

物权法实施中的若干问题研究

欧世龙 姚菊芬 余妙宏 张大伟 著

浙江万里学院出版基金资助



我国的土地征收有其《宪法》基础，有关法律也规定了征收的公共利益目的，《土地法》还具体列举了公共利益的范围。但是，一些地方政府以公共利益的名义滥用行政权力，非法征地拆迁，侵害公民的财产权利，从而引发了一些社会矛盾的现象并没有消除。归其原因在于我国多元化的立法造成法律法规之间的不统一、欠协调，同层次的法律规范在内容上标准不一、宽严失调。虽然我国《宪法》第22条明确规定，“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用”，但是我国的土地立法体系主要是以《土地管理法》、《城市房地产管理法》为核心，由系列单行法规组成的法律框架，没有独立的《土地法》，更没有独立的《土地征收法》。我国的土地立法存在的问题主要表现在：其一，土地立法层次低，只有少部分法律是由人大常委会通过的，诸如《土地管理法》、《城市房地产管理法》等，大批量的则是部门规章，如“报告”、“意见”、“暂行规定”或者司法解释等；其二，土地立法主体多元化，受传统立法习惯的影响，不论是土地法律、行政法规还是地方土地法规，从表面上看，是由全国人大或常委会、国务院或地方人大常委会通过的，而实际上通常均由相应职能部门负责起草。也就是说，我国在土地征收中所存在的问题并不是因为没有明确界定“公共利益”，而是没有对土地征收的权限和程序进行严格的界定。因此，制定统一的《财产征收法》，规范私有财产征收的权限和征收的程序，才是预防征收权滥用的真正有效的办法。



浙江大学出版社
ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江万里学院出版基金资助

物权法实施中的若干问题研究

欧世龙 姚菊芬 著
余妙宏 张大伟



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

物权法实施中的若干问题研究 / 欧世龙等著. —杭州:
浙江大学出版社, 2008. 12
ISBN 978-7-308-06532-0
I. 物… II. 欧… III. 物权法—研究—中国
IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 007951 号

物权法实施中的若干问题研究

欧世龙 等著

责任编辑 张琛 赵莹
封面设计 俞亚彤
出版发行 浙江大学出版社
(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)
(E-mail: zupress@mail. hz. zj. cn)
(网址: <http://www.zjupress.com>
<http://www.press.zju.edu.cn>)
电话: 0571-88925592, 88273066(传真)
排版 杭州中大图文设计有限公司
印刷 德清县第二印刷厂
开本 787mm×960mm 1/16
印张 14
字数 272 千
版印次 2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷
书号 ISBN 978-7-308-06532-0
定价 28.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88925591

前 言

孟子曰：“有恒产者有恒心。”保障每个人的基本财产权，是公民生活的必要前提。2007年3月16日，第十届全国人民代表大会第五次会议经过认真审议，郑重地通过了《中华人民共和国物权法》。这在中国特色社会主义法律体系形成进程中，可以说是浓墨重彩的一笔，具有里程碑的意义。

第一，《物权法》的制定充分体现了立法的民主精神。《物权法》这部与脚下寸土、头顶片瓦密切相关的法律，自1993年起草伊始就被民众寄予厚望，并受到社会各界的极大关注。10多年来，虽然《物权法》草案屡经波折、数易其稿，但百姓对该法的热情丝毫未减。2005年7月，全国人大法工委将《物权法》草案向社会全文公布，共收到人民群众提出的意见1万多条；并先后召开100多次座谈会和几次论证会，还到一些地方进行专题调研，充分听取了部分全国人大代表、基层群众、专家学者、中央有关部门等各方面的意见。全国人大常委会高度重视这些意见，对草案进行了六次审议，审议次数之多在我国立法史上是空前的。

第二，《物权法》的根本意义在于为我们的市场经济生活找到了一个产权的制度基础。它是一部社会主义市场经济中界定、确认和保护产权的基础性法律，从而奠定了产权保障的法律基础；它连接了财产关系、经济关系，维护了公民的基本经济权利，维护了市场主体的经济权利，协调了利益主体之间的关系。与其他相关法律相比，《物权法》涉及财产的初始界定，也涉及财产的确认、保护原则。同时，它也是《宪法》中有关保障公民和国家财产权利条款的延伸，进一步解决了《宪法》中没有解决的问题，对社会转型、经济发展中出现的新的财产关系都有所反映。

第三，《物权法》也为社会各个主体提供了一个平等保护产权的基础。有了这样平等而明确的产权意识和产权保护基础，民众才会有生产投资、发展经济的微观激励基础。财产所有权界限清楚并受到切实的法律保护，可以促进所有权人利用其财产，发挥财产的物的效用。公民合法取得的财产得到了与国家财产和集体财产同等的法律保护。物权的排他性，就是划分公权力与私权利的界限，是限制公权力滥用的一个有效手段，有助于依法行政的实现。

孟子曰：“徒善不足以为政，徒法不足以自行。”《物权法》虽然通过了，但是要

得到全面的贯彻执行,任重而道远。其一,《物权法》需要进行广泛深入的推广。只有增进广大群众对《物权法》的理解,强化物权意识和保护财产权的观念,将《物权法》从“纸面上的法律”转为“现实中的法律”,才能够真正发挥《物权法》应有的作用。其二,《物权法》本身还需要进一步完善。任何一部法律都不可能回应社会提出的所有问题、满足所有的需要,《物权法》也还需要进一步地完善,包括立法技术层面的完善;以及根据改革开放过程中出现的新情况,提炼总结新规则等等;同时,《物权法》在实施过程中也还会遇到许多新的问题。因此说,《物权法》通过了,也并不意味着一劳永逸,经过一段时间的社会实践后,会发现其中很多条文还需进一步修改、完善,以便更好地服务百姓生活。其三,《物权法》中许多规定仍然是一些原则性的规定,仍然需要从学理和司法实践层面上作出具体的解释。一方面,物权涉及社会生活的方方面面,和每个人的切身利益相关,这些跟百姓关系密切的东西都要在《物权法》里作出相应的规定,而《物权法》本身的条文并不多。另一方面,由于条件的不成熟和立法技术上的原因,有些内容只能在《物权法》里作原则性的规定,需要其他单行的法律法规作进一步的规定。所以说,一个完整的《物权法》系的构建,除了基础性的《物权法》外,还需要其他诸多法律法规与之配套。

综上所述,本书的作者们不揣冒昧,希望从学理、法条、立法争议等视角,对《物权法》实施中的若干问题进行研究,力图用法律的视角深入观察社会,用专业的语言解读法律,力求将社会生活与法律融为一体,实现无障碍对接。作者们按照各自的专业特长和兴趣,在深入研讨《物权法》的基础上,分工合作,完成了本书的写作。其具体分工是:欧世龙(第一章、第六章),张大伟(第二章),姚菊芬(第三章、第四章),余妙宏(第五章)。尽管本书作者长年从事《物权法》的教学、科研工作,但是由于作者学识有限,因此在论述上难免不当,文字也难免疏漏。我们真诚期待读者的批评指正,以促使我们今后的研究更深入、系统和完整,不断有更好的研究成果奉献给读者。

在本书的写作过程中,本书作者得到了浙江万里学院法学院院长揭明教授最大的支持、鼓励和指导,笔者在此表示感谢。本书的出版,也得到了浙江大学出版社的鼎力支持,张琛老师还指出了本书中不少疏漏的地方,笔者对此表示衷心的感谢。

欧世龙

2008年10月20日

目 录

第一章 私有财产的征收	(1)
第一节 我国私有财产征收的立法现状	(2)
一、土地征收是建立土地公有制的前提	(2)
二、我国财产征收立法的现状	(4)
第二节 财产征收的目的限制	(10)
一、公共利益:构建征收制度的基础	(10)
二、公共利益界定模式选择	(14)
三、征收中“公共利益”的具体范围	(25)
四、总结	(31)
第三节 财产征收的程序限制	(34)
一、征收程序限制的意义	(34)
二、主要国家财产征收程序	(36)
三、总结	(41)
四、我国财产征收程序的重构	(44)
第四节 征收补偿	(52)
一、征收补偿的原则	(54)
二、补偿的范围和方式	(59)
三、我国财产征收补偿制度的完善	(62)
第二章 不动产登记制度	(71)
第一节 不动产登记制度概述	(71)
一、不动产登记的含义	(71)
二、不动产登记的性质	(71)
三、不动产登记的分类	(72)
四、不动产登记的效力	(74)
第二节 我国《物权法》对不动产登记制度的规范	(76)
一、《物权法》规定了不动产物权登记的效力	(76)
二、《物权法》确立了统一的不动产登记制度	(78)

三、《物权法》规定了具有操作性的不动产登记程序·····	(80)
四、《物权法》增设了三类特殊的不动产登记制度·····	(81)
五、《物权法》规定了登记当事人和登记机关的民事责任·····	(83)
第三节 我国不动产登记制度的不足与完善·····	(83)
一、应建立统一的不动产登记机关·····	(83)
二、应细化不动产登记的程序·····	(84)
三、应强化不动产登记赔偿责任·····	(92)
四、应完善预告登记制度·····	(97)
第三章 我国水权交易法律制度·····	(103)
第一节 水权交易的物权理论基础·····	(103)
一、水权的概念及特征·····	(103)
二、水权交易的概念及类型·····	(106)
第二节 我国水权交易现状及存在的法律问题·····	(108)
一、我国水权交易现状·····	(108)
二、我国水权交易存在的法律问题·····	(113)
第三节 国外水权交易制度及经验·····	(117)
一、国外水权交易制度简介·····	(117)
二、国外水权交易制度对我国的启示·····	(121)
第四节 我国水权交易制度的建立与完善·····	(122)
一、水权交易市场建立模式·····	(122)
二、合理配置初始水权·····	(123)
三、水权交易主体的确定·····	(125)
四、水权交易范围的确定·····	(126)
五、水权交易价格制度的确定·····	(127)
六、建立水权交易程序·····	(130)
七、水权交易纠纷处理·····	(132)
八、建立水权交易监督机制·····	(132)
九、建立我国水权交易制度实施的配套措施·····	(133)
第四章 海域使用权市场化经营的法律问题·····	(136)
第一节 海域使用权市场化经营的物权理论基础·····	(136)
一、海域使用权的概念·····	(136)
二、海域使用权的法律特征·····	(138)
第二节 我国海域使用权市场化经营的法律基础·····	(143)

一、海域使用权市场化经营的民事法律	(143)
二、海域使用权市场化经营的行政性法律法规	(144)
第三节 我国海域使用权市场化经营的现状及成效	(148)
一、海域使用范围拓展十分迅猛	(148)
二、着眼于维护用海者的合法权益,海域权属管理不断推进	(148)
三、海域使用权跨行政区域审批成为现实	(149)
四、着眼于优化海洋开发利用布局,海洋功能区划体系不断健全	(149)
五、海洋行政管理队伍逐步壮大	(149)
六、各省市市场化进程加快	(149)
七、有些省市立法比较超前	(150)
第四节 我国现有海域使用权市场化经营的法律障碍	(150)
一、海域使用权市场化经营的民事法律欠缺	(150)
二、现有海域使用管理的法律之间冲突严重	(150)
三、海域所有权与公共管理权主体不分	(151)
四、一级市场中海域使用权三种取得方式规定不明确、不科学	(151)
五、二级市场海域使用权流转缺少具体规定	(151)
六、现有海域使用权法律责任规定空白多、操作难	(152)
第五节 完善我国海域使用权市场化经营的法律建议	(153)
一、建立健全海域使用权市场化经营的民事法律	(153)
二、协调海域使用管理法律之间的关系	(154)
三、建立具有独立法律主体地位的海域资产管理机构	(154)
四、明确一级市场海域使用权的出让方式	(154)
五、建立健全海域使用权二级市场流转法律制度	(155)
六、逐步建立和完善海域使用权的法律责任制度	(157)
第五章 船舶担保物权的若干问题	(158)
第一节 概 论	(158)
第二节 船舶抵押权的相关问题研究	(163)
一、有关船舶抵押权的法律适用	(163)
二、关于船舶抵押权的登记及效力	(164)
三、有关船舶抵押人及抵押物上代位物的范围	(166)
四、关于船舶抵押权转移的规定	(168)
五、有关船舶抵押权的实现问题	(170)
六、关于行使船舶抵押权的诉讼时效	(172)

第三节 船舶留置权的相关问题研究	(174)
一、关于船舶留置权的适用范围	(175)
二、关于留置船舶是否为债务人所有的问题	(180)
三、船舶是否应当与债权属于同一法律关系的问题	(183)
四、关于不得留置的规定	(185)
五、有关船舶留置权的实现条件与方式	(187)
第六章 物权法上的占有制度在司法实践中的应用	(189)
第一节 占有的要素与占有的类别	(189)
一、占有的要素	(189)
二、占用的分类	(192)
第二节 占有的效力	(195)
一、善意取得的效力	(196)
二、占有的权利推定效力	(198)
三、占有的保护效力	(205)
四、占有人与回复请求权的权利与义务	(208)
参考文献	(213)

第一章 私有财产的征收

在个人民事权利体系中,所有权无疑是财产权利的基本形态,是其他各种物权的基础,所有权以外的物权都是从所有权中派生出来的。所有权所体现的利益是所有人独享所有物之一般价值与使用价值的利益,是权利人基本的财产权益。因此,在理性主义、个人主义以及自由主义思潮的影响下蓬勃发展的资产阶级革命在欧洲大陆取得了胜利后,资产阶级为发展经济,在自己的法典上写下了“所有权绝对”的口号,与“契约自由原则”和“过错责任原则”一道成为资产阶级《民法》的三大原则。这一时期的人们对所有权的理解普遍存在以下观念:(1)所有权在时间上具有绝对性,即所有权人对其所有物的处分可以延伸到死后对其遗产所做的遗嘱处分行为。(2)所有权在空间上的绝对性,亦即土地所有权“上至天空,下至地心”,均属于所有权人的权利范围。(3)所有权还具有添附权,即物之所有权等扩张至该物由于天然或人工产生或附加之物。(4)所有权的推定,即地上或地下的一切建筑物、植物及其工作物,如无相反的证据,推定为土地所有权人自己购置并属其所有。(5)所有权人可以对自己的所有物为任何作为或不作为,不仅可以为与所有权的社会职能相一致的行为,而且还可以为与所有权的社会职能相反的作为或不作为。各国立法对所有权提供了至为完备的保护:首先是纷纷制定民法典,对所有权制度作了详尽的规定,为普遍个体得享所有权提供法律依据;其次是为所有权保护提供诉讼程序,所有权人在权利受到侵犯时可以请求排除妨碍、恢复原状、赔偿损失等,以使自己的权利受到保护。

“所有权绝对”只是特定时期为了一定的需要而产生的所有权观念。正如克鲁泽所说:“财产权的无条件的不可剥夺性只是一句豪言壮语,在革命的狂热和宪法的曙光中,人们很容易在屋顶上为它呐喊,但是事后冷静下来,真要实践它却几乎是不可能的。”^①当对私人财产权利的推崇被推向极致时,个人为自己的利益而置社会公共利益于不顾的现象丛生,反过来又使得个人利益并不能真正

^① [美]安冬尼·奥格斯:《财产权与经济活动自由》,载[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔编:《宪政与权利》,郑戈、赵晓力、强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第156页。

实现。因此早在罗马法时期,在所有权法律制度上就已经形成了一项重要原则:财产所有权的行使既要体现权利人的意志和自由,又要根据社会发展的需要受到一定的限制。罗马法对所有权的限制主要表现在以下几个方面:(1)相邻利益的限制;(2)公共或社会利益的限制;(3)宗教方面利益的限制;(4)人道主义和道德方面的限制;(5)其他方面的限制,如为了保护弱者的利益对财产赠与方面的限制等等。^①到了19世纪末20世纪初,资本的集中与垄断又使得社会生活发生了极大的变化,所有权的绝对性被所有权社会化运动所冲击,自《魏玛宪法》对所有权进行限制开始,到资本主义进入垄断资本主义阶段,所有权观念也进入了一个新的发展时期,呈现出所有权社会化的特征,“财产所有人的权利日益服从公共利益的调整规则”^②。所有权社会化在立法上的重要表现,一是通过公法领域限制所有人行使所有权,如规定所有权的征收、征用制度;二是通过私法领域限制所有人行使所有权,《民法》中的诚实信用、公序良俗和禁止滥用权利就是这种限制的依据。比如《德国民法典》,一方面肯定了公民私有财产的不可侵犯原则,另一方面却摒弃了《法国民法典》所使用的“神圣不可侵犯”和“绝对”等字眼,而对所有权的行使进行了某些限制。对私人财产权最严厉的制约,无疑是来自政府的强制征收。征收是国家以行政权力取得私人财产所有权的行为。征收的主体是国家,通常是政府部门以行政命令的方式取得集体和个人的土地、房屋等财产。它与市场上发生的一般民事法律行为的根本区别就在于它具有强制性,不管财产所有者是否愿意,也不管所有者对财产的主观估价如何,政府均可按照宪法和法律规定的条件强行取得或使用其财产。征收导致私人丧失财产所有权,是对私人财产权最严厉的制约。

第一节 我国私有财产征收的立法现状

一、土地征收是建立土地公有制的前提

我国实行社会主义制度,土地等重要的生产资料实行公有制。土地公有制包括土地国家所有和劳动群众集体所有两种形式。这两种土地所有制形式是随

^① 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆,1994年版第325—328页。

^② [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社1990年版,第214页。

着新中国的建立而逐步建立的。土地征收是土地公有制建立的前提。

第一,新民主主义革命确立了“耕者有其田”的土地私有制度。1947年的《中国土地法大纲》,明确了废除封建剥削土地制度,没收地主的土地财产,征收富农多余的土地财产;废除一切祠堂、庙宇、寺院、学校、机关团体的土地所有权和乡村在土地改革以前的一切债务;将土地分给农民,实行耕者有其田的土地制度。解放区的广大农村掀起了轰轰烈烈的土地改革运动,先行在解放区废除了地主阶级封建剥削的土地所有制,建立耕者有其田的农民土地私有制。1949年9月,新中国成立前夕,中国共产党领导下的由中国各阶层人士、各民主党派代表参加的中国人民政治协商会议第一届全体会议,通过并颁布了具有临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》。该共同纲领第3条提出,“有步骤地将封建半封建的土地所有制改变为农民的土地所有制”。第27条规定,“凡已实行土地改革的地区,必须保护农民已得土地的所有权。凡尚未实行土地改革的地区,必须发动农民群众,建立农民团体,经过清除土匪恶霸、减租减息和分配土地等项步骤,实现耕者有其田”。1950年通过了《中华人民共和国土地改革法》,该法第1条开宗明义地宣布:“废除地主阶级封建剥削的土地所有制,实行农民的土地所有制……”第10条规定:“所有没收、征收得来的土地和其他生产资料,除本法规定收归国家所有外,均由乡农民协会接收,统一地、公平合理地分配给无地少地及缺乏其他生产资料的贫苦农民所有。”第30条规定:“土地改革完成后,由人民政府发给土地所有证,……土地制度改革以前的土地契约一律作废。”土地改革运动在全国范围进行,彻底废除了地主阶级封建剥削的土地所有制,并建立了劳动群众土地私有制。

随着农业合作化运动的不断深入,劳动群众土地私有制逐步演变成为劳动群众集体土地所有制。1955年11月,全国人大常委会颁布的《农业生产合作社示范章程草案》第17条规定:“社员的土地必须交给农业生产合作社统一使用。”第18条规定:“合作社按照社员入社土地的数量和质量,从每年的收入中付给社员以适当的报酬。”这个阶段的土地仍然属于农民个人所有,但其使用权已从所有权中分离出来,由农业生产合作社统一经营管理和使用。1956年6月,全国人大常委会颁布的《高级农业生产合作社示范章程(草案)》第13条规定:“入社的农民必须把私有的土地和耕畜、大型农具等主要生产资料转为合作社集体所有。”该示范章程(草案)还明确了取消社员入社时的土地报酬。这样,随着农业合作化从初级社阶段向高级社阶段发展,入社农民的土地私有权也就发展为合作社集体所有了。1962年9月,中共中央八届十次全会通过颁布的《农村人民公社工作条例修正草案》(也称“人民公社六十条”)第21条明确规定:“生产队范围内

的土地,都归生产队所有。生产队所有的土地,包括社员的自留地、自留山、宅基地等等,一律不准出租和买卖。”“六十条”的颁布,进一步稳定了建立不久的劳动群众集体土地所有制。

第二,新中国成立初期的土地改革,在确立劳动群众土地私有制的同时,也确立了国家土地所有制。1950年颁布的《土地改革法》第15条规定:“分配土地时,县级以上人民政府得根据当地土地情况,酌量划出一部分土地收归国有,作为一县或数县范围内的农事试验场或国营示范农场之用。”第19条规定:“属于地主所有的、使用机器耕种或有其他进步设备的农田、苗圃、农事试验场及有技术性的竹园、大果园、大茶山、大桐山、大桑田、大牧场等,经省级以上政府批准,得收归国有。”同年11月,中央人民政府政务院颁布《城市郊区土地改革条例》第9条规定:“城市郊区所有没收和征收得来的农业土地一律归国家所有,由市人民政府管理……”1956年1月18日,《中共中央批转中央书记处第二办公室关于目前城市私有房产基本情况及进行社会主义改造的意见》规定:“一切私人占有的城市空地、街基等地产,经过适当的办法,一律收归国有。”1982年的《宪法》从国家根本大法的高度规定,国家实行土地的社会主义公有制。《宪法》第10条明确规定,“城市的土地属于国家所有”,“农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有”。1986年国家颁布的《土地管理法》亦作了更为明确的规定。该法第6条规定,“城市市区的土地属于全民所有即国家所有”,“农村和城市郊区的土地,除法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于集体所有”。1982年《宪法》的颁布,明确了我国从根本上废除土地私有制、实行土地公有制。

二、我国财产征收立法的现状

(一)财产征收首先是一种宪法上的制度

无论各国实行何种性质的经济制度,保护社会成员的私有产权都是一项基本的宪法原则。私有财产征收作为各国普遍采用的一项以强制方式取得财产的重要法律手段,涉及权利人的私人财产权益,所以必然具有其权力的法源。大多数国家的财产征收,一般都能在宪法中找到权力的来源。例如在法国,作为资产阶级革命胜利成果之一的《人权宣言》第17条规定,“财产是神圣不可侵犯的权利,除非当合法认定的公共需要为显然必需时,且在公平并预先补偿的条件下,任何人的财产不得受到剥夺”;《美国宪法修订案》第5条规定,“非经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产,非有公正补偿,私有财产不得征为公

有”;《日本宪法》第29条规定,“财产权不得侵犯,财产权的内容,应由法律规定以其适合公共福祉。私有财产,在公正补偿下得收归公用”;《韩国宪法》第23条第3款规定,“因公共事业需要,对产权进行征收、使用或限制时,应当根据法律对其损失给予正当的补偿”;《德国基本法》第14条规定,“财产之征收,必须为公共福利始得为之。我国台湾地区的“法律条例”也规定,“公用征收,包括征收土地等以公共事业或公共用途为目的的公用征收”。其执行,必须根据法律始得为之,此项法律应规定赔偿之性质与范围。赔偿之决定应公平衡量公共利益与关系人之利益。赔偿范围如有争执,得向普通法院提起诉讼”。

在我国,征收制度也首先是《宪法》中的一项制度。早在革命战争时期,中国共产党领导的革命根据地政权在制定的《土地法》和《土地法大纲》中规定了革命条件下的土地征收制度——没收。新中国成立以后,革命时期的征收制度——没收,恢复成为法律意义上的征收制度。1954年的《宪法》在借鉴其他国家的立法经验的基础上,在第13条规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定的条件,对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或收归国有。”然而,1975年修订后的《宪法》在左倾政治条件之下,在其第6条第3款中却规定,“国家可以依照法律确定的条件,对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有”,从而删除了国家关于征用土地目的限制之规定。“文化大革命”后,为了清除《宪法》中的“左倾”思想,遂于1978年又对《宪法》进行了修订。但对于前述国家征用土地的条款却没有触动。1982年进行《宪法》修订时,恢复到了1954年的《宪法》所规定的面貌,其第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用。”但是这种只管授权,不管限权的宪法规范,仍然是计划经济体制及其观念的产物。宪法授予国家征用财产的权力,却不为这种权力的行使划定范围、界限、方式和程序,再加上《民法》和行政法的不完善,没有形成能有效保障公民财产权、制约政府权力的系统化的制度,国家征用权事实上不受限制,这就容易造成权力滥用,从而侵犯个人财产权。这种一方面明确规定了土地征用的目的基于公共利益,另一方面在具体操作中又将征地权适用于非公益性用地的做法,既损害了劳动群众的切身利益,又在一定程度上激化了社会矛盾。2004年的《宪法修正案》对公民财产权的保护进行了明确的规定,并对财产权的限制——征收和征用作了具体的规定,克服了传统财产征收理论上的一些缺陷,丰富了我国财产征收理论的内容,促进了财产征收理论的发展。具体表现在:第一,将征收征用的条件限制在“公共利益需要”的基础上,增加了“给予补偿”的条款。其第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。”第二,确立了公民私有财产的征

收。其第13条在“公民的合法的私有财产不受侵犯”、“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”的基础上,增加了“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。

(二)具体立法中的征收规定

1. 土地征收立法

在通常情况下,征用所涉及的财产大多为不动产,包括土地和附着在土地上的建筑物等。这是因为,在铁路、高速公路、运河等公用设施的计划确定并开始实施后,由于预定工程经过地段的土地具有不可替代的价值,政府对这一特定土地的需求没有弹性,从而使该地段土地所有者处于垄断者的地位。所有者在掌握这种信息的情况下,就会利用自己的垄断地位以拒绝出售相要挟,漫天要价。不借助强制征用权,政府就无法完成具有特定结构、需要占用较多土地的重大公用设施的建设与改造。因此,在通常意义上各国《宪法》所确定的财产征用制度,实际上就是不动产征用制度。

我国的土地征收是指国家基于建设的需要,强制地将属于农村经济组织集体所有的土地收归国有,然后确定给用地单位使用,并对农村经济组织和前土地使用者予以补偿的行为。新中国成立后,最早提到征用的是1950年6月24日中央人民政府政务院颁布的《铁路留用办法》。其中第6条规定:“铁路因建筑关系,原有土地不敷应用或有新设施需要土地时,由铁路局通过地方政府收买或购买之。”采用的是土地“收买”或“购买”,但不久便更改为“土地征用”。在同年11月21日公布的《城市郊区土地改革条例》第14条中规定:“因国防工程、厂矿、铁路、交通、水利工程、市政建设及其他经济、文化建设需要可征用土地。……国家为市政建设及其他需要征用私人所有的农业土地时,须给予适当代价,或以相等之国有土地调换之。对耕种该项土地的农民亦给予适当的安置,其他该项土地上的生产、投资(如开凿、植树等)及其他损失,予以公平合理的补偿。”由此可见,土地征用的概念已被确立下来。1958年1月修改的《国家建设征用土地办法》同样规定,“凡兴建国防工程、厂矿、铁路、交通、水利工程、市政建设及其他经济、文化建设所需用之土地,可以征用集体土地”。显然,尽管宪法已经规定征用土地的目的在于公共利益,但是,1953年政务院公布施行的《国家建设征用土地办法》却将其适用范围扩展至非公共利益的范围。此后,在1962年9月制定的《农村人民公社工作条例修正案》中进一步指明:“如果因为建设或其他需要必须征用社员的房屋,应该严格执行国务院有关征用民房的规定,给予补偿,并且对迁移户作妥善的安置”。1982年5月14日国务院根据《宪法》,在《国家建设征用土地办法》的基础上公布施行了《国家建设征用土地条例》,其第2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”，可以征收集体所有的土地。1986年六届人大常委在此基础上颁布施行的《土地管理法》第2条规定，“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”，第21条又规定：“国家进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业可以征用集体所有的土地。”

一般情况而言，土地征收是对土地所有权的征收，但是在1994年的《城市房地产管理法》上首次规定了对土地使用权的征收，在其第19条中规定：“国家对土地使用者依法取得的土地使用权，……在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。”与此相适应，1998年《土地法》修订的时候，也增加了对土地使用权的征收。其第58条规定：“有下列情形之一的，由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权：（一）为公共利益需要使用土地的；（二）为实施城市规划进行旧城区改建，需要调整使用土地的……。依照前款第（一）项、第（二）项的规定收回国有土地使用权的，对土地使用权人应当给予适当补偿。”2004年，我国根据《宪法修正案》再次对《土地法》进行修改，其第2条规定，“国家为了公共利益的需要，可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿”，从而将土地征收的条件限定在“公共利益”和“给予补偿”两个方面。

2. 其他财产征收立法

《中外合资企业法》第2条第3款规定：“国家对合营企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对合营企业可以依法律程序实行征收，并给予相应的补偿。”《外资企业法》有基本相同的规定，其第5条规定，“国家对外资企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对外资企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿”。严格而言，国有化含有为公共利益的目的，而征收除了为公共利益还可能为了统治者的个人目的和需要，但在涉外投资领域，国有化与征收一般系同义语，可以同时使用。对合资企业、外资企业的征收，其征收对象的范围较前面的土地征收更大，因为企业的财产既包括有形财产，也包括无形财产如知识产权、商誉等财产权利。对企业的征收意味着对无形财产和有形财产一并予以征收并综合地给予补偿。此外，《渔业法》、《草原法》、《煤炭法》、《戒严法》、《土地管理法》中也有征收的相关规定，从而构成了我国财产征收的法律体系。

在制定《物权法》过程中，征收和征用制度的完善问题再一次被提起，成为我国《物权法》立法中关注的重点，最终反映在《物权法》的第42条、第43条和第

44 条规定之中。《物权法》对征收制度的完善表现在以下两个方面：

第一，进一步区分了征收与征用。虽然征收和征用都涉及公民财产权的强制性剥夺问题，都是通过运用国家强制力对公民的私有财产权进行限制的形式，但是两者之间还是存在很多区别，最主要的区别就是征收和征用的法律效果不同。一般来说，征收是强制移转所有权，会导致所有权的永久性的移转，所以征收是国家对私人所有权所采取的具体而特别的干预。但征用的目的只在获得使用权，在实践中如果仅仅只是对所有权作出限制，就不能构成征收。1988 年的《宪法》并未具体区别征收与征用的概念，只是笼统地采用了“征用”一词，其实际含义应当是征收。因为土地“征用”的结果是国家取得集体土地所有权，而集体丧失土地所有权。2004 年的《宪法修正案》同时采用了“征收”和“征用”，开始有意识地区分征收与征用，但是这种区分并不具体。《物权法》在两个条文中分别规定了征用与征收的条件和程序，从而对征收与征用作了进一步的区分。

第二，对征收与征用增加了合法程序的限制。征收导致私人财产所有权的丧失，是对私人财产权最严厉的制约。正如学者所言，“从来没有哪个制度否认过政府的征用权，重要的是征用的法律限制。在征用过程中个人与政府、财产权利与行政权力的关系必须保持平衡，以防止政府滥用权力侵犯公民个人利益或公民过度行使权利损害公共利益，因而需要对政府征收与征用施加法律上的限制”。从世界各国立法例来看，通常都从征收与征用的目的、补偿标准和征收与征用程序三个方面对征收和征用予以限制。相比较而言，我国 1988 年的《宪法》对征用的限制最少，仅仅在征用的目的上作出要求是“为了公共利益的需要”；2004 年的《宪法修正案》在“为了公共利益的需要”的基础上，增加了“给予补偿”的限制条件；《物权法》又在 2004 年的《宪法修正案》的基础上，进一步明确了征收的补偿标准，并增加了“征收与征用必须通过合法程序的限制”。这样《物权法》对征收和征用的条件限制与各国立法例渐渐趋于一致。

3.《物权法》上征收制度规定的不足

有人认为，《物权法》没有顺应民意，没有对“公共利益”作一个界定，是《物权法》的一个缺憾。^①笔者看来，此不足以认为是《物权法》的一个缺憾。虽然征收涉及私人所有权的丧失或所有权的限制，在《物权法》上是物权变动的一种特殊情形。但是从根本上讲，征收是政府行使行政权，属于行政关系，而不是民事规范。同时征收的情况又极为复杂，因此外国《民法》通常对征收的规定较为简单，

^① 邹爱华：《物权法中征收条款评析》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2007 年第 12 期，第 12 页。