

XINXING CHENGZHENHUA JIANSHE DE
FAZHI BAOZHANG YANJIU



新型城镇化建设的 法治保障研究

安徽省法学会◎编

全国百佳图书出版单位
 时代出版传媒股份有限公司
安徽人民出版社



XINXING CHENGZHENHUA JIANSHE DE
FAZHI BAOZHANG YANJIU



新型城镇化建设的 法治保障研究

安徽省法学会◎编

全国百佳图书出版单位
APCTIME 时代出版传媒股份有限公司
时代出版 安徽人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

新型城镇化建设的法治保障研究 / 安徽省法学会编.

—合肥:安徽人民出版社,2014.6

ISBN 978-7-212-07342-8

I. ①新… II. ①安… III. ①社会主义法制—建设—中国—文集

IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 095813 号

新型城镇化建设的法治保障研究

安徽省法学会编

出 版 人:胡正义

责任编辑:任 济 洪 红 熊圣琼

装帧设计:汪 耘

出版发行:时代出版传媒股份有限公司 <http://www.press-mart.com>

安徽人民出版社 <http://www.ahpeople.com>

合肥市政务文化新区翡翠路 1118 号出版传媒广场八楼

邮编:230071

营销部电话:0551-63533258 0551-63533292(传真)

制 版:合肥市中旭制版有限责任公司

印 刷:合肥中德培训中心印刷厂

开本:710×1010 1/16 印张:23 字数:360 千

版次:2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

标准书号:ISBN 978-7-212-07342-8 定价:50.00 元

版权所有,侵权必究

前 言

“长三角法学论坛”创始于2004年,是全国六大区域法治论坛之一。经过多年的发展,目前该论坛不仅成为泛长三角地区法学界、法律界围绕该地区经济社会发展重大法治问题进行研究和建言献策的重要平台,而且成为运作科学规范的常态化学术研究机制以及全国知名的学术品牌。第十届“长三角法学论坛”由江苏、浙江、上海、安徽三省一市法学会主办,安徽省法学会承办。本次论坛主题为“新型城镇化建设的法治保障研究”。论坛征文活动自2013年5月中旬开始,至征文截止日期,总共收到论文440余篇。按照《长三角法学论坛办会规则》以及经苏浙沪皖法学会联席会议讨论通过的《第十届“长三角法学论坛”举办方案》之规定,安徽省法学会成立了由省内知名专家学者组成的论文评委会,在各省初选和推荐的基础上进行了认真仔细的评选,共评出一等奖4篇、二等奖8篇、三等奖28篇、优秀奖50篇。

本届论坛于2013年11月下旬在安徽合肥隆重举行。中国法学会党组书记、常务副会长陈冀平,安徽省委常委、政法委书记、安徽省法学会会长徐立全出席论坛开幕式并分别致辞。来自三省一市的专家学者以及特邀嘉宾共120余人参加论坛。会前,安徽省委书记张宝顺、省长王学军会见陈冀平一行。此次论坛规模大、层次高,汇聚了三省一市法学界、法律界相关领域专家学者的最新研究成果。会后,安徽省法学会组织专家学者对论坛的主要观点进行进一步加工和提炼,形成《新型城镇化建设中的土地问题及对策建议》一文,由中国法学会报中央参阅,促进了研究成果的转化应用。

由于篇幅所限,本论文集为第十届“长三角法治论坛”部分获奖论文之汇编。这些获奖论文紧紧围绕论坛主题,从不同层面和视角就新型城镇化中的土

地法律问题以及农民权益法律保障机制建构问题进行了广泛深入的研究和探讨,反映了研究者丰富的学养、宽阔的视野、严谨的治学精神和深厚的社会责任感,对于推动我国新型城镇化战略的实施具有重要意义。论文作者既有三省一市法学界、法律界知名专家学者,也有新近崭露头角的学术新锐。他们的这些研究成果有很多是建立在深入细致的“田野调查”之基础上,不仅可以为领导决策部门提供参考,而且还可以为促进法学理论研究和法治实践的创新与发展提供新的视角,同时也会在研究方法上为理论与实务工作者带来一些启迪。

党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,汇集了全面深化改革的新思想、新论断、新举措,形成了改革理论和政策的一系列重大突破,为深入推进我国尤其是泛长三角地区的经济社会发展开辟了更加广阔的前景。在新的形势下,三省一市的广大法学法律工作者应充分认识自己所肩负的历史使命,坚持解放思想、实事求是,把握时代脉搏,立足理论前沿,从法律、法治的层面致力于破解全面深化改革进程中的重大现实问题,不断促进社会主义法学理论创新、法治实践创新、法律制度创新和法律文化创新。同时我们也希望进一步加强三省一市法学界、法律界的交流与合作,努力把“长三角法学论坛”打造成更加权威的学术平台,为推动泛长三角地区经济社会发展和法治建设的进步贡献出更多的智慧和力量。

安徽省法学会

2014年4月

目 录

主题报告

- 城镇化进程中集体土地开发利用若干法律问题 顾长浩(001)
- 重建农村集体农用地法律制度新探
- 以新型城镇化需求为视角 王 义 周雪遼(014)
- 新型城镇化进程中农民权利的法治保障
- 以江苏省苏南地区为例 刘同君(029)
- 安徽城镇化发展实践 何 春(032)

专题交流

- 新型城镇化法律制度构架问题研究 江苏省政府法制办课题组(038)
- 从排斥到包容:土地开发权视角下的违章建筑及其处理
- 对深圳土地改革经验的分析 李凤章(050)
- 新型城镇化背景下开发区土地管理利用法律规制探析 程雁雷(062)
- 新型城镇化:社会公平与法制建构 陈爱蓓(072)
- 基本公共服务均等化法律制度问题探析 方晓林 桂万先 韩 青(081)
- 从实然到应然:论农村宅基地使用权的自由流转 毛佑春(091)
- 以服务管理政策法规化推进农民工权益保障 接栋正(100)
- 农村宅基地房屋买卖合同法律效力问题研究 陈祥华(108)
- 城镇化过程中的农村土地征收补偿安置法律问题研究 曾 坚(120)
- 新型城镇化建设中土地利用问题的法律评析 刘 艳(133)
- 改革土地管理制度 促进新型城镇化发展 黄发儒(147)

城镇化进程中房屋征收与补偿法律问题研究	江苏省高级人民法院民一庭课题组(156)
闲置土地无偿收回法律问题研究	
——以行政许可后续监管为视角	徐晓明(164)
征收补偿协议性质之辨正	
——以《国有土地上房屋征收与补偿条例》第25条为中心	刘启川(175)
中国征收制度的困境与出路	李昌庚(188)
新型城镇化建设中的土地法律问题研究	
——论土地征收的公共利益与正当程序	陈铭聪(207)
我国农村土地权利的法经济学思考	
——从霍布斯定理到科斯定理	封安波 夏立安(221)
让梦想照进现实:城镇化进程中新生代农民工社会权益保障问题研究	
.....	徐建苗(234)
城镇化进程中农民工工伤保险与民事侵权损害赔偿的法律适用探讨	
——以社会法分析为视角	项延永(245)
蓦然回首:司法审查视角下集体土地上房屋补偿安置政策检视与修正	
.....	于广学(257)
公众参与理念在土地规划票决制度中的实践	
——来自美国投票式分区分管制的启示	吴 亮(269)
农村土地集约化流转的纠纷审视与应对	
——以耕地租赁为视角	陈 旭(282)
宅基地使用权“福利性”法律解析	于 霄(293)
土地征收行为的行政法治规制研究	莫良元(311)
我国征地补偿裁决制度研究	杨 眉(320)
城镇化中户籍变性与社会保障制度改革研究	王祥军 黄 俊(331)
农村土地互换性质的判定	邵忠银(342)
城镇化进程中农村土地流转法律问题研究	
——以合肥市实践为例	王智源 王 辉(355)

城镇化进程中集体土地开发 利用若干法律问题

顾长浩*

诺贝尔经济学奖获得者、前世界银行副行长斯蒂格利茨(Joseph E. Stiglitz)曾指出:21世纪影响世界的两件大事,一是中国的城镇化,二是美国的高科技。中国的城镇化将是区域经济增长的火车头,会产生最重要的经济效益。同时,城镇化也将是中国在新世纪里面面临的第一大挑战。^①依此而言,城镇化不仅是中国发展的战略性目标和必然性趋势,而且是世界经济发展中最重要因素之一。

从世界范围来看,城镇化是一个世界性趋势。对于中国这样一个农村人口众多、资源紧缺、环境脆弱、地区差异大的发展中大国,推进城镇化,既是一个机会,又是一个挑战。30多年来,中国城镇化进程既呈现出举世瞩目的成就,又充满着为人诟病的问题。以1980年到2010年为例,城市区域面积从5000平方公里上升为4.6万平方公里,面积增加了9.2倍,城镇化率为49.95%,城镇常住人口从1.9140亿增加到6.7113亿,增加了3.5倍;其中,户籍人口只有4.5792亿人,户籍人口城市化率只有43.15%,有2.1321亿人没有成为有户籍的市民,占城市总人口比例为31.77%。^②上海2013年的常住人口约为2371万人,户籍人口约为1421万人,来沪常住人口约965万,占比为40.7%。无论从全国整体,还是上海局部情况看,土地城镇化速度均远大于人口城镇化。

如此规模的城镇化扩张,毫无疑问是以大量占用集体所有土地——主要是集体所有农用地为前提条件的。30多年来,集体土地征收与出让之间巨大的价格剪刀差,支撑了中国的高速城镇化进程。但是,从总体上看,集体土地的所有权人——农民却没有在这一进程中获得应有的生存保障与发展机会。这既

* 顾长浩,上海市人民政府法制办副主任。

① 《城市化进程中土地开发利用的思考》,秦佑国,载于<http://q.sohu.com/forum/121/topic/27205711>。

② 韩康:《中国城镇化发展风险》,载《改革内参》,中国经济体制改革杂志社,2013年5月31日出版。

是过去 30 多年中国城镇化进程中效率优先、兼顾公平政策所产生的弊端,也是以追求公平与正义为目标的新型城镇化所必须解决的一个宏观性社会经济问题。笔者认为,推进新型城镇化的首要问题是矫正和改变历史进程中发生了偏差的社会经济发展目标及其各类制度措施。而不论“三农”问题,还是“四农”问题,解决中国农村与农业问题的“牛鼻子”,就在于集体所有土地的合理分配与开发利用。

城镇化进程中的农民集体面临着被动城镇化与主动城镇化两种截然不同的路径。被动城镇化过程中的农民集体相当多数面临着失地、失(发展)权、失保障的“三失”困境,不仅没有分享城镇化进程中土地增值红利,反而成为新城镇中二元结构社会中的弱势群体。上海闵行九星村案例创造了主动城镇化的成功之路,但是在未来的发展中却又遭遇被动城镇化的窘境。为什么会产生这一现象呢?这是需要决策者们正视与深思的重大社会经济问题。从笔者曾经处理过的若干法律事务中发现,不论是主动城镇化还是被动城镇化进程中的农民(包括农民集体及其个体,下同),长期以来存在着一个被忽视的重大问题:如何从法律上给予并保障农民主动城镇化的相应权利与机会。其中,对于新型城镇化发展中集体土地的开发利用至少应当解决三个法律问题:一是如何行使规划制定权;二是如何保障规划制定中的农民参与权;三是如何保障被征地农民的优先开发权。

一、关于如何行使规划制定权问题

(一)研究规划制定权的一个首要前提:厘清城乡规划与土地价值的关系

土地是人类生产与生活的不可或缺的空间场所,是独特的具有数量恒定特点的稀缺资源。无论人类科技多么发达,可能提高土地的利用系数,但不可能创造这一稀缺资源。在传统民法时代,土地的价值,尤其是城镇土地的价值主要由土地的面积、区位、自然条件等要素所决定。但进入城镇化发展阶段后,尤其进入高速城镇化发展时期后,决定土地价值的主要因素发生了根本性转变。由土地用途、建筑容积率、建筑高度等为主要内容的规划参数,即以规划法为主的行政法要素开始起主导作用,规划法对于土地资源分配与利用以及对土地价值确定的作用已远远超过传统民法要素。甚至可以夸张地说,规划决定了土地价值。

从总体上看,中国的城镇化带来了集体土地,主要是集体农用地的增值效应,但哪些区域的集体土地增值、增值多少却是由规划确定的。因此,规划制定

不仅要立足于经济效益,也应遵循公平正义原则,应当成为城乡规划法的重要内容。但是,现行城乡规划法缺失这一重大原则,有权编制与制定规划的决策者更没有确立这样的观念和意识。闵行九星村规划编制与决策中就典型反映了这一问题。我们已经度过了“纸上画画,墙上挂挂,不如领导一句话”的早期规划法时代,规划法的意义和功能已逐渐被我们的领导层所重视。但是,“随便画画,任意改改”现象所反映的问题与弊端开始突显出来。

什么是规划?规划是根据地理环境、人文条件、经济发展状况等客观条件制定适宜城市整体发展的计划,从而协调城市各方面发展,并进一步对空间布局、土地利用、基础设施建设等进行综合部署和统筹安排的一项具有战略性和综合性的工作,决定着城镇化发展的方向和成败。从法律上来看,规划制定就是对土地空间资源的人为支配,是对土地空间资源利用权利与义务的分配与分配,它从根本上改变了传统民法对土地空间资源利用行为绝对自由的规范与保护。传统民法功能已退居至第二位——在规划法先定的权利、义务基础上发挥其规范、调整和保护功能。

(二) 规划编制的科学性:结合宏观性准则与微观性准则

城乡规划对土地资源利用权利与义务的分配功能可以分为两大类:一类是宏观性的空间资源利用的分配,它从大尺度视野发挥综合平衡、统筹兼顾等宏观调控作用,它的影响规模大、范围广、涉众多,各类总体规划(包括分区规划)是其典型表现。无疑,总体规划制定需要一些宏观性准则作为指导。另一类是微观性土地资源利用的分配,它首先涉及原有土地所有权人(包括使用权人)的权利义务的分配与再分配,对特定地块的农民产生直接的正负利益影响,控制性详细规划是其典型表现。同样道理,控制性详细规划制定需要微观性准则作为指导。对于宏观性准则和微观性准则,无论从直观角度,还是从内涵角度分析,似乎差异性都很大,但我们必须看到,在规划编制的过程中,这两个准则是紧密联系、相辅相成的。宏观性空间利用分配必然需要对微观性空间利用进行统筹平衡,微观性空间利用分配则是宏观性空间资源利用分配目标实现的具体化工具。然而,对微观性空间资源利用现状了解把握不够,或者研究分析视角方法失误,不仅将导致微观性空间资源规划实现难,而且影响宏观规划目标的有效和有序实现。因此,要做到规划编制与制定的科学性,不仅要明确并遵循宏观性准则和微观性准则,而且要将两者有序地结合起来。从九星村规划制定案例来看,存在着控制性详细规划制定缺乏微观性准则的缺陷,从而产生了

“随便画画”现象。

(三) 规划编制的民主性:利益保护与利益平衡

规划编制和制定当然要遵循科学决策原则,但不能将科学决策简单化,尤其是社会经济领域的决策事项。规划编制的意义与功能决定了规划编制不仅需要科学决策,还需要民主决策,并使科学决策与民主决策相结合、相协调。只有两者结合并协调,才能更好地调整与平衡各种利益关系,具体包括:社会公共利益与被征地农民利益、用地单位与被征地农民利益、被征地农民与城镇居民利益、局部利益与整体利益、眼前利益与未来利益的平衡与调整等。对于民主决策来说,可以简单化——少数服从多数,但是民主决策也有它无法忽视的必要前提。在城镇化过程中,集体土地资源分配利用方面的一个重要前提是:对被征地农民既有利益的充分保障与未来发展权的必要保障,这个前提不容忽视,既不能简单地以少数服从多数来解决争议,更不能简单地以公共利益至上而忽视,甚至无视、牺牲被征地农民的利益。这不是一个和谐社会建设的目标内容。九星村案例提示我们:必须改变过去规划编制“见物不见人”的倾向,即脱离了“人”的要素和“人”的利益考量而在土地上简单地画画。这样的规划必然是没有平衡好各方利益,尤其是没有保障被征地农民的实际利益,必然是难以实施的。

(四) 一个被忽视的微观经济准则:土地的未来利用效益必须大于原来利用效益原则

从闵行九星村主动城镇化后面临被动城镇化案例中我们不难看出,在规划编制中有一条最重要的原则被忽视了——那就是土地利用的现状考量。我们说对现状充分考量,并不是说规划必须按照现状来编制,如此简单地诠释,规划也就一定程度上丧失了存在之必要。对于规划制定者来说,需要研究与考虑的因素众多,尤其是总体规划的编制。但各类自然因素、经济因素、社会因素、政治因素等等,最终是要落实在可行性上,必要性与可行性所产生的冲突与矛盾必须消除。

闵行九星村主动城镇化案例反映出的问题,就是经济上共赢的可行性问题。不仅要使未来的土地使用权人负担得起获得土地的费用,而且要使原来土地使用权人的既有利益获得充分的保障。依此,规划制定必须遵循的一个基本原则将浮出水面,那就是土地未来利用效益必须大于原来利用效益原则。只有这样才能满足以上所述原土地使用权人利益的保障与未来土地使用权人的产

出大于投入原则。闵行九星村案例反映出这一原则既没有被规划制定者所重视,更没有被立法所肯定和确认。我们不得不批评规划制定中“随便画画,任意涂涂”的行政任意。我曾经亲身经历过类似的事例:过去在农场劳动时,领导们就为了一条河的美观——拉直弯曲的河道,而让知青们寒冬腊月天去开河。后来知道,洪水泛滥时,拉直的河流将比弯曲的河流产生更大的破坏力。今天在规划制定中是否还有这样的现象?早期规划发展阶段的“纸上画画”的无用之哀叹,已转变为对今天“随便画画”的官僚主义的批评了。

就闵行九星村案例来看,反观2007年市规划管理局批复,将现状经营正红火的九星市场区域,规划为“大部分绿地+部分住宅”。对此,我们分析认为,可能有点必须要认真考虑:一是现状与未来规划涉及的利益平衡问题,甚至整个社会的利益平衡问题;二是利益平衡所带来的社会稳定问题;三是规划实施的可行性问题。

实践中,如果简单制定了规划,规划完了土地价值确实也能够提升,但是如果不能平衡现状利用与未来规划涉及的利益问题,提供一套系统解决问题的方案,这个城市的土地价值就不可能最大化、最优化,相反还会带来社会稳定问题。试想,城镇化后,九星市场不复存在,绿地、住宅环境优美,怡人,但要达到这样的目的,首先要征收九星市场这块土地,进而实施规划,但这不仅仅现实中可能会受到极大的阻力,受到质疑,而且征收后所带来的社会问题、稳定问题也显而易见。而这些问题是我们不得不考量权衡的。

由此,当我们在进行城市的规划研究时,实际上就是在进行城市未来需求的创造、提升城镇化进程中土地未来价值,而这一过程中必须要使得土地利用的未来效益高于土地利用现状,这样的规划才具有可实施性和操作性。这就是说,这一经济效益性原则是规划制定过程中必须要遵循的一个基本原则。

(五)规划制定准则的法治化:被征地农民基本权益保障的法律基础

规划制定决策权行使必须遵守的原则中,必须明确对被征地农民各项权利的充分保障,其中至少应当包括既有权益充分保障、生存权利的社会保障、可持续发展权的必要保障三个方面。这些权益保障的基本原则应当通过立法明确,即使民主决策也必须遵守,以防止和避免通过简单的少数服从多数决策来剥夺被征地农民的基本权利,更要防止和避免行政强权无视被征地农民的基本权利。

二、关于规划制定过程中的公民参与权

(一) 规划制定过程中的一般公民权利:知情权、参与权、表达权、监督权

中国公民在立法决策、行政过程中的知情权、参与权、表达权、监督权已经获得了社会共识,目前的关键在如何更好地实践,如何通过制度化予以落实,如何在具体事项中得以实现。规划制定就是一个重要的决策过程,而公众是规划的拥戴者和实施者,由此,让公众拥有知情权、参与权、表达权、监督权就是规划制定过程中不可或缺的内容。这些公众参与规划制定中的一般性权利,在目前的法律规定中有所明确。譬如,按照《城乡规划法》的规定,在报送审批前,应当依法将规划草案公告,并采取论证会、听证会或者其他方式征求专家和公众的意见,公告时间不得少于三十日。而且,组织编制机关也必须考虑专家和公众的意见,并在报送审批的材料中附具意见采纳情况及理由。《上海市城市详细规划编制审批办法》中对于征求社会各方意见也作了要求,规定应当征求有关专业管理部门和所在地的单位代表以及市、区、县、乡、镇代表对初步规划涉及方案的意见,对于未采纳的,也必须在编制报告中说明。但不得不说,在制度设计层面和具体事项实施层面,这些一般性权利的实现,仍有需要进一步完善之处。目前制度化方面,关键是如何让公众参与的这些一般性权利能够在制度规则上完整、合理体现;在具体事项操作方面,关键是如何让这些权利的实现不是走形式,能够真正让公众参与其中,能够切实落到实处。但是,仅有这些一般性的参与权利是不是就够了?当然不够,从闵行九星村案例我们可以看到,除了落实这些一般权利外,还有一部分特殊的公民权利必须引起我们重视,这往往是实践中引发矛盾的核心。

(二) 规划制定过程中特殊的公民权利:基本利益保障权

在规划制定过程中,为什么不能忽视,或者说特别要重视特殊的公民权利呢?如果认真观察公民在立法决策、公共决策、行政过程中的参与现象,我们可以看到,至少有两种有明显差异的参与行为:一种是有直接利益关系的参与,另一种是无直接利益关系的参与。规划制定过程中的公民参与就包括这两种形式。

作为一般公民的参与权利,包括前述四项;但作为有直接利益关系公民的参与权利,除了上述四项权利外,还应当包括基本利益保障权。《行政许可法》中关于涉及第三方利益的行政许可必须召开听证会的制度、《城乡规划法》第26条、第46条、第50条、第60条关于听证会的制度规范,都是有关直接利益关

系当事人(行政法上称为利害关系人)的基本权利保障,这类听证会决不能理解为仅仅具有程序性意义和功能,而应视为相关当事人与决策主体的意见互动、利益交换的互动过程,决策者赋有保障其基本权益的职责。否则不仅对当事人而言是不公平的,而且所决策的方案也将是不可行的。

我们目前频发的群体性矛盾,固然有一个过度市场化社会中非理性追求个体利益因素在作祟,但不可否认的是确实存在着决策者轻视有直接利益相关人权益的权力至上、权力高于权利的观念意识与行为惯性。

(三)公民参与权在规划制定程序中的形式和意义:科学性与民主性的体现

有直接利益关系当事人的基本权益保障权的法律保障,不仅是决策民主化的体现,也是决策科学化的必要条件。兼听则明,不仅是民主决策的具体形式,也是科学决策的必须程序,不弄清直接利益关系人的利益诉求,显然是难以作出土地未来效益大于土地原有效益的决策,其制定的规划也必然会包含不可行的因素,类似的例子已经很多。上海旧城区改建(旧区改造)中实施的“两次征询(被征收居民)意见”制度^①,就是针对有直接利益关系当事人的行政与公民互动决策制度,在其他各项参数不变的前提下,在可行性方面获得了卓有成效的进步。

中国引进听证制度已取得了明显的成效,但大多数仅仅停留在程序性意义与功能的水平上,如何落实与实现仍然处于一个立法模糊、实施滞后的状态,还需要社会各方进一步的努力。其中,决策者的观念更新与立法上细化是重要环节。

三、关于土地优先开发权

(一)土地优先开发权制度缺失是造成城镇化进程中一系列利益失衡现象的重要制度原因

在我国城镇化过程中,原有土地权利人丧失对土地的开发权是个较为普遍

^① 两次征询制度:是本市旧区改造中的一项重要决策民主制度,是指“征询改建意愿”和“征询征收补偿方案”。第一阶段征询,主要解决居民是否愿意改建的问题,即因旧城区改建房屋征收范围确定后,房屋征收部门应当组织征询被征收人、公有房屋承租人的改建意愿,有90%以上的被征收人、公有房屋承租人同意改建的,方可实施。第二阶段征询,主要解决如何补偿问题,即明确因旧城区改建需要征收房屋的,征收决定做出后,在广泛听取意见、举行听证会、修改方案基础上,征收部门必须组织被征收人、共有房屋承租人根据征收补偿方案签订附生效条件的补偿协议。如果在规定签约期限内达到比例的(不得低于80%,具体由区县府规定),协议生效;否则,征收决定终止执行。

性的现象和问题。这一现象不仅发生在征收集体所有土地领域,也发生在征收国有土地中的房屋领域。目前征收土地房屋的操作方式,基本上都是搬离原有权利人的土地及其房屋,然后通过招标、拍卖、挂牌程序引入新的土地开发主体。这种操作模式,对于国有土地中的被征收房屋的居民而言,由于仅涉及房屋财产权的补偿以及居住权等,能够得以充分合理的保障,影响相对较小,而且现行法律法规已能给予超市场化的充分的补偿保障^①。

但对于被征收集体土地及其房屋的农民来说,不仅涉及房屋财产权补偿、居住权的保障,而且涉及生存权保障与发展权保障,其影响远远大于城市居民。农民在土地房屋被征收的同时,往往因失地也随之失去了“业”。所以,失业是失地农民面临的最大问题,失业了也就丧失了源源不断的生活来源。“征地农民就业难”就成为征地农民普遍抱怨的一个社会问题。农民失去土地后,客观上必然产生转向其他行业的客观需求。但由于失地农民普遍存在文化素质和劳动技能偏低的现状,在就业竞争中明显处于劣势地位。这一城镇化过程中最尖锐的矛盾显然是与土地问题相关的,有数据表明:60%的农民上访是因为土地问题^②,这已成为当前城镇化进程中征收农村集体土地方面不容回避的突出问题。几乎所有地区,包括是经济发达地区、大中城市郊区,都存在征地造成农民失地、失业的问题。上海市也没能例外。在我们经办的诸多征地补偿信访案件中,很多是农民没有合适的就业机会和能力,导致多年后仍为无业人员,经济困难、住房困难,掉头再找政府,认为征地补偿安置当时适用政策错误、补偿不公、不公平,补偿标准过低,等等。

(二) 优先开发权制度的理论基础与实践理由

1. 优先开发权的原理与实践之一:先占原则

先占原则是民法上一个重要的原则。民法上的先占原则,是指先占人以支配和管领之意思,先于他人占有无主物从而取得该物所有权的法律制度,以所有的意思,占有无主的动产,而取得其所有权的法律事实。仅以占有的事实而可以获得无主物的所有权,人类历史上最初的土地所有制度就是从在先于他人

^① 2011年10月19日,上海市政府发布的《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》规定,对于征收房屋的,除给予市场化评估部分外,还给予30%的价格补贴,同时如果房屋属于旧式里弄房屋、简屋以及其非成套独用房屋的,还给予不超过15平方米的套型面积补贴,如果还达不到人均22平方米的标准,还要增加保障补贴。

^② 赵蓓蓓:《如何解决失地农民问题?——访国务院发展研究中心农村部部长韩俊》,载《人民日报》2005年12月9日,第十六版。

占有这一事实基础上演变过来的。由占有而所有这一法律制度所遵循的原则是稳定社会经济关系,促进对物的有效利用。集体土地所有人是集体土地的当然的、合法的占有人,并非源于对无主之物的先于占有,从上述法理推论,其应享有比先于占有人更多更优的权利。但在中国 30 多年来的城镇化进程中的现实却是被征地农民在土地被征收时,没有获得自己所有土地的开发建设权,并且由此而失去了分享城镇化进程中土地增值收益地权利和可持续发展的机会。当被征地农民看着自己的土地变成了工厂、商场、商品房而自己却失地、失业、失社会保障(或低社会保障)时,权利不公平的感受显然是难以抹平的。从现行法律看,农民不能获得自己所有土地开发建设权是符合法律的,或者说征收集体土地时留给农民开发建设土地是没有法律依据的。当九星村农民要求像江苏华西村农民那样获得建设用地使用权时,政府部门给予“你们必须通过招拍挂才能获得”的回复也是有法可依的。但只要将这一现象背后的法律弊端揭示出来,其不合理性是可一目了然的。即没有赋予农民在被征收集体土地时获得自己部分土地优先开发权是现行土地法律制度的一大缺陷。这一法律制度缺陷显然是计划经济时代固定资产投资集权制所造成的,并延续至今。迄今为止,被征地农民失地、失业、失保障的现象,与这一制度缺陷有着内在的关联。而今已进入了新型城镇化时代,已到了从根本上消除这一缺陷的时候了。比较前面所述的先占原则,毫无疑问的提示是:集体所有土地的所有人应当比无主物的先占人享有更优位的权利,应当优先获得自己所有土地的开发权,这是一种自然而当然的权利。从另一角度看,被征地农民当然是先于土地开发商而“占有”自己所有的土地,享有优先开发权也符合先占原则的理论内涵。当然,也许正如一位学者所诠释的那样,还可以从人性的角度来解释,古语说“先入为主”,人们总是觉得先占性可以成为辩护的充分理由。一种制度的合理性虽然不能归结为设计者或行为者的动机和意图,但我们不要忽视这种基本人性中可能包含的某种更高的智慧。^① 这就是资源利用的有效性、稳定性考量。依此,集体土地所有人应比先占之人具有更充分获得优先开发权的理论与实践上的理由。

2. 优先开发权的原理与实践之二:优先购买权

优先购买权也是民法理论上的一个重要权利,又称先买权,是指特定人依照法律规定或合同约定,在出卖人出卖标的物于第三人时,享有的在同等条件

^① 王凌云:《论先占原则》,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第一卷。

优先于第三人购买的权利。优先购买权是民商法上较为重要的一项制度。出卖人所有权行使设置的一个合理的负担,是以牺牲出卖人和第三人的合法利益为代价,换取对先买权人特殊利益的保护。民法上的优先购买权制度自拜占庭时期的罗马法于租佃关系中确立之后,被法、德民法典继承,并得以完善和发展。中国古代法上也有“应典卖倚当物业,先问房亲,房亲不要,次问东邻”优先购买权的规定。优先购买权作为民法上的一项制度能够长期坚持下来,并被社会所接受,必有其合理性,而正是这种合理性和正当性满足了社会主体对一定社会价值的追求。^①与承租人的优先购买权相比较分析,基于债的关系的承租人都享有优先购买权,更何况是基于物权关系的原土地权利人呢?在集体土地开发利用过程中,原土地权利人在集体土地被征收后享有优先开发权不仅基于同一价值判断,而且更具为充分的合理性。我们只能认为:集体土地所有权被无视,是计划经济时代集权制形成的法律制度的一个根本性缺陷,目前已经不符合市场经济发展的历史需要,而且造成了众多的社会弊端,必须予以改变。

3. 土地优先开发权是土地所有人的应然权利

无论从理论上还是实践上,优先开发权应当是原集体土地所有权人自然而应然的权利。土地优先开发权制度缺失既是中国城镇化进程中土地资源分配与利用中的立法盲点,也是其所积聚弊端的制度原因之一,还是未来新型城镇化进程中土地资源的分配(包括再分配)与利用中弊端与问题的消解之策。当前,亟须立法确立原土地使用权人(集体土地所有权人)对于所占有土地的优先开发权的法律制度。确立这一制度,在集体土地开发利用中让原土地权利人的优先开发权,有着现实的必要性和价值意义:一方面,设定优先开发权的基础和前提是原土地权利人已经先于土地被征收后新的开发者而占有使用土地的法律事实。为了尽可能维护稳定经济生活秩序,我们提出优先开发权。因为相比于新的土地开发者,原土地权利人农民与被征收集体土地之间有更更大的利害关系。法律制度规定作为利益分配的调节器,应当坚持“两利相权取其重”的价值取向进行平衡。另一方面,法律制度的内在理念之一是保护弱势群体,实现社会公平正义。关键之处在于,在集体土地开发利用过程中,与新的土地开发者相比,原有的土地权利人农民更容易受到征地所带来的影响,影响其生产和生活的稳定水平。由此,原土地权利人农民就成为一定程度上的弱势群体,

^① 见 <http://www.baike.com/wiki/%E4%BC%98%E5%85%88%E8%B4%AD%E4%B9%B0%E6%9D%83>。