

李明发 主编

安徽大学法律评论

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编
安徽大学经济法制研究中心

Vol.1 2007

2007年第1辑

(总第12辑)

安徽大学出版社

第 10 卷 第 1 期

華政大學法律評論

主編：張建國 副主編：王澤弘 編輯：張建國 王澤弘 張建國 王澤弘

法律評論社出版
法律評論社出版

Volume 10 Number 1

法律評論社出版

法律評論社出版

法律評論社出版

安徽大学法律评论

2007 年 第 1 辑(总第 12 辑)

Anhui University Law Review

Vol. 1 2007

安 徽 大 学 法 学 院

安徽大学经济法制研究中心

组 编

李明发 主编

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论. 2007 年第 1 辑(总第 12 辑) /
李明发主编. —合肥: 安徽大学出版社, 2007. 7
ISBN 978-7-81110-328-1

I. 安... II. 李... III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 114590 号

安徽大学法律评论 2007 年第 1 辑(总第 12 辑)

李明发主编

出版发行 安徽大学出版社
(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)
联系电话 编辑室 0551-5108272
发行部 0551-5107784
E-mail ahdxcchps@mail. hf. ah. cn
责任编辑 程忠业 朱丽琴
封面设计 孟献辉

印刷 中国科学技术大学印刷厂
开本 787×1092 1/16
字数 406 千
印张 17.125
版次 2007 年 8 月第 1 版
印次 2007 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81110-328-1

定 价 26.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

中国法学会民法学研究会 2007年年会暨两岸民法学研会在安徽举行

2007年4月28~29日,中国法学会民法学研究会2007年年会暨两岸民法学研讨会在安徽省黄山市召开。本次会议由中国法学会民法学研究会主办,安徽大学法学院承办,中国人民大学民商事法律科学研究中心、四川大学法学院、安徽省法学会协办。大会开幕式在黄山市红塔酒店会议厅举行。来自中国大陆以及台湾地区约150多位从事民法理论研究、司法实践的专家学者参加了会议。

会议开幕式由民法学研究会副会长、中国人民大学杨立新教授主持。中国法学会民法学研究会会长、中国人民大学法学院院长王利明教授首先代表民法学研究会致开幕词。王利明会长对中国法学会、安徽大学法学院等单位对本次年会的大力支持表示衷心感谢,代表大陆民法学者对来自我国台湾地区的各位学者表示热烈欢迎。王利明会长指出,在过去一年中,中国民法学的研究以及民事立法硕果累累,《物权法》已由第十届人大高票通过,侵权行为法的立法工作也已被提上了议事日程,衷心希望民法学界各位专家学者同心同德,共同为促进中国民法学的研究上一个新的台阶而不懈努力。中国法学会副会长孙在雍,安徽省政法委副书记、法学会副会长苏泽泉,安徽大学副校长王源扩教授,安徽省黄山市政法委书记汪建设,台湾东吴大学法学院院长潘维大教授也先后致辞。民法学研究会秘书长、中国人民大学法学院张新宝教授作2006年年会工作报告。在开幕式上,民法学研究会还向首届“佟柔民商法发展基金青年优秀研究成果奖”的获奖者山东大学法学院刘保玉教授、中国政法大学李永军教授、中国人民大学法学院王轶教授颁发了获奖证书和奖金。开幕式之后,崔建远教授对《物权法》第142条的解释、陈荣隆教授就物权法中的担保制度、郑冠宇教授就物权的变动等问题作了主题发言。

4月28日下午和29日上午,与会专家学者分成四个小组分别就物权法的理解与适用、侵权责任法的制定两大会议主题进行了深入而热烈的讨论。此后,刘保玉教授、温世扬教授、王军教授、张民安教授分别代表各小组就小组讨论情况作了总结发言,王卫国教授、黄永裕教授和李明发教授致闭幕词,中国法学会民法学研究会会长王利明教授宣布2007年中国法学会民法会暨两岸民法学研讨会正式闭幕。

本次年会是我国民法学界的又一次盛会。与会学者踊跃发言,发表了不少富有见地的观点,并在不少方面达成了共识。本次会议的胜利召开必将揭开中国民法学理论研究的一个新的里程碑!

《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王圣扬	王先林	王源扩	史际春	朱 勇	华国庆
汪金兰	李明发	张宇润	张恒山	张 晶	周少元
陈宏光	胡云腾	胡世凯	徐淑萍	袁曙宏	储育明
程雁雷	韩 轶	强昌文			

编 辑 委 员 会	史际春	王源扩	李明发	王先林
	华国庆			

主	编	李明发
---	---	-----

副	主	编	华国庆
---	---	---	-----

编 辑 部 秘 书	毕金平
-----------	-----

英文目录翻译	李坤刚
--------	-----

《安徽大学法律评论》稿约

《安徽大学法律评论》(以下简称《评论》)是由安徽大学法学院和安徽省高等学校人文社会科学重点研究基地——安徽大学经济法制研究中心主办的连续性学术论坛,每年出版两辑。《评论》以加强学术交流、繁荣法学研究为宗旨。欢迎学界同仁踊跃投稿,共同耕耘好这片学术园地。现提出如下稿约:

1. 向《评论》的投稿,应为未公开发表的或者主体部分未公开发表的作品。文章体裁不限,论文、译文、书评、调研报告、案例评析、学术随笔等均可。译文请自行解决版权问题。篇幅一般不超过2万字。

2. 《评论》采用通行的学术注释体例(当页脚下注,每页重新计数),注释的各项必须完整,注释次序请以下例为准(国籍、作者名、书名、译者、页码、出版地、出版社、出版年代):[美]约翰·罗尔斯著:《正义论》,何怀宏译,第277页,北京:中国社会科学出版社,1998;张守文:《论经济法的现代性》,载《中国法学》,2000(5)。具体可参考已出版各卷的体例。如果未按本刊的体例要求注释或注释不全,将不视为有效投稿。另外,投稿时请附文章的英文标题和本人的英文名(拼音)。

3. 向《评论》投稿,请统一使用A4纸打印稿并附软盘,或发电子邮件。文档请统一存为Word文件格式。

4. 《评论》自第2卷起实行双向匿名审稿制度,由聘请的独立审稿人根据文章的学术水平决定是否采用,或者需经修改后采用。

5. 来稿在3个月内未收到用稿通知的,可自行处理。因人手有限,未被采用的稿件一律不退,请自留底稿。

6. 来稿一经采用,即赠送当期的样刊2本,并奉寄适当稿酬。

7. 为适应我国信息化建设,扩大本书及作者知识信息交流渠道,本书被CNKI数据库收录。

8. 来稿请寄安徽省合肥市安徽大学法学院《安徽大学法律评论》编辑部。

邮 编:230039

电子邮箱:ahdxlawreview@sohu.com

目 录

主题研讨:物权法、侵权行为法

基于公共利益的农村土地征收制度	翟云岭 吴翔程 (1)
论不动产登记机关错误登记的赔偿责任	
——析《物权法》第 21 条第 2 款	柴振国 田邵华 (12)
宅基地使用权立法变革论	
——以《物权法》为中心	陈耀东 (21)
论不动产信托登记	于海涌 (31)
信用风险与担保物权之发展	马 特 (39)
无意思联络的数人侵权	
——以类型化研究为目的	焦艳红 (52)
业主委员会——民间的非法人组织	
——《物权法》有关业主委员会规定内容的解读与适用	苗延波 (63)
两岸精神损害赔偿制度的比较分析	吕 斌 (72)
论精神损害赔偿的适用范围	尤 佳 (80)

法学专论

市场与人权	邱 本 (86)
-------------	----------

违约金性质浅析

- 兼论《合同法》第 114 条违约金的性质 韦国猛 (97)
- 生命损害赔偿请求权基础的再探究 陈 煜(108)
- 建筑物区分所有权人组织大会职权行使初探 薛 源(118)
- “税收债务关系说”产生的社会基础与现实意义 翟继光(126)
- 纳税人退税权悖论及其克服 焦海涛(141)
- 《合伙企业法》生效前设立的有限合伙地位问题的解释论与
立法论 朱 庆(150)
- 论 WTO 司法体制实体裁决中可适用的法律 陈 彬(156)
- 《联合国反腐败公约》及其对国际法的发展 马德才(171)
- 司法的功能变迁及其在构建和谐社会背景下的因应
选择 李 涛 王文燕(179)
- 论人民法院法官的角色偏离及其正当性 杨 瑞(190)
- 行政诉讼调解程序的正当性解构 张 娟(201)
- 论我国网络犯罪的立法完善 陈结森 张 月(210)
- 抗日民主政权援用国民政府法令问题简论 欧阳湘(220)
- 清末士大夫的地方自治思想与地方自治政策之推行
——以《清末筹备立宪档案史料》为中心的考察 郭绍敏(234)
- 证人宣誓:历史沿革和功能考察
——兼论构建我国的证人宣誓制度 何 挺(249)
- 推动产学研结合的若干法制思考 王 欢(259)

Contents

Monographic Study: Property Law, Torts Law

Rural Land Expropriation System under Public Interest

Zhai Yunling Wu Xiangcheng(1)

On Damages Resulting from Wrong Registration of Real Property

—*An analysis of Article 2 (2) of Property Law*

Chai Zhenguo Tian Shaohua(12)

On the Transformation of Legislation on Rural Residence Land

—*Focusing on Property Law*

Chen Yaodong(21)

On the Trust Registration of Real Property

Yu Haiyong(31)

The History of Credit Risk and Secured Transaction

Ma Te(39)

On Non-intention-communication Infringement by Several Persons

—*For a Categorization Study*

Jiao Yanhong(52)

Owners Committee—A Civilian Non-corporate Organization

—*On the Interpretation and Application of Regulations*

Concerning Owners Committee in Property Law

Miao Yanbo(63)

A Comparative Research on Mental Damage Compensation across
the Strait

Lv Bin(72)

On the Scope of Mental Damage Compensation

You Jia(80)

Legal Study Forum

Market and Human Rights

Qiu Ben (86)

On the Nature of Contractual Fine

—*Also discuss the nature of Contractual Fine on the 114th
item of the Contract Law*

Wei Guomeng(97)

A Re-probing into the Base of Compensation Application of
Life Damage

Chen Yu(108)

- An Initial Discussion on the Right to Organize the Meeting of Building
Partition Owners **Xue Yuan**(118)
- The Social Foundation and Realistic Significance of the Theory of Tax Debt
Zhai Jiguang(126)
- The Absurdity of Taxpayers' Payback Right and Its Overcome **Jiao Haitao**(141)
- On the Interpretation and Legislation Theories of Status of Limited Partnerships
Established before Partnership Enterprise Law Became Effective **Zhu Qing** (150)
- On the Applicable Laws in the Substantial Judgment within WTO
Judicial Regime **Chen Bin**(156)
- On Anti-Corruption Convention of UN and its Effects on the International Law
Ma Decai(171)
- The Functional Transformation of Judiciary and Its Choice under the Social
Background of Harmonious Society Construction **Li Tao WangWenyan**(179)
- On the Role Aberrancy of the Judges of the People's Courts and Its Justness
Yang Rui(190)
- An Analysis on the Reasonableness of the Administrative Mediation Procedure
Zhang Juan(201)
- On the Improvement of Legislations on Internet Crimes
Chen Jiemiao Zhang Yue(210)
- Comments on the Application of Laws by Guo Min Dang in the
Anti-Japanese Base **Ou Yangxiang**(220)
- The Court Officials' Ideas of Local Autonomy and Implementation
of Local Autonomy Policy in Late Qing Dynasty
——*a research centering on "historical archives in constitution
legislation preparation in the late Qing Dynasty"* **Guo Shaomin**(234)
- Witnesses' Oath: Historical Development and Functional Review
——*also on the establishment of witnesses' oath taking Rules of China*
He Ting (249)
- Some Legal Reflections on Enhancing the Combination of Industry, Learning
and Research **Wang Huan**(259)

基于公共利益的农村土地征收制度

翟云岭 吴翔程*

即将于2007年10月1日实施的《物权法》第42条规定：“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。”这一规定延续并体现了2004年宪法修正案关于征收制度规定的精神，但是对于学界与实务界关注的热点问题——公共利益的界定、征收程序、征收土地的补偿范围与标准仍未有进一步的说明，因此，本文拟就此加以探讨。

一、对“公共利益”之界定

土地征收是国家为了公共利益的需要，依照法律的规定，对土地所有权加以强制剥夺，并给予补偿的制度。^①对“公共利益”的概念，无论是宪法修正案还是新出台的《物权法》都采取了正面回避的做法。不少学者认为，完善土地征收制度的关键在于法律上对于公共利益予以准确界定。因为公共利益是公权与私权的连接点，是对公民财产权做出限制的主要理由。从实践来看，正是由于对于“公共利益”的内容缺乏明确界定，导致其经常被滥用。^②

(一)对“公共利益”一词的语义考察

“公共利益”简称“公益”，相似的用语有：“大众福祉”、“社会福祉”、“公共福利”、“社会福利”。“公共利益”一词最早可以追溯到公元前五六世纪的古希腊。古希腊特殊的城邦

* 翟云岭，大连海事大学法学院教授；吴翔程，大连海事大学法学院民商法学硕士研究生。

① 梁慧星：《中国物权法研究》（上），第330页，北京：法律出版社，1998。

② 王利明：《我国民法典重大疑难问题之研究》，第413页，北京：法律出版社，2006。

制度造就了一种整体国家观,与整体国家观相联系的是具有整体性和一致性的公共利益,公共利益被视为一个社会存在所必需的一元的、抽象的价值,是全体社会成员的共同目标。^①

边沁认为:“公共利益”绝不是独立于个人利益的特殊利益。“共同体是个虚构体,由那些被认为可以说构成其成员的个人组成。那么,共同体的利益是什么呢?是组成共同体的若干成员的利益的总和;不理解什么是个人利益,谈共同体的利益便毫无意义”。^②英国的哈耶克则对公共利益有一种独特的见解:公共利益只能定义为一种抽象的秩序——“自由社会的共同福利或公共利益的概念,决不可定义为所要达到的已知的特定结果的总和,而只能定义为一种抽象的秩序。作为一个整体,它不指向任何特定的具体目标,而是仅提供最佳渠道,使无论哪个成员都可以将自己的知识用于自己的目的”。^③罗班认为:“‘公共用途’之涵义并不指两人或两人以上之用途,乃属于集团之用途。所谓集团,并非由一国公民之全体组成,一省或一区居民,有时乃至单纯的业主联合会亦可以称为集团也”。^④

对“公共利益”一词有很多种解释,每一个社会都有它自己通过法律秩序力图实现的目标。实现法律目标的途径是:承认一定的利益,确定法律确认这些利益的限度,在确定的限度内尽力保护得到承认的利益。公共利益也就是这样一种需要不断明确的利益。^⑤因此,“公共利益”的概念应为组成共同体若干成员的利益的总和,体现并且一定程度上受制于每个成员的利益。公益的价值标准必须是“量最广、质最高”。如果国家基于扶助弱者的立场,对于少数利益的保护,虽不具备量最广的标准,却含有质最高的精神在内,这样少数人的利益也可能形成公益。^⑥笔者认为,在市场经济条件下,边沁的“公共利益”概念有其积极的一面,物权法的出台便是要大力保护私人权利,调整好公共利益与私人权益之间的平衡关系。

我国现行《宪法》、《土地管理法》和《物权法》都以公共利益作为国家征收土地的唯一法定事由,但上述规范性文件均未对“公共利益”予以明确限定。实践中有权机关滥用国家土地征收权的现象屡见不鲜,并已经引发深层次的社会矛盾。国土资源部执法监察局局长张新宝指出:2006年全国共查处村组集体土地违法案件7316件,涉及土地面积9100多公顷,与2005年同比分别上升51.1%、119.8%。地方政府尤其是市、县政府为招商引资、出政绩,背后支持、默许土地违法的现象大量存在,同时村组集体非法出租土地、变相买卖土地现象增多。

(二)对“公共利益”内容之界定

在《物权法》通过之前,学者们就是否应明确界定“公共利益”持有不同看法,梁慧星先生在其主编的《中国物权法草案建议稿条文》中建议采用列举的方式,明确限定“公共利

①⑤ 胡建森:《公共利益概念透析》,载《法学》,2004(4)。

② [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,第58页,北京:商务印书馆,2000。

③ [英]哈耶克:《经济、科学与政治——哈耶克思想精粹》,冯克利译,第393页,南京:江苏人民出版社,2000。

④ [法]罗班:《土地征收之学理与实施研究》,芳锡九译,第19页,北京:商务印书馆,1938。

⑥ 石磊:《土地征收三论》,中国政法大学法学硕士论文,2005。

益”之范畴。陈运来先生主张采用概括的方式将“公共利益”予以抽象化。我国台湾地区的陈新民先生认为“公共利益”无法定义,其理由是公共利益的内容和受益对象具有不确定性。^① 王利明先生也认为应该维持公共利益的抽象表述,因为“公共利益”概念所特有的宽泛性、发展性、不确定性、层次复杂性难以把握。已通过的《物权法》显然采用了陈新民先生和王利明先生关于公共利益的观点,亦即采用了抽象化的表述。

关于公共利益的内容,各个国家和地区有不同的规定。按立法体例,可分为两种形式:一种形式是概括性规定。这种规定优点是概括性强,操作弹性较大,但容易导致征收权的滥用。如陈运来先生认为应该采用概括的方式,指出公共利益是指在法和道德等社会规范所调整的秩序中形成的带有社会普遍性的利益。^② 也有学者认为公共利益是私人利益的总和。^③ 另一种形式是列举性规定,这种规定较为明确具体,有利于对征收权进行制约,防止权力滥用。主张用列举的方法认定公共利益的梁慧星先生认为,公共利益是指公共通道、公共卫生、灾害防治、科学及文化教育事业、环境保护、文物古迹及风景名胜区的保护、公共水源及饮水排水用地区域的保护、森林保护事业,以及国家对法律规定的其他公益事业。^④ 《日本土地征收法》采取的是这种方式,该法第3条详细列举了公路建设、停车场建设、公共汽车客运设施、河川拦河坝、运河用设施、航标以及水路测量标志、轨道设施、农作物保护、农地改造与综合开发等农用设施、石油管道设施、港湾设施、供水设施及公用下水道等设施、国家或地方公共团体建设的办公场所等51项条款,属于公共利益。我国台湾地区现行《土地征收条例》第3条规定:国家征收私有土地所根据的公益事业包括国防事业、交通事业、公用事业、水利事业、公共卫生及环境保护事业、政府机关、地方自治机关及其他公共建筑、教育学术及文化事业、社会福利事业、国营事业和其他依法得征收土地之事业。^⑤

我国现行的立法体制采取了概括性规定。笔者认为,抽象概括式并不可取,因为此种方式过于抽象,执行操作中并不能起到预期的效果,容易导致行政权的滥用。对此,王利明教授主张不在物权法中界定“公共利益”的内容,而通过严格界定土地征收的条件和程序加以解决。但笔者认为,此种界定必然通过行政法规的方式做出,而土地征收的立法与执行若同时归于行政主体,则会造成土地征收权的不当扩张。同样,他主张在司法解释中个案确定公共利益的内涵也存在对于行政主体的有效制约问题,现实中行政权对于司法权的干涉不能不说为司法解释透射出了阴影,而且现实中存在各个地方标准不尽相同的情况,司法解释很难通过对一地的解释普遍适用于全国。

相比较而言,笔者更倾向于列举式,因为列举式首先把公共利益中最大的一部分划定出来,这就使公共利益具有了相对的确定性。然而公共利益具有发展性,列举式必然有滞

① 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),第182页,济南:山东人民出版社,2001。

② 陈运来:《罗马法公共利益原则及其对我国民商立法的启示》,载《岳麓法学评论》(第2卷),第155页,长沙:湖南大学出版社,2001。

③ 张千帆:《公共利益的构成》,北京大学法学院、中国社会科学杂志社主办“法律的社会科学研究”研讨会会议论文,2005年5月28日~29日,北京大学。

④ 梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由与参考立法例》,第191~192页,北京:社会科学文献出版社,2000。

⑤ 曾文龙主编:《土地法规要论》,第191页,台北:金大鼎文化出版社,2003。

后性,但是可以辅助以排除规定作为例外条款,将单纯的商业利益、企业利益、集团利益甚至国家利益从公共利益中予以排除。^①笔者认为,可以借鉴日本和我国台湾地区的立法体制,将公共利益限制在以下几个方面:国家机关和军事用途;交通、水利、能源、供电、供暖、供水等公共事业或市政建设;教育、文化、卫生、体育、环保、绿化、慈善机构等社会公共事业;国家重大经济建设项目,但以具有公益为限;其他由政府兴办以公共利益为目的的事业。

(三)确认公共利益的适用原则与审核机构

近二十年来,世界上较先进的土地征收关于公共利益的思想受到以哈贝马斯的批判理论为基础的沟通理性的影响。^②沟通理性指的是参与者在沟通行动中所能达到相互了解、相互学习、共识凝聚的程度。公共利益应该建立在社会共识的基础上,靠社会大众在公开、公平、双向互动的程序中一起来找寻、界定。共识凝聚程度越高,就越符合公共利益。公共利益应该由各地区当地群众因其风土人情、习惯经验和土地价值观等和专家精英及决策中心共同来界定,以建立共同可接受的共识。

笔者认为,此种方法为公共利益确定了最核心的原则,暂称之为“沟通原则”。沟通原则可以适应公共利益的发展需要,解决了王利明教授提出的公共利益无法详尽列举的难题。其余诸如合比例原则、公共利益层次性等原则皆可认为乃此原则具体适用下的方法原则。笔者认为,在此核心原则的基础上加上详细列举与排除的规定,公共利益可以被很好的界定和把握。

虽然“公共利益”需要界定,但由哪个部门来界定则至关重要。虽然从审批权限上讲,国土资源部拥有审批权,然而如果将公共利益的认定权同时赋予国土资源部也容易造成权力的过分集中,不利于保护被征收土地的农民的利益。如前所述,按照沟通原则,应该由专家和政府单独组建的决策中心共同成立一个常态的机构,此机构应该独立于国土资源部,独立于地方,直接归国务院领导,在出现土地征收事项的时候,再吸纳当地的被征土地群众代表,组成一个全面的审核机构,对具体征地项目进行审查。只有经过审查通过的项目,才可以进入国土资源部的审批立项计划中。

二、我国农村土地征收程序的缺陷与完善

农村土地征收制度的具体实施需要有一套严格的程序来加以控制。只有这样才能使国家在行使权力时最大限度地保障个体利益,减少个体损失。土地征收程序是一种行政程序,是指国家征地机关在行使土地征收权的过程中所遵循的方式、步骤、顺序以及时限的总和。土地征收程序应当具有科学性、正义性、合理性。^③各国关于征收的程序大多包括三个阶段:第一阶段,事业的认定,即确认用地申请人的拟用地事业是否符合宪法和土

^① 王利明:《我国民法典重大疑难问题之研究》,第418页,北京:法律出版社,2006。

^② 杨福铭:《从公共利益观点探讨都市计划之民众参与》,台湾国立成功大学硕士论文,2003。

^③ 高富平:《土地使用权和用益物权》,第472页,北京:法律出版社,2001。

地法规定的征收目的,以解决侵害第三人土地所有权的公共利益根据。第二阶段,征收范围的确定。实践中,一般由需用土地人拟定征收计划,而后由主管机关加以决定并予以公告。第三阶段,损失补偿金额的决定。大多数国家均规定,征收范围的决定与损失补偿金额的决定不仅要区分开来,而且还要依不同的程序进行。^①

(一)我国土地征收程序存在的问题

与国外的土地征收程序相比,目前我国土地征收程序最突出的问题是公共利益的事业认定程序缺失。

我国土地征收中第一个程序即事业认定,但认定为公共利益的事业才能进行征收的这一程序没有得到足够重视。事业认定仅仅被简单地吸收在征收申请及批准这一程序中。这种“简化”是不应该的,因为该程序恰恰是征收权得以行使的前提,是判断某一项具体征收行为正当性的根本依据。^② 在我国《土地管理法》中,只规定了土地征收必须经过国务院或省、自治区、直辖市人民政府批准,对被征收人认为土地征收目的不符合法律规定时的救济机制却没有任何规定。在批准征地方案之前,基本上不考虑被征地权利人的意见,相对人无法通过正常渠道预知自己的土地将被征收,被征地者在征地审批过程中没有充分的参与权。^③ 对征地行为本身不能进行听证,被征地农民只能对征地补偿安置费用的标准进行听证。^④ 这是因为我国目前法律没有明文规定土地征收权的公共利益审查认定程序。如前所述,土地征收是否具有公益目的是判断土地征收是否合法的唯一标准。法律对公共利益内容的不明确会导致征收的滥用,不利于社会对土地这种稀缺资源的利用。因此,我国有必要完善公共利益审查的程序。

相比较而言,有些国家有关这方面的程序规定已经很完善。例如美国的土地征收必须召开公开的听证会说明征收行为的必要性和合理性,如果被征收方对政府的征收本身提出质疑,可以提出司法救济,迫使政府放弃征收行为。^⑤ 同时土地征收程序要具有资格的正式审查员审查;审查员在征得土地所有者同意后,实地调查、汇总,提交审核报告给负责征地机构。法国的土地征收调查分为事前调查和具体位置调查两个阶段。事前调查的内容主要是针对土地征用目的调查。新加坡的政府部门和法定机构在提出土地征用建议前,必须进行充分的调查和研究,充分论证开发项目的合理性和必要性。英国政府和职能部门要想经过议院批准进行征地,确认是否适用《强制征购土地法》的门槛很高。征地部门必须证明该项目是“一个令人信服的符合公共利益的案例”,比如证明该项目带来的好处超过某些被剥夺土地的人受到的损失。当议会确认土地使用目的是有利于公众利益之后,用地部门才可以依法行使强制征地的权利。加拿大相关法律规定任何与土地所有权有关的人都可向批准机关提出书面申请,要求举行听证。在特殊的情况下,如果议会副总

① 王太高:《土地征收制度比较研究》,载《比较法研究》,2004(6)。

② 王太高:《行政补偿制度研究》,第219页,北京大学出版社,2004。

③ 朱建军:《土地征收及其制度研究》,苏州大学法律硕士论文,2005。

④ 卢小传:《农村征地、安置、补偿》,第15页,北京:中国法制出版社,2006。

⑤ 周大伟:《美国土地征用和房屋拆迁中的司法原则和判解——兼议中国城市房屋拆迁管理规范的改革》,载中国公法网 www.chinapublaw.com 2004年9月21日。

督认为征地对实现公共利益是必要且有利的,就直接命令预征机关继续进行征地程序,否则由首席检察官指定调查官及调查员,成立调查委员会。调查官就征地公平、正确、合理必要性,综合双方的证据意见向批准机关报告。^①

综上所述,我国立法应当规定一个专门的机构严格按照公共利益的清单所列,对土地征收项目的公益性进行认定。在认定过程中可以参考日本的做法,审批机构在听取相关土地管理者和有关专家的意见、召开听证会的基础上,向项目所在地的公众公布材料,提供给他们自由阅览,给予相关权利人充分的参与权。

另外,我国土地征收法律程序缺乏对被征地的调查程序。对被征土地进行调查是保障征地工作进行顺利、维护被征地单位合法权益的一项基础性工作。日本、新加坡等国家的征地程序中都强调了对被征土地进行调查的程序。如日本的事业准备,即在正式的征用程序之前,为准备实施成为征用对象的事业,业者应在一定要件下进入他人的土地测量、调查,并可以排除该土地上的障碍物等。^②新加坡则规定在充分论证开发项目的合理性、必要性以后,搞清同项目开发相关的一切技术问题,查清被征地土地权属及其他状况。而我国征地程序中缺少了该程序,因为没有对被征土地做具体调查,缺少对被征地的权属状况、地上附着物等详细了解,可能会为后来的征地补偿标准及征地补偿费分配工作带来问题。^③

(二)农村土地征收程序的完善

第一,严格界定审批主体。论及土地违法行为禁而不止甚至出现反弹的原因,张新宝教授认为,一是地方政府盲目发展经济的冲动并未从根本上受到抑制;二是土地管理和审批制度的改革还未到位,体制和制度原因造成的土地“未批先用”问题,在地方经济发展推动下更加突出。这就说明在农村土地征收的环节上,地方一级政府很难做到真正理性地从公共利益出发,而只是从经济角度着眼,这和公共利益的标准是大相径庭的。我国审批主体的行政级别相对其他国家较低,不利于保护农村土地的集体所有权。如法国的土地征收由总理批准,特别重要的土地征收由总理咨询最高行政法院的意见后发布命令或决定。英国征地则必须经过议会批准。^④国土资源部2007年3月20日通报说,我国去年全年办结土地违法案件90000多件,处理3593人,其中两名省级干部受党纪处分。这也证明地方干部在土地征收中只从地方角度出发,监管不力。笔者建议,应当将土地征收的审批权全部归入国土资源部,以保证征收的正当性、合法性。

第二,保障被征收人知情权。征收是国家强制性的转移公民财产所有权,导致公民财产永久性的转移,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。^⑤有关农村土地征收的调查统计,表明农民的知情权并未得到保障。“在402份调查问卷中,有56.3%的人选择‘发生过土地征用’,还有32.8%的人‘不知道有没有发生过征用’”。^⑥笔

①④ 闫桂芳、杨晓香:《财产征收研究》,第274页、270~272页,北京:中国法制出版社,2006。

② 杨建顺:《日本行政法通论》,第472~474页,北京:中国法制出版社,1998。

③ 刘俊:《中国土地法理论研究》,第368页,北京:法律出版社,2006。

⑤ 王利明:《我国民法典重大疑难问题之研究》,第424页,北京:法律出版社,2006。

⑥ 陈小君等:《农村土地法律制度研究——田野调查解读》,第257页,北京:中国政法大学出版社,2006。