

信卓简报

2011年第4期（总第11期）

江苏信卓律师事务所编

2012年1月10日

岁末寄语

春来暖天地，龙腾越古今。在这辞旧迎新之际，借着2012年的第一缕阳光，我们向长期以来关心、支持信卓律师事务所发展的各位领导、各级司法行政机关、法律顾问单位、所有客户及其家属拜年，向社会各界人士致以新年的问候和节日的祝福！

刚刚过去的一年，是“十二五”规划的开局之年、起步之年。在这一年里，我们满怀豪情地迎来了辛亥革命100周年和中国共产党成立90周年。在这一年里，国际国内经济形势十分严峻，江阴的经济也面临着严峻的挑战，但机遇和挑战并存，发展与压力同在。江阴市委市政府以科学发展观统揽全局，全面贯彻党的十七届五中全会精神，突出经济转型主线，创新发展主题，经济发展稳中求进，进中求优、优中求快，取得了令人瞩目的成就。

刚刚过去的一年，也是江苏信卓律师事务所取得长足进步的一年，在上级司法行政机关的领导下，在社会各界的大力支持下，信卓所以“服务大局，能动司法”为工作主线，正确树立社会主义法治理念和诚信意识，以事实为依据，以法律为准绳，积极提供优质高效的法律服务，强化“以专为本，以客为尊”的服务理念，为民服务，为企业服务，为江阴的经济服务。2011年，律所狠抓管理，全面提升服务意识，积极为企业事业单位、行政机关服务，为企业经济发展和政府依法行政保驾护航。通过不懈努力，律所在诉讼业务、专业学术、律师文化等领域取得了丰硕的成果。同时，法律援助、义务普法、参政议政等也通过媒体、社区活动有条不紊地展开，受到了社会的广泛欢迎，全面提升了律所的知名度。对此，我们感到欣慰，更感到压力。

展望2012，我们信心满怀，我们将继续围绕建设幸福江阴、率先基本实现现代化为目标，全面贯彻落实市委十二届二次会议提出的弘扬励精图治的敬业精神，脚踏实地，求真务实，率先垂范，勇于担当。以当事人利益为重，

以经济发展和稳定大局为重，全面开拓法律服务市场，寻求新的法律服务空间，忠实履行律师工作职责，坚决维护社会公平正义，为党的十八大胜利召开献礼。

在雪与月的宁静中，凝眸送走 2011 年；在灯与花的灿烂里，欣然迎来 2012 年。回首过去，我们豪情满怀；展望未来，我们任重道远。当新年的阳光开始普照大地时我们也将迎来新的征程，信卓律师事务所将以更加饱满的热情、更加专业的服务来回馈客户。

新的一年，百舸争流，千帆竞发。我们的客户，我们的朋友，让我们再一次地携手走过，用你们的支持和我们的努力，共同去创造美好的未来。

我们期待着，你们一如既往的关注与支持！

■ 信卓动态

一、我所律师积极参加江苏省及无锡市律师业务培训，学习不辍的理念贯彻全所。

2011 年 10 月 16 日上午，我所全体律师在常州市行政中心龙城大厅参加了江苏省律师协会组织举办的江苏省律师业务培训。本次培训由最高人民法院审判监督庭副庭长虞政平博士主讲。虞政平博士对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》的理解与运用进行了全面分析和深入讲解，并介绍了尚在修订的公司法司法解释（四）的前沿内容及司法精神。本次培训对全省律师在公司法应用实务中有着重要的指导意义。

2011 年 12 月 9 日下午，我所全体律师在无锡市惠山区华美达大酒店参加了全市执业律师培训。本次培训由中国政法大学法学院院长、法学教授薛刚凌主讲，薛刚凌教授为全市律师全面解读了《国有土地上房屋征收与补偿条例》的立法精神及前沿动态。我所全体律师认真听取了薛刚凌教授的精彩的讲解，并在培训后继续积极深入学习《国有土地上房屋征收与补偿条例》，提升了自身的业务素养。

二、我所张洪建、顾吉律师应邀参加“人人贷”业务研讨。

2011 年 11 月 4 日，无锡市律协金融证券保险委员会、无锡市中级人民法院民二庭在无锡金陵饭店就“人人贷”（有资金并且有理财投资想法的个人，通过中介机构牵线搭桥，使用信用贷款的方式将资金贷给其他有借款需求的人）法律地位、运作模式、发展现状、风险防范等相关法律问题进行业务研讨，我所张洪建、顾吉律师应邀参加，会议气氛热烈，各方就“人人贷”

所引发的法律问题进行了深入的讨论。同时对司法实务中，借贷案件中出现的
新情况、新类型案件进行了广泛的交流。

三、我所林红律师参加江苏省律师协会建筑与房地产业务委员会 2011 年 年会。

作为江苏省律师协会建筑与房地产业务委员会理事，我所林红律师代表
无锡市律师协会建筑与房地产业务委员会参加了省委员会于 2011 年 12 月 17
日在宿迁市市委党校视频会议室举行的 2011 年年会。会议由省委员会张如宝
主任作 2011 工作总结及 2012 年工作计划，与会理事及委员热烈讨论了省委
委员会的工作总结及安排。林红律师代表无锡市律师协会建筑与房地产业务委
员会对无锡市委员会工作进行了部分汇报，并表示将继续大力支持省委员会
2012 年工作安排。另外，在会议上由委员魏志强作了《建筑工程施工合同的
法律适用问题——如何做好建筑工程法律服务》的专门发言。本次会议受到了
省律协李仁尧秘书长的充分肯定和表扬，认为省委员会全体成员为省委员
会的发展贡献巨大，为全省社会和谐发展起着重要作用。

四、无锡市律师协会建筑与房地产业务委员会 2011 年年会顺利召开。

2012 年 1 月 7 日，无锡市律师协会建筑与房地产业务委员会 2011 年年会
在无锡市律师协会 4 楼会议室顺利召开。本次会议由无锡市律师协会建筑与
房地产业务委员会主办，江苏信卓律师事务所协办。在年会上与会委员就委
员会 2011 年工作作了全面总结和热烈讨论，对建筑与房地产业 2011 年的情
况作了全面分析，讨论建筑与房地产业现存问题与解决问题之道，并在最后
对委员会 2012 年工作计划作了如下安排：1、继续完善《江苏省律师提供建
设工程招投标法律服务工作指引》，补充前期物业招投标工作的业务指引；2、
结合消费权益保护举办一次大型的房地产法律咨询活动；3、响应省律协的号
召，继续积极投稿《江苏省律协律师继续教育培训教材——建筑与房地产案
例篇》，保证论文与案例的数量与质量；4、调研探讨金融危机对房地产业
的影响；5、请江苏范围内专业从事房地产业务的律师，做一次业务培训。委
员会将秉持专业负责的态度继续为全市建筑与房地产业服务，为全市建筑与房
地产业的健康服务保驾护航。

五、坚定政治信念，我所沈健、赵青云律师成为光荣的中国共产党党员。

2011 年 12 月，我所沈健律师和赵青云律师在经过一年的党组织的严格考
验后，正式成为光荣的中国共产党党员。2011 年两位律师严己律己，宽以待
人，积极做好律师本职工作，在工作中充分发挥党员律师的先锋模范作用和
党组织在律师队伍建设中的政治保障作用，接受了党组织的严格考验，成长

为了优秀的中国特色社会主义法律工作者。两位律师的正式入党，也使我所党建工作向前迈进了一大步。

六、汇聚智慧，共谋创新，我所举行律师工作总结大会。

2012年1月6日，我所全体人员召开2011年度工作总结大会。全体人员就2011年度各自的工作一一总结，对2011年度取得的成绩、存在的问题、2012工作安排作了详细的汇报，在认真听取每位同事的点评或意见后，以书面形式存入档案。林红律师对本所2011年度工作进行了总结，并对律师工作提出了更高的要求。最后，全体人员献计献策，对今后律所发展，律师管理、2012工作安排等问题展开了广泛的讨论。

七、便捷信息，紧密联系，我所开通企业微博便捷广大客户。

为可以更及时的发布法律法规等各类最新信息，方便广大客户、朋友与我所的交流沟通，我所在新浪微博开通了江苏江阴信卓律师事务所的企业微博，微博地址为<http://weibo.com/u/1882830632>。欢迎广大客户、朋友与我所加关注、加粉丝，在微博上与我所沟通交流。

■ 以案说法

侵权案件中被侵权人死亡后

家属所获得的死亡赔偿金能否作为遗产处理？

【案情】

在交通侵权事故中，有纯粹的加害者，也有纯粹的受害者；但也有混杂的情形，加害者也是受害者，甚至发生该加害者死亡的事故。该死亡者的家属既是受害案件的原告，也是侵权案件的被告。

在司法实践中，发生了如下的案件：

2011年4月1日06时20分许，张某驾驶号牌为皖M06788厢式货车沿江阴市暨南大道由东向西行驶至祝文路交叉口时，车辆前部撞到由南向北通过交叉口的王某某驾驶的普通二轮摩托车（后座乘坐：徐某某）右侧，造成王某某死亡，徐某某受伤。

2011年5月，市公安局交通巡逻警察大队对本起事故作出事故认定，认定双方对此事故负同等责任。

经查，肇事车辆向被告阳光财产保险股份有限公司某中心支公司投保了机动车交通事故责任强制保险，事故发生时，在保险责任期间。

经查，肇事车辆挂靠在滁州市某运输公司名下。

【诉讼】

事后，王某某的家属将张某、肇事车车辆所属的滁州市运输公司、阳光财产保险公司告上法庭；徐某某则将王某某的家属、张某、肇事车车辆所属的滁州市运输公司、阳光财产保险公司告上法庭。

法院受理后并案审理，在审理的过程中，有两种意见，一种意见认为王某某的家属获得的赔偿中的死亡赔偿金可以比照遗产处理，赔付给徐某某；一种意见认为王某某的家属获得的死亡赔偿金不属于遗产，不能支付给徐某某。

倾向于第一种意见的法官的理由：《无锡市中级人民法院关于审理交通事故损害赔偿案件若干问题的指导意见》十九条【侵权人死亡的处理】第二款规定：侵权人家属因侵权人死亡所获死亡赔偿金扣除被抚养人生活费后（侵权责任法实施以前被抚养人生活费作为单独的赔偿项目的除外），剩余部分可以比照遗产处理。本案中，侵权人王某某的家属因侵权人死亡所获得的死亡赔偿金的剩余部分也应按该规定，比照遗产处理，应支付给徐某某。

倾向于第二种意见的法官的理由：《最高人民法院关于空难死亡赔偿金能否作为遗产处理的复函》2005年03月22日批准发布的(2004)民一他字第26号：空难死亡赔偿金是基于死者死亡对死者近亲属所支付的赔偿。获得空难死亡赔偿金的权利人是死者近亲属，而非死者。故空难死亡赔偿金不宜认定为遗产。比照该复函的精神，本案件系属交通死亡案件家属所获得的死亡赔偿金也应按该种方式处理。本案中，侵权人王某某的家属因侵权人死亡所获得的死亡赔偿金应按该规定，不应比照遗产处理，不应支付给徐某某。

【评析】

笔者认为，侵权人的死亡赔偿金在法律的性质上不属于遗产，即不能以该款对外偿还侵权人的债务。但在侵权人亲属内部，该款可由其家属比照遗产进行分配。理由如下：

一、关于死亡赔偿金的法律属性

2001年3月10日施行的最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第九条：“精神损害抚慰金包括以下方式：（一）致人残疾的，为残疾赔偿金；（二）致人死亡的，为死亡赔偿金；（三）其他损害情形的精神抚慰金。”该司法解释将死亡赔偿金归入了精神损害范畴。

2004年5月1日最高人民法院颁布实施《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，该解释第二十九条规定：“死亡赔偿金按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，

按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算”。从上看出死亡赔偿金不是对死者生命本身的赔偿，而是对受害人的法定继承人因受害人死亡所遭受的未来可继承的受害人财产收入的减少而应受到的补偿。享有损害赔偿请求权的，是间接受害人，即死者近亲属。该司法解释第三十一条更是明确规定，上述死亡赔偿金属于物质损害赔偿金，而不再属于精神损害抚慰金，即自2004年5月1日起，最高法院将死亡赔偿金纳入了物质损害范畴。

二、死亡赔偿金不属于遗产

虽然法律的修改和演变，使死亡赔偿金的法律属性在司法实践中变得没有争议。笔者认为，死亡赔偿金虽然属于物质性损失，但根据《继承法》的有关规定，该赔偿金并不属于遗产。因为遗产的最大特征是公民死亡时遗留的个人合法财产。死亡赔偿金是公民因人身损害事故死亡之后才发生的，而不是公民死亡时所遗留的。另外，遗产必须是公民依法可以拥有的财产和有合法根据取得的财产。由于死亡赔偿金是在公民死亡之后才由加害人支付的，该公民无法将其作为生活资料或生产资料进行使用，也无法对该费用行使占有、使用、收益和处分的权利。公民不能以牺牲自己的生命来换取合法财产所有权。因此，死亡赔偿金不属于受害人的个人合法财产。在法律上不能认定死亡赔偿金是受害人的个人遗产。

三、对死亡赔偿金的处理

既然死亡赔偿金不属于遗产，那么在本案的交通事故案件中，受害人王某某死亡后，由于他负此事故同等责任，作为侵权人，他依法应赔偿徐某某和张某相应损失，根据《继承法》第三十三条的规定，徐某某和张某只能从王某某的遗产中得到赔偿，而不能用王某某的死亡赔偿金进行赔偿。笔者认为，无锡市中级人民法院的指导意见规定：“侵权人家属因侵权人死亡所获死亡赔偿金扣除被抚养人生活费后（侵权责任法实施以前被抚养人生活费作为单独的赔偿项目的除外），剩余部分可以比照遗产处理”。此处“比照遗产处理”针对的对象仅仅是侵权人亲属，这是侵权人亲属在内部处理死亡赔偿金享有的权利，并不涉及到其他债权人。侵权人亲属内部在分配死亡赔偿金时将该款“比照遗产处理”，这是法院对死亡赔偿金进行内部分配的一个原则，与法律规定并不矛盾。

本案中，王某某本人已经死亡，王某某的家属也是受害者，如若强行规定，王某某的家属将死亡赔偿金作为遗产拿出来赔付，王某某的家属将可能会陷入没有任何物质赔偿的状态。王某某如有未成年子女，或者丧偶在先或

配偶丧失劳动能力，其子女未来的生活将没有任何保障，这对死者的未成年家属是不公平的，社会也因此产生了不稳定因素。

综上，笔者认为，对于死亡赔偿金应否作为遗产处理，应十分慎重处理。由于现有的法律规定、司法解释、各地方的规定在理解和处理上并不一致，可能会造成同案不同判的结果，应尽快统一处理该类案件的法律依据，使得有法可依。

（撰稿人：张洪建、郑奋勇）

■ 法律解读

《国有土地上房屋征收与补偿条例》热点问题解读

2011年1月21日，国务院总理温家宝签署国务院令，公布《国有土地上房屋征收与补偿条例》，条例自公布之日起施行。

在该条例中，一个显著的变化，就是删去了旧有条例中令人敏感的“拆迁”，代之以“征收”。“拆迁”二字，此前已在《城市房屋拆迁管理条例》中存在了20年之久。1991年，国务院发布上述条例，2001年对其做出修改。2007年12月，国务院常务会议审议的《国有土地上房屋征收与拆迁补偿条例(草案)》中，“拆迁”依然在列。而在2010年1月、12月的两次向社会公开征求意见稿中，其表述已经变为“国有土地上房屋征收与补偿”，直到21日公布的新条例，“拆迁”二字彻底摒弃。

七大解读：

1、取消行政自行强拆，申请司法强制执行

条例规定，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，在补偿决定规定的期限内又不搬迁的，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。

中国政法大学法学院院长薛刚凌教授认为：“过去往往是行政机关委托相关企业来搬迁。企业为了实现经济利益，过程很不规范，强制搬迁过程中会出现一些恶性事件。条例实施后，行政机关只能到法院申请强制执行，制度设计者希望通过司法程序的设置来保障群众合法权益，把风险降到最低。制度的前进受到现实情况的制约，很难一步到位，只能逐步推进。通过法院来强制执行是个进步，毕竟司法机关可以对行政机关进行制约。另外，搬迁需要行政机关、

法院和评估机构联动,也需要被拆迁人配合,这也是条例的一个特色。”

国务院法制办介绍,全国人大常委会办公厅2009年8月向社会公开征求意见的《行政强制法(草案)(三次审议稿)》第十三条规定,行政强制执行由法律设定。本条例是行政法规,不宜再设定行政强制执行。因此,条例取消了原条例中行政机关自行强制拆迁的规定,规定由政府申请法院强制执行,这样也有利于加强对政府征收补偿活动的制约,促使政府加强和改进群众工作。

2、房屋征收应先补偿后搬迁,禁止暴力搬迁

“实施房屋征收应当先补偿、后搬迁。”条例明确规定,作出房屋征收决定的市、县级人民政府对被征收人给予补偿后,被征收人应当在补偿协议约定或者补偿决定确定的搬迁期限内完成搬迁。

据了解,条例两次征求意见稿中没有明文提出先补偿、后征收,在正式出台的条例中增加规定,把“先补偿、后征收”作为一个原则确定下来。条例规定,市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作,市、县级人民政府确定的房屋征收部门组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作。条例还规定,任何单位和个人不得采取暴力、威胁或者违反规定中断供水、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。

中国人民大学副校长王利明认为:“条例明确了政府是征收补偿的主体,并禁止建设单位参与搬迁,要求房屋征收实施单位不得以营利为目的。这是制度设计者希望通过禁止性规定规范搬迁活动,强化对被征收人权益的保护。这些都有助于化解长期以来因建设单位作为搬迁主体所引发的各种社会矛盾,有助于维护社会稳定。”

3、明确补偿标准,应优先保障住房

因搬迁引发的矛盾大多集中在征收补偿的标准和补偿是否公平。征收补偿是各方高度关注的问题。条例规定,对被征收房屋价值的补偿,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。被征收房屋的价值,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。相对于过去的条例,新条例的补偿制度作了重大完善,从而使搬迁更加公平。以市场价格作为补偿标准,使得被征收人的基本利益得到保障。不仅包括对房屋的补偿,也包括对土地使用权的补偿,这就大体上可以确保被征收人的居住条件有改善、生活水平不下降。

条例规定,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。这就意味着,如果被征收人

符合住房保障条件,征收程序启动以后,被征收人可以优先享受住房保障,这也充分体现了物权法中征收个人住宅应当保障其居住条件的精神。

4、不满征收补偿方案,政府应组织听证

条例规定,市、县级人民政府应当将征求意见情况和根据公众意见修改的情况及时公布。因旧城区改建需要征收房屋,多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的,市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会,并根据听证会情况修改方案。国务院法制办介绍,征求意见过程中,有人提出应当加大公众参与度,让程序更加公开透明。因此就有了“听证会”这个程序设计,并且政府要根据听证会情况修改方案。

征收程序是规范政府征收行为,维护被征收人合法权益,促使政府做好群众工作的重要保障。公平、公开、公正的原则也在条例中充分体现。条例明确规定:“房屋征收与补偿应当遵循决策民主、程序正当、结果公开的原则。”同时,条例在征收程序上也增加了公开透明和公众参与的规定。条例规定,征收补偿方案应征求公众意见;政府作出房屋征收决定前,应当进行社会稳定风险评估;房屋征收决定涉及被征收人数量较多的,应当经政府常务会议讨论决定;被征收房屋的调查结果和分户补偿情况应当公布;被征收人对征收决定和补偿决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

5、明确公共利益范围,加强规划调控

在条例征求意见过程中,有意见认为,公共利益的界定过宽,主张具有商业性质、营利目的项目都不应当属于公共利益;也有意见认为,对公共利益的规定还不够全面,主张凡是实施城市总体规划,为城市发展和建设进行的重大工程,由政府组织或者主导的住宅小区、经济开发区、工业园区、商业街区等城市建设,都应当属于公共利益。

对于公共利益,条例规定了6种情形:国防和外交的需要;由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要;由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要;由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要;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;法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。

国务院法制办介绍,制订条例时对公共利益问题高度重视,收集、研究了国外情况和做法,作了大量的调查研究,多次进行专家论证,广泛听取意见,才作出了上述规定。同时,为了加强规划的调控作用,条例还规定,确需征收房屋的各项建设活动都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,并要求制订规划应当广泛征求社会公众意见,经过科学论证,保障性安居工程建设和旧城区改建还应当纳入市、县级国民经济和社会发展年度计划。

6、暴力迫使搬迁可追究刑事责任

条例规定,采取暴力、威胁或者违反规定中断供水、供热、供气、供电和道路通行等非法方式迫使被征收人搬迁,造成损失的,依法承担赔偿责任;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予处分;构成违反治安管理行为的,依法给予治安管理处罚。

国务院法制办介绍,从近几年的实践看,由于拆迁进度与建设单位的经济利益直接相关,容易造成拆迁人与被拆迁人矛盾激化。鉴于此,条例禁止建设单位参与搬迁活动,任何单位和个人不得采取暴力、威胁或者违反规定中断供水、供热、供气、供电和道路通行等非法方式迫使被征收人搬迁。

7、征收范围确定后“违建”不补偿

现在一些地方存在房屋征收前“突击”改扩建,以期获得更多补偿的现象。如果对这种在公告征收范围之后新建、扩建、改建的房屋给予补偿,于法于理不合,对纳税人和其他守法的被征收者不公平。但有些由于历史原因形成房屋手续不全的,应当先由有关部门进行认定、处理。

对此,条例专门作出规定以杜绝此类投机取巧、侵占公共利益的非法行为:市、县级人民政府作出房屋征收决定前,应当组织有关部门依法对征收范围内未经登记的建筑进行调查、认定和处理。对认定为合法建筑和未超过批准期限的临时建筑的,应当给予补偿;对认定为违法建筑和超过批准期限的临时建筑的,不予补偿。

(撰稿人: 聂寅伟)

■ 专题探讨

“小产权房”问题法律探讨

摘要: 现阶段在我国很多村镇乃至城市涌现出了小产权房,面对低价的诱惑,买房者对小产权房的追捧热情持续升温,也正因为有庞大的市场要求,小产权房尽管遭遇了三令五申的“彻查”,却依旧“供求两旺”,买房者明

知风险，却不惜一切代价知难而进。小产权房在本质上是违法建筑，不仅侵害了购房者的利益，也引发了一系列的社会问题。土地执法甚至立法的疏漏是小产权房问题产生和蔓延的根结所在，所以应当加强土地立法、执法力度，妥善解决小产权房问题。

关键词：小产权房；土地立法；执法

一、什么是“小产权房”

小产权房是相对于大产权房而言的，指在农村集体所有的土地上建造的房屋，仅有乡（镇）政府或村委会的盖章以证明其权属，并没有国家房屋土地管理部门盖章确认，没有国家所发的产权证，而进行开发和销售的房屋。本质上小产权房是一些村集体组织或开发商打着新农村建设等名义出售的，建筑在集体土地上的房屋或是由农民自行组织建造的“商品房”。

对于小产权房准确的界定：它实际上是一个无产权房。之所以说它是无产权的，因为法律意义上买的商品房有两证，一个是房屋所有权证，另一个是土地使用权证。而对现在所说的小产权房，这两证俱没有，没有进行土地的登记也没有进行房屋的登记。小产权房要从有无产权上界定，而不是从产权大小上界定，产权对房屋和土地而言没有大小之分。之所以称之为小产权房是因为近几年大家的约定俗成，但是这种叫法并不准确。国土资源部强调指出，小产权房实质是违法建筑，违反土地管理法律，违反城乡规划、建设管理的法律，违反相关政策，各地要严格依法查处。

二、“小产权房”相关问题介绍

1、价格的绝对诱惑

一般说来，小产权房的价格是同地段商品房价格的1/3-1/2，一套小产权房的总价，可能只够为商品房付个首付，换句话说，买一套大三居的小产权房价格等于买一套小户型的商品房。正因为价格的绝对优势，小产权房尽管存在风险，但是仍旧有相当数量的小产权房应市场需求入市。

数据显示，北京的小产权房数量目前占全市住房总量的20%左右，上海约占22%，广州也占20%以上，而深圳的小产权房数量最让人咋舌，占到住房总量的49%。而这些小产权房的价格大约是同地段商品房价格的1/3，甚至更低。

2、“小产权房”的历史

问题出现并非近一两年，而是已经十年有余。以北京的情况而言，从90年代起，村民自建房的性质开始改变，村集体在土地增值开发上的自利意识已经萌芽。当时主要是一些明星、艺术家等为了休闲或养老到郊区买地盖别

墅，或直接购买农家院。当时购买的人比较少，而且不是作为第一居所使用，所以并没有引起相关部门注意。

从 2003 年开始，很多人购买小产权房，作为第一居所使用，这一情势迅速在全国大中城市蔓延。目前全国小产权房的开发规模到底有多大，还没有一个准确的统计数据，但据中大恒基 2007 年春节后出具的一份统计报告显示，目前北京 400 余个在售楼盘中，小产权楼盘约占市场总量的 18%，即北京约有小产权楼盘 72 个。由此足可洞察小产权房的全国之整体态势，其影响已引起政府及社会各层的关注。

3、“小产权房”的各地政策

2009 年 6 月：中央表态不出台小产权房统一文件，要求各地妥善处理；国土部提示风险，称小产权房不受法律保护，购买需谨慎；广州国土局称有权没收小产权房房款；国土部称深圳小产权房“转正”属于误解，将坚决制止；北京国土局称北京小产权房暂无转正说法；2009 年 2 月：江苏国土厅副厅长称现有小产权房有望转正；2008 年 12 月：北京国土局称处理小产权房不存在法不责众；2008 年 11 月：国土部称将分类化解已形成小产权房，严禁其发展。

三、“小产权房”问题产生的原因

1、国家法律二元结构的土地制度

“小产权”之所以区别于“大产权”，法律根源是 1982 年宪法规定了城市和农村两套土地所有权。这样，“农用地”（比如农民承包的耕地）要变更为“城市建设用地”（如城市居民或开发商购买的住宅或厂房），就必须经过国家征收才能改变土地所有权的性质。我国对城市土地和农村土地实行不同的管理方法，城市国有土地只要经过合法程序后就能建造商品房上市流转，并由国家房管部门颁发房产证。而农村集体土地必须要经国家征地，土地性质变为国有后才可以用于房地产的开发，然后进行上市流转。这种二元结构的土地制度，是小产权房问题产生的根源。这样的国有土地和集体土地的二元式划分，导致了土地一级市场国家垄断，造成二者事实上的不平等。一方面，农民在征收中获得的补偿与市场价值相差太大，就自主建房出售；另一方面，现在城市房价太高，城镇的中下层的老百姓的收入不足以购买房屋，只能另找门路。由于农村房屋便宜，于是很多城镇居民购买。这就是小产权房产生的原因。

2. 土地执法领域的相关法律法规的缺失、模糊

我国法律虽然明确了集体土地不得用于商品房的建设，但是对于集体土地的流转的具体方式还是没有明确规定，只是粗线条的规定了集体土地向国有土地转化的依据，但是没有细化具体的操作规则和程序，这就使得在土地执法时缺乏执法依据。另外，在处理小产权房问题时，由于没有明确而具体的法律依据，虽然国家有关部门和一些地方政府出台了一些相关的文件禁止城市居民到农村购买宅基地和建于其上的民房，但由于这些文件的法律位阶很低，又加上不同地方政府出台的政策法规不一致，所以小产权房仍然游走在法律的边缘在全国范围内蔓延。

此外，虽然从政府相关部门明确规定，集体土地不得用于商品住宅开发，城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或小产权房，并要求各地坚决制止、依法严肃查处。但是我国目前并没有法律对于违法的“小产权房”作出任何明确的处罚规定，因而这种虽然违法却没有依据处罚的情况使小产权房屡禁不止。

3. 土地执法“反应机制”落后

早在上个世纪90年代初期，我国个别发达城市的周边的村镇就出现了小产权房，但是土地执法机构并没有关注这一特殊现象，在土地执法“反应机制”这一方面明显落后实际情况的发展。

由于土地执法“反应机制”的落后，使得关于小产权房建造者没有受到相应的警告和处罚，因此导致了很多人抢建小产权房。近几年来小产权房在全国范围迅猛发展，据国土部门不完整的统计，截止2007年上半年，全国小产权房面积已经达到66亿平方米。此外，由于土地执法“反应机制”的落后，小产权房的无序发展和扩大蔓延，带来了一系列的社会问题，同时也加大了针对小产权房问题进行土地执法的难度。

4. 土地执法力度不强、监管不力

小产权房的屡禁不止的一个重要原因是：大多小产权房本身就是基层政府自己建的。有媒体报道称，在北京郊区，几乎每个村庄都有村委会开发的小产权房，近郊的以公寓形式出现，远郊的多以别墅或四合院形式出现。在风声很紧时，乡镇政府甚至想办法，让小产权房改头换面出售，比如以租代售。有些地方的乡政府为了建小产权房，甚至强占农民土地。基层政府热衷建小产权房，自是利益所致，它们所走的路，同样也是以地生财。土地执法部门不能只关注城市中国有土地的使用和流转情况，也应当对乡镇所有的集体土地的使用和流转情况加强监管。

四、“小产权房”现象所引发的社会问题

1、小产权房的出现打乱合理城乡规划，增加城市建设的成本和难度。由于小产权房建设猖獗，导致众多城市建筑或商品房小区被小产权房层层包裹，造成交通堵塞、环境污染，城市面貌遭到破坏。许多小产权房是看到城市扩建，为了拆迁时能够获得政府高额补偿而紧急建成的劣质房屋。这些房屋不仅质量存在隐患，最关键的是增加政府拆迁成本，提高城市扩张和规划的难度，使城市诞生了不少“钉子村”，城市扩容和建设的效率大打折扣。

2、小产权房使侵占农村耕地现象更加猖獗。一些地方尤其是经济发达地区的农村，小产权房遍地开花，侵占耕地盖房的现象屡禁不止，造成耕地资源流失。对此，国土部门应该严守国家耕地红线，保障农村耕地不受侵害。同时，小产权房对我国农村影响巨大，具有一定的暴利和操作的隐蔽性，集体土地资源将遭受严重破坏且不便监管，还可能造成新的腐败问题和社会不公。

3、小产权房问题如果久拖不决，一是账面上的土地乃至耕地已经变性，名不符实；但是，如果无条件解禁，甚至再拿出纳税人上缴形成的财政经费补偿所谓损失，那么带来的实际问题，一是国有土地在法律层面上的真正流失（尽管其在使用形态上已经流失）；二是对更多花更高价钱购买大产权房的公民来说，更是一种不公。

4、小产权房的出现不仅无法解决城市居民住房难的问题，反而会侵害这些购买小产权房的城市居民的正当权益。建设部提醒消费者，不要购买在集体土地上建设的房屋。“小产权”实际上并不是真正的产权，这种房屋既没有土地使用证和预售许可证，国土房管局也不会给购房合同备案。非集体经济组织成员购买此类房屋，将无法办理房屋产权登记，合法权益难以得到保护。有些项目允诺办理的“乡产权”、“小产权”，均不符合法律规定，不受法律保护，即不能办理土地使用证、房产证、契税证等合法手续。同时，小产权房也不具有房屋的所有、转让、处分、收益等权利，不能办理房屋的产权过户手续。如果遇到国家征地或拆迁以及出现房产纠纷，购房者将缺少法律支持。还有一部分以养老为目的的购得的小产权房，可能会因产权缺失而面临遗产继承方面的麻烦。

五、加强土地执法，妥善解决“小产权房”问题建议

1、立法先行，完善法律

国土资源部针对小产权房问题，要求各地主动向政府汇报，坚决制止、查处新建小产权房，统筹协调规划。国土、建设等有关部门严格依法查处大量存在的小产权房等违法用地、违法建筑的行为。另外，国土资源部与住房

和城乡建设部已经形成了关于小产权房的规范性的文件，目前正在进一步的完善和落实之中。

但是要想从根本上遏制并解决小产权房问题，还要完善关于小产权房领域法律法规的规定，通过法律确定具体负责解决小产权房的土地执法机构及其责任与义务，同时为解决小产权房问题的土地执法提供执法和处罚的法律依据。比如，在新修订的《土地管理法》中就更应当更加关注集体土地的相关问题，对于集体土地承包经营权流转方面应明确规定土地承包经营人可以依法以转包、出租、互换、转让、股份合作等方式流转土地承包经营权，但是不得改变土地所有权性质及土地用途，不得损害土地承包经营权人的权益。同时，县级以上地方人民政府应当建立城乡统一的土地市场，国有建设用地使用权和集体建设用地使用权的出让、转让和租赁，必须通过统一的土地市场以公开的方式进行。

2、建立监管机制

我国土地管理部门应当建立全面的土地调查制度、统一的土地登记系统，而且土地登记资料也可以依法进行公开查询。应当对集体土地和国有土地都进行登记，并且建立一整套的从基层到中央土地管理部门负责体系。这样只要基层的集体土地出了问题，就能及时的建立土地执法“反应机制”，及时发现和查处。另外，加强动态巡查和跟踪管理，进一步加大巡查力度，将小产权房等违法行为控制在初发阶段，避免恶性后果的出现。

3、联动协作，配合执法

强化与土地违法案件查处相关部门的协作配合，加强不同部门之间的联动和协作机制，提高治理小产权房方面土地执法的执行力，加大土地执法力度。国土资源行政主管部门查办小产权房集体土地违法案件，可邀请同级人民检察院、公安机关、监察机关派员参加案件讨论；必要时，可邀请有关单位提前介入或与有关单位联合组成调查组，按照各自职权开展调查工作。

地方各级国土资源行政主管部门要积极争取当地党委、政府支持，由政府按照《国务院办公厅关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》（国办发〔2007〕71号）和《国务院关于促进节约集约用地的通知》（国发〔2008〕3号）的有关要求下发文件，组织协调发展改革、规划、建设、房管、电力、市政、银行、工商等部门，建立相关工作制度，落实工作责任，形成执法合力，共同遏制小产权房等违法建设行为。

4、补齐地价、价格接轨

解决小产权房产权问题最好的方法是让小产权房所有者补齐地价，让价格与市场充分接轨。但是，由于小产权房价格成本低廉，要补足现阶段的高房价，可能等于原来购买小产权房 3-4 套的成本，而且小产权房在环境和户型设计与商品房有较大的差距，要以市场接轨的价格回购小产权房，要充分合理计算。另外，补地价的收益是政府所有，是土地原有者所有，还是建筑开发者所有，这种利益的混乱交错若搞不清楚，只会形成新的社会问题。因此，补地价与市场接轨的方式要慎重稳妥进行。

5、循序渐进、分而治之

小产权房的规范破局已迫在眉睫，无法回避，宜早不宜迟。同时，小产权房因历史遗留问题多，利益交织，盘根交错，各方利益都必须有所均衡与兼顾。规范与改革必须本着循序渐进的原则，分而治之，逐步推进，不可操之过急。在立法与制度设计完成后，先选择一个城市或个别城市做一个示范工程，总结经验，取得阶段性成果与示范效应，再全面实施。同时，在实施过程中实行总控微调，允许各个城市结合实际情况进行适当调整。

6、综合治理、配套执行

现阶段，由禁止买卖小产权房的信息强度看出，政府已经下定决心，要对小产权房进行整治。政府在整治小产权房的同时，是否要考虑房屋保障体系能否满足普通市民的居住需要呢？在廉租房、经济适用房、限价房的投放和管理上能否达到公平、公开、公正的标准呢？商品房步步高升的非理性状况要不要遏制一下呢？政府部门应当思考这些问题，并着手解决问题。

结语：

“小产权”房问题是一个法律和社会的综合问题，不只是一个孤立的问题，而是全国利益、地方利益和农民利益之间的一系列问题。中央目前除了硬“堵”之外似乎还没有更好的解决方案。看来要解决“小产权”问题，我们不能不对现行土地制度和配套实施、法律执行进行全面的反思。

（撰稿人：林红、赵青云）

总编：林红

责任编辑：张洪建、赵青云

主送：各司法领导、部门

抄报：各法律服务相关单位