

刑诉委“非法转让、倒卖土地使用权疑难案件业务交流”

业务综述

2023年12月8日下午，深圳市律师协会刑事诉讼法律专业委员会（以下简称“刑诉委”）在北京市地平线(深圳)律师事务所（下称“地平线深圳所”）举办了“非法转让、倒卖土地使用权案件的难点及辩点”研讨会。



本期研讨会分享嘉宾有三位，依次是：深圳市律师协会刑事诉讼法律专业委员会副主任、广东卓建律师事务所合伙人陈国庆律师；深圳市律师协会刑事诉讼法律专业委员会副主任、广东广和律师事务所潘效辉律师；深圳市律师协会刑事诉讼法律专业委员会委员、广东衡璟律师事务所合伙人周柔衡律师；研讨会由深圳市律师协会刑事诉讼法律专业委员会副主任、北京市地平线(深圳)律师事务所合伙人卢方律师主持，与会人员有刑诉委委员、其他律师同仁。

研讨会首先由北京市地平线(深圳)律师事务所主任、合伙人张书亭律师致辞，张主任代表地平线深圳所对与会人员表示热烈欢迎，并结合自己办理涉及土地使

用权转让案件的经历，分享自己对非法转让、倒卖土地使用权案件的见解。张书亭主任表示，非法转让、倒卖土地使用权案件是一个非常重要的业务领域，此次研讨会以此为主题，希望大家充分交流，有所收获。



【案情简介】

2011年11月23日，犯罪嫌疑人张某1、张某2、陈某1经商议后，由张某2的名义与某市某村马屋村民小组签订《土地使用权出让合同书》，以人民币(下同)275万元的价格受让某市某村马屋村民小组鱼塘北面(土名)地段的30亩土地，张某1、张某2、陈某3各占33.3%股份，因张某2、陈某1资金不足，陈某1找到邱某、陈某2共同出资分配其33%股份，其中陈某1占8%股份，邱某占17%股份，陈某2占8%股份，后张某1又找到李某1、陈某3、李某2、李某3、吴某1共同出资其分配的33%股份，其中张某1占6%股份，李某1占10%股份、陈某3占

4%股份、李某 2 占 4%股份、李某 3 占 6%股份、吴某 1 占 4%股份。2014 年 3 月 19 日，经 10 名股东商量同意，以张某 1 名义与某市某房地产发展有限公司签订合同，在未完善用地手续的情况下，以 1400 万元的价格(实收 1360 万)，将某市某村马屋村民小组鱼塘北面(土名)地段的 30 亩土地倒卖给某市某房地产发展有限公司，扣除填土的资金约 400 万元,共非法获利人民币 700 多万元。



【主讲人发言】

会议伊始，由主讲人陈国庆律师向大家介绍案情、案件诉讼情况，以及本次研讨的主要问题，一是本案所涉土地的土地性质，二是本案法律适用，是应当适用《土地管理法(2019 年)》第 74 条还是应当适用《土地管理法(2019 年)》第 82 条？

陈律师首先分享观点，他认为：一、本案所涉的 30 亩土地性质实为农村经营性建设用地，农村经营性建设用地的使用权依法可以转让。《土地管理法》第六十三条规定，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。有证据证明，该涉案土地是政府返还地，用途是发展经济，土地性质实为经营性建设用地。相关证人证言证实了土地用途及土地利用过程。自然资源所出具的土地总体规划图显示案涉土地为坑塘地，而非经营性建设用地。与相关证人证言矛盾。按常理说，政府返还 165 亩土地给马村小组自行处理，发展经济，一般人的理解，理所当然的是工业、商业用途，是用来建设厂房或其他商业用途，不可能是农业用途。事实证明，马村小组将这 165 亩土地，一部分用于农民建房，一部分用于建厂房出租，余下的 30 亩将土地使用权转让。如果追究相关人员刑事责任，就是否定土地性质为工业、商业经营性质，政府一边说让农民发展经济，一面又禁止他们利用土地发展经济，甚至要追究他们的刑事责任，这无疑对政府公信力造成损害，且可能引发信访事件。

二、法律不禁止或合同没有约定禁止经营性建设用地使用权转让，则张某 2 再次转让经营性建设土地使用权是符合法律规定的，不应被追究刑事责任。张某 2 与房地产发展有限公司签订合同，在未完善用地手续的情况下，以 1400 万元的价格（实收 1360 万），将案涉 30 亩地倒卖给房地产公司，获利 700 万。张某 2 将土地转让给房地产公司的行为是否涉嫌犯罪？《土地管理法》第六十三条第三款，通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外。显然，张某 2 能不能再次转让经营性建设用地使

用权，关键还是要看转让的土地性质是不是农村经营性建设用地，并且有没有被法律禁止或合同禁止？据此，该土地性质实质是农村经营性建设用地，且法律或土地使用权转让合同并未禁止，张某 2 依法可以转让农村经营性建设用地使用权，不可能涉嫌犯罪。

三、张某 2 等人未按照《土地管理法》规定的程序取得经营性建设用地使用权，应受行政处罚，不应被追究刑事责任。《土地管理法》六十三条规定，让农村经营性建设用地使用权，必须符合一定的程序：一是土地必须是经营性建设用地；二要在相关政府机关登记；三是经过三分之二以上的村民或三分之二以上的村民代表同意；第四是要签订合同。张某 2 等人取得经营性建设用地的使用权时缺少了二个步骤，一是城乡总体规划没有将该土地性质调整为经营性建设用地（实为经营性建设用地）；二是没有向有关机关登记，依法设立物权。本案情形显然系违反《土地管理法》的程序性规定进行土地使用权的转让。那么，是适用《土地管理法》七十四条追究相关当事人的刑事责任，还是适用《土地管理法》八十二条追究相关当事人的行政责任？《土地管理法》七十四条规定，买卖或者以其他形式非法转让土地的，由县级以上人民政府自然资源主管部门没收违法所得；对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，构成犯罪的要追究刑事责任。这一条规定了刑事责任。《土地管理法》七十四条释义：非法转让农民集体所有土地使用权的行为，系指违反本法第六十三条的规定，转让农民集体所有土地的使用权用于非农业建设的行为。换言之，符合六十三条的规定转让土地使用权的行为，并不是七十四条的禁止行为，不应被追究刑事责任。《土地管理

法》八十二条，违反本法规定，将集体经营性建设用地通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令限期改正，没收违法所得，并处罚款。这一条没有规定刑事责任的出口。上述两条规范适用的差别在于：一是七十四条是指转让行为实质违法，是指违反《土地管理法》六十三条的规定，改变土地性质，将农用地或建设用地用于非农建设；二是八十二条非法转让行为程序违法，即土地本来就是经营性建设用地，但没有按照《土地管理法》规定的程序转让，则属于行政违法，没收违法所得。

四、最高法答复认为个人在农村集体所有的土地上违法建房出售的行为应进行行政处罚，即通过转让等方式取得农村土地使用权进行房产开发建设，不宜追究相关当事人的刑事责任。这也说明了转让经营性建设用地使用权不应被追究刑事责任。最高人民法院关于个人违法建房出售行为如何适用法律问题的答复（法[2010]395号）指出，“你院请示的在农村宅基地、责任田上违法建房出售如何处理的问题，涉及面广，法律、政策性强。据了解，有关部门正在研究制定政策意见和处理办法，在相关文件出台前，不宜以犯罪追究有关人员的刑事责任。”根据最高院的答复，对于个人在集体土地上建房销售的行为，宜由相关部门依行政法处理，不宜追究相关人员的刑事责任。显然，通过转让农村集体土地进行房产建设销售的行为不应追究刑事责任，将经营性建设用地使用权转让给他人进行房屋建设，更不应追究刑事责任。安徽省亳州市中级人民法院（2015）亳刑再终字第00002号案，基本案情：2007年3月至2009年8月期间，被告人张某甲与其妻郭某违反国家规定，在未取得土地使用权的情况下，在蒙城县庄周办事处六里村六里王庄村民组、六里村六里西村民组、六里村西蔡村民组、六里村五里杨西村民组，采取以修路换水塘地或出资购买的方式（变相买卖土地使用权），非

法获取土地使用权后建设房屋 165 套对外销售。非法转让、倒卖土地使用权面积共计 10747.6 平方米，折合 16.29 亩，从中非法获利 5310591.64 元。被告人王某甲在张某甲、郭某建设六里村五里杨西村民组房屋时受张某甲安排，出面与刘某签订购买废水塘合同，与蔡某乙、王某乙、蔡某甲签订工程承包合同，并在工地负责管理，参与非法转让、倒卖土地使用权面积 1215.25 平方米，折合 1.84 亩，非法获利 1612937 元。裁判要旨：本案原审上诉人张某甲、原审被告郭某、王某甲未经审批在集体土地上建房销售的事实清楚，但根据《最高人民法院〈关于个人违法建房出售行为如何适用法律问题的答复〉》，本案原审上诉人张某甲、原审被告郭某、王某甲在农村集体土地上违法建房出售的行为不构成刑事犯罪，该行为宜由主管部门依照行政法规予以处理。原审判决认定事实清楚，但适用法律不当，依法应予纠正。对张某甲、郭某、王某甲申诉认为其不构成刑事犯罪的意见予以采纳。

综上所述，陈律师认为，对涉及土地使用权转让、倒卖行为，在民事上认定合同无效，再按照国有土地管理法律法规对当事人进行行政处罚。在依照民法和行政法规足以处理本案时，刑法必须保持克制和谦抑。只有在民事、行政等法律对法益的保护不充分，国家、社会或者个人以其他手段无法有效地保护法益，而只有通过刑罚才能有效保护的情况下，才能将刑法作为最后手段来加以使用。必须考虑用刑法保护法益是不是唯一合理的手段，刑法必须有限制地、谨慎地适用，它只能在不得已的情况下和尽可能小的范围内将违法活动和违法者作为自己的关注对象，借此来保持刑法的宽容性，以有效防止刑罚权的滥用。

【与谈人发言】

陈律师发言后，与谈人潘效辉律师、周柔衡律师也发表了自己的观点。

潘效辉律师：

首先，当事人是否拥有土地使用权是这个案件的关键问题，因为如果没有所有权都没有非法倒卖转让的前提，就像非法拐卖妇女首先就控制了被害人，非法倒卖车船票首先已经有了车船票。这个问题就要看一手的人是否有土地所有权，显然村民小组是有土地的所有权的也包含了使用权，第二要看使用权转让的生效条件，是否只是通过签约就能完成还是需要办理相应的登记手续，毕竟合同的效力和使用权的效力是不同的。因为刑法是“二次规范”，如果一个行为没有被民法和行政法否定，就不可能需要刑法去处罚。

其次，这个罪名处罚的应该是实质变更土地性质的行为，在转让时应当是出让人告诉受让人涉案的土地是可以用于经济建设的土地，因此受让人才同意购买，如不能使用的受让人也不可能购买。第三，如果出让人具有涉案土地的使用权，仅转让的行为不可能使受让人构成犯罪，因为土地的性质并没有变化，后面建房的行为仅可能是在改变土地性质的情况下才能追究责任。第四，案涉行为如果构成犯罪，那交易双方是刑法中的对合犯，即出让人与受让人应该都是违法行为的实施人，两人的行为是完成犯罪的前提条件。从这个角度看，受让人被立案追诉，出让人也应立案追诉，因为一个不构成犯罪另一个也不构成。第五，这个罪名到底是行为犯还是结果犯的问题。如果是行为犯，那是否仅签约的行为就构成违法，还是一定要出现实害后果就是已经建好房才构成违法，这个也是需要考虑的问题。

周柔衡律师：

第一个问题，除涉案的 35 亩土地之外，同时返还的 135 亩地块的土地性质是农业用地还是建设用地还是未利用地？135 亩地块的现状如何？题干中显示用于建设厂房和农民房，地块的权利人是谁？是否也发生了转让？是否已被追究刑事责任？按照举重以明轻的原则，如果同时返还的作为一个整体的 165 亩地块中的 135 亩用于建设厂房和农民房不是犯罪行为，那么同为坑塘地的 30 亩涉案的地块的权利转让也不应当被认定为犯罪。第二个问题，涉案的 30 亩土地在转让给某市某房地产发展有限公司时，有无签订书面的合同？合同中有无约定地块的性质？转让时地块上有无建设或者栽种等利用地块的行为？如果犯罪嫌疑人在向下一手转让时地块上并没有建设厂房，检察机关如何认定犯罪嫌疑人是以农用地还是建设用地的意思表示来转实施转让行为的？

其他与会人员，刑诉委委员张磊律师、赵松律师、史琛律师，地平线深圳所颜林波律师、马昊律师、周文轩律师围绕研讨主题并结合各自办案经历阐述了的观点。

本期案例研讨会为大家办理此类案件提供了新的思路和观点，本期研讨获得圆满成功。