

## 征收制度在我国的异化与回归

吴光荣\*

---

**内容提要：**原《城市房屋拆迁管理条例》使我国的征收制度异化为解决城市发展所需用地的手段。《国有土地上房屋征收与补偿办法》努力使被异化的征收制度回归其本来面目，但仍然有其局限性。要使征收制度真正回归，不仅要改革现行的建设用地使用权制度，而且必须解决好城市非公益性的用地需求。非公益性的用地需求不仅可以通过一对一的协商机制来解决，在特殊情形下还可以通过民主表决的方式来解决，以降低交易成本与交易风险。通过集体利益适当限制个人利益，为以民主表决方式解决非公益性用地需求提供了理论基础。

**关键词：**物权 征收 拆迁 公共利益 集体利益

---

在经过反复论证并两次公开征求意见后，备受关注的《国有土地上房屋征收与补偿条例》终于在2011年1月19日由国务院第141次常务会议审议通过。如果采用广义的法律概念，那么这一条例应是新中国立法史上第一部明确冠以“征收”之名的法律，其意义非同寻常，意味着我国法律对私有财产权利的保护将更加完备。然而，虽然以保护私人财产权利为重要任务的物权法早在2007年3月16日即已由第十届全国人民代表大会第五次会议通过，虽然2007年8月30日第十届全国人大常委会第二十九次会议审议并通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》即已授权国务院就征收国有土地上单位、个人的房屋与拆迁补偿制定行政法规，这一条例却迟至今年才得以通过。《国有土地上房屋征收与补偿条例》“难产”的个中缘由究竟何在？它的通过是否意味着因征收引起的问题已得到全面解决？这一条例在实践中是否可以并且如何能够得到全面落实？在笔者看来，即使在《国有土地上房屋征收与补偿条例》通过之后，这些仍然是必须尽快予以回答的问题。

### 一、征收的本质及其在我国的发展

征收是指国家基于公共利益的需要而运用公权力强行取得私人所有的财产的制度。尽管征收

---

\* 国家法官学院副教授。

有违私有财产不可侵犯及国家保障私有财产的宪法精神，但由于征收是基于公共利益的需要，具有正当性，因而与税收制度一样，得到了现代各国法律的认可，被认为是公权力对私有财产权利的合理限制。<sup>〔1〕</sup>当然，与税收制度不同的是，征收系国家个别性地牺牲私人利益以实现公共利益，立法者无法对政府的每次征收行为进行事先规制，因而只能在强调征收必须基于公共利益的同时，为政府实施征收设定较为严格的程序。同时，被征收者因征收所受到的损失理应由全体纳税人共同承担，因此，为公平起见，各国在承认国家有权实施征收的同时，亦规定征收权的行使须以公平补偿为前提。<sup>〔2〕</sup>可见，征收本质上为国家对私有财产的强制购买，是对私有财产所有人意思自治的限制，必须慎重对待。<sup>〔3〕</sup>

征收仅仅是国家取得私人所有的财产的方式之一。国家除了运用公权力通过征收、税收、罚没、国有化等措施取得私人所有的财产外，还可以作为民事主体参与市场交易，从而在双方自愿的基础上通过民事协议取得私人所有的财产。据此，不仅国家为了对房地产市场进行宏观调控而设立的土地储备制度不能正当化征收制度（这是因为国家完全可以以民事主体的身份实现这一目的，而无须动用征收制度），而且国家在因公共利益而需要取得私人所有的财产时，也应先通过双方自愿协商的方式解决，只有在协商无果时，才能动用征收制度，“征收的种类和范围是为了公共利益而不可避免的，并且没有其他较为温和的手段”。<sup>〔4〕</sup>

征收制度在我国经历了不平凡的发展过程。早在1950年6月28日由中央人民政府颁布的土地改革法中，就有涉及土地征收的规定，但主要是废除地主阶级封建剥削的土地所有制而采取的革命行为，与现在使用的“征收”概念并不一致。1950年9月16日政务院制定的《关于铁路留用土地办法的几点解释》第4条规定：“征用公地，无须发价，如所征土地系土地改革法第3条但书内学校、孤儿院、养老院、医院所依靠该土地收入维持费用者，应通过地方政府发给地价。”1950年11月21日政务院颁布的《城市郊区土地改革条例》第14条第1款规定：“国家为市政建设及其他需要征用私人所有的农业土地时，须给予适当地价，或以相等之国有土地调换之。对于耕种该土地的农民也应给予适当的安置，并对其在该项土地上的生产投资（如凿井、植树等）及其他损失，应予公平合理的补偿。”1953年12月5日政务院发布的《关于国家建设征用土地办法》规定：“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。”该《办法》是新中国第一部比较完整的土地征用法。在此基础上，我国1954年宪法第13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。”可见，在解放初期，由于国家对生产资料实行多种所有制并存的经济体制，因而征收的对象主要是私人所有的土地等生产资料。值得注意的是，1954年宪法并未使用“征收”的概念，而是采用“征购、征用或者收归国有”的表述。从概念的具体内涵来看，这一时期宪法和法律所称的“征用”似应理解为包括征收，针对的是土地等生产资料，“征购”虽然也是国家强制性地购买私人财产，但似应理解为针对

〔1〕 梁慧星：《谈宪法修正案对征收和征用的规定》，《浙江学刊》2004年第4期；赵万一、叶艳：《从公权与私权关系的角度解读国家征收征用制度》，《华东政法学院学报》2007年第2期。

〔2〕 例如，德国基本法第14条第3款规定：“剥夺所有权只有为公共福利的目的才能被允许。”法国人权宣言第17条规定：“财产是神圣不可侵犯的权利，除非为合法议定的公共利益显然必要时，并在公平和预先赔偿的条件下，任何人的财产不得剥夺”；同时，法国民法典第545条亦规定：“任何人不得被强制转让其所有权，但因公用并在事前受公正补偿时，不在此限”。美国宪法第5条修正案规定：“未经正常法律程序不得剥夺人的生命、自由或财产；凡私有财产，非有正当补偿，不得收为公用”；美国宪法第14条修正案则进一步要求州政府依据正当法律程序取得私有财产并保证不得拒绝法律对公民的平等保护。

〔3〕 王轶：《民法视野中的房屋征收》，《法制日报》2011年1月29日。

〔4〕 [德] M·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，法律出版社2004年版，第43页。

对动产，而“收归国有”则似应理解为国家实行国有化的途径。

随着我国社会主义改造的完成，虽然生产资料的私有制度在我国被消灭，但由于生产资料的公有制被区分为社会主义全民所有制与社会主义劳动群众集体所有制，因此征收制度在一定程度上仍有存在的意义。为适应农村土地从农民个人所有转变为集体所有这一变化，国务院对1953年制定的《关于国家建设征用土地办法》进行了修订，于1958年1月6日公布施行。在此基础上，1975年宪法对征收制度亦作了明确规定。与1954年宪法相同，1975年宪法也未使用“征收”的概念，而继续采用“征购、征用或者收归国有”的表述，但1975年宪法没有规定必须基于“公共利益的需要”这一条件，而是规定“国家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”（1975年宪法第6条）。这一规定在1978年宪法中得到坚持，但同时将“征购、征用或者收归国有”的对象限定于土地，明确规定“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”（1978年宪法第6条）。

1982年宪法是实行改革开放政策后制定的一部宪法，也是现行宪法，它明确规定“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”（1982年宪法第10条）。可见，1982年宪法不再采取“征购、征用或者收归国有”的表述，而仅使用“征用”的概念，并明确规定“征用”必须基于公共利益的需要。在此基础上，1982年5月14日国务院公布施行《国家建设征用土地条例》，第一次比较系统地提出集体土地征用的概念，首次规定征用补偿主要包括土地补偿费、青苗及地上附着物补偿费、安置补助费，同时还规定了劳动力安置和农转非制度。显然，“征用”的表述系沿用以往宪法与法律规定的结果，应解释为包括征收。根据1982年宪法制定的1986年土地管理法在规定“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”的同时，明确规定“国家建设所征用的集体所有的土地，所有权属于国家，用地单位只有使用权”，并就征用的程序及补偿问题作了较为简单的规定。

考虑到征收与征用制度存在实质性的差异，且实践中因征收补偿产生了各种矛盾与问题，2004年的宪法修正案将1982年宪法的上述规定修改为：“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”。据此，2004年土地管理法的相关规定亦修改为：“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”，该法并对征收的程序以及补偿问题作了进一步的完善。此外，考虑到征收制度关系到对私有财产尤其是物权的保护，加上实践中因征收引起的矛盾日益突出，2007年制定的物权法对征收制度亦作了一般性的规定（物权法第42条、第132条、第148条）。根据宪法与物权法关于征收制度的规定，2007年8月30日由第十届全国人大常委会修订的城市房地产管理法第6条规定：“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。”

纵观宪法与法律关于征收的规定，我国的征收制度呈现以下几个方面特点：1. 我国的征收制度经历了从征收与征用的混用到将二者明确予以区分的发展过程，法律概念的使用更加精确与科学。<sup>〔5〕</sup> 2. 征收制度的确立以及征收制度的运用与生产资料所有制尤其是土地制度有着极其密切的联系，同时也与国家的经济发展息息相关：在承认生产资料私有制的经济体制下，征收制度存在的空间较大，反之，征收制度存在的空间就较小；而在将土地区分为城市国有和农村集体所有的情况下，城市化的发展水平也决定着征收制度的运用空间，城市化进程越快，运用征收制度的空间就越大，反之则越小。3. 征收制度的适用对象最初主要是以土地为主的生产资料，随后

〔5〕 关于征收与征用之间的区别，参见费安玲：《对不动产征收的私法思考》，《政法论坛》2003年第1期；关于征收与征用的关系以及“征用”概念在美国法上的适用情况，参见刘向民：《对征收与征用的一个辨析》，《环球法律评论》2008年第6期。

发展到单位、个人的房屋以及其他不动产，这与我国采取房地分离的立法体例不无关系。在将土地与房屋作为不同的物予以对待时，征收的对象自然不仅包括土地所有权，也要包括土地上的房屋所有权。<sup>〔6〕</sup> 4. 关于征收是否必须基于公共利益的需要，在我国经历过反复，但最终得以坚持，体现了国家保护私有财产的决心。5. 我国宪法与法律不仅十分重视征收的程序要求，而且十分重视对被征收人的补偿与安置，体现了对被征收人合法权益的保障，符合征收制度的本旨。

## 二、征收制度在我国的异化及其表现

所谓异化，是指事物违反其本质属性而变得名不符实。<sup>〔7〕</sup> 征收系政府基于公共利益的需要而取得私有财产的制度，征收只能基于公益，而不能基于私益。就此而言，征收应被理解为国家取得财产的一项极为特殊的制度，而不能成为被广泛运用的一般性制度，否则私有财产的保护就是一句空话。但我国改革开放以来，随着社会经济的发展，工业化和城市化不断升级，不但原有国有土地远远无法满足城市建设的需要，就是在已有的国有土地上，也面临着旧城改造、危房重建的巨大压力。在此背景下，如何化解城市高速发展与土地资源短缺之间的矛盾就成为困扰政府的一个亟需解决的问题。我国法律为落实耕地保护等政策，已明确规定建设用地使用权一般只能设定于城市国有土地之上，因此当城市国有土地不能满足城市发展的需要而必须利用本属农村集体所有的土地时，就只能先对农村集体所有的土地实施征收，然后再根据需要在国有的土地上设定建设用地使用权。<sup>〔8〕</sup> 如此，原本用来满足公共利益需要而设计的征收制度，在我国就被异化为解决城市发展所需用地的主要途径。

在现行法律框架下，当原城市国有土地不能满足城市发展的需求时，不仅政府为发展国防、交通等公共事业所需用地必须通过征收制度来解决，城市房地产开发等商业目的所需用地也要通过征收制度予以解决。尽管商业性的城市房地产开发亦属于城市建设和国民经济发展的一部分，有利于城市化和工业化的实现，但在市场经济条件下，城市房地产开发本身的营利性决定其用地需求应通过市场规则由当事人以协商方式解决，政府不应过度介入。

同样的情况亦发生于原城市国有土地上已设定建设用地使用权的场合。根据物权法的规定，国家只能基于公共利益的需要才能提前收回建设用地使用权，并对相应的建筑物进行征收。然而，在改革开放后的相当一段时间内，政府提前收回建设用地使用权并征收私人所有的房屋等建

〔6〕 是否有必要对土地上的房屋进行征收是一个值得探讨的法律问题。即使采取房地分离的立法体例，房屋与土地是两种不同的不动产，房屋也不能离开土地而存在，因此我国法律虽然采房地分离的立法技术，但也一再强调“房随地走”与“地随房走”的立法政策。据此，只要土地被征收，根据“房随地走”的政策，房屋的所有权自然应归国家所有，并无进一步征收的必要。较为突出的是城市房屋问题。由于城市土地归国家所有，似乎不能成为征收的对象，因此征收的对象似仅限于房屋。我国物权法可能也是考虑到这一点，才将征收的对象扩展至房屋，并规定国家基于公共利益的需要可以提前收回城市国有土地使用权，未采“征收”的概念，似采“地随房走”的政策。但笔者认为，土地相对于房屋处于更加重要的地位，且建设用地使用权在我国发挥着替代所有权的功能，因此将征收的对象扩展到建设用地使用权，不仅更加符合事物的本质，而且更有利于对权利人的保护。如此，城市房屋拆迁只需征收建设用地使用权。我国现行法将征收的对象指向房屋，再根据“地随房走”的政策提前收回建设用地使用权，既掩盖了事物的本质，也不利于对权利人的保护，有避重就轻的嫌疑。关于提前收回建设用地使用权应依征收处理的观点，还可参见王利明：《〈物权法〉的实施与征收征用制度的完善》，《法学杂志》2008年第4期。

〔7〕 《新华词典》对“异化”一词的解释是：（1）同类事物演变成不同类的；（2）哲学用语，指将自己拥有的东西转化成同自己对立的东西。《现代汉语词典》对“异化”一词的解释是：（1）相似或相同的事物逐渐变得不相似或不相同；（2）哲学上指把自己的素质或力量转化为跟自己对立、支配自己的东西；（3）语音学上指连发几个相似或相同的音，其中一个变得和其他的音不相似或不相同。

〔8〕 土地管理法第43条规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地”；“前款所称依法使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征用的原属于农民集体所有的土地”。

筑物并非仅仅是为了满足发展国防、交通等公共事业的需要，而是同时也为了满足城市高速发展所带来的大量用地需求，其中包括大量商业性房地产开发的用地需求。这一点早已鲜明地体现于国务院制定的原《城市房屋拆迁管理条例》之中。

为了解决因提前收回建设用地使用权而引起的城市房屋拆迁问题，国务院早在1991年即出台了相关行政法规，并在2001年对其作了进一步修订，这就是原《城市房屋拆迁管理条例》（以下简称《拆迁条例》）。根据2001年《拆迁条例》，无论是公益性用地还是经营性用地，在政府对城市作出规划并将建设用地使用权再次出让给所谓建设单位时，建设单位即可申请对规划范围内的建筑物实施拆迁。建设单位的申请一经获批，建设单位即成为拆迁人，可就拆迁补偿和安置等事宜与被拆迁人进行协商，以达成拆迁补偿安置协议。如双方无法达成拆迁补偿协议，经当事人申请，可由政府有关部门对此进行裁决，并由房屋所在地的市、县级人民政府责令有关部门强制拆迁，或者由房屋拆迁管理部门依法申请人民法院强制拆迁。

虽然《拆迁条例》并未明确建设单位实施拆迁的法律基础是否为征收，但整个拆迁过程处处体现了政府强制力的存在。尽管被拆迁人可就房屋拆迁补偿安置问题与拆迁人进行协商，却并无多少讨价还价的空间。多数学者认为，城市房屋拆迁在法律性质上应理解为政府征收。<sup>〔9〕</sup>关于这一定性，从2007年十届全国人大常委会授权国务院就城市房屋拆迁问题制定有关征收的行政法规以及国务院为取代原《拆迁条例》而制定《国有土地上房屋征收与补偿条例》等情况来看，应该说也早已获得立法者的认可。

但是，原《拆迁条例》规定的城市房屋拆迁制度与我国宪法和法律规定的征收制度之间又存在诸多不相匹配的地方：首先，在征收法律关系中，法律主体是征收人与被征收人，前者为作出征收决定的政府，后者为私有财产的所有者。但在拆迁过程中，当事人成了作为建设单位的拆迁人与作为私有财产所有者的被拆迁人，政府则作为批准者和裁决者而存在。其次，征收必须是基于公共利益的需要，而《拆迁条例》的制定者尽管在拆迁对象上区分了公共事业用房与非公共事业用房（第25条、第26条），但对于实施拆迁的目的却并无相应的限制性规定，仅列举了建设单位申请拆迁许可的条件（第7条）。再次，在征收过程中，被征收人并无事先与征收人就征收补偿安置进行协商的机会，而只能于事后就政府的征收决定与征收补偿提起行政复议或者行政诉讼，但在拆迁过程中，《拆迁条例》却给予被拆迁人与拆迁人就拆迁补偿进行协商的机会，只不过在无法达成协议时，当事人可以申请政府有关部门对拆迁补偿进行裁决，当事人对政府作出的裁决不服的，可以提起行政诉讼。最后，在征收制度中，因征收引起的补偿和安置问题由政府解决，政府是责任主体，而在拆迁过程中，因拆迁引起的补偿和安置问题则由作为拆迁人的建设单位来完成，政府变为裁判者。

可见，尽管拆迁制度因其行政强制性而被认为在性质上属于政府征收，但在具体制度的设计上却远远偏离了征收制度。拆迁制度的存在已深刻说明征收制度在我国被异化了。这种异化首先表现为政府在拆迁中的职能发生了重大偏离，进而导致本可由政府运用公权力解决的问题需要由拆迁人与被拆迁人协商完成，既增加了双方的谈判成本，也使被拆迁人的合法权益无法获得应有的保障。同时，由于开发商作为拆迁人加入到拆迁过程，致使本来非常明确的法律关系变得模糊不清，给法律适用造成极大的困难，拆迁补偿协议的性质难以认定，开发商在拆迁中的法律地位亦难以判断。<sup>〔10〕</sup>

〔9〕 严格说来，“拆迁”一词乃日常用语，而非法律用语。此处说拆迁的性质是政府征收，实际上应理解为拆迁的法律基础是政府征收，即拆迁是政府征收在事实上的效果。参见前引〔6〕，王利明文；王树平：《城市房屋拆迁行为法律属性的分析》，《求实》2006年第1期。

〔10〕 参见崔建远：《论房屋拆迁制度的重建》，《人民法院报》2007年6月6日；张向东：《城市房屋拆迁法律性质之定位》，《现代法学》2009年第5期。

### 三、征收制度异化带来的问题与对策

征收制度被异化为解决城市建设所需用地的手段，被委以不能承受之重，在实践中必然难以得到认可，实施起来更是困难重重。自《拆迁条例》实施以来，社会反响激烈，拆迁人的暴力拆迁与被拆迁人的反暴力拆迁早已成为社会的热点问题，<sup>[11]</sup>“钉子户”成为中国社会一个常见的现象，其结果是公益性的用地需求往往因“钉子户”的存在而迟迟得不到解决，<sup>[12]</sup>而非公益性的用地则往往因拆迁人强行拔掉“钉子户”而引起人民群众的强烈不满。宪法 2004 年修正案和物权法就征收制度作出明确规定后，因拆迁引起的问题更加突出，<sup>[13]</sup>拆迁制度的合宪性更是受到普遍质疑。<sup>[14]</sup>

上述现象的根源，就是拆迁制度虽然建立在征收的基础之上，却未完全按照征收制度进行设计，导致拆迁补偿过低且常常不到位、拆迁安置无法得到落实等一系列问题。更重要的是，人们对于非以公益为目的的拆迁表示不满，认为商业性的城市房地产开发用地不应由政府通过征收性的拆迁行为来解决，而应通过市场规则，由业主与开发商通过自愿协商来解决。以引起社会广泛关注的重庆“最牛钉子户”案为例，拆迁人与被拆迁人之间争议的焦点主要有两个：一是拆迁补偿款过低；二是拆迁并非基于公共利益的需要。<sup>[15]</sup>拆迁是否必须基于公共利益以及如何界定公共利益是一个让人难以厘清的现实问题。如果将拆迁在性质上理解为征收，那么拆迁必须基于公共利益的需要，对此应无疑问。然而如此一来，商业性的城市房地产开发用地能否通过拆迁制度来解决，就会成为问题。如果将城市房地产开发所需用地完全排除在征收制度的适用范围之外，而采取由开发商与业主一一协商的方式来解决，无疑会极大地增加开发商的交易成本和不确定性，不利于城市化和工业化进程，且会影响政府按计划实施旧城改造和危房重建工程。

[11] 例如，辽宁抚顺在四年内发生两起拆迁血案：2006 年 8 月 13 日，被拆迁户李春文的儿子、24 岁的李玉亮被一群逼迁者打死；2010 年 4 月 8 日，黎明特钢厂 36 岁杨义刺死拆迁者、抚顺高新区指挥拆迁的建委主任王广良。参见占才强：《抚顺拆迁血案“轮回”》，《南方都市报》2010 年 4 月 14 日。

[12] 例如，广州地铁六号线的施工因一家“最牛租户”拒绝拆迁，工程严重滞后，损失达 1200 万元以上。这个租住面积 60.45 平方米的“最牛租户”，要求补偿高达 330 万元以上才肯搬走，每平方米要价达 5.5 万元，而政府则提供了一次性补偿 10 万元和异地续租两个方案，双方无法达成协议。相关信息参见《信息时报》2009 年 9 月 10 日的报道。

[13] 近年来，因拆迁引起的自焚事件层出不穷，凸显社会矛盾的尖锐，较为典型的有南京市玄武区翁彪自焚案、成都市金牛区唐福珍自焚案等。参见孙笑侠：《拆迁风云中寻找法治动力——论转型期法治建构的主体》，《东方法学》2010 年第 4 期。

[14] 2003 年 7 月，杭州市机械工业学校退休教师刘进成发起、金奎喜律师等 116 人联名上书全国人大，要求对《拆迁条例》进行违宪审查。2006 年 12 月，北京市才良律师事务所党支部书记王令，以拆迁法律专业律师的名义实名给温家宝总理写信，直言“我国现有的拆迁制度存有较多较大的缺陷，是引发拆迁矛盾的重要原因”。2009 年 12 月，北京大学五名学者联名上书全国人大常委会，建议对《拆迁条例》进行违宪审查，他们认为《条例》至少在三个方面存在违宪嫌疑：其一，依据宪法和法律，补偿是征收合法有效的构成要件，应当在房屋拆迁之前完成，而《条例》却将本应在征收阶段完成的补偿问题延至拆迁阶段解决；其二，依据宪法和法律，征收、补偿主体应该是国家，征收补偿法律关系应该是行政法律关系，而《条例》却将补偿主体定位为拆迁人，将拆迁补偿关系界定成民事法律关系；其三，依据宪法和法律，对单位、个人房屋进行拆迁，必须先依法对房屋进行征收，而《条例》却授权房屋拆迁管理部门在没有依法征收的前提下给予拆迁人拆迁许可。参见张睿：《五教授上书：〈拆迁条例〉大过〈物权法〉吗？》，《时代周报》2009 年第 57 期。

[15] 2004 年 10 月，重庆智润置业有限公司、重庆南隆房地产开发有限公司根据获得的房屋拆迁许可对九龙坡区杨家坪鹤兴路片区启动拆迁工程。2006 年 9 月，其他拆迁户都接受了安置方案，只有一家坚决不搬，业主杨武、吴辛夫妇坚持原地同朝向同面积现房安置，并补足差价，而开发商则表示难以接受。此外，本案所涉及的旧城改造项目既包括环道、轻轨、公交换乘站等市政设施建设用地，也包括办公、商用、住宅综合建设用地，因而拆迁本身是否基于公共利益的需要亦成为双方争执的焦点。参见徐海燕：《公共利益与拆迁补偿：从重庆最牛“钉子户”案看〈物权法〉第 42 条的解释》，《法学评论》2007 年第 4 期。

面对上述问题,有学者主张,公共利益是一个不确定的概念,在不同国家和不同历史发展阶段有不同的内涵与外延,在我国城市高速发展的现阶段,不宜将城市房地产开发的用地需求一概排除在公共利益之外,<sup>[16]</sup>尤其是政府实施的旧城改造、危房重建等工程,也应认为是公共利益的需要而适用征收制度。<sup>[17]</sup>另一种意见认为,虽然不能仅因为土地用于房地产开发就否定拆迁行为的公益性,但对于公共利益的判断不能由政府垄断,应保护被拆迁人的参与权与知情权,否则“公共利益”就可能被滥用。<sup>[18]</sup>尤其是政府实施的旧城改造和危房重建引起的拆迁是否基于公共利益的需要,应当由规划范围内的全体被拆迁人共同决定,其方式可以是民主表决。<sup>[19]</sup>

显然,第一种意见旨在将城市房地产开发的用地需求尽可能通过征收制度予以解决,以缓和由开发商与被拆迁人一对一协商带来的高成本与高风险对城市发展造成的不利影响。但这种方案显然不能完全解决城市化和工业化高速发展带来的用地需求。公共利益的概念虽然具有不确定性,但如果将所有城市房地产开发的用地需求都看作是公共利益的需要,显然不符合人们关于公共利益的基本观念。而如果只是将部分房地产开发项目纳入公共利益而适用征收制度,那么如何区分公益性的房地产开发与非公益的房地产开发?如何界定公共利益?<sup>[20]</sup>而且无法纳入到公共利益的商业性房地产开发的用地需求究竟应如何解决,这一意见并未给出有说服力的答案。

第二种观点并未从实体上界定公共利益的含义,而是从保护被拆迁人的参与权与知情权的角度出发,认为对于拆迁是否基于公共利益的需要,规划范围内的被拆迁户也可以参与判断。此种观点已有所实践,例如北京市朝阳区在酒仙桥危房改造项目上就曾试验通过民主表决方式解决拆迁争议,引起社会的广泛关注。<sup>[21]</sup>尽管这一观点在理论上和实践中都有支持者,但也引起了极大的争议。有人认为,多数业主同意拆迁是否意味着拆迁本身必然属于公共利益,不无疑问。且通过民主表决方式决定个人财产权利的处理,其合理性与合法性均值得怀疑。<sup>[22]</sup>

在制定《国有土地上房屋征收与补偿条例》的过程中,起草者在第一次征求意见稿中同时采取了上述两种观点和做法:一方面,第一次征求意见稿在征收必须基于公共利益的同时,对公共利益的范围作了较为宽泛的界定,将可能涉及城市房地产开发的“为改善低收入住房困难家庭居住条件,由政府组织实施的廉租住房、经济适用住房等建设的需要”和“为改善城市居民居住条件,由政府组织实施的危旧房改造的需要”都列为公共利益。另一方面,第一次征求意见稿明确规定因“危旧房改造”需要征收房屋的,须满足“一个90%”及“两个2/3”:征收前须进行民意征询,经90%以上被征收人同意,政府方可作出房屋征收决定;危旧房改造补偿方案在批准前还应当征得2/3以上被征收人的同意;危旧房改造的补偿协议,在签约期限内签约率达到

[16] 参见王利明:《论征收制度中的公共利益》,《法学论坛》2009年第2期。

[17] 参见彭于艳:《旧城拆迁涉及公共利益须由政府实施》,《法制日报》2007年4月2日。

[18] 参见王士如、郭倩:《城市拆迁中公众参与机制的功能与立法建议——对“新〈条例〉”制定困境的思考》,《行政法学研究》2010年第2期。

[19] 参见姜明安:《酒仙桥危改:不妨多一些民主》,《人权》2007年第5期。

[20] 早在物权法的起草过程中,公共利益的界定就是一个极具争议的问题。部分学者认为,为防止政府滥用征收制度侵害公民的财产权益,应采用列举的方式严格限定公共利益的范围,参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第191页。但也有学者认为,由于公共利益的概念具有宽泛性,公共利益具有发展性,公共利益的内涵具有不确定性,公共利益的层次具有复杂性,因此物权法不应对其作出明确的界定,参见王利明:《物权法草案中征收征用制度的完善》,《中国法学》2005年第6期。

[21] 2003年酒仙桥地区列入北京市危旧房改造范围。2007年6月,项目开发商北京电控阳光房地产开发有限公司组织被拆迁人对拆迁方案进行民主表决,超过一半的居民投了赞成票,在总数3711张票中,同意票2451张,不同意票1228张,无效票32张,另有弃权票1762张。尽管如此,由于反对拆迁方案的人数较多,拆迁工作仍然陷入僵局。参见刘金松:《北京酒仙桥“民主表决拆迁”》,《决策》2007年第7期。

[22] 参见杨涛:《“民主投票决定拆迁”纯属伪命题》,《人大研究》2007年第10期;胡锦涛、王锴:《我国城市房屋拆迁中的若干法律问题——以北京酒仙桥拆迁案为例》,《法学》2007年第8期。

2/3以上的,方可生效。但是,第一次征求意见稿对“公共利益”的界定过于宽泛,<sup>[23]</sup>一个90%和两个2/3的规定没有相应的法律及理论依据,遭到部分民众的质疑。即使是赞成这一做法的民众,对上述规定也有不同看法。在征求意见过程中,有人认为危旧房改造的征求意见程序应更加明确,如旧房的标准、对危房和旧房应区别对待等。此外,90%的比例应明确是按户数还是按产权面积计算。还有意见提出,全体被征收人同意才可以改造,也有意见认为90%的比例太高,建议改为多数或者2/3、4/5同意。<sup>[24]</sup>

为了更加清楚地表明公共利益概念的不确定性,并试图据此最大限度地解决城市发展的用地需求,在第二次征求意见稿中,起草者对公共利益的判断采取了“概括加列举”的方式,即一方面将“保障国家安全、促进国民经济和社会发展等”界定为公共利益的需要,以凸显公共利益的广泛性,另一方面对公共利益进行了列举性规定。鉴于第一次征求意见稿关于危旧房改造的程序规定引发了较大争议,第二次征求意见稿删除了上述一个90%和两个2/3的规定,仅在区分危房改造与旧城改建的基础上,规定保障性安居工程建设和旧城区改建应当纳入市、县级国民经济和社会发展年度计划,经市、县级人民代表大会审议通过。最终通过的《国有土地上房屋征收与补偿条例》坚持了这一思路。

#### 四、征收制度的回归及面临的障碍

《国有土地上房屋征收与补偿条例》使被异化为拆迁制度的征收制度迈出了回归到名实相符状态的重要一步,不但明确了拆迁的基础是征收,取消了“拆迁”、“拆迁人”、“被拆迁人”等法律性质不明的表述,代之以“征收”、“征收人”、“被征收人”等各国通用的法律术语,而且再次明确征收必须基于公共利益的需要,并规定被征收人可以对政府作出的征收决定提起行政复议与行政诉讼、征收补偿由作为征收人的政府来完成等。尽管如此,《国有土地上房屋征收与补偿条例》仍然具有如下局限:

首先,适用范围有限,仅适用于城市国有土地上的房屋征收,而不适用于国家对农村集体所有的土地的征收,而后者正是矛盾更加集中的领域。正因为如此,在制定《国有土地上房屋征收与补偿条例》的过程中,有学者建议征收制度由国家制定统一的征收征用法来解决。<sup>[25]</sup>但是,

[23] 在《国有土地上房屋征收与补偿条例》第一次征求意见稿向社会公布后,即有意见批评该草案规定的“公共利益”过于宽泛。对此,国务院法制办在《关于〈国有土地上房屋征收与补偿条例(第二次公开征求意见稿)〉的说明》中答复:“按照宪法、物权法、土地管理法和城市房地产管理法的规定,征收城市房屋和农村土地房屋,应当基于‘公共利益’需要,但对‘公共利益’的范围,没有具体规定。我们在对条例和《土地管理法(修订草案)》进行统筹研究的基础上经与各方面反复论证认为,公共利益的内涵与外延,在不同国家和地区的不同发展阶段,是不同的。公共利益的界定,必须考虑我国的国情。在我国经济社会发展的现阶段,工业化、城镇化是经济社会发展、国家现代化的必然趋势,符合最广大人民群众的根本利益,是公共利益的重要方面;遏制房价过快上涨势头、稳定房价,满足人民群众的基本住房需求,也是公共利益的重要方面。在社会主义市场经济条件下,建立公共服务供给的社会和市场参与机制是必然趋势,不能以是否采用市场化的运作模式作为界定公共利益的标准。不能因医院、学校、供水、供电、供气、污水和垃圾处理、铁路、公交等收费就否认这些项目的公共利益属性。保障性安居工程建设和旧城区改建,与广大城镇居民生活、工作密切相关,这些项目的实施既改善了城镇居民居住、工作条件,又改善了城市环境,提升了城市功能,也属于公共利益的一个方面。实现科学发展、节约合理利用土地、严格保护耕地,要通过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,加以调控。只要对被征收人按照房地产市场价格给予公平补偿,公共利益和被征收人的利益就不会对立,而是可以统一的。”

[24] 见上引国务院法制办《说明》。

[25] 例如姜明安教授在接受《京华时报》的采访时认为,目前发生在集体土地上的征地拆迁问题占到整个拆迁问题的八到九成,因此解决这方面的问题更加重要,他希望《国有土地上房屋征收与补偿条例》的制定与土地管理法的修改同步进行。参见《京华时报》2010年12月17日的报道。



由于修订后的城市房地产管理法仅授权国务院就城市房屋征收问题制定行政法规，因此农村集体土地的征收问题还有待通过修订土地管理法来解决。

其次，尽管《国有土地上房屋征收与补偿条例》对公共利益的范围作了列举性的规定（第8条），由此限制了征收制度的适用范围，但是其在公共利益的界定上采取了过于宽松的态度，不但将“由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要”列为公共利益，而且还将“由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要”作为公共利益予以明确规定，显然是想通过尽可能扩大解释公共利益而将部分房地产开发项目纳入到征收的适用范围，以缓解城市化与工业化带来的用地压力。在地方政府面临城市化和工业化的压力以及巨大经济利益诱惑的背景下，这样的规定不免让很多人担心政府会运用这些条款任意扩大征收的范围，从而使《国有土地上房屋征收与补偿条例》在消除原《拆迁条例》之弊病方面的所有努力化为乌有。

因此，征收制度的全面回归还需要立法者就包括农村集体所有的土地在内的所有征收问题作出统一规定。并且，无论是农村集体土地的征收还是城市房屋的征收，如果不能正确界定公益性用地与非公益性用地，并将征收制度的适用严格限于解决公益性用地，征收制度仍有被异化的危险。事实上，中国共产党第十七届三中全会通过的《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决议》即已提出“改革征地制度，严格界定公益性和经营性建设用地，逐步缩小征地范围，完善征地补偿机制”。区分公益性用地与非公益性用地，并将征收制度的适用范围局限于公益性用地，早已成为普遍性共识。但在我国，征收制度面临的是制度性难题，即城市化与工业化的高速发展使非公益性的用地需求急剧膨胀，而现有制度却无法有效解决这一问题，致使征收制度被异化为解决城市发展所需用地的手段。只有有效地解决好非公益性用地问题，才能将征收制度落到实处，并回归其本来面目。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》的起草者在关于第一次征求意见稿的说明中特别指出：“非因公共利益的需要实施的拆迁，应当符合城乡规划、土地利用总体规划，并依法办理有关审批手续，由建设单位编制具体实施方案，报经房屋征收部门批准后，按照自愿、公平的原则订立拆迁补偿协议。建设单位、受委托实施拆迁的单位不得采取中断供水、供热、供气、供电等方式或者以暴力、胁迫以及其他非法手段实施拆迁。”〔26〕可见，非公益性的用地需求不能通过征收制度来解决，而只能由建设单位与业主在平等自愿的原则上通过订立拆迁补偿协议来解决，这种拆迁属于平等主体之间的民事法律关系，不同于征收引起的行政法律关系，应由私法予以规制，不属于征收制度的适用范围。〔27〕笔者赞同这一定性，但对上述方案表示质疑。如果非公益性的用地需求只能通过市场机制由开发商与业主通过一一协商的方式予以解决，显然远远无法满足高度城市化和工业化带来的巨大用地需求。要使征收制度真正实现回归，必须在一对一的协商机制之外，找到其他成本和风险较低的解决非公益性用地需求的机制。

## 五、征收制度的原始回归：非公益性用地需求的解决

通过一对一协商的方式来解决非公益性的用地需求，运用于农村集体所有的土地尚可，运用于城市国有的土地则较为艰难。农村集体经济组织作为一个民事主体，可以在村民自治的前提下与建设单位进行谈判，进而就在农村集体所有的土地上设立建设用地使用权达成协议。〔28〕而在城市国有土地上，建设单位如果想要获得规划范围内的建设用地使用权，就必须与每个业主一一

〔26〕 参见国务院法制办：《关于〈国有土地上房屋征收与补偿条例（第一次征求意见稿）〉的说明》。

〔27〕 有人将这种方式引起的拆迁称为“协议拆迁”，以区别于征收引起的强制拆迁。参见王轶：《协议拆迁不宜由拆迁条例规范》，《新京报》2008年9月27日。

〔28〕 当然，其前提是法律允许在农村集体所有的土地上设立建设用地使用权，且建设单位已经获得用地许可。

协商以达成拆迁补偿协议。这在城市化和工业化发展较为平缓的时期可能不会带来太大的问题，但在城市化和工业化高速发展的时期，就可能影响城市化和工业化的进程。这可能也是立法者最为担心的。但即使如此，也不得任意解释“公共利益”而将部分明显属于商业性房地产开发的用地需求纳入到征收制度的适用范围。目前征收与拆迁中之所以出现如此多的矛盾与问题，根源就在于政府非公益性的用地方面介入过深。过分宽泛地解释“公共利益”，无异于饮鸩止渴。

必须另寻出路。如前所述，如果法律允许在农村集体所有的土地上设定建设用地使用权，开发商与农村集体经济组织之间达成相关协议不会发生重大困难，因为村民集体可以根据村民自治法的规定对开发商提出的补偿方案进行民主表决，无需开发商与单个村民进行协商，从而降低了成本和风险。这种方式之所以无法运用于城市国有土地，是因为城市国有土地上的房屋归各业主所有，开发商只能与单个业主协商并订立补偿协议，缔约成本和风险均很高。但是，如果立法者将规划范围内的业主规定为一个“集体”的成员，由他们对开发商提出的补偿方案进行民主表决，以决定是否达成协议，则城市国有土地上的房地产开发用地需求也可能通过上述方式得到解决。这一方案不仅在个别地方已有所实践，并且一度被《国有土地上房屋征收与补偿条例》的起草者所采用。但无论是个别性的实践还是条例的起草者，都将规划范围内全体业主的民主表决作为判断拆迁是否属于“公共利益”的途径，并以此论证征收的正当性。这一思路显然经不起推敲，因为即使规划范围内全体业主都同意拆迁，也无法说明拆迁必然是为了“公共利益”的需要。但不容忽视的是，规划范围内全体业主的民主表决却能够说明拆迁是否符合大家的整体利益，即所谓的“集体利益”。

在广州发生的猎德“钉子户”案中，法院正是基于“集体利益”判决开发商有权请求法院强制拆除“钉子户”的房屋。<sup>[29]</sup>在终审判决书中，法院认为：猎德的“钉子户”影响了村集体利益和其他村民的合法权益；其土地归集体所有，村里有权收回，由于土地上的房屋和土地不可分割，房屋也应该一并交付拆除；至于补偿，则按村里股东大会通过的补偿方案规定的标准进行。对于这一判决，有学者提出批评，认为集体利益并非“公共利益”，不足以正当化法院的强制拆迁，且民主表决程序也不能用来解决拆迁争议。<sup>[30]</sup>但问题是，强制拆迁是否必须以征收为基础呢？这就涉及到法律对私有财产权的限制问题。征收制度是公权力对私权利的合理限制，故必须以公共利益的需要为前提，但除了公法的限制外，私有财产权还受到私法上的限制，最为典型者如相邻关系对私有财产权的限制、建筑物区分所有关系对私有财产权的限制等。以建筑物区分所有关系对私有财产权的限制为例，最为严厉者莫过于特定情形下的“强制迁离”制度，如我国台湾《公寓大厦管理条例》第22条的规定。<sup>[31]</sup>我国物权法虽然没有类似规定，但也多处体现

[29] 猎德村是广州市城区中的“城中村”。在上世纪末，随着广州市城区建设的东扩，猎德村周边已经城市化。1997年4月，天河区开始撤村改制工作，2002年11月14日，天河区政府同意猎德村撤村改制，猎德村经济开发公司由此成立。2007年5月和7月，猎德村经济开发公司两次召开股东大会，就城中村改造涉及的《拆迁补偿安置方案》进行表决，最终以98.6%的高得票率予以通过。由于还有少数村民对《拆迁补偿安置方案》表示反对，不同意拆迁，猎德村经济开发公司将他们告上法院，认为被告拒不同意签订拆迁补偿协议影响了猎德村整体拆迁计划的进行，增大了拆迁成本，侵害了全村整体利益，要求被告立即清空涉案房屋交由拆除，同时表示按安置方案给予相应补偿。关于猎德案的基本情况，参见《广州日报》2007年12月8日报道。

[30] 周安平：《集体利益的名义何以正当——评广州猎德“钉子户”案》，《法学论坛》2009年第1期。

[31] 该条规定：“I 住户有下列情形之一者，由管理负责人或管理委员会促请其改善，于三个月内仍未改善者，管理负责人或管理委员会得依区分所有权人会议之决议，诉请法院强制其迁离：一 积欠依本条例规定应分担之费用，经强制执行后再度积欠金额达其区分所有权总价百分之一者。二 违反本条例规定经依第四十九条第一项第一款至第四款规定处以罚鍰后，仍不改善或续犯者。三 其他违反法令或规约情节重大者。II 前项之住户如为区分所有权人时，管理负责人或管理委员会得依区分所有权人会议之决议，诉请法院命区分所有权人出让其区分所有权及其基地所有权应有部分；于判决确定后三个月内不自行出让并完成移转登记手续者，管理负责人或管理委员会得声请法院拍卖之。III 前项拍卖所得，除其他法律另有规定外，于积欠本条例应分担之费用，其受偿顺序与第一顺位抵押权相同。”德国法上的类似制度，参见白江：《德国住宅楼管理制度之研究及启示》，《中外法学》2008年第2期。

“集体利益”对私有财产权的限制。例如，根据物权法第76条的规定，经专有部分占建筑物总面积2/3以上的业主且占总人数2/3以上的业主同意，即可对建筑物进行改建、重建。据此，即使少数业主不同意改建、重建，也要服从“集体意志”。

笔者认为，“集体利益”正是私法对私有财产权进行限制的重要理由，只不过在不同民族和不同历史阶段，私法因集体利益而对私有财产权进行限制的程度有所不同。李宜琛先生指出：“罗马法之所有权为个人主义的概念，以一物一权主义为原则。凡一物皆应属于个人私有，任其独为排他的支配。反之，日耳曼法之所有权则有团体主义的色彩，其对物之支配皆由家族、亲族、村落等团体生活；且有各种共用制度，相互连结。”<sup>[32]</sup>即罗马法以个人利益为中心，故“集体利益”对私有财产权的限制较少，而日耳曼法的团体主义色彩较浓，因而“集体利益”对私有财产权的限制较多。<sup>[33]</sup>及至近代，法国民法制定于资本主义发展的初期，个人主义色彩较浓，个人利益受集体利益限制的情形较少，而德国法则制定于资本主义发展的成熟阶段，团体主义色彩较浓，个人利益受集体利益限制的情形较多，两国对待法人制度的不同态度就是明证。<sup>[34]</sup>在我国，“集体利益”不仅被作为区别于“社会公共利益”的一种利益形态受到立法者的肯定，而且还对私有财产权构成重大影响，农村集体土地所有制就是典型。同理，在城市化和工业化高速发展的现阶段，即使在城市国有土地上，通过“集体利益”适当限制私有财产权利，并非完全不可以接受。我国要在短短的数十年走完西方国家几百年走过的城市化和工业化道路，个人利益不作出任何牺牲显然是不现实的，而城市土地统一归国家所有的土地所有制度，也为国家通过规划等方式以“集体利益”限制私有财产权利提供了一定的法律基础，进而可以实现城市和农村在土地利用制度上的对接。

当然，以所谓“集体利益”来限制私人的财产权利，也要有所控制，否则可能导致“多数人的暴政”，即多数人以牺牲少数人的利益为代价而获得不当的利益。为了防止此类事件的发生，一方面要根据“集体利益”对私人财产权利的限制程度来设计相应的表决比例。由于拆迁对私有财产权利的限制较大，因此应采用绝对多数决的方式（如4/5甚至90%）来判断是否为“集体利益”以及是否允许“集体利益”对个人利益进行限制。另一方面，要给予少数不同意者以适当救济，例如允许不同意者通过评估来确定其利益是否在实质上受到损害，如果确实受到损害，应当采取特别措施对其予以补偿，例如由开发商向其支付额外补偿金，或者由其他同意者共同向其支付额外补偿金。<sup>[35]</sup>

## 六、《国有土地上房屋征收与补偿条例》通过后的立法任务

《国有土地上房屋征收与补偿条例》的通过和实施，已使被拆迁制度异化的征收制度迈上回归之途，但征收制度能否彻底回归，则取决于能否有效解决非公共利益引起的用地需求。为此，在《国有土地上房屋征收与补偿条例》通过之后，立法者仍有以下工作需要完成：

[32] 李宜琛：《日耳曼法概说》，中国政法大学出版社2003年版，第69页。

[33] 在日耳曼法上，土地的使用、收益权能属于特定村落的各个居民，而土地的管理、处分权能则属于各个居民的集体村落；封地的使用、收益等经济权能属于臣下，封地的管理、处分权能则属于领主。参见马俊驹、余延满：《民法原论》上册，法律出版社1998年版，第355页。

[34] 叶林：《私法权利的转型——一个团体法视角的观察》，《法学家》2010年第4期。

[35] 对不同意者进行救济源于民主制度本身的缺陷，这也是美国在制定宪法时，反联邦党人极力要求通过权利法案，以保障公民权利不受民主制度伤害的根本原因。参见[美]麦迪逊：《美国制宪会议记录辩论》，尹宣译，辽宁教育出版社2003年版，第27页。

其一，尽快修订土地管理法，明确建设用地使用权亦可设立于农村集体所有的土地上。<sup>〔36〕</sup> 征地运动之所以如此大规模地在我国发生，与我国的土地利用制度息息相关，如果不改革现行的建设用地制度，征收制度的彻底回归将无可能。当然，为保护耕地及确保地方财政收入的稳定，在改革现行的建设用地使用权制度的同时，也应进一步强化政府对土地交易的监管（包括规划与审批等），并完善相应的税费制度，以缓解改革带来的压力。<sup>〔37〕</sup>

其二，进一步完善村民委员会组织法并加紧制定村民自治法，就农村集体土地设定建设用地使用权的相关问题作出明确规定，保护村民的合法利益。目前，村民自治的全面实现还存在许多制度性障碍，法律允许在农村集体所有的土地上设立建设用地使用权需要强化对村民合法利益的保护，防止少数村干部等打着集体的名义侵害村民的合法利益。对于持不同意见的少数村民，也要提供必要的救济途径，防止“多数人暴政”的出现。

其三，制定专门法律调整因旧城改建与城市危房改造等非公益性用地带来的拆迁问题。《国有土地上房屋征收与补偿条例》虽然将“由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要”纳入公共利益的范畴，但为了防止政府滥用这一规定而使征收制度异化为原来的拆迁制度，应严格限制这一条文的适用。为此，立法者不仅必须制定规则细化这一规定，而且必须单独制定相应的法律调整因“集体利益”对私人财产权利的限制而引起的拆迁问题，从根本上解决非公益性的用地需求。从性质上说，因集体利益对私有财产权利的限制而引起的拆迁属于私法的范畴，但现行私法并未对此类情况予以明确规定，因此需单独制定法律予以规范，其内容大致如下：

1. 政府作出旧城改建或者危房改造等决定的条件和程序。在我国，政府不仅是公权力的载体，也是国家所有权的代表。作为公权力的载体，政府不仅有权根据公共利益的需要依照城乡规划法有关规定组织对危房集中、基础设施落后等地段实施旧城区改建，而且有权对城市发展进行规划，并对城市中存在的危房进行认定，作出限期整改的决定等。作为国家所有权的代表，政府在出让建设用地使用权的同时，亦有权要求建设用地使用权人对土地进行合理利用。据此，除了基于公共利益需要而由政府组织实施旧城区改建或危房改造的情形外，其他危房改造和旧城改建项目均须政府同时以公权力载体和国家所有权代表的双重身份来作出决定，但必须满足相应的条件并严格遵守相应的程序。

2. 规划范围内全体业主形成“集体”的方式与运作。政府非基于公共利益作出旧城改建或者危房改造等决定，规划范围内的业主即根据法律的规定自动成为特定“集体”的成员。该“集体”的使命在于对涉及旧城改建或者危房改造的事项进行表决，例如对是否通过开发商进行旧城改建或者危房改造、以何种方式与开发商进行合作以及开发商提出的拆迁补偿方案是否合理等问题进行表决。

3. 业主参与表决的程序与表决规则。为了实现在达成“集体”意志的同时最大限度地保护各个业主的合法权益，必须对业主参与表决的程序和表决规则科学地设计和细致地规定。

4. 建设单位拆迁补偿安置方案的形成与审批。如果规划范围内的全体业主根据民主表决的规则同意将现有国有土地上的房屋出卖给开发商来实施危房改造或旧城改建，则有必要对开发商

〔36〕 我国物权法第 151 条规定：“集体所有的土地作为建设用地的，应当依照土地管理法等法律规定办理。”因此，立法者仅需修改土地管理法等法律，即可完成对建设用地制度的改革。

〔37〕 有人认为，目前征收制度难以实现回归的原因在于地方政府在征地过程中存在巨大的利益，如果将征收制度严格限制在公共利益的范围，则地方政府的财政将出现重大危机。笔者认为，地方政府将财政收入系于征地带来的收益，本身就值得检讨，且如果确立起相应的资源利用税（费）等制度，则即使将征收制度严格限制在公共利益的范围，也不至于对地方政府的财政产生过度的影响。

(即建设单位)提出的拆迁补偿安置方案进行规范,并加强政府对拆迁补偿安置方案的审批,以防止拆迁补偿过低或者不到位、拆迁安置无法落实等情况的发生。

5. 对少数持不同意见者的救济措施。一是要赋予少数持不同意见者寻求司法救济的渠道;二是要赋予少数持不同意见者申请对其房屋进行评估的权利,在其利益确实受到侵害时给予特别补偿。

总之,征收制度关系私有财产制度的存废,如果被异化的征收制度不能彻底回归,私有财产制度将名存实亡,宪法规定的“国家尊重与保障人权”也将成为一句空话,社会矛盾必将不断升级。立法者须运用多种法律手段调和社会经济发展与个人权益保护之间的紧张对立关系,为进一步推进和谐社会的建立提供更加全面的法制保障。

---

---

**Abstract:** The Constitution and laws of China (made by NPC and the Standing Committee of NPC) stipulates clearly that the expropriation of land should be based on the need of public interest, but in practice, the expropriation of land is sometimes implemented for a non-public purpose. Thus the land expropriation system has been alienated to resolve the practical problem of meeting the land demand due to the development of cities and industries. This alienation stems from the characteristic land system and construction land use system in China. *The Regulations on the Administration of the Demolition and Removal of Urban Houses* demonstrates the alienation of land expropriation system in China, which has induced several social problems.

*The Regulations on the Expropriation of Houses on State-owned Land and Compensation* Therefore has been issued by the State Council to reconstruct the system of land expropriation. However, it has its own defects and limitations, and many obstacles will be encountered in the process of its carrying out. To make the new system of land expropriation function well, we should not only reform the current construction land use system, but also take measures to satisfy the land demand for non-public interest.

To meet the land demand for non-public interest, negotiation between two parties can certainly be used. But under certain special circumstances, voting by the related residents is also an alternative way and it is avail to reduce the cost and risk of the transaction. The theory that the majority's interest is superior to the interest of the minority lays the foundation of this way. Although majority decision can justify the collective interest of the related residents, the abuse of the majority decision should also be avoided.

**Key Words:** property right, expropriation of land, demolition and removal of house, public interest, collective interest

---

---