



Southwest University
of Political Science
and Law

西南政法大学

经 济 法 学 系 列

李昌麒 主编

土地用途管制法律制度研究： 以土地用途管制权为中心

On Land Use Control Legal System:
Focus on the Power of Land Use Control

郅永昌 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



中国社会科学出版社
CHINA SOCIAL SCIENCES PRESS

中国社会科学出版社

土地用途管制权为中心



土地用途管制法律制度研究

以土地用途管制权为中心

On Land Use Control Legal System:
Focus on the Power of Land Use Control

田文海等著

中国社会科学出版社
CHINA SOCIAL SCIENCES PRESS

1

西南政法大学

Southwest University
of Political Science
and Law

经 济 法 学 系 列

李昌麒 主编

土地用途管制法律制度研究： 以土地用途管制权为中心

On Land Use Control Legal System:
Focus on the Power of Land Use Control

郜永昌 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

土地用途管制法律制度研究:以土地用途管制权为中心/郜永昌著. —厦门:厦门大学出版社, 2010.5

(西南政法大学经济法学系列/李昌麒主编)

ISBN 978-7-5615-3582-0

I. ①土… II. ①郜… III. ①土地管理法-研究-中国 IV. ①D922.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 118650 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:11.75 插页:2

字数:210 千字 印数:1~2000 册

定价:20.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

· 丛书总序 ·

中国经济法学作为一门新兴的学科，经过广大法律学人的苦苦探索，已经走过了从无到有、从不成熟到逐步成熟的发展历程。现在，经济法作为与行政法、民法、刑法、诉讼法以及社会法等并行不悖的独立的法律部门，已经得到了立法的确认，对此法学界也达成了基本的共识。

20 余年来，广大法律学人坚持改革开放路线，紧扣时代脉搏，围绕着经济建设这个中心环节，把经济法理论和实践扎根于我国现实的经济土壤之中，并借鉴其他市场经济国家在法制实践中所形成的共同的法律文化，辛勤耕耘，求实创新，不断开拓进取，使经济法在我国法学百花丛中蓓蕾初绽，繁花似锦，硕果累累。这极大地促进了我国经济法理论和实践的发展，推动了整个中国法学的繁荣，并为世界法学界所瞩目。但是，经济法作为一门发展中的学科，仍然存在许多不成熟的地方，还需要广大法律学人更多地培育，才能更好地成长。正是怀着这样一种愿望，西南政法大学经济法学科作为教育部确立的国家级高等学校重点学科点，一方面想为广大经济法理论和实务工作者展示学术研究成果和进行学术交流提供一个平台，另一方面也想为西南政法大学经济法学科建设开辟一个新的学术阵地，为此，我们与厦门大学出版



社共同策划出版《西南政法大学经济法学系列》。

对于怎样编辑这套丛书,我们除了遵循学术性、实践性和开放性的宗旨之外,还有一个重要的思考,就是要使这套丛书能够适应经济法理论界、实务界和教学界等多方面的需要,力求使本丛书以其广泛的适应性以饕读者。因此,本丛书拟由三个部分构成,既包括学术专著,又包括教材和案例。学术专著主要来源于经济法博士论文。考虑到我国现在有七个经济法博士授权点,每年都要产出一批具有一定开拓性、前沿性和创新性的优秀博士论文,如果这些成果尘封在作者的抽屉里,无疑是对知识财产的一种浪费。这套丛书可以为这些博士论文的发表提供一个载体。对于教材,我们是这样思考的:学生知识首先来源于教材,从某种意义上讲教材是构筑学生知识大厦的基石,没有理由不重视它。我们之所以把教材也列为这套丛书的重要组成部分,也正是基于这种考虑。我们认为,教材与科研应该是彼此依赖、相辅相成的,教材的写作过程也应当是进行科学研究的过程。经济法作为一门新兴的法学学科,其教材的编写不能仅仅停留在简单地重复已有的教材内容的基础上,要力图避免编写那些没有任何新意和创见的“拼凑式”的教材。因此,本丛书将按照这个原则选择或者组织出版那些适合本科生和研究生研习的优秀教材。对于案例,我们考虑到:从总体上讲,国内现有的经济法案例图书与其他法学学科的相比,仍然嫌少,以致在教学和实践中,很难找到足够的经济法案例。为此,我们将有意识地采取教师与实际部门人员相结合的办法,将现实生活中存在的大量的、鲜活的、具有典型意义的经济法案例精选成册,其形式既可以是案例评析,也可以是案例教程,以此弥补过去运用案例进行经济法教学之不足。

需要说明的是,本《经济法学系列》含涉外经济法系列,它将以专集的形式出版;本丛书中各种类型的著述的出版并不完全按照经济法学体系结构的顺序出版,而是成熟一部,出版一部。我们热忱地欢迎全国的经济法学同仁们惠赐佳作,为经济法学的进一步发展和繁荣,携手共进!

李昌麒

2005年元月于重庆

序

相对于 13 亿人口来说,中国的土地资源是相当稀缺的。按照经济学原理,资源的稀缺性越高,人们对资源的争夺就越激烈。在没有外力干预的情况下,对资源的争夺便不可避免地使资源的利用处于无序状态。因此,基于土地资源的高度稀缺性,必须对土地的利用进行国家干预,这首先是维护土地利用秩序的需要。

在某种资源具有高度的稀缺性,而人类社会对该资源或利用该资源的产出物具有普遍需要的情况下,要使人类的需求得到充分满足,就必须着力提高该资源的利用效率。资源利用效率的提高首先取决于资源的配置是否能够得到优化。在人类社会的历史中,对于土地资源而言,不同的时代有不同的基础配置方式,但无论是哪个时代,土地资源的配置都没有逃脱权力配置与市场配置这两种基本的形式。由于不能保证权力拥有者全能、全知和至善,因此,单纯通过权力对土地资源进行配置,不可能实现最优化,因而,也不可能保证土地利用的高效率。经济学的理论反复证明,市场是有效率的,以市场作为配置土地资源的基本手段,可以实现资源配置逐步趋于最优化。但是,由于信息不均衡,市场的垄断化趋势、外部性等因素的影响,市场往往不能有效的发挥作用,故而会出现失灵。由于市场失灵是市场自由运行不可避免的,因而,它不可能通过市场本身自行调节而得到矫治。要克服市场失灵,仍然要借助外力的作用,而这种外力最典型的形式仍然是权力。因此,市场企图摆脱、排斥权力,然而,当市场失灵或者说要防止市场失灵,又必须借助权力。因此,国家作为公共权力的代表对于土地利用进行干预,也是实现土地利用效率的需要。

土地是人类的承载者,也是满足人类社会各种物质需求的基本来源。人类生产、生活所需的几乎所有生产资料和生活资料都可以最终溯源至土地。在一个封闭的国度,国民的各种需求要得到普遍满足,必须对各种需求进行分类,并在此基础上统计各类需求的总量,然后,根据各类需求的总量和单位土地生产某类产品的生产能力,对土地的用途进行划分,并按照划分的用途经营

各类土地。假若分配于各种用途的土地产出恰好能满足每个社会成员的各种需求,此时,任何一块土地没有按照既定的用途利用,都至少会出现两种以上的土地产出物供求关系失调。也就是说,至少有部分人的某种需求将得不到满足,而满足另一种需求的某种产品会出现过剩。正因为如此,自古以来,土地便存在田与地的划分,而田地又根据不同的用途分为各种类型,如谷田、果田、桑田、茶田等等。且这些区分不是民间自发的,而是通过法律强制的。之所以如此,道理很简单,如果所有可以耕种的土地都用来种茶叶,那么,大部分人就会因为没有粮食而饿死。如果所有的土地都用来种粮食,则可能大量的人会因为因没有衣穿而冻死。这表明土地用途管制自古有之,只不过在古代社会并没有使用用途管制的字眼罢了。

诚然,在现代社会,情况已经发生了很大的改观。科技的发展,使得人们利用资源的方式也发生了变化,我们可以不种棉花、蚕桑而仍然穿得很暖(如生产各种化纤衣料);而且,现代的社会也不再是一个封闭的或接近封闭的社会。即便某一国家所有的土地都不种粮食而种果树,这个国家的人仍然可以通过将水果销往其他国家而用销售水果获得的金钱购买足够满足其所有国民需要的粮食。在经济全球化的今天,全球范围内的大市场使得我们可以在世界范围内对土地资源的利用进行专业化分工,从理论上说,只要全球范围内各种土地产出物的供应量与全世界人对各类土地产出物的需求量保持平衡,那么,每个人的各类需求也都有可能得到满足。但是,这只是一种理想的假设。如果我们不考虑交易的成本,不考虑人类需求满足对时间的严格要求,不考虑各种商品空间转移的时间消耗和商品本身可能的损耗,这种假设是接近现实的。但实际的情况是,当水果卖出时,拿到钱的人可能买不到足够的粮食(如需求国与主要粮食生产国之间关系紧张或处于战争状态),或尽管买到了足够的粮食,但是,将粮食送到每一个需求者的过程也可能存在很多障碍,这些障碍可能是自然的(如恶劣的气候、自然霉变等),也可能是人为的(如海上封锁)。当粮食不能按时运送到某个需求者手中时,他就只能忍饥挨饿。

中国是一个拥有 13 亿人口的大国,对土地本身以及各种土地产出物有着巨大的需求,对任何一种构成中国人普遍、基本需求的土地产出物,我们都应当立足于国内生产获得供求的基本平衡,至少我们应当保证国内土地能够具备产出满足相当需求的生产能力。只有这样,中国的经济运行和人民生活才能得到基本的安全保障。忽视了这一点,便是对中国命运和人民生命安全掌控权的放弃。在市场经济条件下,如果我们完全放弃了对土地用途管制,听

凭市场机制的自发作用,便可能出现土地利用的结构性失调,并进而出现土地产出物供求关系的失衡,中国经济便不可避免地会陷入被动受控的处境。因此,土地用途管制实际上是建立在土地及土地产出物供求平衡的客观需要之上的。它是国家以法律形式保障土地按照规定的用途进行利用,从而确保土地及能够满足社会生产、生活需求的基本土地产出物供求平衡的基本制度。它通过法律对各种土地的用途进行划分,通过法律的遵守和执法机构的执行行为保证各种土地利用关系主体能够按照规定的土地用途利用土地。由于其对土地利用宏观供求平衡的调节作用,因此,从某种意义上说,土地用途管制实际上是土地利用关系方面起基础调节作用的宏观调控法律制度。这种制度所体现的基本政策目标,就是在全国范围内实现土地及土地产出物供求平衡。

要实现土地资源的有序、高效利用,市场这只“看不见的手”和政府这只“看得见的手”必须同时并用。我以为,在市场经济条件下,对土地利用层面的干预应当以维持市场的有效性为第一要务,政府应当对土地的利用实施积极的干预,但这并不是说以公共权力来取代市场,政府应当通过公共权力的运用,消除影响市场充分发挥作用的各种因素,保证市场在土地资源配置(在土地利用层面)能够正常地发挥作用。市场机制可以使每一个土地利用者通过逐利行为而达致土地的高效率利用,而公共权力则可以维持市场机制持续、正常的发挥作用,并保证土地资源与土地产出供求关系的宏观平衡。因此,公共权力对于土地利用的干预必须是适度的。为了保障政府干预的适度性,我们就需要根据经济规律,通过法律对市场与政府的作用空间进行界定。土地用途管制权实际上是法律在土地利用领域界定市场与政府作用空间的必然结果。它既是土地用途管制制度的必要内容,又是实现土地用途管制基本政策目标的保障。它一方面可以使政府有关部门获得合法的权力,在发现不按法律规定的用途利用土地时,及时制止这种行为,保障土地用途管制宏观政策目标的实现;另一方面,通过对政府权力范围和运行程序、规则的界定,也可以有效地防止政府部门滥用权力,侵害土地利用者的正当利益。

土地用途管制问题很早就引起了我国法学界的重视,从法律视角对土地用途管制进行研究至今也取得了丰硕的成果。但从管制权角度切入研究土地用途管制问题的研究成果仍不多见,这本著作对此进行了有益尝试。本书的研究视角是值得肯定的。我一直认为,对土地按用途进行划分并按照划分实行用途管制的问题是一个事关国计民生的重要问题,与此有关的制度设计,特别是有关政府土地用途管制权制度的设计,不仅关乎用途管制基本政策目标

的实现,也关乎几乎每一个公民和法人的利益。现代经济、社会的发展,对土地用途管制提出了更严格的要求,就土地用途管制权制度而言,其涉及的一些基本问题,如土地用途管制权的设置、分配、权力的行使方式、权力运行的程序、以及权力滥用的防止等等,都是值得认真思考和深入研究的。本书在不同程度上对这些问题都进行了认真的讨论。此外,民法土地权利制度,特别是土地用益权制度,实际上也具有实现土地用途宏观控制的功能,物权法中的土地使用权、农村土地承包经营权等土地用益权的划分都是以土地用途为基础的。严格保护这些土地权利合法的行使也是实现土地用途管制基本政策目标的重要途径。公共权力在此方面有何作为?应如何作为?应在哪些方面受到土地权利的制约?在实现土地用途管制基本政策目标方面,土地权利与管制权力如何协调?对于这些问题,作者在本书中虽有一定的涉及,但还需要作进一步深入的思考。

郜永昌曾是我指导的博士研究生,2008年已顺利通过博士论文答辩,获得法学博士学位,现在西南政法大学经济法学院任教,本书是在其博士论文的基础上形成的。应他邀请,谨作此序,以为共勉。

许明月

2010年5月于西南政法大学渝北校区

目录 CONTENT

丛书总序/1

序/1

第一章 导论/1

第一节 土地资源配置概述·····	1
一、土地资源配置的两种方式·····	1
二、市场化改革对土地资源利用方式的影响·····	2
三、本研究的实践意义·····	6
四、本研究的理论意义·····	7
第二节 文献综述·····	12
一、管制经济学文献综述·····	12
二、法学视野中的管制范式研究·····	18
三、土地用途管制文献综述·····	22
第三节 研究方法与研究目标·····	28
一、比较分析方法·····	28
二、经济分析方法·····	28
三、研究目标的限定·····	29
第四节 本书结构·····	31

第二章 概念论:基础理论与基本概念/32

第一节 基础理论	32
一、管制理论	32
二、外部性理论	33
三、产权理论	35
四、资源配置理论	37
第二节 概念界定	38
一、土地的概念	38
二、土地的用途	39
三、管制及相关概念	39
四、土地用途(使用)管制	41
第三节 管制规范的初步梳理	43
一、农村土地用途管制规范	43
二、城市土地用途管制规范	48

第三章 比较论:土地用途管制法律规范的初步比较/54

第一节 美国土地用途管制法律制度	54
一、制度背景	54
二、农地使用管制法律制度	55
三、城市土地使用管制法律制度	56
第二节 加拿大土地用途管制法律制度	58
一、土地利用规划体系	58
二、土地使用管制法律制度的实施	59
第三节 日本土地使用管制法律制度	60
一、农地使用管制法律制度	60
二、城市土地使用管制法律制度	61
第四节 我国台湾地区土地使用管制法律制度	62
一、综合开发计划	62
二、区域计划	63
三、都市土地使用计划	64
四、非都市土地使用计划	64

第五节 域外经验对我国的启示	65
一、管制法律的公共性	65
二、管制规划的协调性	66
三、管制手段的综合性	66
四、管制目标的多重性	67

第四章 限制论:土地用途管制权的属性分析/68

第一节 土地的三重属性与土地用途管制	68
一、土地的三重属性研究	68
二、土地用途管制权概述	72
第二节 土地用途管制权与公共利益	74
一、公共利益的辨析	74
二、土地用途管制权的具体公益目标分析	84
第三节 土地用途管制权的经济与法律属性分析	88
一、经济属性:土地宏观管理者产权	88
二、法律属性:宪法性土地公权力	89
第四节 土地用途管制权的限制类型与限制形式	91
一、限制的类型:内部限制与外部限制	91
二、用途限制的具体形式	92
三、我国的土地用途限制类型	93
第五节 本章小结	93

第五章 保障论:现有土地权利的保障与保护分析/94

第一节 作为基本权的土地财产权	94
一、财产权的两种定义	94
二、财产权的双重保障	95
三、其他国家与地区的财产权保障规范	99
第二节 作为私法上的土地权利	102
一、现有土地民事权利体系及其保护内涵	102
二、依据财产权保障模式对现有土地民事权利的划分	106
第三节 本章小结	106

第六章 冲突论:土地用途管制权与利用权的冲突/107

第一节 冲突概论	107
一、冲突的定义与表现	107
二、权利冲突的典型案列	110
三、冲突的危害	113
第二节 冲突中的土地产权:基于经济分析的角度	114
一、产权应具有的特性	114
二、对我国土地产权分割的进一步观察	115
三、产权分割与管制权行使的困境	117
第三节 冲突的实例分析(一):收回土地使用权	118
一、国有土地使用权收回权分析	118
二、集体经济组织土地使用权收回分析	121
第四节 冲突的实例分析(二):农村土地征收	122
一、新中国成立以后的土地征收权的变化	122
二、现有土地征收权制度容易导致管制权与利用权冲突激化	126
第五节 本章小结	127

第七章 行使论:土地用途管制权的行使要件分析/128

第一节 管制权行使的实体要件:以美德两国为例	128
一、管制权行使的实质界限	128
二、美国与德国关于管制限制财产权的研究范式	136
第二节 我国土地用途管制权的行使要件	139
一、实质要件	139
二、形式要件:参与和同意要件	142
第三节 我国土地用途管制权的实现机制	144
一、规划权作为管制权行使的依据	144
二、许可权作为管制权行使的中心	145
三、处罚权作为管制权行使的保障	149
第四节 小结	150

第八章 替代论:土地用途管制替代机制研究/151

第一节 管制替代机制概述.....	151
一、刚性管制措施的局限性	151
二、管制替代机制概述	152
第二节 土地发展权转移.....	153
一、土地发展权的产生与概念	153
二、土地发展权的权利位序	155
三、土地发展权的初级运用:土地发展权补偿.....	156
四、土地发展权的深层运用:TDR 机制	157
第三节 建立农业保护地役权.....	159
一、地役权的功能	159
二、农业保护地役权的主要功能	161
第四节 本章小结.....	162

第九章 结论:我国土地用途管制法制检讨及建议/163

第一节 建立以管制权为中心的土地用途管制法律制度.....	163
一、从管制权运行机制的角度完善土地用途管制规范	164
二、弱化地方政府违反管制规范的经济动因	166
三、建立第三方监督机制	167
第二节 财产权保障与限制的平衡:补偿制度的构建	167
一、征收概念的扩张:财产权剥夺与财产权限制.....	167
二、合法权益损失补偿案件的类型化	168

后 记/173

第一章

导 论

第一节 土地资源配置概述

一、土地资源配置的两种方式

土地作为一种稀缺资源,如何在不同用途之间实现合理配置,使其最大限度地满足人们的各种需要,是土地使用者与政府所共同关心的问题。对于土地使用者而言,在土地无偿使用的情况下,往往不会考虑土地使用的成本问题,他们更关心其他变量投入的回报效益,不可避免会产生土地资源浪费与闲置的情况(如农村宅基地浪费情况)。在实施土地有偿使用制度后,土地的稀缺性决定了土地使用者为获得土地使用权必须付出较高的费用,在取得同样经济效益的情况下,土地使用者必然会权衡是多用一些土地资源还是少用一些土地资源,或者用其他资源代替,土地使用者也必然会考虑如何计划使用土地,将土地投入何种用途,以实现其利益最大化。对政府而言,土地利用的经济效益与个别土地使用者的个人效率显然存在差别,个别土地使用者所追求的土地利用效用最大化并非整体社会效益的最大化,对于一定区域而言,其土地利用的功能与效用取决于土地利用的整体功能而非个别土地的功能。所以,土地资源配置必须解决好两个问题:合理地各种竞争性用途之间分配土地资源及提高土地资源的整体利用效率。^① 为了解决好土地资源的整体配置效率问题,必须由政府土地用途进行管制,此种管制的范围既包括农村土地也包括城市土地。农村土地内部的管制可以分为农地内部的管制(包括基本农田变更用途管制、耕地转换为非耕农用地的用途管制)与农地向非农用地的

^① 陈利根:《土地用途管制制度研究》,南京农业大学 2000 年博士学位论文。

转用的管制(包括农地向农村集体建设用地的转换及农地向城市建设用地的转换)。城市内部的土地用途管制则包括公益用地向非公益用地转换的用途管制,城市内部非公益用地内部的土地用途管制(如将工业用地转换为商业用地)。因为农村土地利用与城市土地利用存在如下关系,所以必须对城市土地与农村土地两者之间用途的转换进行管制:(1)城市与农村物理上相互毗连,使城市土地与农村土地必然在总量上呈现反相关关系。城市土地的范围越宽,则农村土地的范围将会受到限制(城市侵蚀农村);(2)城市土地使用方式与农村土地的使用方式也存在相互联系。农村土地所具有的生态环境与开放空间等正外部性可能会影响到城市土地利用,而城市土地高产业集聚度、级差地租收益同样会给农村土地利用带来影响(如城乡结合部);从负外部性角度来说,农村土地对城市土地市场的土地供应(集体建设用地供应)将会影响城市房地产市场,影响城市土地的收益;而城市土地如工业用地所带来的污染可能会给农村土地带来负外部性(如水污染、空气污染或土地污染等)。土地用途的转换必然伴随着土地的用途的变化与开发强度的变更。若没有管制制度的约束,则土地使用权人基于利益激励与市场引导,可以任意变更土地用途,从而使土地使用效率提高到市场所能允许的极限(最优配置水平),但个体资源配置水平并不代表能够达到社会配置的最优水平。市场配置土地资源在某些层面与程度将会出现严重的市场失灵,从而危害社会公共利益。所以政府必须控制土地转用的程度、次序、条件。

从我国土地资源利用制度历史沿革来看,计划经济下所形成的“分级限额审批制”是将土地审批权限赋予各级地方政府,无法达到节约与集约利用土地的目的,而转为统一的土地用途管制制度——分级限额审批制——的制度创新就是为了克服农村土地向城市土地的无序转换,达到节约土地资源的目的。

综上,土地资源配置的方式主要有两种形式:即通过公共权力配置土地资源与通过市场配置土地资源,对于两者的研究构成了土地资源配置与利用的主要研究范畴。

二、市场化改革对土地资源利用方式的影响

(一)以公共权力的方式配置资源缺乏效率

新中国成立初期,我国主要采取计划的方法配置土地资源,此时明令禁止国家土地的市场流转。如1954年2月,中央在对地方“以土地换取建设资金”