

doi:10.3969/j.issn.1672-4348.2019.05.014

# 集体经营性建设用地信托流转的理论解析

杨得兵

(福建工程学院 法学院,福建 福州 350118)

**摘要:**在集体土地中,集体经营性建设用地的财产化与商业化程度最高。信托是一种代人管理财产的机制,在保护农民土地财产权益方面具有理论优势。运用信托管理集体经营性建设用地,可以实现土地价值保全及增值,便于土地的统一规划和利用。集体经营性建设用地流转信托实质上是一种自益型商业信托,其构造为:农民集体作为委托人,将集体经营性建设用地使用权委托给受托人,由其管理经营土地,信托受益人为农民集体。信托利益分配是农民集体最关心的问题,应该由农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组负责利益分配事宜。

**关键词:**集体经营性建设用地流转;信托;理论基础;法律构造

中图分类号: D922.32

文献标志码: A

文章编号: 1672-4348(2019)05-0488-07

## Theoretical analysis of the trust transfer of collectively managed land for construction

YANG Debing

(School of Law, Fujian University of Technology, Fuzhou 350118, China)

**Abstract:** The collectively managed land for construction is the most commercialized among the various types of rural land in China. Trust is a mechanism of managing property on behalf of other people. It has theoretical advantages in protecting farmers' property rights and interests. Using trust to manage collectively managed land for construction can preserve and add land value and facilitate the unified planning and use of land. The trust transfer of such land is essentially a kind of self-benefiting commercial trust. The structure is as follows: farmers as a whole act as the principal, entrusts the land use right to the trustee who manages the land, and the trust's beneficiary are the farmers. Farmers' central concern is how to distribute the trust income. It is up to the rural collective economic organization or the villagers' committee or the villagers' group to allocate the trust income.

**Keywords:** transfer of collectively managed land for construction; trust; theoretical basis; legal structure

集体经营性建设用地信托流转是指委托人基于对受托人的信任,在坚持集体土地公有性质不变的前提下,将集体经营性建设用地使用权委托给受托人,由受托人按照委托人的意愿,以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,在符合规划和用途管制的前提下对该集体经营性建设用地使用权进行管理或处分的行为。由于信托的基本理念适应了集体经营性建设用地入市流转的政策目

标,<sup>[1]</sup>同时也与“使市场在资源配置中起决定性作用”“保障农民财产权益”等政策原则相契合,所以它是集体经营性建设用地流转在未来的一个新的发展趋势。本文试图从理论基础、法律关系构造这两个关键方面对集体经营性建设用地信托流转进行探究,期望能为将来的相应实践提供理论支持。

收稿日期: 2019-03-13;修回日期:2019-09-14

基金项目: 福建省社会科学规划项目(FJ2017B004);福建工程学院校科研启动基金(GY-S16069)

作者简介: 杨得兵(1976-),男,湖北孝感人,副教授,博士,研究方向:经济法、土地法制。

## 一、集体经营性建设用地信托的理论优势

### (一) 信托是一种代人管理财产的机制

依学界通说,信托起源于英国中世纪的用益制。用益制是一种关于土地财产的使用和管理方式,后来逐渐演变为信托制度。因此,信托最初主要是被人们运用于管理土地财产。随着经济社会的发展,信托可管理财产的范围也在不断扩大,除了土地,房屋、资金、股票等都可以设立信托。信托的财产管理机制在各国信托立法中得到了体现。例如,我国《信托法》规定,信托是受托人对委托人的财产或财产权进行管理或者处分的行为。另据《日本信托法》的规定,信托系财产权转让和其它处理行为,令别人遵照一定的目的进行财产管理或处理。所以,无论如何界定“信托”的概念,由受托人代替委托人管理或处分信托财产是构成信托的一个基本要件。

虽然现代信托可管理的财产不再仅限于土地,但对土地财产的管理依然是信托的重要内容,这在英美等具有信托传统的国家较为常见。以此为借鉴,在我国深化农村土地制度改革的背景下,积极探索集体经营性建设用地的信托管理方式,是一种可以尝试的做法。在我国,农村土地按用途可分为农用地和建设用地。与农用地相比,集体建设用地中的经营性建设用地的财产化、商业化程度是最高的。<sup>[2]15</sup>然而,长期以来,集体经营性建设用地的财产属性并不被法律和政策所承认。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《决定》)提出“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”,意味着集体经营性建设用地不必经过征收环节,可以直接进入市场流转。这标志着集体经营性建设用地的财产性和市场化在政策上得到肯定,为农民自由处分集体经营性建设用地排除了障碍。

委托信托机构管理集体经营性建设用地具有相当的合理性。“从法律角度来讲,土地的最重要的特征也许是具有收益价值……土地不仅为其所有人产生收益或节约开支,而且,在进行合理管理的条件下,它可以在收益的同时并不贬值。”<sup>[3]</sup>既然集体经营性建设用地是一项可以市场化的财

产,那么农民可以自己管理土地财产,也可委托信托机构管理并分配信托利益。但是,农民“往往囿于自身知识、经验或技能的缺乏而不敢贸然行动……”<sup>[4]</sup>。故相较而言,站在农民的立场上看,与其自己管理、经营土地,毋宁委托给信托机构代为打理。这样操作最直接的益处有两个:一是在保护农民土地财产权益的基础上,实现集体经营性建设用地的价值保全及增值;二是有“利于土地的统一规划和利用……避免农民将土地自行投入流转造成难于管理的问题”<sup>[5]</sup>。

### (二) 信托对农民土地财产权益的保障功能

我国农村集体土地实行严格的公有制,集体“土地所有权具有不可交易性,而土地使用权却可交易”<sup>[6]</sup>。在民事权利体系中,集体土地使用权是一种极富中国特色的独立的权利形态。其表现为,集体土地使用权几乎具有相当于所有权的全部权能,包括占有、转让、抵押、出租,甚至是权利人死亡后的继承。<sup>[2]19</sup>因而,集体土地使用权实际上扮演的是一种“可交易”的集体土地所有权的角色。从这个意义上讲,最大程度地降低农民丧失集体经营性建设用地使用权的风险,对于保障农民的财产权利是很重要的。

集体经营性建设用地出让是农民集体将集体经营性建设用地使用权在一定年限内让与土地使用者,并由土地使用者支付土地出让金的行为。土地使用者(一般为企业)在取得土地使用权之后,集体经营性建设用地就成为企业的财产。在此情形下,如果企业破产,该土地将被计入破产财产用于清偿破产债权。企业也可以直接将土地抵押融资。此时,集体经营性建设用地得担保债权的实现,当企业不能履行到期债务时,抵押权人有将土地拍卖、变卖所得价款优先受偿的权利。就土地入股而言,集体经营性建设用地一旦入股,除非通过转让或公司清算变现,入股土地不能被抽回,<sup>[7]</sup>同时要对公司债权人承担债务担保。可以看出,无论是土地出让还是入股,均易使农民丧失对集体经营性建设用地使用权的控制。或许,集体经营性建设用地可以与国有土地一样,通过法律设定土地使用权出让的最高年限,并规定在满足一定条件下农民集体可以提前收回土地。但因操作程序复杂、成本高,且集体缺乏专门的土地管理机构,故而农民集体自己难以应付。

较之于土地出让、入股,集体经营性建设用地

信托具备以下特殊功能:其一,保持集体经营性建设用地公有性质不变,并在此基础上促进所有权和使用权的适当分离。其二,基于信托隔离功能,集体经营性建设用地信托的信托财产是独立封闭运行的,委托人的债权人不得对其进行追索,受托人也不得将其列入破产财产。如果信托期限届满或农民集体自愿退出信托,用于设立信托的集体经营性建设用地可以重新回到集体手中。其三,在信托关系存续期间,农民虽不能支配土地,但享有信托受益权,农民的土地财产权益有得到保障的可能性。另外,信托机构参与集体经营性建设用地上市流转,委托市场主体管理集体土地并实施监督,无需另立专门的管理机构,可以降低土地交易成本。

## 二、集体经营性建设用地信托流转中的信托财产

鉴于集体经营性建设用地充分的财产属性和可交易化,将集体经营性建设用地信托界定为商业信托是妥当的。按照信托理论,信托财产和信托当事人是成立信托关系的基本要素,而后者又包括委托人、受托人及受益人。作为信托的一个类型,集体经营性建设用地流转信托既要符合信托关系的一般构成,在我国特色农村土地制度下又表现出相当的特殊性。

依据《信托法》第 14 条的立法解释,信托财产是指:“受托人因承诺信托而取得的财产”以及“受托人因信托财产的管理运用、处分或者其他情形而取得的财产。”在性质上,信托财产必须是合法的、确定的和具有流通性的财产。<sup>[8]103-104</sup>由《信托法》第 7 条可知,除财产以外,财产权利也可成为信托财产。我国台湾地区“信托法”亦有这样的规定。<sup>①</sup>什么是集体经营性建设用地信托流转中的信托财产?对于这个问题,目前学界尚无专门研究集体经营性建设信托流转的论著,所以无人作出明确回答。不过,有人在讨论“集体建设用地使用权信托流转”时,将其信托财产认定为集体建设用地使用权,<sup>[9]</sup>笔者赞同此观点。集体经营性建设用地是集体建设用地的一种类型和下位概念。按照上述逻辑,集体经营性建设用地信托流转中的信托财产即为集体经营性建设用

地使用权。

“集体经营性建设用地使用权”最早并不是一个法律概念。从起源上看,它是由中央的文献中的相关术语,即“集体经营性建设用地上”和“转让土地使用权”这两个词语整合而来。<sup>[10]</sup>后来,中国银监会、国土资源部联合颁布的《农村集体经营性建设用地使用权抵押贷款管理暂行办法》正式使用了这个概念。那么,该如何给集体经营性建设用地使用权定性?学界对此多有讨论,比较一致的观点认为,集体经营性建设用地使用权是一种用益物权。本文认可这样的看法,亦即在应然上,集体经营性建设用地使用权与国有建设用地使用权一样,同属于用益物权,而且是可以流转的用益物权。从物权法定角度看,虽然集体经营性建设用地使用权尚未纳入我国物权体系,但不能否认其用益物权的属性。

第一,从集体经营性建设用地流转实践来看,集体经营性建设用地使用权具有“对物的排他性支配”<sup>[11]</sup>的物权本质。2017 年 5 月,西安高陵区鹿苑街办北樊村 6 组委托村集体经济合作社,将一块集体经营性建设用地协议出让给该区的洁神清运有限责任公司(以下简称“洁神公司”),规划用途为商业加油站,出让年限 40 年。<sup>[12]</sup>该实例中,洁神公司取得集体经营性建设用地使用权,办理了不动产登记手续。那么,该公司便成为集体经营性建设用地使用权人,其可在法律范围内对该土地进行独占性的直接支配,因履行了登记公示程序,从而使洁神公司的集体经营性建设用地使用权获得了对抗第三人的效力。这也从另一侧面证明了集体经营性建设用地使用权流转的物权性。

第二,集体经营性建设用地使用权属于用益物权的范畴。他物性、以土地、房屋等不动产为标的物及以使用、收益为主要内容是用益物权的基本特征。<sup>[13]</sup>集体经营性建设用地属于典型的不动产,在上述实例中,鹿苑街办北樊村 6 组是集体经营性建设用地所有权的权利主体,而非洁神公司。洁神公司通过协议出让取得集体经营性建设用地使用权,然后按约定将地块开发为商业加油站,这是对他人不动产进行的使用、收益。

第三,集体经营性建设用地使用权是可以流

① 台湾地区“信托法”第 9 条第 1 款指出,信托财产是指“受托人因信托行为取得之财产权”。



转的用益物权。集体经营性建设用地的直接入市流转在我国长期受到限制。立法者在决策时根本没有考虑集体所有的建设用地流转的需要,或者说因为时机不成熟,既没有明确将集体建设用地与农用地严格区别开来,也没有建立农村和城市建设用地使用权统一流转的规则和市场。<sup>[2]25-26</sup>但是,既然集体经营性建设用地使用权是一种用益性质的财产权,那么在市场经济条件下,它的入市流转应该是顺理成章的事情,事实上也的确如此。作为一项未获法律正名的“事实物权”,<sup>[14]</sup>集体经营性建设用地使用权的事实流转在我国是较为广泛地存在的。如在20世纪末21世纪初,湖州、芜湖、昆山以及广东等地就已开展集体建设用地流转试点。<sup>[15]</sup>

为落实《决定》要求,2015年2月,全国人大常委会授权国务院在北京市大兴区等33个县(市、区)行政区域开展集体经营性建设用地入市试点。这33个地区的集体经营性建设用地流转由此获得了合法身份,在农村土地制度改革历史上具有开拓意义。

### 三、集体经营性建设用地信托流转中的委托人

作为信托关系适格的委托人,应满足两个基本构成要件:第一,委托人须为信托财产合法的所有人或对其享有处分权;第二,委托人应具备完全民事行为能力,这是产生特定权利义务关系的前提。<sup>[16]</sup>在现行土地政策和土地法制下,集体经营性建设用地归农民集体所有,其中包括村农民集体、村内两个以上农村集体经济组织的农民集体、乡(镇)农民集体。由此,集体经营性建设用地流转信托中的委托人即为农民集体。有人认为,集体建设用地使用权信托流转中的委托人是农村集体经济组织。<sup>[9]</sup>集体经营性建设用地是集体建设用地的下位概念,如此一来,集体经营性建设用地信托流转中的委托人应该是农村集体经济组织,而非农民集体。本文并不赞成这样的观点。

其一,虽然国内不少农村地区成立了经济合作社、股份合作经济社、经济联合社等集体经济组织,有的省份为了规范农村集体经济组织管理还专门制定了政府规章,例如《湖北省农村集体经济组织管理办法》(1996)、《广东省农村集体经济组织管理规定》(2006)。但事实上,目前仍有相

当多的地方尚未设立任何形式的农村集体经济组织。那么,在未设立农村集体经济组织的农村地区,农村集体经济组织就不可能成为集体经营性建设用地信托流转中的委托人,故不能一概而论。

其二,即使认定集体经营性建设用地信托流转中的委托人为农村集体经济组织,也不等于承认其委托人就是农民集体,因为“农村集体经济组织”和“农民集体”是性质不同的两个概念,不能等同视之。国内既有规范性文件并未明确什么是“农民集体”,直到现在其性质还是模糊的。不过,有一点是清楚的,“农民集体”不是自然人,也不属于法人。农村集体经济组织是农村劳动群众集体所有制性质的经济组织,是农业生产经营的一种组织形式。在一个较长的时期内,关于如何界定“农村集体经济组织”的问题,理论上争议很大。2017年3月《民法总则》通过以后,其第96条将农村集体经济组织纳入到了“特别法人”的范畴,即为“农村集体经济组织法人”。要言之,“农村集体经济组织”与“农民集体”具有不同的法律性质和地位,不能把它们混淆起来。

其三,《物权法》第60条规定,农民集体所有的土地,属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权;分别属于村内两个以上农民集体所有的,由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权;属于乡镇农民集体所有的,由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。这样一来,虽然集体经营性建设用地所有权的主体是农民集体,但行使所有权的却不是农民集体,而是农村集体经济组织,有时是村民委员会或村民小组。也就是说,农村集体经济组织、村民委员会、村民小组都有代表农民集体行使集体经营性建设用地所有权的法律资格。在此情况下,如果一定要将农村集体经济组织认定为集体经营性建设用地流转信托的委托人,那么,村民委员会和村民小组为何不能成为信托关系中的委托人?所以,笼统地认为集体经营性建设用地信托流转中的委托人是农村集体经济组织,这种观点本身是不能成立的。

其四,依法律规定,农村集体经济组织得代表农民集体处分集体经营性建设用地。而“代表农民集体处分”并不意味着农村集体经济组织已经拥有对集体经营性建设用地(使用权)的处分权。是否处分土地以及如何处分,农村集体经济组织

非但没有独立的意思表示,还要执行农民集体的集体意志。在具体处分土地之时,农村集体经济组织要向所属农民集体负责,接受其监督。易言之,集体经营性建设用地的处分权仍归农民集体,农村集体经济组织只是处分行为的实施者。农村集体经济组织既非集体经营性建设用地的所有权人,又无处分权,所以它不能作为集体经营性建设用地流转信托的委托人。

综上,农民集体作为集体经营性建设用地的所有权人,由其担当集体经营性建设用地流转信托的委托人是适格的。也许有人质疑,农民集体不具备完全民事行为能力,不能充当委托人。但是,既然现行立法将集体经营性建设用地所有权赋予农民集体,就说明法律已经承认其为我国民法中一类特殊的民事主体,具有民事权利能力。至于农民集体在民事行为能力方面存在欠缺,这并不影响其对民事权利的享有和实现,因为非完全民事行为能力民事主体的民事活动可由他人代理。<sup>[17]</sup>理想的代理人应该是作为特别法人的农村集体经济组织,在未设立农村集体经济组织的地方,同样是特别法人的村民委员会可以成为代理人。村民委员会下设有村民小组的,可由村民小组担任代理人。

#### 四、集体经营性建设用地信托流转中的受托人

“受托人乃委托人设立信托的相对人,而自受托人接受信托财产的移转或其他处分,法律上成为该财产权的名义所有人,并负担依信托目的为管理或处分信托财产的义务。”<sup>[18]56</sup>毫无疑问,集体经营性建设用地流转信托的受托人是信托机构。至于是什么样的信托机构,还需要进一步讨论。前面提到,国内还没有集体经营性建设用地信托流转的任何实践,可供借鉴的地方资源是少数农村地区开展农业用地信托流转所积累的经验。从这些实践经验来看,农业用地流转信托的受托人有两种:一是政府主导型,即政府出资成立的信托公司,例如湖南沅江市政府成立的香园农村土地承包经营权信托有限公司;二是企业化运作型,即专业信托机构介入农业用地流转,例如中信信托在安徽宿州推出的国内首个农村土地流转信托计划——“中信·农村土地承包经营权集合信托计划1301期”。在已有相关实践的基础上,

集体经营性建设用地流转信托的受托人也可以有两种:其一,地方政府出资成立的集体经营性建设用地使用权信托公司;其二,专业信托机构。

作为集体经营性建设用地信托流转中的受托人,以上两种类型的信托机构在特点、适用条件、法律调整上存在差异。首先,地方政府成立的信托公司带有明显的公益性,可以积极发挥政府在农村土地流转中的作用,但往往行政色彩比较浓厚,专业化程度较低。相比而言,专业信托机构是营利性的,其参与集体经营性建设用地流转更符合“使市场在资源配置中起决定性作用”的原则,市场化程度高,企业化运作更加规范。其次,在适用条件上,集体经营性建设用地亦有“肥瘦”之别,不是每个地块的土地价值都是等值的。城市附近的集体经营性建设用地,尤其是已纳入城市土地利用规划的土地,其价值很高,专业信托机构介入土地流转的意愿强烈,此时可以采用专业信托机构的形式。那些离城市较远的集体经营性建设用地,作为一种过渡形式,由政府成立的信托机构服务于集体经营性建设用地流转比较妥当。最后,在法律调整上,无论是专业信托机构,还是政府出资成立的信托机构,都要接受《信托法》和《信托公司管理办法》的调整,但后者的经营范围较小而且单一,其注册资本、股东资格、高管任职条件等没有营利性专业信托机构那么严格。<sup>[1]</sup>

根据信托法原理,集体经营性建设用地流转信托设立以后,农民集体(委托人)即应将集体经营性建设用地使用权(信托财产)移转给作为受托人的信托机构。“受托人基于系信托管理财产机关的地位,对信托财产具有管理处分权。”<sup>[18]</sup>此后,受托人应积极履行忠实谨慎义务,利用集体经营性建设用地进行投资,实现受益人利益的最大化。依据现行农村土地法制,只有在符合规划和用途管制的前提下,才允许集体建设用地进入市场。受托人在对集体经营性建设用地进行处分时,也要满足这个前提条件。

#### 五、集体经营性建设用地信托流转中的受益人

受益人是委托人指定的享受信托利益的人,“他是信托契约的关系人,而不是信托契约的当事人”<sup>[8]103</sup>。由于受益人无需提供信托财产,也“不直接对信托财产的处分构成权利或权

能”<sup>[19]</sup>，所以，受益人资格的取得，只需其具备权利能力，在行为能力方面没有特殊要求，我国信托法对此亦无特别规定。本文认为，集体经营性建设用地流转信托的受益人是农民集体。农民集体中的所有农民均为集体的成员，因此都是受益人，即为“共同受益人”。对于单个农户而言，农户的户主及其配偶、子女是所属农民集体的成员，他们作为受益人的地位是平等的。这样一来，集体经营性建设用地流转信托的委托人和受益人都是农民集体，故而它是一种比较典型的自益信托。

农民集体是集体经营性建设用地流转信托适格的受益人，这与“增加农民收入”的农村土地制度改革目标相符合。在我国，农民集体是集体经营性建设用地法律上的所有权人。既然农民集体是土地的所有权人，那么它完全可以处分自己的土地，以彰显主体身份，获取利益。《决定》提出“探索农民增加财产性收入渠道”“建立农村产权流转交易市场”。为了落实中央精神，2016年中央一号文件指出：促进农民收入持续较快增长，支持有条件的地方盘活农村集体建设用地。值得一提的是，2017年8月国土资源部等联合发布《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》，允许村镇集体经济组织利用集体建设用地建设租赁住房，使农民通过房屋租赁获得租金收入。由此，增加农民收入是我国近年来农村土地制度改革的核心目标之一。在这个宏大背景下，集体经营性建设用地信托流转也应该符合这个目标，即拓宽农民收入渠道，让农民从中得到收益。否则，集体经营性建设用地信托流转就失去了价值。从这个意

义上讲，集体经营性建设用地流转信托的受益人只能是农民集体。

## 六、信托利益分配

利益分配是集体经营性建设用地信托流转中的一个关键问题。因农民集体成员众多，不可能由农民集体或者集体成员负责利益分配事宜。关于谁可以胜任信托利益的分配工作，根据《土地管理法》《村民委员会组织法》的相关规定，在不同的条件下，农村集体经济组织、村民委员会、村民小组都有经营、管理农民集体所有的土地的法律资格。据此，本文认为，可以分不同的情况，由以上三者具体负责信托利益的分配工作。<sup>①</sup>此时农村集体经济组织、村民委员会、村民小组既是集体经营性建设用地信托流转中委托人的代理人，又是信托利益的分配者，一身兼任两职。农村集体经济组织和村民委员会同属特别法人，具备相应的权利能力和行为能力，由它们负责信托利益的分配事宜是合适的。村民小组是在村民委员会之下设立的小组。对于分别属于村内两个以上农民集体所有的集体经营性建设用地，在未成立集体经济组织时，<sup>②</sup>可以由村民小组代行村民委员会的职能，负责信托利益的分配工作。无论是农村集体经济组织、村民委员会，还是村民小组，在讨论、制定、公布信托利益分配方案以及对方案进行实施时，都要向农民集体负责并接受其监督。当然，村民小组还要向村民委员会负责，接受它的监督。

## 参考文献：

- [1] 高圣平. 农地信托流转的法律构造[J]. 法商研究, 2014(2): 28-33.
- [2] 高富平, 黄武双. 房地产法学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2016.
- [3] F.H.劳森, B.拉登. 财产法[M]. 施天涛, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998: 22.
- [4] 郭晓霞. 论信托制度的价值与功能[J]. 山东社会科学, 2008(7): 101-105.
- [5] 孟晓苏. 以土地信托制度促进农村建设用地合理流转[J]. 中国改革, 2004(8): 76-77.
- [6] 符启林. 房地产法[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 46.
- [7] 姚瑶. 公司法视野下的土地承包经营权入股研究[J]. 企业经济, 2013(7): 181-184.

(下转第499页)

① 当成立有农村集体经济组织时，应由其直接负责信托利益分配事宜。否则，村民委员会或村民小组应该承担信托利益分配工作。

② 依据物权法第60条第2款的规定，在这种情况下，当没有设立农村集体经济组织时，由村民小组行使农民集体所有土地的所有权。