



房屋征收条例专家指导丛书



房屋征收条例 操作实务

王才亮 等著

- ★ 不动产征收制度
- ★ 房屋征收的决定
- ★ 征收不动产过程中收回国有土地使用权
- ★ 对征收活动中“公共利益”的解读
- ★ 旧城改造中的房屋征收
- ★ 城市房地产的征收补偿
- ★ 非住宅房屋征收的利益保护
- ★ 国有土地上房屋征收补偿协议
- ★ 房屋征收补偿决定的强制执行
- ★ 房屋征收补偿中的信息公开
- ★ 房屋征收中的行政救济
- ★ 信访制度与征收拆迁维权
- ★ 安置房、补偿款争议处理的法律问题



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

房屋征收条例专家指导丛书

房屋征收条例 操作实务

王才亮 等著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房屋征收条例操作实务 / 王才亮等著. —北京:
法律出版社, 2011. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1873 - 7

I. ①房… II. ①王… III. ①房屋拆迁—补偿—中国
②土地征用—补偿—中国 IV. ①D922.181.4
②D922.394

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 028976 号

房屋征收条例操作实务
王才亮等 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 戴伟 贺兰
责任编辑 贺兰
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶松

开本 720×960 毫米 1/16
印张 23
字数 400千
版本 2011年3月第1版
印次 2011年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1873 - 7

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



王才亮 57岁，中共党员，二级律师，北京市才良律师事务所主任，中华全国律师协会发展战略委员会委员、中华全国律师协会行政法专业委员会执行委员、北京航空航天大学法学院兼职教授、中国建设管理与房地产法研究中心执行主任、北京市律师协会物权法专业委员会委员。被《中国律师》杂志、中国律师网评选为“2010年度律师界新闻人物”，被《时代周报》评为“2010年度影响中国时代进程”的十大律师。是《国有土地上房屋征收与补偿条例》从起草到出台的全程研究参与者之一。

王才亮在从事十多年重大房地产维权和拆迁纠纷案件律师实务的同时，潜心从事法学研究，出版有《产品质量法案例评析与实务》、《最新公司法实务大全》、《购房陷阱防范法律实务》、《房屋拆迁实务》、《房屋拆迁纠纷焦点释疑》、《房屋拆迁纠纷难点处理》、《拆迁管理与纠纷处理操作指南》、《中国城市建设与管理法律实务（依法治市指南全国依法治市推荐读本）》、《农村征地拆迁纠纷处理实务》等26部法学著作，是国内著名的从事房地产维权业务的律师和从事房屋征收法律制度研究颇有建树的专家。

序

1991年,国务院发布78号令实施了《城市房屋拆迁管理条例》,标志着我国房屋拆迁法律制度的建立。此项具有中国特色的法律制度至今已实行了20年,但是这一制度,从它诞生那天起就存在争论。

让我们一直担心的是2001年对拆迁条例的修改。这次修改后,有了拆迁中普遍存在的地方政府和开发商与民争利并严重损害被拆迁人利益的现象。因为一个不争的事实是:在2001年6月13日(国务院第305号令)修改《城市房屋拆迁管理条例》后的拆迁,获利的是地方政府与开发商,而被拆迁人绝大多数是拆迁后买不起或得不到与被拆迁房屋相似水平的房屋,从而引发了众多的社会问题。

近几年以来人们对这一制度的核心部分——国务院的《城市房屋拆迁管理条例》(以下简称《拆迁条例》)的关注度日益高涨的背后是拆迁血案的频发。从2003年的翁彪事件到2008年的上海闵行区唐蓉一家以汽油瓶抵抗强拆再到2010年9月10日的江西省宜黄县的自焚事件,人们在关心案件本身的同时都将目光聚焦于《拆迁条例》。

2003年8月22日中午12点,南京市玄武区邓府巷同庆里28号居民翁彪在拆迁办公室用汽油自焚,并烧伤了拆迁办的其他6名人员,其本人经抢救无效死亡。这是国内最早公开的因为拆迁而自焚的血案,与之后的安徽青阳县农民朱正亮在天安门自焚事件引起党中央、国务院的高度重视。2003年9月19日,也就是朱正亮自焚后的第四天,国务院以国办发[2003]42号发出了《认真做好城镇房屋拆迁工作维护社会稳定的紧急通知》,适度调整了拆迁政策,对扼制当时的野蛮拆迁起了重要作用。

6年后的11月13日,成都市金牛区以拆违代拆迁,引发了唐福珍自焚的血案,再次引起了全社会的关注。是野蛮拆迁,还是暴力抗法?成都市金牛区政府与民众有着相反的观点。然而,我们在为死者痛惜之时,不能不看到这些拆迁血案都是可以避免的。作为学者和执业律师,我们在研究这一惨案发生的原因时,看到除了地方政府工作不到位之外,更大的问题出在2001年修改的《城

市房屋拆迁管理条例》上。这一《条例》的许多谬误成了当前拆迁矛盾之源。

比如“按房屋市场估价补偿”的原则看起来很合理,但却让许多像翁彪这样的人一旦拆迁将无家可归。所以《物权法》第42条规定因公共利益才能依照法律规定的程序征收单位、个人的房屋并保障被征收人的居住条件。我将《物权法》第42条规定理解为8个字:“拆一还一,住房保障”。如果当时有《物权法》第42条规定并得到落实,翁彪能得到至少75平方米的房屋还会死吗?

2009年唐福珍之死的发生也是《拆迁条例》规定惹的祸。唐家的房屋是经过当地批准建于1996年,符合当时的法律和政策规定。10多年相安无事,拆迁来了为什么就成了违法建筑呢?还是源于《拆迁条例》的“拆除违章建筑和超过期限的临时建筑不予补偿”这一规定。此规定是与法律相冲突的,缺少上位法的支持但能最大限度地降低拆迁成本,便成为一些地区以拆除违章建筑作为推进拆迁的杀手锏而被滥用。唐福珍和因此受到处理的其他人员都是这一错误规定的牺牲品。

拆迁作为一项法律制度,是由宪法、法律、法规、规章等多个层面的规范来组成的。其中核心的行政法规存在与上位法包括宪法相冲突的问题,在绝大多数尚有良知并有起码的法律常识的人中看法是一致的。人们对此一直在呼吁要进行违宪审查和修改,其中中国律师一直在起重要作用,只是宣传不够而鲜为人知。记得首先提出这一建议的是2003年7月14日,在已故的蔡定剑教授(时任全国办公厅秘书组负责人,也是律师)的支持下,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。

2004年3月18日,也就是《宪法》修正案被通过后的第三天,我通过全国律协上书全国人大、国务院等机关建议制定法律来规范拆迁活动,废除违宪的拆迁条例。这一书面建议在相应的领导圈内进行了传阅。

2007年3月26日,在重庆“钉子户”事件期间,我再次公开表明我的观点:为什么违法拆迁屡禁不止,原因就在于《城市房屋拆迁管理条例》违法违宪。《城市房屋拆迁管理条例》不加区分是否是公共利益,均由政府的公权力来推进拆迁。依据开发商的申请,便可发布拆迁许可证;若是拆迁当事人达不成协议,则有政府来裁决被拆迁人搬迁;若是不搬,或法院、或政府强制搬迁。非公共利益的拆迁,本是平等主体间的买卖关系,政府凭什么强制被拆迁人订立城下之盟呢?现行的《城市房屋拆迁管理条例》如此仅适用于公共利益的项目,尚属可行,其实质是征收,叫拆迁多此一举。因此,修改国务院的《城市房屋拆迁管理条例》迫在眉睫!

在我之后,律师上书提出这一问题此起彼伏。如2007年4月4日,上海律师张黔林即“上书”建议全国人大常委会审查《拆迁条例》。律师们的这些上书一般没有官方的正式回应,但也有例外,那就是王令律师的上书。

2006年12月21日,王令以中共党员、北京市才良律师事务所党支部书记、拆迁法律专业律师的名义实名给温总理写信,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。”之后,这封信由总理办公厅转到了建设部,该部给予了一定的重视。

2007年8月24日,受国务院委托,时任建设部部长的汪光焘先生在十届全国人大常委会第二十九次会议上就城市房地产管理法修正案草案作说明时表示:目前,对于城镇国有土地上单位和个人房屋的征收与拆迁的权限和程序,适用的是国务院2001年制定的《城市房屋拆迁管理条例》。2007年10月1日起,《物权法》施行后,《拆迁条例》因与《物权法》的有关规定不一致,将停止执行,从而可能导致城市房屋征收与拆迁工作无法可依。为了解决这一问题,规范征收与拆迁补偿活动,维护社会公共利益,保障被征收人的合法权益和城市建设的顺利进行,根据《物权法》的有关规定,国务院法制会同建设部拟定了城市房地产管理法修正案草案,建议依据《立法法》的规定,在有关征收的法律出台前,通过修改《城市房地产管理法》,授权国务院就征收国有土地上单位、个人房屋与拆迁补偿先制定行政法规。2007年8月30日的十届全国人大常委会第二十九次会议表决通过了《房地产管理法修正案草案》,授权国务院就征收国有土地上单位、个人房屋与拆迁补偿先制定行政法规。

汪光焘原部长的说明有两个积极意义:一是官方虽然没有说《拆迁条例》违法违宪,但首次公开承认“《拆迁管理条例》与《物权法》的有关规定不一致”。二是虽然没有说《拆迁条例》废除但公示《拆迁条例》“将停止执行”。而我一直认为,《拆迁条例》既然与宪法和法律相冲突,其被废除的是可能性本无争议,只是时间问题。令人遗憾的是,这个关系到社会和谐的重大问题一拖就是三年多,至今才被废止。

北京大学法学院五位教授以公民名义致信全国人大常委会,建议废止或修改《拆迁条例》相关条款,使社会各界废除《拆迁条例》的呼声达到一个高潮,具有十分积极的效果。虽然此前已经有相当多的律师和公民对此提交了超过10万件的意見。

大家都来关心和呐喊,才能冲破既得利益集团的阻挠,废除恶法,使法律体现绝大多数人的意志。这些著名学者关心拆迁这一社会焦点,十分有利于推进民主和法治的进程。我对此举表示支持和敬意。

在五位教授的意见之外,我还有我的看法。我认为如果《拆迁条例》被废除,地方政府失去了一个以公权力介入民事活动的依据,无疑将减少像唐福珍之死这类悲剧的发生。

然而,我们从唐福珍之死发现,致死唐福珍的“恶法”并非仅仅只有《拆迁条例》。拆迁引发了许多社会问题,但拆迁中被拆迁人的权利受到侵害并不完全是违反《拆迁条例》的规定,其他的法律法规中也有违宪和不利于被拆迁人的规定,所以有一些侵害群众利益的案件并不是依据《拆迁条例》而产生的。例如,这次引起人们关心的唐福珍自焚事件就是依据《城乡规划法》的规定,而房屋却是在这部法律颁布前 10 多年就已经建造。当地政府在选择性地使用相关规定。在作出违法建筑的认定和处罚决定时,《城乡规划法》尚未生效,他们就适用《城市规划法》,但该法规定执行应当申请人民法院来做。为了避开司法审查,执行时又选择性地适用了《城乡规划法》。

又如,《城乡规划法》第 31 条规定:“旧城区的改建,应当保护历史文化遗产和传统风貌,合理确定拆迁和建设规模,有计划地对危房集中、基础设施落后等地段进行改建”。这里将“旧城区的改建”、“危房集中、基础设施落后”作为拆迁的理由,许多城市的旧城(村)改造的规模越来越大,有的已经拆到了本世纪才竣工的小区。

又如,《土地管理法》第 58 条在“为公共利益需要使用土地的”的情形之外又规定“为实施城市规划进行旧城区改建,需要调整使用土地的”,“由有关人民政府土地主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准,可以收回国有土地使用权”。而根据《宪法》和《物权法》的规定,只有公共利益需要才能收回单位、个人的国有土地使用权。许多地方就是依据这一规定,未经法定的程序擅自收回土地使用权进而实施大规模的拆迁。

再如,《城市房地产管理法》第 22 条规定:“土地使用权出让合同约定的使用年限届满,土地使用者需要继续使用土地的,应当至迟于届满前一年申请续期,除根据社会公共利益需要收回该幅土地的,应当予以批准。经批准准予续期的,应当重新签订土地使用权出让合同,依照规定支付土地使用权出让金”。“土地使用权出让合同约定的使用年限届满,土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的,土地使用权由国家无偿收回”。这一法律在《物权法》公布实施前的 2007 年 8 月作了修改,授权国务院“就征收国有土地上单位、个人房屋与拆迁补偿先制定行政法规”,却忘记了修改上述与《物权法》相冲突的条款。于是,一些地方依旧以“土地使用权出让合同约定的使用年限届满,土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准”为由,

将土地使用权无偿收回的同时实施拆迁。

2004年3月《宪法》修正案被通过到2011年《征收条例》公布实施已经6年多了,《拆迁条例》长期不能被废除,拆迁制度依旧以其为核心,究其原因主要是以下两个方面:一是“政府经营城市”的错误理念深深地刻在一部分官员的脑子里。那些人不是想着如何让人民群众安居乐业和分享建设的成果,而是透支政府的公信力搞拆迁,拆房卖地来牟利。为此,他们需要《拆迁条例》作为支撑。所谓的“依法拆迁”的背后是与民争利,这就是《立法法》、《物权法》被架空和《拆迁条例》不能被废除,拆迁制度迟迟不能规范的主要原因。二是这些年房地产制度步入误区,政策和法律的倾斜人为地将房地产业造成了国民经济的支柱产业,形成了庞大的利益集团,其话语权十分强大。城市规划成了面团随意捏,不顾人民利益大拆大建扰民且浪费资源,其结果完全是为利益集团服务。拆迁造成了房地产市场40%的刚性需求,而拆迁成本必然进入房价又抬高了房价。可以说开发商是现行拆迁制度的最大受益者,是支持政府强拆的主力军和推动者。

唐福珍女士之死暴露了祸害社会已有20年的“拆迁”给社会带来极大的震动的狰狞一面。我真诚地希望唐福珍女士是拆迁的最后一位受害人,尽管这是一个奢望。

2010年,宜黄自焚事件的发生再次推进了征收条例的制订进程。这一年,《征收条例(草案)》两次为期15天的公开征求意见引起社会的广泛关注,收到修改意见逾10万条。2011年1月19日,国务院常务会议原则通过了《征收条例(草案)》,两天后将《征收条例(草案)》作了进一步修改便以国务院590号令公布施行,历史终于前进了一大步,只是成本过高。

为此,我认为当前已经不仅仅是《国有土地上房屋征收和补偿条例》取代《城市房屋拆迁管理条例》,而是以此为开端对整个拆迁制度进行修改。

当务之急是要调整整个不动产征收和现有的房屋拆迁制度,要做到这一点,除了立法上要有大动作外,还需要从三个方面做好工作:

第一,加快政治体制改革,推进社会主义民主政治。如果能进一步做到让人民在政策和法律制订、官员选拔任用上有话语权、监督权,干部们的权力将受到制约,就能减少拆迁扰民现象的发生。

第二,坚决废止土地财政和“政府经营城市”的理念。这就需要在“精兵简政”的同时改革财税制度,使基层政府减少财政压力带来的拆迁冲动。

第三,执法机关要认真落实科学发展观,执法为民,绝不允许以所谓的“政府行为”作为损害群众利益的保护伞。依法保护群众正当防卫的权力,遏止暴

力拆迁蔓延的势头。

虽然征收条例的制定对拆迁制度的改革是有了明显的进展,但是为了遏制房价快速上涨,国务院2009年出台了“国四条”,其中重要的一条是要在五年内完成对城市和工矿企业区的改造,有条件的地方要求三年完成,以此来拉动GDP,抵御金融危机的负面影响。这个决策,从经济的角度来讲,无疑是正确的,从遏制房价来讲也是得民心的,所以新的征收条例为此又留下了足够的法律空间。从我掌握的情况来看,全国各个省市的官员高举遏制房价的旗帜,推行着大拆大建,又将继续借征收这个利器掀起新一轮拆迁浪潮,房屋征收与拆迁的故事会如何继续,这是我们没法放心的事情。

鉴于这一情况,我组织我们团队的资深专业律师写了这本书。全书由我负责决定提纲和文章审定,文字整理则主要靠栗红律师。

我希望通过阐述我们的研究成果,对读者了解我国的房屋土地的征收与拆迁的立法活动有所帮助,希望对公众也包括立法者、学者在对房屋土地的征收与拆迁立法进行研究时,有所借鉴。我和我的同事更希望本书对将来的征收活动能起一点指导作用,使之规范一些,少一些对民众的伤害。如果书中有错误,那请读者指出;如果有不同的看法,欢迎争鸣。我的邮箱是:cailiang329@sina.com。

各章节的撰写分工如下:

王才亮:第一章 不动产征收制度

李金平:第二章 房屋征收的决定

万天飞:第三章 征收不动产过程中收回国有土地使用权

章建勤、王 令:第四章 对征收活动中“公共利益”的解读

栗 红:第五章 旧城改造中的房屋征收

刘建民:第六章 城市房地产的征收补偿

李仁杰:第七章 非住宅房屋征收的利益保护

任佳慧:第八章 国有土地上房屋征收补偿协议

朱孝顶、王 令:第九章 房屋征收补偿决定的强制执行

曹小连:第十章 房屋征收补偿中的信息公开

陈 伟:第十一章 房屋征收中的行政救济

李志强:第十二章 信访制度与征收拆迁维权

吴 恕:第十三章 安置房、补偿款争议处理的法律问题

王才亮

2011年1月27日

目 录

序	(1)
第一章 不动产征收制度	(1)
第一节 不动产制度与财产征收制度	(1)
第二节 不动产征收制度	(9)
第三节 房屋征收与拆迁制度的发展过程	(21)
第四节 房屋征收条例的亮点	(73)
第五节 检讨和修正现行土地收购储备制度	(77)
第二章 房屋征收的决定	(90)
第一节 批准(决定)征收的机关	(91)
第二节 批准(决定)征收的要件	(95)
第三节 决定征收的程序	(100)
第三章 征收不动产过程中收回国有土地使用权	(103)
第一节 我国土地制度的由来	(103)
第二节 收回国有土地使用权行为的法律和行政法规依据	(115)
第三节 收回国有土地使用权的类型	(118)
第四节 在征收不动产过程中收回国有土地使用权	(119)
第四章 对征收活动中“公共利益”的解读	(127)
第一节 《征收条例》的出台原因及拆迁与征收的对比	(127)
第二节 认定“公共利益”的价值取向	(130)
第三节 土地征收中公共利益的界定	(135)
第四节 对《征收条例》规定的“为了公共利益”的解读	(141)
第五章 旧城改造中的房屋征收	(149)
第一节 旧城改造的基本含义	(150)
第二节 我国港、台地区及国外的旧城改造制度评介	(159)
第三节 中国旧城改造的制度与实践	(169)

第六章 城市房地产的征收补偿	(186)
第一节 房屋征收补偿的原则	(186)
第二节 房屋征收补偿的范围	(193)
第三节 房屋征收补偿的对象	(197)
第七章 非住宅房屋征收的利益保护	(207)
第一节 非住宅房屋的概念界定	(209)
第二节 非住宅房屋的分类	(210)
第三节 非住宅房屋征收补偿安置概况	(213)
第四节 当前非住宅房屋征收补偿安置的焦点问题	(219)
第五节 完善非住宅房屋征收补偿安置制度的建议	(228)
第八章 国有土地上房屋征收补偿协议	(234)
第一节 国有土地上房屋征收补偿协议的法律渊源	(234)
第二节 国有土地上房屋征收与行政征收的比较	(237)
第三节 国有土地上房屋征收补偿协议应属行政合同	(238)
第四节 落实房屋征收补偿协议法律规范的建议	(243)
第九章 房屋征收补偿决定的强制执行	(250)
第一节 行政强制执行概述	(250)
第二节 征收补偿决定强制执行制度	(255)
第三节 行政强制拆迁中的问题与行政强制法	(263)
第四节 完善征收补偿决定强制执行制度的建议	(272)
第十章 房屋征收补偿中的信息公开	(277)
第一节 政府信息公开概述	(277)
第二节 公开政府信息的部门	(281)
第三节 征收过程中需要公开的政府信息	(282)
第四节 政府信息公开的方式	(288)
第五节 公开政府信息的意义	(290)
第六节 行政机关政府信息公开行为的救济	(291)
第七节 对政府信息公开实施中的建议	(293)
第十一章 房屋征收中的行政救济	(297)
第一节 征收行政复议	(298)
第二节 征收行政诉讼	(302)
第十二章 信访制度与征收拆迁维权	(320)
第一节 我国信访制度的法律地位和历史渊源	(321)

第二节	国外监察专员制度介绍	(323)
第三节	我国现行的信访制度	(325)
第四节	信访的基本概念	(328)
第五节	信访中应该注意的一些问题	(331)
第六节	征收拆迁中的信访维权	(333)
第十三章	安置房、补偿款争议处理的法律问题	(343)
第一节	案例分析	(343)
第二节	实务中应当注意的问题	(350)
附录	国有土地上房屋征收与补偿条例	(352)



第一章 不动产征收制度

不动产征收制度是不动产制度和财产征收制度的重要组成部分,但又限于不动产制度和财产征收制度的一种制度。它还是社会的政治、经济、军事、文化等法律制度的重要组成部分。从法学来看,不动产征收法律制度是一门综合学科,是刑、民、商、行政法学的综合体。

第一节 不动产制度与财产征收制度

我国的不动产法律制度是经过国家权力机关制定或认可并以国家强制力保证实施的调整不动产相关主体间的权利义务关系的法律规范的总和。不动产法律制度的相关概念主要包括不动产本身范围内的概念;不动产归属制度中的概念;不动产流转制度中的概念等。

财产征收制度是一种典型的国家对私人财产权的剥夺方式,又是一种无可奈何的选择。国家为了向社会提供公共产品、实现公共利益,必须享有在特定情况下对私人财产予以征收的权力。然而,国家对私人财产征收的范围,程序必须是法定和适当的。征收不足,国家机构难以有效运转,而过度征收则会损害民众的合法利益。

一、不动产本身范围内的概念与特征

1. 不动产的概念与特征

不动产是指不能移动或移动会损害其经济效用和经济价值的物。不动产是财产分类的主要形式之一,与动产相比较,具有耐久性、稀缺性、难以隐匿性和不可移动性等特点。

从上述定义,我们可得出不动产的特征:

(1)不能移动或者移动就会改变性质,损害其价值。

(2)不动产是有形财产,包括土地及其附着物,如建筑物及土地上生长的植物等,因此具有难以隐匿性。

(3)不动产较动产更具有耐久性。

(4)不动产依附于土地,而土地是难以再生的,因此具有稀缺性。

(5)法律救济制度的特殊性。

因不动产对人们生活影响重大,故许多国家法律对其均有特殊规定。在民事实体法上,不动产权利的变化,如以不动产为买卖或设立抵押权的标的物时,必须经登记的公示手续,否则不发生效力;在民事程序法上,因不动产所引起的纠纷,一般应由不动产所在地法院管辖,如《民法通则》和《民事诉讼法》,就有相应的法律规定。

2. 动产与不动产的划分

动产与不动产的划分在法律上是以物是否能够移动并且是否因移动而损坏其价值作为划分标准的。法学上的物,是指存在于人身之外,能够满足人们的社会需要而又能为人所实际控制或支配的物质客体。动产是指能够移动而不损害其价值或用途的物。不动产是指不能移动或者若移动则损害其价值或用途的物。从财产本身来讲,如果是与土地附着,不能剥夺的,剥夺就会发生价值上变化的,我们称为不动产。而与土地可以分离的,分离之后并且不影响其价值的,我们称为动产。

按照不同的标准,物可分为动产与不动产、流通物与限制流通物、特定物与种类物、主物与从物、可分物与不可分物、原物与孳生物、有主物与无主物等。

其中,如电脑、电视、橱柜、冰箱这类的物品平时是不动的,但这并不是不动产。因为这些东西都是可以移动并且不会因移动而造成价值上的贬损。这些东西在现实中不移动,是因为你不想移动,而不是不能移动。所以,电脑、电视、橱柜、冰箱等都是动产。

各国法律对动产与不动产的界定也是不同的。现在,国际上并不是单纯地把是否能移动及如移动是否造成价值的贬损作为界定动产与不动产的唯一标准,而是综合考虑物的价值大小、物权变动的法定要件等因素。例如,飞机、船只等,国际上通常将其界定为不动产。因为其价值较大、办理物权变动时要到行政机关进行登记等。

动产和不动产有时是可以互变的,这一点往往会被人们忽视。例如,果园中果树上的果实,挂在果树上时是不动产,但是如果采摘下来,那就变成了动产。而一旦果实被吃剩下果核,入了土中再长成树木便又成了不动产。又如钢

材、水泥等建筑材料原在山中土里是不动产,被人采掘、加工后成为动产。而一旦钢材、水泥等建筑材料被人用其做成了房屋,就又变成了不动产。若是房屋被征收拆除成为建筑垃圾,而一旦被回收废物利用便又成为动产。动产和不动产转换的关键是人的劳动,在体现人的劳动价值的同时,彰显天道循环之理。是非皆是人的一言之差。故人类应当珍惜大自然之物和自己的劳动,慎用征收手段,更慎用拆除将房屋整成废物。

3. 不动产的分类

不动产与动产相对。不动产的范围有人们常见的土地、建筑物及其他附着于土地上的附着物,包括物质实体和依托于物质实体上的权益。不动产可分为依自然性质或法律规定不可移动的四类:

- (1) 土地;
- (2) 土地附着物;
- (3) 与土地尚未脱离的土地生成物;
- (4) 因自然或者人力添附于土地并且不能分离的其他物,简称土地添附物。

二、财产征收制度的基本理论

关于财产征收的基本理论,这方面研究十分滞后,还没有法学专著。现在研究税收的专著很多,是因为有专门的学者从为政府筹集财源的角度来从事研究。虽然研究成果较多,但法理上,我们只能是把它作为一种动产征收当中的货币征收,它并没有包括要征收的具体的房子、土地等。没有国内学者对财产征收作全面研究,更没有站在被征收人的角度所写的专著不能不说是一个中国特色。

1. 财产征收与相关概念

财产征收行为是指强力机关或者法定授权的组织根据法律、法规的规定,向公民、法人或者其他组织有偿或无偿收取一定财物的行为。财产征收须以公民、法人或者其他组织负有行政法上的交付或缴纳义务为前提,其实质是国家以强制方式有偿或无偿取得管理相对人一定财产所有权。财产征收的范围很广,既有动产,也有不动产。

为此,我认为财产征收的概念应该是:“国家为了向社会提供公共产品,实现公共利益,而在特定的情况下,对私有财产予以征收的法律制度”。

2. 财产征收的前提

我们现在讲的财产征收,实际上在理论上是可以作更细的定性。既然财产征收的概念是:“国家为了向社会提供公共产品,实现公共利益,而在特定的情

况下,对私有财产予以征收的法律制度”。那什么是特定情况?我们从2000年出台《立法法》,再从2004年修改《宪法》到制定《物权法》,应当说对此的争论已经结束。所有的征收制度的“特定情况”,就是必须以公共利益的需要和法律的明确规定为前提。

根据《立法法》第8条的规定,对非国有财产的处分,必须依靠法律来规定。而实际上,国务院有在法律没有授权的情况下,出台了一些关于对非国有财产处分如财产征收的法规。建设部、国土资源部、财税等部委发了不少对非国有财产处分的规章。有的法规、规章,是突破了法律规定的立法权限的。虽然被人们普遍使用但如果引起诉讼,而法院公正执法,行政机关就可能败诉。所以我们作为法律人必须明白所有对私人财产征收的范围、程序,都必须是法定的,而且是适当的,否则便是违宪,是非法行政。

实际工作中现在最难的是我们如何把握对财产征收的度。由于征收的目的是维持国家机器和向社会提供公共产品。实践中,征收如果数量不够,国家机器没办法正常运转,就不能提供应提供的公共产品。例如,我们现在讲的建设项目用地而引起的土地征收的问题,解决的是发展的问题。反之,如果征收过度,则可能超过民众所能承受的能力,引起民众不满,反过来影响社会的发展。

3. 征收的本质

我们现在没有必要去回避征收的本质就是一种不能缺少的强有力的国家对私人财产的剥夺的客观事实。但是,我在很多地方讲课、开会的时候谈到这个问题,有的官员、学者就回避,感觉到这个难为情。其实没有什么难为情,无论是东方还是西方,都要很残酷地使用这种剥夺老百姓财产的方式来维护国家机器的运转。

我们有的法学家也认为征收是剥夺,好像就是一种侵权,有非正义之嫌。而我们认为,是否正义,关键是看征收的目的和度。比方说征地,如果是公共利益需要用别人的地,如果他讲他的土地所有权受法律保护,他不给我们,那怎么办?那这个公益项目就做不了了。所以法律就要规定,在特定情况之下,应当实施这么一种强制的剥夺。

比如说当前的“土地财政”问题就是一个典型。多半地方的“土地财政”,是为了维护地方政府的运转。所谓的“招拍挂”,在把地价抬高后,地方财政拿走了高额的出让金,而增加了建设成本,最终抬高了房价。近三年来,房价高涨,降不下来,很大的原因是地方政府为了维系它的有效运转,他们很难放弃这一块利益。这样做就把财产的征收变味了。