

论公共利益的程序控制*

——以法国不动产征收作为比较对象

许中缘

内容提要:公共利益本质是一个程序问题,其内容的界定与保障只有在一个完整的程序中才能进行。我国由行政机关单方面界定公共利益的规定存在弊端,理论倡导各级代议机关确定公共利益的做法不符合我国立国情,建立征收人与被征收人的协商机制在现有制度下不具有实践的可操作性。我国应建立司法机关对征收程序的介入机制来实现对行政机关权力的合理限制,从而实现征收的公共利益。法国法中由司法机关与行政机关共同保障征收程序符合公益的制度,同时,为防范法官权力扩张而对法官权力的主客观控制的做法具有明显的优越性,值得我们借鉴。

关键词:公共利益 不动产征收 司法程序

许中缘,湖南大学法学院副教授,中国人民大学法学院民商法专业博士研究生。

立法对公共利益的界定的目的,就是为了确定公共利益的范围。但因为公共利益的不确定性,单凭立法并不能解决此问题。^[1]而行政机关对公共利益的界定容易使公共利益成为行政机关侵害公民合法权利的工具。所以,对此问题的解决需要寻求一种新的路径。本文从公共利益的本质出发,结合法国不动产征收法的特点,对我国不动产征收中存在的问题进行评析,从而提出自己的看法。

一 公共利益程序控制的必要性

尽管《宪法》第10条、第13条及《土地管理法》第2条等规定,国家对土地或公民的私有财产实行征收的前提是为了公共利益的需要,但并没有明确规定公共利益的内容。基于实践中不动产的征收很大一部分是假公共利益之名追求私人利益之实进行的,故在《物权法》的立法过程中,诸多学者倡议通过对公共利益进行定义的方法来予以界定。但因为公共利益内容的不确定性及受益对象的不特定性,对公共利益准确定义非常困难,而且即使对其界定,又不符合立法规定公共利益本身来克服成文法局限性之目的。所以,《物权法》第42条最终并没有采纳该种观点。在立法机关确立“公共利益”概括条款这一法律保留的前提下,实践中“公共利益”的界定主要是由行政机关进行的。行政机关在处理具体的征用或者征收个案中,通常综合各种情况做出判断,决定何谓公共利益。这些具体情况包括时间、地点、国家的经济政策、对公共

* 本文受到中国人民大学博士学位论文创新资助。

[1] 学者对此问题有代表性的意见可以参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,第197-205页;王利明:“物权法草案中征收征用制度的完善”,载《中国法学》2005年第6期;韩大元:“宪法文本中‘公共利益’的规范分析”,载《法学论坛》2005年第1期;张千帆:“‘公共利益’的构成——对行政法的目标以及‘平衡’的意义之探讨”,载《比较法研究》2005年第5期。

健康和安是否构成威胁、公共用途等。行政机关这一权力为绝对的支配权。^[2] 绝对的权力容易绝对地导致腐败,而在现有国情下,地方政府为了片面追求政绩等需要,对此权力的滥用也就成为必然。如何在现有的制度框架下,寻求一种合理的公共利益界定与控制机制也就成为必然。

笔者认为,对公共利益的界定,最好的方法是对公共利益进行程序控制,这主要基于以下理由:

第一,对公共利益的程序控制是公共利益本身的要求。在现代国家,不动产征收中多元化利益的存在,需要一个公正合理地对这些复杂的利益进行协调的程序。其实公共利益本身就是一种利益衡量的规则,也可以说是一种通过利益的衡量来确定对某种利益予以优先保护的方法。正如学者认为公共利益“不是对实质目标的追求,而是存在于不同集团利益协调的过程之中”。^[3] 何况,不动产征收行为并不是对公共利益本身进行绝对保护,“行政法必须具有一方面以实现国家公共利益为目的,另一方面为维护公民的利益,减少摩擦、冲突和抵抗,公正地调整行政主体和行政相对人之间的关系的特点。现代国家行政法以尊重和确保公民个人的权利、利益为原则,同时不断地调整其与一般公共利益的关系,以求得从整体上实现公共利益的目的,而不是承认绝对的公共利益的优先。”^[4] 只有合理处理各种利益,才能有效地对公共利益与个人利益进行协调。法国学者也如此认为,征收的“结果将毫无疑问会对私人利益造成损害——但这不是伟大工程中所应提出的问题——从现今行政视角而言,另一方面更加重要——在公共利益的宣告中,首先就应保护私人所有权以及在私人利益与公共利益之间实现平衡,这应该是今天公共利益裁断的多样性也是合法性之所在”。^[5] 而且,即使是维护真正的公共利益的需要,对个人利益的牺牲也需要一个合法有效的程序才能得以进行。这种协调过程就是不动产征收的程序之所在。

第二,对不动产征收的公共利益的程序控制是现代商谈行政发展的必然结果。如达尔指出:“每个公民都应当具有充分的、平等的机会来发现和论证对有待决定之问题的可能最好地服务于公民利益的选择。……因为公民的诸善或利益要求关注公共的诸善或普遍的利益,所以公民应该有机会去获得对于这些问题的理解。”^[6] 公共利益不仅需要目的价值之正当性,更需要倚重其形式程序的合法性。只有在一个平等协商的程序之下,所有参与者都能够根据充分信息和有效理由对必须调整的利益问题和公共利益的整合达成明确的理解与共识。决策和执行全过程的公开透明,依法保障行政相对人的知情权、听证权、陈述权、申辩权、参与决策权等程序权利和民主权利的有效行使,只有这样,才能有效促进商谈性行政的发展。但是这些权利的保障只有在在一个有效控制的程序中才能进行。

第三,对不动产征收的公共利益的程序控制是保护被征收人的利益的需要。以公共利益为由实行的征收,会严重影响到公民的基本权利。同时,征收是一个复杂的过程,只有做到程序的公开与透明,被征收人的权利才能免遭损害以及在权利受到侵害时才能得到有效救济。而且,即使不动产征收本身符合公共利益目的,但如果在征收程序中完全忽视被征收人的利益需求,也会违背公共利益本身。

第四,对不动产征收的公共利益的程序控制也是权力制约的必然要求。以公共利益为由强制克减和限制公民权利,极易造成政府与人民之间的紧张关系,特别是当某些地方政府或者某些部门,为了地方利益或者部门利益的要求,在征收中屡屡发生违反既定程序的情形,这更需要对其进行有效的监督制约。这也是建设有限政府、法治政府的要求。^[7] 在不动产征收中,利害相关的民众需要表达意愿、参与协商、寻求说法,这本身也是现代法治精神的基本表现。

[2] 胡锦涛、杨建顺、李元起:《行政法专题研究》,中国人民大学出版社1998年版,第14-16页。

[3] 徐键:“城市规划中公共利益的内涵界定——由一个城市规划案引出”,载《行政法学研究》2007年第1期。

[4] 胡锦涛、杨建顺、李元起:《行政法专题研究》,中国人民大学出版社1998年版,第14页。

[5] Conseil-Etat, L' utilité publique aujourd' hui, Etude adoptée par l' Assemblée générale du Conseil d' Etat le 25 novembre 1999, La Documentation Française 1999. p. 14.

[6] R. A. Dahl: *Democracy and Its Critics*, New Haven, 1989. p. 112. 转引自郑贤君:“‘公共利益’的界定是一个宪法分权问题——从 Eminent Domain 的主权属性谈起”,载《法学论坛》2005年第1期。

[7] [德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第323-324页。

所以说,公共利益本质是一个程序问题。公共利益的界定与保障只有在一个完整的程序中进行,即使是以公共利益之名引起的征收,也需在合法的程序中才能实现。不经过法定的程序,无论基于何种理由,都是对公共利益本身的背离。正如学者认为,公共利益“是一种话语霸权的力量,它往往由于缺乏平等商谈所确立的合法性权威而失去公共的善的优势。公共利益不仅需要目的价值之正当性,更需要倚重其形式程序的合法性。只有这样,公共利益才是真的善和美”。〔8〕

二 法国公共利益征收的程序控制及评析

法国不动产征收程序中最主要的一个特点就是行政权与司法权的分离。法国宪法委员会认识到,行政权与司法权的独立以及在它们各自的范围内发挥功能是宪法的重要价值。〔9〕于此,征收就形成了司法机关与行政机关两个步骤。不动产的征收中对公共利益〔10〕的控制,主要是通过行政机关与司法机关的权限的控制以及相关程序的进行来予以保障的。公共利益程序的保障不仅仅是行政程序的范围,也是司法程序的内容。法国的司法机关与行政机关的分权遍及于不动产征收的每一阶段。

(一) 公益的调查与宣告

征收的进行需要公共利益的调查。公益的调查由调查员或者调查委员会进行,根据《环境法典》第2章第3节的条款从事相关的行为,对所涉及的环境以及城市规划需要进行详细的论证。〔11〕调查员或者调查委员会应该在公开调查后的最多6个月内递交他们的调查结论。〔12〕最后需要按照一定要求做成档案,并接受公开辩论的检验。〔13〕如果调查在规定时间内得以结束,公共利益宣告的程序才能得以进行。〔14〕对不动产的全部还是部分的征收,或者对不动产权的征收,都不可能在公共利益的声明宣告之前进行。〔15〕公共利益的宣告视其情形由省长与最高行政法院行使。〔16〕公共利益的宣告需要符合事先的调查,符合《城市规划法典》与《环境法典》的相关规则,同时公共利益的需要应该包括实现计划所需要的期限。〔17〕否则,最高行政法院可以对公共利益的宣告进行撤销。〔18〕

(二) 所有权转移

根据法国宪法委员会对1958年《宪法》第34条规定的“确定所有权制度的基本原则”由“立法规定”的解释原则,关于公共利益征收中所有权的转让应该由立法规定新的法律规则,〔19〕这使公共利益征收中所有权转让的规则具有特殊性。宪法委员会认为,“基于共和国的法律,通过司法来保护不动产的所有权是分权的基本原则”。〔20〕所以,单凭行政机关的程序并不能导致征收的所有权的转移,需要经过

〔8〕 郑贤君:“‘公共利益’的界定是一个宪法分权问题——从 Eminent Domain 的主权属性谈起”,载《法学论坛》2005年第1期。

〔9〕 22 juillet 1980-Décision n° 80-117 DC, Recueil, p. 42; RJC, pp. 1-81—Journal officiel du 24 juillet 1980, p. 1867.

〔10〕 法国不动产征收中词为“l'utilité publique”,笔者更愿意倾向翻译为“公共用益”。但笔者请教了我国著名罗马法学家徐国栋教授,他说在古罗马词汇中“utilitas publica”也具有“公共利益”的意思。加之为了表述的方便,本文将“l'utilité publique”用作“公共利益”或者“公益”的表达。

〔11〕 Gilbert GANEZ-LOPEZ, L'expropriation pour cause d'utilité publique, 2004, pp. 21-22.

〔12〕 Art. L. 11.1.3 du Code de l'expropriation (Partie Législative).

〔13〕 Art. L. 5-11-4 du Code de l'expropriation (Partie Législative).

〔14〕 Article R11-14-14, du Code de l'expropriation (Partie Réglementaire-Décrets en Conseil d'Etat).

〔15〕 Art. L. 11.1.3 du Code de l'expropriation (Partie Législative).

〔16〕 Article R11-23, du Code de l'expropriation (Partie Réglementaire-Décrets en Conseil d'Etat); Article L12-2, L13-27 du Code de l'expropriation (Partie Législative).

〔17〕 Art. R. 11-3, R. 11-5, du Code de l'expropriation (Partie Réglementaire-Décrets en Conseil d'Etat).

〔18〕 Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 180.

〔19〕 9 février 1965-Décision n° 65-33 Nature juridique de certaines dispositions de l'ordonnance n° 58-997 du 23 octobre 1958, Recueil, p. 73; RJC, pp. 11-19—Journal officiel du 22 mars 1965. [Partiellement réglementaire] “portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique”.

〔20〕 该判例对1982年7月29日的第82-652判例进行修改。参见13 décembre 1985-Décision n° 85-198 DC Recueil, p. 78; RJC, pp. 1-242—Journal officiel du 14 décembre 1985, p. 14574.

相应的司法程序才能得以实现。实现不动产的转移有双方协商与通过行政机关单方裁定两种方式。^[21]前者可以在征收裁定之前的任何环节中完成,这里主要介绍后者。

1. 行政机关的所有权转让命令

根据《公用征收法》的规定,在对单个的所有权调查档案公布之后,需要由省长颁布不动产转让的命令。该命令不仅需要公告,而且也需要告知所有者以及利益相关人。但该所有权转让的法令并不会导致所有权的真正转移,^[22]因为该命令不是抽象行政行为,也与“公共利益宣告”的性质具有差异。^[23]与此相关,该所有权转让的法令必须在公共利益宣告的有效期间进行,同时也需要符合之前公共利益宣告的内容,否则将导致该转让行为无效。此外,该转让命令不能对具有争议的不动产所有权人作出。^[24]

2. 司法机关的所有权转移的裁定

在确认法国省长移交的材料完整以及所有权转让命令的6个月之内,主管征收的法官^[25]作出所有权征收的裁定,^[26]并且通知具体所有权人以及利益相关者。在所有权涉及抵押的场合,需要对抵押权进行公布。^[27]该裁定应该告知所有权人以及利益相关者转让所有权的具体时间,同时也告知被征收人如果对裁定不服,可以向最高人民法院起诉^[28]。裁定宣告之后,征收者成为所有权人,承受被征收的不动产灭失的风险^[29]。原所有权人仍然具有使用所有权的权利,直到补偿完全给付或者完全提存为止。但原来所有权人不能对所有权进行处分。在此时,所有权仍然有权收取或者享受所有物的自然的、民事的(如租金)或者工业的利益,也承担相应的费用。^[30]根据《公用征收法》的规定,在一般情形下,公共利益宣告后的两年内,行政机关不对所有权进行强制征收。但是,在该规定的时间范围内,如果所有权的转移不能在协商中完成,征收法官可以径直确定征收土地的价格,宣告所有权的转移并对所有权扣押^[31],从而实现所有权的转让。在涉及抵押的场合,抵押管理机构收到裁定之后,将不动产抵押涉及的第三方的材料归档,以便对抵押予以涤除,具有优先权的债权人按照原来的序列实现所有权获得补偿^[32]。

(三) 不动产征收的补偿

公共利益宣告之后,在征收2年的期限内,部门的行政长官可以就补偿等达成协议。如果此时没有达成协议,所有权人也可以向征收法官申请对该不动产进行评估,按照评估的价格来获得补偿。法律规定,只有在被征收的不动产补偿已经支付或者提存之后,征收机关才有权占有被征收的不动产。因为征收是被强制转让所有权,征收的价格的补偿往往超过了不动产买卖价格,这似乎是弥补被征收者为了社会整体利益所遭受的个人损害。但是,被征收者也不能漫天要价。因非直接损害具有不可预见性,不动产的征收只对直接损害予以补偿。根据《不动产征收法》的规定:“征收中给予的补偿应涵盖全部直接

[21] Article L12 - 1 du Code de l'expropriation (Partie Législative).

[22] Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 212.

[23] Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, pp. 208 - 212.

[24] Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, pp. 209 - 212.

[25] 这种裁定是主管征收的法官的特权,其他法官作出的裁定不具有法律效力。Article L12 - 6, du Code de l'expropriation (Partie Législative).

[26] Article R12 - 1, du Code de l'expropriation (Partie Réglementaire-Décrets en Conseil d'Etat)。不过,学者认为,该条也没有规定法官必须在此时期作出裁定的义务。Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 225.

[27] Article R12 - 5, du Code de l'expropriation (Partie Réglementaire-Décrets en Conseil d'Etat)。

[28] Article L12 - 1 du Code de l'expropriation (Partie Législative)。

[29] Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 224.

[30] Article L15 - 1 du Code de l'expropriation (Partie Législative)。

[31] Article L11 - 7 du Code de l'expropriation (Partie Législative)。

[32] Article L22 - 4 du Code de l'expropriation (Partie Législative); Article R13 - 69 du Code de l'expropriation (Partie Réglementaire-Décrets en Conseil d'Etat)。

的、具体与确定的损害”。^[33] 举例来说,如果不动产权利人因为征收在获得居住前失去的房租,这被认为是直接损害,但是对在重新获得居住之后所失去的房租,则认为是间接、不确定的损害而不予以补偿。^[34] 在征收中,补偿的数额可以由行政机关与被征收人双方协商确立。如果协商失败,补偿问题就由法官单方面决定。为了保障被征收人的利益,立法规定确定补偿的法官最少有三名组成。^[35] 如果被征收人对补偿的标准不服,可以向最高法院的第三民事法庭或者申诉法院申诉,由后者确定补偿的价格。^[36]

笔者在考察法国的不动产征收程序中发现,对不动产征收方面的公共利益的控制更多的是程序完备的需要,而非立法对公共利益内涵的列举。法国征收中的这些制度是紧密协调的,如果某一程序在规定的时间内不能实现,后续程序也就不能进行。如《公用征收法》规定,对不动产的全部还是部分的征收,或者对不动产的征收,都不可能在公共利益的声明宣告之前进行。^[37] 公共利益宣告之前需要对公共利益进行调查,该调查如果在规定的期限内没有完成,就得重新组织调查人员;公共利益的宣告行为也应该在事前的调查结束的一年以后进行;超过6个月的期限(非最高行政法院进行的宣告),需要进行一项新的调查程序;^[38] 公开调查的违法,将可能导致公共利益的宣告以及所有权转让命令的无效。^[39] 法国的不动产征收通过的行政机关与司法机关分离的制度,征收中对公共利益的调查、宣告、所有权的转移及补偿等程序,不仅保障了不动产征收的顺利进行,也有力地维护了公民的财产权,在公民的财产权保护与国家的征收权之间实现平衡。

为了使法官不对社会、政治以及经济进行干涉,行政机关应在其职权范围之内具有一定的自由裁量权。于此,因为立法或者规章已经事先预料到实行某项工程征收的各种情形,法官应自我限制对公共利益进行评价,不能对征收实行的具体环境、行为的资格以及实现计划所应采用的方式的社会或者经济的效用进行控制。所以,直到1970年,行政法院一直坚持公共利益概念的抽象性,立法的独立使征收权的自治性得以保持。也基于此,公共利益的概念不断得到发展,此时非直接的公共利益也成为征收的条件。^[40] 但是,该理论的发展也导致了以非直接公共利益来掩盖其他目的的征收行为,从而引起公众对该意见的不满。为了防止公共权力的移转,法官也开始考虑在具体的情形下对公共利益的界定。其实,因为公共利益概念本身定义的缺乏,由此需要对整体利益进行论证。所以,法官对公共利益的扩展也是存在必然,由此对法官的权力控制也就存在必须。实践中,主要表现为法官的客观与主观控制。

1. 客观控制

法国司法实践表明,对征收“公共利益”的客观控制,主要是对征收的“需要”进行界定。最高行政法院建构了“存在而非此种必需”理论,即为了整体利益的需要征收不动产,首先需要对被征收者提供必要的保障。举例来说,如果征收忽略了所有权人在征收期间的生活与享有财产的权利,同时,征收者修建的公寓并不能满足被征收所有权人居住的需要,征收也就不具有正当性。^[41] 如果在同等条件下进行的行为能够实现征收所带来的利益,那么此种征收也不具有存在的必需。^[42] 如此行为,作为不动产征收中的公共利益,与维护整体利益以及征收的必需紧密相连。

[33] Article L13 - 13 du Code de l'expropriation (Partie Législative). Gilbert GANEZ - LOPEZ, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 84.

[34] Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 390.

[35] Article L13 - 1 du Code de l'expropriation (Partie Législative).

[36] Gilbert GANEZ-LOPEZ, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 14.

[37] Art. L. 11.1 3 du Code de l'expropriation (Partie Législative).

[38] Art. L. 11 - 5 du Code de l'expropriation (Partie Législative).

[39] Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 250.

[40] 在该案中,地方法院先后两次宣告征收的行为不是出于公共利益的目的,但最后行政法院在经过调查以后认为即使是开设赌场,促进旅游,也是出于公共利益的目的。Conseil d'Etat, statuant au contentieux N° 68380 68456 72097 Lecture du 12 avril 1967, Publié au Recueil Lebon.

[41] Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 267.

[42] Jeanne LEMASURIER, Le droit de l'expropriation, 3e édition, Economica, 2005, p. 268.

2. 主观控制

对征收的主观控制,主要是对公共利益中的“效用”进行界定。^[43] 因为公共利益概念本身具有“经济”的内涵,所以对公共利益的经济分析也就成为确定该概念本身内涵的合理路径。对公共利益的经济分析表现为“成本收益平衡”理论。在同等条件下进行征收计划,这种工程要具有公共利益,至少要具有财政利益。自从 1971 年 5 月 28 日的判例以来,法官对公共利益的控制就成为了对收益与成本的控制。^[44] 法官认为,“事先知道某项行为能够带来公共利益是不可能的。应该根据该行为的不足与优点,它的成本与收益,或者说,按照经济学家的观点,来判断它的公共利益与非公共利益。”^[45] 该判例宣告了对公共利益概念抽象性的摒弃。此后,公共利益的经济分析就成为判断征收的标准。^[46] 实践中发展出来的征收行为的“成本收益平衡”理论被用来判断公共利益的内容,^[47] 即在征收行为带来积极受益情况下承认该行为的公共利益,在该行为造成不利后果的情况下限制或者否认该行为的公共利益。^[48] 在 1979 年的一个宪法判例中,宪法委员会认为,建设城市酒店并不是扩建镇所需要的。因为在同等条件下,该集体人员可以以其他方式得到或者实现这种利益。^[49] 根据这种理论,法官将会对征收所带来的优点与不足进行比较,对征收的时机进行控制,此也即“成本收益平衡理论”。^[50] 从这些方面对法官进行主观控制,也就能够实现征收的公共利益控制。^[51]

对法官的主观与客观的控制并不是严格分离的程序。对法官的客观控制,将会导致对征收行为中所具有的不利与有利因素进行比较,从而走向对征收行为的经济分析,转变为对征收行为的时机控制,也就是对法官的主观控制。对法官的主观控制,使公共利益概念的抽象性转变为具体的数字对比分析,由此使征收是否具有公共利益变得更具操作性。

不过,为了保障征收行为的顺利进行,法官对不动产征收程序的介入也不能完全取代行政机关的职能。“法官不能控制行政程序的开展,不能指定他们调查委员会或者调查员具体的成员,不能指定他们所应进行的事项,也不能对调查委员会的观点的正确与否作出评价。”^[52] 法官也并不总是干涉行政机关的征收权威,“法官没有权力评价征收是否适时与适法,也没有权力评价行政程序是否符合规则”。^[53] 法官对行政程序的限制主要通过间接控制。因为所有权征收程序需要法官的密切配合才能得以完成,特别是所有权转让的裁定的颁布,^[54] 对公共利益与具体所有权的调查完结的确认,可以实现对程序间接控制的效果。笔者认为,这种控制避免了法官对行政权力的过分干涉,这也符合法官的中立地位的特征。

三 我国建立对公共利益征收进行控制的路径与方法

我国不动产征收程序的弊端主要表现在程序的不公开与不透明。征收是涉及多方利益的复杂过

[43] Jeanne LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 3e édition, Economica, 2005, p. 267.

[44] Cour administrative d'appel de Nancy, 1e chambre, 1994-06-30, 94NC00040, Inédit au Recueil Lebon.

[45] CE, 28 mai, AJDA, 1971, p. 463. cit. Français RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt Général*, ECONOMICA, 1986, p. 21.

[46] Conseil d'état, Lecture du 24 février 2006, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon. Jeanne LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 3e édition, Economica, 2005, pp. 81-82.

[47] Conseil constitutionnel, jeudi 28 décembre 2000-Décision n° 2000-441 DC, Journal officiel du 31 décembre 2000, p. 21204. CE, 28 mai, AJDA, 1971, p. 463. cit. Français RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt Général*, ECONOMICA, 1986, p. 21.

[48] Jeanne LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 3e édition, Economica, 2005, p. 86-88. Nicolas Molfessis, *Le Conseil Constitutionnel et le Droit Privé*, L. G. D. J., 1997, P. 81-98. Michel HUYGHEV, *«Expropriation pour cause d'utilité publique»*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 25, 16 Juin 2004, I 151. CE, sect., 3 juill. 1998, no 172736, Salva-Couderc : BJDU 5/1998, p. 375.

[49] CE. 29 juin 1979 Malardel, lebon, p. 294.

[50] R. Hostiou, *Deux siècles d'évolution de la notion d'utilité publique "in" Un droit inviolable et sacré : La propriété* : ADEF, 1991, p. 30.

[51] Jeanne LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 3e édition, Economica, 2005, p. 268.

[52] Jeanne LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 3e édition, Economica, 2005, p. 223.

[53] Gilbert GANEZ-LOPEZ, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, 2004, p. 7.

[54] Jeanne LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 3e édition, Economica, 2005, p. 224.

程,需要事前调查程序与事后补救程序,但是在我国,事前调查程序或者没有确立或者流于形式。此外,我国法律规定的征收程序是通过政府主导的,其中,作为司法正义的人民法院却是缺席的。尽管诸多学者一直主张在征收中需要增加司法的救济机制,但遗憾的是,《物权法》没有采纳这种意见。^[55] 不过,笔者认为,尽管在不动产征收中建立司法救济机制是必要的,但即使建立传统司法救济的制度,仍然不能有效解决征收中对公共利益征收所面临的诸多问题。这主要是因为:

第一,传统的司法救济是在不动产征收中违反了法定程序、从而使公民或者法人的财产权受到侵害的情况下才能得以进行的。这就决定了在不动产征收中,对公共利益界定的损害仍然属于行政机关的单方权限。这也就决定了单凭该制度本身并不能有效保护公民或者法人的合法权益。加之诉讼机制的复杂与漫长,“民告官”所处的种种不利地位,更加使公民或者法人的合法利益难以获得有效保障。

第二,这种救济方式也不能对公民的财产进行有效保护。根据行政法的一般原则,行政诉讼并不会导致具体行政行为的中止,^[56] 这样会严重损害被征收人的利益。如果不动产征收是以立法机关颁布行政征收法令的方式得以实现,在我国行政法理论中,颁布法令的行为仍然属于抽象行政行为范畴,人民法院对此很难进行审查。而且,行政诉讼通常审查的是行政行为的“合法性”,而不审查其“合理性”,只要政府具体行政行为形式合法,即使补偿价格不合理,老百姓欲告也无门。

第三,传统司法救济方式不能对行政权的任意行使进行有效控制。在行政机关单方面主宰的征收程序中,征收的各个环节完全由政府单方面决定;征地安置补偿方案的确定同样也是如此。尽管《土地管理法》第46和第48条规定了土地征收中两个“公告”制度,即公告征收方案和安置补偿方案,可实际上它们是让老百姓到指定单位办手续的“通知书”。而《国土资源听证规定》、《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》赋予当事人有要求举行听证的权力,但基本都是形同虚设。^[57] 在此种情况下,又如何能够维护被征收人的权益呢?

有学者认为,民主制度和“公共利益”的选择有着本质上的一致性,都是体现多数利益,“公共利益”应该由权力机关以“一事一议”方式界定。用民主(代议)的方式界定“公共利益”也具有最充分的正当性。^[58] 在我国,具体方案是,由各级人民代表大会常委会根据个案来判断是否属于公共利益。的确,各个地方的立法机关根据各地实际情况对公共利益进行判断,能够解决实践中公共利益的界定偏差问题。但问题仍然存在:一是这样将导致我国立法权的不统一。这种理论有可能导致以下情况的出现,即某项征收行为在某个地方属于公共利益的范畴,在另外一个区域可能不属于公共利益的范围。这种标准的多样性直接损害了法制统一原则。二是各个地方的人大常委会根据各自的情况界定公共利益,仍然不能有效地控制行政机关滥用权力问题。相反,某项征收行为只要得到了立法机关的允许,在我国现有的立法、司法、执法的体制下,行政机关就得到了征收的“尚方宝剑”,除非该法律或者规章是对上一级法律甚至宪法的违反而被撤销,而司法机关、执法机关只能遵循立法机关的决议。作为被征收者对征收行为的合法性的异议以及不动产征收引发的争议问题更难以得到法律的有效保护。而且,这样也会直接使司法机关在不动产征收过程中无所作为,无助于征收程序中司法权力的有效介入,也不利于对被征收人的利益的保护;三是,如果这样,在我国现有的国情下,不可避免地将出现某些地方立法机关为了局部的地方利益,直接或变相地以公共利益之名损害公民的财产权。所以,笔者认为,这种方案具有一定的弊端,不宜采取。

还有一种观点认为,为了控制行政机关滥用权力,需要在不动产征收程序中引入征收人与被征收人的协商机制。的确,引入协商机制,这有利于征收人与被征收人所面临问题的解决。这在某些情况下也是切实可行的。但问题是,协商机制仍然解决不了公共利益的界定问题,特别是当双方在不动产征收中

[55] 王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第17页。该草案第65条第3款规定“征收执行人违反法律规定的程序或者作出的补偿过低的,被征收人有权向人民法院提起诉讼,请求给予合理的补偿”。

[56] 《行政诉讼法》第44条。

[57] 王富博:“土地征收的私权保护——兼论我国土地立法的完善”,载《政法论坛》2005年第1期。

[58] 张千帆:“‘公共利益’是什么?——社会功利主义的定义及其宪法上的局限性”,载《法学论坛》2005年第1期。

对于公共利益的内容、补偿的数额发生严重分歧的情况下,这种协商机制往往只是法学家的美好夙愿,并不能解决实际问题。在争议发生时,往往都是政府机关单方拍板决定。正如学者所说,“一旦政府利益与公共利益冲突……政府可能利用各种手段阻止公众参与、表达意见,包括提高参与成本,设置参与障碍等,或者将公众参与形式化。”^[59]而我国现有的相关制度如听证制度等形同虚设的存在,就已经很好地说明了这个问题。

通过上文对法国不动产征收法相关过程的分析,我们得知,对不动产征收的程序控制的一个重要措施就是法院对行政征收程序的合理介入与有效监督。因为,即使立法规定了行政机关征收的程序,但如果没有任何司法机构的介入,在现有的制度框架下,很有可能会使这种程序流于形式,更有甚者可能成为行政机关以合法程序掩盖非法目的的一个工具。不过,对基于公共利益之名进行的司法介入不能单纯地理解为诉讼法(民事诉讼或行政诉讼)规范的对象,而应该将司法机构的介入看作为不动产征收中一个独立的程序。这种独立不应该被理解为是公民在受到行政机关程序的损害之后的诉权的行使(消极救济)。因为如果仅仅是公民受到损害之后的维权行为,公民个人仍然不能有效地对抗行政机关的威权行为。况且,这种救济程序的复杂与漫长也不能有效地维护被征收人的利益,而且也不利于保障行政征收的顺利进行。只有司法机关主动介入不动产征收的程序,才能对不动产征收进行有效与合理的控制。也就是说,在基于公共利益之名进行的不动产征收程序中,一方面,被征收人因为在征收过程中违反相关程序行为而受到损害而具有向人民法院提起行政诉讼或者民事诉讼的权利,另一方面,人民法院应该有权确定不动产征收中财产的转移与补偿的权力,这种权力的行使可以直接影响到不动产征收程序的进行。

在现代法治社会,所有权的转移与转让应该只有在协商一致(自愿的情况下)与人民法院的宣告转让(强制剥夺)时才能得以进行,而不能通过行政机关径自宣告实现。“这是一项既定的原则:每个公民非经法院裁判的情况下不能被剥夺所有权,只有在遗嘱、赠与以及购买的情况下,他人才能取得所有权。所有取得所有权的行为都是法律行为。人们只有在通过买卖或者判决的同等法律行为中获得所有权。”^[60]即使在法律中规定了行政机关具有征收公民或者法人的不动产之权,但这种权力的实现应该通过正当程序才能得以行使。美国《联邦宪法第五修正案》就规定,联邦政府非经“正当的法律程序”不得剥夺公民的财产权,非经“合理补偿”与“出于公共使用的需要”,不得征用公民的财产。这里征收的“正当的法律程序”也就是公共利益的需要,除了自愿情况,所有权的转移只有通过法院的宣告才能实现。作为大陆法系的法国,明确规定了不动产征收中行政机关与司法机关各自的权力,这是宪法分权一般原则的具体表现。在法国,不动产所有权征收中所有权的转移、补偿等主要司法机关裁决。相较于不动产征收的司法权的行政(民事)诉讼机制,司法权积极有效地介入于不动产征收过程具有明显的优越性,它主要表现在以下几个方面:

第一,司法权的介入能够实现征收的公共利益。正如上文所述,法国因公共利益之名引起的征收,首先需要经过公益的调查,该调查的结果——是不是属于公共利益,这是行政机关的职权,不过这也需要经过法官的判断。法官对公共利益判断,所持的标准通常是“成本收益平衡”理论。这样即避免了征收中由行政机关单方决定公共利益的内容,也有效保障了征收目的的正当性。正如诸多学者所认为,因为公共利益概念的抽象,只有通过司法的个案审查才能确定其内容。^[61]而司法权的介入正是这一原则的具体体现。

第二,司法权的介入能够有效控制行政权的滥用问题。司法权的介入,能够在程序的进行中审核行政权的合法性,也能够在征收中控制行政权的滥用。^[62]这也能够在一定程度上克服征收程序流于形式的弊端。而且,只有引入司法权,征收人与被征收人的协商制度等才能真正有效地建立起来。此外,司

[59] 徐键:“城市规划中公共利益的内涵界定——由一个城市规划案引出”,载《行政法学研究》2007年第1期。

[60] Michel Huyghe, *Expropriation pour cause d'utilité publique* La Semaine Juridique Edition Générale n° 27, 6 Juillet 2005, I 152.

[61] 王利明:“物权法草案中征收征用制度的完善”,载《中国法学》2005年第6期。王泽鉴:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2000年版,第553页。

[62] Jeanne LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 3e édition, Economica, 2005, p. 219.

法权的介入能够防止行政机关单方面决定补偿的数额,避免损害被征收人利益的情形发生。

第三,司法权的介入能够节省司法资源,促进问题的解决。法国在不动产的征收中,由专门的法官行使征收的权力。司法权的介入能够有效减少诉讼的发生,即使发生,也能够促进诉讼的快速解决,^[63]从而能够有效节省诉讼成本。

总之,不动产征收中司法权的介入,本质是通过国家司法权对行政机关的征收权的合法与合理进行审查,从而决定征收程序是否应该继续进行,进而有效制约行政权的不正当行使,合理达到维护被征收人的利益的目的。司法权对行政权在征收过程中权力行使的审查,也是司法权的本质之所在。司法裁判机关不仅是公民人身权利与财产权利的维护者与保障者:司法权的存在一方面是给那些受到损害的个人权利提供一种最终的、权威的救济,另一方面也对那些颇具侵犯性和扩张性的国家权力实施一种中立的审查和控制。^[64]对于行政机关而言,法院的介入旨在对行政机关的征收权实施直接的审查、制约和控制,这也是从根本上维护不动产征收的公共利益。当然,我们应该看到,尽管对不动产征收的程序控制对保障公民的财产权、保障行政征收的顺利进行是必要的;但同时也要看到,对不动产征收的程序控制也会危及行政效率的实现,过分冗长的行政程序也极有可能阻碍行政职能的正常行使,导致诸多必备的行政征收难以进行。而且,如果司法机关对不动产征收程序过度介入,将会影响人民法院对当事人的实体权利的介入,损害人民法院的中立地位与职能。所以,在不动产征收程序中,一是要在国家的征收权与公民的财产权的保护之间实现平衡,找到一种“适中”的行政程序,使公民有能力通过正常的法律程序去维护自身利益,从而促使行政机关依法行政以实现良好的立法目标,而同时又不会因此阻碍行政权力的正常行使。二是要在不动产征收中的人民法院与行政机关之间建立一种权力的制约与平衡机制。而这些正是我国立法所欠缺的,这就需要在未来的不动产征收立法中予以体现。而法国在不动产征收中为避免司法权的过度扩张而确立的对法官进行主客观的限制机制,也为我们解决相关问题提供了进路。通过上文笔者对法国不动产征收的分析,可以看到,司法权对公益征收程序的介入既是形式的,也是实质的,既是直接的,也是间接的,其着眼于合理限制与法官地位中立之间实现平衡。这尤其值得我们不动产征收立法与司法实践借鉴。

[Abstract] Public interest is in essence a procedural question. It can be defined and safeguarded only through a complete procedure. The Chinese system in which public interests is defined unilaterally by administrative organ is flawed. The theory that public interest should be defined by the legislative organ is not compatible with the national condition in China. The proposed negotiation mechanism between the expropriator and the expropriated is not operable under the current system. China should establish a mechanism of judicial intervention of expropriation procedure so as to impose reasonable restriction on the power of administrative organs and ensure the realization of public interest in expropriation. The French law provides for a system whereby the judicial and administrative organs jointly ensure the compatibility of expropriation procedure with public interest and subjective control is imposed on the judge's power. Such system has obvious advantages and is of great reference value to China.

(责任编辑:支振锋)

[63] élise Carpentier, "L' expropriation est-elle une prérogative, 'juridiquement subsidiaire' ?" La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 9, 26 Février 2007, 2057.

[64] 陈瑞华:“司法权的性质——以刑事司法为范例的分析”,载《法学研究》2000年第5期。