

不动产被征收人参与权的价值定位与制度重构

渠 滢*

内容提要 目前,我国不动产被征收人的参与权既无法在制度层面获得充分支撑,在具体落实中更面临来自地方政府的重重阻力,导致实践中被征收人参与程度弱,参与效果差。被征收人参与权的实现不仅关乎于个人私益,也与征收所欲追求之公共利益密切相关。因此,对被征收人参与权的价值定位需立足于宏观上的价值平衡和微观上的成本效益分析两个层面。从被征收人参与权所欲实现之价值入手,我国应当对当前的不动产征收参与程序实现一元化构建,通过增加征前协购程序、设置专项征收委员会等途径赋予被征收人在征收决定、实施等各个阶段充分、有效的参与权利,并明确参与权的义务主体和范围,确立履行义务的方式,规范政府行为,确保各项参与权落到实处。

关键词 不动产征收 参与权 价值定位 制度重构

参与权缘起于近代资产阶级革命时期的“参议制”等民主参政模式,在“民主”和“人权”理念的支持下逐渐成长为制约公权力滥用的利器。正如奥托·迈耶所言,“真正公法上的权利是从授予个人参与权开始的”^①。参与已成为现代行政法的核心价值之一,并在我国的社会治理中发挥日益重要的作用。党的十九大报告中多次提到了参与这一概念,强调应保障人民参与权,“保证人民在日常政治生活中有广泛持续深入参与的权利”。在不动产征收中,参与权意味着被征收人有权对征收决定的作出、征收补偿安置方案的制定等关乎自身利益的事项表达自己的意见,并使这种意见对政府的征收行为产生一定拘束力。不动产征收在性质上属于单方行为,通过征收人的意志即发生法律效力,但这并不意味着被征收人话语权的丧失。在协商民主兴起的背景下,政府的单方决策过程被要求转化为共识的形成过程,而被征收人的参与则成为征收领域各项决定作出的必要条件——即使是在公权力占据绝对主导的单方行为的实施过程中,也

* 华东政法大学中国法治战略研究中心助理研究员,法学博士。本文系作者主持的国家社科基金项目“不动产征收领域群体性事件善治策略研究”(项目批准号:13CFX029)的阶段性成果。本文同时受到华东政法大学高峰学科创新团队项目“法治战略研究”的资助。

① [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第51页。

必须允许私权利主体的意志对其作出必要的限制和约束。目前,对我国的被征收人参与权进行研究有着重大的现实意义:参与权的实现是缓解我国征地拆迁领域突出的社会矛盾的有效途径,是十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提出的“规范征地程序”的重要一环,亦是正在进行的《土地管理法》修订中备受关注的焦点之一。

此外,目前我国的国有土地上房屋征收与集体土地征收在补偿标准、征收程序等方面都存在着明显差别,这种城乡二元的征收体制在一定程度上加剧了集体土地被征收人对政府征收行为的抵触情绪,使得集体土地征收领域的冲突和矛盾尤为突出。因此,对不动产被征收人参与程序进行一元化构建能够适当弱化这一制度性歧视,使集体土地被征收人与国有土地上房屋被征收人至少在参与权上实现平起平坐。

一、不动产被征收人参与权的现状分析

被征收人参与权在性质上属于行政相对人参与权,以维护相对人的合法权益为基本立足点,但是,由于征收行为所具有的公共利益属性和相对人为数众多等特殊性,又使其有着区别于一般行政相对人参与权的公共性社会性。被征收人参与权的实现需具备三个条件:一是制定法对参与权的明确规定;二是与参与权相对应的政府保障义务的履行;三是被征收人对参与权的积极行使。三者缺一不可,其中,制定法的规定是基本条件,直接决定了政府义务履行和被征收人权利行使的范围和方式;政府保障义务的履行是参与权落实的必要条件,否则相关规定将沦为一张空文;而被征收人对参与权的积极行使既是权利由应然到实然的“临门一脚”,亦可以在一定程度上反作用于政府,督促政府义务的履行(见下图)。因此,欲对我国被征收人参与权现状作出准确定位,应从这三个层面入手进行全面分析。

参与权的实现条件

(一) 制度缺失:被征收人参与权的规范分析

1. 现有规范梳理

权利的制度化法律化是保障权利实现的基础,正如马克思所言:“法典就是人民自由的圣经。”^②但是,我国目前关于不动产征收的程序性规定并不完善。《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第117条和《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第42条在对不动产征收作出原则性规定时,均特别强调应“依照法律规

^② 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第176页。

定的权限和程序”,表明了立法者对于程序在限制和规范征收权方面的重要功能已经有所认识。但相关的立法实践至今尚未及时跟进。

在国有土地上房屋征收领域,关于被征收人参与权的规定在中央层面仅见于《国有土地上征收与补偿条例》(以下简称《征收与补偿条例》)。其中第3条确立了征收决策民主、程序正当、结果公开的基本原则,第9条、第10条、第11条以及第19条分别规定了规划阶段以及房屋征收程序中的四种被征收人参与方式:一是对规划的意见表达;二是对征收补偿方案的意见表达;三是有条件的听证权;四是对房产征收评估办法制定的意见表达(见表1)。

表1:国有土地上房屋征收中被征收人参与权中央立法现状表

参与事项	参与主体	义务主体	参与方式	参与时间	法律依据
制定国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划	社会公众	县级以上地方人民政府	公开征求意见	规划阶段	《征收与补偿条例》第9条
拟定征收补偿方案	社会公众	市、县级人民政府	公开征求意见	征收决定阶段	《征收与补偿条例》第10条
在因旧城区改造而实施的征收中,认为征收补偿方案不符合《征收与补偿条例》的规定	被征收人和公众代表	市、县级人民政府	听证会	征收决定阶段	《征收与补偿条例》第11条
房地产价格评估机构	被征收人	国务院住房城乡建设主管部门	公开征求意见	征收政策制定阶段	《征收与补偿条例》第19条

在具体实践中,不同于立法规定的参与方式也曾在一些地区被尝试推行,例如被征收人的投票表决方式。2007年6月,北京酒仙桥地区危旧房改造工程中使用了投票程序来决定是否拆迁,根据表决结果,拆迁得以执行。^③事实上,《征收与补偿条例》的第一次建议稿中曾经出现过与酒仙桥地区危旧房改造工程中类似的程序规定。建议稿设置了有关危旧房改造需经90%被征收人同意和补偿方案需征得2/3以上被征收人的同意、补偿协议签约率达到2/3以上的方可生效的被征收人参与机制。但是该条规定随即遭受到众多质疑,质疑的理由主要有三点:一是认为“90%”、“2/3”等比例的得出不具有科学性;二是认为此规定会严重影响城市公共设施建设工作的实际开展;三是对通过投票机制牺牲少数人利益的做法表示担心,认为这种做法会使社会陷入“多数人的暴政”。基于上述理由,该条规定在国务院颁布的第二次建议稿中被修改为“保障性安居

^③ 当地居民于2007年6月9日进行了现场投票,在3711票中,赞成票2451张,占总票数的66%;反对票1228张,占总票数的33%;无效票32张,占总票数的1%;此外,弃权票将近2000人。参见周安平:《集体利益的名义何以正当——评广州猎德“钉子户”案》,载《法学论坛》2009年第1期。

工程建设、旧城区改建,应当纳入市、县级人民政府国民经济和社会发展年度计划”。但部分地方政府出台的《征收与补偿条例》的实施细则中仍采纳了建议稿中的规定方式,如《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》第12条规定:“因旧城区改建房屋征收范围确定后,房屋征收部门应当组织征询被征收人、公有房屋承租人的改建意愿;有90%以上的被征收人、公有房屋承租人同意的,方可进行旧城区改建。”

在集体土地征收领域,《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)和《中华人民共和国土地管理法实施条例》(以下简称《土地管理法实施条例》)规定了集体土地被征收人在征收补偿、安置方案制定时的听取意见制度。^④当征收补偿、安置方案制定并公布后,如果被征地农村集体经济组织、农村村民或者其他权利人对该方案不满,可以依照《征用土地公告办法》第9条的规定在征地补偿、安置方案公告之日起10个工作日内向有关市、县人民政府土地行政主管部门提出意见或是申请召开听证会。

根据上述规定,土地被征收人在征地报批程序中未被赋予任何形式的参与权。这种征收决定阶段参与权彻底缺失的状况在2004年有所改变。国土资源部于2004年颁布的《国土资源听证规定》中规定,土地征收方案报批前,国土资源管理部门应当告知被征收人对拟征收土地的补偿标准、安置途径有申请听证的权利。国务院于同年10月21日发布的《关于深化改革严格土地管理的决定》中也作出了类似规定:“在征地依法报批前,要将拟征地的用途、位置、补偿标准、安置途径告知被征地农民;对拟征土地现状的调查结果须经被征地农村集体经济组织和农户确认;确有必要的,国土资源部门应当依照有关规定组织听证。要将被征地农民知情、确认的有关材料作为征地报批的必备材料。”相关的规定还出现在了国土资源部《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》中,该意见第11条指出:“在征地依法报批前,当地国土资源部门应告知被征地农村集体经济组织和农户,对拟征土地的补偿标准、安置途径有申请听证的权利。当事人申请听证的,应按照《国土资源听证规定》规定的程序和有关要求组织听证。”

根据上述规定,目前我国集体土地被征收人拥有三类听证权:一是在县级以上人民政府国土资源行政主管部门拟定或者修改区域性征地补偿标准时的听证权;二是土地征收方案报批前对拟征收土地的补偿标准、安置途径的申请听证权;三是当土地征收方案被依法批准后,对拟定的补偿、安置方案不满的申请听证权(见表2)。

^④ 根据《土地管理法》第48条以及《土地管理法实施条例》第25条的规定,市、县人民政府土地行政主管部门在拟定征地补偿、安置方案时,应当听取被征收土地的农村集体经济组织和农民的意见。

表 2:集体土地被征收人参与权中央立法现状表

参与事项	参与主体	义务主体	参与方式	参与时间	法律依据
拟定或者修改区域性征地补偿标准	社会公众	县级以上人民政府国土资源行政主管部门	听证会	征收政策制定阶段	《国土资源听证规定》第 12 条
拟征土地的补偿标准、安置途径	被征地农村集体经济组织和农户	当地国土资源部门	听证	征收决定阶段	国土资源部《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》第 11 条、《国土资源听证规定》第 12 条
制定征地补偿、安置方案	被征地的农村集体经济组织和农民	市、县人民政府土地行政主管部门	公开征求意见	征收实施阶段	《土地管理法》第 48 条、《土地管理法实施条例》第 25 条
征地补偿、安置方案	农村集体经济组织、农村村民或者其他权利人	市、县人民政府土地行政主管部门	听证	征收实施阶段	《征用土地公告办法》第 9 条

2. 问题总结

目前,我国立法中关于不动产被征收人参与权的规定从数量上看来寥寥可数,在具体内容上也存在明显问题,远未达到现代参与权所应有之义:

首先,现有被征收人参与权的范围狭窄。相关立法仅赋予了被征收人对补偿、安置等少数事项的参与权利,对于征收决定的作出等关键事项,被征收人的话语权被完全剥夺。此外,对于征地面积的确定等基础性问题,被征收人的参与也未能在立法中得到体现。

其次,现有参与方式无法对征收决定产生约束力。就意见征集而言,意见的收集与处理全由行政机关一手掌握。而召开听证会的主动权也掌握在行政机关手中,在国有土地上房屋征收中,听证的范围仅限于“因旧城改造需要征收房屋”且“多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定”的情形,何谓条例所规定的“多数被征收人”亦属于行政机关自由裁量的范围^⑤。同时,相关听证笔录和被征收人意见所具有的法律效力也未能得到明确,在实践中通常无法对政府所确定的补偿、安置方案产生实质影响。管理者如果忽视了公众的影响力需要,特别是当他们重视参与,而不太看重决策影响力的分享时,公民参与过程就会面临失败的风险。^⑥

最后,相关规定的法律位阶低。在法律层面,关于被征收人参与权的具体规定目前

^⑤ 部分地区在具体实践中对此作出了进一步的规定,如《广州市国有土地上房屋征收与补偿实施办法》中对听证会的召开条件进行了明确,规定“因旧城区改建需要征收房屋,半数以上被征收人认为征收补偿方案不符合《条例》规定的,房屋征收部门应组织由被征收人和公众代表参加的听证会,并根据听证会情况修改方案。”

^⑥ 参见[美]约翰·克莱顿·托马斯:《公共决策中的公民参与:公共管理者的新技能与新策略》,孙柏瑛等译,中国人民大学出版社 2004 年版,第 27 页。

仅有《土地管理法》第48条。特别是在集体土地征收领域,大部分参与权规范均出自规章甚至是规章以下的规范性文件,缺乏权威性和执行力,难以在实践中得到彻底的贯彻落实。

(二) 轻视与敷衍:政府参与权保障义务的履行情况分析

参与权具备请求权的权能,这一点类似于民法中的债权,参与权人自身无法直接取得作为该权利内容的利益,而需借助作为义务主体的行政机关的特定行为。基于参与权的公法请求权的核心内容是给付请求权,包含着请求行政机关提供参与条件和参与机会的权利。在不动产征收中,被征收人参与权的实现直接取决于政府保障义务的履行。但令人遗憾的是,地方政府目前在该领域并未成为称职的制度执行者。

一方面,部分地方政府为实现自身利益而轻视被征收人参与权。在出让土地所能获得的巨大经济收益面前,地方政府偏离了其应有的中立决策者的位置,作为一方利益主体参与到博弈中,为实现自身经济利益的最大化而与公共利益、被征收人的私人利益形成角力状态。政府在不动产征收中本应当以管理者的身份制定征收决策,监督征收方案实施,将公共利益最大化作为征收的目标导向。但是,在计划经济向市场经济转轨的过程中,政府在征收中的角色逐渐错位,由单纯的“管理者”变为集管理与参与于一身的双重身份者,进而谋求自身利益。^⑦在利益驱动下,不少地方政府为加快征地进程,避免受到来自公众的干扰因素,往往忽略相关程序规定,导致一些被征收人直到进入执行阶段,才惊悉自己所耕种和居住的土地已经一夕易主。例如,在2014年山东平度征地纵火案中,部分被征地的村民坚称对承包地被征收一事毫不知情,而平度市凤台街道和杜家疃村相关负责人尽管表示曾实施公告程序,却无法提供任何证明。^⑧

另一方面,部分地方政府在开展参与程序时以“走过场”的心态敷衍了事,重形式而轻效果。我国行政管理体制中长期存在的封闭性传统和效率优先的“数字化”绩效考核模式造成了对参与权的天然排斥,“一言堂”的管理模式在政府官员思维中打下了深深的烙印。多数官员并不认同和追求参与权所内涵的民主精神和公平正义,参与程序在他们眼中仅仅具有安抚民心的工具价值。这一点最突出地体现在了听证程序中,尽管目前被征收人被立法赋予了四类听证权,但实践中因听证会而改变原定征收和补偿方案的情况几乎不曾发生。

(三) 漠视与过激并存:被征收人参与权的行使现状分析

^⑦ 在我国目前的土地制度下,集体土地不能直接进入市场,而必须先由政府以“征收”的方式将其转化为国有土地,这就使政府得以垄断经营土地一级市场。在集体土地征收中,集体将土地所有权完全流转给政府,而政府在出让过程中仅仅将国有土地使用权流转给土地需求者,形成流转过程中集体土地所有权和国有土地使用权之间不对等的产权关系。政府在获得集体土地所有权后,以国有土地的价格向开发商出售土地,同时又按照集体土地的价值对被征收人予以补偿,从中赚取两者之间的级差地租。此外,中央和地方政府在事权的税权分配上的不合理导致许多地方政府在财政上捉襟见肘,土地出让金成为维持地方财政支出的主要来源,从而进一步增加了地方政府对土地财政的依赖性。

^⑧ 参见《三问平度火灾背后土地迷局》,载《新京报》2014年3月25日。

权利的前提就在于时刻准备着去主张权利。^⑨ 在不动产征收中,参与权的实现同样依赖于作为权利主体的被征收人对权利积极有效的行使。目前,受制于观念局限和制度缺陷等多种因素,我国被征收人对参与权的行使呈现出两极分化的局面:漠不关心者有之,无所不用其极者亦有之。

随着法治建设的不断推进,我国公民长期以来深受臣民意识压制的政治参与意愿开始不断强化和提升,早已不再是鲁迅笔下的庸众和看客。但是,权利意识的觉醒是一个漫长的过程,不可能一蹴而就。目前,大部分公民的参与意识和法治意识仍相对缺乏,“搭便车”的心理状态依然普遍,而这影响着公民参与的自觉性和主动性,影响着公民的参与理性和参与能力。^⑩ 即使是对于关乎切身利益的征收行为,很多被征收人依然选择了在参与的大门外徘徊不前。以上文所提到的北京酒仙桥地区危旧房改造工程的投票表决为例,参与投票人数为 3711 人,弃权人数近 2000 人,也就是说,有近四成民众主动放弃了这次行使权利的宝贵机会。

与大部分被征收人对参与权的漠视相对的,是少数被征收人对参与权非常态的过激行使。一方面,部分被征收人选择通过非制度化的参与方式来表达自身意愿与诉求,如来到政府门前抗议、示威等;另一方面,被征收人已经成为了近年来各地申请政府信息公开的“主力军”,部分被征收人通过反复、多次申请信息公开的方式参与到征收中,被认为构成了对权利的滥用。^⑪ 以上两种参与权行使的状态部分源于个体对私欲的过度追求,但根源仍在于被征收人不断增长的民主意识和参与意愿与我国当前尚不完善的被征收人参与制度体系之间的矛盾。

二、不动产被征收人参与权的价值定位

从上文的分析中可以看出,目前我国不动产被征收人的参与权并未落实到位。那么,应当如何对现有的征收参与程序进行改造?基于不动产征收的制度目标,被征收人参与权的价值应包含两方面内容:一是使被征收人的合法权利得到保护;二是推动征收顺利进行,实现其所欲追求之公共利益。但是,上述两种价值在实现路径上存在着不可避免的矛盾与冲突,在实践中如何对二者进行取舍和平衡,是征收程序设计所面临的最大难题。而欲寻求征收程序中公平与效率之争的答案,应当从宏观上的价值平衡和微

^⑨ 参见[德]耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社 2000 年版,第 15 页。

^⑩ 参见王雅琴:《公民参与权及其保障思路》,载《理论探索》2011 年第 6 期。

^⑪ 《最高人民法院公报》在 2015 年第 11 期所刊载的“陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案”的裁判摘要中对知情权滥用这一概念作出了解释:“知情权是公民的一项法定权利。公民必须在现行法律框架内申请获取政府信息,并符合法律规定的条件、程序和方式,符合立法宗旨,能够实现立法目的。如果公民提起政府信息公开申请违背了《政府信息公开条例》的立法本意且不具有善意,就会构成知情权的滥用。”裁定书中同时将此类信息公开申请行为的主要特征归纳为:(1)申请次数众多;(2)家庭成员分别提出相同或类似申请,内容多有重复;(3)申请公开的内容包罗万象;(4)部分申请目的明显不符合《条例》的规定。

观上的成本效益分析两个层面着手进行分析。

(一) 价值平衡

所谓价值平衡,是指当法的价值发生冲突时,对各项价值进行权衡和取舍的过程。由于利益主体的多元化,法的价值冲突在现实中难以避免。此类冲突的解决方式主要有价值位阶法、个案平衡法等。从价值位阶的角度分析,尽管公平和效率都是法所追求实现的价值,当二者发生冲突时,公平仍应优于效率。但这种判断并非绝对,在很多情况下,还需要从个案正义的角度对具体问题作出具体分析。在征收领域,价值的判断显然没有那么简单:首先,征收程序作为一种行政程序,其中的效率价值不同于司法程序中的效率价值,“司法程序可以完全不以效率为目标,但行政程序却不能不把效率作为目标之一,这是两种国家行为的性质所决定的”^⑫;其次,不动产征收的实施效率实质上是某项公益性项目的实现效率,也就是说,这里的效率不仅意味着行政成本的降低,更与公共利益的实现紧密联系,因此不能将其完全置于公平之后。当然,当公平与效率发生无法调和的矛盾时,效率的实现绝不能以公平的牺牲为代价,这是现代法治理念的要求。“某些法律制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或者废除。”^⑬现代行政程序与传统行政程序最显著的区别就在于:前者通过控制行政权力的恣意行使,达到保障行政相对人权利的目的;而后者则通过规定行政主体的办事手续,达到提高行政效率的目的。^⑭因此,在不动产征收程序的设计中,公平依然是应当被优先考虑的价值,即使因为被征收人参与程序的设置确实降低了行政效率,也不能以此为由阻挡程序正义的实现。但我们也需要同时思考:如何让通往公平的路变得更短?当为公平而不得不牺牲效率时,那条不可逾越的底线又在何处?为了得到这些问题的答案,就必须在征收程序的设计中进行成本效益分析。

(二) 成本效益分析

成本效益分析是通过比较项目的成本和效益来评估项目价值的一种经济决策方法,目的在于实现总体利益之最大化。在不动产征收中,过于复杂的程序可能导致征收周期过长,消耗大量行政成本,过于简单的程序又往往难以确保相对人的参与权利。因此,在程序设计的过程中,有必要就设置相关程序所耗费之成本和所带来的各项经济、社会效益进行综合考察和分析。在对不动产征收程序的成本效益分析过程中,以下几种因素需要被充分考虑:

1. 征收对私人财产权利的影响程度

行政权力的行使必然会对相对人的权利造成影响。行政行为类型不同,其所带来的影响程度也不尽相同。一般而言,行政行为对相对人权利的影响程度越深、范围越

^⑫ 孙笑侠:《法律程序设计的若干法理——怎样给行政行为设计正当的程序》,载《政治与法律》1998年第4期。

^⑬ [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第35页。

^⑭ 参见章志远:《行政相对人程序性权利研究》,载《中共长春市委党校学报》2005年第1期。

广,就意味着该项权力的行使应当更加慎重,对该权力所加诸的程序性要求也应当更为严格。而不动产征收是国家以公权力强制夺取被征收人的不动产所有权,使被征收人的不动产财产权利归于消灭的过程。尽管征收权的行使以公共利益所需为限,但并不能冲淡征收权本身所带有的强烈的侵益性色彩,因此,被征收人对征收决定的可接受性在征收的实施过程中就显得至关重要。同时,征收行为往往指向特定区域内的全体居民,所涉地域范围大,相对人数量众多。因此,从这一点上来看,征收程序理应比一般行政程序更为严格,程序的透明度和参与性也应当更高。

2. 征收权滥用可能导致的风险

正当程序的核心要素在于规范权力的运行,限制权力的恣意。一种权力滥用可能造成的危害性越大,对这种权力的程序性限制就越具有必要性。征收权一旦被滥用,将直接导致以下几类的风险:一是公民权利遭受侵害的风险,征收权行使的直接效果在于消灭私人财产权,一旦其行使失范,私人财产将被置于任人宰割的位置;二是官员腐败的风险,征收权滥用通常伴随着巨大的经济收益,特别是在我国,政府从被征收人手中低价取得集体土地使用权,再转手以几倍甚至几十倍的价格将该土地使用权进行出售,从中可赚取巨额差价,在这种情况下,如果缺乏完备的权力约束和监督机制,将会有大批官员在巨额利益面前难以自控,走上贪污腐败的道路;三是引发群体性事件的风险,征收所涉及的相对人通常人数众多,这些被征收人基于政府的征收行为而形成了群体,相较于个人而言,“群体的情绪更加冲突、易变和急躁,且具有强烈而快速的传染性”,^⑮因此,一旦发生征收权滥用,将可能导致社会矛盾的激化,甚至升级为官民之间的大规模冲突,我国频繁发生的征收群体性事件即是例证;四是政府信任受损的风险,政府对被征收人的权利侵害必然会降低其对政府的信任度,而征收权滥用事件如果一而再、再而三的发生,将会形成一种更加广泛的社会情绪,进而影响到那些自身权益未受损的社会成员,引发大面积的对政府的不信任情绪,“信任是一旦受损就很难恢复的社会资源”^⑯,长此以往,必将影响社会的和谐稳定。因此,在征收中应当充分考虑对权力的约束和监督机制。

3. 增加参与程序可能加重的行政成本以及建设项目迟延的损失

参与程序的设置会使征收程序复杂化,导致支持程序运作的财政和人力资源有所增加,影响行政效率。同时,参与程序也会延长征收周期,使相关建设项目的开工时间相应迟延,给公共利益带来损失,这些均属于增加参与程序所耗费的总体成本。若参与程序的设计不够科学严谨,还可能带来过度参与的问题。决策科学化和民主化之间本就存在着天然的矛盾,过度参与会阻滞改革创新,很多代表特定群体的公民在参与公共

^⑮ [法]古斯塔夫·勒庞:《乌合之众:大众心理研究》,冯克利译,中央编译出版社2005年版,第21页。

^⑯ 高勇:《权益受损对政府信任的影响机制分析》,载《北京社会科学》2017年第9期。

决策后追逐特殊的利益,从而导致更广泛的公共利益的缺失。^{①7} 特别是应当防止出现“为了参与而参与”的形式主义做法,这不仅是对资源的浪费,也是对被征收人的愚弄,效果往往适得其反。^{①8}

4. 增加参与程序可能带来的效益

参与程序的增加除了会带来上述的成本增加,同样也会带来明显的效益。实践中,常常有人对程序设置的复杂化提出质疑,认为其影响行政行为的效率,造成行政成本的浪费,因此不具有合理性。^{①9} 持该观点者显然并未对增加参与性程序所带来的效益加以考虑。首先,参与程序能够增加决策的正当性和执行力,在程序简陋、缺乏透明度与参与度的情况下,一方面容易滋生腐败和权力滥用,另一方面,被征收人由于个人意见未能得到充分表达而更易对政策产生抵触情绪,从而影响政策的执行和落实。其次,参与程序有助于促成共识的达成,减少矛盾的产生。一旦征收程序的设置更为公正合理,政府在实施征收的过程中,将受到更为严格的社会监督,并获取更多贴近民意的有效信息,从而使征收决策的内容更符合被征收人的利益需求。如此,因被征收人不满征收行为而引发的复议和诉讼案件将大幅减少。以杭州市为例,2011年杭州市行政复议工作报告中披露,杭州市群体性复议案件同比减少16%,主要原因就在于《征收与补偿条例》实施后,房屋征收程序有所规范,从而使房屋拆迁行政裁决和强拆类案件数量下降。这意味着,为被征收人设置更为全面的参与程序将提高行政成本,但却会减少复议和诉讼成本。比起完全依赖于事后救济制度来解决纠纷,设置合理的事前纠纷预防机制来减少纠纷发生的概率显然更为合理,特别是在不动产征收领域,许多损害一旦造成,很难在事后予以彻底补救。

增加参与程序的总效益与总成本的差值就是参与程序所带来的净收益,对参与程序进行成本收益分析的目的并不在于取得具体的数额,而是为了研究参与程序是否有利于实现利益的最大化。从上文的分析可以看出,参与成本的产生有相当一部分源于参与形式的不合理,而一旦程序设计科学,参与的效益将是相对稳定和持续的(见表3)。因此,在通过价值平衡和成本效益分析进行综合考量后,笔者的结论是:在不动产征收程序中,对公平的考量应当优先于效率,这种优先具体表现为对被征收人参与权利的充分尊重和全面落实。相较于其他类型的行政程序,征收程序的透明度和参与度应当更高,并达到以下几点要求:第一,被征收人的意见能够得到充分表达,并与征收人进行公平、理性的交涉;第二,被征收人的合理意见能够为征收人接受和采纳,特别是应当体现在补偿和安置方案中;第三,被征收人应当拥有一定限度内的否决权;第四,被征收

^{①7} 参见前引⑥,约翰·克莱顿·托马斯书,第19页。

^{①8} 参见王锡锌主编:《行政过程中公众参与的制度实践》,中国法制出版社2008年版,第17页。

^{①9} 例如,有国土资源部的官员曾在新闻发布会上指出,《征收与补偿条例》的实施对征地工作造成一定影响,导致工作进程比较缓慢,不利于供地计划的落实。

人的参与权应当有一贯性,即被征收人在征收的任何阶段均应有权表达自己的意见。同时,由于在征收程序正式开始之前,有许多前置性程序(如行政规划)事实上对征收的实施具有决定性作用,因此有必要在这些程序中强化公众参与度,使未来有可能成为被征收人的公众能够有效监督政府权力的运行,防范其私权可能遭受到的侵害。

表 3:增加参与程序的主要成本与效益简表

成 本		效 益	
直接成本	间接成本	直接效益	间接效益
支持程序运作的财政支出	过度参与造成的决策受阻	决策正当性和执行力的增加	社会矛盾和纠纷的减少
相关建设项目迟延的损失	形式化参与造成的资源浪费	被征收人权利保护的强化	复议和诉讼成本的降低
		对征收权滥用的有效防范	政府公信力的提升

三、不动产被征收人参与权实现机制重构

目前,我国被征收人的参与权既无法在制度层面获得充分的支撑,在具体落实过程中更面临着来自地方政府的重重阻力。因此,应当对现有的被征收人参与权实现机制进行重构:一方面,通过《物权法》、《土地管理法》的修改、《集体土地征收补偿条例》的出台等来弥补相关规范的缺失,构建完整的被征收人参与权制度体系,赋予被征收人在征收决定、实施等各个阶段不同类型的参与权利;另一方面,通过合理的程序设计为被征收人创造与政府平等协商的路径与平台,并明确参与权的义务主体和义务范围,确立履行义务的方式,规范政府行为,确保各项参与权能落到实处。

(一) 合意式参与:征前协商程序的设置

所谓征前协商,是指政府在实施征收前以等价交换的市场交易方式与被征收人达成合意,从被征收人手中取得不动产所有权的方式。目前,很多国家均将征前协商作为征收的前置程序,只有在双方协商不成的情况下,才会动用公权力对不动产进行征收。在德国,根据《德国建设法典》的规定,任何开发商均不能直接进入征地拆迁程序,而是必须先与土地所有权人和使用权人进行自由协商,说明购买目的和购买价格。只有在购买失败的情况下,开发商方可向负责征地事宜的地区专员申请进入征收程序。我国台湾地区的《土地征收条例》将征收明确规定为一种财产取得的非常态手段,若非必要,应尽可能避免使用。该条例第 11 条规定:“需用土地人申请征收土地或土地改良物前,除国防、交通、水利、公共卫生或环境保护事业,因公共安全急需使用土地未及与土地所有权人协议者外,应先与所有权人协议价购或以其他方式取得;所有权人拒绝参与协议或经开会未能达成协议者,始得依本条例申请征收。”根据该条之规定,协议价购程序为

征收的法定先行程序,未履行该程序将导致征收因程序违法而无效。^⑩

设置征前协购程序的意义在于:首先,该程序能够体现国家对私人财产权的尊重,与《民法总则》和《物权法》中所秉持的国家保护私人财产权的基本立场相一致;其次,该程序体现了市场经济的基本原则,在市场经济下,市场应当成为资源配置的主要手段,如果能够通过市场机制达成需求和供给的平衡,就不应当再用公权力进行干预;第三,该程序能够使不动产权利人在征收开始之前就对相关建设项目的基本情况有深入了解,确保其知情权的落实。^⑪

在集体土地征收领域,我国土地所有权目前尚不能通过市场自由流转,根据《宪法》第10条的规定,“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”,也就是说,土地所有权只能通过征收之方式由集体经济组织向国家进行单向流转。从该条规定看,在我国土地征收领域,目前并不存在其他国家所实施的协商购买制度的市场基础。但是,如果将购买的主体由建设单位变为国家,让国家通过“买卖”的方式实现集体土地所有权向国家土地所有权的流转,这与《宪法》的上述规定并无不合,同时也不违背我国《宪法》上述规定的立法意旨。^⑫这就意味着,在我国土地征收领域确立征前协购制度,是有其规范基础的,并不违宪。2013年十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中指出,要建立城乡统一的建设用地市场,在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价。从中可以看出,在土地征收中市场价格标准的引入也已是大势所趋。

在具体的制度设计上,这种协购程序应当在土地征收审批核准前进行。根据现有法律之规定,当建设单位提出的用地申请经土地行政主管部门预审通过后,建设单位可以持建设项目的预审报告向市、县人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请。此时,若土地行政主管部门审查认为该建设用地申请符合条件,就应当出面与集体土地所有权人进行协商,以平等交易的方式从集体土地所有权人手中购得集体土地所有权。当协商不成时,土地行政主管部门再报请拥有征地审批权限的人民政府批准实施征收。若建设占用土地涉及农用地转为建设用地的,应当将农用地转用审批手续与征地审批手续分离进行。也就是说,土地行政主管部门在进行协购程序之前,需先办理农用地转用审批,若审批通过,再就购买土地的价格等问题与集体土地所有权人进行协商。

(二) 协商式参与:征收决定阶段被征收人参与权实现机制的重构

不动产征收决定的效力决定了不动产征收决定程序应当具有参与性。根据我国

^⑩ 参见叶芳:《冲突与平衡:土地征收中的权力与权利》,上海社会科学院出版社2011年版,第159页。

^⑪ 参见王维洛:《德国、中国征地拆迁的程序和赔偿之比较》,载《洪范评论》(第7辑),中国法制出版社2007年版,第75页。

^⑫ 参见房绍坤、王洪平:《公益征收法研究》,中国人民大学出版社2011年版,第289页。

《物权法》第28条的规定:“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”这就意味着政府的征收决定一旦作出,将会产生使被征收人丧失原有的不动产权的效果,征收决定作出之时,即为被征收人物权消灭之日。但是,我国目前征收法律制度中所规定的大部分参与程序都被安排在征收的实施阶段。

在集体土地征收领域,目前的立法将补偿安置方案的拟定以及听取集体经济组织和农民对于补偿安置方案意见的程序安排在了征收决定生效以后。从而使被征收人丧失其与政府就征收决定进行协商的正当权利,陷入无可作为的弱势境地,造成征收人与被征收人之间利益的严重失衡。国土资源部于2017年5月发布的《土地管理法(修正案)》征收意见稿中,在第46条增设一款,规定“市、县人民政府申请征收土地的,应当开展拟征收土地现状调查,并将征收范围、土地现状、征收目的、补偿标准、安置方式和社会保障等主要内容在拟征收土地所在的集体经济组织范围内进行公告,听取被征地的农村集体经济组织和农民意见。”该款对被征收人在征收决定阶段的知情权和参与权予以了明确,但这种听取意见式的参与方式对政府决策的作出无法产生拘束力,在实践中往往流于形式。

在城市房屋征收领域,《拆迁条例》规制时期拆迁人与被拆迁人暴力对抗的症结即在于疏忽了对征收决定的严格管理。在《拆迁条例》的整体制度中,欠缺严格的前置性控权机制,从而导致征收决定从一开始便具有欠缺民主的内部行政行为色彩,行政机关完全可以在不受任何限制的情况下自行决定并因而显现出高效率。^②但是,《征收与补偿条例》显然并未吸取这一教训,其在征收决定阶段仅规定了象征性的公众意见征收程序和适用范围极窄的听证制度。

相关制度的缺失使被征收人很可能在征收中陷入困境:在完全没有表达意见的情况下失去不动产财产权,即使依然占有该不动产,但在法律上已经成为无权占有人,更无法确知不动产被征收后自身权益能否得到合理弥补。因此,有必要对征收决定程序进行改革,使作为直接利害关系人的被征收人能够享有实质上的参与权,对征收行为是否符合“公共利益”要件进行审查,并就征收补偿的方式、数额以及安置条件等与政府进行充分协商。同时,参与的对象不应仅限于不动产所有权人,还应当包括用益物权人、抵押权人等各类型的不动产被征收人。

1. 被征收人参与模式的域外经验

在具体的程序构建上,以下几个国家的被征收人参与模式具有一定代表性,可为我国提供经验和借鉴:

(1) 德国的提出异议模式

^② 参见周佑勇、熊樟林:《房屋征收决定之可诉性的制度解读——评〈国有土地上房屋征收与补偿条例〉第14条》,载《湖北社会科学》2011年第10期。

在德国,如果开发商与土地所有权人的协商购买不成功,开发商可以向负责征地事宜的地区专员提出征地申请。一旦地区专员经过审查后决定开始实施征地规划,应当将征地规划的决定予以公告。若被征收人不同意该征地规划决定,可以向地区专员提出异议,要求收回该征地规划决定,如果地区专员在被征收人异议的情况下仍坚持该征地规划决定,被征收人可以起诉至高级行政法院,若高级行政法院所作之判决不利于被征收人,被征收人还可以上诉至联邦行政法院,由联邦行政法院对是否实施征收作出最终裁决,如果法院判决支持征地决定,该决定随即发生法律效力。^{②④}

(2) 英国的听证会模式

在英国,土地征收由合意购买与强制购买两个程序组成。其中,合意购买程序类似于上文提及的征前协购程序,以土地购买双方的合意为基础。当拟购买方无法与土地权利人就土地购买事宜达成协议时,可以通过申请强制购买令(Compulsory Purchase Order)进入强制购买程序。在提交强制购买令申请之前,申请购买者需要至少在一份拟购买土地所在地的报纸上发布两周以上的购买通告,并就强制购买令可能产生的法律效力向强制购买令清单上载明的所有土地单独送达通告。^{②⑤}

土地权利人在收到通告后,有权向相关的政府大臣提出异议,政府大臣应当根据异议组织召开举行公共听证会,或是在所有异议人均同意的情况下组织书面申诉程序。在听证会上,申请购买者应当出示其申请强制购买令所依据的所有材料,并就申请强制购买令的理由进行说明。根据2007年《强制购买(听证程序)规则》(the Compulsory Purchase (Inquiries Procedure) Rules 2007)的规定,听证会由大臣任命的调查员主持^{②⑥},调查员应确保参加听证会的各方当事人均能够有序地陈述自己的意见。在听证会结束后,调查员需要向任命他的政府大臣提交一份报告,在其中阐明他的结论和建议。随后,政府大臣会根据该听证报告决定是否允许强制购买土地。在绝大多数情况下,政府大臣的决定均与听证报告的结论保持一致。在强制购买令生效后,如果土地权利人仍对此存有异议,可以根据1981年《土地收购法》的规定(the Acquisition of Land Act 1981),在强制购买令生效的消息公布后六周内向高等法院起诉。

(3) 越南的专项拆迁与补偿委员会模式

与德国和英国不同,越南无论在经济发展还是法治建设等领域均不处于世界先进之列。笔者之所以对越南的征收程序加以关注,概因其与中国在土地制度上的相似性。即使是在社会主义国家中,中国所选择的土地改革路线也可称得上是“独一无二”:一方面,中国政府将土地全部收归国有或农村集体所有,取缔了土地的私人所有制;另一方

^{②④} 参见前引^{②①},王维洛文,第75-76页。

^{②⑤} Department for Communities and Local Government, *Compulsory Purchase Procedure*, Communities and Local Government Publications 2008, p. 13.

^{②⑥} 调查员通常由相关领域的专家担任,如勘测员、工程师或者建筑设计师等。

面,政府在全国范围内建立起了一个由它掌控的土地市场,杜绝了土地的自由买卖。^{②7}在此基础上,政府通过签订土地承包经营合同的方式授予农民土地的使用权。而越南在这一点上与中国非常相似。

越南在1980年的宪法中确立了土地公有制,政府将土地分配给组织、家庭以及个人使用,根据使用土地的主体、用途等因素区分为无偿使用和有偿使用,使用年限也有所不同。^{②8}越南曾一度禁止各种形式的土地使用权流转,但在计划经济向市场经济转轨的过程中,这项政策逐渐松动和转变,1993年出台的越南第二部《土地法》中赋予土地使用权人交换、转移、继承、出租以及抵押土地的权利,明确了土地所具有的经济价值,使越南的土地开始步入市场经济领域。也正是从此时开始,越南的土地征收中开始出现了土地使用权人的补偿问题。^{②9}

随着越南市场经济的发展和城市化的推进,关于征地补偿以及房屋拆迁的矛盾逐渐增多。基于此,越南中央和地方政府均采取了一些措施,对征收补偿标准和房屋拆迁程序等进行了调整和改进。其中,2003年的《土地法》中规定了一项具有建设性的措施——凡属于重大公共项目^{③0}的土地征收均需要设立专项拆迁与补偿委员会。这项制度在河内市2005年2月18日所发布的26号文件中得到进一步细化。这份文件共5章42条,其中对征收各方当事人,包括拆迁与补偿委员会的权利和责任进行了具体规定。根据26号文件的规定,当开发商的建设项目获得地方人民委员会的项目许可并经地方长官审查确认达到法定征收要件后,开发商应当设立专项拆迁与补偿委员会,委员会由征收中的三方主体——被征收人、开发商以及地方人民委员会所派代表共同组成,其中来自于地方人民委员会的代表占多数。^{③1}拆迁与补偿委员会负责对征收材料、居民对土地的合法权利以及房屋、土地价值等问题进行评估。只有当拆迁与补偿委员会以及被征收人代表核查通过了开发商最终提出的拆迁与补偿计划,开发商才能将该计划提交地方长官批准。如果地方长官批准了相关计划,征收就可以开始实施。

2. 我国的参与模式选择

上述各国的被征收人参与制度各不相同,呈现出三种不同的模式:A.德国的提出异议模式;B.英国的听证会模式;C.越南的拆迁与补偿委员会模式。从这三种模式的参与

^{②7} [美]何·皮特(Peter Ho):《谁是中国土地的拥有者:制度变迁、产权和社会冲突》,林韵然译,社会科学文献出版社2008年版,第76页。

^{②8} 如个人或家庭分配获取的一般农业用地最长年期为20年;多年生农作物用地和林业生产用地的最长年期则为50年;经济组织或个人、家庭用于建设(除居民建自用住宅外)、经营、其他项目投资用地的最长年期为50年。参见赵松:《越南的土地征用、收回与补偿》,载《国土资源》2007年8月号。

^{②9} 从严格意义上来说,越南并不存在真正的土地征收制度,由于越南的所有土地均为全民所有,因此越南政府在实施征收过程中实际上是将其分配给个人的土地使用权收回,同时取得土地上的房屋等附着物的所有权,这与我国国有土地上的房屋征收制度相类似。

^{③0} 所谓重大工程项目,是指那些为了公共安全以及公共福利而建设的工程,也包括有境外投资的项目。

^{③1} Sun Sheng Han, Kim Trang Vu, *Land Acquisition in Transitional Hanoi, Vietnam*, 2008 Urban Studies Journal.

效果来看,模式A中并未规定征收机关必须对异议予以采纳,模式B中指出应当将听证结果作为征收决定作出之重要依据,而模式③中被征收人作为委员会的成员,可以直接影响征收决定的作出。因此,在参与程度的排序上:模式C>模式B>模式A。

当然,参与程度并不完全等同于程序的正当性程度。在模式A中,德国将征收的最终决定权交给了司法机关,以司法权对行政权的监督来确保征收决定的公正性;模式B中,英国设置了合意购买与强制购买双重程序,并且赋予了被征收人对强制购买令的司法救济权。因此,从规范征收权行使的角度看,模式A和模式B在实际效果上并不逊于模式C。

那么,在这三种模式中,哪一种对中国更具有借鉴意义呢?笔者更倾向于越南模式,理由如下:

首先,越南模式具有合理性。拆迁与补偿委员会的组成中包含了征收中的三方当事人,分别对不同的利益群体进行代表,使每个利益群体都能够获得充分的发言权,而被征收人作为拆迁与补偿委员会的成员,可以直接影响征收决定的作出和补偿、安置方案的制定,从而在保护自身权益方面更具主动性。这种参与方式属于整体式的协商决策范畴^②,能够使被征收人在其中发挥有限却十分重要的作用,既确保公权力对征收决策的总体把控,避免过度参与,同时又使决策在一定程度上体现被征收人的利益诉求,确保了征收决定的可接受性。

其次,越南模式在操作上更具有可行性。这种可行性来源于越南与中国的制度相似性。一是土地制度的相似性,越南和中国一样,均实施土地公有制,这一点前文已经提及。二是司法体制的相似性。越南不存在三权分立制度,尽管拥有立法、行政、司法三个系统,但司法权在越南并没有获得真正独立的地位。越南在1996年制定了行政诉讼法,确立了本国的行政诉讼制度,但是该制度确立时间不长,尚不成熟,兼之司法本身的弱势,因此在实践中无法真正发挥对行政权的监督作用。^③正是由于司法权无法有效制约征收权的行使,就需要通过被征收人参与度的提高来确保程序本身的正当性和决策结果的公正性。我国目前面临着和越南类似的状况,无法像德国、英国那样通过司法监督的途径实现对征收权行使的有效规范。司法权的独立与否涉及国家的政治体制,绝非一朝一夕可改之事。相较而言,通过强化征收决定程序中的参与程度来确保征收决定作出之合理性虽然会使行政成本有所增加,但显然更为可行。

据此,笔者认为,我国可以考虑借鉴越南模式,在不动产征收决定阶段设立专项征

^② 整体式的公众协商是指管理者与作为一个单一的集合体的公众探讨问题,听取其观点和建议,然后制定反映公民团体要求的决策,如果一个问题具备下面四个特征:(1)有信息需求,(2)不存在问题结构化,(3)需要公民的参与便达成政策的可接受性,(4)公民与公共管理机构的目标存在着观点分歧,那么,公共管理者就应当运用整体式的公民协商决策办法。参见前引⑥,约翰·克莱顿·托马斯书,第27、52页。

^③ Lien, Bui Bich, *Legal Interpretation and the Vietnamese Version of the Rule of Law*, National Taiwan University Law Review, Vol. 6, 2011.

收与补偿委员会。当相关的征收管理部门接到建设单位的不动产征收申请后,应首先对该申请进行预审,如果涉及农地转用的,还需先行办理农地转用审批手续。预审通过后,征收管理部门应当向拟征地范围内的全体被征收人发布预征收通知,并着手组建专项征收委员会。该委员会由征收管理部门的代表、申请征收的建设单位代表以及被征收人代表共同组成,其中征收管理部门的代表占60%,申请征收的建设单位代表占10%,被征收人代表占30%。被征收人实质上是基于共同的利益诉求而结成的隐形利益群体,这种群体性使得代表制成为切实可行的选择。被征收人代表在此处应当作为一种授权型代表,由全体被征收人推选产生,代表全体被征收人与征收管理部门进行协商,所达成的决议对全体被征收人具有拘束力。^⑤

参与体现民主,但民主的本质不仅是“一人一票”的加权意志表达,也是有效沟通后的实质理由表达,参与质量之高低不仅仅取决于人数的多寡和利益代表的广泛性,而更由理性商谈与充分讨论的质量所决定。^⑥因此,被征收人征收与补偿委员会成立后,应当对以下几个核心问题进行协商和表决:一是该征收究竟是否为了公共利益,也就是对征收行为的合目的性审查;二是实施征收的必要性,即依据比例原则对征收所欲实现之公共利益以及征收成本之间进行衡量;三是征收补偿、安置的标准和具体的补偿方案。这里实际上包含了两个层次的问题:第一个层次的问题是:征收是否应当实施?若该问题的答案是肯定的,则进入了第二个层次的问题:对于被征收人如何补偿和安置?对于这两个层次的问题,被征收人均应当有权发表自己的意见。我国目前对被征收人的意见表达的规定仅仅局限于第二个层次的问题,对于具有决定性意义的第一层次的问题则未提供被征收人基本的参与空间。因此,有必要通过制度的重构赋予被征收人对第一个层次问题的发言权。

(三) 监督式参与:征收实施阶段被征收人参与权实现机制的重构

在征收实施阶段,被征收人行使参与权的主要目的并不在于分享政府的决策权,而在于监督政府征收行为的实施是否严格遵循法律法规和征收补偿协议的有关规定。因此,此阶段参与权的实现需依赖于政府对相关信息的全面公开,政府一方面应当进一步扩大主动公开的范围,另一方面应指定一个特定的机构,对各类征收信息予以汇总,集中保存,打破目前政府部门数据碎片化的现状,建立征收信息大数据库,并统一接受被征收人在征收过程中的信息公开申请。在充分掌握征收信息的基础上,被征收人应当对以下三类事项享有提出异议权:一是征收补偿、安置方案的修改;二是房产评估;三是

^⑤ 美国政治学家皮特金在《代表的概念》一书中在形式的维度部分将代表分为授权型代表和责任型代表,其中授权型代表是指基于他人授权而行动的人,这意味着代表获得了一项此前并没有的权利,而被代表者要对代表的行为所产生的法律后果承担责任;责任型代表则必须向被代表者负责,对被代表者回答他做了什么,而不像授权型代表那样享有某种权利或权力。参见[美]汉娜·费尼切爾·皮特金:《代表的概念》,唐海华译,吉林出版集团有限责任公司2014年版,第13-14页。

^⑥ 参见王旭:《公民参与行政的风险及法律规制》,载《中国社会科学》2016年第6期。

土地面积测量。

1. 补偿安置方案修改时的提出异议权

征收补偿、安置方案应当在征收决定阶段即制作完成。但是,在征收过程中,若因客观原因确需对补偿、安置方案的内容进行部分修改,征收管理部门应当及时通知被征收人,被征收人有权对修改后的方案提出异议。征收管理部门在收到异议后,应当充分听取被征收人的意见,若协商后仍无法达成一致,还应进一步召开听证会,并且将听证笔录作为重新修改补偿、安置方案的依据。

2. 房产评估中的提出异议权

在国有土地上房屋征收中,以市场价格补偿为基础的补偿标准已经得以确立,但这并不能确保补偿的绝对公正,因为所谓的市场价格也需依靠特定的评估机构给出,而不同的评估机构很可能由于各种主客观因素而给出不同的估价,有时甚至相差甚远。如在2011年北京发生的一起房屋征收纠纷中,不同评估公司对同一套住房给出的估价分别为5000万和3000万,差价达2000万之多。^⑤

因此,在确定补偿标准时,财产评估机构的选定成为了一个十分关键的问题。尽管《征收与补偿条例》将评估机构的选定权赋予了被征收人,但作为委托人与评估机构签订委托合同、向评估机构支付评估费用的仍然是房屋征收部门。^⑥同时,我国的房地产估价行业长期处于政府主导的状态,因而具有浓厚的行政色彩,使得评估机构的中立性更加难以确保,在估价结果上往往向征收部门的利益作出倾斜。

目前,我国已经建立了被征收人对评估结果的提出异议制度。根据《国有土地上房屋征收评估办法》的规定,被征收人对评估结果有异议的,可以自收到评估报告之日起10日内,向房地产价格评估机构申请复核评估,对复核结果仍有异议的,可以自收到复核结果之日起10日内,向被征收房屋所在地评估专家委员会申请鉴定。但是这项制度在实践中并未发挥应有的效果,究其原因,一方面是由于被征收人提出异议的法律效果仅限于向原机构申请复核评估和向评估专家委员会申请鉴定,另一方面则源于评估专家委员会的官方色彩和构成人员的非中立性。^⑦

因此,要想使被征收人在房产评估中的参与权真正落到实处,应当赋予被征收人的

^⑤ 参见王晓慧:《房产评估机构乱象横生 不同公司估价相差2000万》,载《华夏时报》2011年6月10日。

^⑥ 《征收与补偿条例》第20条规定,“房地产价格评估机构由被征收人协商选定;协商不成的,通过多数决定、随机选定等方式确定,具体办法由省、自治区、直辖市制定”。在《征收与补偿条例》的制定过程中,关于评估机构的选定方式一直是争论的焦点所在。条例的第一次建议稿中延续了2003年建设部出台的《城市房屋拆迁估价指导意见》中的做法,规定“房地产价格评估机构,由被征收人以投票、抽签等方式确定。”随后,在第二次建议稿中,相关规定被修改为“房地产价格评估机构由被征收人选定。被征收人选定房地产价格评估机构的具体办法由市、县级人民政府规定。”这一规定受到来自各界的广泛批评,认为将选定评估机构的具体办法交由市、县人民政府决定,是把实质上的评估机构选定权交到了政府手中。因此,最终出台的《征收与补偿条例》中再次对上述规定作出了调整。

^⑦ 《国有土地上房屋征收评估办法》第23条中规定,评估专家委员会由房地产估价师以及价格、房地产、土地、城市规划、法律等方面的专家组成,但对专家的身份性质未做限制,也就是说,相关征收部门的工作人员均可以作为评估专家参与到鉴定工作中,从而导致鉴定结果的公正性难以确保。

提出异议权更强的法律效力,当被征收人对评估机构的复核结果仍有异议时,可以重新选择一家评估机构进行评估,若对新机构的评估结果依旧不满,再向评估专家委员会申请鉴定。同时,在评估委员会的人员构成上可以效仿美国内布拉斯加(Nebraska)的制度。内布拉斯加的评估委员会成员由财产所在地的基层法官任命,三名评估者中应包括一名律师和一名拥有执照的估价师,另一人则由基层法官随机选择。成为评估者的前提条件是必须在该地区拥有自己的不动产,如此才能保证评估者审慎行使其评估权,因为其所作出的评估结果很可能对未来该地区内的其他不动产征收案件产生直接影响。这种委员会的构成结构能够同时确保人员的专业性和中立性,值得我国借鉴。

3. 土地面积测量中的提出异议权

我国目前对集体土地征收补偿的定价主要遵循年产值标准和区片综合地价标准,其中虽不涉及财产评估的问题,但对被征收土地面积的测量结果却直接决定了被征收人所能获得的补偿数额。由于我国土地面积测量标准不统一,造成实践中被征收人对土地面积测量与补偿面积计算的异议频繁出现。^③

因此,应当允许被征收人参与到土地测量程序中,监督测量工作的进行,并就测量方式的使用提出自己的意见。土地行政主管部门在进行土地测量前,应当通知被征收土地的集体经济组织,由集体经济组织派代表与土地行政主管部门工作人员共同进行土地测量。测量结果应当及时向全体被征收人公告,若被征收人对测量结果有异议,可以在公告期限内向土地行政主管部门申请对其异议的面积进行重新测量。土地行政主管部门在收到申请后,应当与申请人共同对存异议之土地面积进行重测,并根据重测结果来确定征收补偿的具体数额。

结 语

我国不动产征收领域的社会矛盾由来已久,因征收而引发的官民冲突时至今日仍频频发生。长期以来,对不动产征收的理论研究和实践探索更多地着眼于对征收目的的明确和对征收补偿制度的完善,但是,我国不动产征收所面临的困境不仅在于补偿标准的偏低,也不仅在于对“公共利益”和“商业利益”的不加区分,还在于被征收人参与权的制度缺失和难以落实。因此,在对不动产征收制度进行改革的过程中,我们的当务

^③ 测量结果出现差异的原因主要有两方面:一是因测量技术、方法上的争议导致被征地农民对测量结果不认可,例如在因大秦铁路扩能改造而实施的土地征收中,征地方采用了卫星测量面积方法计算补偿,而作为被征收人的农民则通过在山坡地的斜面坡上用绳子手工丈量的方法计算征地和补偿的面积,征地方测算的是三角形的直角边,农民测算的是斜边,造成两种测算方法所得出的面积出入较大;二是因对土地权属界线存在争议而造成被征地农民对测量结果不认可,例如河北省保定市新市区颍庄乡大车辛庄村部分村民因对区政府公布的征地面数有疑问,自费委托测量部门进行实地测量,所测结果比政府公布的多出 154.029 亩,村民认为造成数据差异的原因在于区国土局测量时在地界的指认上出现了偏差。参见王迎甲:《征地矛盾引发信访问题的成因与对策》,载《中国乡村发现》2007 年第 6 期;曹天健:《河北保定:2000 多亩土地测量数据相差上百亩》,载《法治周末》2016 年 2 月 2 日。

之急是:正视参与权的价值,赋予被征收人实质意义上的参与权,以参与权来规范征收权的运行,保障实体权利的落实。要想实现这一目标,需要来自三方面的努力:一是立法上的完善,通过立法对被征收人在征收各个阶段的参与权制度化、体系化和固定化,使参与权真正有法可依,以法的强制力迫使政府遵守和执行,在这一点上,我国显然做得不够,现有立法对不动产被征收人参与权的规定寥寥可数,且形式意义大于实质功效,因此,在现阶段应当通过《物权法》、《土地管理法》和《征收补偿条例》的修改、《集体土地征收补偿条例》的制定等来弥补这一领域的制度缺失;二是政府对参与权的重视,地方政府的消极态度是目前被征收人参与权实现中面临的最大阻力和障碍,因此,应当以法的强制力和持续的法治思维教育来改变政府官员在参与权保障义务履行过程中形式主义的态度和工具主义的立场,让政府认识被征收人的参与权,尊重被征收人的参与权,并进而保护被征收人的参与权;三是被征收人对自身参与权的合理主张,耶林说过,“权利的本质是斗争,为权利而斗争是自己的义务,”^⑩被征收人对参与权的主张一方面可以给政府制造压力,在潜移默化中提升政府及其执法人员的权利意识,另一方面也能够使被征收人在征收中的不满情绪在法治的框架下得到合理宣泄,不是以暴力来抗衡,更不是以自残来抗争,而是运用合法的手段来主张自己的合法权利,从而实现私权利对公权力的有效制衡。

Abstract: The right to participate in expropriation in China could be protected by neither the legislation nor the government, which results in the bad effect of the participation in practice. The realization of the right to participate of people subject to expropriation is not only related to personal interest, but also the public interests which the expropriation pursues. Therefore, the value orientation of the right to participate should be based on both the balance of value and the cost-benefit analysis. Starting from the value of the right to participate, China should make the participate procedure of the immovable property expropriation unified, and reconstruct the implementation mechanism of the right to participate by building the procedure of purchasing by agreement before the expropriation and setting up the special expropriation committee so as to regulate government behaviors and ensure the implementation of the right to participate.

(责任编辑:吴 蕾)

^⑩ 前引^⑨,耶林书,第15页。