



“公法时代”丛书

行政征收征用补偿制度研究

Research of Chief Expropriation Compensation System

■ 金伟峰 姜裕富 著

Times of Public Law Series



浙江大学出版社
ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

行政區劃補償制度研究

Research and Compensation System for Regional Development

◎ 國家出版社 ◎





“公法时代”丛书

行政征收征用补偿制度研究

Research of Chief Expropriation Compensation System

■ 金伟峰 姜裕富 著

Times of Public Law Series



浙江大学出版社
ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

行政征收征用补偿制度研究 / 金伟峰, 姜裕富著. — 杭州: 浙江大学出版社, 2007. 8
(“公法时代”丛书)
ISBN 978-7-308-05215-3

I. 行... II. ①金… ②姜… III. 行政法 - 研究 - 中国
IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 036496 号

行政征收征用补偿制度研究

金伟峰 姜裕富 著

策 划 曾建林 张 明
责任编辑 张 明
封面设计 俞亚彤
出版发行 浙江大学出版社
(杭州浙大路 38 号 邮政编码 310027)
(E-mail: zupress@mail.hz.zj.cn)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 浙江大学出版社电脑排版中心
印 刷 德清县第二印刷厂
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 14.25
字 数 261 千
版 印 次 2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-05215-3
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)88072522

“公法时代”丛书总序

胡建森

我们推出“公法时代”丛书,并非基于倾向“要强化公权力并弱化私权利”,而是基于一种共识:“21世纪,是公法的世纪,因为在这个世纪里,公权力比私权利更需得到法的规制。”

虽然公法与私法本身的概念仍会让我们争论几百年,但划分其“界河”的工作与理论几乎可以往前推演近2000年。自古罗马的D. 乌尔比安(Domitius Ulpian,约170—228)以来,公、私法的划分几经沉浮,到近代终于成为欧陆法制的原则和法学研究的前提。即使以普通法为传统的英美法系,甚至一度与西方法制决裂的前苏联东欧各国,在当代也无力抗拒公、私法的划分。

列宁曾经说过:“我们不承认任何‘私法’,在我们看来……一切都属于公法范围……”(见列宁:《给德·伊·库尔斯基的便条》,《列宁全集》(中文版)第36卷,人民出版社1959年版,第587页)这种对“公法”的过分好感,我们又怯于接受。公法就是公法,私法就是私法;不能因公法否定私法,也不能相反。规范与约束国家公权力行为者为公法,引导市民善待自己人身权与财产权者为私法。没有善良的公法规则,任何私权可能都会消失殆尽。以公法为研究对象者曰“公法学”。公法学实与一国法治文明唇齿相依。J. 布丹(Jean Bodin,1530—1596)以《国家论六卷》首开近代公法学先河,经《拿破仑法典》编纂,法国确立了公、私法划分,率先进入法治国家行列。德国在19世纪中叶的欧洲无足轻重,公法学也姗姗来迟,到二战以后,其公法学名家鹊起,臻于繁盛,德国遂能忝列法治强国之列。而德国纳粹政权、意大利法西斯统治

以及拉美极权政府全盘否定公、私法划分,终致法律沦为强权工具,国家与民众备遭祸乱。

中国两千年来的“法制”总体乃为“诸法合体”,既无法律部门区分,更无公、私法划分。清末丁韪良移译《万国公法》以后,《公法与私法》、《实理公法》、《比较宪法》等著译蔚为大观;清末修律、北洋“立宪”直至国民政府颁行《六法全书》,公、私法划分始告确立。废《六法全书》以后,中国也步前苏联后尘,取消公、私法划分。改革开放以来,中国迎来法治春天,其中,公法性法规剧增,公法学英姿勃发,可喜可贺。

当下中国学界,“公法”内涵虽尚未定论,但“公法”似有广义与狭义之分,乃是不争的共识。作为狭义的“公法”,仅指宪法与行政法;但从广义论之,还需将刑法、诉讼法等纳入其中。中国的“公法学”不再是几个公法部门法的汇集,而是一种内在联系的外化。

“公法时代”丛书以推进中国的公法学与公法学的国际性比较为宗旨,以浙江大学公法与比较法研究力量为核心,汇集研究中外公法学者的力量,将一系列公法学研究方面的最新成果奉献给大家。

“公法时代”丛书是对中国“公法时代”的企盼!

2005年5月·中国杭州

目 录

第一章 行政征收征用概说	1
一、行政征收征用	1
二、行政征收征用的相关概念	12
三、域外行政征收征用制度	16
第二章 行政补偿的基本理论	24
一、行政补偿的涵义	24
二、行政补偿的历史发展	39
三、行政补偿的理论基础	42
四、行政补偿的基本原则	44
五、行政征用补偿制度的功能	50
第三章 行政征收征用补偿的经济分析	57
一、法律经济学分析:对法律问题的经济分析	57
二、行政征收征用补偿的经济理论:一个基本的类比	66
三、行政征收征用补偿的经济学涵义	82
第四章 行政征收征用补偿的构成要件	88
一、主体要件:适格的行政主体	88
二、行为要件:行政主体合法的行为	91
三、内容要件:合法利益的特别损害	94
第五章 行政征收征用补偿的范围	102
一、域外行政征收征用补偿范围的介绍及评析	102
二、我国行政征收征用补偿范围的现状及评析	116

三、我国征收征用补偿范围的经济学分析	129
第六章 行政征收征用补偿的程序	141
一、域外行政征收征用补偿程序简介	141
二、我国行政征收征用补偿程序的现状评析	159
三、我国行政征收征用补偿程序的完善	167
第七章 行政征收征用的补偿立法构想	184
一、行政补偿立法模式	184
二、行政补偿立法目的	189
三、行政补偿立法依据	195
四、行政补偿立法原则	198
五、行政补偿范围	212
六、行政补偿其他相关制度	213
参考文献	218

第一章

行政征收征用概说

行政征收征用的概念是研究行政补偿制度的基石。如何来理解行政征收与行政征用之间的区别,在理论与实践,存在着差异。《中华人民共和国宪法》(后文简称《宪法》)^①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。”在1986年制定的《中华人民共和国土地管理法》(后文简称《土地管理法》)^②和1998年制定的《中华人民共和国土地管理法实施条例》(后文简称《土地管理法实施条例》)^③中将土地的征收征用统称为“土地征用”。2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过《中华人民共和国宪法修正案》第20条规定:“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22条规定:“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。”“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。”宪法中明确地将征收和征用进行区分表述,要求在理论上对征收与征用的内涵和外延作进一步的研究,这在理论与现实中具有非常重要的意义。

一、行政征收征用

(一)征收与征用

在《现代汉语大词典》里,“征收”指政府依法向个人或单位收取(公粮、税款等);“征用”是指政府依法使用个人或集体的土地、房产等。^④在这里,征收仅指有关行政部门运用国家强制权力收取一定的税费行为,如《税收征

① 1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过。

② 1986年6月25日第六届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过,1998年8月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第四次会议修订。

③ 1998年12月24日国务院第十二次常务会议通过。

④ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1994年版,第1471-1472页。

收管理法》中的征税行为;征用指国家向集体“收回”土地所有权以及向集体或个人收回土地使用权以及附属在土地上的房产的行为,如《土地管理法》中的土地征用,《城市房地产管理法》中的土地使用权的收回。前者是动产所有权的转移,后者是地产使用权的回收和房产所有权的消失。征收与征用对财产所有权的影响没有根本的区别。

对于征收的理解,国内理论界的认识和立法实践表现出明显的分歧,归纳起来有两种不同的学说:^①

一种是征收独立说,该说将征收完全独立于征用之外,认为征收是国家依照法律规定的条件,无偿地将集体或者个人的某项财产收归国家所有的一种措施,例如征收祠堂、庙宇、学校等团体在农村中的土地及其公地,具有强制性和无偿性。与此同时,该说认为征用是与征收完全不同的概念,是指国家为了某种需要依法以强制方式在一定期间内有偿或无偿地将财产征为公用的措施。

另一种学说是征收与征用混合说,该说没有将征收与征用作严格区分,在名称上统称为“征用”或“土地征用”。该说认为:征用是国家为进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业的需要,依法将集体所有的土地转为国有,被征用的土地之所有权归于国家,使用权归于用地建设单位,用地建设单位要向被征用的集体组织支付规定的土地补偿费、土地附着物和青苗补偿费以及安置补助费。

“独立说”试图将征收与征用作出区分,征收的对象是个人和集体的财产,运用手段具有国家强制性,征收的效果是依据法律规定产权的无偿转移。征用是根据需要在一定期间内将财产无偿或有偿转为公用,征用可以补偿也可以不补偿,征用的缘由是根据需要,征用的效果是财产使用权的暂时转移。

“混合说”其实只是分析了土地作为征用对象的情况。土地无论为征收或征用的对象,产权理论毫无意义,因为我国土地属于国家或集体所有,个人仅有土地使用权,国家回收土地使用权时,土地上的附属物无法独立存在,将随着土地的回收而消灭附属物的产权,但应该获得相应的补偿。因此,无论称“土地征收”,还是叫“土地征用”,最终的效果都是一样的。但是,中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于2004年8月28日通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》,对《中华人民共和国土地管理法》作了如下修

^① 费安玲:《不动产征收的私法思考》,《政法论坛》(中国政法大学学报)2003年第2期。

改:(1)第二条第四款修改为:“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。”(2)将第四十三条第二款、第四十五条、第四十六条、第四十七条、第四十九条、第五十一条、第七十八条、第七十九条中的“征用”修改为“征收”。这样,修改后的《土地管理法》仅在第二条第四款一处使用了“土地征用”一词,其余均修改为“土地征收”。这意味着学界和理论界长期使用的“土地征用”一词在多数场合的含义其实都是指“土地征收”,也就是转移土地所有权。根据我国的实际,土地征收是指国家依法将属于集体经济组织所有的土地转为国家所有,再由国家向用地单位或个人转让土地使用权。立法中保留了“土地征用”一词,指在不改变土地所有权性质的前提下,转让土地使用权。《土地管理法》中对土地征用不作规定,因为这种转让不再涉及国家强制性权力的运用,由各相关当事人按照市场规则自行协商解决,土地征收中的补偿办法自然也就是土地征用中的参考标准。

综上所述,征收和征用应该是有所区别的。有人从涉及对象上区分,认为征收涉及的对象是不动产,征用涉及的对象是动产和不动产;从法律效果上分析,征收实质上是强制买卖,不动产的所有权不发生返回问题,只发生补偿问题;征用实质是强制使用,使用完毕后应当将原物返还权利人,但应该支付相应的使用费,如果因使用导致原物毁损不能返还的,应当照价赔偿。征收涉及到国家强制力的行使,于是征收的程序相对严格,而且征收只能是为了公共利益目的。征用的目的相对而言更多元化。在法律、法规对征收征用未作区分时或者作了错误区分时,这样的澄清是十分必要的。征收和征用这两个概念在我国有关法律文件中经常有所涉及,但我国现行的法律中混淆了征收和征用这两个概念,特别是对征用概念的错用。除《宪法》和《土地管理法》以外,还有1953年11月政务院发布的《关于国家建设征用土地办法》和1982年5月经全国人大常委会批准、国务院发布实施的《国家建设征用土地条例》。如《宪法》第10条第3款规定“国家为了公共利益的需要,可以依照法律的规定对土地实行征用”,其对征收和征用就没有作出区分。只有《中华人民共和国戒严法》(后文中简称《戒严法》)^①对“征用”概念的使用是正确的。该法第17条第2款规定:“……临时征用物,在使用完毕或者戒严解除后应当及时归还;因征用造成损坏的,由县级以上人民政府按照国家有关规定给予相应补偿。”涉及征收的有《中华人民共和国

① 1996年3月1日第八届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过。

中外合资经营企业法》(后文中简称《中外合资经营企业法》)^①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,对外资企业可以依照法律程序实行征收,并给予相应的补偿。”《中华人民共和国外资企业法》(后文简称《外资企业法》)^②第5条有相同规定。在2004年的《宪法修正案》和修改后的《土地管理法》中已经对征收和征用予以明确区分的情况下,从行为涉及的对象上作出的区分标准已经失去了实际意义。两者的区分标准应该从行为的法律效果上进行分析更为科学。征收是为着公共利益,强制转移财产的所有权,但应该予以补偿;征用是为着包括公共利益在内的更广泛的目的,协商性地转移财产的使用权,应该支付相应的使用费。

(二)行政征收和行政征用

行政征收和行政征用与征收和征用一样,是学界众说纷纭、难以达成一致的概念。存在着如下不同的观点。

1. 行政征收和行政征用分立说

这种观点认为行政征收和行政征用是两个分立的概念。对于行政征收的概念,法学界似乎已基本形成共识。应松年教授认为:行政征收是指行政主体根据国家和社会公共利益的需要,依据法律、法规的规定,以强制方式无偿取得行政相对人财产所有权的一种具体行政行为,它主要包括行政征税和行政收费两部分。^③胡建森教授认为:行政征收是指行政主体凭借国家行政权,依法律规定向行政相对人强制地、无偿地征集一定数额金钱或实物的行政行为。这种行政行为主要包括行政征税和行政征费两大类。^④国家行政学院的王宝明教授也持如上观点。^⑤

关于行政征收的主流观点可以归纳出如下特征:(1)处分性。行政征收

① 2001年3月15日第九届全国人民代表大会第四次会议通过。

② 2000年10月31日第九届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过。

③ 应松年主编:《行政法学新论》,中国方正出版社1998年版,第307页。行政征收是国家为实现其社会经济目标,依法律预定的标准、非惩罚性地、强制地、无偿地取得财政收入的一种活动。行政收费是行政机关或依法履行行政职能的其他组织,为满足特别的行政支出,向与特别支出存在特定关系的行政相对人收取货币的行为。参见该书第307页。

④ 胡建森著:《行政法学》,法律出版社1998年版,第330页。行政征税是指国家税务机关凭借其行政权力,依法强制取得无偿财政收入的一种手段。税收在整个国家活动中体现出“取之于民,用之于民”的宗旨而不直接返还给纳税人或用于税收的这个项目。行政征费是指一定的行政机关凭借国家行政权所确立的地位,为行政相对人提供一定的公共服务,或者授予国家资源和资金的使用权而收取的代价。参见该书第331-332页。

⑤ 王宝明著:《行政法与行政诉讼法》,中国城市出版社2003年版,第177页。

是国家行政主体对行政相对人的财产所有权的一种处分,而不是仅限于对其财物使用权的限制。行政相对人的财产一经国家征收,其所有权就转移为国家所有,成为国家财产的一部分,由国家负责分配和使用,以保证国家财政开支的需要。因此,行政征收的直接法律效果是导致行政相对人有关财产权的剥夺。正因为如此,行政征收不能纳入行政强制措施范畴之内。

(2)强制性。行政征收机关实施行政征收行为,实质上是履行国家赋予的征收权。这种权力具有强制他人服从的效力,因此,实施行政征收行为不需要征得行政相对人的同意,甚至可以在违背相对人意志的情况下进行。征收的对象、数额及具体征收程序,完全可以由行政机关依法确定,无须与行政相对人协商一致,行政相对人必须服从行政征收命令,否则应承担一定的法律后果。行政征收是维持国家机器运转的物质手段,任何国家都可以以各种强制性的手段保障行政征收的实现。

(3)无偿性。行政征收是行政主体代表国家,无偿地从行政相对人处取得货币或实物的行为。虽然行政征收是取之于民并用于民的,但是这里的“用之于民”是整体意义和抽象意义的,对每个人而言是无偿的。国家为了完成其职能、维护其统治、满足某种需要征收某种或某些资财,这种行政征收必须是无偿的,是财产的单向流转,无需向被征收主体偿付任何报酬,否则便不能真正满足国家的需要。这是因为国家作为凌驾于社会机构之上的管理机构,其本身并不直接从事生产、创造财富,只有凭借国家行政权力,通过行政征收来取得所需的物质资财。这也是行政征收同行政征用、行政征购的区别。

(4)法定性。行政征收直接指向的是行政相对人的经济利益,由于其强制性和无偿性,决定了其对相对人的权益始终都具有侵害性,因此,为了确保行政相对人的合法权益不受违法行政征收行为侵害,必须确保行政征收法定原则,将行政征收的整个过程纳入法律调整的范围,使具体的行政征收行为受相对稳定的法律支配,使行政征收项目、行政征收金额、行政征收机关、行政征收相对人、行政征收程序都有法律上的明确规定。这是现代行政,特别是侵益行政行为所必须遵循的原则。

(5)可诉性。行政相对人对行政主体的行政征收行为不服,可以依据《中华人民共和国行政复议法》(后文简称《行政复议法》)^① 第六条第(七)项规定,申请行政机关复议;或者依照《中华人民共和国行政诉讼法》

^① 1999年4月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过,第六条第(七)项规定:认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的,可以申请行政复议。

(后文简称《行政诉讼法》)^① 第十一条第(七)项规定提起行政诉讼,或者经行政复议后提起行政诉讼。

行政征用是指国家通过行政主体对非国家所有的财物进行强制有偿的征购和使用。目前主要体现在国家对集体土地的征用上,此外还有国家对文物的强制性征购、对船舶等的强制租用。行政征用具有处分性、限制性、强制性、有偿性、法定性和可诉性等法律特征。

行政征收与行政征用具有密切的联系。它们都是一种行政限权行为,均适用于行政复议和行政诉讼的法律救济途径,同时又是两个截然不同的法律范畴,两者的区别是很明显的:(1)对财物所有权的处分程度不同。行政征收是对被征收物所有权的彻底处分,即被征物的所有权人发生了变化;行政征用处分的是财物的使用权,对土地征用时才涉及到所有权的征用。(2)行为的有偿性不同。行政征收是无偿的,行政征用是有偿行为。^②

在“行政征收和行政征用分立说”里,有人承认行政征收和行政征用是不同的概念,但对行政征用的理解不同,认为行政征用主要是对劳动群众集体所有的土地的征用。^③

2. 行政征收合并行政征用说

这种观点认为行政征收是个上位概念,包括行政征用这个下位概念。北京大学姜明安教授在一本教材中认为,所谓行政征收是指行政主体根据公共利益的需要,依法从行政相对人处获取一定财务或劳务的行政处理。这种行为具有单方性、公益性、强制性和非制裁性的特点,具体包括行政征用、税费征收、行政征调三类行为。^④ 单方性指行政主体实施行政征收行为,不需要征得相对人的同意,甚至可以在违背相对人意志的情况下进行。公益性指行政征收的目的是履行国家职能和实现公共利益,不能出于某个集团、组织或个人的私利或者商业利益。强制性指行政征收由国家强制力予以保障。非制裁性指行政征收的目的不是为了惩罚相对人,针对的不是违法者的违法行为,而是合法行为人,没收违法所得就不属于行政征收。

行政征用是指行政主体为了公共利益,根据法律规定取得相对人特定

① 第七届全国人民代表大会常务委员会第二次会议于1989年4月4日通过。第十一条第(七)项规定:认为行政机关违法要求履行义务的,可以提起行政诉讼或者经行政复议后提起行政诉讼。

② 胡建森著:《行政法学》,法律出版社1998年版,第330-338页。

③ 张正钊著:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社1999年版,第132页。

④ 姜明安、皮纯协主编:《行政法学》,中共中央党校出版社2002年版,第147-150页。另可参见杨解君、孙学玉著:《依法行政论纲》,中共中央党校出版社1993年版,第280-282页。

财物的行政处理。财物包括不动产和动产,但不包括金钱^①。对于不动产,行政征用的后果是取得该不动产的所有权(如土地征用);对于动产,既可以征用其所有权,也可以征用其使用权而所有权仍归原主,如为了抢险救灾,临时性地征用私人的车辆、船舶等。行政相对人的财产被征用后,对于相对人因此而遭受的损失,行政主体应当予以适当的补偿。税费征收是指行政主体为了公共利益,按照法律规定向相对人收取一定数额的税费。行政征调是指行政主体为了公共利益的目的,按照法律规定征集、调用一定劳力的行政行为,分为在战争时期或部队集聚时期、满足局势目的的特别征调和军事目的以外的一般征调。行政征调的对象是劳务,行政主体也应当给予适当补偿。

在“行政征收合并行政征用说”看来,在上位概念行政征收下面包括了行政征用、税费征收、行政征调三个泾渭分明的下位概念。从征收涉及的对象上看,行政征用涉及的是动产和不动产(不含金钱),税费征收仅涉及到金钱,行政征调仅涉及到劳力的征收;从征收的法律效果上看,行政动产征用可能转移财产所有权也可能不转移财产所有权,行政不动产的征用要转移财产所有权,税费征收来的金钱和服从行政征调的劳务,支配权自然归行政主体所有;从是否发生补偿效果来看,行政征用和行政征调都需要补偿,税费征收不需要补偿。

作为与“行政征用”对应的“行政征收”存在三种含义。第一种是仅指作为行政征税和行政征(收)费形式意义上的行政征收,这不是一个法律上的概念,而是学者对上述两种法律行为的概括。第二种是除行政征税和行政征(收)费以外的转移财产所有权,但必须给予补偿的征收。目前法律中仅有《土地管理法》中有明确规定,所以主要形式是土地征收。第三种是包括第一种和第二种意义上的广义上的征收。

在《宪法修正案》中提出了征收或征用的概念,《土地管理法》中也承认了土地征收和土地征用的区别,行政征收和行政征用也应该有所区别。全国人民代表大会常务委员会副委员长王兆国在“关于《中华人民共和国宪法修正案(草案)》的说明”第四点中说到,宪法修正案(草案)将宪法第10条第3款“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。”修改

^① 在姜明安教授的另一部教科书里,又将行政征用分为广义和狭义两种。广义是指行政主体出于公共的目的,为了满足公共利益的需要,依法强制取得个人和组织所有的土地、房产等的所有权和使用权,并给予合理补偿的。狭义的行政征用专指土地征用。参见姜明安:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社2003年版,第129页。

为:“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,并予以补偿。”这样修改,主要的考虑是:征收和征用既有共同之处,又有不同之处。共同之处在于,都是为了公共利益需要,都要经过法定程序,都要依法给予补偿。不同之处在于,征收主要是所有权的改变,征用只是使用权的改变。《宪法》第10条第3款关于土地征用的规定,以及依据这一规定制定的《土地管理法》,没有区分上述两种不同情形,统称“征用”。从实际内容看,《土地管理法》既规定了农村集体所有的土地转为国有土地的情形,实质上是征收;又规定了临时用地的情形,实质上是征用。为了理顺市场经济条件下因征收、征用而发生的不同的财产关系,区分征收和征用两种不同情形是必要的。在第6条中又进一步说明,我国改革开放以来,随着经济发展和人民生活水平提高,公民拥有的私人财产普遍有了不同程度的增加,特别是越来越多的公民有了私人的生产资料,群众对用法律保护自己的财产有了更加迫切的要求。根据党的“十六大”关于“完善保护私人财产的法律制度”的精神,《宪法修正案(草案)》将宪法第13条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”、“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权”修改为“公民的合法的私有财产不受侵犯”和“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”,“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,并予以补偿”。这样修改主要基于三点考虑:一是进一步明确国家对全体公民的合法的私有财产都给予保护,保护范围既包括生活资料,又包括生产资料。二是用“财产权”代替原条文中的“所有权”,在权利含意上更加准确、全面。三是我国几个现行法律根据不同情况已经作出了征收或者征用的规定,在宪法中增加规定对私有财产的征收、征用制度,有利于正确处理私有财产保护和公共利益需要的关系,许多国家的宪法都有类似的规定。

我们认为,既然征收和征用的区别关键在于是否转让财产所有权,那么,行政征收和行政征用的关键也在于是否转让财产的所有权。在作为行政征税和行政征(收)费形式的行政征收主流观点已经形成,行政征收也已经成为

约定俗成的概念的前提下,我们无意杜撰一个新的概念^①,仍然借用行政征收这个概念。这里的行政征收已经排除了作为行政征税和行政征(收)费形式意义上的行政征收,仅指行政主体为了公共利益的需要,依法强制取得财产所有权、并给予相应补偿的行政行为。行政征收具有如下的法律特征:

(1)行政征收职权的法定性。行政主体必须按照法律、法规预先确定的条件、标准、范围、程序实施征收,即“职权法定”原则。

(2)行政征收的国家强制性。行政征收是行政机关为了公共利益的目的,凭借国家强制力转移他人财产所有权的行为。

(3)行政征收的有偿性。行政主体征收有关财物时,应当向被征收的人支付一定补偿费或其他费用。如《土地管理法》中规定,征用集体所有的土地,用地单位应当按照法律的规定,向被征地单位支付一定的土地补偿费、安置补助费和青苗费,并妥善安排好被征地单位农民的生产和生活。至于如何补偿,目前的法律并没有明确的规定。

行政征用仅指行政主体为了一定的目的,依法强制地使用他人的财产或者对有关劳务进行征用并给予相应补偿的行政行为。行政征用与行政征收相比,具有如下的法律特征:

(1)行政征用的对象比行政征收广泛。目前国内行政征收制度主要是不动产征收,而行政征用的对象则广泛得多,包括不动产、动产以及劳务、知识产权等。如1995年国务院颁布的《国防交通条例》规定,国家发布国防动员令后,人民政府可以征用运力。《中华人民共和国防洪法》(后文简称《防洪法》)^②第45条提到的“调用的物资、设备、交通工具等”实质就是行政征用的一种类型。

(2)行政征用必须符合公共目的性。行政征用制度的核心在于无需征得财产所有人的同意即可获得其财产,于是产生了行政主体的行政征用权力与公民财产所有权受法律保护规则之间发生的冲突,以及行政征用权是

^① 我国台湾地区的法学体系中沿用的则是“公用征收”、“公益征收”等概念,而这些概念我国大陆的学者也经常在著文中引用,在客观上加深了这种混乱的局面。

“公益征收”特指这种情况,将税收和行政收费行为用“行政征收”来表示,而“公益征收”则表示依据宪法和法律的规定,国家为了公共利益的需要强制取得集体和个人财产权利,并由国家事先给予公正补偿的行为。参见王克稳:《论行政征收》,《行政法学研究》1994年第4期;黄东东:《公益征收初探》,《现代法学》2002年第5期。

杨解君教授提出一个“公益收用”的概念,下位概念包括:公益征收(财物征收、税款征收、费用征收)、公益征用(劳力征用、财物征用)、公益限制。参见杨解君、顾长青:《公益收用之界定与行政补偿之完善》,《湖北社会科学》2005年第1期。

^② 1997年8月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过。