

“拆迁”改为“征收”是一项重大进步

——“拆迁条例”征求意见稿的立法解读

中国社科院法学所研究员 孙宪忠

“拆迁条例”的来龙去脉

2010 年 12 月 15 日，国务院法制办公室向社会发布了“国有土地上房屋征收与补偿条例”的“第二次征求意见稿”，它立刻引起了社会的强烈关注。本人作为建设部、国土资源部和国务院法制办邀请的专家从一开始就参加了该条例的修订工作，因此有义务对这个条例编制的大体情形作出积极解读，以促进它向正面的方面继续发展。

我国最先制定的《城市房屋拆迁管理条例》，是由国务院 1991 年颁布施行。该法规 2001 年重新制定、施行。从我国立法法的角度看，这一条例属于国务院颁布的行政法规。这就是大家都熟悉的“拆迁条例”（为论述方便本文称之为“原拆迁条例”）。本次国务院法制办公室颁布的替代这个法规的条例，名字已经修改为“国有土地上房屋征收与补偿条例”，目前国务院发布的版本，是“第二次征求意见稿”（以下简称“征求意见稿”）。修改拆迁条例的立法依据，是 2007 年全国人大制定颁布《物权法》时，曾经对国务院作出的一个修改拆迁条例的授权。

原拆迁条例反映了改革开放初期实施的“重发展兼顾公平”战略思想，这一指导思想应用于拆迁实务，表现出了十分明显的缺陷：强调了快速拆迁以促进城市发展的利益，而忽视被拆迁人权利。这一点和《物权法》的核心规则严重不一致，和当前以人为本的科学发展观不一致。另外，原拆迁条例设计的基本的法律制度也有违背法律科学、拆迁程序设置排斥民众知情权等方面的严重问题。

事实上，《物权法》生效之前立法部门就已经开始了修订该条例的工作，原来的工作计划是该条例修订之后和《物权法》同时实施。但是该条例涉及利益关系重大，因此修订十分困难。3 年以来，曾经举办各界调查会、研讨会、座谈会 43 次，并曾经在 2010 年 1 月公布了第一次征求意见稿，当时就已经引发极大的争议。2010 年 12 月 15 日颁布了第二次征求意见稿。

我认为，征求意见稿在一些核心的、基本的制度设计方面已经有明显的进步，这些应该予以肯定；当然它有一些不足，需要继续修正。

“拆迁”改为“征收”其意义在未来会更加清楚地表现

征求意见稿相比原拆迁条例，最为重大的改变，就是将拆迁改为征收。这一个名词的改变，意味着基本法律制度的改变，因为，拆迁所反映的，是拆迁人和被拆迁人之间的法律关系，过去的拆迁制度就是以此为基础展开的；而征收则是政府和业主之间的关系，原来所说的“拆迁人”不再直接面对被拆迁人。在拆迁事务中必须由政府直接向民众承担责任。这就是征求意见稿对我国的拆迁制度的最大的改变。这一点意义非常重要。

我们先来看看原拆迁条例对这个基本的法律关系的规定。该条例第 4 条规定：“拆迁人应当依照本条例的规定，对被拆迁人给予补偿、安置；被拆迁人应当在搬迁期限内完成搬迁。”“本条例所称拆迁人，是指取得房屋拆迁许可证的单位。”“本条例所称被拆迁人，是指被拆迁房屋的所有人。”在这种拆迁的法律关系中，没有政府的角色，因为政府只是负责对拆迁事务的监督管理，或者说处于“居中协调”地位。

这些规定基本上不符合拆迁的实际情形。因为在我国拆迁事务中，事实上是政府将民众还在享有的土地使用权征收回来，“出让”给开发商以及其它新的建设用地权利人，政府从中收取“土

地出让金”。当前，政府收取土地出让金已经到了很不理智的地步。而对于这个要点，原拆迁条例完全忽略了。它所设计的拆迁人和被拆迁人之间的法律关系，恰恰是不存在的，因为开发商等建设用地权利人并不是从业主手里取得了土地，而是从政府手里取得了土地。原拆迁条例将政府放在“居中协调”这个道德高地上，为后来政府和开发商结合在一起侵害民众利益提供了一个挡箭牌。

早在《物权法》起草过程中，我在社会调查中就发现了这个问题，所以在学者建议稿中写上了“征收”的条款，其中有涉及征收的三个原则“目的正当、程序正当、足额补偿”。所谓目的正当，就是征收必须符合公共利益的目标；程序正当是指必须让民众享有知情权、参与权和一定的决定权；足额补偿，指的是必须对民众的损失给予足够的弥补。这个条款后来演化成为现在的《物权法》第42条。

我认为，在政府经营土地的问题上，就是要把政府经营土地的现实纳入到拆迁制度之中，将政府从居中协调的地位，改变为直面民众的法律关系主体地位，不能让他们仅仅只享有收取土地出让金的权利，还要让他们受到对应于权利的法律义务和责任的约束，也就是承担补偿义务。

目前的征求意见稿，我认为已经足够地反映了学术研究的这些考虑。比如，征求意见稿第4条：“市、县人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作。”“市、县人民政府确定的房屋征收部门组织实施本行政区域的征收与补偿工作。”

通过这些规定，我们就可以看出为什么征求意见稿将原来的拆迁改变为“征收”。我认为，这个修改是十分重要的进步，它不仅仅对理顺拆迁事务中的法律关系有很重要的价值；而且更为重要的，是通过这一修改，土地经营现实问题可以得到法律的内在控制。通过这些法律制度的设计，我认为虽然不一定能够完全消除土地经营中政府方面不理智的牟利行为，但是至少可以使得这种趋势得以遏制。其重要意义在未来会更加清楚的表现出来。

目前，我国社会似乎对于这一点的重要意义认识不足，因此对征求意见稿的评价也没有预期的那么高。事实上在拆迁条例的修改过程中，恰恰是在这一点上遇到了很大的阻力。在我们的实际调查中发现，大多数地方政府都认为自己只能处于“居中协调”的道德高地，而不应该承担具体的义务和责任。

将公共利益作为征收基本前提条件这是一个很大的进步

拆迁必须符合公共利益的目的，但是在原拆迁条例中没有公共利益的任何条款。本次征求意见稿明确提出了对公共利益的认识。这个问题非常重要，其中的法律问题，可以从如下几个方面来看。

为什么要规定公共利益原则？原因非常简单：被拆迁人的民事权利包括地权和房权都是正当权利，这些权利不应该因为另外一个民事主体的权利或者利益而被消灭，而只能因为公共利益的需要而被消灭。拆迁中的征收就是这样典型的例子。

原拆迁条例从来没有意识到这里的问题，它就造成了为了开发商等人的民事权利或者利益而消灭拆迁户的地权和房权，这就违背了法律的基本道理。这一次征求意见稿引入公共利益条款，将其作为征收民事权利的基本前提条件，这就是一个很大的进步。

显然，如何来确定公共利益，是建立征收制度的关键。征求意见稿在这一方面做出了积极的努力和尝试。它在第8条第1款作了七项列举。

这些范围不一定十分准确，但是已经作出这些规定，那就是很大的进步。在这个大方向上我们还可以讨论得更加细致一些。

公共利益的确确实是十分困难的事情，因此征求意见稿在这一方面规定了非常严格的程序。第8条第2款规定：“前款规定的各项建设活动，应当符合国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划和专项规划。保障性安居工程建设、旧城区改建，应当纳入市、县级人民政府国民经济和社会发展年度计划。”

依照我国宪法，国民经济和社会发展规划、国民经济和社会发展年度规划的确其实并不是

地方政府的职权，而是地方人民代表大会的职权。将征收以及拆迁中的公共利益确定的决定权交给人民代表大会，虽然不能说是一种非常精妙的制度设计，但是在我国的宪法体制中，应该说这一做法是有积极价值的。

征收程序中规定了民众的多种权利

征收程序的设立，是要建立被拆迁人的知情权、参与权和一定的决定权。但是原拆迁条例规定的基本拆迁程序中，却没有被拆迁人的这些权利的反映。原拆迁条例规定的拆迁程序基本上就是“拆迁许可证”的颁发程序(原条例第6至第8条)，被拆迁人在其中的出现只是在第8条：“房屋拆迁管理部门在发放房屋拆迁许可证的同时，应当将房屋拆迁许可证中载明的拆迁人、拆迁范围、拆迁期限等事项，以房屋拆迁公告的形式予以公布。”“房屋拆迁管理部门和拆迁人应当及时向被拆迁人做好宣传、解释工作。”在这个条文中，被拆迁人只是被当作宣传和解释的对象，而不是权利的主体。这一作法是民众最为不满的。

这一点在征求意见稿中已经有很大的转变，它直接或者间接地在多处规定了民众的上述权利。比如：关于人民代表大会讨论的规定(第8条第2款)，关于公开征求社会意见尤其是补偿方案必须公布的规定(第9条第2款)，关于将修正后的补偿方案再次公告、公开论证、听证及时公布的规定(第10条第1款)，征收范围以及征收补偿方案、行政复议权利和诉讼权利的告知的公告(第11条第1款)，关于征收补偿的救济程序、诉讼程序，被征收房屋的补偿价格的决定权，对评估确定的价值有异议的可以申请复核(第16条第2款)等。这一点是以前屡次立法均没有出现的规则。

这些规定不一定能够满足被拆迁人的权利要求，但是也确实明显的进步。

补偿、搬迁中的住房保障等问题

这是立法的核心问题。国务院法制办公开公布的说明指出，在这个问题上确立的基本原则是保障被拆迁人生活水平不降低。这一原则并没有在立法中明确，但是规定体现了这一精神，当然，应该在修订中明确这一原则。具体的规则可以作如下解读：

□ 补偿的损害范围

征求意见稿第十四条规定的对被征收人给予的补偿包括：(一)被征收房屋价值的补偿；(二)因征收房屋造成的搬迁、临时安置的补偿；(三)因征收房屋造成的停产停业损失的补偿。其中的第(三)项，也就是停产停业损失的补偿，这是以前的立法从来没有规定过的，即使是《物权法》也没有对此作出明确的规定。对此，我们可以联系重庆“最牛的钉子户”案件来看这一规定的进步性。

□ 补偿价格采取市场价的原则

补偿价格在原拆迁条例中规定为采取评估价原则。征求意见稿对此作出重大改变，它确定了补偿价格采取市场价原则。这一点规定在其第十六条：“对被征收房屋价值的补偿金额，不得低于房屋征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格。”这一点将来如何实现，也存在着立法进一步明确的必要性。

□ 被拆迁人回迁的权利

回迁是很多拆迁户的心愿，但是这一点在以前的立法中基本上被忽略了。征求意见稿对此作出了一个积极的回应。在第18条第2款规定：“因旧城区改建征收个人住宅，被征收人选择在改建地段进行房屋产权调换的，作出房屋征收决定的市、县级人民政府应当提供改建地段或者就近地段的房屋。”

□ 确保过渡期被拆迁人有所可住原则

原拆迁条例在这一点上没有建立强制性的规则，没有规定被拆迁人临时失去住房而无房可住的应对措施。这一点在征求意见稿中也予以纠正了。对此我们可以看看它的第19条：“对因征收房屋造成的搬迁，房屋征收部门应当向被征收人支付搬迁费；选择房屋产权调换的，产权调换房屋交付前，房屋征收部门应当向被征收人支付临时安置费或者提供周转用房。”

□ “违章建筑”补偿问题

原条例对此采取“一刀切”。征求意见稿在确定对确定无疑的违章建筑不予以补偿的规则之后，留下了一个可以探讨和需要解释历史遗留问题规则。对此我们可以看看其第 21 条第 2 款：“市、县级人民政府在作出房屋征收决定前，应当组织有关部门依照法律、法规对征收范围内未经依法登记的建筑予以认定、处理。”从这个规定中我们可以看到，不采取一刀切的方法，对此种问题的处理应该说是一种积极的关注民生的态度。

“强拆”与“先拆后补”基本得以解决

原拆迁条例赋予政府管理部门甚至拆迁人强制拆迁的权力。它在其第 17 条第 1 款规定：“被拆迁人或者房屋承租人在裁决规定的搬迁期限内未搬迁的，由房屋所在地的市、县人民政府责成有关部门强制拆迁，或者由房屋拆迁管理部门依法申请人民法院强制拆迁。”这一点留下了巨大的社会问题。由政府甚至由拆迁人主导的强制拆迁后来导致很多社会惨剧发生，这个条款因此成为了社会共愤的目标。

征求意见稿终止了政府的强制拆迁权利。它在其第 25 条第 1 款规定：“被征收人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼，又不履行补偿决定的，由作出房屋征收决定的市、县级人民政府依法申请人民法院强制执行。”接着，它又在第 26 条规定：“任何单位和个人不得采取暴力、胁迫以及违反规定中断供水、供热、供气、供电和道路通行等非法方式迫使被征收人搬迁。禁止建设单位参与搬迁活动。”

有一种社会观点认为，即使是法院也不可以最后决定强制拆迁。这一观点我认为不应该采纳，因为从我国社会发展和城市改造的实际情况看，不能认为所有的拒绝拆迁的理由都是成立的；而我国的宪法体制中，法院作为一种最终的裁判机构在这个问题上作出最后的判断，也是其正当的职权。

与政府强拆这个问题相关，同样深受社会批评的“先拆迁、后补偿”的问题，这一次在征求意见稿中也得到了解决。征求意见稿第 25 条第 2 款规定：“申请人民法院强制执行前，房屋征收部门应当按照补偿决定，对被征收人先予货币补偿或者提供产权调换房屋、周转用房。”依据这个规则，“先拆迁、后补偿”已经被废止，这一点对于保护民众基本权利意义很大。

不足之处和进一步修订的建议

从上面的分析可以看出，征求意见稿对民权保护问题做出了很多的努力，这些应该充分肯定并且积极地解读。但是这个征求意见稿还有一些问题。我认为最应该注意的有两点：

1.从目前的立法名目看，该条例似乎只是解决了“国有土地上房屋征收”的问题，那么民众的土地权利问题如何解决？

不论是按照我国《物权法》的规定，还是按照现实生活的常识，被拆迁人的建设用地使用权其实才是一项根本的权利，房屋在法律上只是土地的从物。如果不解决土地权利问题，拆迁中还必然会有很多重大的制度问题没有解决。因此我建议征求意见稿在这一方面应该作出更加积极的修改。

2.对民众的知情权、参与权和决定权，应该更加清楚地加以规定。

目前征求意见稿规定了民众的这些权利，但是，民众在哪个环节上行使这些权利的规则大多数还是不清楚。比如有关听证会的规定，就很不清楚。另外，召开论证会、听证会的程序规则和法律后果也不清楚。现实生活中，虽然有一些事务举办了听证会，可是因为其程序不当，后果却不理想。这些问题，也希望能够作出进一步的修改。