

论我国资源围填问题的权利规制

杨华*（上海政法学院，上海）

摘要：在大规模削山、填海、平坟、迁都的背景下，我国的河流、山谷、湖泊、湿地、池塘、滩涂、海岸等资源正在遭受填海造地、围湖造田、填整为陆等围填现象的破坏，围填行为改变了原有的资源利用属性，生态环境遭到损害。而现有的法律规制弊端重重，其根本原因在于立法、执法和司法的理论基础缺乏，而围填权的构建可以提供解决这一问题的逻辑起点和法律基础，对国家调控资源、政府管理资源、权益人享有资源等方面有着十分重要的意义。但同时，围填权作为准物权的构建是一个复杂的过程，必须找到相应的部门法理论支撑，并对围填权的取得、运行作出适当的法律安排才能合理规制围填问题。

关键词：围填问题 围填权 准物权 法律规制

一、围填问题及围填权的提出

削山、填海、平坟、迁都是中国正在经历的4件事，知名财经评论人叶檀如是说。当前，我国的河流、山谷、湖泊、湿地、池塘、滩涂、海岸等无不遭受围填的现实和威胁。随之而来的是生态环境恶化、极端天气频发、农田水利受阻、灾害应对乏力等一些列不良后果。第一，河流和池塘遭遇填埋的现实引发了很多问题。2010年广西南宁市安吉大道内涝，学校、市场、工厂被淹，致使经济损失上千万元，此事被疑与当地填埋池塘有关。¹现在很多农村的环村河早已变窄、变平，亦或根本看不到河的踪迹；很多城镇地区的池塘、小河早已被林立的高楼覆盖，这些河流、池塘原本是人类及动植物休养生息的栖息地，它们的消失实际上是对自然规律的破坏。

第二，湿地围填形势严峻。湿地被称为“地球之肾”，它不仅具有调节气候、补充水源、防洪防沙、分解毒物、改善环境的巨大作用，还有储存碳元素、降低温室效应、保护海岸、提供物种的生存环境和物质能源等方面的作用，而且湿地的生态价值是其他自然资源无法比拟的。²联合国环境署2002年的权威研究数据显示，1公顷湿地生态系统每年创造的价值高达1.4万美元，是热带雨林的7倍，是农田生态系统的160倍。³然而湿地正在遭遇疯狂的围填，填埋后的湿地有的开垦为耕地，有的修路、架桥……，据不完全统计，从上世纪50年代以来，全国湿地开垦面积达1000万公顷。⁴中国约三分之一的天然湿地存在被改变、丧失的危险。⁵

第三，湖泊围填告急。湖泊在调洪蓄水、涵养水源、景观旅游、生物栖息、便捷运输等方面对人类的贡献功不可没。有些湖泊，更是见证了朝代的兴衰更迭。⁶然而，当代文明的进程却在填没湖泊。武汉大量填湖致逢雨必涝。⁷近30年来，我国的湖泊已由2800多个减少到2350个左右，面积减少了11%以上。⁸2006年，根据遥感解译统计，仅长江中下游皖、湘、鄂、赣、苏5省因围垦而消亡的湖泊面积就多达12000平方公里，后果严重。⁹由于城市发展对土地的需求，曾经有“燕京新八景”之称的北京太平湖，在1971年北京修建地铁时被填平，原址上建成地铁检修车辆段。解放前武汉城区有百亩以上湖泊127个，建国初期二十年的围垦活动使武汉城区湖泊水面减少了

*作者：杨华（1979-），男，法学博士，上海政法学院教授。

基金项目：上海政法学院中央财政支持地方高校建设项目、上海市浦江人才计划项目（14PJJC098）、国家社科基金项目（12CFX096）。

¹ 胡铁军：《安吉大道内涝致经济损失上千万元》，南国早报网，

<http://news.ngzb.com.cn/staticpages/20100616/newgx4c180b12-2046461.shtml>，2011年2月13日访问。

² 李鹏：《中国湿地全面告急》，《北京青年报》2011年1月24日。

³ 亢德喜、张敏：《中国湿地年创价值2.7万亿元》，《人民日报海外版》2005年11月25日。

⁴ 李伟、郭芳、宋雪莲：《我国60年来千万公顷湿地遭开垦为生态埋下隐患》，《中国经济周刊》2011年第3期。

⁵ 同注2。

⁶ 如汉长安城的太液池，唐长安城的曲江池，北宋汴梁城的金明池，南宋临安城的西子湖，明清北京城的北海、昆明湖，每一个湖池都见证了朝代的兴盛与衰败。

⁷ 周琦：《武汉填湖之忧》，《法治周末》2013年7月11日。

⁸ 殷明涛：《浅谈我国湿地的保护与研究》，《防护林科技》2010年第3期。

⁹ 段娜娜、张伟：《长江流域湖泊面积严重缩小》，新浪网，<http://news.sina.com.cn/c/2006-07-27/07419579845s.shtml>，2011年2月14日访问。

154.6km², 20 世纪 90 年代以来的开发热又使城区 35 个湖泊被填占了 3.14km², 有 8 个湖泊已经在地图上消失。¹⁰我国最大淡水湖鄱阳湖有上万亩水域被侵占, 且有愈演愈烈之势。¹¹

第四, 填海造地亟待解决。我国围海造地的历史悠久, 早在汉代就开始围海造地, 我国沿海围海造地的数量占到全国可耕地的 12% 以上。¹²围海造地的滩涂面积占到现有滩涂面积的 55%。¹³从新中国成立到上世纪 90 年代, 我国经历了围海晒盐、围涂扩农、围垦养殖三次大的围海造地浪潮, 目前, 我国正在经历围海造地的第四次浪潮, 根据“十一五”规划, 沿海 11 个省市规划围海造地 5000 平方公里, 平均每年 1000 平方公里, 主要用于工业开发、旅游、基础设施建设等。¹⁴如此大规模的围海造地行为在开发新的土地资源的同时也造成了严重的社会问题, 概括起来有八个方面: 一是导致岸线资源缩减; 二是导致海岸动态平衡遭到人为破坏; 三是导致海湾属性弱化和生物多样性锐减; 四是导致渔业资源衰退; 五是导致海洋水环境污染加剧; 六是导致海岸景观破坏; 七是引发航道变化; 八是可能引发自然灾害。

第五, 山谷填埋危害未知。山川河流都是大自然的杰作, 是人类文明不可或缺的组成部分, 山谷在抵御山洪、泥石流、台风等自然灾害方面已经成为人类的天然屏障。然而, 当代人类在改造世界的过程中, 山谷却在扮演着藏污纳垢的角色: 垃圾堆放、有毒有害物质倾倒等。由于垃圾填埋法是处理垃圾的有效手段之一, 但垃圾填埋场的选择是个大问题, 山谷迅速成为垃圾填埋的理想场地。杭州市天子岭垃圾填埋场的场地就选在青龙坞山谷。¹⁵自 2001 年始, 三峡库区周围的山谷有大量的垃圾填埋场建成。¹⁶也有一些山谷被聪明的人用作土地开发, 用来建造山间别墅等。还有一些地方将小山削平作为机场, 山谷成为垃圾后院。就目前来看, 部分山谷消失或功能消退的负面影响还没有显现, 但我们切不可高枕无忧, 毕竟改变自然规律的事情可能随时会带来恶果, 我们需认真对待, 防患未然。

传统上利用这些资源资源的方式表现为养殖、渔业、运输、造林等, 但在上述填海造地、围湖造田、填整为陆的围填实践中, 围填的结果显然已经改变传统的资源属性, 甚至改变了自然规律。有些围填的恶果十分明显, 有些围填的恶果还未显现; 有些围填的短期效益立竿见影, 有些长期影响我们还没有注意到; 有些围填是百姓自发而为, 有些围填是政府主导而动……, 不管怎样, 这都使我们不得不思考一些问题, 这些围填行为人的围填权利从何而来? 是谁赋予他们围填这些自然资源的权利? 他们的围填行为是否应该受到约束? 应该受到怎样的约束? ……于是, 一个现实性的法律问题摆在我们面前: 如何规制围填现象?

二、现行法律对围填行为的规制状况及其缺陷

纵览我国现行法律法规规定, 对围填河流、湖泊、池塘、滩涂、海岸、山谷等自然资源, 有些围填行为有法律规定, 有些资源没有法律规定, 处在法律的盲区。同时, 有些有法律规定的围填行为, 但法律规定是原则性的, 操作性较差, 而且即便违反了法律规定也没有相应的处罚措施相配套。

我国《渔业法》规定“禁止围湖造田。沿海滩涂未经县级以上人民政府批准, 不得围垦; 重要的苗种基地和养殖场所不得围垦。”¹⁷原农牧渔业部发布的《渔业法实施细则》第 53 条规定: “未按《渔业法》和本实施细则有关规定, 采取保护措施, 造成渔业资源损失的, 围湖造田或者未经批准围垦沿海滩涂的, 应当依法承担责任。”但对所应承担的法律责任的具体内容均未加规定。《水法》规定“禁止围湖造田。禁止围垦河流, 确需围垦的, 必须经过科学论证, 并经省级以上人民政府批

¹⁰毛羽飞、龙振华、龙立华、刘能胜:《天然湖泊的生存危机及保护对策》,《农村经济与科技》2010 年第 6 期。

¹¹王运才、郭远明、程迪:《谁制造了最大淡水湖之“殇”》,《人民日报》2012 年 1 月 5 日。

¹²孙书贤:《关于围海造地管理对策的探讨》,《海洋开发与管理》2004 年第 6 期。

¹³同注 12。

¹⁴刘述锡:《我国围填海导致生态问题和对策》,中国民主同盟辽宁省委员会网站专题调研, <http://www.minmengln.cn>, 2010 年 2 月 1 日访问。

¹⁵杭州市天子岭生活垃圾卫生填埋场地处杭州市北郊的半山镇石塘村天子岭山的青龙坞山谷, 为全国首座符合国家建设部卫生填埋标准的大型山谷型垃圾填埋场, 参见 <http://www.hudong.com/wiki/%E5%A4%A9%E5%AD%90%E5%B2%AD%E5%9E%83%E5%9C%BE%E5%A1%AB%E5%9F%8B%E5%9C%BA>, 2011 年 2 月 13 日访问。

¹⁶孙长领:《山谷型填埋场渗滤液控制系统优化设计研究》,重庆大学 2007 年硕士论文, 绪论。

¹⁷《渔业法》自 1986 年 7 月 1 日起施行, 其后于 2002 年和 2004 年经历了两次修改。本条规定在 1986 年的《渔业法》第二十四条。在 2002 年修订的《渔业法》中, 上述条文被移至第三十四条, 但内容未变。2004 年修订的《渔业法》未对该条文内容进行修订。

准。”¹⁸但本规定显然给“允许在特定条件下围垦河流”留下较大空间,而且这个空间是多大也无从说起。《土地管理法》第三十九条规定“禁止围湖造田和侵占江河滩地”。但是违反此条规定的法律后果却没有规定。《农业法》规定“国家对水土保持工作实行预防为主,全面规划,综合防治,因地制宜,加强管理,注重效益的方针。各级人民政府应当采取措施,加强对小流域治理,控制风沙危害,预防和治理水土流失、土地沙化。禁止毁林开荒、烧山开荒、围湖造田以及开垦国家禁止开垦的陡坡地。”《农业法》修改后还增加了“禁止围湖造田以及围垦国家禁止围垦的湿地。已经围垦的,应当逐步退耕还湖、还湿地。”的规定,而且规定了“对在国务院批准规划范围内实施退耕的农民,应当按照国家规定予以补助。”然而对违反规定的行为,其法律责任却没有提及。《防洪法》规定“禁止围湖造地。已经围垦的,应当按照国家规定的防洪标准进行治理,有计划地退地还湖。禁止围垦河道。确需围垦的,应当进行科学论证,经水行政主管部门确认不妨碍行洪、输水后,报省级以上人民政府批准。”而且《防洪法》在法律责任的规定方面有进步性,该法规定“违反本法第十五条第二款、第二十三条规定,围海造地、围湖造地、围垦河道的,责令停止违法行为,恢复原状或者采取其他补救措施,可以处五万元以下的罚款;既不恢复原状也不采取其他补救措施的,代为恢复原状或者采取其他补救措施,所需费用由违法者承担。”但是由于《防洪法》的执法部门、执法人员、执法力量具有一定的局限性,使得既有的法律规定落实起来有点“力不从心”。另外《铁路运输安全保护条例》¹⁹、《水库大坝安全管理条例》²⁰、《水利工程建设安全生产管理规定》²¹、《水利工程项目报建管理办法》²²、《水利工程建设程序管理暂行规定》²³、《水利工程质量管理规定》²⁴、《水利工程质量监督管理规定》²⁵。1989年,《最高人民法院关于海事法院收案范围的规定》还把海岸带的围垦纠纷列为海事法院的受案范围。²⁶

这些法律法规规定,除了上述所说的缺陷之外,还有法律冲突方面的原因,使得原本操作性就欠缺的法律法规规定在适用效力上大打折扣,接下来我们以填海造地的法律规定为例加以分析说明。

三、以填海造地为例的“围填权”问题法律冲突分析

首先是围填海的管理部门冲突问题,我国国家海洋局是海域使用的主管部门,地方各级海洋部门(或者海洋与渔业部门)是地方海域使用的主管部门,但是浙江省却有“浙江省海洋与渔业局”和“浙江省围垦局”两个部门来管理滩涂围垦问题,而且《浙江省围垦条例》第4条规定“省水行政主管部门负责对全省滩涂围垦工作的宏观管理和指导。省滩涂围垦部门负责全省滩涂围垦工作。沿海、沿江市、县(市、区)水行政主管部门(以下称市、县、区滩涂围垦部门)负责本行政区域内的滩涂围垦工作。”可以看出浙江省填海造地的管理部门不止一个,之间的权限分工也并不明确,那么在管理填海造地问题时,其管理的有效性、对填海造地的态度都会存在一定的冲突。

其次是中央立法与地方立法之间的冲突。《中华人民共和国海域使用管理法》第18条规定:“下列项目用海,应当报国务院审批:(一)填海五十公顷以上的项目用海;(二)围海一百公顷以上的项目用海;(三)不改变海域自然属性的用海七百公顷以上的项目用海;(四)国家重大建设项目用海;(五)国务院规定的其他项目用海。前款规定以外的项目用海的审批权限,由国务院授权省、自治区、直辖市人民政府规定。”《浙江省围垦条例》第11条第一款规定了300公顷以上的围垦项

¹⁸《水法》自1988年7月1日起施行,并于2002年8月29日修订通过。此规定在1988年的《水法》第二十七条,在2002年修订的《水法》中,对围湖造地、围垦河流的规定移到了第四十条。

¹⁹《铁路运输安全保护条例》第十五条:“任何单位和个人不得在铁路桥梁(含道路、铁路两用桥,下同)跨越的河道上下游各1000米范围内围垦造田、抽取地下水、拦河筑坝、架设浮桥,及修建其他影响或者危害铁路桥梁安全的设施。在前款规定的范围内,确需进行围垦造田、抽取地下水、拦河筑坝、架设浮桥等活动的,应当进行安全论证,有关行政管理部门在批准之前应当征求有关铁路管理机构的意见。”

²⁰参见《水库大坝安全管理条例》第十五条。

²¹参见《水利工程建设安全生产管理规定》(水利部令第26号)第二十六条。

²²参见1998年水利部发布的《水利工程项目报建管理办法》第三条。

²³参见1998年1月7日水利部发布的《水利工程建设程序管理暂行规定》第三条。

²⁴参见1997年12月21日水利部发布的《水利工程质量管理规定》第三条。

²⁵参见1997年水利部发布的《水利工程质量监督管理规定》第三条。

²⁶《最高人民法院关于海事法院收案范围的规定》(1989年5月13日法(交)发<1989>6号)把海岸带的围垦纠纷列为海事法院的受案范围:“三、其他海事海商案件……5. 海洋开发利用纠纷案件,其中包括对大陆架的开发和利用(如海洋石油、天然气的开采),海岸带的开发和利用(如围垦、滩涂、采矿、工程建设等)。海洋渔业和水产品的养殖的开发和利用,海水淡化和综合利用,海洋水下工程、海洋科学考察等纠纷案件;”

目的审批部门：“除第十条规定外，以地方筹资、群众集资投劳为主的计划内的滩涂围垦建设项目，按以下管理权限审批：（一）围涂面积在三百公顷（岛屿地区一百五十公顷）以上的项目、跨市的项目，由省滩涂围垦部门审批，报省计划部门备案；（二）围涂面积在七十公顷（岛屿地区三十公顷）以上、三百公顷（岛屿地区一百五十公顷）以下的项目、跨县（市、区）的项目，由市滩涂围垦部门审批，报省滩涂围垦部门和同级计划部门备案；（三）围涂面积在七十公顷（岛屿地区三十公顷）以下的项目，由县（市、区）滩涂围垦部门审批，报省、市滩涂围垦部门和同级计划部门备案。”这两个规定显然在填海造地的审批权限方面有冲突。

《中华人民共和国海域使用管理法》第32条规定“填海项目竣工后形成的土地，属于国家所有。海域使用权人应当自填海项目竣工之日起三个月内，凭海域使用权证书，向县级以上人民政府土地行政主管部门提出土地登记申请，由县级以上人民政府登记造册，换发国有土地使用权证书，确认土地使用权。”而《浙江省围垦条例》第22条规定了经批准投资进行滩涂围垦建设的建设单位可享受的优惠待遇：“建设单位经批准投资进行滩涂围垦建设的，按“谁投资、谁受益”的原则，可享受以下优惠待遇，一是直接获得相应的土地使用权，二是享受相应的资金补助；三是免相应的税费；四是围垦种粮的可以在规定的期限内不承担粮食订购任务；五是在规定的期限内可以依法继承、转让、出租、抵押该土地使用权。并规定境外投资者进行滩涂围垦的，还有其他优惠待遇。这两个规定显然在填海造地的权益享有方面有冲突。

再次，中央与地方立法以及地方立法之间在围填海所形成的土地权益分享方面冲突颇多。《海域使用管理法》第32条规定：“填海项目竣工后形成的土地，属于国家所有。海域使用权人应当自填海项目竣工之日起三个月内，凭海域使用权证书，向县级以上人民政府土地行政主管部门提出土地登记申请，由县级以上人民政府登记造册，换发国有土地使用权证书，确认土地使用权。从法律条文规定本身来看，本条规定只局限于登记发证环节，但是对于“海变地”的具体操作与管理、尤其是在海洋功能区划与土地利用总体规划的衔接方面，没有作出明确的规定。²⁷这一规定没有交代土地的用途、没有明确是否需要缴纳土地使用权出让金、没有规范海域使用权变更为土地使用权的具体变更程序，也无法从《海域使用管理法》的上下文联系中看出具体明确的规定，造成了“海变地”的法律调控真空和行政管理脱节。当然，也有人认为海域使用权转化为土地使用权已有法律为之做好了制度设计，²⁸但实践中的困惑还有很多：一是依照此规定，是否无论政府用地、军事用地、公益事业用地等划拨类型的用地与房地产开发、商业旅游等经营型用地一样对待？如果一样对待，是否会产生私人利益侵占公共利益？相关权利人²⁹的利益平衡问题如何处理？二是按照此条规定，海变地的换证是否都不需要缴纳任何费用？如果不缴纳费用，填海行为肯定非理性增加，造成“炒海皮”现象的加剧、³⁰海域资源的破坏、产生新的“招拍挂”制度相悖土地使用权出让程序³¹等不利后果如何处理？三是依据此条规定，填海后形成的土地利益与海域使用权人的利益如何衔接？³²当政府将填海形成的土地纳为土地储备时海域使用权人的利益如何保护？³³四是填海所形成的土地，海变地的步骤和程序涉及土地管理部门和海域管理部门之间的利益协调、权利转化等，做何规定？

第四，地方立法之间在围填海所形成的土地权益分享方面冲突颇多。在中央和地方之间的立法问题还没有得到解决的时候，我国沿海各地形成了各自的“土方法”，也造成了填海造地所形成的土地管理的法律冲突。这些“土方法”概括为六种³⁴，列举如下：第一种，辽宁方法：即海域使用权证

²⁷李倩：《曹妃甸：“海变地”的换证之惑》，《中国土地》2009年第10期。

²⁸张惠荣，施星平，高中义：《海域使用权与土地使用权相互转化中的法律问题探讨》，《海洋开发与管理》2008年第12期。

²⁹这里的相关权利人包括但不限于国家、政府、填海造地行为人、投资人、项目管理人等。

³⁰董振国：《填海造地风越刮越大》，新浪财经，<http://finance.sina.com.cn/roll/20050517/080762655.shtml>，2011年2月20日访问。

³¹中华人民共和国国土资源部《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》第4条规定：“商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性用地，必须以招标、拍卖或者挂牌方式出让。前款规定以外用途的土地的供地计划公布后，同一宗地有两个以上意向用地者的，也应当采用招标、拍卖或者挂牌方式出让。”当前的很多填海造地项目属于商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性用地，如果直接办理换证手续，显然是为这些类型的土地出让开辟了新的土地使用权出让途径。

³²有人提出，需要海洋行政机关加大对海域使用权人合法权益的保护力度，并警惕“与民争利”、“权力寻租”现象的发生。参见张惠荣，高中义：《论海域使用权属管理制度》，《政法论坛》，2010年第1期。

³³《上海市土地储备办法》第6条中规定，“将滩涂围垦成陆并经验收合格的土地纳入土地储备范围。”

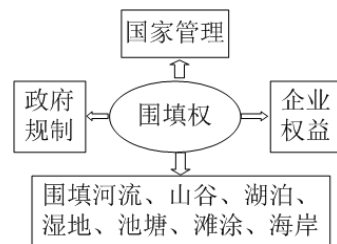
³⁴参见杨华、王全弟：《围海造地过程中的权利承接及其法律规制》，《法学》2010年第7期。

免费换取土地使用权证的模式。³⁵但随着经济的发展,辽宁开始实施土地部门与海洋部门联合编制出让方案,整体出让海域使用权。³⁶此种联合整体出让后,海变地也是不需要缴纳土地国有出让金的。第二种,福建方法:海域使用权变更登记为土地使用权时部分不需要补缴土地使用权出让金,部分需缴纳,需要缴纳的部分是在原批准土地用途改变的情况下发生。³⁷第三种,海南方法:即分类区别对待、原则上需缴纳土地使用权出让金模式。一是海域使用权是政府招标拍卖的,海变地不需要缴纳土地出让金;二是政府组织实施的填海项目,由土地储备机构收购;三是基础设施和工业用地分两种情况:划拨使用和协议出让使用,协议出让的要缴纳土地出让金,但可扣除海域使用权出让金和填海的成本;划拨使用的在转让时补缴土地出让金。³⁸第四种,江苏方法:即海域使用权证变更登记为土地使用权时不需要缴纳土地使用权出让金,但是转让土地使用权时需要补缴。补缴金额是市场评估价扣除海域使用金和围垦、填海的成本。³⁹第五种,广东方法:即海域使用权变更为土地使用权时需要重新办理用地审批手续,然后视不同情况再决定是否缴纳土地使用权出让金。划拨用地不要缴纳土地出让金;划拨之外的建设用地需要缴纳,但是可以扣除海域使用金和填海成本费用;经营性用地则由政府土地储备机构收购后再以公开方式出让。⁴⁰第六种,其他方法。除上述五种做法外,沿海省、市、自治区中,有的在其海域使用管理法规中回避了海变地的规定,比如山东、上海、广西等,还有些地方法规中有零星的法律规范海变地现象,例如《上海市土地储备办法》第6条中规定,将滩涂围垦成陆并经验收合格的土地纳入土地储备范围。

四、围填权构建的意义及其可行性分析

鉴于上述论述,我们可以看出以下几种法律现象:第一,我国法律对围填问题的规定存在空白,比如没有围填山谷的规定;第二,我国已有的法律法规规定存在冲突;第三,地方政府对围填行为各施其技,手段繁多。在这些法律现象的背后,我们可以发现一个深层的问题是国家对围填问题没有足够的重视,而现实中确有围填的需求,但在法律上没有相应的权利与之对应,进而导致立法根基的缺乏,于是产生了无法立法、冲突立法的结果。

那么,围填权的构建就可以从根本上解决这些问题。第一,围填权可以成为国家和政府管理围填行为的有效基础。如果围填权构建起来,所有围填行为必须取得围填权才可以,没有围填权的合法、合理取得,所有的围填行为均应依法受到惩处,如侵犯围填权的行为必须承担停止侵害、恢复原状、赔偿损失等一系列法律责任。第二,围填权可以成为围填行为分享围填收益的权利基础。围填行为虽然在一定程度上是违背自然规律的,但并不是所有的围填行为都一无是处,有些围填行为确实能够在增加土地储备、土地供给、优化环境、城镇化建设、有效利用自然资源等方面起到一定的作用,比如上海的临港新城、洋山港、河北的曹妃甸、珠三角的港珠澳大桥等一系列的项目都已成为利国利民的好项目。因此,对于围填行为人来说,如何享受所填项目的收益成为其关注的焦点,尤其是民间资本、私营企业和个人的围填行为,其更希望获得相应的围填收益。第三,围填权可以成为立法的基础。现行立法的诸多不足,从根本上来说,可以归结为围填权的缺位。有了围填权,围填立法就有落脚点,法律的统一性也有了保障。第四,



³⁵2005年的《辽宁省海域使用管理办法》第23条规定:“换发国有土地使用权证书,不得收取土地使用权出让金。”因此,在辽宁海域使用权证直接换取土地使用权证,不需缴纳土地使用权出让金。

³⁶詹华安:《辽宁尝试海域和土地使用权整体出让》,《中国国土资源报》,2009年9月11日。

³⁷《福建省海域使用管理条例》第29条规定,对于符合国家划拨用地目录和用于工业建设项目用地的,不需要缴纳土地使用权出让金,但是改变原批准用途的,应经县级以上地方人民政府批准并补交土地使用权出让金。补交部分依据该宗土地评估价格扣除海域使用金和填海成本之后的价格确定。

³⁸2008年《海南省人民政府关于海域使用权证换发国有土地使用权证有关问题的批复》进一步将海域使用权证换发土地使用权证分为三种情况区别对待。

³⁹《江苏省海域使用管理条例》第34条规定,“海域使用权证……换发国有土地使用权证书,确认土地使用权。土地使用权期限为海域使用权剩余期限。换发国有土地使用权证书,不收取土地使用权出让金。转让围垦、填海形成的土地的使用权,应当经土地所在地设区的市、县(市)人民政府批准,并补缴土地使用权出让金。补缴的土地使用权出让金的数额按照该宗土地的评估价格扣除已经缴纳的海域使用金和实际投入的围垦、填海成本确定。”

⁴⁰广东省2004年10月出台的《关于加强广东省填海造地管理的通知》规定:如果填海后形成的土地作为建设用地的,应先按规定办理占用国有未利用地审批手续和土地使用权出让(划拨)手续。如果符合划拨用地的,不需要缴纳土地使用权出让金;如果划拨用地之外的建设用地需要缴纳土地使用权出让金(扣除海域使用金和填海费用);如果是经营性用地的,则有政府土地储备机构收购后按照规定以公开交易方式出让。

围填权的构建可以为政府宏观管理提供基础,因为国家要对围填行为进行管理,必须对所有围填行为进行登记,而围填权就是主管部门进行登记的名词和种类。第五,围填权的构建可以丰富物权法、行政许可法等方面的法律内容。

围填权的现实成就围填权的构建基础。我们应当看到围填的社会现实,不管是填海造地、山谷垃圾填埋场的兴建、湖岸别墅的拔地而起等一系列现象此起彼伏,这给围填行为的法律调整提供了对象;同时,围填行为的肆意扩展,必将带来生态环境的极大破坏,需要有相应的法律加以规范;再者,围填行为人的法律责任需要有明确的规定,围填行为的权益保护也需要有相应的权利基础。

大量围填的发生呼唤针对围填的专门立法出现。审视我国针对围填行为的法律规定,结合前文第二部分的论述,我们可以看到针对围填行为的立法十分零散,而且分布在一系列的专业性较强的“小法”之中,人们熟知的“大法”如《刑法》、《民法通则》、《物权法》、《行政许可法》等法律中丝毫没有体现。同时,在已有的相关法律规定之中,针对围填行为的法律条文也很少。最终导致对围填行为的控制不力,遭受围填的自然资源日益增多,从而造成围填失范的结果,客观上需要有效的围填法律规范予以规制,而有效的围填法律规范的基础就是围填权的构建和确立。

五、围填权的法律属性理论分析

围填权作为一项全新的提法,围填权的构建必须面对围填权法律属性的质疑。围填权是一般民事权利?用益物权?准物权?行政许可权?其法律构建肯定会有理论上的突破与重构,其面临的法律挑战不仅来自法学基础理论,还会遇到部门法的挑战。

(一) 围填权构建的法理学分析

权利构建首先是个理论问题,其次才是权利的行使和规制问题。从法理学的角度而言,权利和义务是法学研究的基本范畴,法学的基本矛盾就是权利和义务的矛盾。⁴¹从法律实践上看,全部法律行为和活动都是围绕着权利和义务而进行的,权利和义务通贯法律运行和操作的全部过程;从法的本体上看,法在本体上是以权利和义务为基本粒子构成的。⁴²那么,就围填现象来说,规范围填行为需要构建围填行为的权利和义务关系,而围填权的构建可以承载围填行为的权利和义务关系;从规范围填现象的法律实践来看,应该围绕一个权利和义务而进行,围填权同样可以作为围填行为、国家、政府、民众从事围填行为、调控围填行为、规范围填行为、分享围填行为的中心,从法的本体上看,规范围填现象就需要构建围填的法律本体粒子,而这个粒子定位为围填权在适合不过。

有人说,权利和法学中的物一样,都是一种客观存在。物存在于物质世界中,通过眼睛可以看到它;权利存在于精神世界中,通过感知可以“看”到它。权利只存在于人类社会中,与人类的理性和抽象思维密不可分。⁴³这三句话让我们认识,在围填问题上,原来围填权已经存在,只是我们还没有感受到它,或者很少有人将它从纷繁复杂的物质世界中利用抽象思维将它从精神世界中抽象出来。因而,笔者认为,从法理学的角度来看,围填权的构建有理论基础,也有大量的现实实践支撑。

(二) 围填权构建的民事权利属性分析

围填权在民法上遇到的挑战主要是其能够成为民事权利之一种。民事权利是民事主体依法享有并受法律保护的利益范围或者实施某一行为(作为或不作为)以实现某种利益的可能性。民事权利包括人身权、财产权、精神权利等,其中财产权包括物权、准物权、债权、知识产权等权利内容。民事权利的典型特点一是以当事人的自由选择为基础,不能强迫一方当事人实施民事行为,否则可能被定为无效或可撤销的民事行为,即民事权利的自由性;二是民事权利有法律做后盾,民事权利的保护有法律的明确规定,即所谓的权利为主观化的法律,法律为客观化的权利,也称之为民事权利的法定性;⁴⁴三是民事权利一般来说民事主体可以享有相应的利益,即宣布为权利的利益应当被视为能够普遍享有的,获得广泛关注的,既可相互冲突又可竞争的利益,或可以平等地被同一群体或社会成员的利益,⁴⁵即民事权利的利益性。按照民事权利的这三个特点(当然不限于三个)来看,围填权的权利人虽然不具有自由围填湿地、滩涂、河流、山谷等自然资源的权利,如填海造地必须按照《海域使用管理法》的规定取得海域使用权,并且海域用途被审批为填海的,方可进行填海,

⁴¹张文显著:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第325页。

⁴²同注41,第326-328页。

⁴³侯仰坤:《论知识产权的权利结构和权利形成》,《中国科技论坛》2003年第3期。

⁴⁴王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第84-85页。

⁴⁵张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第307页。

但是海域使用权的申请前提是相对自由的,海域使用权作为一种用益物权,可以在法律规定的范围内将民事权利授予特定主体享有,享有此项权利的人其权利可以自己行使,也可转让、抵押、提供担保等,其自由性得以体现;同时,填海行为的海域使用权可以通过拍卖等竞争性的方式获得,切获得之后作为用益物权加以保护,其具备了民事权利的法定性和利益性。根据这三点分析,可以看出,围填权是能够成为民法中的民事权利客体。

(三) 围填权构建的物权法定分析

物权法定原则、一物一权原则、公示公信原则是物权法的三大原则。⁴⁶其中对物权法定原则的坚守和信奉被称为“物权法定主义”,物权法定主义源于罗马法,后为罗马法之继受大陆法国家所采用。⁴⁷王泽鉴先生认为,物权法定主义的原因包括物权之绝对性、物权其用之经济效用、交易安全之便捷、整理旧物权以适应社会需要等。⁴⁸梁慧星教授认为物权法定主义的理由在于保障完全的合同自由和维护交易的安全与便捷。⁴⁹物权法定主义实现了物权的类型法定、内容固定、转移程序法定,在稳定物权的种类、构建物权法的体系等方面发挥了重要作用。然而,对于围填权来说,在物权法定主义的背景下,围填权如何找到其存在的空间成为一大难题,它可能成为新兴物权出现的障碍。其实,社会经济发展是很迅速的,崔建远教授在其《准物权研究》一书中也讲到他的研究也是随着社会的发展而不断思考的结果。⁵⁰这是因为“法律是稳定的,而我们所谈的社会是进步的”⁵¹。填海造地、围湖造田等频繁发生的社会现象要求我们必须寻找的适当的办法治理这种现实。就拿填海造地为例,截止2007年6月底,北海区三省一市共有围海造地项目550个,东海区三省一市共有围填海造地项目700个,南海区三省共有围填海项目184个,仅环渤海填海造地面积达28167.44平方公里⁵²。截至2007年7月,全国各沿海省、直辖市围海造地面积共计222504.02平方公里。⁵³这一面积相当于近40个新加坡国土的面积。这一方面说明我国的填海造地现状需要重视,另一方面客观上也需要对相关的行为进行界定。在当前的情况下,如果物权法定意欲用国家法预先“规划”社会的发展,对新的物权类型不予以关注,在急剧变化的社会面前就会显得极为窘迫。而且,当前围绕我国物权立法,针对物权法定原则存废的讨论很是热烈,持否定态度者逐渐增多。⁵⁴有人认为物权法定原则对稳定与安全的保障则转化为刻板严苛的教条而压抑了社会的活力;⁵⁵有人认为该原则颠倒了经济基础与上层建筑二者之间的逻辑关系,违背了马克思主义哲学的基本原理。⁵⁶所以针对这种质疑,有人提出要对物权法定原则进行柔化,在符合条件的情况下可以设定新的物权。⁵⁷所以,台湾政治大学教授苏永钦认为,在一个信息化社会里面,这个物权数量已经不是五个或七个,很可能需要的法定物权是两百个,或者是一千个。⁵⁸因此,真正的问题是物权可不可以像债权一样自由化,先由国家制定有名合同、典型合同来降低交易成本,然后让民间社会自己去创造第二层次的有名合同,也就是我们所说的格式化合同。⁵⁹如果按照苏教授的观点,创设围填权是未尝不可的。但是,如果创设了围填权,我国能否对所有围填现象进行很好的控制是个值得思考的问题。而能否控制好就要看能否登记好所有围填情况,能否登记好的前提要看是否有登记的基础,即对围填权的认可度。当然,苏教授所讲的“让民间社会创造第二层次的有名合同”不一定符合我国的实际情况,鉴于围填行为的重要性及围填后果的影响度,围填权还是有国家创设比较妥当。

(四) 围填权构建的行政许可程序分析

如前面第一部分所述,围填行为已经造成很多负面影响,围填举动带来的社会影响可能很大,

⁴⁶这三个基本原则体现在《中华人民共和国物权法》第2条、第4条、第5条、第6条的规定中。

⁴⁷谢在全:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社1999年版,第40页。

⁴⁸王泽鉴:《民法物权》(一),台湾三民书局1996年版,第36-37页。

⁴⁹梁慧星:《中国物权法研究》(上),法律出版社1998年版,第65-66页。

⁵⁰崔建远:《准物权研究》,法律出版社2003年版,序言。

⁵¹【英】梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1995年版,第15页。

⁵²国家海洋局北海分局:《“围填海造地问题研究”项目报告》,2007年11月。转引自戴桂林、兰香:《基于海洋产业角度对围填海开发影响的理论分析—以环渤海地区为例》,《海洋开发与管理》2009年第7期。

⁵³陈书全:《关于加强我国围填海工程环境管理的思考》,《海洋开发与管理》2009年第9期。

⁵⁴王岩云:《物权法定原则存废论争的理性思考》,《法制与社会发展》2006年第6期。

⁵⁵尹田:《物权法理论评析与思考》,中国人民大学出版社,2004年版。

⁵⁶王明锁,张兴光:“物权法定主义原则的反思”,载于《河南科技大学学报》(社会科学版)2006年第5期。

⁵⁷王帅:《浅析物权法定原则的柔化》,《法制与社会》2010年9月(下)。

⁵⁸苏永钦:《民法的积累、选择与创新》,《比较法研究》2006年第2期。

⁵⁹同注58。

甚至影响国家利益,比如日本在冲之鸟礁的围填,使得日本的海域面积扩大了42万平方公里,已经超过了日本本土37.8万平方公里的陆地面积。⁶⁰我国由于大量的填海造地行为,仅过去20年间,浙江省的海岛便减少200多个,广东省减少了300多个,辽宁省的海岛消失48个,河北省海岛消失了60个,福建省海岛消失了83个。⁶¹所以,围填行为的取得应当是一个严格的行政特批程序,经取得行政许可后方可进行围填作业。也就是说,行政许可是获得围填权的必要前提,围填权便成为了准物权之一种,行政审批、许可是围填权“准生”的基础。但是,围填权作为新设行政许可项目需要有相应的程序和依据,根据《行政许可法》第12条的规定,涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项;有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项都可以设定行政许可。同时根据本法第14条的规定,法律可以设定行政许可。尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。必要时,国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。本法第15条进一步规定,未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。当然,对于临时性的行政许可,实施满一年需要继续实施的,应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。那么这样以来,虽然围填权目前没有法律、行政法规、地方性法规等依据,但是国务院、地方省级人民政府分别可以通过决定、政府规章的形式设定临时性的围填权许可,并在实施满一年后提请全国人大或者本级人大及其常委会制定相应的行政法规或者地方性法规。

(五) 围填权构建的环境与资源保护法学分析

环境与资源保护法学的调整对象既包括人与人之间的关系,又包括人与自然之间的关系,促进人与自然的和谐相处是其目的之一。而围填现象造成了海域、滩涂、河流、湖泊、湿地、山谷等环境资源的破坏,带来了诸如生态环境恶化、自然资源消退、气候变化异常等严重后果,它一方面在资源占用方面逐步集中到少数人的掌控范围,而把损害后果让其他人以及后代人承担;另一方面它违背了自然规律,损害了人与自然的和谐,是和环境与资源保护法的目的严重违背。其实,人们不断的填海造地、围湖造田、埋壑为陆的行为都是不断索取自然的表现,都是妄图控制自然的做法,早在20世纪70年代,卡逊就指出“控制自然”这个词是一个妄自尊大的想象产物,⁶²恩格斯更是提醒我们不要过分陶醉于人类对自然界的胜利,对于每一次这样的胜利,自然界都对我们进行报复,每一次胜利,起初确实取得了我们预期的结果,但是往后和再往后却发生完全不同的、出乎预料的影响,常常把最初的结果又消除了。⁶³环境与资源保护法应从生态环境价值保护的视角对围填行为严格加以限制,对严重影响生态环境价值的围填行为说不!

所以,围填权是依据行政许可而获得围填一定范围自然资源,以改变原来资源状态而利用之权利的准物权。

六、围填权的取得及其运行设想

(一) 围填权的取得条件

围填权取得条件需要有几个方面:第一,必须提交围填的必要性论证。即如果还有其他的土地可以利用就不能实施围填造地行为。第二,必须提供围填的方案和规划。即需要有施工资质的单位提供围填施工的方案,用地单位必须提出用地规划,并且该方案和规划必须得到有关部门的批准。第三,围填施工必须通过环境影响评价。第四,围填施工完成后必须通过竣工验收。第五,对围填工程必须实施环境影响后评价机制。第六,围填施工期间遵守相关法律规范的承诺。第七,围填权的取得是有偿的,必须按照实际使用的资源价值支付使用费。

(二) 围填权的运行

第一,围填造地行为的主管单位应为国土资源管理部门,同时负责协调与海洋管理部门、农业主管部门、渔业主管部门等部门的关系。比如填海造地中涉及到渔业、海洋、土地三个部门的分工协作,共同管理填海行为。第二,围填造地的转让受到严格限制。首先是围填权本身的转让受到严格限制,其次是围填所形成的土地在取得国有土地使用权之前的转让受到禁止,因为作为围填对象

⁶⁰曲延涛:《冲之鸟“穿上马甲”还是礁》,《环球视野》第348期,摘自2011年1月11日《中国国防报》。

⁶¹宋丽:《中国填海造地情况堪忧致岛屿加速消失》,《世界博览》2011年第2期。

⁶²R·卡逊:《寂静的春天》,吕瑞兰译,科学出版社1979年版,第273页。

⁶³恩格斯:《自然辩证法》,载《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1995年版,第383-384页。

的资源属于国家所有,围填后所形成的新资源也属于国家所有。第三,围填人用地程序公开透明。围填造地的使用权人使用的是国有土地,应该按照国有土地的出让程序完成土地使用权的转移。第四,围填人支付的土地使用权出让金参照标准应当按照市场价格确定土地使用权价格,如果围填行为使用的,可以适当扣除其相关的成本支出和已经支出的费用。第五,围填造地行为人不实施用地规划的无偿收回土地使用权。围填造地的使用必须严格按照规划执行。第六,围填造地行为造成生态环境损害的必须承担相应的法律责任。包括生态环境直接损失的环境赔偿责任、对生态环境造成损害的环境修复责任和对受到影响的受害人的生态环境环境补偿责任。

余论:围填权的类型化研究

围填权的研究及其构建是一个较为复杂的问题,围填权的确立需要类型化研究,也就是针对围填权的类型、类别等作出细致的研究。类型,并非简单地指某类事物,而是相对应于类别的一个概念存在。类别,又称“抽象概念”,是指具有相同特征的事物。类型,则尽管某些特征相同,但却同类而有所不同。⁶⁴人类思维对现实世界的把握就是从对现实世界的分类开始的。通过类型化,混沌无序的世界变得井然有序。⁶⁵美国分析法学家约翰·格雷就说过:“分析法学的任务就是分类,包括定义,谁能够对法律进行完美的分类,谁就能获得关于法律的完美的知识。”⁶⁶类型化思维是民法解释的基本思考方式,是民法漏洞补充的理论基础。⁶⁷类型化研究对全面把握某一事物具有重要意义。围填权的类型化研究对深入理解我国的围填问题显得十分重要。笔者认为,根据围填对象的不同,围填权可以分为海域围填权、滩涂围填权、湿地围填权、河流围填权、山谷围填权、湖泊围填权、池塘围填权等。根据围填的主体不同,围填权可以分为国家围填权、单位围填权、个人围填权等。因此,围填权的确立任重而道远!

The Discussion on the Right of Reclamation

Abstract: China's coast, beaches, lakes, rivers, valleys, wetlands, ponds and other resources are suffering the destruction of the land reclamation. The reclamation behaviors change the properties of the original resource utilization and ecological environment and damaged them. In the numerous drawbacks of the existing legal regulation, the most fundamental reason lies in the lack of the theoretical basis of the legislation, law enforcement and judicature. The establishing of the right of reclamation can provide a logical starting point and legal basis to solve this problem. It has great significance for the state to control resources, the government to manage resources, the interests people to enjoy the resources. At the same time, as a quasi-property rights, to establish the right of reclamation is a complex process, we must find the corresponding theoretical support from sectoral laws. We should correctly define the right of reclamation, can we effectively control the reclamation phenomenon.

Key words: Reclamation; The Right of Reclamation; Quasi-real rights; Legal Control

⁶⁴刘士国:《类型化与民法解释》,《法学研究》2006年第6期。

⁶⁵倪斐:《公共利益的法律类型化研究——规范目的标准的提出与展开》,《法商研究》2010年第3期。

⁶⁶John Chipman Gray, *The Nature and Sources of The Law*, The Macmillan Company, 2ed., 1931, p.3.转引自倪斐:《公共利益的法律类型化研究——规范目的标准的提出与展开》,《法商研究》,2010年第3期。

⁶⁷同注64。