



郑州大学法学博士文库

征收、征用与补偿

沈开举 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

沈开举 著

征收、征用与补偿



图书在版编目(CIP)数据

征收、征用与补偿 / 沈开举著. —北京: 法律出版社, 2006. 9

(郑州大学法学博士文丛)

ISBN 7-5036-6548-3

I. 征... II. 沈... III. 行政法—研究—中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 106433 号

© 法律出版社·中国

郑州大学法学博士文丛

征收、征用与补偿

沈开举 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 于佳

开本 A5

版本 2006 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9 字数 213 千

印次 2006 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 7-5036-6548-3/D·6265 定价: 23.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



郑州大学
Zhengzhou University

法学博士文库

总 序

光阴荏苒,岁月如梭。转瞬之间,郑州大学法学院已经走过了二十六个春秋寒暑,现已将近而立之年。在兄弟单位的关心、支持和帮助下,历经几代郑大人的不懈努力,郑大法学院逐步发展为拥有一个法学博士学位点,两个一级学科(法学和法律)硕士点,九个二级学科硕士学位点,一个法学本科专业,四个省级重点学科,两个省级人文社科重点研究基地的教学研究性法学院,成为中原大地从事法学教育与学术研究的重镇。

进入 21 世纪的郑大法学院,师资队伍职称结构、学历结构、年龄结构和学缘结构发生了较大变化。按照引进与培养并举、倡导教师博士化的方针,在近 80 名专任教师中,具有博士学位和正在攻读博士学位的教职业已过半。作为法学院教学、科研工作的中坚力量和学术骨干,一大批具有博士学位的中青年教师正在各自的学科领域崭露头角。为了充分展示其学术成果,并为我院培养的优秀博士生提供较高的学术平台,我们在

编辑出版《郑大法学文库》的基础上,经与法律出版社学术分社协商,拟推出一套具有更高学术价值的《法学博士文库》。该文库主要出版我院师生的优秀博士学位论文,借此展示中原法律学人的学术精神、学术品格和优秀学术成果,为发展壮大我们的科研团队创造条件。

记得米兰·昆德拉曾经讲过,“我们有越来越多的大学和越来越多的学生。学生们要拿学位,就得写学位论文。既然论文能写天下万物,论题目便是无限。那些写满字的稿纸车载斗量,堆在比墓地更可悲的档案库里。即使在万灵节,也没有人去光顾他们。文化正在死去,死于过剩的生产中,文字的浩瀚堆积中,数量的疯狂增长中……”。面对如此残酷的文化现象,对于该文库的出版,我们不能不慎之又慎。因此,作为我院最高层次的学术出版物,该文库将坚持学术第一的基本原则,努力出版一批真正具有学术价值的优秀博士论文。因此,凡列入出版计划的每一部书稿,均须经文库编委会认真审查后才推荐给法律出版社,再由法律出版社严格按照学术标准和学术规范的要求择优出版。我们衷心希望,该文库能够集中展示中原法学界最高层次的研究成果,并为我国的法学研究和学术交流提供一方小小的园地;更希望郑州大学法学院的各位同仁能够借此相互砥砺,在学术上百尺竿头、更上一步!

该文库的出版,得到了法律出版社学术分社的大力支持,是她们对待学术的严谨、开放、执着和热情,才促成了这套文库的最终出版。相信法学院的各位同仁一定不会辜负她们的深情和厚望。

值此文库出版之际,作为项目主持人,我既欣喜又不安。欣喜的是,她可以为我们的中青年学术骨干提供一个学术交流和成果展示的平台。不安的是,在人才辈出、高手林立的法学界,这套文库能否真正引起学界的关注与共鸣!但无论如何,我们都将以发展教育事业、开展学术交流为出发点,以渴求真理、企盼争鸣的平和心态来面对未来可能会发生的一切。

当然,我们十分清醒的知道,该《法学博士文库》的生存、发展及成功与否,均有赖于法学界各位同仁的关注和爱护。我们真诚地希望学界的各位前辈、先进和同仁,能够把我们和我们的文库当作朋友,不断给予关心和支持。“涓滴之流,可成江海”。如果该文库能够以其自身特色为中国法学领域的学术积累做些贡献,那将是我们最大的心愿。

因学养有限,难有高论,只能真诚地将我们出版该文库的一些真实想法告诉读者,权当为序。

A stylized, handwritten signature in black ink, likely belonging to the Dean of Zhengzhou University Law School.

郑州大学法学院院长

2006年8月8日

序

与行政法学其他领域相比,中国行政法学界对征收、征用与补偿的研究相对滞后,确切地说还存在不少理论上的空白。这不仅表现在行政法学科体系上缺乏征收、征用的内容,甚至把征收、征用等同于税费课征,而且实践中存在的问题更多。近几年,各地因农村土地征收和城市房屋拆迁引发了大量的信访案件,严重影响了社会的稳定与和谐,亟待对现行的征收、征用与补偿制度加以规制和完善。

2004年3月14日,第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》第二十条明确规定:“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。”第二十二条同时规定:“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。”宪法修正案的上述规定,为我们正确理解和把握征收、征用与补偿的内涵及其相互关系提供了宪法依据。

征收、征用与补偿制度的普遍确立,乃是西方近代法治与宪政国家的产物,其政治哲学基础在于自然权利理论。^①法治和宪政基于共同的价

① R. Epstein, *Takings: the Power of Eminent Domain and Private Property*, ,Harvard University Press, 1985, p. viii.

值基础,即(通过宪法和法律)限制国家权力,保障个人权利。对洛克等自然权利哲学家来说,财产和自由对于人的生存至为重要,不仅不能让渡,而且自动构成对于统治者的行为的限制。人们脱离自然状态结成国家、进入公民社会的目的乃是为了保障财产和自由。^① 统治者必须以人民的同意和保障个人权利为基础。这种新的政治哲学彻底改变了主权者与个人权利的关系。这一学说为法国的《人权宣言》、英国的《权利法案》以及美国的《独立宣言》和美国宪法提供了理论基础。

孟德斯鸠则明确提出了国家的补偿责任。在他看来,“在有关公共利益的问题上,公共利益绝不是用政治性的法律或者法规去剥夺个人的财产,或者剥削哪怕是它最微小的一部分。在这种场合必须严格遵守民法;民法是财产的保障。”“因此,公家需要某一个人的财产的时候,绝对不应当凭借政治法采取行动;在这种场合,应该以民法为根据;在民法慈母般的眼里,每一个人就是整个国家。”“如果行政官吏要建造一所公共的楼房,或修筑一条新的道路的话,他就应该赔偿人们所受的损失;在这种场合,公家就是以私人的资格和私人交涉而已。当公家可以强制一个公民出售他的产业,并剥夺民法所赋予他的‘财产不得被强迫出让’的重要权利,这对公家来说,就已经足够了。”^②

在一个共和政体之下,对国家的违法侵权所造成的损失,毫无疑问国家应当给予赔偿。即违法侵权对于个人财产的危险倒并不大,且获得救济并不困难。而民主程序所通过的立法对个人财产侵害的危险却大得多。因而,补偿对于个人权利保障而言是更为重要的一种国家责任。

保护宪法所确认的权利不受民主立法机关的侵犯,是美国法院行使

① [英]洛克:《政府论》,叶启芳,瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第76页。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第五卷第二十六章第十五节。

其权力以保护个人权利不受民主损害的中心问题。美国宪法第五修正案的规定对征收有两个要求。第一个要求是“公用”的要求。但实际上,“公用”一词长期以来被界定得如此之宽泛,因而几乎不再是什么屏障。对何者构成征收这一问题的决定权大部分都被赋予了立法机关。在决定政府是否为了公共目的而行使其土地征用权的问题上,司法机关的作用是很有限的。在密执安州最高法院对 Poletown 一案的判决中,就充分说明了“公用”一词的含义能被界定得多么宽泛。以至于在关于征收条款的大量评论中,竟没有一篇讨论“公用”问题。评论者关心的是第二个问题,即“补偿问题”。^①

补偿不仅仅意味着对于被征收的某个私人财产经济上损失的弥补和恢复,同时也是对于国家征收权的一种实质性限制。例如,魏玛宪法虽然破天荒地在西方世界中否定了私人财产权的神圣性和绝对性,确立了对财产权基于公共福利的制约理论,然而在实践中却遭到了温柔的抵制,许多学说和判例仍然坚持完全补偿的立场,使魏玛宪法下的财产权社会化措施招致失败。^②

尤其是在行政国时代,社会关系的复杂化和专业化使人们不得不允许公权力超越消极的守夜人角色,发挥更为积极的功能,进而公共用途这一限制已经被公共利益的概念所替代,而公共利益的概念则是一个可以作无限扩充解释的模糊的相对概念。因此,对公共权力的最后限制以及财产权人唯一可据以保障自己权利的便只有补偿了。

在当代中国,完善我国行政补偿制度乃是国内外形势的客观要求。

① [美]詹尼弗·内德斯基:《美国宪政和私有财产权的悖论》,载[美]埃尔斯特·斯来格斯塔德主编:《宪政与民主——理性与社会变迁研究》,潘勤、谢鹏程译,三联书店,第282~285页。

② 林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第204页。

补偿责任是法治和人权保障的必然内涵。社会主义政治文明已成为“三个文明”建设的重要内容,依法治国,建设社会主义法治国家是国家政治体制改革的重要目标,两者均已写入宪法。因此,国家对其行为承担包括补偿在内的国家责任,无疑应成为推进政治文明和法治国家建设的应有之意。

市场化变革也在客观上要求进一步完善我国的行政补偿制度。观诸西方市场经济发达国家,虽然宪法和法律中并无建立市场经济体制之类的规定,但通过确立一系列以保障私人财产权为核心的权利保障制度,市场经济便不期而至。自上个世纪70年代末中国实施改革开放以来,我国社会主义市场经济建设取得了举世瞩目的成就。而且随着开放程度的不断增强,尤其是加入世界贸易组织之后,我国经济体制的市场化取向更得到国际社会的有力推动。2004年通过的宪法修正案,第一次将私人财产权保障、尊重和保障人权写进了宪法,并明确规定了国家的补偿责任。

虽然征收、征用与补偿已写进宪法,但征收、征用仍缺乏严格的法律规制,补偿范围过于狭窄,补偿原则及适用标准公正性不足,与发达的市场经济国家所通行的“及时、充分、有效”的公正补偿还有很大差距,从而不仅使私人损失得不到应有的救济,也使得公权力对于私人权益的限制、剥夺行为受不到应有的约束,导致实践中借公共利益之名,在土地征收、征用以及城市房屋拆迁领域严重侵犯私人权益的现象屡见不鲜。在立足中国国情的基础上,借鉴西方发达国家的有益经验,系统深入地研究征收、征用与补偿制度,显然已成为我国公法学界面临的一项重大课题。

沈开举同志是我国法学界较早从事行政法学的著名学者,也是较早着手对征收、征用与补偿问题展开系统研究的学者。作为他的博士生导师,我认为这篇论文在以下几个方面是值得充分肯定的:一是对行政征收和征用的研究。中国行政法学界以往研究补偿问题存在着这样一

个误区,即不是从研究征收、征用入手研究行政补偿。行政补偿伴随着行政征收、征用而来,又随着行政征收、征用的扩张而扩张,以致超过行政征收、征用的范围,甚至与行政赔偿相重叠。从某种意义上说,不研究行政征收和行政征用,行政补偿便是“无本之木”、“无源之水”,西方国家学者把征收、征用与补偿视为“唇齿条款”或“联结条款”,原因也正在于此。二是本文以宪政为基础对征收、征用与补偿展开深层次的探讨,通篇洋溢着作者对社会主义市场经济条件下的私权保护、公权监督以及法治政府建设的热情关注,这在很大程度上避免了我国行政法学研究上存在的过于表面化、技术化的倾向。三是侧重于对征收、征用与补偿基本理论基础问题的研究,尤其是以“特别牺牲理论”为主线,详尽地解读了征收、征用权与主权、警察权、税收权以及与公共利益、正当程序、公平补偿之间的密切关系。应当说,作者的研究是深入的、系统的。四是在诸如征兵、服劳役等人身权损害补偿领域以及对税收、费用征收是否有偿等问题上,作者都有一些大胆的、富有创建性的探索。

应当向读者说明的是,本文已对作者在答辩时提交的文稿在体例和内容上做了较大修改,特别是增加了征收与征用的内容,删除了原文中对土地征收与城市房屋拆迁等实证分析的内容,同时对论文的名称也作了调整。这些变化在某种程度上反映了作者在写作思路上的转换以及在后续研究中的一些新的进展。

开举同志多年来潜心治学,刻苦钻研,探索理论,深入实践,厚积而薄发,取得了丰硕的成绩。今喜读大作,为我国行政法学又添一有创见的学术专著而欣慰,故欣然为序。

袁曙宏

2006年9月于国家行政学院

目 录

第一章 导论

一、概说	/ 1
二、征收或征用的定义	/ 6
三、征收与征用	/ 10
四、征用权与主权	/ 20
五、警察权	/ 24
六、税收权	/ 34

第二章 征收、征用的宪法制约

第一节 概述	/ 38
一、宪政的内涵	/ 38
二、财产权的宪政意义	/ 39
三、征收、征用的宪法基础——财产权的社会化	/ 45
四、征收、征用宪法制约的基本结构	/ 50

第二节 公共利益的限制	/ 53
一、各国宪法中的公共利益条款	/ 54
二、公共利益概念的解读	/ 55
三、对征收、征用的限制——公与私的利益衡量	/ 61
四、各国征收、征用制度就公共利益要件的认定	/ 64
第三节 正当程序的限制	/ 73
一、法律程序的一般价值	/ 73
二、正当程序的历史渊源及其演变	/ 75
三、正当法律程序控权模式的兴起	/ 80
四、征收、征用的正当程序	/ 83
第四节 公平补偿的限制	/ 85
一、各国宪法有关征用补偿的条款	/ 86
二、公平补偿的理论基础	/ 88
三、公平补偿的认定	/ 90

第三章 征收、征用的范围

第一节 概述	/ 97
一、概说	/ 97
二、征用范围的扩张	/ 99
第二节 公用征收	/ 103
一、西方国家的公用征收制度	/ 103
二、公用征收的主要特征	/ 106
三、公用征收的范围	/ 106
四、我国公用征收的现状与问题	/ 111

第三节 管制性征用	/ 117
一、概述	/ 117
二、管制性征用的主要特征	/ 118
三、管制性征用的范围	/ 120
四、我国管制性征用的现状与问题	/ 122
第四节 事实征用	/ 127
一、概述	/ 127
二、事实征用的范围	/ 129
三、我国事实征用的现状与问题	/ 130
第五节 一个有争议的领域——非财产权损失	/ 131
一、非财产权能否纳入征收、征用范围的法理分析	/ 131
二、非财产权征用的主要特征	/ 136
三、可被征用的非财产权的范围	/ 138

第四章 行政征收、征用的程序

第一节 行政征收、征用程序概述	/ 149
一、行政征收、征用程序的一般含义	/ 149
二、行政征收、征用程序的一般步骤	/ 150
三、行政征用程序的主体	/ 152
第二节 西方主要国家行政征用的程序	/ 165
一、美国的行政征用程序	/ 165
二、法国的行政征用程序	/ 172
三、德国的行政征用程序	/ 178
四、日本的行政征用程序	/ 181

第三节 中国行政征收、征用的程序及其完善	/ 184
一、我国行政征用程序的基本制度	/ 184
二、我国行政征用程序存在的问题	/ 188
三、完善我国行政征用程序的思考	/ 191

第五章 行政补偿

导言	/ 210
一、补偿立法滞后	/ 211
二、补偿范围过窄	/ 212
三、补偿程序简陋	/ 215
四、国家补偿的适用范围不当	/ 216
五、补偿标准混乱且过低	/ 217
第一节 行政补偿概述	/ 219
一、行政补偿概念的界定	/ 219
二、行政补偿的性质	/ 222
三、行政补偿的历史发展	/ 224
第二节 西方主要国家的行政补偿	/ 227
一、美国的补偿制度	/ 227
二、法国的补偿制度	/ 232
三、德国的补偿制度	/ 235
四、日本的补偿制度	/ 239
第三节 我国行政补偿制度的完善	/ 246
一、关于行政补偿的原则	/ 246
二、关于行政补偿的计算标准	/ 248

三、关于行政补偿的方式	/ 253
-------------	-------

四、关于行政补偿的体系	/ 256
-------------	-------

后记	/ 272
----	-------

第一章 导 论

一、概说

有人类历史以来的任何一个国家,要满足公共使用,其途径主要靠征收或征用。^①所谓征收、征用,泛指国家为了公共利益的需要并基于主权原则强制实施的损害私人权益的一切合法公权力的行为。从财产权上来说,它至少包括税收、收费、强制拿走私人所有的不动产或动产,甚至损害私人的其他具有财产价值的权益;从非财产权上来说,还包括征兵、征调劳力等。当然,笔者这里使用征收和征用这两个概念是广义的,可能是由于太过广泛,或者是由于西方学者鲜有提及,权作一种大胆的假设似乎更为合适。

征收或征用,从权力来源上说,都是基于国家的主权。主权是标志着一个国家对内最高、对外独立的一种排他性权力。其既是国家是否确实存在的象征,也是一个国家是否享有独立自主地位的标志。^②不难理解,对于国家的征收或征用权,倘若我们假设有相反的情况存在,那整个国家及其各种机构恐难以维持。征用之所以必要,是由于政府因特定公用目的需要的产品通过市场机制无法实现,舍强制而无他途。征用之所以要补偿,是因为征用的实质是一种买卖——买卖的双方都应当支付对价,尽

① 其他的途径还包括早期靠武力的掠夺以及后来靠政府投资所得的收益等。

② 尽管这可能是对主权概念的传统解读。