私房的土地使用权既非划拨更非出让,这些限制也就无从产生。

[23] 即村集体转化而来的村股份公司,虽然冠以公司之名,但实际上仍然是村社集合体,并不得分割和解散。

[24] 参见澳大利亚地理科学政府网站的介绍,访问网址:<http://www.ga.gov.au/scientific-topics/geographic-information/land-tenure>,访问日期:2015 年 4 月 15 日。之所以部落集体既不属于公有也不属于私有,主要是因为对于集体成员来说,该集体肯定是公有的,但是,相对于其他集体来说,却是不同的利益主体并存在冲突,决不能说 A 集体的土地也是 B 集体的公有财产。

相应收益,并可以对抗整个世界。此处所指为(部落)集体土地所有权。这种公有性产权,可以和源于群体法律和习惯的成员个人的非财产性权益并存。当然,这些个人权益依赖于族群的公有产权。^[25]“土地权属是公共保有的,土著土地权属不能被个人单独享有,它是被所有成员保有的集体性土地权利,有关土地的决定也要由族群集体做出。”^[26]

其次,部落集体土地上的使用权,在主体上以部落成员为限。部落成员对其集体土地上的使用权,其享有和权利内容并非由法律规定,而是依据该部落的习惯和传统而定。“土著土地权利的性质和内涵必须参照有关法律和习惯作为一个事实问题而进行确定。”^[27]其是根据有关领地的传统法律和习惯而使用和占有土地的权利。这一权利的内容和权利人的识别,必须参照本地的传统法律和习惯而确定。^[28]而这种部落习惯的适用,也就意味着土地的使用权人必须具备本部落的成员资格,这是受该部落习惯约束的条件。

最后,部落土地所有权也像中国的集体土地所有权一样,其是被禁止转让的,基本上被剥夺了土地所有权的基本功能。“土著土地权利是一种被土著族群所有成员享有的集体权利。土著族群有对相关土地进行决策的权利,这一权利属于政府性权利。土著族群不能被等同于个体自然人或者私人公司。他们也不像市政公司,那些市政公司是由法律法规产生的。而这些族群的法律人格,就像王室一样,是内生的、公共的,源于作为民族的自我存在,它包含了政治权威。”^[29]正是这一权利的公共属性,决定了土著部落土地所有权的禁止转让,即部落不得向部落外其他自然人或者社会组织出售土地所有权,而只能将之出售给王室或者类似的其他部落。换句话说,部落外的个人和组织需要使用部落土地的,只能向政府申请,由政府出面向部落购买后再以保有人的方式出让给申请人。对此的解释是,“部落土地权利(所有权)不是单纯意义上的财产权,它是公有的,存在着政府性维度,因此不得被私人所取得。……理解了这一点,就毫不奇怪它为什么只能移转给具有政府能力的实体,例如王室”。^[30]

(二)部落集体土地所有权中的财产权由国家确认为非限定土地使用权

一方面,英美法上的土地保有理论认为,王室的出让被认为是所有土地财产权的唯一来源,除此之外,并不存在其他财产权。在 R. v. Symonds 一案中,法官写道:“女王享有获取新发现或者新征服土地,以及消灭在被征服或者发现土地上的土著居民的权利的唯一权利。因为,在和臣民之间的关系上,女王是权属的唯一来源。”^[31]因此,虽然在现实中不

[25] Mabo v. The State of Queensland, 175, CLR 1 1992.

[26] Delgamuukw v. British Columbia, 3 S. C. R 1010, 1997.

[27] Adrian J. Bradbrook, Susan V. MacCallum, Anthony P. Moore, *Australian Property Law, Cases and Materials*, Sydney: Lawbook Co, 2003, p. 248.

[28] Adrian J. Bradbrook, Susan V. MacCallum, Anthony P. Moore, *Australian Property Law, Cases and Materials*, Sydney: Lawbook Co, 2003, p. 255.

[29] Kent McNeil, Self Government and the Inalienability of Aboriginal Title, 47 *McGill Law Journal* 473 - 510 (2002), p. 487.

[30] Kent McNeil, Self Government and the Inalienability of Aboriginal Title, 47 *McGill Law Journal* 473 - 510 (2002), p. 488.

[31] R. v. Symonds (1847) N. Z. P. C. C. 387.

得不承认部落享有集体土地所有权及其成员享有相应的使用权,但却始终不承认部落集体及其成员对土地转让的权利,从而建立了国王对土地财产权来源的垄断。但是另一方面,部落外的个人或者组织使用部落集体土地又是客观存在的需求,为了满足这一需求,又要采取何种方式,取得何种权利呢?面临这一问题,实践中主要有三种制度选择。

第一种选择是,部落外的组织和个人需要使用部落土地的,不能直接向部落购买,而是首先要向王室申请,由王室出面向部落购买后,将该土地上的集体土地所有权消灭,变为王室土地,再由王室以出让方式为申请人创设土地保有权(使用权)。“王室是唯一有权购买这些土地的主体,这与英国宪法的原则也是一致的,与私有财产不同,领地(territory)只能由国王取得,而不能被私人取得。这一原则与土地保有制度(tenure)相联系,这一制度阻止国王让与他的最高领主权,因为这是主权的性质,正如私人不能取得国王的领主权一样,其也不能获得土著土地,因为土著土地具有主权的性质,而只能被另一个主权者所取得,例如国王。这就解释了为什么国王首先要接受土著的让与获得这些土地然后再将其转化为私有财产。”^[32]在很长一段时间内,澳大利亚都采取了这种方式。但是,很显然,这种做法使部落土地所有权的处分自由被极大限制,部落的利益也可能会受到损害。

第二种选择是允许部落自己出让土地保有权。但是,国王出让的保有权,除了受立法和出让合同条款的限制外,不会受到模糊的潜在习惯的不利影响。而部落出让的保有权,其内容则取决于模糊不清、甚至部落外的人根本不可能知晓的部落习惯。但二者又同样被称为保有权,这样会导致概念的混淆从而增大交易风险。

第三种选择是国家对部落集体土地所有权进行公私界分,公权部分继续以所有权的名义存在,而作为私权的财产权部分,则由国家确定为功能足以与所有权相互替代的自由土地保有权或非限定土地使用权。这样,一方面坚持了所有的土地财产权均来自于国王的出让,实现了土地财产权的统一和并轨;另一方面,又保障了部落集体的土地所有权不受影响。澳大利亚政府最终选择了这种做法。“因为土著土地权属既有财产权又有管辖权,二者可以分离,其形式恰似王室公共土地的财产权元素可以和王室对土地的主权因素加以分离一样。”^[33]

(三) 私权剥离后的部落集体土地所有权作为单纯的公共权力而存在

作为主权性的公共权力,土著部落对其所有的土地拥有司法管辖权和行政管理权,其权力来源并不是来源于国王的授权,而是来源于土著居民作为族群占有该地的历史以及其与土地的传统联系。其权力的实现方式也主要依赖于公共参与和民主管理。根据澳大利亚《土著土地权利(北领地)法案(1976)》第3节,部长将北领地划分了至少2个区域,为每个区域建立了一个土地委员会。而土著居民也可以申请建立新的土地委员会,一旦符合条件的申请被部长同意,部长就将申请交付给选举委员会,由选举委员会组织选举,

[32] Kent Mcneil, Self Government and the Inalienability of Aboriginal Title, 47 *McGill Law Journal* 473 - 510 (2002), p. 496.

[33] Kent Mcneil, Self Government and the Inalienability of Aboriginal Title, 47 *McGill Law Journal* 473 - 510 (2002), p. 509.

一旦选举获得 55% 的通过,就可以设立新的土地委员会。

土地委员会作为永续存在的实体,其职能包括:确定和表达所处领地土著人对土地管理的意见和观点;保护传统土著土地权利人的利益;在土地被土地信托持有的地方(该土地信托是代表土著土地权利人或者其他利益相关人的),与希望获得该土著土地上的地产和利益的人,进行谈判协商。协助辖区范围内的土著居民从事商业活动,包括资源开发、旅游设施和农业设施的提供,但其方式不得为土地管理委员会招致财政责任或增加财政收益。并且,土地委员会在部长的同意下,可以行使北领地法律所赋予的任何职能,包括神圣之地的保护、土著土地的进入、土著土地上野生动物的保护计划等。^[34] 土地委员会可以编排一个登记簿,该登记簿记载了根据土地委员会的观点认为是土著土地权利人的名字,显示其可拥有相应权利的土地位置。

(四)非限定土地使用权的实现

根据《土著土地权利(北领地)法案(1976)》第 3 条对 aboriginal land 的解释,所谓土著土地,是指由土地信托以 fee simple 形式保有,或者土地委员会根据出让契据享有收回权的土地。根据该法第 10 条第(1)项,部长应该建议总督,将土地上的保有地产(fee simple),赋予给相应的土地信托。^[35] 换句话说,作为集体的部落,其虽然享有土地的保有地产,但是这一地产,为了行使的需要而被信托给专门的土地信托机构。当然,赋予信托机构的这一地产具有其特殊性,其受到信托条款的限制,因此无法转让。^[36]

值得注意的是,保有地产并不是赋予给部落集体的,而是赋予给土地信托机构。该法案第 4 条规定,部长通过发布公告,建立一个土地信托,为了那些土著居民的利益而保有土著土地。这样的理由在于,作为财产权的土地保有权,是一个私法上的权利,必须具有明确具体的权利主体来具体行使和实现财产权,而部落集体只是简单的土著人基于共同的文化和习惯传统的集合,并非一个具体的组织机构或实体。因此,必须为其建立一个专门的实体。而土地信托,根据该法案第 4 条第(3)项规定,其是一个永续存在的公司实体,拥有自己的印章,可以起诉和应诉,可以取得、保有和处分不动产和动产。简言之,这一信托已基本具备私法上的主体资格。

其次,还应注意,由于保有地产是一个私权利,土地信托机构也同样不再具备公共机构的职能。事实上,土地信托并非王室或者其他公共权力的代表,不是公共服务的一个行政单位或者代表,除非州长明确授权并且信托同意作为王室的代表或者服务机构。

再次,土地信托虽然拥有土地保有的相关权利,但是其目的只是为了土著居民的利益,而非为了自己的利益。因此,其要承担对土著居民的信托责任。《土著土地权利(北领地)法案(1976)》第 5 条规定了土地信托的职能和权利的行使:土地信托依法保有土地

[34] Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976, 访问网址: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00556>, 访问时间:2015 年 5 月 10 日。

[35] Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976, 访问网址: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00556>, 访问时间:2015 年 5 月 10 日。

[36] Penny Lee, Individual Titling of Aboriginal Land in the Northern Territory: What Australia Can Learn from the International Community, 29 *UNSW Law Journal*, 2006, p. 23.

权属,为了土著居民的利益行使所有权人的职能,土地信托作为土地出让的受让人,获得土地的权属,而土地委员会,则享有终极收回权。土地信托除了依照土地委员会做出的指示外,不得行使与该土地有关的职能。而且,为了防范土地信托自我谋利,该法第 6 条还规定,土地信托无权接受因土地而产生的金钱,也无权放弃此类金钱债权,但此类金钱可以被支付给土地信托所在地的土地委员会。换句话说,土地信托机构的运营,坚持了财务收支和具体经营的分离。

由于担心如果允许土地信托持有的土著土地保有权被转让后,集体将丧失来自土地的稳定收益,同时也会导致土著部落集体对土地在经济上丧失最终的控制权,最终对部落集体特殊文化和传统的存续形成威胁,^[37]因此,相关信托条款规定信托机构不得将土著土地的保有权转让,而只能出让有一定期限限制的土地保有权。澳大利亚《土著土地权利(北领地)法案(1976)》第 19 条第(4A)项规定,一个土地信托,可以在符合条件的情况下,将全部或者部分土地的地产或者利益,为任何目的出让给任何人。包括土著人个人、其他的土地信托机构、畜牧场主、联邦共和国、任何其他自然人或者商人。租赁期限最长 99 年。^[38]这样,一方面土地使用者获得了稳定的土地使用权,另一方面,部落又保留了在租赁期限届满后土地的剩余权。^[39]

总之,由于部落土地财产权被剥离为国家确认的土地保有权,部落集体土地所有权被归于公权力,这就实现了部落集体和部落外的主流社会在土地权利上的并轨。即无论是国家所有权还是部落集体土地所有权,都由于其公共本质,而不被视为财产权。相反,权利人拥有的是作为地产的土地保有权,从而实现了“所有权主权化、财产权使用权化”的模式统一。同时,这也为部落集体土地财产权的具体行使提供了可能。与公权力归人民享有不同,作为私权利的财产权的享有和行使,则信托给具体的主体。集体在行使公权力时,按照民主原则组建建议事机构、行政机构和监督机构,贯彻的是分权制衡的民主原则。而信托机构则根据经济效率的要求,实现土地利益的最大化。

四 非限定土地使用权自集体土地所有权剥离的制度意义

(一)有利于在土地实践中建立统一的土地使用权体系

在我国实行人民公社制度之前,土地所有权可以被交易,其坚持的是传统大陆法系的所有权体系。而改革开放后,一方面是公有制下所有权被抽去了交易属性,另一方面,在

[37] 根据《北领地土著土地权利法案(1976年)》第4条(3)的规定,土地信托机构是一个永续存在的公司实体,其建立的目的是为了盘活和经营部落土地。如果允许土地所有权转让,则转让的越多,土地信托机构所经营的土地范围面积越小,倘若处理完毕,则土地信托机构当然丧失了存在价值而解散。这显然与土地信托机构存在的意义是背道而驰的。另外,最重要的是,土地的转让自由,本质上是将资源和土地利用及控制向部落外敞开大门,是把土地作为可以自由交易的商品,但在土著居民的文化观念中,土地却具有神圣性,和自己的生活方式以及神圣的祖先、信仰等无法分离。土地所有权的转让,导致的将不仅仅是土地经济主权或者最终控制权的丧失,更重要的是这种神圣关系的隔断,是精神上的放逐和流亡。

[38] 未超过 40 年的租赁也可不需要经过部长的同意。

[39] Penny Lee, Individual Titling of Aboriginal Land in the Northern Territory: What Australia Can Learn from the International Community, 29 *UNSW Law Journal*, 2006, p. 25.

保持公有制不变的背景下,通过借鉴香港特别行政区的土地批租制度,建立了土地使用权体系,无意中在形式上借鉴了英美法的土地保有制度。但是,一个公私融混的集体土地所有权事实上存在,其虽然被称为所有权,但又因无法转让而不具备所有权的财产权内涵;这种权利形态既不符合大陆法系的逻辑,也不符合中国的土地权利逻辑,处于极为尴尬的境地。因此,将所有权保留为公共权力,退出流通领域,同时将集体的土地财产权明确为非限定土地使用权,就可以在财产权领域彻底真正地建立起统一的土地使用权体系。

(二)有利于实现国有土地和集体土地在使用权模式下的权利并轨

如果将集体土地所有权的财产权内容变更为集体享有的非限定土地使用权,由于在国有土地上也存在非限定土地使用权,因此,非限定土地使用权就可以作为我国土地使用权体系中最大的土地使用权,成为大陆法系所有权的替代物。在此基础上,无论是集体还是国有土地上的个人或者组织,都可以此非限定土地使用权为基础,为他人创设次级的限定性土地使用权。

(三)有利于保护具体土地使用权人的利益

如果认为集体土地所有权是所出让的土地使用权的财产权“母权”,那就是在继续强调集体土地所有权是财产权,因此国家征收也就只能继续征收集体土地所有权而非使用权。相应地,征收的谈判对象是代表集体的村干部,土地补偿金也就属于笼统的集体并且交由具体的集体干部支配。代表集体的村干部在事实上就具有了空前的支配补偿款的权力,这导致了严重的村官腐败,也导致了村民作为使用权人的权利无法获得应有保障。其既非征地的谈判对象,也非征收款的补偿对象。而一旦强调集体土地的财产权也是一种使用权,只不过相对于个体农民的宅基地使用权、承包经营权来说,其本身没有时间和用途的限定,二者并无本质的区别,只是全面与限定的关系。在限定性出让之后,集体就只拥有剩余权利,而不是使用权本身,只有在农民个人的使用权消灭后,集体的剩余权才恢复为使用权。那么,国家征收的就是农民个体的土地使用权和集体的剩余权,这样,就必须首先和个体农民谈判,只有在剩余权上,集体才是谈判和补偿的对象。无疑,这就避免了集体以所有权名义,凌驾于使用权之上,甚至遮蔽使用权现象的发生。

这种对具体土地使用权人的保护,也体现在对集体收回使用权的限制上。所有权常常是使用权收回的依据,例如,《物权法》第148条规定,建设用地使用权期间届满前,因公共利益需要提前收回该土地的,应当依照规定……对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿,并退还相应的出让金。明明是基于公共利益以国家公权力为基础的征收,却偏偏掩饰了公权力的底色,而转变成所有权人对土地的收回。那么,既然国家可以基于所有权而收回,同理,如果允许集体以所有权为基础进行出让的话,集体当然也可以所有权为基础收回已出让的土地使用权。这就意味着此种制度逻辑事实上是授予村集体乃至村内集体对土地的征收权。但实际上,集体对征收权力的行使并无法律依据。继续坚持以所有权作为出让的基础,会导致集体土地权力的公私混淆,甚至有可能导致产生集体征收,导致村集体与村民之间矛盾的激化。

按照党的《十八大改革决定》,允许出让使用权的只是农村集体经营性建设用地,农民自身宅基地使用权的流转禁止并未解除。这样,很可能的一个结果会是,集体强制收回

已有的宅基地使用权或者将该分配的宅基地不予分配,而将之变为经营性建设用地予以出让,从而在国家身上已经发生的土地财政现象,可能会在农民集体身上再次重演。只不过,这种土地财政所依赖的强制征收,势必会引发集体和村民之间的矛盾,而且也必然比国家征收所引起的政府和村集体之间的矛盾更难化解。因为,相对于政府的控制能力和威慑能力,村委会的能力恐怕要弱得多,而且其权力的行使也更加不规范,更加缺少制约。而如果集体土地的财产权被确认为非限定土地使用权,由于使用权之间是平等的,除非合同明确约定,否则集体也就不再享有仅仅因为自己享有非限定土地使用权就单方收回已经出让的限定土地使用权的权利。另一方面,如果集体根据土地所有权这一公权力征收土地使用权,就必须按照公权力的行使要求,履行法定程序,并像国家征收一样,提供行政法上的救济,这对于化解纠纷,防止权力滥用是极为重要的。

最后,有利于防范集体在使用权未消灭的情形下,擅自重新出让土地使用权于他人。现实中,特别是在国有土地上,不乏政府在使用权未收回或者征收之前,在使用权人不知情的情况下而又将土地使用权重新出让的情况,以至于新的受让人需要对土地进行拆迁时,原土地使用权人才发现政府已经把土地使用权再次出让。^[40]之所以如此,是因为既然所有权是使用权的上位权利,使用权虽然出让了,但是所有权还在,国家当然可以再出让土地使用权。虽然这只是发生在国有土地上,但随着开放集体出让土地使用权,集体土地上这一现象的发生并非不可能,因为二者在理论逻辑上是相似的。而如果坚持集体的土地财产权只是一种非限定的土地使用权的话,那么,正如前述,如果土地使用权已经出让,即使所出让的土地使用权具有时间或者条件的限定,但在该限定性土地使用权消灭之前,集体拥有的就只是土地使用权的剩余权,是不可以再出让的。

(四)有利于维护集体的土地权益

在土地所有权公私融混的情况下,集体土地权利的实现,存在着两个致命的缺陷。

一是土地财产权无法流转,不得抵押,严重限制了集体的融资能力。究其原因,主要是因为集体土地所有权本身是政治权力和经济权利的合一。为了防止集体解体,就必须禁止土地所有权的流转。但实际上,依靠土地管理权的统一和土地上税收的获取,同样可以实现集体的继续。集体完全可以在保留作为公共权力的所有权的同时,将土地使用权转让给第三人,而不仅仅是简单地出让次级的土地使用权。当然,集体土地财产税收制度的建立,还远非现实,但无论如何,将土地财产权以使用权的形式从所有权中剥离出来,至少为将来集体转让土地财产权,彻底盘活集体土地,打开了制度的可能。

二是由于集体并非组织体,其虽然享有所有权,但所有权的行使很大程度上还只能依赖村干部或者乡镇政府官员,这些官员既缺乏专业的土地经营技能,也无法避免腐败的侵蚀,从而广泛存在着官员寻租而损害集体土地权益的现象。而一旦将财产权以使用权的形式从所有权中分离,就可以在保留集体土地所有权的同时,像澳大利亚那样,将土地使

[40] 据报道,扬州市 70 多户业主的土地使用权在他们不知情的情况下,就被扬州市政府再次出卖。对此,扬州市国土资源局土地利用处副处长表示:“土地招拍挂确实有这种做法,据我了解还不止是一个地方在做”。参见《扬州政府偷卖地 新建小区面临拆迁》,《南方都市报》2010 年 4 月 6 日 AA20 版。

用权信托给专门设立的土地经营机构,由该经营机构为集体的利益具体享有并行使土地使用权,包括出租、出让甚至将来可能情况下的转让等。有学者指出,集体经济组织与村委会在实际运作中的职能交叉,法律人格不清,导致农村社会成为矛盾多发的地带,甚至影响到农村经济体制改革的进一步深化,因此,对二者准确性、重构职能是当务之急。要真正实现村委会和集体经济组织的职能分离,应将村委会定性为村民自治、协助基层政权、监督集体资产运营的组织,将具体经营管理集体资产的职能剥离出去,将集体经济组织定位于自主经营、自负盈亏、独立核算的法人。^[41]可见,村民作为集体所享有的公权力,是通过村民自治而赋予给村委会的,而经济职能是赋予给集体经济组织的。这就意味着,集体经济组织必须是不同于集体的一个法人组织体,如果集体经济组织的构成人员和集体的构成人员是完全重合的,而且集体经济组织也没有权力更换其不合格的成员,那么,这一集体经济组织就没有办法通过合理的劳动管理来提高经济效率,所谓的集体经济组织妥善经营土地,以实现集体权益的目的就不可能达到。

因此,集体经济组织的建立,既然是按照民法初衷和原则而建立的,就应该与集体实现一定界分。而集体经济组织为了运营又不能没有自己的财产权,既然土地所有权只能属于集体,而不可能属于集体经济组织,那么,集体经济组织的土地权利就必须是不同于土地所有权的另一种财产权。在所有权没有公私界分的背景下,这一点几乎是不可能的。而一旦实现了公私界分,所有权仍归集体,但土地的非限定土地使用权,则被信托给集体经济组织,由该组织为了集体的利益而经营。该组织独立核算、自负盈亏,一旦经营不利,集体可以将该经济组织解散,以避免更大的亏损。这种约束是保障集体经济组织有效运营的重要条件。可以说,土地所有权分立为公共权力的所有权和作为财产权的非限定土地使用权,是村委会和集体经济组织职能区分的基础。

(五)有利于降低集体土地上权属的登记成本

如果允许集体以所有权名义出让土地使用权,就必须在使用权前标注“集体”字样。一旦将来因为征收、并村等各种情形,导致集体土地所有权消灭,权利就必须重新命名和登记。我们花费相当成本登记确定的土地权利和制作的权利证书,仅因为行政管理权的变化和村庄的解体^[42]等,就要重新登记命名和制作,这是巨大的资源浪费。相反,如果强调作为公共权力的所有权和作为财产权利的使用权的分离,集体的土地所有权就不必登记,而其使用权作为财产权则予以登记发证。由于村庄的撤并,只是管理上的变化,原有的村集体的人员并未改变,这些人员作为集体享有该土地的使用权也不会因为管理隶属关系的变化而变化,因此不必改变原有的土地权利登记。

[本文为2012年教育部人文社会科学研究项目“农村建设用地使用权出让法律制度研究”(12YJA820032);2013年浦江人才计划项目“城乡土地并轨法律制度研究”(13PJC063)的阶段性成果。]

[41] 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,第20页。

[42] 我国的自然村十年间由360万个,锐减到只剩270万个。这意味着,每一天中国都有80到100个村庄消失。参见梁发蒂:《村庄消失,不必过分惋惜》,《中国经营报》2012年11月12日B32版。

[**Abstract**] Collective land ownership is a mixture of private property and public power, which leads to the lack of clear distinction between public and economic functions in rural society and the mix up of the functions of villagers' committees and those of rural economic organizations. To solve the many institutional conflicts in practice, China should make corresponding rights arrangements by taking the nature of land use right as the starting point. The private property content of the collective land ownership should be separated from the public power content of the ownership and be construed as unlimited land use right while at the same time the ownership should be retained as a public power. On the basis of unlimited land use right, collective economic organizations should be allowed to establish the right to the use of land for construction and other limited land use right. Such arrangements are conducive to unifying the right to the use of urban land and the right to the use of rural land, to protecting the land rights of collectives and individual farmers, to systematizing land use rights, to making the most use of land resources, and to enabling the great masses of farmers to truly benefit from the reform of rural collective economic system.

(责任编辑:姚 佳)