



中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江平 王泽鉴
主 编 朱庆育 王洪亮 张双根 田士永

 元照系列

本期主题

民法中的国家

专题报告

- 论国家在征收中的多重法律角色 [田士永]
- 公共财产和公物 [张谷]
- 国有财产在中国的特殊保护机制 [张双根]
- 农村不动产交易中的契约自由与国家管制 [朱庆育]
- 民法中的国家侵权责任 [王洪亮]

制度历史

- 《德国民法典》中的私法 [奥科·贝伦茨著 吴香香译]

专题论文

- 债、物两分法中的预告登记 [郭小莉]

私法教室

- 民法法源的类型 [朱庆育]
- 给付 [王洪亮]
- 动物致害侵权责任 [张双根]
- 一房二卖案案例研习报告 [田士永]

书评书讯

- 法学界哥伦布的新大陆——《法律行为论》 [迟颖]
- 评维尔纳·弗卢梅《民法总则II：法律行为》 [维尔纳·洛伦茨著 唐勇译]



Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht



Vol.7 ,2011

Hauptthema: Der Staat im Zivilrecht

Referate

- Die mehrfache Rolle des Staates im Enteignungsprozess *Shiyong Tian*
- Das Gemeinschaftsvermögen und die öffentliche Sache *Gu Zhang*
- Die besonderen Schutzmechanismen für das Staatseigentum in China *Shuanggen Zhang*
- Vertragsfreiheit und Staatsregulierung im Immobiliengeschäft auf dem Land *Qingyu Zhu*
- Die öffentliche Ordnung als Grenze der Vertragsfreiheit *Jochen Mohr, übersetzt von Wenjie Zhao*
- Staatshaftung im Zivilrecht in China *Hongliang Wang*
- System der Staatshaftung *Markus Heintzen, übersetzt von Hongliang Wang*

Rechtsgeschicht

- Das Privatrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, seine Kodifikationsgeschichte, sein Verhältnis zu den Grundrechten und seine Grundlagen im klassisch-republikanischen Verfassungsdenken *Okko Behrends, übersetzt von Xiangxiang Wu*

Abhandlung

- Vormerkung in Dichotom des Schuldrechts und Sachenrechts *Xiaoli Guo*

Juristische Schulung

- Die Typen der Rechtsquellen *Qingyu Zhu*
- Der Begriff der Leistung *Hongliang Wang*
- Tierhaftung *Shuanggen Zhang*
- Doppelverkauf *Shiyong Tian*

ISBN 978-7-301-19768-4



9 787301 197684 >

定价: 29.00元

中德私法研究

Archiv für chinesisch-deutsches Privatre

总第7卷 · 2011年

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣

Rolf Stürner[德] Rolf Knütel[德] Thomas Raiser[德]

主 编

朱庆育 王洪亮 张双根 田士永

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱庆育 朱 岩 许 兰 许德风 李 昊

沈冠伶 陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨 继 杨淑文 张双根 金可可

涂长风 黄 卉 常鹏翱 董一梁 詹森林 蔡明诚

Thomas Rübner[德] Sebastian Lohsse[德] Beate Gsell[德]

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究. 2011年·总第7卷/朱庆育等主编. —北京:北京大学出版社, 2011. 12
ISBN 978-7-301-19768-4

I. ①中… II. ①朱… III. ①私法-研究-中国 ②私法-研究-德国
IV. ①D923.04 ②D951.63

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第234210号

书 名: 中德私法研究 2011年·总第7卷

著作责任者: 朱庆育 王洪亮 张双根 田士永 主编

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-19768-4/D·2987

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京富生印刷厂

经 销 者: 新华书店

730mm×980mm 16开本 14印张 282千字

2011年12月第1版 2011年12月第1次印刷

定 价: 29.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

■ 专题报告

- 论国家在征收中的多重法律角色 [田士永] 3
公共财产和公物 [张 谷] 17
国有财产在中国的特殊保护机制 [张双根] 26
农村不动产交易中的契约自由与国家管制
——以画家村房屋买卖案为分析样本 [朱庆育] 35
作为契约自由界限的公共秩序 [约亨·莫尔 著 赵文杰 译 张传奇 校] 43
民法中的国家侵权责任
——《民法通则》第121条的具体化与解释 [王洪亮] 51
国家责任法的体系 [马库斯·海因岑 著 王洪亮 译] 67

■ 制度历史

- 《德国民法典》中的私法——其法典编纂史、与基本权的关系及其古典共和宪法
思想基础 [奥科·贝伦茨 著 吴香香 译 田士永 校] 77

■ 专题论文

- 债、物两分法中的预告登记——以商品房预售制度为背景 [郭小莉] 141

■ 私法教室

- 民法法源的类型 [朱庆育] 157
给付 [王洪亮] 165
动物致害侵权责任 [张双根] 172
一房二卖案案例研习报告 [田士永] 184

■ 书评书讯

- 法学界哥伦布的新大陆——《法律行为论》 [迟 颖] 203
评维尔纳·弗卢梅《民法总则 II:法律行为》
[维尔纳·洛伦茨 著 唐 勇 译] 210



专题报告

2010年6月9日至12日,“国家在民法中的地位”(Der Staat im Zivilrecht)中德法律研讨会在柏林自由大学(FU Berlin)法学院举行。中德两国法学家就会议主题进行了深入研讨。本卷选刊其中部分论文和报告。

论国家在征收中的多重法律角色*

田士永**

一、概 说

《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)在第二编“所有权”第四章“一般规定”中,规定了征收问题(第42条、第43条),似乎认为征收是所有权的基本问题。同时,《物权法》第28条规定,因为人民政府的征收决定导致的物权变动,自征收决定等生效时起发生法律效力,这里考虑的显然是物权变动问题,因为该条位于该法第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”之下。显然,《物权法》将征收主要定位为引起物权变动的法律事实。

征收涉及非基于原所有权人的意思而消灭其所有权,有悖私人自治的基本要求,因此,在征收人、征收事由、征收程序以及征收补偿等方面均有严格要求。《物权法》第42条并未直接规定征收人,但《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第10条第2款、第13条第3款的表达都是“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对……实行征收或者征用并给予补偿”。因此,征收人显然是国家。《物权法》第42条规定的

* 本文以2010年6月9日作者在德国柏林自由大学“国家在民法中的地位”中德法学研讨会上的同名报告为基础修改而成。

** 法学博士,中国政法大学副教授。

征收客体是“集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产”，土地所有权只能是国家所有或者集体所有，而集体显然不能强行取得其他集体的土地所有权，因此，征收人只能是国家。当然，除非法律另有规定，国有财产由国务院代表国家行使所有权（《物权法》第45条第2款）。至于《城市房屋拆迁管理条例》中规定的“拆迁人”，显然不是征收人，而《国有土地上房屋征收与补偿条例》^{〔1〕}则明确提出了“市、县级人民政府确定的房屋征收部门（以下称房屋征收部门）”的概念。

《物权法》明确了征收的权限和程序应当由法律规定（《物权法》第42条第1款），但该法同时明确规定，征收引起的物权变动自“人民政府的征收决定等生效时发生法律效力”（《物权法》第28条）。人民政府作为行政机关作出行政程序，显然涉及行政程序法的相关内容。因此，国家在征收中的法律角色，至少包括了所有权人、行政机关，如果考虑到征收规则的制定，国家作为立法机关的角色也必然应该注意。国家在征收中所具有的多重角色之间是否会发生冲突，如果发生冲突如何处理等问题，正是本文所关注的基本点。

在中国，征收主要涉及不动产，在农村主要是农村土地征收，在城市主要是原来所谓的“城市房屋拆迁”或者现在所谓的“国有土地上房屋征收”。不管是农村土地征收还是城市房屋拆迁或者国有土地上房屋征收，在中国一直是引人注意的社会现象和经济现象。当然，本文主要集中在法律视角，旨在通过分析国家在征收中的法律角色及其冲突，从法律角度说明相关现象的产生的法律制度原因。提出问题虽然是为了解决问题，但解决问题显然已经超出了本文作者的能力。

二、国家在征收中的多重法律角色的具体表现

（一）国家作为土地所有权人

中国法并未直接规定国家的民事主体地位，但在具体规则上肯定了国家具有民事权利能力，可以作为民事主体而享有民事权利，尤其是财产权：国家可以是国有财产的所有权人[《宪法》第7条、第10条、《中华人民共和国民事诉讼法通则》（以下简称《民法通则》）第73条、第79条至第81条、《物权法》第45条至第57条]、《中华人民共和国继承法》（以下简称《继承法》）第16条。

国家对土地的所有权是随着中国现代土地制度的发展而发展的，而中国现代土地制度则是从解放战争期间开始的土地改革逐渐发展而来的。国家的土地所有权最初是通过没收官僚资本取得的，此后通过征购、征用及收归国有等方式（1954年《宪法》第8条第1款、1975年《宪法》第6条第3款、1978年《宪法》第6条第3款），国家所有

〔1〕 2011年1月19日国务院第141次常务会议通过，2011年1月21日公布并自同日起施行。2001年6月13日国务院公布的《城市房屋拆迁管理条例》同时废止。本文同时使用了这两份文件，供读者比较。

的土地不断增加。1982年12月4日通过了新《宪法》，该法第10条第1款明确规定了“城市的土地属于国家所有”，从而确立了国家对于城市土地的所有权，也使得此前国家之外的其他民事主体对于城市土地的所有权归于消灭。《物权法》继续规定了城市土地，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（《物权法》第47条）。

1982年《宪法》在規定城市土地属于国家所有的同时，也明确规定了“国家为了公共利益的需要，可以依照法律对土地实行征用”。1986年《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）第2条第4款规定了“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”。从法律效果分析，这里规定的“征用”显然是《物权法》第42条规定的“征收”，而不是《物权法》第44条规定的“征用”。2004年3月，《宪法修正案》第20条将“实行征用”修改为“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”。《物权法》第42条则继续沿用了物权征收制度。

征收作为基于行政行为而发生物权变动效力的法律事实，其法律效果在于被征收土地的所有权转归国家所有。因此，从权利主体的角度观察土地征收中的物权变动过程，其核心是土地所有权人由劳动群众集体变成为国家。在这一过程中，尽管需要考虑公共利益等因素，也需要经过正当程序并且需要有合理补偿，但这些都無法改变作为被征收人的农民集体丧失土地所有权、作为征收人的国家取得土地所有权的这一基本的民法效果。

（二）国家作为行政机关的表现

国家作为所有权人取得的财产属于国家所有，也就是全民所有（《物权法》第45条第1款），但“全民”本身并不具有权利能力，不能形成独立意思，因此，国有财产由国务院代表国家行使所有权（《物权法》第45条第2款），国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使（《土地管理法》第2条第2款），而国务院又是中央人民政府，是国家最高权力的执行机关，是最高国家行政机关（《宪法》第85条）。

中央政府和地方各级政府是国家的行政机关，它在征收中至少扮演着以下四个角色：征收的决定人、征收的施行人、土地登记人、行政执法者和争议解决者。

在土地的行政管理中，作为国务院组成部门之一的国务院土地行政主管部门，统一负责全国土地的管理和监督工作，县级以上地方人民政府土地行政主管部门的设置及其职责，由省、自治区、直辖市人民政府根据国务院有关规定确定（《土地管理法》第5条）；在城市房屋拆迁管理中，国务院建设行政主管部门对全国城市房屋拆迁工作实施监督管理（《城市房屋拆迁管理条例》第5条第1款）；国有土地上房屋征收及补偿工作，则由市、县级人民政府负责（《国有土地上房屋征收与补偿条例》第4条第1款）；国务院住房城乡建设主管部门和省、自治区、直辖市人民政府住房城乡建设主管部门应当会同同级财政、国土资源、发展改革等有关部门，加强对房屋征收与补偿实施工作的

指导(《国有土地上房屋征收与补偿条例》第6条第2款)。

政府决定是否征收。征收必须由政府作出征收决定,而征收是政府的行政行为,不需要被征收人同意。当然,政府作出征收行为需要符合法律规定的条件和程序。例如,征收基本农田、基本农田以外的耕地超过35公顷的、其他土地超过70公顷的,由国务院批准;其他土地征收,由省、自治区、直辖市人民政府批准,并报国务院备案(《土地管理法》第45条第1款、第2款)。国有土地上房屋征收,则由市、县级人民政府作出房屋征收决定(《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条)。

政府组织实施征收工作。在农村土地征收中,国家征收土地依照法定程序批准后,由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施(《土地管理法》第46条第1款、第48条)。在城市房屋拆迁中,国务院建设行政主管部门对全国城市房屋拆迁工作实施监督管理(《城市房屋拆迁管理条例》第5条第1款),但县级以上地方人民政府负责管理房屋拆迁工作的部门(以下简称房屋拆迁管理部门)对本行政区域内的城市房屋拆迁工作实施监督管理。县级以上地方人民政府有关部门应当依照《城市房屋拆迁管理条例》的规定,互相配合,保证房屋拆迁管理工作的顺利进行(《城市房屋拆迁管理条例》第5条第2款)。县级以上人民政府土地行政主管部门依照有关法律、行政法规的规定,负责与城市房屋拆迁有关的土地管理工作(《城市房屋拆迁管理条例》第5条第3款)。国有土地上房屋征收及补偿工作,则由市、县级人民政府确定的房屋征收部门组织实施(《国有土地上房屋征收与补偿条例》第4条第2款);房屋征收部门可以委托房屋征收实施单位,承担房屋征收与补偿的具体工作(《国有土地上房屋征收与补偿条例》第5条第1款第1句)。在城市房屋拆迁中,如果被拆迁人或者房屋承租人在裁决规定的搬迁期限内未搬迁,则由房屋所在地的市、县人民政府责成有关部门强制拆迁或者由房屋拆迁管理部门依法申请人民法院强制拆迁(《城市房屋拆迁管理条例》第17条第1款)。而国有土地上房屋征收及补偿工作,如果被征收人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼,在补偿决定规定的期限内又不搬迁的,由作出房屋征收决定的市、县级人民政府依法申请人民法院强制执行(《国有土地上房屋征收与补偿条例》第28条第1款)。

政府是因征收而发生物权变动的登记机关。中国土地登记实行属地登记原则。土地抵押权、地役权由土地所在地的县级以上人民政府国土资源行政主管部门负责登记,其他需要登记的土地权利由土地所在地的县级以上人民政府负责(《土地登记办法》第3条第1款、第2款)。集体土地被依法征收的,可直接办理注销登记(《土地登记办法》第50条),直接办理的机关应当是土地所在地的县级以上人民政府。

可见,政府作出征收决定,组织实施征收工作,并且注销被征收的集体土地所有权。当然,如果不动产征收发生争议,行政执法者也是政府。

(三) 国家作为立法者的表现

国家在作为民事权利主体、行政管理主体的同时,还以国家立法机关的角色参与

到征收之中,因为与征收有关的各项规则均由不同国家机关制定。

首先,征收的基本法律由国家制定,具体为全国人民代表大会及其常务委员会制定。作为国家根本大法的《宪法》,由全国人民代表大会制定或者修改。其中,2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议制定并公布施行的《宪法修正案》第20条、第22条都直接涉及征收的相关内容。此外,《物权法》、《土地管理法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《城市房地产管理法》)等涉及征收的基本法律都是全国人民代表大会及其常务委员会制定或者通过的。应当注意的是,在全国人民代表大会及其常务委员会的立法过程中,作为国家行政机关的国务院表现得尤为积极主动。例如,1998年对《土地管理法》^[2]进行修订的工作中,国家土地管理局于1997年5月成立了以国家土地管理局工作人员为成员的“土地管理法修改小组”^[3],根据中央领导指示拟订《中华人民共和国土地管理(修订草案)》(送审稿)^[4]并于1997年8月18日上报国务院,之后国务院法制局进一步征求了各省、自治区、直辖市人民政府和国务院有关部门、单位以及法律专家的意见,召开有关部门和单位参加的座谈会,国务院法制局会同国家土地管理局对送审稿反复研究、修改,最终形成了《土地管理法(修订草案)》^[5]并由全国人民代表大会讨论通过。这种典型的部门立法,显然不可能不体现部门利益。当然,在《物权法》的制定过程中,很明显是全国人大法律委员会起着主导作用,至少关于《物权法(草案)》的说明都是由全国人大法律委员会提供的。^[6]

其次,征收的具体规则由国家制定,具体表现为国务院及其相关组成部门,尤其是国土资源部门和房屋建设部门。《物权法》、《土地管理法》等法律中规定了征收的基本

[2] 1986年6月25日第六届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过,根据1988年12月29日第七届全国人民代表大会常务委员会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》第一次修正,1998年8月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第四次会议修订,根据2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》第二次修正。

[3] 国家土地管理局副局长李元为组长,政法监察司副司长甘藏春为副组长,有关业务司骨干张濮、贾中骥、束伟星、赵久田、魏莉华为成员。参见土地管理法修改小组:《〈土地管理法〉修改综述》,载土地管理法修改小组编:《土地管理法修订草案全民讨论辅导材料》,1998年5月6日,第56页。据报道,2011年6月24日政协第十一届全国委员会常务委员会第十四次会议通过《关于免去李元政协第十一届全国委员会人口资源环境委员会副主任职务、撤销其全国政协委员资格的决定》,李元严重违纪,被免去第十一届全国政协人口资源环境委员会副主任职务,撤销其第十一届全国政协委员资格。同时,网上还有报道李元被宣布“双开”(开除党籍和公职)。资料来源:<http://cppcc.people.com.cn/GB/45579/14993266.html>,同时参见<http://politics.people.com.cn/GB/1027/14863708.html>,2011年7月25日访问。当然,李元被免职或者“双开”,看不出与他参加土地立法有直接联系。

[4] 参见1997年8月17日国家土地管理局:《关于报送〈中华人民共和国土地管理法(修订草案送审稿)〉的报告》。

[5] 参见周永康:《关于〈中华人民共和国土地管理法(修订草案)〉的说明》。

[6] 参见全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室编:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年3月第1版。

规则,但征收中的具体规则却是由国务院及其相关部门制定的。例如,在新中国建立之初,政务院就于1953年11月通过并颁布了《关于国家建设征用土地办法》,国务院也于1982年5月公布了《国家建设征用土地条例》,这些规则都是在《物权法》、《土地管理法》等基本民事法律尚未制定时的规则。1986年6月25日第六届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过《土地管理法》;国务院于1991年1月4日发布《土地管理法实施条例》,此后又于1991年3月发布《城市房屋拆迁管理条例》,2010年6月6日通过新《城市房屋拆迁管理条例》,于2001年11月1日施行;于2011年1月21日公布并施行《国有土地上房屋征收与补偿条例》。围绕国务院的规定,国土资源、住房城乡建设等部门又制定了大量的具体规范,从而形成了实务运行中具体适用的规则。此外,国务院还通过各种临时性通知等文件,不断确立各级地方政府应当遵行的具体规则,而地方立法机关也在权力范围内制定了各地适用的具体规则。

(四) 作为纠纷解决机关的国家

在解决与征收有关的纠纷中,国家一方面以政府的角色解决相关纠纷,另一方面以法院的角色解决相关纠纷。

首先,政府在征收中具有行政执法者和纠纷解决者的角色。在农村土地征收中,县级以上人民政府土地行政主管部门对违反土地管理法律、法规的行为进行监督检查(《土地管理法》第66条第1款)。对于违反土地管理法律、法规规定,阻挠国家建设征用土地的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令交出土地,对拒不交出土地的可以申请人民法院强制执行(《土地管理法实施条例》第45条)。在城市房屋拆迁中,拆迁人与被拆迁人或者拆迁人、被拆迁人与房屋承租人达不成拆迁补偿安置协议的,经当事人申请,由房屋拆迁管理部门裁决,如果房屋拆迁管理部门是被拆迁人,则由同级人民政府裁决(《城市房屋拆迁管理条例》第16条第1款)。征收国有土地上房屋,被征收人对房屋征收决定、补偿决定不服的,可以依法申请行政复议,也可以依法提起行政诉讼(《国有土地上房屋征收与补偿条例》第14条、第26条第2款)。

其次,法院作为国家的审判机关(《宪法》第123条)解决征收纠纷,其具体途径有二:其一是行政诉讼的途径;其二是民事诉讼的途径。公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼(《中华人民共和国行政诉讼法》第2条)。人民法院受理公民、法人和其他组织对法律规定的具体行政行为不服提起的诉讼,大多数情形都有可能发生征收行政诉讼。^[7] 法院认为,市、县政府作出的强制拆迁通知书、房屋拆迁公告不具有可诉性,将强制拆迁行为作为行政强制措施起诉,法院应当不予受理。^[8]

[7] 参见王才亮等:《房屋征收制度立法与实务》,法律出版社2008年5月第1版,第298页。

[8] 参见贺荣主编:《物权法与行政诉讼实务问题研究》,中国法制出版社2008年10月第1版(以下简称贺荣主编:《物权法与行政诉讼实务问题研究》),第310—313页。

三、国家在征收中的法律角色冲突

(一) 国家与其他民事主体的竞争与冲突

国家在征收中作为民事主体,与其他民事主体存在着竞争关系,通过征收行为,国家取得征收物的所有权,成为征收物的所有权人。在土地征收中,国家可以通过征收取得农民集体的土地所有权,反之却不可以,这就造成了同为土地所有权,因为主体不同而权利内容不同。

国家在土地使用权出让一级市场中出让土地使用权中的法律角色是民事主体。国家之所以可以出让土地使用权,其正当性基础不在于它是国家机关,而在于它是民事主体,在于国家对土地的所有权。因为建设用地使用权出让的法律性质是他物权设定:国家处分其所有权,为他人设定建设用地使用权之用益物权。^[9]在我国司法实践中,大多将因土地使用权出让合同引起的纠纷作为民事案件审理。^[10]

因为土地这种生产资料具有较高的经济价值,因此国家取得了相对于其他民事主体的法律上的垄断地位(《土地管理法》第43条第1款)。这种法律上的垄断地位保障了国家在市场上的垄断地位,影响了民事主体之间竞争的正常进行。因为,国家在土地使用权出让一级市场中出让土地使用权时,具有控制土地这种商品的价格、数量以及其他交易条件并且阻碍其他经营者进入相关市场能力的市场地位。而这正是《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第17条第2款关于“市场支配地位”的界定。恐怕正是因为国家在土地使用权出让一级市场中的垄断地位违背了市场规律,才导致其他土地所有权主体及其成员对国家征收的各种积极或者消极对抗。

(二) 国家在立法过程中的角色冲突

国家作为民事主体存在有其自身利益,但它同时又是规则制定者,这两种角色之间的冲突导致了征收立法中的种种不公平现象。

首先,国家通过立法维护它对于土地使用权出让一级市场的垄断,导致土地所有权在立法上的不平等。中国法律对于建设用地使用土地,原本并未限定必须使用国家所有的土地。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。”该规定并不涉及国家垄断建设用地使用权出让。1988年修订也不涉及该条。但经过1998年8月29日修订,《土地管理法》第43条第1款规定:“任何单位和个人进行

[9] 对于征收行为性质的不同认识,在城市房屋拆迁许可的正当性及合理性问题上表现为两种不同观点,肯定说认为,拆迁许可是行政法律关系,否定说则认为,拆迁人与被拆迁人是平等主体之间的权利关系。审判实践中倾向于肯定说。参见贺荣主编:《物权法与行政诉讼实务问题研究》,第198—200页。

[10] 参见张庆华:《土地物权疑难法律问题解析》,法律出版社2007年10月第1版(以下简称张庆华:《土地物权疑难法律问题解析》),第147—151页。

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。”《土地管理法》就这样确立了国家对于土地使用权出让市场的垄断地位。当然,主持1998年《土地管理法》修订工作的“土地管理法修改小组”,正是以国家土地管理局工作人员为成员而组成的。国务院代表国家行使国有财产所有权,国务院工作人员主持修改法律,修改后的法律无疑确立了修改工作机关的垄断地位。这种立法很难被认为是公正的立法,恰恰就是竞争当事人之一单方制定竞争规则的结果。

其次,国家立法机关怠于行使立法权从而变相放弃立法权。作为国家立法机关,全国人大常委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规[《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第88条第(2)项]。全国人大常委会并未在《物权法》施行同时,公开对诸如《城市房屋拆迁管理条例》等与《物权法》相悖的规范的审查结果,显然属于怠于行使立法权。由此导致的直接结果就是《物权法》虽然生效,但在此后3年多的时间里,与之相悖的《城市房屋拆迁管理条例》仍然是各级政府处理城市房屋拆迁管理工作的有效依据。同样,《物权法》规定征收应当“依照法律规定的权限和程序”进行,这就要求国家对征收的权限和程序制定法律。对非国有财产的征收只能制定法律[《立法法》第8条第(6)项],而制定法律的权限在全国人大及其常委会(《立法法》第7条第1款)。因此,《物权法》生效后,全国人大及其常委会应该积极制定关于征收的权限和程序的法律。但是,全国人大常委会采取的立法行为是通过授权立法(《城市房地产管理法》第6条第2句)将本来应该制定的征收法律交由作为国家土地所有权的具体行政部门,即国务院去行使,这在一定程度上应该被认为是违反了法律保留原则。关于征收之所以适用法律保留原则,主要是体现了立法的高位阶性,体现了决定征收的谨慎,体现了对物权的保护。^[11]之所以将立法权交给全国人民代表大会及其常务委员会,显然是因为它能够集中代表全国人民的意志和利益。^[12]但是,全国人大常委会在征收立法问题上的做法,显然是将竞争规则的制定权交给将因适用该规则而取得土地所有权的机关,其正当性颇值怀疑。尽管《国有土地上房屋征收与补偿条例》施行的同时已经废止了1991年《城市房屋拆迁管理条例》,但它能在多大程度上解决征收立法上存在的问题,同样值得怀疑,至于其实际效果,还应当靠实践检验,而集体土地征收问题,截止到2010年3月份尚未提到立法机关的议程上^[13],2011年7月20日,国务院常务会议要求近期重点做好的第三项工作中提及“切实规范和完善集体土地征收与

[11] 参见王达:《房屋征收拆迁法律制度新问题》,中国法制出版社2010年3月第1版,第42页。

[12] 参见张千帆主编:《宪法学》,法律出版社2004年9月第1版,第311页。

[13] 参见《国务院法制办:集体土地征收立法未上日程》,资料来源:<http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2010/03-31/2199284.shtml>,2010年6月6日访问。

补偿”^[14],也许这是意味着将要启动相关立法工作。如果开始这项工作,也是国务院或者其组成部门的工作,其中或许需要参考《土地管理法》的立法经验。

(三) 国家在行政管理中的角色冲突

在不动产征收中,作为民事主体取得征收不动产权利的国家主体,相比较于作为被征收人的其他民事主体,同时还体现为行政机关,并且很多情况下是通过行政机关实现其作为民事主体的利益的。这就使得国家在不动产征收中表现得异常积极活跃。“土地财政”现象就是其集中表现。

所谓“土地财政”现象,从财政部2010年3月5日在第十一届全国人民代表大会第三次会议上“关于2009年中央和地方预算执行情况与2010年中央和地方预算草案的报告”的相关数据可见一斑。根据该报告,2009年全国的国有土地使用权出让收入总额达1.42397万亿元,其中,新增建设用地有偿使用费收入274.94亿元归中央财政,地方政府则获得国有土地使用权出让收入为13964.76亿元(包括国有土地使用权出让金收入、国有土地收益基金收入、农业土地开发资金收入和新增建设用地有偿使用费收入),而2009年全国财政收入68476.88亿元,其中,中央本级收入35896.14亿元,地方本级收入32580.74亿元。^[15]国有土地使用权出让收入是政府重要的财政收入来源,约占全国财政收入的21%。可以看出,我国土地使用权出让收入在地方政府财政收入的比例明显较高,地方政府财政收入高度依赖国有土地使用权出让收入,这就是通常所谓的“土地财政”现象。

土地财政之所以能够存在,与国家垄断建设用地使用权出让的一级市场有关。1998年修订后的《土地管理法》,确立了国家对建设用地使用权出让的一级市场的垄断。国家的这种垄断地位表现在法律上就是国家土地所有权与农民集体土地所有权的平等。这种不平等的表现之一是国家对农民集体土地所有权的排挤,原则上禁止直接将集体所有的土地用作建设,例如禁止“小产权房”以及农村房屋的自由交易。

土地财政的受益者是各级政府,打击小产权房以及禁止农村房屋自由交易最为积极的也是各级政府。例如,我国法律并未明确禁止买卖农村房屋。《土地管理法》中规定“农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准”(《土地管理法》第62条第4款),显然是承认农村村民可以出卖住房,只不过是如果已经出卖住房就不再有权使用宅基地。但是,国务院办公厅明确提出,农民的住宅不得向城市居民出售,也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅,有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。^[16]国务院明确提出禁止农村集体经济组织非法出让、出租集体

[14] 资料来源:http://www.gov.cn/ldhd/2011-07/20/content_1910349.htm,2011年7月25日访问。

[15] 参见http://www.gov.cn/2010lh/content_1556704.htm,2010年5月8日访问。

[16] 参见1999年5月6日国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》(国办发[1999]39号)。

土地用于非农业建设,禁止城镇居民在农村购置宅基地^[17],国务院办公厅提出农村住宅用地只能分配给本村村民,城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或“小产权房”。^[18]相比较国务院的规定,办公厅明显将“禁止城镇居民在农村购置宅基地”修改成为“城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或‘小产权房’”。

当然,与政府的积极态度相比较,全国人大及其常委会的意见似乎相对保守温和一些。例如,国家土地行政管理部门在回答浙江省土地管理局问题时明确表示:原宅基地使用者未经依法批准通过他人出资翻建房屋,给出资者使用,并从中牟利或获取房屋产权,是属“以其他形式非法转让土地”的违法行为之一。^[19]而全国人大常委会法制工作委员会则认为,浙江省人大常委会法工委所提到的卖房等行为有些确实有问题,但所涉及法律问题须另行研究作出规定,不宜将这些行为按《土地管理法》第47条规定的买卖或以其他形式非法转让土地行为予以处罚。^[20]全国人大之所以采取这种保守温和的立场,恐怕是因为它缺乏直接利益关系所致。

政府打击小产权房的行为表面上维护了农民的宅基地使用权,实际上阻断了农民自由处分土地使用权以获取土地升值利益的途径,导致地方政府和开发商可以轻易征收农村土地进行商业开发并分享土地升值收益。^[21]

由于政府在征收中具有经济利益并且同时又是行政管理者,这种角色矛盾体现的是政府在征收中的职能错位:政府及其具体主管部门既是履行行政管理职能的征收管理者,又是征收的实施者,而政府部门作为征收实施者难以审查与征收相关的主体的资质等问题。^[22]政府作为行政管理机关往往认为自身利益就是公共利益,从而存在倾向于将被征收人反对政府利益的行为认为是对公共利益的反抗,于是“钉子户”等似乎带有某种贬义的词汇便出现了,开动国家机器使用公权力以使政府取得征收标的的所有权进而取得相关利益,就往往成为政府的选择。当政府动员司法机关、检察机关等全部国家机器打击反对征收的行为时,它所保护的利益已经非常模糊了。当开发商等急于从国家取得土地使用权而实施暴力拆迁时,政府机关在某种程度上的不作为恐怕

[17] 参见2004年10月21日国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》(国发[2004]28号)。

[18] 参见2007年12月30日国务院办公厅《关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》(国办发[2007]71号)。

[19] 参见1990年8月25日国家土地管理局《关于以其他形式非法转让土地的具体应用问题请示的答复》([1990]国土函字第97号)。

[20] 参见1991年5月23日全国人大常委会法制工作委员会《关于卖房等行为是否按土地管理法第47条规定的买卖或以其他形式非法转让土地的行为予以处罚的答复》。

[21] 参见王才亮、陈秋兰:《违法建筑处理实务》,法律出版社2008年8月第1版(以下简称,王才亮、陈秋兰:《违法建筑处理实务》),第238页。

[22] 法院调查中已经清楚地揭示了这种现象。参见江苏省高级人民法院民一庭:《江苏省小城镇建设中有法律纠纷的调查报告》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》,2004年第3集,总第19集,法律出版社2004年11月第1版,第254页。