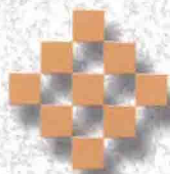




高校学术文库

土地征收中的 公共利益问题研究



◎ 蔡乐渭 著



首都师范大学出版社

CAPITAL NORMAL UNIVERSITY PRESS

高校学术文库

土地征收中的公共利益问题研究

蔡乐渭 著



首都师范大学出版社

CAPITAL NORMAL UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

土地征收中的公共利益问题研究 / 蔡乐渭著. —北京: 首都师范大学出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5656-0635-9

I. ①土… II. ①蔡… III. ①土地征用—研究—中国
IV. ①F321.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 269558 号

TUDI ZHENGSHOU ZHONG DE GONGGONG LIYI WENTI YANJIU

土地征收中的公共利益问题研究

蔡乐渭 著

责任编辑 张慧芳

首都师范大学出版社出版发行

地 址 北京西三环北路 105 号

邮 编 100048

电 话 68418523(总编室) 68982468(发行部)

网 址 www.cnupn.com.cn

北京集惠印刷有限责任公司

全国新华书店发行

版 次 2011 年 12 月第 1 版

印 次 2012 年 1 月第 1 次印刷

开 本 890mm×1240mm 1/32

印 张 10.25

字 数 259 千

定 价 22.00 元

版权所有 违者必究

如有质量问题 请与出版社联系退换

目 录

导 论 当土地征收中的公共利益成为问题	(1)
第一章 利益关系论域中的公共利益：公共利益问题在土地 征收中的展开	(12)
一、利益关系	(12)
(一)利益关系概念	(12)
(二)利益关系种类	(15)
(三)利益矛盾与利益冲突	(19)
二、土地征收	(22)
(一)征收	(22)
(二)土地征收	(27)
三、土地征收中的利益关系	(33)
(一)理论上的利益相关方：公共利益与个别利益	(33)
(二)实践中的利益相关方	(34)
(三)土地征收中的利益关系	(37)
四、公共利益问题的展开	(41)
(一)现行法律关于公共利益的规定	(42)
(二)公共利益问题的出现：理论的困惑与法律规定的 不完善	(42)

(三)公共利益问题的进一步显现：行政实践中存在的 问题	(44)
(四)公共利益问题的提出	(48)
第二章 何谓公共利益：为了什么样的利益可征收土地	(50)
一、利 益	(50)
(一)“利益”的源流	(50)
(二)利益的内涵与特征	(52)
(三)利益的种类	(57)
(四)法律意义上的利益	(59)
二、公共利益	(65)
(一)“公共”的含义	(65)
(二)公共利益的内涵	(71)
(三)公共利益的特征	(76)
三、公共利益与其它利益之关系：公共利益概念的进一步界定	(83)
(一)公共利益与个人利益	(83)
(二)公共利益与共同体利益	(90)
(三)公共利益与集体利益	(95)
(四)公共利益与国家利益	(99)
(五)公共利益与社会利益	(103)
(六)公共利益与政府利益	(107)
(七)公共利益与个别利益	(110)
第三章 公共利益的优先性：土地征收的理由	(112)
一、公共利益与个别利益关系：以国家与个人关系为例 ...	(112)
(一)为什么是国家与个人	(112)
(二)国家与个人关系：自由主义的观点	(114)

(三)国家与个人关系：国家主义的观点	(118)
(四)简短的评论	(121)
二、公共利益的优先性：事实、理由与限制	(125)
(一)利益冲突的存在与公共利益优先的事实	(125)
(二)公共利益优先的理由	(130)
(三)公共利益优先的限制	(134)
三、土地征收的可能性：所有权之发展及其限制	(139)
(一)所有权概念与特性	(140)
(二)所有权理念的发展	(142)
(三)所有权的法律限制	(145)
四、中国的集体土地所有权之发展及特性	(148)
(一)集体土地所有权的形成	(148)
(二)集体土地所有权的发展	(153)
(三)集体土地所有权的现状	(155)
(四)集体土地所有权的特性	(156)
五、土地征收：公共利益对集体土地所有权的限制	(159)
(一)土地的社会意义	(159)
(二)集体土地所有权的局限性	(161)
(三)征收：公共利益对集体土地所有权之限制及对其局限性 之克服	(162)
 第四章 公共利益的范围：为了哪些利益可征收土地	(164)
一、界定公共利益范围之必要性	(164)
二、公共利益范围的界定主体	(167)
(一)立法机关作为公共利益范围的界定主体	(168)
(二)行政机关作为公共利益范围的界定主体	(173)
(三)司法机关作为公共利益范围的界定主体	(177)
(四)公众作为公共利益范围的界定主体	(181)

三、公共利益范围在土地征收制度中的发展	(182)
(一)中华人民共和国成立以来有关公共利益范围之规定··	(182)
(二)公共利益范围发展的轨迹	(188)
四、公共利益范围及其标准	(191)
(一)公共利益的一般判断标准	(191)
(二)土地征收中的公共利益范围	(199)
五、现实中的几个具体问题	(200)
(一)政府可否为私营企业的需要而征收土地	(200)
(二)政府可否为国有企业的需要而征收土地	(203)
(三)政府可否为了增加财政收入而征收土地	(203)
(四)政府可否根据城市规划征收土地后用于商业性 开发	(206)

第五章 公共利益与个别利益的平衡：土地征收中的补偿问题

.....	(209)
一、行政补偿概论	(210)
(一)行政补偿的概念与特征	(210)
(二)行政补偿的理论基础	(213)
(三)行政补偿的方式	(216)
(四)行政补偿的范围	(218)
二、行政补偿与公共利益	(219)
(一)行政补偿与公共利益的关系	(219)
(二)土地征收补偿的意义	(222)
三、土地征收补偿的方式	(228)
四、土地征收补偿的范围	(229)
五、土地征收补偿的标准	(234)
(一)土地征收补偿原则	(234)
(二)土地征收补偿标准：市场价值的确定	(238)

(三)中国土地征收补偿标准	(242)
六、土地征收补偿的分配	(247)
(一)现行法律有关土地征收补偿分配的规定	(248)
(二)实践中有关土地征收补偿分配的突破	(249)
(三)集体土地所有权的性质与土地征收补偿的分配	(251)
(四)土地征收补偿的分配：进一步的考虑	(257)
 第六章 公共利益与程序：通过程序规范土地征收权力	(260)
一、程序与法律程序	(260)
二、程序与公共利益	(263)
三、土地征收的程序：现状与评论	(269)
(一)现行土地征收程序	(269)
(二)成就与问题	(273)
(三)土地征收程序重构的基本思路	(277)
四、土地征收与行政程序	(280)
(一)土地征收与行政听证制度	(281)
(二)土地征收与其它行政程序制度	(287)
五、土地征收与第三方程序	(294)
(一)土地征收与土地价值评估程序	(296)
(二)土地征收与诉讼程序	(299)
 参考文献	(304)

导 论 当土地征收中的公共利益成为问题

—

公共利益是一个难以解答的问题，自人类社会产生以来，它就与人们的生活不能须臾分离。《社会契约论》认为，在人类社会发展的过程中，人们由于不能依赖一己的力量而保证自己的生存，因此必须联合起来，通过共同协作形成集合的力量，以满足生存的需要。^① 也就是说，社会与国家本身就是因为公共利益的需要而产生的，所谓的公共利益问题由此成为人们保证自己的生存与发展时不可忽视的问题。

作为国家治理的一种手段，法律本身从严格意义上讲也是为公共利益而存在的，无论是公法还是私法皆是如此，只不过私法是通

^① 卢梭认为：“人类曾达到过这样一种境地，当时自然状态中不利于人类生存的各种障碍，在阻力上已超过了每个个人在那种状态中为了自存所能运用的力量。于是，那种原始状态便不能继续维持，并且人类如果不改变其生存方式，就会消灭。”“然而，人类既不能产生新的力量，而只能是结合并运用已有的力量；所以人类便没有别的办法可以自存，除非是集合起来形成一种力量的总和才能够克服这种阻力。由一个唯一的动力把它们发动起来，并使它们共同协作”。参见 [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1982 年版，第 22 页。

过对私人利益的关注间接地保障公共利益，而公法则直接地关注公共利益。各国法律对公共利益问题多有涉及，以宪法为例，在纳入统计的 142 个国家的宪法中，有 85 个国家的宪法直接涉及“公共福利”问题，占 59.9%；有 96 个国家的宪法直接涉及“公共利益”或“一般利益”问题，占 67.6%。^①

在我国，“公共利益”概念在不同层次的法律中均有体现。据统计，我国法律、法规、规章和规范性文件使用了这一概念的共达 1259 件（次），其中宪法 2 次，法律 72 件（次），国务院行政法规 87 件（次），规章、地方性法规及其它规范性文件 1098 件（次）。^②在宪法层面，现行《宪法》第 10 条第 3 款规定：“国家为了公共利益需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。第 13 条第 2 款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。在法律层面，《土地管理法》第 2 条第 4 款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依法对集体所有的土地实行征用”。《物权法》第 42 条第 1 款规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其它不动产”。此外如《行政许可法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等法律中也都有关于公共利益的规定。

① [荷] 亨利·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐：《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社 1987 年版，第 129 页。

② 刘曙光：《什么样的公共利益才是合法的？》，<http://www.yannan.cn/data/detail.php?id=6235>。浏览时间：2005 年 4 月 17 日。作者认为：“由于同一部法律使用‘公共利益’一般只出现一次，最多两次，因此，可以理解为我国现行法律除宪法外有 60 多部法律、80 余部行政法规使用了‘公共利益’概念”。该文刊登于 2005 年，由于此后又有多部法律涉及公共利益问题，因此，现行法律中有关公共利益的规定应当比作者统计时更多。

公共利益对人类社会的生存与发展具有如此重要的意义，法律对其进行规定自然是必要的。然而法律规定本身并不足以解决公共利益问题，在现实社会生活中，公共利益通常体现在它与个别利益形成的特定利益关系中，特别是利益冲突关系中。由公共利益的特性所决定，这种利益冲突关系的运行与发展往往要求个别利益必须为公共利益作出限制与牺牲。这样，问题开始出现：公共利益到底是什么？什么样的利益可以构成公共利益？公共利益为什么可对其它利益形成限制？如何弥补受到限制的个别利益以达到两者间的平衡？若上述疑问得到解答，则整个公共利益问题将迎刃而解。

但遗憾的是，公共利益之所以成为问题，恰恰在于上述疑问并未得到解答。并且，未得到解答，原因不在于人们的懈怠，而在于公共利益界定本身存在的困难。

在理论上，公共利益概念是如此的抽象，以至于有人这样认为：“在某种意义上，试图界定‘公共利益’有点儿类似于试图界定‘爱’。显然，爱在不同的情况下对于不同的人意味着不同的东西。它无论是在实质上还是在形式上都会随着时间的推移而发生变化。它也可以改变我们——可以改变我们的思维方式和行为方式。尽管我们常常可以看到它的影响，但是它却很难被直接地观察。它只可以同时既被视为一种存在状态又被视为一种正在进行的过程。它的质量和重要性既与追求它的过程有密切的关系，又与它必须永远被追求这种认识有密切的关系。结果，对它既不能进行量化，也不能进行有意义的测量”。^①正是公共利益的这种难以界定的特性，使得尽管有无数人曾试图界定它，但至今都没有形成共识，人们对公共利益问题至今众说纷纭，各执一词。

在实践中，法律对公共利益也没有作出明确的规定。除了极少

^① [美] 珍妮特·V·登哈特、罗伯特·B·登哈特：《新公共服务》，丁煌译，中国人民大学2004年版，第64页。

数涉及“公共利益”用语的法律曾尝试对公共利益的范围作出说明外,^① 大部分的法律并没有作出进一步的解释。这些法律对公共利益概念的使用主要包括以下几种情况:第一种是规定以“公共利益”作为立法目的或立法宗旨,如《行政许可法》第1条规定:“为了……维护公共利益和社会秩序,……根据宪法,制定本法”。第二种是规定权利的行使不得损害或违背公共利益,如《合同法》第6条规定:“当事人订立、履行合同,不得损害社会公共利益”;《物权法》第7条规定:“物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益”。第三种是规定为了公共利益可以限制公民权利,如我国《宪法》有关公共利益的规定,以及《土地管理法》第2条第4款、《物权法》第42条第1款的规定。第四种是规定特定主体的职责,如《法官法》第7条和《检察官法》第8条分别规定,法官与检察官的职责包括“维护公共利益”。^② 上述四种形式的规定在使用“公共利益”概念时都局限于这一概念本身,而没有对它进行进一步的界定。

公共利益在理论上的难以界定,以及法律对公共利益范围规定的不明确,都使得对该问题有进行进一步研究的必要。可问题还不止于此,由于法律上规定的不明确,现实生活中掌握公共利益话语

① 例如《测绘法》第31条规定:“测绘成果实行有偿使用,但有关国家机关因防灾、减灾、国防建设等公共利益的需要,可以无偿使用”;1986年《土地管理法》第21条规定:“国家进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业,需要征用集体所有的土地或者使用国有土地的,按照本章规定办理”。结合《合同法》第2条第3款“国家为公共利益的需要,可以依法对集体所有的土地实行征用”的规定,可以认为,该法将“经济、文化、国防建设以及举办社会公共事业”视为“公共利益”。但这些法律的规定一方面仅仅列举了一些视为公共利益的事项,并没有明确公共利益的具体标准,另一方面,这里所列举的事项本身也是不明确的,需要进一步的界定。

② 有关法律对“公共利益”概念的用法,可参见刘曙光:《什么样的公共利益才是合法的?》, <http://www.yannan.cn/data/detail.php?id=6235>。登录时间:2005年4月17日。

权的一些主体（如行政机关）常常在公共利益的名义下，为了非公共利益的事由而任意侵犯公民权利，如为了地方财政利益的需要而大规模地征收集体土地，以通过出让获取收益；为了政绩而大规模地实施城市拆迁改建，等等。这种现象是如此的普遍，目前已经成了权力滥用的主要表现形式之一，乃至成为影响社会稳定的主要因素之一。正是现实生活中以公共利益名义侵犯公民权利现象的普遍性和严重性，使得对公共利益问题进行研究不仅仅具有必要性，也具有迫切性。

二

公共利益对人们生活的影响体现于各个方面，但最能为人们所直接感受到的，在于它在与个别利益（特别是个人利益）形成的利益关系中对后者的限制。在中国推行市场化改革以来三十余年的社会经济发展历程中，公共利益对个别利益的限制尤其表现在农村土地征收与城市拆迁改造这两个领域。正如本书将论证的，公共利益因其优先性而对个别利益形成限制，乃是社会整体发展的必然选择，因此为了公共利益的需要而征收农村土地或城市房产，也应是顺理成章的现象。但也恰恰在这两大领域，各种利益矛盾和冲突不断积聚，不断发酵，成了影响社会稳定的重要因素，呈现出危险的态势。这种危险不仅仅是潜在的，一定程度上也是现实的，随时可能危及社会的和谐发展。而所有这一切，最主要原因都在于在公共利益的名义之下实施的土地征收与城市拆迁对公民的权利造成了极大的侵害，至少是作为土地征收与城市拆迁当事人的公民认为自己的权利在公共利益的名义下受到了严重的侵害。因此，研究公共利益问题不可能无视实践中土地征收与城市拆迁这两个领域。

我国土地在所有制上实行公有制，即土地的所有权归国家或集体，除此之外任何个人和组织都不拥有土地所有权。根据《土地管

理法》第43条的规定，除了法定的例外情况外，任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，都必须依法申请使用国有土地。^① 由于可用于建设的国有土地主要集中于城市，随着经济的发展与城市的扩张，城市国有土地的不敷使用是一种必然的趋势，要解决这个矛盾，就必须征收集体所有的土地，将其转变为国家所有，以满足建设的需要。^② 大规模的征收因此也成为“建设”发展过程中的必然现象与后果。

目前我国土地征收中存在的严重问题主要包括以下几个方面：

第一，法律规定本身自相矛盾。现行《宪法》、《土地管理法》以及《物权法》都规定，只有为了公共利益才可征收土地。^③ 依据这些规定，除公共利益需要之外的任何需要，都不得构成土地征收的理由。但与此同时，《土地管理法》第43条又规定，除例外情况外，所有建设都必须在国有土地上进行。实际上，要求所有的建设都为公共利益而进行是不可能的。比如，建设一家从事竞争性行业的私营企业，就不可能认定它是为了公共利益的需要而进行的。因此，实践中为了非公共利益而征收土地是一个久已存在的现实。这样，法律规定的自相矛盾之处也就显现出来：一方面，规定只有为了公共利益才可征收土地；另一方面，现有的规定又必然导致为非公共利益需要征地现象的发生。

第二，在上述自相矛盾的法律规定下，近些年来一些地方出现

① 参见《土地管理法》第43条第1款规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外”。

② 《土地管理法》第43条第2款也规定，进行建设时申请使用的国有土地，“包括国家所有的土地和国家征收的原属于农民集体所有的土地”。

③ 分别参见《宪法》第10条第3款、《土地管理法》第2条第4款，以及《物权法》第42条第1款的规定。

了政府大规模征收土地的现象，包括设立开发区、开发房地产、建设大学城，等等。一些地方政府甚至提出了要“经营城市”，实质上主要指的是经营城市及郊区的土地。^①这样做的后果是造成了土地资源的严重浪费。如在2004年实施的清理整顿中，全国就清理出各类开发区66741个，用地面积将近3.75万平方公里，超过了全国现有城镇建设用地3.15万平方公里的总面积。而这些被征收的土地中，大部分都没有得到有效利用。^②

另外一方面，在许多情况下，地方政府大规模征收土地，其主要目的并不在于公共利益，而在于营造“政绩”和增加地方的财政收入。1992年至2003年，全国土地出让金收入累计达1万多亿元，其中后三年累计达9100多亿元。这些收入并未纳入本级财政预算，而成为一些地方盲目扩大城市建设规模和搞政绩工程、形象工程的主要资金来源。^③2004年，全国土地出让金的价款高达5894.14亿元。^④而到了2010年，当年全国国有土地有偿出让收入更是高达29397亿元，比上年增长106.2%。^⑤不少城市为了土地收益，更是专门成立了诸如“土地储备中心”之类的机构，专司征收和出让土地。

第三，现行土地征收制度对农民的权益造成了重大的损害。目

① 如时任国家发改委经济体制综合司司长范恒山认为：“一些地方政府打着‘经营城市’的概念，其实搞的是‘拆房子倒地皮’的活动”。参见王磊：《“经营城市”的提法不科学》，《中国青年报》2004年6月7日。

② 参见2004年全国人大常委会关于检查土地管理法实施情况的报告。据该报告透露，当时已“撤销各类开发区4735个，占开发区总数的70.2%；核减开发区规划用地面积2.41万平方公里，占原有规划面积的64.4%”。足见其中大部分所谓的开发区都是没必要设立的。

③ 参见《全国人大常委会关于检查土地管理法实施情况的报告》，2004年6月28日。

④ 《国内183个城市欲建国际大都市 规划成圈钱工具》，载《瞭望》2007年1月30日。

⑤ 数据来源：2011年3月7日，财政部部长谢旭人在十一届全国人大四次会议“财政政策和有关问题”记者会上公布的数据。

前我国的土地征收补偿实质上并不是将土地视为农民的财产而进行的公正补偿,而是仅仅着眼于保证农民的生存,让农民有饭吃(详见下文的进一步论述)。特别是在经营城市的理念之下,既然是“经营”,那么就需要获取土地收益,这种收益实际上就来自于剥夺农民土地所有权的过程中。据统计,土地增值部分收益的分配,包括农民的补偿在内,只有20%~30%留在村一级;而各种各样的公司,主要是各种城市的建筑公司、土地储备公司、开发区外商投资公司等,拿走了土地增值收益的大概40%~50%,而城市政府则拿到20%~30%。^①但即便是如此之低的征收补偿,也并没有及时发放到农民手中。全国人大常委会2004年组织的调查组在调查报告中就指出:“当前,拖欠、截留、挪用征地补偿安置费的现象较多。截至今年(2004年)2月份,全国共查出拖欠农民征地补偿安置费达98.8亿元”。“湖北襄荆高速公路的征地补偿费,被有关部门层层克扣截留达45%”。在一些地方,农民土地被征收后,还长期没有办理征地手续,农业税也没有按规定核减。例如,小浪底水库1999年正式蓄水,淹没区的8.6万亩耕地一直未办土地征收手续,农民的耕地因此无法核减,至今还需计缴农业税。^②

第四,土地征收中存在的问题已经成为一个严重的社会问题。据统计,目前全国失地农民已超过4000万人,并且每年还以200多万人的速度在增加。这些在土地征收过程中失去土地的农民的权利并没有受到有效保障,而是遭受了严重损害。实际上,因土地征收引起的农民不满情绪已经严重影响了社会的稳定。据统计,当前的信访案件中,与土地征收有关的占据了很大的比例。其中农民上访

① 王平:《土地要素市场化与收益分享》,载《中国改革》2005年7月11日。

② 参见《全国人大常委会关于检查土地管理法实施情况的报告》,2004年6月28日。

中，涉及土地问题的约占 40%。^①而在山东省，土地问题在农村上访问题中比例曾高达 75%。^②而在浙江省，2003 年，农民土地权益纠纷已列全省群体性上访之首位。^③

第五，从法律规定层面看，我国土地征收的问题不仅仅在于前述征收目的方面的自相矛盾，还在于目前有关土地征收的具体规定也是不完善的。这种不完善体现于土地征收的整个过程中，包括征收的主体、征收的权限、征收的程序、征收的范围和征收的补偿，以及征收过程中的权利救济等各个方面。

三

公共利益是一个极为抽象的概念，对于这样一个概念，我们很难通过纯粹理论的探讨获取对它的进一步认识。为此，就有必要将它落到实处，尽可能地化抽象为具体，然后从具体的讨论中再获取抽象的认识。这不仅是选择土地征收中的公共利益问题进行研究的原因，也是在研究方法上的一个基本思路。

相对于公共利益而言，土地征收是一个具体的制度，但土地征收本身并不是微小的课题，它所牵涉的范围极为广泛。为此，本书在研究的过程中对土地征收制度本身仍作了一定的限制，以期研究的焦点更为集中，论证的思路也尽可能清晰。首先，既然是通过土地征收研究公共利益，则并不期望对土地征收展开全面的论述，相关的论述仅仅及于与公共利益密切相关的部分，如作为土地征收理

① 这是中央农村工作领导小组副组长、办公室主任陈锡文 2011 年 3 月 24 日在国务院新闻办举行的新闻吹风会上透露的数据。参见杨华云：《陈锡文：并非不种地的人都要进城》，《新京报》2011 年 3 月 25 日。

② 胡玮玮：《山东信访比例下滑 土地问题上访集中凸显》，载《中国经济时报》2005 年 8 月 23 日。

③ 《中国土地现状解密：土地财政与地方政府》，载《财经》2006 年第 4 期。