

【土地问题】

# 集体经营性建设用地的政府优先购买权： 障碍及实现路径

陆红<sup>1</sup>, 陈利根<sup>1</sup>, 李思玟<sup>2</sup>

(1.南京农业大学人文与发展学院/公共管理学院,南京 210095;  
2.江苏徐淮地区徐州农业科学研究所,徐州 221131)

**摘要:**作为农村集体经营性建设用地流转改革的试点内容,政府优先购买权对集体经营性建设用地入市起到调节作用。试点地区行使政府优先购买权,实施租赁住房建设,调节土地供需关系。2019年新修订的《土地管理法》相关规定表明,集体经营性建设用地获得与国有建设用地同价同权入市的资格,政府优先购买权对集体经营性建设用地入市具备价格调节和规划功能,能够对土地市场机制存在问题进行纠偏。政府优先购买权受到市场规律约束,不会导致政府对集体经营性建设用地的变相垄断,和政府行政征收有本质区别。市、县两级政府是有权行使优先购买权的主体,政府可以委托国有土地资产公司收购集体经营性建设用地。集体经营性建设用地的二级市场参照国有建设用地执行,符合转让、出租等流转条件的集体经营性建设用地是政府优先购买权适用的客体。建议以土地改革市场化为导向,通过法律授权国有土地资产公司以合理价格行使“间接优先购买权”。地方政府根据实际情况制定政府优先购买权之地方性程序文件。

**关键词:**土地入市;集体经营性建设用地;政府优先购买权

**中图分类号:**D912.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2023)01-0135-11

集体经营性建设用地“入市”中的政府优先购买权,是指依据法律法规的相关规定,政府有优先于其他市场主体购买集体经营性建设用地的权力<sup>[1]</sup>。作为农村集体经营性建设用地流转制度改革的试点内容,政府优先购买权在集体经营性建设用地入市改革过程中发挥了价格调节和规划调节作用。立法方面,2019年新修订的《土地管理法》通过集体经营性建设用地和国有建设用地在土地市场上“同地、同价、同权”流转的法律规定,打破了集体经营性建设用地流转的困局,行使政府优先购买权,可以避免农村集体经营性建设用地不合理低价转让等问题。本文对集体经营性建设用地入市中引入政府购买权存在障碍以及改革进路加以探讨,以期提升对该制度的认识及适用。

## 一、集体经营性建设用地入市政府优先购买权的立法设计及存在歧义

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》明确了国有建设用地的政府优先购买权;《土地管理法》及《土地管理法实施条例》为集体经营性建设用地与国有建设用地入市“同地、同价、同权”铺平了道路,上述法律法规为集体经营性建设用地的政府优先购买权构筑了法律平台。

### (一) 政府优先购买权的立法设计

一是关于政府优先购买权的立法,我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(下文

收稿日期:2022-05-10

基金项目:教育部人文社会科学研究规划基金项目“农村集体经营性建设用地入市的法律调整研究”(17YJA820018)

作者简介:陆红,女,南京农业大学人文与社会发展学院教授;陈利根,男,南京农业大学公共管理学院教授,博士生导师;李思玟,女,江苏徐淮地区徐州农业科学研究所研究实习员。

简称《条例》)第26条规定:“土地使用权转让价格明显低于市场价格的,市、县人民政府有优先购买权。土地使用权转让的市场价格不合理上涨时,市、县人民政府可以采取必要的措施。”这是土地政府优先购买权的首次立法表达,体现了干预性、优先性、合法性三个特点。2016年最高法民申2373号民事裁定书认为,该《条例》规定的立法目的“在于更有效地强化对国有土地使用权转让价格合理范围的控制”。值得一提的是,该案标的物为国有建设土地使用权。根据《土地管理法实施条例》规定,农村集体经营性建设用地的转让可以参照国有建设用地市场,据此《条例》被视为集体经营性建设用地使用权转让可以参照国有建设用地的法规依据。

二是通过修订《土地管理法》,进一步明确集体经营性建设用地在市场交易中与国有建设用地享有同等法律地位。2019年《土地管理法》第63条规定,符合条件的集体经营性建设用地可以依法进行出让和出租,该法创新性扫除了集体经营性建设用地的入市障碍,规定集体经营性建设用地和国有建设用地可以“同地、同价、同权”进入市场,历史性也奠定了“建立城乡统一的建设用地市场”的基调。2021年通过的《土地管理法实施条例》对该第63条规定进行细化,明确集体经营性建设用地的出让、出租条件、规划条件、方案编制、审查、合同的签订以及登记等事项;在集体经营性建设用地二级市场方面,规定可以通过转让、出租等方式获得集体经营性建设用地使用权,以合法渠道再次流转集体经营性建设用地的使用权,具体做法主要参照执行国有建设用地相关规定。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》和《土地管理法实施条例》为集体经营性建设用地政府优先购买权制度的构建打下了基础,促进了集体经营性建设用地政府购买权由理论构想转变为制度现实。

## (二)集体经营性建设用地入市中引入政府优先购买权的歧义

对集体经营性建设用地入市中的政府优先购买权,学者们在认知上存在歧义。例如,集体经营性建设用地入市本身是为了保障农民的财产权益,如果引入政府优先购买权制度,是否可能导致政府对土地市场的变相垄断,使其变质为政府征收,背离《土地管理法》修改的初衷?

关于集体经营性建设用地入市中是否应当引入政府优先购买权这一问题,有两种相反的观点。一是反对在集体经营性建设用地入市中引入政府优先购买权的观点。本文实地调研中,有村级干部认为,根据现有法律的规定,集体经营性建设用地可以进入市场自由流转,应当由市场机制在土地交易中发挥作用,而不应允许利用政府之手干预集体经营性建设用地交易市场,否则可能导致政府的变相垄断,这实质上等同于以往的政府征收,损害集体和农民的财产权益,将政府优先购买权制度引入集体经营性建设用地中的意义也就不大。二是在集体经营性建设用地入市中引入政府优先购买权的观点,主要基于两点理由:其一,农村集体经营性建设用地入市立法先行,政府优先购买权的行使,有利于政府通过合法程序合理地开发利用土地,实现整体利益和集体、个人的利益共赢;其二,政府优先购买权的作用不仅在于承担政府的公共职能,通过购买土地实现土地再流转,而且对集体经营性建设用地入市中的价格投机行为进行改正,保障农村集体和个人的土地财产权益<sup>[2]</sup>。胡祖才<sup>[3]</sup>提出,集体经营性建设用地入市是释放土地价值的试金石,建立城乡统一的建设用地市场突破口,应依法允许就地入市或异地调整入市,并允许废弃的集体公益性建设用地转变为集体经营性建设用地入市。集体或个人无法通过个人力量实现土地的“异地分配”,只有以国家调节权的形式,行使政府优先购买权,才能实现土地资源的异地再分配,从而提高土地资源利用效率,做到地尽其用。

上述观点其实是基于对政府优先购买权价值功能的看法不同。本文认为,在《土地管理法》修改后,尽管集体经营性建设用地在符合公共利益时仍有被征收之可能,但是政府征收是行政行为,根据行政行为法定原则,只能在特定的法定条件下实施,不可能由各地方政府自行制定;而政府优先购买权是对平等主体交易的干预行为,政府优先购买权的实施条件必须符合《土地管理法》以及其他法规及各地规定,不存在背离《土地管理法》立法精神的情况。例如基于招

标、拍卖和挂牌等公开竞价的方式取得土地<sup>[4]</sup>,即通过合法程序形成合理对价进行的交易行为,是政府优先购买权合法行使的程序保障。政府优先购买权在集体经营性建设用地入市后的政府与市场互动中处于比土地征收更优越和更灵活的地位,是更好发挥政府作用的必要选择<sup>[5]</sup>。

### (三)集体经营性建设用地入市中政府优先购买权的合法性和正当性

土地政府优先购买权是公权还是私权,决定了政府优先购买权的法律属性,也决定了该权利的合理性和合法性。集体经营性建设用地通过政府优先购买权达到调节土地交易的目的,那么集体经营性建设用地入市政府购买权是公权还是私权?

1.政府优先购买权具备经济法权利属性。目前学者对政府优先购买权的权利属性有争议。一是认为政府优先购买权具备公法属性。胡晓华<sup>[2]</sup>提出政府优先购买权本质上是一种公权力,属于行政法的范畴。戴孟勇<sup>[6]</sup>认为政府优先购买权是市、县级人民政府代表国家行使优先购买权,该权利应当称为国家对农村集体建设用地使用权的优先购买权。该观点并未强调政府优先购买权是公权或私权。从法理来说,行政法是公法,行政权力不能干预以自由交易为基础的集体经营性建设用地入市行为,因而以上观点存在局限性。二是认为政府优先购买权具备私法属性。有学者从民法视角分析,认为政府部门是自由交易行为的平等主体,因此政府优先购买权具备私法属性。田峰<sup>[7]</sup>提出土地流转的政府优先购买权是法定物权,即私权,认为政府优先购买权的产生是基于法律的规定,其主体、内容和效力均由法律规定,当事人在不动产买卖合同中不得约定排除政府优先购买权。该观点把政府部门作为自由交易行为平等主体来分析,忽视了政府在土地交易中的优先性。三是强调政府干预性。为保证建设需要的土地,政府可以采取优先购买权,以防止土地使用权交易双方采取虚假、瞒报地价,逃避或少缴土地交易税费,维护和稳定土地市场秩序,并不在于政府尽量多地低价购买土地<sup>[8]</sup>。

如何看待政府优先购买权是私权的观点?田峰<sup>[7]</sup>认为政府优先购买权是物权,政府是交易行为的平等主体,但是该学者又认为国家优先购买权是贯彻国家政策的手段,借助政府法定先买权,国家可以有条件对土地实施干预,将土地用于特定的目的。本文认为,地方政府土地优先购买权是对土地市场秩序的合法干预,权利实现过程中政府部门是优先主体,不是自由交易行为的平等主体,因此不是私权。最高法民申2373号民事裁定书指出,政府优先购买权的立法目的在于“有效地强化对土地使用权转让价格合理范围的控制”,体现了政府干预价格行为的特殊性。“私法说”忽略了政府在土地交易中的优先性和干预性,是不成立的。如何看待学者提出的政府优先购买权是公权的观点?一方面,根据孟德斯鸠的理论,行政权没有调节市场的功能;另一方面,集体经营性建设用地入市主体是村集体经济组织和实体经济组织,如公司法人、合伙企业或个人私主体。集体经营性建设用地入市以签订合同的方式进行,是民事行为,基于行政不能干预经济的理论,政府优先购买权是公权力的观点是不当的。朱新帅等<sup>[9]</sup>认为,集体经营性建设用地入市的目的在于保护土地市场主体的交易自由,更在于保障农民的土地财产利益,完善城乡统一建设用地市场,从而维护社会公共利益。在市场经济条件下政府为实现社会整体利益的价值目标实施政府优先购买权,该权利兼具公权和私权特点,而这正是经济法的主要内涵,集体经营性建设用地入市的政府优先购买权具备经济法权利属性。

2.集体经营性建设用地入市中政府优先购买权是政府调节权。政府调节权是从传统的行政权中分离出来的一种新型权力,政府调节权是指为了权衡、确认和保障社会整体经济利益,一些具备国家公权力的机构出于调控市场需要,对微观市场行使一定的公权力,对相关市场进行调节,这是国家职能和市场演进的产物<sup>[10]</sup>。在深化农村土地制度改革的背景下,2020年《中共中央、国务院关于抓好“三农”领域重点工作确保如期实现全面小康的意见》提出,农村集体建设用地可以通过转让、入股、租赁等方式直接用于发展乡村产业,集体经营性建设用地入市正是体现了该政策导向。由此可见:其一,集体经营性建设用地的有偿使用和流转应通过主体之间

的转让合同或入股行为完成,这些行为受民商法调整,体现了私主体之间的权利义务法律关系,因此具有私法的特点。其二,在现有法律规定中,政府出于控制转让价格和规划管制、稳定土地市场秩序的目的,行使政府购买权,其目标是提高土地资源配置效率、合理设置土地发展权以及控制土地交易社会风险<sup>[11]</sup>,以弥补价格和规划方面的不理性行为,实现政府、集体和集体成员之间的利益协调与平衡<sup>[12]</sup>。集体经营性建设用地政府优先购买权制度设计体现了经济性和社会整体利益的双重权利属性。其制度设计体现了经济法的价值目标,在发挥市场机制作用的同时,还侧重维护社会整体经济利益,避免土地市场乱象。综合政府优先购买权的性质和功能来看,本文认为政府优先购买权应当属于经济法的范畴,政府优先购买权是政府调节权。

3. 集体经营性建设用地的政府优先购买权具备合法性。《条例》第26条第1款规定“国有土地使用权转让价格明显低于市场价格的,市、县人民政府有优先购买权”,《条例》的规定不能直接适用于集体经营性建设用地使用权,但是2020年《土地管理法实施条例》为集体经营性建设用地和国有建设用地同等条件进入土地交易市场作出基本规定,结合《土地管理法实施条例》第43条规定“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,法律、行政法规另有规定的除外”,据此国有建设用地、集体经营性建设用地的二级市场的转让,可以适用政府优先购买权。

政府对国有建设用地使用权转让有优先购买权,与其是国有建设用地所有权的代表行使主体不无关系,但是政府并非农民集体建设用地所有权代表行使主体,赋予政府优先购买集体经营性建设用地使用权的正当性是什么?《土地管理法》第23条规定:各级人民政府应当加强土地利用计划管理,实行建设用地总量控制。该规定表明,政府拥有总量控制的职责,无论国有建设用地,还是集体建设用地(包含集体经营性建设用地),都应当纳入计划管理和总量控制,其调节主体是各级人民政府。当然,现行立法及政策规定的政府优先购买权行使主体存在一定差异:依照《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,政府优先购买权行使主体为市、县级政府,而集体建设用地流转的地方试点政策,大多原则性规定由政府行使优先购买权,但未明确是哪一级地方政府;依照《农村集体经营性建设用地土地增值收益调节金征收使用管理暂行办法》规定,由县级政府行使优先购买权。本文认为,政府优先购买权行使主体为市、县级政府,2018年中央一号文件首次允许县级政府通过村土地利用规划调整优化村庄用地布局,因此,为实现市、县、乡村的区域统筹和城乡融合发展,由市、县级政府行使优先购买权更有利于发挥规划的调控功能,也便于对乡镇政府及村集体的违法流转行为进行监督和约束。省级政府虽负有土地市场宏观调控的职能,但鉴于乡村规划管制具有很强的属地性,省级政府难以直接把握乡村土地用途和产业发展的相关信息,也无力参与具体的地方土地交易个案,由其行使优先购买权不具可操作性。

## 二、集体经营性建设用地政府优先购买权的实践考察

如何处理政府优先购买权与集体经营性建设用地自由流转的关系,是学界讨论的重要问题。在现有法律条件下,实践中一些创新做法值得归纳并进一步改进。

### (一) 集体经营性建设用地政府优先购买权的实践及分析

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第26条的立法规定,是我国土地政府优先购买权的主要条款;2002年国土资源部《关于印发〈土地资产管理“十五”计划纲要〉的通知》提出“建立土地交易价格申报制度,充分运用政府优先购买权”,该通知并没有区分国有建设用地和集体建设用地,集体经营性建设用地的国家优先购买权自此正式确立。近十年来,政府优先购买权的立法相对停滞,立法层级不高,以“条例”“办法”等条例和政策性文件体现出来(表1)。

自政府优先购买权确立以来,这项制度的优势并未得到充分有效的发挥,实践中政府行使优先购买权干预土地市场的案例较少。2015 年 2 月以来,国家在 33 个试点地区开展“三块地”即农村承包地、宅基地和集体经营性建设用地制度改革,试点地区的“政府主导模式”表明,集体经营性建设用地入市中的政府优先购买权进入实践阶段。

表 1 立法实践涉及政府优先购买权的条例和政策性文件以及行使条件

时间	颁布主体	条例和政策性文件	政府优先购买权行使条件
1990 年	国务院	《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》	明显低于市场价
2002 年	国土资源部	《土地资产管理“十五”计划纲要》	充分运用政府优先购买权
2016 年	财政部、原国土资源部	《农村集体经营性建设用地土地增值收益调节金征收使用管理暂行办法》	低于基准地价 80%
2021 年	枣庄市市中区人民政府	《市中区农村集体经营性建设用地出让管理办法(暂行)》	低于基准地价 80%
2021 年	济南市人民政府	《济南市建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场管理办法》	比标定地价低 20% 以上

1. 试点地区“政府主导模式”的创新性实践。政府优先购买权主要体现在政府委托土地资产公司购买集体经营性建设用地这个环节。例如,由地方政府委托区一级国有土地资产公司购买集体经营性建设用地,然后政府通过土地指标再分配的形式推动土地指标化流转。上海松江地区作为集体经营性建设用地入市 33 个试点之一,2015 年开始集体经营性建设用地入市的转型。调研显示,为了盘活集体经营性建设用地的利用,松江地区累计调整了 1000 余家企业,腾出了 18400 余亩土地和 583 万平方米的厂房面积,由于多年的城镇化发展趋向,加上土地征收补偿标准的不断提高,集体土地征收推进较快,但是集体经营性建设用地“入市”动力明显不足。政府通过回购形式,委托松江区国有土地资产公司购买土地,推动了土地的二次开发,具体做法是在乡镇企业办不下去、土地碎片化严重的情况下,由政府委托国有土地资产公司以市场价购买集体经营性建设用地,然后换成土地指标,引导有权取得集体经营性建设用地的主体购买土地,满足日益增长的土地需求,例如集体经营性建设用地在二级市场转让后建设租赁住房。其特点在于:一是具有探索性,作为集体经营性建设用地入市改革试点地区,国有资本购买集体经营性建设用地,推动了改革,作出了示范;二是政府主导性,由政府主导推动区级国有土地资产公司出资收购,尝试在法规允许下的市场化运作集体经营性建设用地转让;三是集体经营性建设用地指标化,国有土地资产公司收购集体经营性建设用地后细分成土地指标,向本区或跨区有土地指标需求的公司流转这些指标,实现集体经营性建设用地的市场化二次开发。值得注意的是,“政府主导性模式”下,由政府推动并委托国有土地资产公司收购是优先购买权的行使,但是国有土地资产公司首先是市场经济条件下的平等法人,举例来说,在二级市场租赁集体经营性建设用地用作草莓基地,或者租赁集体经营性建设用地后再转租等,这些行为不具备优先性和特殊性,不是优先购买权的行使,而是公司法人作为平等主体实施的一般性市场经济交易活动。

2. 政府优先购买是否意味着政府财政部门直接出资收购集体经营性建设用地? 法理上,区县一级土地资产公司是国资委履行出资人职责的国有公司,表明国家购买土地的形式是“间接出资”。区政府作为土地资产高效配置保值的主要落实机构,委托土地资产公司购买集体经营性建设用地,一是通过法律和经济等手段,走市场化和公司化的路径,以资产管理理论维护和提升以经济价值为主的集体经营性建设用地资产价值;二是以委托理论落实集体经营性建设用地使用者权益,各级土地主管部门是主要落实机构,以“集体经营性建设用地指标再分配”等方式实现土地资产高效配置,从而避免土地信息不对称、土地配置不专业、价格和规划不到位等问题的产生。

本文认为村级土地股份合作社(或类似村级经济组织)不能成为政府优先购买权实施主体。集体经营性建设用地可以入股村级土地股份合作社,集体经济组织可以委托土地股份合作社实施集体经营性建设用地转让行为,然而土地股份合作社不能成为政府优先购买权主体,原因是土地股份合作社是受集体经济组织委托的转让方,在法律上没有土地购买优先权,在逻辑上村级土地股份合作社不能购买自己所有的土地,在实力上没有雄厚资金实现购买行为。

3.政府“间接出资”避免了行政干预和收购资金的滥用。政府间接出资本质上仍然是政府出资,在集体经营性建设用地试点实践中,地方政府土地资源部门均为主要推手,引导成立国有土地资产公司收购集体经营性建设用地,土地入市主体层级上移,体现政府土地资源部门所具有的不可替代的经济调节功能。政府以“间接出资”方式引导土地按照市场规律转型升级,避免了行政干预;国有资本公司化的运作方式,追求国有公司的保值和增值,依法经营土地资源,避免了国家收购权的权力寻租和收购资金的滥用。值得注意的是,目前农村集体经营性建设用地入市需要大量资金,而政府筹措的风险基金有限<sup>[13]</sup>,即使是在经济相对发达的松江地区也是如此。试点过程中政府推动国有公司收购土地,上海市松江政府出资的国有土地资产公司收购集体经营性建设用地,既是政府实施的价格和规划调节,也是市场化改革的尝试,因而并不等同于我国《土地储备管理办法》规定的“行政委托”行为。

## (二)集体经营性建设用地政府优先购买权在实践中发挥价格和规划调节作用

基于国有土地流转中政府优先购买权的理论和实践,政府优先购买权在集体经营性建设用地入市中的主要功能有两个方面:防止集体经营性建设用地入市中的价格投机行为,维护公平有序的竞争环境;维护社会公共利益,利用土地招商引资,即政府优先购买权制度在集体经营性建设用地流转市场中具有价格和规划调节功能。

一是政府优先购买权具有价格调节功能,可以有效避免集体经营性建设用地市场中的低价交易行为。低价交易是以土地转让价格明显低于标定地价进行交易的行为,集体经营性建设用地入市试点实践中,有的地方核定集体经营性建设用地地价时,相同土地用途、相同区域位置的地块,集体经营性建设用地地价水平只相当于国有土地的60%<sup>[1]</sup>,低价交易形成的原因:一是通过压低土地交易价格偷逃税款;二是交易一方为了自身的利益损害交易相对人的合法权益,包括土地产权人以及其他权利人的利益。交易价格同基准地价的差异大小是政府优先购买权启动的衡量标准,相关职能部门可以通过行使政府优先购买权取缔低价交易,从而实现价格规制的功能。

二是政府优先购买权具有规划调节功能。政府优先购买权的规划调节功能在许多国家得到体现,例如法国《城市规划法典》(2017年1月1日修订)对政府优先购买权进行了明确限定:政府行使优先购买权应当基于城市整体利益,主要情形包括环境卫生治理、危房改造、城市更新以及历史遗迹等<sup>[5]</sup>,在整理及规划“优先城市化区”的过程中,政府有权以在划定“优先城市化区”的前一年确定的土地价格优先购买<sup>[14]</sup>。荷兰《优先购买权法》将适用范围从城市地区拓展至需要发展的区域,甚至某年68%的市镇政府都在行使优先购买权<sup>[15]</sup>。我国关于政府土地优先购买权的规定建立在价格管制功能的基础上,即行使政府优先购买权的必要条件是土地交易价格明显低于基准地价<sup>[16]</sup>。调研显示,我国试点地区有关集体经营性建设用地入市的相关规定,无一例外强调入市流转必须符合规划调节管制。随着改革的推进,中国国家发展改革委员会发布《2020年新型城镇化建设和城乡融合发展重点任务》,提出全面推进农村集体经营性建设用地直接入市,出台农村集体经营性建设用地入市指导意见,允许农民集体妥善处理产权和补偿关系后,政府依法收回集体建设用地使用权,按照国土空间规划确定的经营性用途入市,将农村集体经营性建设用地纳入总体规划。

综上所述,在调节农村集体经营性建设用地市场交易、控制农村土地交易社会风险等价值

目标方面,政府优先购买权发挥了价格调节和规划实施等功能,《土地管理法实施条例》第37条也鼓励乡村重点产业和项目使用集体经营性建设用地,发挥政府优先购买权的规划调节和价格调节职能,为乡村振兴贡献力量。从国外视角来看,法国、荷兰等欧洲国家均较早地建立了土地市场交易的政府优先购买权制度,其功能定位主要有保障规划的实施、促进乡镇发展以及实现社会公共利益,本质是为了实现社会公共利益而非增加政府的利益,这也是政府优先购买权同政府行政征收的本质区别。

### 三、实现政府优先购买权过程中存在的障碍

目前集体经营性建设用地政府优先购买权的实践尚不成熟,例如:政府优先购买权的行使要件之一“转让价格明显低于市场价格”,由于不同地区经济发展存在差异,集体经营性建设用地的市场基准价格在实践中存在较大不同,有些地区集体经营性建设用地市场不完善,甚至尚未形成市场基准价格,政府优先购买权在实现过程中仍然存在阻碍。

#### (一)《土地管理法》及其实施条例相关规定关注不足

2019年修订的《土地管理法》关于集体经营性建设用地入市的规定主要集中在第63条。该法修改前,城市土地属于国家所有,相关主体必须进行申请并经过政府批准才能使用国有土地进行建设活动,政府通过征收农村集体经营性建设用地,将其转为国有土地以进行城市建设;该法修改后,实体单位出于需要,可以通过转让、租借等方式直接取得集体经营性建设用地,而非必须使用国有土地进行建设。在这一情况下,政府的土地储备量将无疑减少,土地储备增加速率也会降低,这也导致理论界认为政府优先购买权制度的说服力并不强,甚至一些观点认为政府行使优先购买权是变相的“与民争利”。

2020年《土地管理法实施条例(修订草案)》第四章专门规定了集体经营性建设用地的相关内容。比如:集约使用集体经营性建设用地、控制集体经营性建设用地规模的扩大;对《土地管理法》第63条的规定进行了细化,明确了集体经营性建设用地的出让、出租条件、规划条件、方案编制、审查、合同的签订以及登记等事项;在集体经营性建设用地二级市场方面,通过出让、出租等方式获得集体经营性建设用地使用权,以合法渠道再次流转集体经营性建设用地的使用权。2021年正式出台的《土地管理法实施条例》没有具体规定政府优先购买权的实施细则,有一定缺憾。为回应集体经营性建设用地入市这一重要的土地变革趋势,建议立法授权国有土地资产公司购买集体经营性建设用地,既明确该权利的实施条件,也可依法防止权利滥用。

#### (二)政府优先购买权的行使要件不明晰

1.主体范围方面。关于集体经营性建设用地入市中政府优先购买权行使主体,学界尚未达成一致意见,实践中不同地区对此也存在争议,没有统一的做法。一般而言,优先购买权的行使主体主要包括土地所有权人和具体自然资源部门,因此,政府优先购买权的行使主体应当是政府和具有相应职能的单位。

我国现有相关法规对于政府土地优先购买权行使主体的规定也较为模糊,导致学界对政府土地优先购买权性质产生分歧。虽然学界有观点赞同政府优先购买权的行使属于经济法上国家调节权的范畴,是国家调节经济的行为,但在实践中政府优先购买权一般由地方人民政府行使。作为经济法主体的土地调节机构即自然资源管理部门无法成为权力行使主体,使得政府优先购买权实质上成为一种行政行为,这是违背法理的。正如上文所述,集体经营性建设用地政府优先购买权不同于行政征收,也不同于《土地储备管理办法》规定的行政委托行为。

2.客体范围方面。明确政府优先购买权的客体,有利于防止行政机关权力的滥用。我国关于政府优先购买权行使的客体范围,在集体经营性建设用地入市的过程中,政府优先购买权只

能起到辅助作用而非主导作用,是对“市场机制对土地资源市场起决定作用”的矫正,因此在集体经营性建设用地入市的背景下,必须明确政府优先购买权适用的客体范围,以期实现规范化。政府优先购买权适用的客体范围是出于实现规划的目的<sup>[17]</sup>,或者是出于规范市场、防止价格投机行为之目的而行使优先购买权的集体经营性建设用地<sup>[18]</sup>。

### (三) 现有法规未对基准地价作出相应规定

2019年修订的《土地管理法》以及2021年出台的《土地管理法实施条例》未对集体经营性建设用地基准地价体系作出规定。在现实中,存在土地转让双方签订“阴阳合同”以规避国家税费的情况,例如某省两家公司签订了集体经营性建设用地转让合同并在自然资源管理部门登记备案,其名义转让价格为5255.08万元,实际转让价格为6058.3万元,这种情况是否形成政府行使优先购买权的条件?基准地价是按名义价格判定还是按实际价格判定?根据政府优先购买权的相关规定,自然资源管理部门应当对双方签订并备案的转让合同进行价格监管,判定其是否低于标定地价的20%,再决定是否报地方政府适用优先购买权。

属于试点地区之一的晋江市于2017年发布的《晋江市农村集体经营性建设用地入市管理暂行规定》提到,集体经营性建设用地入市交易时,应当载明入市价格,且标底和底价不得低于基准地价,投标及竞买保证金均不得低于起始价的20%,但是规定中并未对基准地价作具体规定,缺乏衡量地价的标准。由此可见,由于地区之间经济发展水平的差异,有些地区土地市场发育不健全,集体经营性建设用地政府优先权购买权的地方性政策无法对基准价格区间或基准价格作出规定。由于地区差异对政府优先购买权的市场基准价格构成挑战,本文建议集体经营性建设用地可以借鉴国有土地政府优先购买权的行使条件——转让价格明显低于市场价格。

## 四、集体经营性建设用地入市中政府优先购买权的实现途径

在集体经营性建设用地使用权入市中行使政府优先购买权,应当明确行使政府土地优先购买权的行使要件。建议出台《土地管理法》相关司法解释对土地政府优先购买权进行回应,优化集体经营性建设用地政府优先购买权的实现要件。

### (一) 政府优先购买权的行使由“行政委托”转变为“法律授权”

法律授权是立法机关通过法律、法规或规章直接赋予一定的机构行使有关的权力。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》规定的政府优先购买权,带有“行政委托”的性质,《条例》对当时政府职能的定位尚没有当前倡导的“法治政府”那么清晰。2021年中共中央、国务院印发《法治政府建设实施纲要(2021—2025年)》,强调坚持法定职责必须为、法无授权不可为,着力实现政府职能深刻转变。在集体经营性建设用地使用权改革过程中,政府优先购买权的行使出现了由“行政委托”转变为“法律授权”的改革方向,被授权的机构以自己名义独立行使职权,也独立承担法律责任。在土地市场化改革条件下,农村集体经营性建设用地政府优先购买权的行使,如果通过“行政委托”方式强制实施,将不符合市场化要求。本文建议通过出台《土地管理法》司法解释,以土地改革市场化为导向,将政府优先购买权的“行政委托”转变为真正的“法律授权”。在法律授权下,被授权机构(例如松江区土地资产公司)将在市场引导下以自己名义独立行使土地收购权,并独立承担相应法律后果。

### (二) 由政府“直接优先购买”转变为国有资产公司“间接优先购买”

只有将“行政委托”变为“法律授权”,才能解决权力行使的合法性问题,才能正确把握政府的功能定位,实行政事分开,防止政府在集体经营性建设用地政府优先购买权实施过程中出现“权力寻租”或黑箱问题,让政府及其直属机构从土地项目的直接经营中退出来,转为土地市场化的推动者。上海市松江等地的实践表明,市、县(区)两级政府是有权行使优先购买权的主

体,政府委托国有的土地资产公司收购集体经营性建设用地,采用市场化方式,建设符合规划的城郊租赁房,符合松江地区土地规划要求,符合农民土地利益要求。具体的改革措施,本文建议对接 2022 年国务院《全民所有自然资源资产所有权委托代理机制试点方案》<sup>①</sup>,行使地方政府的土地优先购买权,因为在《土地管理法》现有规定下,集体经营性建设用地实现了和国有建设用地“同地、同权、同价”入市的资格,所以在界定集体经营性建设用地产权边界后,地方政府可以合法授权委托国有资产公司购买集体经营性建设用地,即由政府“直接优先购买”转变为国有资产公司“间接优先购买”,政府部门则在规范和完善法律授权程序、公示程序及监督机制等方面发挥作用,使权力的行使更加透明化<sup>[19]</sup>。

### (三) 政府优先购买权适用的土地范围

集体经营性建设用地入市过程中,不仅关注土地价格,还要保证建设规划和产业规划的完整性,而且政府优先购买权的范围不宜扩大,否则可能沦为被用于排挤潜在用地竞争者的工具,进而损害潜在用地人及土地所属集体利益。并非所有的集体经营性建设用地都属于政府优先购买权的客体,根据《土地管理法》和《土地管理法实施条例》的规定,只有符合出让、出租、转让等流转条件的集体经营性建设用地,才能入市流转。根据现有法律规定,本文建议应该区分集体经营性建设用地的一级市场和二级市场。2021 年通过的《土地管理法实施条例》第 43 条规定阐明了二级市场的法律适用问题,即集体经营性建设用地的二级市场参照国有建设用地执行。在二级市场即集体经营性建设用地使用权转让过程中,包括买卖、交换、出资以及司法处置、资产处置、法人或其他组织合并或分立等形式涉及的建设经营性用地使用权转让,且只有在土地使用权转让价格明显偏低的情况下,才能行使政府土地优先购买权。

### (四) 政府优先购买权适用的程序要件

以何种程序行使政府优先购买权才合法有效?新修订的《土地管理法》增加了有关集体经营性建设用地入市须经三分之二以上集体成员或集体代表同意的条件,以保证集体经营性建设用地符合政府优先购买权适用的客体要件。按照《土地登记规则》要求,交易双方应该向土地登记部门申报集体经营性建设用地成交价格。在《条例》和《土地管理法实施条例》等实体性规定下,中国各地农村集体经营性建设用地数量、质量各异,各地基准地价存在不一致的情形,在不与上位法产生冲突的条件下,建议市、县(区)级人民政府根据实际情况制定本市、县(区)级集体经营性建设用地政府优先购买权之地方性程序性文件,报请上级省、市人大、政府批准或备案<sup>[5]</sup>。本文以图示方式解释政府优先购买权适用的程序路径(图 1)。

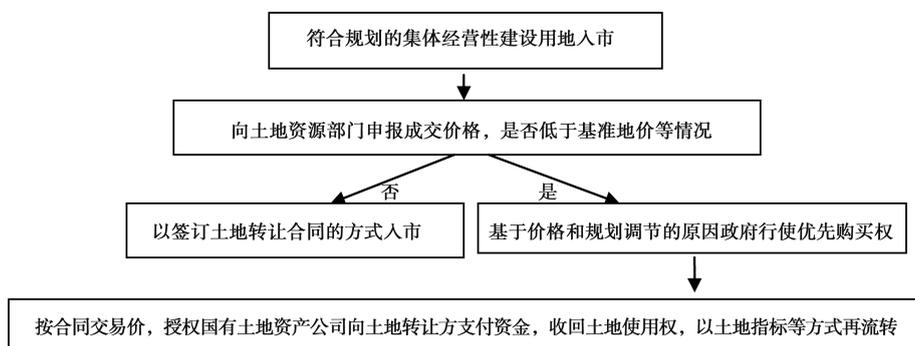


图 1 政府优先购买权的行使

### (五) 政府优先购买权的价格要件及其监管

国务院《关于加强国有土地资产管理的通知》规定,以不高于或不低于标定地价 20% 为交

<sup>①</sup> 根据 2022 年国务院《全民所有自然资源资产所有权委托代理机制试点方案》精神,以委托理论落实和维护全民所有自然资源资产权益,各级自然资源部门在委托代理中是主要落实机构,任务是依法行使全民所有自然资源资产所有者权,促进资产高效配置和保值增值。该方案将以试点实践的方式加以推进,对集体经营性建设用地的资源配置具有借鉴意义。

易双方申报交易地价的变动范围。关于如何判定其是否低于标定地价的20%以上,现实中一些地方也面临着难题,原国土资源部《关于整顿和规范土地市场秩序的通知》规定,基准地价原则上应每3年更新一次,然而某些地方未能做到,土地二级市场标定地价时,没有专业机构认定土地转让价格是否明显低于基准地价或标定地价。

在地价体系和土地二级市场监管体系还不够完善的情况下,政府很难实施优先购买权,据此,本文建议出台相关司法解释,促进基准地价体系的建设,为政府优先购买权制度的发展打下基础。第一,向土地登记部门申报成交价格,行使优先购买权的价格要件是“国有土地使用权申报价低于基准地价20%以上”,按照新修订的《土地管理法》以及《土地管理法实施条例》规定,集体经营性建设用地可以参照执行。第二,条件具备的地区,可以用申报的宗地价作为优先购买实施的标准。第三,对一些按照地区政策规定需实施优先购买权,由于各地情况千差万别,建议集体经营性建设用地政府优先购买权的行使,县级或区政府可以参照国有建设用地行使政府优先购买权的相关规定,在原有“低于基准地价20%以上”基础上进行适当调整。作为监管部门,行使政府调节权的地方自然资源管理部门应当审查土地买卖合同,对转让价格予以监管,在遵守市场规律条件下,实施价格调节。

## 五、结语

集体经营性建设用地使用权流转是农村土地制度改革的重要组成部分,为建立城乡统一的建设用地市场起到重要作用,但是在实行政事分开过程中,政府在集体经营性建设用地“入市”中的法律地位、政府优先购买权的行使条件等问题,还需要进一步深入研究。

政府优先购买权引入土地市场是经济法价值理念的实现,体现了社会本位原则<sup>[20]</sup>。通过明确政府优先购买权的主体、客体、实施程序以及监督机制,实现制度的规范化、法律化,发挥制度优势,从而平衡集体经营性建设用地入市和政府优先购买权的关系,促进土地价值的实现。随着土地市场改革的进行,改革将向市场化方向推进,例如集体经济组织在不丧失集体经营性建设用地产权的前提下,利用证券市场将不可移动、不适合小规模投资的土地转化成可流转的金融资产<sup>[21]</sup>,市场化的土地资产证券化等创新性金融制度将更为常见,但是集体经营性建设用地市场化过程中,政府优先购买权在降低交易风险、克服信息不对称、避免低价转让农村土地造成损失以及实现公共利益等方面,仍然是有效的合法调节手段。

## 参考文献:

- [1] 万广军.集体经营性建设用地优先购买权研究[J].民商法争鸣,2017(2):79-88.
- [2] 胡晓华.政府土地优先购买权如何行使[N].中国自然资源报,2019-08-26(6).
- [3] 胡祖才.城乡融合发展的新图景[J].求是,2019(14):49-55.
- [4] 王利明.民法学[M].北京:高等教育出版社,2019:197.
- [5] 王全兴,王甜甜.我国政府优先购买权的功能审视与制度重构[J].现代法学,2017,39(2):94-109.
- [6] 戴孟勇.论国家对国有建设用地使用权的优先购买权[J].师大法学,2019(2):77-100.
- [7] 田峰.我国土地收购储备制度中国家优先购买权研究[J].中国人口·资源与环境,2011,21(12):325-328.
- [8] 白新亚.政府不能忽视土地优先购买权中的程序问题[J].国土资源,2007(9):53-54.
- [9] 朱新帅,巫红霞,黄克龙,等.集体经营性建设用地流转之政府角色定位研究[J].上海国土资源,2018,39(3):26-29.
- [10] 陈云良.国家调节权:第四种权力形态[J].现代法学,2007,29(6):15-22.
- [11] 王全兴,王甜甜.集体建设用地“入市”中的政府优先购买权[J].法学,2019(6):31-48.
- [12] 慕磊.集体经营性建设用地使用权流转法律问题研究[M].北京:法律出版社,2016:132.

- [13] 王海,龙腾.推进集体经营性建设用地入市工作的若干思考[J].上海国土资源,2016,37(2):37-41.
- [14] Strong A L. Land Banking: European Reality, American Prospect[M]. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1979:141.
- [15] Segeren A. Grondmarkten Woningbouw[M]. Rotterdam: Nai Uitgevers, 2007: 37-38.
- [16] 杨遵杰,周文兴.中国政府土地优先购买权功能分析[J].中国土地科学,2011,25(2):28-33.
- [17] 杨遂全,孙阿凡.农村集体经营性建设用地流转范围探讨[J].西北农林科技大学学报(社会科学版), 2015,15(6):1-6.
- [18] 郭洁.集体建设用地使用权流转市场法律规制的实证研究[M].北京:法律出版社,2013:19.
- [19] 陆剑.集体经营性建设用地入市的法律规则体系研究[M].北京:法律出版社,2015:174.
- [20] 李昌麒.经济法学[M].3版.北京:法律出版社,2016:56.
- [21] 沈福俊.我国土地储备范围的法学透视——以我国土地储备的制度与实践为分析对象[J].政治与法律, 2010(12):28-38.

(责任编辑:刘浩)

## Municipality's Preemption Right in the Market of Collective Operating Construction Land: Disorder and Realization Path

LU Hong, CHEN Ligen, LI Siwen

**Abstract:** As a rural collective operating construction land transfer reform pilot, the government's preemptive right plays a role in promoting the marketing of collective commercial construction land. Pilot areas will have the right of preemptive purchase, carry out rental housing construction, and adjust the relationship between land supply and demand. The revision of the land management law in 2019 indicates that the collective operating construction land will enter the market with the same price and the same right as the state owned construction land. It is of great significance to explore the government's preemptive right system in order to regulate the collective operating construction land market. Although there are still disputes about whether the system of government preemptive right should be introduced, it is undeniable that government preemptive right has the functions of price regulation as well as planning regulation, which can correct the defects of land market mechanism. The government's preemptive right will not lead to the municipality's disguised monopoly on the collectively operated construction land. The municipal and county governments are the subjects who have the right to exercise the preemptive right. The government may entrust state-owned land asset companies to acquire collective commercial construction land. Only the collective operating construction land that meets the transfer conditions such as transfer and lease can become the object of the government's preemptive right. The secondary market of collective operating construction land can be implemented with reference to the state-owned construction land. With the marketization of land reform, it is suggested state-owned land asset companies be authorized to exercise "indirect pre-emption right" at reasonable prices by law. In accordance with the actual conditions, the municipal and county governments shall formulate local procedures for municipality's pre-emption right.

**Keywords:** Land Transfer; Collective Operating Construction Land; Municipality's Preemption Right