

# 日本土地征收法制实践及对我国的启示

## ——以公共利益与损失补偿为中心

黄宇晓

**内容提要:**日本土地征收法律制度以《土地收用法》为中心,以《城市规划法》等特别法规定为补充,构成了一个完整的体系。征地程序分为事业认定和收用裁决两个阶段。在公共性保障方面,日本首先通过立法列举的形式限定收用适格事业,再以判断过程型司法审查方法确保了征地计划的具体公共性。这其中,“根据规划的公共性确保”理论要求在审查城市规划事业公共性的同时必须对城市规划本身进行审查。在损失补偿方面,原则上应当采取完全补偿,但法律将补偿金计算时间点提前到发布事业认定告示时,排除了开发利益,一定程度上有着适当补偿的含义。《土地收用法》中的补偿概括性条款为今后扩大补偿范围提供了巨大解释空间。我国的财产征收制度在公共利益保障模式、公共利益认定方法、补偿标准和范围等方面都存在一些问题。日本的立法、学说和判例可以为我国解决这些问题提供积极的参考。

**关键词:**日本 土地征收 公共利益 损失补偿

黄宇晓,日本北海道大学法学研究科研究生。

我国的财产征收制度采用二元体系,农村集体土地征收和城市居民房屋征收(伴随国有土地使用权收回)分别适用不同的法律程序和补偿标准。虽然这两者之间的关系尚待厘清,<sup>[1]</sup>但它们无疑都是我国现阶段行政活动中矛盾比较突出的领域,若处理不当,有时会引起巨大的社会问题。为此,近年来依靠实务界和学界的共同努力,在城市房屋征收领域,许多改善成果已经显现。例如,2011年制定的《国有土地上房屋征收与补偿条例》对城市房屋征收的范围、要件和程序等都作了详细规定。学界针对该条例的研究也不断

[1] 学界对城市房屋征收伴随国有土地收回是否包含在“土地征收”的概念中存在争论,但是笔者认为这并不影响本文的研究课题,包含农村征地和城市拆迁的广义“财产征收”都需要面对公共利益和补偿问题。

跟进,在进行法解释的同时指出了存在的问题。<sup>[2]</sup> 相比之下,农村土地征收领域的情况则并不乐观,《土地管理法》急需修改,呼声相当大的《农村集体土地征收补偿条例》也尚未出台,有待实务层面的积极推动。

从目前的理论与现实状况来看,我国至今依然面临着改革和完善财产征收制度的重大课题。这不仅是政府部门的责任,也是学者应当尽到的使命。无论是在立法政策论层面提供制度设计的建议,还是在法解释论领域进行规范探究,都尚有许多工作要做。当然,在研究过程中受制于部门法思维模式,宪法学者、行政学者以及民法学者都会有不同的侧重点。总结归纳主要是这四个角度:土地所有权制度、征收程序、公共利益和损失补偿。这些方面都可以说是征收领域的核心问题,尤其是后两者,是包括我国在内世界各国宪法的普遍规定。<sup>[3]</sup> 本文将对此进行集中分析。

总体来说,关于这两个问题的学理研究比较丰富,但是问题依然存在,学界还远没有达成共识。根据笔者对先行研究的考察,认为主要有以下几处可探究重点:

(1) 公共利益保障模式的问题。我国《宪法》第10条第3款和第13条第3款无一例外地将财产征收的唯一要件规定为“为了公共利益”,《土地管理法》等下位法也是如此。因此,应该由谁来保障公共利益自然是首先需要解决的问题。对此有重视立法机关作用<sup>[4]</sup> 重视行政程序完善<sup>[5]</sup> 和重视司法审查<sup>[6]</sup> 等不同的观点,但依旧缺乏通说。

(2) 公共利益认定方法的问题。深入到具体认定公益性满足与否的层面上,法律应当如何规定,行政机关应当如何判断或法院应当如何对行政机关的判断进行司法审查,这些问题由于公共利益的抽象性而变得相当复杂。为此已经有学者分类讨论了各阶段的判断方法。<sup>[7]</sup> 然而,在司法审查环节的研究相对薄弱,尤其是借鉴成果相当丰富的裁量审查论来探讨公共利益认定方法的论著并不多见。

(3) 关于损失补偿标准、范围的问题。这一问题在农村集体土地征收领域尤为突出。如关于补偿标准,存在是否需要依照市场价格补偿集体土地,对集体土地上房屋的补偿是否过低等问题。关于补偿范围,宅基地使用权、土地承包经营权是否需要补偿等问题一直以来都是讨论的热点。<sup>[8]</sup>

为解决以上问题,探究切实可行的方案,比较法研究往往是一个较好的手段。通过分析外国法制度和运行机理,在批判借鉴基础上可对我国产生一定的启示。这其中,日本法具有重要的参考价值。不过需要指出的是,过去我国学界对日本征地制度的研究比较缺

[2] 参见杨建顺:《司法裁判、裁执分离与征收补偿——〈国有土地上房屋征收与补偿条例〉的权力博弈论》,《法律适用》2011年第6期,第14页;张素华:《房屋强制拆迁制度存在的问题及对策——兼评〈国有土地上房屋征收与补偿条例〉》,《法学评论》2012年第3期,第102页。

[3] 参见美国《宪法》第5修正案、德国《基本法》第14条、法国《人权宣言》第17条、日本《宪法》第29条等。

[4] 例如,张千帆:《“公共利益”的困境与出路——美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示》,《中国法学》2005年第5期,第36页。

[5] 例如,吴春燕:《我国土地征收中公共利益的厘定与处置》,《现代法学》2008年第6期,第89页。

[6] 例如,王洪平、房绍坤:《论征收中公共利益的验证标准与司法审查》,《法学论坛》2006年第5期,第40页。

[7] 参见胡鸿高:《公共利益的法律界定——从要素解释的路径》,《中国法学》2008年第4期,第56页。

[8] 参见王兴运:《土地征收补偿制度研究》,《中国法学》2005年第3期,第140页;申建平:《对农村集体土地征收补偿范围的反思》,《比较法研究》2013年第2期,第100页。

乏。关于公共利益方面,甚至日本学界的讨论都较少,<sup>[9]</sup>笔者相信这也是导致我国对日本制度研究不充分的重要原因。本文怀着这一问题意识,将结合日本的立法、学说和判例,在公共利益认定(日本称公共性认定)和损失补偿两个层面深入阐明日本的制度状况,而最终的目的即是为解决以上三点问题提供启示。

## 一 日本土地征收法制的整体构造

日本宪法第29条第3项规定:“私有财产在正当补偿之下,可将其收为公用。”围绕本项条文的解释,判例和学说的主要争议有以下几处:1.“公用”的具体含义;2.何种情况下补偿是必要的;3.“正当补偿”的具体含义。<sup>[10]</sup>

日本征地法律制度是以《土地收用法》<sup>[11]</sup>这一基本法为中心,以《城市规划法》等特别法中的规定为辅助,而构成的一个庞大体系。由于宪法的最高规范性,与限制财产权相关的这些法律自然必须符合宪法第29条第3项。以下将重点围绕《土地收用法》展开考察,在介绍和研究这一下位法的基础上,力求呈现宪法所称“公用”和“正当补偿”在土地征收层面的具体内涵。

1951年,日本颁布《土地收用法》,作为一般土地征收制度的基本法律,并废止了在此之前制定的征地特别法(如1946年制定的《自作农创设特别措置法》等)。六十多年来,《土地收用法》经过数次的修改,已经成为日本公用征地的稳定法律保障。

为建设道路、港湾、水坝、学校、政府机关等公共设施或进行广义上的城市开发,取得公共用地自然是必不可少的。在日本,公共用地的取得基本都是首先依靠事业承担人(起业者)和土地所有权人之间的买卖交涉,也即是根据民法上的买卖合同来进行的。如果这一民事手段遇到了障碍,双方无法达成一致协议,公共事业的建设又迫在眉睫,那么就是《土地收用法》登场的时候了。<sup>[12]</sup>

《土地收用法》第1条的目的规定就明确说明了该法的定位和趣旨:“本法的目的是,规定公益事业所需必要土地等的征收或使用有关的要件、程序、效果以及伴随的损失补偿,谋求公共利益的增进与私有财产之间的协调,有助于国土的适当且合理的利用。”可见,该法在制定土地征收的要件、程序以及效果的同时,针对原土地所有人的损失补偿也有详细的规定。以下,将首先对该法在整体上按照时间线进行一个连贯的考察。

### (一) 强制征收开始前

#### 1. 斡旋

强制征收程序开始前,为尽量保证起业者与土地所有权人之间通过民事手段解决问

[9] 指出日本学界这一问题的,参见远藤博也「土地収用と公共性」远藤博也『行政過程論・計画行政法』(信山社、2011)396頁。

[10] 参见芦部信喜『憲法』(岩波書店、第五版、2011)229頁以下。

[11] 日本法律中“収用”一词相当于我国法律中“征收”,本文为保持原本的法律名称,直译为《土地收用法》。

[12] 当然,民事买卖和强制征收程序并不是排他性的,在整个土地征收程序中,起业者和土地所有人之间依然可以进行民事买卖交易,从而退出强制征收程序。这也是日本土地征收制度相对灵活的体现。可参见藤田宙靖「公共用地の任意買収と土地収用との相互関係について」藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988)212頁以下。

题,减少纠纷的可能性,《土地收用法》第 15 条之 2 至第 15 条之 6 规定了斡旋程序。在土地交易当事人没有达成合意的情况之下,任何一方可以以书面的形式向这一土地所在的都道府县知事提交斡旋申请,请求斡旋委员的帮助。<sup>[13]</sup> 斡旋委员由收用委员会<sup>[14]</sup> 成员以及该委员会推荐的学识丰富的其他人员担任,共 5 人,由知事任命。在斡旋程序结束后,斡旋委员有将整个斡旋的经过和结果向都道府县知事报告的义务。<sup>[15]</sup> 而关于斡旋的具体内容,根据第 15 条之 13 委任给行政立法加以规定。<sup>[16]</sup>

## 2. 仲裁

如果当事人之间没有达成合意,但是双方的纷争仅限于补偿问题的话,可以避开斡旋程序,直接向都道府县知事申请仲裁委员的仲裁。<sup>[17]</sup> 仲裁委员由三人组成,收用委员会推荐,知事任命。<sup>[18]</sup> 与斡旋一样,仲裁委员同样有将仲裁结果向知事报告的义务,并且仲裁委员做出的仲裁效力适用民事法律《仲裁法》。<sup>[19]</sup> 也就是说,这一裁决双方补偿额度的仲裁程序不属于行政行为,而是民事仲裁。如果当事人对仲裁结果不服,可以根据私法处理。

### (二) 事业认定

在斡旋失败或当事人没有申请斡旋和仲裁的情况下,土地征收程序就正式开始了。首先需要指出的是,针对整个征地过程,《土地收用法》采用了二阶段构造形式。即事业认定(判断可以被征收土地的事业是否符合公共利益的认定行为)与收用裁决(以此认定为前提,将土地的所有权从原所有人手上剥夺,归属于事业者的行为)这两个阶段。<sup>[20]</sup> 只有在这两个阶段结束后,土地所有权才正式转移,征地法律程序也告结束。

事业认定是征地程序的第一阶段。它不仅为土地的强制征收提供了公权力的认证,也赋予了起业者实施征地计划的权能,性质上属于具有可诉性的行政行为。

首先,关于事业认定的实施机关。当起业者就是国家(即中央政府)或是都道府县地方公共团体(地方政府)时,事业认定的实施主体是国土交通大臣;如果征地事业横跨数个都道府县地方,其权限主体也是国土交通大臣;在征收区域仅限一个行政区划之内且起业者是私企业的场合,事业认定由该都道府县知事做出。<sup>[21]</sup>

其次,关于做出事业认定的要件。总的来说,就是要符合“公共性”(即公共利益)。因此,对公共性的认定问题,不仅是整个事业认定过程中的最关键部分(如果不符合法定要件,起业者向相关行政主体提交的事业认定申请将被驳回,征地过程也戛然而止),而

[13] 日本《土地收用法》第 15 条之 2。

[14] “收用委员会”是为了进行公共用地的征收所设立的拥有独立权限的机构,在都道府县知事的所管之下,由 7 名委员和 2 名预备委员构成。委员由知事任命,但必须经过地方议会的同意,议员、地方政府长官、公务员不得兼任。参见日本《土地收用法》第 51 条,第 52 条。

[15] 日本《土地收用法》第 15 条之 5。

[16] 根据《土地收用法》的授权,1951 年日本内阁制定了《土地收用法施行令》。

[17] 日本《土地收用法》第 15 条之 7。

[18] 日本《土地收用法》第 15 条之 8。

[19] 日本《土地收用法》第 15 条之 11,第 15 条之 12。

[20] 参见亘理格、北村喜宣『重要判例とともに読み解く 個別行政法』(有斐閣,2013)253 頁。

[21] 日本《土地收用法》第 17 条。

且,它的解释与审查方法直接与日本宪法第 29 条第 3 项的重要论点——“公用”的具体含义相关。

关于可以下达许可的事业认定,《土地收用法》第 20 条规定了以下要件:第 1 号,征收对象必须符合该法第 3 条各号列举的事业种类;第 2 号,起业者有完成该项事业的充分的意思和能力;第 3 号,征地事业有助于土地的适当且合理的利用;第 4 号,征收该土地拥有公益上的必要性。

这其中,第 2 号属于当事人资格问题,而第 1 号,第 3 号和第 4 号则属于典型的“公共性”认定问题。第 1 号的具体内容规定于该法第 3 条,这一条文列举了多达四十九种事业类型,囊括了道路、河川、铁道、机场、公园、学校、住宅等方方面面个别法律所规定的公共设施。这一要件称为收用适格事业。如果某一征地计划不符合该法所列举的收用适格事业,将会首先被排除公共性,面临被拒绝认定的命运。

不过,由于该法第 3 条所列举的事业种类范围的广泛性与网罗性,一般在实际运用中,争议的案件较多是围绕第 20 条第 3 号和第 4 号所发生的。<sup>[22]</sup> 第 3 号与第 4 号也被称为具体公共性认定。因此,可以看到,日本土地征收公共利益认定也采用了二阶段审查模式,必须满足收用适格事业与具体公共性两个要求。

一旦某处土地被下达了事业认定许可,就意味着该地面临强制征收的命运。这会给土地所有人、相关利害关系人甚至周边居民带来重大的影响。《土地收用法》当然也考虑到了这一点,因而在事业认定阶段提供了各种程序性保障,如举行事前说明会、召开听证会、发布公告、提出意见书、信息公开等。<sup>[23]</sup> 这些程序性保障都是义务性规定,这也体现为争取获得利害关系人理解时法律对行政机关的要求。

### (三)收用裁决

如果国土交通大臣或都道府县知事下达了事业认定许可,征地事业就会进入收用裁决阶段。经过这一阶段,原土地权人的土地所有权将被实质性剥夺并转移至起业者。

收用裁决具体细分为两种。第一种是权利取得裁决,它是指决定土地所有权转移具体时间以及损失补偿事项的裁决。<sup>[24]</sup> 第二种是迁出裁决,它必须在做出权利取得裁决的同时或其之后发布,其内容是具体决定原所有人搬迁的时期以及其他补偿(迁出费用等)。<sup>[25]</sup>

做出收用裁决并不是依职权发动的行政行为,必须由起业者向都道府县的收用委员会进行申请才可以进行。<sup>[26]</sup> 对收用裁决的申请必须在发布事业认定告示后一年以内(迁出裁决可以在发布事业认定告示后四年以内)提出,过期作废。<sup>[27]</sup>

由此看来,事业认定后,起业者必须在法律规定的期限内开始下一阶段的工作,否则

[22] 参见亘理格、北村喜宣『重要判例とともに読み解く 個別行政法』(有斐閣、2013 年)254 頁。

[23] 参见日本《土地收用法》第 15 条之 14、第 23 条、第 21 条至第 25 条之 2。

[24] 日本《土地收用法》第 48 条第 1 项。

[25] 日本《土地收用法》第 49 条第 1 项。

[26] 日本《土地收用法》第 39 条第 1 项。

[27] 日本《土地收用法》第 29 条。

事业认定将会失效。这也体现出为了迅速推进土地征收,尽快安定社会关系,避免出现权利义务不确定性的立法考量。

收用裁决是以事业认定为基础的,因而它自身并没有什么新的审查要求规定。只要收用裁决申请书上记载的土地事项以及事业计划与下达事业认定时的内容一致,收用委员会就必须下达收用裁决。<sup>[28]</sup>

事业认定和收用裁决皆是行政撤销诉讼的可诉对象。因此,如果当事人对这两者中任何一项持有异议,都可以向法院提起行政诉讼。这两项行政行为在诉讼中的关系是一个重要问题。

也就是说,在针对收用裁决的撤销诉讼中,是否可以以事业认定违法为理由请求判决收用裁决自身违法?即所谓行政行为的违法性继承的问题。关于这一问题,学说向来持肯定意见,<sup>[29]</sup>判例也普遍认可。<sup>[30]</sup>因此,即使事业认定过了起诉期限,在收用裁决的纠纷中也是可以主张其违法性的,这充分保护了当事人的权益。

同样,法律也为收用裁决阶段规定了一系列程序性保障,如提出意见书、发布公告、信息公开等。<sup>[31]</sup>

#### (四) 损失补偿

根据《土地收用法》的相关规定,在事业认定和收用裁决两阶段进行的同时,损失补偿伴随着始终。原则上,土地的补偿金是在做出收用裁决(权利取得裁决)时发放的。但是,法律并不刻板,而是灵活地规定在事业认定告示公布之后,当事人也可以立刻请求获得补偿。<sup>[32]</sup>换句话说,补偿金的发放既可以在收用裁决下达之后,也可以依当事人的申请在收用裁决之前,根据估算支付。<sup>[33]</sup>

损失补偿中,金钱补偿是原则,但是不排除用替换土地补偿的可能性,具体由收用委员会决定。<sup>[34]</sup>关于补偿的内容,在做出权利取得裁决时决定的是“对土地所有权以及其他相关权利的补偿”。<sup>[35]</sup>除此之外,被法律所认可的还有残余土地补偿、工事费用、转移费用、开垦耕地和建造住宅等实物和劳务的提供、营业和租金损失等“土地征收引起的通常遭受的损失”。<sup>[36]</sup>从这点可以发现,《土地收用法》在财产权补偿之外,也蕴含着生存权补偿。

土地征收中损失补偿的内容与宪法第 29 条第 3 项“正当补偿”一语密切相关。怎样程度的补偿才能符合宪法之“正当补偿”的规定?这是土地征收法制中最重要的问题之一,因为它关系到宪法保障之基本人权的实现。

[28] 日本《土地收用法》第 47 条、第 47 条之 2。

[29] 参见藤田宙靖『行政法総論』(青林書院,2013)227 頁。

[30] 例如,名古屋地判平成 2 年 10 月 31 日判時 1381 号 37 頁,札幌地判平成 9 年 3 月 27 日判時 1598 号 33 頁等。

[31] 参见日本《土地收用法》第 42 条、第 43 条、第 45 条。

[32] 日本《土地收用法》第 46 条之 2 第 1 项。

[33] 日本《土地收用法》第 46 条之 4 第 1 项。

[34] 日本《土地收用法》第 70 条。

[35] 日本《土地收用法》第 71 条。

[36] 日本《土地收用法》第 74 条、第 75 条、第 77 条、第 80 条、第 82 至 86 条、第 88 条。

### (五) 特殊例外

《土地收用法》是日本征地制度的一般法。如无特殊规定,所有的征地项目都要按照《土地收用法》规定的程序和步骤来进行。但是这也意味着,如果有特别法存在,就要按照特别法的要求推进征地事业。作为《土地收用法》的例外,主要有针对机场、大型铁路等大规模开发事业的《公共用地取得特别措置法》和针对城市开发的《城市规划法》(即都市計画法)等。其中,《城市规划法》的相关规定最具有特色。

《城市规划法》的特殊规定主要是存在于城市规划事业的事业认可这一阶段。<sup>[37]</sup> 本来,《土地收用法》第3条列举的各种收用适格事业中并没有城市规划事业。但是,根据《城市规划法》第69条,城市规划事业视作《土地收用法》第3条所规定的各种事业。也就是说,第69条赋予了城市规划事业收用适格事业的资格。此外,根据《城市规划法》第70条,上文中所提到的《土地收用法》事业认定要件也不适用城市规划事业。城市规划事业的事业认可要件按照《城市规划法》第61条进行独自审查。

## 二 土地征收的公共性

从日本宪法第29条第3项的文义来看,征收土地的必要条件是“为了公用”。也就是说,不符合“公用”的征地法律或征地行为有违宪的嫌疑。所以,确保土地征收的公共性便成为了重点。

### (一) 1953年“农地改革案”最高法院判决

在《土地收用法》制定之前,针对公共性问题,相关征地法律就已经在1953年的日本最高法院“农地改革案”审理中引起争论。该案主要争议焦点虽然是关于宪法中“正当补偿”的含义,但是《自作农创设特别措置法》规定从地主手中征收得来的农业用地不是用来为公共使用,而是交付给特定个体小农。这一制度是否满足宪法所称的“公用”,在法庭中引起了争论。最后,栗山法官的补足意见成为了主流。<sup>[38]</sup>

宪法第29条第3项所称的“收归公用”指的是,保障私有财产不会因为私人利益而被夺取。相反,如果有公共利益必要性,可以不顾权利人的意思将其征收……该项法条所说的公用包含着公共利益的意思,并不能解释为实际上一定要为公共所使用。即使征收的结果使得特定个人成为了受益人,只要政府的整体征收目的是为了公共即可。<sup>[39]</sup>

本来,典型的公用征收指的是“像道路用地那样,为了直接供公共使用,而征收特定私有财产的行为。”<sup>[40]</sup> 但是,就像上述最高法院判决那样,即使最终征收的土地是交给特定个人,如果征收的整体目的符合公共利益的话,就是符合宪法第29条第3项的。此后,

[37] 城市规划事业指的是城市中的街道开发、利用等工程项目。

[38] 参见藤田宙靖「公共用地の強制所得と現代公法」藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988)170頁以下。

[39] 最判昭和28年12月23日民集7卷13号1523頁。

[40] 松永正則「憲法29条3項の「正当な補償」の意味について——最高裁判所の諸判決を素材として」名城法学57卷1・2号(2007)208頁。

日本学界将此现象称为“公共的私用征收”。<sup>[41]</sup> 这一现象在被《城市规划法》视为收用适格事业的城市规划事业中也有出现。

## (二) 收用适格事业与公共性——法律的合宪性

《土地收用法》采用二阶段审查模式审查公共性的满足。具体来说,先通过法律列举的形式将某些征地类型归入收用适格事业,没有被法律列举的征地类型首先被排除;再通过第 20 条第 3 号及第 4 号来审查该征地计划具体的公共性。根据这一构造,下文首先讨论收用适格事业的公共性问题。

根据古典行政法体系,限制公民权利,课予公民义务的具体行政活动需要法律的根据,即侵害保留。土地征收作为最典型的侵害行政,自然需要法律的根据,这是依法行政原理的必然要求。另外,既然日本宪法保障财产权,将征收财产仅仅限制在“公用”的条件下,那么,即使征地行为有法律依据,该法律也必须符合宪法的规定。

根据这一逻辑,《土地收用法》第 3 条虽然用立法的形式规定了某项事业属于具备公共利益的事业,为这些事业类型提供了法律的后盾,但是如果这其中存在并不具备公共性的事业,那么该项条文就是违宪的。比如,如果第 3 条列举事项中存在纯粹为了私人利益的征地事业,那么即使这是法律的规定,也会因为违反宪法而无效。因此,在收用适格事业与公共性的关系上,要讨论的即是这些列举事项是否符合宪法所说“公用”的问题。

《土地收用法》第 3 条囊括了 49 种事业类型,规定“可以征收或征用土地的具备公共利益的事业,应当是符合下列各号中的任何一种。”如该条第 1 号列举的事业是:“《道路法》规定的道路,《道路运送法》规定的普通机动车车道、专用机动车车道……或是《停车场法》规定的路外停车场。”

像这样,第 3 条列举的收用适格事业基本都是提供给公众使用的设施(道路等),为公众服务的设施(水道、电网等),确保公众安全的设施(防灾设施等)或行政机关的办公用房等。这些事业的受益者都是不特定多数人,属于比较典型的公用征收情形。把典型的没有争论的公益事业法定化在收用适格事业中,也体现了立法的谨慎。因此,单就《土地收用法》第 3 条列举事项来看,其违宪的嫌疑是非常低的。

而成为问题的恰恰是特别法的规定。上文提到,《城市规划法》第 69 条将城市规划事业视作《土地收用法》第 3 条规定的收用适格事业。也就是说,法律额外赋予了城市规划事业收用适格事业的资格。然而,这样的规定是否违宪却成为了一大争论焦点。

城市规划事业分为城市规划设施整備事业与市区开发事业两种。前者是指城市规划中的建设道路、公园、供电设备、垃圾焚烧场、学校、图书馆、医院等大型城市公用设施事业。<sup>[42]</sup> 这种类型的事业与《土地收用法》第 3 条中的列举事业同样,因为其受益者是不确定多数人,其公共性一般很容易理解。<sup>[43]</sup> 而后者即市区开发事业的公共性问题,则遭受到了巨大质疑。

[41] 藤田宙靖「公共用地の強制所得と現代公法」藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988) 170 頁。

[42] 参见日本《城市规划法》第 11 条。

[43] 参见山田洋「土地収用と事業の公共性」高木光、宇賀克也編『行政法の争点』(有斐閣、2014)264 頁。

根据《城市规划法》第12条第1项规定,市区开发事业指的是土地区划整理事业、新住宅市区开发事业、工业区建成事业、都市再开发事业等建设项目。这些事业皆规定于个别法律中,共同组成了一个庞大的市区开发事业群。这些事业中大多包含建设工厂、私人住宅、商业中心等内容。如在《城市再开发法》规定的第二种市区再开发事业中,建成后的大型写字楼入驻租户大多是大型百货等商业性质的公司。许多学者对这样的状况就不得不产生了公共性的疑问。如远藤博也教授指出:

这些都是以建设住宅区、工业区为目的。在这些事业中,除为了道路、公园、广场等各种公共设施的用地之外,为了纯粹归属于私用的住宅地和工厂用地,土地也会被强制征收,事业结束后分配给普通市民和民营企业,委托以私用。例如,征收农民的土地用作工薪阶层的住宅,到底工薪阶层的住宅利用有何种程度的公共性?为了“私用”的征收,可以说是宪法第29条第3项所称的“公用”征收吗?<sup>[44]</sup>

为说明市区开发事业的公共性,使其消除违宪嫌疑,学界有以下两种思路。第一种即引用1953年“农地改革案”最高法院判决的论理,也就是“即使征收的结果使得特定的个人成为了受益人,只要政府的整体征收目的是为了公共即可”这一思路,通过论证各种征地事业的特定目的是为了某种公共利益这一角度来说明征地的公共性。

在1953年的“农地改革案”中,《自作农创设特别措置法》所规定的土地征收承担着战后解体日本封建农地制度,促成农地制度近代化的重要任务,有着巨大时代意义。“整体征收目的是为了公共”这一要件相当容易理解。那么想要说明市区开发事业的公共性,利用“整体征收目的是为了公共”这一先例的思路是否可行呢?

在某些个别事业中,存在采用这样的思路说明公共性的情况。如针对《首都圈近郊整备区域及城市开发区域整备法》规定的工业区建成事业的公共性问题,日本政府做出了这样的说明:

这种情形下的工业区,直接目的并不是它本身,是为了达成防止首都圈人口过密这样紧急的公共目的。另外,因为在市区建设工厂被大大地制约了,于是就建设被从城市中心部赶出工厂的承受器皿,换而言之被承认的是作为城市规划事业的一体的公共性。<sup>[45]</sup>

但是在其他事业中,要说明其“整体征收目的为了公共”,就变得非常困难。例如在新住宅市区开发事业中,为了建设私人住宅而进行的土地征收,如何能说明其“整体征收目的是为了公共”呢?在这一情况下,私人住宅的建设既不具备合理的公共性要求,也似乎并没有为了建造住宅区而必须征用某一土地的理由。因此,引用“农地改革案”最高法院判决的论理说明所有市区开发事业的公共性,有一定的困难。

为解决这一难题,学界提出了第二种被称为“根据规划的公共性确保”的思路。关于这一理论,远藤博也教授认为:

这里的“公共性”是指,(城市规划事业的公共性)与每个个别设施的公共性性质完全

[44] 远藤博也「土地収用と公共性」远藤博也『行政過程論・計画行政法』(信山社,2011)396頁。

[45] 参见藤田宙靖「公共用地の強制所得と現代公法」藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社,1988)171頁。

不同,是作为解决城市问题或大都市问题,并实现广义城市规划或大都市圈中土地利用规划的一种手段。也就是说,必须认识到其作为更大的“规划的一个环节”,从而保障了其“公共性”的性格。<sup>[46]</sup>

按照远藤教授的观点,城市规划事业的公共性是由其依据——城市规划的公共性——所确定的。换句话说,并不需要讨论每一种城市规划事业的公共性与其实施目的,因为该项事业是属于一个更大的城市规划中的一环,其公共性已经在城市规划中得到了确保。当然,远藤教授也指出:“并不是说只要参与进任何一个规划即可,而是意味着规划自身必须是合理的。”<sup>[47]</sup>因此,在“根据规划的公共性确保”的观点中,城市规划自身的合理性保障了城市规划事业的公共性。城市规划提高了城市整体生活环境,赋予了城市规划事业(特别是市区开发事业)公共利益的性格。

总的来说,“根据规划的公共性确保”理论主要是以下的逻辑,《城市规划法》将所有城市规划事业视作收用适格事业,并用立法的形式确认了它的公共性。但是这其中掺杂着许多供给私用的征收行为。为表明这样的规定符合宪法所称“公用”,采取对每种征地事业的目的个别解释的方法,以征收目的是为了公共利益这一思路来证明所有城市规划事业的公共性,这样做显然是相当困难的。因此,日本学界舍弃这一方法,采用城市规划的合理性与公益性来说明城市规划事业收用适格规定的合宪性。因为根据《城市规划法》第 13 条,城市规划的制定必须符合严格标准,这些标准无不是围绕城市的整体发展和市民生活环境的优化而制定的。因此,正因为规划的合理性、妥当性,使得城市规划事业具备了公益的性格。所以,首先在收用适格事业认定阶段上,法律将所有的城市规划事业视为拥有土地征收的资格是合宪的,符合宪法第 29 条第 3 项所说的“公用”。至于如何去审查第二阶段即个别事业的具体公共性,就是城市规划本身的合理问题,如果城市规划本身并不合理,那此种城市规划引出的城市规划事业自然会因为缺乏公共性而违法,当然,这是下一个阶段的话题。

针对“根据规划的公共性确保”理论,尽管学界有不同的声音,<sup>[48]</sup>不过上述观点逐渐成了主流。该理论与其说是关于收用适格事业与公共性的理论,不如说是收用适格事业与公共性、征地事业具体公共性两个阶段联动的理论。为了说明城市规划事业的公共性,该事业的依据也必须得到审查。

因此,“根据规划的公共性确保”理论不仅以规划的存在保障城市规划事业收用适格的合宪性,也以这一思路确立了在审查城市规划事业具体公共性时对城市规划的审查要求。

### (三) 具体的公共性认定——行政裁量论

《土地收用法》第 20 条规定了地方都道府县知事或国土交通大臣在认定土地征收事

[46] 远藤博也「土地収用と公共性」远藤博也『行政過程論・計画行政法』(信山社,2011)397 頁。

[47] 远藤博也「土地収用と公共性」远藤博也『行政過程論・計画行政法』(信山社,2011)398 頁。

[48] 如山田洋教授指出:“这种意义上的公益性(根据规划的公益性——引者注),与直接受益人的利益相比,可以说政策性的要素非常浓厚,公益性的抽象度也很高。”参见山田洋「土地収用と事業の公共性」高木光、宇賀克也編『行政法の争点』(有斐閣,2014)265 頁。

业时的四大要件:第1号,征收对象必须符合该法第3条各号列举的事业种类;第2号,起业者有完成该项事业的充分的意思和能力;第3号,征地事业有助于土地的适当且合理的利用;第4号,征收该土地拥有公益上的必要性。

因此,根据这一规定,即使某一征地计划符合第20条第1号即收用适格事业,但如果其具体内容不符合第3号(以下称3号要件)和第4号(以下称4号要件),该征地计划也依然不能通过事业认定。这就是日本土地征收公共性的二阶段审查模式。下文便考察这一模式的第二阶段——征地事业的具体公共性认定问题。

### 1. 3号要件与4号要件的关系

关于3号要件与4号要件的关系问题,向来不十分明确。因为从字面上看,3号要件与4号要件都是在要求具体的公共性满足。有学者认为,征地事业的具体公共性是3号要件审查的内容,而4号要件审查的是征收该土地的必要性的。<sup>[49]</sup>

也就是说,4号要件指的是,在可征收的土地有复数选择可能性时,唯独选择征收该土地的必要性的。但是在实务中,判例并没有指明4号要件的含义。

不过,尽管3号要件和4号要件的关系尚不明确,根据通说,审查征地事业具体公共性的主要依据是3号要件,<sup>[50]</sup>判例也持同样的立场。因此,3号要件是审查的重点。如果某一征地事业不符合“有助于土地的适当且合理的利用”,就会因为缺乏公共性而无法获得事业认定。

### 2. 3号要件审查方法

要适用《土地收用法》的征地事业,其具体公共性的认定问题本质上就成了3号要件的审查问题。为此,下文围绕3号要件展开分析。

3号要件规定征地事业计划必须“有助于土地的适当且合理的利用”。这一规定虽然简单明了,但其判断并非易事。这其中,成为问题的自然是“适当且合理”一词。因为法律运用了抽象的形容词,要求行政机关在做出事业认定时,必须考虑该征地计划是否对该土地的利用来说“适当且合理”。反之,如果该征地计划并不是“适当且合理”的,行政机关却做出了事业认定,即构成违法,该事业认定也将被法院撤销。也就是说,特定的土地利用是否属于“适当且合理”,首先依赖行政机关做出判断,法院也可以事后审查,而两者关系正是决定“适当且合理”认定方法的关键。

针对这一核心问题,存在两种方案。一是采用行政裁量的思路,将“适当且合理”当作不确定法律概念,其用词的抽象性决定了具体判断的价值取向性。此时,面对具有政策性考虑的行政认定,法院并不适宜对此进行全面审查。换言之,在对“适当且合理”这一法律要件的认定上行政机关拥有裁量权,法院必须尊重行政机关的判断,一般不对行政机关的判断进行实质性审查,仅审查其是否滥用裁量权。日本行政法向来有承认对不确定法律概念的裁量即要件裁量的倾向。<sup>[51]</sup>把3号要件中“适当且合理”字眼视作要件裁量,

[49] 参见亘理格、北村喜宣『重要判例とともに読み解く 個別行政法』(有斐閣、2013)257頁。

[50] 参见山田洋『土地収用と事業の公共性』高木光、宇賀克也編『行政法の争点』(有斐閣、2014)265頁。

[51] 关于在哪个阶段承认行政裁量的详细论述,可参见藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013)96頁以下。

让法院在审查时适用传统的裁量审查方法,似乎非常合理。但是如此一来,在土地征收领域中行政机关就会拥有巨大的权力,司法的保障作用得不到发挥,难免导致公共性认定的随意性。

与此相反,第二种方案就是否定行政机关的裁量权。即使“适当且合理”一词极为抽象,也不视作法律的裁量授权。行政机关在对“适当且合理”进行第一次判断后,法院依然可以对其进行第二次判断。此时,法院的角色就是第一次判断时的行政机关,通过对这一征地计划的公共性进行事实认定和法律解释的全面审查,得出自己的结论,再将这一结论与行政机关的结论对比:如果两者一致,则判决事业认定合法;如果两者不一致,就以自己的结论代替行政机关的结论,从而判决事业认定违法并撤销。这种审查方法就是日本法上所说的判断代替,即全面审查。如果按照这一思路,“适当且合理”的最终认定权就属于法院,合法的 3 号要件认定方法即法院的认定方法。如果关于 3 号要件的争议案件已经出现并且法院给出了自己的结论,那么行政机关今后就必须用该方法对“适当且合理”做出认定,否则就是违法的。很明显,这一方案虽然有司法过度干涉行政机关政策考虑的嫌疑,但是从加强土地征收司法保障的意义上来看具有相当可取之处。

但是,最终日本法院采取的方案与以上两者皆不相同。在 1973 年东京高等法院的判例中,法院在两种方案中找到了平衡,创造出了一种全新的判断过程审查方式,为 3 号要件的认定确立了审查标准。这一判例即著名的“日光太郎杉案”。

关于该判例及其创造的新型审查方式,日本学界的讨论已经相当充分,<sup>[52]</sup>国内学者以行政裁量的司法审查方式为重点,也对其作过细致的研究。<sup>[53]</sup>在此,本文将从土地征收公共性认定这一新的角度对其进行再剖析。

本案的基本事实是,为了扩展国道需要征收日光东照宫景点内的土地,于是起业者(栃木县知事)向建设大臣(即现在的国土交通大臣)申请了事业认定。建设大臣做出了事业认定,并下达了收用裁决的命令。根据这一征地计划,日光东照宫景区内包括名木太郎杉等树龄超过 200 年的杉树群将被砍伐。对此,日光东照宫向宇都宫地方法院提起了诉讼,以建设大臣的事业认定违法为由请求撤销收用裁决。案件上诉到了东京高等法院。

该案中,土地征收的目的是为了建设国道,这一类型完全符合《土地收用法》第 3 条的列举事项(第 3 条第 1 号)。于是,当事人双方主要围绕具体的公共性问题,即征地计划是否符合《土地收用法》第 20 条第 3 号(即 3 号要件)产生了争议。对此,东京高等法院判决指出:

《土地收用法》第 20 条第 3 号所规定的“事业计划有助于土地的适当且合理的利用”要件指的是,比较衡量该土地供该事业所用从而获得的公共利益与其因此而失去的利益(这一利益不仅仅是私人利益,有时也包含公共利益),其结果是前者比后者优越时,才能

[52] 详细论述可参见亘理格『公益と行政裁量—行政訴訟の日仏比較』(弘文堂,2002)267 頁以下;正木長広『判断過程の統制について——日光太郎杉事件判決再読』水野武夫先生古稀記念『行政と国民の権利』(法律文化社,2011)179 頁以下。

[53] 参见王天华:《行政裁量与判断过程审查方式》,《清华法学》2009 年第 3 期,第 96 页;王贵松:《论行政裁量的司法审查强度》,《法商研究》2012 年第 4 期,第 66 页。

认定。而且,建设大臣在判断这一要件的有无时,具体来说应当基于涉及本案事业认定之事业计划的内容、达成该事业计划后所应带来的公共利益、做出该事业计划以及本案事业认定的经过、作为该事业计划中征收对象的本案所涉土地的状况、该土地具有的私人乃至公共的价值等各种要素、各种价值的比较衡量,进行综合判断……关于这点,上诉人(建设大臣)在判断时不当而简单地轻视了本来最应当重视的各种要素与价值,其结果当然就是应当尽到的考虑没有尽到,而且考虑了本来不应当考虑的事项或者过重地评价了本来不应当过重评价的事项……也就是说,控诉人的判断在裁量判断的方法乃至过程中存在错误,应当认定其违法。<sup>[54]</sup>

可以看到,东京高等法院在承认针对3号要件行政机关拥有裁量权的同时,并没有采用上文中的第一种方案即最小限度的审查。法院在认可要件裁量的基础上却进入了实质性审查,认为行政机关轻视了太郎杉等古树群的历史文化价值,过重评价和考虑了举办东京奥运会吸引游客等事项,从而认定裁量违法。

这一审查方式就是后来学界所称的判断过程型审查。它的独特性在于,不是以自己的判断代替行政机关的判断(全面审查),也不是裁量权的超越濫用型审查(最小限度司法审查),而是在承认裁量存在的同时加强了审查强度,对行政机关的判断过程进行一定的实质性评价。正因为此种新颖性,也有学者将其称为中等强度审查。<sup>[55]</sup> 不管如何,这种将“获得的利益”与“失去的利益”进行比较衡量,追求行政机关整个判断过程合理性的审查方法在“日光太郎杉案”二审判决中被确立后,随即也在其他领域得到广泛的运用。<sup>[56]</sup> 且不论应当在哪一种案件中,涉及到何种法律规定时应当使用判断过程型审查,至少,关于《土地收用法》具体公共性认定3号要件这一问题上,日本判例已经指明了审查方法,也就是必须使用判断过程型审查。事实上,后来的法院也遵照了这一方法,如1997年“二风谷水坝案”。

在这起与3号要件有关的代表性案例中,被征收的土地是北海道原住民阿伊努族的圣地,而该土地却通过了事业认定,并被建设大臣下达了收用裁决,用途是建设水坝,符合《土地收用法》第3条列举事项。但是,当地阿伊努族人向札幌地方法院提起了诉讼,请求法院认定该征地计划缺乏具体公共性,即违反3号要件从而判决收用裁决违法。对此,法院指出:

建设大臣忽视了为判断本案事业计划达成后获得的利益是否优于该计划达成后失去的利益所应当进行的必要调查、研究等程序,不当地轻视甚至无视了本来最应当重视的各种要素、各种价值……在没有采取尽量减少对阿伊努文化的影响等对策的情况下,就轻易地判断前者的利益优于后者,从而做出了本案的事业认定,只能判决其超越了《土地收用

[54] 东京高判昭和48年7月13日判時710号23頁。

[55] 三阶段司法审查强度模型也见于美国的违宪审查标准中,日本学界也有人主张将此三阶段模型运用于行政诉讼的裁量审查中,最近持这一观点的代表学者如亓理格教授,参见亓理格「行政裁量の法的統制」高木光、宇賀克也編『行政法の争点』(有斐閣,2014)118頁以下。国内也有学者持这一主张,如王贵松教授,可参见王贵松:《论行政裁量的司法审查强度》,《法商研究》2012年第4期,第66頁。

[56] 如在反对政府建设核电站的行政诉讼中,针对核电站是否符合安全性这一法律要件的问题上,法院采用了判断过程型审查,参见“伊方核电站诉讼”案,最判平成4年10月29日民集46卷7号1174頁。

法》第 20 条第 3 号授予认定机关的裁量权,因而是违法的。<sup>[57]</sup>

可见,在判断征收土地建设水坝是否符合 3 号要件的问题上,法院采用的审查方法依然是以各种要素、价值间比较衡量为前提的判断过程型审查。

总的来说,征地计划的具体公共性认定就是《土地收用法》第 20 条第 3 号的审查问题——更准确地说,就是该号中“适当且合理”一词的审查问题。对此,法院确立了判断过程型审查,以整个行政机关认定过程中相关要素、利益、价值的比较衡量方法具体确保了征地事业的公共性。<sup>[58]</sup>

### 3. 城市规划事业的具体公共性认定方法

依据“根据规划的公共性确保”理论,城市规划事业因为城市规划的存在从而获得了公共的性格,但是规划本身也必须是合理的。因此,要说明依据某一城市规划所进行的征地事业的公共性,城市规划本身也要得到审查。

与这一理论相结合的法条是《城市规划法》第 61 条。作为《土地收用法》的例外,《城市规划法》第 61 条规定了自己的事业认定要件。其中第 1 号规定“事业的内容符合城市规划,并且事业实施期是适当的”。根据判例和通说,这段话的前半部分“事业内容必须符合城市规划”包含了两层意思,一是字面意思即征地事业符合该城市规划,二是该城市规划本身必须合理。因此,城市规划事业的具体公共性就是通过这一条规定获得保障的,简言之,就是对规划本身进行审查。

如何对城市规划本身进行审查呢?行政规划的司法审查方法是一个复杂的问题,也大大超出了本文的研究范围。不过,日本法院并不是没有指明审查方式。在 2006 年的“小田急高架化诉讼案”中,东京都知事为了对铁路小田急线的某一区段进行高架化改造,以 1993 年制定的城市规划为依据,向建设大臣申请了城市规划事业认定,建设大臣做出了城市规划事业认定。而周边居民则从减轻对环境的影响和降低成本的角度考虑,认为明明有更好的代替方案,当局却偏偏采用带来巨大噪音和震动的高架化方案,因而向法院提起诉讼,请求撤销事业认定。

根据《城市规划法》第 61 条第 1 号规定,审查城市规划事业合法性就是审查城市规划本身。因此,1993 年城市规划的合法性成了争议焦点。经过三级法院的审理,日本最高法院最终指明了城市规划的审查方法,其在判决书中指出:

该行政规划的审查方法应该是审查行政机关在判断的整个过程中,是否有本来应当考虑的事项却没有考虑,以至于造成了其内容在社会普遍观念参照下显著缺乏妥当性。如果有这样的情况,应当认定是超越或滥用裁量权的违法。<sup>[59]</sup>

通过该案,日本最高法院第一次阐明了城市规划的审查方法。从判决词上看,最高法

[57] 札幌地判平成 9 年 3 月 27 日判時 1598 号 33 頁。

[58] 根据山田洋教授的总结,近年来相关判例在要求行政机关判断征地所获得的利益时必须具体化、详细化的同时,针对失去的利益的类型判断也越来越多样化,如征地造成的噪音、污水、景观与自然环境的破坏、文化宗教价值的失去等都可以认为是失去的利益。其结果就是比较衡量的精细化。另外,是否有更好的代替方案也是判断过程型审查的重要内容(如东京地判平成 16 年 4 月 22 日判時 1856 号 32 頁),是认定具体公共性时必不可少的手法。参见山田洋「土地收用と事業の公共性」高木光、宇賀克也編『行政法の争点』(有斐閣、2014)265 頁。

[59] 最判平成 18 年 11 月 2 日民集 60 卷 9 号 3249 頁。

院运用的似乎就是判断过程型审查。然而,仔细对比经典的判断过程型审查,本案在运用上更为严格,最高法院认为要认定城市规划的违法性,仅仅找到行政机关整个规划制定过程中对相关因素、利益进行比较衡量时发生的瑕疵还不够,只有当这一瑕疵的内容参照社会普遍观念显著缺乏妥当性,才会成为违法可撤销的理由。<sup>[60]</sup> 本案虽然运用了判断过程型审查,但是在这一审查内容中又加入了一个程度性的评价,其结果是从城市规划的开始制定阶段出发进行追踪,如果没有发现社会通常观念上明显不妥的比较衡量瑕疵,就会一直追踪至该规划制定结束阶段。

与事业认定这样的行政行为不同,行政规划涉及到规划裁量问题,拥有大幅的塑造自由。如何去审查行政规划,在日本学界也是一大争论焦点。<sup>[61]</sup> 不过,由于是最高法院的判例,该案中采用的这一方法对此后各级法院的审判产生很大拘束力,<sup>[62]</sup> 因此,可以说日本法院对城市规划的审查方式已经确定下来。尽管此案中的城市规划事业并不伴随土地征收,不过今后若有伴随土地征收的城市规划事业发生争议,也应当采取此种审查模式。

在日本,围绕土地征收公共性的争议案件皆发生于第二阶段,即具体公共性认定阶段上,或是3号要件的审查问题或城市规划的合理问题。毕竟,《土地收用法》第3条已经通过立法列举的形式,将明显不属于公用征收的事业类型排除在外,剩下的就是具体征地计划与行政裁量权问题。正如远藤博也教授指出的:“如今,公共设施、公益事业公共性的具体保障很明显并不存在于立法过程中,而是存在于行政过程中。”<sup>[63]</sup>

### 三 土地征收中的损失补偿

纵观日本宪法第29条第3项的法解释学说,“正当补偿”一词的学术议论远比“公用”一词来得丰富,判例也是同样的状况。究其原因,恐怕是因为日本法律以独特的列举形式规定收用适格事业,排除了相当一部分有争议的征地类型,从而在一定程度上减少了现实中的纠纷。另一方面,关于征地补偿的问题,情况却相当复杂,学说的对立也更加鲜明。下文将立足于《土地收用法》的相关规定,围绕宪法“正当补偿”字眼,阐明土地征收层面上损失补偿的具体内容。

#### (一) 完全补偿与适当补偿的对立

“正当补偿”一词究竟是什么意思,从日本现行宪法实施以来就有争论。对这一宪法规定的分歧主要是“量”的问题。也就是说,怎样程度的补偿才能算是“正当”的问题。对此,日本学界有两种看法,即完全补偿说和适当补偿说。根据完全补偿说,宪法第29条第3项所称公用征收必须进行的“正当补偿”指的是:全额补偿被征收财产客观的市场价格。

[60] 参见法曹会编『最高裁判所判例解説 民事編平成十八年度(下)(六月~十二月分)』(法曹会,2009)1160頁。

[61] 参见日野辰哉「都市計画と裁量審査」宇賀克也、交告尚史、山本隆司編『行政判例百選Ⅰ』(有斐閣、第6版、2012)162頁。

[62] 违反最高法院的判例,可以成为上诉的理由。参见日本《刑事诉讼法》第405条第2号、第3号,日本《民事诉讼法》第318条第1项。

[63] 遠藤博也「“公共性”概念の検討」遠藤博也『行政過程論・計画行政法』(信山社、2011)236頁。

相反,适当补偿说的主张就是:只要是针对该财产合理算出的适当金额即可,不一定要和客观的市场价格一致。<sup>[64]</sup>这两种学说特别在日本宪法学界经历了漫长的争论和对立。不过,完全补偿说最终占得了优势,特别是二十世纪八十年代后,学说一般都支持此种观点。<sup>[65]</sup>根据完全补偿说,被强制征收土地的所有权人获得的补偿金额应当就是当时的市场价格。这种解释可以说非常有利于被征收人。然而,判例的状况就比较复杂,并没有学说这样的明快,尤其是最高法院的判决甚至有互相矛盾的嫌疑。

### 1. 适当补偿说——1953 年“农地改革案”最高法院判决

上文提到,1953 年的“农地改革案”主要争议焦点即是正当补偿的含义。为推进战后农地改革,国会制定了《自作农创设特别措置法》,在授权政府收购旧地主手中土地分发给个体农民的同时,也规定了必须对地主进行补偿。然而,旧地主们以农地收购价格相当低廉,不符合正当补偿为由向法院提起了诉讼。最后,日本最高法院采取了适当补偿说的立场:

宪法第 29 条第 3 项所说的财产权收为公用时正当补偿应当指的是,基于征收当时的经济状态下能成交的价格而合理算出的适当金额,这一金额并不一定要和以上的价格完全一致。的确,因为财产权的内容在本质上应以法律规定之,以符合公共福祉(宪法第 29 条第 2 项)。所以为增进和维持公共福祉,在必要的时候……财产权的价格也要受到特定的限制,有时也不会认同靠自由交易实现的价格。<sup>[66]</sup>

从判决词中可以看出,低廉的土地收购价格得到了最高法院的认同,并且在最高法院的宪法解释中,正当补偿即表现为适当补偿。这一裁判结果的出现,似乎表明了判例的立场就是土地征收只要适当补偿。对此,学界的立场相当明确,即不宜扩展此判例的适用范围,将其作为例外来处理。如芦部信喜教授指出:

必须考虑到农地改革案是基于占领中的占领政策所发生的,属于非常特殊的情形;像农地改革那样,对构成既存财产法秩序的某项财产权(例如地主的土地所有权)的社会评价发生了根本性的变化,在此之上将这项财产权收为公用,在这样例外的情况下正当补偿才能解释为适当补偿即可。<sup>[67]</sup>

根据芦部教授的见解,土地征收时的补偿额度原则上必须是与当时市场价格一致的完全补偿,只有像农地改革那样,属于战后占领时期并且涉及到改变基本财产制度本身这样例外的情况,才可以采用 1953 年判决的理论即适当补偿。芦部教授的这一观点可以说是学界的主流。<sup>[68]</sup>

不过,直到 1973 年,日本最高法院才终于与主流学说站到了同一立场上。

[64] 芦部信喜『憲法』(岩波書店、第 5 版、2011)232 頁。

[65] 参见中谷実「正当な補償」大石眞、石川健治編『憲法学の争点』(有斐閣、2008)157 頁。

[66] 最判昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 卷 13 号 1523 頁。

[67] 芦部信喜『憲法』(岩波書店、第 5 版、2011)232 頁以下。

[68] 其他持相同观点的代表性学说,可参见今村成和『損失補償制度の研究』(有斐閣、1968)74 頁;樋口陽一『憲法』(創文社、第 3 版、2007)256 頁;長谷部恭男『憲法』(新世社、第 6 版、2014)244 頁等。另外,1953 年最高法院判决中,井上登法官和岩松三郎法官的少数意见也持这一观点。

## 2. 完全补偿说——1973年“仓吉市城市规划案”最高法院判决

1948年,仓吉市城市规划指定某一土地为公共道路用地,之后经过了十六年才进入征收程序。根据《城市规划法》,这一土地在这段时间里被施加了严格的建筑限制,以至于造成了地价的下落。然而,1964年征地补偿时的补偿额度却是依据低价格而计算出的。于是,土地所有权人向法院提起了诉讼,质疑这一补偿算法违反宪法所称的“正当补偿”。对此,1973年,最高法院判决如下:

因为《土地收用法》中损失补偿的目的是,为特定公益上必要的事业而征收土地时,谋求挽回该土地所有者遭受的特别牺牲。因而必须是完全补偿,也就是使得与被征收人的财产在征收前后这段时期价值相等的补偿。用金钱进行补偿就是指,可以让被征收人取得在附近的,与被征收地同等之代替土地的金额。《土地收用法》第72条应当被解释为体现以上趣旨的规定。<sup>[69]</sup>

根据这一解释,最高法院将补偿金额设定为该土地没有受到建筑限制时的价格,即原告赢得了这场诉讼。该判决被认为是站在完全补偿说的立场,明确指出了《土地收用法》的补偿原则,体现了日本最高法院最大限度保障财产权的精神。

自此判决以后,土地征收时所进行的补偿应当是完全补偿这样的思路在实务中得到了确立。<sup>[70]</sup>不过,2002年最高法院的一则判决,却似乎体现出了判例的自相矛盾,这自然搅动了学界的神经。

## 3. 适当补偿说的回归?——2002年“关西电力变电所用地征收案”最高法院判决

为建设变电站,关西电力公司于1968年向政府申请了征地事业认定,最终民事交易不果而终,收用委员会向土地所有权人下达了收用裁决。对此,土地所有权人以补偿金过低为由,向法院起诉,请求适当增加补偿额。该案的一个争议焦点就是宪法所称“正当补偿”的含义。关于这一点,2002年,最高法院做出了如下判决:

根据本院的判例(指1953年判决),宪法第29条第3项所称“正当补偿”是指,基于征收当时的经济状态下能成交的价格,合理算出的适当金额,这一金额并不一定要和以上的价格完全一致。《土地收用法》第71条的规定是否符合宪法第29条第3项的问题,也应当根据这一判例的趣旨来判断。<sup>[71]</sup>

最高法院的这一判决因上述这段话引发了巨大的争议。很明显,本案中为探讨依据《土地收用法》的补偿金额是否符合宪法所称“正当补偿”,最高法院居然引用1953年“农地改革案”判决,舍弃了1973年判决中完全补偿的立场,至少从字面上看又重新回到了适当补偿说的立场上。这似乎不仅否定了自身的先例,也与迄今为止学说的发展过程相矛盾。<sup>[72]</sup>有学者指出:“该判决完全无视学说和下级法院判决的动向,维持1953年判决的

[69] 最判昭和48年10月18日民集27卷9号1210页。

[70] 参见藤田宙靖『行政法総論』(青林書院,2013)599页。

[71] 最判平成14年6月11日民集56卷5号958页。

[72] 松永正則「憲法29条3項の「正当な補償」の意味について——最高裁判所の諸判決を素材として」名城法学57卷1・2号(2007)210页。

主观意图并不明确。”<sup>[73]</sup>

因此,如何理解最高法院的这三项判决,便成了学界讨论的重点。因为这不仅关系到最高法院判例的相互整合性,也直接涉及应该以何种原则指导征地补偿的问题。

#### 4. 学理评论

针对如何理解 2002 年判决的问题,学界有三种观点。第一种观点认为既然最高法院引用了 1953 年判决,那就意味着它自身推翻了 1973 年判决中完全补偿的立场,今后宪法第 29 条第 3 项的解释以及依据《土地收用法》的损失补偿就应该采用适当补偿说。<sup>[74]</sup>

第二种观点则认为,2002 年判决在引用 1953 年判决的同时,最后得出的结论却是,根据《土地收用法》得到的补偿“使得被征收人获得了与其财产在征收前后这段时期的价值相等的补偿”,采用了 1973 年判决的论理。因此,该判决形式上采用了适当补偿说,实质上裁判结果与完全补偿说是一样的,使理解产生混乱的原因仅仅是因为引用了 1953 年判决而已。<sup>[75]</sup>

笔者认为以上两种观点都不能使人信服。如果认为 2002 年判决推翻了 1973 年判决并确认了 1953 年判决,那么最高法院就完全站在了主流学说(即适当补偿说仅适用在极其例外的情况下)的反面。如果认为 2002 年判决实质上与 1973 年判决一致,最高法院在判决词中引用 1953 年判决的意图就更加无法说清。

相比之下,第三种观点相当有说服力。正如有学者指出的,迄今为止,完全补偿说与适当补偿说的争论都没有注意到补偿金计算时间点这一重要问题,反而脱离这一要素对补偿原则进行抽象议论,从而导致了最高法院判决理解的混乱。<sup>[76]</sup> 1973 年判决的中心问题是 1967 年《土地收用法》修改前第 72 条和宪法的关系,2002 年判决讨论的焦点是 1967 年《土地收用法》修改后第 71 条和宪法的关系,两者文义规定的不同导致了学者对两判决理解的混乱。

1973 年判决适用的法条是旧《土地收用法》,当时的第 72 条规定:“对于被征收的土地,应当考虑附近类似土地的交易价格,以适当的价格补偿”,而当时的第 71 条规定:“损失应当根据收用委员会下达收用裁决时的价格计算以进行补偿”。

2002 年判决时,《土地收用法》已经过修改,将原来的第 71 条和第 72 条合并为新的第 71 条,其内容是:“针对被征收的土地……的补偿金额是,考虑附近类似土地的交易价格,计算出发布事业认定告示时适当的价格,并乘以权利取得裁决为止物价变动所得修正率得出的额度。”

可以发现,1967 年《土地收用法》修改前补偿金的计算时间点是下达收用裁决时,而改正后的《土地收用法》补偿金计算时间点变成了发布事业认定告示时(事业认定至收用

[73] 塩野宏『行政法Ⅱ』(有斐閣、第4版、2005)336頁。

[74] 例如,小高剛「土地收用法七十一条に定める土地補償金の算定基準の合憲性」法学教室 266号(2002)146頁。

[75] 例如,大隈義和「判例評論最新判例批評(27)土地收用法71条と憲法29条3項(最三判平成14.6.11)」判例時報 1812号(2003)164頁。

[76] 参见松永正則「憲法29条3項の「正当な補償」の意味について——最高裁判所の諸判決を素材として」名城法学 57卷1・2号(2007)228頁。

裁决之间的地价变化并不影响到补偿金额,仅根据物价变动率修正)。如果注意到这里的变化,最高法院的判例就可以得到整合。因为,1973年判决所说的完全补偿是指“使得与被征收人的财产在征收前后这段时期的价值相等的补偿”,其结果是“可以让被征收人取得在附近的,与被征收地同等之代替土地的金額”,并没有在说一定要和下达收用裁决时的市场价格相等。所以,2002年判决仅仅是对1973年判决的一种重新释义罢了,<sup>[77]</sup>因为当时的补偿金计算时间点是发布事业认定告示时,所以就更没有理由一定要与收用裁决时的市场价格相等,只需要“基于征收当时的经济状态下能成交的价格合理算出的适当金額”即可。

正如藤田宙靖教授指出的,学界在议论适当补偿这个词语时,语意有双重性。一方面是指:“从公共的立场剥夺、限制财产权时,以实质性公平的观点来看,并不需要对财产价值的全部进行补偿。”另一方面则是指:“损失补偿并不一定要以该财产的市场交易价格进行。”<sup>[78]</sup>并且,藤田教授在阐明这一概念混乱现象的基础上,认为征地补偿原则上应当是完全补偿即按照该土地的市场交易价格补偿,但是按照《土地收用法》,该市场交易价格指的是发布事业认定告示时的价格(而不是做出收用裁决时的市场交易价格)。因此,《土地收用法》其实是完全补偿与适当补偿的交错。<sup>[79]</sup>

## (二)“正当补偿”与补偿金计算时间点——开发利益的问题

上文提到,《土地收用法》第71条对土地本身的补偿采取的是事业认定时价格基准,改变了过去的收用裁决时价格基准。如此一来导致的结果就是,事业认定至收用裁决阶段地价变化所带来的利益并不属于被征收人。按照完全补偿的原则,难道不应该在所有权利人真正失去土地的那一刻(即下达收用裁决时)获得对价吗?这样的规定是否符合宪法所说“正当补偿”?自1967年《土地收用法》修改以来,这一问题也一直是学界的争论焦点。

首先,第71条的修改被认为是建立在一定理由之上的。因为二十世纪九十年代之前,日本处于经济高速发展时期,地价也自然是节节攀升。一项公共建设计划的推出,必然导致该区域地价投机性的上升,即产生所谓开发利益。此种开发利益往往使得相关土地的市场交易价格在下达收用裁决前就已经快速上涨。因此,征地伴随的庞大补偿金成了阻碍公共建设开展的绊脚石。为此,当时的立法者为抑制高额的用地费,排除开发利益,从而修改了《土地收用法》,将土地补偿金计算时间点提前到了发布事业认定告示时。

从理论上来看,将开发利益排除在补偿金之外并没有不合理的方面。因为开发利益本来并不属于土地所有人,而是属于起业者。也就是说,地价投机性上升的原因是该公共建设计划。例如某一开发商为建造地铁获得了事业认定,也正因为这一地铁建造计划才使得对应周边地价的快速上涨。因此,这样的所谓开发利益很难说属于被征收人。可以说,为排除本不应该属于被征收人的不合理利益,才规定了将补偿金计算时间点提前到发

[77] 参见藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013)601頁。

[78] 藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013)599頁以下。

[79] 藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013)601頁。

布事业认定告示时。<sup>[80]</sup>

事实上,日本最高法院也支持以上观点。在上文提到的 2002 年“关西电力变电所用地征收案”最高法院判决中,另一争议焦点即第 71 条补偿金计算时间点的合宪性问题。对此最高法院认为:

事业认定告示后至权利取得裁决时,附近类似土地的交易价格会产生变动,这一变动率并不一定会和上述修正率(指物价变动修正率)一致。然而,上述附近类似土地交易价格的变动,一般来说是该事业的影响造成的,并没有理由认为被征收地的所有者可以当然享受到因事业产生的附加价值。事业之影响产生的征收地价值本身的变动,应当归属起业者,并由起业者负担。

鉴于以上理由,《土地收用法》第 71 条将补偿金额以上述方式规定有充分的合理性……并不违反宪法第 29 条第 3 项。<sup>[81]</sup>

从这一判决来看,最高法院支持了修改《土地收用法》第 71 条时立法者的观点,即开发利益不属于被征收人,应当归属征地计划的起业者。至此,第 71 条的合宪性得到了判例的确认。不过,虽然这样的逻辑有一定的合理性,却并没有获得学界的压倒性支持。其中主要存在两种批判观点。一种批判观点认为,第 71 条使得因开发利益上涨的土地价值不归属于被征收人,但是同样受到开发利益影响的周边未被征收土地的所有权人却完全享受地价上涨带来的利益,唯独被征收人受到“特殊待遇”的这一规定是非常不公平的。<sup>[82]</sup>

另一种观点认为,现行《土地收用法》第 71 条在排除本不属于被征收人的利益的同时,将本应该属于被征收人的利益也排除在外了。<sup>[83]</sup> 因为按照第 71 条所得的补偿金总额是“事业认定时市场价格乘以事业认定至收用裁决阶段物价变动率”,这样的计算方法导致的结果是排除了事业认定阶段至收用裁决阶段的普通地价上升(即并不是开发利益导致的社会普通地价上升)所产生的利益。至少,扣除因开发利益产生的价格上涨部分,剩下的自然地价上涨部分应该属于被征收人。<sup>[84]</sup>

以上来自学界的批判比较有力,也指出了《土地收用法》补偿制度的缺陷。对此,相关学者虽然提出过一些对策,<sup>[85]</sup>但是终究不能完美解决问题。这也是今后留给日本征地法制的课题。

### (三) 补偿范围与概括性条款

征地伴随的补偿当然不仅仅是对土地损失本身的补偿,除此之外被征收人因失去土

[80] 为了使被征收人能够在地价投机上涨前就可以购买附近类似土地,《土地收用法》第 46 条之 2 规定事业认定告示发布后,被征收人就可以立刻请求获得补偿金。

[81] 最判平成 14 年 6 月 11 日民集 56 卷 5 号 958 页。

[82] 参见藤田宙靖「公共用地の強制所得と現代公法」藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988)162 页。

[83] 参见今村成和『損失補償制度の研究』(有斐閣、1968)133 页。

[84] 至少在日本泡沫经济破灭的二十世纪九十年代前,普通地价上升速度远远快于物价上涨速度。

[85] 如针对第一种批判,有学者提出征收税金或开发负担金来解决被征收人和周边居民的公平问题。参见藤田宙靖「公共用地の強制所得と現代公法」藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(創文社、1988)163 页。

地所遭受的其他损失也当然应该纳入补偿范围。事实上,《土地收用法》也做出了相关的规定。在该法第6章里,失地本身以外的各种补偿得到了保障。这其中,非常有特色的是第88条的后半段,该条后半段规定:“其他的因为征收或使用土地引起的土地所有人或关系人通常遭受的损失,应当进行补偿。”这一规定很明显是概括性条款,其存在使得《土地收用法》没有明文规定的某些补偿类型可以通过该条的法解释成为可能。在实际运用中,关于何者属于“通常遭受的损失”,学说和判例的积累相当丰富,这也体现了该概括性条款蕴藏的广阔解释空间。事实上,因“通常遭受的损失”而推导出的新补偿类型不在少数,例如农业废止补偿和生活再建措施。

《土地收用法》损失补偿规定中,包含了许多与生活费相关的补偿。如营业损失补偿(第77条)、转移费用补偿(第88条)等。然而,靠种地为生的农民被征收耕地后,虽以该土地的市场价格获得了补偿,却失去了生产资料,生活没有了着落。为此,政府制定了行政规则——《公共用地的取得损失补偿基准要纲》,在该要纲里“通常遭受的损失”被解释为包含农业废止补偿。据此,失去耕地的农民会获得一笔补偿款,多少为今后生活的重新规划提供了援助。

更进步一说,农业废止补偿是否足够呢?“通常遭受的损失”是否要包括介绍工作、职业培训、融资等生活再建措施也成了学界的议论点。关于这一点,存在宪法上的要求说<sup>[86]</sup>和立法政策说<sup>[87]</sup>两种学说的对立,不过无论是哪一种学说,都赞成应当把生活再建措施当作补偿内容。最终,为呼应学界多年的主张,2001年《土地收用法》修改时增加了第139条之2这一新的条文。该条规定因土地征收而失去生活基础的人在获得损失补偿时,可以向起业者申请实施生活再建措施,其内容包括取得住宅、店铺、介绍工作、职业训练等,并规定在条件允许的情况下,起业者有努力提供这些措施的义务。

从补偿范围中增加农业废止补偿和生活再建措施这个角度上来看,《土地收用法》“通常遭受的损失”条款也为今后肯定其他补偿类型提供了巨大可能性。

## 四 对我国的启示

以上便是日本土地征收法制的状况,其中围绕公共性和损失补偿两项与宪法规定相关的议题,立法、学说和判例都有精彩的展开。可以说,正因为有了判例与学说的相互交锋与对话,日本征地制度才得到了不断的自我修正和完善,这种健康发展的机制首先是给予我们的一大启示。

研究外国法律制度的最终目的必然是为解决中国所面临的现实问题提供一定的启示,在某一课题上跳出本国的思维模式,参考国外同行对此同样问题的理论研究和现实处理方法往往能获得崭新的思路,笔者相信这也是比较法手段的优势所在。下面就围绕本文在财产征收领域我国亟待解决的三个重要问题,基于以上对日本法的研究,阐明笔者的

[86] 例如,西整章『国家補償法概説』(勁草書房,2008)236頁。

[87] 例如,藤田宙靖『行政法總論』(青林書院,2013)625頁。

立场和看法。

### (一) 关于公共利益的保障模式。

对于公共利益的保障,立法、行政和司法三部门之间如何进行责任分配相当重要。以我国的语境来说,就是人大、地方政府和法院三者之间应当由谁来真正保障财产征收过程中公共利益的问题。有学者在提出“究竟应该信任谁来代表和界定‘公共利益’”的疑问后,认为从议会的性质和人民代表的责任上来看,公共利益的最可靠保障者只能是人民代表。<sup>[88]</sup> 笔者认为这一论证是相当有力的,只要让立法机关真正成为社会多数人利益的代表,所谓公共利益自然与立法机关的意志是高度一致的。

因此,在我国不论是全国还是地方人大都有最大的责任保障征地计划的公益性。但是这其中有一个困难的地方,即立法机关对公共利益的保障方式问题。英美法系国家的议会往往十分积极地采用“一事一议”的制度,这在征收领域体现为对每个个别的征地项目个别地进行审查决议。换句话说,议会的功能不仅仅是制定具有普遍约束力的抽象法律,还会针对具体事件具体人群发布个别法案(private Act)。然而,议会是否能够发布这样类似具体行政行为的“处分法”,在大陆法系的德国和日本都是一个争议话题。通说认为根据权力分立的原则,议会的主要职责应当是制定内容抽象的法律。<sup>[89]</sup> 在日本的征地制度中同样如此,立法机关并没有采用“一事一议”的制度,而是通过提高立法规制强度的方法,对符合公共利益的征地类型作限定列举,并在法律条文中规定公共性审查要件。法院则通过法律的抽象要件规定提高司法审查强度,加强对行政裁量权的约束。

对应到中国的情况来看,尽管我国人大制度并没有限制其只能制定抽象性规范,相反,《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》赋予了人大重大事项决定权,但现实中,地方人大的这一职责远远没有得到很好的落实,更不用说在财产征收领域。<sup>[90]</sup> 因此,笔者认为在人大的运行机制尚需改革和完善的现实情况下,不妨参照日本的做法,并不需要过分强调立法机关的直接作用,而是在立法技术和司法审查中保障公共利益,即不是“一事一议”而是从法律条文的完善和行政诉讼的审理两方面共同对行政机关的公共利益认定进行规制。

### (二) 关于公共利益的认定方法

上一点中谈到,在我国现阶段为保障财产征收的公共性质,完善立法和加强司法审查具有同样重要的作用。那么具体如何在这些过程中判断并认定公共利益就成了需要仔细考虑的问题,笔者认为这方面也可借鉴日本的经验。

首先是关于是否需要统一制定一部征收立法的问题。目前我国在中央层面有关财产

[88] 参见张千帆:《“公共利益”的困境与出路——美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示》,《中国法学》2005年第5期,第45页。

[89] 初宿正典『法律の一般性と個別的法律の問題——いわゆるオウム規制法の制定を契機として』法學論叢 146 卷 5・6 号 26 頁。

[90] 关于“一事一议”方式与我国人大制度的关系,可参见唐忠民,温泽彬:《关于“公共利益”的界定模式》,《现代法学》2006年第5期,第95页。当然,在保障性安居工程建设和旧城区改建方面,《国有土地上房屋征收与补偿条例》第9条事实上给予了地方人大决议权。

征收程序、要件的规定主要散见于《土地管理法》、《土地管理法实施条例》、《国有土地上房屋征收与补偿条例》等法律法规中。众所周知,我国农村集体土地征收和城市国有土地上房屋征收伴随使用权收回是两套不同的法律体系。尤其是前者,其具体的操作办法和实施细则各省市地方都不尽相同。制定一部统一的农村集体土地征收立法的呼声很大,笔者也持赞同意见。

不过,有学者根据日本存在征地统一立法的情况,认为应该借鉴日本的方法制定一部包括收回国有土地使用权在内的统一的土地征收法。<sup>[91]</sup>笔者认为这一观点值得商榷。确实,日本拥有一部土地征收基本法律《土地收用法》,然而,日本的征地法制是由一般法和特别法构成的。尤其是因为《城市规划法》的存在,其导致的结果就是农村土地的征收程序和城市土地的征收程序并不相同。与我国相似的是,日本征地程序从本质上看也是二元的,城市的部分适用《城市规划法》,其余的地方若没有特殊规定则适用《土地收用法》。这其中两者的公共利益认定方法也不一致。在采用土地私有制的日本尚且如此,在采用国有土地和集体土地二元结构的我国更没必要盲目追求两者统一的征收立法。笔者认为,在各自的领域和范围里统一立法是一个较为现实的方法。

其次,关于立法如何认定公共利益的方法问题。日本征地法制中最明显的特点是对符合公共利益的征地类型限定列举,而且这种限定列举相当严格,并不是对征地项目做大致的大致规定,而是列举每项征地类型并指出每一个类型依据的法律。以《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条为例,中国与日本的不同之处就在于该条例的限定列举比较模糊,以某种“需要”为着眼点而不是规定具体类型。这其实说明了我国立法规制强度的问题,法律法规字眼的宽松导致的后果必然是行政裁量权的增大,虽然这可以通过司法审查弥补,但这是需要以一个强大法院的存在为前提的。因此,加强法律条文的详细度是今后征收立法中的重点工作,特别是在农村集体土地征收领域。另外,加强列举条文的详细度并不会导致灵活性缺失,就像日本一样,如果有新的征地类型出现且不存在于列举条款中,只需制定特别法变通即可。

说到底,公共利益认定是一个行政裁量问题。日本以立法限定在前,司法审查在后的方式有力地限制了行政机关裁量权的滥用。在我国,除适宜限定列举征地类型之外,还应该加强要件规定的详细度。在日本,如果法律条文中没有“征地事业有助于土地的适当且合理的利用”字眼,要提高司法审查强度是相当困难的。法律至少要为公共利益加上一些不确定法律概念,如果连不确定法律概念都不存在,司法审查自然无从谈起。因此,建议我国法律法规宜对公共利益条款加上要件规定,使得法院能够通过这些要件规定行使裁量审查权。

再次,关于日本法院针对征地公共性而创造的判断过程审查方式,国内已有学者详细探讨过其在我国的可适用性,<sup>[92]</sup>笔者对此持赞成观点。从公共利益的性质上看,采用比

[91] 参见胡春秀:《从日本土地征收制度的发展看我国土地征收立法的完善》,《云南大学学报(法学版)》2010年第5期,第83页。

[92] 参见王天华:《行政裁量与判断过程审查方式》,《清华法学》2009年第3期,第96页。

较衡量的审查手法具有相当的合理性。另外,新修订的《行政诉讼法》在违法撤销事由中增加了“明显不当”标准,这也给法院审查行政裁量提供了非常大的空间。

需要特别指出的是,日本“根据规划的公共性确保”理论应当引起我们的重视。例如,在保障城市房屋征收公益性的问题上,过去讨论比较多的是《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 8 条(即限定列举条款)。笔者认为,还应当重视第 9 条的公共利益保障作用。第 9 条明确规定征收房屋的各项建设活动应当符合行政规划。日本通过“根据规划的公共性确保”理论确立了在审查某一征地项目具体公共性时,必须审查其依据的行政规划。我国法院何尝不能如此呢?如果某一项行政规划真正确保了当地整体生活环境的改善和人民生活水平的提高,那么从这一规划导出的征地项目即使是商业设施,其公共利益也是经得起推敲的。虽然,类似于抽象规范的行政规划纳入我国的行政诉讼受案范围具有很大的困难度。但是,不能提起行政诉讼和不能对之进行审查是两个不同的概念。尽管行政规划被排除在受案范围之外,但这并不妨碍对被诉行政行为所依据的行政规划进行审查。<sup>[93]</sup>《行政诉讼法》第 54 条也是此观点的依据。我国法院在附带审查行政规划时,自然也可以运用判断过程型审查,审查该规划的制定是否“滥用职权”和“明显不当”,以保障征地计划的公益性。

最后,也要看到日本征地过程中行政程序保障并不完善,如公众参与制度等规定远没有“正当程序”传统的英美国家来得详细,这也是其一大缺点,应当避免这样的问题。

### (三)关于损失补偿的标准和范围

由于实行土地私有制,日本土地征收统一采用市场交易价格标准。但是围绕是否一定要与市场价格一致,学说和判例存在争论。对此,完全补偿和适当补偿具体含义的模糊在日本学界引起了混乱。这对我国的启示就是,并不需要讨论在征收集体土地或城市房屋时到底是应当采用完全补偿还是适当补偿,因为这样的原则性语言太过抽象,较易引起歧义。

关于补偿参照标准,我国现阶段对城市房屋征收采用市场价格标准,对农村耕地征收采用年产值标准,其余的集体土地补偿标准虽委任于地方,但基本也都是采用年产值标准。考虑到我国集体土地管理制度与城市很不相同,并没有市场交易机制,采用二元标准具有一定的合理性。但是作为地上附着物,农民自有房屋的补偿标准却是一个很大的问题,现阶段各地主要按照建房成本折算。有学者指出该标准正是导致恶性事件频发的原因,<sup>[94]</sup>即农村房屋交易有一定限制,无法形成完整的市场价格机制。不过,笔者认为,在这一点上 1973 年日本最高法院判决的“附近同等”思路值得借鉴,即补偿金额宜设定为“可以使得农民重建或购买到附近同等房屋”标准。

关于补偿金计算时间点的问题,这在采取市场价格标准的城市房屋征收领域尤为重要。现阶段我国《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 19 条规定,补偿金不得低于征收决定公告之日类似房地产的市场价格,第 27 条又规定先补偿后搬迁。这可能导致的结果

[93] 参见甘文著:《行政诉讼法司法解释之评论》,中国法制出版社 2000 年版,第 31 页。

[94] 参见申建平:《对农村集体土地征收补偿范围的反思》,《比较法研究》2013 年第 2 期,第 108 页。

就是,征收公告之日后被征收人为了获得开发项目带来的房价上涨利益,往往拒不搬迁。这也是现实生活中很多矛盾产生的原因。尽管如何处理开发利益在日本也是一个争议话题,但是笔者认为,鉴于开发利益本不属于被征收人,上述条例第 19 条应当修改为,补偿金就等于征收决定公告之日类似房地产的市场价格。如此一来,能够减少现实中许多讨价还价的纠纷。

关于补偿范围的问题,不管是集体土地征收还是城市房屋征收,我国法律法规依然采用限定列举的方法。例如集体土地征收补偿范围仅包括土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗补偿费三种,并没有概括性条款存在。这事实上否认了今后实践中扩展补偿范围的可能性。若需要增加其他的补偿类型,严格来说必须要通过修法才能实现。如此严格的限定条文也不利于学界的讨论。因此笔者建议借鉴日本的做法,增加概括性条款,让法律规定更为灵活,也给今后结合实际情况逐渐扩大补偿范围提供解释的空间。

---

[ **Abstract** ] Being centered on *Compulsory Purchase of Land Act* and complemented by a number of special laws and regulations represented by *City Planning Act*, the Japanese legal system of land expropriation constitutes a complete system of law. The procedure of land expropriation can be divided into two stages: identification of projects and determination on expropriation. In terms of ensuring the publicness of a project, Japan has first defined the eligible causes for the application of expropriation by listing them in the legislation, and then used the process of judicial review by the court to ensure the publicness of a specific individual land expropriation plan. In this process, the doctrine of “guaranteeing the publicness by planning” requires that, while examining the publicness of the city planning projects, the city planning itself must also be examined. In terms of loss compensation, the doctrine of full compensation should be adopted in principle. However, since the period used to calculate the compensation has been advanced by the law to the time when the identified project is notified, the benefit of development has been ruled out, which, to some extent, implies the application of the doctrine of appropriate compensation. The phrased clause on compensation, as contained in the *Compulsory Purchase of Land Act*, has provided huge room for broad interpretation of the scope of compensation in the future. There are still many problems in the current expropriation system in China, such as those relating to the mode for safeguarding public interest, the method for the identification of public interest, and the standard and scope of compensation. The relevant legislation, theories and cases in Japan may well provide positive references for the solution of the above-mentioned problems in China.

---

(责任编辑:田 夫)