



## 地票交易的法律性质及其规制

张先贵

(上海海事大学 法学院, 上海 201306)

**摘 要:**无论是“指标交易说”“土地发展权交易说”抑或“地役权说”都没有对我国当下地票交易的法律性质予以准确揭示。从我国特有的地权结构形态和土地管理体制出发,参考域外经验,在考察地票交易生成逻辑的基础上,宜将地票交易的法律性质界定为土地开发权交易。针对土地开发权交易的法律规制,应分两步走:一是在现行法没有对土地开发权及交易进行系统性规定前,遵循解释论研究范式,可适用地役权制度的相关法制资源,但这仅是过渡阶段;二是在正轨阶段,遵循立法论的研究范式,在土地开发权被现行法赋予一项独立的用益物权,并对其交易进行系统性的调整后,应适用其专门性规定。

**关键词:**地票交易;指标交易;土地发展权;地役权;土地开发权

**中图分类号:**D922.3   **文献标志码:**A   **文章编号:**1671-7465(2015)04-0106-08

### 一、问题意识:认真对待地票交易的法制化建设

在目前我国经济高速发展对土地形成特别依赖和粮食安全、耕地保护红线不能突破的双重压力下,如何走出一条既能有效保护耕地,保住耕地红线,又能不影响而且能够支持经济快速发展,是摆在我们面前一道难以破解的国家难题。发端于成渝两地的地票交易制度无疑是为这道难题的破解寻求出了一个新的方向。自2008年底重庆率先在全国挂牌成立首家农村土地交易所并实施地票交易以来,至2013年底,重庆农村土地交易所共举行地票交易会32场,交易地票321宗,成交面积17.95万亩,成交金额为356.14亿元。除2012年地票成交量有所下降外,重庆地票的交易量整体呈稳步上升趋势<sup>[1]</sup>。此外,在地票一级市场的推动下,重庆市政府亦积极开展地票二级市场上的质押融资等业务<sup>[2]</sup>。

然而,与地票不断发展的实践相比,目前,围绕这一现象所引发的一些基础性法律问题并没有得到学界认真对待,譬如,地票交易的法律性质究竟如何界定?立法上如何规制这一法律现象?等等,至今尚未明朗。实际上,作为我国土地管理实践创新的新举措——地票交易,如果得不到现行法的有效规制,不仅会因其存在的风险,在实践运行中产生更多的纠纷和矛盾,而且亦会动摇其存在的合法性基础。是故,为能够推动地票交易的进一步发展,尤其是“推动将来地票交易二级市场的开放”<sup>[3]</sup>,在理论上准确地界定地票交易的法律性质,并建立起有效的调整机制,以实现其法制化运行,显然,具

收稿日期:2015-01-30

基金项目:国家社会科学基金项目“宅基地权利体系重构及其运行机制研究”(14BFX085);教育部重大招标项目“农村土地股份制改革的理论探索与制度设计”(2013JZD007)

作者简介:张先贵,男,上海海事大学法学院讲师,博士,主要研究方向为土地法、民商法学研究。E-mail:zhangxian-gui2010@163.com

有非常重要的意义。

## 二、现实与争鸣:地票交易法律性质的现有界定及理性批判

就地票交易的法律性质而言,目前,学界争议较大,尚无定论,概括起来,主要有“指标交易说”“土地发展权交易说”和“地役权说”三种代表性学说。虽然,这三种学说均从不同层面试图揭示地票交易的法律性质,但就其本质而言,均存在程度不等的硬伤和弊病,殊值检讨。

第一,关于指标交易说。许多学者在论述地票交易时,一般认为地票实质上乃是新增建设用地指标或者说城乡建设用地增减挂钩指标的票据化,地票交易即为指标交易,据此,这类学说一般被视为指标交易说范畴<sup>①</sup>。主张地票交易的法律性质为指标交易说,能够直接从当下的文本中找到明确的界定<sup>②</sup>,能够较为容易地帮助我们对地票交易形成直观上的认识。

通常来讲,指标主要是对目标或结果的数量显示。指标在法律中的运用主要体现出数学对法律的影响<sup>③</sup>。借助于这种数字化的指标形式,有助于我们对客观模糊现象取得更加精确的认识,有助于提高法律的可操作性<sup>④</sup>。因而,在现实社会生活中,指标一词被广泛地运用,如计划生育指标、招生指标、免税指标等。但是,这些名称不同的指标与地票交易中的指标在法律性质的界定、权利义务的分配以及法律规范的适用等方面均有所不同,故将地票交易界定为指标交易,过于简单和笼统,仅仅是一种停留在对象的事实层面的简单生活描述,或者说是一种未经过法律技术的处理,游离于法律思维之外的一种事实状态的简单重复,而非借由权利义务这一逻辑线索明确地票交易基于此一事实所发生的权利义务关系。因而,属于经验化、肤浅化的碎片认识,没有真正地穿透事物的本质,无法真正地描绘出地票交易的法律性质,更遑论其权利义务以及法律规范适用的明确。

第二,关于土地发展权交易说。在坚持地票交易为土地发展权交易说的学者看来,“重庆地票机制从本质上更接近于美国的可转让(转移)土地发展权制度,因此,重庆地票运行机制的原理可以看作是土地发展权空间转移的借鉴模式”<sup>⑤</sup>。持类似的观点还有,“重庆地票交易的本质是土地的发展权转移”<sup>⑥</sup>;或者说“地票交易是区域土地发展权转移的一种方式”<sup>⑦</sup>;或者说“地票交易是城乡建设用地增减挂钩指标在土地交易所内以出让方式进行的流转,包括土地复垦、下达指标、交易地票、使用地票等环节,其法律性质是农地发展权交易”<sup>⑧</sup>。

一般而言,国内学者在谈及土地发展权交易理论时,主要是对美国土地发展权交易理论的介绍,其主要内容是指“通过市场机制将一块土地(发展权转移地区)非农开发建设的权利转移到另一块土地上(发展权接受地区)”<sup>⑧</sup>。形式上看,我国的地票交易与国外的土地发展权交易制度非常类似,可以说,是对土地发展权交易制度的中国式创新。

一方面,从地票交易法律关系的当事人来看,包括竞购方和出让方,这与土地发展权交易双方主体:“转移地区的出让方”与“接受地区的受让方”相类似。

另一方面,从内容来看,地票交易的内容,其实亦符合将一块土地的非农开发建设的权利转移到另一块土地上。在地票交易中,首先由农村集体经济组织和农民将闲置的宅基地和集体建设用地复垦为耕地,即出现了农村宅基地和集体建设用地转变为农用地承包地,此时,作为农用地承包地的权利人不能对复垦后土地进行开发建设,即为土地发展权受限地区,但可以将受限的土地发展权转移到另一

① 参见郭振杰、曹世海:《“地票”的法律性质与制度演绎》,载《政法论丛》,2009年第2期,第47页;凌成树、朱玉碧:《重庆地票制度运行现状及问题研究》,载《安徽农业科学》,2012年第5期,第3062页;王英、余雅文:《重庆地票交易制度与运行问题研究》,载《建筑经济》,2011年第12期,第61页。

② 参见《重庆农村土地交易所管理暂行办法》第18条的规定:“本办法所指建设用地挂钩指标,特指农村宅基地及其附属设施用地、乡镇企业用地、农村公共设施和公益事业建设用地等农村集体建设用地复垦为耕地后,可用于建设的用地指标。”

③ 参见何柏生:《数学对法律文化的影响》,载《法律科学》,2000年第6期,第3-17页;何柏生:《论法律价值的数量化》,载《法律科学》,2011年第6期,第3-11页;何柏生:《理性的数学化与法律的理性化》,载《中外法学》,2005年第4期,第459-478页。

④ 参见闫海、梦娜:《我国地票交易法律制度探析》,载《武陵学刊》,2012年第4期,第59页;张鹏、刘春鑫:《基于土地发展权与制度变迁视角的城乡土地地票交易探索——重庆模式分析》,载《经济体制改革》,2010年第5期,第65页;张先贵:《社会转型期集体土地资本化模式选择之法理辨析》,载《中州学刊》,2013年第10期,第65页。

地块上,即发展权接受地区。

此外,再从结果看,复垦后的农村集体经济组织和农民不能对复垦后的农用地进行开发建设,因为,其土地发展权已被接受区买走了;相反,接受区在购买土地发展权后就可以将等量指标的农用地转为建设用地,因为其享有土地发展权,显然,这与土地发展权转移中的发展潜能从农业用地等转移到房地产开发地上基本类似。

客观来讲,相对于指标交易说而言,将地票交易界定为土地发展权交易,体现了我们从法权模型层面出发,基于权利义务的逻辑主线,以地票上所承载的权利或者利益为着眼点予以思考,在法律的世界图景中,藉用法的理念、逻辑和技术的手段来描摹客观对象的全部法律意义,改变了我们对客观现象法律性质界定的简单事实描述的弊端,因而,具有明显的进步性。但是,这一界定亦并非完美无缺,在中国法语境下,亦同样暴露出明显的硬伤:

一是混淆了土地发展权和土地开发权之间的区别。在中国法语境下,土地发展权主要是针对土地用途变更和土地利用强度提高后的增值利益归属问题。而土地开发权则针对是否有权变更土地用途和土地利用强度的权利。显然,将地票交易界定土地发展权交易实属不妥,存在明显的概念错用和理论逻辑混乱的弊端,因为其并不反映增值利益的交易。

二是即使按照上述学者的观点,将地票交易界定为土地发展权交易说的话,那么,由此而带来的问题是,在我国现行法没有对土地发展权进行规定的情形下,如何对这一交易进行法律的调整或者规制,以实现权利的有效运行?对这一基础性问题,从主张土地发展权交易的学者看来,并没有得到回答。

第三,地役权说。有学者在研究地票交易时,就其法律性质的界定,从现行法层面出发,指出:“基于《物权法》的相关规定,宜将地票交易纳入地役权范畴,这一解释不仅明确了地票交易的用益物权属性,有助于化解地票交易的合法性疑问,同时也为实践中关于地票的登记以及转让、抵押等问题在《物权法》层面找到了一个解决方案,有利于进一步深化地票交易制度改革。”<sup>[9]</sup>

自逻辑层面观之,将地票交易的法律性质界定为地役权,有其合理性。在地票交易中,涉及到两块土地:一块是农村的宅基地和集体建设用地(可称供役地);另一块是在土地利用总体规划、城市规划范围内的农业用地(可称需役地)。这两块土地在地票交易中紧密地联系在一起。对于供役地而言,经过复垦变为了耕地,并且以后只能按照用途管制的要求用作农业用途;而对于需役地而言,可以依法转变为城镇建设用地,用作房地产开发等高经济效益的用途。不过,前一块土地是为后一块土地服务的,而正是由于前一块土地所提供的“便利”使得后一块土地的价值、效益得到了极大的提升,并且后一块土地的权利人要从前一块土地的权利人进行补偿。由此,地票交易的上述这些特征符合传统物权法关于地役权制度的基本特征。此外,将地票交易纳入到地役权轨道予以规制,也为我们处理地票交易提供了现行法上的支持,但遗憾的是,这一思路亦同样存在如下明显的缺陷:

一方面,以地役权制度的相关规范来调整地票交易,并没有真正地揭示出地票交易法律性质这一重要的基础理论问题。尽管地役权为我们提供了设定用益物权的一般模式,其对缓解物权法定与现实社会发展之间的冲突和矛盾提供了良好的制度平台,却存在遮挡或者阻碍新的权利生成的弊端。显然,这对于我国这样一个私权文化和私权精神不发达的国家而言,是极为不利的。实际上,权利文化乃是一种最能体现人性和复归人性的文化,是一种最能反映生命之真的文化,我们甚至可以将它比拟成“童心文化”(而不是“童话文化”),这不同于一种单纯的“儿童文化”,它是一种经历社会与世俗历练以后的人性的自我舒展与张扬<sup>[10]</sup>。因此,根本上讲,以权利义务为逻辑主线,诠释“地票”的法律性质,彰显其背后所承载的权利,乃是回归其本质的应然之举。

另一方面,即使将地票交易界定为地役权属性,按照地役权制度的相关规范来调整和规制,但亦同样会带来这样的问题,即现行的地役权制度的相关规范体系真的能够对“地票”交易这一特殊现象进行一览无余的调整和规制?在笔者看来,就一般层面而言,以地役权属性来调整地票交易,确实可以为地票交易的登记和转让、抵押提供规范支撑,但基于地票交易与普通财产权转让之间的区别,现行的地役权的制度规范体系很难适应这一特殊对象的规制。譬如,地票交易适应条件为何?如何对



其总量控制?以及按照何种程序运行,等等?显然,对这些特殊问题,现行的地役权制度规范体系无法予以有效的调整和规制。实际上,地役权制度内容的不确定性、包容性和开放性,恰好亦暴露出忽视对特殊现象的关注,进而决定了其适用空间的有限性和局限性。

### 三、逻辑与机理:地票交易法律性质应界定为土地开发权交易

建立在公有制基础上的我国土地法律制度,关涉其制度设计和规范配置有着鲜明的本土特色,尤其在社会转型期,制度设计的本土特色更是明显。当然,这亦从另外一个层面揭示出中国特色土地法律制度设计的独特性和精巧性。从实践中探索出来的地票交易制度,无疑将土地法律制度设计所追求的这种独特性和精巧性展现得淋漓尽致。作为一项来自于实践的制度创新,要保障其持续的运行,对其法律性质这一基础性问题进行准确的界定,显然,甚为重要。

上文已述,指标交易说没有对地票交易的权利属性予以揭示。土地发展权交易说虽揭示了地票交易的权利属性,但混淆了土地发展权和土地开发权之间的区别。地役权说一方面逃避了对地票交易权利属性的揭示,另一方面亦无法对地票交易的特殊事项予以调整,只能在过渡阶段为地票交易的法律规制提供有限度的规范保障。由此,在逐一检讨“指标交易说”“土地发展权交易说”和“地役权说”存在缺陷的基础上,笔者认为,地票交易的法律性质宜界定为土地开发权交易。这不仅在理论上有助于弥补上述三种学说的弊病,为地票交易法律性质的准确界定提供理论上的助益,而且对推动当下土地管理市场化方向改革具有非常重要的意义。

其一,从地票交易内涵来看,宜将其界定为土地开发权交易。所谓地票交易是指将农村闲置的宅基地及其附属设施用地、乡镇企业用地、农村公共设施和公益事业建设用地等农村集体建设用地复垦成耕地后,在经国土管理部门验收合格后,折合成一定数量的建设用地增减挂钩指标,然后发给农户权利人用地指标的凭证即“地票”,地票的产生意味着建设用地挂钩指标的释放。相关单位或者个人可以到土地交易所购买该挂钩指标,以作为新增建设用地指标凭证的来源。在相关单位或者个人从土地交易所通过招拍挂方式成功竞买该用地指标(即地票)后,可以请求地方政府将符合土地利用总体规划、城市规划的农业用地通过启动征收程序转变为城镇建设用地。而支付地票的价款可以免交新增建设用地有偿使用费和耕地占补平衡补偿费。

由此,相关单位或者个人通过地票交易取得地票后,即意味着有权在符合规划的条件下变更农用地用途管制,将农用地转为建设用地从事农地非农化开发建设。就此而言,取得地票即意味着取得了土地开发权,地票与土地开发权之间可以划上等号。另外,从地票的生成来看,地票的取得乃是基于政府对土地复垦和建设用地增减挂钩的许可而授予原建设用地使用权人的一项独立权利,这项权利可以独立于集体土地所有权和土地使用权。

其二,将地票交易界定为土地开发权交易,是对指标交易法权逻辑的准确揭示。在我国,地票交易之所以得以产生,根本上讲,乃是由我国土地利用总体规划确立的建设用地总量指标控制所决定的。换言之,对于地方政府在每个规划年度和计划年度内,能够将多大规模的农用地转为建设用地,乃是由指标进行总量控制的,此乃建设用地总量指标控制和耕地保有量指标控制的基本要求。基于我国特有的地权结构形态,建设用地总量指标包括城镇建设用地总量指标和农村集体建设用地总量指标,理论上讲,如果减少农村集体建设用地总量指标,并相应地等额增加城镇建设用地总量指标的话,不仅不会增加建设用地总量指标,而且对于优化当下城乡建设用地布局,合理配置土地资源具有重要的现实意义。尤其是在当下既要发展经济又要保护耕地,保住耕地红线的背景下,实践诉求尤为明显。

鉴于此,地票交易通过数量化指标的方式,为城乡之间的建设用地增加和减少提供了交易的可能性。因而,直观上讲,“地票交易乃是用地指标的交易,或者说地票交易是建设用地指标的交易和流转,是城市土地需求主体和农村建设用地供给主体之间就建设用地指标进行的一种证券化的资产交易<sup>[11]</sup>”。借助于这种指标交易,能够在一定程度上解决城镇经济快速发展,而新增建设用地指标供给

不足的弊端,对实现城市化、工业化的快速发展起到重要的推动作用。

但上文已述,指标交易并非是对地票交易法律性质的揭示,而仅是一种客观事实的简单表达。描绘地票交易或者指标交易在法律世界中的图景,以地票上所表彰的权利或者利益着手,通过法律的理念、逻辑和技术有效处理地票交易或者指标交易这一生活事实的法律性质,将其抽象和塑造为有意义明确的法律概念构成的法律规范体系,并藉由权利义务这一逻辑主线实现文本脉络上的关联性,以此揭示该生活事实的全部法律意义,方可实现地票交易法律性质的准确界定。

据此,回到权利义务的逻辑平台层面,将指标交易界定为土地开发权交易,以此明确交易双方当事人的权利义务关系,显然,是对地票交易法权逻辑的准确揭示。另外,这一界定亦可避免土地发展权与土地开发权的混淆和错用;避免地役权说逃避对地票权利属性的揭示和对地票交易特殊事项调整的关注。

其三,将地票交易界定为土地开发权交易,是我国当下土地管理市场化改革实践的内在诉求。我国现行的土地管理法律制度践行的是以土地用途管制为核心的土地管理权行使模式,在这一模式中,管制者与被管制者之间呈现出明显的主从支配和纵向隶属关系,被管制者的利益诉求往往难以得到有效的表达,管制失灵的现象人所共知。为此,从积极回应现实诉求,满足多元主体的利益需要出发,推动我国现行土地管理制度市场化改革已成当下的客观现实。地票交易亦正是基于这一背景而得以产生,就其意义而言,不仅能够解决新增建设用地指标不足,有效推动经济发展,而且亦有利于实现城乡建设用地资源的优化配置,加快偏远地区经济的发展。

因此,地票交易可以看作是我国土地管理制度市场化改革的重要组成部分。更具体地讲,立足于我国特有的土地管理体制,地票实际上是对我国传统建设用地指标管理制度的市场化改革。有鉴于此,为推动这一改革的顺利进行,确立可交易的财产权体系,在法律性质层面,明确地票交易为土地开发权交易,不仅揭示了地票的法律性质为土地开发权,解释了地票交易乃土地开发权交易,而且有助于我们从实践出发,从当下现实社会需要出发,建构一项能够在市场上流转的新型财产权利——土地开发权,这为保护农民土地财产权提供有益的制度支撑。

#### 四、从解释论到立法论:土地开发权交易现行法规制的应然方案

明确了地票交易法律性质为土地开发权交易后,随之而带来的问题是,如何从立法层面对其进行调整?显然,对这一问题的回答,直接关涉到本文的核心议题,即地票交易法律规制这一亟待解决的现实难题。

在笔者看来,对这一问题的解答,应遵循解释论和立法论的双重研究范式,分两个阶段:一是在现行法没有对土地开发权及交易进行系统性规定前,为避免法律调整的缺位,遵循解释论研究范式,可适用地役权的制度规范来调整,但这仅是过渡阶段;二是在正轨阶段,遵循立法论的研究范式,在土地开发权被现行法赋予一项独立的用益物权,并对其交易作系统性的调整后,应适用其专门性规定。

##### 1. 过渡阶段:借助地役权法制资源调整

就地役权内涵而言,我国《物权法》第156条明确规定:“地役权人有权按照合同约定,利用他人的不动产,以提高自己的不动产效益。前款所称他人的不动产为供役地,自己的不动产为需役地”。与地上权(建设用地使用权)不同,地役权人并不对他人的土地进行排他性占有、使用和收益(修建建筑物等),而只是为更加方便或更有效益地利用自己的土地而利用他人的土地,其利用方式为对他人土地增加某种负担。<sup>[13]</sup>就其功能而言,有学者指出:“地役权不仅间接地促进社会财产充分利用的作用,而且对土地利用也可以起到调节的功能。”<sup>[14]</sup>从实践来看,地役权的种类非常丰富,涉及到不动产利用的各个方面,在农村,其主要涉及到土地耕种、放牧、引水、排水、汲水等生产或者生活需要,而在城市,则更多地涉及通行、采光、通风、排水、眺望等生产或者生活需要,故根据其内容,存在各种类型的地役权。

由此,法律虽然规定了地役权是利用供役地权利这一基本内容,但是有关地役权的具体内容并没

有规定,譬如,究竟如何利用、选择何种利用方式、利用的期限、如何支付对价等,则交由当事人通过合同的方式来约定,这主要是因为现代社会利用不动产的方式复杂多样,法律不可能对其作事无巨细的规定,只能委诸当事人根据具体情况来做相应的约定。此外,地役权与土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等存在的一个明显区别是,相对于后者而言,前者对不动产的利用不是基于生存利益的需要,而是为了提高不动产的效益之所需,因此,也没有必要由法律对其具体内容作出强行规定。可以说,“无论在大陆法系还是英美法系,相比较其他种类的物权而言,在地役权领域,物权法定原则的适用要宽松得多”<sup>[15]</sup>。对此,有学者指出:“地役权实际上提供了一个在不动产上设立用益物权的一般权利模型,为新的物之利用方式生成为物权提供了方便。”<sup>[16]</sup>

显然,这一方面体现了作为用益物权的地役权乃是用益物权利序中的一个兜底型权利,以此可以“缓和物权法定主义的僵硬性与现实社会不断发展之间的张力,并且能够兼顾私法自治和交易安全,实现财产的有效利用目标”<sup>[17]</sup>;另一方面由于地役权具体内容的不确定性、开放性和包容性等特点,“使得地役权拥有了纯技术性概念的外观,从而增强了它的亲和力、便利了它的普适性”<sup>[18]</sup>。当然,这亦同时决定了地役权乃是由一系列具体内容不同的权利组成的权利群(或者说权利束),或者说地役权乃是一系列权利组成的集合体。譬如,道路通行地役权、地下管道通行地役权、林地地役权、草原地役权、生态地役权、环境地役权、公共地役权、行政地役权等。

正是地役权的上述特征,使得地役权制度在现代社会展现出新的价值,并以此而渗透到社会生活的各个领域,这在土地管理领域亦不例外。譬如,地票交易即为一典型例证,具体而言,从我国现行地票交易的生成逻辑和运作机制来看,一旦地票落地后,通过复垦的承包地权利人是不能将农用地转为建设用地从事农地非农化开发建设,而取得地票的权利人有权在符合规划的条件下变更农用地从事农地非农化开发建设,地票转让人与受让人之间的权利义务关系符合地役权的基本原理和规范。就此而言,过渡阶段,在法律没有确立土地开发权这项独立的权利前,基于解释论的研究范式,可借助于地役权的制度规范对土地开发权交易予以调整,这不仅具有理论可行性,而且具有实践必要性。

## 2. 正轨阶段:应制定专门性法规制

借助于解释论,适用地役权的制度规范,固然可以在一定程度上规制土地开发权的交易,但这一做法存在明显的缺陷,只能在土地开发权未被立法明定为一项独立权利和系统性调整前所运用。

其一,尽管地役权内容的不确定性、开放性和包容性特征,能够很好地调整现实生活中对他人不动产利用的多种形式,能够体现出其“超越政治体制和跨越时空转换的生命力”<sup>[18]</sup>,“甚至可以在方法论层面上抽象地理解为一种思考工具”<sup>[19]</sup>。但可能会在一定程度上阻碍新的物权类型的生成,这对于我国这样一个私法权利不发达的国家而言,弊大于利。

在我国社会主义法律体系形成后,“对于践行‘立法中心主义’的‘体系前研究范式’的学术缺陷日益明显,难以满足法治不断发展的需求,有必要向‘体系后研究范式’转型,其中赋予解释论研究以应有的时代使命乃是重要的内容”<sup>[20]</sup>。对此,基于解释论的研究范式,借助于地役权的相关理念和内容来调整土地开发权交易,完全符合“体系后研究范式”的基本要求。但是任何理论或者方法利弊共存,虽然以地役权的相关理念和内容来调整土地开发权交易,不失为一条捷径,能够节省立法的资源成本,但显然会阻碍土地开发权这项新的物权类型的生成和制度建设。

实际上,传统中国历来就有“立公灭私”的观念。改革开放以来,我国法制建设的一个基本内容是限制公权,保护私权。围绕私权的保护,不断有新的权利生成和得到现行法的系统性保护。当然,现行文本层面已确立的不同类型权利,并不意味着新的权利类型生成的终结,同样如此,任何阻碍新的权利生成的现象亦应该引起我们高度重视。就我国土地管理领域而言,长期以来,公权力过于强大,私权利过于弱小,公私之间主从支配和纵向隶属关系表现得尤为明显,因此,从保护土地财产权人的私权利出发,将土地开发权确定为一项独立的用益物权,并对其予以系统性的规制,乃是我国土地管理制度市场化改革,保护土地财产权人利益的内在诉求。就此层面而言,以地役权的相关理念和内容来调整土地开发权交易,显然只是过渡阶段的无奈之举。

其二,鉴于土地的资源属性特征,即土地并非一项单纯的财产,而是一个承载着社会公共利益的



资源型财产,这使得土地开发权交易与一般的财产权交易显然存在区别,若以地役权相关的理念和内容来调整,显然难以对这一权利交易的特殊性予以有效的规制。对于地役权制度而言,一方面我国现行法规定极为简陋,只仅仅就一些基本内容进行了简单的规定,体现出有学者所说的“类型法定、内容意定或者说宏观法定、微观意定”<sup>[21]</sup>的特征;另一方面,对于域外法中普遍规定的法定地役权,并且广泛地存在现实生活中,而我国法亦未作规定<sup>[22]</sup>。因此,鉴于现行法对地役权制度粗线条的规定,即使借助于地役权制度规范来调整土地开发权交易制度,亦是捉襟见肘,难以凑效,无法实现应有的调整目标。

另外,鉴于土地开发权交易制度中的一些特殊事项,譬如,土地开发权交易的前提条件为何?土地开发权购买中的国家如何补偿?土地开发权转移如何运行等诸多细节性问题,亦是现行地役权制度所无法承受之重的。因此,只有借助于现行法对土地开发权交易的系统性规制方可实现制度设立的目标。

其三,对土地开发权交易进行系统性规制,有着相似的立法文本可作参考。从现行的文本规范配置来看,对于探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权,我国现行《物权法》对其进行了原则性的规定,即宣示为用益物权。而更为具体的详细规定,如关于权利取得、运行和救济等,则交由《矿产资源法》《水法》《渔业法》等各部门法来规定。至此,借鉴上述经验,可以在我国将来的《物权法》修改中,明确土地开发权之用益物权的法定地位,而关涉其交易等更为具体的规范则可以交由《土地管理法》修改时规定。专门法调整并不影响《物权法》对土地开发权的原则性规定。在参照《物权法》对探矿权、采矿权、取水权以及养殖和捕捞权进行用益物权原则性规定的基础上,再由《土地管理法》在将来修改时作详细的专门性规定<sup>①</sup>。

## 五、结束语:未尽的思考

针对重庆地票交易的创新,有学者视其为“二次土地”,因为它解开了“城市发展扩张缺乏空间,农村建设用地闲置”的疙瘩<sup>[23]</sup>,对推动农村集体建设用地权益资本化具有重要的意义。此外,从地票交易的辐射效应来看,重庆市以建设用地指标的流转撬动了相关制度领域的改革,如统筹城乡户籍制度改革和住房保障体系的建立<sup>[24]</sup>。因此,可以说,地票交易的空间应当说是非常广阔的,尤其“是在现有绩效评价体系下,短期内以消耗土地为主要特征的发展模式难以根本改变的前提下”<sup>[25]</sup>,地票的实践诉求更为强烈。

然而,同样不可忽视的是,作为“新生事物的地票交易”,因缺乏理论和法律依据,在现行法层面难以按图索骥地找到明确的规范调整,在实践的运行中亦必然会存在诸多难以确定的风险,譬如,地票价格如何确定?地票收益如何分配?复垦后的耕地质量如何保障?农民土地权益尤其是未来发展权益如何保护?等等,诸多问题,不一而足。但立足于最基本的法理来看,明确地票交易的法律性质,无疑是诸多问题中最为核心、最为基础和最为关键的话题,因为这是深挖地票的资产价值,实现其经济属性的内在诉求。

### 参考文献:

- [1] 马智利,陈锋,马敏达.重庆地票二级市场的开放与交易机制研究[J].西部论坛,2014(3).
- [2] 刘俊,杨惠,白庆兰,等.地票的制度基础与法律性质[M].北京:法律出版社,2012:7.
- [3] 孙芬,郑财贵,牛德利,等.关于开放地票交易二级市场的思考[J].江西农业学报,2013(3).
- [4] 曲笑飞.法律数字化现象研究[J].法律科学,2013(1).

<sup>①</sup> 《物权法》和《土地管理法》两类文本的性质截然不同,担负的功能和任务亦有所不同。因此,在规范配置的性质层面亦有所区别。对于土地开发权而言,《物权法》主要是确权性规范和授权性规范。即主要明确土地开发权用益物权属性,并将相关的具体事项转介到特别法规定;而《土地管理法》主要是管制性规范,更多是为土地开发权交易进行规制而服务。当然,对于两类立法文本,我们应该将其视为一个具有内在关联性的法律系统,立足于不同的规范类型来实现规范之间的逻辑脉络。

- [5]董晓芳,杜新波.重庆市地票运行机制的内在经济法律依据[EB/OL].(2013-12-23).<http://lib.cqvip.com/QK/90168X/201231/43639115.html>.
- [6]崔之元.重庆实验的三个理论视角:乔治·米德与葛兰西[J].开放时代,2011(9).
- [7]杨庆媛,鲁春阳.重庆地票制度的功能及问题探析[J].中国行政管理,2011(12).
- [8]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).
- [9]黄忠.地票交易的地役权属性论[J].法学,2013(6).
- [10]易继明.私法精神与制度选择[M].北京:中国政法大学出版社,2003:302.
- [11]程世勇.城乡建设用地流转:体制内与体制外模式比较[J].社会科学,2010(6).
- [12]郑云瑞.物权法论[M].北京:北京大学出版社,2011:270.
- [13]王利明.物权法研究(下卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2007:213-214.
- [14]梁慧星,陈华彬.物权法(4版)[M].北京:法律出版社,2009:289.
- [15]高富平.物权法专论[M].北京:北京大学出版社,2007:446.
- [16]张鹏.究竟什么是地役权?——评《物权法(草案)》中地役权的概念[J].法律科学,2007(1).
- [17]尹飞.物权法·用益物权[M].北京:中国法制出版社,2005:406.
- [18]朱广新.地役权概念的体系性解读[J].法学研究,2007(4).
- [19]耿卓.我国地役权现代化的体系解读[J].中国法学,2013(3).
- [20]陈甦.体系前研究到体系后研究的范式转型[J].法学研究,2011(5).
- [21]潘新美.地役权制度与物权法之生命[J].甘肃政法学院学报,2003(3).
- [22]尹田.物权法[M].北京:北京大学出版社,2013:431.
- [23]王哲.土改探索之二:重庆“地票”创新[J].中国报道,2014(2).
- [24]谭峻.重庆市地票交易制度评论[J].公共管理与政策评论,2012(2).
- [25]谭明智.严控与激励并存:土地增减挂钩的政策脉络及地方实施[J].中国社会科学,2014(7).

(责任编辑:刘浩)