

QIANSHANFALUN

黔山法论

主编 程昌尧



贵州教育出版社

黔山法论

主 编 穆昌亮

贵州教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

黔山法论/穆昌亮主编. —贵阳: 贵州教育出版社,
2007. 6

ISBN 978—7—80650—850—3

I. 黔… II. 穆… III. 法学—文集 IV. D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 089616 号

黔山法论

穆昌亮 主编

出版发行 贵州教育出版社

地 址 贵阳市黄山冲路 18 号

(电话 8654672 邮编 550003)

印 刷 贵阳经纬印刷厂

开 本 850mm×1168mm 1/32

印 张 15 印张 350 千字

版次印次 2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978—7—80650—850—3/D·35 定价:48.00 元

如发现印、装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

厂址:贵阳市新添大道测绘院 电话:6300007 邮编:550018

主 编 简 介

傅国芳 1970 年 10 月 6 日生 贵州人 2001 年 10 月 1 日起任

序 言

21 世纪的到来对贵州法学教育来说有太多的惊喜。2003 年 8 月,贵州大学法学院在已有民商法、宪法行政法、国际法硕士点的基础上,成功获得法律专业硕士(JM)学位授予权,为贵州法学教育和法律人才的培养翻开了新的历史画卷。2004 年,与贵州工业大学法学系合并后的新贵州大学法学院又成功获得了法学一级学科硕士学位授予权,授权点涵盖了整个法学一级学科下的全部十个二级学科硕士学位授权点,法律硕士(JM)也开始面向全国招生。来自不同省份、不同专业背景、不同职业、不同年龄层次的贵州大学首届在取法律硕士班的 87 名学员也于 2005 年 4 月汇聚到了风景秀丽的花溪河畔,为数万名贵大学子中增加了一道亮丽的风景。面对百年学府深厚的文化底蕴,面对国家依法治国进程的推进、全面建设小康社会和构建和谐社会的时代潮流,我们在感慨欣逢盛世的欣喜之余,也深感身为当代法律人的责无旁贷的历史责任。全民法律意识、法律素质的提高,是实现依法治国理想的关键的、决定性的因素,而关于法学理论的有益探索、司法实务的深入研究和前沿问题的适时追踪,对于推动法律进步的进程必将产

生积极的影响。我们奉献给广大读者的这本“黔山法论”文集，除了后面几篇为青年教师论文外，其余均是从贵州大学首届在职法律硕士班学员在读期间的习作中精选出来的一部分，尽管有些习作从法学研究的角度尚显稚嫩，对某些问题的探讨亦显不够全面和深入，但作为在职攻读硕士学位的一种见证，无疑会在我们的记忆中留下深刻的烙印。我们期望能够通过出版文集的形式，在依法治国这一需要全民族的智慧和努力的庞大社会工程中，贡献一点自己的微力，能够对推动学校研究生学术研究的氛围开一个好头，并以此作为庆祝母校贵州大学建校 105 周年的一份贺礼。

是为序。

穆昌亮

2006 年 11 月于花溪河畔

目 录

第一编 理论探讨

论我国土地征用制度之改革	穆昌亮(3)
推进我国政府法治化的思考	夏 冰(17)
我国推进依法行政面临的挑战初探	刘采利(25)
西部大开发走向行政法治的思考	冉 霞(32)
地方立法中不抵触原则的探讨	唐 亮(40)
农民工问题与和谐社会探析	冉友敏(48)
罪犯再社会化思考	向丛理(55)
法社会学视野中的法官造法	刘学文(63)
浅析法官职业道德素养	刘 靖(79)
从法社会学的角度浅析审判的法律效果与社会效果	田 滔(85)
浅谈宪政与人权保障	李 涵(91)
西方三权分立之我见	何 黎(100)
试论我国公务员权利救济之途径	姜宏柳(107)

第二编 实务研究

- 论我国证券法制监管.....肖忠万(121)
- 论浮动担保制度.....吴柯(131)
- 试论商业贿赂犯罪及其法律治理.....刘锋(141)
- 浅议受贿罪中的非物质性利益.....金桥(150)
- 浅谈行政诉讼调解.....李祥(158)
- 论正当防卫中不法侵害的司法认定.....陈俊(164)
- 消防责任事故犯罪构成之管见.....王语(173)
- 试述期待可能性理论.....陈东(179)
- 未成年人犯罪问题探析.....朱惠(186)
- 浅析青少年违法犯罪的现状、成因及预防措施.....李敏(192)
- 刑法中财物的性质——试论贿赂的范畴.....潘雪峰(203)
- 黔南州青少年违法犯罪特点、成因与防治对策
.....刘红颖 张勇(211)
- 论我国自然人人格权民法保护的完善.....王锦(221)
- 浅论合同解除.....宋景伟(229)
- 试述合同的解释.....徐园(238)
- 一人有限责任公司设立的应然性.....王胤(244)
- 浅议一人有限责任公司.....杨帆(249)
- 公司职工持股制度研究.....郑红(256)
- 论家庭暴力.....郭开宇(266)
- 浅析离婚经济补偿制度.....吴丹丹(277)
- 商婚案件中家庭暴力问题举证责任分配之探讨.....李丽(281)
- 论家庭暴力.....景贤江(289)
- 离婚精神损害赔偿制度探析.....谷仕余(298)

对适用《婚姻法》中几个问题的认识·····	刘晓波(306)
夫妻公司的法律责任探讨·····	刘 利(311)
非法占地和非法批地行为的法社会学分析·····	吴 玺(317)
中国律师制度与美国律师制度之比较·····	文 武(326)

第三编 前沿追踪

从立法的角度试论和谐社会的构建·····	徐忠显(339)
中国民法法典化论·····	李 力(347)
论计划生育与公民人权·····	沈雪蓓(354)
民族法与构建和谐社会的关系·····	申 剑(362)
海底文物的保护问题初探·····	李 颖(370)
审判委员会制度的弊端及改革和完善的建议·····	陈慧英(378)
同命不同价:谁在影响赔偿金额——	

关于道路交通事故死亡赔偿问题的法社会学思考

·····	黄 虎(384)
试论当前中国法官的地位和作用·····	巩华山(393)
论监狱的罪犯本位及人文化管理·····	田 松(400)

第四编 教师论坛

论 WTO 环境下中国反倾销司法审查制度的构建与完善

·····	肖 松(411)
浅论民事诉讼中的当事人陈述·····	祝 颖(423)
我国上市公司独立董事制度立法完善初探	
·····	李卫国 向长胜(436)
唐太宗法律思想浅探·····	陈 松(444)
浅析行政相对人程序性权利 ·····	刘月凤(453)

第一编 理论探讨

论我国土地征用制度之改革

穆昌亮

内容提要:在我国今后相当长一段时期的政治法律生活中,土地征用制度都是一个牵涉到众多利益群体的公共政策问题,在制度层面对我国现行土地征用制度的结构性缺陷进行分析和归纳,由此探求新的土地征用制度的架构,探索出中国特色的土地征用制度改革之路,是摆在我们面前的一大难题。本文介绍了土地征用制度的一般理论,并分析了我国现行土地征用制度的根本缺陷,在此基础上,对我国土地征用制度的改革提出了建设性的意见。

关键词:土地征用 土地征用制度 改革

一、引言

在五千年的文明史上,中华民族历来是一个农耕民族,而对于一个农耕民族而言,土地的资源意义自然是不言而喻的。当前,我国正处在改革开放的深化进程中,“三农”问题是其中一个特别突出的问题,可以毫不夸张地说,该问题的恰当解决与否,直接关系到国家的长治久安,关系到社会主义事业的兴衰成败。“三农”问题的核心又是一个土地问题:土地作为农民最基本的生产资料和经营基础,只有切实保障农民的土地财产权利,由此构建一个农民

的权益保障体系,才可能有更绚烂的改革图景的展开。近年来,随着我国工业化、城市化进程不断加快,大量的农民集体用地经由征用转为国家建设用地,这本是迈向现代化的必由之路,但是我们注意到,由于我国现行的土地征用制度基本形成于计划经济时代,那么当其赖以生存的制度环境不复存在之后,不可避免的滞后性便日益彰显,社会上一种强烈的对抗局面也由此形成。在我国今后相当长一段时期的政治法律生活中,土地征用制度都是一个牵涉到众多利益群体的公共政策问题。因此,在制度层面对我国现行土地征用体制的结构性缺陷进行分析和归纳,由此探求新的土地征用制度架构,探索出中国特色的土地征用制度改革之路,是摆在我们面前的一大难题。

二、土地征用制度的一般理论分析

对于现代国家而言,征用可以说是一种以非市场方式取得非公有财产的强制性途径,这一途径是市场机制的一个例外,通常只有出于重大的公共利益目的才能选择该途径,属于一种典型的行政行为。然而,与此相关的一个悖论却是:一个国家的市场经济越是发达,那么它的行政征用便越能被纳入规范化的轨道,也越能带来更大的经济效益。认真研析其中原因,其实并不难以理解:市场经济是法治经济,行政行为今后也将呈现出法治化的发展趋势,行政行为只是一种手段,通过行政行为的进行,创造出更为先进的生产力,带来更大的经济效益,才是一个理性政府想要达到的最终目的。在一般的市场机制模式下,市场交易的双方地位是完全平等的,任何一方都有选择是否进行交易的自由,但在行政征用中,政府作为一方主体的出现,公权的强制力使得相对方无法拥有选择“交易”与否的自由,在这个意义上,我们说征用是市场机制的一个例外。但是,在进入“交易”过程中之后,征用仍然是要遵守市场机制的规律的,而且只有遵守这种规律,征用才能作为一种公共政策或者说是制度安排而存在下来,并因符合普遍的价值判断而具有

长久的生命力。我们对中国现行土地征用制度的改革探索以及一切问题的展开,都是建立在这个悖论的基点上而进行的。

如前所述,那么所谓土地征用,“其实就是指国家基于公共利益目的而强制取得原土地权利人的土地权利并给予合理的经济补偿的一种行政行为”。^[1]近代宪政产生以来,纵观世界各国各地区的土地法律制度,土地征用制度都是其中最为重要的组成部分之一。世界历史上第一部《土地征用法》是在拿破仑时期公布的,此后的近两百年间,各国政府纷纷对其进行移植,土地征用制度也随着社会生产力的发展及立法技术的提高而不断得到完善。完善而合理的土地征用制度,不仅能够保证国家的建设用地需要,同时也能在复杂的利益网络中,寻找出各方利益的平衡点,奠定解决“三农”问题的基础,以维护国家的长治久安。既然土地征用制度是作为一种法律制度而存在的,那么它也自然有其独特的法律内涵:首先,在法律关系上,主体和客体都具有特定性。土地征用是作为一种国家行为而获得它在法律上的存在理由的,它是法律赋予政府的特有权力,除了国家可以依法对目标土地实行征用外,任何单位和个人都无权征用土地,而相对方则是待征土地的所有者。因此,土地征用的主体是特定的。至于客体,对于私有制国家而言,土地为个人或某一群体所有,国家要运用社会公共权力来垄断公共强制力资源,必须依法定程序进行征用,从而继受取得土地的所有权;而对于公有制国家来说,一般存在两种土地所有制形式,即全民所有制和集体所有制,前者即国家所有土地的所有权由中央政府代表国家行使,国家使用国有土地当然不存在征用的问题,而为公共利益需要使用集体土地时,则要依法行使土地征用权。可见,土地征用的客体是所有权界定明确的待征的个人土地或者集体土地,它也是特定的。其次,在行为能力上,具有强制性。国家机器的正常运转,离不开公益事业的良好发展,而在任何历史时期,或对于任何国家而言,这种良好的发展态势都是离不开土地资源的。

各项公益事业的发展所需要的土地,一方面来源于对国有土地的分配调整,另一方面为了保证全社会的长远利益,还必须建立一种使集体土地或个人土地转为国有土地的特殊取得制度,并使其法定化。国家对土地征用权的行使是具有强制性的,征用相对方不得以其拥有所有权而对抗和阻挠国家实施征用权。第三,在经济利益上,具有一定的有偿性。对于农民来说,土地兼有生产资料和生活资料的双重性质,是农民赖以生存的物质基础。虽然土地征用带有极大的强制性,但它毕竟给原土地权利人造成了事实上的经济损失,为了遵循公平原则,法律规定土地征用后必须给予原权利人一定的经济补偿,以保护其合法权益。但是,我们也应该看到,这种经济补偿和土地所有权买卖转移是完全不同的,补偿费远低于土地的市场价格,因此它并不是一种等价有偿的民事法律行为。同时,它同民法上基于侵权行为的赔偿也有性质上的根本不同,并不是由于违法行为所引起而是基于合法的原因所致,是不平等主体间的行政行为。

虽然土地征用是作为一种土地行政法律制度而存在的,但是法律毕竟只是一种价值判断,土地征用的合理化和制度化,还依赖于一定的经济学理论。土地作为一种资源,是具有稀缺性的,正因如此,才产生了现代意义上的土地产权制度。一种资源只要具有了稀缺性,便决定了这种资源产权具有排他性和转让性两大特点。首先,只有当土地资源稀缺,存在两个或两个以上的使用者争相拥有和使用,因此在他们之间需要进行产权界定时,土地的产权才会存在。而通过排他性,个人能独自拥有土地财产权,也可以同其他某些人群共同享有土地财产的权利,而排斥在这之外的所有其他人对土地财产的权利。在此意义上,产权概念不仅包含了人与物的简单关系,也包括一部分人与另一部分人在其对土地资源客体的使用和排他使用权利上的关系,在这里,权利是一个人对另一个人的要求。土地产权的排他性可以防止使用者短期化利用行为,

提高土地资源的利用效率。其次,对于稀缺的经济资源分配于相抗衡的各个目标之间这个问题,如果我们把资源在一定用途下所获得的经济收益称为该种资源在该种用途下的经济地租,把经济资源不在最佳用途情况下所放弃的经济地租称为该种经济资源使用的机会成本,那么在机会成本存在的情况下,土地资源的产权只有明确界定且能够在市场上自由流转,决策者才能通过竞价和应价获得相关信息,并有强烈的动机使资源达到最有价值的用途。只有通过政府手段支持资源产权的流动,并支付资源的机会成本,那么资源低价值用途的使用才不会以更高价值用途的损失为代价,由于这种模式使得价格比率等于相应的替代率和转换率,它也成了经济高效率的一个重要根源。

土地资源产权的排他性和转让性,只是说明了土地征用的可能性,要使土地征用具有必要性,还必须引入公共利益理论,这也是土地征用制度的基础。公共利益是指一个社会普遍的利益,虽然它是一个动态的概念,具有高度的抽象性,但在一定的社会历史条件下,它却是可以把握的。我们如果客观地以一个变迁中社会的政治、经济、社会及文化等因素及事实来作为考量公共利益价值的内容,并由此作出判断决策,那么由于人类知识与思维的历史性及时空性,这种判断决策的正确性将是永恒的。公共利益关注的是整个社会的稳定和发展,关注的是一个社会全体成员的共同利益,反映了公众对社会文明状态的一种愿望和需要,那么只要该社会在经济行为上是理性的,在任何社会制度及任何意识形态下,它都必将是一种主流的思潮。如果说资源是利益实现的条件,稀缺性是资源的社会特征,那么在某些时候,公共利益和个人利益必然难以同时实现,发生冲突将是不可避免的。这时,个人利益让位于公共利益不仅仅是一种道德判断,更为重要的是这种“让位”具有经济学上的理性。在经济学上,公共利益又被称为公共物品(Public goods),它是指任何个人无法排他地占有和消费的物品。

对于这种公共物品来说,因他人也同时受益,消费者常常不愿付费,同时,由于难以独占,不可能收回生产成本,市场生产者也没有提供的意愿。因此,市场是不可能实现公共物品的有效供给的,国家或代表国家的政府才是最有效率的供给者。个人利益和公共利益在实现方式上有着根本区别:在自由而平等的市场体制下,个人利益的被满足并不意味着公共利益的被满足,公共利益是不可能由自由而平等的市场主体的行为自身满足的,应当由一个超越市场主体的“裁决者”来识别和确定公共利益。^[2]那么这就意味着,政府土地征用权的行使应被用来促进社会公共利益而不是私人利益,社会公共利益是土地征用的依据和界限。因此可以说,土地征用制度是为了满足公共利益要求的一种制度安排,并且到了 21 世纪的今天,随着公共利益理论的深入及公共利益范畴在社会经济生活各个领域的扩展,它同时也是政府进行宏观经济调控的有效手段。

三、我国现行土地征用制度的结构性缺陷

(一)政府寻租行为与一个关于公共利益的问题

如前所述,其实我们已可以得出这样一个结论:土地征用目的的公共利益性,是评判一项具体土地征用权是否合法的唯一标准。这是世界各国土地征用制度所普遍承认的逻辑内涵,从法国大革命中的《人权宣言》到美国联邦宪法的第五条修正案,都可以挖掘出其制度资源。对于我国来说,现行法律也有这样的依据:《宪法》第 10 条规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征用”,《土地管理法》第 2 条规定:“国家为了公共利益的需要,可以依法对集体所有的土地进行征用”,类似的规定还可以从《城市房地产管理法》中找到。应该说,这些涉及公共利益的法律规定是符合当今土地立法的趋势的,但是毕竟应该看到,我国现行土地征用制度始于计划经济时代,在社会主义市场经济条件下无疑存在着许多与时代节拍不和谐的因素,对“公共利益”界定的不