

公私法视角下城镇土地开发权与规划权的现实纠葛

谭纵波

〔摘要〕 改革开放后,我国的城镇化水平有了长足的提高。在这一过程中,伴随着城镇建设用地使用权法定地位的确立,其作为用益物权的性质被广泛认知并被土地市场所接受;另一方面,其作为开发权的特性虽然被广泛运用于城乡规划实践,但是囿于我国土地公有制的意识形态,对开发权以及规划权作用于开发权时机制的讨论并不充分。城镇开发建设领域中,围绕建设用地指标获取的博弈、“多规并存”“土地财政”等政府层级、部门之间、政府与社会之间的诸多矛盾与问题,究其根本原因是对城镇土地开发权以及规划权的性质认识不清、相关理论研究欠缺、适用法律类型含混。本文尝试从公法与私法的视角,梳理城镇土地开发权与规划权,剖析两者之间的区别与关联,提出面向城镇土地开发的政府职能定位与分工以及规划逻辑框架建议。

〔关键词〕 城镇土地开发权;规划权;公法与私法;城乡规划;国土空间规划

一、问题的缘起

20 世纪 80 年代开始实行改革开放政策以来,我国的城镇化水平有了大幅度提升,城市建设用地快速增长,从 1981 年的约 8000km² 增加到 2018 年的 56076km²,增加了约 7 倍^①。快速的城市建设用地增长为社会经济活动提供了必要支撑的同时,也出现了土地资源利用效率不高、地方政府过度依赖土地财政甚至土地开发过程伴随滋生腐败等问题。从 2013 年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出,“健全城乡发展一体化体制机制”“走中国特色新型城镇化道路”开始,到 2019 年《中共中央国务院关于建立国土空间规划体系并监督实施的若干意见》中明确以“用途管制”作为国土开发与保护的实施与监管手段,有关土地(国土)开发的统一部署与实施始终处于新时代国家政策的焦点之上。

快速城镇化过程中土地开发领域所出现的种种问题一方面反映了土地开发活动在社会经济发展、城市治理中的重要性,同时也说明了在这一过程中所产生的巨额财富不但涉及社会公平等根本

谭纵波,工学博士,清华大学建筑学院教授(北京 100084)。本研究系国家社科基金重大项目“基于国土空间规划的土地发展权配置与流转政策工具研究”(20&ZD07)与国家自然科学基金“面向国土空间规划的城镇空间管制研究”(52278067)的阶段性成果。

①数据来源:1981 年引自鄯瑞卿(2014),2018 年引自国家统计局国家数据网站(<https://data.stats.gov.cn/easyquery.htm>),截至 2022 年 4 月 6 日查询时该网站发布的最新数据为 2018 年。

性问题而且也蕴含着与之相关的巨大风险。城镇土地开发规划,在宏观上作为公共政策体现了政府对城市土地开发的总体构想;在微观上通过依据规划而产生的“规划条件”在土地出让的过程中扮演着“定价者”的角色(谭纵波,2017)^①。现实中,规划权力作为一方介入了充满多方利益博弈的城镇土地开发活动,并与之形成了深度纠葛。城镇土地开发权利与规划权力的博弈不但体现在不同层级政府之间,如国土空间总体规划中城镇建设用地指标的分配与传导,以及政府不同部门之间,如2019年之前的“多规并存”现象,同时也借由控制性详细规划等规划工具广泛存在于城镇建设的过程中。产生这些问题的根本原因是在土地全民所有这种特定国情下,政府同时扮演了土地所有者以及公共利益代言人两种不同性质的角色,且未严谨区分角色差异。

在既往研究中,虽然针对土地发展权(开发权)以及规划权力的研究为数较多,但分析两者关系及其相互作用机制的研究尚不够充分(汪晓华,2019;彭雪辉,2015;田莉、夏菁,2021),尤其缺少从政府职能及其适用法律范畴角度分析的研究。

本文尝试从公法与私法的视角(狄骥,2013;美浓部达吉,2003),分析城镇土地开发权利以及与城镇土地开发相关的规划权力,剖析两者之间的区别与联系,提出面向城镇土地开发的政府职能定位与分工以及规划逻辑框架建议。

二、城镇土地开发权及其相关概念

1. 规划视角下的城镇土地开发权

城镇土地开发权,顾名思义,是人们在城镇地区开展开发建设活动时必须拥有的一种“权利”。中文的“土地发展权”与“土地开发权”均可以对应英文中的 land development right。虽然中文文献中使用前者的情况较多,且不同学科在使用上存在一定的偏好(汪越,2020),但从城镇土地开发规划的视角来看,这里的“development”显然指代的是一种改变土地利用状态的、特定的“开发”行为,而非更加广义的“发展”行为。例如:英国城乡规划体系中的“开发控制”(development control)或“开发管理”(development management)制度就专门将其中所涉及的“开发行为”(development)定义为:“在地上、地面、地下进行建筑物建造、工程建设、采矿或其他活动,或在对任何建筑物、土地的使用中所进行的任何实质性改变”。(Cullingworth 等,2015)因此,本文所涉及的城镇土地开发权特指进行这一类“开发活动”时所涉及的权利问题(以下除特别说明外,均简称“开发权”)。

2. 作为用益物权的城镇土地开发权

虽然开发权并不是一个通用的法律术语,但在现代民法体系中,对开发权属于以使用或获利为目的的用益物权这一事实并无争议。而用益物权又与所有权等同属物权的范畴,可以进一步上溯至作为私法核心概念的“权利”(朱庆育,2016)。因此,可以说开发权是从属于权利的物权中析出的用益物权的一种形态。虽然作为大陆法系源头的罗马法采用了“一物一权主义”的物权观念,突出了所有权的核心地位,而区别于日耳曼法以利用为中心的物权观念,但近代以后,在德国、法国、日本等大陆法系国家的物权概念中,同样存在“地上权”“永佃权”“地役权”等属于用益物权范畴的权利设定(陈华彬,2018)。而英美法系更是将物权看作是一个“权利束”,可以在所有权之上设定包括用益物权在内的附着权利。因此,对于以使用和获益为目的的用益物权设定,无论是大陆法系还是英美法系并无本质区别。而开发权作为典型的用益物权当属私法的调整对象。

^①鉴于目前传统的城乡规划正处于向国土空间规划转型的过程之中,本文采用“城镇土地开发规划”,简称“规划”的表述,不再刻意对上述两种规划体系加以区分。

3. 我国的土地所有权与使用权

1982 年颁布,后经数次修订的《中华人民共和国宪法》确立了“社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制”,并进一步明确了“城市的土地属于国家所有”,农村和城市郊区的土地属于集体所有以及土地买卖非法但土地使用权可转让的基本原则(同法第六条、第十条)^①。另一方面,在民法领域,我国现行《民法典》第二篇物权中明确规定:所有权人对其所拥有的土地、房屋等不动产拥有占有、使用、收益和处分的权利(同法典第二百四十条);同时,所有权人可以在自己的不动产上设立“用益物权”和“担保物权”(同法典第二百四十一条)。《民法典》进一步将用益物权限定为土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权和居住权 5 种类型。其中,建设用地使用权、宅基地使用权的内涵与开发权高度吻合。但鉴于后者的高度限定性,本文仅以前者为讨论对象。

4. 城镇土地开发权的权利属性

虽然从形式上看,我国《民法典》中的建设用地使用权与开发权具有高度的相似性,但从与之关联的土地所有权性质以及建设用地使用权这一概念诞生的背景与过程来看,中外仍存在本质的差异。我国设立建设用地使用权的最初动机意在回避作为意识形态的公有制与作为市场经济要素的建设用地使用与获益之间的矛盾。从 1987 年开始尝试土地使用权出让转让到 2007 年《物权法》正式将建设用地使用权列为用益物权受到法律保护,经历了一个先满足现实需求,后探索并赋予法定地位的过程(王兰萍,1997;刘智慧,2007)。这一现实主义的策略在维护国家基本政治制度的同时,使建设用地使用权作为生产资料在市场上的流通具有了法理上的依据,同时也使得其作为用益物权,不仅明确了其受私法调整的属性,而且在与西方发达国家比较时也具有了共通概念。但另一方面,作为用益物权的建设用地使用权是附着于作为物权核心的所有权之上的,导致讨论物权问题时,容易出现抽象概念与具体行为之间、意识形态与实际操作之间的混淆,从而导致讨论问题与对象的失焦以及将不同问题混为一谈的风险。回到物权是权利人排他地占有和使用标的物并从中获利的权利属性(陈华彬,2018),无论讨论对象是所有权还是用益物权均应该从物权的权利属性出发展开讨论。

三、规划权与城镇土地开发权的关系

1. 近现代城市规划的权力特征

相对于开发权的权利属性,规划权并非天然存在,而是社会发展到一定阶段后,政府为管理社会接受民众让渡而获得的一种权力,具有强制性和非牟利的公权力属性。在市场环境下,城镇中的个体开发行为遵循逐利的市场原则,利用开发权获益。当这种以获益为目的的个体开发行为与城镇整体秩序或公共利益发生冲突时,规划权作为政府干预工具对其具有强制性作用(渡边俊一,1993)。所以,规划权的本质是政府以维护公共利益为目标,采用强制性手段干预市场时行使的一种公权力,属于公法调整的对象和范畴。事实上,无论是近代城市规划的起源,还是在发达国家现行规划体系中,基础设施建设以及对个体开发行为的管控均为其两大支柱。后者就是规划权作用于开发权的具体体现。

由此可见,在城镇开发过程中,规划权作用于开发权的过程是一个以公法为依据的公权力作用于隶属私法领域中作为用益物权的开发权的过程。

^①该宪法于 1982 年颁布并于 1988 年、1993 年、1999 年、2004 年和 2018 年修改。

2. 规划权的公权力属性

规划权的这种公权力属性也可以在规划权确立的过程中找到明确的踪迹。在 20 世纪初的美国,区划技术的应用开始普及,其基本原理是地方政府采用公权力对私有土地上的开发活动进行分类管控,因其对开发权形成了强制性的约束,又被称为强制权(police power)。这种公权力对私权利的非补偿性限制虽然引发了诸多争议,但 1924 年美国最高法院对欧几里得村的判例奠定了出于公共利益目的规划权对开发权实施限制的合宪性基础(谭纵波,2007;Wolf,2008)。在之后近百年的时间里,有关规划权作用于开发权的适用范畴和程度仍存在不断的争议,但在确保实质正义与程序正义的前提下,政府通过行使规划权非补偿性地对开发权做出不同程度的限制这一传统被保留至今(谭纵波,2007)。

3. 规划权与开发权的互动

虽然作为公权力的规划权对开发权具有强制性作用的特征,但并不等于说规划权对开发权的作用是单向的。事实上,在实践中规划权与开发权之间存在着互动、相互影响甚至是博弈的情况。受市场公平交易原则(give and tack)的影响,这种互动主要体现在开发权受到规划权限制时的救济以及规划权对开发权的主动引导等方面。

美国纽约市于 1968 年率先在区划中引入“开发权转移”制度(transferable development right,简称 TDR)。由于该案例直接使用了“开发权”的称谓而被国内的相关研究大量引用,但也形成了对开发权的误读和误解^①。开发权转移制度本质上是针对区划制度下因特定因素,例如文物建筑保护而产生的地块之间开发权的“不公平”而设计出的一种基于公平交易原则的救济措施。其本质是对区划制度的补充,是在承认规划权对开发权具有非补偿性约束力的前提下做出的一种局部利益调整,以解决特定情况下的救济问题。

与开发权转移制度类似的还有区划奖励制度(incentive zoning)。相对于区划预先设定建设用地的用途、容积率(FAR)等开发权限制条件,被动应对开发建设活动的方式,区划奖励制度在开发者满足区划预设行为,例如提供额外公共空间、公共设施、满足特定建筑造型等前提下,在一定幅度内放宽容积率等对开发权的限制,从而实现区划积极引导开发建设活动的目的(Kayden,2000)。

由此可见,无论是开发权转移制度还是区划奖励制度,均在规划权对开发权实施非补偿性限制的基础上,局部引入市场化的公平交易原则作为补充。

4. 规划权与市场化原则

如果说基于公平交易原则的开发权转移制度和区划奖励制度还只是对规划权作用于开发权时起到补充作用的话,那么英国 1947 年《城乡规划法》所建立的开发权国有化及其所体现的开发利益社会还原的意图则更加体现了市场环境下规划权与开发权的关系。与以区划制度为代表的规划权对开发权的非补偿性限制不同,开发权国有化从一开始就试图引入市场化的公平交易原则,先将开发权以赎买的方式收归国有,然后再通过开发许可制度将由开发活动所产生的土地收益增值收归国有(汪越等,2019)。因此,英国战后历经近 40 年实践的土地开发权国有化的核心问题既非开发权的国有化,亦非围绕土地开发金征收的起起伏伏,而是表现在试图按照公平交易这一市场化原则,规划权对开发权实施普适性限制时的局限性。20 世纪 90 年代后,英国城乡规划中的规划义务、社区基础设施税等开发许可中规划权与开发权之间的“交易”行为延续了英国城乡规划基于公平交易原则的一贯思路(汪越等,2019)。从英国的案例中可以看出,相对于规划权单纯对开发权设限,充分利用市

^①代表性的论述例如:华生(2014)。即便限于农业地区,该著作对开发权与规划权关系的理解也是错误的。本文主要探讨城镇中的规划权与开发权。

场化的公平交易原则,将基于开发权获益的一部分归还社会也不失为一种体现公共利益的方式。

5. 我国规划权与土地开发权的关系

如前所述,我国在城镇开发领域,为避免意识形态与城镇开发实践之间的矛盾,设立了建设用地使用权。它作为用益物权替代土地所有权参与到经济运行过程之中,实质上扮演着开发权的角色。但与私有土地所有权中析出的开发权不同,建设用地的所有权与规划权同属一个主体,所以建设用地使用权从土地所有权中析出时,本身就附带了由“规划条件”所界定的开发权收益预期。简言之,城镇建设用地在向市场出让时即附带了作为标的物的开发权,而这个开发权是由控制性详细规划等借由“规划条件”所赋予的。在这个意义上,城镇建设用地开发权并非来自国有这一土地所有性质,而是来自规划权的赋予。

因此,从公法与私法的角度看,政府具有双重的法律身份。政府作为公共利益的代表行使的是规划权;而作为建设用地使用权出让方又无法回避开发权预期收益带有“私益”性质的事实。事实上,这种双重法律身份也是导致有关开发权属于公权力还是私权利争论的主要原因(林坚、许超诣,2014;史懿亭等,2017)。

在这种情形下,作为公权力的规划权与作为私权利的开发权纠缠在一起,并且后者由前者赋予而生成。这种状况导致在实践中很难分清哪些规划内容是出于维护公共利益目的的,哪些又是出于获益目的的。规划权与开发权混淆为一体且由前者主导的权利关系不但滋生出巨大的权力空间甚至是寻租空间,成为“土地财政”以及包括腐败行为在内的城市开发领域诸多“乱象”的根源,而且也形成了分别扮演土地所有者与扮演公共利益代言人的不同政府部门之间的矛盾。

四、城镇化与城镇土地开发权配置机制

1. 城镇化过程中的规划权目标

如上所述,从公法与私法的角度来看,作为物权的开发权属于自然权利的范畴,是一种普遍存在的基础权利;而规划权则是为实现特定公益性目标而人为设定的权力。在城镇化过程中,土地利用的形态由农田等转变为城镇建设用地这一过程生成了伴随巨大经济利益的开发权。如果将城镇开发空间在平面上的拓展,即将所谓“增量”开发视作开发权生成的话,那么通过提高容积率等方式实现城市更新等所谓“存量”开发依然是一种开发权的“增量”生成。无论是增量还是存量开发,规划权在开发权的生成过程中均起到了关键性的配置作用。因此,行使规划权的目标设定就变得尤为关键和重要。依照规划权的公权力属性,这一目标只能限于对“公共利益”的维护。虽然难以具体界定这里的“公共利益”是什么,但至少在近代城市开发与规划的过程中可以观察到两个方面:一是开发利益的社会返还,1947年英国《城乡规划法》中的“开发权国有化”尝试以及孙中山提出的“平均地权,涨价归公”原则均体现了这种思想;二是将城镇空间秩序作为公序良俗加以维护,美国、日本的国家区划制度均以此作为基本立足点。

2. 城镇化过程中规划权的作用机制

在城镇化过程中,规划权作为外部影响和约束条件,通过以下三个方面直接或间接地对土地开发权及其收益预期进行干预或配置:首先,城市总体规划等决定城镇整体布局结构的宏观规划决定了不同地块在城镇中的相对区位,进而影响到该地块的开发价值。例如,对于相同面积、开发强度和形态的居住用地,通常靠近城镇中心的要比位于郊区的拥有更大的开发价值,相当于拥有更多的开发权收益预期。

其次,对开发活动具有强制性的详细规划对城镇中特定地块开发的用途、强度、形态等做出规

定,并据此发放规划许可,直接限定了该地块的开发权。

再次,对具体开发地块而言,无论是宏观的总体规划,还是微观的详细规划均在不同程度上决定了与之相毗邻土地的用途、强度和形态等要素,进而通过相邻环境与相邻关系影响到该地块的开发权收益预期。例如,毗邻的邻避设施或公园绿地等会影响到地块的开发价值。

由此可以看出,规划权或通过对开发权的直接限定,或通过对土地开发价值的影响等机制对城镇土地开发权进行干预或配置。

3. 我国现行制度中规划权与开发权的关系

基于我国的公有制,城镇建设用地为国家所有。政府通过征收的方式将集体所有土地转换为国有土地,并将其上设定的建设用地使用权(开发权)作为用益物权通过市场化的方式出让给开发主体。在这一过程中,决定土地利用用途、强度等参数的“规划条件”被列入土地出让合同。从土地使用权交易双方来看,交易的标的物除物理空间外,主要是由“规划条件”所界定的土地开发权。而“规划条件”则是由地方政府负责编制审批的控制性详细规划所决定的^①。事实上,从控制性详细规划引入我国的过程以及规划实践来看,其主要功能即是为建设用地使用权“定价”(谭纵波,2017)。

在2016年国务院颁布有关农村土地“三权分置”^②的基础上,2019年修订的《土地管理法》增加了有关集体经营性建设用地入市的条款,使得农村集体所有土地可以有条件地参与城镇开发活动,获得享有开发权的机会^③。根据这一规定,农村集体所有土地能否享有开发权的关键在于土地利用总体规划及城乡规划是否将其规划为工业、商业等经营性用途。所以,农村集体所有土地的开发权是由规划权直接赋予的。因此,农村集体所有土地实质上并不享有开发权,而必须由规划权赋予。规划权是集体经营性建设用地能否入市的决定性因素,占据了绝对主导地位。

4. 国土空间规划的权力架构

1986年《土地管理法》建立的建设用地审批制度、1987年深圳土地使用权首次拍卖、1988年《宪法》修订,增加“土地使用权可依法转让”的规定以及1998年《土地管理法》修订,确立依据土地利用总体规划进行土地用途管制等一系列事件,在承认土地开发权的同时也赋予了由政府主导的土地利用总体规划及其相关年度用地计划实质上的开发权赋权职能^④。2019年创立的国土空间规划体系继承了这一传统。

从规划权的角度来看,全国国土空间规划以城镇建设用地指标的形式生成开发权并向各省配置;省一级的国土空间规划则通过确定“三线”总体格局和重点区域使指标化的开发权初步具有空间属性;而市、县一级的国土空间总体规划则通过具体划定“三线”中的城镇开发边界,生成具有确切空间属性的开发权,从而完成伴随城镇建设用地指标自上而下传导的开发权从生成到落地的全过程^⑤。即将开展的控制性详细规划将进一步对城镇开发边界内的土地开发权在三维空间上进行详细配置。

从开发权的角度来看,获取城镇建设用地指标的途径主要有两个:一个是通过上述国土空间规

^①《中华人民共和国城乡规划法》第三十八条。

^②2016年国务院颁布《关于农村土地所有权承包经营权分置办法的意见》,将农村土地产权中的土地承包经营权进一步划分为承包权和经营权,实行所有权、承包权、经营权分置并行。

^③《中华人民共和国土地管理法》第三十六条规定“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途,并经依法登记的集体经营性建设用地,土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或个人使用,并应当签订书面合同,载明土地界址、面积、动工期限、使用期限、土地用途、规划条件和双方其他权利义务。”

^④1998年《中华人民共和国土地管理法》第四条规定“国家实行土地用途管制制度。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,控制建设用地总量,对耕地实行特殊保护。……使用土地的单位和必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地。”

^⑤“三线”指生态保护红线、永久基本农田、城镇开发边界等三条控制线,详见自然资源部2020年颁布的《省级国土空间规划编制指南(试行)》、《市级国土空间总体规划编制指南(试行)》以及中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于在国土空间规划中统筹划定落实三条控制线的指导意见》。

划分配获得指标;另一个是通过建设用地指标增减挂钩的方式获得额外指标。前者是合法获取开发权的主要手段,主要依赖上下级政府间的权力传导;后者是辅助手段,实际上是一种开发权交易,意味着开发主体在获取开发所需物理空间之外还需另行购置开发权。

不难看出,在国土空间规划所确立的规划权与开发权的关系中,开发权没有被认作为自然权利,即不承认土地天然具有开发权,开发权需要另行生成、配置或交易。但在实践中,开发权生成、配置或交易过程的依据和基本逻辑并不统一,主要依赖配置或交易时的现实状况。

5. 城市更新中的规划权力

与增量城镇开发过程中规划权处于绝对主导地位的情况有所不同,城市更新过程中所涉及的开发权以及规划权与开发权的关系更为复杂。由于城市更新的对象地区已经过开发,存在着事实上的开发权和拥有用益物权的主体,规划权无法忽视这种客观存在。以深圳城市更新单元为例,通过与政府的利益博弈,原住民的开发权作为既成事实在一定程度上得到认可,成为合法的用益物权,并形成了以此为基础的与规划权博弈和妥协的关系(汪越,2020;司马晓等,2019)。

但是,城市更新所形成的所谓政府、用益物权所有者(原住民)以及外部资本多赢的局面在博弈结果的方向上仍存在可商榷之处。因为这种规划权与开发权的博弈和妥协的结果趋向于大幅度增加更新区局部容积率等开发强度(周显坤,2017)。超额开发权(奖励容积率、转移容积率)等概念的导入表明更多的市场原则被采用,但市场机制作用下城市更新的负外部性增加也使得规划权目标产生了一定的偏移。

五、小结:城镇土地开发权与规划权展望

为适应改革开放形势下发展市场经济的现实需求,自1987年起我国逐步建立起以土地公有制为基础,建设用地使用权参与市场化城镇开发活动的体系。城镇建设用地的用益物权越过所有权涉及的议题,直接成为被规划权所限定的开发权。一方面,五级三类国土空间规划体系所形成的自上而下的规划权全方位、全过程地涵盖了从全国性的开发权生成到具体地块开发权赋权的各个环节,在开发权与规划权的关系中处于绝对的支配性地位,形成了规划的超级权力(super power);另一方面,包括土地所有权、用益物权在内的物权失去了私法上的主体地位,难以体现其作为市场要素的主动性。这种状况也可以在一定程度上解释为何围绕城镇建设用地指标的配置以及规划主导权(规划权)政府机构之间普遍存在博弈的情形。例如,上下级政府之间围绕城镇建设用地指标配置的博弈以及不同政府部门主导规划之间“多规并存”的现象。

为真正实现我国《宪法》所确立的社会主义市场经济,在城镇开发领域,一方面要明确并具体体现社会主义公有制下的物权主体地位;另一方面需处理好政府职能与市场机制的关系。从公法与私法的角度来看,开发权与规划权分属市场要素与公共政策的范畴,应分别由私法和公法对其进行调整并形成以前者为基础,后者为约束,分工明确,各司其职的状态。

具体而言,面对城镇开发活动中的公共利益与开发主体权益时,需考虑以下几个方面的问题:

1. 开发权的主体回归

城镇建设用地的开发权,作为用益物权本质上源自该土地的所有权,属于私法调整的范畴。政府在开发权的交易过程中具有两个重要的身份:一是作为市场要素交易的一方以利益最大化为目标,参与公平交易,接受私法的调整;二是作为公有制中全民所有土地的代理人,在完成国有资产保值增值的同时,尽到对全体国民(至少是本地市民)的财产托管义务。具体而言,开发权主体地位的回归意味着:首先,明确开发权在法律上的自然权利属性,土地公有制不再是一个抽象的概念,而是

借由开发权转化为一项具体的国民基本权利;其次,开发权作为市场经济环境下的经济要素具有更加明确的效率优先导向的评判机制,并成为可量度的财富积累指标;同时,不同政府部门的分工与绩效考核目标更加明确,因职能不清而导致腐败的环境得到改善。

2. 规划权的公权力边界界定

与政府行使土地所有权代理人时的情形不同,规划权因其具有强制性必须由政府以维护公共利益为目的,按照既定的公共政策目标,在公法所赋予的范围内,通过法定程序确定执行。其中,权力边界的界定以及对公共利益内涵的讨论尤为关键。当规划权未与开发权有意识区分时,所带来的问题除适用法律范畴难以界定、开发权主体地位缺失外,实践中也多以反面案例出现(叶嘉安,1993)。因此,必须明确,在开发权与规划权的关系中,作为自然权力的开发权是天然、普遍、无条件存在的;而与之相对应的规划权是人为设定的,只适用于特定空间内实现特定目标的有限情况下。

3. 规划体系与规划工具选用

规划是一个由不同层级、各种类型组成的体系,体系中的每种规划工具均担负着特定的职能分工。虽然发达国家的规划体系各不相同,但有一点是相通的,即对开发权做出强制性限制的规划无一例外都处于最基层,其效力需要通过繁琐的法定化程序确认或留有充分的行政和司法救济途径。宏观规划对开发权的整体性安排需要有综合、明确的调控目标、调控依据与方法以及自洽的调控逻辑。同时,开发权调控量化指标的生成需具有基于科学、合理预测的弹性,并保留充分的自下而上的反馈机制;而微观规划因其对开发权的强制性限定作用,既需要延续上位规划的政策方向,更应该留意规划工具在实施过程中的社会公平与技术理性,同时,尊重市场化开发活动的客观规律。未来我国国土空间规划体系的完善以及用途管制的落实也应遵循上述原则。

参考文献:

- [法]狄骥,2013:《公法的变迁》,郑戈译,北京:商务印书馆。
- [日]渡边俊一,1993:《「都市計画」の誕生—国際比較からみた日本近代都市計画》,東京:柏書房。
- [日]美浓部达吉,2003:《公法与私法》,黄冯明译,北京:中国政法大学出版社。
- 陈华彬,2018:《物权法论》,北京:中国政法大学出版社。
- 华生,2014:《城市化转型与土地陷阱》,北京:东方出版社。
- 林坚、许超诣,2014:《土地发展权、空间管制与规划协同》,《城市规划》第1期。
- 刘智慧,2007:《物权法与私法自治》,《中国政法大学学报》第2期。
- 彭雪辉,2015:《从发展权配置视角分析区划与控规制度的区别》,《城市规划》第6期。
- 鄯瑞卿,2014:《中国城市人口与城市建设用地的时空变化》,《城市规划》第5期。
- 史懿亭、钱征寒、杨远超,2017:《土地开发权的权利性质探究——基于英美的制度设计背景与我国的研究争议》,《城市规划》第8期。
- 司马晓、岳隽、杜雁等,2019:《深圳城市更新探索与实践》,北京:中国建筑工业出版社。
- 谭纵波,2017:《公共理想视角下的控制性详细规划》,中国城市规划学会学术工作委员会编:《理性规划》,北京:中国建筑工业出版社。
- 谭纵波,2007:《〈物权法〉语境下的城市规划》,《国际城市规划》第6期。
- 田莉、夏菁,2021:《土地发展权与国土空间规划:治理逻辑、政策工具与实践应用》,《城市规划学刊》第6期。
- 汪晓华,2019:《土地发展权与土地利用规划权关系之法理释明》,《河北法学》第12期。
- 汪越、谭纵波,2019:《英国近现代规划体系发展历程回顾及启示——基于土地开发权视角》,《国际城市规划》第2期。
- 汪越,2020:《规划体系中的土地开发权研究——国际经验与中国实践》,博士学位论文,清华大学。

- 王兰萍,1997《论我国土地使用权与用益物权》,《山东师大学报》(社会科学版)第2期。
- 叶嘉安,1993:《土地使用权出租与城市规划》,《城市规划》第1期。
- 朱庆育,2016:《民法总论》,北京:北京大学出版社。
- 周显坤,2017:《城市更新区规划制度之研究》,博士学位论文,清华大学。
- B. Cullingworth, V. Nadin & T. Hart, 2015, *Town and Country Planning in the UK*, London and New York: Routledge.
- J. S. Kayden, 2000, *Privately Owned Public Space: The New York City Experience*, New York: John Wiley & Sons, Inc.
- M. A. Wolf, 2008, *The Zoning of America: Euclid v. Ambler*, Lawrence, KS: University Press of Kansas.

(责任编辑:刘利平)

The Actual Entanglement Between Urban Land Development Rights Planning Power from the Perspective of Public and Private Laws

TAN Zongbo

Abstract: After the reform and opening up, China's urbanization has been greatly improved. In this process, with the legal status of the land use rights established in urban development, its nature as a usufruct has been widely recognized and accepted by the land market; on the other hand, although its characteristics as a development right have been widely recognized in the practice of urban and rural planning, but limited by the ideology of the land's public ownership in China, the discussion on the development rights and the mechanism of forcing planning power on the development rights is not sufficient. In the field of urban development, many contradictions and problems between the different levels of the government, between the different departments of the government, and between the government and society, such as the gaming on the acquisition of construction land quota, "multi-plan coexistence" and "land finance", are all rooted in unclear understanding of the nature of land development rights and planning power, lack of theoretical research on it, and ambiguous application of different types of laws. In light of these inadequacies, this article attempts to examine urban land development rights and planning power from the perspective of public law and private law, analyze the differences and relevance between the two, and put forward suggestions for determining the functions and responsibilities of the government and formulating a framework of planning logic for urban land development.

Keywords: urban land development rights; planning power; public law and private law; urban and rural planning; territorial spatial planning

About the author: TAN Zongbo, PhD in Engineering, is Professor at School of Architecture, Tsinghua University (Beijing 100084).