

# 试论公益征收补偿的根据:一个比较法的视角

陈应珍

(福州大学法学院,福建福州 350002)

**[摘要]** 公益征收补偿的根据既是一个理论问题,也是一个实践问题。公共负担平等说、特别牺牲理论、严重性理论、公共选择理论等均从不同的立场对征收补偿予以了理论阐释。公益征收补偿契合宪法保障财产权的核心理念,是宪法保障财产权、平等权及生存权的逻辑必然。个案中关系人之具体补偿请求权原则上得有成文法上的依据,在无具体法律规定的情况下,可直接依据宪法行使征收补偿请求权。为进一步完善财产权保障、征收、公正补偿三位一体的宪法财产权保障体系,这些观念应当贯彻到中国的宪法理论和宪政实践之中。

**[关键词]** 公益征收; 补偿; 特别牺牲理论; 财产权; 补偿请求权

**[中图分类号]** D911 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-5595(2007)03-0056-(05)

公益征收是国家为了公共利益的需要依法对私人财产性权利进行剥夺或限制并予以补偿的行为。公益征收的特点决定了人们对于公益征收补偿的根据倾注了极大的关注。本文试从法理根据、宪法根据和具体补偿请求权根据三个方面对公益征收补偿的根据作一比较法视角的考察。

## 一、公益征收补偿的法理根据

与赔偿不同,公益征收补偿的前提是相对人的合法权益因国家合法的公益征收行为而蒙受损失。既然公益征收是合法的行政行为,那么,为什么还要对其所导致的损失承担补偿义务呢?其法理依据何在?这是学术界长期争论的一个理论问题。学者们对此有不同的解释,较早的理论主要有既得权说、恩惠说、社会职务说、结果责任说、社会保险说、社会协作说等。这些理论虽然在一定程度上能诠释公益征收补偿在理论上的合理性,但它们要么因理论较为陈旧、脱离政治经济社会发展形势,要么因其适用范围过于宽泛而各有一定的缺陷,因而它们对当今征收补偿已无太大影响。在现代,对公益征收补偿的理论与实务具有重要影响的主要有以下几种代表性学说。

## (一)公共负担平等说

公共负担平等说首先由法国学者提出,在法国大革命前的公法理论中就有了这一理论的萌芽。普罗文斯(Provence)早在18世纪就对这一公法理论予以了总结:“如果居民为整个社团蒙受损失或为之提供物资,那么他理应受到补偿。但如果他仅承受了施加于每个公民的(普通)负担,则又另当别论。”<sup>[1]</sup> 公平负担理论的主要内容是:公益征收是因公共利益需要而实施的,谋求公共利益的成本应由享受该公共利益的社会全体成员平均分担。如果个别人为了公共利益承受了超出其财产之社会义务的额外负担,就可以向政府求偿。国家以全体纳税人缴纳的税金来弥补被征收人的超社会义务之损失,从而修复全体公民与受害者之间的平等机制。公共负担平等说构成法国征收补偿责任的主要理论基础,也为法院的判案实务所接受。这一学说在大陆法系国家具有广泛的影响,也是现代其他各国(地区)用以论证征收补偿的基本理论之一。如德国学者平特纳主张:“作为赔偿给付制度的基本思想,必须考虑在国家中的平等和公平分担原则。……公权力从个别公民得到不平等利益时,要么必须予以解

**[收稿日期]** 2006-12-25

**[基金项目]** 福建省教育厅社会科学研究项目(9JA06015S)

**[作者简介]** 陈应珍(1973-),女,土家族,福州大学法学院讲师,主要研究方向为宪法学与行政法学。

除,要么通过赔偿给付给予补偿。”<sup>[2]</sup>

#### (二) 特别牺牲说(修正个案处分理论)

该学说在 19 世纪末产生于德国,由德国学者奥托·梅耶(Otto Mayer)提出。所谓特别牺牲,是指关系人与其他人相比承受了不平等的负担,即关系人所承受的不可预期、超过一般牺牲界限的特别负担。该理论认为,为了公共利益所采取的行为很可能牺牲个人利益,因为国家行为对个人造成的损害是具有公益性质的,所以不应由个人负担,而应由国家给予补偿。同时该理论强调,任何财产权的行使都要受到一定的内在的、社会的控制,只有当对财产的征收或限制超出这些内在限制,变成了一种特别牺牲时,才产生补偿问题。其办法同样是通过国家从公众的税收——国库中支付,即对之以“国家负担的形式,有组织地予以平均化,经由损害补偿而转嫁给国民全体”。<sup>[3]</sup>如此才符合自然法上公平正义之精神,并求得国家公益与个人利益之间的协调。这一理论一直受到德国联邦最高法院的支持。在英美法系的美国也有与之基本精神一致的“特别负担论”,主张公益征收对被征收者而言,造成对其个人财产权的一种特别负担,因而补偿构成对这种特别负担的救济机制。在中国台湾地区,征收补偿同样也是以“特别牺牲理念”作为理论基础。依“司法院大法官”之解释(释字 425 号解释文):“惟土地征收对征收土地之所有权人而言,系为公共利益所特别牺牲。”<sup>[4]</sup>447-448

#### (三) 严重性理论

该学说认为公益征收之所以应予以补偿,是因为利害关系人所遭受的侵害严重且逾越其所能忍受的程度。相反,如果征收造成的损害属于财产权人所能忍受的社会责任的范围,则无需予以补偿。该理论又称为可期待(忍受)性理论,由德国著名公法学家史脱特在 20 世纪 40 年代创立,1957 年以后这种理论便得到德国联邦行政法院的支持。在美国,霍姆斯大法官在 1922 年的 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 案中提出了“损失程度论”用以区分以“不必补偿”为原则的警察权力与“必须公正补偿”征收,此理论与德国的“严重性理论”可谓旨趣相同。

#### (四) 公共选择理论的补偿学说

效率原则是经济学的基本目标,为了实现社会资源配置的有效性,实现社会福利的最大化,公共选择理论在帕累托效率标准的基础上,提出了补偿检验标准。尤其是李特尔在帕累托效率标准之外引入了收入分配标准,反对以往的虚拟补偿而主张进行实际收入分配的补偿,从而将实际补偿引入公共选

择领域。<sup>[5]</sup>公益征收是通过剥夺或限制财产权以追求社会公共利益为前提的一项公共选择,不得因此导致特定少数人之为承担成本,亦即公益的增加不得建立在少数人福利减少的基础上。否则,就违背了帕累托效率标准。公共选择理论认为,如果不予补偿甚至不公平的补偿就可以实行征收,那么政府可能会受到“财政错觉”(fiscal illusion)之影响作出非理性决策,从而导致政府过度征收,进而导致资源的错误配置和浪费,加剧社会冲突。<sup>[6]</sup>为了克服“财政错觉”的影响,抑止政府非理性决策,迫使政府将征收的成本内部化,进而实现资源的优化配置和维持社会的稳定,就必须对政府征收权力予以约束。而“对征收要进行‘公正补偿’,这控制着政府的征收权力”,“其实对抗政府的一系列干预,这一条可能是一个很有力的武器。”<sup>[7]</sup>

以上几种有代表性的理论均从不同的视角为公益征收补偿予以了理论阐释。其中,公共负担平等说、特别牺牲说、严重性理论均各有侧重地为当代各法治国家(地区)所接受。三种学说存在一个共同特征:都从公平、正义的自然法角度来论证公益征收补偿的必要性,可见它们本质上是相通的。就公共负担平等说和特别牺牲说而言,可以说前者是结果,后者是原因,正因为个别人因社会公共利益作出了“特别牺牲”,所以受益公众应当公平负担这种损失,通过国库支付形式给特别受损人以补偿。二者的区别仅限于立论角度上的差异。公共负担平等说主要从“受益者”角度出发,认为其受益的原因在于别人承担了超过其所应承担的平等社会义务,按平等原则,受益者应该对承担过多义务者给予补偿。而“特别牺牲说”则立足于“被补偿者”,认为正是由于他受到了“特别牺牲”,故要求国家给予补偿,方才合乎公平正义。就特别牺牲说和严重性理论而言,虽然表面上似乎显示出德国联邦最高法院和联邦行政法院的分庭抗礼,但在实务上,两大法院也并非故步自封而固执己见,相反,它们也常会兼顾对方的立场。正如德国学者杜文希所言,这两个理论的差异“微不足道”。但是,这三种学说也存在一定的局限性:价值判断上的主观性。而公共选择理论则从理性的经济人假定出发来论证征收补偿的合理性,从而避免了价值主观性及其所引起的无谓争论,这正是其可取之处。

## 二、公益征收补偿的宪法根据

征收系对财产权人的财产权直接且严重的侵犯,各国(地区)宪法大都对征收的要件及补偿设有规定。关于公益征收补偿的宪法根据,可以从以下

三个方面加以分析。

### (一)从保障财产权的角度分析

财产是“自由的外在范畴”(黑格尔语),财产权是人类追求并实现自由的前提。因此,在公民的基本权利中,财产权居于核心地位,保障财产权构成了近代以来各国宪法的一个核心部分。在现代西方各国的宪法中,基于对公民财产权的保障和对政府征收权的限制,各国宪法中的财产权保障条款一般都包括“不可侵犯条款或保障条款”、“制约条款或限制条款”以及“征收补偿条款或损失补偿条款”三个方面。<sup>[8]</sup>正是这样一种规范结构构筑了对财产权的既保障又制约的宪政基础,体现了现代宪法保障财产权的两大核心理念——财产的存续保障及价值保障。这两大理念之间存在位序上的递进关系:“宪法财产权保障之理念,首先在于保障财产权人有一个实存保障(可以拥有财产标的)。其次,在符合征收要件时,才可以在给予补偿为要件下,被征收之,故才享有财产价值之保障。”<sup>[9]498</sup>公益征收中对财产进行价值补偿的最终目的在于实现对财产权的保障,是实现存续保障的替代手段。正因为如此,“在现代财产权宪法保障规范体系中,财产权宪法保障的实际功能,便进一步落实到了征用补偿条款之上。与此相应,……有关征用补偿的问题,自然也成各国财产权宪法保障的焦点问题。”<sup>[10]</sup>

### (二)从宪法保障平等权理念的角度分析

平等既是宪法上的一项基本权利又是一项重要的宪法原则。它要求社会公共负担应基于“负担均分”原则转嫁给全体受益者。当代各法治国家大都以宪法保障平等权理念为出发点来论证各自的征收补偿制度。德国基本法颁行以后,联邦普通法院在征收补偿上所持的“修正个别处分理论”(“特别牺牲理论”)便是将其理论重心基于宪法保障平等权理念上的。在德国学界,著名学者秀勒应用平等权原则作为公正补偿的指导思想,主张在征收补偿的利益衡量中,不应考虑被征收人的一般社会地位及其个人特征,否则会导致对基本法“禁止歧视”原则(平等权)的违反。美国联邦最高法院在1978年判决的“Penn Central Transp. Co. v. New York City”案中,以Rehnquist为代表的反对意见主张:“人民因为公益(古迹维护)所产生之特别损失,应该基于公平分担(Lastenausgleich)原则,予以补偿。”<sup>[9]447</sup>这个原则同上述德国联邦普通法院一贯所持的“修正个别处分理论”在基本精神上是一致的,同样是基于宪法平等权的考虑。在日本,无论是学理上,还是实务界基本上都认为,“损失补偿本来就是以这样的内

容为目的的制度,即:不将因合法的权力之行使所产生的损失作为个人的负担,而是通过平等的原则,将其转化为国民的一般性之负担。”<sup>[11]209</sup>

### (三)从保障生存权的角度分析

“如果认为私有财产的保障与资本财产的保障一样,内在包含着生活财产的保障要素,那么在生存权具有独自意义的现行宪法下,损失补偿也应从其保障方面予以理解。”<sup>[12]194</sup>生存权及尊严是人类的最高价值,是人权的最基本内容,宪法之人权保障原则决定了宪法首先要保障公民的生存权。由于财产既是个人谋生并改善生存条件的手段,也是免于压迫和奴役的基本保障,<sup>[13]</sup>“为了不可剥夺的生存权,每个人都天然有理由占有一定的资源。”<sup>[14]</sup>个人财产一旦被征收,势必对被征收人的生存产生影响,因而,为公共利益作出特别贡献的财产权人必须获得公正补偿。前述德国学者秀勒在论及公平补偿中的利益衡量时,认为诸如被征收土地为生的圃农及农夫,因征收措施可能影响其经济上的生存,因这种生存的侵犯极为严重,故应予考虑补偿。魏玛时代高等行政法院在1938年1月15日判决中对依赖于被征收的土地而生存的被征收人制定了“重新获得(土地)原则”。<sup>[9]494</sup>这无不体现出学术界及实务界对宪法保障生存权的重视。

## 三、公益征收补偿的补偿请求权根据

公益征收补偿的具体补偿请求权所要解决的问题是:国家对相对人给予公益征收补偿是否必须有具体的法律依据?在缺失具体法律依据的情况下,被征收人是否可以直接根据宪法的规定行使征收补偿请求权?从当代各主要法治国家的理论与实践来看,主要有以下两种情形。

### (一)公益征收补偿请求权必须有具体的法律依据

公益征收补偿请求权必须有具体的法律依据,即宪法之征收条款不是征收补偿请求权的直接依据。这是以德国为代表的具有大陆法传统(或受其影响)的各国(地区)征收补偿实务及学界的主流观点。根据德国基本法第14条第3款之规定,<sup>①</sup>公益征收必须有相应的具体法律根据,并且该法律必须“同时”包含补偿规定。这就是所谓的“唇齿条款”(Junktinklausel),又称“一揽子条款”或“联结条款”。“唇齿条款”意味着“无补偿即无征收”,有征收法律规定补偿规则时,才能采取征收措施,征收才具有适法性。如果没有补偿规则,设定征收的法律就是违宪的,以其为据采取的征收措施也是违法的。在此情形下,只能依基本法第100条第1款的具体

法规审查程序,行使公法上的违宪审查请求权,提请联邦宪法法院审查该征收法律的合宪性,而不得径依基本法第14条第3款请求补偿。联邦宪法法院在1955年7月21日著名的“唇齿条款案”判决中首次表达了这样的立场,并且这种立场一直贯穿于联邦宪法法院以后的判决中。例如,在1987年7月15日的“水沙判决”中,联邦宪法法院从征收法的角度得出了同样的结论。<sup>[15]</sup>可见,在德国,正如著名学者黑伯乐教授所说:“任何在宪法条文内的基本权利都必须有实行性的法律,方有实现的可能”(基本权利实现的必要性原则)。<sup>[9]358</sup>在德国,具体补偿请求权的根据是专门规定征收的法律而非基本法第14条第3款。符合法定补偿规则的补偿请求权方告成立,否则,征收补偿请求权则不能成立。

中国台湾地区法制效仿德国,虽然台湾地区“宪法”上无类似德国基本法上的“唇齿条款”,但“司法院大法官”却作出了与“唇齿条款”相同的解释,在征收补偿请求权方面,“补偿义务须有法规之依据始得请求”。<sup>[4]450</sup>在中国大陆地区,根据宪法第10条第3款和第13条第3款规定,国家为了公共利益的需要,可以对土地或对公民的私有财产实行征收或者征用,但征收或者征用以及补偿都必须“依照法律规定”进行。可见,中国宪法虽无严格意义上的“唇齿条款”,但宪法文本本身已凸显出中国宪法在征收补偿请求权依据上的基本倾向。

(二)征收补偿法律并非征收补偿请求权的唯一依据

征收补偿法律并非征收补偿请求权的唯一依据,在不存在征收补偿的具体法律规定的情况下,被征收人可以直接依据宪法行使征收补偿请求权。持这种立场的国家主要是具有英美法系传统(或受其影响)的国家。从美国宪法第五修正案和第十四修正案有关征收条款<sup>②</sup>来看,美国保障财产权(征收)的两个要件是:“正当法律程序”和“公正之补偿”,并未提及须以法律为征收补偿的依据。在立法方面,美国没有专门规范行政补偿的法律规范,因征收补偿问题产生争议,被征收人在没有具体法律、法令作为补偿请求权依据时,可以根据宪法第五修正案直接向法院提起宪法诉讼。正是在这个意义上,可以说行政征收补偿问题在美国从来就是一个宪法问题。日本宪法第29条第3款(私有财产在正当补偿下可为公共目的之使用)对征收补偿作出了规定。在该规定的性质及其适用上学者们有不同的解读:有人认为,该规定只不过是单纯的立法方针,若无法律规定,不产生具体的补偿请求权;也有人认

为,该规定产生具体的补偿请求权,若无法律规定,可以根据宪法第29条第3款规定承认补偿请求权。<sup>[12]195</sup>但是,就日本的主流观点和征收补偿实务中法院的见解来看,一般说来,补偿请求权的行使是依据相关法规的具体规定来进行的。不过,当法律法规上欠缺补偿规定时,也可以将宪法第29条第3款作为直接依据而请求补偿。日本最高法院大法庭1968年11月27日的判决判例就作了这样的解释。<sup>[11]208</sup>

#### 四、对完善中国公益征收制度的启示

目前,中国正处在政治经济社会全面转型的时期,随着民主法治进程的加快、经济社会的发展,许多社会问题也日益显露,公益征收便是备受关注的社会问题之一。如何完善中国的公益征收制度、解决公益征收中的矛盾,直接关系到公民宪法权利的落实与社会的和谐发展。以上对公益征收补偿根据的比较研究,无疑能给中国公益征收补偿制度的完善提供一些启迪。

首先,关于公益征收补偿的法理根据和宪法根据。公益征收是国家运用公权力配置社会资源的重要手段,公益征收补偿涉及到公共利益和个人利益的协调与平衡,这就要求我们必须重新检视传统的公益优势理论。特别牺牲理论因其兼顾了财产的社会义务性、财产权受平等保障以及公共负担平等原则等现代宪政理念从而成为通说,也应成为中国征收补偿的法理根据。同时,由于规范性研究更多关注的是公正问题,公共选择理论从效率的角度为征收补偿问题研究提供了一个全新的视角且有助于避免规范性研究的主观性,实现公平和效率的兼顾。这一点无疑是在研究征收补偿理论依据时值得借鉴的。在公益征收的宪法根据方面,虽然经过第四次修宪,中国宪法关于财产权保障有了很大完善,但与西方国家相比还有一定的差距,主要表现在征收补偿标准的缺失。我们应在坚持宪法保障人权特别是财产权、生存权和平等权的理念下,着眼于契合宪法保障财产权的现代理念,构建一个财产权保障及征收、公正补偿三位一体的宪法财产权保障体系,进而为中国公益征收及其补偿立法提供直接的宪法依据。

其次,就具体补偿请求权依据来看,原则上应以具体法律作为具体补偿请求权成立的要件。因为:以法理而论,征收与补偿涉及到对公民基本权利的干涉与救济,依法治主义原则的要求应由法律保留;以立法而论,现行宪法规定,征收或者征用以及给予补偿都必须“依照法律规定”进行。这里的“依照法

律规定”的含义“是指国家需要对公民的私有财产实行征收或者征用时,必须有法律的依据和依照法律规定的程序进行。这个法律应当理解为全国人大及其常委会制定的法律。”<sup>[16]</sup>同时,根据立法法第8条之规定,有关征收事项只能由全国人大或全国人大常委会制定法律加以规范,从而将征收立法纳入立法保留的范围。既然征收及其补偿问题属于法律保留事项,补偿请求权当然得以具体的法律为依据。因此,笔者以为,为完善中国公益征收补偿制度,保护被征收人的合法权益,我们有必要制定专门的法律或在专项征收立法中就公益征收的补偿的原则、标准、救济等作出统一规定。

再次,在损失补偿的具体法律规定缺位的情况下,被征收人直接根据宪法之规定行使补偿请求权应予以肯定。就中国公益征收补偿的实践来看,由于制度的缺失,被征收人的权益难以得到充分保障。为了保障被征收人的权利,必须赋予其依据宪法直接行使补偿请求权的资格。这是因为:一方面,通过上述分析可知,可直接依据宪法行使征收补偿请求权已为一些西方国家所采用。中国在进行法治建设的过程中,虽然不能照抄照搬西方的做法,但绝对不能漠视西方宪政实践的有益经验。另一方面,宪法作为最高法与其他部门法一样应具有可操作性。宪法的生命在于适用,宪法唯具有可操作性即只有在不断被适用的过程中,方能体现出宪法的价值,宪法所保障的权利才有实现的可能。另外,在中国缺乏有效的违宪审查机制以及德国基本法意义上的“唇齿条款”的情形下,一个未事先规定补偿或仅规定一个有名无实的补偿规则的征收法律则无法通过违宪审查机制而予以撤销,如果不赋予相对人直接依据宪法的征收条款行使补偿请求权,相对人因公权力干涉而受到的财产权利方面的损失便不可能获得救济,这不符合现代宪法保障财产权的基本理念。所以,从保障公民的财产权角度出发,在建立违宪审查制度尚有相当难度的情况下,建立宪法诉讼制度,赋予公民直接依据宪法的补偿请求权,不失为一种次优选择。

#### [参考文献]

[1] 张千帆. 西方宪政体系:下册[M]. 北京:中国政法大学

出版社,2001:128.

- [2] 平特纳. 德国普通行政法[M]. 朱林,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:190-191.
- [3] 城中模. 行政法之基础理论[M]. 台北:三民书局,1980:566.
- [4] 吴庚. 行政法之理论与实用[M]. 北京:中国人民大学出版社,2005.
- [5] 许云霄. 公共选择理论[M]. 北京:北京大学出版社,2006:314.
- [6] 张千帆. “公正补偿”与征收权的宪法限制[J]. 法学研究,2005(2):25-37.
- [7] 路易斯·亨金,阿尔伯特·罗森塔尔. 宪政与权利[M]. 郑戈,赵晓力,强世功,等译. 北京:生活·读书·新知三联书店,1996:157.
- [8] 罗豪才. 资本主义国家的宪法和政治制度[M]. 北京:北京大学出版社,1997:103.
- [9] 陈新民. 德国公法学基础理论:下册[M]. 济南:山东人民出版社,2001.
- [10] 林来梵. 针对国家享有的财产权——从比较法角度的一个考察[J]. 法商研究,2003(1):54-62.
- [11] 芦部信喜,高桥和之. 宪法[M]. 第三版. 林来梵,凌维慈,龙绚丽,译. 北京:北京大学出版社,2006.
- [12] 室井力. 日本现代行政法[M]. 吴微,译. 北京:中国政法大学出版社,1995.
- [13] 洛克. 政府论:下篇[M]. 叶启芳,等译. 北京:商务印书馆,1964:53.
- [14] 布伦南,布坎南. 宪政经济学[M]. 冯克利,秋风,王代,等译. 北京:中国社会科学出版社,2004:序.
- [15] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟,译. 北京:法律出版社,2000:672.
- [16] 蔡定剑. 宪法精解[M]. 北京:法律出版社,2006:197.

#### 注释:

- ① 德国基本法第14条第3款规定:征收惟有因公共福祉所需方得为之。征收之执行,须依法律或基于法律,而该法律必须同时规定补偿之种类及限度后,方得为之。征收之补偿,以公平的均衡公共利益与私人利益后,决定之。关于征收补偿之额度,其争议由普通法院裁判之。
- ② 美国宪法修正案第5条后段规定,任何人不得“未经正当法律程序,而被剥夺其生命、自由和财产权;私有财产也不得在为予以公正补偿后,予以公用征收。”宪法修正第14条第1款末段规定:“任何州政府未经正当法律程序,不得剥夺任何人民生命、自由及财产权。”

[责任编辑:张岩林]