

## 论划拨土地使用权转让之效力

张红 彭跃龙

**摘要** 近年来,由于城市建设用地越来越少,划拨土地大量入市不可避免,划拨土地使用权转让制度逐渐成为事关经济社会发展的重大法律议题。国家对划拨土地的管制,经历了从禁止非法转让到依法转让的过程。划拨土地使用权转让的交易结构包含划拨土地使用权转让合同和国有土地使用权出让合同两种合同关系。批准转让的政府与受让人签订出让合同,受让人补缴土地出让金,皆系对转让合同的履行,但是否缴纳土地出让金不影响划拨土地使用权转让合同的效力。未经批准之划拨土地使用权转让合同效力存在无效、有效和未生效三种可能样态。行政主管部门的审批不宜与划拨土地使用权转让合同的效力绑定。未经批准之划拨土地使用权转让合同不宜再被认定为无效。土地增值易引发转让人撕毁合同的道德风险,认定合同未生效不利于对受让人合同履行可得利益的保护。合同有效与合同履行应相区分,认定合同有效系最佳选择,能兼顾管制与自治,平衡当事人利益冲突。

**关键词** 划拨土地使用权;城市建设用地;行政审批;土地出让金;合同效力;土地制度

**中图分类号** D913 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2022)02-0164-12

**基金项目** 国家社会科学基金重点项目(20AZD083)

近年来,我国城镇化建设发展迅猛,城市建设用地越来越少。由于政府机构改革、国有企业改制、事业单位转隶和旧城改造等原因,原属于国家或集体所有的划拨土地大量流入二级市场。理清划拨土地使用权转让规则乃当下事关经济社会发展的重大法律议题。相较于出让土地使用权转让的规范化,划拨土地使用权转让无序化明显。这是因为,较之出让土地使用权的自由转让,划拨土地使用权转让多了一道“经有批准权的行政机关批准”的程序。此道批准程序成为判断划拨土地使用权转让<sup>①</sup>效力的根本标准。其核心命题在于:未经批准之划拨土地使用权转让合同的效力如何,该合同之标的物能否发生如合同当事人所期待之物权变动?在经由计划经济转轨市场经济的大背景下,划拨土地使用权转让过程中管制与自治纠缠不清,这一核心命题的处理规则历经曲折嬗变。我国民法采用房地一体原则<sup>②</sup>,房屋所有权与建设用地使用权的权利主体必须同一<sup>[1]</sup>(P6),转让划拨土地上的房屋时必然包含划拨土地使用权之转让<sup>③</sup>。

依《城市房地产管理法》第40条、《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(以下简称《国有土地出让和转让条例》)第44、45条,划拨土地及地上房屋经批准后自可转让。“是否办理产权变更登记不影响转让合同效力”这一观点,已为司法裁判所肯认<sup>[2]</sup>(P137-139)。但实践中,更多的是当事人之间先进行转让,再由划拨土地的受让方直接与行政机关办理批准及土地出让手续<sup>[3]</sup>(P99-100)。对

① 划拨土地使用权的转让包括签订划拨土地使用权转让合同以及合同的履行(签订出让合同和补缴土地出让金)两个部分。主管行政机关的批准行为影响的究竟是转让合同的效力,还是转让之划拨土地使用权能否登记至受让人名下,是本文拟解决的问题。

② 1990年《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第23、24条分别规定了“房随地走、地随房走”规则。1994年《城市房地产管理法》第31条也规定了“地随房走”规则。2007年《物权法》在立法层面确立了完整的“房地一体”规则,并为《民法典》第356、357、397条继受。

③ 详见1995年国家土地管理局发布的《关于贯彻〈城市房地产管理法〉若干问题的批复》第六点。

未经批准之情形下划拨土地使用权人与受让人签订的划拨土地使用权或房屋转让合同效力的认定,司法实践形成了未生效、无效和有效3种观点<sup>①</sup>。法释[2005]5号文第11条<sup>②</sup>虽对此作出应认定无效之规定,但司法裁判并未就此统一。尤其是法释[2020]17号文删除该条规定后,合同效力认定更为扑朔迷离。

产生如此分歧的原因在于,法官对《城市房地产管理法》第40条和《国有土地出让和转让条例》第44、45条的规范性、批准程序的规范意义与限度以及法释[2005]5号文第11条的规定是否合理存在较大争议。司法裁判分歧的背后存在着两组紧张关系:合同无效与合同未生效、合同有效的裁判观点之间反映出一组明面上的主要紧张关系——行政管制与私法自治之冲突;合同未生效与合同有效的裁判观点之间则反映出一组隐藏在私法自治下的次要紧张关系——转让人与受让人之间合同履行利益归属的冲突。学界对于划拨土地使用权制度的研究多集中于对土地划拨制度变迁的梳理及思考<sup>[4]</sup>(P95-102),划拨土地使用权的定性<sup>[5]</sup>(P77-81)、市场化变革<sup>[6]</sup>(P63-68)、制度完善等角度<sup>[7]</sup>(P146-148)<sup>[8]</sup>(P193-204)。偶有论及划拨土地转让者,侧重点在于对其流转的批判<sup>[9]</sup>(P136-138),抑或主张禁止其流转<sup>[10]</sup>(P180-189)<sup>[11]</sup>(P39-40),针对划拨土地使用权转让的研究凤毛麟角<sup>③</sup>。

## 一、划拨土地使用权转让效力规则建构

自国有土地有偿使用制度产生以来,土地一、二级市场的制度革新主要围绕出让土地进行,对划拨土地的制度供给严重不足。虽然《协议出让国有土地使用权规范(试行)》第7条、《国务院关于深入推进新型城镇化建设的若干意见》(以下简称《推进城镇化建设若干意见》)第21条、《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》第15条、《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》(以下简称《完善建设用地二级市场指导意见》)第(六)条均规定了划拨土地使用权转让的具体规则,但较为分散且效力层级较低,难以有效统领划拨土地使用权转让实践,亟待梳理整合。

### (一) 从禁止非法转让到依法转让

自1982年《宪法》实施,城市土地所有权一概收归国有,社会经济发展的需要促使土地所有权与土地使用权走向分离。1986年《土地管理法》颁布,将划拨明定为国有建设用地使用权的唯一取得方式(详见该法第23、34条)。当时的划拨土地使用权并不具备处分权能<sup>④</sup>,立法带有浓厚的计划经济色彩<sup>[12]</sup>(P4)。1988年第1次修订《土地管理法》,对土地管理制度变革具有标志性的意义:一是确立了国有土地有偿使用制度,二是国有土地使用权的流转由“禁止非法转让”转变为“允许依国务院之规定转让”(详见该法第2条),土地使用权开始作为重要的生产要素流入市场。其中,划拨土地使用权转让规范的变迁过程见表1。

从表1可知,无论是国家土地管理部门抑或是国务院的政策指导意见,从未否定或剥夺划拨土地使用权的处分权能。针对划拨土地使用权这一中国特色土地制度,国家土地管理部门经历了从“不知如何

① 笔者同时以“划拨土地”“转让”“合同”“未经”为关键词在北大法宝中进行全文检索,选取了部分具有代表性的人民法院判决书作为研究样本。持“合同未生效”观点之判决书有:最高人民法院(2018)最高法民申6041号民事判决书。持“合同无效”观点之判决书有:最高人民法院(2020)最高法民终368号民事判决书,最高人民法院(2017)最高法民再70号民事判决书,最高人民法院(2017)最高法民再39号民事判决书,最高人民法院(2016)最高法民申2390号民事裁定书。持“合同有效”观点之判决书有:最高人民法院(2019)最高法民再235号民事判决书,最高人民法院(2017)最高法民再87号民事判决书,最高人民法院(2018)最高法民再124号民事判决书。

② 《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》(法释[2005]5号文)第11条:“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。”

③ 笔者在中国知网上以“划拨土地使用权转让”为篇名进行高级检索,发现截至2022年1月24日已在北大核心和CSSCI来源期刊上发表的学术论文仅有13篇。

④ 参见1986年全国人大常委会颁布的《土地管理法》第2条第2款:“任何单位和个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地。”当时还未推行土地有偿使用制度,划拨是取得城镇建设用地的唯一方式。

表1 划拨土地使用权转让规范变迁一览表

颁布年份	规范层级	规范名称	涉划拨土地使用权转让相关条款及主要内容
1986年	法律	《土地管理法》	第2条第2款规定,任何民事主体不得非法转让土地
1988年修改	法律	《土地管理法》	第2条第3款规定,土地使用权可以依法转让,具体办法由国务院另行规定
1990年	行政法规	《国有土地出让和转让条例》	第44条规定,划拨土地使用权未经依法批准不得转让
1992年	部门规章	《划拨土地使用权管理暂行办法》(2019年被废止)	第14-18条规定,转让人先办理划拨土地使用权出让手续后,双方当事人再一起到土地管理部门办理转让手续
1994年	法律	《城市房地产管理法》	第39条第1款规定,划拨土地上的房地产转让应按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批。批准后由受让方办理土地使用权出让手续
2006年	部门规范性文件	《协议出让国有土地使用权规范(试行)》	第6条对“原划拨、承租土地使用权人申请办理协议出让”作出了全面规定,第7条对“划拨土地使用权转让中的协议出让”作出了全面规定
2016年	国务院规范性文件	《推进城镇化建设若干意见》	第21条规定,涉及原划拨土地使用权转让需补办出让手续的,经依法批准,可采取规定方式办理并按市场价缴纳土地出让价款
2019年	部门规范性文件	《产业用地政策实施工作指引(2019年版)》	第15条第1款规定,除明确应当收回国有建设用地使用权重新公开出让的外,划拨国有建设用地使用权转让申请办理协议出让的,经依法批准可采取协议方式出让
2019年	国务院规范性文件	《完善建设用地二级市场指导意见》	第(六)条规定,以划拨方式取得的建设用地使用权转让,需经依法批准,土地用途符合《划拨用地目录》的,可不补缴土地出让价款,按转移登记办理;不符合《划拨用地目录》的,在符合规划的前提下,由受让方依法依规补缴土地出让价款

管理划拨土地”到“逐步规范划拨土地使用权处分规则”的探索过程。划拨土地使用权在法理上具有合法转让的可能性,但最终取决于有关部门的审批(《国有土地出让和转让条例》第44、45条)。虽然1992年颁布的《划拨土地使用权管理暂行办法》(以下简称《划拨土地管理办法》)明确了划拨土地使用权转让的方式及程序,但实则为原划拨土地使用权人(申请人)先向土地管理部门申请协议出让再转让,不属于严格意义上划拨土地使用权转让的范畴,故不属于本文探讨的划拨土地使用权转让。

1994年颁布的《城市房地产管理法》作为维护房地产秩序的特别法,确立了划拨土地使用权的供给以非营利性用途为导向(详见该法第23条),并规定划拨土地使用权的转让须经有批准权之人民政府审批(详见该法第39条)。2006年发布的《协议出让国有土地使用权规范(试行)》,首次于同一规定中明确区分“先申请出让再转让”与“直接协议转让”。其中第6条和第7条应视为对《划拨土地管理办法》中划拨土地使用权转让规则的补充性规定。原《物权法》第143条和《民法典》第353条规定建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让,但未区分建设用地使用权是以出让还是划拨方式取得,可见其对划拨土地使用权之转让持肯认态度。

依上述规范可知,划拨土地使用权可依法转让。那么个别地方政府规章以及规范性文件<sup>①</sup>中禁止划拨土地使用权转让的规定作何解释?笔者以为,该规定与上位法之间并不冲突,实属市、县人民政府批

<sup>①</sup> 例如深圳市人民政府2018年发布的《深圳市人民政府关于完善国有土地供应管理的若干意见》(深府规[2018]11号)规定,“以划拨方式取得的建设用地使用权不得转让、互换、出资、赠与或者抵押,不得改变用途”。

准权行使规则的具体体现。是否予以批准具有较强的地方性,地方政府可因地制宜<sup>①</sup>。通过制定规范性文件的形式表明地方批准划拨土地使用权转让与否的态度,是地方“政策合法化”和“政策法律化”的具体表现<sup>[13]</sup>(P143)。

### (二) 一笔转让交易由两个合同关系构成

《划拨土地管理办法》于2019年7月24日被废止后,《协议出让国有土地使用权规范(试行)》第7条成为确定划拨土地使用权转让方式及转让程序的直接依据。划拨土地使用权在依该规范第7条转让的整个流程中,原则上包含了两个合同,即形成两组不同的法律关系,可见图1。首先是原划拨土地使用权人(转让方)与受让人签订划拨土地使用权转让合同,两者之间形成划拨土地使用权转让合同关系;然后是由市、县土地管理部门与受让人签订国有土地使用权出让合同,国有土地使用权的取得方式由划拨转变为出让并办理变更登记。上述两个合同的签订和履行共同构成划拨土地使用权转让交易从达成到履行的完整法律关系。虽然该规范第6条规定的划拨土地使用权人先申请将划拨土地使用权变更为出让土地使用权再行转让的交易模式中也包含两份合同,但该交易模式下与土地管理部门签订国有土地使用权出让合同的是原划拨土地使用权人而非受让人,之后转让人和受让人签订的国有土地使用权转让合同的交易标的是出让土地使用权而非划拨土地使用权。两份合同的签订虽有先后关系,但在履行上彼此独立。而在《协议出让国有土地使用权规范(试行)》第7条规定的划拨土地使用权转让交易中,受让人与土地管理部门签订国有土地使用权出让合同、补缴土地出让金并办理变更登记是对有效的划拨土地使用权或房屋转让合同的履行,两份合同之间建立的是合同有效和合同履行的因果联系。

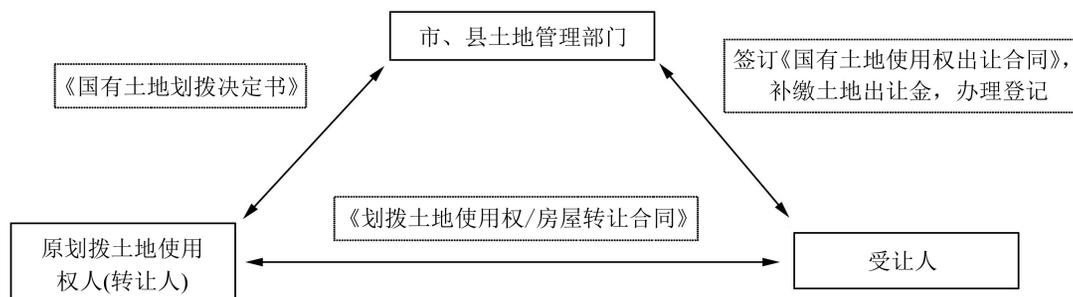


图1 划拨土地使用权转让法律关系示意图

划拨土地使用权的转让,一定会形成转让合同法律关系,但市、县土地管理部门与受让人之间是否签订国有土地使用权出让合同取决于划拨土地用途是否符合《划拨用地目录》之规定。根据表1,由《完善建设用地区二级市场指导意见》第六点可知,划拨土地用途不符合《划拨用地目录》规定的,应由受让人办理出让等国有土地有偿使用手续并补缴土地出让金。划拨土地用途符合《划拨用地目录》的,受让人可不补缴土地出让价款,直接办理划拨土地使用权转移登记即可。因不需补缴土地出让价款,受让人与市、县土地管理部门之间无需签订国有土地使用权出让合同,此时国有土地使用权的划拨性质并未改变。

### (三) 补缴土地出让金决定是否取得土地使用权

在划拨土地使用权转让交易中,除转让合同效力的认定问题外,另一个在转让交易履行过程中十分重要的问题是土地出让金是否收取以及收取标准。这关乎国有资产是否流失,官员是否有利益输送,政府是否敢担当作为等问题。同时,土地出让金是否补缴还关涉到划拨土地使用权或房屋转让合同的履

<sup>①</sup> 深府规[2018]11号文虽规定划拨土地不得转让,但明确划拨地产权归政府,不限定划拨用地投资主体,政府可以根据其投资管理要求选取合适的经营模式和经营者,区分用地供应和项目经营,以鼓励社会投资民生用地,在提高资源配置效率的同时确保公共服务及产品尽可能地惠及广大群众。

行,以及受让人能否办理国有建设用地使用权证。目前,全国不同地区施行着两类不同的补缴土地出让金的计算方法:一是比例计算方法<sup>①</sup>,二是差额计算方法<sup>②</sup>。比例计算方法未能明确具体比例的确定依据,过大的自由裁量权导致土地出让金收取标准混乱,难以公平合理地反映划拨土地使用权转让时土地收益的权益分配,极易形成国有资产流失和灰色交易。考虑到土地出让金的计算机制及其合理性,按出让土地使用权市场价格与划拨土地使用权权益价格的差额部分核算出让金是未来的发展趋势,亦是平衡国家与划拨土地使用权人之间利益,规范划拨土地转让行为的必然选择。

关于土地出让金由谁补缴的问题,划拨土地使用权转让合同中有约定的,优先遵照合同约定。转让合同中未约定的,因是受让人与土地管理部门签订的国有土地使用权出让合同,根据出让合同的约定应由受让人支付,这也是《国有土地出让和转让条例》第45条和《城市房地产管理法》第40条的应有之意<sup>[14]</sup>(P152-153)。此外,从司法实践来看,土地出让金是否缴纳或足额缴纳并不影响土地使用权转让合同的效力(最高人民法院[2004]民一终字第46号民事判决书)。一方面,划拨土地使用权转让合同有效在先,国有土地使用权出让合同签订在后,补缴土地出让金是转让交易经批准后的履行行为;另一方面,划拨土地使用权转让合同和国有土地使用权出让合同均为诺成合同,土地出让金的补缴义务缘于国有土地使用权的取得方式由划拨转变为出让,未缴纳或未足额缴纳土地出让金影响的是国有土地使用权能否取得。

## 二、划拨土地使用权转让无效之反思

判定转让行为效力首先应查找转让内容是否为民事法律行为法定无效事由所涵摄,寻得任一法定无效事由即可认定转让行为无效。考察司法裁判,未经行政主管部门批准而签订的划拨土地及其房屋转让合同被认定无效之路径有三:一是违反法律、行政法规的强制性规定;二是损害国家或社会公共利益;三是适用法释[2005]5号文第11条之规定认定。前两者已为《民法典》第153条规定所继受,后者则因法释[2020]17号文的发布而被删除。那么《城市房地产管理法》第40条和《国有土地出让和转让条例》第44、45条是否为《民法典》第153条(原《合同法》第52条)所指之强制性规定,违反上述规定而签订的转让合同是否必然无效?此有待从法教义学以及司法政策之角度探明。无论是“立法者有意的沉默”,还是法律漏洞,都需要运用解释方法发现法律体系的漏洞并予以消除<sup>[15]</sup>(P41)。

### (一) 认定转让合同无效的三条路径

从对司法裁判的梳理情形来看,法官在认定未经批准而签订的划拨土地使用权或房屋转让合同无效时,遵循的裁判路径如下:

1. 认定转让合同违反法律、行政法规之强制性规定而无效。此类裁判路径可以分为两种:一是将仅转让划拨土地上房屋的行为,视为《城市房地产管理法》第40条之规制范畴,认为未经审批而转让的行为违反法律规定,进而适用《合同法》第52条第5项认定房屋转让合同无效(武汉市中级人民法院[2006]武民终字第24号民事判决书)。二是依据“地随房走”规则,认为转让房屋时必然涉及土地使用权的转让,《城市房地产管理法》第40条虽未直接规定未经审批而转让的行为无效,但《国有土地出让和转让条例》第44、45条属于强制性规定,违反上述规定签订的转让合同适用《合同法》第52条第5项认定为无效(最高人民法院[2017]最高法民再70号民事判决书、最高人民法院[2017]最高法民再39号民事判决书)。未经批准而转让无地上建筑物之划拨土地使用权的情形下,法院通常认为转让合同违反《国有土地出让

① 如《深圳市宗地地价测算规则(试行)》(深规土[2013]12号)第8条规定,即按标定地价的一定比例收取(按照约定的土地使用期限以基准地价标准的35%测算应缴纳的地价),标定地价由所在地市、县人民政府土地管理部门根据基准地价核定。黑龙江省国土资源厅发布的《关于加强土地管理促进节约集约用地的通知》(黑国土资发[2012]25号)第(八)部分规定,原国有划拨土地使用权补办出让手续时,划拨土地权益价格可以按照不高于拟出让时土地市场价格的40%确定。

② 根据《协议出让国有土地使用权规范(试行)》第7条,以出让土地使用权市场价格和划拨土地权益价格之差确定土地出让金。

和转让条例》第44、45条之规定归于无效。

2. 认定转让合同侵害国家和社会公共利益而无效。有法院认为,划拨土地使用权及地上房屋的转让须经行政主管部门审批之初衷在于加强土地管理,促进城市建设和经济发展有序进行。《城市房地产管理法》第40条第2款规定,划拨土地上的房地产转让获批不用办理出让手续的,转让房地产所获收益中的土地收益应上缴国家或作他处理,该条款之目的在于维护社会公共利益。故而未经批准转让划拨土地及地上房屋的行为应给予否定性评价,适用《合同法》第52条第4项认定为无效(最高人民法院[2020]最高法民终368号民事判决书)。

3. 适用法释[2005]5号文第11条认定转让合同无效。部分法院在审理涉划拨土地上房屋转让合同效力纠纷时,径直适用法释[2005]5号文第11条,认为该条规定要求当事人转让划拨土地使用权必须经有批准权的人民政府批准,排除合同当事人的意思自治(最高人民法院[2016]最高法民申2390号民事裁定书、重庆市第二中级人民法院[2010]渝二中法民终字第764号民事判决书)。另一部分法院则是依据《房地产管理法》第40条和法释[2005]5号文第11条,认为划拨土地使用权转让未经有批准权的人民政府批准归于无效,因此当事人之间的房屋转让合同也应认定为无效(最高人民法院[2016]最高法民申297号民事判决书、湖北省高级人民法院[2008]鄂民监一抗字第00120号民事判决书)。

## (二) 未经批准签订转让合同的行为不违背规范目的

土地管理秩序是社会公共秩序的重要组成部分,土地出让金是国家主要财源之一。私法在一定程度上受限于公法<sup>[16]</sup>(P110)。《城市房地产管理法》第40条虽规定了转让报批程序,但未对违反报批程序之转让行为的效力作出法律评价。《国有土地出让和转让条例》第44、45条虽规定行政主管部门批准是取得划拨土地使用权及地上附着物的必要程序,但未履行批准程序,划拨土地使用权不得转让是指不得形成物权变动之事实,还是当事人签订转让合同不发生法律效力,立法未能明定。因此,欲探明未经批准而签订的划拨土地使用权或房屋转让合同之效力,需进一步明定上述规范之性质和立法目的,以及批准程序的规范意义。

基于文义解释与规范目的之分析,《城市房地产管理法》第40条和《国有土地出让和转让条例》第44条属于强制性规范。行政机关通过批准程序介入划拨土地使用权转让行为的目的,是由划拨土地使用权的特殊性决定的:一是相比于出让土地而言,划拨土地的取得未缴纳相应的土地出让金;二是划拨土地使用权的用途应受到严格限制,转让后的划拨土地使用权若不符《划拨用地目录》规定之用途的,需补缴土地出让金并转为出让土地使用权,以维护土地市场交易秩序和交易公平。据此,国家具有干预私法自治之正当性,上述规范应属强制性规范。但《国有土地出让和转让条例》第45条从文义解释角度考察,显属任意性规范。

对于规定了公共利益保护而未明确违反该规定将导致合同无效的法律规范,不能据此判断违反该保护公共利益条款的合同是无效合同。对于违反社会公共利益之合同,根据危害程度的不同,存有弹性处理方法<sup>[17]</sup>(P136)。违反强制性规范并不必然导致转让行为无效,只有该转让行为损害规范所欲保护之国家和社会公共利益时才宜被认定为无效。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)第14条将影响合同效力的强制性规范明定为效力性强制性规范,限缩了“违法合同无效”之“法”的范围。但有学者发现,若法律未对违反之后果作出明确规定,法官仍需基于社会公共利益之考量判定合同无效后才能识别出该强制规范属效力性规范,无法预先判断<sup>[18]</sup>(P66-73)。虽然有学者通过类型化的方式以期效力性强制性规定的判断作指引<sup>[19]</sup>(P91-101)<sup>[20]</sup>(P152-157),但该判断方式并不适用于本文探讨情形。通过规范目的的发现及利益的衡量来判断违法合同的效力才是最可行的路径。如果为保护某种更为优先的法律价值而侵害另一法益时,一般不得超过此目的所必要的程度,或者至少是“合理的”<sup>[21]</sup>(P518)。因此,只有某一民事行为确定会对规范所保护之公共利益造成损害时,认定该行为无效才具有正当性和合理性。合同无效非因未获行政机关审

批,而是有损于社会公共利益抑或是国家利益<sup>[221]</sup>(P270)。

损害国家和社会公共利益的并非当事人订立转让合同的行为,而是在划拨土地用途不符合公益性特征且未补缴土地出让金的情形下还能使其发生物权变动并转化为出让土地的行为。《城市房地产管理法》第40条和《国有土地出让和转让条例》第44条之立法目的在于加强土地管理,维护房地产秩序,打击擅自改变划拨土地使用用途从而损害国家利益的行为(最高人民法院[2014]民抗字第41号民事判决书)。而实现上述立法目的的关键在于严格落实土地用途管制制度、国有土地有偿使用制度以及宗地管理制度。划拨土地使用权的供给遵循用途导向而非主体导向(详见《土地管理法》第54条、《城市房地产管理法》第24条),旨在满足国家利益和社会公共利益的基本需求。划拨土地使用权设立后,客观上就必然有转让之需求,如国家机关或事业单位搬离原址交由另一国家机关或事业单位使用<sup>[231]</sup>(P22-23),又如国有企业因资金短缺,以地或房换发展。无论是非营利性用途的划拨土地使用权还是经营性用途的划拨土地使用权,达成转让合同这一债权行为在不改变原土地用途的情形下,均不会违反土地用途之管制。即使未经行政主管部门批准,非营利性用途的划拨土地使用权及地上房屋的转让和交付使用也未背离土地划拨之初发展公共事业的初衷,反而有助于最大限度发挥土地的使用价值。经营性划拨土地使用权及地上房屋基于转让合同交付使用后,其用途虽为经营性,但在未补缴土地出让金并重新签订土地使用权出让合同的情形下,不能同出让土地使用权及其地上房屋一般享有完整的处分权能。即使是国家利益和社会公共利益受到损害,也是因行政主管部门滥用批准权限违法操作所致。行政主管部门完全可以通过加强监管的方式实现规范目的。

因此,基于行政法上比例原则的考量,作为管控手段的批准程序的规范意义仅作用于权利变动层面,而非干预当事人意思自治的形成,方符合管控手段的正当性。《城市房地产管理法》第40条所指的批准并非是对房地产转让合同的批准,因双方只有签订房地产转让合同后,履行合同时才会发生报批问题,该规定实际上对涉及划拨土地使用权的房地产转让合同的效力给予了肯定(最高人民法院[2013]最高法民申字第748号民事判决书)。根据《协议出让国有土地使用权规范(试行)》第7.6条之规定,《划拨土地使用权准予转让通知书》是受让人向国土资源管理部门申请办理出让手续需提交的材料之一。行政主管部门是否批准转让主要影响物权处分行为能否得到履行而非转让合同的效力。如果行政主管部门不予批准,则无法办理过户登记。划拨土地使用权未能发生变动,自然不会对出让土地使用权的交易秩序造成破坏。

### (三) 修改后的法释[2005]5号文不再认定合同无效

社会政策因时而异,在认定违反强制性规范的合同的效力时,很大程度需考量当时的政策因素。不可否认的是,从《合同法》第52条到《合同法解释(二)》第14条,再到《民法典》第153条,我国立法与司法解释经历了一个对违反强制性规范的法律后果不断认识的过程。有学者分别对建设工程合同、房屋买卖合同、借款合同等常见合同进行统计分析,法院援引《合同法》第52条第5项规定作出的判决中,合同无效的判决占各自总数的比例高达78%-92%<sup>[241]</sup>(P121-122)。这一定程度上受到我国早期立法观念和立法技术的影响。社会主义市场经济刚脱离计划经济起步之际,《民法通则》第58条第5项规定违反法律或社会公共利益的民事行为无效。后来立法机关逐渐意识到法律强制性规定对合同效力的负面影响,才将违法无效之“法”通过《合同法》第52条第5项限缩为“法律、行政法规的强制性规定”。该规定虽然移植了大陆法国家的做法,但因立法技术受限未能作出但书规定,从而形成法律漏洞,使得私法实践对于合同无效的认定存在争议<sup>[251]</sup>(P45)。直至《合同法解释(二)》第14条的出现,违反法律、行政法规强制性规定的合同效力争议才有所缓和。

法释[2005]5号文颁布之初,《合同法解释(二)》并未颁布。当时土地及房地产管理法律制度并不完善,划拨土地使用权及其地上房屋有可能突破监管流入土地二级市场,对土地和房地产管理秩序造成破坏。受限于当时的立法观念和立法技术,该解释第11条通过否定合同效力的方式来维护房地管理秩序

实属无奈之举。其显然不利于划拨土地及地上房屋效用的发挥,以及受让人预期利益的保护。随着物权法、不动产登记等法律法规的出台,继续通过否定合同效力的方式实现《城市房地产管理法》第40条和《国有土地出让和转让条例》第44条之规范目的显得不再“经济实惠”。物权区分原则的确立、履行不能的合同有效逐渐达成共识,以及诚实信用原则的强化,均使得房产交易合同趋于被认定为有效<sup>[26]</sup>(P167-169)。与此同时,人民法院逐渐意识到对合同效力作出否定性评价的弊端,以及违反划拨土地及划拨土地上房屋转让行为的监管规定与转让合同无效之间并无必然联系。这一点从“合同有效”和“合同未生效”之裁判结果的形成即可窥知。此外,法释[2005]5号文第11条后半段关于合同效力补正的规定亦有悖于我国传统民法中无效合同自始、当然、确定无效的基本法理,其合理性在司法实践中受到质疑。例如在一单独转让划拨土地使用权的案件中,最高人民法院并未适用法释[2005]5号文第11条认定合同无效,而是适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《合同法解释(一)》)第9条认定合同未生效(最高人民法院[2018]最高法民申6041号民事裁定书)。另有法院根据法释[2005]5号文第7条之规定,认为该解释第11条只得规范直接转让划拨土地使用权的行为,不适用划拨土地上房屋转让之情形(最高人民法院[2017]最高法民再87号民事判决书、辽宁省沈阳市中级人民法院[2021]辽01民终303号民事判决书)。更有甚者直接回避该条文的适用,转而寻求其他裁判依据作出最终判决(最高人民法院[2014]民抗字第41号民事判决书、最高人民法院[2017]最高法民再70号民事判决书)。

认定合同无效无助于划拨土地使用权转让纠纷的解决。实践中,大量未经批准签订的划拨土地使用权及地上房屋转让合同已经履行,在面对征收拆迁、房屋涨价等增值利益时,转让方往往主动向人民法院诉请认定合同无效,这显然有违诚实信用和公平原则(最高人民法院[2012]民二终字第26号民事判决书)。行政监管的触手完全可以退至物权变动这一道防线。如此,既可以实现监管目的,亦可将对私法自治之干预降至最低。行政主管部门拥有决定物权能否变动的绝对权限,即使承认合同效力,亦并不会侵害社会利益和国家利益。或许正是基于上述考虑,法释[2020]17号文才删除了法释[2005]5号文第11条之规定。司法政策的转向也意味着,最高人民法院意识到行政主管部门的行政审批行为不宜再与私法自治领域的合同效力相绑定。

为进一步发展市场经济,减少过度管制之倾向,在违反强制性规定之民事行为的效力存有疑义时,对于《民法典》第153条第1款之理解宜秉持“原则有效,例外无效”之价值判断<sup>[20]</sup>(P146-147),甚至是秉持“使合同有效”的解释原则<sup>[27]</sup>(P7-15)。此外,在强制性规范体系不断扩展、数量不断增加的当下,法律规范目的的实现和合同效力的评价之间应坚守比例原则,必须考虑是否有必要使该合同无效方能达成规范目的。这也是《民法典》第153条第1款但书规定的意旨所在。

### 三、划拨土地使用权转让有效之证成

前文已述,未经行政主管部门批准,划拨土地使用权转让合同的效力状态不应被认定为无效。相比于合同未生效,认定合同有效既有利于厘清行政管制与私法自治之间的界限,又有利于提高受让人的利益补偿,防止发生转让人随意毁约的道德风险。

#### (一) 认定转让合同有效的两种思路

司法实践中,法院认定合同有效之判决路径,大体为以下一种或两种之集合:

1. 依据意思自治和公平原则认定转让合同有效。依《民法典》第143条(原为《民法通则》第55条)之规定,当事人意思表示真实,不违反有关法律规定(最高人民法院[2013]最高法民申字第50号民事判决书),认定合同有效符合诚实信用原则和公平原则(最高人民法院[2017]最高法民再87号民事判决书)。尤其在划拨土地上房屋因征收等行为致使房屋价值变现的情形下,人民法院通常认为房屋转让人起诉主张房屋转让合同无效之行为有违其在转让合同中作出的意思承诺和诚实信用,支持转让人的主张将

对房屋受让人造成极大不公。

2. 借道管理性强制性规定。根据合同效力判定的一般逻辑认定合同效力不符合无效情形,进而认定合同为有效。首先从文义解释角度进行分析,认为《城市房地产管理法》第40条、《国有土地出让和转让条例》第44、45条并未明确规定违反该条文无效。其次,排除合同无效的另一法定情形,即认为划拨土地上的房屋买卖合同有效,继续履行合同不会侵害国家和社会公共利益。最后,从相关条文的性质出发,认为《城市房地产管理法》第40条、《国有土地出让和转让条例》第44、45条属于管理性强制性规定而非效力性强制性规定,划拨土地上房屋转让合同违反上述规定未经有权政府部门批准的,不因此而无效(最高人民法院[2019]最高法民再235号民事判决书)。认定此类合同效力时应依《物权法》第15条(现为《民法典》第215条)之规定区分物权行为和债权行为(浙江省绍兴市中级人民法院[2011]浙绍民终字第357号民事判决书),上述规定所涉划拨土地转让审批手续是土地使用权物权变动之程序,双方履行合同之行为能否得到批准仅对物权变动产生影响,并不影响房屋转让合同效力(黑龙江省高级人民法院[2009]黑监民再字第54号民事判决)。

由此可知,合同有效之裁判路径以维护私法自治为中心展开。法释[2005]5号文第11条被删除后,在认定未经批准签订的划拨土地使用权或房屋转让合同的效力时,司法政策的转变给法官作出合同有效的裁判留下了更大的法律适用空间。

## (二) 合同有效较之合同未生效的衡平优势

在“李某诉刘某房屋买卖合同纠纷案”中,二审判决生效后李某不服向检察机关申诉,广东省高院裁定指令深圳中院再审。中院再审认为,当事人未依《城市房地产管理法》第40条之规定报请有关部门批准,应当认定当事人双方签订的《房屋转让合同》没有生效(深圳市中级人民法院[2013]深中法房再字第35号民事判决书)。该判决虽未明确认定合同未生效之直接法律依据,但可推知法院认为报请批准乃划拨土地上房屋转让合同之生效要件。嗣后广东省检察院提起抗诉,广东省高院再审依《城市房地产管理法》第40条、《合同法》第44条、《合同法解释(一)》第9条维持了原审之合同未生效判决。从裁判梳理情形来看,法官为了缓和行政主管机关批准对合同效力认定的影响,选择了一条合同未生效的折衷道路。法院认定合同未生效之理由均指向“报请行政主管机关批准是划拨土地上房屋转让合同之生效要件”。

相比于无效而言,认定未经批准的转让合同未生效为合同后续的生效提供了逻辑自洽的解释空间,缓和了行政审批与私法自治之间的紧张关系,同时也为善意受让人在行政主管机关批准前提供了退出交易的机会。但是这种机会对于受让人而言并非优势,受让人受让划拨土地及地上房屋自然知道其权能的有限性,受让人看重的是划拨土地使用权及其地上房屋使用成本低的特点。与此同时,即使行政主管机关批准转让,受让人补缴土地出让金并以出让方式取得土地使用权和房屋产权亦对当事人有利而无害。因此合同未生效这一效力认定结果并未给受让人提供较多优势。从文义解释来看,《城市房地产管理法》第40条和《国有土地出让和转让条例》第44条并未规定批准是合同生效要件,贸然将公权力与合同效力挂钩是对法律逻辑的悖反,模糊了行政管制与私法自治的界限。《民法典》第502条虽然明确了未生效合同报批义务条款的独立性,但是合同效力的认定最终属于私法范畴,对合同效力认定的权限专属于司法机关和仲裁机构,作为行政管理机关的审批主体,无权对合同效力作出认定<sup>[28]</sup>(P64)。

相对于未生效和无效而言,认定未经批准而签订的转让合同有效的比较优势在于,即使行政主管机关作出不予批准的决定,有效合同因履行不能而解除后的违约责任对受让人的利益保障强于因合同无效和未生效而产生的信赖利益损失赔偿。合同效力认定属民商事法律评价范畴,通常应尽可能地维护合同效力,促进合同履行<sup>[29]</sup>(P25)。将行政权力对合同的影响放在权利变动的结果上,可有效避免行政权力逾越规范目的侵犯私法自治。未经批准之合同的当事人可依自行设定的权利义务解决利益分配和义务负担问题,不会因合同无效而衍生出一系列复杂的损害赔偿难题。此外,划拨土地使用权及地上房

屋依约交付使用后,即便不能办理物权变动手续,合同之债的约束能有效保障交易的稳定性(最高人民法院[2012]民二终字第26号民事判决书)<sup>①</sup>,受让人可基于合同信赖从事生产经营和加大资金投入,以发挥土地效用。与此同时,有效合同的约束亦能防止发生转让人随意毁约的道德风险,倒逼划拨土地使用权人规范其转让行为。若合同无效或未生效使得转让人缺乏合同效力的约束,实践中将会大量存在这样的房屋转让合同。在受让人基于信任取得房屋并发生增值后,由于缺乏合同约束将会发生大量纠纷。如此才是真正地对待土地和房地产管理秩序造成巨大冲击。综上所述,未经行政主管部门批准的情形下,认定划拨土地使用权或房屋转让合同有效,最能体现衡平性优势。

### (三) 合同有效与合同履行相区分

合同有效体系解释的制度基础为合同效力与合同履行相区分的债权形式主义物权变动模式。通常情况下,合同先有订立、生效,再有履行,如此一来为区分合同生效与合同的履行提供了时间维度的分离基础。在处理私法自治与行政管制这一对紧张关系时,可将合同效力问题交由私法自治,合同的履行问题交由行政管制。这种解释路径亦有可遵循的实在法依据。德国法上“负担行为”和“处分行为”的分离模式虽未在我国学界达成一致认识,但在此基础上发展而来的债权行为与物权行为的分离在理论和实践中日益成为通说,成为物债二分立法模式下的逻辑之必然<sup>[30]</sup>(P62-80)。债权行为依私法的一般规则取得法律效力,与物权变动相区分。具体到本文所讨论之核心议题,划拨土地使用权转让合同的效力状态,应依据债法上的一般规则进行认定。当事人之间签订转让合同的行为并不为法律、行政法规所禁止。在当事人均具备民事行为能力且意思表示一致的情形下,转让合同即为有效(详见《民法典》第143条)。不动产物权未发生变动,不影响债权契约之效力;不动产物权亦不因债权契约的生效而发生变动(详见《民法典》第215条、原《物权法》第15条)。据此,无论划拨土地使用权转让合同是否履行均不影响合同之效力。

划拨土地使用权或房屋转让合同的履行,包括合同标的物的交付,以及标的物所有权的转移(登记)。只要在物权发生变动时,不存在划拨土地使用权转变为出让土地且受让人未补缴土地出让金这一情形,就不存在国家利益和社会利益之损害。在合同履行层面,行政主管部门批准与否仅能影响标的物所有权的转移,无法对不动产标的物的交付使用产生决定性影响。合同标的物的交付使用可依当事人之事实行为履行,且无论行政主管部门批准与否均具备事实上交付合同标的的可能性。在法律支配与意思支配分离导向下,受让人对划拨土地的事实支配,并不必然发生法律上的物权归属<sup>[31]</sup>(P209)。划拨土地使用权及地上房屋所有权能否发生转移的物权变动效果,取决于能否补足处分权办理变更登记,即嗣后能否获得行政主管部门批准。转让人缔约时没有处分权或者处分权受限的,并不影响作为原因行为的转让合同的效力<sup>[27]</sup>(P11-12)。转让合同因未获批准而履行不能的,受让人可依法主张解除合同并请求转让人赔偿损失。

## 四、结论

划拨土地使用权转让效力包括转让合同的效力和转让合同的履行,系事关划拨土地使用权入市、盘活存量土地以发展经济的重大社会议题。国有土地使用权交易市场的蓬勃发展对立法、司法和理论研究都提出了新的要求。在立法滞后、司法难以统一标准的背景下,学术研究应该先行。本文在梳理划拨土地使用权转让效力规则的基础上,从传统民法理论出发,平衡国家管制和私法自治,通过无效说之证

<sup>①</sup> 如在“中国医科大学与鞍山胜宝投资股份有限公司项目转让合同纠纷上诉案”中,案涉划拨土地上的房屋于转让合同签订八年后被政府拆迁,受让人主张转让合同未经批准应属无效,其作为划拨土地使用权及地上房屋的原权利人是取得拆迁补偿款的适格主体。但最高人民法院审理时认为转让合同签订至今已经过了十余年时间,案涉项目的转让作为一个整体,除所涉土地使用权和房产未办理审批过户手续外,项目其他部分均已履行完毕并投入生产,在目前所涉地块已经拆迁的情况下,认定转让合同无效难以将合同中权利义务恢复至未签订时的状态,亦不利于对正常交易秩序和土地使用权流转市场的维护。

份和有效说之证成,得出以下结论,期待能为助力司法裁判统一和将来立法有所裨益。

有关法律、行政法规、部门规章以及规范性文件从未否定或剥夺划拨土地使用权的转让权能,仅以“经有批准权的行政机关批准”为其转让予以了限制。不同于出让土地使用权的转让以及划拨土地使用权先申请出让再转让的是,签订国有土地使用权出让合同并补缴土地出让金是对有效的划拨土地使用权转让合同的履行。在转让当事人之间无明确约定的情形下,补缴的土地出让金应由受让人支付,补缴的土地出让金金额宜以出让土地使用权市场价格与划拨土地使用权权益价格之差额为计算依据。土地出让金是否补缴或足额补缴并不影响划拨土地使用权转让合同的效力。

未经批准而签订的划拨土地使用权转让合同不应认定为无效。《城市房地产管理法》第40条、《国有土地出让和转让条例》第44条虽为强制性规范,但批准并非划拨土地使用权转让合同的生效要件。达成划拨土地使用权转让合同这一债权行为并不会导致物权发生变动,未有悖于《城市房地产管理法》第40条、《国有土地出让和转让条例》第44条之规范目的。损害国家和社会公共利益的并非当事人订立有效转让合同的行为,而是在划拨土地用途不符合公益性特征且未补缴土地出让金的情形下还能使其发生物权变动并转化为出让土地的行政审批行为。因此,行政管制应保持必要的克制,在通过控制物权变动即可实现管制目的之前提下,行政管制不宜直接介入私法自治领域。

为加强受让人利益的保护以及防范道德风险的发生,未经批准签订的划拨土地使用权转让合同宜认定为有效。此既能适当兼顾行政管制与私人自治,缓解合同当事人之间紧张的利益冲突关系,也能妥善解决历史遗留的划拨土地使用权转让合同纠纷。合同效力的认定归属于私法范畴,其裁判说理路径可以私法自治为中心展开。行政机关履行批准程序的根本作用在于通过行政监管的手段为划拨土地使用权及地上房屋之物权处分补足权能,决定转让合同最终能否完全履行。转让合同有效可对当事人双方均产生约束力,既有助于诚信原则的贯彻以及当事人信赖利益的保护,更有利于划拨土地使用权及其地上房屋使用价值的发挥。

## 参考文献

- [1] 高圣平.《民法典》房地一体抵押规则的解读与适用.法律适用,2021,(5).
- [2] 于存库诉董成斌、董成珍房屋买卖纠纷案.中华人民共和国最高人民法院公报,2001,(4).
- [3] 吴环.划拨土地上私有房屋转让合同具有法律效力.人民司法,2014,(18).
- [4] 马火生.对土地划拨制度的梳理及思考.探求,2017,(2).
- [5] 崔文玉.划拨土地使用权的“非使用权”性及其变革.国家行政学院学报,2013,(5).
- [6] 郭琦.市场机制与划拨土地使用权制度变革.郑州大学学报(哲学社会科学版),2013,(2).
- [7] 杨沛川,黄猛,宋海鸣.论我国划拨土地使用权制度的弊端及其完善.重庆大学学报(社会科学版),2004,(6).
- [8] 徐银波,孟涛.国有建设用地二级市场转让规范的反思和完善.中国不动产法研究,2018,(2).
- [9] 王明成,姚植兴.划拨土地使用权流转论批判.求索,2008,(6).
- [10] 刘俊.划拨土地使用权的法律问题研究.江西社会科学,2007,(1).
- [11] 曲健.划拨土地使用权转让浅议.中国土地,2019,(6).
- [12] 陈小君.我国《土地管理法》修订:历史、原则与制度——以该法第四次修订中的土地权利制度为重点.政治与法律,2012,(5).
- [13] 张红.论国家政策作为民法法源.中国社会科学,2015,(12).
- [14] 最高人民法院民事审判一庭.最高人民法院国有土地使用权合同纠纷司法解释的理解与适用.北京:人民法院出版社,2015.
- [15] 王利明.论民法典时代的法律解释.荆楚法学,2021,(1).
- [16] 汪君.行政规范性文件之民事司法适用.法学家,2020,(1).
- [17] 黄绍坤.场外配资合同效力认定的反思与重构.华东政法大学学报,2021,(1).
- [18] 黄忠.违法合同的效力判定路径之辨识.法学家,2010,(5).
- [19] 石一峰.效力性强制性规定的类型化分析.武汉大学学报(哲学社会科学版),2018,(2).

- [20] 冉克平. 论效力性强制规范与私法自治——兼析《民法总则》第153条第1款. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2019, (1).
- [21] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论. 黄家镇译. 北京: 商务印书馆, 2020.
- [22] 马新彦. 论民法对合同行政审批的立法态度. 中国法学, 2016, (6).
- [23] 常鹏翱. 行政行为的物权法意义: 一种规范分析. 行政法学研究, 2019, (5).
- [24] 叶名怡. 我国违法合同无效制度的实证研究. 法律科学, 2015, (6).
- [25] 应秀良. 违反行政法强制性规定的合同效力探讨——以《房地产管理法》为研究对象. 法律适用, 2004, (3).
- [26] 许凯. 论房产买卖合同效力界分的标准. 浙江学刊, 2014, (2).
- [27] 韩世远. 划拨土地上房屋之买卖. 中国应用法学, 2020, (2).
- [28] 蔡立东. 行政审批与权利转让合同的效力. 中国法学, 2013, (1).
- [29] 吕成, 蒋仁开. 土地使用权转让法律规制的困境与出路. 中国土地科学, 2019, (11).
- [30] 朱庆育. 物权行为的规范结构与我国之所有权变动. 法学家, 2013, (6).
- [31] 袁野. 物权支配性之教义重述. 法制与社会发展, 2021, (4).

## A Study on the Validity of the Transfer Of Allocated Land Use Rights

Zhang Hong, Peng Yuelong (Wuhan University)

**Abstract** In recent years, a large number of allocated land use rights have entered the market as an inevitable result of decreasing urban construction land. The transfer system of allocated land use rights has gradually become a major legal issue concerning economic and social development. The state's regulation of allocated land use rights has experienced a process from prohibiting illegal transfer to recognizing legal transfer. The transaction structure for allocated land use rights includes two contracts for allocated land use right transfer and state-owned land use right transfer. Signing the contract for the transfer of state-owned land use rights and paying the land transfer fee is the performance of the transfer contract. Whether the land transfer fee is paid or not does not affect the validity of the contract for the transfer of allocated land use rights. The validity of the unapproved transfer contract of allocated land use rights may be invalid, valid and unenforced. The administrative department's examination and approval of the contract should not be bound with the validity of the contract for the transfer of allocated land use rights. An unapproved contract for the transfer of allocated land use rights should no longer be deemed invalid. Land appreciation may easily induce the transferor to tear up the contract, which is not conducive to the protection of the expected interests of the transferee. Contract validity and contract performance should be distinguished. Recognizing the validity of the contract is the best choice with consideration to regulation and autonomy and for the balance of the conflict of interests between the parties.

**Key words** allocated land use rights; urban construction land; administrative approval; land-transfering fees; validity of contract; land system

---

■ 收稿日期 2021-10-11

■ 作者简介 张红, 法学博士, 武汉大学法学院教授、博士生导师; 湖北 武汉 430072;  
彭跃龙, 武汉大学法学院博士研究生。

■ 责任编辑 李媛