

权利·权威与公正

李可 著

quanli quanwei yu gongzheng

黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

权利·权威与公正/李可著. —哈尔滨:黑龙江
人民出版社, 2010. 2
ISBN 978 - 7 - 207 - 08610 - 5

I. ①权… II. ①李… III. ①土地征用—研究—中国
②农民—问题—研究—中国 IV. ①F321.1 ②D422

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 028500 号

责任编辑:魏杰恒
封面设计:李梅

权利·权威与公正
李可著

出版发行 黑龙江人民出版社
通讯地址 哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼
邮 编 150008
网 址 www.longpress.com
电子邮箱 hljrmcbs@yeah.net
印 刷 黑龙江神龙联合制版印务有限责任公司
开 本 880×1230 毫米 1/32
印 张 14.75
字 数 350 千
版 次 2010 年 2 月第 1 版 2010 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 207 - 08610 - 5/D · 1116
定 价 23.00 元

(如发现本书有印制质量问题,印刷厂负责调换)

本社常年法律顾问:北京市大成律师事务所哈尔滨分所律师赵学利、赵景波

作者简介

李可,男,1975年生,湖南武冈人,法学博士。曾在贵州工业大学、浙江农林大学任教,现为东南大学在编教师、浙江农林大学天目学院兼职研究人员。

主要著述有论文 50 余篇,著作 8 部。代表论文有《原则和规则的若干问题》(2001 年)、《论习惯法的法源地位》(2005 年)、《马克思的森林立法观》(2006 年),代表著作有《法学方法论》(2003 年)、《习惯法——一个正在发生的制度性事实》(2005 年)。

内 容 提 要

本书是一部对被征地农民问题、土地征用问题等进行法社会学研究的专著。本书在占有第一手实证调查材料的基础上,围绕“征地事件”这一主要场域,以“角色—事件”为分析策略,展现了被征地农民、用地单位、征地部门和村官等的各种作为在法律上的意义。

本书共分七章。第一章属于一个总纲性质的部分,为其他各章提供了一个理论平台和研究出发点。第二、三章分别展现被征地农民、用地单位和征地部门的经济分析理性及其意义。第四、五章分别对征地部门和被征地农民的法律与非法律策略进行了描述和分析。第六章则集中阐述了由征地引发的乡村民主运动及其中存在的问题。第七章主要对村官在征地中所扮演的角色及其作为进行了描述和评价,同时也兼及其他角色的作为。本书提出的一些命题、原理和建议可以为国家立法、执法和司法提供参考,更可以为相关研究提供借鉴。



从权威走向权利(代序)

近年来,随着我国工业化和城市化进程的加快,各种用地需求大量增加,大量农用地随之转为非农用地。在这一过程中,土地强制征用和失地农民问题逐渐浮出水面,日益成为社会关注的热点问题。从现有的资料看,针对现行土地法规和土地征用法律关系的研究文献已经十分丰富,对失地农民的社会学调查已有了初步的成果,相应的农民维权活动业已成为社会学的研究对象。这表明,对土地征用和失地农民问题的研究有着法学和社会学的不同维度,而青年学者李可博士的新著《权利·权威与公正——失地农民调查报告分析》在丰富的第一手实证调查资料的基础上,将法律分析和社会学调查结合起来,对土地征用及失地农民维权活动进行了法社会学的解读,为我们更好地理解该问题提供了新的空间。

一

土地征用何以成为一个社会问题?引用国土资源部《关于切实维护被征地农民合法权益的通知》中的表述:“一些地方征地工作存在补偿低、费用不到位、安置不落实等问题,损害了被征地农民的利益。由此引发群众上访、集体上访的情况时有发生,影响了社会稳定。”显然,补偿和安置是土地征用之所以引发问题的关键。



但无论是《土地管理法》还是新修订的《宪法》，都有对征地补偿的规定，中央文件和政策也一再强调征地补偿和安置的重要性，为什么还是反复出现补偿和安置的问题？

对此，一个直接的方法是更加详细地将补偿和安置的要求加以规定，但是这决非治本之策。李可博士在占有 L 市征地情况调查资料的基础上，在本书中对征地部门种种规避法律的手段、其对被征地农民进行行政压服和法律恫吓的各种行为，以及其所采取的非法律策略等进行了客观描述。这些事实提醒我们，土地征用固然需要一定的行政强制力，但是现实中一些征地部门往往运用各种规避法律的技巧达到自身目的，如降低土地等级、颠倒征地程序、减省报批程序、减省征地讨论程序、对公共利益条款作出利己解释等，更不用说其他种种非法律策略的运用。根据常识，如果这种以曲解、暴力和恫吓为基础的公权力运作方式没有改变，法律规定即使再细致，也不可能从根本上解决征地补偿和安置中的种种问题。

值得注意的是，农民在围绕征地而展开的利益博弈中，并非毫无还手之力。事实上，根据本书的归纳，被征地农民也有着种种法律和非法的应对策略，如学法用法、张贴公告、上访、诉讼等法律手段和数村之间的地价联动、利用对方阵营中的内线情报、到非法征用的田地中耕作、打围墙、集体现场阻止、卧地抗争甚至是暴力威胁，等等。这表明，农民也有着所谓“弱者的武器”。

当然，如果我们诉诸常识，也不难想象农民所具有的种种“弱者的武器”。真正体现出法社会学调查意义的，在于李可博士观察到，一些村庄之所以护地成功，关键原因是其懂得抓住征地部门、用地单位和土地管理部门的心理弱点，运用心理战术，达到“以毅力对抗权力”的目的；懂得充分发挥各种特殊群体（如妇女、老人和村官）的作用，构筑起护地阵线的保护体系；懂得“人多势众”和“法无法责众”等朴素的道理，通过集体的力量赢得护地行动的成功。



而诉讼在该利益博弈中的意义,往往只是试图通过“打官司”来威吓对手,以增加自己的谈判筹码。

可见,在征地的实际博弈过程中,双方往往都以某种社会性权威力量作为其利益诉求的基础:征地部门依据公权力的“公共权威”,而农民则通过一定程度的自组织化形成“集体权威”。在这样一个真实的博弈图景中,法律往往被规避和“缺位”,或者只是作为当事人的谈判筹码,而真正起到关键作用的,是双方的力量对比和具体活动策略。如此,就不难理解为什么征地会成为影响“社会稳定”的因素,不难理解现实中种种侵害被征地农民权益现象的发生原因,也可以更加体会到法律在征地实践中的尴尬地位。

二

法律在征地实践中的“缺位”和尴尬意味着什么?表面上看,是法律规定不完善、征地部门行为违法,农民缺乏法律意识,需要进行法律修订、批评监督和宣传教育。但是,如此就能真正解决问题么?前文已指出,土地征用和失地农民之所以成为政府和社会关注的热点问题,在于其“影响了社会稳定”,在于其关涉社会秩序,而现实中征地双方以“权威”而非法律作为博弈基础的事实则更加强化了该问题的政治色彩。这正是李可博士所观察到的:在观念上,我国现行土地制度甚至是整个法律体系主要是将农民问题作为一个“秩序问题”对待,而不是将其作为一个“权利问题”予以对待;主要是将农民作为一个“问题主体”对待,而不是将其作为一个“权利主体”予以对待。

从个案上看,借助更高一级的权威来解决某个失地农民问题也许会非常有效,但是这种个别解决的模式显然不具普遍意义,无法形成普遍有效的制度。这就需要将“秩序问题”转化为“权利问题”,将政治解决变为法律解决。实际上,赋予农民以稳定的



财产权一直为学界所大力呼吁,新颁布的《物权法》也明确将农村土地承包经营权设定为用益物权,并对其征用和补偿进行了规定。这些规定对于保护农民权益自然意义重大,但是,仅凭对“公共利益”的法律解释和补偿内容的规定,就能保证农民的土地权利不受公权力的侵害么?农民所拥有的土地权利,仅仅是纯粹的财产权么?更进一步地讲,这种权利能替代形形色色的权威力量,真正成为征地博弈的基础么?

显然,这是现有农民土地权利的“不可承受之重”。现有的土地承包经营权本身是依附在农村土地集体所有权上的,其取得条件是成为该集体组织的成员,农民既没有完整的“退出权”(在离开农村时,必须将承包土地交回),也不是土地征用过程中的真正主体。实践证明,征地补偿标准、安置办法等不应仅凭单方的行政告知就可以完成,土地承包经营权人理应有权参与整个征地的过程,真正成为土地征收中的一方当事人。而土地承包经营权自身的私权性和依附性决定了其不可能成为农民参与征地这样一个公法关系时的依据。

那么,农民拥有什么权利以真正参与征地关系?美国著名的农民研究专家斯科特指出:“贫困本身不是农民反叛的原因;只有当农民的生存道德和社会公正感受到侵犯时,他们才会奋起反抗,甚至铤而走险。而农民的社会公正感及其对剥削的认知和感受,植根于他们具体的生活境遇,同生存策略和生存权的维护密切相关。”^①可见,我们需要从生存权和基本人权的高度来重新认识农民的土地权利,来重新理解对失地农民权益的保护。正是在这个意义上,李可博士在本书中提出,土地权在本质上是一种历史权利、自然权利和先验权利,它在伦理上构成一个政治国家的正当性条件;在规范上构成了农民广义上的耕作权。从内涵上讲,这种耕作

^① [美]詹姆斯·C·斯科特:《农民的道义经济学:东南亚的反叛与生存》,程立显、刘建等译,译林出版社2001年版,第1页。



权是一种比目前所谓的“经营权”更为广泛的权利,它既包括法定的经营权,也包括历史上形成的习惯使用权;同时它也是一种文化权利,表明农民可以过一种耕作其土地,以土地为其经常性经济来源的生活。在现实的层面上,从农民对土地所享有的耕作权中又可以衍生出其劳动权(或就业权),这也是联合国《经济、社会及文化权利国际公约》中“人人应有机会凭其自由选择和接受的工作来谋生的权利”之规定的要求。同时,从农民对土地所享有的耕作权中还可以衍生出其发展权。

由此,确认古已有之的农民耕作权,拓展当代中国人权体系的框架、内涵和目标,以使其与当今世界蓬勃发展的人权潮流实现历史性对接就成为法律发展的必然要求,而农民耕作权这一基本人权正是农民全面有效参与征地活动、维护自身权益的有力依据。如此,才可能替代实践中形形色色的权威力量,在法律框架内有效地解决土地征用问题,以维护农民的合法权益。

三

一百多年前,托克维尔在对美国进行了实地考察后,得出了一个著名判断:“在美国,几乎所有的政治问题迟早都要变成司法问题。”^①这句话也许有些夸张,但却反映了现代法治和宪政的一个基本思路:通过政治问题的技术化、法律化或司法化,实现对国家权力的规范和对公民权利的保护。如此,在土地征用和失地农民问题上,确认农民的基本生存权——耕作权,以权利替代权威、以法律解决取代政治解决,就不仅是维护农民权益的必然要求,而且还具有一定的宪政意义。在这个意义上讲,本书不仅仅在法社会学的维度上为我们提供了土地征用的现实图景,更在法理和宪政的

^① [法]托克维尔:《论美国的民主》(上册),董果良译,商务印书馆1996年版,第310页。



层面上为我们更加深入地理解相关问题提供了新的思路。

当然,这些都是十分宏大和复杂的研究课题,需要全面的调查、广阔的视野和细致的分析,而本书无疑为相关研究开启了一个新的起点。期待着作者能有进一步的著作面世!

陈海嵩

2009年12月于武昌东湖



经验法学视野中的权利与权威(自序)

我原单位的同事、浙江农林大学人文学院的王国林教授将关于L市(县级市)57个村庄的失地农民调查报告交给我,嘱托我从法律的视角对该报告进行理论分析。该报告是作者经过两年多田野调查凝结而成的心血之作。作者在报告中对征地过程中一些地方职能部门、村官、乡官和个别企业的违法犯罪行为进行了大胆的披露,对被征地农民的护地维权行为给予了热情的讴歌,并对由征地、护地及补偿安置等事件所引发的清查村账、罢免村官、官民对抗、上访上诉等社会事件进行了仔细的分析。更难能可贵的是,作为一位社会学家,作者对在征地过程中出现的诸多官民不平等、男女不平等、企业歧视本地民工等问题给予了认真的对待。当然,作为一份调查报告,王国林教授的主要目的是描述,而不是分析;在此基础上的分析和评论是作为法理学者的我所要做的工作。我们知道,L市是沿海经济比较发达的地区,是全国经济改革和土地改革比较领先的地区,是全国“土地革面”的缩影,对该地区进行调研,揭示其中存在的问题,对于全国类似问题的处理,具有普遍指导价值。当然,作者的这部调查报告涉及的面非常广,时间跨度也很长,内容相当的丰富,作为一位法理学者,我无法对其一一做出评析,在此仅从法律的视角,对它进行法社会学和法规范学上的解读。在本书中,我主要是从法社会学和法规范学的角度对农民问题、征地问题等进行分析,同时结合“角色—事件”的分析策略,以“征地事件”为主要场域,展现了被征地农民、用地单位、征地部门



和村干部等角色的作为在法律上的意义。

我把这种研究称为经验法学的视野或路向。透过这一视野，我们可以窥见书本知识与实践经验、理论与实践之间的不一致。新的理论正是从此种不一致中萌芽。例如在本书第五章中，我发现有的权利本位和社会权利本位理论均无法解释征地、拆迁等特殊情境下的权利弱化和权力异化、权利转化为社会实力和权力转变为行政暴力等现象。而且，目前所有关于行政强制的理论都没有解释清楚社会实力与行政暴力之间的相互关系及内在运行机制，更没有试图对行政权力对公民权利的压抑问题作出定量甚至是定性的分析。为此，我在该章中设计了一张菲尔图，以为上述问题寻求经验法学上的答案。这一努力的意义并不止于行政强制和行政法学领域内，它还越过本书主题直指宪法学乃至法理学上的国家权力与公民权利关系、法理学的第四代本位等问题。关于这些问题，我将有新著面世，以供读者批判。

当然，我必须提醒读者的是，在调查过程中，调查者所选择的调查对象主要是中年以上的农民，这除了与调查者自身的年龄、经历、性格有关（所谓同龄者同命，同龄者同感）外，我想主要是因为调查者自觉不自觉地考虑到，“年长者一般说来都会更重视自己的经验和判断，不大容易为别人的言词或游说所打动，不容易为当权者的威胁利诱所动心”^①。此外，在失地农民调查这样的敏感、热点问题，调查者尽可能多地选择年长者作为调查对象，也是很自然的事。这样的调查是一件非常艰苦和充满风险的工作。从总体上看，调查者所选取的调查对象、地点、范围和事件等是非常全面的。本书以L市的调查材料为分析依据，同时为了保护被调查者的隐私，本书对材料中的地名和人名等作了技术处理。当然，本书在主题选定、中心思想、问题陈述、篇章结构、理论假设与创新、分析方法与结论等所有理论分析方面的责任由笔者承担，与调查者无涉。

^① 苏力：《法官遴选制度考察》，载《法学》2004年第3期，第23页。



致 谢

本书最初是浙江农林大学天目学院李明华教授主持的浙江省2006年度“马克思主义理论和思想政治教育研究”立项的省社科规划重点课题《马克思主义人与自然关系理论的哲学基础》(批准号:06MLZB02ZD)和人文学院王国林教授主持的2006年度浙江省社科规划常规性课题《失地农民调查》(批准号:06CGSH04ZG)的阶段性成果。在我博士毕业分配到东南大学后,本书被列入“东南大学法学文库”,得到“东南大学出版基金”的资助,得以最终出版。

本书的调查材料由我以前的同事、浙江农林大学人文学院的王国林教授提供。没有王老师提供的材料,本书的写作就无从谈起。王老师在《失地农民调查》报告中对征地问题、农民问题及其相关法律问题作出了许多独到的分析,对本书的写作启发颇多。在平时与王国林教授关于该调查报告的交流中,我也获益匪浅。我与李明华教授谈了写作本书的一些设想,得到他的大力支持和悉心指导。李老师建议我选取一两个方向,从法社会学的角度做深做透。很遗憾,由于工作的需要,我没有在李老师指引的道路上继续走下去。但是我仍然感谢李老师,没有他的帮助和指点,本书的许多观点是难以成熟的。我的朋友、武汉大学法学院的博士生陈海嵩同学现为浙江农林大学天目学院讲师,认真阅读了本书初稿,并且为本书作了一个非常精彩的序,为本书增色不少。自从我到武汉后,陈博士在生活、学习和工作上给了我许多帮助,我们俩



也从最初的“相闻而未相识”的学术朋友，发展到今天生活上和学术上的知心朋友。

在本书思想的酝酿过程中，我得到浙江农林大学人文学院的王长金书记和田信桥副院长的无私帮助。通过与两位领导的日常交谈，我得以认识人生许多朴素的真理。他们淡泊名利的态度，让我的创造变得更加深沉和深邃。人文学院的钱杭园院长在教学上给了我许多耐心的指导，使我在教学上更加成熟，也赋予了我的工作以更加厚重的时代使命感。从离开浙江农林大学人文学院的那天起到现在，我一直感激钱院长对我的谆谆教导。人文学院的马小辉书记以一个同龄人的热情不断地感染我们这些青年教师。尤其是马书记对我教学上和科研上一些微不足道的成就的肯定，常使我感动不已。人文学院的办公室主任金玲老师（现已调至杭州师大）以一位好大姐的细腻给了我许多看似琐细实则伟大的关怀。而且金主任并不因我在事业上的沉浮而对我有什么看法，其自始至终的友善让我感受到中国女性的伟大。在我们每次去浙西的调研过程中，人文学院办公室的张小芳老师（现已任办公室主任）都给了我热情的帮助和指引。小芳老师的笑容和浙西的山水一样，都给了我不尽的灵感和美丽的遐想。同样热衷田野调查的刘旭老先生（现已调回湘潭大学历史系）以一位历史学家的智慧，引领我思考历史、思考人生、思考当下最为迫切的中国农民问题。阳相翼老师在农村习惯法问题上的思考和研究给了我很大的启发，促使我从地方习俗的角度去思考中国的农民问题。李媛媛老师2006年暑期深入素有“亚洲火炉”之称的丽水做调研，极大地鼓舞了我们做田野调查的士气。其他像章建刚、胡榕、苏小明、雷家军、万泽明、俞田荣、安明霞、许志红、雷志松、夏少敏、周伯煌、赵瑾、姜双林、徐金锋、何菲、赵赤、郑智、孙文清、李清华、程向明、战淑华、陈丽平、张本效、符庆芬、高旭国、王秋雁、朱永香、别海燕等同事同样给了我许多无私的关怀和帮助。浙江农林大学的校党委书记陈敬



佑教授、党委副书记宣裕方教授在我于该校任教期间,始终关心我思想上和学术上的进展,给了我这么一名普通教师以超乎常规的关怀,常令我感动不已。常务副校长周国模教授(现已任校长)和科技处处长童再康教授曾一不再惜巨资赞助我的研究活动,我常因能得到他们的赏识而感动。人事处的邓一飞科长不仅在工作上为我排忧解难,而且也非常理解我的选择和追求,为我到异地学习一事做了许多工作。

本书能够得以完稿,得益于浙江农林大学天目学院李明华院长的不断督促和鼓励。到武汉以后,李老师常常在百忙之中抽空关心我的生活,给了我许多物质上和精神上的帮助,为本书的写作创造一个安定的生活环境。没有李老师的不懈帮助,我在学术上不可能有现在这样的进展。天目学院的程云行副院长为我到该院兼职作了许多细致的工作,对我的研究活动给予了大力支持。天目学院的朱东红书记(现任校宣传部部长)在我工作、生活等问题上付出的耐心和努力超乎了一位领导的界线,每次回临安都让我感觉到无限的温暖。天目学院的姜双林主任在我每次回临安时都抽空来陪我,跟我探讨学术、人生上的问题,使我感受到了天目学院同事之间的友爱。到武汉后,我的表妹黄荆荣、表妹夫戴联夫妇在日常生活中给了我许多关心和帮助,他们常常从汉口赶到武昌为我送来被褥和一些生活用品。我在沙市的姨妈和姨父也经常关心我的生活和工作,给了我很大的支持。我在武汉攻读硕士的学生谢佑在生活上给了我许多帮助,他的诚挚常让我感觉到“他乡遇故人”的温暖。

我能够在离家千里之外的武汉完成本书的写作,还要感谢我母亲的陪伴,感谢她对我生活上和学习上的支持。我的妻子胡晓映即便在我们处于生活中的困难时期也没有过一句抱怨,一直以来都理解和支持我在学术上的清苦劳作。我在临安的岳母和岳父以他们不多的工资努力维持着一家人的生活,而且还全力承担了



我女儿的日常开支。是他们的帮助才让我能够在异乡安心地学习和工作,从而完成本书的写作。

在本书的写作上,我还要特别感谢那些被我征引的论著的作者,是他们深刻而敏锐的思想滋养和启发了我,使我在写作当中不断迸发出喜悦的思想火花,从而得以使本书在内容上更加充实、在思想上更加深刻。可以说,本书之所以能够顺利地诞生,决非我一人之力,它是前贤今圣、学界同仁,以至许多平凡的无名氏的集体结晶。说大一点,本书只能是人类共同的精神作品。它一诞生就成为了一种客观存在,需要去接受编辑的审视和读者的批评。在本书的出版上,我要感谢王国林教授的大力推荐和黑龙江人民出版社魏杰恒老师的辛勤劳作,感谢东南大学法学院领导、同事的关心和支持。在本书的内容把握和写作风格上,我要感谢在宁波市公安局任职的学生楼宁的启发,感谢栖霞区检察院副检察长黎祐彬同志的指点,感谢江苏省法制办黄永忠同志的教诲。在本书的校对上,我要感谢我《法学方法论》课程的全体研究生和郑亮同学为我分担了许多日常琐事。当然,我还要特别感谢致邦律师事务所和江苏省高级人民法院章润、王淳和姜立等同学为我提供了许多接触实践的机会,特别感谢我在黑龙江大学法学院任教的师妹王蕾女士、马金芳女士这几年来对我的默默支持和无私帮助。没有上述领导、同事、老师、同学和朋友的帮助,本书的写作和出版是无法完成的。

当然,正如在本书的开篇中所说的那样,本书在主题选定、中心思想、问题陈述、篇章结构、理论假设与创新、分析方法与结论等所有理论分析方面的责任由我一人承担,与其他人无涉。

李 可

2009年12月26日于江宁九龙湖



目 录

从权威走向权利(代序)	(1)
经验法学视野中的权利与权威(自序)	(1)
致谢	(1)
第一章 土地权与农民权	(1)
第一节 土地问题与农民问题	(2)
第二节 土地权是什么	(16)
第三节 农民的权利是什么	(33)
第二章 被征地农民的心态及其经济分析	(45)
第一节 被征地农民的种种心态	(46)
第二节 被征地农民朴素的经济分析	(72)
第三章 用地单位与征地部门的经济分析	(124)
第一节 用地单位的经济分析	(125)
第二节 征地部门的经济分析	(139)
第四章 征地部门的法律与非法律策略	(170)
第一节 征地部门规避法律的技巧	(171)
第二节 征地部门的行政权威主义和法律恫吓主义策略	(193)