

政府法治研究丛书

通往法治政府之路

(2010~2012年研究报告集)

上海市行政法制研究所 编

上海人民出版社

政府法治研究丛书

通往法治政府之路

(2010~2012年研究报告集)

上海市行政法制研究所 编

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

通往法治政府之路:2010~2012年研究报告集/上海市行政法制研究所编. —上海:上海人民出版社, 2013

(政府法治研究丛书)

ISBN 978-7-208-11967-3

I. ①通… II. ①上… III. ①地方政府-行政管理-研究报告-上海市-2010~2012 IV. ①D625.51

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 293614 号

责任编辑 秦 堃

封面装帧 王斯佳

· 政府法治研究丛书 ·

**通往法治政府之路
(2010~2012 年研究报告集)**

上海市行政法制研究所 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 22.5 插页 2 字数 406,000

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11967-3/D·2408

定价 45.00 元

“政府法治研究丛书”编辑委员会

主 任:刘 华

副主任:顾长浩 张忠玉 刘 平 江子浩

成 员:王凤萍 罗长青 刘五生 刘建平 李 平

马贝艺 董海峰 朱宏传 程 彬

“政府法治研究丛书”编辑部

主 编:刘 平

副主编:程 彬

目 录

中国征收土地房屋法律制度中公共利益原则之历史演变·····	(1)
城市房屋拆迁中的法律问题研究	
——以上海旧区改造实践为例·····	(12)
集体土地征收补偿制度重构之思考	
——《土地管理法》修订中的一个难点问题·····	(29)
政府特许经营权收回法律问题研究·····	(44)
上海农村村级集体经济组织产权制度改革法律问题研究·····	(73)
农村集体资产管理的法律问题研究·····	(96)
私募股权投资基金监管法律问题研究·····	(116)
上海市预付式消费卡管理研究·····	(143)
社会领域立法中差别待遇的合理设定研究·····	(163)
行政裁决研究·····	(181)
行政处罚裁量权基准制度的实证研究	
——以食品药品监管为例探索裁量治理模式·····	(196)
公众依托网络监督政府研究·····	(239)
立法活动中的利益表达机制研究·····	(267)
管理相对人权益告知研究·····	(288)
政府信息公开中的个体信息保护·····	(308)
关于《政府信息公开条例》第三十七条公共企事业单位信息公开的 研究报告·····	(330)
后记·····	(351)

中国征收土地房屋法律制度 中公共利益原则之历史演变

顾长浩

自 2004 年全国人大《宪法修正案》(以下简称《2004 年宪法修正案》)通过后,征收土地必须遵循公共利益原则如何具体化就开始成为中国社会舆论焦点与公众关注的热点问题,至 2007 年 3 月《物权法》通过前后达到高潮,其中最为突出的事件就是重庆最牛拆迁钉子户案件的处理。然而,《物权法》实施后,如何落实征收土地(包括房屋)必须遵循公共利益的宪法原则,迄今为止仍是一个悬案。伴随着中国法治建设的继续深入,人们法律理念和权利意识不断增强,公共利益原则的明晰化、具体化,已经成为当前中国征收土地房屋法律制度重构中一个无法绕开、亟须解决的至关重要的立法课题。目前,理论界和实务界对这一问题的阐述与看法可谓众说纷纭,莫衷一是。笔者试图从立法与实务两方面揭示征收土地房屋公共利益原则的历史演变,厘清制度发展的脉络与规律,从而为合理界定公共利益、确定公共利益与非公共利益的区分标准提供立法思路与具体意见。

一、新中国成立初期关于征收土地制度及公共利益原则的缘起

我国关于征收土地以及征收土地公共利益原则的确立问题可以追溯到新中国成立初期。1953 年 12 月,经中央人民政府主席批准,政务院发布了《国家建设征用土地办法》(以下简称《征用土地办法》)。这是新中国成立后第一个关于建设项目征用土地的法律。就本文所叙述的主题而言,这一法律的重要意义在于:其一,第一次使用了“国家建设”的法律概念,其第二条明确:“凡兴建国防工程、厂矿、铁路、交通、水利工程、市政建设及其他经济、文化建设等所需用之土地,均依本办法征用之。”从立法技术角度看,这一条文是对法律名称中“国家建设”的具体解释。“国家建设”这一法律概念一直沿用至今;其二,第一次使用了“征用土地”法律概念,这一法律概念一直使用至《2004 年宪法修正案》通过为

止;其三,区分了“国家建设”与“非国家建设”在征用土地方面的差异,其第十九条明确:“私营经济企业和私营文教事业用地,得向省(市)以上人民政府提出申请,获得批准后由当地人民政府援用本办法,代为征用。”笔者认为,从立法技术和语言表述角度看,该条特别列明“私营经济企业和私营文教事业用地”,并且强调“援用本办法,代为征用”。“依(照)”与“援用”、“征用”及“代为征用”的用语差异,正表明立法者有意识地将这一类建设用地明确区别于该法律第二条列明的国家建设用地,隐约含有区分公益性建设用地与非公益建设用地的潜在意义。但是,该条并没有明确提出征用土地必须遵循公共利益的法律原则;其四,征用的客体对象既包括私有土地,也包括国有土地、公有土地,既包括农村土地,也包括城市土地。^①

1954年9月20日,第一届全国人民代表大会通过了《中华人民共和国宪法》(以下简称《1954年宪法》),其第十三条规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定的条件,对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有。”就国家建设征用土地法律制度构建来看,《1954年宪法》的这一规定具有重大意义:其一,这是新中国立法史上第一次明确关于征用土地公共利益的原则,而且是以宪法形式做出的明确规定;其二,土地转变为国家所有的方式包括征购、征用和收归国有;其三,征购、征用、收归国有的对象为所有的城乡土地。当然,就宪法的功能而言,《1954年宪法》不可能解决征用土地公共利益原则的具体化问题。

在《1954年宪法》基础上,1957年10月,国务院对1953年的《征用土地办法》进行了修改,并提请全国人大常委会批准后于1958年1月发布实施。这一法律修正案中值得关注的内容有:其一,严密了“国家建设”这一法律概念的含义。该法律修正案将第二条修改为:“国家兴建厂矿、铁路、交通、水利、国防等工程,进行文化教育卫生建设、市政建设和其他建设,需要征用土地的时候,都按照本办法的规定办理。”(条文中增加了“国家”二字)条文从行为主体角度明确国家是征用土地的主体,国家这一因社会公共需要而产生的代表全体人民的权力行使主体的自身性质决定了其所从事的活动具有实质上的公共性,其所追求的利益也具有实质上的公共性。因此,在当时条件下,这一条文可以视为是对宪法原则的具体化规定,但是一种宽泛、模糊的规定;其二,在1953年《征用土地办法》基础上,扩大并完善了“非国家建设”的概念范围。在继续区分“国家建设”与“非

^① 《国家建设征用土地办法》第九条明确:“征用公有土地及城市郊区国有土地时,对耕种该土地的农民亦应依其生活情况适当予以补助。该土地上的附着物和农作物同样按第八条第二项规定办理。”第十七条明确:“凡因国家建设的需要,在城市市区内征用土地时,地上的房屋及其他附着物等,应根据当地人民政府、用地单位及原所有人和原使用人(或原所有人和原使用人推出之代表)会同勘定之现状,按公平合理的代价予以补偿。”

国家建设”差异的前提下,该法律修正案将原十九条调整为二十条后修改为:“公私合营企业、信用合作社、供销合作社、手工业生产合作社用地以及群众自办的公益事业用地,可以向当地县级以上人民委员会提出申请,获得批准后,援用本办法的规定办理。”^①这一立法修改,从原仅适用于私营经济企业、私营文教事业用地,扩大至农村非农合作经济、群众自力的公益事业用地;其三,缩小了“征用”概念的适用范围,将原适用于所有城乡各类所有制土地的范围,缩小至非国家所有土地范围,即仅适用于城乡个人私有土地、农村生产合作社所有土地;与此同时,在该法律修正案中出现了专门适用于国有土地、公有土地的“核拨”、“拨用”的法律概念。^②笔者认为,这一立法修改是日后我国将征收土地房屋制度分为征用集体所有土地和拆迁城市房屋两大法律制度的缘起,也是划拨国有土地使用权制度的缘起。这一法律一直实施至1982年国务院发布《国家建设征用土地条例》生效时止^③。对于这一修正案值得关注与研究的一个问题是:该法律修正案既没有引用宪法为制定依据,也没有引用征用土地必须为了“公共利益”需要这一宪法原则,甚至在国务院向全国人大提请批准的法案说明——《关于〈国家建设征用土地办法(修正草案)〉的说明》中也没有提及《1954年宪法》第十三条规定。对于这一现象,从今天的眼光来看,以立法工作上的疏漏或者立法技术上故意模糊的理由是难以解释的,主要是当时没有像今天这样的依法治国、依宪治政的观念,没有充分重视征用土地公共利益原则的实质意义。

综上所述,新中国成立后不久着手制订的国家建设征用土地法律制度,为20世纪80年代改革开放后国家建设征用土地法律制度的形成与完善,奠定了重要的基础。但是《1954年宪法》第十三条明确的征用土地公共利益原则却长期处于虚置状态,不仅在当时没有引起立法者的关注,而且在相当长的一段时期,没有引起过立法者、实施者以及全社会的重视与关注。在此期间,《1975年宪法》、《1978年宪法》^④曾经删除了《1954年宪法》确立的征用土地必须为了公

① 值得注意的是,这一条文修改中,在保留“援用”概念的同时,取消了“代为征用”的概念。

② 《征用土地办法》第十八条明确:“国家建设需用国有、公有土地,应该按照本办法第四条和第五条的规定申请核拨,并且向群众进行解释。拨用农民耕种的国有、公有土地的时候,可以根据他们的生活情况,由用地单位给以适当补助。……拨用国家机关、部队、企业、学校、人民团体等单位正使用着的国有、公有土地的时候,对原使用单位迁建所必需的房屋和地基等问题,由当地县级以上人民委员会会同申请用地单位和原使用单位,本着紧缩用地、用房和节省国家财政开支的原则协商处理。”

③ 1982年《国家建设征用土地条例》第三十三条规定:“本条例自公布之日起施行。一九五八年一月六日国务院公布的《国家建设征用土地办法》即行废止。”

④ 《1975年宪法》根本没有征用土地的内容。“文革”动乱结束后全国人大通过的《1978年宪法》曾明确规定了征用土地制度,但删除了公共利益原则,其第六条规定:“矿藏,水流,国有的森林、荒地和其他海陆资源,都属于全民所有。国家可以依照法律规定的条件,对土地实行征购、征用或者收归国有。”

共利益的原则,到1982年制定的《宪法》才重新明确。

二、改革开放后征收土地公共利益宪法原则的延续与变化

20世纪70年代末期,随着“十年文革动乱”的结束,中国进入了改革开放的新时期。随着党的十一届三中全会后各领域的拨乱反正,社会主义民主与法制得以恢复与发展,征用土地公共利益原则问题再次进入立法的视阈。1982年12月4日,五届全国人大第五次全体会议通过了《中华人民共和国宪法》(以下简称《1982年宪法》),其第十条第三款规定:“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。”这一规定基本恢复了1954年宪法第十三条确立的原则,但也有两方面的差异:第一个差异是被征用客体对象——土地的所有权结构发生了重大变化,《1954年宪法》中国家征用的客体对象包括城乡范围内的国有土地、农村生产合作社所有土地、私有土地三大类。随着1956年资本主义工商业的社会主义改造完成、1958年人民公社化运动的结束,中国的私有土地基本上实现了社会主义公有化,中国的公有土地形成两大体系——国家所有土地和集体所有土地,城乡个人私有土地不复存在。《1982年宪法》对土地所有制这一结构性变化状况作了肯定性确认,其第十条规定:“城市土地属于国家所有。农村和城市郊区土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地、自留山,也属于集体所有。”这是中国第一次以法律形式并且是以宪法形式记载并肯定了中国土地全部公有化的社会主义成果,并且明确了土地公有化的中国特点,即公有化土地包括国家所有和集体所有两大体系。第二个差异是征购、征用、收归国有的三种征地方式缩减为“征用”一种。^①《1982年宪法》第十条规定是中国现今征收土地房屋法律制度及其公共利益原则的直接来源。问题在于这一宪法原则的实在意义,在相当长的一段时间里仍然面临着《1954年宪法》的同样命运,并没有被立法者、实施者以及社会各方所认识和重视,甚至在立法实践中发生了认识上的重大偏差。直至《2004年宪法修正案》审议与通过,征地公共利益宪法原则在中国应有的意义与功能问题才引起人们的关注与重视,进而成为一个社会热点。

从语义学角度看,《1982年宪法》第十条关于“可以依照法律规定对土地实

^① “征购、征用、收归国有”的三个行为缩减为“征用”行为,笔者认为,是立法者根据以往实施经验总结基础上一种立法认识上的深化。从法理上来说,“征购”行为仍具有平等协商的法律特征,只是国家保留对于某类财产的优先购买权,与征用有明显差异。“收归国有”从立法用语来说,多用于外商投资领域的财产性强制转让,不适用于对土地的强制性权利转让。

行征用”表述中的“土地”，应当包括中华人民共和国境内的所有土地，或者从这一语境所对应的中国当时的经济社会情境来看，应包括城乡国有土地和集体土地两大部分。然而，此后的立法实践对这一宪法原则的理解发生了偏差。1986年全国人大常委会通过的《土地管理法》第二条第三款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依法对集体所有的土地实行征用。”规定将为了公共利益需要而征用土地的范围缩小至集体所有土地。对于使用国有土地的行为，该法第三十四条规定：“国家建设使用国有荒山、荒地以及其他单位使用的国有土地的，按照国家建设征用土地的程序和批准权限经批准后划拨。”规定未明确划拨国有土地需要遵循公共利益原则。《土地管理法》中“划拨”这一法律概念，从立法演变来看，源自1958年《国家建设征用土地办法》中的“核拨”与“拨用”^①，第一次正式出现于1982年的《国家建设征用土地条例》，其第三十一条规定：“国家建设使用有荒山、荒地、滩涂以及其它单位使用的国有土地，按照本条例规定的程序和审批权限无偿划拨。”1986年《土地管理法》是对其的吸收与确认。从内容结构和语境逻辑来看，该法律文本基本奠定了中国建设项目用地资源分配的两大制度：对于集体所有土地的征用制度和对于国有土地的划拨制度。其后，在立法实务中，划拨国有土地使用权制度又演化出城市房屋拆迁制度，前者以国有土地资源供应为其内容特征，后者则以收回国有土地及其地上房屋为其内容特征。而从中国计划经济时代形成的建设项目用地取得与审批制度角度看，供应土地与收回土地这两项决策往往是同时并行的，或者说往往是批准用地决定着收回土地，即从程序上看，往往批准用地的决策在先，收回土地的决策在后。拆迁房屋不过是收回土地决策的自然结果——收回土地重新分配必然需要拆除该土地上的建筑物。对于征用集体土地来说，其语义学意义是强调了土地的集体所有改变为国家所有，其实质法律意义则是国家以合法形式剥夺农民集体所有的土地，将其转变为国家所有土地后，再划拨给建设单位使用。因此，“划拨”不仅是对既有国有土地资源分配的一种行政权行使，也是对集体土地资源分配的行政权行使。这可从1982年《国家建设征用土地条例》第六条^②、1986年《土地管理法》第二十三条等有关规定中得出这一结论。例如，1986年《土地管理法》第二十三条规定：

① 1958年的《国家建设征用土地办法》第十八条规定：“国家建设需用国有、公有土地，应该按照本办法第四条和第五条的规定申请核拨……拨用农民耕种的国有、公有土地的时候，可以根据他们的生活情况，由用地单位给以适当补助。拨用国家机关、部队、企业、学校、人民团体等单位正使用着的国有、公有土地的时候，对原使用单位迁建所必需的房屋和地基等问题，由当地县级以上人民委员会会同申请用地单位和原使用单位，本着紧缩用地、用房和节省国家财政开支的原则协商处理。”

② 1982年《国家建设征用土地条例》第七条第四项规定：“划拨土地。征地申请批准后，由所在地的县市土地管理机关根据计划建设进度一次或分期划拨土地……”

“国家建设征用(集体)土地,建设单位……经县级以上人民政府审查批准后,由土地管理部门划拨土地。”前半句话表明国家通过“征用”这一法律行为,将集体所有土地转变为国家所有;后半句话则表明国家将已转变为国家所有的原集体土地通过“划拨”这一法律行为分配给建设单位使用。但征用集体土地过程中自然会产生拆迁房屋的法律结果,也会涉及拆迁房屋法律的适用。笔者认为,在这一制度演变中存在着对这一宪法原则认识的明显偏差是:在涉及集体土地与国有土地资源分配时都有一个行政权力——划拨权的行使问题,但在国家获得可分配的土地资源时则被区分为“征用”与“拆迁”两种行政行为,并进而发生了征用集体土地须遵循公共利益原则、拆迁城市房屋(划拨国有土地)却没有须遵循这一原则的立法偏差。

综上可知,从1982年《国家建设征用土地条例》到1986年的《土地管理法》,奠定了延续至今的征用集体所有土地(划拨由集体所有转变来的国有土地使用权)和拆迁城市房屋(直接划拨国有土地使用权)两大收地、供地并行的建设项目土地资源分配制度的法律基础。不过,在相当长一段时间里,国家层面上并没有完成拆迁城市房屋方面的法律、行政法规或者规章的制定工作,而是由各地人大常委会和政府率先作出了这方面的立法决策。《上海市人民政府修建道路沟渠征用土地暂行办法施行细则》中就出现了“征地拆迁委员会”这一机构^①;1955年《上海市关于国家建设征用土地实施办法》中出现了“拆迁房屋”用语。^②与此同时,北京市也早在1980年就制定了《北京市建设拆迁安置暂行办法》,1982年又以《北京市建设拆迁安置办法》取代了前者。最后,值得注意的一个问题是,1986年《土地管理法》虽然引用了《1982年宪法》第十条关于征用集体所有土地应当遵循公共利益原则的表述,但是并没有制定具体的制度规范予以落实,换句话说,并没有在建设项目用地供应实务操作中区分公共利益与非公共利益的差别,并实施这一宪法原则。

1991年,国务院发布《城市房屋拆迁管理条例》,第一次以行政法规形式统一了全国城市房屋拆迁法律制度。这一立法决策将建设项目划拨国有土地制度中必然包含的收地制度(收回国有土地使用权制度)具体表述为城市房屋拆迁法律制度,完善了1986年《土地管理法》确立的建设项目土地资源分配的征用与划

^① 其第五条规定:“修建计划经市府核定后,即由工务局、地政局、当地区政府、公安分局及区协商委员会会同派员组织征地拆迁工作委员会(以下简称委员会),以工务局为招集人,并负责处理经常会务。”见上海市人民委员会办公厅主编《上海市市法规选编(第二辑)》第230页。

^② 其第八条第三项规定:“前项工作完成后,即向土地被征用者宣布各项补偿及安置的具体办法,发放各项补偿,并会同当地乡人民委员会协助失地农民安置生产与生活及拆迁房屋等事宜。”见上海市人民委员会办公厅主编《上海市市法规选编(第一辑)》第536页。

拨两大法律制度。与此同时,《城市房屋拆迁管理条例》也延续了1986年《土地管理法》对《1982年宪法》第十条征用土地公共利益原则的狭窄理解,通篇没有明确只有公共利益需要才能拆迁城市房屋的宪法原则,却有“被拆迁人必须服从城市建设需要,在规定的搬期限内完成搬迁”(见第二条)的强调。该行政法规第一条直截了当地表述道:“为了加强城市房屋拆迁管理,保障城市建设顺利进行,保护拆迁当事人的合法权益,制定本条例。”凸显计划经济体制下权力行政的痕迹。2001年重新制定的《城市房屋拆迁管理条例》,在明确房屋拆迁补偿安置标准遵循市场化原则、增加保护被拆迁人合法权益条款的前提下,仍然没有明确为了公共利益才能拆迁城市房屋的宪法原则。沿着1991年《城市房屋拆迁管理条例》的立法思路,1994年全国人大常委会通过的《城市房地产管理法》不仅没有为了公共利益需要才能拆迁房屋的宪法原则的条款,而且通篇没有关于拆迁房屋的制度规范。

不过,1994年的《城市房地产管理法》有一个动向值得关注与研究。该法第二十三条明确了可以通过划拨方式取得土地使用权的建设项目范围:(一)国家机关用地和军事用地;(二)城市基础设施用地和公益事业用地;(三)国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地;(四)法律、行政法规规定的其他用地。众所周知,1987年自深圳和上海开始进行国有土地使用权出让制度改革,结束了土地资源无偿分配与使用的传统的计划经济体制,揭开了中国土地资源财产化、分配市场化的序幕,由此导致了1988年宪法第十条的修改。1990年国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的出台,国有土地分配与使用的有偿化,国有土地使用权的产权化改革迅速法律化,成为普适性的制度规范。笔者认为,在这一国有土地基本制度面向市场化目标改革的背景下,《城市房地产管理法》第二十三条关于可无偿划拨的建设项目用地的规定,可以说是从形式上开始区分可以无偿取得土地与必须有偿取得土地的建设项目的界限,实质上是以模糊而隐约的形式开始区分建设项目用地的公益性与非公益性差异。对该法第二十三条确定的可无偿划拨的建设用地稍作分析就可以发现,第一类建设用地肯定符合公共利益原则;第二、第三类用地也都属于应由政府供应的公共产品,符合公共利益原则的建设用地,仅有少部分公共服务及产品——电力、燃气、自来水等,因其具有自然垄断性特点而在经营中攫取高额利润,引发社会与公民普遍且强烈的不满,但其不可能完全由市场机制供应的这一特点则是不可能改变的,因此仍然需要纳入符合公共利益原则的建设用地范围(当然,政府应研究如何加强约束与监管,但这不属于本文研究解决的问题)。因此,这一条文以自发生成的模糊方式在拆迁房屋(也就是划拨国有土地使用权)领域提出并开始实践区分建设用地的公益性与非公益性的必要性,启动和唤醒了《1982年宪法》中沉睡的征用

土地公共利益原则。1998年全国人大常委会通过的《土地管理法修正案》延续了这一变化,其第五十四条基本重复了《城市房地产管理法》第二十三条的内容^①。笔者认为,这两个立法动向实际上是《2004年宪法修正案》审议通过、2007年《物权法》出台的前奏曲;从法律与经济社会的相互关系来看,是伴随市场经济体制改革发展深化而必然出现的规律性现象。

三、《2004年宪法修正案》征收土地公共利益原则的重新审视、变化与社会反应

进入21世纪后,随着市场经济体制改革的继续推进,私有财产概念范围扩大,财产权利益意识和法律意识不断增强,以及政府在征地拆迁中的定位偏差,征用集体土地和拆迁城市房屋法律法规实施中征地人与被征地人、拆迁人与被拆迁人之间的利益反差日益扩大,利益冲突日趋激烈,原有的法律法规遭遇越来越多的批评与反对,尤其是对征地拆迁的公共利益原则被虚置、无视现实的批评已然成为舆论焦点与社会热点问题。作为一种法律性的回应,国家层面出现了四次立法活动:《2004年宪法修正案》、《2004年土地管理法修正案》的通过;2007年《物权法》的制定,以及2007年的《城市房地产管理法》的修改。这一时期,对征收土地房屋制度中公共利益原则的观念发生了立法上的重大转折。

2003年,中国宪政史上发生了一个重大事件。大学生孙志刚被广州一收容站错误地强行收容后毒打致死,引起全社会的强烈反应,三位法学博士联名上书全国人大,提出对《收容遣送条例》的违宪审查申请,最后国务院主动废止了《收容遣送条例》。此后,一些专家以及社会舆论将《城市房屋拆迁管理条例》视为应被废止的第二部恶法。由此引发了《宪法》第十条以及相关条款的又一次修改。2004年3月14日,第十届全国人民代表大会第二次会议通过了《2004年宪法修正案》,将第十条第三款“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”的条文修改为“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”。而且对《宪法》第十三条的修改中增加了“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”的内容。这一宪法修正案较为完整地确立了国家为了公共利益的需要

^① 1998年《土地管理法》第五十四条规定:“建设单位使用国有土地,应当以出让等有偿使用方式取得;但是,下列建设用地,经县级以上人民政府依法批准,可以以划拨方式取得:(一)国家机关用地和军事用地;(二)城市基础设施用地和公益事业用地;(三)国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地;(四)法律、行政法规规定的其他用地。”

要可以征收与征用公民和法人财产制度的宪法原则,也是国家征收与征用土地必须遵循公共利益原则的一次立法转折。虽然,从语言表述上看,征收土地公共利益原则的表述没有实质性变化。但值得注意的是,引起《2004 年宪法修正案》审议通过的社会经济环境发生了巨大而深刻的变化,中国经济体制改革的市场化目标早已明确,并已基本完成了从计划经济体制向市场经济体制的根本性转轨,征用集体所有土地和城市房屋拆迁制度赖以生存的计划经济体制已经不复存在。征地拆迁法律制度的变革是这一经济体制转轨的必然而自然的结果。而征地拆迁这两项制度变革的核心内容就是对《1982 年宪法》中确立的“为了公共利益需要才能征收土地”的宪法原则的重新审视,从语义学角度看,恢复了其最初立法决策时的本意:将为了公共利益需要才能征用土地的宪法原则所适用的客体范围扩大至所有土地,而不是 1986 年至 1998 年所制定与修改的《土地管理法》所限定的集体所有土地。这一变化可以从 2004 年的《土地管理法》修改、2007 年的《物权法》制定、2007 年的《城市房地产管理法》修改中窥见端倪。此外,这次修正案在立法语词的表意上更趋合理化与规范化,即将“征收(土地)”这一概念替代原来的“征用(土地)”概念,而将原“征用(土地)”概念用语解释为“借用(土地)”含义,从语义学和语用学角度看,这一词语对概念的表述更为准确、更符合逻辑。

自《2004 年宪法修正案》通过后,有三个立法动向体现与落实了这一宪法原则。第一个动向是 2004 年全国人大常委会审议通过的《土地管理法修正案》,这一法案根据《2004 年宪法修正案》将原第二条第四款修改为:“国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿”,其修改的关键内容是删除了原《土地管理法》第二条第四款关于国家为了公共利益的需要,可以依法对集体所有的土地实行征用的表述中“集体所有”四字,扩大了征地公共利益原则的适用范围,仅就当时的征地拆迁法律制度现状看,这一修改强调了符合公共利益原则不仅适用于征收集体所有土地,也适用于城市房屋拆迁。但是,这一修改仍然停留在完善征地公共利益原则的语言文字表述层面,没有将这一宪法原则具体化,因此也没有能落实和实现这一宪法原则。

第二个令世人瞩目的动向是 2007 年 3 月全国人大审议通过了《物权法》。在《物权法(草案)》听取公众意见、专家论证与人大常委会审议的后期,征地拆迁制度如何构建是一个最为社会关注的热点问题。许多公民、不少专家寄希望于《物权法》来落实《2004 年宪法修正案》所重新确立的征地必须符合公共利益这一基本原则。但这是一个不切实际的、不符合物权法制度功能的过分要求。无论从法律的形式结构还是制度功能,《物权法》都满足不了使征地公共利益宪法原则具体化的要求,充其量只能解决征地拆迁补偿安置制度的基本原则(包括补

偿安置标准的原则)。因为征地拆迁是一项行政征收行为,落实征地公共利益的宪法原则应当也只能通过行政立法来解决,特别是关于征地拆迁的一系列程序性制度规范不可能由《物权法》来明确规定。从这一意义上看,《物权法》第四十二条基本完成了其所能承担的任务,从物权法的性质与功能特点出发,进一步完善了征地公共利益这一宪法原则。其值得关注的内容主要有三点。第一,作为行政征收客体对象的土地,以物权法所规范调整的不动产为基础分为三类:集体所有土地,公民、单位的房屋和其他不动产;从表述的语言逻辑来看,其含义可进一步解释为集体所有土地是不动产,公民、单位的房屋是不动产;但其他不动产是什么,国有土地使用权、集体土地使用权、海域使用权、林木等是否属于其他不动产,《物权法》没有展开,留给以后立法者一定的立法想像空间与立法发挥的空间。第二,强调了征收集体所有土地的补偿安置原则,首先强调了依法足额支付有关补偿费用的基本要求,就这一要求而言,上海近几年来实施的对被征地农民的“镇保”制度是不符合这一补偿安置原则的,在社会经济不断增长的过程中,征收农民土地的补偿安置标准却被降低了,不符合让农民分享城市化进程中经济增长成果的政策目标。如果说“镇保”标准是符合“足额支付”有关费用的基本要求的,依此推理,岂非是说原来的“城保”标准超过了“足额支付”的基本要求?这一逻辑显然是不成立的。其次,条款强调了安排好被征地农民的社会保障费用。第三,对征收个人住宅,除了依法给予补偿外,强调了必须保障其居住权,即不能强行拆除其住房后使其无居住之所而流落街头。

第三个动向是为了解决城市房屋拆迁制度的法律依据,具体落实征收国有土地上房屋遵循公共利益原则问题,全国人大常委会于2007年8月通过了《关于修改〈城市房地产管理法〉的决定》,在其第一章总则中增加了一条,作为第六条:“为了公共利益的需要,国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋,并依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。”

自《2004年宪法修正案》通过到2007年《关于修改〈城市房地产管理法〉的决定》通过为止,关于为了公共利益需要才能征收土地的宪法原则,不仅完成了主观认识上的重大转变,而且完成了征收土地房屋制度的框架构建。但是令人遗憾的是,迄今为止,这一宪法原则尚未完成其制度规范的具体化。《物权法》于2007年3月16日公布并于10月1日实施后,虽然在人们的观念意识上对城乡征地拆迁活动产生了重要影响,这可以从重庆“最牛拆迁钉子户”事件的处理中窥见一斑。虽然征地拆迁的操作层面已经因《物权法》的影响而发生了一系列程序性变化,例如上海已在房屋拆迁中实施事前征询居民意见、包括结果公开在内的房屋拆迁全面全过程公开、被拆迁居民和社会公信人士参与房屋拆迁决策等

新制度,并且取得了明显成效,但征收集体所有土地和拆迁城市房屋两大法律制度依然在原有的制度轨道上运行,没有发生根本性的变化。与此同时,未来公共利益原则如何落实、公益性建设项目与非公益性建设项目如何界定等新问题,却像一柄达摩克利斯剑仍然悬在行政机关、建设单位、城乡居民的头上。

征收集体土地和拆迁城市房屋制度未来走向如何,是当前立法中一个令人疑惑的问题。2007年住房保障和建设部提出过一份《国有土地上征收房屋与拆迁补偿安置条例(征求意见稿)》,2009年国土资源部也提出了《土地管理法(修改草案)》。一个行政法规草案、一个法律草案各自提出了区分公共利益建设项目与非公共利益建设项目用地的不同方案,但目前仍在调研论证过程中,未来趋势如何尚难判断。但可以肯定的一点是,两个草案中关于公共利益与非公共利益的界定方法与标准必须相同或相似。关于这两个方案的利弊分析,以及是否还有其他可能的方案,由于篇幅原因,且容下篇再议。

作者简介:

顾长浩,男,上海市人民政府法制办公室副主任,上海市法学会行政法学会会长。

城市房屋拆迁中的法律问题研究

——以上海旧区改造实践为例

课题组负责人 刘 华

2007年3月16日,全国人大审议通过了《中华人民共和国物权法》,此后国务院法制办公室也抓紧启动了《城市房屋拆迁管理条例》的修改工作。2010年1月29日,经过多次修改后,国务院法制办就完善后的规范征收国有土地上单位、个人的房屋与补偿的行政法规《国有土地上房屋征收与补偿条例(征求意见稿)》(以下简称《征收与补偿条例》)向社会全文公布,征求各界各方意见。《征收与补偿条例》第三条对适用国有土地上征收房屋的公共利益范围,采用列举方式作了明确和细化,除了传统意义上的国防设施建设,能源、水利、交通等公共事业需要,科学、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业需要等具体内容外,还将政府组织实施的廉租住房、经济适用住房等建设需要和危旧住房改造的需要纳入公共利益的范围之中。而其中“危旧住房改造”是否属于公共利益并适用征收程序,一直受到社会各界的广泛关注和讨论。本报告针对旧区改造或者说旧城区改建内容,结合上海旧区改造实践,对其中有关法律问题进行深入分析和探讨。

一、上海市旧区改造实践的回顾与总结

通常来说,旧区改造主要是指城市建成区域内由于历史、自然或者人为因素造成城市建筑空间、环境、设施等功能缺失、缺陷甚至恶化,进而进行更新的活动。从相关法律文件看,旧区改造概念在城乡建设部和各地规范性文件中的表现形式可谓多种多样,有旧住宅整治改造^①、危旧住宅区改造(棚户区)^②、

① 2007年建设部《关于开展旧住宅区整治改造的指导意见》。

② 2010年江西省政府办公厅《关于加快我省城市棚户区(危旧住宅区)改造的实施意见(试行)》。