

北京市经营性用地出让方式的法律探悉 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E5\\_8C\\_97\\_E4\\_BA\\_AC\\_E5\\_B8\\_82\\_E7\\_c122\\_480706.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_8C_97_E4_BA_AC_E5_B8_82_E7_c122_480706.htm) 根据《关于进一步推行招标拍卖出让国有土地使用权的通知》（国土资发[1999]30号，以下简称“30号文”）规定，所谓经营性用地是指商业、旅游、娱乐、金融#65380.商品房等项目的用地（以下称为“经营性用地”，新近2007年9月修订的《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（“39号文”）第四条规定“工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让”），可见经营性用地中增加了工业用地。总的来说，经营性用地的出让方式经历了一个从不规范到规范的过程。与经营性用地出让方式相关的法律规定可以分为两个层面，第一个层面是中央一级的法律、法规和规章；第二个层面是地方一级的法规、规章和规范性文件。本文以北京市经营性用地的出让（方式）的原则和例外为考察对象，以法律规范和其他规范性文件的生效时间为线索，分析制度的演变。

### 一、国家法律、行政法规及部门规章等对经营性用地出让方式的规定演变

（一）2002年7月1日之前，国家法律、行政法规及部门规章等法律规范对经营性用地使用权的出让方式虽然制定了一些规定，但并不周密、严格。具体又可从以下不同生效时间的法律规范进行分析：

- 1.1995年1月1日之前，没有明文规定经营性用地的出让方式。
- 2.1995年1月1日起，法律规定，对部分经营性用地附条件地采用招标、拍卖方式出让。1995年1月1日生效的《中华人民共和国城市房

地产管理法》（以下简称“《房地产管理法》”）第十二条规定，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。从含义上分析，所谓的“条件”，可以理解为有招标、拍卖条件的，但是究竟是指有关负责主体、权限、操作程序的法律规范的条件，还是指招标/拍卖的拍卖主持人等人员配置、经费等经济条件，法规未对该“条件”予以明确；另一方面，也缺乏直接相关的法律处罚后果，所以，此规定并不严格。从30号文所反映的情况来看，此后的实践中，“各地出让国有土地使用权采用招标、拍卖方式的比例很小，经营性房地产开发用地的出让仍主要以协议方式进行”。3.1999年1月27日起，原则上实行招标和拍卖，但存在着例外，同时招标拍卖的范围仍然未能确定，适用情况不严格。30号文依据《房地产管理法》细化了国有土地使用权出让方式的适用情形。该文明确：（1）要严格限制协议出让国有土地使用权的范围，除划拨土地使用权转让、国有企业改革中处置划拨土地使用权以及特殊用途等用地外，都不得协议出让国有土地使用权；（2）今后，经营性用地，有条件的，都必须招标、拍卖出让国有土地使用权，其中，又分别规定了经营性土地必须拍卖、招标出让的情形。但是，即便对上述内容也会发生理解上的差异，对于上述第（1）点的内容，可以理解为，招标拍卖出让的例外情况仅可能限于：a) 划拨土地使用权转让；b) 国有企业改革中处置划拨土地使用权；c) 特殊用途等用地。而第（2）点的内容，由于对“有条件”缺乏界定，我们对30号令的严格性又会发生与上一点（参见第2点）同样的疑问：即不具备条件的，仍

然可以协议出让，这就大大弱化了该文在适用上的严格性。

（二）2002年7月1日至2004年8月31日，经营性用地一律采取招标、拍卖或者挂牌方式出让，但先后出现了关于“历史遗留问题”的解释和“划拨土地问题”的例外。1.2002年7月1日，《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》（国土资源部11号令，以下简称“11号令”）明文规定：经营性用地，必须以招标、拍卖或者挂牌方式出让。对此，该令并未规定任何例外情况。2003年10月13日，《关于进一步治理整顿土地市场秩序中自查自纠若干问题的处理意见》（国土资源部国土资发[2003]365号，以下简称“365号文”）要求各市、县政府确定历史遗留问题截止时间（不得超过2002年7月1日），并明确：“在截止日期前，市、县政府已经进行了前置审批、或者市、县政府已经与开发商签订书面项目开发协议的经营性用地，作为历史遗留问题，可以继续以协议方式出让。”对于365号文的理解，有两个问题：（1）该文是否与11号文冲突。一种意见认为，由于11号文要求经营性用地的出让方式必须采用招标、拍卖，并且没有例外性规定，也没有授权其他机关或机构解释，所以，该文关于历史遗留问题的处理属于创设例外，严格来说与11号文矛盾，而365号文并非立法法规定的部门规章，其法律效力低于11号文；另一种意见认为，365号文对11号文没有规定的历史遗留问题（2002年7月1日之前对历史遗留问题进行确定）进行规定，属于国土资源部的补充性解释和处理意见，两者所规定的内容不同并不冲突，并非确定招拍挂的例外，参考全国人民代表大会常务委员会1981年《关于加强法律解释工作的决议》，政府主管部门有权对法律、法令的在行政工作中具体运用进行解释，

而且决议并没有规定上述解释需要用规章或法令等形式作出；另一方面，根据2002年1月1日生效的《规章制定程序条例》第三十三条的规定，作为制定机关的国土资源部有权对自己制定的规章进行解释。（2）365号文有无类似溯及性的效力，对何时的事项发生效力的问题。我们认为，该行政规范性文件显然与法律的效力规定和适用方式存在差别，不能简单认为该文对生效之后发生的事项才具有约束力。从其内容来看，该文是对2007年7月1日前发生的被界定为特定历史遗留问题的后续处理意见，遗留问题可能一直延续到2003年10月13日仍未处理（签订出让协议），倘若认为该文件之对发文之后的事产生效力，则无法处理历史遗留问题，该文的效力将无法解释，也不合理。因此，该文具有对此前遗留问题的约束力。

3. 2004年3月31日国土资源部、监察部联合发布的《关于继续开展经营性土地使用权招标拍卖挂牌出让情况执法监察工作的通知》（国土资发[2004]71号，以下简称“71号文”）。该文规定了经营性土地的以下两种情况：（1）“划拨土地问题的例外”，即原划拨土地使用权人不改变原土地用途申请补办出让手续的，可以继续协议出让。（2）“历史遗留问题”的处理时间截止于2004年8月31日，此后，不再处理也不应存在所谓历史遗留问题。严格分析，该文的效力可能存在疑问，理由是其不构成部门规章。因为。根据立法法的规定，我们并未见到71号文具备立法法规定的决定会议所制定和经过适格签署权人的签署。倘若其不构成部门规章，则应以11号令为准。然而，也将该文理解成国土资源部对其此前作出的11号文的补充性解释更为合理（理由和根据详见本部分（二）2（1））。即使不构成规章，实践中通

常也并非做无效处理，仍可能予以适用。（三）2004年8月31日至今，经营性用地一律采取招标、拍卖或者挂牌方式出让，唯可能存在“划拨土地问题”的例外（参见第（二）点论述）。

二、北京市经营性用地出让的有关规定（一）2002年7月1日之前，北京市尚无相关的地方性规定，即应适用国家法律、行政法规及规章等规范，参见本文第一部分第（一）点。（二）2002年7月1日至2004年8月31日期间，尽管存在经营性项目国有土地使用权必须招拍挂的强制性规定，但北京市规定了很多例外。

1. 根据2002年6月28日《北京市人民政府办公厅转发市国土房管局等部门关于停止经营性项目国有土地使用权协议出让的有关规定的通知》（京政办发[2002]33号，简称“33号文”）的规定，经营性开发的项目用地主要包括以下例外和历史遗留问题的处理：

（1）经市政府批准的例外。共计三大类：a)与其他非经营性项目不可分割的特定用地的例外；b)规划为高科技、工业用地的例外；c)市政府批准的其他经营性项目用地的例外。上述例外没有规定截止期限，根据此后4号文件，应该截止于2004年1月9日，但仍存在着例外（见第2点）。

（2）历史遗留问题的例外。其中，2002年6月30日前已经取得相关许可证书、批文，但尚未办理征用、出让手续，同时符合一定条件的经营性用地，可以协议出让的类型：a)存量国有划拨土地的遗留问题；b)新征项目用地的的问题；c)同一项目用地分次出让的问题；可以继续办理协议出让的合同须于2002年12月31日前签订，经市政府批准的特殊情况，可延长到2003年3月31日。北京市33号文与国土资源部11号文之间存在冲突。11号文规定“经营性土地必须以招标、拍卖或者挂牌方式出让”，而33号

文规定了市政府批准前提下的诸多可协议出让的例外情况。33号文并不属于立法法所规定的地方政府规章，而是地方政府规范性文件，效力层次比11号文低，严格分析，除非其所确定的例外（除（2）“历史遗留问题”之外）是对政府规章的合法解释，否则就与11号文抵触，根据《规章制定程序条例》的规定，规章解释权属于规章制定机关，据此，只有作为制定机关的国土资源部有权对自己制定的规章11号文进行解释和补充规定，北京市的33号文无权对11号文进行解释，其所确立的例外违反11号文的规定。即使如此，实践中通常33号文也并未做无效或撤销处理，仍能予以适用。

2. 2004年1月9日《北京市人民政府办公厅转发市国土房管局等部门关于停止经营性项目国有土地使用权协议出让补充规定的通知》（京政办发[2004]4号，“4号文”）对33号文进行了修改，33号文确立的很多例外情况取消了，仍可能存在的例外主要包括：（1）在2004年1月9日以前有关部门已经受理的四类特定项目遗留问题的例外；（2）房改代危改项目用地的例外；（3）由市政府批准的其他例外。4号文同样存在着在11号文之外确定例外的问题，分析同上一点（见第1点）。

3. 2004年8月9日《北京市人民政府办公厅转发市国土局等部门关于北京市处理经营性用地历史遗留问题政策界定标准的通知》（京政办发[2004]48号，“48号文”）的规定细化了历史遗留问题的范围、界定标准，处理截止时间也是2004年8月31日。但是，其中的“在建的房改带危改项目”和“绿化隔离带建设的扫尾项目”两项问题，由于与2002年7月1日以前的历史遗留问题不同，严格讲不属于此前的历史遗留问题，属于新的例外。因此，同样存在着在11号文之外确定例外的问题。

题，分析同第1点。此外，国土资源部71号文与北京市48号文之间也存在冲突。前者规定了招标采购挂牌方式的两个例外；而后者规定了三种协议出让的例外情况，且范围与前者两个例外并不相符。严格地说，71号文与4号文、48号文不属于部门规章或地方政府规章。立法法第75、76条规定了部门规章和地方政府规章应具备相应的决定会议层级和签署权人。而上述规定并未见法定的决定会议层级及签署，三者应属于规范性文件，而不构成立法法意义上的部门规章或地方政府规章。但是，冲突属于部门规范性文件与地方政府规范性文件的冲突，可否参照立法法中关于部门规章与地方政府规章的冲突解决办法（由国务院裁决），并无法律规定。即使如此，实践中，也并未做无效或撤销处理，仍可能予以适用。（以上分析适用于全篇类似问题）（三）2004年9月1日至今，北京市没有例外的地方性规定，即应适用国土资源部的11号文等规范，唯可能存在“划拨土地问题”的例外（见第一部分第（二）点）。（作者：罗静、王刚，北京中伦金通律师事务所上海分所）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)