



上海律师文丛 · 2010 年

冲突与平衡： 土地征收中的权力与权利

本书以我国土地征收中两对相冲突的权力与权利——征收权与不动产财产权、
土地规划权与土地发展权——为视角，首先从法理上分析这两对权力
与权利在两大法系上的演进，进而通过翻译、整理其他法域立法、司法、
学术研究资料阐释了这两对权力与权利平衡的路径。

立足于我国的实际情况，本书分析了这两对权力与权利在我国的冲突现状与法律实质，
进而提出在我国平衡这两对权力与权利冲突的法治保障，对立法、司法、
执法和保障公民权利具有实践价值。

叶 芳 · 著



上海社会科学院出版社

上海律师文丛·2010年

冲突与平衡： 土地征收中的权力与权利

叶 芳·著



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

冲突与平衡：土地征收中的权力与权利 / 叶芳著.
—上海：上海社会科学院出版社，2011
ISBN 978 - 7 - 80745 - 864 - 7
I. ①冲… II. ①叶… III. ①土地征用—研究—中国
IV. ①F321.1
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 111805 号

冲突与平衡：土地征收中的权力与权利

著 者：叶 芳

责任编辑：董汉玲

封面设计：闵 敏

出版发行：上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail:sassp@sass.org.cn

经 销：新华书店

印 刷：上海惠顿实业公司印刷部

开 本：710×1010 毫米 1/16 开

印 张：12.25

插 页：2

字 数：213 千字

版 次：2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 80745 - 864 - 7/F · 166

定价：34.80 元

版权所有 翻印必究

序

律师业作为现代服务业重要组成部分越来越受到社会各界的关注。目前,上海律师队伍已突破万人,国内外经济社会的舞台上有着他们活跃的身影。随着上海“四个中心”建设的推进和上海世博会的成功举办,上海律师业面临着一个更广阔的发展前景。

伴随着律师业的不断发展,律师业务更趋多元化和专业化。鼓励律师学术上百家争鸣,引导律师著书立说是上海律协一贯推崇的优良传统。上海律师中也确实有大批的律师在执业实践中,坚持研究、总结,醉心于著述。2006年初,上海律协启动了“上海市律师协会文库”的出版工作,提供上海律师一个展示行业精神财富的平台。

“理想的书籍是智慧的钥匙”。4年后的今天,在上海律协文库编委会的支持下,在上海社会科学院出版社的帮助下,又一展示律师智慧的窗口——“上海律师文丛”也与大家见面了。如果说,“文库”更多侧重行业层面的探讨研究,那么新生的“文丛”则是上海律师个人、团队或律师事务

所的智慧结晶。这两套丛书都见证着上海律师在高速发展的物质文明和精神文明中始终立于时代的前沿。

搭建律师思想碰撞之平台、畅通律师信息传播之渠道、建设律师学问总结之道路、营造律师形象展示之舞台、创建律师文化交流之大厦，始终是上海律协推动律师发展的出发点和归宿点，也是广大上海律师共同憧憬的理想之境。

上海市律师协会

2010年6月

前言

土地征收、房屋拆迁问题已然成为近年的社会热点问题。从2007年“史上最牛钉子户”引发社会对征收“公共利益”要件的大讨论,到2009年拆迁户唐福珍自焚事件,北大五教授联名要求修改拆迁条例促使出台《国有土地上房屋征收与补偿条例》(征求意见稿),再到近日的江西宜黄钉子户自焚事件,直至发布了两次征求意见稿之后,2011年1月21日《国有土地上房屋征收与补偿条例》正式问世,这些悲剧无不是在宪法保护公民财产权的法制框架下发生的。那么,哪儿出了问题呢?

作为法律人,很自然地选择了研究土地征收法律问题。笔者研究发现,土地征收是个跨学科的研究领域,不仅涉及法律问题,还涉及经济学、规划学、社会学、政治学等许多领域。从法学的研究方法出发,笔者以权力与权利这对对立统一的矛盾关系为视角,研究分析了土地征收中的两对相冲突的权力与权利,即征收权与不动产财产权、土地规划权与土地发展权,并希望在我国法律语境中找到它们的平衡路径。

在权力与权利的冲突中寻求平衡,就要从根本上分析权力权利冲突的由来。权力是一种强制性的影响力、控制力,促使或命令、强迫对方按权力者的意志和价值标准作为或不作为。^① 权力也称公权力、公共权力、国家权力,起源于人类共同体对于权威的需要,从产生来看晚于权利。原始社会没有国家只有氏族和部落,在那个时期,因人类群居生活共同面对危险和挑战需要公共权威来调整、维护氏族内部、部落内部的人与人之间的相互和谐关系,构建良好的生活秩序。最初的公共权威是氏族族长和部落酋长,他们为处理公共事务设立了其他的公共职位,并赋予其一定的权威性、强制性的公共职能。因此,处理这些社会公共事务的权力,可以被称为社会公共权力或者公权力,以与个人所拥有的“私权利”相对应。近代以来,公权力总是与国家联系在一起或者附属于国家,

^① 郭道晖:《社会权力与公民社会》,译林出版社2009年版,第4页。

一般也将公权力称作国家权力。^①从公权力产生的原因来看,它是为实现私权利而服务的,是为了集中个体的优势,避免个人利益驱动的分散性,来达到整体效能的最大化。在人类生产力水平低下的情况下,公权力有促进改革和发展的价值。但是随着公权力的产生和强大,在有助于整体快速发展的同时,必然会带来对个体私权利存在空间的侵犯。正如18世纪末托马斯·潘恩对政府(公共权力的主体,也即权力)的评价——“即使在最好的情况下,也不过是一种免不了的祸害”,但也“制止我们的恶行,从而消极地增进我们的幸福”。^②因此,公权力与私权利之间就产生了不可避免的矛盾。权力与权利冲突的形式有权力否定权利、权利否定权力、权力限制权利、权利制衡权力。^③如何既发挥公权力控制下集中优势资源促进社会发展的有利一面,而控制公权力向私权利的扩张和压制,达到权利与权力的平衡,就成了公法和公法学所要解决的最核心的问题。

在土地征收中的权力权利构成中,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。因为公权力是以国家名义表达、具有法律上优势效力的意志,^④所以这两对权力与权利冲突的实质就是权力对权利的合法侵犯。这个“法”即划定了权力的活动空间和权利的容忍范围。

“从根本上说,私权和公权都是社会物质财富直接或间接的转化形式,都是社会整体利益的法律表现,完全是同质的东西。但在现实性上,它们又分别代表着构成社会整体利益的两个不同部分,因而具有不同的甚至是对立的外化形式和角色功能”。^⑤因此,土地征收中的权力和权利是可以达到平衡的。那么土地征收中的权力和权利通过什么路径达到平衡呢?社会契约论思想成为西方近代社会公权与私权关系确立的基础。人们缔结社会契约,把他们的部分自然权利让渡给政府,政府就有义务保护人们的权利而且提供公共服务。因此,私权利是公权力产生的基础,公权力来自于私权利的让渡。公权力既然是在私权利充分发展的基础上产生的,其行使必然会以绝大多数私权的实现为宗旨。权利在社会中得到了最为充分的信仰,在权利与平等理念的弘扬中公权力丧失了特权。基于公权的公益性质,正当行使公权的扩大,事实上可以满足大多数的

① 熊文钊主编:《公法原理》,北京大学出版社2009年版,第19—21页。

② [英]托马斯·潘恩:《潘恩选集》,马清槐译,商务印书馆1991年版,第3页。

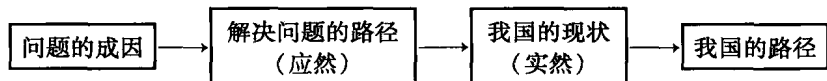
③ 郭道晖:《社会权力与公民社会》,译林出版社2009年版,第30—32页。郭老师这里所说的“权利否定权力”中的“权利”主要指人民权利,表现为当权力专制、权力滥用情况下的人民抵抗权或救济权。笔者认为这一类的权利不在本书的讨论范围内,本书所讨论的是通常理解的“私权利”。

④ [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第112页。

⑤ 童之伟:《公民权利国家权力对立统一论纲》,《中国法学》1996年第6期。

私权利,最终私权也可以得以扩大。公权力与私权利可以在同一体系之中得到平衡,并且可以实现共赢。

为讨论土地征收中的权力与权利冲突与平衡问题,本书分四章,第一章为冲突的法理分析,第二章为平衡的路径分析,第三章为我国冲突的现状分析,第四章为我国平衡的法治保障。如此设章的内在逻辑为分析问题的成因,从他山之石中寻找解决问题的途径(应然),研究我国的现状(实然),根据我国的国情提出解决我国问题的途径和建议。前三章中以每一对相冲突的权力权利为线索,每一节就是一对冲突的权力权利,即第一节是征收权与不动产财产权,第二节是土地规划权与土地发展权。



通过前三章的规范研究,笔者发现,我国土地征收中的权力与权利冲突问题不像其他国家或地区,即通过“公益要件”来解决。因为我国在宪法、法律规定该要件的同时,却在实践中有意虚置该要件。此外,我国也不像其他法域有典型的土地规划权与土地发展权的冲突,因为我国集体土地发展权是被剥夺和征收了的,这种征收不仅很少学者注意到,而且反而与许多学者对土地发展权的属性和定位的诸多误解互为因果。笔者在第四章中得出的我国的平衡路径不是简单借鉴他国经验式的法律制度移植,而是强调平衡的法治保障,因为只有法治的保障下,权利才可能有机会与权力平衡。因此,第四章提供了笔者认为可行的、必须的解决路径,即比例原则和公众参与。

目 录

序	1
前 言	1
第一章 土地征收中权力与权利冲突之法理分析	1
第一节 征收权与不动产财产权冲突之法理分析	1
一、征收权的概念及理论基础	1
二、征收权主体和客体	6
三、征收权在两大法系中的演进	9
四、不动产财产权的价值及意义	16
五、征收权与不动产财产权冲突之法律效果	19
第二节 土地规划权与土地发展权冲突之法理分析	25
一、土地规划权在两大法系中的演进	25
二、土地规划权的理论基础	30
三、土地规划权的法律性质	35
四、土地发展权在两大法系中的演进	41
五、土地发展权的理论基础及权利属性	45
六、土地规划权与土地发展权冲突之法律效果	48
第二章 土地征收中的权力与权利平衡之路径分析	55
第一节 征收权与不动产财产权平衡之路径分析	55
一、公共利益要件	55
二、公共利益的确认	63
第二节 土地规划权与土地发展权平衡之路径分析	66
一、司法界定	66
二、私权内部规范	69

2 冲突与平衡:土地征收中的权力与权利

三、补偿替代机制	74
第三章 我国土地征收中的权力与权利冲突之现状分析	79
第一节 我国征收权与不动产权冲突之现状分析	79
一、征收权“公益”要件的演进	79
二、“公益”要件虚置的原因	81
三、“公益”要件虚置的法律后果	92
四、我国的立法征收	101
第二节 我国土地规划权与土地发展权冲突之现状分析	108
一、我国土地规划权的结构及法律性质	108
二、我国土地发展权的权利属性之辨	114
三、土地发展权在我国权利体系中的定位	120
四、我国土地规划权与土地发展权之冲突	126
五、我国土地规划权与土地发展权冲突的法律效果	132
第四章 我国土地征收中权力与权利平衡之法治保障	135
第一节 运用比例原则平衡土地征收中的权力与权利	135
一、比例原则的内容与功能	135
二、比例原则对于平衡土地征收中的权力与权利的意义	137
三、现行的土地征收、规划制度违背比例原则之处	139
四、可兹借鉴的平衡措施	140
五、运用比例原则平衡土地征收中的权力与权利	143
六、比例原则要求在理念和行为模式上改变公权力行使方式	150
第二节 运用公众参与平衡土地征收中的权力与权利	152
一、土地征收公众参与的法理基础	153
二、其他法域的土地征收公众参与实践	154
三、我国土地征收公众参与的现状	161
四、我国土地征收公众参与的障碍及对策	166
结 论	172
参考文献	173
致 谢	185

第一章 土地征收中权力与权利冲突之法理分析

第一节 征收权与不动产财产权冲突之法理分析

一、征收权的概念及理论基础

(一) 征收权的概念

1. 权力角度的定义

大不列颠百科全书认为征收 (eminent domain 或称 condemnation 或 expropriation) 是政府为公用而不经产权人同意拿走私人财产的权力。^① 维基百科认为征收是政府不论同意与否, 支付正当金钱补偿 (due monetary compensation) 而夺走私人财产或财产权的权力。^② 征收在美国、加拿大称为 Eminent domain, 英国、新西兰、爱尔兰称为 compulsory purchase, 澳大利亚称为 resumption 或 compulsory acquisition。北大宪政知识网为 Eminent domain (拉丁语 eminens 意为高于其他 rising high above surrounding objects; dominium 即 domain 所有权), 该词作为法律术语用来描述一个国家剥夺私人财产而不论业主同意与否的主权 (sovereign right)。^③ 我国民法学者王卫国认为征收权 (eminent domain) 是指国家为了公共目的而占用私人财产的权力。^④ 美国佐治亚州官方法律注释为: “征收是政府享有的权力, 考虑公众的经济情况和为了公共利益, 通过政府的常设机构来临时或者长期实施对政府拥有的任何

① <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/185870/eminent-domain#>.

② http://en.wikipedia.org/wiki/Eminent_domain.

③ <http://www.xianzheng.com/zhuanji/details.asp?perID=412&classID=14&className=&typecat=%D7%A8%BC%AD>.

④ 张千帆:《“公共利益”的困境与出路——美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示》,《中国法学》2005年第5期。

土地的统治权。”^①

2. 行为角度的定义

大陆学者的定义: 财产征收是指国家以任何公权力方式限制、剥夺公民财产或者具有财产价值的法律地位的行为。^② 土地征收是国家为了公共利益和社会经济发展的需要, 依照法律规定的程序, 强制性取得土地权利并给予补偿的行为。^③ 美国称为“最高土地权行使”(Eminent Domain); 英国称“强制取得”(Compulsory Acquisition); 法国、德国及我国台湾地区则称为“土地征收”(Land Exploitation); 日本称为“土地征收”或“土地收买”; 我国香港地区则称为“官地收回”。^④ 台湾地区学者的定义: 土地征收之概念应解为国家行使公权力, 强制取消他人土地上之权利, 并以补偿其损失为条件, 而将土地完成权利移转于需用土地之人之一种行政处分。^⑤

3. 法律制度角度的定义

土地征收作为一种基本的土地法律制度, 普遍存在于各国的法律之中。综观各国法律, 土地征收制度的内容基本上是一致的, 即国家或政府为了公共目的而强制将私有土地收为国有并给予补偿的法律制度。^⑥ 土地征收是强制性剥夺他人土地权利, 是发生土地财产权转移的行为, 在我国是国家为了公共利益的需要, 依据法律规定的批准程序, 给予农民集体和个人补偿后, 将农民集体所有的土地转变为国有的制度。^⑦

4. 本书观点

笔者认为, 应当区分权力本身与权力的行使要件、权力主体和客体。对于征收权而言, 是否符合公共利益、公用、公目的, 是否需要预先或者事后补偿, 补偿是否公平、合理都是关乎征收权行使要件的问题; 征收权是否行政权是关乎征收权主体问题; 征收对象是否为农民土地或其他财产是关乎征收权客体的问题。

笔者认为不应将征收权作为权力的行使要件、主体、客体列举在征收权本

① O. C. G. A. 22-1-2. (a) (2007).

② 应松年主编:《四国行政法》, 中国政法大学出版社 2005 年版, 第 225 页。

③⑦ 汪振江:《农村土地产权与征收补偿问题研究》, 中国人民大学出版社 2008 年版, 第 14 页。

④ 汪振江:《农村土地产权与征收补偿问题研究》, 中国人民大学出版社 2008 年版, 第 14 页; 高汉:《集体产权制度下的农地征用》, 复旦大学政治经济学博士论文, 2005 年。

⑤ 廖义男:《道路规划与用地取得之法律问题》,《公共建设与行政法理》, 台北三民书局 1994 年版, 第 98—99 页, 转引自陈立夫:《土地征收与损失补偿——我国土地征收制度之若干重要课题》, 台湾行政法学会主编:《损失补偿、行政程序法》, 台湾行政法学会出版 2005 年版, 第 17 页, 注 35。

⑥ 李强:《中国土地征收法律制度研究》, http://www.lunwentianxia.com/product_free.2060681.1/。

身的定义中。征收权行使要件、主体、客体因不同法域、不同历史时期而有所不同,所以将这些因素纳入征收权的定义之中不仅会造成误解,而且不宜突出征收权本身的、固有的、本质的特征。

笔者对征收权的定义意在突出征收权作为公权力的本质、固有特征,并从土地征收中的权力与权利冲突与平衡出发,将征收权定义为:国家强制取得财产权的权力。

(二) 征收权的理论基础

“保留权利说”(reserved rights)假定在个人占有财产之前,国家对一切财产具有原始和绝对的所有权。因而公民对财产的占有取决于主权国家的授权,且以后的享用过程也受制于隐含的保留条件,也就是国家可以在任何时候为了公共目的而收回财产。早期的大陆法系学者如格老秀斯和普芬多夫认为,在公民取得财产之前,主权国家对财产拥有初始的和绝对的所有权,个人所有权是由国家让渡的,而国家在让渡的同时自然保留了将来再索回的权利。^① 根据这种观点,个人的财产所有权至少相对于政府而言只是限于一种占有权和使用权。该理论更加符合封建时期日耳曼法的财产制度,在天赋人权的现代财产制度下,恐难寻觅理论支撑。

“内在权力说”(inherent powers),也称“主权说”。该说认为公民拥有全部的财产权,没有必要经过政府授权,但政府可根据需要拥有征收财产的权力,只是必须满足宪法所规定的前提条件。该说认为财产是先于政府而存在,但征收这种权力是一个主权政府为了一个一般意义上的政府(as a general purpose government)所代表的所有者的利益而行使其权利所必要的条件。^② 这样,征收权并非基于政府的终极所有权(ultimate ownership,即“保留权说”),而是基于主权的行使。该说符合启蒙思想家的财产观,为美国制宪先贤所采纳。我国的许多公法和私法学者也持类似观点,如民法学者王卫国认为,国家征用财产的权力,不是依据于国家所有权,而是依据于国家主权。主权意味着国家可以支配其领土内的一切人和物。主权包括对内(统治权)和对外(独立权)两个方面。我国宪法设立国家土地所有权、集体土地所有权和国家对集体土地的征用权,都是对内主权的体现。^③ 公法学者沈开举认为,从历史上看,“征收权”一词是

① 陈向民:《中美征收制度重要问题比较》, <http://www.rurallandlaw.cn/Html/yiyucaifeng/48030615453.htm>。

② *West River Bridge Co v Dix*, 47 U.S. 507 (1848)。

③ 王卫国:《中国土地权利研究》,中国政法大学出版社1997年版,第35页。

指独立存在于任何成文宪法或者制定法中的权力,它是主权国家的固有权力。^①

“交易成本理论”(“市场失灵说”)。通过市场协商,自愿交易无法将财产转移到更有效率的政府手中,这是市场的失灵,而征收权就是对市场失灵的补救。^② 法律经济学者认为,征收制度的潜在无效率是可以被潜在效率抵消的。政府征收所涉及的项目一般都是巨大的,牵涉到与许多私人财产所有者的交易,这些复合交易的谈判成本是很高的,原因之一是政府在规划确定以后放弃原来的购买计划而购买其他土地的成本巨大,私人所有者知道这点后会提出高昂的收购价格,原因之二是每一位所有者都希望自己成为最后一个出售者以获得最大的利益,势必影响收购的进度。如果征收者承担了如此巨大的成本,只能提高服务价格,把成本转嫁到消费者身上,这样,消费者和征收者双方都不能获益。此外,鉴于征收成本巨大,征收者也可能采取其他措施替代征收计划内的土地,结果,这些土地就不能转到使用效率更高的征收者手中。^③

“公共产品理论”(public goods)。霍尔库姆(Holcombe)的“公共产品理论”认为执政者的最大利益就是提供公共产品,而这也是政府权力的正当理由,包括征收权。^④ 根据该理论,对抗性和排他性的私人产品应由私人所有和提供,具有非对抗性和排他性的公共产品(如国防)则应该由公共所有,政府提供这些公共产品是更有效率的。因为政府提供公共产品时的高效率,所以在供应公共产品时征收私人财产才是正当的,反之,政府为了供应私人产品而征收私人财产则是不正当的。供应公共产品也就要求政府的征收符合“公共利益”的要求。^⑤ 该学说对“市场失灵说”给予了支持。

(三) 征收权的相关概念辨析

1. 征收与征用

我国法律规定大多以“征用”一词表示“征收”之意,所以,许多学者在讨论

① 沈开举:《征收、征用与补偿》,法律出版社2006年版,第23页。

② Bruce L. Benson, “The Evolution of Eminent Domain A Remedy for Market Failure or an Effort to Limit Government Power and Government Failure?” *The Independent Review*, Volume XII, Number 3, Winter 2008. Note 1, p. 424.

③⑤ 李强:《中国土地征收法律制度研究》, <http://www.lunwentianxia.com/product.free.2060681.1/>。

④ Bruce L. Benson, “The Evolution of Eminent Domain A Remedy for Market Failure or an Effort to Limit Government Power and Government Failure?” *The Independent Review*, Volume XII, Number 3, Winter 2008. p. 423.

征收问题时混用这两词,或干脆在注释中明确这两词为同义。^①2004年,我国《宪法》、《土地管理法》均进行了修改,把原来的“征用”改为“征收”,并单独对“征用”有所规定。2004年《宪法》第10条、《土地管理法》第2条规定:“国家为了公共利益需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。”2007年《物权法》第42条对“征收”进行了规定:“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、个人的房屋及其他不动产。征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益。征收单位、个人的房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。”《物权法》第44条规定,“因抢险、救灾等紧急需要,依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后,应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿”。

从上述法律规定来看,“征收”与“征用”两个概念的区别也是明显的。第一,法律效果不同。征收是财产权尤其是所有权的消灭或转移,征用则仅仅涉及使用权,不涉及所有权,因此存在返还的规定;第二,目的不同。征收的目的是公共利益的需要,征用是某些特殊公共利益如抢险、救灾的需要,具有临时性、紧迫性特征;第三,适用的法律不同。征收主要适用《土地管理法》、《城市规划法》等,征用适用的多是调整紧急状态的法律,例如《警察法》第13、34条规定在特殊情况下,人民警察可以临时使用公民的私有财产。《戒严法》第17条规定了根据执行戒严任务的需要,戒严地区的县级以上人民政府可以临时征用国家机关、企业事业组织、社会团体以及公民个人的房屋、场所、设施、运输工具、工程机械等,在非常紧急的情况下,执行戒严任务的人民警察、人民武装警察、人民解放军的现场指挥员可以直接决定临时征用,地方人民政府应当给予协助。实施征用应当开具征用单据。《国防法》第48、49、55条规定了在国家动员的时候可以征用公民财产的情况。《防震减灾法》第50、59—61条规定了在地

^① “《宪法》及《土地管理法》等立法均并列使用征用和征收一语,未见区别性规定,而《土地管理法实施条例》(25条)更是明确规定了‘国家依法征用的土地’属于国家所有,现行立法上的土地征用即指土地征收。约定俗成,相关著述多在同一意义上使用两者。文中除作特别说明外,土地征用和土地征收所指同义”。见汪振江:《农村土地产权与征收补偿问题研究》,中国人民大学出版社2008年版,第13页。

震的特殊情况下可以先征用再办理相关手续。《消防法》第45条规定了在消防的紧急情况下可以使用公民的财物,等等。

笔者认为,征用实质上也是权力对权利的剥夺或限制,只是其限制的程度比征收要轻,或其限制的时间比征收要短,或其限制的原因比征收要紧迫,等等。但不论如何区别,征用在本质上属于征收。因此,许多法域并不作类似的区分,如德国用于界定征收的特别牺牲理论也包含了上述征用的情况,美国的征收理论也包含了征用。

2. 征收与拆迁

我国以前《城市房屋拆迁管理条例》所规定的拆迁与征收的区别主要有:第一,行为属性不同。拆迁只是征收行为(在我国是行政行为)生效后的法律效果,即不动产财产权利消灭或转移至征收人,征收人作为不动产财产权利人拆除房屋系其行使自己民事财产权利的行为,是民事法律行为,不是行政行为。而征收是征收人作为国家权力主体(在我国是行政权力主体),或者经其授权,强制取得不动产财产权利的行政行为;第二,两者为因果关系。征收是因,拆迁是果。没有不动产财产权的征收,就没有拆迁,讨论拆迁是否合法,应先讨论征收是否合法;第三,范围不同。征收不仅涉及不动产,也涉及动产,不仅涉及房屋,还涉及土地。但只有在有地上建筑物的情况下才存在拆迁问题,即将地上建筑物拆除,将建筑物内的权利人迁移。在2011年1月21日公布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》中,“拆迁”两字被彻底摒弃,而代之以“征收与补偿”,从而避免了从前《城市房屋拆迁管理条例》可能造成的征收与拆迁的混淆。

二、征收权主体和客体

从上述征收权的理论基础可见,无论是基于国家所有权的“保留权”还是基于国家主权的“内在权”,征收权都是国家权力即公权力。它符合公权力的要件及特征:征收权主体与相对人之间处于不平等的地位,不是平等自愿的市场交易主体;征收权以法律、命令、服从为特征;征收权基于国家单方面的意思表示,具有国家强制性。德国法学家拉班德就指出,土地征收不应该与民法上的买卖相比较,它是国家权力对私权的侵害,其基础在公法,征收权的主体是国家。奥托·梅耶尔认为,征收是为了公企业而剥夺臣民所有权的国权侵害行为。^①

(一) 征收权的主体

征收权为国家权力、公权力,所以,征收权的主体应该为可以代表国家权力

^① [日]美浓部达吉:《公用收用法原理》,有斐阁1936年版,第27—28页,转引自肖军:《城市地下空间利用法律制度研究》,知识产权出版社2008年版,第33页。

的机关:立法、行政、司法机关。多数国家司法机关没有作为征收权的主体,而是作为独立第三方对其进行审查和监督,给予相对人权利救济。

1. 行政主体

多数国家征收权的主体是行政机关,征收行为为行政处分行为(类似我国的具体行政行为),征收权的行使依据行政处分行为的运行方式,因此,征收也被称为“行政征收”。

美国联邦宪法用第5修正案来限制联邦政府行使国家征收权,并通过联邦宪法第14修正案把该限制扩大到各州。^①一般而言,美国各级政府——联邦、州或者地方——都能够行使征收权。美国的行政征收权通常来自两种途径,第一种也是通常的法律途径就是立法授权。经州立法机关授权,行政机关、准政府部门和公用事业公司也可以行使征收权。如果得到州的授权,那么,私人和公共机构都有权进行征收。立法可以对行使征收权的机构划分为不同的层次。^②政府对于市政公司和私人机构在相同情况下行使征收权施加了不同的要求。^③第二种是宪法授权。如果州宪法性条款是可自行执行的,并且明确规定为了某种特定的目的可以征收土地,那么在这种情况下,不需要立法授权也能够启动为了此目的而征收土地的程序。如果一个州的宪法允许其城市订立它们自己的宪章,那么在这种情况下,一个城市就可以赋予自己征收权力。^④

德国虽有立法征收的判例,但就古典征收而言,以一个有益公共福利的征收计划如建造公路、机场等主要利用行政处分(具体行政行为)来实行。^⑤

值得注意的是,政府行政机构及其授权部门、企业作为征收权主体行使征收权,不改变行政征收的性质,其授权与被授权的法律关系应该理解为行政委托法律关系。行政征收权的运行方式应该遵循行政处分行为的运行方式及其法律原则和法律后果。不可因权力主体系行政机关之外的企业就把行政征收主体视为是私主体,是与权力对象地位平等的民事主体,走入基本法律关系混淆的误区,我国1997年颁布、2001年修改的《城市房屋拆迁管理条例》正是在征收权的性质和权力主体等基本法律问题上为诸多学者所诟病。他们认为该条例把因征收引发的拆迁问题定格为拆迁人与被拆迁人之间的问题,并把他们之

① 第14修正案规定任何州“未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。

② 1A *Nichols on Eminent Domain* § 3.04 [2], 转引自 David L. Callies, “Taking: Physical and Regulatory”, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 15, No. 1, LexisNexis, 2007, p. 80.

③ *Steinhart v Mendocino County Ct*, 70 P 629 (Cal 1902).

④ 1A *Nichols on Eminent Domain* § 3.03 [1], 转引自 David L. Callies, “Taking: Physical and Regulatory”, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 15, No. 1, LexisNexis, 2007, p. 80.

⑤ 陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第423页。