

从静态模式到动态分析:建设用地指标法律属性探析*

汪 莉 彭婷婷

(安徽大学法学院,合肥 230601)

摘要:对建设用地指标法律属性进行科学的定性,是构建建设用地指标制度的理论前提与基础。学界对于建设用地指标是资格还是财产,对指标的权利属于公权还是私权均存有较大分歧。由于观察方法的静态性和视角的单一性所限,既有学说均未能准确、全面地揭示其本质属性。以动态化、类型化方式对不同阶段的建设用地指标进行研究,可发现其从产生到交易,法律属性依次表现为“资格性公权”、“财产化的公权”,以及“财产性私权”。这一发现更加准确地阐明了建设用地指标的法律属性,对相关制度的构建有重要的指导意义。

关键词:建设用地指标;法律属性;资格性公权;财产化的公权;财产性私权

中图分类号:D922.3

文献标志码:A

文章编号:1001-862X(2017)02-0151-005

DOI:10.16064/j.cnki.cn34-1003/g0.2017.02.024

一、问题的提出

我国《土地管理法》1998年修订确立了以“土地用途管制”为核心的土地管理模式。具体到对建设用地的控制,体现在该法第18条第2款的规定上:“地方各级人民政府编制的土地利用总体规划中的建设用地总量不得超过上一级土地利用总体规划确定的控制指标,耕地保有量不得低于上一级土地利用总体规划确定的控制指标”。根据上述规定,地方政府只有获得建设用地指标才有合法资格将农用地转为建设用地。自此,建设用地指标成为中央政府对地方政府变更用途,将农用地用于非农业建设进行适当管制的主要工具。^[1]中央政府、上级政府通过对建设用地指标的指令性管理来实现约束农地非农化转用、保护优质耕地资源及控制城镇化发展的速度。国务院《关于印发全国土地利用总体规划纲要(2006—2020年)的通知》明确指出,“严格控制新增建设用地规模。以需求引导和供给调节合理确定新增建设

用地规模,强化土地利用总体规划和年度计划对新增建设用地规模、结构和时序安排的调控。”

在城镇化背景下,上述被称为“最严厉的土地用途管制”以及由此衍生出的新增建设用地指标严格控制的政策迅速导致了地方发展所需的建设用地捉襟见肘,无法满足现实需求。例如一些沿海发达城市在5年的时间内就用完了10年的计划指标,甚至有些省份早在2000年就用完了2010年的计划指标。^[2]现在虽然距离2020年尚有时日,早已用完《土地利用总体规划纲要(2006—2020年)》配置给该地区的指标的省市也不在少数。^[1]为获得额外的建设用地指标,从中央到地方做了各种努力。其中如增减挂的变通模式已经在全国广泛适用。有的创新如“成渝地票”受到中央认可,但仅为封闭试点;有的实验如浙江的“易地代保”则被叫停。面对各类建设用地指标的形态和制度创新,实务界面临的困惑是哪些可用,哪些不可用,为什么?由于至今各式对建设用地指标利用的灵活化处理,都是在顺着市场化、流转化方向努力,我们也不禁思考,建设用地指

本刊网址·在线杂志:www.jhlt.net.cn

* 基金项目:2016年国家社会科学基金项目“城镇化背景下建设用地指标的法学解读与制度再造”(16BFX125)

作者简介:汪莉(1966—),女,安徽巢湖人,安徽大学法学院教授,博士生导师,主要研究方向:经济法;彭婷婷(1989—),女,安徽宿州人,安徽大学法学院博士生,主要研究方向:经济法。

标究竟是否具有可流转性?如果可以流转,其价格应当在何种范围内按什么原则分配?如果有的可以,有的不可以流转,其理论基础和区分标准在哪里?当然,上述问题极为复杂,非本文篇幅所能阐明,但前述所有问题似乎都会归结到一个基础命题,即建设用地指标的本质属性是什么,资格还是财产,公权抑或私权?对这一作为整个建设用地指标制度构建的逻辑起点的关键问题,学界的研究尚十分薄弱,亟待攻关。本文愿为此领域的抛砖之作,期待引起更多同行的重视,将对这一重要论题的研究引向深入。

二、建设用地指标法律属性认识的“1.0与2.0版”:静态思维模式

(一)建设用地指标法律属性认识的“1.0版”

如前所述,目前学界对于建设用地指标法律属性的研究极为匮乏,不成体系,仅有一些片段的、零星的研究。黄忠教授曾围绕地票(建设用地指标的典型形态之一)的法律属性做过一些基础研究。他将目前学界的观点梳理为转移支付说^[3]、级差地租说^[4]、中心-外围说^[5],以及土地发展权说^[6],而黄教授自己则认为应将建设用地指标界定为地役权。^[7]由于在法律语境中,任何研究对象的属性均应归结为权利或权利客体,诸如转移支付说、级差地租说、中心-外围说等经济学角度的解释论只能帮助我们认识现象,而无法触及法律本质属性。土地发展权说源于英美,在我国的财产权体系中尚无位置,尽管有学者从立法论角度阐释其为应然的定位^[8],但就现行法的权利体系而言,的确难以找到比地役权更加合适的解释工具。申而言之,有学者进一步主张通过地役权的“现代化”,引入“强制地役权”的概念,作为对建设用地指标的制度构建的理论基础。^[9]

不过,建设用地指标是否仅为民事财产权意义上的概念?答案绝非如此简单。考虑到政府在建用地指标(以下为行文方便,如无特别说明,“指标”均指“建设用地指标”)创设和流转的大多数环节,均发挥着绝对主导作用,指标一定具有某种公法属性。同时,由于指标的持有人大多数场合下为政府,除地票的受让人外,民事主体无法进入指标的一级市场,因此指标还具有“身份性”或“资格性”。令人遗憾的是,目前关于指标研究的各种学说大都将视野局限于私法领域,而对于“资格性”、“公法性”在相当程度上忽视了。本

文将目前的研究境界称之为对建设用地指标认识的“1.0版”。

(二)建设用地指标法律属性认识的“2.0版”

如果将视野更开阔些,把建设用地指标与排污指标(学界通常用“排污权”的提法,本质相同)作类比,一体考虑,则会发现很多问题会更加清晰,一通皆通,此为对建设用地指标属性认识的“2.0版”。“2.0版”有不小的认识论进步,可为梳理和辨析目前对建设用地指标的各类观点分歧提供更为多元的理论基础和技术模型。

建设用地指标之所以可与排污指标作类比,是因为他们有着极为类似的制度前提和技术设计,在很多领域具有可通约性。例如建设用地指标的制度前提是耕地保护逻辑,以及从18亿亩耕地红线推算出的未来一段期间内的可对“农地非农化”的“建设用地容量”;而排污指标制度的前提是环境保护逻辑,以及由此推算出的某一环境所能容纳的污染物的最大负荷量,即所谓“环境容量”^[2]。

更重要的是,在制度设计上,建设用地指标制度改革的路径大体是向市场化方向努力,但思路尚不清晰,理论尚不完备。而排污权在国际上已经有较为成熟的市场化交易实践,尤其是其中最为热门的“碳交易”^[10],不但我国已有多个省市进行试点^[11],甚至被升格为金融形态。^[12]因此,较“土地发展权”、“地役权”等民法模型,已有多国多年实践的排污指标制度与理论对我们从另一个角度深入认识建设用地指标的属性具有较强的借鉴意义,可以有效弥补目前学界对建设用地指标属性理论研究的不足。这样,我们对于建设用地指标“资格性”、“公法性”的认识便可站在学界对排污指标的研究的肩膀上,看得更加清晰。

例如,学界在研究排污指标法律属性时,形成了很多富有见地的观点。有学者在论述碳排放权的属性时指出,配额(即“排污指标”)是政府及其职能部门向排放主体颁发的、允许排放主体排放特定数量二氧化碳气体的许可。这种许可是非永久性的,以实现减排目标为目的,体现政府强制控制温室气体排放与市场主体自主选择履行方式两者的结合,是一种特殊的公法性权利。^[13]尽管欧盟对配额的属性进行了模糊处理,但是它对持有配额的操作者授予了排放一定数量温室气体的公共性权利,可以被视为一种可以交易的行政授权。^[14]在这个意义上,我们必须对指标的公法性给予特别的重视。又如,有学者从主客体多个方面进行论证,提出排污权是人类和企

业与生俱来的权利,应当被归纳入私权的种类。进一步说,在私权的体系之中,排污权具有鲜明的物权属性,至于是何种物权,环境法的学者则更倾向于将其纳入准物权或用益物权范畴。^[15]上述对排污指标属性的研究,无疑对理解建设用地指标的属性具有不小的启发意义。

不过即便如此,我们仍然发现,不论是建设用地指标还是排污指标,目前学界对其本质属性的研究,方法上还是限于静态思维定式,未有突破,结论上也仍有较大分歧,难以形成共识。

三、建设用地指标法律属性认识的“3.0版”: 动态分析路径

既然对建设用地指标属性认识的“2.0版”仍然不能解决问题,那么有无更为高级的认识论版本?有的。本文认为,目前学术界对建设用地指标法律属性的考察视角均为静态的,未能认识到建设用地指标在不同阶段所具有的不同特性。如能从动态角度分阶段分析建设用地指标的属性,将会把“2.0版”仍未厘清的困惑逐一解开,此为建设用地指标认识的“3.0版”。

(一)形成阶段的建设用地指标(指标I):资格性公权标的

建设用地指标最初由中央政府做全国土地利用总体规划和年度计划时设定。由于此为指标的初次形成,我们称之为“指标I”。中央政府设定“指标I”的主要理由有两方面:一是为坚守耕地红线,严格控制新增建设用地规模,因为土地总量有限,新增建设用地就意味着农用地会减少。二是防止城市过度扩展,适度限制城市规模,因为城市盲目过度扩张,反会带来各种“城市病”。两点理由中第一点显然是首要的,因为据统计,全国集中连片、具有一定规模的耕地后备资源仅大约8000万亩,且除了东北和新疆部分地区外,大多分布在水土光热条件差、补充耕地难度大的生态脆弱地区。^[16]随着人口增长,经济社会发展以及工业化、城镇化的逐步推进,耕地占用的压力必将继续存在并有可能进一步加剧,耕地减少的趋势难以避免。为保障十几亿人的粮食安全,我们必须从中央政府开始,做好土地利用规划的顶层设计,在保证18亿亩耕地红线不破的前提下,进行城市建设。我国《土地管理法》第4条规定:“国家编制土地利用总体规划,规定土地用途,将土地分为农用地、建设用地和未利用地。

严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地的总量,对耕地实行特殊保护;使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地。”正是上述背景的法律阐释。

如此,根据中央和省市各级的土地利用总体规划和年度土地利用计划,从中央政府开始,自上而下层层下达建设用地规划指标和建设用地计划指标,以释放一定数量指标用于农地的非农化建设。换言之,从土地用途管制的角度来说,必须同时拥有“建设用地规划指标”和“建设用地计划指标”,农用地才可以合法转换为非农建设用地。可见,我国利用计划工具,对建设用地指标(“指标I”)统一分配、层层分解、指令性管理。“指标I”实际上是中央政府运用规划权对农地非农化进行干预和限制的产物,具有土地规划权的性质。政府的此种权力属于公法上的单方行政行为,可以直接限制一定区域内人民的权利、利益或增加其负担。^[17]因此,“指标I”当属公权无疑。加之其在具有特定身份的各级政府间分配,私权主体无从介入,带有鲜明的“身份性”或“资格性”。据此,我们认为,“指标I”的法律属性宜界定为“资格性公权”的标的。

(二)进入一级市场的建设用地指标(指标II):财产化的公权标的

1.政府通过有偿调剂而流转的建设用地指标:有限财产化公权标的

由于我国各地经济发展不平衡,地方对建设用地指标的需求也不尽相同。在中央政府严格管控下,地方政府特别是东部发达的沿海地区,城镇建设用地指标严重供不应求,成为一种极为稀缺的资源,并在不同程度上阻碍了城镇化发展的进程。为回应现实发展的需求,获得更多的建设用地指标,一些地方政府在符合土地用途管制的前提下,开始进行创新性探索。

例如浙江的“基本农田易地代保制度”⁽³⁾、江苏的“折抵指标有偿调剂制度”⁽⁴⁾,又如自2006年开始,安徽省根据《安徽省土地整理新增耕地折抵建设用地指标管理暂行规定》(皖国土资[2006]2号),开始探索建立土地整理新增耕地折抵建设用地指标省级交易平台,允许通过土地整理产生的新增建设用地指标和补充耕地指标通过市场有偿调剂使用,调剂费用由调剂双方自行协商确定。上述三类探索的共性在于,通过政府间市场交易实现建设用地指标的有偿流转,从而实现了从无偿的“指标I”到有偿的“指标II”的转

变,并在一定意义上,促成了指标的市场化。不过,由于交易的主体各方仍限于政府,定价机制也非通过市场竞价而是政府定价方式实现,政府间的交易虽然表现为平等主体之间的关系,但在法律属性上仍然属于公法范畴。如在德国法上,两个乡镇所签订的区域变动合同,虽然双方是平等的合同当事人,但适用的仍然是公法。^[18]此时,政府间交易的“指标 II”市场化、财产化程度仍非常有限,我们将其界定为“有限财产化公权标的”。

2.政府通过发行地票而创设的建设用地指标:完全财产化公权标的

随着市场化程度继续推进,指标也逐步展现出越来越明显的私法化特点。其最典型的形态为成渝地票(成都和重庆两地推出的“地票”)。成渝地票是通过将闲置的宅基地和农村建设用地进行整理和复垦,获得新增耕地,经过验收以后的新增耕地数量可转换为新增建设用地指标,即“地票”。较之于安徽的土地整理新增耕地折抵建设用地指标省级交易平台,成渝地票交易的特点是以农村土地交易所作为平台,通过公开竞价方式拍卖,由市场来决定地票的交易价格。地票的受让人也可以是一般主体,不再限于政府。买受人可将地票出售流转,也可以将地票用于规划区内(通常是城市周边)“落地”。

当然,地票的取得过程仍然充斥着公权力的印迹,因为地票初始交易中,地票由地方政府创设,从创设的角度看,依然是一项公权力。地票初始交易必须先取得国土部门备案配号的建设用地整理合格证,然后履行申请程序。同时,地方政府还承担对地票初始交易进行监管的职责。因此,地票的一级市场,即发行市场,与国债市场类似,由政府主导,却完全市场化运作。政府发行的地票(“指标 II”的高级形态)本质上还是公权的标的,不过其已经完全市场化、财产化了。我们称之为“完全财产化公权标的”。

(三)二级市场流通与落地阶段的地票(指标 III):财产性私权标的

地票的买受人从一级市场获得地票后,可以将其在二级市场流通,或者择机落地。此时的地票已经成为了其持有人的一项纯粹意义上的财产,不带有任何的身份性。如此,二级市场流通与落地阶段的地票已经由原先的公权标的彻底蜕变为财产性私权标的。我们称之为“指标 III”。

不过即便如此,学界既有的土地发展权说,地役权说,准物权说等民事权利解释路径用于阐

释“指标 III”的属性均不甚圆满。我们认为,地票在流转时更类似于“资产证券”,按市场规律自由流转;落地时更类似于“资格证券”,其与征收工作配套使用,无地票则无法获得国有建设用地竞购的进场资格。所以其本质上属于一种无形财产权,是民事权利证券化的产物。当然,“指标 III”的本质属性仍有待进一步分析论证。不过,其不再具有身份性,不再带有公权实施色彩,财产属性彰显也是毋庸置疑的。

结 语

王泽鉴先生在研究无权处分制度时慨叹其极为复杂而将无权处分称为“民法上之精灵”。仔细观察建设用地指标后,我们也情不自禁地想把建设用地指标比作“法律上之蝴蝶”,经过“资格性公权标的”、“财产化公权标的”、“财产性私权标的”三个阶段,完成了“虫—蛹—蝶”的三级转化与蜕变。在实现尼采所谓“精神三变”⁽⁵⁾的同时,也为我国未来建设用地指标的制度构建与改革指明了方向。

注释:

- (1)例如我们在调研中发现,上海、合肥等地均早已用完了2020年的规划建设用地指标。
- (2)环境容量的概念来源于环境科学,目前国内外通常将环境容量的概念理解为“在人类生存和自然生态不致受害的前提下,某一环境所能容纳的污染物的最大负荷量”。参见邓海峰《环境容量的准物权化及其权利构成》,载于《中国法学》2005年第4期。
- (3)经浙江省政府批准,允许建设用地指标短缺的行政区域在遵守土地利用总体规划期内,委托本省农田丰富的行政区域,通过在当地划定相应数量和质量的的基本农田代为保护,并向受委托方支付基本农田建设保护的补偿费用,从而实现建设用地指标市场化流转的一种制度。
- (4)允许苏南发达地区为弥补建设用地指标的缺口,从发展落后的苏北地区购买建设用地指标。
- (5)尼采在《查拉图斯特拉如是说》一书中称:“精神会经历三种变化。”第一变是变成骆驼,然后是变成狮子,最后变成了婴儿。负重的骆驼是传统精神的象征,狮子是旧事物的破坏者、批判者,而婴儿则是最终返璞归真的高级形态。其实建设用地指标原本是不需要政府介入设定的,在土地上建设房屋自原始社会开始便是人类的自然权利,但随着现代化进程推进,私人建房,城市扩张均要由政府统筹,方可持续,但政府的纯计划统筹规划也不能有效解决问题,因此才有了逐步市场化的几个阶段,最终完全市场化,经过否定之否定,回归为私权。(下转第179页)

方式触发情感,使观赏与互动连为一体,自然而然融入到艺术的情境之中,触动知觉促使其发生动作并收到反馈,最后将受众的认知与情感移情到新媒交互艺术中,赋予其艺术表达新的内涵。

五、结语

新媒体艺术家通过科技探索人们内心欲呈现的魔幻,其表达的艺术形式影响着现代人们的思维与行为模式。新媒体交互艺术的形式是多元的,其价值不在于科技的前卫与否,而是在于能否达到创作初衷以及感动人心,在传达的内容上回归文化层面,进行美学内涵、思维与表达模式的探讨,通过互动过程产生情感,为艺术带来新的空间、形态和境界。

参考文献:

- [1] 罗伯特·所罗门,凯思林·希金斯,著.大问题简明哲学导论(第九版)[M].张卜天,译.桂林:广西师

(上接第 154 页)

参考文献:

- [1] 张先贵.农用地变更许可的权表达[J].重庆社会科学,2016,(4):45-51.
 [2] 北京天则经济研究所“中国土地问题课题组”.城市化背景下土地产权的 implementation 和保护[J].管理世界,2007,(12):31-47.
 [3] 彭美玉.地票的秘密[EB/OL].2016-12-27.http://www.cdlr.gov.cn/detail.aspx?id=52955.
 [4] 北京大学国家发展研究院综合课题组.还权赋能奠定长期发展的可靠基础[M].北京:北京大学出版社,2010:48.
 [5] 秦岭.区域经济学理论与主体功能区规划[J].江汉论坛,2010,(4):10-13.
 [6] 汪晖,陶然.论土地发展权转移与交易的浙江模式制度起源、操作模式及其重要含义[J].管理世界,2009,(8):39-52.
 [7] 黄忠.地票交易的地役权属性论[J].法学,2013,(6):15-25.
 [8] 曾野.从指标权交易到发展权交易——美国 TDR 制度对地票制度的启示[J].河北法学,2016,(3):144-154.
 [9] 孙鹏,徐银波.社会变迁与地役权的现代化[J].现代法学,2013,(3):73-86.
 [10] 曹明德,崔金星.我国碳交易法律促导机制研究[J].江淮论坛,2012,(2):110-116.
 [11] 熊灵,齐绍洲,沈波.中国碳交易试点配额分配的

范大学出版社,2014:447.

- [2] 刘长庚.感性:从初级的认知机能到真实的生命存在[J].江淮论坛,2003,6,(5):105-109.
 [3] 李宪锋.艺术意志与形式主义的自律性研究[J].南京艺术学院学报(美术与设计版),2009,(6):93-96.
 [4] 陈传康.情感美学和科学美学[J].哲学研究,1983,(7):36-40.
 [5] 林大维,吴佩桦.互动艺术脉络与其美学之研究[J].艺术学报(台湾),2010,(10):31-54
 [6] 孙丽丽.费肖尔的移情理论[J].科技信息(学术研究),2007,(30):493,495.
 [7] 李功伟.移情——美术创作中的核心作用[J].玉溪师范学院学报,2008,24,(11):30-36.
 [8] 多益.情绪的内在经验与情境重构——基于心灵哲学的视角[J].哲学研究,2013,(11):110-117.
 [9] 王人英.数位艺术的自主性美学研究[J].艺术与设计学报(台湾),2010,(1):1-20.
 [10] [加]Trevor van Gorp,[美]Edie Adams,著,于娟娟,译.情感与设计[M].北京:人民邮电出版社,2014:55.

(责任编辑 清风)

机制特征、设计问题与改进对策[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2016,(3):56-64.

- [12] 涂永前.碳金融的法律再造[J].中国社会科学,2012,(3):95-113,207.
 [13] 程信和,陈惠珍.论碳交易配额分配法律制度的两大维度——以广东为例[J].华南师范大学学报(社会科学版),2014,(2):103-108.
 [14] Jos Delbeke.The EU Greenhouse Gas Emissions Trading Scheme [M].Leuven: Claeys& Casteels, 2006:83.
 [15] 杜立.论排污权的权利属性[J].法律适用,2015,(9):30-34.纪建文.从排污收费到排污权交易与碳排放权交易:一种财产权视角的观察[J].清华法学,2012,(5):65-72.李义松.论排污权的定位及法律性质[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2015,(1):94-99.等。
 [16] 胡鞍钢,地力夏提·吾布力,鄢一龙.粮食安全“十三五”规划基本思路[J].清华大学学报(哲学社会科学版),2015,(5):158-165.
 [17] 谢哲胜.国土计划法律与政策[M].台湾:台湾元照出版公司,2016:31.
 [18] [德]汉斯·布洛克斯,沃尔夫·迪特里希·瓦尔克.德国民法总论[M].张艳,译.杨大可,校.北京:中国人民大学出版社,2014:11.

(责任编辑 丹若)