

国家和上海市经营性用地出让方式法律制度演变 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_9B_BD_E5_AE_B6_E5_92_8C_E4_c122_480712.htm

基于经营性土地使用权出让的特殊性，本文拟结合全国和上海的相关规定，就经营性土地使用权出让方式在全国和上海的不同时期的适用情形进行梳理。从有关规定来看，所谓经营性用地是指商业、旅游、娱乐、金融、服务业、商品房等项目的用地（以下称为“经营性用地”），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。本文以北京市和上海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，分析国家和上海市经营性用地的有关法律规定和制度的演变。

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有关规定

（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土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，还是指招标或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。从有关文件所反映的情况来看，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

。1999年1月27日，国土资源部下发《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”），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：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；特殊用途等用地。即成为招标、拍卖出让的例外；而第（2）点的内容，则会在理解上产生疑问??即其中的“属于下列情形之一”而必须招标或拍卖的情形是否以前述的“有条件的情况下”为前提？从文句和标点上来看，理解成是以“有条件”为前提才比较合理。依此理解，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。其他文件多次重申招标、拍卖的原则。（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号文冲突，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（2007年7月1日之前对历史遗留问题进行确定）进行规定，属于国土资源部对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

考全国人大常委会的决议，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（存在的疑问是该决议是否适用于部门规章的解释）；另一方面，根据2002年1月1日生效的《规章制定程序条例》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，可见两者并不冲突。笔者认为后一种意见较为合理。（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。

2. 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、上海市经营性用地出让的有关规定与国家的规定相对应，可以将20世纪90年代至今上海市经营性用地的法律制度由宽到严大致划分为三个时期：（一）2002年7月1日前，上海存在着对商业性土地使用权出让方式的原则性规定，同时伴随着例外情形。此前有可以大致划分为以下时期：1.1994年2月4日以前，法律法规对商业性土地使用权出让方式并没有强制性规定。上海只有浦东新区提倡经营性用地通过招标和拍卖的方式出让土地使用权。当时制定生效的《上海市政府关于浦东新区土地管理若干规定》规定，从事商业、旅游、娱乐、金融和房地产开发等项目的用地，一般通过招标、拍卖方式进行。2.1994年2月4日--1999年1月26日，法律法规确定商业性用地采用招标、拍卖出让的原则，但规定并不严密、周全。（1）1994年2月4日生效的上海市人大常委会制定的《上海市实施 中华人民共和国土地管理法 办法》（“《土地办法》”）第二十六条作出原则性规定，商业性项目土地使用权出让应当通过招标、拍卖方式进行，具体范围由市人民政府规定。对此，上海市政府“关于贯彻执行《上海市实施 中华人民共和国土地管理法 办法》有关问题的若干规定”（“《土地办法规定》”）第四条规定，在市中心一级地段范围的商业性项目用地的土地

使用权出让，采取招标、拍卖方式，在1994年5月1日前，已与投资者签有土地使用权出让意向书并需在1994年12月31日前签订土地使用权出让合同的地块，由市土地局会同有关区政府另行处理。据此，可以理解为1994年2月4日起上海市商业性项目用地的出让原则包括两方面例外：a)出让土地范围的例外，即除市中心一级地段范围以外的商业性项目用地的土地使用权出让，不必采取招标、拍卖方式；b)历史遗留问题的例外，1994年5月1日前已经签订了土地使用权出让意向书并需在1994年底签订正式出让合同的地块，另行处理，不采用招标、拍卖方式出让。3.自1997年1月1日起施行的上海市人民政府制定的《上海市土地使用权出让办法》第十四条规定，商业等项目用地招标、拍卖出让的具体范围由市人民政府另行规定。但是，我们并没有发现当时与此“具体范围”相关的规定。直到2001年7月26日《上海市土地使用权出让招标投标试行办法》才作出了相关规定（见下文）。

4.1999年1月27日--2001年6月30日，法律法规实行招标投标，但存在着较多的例外。（1）2001年1月1日实施的《上海土地办法》（第二次修正）第三十三条规定，出让、租赁国有土地使用权的，应当按照法律、法规的规定办理。该办法的修改删除了原有的具体规定，由此，出让经营性土地使用权应该遵循国家和上海市的其他有关规定，包括《城市房地产管理法》、30号文和《上海土地办法》等。如果严格解释该办法规定的“出让、租赁国有土地使用权的应当按照法律、法规”的内容，则只能适用《城市房地产管理法》。（2）值得注意的变化是，2001年5月21日修正的《上海土地办法》第十四条规定，用于商业、旅游、娱乐、金融、服务业、商品

房等项目的土地使用权出让，应当通过招标、拍卖方式进行，但经市人民政府批准以协议方式出让土地使用权的特殊情形除外。与此密切相关的《上海市土地使用权出让招标投标拍卖试行办法》则作出以下例外性规定：a)经市政府批准以协议方式出让土地使用权的项目；b)市政府有关部门认定的旧区改造项目。比较《上海土地办法》和《土地试行办法》的相关规定，我们发现，后者扩大了前者所规定的例外的范围，扩大的例外是：“市政府有关部门认定的旧区改造项目”。对于这一矛盾规定，从文件的效力层级上分析，前者优于后者。理论上分析，《土地试行办法》可以理解为地方政府主管部门的具体解释。参考第一部分（二）1（1）。（二）2002年7月1日至2004年8月30日，除根据国家有关文件对历史遗留问题的解释和划拨土地问题的例外，经营性土地出让必须经过招拍挂。1. 2002年7月1日发布的11号文与《土地办法规定》、《上海土地办法》和《土地试行办法》存在冲突，因为11号文并没规定例外情况，而上海市的上述三个规定都存在有例外情况（是否有效）。对于该等冲突，从文件的效力层次分析，1994年生效实施的《土地办法规定》和2001年5月21日生效的《上海市土地办法》由上海市政府制定，属于地方政府规章，而11号文由国土资源部制定，属于部门规章，11号文与此两者属于同等效力，在各自权限范围内施行，不一致时，根据《立法法》的相关规定，由国务院裁决。既然未经任何裁决，就没有根据认为任何一项规定无效，对此我们也没有发现公开的操作实例可供援引分析，因此，没有根据作出进一步的判断和结论。基于同样的分析，《土地试行办法》效力比11号文低，因此，应以11号文为准，该办

法所确定的例外之二“旧区改造项目之例外”便无正当依据。但是，对此矛盾问题的处理，法律上并没有直接的规定，实践中，该办法也并非作无效或其他撤销等方式处理，而仍可能得到操作、执行。（以上分析同样适用于全文类似的问题）

2．2003年12月29日上海市房屋土地资源管理局《关于加强经营性土地使用权出让公开招标拍卖挂牌管理有关工作的通知》（沪房地资用[2003]536号，简称“536号文”）则对经营性用地的具体范围进行了细致规定，但并没有涉及例外问题的规定。

3．根据国家的规定，上海市还可能存在的相关问题处理和例外包括：

（1）历史遗留问题的处理。365号文确定的对历史遗留问题的处理同样适用于上海市（参见第一部分第（二）点）。该问题的处理截止2004年8月31日，此后不存在历史遗留问题。

（2）划拨土地问题的例外。71号文所规定的“划拨土地问题例外”也适用于上海市（参见第一部分第（二）点）。该例外没有规定截止时间，也没有发现此后有新规定改变该例外。

（三）2004年9月1日至今，经营性用地的出让都必须采用招标、拍卖或者挂牌方式出让，不得协议出让。只存在着“划拨土地问题的例外”。

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