

论房屋征收和交易过程中政府角色和职责

马跃如 余航海 夏冰

(中南大学, 湖南 长沙 410083)

摘 要:政府角色模糊和职责错位是造成城市房屋征收和拆迁过程中问题不断的根源之一,而《国有土地上房屋征收与补偿条例》只针对公益性征收过程中政府角色和职能做了有限的规定,未能在严格定义和区分公益性征收和非公益性交易的基础上,深入分析政府在两种不同模式中所承担的差异化角色和职责。在房屋征收和交易过程中,政府首先作为市场经济秩序的维护者,为市场主体提供信息支持和保障评估的公平性;其次作为行政管理机关对整个征收和交易过程进行监管和调节;最后,政府作为公共服务提供者,通过提供相应的公共服务政策支持保障房屋征收和交易的有序推进。只有在明晰政府角色和职能的基础上,才能真正对房屋征收和交易过程进行有效管理。

关键词:房屋征收;政府角色和职能;公益性征收;非公益性交易

中图分类号:F293.3 **文献标识码:**A **文章编号:**1002-6924(2016)06-099-109

DOI:10.13713/j.cnki.cssci.2016.06.016

一、引言

城市范围内的房屋征收或交易频繁的根本缘由之一就是城市建设和经济发展对土地利用效率优化的内在要求。^[1]而土地使用的质的优化首先需要解决一个“历史遗留问题”,也就是该土地之上原有房屋建筑的征收和补偿问题。然而,房屋征收和补偿问题却成为了一个“谈虎色变”的问题。本来只是一次土地开发模式和城市发展模式的普通而正常的改革却出乎意料地引起了众多社会问题。围绕着房屋征收和补偿发生的纠纷和问题层出不穷,而这种混乱和紧张的局面却因为一些地方政府的不作为与不恰当介入不仅没有得到缓解,甚至还越演越烈。在改革开放和经济高速发展的初期,为了强调效率和速度

不得不牺牲一定的公平,这种公平的牺牲表现为制度设计的缺陷、市场经济秩序的混乱和政府职能的错位,对土地的开发利用模式进行调整和改革的条件还不是很成熟。而现在,依靠出卖土地作为地方财政收入主要来源的“土地财政”显然已经不符合建设社会主义市场经济和可持续发展的要求,经济发展模式和经济结构的老化和不合理已是横在经济发展和城市发展面前的最大障碍。另一方面,解决长久以来积累下来的冲突和矛盾变得刻不容缓,因房屋征收和补偿引起的严重社会问题已形成对法律和政府的统治权威的新一轮挑战和质疑。现时的政府有必要也有能力去改革房屋征收和开发的旧有模式,开创一种真正意义上的社会主义土地使用和开发模式。

社会主义市场经济的最大特色不在于“市场

基金项目:国家自然科学基金项目“中国情境下雇佣关系模式对组织绩效的作用机制研究”(71272067);教育部人文社会科学基金项目“非典型雇佣关系情境下员工行为管理理论和实证研究”(12YAJ630090)。

作者简介:马跃如,中南大学商学院教授,博士生导师,主要研究方向:公共管理、企业战略管理、政府绩效评价、领导力;余航海,中南大学商学院博士研究生,主要研究方向:公共管理、政府绩效评价、领导力;夏冰,中南大学商学院博士研究生,主要研究方向:公共管理、企业战略管理、领导力。

经济”，而在于“社会主义”，也就是强调社会主义公有制和政府的统筹规划与行政管理。政府的角色定位和职能是针对自由市场本身的缺陷而设置的，不是为了取代市场去操控经济活动，而政府和市场在城市开发过程中也扮演着不同的角色，具有不同的职责。^[2] 缺乏对后一点的认识造成了政府在实际过程中对市场经济运作过程的不恰当介入。^[3] 而同时，政府仍然是社会主义市场经济秩序的维护者，担当着管理和监督市场经济建设的职责，仍然是我国土地开发和房地产市场的主导者。^[4] 所以问题的关键是政府在什么时候介入、在哪些方面介入和以什么样的角色介入，进而形成有效而公正的市场经济运行模式。^① 改革土地征收和开发的旧有模式仍然是在坚持社会主义市场经济的前提下进行的，即必须坚持社会主义土地制度和经济制度，但同时也有赖于政府的“正确站位”和有效发挥作用。^[5] 《国有土地上房屋征收与补偿条例》（以下简称《征收与补偿条例》）是对于房屋征收和补偿过程的一般性规定，虽然条例对政府的角色和职能进行了规定，但却未能在严格定义和区分公益性征收和非公益性交易的两种不同模式的基础上，深入分析政府在两种不同模式中所扮演的角色和所需履行的职责。^②

本文旨在通过分析和确定政府在房屋征收和补偿过程中的角色定位和职能，对现时国有土地上房屋征收和搬迁过程中出现的问题进行解析并针对性地提出建议。角色定位是政府基于什么样的理由、在什么阶段、以什么样的方式介入房屋征收和搬迁的依据；同时根据不同的角色定位，政府又拥有不同的职责和权能，并根据其所面对的问题和所处的阶段，按照相对应的职能，针对性地采取行为。就房屋征收和搬迁的整个过程而言，政府主要是扮演着三种角色：市场经济秩序的维护者（强调政府对市场经济的维

护、建设和服务职能）、行政管理机关（强调政府的监督和管理职能）和公共服务提供者（强调政府应当通过相关政策和制度的建设来保障房屋征收或交易的公平性）。三种角色以及相对应的政府职责并不是孤立存在，而是相交混杂在一起的。在同一个政府行为中，政府可能扮演着几个角色，行使着几种职能。《征收与补偿条例》只对基于公共利益的房屋征收进行了规定，未能将非公益性交易也纳入规范的范围，使得条例的适用性不免大为降低，但由于非公益性交易同样涉及到土地使用权的转让、补偿的公平性、房屋拆迁和重建的行政许可、土地用途变更的改变，以及救济途径等问题，因此《征收与补偿条例》规定的一般性原则同样可以适用于非公益性交易。而事实上在两种不同模式下，政府的角色和职能都会不同，其参与房屋征收或交易过程的广度与深度也会不同。所以，首先有必要对两种不同征收模式进行一些分析和解释。

二、公益性征收和非公益性交易的区分

基于不同的目的和法律依据，可以将房屋征收或交易分为公益性征收与非公益性交易。公益性征收主要是指基于公共利益的目的，对土地上的房屋和建筑进行征收和搬迁，并给予公民一定的补偿。非公益性交易主要是指基于商业开发和盈利的目的，对土地上的房屋建筑进行交易和搬迁，同样以协商确定交易价格的形式给予公民一定的补偿。从概念上来看，公益性征收与非公益性交易只是在交易和搬迁的目的上出现了差异，^③其运作的模式并没有大的区别。但是根据这种区分与差异性，政府的角色定位和职能却是有很大的不同。

（一）公益性征收与非公益性交易之间的

① “政府”概念涵盖了国务院、省人民政府、市、县人民政府及其下属行政单位，以及各级司法机关，为了写作的需要下文没有进行严格的区分，但严格意义上每一级政府所承担的角色和职责是不一样的，如立法等层面的职责主要由上级政府承担，而涉及具体事务的层面则主要由下级政府及其下属单位承担。

② 《拆迁条例》没有对征收模式进行区分，也没有明确规定是针对“公共利益”，而《征收与补偿条例》明确规定是针对“基于公共利益需要的房屋征收活动”，参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二条，详见方月波、钱小敏：《在法制的基础上体现利益与公平》，《中国土地》2012年第1期。虽然《征收与补偿条例》没有对非公益性交易进行规范，但并不代表不存在非公益性交易，也不能据此否认政府非公益性交易过程中应承担的职责。

③ 基于公法强制权利转移说，部分学者从物权转移与价格补偿的视角出发，认为房屋征收实则本质上为一种私法混合之行为，是在强制交易基础上形成的合意。参见李鸿毅：《土地法论》，台湾三民书局1999年版，p. 899。详见陈明灿：《被征收土地人收回权与损害赔偿请求权——最高行九九判七九六》，《台湾法学杂志》2010年第162期。

区别

公益性征收与非公益性交易之间的区别主要表现在以下几个方面:首先,两者启动程序不同,公益性征收是由政府机关提出征收和拆迁申请而启动的行政行为;非公益性交易则是开发商与公民之间就房屋所有权转让进行平等协商的民事行为,但是在某些方面,非公益性交易同样必须征得政府机关的许可,符合政府既定政策和发展规划的要求。其次,两者补偿标准和程序不同,根据《征收与补偿条例》的规定,公益性征收的房屋补偿不得低于“征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格”,具体价格则由“具有相应资质的房地产价格评估机构按照房屋征收评估办法评估确定”,^①但由于政府仍然保持着最后的决策权以及第三方评估机构可能的机会主义行为,实际补偿价格却可能低于市场价格,更可能实现政府希望的预期价格;^[6]而非公益性交易则完全适用市场化原则,由开发商与房屋所有权人进行自由协商,实际交易价格可能更为接近市场价格,甚至高于市场价格。再者,在公益性征收中,基于公共利益的需要,有关机关可以依照法定条件和程序申请进行司法强制拆迁,而非公共利益交易则一般不能申请强制拆迁。^②同时,两者权利救济的性质和途径不同,在公益性征收中,公民主要是提起行政复议和行政诉讼,而在非公益性交易中,开发商与公民之间只可以提起民事诉讼。最后,政府角色和职能不同,在公益性征收中,政府既是决策者、执行者,也是自身的监督者、裁判者;而在非公益性交易中,政府主要是作为协调者、服务者、监管者、裁判者存在。

对公共利益拆迁和非公共利益交易进行严格区分,可以有效地对房屋征收和拆迁过程进行规范,区分不同情形,适用不同的法律规定和程序。如此一来,可以有效地减少和杜绝开发商假

借“公共利益”之名大搞商业开发,同时根据不同的征收或交易与拆迁模式,政府的角色和职能得到明确规定,使得政府能够更有效地履行自己的职责,也更便于公众和舆论对政府行使权力的行为和开发商的商业开发行为进行监督。

(二)政府在两种模式中的角色和职能

公益性征收是一种行政法律关系,政府和公民是相对应的当事人主体,政府是具体的“参与者”、“行动者”,同时基于权力分配和相互制约的原则,政府也承担着“监管者”的角色。而非公益性交易则是一种民事法律关系,开发商和公民是相对应的当事人主体,政府是作为一个“中立者”、“服务者”和“管理者”,即主要是作为市场经济秩序的维护者和行政管理机关参与其中的。而在两种模式中,政府都同时承担着公共服务提供者的角色,即通过提供发展规划和配套社会保障制度来保障房屋征收或交易过程中补偿和安置结果的公平性。在两种不同模式中,政府的三种角色与相对应的职能都有一定程度的体现,但具体到个别的模式中,政府的三种角色则有主次、轻重、前后之分,与此相连的是政府所关注的焦点不同,以及基于其职能所采取的行为上的不同。

市场经济秩序维护者、行政管理机关和公共服务提供者,都是政府的角色和职能,但是基于不同的角色定位和目的会产生政府职责的分工和衍化——作为市场经济秩序维护者,政府的职责主要是对市场运行和市场主体的经济活动进行调整和规范,消除自由市场本身的缺陷,提供一个平等而公平的市场竞争环境。作为行政管理机关,政府的职责主要是监督和管理房屋征收或交易和拆迁过程中当事人的行为是否合法以及处理当事人之间发生的纠纷,向权利受到侵害的当事人提供救济;作为公共服务提供者,政府具有其本身的特殊性和固有优势,政府的决策和

① 《征收与补偿条例》第十九条。

② 由于《拆迁条例》未区分公益性征收与非公益性交易,因此无论是法理上还是司法实践上,其所规定的强制拆迁程序都被默认为在两种模式中适用。而《征收与补偿条例》只针对公益性征收过程中的强制拆迁进行了规范,并只设计了司法强制拆迁的单轨制,去除了以前司法强拆与行政强拆的双轨制,详见《征收与补偿条例》,参见杨建顺:《司法裁判、裁执分离与征收补偿》,《法律适用》2011年第6期;参见唐英杰:《“司法强拆”可否走出征收困局》,《法学》2012年第4期。由于在非公益性交易过程中,开发商与居民建立的是一种纯粹的民事法律关系,因此在协调不成的情况下也不能申请强制拆迁,但并不排除可能存在的因协议履行不能的情况下申请的司法强制拆迁。而对于能否在非公益性交易中同样适用司法强制拆迁,或者在何种情况下可以适用,仍然存在较大争议。因为强制拆迁所固有的巨大损害性应当是最终的处理方式,而不能是一种常规的处理方式,而在民事诉讼中可否采取如此激烈的损害性手段也是值得商榷的。同时《征收与补偿条例》也未能对此做出满意的答复。

制度制定对于整个市场的影响和引导作用都是极其突出的,政府应当恰当地利用这种主导优势,以期指导和改变其他市场主体的行为,从而间接地建设和维护社会主义市场经济秩序和保障房屋征收或交易的公平性。

在征收和拆迁过程中,这三种职能和角色往往是并存的,但是却可能发生在房屋征收和补偿过程中的不同阶段,针对征收、拆迁和补偿问题的不同方面,所面临的问题和所要实现的目的也会有很大不同。现实中大量房屋征收和拆迁纠纷,大多是因为政府的不恰当介入或者是不恰当地不作为,即没有充分认识到自己的职能和角色,或者是超出权力的限度介入到土地征收和拆迁过程中,或者是错误地没有介入——介入的时机、理由、方面和方式都出现了错位。^[7]

三、政府作为市场经济秩序的维护者的职责

市场经济的核心原则是自由和公平,通过市场的自发调节自动地实现资源的优化配置和最高利用,达到生产的最高效率,创造最多的经济效益。^[8]市场的自发调节体现为供求规律,也就是市场主体之间的良性互动和竞争。然而市场有其不可避免的缺陷,不能自发地形成良性的互动和竞争,供求循环往往被歪曲,市场主体处于不平等的市场竞争地位,政府的调控是被动式的补缺。社会主义市场经济就是由国家(政府)主动地对市场进行调控和规范,构建和维持一个公平互利的市场经济环境,使市场主体之间的竞争既不失自由竞争的活力,同时也不会导致社会不公。^[9]

而在征收和搬迁过程中,政府也应当发挥其作为市场经济秩序维护者的作用。政府的“中立性”是以维护公平而平等的市场竞争为前提的,“中立”不等于无所作为、放任自流,而是指消除对任何一方市场主体的不合理偏袒。市场主体往往是处于不平等的市场竞争地位,所以为了维护公平而平等的市场竞争,政府往往要偏向于保护其中一方市场主体,但这种“倾向性保护”是“公正”和“中立”的内在要求,也是合理合法的。同时这种“倾向性保护”也必须是在合理的限度之内的,超出合理限度也会造成另一个方向、另一种形式的不公平和不平等。^[10]在征收和搬迁法

律关系中,政府、开发商与公民便是处于一种不平等的市场竞争地位;政府和开发商掌握着更多的市场信息和市场资源,能更快、更有效地安排经济活动,获取经济效益;相对而言,公民不仅在个体上经济力量弱小,并且相互分散,无法形成一股集中的经济力量。

弱势与强势的对立体现的是市场经济地位的不平等以及随之产生的不公平的市场竞争环境,政府应当介入这种不平等、不公平的市场竞争之中,通过对公民权益的保护来实现政府、开发商和公民之间的竞争均势,创造一个良性的市场环境。同时政府的介入也应该有利于市场竞争的进行和鼓励市场竞争,而不是阻碍和减少市场竞争,更不能以行政干预取代当事人(主要是公民)擅自处分其财产权利或者成为一方当事人的“帮凶”。而在行动的目的和目标上,政府作为市场经济秩序维护者,其所有决策和行动都应该以鼓励市场经济、激发市场活力为目标,在征收和补偿的问题上,则是指政府的举措和决策应该有利于征收和搬迁的有序进行,保障征收与补偿的公平性,而不能为了照顾政府和开发商的利益和城市建设的速度而对社会不公、市场混乱视而不见。政府的主要任务和职责是维护房屋征收和交易市场秩序,使得市场行为不违背公平正义的原则,^[3]因而政府所要做的并不仅限于保障公民的合法权益,同时还要关注如何建设更有效的房屋征收和交易市场秩序。值得注意的是,在这种职责的驱使下,政府将不仅是一个“被动”的秩序维护者,政府应当为了在程序和实质上实现和保障市场交易的公平性和平等性,而主动地去平衡和调节市场主体之间的不平等、不平衡地位。在这个意义上,政府作为市场经济秩序的维护者所具有的职责也包括通过对市场秩序的规范,增强公民的经济力量,使公民的经济决策更加符合其利益。具体来说,作为政府作为市场经济秩序的维护者的职责主要体现在信息支持和保障评估的公平性两个方面,同时在公益性征收和非公益性交易中政府的职责也呈现差异化。

(一)提供信息支持

即便是在公益性征收中市场因素和市场化运作模式也随处可见。《拆迁条例》时代由于没有严格区分公益性征收与非公益性交易,而以是否取得“房屋拆迁许可证”作为征收和拆迁的合

法性依据,从而使得公益性征收也同样处于完全的市场化运作模式下,也正是模糊了两种模式的区别,使得市场主体在其逐利本性下不断采取机会主义行为,假借“公益性征收”为名,而却是以非公益性交易为实的商业开发,同时由于补偿标准的不合理,导致公民的合法权益无法得到有效保障,并最终爆发严重的拆迁冲突,乃至发生极端事件。虽然《征收与补偿条例》放弃了完全的市场化运作模式,甚至对非公益性交易“避而不谈”,但市场因素和市场化运作模式并没有完全退出公益性征收领域。根据《征收与补偿条例》的规定,征收决策必须要符合“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”,^①而发展规划本身就是对社会经济环境和市场因素的反映和体现。其次,《征收与补偿条例》设计的补偿价格评估标准和第三方评估机制^②就是采用了市场化运作模式,以市场行为来规范和调整公益性征收的补偿程序。再者,《征收与补偿条例》同样以政府和公民签订补充协议为征收执行的前置条件,使得公民可以在有限的条件与政府进行市场化的对话和交易。

然而,由于政府和公民之间固有的不平等地位和非均衡力量对比,使得在公益性征收过程中,很难实现一种真正意义上的平等对话和交易,尤其是考虑到公民在获得基本信息方面滞后的缺陷,公民的行为和决策总是无法达到最优效果。因此,在公益性征收过程中,作为市场经济秩序的维护者,政府首先应当为实现政府和公民在信息获取方面的平等而努力,从而保障双方协商和交易的平等性和公平性。《征收与补偿条例》同样对信息公开问题进行了规范,并规定政府应当及时告知公民,诸如征收补偿方案、征收决定、征收情况调查、房屋征收补偿档案、审计结果等信息。^③然而仍有一些与公民切身利益密切相关,并为公民决策提供支撑的重要信息无法被公民及时得到,如政府内部决策的信息,国家土地制度和房屋所有权制度以及有关征收和搬迁的政策信息和法律信息,^④发展规划的信息,该地

区(城市)的经济发展水平、居民生活水平和收入消费水平的信息,该地区(城市)的社会保障制度和社会福利制度的信息,评估机构的信息等。

获取这些信息可以使公民能够对政府行为和决策进行预见,如公民可以根据政府发布的城市发展规划了解到自己所在区域是否是将来城市发展所需要进行征收和搬迁的对象;同时也可以让公民在与政府协商的过程中更理性地决策,如考虑到评估机构的资质、过往评估经历、市场地位和竞争情况以及与政府的潜在关系等信息对于被征收人的决策具有不可估量的影响,被征收人选择评估机构的权利的充分实现必须建立在拥有足够的信息来支撑其合理决策的基础上。而公开政府内部决策过程信息显然有助于帮助被征收人建立对政府和公权力的信任和对征收补偿的接受度和认可度。

虽然非公益性交易是处于较为开放的市场环境下开发商与房屋所有权人之间的自由市场交易行为,但是由于土地商业开发同样需要取得政府的行政许可,并得到政府授权才可以实施非公益性交易,因此政府在非公益性交易中同样扮演重要角色。而作为市场经济秩序的维护者,由于其对市场和市场信息的优势地位,政府同样需要积极履行其维护和保障公平市场交易的职责,尤其是政府应当采取措施调节开发商与公民之间的信息不对等状况。而政府在行政审批的过程中就可以掌握开发商以及商业开发的相关信息,因此除了上述在公益性征收过程中同样包含的基本信息之外,政府还应当向公民告知有关开发商和商业开发的相关信息。在非公益性交易中,开发商作为市场主体直接参与了整个房屋交易、补偿与拆迁过程中,因此公众有足够的利益需求去了解开发商的有关信息,以确保自己决策的经济价值和效率利益。一方面拥有良好信誉和资金实力的开发商更易于为公民所接受,如果该开发商在之前其他地区也进行过房屋交易和补偿,公民可以对相关情况有所了解,也可以去

① 《征收与补偿条例》第九条规定。

② 《征收与补偿条例》第十九条规定。

③ 《征收与补偿条例》第九条规定。

④ 我国是社会主义国家,实行的是国有制和集体所有制的土地制度,这使得我国的征收和搬迁模式根本不同于西方资本主义国家的征收和拆迁模式,表现在我国征收和补偿在程序、标准和法律依据上的特殊规定。必须确保相关政策和法律信息能为公民所知悉,以使公民能够清晰地了解自己所拥有的权利以及所承担的义务。

除对开发商的怀疑和对补偿落实的担忧;另一方面,开发商相关信息的公开使得开发商的行为在某种程度上受到社会舆论和公众的监督,缺乏信誉、经济实力和经验的开发商将获得更少的土地商业开发的机会,面临的交易和补偿的阻力也越大,这要求开发商提高自身的业务水平、服务能力和企业形象。

(二)保障评估的公平性

评估是对房屋进行征收和补偿的重要环节,评估的价格是否合理、评估的程序是否公正、对评估的结果是否有权提出异议等因素都关系到房屋补偿的公平性。《征收与补偿条例》规定的第三方评估机制和市场化评估标准应当同时适用在公益性征收和非公益性交易中。在公益性征收中,引入第三方评估机制和市场化评估标准,不仅是对政府行政权力的进一步有效约束和控制,同时也使得“征收博弈在很大程度上从《拆迁条例》下的冲突博弈转变成议价博弈”,^[6]围绕着房屋价值评估的群体博弈将会成为新法律背景下各方主体关注和博弈的焦点。而在非公益性交易中,由于公民与开发商本就处于不平等地位,如果完全适用自由的市场化交易模式,则会使得开发商占据更多的优势,从而无法确保交易的公平性。同时,某些公民在自由市场环境下也会产生机会主义行为,寻求不合理的补偿价格。公平性的补偿不仅要符合公民的合法权益,同时也要遵循一般的市场公平交易原则。而在非公益性交易中同样适用第三方评估机制和市场化评估标准,则为开发商和公民的行为决策提供了理性的参考标准和合理的法律底限,可以有效抑制机会主义行为,也可以保障补偿的相对公平性。

然而《征收与补偿条例》只是规定“不得低于房屋征收决定公告之日起被征收房屋类似房地产的市场价格”,^①虽然在一定程度上参照了市场价格,但实则未能解释何为“类似房地产”,何为“市场价格”,而决定权和解释权仍然被掌握在政府和评估机构手中,公民无法直接参与到补偿价格评估和确定的具体决策程序。同时,将市场价格定在“征收决定公告之日”,则使得公民完全无法从未来土地升值中获取利益,而考虑到非公益

性交易的市场特性,这一规则应当适当放宽适用。因此,在没有相应的程序作为保证的情况下,缺乏一个公正透明的市场价格的形成机制,即使规定的是参考“市场价格”,也形同虚设。对此,政府应该定期公布不同区域、不同用途、不同建筑结构的各类房屋的房地产市场价格并进行及时更新,把它作为同类房屋评估的一个参考,而这个市场价格对于被征收人来说是可预见的、合理的,只有这样才能真正做到市场价格的公正透明,才能得到社会的普遍的认可。

四、政府作为行政管理机关的职责

政府作为行政管理机关,应该参与到公益性土地征收与拆迁和商业性的土地征收和拆迁的整个过程当中。与作为市场经济秩序维护者肩负的职责相比,政府作为行政管理机关肩负的职责已经从通过各种措施维护和构建一个良好的市场环境转变为对征收和搬迁的整体管理和监督。作为市场经济秩序的维护者,政府的所作所为是给当事人双方公平交易做出行政上的支持,避免社会不公;而作为行政管理机关,政府所要做的就是对当事人的行为(主要是指征收和搬迁的具体行为)进行监管,避免出现违法行为给当事人造成损失,并向当事人提供相应的权利救济。

而考虑到无论是公益性征收还是非公益性交易中,政府都首先作为行政机关对征收或交易申请的合理性和合法性进行审查,因而政府作为行政管理机关的首要职责就是征收或交易之前置条件审查,确保在源头就保证征收或交易的公平性。其次,基于内部决策程序民主性建设和公权力限制的内在要求,政府作为行政管理机关同样需要对征收或交易过程中主要的行政机关主体及其行为进行监管,同时需要在恰当的时候为当事人提供可行有效的权利救济。最后,在非公益性交易中,政府因其行政审批行为(房屋拆迁许可证和土地开发利用许可)而介入其中,同时也是出于保障交易双方合法权益之目的,政府也应当介入非公益性交易的整个过程,作为一个监督者和裁决者对过程中交易主体及其行为进行有效监管,而当双方出现纠纷时能够提供有效之

^① 《征收与补偿条例》第十九条规定。

调节和裁决途径。

(一)征收或交易之前置条件审查

无论是公益性征收还是非公益性交易,其启动都需要征得行政机关的许可,而许可审查过程实质上就是行政机关对公益性征收和非公益性交易的合理性和合法性依据进行审查的过程,只有在符合法律所规定之前置条件的情况下,两者才具有合理性和合法性并可依法进行执行程序。因此,征收或交易之前置条件的设计和审查是保障公益性征收和非公益性交易公平性的首要环节和重要手段。然而《征收和补偿条例》只针对公益性征收的启动程序规定了“公共利益需要”、“符合发展规划”和“社会稳定风险”等三种前置条件,^①而未能明确是否同时适用于非公益性交易行为中。

本文认为,虽然非公益性交易并非基于公共利益需要,而是市场主体的自由交易行为,因此并不需要满足“公共利益需要”之前置条件,然而非公益性交易同样会对城市面貌和土地利用方式产生重要影响,甚至本来就是与政府发展规划和土地开发相联系和配套的,因此非公益性交易同样需要符合政府制定的城市开发和社会经济发展的规划,以避免无序的商业开发对既定发展规划的负面冲击。同时,与公益性征收一样,非公益性交易也会改变和破坏房屋所有权人的原有生活秩序,尤其涉及人数较多时,更会严重影响社会稳定和正常社会秩序,因此社会稳定风险之前置条件应当同样适用于非公益性交易。再者,作为行政管理机关,政府对非公益性交易的合理性和合法性进行审查,而非仅限于开发计划和补偿计划的可行性审查,原本就是保障非公益性交易公平性和保护公民合法权益的应尽职责。最后,由于《征收与补偿条例》废止了《城市房屋拆迁管理条例》,^②因而造成非公益性交易将会无法可依,在这种情况下,为了保持法律秩序的稳定性和法律适用的一致性,并对非公益性交易及其公平性进行有效规范,同样应当将《征收与补偿条例》规定的前置条件适用到非公益性交易中。

《征收与补偿条例》规定的三种前置条件是对公益性征收和非公益性交易的启动理由、社会

经济效益和社会影响的全面审查和实质审查,其实质上是对公益性征收和非公益性交易的社会环境匹配度进行审查,即无论是公益性征收还是非公益性交易都必须与当时的社会环境和社会发展趋势相匹配。首先,《征收与补偿条例》在明确公共利益需要的具体内容的基础上,明确要求征收必须是基于公共利益之需要,从而将公益性征收和非公益性交易从根本上进行了区别,这表明除了经济效益,社会公平性也成为城市开发和经济发展的重要考虑因素之一。其次,“符合发展规划”之前置条件体现了可持续发展的科学思想,要求无论是公益性征收还是非公益性交易都必须与政府既定之发展规划和相关政策保持一致,从而也就为预见政府和开发商的决策行为提供了可能性,并且保障了公益性征收和非公益性交易的合理性。而在公益性征收中,“符合发展规划”之前置条件更是对公权力进行了严格限制,即要求政府在作出征收决定时必须与之前行政决策(制定发展规划)保持一致和延续性。再者,考虑到公益性征收和非公益性交易都是对原有土地区域内社会管理秩序和房屋所有权人的社会生活秩序的非正常性改变,在征收或交易之后,房屋所有权人必须在全新的社会条件和社会环境下重新组织其生活和工作秩序,并且现实中,安置地区往往是经济发展较为落后,社会生活条件和工作环境较为恶劣的地方,房屋所有权人付出的实际代价远非房屋价值补偿可以完全弥补的。因此,政府在审查公益性征收和非公益性交易的合理性时必须注重衡量和评价其对原有社会秩序的影响以及房屋所有权人安置后的生活工作安排,也即考虑公益性征收和非公益性交易的社会稳定风险。

然而《征收与补偿条例》虽然规定了三种前置条件,却未能更进一步地深化前置条件审查的重要意义及其程序操作,难免使得前置条件审查流于形式,而成为公益性征收和非公益性交易的合法性“面具”。因此,未来的相关法律规范必须进一步明确前置条件的具体内容和审查标准,设置专门的、独立的审查机构,按照民主程序和公权力限制的原则对公益性征收和非公益性交易

^① 《征收与补偿条例》第八、九、十二条规定。

^② 《征收与补偿条例》第三十五条规定。

的合理性和合法性进行审查。

(二)对征收或交易主体及其行为的监管

无论是在公益性征收还是非公益性交易中,政府作为行政管理机关都一直对征收或交易、补偿、拆迁和安置各个环节或直接或间接地发挥着调节和监管作用。尤其是在公益性征收过程中,政府作为重要主体直接参与了从征收到安置的整个环节,而为了有效防范公权力滥用的风险,同时也是为了抑制公益性征收的行政强制和权利侵害的特性,避免对公民的合法权益造成重大损失,必须加强对公益性征收过程中相关行政机关的决策和执行行为的监管。而在非公益性交易中,由于大范围的房屋交易和拆迁具有的巨大社会影响,政府除了必要的交易之前置条件满足情况的审查之外,也需要对交易过程中双方主体的,尤其是开发商,交易行为和可能的机会主义行为、违法行为进行监管,以确保非公益性房屋交易的公平性和合法性。另一方面,考虑到评估环节在公益性征收和非公益性交易过程中的重要地位和重要意义,政府应当对第三方评估机构和评估过程加强监管,保障市场化模式的有效运转。总的来说,作为行政管理机关,政府在征收或交易过程中的监管职责主要体现在对征收或交易的重要环节的调节和监管,政府内部决策程序的监管,以及对第三方评估机构及其行为的监管等三个方面。

具体来说,政府对征收或交易的重要环节的调节和监管首先表现在征收或交易的启动程序方面,即政府通过三种前置条件对公益性征收和非公益性交易的社会效用、社会公平性及其社会影响进行审查,确保公益性征收和非公益性交易的合理性和合法性。其次,在征收或交易的执行过程中,政府应当对包括行政机关、开发商、房屋所有权人、第三方评估机构各方主体及其行为进行监管,确保公益性征收和非公益性交易都是建立在公平、平等基础上的协商结果,而非行政机关单独的决策或开发商的强迫交易,同时也要警惕各方主体的机会主义行为倾向。再者,在补偿落实和安置过程中,政府应当对补偿协议规定的

补偿内容的落实进行跟踪监督与管理,并制定相应的监督和惩罚制度。此外,政府还应加强对被安置户的回访工作,通过回访发现征收补偿过程中存在的问题并及时纠正。最后,在权利救济方面,政府应当为各方主体,尤其是房屋所有权人,提供充分有效的权利救济途径,并及时受理和解决公民与政府之间就公益性征收,或者房屋所有权人与开发商就非公益性交易所发生的一切争议和纠纷,并经由行政机关和司法机关对公益性征收和非公益性交易过程中的利益冲突进行调节和裁决。^[11]

无论是在公益性征收还是在非公益性交易中,政府都是重要的参与者之一,政府所具备的政治权威和主导优势地位,都表明政府对于公益性征收和非公益性交易具有重要的影响,然而政府需要谨慎行使公权力和合理利用这种天然优势,以避免无序的公权力扩张和滥用损害公益性征收和非公益性交易的社会公平性,正是在这个意义上,政府应当加强自身内部决策程序的监管,即完善内部权力分配和相互制约监管制度。《征收与补偿条例》规定的征收决策程序、^①征收之前置条件要求、第三方评估机制、法律责任承担、监察机关和审计机关的介入以及强化司法裁判效用的权利救济制度,^②都已经说明《征收与补偿条例》在内部决策程序的民主化建设和公权力限制方面的重大进步,然而现有对行政机关的监管还主要发生在政府内部,而未能有效引入外部力量和社会民主参与机制,既让公民无法及时有效把握相关重要信息以保障自身的合法权益,又无法发挥社会、舆论、公众和房屋所有权人的民主监督作用,未来无论是公益性征收还是非公益性交易都必须进一步加强建立在广泛民主参与基础上的监管机制。

与此同时,政府还应当对具体承担价格评估的房地产价格评估机构及其评估行为进行规范的管理。政府首先应以立法的形式确定和统一价格评估的标准和计算方法,并向房地产价格评估机构提供进行价格评估所需的资料和信息。其次,政府应当将《征收和补偿条例》规定为较为

^① 根据《征收与补偿条例》的规定,征收过程中的决策权被收回集中到市、县级人民政府,而房屋征收部门只负责组织和实施之征收执行工作,改变了以往房屋征收部门既当决策者、裁判者,又是执行者的混乱局面。

^② 《征收与补偿条例》对司法裁判效用的强化设计绝不仅限于对强制执行的审查,也不仅仅是“司法强拆取代行政强拆”就可以囊括的,事实上司法裁判将会对征收与补偿过程中的重要决策及其合理合法性基础进行审查。

笼统模糊的“按照房屋征收评估办法评估确定”原则进行细化和内容填充,并加强社会民主参与在制定评估办法的过程中的决策和监督作用。再者,在具体的评估过程中,政府应当警惕第三方评估机构的机会主义行为,即第三评估机构与政府或开发商之间可能的“串谋”行为,^[6]建立制度化的针对第三方评估机构和专家委员会的选拔、考核、审计和监管的规范办法,杜绝评估过程中可能的利益输送现象,并及时地向公民提供相应的权利救济。最后,政府应当建立第三方评估机构的信息档案,将第三方评估机构的基本信息、资质、信誉、过往评估事件、投诉或诉讼状况系统性的进行整理存档,并及时向有关主体告知,以保证有关主体能在充分了解相关信息的基础上做出最符合自身利益的决策,从而间接保障公益性征收和非公益性交易的平等性和公平性。

五、政府作为公共服务提供者的职责

无论是公益性征收还是非公益性交易都具有长期的、深远的社会效用和社会影响,它们不仅改变了土地和房屋的所有权和使用情况,也在改变房屋所有权人的生活和工作秩序,同时征收和交易之后对土地的开发利用也在改变和促进所在区域的整体发展状况和社会环境,而无论是政府、开发商,还是房屋所有权人、社会公众都应当能共同享有这种长期的社会效益,至少要保障房屋所有权人因社会发展付出的牺牲得到公平、相对对等的补偿。另一方面,房屋价值和相关费用的补偿并不能完全弥补房屋所有权人因房屋征收或交易所付出的代价,尤其是考虑到房屋所有权人在征收或交易之后重新构建其生活和工作秩序所需要承担的巨大成本和风险,仅仅以可见的、短期的经济利益来补偿在某种程度上是有失公平的。实则,许多时候房屋所有权人不愿意接受征收或交易,并不仅仅是因为补偿的不合理或者是故意抬价谋取不正当利益,在某些时候,有些房屋所有权人只是已经对原有社会环境产生了依赖心理,不愿意离开原先熟悉的生活和工作环境,不愿意重新去适应陌生的生活环境和生活方式。

然而在短暂的协商过程中,各方主体既无法理性地预期和估计这种未来的社会效益,也无法迅速地就综合性的补偿和安置问题达成一致,因

而无论是《征收与补偿条例》还是实践中往往采取一种简单化的操作模式,即以房屋经济价值和相关损失的补偿作为主要的补偿内容,而将其他的补偿内容和未来社会效益排除在补偿范围之外。简单化的操作模式虽然有利于征收和交易的顺利执行,却未能在真正意义上实现补偿的实质性公平。同时,未来社会效益和公民付出的隐性代价也存在模糊而无法有效评价的缺陷,草率地以法律规范的形式引入补偿范围之类难免会造成法律执行上的操作性困难,而将这种责任完全推给征收单位或者开发商也是不现实及不公平的。因此,在无法进行有效立法规范却又必须保障公民合法权益的情况下,就必须依赖于政府积极履行其公共服务的职责,通过提供高效高质的公共服务来支撑征收和交易的有序推进,消除各方主体的后顾之忧,进而保障公益性征收和非公益性交易的社会公平性。

(一)发展规划与长远社会效益

《征收与补偿条例》规定的“符合发展规划”之前置条件是对公益性征收和非公益性交易的社会环境匹配度和社会影响进行评价和衡量的重要标准之一。因此,作为公共服务提供者,政府首先就应当在制定社会经济发展规划和城市发展规划时要注重规划的长远社会效益,有意识地协调好经济效益与社会效益,并将土地开发和房屋征收或商业交易纳入规划内容,从而预先为未来可能的房屋征收或商业交易行为设定了限制,即公益性征收和非公益性交易必须与社会经济发展规划、城市发展规划保持一致。

虽然制定发展规划更像是政府的行政事务,而不是政府的市场行为或公共服务行为。但是,政府制定发展规划应当建立在充分认识了城市和经济发展的现状和未来方向,以及对所涉及公民的生活和工作秩序的巨大影响的基础之上,并以促进城市和经济发展的目标,以保障公民合法权益为原则,并且社会公众也能从科学合理的发展规划中获得未来潜在的长远社会效益。因此,政府制定发展规划既会受到社会环境和市场因素的影响,同时也是一种间接的公共服务。政府应当认识到发展规划的这种公共服务性质,更谨慎地行使其制定发展规划的权力,在衡量城市开发和经济发展的经济效益时,也要考虑发展规划的社会效益和潜在的社会影响,尤其是对房屋

征收或交易范围内公众的社会生活秩序的影响,同时也必须保障公民也能够从这种社会经济发展中获益。

另一方面,发展规划也为公民预测政府或开发商的征收或交易行为提供了现实可能性和路径。在既定发展规划的约束下,政府和开发商的行为是可以预期的,同时在市场自发调节下,未来发展区域的土地和房屋的价值也会增值,公民应当也可以预期从这种增值中获益。因此,发展规划也为未来可能的公益性征收或非公益性交易的补偿过程提供了一个相对平等的信息环境,各方主体的行为都可以被预见,并且各方主体对发展规划带来的潜在社会效益达成共识,即由于政府、开发商和公众都预测到在未来的某个特定时期将会发生房屋征收或交易之行为,且该房屋征收或交易行为是基于发展规划的需求,因而就一般观念而言,房屋的经济价值在未来将会得到明显的、可预期的提升,对这一可能发生的事实的认知将会潜在地影响人们对房屋征收或交易以及补偿的态度和反应。而在这种共同认识的引导下,各方主体更可能就一种相对公平的补偿标准和补偿结果达成一致意见。

与此同时,发展规划不仅要保障规划内容的科学性和公平性,即具备长远社会效益并且使得所有人都从中获益,而且在发展规划制定过程中也要保障过程的民主性和公平性,即保障利益相关者在发展规划制定过程中的民主参与权利和决策权力。虽然《征收与补偿条例》在设定“符合发展规划”之前置条件之后更进一步规定“制定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,应当广泛征求社会公众意见,经过科学论证”,^①然而这里的“社会公众”是泛指而非特指,而发展规划往往会涉及到具体区域内的社会公众及其切身利益,尤其是那些房屋可能被征收或交易的公众,因此有必要规定更为详细的实施细则,确保利益相关者能够参与到发展规划制定过程中。同时,《征收与补偿条例》只是规定了可能的参与权,却未能对社会公众的决策权做出规定,考虑到公民对自身财产处分和生活工作具有的相对决定权,以及可能的房屋征收或交易对公民权益和生活工作秩序的巨大影响

和冲击,应当赋予利益相关者一定的决策权,让公众能真正对与其切身利益密切相关的事务进行处置和决策,而不仅仅作为行政政策和决策的被动承受者。

(二) 公共服务政策支持

公共服务政策支持是政府对公益性征收和非公益性交易的间接调节,其目的是为各方主体提供一个良好的政府环境,解决其后顾之忧。因此,除了在公益性征收和非公益性交易的具体过程中对房屋征收或交易行为的公平性进行监管、保障房屋所有权人合法权益外,政府还应当在与房屋征收或交易密切相关的重要公共服务方面提供相应的政策支持,建立与房屋征收和交易相配套的社会保障制度,以此来鼓励和支持房屋征收和交易的顺利进行,并最终实现征收或交易补偿的实质公平。

《征收与补偿条例》已经意识到房屋征收活动与其他社会管理活动,尤其是政府公共服务之间的密切联系,并且规定“征收个人住宅,被征收人符合住房保障条件的,作出房屋征收决定的市、县级人民政府应当优先给予住房保障”,^②由此将房屋征收制度与社会保障房制度联系在一起,而这种倾向性的社会保障房制度支持既可以保障公益性征收的顺利执行,也可以间接地弥补房屋所有权人因公共利益需要和房屋征收而受到的损害。而在非公益性交易中,有效的政策支持同样可以发挥其调节作用,而考虑到政府同样在非公益性交易中扮演重要角色并也从中获取了利益,政府也应当为非公益性交易建立相对应的社会保障制度支持。另一方面,与房屋征收或交易密切相关的公共服务政策支持,并不仅限于社会保障房制度,其它如教育、医疗、就业、基础设施建设等方面的公共服务也可以对房屋征收或交易进行调节,保障房屋征收或交易的有序推进,同时也会反作用于公共服务政策的完善,即房屋征收或交易对公共服务政策的内在要求会迫使政府加大在公共服务政策及其完善方面的投入,并且要进一步增强公共服务政策的科学性和合理性,从长远社会效益的角度而非“救急”性的或短暂经济效益的政策扶持。

① 《征收与补偿条例》第九条规定。

② 《征收与补偿条例》第十八条规定。

基于维持正常社会秩序和合理调整公众生活秩序的考虑,政府也应当积极履行其公共服务的职责,将房屋所有权人在安置后的生活状况纳入对公益性征收和非公益性交易的社会公平性的评价范围,即政府应当将房屋征收或交易制度与其他公共服务社会保障体系结合起来,切实保障房屋补偿的全面性和公平性,保障公民不会因为房屋征收或交易而遭受不合理的损失。因为房屋征收或交易对公众生活的影响是方方面面的,因此征收或交易之后的补偿与安置的程序和内容也应当涉及到生活秩序重构的各个方面,以此公益性征收和非公益性交易才得以实现其合理性和社会公平性。即便无法有效地衡量和评价公民因房屋征收或交易而遭受的全部损失以及公民重构其生活工作秩序的成本,政府也应当通过提供倾向性的公共服务政策支持尽可能地弥补房屋所有权人的损失,并帮助他们更快速更有效地重新适应陌生社会环境和重构其生活工作秩序。具体来说,政府需要在以下几个方面提供相应的公共服务政策支持:建立针对被征收人群体的社会保障倾斜制度,包括医疗、教育、养老等社会保障制度;完善安置地区的社会生活和工作环境建设,包括公共设施、道路交通、学校、医院等基础设施的建设;加强社会保障性住房建设,解决被征收人的后顾之忧及其他政策上的支持。

六、总结

通过前面的分析和论证,我们可以看到,如果政府对自己在征收和补偿过程中的角色和职责有清晰明确的认识,就能够对每一个具体问题都按照其相应职能提出解决方案,并且跳出狭窄的征收和搬迁范围,不再针对一个问题或者问题的一个方面,而以其本身肩负的职责,从整体出

发进行前瞻性的和综合性的考虑,也不再是以“救急”的方式和态度对征收和搬迁进行管理。^[12]市场经济秩序维护者、行政管理机关和公共服务提供者及其相应职责的区分只是为了明确政府在什么时候该做什么,不该做什么以及做到什么程度。只有政府能够真正意识到这一点,才能从根本上解决房屋征收和搬迁过程中存在的一系列问题和矛盾。同时,对自身角色的正确定位也是政府转变职能,坚持“以人为本”,落实科学发展观,全面构建社会主义和谐社会的内在要求。

参考文献:

- [1] 金志丰,陈雯,孙伟,陈江龙.基于土地开发适宜性分区的土地空间配置[J].中国土地科学,2008(9):43-50.
- [2] 李伟,苏中友,陈民.城市开发演进管理的决策支持方法[J].系统工程理论与实践,2009(3):34-39
- [3] 彭小兵,唐川.利益均衡导向:论城市拆迁中政府职能的重塑[J].云南行政学院学报,2009(2):42-44.
- [4] 经纶.“城市开发”名义下的业主维权障碍解析[J].南京社会科学,2011(8):67-71.
- [5] 杨菁,赵蜀蓉.从城市基本功能看中国城市政府职能定位[J].中国行政管理,2008(1):88-90.
- [6] 赵骏,范良聪.补偿博弈与第三方评估[J].法学研究,2012(3):59-67.
- [7] 骆小春.政府在城市房屋商业性拆迁中的主体地位界定[J].江苏社会科学,2008(2):91-95.
- [8] 许小玲.政府购买服务:现状、问题与前景——基于内地社会组织的实证研究[J].思想战线,2012(2):75-78.
- [9] 王增剑,赵明义.论社会主义市场经济的制度设计及其实现途径[J].理论学刊,2013(4):45-50.
- [10] 王全兴.经济法基础理论专题研究[M].北京:中国检察出版社,2002:139.
- [11] 王才亮,等.房屋征收条例操作实务[M].北京:法律出版社,2011:75.
- [12] 王克穗,等.城市拆迁法律问题研究[M].北京:中国法制出版社,2007:14-15.

[责任编辑:申凤敏]