

征收制度的调整及体系效应

崔建远*

内容提要：按照我国现行法，若在集体所有的土地上进行商业开发建设，不得由集体土地所有权人直接与用地者签订合同，设立集体建设用地使用权，而必须先将集体所有的土地征收为国有，而后由国土资源主管机关将国有建设用地使用权出让给用地者。对此制度实施改革之后，征收制度至少在其适用范围方面应当调整。集体建设用地用于商业目的的，不再适用征收制度；集体经济组织可以直接与用地者签订集体建设用地使用权出让合同，创设集体建设用地使用权。这会使得存在于集体土地上的他物权以及住宅、厂房、办公用房的所有权，在消灭途径及方式方面发生变化。用地者对集体土地所有权人应支付足额对价，对于因集体建设用地使用权出让而终止的土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、原集体建设用地使用权，也要足额补偿。

关键词：农村土地权利 征收 集体建设用地使用权 补偿

中国共产党十八届三中全会于2013年11月12日通过的《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《决定》）指出：“国家保护各种所有制经济产权和合法利益，保证各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与市场竞争、同等受到法律保护，依法监管各种所有制经济”；“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。缩小征地范围，规范征地程序，完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制”；“建立农村产权流转交易市场，推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行”；“维护农民生产要素权益，……保障农民公平分享土地增值收益”。习近平总书记在《关于〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉的说明》中强调：“推进城乡要素平等交换和公共资源均衡配置。主要是……保障农民公平分享土地增值收益。”贯彻落实这些决定和要求，必然会使农村土地制度

* 清华大学法学院教授。

发生不小的变革,相应地,征收制度也须调整。这种调整及体系效应如何,是我们亟待研究的问题。

一、现有征收制度的特色及问题

欲实现征收制度调整的最佳效果,离不开对征收制度现状的了解,搞清楚应当在什么环节、部位“动手术”,否则,就会“无的放矢”。

所谓征收,是指国家行政机关依国家权力将财产权予以消灭,由国家取得财产权的现象。在我国现行法上,征收有两种类型。第一种是,基于社会公共利益的需要,国家行政机关依国家权力将财产权予以消灭,由国家取得财产权。宪法第10条第3款关于“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”,第13条第2款关于“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”的规定,为其直接的且具最高效力的法律依据。对上述规定,物权法予以承继并具体落实,特设第42条和第44条两个条文。另外,十届全国人大常委会于2004年8月28日通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》,“对《中华人民共和国土地管理法》作如下修改:一、第二条第四款修改为:‘国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。’二、将第四十三条第二款、第四十五条、第四十六条、第四十七条、第四十九条、第五十一条、第七十八条、第七十九条中的‘征用’修改为‘征收’。”十届全国人大常委会于2007年8月31日通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》,在该法“第一章‘总则’中增加一条,作为第六条:‘为了公共利益的需要,国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋,并依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。’”

征收的第二种类型是,并非基于社会公共利益的需要,如为了商业利益的需要,国家行政机关依国家权力将财产权予以消灭,由国家取得财产权。之所以出现这种类型的征收,是因为在用地者(基本上是开发商,下同)利用集体所有的建设土地从事商业开发建设的场合,我国现行法不允许用地者直接与集体土地所有权人洽商,直接取得集体建设用地使用权而后开发建设,^[1]而是必须先将集体所有的土地征收为国有,然后从国家土地所有权中“分离”出占有、使用、收益乃至处分的权能,由国土资源主管机关出让国有建设用地使用权给用地者,用地者才可在该国有建设用地上从事商业开发建设。对此,土地管理法第43条第1款规定:“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;但是,兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的,或者乡(镇)村公共设施 and 公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”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。”这种模式可被简称为

[1] 参见王太高:《论农村集体土地所有权制度中的利益冲突与协调》,载房绍坤、王洪平主编:《不动产征收法律制度纵论》,中国法制出版社2009年版,第25页。

“先征收、再出让”模式。^{〔2〕}

至于滥觞于美国判例法的管制性征收（regulatory takings），即管制行为对土地使用的限制，即使达不到完全排除其经济效益的程度，仍然可能构成征收。^{〔3〕}在我国现行法上，管制性征收尚付之阙如，但在立法论的层面，有学者呼吁填补这一法律漏洞。其主要理由是，为周全地保障被征收人的财产权益，法律应例外地突破比例原则的限制，赋予被征收人扩张请求权，请求征收人征收超出必要范围的标的。^{〔4〕}从征收的标的的角度着眼，这是征收标的的扩张；从被征收人的权利方面观察，则是“全部征收请求权”和“完全征收请求权”；^{〔5〕}从征收的类型视角来看，由于前述两种类型的征收难以涵盖它，可以称之为第三种类型的征收。不过，它毕竟与前述两种类型的征收不在同一个层次，限于本文的主旨及任务，暂不讨论。

第一种类型的征收和第二种类型的征收之间，存在如下差异：

第一，在两种类型的征收场合，各自的正当性有别。第一种类型的征收以社会公共利益的需要为其正当性依据，而第二种类型的征收则无此内在基础。后者的诞生和存续，主要是为了破解如下矛盾：我国现行法不允许集体土地所有权依照民事程序流转，而用地者又确实需要利用集体所有的建设土地进行开发建设，于是，“先征收、再出让”的制度及措施应运而生。由此可见其正当性先天不足。同时，这也是对它应予调整的内在要求。当然，调整必需适中。例如，设立集体建设用地使用权兼有社会公共利益和商业利益的，还得坚持“先征收、再出让”的制度及措施。第一种类型的征收为西方发达国家所承认，^{〔6〕}因其宪法规定征收的目的是公共利益、公共福利或公共福祉，^{〔7〕}故有学者将其简称为“公益征收”，^{〔8〕}也有命名为“公用征收”的。^{〔9〕}

第二，在两种类型的征收场合，被征收人所享有的权利内容有所不同。在第一种类型的征收场合，被征收人无权拒绝国家行政主管机关依国家权力将其不动产物权予以消灭的决定，必须服从征收的决定，但有权就征收的补偿是否足额讨价还价。从理论上讲，此类征收决定可以在被征收人拒不同意征收的情况下作出并公告。当然，为了社会和谐，为了

〔2〕 广东省在这方面早就突破了土地管理法等法律、法规的规定。《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》规定，兴办各类工商企业，包括国有、集体、私营企业、个体工商户、外商投资企业（包括中外合资、中外合作、外商独资企业，来料加工、来样加工、来件加工、补偿贸易等“三来一补”企业）、股份制企业、联营企业，可以使用集体建设用地（第8条第1项）；以集体建设用地使用权作价入股（出资），与他人合作、联营等形式共同兴办企业的，视同集体建设用地使用权出让（第12条第1款后段）。

〔3〕 参见谢哲胜：《准征收之研究——以美国法之研究为中心》，载《财产法专题研究》（二），台湾元照出版公司1999年版，第250页；房绍坤、王洪平：《公益征收法研究》，中国人民大学出版社2011年版，第31页，第51页。

〔4〕 同上引房绍坤等书，第257页。

〔5〕 同上。

〔6〕 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编著：《物权法及其相关规定对照手册》，法律出版社2007年版，第61页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第101页；前引〔3〕，房绍坤等书，第77页以下。

〔7〕 例如，法国《人权宣言》第17条规定：“当公共需要所必需时，可以剥夺财产。”德国基本法第14条第3款规定：“只有为了公共利益才能允许征用。”日本宪法第29条第3款规定：“私有财产在正当补偿下得收为公用。”

〔8〕 参见张玉东：《公益征收若干法律问题研究》，载前引〔1〕，房绍坤等主编书，第160页以下；前引〔3〕，房绍坤等书，第72页以下。

〔9〕 参见张鹏：《论因财产权的过度限制而引起的公用征收》，载前引〔1〕，房绍坤等主编书，第92页。

顺利拆迁、减少纷争,在实际操作上最好先与被征收人就足额补偿、补偿方式等有关问题协商一致,然后再作出征收决定。在第二种类型的征收场合,被征收人享有两种权利,一是可以拒绝国家行政机关依国家权力将其不动产物权予以消灭的决定,或曰有权保有其不动产物权;二是在同意征收的前提下,有权就征收的补偿是否足额讨价还价。如此,在实际操作层面,最好是征收主管机关先向被征收人(准确地说是未来的被征收人,或意向被征收人,下同)表达征收意向,待就征收补偿等必要事项达成一致后再作出征收决定。反之,在被征收人拒不同意征收其财产或不同意征收补偿数额或不同意补偿方式的情况下,贸然发布征收公告,一是给漫天要价者创造了可乘之机,二是陷入征收僵局时有损政府的权威。

第三,在两种类型的征收场合,补偿款的来源有所不同。在第一种类型的征收制度中,补偿款源自财政拨款或专项基金,用地者与此没有关系。在第二种类型的征收制度中,虽然专就征收法律关系而言,一方是征收人——国家行政机关,另一方是被征收人——不动产物权人,补偿款应由征收人支付,但在实际操作层面,由于征收人握有的补偿款严重不足,时常是通过建设用地使用权出让合同关系,让未来取得建设用地使用权的开发商先行支付土地使用权出让金的一部分,直接付给被征收人。这也是某些人误以为未来取得建设用地使用权的开发商与被征收人直接发生征收法律关系,误将征收法律关系与建设用地使用权出让关系混为一谈的原因。这是应予纠正的,以免错误地适用法律。

第四,在两种类型的征收场合,补偿标准应当有所不同。尽管物权法第42条第2款规定,“征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益”,并且第121条对之予以重申和强调,但补偿款相较于土地使用权出让金还是要低许多。所以,第二种类型的征收客观上是国家获取了“剪刀差”收益,“没收”了集体土地所有权人乃至有关的土地承包经营权人、集体建设用地使用权人的部分收益。这是因为集体土地所有权人直接与用地者签订集体建设用地使用权出让合同,直接收取用地者支付的土地使用权出让金,该出让金的数额原则上就是集体建设用地使用权的“价值”本身,而通过征收制度补偿给集体土地所有权人的款额却低于甚至明显低于该数额。但国家通过出让国有建设用地使用权,自用地者处收取的土地使用权出让金又明显高于该数额。简单地说就是,征收补偿款的数额低,土地使用权出让金的数额高。面对此情此景,人们不禁要问:同一宗土地的所有权怎么不如使用权的价值高?有学者力主征收补偿一定要实行“同地同价”,即“同样位置的无论做公益用途或者是商业用途,应在市场价指导下,给予相同标准的费用”。^[10]至于第一种类型的征收,虽然补偿款的数额也不太高,但这是为了社会公共利益而必须承受的代价,这是不动产权利人应尽的社会责任,具有正当性。在这个意义上说,第一种类型的征收即公益征收,在补偿标准方面不宜完全相同于第二种类型的征收即商业性征收。所以,绝对的“同地同价”似乎也不可取。

从上述简要的分析中不难发现,第二种类型的征收必须缩小适用范围,甚至应当被取消。

[10] 石凤友:《我国土地征收法律制度研究》,载前引〔1〕,房绍坤等主编书,第156页。

二、集体土地所有权人与用地者之间的合同类型

按照《决定》修正我国现行法设计的农村土地权利制度，调整既有的征收制度，会出现这样的情景：集体所有的土地用于开发利用的，绝大部分不必再走“先征收、再出让”的老路，可以由集体经济组织这个土地所有权人直接与用地者签订集体建设用地使用权出让合同（或曰集体建设用地使用权设立合同，下同），创设集体建设用地使用权。^{〔11〕}

由于我国现行法禁止土地所有权依据民事程序流转，用地者自集体经济组织处取得的，不可能是集体土地所有权，而只是集体建设用地使用权。对此不应存在疑问。但需要澄清的是，此处设立集体建设用地使用权的合同，究竟是集体建设用地使用权出让合同，还是集体建设用地使用权转让合同？答案应当是前者。因为该集体建设用地使用权设立之前，作为土地所有权人的集体经济组织手里只有土地所有权，而没有集体建设用地使用权。换句话说，假如集体经济组织甲的责任财产只有A宗集体土地，那么，在用益物权创设之前，集体经济组织甲的“责任财产库”里，只有孤零零的土地所有权自身，而没有未来创设继受而生的集体建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权以及地役权等用益物权“现成地储备”着。只是在开发商乙拟就A宗集体土地取得集体建设用地使用权，而与集体经济组织甲签订集体建设用地使用权出让合同，并经国土资源主管机关登记之后，开发商乙才“创设”地取得集体建设用地使用权（物权法第139条）；或者集体经济组织的成员丙依法与集体经济组织甲签订土地承包经营权合同，该合同生效之时，丙才“创设”地取得土地承包经营权（物权法第127条第1款）；或者需役地人戊与集体经济组织甲签订地役权合同，该合同生效时，戊才“创设”地取得地役权（物权法第158条前段）。宅基地使用权的“创设”相对复杂一些：集体经济组织甲的成员丁（户主）向集体经济组织甲就B宗宅基地提出使用申请，经集体经济组织审查同意，需要使用耕地的，经乡级人民政府审核、县级人民政府批准后，宅基地使用权设立（《村庄和集镇规划建设管理条例》第18条第1款第1项）；使用原有宅基地、村内空闲地和其他土地的，由集体经济组织甲审查、乡级人民政府批准后，宅基地使用权设立（《村庄和集镇规划建设管理条例》第18条第1款第2项）。

我们知道，集体建设用地使用权等用益物权“创设”或曰“创设继受取得”，就表明集体建设用地使用权于其设立之前并不存在，其设立时才“突然”出现。这正是“创设继受取得”与“传来继受取得”的不同之处。集体建设用地使用权等用益物权“传来继受取得”，是事先存在集体建设用地使用权等用益物权，于此场合所依据的合同是集体建设用地使用权等用益物权转让合同，而非出让合同。总之，用地者直接自集体经济组织处“创设继受取得”集体建设用地使用权的场合，所依据的合同是集体建设用地使用权出让合同，而非集体建设用地使用权转让合同。

当然，如果某宗集体土地之上已经存在集体建设用地使用权，如乡镇企业的厂房地使用权，那么，开发商作为用地者取得该宗集体土地上的建设用地使用权，只要前后两种

〔11〕 这种土地所有权人与用地人直接谈判以设立建设用地使用权，所得收益直接归属于土地所有权人及其成员（农民）的模式，江平教授早就倡导过。参见江平：《私有财产权的保护》，《中国司法》2004年第7期。

集体建设用地使用权在土地用途方面相同,就可以采取直接与原集体建设用地使用权人签订建设用地使用权转让合同的方法,而不必迂回曲折地“先收回、再出让”(即,集体土地所有权人先将既存的集体建设用地使用权收回,再分离集体土地所有权中的占有、使用、部分收益乃至处分权利自身的权能,形成集体建设用地使用权,出让给用地者)。

假如两种集体建设用地使用权在土地用途上不同,又当如何?通过一个例子可以说明。用地者乙拟于宗地A上取得集体建设用地使用权C,但宗地A上已经存在集体建设用地使用权B,归甲享有。于此场合,是用地者乙与甲直接签订集体建设用地使用权B转让合同,还是集体土地所有权人先行消灭集体建设用地使用权B,而后与用地者乙签订集体建设用地使用权出让合同,乙取得集体建设用地使用权C?对此,法无明文规定,笔者亦未查阅到文献开出的对策方案。

笔者认为,有两条路径可供选择。第一条路径是,参照国有建设用地使用权出让、转让的模式处理。即,如果宗地A上已经存在甲享有的国有建设用地使用权B,土地用途为教育用地,而开发商乙拟于宗地A上取得建设用地使用权C,用于商品房的开发建设,那么,不是甲与开发商乙签订国有建设用地使用权转让合同,即不是开发商乙直接取得国有建设用地使用权B,而是国土资源主管机关从甲处收回国有建设用地使用权B,再与开发商乙签订国有建设用地使用权C出让合同,开发商乙自国土资源主管机关处取得国有建设用地使用权C。^[12] 将之套用到集体建设用地使用权取得领域,就是集体土地所有权人先行与甲协商,消灭宗地A上业已存在的集体建设用地使用权B,再与用地者乙签订集体建设用地使用权出让合同,由乙取得集体建设用地使用权C。第二条路径是,直接由集体建设用地使用权B的权利人甲与乙签订集体建设用地使用权B转让合同,由乙取得集体建设用地使用权B,然后向集体土地所有权人、县级人民政府土地管理机关申请土地用途的变更,获批后享有集体建设用地使用权C。

上述两条路径的优劣如下:(1)第一条路径遍布于较为宽阔的领域,适于土地用途差异很大的前后两种国有建设用地使用权此消彼长的情形。而第二条路径仅仅存在于狭窄的领域,一是乡镇企业建设用地,二是乡镇政府办公用地,前后两种集体建设用地使用权在土地用途方面差异相对较小,甚至时常相同。(2)第一条路径基本上适用于城镇,而城镇

[12] 诚然,实务操作中确有变形的现象。例如,宗地A上原来存在乙单位享有的土地用途为文教用地的国有建设用地使用权B,现在甲公司通过招拍挂的程序摘牌取得宗地A上的国有建设用地使用权。在这个案例中,本来应有的流程是:国土资源主管机关从乙单位收回国有建设用地使用权,同时支付补偿款;国土资源主管机关将位于宗地A的但性质不同的国有建设用地使用权C出让给甲公司,甲公司支付出让金。但在实务中,时常将上述流程作一定程度的变通,呈现给人们的流程是:国土资源主管机关将其后出现的国有建设用地使用权C先出让给甲公司,同时获取出让金;甲公司和乙单位依政府部门的指示签订国有建设用地使用权转让补偿合同,甲公司将出让金的一部分付给乙单位,实际上是代国土资源主管机关支付给乙单位补偿款;而后,乙单位将国有建设用地使用权B退回国土资源主管机关;国土资源主管机关再将国有建设用地使用权C实际出让给甲公司。乙单位既有的国有建设用地使用权B和甲公司将要取得的国有建设用地使用权C,是两项不同的国有建设用地使用权,二者发生联系的,只是所处的地段(宗地)相同。由此可见,甲公司和乙单位依照政府部门的指示签订国有建设用地使用权转让补偿合同,只是具有中国特色的实务运作中出现的措施,其重在甲公司向乙单位支付补偿款。所谓的国有建设用地使用权转让,无非是为甲公司向乙单位支付补偿款寻找理由,并非法律意义(真正意义、典型意义)上的国有建设用地使用权转让。因为乙单位并不享有甲公司在其后应取得的宗地A上的国有建设用地使用权C,乙单位将向国土资源主管机关退回国有建设用地使用权B,而不是向甲公司转让国有建设用地使用权B,更不是转让国有建设用地使用权C。需要强调指出的是,法律人万万不得将实务中的变形操作认定为合法,而必须透过现象看本质,按照法定的流程来认定、处理案例。

的规划必要且严密，土地用途需要严格掌控，于是，国土资源主管机关的审批举足轻重。规划、掌控、审批的有效途径及方式是国土资源主管机关介入其中，先行收回宗地 A 上既存的国有建设用地使用权 B，再出让宗地 A 上的国有建设使用权 C 给乙，这是上述介入、掌控所必需的。与此不同，第二条路径通行于情形不多的集体建设用地利用场合，其多属于已有规划且介入、掌控较易的情形。比如，乡镇企业用地转化为商品房开发用地的审批较为容易，让前后两种集体建设用地使用权的权利人直接洽商，集体土地所有权人、县级人民政府土地管理机关把关，就能够掌控。

三、他物权消灭途径的对比分析

在贯彻落实《决定》并据此相应地修正我国现行农村土地权利制度之前，自集体所有土地取得建设用地使用权，必须先行将该集体所有土地征收为国有，而后再由国土资源主管机关出让国有建设用地使用权给用地者。在这种背景下，征收的对象，在我国现行法上，应为集体土地所有权、房屋所有权，而不包括国有建设用地使用权、集体建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权。

诚然，笔者注意到有关学说持有相反意见，主张征收的标的包括他物权、知识产权、债权、非财产权益。^[13] 这有其理论背景：尽管法律归属关系存在，但与财产联系在一起的所有典型使用权和处分权利都被割除，财产权只剩下空洞的外壳，这也应被认为属于征收。^[14] 在德国，宪法法院认定的可以作为征收客体的财产，除了包括实物财产（不动产和动产）外，还包括私权利中具有财产价值的所有权利以及公权利中具有财产价值的权利，但不包括对财产内容和范围的限制。^[15] 在日本，征收的概念也出现扩大化现象，征收的对象从土地扩大到一般财产权。^[16] 在法国，严格区分公用征收和公用征调，其中的公用征收是指，政府强制取得不动产的所有权和他物权。^[17] 即使如此，笔者仍然主张征收的标的不包括他物权。理由在于：

我国现行法上的征收概念是以消灭被征收对象的所有权、国家原始取得所有权为内容的，并以此区别于仅仅移转标的物使用权的征用。这与美国等国家不特意区分征收和征用的模式有别。此其一。

物权法的有关规定未将国家行政主管部门依国家权力消灭建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权、地役权作为征收的内容。例如，物权法第 42 条第 1 款的表述是“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”它强调的是“集体所有的土地”，而非主体使用的土地。至于“单位、个人的房屋”，房屋与所有权在实质上具有同一性，而房屋与房屋使用权不具有同一性。

[13] 参见前引〔3〕，房绍坤等书，第 239 页以下。

[14] 参见〔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 683 页以下。

[15] 参见上引毛雷尔书，第 680 页以下。

[16] 参见〔日〕盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社 1999 年版，第 499 页。

[17] 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 365 页以下。

由此可见,该条款是将征收所消灭的权利限定于所有权。再如,物权法第42条第2款关于“征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益”的表述,第121条关于“因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的,用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿”的表述,都折射出农民或农户的土地承包经营权、宅基地使用权、其他用益物权,都是随着被征收不动产的所有权消灭才消灭,而非直接作为征收的对象。此其二。

物权法第148条关于“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,应当依照本法第四十二条的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”的表述,使用的是“因公共利益需要提前收回该土地”,而没有使用“因公共利益需要征收该土地使用权”,这也表明建设用地使用权不是征收的对象。之所以如此设计,是因为征收乃国家把集体所有的土地和单位、个人的财产变为国有财产,是一种改变所有权的行爲;而我国城镇的土地属于国家所有,建设用地使用权人取得的是土地使用权,国家收回本来就属于自己的建设用地,运用所有权与其权能之间关系的原理即可,不必适用有关征收的规定。^[18]另外,有关学说一方面扩张征收的标的,将建设用地使用权也作为征收的对象,^[19]另一方面又特意区分征收与土地收回,^[20]这在逻辑上似乎存有障碍。既然是收回,且收回不同于征收,怎么又将应予收回的建设用地使用权作为征收的对象呢?此其三。

在被征收的集体土地所有权消灭时,以该所有权为母权的土地承包经营权、宅基地使用权等子权也消灭,这完全可以按照母权消灭、子权随之消灭的原理解释,而无需向征收制度求援。在宅基地使用权消灭时,宅基地上的住宅所有权消灭;商品房所有权消灭时,基地的建设用地使用权消灭;这完全可以按照物权法第142条前段关于房地权属一体的规定及相应的理论加以说明,无需由征收制度解决。此其四。

必须注意的是,在贯彻落实《决定》并据此相应地修正我国现行法律之后,用地者自集体所有土地创设取得集体建设用地使用权,可不再适用征收制度。于此场合,集体土地所有权并未消灭,那么,自该集体土地所有权派生出来的土地承包经营权、宅基地使用权、地役权的命运如何?母权消灭、子权随之消灭的原理恐怕不得再用,于是,疑问随之产生:这些用益物权是消灭,还是继续存在?若消灭,原理是什么?此时,几种法律制度及其理论都要派上用场。

第一,集体土地所有权人与用地者直接签订集体建设用地使用权出让合同,设立集体建设用地使用权,应当类推适用物权法第139条关于“设立建设用地使用权的,应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书”的规定。这就是说,此类集体建设用地使用权的设立,不但要有出让合同,而且须经土地资源管理机关的登记,未经登记便不产生集体建设用地使用权。

[18] 参见前引〔6〕,胡康生主编书,第331页。

[19] 参见前引〔3〕,房绍坤等书,第241页以下。

[20] 同上书,第96页以下。

第二，在集体建设用地使用权的登记已经办理完毕的情况下，因为土地承包经营权、宅基地使用权都要占有、使用土地，所以，在同一宗集体土地之上无法并存土地承包经营权、宅基地使用权，后两种权利必须消灭。负责消灭的义务人是集体土地所有权人，而非用地者。至于消灭的途径及方法，可视情况的不同而灵活确定：如果土地承包经营权的存续期满，则不再延长土地承包经营权的存续期限，即可达到目的；如果土地承包经营权尚未届期，则可以是集体土地所有权人与土地承包经营权人协商，将土地承包经营权终止；如果宅基地使用权人不复存在，或因前往异地而主动放弃权利，则宅基地使用权归于消灭；如果宅基地使用权人仍然需要保有其权利，则可以通过替换宅基地的方式加以解决。

第三，值得注意的是，由集体土地所有权人与用地者直接签订集体土地使用权出让合同，用地者取得集体建设用地使用权，并由集体土地所有权人消灭土地承包经营权，这并非普遍现象，而仅仅在极少数情况下才会发生，且须经严格的审批程序。这是因为，多年来，我国一直强调确保耕地红线，即耕地保有量到2010年和2020年分别保持在18.18亿亩和18.05亿亩，确保15.60亿亩基本农田数量不减少、质量有提高。此次《决定》也再次重申“坚持和完善最严格的耕地保护制度”。也就是说，依据我国现行法及操作程序，“先征收、再出让”时由国土资源主管机关与其他有关机关多重把关，确保耕地红线。如果未来不再采取征收措施，改由集体土地所有权人直接与用地者签订集体土地使用权出让合同，就更加需要由有关行政主管部门把关，绝不允许放任自流，以确保耕地红线。这样，原则上不允许在耕地上创设集体建设用地使用权，而基本上是在宅基地、乡镇企业建设用地、乡镇政府办公用地以及“四荒”土地上创设集体建设用地使用权。既然不在耕地上创设集体建设用地使用权，就不会出现集体建设用地使用权产生、土地承包经营权消灭的现象。反之，只有在耕地上创设集体建设用地使用权的场合，才会产生土地承包经营权终止的问题。

第四，在集体建设用地使用权的登记已经办理完毕的情况下，依据地役权与集体建设用地使用权的功能是否抵触，会导致不同的处理路径与方法。（1）功能不相抵触的，二权可以并存。地役权已经登记的，可以对抗集体建设用地使用权人；地役权尚未登记的，则不能对抗善意的集体建设用地使用权人。（2）功能相冲突的，则地役权必须终止，集体土地所有权人有义务了断此事。其具体路径及方法，须集体土地所有权人与地役权人协商一致，如果集体土地所有权人单方面废止地役权设立合同，强行终止地役权，则须向地役权人承担相应责任。需要注意的是，如果地役权业已登记，则集体土地所有权人仅仅通过废止地役权设立合同，恐怕还不能终止地役权。

第五，在集体建设用地使用权的登记尚未办理的情况下，既存于该集体土地上的宅基地使用权或地役权，个别情况下是土地承包经营权，并无与之相冲突的集体建设用地使用权存在，因而，在理论上，宅基地使用权、地役权、土地承包经营权尚无须消灭。但在实际上，由于集体建设用地使用权的登记只是时间问题，只要该项登记完毕，既存于该集体土地上的宅基地使用权、土地承包经营权就必须终止，既存于该集体土地上的地役权若与即将设立的集体建设用地使用权在功能方面相冲突，也必须终止。有鉴于此，即使集体建设用地使用权的登记尚未办理，先行终止既存于该集体土地上的土地承包经营权、宅基地使用权以及在功能上相冲突的地役权，也不失为未雨绸缪的明智之举。

四、住宅、厂房、办公用房的所有权消灭模式

在“先征收、再出让”的模式中，宅基地上的住宅、乡镇企业的厂房、乡镇政府的办公用房（以下简称为住宅、厂房、办公用房），是作为征收的对象，适用征收规则，^[21] 还是不作为征收的对象，按照“宅基地上的房屋所有权因宅基地使用权的终止而失去权源，乡镇企业的厂房、乡镇政府的办公用房因集体建设用地使用权的终止而欠缺正当根据，于是消灭”的解释路径来处理？这两种解释都说得通，但笔者更愿意将住宅、厂房、办公用房作为征收的对象。理由在于：其一，我国现行法将土地和房屋作为两个各自独立的物，而不是如同德国民法典那样将房屋视为土地的添附，成为一个不动产，这为采取土地征收和房屋征收的二元模式提供了前提。其二，将房屋单独作为征收的对象，便于将土地征收的补偿款和房屋征收的补偿款分别支付，利于房屋所有权人实际获得补偿款。因为仅仅将集体土地作为征收的对象，不把住宅、厂房、办公用房纳入征收的范围，则住宅、厂房、办公用房的所有权并非因征收而归于消灭，只是因其缺乏地权而无继续存在的基础而不复存在。这样，住宅、厂房、办公用房所有权的消灭及其补偿关系，就属于集体土地所有权人与用地者之间的关系，这能否算作征收法律关系的范畴，尚有争论。如此一来，征收法律关系中的补偿款直接付给集体土地所有权人，而不是直接付给住宅、厂房、办公用房的所有权人，也说得过去。可是，如此操作容易发生集体土地所有权人截留补偿款，有偿取得宅基地使用权的住宅所有权人、集体建设用地使用权人未获或少获补偿款的问题，从而侵害了住宅、厂房、办公用房所有权人的合法权益。因此，权衡利弊，还是把住宅、厂房、办公用房作为征收的对象，优点更多。

将住宅、厂房、办公用房作为征收的对象，住宅、厂房、办公用房的私人所有权何时终止，或者说私人房屋所有权何时转变为国家所有权或开发商的所有权？物权法第28条规定，因人民政府的征收决定导致物权设立、变更、转让或消灭的，自征收决定生效时发生效力。其文义明白确定，似无疑问。但实务中出现的下述问题，迫使我们不得不选定解决的方案。

应当注意到，在因商业利益而征收住宅、厂房、办公用房的场合，强制性并非初始即有的，征收决定宜在被征收人同意征收及其补偿之后作出，此前宜为征收意向。由此决定，只要被征收人未同意补偿数额，就不应作出征收决定，也就谈不上征收决定生效，作为征收对象的物权也就不终止。

但实务中出现的问题之一是，征收住宅、厂房、办公用房的决定虽然已经公告，但征收主管机关和被征收人之间，尚未就补偿款的数额达成一致。于此场合，机械地按照物权法第28条关于征收决定生效导致物权变动的规定处理问题，就是鼓励个别行政主管机关的违法行为，侵害被征收人的合法权益。比较可取的方案是，可以将被征收住宅、厂房、办公用房所有权终止的时间点，确定在征收住宅、厂房、办公用房的补偿款付清之时。我国

[21] 参见前引[3]，房绍坤等书，第230页以下。

台湾《土地征收条例》采取了这种方案。该条例第21条第1款规定：“被征收土地或土地改良物之所有权人，对于其土地或土地改良物之权利义务，于应受之补偿费发给完竣时终止。”该方案比较有利于被征收人，内地可以借鉴。但是，在集体建设用地使用权的登记已经办理完毕、补偿款尚未付清的情况下，住宅、厂房、办公用房的所有权是否仍然在补偿款付清时终止？对此笔者倾向于否定说，而赞同将办理完毕住宅、厂房、办公用房的所有权移转登记手续之时作为私人所有权终止的时刻。这样，可以保持对内关系和对外关系的一致，简洁明快。至于对被征收人的保护，可以通过明文规定办理住宅、厂房、办公用房的所有权移转登记，以付清征收补偿款为前提条件，并赋予被征收人抗辩权的路径来解决。^[22]

在不采取“先征收、再出让”模式，而由集体土地所有权人直接出让集体建设用地使用权给用地者的情况下，住宅、厂房、办公用房所有权的消灭，无法按照征收消灭被征收财产所有权的规则处理，而只能依据房地权属一体的原理处理。分解开来说，住宅所有权因宅基地使用权的终止而失去权源，因而归于消灭；乡镇企业厂房的所有权、乡镇政府办公用房的所有权，因（原）集体土地使用权的终止而欠缺正当根据，因而归于消灭。

有必要提示的是，无论是否采取“先征收、再出让”的模式，住宅、厂房、办公用房所有权的消灭，都得按照物权法的规定及精神，办理所有权的注销登记（第14条、第150条、第155条）。

五、补偿款的变革及其走向

补偿是征收制度不可分割的组成部分和重要特征。^[23]德国法甚至把征收规则和补偿规则联系在同一个法律里，叫做一揽子条款。^[24]在采取“先征收、再出让”模式的背景下，在征收人（国土资源主管机关，下同）与被征收人（集体土地所有权人，住宅、厂房、办公用房的所有权人，下同）之间，发生被征收的土地归国家所有、集体土地所有权终止的法律效果，这比较清楚。但疑问在于，是征收人给予被征收人足额补偿，还是由用地者支付补偿款？我国台湾《土地征收条例》采取的是用地者支付补偿款的模式（第11条、第19条以下）。在内地，有的采取用地者直接与被征收人签订合同，约定补偿款及其计算标准、支付时间和数额的模式；有的则是征收人直接与被征收人签订合同，约定土地补偿款及其计算标准、支付时间和数额；被征收住宅、厂房、办公用房的补偿由用地者与住宅、厂房、办公用房的所有权人签订合同，约定补偿款及其计算标准、支付时间和数额。如果严格按照法律关系分析，应当是征收人向被征收人补偿，用地者（建设用地使用权的受让人）向国土资源主管机关缴纳土地使用权出让金。但这并不妨碍在实际操作上，建设用地使用权的受让人直接向被征收人支付补偿款。这相当于建设用地使用权的受让人，按照国土资源主管机关的指令向债权人付款。

[22] 参见崔建远：《不动产征收视野下的房屋拆迁》，载前引〔1〕，房绍坤等主编书，第314页。

[23] 参见翁岳生主编：《行政法》下册，中国法制出版社2002年版，第1724页；应松年：《当代中国行政法》，中国方正出版社2005年版，第1882页；申卫星：《构建公权与私权平衡下的中国物权法》，载前引〔1〕，房绍坤等主编书，第9页以下；前引〔10〕，石凤友文，第129页，第146页；前引〔8〕，张玉东文；陈伯礼、徐信贵：《不动产征收制度之构建逻辑与运作机理》，载前引〔1〕，房绍坤等主编书，第224页以下。

[24] 参见前引〔14〕，毛雷尔书，第692页。

在采取“先征收、再出让”模式的背景下，集体土地所有权因征收而不复存在，设立在该宗土地上的土地承包经营权、集体建设用地使用权也随着母权的消灭而终止。在征收人与征收利害关系人（土地承包经营权人、集体建设用地使用权人，下同）之间，发生补偿关系，其内容包括承包地的青苗补偿、农用设施的补偿等。有疑问的是，其一，是否补偿土地承包经营权提前终止而导致的承包人预期利益的损失？尽管许多法律及学说都反对在征收场合补偿预期利益，例如，德国法上的征收补偿不包括可得利益的损失，甚至在具有理由的例外情况下，如为了防止洪水、保护公共财产，通过法律直接征收几乎没有价值的水坝，还可以减少补偿，^[25]但笔者仍然持赞同态度。理由为：土地承包经营权为一种财产权，具有财产价值；承包人本有可靠的预期，兹因征收导致土地承包经营权提前终止，使其遭受了损失，应当获得补偿。当然，对于预期利益的补偿肯定要有所限制（侵权损害赔偿在大多数情况下都不赔偿预期利益，何况并非民事侵权的公益征收制度中的补偿）。同时需要注意，在法国，征收补偿的对象必须是直接的、物质的和确定的损失，而不包括与公用征收无直接因果关系的损失，精神上、感情上的损失和将来可能发生的不确定的损失也不包括在内。^[26]在我国，也应大体如此。其二，是否将补偿款直接付给利害关系人？笔者亦持赞同态度。实践中，有的是直接支付，有的是先付给集体所有权人，再由其转交给利害关系人。将集体土地所有权的征收补偿款和土地承包经营权的征收补偿款分开，向农村集体经济组织、承包人分别支付，更能保障承包人获得补偿，避免将补偿款一并发给农村集体经济组织却被截留，失地农民实际上没有获得补偿款，从而酿成社会问题。

在不采取“先征收、再出让”模式，而由集体土地所有权人直接与用地者签订集体建设用地使用权出让合同的情形下，用地者须向集体土地所有权人支付对价。至于该对价是命名为土地使用权出让金还是补偿款，倒并不关键。一般说来，该对价在数额上要明显高于采取“先征收、再出让”模式时国土资源主管机关支付的补偿款，从而提高集体土地所有权利人的获益，实现《决定》所要达到的目的。

上述集体建设用地使用权的设立，使得既存的土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权归于消灭的，土地承包经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人也应获得相应的补偿。由于此场合下的土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权的消灭，不是依据母权消灭、子权随之消灭的原理运作的，所以，符合事物本质的补偿款支付流程应当是，由集体土地所有权人向土地承包经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人支付。从另一个角度说，是用地者向集体土地所有权人所付对价中，含有土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权消灭的代价。诚然，实务操作时，也可以由用地者直接向土地承包经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人支付补偿款。只不过如此操作时，用地者向集体土地所有权人支付的对价中，不含有土地承包经营权、有偿取得的宅基地使用权、集体建设用地使用权消灭的代价。考虑到实务操作中某些村干部掌握土地补偿费时，往往将土地补偿费挪用为村干部工资或其他行政费用，从而发生村干

[25] 参见前引 [14]，毛雷尔书，第 695 页以下。

[26] 参见前引 [17]，王名扬书，第 392 页以下。

部贪污腐化现象，^[27] 补偿款由用地者直接向土地承包经营权人、有偿取得的宅基地使用权人、原集体建设用地使用权人支付，更有利于农民。因此，笔者更赞同这种补偿款支付流程。

需要补充的是，是否补偿宅基地使用权人。对此，须区分是否有偿取得宅基地使用权。若为有偿取得，应予补偿，只是必须考虑另行择地的因素；若为无偿取得，则不予补偿，但应另行提供一宗宅基地。

Abstract: According to the current Chinese law, in order to carry out commercial development and construction on a collectively-owned land, the land must first be requisitioned by the state, and then the right to the use of the land must be transferred to the user of the land by the competent government authorities of land and resources. The owners of a collectively-owned land can not directly conclude a contract with the user of the land to establish the right to the use of collectively-owned land for construction. In the reform, at least scope of application of the land requisition system should be adjusted. The land requisition system should no longer be applicable to collectively-owned land for commercial use. Collective economic organizations should be able to create the right to the use of collectively-owned land for construction by concluding contract on the transfer of such right directly with the user of the land. This will lead to changes in the way and method the other property rights on the collectively-owned land—including the ownership of houses, plants, office buildings, etc.—become extinct. The user of a collectively-owned land should pay full consideration to the owner of the land, as well as full compensation for the termination of the right to contracted management of land, for the loss of the right to the use of house sites obtained through payment, and for the loss of original right to the use of collectively-owned land for construction.

Key Words: right on the rural land, acquisition, right to the use of collectively-owned land for construction, compensation

[27] 参见陈小君等：《农村土地法律制度研究——田野调查解读》，中国政法大学出版社2004年版，第266页。