

# 农村集体经营性建设用地出让性质和特征的分析

——兼论国有土地出让合同的性质

王小映

[摘要] 建立城乡统一的建设用地市场,就必须对集体经营性建设用地出让的性质和国有建设用地使用权出让的性质做出符合实际的、具有一致性的理论解释。单纯的“民事行为说”或“行政行为说”都不能按照一致性的原则对两类土地出让做出符合实际的解释,而“混合说”则具有比较好的、可同时适用于两类土地出让的解释能力。从“混合说”出发,开展集体经营性建设用地入市改革,就必须按照集体土地与国有土地“同地同权”的原则,建立集体所有和国家所有的两类经营性建设用地在同一市场出让、转让、出租、抵押的城乡统一的建设用地市场体系;同时,必须按照“同地同责”的原则,建立包括规划管制、入市许可、权利规制、收益调节、有形市场等内容的统一市场监管体系。

[关键词] 集体经营性建设用地 出让 统一市场

[中图分类号] F301.0 [文献标识码] A [文章编号] 1003—7470 (2022) —12—0011 (06)

[作者] 王小映 研究员 博士生导师 中国社会科学院农村发展研究所 北京市 100732

在城乡二元土地所有制下,我国对农村乡镇企业用地、农民住宅用地、农村公共设施和公益事业用地,只需办理用地批准手续和农用地转用审批手续即可安排使用集体土地。由于用地者是集体经济组织本身或其内部成员,因此,在取得土地的过程中不需要向集体经济组织支付土地补偿。无论是集体建设用地使用权,还是宅基地使用权,我国法律都没有明确规定期限限制,集体建设用地由集体经济组织本身或成员无偿取得后可以无限期使用。农村集体建设用地由集体经济组织本身或其内部成员无偿取得,因此,其流转也就受到严格限制。2019

年《土地管理法》的修改,为依法推进农村集体经营性建设用地入市开辟了政策通道。土地出让是集体经营性建设用地入市改革的主要方式。本文结合理论界关于国有建设用地使用权出让性质的不同观点,对农村集体经营性建设用地出让的性质进行分析,最后提出推进农村集体经营性建设用地入市改革的相关建议。

一、农村集体经营性建设用地出让是市场化配置土地资源的主要方式

在集体土地所有制基础上,我国农村集体建设

用地的取得限于具有集体经济组织成员身份的企业和个人，集体建设用地的流转受到限制。《土地管理法》修改前，农村集体建设用地只有在几种特殊情形下才可以由集体经济组织成员以外的企业和个人使用。一是经政府批准农村集体经济组织可以采取集体建设用地使用权入股、联营等方式与其他单位、个人举办企业，这种情况下集体建设用地可以由非集体经济组织成员的企业和个人使用，但是并没有完全进入城镇国有建设用地市场。二是符合规划并依法取得集体建设用地的企业如果破产或被兼并的，集体土地使用权可以随企业破产、兼并、重组依法发生转移。而在城镇地区，随着城镇国有土地使用制度改革的不深入和房地产市场的迅猛发展，城镇国有建设用地的市场化配置程度不断提高，土地市场价值得到充分显化。在城镇国有建设用地市场诱致下，大量集体建设用地在私下隐形交易，形成了城镇国有建设用地的合法公开市场与集体建设用地的非法隐形交易市场分割并存的现象。

### 1. 农村集体经营性建设用地出让是比较彻底的 土地市场化改革方式

农村集体经营性建设用地入市改革，就是要通过引入市场机制，在基础制度层面进一步完善农村土地资源配置方式，把集体建设用地中的经营性用地纳入与城镇国有建设用地市场相统一的同一市场。农村集体经营性建设用地入市的方式有出让和出租，其中出让是集体建设用地市场化配置的主要方式。农村集体经营性建设用地出让是集体经济组织作为土地所有者把一定年期的土地使用权让渡给土地使用者，并由土地使用者一次性支付土地使用权对价的行为。与出租入市相比，土地出让是比较彻底的集体经营性建设用地市场化改革方式。这是因为，从土地产权关系看，土地出让创设了可转让、可出租、可抵押的用益物权性质的出让土地使用权，这种土地使用权的权能充分，与集体土地所有权的产权边界清晰，具有独立性和排他性，由于土地使用

者获得了一个权能比较充分、边界比较清晰的土地使用权，大大降低了后续的市场交易费用；而在出租方式入市的情形下，土地使用者取得的是一种债权性质的土地权利，土地产权关系表现为一种出租和承租中的债权债务关系。从土地经济关系看，土地出让通过收取土地出让金一次性地结清了集体和土地使用者之间的土地收益关系，免去了集体在收租上的后续管理成本，也免去了土地使用者的年租金义务，土地所有者和土地使用者之间的经济关系是两清的；而在出租方式入市的情形下，集体按年收取地租，土地所有者和土地使用者之间的经济关系是一年一清的，双方都需要在合约存续期间支付比较高的管理成本。虽然，出租也是集体经营性建设用地的入市方式，并且这种方式对用地者来说可以降低一次性支付成本，但是，这种方式并不是比较彻底的集体经营性建设用地市场化改革方式。

### 2. 农村集体经营性建设用地出让是构建城乡 统一的建设用地市场的主要方式

我国城镇国有建设用地使用制度改革是由企业制度改革、住房制度改革等直接引致的，这些改革要求城镇建设用地必须能够在市场上转让、出租、抵押。在推进城乡一体化和城乡融合发展的新形势下，农村各类经营性建设用地必须能够在城乡统一的建设用地市场上流转，这就要求集体经营性建设用地入市改革必须与国有建设用地市场全面对接，在建立城乡统一的一级土地市场的同时，必须建立与国有建设用地市场相一致的多层次市场体系。集体经营性建设用地出让为土地使用者提供了可转让、可出租、可抵押的出让土地使用权，在此基础上可以建立包括土地使用权转让、出租、抵押等在内的二级土地市场，从而构建起与市场经济相适应的城乡统一的建设用地市场体系；而在出租入市情形下，土地入市后的后续流转只能通过土地转租的方式进行。因此，从改革目标导向来看，出让必然是集体经营性建设用地入市的主要方式。

3. 农村集体经营性建设用地出让是最为符合市场主体土地权能要求的土地资源配置方式

土地出让创设了可转让、可出租、可抵押的出让土地使用权,由于这种土地使用权权能比较充分,具有独立性、排他性并可以自由转让,因此,通过出让取得这种土地使用权的市场主体愿意进行长期投资而不用担心由于土地权利不够稳定而导致投资沉没。这种土地使用权可以依法进行转让、出租、抵押,其权能能够充分满足市场主体进行抵押融资的需求,也能够满足其自由转让和处置土地资产的需要。而以出租方式入市,用地者在承租土地上进行长期投资时会因为土地使用权的权能不够充分而对投资的安全性有所顾虑。市场主体以出租方式取得土地,其土地使用权价值与出让土地使用权价值有很大差别,银行也不愿发放土地抵押贷款,用地者很难进行土地抵押融资。虽然,市场主体以出租方式取得土地可以降低其当期的用地成本,但是,从长远来看企业的用地成本并不一定降低多少。而对土地出让主体来说,以出租方式供应土地,可能使其当期的土地收益下降,从而会对集体经营性建设用地入市前的整理开发投资造成影响。过去一些地方的集体经济组织开展集体建设用地出租的实践表明,虽然,选择出租方式入市集体经济组织也能够取得年租金形式的集体土地所有权收益,能够促进集体经营性建设用地的合理配置和有效利用。但是,由于这种入市方式并不是彻底的土地市场化改革方式,不能充分满足用地者对土地权能的需求,因此,那些以出租方式入市后处于租赁状态的集体经营性建设用地,大都需要通过纳入出让轨道进行第二次的入市改革。

二、农村集体经营性建设用地出让与国有建设用地出让在性质上具有一致性

从土地产权关系来看,集体经营性建设用地出让与国有建设用地使用权出让都是土地所有权主体

有偿让渡一定年期土地使用权的行为。然而,与集体经营性建设用地出让不同的是,国有建设用地使用权出让主体同时是行政主体。国有建设用地使用权出让合同条款中,既有土地所有权人出让土地时与受让人之间平等约定的条款,又有自然资源主管部门作为管理者对土地受让人土地利用行为的监管性条款。正因为如此,理论界对于国有建设用地使用权出让的法律属性出现了不同的认识。主张国有建设用地使用权出让是一种民事法律关系的“民事行为说”认为,国有建设用地使用权出让属于平等主体之间的民事法律行为,国有建设用地使用权出让合同属于民事合同;持“行政行为说”的观点则认为,国有建设用地使用权出让是行政性质的行为,国有建设用地使用权出让合同属于行政合同;也有观点认为国有建设用地使用权出让混合了民事法律关系和行政法律关系,出让合同应该是行政私法合同。

认为国有土地使用权出让属于民事行为、国有建设用地使用权出让合同属于民事合同的理由是,单就土地出让而言,在国有建设用地使用权出让法律关系中,国家以土地所有者身份出现,与土地受让人处于平等的法律地位,土地管理部门在土地使用权出让行为中以土地所有者代理人身份与受让人签订出让合同。<sup>[1]</sup>而从土地出让人与土地管理者的双重身份而言,虽然土地出让合同具有行政管理规定的内容,但是,从理论上来说土地出让行为与土地行政管理行为是可以分离的。如果在理论上把土地出让行为和土地行政管理行为分离开来,国有建设用地使用权出让行为就是民事行为,出让人同受让人建立的关系就是民事法律关系,出让合同也就应该是民事合同。<sup>[2]</sup>

农村集体经营性建设用地出让主体是作为集体土地所有权主体的集体经济组织,它是纯粹的民事主体。因此,农村集体经营性建设用地出让更直接地表现为一种民事行为,集体经营性建设用地出让

合同更符合民事合同的属性。作为民事合同,集体经营性建设用地出让合同与国有土地使用权出让合同在内容和性质上具有一致性,二者的不同点主要是由于土地所有权人不同而引起土地出让人不同。不能因为土地所有权人不同,就认为国有土地和集体土地两类土地出让合同的性质不一样,否则就违反了物权法关于财产权平等保护的原则。<sup>[3]</sup>就合同内容来说,集体经营性建设用地出让合同与国有建设用地使用权出让合同类似,在条款设置上只是在土地增值收益调节、合同鉴证等方面体现了集体经营性建设用地入市特殊性。<sup>[4]</sup>

从建立城乡经营性建设用地同一市场的改革要求来看,国有建设用地使用权出让和农村集体经营性建设用地出让在性质上应当具有一致性,应该首先都是一种民事行为;农村集体经营性建设用地出让合同和国有建设用地使用权出让合同,首先应该具有民事合同的性质,而把国有建设用地使用权出让合同单纯地理解为行政合同,则会产生与集体经营性建设用地出让合同在性质上难以一致起来的问题。

农村集体经营性建设用地出让作为一种民事行为,集中表现在它是集体土地所有权的一种实现方式。按照土地所有权理论,集体经营性建设用地出让是集体土地所有权主体对土地所有权处置权能的具体行使,是集体土地所有权主体行使土地所有权能、依法有偿让渡一定年期土地使用权的行为,是集体土地所有权主体做出的、把符合规划用途的集体经营性建设用地纳入市场化配置的过程,是作为民事主体的集体经济组织借助公开市场进行土地资产市场化处置的过程,是作为集体土地所有者主体的集体在公开市场上以有偿方式向市场主体让渡一定年期土地使用权从而实现其土地所有权的过程。在土地出让中,集体土地所有权通过集体经济组织收取一定年期的货币化地租即土地出让金得到实现,土地使用者在支付土地出让金后获得土地使用权,

其中体现了土地所有者和土地使用权人双方自愿、平等的民事关系。

从土地出让程序来看,农村集体经营性建设用地出让在程序上保障了土地所有权主体的权益,也保障了土地竞拍者的权益,体现了对相关民事主体权利的平等保护。集体经营性建设用地出让,必须取得集体经济组织成员多数的同意,由集体土地所有权主体做出是否出让以及何时出让的决定,同时,在程序上要由集体经济组织编制土地出让方案。而且,集体经营性建设用地出让必须在公开市场上以招标拍卖挂牌的方式进行,这种公开的竞争性的招标拍卖挂牌出让程序,有利于充分发现土地财产的市场价值,保障土地所有者权益的实现,防止在土地出让过程中出现私相授受、损害集体利益的情况发生。公开的竞争性的招标拍卖挂牌,同时为竞拍者创造了公平的竞争环境。在确定土地受让人以后,集体土地所有者与土地受让人共同作为平等的民事行为主体签订具有民事性质的出让合同。

### 三、农村集体经营性建设用地出让与国有建设用地使用权出让都混合了民事行为与行政行为

虽然,集体经营性建设用地出让是集体土地所有权的实现方式,但是,在现实中集体土地出让合同也包含了土地行政管理内容。国有建设用地使用权出让合同中的土地行政管理内容成为一些学者主张国有建设用地使用权出让是政府行政行为的一个理由。主张国有建设用地使用权出让是行政行为的理由主要有两点。

第一,国有建设用地使用权的出让方具有特殊性和特定性。我国法律规定国有土地的所有权由国务院代表国家行使,国有建设用地使用权出让由市、县人民政府负责,因此,国有建设用地使用权出让方是特殊的特定主体,而受让方是不特定的,这种特定和不特定的地位决定了国有建设用地使用权出让中出让方和受让方双方当事人的地位是不对等的。

土地出让方代行国家土地所有者职能处置国有建设用地使用权,同时作为国家行政主体行使国家土地管理职能,对受让方取得国有土地使用权以及取得土地使用权后的土地利用和保有行为进行监管。土地受让方除了按合同规定支付土地出让价款外,还应该按照合同规定的条件使用土地。如果受让方违反合同,出让方可以收回土地使用权。<sup>[5]</sup>

第二,国有建设用地使用权出让是一种行政许可。我国《行政许可法》规定,对于有限自然资源开发利用,行政机关应按照招标、拍卖等公平竞争程序确定中标人或买受人。《城市房地产管理法》和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》对国有土地使用权出让程序等做了明确规定,土地使用权人就是依据这些行政法律法规取得土地使用权的。有学者从国有土地出让主要由行政法律法规规范出发,认为国有建设用地使用权出让是国家对有限自然资源开发利用的行政许可行为,国有建设用地使用权出让行为是行政行为,出让合同属于行政法律关系。<sup>[6]</sup>

把国有建设用地使用权出让视为纯粹的行政性质的行为,显然不符合国有建设用地使用权出让与集体经营性建设用地出让在性质上应具有一致性的要求。而把两类土地出让单纯地理解为民事行为,并不符合这两类土地出让合同都具有土地行政管理内容的事实,也不符合两类土地出让中政府都施加了行政管理的现实。有学者用“混合说”来解释国有建设用地使用权出让的性质。<sup>[7][8]</sup>国有建设用地使用权出让过程中土地出让主体所具有的土地所有权代表和土地行政管理者的双重身份,从根本上决定了国有建设用地使用权出让在性质上具有民事性与行政性的双重性,导致国有建设用地使用权出让具有公法属性和私法属性。<sup>[9]</sup>

“混合说”能够按照一致性的原则对国有建设用地使用权出让和集体经营性建设用地出让的性质做出符合实际的解释,在理论上更为符合建立城乡统

一的建设用地市场的要求。也就是说,区分土地出让过程中的民事行为和行政行为这两种性质的行为以及科学认识二者之间的关系是必要的。首先,国有建设用地使用权出让和集体经营性建设用地出让一样,其中的基础关系是土地所有者有偿让渡一定年期的土地使用权,这种有偿让渡行为在性质上毫无疑问是民事行为。离开这一基本的基础关系,政府的土地行政管理就失去了依托和对象;如果没有土地所有者的土地出让行为,出于公共利益的国土空间规划管制等行政管理内容也只能停留在文本上而不会得到具体实施和落实。其次,土地行政管理的权利义务都是附加在土地权利主体身上的,是附加在具体的土地权利上的,离开了具体的土地权利主体和土地权利,行政管理就会失去其对象。因此,那种单纯地把国有建设用地使用权出让理解为行政行为是不全面的。从建立城乡经营性建设用地同一市场的要求来看,集体经营性建设用地出让与国有建设用地使用权出让在性质上应当具有同一性,两类土地出让合同在性质上同样具有一致性。虽然两类土地出让中的土地所有权主体不同、土地出让主体不同,但是,在理论上两类土地出让在性质上是一致的,两类土地出让合同在性质上具有一致性。这种一致性表现在,两类土地出让都是行政管制下的民事合意行为,是国土空间规划管制下的经营性用地市场化处置和行政许可准入行为,两类土地出让合同从根本上讲都是附加了行政管理内容的民事合同,或者说两类土地出让合同都是民事合同和行政合同的混合。

#### 四、结论和建议

农村集体经营性建设用地入市是扩大土地资源市场配置范围、构建城乡一体化发展体制机制的一项重要改革。农村集体经营性建设用地出让和出租各有其特点和适用性,其中出让是比较彻底的集体经营性建设用地市场化配置方式,也是构建城乡经

营性建设用地同一市场的主要方式。在改革实践中,应当根据入市方式的具体特点和实际需要完善集体经营性建设用地入市指导目录,因地制宜地引导和规范集体经营性建设用地出让和出租。在经济比较发达的地区,能够采取出让方式入市的要尽量采取出让方式入市。对于仓储用地等具有稳定收入来源的建设用地,以及在经济不够发达的地区,可主要采取出租方式入市。

农村集体经营性建设用地出让与国有建设用地使用权出让在性质上具有一致性,两类土地出让都是行政管制下土地所有权主体有偿让渡一定年期土地使用权的民事合意行为,是国土空间规划管制下的经营性建设用地市场化处置和行政许可准入行为,两类土地出让都混合了民事行为和行政行为,两类土地出让合同从内容上看都是混合了行政管理内容的民事合同,或者说两类土地出让合同都是民事合同和行政合同的混合。建立城乡统一的经营性建设用地同一市场,就必须按照一致性的原则,统一构建国家所有和集体所有两类经营性建设用地出让的理论体系以及实施操作办法。

农村集体经营性建设用地出让与国有建设用地出让二者都混合了民事行为与行政行为,因此,在开展集体经营性建设用地入市改革、建立城乡统一的建设用地市场的过程中,一方面要按照“同地同权”的原则,建立国家和集体作为土地所有权主体有偿让渡一定年期土地使用权,并使这种土地使用权在同一市场进行转让、出租、抵押的统一市场体系;另一方面应当按照“同地同责”的原则建立与统一市场相配套的城乡统一的建设用地市场监管体系,这包括建立城乡统一的国土空间规划许可管制和入市许可管制制度,建立城乡统一的建设用地增值收益调节体系,建立城乡统一的土地有形市场,建立在权利内容、权利性质、权利期限以及到期后

续期等方面一致的城乡经营性建设用地土地使用权规制体系。

#### 参考文献:

- [1] 宋鑫. 国有土地使用权出让合同性质浅议[J]. 法制与社会, 2008, (08).
- [2] 顾吉珉. 《出让合同》性质辨析[J]. 中国土地, 2009, (11).
- [3] 蔡卫华. 国有建设用地使用权出让合同性质浅议[J]. 中国土地, 2020, (02).
- [4] 申端帅, 吕晓, 王柏源. 集体经营性建设用地入市中的政府角色——基于出让合同文本的分析[J]. 中国土地科学, 2019, (04).
- [5] 石晨谊. 行政合同与民事合同的区分标准——以国有建设用地使用权出让合同为例[J]. 福建金融管理干部学院学报, 2011, (01).
- [6] 王盈. 论我国国有土地使用权出让合同的法律性质[J]. 陕西广播电视大学学报, 2012, (03).
- [7] 尹二喜. 国有土地使用权出让合同性质的再辨析[J]. 法制与社会, 2012, (02).
- [8] 吴海彬. 土地使用权出让合同的性质和救济[J]. 大连海事大学学报(社会科学版), 2020, (04).
- [9] 王峥, 曹伊清. 国有土地出让合同争议的类型化及其可仲裁性研究[J]. 东北农业大学学报(社会科学版), 2021, (01).

责任编辑: 付 娆  
校 对: