

## 两种划拨土地使用权及其并轨问题

高富平

### 一、两种划拨土地使用权及其区分意义

在改革开放之前,我国城市土地分散利用均是通过划拨方式进行的,为适应建立可流转的不动产或房地产市场,在深圳等地开始试行土地的有偿批租制度并最终确立有偿出让国有土地使用权制度。由于有偿出让土地使用权只适用于新取得国有土地的使用权,而对于旧体制下形成的划拨土地仍旧由原产权单位按照旧方式使用。由此便形成土地使用权安排的双轨制,即出让土地使用权和划拨土地使用权。但是,《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》及其之后的《房地产管理法》所规定的划拨土地使用权不同于原来计划体制下的划拨土地使用权。前两部法律中确定的划拨土地使用权原则只适用于公益目的(详细论述参见下文),计划体制下的划拨土地则没有这样的区分,不管用于工商业还是公益事业均采用划拨方式。为了加以区别本书暂且称前者为公益目的的划拨土地使用权,称后者为传统划拨土地使用权。

实际上,在现实操作中甚至在立法中没有很好地对两种划拨土地使用权加以区分,使划拨土地使用权包括了除出让土地使用权以外的国有土地使用权。这种不加区分的作法导致了许多不合理现象的发生。根据现行立法对划拨土地的规定,允许划拨土地使用权人在一定条件下进行商业化利用(抵押和租赁),于是,往往发生这样现象:该以出让方式取得土地的单位,通过各种渠道争取划拨土地;通过新的划拨方式取得土地使用权人,仍然可以利用法律的规定进行转让、租赁、抵押等处分。这两种现象扰乱了正常的土地市场秩序,侵害了国家的利益。同时,也使企业负担不一样,加剧了企业间的不平等,使企业不能在一起跑线上公平竞争。

作者认为,(正如前面在土地分类时所指出的)划拨土地的存在不仅仅是对历史或现状的肯认,而且有其民法学基础。它主要在于圈定不可交易的土地使用权。国家可以利用划拨方式,实现各种公益目的。但其前提是不允许这些土地使用权交易或进入市场。如果也允许这类土地使用权进入市场的话,那么又会妨碍公益目的的达成。因此,在土地使用权方面采取双轨制是一种必然选择。而现实中存在的问题不在于双轨制,而在于没有很好地区分两种划拨土地使用权。也就是只看名称,不问实质或内容,只要称为划拨土地,那么就可以利用现行法律和政策进行商业化利用。

因此,简单地肯定现实是不利于形成真正的双轨制,不利于统一地产市场的形成和统一的规则的确立。出路只有在于按照公益用地适用划拨方式和经营用地使用出让方式标准对现行的划拨土地进行改造,逐渐形成新型的国有土地使用权双轨制。

### 二、公益目的划拨土地使用权的基本定性:兼与出让土地使用权区别

#### (一) 公益目的划拨土地使用权的基本定位

公益目的划拨土地使用权仅指严格按照现行法律规定的条件获得的用于公益目的的土地使用权。

《城市房地产管理法》第22条规定,"土地使用权划拨,是指县级以上人民政府依法批准,在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用,或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。依照本法规定以划拨方式取得土地使用权的,除法律、行政法规另有规定外,没有使用期限的限制。"依此规定,划拨方式取得土地使用权最主要的特征是行政行为性、无偿性和无期限性。划拨土地使用权直接产生政府的批准行为,在交纳征用补偿安置费后即可取得土地使用权,不需要向国家交纳出让金和签订任何合同。只是需要进行登记以确定土地使用权的范围并表明取得划拨土地使用权(尽管法律法规没有明确规定这一点)。另外,划拨土地使用者也应当依照1988年国务院发布的《城镇土地使用税暂行条例》的规定缴纳土地使用税。

划拨土地使用权的基本特征是不得转让、出租、抵押。对此《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第44条有明确的规定。这也就是前面我们所说的划拨土地使用权实际上被排除在交易之外。

划拨土地使用权这一特性决定了它只适用于公益事业或国家重点工程项目。对此《城市房地产管理法》第23条明确只有下列建设用地才可以适用划拨方式取得土地使用权：（1）国家机关用地和军事用地；（2）城市基础设施用地和公益事业用地；（3）国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地；（4）法律、行政法规规定的其他用地。

从上述规定来看，在制度设计上，我国已经将划拨土地使用权定位在公益事业和国家重点工程建设上。也正是因为划拨土地用于这些领域，才有必要规定划拨土地使用权不得进行转让、出租、抵押等。因此，公益目的决定了仍然采用无偿划拨方式，决定了由此形成的土地使用权不可进入市场流转的特性。

## （二）公益目的划拨土地使用权与出让土地使用权的区别

这种意义上的土地使用权与出让土地使用权存在着以下不同点：

（1）取得方式不同：划拨土地使用权是通过行政划拨的方式取得的，这种方式属于行政方式；出让方式是通过合同方式，它创设了可流转的民事财产权或物权。

（2）是否支付对价：划拨土地不需要支付出让金，可以说是一种无偿取得土地使用权的方式。在划拨的土地属于农民集体土地时，正规的作法是由国家支付补偿金；在由单位支付时，也不属于土地使用权的出让金范畴。而取得出让土地使用权均要一次性地交付一笔出让金，这种出让金相当于一定年限土地使用权的对价。

（3）存续期限：按照现行法律规定，划拨土地使用权存续期限是长期的或无期限的；而出让土地使用权则只存在一定期限，在出让合同期限届满后，未申请续展或续展未获批准，使用权即告消灭。

（4）使用权的性质不同：由于以上原因，出让土地使用权和划拨土地使用权的法律性质不同。出让土地使用权可进入市场，属于民法上可交易的财产范畴；而划拨土地不能直接进入市场，是一种不可交易的财产。不可交易即意味着使用权人只能自己使用，而不能处分（租赁、买卖、抵押等），这样它的财产价值仅体现在自己可以排他使用，它的价值无法通过市场评价体系体现出来。因此，不可交易的土地使用权实质上失去了财产的本质属性。

## （三）划拨土地使用权及其终止

划拨土地使用权虽然可称为一种地产权，但它丧失了民法上的财产的合理内核，即可交易性，划拨土地使用权不可转让、出租、抵押，不能用于任何投资活动。划拨土地使用权不仅是无偿的，而且一般也是长期的或永久性的，所有这些特征均是由划拨土地使用权用于公益目的所决定的。目的的非商业性决定这种土地只有用于该目的，不能通过市场交易转移而用于其他目的；目的的公益性也决定了它应是无偿的和无期限的。

当然，划拨土地使用权也可能因公益目的实现或不再需要而终止，或者因使用者终止而终止。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第47条对划拨土地使用权的终止作了规定：“无偿取得划拨土地使用权的土地使用者，因迁移、解散、撤销、破产或者其他原因而停止使用土地的，市、县人民政府应当无偿收回其划拨土地使用权，并可依照本条例的规定予以出让。对划拨土地使用权，市、县人民政府根据城市建设发展需要和城市规划的要求，可以无偿收回，并可依照本条例的规定予以出让。无偿收回划拨土地使用权时，对其地上建筑物、其他附着物，市、县人民政府应当根据实际情况给予适当补偿。”

## 三、传统的（或非公益目的的）划拨土地的“转轨”

### （一）非公益目的划拨土地使用权的市场化处分

由于现行的划拨土地使用权不仅仅是根据新法取得的，更主要的是在过去的体制下形成的；而上述对于划拨土地使用权的规范并不能完全适用于旧体制下形成的划拨土地使用权。因为在过去体制下并不是按照上述用途确定划拨土地使用权，所有的建设用地均是通过划拨方式获得的，而不是按照用途划分的；有许多本应当是出让土地使用权，而实为划拨土地使用权。这样，无法建立截然分明的划拨土地使用权规则

和出让土地使用权规则。因为只有划拨土地均是用于公益性目的时，才能建立泾渭分明的两种土地使用权。而事实上，现在有许多划拨土地根本不是用于公益事业，而用于商业或经营目的。

目前我国对用于经营目的的划拨土地使用权采取的是基本稳定现实并允许满足一定条件的划拨土地通过市场化处分的方式，使现有用于经营目的的划拨土地转化为出让土地使用权。这里的市场化处分，是赋予这些划拨土地使用者像出让土地使用权人那样进行转让、出租、抵押或投资等处分行为，使划拨土地使用权因这种处分而市场化。这也就是说，并不是强制要求所有划拨土地使用权人补办出让手续，统一实现“转化”，而是允许满足一定条件的划拨土地使用权人自愿选择采取市场化或商业利用划拨土地，如进入投资、转让、抵押和租赁方式，使之与出让土地使用权接轨。

为此，《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第45条规定：“符合下列条件的，经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，其划拨土地使用权和地上建筑物，其他附着物所有权可以转让、出租、抵押：

(1) 土地使用者为公司、企业、其他经济组织和个人；

(2) 领有国有土地使用证；

(3) 具有地上建筑物、其他附着物合法的产权证明；

(4) 依照本条例第二章的规定签订土地使用权出让合同，向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获收益抵交土地使用权出让金。

转让、出租、抵押前款划拨土地使用权的，分别依照本条例第三章、第四章和第五章的规定办理。”

这一规定是针对过去体制下形成的划拨土地使用权而言的。虽然法规没有明确指明这一点，这里不能理解为适用新的划拨土地。因为新的划拨土地是用于公益目的，而允许划拨土地转让等处分会妨碍公益目的的实现。在现实中往往不作区分，凡是划拨土地即允许其作市场化处分，是违背划拨土地制度设计初衷的。因此，划拨土地使用权的转让、抵押、租赁、投资等处分只是弥补过去体制下形成的用于经营目的的划拨土地缺陷的变通作法，而非适用于一切划拨土地的普遍规则。

也就是说，该条所规定的情形只是弥补旧体制下的缺陷，而不是新划拨土地使用权的基本特性。假如这些占用划拨土地主体重新获得所占用土地使用权的话，那么肯定是出让方式而不是划拨方式，之所以它们仍然是划拨方式，仅仅是因为过去形成的。为了使之统一到出让方式上，不是推到重来，而是直接允许它们作市场化处分，将之转化为可流转的出让土地使用权。

因此，在现实中必须从严掌握转化的条件。为此我们建议不要使用以主体界定允许市场化处分的范围，而应根据土地用途，将可转化的划拨土地局限于商业用途的土地。不是说公司、企业所占有的全部划拨土地均可转化，只有非用于公益目的时才可为之。简言之，第45条适用的前提不是划拨土地，而用于非公益目的的划拨土地。

## (二) 划拨土地转轨的正式方式和程序

为正确规范划拨土地转化工作，国家土地管理局1992年发布了《划拨国有土地使用权管理暂行办法》、《划拨国有土地使用权补办出让手续及办理土地登记程序的说明》（下称《说明》）。根据这些规章，土地使用权出让方为市、县土地管理部门，受让方为原划拨土地使用者。也就是划拨土地必须先办理出让手续后，才能进行市场化处分（转让、租赁和抵押），即实行先出让后进行市场化处分的原则。按照第45条和《说明》，划拨土地转化的基本条件和程序是：

(1) 申请土地管理部门和房产管理部门批准

划拨土地使用权市场化处分（转让、出租、抵押）意味着土地使用权性质的改变，因此必须经政府部门批准。这种批准手续是由原划拨土地使用者提起。所提交的文件是：1) 土地使用者《申请审批表》，若是经济组织外的其他组织，须附其上级主管部门的批准文件；2) 《国有土地使用权证》；3) 地上建筑物、其他附着物的合法产权证明；4) 对已经发生划拨土地使用权转让、出租、抵押行为而补办出让手续的，还须提交所在地市、县土地管理部门的处理意见和土地使用权转让、租赁、抵押合同；5) 需要改变

土地用途的，须附城市规划部门的审查意见。

对未经批准擅自转让、出租、抵押划拨土地使用权的单位和个人，市、县人民政府土地管理部门应当没收其非法收入，并根据情节处以罚款。但是批准是一个程序性的手续问题，关键在于批准的标准或条件是什么。

## （2）政府审批的条件

在《说明》中，列举了土地管理部门审查的要点。除了根据审查第45条规定的三项条件（一是为公司、企业、其他经济组织和个人；二是领有国有土地使用证；三是具有地上建筑物、其他附着物合法的产权证），还审查出让宗地实际使用状况与文件、资料所载是否一致，是否对四邻及自身工作秩序造成不良影响；如果已发生市场化处分行为，还审查转让、租赁、抵押合同书内容是否符合有关规定。但是，所有这些都是形式要件，我们认为最关键这里是这里应有一个实质性的标准，即这些土地非用于公益目的。政府有关部门应当按照此实质标准并结合前三项条件给予批准或不批准。

## （3）签订土地出让合同、交纳出让金

划拨土地的市场化处分实质上是以更为简便的方式取得出让土地使用权或者使划拨土地使用权改变为出让土地使用权。因此，这种市场化处分除了得到政府主管部门的批准外，还必须按照出让合同基本程式进行。第45条规定要求签订土地使用权出让合同和补交土地使用权出让金。关于出让合同的内容大致与一般的出让合同相同；《说明》特别提出出让年限不得超过《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》规定的最高年限。

土地出让金按标定地价的一定比例收取，最低不得低于标定地价的40%。标定地价由土地所在地市、县土地管理部门根据基准地价，按土地用途、出让期限和宗地条件核定。至于支付方式分为一次性交付和以转让、出租、抵押所获收益抵交两种。若采用后者，应在缴付定金的基础上，在合同中约定所获收益优先用于缴付出让金及最后期限。

但是，根据建设部1995年颁布并于2001年8月修改实施的《城市房地产转让管理规定》第12条，在一些情形下，经有批准权的人民政府批准，可以不办理土地使用权出让手续，但应当将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理（应当在房地产转让合同中注明）。这些情形是：1）经城市规划行政主管部门批准，转让的土地用于建设公益事业的（即《城市房地产管理法》第23条规定的项目的）；2）私有住宅转让后仍用于居住的；3）同一宗土地上部分房屋转让而土地使用权不可分割转让的；5）转让的房地产暂时难以确定土地使用权用途、年限和其他条件的；6）根据城市规划土地使用权不宜作出让的；7）县级以上人民政府规定暂时无法或不需要采取土地使用权出让方式的其他情形。

不过，该管理规定第13条又规定，依照第12条规定转让的房地产再转让，需要办理出让手续、补交土地使用权出让金的（注意，这里并没有规定必须办理，而只是需要办理），应当扣除已经缴纳的土地收益。

## （4）办理土地使用出让登记手续

划拨土地使用权进行任何市场化处分必须办理登记，《划拨土地使用权补办出让手续及办理土地登记程序的说明》对划拨土地使用权转化为出让土地的登记手续作出了规范。登记是原土地使用者向土地管理部门提出申请转变土地使用权性质的最后一道手续。登记的方法为在宗地原《土地登记卡》上进行登记，登记内容为：1）土地使用权取得方式由划拨变为出让的依据；2）标定地价；3）出让金额；4）出让期限及起止日期；5）土地用途。同时根据《土地登记卡》更改国有土地使用证的相应栏目，向原划拨土地使用权人颁发出让土地使用权证。

如果土地使用者在缴纳出让金和办理出让登记之前即已经签订土地使用权转让、租赁、抵押合同的，土地管理部门在办理土地使用权出让登记的同时，办理土地使用权转让、出租、抵押登记。这种登记是由受让人、承租人、抵押权人向登记机关提出申请，登记机关除在原《土地登记卡》上进行前5项内容的登记外，还得分别进行以下登记：（a）在为转让处分情形下，增加6）转让后的土地使用者，并加盖“注销”印章。同时建立新《土地登记卡》，根据新《土地登记卡》为受让人办理国有土地使用权证。（b）在出租或抵押情形下，在《土地登记卡》上进行出租登记或抵押登记，并根据《土地登记卡》在国有土地使用权证上注明土地使用权取得方式及出租或抵押变更事项，同时向承租人或抵押权人颁发《土地使用权承租证明书》或《土地使用权抵押证明书》。

完成以上程序后，原划拨土地使用权即转变为出让土地使用权，适用出让土地使用权所有规则。例如，土地使用权变成有期限的权利，土地使用权期满后，土地使用者再转让、出租、抵押的，须重新签订土地使用权出让合同，支付土地使用权出让金，办理变更登记手续。

由于目前制度规范不明确，加上许多人为因素，目前划拨土地的市场化利用存在着诸多问题。这些问题的解决需要完善和统一立法，并严格执行法律并加强监督等措施加以解决。

### （三）划拨土地使用权转轨的变相方式

在过去体制下划拨土地是土地使用权唯一的供给形式，因此，大量的土地便以划拨土地形式存在着。在实行有偿出让制度后，由于土地的供给是有限的，因而可供出让的土地也是有限的，而房地产市场持续升温对土地的需求则是无限的。因此就形成了土地供给的短缺，就导致大量的划拨土地通过各种方式和途径地进入市场，用于经营用途或以商业化的方式利用。除了前述的转让、租赁、抵押方式外，土地使用者还可以通过其他方式使划拨土地的性质发生转变，主要有联建、参建和合资合建、房屋转让等。

根据《城市房地产管理法》，土地使用权可以作价入股、合资、合作开发经营房地产。这样，划拨土地使用权经有关部门的批准，并办理土地使用权出让手续或按规定缴纳土地使用权出让金，即可以使划拨土地使用权转化为出让土地使用权，即成为可转让或处分的财产权。

综上所述，区分两种划拨土地使用权，允许传统体制下的划拨土地使用权转轨，禁止公益目的的划拨土地使用权转轨是理清土地产权市场，重塑土地产权法律体系的必需完成的课题。

（转载自高富平学术论文网站）