

养老项目如何利用集体建设用地（附集体建设用地入市规范）

目前，众多房地产开发企业或者其他实体进入养老地产行业，然而养老地产与销售型房地产不同，养老地产投资大，资金回收比较慢，因此，如何降低土地成本是使养老地产能够持续经营的重要因素之一，集体建设用地与国有建设用地相比，其取得成本相对较低，本文就利用集体建设用地开发养老地产的相关法律问题探讨。

1.集体土地流转的立法现状

随着我国城镇化的不断推进，农村集体建设用地的市场价值也不断显现出来，而农村集体建设用地市场价值的实现需以其流转为途径。因此实践中出现了与对农村集体建设用地的流转进行严格限制的立法现状相悖的局面：农村集体建设用地不断突破法律的限制，以各种形式流转到集体经济组织以外的单位和个人。针对于以上情况，中共十八届三中全会明确提出，将建立城乡统一的建设用地市场，放宽集体建设用地使用权流转的限制。另外，此前各地也已就农村集体建设用地流转进行了试点并出台了相关政策，自1999年国土资源部批准安徽芜湖作为全国第一个农村集体建设用地流转试点地以来，广东、重庆、天津、安徽、成都等省市陆续出台了相关政策就农村集体建设用地流转问题进行探索。

2.集体土地上开发养老地产的政策支持

为进一步支持养老产业的发展，我国先后就养老地产提供了多项用地政策支持。2013年9月6日，国务院颁布《国务院关于加快发展养老服务业的若干意见》，规定“……民间资本举办的非营利性养老机构与政府举办的养老机构享有相同的土地使用政策，可以依法使用国有划拨土地或者农民集体所有的土地……”。2014年4月17日，国土资源部办公厅发布了《养老服务设施用地指导意见》该意见第9条规定：“农村集体经济组织可依法使用本集体所有土地，为本集体经济组织内部成员兴办非营利性养老服务设施。民间资本举办的非营利性养老机构与政府举办的养老机构可以依法使用农民集体所有的土地。”

根据以上规定，在集体土地上开发养老地产，就其开发主体而言，可为政府、集体经济组织或者企业（民间资本）；在性质上，国家不禁止在集体土地上开发营利性的养老地产，但是鼓励开发非营利性的养老地产。另外，可以见得各地今后将出台地方政策进一步支持养老地产的开发建设，如深圳即正在研究制定支持在“集体土地”上开发养老地产的政策。深圳市规划和国土资源委员会于2014年8月4日公布的《深圳市机构养老设施用地供应暂行办法》（征求意见稿）第5条规定：“原农村集体经济组织继受单位尚未进行开发建设的、规划为机构养老设施的合法用地，鼓励原农村集体经济组织继受单位自行举办机构养老设施……”，第6条规定：“尚未完善征（转）地补偿手续且规划为机构养老设施的用地，可以采取招拍挂方式公开出让土地使用权。所得收益的50%纳入市国土基金，50%归原农村集体经济组织继受单位。”

3.非营利性养老地产的土地取得方式

《土地管理法》第43条规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是……兴办……乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”据此，如所开发的非营利性养老地产可认定为“乡（镇）村公共设施和公益事业”的，则可以直接使用集体土地进行开发建设。

根据《土地管理法》的体系解释并结合前述《养老服务设施用地指导意见》第9条的规定，本文认为对于何谓“乡（镇）村公共设施和公益事业”，可以根据以下标准进行判断：拟建的养老地产应以满足本集体经济组织成员的养老需求为目的，具体而言，其服务对象应为本集体经济组织成员或者至少应以本集体经济组织成员为主。

4.营利性养老地产的土地取得方式

《土地管理法》第43条规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业……经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的……除外。”据此，如以兴办乡镇企业的形式开发建设养老地产的，也可以直接使用集体土地。

对于其他形式（非乡镇企业）的营利性养老机构，根据《土地管理法》或者《养老服务设施用地指导意见》的规定，不可以直接使用集体土地进行开发建设。但有些地方政策对《土地管理法》进行了突破，根据该等地方政策，满足一定条件的企业（包括养老机构）可以使用集体。如《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》第8条明确规定：“下列建设项目可以使用集体建设用地：1.兴办各类工商企业，包括国有、集体、私营企业，个体工商户，外资投资企业（包括中外合资、中外合作、外商独资企业、“三来一补”企业），股份制企业，联营企业等……”，据此，在广东，即使养老机构的性质为营利性的，也可使用集体土地进行开发建设。另外，根据该办法，如开发主体为本集体经济组织以外的主体的，具体可以通过出让、转让、出租、入股等方式取得集体建设用地使用权。

5.开发企业与集体经济组织合作开发模式

一般来讲，在该模式下，由集体经济组织提供项目用地，开发企业提供开发资金，合作进行养老地产的开发建设。以广东为例，根据《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》，集体经济组织可以集体土地作价出资等方式与开发企业进行合作开发。就具体的合作方式而言，可由合作双方设立项目公司并通过项目公司开发养老地产，合作双方也可不设立项目，仅按照合作协议合作开发养老地产。因此，在设立项目公司的合作模式下，开发企业与集体经济组织之间为出资协议法律关系，两者与项目公司则是投资法律关系；在不设立项目公司的合作模式下，开发企业与集体经济组织则是合作协议法律关系。

6.开发企业自主开发模式

在此模式下，开发企业需按照国家和当地有关集体土地流转的规定，从集体经济组织处取得集体建设用地使用权后，方可进行养老机构的开发建设。在这种开发模式下，集体经济组织并不参与养老地产的开发建设，但会向开发企业让渡集体建设用地使用权。至于具体的让渡方式，则需视当地政策而定。如根据《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》，可通过出让、转让和出租等方式取得集体建设用地使用权。据此，开发企业与集体经济组织之间将产生集体建设用地使用权出让、转让或者出租等法律关系。

7.集体经济组织自主开发模式

如前述《养老服务设施用地指导意见》第9条规定，集体经济组织可依法使用本集体建设用为本集体经济组织内部成员兴办非营利性养老服务设施。据此，集体经济组织也可以选择自

主开发养老地产。

8.关于政策环境

如前所述，我国《土地管理法》等现行立法，对集体土地的流转进行了严格的限制，各地的政策也不尽相同且不断变化。因此，为防范政策变动等方面的风险，开发企业或者集体经济组织在开发建设养老地产前，应就当地有关集体建设用地流转和养老地产用地的政策进行调研，并按照当地政策获取开发用地和开发建设。

9.关于集体土地的处分程序

利用集体建设用地开发建设养老地产，涉及到集体建设用地的处分和集体经济组织及其成员的根本利益，因此可以认定为《村民委员会组织法》第 24 条第 1 款第 9 项“村民会议认为应当由村民会议讨论决定的涉及村民利益的其他事项”，应按照《村民委员会组织法》由村民会议或者村民代表会议表决通过。另外，地方政策如《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》也规定“出让、出租和抵押集体建设用地使用权，须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 以上村民代表的同意”。因此，为防范因未经村民会议或者村民代表会议表决而导致程序瑕疵引起纠纷，集体经济组织应事先就在集体土地上进行养老地产开发建设事宜，提请村民会议或者村民代表会议表决通过。

10.关于养老地产的用途

前述《国务院关于加快发展养老服务业的若干意见》规定：“……严禁养老设施建设用地改变用途、容积率等土地使用条件搞房地产开发……”，另外，地方政策，如《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》也规定：“通过出让、转让和出租方式取得的集体建设用地不得用于商品房地产开发建设和住宅建设。”据此，开发企业或者集体经济组织开发建设养老机构时，不应将养老机构设计为或者用作商品住宅等非养老服务用途的物业形态。

11.关于经营模式

对于在国有土地上开发建设的养老机构的经营模式，从物业处分角度来看，大致可以分为物业销售或者物业自持两种经营方式。因我国关于集体土地流转政策不甚明朗，农村房地产登记制度尚待完善及政策禁止以养老服务设施建设之名行商品房地产开发之实等原因，如采用物业出售的方式经营集体土地上开发的养老地产，存在易产生权属等方面的纠纷或者被认定为商品房地产开发的风险。因此，就目前来讲，建议采用开发主体自持物业并以物业出租、发放会籍等方式对集体土地上开发的养老地产进行经营。对于发放会籍的经营方式，本文需提醒开发主体注意，实践中通过出售会籍让渡物业永久使用权的作法存在法律风险：一方面，会籍出售合同有可能被认定为物业买卖合同，但由于我国政策对集体土地上的养老地产分割转让持否定态度，因此该会籍出售合同将面临因违反规定而存在效力瑕疵或者履行不能的风险；另一方面，如会籍出售合同被认定为物业租赁合同，也同样面临风险：按照《合同法》第 214 条的规定，租赁合同的期限不得超过 20 年，超过部分无效，据此，该会籍出售合同将面临被认定为部分无效的风险。因此，如采取发放会籍的方式经营集体土地上的养老地产的，通过会籍出售合同所让渡的物业使用权以不超过 20 年为宜。

补充阅读

集体经营性建设用地入市相关政策规定

全国人大常委会 25 日审议相关决定草案，拟授权国务院在北京市大兴区等 33 个试点县（市、区）行政区域，暂时调整实施土地管理法、城市房地产管理法关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地管理制度的有关规定。

受国务院委托，国土资源部部长姜大明 25 日向十二届全国人大常委会第十三次会议作《关于授权国务院在北京市大兴区等 33 个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定（草案）》说明。

为落实党的十八届三中全会决定关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市和宅基地制度改革的要求，2014 年 12 月 31 日中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》，决定在全国选取 30 个左右县（市）行政区域进行试点。

“试点涉及突破土地管理法、城市房地产管理法中的相关法律条款，需要提请全国人大常委会授权国务院在试点期间暂停执行相关法律条款。”姜大明说。

草案规定，由全国人大常委会授权国务院在北京市大兴区等 33 个试点县（市、区）行政区域，暂时调整实施土地管理法、城市房地产管理法关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地管理制度的有关规定。上述调整在 2017 年 12 月 31 日前试行，对实践证明可行的，修改完善有关法律；对实践证明不宜调整的，恢复施行有关法律规定。

根据草案，暂时调整实施的具体内容包括：

——暂时停止实施土地管理法第四十三条和第六十三条、城市房地产管理法第九条关于集体建设用地使用权不得出让等的规定，明确在符合规划、用途管制和依法取得的前提下，允许存量农村集体经营性建设用地使用权出让、租赁、入股，实行与国有建设用地使用权同等入市、同权同价。

——暂时调整实施土地管理法第四十四条、第六十二条关于宅基地审批权限的规定，明确使用存量建设用地的，下放至乡（镇）人民政府审批，使用新增建设用地的，下放至县级人民政府审批。

——暂时调整实施土地管理法第四十七条关于征收集体土地补偿的规定，明确综合考虑土地用途和区位、经济发展水平、人均收入等情况，合理确定土地征收补偿标准，安排被征地农民住房、社会保障。加大就业培训力度，符合条件的被征地农民全部纳入养老、医疗等城镇社会保障体系。有条件的地方可采取留地、留物业等多种方式，由农村集体经济组织经营。

在介绍改革试点的保障措施时，姜大明强调，暂时调整实施有关法律规定，推进改革试点，将坚持“封闭运行、风险可控”的原则，坚守确保土地公有制性质不改变，耕地红线不突破、农民利益不受损的底线，坚持从实际出发、因地制宜。国土资源部等有关部门将加强对试点工作的整体指导和统筹协调、监督管理，按程序、分步骤审慎稳妥推进，确保试点工作顺利开展。

姜大明还介绍了改革试点的“风险管控”措施。“试点行政区域将合理提高被征地农民分享土地增值收益的比例。国务院有关部门将通过推行征地信息公开、完善征地程序等方式，加强群众对征地过程的监督。”姜大明说。

他指出，试点行政区域只允许集体经营性建设用地入市，非经营性集体建设用地不得入市。入市要符合规划、用途管制和依法取得的条件。入市范围限定在存量用地。同时建立健全市场交易规则、完善规划、投资、金融、税收、审计等相关服务和监管制度。

“试点行政区域在现阶段不得以退出宅基地使用权作为进城落户的条件，宅基地退出实行自愿有偿，转让仅限在本集体经济组织内部，防止城里人到农村买地建房，导致逆城市化问题。”姜大明强调。

33 个试点县市区分别是：北京市大兴区、天津市蓟县、河北省定州市、山西省泽州县、内蒙古自治区和林格尔县、辽宁省海城市、吉林省长春市九台区、黑龙江省安达市、上海市松江区、江苏省常州市武进区、浙江省义乌市、浙江省德清县、安徽省金寨县、福建省晋江市、江西省余江县、山东省禹城市、河南省长垣县、湖北省宜城市、湖南省浏阳市、广东省佛山市南海区、广西壮族自治区北流市、海南省文昌市、重庆市大足区、四川省郫县、四川省泸县、贵州省湄潭县、云南省大理市、西藏自治区曲水县、陕西省西安市高陵区、甘肃省陇西县、青海省湟源县、宁夏回族自治区平罗县、新疆维吾尔自治区伊宁市。