

土地规划管理改革： 权利调整与法治构建

党国英 吴文媛*

内容提要：我国土地规划管理从理念到体制运行，均存在重大缺陷。规划制定缺失以人为本的理念，支撑规划管理的土地所有权制度过于意识形态化，规划管理权限过于集中，规划的技术性规范过于机械刻板等问题突出，致使我国土地资源浪费严重，国民居住品质差，城乡景观千篇一律、僵化呆板。今后要调整土地规划理念，树立以人为本的新的土地规划理念，探索“消极规划”技术模式，并通过深化土地规划管理体制改革以及其他配套改革，解决上述问题，促进我国土地利用规划管理的民主化、法治化和科学化。

关键词：所有权 土地利用规划 消极规划 土地规划管理改革

一、问题的提出

本文所谓土地规划，是政府或其他公权机构对一定区域内土地利用的目的、方式所作出的一系列约束性规定；土地规划管理制度，是指政府或其他公权机构针对土地规划的制定、实施及监控所设置的权力空间，以及不同层级政府之间对这种权力的分配关系。由这种管控，土地的市场化利用所产生的公共性问题有可能得到解决。

土地规划管理制度改革是土地制度整体改革的重要组成部分。土地制度改革包括三大方面：一是明晰土地产权；二是推进土地要素的市场化；三是变革政府土地管理体系。中共十八届三中全会的改革决定主要涉及前两个方面。其实，变革政府土地管理体系，包括土地规划管理体系，也十分重要。

我们认为，政府土地规划管理体系必须重构，但简单地取消中央政府的土地规划管理权力并不可取。改革的方向应是理顺围绕土地资源所形成的各方面利益关系，改变目前严

* 党国英，中国社会科学院农村发展研究所研究员；吴文媛，雅克兰德设计有限公司首席规划师。
在此文撰写初期，党国英曾受邀在天则研究所的双周讨论会上就本文主题做了讲演，与会者郑振源、张曙光、盛洪、赵农、杨俊峰、刘业进、程雪阳等先生提出了宝贵意见，刘业进教授对本文初稿提出过重要意见，笔者在此特别致谢。

重不合理的土地规划管理权配置格局，建立适应市场经济要求的政府土地规划管理体系。现行政府土地规划管理体系的主要弊端，一是权力过于集中，指令性指标作为主要管理手段，极大限制了地方政府合理利用土地资源的主动性；二是政府土地规划管理的参数不科学，影响土地利用效率；三是地方政府事实上尚无力按照市场经济的要求行使土地规划管理职能，土地管规划理法治化的条件与现实要求严重不相匹配。

目前，产权改革、市场机制建立与政府土地管理体系调整三个方面处于相互依存状态，任何一方面改革滞后，其他改革也就不能真正到位，甚至不能有关键突破。土地产权改革不到位，就不可能形成为自己利益负责的市场主体，土地要素市场也不会真正按市场运行。反过来看，即使加大力度推进土地产权改革，例如，实现农村产权改革长久不变，给农民颁发相关证书等，如果不能形成健全、统一、平等的土地市场，产权价值也将大打折扣，产权明晰也就没有意义。同样地，政府土地管理体系不调整、不改革，土地产权改革与土地市场体系建设也会丧失意义。本质上说，政府的土地管理权其实是对产权的一个分割。政府权力过大，或行使权力过程中不确定性过强，都将极大增加土地市场的交易成本，甚至使土地产权贬值，土地市场发生扭曲。

上述三方面的改革要大体同步，但突破口应是政府的土地规划管理改革。在土地规划管理改革思路不明确的情形下，土地产权改革难以放开手脚。中共十八届三中全会决定发布以后，土地改革方案引起较大争议。按照中央决定，未来将形成城乡统一的土地要素市场，农民土地财产权的保护强度将通过一系列改革举措得以提高。中央决定发布不久，有关部门的负责人指出，“在土地利用和农地规划的领域里市场不能起决定性作用”，〔1〕农村建设用地不能全部进入市场，进入市场的只能是所谓“经营性建设用地”。〔2〕此类解释引起了较多争议。〔3〕我们认为，针对土地市场过度开放后会导致农地被大量占用的担忧有现实依据。文献表明，即使在欧美法治比较健全的国家，如果没有高层政府的规划管理约束，这种情形也会发生。〔4〕若没有政府的土地规划管理合理建构，土地产权改革不易推进。本质上说，政府的土地规划管理权是对土地产权的一种分割，此项权利的配置意味着关于土地的私权与公权的边界划分。这个边界划分不清楚，整个土地产权改革及土地要素市场自然难以建立。总之，我国土地制度改革的当务之急是改革土地的规划管理体制。

二、土地规划管理改革的依据

我国土地规划管理存在的诸多问题的根源，是土地规划管理理念陈旧，方法落后，制度与法治的要求不匹配。重新审视土地规划管理的理念，理清土地规划管理赖以运行的科

〔1〕 见《陈锡文讲“平衡”》，《21世纪经济报道》2013年11月21日，http://epaper.21cbh.com/html/2013-11/21/content_83730.htm?div=-1，2014年9月9日访问。

〔2〕 见《陈锡文：不是所有农村土地都能进入到建设用地市场》，<http://theory.people.com.cn/n/2014/0306/c148980-24548971.html>，2014年9月9日访问。

〔3〕 有关争议较为详细的讨论，见文贯中：《用途管制要过滤的是市场失灵还是非国有土地的入市权》，《学术月刊》2014年第8期。

〔4〕 [美] Daniel R. Mandelker：《美国土地利用管理：案例与法规》，郅文聚等译，中国农业大学出版社2014年版，第381页。

学依据与法治基础，是土地规划管理改革的前提。

（一）土地规划的人本主义要求

以人为本，作为发展社会经济要求的一般原则，同样必须体现在土地规划管理上。但从现实看，这一原则在土地规划管理中并未得到很好体现。目前，在官方文件中，我国土地规划管理的总要求是“节约集约”利用土地，人本主义理念没有得到明确表达。

土地规划的人本主义原则主要体现在以下几个方面：

第一，在尊重个人利益的前提下满足公共利益要求。

在我国目前的城市化浪潮中，大面积现存居住区被规划为非居民区，因强行征地、强行拆除民房而导致流血的恶性事件常见，其中，“公共利益”往往被相关方用以论说强征强拆的正当性。然而，当代法治健全国家也会有经济开发，也会有城市建设，但这些活动都不能成为强征强拆的理由。通常，交通枢纽等重要控制性设施会先于城市建设，购买土地的市场价格不高。政府出价不仅高于市场价格，还会考虑购买行为对周边利益相关人的影响。一些国家虽然也规定，在关键控制性公共设施建设选择地点有唯一性、不可更改时，政府可以按严格程序强行购买，但现实操作中因为补偿到位，强行购买极少发生。^{〔5〕}对于此种情形以外的其他建设用地，政府会仅仅出台“负面清单限制”，给土地的所有者以选择权利，绝无强行购买的理由。政府不需要担心一条街道上有几个“钉子户”而妨碍城市景观建设。即使多数议员或百姓认为一个“钉子户”的行为会引致城市景观不是他们所喜欢的，他们也不会祭出“公共利益”的旗帜，采取“拔钉子”的极端行为。因为人们懂得，公共利益极容易成为多数人的话语霸权，它一旦依赖牺牲少数人的权利实现，最终会有越来越多的人逃不过“少数人的命运”。

第二，土地规划管理要为人的空间生存品质保障提供条件。

人的空间生存品质决定于不同活动方式所要的空间半径。饮食起居、哺育儿女需要房屋内活动空间，熟人交往需要房屋外院落空间。这两个层次构成人的私密空间。第三则是社区活动空间，它满足人的日常生活交易的需求。第四是人的通勤活动空间，形成人在生活地与生产地之间的半径。最后是公共合作空间。在公共合作空间里，人们通过一系列制度安排，实现土地的多重功能，满足各类各层次社会共同体对土地资源提出的生态安全、景观美丽的需求。

目前，从这个角度看，我国的土地规划管理问题实在太大了。一方面，我国个人或家庭的私密空间受到严重挤压。大部分城市居民没有独栋房屋，特别在东部人口稠密区，城市居民区占城市建成区的面积平均在26%左右，^{〔6〕}而国外大都市的同一指标约为45%。^{〔7〕}日本东京，城市建成区（不包括自然公园）占城市辖区总面积57.7%，住宅用地占城市建成区的面积59.2%，其中独立住宅区（即独栋住房区域）占地比重33%，集合住宅（即楼房）占地比重26.2%。^{〔8〕}另一方面，我国城市公共部门占有土地在城市建成区所占的比重

〔5〕 见党国英：《苏格兰土地制度改革及其对中国的借鉴意义考察》，载中国社会科学院农村发展研究所宏观经济研究室编：《土地制度改革：国际比较研究》，社会科学文献出版社2010年版。

〔6〕 见天则经济研究所课题组研究报告：《行政部门配置资源的效率与公正研究》（内部刊印），2013年。

〔7〕 见石忆邵等：《国际大都市建设用地规模与结构比较研究》，中国建筑工业出版社2010年版。

〔8〕 东京都都市计划局编：《东京之土地利用》，2011年，第8页。

则较大,比国外大都市的占比要高出约25%以上。这种情形严重影响居民的身心健康,背离世界通行的以人为本的土地规划理念。

第三,在人与自然的关系中体现以人为中心的规划理念。

在土地规划管理中,存在一种极端的“绿色主义”,夸大人的活动对自然环境可持续的影响,主张用土地规划约束人的耗能活动,压缩人的经常性活动空间半径。这种理念表现在规划规范上,便是主张高密度居住,以高层楼房为主要居住载体,并最大限度地减小通勤距离。事实上,人类的进步是一个人与自然的调适过程,人类目前已经进入一个自觉与自然环境相调适的时代。高耗能主要与工业生产的规模有关,而随着节能技术的进步以及经济结构的调整,经济体系的耗能及排放水平已经大大下降,土地规划可以在人类居住品质提高与环境保护之间找到平衡点。

(二) 财产权分立是确立土地规划公正性的基础

土地规划本身具有公权运行的性质,如果土地财产权也具有公权性质,则会使土地资源的利用绝对集中于公权之手,这势必给针对土地的公权滥用提供温床。

两条有关财产与服务的基本行为规则构成当代人类文明的基础。一是在财富生产与分配的竞争性领域,谁投入谁获益,公权不得与民争利,不得从民众那里猎取经营性资产。二是在公共领域,凡是利益相关的居民都应平等享有公权所提供的公共服务,不得有任何歧视。前一原则的实施必须以产权明晰为前提,只有以此为保证,国家才有活力,经济才能繁荣。后一原则的实施必须以公权合理设置为前提,社会藉此才能和谐,弱势阶层的基本利益才能得到关照。将这两个原则应用到土地规划管理中,就是要允许居民在经营性领域拥有必要的土地财产权,在设定底线用途的前提下,让他们自主决定土地的利用方式,自主按照市场原则交易土地权利。同时,由此引起的某种社会不平等,由公共资源的再分配加以弥补,公权机构不去直接干预经营性领域的土地利用方式。惟其如此,土地资源才能得到高效永续利用。〔9〕

前述第一原则,要求把财产权类型的确立当做一个技术性问题来处理。产权理论研究表明,产权关系的类型与技术发展的技术类型有密切关系。例如,在农耕文明时期,土地产权不仅满足私人物品生产的需要,还要满足公共品供给的需要,所以无论东方还是西方,除无人、少人的土地由君主所有外,一般的耕地都有可能划出一部分做“公地”。进入工业文明时期后,政治家有了解决公共品供给问题的新手段,创立了公共财政,一般不再会将耕地划出一部分作为“公地”来满足社会的公共品需求。现代社会可以有公地,但它不会是耕地。如果哪一个国家将耕地拿来满足公共需求,意味着这个国家还处于农耕文明时期,或者意味着这个国家的产权制度设置不合理。一定的产权当然对社会平等有影响,但大规模否定在历史上长期存在的产权关系,常常不能增进平等,更导致效率的巨大损失。

所有权在本质上反映人与人之间的关系。通常,产权的私人所有意味着私人之间达成

〔9〕关于财产权利的公私边界的划定,是近代社会科学的核心论题,而对此所作的经典讨论出自洛克、哈耶克等政治哲学家及经济学家。美国经济学家阿瑟·奥肯对这一论题的综合讨论具有某种学理上的均衡性,但他把权利分配看作一种道德上的选择,给公权的扩张在理论上留下了较大空间。我们更赞赏新制度经济学基于交易成本理论对权利分割的讨论。这种讨论更具有技术性的特质,更利于成为涉及权利划定的立法的学理依据。参见〔英〕弗里德里希·冯·奥古斯特·哈耶克:《自由宪章》,杨玉生等译,中国社会科学出版社1999年版;〔美〕阿瑟·奥肯:《平等与效率》,王奔洲译,华夏出版社1987年版。

由市场支配交易的契约，产权的公共所有则意味着产权分享人达成由权威机构支配交易的契约。有两种情形使这种关系呈现复杂性：一是私有产权的使用会产生公共性问题，因此也涉及非市场契约；二是共有产权的建立与维护并非自由达成的契约而是强制的结果。在后一种情形下，产权所内含的技术性质，即合理产权与经济活动方式的匹配性，并不会发生改变。在现实经济活动中，如何以技术性的利益关联度为基准，确立土地权属类型序列，始终是决策认识上的一个盲点。

静态地说，人类产业链与利益链相互交织，构成了一个复杂的三维空间。如果在每一个节点上每一个主体的活动都按照市场信息的引导，而不产生私人成本与社会成本的偏离，就不需要权威机构替代私人做主，也就不需要共有制；若相反，就有可能需要设立共有产权。这种情形的发生主要是技术性因素决定的。例如，乡间为农户服务的道路如果搞封闭管理，按使用程度收费，其监管成本极高，只能按公共品提供，建立共有产权。如果不适当地扩大共有产权的使用范围，会扩大私人成本与社会成本的差额。

强调共有产权的意识形态规定性，在学理上是肤浅的。共有产权解决公共品的分配问题，不可能按市场定价，失去了马克思讲过的商品交换平等性的基础，而共有产权的执行与维护产生了权力寻租的空间，易滋生腐败。设置共有产权其实是克服市场交易成本的无奈之举。某些“公共物品”因技术因素被分割与独立交易的困难很大，会形成极高的市场交易成本，设置共有产权有节约成本的好处。私人领域与公共领域的区别，以及私人所有与共同所有的区别，本质上是一个交易成本的问题。

土地的公权边界在理论原则上是清楚的，但在细节的刻画上是困难的。我们尝试为政策操作提出一些思路和办法。

认为一块土地的使用只要与公共利益有关，就可以设置土地的共同共有产权，就可以由政府行使土地征收权，容易导致公权滥用。公共利益是一个模糊的概念。一切特定的私人经济活动都会引起公共问题，或与公共利益抵触，或提升公共利益，或二者兼有之。例如，某开发区的一个投资项目，会带来就业增长，也会增加政府税收，这些自然与公共利益有关系。如果这块地因产权问题不能用于投资建设，政府是不是可以强制征收？这种情形在一些欧美国家也是争议话题，但经过若干年争议后，倾向性的意见是否定将土地强制征收、建立土地的共同共有产权。目前欧美国家的主导做法，是看一块土地是否直接需要由公共部门使用，也即是否有公共用途，来决定是否需要建立土地共有产权。如国防设施、开放性公路、铁路、城市主要道路、公立学校、公立医院、公共安全等设施的占地，才需要建立土地的共同共有产权。在共同共有产权建立中，也并非一律要采取强制征收的办法。仍然从技术性考虑出发，满足公共用途的地块如果不是对地块位置有确定的要求，就可以采用市场化的协商办法，什么地方能买到土地，就在什么地方建立公共设施。这种办法还可以降低土地征收价格。

私人所有（或形式共有实质私有）、私人合作所有（按份共有）、社区公共所有（共同共有）、国民共同所有（国家所有），是四种常见的土地所有权类型。经济生活中采取哪一种形式，要看能否兼顾效率和平等，能否兼顾私人利益和公共利益，共同共有并非唯一的好形式。在一般意义上，这个所有权形式的序列，对应经济活动的公共性是递增的，而私人性是递减的。但若作具体分析，某些经济活动即使有公共性，也不需要对应共同共有产

权形式。下面分别讨论四种土地所有权类型的技术性质。

1. 私人所有权

世上没有绝对的私人产权，尤其没有绝对的私人土地产权。普遍存在的是政府（或其他类型的公权机构）对土地实行动用途管制或规划约束情形下的私人产权。

一切私人经济活动对土地的占用，都适合土地的私人所有或形式共有实质私有，或如中国当前在农村推行的土地承包权物权化。这里特别强调以下两种情形：（1）直接农业生产活动具有强烈的私人属性。只要农户按照市场规律生产可以满足个人利益，且至少不直接危害公共利益，便适合采用这种产权形式。如果私人行为与他人利益或社会利益发生冲突，可以用某种公共管理规则或私人间的契约加以调整。（2）私人适当的宅基地利用并不侵害公共利益，对宅基地不必实行任何形式的共同共有产权。即使出现侵害公共利益的宅基地利用方式，政府可以用规划和用途管制进行限制，同样不必建立共同共有产权。

2. 私人合作所有

国际上，农业领域针对土地建立按份共有的产权形式甚少，但在我国有特殊意义。我国农户土地承包面积比较小，而一些农业设施的土地利用有较强的不可分性，农户不得不在土地利用方面进行合作，但这种情形会随着土地流转增多而逐渐变少。

大田作物生产，完全不需要建立土地的按份共有产权结构。不少地方在大田作物生产领域推动“股田制”，搞农地的按份共有产业组织，弊大于利。实证研究证明，大田作物生产领域保持土地承包制，不妨碍土地整理和机械化生产方式；如果承包权实现长久不变，更有利于提高土地资源利用效益。

农民专业合作社是一种重要的按份共有产权形式，但它适应于农产品流通、加工和生产服务领域，多数情况下不需要引入土地利用领域。

3. 社区（集体）共同所有

中国自古以来就有村社集体所有的财物，包括土地。这类财物不会量化到个人或家庭，这种产权类型属共同共有产权。农村旧时代的庙产、公共水塘及乡间道路等公用设施，宜实行共同共有产权。现代中国农村的少部分设施也可共同共有。

我国现行农村集体经济制度也属于共同共有类型，但其并不适应农业集体生产。土地承包权的长期化意味着农村经济领域的共同共有制度解体。

4. 国民共同共有或国家所有

跨区域道路、江河，重要生态功能的承载土地，以及其他私人或企业难以开发利用的土地，均会在市场化使用中产生巨大的私人成本与社会成本差异，归国家所有比较有利。换句话说，我国大部分国土可归国家所有。

（三）土地规划的社会公正性要求

人们通常认为，土地的共同共有产权以外的其他产权类型，会在运行中不同程度地产生前述私人成本与社会成本不相等的问题，即所谓外部性问题或公共性问题。事实上，土地的共同共有产权的实际行使也会产生公共性问题。^{〔10〕}

〔10〕 国家公权的确立及行使固然必要，但公权并非一定能社会公正，在土地规划方面亦复如此。参见前引〔9〕，奥肯书，第48页以下。

土地利用中的外部性，即土地利用中产生的成本或收益外溢，是极为普遍也极为复杂的现象。尽可能使土地利用所产生的社会成本或收益与其私人成本或收益相一致，土地资源才有可能得到合理利用。理论上说，如果交易成本为零，市场可以解决这个问题。但因为事实上针对外部性所发生的讨价还价的相对成本不同，有的十分高昂，依靠市场调节不可能解决所有外部性问题，而依靠公共决策方式（少数服从多数或行政命令）会实现成本节约，提高资源配置效益。所以，对于土地资源分配，不可能绝对地依赖市场，绝对地排除公共决策。

怎样解决土地的公共性难题？从法治先进国家的实践及我国的经验看，解决土地的公共性问题通常路径有：（1）国家颁布法规，直接约束土地权利行使人的行为。例如，一个私人家庭对自己的一大块土地能不能用铁丝网圈起来禁止他人进入？如果不能，这块土地的开放条件是什么？政府可以通过法规，对此种类型的事务做出规定。^[11]（2）通过税收政策改变土地权利行使人的财务预算，实现外部性的“内部化”。（3）利用民间文化传统，使土地权利行使人对自己的行为自行约束，并使权利交易的当事人改变交易条件或价格。（4）法治国家更通行的做法，是通过对土地利用的规划约束与用途管制解决相关问题。显然，这项权力对私人财产权影响十分巨大，构成了公权对私权行使的强烈干预，也可以说构成了公权对私权的分割，现代私权因此具有不完整性。^[12]

对财产权分立所导致的私人化行为以及由其产生的外部性问题如何应对，通常因为涉及价值判断，会被认为与意识形态密切相关。但是，随着各类涉及外部性问题解决的法规的健全，特别是随着物质生活水平的提高，人们有更多时间进入公共事务领域，会越来越适应公共规则对私权行使的约束性规定。这种变化通常要求建立财产权分立制度，即所谓“私有制”。区别于古典私有制，在上述各种公共权力约束下的私有财产权，已经有了不同的社会属性，可以称为“社会主义私有制”或“社会所有制”。换句话说，现代社会的私人权利没有绝对的排他性，政府可以按照公共利益的要求对它予以限制。例如，一个人拥有一大块土地，如果他将其圈围起来搞成一个封闭的、私密的庄园，就对社会形成伤害（即所谓“外部性”），行使公共权力的政府就应该限制其私密范围，要求他开放大部分土地；如果他种植了树木，树林就应该向社会开放，允许公众免费游览，等等。当然，对公众进入这样的土地，也应有行为约束。政府规划对各类分立的财产权应一视同仁，不可有歧视性。

（四）民主自治对于土地规划的意义

对土地规划管理的认识，还涉及土地规划管理主体问题以及操作理念问题。

1. 最基层自治体是土地规划管理的基础平台

土地财产权分立所产生的外部性会延及不同地域范围，因此会对不同区域层级的政府提出不同的土地规划要求以及其他干预要求。土地规划的制定及实施的重心在什么管理层

[11] 英国政府对公地或私人土地的“可进入性”安排有法律规定。因为此项事务需要权利当事人，特别是休闲度假人，对自己的权利有清楚了解，政府专门印制了宣传页向人民散发。政府法规不仅规定了土地的开放的责任，更规定了“进入者”的限制性条件，包括其是否可以领宠物进入也被规定。法规同时规定了土地主人的私密空间范围。

[12] 参见前引[4]，Mandelker书。

次，是一个值得讨论的问题。

美国的疆域规模与中国相似，从其经验看，州以下不归县管的自治体（包括大小城市）及县以下的自治体，是土地规划管理的重心所在，换句话说，各类城市是土地规划的基础平台。这种体制符合土地规划的规律。

类似美国这样大的国家，州际边界的形成与历史上的战争及政治博弈等因素有关。而边界的形成并不意味着区域间政治经济关系会高度稳定，事实上，当代各重要国家的区域间关系至今仍有很大的不确定性。在这样的背景下，除自然的不可抗力使区域居民的集合性行为产生跨区域的协作问题，如河道水系管理问题，人为的经济行为会尽量使一件事情不去涉及政策不同的两个以上的区域。经济活动引起的跨区域行为，只要求区域间市场的统一，并不涉及自然差异因素。通常，大国的江河水系利用中的区域间的责任与权利分配、跨区域道路的修筑、自然环境多样性的保护等，都是政治角逐的目标，规划师的作用无从谈起。规划师在一个大国的国家层面上介入国土资源配置时，实际上会服从政治家的意志，其中的技术性工作并不具有科学意义。^[13]直到现在，即使在美国，修筑一条州际高速公路（铁路）也是一场旷日持久的政治博弈。在这里，规划如果有，也必然服从政治。

一个企业不会去投资江河治理，甚至也不会在政治家还没有厘清一项州际工程的权利关系之前去投资这个工程。企业家的投资行为会尽可能避开政治的不确定性。然而，一个国家的经济运行所仰赖的主要是企业家的投资，而企业家的投资主要发生在城市。一个城市及其所附着的农业区，由一个政府负责其公共事务，政治的不确定性要小许多。这种最基层治理单元的土地规划涉及一个国家的经济总量的主体部分。在这种小尺度的空间单元里所产生的类似土地功能分区的规划，不需要也不可能由更高阶位的政府介入。例如，美国国会1924年通过了“州分区规划实施法”，但没有包含任何政策指南，直接把所有的土地使用的法令性责任交给了市政当局。州政府则仅仅对市政当局制定分区规划提出原则性要求，或在必要的情形下用财政拨款影响市政当局的分区规划。^[14]

从土地规划管理的视角看，所谓地方自治就是拥有土地规划的发布权，规划本身就是法律。当今主要法治国家的最基层自治体一般规模较小。例如，在德国，10万人以上的城市就是大城市，小城市的规模则可以小到5000人，乡村自治体的规模还会更小。日本、美国等均与此类似。土地规划管理下沉到这种小规模自治体，有利于形成城市的多样性，有利于发挥民间对制定土地规划的积极作用。^[15]土地规划引起的利益相关方可以就地方规划提出合宪性诉讼，以维护自己的利益。在美国，这里的宪法可以是联邦宪法，也可以是州宪法。如果联邦议会或州议会直接制定涉及私人个体利益的土地分区规划，势必破坏法治的平衡性原则，根本无法操作。所以，土地规划管理的重心放在最小自治体。

2. 最小自治体必须是民主自治体

最基层自治体成为土地规划管理的基础平台，并不完全因为它是规模较小的底层自治体，就必然能做好土地规划。在历史与现实中，底层自治可以是宗法自治、集权自治，也

[13] 冯兴元、刘业进指出，大国的中央政府过于细碎与刚性的规划“相当于在空间上把经济活动泛计划化”。参见冯兴元、刘业进：《演化的城市规划及其中国意蕴》，《制度经济学研究》2012年3期。

[14] 见[美]兰德尔·阿伦特：《国外乡村设计》，叶齐茂等译，中国建筑工业出版社2010年版，第266页以下。

[15] 参见黄萌萌：《德国城市化道路与启示》，载《德语国家资讯与研究》，外语教学与研究出版社2013年版。

可以是民主自治。有利于土地规划制定与实施的自治体，应该是民主自治体。这首先是由土地规划的性质决定的。土地资源不同于一般物品，每一幅土地之间都不相同，因此不会存在一个适应所有情形的土地分区规划管理办法。换句话说，地方政府的分区规划管理必然产生复杂的利益纠葛。从国际经验看，应该让土地分区管理所涉利益关联方参与分区管理。但是，为了避免无休止的讨价还价，一个可行的办法是由地方政府按适当程序制定分区规划以后，允许利益关联方依法提出权利受损质疑，并向法院提出诉讼，法官裁决将成为土地实际管理的一个重要方面。这种机制的建立，无疑仰赖民主法治之下的自治体。

底层自治体如果没有民主政治支撑，仍然可能在土地规划中做出荒唐事。这方面的国际经验是，若地方自治体的土地规划权没有合适的约束机制，它会使：（1）低收入者人群无法在社区内立足；（2）产生危害农业的活动，例如“给予非农业生产开发的公共投资、公共土地的收购和市镇合并”；（3）分区规划对利益关联方造成伤害时，政府倾向于不补偿或低补偿。^{〔16〕}法治国家有比较健全的制度安排，自治体的议会、民间组织、独立的法院系统，构成了一种平衡性力量，上述问题不会成为顽疾，更不会因政府的规划行为而发生类似我国农村出现的种种恶性事件。

3. 自治体土地规划管理权运行的法治框架

最基层自治体的土地规划权行使，需要一个基本的法治框架，这个框架的核心，是自治体所通过的具有法律效力的规划可以被质疑、被投诉。如果一个国家没有设立这种权利，则可能意味着土地规划管理的法治化、民主化、科学化只是纸面空谈。

通常，土地规划法治化需要的完整框架是：宪法（包括大国的州宪法）+ 政府授权法规 + 自治体分区规划 + 各级法官。最基层自治体的土地规划，特别是土地分区规划，因为个案各不相同，没有直接法律条款可以援引，会使针对分区规划提出的诉讼“无法可依”，即上位法没有直接的法规条款能用来判定自治体的分区规划是否合乎要求。无论大陆法系还是英美法系，都会遇到这个问题。实践中，解决这个问题的办法在英美法系与大陆法系之间有一定区别。英美法系主要依据下述理由提出诉讼：（1）针对规划的合宪性提起诉讼，即起诉人可以认为规划不符合宪法；（2）针对规划在利益关联中的公正性进行诉讼，即起诉人可以认定规划事实上构成了利益关联的某一方的歧视；（3）直接针对规划执行后果提起诉讼，当事人可以认为规划构成对土地的“实际征用”，要求规划当局对土地权益人进行赔偿。在大陆法系，自治体的土地规划可以做得很细致，过程很缓慢，并吸收大量利益关联方参与规划的制定。规划制定的过程，是一个社会协商的过程，也是一个平衡利益、化解纠纷的过程。按这个办法，不容易在自治体的规划出台之后发生诉讼。

（五）“消极规划”理论及其社会意义

土地规划思想史的演变，大抵经历了一个由“原始规划思想”到“现代强干预规划思想”，再到“回归弱干预规划思想”的过程。早期的土地规划思想受建筑技术落后的影响，没有提出全面干预自然与社会的土地规划思想。从19世纪开始，尤其在20世纪初，随着建筑工程技术能力的极大提高及意识形态方面的变化，出现某种大规模干预现实的规划思想和实践。近些年人们开始反思这种强干预规划思想的负面后果，提出了一些新的土地规划

〔16〕 参见前引〔4〕，Mandelker书，第6页，第381页。

思想。作为一种探索,本文尝试提出关于“消极规划”的系统性认识,并认为这种认识对土地规划所涉及的权利调整及法治重建具有重要价值。^[17]“消极规划”的主要内涵是:

1. 土地规划对自然本体干预最小化

人类的土地利用方式容易发生对自然过度掠夺,强力的、大规模的土地利用规划会对自然本体形成过度干预。通常,土地利用规划可能干预河道、动物迁徙路径、动植物生存条件、土壤品质、空气品质等自然本体,如果引起自然本体品质恶变,将最终影响人类自身的生存品质。因此,土地利用规划应努力做到对自然本体的干预最小化。

以人力的土地规划干预自然本体的一个经典案例,是日本奈良的城市建设史。公元710年,奈良作为日本首都设想了一个宏伟的造城计划,新都市被定名为平城京。其建造是模仿中国隋唐时代的京城长安,东西长约六公里,南北约四公里。据记载,城市网络格局建设完成80%以上,鼎盛时期由各地迁入的人口约二十万人之多。公元794年,天皇迁都于平安京,标志着“奈良时代”结束,作为首都倾国力建设八十年之后,奈良不再获得同样的持续投入。在之后漫长的1300年,奈良并未延续宏伟的都城模式,那些被渠化系统改道的河流,鬼魅一般地回到自然的漫流形态。辉煌的朱雀大街曾是最繁华之地,现在完全淹没在近似田垄的肌理里面。凡是对河流走向的干预性建设,全部湮灭,恢复了旧貌。^[18]反过来说,如果奈良继续作为日本首都,人们为了维护这座城市,要比维护一座自然发展起来的都市,付出更多的代价。

2. 规划对现实存在干预最小化

强干涉性的土地利用规划总体上是在工业社会兴起以后逐步形成的,而此前人类社会的某些习惯经受了长期的历史考验,具有一定的合理性。特别在欧美社会,因为历史上具有地方自治的传统,也有保护私有权的法治实践,这种合理性就更为可靠。基于这种认识,在关于土地规划的立法理念中,有一种“存在优先原则”被一些规划思想家所遵守。

原住民生存在状态优先,是这一原则的体现。以美国涉农土地利用规划的操作为例。农场有自己的作业习惯,这种习惯可能会影响周边土地主人的利益。美国有《公认农业管理习惯》等农事法规,在司法审判中,法官依法认定对这类农业习惯的保护优先于地方分区规划。^[19]此理念的坚守,有助于产生城乡风貌的多样性。如果动辄用后来的土地利用规划否定历史上形成的土地利用现状,非常容易形成反复发生的大拆大建行为,历史遗产难以保护,并使城市风貌千篇一律。这个土地规划理念不仅不会限制一个国家的经济发展,反而使经济发展更加健康、城市更加美丽。越是尊重有价值的历史存在,城市就越有多样性,越可能避免“千城一面”。

建立土地所有者“保持现状优先权”,并不是现状绝对不能改变。通常,如果确实需要改变现状,有可能在土地主人过世之后,发生遗产继承时,才会依法改变现状,例如拆除现有的地面建筑设施。

[17] “消极规划”思想形成于吴文媛所承担的若干规划项目实施过程中。这一思想的某些片段已经见诸于当代一些有影响的规划师的作品,但目前规划理论界尚没有形成系统的理论认识。本文提出的以“消极规划”理念为核心的规划理论是一种探索,尚待更多的实践加以验证与完善。

[18] [日]太田智:《奈良时代MAP》,光村推古书院株式会社2007年版。

[19] 见前引[4],Mandelker书,第382页。

3. 规划对自由选择权干预最小化

在土地利用规划中，尽可能地尊重私权，尊重个人选择的自由权利，并在公共领域也充分发挥民间契约、民间组织的作用，是“消极规划”理论的第三个重要原则。

如果不尊重个人选择权利，在土地利用中过分显示规划的专断性、强制性，就可能产生不良后果。一个经典案例是巴西利亚市的建设。历史上，巴西曾先后在萨尔瓦多和里约热内卢两个海滨城市建都。1950年前后，里约热内卢是巴西的首都，成为全国的政治、经济和文化中心。城市人口的高度集中，使之染上了严重的城市病。为了改变巴西的工业和城市过分集中在沿海地区的状况，开发内地不发达区域，1956年，巴西政府决定在戈亚斯州海拔1100米的高原上建设新都，定名为巴西利亚。新都规划人口50万，规划用地152平方公里。1957年巴西利亚开始建设，至1960年建设初具规模，正式从里约热内卢迁都新址。巴西利亚的建设当时在世界的城市规划界和建筑界传为盛事。但是，从目前的观察看，这是一个并不成功的“盛事”。这座城市的功能过于单一，居民的生活选择权受到限制，城市变得很不宜居。有报道表明，政府官员不得不在这里履行职责，但他们下班以后，总是会尽快地逃离这座城市。^[20]

美国加州的海岸线保护，是充分利用民间契约、民间组织作用的典型案例。民间组织在土地利用中主动作用的前提，是民间存在好的公共意识以及协作传统。这也类似费孝通先生倡导的“文化的自觉”。有了这种条件，在土地交易中就可能将环境保护作为交易的条件，而法律可起到某种倡导作用。我国也有此种土地规划理念的典型案例。笔者2013年在浙江嘉兴的一次关于城镇化的学术研讨会上了解到，该市嘉善县所属若干小城市经受了不同程度的政府规划干预。这些小城市中的西塘镇所受政府规划干预的程度最小，但这个小城市景观最美，经济发展最稳定，人均收入最高。人类社会学的调查证明，在这样的小城市，如果没有政府规划的强力干预，民间在公私土地划界、建筑设计、公共地界维护等方面，会形成协商机制和私人行为约束机制，并产生“创造美、维护美”的惊人效果。

在土地利用规划的技术层面，也可以多方面体现对个人自由选择权的尊重。

一是大型规划的分步实施，避免整体同时推进。比如，要建设10万人的城市新区，“消极规划”主张先不做全面的法规意义上的总体规划，而是将战略性的目标分解成若干聚落组团型规划，分期达成目标，让城市建设在较长的时期内处于半成品状态。实践中，可以按可能实施的时序分期，分解成功能完善的组团，确保每个建设周期里城市功能都是自洽完整和尺度适当的，保证拟建设用地的现状功能得以持续。这样，即便因为经济因素发生停滞和放缓，周边的土地不会被浪费。如此一来，可以将某一时期的政府规划对居民的未来选择权的干预大幅度降低，有利于城市的自然发展与政府规划和谐对接。

二是在旧城区改造规划中，实行某种“结构性权利配置”原则，最大限度地保护个人的选择权利。在总体规划中，规划管理部门仅仅对控制性枢纽工程作出强制性要求，而对其他区域的规划只提出“负面清单”，给原住民最大限度的自由选择权。按这个办法，政府可能只需要在约20%的规划区土地上购买土地，其他规划区的土地不需要购买。如果控制

[20] 见[法] Serge Salat:《城市与形态——关于可持续城市化的研究》，陆阳、张艳译，中国建筑工业出版社2012年版。

性枢纽工程用地选择合适,如选择在居民少的地方,拆迁量会很小,其他规划区土地基本不需要拆迁,原住民或闲置土地的主人可根据“负面清单”自己建造或改造房产。日本的许多城市在过去高速城市化过程中基本没有失去旧的风格,而貌似“钉子户”痕迹在日本大城市比比皆是,这种情况并没有影响日本发展。例如,在东京某繁华街的一段,某人有一块不到30平米大小的土地(长11米,最宽的地方2.5米,最窄的地方60公分),而这块地紧贴街面的一座大楼。土地主人请了英国著名设计师设计了一座小型建筑,用做珠宝交易,竟然成了街道的一个亮点。^[21]规划界有句话说,美是在不经意中创造的,这种创造无疑依赖对私人产权的尊重,对个人选择权的尊重。

三是尽可能弱化强制性的规范约束,扩大规划师在满足民间特色需求时的创新空间,激励规划创新。土地规划需要规范,甚至需要指标化的规范,但怎样制定与使用规范却大有讲究。拿中国的规划规范法规文件与美国的同类文件相比,可看出某种重要区别。美国的相关法规文件近乎一本教科书,主要说明设计要求的依据,一些指标成了参考,^[22]这就给规划设计人员的创新留下了巨大空间。反观我们的规范文件,堆砌大量硬性的约束性规范,而一些规范指标只能来自预测性数据,据此形成派生性的约束指标,弊端很大。

四是在城市土地利用规划中摒弃机械刻板的功能分区方法,建立包容性功能分区原则,给规划的功能分区注入多样性、可塑性元素。从规划实践看,边界过于清晰的功能分区弊端甚大,它不仅造成通勤半径的增大,更压缩居民的选择空间与小型企业的生存空间,使居民的选择权受到限制。大量案例表明,刻板的城市规划功能分区,常常经不住时间的考验,必定会发生功能表达的变化,甚至发生功能本身的根本性变化。城市规划理论家 Serge Salat 指出,城市结构连续性的能力取决于其组织的复杂性、网络的复杂性、连接的丰富性,以及在若干显著尺度上创造的具有多种复杂性的分形秩序。^[23]笔者近年注意观察华东某开发区的建设,发现按照传统功能分区理念建设的新区引起多种社会纠纷。居民擅自违反规定在自己家里开了商店,而官方建立的“邻里中心”却没有足够的客流,产生资源浪费及景观缺陷,引起社区管理问题。

三、若干重大问题的讨论

(一) 居住方式与土地利用规划问题

居住方式是指人作为社会成员及人的社会组织居于自然及人工环境中所形成的空间形态,包括房屋形体及构造、人口密度以及人与周边环境之间的空间关系。

土地利用规划的理论研究涉及多学科知识,包括经济学、社会学、心理学乃至政治学等。国际规划学界比较重视居住方式对人生存品质的影响,特别是重视一定区域的人口密度对生存品质的影响。一般认为,在较大尺度的区域里,人口过密或过稀,都会对人的生存品质产生负面影响;^[24]同样人口密度下,人口布局也有不同方式,也会对人的生存品质

[21] [英] 卢斯·斯拉维德:《微建筑》,吕玉蝉译,金城出版社2011年版,第98页。

[22] American Planning Association, *Planning and Urban Desig Standards*, John Willy and Sons, Inc., 2006.

[23] 见前引[20], Serge Salat书,第122页。

[24] 见[美]爱德华·格莱泽:《城市的胜利》,刘润泉译,上海社会科学院出版社2012年版,第87页。

发生影响。^[25]

中国城市的土地利用规划有诸多不合理性。一是不同层级的街道网格比较大，街区大，单位面积的道路交叉口大约是欧美大城市的十分之一，容易引起交通堵塞。二是城市的建筑物平均高度高，如上海浦东的楼高大约是巴黎的3倍以上，是东京的10倍以上，而建设总密度却基本相当。这种规划格局给居民的居住品质带来了负面影响，特别使城市的熟人社会难以发育，进一步使城市的自组织机制难以建立。我国大城市最突出但却最被忽视的问题，是城市建成区平均人口密度不算高，但居民区的人口密度高，平均为欧洲居民区的2—3倍。

中国大城市一般把老百姓的居住区挤压在占城市面积的25%以下，让多数老百姓住在高层楼房内，同时，城市建设许多大绿地、大广场，甚至一些小型的城关镇与小城市也是如此。这样的情形下，各类熟人社会的成员就会采取“广场行动”。中国城市的社区居民喜欢在广场上跳舞、在街边大排档吃饭、在马路边议事、聚集在意外事件发生地看热闹等等，均与城市的结构有密切关系。“广场行动”往往与无序政治行动有关，政府用它做政治动员容易，反政府的力量用它更加容易。相反，欧美的城市较多体现了对个人的尊重。资料表明，欧美城市的居住区一般占城市面积的45%左右。动态地看，国外很多国际大都市的住宅用地占建设用地的比重往往都是不断提高的。以芝加哥市区为例，20世纪70年代居住用地所占比重为24.1%，而在1990年这一比重上升到43.27%。^[26]在城市中心一般没有大广场、大绿地。他们的道路“面密度”小于我们，而“线密度”大于我们，使民间的沟通更加容易，并为人们提供了更丰富的感知和交往界面。那里的各种熟人圈子常常在某家人的院落里聚会，广场聚会少。院落、露台作为私人空间半开放的灰色地带，提供了私人聚会的场所，且因圈子和兴趣不同，有利于形成多样的文化斑块。

环境心理学对高密度居住环境与人的心理和生理恶变之间关系的研究表明，住在多层或高层住宅中的孩子，在一些生活技巧的学习上发展较迟钝，且容易感染呼吸道疾病，较富于侵略性，容易失眠，神经系统病变发作的机率较高，社交能力较差。楼层越多的住宅对居住者负面影响越大，对于只有“父母、子女”的核心家庭来说，负面影响更大。住在高密度住宅区内，会导致更强烈的拥挤感，并且出现其它负面态度，如安全、隐私与满足感降低，与其他居民的关系品质恶化。低密度住宅区（尤其是独立式住宅区）内，邻里间的互助明显大于人口密度较高的高层及多层公寓。环境心理学家的研究还显示，在小层次测得的密度（如房间内人口密度）和病态现象的相关程度，高于大层次测得的密度（如城市、社区密度）和病态现象的相关程度。高密度居住环境对身体健康形成损害，产生“拥挤综合症”。^[27]

中国山地、荒地、丘陵、滩涂等农业利用价值低的土地较多。但是，现行制度及土地利用规划把大量农业利用价值低的土地排除在住宅用地之外，居民住宅建设用地的供应受到极大抑制，这导致地价高昂（实际上是住宅建设用地的价格高昂，工业用地价格很低），使我国只有极少数富豪、明星在市区拥有世界上最昂贵的独栋房屋。一边是高地价，一边

[25] 前引[20]，Serge Salat书，第110页以下。

[26] 前引[7]，石忆邵等书，第135页。

[27] 见[美]S. E. Taylor等：《社会心理学》，谢晓非等译，北京大学出版社2004年版。

是闲置的非农用地。我们有条件让中国人在农业利用价值低的土地上建造房屋,给山区、丘陵地区的城市更大的扩展空间。保守估计,仅仅利用浅山区的村庄用地,如果规划适当,就可建造5000万套左右的独栋房屋。如果再利用一些不适合农业生产的其他类型土地,再建造1亿套独栋房屋也不会有问题。加上原来农民的独栋房屋,全国70%左右的家庭拥有独栋房屋,不是一个梦想。开放浅山区让有条件的中国家庭得到独栋房屋,有利于改变区域经济布局,解决劳动力候鸟式迁移问题。若再有限制平原城市人口低密度和经济低密度开发的政策出台,平原地区的住房支出将会增加,居住条件将劣于浅山环绕的城市,一部分优秀劳动力资源会离开沿海城市和平原城市,资本也会被吸引到现有开发度低的区域,农村劳动力便可以减少目前这种由中西部向东部、山区向平原的流动。

此项政策调整会不会导致山区生态环境变坏?有钱人会不会在山区圈地建立大庄园?会不会圈占黄山、庐山这样的风景名胜之地?这些都不完全是假问题,但都可以通过合理的土地规划和用途管制加以管束。我们不是要开放北京市的景山公园、北海公园、八达岭风景区来造民房。防止此类现象发生不是难题,发达国家有成熟的经验可资借鉴。

(二) 农业用地保护及农村土地市场化难题

目前,国内相当多的政策研究者批评国家的农田保护政策,我们以为论据不可靠。一是农地保护根本不影响城市化,与此有关的指责不能成立。我国目前城乡建设用地面积甚大,按发达国家平均单位建设用地的GDP产出水平,我国现有城乡建设用地面积总量20年不增加,也足以支撑城市经济增长。二是在市场作用提升的条件下,农田极易受到过度蚕食。如果没有农业分区规划管理,除纵深的农业区外,占农地面积30%左右的都市郊区农田就会逐步转变为人口显著低密度的非农业区,很值得警惕。三是不论何种体制下,地方政府总有扩大城市、占用耕地的强烈冲动,只有中央政府承担起保护农田的责任,才有助于避免或缓解此种情形的发生。

从我国土地资源现实出发,保护农田的意义十分重大。从必要性看,如果食品生产能基本自给,则有利于降低农业成本,从而降低国民消费的恩格尔系数。这个变化的关联影响之一,是改变国民的消费—储蓄比例,扩大国民的消费需求,有利于解决困扰我们的宏观经济问题。另一关联影响则是改变国民的就业模式,增大个人兴趣对职业选择的影响力,有利于提高国民的创新活力。从可能性看,我国农业资源的潜在优势其实很大,特别在粮食生产方面,若大力发展旱作农业技术,则可以使我国农业的竞争力与欧美比肩,使我们不必显著依赖国际市场解决吃饭问题。这个可能性要变为现实,需要大力保护农田,按照机械化要求整理土地,促进土地流转。中国现有不到10亿亩的优质耕地,不仅要用来种粮食,还要种菜、种水果、搞养殖。依靠粮食主产区的优质耕地,产不出5亿吨粮食。随着城市化的推进,以及一部分山区耕地逐步退出耕作,中国将越来越依赖平原地区的粮食生产能力,保护平原地区优质耕地非常重要。

中国不缺建设用地,不必滥占耕地。与日本上世纪60至80年代相比,我国经济快速增长时期GDP每增加一个百分点,对土地的占用量是日本的8倍左右,土地低效益使用问题非常突出。一些省份几乎每个县都有省级开发区,这些开发区多有十分开阔的花园景观。北京市就有几十个高尔夫球场。天津、上海和广东,也不缺少建设用地。

制定“农业保护区法”,是实现农地保护的必要举措。目前耕地保护面临的主要难题,

一是中央监管鞭长莫及，对于地方政府违规占地难以事前警示、事中纠正、事后处理。二是基本农田被细碎分割，边界不确定，给地方“调地”留下余地，调来调去便成片丢失基本农田。三是中央部门管控土地的重点不突出，有些方面管控过死，迫使地方搞小动作瞒哄中央，或铤而走险冒犯中央。解决这些问题，必须深化改革，走出土地管理“放则乱、控则死”的困局，建立一套新的农业用地保护政策系统。

农业保护区是指国家划定的农业发展的专属区域，应由国务院按照农业现代化的总体要求确定总规模并批准设立，由县级政府直接管辖。可在全国现有农区范围里划定农业保护区总面积 25 亿亩以上，超过基本农田总面积。今后，还可通过荒漠治理发展新的农业保护区。县域内的农业保护区总面积不得小于县域内现有基本农田总面积。农业保护区在空间上应有连续性，避免现有基本农田零散划定的弊端。每个农业保护区的最小面积应在 1000 公顷以上，可以包括村庄、道路、河流、荒地和滩涂等。农业保护区的最大面积不设上限，但最大不应超过县域面积。

该建议的核心有两个。一是在空间上连续地、大面积地圈划适合农业或可能适合农业的区域，作为农业保护区。针对农业保护区，建立新的管理体制，甚至实行新的科层设置、新的行政区划制度。二是对农业保护区之外的土地，中央政府大幅放权，由地方按照中央的国土主体功能区规划意见及有关法律自行制定规划，自行确定建设用地使用计划，中央政府不再搞“指标管理”。同时，应要求地方政府的土地规划坚持民主化、法治化、科学化。为此，中央政府要通过立法、修法，对地方政府的行为作出一般性约束。

对于农业保护区（以及其他国家法定保护土地区域）之外的土地，由省级以下政府在国家主体功能区建设规划约束下，制定地方性土地规划管理方案。省级方案一次性报请国务院审批，省级以下非农用地规划管理方案的制定及具体实施不再报国务院审批。这类区域的农村建设用地，统一纳入地方政府土地规划管理体系，实行同地同权。这类区域的村庄用地可以一并规划开发，农民的宅基地及住房在符合规划的前提下可以自由入市，不再区分经营性建设用地与非经营性建设用地。

在农业保护区内，村庄占地不得用于非农产业开发，农民的宅基地可以继承，可以依法流转给本村居民。对于脱离农业生产的农户，当其宅基地被复垦为农田时，应按照当地相近的建设用地交易价格予以补偿。农业保护区内村庄宅基地的管理办法，由国家农业保护区制度做出具体规定。

停止农村宅基地的福利性无偿划拨，用多种办法解决历史遗留问题。例如，可以规定从某个确定年份起，停止对农户的福利性宅基地审批划拨。对于该年前符合申请使用宅基地条件但未获得宅基地的农户，政府采取多种办法协助解决其住房问题：一是鼓励有条件的年轻农民使用父辈的宅基地，重新建设适合多代人口分居或合居的房舍；二是通过建设农村养老中心，将长辈腾出的房屋转给年轻农民；三是在乡镇范围异地集中建设房屋，以有吸引力的价格出售给年轻农民居住；四是由政府有偿赎回符合条件的农户的宅基地申请权利。这几种方式要统筹考虑，确保在农村地区“居者有其屋”。实施这些措施时，地方财政可对农民给予必要补贴。

在农业保护区内，还要实行鼓励宅基地减少的政策。对于脱离农业的农村原住民，可以用经济办法鼓励他们离开农业保护区，如复垦的宅基地按建设用地的价格给予补偿。不

过,本着“原住民优先”的原则,决不能强制他们离开农业保护区,直到他们故去,在其宅基地继承问题发生时,才可按一定程序变更土地用途。农业保护区内只对专业农户的农舍建设采用较为宽松的政策。

农业保护区是在空间上连续划定,边界清晰,范围广大,监管参数会大大简化。空间上的连续性,有利于建立独立的区域管理机构,使其不再与GDP挂钩,不再与基层政府形成“狼与羊”的关系,农地保护的效力会大大提高。特别是在中央放权以后,逼使基层政府认真规划利用自己可管控的区域,自主权增大,同时也打破蚕食耕地的幻想。空间上连片划定农业保护区后,其中会有河流、道路、未利用土地等,这使得全国农业保护区划定的总面积要大出基本农田许多。因为区内不允许搞非农产业,道路可以修窄一些,其他基础设施也可简便一些,再加上荒地的整合,实际农田可以显著增加。有了农业保护区制度以后,国家支持农业的政策更容易落实,土地在哪里,农民在哪里,支农资金会使用得更有效率。此外,在一定时期内,建设用地的价格会下降,农地价格会上升,“地价差”的问题会缓解。

(三) 征地及规划伤害的补偿问题

实施土地利用规划引起的利益分配的某些问题,从学理或法理上已经有充分讨论,这里不再一一分析。我们认为,还有一些本来重要但却讨论不够的相关具体问题。

1. 征收农民土地,能否不分土地类别,一刀切地实行一个补偿标准?

农民手上的土地分为农业用地和建设用地。城市地价高,是因为土地是建设用地,这种由规划造成的垄断抬高了城市地价。农民的建设用地是历史形成的,不能用垄断权力使这种建设用地变为一般农地,然后按照一般农地价格征收。

在大多数国家,农业用地的交易如果不涉及土地用途变化,交易价格不会太高。一块农业用地的买卖价格,大体上是这块地所发生的地租的10倍左右,超过20倍已经属于不正常。如果发生用途转变的情形,农业用地被征收后转到二级市场卖了高价,农民或农村集体要不要分享“增值收益”?笔者以为并非一定要分享。增值收益是由用途变化造成的,而用途变化是政府规划造成的,政府占有增值收益自是应当。至于政府拿钱之后是否需要返还一部分给农村、农民,则是一个政治问题。

农村本来的建设用地(主要是农民的宅基地)被征收就完全不同了。这类土地本来属于建设用地,并不是政府规划赋予它这个属性,征用这类土地应该参照当地城市建设用地市场来确定补偿标准,决不能因为公益性建设的理由拒绝支付“市场价”。

2. 关于土地征收标准问题

任何交易的公正性都是相对的。大略说来,只要一项交易的多方当事人都是自愿的,没有任何强制因素起作用,交易就具有公正性。如果交易过程中有充分的信息,交易各方可以讨价还价,那么交易的公正性就更无可怀疑。这种自由交易形成的价格,就是市场价格。如果没有市场环境,即使政府出价碰巧与市场价格相当,农民方面也可能不满意,以致交易不能成功或发生冲突。所以,市场因素起作用,有利于降低交易成本,稳定社会关系。

总体看,我国土地的一级市场远不是真正的市场。因为市场不完备,也就不存在市场的“价格发现”功能。由此发生的土地交易,其公正性总令人怀疑。换句话说,在这种背景下,土地交易的公正是偶然的,不公正是必然的。土地征收中的大量冲突之所以发生,

根源正在这里。我们要把土地增值收益分配的公正性问题，转化为体制的公正性问题。在体制合理的前提下，政府提出的分配方案只要农民接受，就应该看做具有合理性。

中央提出的“产权明晰，用途管制”的改革原则，以及建立城乡统一的建设用地市场的主张，是改革的方向。规划应该由政府拿，规划管理要法治化。在这个前提下，商业用地的交易要完全市场化，农民可以针对具体交易说不；而公益性用地要压缩范围，征地补偿以市场价格为基础，但农民不能针对征地本身说不。为了防止地方政府“忽悠”农民，使农民在信息不充分的情况下把地“廉价”地卖给政府，应确保政府的规划信息公开，且公开信息应有法定程序，农民在一定时间里应有反悔权。

一个地方的土地市场发育不完全，政府难以直接发现土地的市场价格，这种情况下怎么办？这里介绍英国的一个做法。^{〔28〕}

尽管价格决定是一个复杂的问题，但英国政府认为其基本精神应该是：征购价格应该是所有者（或求得补偿者）得到一个货币量，这个货币量对于所有者来说，就好像征购没有发生一样。换句话说，征购行为对土地当事人的利益获取不应该发生影响。为了在理论上说清楚这个道理，英国法学家使用“无计划世界”概念。在这个世界里，土地征用局没有发布过土地征用通知，有关土地的发展计划没有发生，甚至没有提出。就是说，土地价格的决定应该以“无计划世界”为基本前提。这里的“计划”是指政府征地以后的项目计划。英国土地征购价格决定具体考虑以下几个方面的因素：

（1）市场价值规则。具体包括：①对强制征用不进行额外补贴。1919年之前，政府考虑到强制购买忤逆了所有者的意愿，会在征购价之外在给一个补贴，但1963年的立法取消了这个做法。②在决定价格时，设想被征购土地在公开市场上自愿出卖时可能获得的收益，这是定价基本准则。③不因为被征购土地的特殊用途而给当事人以价格补贴。④如果土地的目前使用有违反公众利益或违反法律的情形，由此发生的收益在征购价格中也不予考虑。⑤在特别情形下，土地法庭会不考虑市场价格，而考虑一个“重置等价”。例如，一座教堂如果按市场价出售，所有者所获得的款项难以在其他地方建立一座同样的教堂，此时土地征用局只能考虑教堂的重置费用了。⑥考虑打搅补偿。

（2）合法的计划假设。土地的市场价格只反映其当下用途的市场价格，但土地还可能有潜在的发展价值，其中包括合法发展计划的影响。一块土地，已经被政府规划为住宅发展区，那么土地所有者在公开市场上出售土地时，政府的规划就是影响因素，出售土地的收益必然包括这个因素，这种合理的计划假设应该对征购价格发生影响。“无计划世界”只是针对还未发生的但随着土地购买就要发生的状况而言的。

（3）增值或贬值的后果。正在执行的计划可能使得所征购土地的价值发生增值或贬值，但这种因素不应该在征购价格中予以考虑。

（4）外部有害（或有益）影响。一整块土地，如果只征用了一部分，而征用的结果给其余土地的价值造成了损害，那么土地征用价格应该包含对这种损害的补偿。如果土地的部分征用给未征用的其余部分带来了增值，那么土地补偿价格就应该将这种增值从价格中

〔28〕 关于这个问题的具体讨论，见 Angus McAllister & T. G. Guthrie, *Scottish Property Law*, Edinburgh, Butterworths, 1992, pp. 237 - 244。关于这个问题的整体讨论，见前引〔5〕，中国社会科学院农村发展研究所宏观经济研究室编书。

扣除,当增值等于或超过补偿价格时,则意味着不再补偿。

上述苏格兰的做法来对于中国土地征收、征用时确定补偿价格应该具有借鉴意义。

3. 涉及土地分区规划引起的“实际征用”诉讼问题

因为土地分区规划对土地的用途作了某种限制,会被当事人认为影响到土地最有价值的用途的实现,甚至会认为土地的分区规划会构成对土地的实际征用或部分实际征用,因此可能提出价值补偿诉讼。这种情形主要发生在农区划分的规划管理实践中,农民或者农地的主人通常认为自己的土地被限制在农业用途上,形成了权利的牺牲。这种判断自然有合理性。有学者主张按机会成本补偿被征地农民的损失,^[29]但这种意见未见在国际上通行。在司法实践中,美国法院不支持以地产价值损失为基础的“征用补偿”,依据是土地的功能分区是合法政府为公共利益所采取的正当行为,并认为政府已经采取了其他措施补偿了农民的损失。^[30]政府的相关行为主要包括:(1)针对农民的不动产税收优惠计划,即通常不对农场主征收不动产税;(2)允许农场土地进行某种最低限度的非农利用,如按照农场的面积大小,允许农场上建造一定占地面积非农用途设施;(3)对农业生产本身进行支持,帮助农民降低农业成本,实现利润增长。如果在我国划定“农业保护区”,也不必直接给农民支付按机会成本大小计算的“利益损失”。

四、土地规划管理改革:若干结论性建议

土地是国民的基础性生存资源。政府的土地规划管理如果能良好运行,将使土地资源成为国民福利的源泉。本文对土地规划管理良好运行的社会政治条件做了分析,对土地规划所体现的权利关系从国际比较中做了考察,指出了我国现行土地规划管理的多方面缺陷,并讨论了我国土地规划管理的若干重大现实问题。这里对前文关于我国土地规划管理改革的建议做一归纳。

1. 进一步解放思想,使关于土地所有权认识由意识形态为主的视角转向以技术性判断为主的视角,确立效率优先、兼顾平等的土地产权改革思路,大胆推进土地的多元所有制改革。

2. 在土地资源利用中区别公权与私权两个领域,给私权以充分自由,用好公权,约束私权的“外部性”,在此基础上大力推进土地的市场交易制度,使市场在土地资源利用中发挥决定性作用。

3. 更新土地规划理念,使以人为本的理念与节约集约理念在土地利用规划中具有同等意义。土地利用必须服务于人民。土地利用规划中要扩大人民群众生活用地比重,压缩公共用地比重。

4. 完善土地规划管理体系,提高土地规划管理效率。土地规划管理要改变集权过强的弊端,下放土地规划管理权限。中央政府侧重土地产权保护、大江大河治理、农业保护区的监管以及土地司法体系的建设,省级政府的工作重心可放在环境保护方面,行政性市、

[29] 见前引〔3〕,文贯中文。

[30] 见前引〔4〕,Mandelker书,第382页。

区、县级政府在遵守上位法的前提下，可协调制定辖区土地利用规划原则。在此基础上，将土地实际利用规划权利完全下沉到城乡最低级别的政府层级，并按照民主法治原则确定规划程序。

5. 加快土地规划管理的法律体系建设，实现土地规划管理的法治化。要制定“居住法”，确保人民群众的土地享用权益；制定“农业保护区法”，更大幅度地保护农田。要将土地利用规划明确为最基层政府的法规，彻底去除实践中广泛存在的土地利用规划的随意性。

6. 调整土地规划制定的技术性规范，强化土地利用规划的科学性。要取消规划企业的资质审批，完善规划师责任制，改变已经过时的土地利用规划的规范体系，使土地利用规划的技术性要求更能体现以人为本、节约集约利用土地的目标取向。

7. 摒弃将城市规划区土地视同必须征用土地的认识，修订关于城市土地归国家所有的法律条款。坚决压缩征用农地的范围，允许农民按照市场价格出让土地。在有限的征地中，区别现有农业用地和农村建设用地两种属性，分别计算征用价格。

Abstract: There are major conceptual and operational defects in China's current land planning and management system. These defects include: a) lack of human-oriented design; b) overly abstract land-ownership ideologies with insufficient application strategy; c) overly centralized authority in land planning and management; and d) rigid technical specifications that do not apply well to practical situations. Consequences of these defects include severe waste of land resources, poor living quality of residents, and homogeneity in urban and rural landscape designs throughout the country. China needs to systematically adjust its land planning and management policies, including to balance public authority and private rights and to define and differentiate their scopes; to give individuals enough freedom to exercise their private rights while ensuring fairness and upholding public and interests, so as to let the market plays the decisive role in the utilization of land resources; to adopt a more human-oriented philosophy in urban and rural planning and to give equal prominence to social welfare and economical and development-intensive designs; to increase the proportion of land utilized for the construction of residence for the general public; to improve the efficiency of land management by decentralizing corresponding bureaucratic systems; to accelerate the construction and implementation of a well-rounded legal system of land planning and management; to update technical specifications to encourage human-oriented planning designs and optimize land utilization; to adopt scientific policies supported by up-to-date research and experiment; to prevent monopolies in the certification processes; and to improve the designers' accountability mechanism.

Key Words: ownership, planning of land utilization, passive planning, reform of the land planning and management system
