

中美日财产征收制度 比较研究

卜炜玮 著

中美日财产征收制度 比较研究

卜炜玮 著

 云南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中美日财产征收制度比较研究/卜炜玮著. —昆明:
云南大学出版社, 2011
ISBN 978 - 7 - 5482 - 0735 - 1

I. ①中… II. ①卜… III. ①财产税—税法—对比研
究—中国、美国、日本 IV. ①D922. 223. 4②D971. 222
③D931. 322

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 252860 号

中美日财产征收制度比较研究

卜炜玮 著

责任编辑: 熊晓霞 段义珍

封面设计: 周 畅

出版发行: 云南大学出版社

印 装: 云南大学出版社印刷厂

开 本: 850mm × 1168mm 1/32

印 张: 11.5

字 数: 289 千

版 次: 2012 年 1 月第 1 版

印 次: 2012 年 1 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5482 - 0735 - 1

定 价: 25.00 元

社 址: 云南省昆明市翠湖北路 2 号
云南大学英华园内 (邮编: 650091)

网 址: <http://www.ynup.com>

E - mail: market @ ynup.com

序

随着人类社会的进步和经济的发展，国内外多数城市面临城市规模的迅猛扩大和城市更新这个当代城市发展中不可避免的问题。在此过程中，土地的征收和房屋的拆迁引发了诸多的社会矛盾，无论在中国还是在美国，财产征收制度都面临着诸多法律问题。卜炜玮博士的《中美日财产征收制度比较研究》在此时付梓，可谓正当其时。

本书对中、美、日三个国家的财产征收法律制度和现实运作情况进行研究，在法律制度层面上对财产征收目的的法律界定、征收补偿的法定基准、征收实施的法定程序、征收主体的法定权利等诸多问题进行了比较，对财产征收过程中政府的角色及定位、征收过程中的司法行为作了详尽的论述，为财产征收领域的学术研究提供了有益的支持，为我国财产征收制度的改革提出了可贵的建议，并为建设有中国特色的财产征收法律制度提供了理论基础。

作者长期从事财产征收相关问题的研究，在该领域有着深厚的基础和广博的学识。本书对理论的深刻把握和对现实的敏锐洞察，以及严谨而客观的学术态度都给人留下了深刻的印象。相信本书能够对建设和谐社会、实现社会的公平和可持续发展提供有益的帮助，也希望广大读者能够从本书中获益。

缪 昇

2011 年初冬

云南大学东陆园

前 言

2004年3月，我国宪法进行了修正，将第十条第（三）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给予补偿”。这是新中国法律史上第一次明确区分“征收”和“征用”，并将补偿作为必要条件写进了宪法。

在征地拆迁引发众多社会矛盾的背景下，这一条文的修正引起了社会各界的广泛关注。尽管在此之前就已经有不少学者将目光投向了征收领域，新闻媒体也不时有关于征地和拆迁问题的报道，但从影响力来看都有所不足。在宪法修正案通过两个月后，发生在湖南省嘉禾县的“珠泉商贸城”违法拆迁事件第一次在全国范围内引发了人们对农村土地征收制度和城市房屋拆迁制度的关注。越来越多的学者开始了对财产征收问题的研究，要求改革现有财产征收制度的呼声日益高涨。

中国社会对财产征收问题的第二次全民关注形成于2007年。在这一年，经历艰难起草过程的《物权法》终于颁布施行。在现实中经常导致私有财产权利受到侵害的财产征收制度再次成为大众关注的焦点。人们对于财产征收制度的不满在重庆“最牛钉子户”事件中得到了充分的体现。此后，对于征地拆迁问题的报道就基本不绝于报端，财产征收制度仿佛成了全国人民都关心的热点问题。

有趣的是，大约在同一时期，大洋彼岸的美国也经历了一场

全民广泛参与的财产征收制度改革运动。事情起源于 1998 年，康涅狄格州新伦敦市政府计划拆迁一片旧城区，将土地出让给药业巨头辉瑞公司以建设研发中心。多数居民都与开发公司达成了买卖土地的协议，但以 Kelo 为首的十几家居民无论如何就是不同意把土地卖给开发公司。最终政府决定动用征收权强行取得土地。在几个民间组织的帮助下，Kelo 等人和市政府的官司一直打到了联邦最高法院。这个案件是美国联邦最高法院继 1954 年 Berman 案和 1984 年 Midkiff 案之后再次审理涉及财产征收目的合法性问题的案件。围绕着 Kelo 案的诉讼，在媒体和各类民间组织的积极推动下，美国社会展开了一场围绕财产征收问题的热烈讨论。究竟能否允许政府为了促进地区经济发展的目的动用征收权，是这场辩论的核心问题。2005 年夏天，联邦最高法院给出了他们的答案，大法官们以 5:4 的微弱优势作出决定：征收的目的合法性应该由立法机构判断，只要立法机构认为为促进经济发展而进行的征收具有正当性，那么这种征收就具备足够的合法性。这一判决引发了全美国的震动，批评的文字不绝于报端。在随后的 5 年里，限制此类征收的法案陆续在国会和 30 多个州议会获得通过。Kelo 案所引起的广泛争论，进一步强化了美国人保护私有财产权利的意识，并引发了美国财产征收制度的变革。该案对美国社会的深远影响，将在今后陆续呈现。

为什么中国和美国这样两个在产权制度、法律体系、发展水平、文化背景、种族构成等诸多方面都存在巨大差异的国家，居然会在大约同一时间，遇上了基本相同的问题？为什么中美两国的民众都对政府的征收行为心存不满？为什么两国的法律关于财产征收的规定都受到了批评？

正是受到这些问题的吸引，笔者开始了对于中美两国财产征收制度的研究。通常的法律比较研究，都是把目光集中在同属一

个法系的不同国家之间，而中国与美国分属大陆法系与普通法系，各方面的制度都有着巨大的不同，似乎并不存在比较的基础。但假如我们把目光放宽一些，就会发现寻找比较的基础并不困难。这种基础就是法律所要解决的现实问题。中美两国虽然法律体系不同，物权制度各异，但财产征收法律制度所要解决的现实问题都是一样的——政府在什么时候可以动用征收权强制取得私有财产？政府需要支付多少征收补偿才算合理？怎样的征收程序能够有效保护私有财产权利并限制政府对征收权的滥用？

本书是笔者在经过多年的思考和探索之后，就这些问题给出的初步回答。笔者认为，比较研究的目的不仅是认清差异本身，更重要的是，要通过比较现实中的法律制度提出改进的意见。为了改善比较研究的效果，笔者还选择了和我国同属大陆法系的日本，作为美国之外的另一个比较对象。选择日本作为研究对象的原因有三个：首先，日本是大陆法系的代表国家，在我国现代法律制度形成的过程中有过重要的影响。其次，日本的财产征收制度规定严密，对于私有财产权利的保护充分而周到。最后，相较于经过翻译的二手材料，未经翻译的一手材料保留了更多的信息，而笔者的语言能力有限，只能对英文和日文的一手材料进行研究。

法律制度本身并不意味着一切。在某种意义上，隐身于法律制度背后的经济、社会、文化、心理等因素，对法律制度现实运作的影响丝毫不亚于法律文本。于是，在对中美两国财产征收法律制度所规定的目的制约、补偿标准和征收程序进行比较之后，笔者还对中美两国财产征收制度的现实运作情况进行了研究，试图揭示出影响财产征收法律制度运作效果的其他因素及其作用方式。

近年来，我国财产征收制度发生了很多可喜的变化。在网络

进入微博时代后，发生在江西宜黄以及其他地区的几起由补偿不足与暴力拆迁所引发的拆迁户自焚事件引发了社会舆论的强烈反应和中央政府的高度关注，从而推动了我国城市房地产征收制度的加速变革。2011年出台的《国有土地上房屋征收与补偿条例》极大地改变了已经持续十多年的旧有房屋拆迁制度，使得我国城市房地产征收制度对私有财产权利的保护力度大大增强——至少在文本上接近了世界多数法治国家的一般水平。农村土地征收制度的改革因为涉及集体土地物权制度的改变，难度相对较大，进度也较为缓慢。尽管如此，这一方面的改革也一直没有停下脚步。农村土地征收的补偿水平在区片综合地价推行之后有所上升；集体建设用地使用权流转制度的改革试点范围不断扩大；《土地管理法》的修改工作也在稳步进行。虽然一路艰险，但中国财产征收制度的改革始终向着正确的方向行进，我们有理由对未来充满信心。

如果本书能够对财产征收领域的学术研究有所裨益，对我国财产征收制度的改革有所推动，那么笔者的努力就得到了最好的回报。

在本书的写作过程中，笔者得到了清华大学朱宏亮教授的悉心指导，得到了云南大学缪昇教授和多位学界同仁的帮助和支持，本书的出版还得益于云南大学“211工程”省级重点学科建设项目、青年教师科研基金和校级科研基金的支持，在此一并表示感谢。

财产征收涉及的领域较广，问题复杂，而作者的学识和能力有限，书中错漏之处定然不少，还望学界前辈及读者诸君不吝赐教。

卜炜玮

2011年8月

目 录

第1章 绪 论	(1)
1.1 财产征收的概念	(1)
1.1.1 征收与征用的区别	(1)
1.1.2 财产征收的概念与分类	(3)
1.2 中美两国财产征收制度的现状	(7)
1.2.1 为什么选美国	(7)
1.2.2 中国财产征收制度的现状	(9)
1.2.3 美国财产征收制度的现状	(16)
1.3 研究内容与思路	(21)
1.3.1 研究内容	(21)
1.3.2 研究对象	(22)
1.3.3 研究思路	(24)
第2章 基础理论	(26)
2.1 财产征收的必要性	(26)
2.1.1 法学的解释	(26)
2.1.2 经济学的解释	(34)
2.2 征收权的主体与客体	(37)
2.2.1 征收权的主体	(37)
2.2.2 征收权的客体	(38)

2.3 对征收权的制约	(39)
2.3.1 制约征收权的两种思想	(39)
2.3.2 比例原则的要求	(42)
2.3.3 目的制约的必要性	(44)
2.3.4 补偿制约的必要性	(46)
2.3.5 程序制约的必要性	(53)
 第3章 中美财产征收制度的演变	(55)
3.1 美国财产征收制度的演变	(55)
3.1.1 萌芽时期(殖民地时期)	(55)
3.1.2 早期的发展(美国独立至20世纪20年代)	(57)
3.1.3 现代征收法时期(20世纪20年代至20世纪末)	(62)
3.1.4 Kelo案之后(21世纪初至今)	(67)
3.2 中国财产征收制度的演变	(75)
3.2.1 中国土地制度的演变	(75)
3.2.2 农村土地征收制度的演变	(78)
3.2.3 城市房地产征收制度的演变	(82)
 第4章 征收目的制约	(89)
4.1 管制与征收的界限	(89)
4.1.1 美国的判定标准	(89)
4.1.2 我国法律的规定	(96)
4.2 美日两国的征收目的制约	(100)
4.2.1 美国的征收日的制约	(100)
4.2.2 日本的征收目的制约	(109)

4.3 中国的征收目的制约	(114)
4.3.1 征收法律规范的架构	(114)
4.3.2 法律中的征收目的制约	(117)
4.4 比较与研究	(120)
4.4.1 征收目的的判断标准	(121)
4.4.2 判断标准的筛选与征收项目的分类	(127)
4.4.3 两类存在争议的征收	(132)
4.4.4 公共目的判定准则	(137)
4.4.5 对我国法律中现有征收目的制约的评价	(139)
 第5章 征收补偿	 (144)
5.1 征收补偿的经济分析	(144)
5.1.1 分析模型的建立	(144)
5.1.2 最优征收规模分析	(152)
5.1.3 最优补偿比率分析	(155)
5.1.4 救济成本对补偿决策的影响	(159)
5.2 确定征收补偿的原则	(162)
5.2.1 征收涉及的财产价值	(162)
5.2.2 征收补偿的几种原则	(167)
5.2.3 各国的补偿原则	(173)
5.2.4 分析与评论	(179)
5.3 征收补偿标准	(181)
5.3.1 美国和日本的征收补偿标准	(181)
5.3.2 中国的征收补偿标准	(184)
5.3.3 影响评估结果的重要因素	(196)
5.3.4 对我国征收补偿标准的分析	(208)

第 6 章 征收程序	(225)
6.1 美国和日本的征收程序	(225)
6.1.1 美国的征收程序	(225)
6.1.2 日本的征收程序	(233)
6.2 中国的征收程序	(238)
6.2.1 农村土地征收程序	(238)
6.2.2 城市房地产征收程序	(243)
6.3 比较与研究	(251)
6.3.1 美日两国征收程序的异同	(251)
6.3.2 对我国财产征收程序的分析	(261)
第 7 章 财产征收制度的现实运作	(271)
7.1 中国财产征收制度的现实运作	(271)
7.1.1 财产征收的动力	(272)
7.1.2 财产征收的阻力	(282)
7.1.3 现有制度的弊端	(286)
7.2 美国财产征收制度的现实运作——以城市更新 运动为例	(290)
7.2.1 城市更新运动的缘起	(290)
7.2.2 城市更新运动中的财产征收	(297)
7.2.3 城市更新运动的启示	(310)
第 8 章 中国财产征收制度的改革	(314)
8.1 现有的改革措施	(314)
8.1.1 现有改革措施综述	(314)
8.1.2 集体建设用地使用权流转制度改革	(316)

8.2 未来的改革建议	(324)
8.2.1 农村土地物权制度的改革	(324)
8.2.2 财产征收制度的改革	(327)
8.2.3 相关制度的改革	(335)
 附录 中国法律法规中关于管制征收与事实征收的条款	 (339)
 参考文献	 (345)

第 1 章 绪 论

1.1 财产征收的概念

1.1.1 征收与征用的区别

“名不正则言不顺，言不顺则事不成。”在学术研究中，概念和定义的重要性不言而喻。如果没有共同的话语基础，讨论就无法展开。因此，在进入下文的讨论之前，有必要对重要的概念进行解释和明晰。

概念的辨析应当从区别“征收”和“征用”这两个概念入手。我国法律界长期混用这两个术语，直到 2004 年宪法修改之后，两个概念在法律上才得到了正确的区分。其他的一些法律法规也随之进行了相应的修改。例如，在 1998 年颁布的《土地管理法》中，使用的是“征用”这个术语，但实际上表示的是“征收”的含义。2004 年全国人大通过的宪法修正案在第十条中区分了“征收”和“征用”这两个概念，随后《土地管理法》也进行了相应的修改，将以前使用的“征用”改成了“征收”。那么，究竟什么是征收？什么是征用？二者有何区别呢？

按照通说，征收是国家在法律规定的条件下，在提供补偿的前提下，强制取得自然人和法人的财产所有权的行为，征收权的客体是私有财产的所有权与其他财产权利。世界各国法律对国家征收权的行使都作出了严格的限制。国家行使征收权必须同时满

足下列三个条件：征收目的是公共利益；征收遵循严格的法定程序；向被征收财产的所有者提供公平合理的补偿。^① 因为此类征收是为增进公共利益而进行的，所以又被称为“公用征收”，以区别于政府收取税费的行为。又因为此类征收通常必须经过立法机构的审批方可实行，故又被称为“立法征收”。

征用则是在紧急状态下政府以国家名义强制使用公民和法人财产的行为。征用权的客体是私有财产的使用权，征用的期限是有限的。紧急状态的公布是国家征用权得以行使的先决条件。国家并不一定对征用财产的所有者负有补偿义务，除非被征用的财产在征用期间发生损坏。^②

具体而言，征收和征用在权力性质、立法目的、权力客体、行使条件和法律效果等方面都存在明显的区别。

①在权力性质方面，征收注重的是“收”，也就是对财产权利的取得；而征用注重的是“用”，也就是对征用对象的利用。

②在立法目的方面，法律规定征收权的目的是为了对私有财产权施加公共限制，使私有财产权的存在能促进社会公益；而法律规定征用权的目的是让国家在面临紧急状态时能够及时获得应对灾难和解决危机所需要的物质条件。

③在权力客体方面，征收权的客体通常是不动产权利，征用权的客体一般是财产的使用权。

④在行使条件方面，征收权的行使必须满足公共目的、公平补偿和公正程序的要求；征用权的行使必须以紧急状态的存在为前提，在非紧急状态下不得进行征用。

⑤在法律效果方面，征收与征用均是具有公法性质的行为，

① 中国社会科学院法学研究所．法律辞典 [M]．北京：法律出版社，2003．

② 中国社会科学院法学研究所．法律辞典 [M]．北京：法律出版社，2003．

且均涉及物权转移的效力，但征收的效力是导致被征收者财产权的最终转移且产生补偿费用请求权，征用的效力则是导致被征用者的财产使用权转移且产生使用费请求权、返还财产请求权和损害赔偿请求权，如果标的物是可消耗的动产，返还的应是同质同量的种类物。

表 1.1 征收与征用的区别

	征 收	征 用
权力性质	收 取	利 用
立法目的	限制私有财产权	应对危机
取得期限	永 久	短 期
行使条件	公共目的、公平补偿、正当程序	紧急状态
权力客体	所有权	使用权
是否返还	否	是

如表 1.1 所示，区别征收和征用的关键在于国家是“拿走”还是“借用”私有财产，对权利的强制转移是永久性的还是暂时性的，被转移的物权最终是否被归还。被征收的财产是不需要归还的；而被征用的财产在紧急状态结束后应当归还给原所有者。

1.1.2 财产征收的概念与分类

“财产征收”概念的内涵还受到“财产”概念的影响。

从词源学的角度来讲，英文的“财产”（property）一词源于拉丁文“*proprietas*”，意思是“特定的自然物或物的性质”和“所有权”。“*proprietas*”则来自于另一个拉丁文形容词“*propri-*

us”，它的意思是“自己的”（own）或“特殊的”（peculiar），反义词则是“他人的”（others）或“普通的”（ordinary）。“proprius”同时具有“物理的物”（physical things）和“抽象的性质”（qualities meaning）两层含义。^①由此可见，“财产”最早指个人的特别的物品。在早期人类社会的经济发展水平下，这种特别的物应该是具有可见外观的有体物。也就是说，“财产”一词是在事实描述的意义上被使用的。因为只有特别的物才能成为财产，所以物的外延比财产的外延大，财产只是物的一个部分。只有对人有效用，并具有稀缺性的物才是财产。随着人类社会的发展，无体物和权利陆续成为具有效用和稀缺性的对象。

大体而言，大陆法系对“财产”的定义有三个层次：在最狭义的概念上，财产指有体物，德国、日本的民法采用此定义；更宽泛一些，财产指包括有体物和特定无体物在内的广义上的物，法国民法采用此定义；^②而在最广义的概念上，财产指一切可以带来利益的物和权利，它不仅包括作为物权法对象的有体物，还包括一切对人类有价值的无体物。

普通法系上的“财产”概念，从狭义上说，可以理解为“由所有权而发生的权利”（right of ownership），或是“所有权的客体”（object of ownership），但广义的理解则是“有价值的东西”（valuable things），即可用金钱来衡量其价值的物或权利，或者是一种“可以交换的权利”。一般传统的定义并不将财产局限于“物”的范围，而是把财产定义为一种“关系”、一种法律关系的“网状结构”（network of legal relationship），或是一种

① The Oxford English Dictionary [M]. Oxford: Clarendon, 1933: 1471.

② 梁慧星. 民法总论 [M]. 北京: 法律出版社, 2001: 98.