



土地准征收与补偿:土地发展权视角

张鹏^{1,2},高波²

(1. 广东财经大学 公共管理学院,广东 广州 510300;2. 南京大学 经济学院,江苏 南京 210093)

摘要:土地管制在现代社会普遍存在,是对土地利用外部性矫正和提供公共品的必要措施。但管制具有财富分配的强大能力,且构成对财产权的定义和干预,是公权力和私权利之间的平衡,这使得受限土地所有者受到不合理的损害。损害的本质是土地发展权的剥夺。国家在对土地进行管制的时候,要注意对土地财产权的保护,防止走入准征收。国家是否承认和赋予土地基本发展权是判定准征收构成及管制合理性的首要标准。对构成准征收的土地应该给予补偿,对含有基本土地发展权的土地不需要补偿。

关键词:土地准征收;土地管制;土地补偿;土地发展权

中图分类号:F301.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2015)02-0064-09

一、引言

土地是社会基础性资源,也是家庭财产的重要组成部分。宪法意义上的财产权是社会自治的人所享有的人权,可防范来自国家的侵犯,它划分了个人自由范围与国家权力的界限,而民法上的财产权则划定了私人之间私域的范畴^[1]。然而所有财产权毕竟背负着某种社会义务,加之土地稀缺性、利用外部性特性,使得包括土地在内的不动产成为最容易受到公权力干预的权利类型。

当政府或其授权的机关出于公共利益对土地财产权利的行使进行限制甚至禁止,导致财产权人无法对财产进行最高最佳利用、财产价值遭到贬损,从而具有等同于征收效果的一种行为或制度即为准征收。它一般由管制而生,主要以分区规划的形式出现。虽然传统上管制被认为是国家保留的一项警察权,不需对受拘束对象应该担负的“社会义务”进行赔偿或者补偿,然而如果“走得太远”,那么不合理或过度的管制有可能构成准征收,引发社会不公,遭受公民普遍反抗和不满。近年来,政府合法的财产权侵害在管制的外衣下有增多趋势。在过去的半个世纪,判断何时构成准征收成为一个难以明确划界的难题。

受粮食安全观念、土地需求旺盛、公共产品国家供给、消除负外部性及增加政府收入等动机、传统计划经济遗留思维的影响,我国的土地受到较严重的管制(regulation)。在缺乏有效的对立法和行政权力约束和对财产权救济的背景下,社会上不断出现对有关法律法规的质疑。如果不检讨传统财产权保护观念,并对受到准征收的被管制者进行利益衡平,将不仅起不到保护土地、提高社会福祉的目的,反而对法律执行力和政府的威信造成极大损害。

收稿日期:2014-12-11

基金项目:教育部人文社会科学项目“土地准征收与补偿的原理、标准与政策研究:土地发展权视角”(14YJA630090);2014年广州市哲学社会科学规划课题“广州建设用地市场体系研究:框架、规范和政策”(14G45)

作者简介:张鹏,男,广东财经大学公共管理学院副教授,博士后,主要研究方向为土地经济、房地产经济与政策。
E-mail:jmzp007@163.com。

从理论上看,社会经济发展彰显了对财产权保护的强烈需求,与传统的土地征收构成对公民土地财产权的完全剥夺(征收)不同,当代的准征收以更加普遍和隐性的方式对土地权利构成界定或侵害,其复杂性和隐蔽性,使不少的学者也感到困惑。如何划定合理的公权力和私权利界限,既能保护公民财产权,又能保证公权力服务于社会福祉的提高;同时在构成准征收的时候,对利益相关者进行合理补偿,成为急需解决的问题。回顾目前多数关键土地问题,其核心和症结日益聚焦于市场和政府资源配置角色划分、财产权保护、土地财富合理分配以促进社会公平等。明晰产权和市场配置资源成为土地管理的共识。

从实践上看,我国的土地制度处于快速变革时期,地方经济增长、土地财政、耕地保护、房价飞涨、“三农”问题、小产权房等社会热点问题,都给制度设计者检讨土地管制行为并改革土地制度提出了新的要求。科学的土地产权和管制制度将助推经济增长和社会和谐发展,让全体国民分享社会发展成果。

二、文献回顾

土地征收和准征收都是公权力对财产权施加的义务,前者是对土地权利的全部剥夺而具有明显的行为界定特征,它属于国家拥有的一项权力。国家拥有的另外一项权力是警察权(police power),它的最初运用范围是国家为了改善人民健康、安全、道德和一般福利而拥有的管制行为和实施秩序的权力。但该权力的运用要受到限制:“不能把治安权解释成代表公共利益的行为而不受限制的国家权力,否则,作为例外情况的治安权就将压倒征收条款本身”^[2]。准征收常介于征收和警察权合理运用之间的模糊地带。运用不当,则陷入警察权的滥用而形成准征收。此时,政府需要从越界地带回撤,或者给予利益受损者一定补偿,以维护社会的公平正义。

法学界的研究可大致分为以美国、德国或日本两大体系。准征收问题源于财产权保护和征收理论,不少法律经济学家们都注意到了土地管制对财产权可能构成的损害。Posner认为对补偿问题应持谨慎态度,即使政府管制造成了价值损失。对财产权的清晰界定是很难的,应采取平衡的方法:“绝对权利的替代方法是平衡”^[3]。Epstein更倾向于保护财产权,在从征收转向准征收及管制问题的研究中,他认为征收和准征收是国家强制财产权交易的权利,而且这种财产权的交易必须留给个人较其被剥夺的权利更有价值的权利;对国家可强制交易的性质的两种关键假设,使得人类可以避免霍布斯的无限主权者。所有管制行为,无论补偿与否,都属于征收条款的适用范围之内。政府行为是否为普遍的征收行为,关键是要看它对每个受其行为控制的个人的财产权发生了什么后果。实际上现代社会更多的征收是对财产权的部分征收。对权利的部分征收是否补偿,他的主要观点可归纳为三点:原则上应予补偿;受害人是否已经获得了暗含实物补偿;判断是否给予实物补偿的标准:“根据已经确立的三个独立检验标准来判断,某项管制是否提供了宪法所要求的暗含实物补偿(一般经济理论、再分配的动机、征收对遭受它的当事人的影响以及不成比例的程度)”^{[2]201}。

大陆法系学者主要从德国的特别牺牲概念出发,将“因违法但无责之公权力行为所生之损失”,定义为“类似征收之侵害”,和“具有征收效果之侵害”一起,构成应予补偿的范围^[4]。是否构成对财产权的本质损害和违反“平等原则”是关键判定原则。然而,到底财产权拥有什么内涵或者是初始权利判定的出发点,但要做到这一点并不容易,因为财产权“内容确定”或“内涵形成”与财产权限制之关系非常复杂。立法者对于财产权内涵之形成,并非可以恣意为之,仍应恪守比例原则与平等原则,且需衡量财产权应有功能,做适切之调整与形成。这和肖泽晟提出的社会对财产的一般观念可用于判定准征收构成有相通之处^[5-6]。

准征收与警察权分界的重要性不容置疑。周家维、王洪平、金俭等认为判断之标准关键在于与国家警察权的区分上,对不动产财产的限制,应当遵循正当、合法、合理、合比例原则,以最大限度地达到自由与限制的平衡。适度限制应该具备五要素,即目的正当性、公益性、限制行为的法定性、程序的正当性、限制功能的辅助性、手段的适度性(比例原则)^[7-9]。上述观点主要从法理出发,仍然不能解

决如何判定“适度限制”或如何补偿的复杂社会经济问题,且都没有考虑到 Epstein 所言的管制给受害者带来的暗含补偿问题。在管制合理与否的模糊地带,这种暗含补偿存在与否十分关键。一些目的为公益性,且赋予(或在管制后保留)财产权人一定权利的准征收,政府的管制行为可能免除明示的补偿责任。

即使在财产权有成熟保护法律的国家,政府管制行为是否构成准征收并给予补偿也存在多种意见。Joseph 发现环境运动迫使人们重新考虑财产权的定义,然后重构征收的法律。辨别征收(强制补偿)和警察权运用(非强制补偿)时,要看政府行为的性质。他还认为财产是竞争过程的最后结果。土地利用的妨害并不是一个好的判断可补偿性的标准。为了安全和健康而管制不需要补偿是没有历史基础的^[10-12]。Fischel 提出正常行为标准用来判定准征收,将它作为基准权利,然后判断管制是否侵犯这种正常行为,最后决定是否构成准征收,这和 Ellickson 的观点类似,认为对次正常行为的管制需要补偿^[13]。Macek 认为普通法试图在侵入个人的财产权和国家权力之间保持平衡,对社会提供利益而由少数人承担不合理成本是不公平的,而补偿规则就是在个人和社会之间的妥协。经济损失并不足以构成征收,失去了大量经济价值并不足以认定土地权利的丧失。权利的描述是重要的。为了公益将地主土地征收没有补偿构成不成比例的负担,这是不公平的^[14]。罗静静提出的有无利益互惠原则值得人们重视^[15]。王丽晖认为以“价值减损程度”为核心的两要素标准,结合特定事实审查,已成为判断管制性征收的主导性标尺^[16]。陈明灿认为判断准征收即补偿要视具体情况综合而定,应结合情状相连、区位、特性予以综合考量。以农地为例,对农地未来发展机会所为之限制,如果农地本身的发展潜力并不大,则不需要补偿,而发展机会很大且实质性构成损害时,应予以补偿。不能一概而论认为全部应该补偿。尤其要分析该国(地区)社会经济条件之内容及其演变情形。这个观点尤其具有说服力^[17]。

土地发展权开始获得学者们的重视,在特定地区,构成土地价值的主要部分。台湾学者边泰明有明确论述^[18]。权利(力)属性方面,征收权和规划权是两个权力,不动产财产权与土地发展权是两个权利。土地规划权与土地发展权的冲突实质之一是宪法比例原则。土地发展权法律属性应为私权^[19]。谢哲胜认为准征收制度应该考虑四点准则,其中第四条“经济上可行之使用”原则实际上暗示了基本发展权的分配^[20]。

近年来,经济学家开始介入征收和准征收的研究。Miceli、Nosal、Bell 等人认为征收是解决敲竹杠问题的手段。补偿成本低于地主真实的价值,可能导致过度的土地向开发者转移。地主财产被征收的补偿标准是社会的公平市场价值,市场价值是最优的,可避免地主的过度投资。认为完全补偿可能更受人们赞许^[21-23]。

同时,Turner 等评估了土地管制对地价和福利的影响。管制、补偿都应该考虑土地资源配置的效率和公平^[24]。Blume 等分析认为补偿是一个对抗征收的保险,就是对管制性征收的负面效应付出的一份保险。政府是潜在的保险供给者。补偿能提高土地市场效率,消除管制和风险厌恶者所面对的风险。风险的降低也会减少土地市场决策的扭曲^[25]。Evans 认为理论上的公平和效率问题在实践中并不重要,所有者看起来不会对将被征收的土地进行过度投资。Calandrllo 持同意观点,认为由于道德风险和逆向选择,私人保险市场运作不会有效^[26]。Benjamin 改造了 Blume(1984)的模型,认为政府非善意。管制下的征收常常包含很多非对称信息,尤其是不知道影响了多少个私人利益及其数量^[27]。Innes 建立了一个关于政府征收的经济模型,分析了补偿的两个经济动机^[28-29]。Winfree 等认为当土地持久不能开发而没有补偿,那么就会产生反向的激励,这对社会是不利的。当补偿绑定开发的私人利益时,效率将达到^[30]。Boyd 等运用公共选择模型对受到竞争性政治利益影响的管制者决策进行了研究,将利益者分为地主、环境主义者、纳税人,他们对不同的补偿规则产生反应^[31]。Ulen 对 Fischel 和 Miceli 等人的研究进行了对比。Fischel 主要观点是在联邦和州水平上,民主政治可防止无效率和不公平的管制。征收问题是一种权衡:在道德风险和财政幻觉之间^[32]。Riddiough、Alterman 有类似研究^[33-34]。上述经济学的研究主要以模型的方法对准征收和补偿的激励、效率、风险等角度进行。

但经济学的研究是存在不足的,Seidl 等指出了社会学理论在准征收研究中的重要性。关于管制及补偿的经济学问题以及不断涌现的冲突,使得人们关注补偿的三个基础理论:新福利经济学理论、新古典政治理论、社会冲突解决理论^[35]。

综上,目前的研究趋势一是从“价值减损”逐渐转换为权利本身的损害作为标准来判断是否构成准征收。二是暗含补偿的研究获得重视。三是在综合判定方面,虽然要结合具体情势,但权利受限和土地市场条件之间的联系的重要性得到重视。土地发展权获得重视,即在一些发展权价值较大的地方,对土地权利的限制更容易构成准征收而需要补偿,反之不需要。法学家更关注权利保护和权利之间的平衡问题,经济学家更关注效率和激励问题。

三、中国的准征收:主要形式及其后果

土地准征收主要因管制而生,管制属于对财产权的一种限制,这种限制是对权利整体或部分权能的一种约束,包括占有、使用、收益和处分。限制性规定不一定以土地专门法律、法规的方式出现,还可能以一般性法律、法规的方式出现。故而有学者认为是一种行政立法行为,主要属于抽象行政行为,且不以违法为要件。

世界各国皆有不同方式的土地管制,其必要性已经从过去防止妨害转向了处理不完全竞争、提供公共与共同设施、改善资源的流通性、收入的再分配等。分区动机从外部性分区扩展到财政分区、包含分区等。另外,由于交易成本巨大,以及人们非理性行为大量存在,通过自由协议来协调最优的土地利用行为是很难达成的,因此,人们需要让渡出自己手中的部分权利给一个类似政府的机构,来制定某种规则,这是土地管制正当性的主要来源。多数情况下,政府所制定的规则和决定受到某种投票规则或利益集团的影响。

我国目前管制的主要形式如下:①土地管理法规定的用途管制制度,主要针对农用地,对用途转换(包括集体所有土地)要求审批,实际将土地发展权归为国家,所有者失去了所有的发展权而只能听凭政府在需要的时候征收土地。②对集体建设用地的入市限制。建设用地不需要用途转换的,即使这些使用是无害的也被禁止,比如进入房地产领域。③以土地转用、征收,以计划指标的方式对土地使用数量进行限制,导致很多土地失去开发机会。④城市土地受到土地规划、城市规划在使用区位、容积率、密度等方面的限制,这种方式具有普遍性。⑤风景名胜区、饮用水水源保护区、河道、公路铁路两侧、湿地、自然保护区等特定区域的生态或其他保护性措施。⑥对有害土地利用行为的禁止,如禁止挖土、从事污染生产等。⑦其他管制手段。

如果说,防止公害利用一般被公认为是合理的之外,出于公共产品供给(如粮食安全、环境保护)目的的管制之合理性和公平性是存在很大争议的。因为,全体国民享受的好处,其成本被施加给了部分国民。尤其是,在我国现行法律制度下,农用地只能经由征收(然后高价出让)才能转为建设用地的立法取向,实际上已经对农民的财产权构成了严重损害。有学者指出现行的土地管理制度是以牺牲农民土地发展权为代价的。如果为了保护粮食安全或者快速推进城市化就一刀切的牺牲7亿农民的土地开发权而不给予公正补偿,那毫无疑问是不符合比例原则的^[36]。吴敬琏指出,近年来政府从征购价格和土地批租价格间所赚差价最低估计30万亿元^[37]。应该说,现行土地制度的重要支撑除了所有权二元制,就是土地规划管制制度。并不是说管制完全不合理,而是说,过度的管制扮演着财富不合理分配的坏角色。另外,土地资源配置的低效率以及社会矛盾、抗争带来的社会福利损失是惊人却很难被衡量的。

管制对房地产市场和社会经济的影响有大量研究成果。作为政府对市场的干预手段,管制对地价房价上涨、社区排外现象等方面都具有潜在的不利影响。一般人们比较关注管制对土地效率的影响,但管制对分配和公平的影响同样是巨大的,它是一种分配财富的重要手段。从经济学的角度,区域内每块土地在特定时刻都有被开发的概率,但由于规划,只有部分土地获得开发许可从而全部土地的“浮动价值”被固定在少数地块,后者获得“移位价值”^[38]。于是,规划扮演着土地价值分配者的角

色。允许开发且容积率较高的土地所有者可能“不劳而获”,一夜暴富,而限制开发的土地所有者则承受“暴损”。如果将人群划分为地主(开发者)、业主、外来进入者三类的话,地主是开发的推进者,业主往往希望保持低密度,而外来者将因管制而需要承受高房价。一个社区实施越严格的管制措施,那么房价涨得越高,对现有的业主越有利。

四、准征收与补偿的理论分析

无论是征收、准征收还是土地管制,都是围绕土地权利和国家(集体)公权力的平衡问题展开。征收行为具有明显的权利剥夺特征,且以补偿为“唇齿条款”而具有可辨别性。土地管制对权利的部分剥夺具有隐蔽性和渐进性,是私权利和公权力角力的结果,是否需要补偿具有难以辨别性。仅仅从法律规范或司法判例进行判定都很难获得一致性答案。土地作为一种市场资源和要素,必须结合其特性,将权利放置于特定的市场条件下进行判定,才具有更强的说服力。现代社会发展已经逐步揭示,土地发展权作为土地的一项权能,受制于并对抗管制的功能日益凸显。

1. 土地发展权理论

土地发展权是将土地变更为不同用途的权利,是对土地在利用上进行再开发的权利,这种权利和价值受到政府管制的界定。完全不受限制的土地,不存在发展权问题,但这种情况在现代社会基本不存在。绝对的限制相当于剥夺土地所有的发展权利,完全用行政来配置资源,将陷于低效率的窘境。因此,按照社会对权利的一般概念和内涵认同,政府一般会寻求一个“合适”的管制强度,对土地开发的权利进行恰当的定义(赋权)和分割,以获得社会福利的最大化。于是,在土地开发权利和管制强度之间就建立了一个联系:政府管制和市场共同对土地的权利进行明确和合理的界定。对特定的土地,在管制的同时,赋予其对应的开发权利。对一块土地,从帕累托最优的效率标准看,它应该具有基本的、内生的发展权。作为影响土地使用的两种权利,土地管制权和土地发展权各具功能,前者更具有公共权利色彩而掌握在政府(或一个集体)手中、后者更具私权利色彩而掌握在土地权利所有者手中,二者具有一定的对应关系且相互深刻影响。

依据之前的研究成果,基本发展权是土地的内在的权利。发展权价值不仅和土地市场、建造成本等参数密切相关,实际还和管制强度(可用容积率 ρ 定义)有关。其中 ρ 的影响最大。明显地发现,政府对土地所赋予的基本开发密度不仅影响到基本发展权的大小,还对其与土地原用途价值的比例有很大影响。基本开发密度越大,发展权相对价值越大。从经济学视角看,土地的发展权价值源于其他土地开发潜力的转移——其他土地被限制开发而本地块可以开发^[39]。

设整个区域土地总面积为1,分为 N 块土地,每块土地基本容积率为 $\bar{\rho}$,那么所有土地上的发展权价值总量定义为 V_0 (包含了 $\bar{\rho} * N$ 个单位的开发权)。

但按照规划,只有 M 个等份土地获得了开发权(假设 M 比较小), $N-M$ 土地失去开发权, $M < N$ 。其价值向 M 块土地移转,则其中单块土地发展权价值变为: $V_1 = V_0 / M$ 。依据公式, M 越小,获得开发权利的单块土地的发展权价值越大。由此分析,在赋予基本土地发展权利的前提下,规划对土地用途的配置实质上在扮演土地价值分配的角色。如果 N 块土地属于一个地主,那么地主福利不受影响,反之, $N-M$ 块土地上的地主是利益受损者。另外,获得开发权利的 M 块土地的总市场价值定义为 $V_M, V_M > V_0$ 。

总之,受到管制影响的土地发展权,它是市场条件和政府管制共同作用下形成的混合权利。在区域内部,不同地块被确定为不同的用途和开发时机、开发强度,从而实际上不仅改变了整体的市场条件,而且发展权价值在空间上进行了新的配置。特定地块的发展权及其价值同时受到周边地块的影响而不能独立,它反过来也影响周边地块价值,这是土地市场所具有的特征。

2. 土地产权干预轴线的形成和对准征收行为的补偿

土地权利是一个权利束,具体内容随着社会经济条件的变化而变化,土地是最容易受到干预的生产要素,主要源于它的不可移动性、外部效应和公共物品特性,这是其它商品或要素所不具备的特性。

当国家需要解决土地获取可能的敲竹杠(holdout)难题时,需要保留为了公益而行使征收的权力,即拿走土地的全部权利;当国家为了公众健康、安全和社会秩序维持时,需要行使警察权,运用土地管制等手段约束土地权利,例如对有害的土地利用行为进行限制或禁止,此时,国家并不需要为其行为后果担负赔偿或者补偿责任。准征收常介于二者之间,征收-准征收-警察权运用构成一个连续的土地产权干预轴线。

现在我们逐一分析这个轴线。第一,征收是对土地权利的全部剥夺,对权利人而言,即使按照市场价值补偿,那么他还是会损失附加在土地上的所有主观价值(与住宅所有权有关的主观价值可能是某人福利的重要组成部分,而这种损失是不可能被保险的^{[3]55}),然而,市场价值标准是目前全世界主流补偿原则,而只有少数国家或其国内部分地区对土地的发展潜力进行考虑,如英国、澳大利亚、加拿大^[40]。在某种意义上,征收也包含了对财产权的部分强制剥夺,相当于征税。

第二,如果合理的管制,即赋予土地一定的基本发展权,即使很小,如果符合社会一般观念和行为标准,那么不构成准征收。恰如 Fischel 所言“在管制征收的法律实践中,传统的损害—利益标准似乎最与基本的习俗一致,该习俗被征收条款和警察权的效率实践所暗示。此时被称为正常行为标准。它认为法院应审查社区的管制是否与社会习俗一样”。

第三,如果完全或几乎剥夺土地发展权,即 $\bar{p}=0$,或者管制强度超过基本习俗下的标准,那么一定构成需要补偿的准征收。我们认为,这个 \bar{p} ,不仅要看社会习俗,还要审视土地所处的市场环境。

从社会理念看,与财产权受到社会约束的必要性相对,国家的任何权力都不是绝对的,否则就有滥用的可能,如过度征收、过度管制。财产权是政府—公民(法人)双方围绕财产权到底有什么具体内容展开的博弈和权利分割,而且财产权本身的界定也处于动态变化之中。在一般意义上,当这种权利限制、分割获得双方认同或符合社会一般准则时,这种对财产权的约束可视为一种“社会约束”或对财产权的合理定义,而不构成准征收和补偿请求权。但是,当权利分割对财产权人过于不利,对其本质构成损害,甚至几乎剥夺了全部的权利内容(而不以价值来衡量)时,或剥夺了几乎所有且可能实现的价值时,又或普遍性限制对部分权利人构成不对等的特别限制时,则可能构成准征收。依据波斯纳对财产权的定义:“财产权是对有价值资源进行排他性使用的权利”,当价值都失去了,财产权就成为空中楼阁。

从市场环境看,由于土地的空间性独有特征,以及人口和经济要素分布的集聚性,不同区位的土地呈现不同的利用潜力和价值,一般性管制措施必然对土地构成的权利损害程度相差甚大,这对受到限制的公民是不公平的,有可能导致部分公民遭受“特别牺牲”,此时,国家应该考虑在合法且不撤销管制的前提下对部分公民进行补偿。

一旦构成准征收,应该予以补偿,其理由如下:①规划和管制导致的不公平只能由政府来纠正,否则会带来巨大的社会成本。②防止警察权的滥用。准征收补偿本身就是对警察权使用的防御和限制。如果随意地对财产权进行准征收,则导致过多的管制,不符合社会福利最大化的准则。③对人们行为形成正确激励。准征收一旦形成,人们会主动减少土地所产生的正外部性,甚至主动消除外部性,防止被准征收的可能;或者无视法律规定。④在提供公共品和保护财产权之间衡平。政府需要提供公共品,但也要保护财产权,维持某种平衡。⑤提高资源利用的效率。

在学术界,管制、准征收及其补偿的社会价值已经被不少学者逐步揭示。张千帆等明确指出土地管理法所体现的管制主义模式严重剥夺了农村自主发展和农民使用土地的权利,而这一切都是在没有任何补偿的情况下维持着。这些限制规定极大地抑制了农村土地的正常市场价值,几乎完全剥夺了农民分享城市化收益的权利,应被视为构成了未予补偿的管制性征收。土地财政其实就是第二次征税^[41]。Epstein 虽然没有提到发展权,但是隐晦地指出了政府部分征收的恶果:“假设政府拿走了所有权的任何附属权利,假设他以任何方式减少了所有者的权利,那么从表面上看,他就将自己带入了征收条款的范围,无论所带来的改变有多么小,也无论该条款的适用有多么普遍。征收条款意味着:未经公平补偿,不得为了公共用途而部分或者全部征收私人财产”。

3. 土地发展权、准征收与补偿的理论链结

在考虑补偿形式的前提下,可建立准征收和土地发展权的联系:二者都是由于管制而生,准征收的实质是对土地发展权的剥夺程度,是否补偿还需要考虑融合进去的明示或暗含补偿因素。第一,当管制对土地发展权实施了几乎全部剥夺,则构成准征收;第二,当管制未伴生一定的默许的基本发展权,或者其他变相形式的发展权,类似于 Epstein 所言的没有“暗含补偿”,此时可认定构成准征收。第三,管制对发展权限定的程度因市场条件和发展许可而定,管制不可避免地会对发展权进行定义。当市场中土地转换用途的概率高,发展权价值大时,容易构成准征收。反之,当土地的发展权价值本身较小,那么管制被视为合理的“社会拘束”,地主应予忍受。第四,禁止进行有害土地使用活动是国家公权力的合理运用,不存在发展权的剥夺问题;而对公益性公共品供给目的下的管制则需要考虑他对发展权剥夺的程度。

总之,虽然发展权价值大小和权利受限是判定准征收的良好标准,但同时需要考虑是否赋予“初始发展权”或“暗含补偿”,判断标准如下:第一,是否具有暗含补偿。在现代社会,土地基本发展权是土地不可剥夺的权利,如果政府赋予了基本发展权,允许一定的或“合理的”开发权利,则不需要补偿;反之,如果管制没有附加任何明示的或暗含的基本发展权,则必须要进行补偿。换言之,依据社会公平等一般理念和市场条件,在土地权利的界定和初始赋予阶段,如果管制的同时赋予了土地合理的发展权利,则不构成准征收。赋予权利之后,实施新的管制措施,则视其程度判定。其他类型的土地发展权如超额土地发展权等皆不属补偿范畴之内。第二,一般性的管制措施下,重点考虑空间差异性。对发展潜力和发展权价值巨大的地块,地主利益受损严重,构成准征收。第三,公益性、交易成本、效率等是在遭遇难以判定时的附属参考标准。

五、准征收、补偿理论下的土地管制行为检讨与政策涵义

现代国家应该对自己的行为目的和效果进行谨慎地审查。我国宪法明文规定:“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收或者征用并给予补偿(10条)”。“公民的合法的私有财产不受侵犯。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(13条)”。可见,对包括土地在内的私权利进行保护与国家保留的征收征用权力是伴生的。作为警察权的管制亦不例外。基于生态环境、社会公平等考虑的用途管制本身没有错误,但是违背“平等”“比例”原则的几乎完全剥夺被管制者发展权的管制却是不合理的。因此,合法未必意味着公平和不需要予以补偿。

政府的存在是有价值的。在不存在有效政府控制下,每个人(根据自然权利的传统)被赋予了某些个人权利,但这些权利价值很低,因为一些个人总是试图夺去那些本来属于其他个人的权利^{[2]4}。这个社会馅饼是较小的。如果成立诸如政府这样的政治组织对社会加以管理,那么社会收益(馅饼)增大了很多,这是社会行为正当性的基础。为了控制私人(对私人)的侵犯,需要国家拥有警察权;为了防止自愿交易不能产生足够的抗击私人侵犯所需要的权力,国家需要拥有强制交易的权力,这种权力就是征收权。

准征收的研究昭示人们,国家管制权力的行使要和保护公民私权利进行权衡,公权力力行自我约束,以保护公民自由和财产权。政府要小心翼翼地防止走入准征收的领域。不要管制太过,而是在管制同时给予适度的明示或暗含的权利补偿。一旦构成准征收,必须实施事后补偿,方式不一定是现金,也可进行暗含补偿(分配基本发展权),免除准征收补偿责任,以维护社会的公平正义。

在此按准征收的性质和补偿的可能性大小将政府管制行为进行大致的分类:

1. 对土地利用具有明显公益性且开发具有危害性行为的管制

一些重要的自然和水源保护区、湿地等土地开发属于此类。政府管制具有必要性,可不赋予土地基本发展权,不构成准征收,必要时甚至收归国有。可按照平等保护原则对原住民进行搬迁、社会保障、就业、财政转移支付补贴等形式的补偿,让全社会的财富向受影响的公民进行转移性财政支付。

对一般性农用地管制,可参照该原则。

2. 对土地利用具有明显公益性且开发危害不大行为的管制

城市周边(或者内部)农用地和未利用地保持现状确实具有巨大公益性,但这些土地的发展潜力巨大,发展权价值较高,占到土地价值的主要部分,此时如无暗含的补偿,则明显构成准征收。用案例法的理论,此时容易危害土地“经济上可行之使用”“价值贬损太过”等。它们进入建设用地市场是时间问题,开发虽具有一定危害,但也会产生社会收益,如土地可用于发展工业解决就业,建设住宅提供可支付住房等。此时的管制构成准征收。政府对其基本权利应该予以承认,可按照土地面积对开发指标进行一次性分配和锁定,基本发展权使用完毕,只能通过购买发展权或者容积率移转等方式获得新增开发权利。实际上,开发只会发生在小部分土地上,且其区位可受到政府调控。允许集体建设用地入市和分配宅基地使用指标具有土地基本发展权分配(暗含补偿)类似的政策效果。

3. 对土地利用无关公益性,开发具有一定负外部性行为的管制

主要是城市内部的建设用地,如果没有规划的约束,由于交易成本等原因,土地开发将可能产生混乱、无人提供公共产品的困境,因此,管制具有合理性。同时,地块之间具有相互影响和依赖性,本地块受限的损失可获得周边地块同样可能受限的利益补偿。无论私有制或国有制的环境,如果在后的管制剥夺了之前使用权利或开发权利,构成准征收,需要补偿,依据侵害程度实行部分补偿,因为原土地已经获得潜在收益。如果想获得额外的开发权,需要向政府购买。政府可通过发展权交易市场实施对受限地主的经济补偿。对缺乏证据证明土地拥有某种发展权的情形,按照公平合理的原则赋予基本发展权。超出部分的权利,不予承认。

六、结论和不足

国家应该在运用公权力和保护财产权私权利之间保持平衡,促进资源利用的效率和社会财富分配的公平正义。国家不仅应该对土地利用的负外部性进行纠正,还应该对公益性土地利用和公共品供给目的下的土地准征收行为对公民造成的损害进行补偿。土地准征收实际损害的是土地的基本发展权,如果承认和赋予了土地的一定发展权,那么就暗含了权利补偿而不需要另行补偿。依据土地发展权理论,国家应该依据土地所处的市场条件和是否暗含了补偿,将土地管制行为进行分类处理,分别给予不同形式的补偿或者不予补偿。另外,管制虽然带来负面效果,但是同时有助于创设发展权交易市场,让获得发展权的主体对丧失发展权的主体进行补偿而不需要耗费财政资源。总之,本研究认为,国家是否承认和赋予土地基本发展权并结合具体土地市场条件是判定准征收构成、补偿及管制合理性的两大主要标准。

土地发展权是判定土地准征收的首要 and 良好标准,但国家如何合理地赋予土地基本发展权,赋予多大的权利,受到哪些因素的影响等问题仍然需要进一步研究。

参考文献:

- [1] 金俭. 不动产财产权自由与限制研究[M]. 北京:法律出版社,2007:21.
- [2] 理查德 A 艾珀斯坦. 征收——私人财产和征用权[M]. 北京:中国人民大学出版社,2010:109.
- [3] 理查德 波斯纳. 法律的经济分析:7 版[M]. 蒋兆康,译. 北京:法律出版社,2007:62.
- [4] 翁岳生. 行政法(下)[M]. 北京:中国法制出版社,2002:1778.
- [5] 李震山. 行政法导论. 台北:三民书局,2011:631.
- [6] 肖泽晟. 财产权的社会义务与征收的界限[J]. 公法研究. 2011(1):315-346.
- [7] 周家维. 土地使用管制准征收研究[D]. 台北:台北大学硕士论文. 2001.
- [8] 王洪平,房绍坤. 论管制性征收的构成标准——以美国法之研究为中心[J]. 国家检察官学院学报. 2011,19(1):22-27.
- [9] 金俭. 论不动产财产权自由与限制之平衡[J]. 社会科学战线. 2009(3):176-183.
- [10] Joseph L. Sax. Using Property Rights to Attack Environmental Protection [J]. 2001, Pace Env'tl. L. Rev. 19:715-745.
- [11] Joseph L. Sax. Takings and the Police Power[J]. 1964, 74 Yale L. J. 36.

- [12] Joseph L. Sax, Takings, Private Property and Public Rights[J]. Yale L. J. 1971, 81:149-177.
- [13] Fischel M A. The Economics of Zoning Laws a Property Rights Approach to American Land Use Controls [M]. The Johns Hopkins University Press, 1987.
- [14] Alan Macek. Regulatory Expropriations: Takings without Compensation? [R/OL]. (2003-03-12). <http://www.alan-macek.com/legal/RegulatoryExpropriations.pdf>.
- [15] 罗静静. 土地利用管制中的补偿问题研究: 以准征收理论为中心[D]. 郑州: 郑州大学硕士论文, 2011.
- [16] 王丽晖. 管制性征收主导判断规则的形成——对美国联邦最高法院典型判例的评介[J]. 行政法学研究, 2013(2): 132-137.
- [17] 陈明灿. 财产权保障、土地使用限制及损失补偿[M]. 台北: 翰芦出版公司, 2001: 55.
- [18] 边泰明. 土地使用规划与财产权: 理论与实务[M]. 台北: 台湾詹氏书局, 2003: 355.
- [19] 叶芳. 冲突与平衡: 土地征收中的权力与权利[M]. 上海: 上海科学出版社, 2010: 118-120.
- [20] 谢哲胜. 财产法专题研究(二、三)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 45.
- [21] Thomas Miceli, Kathleen Segerson. A Bargaining Model of Holdouts and Takings[C]. Working Paper, 2006, 22.
- [22] Ed Nosal. The Taking of Land; Market Value Compensation should be Paid[J]. Journal of Public Economics, 2001(82): 431-443.
- [23] Abraham Bell, Gideon Parchomovsky. Taking Compensation on Private[C]. Working Paper, 2006.
- [24] Matthew A. Turner, Andrew Haughwout, Wilbert van der Klaauw. Land Use Regulation and Welfare[C]. Working Paper. Draft, 2012.
- [25] Lawrence Blume, Daniel L. Rubinfeld. Compensation for Takings: An Economic Analysis [J]. Cal. L. Rev. 1984, 72: 569-628.
- [26] Steve P. Calandrillo. Eminent Domain Economics: Should “Just Compensation” be Abolished, and Would “Takings Insurance” Work Instead? [J]. Ohio State Law Journal, 1990, 64: 451-530.
- [27] Benjamin E. Hermalin. An Economic Analysis of Takings[J]. Journal of Law, Economics & Organization, 1995(1): 64-86.
- [28] Robert Innes. Takings, Compensation and Equal Treatment for Owners of Developed and Undeveloped Property [J]. Journal of Law and Economics, 1997, 40(2): 403-432.
- [29] Robert Innes. The Economics of Takings and Compensation When Land and Its Public Use Value Are in Private Hands [J]. Land Economics, 2000, 76(2): 195-212.
- [30] Jason A. Winfree, Jill J. McCluskey. Takings of Development Rights with Asymmetric Information and an Endogenous Probability of an Externality [J]. Journal of Housing Economics, 2007(16): 320-333.
- [31] James Boyd, Timothy J. Brennan. Pluralism and Regulatory Failure: When Should Takings Trigger Compensation? [R]. 1996: 96-09.
- [32] Thomas S. Ulen. Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics by William A. Fischel; Compensation for Regulatory Takings: An Economic Analysis with Applications by Thomas J. Miceli. Kathleen Segerson [J]. Book Review. Land Economics, 1998, 74(4): 570-574.
- [33] Timothy J. Riddiough. The Economic Consequences of Regulatory Taking Risk on Land Value and Development Activity [J]. Journal of Urban Economics, 1997(41): 77-100.
- [34] Rachelle Alterman. When the Right To Compensation For “Regulatory Takings” Goes to the Extrem: The Case Of Isreal [J]. Washington University Global Studies Law Review, 2007(6): 121-158.
- [35] Irmi Seidl, Clem Tisdell, Steve Harrison. Environmental Regulations of Land-use and Public Compensation: Principles with Swiss and Australian Examples[R]. 2001.
- [36] 程雪阳. 中国现行土地管理制度的反思与重构[J]. 中国土地科学, 2013(7): 15-20.
- [37] 吴敬璠. 专家称近年政府从造城运动赚土地差价达30万亿[EB/OL]. (2013-03-25). [2015-03-02]. <http://finance.qq.com/a/20130325/001603.htm>.
- [38] 林森田. 土地经济学[M]. 台北: 巨流政大书城, 2010: 172-173.
- [39] 张鹏. 土地发展权: 本质、定价路径与政策启示[J]. 南京农业大学学报: 社会科学版, 2013, 13(4): 83-89.
- [40] 姜明安. 行政法论丛: 14卷[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 55-113.
- [41] 张千帆, 党国英, 高新军. 城市化进程中的农民土地权利保障[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2013: 18.