

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology


物权法的实施

第二卷

The Implementation of the Property Law

城镇拆迁与物权

—
孙宪忠等 著
—


社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

物权法的实施

第二卷

The Implementation of the Property Law

城镇拆迁与物权

孙宪忠等 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

物权法的实施. 第1卷, 物权确定、第2卷, 城镇拆迁与物权/
孙宪忠等著. —北京: 社会科学文献出版社, 2013. 3
(中国社会科学院文库·法学社会学研究系列)
ISBN 978-7-5097-3751-4

I. ①物… II. ①孙… III. ①物权法-法的实施-研究-中国
IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 038856 号



中国社会科学院文库·法学社会学研究系列

物权法的实施

第二卷：城镇拆迁与物权

著 者 / 孙宪忠 等

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

责任编辑 / 赵建波

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

责任校对 / 师军革

项目统筹 / 刘骁军

责任印制 / 岳 阳

经 销 / 社会科学文献出版社营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

本卷印张 / 24.75

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

本卷字数 / 465 千字

版 次 / 2013 年 3 月第 1 版

印 次 / 2013 年 3 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-3751-4

定 价 / 258.00 元 (共 2 卷)

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换





中国社会科学院文库
法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS
Law and Sociology

《中国社会科学院文库》 出版说明

《中国社会科学院文库》（全称为《中国社会科学院重点研究课题成果文库》）是中国社会科学院组织出版的系列学术丛书。组织出版《中国社会科学院文库》，是我院进一步加强课题成果管理和学术成果出版的规范化、制度化建设的重要举措。

建院以来，我院广大科研人员坚持以马克思主义为指导，在中国特色社会主义理论和实践的双重探索中做出了重要贡献，在推进马克思主义理论创新、为建设中国特色社会主义提供智力支持和各学科基础建设方面，推出了大量的研究成果，其中每年完成的专著类成果就有三四百种之多。从现在起，我们经过一定的鉴定、结项、评审程序，逐年从中选出一批通过各类别课题研究工作而完成的具有较高学术水平和一定代表性的著作，编入《中国社会科学院文库》集中出版。我们希望这能够从一个侧面展示我院整体科研状况和学术成就，同时为优秀学术成果的面世创造更好的条件。

《中国社会科学院文库》分设马克思主义研究、文学语言研究、历史考古研究、哲学宗教研究、经济研究、法学社会学研究、国际问题研究七个系列，选收范围包括专著、研究报告集、学术资料、古籍整理、译著、工具书等。

中国社会科学院科研局
2008年12月

第二卷 参加人

- 孙宪忠 中国社会科学院法学研究所研究员，教授，法学博士
- 谢鸿飞 中国社会科学院法学研究所副研究员，法学博士
- 雷秋玉 中国社会科学院研究生院法学博士，昆明理工大学讲师
- 李爱平 中国社会科学院研究生院博士研究生
- 于韞珩 中国社会科学院研究生院硕士
- 牛慧娟 中国社会科学院研究生院硕士
- 王崇华 中国社会科学院研究生院博士研究生
- 郭旭 中国社会科学院研究生院硕士
- 徐幸 中国社会科学院研究生院硕士
- 李雅迪 中国社会科学院研究生院硕士
- 蓝艺 中国社会科学院研究生院硕士
- 郑伟 中国社会科学院研究生院硕士

前 言

一 项目研究概况

本书是中国社会科学院重大课题“物权法实施中的重大法律问题研究”的分报告，该项目的主报告即本书的第一卷“物权确定”，和本书同时出版。

2008年，中国社会科学院法学研究所民法课题组荣幸地获得中国社会科学院重大课题“物权法实施中的重大法律问题研究”的资助。按照该项课题最初的研究设计，“物权法‘一体承认、平等保护’原则研究”被列为该项课题的第一个专题。但我们在学习、调查和研究中发现，《物权法》关于“一体承认、平等保护原则”所涉及问题非常广泛，无法在这个项目中通过一个专题说清楚。这一专题应该探讨的内容，涉及新中国成立之后在我国的法律指导思想方面一直存在争议的一个重大问题，也就是我国的法律和政策如何看待公共财产权利和民众财产权利，尤其是如何看待这两种权利发生矛盾的基本法律观念问题。新中国成立不久，立法指导思想引进了苏联的法律观念和知识体系，这就开始了限制甚至压抑民众私权的历史。1992年我国建立市场经济体制之后，前苏联的这些法律观念和知识体系已经完全无法满足我国法律事件的要求。但是即便如此，在我国一直到目前，那些根据前苏联法学建立起来的轻视民权的法律意识形态还有很多

至今没有得到清除，一些根据这种意识形态建立的法律制度也没有得到及时的清理。事实上，这些前苏联的法律观念和知识体系已经给我国的民权保护立法造成了严重障碍。依据这些法律观念建立的法律制度，和中国《物权法》采纳民权理念并建立“一体承认、平等保护原则”形成严重冲突。比如，2011年之前我国实行的城镇拆迁制度就是这样的制度。

在开展中国《物权法》实施研究的过程中，我们清楚地认识到，在我国城镇拆迁这样的法律实践中贯彻《物权法》的民权思想，确实是一个非常艰巨的任务。虽然这一问题的研究涉及历史和现实的许多重大问题，也涉及法学上跨越很多专业的知识积累。但是，我们认为，这个题目的进行是十分必要的。为此，在得到中国社会科学院重大课题资助之后，我们立即确定，将《物权法》建立的“一体承认、平等保护原则”作为我们研究的核心专题之一，而且我们选择了最能够体现这个专题的研究价值和特征的“城镇拆迁涉及物权法律制度研究”展开观察和分析。我们认为，城镇拆迁涉及的物权法问题，既有法律技术性因素，同时又包括重大意识形态冲突，可以充分体现物权法“一体承认、平等保护”原则中最为重要的理论与实践问题。

当然，城镇拆迁涉及的物权法问题，包含的内容仍然比较多。从我们目前完成的情形看，这一部分内容的探讨实际上还有很多未尽之意。因为时间问题，我们只能将一些还没有展开的研究留待以后完成。

二 项目的“问题意识”

显然，城镇拆迁涉及的物法规则，就是中国《物权法》第42条关于征收的规定。问题在于，2011年之前的中国城镇拆迁法，采用的是“拆迁”制度，而没有采用“征收”制度。而且，这些拆迁法的立法指导思想和《物权法》的规定相去甚远。因此，在物权法实施这个题目下，如何在拆迁制度中贯彻中国《物权法》的思想精神，是非常值得研究的题目。

事实上，在获得该项目之前，我们已经开始了从完全法学的角度对该项目涉及的内容的研究。在本课题主持人参加《物权法》学者建议稿的起草以及立法、参加修改拆迁条例活动时，我们已经强烈地关注到拆迁法和《物权法》的思想及制度的衔接问题。所以在本课题主持人负责《物权法》

学者建议稿的总则部分的起草时，就已经提出了关于依据物权法的原理重建中国的征收和拆迁制度的设想。这些设想后来被《物权法》采纳。相比《物权法》第42条，我们可以看出中国当时的拆迁法，也就是国务院1991年颁布、2001重新制定的《城市房屋拆迁管理条例》，在立法思想和法律技术两个方面都有重大的缺陷。在立法思想方面，拆迁制度的基本指导思想是过分重视拆迁速度，具有忽视民权的缺陷；在法律技术方面，拆迁法关于法律关系的设计违背了中国土地法的基本规定，也违背了中国土地经营的现实。对这些问题，本课题主持人很早就提出了予以修正的设想。在本课题主持人作为立法专家参加拆迁条例修订工作时，这些设想已经提交给拆迁法的修订机关，而且有不少已经反映在2011年1月国务院颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》（俗称“新拆迁条例”）之中。

上面说到的法律指导思想和法律技术方面的两个重大的缺陷，在“新拆迁条例”中基本上都予以弥补了。本课题主持人提出的改变拆迁制度的基本法律关系，让经营土地的地方政府直接面对被拆迁人，承担拆迁补偿和安置的法律责任（也就是将“拆迁法”改变为“征收法”）的观点，在拆迁制度中引入公共利益条款的观点，在拆迁制度中明确政府应该针对被拆迁人承担社会保障责任的观点等，都已经被“新拆迁条例”采纳。本课题对于政府经营土地的法律关系的研究，应该说在制定新拆迁条例的过程中发挥了基础性的理论指导作用。从这一点来说，我们的研究工作已经取得了一定的成效。

当然，本研究成果还有相当多的内容没有被立法采纳。如上所述，我们的研究成果的基本内容其实已经在新拆迁条例颁布之前初步完成，那时如果得以出版，也许会避免研究成果迟滞于立法的尴尬。但是本课题主持人认为，那种情况下抢先出版自己的成果也有不妥之处；而且我们还有一些问题有继续研究的需要。因此我们只是在新拆迁条例颁布之后，经过多次斟酌，现在才将其呈现给大家。

本研究成果大体上来说可以反映我国拆迁法律制度发展变化的轨迹。拆迁法制出现在中国特殊的历史时期也就是从计划经济体制向市场经济体制转型的时期；从法思想的角度看，这种转型，其实就是绝对公共权力社会向民权社会的转型。我们的研究成果，也就是将拆迁所反映的法思想转化作为基本的线索。当然，我们的研究，一些内容与立法是一致的，但是

也有一些是不同的。我们认为，本书并不是一个立法的学理解释性作品，因此，保持一定的学术独立是十分必要的。另外，本课题的研究伴随或者跟随了拆迁条例修订这个非常重要的立法工作，学术界关于修订该法的理论观点是应该予以总结的。读者也可以从本书看到关于法规修订过程中各种思想的碰撞，从而得到某种启迪。我们认为，能够体现独立思想的研究，在我们国家始终都是很需要的。

三 专题的设置及其简要内容

城镇拆迁涉及的物权法问题的研究，分为八个专题讨论和一个附录案例汇编。其中八个专题的内容是：（1）政府经营土地的法律关系分析；（2）政府经营土地、经营城市中的物权问题研究；（3）“钉子户”现象的物权法分析；（4）拆迁中的公共利益研究；（5）城市房屋拆迁正当程序研究；（6）拆迁补偿研究；（7）城市房屋拆迁中的社会保障问题；（8）从拆迁制度看中国社会公权与私权的观念发展变化。以上八个部分，虽然表现为不同的专题，但有着内在的逻辑联系。为更好地与现实相结合，我们在研究成果的最后，附加了近年发生的一些不同类型的典型拆迁案例，并对这些案例作了简要的分析。

这八个专题设计的基本思考如下。

在拆迁涉及的物权法问题研究中，首先要考虑的，就是具有中国特色的土地经营制度。因为，土地经营从法律上看，就是以土地所有权为核心的各种物权依据市场规则的运作。中国的城镇土地经营的特点，是由中国特有的土地所有权制度决定的。这个特点就是众所周知的城镇土地的国家所有权制度。正是因为这一点，城市中的土地经营必须是在“国家”享有所有权的基础上的土地上运作，因此“国家”作为所有权的主体也就成了土地市场的当然参与者。从应然层面而言，城镇土地的国家所有权蕴涵着深刻的社会主义理想，建立这一制度的初衷以及因此而产生的“国家”经营土地的政策与制度也许不应该受到指责。从物权法的角度看，这一点现在也无法质疑。但是我们要思考和观察的，是“国家”在土地经营过程中的真正角色的发挥情况，而不是基于某种理想或者预先的设定。稍稍观察一下现实中的土地经营，我们就会发现，城市拆迁涉及的土地经营，无论

如何都不是“国家”在经营土地，而是地方政府在经营土地；而地方政府经营土地的现实操作，普遍的情况，却并不符合当初中国建立土地地权公有制度以及开放政府经营土地的社会主义价值目标。地方政府在追求土地财政时表现出的难以遏制的热情，很难说这是让民众实现均享地利社会主义的地权理想的体现。这个核心的症结，表现在中国拆迁法律制度的核心方面和整体方面，因此该制度的推行才导致了很大的现实困境，关键的原因就是在民众对于社会主义土地权利观念的追求，和地方政府对于土地财政的追求之间，存在巨大的落差。既有拆迁法律制度的建立，既是这种困窘的产物，也受到这种困窘的强烈冲击。

我们在探讨和建立城镇房屋拆迁制度时，必须注重这种现实而且必须从这种现实出发，必须从现实思想和制度围城中，依据科学的法理寻找出路。

民法科学上最基本的分析技术是法律关系理论。我们首先依据这一理论分析了经营土地现实的法律关系，结果发现，立法中土地经营的法律关系的设计和现实完全不一致。相关拆迁的法律制度把房地产开发企业当做拆迁中土地经营法律关系的主体，而不论是依据法律科学还是分析现实，我们都可以看到地方政府才是经营土地法律关系的核心主体，是征地和拆迁的主导者。从这一基础出发，我们提出必须在地方政府作为拆迁法律关系的核心主体的基础上，确定地方政府作为拆迁法律义务、法律责任的承担者。我们具体提出了拆迁涉及的土地经营存在的四层法律关系，即征收法律关系、“出让”法律关系、赔偿或者补偿法律关系以及社会保障法律关系。本课题研究就是依据这些法律关系的层层剖析作为基本的思路，对经营土地的法律制度提出了科学合理的解构，也提出了科学合理的建构。

接着，我们仔细地分析了构成中国拆迁制度基础的土地所有权制度的基本理念方面的问题。我们认为，法律制度的建立是思想理念的产物，尤其中国式的国家土地所有权制度以及相关的土地经营制度更是这样，因为这些制度并不是中国法律制度发展演化历史的产物，其中的法理思维更加值得我们探讨。我们在第二专题探讨了中国国家土地所有权制度以及“土地一级市场的国家垄断”制度的形成过程，探索了现行土地所有权和土地利用制度深层的社会主义理想，以及现实中由政府尤其是地方政府主导不动产市场的局面形成的原因。在此基础上提出了合理的规制思路。

拆迁现实中最引人注目的，就是“钉子户”现象。“钉子户”这个概念在城市改造初期可以说是一个完全的贬义词，但是在当前，它至少已经发展成为一个中性词。这个概念集中了拆迁法律制度发展中新旧意识形态的冲突，我们从拆迁法律关系的权利受损者的角度，探讨了其中的立法理念和制度建设问题。这一部分内容集中在本研究的第三专题。

在中国《物权法》的立法过程中我们提出了在征收制度中增加“公共利益原则”的建议，这个原则后来被《物权法》第42条采纳。显然，这个原则最恰当的应用，就在于依据国家基本法律来进行拆迁法律制度的建设。因此，我们在第四专题专门就这一问题展开了探讨。我们探讨了公共利益原则作为法律一般性限制性条款的应用对象，探讨了公共利益的一般法律意义、公共利益解释以及违背公共利益原则的法律后果等。

本课题研究的第五个专题，是拆迁基本程序的探讨。城市房屋拆迁，从公权力的角度看，是权力的强制取得；反之，从相对人的角度看，则是其权利被剥夺和丧失。这样一个由权力消灭权利的过程，无论从限制权力还是保障权利的角度看，都应重视整个程序的公正性和合理性。我们认为不应单纯从行政法角度对房屋拆迁程序进行研究，应更多地从民权保护的角度审视现有程序，着重解决目前房屋拆迁实践中普遍存在的公开性、救济性、公众参与性、决策性等缺失的问题。

本课题研究的第六个专题，是拆迁补偿问题。这个问题从民法的角度看，在制度建设中应该是核心之一。既然城市房屋拆迁是以公权力消灭民事主体的民事权利为基本要素的，其间必然要涉及房屋以及地上其他建筑物、构筑物以及养殖物的损害赔偿关系。专题探讨了拆迁补偿行为的定性以及民众获得补偿的权利与权益基础、完全补偿的标准和市场价格标准等法律制度建设问题。

在政府经营土地的伦理正当性基础方面，政府经常以旧城改造、危旧房改造为例，来说明其行为的正当性。确实，早期的旧城改造和危旧房改造中政府经营土地的正当性是不容怀疑的，政府确实为这些公共福利承担了应有的责任，得到了社会的普遍肯定。我们提出，现在的房地产开发过程中政府应该继续承担这种责任，由开发商来承担这一责任的做法，既与法理不符，实际上也难以继。2008年发生的北京酒仙桥地区老住宅区拆迁改造案便是很好的例证。因而，第七专题从酒仙桥危改拆迁案引发的问

题出发对该问题进行论述，希望决策者能借此关注被隐藏许久的社会保障法律关系。我们坚持政府必须在城市房屋拆迁中按照公平、公开原则和保障被拆迁人居住条件的原则构建社会保障体制，以积极作为的方式履行其本应承担的拆迁中的社会保障责任。

拆迁是国家行使公权力——行政征收权的一种表现，因而公权力和私权利的矛盾，在拆迁问题上被集中了，也被放大了。从法律发展史的角度看，公权力和私权利的冲突在每一个社会历史阶段都是不可避免的，只是在中国的城镇拆迁问题上，公权力和私权利的矛盾更为明显和尖锐。我们试图以拆迁制度和拆迁立法政策的变迁所涉及的公权力与私权利矛盾运动发展为视角，来跟踪这一特殊的历史过程，分析其中折射的经济体制、社会制度的变迁，以及人们的思想认识和价值观的演化。本课题研究的最后一个专题，就是从拆迁这个独特的社会问题入手，分析中国社会公共权力和民事权利矛盾运动，以期对于中国社会权力与权利的博弈和发展演化有更为深层次的理解。

民权复兴是中国大势。中国民众的基本权利从压抑到高涨，如浩浩荡荡的春水，是不可阻挡的历史潮流，也是中国当今社会的主流，中华民族定将在这一潮流的激荡下走向繁荣强盛。我们的这个研究项目，无非是借助于拆迁这个特殊的事件，跟踪这一段特殊历史的脚步，记载她的声音，传播她的呼吁，张扬她的精神。

四 专题分工

该项分课题的研究人员是：第一专题由课题负责人孙宪忠研究员完成，硕士研究生于韞珩、牛慧娟、王崇华、郭旭、徐幸、李雅迪和蓝艺等，大体上完成了第二至第七专题的初稿；硕士研究生郑伟负责收集和整理拆迁典型案例。初稿完成后，谢鸿飞副研究员和博士研究生雷秋玉、李爱平按照课题负责人的要求，对第二专题至第七专题进行了深化研究。因为初稿距离课题负责人的要求比较远，因此最后由孙宪忠本人对这些专题的大部分进行了再次深化甚至重写。因为一而再再而三的修订，所以2010年底已经完成的初稿，直到2012年初才勉强总体完成。

在项目的完成过程中，王家福研究员、梁慧星研究员、陈甦研究员、

邹海林研究员、张广兴研究员、渠涛研究员、薛宁兰研究员等中国社会科学院法学所的同人以不同的方式提供了指导意见。

虽然现在完成的稿子已历经无数次的修改，但是由于时间和能力的限制，许多内容的剖析还不够深入和全面。此外，还有一些重大的问题、尖锐的问题，本来也应该一并探讨，但是因为本题目限定在“拆迁中的物权法问题”这个范围内，因此这些很有价值的问题也就只能等待下一步的探讨了。不当与不足之处，请多多指正。

项目负责人 孙宪忠

目 录

前 言	1
一 项目研究概况	1
二 项目的“问题意识”	2
三 专题的设置及其简要内容	4
四 专题分工	7
专题一 政府经营土地的法律关系分析	1
一 中国不动产市场的基本特点是政府经营土地	2
二 经营土地制度中的社会主义理想以及现实	3
三 经营土地中的法律关系	6
四 结论	9
专题二 经营土地理念的法学探讨	11
一 引言	11
二 中国城市土地所有权的理念思考	15
三 政府“经营土地”的现实分析	29
四 “公权牟利”分析	40
五 对城市土地所有权制度的再思考	56
六 小结	62
专题三 “钉子户”现象的物权法分析	65
一 引言	65
二 “钉子户”问题现状分析	68

三 民众权利主张的正当性	79
四 被拆迁人应该享有哪些权利	86
五 “钉子户”问题的解决	98
六 结语	103
专题四 拆迁中的公共利益	105
一 引言	105
二 公共利益条款的必要性及其价值目标	107
三 公共利益是什么	115
四 公共利益条款应该限制谁	129
五 由谁来确定公共利益	135
六 结语	141
专题五 城市房屋拆迁正当程序研究	143
一 引言	143
二 程序正义之于城市房屋拆迁的价值	144
三 城市房屋拆迁的应有程序	149
四 强化民权保障的几个特别程序	172
五 结语	179
专题六 拆迁补偿研究	180
一 引言	180
二 拆迁中补偿行为的定性	181
三 拆迁补偿的具体范围与实现方式	202
四 拆迁中的补偿标准探究	220
五 结语	227
专题七 拆迁中的社会保障责任	229
一 引言	229

二 操作不合法抑或制度不合理?	231
三 社会保障责任的承担	242
四 尝试以及经验	250
五 结语	262
专题八 拆迁：公权与私权的矛与盾	264
一 引言	264
二 拆迁引发的思考：强化公权还是私权?	267
三 中国拆迁立法回顾——以公权与私权关系为核心	274
四 私权的承认和保护——中国法制文明发展的必然趋势	292
五 结语	309
附 拆迁典型案例及简要分析	312
一 前言	312
二 暴力拆迁案	312
三 暴力抗拒拆迁案	338
四 拆迁成功案	361
五 另类拆迁案：南京古稀老人假离婚案	367
六 涉及暴力拆迁的官员言行	368
七 小结	372
术语索引	374

专题一

政府经营土地的法律关系分析

中国《物权法》颁布之后，其中第42条规定的关于土地征收和城市拆迁的内容，引起了社会各界强烈的关注。目前城市扩张迅速，征地和拆迁事务繁多，由此引起的纠纷非常多，其中一些争议非常激烈，还带有群体性特征。这说明，该条文规定的内容反映了中国社会一些本质性的问题。在中国当前社会中不论是从媒体报道的消息看还是我们从事社会调查的情况看，大规模的群体性纠纷，多是涉及征地和拆迁的。这一点说明，我们当初在设计《物权法》学者建议稿时，将征地与拆迁的条文纳入《物权法》，希望通过《物权法》来达到民权保护的目的是没有问题的。^① 但是，拆迁争议告诉我们，中国社会尤其是那些执掌公共权力的部门，对于这个制度设计中的核心内容没有充分理解。《物权法》第42条的主旨，其实是要规范政府经营土地的行为，它把政府放置在土地经营的核心地位，并且要让政府承担征地和拆迁的法律责任。中国目前征地与拆迁的相关法律所界定的政府的作用，却与《物权法》的规定基本不合，尤其是从政府参与土地经营的法律关系分析，我们更应该看到在立法设计方面确实存在缺陷。这一点我们认为是一个核心的问题，应该下大力气予以解决。

^① 对此有兴趣者，可以参见孙宪忠《争议与思考——物权立法笔记》，中国人民大学出版社，2007，第67~69页。

一 中国不动产市场的基本特点是政府经营土地

市场经济体制下不动产市场是最为重要的市场，普遍存在着土地经营，也就是利用土地赢利的行为。从法律制度的角度看，土地经营其实就是以土地所有权为核心的各种物权（如中国的城市建设用地使用权）的市场运作，因为经营土地，其实是经营法律承认和许可的土地物权。而这些物权中，土地所有权当然是最为基础的权利，其他土地经营，都是在所有权运作基础上进行的。考虑中国的土地经营法律制度时，必须考虑中国独特的土地所有权制度，这就是，中国宪法等法律规定城市土地所有权一律归属于“国家”，农村土地一律属于集体。因此，所有的土地经营都是在这两种所有权基础上进行的。中国现行法律又规定，除原来已经发生的部分乡镇建设用地之外，其他的建设用地都是城市建设用地，在城市中需要土地进行建设的企业等，应该向政府申请“出让”土地；如果城市扩大新增建设用地，则必须首先由“国家”将土地征收，然后由国家“出让”给用地人。这样，从事城市土地建设时必须在“国家”享有所有权的土地上运作。也就是说，中国的城市土地的所有市场性运作都必须有“国家”的参与。

但是在现实中，中国“国家”并不仅仅是土地经营的参与者，而且是土地经营的发动者、主导者和最为重要的当事人。因为，中国《土地管理法》等法律规定，中国建立“土地一级市场的国家垄断经营”原则。这个原则的基本含义是：当农村土地转化为城市建设用地的时候，或者城市一般土地转化为市场性质的建设用地的时候，都必须经过“国家”土地所有权这一基础性权利的运作。^①这就是说，建设用地使用权必须在国家土地所有权基础上设立出来，必须由“国家”作为土地所有权人“出让”建设用地使用权。按照中国法律，在城市建设中，只有建设用地使用权这么一种权利才能独立地进入不动产市场（房屋所有权当然只有在获得建设用地

^① 对此可以参见《中华人民共和国城市房地产管理法》（1994年）第8条，该条规定：“城市规划区内的集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让。”

使用权之后才能获得)，因此，获得建设用地使用权其实是进入不动产市场的第一步。所以，“土地一级市场的国家垄断经营”制度和原则，其本质含义就是不动产市场的第一级市场，是由国家发动的、主导的，当然它也是参与者。

由于城市土地所有权的国家垄断，形成了建设用地使用权设立过程由“国家”完全掌控的情形。哪些土地可以进入市场，何时进入市场，这些完全由“国家”决定。其中的核心是国家的建设项目审批以及由政府取得土地出让金，审批与否、收取多少出让金，都由“国家”单方面决定。

但是，“国家”在这里到底指的是谁呢？它真的是“国家”吗？不是。中国《城市房地产管理法》（1994年）第14条第2款规定：“土地使用权出让合同由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。”依据这个规定，市县一级政府行使土地出让权，也就是土地经营权。因此，建设用地使用权“一级市场”的经营，实际上垄断在市县一级政府的手里。所以在上面我们的分析中，说到“国家”经营土地的时候，我们加上了引号，表明地方政府而不是国家经营土地的意义。

按照中国法律，地方政府在出让土地时，有权利收取土地出让金。按照法律，只有在征收农民的耕地时，土地出让金的30%才要上缴给中央财政；而其他的土地出让金一律留存在地方政府手里。土地经营因此形成中国特有的地方政府的“第二财政”现象。据有关机关披露，第二财政目前在中国成为地方政府的主要财源，在一线大城市里，地方政府收取的第二财政数额普遍相当于以税收为代表的第二财政。有些沿海城市的第二财政数额甚至超越了第一财政。

二 经营土地制度中的社会主义理想以及现实

中国现在建立的政府经营土地的体制，是历史发展的产物，其中社会主义观念的引入发挥了决定性作用。马克思在其著作中提到了“级差地租理论”，后来这些观念先后被孙中山和毛泽东等人接受，并运用在中国的土地改革之中。所谓级差地租，就是指土地因为非劳动因素而出现的收益不平等。在马克思看来，这种情形应该予以纠正。中国革命的先行者孙中山先生提出的“三民主义”理论中，其实也有很多社会主义观念，比如，

孙中山提出的“平均地权、涨价归公”理论就是这样。这一观念的要点，是土地的所有权应该平均由社会的人享有，然后在土地因为非劳动因素涨价时，涨价的部分通过一定的措施（如增值税等）收归社会。这一理论的核心，是将土地这种有限的自然资源在社会的人中间依据法律理解的公平观念予以配置。这一观念当然具有强烈的社会主义色彩。

后来中国共产党人的土地观是在孙中山的理论上发展而来的。中国共产党人认为，孙中山先生的这种社会主义土地观因为保留了土地所有权的私有，还是难以达到地利共享的社会主义目标。因此，中国应确立“统一地权、平均地利”的社会主义土地纲领，实现土地公有制，并且以此为手段，实现土地利益由社会共享的目标。从20世纪50年代到改革开放初期很长的一段时间里，中国政府通过公共土地，为社会的人“平均”分配住房等，这其实就是一种民众共享地利的社会主义理想的实现方式。当然，改革开放之前数十年的教训证明，这种短缺经济的方式并不能有效地为社会民众提供足够的住房，反而因为资源的政府垄断而形成了新的不均衡。因此这种体制无法达到让社会民众均享地利这一目标。

但是无论如何，我们不能忘记支持土地制度在中国数十年发展演化的基本理论，那就是土地地利由社会民众共享这一社会主义的土地观。法律上的所有权属于上层建筑，它在任何情况下都只是一种社会改造和发展手段，而不是社会发展的目标。就是因为这样，中国目前的“国家”土地所有权也并不应该是社会发展的目的，不应该作为一个雷打不动的原则。地方政府利用土地经营的情形，也只能在社会主义理想的土地观的支持下，才是正当的。

在中国普遍建立土地公有制之后，为了实现建立这种制度的价值目标，开始实行了城市土地无偿使用制度。但是公共土地无偿使用弊端极多，其中一个最明显的缺陷，就是土地资源的巨大浪费。因为土地可以无偿使用，许多企业单位都要想办法滥占多占土地，改革开放之前这种情形非常普遍。1988年中国开始建立有偿使用制，最初的目标只是为了通过收费的方法遏制土地浪费。这样，土地有偿使用制度开始建立起来了。1988年宪法修正案承认了国有土地有偿使用制度，随即中国全面开启了不动产市场。

不动产市场的发展，在促进社会住房制度发展和保障方面，与改革开

放之前数十年实行的计划经济体制相比较，反而更加有效。这个巨大的进步也是我们应该认识到的。

不动产市场在市场经济体制中占据核心地位，因此，中国整体的市场经济体制也随着不动产市场的开启而得到建立。这也是中国开启国有土地有偿使用制所带来的最大成就。但是在中国整体的市场经济体制建立之后，对于中国土地经营或者运营方面的社会主义理想是否还要予以坚持的问题，以及如何予以坚持的问题，对于土地的“国家”所有权制度如何适应市场经济运作的问题，似乎从来没有人提出来讨论过。

如上所述，土地的“国家”所有权实际上掌握在地方政府的手里，成为地方政府运作土地或者经营土地的法律基础。地方政府利用这种权利经营土地的情形，在20世纪80年代初期还曾经获得了普遍的好评。因为那个时候各地政府利用土地所有权来做的事情，主要是“旧城改造”，这种事情和中国社会主导的价值体系是一致的。但是在市场经济体制建立之后，尤其是“土地一级市场国家垄断”建立，地方政府普遍地从土地经营中获得了巨大的地方财政收入之后，事情就发生了变化。在一些发展速度比较快的地区，地方政府获得了经验，就是迅速扩大土地经营，取得土地出让金。这一收入本来并不是财政收入，但是其数额巨大，渐渐成为与财政收入不相上下的“第二财政”。目前在一些地区，第二财政数额超过了第一财政。中国地方政府主导的土地经营越来越活跃，各地政府无不在这一方面表现出极大的主动性。20世纪90年代，地方政府官员提出了“经营城市”、“经营土地”的口号，将经营土地取得土地出让金作为一种光明正大的目标提了出来，并且很快在全国推广开来。随之不久，中国出现了很多地方政府建立的开发区，也出现了耕地的大幅度减少，出现了生态和环境的严重破坏。这种无法遏制的开发热，除了有发展经济的动机之外，取得第二财政的目的也是非常显著的。这样，我们在上面提到的建立土地公有制的社会主义理想，在越来越扩大的土地财政以及群体性社会冲突面前，已经难以显示出来了。

经营土地对于地方政府而言当然具有重大的内在利益，同时，各地关于城市拆迁以及农村征地的负面报道源源不断，各种批评也是源源不断，但是地方政府经营土地的热情还在普遍高涨。现实中一方面城市经济得到了发展，但是另一方面，不顾及可持续发展、不顾及民生的做法在各地也是普遍

存在的。中央政府为了保护耕地资源，出台了很多监督土地利用的措施，但是这些措施在地方政府面前总是捉襟见肘。^①近年来，因为经营土地导致的严重的民众权利受损害的案例大量涌现，民众以性命抗争的事例也不少见。而且众所周知的是，土地经营已经成为中国官场腐败最大的渊藪。

在社会调查中我们发现了一个普遍的土地经营的弊端，那就是政府已经和开发商结成利益共同体了。多数的地方政府在经营土地时，违背了中国《土地管理法》及其实施条例、《城市房地产管理法》必须首先支付土地出让金然后再出让土地使用权的规定。当前地方政府一项普遍的做法是：他们和开发商约定，先缴纳部分土地出让金，甚至基本上不缴出让金，就把土地交给开发商，然后在开发商将商品房出卖之后，再来缴纳土地出让金。这样，地方政府收取土地出让金的目的，已经和开发商的经营赢利目的结合在一起。沿海某省，多次出现当地政府帮助开发商到北京、上海销售“海景房”的事情，就是这种情况的反映。这些政府之所以积极地帮助开发商卖房子，其中的原因，就是他们的财政目标和开发商的利益形成了利益共同体。据我们调查，这种地方政府和开发商共同推动土地市场的情形，在中国不是一例两例，而是非常普遍。

显然，现在中国的经营土地，其中一些内容违背了社会主义土地思想，也违背了中国现行土地制度建立的基本伦理。那么问题出在哪里？

三 经营土地中的法律关系

（一）地方政府是经营土地法律关系的核心主体

虽然土地经营由政府主导和发动，但是中国的立法政策似乎可以隐蔽这一点。城市拆迁条例等相关法律规定，政府并不参与征地和拆迁的法律关系，征地是农民和用地人的法律关系；而拆迁是拆迁人（新的建设用地使用权人）和被拆迁人（原建设用地使用权人）之间的法律关系，他们相互承担权利义务。政府在他们之外处于“居中协调”的地位。^②这一立法

^① 参见《国土资源部称严重土地违法多涉及地方政府》，2006年4月16日《新京报》。

^② 对此请参见国务院1991年颁发的《城市房屋拆迁管理条例》第3条等。

规则，使得本来在土地经营中获得巨大利益的地方政府，一下子处于超然纯净的道德高地。一些学者也提出了“民事拆迁”的观点，认为拆迁法律关系的当事人就应该是“拆迁条例”规定的拆迁人和被拆迁人，政府不应该被法律作为这一法律关系的主体。^①

但是，我们从上面的分析可以看到：（1）政府行使土地出让的权利，并收取数量巨大的土地出让金。（2）只有政府才有权力代表公共利益，消灭被拆迁人的不动产或者动产，现在的“拆迁人”和被拆迁人一样，是平等的民事主体，拆迁人哪里有权利消灭被拆迁人的合法地权和房屋权利呢？（3）开发商要的是土地，而不是被拆迁掉的房屋和地上建筑物；但是他们拥有的建设用地使用权，是从地方政府那里获得的，而不是从小业主那里获得的。因此，无论如何应该看到，政府才是真正的拆迁法律关系当事人，政府将小业主的地权征收到手里，然后将它出让给新的建设用地使用权人。因此，征地与拆迁的基本法律关系是政府“一手托两家”，政府是真实的拆迁法律关系当事人，而且是核心的法律关系当事人。目前法律拟制的上述“当事人”之间并没有真正的法律关系。

1990年国务院颁布的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》曾经规定，政府在出让土地之前，应该负责土地的“三通一平”等工作。这些规定显示了政府方面应该承担的法律义务。但是在近年来颁布的法律规则中，这些规定消失了，政府在征地与拆迁中的真实作用被进一步隐藏起来了。

目前的政策和法律只让政府方面享有取得土地出让金的权利，而不让其承担相关义务，是违背法律原理的。当然，这些规定最严重的问题，就是地方政府不受法律责任的内在约束，其过分的征地与拆迁的热情无法得到遏制。所以我们必须尊重法律关系规则的分析，让那些从事甚至主导征地和拆迁的地方政府，承担法律义务、法律责任，让他们作为法律关系的一方当事人，直接面对另一方当事人也就是那些权利被消灭的民众。这就是解决这个现实问题的唯一符合法理科学而且切实可行的法律措施。

^① 乔新生：《两种不同的拆迁立法思路》，2008年9月27日《新京报》。

（二）经营土地法律关系的复合型特点

地方政府主动地征地与拆迁，既包含着公共权力运作的内容，也包含着民事权利变动的内容，而且，这些处于变动之中的权利还是多方面的。就是因为这样，经营土地的法律关系也呈现复合型特征，其中有些法律关系是行政关系，有些则是民事法律关系。笔者认为，这些法律关系可以分为四种类型。

1. 征收法律关系

即政府运用行政权力消灭自然人或者法人的所有权、建设用地使用权等权利，因此形成的一种法律关系。这是征地与拆迁的第一步。如上所述，农民的土地所有权是地方政府以国家的名义征收的，城市拆迁中“业主”的建设用地使用权也是这样。因此，地方政府就是这里征收法律关系的当事人，对此《物权法》第42条有明确的反映。

2. “出让”法律关系

即政府行使建设用地使用权出让权，将该权利出让给新的用地人而形成的法律关系。地方政府在这个环节中收取土地出让金，获得土地财政。这种法律关系到底是民事关系还是行政关系，学术界曾经争执多年。目前《物权法》将出让规定为物权设立方式之一，但是，出让的法律根据，既有民法上的因素，也有行政法上的因素。

3. 赔偿或者补偿法律关系

即“业主”的所有权以及其他民事权利因为拆迁或者征地而被消灭，进而获得赔偿或者补偿，因此发生的法律关系。这种法律关系虽然与民法上的损害赔偿不尽相同，但是基本原理应该是一致的。

4. 社会保障法律关系

即“小业主”在征地与拆迁的过程中，通过土地权利运作而改善其居住以及其他生活条件，因此形成的法律关系。20世纪80年代，中国城市地方政府进行“危旧房屋改造”，目的就在于通过土地运作改善居民的生活条件。这一做法获得了社会的认可，目前也有很多城市民众热盼拆迁，原因就是如此。但是，在此中必然涉及费用问题，立法者以及社会大众很少考虑到其中的问题。在20世纪80年代，这些费用当然是由地方政府来承担的，因此那时候地方政府进行城市改造的积极性并不高。而现在地方

政府运作土地的积极性如此高涨，此中的费用是由谁来承担的呢？当然，土地开发商是不会承担的，而是由购买商品房的人们承担的。这就是中国城市房屋价格居高不下的原因之一。但是给社会大众提供社会保障到底是谁的责任？这些问题很值得立法者思考。

上述四种类型的法律关系，如果严格按照民法科学关于法律关系的定义分析，还可以作出更加细致的划分。但是，追求此中学术上的精确不是本书的目的，因此我们不再沿着这一思路演绎。

不过，通过上述四种法律关系的分析，我们已经可以清楚地看出土地经营过程中政府的责任到底在哪里。

（三）土地经营基本程序的不当之处

通过土地经营法律关系的分析，我们还可以发现一个涉及中国城市基本建设程序的法律政策缺陷或者立法缺陷。比如，在城市拆迁过程中，首先要解决涉及民法的问题，是民众也就是俗称的“被拆迁人”对于即将开发的土地仍然拥有合法的权利，这种权利一般情况下是建设用地使用权。因此，如果要开始拆迁工程，应该首先建立的程序，就是征收程序，依法将被拆迁人的土地权利收归国有，然后政府才有权利将这种权利出让给新的用地人。但是，现在立法以及相关政策建立的程序，却首先是出让程序，政府在被拆迁人尚拥有完全合法的土地权利的情况下，基本上也是在这些权利人完全不知情的情况下，将他们的土地权利“出让”给不动产开发商或者其他新的用地人，而且已经收取了高额的土地出让金。然后，再由新的用地人和旧的地权人来协商补偿问题。这样的程序设计，当然对于被拆迁人损害极大。

四 结论

我们通过法律原理角度的分析可以确定，中国不动产市场活动中“国家”经营土地的说法是不正确的；真正经营土地者是市县一级地方政府。而不动产市场中政府经营土地的做法，起源于“旧城改造”，所以最初确实有正当的理由，即使是现在也不能完全否定。但是，如果土地经营完全演变成地方政府追求扩大地方财政的手段的时候，也就是罔顾民生以及科

学发展规则的时候，这就是一个严重问题。这些问题的发生，原因之一是中国现行拆迁与土地征收的法律规则，没有按照法律的科学原理将地方政府作为土地经营涉及的法律关系的当事人，而是将其置于这种法律关系之外，这样，地方政府就成了只在土地经营中获得巨大利益，而不承担任何法律责任的一个特殊角色。因此我们提出，从法律关系的科学道理分析，把主导土地经营的地方政府以法律规定为征地与拆迁的法律关系当事人，让他们在土地经营中直接面对权利被消灭的民众，对他们直接承担法律义务和责任。通过法律关系规则的束缚，使得地方政府经营土地的行为复归于科学发展观的要求。

专题二

经营土地理念的法学探讨

一 引言

“经营城市”这一概念是由市场经济发达国家的城市管理者于20世纪70年代提出的，它原意是指城市的建设和和管理上，政府推行“企业家化治理城市模式”，充分尊重价值规律的作用，运用市场经济的手段对城市的各种资源进行整合、重组，实现价值增值，以促进城市的经济、社会、环境的协调发展和人民物质文化生活水平的提高。这个概念提出后，逐渐为世界很多国家所熟悉，并大约在20世纪90年代进入中国，很快就被中国许多地方政府的领导者接受。不久，这个概念和当时中国刚刚开启的不动产市场相结合，产生了具有中国特色的“经营土地”的概念。之后，这些相互关联的概念所体现的以城市土地的运作产生巨大经济利益的做法，成为地方政府普遍遵循的执政方略。

随着“经营城市”、“经营土地”逐渐在全国铺开，我们看到了城市的高速扩展、城市中高楼大厦的拔地而起，看到了市政建设的日新月异。我们自然为之高兴，为之欣喜。然而，就在为之欢欣鼓舞的同时，我们也看到了越来越多的，因城市拆迁而引起的群众上访甚至规模很大的社会不稳定；我们也听到了越来越多的市民因买不起住房而发出的不满之声。因

此，我们有必要冷静理性地思索一下“经营城市”、“经营土地”这种所谓的“先进”概念进入中国后，其发展演化的理论背景和现实表现的法律问题。

我们不妨先从民法学、物权法学技术的角度，对“经营城市”、“经营土地”的基本法律关系作出一些基本的定义。这些技术性的定义包括法律主体、客体、行为方式问题，经营所得利益分配的规则问题等。显然，中国“经营城市”、“经营土地”的法律主体毫无疑问主要是城市中的各级政府，因此，经营城市是一种政府行为。而经营的客体，就是城市中的各种资源，包括有形的和无形的资源。有形资源主要有土地、房产、市政设施等，无形资源包括城市品牌、形象等。经营城市的行为方式，当然应该是在党的领导下，依照有关法律的规定，在市场经济规律的引导下，对所掌握的各种城市资源进行运作。经营所得，目前法律已经非常明确，表面上为“国家”取得，但是实际上由地方政府取得。这些基本的法律层面上的制度问题，想必社会争议不大。

国家土地所有权是指国家对全民所有的土地享有占有、使用、收益和处分的权利。依照中国宪法、物权法的规定，这种所有权只有一个主体，那就是国家，这就是中国过去几十年都在坚持的“国家所有权统一性和唯一性”原则。但是中国当前的宪法和物权法都没有揭示的问题是，“国家”作为主权的拥有者，在内国法上只能作为抽象的统一和唯一的整体；而所有权作为一种典型的民法权利，它的行使必须由具体特定主体的行为来进行。那么在城市土地所有权制度上，这个主体怎么样特定化、科学化？显然，土地的权力或者权利必须具体化，其利益运作才能够科学化。那么这种土地运作中具体的权力或者权利运用机制，在中国法律中是如何体现的？到目前为止，我们的立法者和法律宣传教育家们，似乎都还没有认识到此中的问题。事实证明，中国城市地权中的很多问题，都是从这里产生的。

从法律上探讨运作这些资源的方式以及利益所得的归属时，我们还可以发现很多以前人们没有仔细考虑的问题，这就是经营城市的指导思想的法律问题。在城市里，经营城市常常表现为城镇拆迁，而拆迁就是依据公共权力消灭民事权利。问题就是这么简单，但是也就是这么严重、这么复杂。因为，拆迁涉及的公共权力应用问题，是依法治国原则下必

须时刻考量的大问题；而民众权利保护的问题，同样是法治国家必须随时考量的大问题。这样，从国家基本的法律制度的层面看，公共权力的运用和民众权利的保护这两个宪法、民法中的基本问题发生了矛盾。从民法的角度我们提出的问题是，为什么民事权利在此被消灭？“国家”其实是地方政府为什么要取得民众占有的土地？对这一土地，能不能以及应该如何“经营”？这些问题实在太重要了，因此近年来，拆迁引起的社会热议不断。

在“经营城市”这一理念进入中国之初，中国社会对它似乎是非常欢迎的。那时已经是中国建立市场经济体制之后，社会的大多数人已经充分认识到土地是城市最大的资本。因此“经营城市”这个理念，在中国关注的重点在于经营土地。^①甚至有人说，经营城市在很大程度上就是经营城市土地。^②2003年2月，袁世珠指出，土地作为城市最大的资产优势没能充分显现出来，必须突出以地生财，做好土地经营的文章，因为以地生财是筹集城市建设资金的成功之路，为此，除了科学规划城市、调整优化经济结构等等之外，必须加强政府对土地一级市场的垄断，推行国有土地使用权的“招、拍、挂”，以实现土地收益的最大化；袁世珠同时认为，城市拆迁成本过高，造成土地成本增加，是政府土地无法取得最大收益的一个因素。^③阆中市国土资源局局长谭波主张“经济城市，以地聚财”。^④蔡雪雄也认为，政府垄断土地市场，是“经营城市”的核心与关键。^⑤同类的观点不一而足。或许正是因为上述原因，政府“经营城市”很容易就蜕变成了“经营土地”。欧阳锦指出，政府“经营城市”必将异化为“经营土地”。^⑥

也就是说，“经营城市”这个概念进入中国不久，就演化成了“经营

① 徐文骏：《经营城市土地的三个支柱》，《瞭望新闻周刊》2008年第34期，第40页。

② 董菊卉：《把握经营城市土地主动权》，《中国土地》2004年第5期，第34页。

③ 袁世珠：《对经营城市现实问题的分析与研究》，《社会科学》2003年第2期，第20～25页。

④ 谭波：《经营城市、以地聚财》，《四川政报》2003年第25期。

⑤ 蔡雪健：《政府垄断土地市场：经营城市的核心和关键》，《经济体制改革》2004年第3期，第32～35页。

⑥ 欧阳锦：《必须迅速叫停政府“经营城市”》，《甘肃社会科学》2006年第2期，第228～231页。

土地”。显然，中国社会很快就已经认识到，土地是城市诸多资产中数量最多、价值最大、增值潜力最大的资源。加之中国特有的土地所有权体系，政府在“经营城市”的过程中能直接有效地控制的资产就是城市中的国有土地，政府赖以进行城市经营、推进城市化进程的核心也就是对土地的经营。因此，经营土地即“以地生财”就成了“经营城市”的核心内容，我们遗憾地看到，在有些地方“以地生财”甚至成了“经营城市”的唯一内容。“经营城市”的核心关键词也仅仅演变成了“经营土地”。

从上面这些学界、政界人士的口中，我们也已经知道，城市中的经营土地，从一开始就面临着“拆迁成本过高……政府无法取得最大收益”这样的“困难”。也就是说，以拆迁作为经营城市、经营土地的手段的官员以及学者早已明确地认识到，这种特殊的经营主要就是借助于拆迁展开的，而且，政府是这一特殊经营的主体，经营的目的是获得最大的收益。同时，通过这些学界、政界人士的讨论，我们也大体上知道了在2003年前后政府大力推出土地使用权出让“招、拍、挂”这些竞价措施的基本动机。

也就是这样，我们可以看到，以拆迁为手段推行“经营土地”的理念，在很多地方政府领导看来，是光明正大、理直气壮的。从这里我们也可以理解，为什么拆迁出现了那么多的社会问题，但是从上到下，东西南北的政府都在大力支持拆迁，推进拆迁。因此，显然我们应该看到，在拆迁这个问题上，涉及政府经营城市、经营土地的理念问题。在法理学上，对于权利、权力、义务、责任这些固有的范畴，历来存在各种不同的法律评价；但是最终的、最高的评价是法律的道德评价，因此，在研究和讨论中国特有的拆迁、经营城市、经营土地的制度的时候，我们必须从法律思想背后的伦理道德的角度，来探讨这些制度的正当性问题。所以，我们首先要从法律理念的角度分析地方政府“经营土地”、“经营城市”中思想精神方面的几个问题。为何在中国，“经营城市”演变为“经营土地”，最后居然成为获得土地财政的手段？为什么这个概念和拆迁结成了同盟？为什么最早提出经营城市概念的市场经济发达国家，这个概念却与土地财政没有任何的关系？这一点是我们应该首先思考的问题。

二 中国城市土地所有权的理念思考

显然，中国城市土地“国家”所有权，是回答上面提出的问题关键答案之所在。因此，我们必须首先理解中国的城市土地以所有权为基础的城市土地物权制度。中国城市中的土地物权具有多层次性的结构，土地所有权是基础，建设用地使用权是主干，在这之上还有抵押权等其他物权权利。^①而经营土地，其实就是城市地权运作的行为，具体地说，就是地方政府通过出让城市国有土地使用权而获得土地出让金的行为。中国宪法、土地管理法等法律规定，中国的城市土地由法律规定一律由国家享有所有权，所以经营土地的行为一方面被认为是履行国家所有权的行为，而另一方面，是典型的市场行为。因为，土地所有权统一归“国家”，故这种市场行为具有法律独特的垄断性。

但是我们必须知道，中国城市土地“国家”统一的所有权，并不是类似于历史上其他国家那样，“国家”依据财政方法或者其他传统的法律方法取得所有权的结果，当然更不是自然演化的结果，而是新中国成立以后短短的几十年里，执政者依据历次政治运动推动的结果。按照中国当代政治学的术语，中国的城市土地国家所有权，是按照一种法律指导思想“建立”起来的，而不是历史自然发展而来的。因此我们必须首先弄清楚“建立”城市土地国家所有权的原因，或者其指导思想。至少我们应该弄清楚，建立这种土地所有权的指导思想，是不是从一开始就是为了建立这种垄断性的土地经营的呢？如果不弄清楚这个问题，我们对于拆迁中的经营城市、经营土地，就不会从根本上予以理解。

（一）为什么要建立城市“国家”土地所有权

一般认为，中国城市土地所有权的建立，是社会主义理想应用于中国实际的产物。而我们知道，社会主义理想的本源，是为了消除人与人之间物质占有和利用的不公平。这种理想，当然是人类历史上一种先进的理

^① 孙宪忠：《争议与思考——物权法立法笔记》，中国人民大学出版社，2006，第1版，第554页。

念。关于土地占有和使用的不公平现象，实际上也是由来已久，因为土地是天然的富源，又是人类社会最为重要的生产资料和生活资料，因此关于土地上的社会主义观念和理想，实际上也是由来已久。当然，马克思的观念，后来对于中国城市土地制度的形成发挥了极大的指导作用。

1. 马克思的地租理论

马克思在土地问题方面的重大贡献，是他发现了土地作为一种自然资源，在私有制的占有和利用的情况下，产生了级差地租甚至绝对级差地租的情形。这样的级差地租，并非是劳动的产物，并不是劳动价值的凝结，这就形成了土地占有和利用方面的不公平现象。

古典经济学的地租理论最早在英国提出。17世纪中叶，古典经济学创始人威廉·配第就提出了改善地租与土地价格理论；18世纪后半期《国富论》的作者亚当·斯密创立了政治经济学完整体系，也推进了地租理论，他以土地价格理论对地租理论进行了丰富与完善。至19世纪初期，英国古典经济学家大卫·李嘉图完成了对古典经济学的创造，也使地租理论达到了资产阶级经济学的高峰。后来，马克思总结资产阶级地租理论时，就以李嘉图的理论为代表而展开，并且在古典经济学理论基础上，进一步丰富和发展了土地地租理论。^①在这一方面，马克思的理论贡献是，从资本的角度，对于土地上的级差地租进行了更加深入的分析，指出利用资本取得土地上的剩余价值和超额剩余价值的理论（也就是级差地租理论和绝对级差地租理论）。^②

在马克思看来，级差地租是资本对土地经营权垄断产生的、由土地所有者占有的超额利润的转化形式，由土地和资本生产率的等级差别形成的地租。资本主义农业中的生产关系具体表现为：土地所有者占有土地，由农业资本家承租经营，雇用农业工人耕种。这种生产关系的特点是，不仅生产资料和劳动者相分离，而且土地的所有权和经营权相分离：作为基本生产条件的土地等自然力是有限的，农业资本家承租了土地，意味着资本对土地经营权的垄断。土地的自然力是有等级差别的。同量

^① 于俊文：《土地所有权与绝对地租内在联系的科学论证——马克思〈剩余价值理论〉读书札记》，《当代经济研究》1997年第1期，第6-11页。

^② 于俊文：《土地所有权与绝对地租内在联系的科学论证——马克思〈剩余价值理论〉读书札记》，《当代经济研究》1997年第1期，第6-11页。

资本投在相等面积土地上，也会造成农业工人的劳动自然生产率和资本生产率的等级差别，以及农产品个别生产价格的等级差别。由于存在土地经营权的垄断，限制了资本向农业的自由转移，于是，农产品的市场价格即一般生产价格由劣等地的个别生产价格调节，经营中等地和优等地的农业资本家就会在平均利润以上获得一个有等级差别的超额利润。由于土地所有权垄断的存在，这个超额利润便归土地所有者占有而转化为级差地租。可见，作为级差地租实体的超额利润的形成条件是土地的劳动自然生产率和资本生产率的等级差别；其产生原因是资本对土地经营权的垄断；其来源是由农产品的一般生产价格（社会生产价格）高于个别生产价格的余额所构成的超额利润；这个超额利润转化为级差地租的原因是土地所有权的垄断。

在级差地租理论的基础上，马克思进一步指出了绝对级差地租存在的可能性。绝对级差地租是由土地所有权垄断产生的超额利润的转化形式，是租种任何土地都必须绝对缴纳的地租。在资本主义发展的一定阶段，农业落后于工业的发展，农业资本有机构成低于社会资本平均构成，农产品价值高于生产价格。农业中土地所有权的垄断，限制了资本的自由投入，农产品价值高于生产价格的余额不参加社会的利润平均化，超过平均利润以上的超额利润便保留在农业中，并转化为绝对地租。所以，绝对地租产生的原因是土地所有权的垄断，就是马克思说的“土地所有权本身已经产生地租”^①；其形成条件是农业资本有机构成低于社会资本平均构成；其实体来源是农产品价值超过生产价格的余额所构成的超额利润。

从马克思的分析看，土地作为自然资源可以产生收益，而且这种收益还可以表现为“超额”的特点。这种情况，从劳动创造价值的角度看，不是一个正常的现象。虽然马克思没有提出对于地租、级差地租以及绝对级差地租的相对应的社会应对方案，但是我们知道，马克思是把地租的这些现象纳入“资本”和私有制这个范畴之中来考虑的，因此，根据马克思对于“资本”的应对逻辑，我们可以得知，马克思是从消灭私有制的这个最终结论来看待地租的。

在当前中国建立的市场经济体制下，马克思的级差地租理论仍然具有

^① 《资本论》第3卷（下），人民出版社，1975，第851页。

很好的现实意义。如上所言，马克思、恩格斯从社会经济发展的规律出发，看到了土地制度的重要性。马克思的期待，是社会生产发展到一定阶段时产生土地公有制，好由整个社会通过国家来控制 and 支配土地，实现土地的规模效益。有一点是应当肯定的，即马克思、恩格斯的论述并没有否定地租的商品属性，没有否定土地所有权人合法权利。从某种程度上可以说，马克思关于土地所有权与绝对地租内在联系的理论是客观经济实际在理论上的科学反映，不仅对资本主义经济，而且对以市场经济为基础的社会主义国家同样具有现实意义。

社会主义经济中是否存在地租特别是绝对地租，一直是个争论问题。早在 20 世纪 20 年代后期，苏联曾有人提出社会主义制度下绝对地租依然存在的观点。当时在苏联已消除土地私有制和“不受资本主义平均利润与生产价格规律所调节”的正统主张的驳斥下而自消自灭。1929 年，斯大林在《论苏联土地政策的几个问题》中，把上述主张公开宣布为“资产阶级观点”，从而结束了这场争论。^① 中国 20 世纪 60 年代也有一场社会主义地租问题的讨论。这场争论是围绕级差地租进行的。当时坚持社会主义取消土地私有制从而意味着永远消除了地租（包括级差与绝对两种地租）的观点还颇有市场，以至于在我们的报刊社论中还有连级差地租也否定的观点，“在我们社会主义国家中，已经不存在这种所谓级差地租和城市附近地价高等问题了”。^② 20 世纪 80 年代的中国城市实行国有土地使用制度的改革，土地国有（或集体所有）的条件下地租问题又浮出水面。那时级差地租的存在已无人怀疑，而绝对地租是否仍有存在的根据，分歧仍然很大。有人主张，在公有制条件下，绝对地租理所当然地不存在了。另一种主张是，只要存在土地所有权，绝对地租就必然存在。但在改革的实践中，至今前一种观点仍占上风。^③ 但是值得庆幸的是，级差地租理论的采用，为中国城市土地的有偿使用提供了理论上的依据，对中国国有土地的保值、增值和有效利用，产生了积极有益的效用。

① 于俊文：《土地所有权与绝对地租内在联系的科学论证——马克思〈剩余价值理论〉读书札记》，《当代经济研究》1997 年第 1 期，第 6～11 页。

② 参见 1960 年 3 月 14 日《人民日报》。

③ 于俊文：《土地所有权与绝对地租内在联系的科学论证——马克思〈剩余价值理论〉读书札记》，《当代经济研究》1997 年第 1 期，第 6～11 页。

2. 孙中山的平均地权理论

在中国土地问题上，中国革命的先行者孙中山，很早就提出了自己的土地方面的主张。在《同盟会章程》中，中国革命的基本纲领“驱除鞑虏、平均地权、建立共和政府”这些激动人心的原则和理想，激励着人们推翻了清朝封建统治。其中的平均地权理论，一直作为中国旧民主主义革命的基本纲领。

在《三民主义论》一书，孙中山以一个澳洲醉汉的例子开始谈土地问题。醉汉无意中拍到一块300元的土地，相隔十多年，那块地皮涨到了数百万元的价钱，更到后来，这块地便涨价到几千万元，这个醉汉变成了澳洲第一个富翁。孙中山对于这位富翁原来只花300元买得那块地皮，后来没有加工改良，丝毫没有理会，只有睡觉，便坐享其成，得了几千万元的现实，并不赞成。在他看来，“土地价值之能够增加的理由，是由于众人的功劳，众人的力量；地主对于地价涨跌的功劳，是没有一点关系的。可以说众人在那块地方经营所赚的钱，在间接无形之中，都是被地主抢去了！”^①

孙中山提出，解决土地问题不公平的办法有两个，即政府照地价收税和照地价收买。地价由地主自己去定。其处理办法是，“譬如地主把十万元的地皮，到政府只报告一万元，照十万元的地价，政府应该抽税一千元；照地主所报一万元的地价来抽税，政府只抽一百元；在抽税机关一方面，自然要吃亏九百元。但是政府如果定了两种条例，一方面照价抽税，一方面又可以照价收买，那么地主把十万元的地皮，只报一万元，他骗了政府九百元的税，自然是占便宜；如果政府照一万元的价钱去收买那块地皮，他便要失去九万元的土地，这就是大大的吃亏了。所以照我的办法，地主如果以多报少，他一定怕政府要照价收买，吃地价的亏；如果以少报多，他又怕政府要照价抽税，吃重税的亏。在利害两方面互相比，他一定不情愿多报，也不情愿少报，要定一个折中的价值，把实在的市价报告到政府。地主既是报折中的市价，那么政府和地主自然是两不吃亏”。^②

地价定了以后，从定价那年以后，那块地皮的价格，再行涨高，所加

^① 孙中山：《三民主义》，汉文会馆藏书，1924。详见该书“民生主义”第二讲。

^② 孙中山：《三民主义》，汉文会馆藏书，1924。详见该书“民生主义”第二讲。