

# 土地用途管制模式的立法转变

郭 洁 \*

---

**内容提要：**我国现行土地用途行政管制模式出现“制度失灵”，公法与私法规范结合的激励性管制应成为行政管制的替代模式。国际上土地用途管制改革已出现了总量管制与弹性管制、社区赋权、规划协议等激励性管制的实证样本，规划的不确定性理论、规划权利理论、管制协商理论为新型管制做出了法学解释。激励性土地用途管制的本质是模仿市场机制的私人自我管制。在我国，国家本位的衰落，土地市场多元利益的并存与竞争，迫切需要以激励性管制替代制度成本过高的传统行政管制。土地用途管制改革的基本路径是，划分行政干预与市场配置土地资源的法定边界，合理嵌入管制的私法规范。

**关键词：**土地用途管制 行政管制 激励性管制

---

土地用途管制是国家制定土地利用规划划定土地用途，限制土地利用条件的强制性制度安排。<sup>〔1〕</sup>在我国，土地用途管制制度主要包括两方面内容：其一，农地转用管制。法律以保护耕地为目标，将土地的规划用途分为农用地、建设用地和其他用地三大控制类别，严格限制农用地转为建设用地。其二，建设用地开发管制。通过建设许可或者土地使用权出让合同对土地利用的范围、密度、容积进行开发强度的控制。当前，土地用途管制的制度失灵人所共知，而其制度原因在于行政管制的低效率。从国际趋势来看，激励性土地用途管制已成为替代传统管制的理念共识和制度走向，理应成为我国土地用途管制制度的替代模式。

---

\* 辽宁大学法学院教授。

本文是教育部人文社会科学研究 2010 年度一般项目“房地产市场宏观调控法律制度研究——以土地供给为视角”（项目批准号：10YJA820034）、2012 年辽宁省高等学校优秀人才支持计划的阶段性成果（项目批准号：WR2012002）。

〔1〕 目前土地用途管制的概念在学界还存在争议。有学者认为，现有的土地利用管制包括土地用途管制，见张全景、欧名豪：《中国土地用途管制制度的耕地保护绩效》，商务印书馆 2008 年版，第 149 页。在一般意义上，土地用途管制与土地利用管制的概念可交叉使用。本文采用一般意义上的土地用途管制概念。

## 一、我国现行土地用途管制模式的制度评价

### （一）现行土地用途的行政管制模式

从行政法角度观察，土地用途管制行为在性质上包括两方面：行政立法行为和行政执行行为。前者是制定管制依据的土地利用规划行为，后者是执行土地利用规划的限制与控制行为。土地用途管制集中了土地利用规划决策权、土地利用许可权、土地违法行为处罚权的行政权力运行过程，法学界大多数学者将其法律属性定位为行政行为。这种定位凸显了我国现行土地用途管制以行政权为主导的本质特征。

1. 管制决策的单方性。土地利用规划的编制、审批由依法授权的特定行政主体完成。按照土地管理法规定，省级以上人民政府的土地行政主管部门拥有本辖区建设用地总体规划的确定权、农地转用总量的审批权以及土地利用总体规划的制定权。按照城乡规划法规定，省、市、县地方人民政府负责组织编制本级的建设用地利用规划，土地规划行政主管部门负责本辖区内建设用地地类的划分、开发规划条件的确定和规划的执行。管制决策的单方性使土地用途管制关系形成了行政权主导的不平等法律关系，它“确定了垂直、多科层的结构，将土地利用人置于依附于地方政府的不平等地位，由此，土地用途管制权力成为单方行政管理权”。〔2〕

2. 管制实施的强制性。土地用途管制规范由行政禁止或者行政限制规范构成，依据一系列的强制性法律规则，确认土地使用人的权利边界，以形成有利于规划目标的利益格局。管制的实施以相对人无条件地服从管制权力为基本前提。

3. 管制行为的裁量性。土地用途管制行为的自由裁量特性来源于土地利用规划制定和实施的复杂性，管制主体在土地用途管制中须适度地权变。土地用途管制必须解决土地类别划分等技术问题，界定农用地、建设用地和未利用土地的区位、界线、面积，并反映到土地利用现状图上，予以公布。由于分类所依据的土地自然状况信息不完全，规划的决策者往往只能界定土地类型的宽泛范围，不能对规划做出完全精细的描述，规划行政主管部门具有较大的裁量空间，管制实施中的裁量因素更为突出。例如，不同土地分类的限制程度不同，管制裁量权多有余地：农地用途管制属于一类用途管制，法律严格限制用途变更，管制裁量属于拘束性裁量；在二类用途范围内的具体土地用途分类内部，只要不妨碍基于公共目的对土地利用的限制，则实行轻微限制的宽松管制，此时管制裁量属于自由裁量。

### （二）土地用途行政管制失灵现象

按照现行法律规定，行政管制覆盖了土地利用行为的整体过程，分为事前、事中和事后管制。事前管制是通过土地开发许可制度，严格控制土地用途的变更。事前管制体现在土地所有权人将土地使用权交付开发的土地出让前置程序中。2007年城乡规划法第38条规定：“在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的，在国有土地使用权出让前，市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划，提出出让地块的位

〔2〕 Daniel P. Selmi, *The Contract Transformation in Land Use Regulation*, 3 Stanford Law Review 611 (2011).

置、使用性质、开发强度等规划条件，作为国有土地使用权出让合同的组成部分。”事中管制是对土地使用权人开发过程的规划监管，即土地使用权人需要变更土地用途和规划条件的，应当履行变更审批的义务，并应同土地出让人重新确定出让金数额。为确保开发过程中管制的可实施性，2008年国土资源部、国家工商总局联合制定的《新版土地使用权出让合同》，增加了土地使用期间城市规划调整的具体约定条款。事后管制是土地行政主管部门有权对土地使用人违反土地用途管制的行为追究相应的法律责任，违法用地行为人将依法承担相应的民事责任、行政责任甚至刑事责任。土地利用全过程的管制形成了世界上最严格的土地用途行政管制模式。

令人遗憾的是，土地用途管制实践效果与制度文本上的严格之间形成了强烈的反差。据来自国土资源部的消息，“违法违规用地依然总量大、比例高，从2009年度土地卫片执法检查结果看，重点工程项目用地和部分行业用地违法问题严重”；〔3〕2012年第一季度全国发现违法用地行为9462件，涉及土地面积4.8万亩，全国违法用地面积呈逐月上升态势，违法违规用地反弹压力加大。〔4〕

违反土地用途管制的行为主要有四种形式：第一，擅自改变农地用途，非农建设用地非法入市。在趋势上，农民集体经济组织将集体所有的土地直接入市进行房地产开发建设或非法转让的现象已不多见，违法行为大多打着“旧村改造”、“为村民建住宅”的旗号，以联建、参建的方式与开发商变相地进行土地使用权交易。第二，擅自改变土地使用权出让合同规定的土地用途。土地使用权人事先未经规划行政主管部门的批准，事后也未经追认，擅自将工业用地变为住宅用地。第三，开发行为违反规划条件。开发商为了增加利润，增大容积率，变更建筑高度，扩大建筑面积，收缩绿地面积。第四，改变用地性质，即将公益性用地变更为经营性用地。典型现象是在保障房用地上进行商品房开发。

近二十年来国土资源部进行了六次执法大检查，每次都是风头一过即刻反弹。国土资源部更在制度上三令五申：1999年8月发布了《关于土地利用总体规划审批和实施管理工作若干问题的通知》；2000年5月发布了《土地利用规划实施管理工作若干意见》，指令各地方政府开展规划用地专项治理和实施试点；2005年12月发出了《关于坚决制止“以租代征”违法违规用地行为的紧急通知》，指示各地开展对农地用违规变更为建设用的专项执法活动。尽管如此，违法用地行为仍像一股暗流，来势汹涌。

### （三）土地用途行政管制失灵的制度成因

土地用途行政管制的制度功能是解决土地利用的不相容问题，矫正土地开发过程的市场失灵；其价值功能是实现资源利用的整体效率。因此，土地用途行政管制属于社会性管制，同时兼具经济性管制的内容。〔5〕但就经济效率而言，行政管制的各种措施忽略了管制产生的制度成本。在我国，全面考察土地用途行政管制的制度成本，不能局限于管制发生的普遍性制度成本，即制度经济学所揭示的一般性成本类型，还应透析我国土地用途管制的制度环境对管制成本的影响，后者助推了行政管制效率损失的几率和水平。

〔3〕 文丽等：《专访国土资源部长：违法违规用地总量大比例高》，《财经国家周刊》2011年第9期。

〔4〕 孙雪梅：《一季度全国违法用地4.8万亩》，《京华时报》2012年4月19日。

〔5〕 参见陈明灿：《财产权保护、土地使用权限制与损失补偿》，台湾翰芦图书出版有限公司2001年版，第344页。

## 1. 普遍性制度成本

### (1) 寻租成本

土地用途行政管制作作为政府的特许权易产生寻租的风险。管制俘获理论认为,政府在管制关系中并不是追求公共福利的“善良人”,而是追求自身利益最大化的“经济人”,易被利益相关者所俘获,为被管制者进行立法牟利和执法规避。土地用途管制中的寻租行为一般是指相关主体以自身财产权益最大化为动因,试图改变土地用途管制规则的行为。因为土地用途行政管制限制了土地财产权的利用自由,相关财产权主体为了获得更大的开发权限,愿意花费资源及成本以说服管制者,改变管制决定。有学者认为,土地用途管制中的寻租分为独占性寻租和竞争性寻租,其共同的衍生路径是引致土地财产权的重新分配。<sup>[6]</sup>我国台湾学者曾分析台湾地区土地分区管制中利益集团的寻租竞争,认为“分区管制的结果和开发的许可十分政治化,土地开发的利益诱使或者迫使开发者不得不贿赂或者捐助政治人物,因此传统上最大的政治捐献多来自于分区管制当地的土地开发者”。<sup>[7]</sup>在我国大陆,土地用途行政管制的寻租问题屡见不鲜。研究发现,在农用地管制中,地方官员的寻租行为是耕地违法使用的重要原因;在城市建设用地开发管制中,规划的控制指标(特别是容积率)一般是弹性的,有上限和下限的区间,规划许可中采用哪个标准对开发商的获利影响极大,开发商往往通过法定程序之外的社会关系去获得对自己有利的规划指标。<sup>[8]</sup>管制中被利益集团俘获的极端情况常见于政府官员为开发商牟利的违纪甚至犯罪行为。2009年7月,中纪委曾发出《关于开展建设工程领域突出问题专项整治的意见》,计划在两年时间内,遏制党员干部在土地规划、用地审批中的严重违纪现象,其列举的九类违纪现象多属于行政管制引发的利益输送行为。土地用途管制过程中的寻租不仅浪费了大量的社会财富,还损害了土地市场的公平竞争。“小型建筑商和开发商缺乏资金支付,因为分区管制所需要的专家、律师和因为分区管制机构裁决期间造成的土地闲置的费用,致使其无法生存,市场失去了小型建筑商和开发商的才能带来的利益。”<sup>[9]</sup>

### (2) 内部性成本

行政管制的内部性成本是指管制决策过程中行政机构或者行政人员追求私人或者机构自身利益的最大化,使得行政管制的效率偏离社会效率最大化的目标,在利益归结形式上的个人主义、部门主义和地方主义。行政机构的服务或管制具有独占性,在官僚主义之下,行政机构不以市场主体利润最大化为追求目标,也不像政治家以选票为最优考虑,反而是以其独占优势结合专业和个人偏好,追求最大的晋级、声望、个人或者组织的绩效,构成行政机构的自利动机。<sup>[10]</sup>首先,在本质上,尽管土地利用规划的决策受政治过程的影响,但规划的形成不同于公开的竞选、游说等“偏好调动”的一般政治过程,规划的价值追求更多受到规划的编制和审批机构及其规划师、行政官员行为偏好和价值取

[6] 参见谭术魁、张孜仪:《寻租行为在土地用途管制中的衍生路径及抑制》,《中国土地科学》2012年第5期。

[7] 谢哲胜:《土地法》,台湾翰芦图书出版有限公司2006年版,第222页。

[8] 张萍:《城市规划法的价值取向》,中国建筑工业出版社2006年版,第131页。

[9] 前引[7],谢哲胜书,第222页。

[10] 参见马俊等:《尼斯坎南模型:理论争议与经验研究》,《武汉大学学报》2005年第5期。

向而非公众的价值观影响。其次,规划编制是一种知识性或者分析性的活动,这就使规划编制过程能够控制在规划专家或者职能部门本职范围内。由于技术语汇与土地利用限制的转化过程对于外部而言“深不可测”,大大减少了外部主体直接进入的可能性,规划过程可以在技术的保护伞下常常有效地免于“外行”的干预,形成客观的技术屏障,<sup>[11]</sup>不仅使外部监督信息不对称,也在相当程度上会发生摒除社会公众的诉求融入规划规范的可能性。再次,按照规划决策的一般程序,规划从技术编定转化为普遍性规则必须通过政府行政组织的确认与审批,如此才能获得政府行政组织系统内部的各部门正式和非正式规则的认同,取得“组织内部的合法性”,即使它们可能改变规划规范的核心价值,即使它们是隐蔽的、无章可循的、长官意志的。<sup>[12]</sup>最后,内部性成本还体现为地方政府在土地用途行政管制中本位利益的追求。20世纪50年代以来,各国资源决策权的重心下移和权力下放是世界性的潮流,形成了地方自主的权力格局,规划日益地方化,出现了地方本位的发展趋势。<sup>[13]</sup>而在中央与地方的管制关系中,虽然包含了合作、互补、适应性等符合分权制度目标的管制关系,由于中央对地方管制行为的信息不对称和监督的困难,地方与中央管制制度的冲突以及执行中央管制目标的弱化和偏离的现象仍不可忽视。

### (3) 信息成本

信息的完全性是有效管制的必要条件。一方面,土地用途管制需要技术理性,是根据现在的社会经济发展信息,预测未来。只有完备的信息才能减少管制决策的偶然性、不确定性。另一方面,管制决策又是管制者的主观活动,只有管制者获取完备的信息才能使管制方案达成满意的状态。由于土地市场的信息失灵,土地用途行政管制难以实现土地资源的最优配置。

客观上,土地市场本身具有垄断性,且瞬息万变,使管制者不能准确、及时地获取土地需求的信息;同时,由于各种因素的影响,管制者获取的信息可能是扭曲、不真实的。土地虽具有自然上的整体性,但土地利用的供需信息主要受地方供需状况的影响,土地市场通常被地方狭小的市场所分割并以此形式存在,形成了地方市场相对于全国市场的信息不对称。主观上,管制者是有限理性的,难以弥合规划滞后于社会发展的时差。例如,土地利用总体规划是一项战略性的长期规划,短期规划周期为五年,长期规划则达十年、二十年,其间社会经济条件不断变化,而规划一旦制定,各项指标和土地用途的内容即形成强制性的规范,刚性的规划和动态的用地需求之间就会发生冲突。管制者既不能掌握未来全部的用地信息,也不能控制社会经济条件的变化,这些都会导致土地实际利用突破规划控制,调整住宅建设、工业发展在产业用地的总量和结构。有学者发现,规划的信息不完全所凸显的问题在大尺度的规划上尤为明显,规划规模愈大,地理资讯掌握愈困难,规划错置的机率就越大。<sup>[14]</sup>

### (4) 执行成本

土地用途行政管制经常发生行政执法过程中土地使用人不配合、不合作的“猫捉老

[11] 参见张兵:《城市规划实效论:城市规划实践的分析理论》,中国人民大学出版社1998年版,第107页以下。

[12] 同上书,第111页。

[13] 参见施源、陈真:《关于行政区经济格局下地方规划行为的思考》,《规划评论》2004年第5期。

[14] 参见边泰明:《土地使用规划与财产权理论与实务》,台湾詹氏书局2011年版,第342页。

鼠”的困局。首先，土地违法行为行政处罚的意义不在于损害的填补，而是事前的威慑。但由于处罚的事后性，如土地用途转换与逆向配置已经完成，违法行为对土地造成的生态与环境损害无法填补甚至无法修复。由于拆除违规建筑、恢复土地原状等行政责任的适用将产生投资浪费的社会成本损失，执法机关就会选择性执法。其次，由于违法行为的不确定性，法律所设置的行政处罚无法与违法行为的过错或者行为获利相匹配，常现“罚不当其错”和“罚不当其利”，使法律责任事前的行为激励功能弱化。最后，执法的协调成本。土地用途管制有多重立法目标，在我国，主要包括粮食安全、生态环境、民生利益。在兼顾多重目标时，管制不可避免地产生协调成本：除土地行政主管部门之外，林业、环境、水利等行政主管部门也分享部分管制职权。管制成本还取决于各行政主体管制利益的增进或者摩擦，在管制存在罚款等经济利益时，管制会出现权力的争夺，反之会相互推诿管制义务。

## 2. 我国土地用途管制的制度环境对管制成本的影响

总体上，发达国家的行政管制是沿着自由市场到政府管制、界分国家与社会二元关系的路径发展而来，在时序上，遵循着土地市场逐渐发达，国家管制权渐次强化的动态轨迹。由于土地私权主体基于财产利用收益的考量必然关注和影响管制权力的正当行使，市场机制与行政管制之间构造了土地私权与管制权不可分割的关联。第一，由于管制规则间接地调整以不动产为客体的民事行为，作用于微观的土地利用关系，土地用途管制必须以完备的土地私权制度体系为基础。第二，管制规范提供了土地利用的行为框架，管制权与土地私权的边界得以合理地划分，内生出管制权运行的独立性、中立性、公益性，土地私权能够通过法定程序约束管制权的正当行使，实现公平地管制。

处于经济转型时期的中国，土地用途行政管制路径显示出迥异于发达国家的逆向嬗变轨迹：市场机制与行政管制没有先后的时序，土地用途行政管制先于土地市场的发育和完善；至今土地市场的基础地位尚未确立，管制并非源于市场失灵，而来源于政府对土地开发、利用行为的直接、全面干预，是国家高度集中的资源配置权力不断在土地市场剥离、收缩、退出的结果。有学者认为，发端于20世纪80年代以国有建设土地使用权出让制度为代表的土地市场，以政府垄断和国家所有权强势地位为本质特征，<sup>[15]</sup>土地私权与管制权关系扭曲。第一，土地用途管制构建在残缺不全的土地产权制度之上。物权法和土地管理法确立了公有制基础上城市土地国家所有和农村土地集体所有的不平等二元制结构。国家所有权可以通过征收甚至经济建设需要蚕食农村集体土地，而农村集体土地在市场准入、权利处分方面受到法律的严格限制。由于国家土地所有权和农民集体土地所有权主体的虚位，现实的土地私权系统呈现出弱化所有权、强化用益物权的运行模式。第二，地方政府扮演行政主体和经济主体双重角色，通过行政管制权获得超经济特权。在城市，各地方政府是管辖区域内土地事实上的处分者，又承担着土地规划的制定和执行职责。尤其是2001年各地普遍实行城市土地储备制度之后，土地储备机构代表地方政府通过统一收储、统一供地，垄断了建设用地的土地出让权，在“经营城市”的错误理念和土地财政的发展模式下，地方政府成为最大的房地产经营者。在农村，公

[15] 曾永昌：《论国有土地市场理论新框架》，《社会科学研究》2003年第3期。

权力对集体土地财产的支配相当严重,在产权不清的情况下,基层政府干预或者代行农地财产权、参与土地收益分配现象较为普遍。

土地市场中土地私权与管制权的关系格局,构成了我国特有的土地用途管制的制度背景,增加了土地用途管制的制度成本。

#### (1) 增加了寻租成本。

首先,失于约束的监督成本。有些学者考察认为,在我国,包括获取土地收益在内的“地方财政自主权不是法定的权力,而是事实权力”,<sup>[16]</sup>反映在制度上则有现行法律规范的缺失、法律规范碎片化和制度范围的局部性等特征。<sup>[17]</sup>由此,政府管制的寻租成本高于行政权与财产权分离的市场经济成熟的国家。“如果说市场经济成熟的国家有一定的制度障碍,而转型国家——如果没有制度规定的话,则不会付出太大成本就会实现私人产权与行政权的天然合一。”<sup>[18]</sup>

其次,发生委托代理风险。弱化土地所有权、强化用益物权,在所有权人与用益物权人之间引发了具有道德风险的委托代理问题。制度经济学认为,在所有权与经营权分离的情况下,由于信息不对称和监督的困难,代理人可能偏离委托人或者所有人利益最大化目标,谋取私利,做出不利于委托人的逆向选择。研究表明,用益物权人违反土地用途管制义务时,所有权人处于不利的地位。因为,用益物权人作为侵权人,其法律地位较普通侵权行为人更特殊:其一,用益物权是土地的实际占有和使用者,这使得用益物权人侵害土地所有权的行为更为便利和直接;其二,用益物权人同土地所有权人一样享有排他性的物权请求权,而且在很多场合下,用益物权具有优先于所有权的效力,得对抗来自所有权的干涉。<sup>[19]</sup>例如,对于违反农地用途管制的行为,农民集体土地所有人仅享有违约赔偿的救济权利,由于农地承包经营权维持着农民社区的身份性特征和社会保障功能,即使发生农地承包经营权人改变土地用途的根本违约,所有人也无权解除承包合同、收回承包地,所有人的救济地位甚至不敌普通的债权人。

再次,集体土地权利的配置无益于约束管制寻租。由于抽象的集体土地所有权主体难以人格化和具体化,集体所有的土地变成了社区的公共财产。正如无主财产发生的“公地悲剧”一样,土地被违法利用时,农民既无内在的抵制动力,又无外在的制度保障。现行法律尚没有规定农民个体对于农民集体组织违法行为的派生诉讼制度,这使得违反农地管制的行为愈发恣意。

#### (2) 增加了内部性成本。

首先,管制者对个体政治利益的追逐。土地管理学者研究认为,在地方政府违规批地的各种激励中,最为重要的是个人的官场升迁。从20世纪80年代以来,中央与地方经济管理权限调整之后,省级政府分享一定范围内农地转用的审批权,市级以下政府享有建设用地开发的管制权,各级地方政府官员尽可能地推高土地财政,实现更高的GDP以期

[16] 季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第164页。

[17] 参见徐键:《分权改革背景下的地方财政自主权》,《法学研究》2012年第3期。

[18] 前引[15],曾永昌文。

[19] 蔡立东:《承包地收回的权利构造》,《法商研究》2012年第3期。

晋升,<sup>[20]</sup>形成了“晋升锦标赛”的体制。在该体制下,寻租行为固然要受到开发商等利益集团的影响,但是利益集团的诉求必须与地方政府的根本利益——实现GDP增长兼容。利益集团寻租成功的根本原因就在于他们的经济利益与地方官员的政治利益相吻合。<sup>[21]</sup>

其次,管制机构对地方利益的追求。在“分税制”之后,城市政府的经济考量对土地利用规划形成了极为强烈的引导作用。从土地出让金中获取收益,从地价中衡量经济发展水平,使地方的向心力逐步减弱而离心力持续加强,中央与地方关系失衡,地方政府不再秉承规划的正当性、关注发展的可持续性,反而为经济发展的需要不断地修改规划、突破规划。在农村,地方政府干预或者参与土地开发过程,规划的控制受到利益的冲击与侵蚀。例如,在当前新农村建设的背景下,一些地方政府模仿城市建设用地储备、政府统一出让的方式,从土地流转的管制者蜕变为当事人,以谋取土地流转的财政收益。

### (3) 增加了执行成本。

首先,体制上欠缺执法的中立。由于管制权与经营权合一,地方政府无法在土地用途管制中秉持公正,现实中政府的违法征地、违法批地现象占土地违法行为的相当比例。而规划的编制、审批权力的实质合一,又弱化了外部监督,提高了被管制者与管制机构合谋成功的几率。根据管制俘获的原理,适度的分权是抵制管制寻租的重要制度安排。在管制权力分散的情形下,对比管制权力集中,利益相关者管制俘获的难度加大,此时,被管制者面临着多目标对象、分散的寻租成本,管制机构在管制过程中受到整体收买的风险存在着差别化的几率。自20世纪80年代至今,我国土地规划的审批权力事实上始终由地方政府集中掌控。1984年城市规划法规定,城市规划编制权该由城市规划主管部门在城市人民政府领导下,会同经济、文化、军事等部门行使。这一权力配置格局在2007年城乡规划法中没有发生本质的改变。规划主管部门与横向的各职能部门构成以地方政府为核心和意志中枢的土地用途管制协调机构,形成了本质上政府统筹下规划编制、审批、修改决策的一体化,规划主管部门相对于政府无分权和独立性可言。虽然,城乡规划法第19条要求城乡规划主管部门制定的控制性详细规划报本级政府批准后,须报本级人大常委会和上一级政府备案,似乎对集中规划的决策权力在程序上形成了一定的分离,但现实中来自人大的约束十分微弱。

其次,在微观层面,国有土地出让合同的激励管制失灵。我国的建设用地开发管制是通过国有土地出让合同实施的,尽管法学界对出让合同的法律属性存在着民事合同与行政合同的争论,但对于合同制度功能的认知一致:通过契约的激励,形成对开发者的自我约束。出让合同的激励机制以充分的市场竞争为条件,而现实的土地出让市场并不具备平等、自由的竞争环境。第一,行政权不当干预阻碍了主体间的平等竞争。平等竞争要求行政主体平等地对待各方行政相对人,让各类土地需求者参与订约过程,最终由行政主体选择最有能力实现行政目的的相对人。由于我国土地市场长期实行政府主导的协议出让方式,即使在各类建设用地统一实施招拍挂制度后,各级地方政府仍习惯于通过行政命令配置土地资源,一些地方通过为特定的竞买人“量身定做”规划条件,排除了

[20] 苗建军、崔伟:《耕地非农化过程中的逐利合谋研究》,《徐州工程学院学报》2011年第5期。

[21] 参见周黎安:《中国地方官员的晋升锦标赛模式研究》,《经济研究》2007年第7期。

以最优履行规划义务为竞标基础的平等竞争。第二，行政主体的寻租助推了土地利用人的违法违规，对容积率的追求和用地性质的改变往往成为政府编制规划的主要目的。<sup>[22]</sup>在少数政府官员为开发商寻租的情况下，作为管制对象的土地开发者“反客为主”，将事后变更规划作为实现开发意图的手段。第三，规划义务无法强制执行。最高人民法院已在有关判例中明确，签订国有土地出让合同的行为是一种土地管理行为，国有土地出让合同是行政合同。<sup>[23]</sup>毕竟，国有土地出让合同存在行政监管关系，追究土地利用违法行为人的责任不是基于出让人的意思自治而是消除资源外部性的公共职责。但是，由于现行法律没有规定行政合同的实体规范和救济程序，2005年8月1日起施行的《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》规定，国有土地出让合同纠纷应作为民事合同纠纷立案并裁决。由此产生的后果是，因处罚违规开发行为而发生争议时，行政主体只能作为民事当事人诉请法院确认合同违约和强制履行规划义务，这意味着行政主体被剥夺了依职权执行和直接执行的权力，弱化了行政管制的强制力。

#### （4）增加了信息成本。

我国土地用途管制的较高信息成本不仅起因于土地分布地域广、资源分散的自然禀赋特征，主要来源于政府主导下不完备土地市场带来的信息失真。有学者研究认为，中国内地房地产市场统计制度和统计口径的差异性，一级市场数据的非连贯性，降低了房地产市场信息的有效性。<sup>[24]</sup>理性的规划决策应回应社会现实，预期发展中的各产业用地需求，信息失真将导致规划决策偏离土地资源配置的最优状态。

首先，行政权主导下信息选择的非理性。转型时期，规划决策往往是政府实现特定阶段政策目标的技术手段，规划的信息选择具有很强的主观性，表现为缺乏甚至人为地忽略规划对社会发展的信息回馈，规划与社会发展需求间脱节的现象较为普遍。“政府政策在对规划问题的指认过程中，并不是依据纯粹统计分析，决策者凭借意愿或者遵守某些先定的原则，……一开始就不是以客观、全面的平衡为基础。”<sup>[25]</sup>以保障房用地规划为例，其土地利用规划应当根据该类人口规模，预知未来城市住房总量、空间与土地使用方面的需求。但现实中，由于现行土地管理法、城乡规划法均没有民生用地的独立规划地位，保障房用地供给依据宏观调控政策而非制度上的规划推动，仓促之下，保障房需求信息主要来源于民政部门核实的困难群体数据，不仅缺少未来同类人群的住房需求信息预测，也很少将这一信息并入各阶层住房的需求中综合考虑。因此，不仅一些地方出现了保障房难以分配的尴尬，保障房建设还导致对现有住宅市场的结构性冲击。各地保

[22] 上海市土地使用制度领导小组、上海市统计局编撰的《89上海市房地产》，记录了在虹桥新区的开发建设中，为满足开发者的要求，上海市规划局为外商调整规划的案例。在该案中，对外商要求的按照香港或者国外的建筑面积密度确定开发规模以提高建筑总量，将商业服务设施规模压缩至1万平方米左右等要求，规划部门以调整规划的形式加以满足，上海市建委通过批复原则同意了规划调整报告。转引自陈越峰：《城市规划权的法律控制》，2010年上海交通大学博士学位论文，第84页。

[23] 见山东省烟台市国土局与烟台长城科工贸（集团公司）土地行政处罚决定案，转引自张璐、张福林：《民事？行政？出让合同你属谁？——从判例看国有土地使用权出让合同的性质》，《中国土地》2006年第5期。

[24] 徐佳娜、孙金颖：《房地产市场信息有效性分析——来自香港的实证检验》，《建筑经济》2010年第5期。

[25] 前引〔11〕，张兵书，第132页。

障房地规划能否真正调控住房用地需求并实现民生价值，值得怀疑。

其次，土地市场的政府信息公开不足。有学者考察认为，我国土地市场存在信息源不明、信息公开混乱、信息发布不权威等信息失真、传递堵塞等信息难题。<sup>[26]</sup> 政府信息公开不足导致土地市场陷入一方面新增供地稀缺、房价飞涨，另一方面土地闲置、商品房空置严重的怪圈，土地规划丧失了宏观调控功能。

再次，地方政府的信息公开。我国土地市场信息一直采用地方上报、中央汇总的模式，但地方政府往往在政绩的压力下进行统计干预，信息失真甚至扭曲，使土地用途管制的决策失误。例如，为抑制住房价格过快增长，必须调整商品房用地、保障房用地、工业用地的规划结构，供地规划需要完备、真实的地价信息，而目前建设用地及地价管理受地方保护主义影响，信息仍掌握在少数政府机构或少数人手中，公开的信息并非完整、真实，难以实现信息的有效传递和显示。我国中央对地方的新增建设用地配额指标分配不平衡，耕地资源禀赋不同，使有些地方土地供需矛盾突出。国土资源部的用地需求申报成为地方用地竞争的焦点，在耕地指标富余的地方，促使地方政府多用建设用地，导致土地低效利用甚至闲置，而在指标不足的地方，地方政府就会设计各类用地需求，进行信息诈示，以争取用地指标。

## 二、土地用途行政管制的替代模式

19世纪以来，随着放松管制的新经济自由主义的觉醒，国际上替代传统行政管制的制度探索不断涌现，其目标是降低传统行政管制的制度成本，改变行政权单方命令与控制的管制结构。替代性土地用途管制的主要模式有：私法调整的完全市场模式，财产补偿的利益平衡模式，以及私法与公法结合的激励性管制模式。

### （一）私法调整的完全市场模式

回归市场的新古典经济学的兴起，使私法手段替代行政管制的观点渐次抬头。“一种普遍的观点认为，所有公共管制均侵害了个人财产权，规划与财产权原则上是相互矛盾的，财产权在它们的基本权利本位体系中处于优位。”<sup>[27]</sup> 以此为依据，新自由主义反对规划，认为私法上的当事人之间的冲突容忍义务（如相邻关系）和补偿契约（地役权协议）可以达成行政管制相同的功能。<sup>[28]</sup> 有学者认为，部分土地利用规划的决策与实施应交由私法解决，政府应多为公共设施开发提供规划管制，而少对土地的私人利用加以干预。<sup>[29]</sup>

但是，私法调整土地利用冲突的方式，不论是地役权协议还是相邻关系制度，与土地用途管制存在着本质的区别。首先，相邻关系仅解决足以相互影响的不动产权利人之间的土地利用冲突，所调整的权利义务关系范围有限且个别，而土地用途管制是为保护特

[26] 汪传雷、陈瑞：《房地产市场信息失真问题及其对策研究》，《安徽工业大学学报》2012年第3期。

[27] E. R. Alexander, *Planning Rights and Their Implications*, 6 *Planning Theory* 116 (2007).

[28] See Ellickson, *Alternative to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Control*, 40 *U. Chi. L. Rev.* 681 (1973).

[29] Stefano Moroni, *Planning, Liberty and the Rule of Law*, 6 *Planning Theory* 149 (2007).

定用途的土地所采用的普遍性限制。其次，相邻关系或者地役权协议约定的补偿，在土地用途管制中无法适用。土地用途管制的正当性来源于土地权利所承担的社会义务。现代财产法的社会本位观认为，财产权具有促进社会公共利益的职能，土地用途管制是为促进土地利用的社会整体效率而对财产权内在的约束，故所发生的损失通常不予补偿。<sup>[30]</sup>再次，土地用途管制的制度价值在于社会整体利益，而相邻关系或者地役权协议旨在私人利益的追求，私人协议的可处分性和私人执行的不确定性，难以满足土地用途管制的社会期待。

私法调整的完全市场模式不适用土地用途管制的本质在于：相邻关系、地役权等私法规范本质上仍然是“权利”对“权利”的限制。土地用途管制的特点是，由于规划所指示的土地用途因地而异，不同的地区享有不同的规划地位，产生土地使用人之间规划适用的差异性而非平等性，即规划所带来的财产上收益或者损害的差异化：规划的外部性可能带来部分社会成员的收益（如道路的修建可能有利于拥有轿车的人），也可能带来另一部分社会成员的损害（道路的修建会给贫困社区的人们带来困扰）。<sup>[31]</sup>规划适用的主体不平等和影响财产权益的差异，对于以平等为基本调整方式的私法来说失去了作用的有效性。

## （二）财产补偿的利益平衡模式

财产补偿的利益平衡模式来源于土地利用限制的补偿理论，以美国的“管制准征收理论”和德国的“类似征收侵害理论”为典型。管制准征收理论认为，假若国家基于对私人财产权所颁定之限制规定，造成财产权自由使用的严重限制已经超出了财产权社会义务的范围，则构成“准征收”，国家为了维护行政权比例原则，可以通过行政救济规范，赋予财产所有人既有损失补偿请求权。<sup>[32]</sup>类似征收侵害理论（又称“具有征收效果之侵害”理论）认为，人民财产权受合法行政行为附带之侵害，其附带侵害结果已逾越公益牺牲的界限，国家应给予损失补偿。<sup>[33]</sup>上述理论结合具体的土地用途管制行为，Fische认为，土地分区管制制度是为了达到某些公共利益而从土地所有权人处剥夺了部分财产权。以农业区为例，分区管制是禁止该等土地转变成住宅用地使用的机会，即取走了该部分的财产权。Thorson认为，社区在指定分区管制的时候必须保持土地权利人对土地的某些使用，由于土地利用分区对权利人来说不是最有利的土地使用，对土地权利人应予补偿。<sup>[34]</sup>在我国，补偿与土地用途管制的关系讨论分为两个方面。第一，有学者认为，对于特殊土地的用途管制尤其是农业用地的管制，应准用准征收补偿制度，农地向商业用地转用限制引起土地价值的差额部分，国家应对土地权利人给予补偿，以激励土地权利人自觉地维持农地用途。<sup>[35]</sup>第二，有学者认为，当土地规划变更严重损害了土地权利人利益时，应适用准征收规则。<sup>[36]</sup>

[30] 参见前引〔5〕，陈明灿书，第42页。

[31] Barrie Needham, *Final Comment: Land-Use Planning and the Law*, 6 *Planning Theory* 185 (2007).

[32] 参见前引〔5〕，陈明灿书，第42页。

[33] 同上书，第82页注释部分。

[34] 参见前引〔14〕，边泰明书，第339页。

[35] 参见杨惠、熊晖：《农地管制中的财产权保障——从外部效益分享看农地激励性管制》，《现代法学》2008年第3期。

[36] 郜永昌：《土地用途管制法律制度研究：以土地用途管制权为中心》，厦门大学出版社2010年版，第104页。

将土地用途管制结合财产补偿请求权的观点，其理论基础是行政法上的利益平衡论，其制度设计的初衷是可以理解的。第一，通过公共利益与私人利益互通的利益平衡、公平负担原则，督促行政主体更加谨慎地行使土地用途管制的权力，将行政干预控制在最低限度，通过设置补偿成本实现管制权的比例原则。第二，将土地用途管制引入行政补偿的法律制度框架，保障了土地权利人补偿利益的确定性。但是，财产补偿的利益平衡模式并非有效的管制替代模式。

财产补偿的利益平衡模式在本质上没有摆脱行政管制的窠臼。该模式没有跳出行政权优位和命令与控制式的传统管制思维。一方面，行政主体的支配地位没有根本的改变，土地利用人仍处于附属地位，只能接受事后的损害修复。另一方面，由于补偿标准的复杂性，补偿难以实现利益平衡，土地权利人对用途管制的抵制和抗争仍将存续。

财产补偿的行政平衡模式存在制度适应性障碍。

第一，财政成本过高。目前，在国际上，土地被规划为农地、开放空间、生态保护地而发生利用限制的损失时，国家补偿土地权利人的一般方式有：开发权购买、农地租赁、农地出售优先权、发展权转移、补助等。例如，美国20世纪50年代利用开发权购买制度保留了130万英亩的湿地，开发权购买在美国人口密集的波士顿特区走廊被用来管制保护地以及开放空间。至20世纪90年代，美国已经有十个州采用该制度。不过，由于较高的财政成本和激励的低效率问题，这些制度的实施效果受到学者的批评。例如，1990年仅佛罗里达州因开发权购买就支付了32亿美元的费用。<sup>[37]</sup>在加拿大的哥伦比亚省，从1973年1月开始国会进行了为期五年的农业区域土地储备项目（简称ALR），目的是防止农业用地转用为商业项目和禁止土地细分，基于规划，470万公顷农业土地由土地所有人申请列入该项目。根据1973年11月通过的《农场收入保障计划（FIAP）》，加入ALR项目的农民有资格享受由省政府额外支付的补偿，补偿的标准为农民土地收入的2/3，如果市场回报低于预定的基本生产成本，则政府还将对生产者赔付生产损失。据此，该计划大约涵盖了80%的农业生产者并且每人获得了约1.8万加元的补偿。但是，根据学者的统计，在此补偿机制之下，仍有土地所有人退出ALR项目，1977年至1978年间，基本农田所有人申请退出的数量比以前增加了一倍。在研究者看来，农地退出保护项目的压力还在加大。<sup>[38]</sup>

第二，土地用途管制的补偿不符合行政补偿的条件。目前，我国没有基本法层次上的统一行政补偿规则。多数学者认为：其一，行政补偿中的合法行为只能是具体行政行为，而非抽象行政行为；其二，补偿的原因必须是不可预见的损害，构成权利人本应承担义务之外的负担。我国的土地用途管制限制不符合行政补偿的共性条件。首先，土地用途管制的依据是土地利用总体规划和详细的控制性规划，具有立法性质，通常被确定为抽象行政行为。其次，土地用途管制的规划条件具有公示性，非不可预见的因素。城市政府通过土地使用权出让合同已将规划条件嵌入土地使用权出让合同，规划条件和开发强度限制作为合同条款，形成建设用地使用权人开发土地的基本义务。农村集体经济组织

[37] 参见前引〔14〕，边泰明书，第345页以下。

[38] See J. T. Pierce, O. J. Furuseth, *Farmland Protection Planning in British Columbia*, 26 *Journal of Canadian Geographer* 555-560 (1982).

在向农户发包土地时,农村土地承包法规定的维护农地用途是其法定的义务。当然,在规划变更引起原有土地用途变更,严重损害土地权利人权益时,基于对信赖利益的保护,应适用准征收的原理,赋予土地权利人行政补偿的请求权。<sup>[39]</sup>

第三,我国土地发展权初始配置具有特殊性。在德国法上,宪法上的财产自由原则派生出财产权利的存续保障原则,土地所有权人有权维持土地的现状以及尚未实施但其内容已经具体确定之土地使用请求权。在美国,土地利用方式的选择权被定义为土地发展权,是土地所有权诸多权利束之一。土地发展权的初始配置归属土地所有权人,因此,政府合法限制土地开发,就应从土地权利人手中购买土地发展权,并表现为对价支付的补偿形式。在我国,城乡土地二元制结构下的土地发展权归属于国家和农民集体,不存在政府购买开发权等补偿机制的制度基础。

### (三) 私法与公法结合的激励性管制模式

近年来,土地用途的激励性管制成为法治国家替代传统行政管制的主流思潮和制度导向。其特点是:通过放松管制,转变以往管制模式中私人权利与公共管制的对立、政府与市场相互割裂的观念;通过构建行政权力与私人权利的平等关系,实现土地用途管制的自我激励。

#### 1. 国外激励性土地用途管制的制度样态

##### (1) 总量管制与弹性管制。

总量管制是指采用控制一定时间内土地开发总量的原则,在此基础上,许可土地使用者通过许可证交易满足不同的用地需求。德国学者 Ralph Henger 认为,土地用途管制法律制度的设计可以借鉴温室气体排放许可证交易制度,在总量控制的前提下,微观的土地资源配置采用市场机制的土地规划许可证交易方式。<sup>[40]</sup>总量管制中,政府通常引入发展权转移等弹性开发方式,即开发受限区域的权利人将发展权由市场出售给适宜开发的区域,从而弥补土地潜在开发价值损失,永久保存高价值土地,体现为促进城市精明增长的激励性规划。总量控管制的特点是:立法通过分配规划许可证来固定在一定时期开发空间损失总量,以控制特定用途的土地开发,开发许可权利可以在不同管辖区进行交易。例如,为降低城市人口的密度,美国实行城市发展规模控制制度,政府在控制可供开发的土地总量原则下,采用控制城市建筑许可证总量的方式,通常包括最高限额限制、配额限制或者判令禁止。如有的州规定,若该城市有4万个居民点,政府将不再发放新的建筑许可证。<sup>[41]</sup>

弹性管制是指依据不同的土地状况,政府采用不同强度的规划策略。以美国为代表,弹性管制分为三种形态:第一种是趋势性规划,指在市场活跃时期或者市场活跃地区,城市的空间结构和城市的资源更新由市场主导,土地开发规划由开发者和土地所有人决定,在此类规划中,政府的行为只承担粉刷建筑景观之门面的角色。第二种是杠杆式规

[39] 对此,我国现行法律已经做出了部分规定。例如,土地管理法第57条规定:“建设项目施工和地质勘查需要临时使用国有土地或者农民集体所有的土地,土地使用者应当根据土地权属,与有关土地行政主管部门或者农村集体组织、村民委员会达成临时土地使用合同,并依照合同的约定支付临时使用土地补偿费。”防沙治沙法第35条规定:“因保护生态的特殊要求,将治理后的土地批准划为自然保护区或者沙化土地封禁保护区的,批准机关应当给予治理者合理的经济补偿。”

[40] Ralph Henger, *Tradable Planning Permit for Land Use Control*, 11 Land Use Policy 884 (2010).

[41] 前引〔36〕,郜永昌书,第57页。

划,在具有开发潜力的地区,或者土地市场状态混沌不清需要政府推动的时期,政府采用合作式规划的方式,结合开发商、金融公司、不动产公司、金融机构等市场主体的意愿做出一体的土地利用规划,通过适度的规划干预,激活土地的开发市场。第三种是私人管理式规划,在土地市场萧条或者处于衰退时期,政府采用积极的规划策略,主动介入市场,规划实施的资金、行政支持、行政建议都来自政府。弹性规划体现了20世纪80年代以来市场导向的土地用途管制理念。<sup>[42]</sup>在规划立法上,美国的规划强制性程度分为不同的梯次:分区法、土地细分法和设计指导原则,只有前两者是强制性法规,指导性原则只是引导性的控制手段,不具有法律强制力。<sup>[43]</sup>

(2) 社区赋权,即立法赋予社区参与规划制定的权利制度。该制度来源于1992年美国前总统克林顿提出的赋权社区概念,原意指企业区的发展应当与社区发展相融合,后来在住宅用地开发中,社区赋权被扩张为居民有权以合作模式参与社区土地利用规划等公共政策的制定,以改善社区生活品质与环境,构建企业、政府与居民和谐互动的关系。该制度的适用情景是:政府采用容积率奖励时,土地在工业用地、商业用地和住宅用地中混合使用。在我国台湾,2002年颁布的《台北市社区参与实施办法》,将部分环境权赋予社区居民,对于住宅宁静影响较大的土地使用进驻,立法要求开发规划应当经过社区参与,社区居民对于住宅环境品质有了部分自决的权利,开发管制中的容积管制参与机制就是社区参与的主要形式。<sup>[44]</sup>

(3) 规划协议。规划协议来源于英国相关的法律概念(在美国称为土地开发协议)。在英国,土地用途管制系统中的契约义务和私人协商具有相当重要的法律地位,以1947年城乡规划法规划协议的规定为始点,该制度几经修改,至1990年城乡规划法臻于完善。规划协议是指,为履行土地开发的社会义务,在开发规划核准前,开发义务的负担通过地方规划机构与开发商自由协商加以分配,如规划协议符合法定标准,协议的内容可以经登记对抗未来的土地所有权人。规划协议的内容较为广泛,按照1990年城乡规划法规定,包括限制土地开发或者土地使用的标定方式,开发商完成地上或者地下特殊的工事和活动,以特定的方式使用土地、捐献土地(如保留绿地),限制或减少开发行为对环境冲击,限期完成开发等。美国的土地开发协议制度最早见于20世纪80年代的加州政府法,近年来各州陆续采用且有扩大实施的趋势。英美两国规划协议的共同特点是:第一,在协议期限内,地方政府担保开发商土地的开发权不受法令修改的影响;第二,该协议属于双边协议,适于财产法相关保护的规定;第三,政府土地用途管制权不因协议而放弃。规划协议不得违背土地利用规划的原则,因分区管制与细分等管制规则的公共政策属性,禁止以协议排除适用之。美国最高法院曾于1977年做出过“州政府无权制定契约而无视警察权的行使”的判决,说明政府的管制权优先于规划协议权。政府在规划协议制度中仍保留管制的行政优益权。

## 2. 激励性管制对土地用途管制的制度再造

### (1) 调整行政权力干预土地利用行为的法定边界

[42] 参见前引[14],边泰明书,第257页。

[43] 转引自孙晖、梁虹:《控制性规划控制什么——美国地方规划法的启示》,《城市规划》2000年第5期。

[44] 参见前引[14],边泰明书,第314页以下。

激励性土地用途管制不是取消行政权力,而是合理配置行政权力介入的范围与程度,穷尽市场机制的基础性作用,在市场机制有效的领域,政府的土地用途管制权应充分尊重市场,在市场失灵的领域强化政府干预,消除市场和政府管制的双重失灵。由此,管制行政权力应收缩,并限于提供土地市场无法供给的公共用品,即土地资源政策性规划的指标控制和涉及社会共同利益的土地利用控制。前者包括战略性的国土规划或者区域性国土规划、城市边界控制,后者包括耕地保护规划、环境生态用地保护规划、公共事业用地规划及实施等,而可以交由市场配置的微观土地开发规划应纳入激励性管制。

### (2) 重构管制的法律关系

激励性管制引入土地用途管制关系,解构了行政权力主宰的管制过程,传统的行政管制法律关系发生了根本性的变化。

第一,改变了管制过程的单向性。将行政管制下的纵向权力支配关系改变为行政管制权力与私人权利的对等关系。“在这种背景下,公共机构将不得不扮演个人、公司的合作伙伴的角色。在复杂的规则体系中,土地管理机构要加强而非遏制公众活力。”〔45〕行政主体在行使管制权时,不再以命令控制手段实现土地利用规划的目标,而应以说明、协商方式,使得行政管制的刚性相对弱化。“由于面对面的沟通具有弹性,不同于只有利于一方的单方规定,协商具有促进双方合作的功能。”〔46〕

第二,相对人法律地位的提升。激励管制将主体不平等的管制模式转换为参与——交流——合作模式。相对人在行政管制下基于程序附带的从属参与、形式参与的地位被提升至实质决策者的地位。

第三,促进公私利益的双赢。相对人对潜在的冲突事先认知并加以处理,开发协商成为解决土地利用冲突的替代方案。“协商的目的旨在消除冲突和纠纷,协商提升了公私两部门的利益,它不是一种零和博弈,而是期望由输赢情景通过面对面的沟通达到的双赢情景。”〔47〕通过制度化的规划协商权利、社区参与权利,激励性管制抽象出土地利用规划关系中相互竞争的多元利益,通过无差别的规划赋权机制,显化了弱势群体和潜在的利益相关者的利益,有利于管制机构公平地配置土地资源。

### (3) 降低了行政管制的制度成本

激励性管制能够提供私人行为向社会所期望方向努力的动力。制度经济学认为,一个法律制度安排的效率水平取决于该制度是否达到了激励相容。激励相容的制度效率就是最佳的。首先,行政权力理性的退出降低了直接的行政成本。其次,规划协商权利的法定程序能够控制管制裁量的制度成本:管制机构遵守公开、透明的协商程序,可以控制内部操纵的寻租行为。由此,“程序法的确定性可以代替实体法上的确定性”。〔48〕最后,管制过程中私人的参与和利益的吸收可以降低管制的执行成本。土地利用违法现象反映了土地用途管制与用地需求之间的冲突甚至是被规制者的利益抗争,而激励性土地

〔45〕 Bart Vink, Arjn van der Burg, *New Dutch Spatial Planning Policy Creates Space for Development*, disP 164, NO. 1, 2006, pp. 41 - 43.

〔46〕 前引〔14〕,边泰明书,第227页。

〔47〕 同上书,第228页。

〔48〕 前引〔31〕,Barrie Needham文,第187页。

用途管制在互利基础上将土地市场主体的私人利益与社会利益有机地结合，使多元的利益整合成土地用途管制的社会目标。

### 三、土地用途激励性管制的正当性分析

#### (一) 土地用途激励性管制的法理解说

##### 1. 土地利用规划的不确定性理论

行政管制秉承法律确定性的理论认为，土地利用规划作为行政管制的依据具有法律的性质，为保证管制的公平性，必须事先确定而具有刚性，行政机构的土地用途管制行为应受到严格的既有规划的约束。<sup>[49]</sup> 法律的确性要求土地利用规划应符合法治原则要求的可预见性和公开性，根据法律确定性制定出来的规划体系应能提供可预测性的资源分配规范，其实体内容应当明确，规划的执行才具有强制性。在管制的方式上，不同层级土地利用规划均应该在土地利用数量、开发空间、开发条件上实现确定。行政管制模式下的土地利用规划技术被称为“蓝图规划”，各类用地的类型、规模、位置都在图中标示出来，力求通过具体的管制行为，使不同层级的规划付诸实际。<sup>[50]</sup> 土地利用规划的确性思维体现了马克斯·韦伯所称的“形式理性”。所谓形式理性意味着法律制度本身实现了高度的系统性，法律规范的内容均可以从一个清晰的法律概念或者法律原则推导出来，也即法律实现了高度的精确性，法律制度可以像技术性的理性机器那样运行，以使法律“能够保障个人或者团体在相对宽泛的自由中独立活动，并可以预料自己行为的法律后果”。<sup>[51]</sup>

土地利用规划的不确定性理论来源于对法律确定性理论的反思与批判。法律确定性理论的不足在于，它采用的理性思维以静止的规则描述动态的社会环境，以抽象的规则表达具体的社会关系，以有限的规则概括无限的信息需求，其规则制定的思维方式本身就存在无法回避的矛盾，决策者面对信息不完全或者信息虚假的困境，无法对真实的规划需求做出判断。土地利用规划的不确定性理论认为：第一，政府全面的规划干预将面临未来信息的缺失，是非理性的。第二，土地用途管制应倡导实质的法治理念，“在公共决策及公共行为具有很大不确定性的规划体系中展示自己”。<sup>[52]</sup> 具体来说，规划立法应通过规划程序的确性取代规划实体内容的确性。土地利用规划作为法律的确性“应当区分为实体的确定性和程序的确性”。实体的确定性指土地权利人权利内容（包括参与土地利用规划制定权利的确性）的确性数量。程序的确性指土地使用权限制发生变化时，人们将有多少发言权的确性。土地利用规划的实体确定性取决于如何看待土地规划法的程序作用。<sup>[53]</sup> 从发展趋势上看，土地利用规划的非确定性正日益受到各国的认可。例如，在大陆法系的荷兰，1987年克拉伯尔斯和庶普提出了社会系统“绿

[49] Edwin Buitelaar, Niels Sorel, *Between the Rule of Law and the Quest for Control: Legal Certainty in the Dutch Planning System*, 6 Land Use Policy 984 (2010).

[50] 黄朝奎：《土地利用规划编制的原则性与实施管理中的灵活性研究》，《资源与产业》2006年第6期。

[51] [德] 马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，第225页以下。

[52] 前引[29]，Stefano Moroni文，第153页。

[53] 前引[49]，Edwin Buitelaar等文，第984页。

图规划”的观点，修正了传统的“蓝图规划”观，认为任何规划设计仅应为使用者提供规划的骨架，其内容应由使用者根据社会条件的变化不断加以充实和完善。<sup>[54]</sup>

## 2. 规划权利理论

传统的土地用途管制关系历来是以行政权为轴心展开的。行政权的单向性使土地用途管制的利益受益于行政权力一方，形成了利益冲突，垂直的隶属关系又固化这种利益冲突。规划权利理论旨在调整土地用途管制的规划权力/权利关系，将制度配置从行政权力转移到利益相关者的规划权利，改变传统行政权力的制度设计思维和法律关系的结构，使土地用途管制法律的重心从维系行政权力转向保障个体权利，实现管制的权力与权利的多元中心结构。E. R. Alexander总结了代表性国家土地用途管制改革的趋势，认为20世纪80年代以来，有效的土地用途管制机制正从设计最佳的行政管制方案，转向构建行政主体与利益相关者合作式的激励性管制。由此，他将这种变革蕴含的法源概括为规划程序中的权利，即规划权利，并系统地构建了规划权利的理论内容，成为诠释土地用途激励性管制最为代表性的学说。

E. R. Alexander将规划权利作为分析土地用途管制关系的理论原点。第一，规划权利是土地利用规划体系中的权利，特别是受到规划决策影响的各方当事人享有的权利。第二，规划权利建立在制度性的法定权利基础上，分为积极的规划权利和消极的规划权利。积极的规划权利指已经被法律所认可的权利，其请求权在相关的规划制度中已经能够通过制度规则或者判例所确定。消极的规划权利是潜在的权利，它是尚没有被法律所确认，但在某些特定背景下就会产生的请求。消极的规划权利在相关社会背景和政策变化时可能转化为积极的规划权利，如特定群体的住房保障的社会性权利。第三，规划权利是存续于规划决策、规划评估、修订、执行全过程中的核心权利，规划权利的享有者在土地规划制定和管制实施关系中均有权行使该权利。<sup>[55]</sup>

规划权利作为积极的制度性权利，其正当性首先来源于宪政意义上公民财产权的保护需要。在规划理论中，土地利用规划作为法律规则有两个基本的角色：一是保护功能，保护社会免受国家权力侵害；二是指引功能，旨在实现政府目标，鼓励其所希望的土地利用而阻止其不希望的土地利用。<sup>[56]</sup>在社会力量的压力下，政治命令经常牺牲作为保护功能的私法规范，土地利用规划决策过程向工具功能（指引功能）移转。<sup>[57]</sup>规划权利理论有利于规划保护功能与指引功能之间的平衡。E. R. Alexander概括的规划权利的本质是私法上的权利，土地用途管制引入规划权的结果是公共管制关系吸收私人利益，关照管制过程中私人的权利请求，从而消除了规划权力与财产权之间的矛盾，两者变成相容而非对立的关系。财产权被规划制度所认可，并作为重要的要素。其次，规划权利来源于国家对公众承担的公共职能。对此，E. R. Alexander给出了全新的解释：土地利用规划是政府向公众提供的公共消费品，在政府与公众的政治协议中，公众作为消费者被授予规

[54] 参见前引〔50〕，黄朝奎文。

[55] 参见前引〔27〕，E. R. Alexander文，第114页以下。

[56] 前引〔49〕，Edwin Buitelaar等文，第984页。

[57] W. G. M. Salet, *Evolving Institutions: An International Exploration into Planning and Law*, 22 *Journal of Planning Education and Research* 26-35 (2002).

划的选择与判断权利，政府规划的权威来源于生产者对于消费者的公共规划义务履行程度和消费者对此的满意度。<sup>[58]</sup>

### 3. 管制协商权利理论

管制协商权利理论适用于解释微观的开发管制过程，是学者对英美国家采用的政府与土地使用人之间规划协议、开发协议制度的理论精炼，是规划权利在具体的土地用途管制实施中的延伸。管制协商权利的含义是，通过民事合同的约定，将土地开发条件和管制要求，转化为合同的权利义务，借助合同订立和履行等私法手段达成土地用途管制的目标。

管制协商权利理论的基本观点是：第一，管制协商权利属于私法性质的权利。土地利用规划作为公法规则，由于其不确定性很难以公正和可预测的方式加以适用，立法需要创造适当的私法规则来实现土地利用规划的目的，<sup>[59]</sup>通过合同形成的合意吸收各方的利益，可以解决在行政管制中无法兼顾开发商利益所带来的不公正。<sup>[60]</sup>第二，管制协商权利可以为开发商提供政府管制的确定性，从而消除和防止土地用途管制带来的不确定性成本。<sup>[61]</sup>

管制协商权利被解释为宪法赋予的民主权力，<sup>[62]</sup>契合哈贝马斯的商谈性民主理论。后者认为，在民主层面，现代法律以主观权力为内容，并不过问个人的主观动机，而民主的立法程序却又要求参与者必须以共同福祉为导向，这就引致个人主观动机与共同福祉的内在冲突。<sup>[63]</sup>现代社会解决这一冲突的路径，不再是韦伯那里代表公共福祉的政治权力的暴力、强制，而代之以“交往的权力”，商谈的民主、商谈程序承担着社会整合的任务。<sup>[64]</sup>在法治层面，按照哈贝马斯的观点，传统法制的合法性判断来源于合法律性，而合法性往往基于统治者自我的解释。破除这种悖论性命题，行政命令的合法化应建立在商谈原则基础上，商谈过程的合法性才能保障法律的合法性。法律治理存在于命令—服从的统治关系中，具有两方面的内容：对服从者而言，是一个对于统治的认同问题；对于命令者而言，则是一个统治的正当性问题。两者共同构成了统治的合法性。<sup>[65]</sup>管制协商权利体现了管制中的宪政民主理念，通过土地用途管制冲突中的利益整合，实现了管制关系主体交往的自由和商谈的正当程序，管制协商权利也保障了管制决策的正当性。管制协商权利标志着代表土地用途管制法律体系中官僚等级制度的部分放弃，<sup>[66]</sup>使管制因取得被管制者的认同而获得正当性，顺应了国际上合作管制的主流趋势。

## （二）土地用途激励性管制的本质

### 1. 管制资源配置的市场导向

制度经济学认为，无论财产权利配置如何，外部性问题均可以通过协商获得解决。

[58] 参见前引 [27]，E. R. Alexander 文，第 114 页以下。

[59] 前引 [29]，Stefano Moroni 文，第 155 页以下。

[60] 参见 [日] 大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 64 页。

[61] 参见前引 [2]，Daniel P. Selmi 文，第 607 页。

[62] 同上引文，第 605 页。

[63] 参见郑永流：《商谈的再思》，法律出版社 2010 年版，第 8 页。

[64] [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 67 页以下。

[65] 前引 [63]，郑永流书，第 9 页。

[66] 前引 [2]，Daniel P. Selmi 文，第 614 页。

土地用途激励性管制调整了政府与市场两种资源配置机制的主从关系,赋予管制一个新的目的:尊重、培育、促进市场而不去过度地干预市场。按照公共管制的一般理论,所谓激励性管制,是以经济人追求自身利益最大化为假设条件,通过维持或模仿市场的私人自治、自我决策机制达到最佳的管制效果。土地用途激励性管制特点是:首先,在土地利用规划的决策中,沿着现代管制改革的市场导向,通过弹性规划,强化政府对土地利用重大策略问题的关注,收缩政府权力的作用范围。其次,在微观的开发管制中,通过规划权利的行使和开发管制协商制度,将管制交由私人与政府协商解决,将土地利用的各种限制转化为土地利用人自我选择的合同义务,实现市场主体自我管制。

## 2. 土地用途管制规范的私法化

诺斯认为,在复杂的科层组织构架中,要有效地消减各种制度成本,法律必须支持和保护私人契约的合法性;政府与私人部门结成联盟能够达成公益目标,政府能够通过市场将私人利益引上公益的方向。对此,政府在设计公私结合的新途径、目标、标准等方面应发挥至关重要的作用。放松管制要求政府在尊重市场基础上行使市场管制权,使管制通过公法兼具私法规范而体现出柔性色彩。国外土地用途激励性管制制度是以管制主体与被管制者对冲突问题的主动认同和合意为基础的,其制度核心是私法理念和规范的介入,它们在相当程度上代替公法的规则,强化了管制的可执行性。首先,不论理念上的规划权利还是制度上的协商权、社区赋权,它们代表了个体在规划制定与管制实施中独立的利益和自我价值的追求,并在与行政权力交互沟通的管制程序中达成了最佳土地利用的共识。其次,权利制度作为抽象的法律规则,因其“普遍性和适用的一致性将使对特定个人行使权力的人们很难把自己的工作变为谋取私利的工具”,<sup>[67]</sup>当行政权约束某人的行动时,必须用同样的规则支配所有人的行动。由此,在土地用途管制中,私人权利有助于促进土地利用中资本所有者、市民、弱势群体、地方政府多元利益者的平等,抑制资本强势,保护弱势;行政权也会借助对私人权利的尊重,保持中立的管制地位,促进公平管制。最后,私人的规划权利、协商权利的行使将发挥约束行政权的程序作用。“私法是追求程序正义的典范,绝大多数私法规则是关涉行为过程或者行为自身的规则,而不是凭特定结果来判断和调整人们的行为,对程序控制保有巨大的优势。”<sup>[68]</sup>可见,激励性土地用途管制构建了“有利于某种有益的自发秩序——自我协调和多元中心的行为体系”。<sup>[69]</sup>

## 四、激励性土地用途管制对我国相关立法的意义

### (一) 促进土地用途管制立法理念的转变

20世纪80年代以来,我国土地使用权市场化改革使国家集权式土地资源的计划配置体制发生了根本变化,但是,由于传统行政法并没有成功转型,作为行政法律制度构成部分的土地用途管制制度还没有完成从国家本位向社会本位、行政权力主导向多元利益

[67] [美] 皮特·诺内特、P. 塞尔兹尼:《转变中的法律与社会——迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第167页。

[68] 易军:《私人自治与私法品格》,《法学研究》2012年第3期。

[69] 前引[29],Stefano Moroni书,第156页。

均衡的转变，市场主体的利益诉求还没有被纳入管制的制度结构。在理论上，不论行政法学界争论的控权论还是平衡论，理论研究的思维总体还是以行政权运行为核心，行政主体与相对人之间的纵向支配关系、主从地位无本质性的改变。毋宁说土地管理法是以土地利用管理为核心的土地行政法，城市统筹发展政策背景下城乡规划法关于城乡规划的制定、城乡规划的实施、城乡规划的修改等全部的实体和程序内容，以及利害关系人的规划听证参与权利的粗略规定，都显示出现行土地用途管制仍然秉承着传统的行政权主导模式。实务中，强化土地利用的行政管制，在当前管制失灵的困境中仍不绝于耳，国家决策部门的对策选择还在重蹈强化行政管制——失灵——再管制的覆辙。

在我国，传统土地用途的行政管制权力来源于国家集中分配土地资源的计划体制，形成了以行政命令的方式无偿分配和控制土地用途的行政管制。在这种管制模式下，代表国家利益的行政职能进入土地市场领域、凌驾于其他利益之上而极度膨胀，个人利益、团体利益、社会利益被国家利益吸收而虚化，它们既没有独立的必要，也没有生长的空间，在国家利益绝对强势的利益结构下，法律必然赋予土地用途管制权以单向、强制性的特权。而在市场机制配置土地资源的现实背景下，利益关系已经分裂为国家、地方政府、开发商、土地权利人、受土地利用规划影响的利益相关者等多元、相互矛盾冲突的利益主体和利益形态，土地用途管制行政权所代表的整体性、单一的利益结构尽被击碎和分解，独立的利益形态通过法律对于土地财产权、开发权、规划参与权的确认，而获得生长的自主空间，国家利益再也无法包容多元的利益。“国家权力只是个体利益和社会利益、个体之间利益的协调者”，<sup>[70]</sup>单向、强制性的行政管制权在国家本位衰落的同时丧失了正当性基础。由于支撑行政管制的社会背景和利益关系已经发生了根本的变化，“公共服务的现代背景下，应当通过行政权兼顾实现社会权和民事自由权的协调统一，建立协调发展型行政法体系”，<sup>[71]</sup>土地用途激励性管制改革已刻不容缓。

## （二）实现土地用途激励性管制的基本路径

### 1. 划分行政干预与市场配置土地资源的法定界限

第一，强化战略性土地用途管制的强制性法律效力。

战略性的土地用途管制包括国土开发规划、区域开发规划。对于国土开发规划，2010年12月21日国务院颁发了《全国主体功能区规划》，依据资源环境承载能力、开发密度和发展潜力，将国土空间分为优化、重点、限制和禁止开发四类区域，旨在优化空间开发结构和提升空间利用效率，具有战略性、基础性和约束性，是调控国土开发强度的专项规划。由于2010年1月以前全国和各省级土地利用总体规划已获批准，相对于主体功能区规划，全国尤其是各省土地总体利用规划出现了滞后性，目前，两者衔接的规划变更程序已经启动。城乡规划法尚未明确《全国主体功能区规划》的法律地位和效力，而不同地区主体功能区的地位划分将给该地区带来不同的发展机会或者承担不同的法定限制，形成区域间的发展利益竞争。为协调区域间的利益冲突，保障主体功能区规划的实施，立法有必要将主体功能区纳入强制管制的范围，以土地利用规划的基本法加

[70] 孙笑侠：《法的现象与概念》，群众出版社1995年版，第144页。

[71] 于安：《论协调发展导向型行政法》，《国家行政学院学报》2010年第1期。

以调整。对于区域开发规划,例如国家振兴东北老工业基地战略、西部大开发战略,还有各地方名目繁多的区域发展战略,在土地利用关系上都属于宏观的区域开发规划对象,其土地资源的规划配置应替代当前的政策调整,纳入政府干预的法定范围。

## 第二,强化民生用地的政府干预。

民生用地是社会公众基本生存和发展所需要的土地,具有典型的公共用品特征,作为政府的公共义务,民生用地的管制应纳入管制的法定范围。首先,生态用地的政府管制。20世纪70年代以来,土地用途管制的国际趋势已经不再是解决城市病和地区经济发展的问题,生态保护被视为管制的重要内容,很多国家将生态保护作为整个土地用途管制的主线。<sup>[72]</sup>但是,我国生态用地管制尚未以立法赋予优先保护的法律地位。土地管理法、《土地利用现状分类》都没有将生态用地作为独立的类型,优先保障和禁止用途变更的利用限制仍欠缺法律依据。为此,立法应将生态用地作为土地用途二级分类中的独立用地类型,制定专门的保护规划和转用与开发限制规划。其次,强化公共设施用地的开发管制。针对当前公共设施用地不断扩张、浪费严重的现象,立法应强化公共设施用地的开发管制,以期集约利用。最后,立法应将保障房用地纳入管制的范围。现行住房保障政策下的保障房用地欠缺基本的规划控制,《土地储备管理办法》应将该类民生用地供给纳入储备范围,改变保障房项目用地的临时性、随机性,通过规划行政的干预,保障土地供给的长期性和稳定性。

## 第三,调整耕地保护的政府干预和市场调节的范围。

土地管理法将耕地保护纳入指令性规划指标控制,按照土地年度利用计划,以省级为单位,将耕地保护指标按行政层级,层层分解,强制实施。为协调区域间经济发展和耕地保护之间的矛盾,一些地方开展了耕地规划指标控制的市场化改革,内容包括占补平衡的市场化、建设用地指标的市场化。耕地指标市场化的法学意义在于,保留国家、省级耕地指标和用途管制的干预权,政府初始配置耕地资源,在承认各地耕地资源禀赋差异的基础上,许可地方政府通过区域间合同协商再次配置耕地转化为建设用地的指标。建设用地指标的再配置可以通过两种方式实现:一种是行政力量,借助于中央政府的行政管制权力,将更多的建设用地指标分配给那些建设用地需求更多的地区;一种是建立市场机制,由指标所跨地区的地方自主选择,互换指标利益。与行政管制相比,市场机制能够带来地区间的竞争,打破政府在土地市场上的垄断,更有利于让代偿地区的农民分享城市化和工业化进程中产生的土地增值收益。建设用地指标市场机制的法律形式就是设置区域间规划协商的权利机制。目前,对于耕地指标控制改革,许多地区制订了本地的政府规章,但是其主要特点还是以政府为主导,省级或者市级国土资源行政主管部门审批后,指标交易方为有效,甚至一些地方政府为了获取一时的代偿复垦资金、开发经费,不惜牺牲地区的长远利益,更有为了完成上级的指令指标,破坏林地、生态环境等现象。规定区域间规划协商的权利有利于代偿地区排除行政干预,根据本地区的资源禀赋和未来发展规划,自主决策区域间建设用地指标的协议事项,保障经济欠发达地区的公平交易。

[72] 吴次芳、潘灿等:《国土规划的理论与方法》,科学出版社2003年版,第85页。

## 2. 合理配置土地用途管制中公法与私法的规范

土地用途管制的目标单靠私法或者公法规范是无法实现的。激励性管制说明,在公法被证明不足以调整管制关系时需要私法的适用。土地用途激励性管制是对两种规范的合理取舍,其标准在于两类规范的平衡配置,而配置的权重又取决于激励性管制适用的特定社会环境。在我国,基于现代公共行政、服务型政府的理念,健全行政法治的重心是改造宪政基础上的权力/权利的关系,即“对传统行政法的权力(权利)结构加以逐步调整,从重权力、轻权利转变为权力、权利并重”。<sup>[73]</sup>国家公权力向社会公权力转移,公民权利不断拓展,行政法的公法调整嵌入私法规范已成为行政法发展的新趋势。在我国现实的土地管制关系中,公权力与私权利结构严重失衡,地方政府代表的公权力显示出过度强势,市民、消费者等行政相对人居于绝对的弱势地位。土地用途管制机构在组织上隶属于地方政府,无法行使独立、中立的管制权。调整公权力与私权利的失衡,固然需要多种途径,但是强化相对人权利,借助私法规范调整权力/权利的比例关系,扩展私人在土地用途管制中的私权最为关键。

### (1) 构建各类社会主体的规划权利体系

从现行规定来看,社会主体土地利用规划的参与权在形式上是广泛、明确的,但实质性的参与权利仍有完善的必要。

第一,依据规划权利的理论,立法应将社会公众规划参与权的行政从属性地位提升为法定的独立权利,应在审批程序中规定欠缺听证程序的规划瑕疵制度和规划决策组织相应的法律责任,使规划权利和权利救济构成完整的规范结构。

第二,立法应将抽象列举规划权利主体的规范方式修改为抽象规定与特殊列举相结合的方式,明示受规划影响的利益相关者的规划主体类型和具体权能。我国应借鉴国外社区赋权的理论,对于重大建设项目以及影响本地区发展和整体利益的规划决策,通过基层的社区代表制,赋予社区居民对于规划决策的实质性参与权、同意权、否决权。

城市社区代表市民行使规划权利的意义在于,在现实的城市规划关系中,开发商的话语权由于资本的力量压制了分散的市民,市民控制资源和维护自身利益的能力相对弱势。在城乡规划法中,市民的程序权利并没有妥当的制度定位和权利保障,程序参与权利仅仅是被告知参与的机会。在开发申请和许可程序中,特别是开发控制图则的重大变更可能影响市民的切身利益时,由于市民不是行政相对人,根本没有表达意志的机会,一大批规划事后的建设矛盾俯拾皆是。<sup>[74]</sup>城市居民的规划权利由代表他们的社区行使,可以限定强势开发商行为的合理边界,寻求各方管制利益的实质平等。

农村社区代表农村居民行使规划权利具有特殊的意义。随着城镇化的推进,城市政府往往通过扩张城镇规划区的范围,蚕食农村土地,而城乡规划法调整的规划关系仅限于规划区内的规划编制和实施,也就是城镇规划边界形成之后的土地利用规划关系,而规划边界一旦确定,侵犯农民集体土地规划利益的结果既成事实,规划的救济已于事无补。确立农村社区代表农村居民行使规划权利的制度,有助于从根本上阻止城市政府的不当

[73] 罗豪才:《社会转型中的我国行政法制》,《国家行政学院学报》2003年第1期。

[74] 前引[8],张萍书,第135页。

利益驱动。

第三,赋予社会主体规划无效的确认请求权和特定损害的赔偿权。我国现行法律对规划许可的行政救济权,往往无法改变违法规划的既成事实,杜绝违法规划的制定和否认其效力才是关键。按照我国台湾地区规划司法审查的相关解释,规划应定性为行政处分行为,后者符合行政救济权标的要件。“主管机关变更都市规划,系公法上之单方行政行为,如直接限制一定区域人民之权利、利益或者增加其负担,即具有行政处分之性质。因其致特定人或者可确定之多数人之权益遭受不当或者违法之损害者,自应许其提起诉讼愿或行政诉讼以资救济。”<sup>[75]</sup>国家相关立法应规定,对于违反法律的规划行为,在地方人大或者行政主管部门不予取缔时,社会主体有权以自己的名义诉请法院确认规划无效,相关的受害人有权请求附带的赔偿。

## (2) 确立开发主体的协商权

按照《国有土地使用权出让和转让暂行条例》规定,我国土地开发管制的法律工具主要是国有土地使用权出让合同。但是,合同所记载的开发义务等开发限制条件,并非当事人双方协商的结果,而是规划行政主管部门在合同成立前单方植入的。城乡规划法第39条规定:“规划条件未纳入国有土地使用权出让合同的,该国有土地使用权出让合同无效。”<sup>[76]</sup>对于特殊用地的开发,开发管制的先定性更为强化。<sup>[77]</sup>在具体的土地开发项目操作中,招标文件已经涵盖了土地开发的规划控制条件,并被固定为不可变更的合同条款。规划条件的事先确定,保持了行政权力对开发行为的绝对控制,但剥夺了土地开发过程中开发主体的协商机会,没有区分应当强制遵守的开发原则和可以协商的开发控制,忽视了开发者的履行能力和利益需求,在实践中导致两个极端的结果,一是开发主体利用建设工程合同中的“黑白合同”规避法律的监管,<sup>[78]</sup>二是事后通过私下的沟通变更开发条件,导致大量的违规开发和暗箱操作。鉴于此,有些学者认为,出让合同按规定用途使用土地、规划条件和开发期限的限制,并非根源于合同的私法义务,实质上是土地利用人所负担的公法义务进入私法领域的一种变脸,<sup>[79]</sup>土地使用权出让合同的协

[75] 吴庚:《行政法之理论与实务》,中国人民大学出版社2005年版,第210页。

[76] 根据国家的法律,各地方也出台了地区性土地开发管制的规范。例如,《湖南省人民政府关于推进节约集约利用土地的通知》中规定,以出让、租赁等有偿使用方式或者划拨方式取得国有土地使用权的,市州、县市区人民政府国土资源管理部门应当与土地使用者签订书面的土地出让合同、土地租赁合同或者土地使用合同,明确双方的权利和义务。要严格约定土地规划用途、建筑密度、建筑容积率、绿地率、开工时间和竣工时间等土地使用条件,对工业项目还必须明确投资强度、土地利用强度、行政办公和生活服务设施用地比例。

[77] 2010年3月8日《国土资源部关于加强房地产用地供应和监管有关问题的通知》规定,保障性住房建设项目中配建的商服等经营性项目用地,应按市场价有偿使用。商品房建设项目中配建保障性住房的,必须在土地出让合同中明确保障性住房的建筑总面积、分摊的土地面积、套数、套型建筑面积、建成后由政府收回或收购的条件、保障性住房与商品住房同步建设等约束性条件。出让合同必须明确约定土地面积、用途、容积率、建筑密度、套型面积及比例、定金、交地时间及方式、价款缴纳时间及方式、开竣工时间及具体认定标准、违约责任处理。

[78] 黑白合同是指建设工程施工合同的双方当事人除经过招投标签订的正式合同外,另外还签订一份或一份以上的实际履行补充协议。正式合同与补充协议内容相异,用来规避招投标制度,实现某种非法的利益。参见谭筱娟:《“黑白合同”浅论》,《广东建材》2011年第6期。

[79] 朱广新:《论违约行使土地使用权的法律后果——以私法规范在行政管理中的应用为视角》,《法律科学》2012年第2期。

商功能完全流于形式。借鉴激励性管制的理论和制度形态，立法应在开发管制过程中引入规划协商权利。在符合土地用途管制和规划原则的前提下，通过合同协商，吸收双方当事人尤其是开发主体的合理利益诉求，通过充分的意思表示，借助合同条款的调整、违约条件等利益平衡因素，使开发的规划控制内化为开发主体的合同对价。这有助于降低大量的变更规划、违约开发的管制成本，并使管制过程公开、透明。当然，为防止协商过程中管制机构与开发主体之间的串谋，保障协商结果的合理性，协商应适用正当程序规则，并明确土地利用规划的原则属于强制性规范，不得以协议排除适用，因为协商权的适用并非无局限，合意不一定都合出真理。<sup>〔80〕</sup>

---

---

**Abstract:** The administrative control model adopted for land use in China has serious malfunction in its universal cost of the control, including the rent-seeking cost, the internal cost, the information cost and the enforcement cost. Additionally, the special situation of our land system during the transition period also boosts the possibility and extent of the efficiency loss of the control. Thus the reform of the regulative model for land use is of great urgency. The incentive regulation is the international mainstream as the alternative to the traditional administrative control, whose institutional samples include the control of total amount and the flexible regulation, community empowerment and planning agreements, etc.

The validity of the incentive regulation of land use bases on the breakthrough of the legal principle about the land use plan by theories as the theory of uncertainty, the theory of the planning right and the theory of regulation and negotiation. The essence of the incentive regulation is the self-regulation of the private which imitates the market mechanism. The incentive regulation functionally reconstructs the legal relationship of the regulation, transforms the vertical control into equal relationship, promotes the legal position of the private party in administration, yields a win-win result, and controls the cost of the administrative regulation.

The reform of the land use control in China should learn form the incentive regulation of land use, change the legislative idea of land use control, establish the legal boundary between the market mechanism and the administrative intervention, and insert rationally the private law norms into related legislations.

**Key Words:** regulation on land use, administrative control, incentive regulation

---

---

---

〔80〕 前引〔63〕，郑永流书，第17页。