



引用格式:万广军. 集体经营性建设用地使用权出让中的法定公证——基于规范样本的分析 [J]. 郑州轻工业学院学报(社会科学版), 2017, 18(3): 36-42.

中图分类号:DF451 文献标识码:A

DOI:10.3969/j.issn.1009-3729.2017.03.006

文章编号:1009-3729(2017)03-0036-07

# 集体经营性建设用地使用权出让中的法定公证

## ——基于规范样本的分析

### On statutory notarization of use right transference of collective profitable constructive land

—Based on the analysis of the sample rules

万广军

WAN Guang-jun

郑州轻工业学院 政法学院, 河南 郑州 450002

**摘要:**公证作为一种非政府监管措施,对民商事法律秩序的构建具有特殊的制度价值。集体经营性建设用地使用权出让,是使用权初次流转的主要形式和再流转的前提,其交易环境不同于其他流转形式。通过对全国大多数地方公证规范的统计分析发现,法定公证制度在集体土地使用权流转尤其是在集体经营性建设用地使用权出让环节存在缺失。为保障集体经营性建设用地制度改革实效,最大化地发挥公证制度的价值,弥补政府监管模式的不足,在集体经营性建设用地使用权出让环节应确立法定公证制度。

**关键词:**

集体经营性建设用地;  
土地流转;  
使用权出让;  
法定公证

收稿日期:2017-03-20

基金项目:国家社科基金项目(16BFX129);河南省教育厅人文社会科学项目(2016-GH-143);郑州轻工业学院博士科研基金项目

作者简介:万广军(1971—),男,河南省西平县人,郑州轻工业学院副教授,博士,主要研究方向:法经济学、土地法律制度。

中共十八届三中全会提出“建立城乡统一的建设用地市场”,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,与国有建设用地同等入市、同权同价,此举有望破除阻碍城乡建设用地使用权市场统一的制度藩篱。但在试点过程中,对于地方政府主导下的集体经营性建设用地制度的改革,中央政府如何保障监管和实现制度实效呢?作为一种非政府监管措施,法定公证具有正式制度的一般特征、制度绩效和社会经济功能,无疑是一项不错的选择。在经济条件下,法定公证对民商事法律秩序的构建、整合具有特殊的制度价值。鉴于此,本文拟通过统计分析样本规范中的公证制度尤其是法定公证对土地使用权流转的关注程度,了解该制度在土地使用权出让与转让过程中的适用情况,进而对比分析法定公证制度在国有和集体所有土地使用权流转中适用的差异,从而提出以法定公证规范集体经营性建设用地使用权出让的制度完善建议,以期对规范集体经营性建设用地使用权流转实务和完善出让立法有所裨益。

## 一、从规范样本看法定公证在土地使用权流转中的应用

### 1. 规范样本对土地使用权流转公证的选择

法定公证以其特有的安全、公平与效率价值来保障民商事法律秩序的完善。<sup>[1]</sup>通过万方政策法规数据库检索到22个省、自治区、直辖市关于公证制度的地方法规(见表1)。这些规范涵盖了我国大多数省、自治区和直辖市,能够代表我国集体经营性建设用地使用权流转活跃地区关于公证范围的共性规定,也可以从中看

出地方立法对土地使用权流转公证的基本态度。

由表1可知,关于国有和集体土地使用权流转的公证,在22部地方规范中,有19部对土地使用权流转做出了公证要求,占到全部规范的86.4%。在对土地使用权流转公证做出规定的19部规范样本中,有13部明确要求对国有土地使用权的出让、转让、抵押等流转行为进行公证,占规范样本的68.4%;区分土地国有或集体所有,并对集体土地使用权流转中的公证问题做出规定的有5部\*,占规范样本总数的26.3%;另有6部地方规范只规定要对土地使用权的流转予以公证,未明确是针对国有土地使用权还是针对集体土地使用权,抑或是同时涵盖两者。结合规范样本出台时间和当时我国土地使用权流转的实际情况,受限于城乡二元结构,规范样本出台时集体土地使用权的流转极其有限。虽然这6部地方规范未对予以流转的土地使用权的性质做出区分,但并不意味着该规范对国有和集体土地使用权同样适用,而是根本就没有考虑集体土地使用权流转问题,所规范的需要进行公证的流转实际上是指国有土地使用权的流转,即全部规范样本都规定了对于国有土地使用权流转的公证。这一点可以直观地从1994年出台的《江苏省公证条例(试行)》第12条中看出,该条款规定“土地使用权的转让,当事人应当办理公证,但集体所有土地的承包除外”。

由以上分析可知,规范样本对集体土地使用权流转公证的关注度显著低于对国有土地使用权流转的关注度,各地方的公证制度未给予集体土地使用权的流转以足够重视,公证在集

\* 这5部样本是1996年出台的《贵州省公证条例》《海南经济特区土地使用权有偿出让转让规定》、2000年11月28日出台的《安徽省公证条例》、2005年6月24日修正的《黑龙江省公证条例》以及重庆市人民政府办公厅2005年发布的《关于加强公证工作的通知》。《贵州省公证条例》在2004年修改时,坚持了1996年法规中关于集体土地使用权流转公证的规定,而黑龙江省和重庆市的法规只是在2005年修正时才首次关注到该问题。

体土地使用权流转中的作用远没有在有国有土地使用权流转中的作用那么大。这固然与我国的集体土地使用权流转市场不发达有关,但也从侧面说明了城乡统一建设用地使用权市场的建立仍然面临着许多制度障碍。

## 2. 规范样本对土地使用权流转公证形式的要求

在规范样本中,各地方法规对土地使用权流转公证的形式做出了不同的选择。其中,3部地方法规选择了任意公证制度,由土地使用权交易双方自愿选择;14部地方法规对土地使用权流转实行法定公证制度,凡土地使用权流

转都必须进行公证;2部地方法规同时规定了法定公证和自愿公证,比如2005年3月29日重庆市人民政府办公厅发布的《关于加强公证工作的通知》(渝办发[2005]第69号),就规定国有土地使用权的出让、转让、抵押和拍卖应当向公证机构申请办理公证,同时在农村“四荒”的发包、流转关系中,鼓励、引导相关当事人向公证机构申请办理公证。因公证对象不同应做出区别性规定,即国有土地使用权的流转采用法定公证制度,集体土地使用权的流转采用自愿公证制度。1996年贵州省制定的《贵州省公证条例》,在第8条要求“以出让方式取得的城

表1 各地方法规中关于土地使用权流转公证相关规定统计

| 类别    | 序号 | 地区  | 土地性质     | 公证对象  | 公证形式     |
|-------|----|-----|----------|---|----------|
| 规范样本  | 1  | 海南  | 国有<br>集体 | 土地使用权的转让、抵押、联营、继承、交换、赠与、出租<br>土地使用权的出让、出租、联营  | 法定<br>法定 |
|       | 2  | 安徽  | 国有<br>集体 | 以出让方式取得的土地使用权的转租、抵押<br>土地使用权的转让               | 法定<br>法定 |
|       | 3  | 贵州  | 国有<br>集体 | 土地使用权出让的拍卖、招标<br>土地使用权转让                      | 自愿<br>自愿 |
|       | 4  | 重庆  | 国有<br>集体 | 以出让方式取得的土地使用权转让、非耕地使用权拍卖<br>土地使用权的出让、转让、抵押和拍卖 | 法定<br>法定 |
|       | 5  | 黑龙江 | 国有<br>集体 | “四荒”的发包、流转<br>土地使用权的转让、抵押、拍卖                  | 自愿<br>自愿 |
|       | 6  | 河南  | 国有       | 土地使用权的承包、转让<br>土地使用权的转让、抵押                    | 法定<br>法定 |
|       | 7  | 云南  | 国有       | 土地使用权的转让、抵押                                   | 法定       |
|       | 8  | 浙江  | 国有       | 土地使用权的转让、抵押                                   | 法定       |
|       | 9  | 四川  | 国有       | 土地使用权的转让、抵押                                   | 法定       |
|       | 10 | 宁夏  | 国有       | 土地使用权的出租、转让、抵押                                | 法定       |
|       | 11 | 甘肃  | 国有       | 土地使用权的有偿出让、转让                                 | 法定       |
|       | 12 | 天津  | 国有       | 土地使用权的出让、转让、出租、抵押                             | 法定       |
|       | 13 | 湖北  | 国有       | 以出让方式取得的土地使用权转让                               | 法定       |
|       | 14 | 广东  | 未区分      | 土地使用权的出租、转让                                   | 法定       |
|       | 15 | 上海  | 未区分      | 土地使用权的转让、抵押                                   | 法定       |
|       | 16 | 山西  | 未区分      | 土地使用权的出让、转让、出租、抵押                             | 法定       |
|       | 17 | 陕西  | 未区分      | 土地使用权的转让                                      | 法定       |
|       | 18 | 江苏  | 未区分      | 土地使用权的转让,但集体所有土地的承包除外                         | 法定       |
|       | 19 | 吉林  | 未区分      | 土地使用权的出让、转让、承包、确认                             | 自愿       |
| 非规范样本 | 20 | 新疆  |          | 有立法,无规定                                       |          |
|       | 21 | 内蒙古 |          | 有立法,无规定                                       |          |
|       | 22 | 福建  |          | 有立法,无规定                                       |          |

注:未查询到辽、京、冀、鲁、湘、赣、桂、青、藏9省市区相关立法。

镇国有土地使用权转让合同”和“非耕地使用权拍卖”应当向公证机构申请办理公证。而根据该条例第9条的规定,对城镇国有土地使用权出让的拍卖、招标、集体所有的土地使用权转让,以及土地、山林的承包合同,则采用自愿公证制度。可见,对于土地使用权的流转,有73.7%的地方法规选择了土地使用权流转的法定公证制度,有15.8%的地方法规选择了土地使用权流转的自愿公证制度。

### 3. 公证在不同土地使用权流转方式中的适用

土地使用权的流转可以通过出让、出租、折价入股、转让、抵押等多种方式实现,从初次流转和再次流转的角度统计分析规范样本中有关公证制度在土地使用权的出让和转让环节的适用情况,可以看出,13部地方规范未对土地使用权的出让与转让进行区分,只规定了土地使用权的转让;6部地方法规同时规范了土地使用权的出让与转让。可见,土地使用权的转让是公证法律规范调控的重点。在对土地流转予以规范的19部规范样本中,全部都对转让做出了规定、区分出让与转让并对出让做出公证要求的只有湖北、山西、甘肃、重庆、云南、吉林六省市地方法规,占全部规范样本的31.6%。需要说明的是,对于没有将土地使用权的出让与转让进行区分的13部地方法规,根据系统解释的原则,这些法规中的“土地使用权转让”是在“土地使用权流转”的意义上使用的。其原因是此类规范没有区别土地使用权的初次流转和再次流转,当然也未区分土地使用权的出让与转让,而是统一以流转意义上的“转让”一词涵盖出让与转让。只有湖北省的公证立法中对需

要公证的土地使用权流转行为加以限制,仅仅要求“以出让方式取得的国有土地使用权转让”办理公证,对国有土地使用权的出让未做公证要求。

上述统计与分析结果显示:我国地方法规中对国有土地使用权的流转都规定了公证程序。有些地方规范把公证作为建设用地使用权登记的前置程序,但因土地性质、流转环节不同,公证与否及公证形式的选择存在较大差异。国有土地使用权的出让是公证制度规范的重点,并且大多采用法定公证形式。与之相反,各地方公证法规都没有关注到集体经营性建设用地使用权的流转问题,至于集体经营性建设用地使用权的出让,更是成为各地方公证法规的制度盲点\*。这一现象亟待集体经营性建设用地使用权流转地方改革试点中加以完善。

## 二、对集体经营性建设用地使用权出让实行法定公证的原因

由于土地对社会具有重要意义,在涉及有关土地权利的流转时,世界各国一般都采取十分谨慎的态度,如德国、瑞士等均将土地所有权转让合同作为法定公证事项。由于我国法律禁止土地所有权的转移,因此土地使用权的流转就成为规范的重点。具体到集体经营性建设用地使用权流转制度,使用权出让法定公证制度的价值则在于弥补制度缺陷、健全土地使用权流转规范,进而促进我国物权方面法律制度的完善。集体经营性建设用地使用权出让之所以要实行法定公证,主要是基于以下三个方面的原因。

\* 作为对以上统计结果的佐证,笔者对目前所掌握的各地方集体经营性建设用地使用权流转规范进行了检索,只有在成都市国土资源局于2008年11月5日印发的《集体建设用地交易规则(试行)》(成国土资发[2008]569号)中,看到关于集体建设用地使用权出让公证的相关规定,成都市对集体建设用地使用权的出让实行法定公证制。该规则第25条规定:“确定竞得人后,流转方与竞得人当场签订《挂牌流转集体建设用地使用权成交确认书》(以下简称《成交确认书》)。挂牌流转集体建设用地使用权全过程及竞得人与流转方签订的《成交确认书》,须经公证机构公证。”

## 1. 集体经营性建设用地使用权出让法定公证可以弥补政府监管模式的不足

在我国现行法律框架内,对集体经营性建设用地的管理是通过用途管制和土地利用规划等宏观手段,对集体经济组织及其代理人的监督主要是以事后监督为主。而法定公证所具有的外部性、中立性和专业性,有助于解决政府监管模式中存在的监管力量薄弱、监管动力不足和权力寻租等问题。《公证法》已经明确规定公证机构在业务上独立行使公证职能,而不再像过去那样属于司法行政部门的附属并在业务上受到司法行政机关的牵制。另外,法律责任形式的配置也是督促公证监管尽职尽责的一个重要因素,依照《公证法》第6条规定:“公证机构是依法设立,不以营利为目的,依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。”公证错误时,公证机构要承担民事赔偿责任,与政府监管部门所承担的行政责任不同。事实上,公证机构是介于社会与国家之间的证明机构,其中立地位决定了其监督成效要优于行政部门。相对于国有建设用地而言,集体经营性建设用地涉及土地性质、主体多重性、农地保护、粮食安全、集体经济组织权益保护、基层乡村干部反腐等问题,情况更为复杂,更需要法定公证。集体经营性建设用地法定公证制度的建立,可以减少政府在集体经营性建设用地流转中的过度干预,同时可以弥补政府在集体经营性建设用地流转中的管理不足,促进集体经营性建设用地流转机制由过去的政府主导向由市场主导转变,为集体经营性建设用地流转提供制度保障。<sup>[2]</sup>

## 2. 出让是集体经营性建设用地使用权初次流转的主要形式和再流转的前提

中共十八届三中全会做出集体经营性建设用地平等入市的决定,意欲解决因公有产权边界模糊而制约土地资源配资效率发挥的问题。<sup>[3]</sup>出让是集体经营性建设用地使用权初次

流转的主要形式,是以集体经济组织作为一方当事人,以其他个人、组织为受让人的一种集体经营性建设用地使用权流转形式。集体经营性建设用地使用权可以通过出让、出租、作价出资等形式实现初次流转,但出让是集体经营性建设用地使用权流转中的重要环节,也是形成再次流转的前提。集体建设用地由集体农用地或未利用地转化而来,涉及到农用地的非农使用问题,而农用地的非农使用直接影响耕地数量,是我国相关土地法律法规管制的重点。集体经营性建设用地使用权流转涉及物权变动,其变动原因或变动的法律基础需要公证。集体经营性建设用地使用权出让的法定公证,不是国家对意思自治的限制,而是对这一原则的保障和落实。<sup>[4]</sup>所以,集体建设用地使用权的出让在集体土地资源配置中起着承上启下的枢纽作用。积极培育和壮大价格评估、公证等服务于农村集体经营性建设用地使用权流转的中介机构,对于顺利推进农村集体经营性建设用地使用权流转,具有重大意义。<sup>[5]</sup>

## 3. 集体经营性建设用地使用权出让的交易环境不同于其他流转方式

之所以强调要在集体经营性建设用地使用权出让环节设置法定公证,是因为其出让的交易环境不同于转让、租赁或抵押等方式的交易环境。集体建设用地使用权的再次流转,无论是以转让、抵押形式进行,还是以出租、出资形式进行,都是发生在市场经济主体之间的交易。在这类法律关系中,由于主体双方利益的对立性,行为人出于个人利益最大化的动机,必然会对自己的行为做出理性判断,所以在再次流转环节就没有必要实行法定公证,而是应当尊重当事人的选择权。但作为一种中立的市场监管手段,为最大化发挥制度效益,在集体建设用地使用权的再次流转中,若当事人觉得自身力量不足以防范交易风险而申请公证的,公证制度

自然也不应将之排除在外,即集体建设用地使用权的再次流转可以进行公证,但应以当事人的自愿申请为原则,不能强制公证。集体经营性建设用地使用权的出让则不同,以有偿为原则、以无偿为例外,出让关系的一方当事人是作为集体建设用地所有权代表的集体经济组织,由于集体经济组织成员和集体经济组织及其负责人之间存在着多重委托—代理关系,委托人与代理人之间信息严重不对称,因此代理人在出让集体建设用地使用权时,会产生逆向选择和道德风险,侵害集体经济组织及其成员利益。<sup>[6]</sup>法定公证程序的设置可以规范、监督集体经济组织及其负责人的行为,使出让程序公开透明,将集体经营性建设用地使用权出让收益由全体集体经济组织成员分享,因此作为集体经营性建设用地使用权出让应以有偿方式或以无偿方式作为判断标准,以预防集体经营性建设用地使用权出让中的暗箱操作或内外勾结现象,使侵害发生的可能性降至最低,从而保护集体经济组织成员的利益。

### 三、集体经营性建设用地使用权出让法定公证制度的构建

#### 1. 集体经营性建设用地使用权出让法定公证制度构建的基本思路

法定公证目前已经成为我国国有土地使用权出让中的普遍性规定,与之相比,法定公证在集体经营性建设用地使用权出让环节却很少适用,这与近年来全国各地集体经营性建设用地使用权流转试点“遍地开花”的现象极不相称。如果说前些年集体经营性建设用地使用权因为受到各种限制流转规模小且多为隐性流转<sup>[7]</sup>,公证机关无法介入还情有可原,在集体经营性建设用地使用权已经大量流转的今天,各地规范仍然未对之做出法定公证的要求,这就不能不说是一个遗憾。立法实践中,建议借鉴国有

土地使用权出让法定公证的制度设计,由国务院出台行政法规,明确集体经营性建设用地使用权出让的法定公证制度,要求集体经营性建设用地使用权出让必须进行公证,尽早弥补集体经营性建设用地使用权出让制度的重大缺陷,把好集体经营性建设用地使用权初次流转的关口。根据各法律法规间的衔接关系,行政法规中应明确要求各地方公证法规和集体经营性建设用地使用权流转规范贯彻实施这一制度。目前,我国已经具备制定相关行政法规的条件,可由全国人大对《土地管理法》《物权法》《公证法》作统一修改,在全国性立法中确立集体经营性建设用地使用权出让的法定公证制度。

#### 2. 集体经营性建设用地使用权出让法定公证制度的立法条件

在我国各地方公证法规中,对土地使用权出让的公证已成为共识,多个地方公证法规都在原来基础上进行过修改,上海市甚至多次对涉及公证的地方规范进行修改,并专门出台规范性文件对土地使用权流转公证做出规定。多个地方公证法规在修改时将土地使用权流转公证作为新增内容,这足以说明地方立法对土地使用权流转行为的重视。1990年5月19日,国务院颁发了《城镇国有土地使用权有偿出让和转让暂行条例》,授权省、自治区、直辖市人民政府制定实施办法。1990年12月8日,司法部公证司在《关于注意做好城镇国有土地使用权出让和转让公证工作的通知》(司公字[1990]第203号)中,希望各地注意在制定实施办法时,及时向有关部门提出土地使用权出让和转让应当公证的建议,并提出相应的办法。该通知强调,“不动产法律事务公证是公证机关的一项长期的、重要的任务,而土地使用权转让是不动产法律事务的重要内容”,并明确区分了土地使用权的出让与转让。司法部公证司于1998年在《关于落实十五届三中全会精神进

一步加强农村公证法律服务的通知》([98]司公字020号)中提出,要加强农村公证法律服务工作,为农村家庭联产承包责任制、乡镇企业改革提供公证法律服务,开展土地承包租赁、房屋宅基地、“四荒”拍卖等农村公证事项。无论是1982年4月13日国务院发布《公证暂行条例》,还是2006年3月1日起施行的《公证法》,都规定了公证机构的公证范围,虽未明确规定土地使用权流转的公证,但对可以办理公证事项进行了概括性规定,其中合同、招标投标、拍卖行为,以及兜底性条款“法律、行政法规规定应当公证的事项”均被纳入其中,自然可以将“集体经营性建设用地使用权的出让”纳入公证范围。

### 3. 集体经营性建设用地使用权出让法定公证制度的实践条件

在建立城乡统一的建设用地市场的背景下,不可避免地要求城乡建设用地制度的融合,公证机构在国有土地使用权出让中积累的经验可以也应当被集体经营性建设用地使用权出让公证所吸收。例如,作为经验之一的公证机构办事处的设置,可以为广大农村的集体经营性建设用地使用权出让提供公证保障。参考广东省的经验,公证处可在重点乡镇设立公证处的派出机构——公证办事处,人员少的公证处可借用乡镇法律服务所的人员,固定一人协办公证。由于乡镇法律服务所人员没有出证权,因此首先要做好出证前的各项准备工作,然后报公证处,由公证处按照办证程序出证。

法定公证制度要求集体经营性建设用地使用权出让合同,必须经过公证机构公证,否则出让无效。法定公证是否会增加集体经济组织和

受让人的负担呢?依照《公证法》第34条规定,“当事人应当按照规定支付公证费”;第46条规定,“公证费的收费标准由国务院财政部门、价格主管部门会同国务院司法行政部门制定”。笔者认为,公证机构是不以营利为目的的证明机构,收费标准较低且根据具体情况还可减免收费,公证费的缴纳不会对当事人利益带来较大影响。从成本—收益关系的分析看,相对于法定公证所带来的制度性获益,集体经营性建设用地使用权出让所付出的公证费用是微乎其微的。

### 参考文献:

- [1] 杨遂全,饶健,万广军.民商监管机制与法定公证研究[M].北京:法律出版社,2011:48-56.
- [2] 张四梅.集体经营性建设用地流转制度建设研究——基于优化资源配置方式的视角[J].湖南师范大学学报(社会科学版),2014(3):117.
- [3] 马俊驹,王彦.解决小产权房问题的理论突破和法律路径——结合集体经营性建设用地平等入市进行研究[J].法学评论,2014(2):87.
- [4] 物权立法中应引入法定公证——“物权与公证”座谈会专家发言摘要[N].法制日报,2004-10-27(01).
- [5] 张鹏.当前农村集体经营性建设用地制度改革若干构想[J].苏州大学学报(社会科学版),2014(3):83.
- [6] 安慧.农村集体资产管理公司的理财目标与农民股东利益保护[J].农村经济,2011(7):73.
- [7] 万广军.集体建设用地隐性流转的博弈分析及规制建议[J].郑州轻工业学院学报(社会科学版),2014(6):92.