

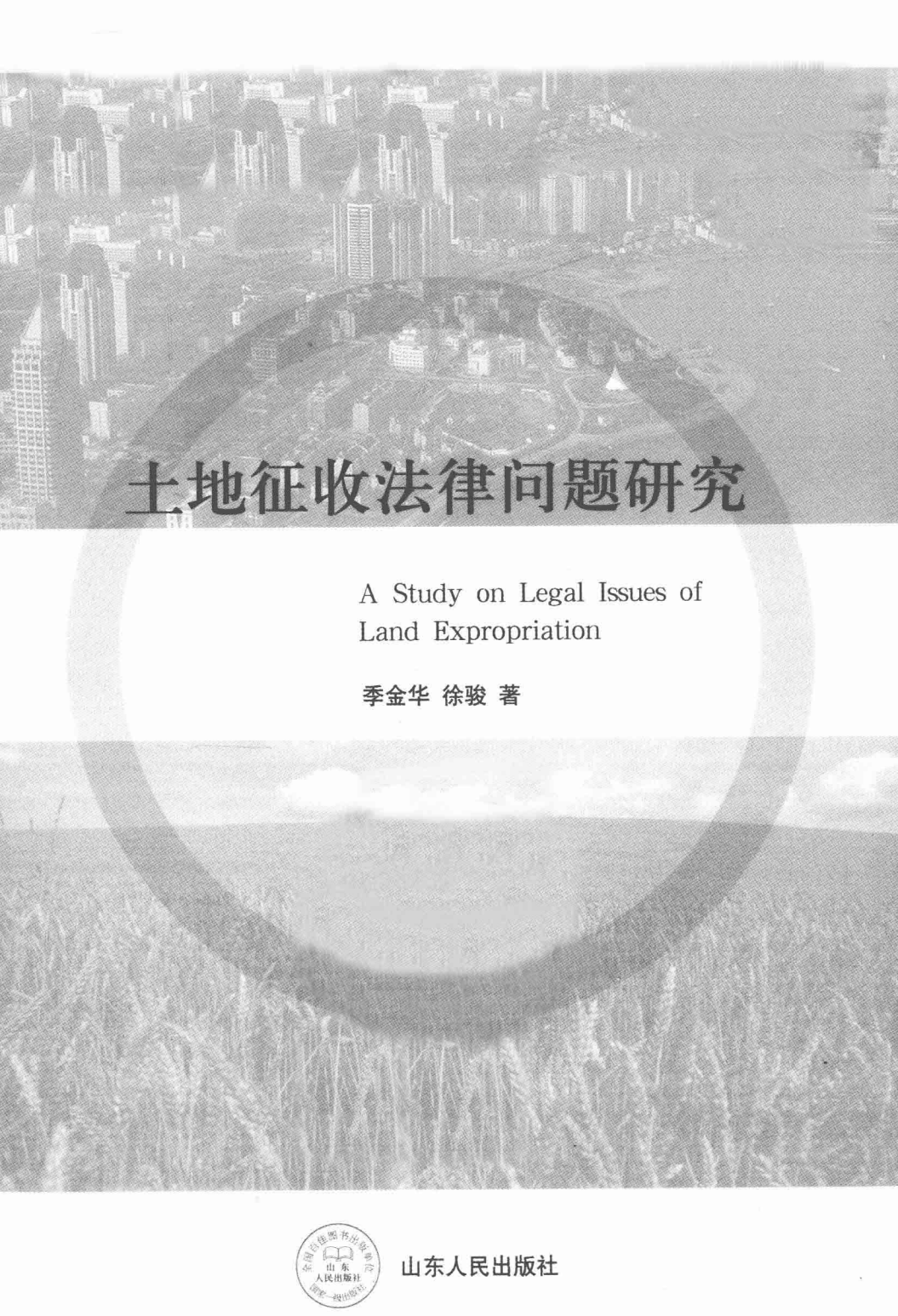
土地征收法律问题研究

A Study on Legal Issues of
Land Expropriation

季金华 徐骏 著



山东人民出版社



土地征收法律问题研究

A Study on Legal Issues of
Land Expropriation

季金华 徐骏 著



山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

土地征收法律问题研究/季金华,徐骏著. — 济南:
山东人民出版社, 2011. 7

ISBN 978-7-209-05732-5

I. ①土... II. ①季... ②徐... III. ①土地征用-
土地法-研究-中国 IV. ①D922.394

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 066743 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

土地征收法律问题研究

季金华 徐 骏 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (148mm×210mm)

印 张 10.875

字 数 240 千字 插页 2

版 次 2011 年 7 月第 1 版

印 次 2011 年 7 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05732-5

定 价 28.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

目 录

导论：问题、方法和目标	(1)
一、问题的提出	(1)
二、研究观点和方法	(5)
三、理论目标和结构	(7)
第一章 控权与保权：土地征收关系的宪政分析	(13)
一、土地征收的合法基础与征地权的法律特征	(14)
二、征地补偿权与土地权利	(26)
三、征地权的法律规制与征收补偿权的法律保障	(45)
第二章 历史与现状：城市化进程中的土地征收模式	(66)
一、城市化与土地征收、土地利用的逻辑联系	(66)
二、城市发展进程中土地取得与利用的历史分析	(73)
三、我国城市化进程中土地取得与利用的模式选择	(107)
第三章 原则与程序：域外土地征收的制度架构	(127)
一、土地征收与补偿的构成要件	(127)
二、土地征收补偿的原则	(141)
三、土地征收补偿的要素	(153)

四、土地征收、补偿与救济程序	(161)
第四章 分析与批判：我国土地征收制度的现状	(176)
一、土地征收及补偿制度的缺陷	(179)
二、土地征收及补偿实践中的问题	(211)
三、土地征收及补偿探索中的不足	(233)
第五章 改革与重建：我国土地征收制度的完善	(241)
一、土地征收权力主体设置的合理化	(241)
二、土地征收权力的规范化	(262)
三、土地征收补偿制度的完善	(277)
四、土地征收与补偿程序机制的完善	(286)
五、土地征收及补偿救济制度的完善	(301)
《土地征收法》建议稿	(319)
主要参考文献目录	(333)
后 记	(342)

导论：问题、方法和目标

一、问题的提出

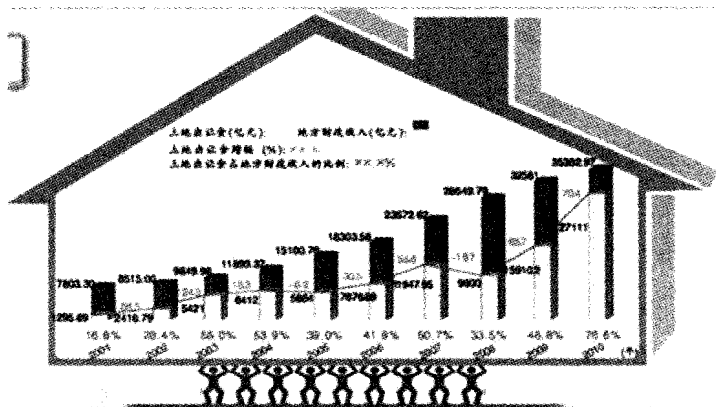
改革开放以来的城市化进程已历经三十多年，我国城市面貌发生了翻天覆地的变化。尤其是近十年来，城市化驶上快速道。由农村变成城镇，再发展成中小城市、大城市，最后扩张成国际化大都市，成了我国城市化的发展路径和典型模式。城市发展离不开土地的支撑，如何取得并合理使用土地就成为城市发展进程中必须面对和妥善解决的问题。

我国特殊的土地所有权模式，使得城市大规模扩容所需用地，较多地依赖于国家通过征收方式，将原本属于集体所有的城市郊区及农村土地，转变为全民所有，亦即通过政府依法进行征收的途径获取城市发展所需土地。土地征收的制度安排不仅决定着我国城市化是否具有可持续性，而且还关系到被征地农民的生存权与发展权的保障问题。

近年来，土地征收呈现出的两个危险倾向。

一方面，地方政府将土地出让金作为“第二财政”，将其作为弥补地方财政收入不足的重要来源。2009年，我国城市政府土地出让金收入达1.5万亿，其中杭州与上海卖地收入超千亿。2010

年,对绝大多数城市政府来说,仍是土地财政形势喜人的一年。截至11月下旬,卖地收入超千亿的已有上海与北京,最有希望冲击千亿俱乐部成员资格的有大连与天津,增幅最惊人的两匹黑马是大连和南京,前者增幅近300%,后者增幅近130%。^①这就意味着,原本中央政府为解决1994年份税后地方政府财政收入萎缩的土地出让金,现已膨胀为一笔巨额收入,2010年土地出让金占地方财政收入的比例竟然高达76.6%。(见下图)^②



地方政府难以抗拒卖地收益的巨大诱惑,患上了土地财政依赖症。这就直接导致地方政府过度透支土地与其他自然资源、缺乏创新动力、盲目上马项目、浪费严重、催生资产泡沫、加重民生负担等恶果,与科学发展观的宗旨相背离,给经济持续健康发展与国家快速崛起埋下隐患。

^① 明镜:《土地财政撑实了这些城市政府的钱袋子——2010年主要城市的卖地收入》,载《南方周末》2010年12月2日,B9版。

^② 明镜:《2010年土地出让金占地方财政收入的比例高达76.6%》,载《南方周末》2010年12月2日,B9版。

另一方面，因为土地征收法律的不完善，集体土地权利人在实践中无力对抗强势的政府，合法权益往往被不当侵害，酿成大量的社会冲突，对社会稳定与和谐构成极大威胁。于建嵘认为：“近 20 年来，农民被征地约 1 亿亩，获得的征地补偿费与市场价的差价约为 2 万亿元。改革开放以来，至少有 5000 万到 6000 万农民彻底失去了土地，他们有的成为城市居民，但还有近一半没有工作，没有保障，引起纠纷。土地问题已占全部农村群体性事件的 65%，已成农业税取消后，影响农村社会稳定和发展的首要问题和焦点问题。土地是农民的生存保障，而且土地问题涉及巨额经济利益，也就决定土地争议，更具有对抗性和持久性。”^① 农村的集体土地是农民的生存保障和发展基础，对集体土地的非法侵占必然激起强烈反弹，并演化为群体性事件，一旦处理不当，将对社会秩序形成极大冲击，严重影响社会和谐，与社会发展目标格格不入。

城市化发展还涉及原有城市区域的重新规划与改造问题，因此，城市房屋拆迁也是支撑城市化发展的重要制度。在各地行政强拆屡屡发生，被拆迁人自焚自残等极端事件频频上演的背景下，经过学界和法律实务界呼吁和社会推动，2011 年 1 月 21 日国务院总理温家宝签署国务院令，公布《国有土地上房屋征收与补偿条例》。与此前《城市房屋拆迁管理条例》相比，《国有土地上房屋征收与补偿条例》明确规定公共利益征收与商业开发彻底分开、政府是唯一补偿主体、政府具有公告与听证义务、征收纠纷可提交司法裁决、征收补偿范围明确具体、评估机构确保中立、被征收人具有补偿选择权、野蛮拆迁将承担刑责，较好地解决了当前

^① 《学者称土地问题已占全部农村群体性事件 65%》，载《新京报》2010 年 11 月 5 日。

城市房屋拆迁法律存在较大缺陷的问题。

原有的《城市房屋拆迁管理条例》在实施过程中，有的城市已经依据市场经济的要求作了相应的改革。事实上，《国有土地上房屋征收与补偿条例》颁布之前，很多地方政府已基本能做到依法拆迁、合理补偿。有读者给媒体写信时，就以自身经历现身说法：“在我们泉州市区，没拆迁的都羡慕拆迁的：一平方米旧房换一平方米高楼大厦，多划算……群众的利益得到保障，自然各方皆大欢喜。也请媒体在关注拆迁时，千万别把拆迁妖魔化”。^①而集体土地征收则出现了法律严重缺失、权利人利益被普遍侵害的问题。由于权利人多为农民，维权意识、组织协调能力、对媒体的接近和利用等方面都弱于城市居民，政府和社会各界没有充分认识到问题的严重性，因而未能从制度上有效控制土地征收权力、保障被征收人的合法权益。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》的出台，给土地征收立法提供了有益的借鉴和参考，也使得该项立法即将被列入议事日程。国务院法制办、住房和城乡建设部负责人就2011年1月21日国务院总理温家宝签署国务院令，公布《国有土地上房屋征收与补偿条例》一事，接受新华社记者采访时指出：从我们调查了解的情况看，现在矛盾突出的确实主要在集体土地征收方面，但国有土地上的房屋征收和集体土地征收是分别由条例和土地管理法调整的，通过行政法规对征收集体土地作出规定是超越立法权限的。我们将会同有关部门抓紧对土地管理法有关集体土地征收和补偿的规定作出修改，由国务院尽早向全国人大常委会提出议案。^②

① 潘曾：《我们这儿都想拆》，载《南方周末》2011年1月20日，E29版。

② 陈菲、杨维汉、隋笑飞：《解读〈国有土地上房屋征收与补偿条例〉：新拆迁条例立法界定公共利益》，载《现代快报》2011年1月23日，A15版。

2011年1月24日，温家宝总理前往国家信访局，在听取来自内蒙古自治区巴彦淖尔市乌拉特后旗巴音镇三去渠村的苏哲、湖北省十堰市郧县柳陂镇兰家岩村的王爱国反映的农村土地征用和房屋拆迁问题后，也同样表示：“国务院常务会议刚刚通过了《国有土地上房屋征收与补偿条例》，着力解决城镇国有土地上房屋被征收人合法权益的保障问题，在社会上反响很大。但是，还有大部分是征收农村集体土地和房屋。为此，我们正在抓紧研究修改有关法律法规。土地资源十分宝贵，土地是农民的命根子，政府必须严格依法审批占用耕地的项目，依法征用农村土地和宅基地，必须保障农民的知情权，尊重农民的意见，给予农民合理补偿，保障农民的权益。”^① 高层的明确表态，意味着土地征收立法的时机已经成熟，学界应该充分认识到土地征收立法研究的紧迫性。

二、研究观点和方法

土地征收是国家出于公共利益的需要，依法将土地收归国有并给予补偿的行政行为。土地征收关系到公共利益与个人利益的平衡：土地作为公民个人最为重要的生存基础与生产资料，其承载的权利理应受到宪政国家的充分尊重与保护，如果确因公共利益的需要，则应对被征收人进行充分、公平与合理的补偿。在我们看来，土地征收研究应确立以下基本研究观点：

第一，土地征收集中凸现国家权力与公民权利之间的张力。土地征收是国家为实现军事、政治与经济发展等国家利益，动用公权力，无需被征收人之同意，变更其土地所有权的行为。征收

^① 新华社：《温家宝总理到国家信访局就政府工作听取来访群众意见》，载《现代快报》2011年1月26日，封4版。

行为体现了国家单方意志和强制性，必然减损公民原有之福利，形成二者间的紧张关系。这就要求国家必须克制行使土地征收权，即只能在穷尽其他方式仍无法实现国家利益时，才可启动该项权力。对土地征收权，还应通过分权制衡与公众参与、监督的方式进行有效控制。

第二，土地征收以公共利益为必要条件。公共利益是政府行为正当性的标准，它“是包括私法在内任何法律的追求目标，因为法律作为一种由公权力产生的统治社会的‘公器’，必然以公共利益为归属”，^①土地征收唯一的正当原因也只能是公共利益。但是，公共利益有着一张普洛透斯的脸，我们只能在立法中采用列举的方式，既列举构成公共利益事项，又明确排除非公共利益事项；更为重要的是，应当构建一套民主、公平、正义的公众参与程序，在理性的程序中达至公共利益的认同。

第三，土地征收须以及时、公平、合理补偿为正当性要件。土地征收是国家为实现公共利益，而要求被征收人放弃土地所有权，作出特别牺牲的行政行为。土地权利人因征收行为，而丧失土地所带来的经济利益，同时也将在情感上遭受伤害。这样的特别牺牲是为增进公共福祉而非自愿形成，因此作为获利者代表的国家应对此进行及时、公平与合理的补偿，以最大可能地弥补被征收人的利益损失，实现公共利益与个人利益的衡平。

第四，土地征收须以多元化的救济模式为保障。完善与重构土地征收及补偿的救济机制，使其能够实现对各方权利人的权利救济，是整个土地征收机制得以顺利运作的根本保障。可以根据

^① 张千帆：《“公共利益”的构成——对行政法的目标以及“平衡”的意义之探讨》，载《比较法研究》2005年第5期。

土地征收不同纠纷类型，建立、健全和完善人民调解、行政复议、行政调解、土地裁判、司法诉讼等各种救济模式，疏通各种救济渠道，确保权利人能够得到及时、方便、公正、经济的多元化救济，使受损害权利最大可能回复到原有状态。

本课题将采用的研究方法：

一是马克思辩证唯物主义方法。本课题着重解决中国特色社会主义建设中，城市化建设所遇到的难题与困境。本课题将以邓小平理论、“三个代表”重要思想与科学发展观作为指导思想，坚持以人为本、和谐社会的研究思路，探索城市化进程中土地征收与土地利用的法治模式。

二是历史考察法。土地征收与人类城市发展历史相伴而行，是一个历史范畴。梳理人类历史上城市建立与发展的资料，寻求土地征收在其中的地位、意义与利弊，从而把握土地征收的历史脉络，发现土地征收的本质性特征、发展趋势和规律。

三是比较研究法。以英国、美国、加拿大与法国、日本及中国台湾地区为典型代表，比较研究英美法系和大陆法系的土地征收制度，特别是比较研究上述国家和地区构建土地征收制度的国情和法理基础，为构建我国土地征收制度提供有益的借鉴。

四是实证研究法。以宏观统计数据以及多个典型个案为研究基础，着重考察我国土地征收的现状，进而进行类型化研究，归纳总结土地征收中存在的矛盾和问题，以发现真问题，为提出切实可行的建议准备资料、奠定基础。

三、理论目标和结构

第一章对土地征收进行概念界定和特征揭示，分析征地补偿

权与土地权利的关系,探讨规制土地征收权的法律架构。土地征收是保证国家公共设施和公益事业建设所需土地的一项重要措施和制度。征地权是具有一定强制性的行政权力。另一方面,征地权还是一种程序性权力、公益性权力、自我克制性的国家权力。作出征地许可决定、强制征地决定都必须接受必要性原则、衡量性原则和充分补偿的限制,并受土地权利人的知情权、参与权、异议权、补偿请求权和申诉权等权利制约。

征收补偿请求权属于补偿请求权的范畴。征收请求权是一项宪法性权利,许多国家的宪法和国际公约都确认了这一权利。根据公共负担平等原则,被征收人为了公共利益遭受了特别牺牲,因而应该给予被征收人以公正的补偿。和征地补偿义务人相对应,征地补偿中的实质上的权利人应该主要是失地农民本人,而不是农村集体经济组织。一切与土地征收相关的损失都应该属于补偿的范围,用地单位取得农地非农建设发展权应该支付给土地权利人相应的补偿金。征地关系不是单纯的行政管理关系,征地权必须在利害关系人的知情权、听证权、公共利益异议权、谈判权和司法救济权的制约下行使。在征收补偿关系上,征收权人与被征收人更是地位平等的民事主体,他们之间的关系不是服从与被服从、管理与被管理的行政隶属关系。征地补偿权利人有选择补偿方式的权利。发达国家的征地权都置于严格的法律和征地程序的控制下,并在议会、法院、新闻媒体、民间组织的严密监督下行使。因此,我国要借鉴西方国家的征地补偿制度的经验,通过对土地利用的总体规划 and 土地用途的管制、征地目的和范围、征地补偿和安置、征地程序等问题的规定,来控制国家征地权,合理配置土地资源,引导、规范和控制工业化和城市化的进程。

第二章回顾我国以及其他主要国家的城市产生和发展过程中土地取得与利用的历程，并重点对近代以来各国在城市化进程中对土地取得与利用的方式及特点进行了专门的比较研究。土地征收是近代宪政国家与法治社会的产物，是国家基于公共利益的需要，将非国有土地征收为国有，并对权利人进行正当补偿的制度。土地征收是国家利益、社会利益和公民利益平衡的制度产物，对公民权利的尊重和保护是其制度内核。土地征收是城市化取得土地的重要手段，但其与土地资源节约的利用以及公民权利的保护之间存在着紧张关系。因此，国家应克制行使土地征收权力，只在用尽诸如土地买卖、土地租赁等其他手段仍无法满足城市化发展所需土地的情况下，才能谨慎地运用。

我国的土地资源具有分布极不均衡且人均土地资源极其稀缺的自然特点，同时我国又具有土地由全民所有和集体所有的公有制特点。因此我国在城市化进程中，除借鉴他国的先进经验之外，必须认真考虑我国特有的实际情况，国家应走出盲目追求城市规模、单纯信赖土地征收取得土地、以经营城市推动经济发展的误区；国家应以集约用地为根本目的性原则，以加强土地规划与监管为根本性保障，以提高城市内涵为城市化方向，以追求公平与效率为目标性追求，克制地行使土地征收权力，推动城市化的可持续发展。

第三章运用比较研究的方法，考察美国、英国、法国、日本、韩国、德国、加拿大以及我国台湾地区等国家和地区的土地征收及补偿制度。他们的土地征收及补偿制度经过长期的发展而较为成熟，又因具体情况不同而各具特色。它们多把公共利益的存在作为启动国家征地权的唯一正当理由，把土地权利人因征地遭受

的特别牺牲作为土地补偿的依据，并在土地征收补偿中确立了正当补偿原则、补偿救济原则，同时在补偿范围、标准和方式的制度安排上都充分考虑了土地权利人的合法权益的维护与实现；这些国家和地区在土地征收及补偿的程序设计上，十分注重政府与权利人的平等协商，为权利人提供提起行政和司法救济的便利渠道，权利救济原则贯穿征收过程始终。此外，还比较分析了各项制度的利弊和适用条件，为我国土地征收制度的完善和改革提供有益的参考和借鉴。

第四章分析我国土地征收补偿制度及其实施中存在的问题。我国的土地征收制度在法律层面和实践操作层面都存在着诸多问题，在法律上表现为对征地权缺乏必要的规制，对公共利益的内涵没有明确的界定，同时也没有对失地农民的财产权给予必要的保护，征地程序中行政权力主导色彩浓厚，在补偿环节表现为补偿标准过低，并且补偿方式单一，补偿发放也不合理；法律规定的缺失导致了在实践操作中违法违规征地现象大量存在，征地过程缺少必要的透明度，缺少农民的参与，进而导致农民在土地流转的收益分配上处于弱势地位。由于没有完善的程序规范，土地征收补偿的发放比较混乱而不到位，再加上失地农民的社会保障制度非常薄弱，使得农民在失去土地后生存和发展权受到了很大的威胁，农民的市民化进程非常缓慢并存在一系列的障碍。在制度和现实的双重压力下，失地农民只能寄希望于土地征收补偿的救济制度，以实现自我的权利。但是在中国的现实情境中，土地征收补偿纠纷的解决在很大程度上仍然按照行政权的逻辑和模式运行，失地农民的权利救济主要靠行政权的自我纠正来实现，这与我国法治目标出现了背道而驰的局面，在制度现实与法治目标

之间出现了逻辑的错位和张力，这种错位和张力的存在使得法院在理论上被赋予了校正这种错位的功能，然而在中国的宪政安排和权力结构格局之中，法院只能对土地征收补偿纠纷采取消极和退让的应对策略。但是，法院的消极态度使得法院在赢得与失却司法权威上陷入了困境。要想消除这种困境，必须转变我国法治建设的政府主导模式，保持司法的相对独立地位，使得法院能够确立司法的独立场域并按照司法的应有逻辑运作。

第五章在现有的宪法和法律框架下，根据我国土地资源现状以及土地物权制度和土地规划管理制度的特点，针对土地征收实践中存在的问题，并结合我国法律制度与司法体制改革的发展趋势，提出制度完善与创新的若干对策建议：首先在土地征收权力的合理配置，将土地征收权力划分为由土地征收规划权、决定权、执行权和监督权四种权力形态，分别由立法机关、行政机关、检察院和法院行使；在中央与地方的土地征收权力配置上，中央应享有直接关系到国家利益之土地的征收权力，省级地方享有除此以外直接关系到地方利益之土地的征收权力，对于涉及中央与地方共享利益之土地，尽可能由地方行使征收权。其次，准确定位国家在土地征收过程中的角色，建立具有可操作性的公共利益认定标准，完善土地储备与出让制度，并且通过改变政绩考核方式与完善责任追究制度实现制度配套。再次，优化土地征收补偿制度，扩大补偿范围，提高补偿标准、实现补偿方式的多样化改革。又次，完善土地征收与补偿程序，在程序的安排上分为征收的申请与核准、征收的实施与完成以及征收的权利救济三个阶段，力图通过土地权利人的程序性权利来制约征地权的滥用。最后，完善与重构土地征收及补偿的救济机制，充分保障土地权利人的合法

权益，设置以行政机关救济与司法机关救济为核心的权利救济体系。行政机关的救济方式以行政复议为主，辅以行政调解和信访，司法机关的救济方式则包括行政诉讼与民事诉讼。此外，在借鉴英国土地裁判所的经验的基础上，提出了以土地裁判作为土地征收纠纷行政诉讼的前置程序的制度构想。

《土地征收法》建议稿是集体土地征收法律问题研究的制度化成果，是在我国现行宪法与法律的制度框架下，结合我国实际国情提出的调整土地征收法律行为的法律对策建议，具有专门性、针对性与可行性。该建议稿分为总则、土地征收法律关系、土地征收权、土地征收补偿、土地征收及补偿程序、权利救济、法律责任和附则等八章。相信其可为我国制定专门的《土地征收法》提供有益的参考和指导。