

国家“九五”社科基金项目

行政补偿法研究

沈开举 ● 主编

114



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国“法治”发展研究报告

行政补偿法研究

魏开平 著

中国政法大学出版社

国家“九五”社科基金项目

行政补偿法研究

主 编 沈开举

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

行政补偿法研究/沈开举主编. —北京:法律出版社,
2004.12

ISBN 7-5036-5068-0

I.行… II.沈… III.①国家赔偿法—研究—中
国②房屋拆迁—补偿—行政法—研究—中国③土地征用
—补偿—行政法—研究—中国 IV.D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 084613 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李天一

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/8.5 字数/236千

版本/2004年12月第1版

印次/2004年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法规出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/law@lawpress.com.cn

rip8841@sina.com

读者热线/010-63939631

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5068-0/D·4786

定价:30.00元

主 编 简 介

沈开举,1962年出生于河南省固始县,郑州大学法学院教授,郑州大学宪法与行政法研究中心副主任。主要社会兼职:中国行政法学会研究会副会长、国家行政学院行政法研究中心兼职研究员、北京大学公法研究中心兼职研究员、河南省法学会行政法学会研究会副会长、河南省人民检察院专家咨询委员会委员。主要著作有《行政征收研究》、《行政责任研究》等,在《中国法学》、《法学研究》、《宪政论丛》、《行政法学研究》、《人民日报》、《法制日报》等刊物上发表论文二十余篇。

撰稿人及其写作分工

(以姓氏笔画为序)

王红建 (郑州大学宪法与行政法研究中心研究员、法学硕士) 第五、七、八章。

司坡森 (安全生产信息研究院安全生产法律研究所、法学博士) 第六、七、八、十一章。

宋炉安 (河南省高级人民法院法官、硕士生导师、法学博士) 第十章。

苗连营 (郑州大学法学院教授、硕士生导师、法学博士) 第三章。

沈开举 (郑州大学宪法与行政法研究中心研究员、教授、硕士生导师) 导论, 第一、二、四、五、十一、十二章。

杨俊峰 (中国社会科学院博士研究生) 第一、六、九章。

翟小波 (中国社会科学院博士生) 第五、十二章。

目 录

导 论	(1)
第一章 行政补偿的概念	(9)
第一节 行政补偿概述	(9)
一、概说	(9)
二、行政补偿的性质和特征	(11)
三、行政补偿与相关概念	(15)
第二节 行政补偿的分类	(17)
一、合法公权力行为导致的特别牺牲补偿——狭义的行政补偿概念	(17)
二、无因管理特别牺牲补偿的纳入——广义的行政补偿概念	(26)
第二章 行政补偿的历史发展	(27)
第一节 外国行政补偿制度的历史发展	(27)
第二节 中国行政补偿制度和理论之发展	(31)
一、宪法规定之变迁	(31)
二、我国行政补偿立法实践	(37)
三、行政补偿理论研究之回顾	(40)
第三章 行政补偿的宪法依据	(49)
一、财产权保障的历史演变	(49)
二、行政补偿的宪法规范结构	(53)
三、我国私有财产宪法保护的演变轨迹及其结构性缺陷	(58)
四、我国行政补偿宪法保障制度的构建	(63)
第四章 行政补偿的理论基础	(69)
一、关于行政补偿理论基础的几种主要学说	(69)

二、关于行政补偿的理论基础的评价	(74)
三、本书的观点	(76)
第五章 行政补偿的要件	(78)
第一节 行政补偿的公共利益要件	(78)
一、公共利益的内涵	(79)
二、公共利益的本质属性	(80)
三、公共利益的体现和公共利益目的	(82)
四、公共物品的提供主体	(87)
五、公共利益目的的认定	(88)
第二节 行政补偿的主体要件	(90)
一、行政补偿主体的基本结构	(90)
二、行政补偿权利人	(91)
三、行政补偿义务人	(96)
第三节 行政补偿的客体要件	(104)
一、行政补偿客体的概念及构成要件	(104)
二、不利益的分类与行政补偿客体	(105)
三、几种不利益与行政补偿客体的关系	(107)
第四节 行政补偿的损害利益要件	(116)
一、行政补偿损害利益的界定	(116)
二、国家对不同种类损害的补偿原则	(128)
第六章 行政补偿的体系	(144)
一、体系概说	(144)
二、合法公权力行为特别牺牲补偿——狭义上的行政补偿	(146)
三、公法上无因管理的特别牺牲补偿	(150)
四、我国行政补偿体系现状与问题	(150)
第七章 行政补偿的原则	(163)
一、国外行政补偿的原则	(163)
二、确立行政补偿原则的逻辑前提	(166)
三、我国行政补偿的原则	(169)

第八章 行政赔偿的计算标准	(173)
一、概说.....	(173)
二、国外行政赔偿的计算标准	(173)
三、我国行政赔偿计算标准的现状与完善	(176)
第九章 行政赔偿方式	(180)
一、行政赔偿方式的概念	(180)
二、行政赔偿方式在学理上的分类	(181)
三、行政赔偿的基本方式	(181)
四、行政赔偿的其他方式	(185)
五、我国立法中规定的行政赔偿方式	(186)
六、完善我国行政赔偿方式的思考	(189)
第十章 行政赔偿程序	(191)
一、行政赔偿程序概述	(191)
二、国外公用征收赔偿的程序	(191)
三、我国公用征收赔偿程序的现状与问题	(212)
四、我国公用征收赔偿程序的完善	(215)
五、其他行政赔偿的程序	(219)
第十一章 行政赔偿诉讼	(221)
一、行政赔偿诉讼的概念和类型	(221)
二、我国行政赔偿诉讼存在的问题	(223)
三、健全我国行政赔偿诉讼立法的途径	(225)
第十二章 我国行政赔偿的实证分析	(230)
第一节 土地征用问题研究	(230)
一、当前土地征用中存在的突出问题	(230)
二、土地征用问题亟待解决	(232)
三、原因分析	(234)
四、对策性建议	(238)
五、解决步骤	(240)
第二节 城市房屋拆迁的制度分析	(240)

一、当前城市房屋拆迁中存在的突出问题	(240)
二、城市拆迁矛盾亟待解决	(245)
三、对策性建议	(247)
参考文献	(249)
后记	(258)

导 论

损失补偿是与损害赔偿相对的一个概念,一般而言是对私人为公共利益遭受特别牺牲时给予的弥补与回复。在西方宪政民主国家中,对于保障私人权益而言,损失补偿要比损害赔偿更受重视。因为在一个法治社会,公权力违法、任意侵害私人权益的现象已较为鲜见,且较容易受到抵制与纠正,私人所遭受的损害也较容易获得救济。关键的问题是,对于合法的公权力行为致使私人遭受特别损失时予以补偿,这对保障私人财产权尤其重要。损失补偿制度的确立,使得公权力对于私人权益进行剥夺与限制,即使为公益所必需,由多数人以民主程序决定,也必须对为公益承受特别负担的私人予以充分的、公正的补偿,从而使私人权益尤其是财产权益保障真正落到实处。

在我国,国家权力一向广泛而庞大,私人权益尤其是财产权被挤压在边缘。在当前中国,虽然公权力违法侵犯私人权益的问题仍然非常严重,但对此毕竟有《宪法》、《国家赔偿法》等基本的立法,关键的问题在于相关立法的实施和进一步完善,而且理论研究也已相当深入。相比之下,在一个长期尊奉公益至上、贬抑私人权益、法即国家意志为正统观念的国度里,对于私人权益的损失补偿一直未得到应有的重视。

行政权行使导致私人权利损失进而应承担国家责任的情形有二:一是违法侵权的赔偿责任;二是合法行为造成损失的补偿责任。然而,在我国宪法学和行政法学的教科书中,对行政赔偿都是不惜笔墨,而对行政补偿却要么是缄口不言,要么是浅尝辄止。2004年3月,我国新通过的宪法修正案将补偿写入了宪法,这意味着国人已经开始认识到补偿的重要性。然而,对行政补偿的认识似乎仍有进一步深化之必要。

在制度层面,损失补偿虽然刚刚被写进宪法,但具体制度却繁杂

凌乱,补偿范围过于狭窄,补偿的原则及适用标准不公,与国外所通行的“及时、充分、有效”的公正补偿相去甚远。这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,导致实践中以公共利益之名恣意侵犯私人权益现象屡见不鲜。因而,在借鉴西方国家先进经验并结合中国国情的基础上,系统深入地研究损失补偿制度便成为我国公法学界所面临的一项重大课题。

法治和宪政立基于共同的价值基础,(通过宪法和法律)限制国家权力,保障个人权利。从思想渊源上讲,法治与宪政的产生有赖于12、13世纪逐渐盛行于整个欧洲的高水平的法律意识和超验的法律价值观。在古代,这种超验的价值观存在于神和自然正义之中。在现代,这种超验的价值观则体现在人权、自由、正义、尊严等普世价值之中。法治与宪政的思想起源于自然法,得到了盛行的宗教意识形态的支持。根据古希腊、古罗马和基督教的自然法思想,自然法被认为是普遍存在的根本性的法则。就其一般意义而言,自然法乃是指全人类共同维护的一整套权利和正义,由政府制定的法律不过是对这些自然法则的发现,因而是次要的法律。

英国光荣革命的结果是重新确立了谁是英国的立法者,洛克理论使得在光荣革命中成为主权者的议会免于沦为新的专制者。在洛克看来,英国议会不过是个人和自由的受托者,议会无权通过立法来废止这些权利,哪怕是以公共利益的名义。这种新的政治哲学彻底改变了主权者与个人权利的关系,统治者必须以人民的同意和保障个人权利为基础。

法治与宪政思想起源于古典自由主义的法律学说,这种观点不仅把法律看成是对自由的约束,而且更把法律看作是对自由的保障。对洛克这样的自然权利哲学家来说,这种更高的法律包括自然秩序下属于一切人的基本权利,这些权利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。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,并成为美国联邦最高法院推翻由国会和州议会通过的、被认为

是违背自然权利基本原则的立法的依据。

宪政和法治要求政府为其行为承担法律责任。法治和宪政的价值前提是它对基本人权的承认,这些人权不能被剥夺、不可侵犯,即使立法机关也不得以绝对多数的意见剥夺这些权利。宪法和法律不是基本人权的渊源,而是其产物,是宪法和法律造就了统治者,而不是统治者造就了法律。宪法和法律可以修改,但是人的基本人权不可剥夺,维护这种权利的基本制度的原理不得背弃。

据此,当公权力侵犯个人的基本权利时,由国家承担填补责任便是法治和宪政必然的内在的要求。“政治法使人类获得自由,民法使人类获得财产。”“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办交涉而已。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。”〔1〕

值得注意的是,近代西方长期以来公务违法侵犯私人权利的损害赔偿被当作官吏自身责任,由其个人来承担。即使在由专制主义转向立宪民主主义的国家,也无非是由对国王的盲目尊崇转变成了对主权的尊崇,国家仍然不承担侵权赔偿责任。在英美,依照主权豁免(Sovereignty Immunity)观念,作为主权者的国家乃是国家法律的渊源,不承担法律责任。主权豁免源自于英国所长期奉行的“国王不可能为非”(The King can do no wrong)原则。在英国普通法中,没有国家的

〔1〕〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆2002年版,第5卷第26章第15节。

观念,朕即国家。国王不可能做错事,当然也就无须承担侵权赔偿责任。美国继承了普通法上的主权豁免原则,1821年马歇尔首席大法官在科亨诉弗吉尼亚案件的判决中宣称美国联邦不能作被告。从此以后,美国法院一直适用这个原则。^{〔2〕}

在大陆法系,与之相应的是委任理论(Mandatsstheorie)。依此理论,国家对于官吏的委任仅限于合法行为,作为官吏负有依法行事的注意义务,如有违法侵害私人权益的行为,应视为官吏个人行为,由其自负赔偿责任。1794年的《普鲁士一般邦法》及1900年的《德国民法典》就体现着这样的观念。^{〔3〕}

在近代,公务违法的赔偿责任由官吏个人承担与当时的赔偿责任的归责原则有关。近代的赔偿责任追究采取的是过错归责原则,过错与违法紧密相连,违法往往便是有过错的。根据过错归责原则,个人必须为其过错承担责任,且只为其过错承担责任,刑事和民事责任都是如此,这体现着古典自由主义的法律观。

在进入近代法治国时代之后,私人权益受到官员违法侵害的危险相对较小,且容易受到抵制和纠正。而且,在近代,国家对于社会的干预较少,国家的行政职能有限,公民受行政权违法侵害的机会不多,国家不负赔偿责任对社会危害不大。总的来讲,在18世纪的西方各国,公权力的违法赔偿领域普遍奉行着国家无责的观念,违法的职务侵权责任由公务员个人承担。这种状况一直持续到20世纪。

在民法上,监护人应当对被监护人负责,法人也必须为其职员履行职务的行为负责。依此,便可以对国家责任进行重新建构和解释。在狄骥看来,国家是一个民族的政治组织,由各个具有人格的个体组成,这是可以证实的,但是国家人格是无法证实的,是一个形而上学的虚构。国家活动源于个人意志,但它是集体活动,因为它的目的是集体性质的。集体或国家都不具有人格,因此不能成为责任人,但集体活动使

〔2〕 参见王名扬著:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第732、733页。

〔3〕 参见吴庚著:《行政法之理论与实用》,三民书局增订第7版,第694页。

整个社会的成员受惠,那么这些人就应当承担风险,否则就有失公平。如果国家公务给某组织或个人带来超乎寻常的特别的负担,这项公务的基金就应当给予填补。他认为公平负担是整个国家责任赖以建立的惟一的观念基础。其后,进一步推动国家责任发展的是纯粹法学派的凯尔森。在他看来,法律只是一种秩序,主权者与统治者不是一种强力与服从的关系,而只是共同服从于秩序的一种关系,进而解决了国家承担侵权责任的理论难题。

在实践上,则是由于这种做法的弊端——官吏个人财力有限,不足以满足对受害人的救济,有碍于官吏积极执行公务——国家代位责任理论乃至国家自己责任(无过错责任、危险责任)理论才逐渐取代了委任理论。

在实定法上,直到1910年,德国《帝国公务员责任法》才规定了国家对于违法侵权责任代为承担侵权责任。其后1919年的《魏玛宪法》第131条又对国家代位责任理论进行了规定。^{〔4〕}在美国,广泛地放弃主权豁免原则已经是1946年制定《联邦侵权求偿法》之后的事了。

但对于合法的公务行为造成损失的补偿责任而言,就不存在着主权豁免的情形。虽然主权是至上的,但是私人财产对于个人来说也是至上的。个人权利的保障是法治和宪政的价值旨归。对于国家违法的侵权责任被通过主权豁免理论确定为公务员个人责任,但国家对于征收^{〔5〕}私产的补偿责任却无法规避。

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的角色,发挥更为积极的功能,进而公共

〔4〕《魏玛宪法》第131条第1项规定:“公务员行使受托付的公权力违反对第三人的职务上的义务时,原则上由国家或公务员任职的公法人负其责任。”

〔5〕“征收”或“征用”在西方泛指所有致使私人为公益承受特别负担的公权力行为——无论是近代意义上的取得合法财产(主要是以土地等不动产)用于公共用途,还是对于私人财产权的过度限制,都被视为构成“征作公用(*be taken for public use*)”。在中国内地学界,这一概念使用不统一,甚至还包括税费课征在内。2004年修宪,“征收”与“征用”又被赋予了不同含义,但实质上并无差别。因此,为论述方便,本文在使用这两个术语时未作区分。

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惟一可据以保障自己权利的便只有补偿了。

从个人权利保障角度来看,补偿是个人权利保障的底线。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,补偿对于个人权利而言是更为重要的一种国家责任。

制宪者看到的问题是,只要人们自由地运用他们“不同的和不平等的获得财产的能力”,那就不可避免地会导致财产的不平等分配。虽然美国有着巨大的资源,并且没有经过封建时代,但它也面临着多数人和少数人、穷人和富人这一古老的话题。多数人将是贫穷的(麦迪逊认为,多数人最终会变为无产者),因而在一个共和政府中,财产权本质上是脆弱的。这种脆弱形成了制宪者们对多数人暴政关注焦点。^{〔6〕}

即使是适当地组成的共和政府也会侵犯其公民的权利,尤其是财产权利。通过公众的同意而进行统治远不是解决暴政问题的彻底办法,伴随着它的固有的危险是多数人压迫少数人的问题。因而制宪者们的任务是设计一种基于共和原则但又能确保个人的权利和少数人的权利的政府形式。财产的安全就成了这一问题的界定性实例,并成为有关解决办法的焦点。^{〔7〕}

保护宪法所确认的权利不受民主立法机关的侵犯是法院行使其权力以保护个人权利不受民主攻击的中心问题。美国宪法第五修正案对征收有两个要求。第一个要求即是公用的要求。依照法院的解释,政府只有出于公用目的才可征收私有财产,如果不是为了公用,那么即便

〔6〕 [美]詹尼弗·内德斯基:“美国宪政和私有财产权的悖论”,载[美]埃尔斯特新来格斯塔德编:《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。

〔7〕 同上注。

是提供了补偿,政府也不能行使征收权征收私产。如果政府动用其土地征收权收取私人财产,那么财产权人就可以以其财产被征为私用而非公用,对政府征收的合法性提出质疑。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了。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,以至于关于征收条款的大量评论中,竟没有一篇是讨论它的,评论者关心的是补偿问题。〔8〕

而且,补偿不仅仅意味着对于被征用的某个私人财产的经济上损失的弥补和回复,同时也是对于国家征用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。〔9〕

在当代中国,重视补偿问题是国内外形势的客观要求,补偿责任是法治和人权保障的必然内涵。当前,政治文明已经成为官方意识形态的重要内容,建立法治政府也正是国家政治体制改革的目标。进而,国家对其行为承担包括补偿在内的国家责任成为推进政治文明和法治政府建设课题的应有之义。

而应当注重国家补偿责任最为重要的客观原因则在于当前中国的市场化变革。市场经济是自由交换的经济,而交换的前提是交易者个人拥有支配劳动成果的权利。没有财产权,拿谁的财产去交易?观诸西方市场经济发达国家,无论宪法和法律中皆无建立市场经济体制之

〔8〕 [美]詹尼弗·内德斯基:“美国宪政和私有财产权的悖论”,载[美]埃爾斯特、斯來格斯塔德編:《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。

〔9〕 林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第204页。