



第2辑

法

北理法学

BIT Law Journal

主编 徐昕 副主编 张艳丽



法律出版社

北理法学

(第二辑)

编辑委员会:李寿平 罗 丽 彭海青

曲三强 谢 晖 徐 昕

杨成铭 杨亚非 张艳丽

赵秀梅

主 编:徐 昕

副 主 编:张艳丽

责任编辑:刘 毅 孟 强 周建华

文字编辑:董俊霞 代航英

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

北理法学. 第2辑/徐昕,张艳丽主编. —北京:

法律出版社,2013

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4349 - 4

I. ①北… II. ①徐…②张… III. ①法学—文集

IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 289768 号

© 法律出版社·中国

北理法学(第二辑)

徐 昕 张艳丽 主编

责任编辑 周丽君

装帧设计 李 瞻

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京荣盛彩色印刷公司

印张 24.75 字数 398 千

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4349 - 4

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

[主题研讨]

论《物权法》上的征收制度	王利明	1
论城市房屋拆迁中的物权问题	孙宪忠	16
土地征收和房屋拆迁中的司法原则和判例研究 ——来自美国的经验和中国的实践	周大伟	36
为了私人开发使用征用权 ——对财产权的无根据侵蚀	本杰明·D. 克莱姆 著 刘妮娜 译	59
公正补偿标准和征收不公正的联系及改革机会	玛丽莎·费根 著 陈清清 译	89
征收问题前沿	亚历山大·B. 克拉斯 著 蔡颖慧 译	119
美日土地征收法制与文化的比较分析	玛丽莎·L. L. 绥 著 张 华 译	152

[专题论文]

当代中国财税法制的历史及其发展	万其刚	173
JM 困境及其制度出路	刘坤轮	197
多重实践理性间的法律文学 ——叙事学在法律论辩中的地位	杨怡悦	226
虚假广告代言人民事责任问题研究	邢昊然	237
论死亡赔偿金的性质	廖仕梅	257
土地承包“三十年不变”的合理性质疑	吴元中	268
大学治理中的权力构成与权力关系	方 芳	275
论司法的道德衡量	李艳秋	287

通过软法的公共刑事治理	孙道萃	305
我国控烟立法的困境及其消解	洪延青 陈无风	324
探寻司法追求与司法效果的统一 ——中国国情下人民法院的司法政策调整	夏 敏	346

[域外法学]

司法独立能拯救司法廉洁吗? ——来自美国法官弹劾制度的启示	陈 辉	357
法理学的概念	罗伯特·阿列克西 拉尔夫·德莱尔 著 王晖 译	375

CONTENTS

Seminar Topics

On Expropriation System in Property Law	<i>Wang Liming</i>	1
On Real Right Issues in Urban House Demolition	<i>Sun Xianzhong</i>	16
The Judicial Principles and Case Study on Land Expropriation and House Demolition: From American Experience and China Practice	<i>Zhou Dawei</i>	36
Eminent Domain for Private Development: An Irrational Basis for the Erosion of Property Rights	<i>Benjamin D. Cramer trans. by Liu Nina</i>	59
Just Compensation Standards and Eminent Domain Injustices: An Underexamined Connection and Opportunity for Reform	<i>Marisa Fegan trans. by Chen Qingqing</i>	89
The Frontier of Eminent Domain	<i>Alexandra B. Klass trans. by Cai Yinghui</i>	119
A Comparative Analysis Between Legal and Cultural Aspects of Land Condemnation through the Practice of Eminent Domain in Japan and America	<i>Marissa L. L. Lum trans. by Zhang Hua</i>	152

Topics Articles

The History and Development of Fiscal Law and Tax Law in Contemporary China	<i>Wan Qigang</i>	173
Dilemma of JM and its Institutional Outlet	<i>Liu Kunlun</i>	197
Law and Literature in Multiple Practical Reasons: The Significance of Narrative in Legal Discourse	<i>Yang Yiyue</i>	226

A Study of the False Advertisement Spokesperson's Civil Liability

Xing Haoran 237

On the Characters of Death Compensation

Liao Shimei 257

Challenge of the Rationality of Land Contract "Invariant
in Three Decades"

Wu Yuanzhong 268

The Power Constitution and Power Relationship

in University Governance

Fang Fang 275

On Moral Consideration of Judicature

Li Yanqiu 287

Public Criminal Governance through Soft Law

Sun Daocui 305

The Dilemma and Possible Solutions of Tobacco Control

Legislation in China

Hong Yanqing Chen Wufeng 324

The Exploration on the Unification of the Judicial Pursuit

and Judicial Effect; The Judicial Policy Adjustment of
the People's Court under China's Actual Conditions

Xia Min 346

Foreign Law

Can Judicial Independence Save Judicial Integrity:

Revelation from the System of Judge Impeachment in America

Chen Hui 357

The Concept of Jurisprudence

Robert Alexy Ralf Dreier trans. by Wang Hui 375

[主题研讨]

论《物权法》上的征收制度

王利明*

征收即所有权的征收,是指国家基于公共利益通过行使征收权,在依法支付一定补偿的前提下,将单位或者个人的财产移转给国家所有。我国《宪法》第10条第3款规定:“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。”《物权法》第42条第1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、个人的房屋及其他不动产。”以下就《物权法》上的征收制度谈几点个人看法。

一、征收的法律特征

第一,征收的目的必须是公共利益。从比较法的角度来看,“征收”(taken)一般是基于“公共利益”(public use)和“正当补偿”(just compensation)这几个概念而展开的。^①所

* 王利明,中国人民大学法学院教授,博士生导师。

① Leif Wenar, The Concept of Property and the Taking Clause, 97 *Colum. L. Rev.* 1923.

谓公共利益,一般认为,是指有关国防、教育、科技、文化、卫生等关系国计民生的利益。为了防止政府行政权侵害公民和集体的财产权,因此法律要求政府行使征收权必须符合公共利益的需要。事实上,政府之所以可以不通过磋商谈判方式而征收个人或集体的财产,根本原因在于公共利益的需要。所以,公共利益也是行使征收权的正当性和合法性的前提。

第二,征收的主体是国家。征收是一种国家的强制行为,是政府行使征收权的行政行为,^①征收的主体是国家,只有国家才能利用公共权力对集体或私人财产进行干预,甚至将其强制性地移转给国家。除国家之外,任何组织和个人都不享有公共权力,因而也不享有征收权。尽管《物权法》第42条没有规定征收行为的主体,但由于物权法有关征收的规定,本身构成对政府行使行政权的规范,因而征收是政府依法所实施的行为。不仅征收的决定应当由政府依法决定,而且整个征收过程包括拆迁补偿标准的确定、拆迁方案都是征收行为的组成部分。在实践中,有一种观点认为,城市房屋拆迁应当是开发商为主体所实施的行为,因而有关房屋拆迁的补偿标准应当由开发商确定。这种观点是不妥当的,因为将房屋拆迁作为一种征收行为,只能由政府所实施。征用“必须特别严格地遵守合法性的原则,也就是说,征用的种类和范围是为了满足公共利益而不可避免的,并且没有其他较为温和的手段”^②。当然,在征收之后,政府可以依法将土地出让给开发商,此时可能出现开发商与被拆迁人之间的补偿问题。但是由于征收的对象是公民、法人和集体所有的财产,且征收将发生财产所有权移转的后果,因而,征收也是物权法规范的对象。当然,征收权本身也受到行政法的调整。

第三,征收是移转财产所有权的行为。在《物权法》中,第42条和第44条分别规定了有关征收和征用的内容。征收和征用具有重要区别,这表现在,征收将导致集体或者个人和所有权移转,而征用仅仅发生使用权的移转。从实践来看,只要不发生所有权移转,将不会发生征收问题,例如,严格限制公民砍伐自己栽种的树木,就属于所有权的限制。又如,属于个人所有权的住宅,但受到文物法的保护,所有权人不得自行拆除。

第四,征收必须依法作出补偿。征收虽然在性质上不是交易,不是遵循自

① Joseph L. Sax, Takings and the Police Power, 74 Yale L. J. 36, 1964.

② [德]M. 沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第43页。

愿的原则来进行,但是,它必须以补偿为前提,而不能在不支付任何补偿的情况下强制性地移转公民的所有权。只有这样才能保障公民和法人的合法权益。^①

第五,征收的对象主要是不动产,依据我国《物权法》第42条的规定,征收的对象主要包括两类:一是集体所有的土地以及集体所有土地之上的土地承包经营权和宅基地使用权等。二是单位和个人的房屋以及其他不动产。根据《物权法》第132条的规定,用益物权也可以成为征收的对象。根据《物权法》第148条的规定,为了公共利益的需要,提前收回建设用地使用权,地上建筑物也会发生征收的问题。但是,原则上征收不包括动产,因为动产通常是可以替代的物,如果国家出于公共利益需要获得公民的动产,可以从市场中或者协商购买,而不必要通过征收的方式直接发生所有权的变动。

从比较法的角度来看,征收的财产范围在扩大。^②在我国,征收的对象既包括不动产的所有权,也包括不动产之上的用益物权,但是,担保物权不可能发生征收的问题,担保物权涉及其他人的利益,如果因征收导致担保物权的消灭,可能影响到抵押权的实现,涉及因此而发生补偿之后,抵押权人是否针对征收补偿款享有物上代位权的问题。

二、征收与提前收回建设用地使用权

《物权法》第42条规定的征收与《物权法》第148条规定的提前收回建设用地使用权是两种不同的制度。《物权法》第148条是对提前收回进行的规范,但其同时规定在提前收回的情况下,要对地上附着物进行征收。不少人认为,既然要对地上附着物实行征收,就可以以提前收回土地来替代房屋拆迁,因为说到底,房屋拆迁也是一种征收,是为了获得土地而进行拆迁。

笔者认为,这一观点并不妥当。首先,从《土地管理法》等法律、法规的规定来看,提前收回土地的情况很多,既包括因公共利益提前收回的情形,即《物权法》中所言的征收;也包括因基础法律关系消灭导致建设用地使用权消灭从而收回土地的情形(如《土地管理法》第58条第4项、第5项规定的情形);还包括了因闲置土地、违反出让合同规定的开发条件导致合同被解除、土地被提

① 阎桂芳、杨晚香:《财产征收研究》,中国法制出版社2006年版,第24页。

② Leif Wenar, The Concept of Property and the Taking Clause, 97 Colum. L. Rev. 1923.

前收回的情形。每一种情况,其法律性质不同,法律后果也不一样;如果简单地以提前收回土地来替代拆迁,反而造成法律适用上的混乱。其次,《物权法》第158条实际上是对建设用地使用权的征收补偿进行的特别规定。它与第42条共同构成了对建设用地使用权及其上的附着物征收补偿的规定。在依据第148条的规定提前收回土地的情况下,政府未必要对地上附着物实施拆迁,也可以保留和继续利用地上附着物。再次,即便在收回土地后,需要拆迁,拆迁也只是征收的法律后果,是完成征收之后政府清理地上附着物,为土地开发创造条件的行为。换言之,收回土地之后,才涉及拆迁的问题,显然二者不能相互替代。最后,从程序上看,提前收回包括的情形很多,法律没有对其程序进行严格的规定;而按照《物权法》第42条的规定,征收应当受到严格的程序限制。如果简单地以提前收回土地代替拆迁,将会使许多拆迁无法按照征收程序来办理。有关单位会以提前收回来附带征收,从而规避关于征收程序的规定,损害被征收人的利益。

由于征收要移转所有权,因此在法律上属于原始取得。《物权法》关于征收制度的规定,对于充分保护公民、法人的财产,维护被征收人的合法权益具有十分重要的意义。《物权法》强调要保障被征地农民的合法权益,保护被拆迁人的合法权益,这就确定了我国征收制度的根本目的。鉴于实践中已经出现了不少征收补偿方面的纠纷,因此,需要通过具体法律的规定为司法裁判提供法律依据。《物权法》第42条的规定也为行政法规、规章以及司法解释的制定提供了依据。《物权法》作为我国法律体系中的基本法律,已经确立了征收制度的基本框架,行政法规、规章以及司法解释只能够在其框架内加以细化规定,而不能违反《物权法》关于征收制度的基本精神。

三、征收与征用

征收与征用都是国家通过行使行政权,基于公共利益对集体和私人所有权进行限制的方法。一方面,征收、征用都是为了公共利益的需要,正是因为公共利益的存在,通过征收、征用而限制单位和个人的财产权,不需要与被征收征用人协商。另一方面,征收、征用都应当依法对被征用人给予一定的补偿。只有在作出补偿的情况下,征收、征用才具有正当性。但《物权法》区分了征收和征用的概念,将其分两个条款分别规定。它们在是否移转所有权、补偿的标准等方面都存在明显的区别。

第一,是否移转所有权不同。在国外,征收(taken)的概念范围比较宽泛,不仅包括移转所有权的征收,还包括非移转所有权的征收,即所谓对财产利益的征收。^①但在我国,《物权法》中所确认的征收都要移转所有权。我国《物权法》第42条所确认的征收的两种形式,即征收集体土地和城市房屋拆迁,都要移转所有权。征收就是指国家为了公共利益的需要,而利用公权力强制性地集体或私人所有的财产征归国有。在征收的情况下,由于征收要发生所有权的移转,所以征收的程序比征用更为严格,且在征收以后,不存在返还的问题。征用属于政府强制使用公民或者单位个人的财产,不发生所有权移转的后果。

第二,是否为了因抢险、救灾等紧急需要不同。征用在紧急需要的情况下才能使用,征收不一定在紧急状态,它是在和平环境下基于公共利益的需要而采取的措施。也就是说,征收不以紧急需要的存在为其适用的前提,即使不存在紧急状态,出于公共利益的需要也可以征收。

第三,征收征用的对象不同。征收主要适用于不动产,依照《物权法》第42条的规定,征收针对的对象是“集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产”。在我国,征收主要包括对农村土地的征收和对城市房屋的征收。依据《物权法》第44条的规定,征用既包括动产,也包括不动产。所以《物权法》第44条规定,征用适用于“单位、个人的不动产或者动产”。

第四,补偿标准不同。由于征收要移转所有权,所以对被征收人造成的损失更大,对其作出的补偿也相应地更高一些。尽管征收在性质上不同于买卖,且征收也不完全以补偿为前提,但由于征收要移转所有权,征收后作出补偿时应当考虑市场价格。由于征用只是临时使用,如果没有造成物的毁损灭失,可以返还被征用物并作出适当的补偿。但政府对征用通常不需要按照市场价格作出补偿。在征收的情况下,不存在将征收的财产返还给被征收人的问题。

征用是对所有权限制的一种方式,征收也是一种限制所有权的方式,但严格地说,征收不仅仅是对所有权的限制,而且是所有权的强制性移转,是国家取得所有权的一种方式。

^① Frank I. Michelman, Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law, 80 Harv. L. Rev. 1165, 1967, Joseph L. Sax, Takings and the Police Power, 74 Yale L. J. 36, 1964.

四、征收的实质要件:公共利益

《物权法》第42条第1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、个人的房屋及其他不动产。”据此,政府从事征收行为,必须是为了满足公共利益的需要,而且要以实现公共利益最大化为目的,只有公共利益才是限制私有财产权的重要理由。因此,“为了公共利益的需要”是从事征收行为的首要条件。征收为什么不能采用合同谈判的方式呢?因为它是基于公共利益的需要,必须要借助国家的行政权强制性地移转所有权。例如,在征收集体土地的过程中,必须要贯彻对耕地的特殊保护规则。《物权法》第43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。”土地具有不可再生性和绝对的稀缺性。随着我国城市化进程的加快,耕地流失现象十分严重。从实践来看,一些地方政府打着建造开发区等的名义,大量圈地,导致耕地严重流失,农民的利益受到损害。耕地的流失将会危及整个国家的粮食安全和扰乱国民经济的秩序。所以,征收征用必须要首先贯彻对耕地的最严格的保护制度,因为根据我国“十一五”规划纲要,到2010年我国耕地保有量必须保持18亿亩,这是一项约束性指标,是一个不能逾越的红线,为此,必须要实行最严格的耕地保护制度。^①也就是说,在征收、征用中,必须要严格限制农用地转为建设用地,严格控制建设用地总量,任何机关都不得逾越法定的审批权限,滥征集体的土地。

《物权法》对公共利益的内涵并没有作出明确的界定,在《物权法》起草过程中,对《物权法》中是否应当对“公共利益”的内容作出明确界定,一直存在争议。不少人建议,为了限制有的地方政府滥用征收权力侵害群众利益,应在《物权法》中明确界定公共利益的范围。虽然从学理上看,公共利益就是社会全体成员的共同利益,或者说不特定人的利益,是不特定人的经济、文化、教育等方面的利益。如此抽象的界定固然简单,但并不具有太强的可操作性;若采用列举的方式,一一列举哪些利益属于公共利益,则虽然具有一定的可操作性,但难免挂一漏万。可见,试图通过一个定义而一劳永逸地解决因“公共利益”的内涵问题而发生的纠纷是不太现实的,也是十分困难的。因为从本质上

^① 王兆国:“关于《中华人民共和国物权法(草案)》的说明”,载新华社3月8日电。

说,“公共利益”是一个类似于诚实信用、公序良俗等弹性条款的概念,一个难以在法律上对其内容加以明确界定的概念,各国法律大都授权法官根据个案来界定这一概念。或由议会等立法机关一事一议,确定公共利益的事项。因而《物权法》最终没有对“公共利益”这一概念作出具体界定是必要的。笔者认为,《物权法》不必对“公共利益”的内涵作出具体的界定,主要原因在于:

第一,公共利益范围的宽泛性。

公共利益所包括的范围是非常宽泛的,如国防、交通事业、水利事业、公共卫生、教育、政府机关及慈善事业,它既可能是指经济利益,也可能是指社会的福祉,还可能包括教育、卫生、环境等各个方面的利益。其范围究竟有多宽,很难界定。^① 公共利益和纯商业利益之间存在一定程度上的交叉,例如,在一个小区进行房地产开发,如果其中建设了学校、医院,即使其主要是服务于小区,但其也使不特定的人分享了教育、卫生等方面的利益,因而在一定程度上也体现了社会公共利益。公共利益本身是一个框架性规定,它和诚实信用、公序良俗等概念一样,很难给出具体的定义,只能根据个案、一事一议、具体确定。^②

第二,公共利益内容的变动性。

公共利益本身是一个开放的概念,具有不可穷尽性,也就是说,其类型繁多,且随着社会的发展而不断发展。^③ 因不同社会的发展阶段、各国的具体国情、经济发展水平等条件,它会具有不同的内涵。而且它与国家政策和不同时期的社会需要具有非常密切的联系。社会的不同时期的治国方略、采用的政策等因素,都会在一定程度上影响到公共利益的内涵和实现。在特殊情况下,某些特定人受益的利益也可能向公共利益转化。在立法上对公共利益进行界定列举的做法并不可取,因为这种界定列举很难概括公共利益的全部内容,而且也很难预计以后可能会发生的变化。在几十年前,很多国家并没有把消费者利益看作公共利益的范围,认为这纯粹是一个商业利益问题。但是在最近几十年,随着世界各国对消费者利益保护的加强,很多国家的判例学说,越来越承认消费者利益也可能是公共利益保护的对象,这就表明这个概念是不断

① 胡信彪:《土地征收与房屋拆迁》,中国民主法制出版社2006年版,第7页。

② 在法国,许多学者持此种观点。参见 Jeanne LEMASURIER, art. cit. p. 75. Michel HUYGHEV, op. cit. I 143。

③ Margaret Jane Radin, *The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings*, 88 *Colum. L. Rev.* 1667, 1680, 1988.

发展的。从各国立法发展的情况来看,过去公共利益的内涵比较狭小,商业开发是不包含在公共利益之中的。但是现在从许多案件反映出来的情况看,公共利益的内涵在不断扩大,甚至包含了商业利益。例如,在美国“凯洛诉新伦敦市案(Susette Kelo, et al. v. City of New London)”中,联邦最高法院认为,建造一个制药厂可以增加当地的就业和税收,因而也体现了公共利益。^①

第三,公共利益内容的不确定性。

一方面,公共利益内容本身是一个价值判断的对象,具有一定的主观性,不同的人对公共利益的看法可能是不同的。例如,要拆除某个地方的居民小区建造一个制药厂,一些人会认为此种行为是符合公共利益的,但另一些人会认为,保留原来居民区的特征,维持原有的风貌,从而保护城区的历史,可能也体现了一定程度的公共利益。^② 对于“公共利益”理解的不同,是因为人们是从不同的角度来作出评价和判断的。另一方面,公共利益的目的性可能也是变化的。例如,因为某个时期的军事工业的目的而征地,但在该特定军事目的已经完成以后,公共目的性可能不复存在,也就不需要基于公共利益而征地。^③

第四,公共利益层次的复杂性。

公共利益本身也具有不同的层次,这决定了在法律上对其类型化是十分困难的。例如,公共利益中包含了社会全体成员的共同利益(如国家安全利益),不特定人关于经济、教育、文化等方面的利益,消费者利益、城市基础设施建设、交易安全,等等。这些利益本身有不同的层次,例如国家安全利益和市政建设的利益是不同层次的公共利益,从而对其保护的力度也不同。如果各种不同的公共利益之间发生冲突,法律上需要解决的是,如何使公共利益最大化。这就需要分析公共利益的层次,优先保护更高层次的公共利益。但层次问题只是在争议发生之后,需要界定“公共利益”时才是被考虑的因素,而很难在立法对公共利益进行界定时就对其层次进行区分。

因为公共利益本身在法律上是一个弹性条款,具有一定程度上的开放性和变动性,在不同领域内,不同情形下,公共利益的内涵并不相同,情况相当复杂,即使是商业开发,在某些情况下也可能会涉及税收、就业、城市环境等问

① KELO v. NEW LONDON (04 - 108) 268 Conn. 1, 843 A. 2d 500.

② Id.

③ 胡信彪:《土地征收与房屋拆迁》,中国民主法制出版社2006年版,第7页。

题,从而间接地涉及社会公共利益。因此,《物权法》难以对“公共利益”作出统一的具体的界定,还是分别由《土地管理法》、《城市房地产管理法》等单行法律作出具体规定较为切合实际。在公共利益发生争议的情况下,建议通过司法程序由法院对此作出裁判。^① 所以,《物权法》中维持宪法关于公共利益的抽象的表述,没有采用正面界定和反面排除的方法规定“公共利益”的内涵。但《物权法》中也对公共利益及基于公共利益的征收做了一些必要的规定,例如针对实践中建设用地总量增长过快,低成本工业用地过度扩张,违法违规用地、滥占耕地现象屡禁不止等现象,《物权法》第43条作出了针对性的规定:“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。”这实际上就是通过粮食安全这一公共利益,对征收进行了一定的限制。

五、征收的权限和程序

根据《物权法》第42条第1款的规定,征收必须依照法律规定的权限和程序进行。我国《物权法》特别强调征收补偿必须依据法定的权限和程序。不仅在《物权法》第42条中要求,征收必须遵循法定的权限和程序;在《物权法》第43条中,进一步规定,“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”。之所以要将依照法律规定的权限和程序作为征收的条件,主要是因为:一方面,出于充分保护公民的财产权的需要。征收是永久性地剥夺公民的财产权利,后果非常严重,为了防止一些地方政府及其工作人员以公共利益为名,滥用征收权力,损害被征收人的利益和农民的权益,因此必须强调要遵循法定的程序。征收权作为国家的专有权力,其对公民的财产利益影响重大,更应当受到正当程序的限制。另一方面,在征收中要严格强调依据法定的权限和程序进行,有利于政府机关依法行政,弥补因公共利益的概念过于抽象而产生的缺陷。如前所述,对于公共利益概念定义的困难,也需要通过在法律上明确征收、征用的条件和程序以弥补公共利益模糊的缺陷。还要看到,将依照法

^① 法国许多学者认为,公共利益既不属于抽象行政行为,也不是具体行政行为,而是行政机关与特定个人之间的协调行为(acts intermédiaire)的一种类型,具有可诉性。Bergères MC, Les acts réglementaire AJDA. 1980, p. 3. Jeanne LEMASURIER, art. cit. pp. 188 - 189.

律规定的权限和程序作为征收的条件,也是为了减少不必要的纠纷,保障征收工作的顺利进行。由于我国征收制度尚不完善,各地征收补偿制度也很不统一,这在一定程度上也影响了征收工作的顺利进行。

所谓“依照法律规定的权限和程序”,也就是说有关征收的权限和程序必须法定化。依据《立法法》第8条第6项,对非国有财产的征收只能制定法律,亦即只能由全国人大及其常委会制定的法律来规定,而不能由行政法规确定,更不能由各地地方、各部门自行授予权力和确定程序。例如就征收集体土地而言,依据《土地管理法》征收决定只能由县级以上的地方人民政府作出,《土地管理法》第45条第1款、第2款规定:“征收下列土地的,由国务院批准:(一)基本农田;(二)基本农田以外的耕地超过三十五公顷的;(三)其他土地超过七十公顷的。征收前款规定以外的土地的,由省、自治区、直辖市人民政府批准,并报国务院备案。”超出该权限范围的征地行为,就是违法的征收行为。当然,由于我国目前尚未颁布征收征用法,有关集体土地的征收和权限、程序仍然很不完善。在颁布征收征用法之前,应当授权国务院就征收的权限和程序作出必要的规定。

法律规定的权限和程序既包括征收决定作出的程序,也包括征收决定作出之后对被征收人的财产进行评估、作价、补偿等程序。有学者认为,正当程序应当包括合法合理、公共受益、公平补偿、公开参与、权力制约、权责统一六个方面。^①征收必须严格遵守法定的程序才能进行。笔者认为,法定的程序至少包括如下几个方面:

一是要区分不同的征收对象,适用不同的程序。例如,《土地管理法》对土地的征用(实质上是“征收”)规定了严格的程序:区分是农用地和城市建设用地,不同的土地要依据不同的程序进行审批;即使是在紧急情况下征用土地,也要遵循法定的程序,报请有关机关批准,不能擅自强行征用。

二是作出征收决定必须遵循法定的程序。在作出征收决定过程中,要保障被征收人和利害关系人必要的知情权。因为征收毕竟是国家强制性地移转公民财产的所有权,导致公民财产永久性的移转,是对公民财产权的重大限制,所以征收的过程应当公开、透明,征收的补偿标准也应当公开、公正。这就要保障被征收人和利害关系人必要的知情权。在作出征收决定过程中,要保障被征收人和利害关系人充分的参与权。在征收集体的土地时,应当允许农户参与征收谈

^① 莫于川:“判断‘公共利益’的六条标准”,载《法制日报》2004年5月27日。