

集体经营性建设用地入市的 现实困境与理论误区

——以“同地同权”切入

吴义龙

摘要 允许集体经营性建设用地与国有建设用地“同地同权”“同等入市”，进而建立城乡统一的建设用地市场，是当下和未来一段时期我国农村土地产权制度改革的方向。如果不对土地用途管制、规划条件和使用方式进行具体界定，将难以实现“同地同权”，也会夸大市场机制在集体经营性建设用地“一级市场”形成中的作用，进而催生土地食利阶层。由此折射出学界讨论方式的不足：不应从抽象原则出发讨论问题，而要回到现实世界，强调土地用途管制、规划条件和使用方式的差异性，以及关注差异性所带来的可能后果。

关键词 集体经营性建设用地 同地同权 同等入市 城乡统一 规划

作者吴义龙，河南大学法学院副教授（河南开封 475001）。

中图分类号 D912

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)04-0118-11

一、问题的提出

自 2008 年十七届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》（以下简称十七届三中全会《决定》）通过以来，学界包括法学界、经管学界和社会学界以及政策部门关于集体经营性建设用地入市的讨论和争论就没有停止过。^① 2019 年 8 月 26 日颁布并于 2020 年 1 月 1 日实施的《土地管理法》大致反映并延续了一系列重要国家政策文件所蕴含的基本精神。例如，2013 年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》（以下简称十八届三中全会《决定》）明确规定，“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权利、同权同价。”尽管如此，这是否意味着正式法律制度的修改、出台可以或应当终止关于这一议题的持续争论？

事情也许并没有这么简单。例如，并不是所有的集体建设用地都可以入市。到底哪些可入市，哪些不

^① 其实早些时候就有学者对此进行了研究，尽管当时的用语并非集体经营性建设用地。参见钱忠好、曲福田：《中国土地征用制度：反思与改革》，《中国土地科学》2004 年第 5 期。

能入市?有学者指出,这是调研中基层普遍感到最为困扰的一个问题。^①这就是所谓的“圈内”与“圈外”之争。^②而无论是“圈内”还是“圈外”,集体建设用地要想与国有建设用地“同等入市”,其流转的客体必须是集体经营性建设用地。对此,政策、法律和学界包括政府部门已经达成共识。新修订的《土地管理法》第63条第1款也明确了这一点。只不过从该条文来看,已明确的经营性用途只有工业和商业两种,后面的“等”字究竟还包括什么样的具体用途,仍然是不确定的,并因此必然将引发新一轮的争论。^③无论“圈内”与“圈外”之争,还是“经营性用途”的界定,主要是从静态的角度讨论问题,而学者其实更加关注的是动态中的“内”与“外”之间不断的重新界定,也就是所谓“存量”与“增量”之争。^④

之所以这样,很大程度是因为政策文件和法律制度的相关表述过于笼统、模糊,甚至对于一些重要问题没有涉及。例如,集体经营性建设用地是否将宅基地排除在外就不明确。再比如,尽管政策文件对入市集体经营性建设用地范围限定为存量用地,但法律制度对此却没有明确规定。结果是增量集体经营性建设用地是否属于入市对象就是一个富有争议性的议题。除此之外,在笔者看来,多数学者在讨论问题时,往往忽视对相关断言的预设也就是前提条件进行澄清和反思,而急于将重点放到对具体制度的设计方面。突出的一个例证是,学者之所以认为集体经营性建设用地应当与国有建设用地“同地同权”,是因为这符合所有权平等保护的物权法原则,^⑤而物权法应当采纳“一体承认、平等保护”的原则^⑥,很显然,这只不过是权利平等的话语体系在物权法中的体现。^⑦尽管作为原则的权利平等没错,但要注意,“原则不是研究的出发点,而是它的最终结果”。^⑧换言之,如果不对权利在何种条件下要或应当要平等进行讨论,而只是将权利平等作为讨论的起点,也许会不自觉地导致对重要的事实判断错误,而这反映了学者在研究过程中方法论的某些不足。

有鉴于此,本文试图以“同地同权”切入来讨论集体经营性建设用地入市的一些相关问题。之所以选择“同地同权”展开讨论,是因为不仅“同地同权”是实现政策目标“建立城乡统一的建设用地市场”的重要途径,从而借助对作为手段的“同地同权”的讨论可以更好地对作为目的的“建立城乡统一的建设用地市场”的评估。^⑨更重要的是,多数学者针对“同地同权”的讨论,基本都是泛泛而谈,在没有细致考察重要事实的情形下,要么是将一些规范性论点作为讨论的前提,要么是过于随意地得出一些规范性的结论。而无论是这两者中的哪一种,都将容易对具体制度的设计产生误导性的暗示或指示。这背后实际上隐含的是规范主义研究范式的不足,即忽视或认为事实的差异性在讨论问题时不重要。在笔者看来,无论针对的是什么问题,真实世界的各种事实因素将直接决定、限制或影响对问题包括解决问题的讨论。因此,笔者就将讨论的重点放到了对一些重要论断包括政策、制度目标的前提和基础的澄清和反思上面。

二、何谓“同地”,如何“同权”?

“同权”作为一个具有特定涵义的术语,最早出现在政策文件中,是与“同价”并列使用的。2002年

① 邓爱珍、陈美球:《农村集体经营性建设用地入市流转面临的现实问题与对策探讨——以江西省赣县为例》,《土地经济研究》2015年第1期。

② 桂华:《论土地使用权转让的〈宪法〉秩序》,《思想战线》2018年第3期。

③ 宋志红、姚丽、王柏源:《集体经营性建设用地权能实现研究——基于33个试点地区入市探索的分析》,《土地经济研究》2019年第1期。

④ 宋志红:《集体经营性建设用地入市改革的三个难点》,《行政管理改革》2015年第3期。

⑤ 陆剑:《集体经营权建设用地入市的法律规则体系研究》,北京:法律出版社,2015年,第6页。

⑥ 孙宪忠:《物权法应采纳“一体承认、平等保护”的原则》,《法律科学》2006年第4期;孙宪忠:《再论我国物权法中的“一体承认、平等保护”原则》,《法商研究》2014年第2期。

⑦ 刘作翔:《权利平等的观念、制度与实现》,《中国社会科学》2015年第7期。

⑧ 《马克思恩格斯选集》第3卷,北京:人民出版社,2012年,第410页。

⑨ 不同于法学界针对的是“同地同权”,经管学界讨论的是“同地同价”或者“同地同权同价”。参见靳相木:《集体与国有土地“同权同价”的科学内涵及其实现》,《农业经济问题》2017年第9期;刘弘阳,万江:《同地同权同价质疑:〈土地管理法〉47条与55条之逻辑关联》,《社会科学研究》2013年第6期。但是,“同地同权”相对而言更为普遍地被使用和讨论,这也许是因为,从逻辑上看,“同地同权”是“同价”的基础,因此显得更为重要一些。

浙江省人民政府《关于加强和改进土地征用工作的通知》提到，制定统一分片的征地综合补偿标准，按“同地同价”原则确定征地补偿标准。2004年《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》提出，“省、自治区、直辖市人民政府要制定并公布市、县征地统一年产值标准或区片综合地价，征地补偿做到同地同价”。2005年原国土资源部《关于开展制定征地统一年产值标准和征地区片综合地价的工作通知》明确将“同地同价”作为一项原则提出来。在这里，所谓“同地”指的是同一块被征收的土地，“同价”是按同一价格对被征收地补偿。而将“同地、同权、同价”并列使用并引入农村集体建设用地流转制度中的是2003年广东省人民政府《关于实行农村集体建设用地使用权制度的通知》，其明确要求全省各地积极、稳妥、有序地推进农村集体建设用地使用权流转工作，逐步实现国有土地和农民集体土地“同地、同权、同价”。^①这一表述在2005年《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》中得以重申。郭洁认为，该《办法》的核心就是将农村集体建设用地视同国有建设用地，实行“同地同权、同地同价”的一体流转原则，从而构建城乡统一的建设用地市场。^②针对该《办法》草案，周其仁发表《同地、同价、同权——我对广东省农地直接入市看法》一文。^③随后，“同地同权同价”这一说法便流行起来。尽管十七届三中全会《决定》中提到的是“同地同价”，十八届三中全会《决定》中提到的是“同权同价”，但是，“同地同权”作为一个专门术语却被学界尤其是法学界和政府部门更加普遍接受、认同和讨论。

尽管在土地征收的语境中，“同地”的涵义清楚，没有争议。但是，在集体经营性建设用地流转或入市的语境下，究竟什么是“同地”，“同”表现在哪一（些）方面，“地”的属性是什么，分歧很大。出现这种情形，很大程度上与学者的讨论方式有关，即不少学者在讨论或涉及“同地同权”时过于笼统、不够细致，甚至在没有对其进行界定的情形下便急于对其如何入市进行制度设计。^④由于十七届三中全会《决定》、十八届三中全会《决定》以及新修订的《土地管理法》都一致性地将可转让、入市的土地范围明确限定在集体经营性建设用地，因此，就“同地”中的“地”而言，当下学界和政府部门达成了一致，即指的是集体经营性建设用地。但除此之外，要么是争议不断，要么就是泛泛而谈，从而很难或无法切中问题的要害之处。例如，丁同玉将同一区域同一用途作为“同地”的限定条件。^⑤郭瑞雪、付梅臣认为，区位和质量相同或相近是“同地”的前提。^⑥将区位作为“同”的判断标准，主要是因为如果两块地相邻，则意味着两块地在其他方面，如经济发展水平、人口集聚状况、公共设施配套水平以及自然生态环境等，都将趋于相同或相近。^⑦但是，仅仅强调区位，会产生两个问题：一方面，即使两块地在空间上相邻，如果其具体用途不同，比如说，一块地用于商业开发，一块地用于绿地或隔离带，显然不会是“同地”；另一方面，即便两块地相隔较远，但如果用途、规划以及具体利用条件相同，却可能是“同地”，比方说，同是用于商品房建设的国有建设土地。

人们通常之所以认为集体经营性建设用地与国有建设用地是“同地”，最主要的理由就是两者的用途是一样的，即都是“建设用地”，用来开发搞建设。但仅此并不够。因为，土地用途在种类上有“粗细”之分。例如按照2010年住房和城乡建设部、国家质量监督检验检疫总局联合发布《城市用地分类和规划建设用地标准》中的分类，国有建设用地有8大类、35中类和42小类。而不同种类土地的用途不完全相同，甚至差异很大。因此，笼统地说集体建设用地与国有建设用地是“同地”是不恰当的。因为即便都是用于工业用途，集体建设用地中的工业用地也可能不等同于国有建设用地中的工业用地，因为工业用地有

① 参见周婧扬：《同地、同权、同价的实现条件及路径研究》，硕士学位论文，浙江大学地球科学学院，2017年，第13页。

② 参见郭洁：《集体建设用地使用权流转市场法律规则的实证研究》，北京：法律出版社，2013年，第27页。

③ 周其仁：《同地、同权、同价——我对广东省农地直接入市看法》，《中国经济周刊》2005年第33期。

④ 参见张潜伟：《同地同权：农地入市的制度障碍与对策》，《农业经济》2015年第10期。但更多的情形出现在报纸和新闻媒体中。参见潘文灿：《同地同权渐行渐远》，《中国国土资源报》，2014年3月14日，第003版；莫开伟：《土地关键在于“同地同权”》，《中国联合商报》2014年12月15日，第E02版。

⑤ 丁同玉：《集体与国有两类建设用地“同地同权同价”不可能原理及其政策涵义》，硕士学位论文，浙江大学公共管理学院，2012年，第14页。

⑥ 郭瑞雪、付美臣：《关于集体建设用地“同地同权同价”问题辨析》，《中国人口·资源与环境》2014年第2期。

⑦ 参见周婧扬：《同地、同权、同价的实现路条件及路径研究》，硕士学位论文，浙江大学地球科学学院，2017年，第13页。

三类：一类工业用地、二类工业用地和三类工业用地。如果不明确是哪一类具体的工业用地，而只是说两块地都是“工业用地”，将其视为是“同地”就不合适。

因此，土地用途的细分就是“同地”界定的前提。否则，尽管都是国有建设用地，工业用地与广场用地就不是“同地”，其差异程度甚至可能超过国有建设用地中的工业用地和集体建设用地中的工业用地。但仅仅是用途的细分，还不能完全作为“同地”的限定条件。例如，同属同一细分用途的居住用地中的一类居住用地，还会有规划控制上的差异，如果容积率或者建筑密度或者绿地率不同，就算不上是“同地”。换言之，具体的利用方式或条件（通常是借助各种控制性指标）是“同地”的另一重要限定准则。这在工业用地中体现得非常明显。原国土资源部2008年发布的《工业项目建设用地指标》和2006年发布的《全国工业用地出让最低价标准》中对工业用地这种建设用地供应标准进行了具体规定，包括单位面积投资强度、容积率、建筑系数、土地出让价格的最低标准控制等。^①概言之，离开了上述这些逐步深入细致的界定标准，就没法对“同地”做出准确判断。^②例如，如果只是笼统地将国有建设用地中的居住用地作为集体建设用地，如工业用地的参照系，可以说是“直把杭州作汴州”。^③

另外，还要考虑的一个因素是进一步界定土地用途。例如，虽然都是用于居住，城市中的商品房居住用地不一定等同于农村的宅基地建设用地，尤其是离城市较远的一般农业型地区的农村宅基地。按照贺雪峰的观点，农村宅基地的功能主要是服务于农民的生产和生活，看重的是使用价值，而不是如同城市中的居住用地那样，着眼的是交换价值。因此，即便都是农村宅基地，也不完全等同。越是靠近城市，地处城郊甚至是“城中村”的宅基地就越是等同于城市居住用地，并因此更看重其交换价值而非使用价值。这样来看，通过让一般农业区的农民退出宅基地获取城市建设用地指标的增减挂钩政策就不等同于临近城市或城市之中的农村宅基地转让、退出或入市的制度创新。^④这背后反映了被多数学者所忽视的很重要的一点：既然是“同地”，那么这个“同”其实是两块地之间比较的结果。而比较，首先要有一个比较的基准，比较的基准不同，就会导致比较的结果不同。土地的维度（包括用途本身）是多方面的，究竟选择哪一个方面的维度进行比较，并因此认为是“同地”或是不是“同地”，就是一个重要的问题。后文对此将会详述。

既然土地用途的分类是界定“同地”的前提，那么在实践中就会遇到一个麻烦，这就是国有建设用地的用途分类和用地标准很详细，制度上也较为成熟，而集体建设用地包括集体经营性建设用地的分类包括登记等方面都还没有建立起来，甚至用途分类本身都有很大的争议。^⑤这其中的关键问题是，如何界定集体建设用地中的“经营性用途”？新修订的《土地管理法》第63条第1款中关于经营性用途明确的只有工业和商业两种，后面的“等”字究竟还包括什么具体用途并不确定，因此引发了广泛争论^⑥，如乡镇企业建设用地和集体经营性建设用地之间的关系；农村宅基地是否属于集体经营性建设用地的范围；商品房建设是否包含于其中。在这些问题都没解决或争议很大的情形下，如何在国有建设用地和集体经营性建设用地之间进行有效比较呢？

从逻辑上来说，“同地”是“同权”的前提，“同权”只是“同地”在法律规范上的结果而已。如果在“同地”没有细致、明确界定的情况下，那么，“同权”的讨论就会“失之毫厘，差之千里”。总体而言，学界关于“同权”讨论的主要问题就是过于宽泛、不够深入细致。例如，经管学界的靳相木认为，“同权”指集体和国有两类土地上的建设用地使用权在法律性质、物权种类和物权基本规格等三个层次上

① 参见欧名豪等：《我国建设用地总量控制与差别化管理政策研究》，北京：经济科学出版社，2016年，第103页。

② 参见华生：《城市化转型与土地陷阱》，北京：东方出版社，2013年，第108页。

③ 侯银萍：《产权性质视角下的“农地入市”困境破解》，《法学》2014年第5期。

④ 参见贺雪峰：《当前土地制度改革的几个重大问题》，贺雪峰、桂华、夏柱智：《地权的逻辑Ⅲ：为什么说中国土地制度是全世界最先进的》，北京：中国政法大学出版社，2018年，第24页。

⑤ 初步讨论，参见高富平：《建设用地使用权类型化研究——〈物权法〉建设用地使用权规范之完善》，《北方法学》2012年第2期。

⑥ 当下学界对此问题达成共识的是，将公共设施和公益用地排除在集体经营性建设用地之外。

的同一。性质表现为都是用益物权；种类都是建设用地使用权；基本规格包括设立目的统一、主体资格统一、权能广度统一、使用期限统一和变动方式统一。^①但都没有展开论述。与之类似，法学界的孟俊红认为，“同权”意味着同样的法律地位、同样的权能、接受同样的法律限制和适用同样的保护规则。^②尽管孟俊红相对而言论述的更详细些，但仍然过于宽泛。

要注意，宽泛本身并不意味错误，而是说仅此还不够，因为这容易忽视一些重要的问题，即对事物之间的差异性不够重视，从而在制度设计上有所偏差。例如，两种土地在物权种类上都是建设用地使用权没有错，无论是 2007 年颁布实施的《物权法》还是 2019 年公布的《民法典物权编（草案二次审议稿）》都没有将集体土地中的建设用地和国有土地中的建设用地区别对待，而是统称为建设用地使用权。但是，两部法律都相当一致地规定：“集体所有的土地作为建设用地的，应当依照土地管理法等法律规定办理”。（《物权法》第 151 条和《民法典物权编（草案二次审议稿）》第 154 条）但是，新修订的《土地管理法》第 63 条有这样的规定，即“集体经营性建设用地的出租，集体建设用地使用权的出让及其最高年限、转让、互换、出资、赠与、抵押等，参照同类用途的国有建设用地执行。具体办法由国务院制定”。因此，问题似乎又转了回来，如果在“同类用途”这个问题上不首先达成一致意见，仅仅说两者是建设用地使用权，或者说参照同类用途的国有建设用地就远远不够，因为显而易见的是，无论是“用途”，还是“同类”都不明确，都还可以有进一步的划分和分类，而这取决于现实世界中的具体情形。

前文已说过，分类的不同，也就是用途或其他属性的不同会导致“不同地”，因此，与之相关的权利就会不同。以此来反观我国的物权立法，无论是已有的《物权法》还是即将出台的《民法典物权编》，关于用益物权，尤其是建设用地使用权的规定过于笼统，并因此很难适用于复杂的现实世界。虽然这可以用民法体系中的“提取公分母”思维来解释^③，也就是强调体系化和类型化，尽量用少量规则适用更多情形，而将立法的重点放到了对事物的共同点，从而将琐碎事项留给单行法或其他立法来处理。但问题是，一方面，如果事物间差异性的重要程度超过其共同点，却仍然不顾其不同而只是“提取公分母”就说过不去，在笔者看来，集体经营性建设用地与国有建设用地之间就属于这种情形；另一方面，如果认为这一事项不重要并因此无需在《民法典物权编》中规定，也不合适，因为无论学界还是政府部门都认为集体经营性建设用地改革是当下“三块地”也就是征地、集体经营性建设用地和农村宅基地改革中的重点。^④而“三块地”如何改革很大程度上可以说决定了我国农村土地制度未来的走向。

最后，由于“同地同权”目的在于“同等入市”，因此，有学者认为“同地”只能是按照市场化运作，符合市场化要求的建设用地。^⑤这其实是从目的对手段进行选择和评价的思维方式。然而，按照杜威的观点，目的和手段之间是连续的、不可分离的关系，如果不考虑手段本身是否能够合理有效地实现其目的，那么目的自身也许就是荒谬的，与此相关的思维方式就是不成熟的。^⑥换言之，首先考虑的问题是集体经营性建设用地是否能够“入市”，而不能只是笼统说符合市场化要求的建设用地。这样来看，如果没有界定清楚“同地同权”，就直接讨论“同等入市”是不合适的。^⑦何况，即便是国有建设用地，也不是都可以“入市”，例如，公共管理与公共服务设施用地。因此，“同地同权”的界定最终要追溯到何种具体用途的土地通过市场机制配置是合适的这一核心问题。在这个问题没有深入讨论之前，或者没有在某些方面达成一定共识之前，谈论、界定或规范“同地同权”，以及在此基础上进行“同等入市”的制度设计就是有所欠缺的。

① 靳相木：《集体与国有土地“同权同价”的科学内涵及其实现》，《农业经济问题》2017年第9期。

② 孟俊红：《集体建设用地使用权物权法建构研究——以“同地同权”为基础》，郑州：郑州大学出版社，2016年，第107页。

③ 苏永钦：《体系为纲，总分相宜——从民法典理论看大陆新制定的〈民法总则〉》，《中国法律评论》2017年第3期。

④ 宋志红：《集体经营权建设用地入市的立法回应解析》，《中国国土资源经济》2017年第6期。

⑤ 孟俊红：《“同地同权”释疑》，《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2012年第4期。

⑥ 杜威：《评价理论》，冯平、余泽娜等译，上海：上海译文出版社，2007年，第48页。

⑦ 吴萍：《农村集体经营性建设用地“同地入市”的困境与出路》，《广西社会科学》2016年第1期。

三、城乡建设用地“统一市场”中的误区与困境

无论是“同地同权”，还是“同等入市”，都只是手段，其目的是实现“建立城乡统一的建设用地市场”这一重要政策目标。换言之，集体经营性建设用地应当与国有建设用地一样借助市场机制对其进行资源的有效配置，这也是对以往集体建设用地如要进行建设必须先经过土地征收转为国有土地的一次制度创新或者是变革。其政策目标的意愿是良好的。这是必须要承认的。但由于表述的抽象、笼统，这里面其实隐含了不少深层次的、值得进一步探索的问题。如若对这些问题不清楚，甚至忽略过去，可能会对将来具体制度的设计包括运作产生一系列负面影响。这些问题中最为核心的一个是，市场机制在城乡建设用地这一特定资源的配置中的作用究竟是怎样？换言之，是起决定性的作用吗？是在配置的整个环节都起决定性作用吗？其适用是否有限制呢？

无论是十七届三中全会《决定》提到的“从制度上更好地发挥市场在资源配置中的基础性作用”，还是十八届三中全会《决定》提到的“紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用”，给人的印象都是市场在资源的配置过程中的作用相当重要。但是，土地，或城乡建设用地这一特定资源是否可能成为例外？或更准确地说，一定程度上的例外？笔者在此并不企图对其进行全面论述而只是想从两个方面将这些问题揭示出来并初步讨论。一方面，通过对“一级市场”的讨论，试图澄清一些认识上的误区；另一方面，论述市场机制在建立城乡统一的建设用地市场过程中的局限和不足。

“一级市场”的全称是“建设用地使用权一级市场”，指的是建设用地使用权从所有权中分离出来，首次以有偿的方式，在自愿平等协商的基础上让渡给土地使用者，并由这些让渡行为形成的土地市场。与之相对的是“二级市场”，即建设用地使用权人从土地的一级市场中获得权利后，通过转让、出租、抵押等形式将其权利在一定年限内有偿让渡给他人而形成的土地市场。^①一级市场的形成意味着建设用地使用权的设立或者出让，反映的是土地所有权人和使用权人之间的关系；二级市场涉及的仅仅是不同的建设用地使用权人之间的权利转移。由于建设用地包括集体经营性建设用地使用权的出让是整个建设用地使用权制度的核心和起点，不解决这个根源上的出让问题，其进一步的流转就是无源之水。^②

在这里，容易让人误解的地方是，尽管在建设用地使用权的二级市场中，权利的移转主要是通过市场交易行为进行。因此，在其一级市场形成过程中，同样或主要依赖市场机制的自由竞争。甚至人们仅仅从“一级市场”这一特定称呼中也能看出这一点。相关法律也是这样规定的。例如，2002年原国土资源部出台《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》第4条明确规定：“商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性用地，必须以招标、拍卖或者挂牌方式出让。”该规定叫停了在此之前采用多年的协议出让方式，取而代之的是公开交易的市场原则在其中起到了主要的作用。^③概言之，人们通常以为市场机制在整个建设用地使用权出让的过程中起主要作用，并由此形成所谓“一级市场”。

但其实并不是。《城乡规划法》第38条规定：“在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的，在国有土地使用权出让前，城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划、提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件，作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块，不得出让国有土地使用权。”也就是说，在建设用地使用权出让过程中或者之前离不开规划条件和用途管制对其限制。另外，在双方当事人签订建设用地使用权出让合同之后、建设项目实施前，建设单位还要通过建设项目的预审。国土资源部门在建设项目的审批、核准、备案等不同阶段，都会对其所涉及到的土地的具体利用事项进行审查。^④对此，《城乡规划法》第38条第2款规定：“以出让方式取

① 参见陈晓芳：《我国建设用地使用权一级市场法律制度研究》，北京：法律出版社，2014年，第10页。

② 参见孟俊红：《集体建设用地使用权物权法建构研究——以“同地同权”为基础》，第62页。

③ 参见陈晓芳：《我国建设用地使用权一级市场法律制度研究》，第22页。

④ 参见欧名豪等：《我国建设用地总量控制控制与差别化管理政策研究》，第100页。

得国有土地使用权的建设项目,在签订国有土地使用权出让合同后,建设单位应当持建设项目的批准、核准、备案文件和国有土地使用权出让合同,向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。”

由此可见,在建设用地使用权出让之前、之中和之后的整个环节,都有政府土管部门的介入和干预。如果说在符合规划、用途管制和项目审批等一系列建设用地供地标准的前提之下,建设用地使用权通过招、拍、挂来公开交易从而形成土地“一级市场”的话,那也只能说在这一过程中,市场起到次要的而不是主要作用,起主要作用的是规划和用途管制。高圣平认为,建设用地的设立和转移之间的规则设计应有所不同:前者涉及用地审批、用途管制和规划许可等,而后者只要不改变用途可自由转移。^①因此,在建设用地使用权的出让过程中,有意、无意强调建设用地使用权的形成借助了土地的“一级市场”就是一个令人迷惑的说法。在笔者看来,更为准确的一个表述也许是,土地资源的初次配置主要靠规划;再次配置主要靠市场。^②初次配置针对的是建设用地使用权的出让;再次配置是建设用地使用权的转移。

与人们通常想法不一样的是,即便国有建设用地,严格来说,也只是商品房用地有统一市场,所有其他类型建设用地都不是通过纯粹的市场进行资源配置。例如,原国土资源部 2006 年发布实施的《全国工业用地出让最低价标准》规定:“工业用地必须采用招标拍卖挂牌方式出让,其出让底价和成交价格均不得低于所在地土地等别相对应的最低价标准。”尽管采取招、拍、挂的方式进行出让,但国家对工业用地实施价格管制,这在一定程度上削弱了市场机制的作用。^③工业用地的供地与该地上的具体工业项目紧密相关,没有具体项目的建设、实施,工业用地很难单独供应。原国土资源部 2004 年发布的《工业项目建设用地控制指标(试行)》中规定:“各级国土资源管理部门要严格执行《控制指标》与相关工程项目建设用地指标,从严控制供地。不符合《控制指标》要求的工业项目,不予供地或对项目用地面积予以核减。”

另外,土地具有不可移动的自然性质。市场之所以能发挥其有效配置资源作用,是因为资源作为生产要素能够自由流动,从而根据需求定律达到所谓“市场均衡状态”。但土地不可移动。在城市形成或扩张过程中,一般来说,是沿着既定方向连续向前平铺式地推进,也就是围绕着一个(些)既定的城市中心逐步向四周扩展而形成城郊和远郊之分,市中心或城市边缘地带。这些距离城市中心远近不同的区域在空间上的位置是固定的,从而导致某些地段或地块拥有特定的区位优势。当城市规模扩大需要新增建设用地时,处于城市边缘的地块或地段凭借其区位优势必然优先进入新增城市建设用地的行列,而暂时排除那些不具有区位优势的边远地块。由于区位的固定性,使得土地的供应不是自由竞争,而是某些土地具有天然的垄断性。^④

对此有人会质疑:尽管土地空间位置是固定的,区位优势会形成某种垄断,但这并不影响价格作为信息传递的方式而准确及时地反映出土地无论是针对供给方还是需求方的稀缺程度。这背后的理由,按照一本教科书中的表述就是:通过调整价格来实现区位均衡。^⑤即便区位是固定的,有垄断性,但价格机制仍然能发挥其应有的作用,能够将资源准确地配置给出价最高也就是最为珍惜该资源的需求方,同时土地也被配置到其能够最大程度发挥用途的地方。对此,笔者也予以认可。但还要看到其他方面的可能后果。通常意义上的自由竞争,条件之一是允许所有竞争者都可自由进出市场,而且是机会平等地进出市场。可是土地的不可移动却阻碍了这一点。当一座城市扩张其边界而新增建设用地时,靠近城市的城郊土地必然会

① 高圣平:《建设用地使用权设立规则》,《中国土地》2009 年第 11 期。

② 华生的表述是,“土地资源的一级配置是由规划决定,而不是由市场决定。”参见华生:《新土改——土地制度改革焦点难点辨析》,北京:东方出版社,2015 年,第 58 页。笔者建议不用“一级”和“二级”这样的表述,是因为这可能会带来歧义,即在级别或等级上有差异。而“初次”和“再次”这样的表述意味着次序先后。之所以不用“市场”而用“配置”,是想突出这其中不仅有市场,更有政府的作用。

③ 参见郭洁:《集体建设用地使用权流转市场法律规则的实证研究》,第 97 页。

④ 正统经济学理论认为,有数量众多的买方和卖方从而没有谁能单独有可影响竞争结构的力量,是存在一个完全竞争性市场的必要条件之一。参见保罗·海恩等:《经济学思维方式》,史晨等译,北京:世界图书出版公司,2012 年,第 179 页。

⑤ 阿瑟·奥利沙文:《城市经济学》,北京:北京大学出版社,2008 年,第 8 页。

优先于甚至是排除掉那些位置相对远离城市中心的土地。如果是自由竞争，就应当让所有想进入城市建设用地的土地同等竞争，哪怕是通过价格机制进行调节，这在事实上也不可能，因为土地位置是固定的。结果是只有城郊土地的农民才可能成为供地方，而其他土地上的农民则没有机会。

此外，允许集体经营性建设用地入市的重大意义之一就是盘活土地资源让农民获得财产性收入。但这里的“农民”不可能是所有的农民，而只能是那些可能进入市场的集体经营性建设用地上农民。如果土地入市的农民获得巨额财富并排除绝大多数农民增加财产的机会，就会导致如同贺雪峰所认为的那样，即在农民中形成一个土地既定利益集团，这个只占农民总人口5%左右的土地食利阶层。^①但这也许不是一个问题，因为有人提出以政府税收的形式构建全民参与的土地出让收益共享机制。^②但华生却认为这种想法不现实。因为如果土地入市之后增值的数额很高，通过税率调节就会有麻烦：边际税率低了，达不到调节目的；边际税率很高，征税成本就会急剧上升。并且，以台湾的实践经历对此进行了例证。^③

四、方法论的反思：权利该如何平等？

众所周知，“建立城乡统一的建设用地市场”这一重要政策目标主要针对的是传统城乡建设用地二元结构种种不足这一事实而提出的改良方案。在对城乡二元土地制度不足的批评中，最为常见、可能也最为有力的依据是权利平等的话语体系。如同刘守英说的那样：“在宪法规定下，中国的城乡土地采取分属两套不同的法律约束，由此形成城乡土地完全不同的权利体系。”随之而来的结果是，“土地市场处于城乡分割的状态。”^④针对这种情形，自然而然的政策回应便是“建立城乡统一的建设用地市场”。而这背后实际上隐含着一个支撑性的想法或理念，这就是“平等是首要原则”。^⑤

诸如此类的论断或论述看起来似乎很有道理，但在笔者看来，其实有不少值得进一步深入讨论的问题。更重要的是，这种论断或论述的方式折射出其方法论上的重大不足，而正是方法上的问题才导致这些似是而非的论断的产生并给人们以各种形式上的误导。例如，如果要问为什么“同地同权”这个问题，或为什么“同等入市”？学界观点普遍一致，即同是土地所有权的集体土地所有权和国有土地所有权应当平等。^⑥其论证依据来自两方面：一个是法律上的；一个是理论上的。

有学者认为《物权法》第4条规定的平等保护原则是“同地同权”的法理依据，尽管什么算是平等保护仍有争议。^⑦但即便两种权利在法律上应当受到同等保护，也不意味这两种权利在实质内容上是同等的并因此应同等适用。而一旦细究起《物权法》第4条，即“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯”。就会发现这一条文其实涉及两层意思：一层是关于“一体承认”，即物权法应对各种类型财产所有权在法律上给与平等承认；另一层是权利的平等保护。^⑧从逻辑上看，后一层的“平等保护”应该以前一层的“一体承认”为基础。如果一定要借助该条文对上述论断进行辩护，那么援引该法条所蕴含的前一层理念即“一体承认”，相对于该法条所蕴含的后一层精神即“平等保护”而言，似乎更有道理。

更多学者将法律上的依据追溯到《宪法》。例如，在周其仁看来，“同地同权”宪法上的依据是1988年宪法修正案中的第2条，即将原来《宪法》第10条第4款，即“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”，修改为“任何组织或个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法

① 参见贺雪峰：《地权的逻辑Ⅱ：地权变革的真相与谬误》，北京：东方出版社，2013年，第70页。

② 参见陆剑：《集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究》，第232页。

③ 参见华生：《新土改——土地制度改革焦点难点辨析》，第49页。

④ 刘守英：《中国城乡二元土地制度的特征、问题与改革》，《国际经济评论》2014年第3期。

⑤ 王小映：《平等是首要原则——统一城乡建设用地市场的政策选择》，《中国土地》2009年第4期。

⑥ 有人认为，“同地同权”就是要让集体所有制土地与国有出让土地具有同等身份、同等价格和价值、同等交易权利、同等增值水平、同等抵押能力等。参见莫开伟：《土改关键在于“同地同权”》，《中国联合商报》2014年12月15日，第E02版。

⑦ 张潜伟：《同地同权：农地入市的制度障碍与对此》，《农业经济》2015年第10期。

⑧ 孙宪忠：《物权法应采纳“一体承认、平等保护”的原则》，《法律科学》2006年第4期。

转让土地，土地的使用权可以依照法律的规定转让”。周其仁的解读是，由于该条文对可转让的“土地”没有限定，因此全国范围内所有土地的使用权都可以依法转让。但后续情形出现适用和解释上的困境。与宪法修正案同年也就是 1988 年修订的《土地管理法》第二条增加了一款作为第四款，即“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权转让的具体办法，由国务院另行规定”。尽管 1990 年国务院以 55 号令发布了《城镇国有土地使用权出让和转让条例》，即国有土地使用权可以出让和转让了，但至今国务院也没有出台允许集体土地可以出让和转让的条例。

这该怎么办？后来陆续出现形式多样的集体建设用地使用权流转的地方实践并出台了相应的法规和条例。例如，2005 年广东省人民政府出台的《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》便是其中的典型。然而，地方无法代表中央，中央始终没有在国家层面出台与之类似的法律、法规。尽管如此，周其仁却仍然认为：“个人之见，在目前情况下，同地不同权，国有土地可转让，集体土地不可转让，本身是违宪的非法现象。”^①但无论怎样，“违宪”的说法没有充分论据，至少在文本的层面上。只要“可以依照法律的规定转让”中的“法律”没有颁布、实施，就很难说是“违宪”。后来，2008 年十七届三中全会明确提出：“逐步建立城乡统一的建设用地市场，对依法取得的农村集体经营性建设用地，必须通过统一有形的土地市场、以公开规范的方式转让土地使用权，在符合规划的前提下与国有土地享有平等权益。”换言之，在符合一定的条件下，政策上允许集体经营性建设用地使用权可以转让，从而打破了这一僵局。

人们之所以认为集体经营性建设用地应当与国有建设用地一样，“同等入市”，根据在于这两种土地性质上是一样的，即都是建设用地。如果都是将其用于建设这一用途上面，就不该有所不同，而应“权利平等”才是。同时，学界相当一致地将两者在权利上的不平等归结于两种土地所有制的不同这一因素，即集体土地与国有土地在所有制上不同并以此遭受到“不平等待遇”。表面看该论证似乎很有道理：强调土地用于建设这一具体用途并将其视为权利平等的合理基础，两种土地权利不平等的根源在于土地的所有制不同。因此相应的改革方向就是：消除两种不同土地所有制在法律上的不平等，允许集体经营性建设用地与国有建设用地“同地同权”“同等入市”。

但与此同时，我们还要看到事情的另一面：尽管集体经营性建设用地和国有建设用地有相同的地方，但也有不一样的地方。甚至就相同点即都是建设用地而言，也不完全一样：集体建设用地有“经营性用途”这一限定，国有建设用地就没有；而且“经营性用途”这一限定究竟是什么意思，学者之间分歧很大。另外，两者之间有不同：国有建设用地，其实就是城市建设用地，而集体经营性建设用地，其实是农村建设用地；前者处于“城市”之中，而后者置于“农村”之列。很显然，城市与农村之间有天壤之别。但有人会问：城市与农村的确有差异，但这一点对于“同地同权”以及“同等入市”来说重要吗？甚至它们之间有关联吗？

前文中论述过，“同权”不仅包括权利主体可以如何行为，更重要的是，同时包括对权利的一些限制，也就是规划条件、用途管制以及具体使用方式。而农村和城市之别，在现代社会，基本上可以说是规划和用途管制的产物。^②换言之，城市和农村的不同其实就是规划和用途管制的不同。关于“同等入市”的一个极端观点是，应当允许农民自主城市化。^③甚至有人主张废除土地用途管制，而其论证的逻辑竟然将根源追溯到两种土地所有制的不同。^④就此而言，有学者甚至声称修改《宪法》相关条文。^⑤这些论断涉及的问题很复杂且各有侧重，但有一点相同，这就是将集体土地与国有土地的所有制不同视为问题的总

① 参见周其仁：《同地同权的宪法依据》，《城乡中国》下册，北京：中信出版社，2013 年，第 193 页以下。

② 参见布莱恩·贝利：《比较城市化》，顾朝林等译，北京：商务印书馆，2010 年，第 195 页；巴里·尼德汉姆：《荷兰土地使用规划：原则与实践》，罗震东译，南京：东南大学出版社，2014 年，第 21 页；卡尔·史密斯：《芝加哥规划》与美国城市的再造》，王红杨译，南京：译林出版社，2017 年，第 2 页；洪文迁：《纽约大都市规划百年：新城市化时期的探索与创新》，厦门：厦门大学出版社，2010 年，第 3 页。

③ 参见孟俊红：《集体建设用地使用权物权法建构研究——以“同地同权”为基础》，第 37 页。

④ 张曙光：《城市化背景下土地产权的实施和保护》，《管理世界》2007 年第 12 期。

⑤ 蔡继明：《完善法制建立城乡统一的建设用地市场》，《中国党政干部论坛》2014 年第 6 期。

根源，认为这违背了所谓“平等原则”。如果仅从土地所有制这一维度来看，的确集体建设土地和国有建设土地有很大不同。但问题是，集体建设土地和国有建设土地的不同真的是因为所有制的不同造成的吗？换言之，所有制的不同是导致集体建设用地和国有建设用地不同的真实原因吗？

其实不是。正如华生所认为的那样，国有土地和集体土地的不同不是起源于所有制不同，而是两种土地上的规划和用途管制有差异，导致的结果是国有土地在城市，而集体土地在农村。只不过由于所有制之不同恰恰与城乡之别相互重叠，使得人们产生了错觉，以为所有制不同是国有土地和集体土地不同的真实原因。为什么是这样？试想一下，即便没有土地所有制的不同，就算是土地私有制情形下，例如美国，仍然会有城市和农村之别，也就是存在规划和用途管制的不同。^①换一个角度也许更容易看清楚这里的因果关系。例如，即便是废除传统的征地制度，允许集体经营性建设用地无需先“变性”为国有建设用地就可直接入市。但如果仍然有规划和用途管制的限制，其结果是一样的，也就是什么范围内的、什么样的集体经营性建设用地、以何种具体方式进入市场，仍然不是集体经济组织或农民集体成员所能独自决定的。

换言之，即便是消除两种土地所有制上的不同，但同时保留规划条件和用途管制，其结果是不变的，即两种土地仍有重大差异：一个在城市，一个在农村。按照这一逻辑，甚至“城市”“农村”的称谓也不重要，只要承认有规划条件和用途管制这一点就足够了。因为即便是国有建设用地，如前文所述，其入市同样会受到规划、用途管制和使用方式的限制，也不是自由入市，并且只有符合了既定条件之后，才可能有所谓的“直接入市”。因此，从土地所有制来看，集体建设用地和国有建设用地的确不同；但从都是建设用地并因此都将受到规划和用途管制限制来看，两者又一样。然而，如果从建设用地之间和其内部不同种类的情况来看，不同的建设用地，无论是国有建设用地，还是集体建设用地，其所受到的规划和用途管制的具体情况又会不同。

而关键的问题是，在众多可能比较的基准中哪一个是重要的？很显然，就我们讨论的问题而言，地块的具体情况及其上的规划和用途管制才是重要的比较基准。如果是这样，可能会有人抱怨：你论证了半天，无非就是想说明规划条件和用途管制对于讨论“同地同权”“同等入市”很重要。我承认这一点。即便如此，仍有两点值得提出来：一个是，尽管学界普遍承认这一前提，而一旦涉及具体问题、进入具体论述中，就往往在不经意间一定程度上背离了这一既定前提，而出现与前提不相一致的结论。例如，关于“小产权房”的争论。^②另一个是，没有看到这个前提本身也是一个相当笼统的表述，而一旦进入到现实世界，规划条件和用途管制针对不同的具体的建设用地，情形则是千差万别，从而应有所区别对待。

五、结语

“建立统一的城乡建设用地市场”是2008年十七届三中全会《决定》以及后续一系列重要的国家层面政策文件中关于农村土地制度改革所提出的核心政策目标之一，而集体经营性建设用地与国有建设用地“同地同权”“同等入市”是实现上述政策目标的重要途径。无论是作为目标的“统一市场”，还是视为手段的“同地同权”，都引发学界和政策部门广泛持续的讨论和争论。2020年1月1日起实施的《土地管理法》也未必能够在事实上终结这场持续的讨论和争论。

拿“同地同权”来说，学界一方面讨论的较为宽泛，不细致；另一方面，把讨论的重点放到赋予集体经营性建设用地与国有建设用地相同的权利或权能方面。但如果忽略了权利上的限制，在这里则是规划和用途管制，那么就很容易看错问题的关键，因为正是规划条件和用途管制决定了两者之间是否以及应当“同地同权”。土地用途有着更为细致的分类，即便都是国有建设用地，其内部不同种类之间，如居住用地和工业用地，就并非是“同地”。另外，集体经营性建设用地的分类并没有定型化，不如国有建设用地分类那样成熟，甚至集体经营性建设用地本身所指什么还有很大争议。就“统一市场”而言，我们关于市场机制在其对城乡建设用地这一特定资源进行配置的整个过程中的作用有认识上的误区。通过对“一级市

^① 参见华生：《城市化转型与土地陷阱》，第117页。

^② 孙鹏等：《集体建设用地流转风险控制与法律构造》，武汉：华中科技大学出版社，2016年，第171页。

场”这一术语的论述，澄清了市场在建设用地使用权形成或出让的环节中不起主导作用，起主导作用的是规划和用途管制这一观点。在建设用地使用权转移也就是“二级市场”的过程中，尽管市场起主要作用，但也受到诸多限制。市场机制适用的条件之一是要素之间能够自由流动。但土地的区位固定性导致市场机制很难有效发挥其资源配置的功能。即便是通过调整价格来实现区位均衡也仍然会引发其他后果，其中之一便是城郊区土地食利阶层的形成。

关于“同地同权”，有不少理论支撑，权利平等的话语体系是其中最为普遍似乎也最为有力。但在权利该如何平等这一问题上，学界的讨论方式折射出方法论上的重大不足，这就是把作为抽象原则的权利平等当成论证的既定前提。问题是，在具体语境中，什么要或应当平等？由于土地具有多种属性，与属性相关的权利便具有多重维度。在没有对两个对象之间哪一（些）特征做出具体的比较和选择之前就说权利应当平等，就没有道理。其后果之一是误以为集体经营性建设用地与国有建设用地之间“权利不平等”的根源是所有制有差异。但原因其实是城与乡的不同，也就是规划和用途管制不同，导致两种建设用地间的权利“不平等”。如果城与乡之间的确有不同，并且这一点很重要，那么就很难说两者之间“权利应当平等”。

概言之，无论是“同地同权”、还是“统一市场”、抑或“权利平等”，首要的一个问题是，我们不能笼统地或泛泛而谈，而是要面对真实世界，深入到事实细节内部，针对具体问题进行细致而全面地判断。关键的问题是，针对某一具体问题，是事物间的相同点重要，还是差异点更重要。例如，都是土地，两块地之间当然有相同的地方，但也有不同的地方。然而，究竟是相同的地方重要还是差异的地方更重要？^①这一事物的逻辑，体现在集体经营性建设用地与国有建设用地之间也是如此。

集体经营性建设用地是建设用地，国有建设用地也是建设用地，两者在这一方面是相同的。同时，集体经营性建设用地在农村，国有建设用地在城市，在这一方面两者是不一样的。问题的重点是：究竟同为建设用地这一相同点更重要，还是作为城乡之别这一差异点更重要？换言之，都是建设用地，集体经营性建设用地和国有建设用地在两个维度上不同：一个是所有制，一个是城与乡。于是，关键的问题是：究竟所有制不同重要，还是城与乡有分别更重要？笔者认为，城与乡之间的差异在这个问题上更重要。显然，事物因素之间重要性的比较是一个判断，而不仅是或不可能是简单的逻辑推演。不同因素之间相对重要性的判断之所以重要，是因为这往往与因果关系的确证有关，而这将会直接影响到制度设计的方向和重点。

最后，随着逐渐深入到事实细节内部，事物间的差异点越来越多，而不是表面看到的那样“铁板一块”。例如，建设用地作为区别于非建设用地来说是同样的，但集体经营性建设用地与国有建设用地之间就有显著不同，在规划和用途管制方面有差异。随着建设用地上的诸多限定的层层界定，建设用地才会越来越显示出同质性。例如，就算同是国有建设用地中的工业用地，还必须符合下列条件，即在同一区位，规划和用途管制相同，符合土地利用年度计划，通过的项目准入管制（建设项目审批）、强度管制（集约利用）以及去向管制（建设用地供应）都一样时，^②才可能称之为“同地同权”“同等入市”。在这个意义上，可以说回到现实世界，面对具体事实并深入其内部，强调事物之间的差异性而不是共同性，以及关注差异性所导致的可能后果，而不是从抽象的原则、概念、命题或规范出发讨论问题，也许更为合适，也更有可能讲出一番令人信服的道理来。

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

（下转第 141 页）

^① 贺雪峰的一个例证生动地展示了这一点。他认为，一般农区的宅基地与沿海发达地区城郊的宅基地尽管都是宅基地，这一方面是相同的；但有不同的地方，即一般农区的宅基地更接近于农地，而发达地区城郊的宅基地更接近于建设用地。参见贺雪峰：《当前土地制度改革的几个重大问题》，贺雪峰、桂华、夏柱智：《地权的逻辑Ⅲ：为什么说中国土地制度是全世界最先进的》，第 24 页。

^② 参见欧名豪等：《我国建设用地总量控制与差别化管理政策研究》，第 97 页。