依然谨慎的乐观：规划工作的法治建设

Optimism with Cautiousness: Legalization Construction of Planning Practices

张庭伟
Zhang Tingwei

所有规划师都认识到规划工作法治建设的重要性，特别是由于大家都认同规划是一种公共政策，是治理国家、服务社会的重要政策工具。既然是政策，当然必须以法律为依据，规划的法治建设自然就极其重要。但是，规划界虽然呼吁法治化，却仍然缺乏对规划法治问题的研究。出现这样的状况，有几个可能的原因：第一，在现有的决策体制下，缺乏对实现规划法治化的信心，尤其是对执行、落实法律没有信心；第二，由于法律问题的严肃性及复杂性，使传统上以设计为主、对法律不够熟悉的规划师产生畏难情绪，被动地希望由法律界或政府有关部门来主导规划法治建设，而不是由规划师自己主动推动规划的法治建设，并应用法律来保障规划的实施，甚至保护规划师的工作；第三，中国法律界有太多的问题需要解决，因而对城市规划领域的法治建设关注不够，缺少从法学角度提供适于当代中国的规划法治理论及实施法治的途径。这些问题的涉及面极广，一些问题根植于深层次的体制问题，并非一时可以解决。

策划本专辑的目的，就是希望通过对中国及其他国家规划法治的讨论，引发广大规划师对法治建设的关注，希望规划师一方面在编制规划时自觉融入法律精神，编制出具有可操作法律含义而不仅仅是形式美观的规划文本；另一方面在实施规划中和公众一起，支持、监督政府依法落实规划。作为导读，本文从三个角度讨论规划的法治问题：规划法规本身；规划法规实施的对象即各种土地开发者及公众；规划法规的主要编制者及实施者即规划师。本文的题目《依然谨慎的乐观》借自于中国政法大学江平教授的同名著作^[1]。这位出生于1930年的中国法学界前辈所了解的当前中国存在的法治问题当然更多，但是他的基本态度仍然积极乐观，相信

中华民族必然会实现“依法治国”——这个现代社会的根本标志。作为执政党，中国共产党在十八届四中全会上提出法治国家、法治政府、法治社会，将国家的法治建设提升到一个新的高度，可能成为城市规划法治化建设的一个重要机遇，也必将鼓励规划师更多地加入法治建设队伍。

1 规划法规

改革开放以来，城市规划的编制及决策过程有相当大的改进，但是当前的规划决策仍然差强人意，很大程度上还是人治而不是法治。其原因无疑复杂且多面，也许可以从讨论规划法规的本身着手。常见的有三种情况：有法不依；无法可依；或以权代法，法律问题以政治方式解决。

首先是有法不依的问题。自1980年代以来，经历了文革的痛苦教训，以邓小平为首的中央领导大力推动法治建设，在国家层面通过了大量法律法规，中华人民共和国的法律体系渐渐完善：其中与城市规划直接相关的就有《城乡规划法》、《土地管理法》、《物权法》等一批国家大法；此外，在部委层面、规划行业内部以至地方规划部门，几十年来还颁布了一大批规划法规及规范。然而，这些法律法规在具体工作中常常得不到落实，地方领导的长官意志往往左右了城市规划及城市发展方向，不是建筑师的领导甚至直接“指导”了重要的建筑设计，人治大于法治造成的笑话绝非罕见。事实上，如果已有的法律法规能够落实，在规划实施中至少有一半问题可以得到解决或缓解。例如《物权法》如果真正得以落实，拆迁中的冲突就可能大大减少，至少在处理纠纷时各方能够更加有据可依；再如，若是依宪治国的基本精神能够得到尊重，那么政府、企业、社会的关系将有大的改善，国家发展、城市建设的正能量将大大增加。所以，要推进规划的法治建设，首先要呼吁的是有法必须依法。

作者：张庭伟，博士，美国伊利诺伊大学芝加哥分校荣休教授

其次是无法可依的问题。随着社会经济发展，现有的法律法规难以满足新情况的变化，故需要修改旧法或补充新法，这在各国都是常态，中国史无前例的高速城市化当然更有大量新问题需要新法规的引导。当前中国的一个常见情况是，现有的规划法律过于粗疏抽象，缺乏可操作性。作为规划工作根本依据的《城乡规划法》，更多像是目标的宣言，十分需要补充可操作的法律条文。例如，要列明在建设过程中谁（开发商、规划师、官员、社区居民等）、做什么事情、承担什么责任。十几年前，深圳在借鉴香港经验的基础上推出了具有法律意义的《法定图则》，不少城市起而效仿，因为它具有一定的可操作性。当前规划工作的主体之一详细规划，也是为了落实《城乡规划法》及总体规划而制定的具有操作性的法定规划。不少城建有关的问题中同样存在法规缺失的现象，特别是农村土地流转管理、存量土地再开发中的拆迁权限及补偿、交通拥堵治理规定等方面，都亟需法律或法定性政策、规范的指导。规划法律体系是一个大概念，其中可以细分为不同层级、不同执法定位的法律、法规、政策、规范及其他法定性规则。在什么层面，管理什么问题，需要什么层级的法律、政策或规范，由谁执法，谁监督，这些问题本身就是完善规划法律体系的重要内容，亟须推进。

再次，所有国家都存在以权代法，即以政治方式解决法律问题的现象，这在中国地方政府同样存在。出于种种考虑，地方政府可能不愿公开地依法处理一些规划问题，希望通过行政手段，或其他政治安排来解决问题。例如开发项目安排、土地收入分配等事项，很多是在政府系统内部关门决策而不经公众听证，甚至未经法定的人大审批。尽管大家公认：执法者自身首先要依法行政，但是以权代法仍然得以通行，说明规划法治的进步无法脱离更大背景的上位法律体制的进步。若是大体制的法律不完善或有法不依，即使是规划法律自身完善了也仍然难以实施。

依法治国说了多年，现实却仍然是人治大于法治，为什么？首要问题是必须完善对权力的监督，这也是十八届四中全会的中心内容。其实在城市建设问题上，世界各国都经历过有法不依的历史阶段。例如美国在1900年以前把土地视为私有财产，当时的法律只强调保护私人产业的所有权而不关心私人土地的使用方式，其后果是土地主为了追求利润，无度开发土地，造成城市里高密度的棚户区，那里卫生条件恶劣，给周边的“高端地区”造成了瘟疫威胁，终于迫使政府干预。自1920年代开始，联邦政府几次通过法律（planning enabling acts）承认：私人土地的使用方式会影响公共利益，因此必须由代表公共利益的政府介入。同时也明确了：土地管理属于地方政府的职权，中央及州政府不能随便干预。从此，由地方政府建立了具有地方法规性质的区划法（zoning

ordinance）。但是，当时的土地管理完全依靠地方官员批准而缺乏监督，其结果是开发商只要贿赂有关官员，得到一纸政府批文，就可以在“已获得政府批准”的名义下为所欲为，土地开发仍然混乱而地方官员成片腐败。这是典型的人治替代法治，必然引发政府腐败。经过1960年代的民权运动及环保运动，联邦政府修改法律，明确提出土地作为重要自然资源，中央政府可以通过环保条例对地方土地开发进行干预。从此，中央政府可以通过美国环保局（EPA）以执行环保法规的名义介入地方开发，提供了一定程度的自上而下的监督。直到1980年代以后，公众进一步认识到土地作为稀缺性资源，其开发使用对当地经济发展、社会公平具有重大影响，因此土地管理必须受到社会公众自下而上的监督。各级政府通过立法规定：土地使用规划或区划法规修改必须经过公众参与和听证，以及议会批准。无论公私投资，任何建设项目的审批必须依照法律程序，得到公众认可并附有公众听证会记录，否则规划部门不能予以批准。结论是，城市规划法治建设的第一要素是法规自身的完善，包括有上位法律来保证规划法规得到实施。

2 规划法规实施的对象

完善、健全法规只是行使、落实法规的一面，另一面则是法规实施的对象包括公私建设者、开发者，以及广大公众。这些法律的受众，无论是普通人还是官员，平时必须在法律框架内行为，遇事必须听从法律的裁决。1900年代美国城市大发展时的混乱、1920—1930年代美国城市政府的腐败，和当时的政府官员以及选举他们的公众素质不高、缺乏法治意识有密切关系。任何体制的支撑是官员，基础是百姓。很明显，官员的素质直接影响法律法规的落实，因此才有了近年来中国的反腐运动。而百姓是公众，爱他们应如爱整片森林，决策必须听取他们的意见。但是林子大了，其中不仅有橡树松树，也有杂树甚至妨碍树木生长的灌木藤草，因此爱森林不等于赞同森林中每一株植物。公众参与是指利益相关方各界代表的参与，而不是仅仅代表个人意见的个体参与。个体发表的意见不一定全部正确，是由于普通百姓的意见往往较多考虑自己的利益，特别是眼前利益而显现出短视倾向。当公众没有完全理解法律法规以及规划决策的长期性和严肃性，就可能抵制本来是基于全体居民长期利益的正确法规、决策，典型的如乱闯红灯、邻避现象。最近发生的英国脱欧事件，又一次证明了部分普通百姓缺乏远见的事实。分析英国脱欧的投票记录，发现支持脱欧的大部分人是受教育程度较低的蓝领（在30个要求脱欧的选区中，28个是受高等教育人数最少的），而支持留欧的则以受过高等教育的年轻人为主。在很多精英看来，欧盟不

仅是一个“经济共同体”，更是一个崇尚包容、透明和公平的“价值共同体”，但是准确的价值观不一定马上产生物质利益，可能得不到普通百姓的认同。记得1986年访问德国亚森市（Aachen）时，我们称赞城市管理得好是由于法规好。但是市长说，法律是写在纸上的文字，真正落实法律依靠的是市民的支持。因此，规划的法治建设必须始于对地方官员及广大公众的法律意识教育，应当花力气引导社会舆论向理性提升，而不仅仅是吐槽抱怨。

3 规划师

编制规划法律法规，实施规划法治管理，主体都是规划师，包括狭义的规划师及泛义的从事规划工作的行政官员。法律必须对执法者同样有效。当前的外部环境对规划师推进规划法治建设是一种倒逼。中国城市经过30年的高速发展，正转向以存量空间改造为主，物质性的开发设计工作渐渐减少，社会性的利益分配工作正在增加，未来将可能出现两者比例上的量变，甚至导致规划工作重心的变化。由于城市建设投资来源多元化（公共财政减少，私有资金、众筹……增加），需要建立新的听证—决策模式及法规来管理引导。因此无论规划界内外，对完善、提升规划法治建设有越来越迫切的要求。同时，中国的城市社会进入中等收入社会，作为政府一部分的规划机构，面对的公众正发生变化：受过良好教育的中产阶级增加了，公民的维权意识上升了。处于网络时代，信息越来越对称，公众掌握更充分的信息，对政府的要求更高了。必须强调，这些都是极大的进步，是改革开放30多年来的主要成就之一，也是中国建设法治社会的希望和根本保障。外部工作环境的变化因此成为对规划师的倒逼，规划工作必须以更专业的素质、更公平的决策、更透明的程序呈现在公众面前。

不可否认，当前公众中也存在着相当强大的民粹主义思潮，规划决策被认为是精英决策，规划工作受到怀疑及各种挑战，甚至出现了任何城市问题都让规划师背黑锅的情况。规划工作建立起更加完善的法律体制，也将为规划师自己提供一个重要的法律保护。

规划管理不仅满足于照本宣科、发放证书，特别需要规划师不断学习新知识。现在城市建设中的一个客观情况是从上而下的正式发展模式和从下而上的非正式模式共同存在。从广东乌坎村事件来看，过去对于社区的非正式发展模式关注不够，对其复杂性的认识也不足，缺乏研究故缺少对策。又如处理违章建筑这个老大难问题。也许首先要研究、核定这个“章”自身是否正确。如果“章”本身正确，就应该坚持依法办事；如果“章”本身就不对，涉及政府侵权行为，那么“违章”也许就合理了。总之，规划师是提升规划法治

建设的主要成员，面对复杂的现实情况，规划师必须加强学习，提升自身的素质才能胜任。

4 专辑文章

本专辑共组织了五篇文章，涉及城市规划领域中若干重要的法治问题。

第一篇是美国伊利诺依大学芝加哥分校（UIC）的贾菲（M. Jaffe）教授为本刊撰写的专稿，介绍了美国区划法发展的历史和特点，主要讨论美国城市发展过程中的土地使用与发展权管制问题。众所周知，我国控制性详细规划制度学自香港的法定图则，而香港的做法则受到美国区划法很深的影响。因此，对于美国区划法发展历史的回顾将有助于当代中国规划师思考我国控制性详细规划的发展方向。贾菲教授是研究土地产权的法学博士，又曾经在美国规划协会（APA）担任专职研究员，所以对区划法有深入的研究。

第二篇顾大松的文章讨论在中国土地公有条件下的一个敏感而复杂的法律问题——阳光权问题。阳光权冲突是城市规划领域最易引发的一类法律纠纷，涉及行政和民事诉讼领域。该文从一桩引起媒体和社会热议的国内真实案例入手，探讨了如何从公私法层面解决阳光权冲突。顾大松现为东南大学法学院副教授，是国内法学界关注城市规划问题较早的学者之一。

第三篇邹艳丽、李伟的文章是关于违法建设的法律问题，这是目前我国沿海发达地区普遍面临的一个棘手的城市管理问题。房价地价高企、监管执行不力、土地二元结构等种种因素都助推了违法建设问题的出现与恶化。该文从英国、德国、新加坡、香港、澳门等在处理违法建设问题上的经验入手，讨论我国处理和整治违法建设问题的思路。邹艳丽现为中国人民大学公共管理学院城市规划与管理系副教授，著有《中国城乡规划违法违规研究》、《城乡规划法学》等著作，违法建设问题是她的主要研究领域之一。

第四篇何明俊的文章涉及城市规划的核心议题——公共利益。公共利益是一个重要且模糊的概念，也是城市规划对于私人财产权利进行干预的重要依据，同时还是当公权力和私权利发生冲突时双方争议的焦点。例如，在我国土地征收案件中，控辩双方往往围绕是否符合公共利益进行辩论；而在全世界最早采用土地开发管制的美国，学界和实践界也同样经历了关于公共利益的大讨论。该文回顾了美国司法实践的历史，系统讨论了在城市规划司法案例中公共利益的解释逻辑与变迁轨迹。何明俊是法学博士，现为杭州市政协城建环资委主任，曾长期担任杭州市规划局副局长，既具有专业法学知识，又具有从事一线城市规划管理的工作经验，著有《空间宪政中的城市规划》一书。

第五篇于洋的文章讨论城市公共利益的司法救济问题，这是目前国内规划学界普遍忽视的一个重要问题。作为一种行政干预，城市规划与其他行政行为一样具有被行政机关滥用以致造成侵害的可能，因此司法救济制度对于保护公民合法权利和规范公权力的合法行使十分重要。尽管我国现行司法制度提供了城市规划领域私权救济途径，但对于城市公共利益，由于其权利主体模糊性，相关司法救济制度仍不完善。该文剖析了澳大利亚的土地与环境法庭制度在保护城市公共利益领域中的地位与作用，对于解决我国城市公共利益司法救济的困局具有一定启示。于洋现为中国人民大学公共管理学院城市规划与管理系助理教授，从法学角度研究城市规划是其研究方向之一。

整体而言，本专辑所选的文章以讨论规划法规问题为多，关于规划受众及规划师自身提升方面的内容较欠缺。这也反过来说明规划法治问题仍然需要多人来关注。2016年6月26日，江平教授在“腾讯思享会·蓟门决策论坛第100期”上以“为了共同的事业：法律共同体的现实与未来”为题做报告。他说：“我们讲法律，可能是指理念，也包括是一个制度，一种文化，当然它也包括一种方法。”在规划的法治建设中，我们需要理念、制度、文化和方法。愿以本期的文章抛砖引玉。UPI

参考文献

- [1] 江平. 依然谨慎的乐观：法治中国的历史与未来 [M]. 杭州：浙江人民出版社，2016.

（本文编辑：王枫）