



主编 吴敬琏 江平 执行主编 梁治平

洪范评论

本辑主题

征地与拆迁

吴敬琏 黄少卿

创新还是寻租：中国转型时期的制度环境与企业家行为

冯玉军 李秀君

权力，权利和利益的博弈

程洁

对征用与拆迁中法律纠纷的实证分析

邱新有 戴微星

三方博弈：“权”“利”主体行动策略模式分析

王维洛

德国、中国征地拆迁的程序和赔偿之比较

刘向民

美国的征地行为

李实 赵人伟

市场化改革与收入差距扩大

张春霖

如何为医疗服务筹资：可行的体制和政策选择

谢平

国有商业银行改革使命未尽

赵刚

软权力论

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



洪范评论

主编 吴敬琏 江平 执行主编 梁治平

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：罗洁琪

图书在版编目 (CIP) 数据

洪范评论/ 吴敬琏, 江平主编. —北京: 中国法制出版社, 2007. 1

ISBN 978 - 7 - 80226 - 736 - 7

I. 洪… II. ①吴…②江… III. ①土地征用 - 法规 - 研究 - 中国 - 文集②房屋拆迁 - 法规 - 研究 - 中国 - 文集
IV. D922. 39 - 53 D922. 181 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 007303 号

洪范评论

HONGFAN PINGLUN

主编/吴敬琏 江 平

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/680 × 960 毫米 16

版次/2007 年 3 月第 1 版

印张/ 18.5 字数/ 208 千

2007 年 3 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 736 - 7

定价: 29.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66022958

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288



经思评论

主编

吴敬琏 江平

执行主编

梁治平

编委会

(按汉语拼音排序)

方流芳	高西庆	季卫东	江平	焦津洪
金立佐	李波	梁治平	刘遵义	茅于軾
钱颖一	秦晖	吴敬琏	谢平	许成钢
余永定	张春霖	张军	张维迎	

编辑部

梁治平 刘卫 薛小和 顾珏

洪范评论

| 稿 约 |

一、《洪范评论》(以下简称《评论》)系以法律与经济为重点的社会科学类论丛。

二、《评论》关注经济转轨、社会转型与国家治理。以问题为中心,兼收并蓄。

三、《评论》倡导以真实问题为转移的理论探究,以期推进对现实政治、经济、法律和社会问题的理论思考。

四、《评论》以经验研究、实证分析与理论思考并重,俾使分析无盲目之虞,而议论不至流于空泛。

五、《评论》提倡跨学科研究。在法学和经济学之外,广泛运用政治学、社会学、历史学、人类学以及社会科学其他学科,深入研究法律、经济及其相互作用。

六、《评论》设主题研讨,同时刊发其他论文、评论、书评文字,兼收译文。论文以1—2万字为宜;评论以5千—1万字为宜;书评以3—5千字为宜。

七、《评论》要求首发权,谢绝一稿两投。

八、来稿一经采用即致薄酬。

书面投稿请打印为A4规格,并附软盘,注明“投稿”字样,寄至:

北京123信箱《洪范评论》

邮编:100036

电子文本在标题中注明“投稿”字样,以Word文档并用附件方式,发至:

editor@hongfan.org.cn

我们将在收到投稿的3个月内给您采用与否的答复。

编者弁言

经济快速发展，城市化如影随形，这意味着大规模的土地开发：农地被转为工业和商业用地，旧城改造，新城建设，地价升腾，人员流徙。这样的过程在世界范围内发生，有着某些共同特征。不过，在不同的社会，由于经济发展阶段的差异，特别是因为其政治制度、法律制度和社会结构的不同，这一过程同时又极具地方特色。在中国，土地开发的浪潮汹涌澎湃，于最近数年达到高潮。这个以征地与拆迁为人熟知的过程，一方面成就了各地每年刷新的发展指标，另一方面也造成了严重的社会问题。不夸张地说，像本刊上一辑讨论的“农民与农村社会”主题一样，征地与拆迁也处在一个制度交叉点上，是我们深入思考当代中国社会问题与出路的一个很好的透视点。

本辑主题研讨集合了5篇文章，它们代表了不同专业的视角，运用不同的方法，涉及到不同社会的经验。第一篇文章运用法律经济学的分析方法，结合现实案例，对2001年的《城市房屋拆迁管理条例》以及法律架构下政府、开发商和被拆迁户的行为进行了博弈分析。作者认为，尽管新的宪法修正案申明了私有财产不受侵犯以及国家依法保护公民财产等项原则，

但是中央和地方的拆迁法规并没有很好地体现制约政府权力、保护被拆迁者权利和平衡开发商利益的宗旨，结果造成拆迁过程中各种不公平、不合理现象。作者主张对拆迁行为和拆迁法予以重新定义和构建。其中，最重要的是，土地的商业开发应当与政府出于公益目的对土地的开发利用区分开来，前者由民事法律调整，后者才适用行政法范畴的拆迁法。

程洁博士的文章侧重于征地与拆迁过程中的程序问题。她从对土地征用与房屋拆迁的5起实际纠纷的分析入手，试图提出一种解决问题的新思路，即从对征地权的程序性制约和对被征用人的程序权利保障的角度，去规范征地权，维护财产安全，提高土地利用的效益。

接下来的文章把我们从法律的规范分析拉回到现实的生活场景当中。这个由两位社会学家描述的生动个案，向我们展示了现实生活中征地一方与被征地一方斗法的种种策略和细节。这种动态的多层次的描述和分析所透露出来的问题不只是我们深入思考征地与拆迁问题的基础，也是对上述经济和法律分析的有益补充和平衡。

主题研讨的最后两篇文章为我们引入了不同社会的经验。藉着这些不同的经验，我们也许会“重新”意识到“征用”概念在法律上的正确含义：作为一种加于私人财产的国家强制力，在任何一个尊重财产的社会里，征用都是一种非常态的行为，受到法律的严格限制和审查。

王维洛博士比较了中国和德国征地拆迁的程序和赔偿标准，列出两国在征地拆迁方面的七项差异。比较而言，中国征地拆迁之规模大，补偿低，程序简易，无公众参与，过程不透明，一切受行政权支配，以至征地拆迁在中国有如燎原之火，不可遏止。而在德国，一方面，行政权的行使受公众知情权制约，更要接受司法审查，另一方面，开发商的行为也受公权和私权的各种限制，征地拆迁困难重重，绝非地方政府和开发商

的首选。所有这些差异，最终可以归结为一国之内公民权利尤其是公民财产受到承认、尊重和保护的程度。

“美国的征地行为”一文，从征用的历史和原理，到征用在美国社会中的运用，系统梳理了美国的征地法理学。透过这篇文章，我们可以了解美国法上对与征用有关的一些重要概念的辨析和界定，如什么是征用，何为公共使用，什么是公正补偿等等。对我们来说，这些关于征用概念的细致辨析和深入讨论极具启发意义，而使得这类辨析和讨论成为可能的基础和机制可能更值得我们注意。

中国的改革以思想解放运动为其先导，这绝非偶然。实际上，改革就是一个不断“松绑”的过程：为思想松绑，为生产力松绑，为人的创造力提供更广大的空间。改革事业未竟，也正是因为旧体制与旧观念加于人心、人身和社会发展的束缚仍在，需要进一步去破除。着眼于这一点，我们可以说，从企业家行为和制度转型的角度来看创新问题，抓住了当下改革路向的一个关节点。吴敬琏、黄少卿合写的文章令人信服地指出，中国政府在改革过程中采取的一系列变通性制度安排，为企业家创新提供了有利条件，促成了大规模的私人创业活动，推动了市场的形成和经济的成长。但是，因为在一些重要经济领域保留了可观的行政性资源配置权力和国有经济的垄断地位，这种变通性制度安排同时也激励了经济领域中的寻租和腐败活动，后者已经成为中国经济健康发展的严重威胁。作者认为，要解决这一严重问题，只有深化改革、建立法治的市场经济一途。换句话说，政府必须一方面退出应由市场发挥资源配置作用的领域，另一方面则要提供社会所需要的各种公共产品，尤其是为现代市场制度所需的法治体系。

“市场化改革与收入差距扩大”一文讨论了一个敏感而重要的话题。在关于中国改革问题的激烈论辩中，一直有人把中国社会收入扩大现象视为社会不公正的铁证，又把这种现象归

罪于市场化改革，进而提出否定改革的各种主张。那么，当代中国收入差距的状况究竟怎样？收入差距扩大现象与市场化改革到底是什么关系？这一现象究竟说明了什么？李实和赵人伟两位教授长期从事中国的收入问题研究，在这篇新作当中，他们试图在最新的实证材料的基础上，透过更细致合理的分析，来回答上述问题。文章首先归纳了中国近期收入分配变化的若干特点，然后通过仔细估算，平衡了流行的基于不同统计方法而得出的有关收入差距的几种不同结论，最后则提出了一个切合中国实际的分析框架，来解释改革以来收入差距扩大的成分和原因。作者使用的框架区分了政府行为和市场机制两个维度，然后看收入差距的哪些部分是正当的，哪些是不正当的，造成这些差距的原因又是什么。作者最后的结论是，把收入差距扩大简单地归因于市场化改革的看法是站不住脚的。相反，与市场化改革同时出现的收入差距扩大，就其不合理的部分而言，恰恰是因为政府体制方面的改革不充分所致。此前，本刊曾就此文请两位作者和若干学界同仁展开研讨，现将研讨会上张春霖博士和周其仁教授的评论一并刊发，以帮助读者深入思考此一问题。

医疗制度改革是另一个敏感而重要的话题。自从2005年一份关于中国医疗制度改革成败的官方报告问世之后，围绕医疗制度改革的论争几乎变成了关于中国社会改革本身的论战。医疗制度需要改革，这是社会的共识，问题是如何改？向什么方向改？可作的政策选择有哪些？可能建立的制度又有哪些？对于这些问题，张春霖博士结合国际经验，立足于中国国情，进行了一番梳理，颇有助于读者进一步去思考相关问题。

在另一篇评论文章里，谢平讨论了国有商业银行改革所面临的内外两方面的问题，进而指出了下一步改革的方向。由于作者长期从事银行管理工作，参与政策制定，其观察与分析可谓深入。

从政治学角度看，本辑作者关注的制度问题均可被视为国家治理与实力的“软”的方面，而在当代国际政治舞台上，这种所谓软权力已成为一国实力不可或缺的组成部分，其重要性丝毫不输于一国在经济、军事和科技等方面的实力。赵刚的“软权力论”将文化、制度、责任、创新和信息等列为中国和平发展所亟需解决的突出问题，这与前面各文作者的关切实为一事之两面。GDP 的增长和军力的加强均不足以让中国成为一个受国人爱戴、受外人尊重的国家。要令“近者悦，远者来”，靠的是自由与繁荣，公义与仁德。

目录

编者弁言

主题研讨:征地与拆迁

冯玉军 李秀君:

权力、权利和利益的博弈

——《城市房屋拆迁管理条例》的法经济学分析.....1

程 洁:

对征用与拆迁中法律纠纷的实证分析.....42

邱新有 戴微星:

三方博弈:“权”“利”主体行动策略模式分析

——以南方某高校征地拆迁过程为对象.....59

王维洛:

德国、中国征地拆迁的程序和赔偿之比较.....71

刘向民:

美国的征地行为.....89

论文

吴敬琏 黄少卿:

创新还是寻租:中国转型时期的制度环

境与企业家行为.....124

李实 赵人伟:

市场化改革与收入差距扩大.....158

张春霖 周其仁:

对“市场化改革与收入差距扩大”一文的评议.....187

评论

张春霖:

如何为医疗服务筹资:可行的体制和政策选择.....195

谢 平:

国有商业银行改革使命未尽.....226

赵 刚:

软权力论

——中国和平发展面临的国际竞争与突出问题.....233

书评

凌维慈:

陈映芳等:《征地与郊区农村的城市化——上海市的调查》.....257

罗杰 E. 哈特利:

斯蒂芬 B. 伯班克、巴里·弗里德曼:《处在十字路口的司法独立:一种跨学科的视角》.....263

J. D. 乔迪:

约翰·布里格汉姆:《利益形构:超越权利政治》.....273

帕特里克·斯奇梅迪特:

艾贝尔:《介于市场与国家间的英国律师:专业主义之政治学》.....278

权力,权利和利益的博弈*

——《城市房屋拆迁管理条例》的法经济学分析

冯玉军** 李秀君***

住宅是人类安身立命之本,是私人生活的载体和公民隐私权、财产权及其他权利的落脚点。尤其是在转型阶段的中国,住房对于大部分的普通百姓来说具有更为重要的意义,成为发展民生的基本标志以及民权保障的核心问题。

也不知从何时起,拆迁在全国各个城市便如火如荼地开展起来,在热火朝天的拆迁浪潮中,政府、企业、居民、公众都卷入其中,公共利益、个人利益和政治利益、商业利益交织在一起,矛盾也就纠缠错结,愈演愈烈。从南京被拆迁户翁彪因拆迁纠纷点火自焚到湖南嘉禾恶性拆迁事件,各方利益和诉求究竟谁是谁非?《城市房屋拆迁管理条例》(以下简称《拆迁条例》)等一系列法律法规的实际效果何在?与此类法律供给相应的法律需求出现了怎样的偏差?法律约束何以如此苍白?优化途径何在?这些问题均需要认真研究和回答。

* 本文系作者主持的中国人民大学亚洲研究中心项目《全球化下的东亚法治和法学研究》亚研字(2004012)及参加孙国华教授主持的2003年教育部博士点项目《法经济学基本理论及其应用研究》(03JB820003)的阶段性成果。

** 冯玉军,中国人民大学法学院副教授,法学博士

*** 李秀君,中国人民大学法学院法学硕士生。

在以下的研究中,笔者首先从法经济学的视角,对现行拆迁制度包括拆迁法律关系的性质、拆迁补偿方法、拆迁程序等具体制度规定,进行利弊得失的研究。其次,结合湖南嘉禾事件对政府、开发商、被拆迁人的各自利益关系进行梳理,进而对《城市房屋拆迁管理条例》进行博弈论和模式化的分析。最后在国际比较的基础上提出完善现行拆迁制度的对策建议。

一、我国有关房屋拆迁的现行法律规定、救济途径及其检讨

(一) 现行有关法律规定

与房屋拆迁问题有关的法律法规按照法律渊源区分,主要包括:

1. 宪法

2004年3月14日,第十届全国人民代表大会第二次会议通过宪法修正案,其中将宪法第10条第3款“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征用。”修改为:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”^①;将宪法第13条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。”修改为:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民

^① 由于我国土地分为集体所有和国家所有,对集体所有土地的收回称为征收,对国有土地的收回称为征用。因此我国城市拆迁实际上是国家为了公共利益的需要,对公民、法人和其他社会组织合法享有之国有土地使用权的收回及其所附着房屋所有权的剥夺,同时给予相应补偿的过程。又见宪法第13条。

的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”；将宪法第33条增加一款，作为第4款：“国家尊重和保障人权。”第3款相应地改为第4款。另外宪法第39条规定：“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”上述宪法规定是拆迁立法和执法过程中必须严格遵守的基本原则。

2. 法律^②

(1)《民法通则》(1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过)规定的所有权保护条款：第5条规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”第75条规定：“公民的个人财产，包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。”第76条规定：“公民依法享有财产继承权。”

《民法通则》规定的公民财产权的保护和救济条款：第106条第1、2款：“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。”“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。”第117条：“侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产，不能返还财产的，应当折价赔偿。”“损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。”“受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人并应当赔偿损失。”

^② 这里主要列出《民法通则》、《土地管理法》等主要法律文件，《合同法》、《担保法》等与房屋拆迁有关的一般性民事法律从略。

(2)《中华人民共和国土地管理法》(1986年6月25日六届全国人大常委会第十六次会议通过,1988年12月29日七届全国人大常委会第五次会议第一次修正;1998年8月29日九届全国人大常委会第四次会议修订,2004年8月28日十届全国人大常委会第十一次会议第二次修正。)

(3)《中华人民共和国城市房地产管理法》(八届全国人大常委会第八次会议1994年7月5日通过 自1995年1月1日起施行。)

(4)《中华人民共和国城市规划法》(七届全国人大常委会第十一次会议于1989年12月26日通过 自1990年4月1日起施行)。

3. 行政法规、部门规章

《城市房屋拆迁管理条例》(2001年6月6日国务院第40次常务会议通过 自2001年11月1日起施行。以下简称《拆迁条例》。)

此外,还有《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》(建设部2003年12月30日公布)、《城市房屋拆迁估价指导意见》(建设部2003年12月1日公布)、《〈中华人民共和国土地管理法〉实施条例》(国务院1998年12月27日公布),《房屋拆迁证据保全公证细则》(司法部1993年12月1日公布),等等。

4. 地方性法规、规章

按照颁布时间,可分为三个阶段:

(1)各省、市从1980年代起陆续制定了有关拆迁的法规、规章,例如1982年的《北京市建设拆迁安置办法》、1987年的《上海市拆迁房屋管理办法》、1986年的《吉林市城市建设动迁安置管理条例》等。

(2) 随着 1991 年国务院首部《城市房屋拆迁管理条例》的颁布实施,各地又都据此制定颁布了新的地方性法规、规章或实施条例,如 1991 年的《北京市实施〈城市房屋拆迁管理条例〉细则》、1993 年的《上海市城市房屋拆迁管理实施细则》、1992 年的《吉林省城市房屋拆迁安置管理条例》,等。^③

(3) 随着新的《城市房屋拆迁管理条例》(以下简称《拆迁条例》)于 2001 年颁布实施,各地再次进行了地方性法律的修订工作。例如:2003 年 9 月 28 日的《陕西省城市房屋拆迁补偿管理条例》,2003 年 9 月 27 日的《山西省城市房屋拆迁条例》,等等。

5. 司法解释

总体上应该包括《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(修改稿)》(1990 年 12 月 5 日),《最高人民法院关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复》(1996 年 7 月 24 日),《最高人民法院审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2003 年 4 月 28 日,以下简称最高法院 7 号文件),等等。

(二) 房屋拆迁的法律关系及其救济途径

我国目前的房屋拆迁过程中存在的法律关系主要包括行政

^③ 但是,各地的法规、规章几乎都是对《城市房屋拆迁管理条例》的粗线条的再规定,没有体现出具体的地方特色和更多操作层面的价值,其通常做法都是再授权下位地方政府做出具体规定。于是出现了这样的局面:行政法规——地方性法规、规章——下位(县)政府文件,法律规定逐级下放,法律漏洞和矛盾逐级递增。实践中,常常是拆迁人依据某某号政府文件提出补偿协议;被拆迁人手持某某号政府文件提出或主张或质疑,进而为行政、司法部门在处理纠纷时直接适用这些规范性文件带来法律风险。这样的做法除了存在着立法体制上的问题外,还有一个消极后果:逆位的法律适用优先意识容易使被拆迁人在寻求法律救济中陷入进退两难的境地。关于这一点,将在后文利弊分析中论述。