

公法视野下的 住房保障

以日本为研究对象

凌维慈 著

Housing Security
in the View
of Public Law
The Japanese Experience

凌维慈 著

Housing Security in the View of Public Law
The Japanese Experience

公法视野下的 住房保障

以日本为研究对象

图书在版编目(CIP)数据

公法视野下的住房保障：以日本为研究对象/凌维慈著. —2版 —上海：
上海三联书店，2015.3

ISBN 978-7-5426-5031-3

I. ①公… II. ①凌… III. ①住宅-社会保障-研究-日本
IV. ①D731.37②F299.313.331

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第298065号

公法视野下的住房保障：以日本为研究对象

著 者 / 凌维慈

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 豫 苏

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

特约校对 / 袁苇鸣

出版发行 / 上海三联书店

(201199) 中国上海市都市路4855号2座10楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-24175971

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2015年3月第2版

印 次 / 2015年3月第1次印刷

开 本 / 890×1240 1/32

字 数 / 245 千字

印 张 / 7.5

书 号 / ISBN 978-7-5426-5031-3 / F·704

定 价 / 39.00元

敬启读者，如发现本书有印装质量问题，请与印刷厂联系021-66510725

目 录

第一章 绪论	1
一、问题的提起	1
二、研究的视角和方法	3
三、已有研究与概念解释	7
四、总体框架	11
第二章 新宪法体制建立前的干预与管制	13
第一节 以治安为目的的初步干预	13
一、最初干预的背景和措施	13
二、住房保障的形态:以不良住宅地区改良法为例	16
三、小结	17
第二节 服务于战时管制的保障	18
一、战争与住宅政策的转变	18
二、战时住宅政策的展开与保障形态	20
三、终战初期的临时住房保障措施	30
第三节 小结	31
第三章 战后宪法的制定与住房保障制度的确立	41
第一节 新宪法的制定	41
一、日本国宪法体制的建立	41

二、生存权条款的确立	42
第二节 以“生存权保障”为目的的住房保障制度的建立 ...	43
一、《生活保护法》上的住宅扶助	43
二、公营住宅	46
第三节 基本生存保障之上住宅政策的建立	66
一、住宅金融公库	66
二、企业职工福利住宅	69
三、公团住宅	72
四、小结	75
 第四章 生存权条款与住房保障	77
第一节 住房保障在战后宪法上的问题	77
第二节 生存权条款对住房保障立法的拘束	80
一、文义解释上的问题	80
二、宪法第 25 条裁判和学说的展开	84
三、宪法第 25 条对住房保障立法的拘束	93
第三节 平等权对住房保障立法的拘束	104
一、生存权诉讼与平等原则	104
二、以独居者诉讼为例	106
第四节 小结	113
 第五章 财产权“公共福利”限制与住房保障	116
第一节 房屋租赁法上“正当事由”内涵的变迁	116
一、租金管制的放松	116
二、战后判例对“正当事由”解释的变迁	117
三、学说上“居住权”的提出	127
第二节 正当事由与公共福利	132
一、正当事由与公共福利内涵的变迁	132
二、财产权限制的违宪审查基准	138

三、正当事由条款的合宪性	140
四、人权价值序列上的判断	142
第六章 结语：结论及其对我国的启示	146
第一节 对日本问题的总结	146
一、日本住房保障的问题	146
二、理论上的反思	150
第二节 对我国的启示	152
一、计划经济下的福利分房	152
二、福利分房的终结与住房保障制度的再建构	154
三、反思	157
参考文献	162
附录	170
后记	230

第一章 绪 论

第一节 问题的提起

2005 年迄今,国家面对住房高度市场化所带来的一系列经济、社会的负面效应^{〔1〕},逐步开始在住房全面商品化的基础上重新建立我国的住房保障制度,新的住房保障制度主要以不同收入群体的居住保障为对象形成了廉租房、经济适用房以及其它中低价位、中小套型普通住房的供应保障体系。在此之外,国家还通过限制土地供应、提高贷款利率、增加交易税费等措施干预住房市场,稳定住房价格。

1988 年住房体制改革所启动的“住房商品化”逐步瓦解了计划经济体制下的“公有租赁住房分配制度”,国家放弃了住房建设和供给的职权与责任。20 年后的今天,面对住房自由市场与人的基本居住需求之间的尖锐矛盾,国家在新的市场经济和社会体制下,又不得不重新拾回干预住房市场、保障公民居住权利的责任。

〔1〕 住宅价格的高涨以及针对低收入者公共住宅的缺乏导致住宅消费的支出成为中低收入城市居民沉重的经济负担,并带来了就业人员创造力下降、银行不良贷款增加、耕地资源减少、乃至社会贫富差距进一步扩大等一系列严重的社会问题。

问题是,新时期的国家保障责任决不是回到计划经济时代国家、单位、个人一元化的保障体系,而是必须面对保障市场活力、维护公民自由权的法治国家要求,平等而有效率地承担保障公民享有有尊严的、可负担的居住条件的责任。因此,国家必须重新审视自己责任的边界。

近两年,在制度建立过程中出现的困惑与争议恰恰体现了以上的问题。一方面,国家对住房市场化程度进行约束并建设保障性住房时,无可避免地陷入“住宅行业的 GDP 贡献重要”还是“人人可享受有可负担的住宅更重要”的困境之中,以强调福利功能的住宅政策设计(例如保障性住房的供给、非自住型住房的税收征收)屡屡在外部经济环境的变化中不断发生调整。例如仅就个人信贷政策来看,2008 年金融危机背景下,中国人民银行又放松了 2006 年的限制条件,扩大商业性个人住房贷款利率下浮幅度,调整最低首付款比例。^{〔1〕}这种将产业与保障充分混合的决策机制和制度设计带来以下的问题:如果说国家对住宅市场的规制和积极保障措施都受制于国家对住房产业的依赖度等各种经济因素的考虑,那么作为人的基本生存条件的居住保障在法的意义上、在国家义务与公民权利的框架中,还有没有其位置?

另一方面,各地在限价房、经济适用房、廉租住房制度的建立中,引发了大量对于准入标准的讨论,为什么经济适用房、廉租住房的收入标准以此数额为限?为什么家庭的人均住房条件以此面积为标准?为什么同样也应属于中低收入群体的某些住宅困难家庭,国家

〔1〕 参见 2008 年中国人民银行新闻发言人对记者提问调整贷款政策背景的回答:“当前国际金融市场剧烈动荡,世界经济增长明显放缓,国际经济环境中不稳定因素明显增多。为应对国际金融危机对我国可能产生的影响,支持扩大内需,提高对居民购买普通自住房的金融服务水平,保障民生,按照党中央、国务院的统一部署,人民银行对商业性个人住房信贷政策适时进行了调整”。登载于 <http://www.chinanews.com.cn/cj/kong/news/2008/10-22/1421974.shtml>, 2010 年 5 月 26 日访问。

却不进行保障？这些问题直接触及到了国家承担的住房保障义务究竟应达到何种程度的难题。

以上的疑问对如何在我国的宪法和行政法上理解国家的积极福利保障行为提出了重要且迫切的课题。社会法治国要求下“福利保障”的国家作用与社会主义国家式全民福利保障的国家作用有何不同，如何在符合社会法治国要求下，发挥“福利保障”国家作用，既保障公民的社会权，又不侵犯他人的自由权，既保持社会本身的活力，又能使人们过上有尊严的生活，这种国家作用的发挥在宪法体制上应有何种机制来保障和控制？这些问题的解答也有助于理解我国宪法第 14 条第 4 款“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”和第 45 条物质帮助权基础上的社会权理论。

对于住房保障政策以及不同政策所确立的国家和个人关系探讨，将不仅有助于加强对国家干预住宅市场作用的积极认识，更有助于理解决定住房保障政策的政治、社会因素、以及仅从住房保障领域即可窥视到的，一国公法意义上的国家权力、义务与个人权利、自由界限的基本理论问题。

第二节 研究的视角和方法

当然无论是理论界还是实务界，对于国家是否应承担住房保障的功能及国家是否应干预住房市场，是存在争议的。但这种争议主要集中在经济学界，法学界大多肯定国家作为的义务，只是对宪法上的“住宅权”是否成立争讼纷纷。

住房一般被认为与其它的商品一样是由市场机制供给的物品，但即使在先进的资本主义国家，完全由市场机制决定住房供给的情况也不存在。住房作为人类生活的基本条件之一，是个人享有政治权利乃至职业选择等基本自由的前提，从历史的角度来看，住房制度

并不仅是一种市场自发形成的制度,而是政治制度博弈的历史结果。早在工业革命时期,国家已开始介入劳工的住房问题。在西方工业化的早期历史进程中,健康劳动力质量的保证成为西方工业化历史中首次碰到的政治与经济问题。而将住房问题政治化的观点可以1872年恩格斯发表著名的《论住宅问题》中找到基本答案。恩格斯面对工业革命(大量农村人口转化成城市工业劳动者)引发的住房短缺,形成社会“住房灾难”的问题,猛烈地抨击了以普鲁东为代表的“改良主义”向“法学的错误跳跃”,在恩格斯发表文章两年后,1874年,英国政府就颁布了《住房互助协会法》,通过政府税收减免来解决城市住房问题。而以自由市场化程度最高的美国来看,当1929年经济大萧条暴露出“放任自由经济”的危险,并严重威胁到资本主义生存方式时,罗斯福新政所创设的一系列法案,使美国资本主义道路出现了从“放任自由”到“合作资本主义”的历史性转变,1937年首部《住宅法》通过后,开创了联邦政府资助公共住房的先河,并创设了至今还发挥着执行住房保障政策的部门——联邦住宅发展署(HUD)。迄今为止,无论从经济政策还是福利政策的角度,住房保障都毫无疑问是国家作用的重要内容。

许多国家的宪法上也将住房保障作为公民的一项基本人权。^{〔1〕}在国际法层面,《经济、社会和文化权利国际公约》第11条第1款明确规定住宅的获得与食物、衣着一样作为基本人权受到国家的保障。^{〔2〕}

本公约缔约各国承认人人有权为他和家庭获得相当的生活

〔1〕 对于具体国家的列举可以参照 United Nations Housing Rights Programme Report No. 1, Housing Rights Legislation, Nairobi, 2002, p. 37.

〔2〕 《欧洲人权公约》虽然没有规定住宅权,但欧洲委员会和人权法院在众多判例中,根据《欧洲人权公约》第8条(隐私和家庭生活权)和第1议定书第1条(和平享有对居室的占有)都论及住宅权问题。参见[挪威]艾德等著,黄列译:《经济、社会和文化权利》,中国社会科学出版社,2003年版,第176—179页。

水准,包括足够的食物、衣着和住房,并能不断改进生活条件。各缔约国将采取适当的步骤保证实现这一权利,并承认为此而实行基于自愿同意的国际合作的重要性。

在国家的层面,南非的宪法就比照国际人权公约进行了规定,南非宪法第 26 条极为相近地反映了人权公约第 11 条第 1 款关于适当住宅权的规定,其中包括禁止强制驱逐。

Article 26. 住宅

(1) 每个人都有权获得适当的住房。

(2) 国家必须在可获得的资源条件下采用合理的立法和其它措施,来不断实现该权利。

(3) 在没有法院考虑了相关状况而作出命令的情况下,任何人都不能被从家中驱逐,或任何人的家都不被拆除。任何立法都不允许恣意的驱逐。

Article 28. 儿童

(1) 每一个儿童都有权利 ……获得住房……

南非最高法院也在格鲁特布姆(Grootboom)一案中,运用了该条款对住宅权做出了裁决。^[1] 法院承认了个人的“合理政策请求权”,确认了国家负有在其可利用的资源范围内逐步实现住宅权的义务。

有的国家通过宪法规范中经济社会权利的规定来涵盖住宅权的保障。例如日本国宪法的第 25 条规定了国民的生存权,法院和学理的解释都认为国家对公民的住房保障是建立在该条生存权保障的基础之上的。

[1] 对于案情的介绍主要参照黄金荣:“司法保障经济和社会权利的可能性与限度”,载《环球法律评论》,2006 年第 1 期。案情及判决也可参见 http://www.communitylawcentre.org.za/ser/casereviews/2001_1_SA_46.php。2007 年 5 月 1 日最后访问。

日本国宪法第 25 条

全体国民都享有健康而文明的最低限度生活的权利。国家必须在生活的一切方面为提高和增进社会福利、社会保障以及公共卫生而努力。

当然,另一方面,也有一些国家的宪法规范中不具有经济社会权利的规定,但是法院在福利国家的理念之下通过对财产权的扩张解释和对财产权、契约自由等的公共福利限制的解釋,从另一个侧面,支持了大量经济社会权利立法的主张。^[1]

因此,以上的立法和行政的实践证明,对住房保障这一国家作用中国家和公民权利义务的争论,其焦点不在于,国家是否有权利干预住房市场,而在于国家干预的界限在何处、国家保障的责任应承担多少。并且,从公法的视角来看,在自由资本主义向福利国家发展的历史长河中,国家在住房保障领域所承担的义务和个人获得保障的法律地位发生了质的变化。其间,各种外在和内在的因素促使各国形成了独特的法律制度和权利理论。

为了尝试运用成熟的社会法治国家原理或社会权理论中对于国家应如何承担福利保障责任的分析来思考我国现今住房保障领域中国家所应承担的责任和公民的权利,笔者选取了日本作为分析对象,通过对一个国家整体性的观察和总结,来提出反观我国的思路。

之所以选取日本为参照对象,是在于,首先日本通过明治维新建立了近代的君主立宪政体,经济上也开始迈入工业化,相伴随的农业社会的家族结构也被瓦解,然而在二战期间,军国主义的集权体制以及家族主义又得到复活,二战结束后在外部的压力下进行了民主化的改革,建立了以国民主权为原理的议会内阁制民主体制。因此,日

[1] 最典型的国家是美国,尽管其宪法中不具有社会经济权利的规定,但新政时期法院的变革,针对当时的社会背景,支持了大量社会性的立法。具体可参见 Cass R. Sunstein *The Second Bill of Rights*, Basic Books, 2004。

本在短短的一百多年历史中经历了封建君主专制的、君主立宪的、法西斯专制体制的、议会内阁制的多种政治体制,也使国家福利保障的权力行使在各阶段体现了截然不同的特征,这对于形成一个可资对照的参考系非常有利。由于日本在其工业化道路中,国家一直起着重要的主导作用,并且其城市的人口聚集程度和对住房财产的观念与我国有类似之处,因此笔者选择了其作为比较的对象。

因此,本书将视角对准国家介入住房市场、保障私人居住的过程中,国家作用的形式以及私人相对于国家的法律地位问题,试图从历史和比较的视角,分析日本在不同历史时期,国家的住房保障义务和个人的受益地位的变化,反思我国经济制度变革中,围绕住房制度改革所形成的国家义务和个人权利的内容,并进一步追问宪法学以及行政法学层面第二代人权的内涵和福利行政的新形式。研究方法上主要采取了法制度史与法理论相结合的方法,从制度展开的历史中,分析住房保障制度中国家和私人权利义务的内容演变。

第三节 已有研究与概念解释

近两年,法学界不少论著已关注到住房保障中国家责任承担的问题,一方面,在对如何完善住房保障制度建设的研究中,有学者关注到经济适用房、廉租住房准入标准的问题,例如符启林、罗晋京在《对我国廉租住房立法的建议》一文中,提出了廉租住房准入标准过高、以户籍为要件的不足,并指出在制定程序上应深入调研、广泛听取群众意见的完善方法,实际上已经触及到了国家保障义务究竟应履行到何种程度的问题。^{〔1〕}

〔1〕 参见符启林、罗晋京:《对我国廉租住房立法的建议》,载《甘肃社会科学》2008年第2期。

另一方面,很多学者从宪法上住房权是否成立的角度,试图通过分析住房保障在宪法上的保障方式来对我国近年来严峻住房问题提出改善的思路。例如余南平、凌维慈在《试论住宅权保障》一文中,指出公法和私法两种保障机制,特别提出了作为宪法基本权利的住宅权成立的可能性。^{〔1〕}朱福惠、李燕在《论公民住房权的宪法保障》一文中,提出住房权的保障主要依赖积极的国家财政政策以及政府改善民生的政治合法性理念加以实现。^{〔2〕}张群从人权的视角,以住房制度为中心,考察了中国古代、近代和当代的住房权的历史发展和保障的规律。在对丰富史料研究的基础上,提出“在古代社会,个人对住房需要没有法律上可以主张的权利,国家也没有满足的义务,但这并不能否定其道德上的权利”,^{〔3〕}并指出西方住房权观念和制度的输入对民国和新中国住房制度和政策产生重要影响。

这些研究非常重要地提出了国家承担住房保障责任的不足,以及可以通过宪法机制予以制约的观点。在如何以宪法和法律制约国家作为义务的研究上,主要关注各国宪法规范本身是否应予明文列举住宅权,以及未列举的情况下可以通过何种机制予以保障。

进而,不局限于住宅的领域,更多研究从整个社会保障制度出发,探讨宪法上的社会权、经济社会权利可诉性问题,客观地指出了国家保障义务可以通过何种机制加以约束,以及在现代国家又存在何种难题。黄金荣通过实现经济社会权利可诉性的障碍和限度的分

〔1〕 参见余南平、凌维慈:《试论住宅权保障——从我国当前的住宅问题出发》,载《社会科学战线》2008年第3期,第205—207页。

〔2〕 参见朱福惠、李燕:《论公民住房权的宪法保障》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2009年第2期,第118—122页。

〔3〕 张群:《居者其屋——中国住房权历史研究》,社会科学文献出版社,2009年版,第34页。

析,来把握国家社会福利保障义务如何履行的问题。^{〔1〕}胡敏洁分析了福利权的法律性质,对其是否属于法律权利、是否应明文规定以及可裁判性进行了具体的探讨。^{〔2〕}

日本公法学界以本书的角度关注国家住房保障义务的研究也较为罕见。一般主要集中在对一般意义上宪法 25 条生存权条款的研究和具体住宅政策的探讨。其中对于社会权的内涵以及日本宪法第 25 条生存权条款的研究可谓汗牛充栋。

本书正是建立在以上研究的基础上,以日本为例,考察日本国家住房保障作用在不同历史阶段的特点,国家介入住房市场、保障私人居住的过程中,国家作用的形式以及私人相对于国家的法律地位问题,进而发展我国公法学界对于国家住房保障责任的理论认识。

本文并不试图使用“住宅权”等用语展开论述,即使在当今立宪民主国家的宪法上明确规定“住宅权”的也是屈指可数,但住宅作为国家对人的基本生活条件的保障内容之一,毫无疑问已被联合国人权公约和许多国家的宪法所确认。因此本文在概念上更多使用的是“社会法治国家”、“社会权”、“经济社会权利”、“生存权”等概念。

本书的“住房保障”指的是由国家以各种形式来保障公民享有一定的住房。这里的“国家”包括单一制政府体制内的各级政府,“各种形式”包括住宅国家和集体所有、住宅用地划拨供给、住房公积金制度的建设、廉租房的建设和出租、经济适用房的供给和分配、住房市场价格的控制、对经济适用房价格的控制和财政补贴等等各种形式。

社会权、生存权、社会法治国家是一组类似的概念。“社会权”是学理上的概念,指的是与自由权相对应的第二代人权,即主要由国家进行积极给付所保障的权利。借用许庆雄所提出的概念,就是“基于

〔1〕 参见黄金荣:《司法保障人权的限度——经济和社会权利可诉性问题研究》,社会科学文献出版社,2009 年版。

〔2〕 参见胡敏洁:《福利权研究》,法律出版社,2008 年版,第 61—88 页。

福利国家或社会国家理念,为使任何人皆可获得合乎人性尊严的生存,而予以保障之所有权利的总称。”其形成是“为了解决资本主义高度发达下,劳资对立与贫富悬殊等各种社会矛盾与弊害,防止传统的自由权保障流于空洞化,谋求全体国民特别是社会经济弱者的实质自由平等,而形成的新形态人权”,且保障性质是“为了确保保障任何个人的实质自由平等并维持生存,而要求国家须积极参与的二十世纪权利保障”。〔1〕

“生存权”是日本宪法理论上的概念,它是以宪法第 25 条规定为基础发展而来的,被认为是日本社会权(日本宪法学上一般将宪法第 25—28 条总称为社会权,包括生存权、受教育的权利、勤劳的权利、劳动基本权)中的原则性规定,也被认为是社会权的核心。本文主要涉及国家对弱者的生活保障和与此相关宪法第 25 条生存权的内容,因此下文主要以生存权的理论形成为核心进行论述。

“社会法治国”则是战后德国宪法的基本原则。基本法第 20 条第 1 款规定:“德意志联邦共和国为民主与社会的联邦国。”第 28 条第 1 款第 1 项规定:“各邦宪法秩序必须符合基本法的共和、民主及社会的法治国原则。”强调国家不仅应消极地保障公民的自由,还应积极地行动,促进法律的平等和各阶级经济社会的平等。社会法治国条款作为一种国家任务的条款,其本身或与个别基本权利结合,扮演着国家目标的重要角色。社会法治国条款与基本法的基本权制度以及基本法下的民主制度一起,建立了战后社会法治国的框架。尽管是德国法上的用语,但在理论上也被一般地用在形容保障第二代人权的立宪主义国家,所以本文也在一般的意义上使用该原则。

〔1〕 许庆雄:《社会权论》,众文图书,1992 年版,第 13 页。

第四节 总体框架

本书的主要内容以五章结构展开,前四章以日本的住房保障制度为内容,最后一章对日本的情况进行总结,并提出对我国相关问题的反思,作为结语。

第二章从日本政府最初以公权力介入住房市场开始至日本二战战败初期为止,对这一期间的国家对住房领域的干预或保障行为进行了详细的考察,在整体上将该阶段归纳为日本战后民主宪法体制未建立前的阶段,并分析指出,这一阶段,国家从公民居住生活保障角度出发的住房保障政策尚未建立,主要是出于治安、公共卫生考虑的干预措施以及在战时服务于战时经济的管制政策,即通过限制所有权和契约自由来实现政策的目的。限制理由是出于社会整体的治安、消防、公共卫生等典型的自由国家公共福利,以及战争期间战时经济的要求、资本超额利润和国家整体秩序利益的“全体主义”的“全体利益”。终战初期的保障手段延续了战时经济政策中集权的、自上而下的保障手段。这些政策的受益者所享有的居住保障的利益只是服务于其它目的的国家干预和管制所带来的反射利益。

第三章以日本战后新宪法制定为起点,集中探讨战后住房保障政策的建立过程,分别对于以“生存权保障”为目的的《生活保护法》上的住宅扶助、公营住宅以及基本生存保障之上的住宅金融公库、企业职工福利住宅、公团住宅等制度中国家义务和公民权利的内容展开了具体的分析,发现日本战后的新宪法体制确立了国家保障国民过上健康、文明生活的宪法责任,在具体住房保障立法的层面,日本政府一扫战前恩惠观、反射利益论的思想,积极地确被保障者的请求权和国家给付的义务。但在已建立的法律层面,特别是公团住宅等基本生存保障之上的住房保障制度中,国家保障义务的承担基于预