

“四荒”拍卖与土地使用权

——兼论我国农用权的目标模式

崔建远

受国有土地使用权有偿出让与转让的影响,“四荒”拍卖在我国开始兴起,现已遍及全国15个省、自治区,拍卖“四荒”已达1200万亩之多。^{〔1〕}“四荒”拍卖对调动人们治山治水的积极性,合理开发土地后备资源,稳定耕地面积,深化土地使用权制度改革,建立和完善我国物权法上的农用权制度,尤其是对我国物权法的起草工作具有重要意义。

所谓“四荒”,是荒山、荒坡、荒沟、荒滩的简称,在我国土地管理法中统称为“荒山、荒坡”。“四荒”是指在目前自然和经济技术条件下,可以开发利用却尚未开发利用的土地后备资源。所谓“四荒”拍卖,是指农村集体经济组织代表本社区的全体成员(农民),以拍卖的方式,出让“四荒”土地使用权给社区内外的公民、法人等,用于农林牧渔生产经营,并于拍卖使用期满时将其收归农村集体经济组织的制度。公民、法人等通过“四荒”拍卖程序,支付清地价款,办理完登记手续,便取得“四荒”土地使用权。

“四荒”土地使用权以竞买人占有、使用、收益农村集体经济组织所有的“四荒”土地为内容,以从事农林牧渔生产经营为目的,这些都与现行的土地承包经营权(包括口粮田使用权和责任田承包经营权)相同。但应看到,“四荒”土地使用权与土地承包经营权更有本质的差别,最重要的是两者产生的经济背景和分配基础不同。后者是家庭联产承包制初始阶段的产物,是社区成员作为集体土地所有人中的一分子所应获得的一项财产,是他们就业所必需的,是他们获得生活来源的法律保障。正因为如此,土地承包经营权是基于土地按人或按劳动力均有(口粮田使用权是按人均有,责任田承包经营权是按劳动力或按人均有)的原则而产生的。每个农村承包经营户均享有与其人口或劳动力相应的土地承包经营权。这种社区成员与社区土地对应配置模式与当时农户的生产能力相吻合。在当时的条件下,农户取得土地承包经营权至关重要,取得该权后也充分发挥出了应有的效能。新一轮土地承包制度下的土地承包经营权,虽然其存续期限延长了30年,因“增人不增地,减人不减地”而修正了土地均有原则(有些地区尚未修正后者),可以经发包人同意而被转包、转让、互换、入股、抵押等,同第一轮土地承包制度下的土地承包经营权相比有所发展变化,但仍无根本性的改变,并未突破社区成员与社区土地之

* 本文作者系吉林大学法学院教授。

〔1〕 见1995年3月22日《中国土地报》。

间对应配置的现状(当然,在现有背景下也不应突破),土地承包经营权尚未完全进入市场,随着改革的深化,相关制度的配套,依然有必要发展完善,走到农地权的目标模式。

与此不同,“四荒”拍卖是一种开放的市场行为,“四荒”土地使用权原则上是基于价高者获得的原则而归竞买人享有,它不是土地按人或按劳动力均有原则的产物,不存在社区成员与社区土地之间对应配置的分配问题。正因为竞买人通过公开、平等的竞买,支付出最高价而取得“四荒”土地使用权,其客体少则十几亩,多则几十亩,乃至几万亩,故易产生规模效益,因此可以说,“四荒”土地使用权是由市场按效益最大化原则配置的。同时,“四荒”土地使用权在不改变土地用途的前提下依法自由转让、出租、抵押、入股、互换等,真正进入了土地市场,所以,容易导致“四荒”向经营能手集中,发挥出最佳效益。^{〔2〕}

虽然在进入土地市场的自由度这点上,“四荒”土地使用权与国有土地使用权非常接近,但两者仍是不同的不动产权利,其最本质的区别在于,前者以农林牧渔生产经营为目的,后者则以房地产开发建设为目的;前者尚未被全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律所确认,按严格的物权法定主义衡量,尚不具有物权效力,后者则已被法律所规范,属于真正的物权。

二

正因为土地承包经营权是社区成员与社区土地之间对应配置、土地均有等分配原则的产物,所以,它的主体必然是社区成员。为了防止社区成员取得土地承包经营权后将其转让给社区外部成员,使土地承包制的目的部分落空,我国政策与法律只允许土地承包经营权转包,而禁止转让、出租、抵押。新一轮土地承包制度下的土地承包经营权的流动有所松动,国务院批转的农业部《关于稳定和完善土地承包关系的意见》规定:“在坚持土地集体所有和不改变土地农业用途的前提下,经发包方同意,允许承包方在承包期内,对承包标的依法转包、转让、互换、入股,其合法权益受法律保护,但严禁擅自将耕地转为非耕地。”这表明,只要农村集体经济组织不同意,土地承包经营权人仍不可能变为社区外部成员。与此不同,“四荒”拍卖是一种开放的市场行为,每个人都可以平等、公开地竞买“四荒”土地使用权,谁出价最高谁就会取得该权,所以,社区外部成员取得“四荒”土地使用权者并不在少数。在实践中,“四荒”土地使用权人有社区内部成员,也有社区外部成员,如农民、工人、国家机关干部、企业法人、社会团体、个体工商户,乃至外商。

但应看到,“四荒”土地使用权人的范围扩大也有弊端:其一,由于许多农民的资产积累低于企业法人、个体工商户、私营企业主、国家机关工作人员,个别地区的农民连温饱问题都未解决,因此在实际的竞买活动中处于不利地位,难以取得“四荒”土地使用权,影响了农民就业。其二,国家机关工作人员竞买“四荒”土地使用权,从事第二职业,不利于做好本职工作,也难称职地开发经营“四荒”,还容易利用职务上的便利谋取私利。有鉴于此,有人主张有条件地限制“四荒”土地使用权的受让主体范围,奉行“在职工人、国家机关干部承租‘四荒’应当禁止;国家机关和团体承租‘四荒’不宜提倡;企业和农民承租‘四荒’应当鼓励”的原则。^{〔3〕}这种意见值得重视。

〔2〕 在这里有必要指出,此处之“四荒”土地使用权不同于我国担保法规定的经发包方同意可用于抵押的“四荒”土地使用权,因后者属于土地承包经营权范畴,其转让必须征得发包方同意,否则无效。

〔3〕 李生:《“四荒”使用权拍卖中的法律问题》,《农业经济问题》1995年第4期。

由于“四荒”土地使用权之拍卖以受让人进行农林牧渔生产经营为目的,因而“四荒”土地使用权人应具有开发利用“四荒”资源的能力。例如,权利人应具有必要的资金、技术,使“四荒”被拍卖后确实能按照总体规划和拍卖合同的规定得到开发。其中,构成开发能力所需必要的资金,不是作为取得“四荒”土地使用权对价的地价款本身,而是地价款以外的用于“四荒”开发的资金。构成开发能力所需的技术,必须是使“四荒”开发达到总体规划和拍卖合同规定的程度的技术,而不是水平很低的达不到开发要求的普通技术。只有具备这种标准的开发利用“四荒”资源的能力,才能达到“四荒”拍卖的目的。

三

土地承包经营权作为社区成员就业与生活保障的法律手段,其客体自然为耕地(也有时为“四荒”),主要是农村集体经济组织所有的耕地,在原国营农场地区为国有耕地,“四荒”只在个别情况下成为土地承包经营权的客体。与此不同,“四荒”土地使用权的客体只能是荒山、荒坡、荒沟和荒滩,有的地区有荒水。“四荒”是将要开发成的耕地(含林地、鱼塘等),不是现实的耕地。在具体的“四荒”土地使用权中,其客体通过“四荒”的种类、位置、面积、四至等自然状况加以确定。

在“四荒”拍卖的实践中,拍卖双方均把“四荒”上的竹木作为“四荒”的构成部分,一同拍卖,换言之,“四荒”上的竹木亦为“四荒”土地使用权的客体。这有其根据,应予肯定。其一,从物理方面看,“四荒”与其上之竹木连为一体,尚未割爻的竹木成为地上物或曰定着物,早在罗马法上即有土地吸收地上物之说,把“四荒”上的竹木作为“四荒”的构成部分,进而成为“四荒”土地使用权的客体,顺理成章。其二,从权限方面看,竹木作为“四荒”土地使用权的客体意味着拍卖人仍享有竹木的所有权,竞买人不享有竹木的处分权,这对于防止竞买人滥砍滥伐,破坏生态平衡,保护农村集体经济组织的合法权益,都具有重要意义。至于竞买人对不成材的薪炭竹木的享有,可以通过拍卖人的特别授权解决;或者是拍卖合同规定竞买人有权砍伐薪炭竹木并享有收益权,或者是拍卖合同规定竞买人直接享有脱离“四荒”的竹木的所有权,等等。

在“四荒”拍卖的实践中,拍卖双方往往把“四荒”上的建筑物作为“四荒”的组成部分,一同拍卖。对此,可作如下分析:按照我国现行法的规定,土地本身为一项不动产,地上建筑物为另一项不动产,它们可以分归不同的主体享有。但这样处理会产生弊端:“四荒”的开发利用与建筑物的管理使用会因主体不同而发生冲突,因主体的意见相左而不能取得最佳效益。克服这一弊端,不妨参照我国城市房地产管理法关于土地使用权与地上房屋一同移转的规定,将“四荒”连同其上建筑物一并拍卖,竞买人同时享有“四荒”土地使用权与“四荒”上建筑物的使用权。

应该指出,按照我国民法通则、土地管理法、矿产资源法和文物保护法的有关规定,“四荒”土地使用权的客体仅限于“四荒”地表及其一定高度的上空,地下矿藏、埋藏物、隐藏物、文物不能包括在内。地下矿藏归国家所有,“四荒”土地使用权人若想在“四荒”下采矿,还须依法取得采矿权。埋藏物、隐藏物归其主人所有,主人不明时归国家所有,无论如何,不会成为“四荒”土地使用权的客体。文物亦然。

在“四荒”土地使用权的客体方面,实践中尚存有如下问题,亟待解决:其一,在许多地方,“四荒”拍卖缺乏科学的规划和计划,与土地科学利用的总体规划脱节,也未纳入年度土地开发计划,盲目性较大,个别地方将其“四荒”全部拍卖了,未预留村镇建设用地和公共用地,这对将

来村庄向荒山、荒地发展,置换和保护耕地十分不利。^{〔4〕}解决这一问题,可采取如下法律对策:具体的“四荒”拍卖行为,在违反土地利用总体规划、违反年度土地开发计划、以预留的村镇建设用地和公共用地为客体时无效,不产生“四荒”土地使用权。其二,在实际中,“四荒”土地所有权大多归集体享有,也有归国家享有的。在地籍调查工作尚未结束的地区,一些农村集体经济组织擅自将国有的或者尚未确权的“四荒”拍卖;在地籍调查工作已经结束的地区,一些农村集体经济组织擅自将国有的“四荒”拍卖。^{〔5〕}这些均属无权处分,并侵害了国家利益,其拍卖行为应归于无效,登记机关应拒绝“四荒”土地使用权登记。

四

在内容上,“四荒”土地使用权含有占有、使用、收益集体所有的“四荒”土地三项权能;具有以“四荒”土地使用权出租、抵押、转让、互换、入股等处分效力;在“四荒”土地使用权遭受不法侵害时产生请求停止侵害、排除妨碍、恢复原状等请求权。就此看来,“四荒”土地使用权为一种物权。

但它同土地承包经营权、国有土地使用权、采矿权等已被全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律所确认的用益物权均不相同。迄至今日,它只是得到了地方法规或地方规章或部门规章所肯定和规范,受到了一些省部级领导人的称赞和提倡,尚未被全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律所确认。按严格的物权法定主义衡量,它尚算不上物权。因为一般认为,物权法定主义所言之“法”,系指全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律,而不包括国务院制定的行政法规、国务院各部委发布的部门规章、地方人民代表大会及其常务委员会制定的地方法规、地方人民政府发布的地方规章。^{〔6〕}

这种立法的欠缺,属于我国现行法律体系存在的不圆满状态,已经构成法律漏洞。有法律漏洞就应补充。对这种欠缺物权种类的法律漏洞,可否以类推适用、目的性扩张、目的性限缩诸制定法内的补充方法加以填补?回答是否定的。“物权法定主义不容许依类推适用之方法创设法律所未规定之物权”,^{〔7〕}否则,就是对物权法定主义的规避。同样,也不容许依目的性扩张、目的性限缩诸方法创设法律所未规定的物权。

在上述补充方法不被容许,制定新法律未果的背景下,如何使“四荒”土地使用权具有法律效力呢?债权法可发挥一定作用。债权法以意思自治为原则,当事人可依法创设任何类型的合同,包括无名合同,不存在什么法定主义的羁绊。事实正是如此,“四荒”拍卖合同成为“四荒”土地使用权产生、存续的法律事实,成为“四荒”土地使用权具有法律效力的依据。竞买人基于“四荒”拍卖合同有权请求出卖人交付“四荒”,并占有、使用、收益,以满足自己的需要。竞买人取得“四荒”土地使用权后还有权将其出租、抵押、互换、转让、入股。这表明,“四荒”土地使用权具有请求力、保持力、执行力、处分权能等,说明在我国现行法上,“四荒”土地使用权虽不发生物权效力,却具有债权性质,从而受到债权法的完全保护,从而缓和了物权法定主义的硬化,起到了一定的弥补作用。

应该看到,这样解决问题仍具有不圆满性,作权宜之计尚可理解,永久如此则不能尽如人

〔4〕〔5〕《中国土地报》1995年3月22日。

〔6〕理由详见崔建远:《我国物权法应选取的结构原则》,《法制与社会发展》1995年第3期。

〔7〕王泽鉴:《民法物权》第1册,三民书局,第16页。

意。因为：第一，债权毕竟只有相对性，而无对世的效力，在我国现行法尚未承认第三人侵害债权的背景下，仅承认“四荒”土地使用权为债权，难以最圆满地最有效地抵御第三人的不法侵害。加上我国占有制度及其理论的不发达，在司法实践中也难以基于占有之诉抵御第三人的违法加害行为。这充分表明了将“四荒”土地使用赋予物权效力的必要性。第二，债权仅具有请求力、保持力、执行力、处分权能等，而无支配力。将“四荒”土地使用权视为债权，仅仅着眼于拍卖人与竞买人之间的相对关系，却忽视了“四荒”交由竞买人占有、使用、收益的事实，忽视了竞买人可以依法自由转让“四荒”土地使用权这种特殊的处分力，概括地说，忽视了竞买人成为“四荒”土地使用权人以后对“四荒”的直接支配的关系，即实质上的物权关系。对“四荒”土地使用权所具有的物权之实，法律视而不见或视而不管，违反事理，不能谓之善法。只有当法律将具有物权之实，却以债权形式表现出来的“四荒”土地使用权，除去债权形式，还其物权的本来面目，使经济关系的本质要求与法律的最佳保护真正统一起来之时，才算较为圆满地解决了问题。我国民法通则将承包经营权赋予物权效力后，情况大为改观，即为明证。这就要求全国人民代表大会及其常务委员会尽快制定法律，确认“四荒”土地使用权的物权地位。

物权立法牵涉到许多方面，存在的难题也多，因而确认“四荒”土地使用权的物权法或土地法未必能在短期内出台，但“四荒”土地使用权却在广大农村日益普遍化，仅截止到1995年3月即遍及15个省、自治区，待其形成习惯时，可否具有物权的性质和效力？尽管从物权法定主义的本意看，其中所言之“法”并不包括习惯在内，但“物权法定主义过于硬化，难以适应现时社会经济之发展，倘于习惯上能有适宜的公示方法之新物权之生成，自不妨予以承认”。〔8〕从实践看，我国各地规章均要求“四荒”土地使用必须登记，并正在着力贯彻，说明它有适当的公示方法，不会害及已尽适当注意的第三人。于此场合，对物权法定主义从宽解释，把“四荒”土地使用权纳入现行物权体系，并不违反交易安全原则，未与物权法定主义设立的初衷相抵触。

五

“四荒”土地使用权连同土地承包经营权（包括口粮田使用权与责任田承包经营权）一起共同构成了我国现行法上的农用地体系。它们虽有以农林牧渔生产经营为目的，以土地地表为客体的共性，但也有差异，主要表现在以下几点：1. 从各自所占比例看，责任田承包经营权占绝大份额，而口粮田使用权和“四荒”土地使用权所占份额则微乎其微。这说明农村土地市场极不发达，农用地的合理流动只是局部的。2. 从各权产生的背景和进入土地市场的自由度看，“四荒”土地使用权完全是按市场规则产生和运作的，其转让无须取得农村集体经济组织的同意，流通的自由度最高，已完全进入了土地市场。责任田承包经营权系按劳动力甚至按人均分而生，用于农林牧渔商品生产经营，但转让却必以发包人的同意为要件，仅有限度地进入了土地市场。口粮田使用权人人均有，系每个社区成员的口粮来源的法律保障，体现着福利与生存功能，不得进入土地市场。3. 从各权取得的代价看，口粮田使用权取得的代价最低，使用权人只承担农业税；责任田承包经营权取得的代价较高，承包经营权人不但承担承包费、农业税，还负有按照承包合同向定购方交付定购粮棉的义务；“四荒”土地使用权取得的代价最高，使用权人支付的地价款是使用权存续年限的租金总和，是等价交换原则的体现。

一项农用地细化为三种类型的土地使用权，三权之间又呈现着如此大的差异，在历史发展

〔8〕 郑玉波：《民法物权》，三民书局，第16页。

过程中虽各有所据,但从未来的发展趋势看,这种复杂化非但没有必要,而且有的类型继续存在也不合适,应当取消。这就需要在适当的时机对现行农用工体系加以整理。基于什么理念加以整理,如何选择农用工的目标模式,这是现在就应思考和回答的问题。

包括土地权利制度在内的物权法的规范目的,既有促进土地等有限资源的有效率使用,减少交易成本的一面,又有实现公平正义及权利社会化的一面。几项价值必须妥当衡量,不得妄加偏重。整理现行农用工类型,选择农用工的目标模式,必须循此思路。

“四荒”土地使用权是由市场按效益最大化原则配置给竞买人的,由有经济实力、会开发经营之人取得,并可以依法自由转让,向经营能手进一步集中;农村集体经济组织一般都贯彻规模效益原则,连片拍卖。这就是说,“四荒”土地使用权制度符合效率优先原则。同时,通过市场公开拍卖,平等竞争,价高者得,也符合公平原则(至少在一定意义上如此)。这说明“四荒”土地使用权可作农用工的目标模式。

口粮田使用权人人均有,因每个社区成员在体能、技能、经验和经济实力等方面可能千差万别,故这种均有权利制度难谓高效率。不过,口粮田使用权是社区成员作为集体土地所有人中的一分子所应获得的一项财产,是其获得口粮的法律手段,并且是最低限度的法律保障,事关社区成员的生存权,是社会公平正义的体现,在未找到适当的替代制度以保障社区成员的口粮来源的背景下,口粮田使用权制度尽管不符合效率优先原则,也不能取消。于此场合,只能是社会公平优先,牺牲些效率。

责任田承包经营权作为家庭联产承包制的产物,至今也未突破社区成员与社区土地之间的对应配置关系,仍然是许多社区成员获得生活来源和就业的法律手段。受此限制,该权的转让、转包、抵押、互换、出租、入股等均须取得发包人的同意,否则,处分行为无效。这愈来愈不符合农村经济发展的要求,不符合土地使用权合理流动的改革方向:1. 因承包费很低,责任田经营收入中包含着一部分地租,故使有条件受让责任田承包经营权者企图低价或无偿取得,使有条件转让责任田承包经营权者因得不到应得的地租(转让费)而不愿转让。有条件转让责任田承包经营权者因非农业收入高而粗放经营责任田,有条件受让责任田承包经营权者因未受让而使劳动力、生产工具等生产要素不能合理利用。其结果是,极不利于农业的合理经营,违反效率原则。2. 责任田承包经营权系按劳动力甚至按人均分而生,在许多地区因劳动力甚至人口的变动而需要调整,这导致了经营的短期行为,不利于地力的保持和培肥,同样不利于农业的合理经营,违反效率原则。^[9]3. 因责任田承包经营权的转让须以发包人的同意为必要,发包人不同意时转让无效,即使转让是高效益的也枉然,所以在实践中多次发生符合效率原则的转让因发包人的反对而无效的事例,不利于农业的合理经营。

这种对效率的牺牲在过去乃至目前或许有其根据,但从发展的观点看却不值得。因为责任田承包经营权在过去和目前体现的社会公平经过下述变革仍可得以保留,它对效率的牺牲却可经过下述变革得到改变:变按福利分配原则配置责任田承包经营权为由市场按效益最大化原则配置农用工,变唯有社区成员方能充任责任田承包经营权人为社区内外成员均可成为农用工人,变唯有发包人同意方能转让责任田承包经营权为只要转让双方协商一致并不改变耕地用途即可转让农用工,变偏低的承包费为数额合理的地租,变社区成员通过分得责任田而获取福利和体现所有人一分子的身份为社区成员从农村集体经济组织分得一定地租来获取福利

[9] 参见董全海:《我国市场经济的耕地经营制度选择与创新》,《农业经济问题》1995年第4期。

和体现所有人一分子的身份,变责任田经营系社区成员唯一的或主要的就业途径为普通或次要途径。完全实现了上述改革,就兼顾社会公平与效率几项价值。虽然这种改革尚需时日,却是我们应努力奋斗的目标。

现行的“四荒”土地使用权正是上述态样的农用权,换言之,现行的责任田承包经营权应向“四荒”土地使用权模式转变。口粮田使用权所起的作用若能被其他制度替代的话,也应向“四荒”土地使用权模式转变。就是说,“四荒”土地使用权是我国未来农用权的目标模式。当然,因未来农用权的客体已不限于“四荒”,而是扩张到良田,故“四荒”土地使用权的称谓不再恰当,加上届时农用权的取得方式未必为清一色的拍卖,因而把以农林牧渔生产经营的土地使用权统称为农用权,比较适宜。

责任编辑:张 涵

责任校对:江 毓

欢迎订阅《法学家》

《法学家》的前身系创办于1986年《法律学习与研究》杂志,它曾经拥有数以万计的读者,具有一定的学术影响和自身鲜明特色。1992年起,该刊改由国家教育委员会主管、中国人民大学主办、中国人民大学法学院编辑;经国家新闻出版部门批准,自1993年第一期起改名为《法学家》。它是一个依托于中国人民大学的法学家群体,面向国内外公开发行的综合性法学刊物。

该刊主编杨大文教授,常务副主编赵秉志教授,均为博士生导师。编辑部编辑和工作人员11人,全部为高级职称,另有1名辅助人员。

该刊办刊的宗旨是:使法学教育与研究更好地为加强社会主义现代化建设服务。办刊方法是理论结合实际,在建设有中国特色的社会主义实践中,不断地开拓、探索,研究法学理论和法律实务问题。

该刊的主要内容,包括理论法学、应用法学、法学教育和司法律师业务等各个方面。目前设置的栏目主要有《法学专论》、《立法研究》、《法学热题》、《法学争鸣》、《青年法苑》、《司法官谈法治》、《台港澳法律问题》、《法学教育》、《律师业务》、《外国法述评》、《法学信息》等,还将根据需要,随时作必要的调整。

该刊为双月刊,逢双月15日出版,为16开本,每期正文96页。定价2.90元。

编辑部地址在北京市海淀区海淀路175号中国人民大学法学院。邮编为100872,电话为2511292,2511267。