

主编 孙国栋

岭南春音

律师文摘 · 广东特辑



要目

- 张千帆 律师与宪政
江少周 《物权法》草案基本上是失败的
成尉冰 从占有改定看“售后返租”
蒋 隽 颜湘蓉：一位顶级律师诠释的“民心”
刘文君（执笔） 关于深圳律师执业与生存现状的调查报告
王荣利 掀起律师的盖头来——中国律师的尴尬和希望
莫 赵 浅论律师文化的糟粕
翟彩娟 香港与内地律师事务所联营若干问题的探讨
朱征夫 律师是什么
高 树 像真正的律师那样去工作和生活

群众出版社



ISBN 978-7-5014-4343-7



9 787501 443437 >

ISBN 978-7-5014-4343-7/D • 2133

定价：25.00元

责任编辑 白玉生

岭南春音

律师文摘·广东特辑

孙国栋 主编

群众出版社

2008年·北京

图书在版编目(CIP)数据

岭南春音:律师文摘·广东特辑 / 孙国栋主编. —北京:
群众出版社, 2008.10

ISBN 978-7-5014-4343-7

I. 岭… II. 孙… III. 律师业务—中国—文集 IV.
D926.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 157050 号

岭南春音:律师文摘·广东特辑

责任编辑 / 白玉生

出版发行 / 群众出版社 电 话:(010)52173000 转

社 址 / 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编 / 100078

网 址 / www.qzcbbs.com

信 箱 / qzs@qzcbbs.com

印 刷 / 北京市清华园印刷厂

787×1092 毫米 16 开本 13.75 印张 230 千字

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5014-4343-7

定价:25.00 元

学术顾问

江 平 梁定邦 张思之 邓正来 贺卫方

编辑委员会

王力成 王才亮 田文昌 池英花 刘 宇
刘彤海 刘桂明 杨泽延 宋绍富 陈惠忠
贺宝健 莫少平 童 新 谢重基 薛济民

执行编委

谭 礴 刘海蛟 董志军 李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

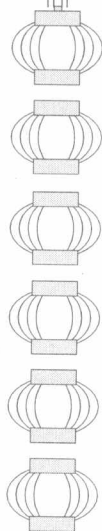
支持单位

广东广和律师事务所
广东星辰律师事务所
北京才良律师事务所
北京天坛律师事务所
北京易和律师事务所
江苏薛济民律师事务所
重庆百君律师事务所
信捷投资担保有限公司
浙江海通联合律师事务所
美国纽约州刘宇律师事务所

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- | | |
|-----|-----------------------|
| 于绪刚 | 北京市大成律师事务所高级合伙人(北京) |
| 王小军 | 浙江省泽大律师事务所主任(杭州) |
| 王志学 | 辽宁省四洋律师事务所高级合伙人(沈阳) |
| 卢长青 | 河南省君志合律师事务所主任(许昌) |
| 孙伏龙 | 河北省太平洋世纪律师事务所主任(石家庄) |
| 朱元涛 | 北京市正见永申律师事务所合伙人(北京) |
| 乔占祥 | 北京市金台律师事务所副主任(北京) |
| 刘涛 | 广东省法制盛邦律师事务所合伙人(广州) |
| 刘文君 | 广东省经天律师事务所合伙人(深圳) |
| 刘彤海 | 河南省尊严律师事务所主任(濮阳) |
| 许兰亭 | 北京市炜衡律师事务所律师(北京) |
| 吕良彪 | 北京市大成律师事务所高级合伙人(北京) |
| 李俊华 | 上海市建纬律师事务所昆明分所主任(昆明) |
| 吴革 | 北京义派影响力诉讼研究中心理事长(北京) |
| 杨大民 | 北京市京都律师事务所合伙人(北京) |
| 陈刑天 | 北京市厚信律师事务所主任(北京) |
| 张星水 | 北京市京鼎律师事务所主任(北京) |
| 肖树伟 | 北京市天驰律师事务所合伙人(北京) |
| 张耀东 | 辽宁省法大律师事务所主任(大连) |
| 周强 | 北京市正见永申律师事务所律师(北京) |
| 胡祥甫 | 浙江省金道律师事务所主任(杭州) |
| 秦兵 | 北京市忆通律师事务所律师(北京) |
| 徐彬 | 北京市首信律师事务所主任(北京) |
| 夏霖 | 北京市华一律师事务所合伙人(北京) |
| 浦志强 | 北京市华一律师事务所合伙人(北京) |
| 贾承霖 | 北京市世纪律师事务所合伙人(北京) |
| 梁晨 | 北京市中瑞律师事务所合伙人(北京) |
| 韩良 | 南开大学法学院副教授(天津) |
| 蒋勇 | 北京市天同律师事务所首席合伙人(北京) |
| 彭航 | 北京市天平律师事务所合伙人(北京) |
| 董箫 | 北京市安理律师事务所合伙人(北京) |
| 谢重基 | 北京市尚元律师事务所律师(北京) |
| 曾祥一 | 重庆市百君律师事务所合伙人(重庆) |
| 臧其军 | 北京市京都律师事务所合伙人(北京) |
| 霍健 | 中国海洋石油总公司集团公司副总经理(北京) |
| 戴勇坚 | 中国建筑房地产律师网执行总裁(长沙) |



律师与宪政

任何国家的宪政都离不开律师，中国当然也不例外。如果从1908年的《钦定宪法大纲》算起，那么，到今年中国宪政恰好走过了一百个年头。这个百年对中国来说真是风风雨雨、磕磕碰碰，换了许多部宪法，但是宪政却仍不尽如人意。之所以一直有宪法而无宪政，重要原因就在于缺乏律师的充分参与。

看看世界各国，哪里有宪政，哪里就有律师。典型如美国，那里的律师不仅可以手捧宪法吃饭，而且这碗饭还吃得很好，因为宪法诉讼对于法律人来说是一件名利双收的事情。在其他国家，宪法律师的地位或许没有那么崇高，但也都差不离儿，至少不会落得在法院大门外流浪的境地。当然，宪法律师的存在只是宪政的必要条件，而未必是充分条件；在有些国家，即便律师可以在法庭上拿宪法说事儿，宪政也可能出于种种原因而落实得不好。但是反过来，如果没有“宪法律师”这个职业（哪怕只是“兼职”的），那么，这个国家的宪政就凶多吉少了。除非它有大不列颠那样深厚的民间宪政传统，律师参与的缺失简单意味着宪政的缺位。事实上，处于例外行列的无非也就是英国、荷兰几个屈指可数的国家，连以色列这个“不成文宪法”国家都有宪法诉讼。朝鲜、古巴以及正在改变但还不到位位的越南等国则没有实质性的律师参与，其宪政状况也可想而知。

之所以没有律师就没有宪政，其实，道理很简单。你能想象民法可以没有民法律师就能得到实施吗？刑法是否能没有律师而得到实施呢？如果一般的法没有律师就得不到实施，也就是说有法律而无法治，那么，宪法为什么会例外呢？没有律师，宪法也同样得不到实施。既然在法庭上没有效力，宪法规定得再好也是一纸空文。由于宪法说了不算，政府官员当然视之为可有可无，宪政也就没指望

了。因此,就和法治一样,宪政也只有通过律师才能实现。

由此可见,中国百年宪政的状况之所以不乐观,很大程度是因为没有律师的参与。当然,我没有丝毫怪罪中国律师的意思。中国律师显然不是不想参与国家宪政建设,而是我们目前的制度没有给他们这个机会。事实上,一百年来,我们制定了那么多部宪法,至今还没有哪部宪法规定任何形式的宪法诉讼。既然法院不能受理宪法诉讼(即便是齐玉苓案也只是间接被最高法院“批复”了一下,因而也称不上“宪法诉讼第一案”),律师当然无法通过宪法来推动宪政。

不过,我要说的是,既然中国律师已经为中国的法治和人权进步做了许多事情,不妨将宪政作为下一个考虑对象。毕竟,权利不是从天上掉下来的,而是律师抗争的结果。宪法诉讼首先是一种权利——不仅是宪法权利受到侵犯的当事人的权利,而且也是律师的权利。

张 帆

2008年3月7日于

北京西山揽月园

目 录

卷首语

学术论坛

专家说法

- 001 《物权法》草案基本上是失败的 / 江少周
- 006 对《中华人民共和国物权法(草案)》的两点建议 / 陈 星
- 012 房地产拍卖中的物权公示 / 刘国林
- 016 论无权处分与合同效力
——对《合同法》第 51 条的理解 / 胡 东
- 020 中英竞业限制法的比较研究 / 邓 尧

热点话题

业务进阶

以案论道

- 036 从占有改定看“售后返租” / 成尉冰
- 041 论记名经营权和实际经营权的关系 / 万由伟
- 046 关于抵押权登记变动与物权公信原则 / 黄 然
- 051 小议刑事诉讼中对扣押、冻结款物处分的非正当性问题
王思鲁

办案规程

- 058 关于房地产抵押的三个问题 / 广东天地正律师事务所
- 064 浅议对货方的共同海损分摊债权的保护
李晨飏 张昌桃
- 069 外资并购我国企业的法律问题初探 / 何志军

业界瞭望

星汉灿烂

- 074 颜湘蓉:一位顶级律师诠释的“民心” / 蒋 隽

执业前沿

- 077 关于深圳律师执业与生存现状的调查报告 / 刘文君 执笔
- 089 论乡土纠纷诉讼解决与 ADR 的契合
——和谐社会视野中的乡村纠纷解决之反思与重构
卢泽铭

维权之声

- 097 掀起律师的盖头来
——中国律师的尴尬和希望 / 王荣利

管理之窗

- 职业素养 135 律师文化刍议 / 肖明裕
- 139 浅论律师文化的糟粕 / 莫 赵
- 体制创新 149 律师事务所分配制度改革浅议 / 郑 锋
- 154 香港与内地律师事务所联营若干问题的探讨 / 翟彩娟
- 经营思路 158 BPR——优化规模化律师事务所管理流程的“良方”
- 刘 强
- 165 谈律师营销 / 许光玉
- 企业文化 170 培植律师文化 / 刘泰祥
- 175 论律师文化建设的社会实践基础 / 魏忠平
- 178 试论律师文化的自我建设 / 毛国华

法苑撷英

- 随 笔 183 律师是什么 / 朱征夫
- 185 像法律人一样思维 / 杨择郡
- 191 像真正的律师那样去工作和生活
- 律师的职业精神是第一位的 / 高 树
- 196 我们为什么要把法律建成“一堵墙” / 秦亚黎
- 199 今天,你娱乐了吗(外一篇) / 刘 梅
- 书 评 203 郭星亚和她的自传《三色光》 / 陈惠忠
- 207 编后记 / 孙国栋

Contents

Preface

Lawyers and Constitutionalism / by Zhang Qianfan

Academic Forum

Expert's Comment on Law

- The Draft of Property Law is basically a failure / by Jiang Shaozhou(001)
- Two Proposals for Property Law of People's Republic of China(Draft) / by Chen Xing(006)
- Public Summons for Property in Auctioning Real Estate / by Liu Guolin(012)
- on Unauthorized Disposition and Effectiveness of a Contract / by Hu Dong(016)
- A Comparative Research into the Restriction of Business Strife between China and U.K.
by Deng Yao(020)

Hot Topic

Definition and Procedure of Public Interests / by Geng Shuang(032)

Business Step

Theoretical Discuss on Cases

- Understanding Restitution of Rent after Sale from Change of Possession
by Cheng Weibing(036)
- On the Relationship between Registered Managerial Authority and Actual Managerial
Authority / by Wan Youwei(041)
- On Change of Mortgage Registration and the Principle of Public Trust
by Huang Ran (046)
- Discussion on Illegitimacy of Attachment and Freeze in Criminal Procedure
by Wang Silu(051)

Rule of Handling Cases

- Three Problems in Real Estate Mortgage / by Guangdong Tiandizheng Law Firm(058)
- Discussion on Protection of the Cargo side's Claim of General Average Contribution
by Li Chenbiao, Zhang Changtao(064)
- A Preliminary Probe into Legal Problems on Foreign Capital Merging and Acquiring
China's Enterprises / by He Zhijun (069)

Lawyer's Outlook

Brilliant Stars

Yan Xiangrong: a Top Lawyer Interpreting the People's Mind / by Jiang Juan(074)

Practice Front

A Findings Report on Lawyers' Practice and their Survival Situation in Shenzhen

by Liu Wenjun(077)

Settlement of Rural Dispute by Litigation Agreeing with ADR / by Lu Zeming(089)

Voice of Defending Rights

Lifting a Lawyer's Headscarf / by Wang Rongli(097)

Management

Professional Attainment

Modest Proposal for Lawyers' Culture / by Xiao Mingyu(135)

Discussion on the Dross of Lawyers' Culture / by Mo Jiu (139)

Institutional Innovation

Discussion on the Reform of Distribution System in Law Firms / by Zheng Feng(149)

A Probe into Some Issues on Association of Law Firms between Hongkong and

Inland China / by Zhai Caijuan(154)

Thinking of Management

BPR—the Sound Strategy of Managerial Process in Optimizing Large-Scale Law Firms

by Liu Qiang(158)

On Lawyers' Marketing / by Xu Guangyu(165)

Culture of Enterprises

Cultivating Lawyers' Culture / by Liu Taixiang (170)

On the Social Practice Basis of Lawyers' Cultural Construction / by Wei Zhongping(175)

On Self-Construction of Lawyers' Culture / by Mao Guohua(178)

Cream in Law Garden

Essay

What is a Lawyer? / by Zhu Zhengfu(183)

Thinking like a Jurist / by Yang Zejun(185)

Working and Living like a Real Lawyer? / by Gao Shu(191)

Why We will Build Law into a Wall / by Qin Yali(196)

Have you Entertained yourself Today? / by Liu Mei(199)

Book Review

Guo Xingya and her Autobiography the Light with three Colors / by Chen Huizhong(203)

目录翻译 屈 新

《物权法》草案基本上是失败的

江少周*

从两个事件说起:

事件一:1866年10月某日,刚打赢并吞并奥地利的“七周战争”的普鲁士国王威廉一世,发现波茨坦的行宫前的一座旧磨坊让人颇为扫兴。他想拆除,但磨坊并不属于王室;他想赎买,磨坊主死活不卖。最后他强令拆除,结果被磨坊主诉至法院。法庭裁定,威廉一世擅用王权,侵犯原告由法律规定的财产权利,被责成在原址重建一座同样大小的磨坊,并赔偿磨坊主150马克。

事件二:2003年,陕北榆林、延安地区政府强行将当地民营投资的上千口油井收归国有,总投入70亿元的大小油井,政府补偿还不到14亿元,各民营投资者仅获得了20%左右的补偿,政府在强收过程中动用了几千名警察和政府干部,逮捕了多名民营投资者,群众纷纷上访,维护民营投资者权益的律师也被逮捕。

看了以上两个事件,我们再来谈谈《物权法》草案。

经过全国人大常委会三次审议之后,《物权法》草案公之于众,向社会公开征求意见,一时间,《物权法》草案在民众中掀起巨大的波澜,各界人士对此纷纷发表自己的意见和看法。人们对《物权法》的意见多达数万条,全国人大法律工作委员会对其中的二十四个焦点问题作了回应,然而,除个别方面作了小幅修改外,草案条文基本未变。

因为物权的核心是不动产,不动产的核心是土地,土地作为生产要素进入商品流转体系是市场经济发展的必然要求,然而,令我们非常失望的是,《物权法》草案在这方面基本上没有任何建树,除了将国家、集体和私人所有权并列为一章,让人感觉似乎突出对公有财产和私有财产的同等保护外,在其他方面特别是物权的核心——土地权利的问题上,几乎没有任何变化,仍然在重复过去计划经济条件下的政策和法规,仍然区分国家所有、集体所有,仍然坚持财产权利(特别是土地权利)的城乡二元分割,仍然体现对公有财产的重点保护,仍然反映了个人私有财产权利的弱小和残缺不全。

* 江少周:广东国智律师事务所律师。

一、《物权法》草案存在的主要问题

就《物权法》草案,笔者从如下几个方面提出自己的意见,供大家参考。

(一)主体立法存在缺陷,平等对待仍不到位

虽《物权法》草案改变了过去将国家、集体、个人财产区分保护的做法,将国家、集体、私人所有权并列为一章,以突出公有财产和私人财产的同等保护,但是,将所有权按所有制分为国家所有权、集体所有权和个人所有权的做法,本身说明财产权利的不平等,其实是暗示了歧视。

这样的立法方式,有损物权法平等的基本精神。物权法一个重要理念是保护“私权”,而国家作为一个民事主体出现时只是一个私权的主体,与个人所有权是平等的,现在人为地进行区分,目的在于突出国家的公权力,这显然是不合理的。《物权法》草案第五十条“国家维护公有制为主体,多种所有制经济共同发展的基本经济制度”的规定本身就具有严重的意识形态色彩,暗示了对公有制的重点保护,根本无法体现“平等”二字。

(二)集体所有权性质不明

《物权法》草案规定了城镇集体所有权和农民集体所有权,但是,对于集体所有权的概念、性质、范围却没有具体界定。主体的模糊不清,造成了在对财产权行使占有、使用、收益、处分过程中权利义务不对等和混乱。这使得《物权法》草案中集体所有权的性质和《物权法》草案没有公布前一样,其法律属性仍然无法明确。集体所有权的模糊不清,自然就会继续出现村委会把村民的公共利益、经济利益和土地出卖来牟取私利的现象,并且愈演愈烈,对农民集体和个人利益的严重侵害,必然爆发农民群体性事件,这些矛盾最终导致社会动荡、农村衰败等社会问题。

(三)私人财产权利限制太多,残缺不全

1. 私人不能享有土地所有权。

我国土地属于国家所有和集体所有,这一规定本来就违背了物权法应保护私权的基本内涵。私人无法享有核心、最根本的物权——土地的所有权,就如同动物被关闭在笼子里一样,这本身就是自由被剥夺的表现。

2. 财产权利的城乡二元分割问题十分严重。

土地属于国家所有、集体所有,但真正使用的是私人,因此,土地的使用权就显得非常重要了。《物权法》草案对城市居民的土地使用权和农民的土地使用权作出了不同的规定。在城市,土地属国家所有,私人仅享有土地使用权,私人房屋连同土地使用权是可以流转的,即可以买卖、租赁、抵押。这样,城市的房屋可以在流通中获得价值,这也是许多人为什么热衷于炒房的原因。不过,使用国家的土地是需要缴纳土地使用权费的,而且使用期限也有限制。

农村的土地属于农民集体所有,农民在本集体内享有的土地权利分为两种类型,一种是土地承包经营权。《物权法》草案对土地承包经营权设置了诸多限制:

第一,时间上的限制。土地承包经营权是有时间期限的,承包期限届满,需要重新签订合同。

第二,流转的限制。虽然《物权法》草案允许土地承包经营权以转包、出租、互换、转让或者其他方式流转,但同时又规定土地承包经营权转让的,应经发包人同意,这在一定程度上限制了土地承包经营权的流转。

第三,抵押的限制。《物权法》草案第二百零六条规定:耕地、宅基地、自留山、自留地等集体所有的土地使用权是不得抵押的。向社会公开征求意见后,法律委员会将耕地不得抵押变为允许有条件抵押,即“土地承包经营权人有稳定的收入来源的,经发包方同意,可以将土地承包经营权抵押,实现抵押权的不得改变承包地用途。”但是,这条规定却不具备操作性,稳定收入来源的要求不现实,农民是靠农作物吃饭的,农作物的出产要看天气等诸多因素,谁能保证每年都丰产,这条规定是不现实的。

第四,资格的限制。《物权法》草案第一百三十五条规定:承包期内的土地承包经营权人全家迁入设区的市,享有城市居民社会保障待遇的,应当将承包的耕地和草地交回发包人。也就是说,你是城市居民了,就不能享有承包经营权了。但我们不明白的是,既然规定了土地承包经营权可以转让,再规定这一条还有什么意义?

农民享有的另一种土地权利是宅基地使用权,宅基地使用权限制最大。

第一,宅基地使用权人必须是本集体组织成员,且必须符合宅基地使用权的分配条件。

第二,除了可以将建造的住房连同宅基地使用权转让给本集体符合宅基地使用权分配条件的农户外,农民自建的房屋和宅基地是不能流转的,而且,房屋转让后,农户就无权再申请宅基地了。

第三,城镇居民禁止在农村购置宅基地。

第四,宅基地使用权不能抵押。

从以上几方面可以看出,农民的宅基地使用权基本上除了自用之外,是没有任何价值的。房屋是农民自己所有的,本应享有占有、使用、处分、收益的权利,但现实是,除了能自己占有和使用之外,农民根本无法处分自己的不动产。连自己都不能处分的财产,怎么能算产权?怎么能体现财产自由?怎么能保护农民的财产权利?又怎么能让农民富裕起来呢?有人认为这样做是为了农民的利益着想,是为了农民有住房保障,为了维护社会稳定。这是严重的城乡二元分割的思想,是城市人跟农村人财产权不平等的思维方式。我

国不是要逐步取消城乡二元分割的户籍制度吗?城市化不是社会发展的必然趋势吗?社会保障体系将普及到农民不是大势所趋吗?不允许农民房屋自由买卖,是对自由权利的一种剥夺,是对农民的一种歧视。怎么还要允许这种与社会发展趋势不一致的思想在一部关系国计民生的法律大典中存在呢?

(四)集体所有的土地不能流转严重损害了集体财产权利,从根本上说,损害了农民的权利

农民集体所有的土地是不能自由处分的,建设用地只能使用国有土地,如果建设用地需要使用原属于集体的土地,国家就通过征收的方式把土地征收到国家手上变成国有土地,然后再出卖给开发商。土地的价值就在征收过程中无形翻了不知多少倍,而政府就在这一征一卖之间,以空手套白狼的方式,不花费一分成本地获取了巨额利润。这就是中国城市化的进程。政府对农民的残酷剥夺换来了城市的繁荣和经济的迅速发展,而同时导致的另一个可怕后果是,农村的日趋落后与农民的日渐贫穷,以及城乡贫富差距的加大。

《物权法》草案第四十九条规定:为了公共利益的需要,县级以上人民政府依照法律规定的权限和程序,可以征收征用单位、个人的不动产或者动产,但应当按照国家规定给予补偿,没有国家规定应给予合理补偿。虽然公开征集意见后,法律工作委员会将征收和征用分开来处理,但是,《物权法》草案关于土地征用和补偿方面的规定,和以前的法律比较,几乎没有任何进步,仍然没有具体明确“公共利益”的含义和衡量标准,仍然没有规定“补偿”的程序方式和标准,仍然采取使用建设用地一定要收归国有,集体所有的土地不能流转的粗暴方式。在强大的国家权力面前,集体和个人的权利显得那么的弱小和无可奈何,第四十九条规定将是一个很可怕的规定,它意味着个人的物权随时有可能被政府收走。私有制没有确立,国家征收土地的条件不加以限制,征收补偿的标准不予以明确,野蛮拆迁就不可避免,粗暴征收就会继续上演,因为暴力是政府的最大优势,任何权力都不能控制政府。

私有制是各种所有制之母,其他各种所有制都是私有制派生出来的。而《物权法》草案不但未能确立私有制的优先地位,连平等的权利也无法保证,这样的《物权法》,怎么能够与国际接轨,怎么能够为市场经济服务,怎么能保障私人的权利呢?

二、《物权法》草案修改的几点建议

《物权法》要体现保护私权,体现财产权利平等,应该主要从以下几个方面加以修改。

(一)明确集体所有权的性质

当初实行“合作化”讲的是“入社自愿,退社自由”,入社土地的多少对收

益分配有影响,这是一种典型的“按份共有”所有权。笔者认为,我们应将集体所有权明确规定为“按份共有”。

可以为农村集体的“按份共有”财产权设计如下制度。

《物权法》草案第七章关于“共有”的规定原则上适用农村集体财产,但又必须在此基础上附加一些特别规定:

1.按份共有以户为单位划分份额,份额的划分以现状和每户人数的多少确定;

2.每一份额应包括一处宅基地和一定面积的耕地或草地;

3.集体所有的其他不动产和动产也应按份额划分到各户;

4.按份共有人对共有的财产享有占有、使用、收益和处分的权利,但不得请求分割共有财产;

5.集体所有成员共同选举集体经济组织代表集体行使所有权,但重大事务,必须经全体集体成员三分之二以上人数或全体集体成员通过;

6.限制集体范围,每一集体以不超过500人为宜,超过此限额者应重新划分集体。

7.农户按份拥有的集体财产是没有时间限制的,除非出卖或被征收,否则永久归其所有,且其后代可以继承。

(二)集体所有的土地可以转变为建设用地

明确规定并非所有的建设用地一定为国有土地,只要建设用地符合土地利用规划和农用地转建设用地利用规划。农村集体就可以将土地使用权转让给建设用地单位使用,这样,既有利于保护农村集体的所有权,也有利于节省社会成本。

(三)明确国家征收征用土地的条件和补偿标准

1.采取列举式的方式明确规定“公共利益”的范围。具体列名哪些利益为公共利益,同时,建立公共利益审查制度,如果群众对以公共利益为理由的征收行为存有疑义,可以申请听证并向上级主管部门提起行政复议,也可以提出行政诉讼。

2.明确规定在“公共利益”的范围之内,国家才有权征收集体土地。公共利益之外需要使用土地的,一律不许通过征收、征用的方式,而应通过市场的方式解决。

3.明确征收、征用的程序和补偿标准,切实保护私人权利。

土地作为一种资源,一种商品,由民法调整,使参与交换的商、民、国家均受益,这是常识。《物权法》的每一个立法程序都应向尊重常识这个方向努力,这是历史的大趋势!

摘自《中国物权法疑难问题研讨会论文集》

广东省律师协会等 编