

[illegible]

MINFA
YUANLI
— YU —
SHILI
YANJIU

戴孟勇·著



中国政法大学出版社

民法原理与实例研究

戴孟勇·著



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

民法原理与实例研究 / 戴孟勇著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 8

ISBN 978-7-5620-3704-0

I. 民... II. 戴... III. 民法-研究-中国 IV. D923. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第162897号

1

-
- | | |
|------|--|
| 书 名 | 民法原理与实例研究 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880 × 1230 32 开本 11.5 印张 325 千字 |
| 版 本 | 2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3704-0/D · 3664 |
| 定 价 | 30.00 元 |
| 声 明 | 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。 |

目 录

身份的衰落——中国民商法三十年 / 1

- 一、引言 / 1
- 二、企业立法：身份色彩大部分消失 / 2
- 三、物权立法：身份色彩的有限消退 / 7
- 四、合同立法：身份色彩的完全消亡 / 12
- 五、从身份之治到法律之治 / 17

民法总则的立法模式、价值与结构 / 21

- 一、民法总则的立法模式 / 22
- 二、民法总则的价值分析 / 27
- 三、民法总则的结构主线 / 37
- 四、简评我国民法草案总则编的结构设计 / 48

公序良俗的判断：形式标准与实质标准 / 55

- 一、引言 / 55
- 二、判断公序良俗的形式标准 / 56
- 三、判断公序良俗的实质标准 / 65
- 四、如何确保公序良俗的正当性？ / 77

相对人自由、缔约歧视与公序良俗 / 80

- 一、从相对人自由到缔约歧视 / 80
- 二、歧视的理论分析 / 85
- 三、缔约歧视的审查标准及其认定 / 95

四、自由竞争与立法规制——解决缔约歧视的思路

之争 / 101

五、能否通过法律原则的司法适用来规制缔约

歧视? / 105

六、通过公序良俗原则规制缔约歧视的可行性 / 111

七、运用公序良俗原则规制缔约歧视的法律后果 / 113

八、结语 / 133

合伙人资格若干问题的解释论 / 135

一、引言 / 135

二、法人的合伙人资格问题 / 136

三、合伙人资格与合伙人的民事行为能力 / 154

四、合伙人资格与合伙人的偿债能力 / 171

物权的优先效力：反思与重构 / 180

一、什么是物权的优先效力? / 180

二、“物权优先于债权”：理论上是否可能和必要? / 189

三、“物权优先于债权”：立法上是否必要和可能? / 224

四、物权相互间的优先效力：对误述的澄清 / 234

五、优先购买权：基于什么而产生? / 247

六、余论 / 249

物权法视野中的征收制度 / 252

一、征收与征用的关系 / 252

二、征收与征用在物权法体系中的位置 / 255

三、征收的对象 / 258

四、因征收而引起的物权变动：原始取得还是继受取得? / 267

五、因征收而引起的物权变动的的时间 / 271

地役权制度的若干解释论 / 275

一、地役权的客体之争 / 275

二、谁可以设定地役权? / 278

三、关于地役权抵押的问题 / 280

四、宅基地使用权与地役权的关系 / 280

五、地役权登记对地役权变动的的影响 / 282

六、物权优先效力理论与地役权 / 292

城镇居民购买农村房屋纠纷的司法规制 / 297

一、概述 / 297

二、我国有关城镇居民购买农村房屋的法律及政策
变迁 / 300

三、城镇居民购买农村房屋的合同：有效还是
无效? / 304

四、如何寻找判决房屋买卖合同无效的法律根据? / 311

五、城镇居民购买农村房屋的合同无效的法律
后果 / 319

六、可以认定房屋买卖合同有效的几种情形 / 331

承租人优先购买权：实践运作与理论评析 / 333

一、案件事实 / 333

二、法院判决 / 334

三、法律评释 / 334

四、本案所涉优先购买权纠纷的另案处理结果及
评论 / 360

五、基本结论 / 362

身份的衰落——中国民商法三十年

一、引言

1978年12月18日至22日，在北京召开的中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议（通常简称为十一届三中全会，下文从之），确定了解放思想、实事求是的指导方针，作出了把工作重点转移到经济建设上来的战略决策，提出了健全社会主义民主和加强社会主义法制的任务。^{〔1〕}这为我国民商法的发展提供了必要的思想指引、经济基础和法制环境。^{〔2〕}自此之后，随着改革开放的稳步推进，民商事立法迅速发展起来，并逐渐趋于健全。

十一届三中全会以来的改革开放历程，实际上是一个从坚持计划经济到实行有计划的商品经济，再到建立市场经济的发展过程。在此过程中，随着经济基础的转变，反映并调整经济关系的民商法也发生了重大变化。一个突出表现就是，在规范交易主体的企业立法、规范交易对象的物权立法和规范交易行为的合同立法中，从计

〔1〕 参见《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》（1978年12月22日通过）。

〔2〕 有学者指出：“回顾新中国法制建设的历史，可以看出，如果没有党的十一届三中全会所确立的健全社会主义法制的方针，不可能有法律在社会生活中的地位，不可能有法律部门的建立和完善。如果没有十一届三中全会所确立的改革、开放、搞活的国策，没有社会主义商品经济的发展，我国民法不可能在整个法律体系中具有如此突出的地位，民法不可能作为经济活动的基本法而存在。”见佟柔：“十一届三中全会与民法的地位”，载《中国人民大学学报》1988年第6期，第4页。

划经济体制下沿袭而来的注重差别对待的各种身份性立法日益衰落,以取消身份差别、实行平等对待为特征的统一性立法逐渐兴起。本文拟通过对这一变迁过程的考察,从一个侧面揭示出我国民商法演进的轨迹,总结其中的经验教训,为民商法的完善提供借鉴。^{〔1〕}

二、企业立法:身份色彩大部分消失

早在十一届三中全会以前,我国的企业就被按照所有制归属的不同,划分为国有企业、集体企业和私营企业。不同所有制的企业享有的法律地位和政策待遇迥然有别,私营企业倍受歧视。自十一届三中全会以来,我国的企业立法经历了一个从区分外商投资企业和内资企业,并对内资企业按所有制归属实行区别对待,到逐步消除企业之间的内外差别和所有制差别,使各种企业的法律地位趋于平等的发展过程。

(一) 外商投资企业:自成一体的独特身份

1979年的《中外合资经营企业法》是十一届三中全会后最早出台的民商法律,它允许外国公司、企业、其他经济组织或个人同中国的公司、企业或其他经济组织在我国境内共同举办合营企业(第1条)。1986年的《外资企业法》允许外国的企业、其他经济组织或个人在中国境内举办外资企业(第1条)。1988年的《中外合作经营企业法》则允许外国的企业、其他经济组织或个人同我国的企业或其他经济组织在中国境内共同举办中外合作经营企业(第1条)。这三部法律共同构成了独立于内资企业立法的外商投资企业法体系。按照《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》的上述规定,外国的个人可以和中国的公司、企业或其他经济组织共同举办合资经营企业或者合作经营企业,但中国的个人却没有资格同外国的公司、企业、其他经济组织或者个人共同举办此类企业。这显然是对外国的个人与中国的个人采取了区别对待的

〔1〕 有学者指出:“市场经济必须以权利自主、企业自治、契约自由为它的三块法律基石。”见江平:“罗马法精神与当代中国立法”,载《中国法学》1995年第1期,第37页。从这个角度说,本文对我国企业立法、物权立法和合同立法所作的历史性考察,可以大致反映出我国民商法在过去三十年中的演变规律。

政策。

根据上述法律及同一时期出台的其他有关外商投资企业的立法,^[1] 外商投资企业与内资企业在法律适用、设立条件、设立程序、组织机构、出资期限、行业准入、产品销售、政策待遇、税收负担等方面都存在很大区别,由此确立了外商投资企业不同于内资企业的独特身份。以所得税为例,中外合资经营企业适用 1980 年的《中外合资经营企业所得税法》,所得税税率为 30%,另按应纳税所得额附征 10% 的地方所得税(第 3 条第 1 款)。外资企业和中外合作经营企业适用 1981 年的《外国企业所得税法》,实行从 20%~40% 的五级超额累进税率(第 3 条),另按应纳税所得额缴纳 10% 的地方所得税(第 4 条第 1 款)。1991 年的《外商投资企业和外国企业所得税法》虽然对外商投资企业和外国企业统一实行 33% 的所得税税率(第 5 条),但在 2007 年的《企业所得税法》出台以前,外商投资企业与内资企业一直适用不同的所得税法,实行不同的所得税税率。

(二) 内资企业:以所有制定身份

十一届三中全会后,我国的内资企业立法步伐不但明显落后于外商投资企业立法,而且以投资者的所有制归属来界定内资企业的身份并实行区别对待,导致当时的内资企业立法带有严重的意识形态色彩。

1988 年的《全民所有制工业企业法》作为改革开放后最早出

[1] 比较重要的立法有:《中外合资经营企业法实施条例》(1983 年 9 月 20 日国务院发布,1986 年 1 月 15 日、1987 年 12 月 21 日国务院修订,根据 2001 年 7 月 22 日《国务院关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例〉的决定》修订);《外资企业法实施细则》(1990 年 10 月 28 日国务院批准,1990 年 12 月 12 日对外经济贸易部发布,根据 2001 年 4 月 12 日《国务院关于修改〈中华人民共和国外资企业法实施细则〉的决定》修订);《中外合作经营企业法实施细则》(1995 年 8 月 7 日国务院批准,1995 年 9 月 4 日对外贸易经济合作部发布);《中外合资经营企业所得税法》(1980 年 9 月 10 日第五届全国人民代表大会第三次会议通过,根据 1983 年 9 月 2 日第六届全国人民代表大会常务委员会第二次会议《关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业所得税法〉的决定》修订);《外国企业所得税法》(1981 年 12 月 13 日第五届全国人民代表大会第四次会议通过);《外商投资企业和外国企业所得税法》(1991 年 4 月 9 日第七届全国人民代表大会第四次会议通过)。

台的内资企业立法，仅适用于全民所有制工业企业（第1条）和全民所有制交通运输、邮电、地质勘探、建筑安装、商业、外贸、物资、农林、水利企业（第65条）。为规范全民所有制小型工业企业的租赁经营问题，国务院又在1988年专门制定了《全民所有制小型工业企业租赁经营暂行条例》，该条例也可适用于集体所有制工业企业的租赁经营（第38条）。1990年的《乡村集体所有制企业条例》适用于由乡（含镇）村（含村民小组）农民集体举办的企业，但不包括农业生产合作社、农村供销合作社和农村信用社（第2条）。1991年的《城镇集体所有制企业条例》仅适用于城镇的各种行业、各种组织形式的集体所有制企业，不包括乡村农民集体举办的企业（第2条）。该法对于集体企业联合经济组织、集体所有制的各类公司、城镇供销合作社、城镇劳动就业服务性集体企业以及军队扶持开办的集体企业，还要求按照另行制定的专门法律、法规来规范其组建和管理问题（第64条、第65条、第66条第2款、第67条、第68条）。1996年的《乡镇企业法》则仅适用于“农村集体经济组织或者农民投资为主，在乡镇（包括所辖村）举办的承担支援农业义务的各类企业”（第2条第1款）。在非公有制企业立法方面，1988年的《私营企业暂行条例》适用于私营企业，即“企业资产属于私人所有、雇工八人以上的营利性的经济组织”（第2条），包括私营的独资企业、合伙企业和有限责任公司（第6条），但不包括外商投资企业。

根据上述法律及当时出台的其他有关内资企业的立法，不同所有制的内资企业不但适用各自不同的法律，而且在主管部门、设立条件、根本任务、财产归属、组织机构、权利义务、政策待遇、税收负担、市场退出机制等方面，都存在重大差别。例如，在所得税方面，全民所有制企业适用1984年的《国营企业所得税条例（草案）》和《国营企业调节税征收办法》；集体企业适用1985年的《集体企业所得税暂行条例》，实行从10%~55%的八级超额累进税率（第3条）；私营企业则适用1988年的《私营企业所得税暂行条例》，实行35%的所得税税率（第3条）。直到1993年《企业所得税暂行条例》出台，才对国有企业、集体企业、私营企业、联营

企业、股份制企业等内资企业统一实行 33% 的所得税税率（第 2 条、第 3 条）。又如，在市场退出机制方面，1986 年的《企业破产法（试行）》仅适用于全民所有制企业（第 2 条）。至于集体企业、私营企业、外商投资企业等其他企业法人的破产问题，则适用 1991 年的《民事诉讼法》第 19 章关于“企业法人破产还债程序”的规定。^{〔1〕}显然，上述种种差别的存在，实际上在不同所有制的企业之间形成了新的“身份”和“等级”。^{〔2〕}

（三）现代企业制度的建立：身份的衰微

自 1992 年中国共产党第十四次全国代表大会提出建立社会主义市场经济体制的目标后，^{〔3〕}我国立法机关开始抛弃以往按投资者的所有制归属为不同身份的企业分别立法的做法，改而依照投资者的责任形式、企业的组织结构和资本构成方式等划分现代企业的通行标准，来改造我国的企业立法，逐步建立起以现代企业制度为核心的企业法体系。

1993 年的《公司法》原则上不区分投资者的所有制身份，而是依投资者的责任形式和公司资本构成方式的不同，将公司划分为有限责任公司和股份有限公司（第 3 条）。除有关外商投资企业的法律另有规定外，外商投资的有限责任公司也适用该法（第 18 条）。这种做法突破了以往注重投资者的不同身份、区分企业的所有制类型来分别立法的现象，是我国企业立法的一大进步。不过，该法仍对国有投资主体设立公司的问题作了一些特殊规定，致其部分地保留了所有制色彩。例如，除专设一节规定国有独资公司外（第 64 条～第 72 条），该法还规定国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于五人，但应当采取募集设立方式（第 75 条第 2 款）；国有独资公司和两个以上的国有企业或其他两个以上的国有

〔1〕 参见王汉斌在第七届全国人民代表大会第四次会议上所作的“关于《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》（修改草案）的说明”。

〔2〕 江平：“罗马法精神与当代中国立法”，载《中国法学》1995 年第 1 期，第 38 页。

〔3〕 参见《中国共产党第十四次全国代表大会关于十三届中央委员会报告的决议》（1992 年 10 月 18 日通过）。

投资主体投资设立的有限责任公司，可依法发行公司债券（第159条），其他类型的有限责任公司则无此权利。这些规定仍然遗留有歧视非国有资本的色彩。到2005年修改《公司法》时，除保留了对国有独资公司的特别规定外（第65条～第71条），在一人有限责任公司的设立等方面，基本上消除了投资者的所有制身份带来的影响。

1997年的《合伙企业法》只规范两个以上的自然人在我国境内设立合伙企业的问题，并无法人或者其他组织参加合伙的规定。因此，该法完全以企业的组织结构和投资者的责任形式来立法，摆脱了因投资者身份的不同而给企业带来的所有制色彩。不过，2006年修改的《合伙企业法》在允许自然人、法人和其他组织设立普通合伙企业 and 有限合伙企业（第2条）的同时，又禁止国有独资公司、国有企业和上市公司成为普通合伙人（第3条），以保护国有资产和上市公司股东的利益。^{〔1〕}这使得该法又部分地回到了以往按投资者的所有制身份实行区别对待的老路上去，显然是一个历史的倒退。此外，修改后的《合伙企业法》延续了内外有别的做法，对于外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的管理办法，交给国务院另行规定（第108条）。为此，2009年8月19日国务院第77次常务会议通过了《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》，旨在“规范外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的行为，便于外国企业或者个人以设立合伙企业的方式在中国境内投资，扩大对外经济合作和技术交流”（第1条）。

1999年的《个人独资企业法》仅适用于由一个自然人在我国境内设立的个人独资企业（第2条），故不存在按投资者所有制身份的不同来区别对待的问题。不过，由于外商独资企业不适用《个

〔1〕立法机关如此规定的具体理由是：“国有独资公司、国有企业、上市公司如果成为普通合伙人，就要对合伙企业债务承担连带责任，不利于保护国有资产和上市公司股东的利益。因此，不宜允许其成为普通合伙人，但可以成为有限合伙人，仅以其出资额为限对合伙企业债务承担有限责任。”见洪虎在第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上所作的“全国人大法律委员会关于《中华人民共和国合伙企业法（修订草案）》修改情况的汇报”。

人独资企业法》的规定（第47条），导致我国在个人独资企业立法上，仍然奉行了内外有别的做法。

此外，在市场退出机制方面，2006年的《企业破产法》不再区分企业的所有制身份，一体适用于所有类型的企业法人（第2条）和依法应进行破产清算的企业法人以外的组织（第135条），彻底消除了所有制身份的影响。在税收方面，2007年的《企业所得税法》对外资企业与内资企业统一实行25%的所得税税率（第4条第1款）。在政策待遇方面，根据《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》（国发〔2005〕3号）的要求，在市场准入、投资核准、融资服务、财税政策、土地使用、对外贸易和经济技术合作等方面，对非公有制企业与其他所有制企业应一视同仁，实行同等待遇。

上述变化表明，随着现代企业制度的建立，我国企业立法中的身份色彩大部分已经消失，不同投资主体设立的企业总体上取得了平等的法律地位和政策待遇。

三、物权立法：身份色彩的有限消退

在我国，1954年的《宪法》是承认并保护农民的土地所有权的（第8条第1款）。在后来的农业合作化运动中，农民逐渐丧失了对土地的所有权。1962年的《农村人民公社工作条例修正草案》规定：“生产队范围内的土地，都归生产队所有。生产队所有的土地，包括社员的自留地、自留山、宅基地等等，一律不准出租和买卖”（第21条第1款）。据此，农民彻底丧失了对土地的所有权，只对宅基地、自留地等集体所有的土地享有使用权。另外，在1954年、1975年和1978年分别制定的三部《宪法》中，仅规定矿藏、水流以及国有的森林、荒地和其他资源属于全民所有，并未规定城市的土地属于国家所有。1982年制定的《宪法》第10条则规定：“城市的土地属于国家所有。”“农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。”这一规定最终在我国确立了土地分别归国家和集体所有的二元化土地公有制。

在十一届三中全会后，随着改革开放的逐步推进，我国的物权

立法尤其是不动产物权立法逐渐发展起来。目前,担保物权制度已比较完善,用益物权中的身份色彩也有所消退。不过,受 1982 年《宪法》确立的二元化土地公有制的影响,有关集体土地使用权的立法仍带有较多的身份色彩。

(一) 土地承包经营权

十一届三中全会后,随着农村家庭联产承包责任制的推行,农民通过签订土地承包合同,陆续对集体所有的土地取得了承包经营权。这种权利是集体经济组织按人口平均分配给其内部成员的,对权利人具有生活保障的性质,故自诞生之日起就带有浓厚的身份色彩。1986 年的《民法通则》规定,公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权受法律保护(第 80 条第 2 款、第 81 条第 3 款),实际上将其作为物权对待。1986 年的《土地管理法》中也有类似的规定(第 12 条)。

1998 年修改的《土地管理法》根据承包人是否为农村集体经济组织的成员,将集体土地的承包经营分为两类:一类是由本集体经济组织的成员承包经营的,其期限为 30 年(第 14 条第 1 款);另一类是由本集体经济组织以外的单位或个人承包经营的,须经 2/3 以上的村民会议成员或村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准,其期限由承包合同约定(第 15 条第 2 款、第 3 款)。在此基础上,2002 年的《农村土地承包法》将农村土地承包分为家庭承包和其他方式的承包(第 3 条第 2 款),两者在承包人的身份、承包的客体、承包的条件和程序、承包经营权的期限及流转等方面,存在着重要区别。例如,家庭承包的承包方必须是本集体经济组织的农户(第 15 条),其承包经营权的流转受到严格的限制:只有属于同一集体经济组织的土地的承包经营权才可以进行互换(第 40 条);承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源,经发包方同意后,才可将全部或部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户(第 41 条)。通过招标、拍卖、公开协商等其他方式承包的,仅限于不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地(第 44 条),由此取得的承包经营权可通过转让、出

租、入股、抵押或以其他方式流转（第49条）。

2007年的《物权法》专章规定了土地承包经营权，但其内容与《农村土地承包法》相比并无实质性改变。该法还明确规定，“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”可以抵押（第180条第1款第3项），除此之外的其他土地承包经营权则不得抵押（第184条第2项）。

由上可见，自改革开放以来，农村集体经济组织的成员通过家庭承包方式取得的土地承包经营权，一直带有强烈的身份色彩，其流转方式及条件受到严格的限制，并且不允许设定抵押。与此不同，通过招标、拍卖等其他方式取得的土地承包经营权逐渐摆脱了身份色彩，成为可自由处分的纯粹的财产权。

（二）宅基地使用权

1982年的《村镇建房用地管理条例》规定：农村社员或回乡落户、定居的其他人员建房需要宅基地的，应向所在生产队申请，经社员大会讨论通过，生产大队审核同意，报公社管理委员会或县级人民政府批准后，取得宅基地使用权（第14条）；出卖、出租房屋的，不得再申请宅基地（第15条第2款）。据此，宅基地使用权的主体、客体、取得条件及程序都受到严格的限制，该权利因此被打上了厚重的身份烙印。

1986年的《民法通则》没有规定宅基地使用权。1986年的《土地管理法》承继了《村镇建房用地管理条例》的精神，规定农村居民建住宅使用耕地或使用原有的宅基地、村内空闲地和其他土地的，应分别报县级人民政府或乡级人民政府批准（第38条第1款）；城镇非农业户口居民建住宅，需要使用集体所有的土地的，须经县级人民政府批准（第41条）。1995年的《担保法》禁止以宅基地使用权作抵押（第37条第2项）。1998年修改的《土地管理法》规定农村村民一户只能拥有一处宅基地（第62条第1款）。2004年国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》（国发〔2004〕28号）禁止城镇居民在农村购置宅基地。

2007年的《物权法》将宅基地使用权的客体明确限定为集体所有的土地（第152条），规定宅基地使用权不得抵押（第184条

第2项)。对于因自然灾害等原因失去宅基地的村民，应当重新分配宅基地（第154条）。

不难看出，根据改革开放以来的立法和实践，宅基地使用权的主体通常为农村集体经济组织的成员，客体为集体所有的土地，其取得须通过“申请——审批”程序。该权利不允许单独转让，也不允许单独抵押或与地上房屋一并抵押。其虽可与地上房屋一并转让，但买受人的范围受到严格的限制，城镇居民不得到农村购买宅基地或者房屋。这导致宅基地使用权始终带有极重的身份色彩，无法成为可由权利人自由处分的真正的财产权。显然，与拥有国有土地使用权的城镇居民可自由处分其房地产的情形相比，农村居民拥有的不动产物权受到了严重的限制，两者之间形成了强烈的反差。

（三）建设用地使用权

1982年的《村镇建房用地管理条例》规定：在村镇内，农村社队企业、事业单位申请建设用地的，经社员代表大会讨论通过后，报县级以上人民政府批准（第16条第1款），承认了集体土地上的建设用地使用权，并将其区别于宅基地使用权（第14条）。1982年的《国家建设征用土地条例》规定：国家因进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公益事业需要使用集体所有的土地时，应先将集体所有的土地征归国有，然后再由用地单位取得使用权；禁止任何单位直接向农村社队购地、租地或变相购地、租地（第2条、第5条）。这两个条例根据土地所有权归属的不同，正式确立了国家建设用地和村镇建设用地相分立的二元化建设用地使用权制度，并严格限制集体建设用地使用权的主体，使其带上了浓重的身份色彩。

1986年的《土地管理法》沿袭前述两个条例的做法，坚持并强化了对国家建设用地和乡（镇）村建设用地的区分（第21条、第39条、第40条），但并未规定国有土地使用权和集体土地使用权的转让问题，且禁止土地的出租（第2条第2款）。1986年的《民法通则》仅承认全民所有制和集体所有制单位对国有土地的建设用地使用权，而未规定个人对国有土地的建设用地使用权，也没有规定乡镇企业等主体对集体土地的建设用地使用权（第80条第1

款)。

由于1988年的《宪法》修正案取消了1982年《宪法》中关于禁止出租土地的规定,承认土地的使用权可以依照法律的规定转让,1988年修改的《土地管理法》遂允许土地的出租,并承认“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让”(第2条第2款、第4款)。此后,国有建设用地使用权的出让和转让逐渐放开。1990年的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》允许我国境内外的公司、企业、其他组织和个人依法取得城镇国有土地使用权(第3条),规定了初始取得国有土地使用权的两种方式:出让和划拨。采用协议、招标和拍卖等出让方式有偿取得的国有土地使用权,可依法转让、出租和抵押(第4条)。通过划拨方式无偿取得的国有土地使用权,原则上禁止但例外情况下允许转让、出租和抵押(第44条、第45条)。1994年的《城市房地产管理法》对出让土地使用权和划拨土地使用权的房地产转让问题规定了不同的条件(第38条、第39条)。根据1995年的《担保法》的规定,抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物可以设定抵押(第34条第1款第3项),但“乡(镇)、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,其占用范围内的土地使用权同时抵押”(第36条第3款)。至于“耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权”,原则上则不允许抵押(第37条第2项)。

对于集体建设用地使用权,1998年修订的《土地管理法》规定:“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、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外”(第63条)。可见,与国有建设用地使用权相比,集体建设用地使用权非但不能通过有偿出让的方式来取得,而且已依法取得的权利也不允许自由转让。

2007年的《物权法》第十二章规定了建设用地使用权,承认除法律另有规定外,权利人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或抵押(第143条)。不过,该章的规定仅适用于国有建