

从物权法看工业建设用地使用权出让方式的转变

作者：夏亮

过去在实践中，外国投资者在中国境内尤其是东部沿海城市的经济开发区新设外商投资企业，取得工业建设用地使用权通常的操作模式是先与当地政府或其派出机构(如经济开发区管理委员会)签订有关工业建设用地的初步意向书，¹内容一般为外国投资者有基本的投资意向，建设用地的基本情况(包括土地面积、坐落及用途)等。在取得相关建设用地批准文件后再与有关土地管理部门签订正式的国有土地使用权出让合同。这种取得工业建设用地使用权的方式为协议出让方式。所谓协议出让，是指国家以协议方式将国有土地使用权在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。²但是，通过协议出让方式取得工业建设用地使用权的方式在我国新公布的《物权法》³正式施行后将在法律层面上明确不被允许。《物权法》第137条第2款规定，“工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。”

If you would like an English version of this publication, please contact:

Lily Han: (86 21) 6881 8100 - 6609
Publication@linksllaw.com

発行物の日本語版がほしいければ、
下記担当者にご連絡ください。

韓東紅: (86 21) 6881 8100 - 6609
Publication@linksllaw.com

如您需要了解我们的出版物，请与
下列人员联系：

韩东红: (86 21) 6881 8100 - 6609
Publication@linksllaw.com

通力律师事务所
www.linksllaw.com

我国在工业建设用地使用权出让方式上经历了从相对宽松到逐步严格的变迁过程。首先从政策层面上看，国务院于2004年10月21日发布的《关于深化改革严格土地管理的决定》(国发[2004]28号)中提出，除按现行规定必须实行招标、拍卖、挂牌出让的用地外，工业用地也要创造条件逐步实行招标、拍卖、挂牌出让。此后，国务院于2006年8月31日发布的《关于加强土地调控有关问题的通知》(国发[2006]31号)进一步指出，工业用地必须采用招标拍卖挂牌方式出让。紧接着，国土资源部就国务院发布的上述通知于2007年4月4日发布了《国土资源部、监察部关于落实工业用地招标拍卖挂牌出让制度有关问题的通知》(国土资发[2007]78号)，重申政府供应工业用地，必须采取招标拍卖挂牌方式公开出让或租赁。可以看出，从政

从物权法看工业建设用地使用权出让方式的转变

策层面上，国家逐步要求工业用地必须实行招标、拍卖等公开竞价方式进行出让。其次从法律层面上看，1995年1月1日起施行的《城市房地产管理法》第12条规定，“土地使用权出让，可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式；没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取双方协议的方式。”可见该法承认建设用地使用权出让的三种方式，但是在具体三种方式的运用上，对商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地(经营性用地)倡导采取拍卖、招标等公开竞价方式出让，而对工业用地的出让并未要求必须采取拍卖、招标的公开竞价方式。随着多年土地出让的实践，由于建设用地总量增长过快，因土地出让的透明度和公平性所产生的问题不断出现。主要体现在代表国家出让建设用地的土地管理部门过多使用协议出让方式，协议方式由于没有引入竞争机制，相对缺乏透明度和公开性，容易暗箱操作，滋生土地出让过程中的不法行为。有些地区为了招商引资，将本来应当采取的公开竞价方式改为协议出让，导致国有土地资源的严重流失。⁴有鉴于此，国土资源部于2002年5月9日发布了《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》，⁵该规定要求商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性用地，以及同一宗地有两个以上意向用地者时，必须以招标、拍卖或者挂牌方式出让土地。而此次新公布的《物权法》从法律层面上首次明确将工业用地与商业、旅游和娱乐等用途的用地一同作为经营性用地纳入应采取公开竞价出让方式的范围。

就公开竞价的方式，《物权法》列举了招标和拍卖两种方式。根据《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》，招标出让是指市、县人民政府土地管理部门发布招标公告，邀请特定或者不特定的公民、法人和其他组织参加国有土地使用权投标，根据投标结果确定土地使用者的行为。拍卖出让是指出让人发布拍卖公告，由竞买人在指定时间、地点进行公开竞价，根据出价结果确定土地使用者的行为。值得注意的是，《物权法》并未将公开竞价方式仅限定在招标和拍卖两种方式，而是做了弹性规定(即规定招标、拍卖“等”方式)。可以理解《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》中规定的挂牌出让方式⁶也可作为公开竞价的一种方式。

从物权法看工业建设用地使用权出让方式的转变

如需进一步信息, 请联系:

上海	北京
俞卫锋 电话: (86 21) 6881 8100 - 6635 David.Yu@linksllaw.com	陈巍 电话: (86 10) 6655 5050 - 1022 Way.Chen@linksllaw.com
张明 电话: (86 21) 6881 8100 - 6632 Ming.Zhang@linksllaw.com	

© 通力律师事务所 2007

- 1 根据《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》的规定, 经济开发区的管理委员会作为出让方与建设用地的受让人签订的建设用地使用权出让合同将被认定为无效合同。
- 2 参见《协议出让国有土地使用权规定》(国土资源部于 2003 年 6 月 11 日发布, 自 2003 年 8 月 1 日起施行)第 2 条。
- 3 《中华人民共和国物权法》于 2007 年 3 月 16 日公布, 自 2007 年 10 月 1 日起施行。
- 4 按照中国土地勘测研究院的统计, 2002 年全国土地使用权的有偿出让面积为 12.42 万公顷, 占出让总面积的 58.82%, 但其中通过公开竞价方式的为 1.81 万公顷, 仅占总出让面积的 14.57%。
- 5 从法律位阶看, 该规定属于部门规章其效力低于法律。
- 6 挂牌出让是在目前我国土地市场状况下一种创新的土地出让形式, 是指出让通过发布挂牌公告, 按公告规定的期限将拟出让宗地的交易条件在指定的土地交易场所挂牌公布, 接受竞买人的报价申请并更新挂牌价格, 根据挂牌期限截止时的出让结果确定土地使用者。