

# 公权和私权平衡视角下的农地征收：反思与拓新

徐凤真 章彦英

(山东财经大学法学院,山东 济南 250014)

**[摘要]** 我国农地征收制度存在诸多缺陷,严重损害了被征地农民的合法权益,应从我国的国情出发,立足于公权与私权的平衡,进行反思与拓新。一是采取分步走的方式,逐步缩小征地范围,直至严格限于公益目的;二是建立合理的征地补偿机制,寻求政府和被征地人之间的最佳利益平衡点,让农民共享土地增值收益;三是进一步完善集体土地所有权,健全其组织形式和行使程序,落实成员权利,量化资产份额,避免农民集体和农民个体的权利被虚置;四是构建由事前预防性救济、事中阻却性救济和事后解纷性救济组成的一套多元化救济机制,更加周延地保护被征地农民的权益。

**[关键词]** 农地征收;征收补偿;集体土地所有权;救济机制

**[中图分类号]** F321.1

**[文献标识码]** A

**[文章编号]** 2095-3410(2013)04-0031-08

现行农地征收制度存在的诸多缺陷无疑是我国农地征收实践目前之所以问题频出、纠纷不断的根源:公共利益的不明确、补偿制度的不合理、征收程序的失范导致征收权一再被滥用,被征地农民的私权利频频被剥夺;征收救济制度的不完善使受损的权益无法得到及时有效的救济;集体所有权的不健全既使集体组织无力对抗强大的公权力,又易产生内部分配不公的问题,等等。农地征收制度亟待创新和完善。对于究竟如何进行制度完善,现有文献已进行了诸多有益的探讨,李平、徐孝白(2004)认为征地制度改革的第一步就是将土地征用的权力有效地限制在具体的“公共利益”上,并通过法律形式确定下来;<sup>[1]</sup>彭诚信、刘海安(2009)则专门探讨了征收制度中公共利益认定的程序性设计,认为“最好选择权力机关作为认定公共利益的主体,并建立诸如听证制度等公众参与机制以保障公共利益认定的公正与客观”;<sup>[2]</sup>屈茂辉、周志芳(2009)主张我国今后应当确立按市场价值公平补偿的原则,构建合

理的征收补偿权力制约机制,明确征收补偿标准的计算公式,对集体土地所有权人和用益物权人分别进行补偿;<sup>[3]</sup>杜丽霞(2011)认为土地征收后如何保证失地农民生存权的实现是首要解决的问题,并提出政府应更加积极地帮助农民实现土地发展权,以从根本上解决失地农民的社会保障和长远生活保障问题;<sup>[4]</sup>黄学贤、陈铭聪(2011)建议以正当法律程序来建构我国公平合理的土地征收程序;<sup>[5]</sup>刘国乾(2012)则认为征收审批环节也应引入正当程序;<sup>[6]</sup>丁文(2008)主张选择议会主导型的救济模式,赋予被征收人可得提起民事诉讼的救济权;<sup>[7]</sup>陈小君(2012)则从宏观上建议集体土地征收的立法理念应由“扬公抑私”更新为“抑公扬私”,<sup>[8]</sup>等等。概括而言,文献所体现的基本改革思路是“缩小范围、增加补偿,完善程序、加强救济”。由于上述思路主要来自于对发达国家立法经验的借鉴,与我国国情的结合不是十分密切,因此其中有些建议目前来看付诸实践恐有一定的困难。本文认为,任何制度的

**[基金项目]** 本文是教育部人文社会科学研究规划基金项目“救济视角下的土地征收:问题检视与制度创新”(项目编号:12YJAZH202)和山东省高等学校人文社会科学研究项目“土地征收救济机制构建研究——以美国法为参照”(项目编号:J11WB05)的阶段性成果。

**[作者简介]** 徐凤真(1965—),女,山东莘县人,山东财经大学法学院教授。主要研究方向:物权法、农村土地制度。

安排都必须从现实出发,符合经济社会发展的状况。集体农地征收制度涉及面广,政策性强,其创新应以寻求公权和私权的平衡为基本出发点,在兼顾各方利益诉求与可操作性的前提下,循序渐进地加以推行。

### 一、采取分步走的方式,逐步缩小农地的征收范围

虽然我国《宪法》已明确规定,国家行使征地权的前提是“公共利益”,但现实中,征地目的早已不限于此,部门利益甚至私人商业利益都在搭乘公共利益的“便车”,土地征收早已成为满足各类建设用地的主要途径,远远超出其本应满足的公益目的范围。明确界定“公共利益”,缩小农地征收范围已成各界共识。本文认为,由于涉及土地制度的重大修改和相关配套措施的完善等问题,近期内完全实现按公益目的征地还存在较大困难。为了尽量减少体制变迁的障碍,降低改革成本,可考虑从我国目前的实际情况出发,将对农地征收范围的限制分两个阶段进行。

首先是过渡阶段。与西方发达国家已经完成城市化、工业化进程所不同的是,我国仍处于工业化、城市化的过程中。而世界经济的发展战略格局,决定了我国必须加快经济发展速度,目前和未来一段时期将是我国经济和社会发展极为重要的时期,保障经济建设必需用地则在其中起着至关重要的作用。“今后很长一个时期,我们的建设用地的开发利用仍将以成片开发、综合利用为主,不同于发达国家可以只为某一个项目进行单宗土地的征用和开发。”<sup>[9]</sup>在向市场经济体制转轨的过程中,越来越多私人资本得以参与到城市建设和各类重点项目建设中,不少建设项目既有公益性的一面,也有营利性的要求,公益性用地与经营性用地在很多情况下难以区分。<sup>[10]</sup>而且,目前我国是由国家垄断土地一级市场,除国家外,任何个人和组织都没有权利进行土地买卖,城市“非公共利益”用地无法像西方发达国家那样可通过市场交易的方式获得。若严格按照公共利益范围征地,大量的工商业发展、住宅建设用地等将都只能利用国有存量建设用地,而国有存量建设用地是有限的,这样必将阻碍工业化、城市化的进程。有鉴于此,现阶段除非允许集体土地入市流转,

为非公益用地建立起成熟的征地替代机制,否则无法严格按照公共利益目的征地。因此,可考虑在既保障经济建设用地,又维护被征地农民合法权益的前提下,区分城市规划区范围内外两种情况,采取不同的土地征收方案。具体而言,在城市规划区范围内,农用地转为建设用地,只要符合土地利用总体规划和城市(镇)总体规划,就一律适用土地征收,将集体土地转化为国有土地。在具体安排上,可在与土地利用计划和国土规划、城市规划等保持一致的基础上,根据城市社会经济发展规划制定系统的、有步骤的征地计划和安排,确定征地的范围,每年根据开发的需要,实际征收其中的一部分;<sup>[11]</sup>在城市规划区范围外,可将建设项目分为公益性非营利项目、公益性微营利项目和经营性项目三类。公益性非营利建设项目用地仍然采用土地征收的方式;公益性微营利建设项目用地可采用土地征用的方式,只征用设立于集体所有的农地之上的土地承包经营权等用益物权,由国家取得对被征用农地的使用权,也可以与农民集体或土地的用益物权人合作经营,如上海的高速公路就采用了“集体土地使用权参与建设”<sup>①</sup>的方式;经营性建设项目用地,在符合土地利用总体规划和土地利用计划的提前下,可探索集体建设用地进入市场的模式,使经营性项目等“非公益用地”退出征地范围后可以通过集体土地流通市场来取得等。具体实施步骤可先选择部分城镇进行试点,并重点围绕集体建设用地流转的地域范围、客体范围、流转主体、条件、形式、程序、收益分配及管理,总结试点经验,等条件成熟后,再全面推行。

其次是最初的也是理想的目标,即将征地范围严格限于公益用地。从世界各国征地权的行使情况看,都是为了公共目的才动用征地权。征地目的公共性是评判一项具体土地征收权是否合法的唯一标准。我国的征地制度改革也应遵循国际惯例,以公共利益为土地征收的唯一目的。至于公共利益的界定,无论是《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》),还是《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》),都采用了概括式模式,即仅规定国家可基于“公共利益”的需要,对农民集体所有的土地实行征收,但未涉及“公共利益”的具体类型。而含糊的公共利益只能导致公权力与私权利相

混淆,为既得利益集团借此干预私有财产权提供借口,故有必要制定《物权法》实施细则或《征收征用法》等,对公共利益的范围明确加以界定。至于界定方式,笔者认为可采用“列举+概括+排除”的模式,即对于符合公共利益的事项逐一加以列举,最后加上一个兜底性的规定,为未来可能的发展变化留下一定的空间,以求周延。同时列举不属于公共利益的情形,从反面进行排除。由于“公共利益”涉及面广,且对哪些为公共利益不易达成共识,采用这种模式存在一定立法技术上的困难,其便捷且可行的方式是,借鉴采取相似立法例的其他国家或地区的有益经验,选取其中为多数国家或地区所一致认可的公益类型,将其规定为我国的公益类型。

## 二、建立合理的征地补偿机制,寻求政府和被征地人间的最佳利益平衡点

在各国的土地制度中,土地征收作为国家以强制力获得他人财产权的一种行政行为,其前提都是必须给予所有人以公正的补偿,补偿作为征收的核心要件,是对私人财产保障的底线。而在我国的农地征收实践中,征地补偿偏低一直是被征地农民反应最强烈的一个问题,建立合理的征地补偿机制因此成为征地制度改革的又一个关键点。本文认为,构建这一机制的核心原则应是寻求政府和被征地人之间利益公平的平衡,正如德国基本法第14条第3款所规定的,“公用征收,必须依据规定补偿的性质和范围的法律,始得进行,确定补偿的原则是公共利益与原所有者利益的公平的平衡”。

### (一)关于补偿客体

长期以来,我国一直把土地补偿费看作是对集体土地所有权的补偿,将其主要支付给农村集体组织。本文认为,除集体土地所有权外,土地承包经营权也应当作为独立的农地征收补偿客体。首先,中国的农地虽为集体所有,但集体土地所有权的主要实现形式却是土地承包经营权。集体成员享有的对集体农地的权益,主要体现为对土地承包经营权的享有。因此农地被征收不仅涉及土地所有权人的利益,更直接影响到承包人的生存和发展。其次,把土地承包经营权直接界定为征收补偿的客体,也有利于承包人更好地维护自己的利益。一直以来,农地征收补偿都是国家直接与土地所有人即农村集体组

织商谈,承包人一直以局外人的身份出现,没有机会参与,而集体组织的负责人常常为谋求自身利益最大化而损害承包人的利益。将土地承包经营权界定为独立的征收补偿客体,就给承包人行使自己的权利提供了条件。承包人可以直接参与农地征收补偿的相关环节,就补偿标准、范围等提出自己的意见和要求,相比于由集体组织作代表,显然能更好地维护自己的合法权益。<sup>[12]</sup>再次,《物权法》第132条规定:“承包地被征收的,土地承包经营权人有权依照本法第42条第2款的规定获得相应补偿。”这一规定也为把土地承包经营权界定为独立的征收补偿客体提供了直接的法律依据。

### (二)关于补偿标准

目前为多数学者所诟病,也是引发纠纷最多的一个问题就是补偿标准太低。鉴于在我国农地对于农民具有保障、就业和发展等多重功能,而现行征地补偿标准却仍然以农用地的产值倍数作为计算依据,没有考虑让农民享受工业化、城镇化和现代化的成果,因此必须提高农地补偿标准。当然较为理想的方式是以市场价值为标准对被征收人进行补偿。但与西方发达国家不同,我国是发展中国家,当前仍处于工业化和城镇化进程中,短期内不太可能完全实行市场标准。因此征地补偿标准既不能完全从土地原用途出发,也不能完全依照土地未来用途测算,而应根据我国的国情予以确定。本文认为,基本思路应是将现有的土地补偿方法和土地增值分配相结合,在对现有的产值倍数法进行改良的基础上,将农地“非农化”过程中的增值收益也确定一个适当比例在相关利益主体间进行合理分配,并对承包人和所有人分别予以补偿。

首先,对土地承包经营权,原则上仍可按现有的产值倍数法进行补偿,但需要加以改进。据现行办法,土地补偿费按每亩土地前3年平均产值的6-10倍(最高不超过15倍)计算。这种补偿方式的问题在于,一是忽略了农业种植结构的多元化和种植手段的科技化,忽略了农地生产率的变化,无法体现农用地随着农业产业化现代化的推进所隐含的潜在价值;二是没有考虑到物价上涨和通货膨胀的因素,未考虑到失地农民生存和发展的费用会逐年上升;三是倍数的确定有待推敲,鉴于土地承包经营权有

期限限制,<sup>②</sup>因此本文赞同柳志伟先生的观点,合理的倍数应是土地承包经营权的期限减去已经承包的期限。<sup>[13]</sup>故对土地承包经营权的补偿最终可按如下方式确定:土地承包经营权补偿费=每亩土地前3年平均产值×土地承包经营权的剩余年限+X。其中,X是对因土地生产率的提高及农民生存和发展费用的逐年上升等可能导致的承包人预期损失的一种事前补偿。鉴于农业生产率及今后物价上涨的幅度等难以确定,X可由地方政府与承包人协商确定或由地方政府酌量各种因素后予以确定。

其次,对土地所有权,可考虑从农地转用后的增值收益中分出一部分进行补偿。农用地转为建设用地,土地增值丰厚。虽然对农地征收增值部分的归属和分配问题,学界分歧颇大,但由政府获取所有的增值收益无疑是不合理的。导致土地增值的因素当然包括政府规划和公共基础设施建设等,但集体土地所有权的让渡无疑也是土地增值的重要原因之一,因此所有人有权参与增值的分配,即合理的方案应当是将农地“非农化”过程中的增值收益确定一个适当比例在相关利益主体间进行公平分配。目前问题的关键在于如何确定增值部分的分配比例,“究竟应该怎样分配以确保达到效率与公平之间的均衡,仍是一个尚待解决的难题”。<sup>[14]</sup>本文认为,该比例的确定方式,不宜过于复杂,而应简便易行,操作性强,否则难以在实践中应用推行。因此可考虑以当地农地被征收后转为工业用地的平均出让收益作为依据在政府和农地所有人之间进行增值利益的分割。具体分割方式如下:农地所有人可享有的增值利益=被征农地数量(亩)×该地区工业用地平均出让收益×50%。采用这种方式的合理性在于农地被征收后,存在多种用途,一是基础设施建设、公益事业等公益性用地;二是工业用地;三是商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地,等等。不同类型用途的土地收益率相差很大,增值收益取决于各类型土地的收益水平以及各类型土地所占的比例。而工业用地的出让收益大致代表了各类土地收益综合平衡后的平均水平。

### (三)关于补偿范围

在多数国家和地区,对被征收人的补偿不仅包括土地及地上附着物等直接损失,还包括残余地价

值的减损、失业或转业的损失、营业损失等间接损失,如英国对残余地贬值、租赁权损失及律师或专家代理费用等均予以补偿。有的国家如澳大利亚甚至还对土地权利人的某些精神损失予以补偿。而我国农地征收补偿主要包括土地补偿费、安置补助费、地上附着物及青苗的补偿费以及保障费用等,即补偿的范围主要限于与农地有关的直接损失,对因农地征收造成的间接损失则不予补偿,更遑论精神损害赔偿。这样的补偿范围未免过于狭窄,因此本文认为有必要适当扩大征收补偿范围,即使不对全部间接损失予以补偿,至少也应将一些常见和必要的间接损失列入补偿范围,如残余地分割损害和相邻土地损失。

### 三、进一步完善集体土地所有权,避免农民集体和农民个体的权利被虚置

农地征收中农民土地权益受损也与现行集体土地所有权制度不尽完善有关。我国的集体化经济是政府从自身利益出发进行强制性制度供给的结果,集体所有权自始就是国家控制农村经济权利的一种形式,国家的过度限制使集体土地所有权从来就不是大陆法系民法意义上真正的财产所有权。不仅如此,集体所有权从一开始就不是在权属明晰的基础上形成的共同所有,这决定了集体所有制度不是一种法律制度设计,农民集体不是法人或自然人,不具有法律上的人格。农民集体在现实中是一个看不见、摸不着的抽象集合群体,既没有完善的内部组织机构,也欠缺有效的意思表示机制,其自身难以行使所有权。据现行法规定,农村集体土地所有权的行使主体包括村集体经济组织、村民委员会、村内各集体经济组织、村民小组等,而实际上,当前在我国绝大多数村庄,集体财产都是由村民委员会管理的。依照民法的基本原理,作为代表机关,村委会及其成员的职务行为应当以实现集体的利益为目的,而“经过集体化改造以后的村庄领导,尽管不占有一个国家编制,但他们却承担着中国政权结构中最基层的自上而下的联系,并在很大程度上充当着国家和政府利益的实施者”。<sup>[15]</sup>事实上,村委会及其成员多数情况下并不能真正维护农民集体的利益。而作为“集体”成员的农民个体在这样的“集体”里,也没有有效行使其成员权利的途径,没有直接的参与权

与决策权,导致其难以利用现有的法律和法规抵制各利益集团利用国家名义对集体土地所有权的侵害,在征地过程中始终处于被动地位。同时,集体和个人之间权利界限的模糊导致了集体和个人、个人和个人之间对征收补偿费用的紧张关系。因此,进一步完善集体土地所有权制度是土地征收改革又一个迫切需要解决的问题。

首先,进一步落实集体土地所有权的内容,使集体土地所有权真正成为私法意义上的所有权,成为权能完整的民事权利。国家出于公共利益的需要可以对集体所有权施加限制,但这种限制必须是合理的,目前国家对集体土地所有权的限制已远远不能用所有权社会化的理论进行阐释。因此必须把对土地的处分权归还给农民集体,“允许农民在政策允许的范围内,自由选择农地的利用方式,解决农村城市化所需要的建设用地等问题”。<sup>[16]</sup>

其次,健全集体土地所有权主体的组织形式,形成对主体代表的有效制约机制。长期以来,我国集体所有权存在的一个突出问题就是主体代表不明确。实践当中,集体所有权实际上主要是由集体组织负责人代表集体来行使的。由于对集体组织负责人缺少必要的制约机制,导致不少集体组织负责人滥用职权、损害集体利益。《物权法》第60条虽然第一次明确规定了乡镇农民集体、村农民集体和村内农民集体的法定主体代表,但该条规定仍有不够完善之处,不能解决对主体代表的有效制约问题。因此,有必要在此基础上进一步健全农民集体的组织形式,明确规定农民集体的权力组织和监督组织,以期形成对主体代表的有效制约,使其能真正代表农民集体的利益,并在土地征收过程中,有效维护本集体及其成员的利益。

本文建议,首先,以立法的形式,明确规定“成员大会”或“成员代表大会”为集体组织的权力组织。如果农民集体的范围较小,可由全体成员组成“成员大会”;如果农民集体的范围较大,可由全体成员按照法定程序选举一定的代表组成“成员代表大会”。举凡集体土地的规划利用、土地承包方案的确定、土地补偿费使用和分配办法等有关集体土地的重大事项都由“成员大会”或“成员代表大会”作出决定。主体代表只有在“成员大会”或“成员代

表大会”授权的范围内才能直接代表农民集体行使所有权。

其次,明确规定由“理财小组”作为农民集体的监督组织。目前农民集体及其成员的权益遭受侵犯的一个重要原因就是权力的行使缺乏专门的监督。《山东省实施〈中华人民共和国村民委员会组织法〉办法》第26条规定:“村民委员会应当实行民主理财制度。村民会议可以推选三至五名村民组成村民理财小组。村民理财小组对村民委员会的收支账目进行审查监督并对村民会议负责”。从各地实践来看,绝大多数地方也都已建立起理财小组,如新沂市254个行政村,村村都有村民理财小组。而且理财小组也多在发挥着非常重要的监督作用,甚至很多地方的理财小组被农民亲切地称之为“自己的纪检委”,这说明将理财小组规定为农民集体的监督组织是切实可行的。

再次,整合并完善集体土地所有权的行使程序,全面落实集体成员的成员权,彻底改变农民作为个体在征地过程中的被动地位。我国的民事立法一直存在重实体、轻程序的现象,“长期以来我国民事实体法忽视了权利行使程序的规定,没有给予程序应有的重视。尽管一些权利在法律上看似规定得非常详细,实际上由于没有规定行使的程序,因此造成这些权利在实践中无法落到实处,出现了大量的权利被虚置的情况,集体所有权就是典型的例证。”<sup>[17]</sup>与以前的立法相比,《物权法》在集体所有权行使程序问题上作了一些初步规定,如第59条第2款对哪些事项由集体成员依照法定程序讨论决定进行了明确规定,第62条规定集体组织等应当向集体成员公布集体财产的状况,第63条第2款赋予集体成员以撤销权等。这些规定虽比此前的立法有了一些进步,但总体而言,《物权法》对集体所有权行使程序的规定仍不够具体和系统。现行《村民委员会组织法》、《农村土地承包法》等也有一些村民行使权利的程序的规定,但一是《村民委员会组织法》所规定的运作程序主要针对农村社区公共事务的治理,并未考虑到集体所有权问题的特殊性,而集体所有权的行使与社区公共事务的治理显然不尽相同,它们的运作程序也应当有所差别。另外,《村民委员会组织法》与农民集体的三种情况也不完全契合;二是《农

村土地承包法》虽规定了农地发包程序,但该规定稍嫌笼统、不够系统,适用范围也十分有限。因此,有必要结合集体所有权行使的特殊性,对上述几部法律中现有的程序性规定进行整合,为集体成员权利的行使设置专门的程序。该程序设计应注意以下一些问题:一是应尽可能确保集体成员有机会“参与形成有关集体财产经营、处分的决策,有机会对集体代表机构的职务活动进行监督,或者有机会以其他方式将其意志融入集体所有权的运作过程中”;二是这种程序设计应包括成员大会和成员代表大会的运作程序、集体日常事务执行程序及监督程序等。

最后,开展社区股份合作制改革试点,明确界定集体成员的权益。在条件已经具备的地区,可按照现代产权制度的要求,在明晰产权的情况下对集体的资产进行量化,把包括土地在内的集体资产量化到集体成员个人,明确每个成员可享有多少土地资产,可在土地上享有哪些收益等,并登记造册。使每个集体成员既能了解集体资产的数量、质量,以及资产利用的方向,还能对这种利用方向有参与权和决定权,同时根据合作社土地的经营状况和资产运营状况获取相应的收益。

#### 四、构建全方位救济机制,更周延地保护被征地农民的权益

罗马法谚云“法律恒须规定救济”,但人们通常更关注损害或纠纷产生后的事后救济,却往往忽略事前、事中两个阶段。而被征地农民的合法权益从受到不法行为人的觊觎到遭到不法侵害,恰恰就发生在被忽略的这两个阶段。本文认为,土地征收救济机制不应仅仅为受损的权利提供救济,而是包括一整套从事前预防到事后救济的有机运行的整体,可以考虑构建一套由事前救济、事中救济、事后救济构成的“全方位”征收救济机制,将救济覆盖土地征收的全过程,更周延地保护被征地农民合法权益。

##### (一)事前的预防性救济机制

土地征收的事前预防机制犹如民众家中的防盗网,起到权利救济中第一道防线的作用。设置这道防线主要是通过堵塞相关制度中存在的漏洞,这些漏洞使被征地农民的权利正暴露于危险之中。

首先是对现有土地征收制度的完善。前文已述及,我国并无专门的《征收征用法》,现有的《土地管

理法》主要是从管理者的角度规范征收行为,而非基于对私权利的关注。对私权利的约束有余而保护不足恰恰是我国立法的薄弱环节。制定一部专门的《财产征收法》或《征收征用法》,在其中专列“土地征收”一章,体现并强调对公民私权利的尊重和保护,实属必要。针对目前征收实践中存在的突出问题,在未来制定这部法律时应注意重点对“公共利益”的范围、补偿安置标准与方式、土地征收程序予以妥善规定。

与此同时应双管齐下,做好行政业绩考核、土地征收监督、农村社会保障等配套制度的完善,优化制度环境,并逐步完善代议制,搭建权力制衡的外部平台,使官员处于良好的制度约束之中,改变其为提升政绩而频繁征地的现状,从根源上消减乃至消除公权力肆意侵犯私权利的隐忧;同时也使农民自失地之初就能享受必要的社会保障,不致沦落到工作无着、居无定所、老无所养的凄凉境地。

##### (二)事中的阻却性救济机制

当违法征收行为冲破第一道防线时,法律不应坐视不理,任由最终损失发生,而应通过适当措施对该不法行为予以阻却,尽量减少可能发生的损害。这一机制类似于美国的“禁令制”。<sup>③</sup>

首先是确立“停止执行”原则。我国《行政复议法》、《行政诉讼法》均在确立“不停止执行”原则的同时,规定了停止执行的例外情形。<sup>④</sup>然而,被征地农民多因欠缺法律知识,在申请复议或提起诉讼时很少主动申请停止执行;被申请或被诉行政机关亦极少主动提出停止执行自己做出的具体行政行为;行政复议机关或法院主动叫停的可能性更小。而且,《征用土地公告办法》等已明确规定,征地补偿、安置争议不影响征用土地方案的实施,使得这种例外规定基本流于形式。而在复议或诉讼期间不停止执行,意味着无论裁决结果如何,被征地农民都将蒙受某种无法挽回的损失。比如,土地上的建筑物或农作物一旦被拆除或拔除,即无法回复原状或回复原状需付出相当代价。有鉴于此,立法应做出相应的修改,确立复议和诉讼以停止执行为常态,以减少可能的损失;同时应以不停止执行为例外,以免在特殊情况下有碍行政目的的实现。

其次是赋予农民征收防卫权。为了防止违法征

收行为的实施给农民造成不可挽回的损失,可考虑赋予农民征收防卫权,使其得以在征收决定做出之后、实际执行完毕之前向法院提起防卫性诉讼,<sup>⑤</sup>请求法院对行政行为的合法性进行审查,以达暂时阻却该行为之目的。在相对人正式起诉之时,征收方即应中止征收行为。如其坚信征收行为符合公益目的且时间紧迫,坚持实施征收决定,则可令其向法院提供足够的担保金,由法院在银行为其设立专门账户。若法院最终判决由其承担不利的法律后果,而彼时征收行为已执行完毕,则可考虑征收补偿之外的惩罚性损害赔偿,如可令其支付双倍或更多赔偿,以达约束公权力之目的,并可防止损失造成后被征地农民得不到及时有效的救济;若征收行为适当,则令原告方即被征地农民承担败诉之后果,征收行为可得继续进行。令征收方提供担保,概因其做出征收决定且处于相对明显的优势地位,理当为此买单,非此不能彰显公正。

不仅如此,本文以为,在当前公权力极端居高临下的情况下,甚至还应对征收防卫权做扩张解释,将其作为被征地农民反抗非法征收的无限防卫权。换言之,被征地农民在其权利尚不至于即刻遭受不法侵害的场合可以选择提起防卫之诉,请法院裁定征收方停止加害行为,而在其权利即将或正在遭受不法侵害的场合可得行使无限防卫权,捍卫自己的合法权益。尽管这一做法极可能引发人们对农民会否滥用权利的担心,笔者依然认为,正如赋予公民在特殊场合下的无限正当防卫权并没有引发对该项权利的滥用一样,农民作为社会的弱势群体,对公权力有着天生的服从意识,却并不惯于彰显自己的私权利,这也正是他们面对长期掠夺性的土地征收始终隐忍的原因所在。因此即使其手中握有可以起到震慑作用的无限防卫权,我们几乎可以相信,只要自己的合法土地权益不再遭受肆意的剥夺和侵害,农民是不会轻易动用、更不可能去滥用这项权利的。当然,为了防患于未然,必须强调两点:其一,相对人只能在行政决定做出之后、行政决定执行完毕之前提起征收防卫之诉,以免司法权有“越权”之嫌,同时避免滥诉的发生。其二,相对人只有在实属必要的情形下才得行使无限防卫权,以免造成权利的滥用。

### (三)事后的解纷性救济机制

首先而且最重要的是要立足我国实际,整合现有救济资源,拓宽救济路径,构建一套由民间性救济、行政救济、司法救济构成的多元化救济机制。从理论上讲,对被征收人权利的救济,既可通过协商、基层调解等途径,由双方当事人协商解决,或由中立的第三方进行仲裁;也可通过正式的行政或司法救济途径解决,其外延涵盖各种诉讼与非诉解决方式。相比较而言,诉讼的救济成本较高,而商谈、调解等非诉手段灵活性较大,可以发挥当事人的自主性,降低救济成本,实现效益最大化。对于激烈或突发的群体性事件,行政介入以及调解、协调方式的效率较高,程序及处理结果灵活,便于及时作出处理、恢复社会稳定。因此,在损害或者纠纷发生之后,可考虑先采用平等商谈、基层调解等所需成本较低的民间性救济方式;尚不能解决问题的,可考虑采用行政和解或调解、行政裁决等方式,对结果仍不满意的,应可继续申请行政复议或提起行政诉讼。当然,在条件允许的情况下,被征地农民也可径直寻求司法救济,提起民事或行政之诉。无论如何,解纷之路都应当是相互衔接且畅通无阻的。

其次应考虑建立土地收回权制度。在我国,由于监督乏力,土地在被征收之后遭到闲置或未按原征收用途加以开发利用的现象屡见不鲜。《土地管理法》虽然规定了可由政府无偿收回,交原农村集体经济组织恢复耕种,<sup>⑥</sup>但由于被征土地已由集体所有转为国家所有,当县级以上人民政府收回该幅土地的使用权时,其作为国有土地的性质并没有改变,即使交由原集体经济组织恢复耕种,从法律上来讲,也并不能自动恢复为集体所有的土地。而我国目前只有集体土地转化为国有土地的程序规定,对于逆向的转化,法律却选择了沉默,未明确具体的收回程序。而且,作为土地征收利益链上非常重要的一环,政府严格履行事后监督职能、批准并最终收回所征土地的可能性甚值怀疑。要想让土地重回农民手中,首先要恢复其集体所有性质。由于被征地农民的利益与土地直接相关,法律应赋予其申请撤销权,允许其在土地被征收后未在合理期限内使用时向法院提告。若法院裁决对该项征收予以撤销,则征收行为自始无效,土地仍为集体所有,农民因此可请求收回特定地块并返还收取的补偿金等费用,其



因土地征收所蒙受的经济损失,应由征收方和用地单位承担连带赔偿责任。

再者是设立征收公益诉讼制度。在土地征收过程中,作为弱势群体的被征地农民权利观念较为淡薄,并不善于拿起法律武器保护自己的合法权益。而政府滥用征收权所损害的,绝不仅仅是被征地农民的利益,还因造成耕地的迅速减少而危及国家的粮食安全,危害到社会的稳定。同时,长期掠夺式的开发已经造成土地资源的极大破坏,也加速了环境的恶化,影响到全体公众的整体利益与长远利益。若不及时采取适当措施,将这种看似未遭到直接侵害的利益规定为诉的利益,纳入司法救济的范围,后果将不堪设想。本文认为,宜改变现行行政诉讼法将对社会公共利益的侵害因与私人并无直接利害关系而排除于司法审查范围之外的做法,放宽原告的主体资格,赋予与土地征收并无直接利害关系的普通公民和有关机关如检察机关公益诉讼权,由公民以纳税人的身份或由检察机关以公共利益代表的身份提起公益诉讼。这不仅有利于实现对被征地农民的救济,还会对滥用征收权的行政机关形成一定的震慑,从长远看更有利于保护有限的土地资源,保卫我国的粮食安全和人类的生存环境,惠及全体国民。

#### 【注】

① 2000年上海市政府批准,从全市若干条按市场化方式融资的高速公路建设项目入手,在用地政策中实行土地使用权合作方式,不再强制性地将这些项目用地征为国有。

②《物权法》第126条:“耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年;特殊林木的林地承包期,经国务院林业行政主管部门批准可以延长。”

③在美国,依据衡平法的原则,为了避免发生不可挽回的损失,当事人可得向法院申请禁令,阻止即将发生或正在进行的不法征收行为。

④详见《行政复议法》第21条、《行政诉讼法》第44条之规定。

⑤类似于日本学者提出的“预防性阻止诉讼”,我国也有谓“预防性行政诉讼”者,但对此目前仍仅限于学理上的讨论而无实定法上的宣示。

⑥详见《土地管理法》第37条之规定。

#### 参考文献:

[1]李平,徐孝白.征地制度改革:实地调查与改革建议[J].中国农村观察,2004,(06).

[2]彭诚信,刘海安.论征收制度中认定公共利益的程序性设计[J].吉林大学社会科学学报,2009,(01).

[3]屈茂辉,周志芳.中国土地征收补偿标准研究——基于地方立法文本的分析[J].法学研究,2009,(03).

[4]杜丽霞.土地征收中的社会发展与农民发展——以土地发展权为视角[J].河北大学学报(哲学社会科学版),2011,(05).

[5]黄学贤,陈铭聪.正当法律程序在土地征收程序中的适用研究[J].甘肃行政学院学报,2011,(05).

[6]刘国乾.土地征收审批的正当程序改革[J].法学研究,2012,(04).

[7]丁文.土地征收救济机制之比较研究[J].法学评论,2008,(01).

[8]陈小君.农村集体土地征收的法理反思与制度重构[J].中国法学,2012,(01).

[9]李元.征地制度改革应当循序渐进[J].中国改革,2006,(02).

[10]广东省土地学会,番禺区国土资源局.征地改革三个关键问题探析[J].中国土地,2005,(08).

[11]丁成日.中国征地补偿制度的经济分析及征地改革建议[J].中国土地科学,2007,(10).

[12]宋刚.论土地承包经营权的征收[J].法学杂志,2006,(02).

[13]柳志伟.农地征收的补偿问题研究[D].湖南大学博士学位论文,2007.

[14]邹秀清.农地征收中土地承包经营权的合理补偿:一个新的分析框架[J].中国农村观察,2008,(06).

[15]刘守英.中国农村集体所有制向何处去[N].中国经济时报,2000-02-18.

[16]高富平.物权法专论[M].北京:北京大学出版社,2007.

[17]王利明.物权法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2004.

(责任编辑:宋 敏)