

中国土地使用权概述

——中国人民大学 赵姗姗 陈楚琪 指导老师：许顺光

一、中国土地使用权简介

中国有计划经济走到市场经济，土地使用权的命运经历了土地严格禁止交易到严格限制交易，直至有条件进行交易的进程。土地使用权成为《公司法》规定的股东法定出资形式之一。

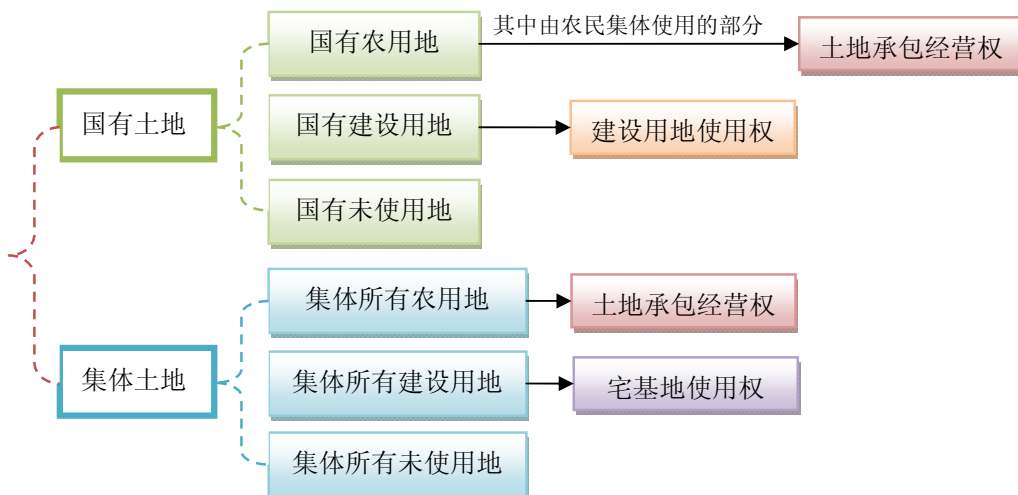
根据中国宪法和法律的规定，土地归国家和集体组织所有。在土地一级市场，国家可以将其所有的土地用于出资；在土地二级市场，土地使用权人也能够将其权利出资。国家所有的土地可以出资，集体所有的土地也有权参与流转，公民个人和法人组织不得享有土地的所有权，而只能享有国有土地使用权。

二、土地所有权及使用权的分类

按照所有权的性质来分，土地可以分为国有土地和集体所有土地。而对于中国土地，除了考虑其所有权性质，还可以按照土地用途来分，即分为农用地、建设用地和未利用地，也就是国有土地可以分为国有的农用地、国有的建设用地和国有的未利用地，集体所有土地可以分为集体的农用地、集体的建设用地和集体的未利用地。

其中，国有的建设用地是进入土地市场的主要对象。集体土地一般不得进入土地市场，只有经过征收，改变土地所有权性质，成为国有土地，才能进入土地市场，故产生征收与补偿问题。国有的农用地也需转为建设用地才能进入土地市场，因此产生土地用途转化的问题。

中国《物权法》第三编基于用益物权规定了四种土地使用权（即用益物权人对国家或集体所有的土地享有占有、使用和收益的权利）：土地承包经营权（客体是集体所有或国家所有而由农民集体使用的农用地）、建设用地使用权（“建设用地使用权”中的“建设用地”仅限于国家所有的土地）、宅基地使用权（客体是农民集体所有的建设用地）和地役权。按照使用用途划分，集体所有土地上的使用权有农民集体所有土地承包经营权和集体建设用地使用权，后者主要包括农民对宅基地的使用权，乡镇企事业对农民集体土地的使用权，乡镇和村公共设施、公益事业建设对农民集体所有土地的使用权，全民所有制单位、建设单位对农村集体所有土地的临时使用权。



综上，中国土地使用权主要涉及以下四个问题：土地征收与补偿问题（土地所有权性质的转变）、农用地转化为建设用地（土地用途的转变）、外国企业与中外合资企业的土地使用权以及土地使用权人的财产担保、抵押和银行按揭问题。

三、土地所有权性质的转变——集体所有土地转为国有土地的征收与赔偿问题

（一）征收

农用地的使用和收益受到了土地性质与土地用途的限制。其一，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，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（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。其二，农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设；但是符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产或兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外。

因此，农用地用作建设用地，必须通过农用地转用审批，转为非农用地；对集体所有的农用地的限制就更加严厉了，一般必须先办理农用地转用审批手续，再通过征收将集体土地转为国有土地，其实质是国有建设用地出让，需要缴纳土地出让金。所以本文中的征收即指国家以行政权使集体所有土地所有权产生变更。

（二）赔偿

征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。征收单位、个人的房屋及其他不动产，应当依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。

被征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定期限内，持土地权属证书到当地人民政府土地行政主管部门办理征地补偿登记。应当注意的是，由于地方政府和国土资源局必须保证征收拆迁过程不发生民众与政府间过分激烈的冲突，因此，在赔偿的问题上存在较多的不稳定因素，既存在着信息不对称的问题，也存在土地使用权滥用的问题。

CASE: 傅某诉九龙坡区某社承包地征收补偿费用分配纠纷案 (2011 重庆)

原告傅某系被告集体经济组织成员，2003年原告土地被征用0.54亩，青苗费按照1150元/亩计算，2009年原告余下的0.46亩土地被征用，而被告仍按照2003年的标准（青苗费1150元/亩）进行赔偿；原告要求被告按照2009年的标准（青苗费1760元/亩，构附作物8000元/亩）进行赔偿，即要求被告支付原告青苗费280.6元，构附作物费3680元，起诉请求法院依法判决。

法院认为，征收集体所有的土地，应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用，安排被征地农民的社会保障费用，保障被征地农民的生活，维护被征地农民的合法权益。被征收土地上的附着物和青苗的补偿标准，由省、自治区、直辖市规定。参照重庆市征地补偿安置办法以及重庆市九龙坡区征地补偿安置实施细则的相关规定，被告应参照2009年征地补偿标准。承包地被依法征收，承包方请求发包方给付已经收到的地上附着物和青苗的补偿费的，应予支持。

四、土地用途的转化——农用地转为建设用地

如前所述，土地用途的转化指农用地转为建设用地以进入土地市场。国有的农用地用作建设用地，必须通过农用地转用审批，转为非农用地；集体所有的农用地，一般必须先办理农用地转用审批手续，再通过征收将集体土地转为国有土地。

建设用地使用权适用登记生效的原则。根据土地管理法的规定，我国目前的建设用地使用权是由县级以上人民政府登记造册，核发证书。

（一）建设用地使用权的设立及期限

1. 设立

出让与划拨是设立建设用地使用权的两种基本方式，其中划拨被严格限制，出让为主要方式。

土地出让，由土地所在地县级以上人民政府地政部门在国务院授权范围内行使。其受让人可以是公民个人、法人，以及外国自然人和法人。

通过出让方式创设土地使用权，一般必须具备两个条件：

（1）必须是国有土地。我国土地使用权使用制度只是针对国有土地而言的一种出让制度，农村土地不得采用出让方式转让土地使用权。城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用为国有土地后，该国有土地的使用权方可有偿出让。

（2）必须经政府批准。出让土地使用权必须经政府主管部门批准，县级以上地方人民政府出让土地使用权用于房地产开发的，须根据省级以上人民政府下达的控制指标拟订年度出让土地使用权总面积方案，报国务院或者省级人民政府批准。

出让合同中必须注意以下三点：

（1）目前一般是由市、县人民政府土地行政主管部门代表国家作为出让人。开发区管理委员会作为出让人与受让方签订的出让合同是无效的。

（2）使用用途。在合同期限内，建设用地使用权人不得擅自改变建设用地的用途；需要改变建设用地使用权用途的，应当征得出让人的同意并经土地行政主管部门和城市规划行政主管部门批准，重新签订或者更改原有的建设用地使用权出让合同，调整土地出让金，并办理相应的登记。

（3）土地出让金等费用及其支付方式。支付土地出让金使用权人的义务而非建设使用人出让合同生效的成立要件。土地管理法和城市房地产管理法明确了合同双方当事人有关的违约责任。根据最高人民法院的司法解释，经市、县人民政府批准同意以协议方式出让的土地使用权，土地使用权出让金低于订立合同时当地政府按照国家规定确定的最低价的，应当认定土地使用权出让合同约定的价格条款无效。受让方经出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门同意，改变土地使用权出让合同约定的土地用途，当事人请求按照起诉时同种用途的土地出让金标准调整土地出让金的，应予支持。

2. 期限

我国对建设用地实行动态管制，不同用途的建设用地的使用期限是不同的，居住用地七十年；工业用地五十年；教育、科技、文化、卫生、体育用地五十年；商业、旅游、娱乐用地四十年；综合或者其他用地五十年。

（二）建设用地使用权的转让

建设用地使用权转让的变更也采用登记生效原则。未经变更转让登记，建设用地使用权转让不发生效力，受让人未取得建设用地使用权，但这并不影响转让合同的效力。

根据土地设立方式的不同，建设用地使用权流转分为两种：以出让方式设立的土地和以

划拨方式出让的土地。其合同的不同要素体现流转的不同要求：

1. 以出让方式设立的土地的土地使用权转让：

(1) 土地使用权转让合同以土地使用权出让合同的存在为生效的前提条件。转让合同是以出让合同中的土地使用权为依据来确定受让人的权利范围的。如果出让合同无效，转让人就无权处分土地使用权，因此转让合同就是无效合同而不具有法律效力。

(2) 不管转让合同中的受让人是谁，经过多少次转让，受让人都要承担土地使用权出让合同中规定的义务，出让合同中规定的建设条件、土地用途和规划要求都必须严格执行，如需改变，应向出让人提出申请，经政府有关部门审查、批准，重新签订出让合同后，转让合同的订立才能生效。

(3) 转让方未取得出让土地使用权证书与受让方订立合同转让土地使用权，起诉前转让方已经取得出让土地使用权证书或者有批准权的人民政府同意转让的，应当认定合同有效。

(4) 土地使用权人作为转让方就同一出让土地使用权订立数个转让合同，在转让合同有效的情况下，受让方均要求履行合同的，按照以下情形分别处理：

(a) 已经办理土地使用权变更登记手续的受让方，请求转让方履行交付土地等合同义务的，应予支持；

(b) 均未办理土地使用权变更登记手续，已先行合法占有投资开发土地的受让方请求转让方履行土地使用权变更登记等合同义务的，应予支持；

(c) 均未办理土地使用权变更登记手续，又未合法占有投资开发土地，先行支付土地转让款的受让方请求转让方履行交付土地和办理土地使用权变更登记等合同义务的，应予支持；

(d) 合同均未履行，依法成立在前的合同受让方请求履行合同的，应予支持。

未能取得土地使用权的受让方请求解除合同、赔偿损失的，按照《中华人民共和国合同法》的有关规定处理。

2. 以划拨方式设立的土地的土地使用权转让：

土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，与受让方订立合同转让划拨土地使用权的，应当认定合同无效。但起诉前经有批准权的人民政府批准办理土地使用权出让手续的，应当认定合同有效。

(三) 建设用地使用权的出租

国有土地使用权的出租，其条件、程序和要求都与土地使用权的转让基本相同。

五、外资企业和合资企业的土地使用

外资企业、合资企业也是只能通过（国有）建设用地使用权出让、流转和租赁的方式获得土地使用权，即建设用地使用权，在此权利的使用方面不受特殊限制。同时，为鼓励利用外资，外商也可取得“四荒”土地的土地承包经营权。

(一) 建设用地使用权

根据《物权法》第135条的规定，建设用地使用权即利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。其中，建筑物，是指定着于土地上或地面之下，具有顶盖、梁柱、墙壁，供人居住或使用的建筑物，主要是指房屋；构筑物是指人们一般不直接在里面进行生产和生活活动的建造物，如桥梁、沟渠；附属物是指与建筑物、构筑物不可分割的各种配套设施，包括电梯、水暖、除尘、通风、通信线路、输电线路、水电管道等。

建设用地使用权的内容具有限制性，根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条，建设用地使用权出让最高年限按下列用途确定：（1）居住用地70年；（2）工业用

地50年；（3）教育、科技、文化、卫生、体育用地50年；（4）商业、旅游、娱乐用地40年；（5）综合或其他用地50年。

外商取得的建设用地使用权也可以参与流转，其转让、抵押和出租的权利与国内相同。

根据中国现行法律法规，外商投资企业可以通过以下八种途径获得企业用地：

1. 出让方式：即国家将国有土地使用权在一定年限内出让给外商投资企业，由外商投资企业按照出让合同的约定支付土地使用权出让金。外商投资企业与市、县土地管理部门签订出让合同并支付全部出让金后，办理土地登记。取得土地使用权。通过出让方式取得的土地使用权属于外商投资企业的自有财产，可以转让、出租、抵押。

2. 划拨方式：外商投资企业可向土地管理部门申请，经有批准权的人民政府批准后，由市、县土地管理部门与外商投资企业签订土地使用合同。办理土地登记手续，取得土地使用权。通过划拨方式取得土地使用权不得转让、出租、抵押。

3. 中方作价投入方式或中方作条件投入方式：作价入股或作为合作条件设立外商投资企业。中方企业把企业拥有的厂房及设备连同土地使用权作价入股或作为合作条件与外商设立中外合资或中外合作经营企业，从而使中外合资、合作经营企业取得土地使用权。以上行为必须到土地管理部门办理用地手续。

4. 转让方式：土地使用者将土地使用权转让于外商投资企业。外商投资企业为此支付一定地价款而取得土地使用权。外商投资企业直接受让于合资、合作者或第三人以出让方式取得的土地使用权。

5. 协议方式：在政府编制土地协议出让年度计划的前提下，根据年度计划及时确定协议出让具体地块之后，依据法律法规签订协议出让合同并支付全部成交款，最终依法办理土地登记而获得国有土地使用权。

6. 租赁方式：外商投资企业与县级以上土地管理部门通过签订国有土地租赁合同，并按合同约定向国家缴纳年租金而取得土地使用权。

7. 集体土地使用权的取得方式：经县级以上地方人民政府土地行政主管部门批准，集体土地可以作为和外商联营设立外商投资企业的条件，从而取得土地使用权。

8. 通过租赁房屋方式取得土地使用权：外商投资企业直接向国有、城市集体、乡镇企业和集体经济组织租赁房屋及场地，并按租赁合同的约定向出租者支付租金，根据中国“房随地走”原则，履行相关手续之后取得国有土地使用权。

（二）“四荒”土地承包经营权

农村土地承包原则上采取农村集体经济组织内部的家庭承包方式，以本集体经济组织的农户作为承包人。但是，对于不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩（简称“四荒”）等农村土地，也可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包（简称“其他方式的承包”）。外商取得的土地承包经营权应符合中国《农村土地承包法》对其他方式取得的土地承包经营权的特别规定。

外商的土地承包经营权的对象是荒山、荒沟、荒滩以及果园、茶园、桑园、养殖水面等不适宜采取家庭承包方式的土地。承包合同应当通过招标、拍卖、公开协商等方式订立。土地承包经营权的内容有：（1）承包费，承包方应按照市场规则支付相应的承包费；（2）承包期限，中国对“四荒”土地的承包期限为予明确，但最长不超过50年；（如2002年昆明放宽鼓励利用外资的政策，允许外商使用国内荒山荒地，进行恢复林草之辈等生态环境保护建设，使用期限最长可达50年，并按有关规定颁发《国有土地使用证》。）

通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押、继承或者以其他方式流转，较为灵活。

综上，外商在中国取得的土地使用权与本国内没有区别，主要包括建设用地使用权和“四

荒”土地承包经营权。其中，建设用地使用权主要指建造和保有房屋、桥梁、沟渠及通信线路、水电管道等配套设施。如果按土地使用用途可以分为居住用地、工业用地、教育科技体育等用地、商业娱乐用地及其他用地的建造使用权。外商能获得的“四荒”土地承包经营权指承包经营荒山、荒沟、荒滩以及果园、茶园、桑园、养殖水面等不适宜采取家庭承包方式的土地。

六、土地使用权人的财产担保、抵押和银行按揭问题，及其需要的使用权凭证

土地使用权的抵押权采取登记生效主义，并采行“先登记者优先”规则（“first-in-time rule”）。国有土地使用权抵押权的合法凭证是《土地他项权利证明书》，《国有土地使用证》、《集体土地所有证》和《集体土地使用证》不作为抵押权的法律凭证。

根据物权法的规定，建设用地使用权属于可抵押财产范围；至于集体所有土地，一律禁止抵押，只有两个例外：已招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒山、荒沟、荒丘、荒滩的土地承包经营权和乡镇、村企业的建设用地使用权随厂房等建筑物一并抵押，而且法律规定以上二者实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地所有权的性质和土地用途。

值得一提的是，实践中，资本活跃的沿海省市不仅在集体土地流转和“小产权房”买卖上突破现行法律的限制，还在集体土地使用权抵押上也早有尝试。2010年，中国人民银行发布农村金融产品创新试点的通知，在全国范围内城镇化和农业化程度高的地区，在不改变土地集体所有性质、不改变土地用途和不损害农民土地承包权益的前提下，开展农村土地承包经营权、宅基地使用权、集体林权抵押的业务。其中，集体林权抵押的试点成效较大。但是，抵押权实现方面，不同省市有各自的规定，有的通过征收的方式变更为国有建设用地，有的仅限于本集体内部流转。

七、结语

综上所述，判断中国土地时必须同时考虑该土地的性质（国家所有还是集体所有）和用途（农用、建设用地或未使用地），其中，建设用地使用权的对象专指国有建设用地，这也是中国土地市场的主要土地类型。因此，在农用地转化为建设用地和集体所有土地转化为国家所有的过程中产生了土地使用权流转和土地征收与赔偿的问题。外商可以通过建设用地使用权的出让、流转和租赁获得国有土地使用权。此外，目前中国对于集体土地使用权的流转和抵押等实践还在试点和创新过程中。