



民商法评论

MINSHANGFA PINGLUN 第3卷

主编 / 田土城 刘保玉 李明发

(2011)

郑州大学出版社



民商法评论

MINSHANGFA PINGLUN 第**3**卷

主编 / 田土城 刘保玉 李明发

(2011)

郑州大学出版社
郑州

图书在版编目(CIP)数据

民商法评论:第3卷/田土城,刘保玉,李明发主编. —郑州:郑州大学出版社,2013.9

ISBN 978-7-5645-1573-7

I. 民… II. ①田…②刘…③李… III. ①民法-中国-学术会议-文集②商法-中国-学术会议-文集 IV. D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 218142 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人:王 锋

全国新华书店经销

河南地质彩色印刷厂印制

开本:710 mm×1 010 mm 1/16

印张:21

字数:425 千字

版次:2013 年 9 月第 1 版

邮政编码:450052

发行部电话:0371-66966070

印次:2013 年 9 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978-7-5645-1573-7

定价:46.00 元

本书如有印装质量问题,由本社负责调换

《民商法评论》编辑委员会

主 编 田土城 刘保玉 李明发

编委会 田土城 吕 斌 刘保玉

李 勇 李明发 耿 林

唐启光 高留志 董翠香

目 录

土地法/1

关于土地权利保护的几个问题 郭明瑞/1

土地征收救济:理论基础、价值目标与基本原则 章彦英/9

论我国土地征收的正当程序 张昕/22

山东省土地征收现状:问题检视与路径探讨 徐凤真/32

土地征收视域下公权力与私权利的关系考察 章彦英/51

划拨土地上房屋买卖合同效力的类型化研究

——解释论的视角 王福蕾/60

基本农田保护的法律问题研究 石凤友 赵贤峰 孙洁/73

对土地承包经营权转让限制问题的探索 汪沪平 王晓萍/85

对我国农村妇女失地问题的多维思考

——以离婚、丧偶、出嫁女土地权益流失为视角探析我国农村妇女土地

权益保障体系的完善 唐建福 王银忠 付栋臻/91

从农民到农民工:宅基地保障与福利研究 邵忠银/101

关于土地权利保护的几个问题

郭明瑞^①

目次

引言

- 一、土地用途的改变能否改变集体土地所有权的性质
- 二、将农村规划为城区能否改变农村土地所有权的性质
- 三、旧城改造和新农村建设能否成为公共利益
- 四、结语

引 言

土地是最重要的不动产。依《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)规定,土地分别归国家所有与集体所有。无论是在国家所有的还是集体所有的土地上又设定有用益物权。尽管除国家和农民集体外,任何人不能享有土地所有权,但任何人都可享有土地使用权(包括土地承包经营权、宅基地使用权、建设用地使用权等用益物权)。土地所有权和各类土地用益物权,构成不动产物权的基本和主要部分。土地是人类赖以生存的一种不可再生的自然资源,无论是城市建设还是农业生产都离不开对土地资源的利用,法律确认的各项土地权利正是人们利用土地资源的法律形式。中国是一个发展

^① 郭明瑞,烟台大学教授、山东大学一级教授,博士生导师。

中的人口大国,一方面近 13.5 亿人的吃饭问题需要一定的农业用地予以保障,另一方面城市化及工商业的发展需要相应的建设用地予以保障。为保障国家的粮食安全,国家严格控制农业用地转为建设用地,划定了农业用地 18 亿亩的红线;然而,建设用地的需求并不会因此红线的限制和严控而停止。用地需求会导致土地用途或利用方式的改变,从而也会影响到土地上的物权结构。因此,在为适应国家发展的需要有效利用土地资源时如何保护土地权利人的物权,通过保护土地权利人的物权以实现土地的有效利用,也就成为一个现实问题。众所周知,现实生活中相当多的一些影响社会安定甚至爆发群体性事件或恶性案件的土地纠纷都是因在利用土地资源中未处理好土地利用与土地权利保护的关系而引发的。笔者认为,要处理好土地利用和土地权利保护的关系,当前急需对以下问题有一个正确的认识。

一、土地用途的改变能否改变集体土地所有权的性质

《物权法》第五十九条第一款规定:“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有。”依此规定,农村集体所有的土地由本集体成员集体享有土地所有权。尽管学者中对于土地的集体所有权制度有支持和反对的不同意见,对于土地集体所有权的性质也有各种不同的观点,本文也拟不对此予以评价,但集体土地的权益依法律规定理应属于集体成员享有,这是不争的事实。因此,在土地利用上保护集体土地的权利首先是也应当是保护农村成员集体的土地所有权不受侵害,其次是保护土地用益物权不受侵害。因为侵害农村成员集体土地所有权也就会侵害宅基地使用权和土地承包权等土地用益物权。特别是在改变土地用途的情形下,不应因土地用途的改变而当然地改变土地集体所有的性质而转为国家所有。

农村集体土地主要是农业用地。《物权法》第四十三条规定:“国家对耕地实行特殊保护,严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。”这一规定既是对集体土地所有权的限制,也是对集体土地所有权的保护。从限制上说,集体土地所有权人不得擅自改变土地用途,严格限制将农用地转为建设用地;从保护上说,任何人不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地,也就是不得将集体所有转为国家所有。

严格限制农用地转为建设用地,并不是完全禁止农用地转为建设用地,在一定意义上可以说,部分农用地转为建设用地是社会经济发展的必然结果,是不可能禁止的。在《物权法》实施前,凡经审批由农用地转为建设用地的农村集体土地,均由国家将该集体土地征收,再由国家在征收为国有的土地上设定建设用地

使用权(国有土地使用权),然后使土地资源进入二级市场。《土地管理法》第四十三条中就规定:“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”。这一做法,实际上是要求只要被规划为非农业用地的土地,就只能为国家所有,将集体所有的土地只限于农业用地。

但是,集体的土地主要为农用地,并不等于说集体土地只能限于农用地,并不等于集体的土地只能用于农业生产。《物权法》并未将农用地用途的改变作为集体土地所有权转为国家所有权的依据。依《物权法》规定,集体所有的土地只有经过征收才能转为国有土地。《物权法》第四十二条第一款规定:“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、个人房屋及其他不动产。”依该条款规定的反面解释,不是为了公共利益的需要不可以征收集体所有的土地,而不论该土地是农用地还是其他用地。因此,即使依国家土地规划将集体所有的农业用地转为非农业用地,只要该土地不是用于为了公共利益的项目建设,也就不能仅因土地用途的改变而必经征收使集体土地转为国有土地。这也就是说,除因公共利益的需要经合法征收而使集体所有的土地转为国有土地外,其他任何事由都不能成为改变集体土地为集体所有的理由。这样一来,若某一集体所有的土地经规划转为住宅等商业性用地,则该土地不能经征收转为国有而仍应属于集体所有。

有一种观点认为,农用地改为建设用地,土地的价值会大大提升,若于此情形下土地仍为集体所有,则会由农民成员集体取得由此增加的效益,不合理,因此,集体土地一经规划由农用地转为建设用地,该土地就不能仍为集体所有。这种观点是站不住脚的。不可否认,将土地用途由农用地改为建设用地,会使土地利用的效益大大提高,但土地用途改变导致利用效益的提高不是改变土地权属的依据。取得因土地用途改变所产生的效益是土地发展权的内容。土地发展权为土地所有权人的权利,并非是由国家独享的权利。因此,既然土地用途的改变并不能成为集体所有权转为国家所有权的事由,集体土地所有权人也就应享有土地发展权。在土地用途依法定程序由农用地改为非为公共利益需要的商业性建设用地时,该集体土地的所有权人就享有在该土地上设定建设用地使用权并取得开发经营该土地所得收益的权利,而不能认定凡建设用地只有经征收后才可进入土地市场。至于因土地用途改变而导致土地收益的增加是否应通过税收予以调节,则属于另外的问题,这里不予讨论。

现在有一种现象,即在经批准由农用地转为建设用地上由农民集体开发建设的住宅等建筑物,被称为“小产权房”。“小产权房”问题几乎成为上至中央相关部门下至各级政府一直试图解决而又一直没有解决的一道难题。何以如此呢?笔者认为,禁者并无足够的法律依据,建者并非全然无理,就是原因之一。在笔者看来,“小产权房”这种提法本身就是不准确的。从现实看,由农民集体开发建设的住宅等建筑物,可区分为两种不同的情形:一是所利用的土地经批准已

由农业用地转为建设用地仅是未征收为国有;二是所利用的土地未经批准转为建设用地而擅自改变了土地用途。笔者认为,如果用于建设的土地为未经批准转为建设用地的农用地,则所建成的建筑物应属于违法建筑,任何人不能取得该违法建筑物的所有权,也就根本谈不上是“小产权”还是大产权;如果用于建设的用地经规划已经转为建设用地,则作为土地所有权人的集体完全有权进行开发建设,建造人对所建成的建筑物也就当然应是可取得完全产权的,而不是取得所谓的“小产权”。所有权人无论将其建造的建筑物等转让给何人,受让人也就可以取得该建筑物等的所有权。无论从经济学上还是从法学上说,产权只有内容或权限的不同而并无大小之分。若以产权表述建筑物所有权,则不论该建筑物存在于何种所有权性质的土地上,只要是合法建造的,所有人的权限并无不同。

二、将农村规划为城区能否改变农村土地所有权的性质

《物权法》第四十七条规定:“城市的土地,属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地,属于国家所有。”有一种观点认为,依据该条规定,在农村成建制划入城市,全部成员转为城镇居民时,该农村集体所有的土地也就成为城市的土地,从而也就属于国家所有。笔者认为,《物权法》第四十七条只是对原存在的国家所有的土地范围的一种界定,而不是将原为集体所有的土地转为国有土地的依据。因此,也就不能因为城市规划的变更将农村划入城市,从而也就使原为集体所有的土地当然地成为国有土地。

然而,不幸的是这种对《物权法》规定误解的观点却得到行政法规的支持和确认。在《物权法》通过后临时修改的《土地管理法实施条例》第二条第一款第(五)项仍然规定,“农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的,原属于其成员集体所有的土地”,属于国家所有。依此规定,只要某一农村的全体村民的户口转为城镇户口,该集体所有的土地也就当然成为国有土地。笔者认为,这一规定实际上以城镇居民的户口作为取得集体土地所有权的对价,是不妥当的,是不符合《物权法》规定的。

笔者认为,以农村集体组织全体成员全部转为城镇居民的方式将集体所有的土地转为国有土地,也是侵害集体土地所有权的行为。《土地管理法实施条例》中的上述规定,如果说在计划经济时期城乡二元管理体制下还有一定的合理性的话,那么,在社会主义市场经济条件下则是明显不合理的。因为农村集体土地所有权是一项物权,是农村居民集体的财产,而不是国家给予农民的一种社会福利待遇。当然,在理论上有学者将农民对其土地的权利视为一种社会福利待遇,但即使如此它也不是国家给予的。如果从根上看,可以说农民是通过革命取得私有土地的,其后又通过合作化而后由国家通过法律确认原为私有的土

地为集体所有。必须承认,农民集体土地所有权作为一项物权,作为农民集体的财产,对农民集体土地所有权只能以另一种形态的财产予以交换而取得,而不能以户口作为交换条件。况且,这一制度(即通过城市规划的变更而将农民土地转为国有土地)的施行不仅一方面以合法的形式剥夺了农民集体的财产,而且另一方面会导致某些地方为取得土地搞建设而盲目扩张城镇范围,不利于土地资源的合理利用。从立法上说,行政法规不能违反基本法。因此,笔者认为,我们应当呼吁国家尽快修改《土地管理法实施条例》,删除上述不合理也不合基本法的规定,以保护集体土地所有权,维护农民的土地利益。

三、旧城改造和新农村建设能否成为公共利益

由于国家对农业用地转为建设用地实行严格的指标控制,而在相当多的地方特别是经济发达地区的用地指标根本不能满足建设的需求。如何解决这一供给与需求的矛盾,也就成为亟待解决的问题。为解决这一矛盾,有的花钱买指标,有的直接采取违法用地的做法,如未经批准擅自改变土地用途(如以租代征),等等。但也有的是采取提高现有非农业用地的利用率的做法。例如,将原城市中的低层建筑改建为高层建筑;将农村的农民住房集中建成楼房,以节省的宅基地换取建设用地指标,等等。近几年来,各地实施的城市中的旧城改造(包括“城中村”的改造)及农村中的上楼(以及并村)工程,就是这种做法的具体表现。尽管这些工程有改善居民生活条件和生活环境的意义,但也不能否认其目的之一是在于解决土地利用需求与供给之间的矛盾。笔者认为,这种做法不失为解决土地供给与需求矛盾的重要途径。这实际上属于土地资源利用的优化配置,问题不在于可否实行而在于如何实行。

依《物权法》规定,农村居民对其房屋占用范围内的集体土地享有宅基地使用权,城镇居民对其房屋占用范围内的国有土地享有建设用地使用权。无论是建设用地使用权还是宅基地使用权都属于用益物权,都是权利人的一项重要财产。该项财产的重要特点是与房屋联系在一起的。依《物权法》第四十二条规定,只有为了公共利益的需要,才可依照法律规定的权限和程序征收单位、个人的房屋和其他不动产。因此,对于宅基地使用权和建设用地使用权,也只有为了公共利益的需要,才可依照法律规定的权限和程序予以同房屋一起征收。这也说明,征收房屋的同时也征收了房屋所有权人的土地用益物权。因此,在实行旧城改造和农村上楼工程中有两个问题需要解决:其一,这类工程是否属于公共利益?其二,实施这类工程中如何保护当事人的土地权益?

旧城改造和农村的上楼工程是否属于公共利益,这涉及是否可以通过征收来实施。依《国有土地上房屋征收和补偿条例》第八条第(五)项规定中规定,

“由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段改建”属于公共利益,因此需要征收房屋的,由市、县级人民政府做出房屋征收决定。依此规定,旧城改造可列入公共利益。应当承认,《国有土地上房屋征收和补偿条例》对规范城市中的拆迁有重要意义,特别是规定了“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要”,确需征收房屋的,才可由市、县人民政府做出征收决定。但笔者认为,由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的旧城改造属于公共利益的规定是否妥当,是值得商榷的。不可否认,实施旧城区改造确有促进国民经济和社会发展的意义,但笔者认为,旧城改造工程涉及的首先是居住在该区域内的特定当事人的利益,而不能仅仅因有利于促进国民经济和社会发展就当然地确定为公共利益,也不能仅仅因依照城乡规划法有关规定组织实施就认定为公共利益。某项工程建设是否经规划批准、是否符合城乡规划法的有关规定,只能成为该项工程建设是否合法的一个根据,而不能成为该项工程建设是否为公共利益需要的依据。所以,笔者认为,若依城乡规划法政府规划对某一旧城区进行改建,在改建时必须符合规划的要求。但是否实施旧城改建,应依是否取得当事人的同意而定,而不能以为公共利益需要为由强制实施。如果改建所涉及的被征收房屋的当事人全部不同意或者大多数人不同意,也就不能实施该旧城区的改建,因为在这种情形下尽管看起来工程的实施会使土地得到更有效的利用,有利于促进国民经济和社会的发展,但却侵害了当事人的利益,不符合让人民满意的基本要求。如果改建所涉及的当事人大多数同意(笔者认为至少应为三分之二以上),极少数不同意,则可以按照多数人的意见办理,因为不能因少数人的不同意而损害多数人的共同利益。但在这种情形下也不能因多数人的决定而侵害少数人的合法合理利益。

至于农村建设中的上楼工程,笔者认为也应以农民同意为前提。尽管类似工程被视为社会主义新农村建设的要 求,也应 以当事人自愿为原则。农民自愿实施的上楼,自会大得民心,皆大欢喜;若农民不同意而是“被上楼”的,则上楼工程的实施不会收到为“人民满意”的社会效果。

在实施旧城改造和农村上楼工程中,如何保护当事人的土地权益,这涉及对于当事人如何给予补偿。在实施上楼工程时都提到对房屋的征收补偿,却并未提及对房屋所有权人的土地用益物权的补偿。但是,不能忘记房屋所有权人同时也享有房屋占用范围内的土地使 用权益,房屋所有权人在失去房屋所有权的同时也失去土地使 用权益。土地使 用权益也是房屋所有人的一项重要财产,无论基于何种理由在征收房屋的同时收回土地使 用权益(实质上也是征收),也应对于权利人的土地权益予以补偿。就旧城改建看,《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十七条规定对于被征收人的补偿包括三部分,即被征收房屋价值的补偿、因征收房屋造成的搬迁及临时安置的补偿、因征收房屋造成的停产停业损失的补偿,并不包括失去土地使 用权益的补偿。笔者认为,这是不合理的。尽管在实

际操作上,对于房屋的价值有的实际上包括土地使用权益的价值,但在法律规定上未明确对被征收人的补偿包括土地使用权益的价值补偿,不能不说是一个遗憾。

也正因为我们不重视土地使用权益的价值补偿,在征收农民房屋时更是往往并不考虑土地使用权益。在农村实施上楼工程中,有的仅对房屋本身的价值进行补偿,如有的地方对农民房屋一平方米仅补偿五六百元,而在楼房价格上即使依成本价确定也计算了土地的价格。这能算是合理补偿吗?而无论是对于城镇中的房屋还是农村中的房屋予以征收时,均将房屋所有权人的土地使用权收回,土地使用权人对于土地因此而增值的效益却不能得到分享。这种无偿收回土地使用权的做法,显然忽视了或者有意不承认土地使用权是权利人的一项重要财产。

其实,无论是旧城改建还是农村上楼工程的实施,如果既有利于涉及的需拆迁的房屋所有权人的利益,又有利于土地的更有效利用,当事人一般是不会不同意的。现实中之所以出现当事人不同意工程的实施甚至成为“钉子户”的情形,根本原因还是在于由此发生的利益的分配不合理,未能按照市场化的原则来进行利益分配。就笔者所了解的情况,凡是依“公开、公平、公正”原则给予当事人以充分的补偿,凡是将因旧城改造或者旧居改造所得的增加了的土地利益归还给权利人,真正提高而不是降低所涉及居民的生活质量的,当事人都会赞同而使改造工程顺利进行的。例如,在“城中村”的改造中将由此取得的土地效益仍归属于该“村”由村民享有,就没有不能顺利实施改造工程的。而凡是在旧城改造或者农村并村及上楼工程实施中发生纠纷甚至出现群体性事件的,都是因为工程的实施未经群众同意,未给当事人以相应的足够补偿,而强行改造的结果。可以说,群众不满意的是强行“被代表”“被上楼”、被剥夺应得到的土地利益,而不是旧城改造或旧村改造。实践说明,只有依法保护土地用益物权,才能使土地得到更有效利用;只要对权利人的土地用益物权予以充分保护,就会使土地资源得到更有效的利用。

对于旧城改建或旧居改建,不论以何种理由实施,实际上是对于土地资源的重新配置。在资源配置上是采用行政手段还是采用市场手段呢?经验告诉我们,在现代条件下只有通过市场化的手段,才能使资源得到优化配置。也只有通过市场配置资源,才能维护当事人各方的利益。因此,在实行旧城改造和新农村建设中,不能采用单纯的行政手段强行推进,而应充分利用市场调节的方式来推行。这就要求在实施类似工程时必须尊重所涉及的居民的土地利益,充分保护居民的物权。

四、结语

有一种观点认为,《物权法》的实施影响和阻碍城市建设的发展。这种观点和认识是不对的。《物权法》的实施有效地界定了土地上的各种权益,依《物权法》保护权利人的土地权益与城市建设发展对土地的利用并不矛盾。利用土地资源进行建设的需求不能成为剥夺或者侵害土地权利人利益的理由,保护权利人的物权在一定程度上确实可以起到遏制为追求短期政绩搞发展的作用,但这并不能说明保护土地权利人的物权会影响城市化和发展建设的进程。相反,只有依法保护土地权利人的物权,才会使土地资源得到有效的利用,才能真正践行科学发展观。可以说,依《物权法》保护土地权利,不仅是使土地资源能得以充分保护和最佳利用的必要措施,也是实行法治以维护社会稳定构建和谐社会的必然要求。

土地征收救济:理论基础、价值目标与基本原则^①

章彦英^②

目次	一、土地征收救济的理论基础
	二、土地征收救济的价值目标
	三、土地征收救济的基本原则

在我国,土地征收权作为公权力,相对于被征收方的私权利,处于不容置辩的天然优势地位。为了满足公共利益目的,征收方可以不经被征收方的许可而对其土地进行征收。尽管为被征收方提供适当的补偿,经由正当程序进行征收同时也是征收权的题中之意,但被征收方普遍被认为应当将公益放在首位,甚至要为了公益而自觉放弃部分私益。事实也确实如此。在长期的征收实践中,被征收方为了配合所谓“公共利益”的实现做出了巨大牺牲。而至于何种补偿为“适当”,各国皆有其衡量的标准,大多以公正的、充分的补偿为适当补偿,但也有国家基于自己的国情,仅提供部分的补偿,比如我国。但无论如何,非经补偿的征收均非“适当”,非为公益目的、非经正当程序的征收均非“合法”。那么,对于被征收方因非属合法的征收所蒙受的损失,法律应否提供救济,为何提供救济,又如何提供救济?这是研究土地征收救济必须面对的问题。要回答这些问

① 本文是作者主持的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”和山东财经大学(筹)博士基金项目“公权与私权平衡视角下的土地征收救济机制研究”的阶段性研究成果。

② 章彦英,女,山东财经大学(筹)法学院副教授,法学博士,主要研究方向为比较民商法、英美法律制度。

题,首先应对征收救济赖以存在的理论基础、所欲达成的价值目标以及所应秉承的基本原则逐一加以研究。

一、土地征收救济的理论基础

(一)人民主权论

人民主权,又称主权在民,意指人民是民主的主体,是国家一切权力的主人^①。人民主权观念萌芽于14世纪的意大利。时任巴黎大学校长的著名思想家马塞流(Marsillio)认为,在国家中必须有一种至高无上的权力存在,其所发出的命令具有法律性质^②。最早从理论上对人民主权做出阐释的是英国的著名哲学家约翰·洛克。他表示:“虽然只能有一个最高权力,即立法权,其余一切权力都是而且必须处于从属地位,但是立法权既然只是为了某种目的而行使的一种受委托的权力,当人民发现立法行为与他们的委托相抵触时,人民仍然享有最高的权力来罢免或更换立法机关。”^③法国的卢梭则对人民主权进行了更完整的论述、使其成为一种系统的理论^④。他提出:“要寻找出一种结合的形式使它能以全部共同的力量来卫护和保障每个结合者的人身和财富,并且由于这一结合而使每一个与全体相联合的个人又只不过是服从自己本人,并且仍然像以往一样的自由。”^⑤依此理论,国家产生和存在的主要目的和责任就在于保护私人的财产和权利,国家的主权属于每一个个人,对任何公民即主权者之一的权利侵害毫无疑问都是对人民主权的侵害。对这种侵害予以适当的救济,实际上是人民主权原则的内在要求。如果体现人民主权的个人权利遭到无法实现的威胁甚或受到事实上的损害,法律或社会却无力提供及时有效的救济,这种所谓的个人权利其实是不存在的,或者仅仅是一种形式上的存在,其所体现的人民主权充其量也就是一种空洞的口号而已。^⑥

我国已在制度上规定了国家的一切权力属于人民,但是,在实际贯彻人民主权原则的复杂社会生活中,公权力侵害公民权利的现象仍屡屡出现,立法上存在的诸多漏洞和缺陷也会令有些权利身处险境,容易受到不法行为的“青睐”,时时

① 参见刘瀚:《人民当家做主的法律保障》,法律出版社1998年版,第9页。

② 参见李龙:《宪法基础理论》,武汉大学出版社1999年版,第177页。

③ [英]洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1983年版,第91页。

④ 正因如此,不少学者认为卢梭才是人民主权理论的奠基人。参见张超:《政务公开的理论依据》,载《当代法学》2002年第4期。

⑤ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第23页。

⑥ 参见陈焱光:《公民权利救济论》,中国社会科学出版社2008年版,第107页。

有被侵害之隐忧。土地征收制度即为典型的一例,迫切需要加以完善,以防止被征收人的权利动辄受到侵害。

(二)人性尊严论

早在18世纪,德国著名哲学家康德(Immanuel Kant)就提出了“人应当被作为目的得到尊重”这一哲学命题,主张一切人的绝对价值,应当受到每个人的尊重。他认为,每个人都有权要求他人尊重,每个人都有资格获得他人的尊重并尊重他人,一个人无论德行如何、境况如何,都有受到一切人尊重的尊严。“我不能否认,一个堕落的人,至少就作为一个人而言,也不能取消对他的一切尊重,即使其行为不值得尊重。”^①而如果“将人仅仅作为手段,否定了属于他的一切东西,也就否定了他享有的任何权利。如果他不仅仅被视为手段,而且被作为一个具有内在价值的个人来看待,他就必须享有权利”^②。在学者格维茨眼中,尊严就是“人权的基础或先导”^③。卡尔·马克思则称,“尊严最能使人高尚起来,使他的活动和他的一切努力具有高尚的品质”。^④

人性尊严的理念也成为一系列保护人类的国际性法律文件的人权基础。这一概念在20世纪中叶被同时写入《联合国宪章》和《世界人权宣言》。1948年通过的《世界人权宣言》、1966年通过的《经济社会文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》都在其序言中明确规定,对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础。《世界人权宣言》第1条就庄严宣布,“人人生而自由,在尊严和权利上一律平等”。《经济社会文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》也明确指出,人权“源于人自身的固有尊严”。1993年6月通过的《维也纳宣言和行动纲领》再次重申,“一切人权都源于人与生俱来的尊严和价值,人是人权和基本自由的中心主体,因而是实现这些权利和自由的主要受益者,并应积极参与其中”。2005年,联合国教科文组织成员国全票通过的《世界生物伦理和人权宣言》的首要原则(即总第三条)即为“人的尊严和人权”。而今,大部分的国际人权文件都以人性尊严这一概念作为基础。

可见,人性尊严是权利存在和正当性的内在依据。权利的设定体现人类对个体尊严和价值的认同,任何对权利的侵害,无论是否存在损害后果,都是对人

① [美]列奥·施特劳斯、约瑟夫·克罗波西主编:《政治哲学史》,李天然等译,河北人民出版社1993年版,第679页。

② [英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性》,夏勇译,中国大百科全书出版社1995年版,第154页。

③ 徐显明主编:《人权研究》第4卷,山东人民出版社2004年版,第529页。

④ 中央编译局编:《马克思恩格斯全集》第4卷,人民出版社1995年版,第96页。

性尊严的贬损,必须予以救济;而权利的实现是人类个体尊严和价值得到承认和实现的最直观体现。维护人的尊严,就保护了作为一个人的起码权利,反过来,保护一个人的权利,促成其权利的实现,就维护了他的尊严。权利构成了人性尊严的法律形式,一个认识和崇尚人的尊严和价值的社会,必然要求完善的权利体系和保护机制^①。在土地征收中,作为被征收人的农民属于典型的弱势群体,其合法的土地权益因不法征收行为而受到威胁,固有的人性尊严受到挑战,为其提供及时有效的救济,乃是人性尊严原则的必然要求。

(三)平等保护论

1789年法国《人权宣言》第六条宣称,“法律对于所有人,无论是施行保护或处罚都是一样的”。哈耶克在其《自由秩序原理》一书中论述平等乃真正法律之第三个要件时称:“法律面前人人平等的理想,乃旨在平等地改善不确定的任何人的机会,它与那种以人们可预见的方式致使特定的人受损或获益的做法都是极不相容的。”^②我国宪法也在第三十三条第二款作了规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”《民法通则》第二条规定了民法调整对象,明确了包括国家、法人、自然人在内的民事主体的平等性。这些条文表明,各国法律对民事主体都采用了平等保护的原则。法律所确立的权利平等保护的原则旨在保障包括财产权在内的公民基本权利的实现,其核心正是在于维护各类民事主体的人格平等,使其受到平等对待。就自然人而言,这一原则强调对所有自然人——无论其强弱、贫富——合法的个人财产进行一体的保护,平等对待其财产。以牺牲一部分人的利益换取另一部分人利益的行为是违法的,无论是社会发展还是企业营利都必须依法进行,对公民财产的征收征用同样必须在“合法的私有财产受法律保护”的宪法框架下进行。

在处于由计划经济向市场经济转型期的我国,私有财产权的重要性受到了越来越多的关注,因其直接关系到公民的生存权与人格尊严,遂被视为与生命权、自由权同等的基本权利。2004年的宪法修正案第一次写入了私人的合法的财产权,将对私权利的保护上升到宪法性保护的高度。2007年3月通过的《中华人民共和国物权法》第三条第三款规定:“国家实行社会主义市场经济,保障一切市场主体平等的法律地位和发展权利”;第四条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护。”上述规定意味着合法的私有财产在社会主义市场经济体制下享有与其他性质的财产权平等的地位,在市场交易时应当获得公

^① 参见陈焱光:《公民权利救济论》,中国社会科学出版社2008年版,第103~104页。

^② [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第266~267页。