

债权人保护系列专题（三）：农村集体经营性建设用地

【摘要】

2019 年对《土地管理法》及 2021 年对《土地管理法实施条例》的修订从法律层面破除了农村集体经营性建设用地入市流转的障碍，为处于制度变革中的集体经营性建设用地市场明确了入市的条件、方式和程序。我们试图对这一领域的中央和地方的规则和司法实践进行梳理，帮助市场主体更好参与交易。

一、农村集体经营性建设用地

依《中华人民共和国土地管理法》（下称“《土地管理法》”）第六十三条，农村集体经营性建设用地

（下称“集体经营性建设用地”）指由土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并依法登记的农村集体所有的建设用地。尽管集体经营性建设用地的入市实践早已在部分地区开展¹，但基于耕地保护、财政等政策因素，集体建设用地长期以来被法律限制于乡镇企业、村民住宅和公共/公益建设等内部用途，且除国家征收或乡镇企业破产兼并外不得用于其他非农建设²。2019 年《土地管理法》和 2021 年《土地管理法实施条例》（下称“《实施条例》”）的修订在法律层面承认了集体经营性建设用地入市的合法性，并明确规定了其入市的基本条件和程序，从而促进了一系列配套政策在全国范围内的制定和推行。

《土地管理法》第 63 条第 1 款	《实施条例》第 38 条
土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，并应当签订书面合同，载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务。	国土空间规划确定为工业、商业等经营性用途，且已依法办理土地所有权登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人在一定年限内有偿使用。

由于集体经营性建设用地入市目前仍处在加快制度建设的过渡期，各地方的具体实践仍存在一定的差异，我们将在下文结合北京、上海、广州等一线城市部分地区的实践进行探讨。

二、集体经营性建设用地的入市前提

根据《土地管理法》及《实施条例》，集体经营

性建设用地入市需满足以下前提：

1、依法办理（所有权/使用权）登记

对不动产实施确权登记是确认土地权属和用途、保障不动产交易进行的基础。基于历史原因，我国农村存在大量未经产权登记的集体土地，因此，《土地管理法》第六十三条将“依法登记”作为集体经营

¹ 农村集体建设用地流转自上世纪 90 年代已在部分地区（如苏州）自发试点，后经国家认可扩大了试点（如广东、四川部分地区等）。2015 年 2 月，全国人大正式授权国务院在北京大兴等 33 个地区开展集体建设用地制度试点改革（后该等试点延长至 2019 年 12 月 31 日）；此后，

各试点地方就集体经营性建设用地入市陆续出台了一系列配套政策。

² 见《土地管理法》（经 1998 年与 2004 年两次修订）第四十三条、第六十三条。

性建设用地入市的前提条件；同时，政府也不断推进此前一直开展的集体建设用地使用权确权登记工作³。由于部分地区的集体建设用地确权登记和颁证工作仍在进行中，故对于已完成确权登记的集体经营性建设用地，其可以入市流转；而对于因历史原因未完成登记的该类用地，尽管目前仍难入市，但也具备了办理登记的政策条件。司法实践中，如集体土地未经登记确认为集体经营性建设用地即擅自流转的，相关流转合同存在较大的因违反法律的强制性规定而被认定为无效的风险。

2、为工业、商业等经营性用途

基于保护耕地和生态环境等政策，《土地管理法》第六十三条规定集体经营性建设用地入市应经规划确定为“工业、商业等经营性用途”。根据《产业用地政策实施工作指引（2019年版）》（自然资办发〔2019〕31号）的规定：（1）集体建设用地可用于养老服务设施、民宿民俗等农业农村体验活动、乡村旅游基础设施等项目；（2）农村土地制度改革试点地区的集体经营性建设用地还应按照试点地区的政策规定执行。如上海市松江区明确要求相关土地入市应符合本市产业政策，并对经营性用地上的不同产业提出了规划指标等要求⁴。

需要说明的是，从第六十三条文义看，商品住宅似不属于“工业、商业类等经营性用途”。不过，从主要一线城市的实践来看，各地的政策并不相同。如广州市增城区规定集体经营性建设用地不得用于商品房地产开发和住宅建设⁵；而北京大兴和密云则允许建设住宅或共有产权住房⁶。因此，利用集体经

营性建设用地建设商品住宅在法律层面的合法性仍有待观察。此外，对利用集体经营性建设用地建设保障性租赁住房，国家目前持鼓励态度，并已在广州、南京等十余个省会城市开展相关试点⁷，部分未纳入试点的一线城市也较为活跃（如北京大兴等）。目前看，建设租赁住房已成为集体经营性建设用地流转的一个重要方向。

三、集体经营性建设用地的入市方式

根据《土地管理法》及《实施条例》，集体经营性建设用地使用权的流转方式包括：（1）一级/首次流转，即以出让、出租等方式从土地所有权人处取得土地使用权；（2）二级/多次流转，即以转让、互换、出资、赠与或抵押等方式从原使用权人处受让土地使用权。这里对常见的几种流转方式介绍如下：

1、出让/转让

根据《土地管理法》第六十三条第四款，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。

根据上述规定，集体经营性建设用地的最高出让年限应不超过同类用途国有建设用地使用权的最高出让年限。

另据《实施条例》第四十一条，集体经营性建设用地所有权人可以招标、拍卖、挂牌或协议出让方式确定土地使用权人。从一线城市的实践看，挂牌和协议出让的方式较多采用。值得注意的是，对于

³ 见《自然资源部办公厅关于印发〈宅基地和集体建设用地使用权确权登记工作问答〉的函》（自然资办函〔2020〕1344号）。

⁴ 见《上海市松江区农村集体经营性建设用地入市管理办法》（沪松府规〔2021〕2号）《关于加强上海市产业用地出让管理的若干规定》（沪规划资源规〔2021〕6号）。

⁵ 见广州市《增城区集体经营性建设用地使用权入市实施办法（试行）》（增府办规〔2021〕7号）。

⁶ 见北京市《密云区集体经营性建设用地权益指标统筹利用实施意见（试行）》（密政发〔2021〕29号），“大兴分局出具第一个农村集体经营性建设用地建设共有产权房项目“多规合一”平台会商意见”，

http://ghzrzyw.beijing.gov.cn/zhengwuxinxi/gzdt/dx/202005/t20200521_1905493.html。

⁷ 见《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》（国土资发〔2017〕100号）《国土资源部办公厅、住房城乡建设部办公厅关于沈阳等11个城市利用集体建设用地建设租赁住房试点实施方案意见的函》（国土资厅函〔2018〕63号）《自然资源部办公厅、住房和城乡建设部办公厅关于福州等5个城市利用集体建设用地建设租赁住房试点实施方案意见的函》（自然资办函〔2019〕57号）《国务院办公厅关于加快发展保障性租赁住房的意见》（国办发〔2021〕22号）等。

集体经营性建设用地转让，其是否应根据上述第六十三条第四款的规定而适用《城市房地产管理法》第三十九条“以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时属于房屋建设工程的，应完成开发投资总额的25%以上”规定的问题⁸，一线城市在实践上有所不同。如上海市松江区在其入市办法中适用了该等规定⁹，而北京和广州的试点地区并未明确适用该等规范。

2、出租

与出让/转让相同，集体经营性建设用地的租赁也可以招拍挂或协议方式确定。不过，对于该等土地的最高租赁期限应如何确定的问题，司法实践中存在两种观点：一种观点认为，集体建设用地租赁应适用《民法典》（或此前生效的《合同法》）中关于租赁合同期限不得超过二十年的强制性规定¹⁰，因此长于20年的集体经营性建设用地租赁合同中超过20年的部分应为无效¹¹；另一种观点则认为，基于集体经营性建设用地租赁合同标的物的特殊性，其租赁期限应适用作为特别法的《土地管理法》的规定，参照同类用途的国有建设用地使用权出让的最高年限确定，认为长于20年的合同并不当然无效¹²。此外，部分一线城市的实践也存在不同的立场，如广州市增城区的入市办法明确规定出租的最高年限不得超过20年¹³。

⁸ 《城市房地产管理法》第三十九条：“以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。”

⁹ 见前注4。

¹⁰ 《民法典》第七百零五条：“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。租赁期限届满，当事人可以续订租赁合同；但是，约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。”

¹¹ 如在(2021)京0111民初2841号判决书中，法院认定案涉土地系集体建设用地，并认为：“本案法律关系名为转让实为租赁，……。双方在合同中约定的租赁期限自2001年至2030年，根据《民法典》第七百零五条规定，租赁期限不得超过20年。超过20年，超过部分无效。合同部分无效不影响其他部分效力，其他部分仍然有效。故涉案土地租赁合同中土地租赁期限超过20年部分属于无效……。”

3、抵押

目前，《土地管理法》第六十三条和国家层面颁布的一系列文件已明确承认依法入市的集体经营性建设用地可进行抵押融资¹⁴。北京、河南等十余个省、市、自治区亦出台了完善集体建设用地使用权抵押的实施意见（多规定农村集体经营性建设用地参照执行），其共同内容包括：（1）明确了不同权能和不同取得方式下建设用地抵押的前提条件；（2）放宽对抵押权人和抵押物的限制，自然人、企业均可作为抵押权人提出申请。目前，一些商业银行已开展该等用地上的抵押贷款业务¹⁵，预计未来金融机构在这一领域将有更广泛的实践。

四、入市流转的程序

根据《土地管理法》和《实施条例》，集体经营性建设用地入市应遵循如下程序：

1、提出规划条件

《实施条例》第三十九条规定，土地所有权人拟出让、出租集体经营性建设用地的，市、县人民政府自然资源主管部门应：（1）依据国土空间规划提出用地规划条件，明确土地界址、面积、用途和开发建设强度等指标；（2）会同有关部门提出产业准入和生态环境保护要求。就一线城市的实践看，如果拟入市的土地不符合当地政府制定的控制性详细规

¹² 如(2021)粤01民终2012号判决书认为：“案涉土地属于集体建设用地，租赁期限应参照同类用途国有土地使用权出让的最高年限确定。工业用地的国有土地使用权出让的最高年限为五十年，案涉土地为集体经营性工业建设用地，……，案涉的《留地返租协议书》约定租赁年限为30年，没有违反上述关于集体经营性建设用地租赁期限应参照同类用途国有土地使用权出让的最高年限确定的规定，应为合法有效。集体经营性建设用地租赁合同，虽然可以适用《民法典》合同编的一般规定，但鉴于涉案租赁合同的标的物具有特殊性，《民法典》第三百六十一条因此规定：‘集体所有的土地作为建设用地的，应当依照土地管理的法律规定办理。’……因此，当《土地管理法》和《民法典》就集体经营性建设用地的租赁合同有关的问题规定不一致的，应当适用作为特别法的《土地管理法》的特殊规定。”

¹³ 见前注5。

¹⁴ 见《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场指导意见》（国办发〔2019〕34号）。

¹⁵ 见中国建设银行网站，

<http://www1.ccb.com/chn/company/gsjgsj/cpfbw/gsyw/xdlcp/ncjtjyxjydsyqdydk/index.shtml>。

划或村庄规划等相关规划，或无该等规划导致土地性质不能确定的，其将难以具备入市条件。

2、编制、表决和上报流转方案

《实施条例》第四十条规定，土地所有权人应编制、表决和上报流转方案，其步骤为：

(1) **编制方案：**依据上述有关部门提出的规划条件、产业准入和生态环境保护要求等，编制集体经营性建设用地出让、出租等方案，该等方案应载明宗地的土地界址、面积、用途、规划条件、产业准入和生态环境保护要求、使用期限、交易方式、入市价格、集体收益分配安排等内容。

(2) **表决方案：**对流转方案表决，形成书面意见。根据《土地管理法》第六十三条第二款，该等书面意见应经本集体经济组织成员的村民会议 2/3 以上成员或者 2/3 以上村民代表同意后形成。农村集体经济组织的形式和名称在实践中较为多样，包括经济合作社、专业联合社、股份经济合作社、村镇联营企业等。此外，根据《民法典》第一百零一条第二款，对于没有设立农村集体经济组织的地区，村民委员会可以依法代行其职能。

对于未经集体民主程序的农村集体建设用地流转合同，司法实践一般认为该等合同因违反强制性规定而无效¹⁶。值得注意的是，下列情形可被视为相关流转合同已履行集体程序或已获得集体成员认可的推定事由：(i) 合同相对人经对村民会议或代表会议决议进行审查，有理由相信合同符合民主程序的

17；(ii) 相关合同已履行较长时间且村民长期未提出异议的¹⁸。

(3) **上报方案和书面意见：**根据《实施条例》第四十条，农村集体应在出让、出租前不少于十个工作日将上述方案和书面意见报市、县人民政府，政府认为该方案不符合规划条件或者产业准入和生态环境保护要求等的，应在收到方案后五个工作日内提出修改意见。土地所有权人应当按照市、县人民政府的意见进行修改。从一线城市的实践来看，在政府部门对集体经营性建设用地入市实施方案的审查通过后，相关方可提出入市申请，并进入相关交易平台实施交易¹⁹。

3、签订书面流转合同并报主管部门备案

《实施条例》第四十一条规定，土地所有权人应依据上述方案以招标、拍卖、挂牌或者协议等方式确定土地使用者，并与其应当签订书面合同。合同应载明：土地界址、面积、用途、规划条件、使用期限、交易价款支付、交地时间和开工竣工期限、产业准入和生态环境保护要求、提前收回的条件、补偿方式、土地使用权届满续期和地上建筑物、构筑物等附着物处理方式、违约责任和解决争议方法等。未依法将规划条件、产业准入和生态环境保护要求纳入合同的，合同无效，同时相关方应对造成的损失承担民事责任。在合同签署后，土地所有权人应将合同报市、县人民政府自然资源部门备案。

在上述手续履行后，根据《实施条例》第四十二条，集体经营性建设用地的使用者还应按照约定支

¹⁶ 如最高人民法院(2015)民申字第 759 号裁定书认为，久裕村联合社将该社所有的案涉土地出租是涉及全体村民利益的重大问题，认定无论《租用土地租赁合同书》性质如何，均应经村民会议讨论决定；原判决以《租用土地租赁合同书》、《协议一》、《协议二》的签订均未经村民会议讨论决定，违反了《村民委员会组织法》的规定为由，认定上述协议无效，于法有据。

¹⁷ 如(2021)粤 06 民终 5319 号判决书中，一审法院认为，农村集体建设用地流转属于涉及村民利益的重要事项，根据《村民委员会组织法》第二十四条的规定，应当经村民会议或者村民代表会议讨论决定。但合同相对人经对村民会议或者村民代表会议决议进行审查，有理由相信合同符合民主议定程序，农村集体经济组织以违反民主议定程序为由主张合同无效的，不予支持。

¹⁸ 如(2020)粤民申 11993 号裁定书认为：“……至于石三经济社主张的涉案土地使用权出让未经村民代表大会讨论的问题，因涉案合同签订后已履行近 30 年，石三经济社或相关村民对此均没有提出过异议，且邝铭华、黄国恒、杨柏财支付的出让土地使用权的相应款项也已按照村民人数进行了分配，由此可见涉案合同的签订及履行已被村民认可，在此情况下石三经济社以涉案土地使用权的出让未经村民代表讨论决定为由主张涉案合同无效，亦缺乏理据，原审判决对其主张不予支持并无不当。”

¹⁹ 如北京市大兴区要求由区政府部门审批后方可入市交易，见《大兴区农村集体经营性建设用地入市试点工作方案》（京兴政发〔2015〕32 号）。上海市松江区和广州市增城区的试点办法也有相似规定。

付用地价款和相关税费，方可就建设用地使用权和其上建筑物、构筑物、附属设施的所有权申请办理不动产登记。目前，该等登记与国有土地使用权的不动产登记相同，均由各地自然资源主管部门审核办理。

五、 结语

集体经营性建设用地入市潜力巨大，但因历史遗留问题，相关法规和实践目前仍在不断完善中。目前，国家和地方正加快出台农村集体经营性建设

用地入市指导意见等政策制度²⁰，以促进全国范围内相关实践的推进，为市场主体带来新的政策红利和投资机会。

对于集体所有的农用地和未利用地，根据《土地管理法》、《实施条例》、《农村土地承包法》及其他相关规定，在符合法律规定的要求及程序的情况下也可进行流转。如需进一步了解详情，欢迎与我们联系。

张莉萍 合伙人 电话：86 10 8553 7768 邮箱地址：zhanglp@junhe.com
田小影 律师 电话：86 10 8553 7940 邮箱地址：tianxy@junhe.com
孙 然 律师 电话：86-10 8553 7721 邮箱地址：sunran@junhe.com



本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

²⁰ 根据资料，未来国家将持续完善集体经营性建设用地入市相关政策制度，并抓紧出台农村集体经营性建设用地入市指导意见。见国家发展改革委《2020年新型城镇化和城乡融合发展重点任务》（发

改规划〔2020〕532号），自然资源部法规司“完善集体经营性建设用地入市法律制度”，<https://ghzvj.sh.gov.cn/hyxw/20210831/2f5f6106c5b841688ef5e76f1c4fe1ef.html>。