

LAWYER

DIGEST

律师文摘

总第八辑

要目：

李曙光/法律职业共同体片论

王才亮/房屋拆迁纠纷处理中的律师实务

李国民 卢志坚/借条官司：动摇不了现行证据规则

康雅信/培养中国的近代法律家：东吴大学法学院

江 平/做人 与 做律师

陈瑞华等/"任何人不得做自己案件的法官"

方流芳/解读无人领会的语言：公司法第12条第2款的诊断

麦德福 强世功/司法独立与最高法院的权威

东 来/凭什么独立的法官比民选政客更有权威

4



法律出版社
LAW PRESS

{ 律师文摘 }

编辑委员会 / 江平 / 梁定邦
张思之 / 邓正来
贺卫方

执行编委 / 刘桂明 / 谭 礴
刘海蛟 / 李海周
孙国栋 / 董志军

主编 / 孙国栋
编辑 / 王景智
梁小玲

总第8辑



法律出版社

LAWYER / DIGEST

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘. 总第8辑/孙国栋主编. - 北京:法律出版社, 2004. 3
ISBN 7-5036-4787-6

I. 律… II. 孙… III. 律师业务-基本知识 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 012766 号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育

装帧设计/海意工作室

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

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/787×1092 毫米 1/16

印张/17.75 字数/300 千

版本/2004 年 4 月第 1 版

印次/2004 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.Chinalaw-book.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4787-6/D·4505 定价:25.00 元

法律职业共同体片论

法治是一种传统,是经过长时间积累产生的。中国原本有一种法制传统,但这种法制传统并不是“法治”的传统,中国法制建设和改革的取向是如何形成“法治”的传统。法治社会的基础是多方面的:整个社会法律至上的意识,完善的法律体系,有一个积累一段时间根植于社会的法治传统,高质量和讲究效率的司法审判体制等,但更重要的是要有一个科学、完善、良好的法律职业共同体。法律职业共同体正是法治传统的基石。

法律职业共同体由法学院的学者和教授、执业律师、检察官、法官和其他法律职业工作者组成。由于其不同的职业特征,他们从不同的职业角度,在法治社会中发挥不同的作用,对整个法治社会的形成产生不同的影响。法律职业共同体也是一个观念上的团体,法律职业共同体中的职业工作者具有对法律和法治的共同认知,遵循共同的标准和规范,有统一的知识体系、职业思维、职业逻辑和对职业目标的追求。在这样一个“法律职业共同体”中,人员是互通的,职业角色可以相互转换。

法律职业共同体的结构可以说像一个“金字塔”。法官自然是这个“金字塔”的“塔尖”,检察官是其“塔身”,律师构成这个“金字塔”的“塔基”,而法学教育则是这个“金字塔”的沙石铺垫。

法学教育往往是进入这个“共同体”的最初一步。法学教育少不了法学院和法学家。法学院是一个社会从事法学教育的组织化的机构和场所,承担着整个社会法学思想、法律意识传播和对社会进行批判的功能。而法学家则是法学院进行法律教育、传播法律知识、进行社会批判的人格化载体。

律师是法律职业共同体的基本供养,是以其专业知识向社会提供法律服务的自由职业者。当市场和社会主体,无论是个人、法人组织乃至政府机构,遭遇到法律问题时,律师凭借其掌握的法律知识、受有的法律训练、形成的法律思维和恪守的职业伦理,能够在如一盘散沙的事实中梳理出清晰的法律逻辑,迅捷地提出问题的法律解决方案,通过辩论和出具法律意见,成为公民私权的维护者。

在法律职业共同体中,检察官与律师有着相似之处,其特征都是作为代言人出现,不同的是,律师是作为一般委托人的代言人,而检察官则是作为政府的代言人。法律由专制到文明的标志之一就是控辩制度的诞生。在刑事诉讼中,检察

官作为国家公诉人,代表国家出庭支持公诉,追究刑事犯罪嫌疑人的法律责任,成为公民权利和自由的捍卫者。民事经济诉讼中,检察官可以作为政府利益的代表参与诉讼,维护政府和公共利益。

在整个法律职业共同体中,法官构成这个共同体的核心。法官的活动是对整个法律职业共同体精神的汇合与升华,是整个共同体作用的集中凝聚和最高表达。它对于现实和后世的影响不可低估,对于法治文明传续的价值不可估量。法官的重要地位决定了对法官的特殊要求,法官应是公正独立、清正廉洁、具有良好专业素养的。对不同层级的法院的法官的专业素养和司法伦理应有不同要求,基本定律是:对越高层次法院的法官,要求越高,而最高法院的法官人人都应是业务精深的法学家和道德楷模。

共同的科学精神、伦理道德、专业素质和知识修养,使得法律职业共同体中的职业工作者彼此之间有一个职业尊重。这种彼此的职业尊重,也缘于明确的权利界限——律师行使辩护权,检察官代表国家行使公诉权,法官行使审判权。

法律职业共同体具有共同的思维特征和科学的知识体系。整个法律职业共同体分享共同的法律思维、法律推理逻辑、法律语言符号、法律知识结构,这种共同的法律思维和法律知识体系的形成首先来源于统一的科学的法律职业教育。这既是职业互通的需要,也是整个社会法治统一和规范的要求。

最重要的是整个法律职业共同体有着共同的法律理性,有着共同的法律信仰、法律理想和对法律职业的崇尚。这种崇尚表现为内在的对法律的科学认知、理解和对正义的遵循,并外在的表现为特定的职业道德要求,表现为科学精神与职业伦理的统一。“法律是善良公正的艺术”,整个法律职业共同体便是这种艺术的践行者。

统一的法律职业共同体的形成对于整个法治传统是不可缺少的,在中国建立宪政和法治国家的进程中,法律职业共同体的形成和扩展具有多重的价值和意义。

李曙光

2003年12月9日於京新門法大

目 录

业务进阶

- | | | |
|------|-----|--|
| 办案规程 | 001 | 房屋拆迁纠纷处理中的律师实务/王才亮 |
| 证据适用 | 010 | 论电子证据的认证规则
——以可采性的认定为视角/刘品新 |
| | 027 | 借条官司:动摇不了现行证据规则
李国民 卢志坚 采编 |
| 判例研究 | 036 | 从无期徒刑到无罪释放
——从李龙翔盗窃案的辩护谈对刑事证据规则运用的体会/高金凤 郑旭 |
| 精彩辩词 | 042 | 孙大午案的法理视野/张星水 许志永 |

业界瞭望

- | | | |
|------|-----|-------------------------------------|
| 执业前沿 | 055 | 风险代理 风险几何/陈宜 麦业成 张卫华 蔡忠杰 |
| 法学教育 | 061 | 培养中国的近代法律家:东吴大学法学院
[美]康雅信 著 王健 译 |

管理之窗

- | | | |
|------|-----|---|
| 职业素养 | 098 | 做人与做律师/江平 |
| 经营思路 | 116 | 客户关系/[加]不列颠哥伦比亚省继续教育协会 编
浙江天册律师事务所 译 |

法学论坛

- | | | |
|------|-----|--|
| 法理沉思 | 142 | 法律之道即生存之道
——O.W.霍姆斯“法律之道”问世百年与中译感言
许章润 |
| | 157 | 民间调解与权利保护/刘广安 |
| 事件剖析 | 176 | “任何人不得做自己案件的法官”
——“法官谋杀院长案”四人谈
陈瑞华 陈卫东 梁治平 陈兴良 |

- 184 检察院“民事公诉”起风波 / 黄广明 熊小平
- 188 民事公诉可行但须依法 / 杨立新
- 189 公诉追债应缓行 / 傅鼎生
- 律师说法 191 解读无人领会的语言:公司法第 12 条第 2 款的诊断
方流芳
- 197 关于修改《律师法》的意见和建议 / 重庆市律师协会
- 经典回放 204 通过法律的社会控制

[美]罗斯科·庞德 著 沈宗灵 译

史海钩沉

- 历史名案 214 施剑翘刺杀孙传芳案 / 何易 潘荣
- 返回现场 227 中国明朝的监狱、审判和刑法
[葡]曾德昭 著 何高济 译

法苑撷英

- 随 笔 234 司法独立与最高法院的权威
麦德福(Micheal Dorf) 强世功
- 243 凭什么独立的法官比民选政客更有权威 / 东来
- 249 解析中国语境的律师角色 / 刘武俊
- 258 立法不能朦胧美 / 郭光东
- 书 评 260 法官的信仰与哲学
——卡多佐《法律的成长》一书述评 / 世竹
- 265 曹星:敢讲真话的大律师
——序《与梦想握手》/ 江平

编读往来

- 266 律师是实现依法治国方略的重要方面军
——驳《律师文摘》2003 年第 2 辑卷首语《中国要
律师干嘛》/ 张孟松
- 270 《律师文摘》2003 年总目录

Contents

Business Step

Regulation of Handling Case

Lawyer's Practice in Handling Dispute of Demolishing and Moving Houses

by Wang Cailiang(001)

Application of Evidence

On Rule of Attesting Electronic Evidence / by Liu Pinxin(010)

Suit of IOU;not be Able to Shake Rule of Evidence in Effect

Edited by Li Guomin, Lu Zhijian(027)

Case Study

From Life Sentence to Acquitted of a Charge / by Gao Jinfeng, Zheng Xu(036)

Splendid Statement of Defense

Dead law should be abolished / by Zhang Xingshui, Xu Zhiyong(042)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Act of Risk, How Much the Risk

by Chen Yi, Mai Yecheng, Zhang Weihua, Cai Zhongjie(055)

Education of Law

Fostering Modern Chinese Jurists; Law School of Dongwu University

by Alison W. Conner[U.S.A.], Translated by Wang Jian(061)

Window of Management

Professional Attainment

Being a man and being a Lawyer / by Jiang Ping(098)

Thinking of Management

Lawyer-Client Relationship

Edited by Association of Continuing Education, State of Britain Columbia [Canada]

Translated by Tian Ce Law Office, Zhejiang Province(116)

Forum of Law

Ponderation of Legal Principle

The Path of Law is the Path of Existence / by Xu Zhangrun(142)

Non-governmental Conciliation and Protection of Rights / by Liu Guangan(157)

Event Analysis

None Can be the Judge of One's Own Case

by Chen Ruihua, Chen Weidong, Liang Zhiping, Chen Xingliang(176)

Disturbance Arising in *Civil Public Prosecution* by Procuratorate

by Huang Guangming, Xiong Xiaoping(184)

Civil Public Prosecution May be Conducted but Has to be in accordance with Law
by Yang Lixin(188)

Demanding a Debt through Public Prosecution Should be Postponed
by Fu Dingsheng(189)

Lawyer's Comment on Law

Expounding Languages Grasped by None: Diagnosing Article 12, Section 2 of Company Act
by Fang Liufang(191)

Views and Suggestions on Revising Lawyer's Act
by Bar Association of Chongqing(197)

Retrospect of Classics

Social Control through Law / by Roscoe Pound[U.S.A.], Translated by Shen Zongling(204)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Case

Case of Shi Jianqiao Assassinating Sun Chuanfang / by He Yi, Pan Rong(214)

Returning to Scene

Prison, Trial and Criminal Law of Ming Dynasty of China
by Zeng Dezhao [Portugal], Translated by He Gaoji(227)

Cream in Law Garden

Essay

Judicial Independence and Authority of Supreme Court
by Micheal Dorf, Jiang Shigong(234)

Why Should an Independent Judge Have a Greater Authority than an Elected Politician
by Dong Lai(243)

Analyzing Role of Lawyer in Chinese Context / by Liu Wujun(249)

Making Law Should not be in Beauty of Haziness / by Guo Guangdong(258)

Book Review

Judge's Belief and Philosophy / by Shi Zhu(260)

Cao Xing; the great lawyer who dare to speak true words / by Jiang Ping(265)

Communication

Lawyer is an Important Front Army in Realizing General Plan of Running a Country
According to Law / by Zhang Mengsong(266)

目录翻译 赵雪纲

房屋拆迁纠纷处理中的律师实务

王才亮*

一、房屋拆迁市场呼唤律师的服务

房屋拆迁活动牵涉面广、工作量大、关系复杂,无论是拆迁人还是被拆迁人有律师帮助,结果不同。简单地说,就是房屋拆迁市场内有一个急需律师服务的市场,当事人需要律师的帮助,以维护自己的合法权益。

房屋拆迁市场对律师的需求主要反映在以下方面:

(一) 拆迁准备阶段

房屋拆迁活动在项目立项到拆迁许可之前,当事人需要律师的帮助。房屋拆迁立项之前,律师对该项目的法律风险的精辟分析,能帮助决策者扬长避短,作出正确决策,使该项目立项之后的法律风险降到最低限度。

1. 有无环境法的障碍分析

新的项目对环境的影响是正面还是负面的,将决定这个项目的市场前景。如果有利于旧城改造,有利于改善环境,就能得到环保部门的支持。反之,该项目可能在立项之初就被环境部门否决。如果贸然行事,届时花了巨资搞房屋拆迁,又可能要加上昂贵的环境治理费用,就可能导致项目的经济效益和社会效益得不偿失,这就需要律师的建设性、前瞻性的意见。

2. 有无土地使用权的瑕疵

土地权属仍是房屋拆迁的焦点问题。如果拆迁人凭着有法律缺陷的土地使用权证书去实施房屋拆迁就可能有巨大的法律风险。例如,某市拍卖了某国有企业的一块土地使用权。当中标者持土地部门的出让合同,支付了土地出让金,又付给了该国有企业自行拆迁地上附着物(厂房)的补偿费之后,

* 王才亮:江西省才亮律师事务所主任,全国律协民事业务委员会委员。

某专业银行拿着该国有企业的房屋他项权证来交涉,原来该地块的地上附着物——厂房早已被该企业人贷款抵押,依照法律规定房屋抵押,该房屋的占地的使用权也已抵押。中标者为此进退两难,追回已付款不可能,钱已被发了工资和交了养老保险。再与银行交涉,成本又太高,致使亏损。如果该中标者不被该市的拍卖行为迷惑,请个律师作点调查,就能避免这次风险。

3. 有无房屋的不可拆迁的风险

房屋分一般房屋和特殊房屋。一般房屋的风险不会太大,而特殊房屋就可能特殊到不能拆迁。例如,城市中的国家级文物保护单位的房屋,外国使领馆房屋,军事设施,宗教用房如教堂、寺庙等等,是否能拆迁,不是当地房屋拆迁管理部门说了算的。有一个特殊事例,瓷都景德镇的某瓷厂,有一些破旧厂房的地下是古御窑遗址。这些厂房不是文物保护单位,规划等行政部门同意该厂与某市房地产开发公司合作搞开发,房屋拆迁了,施工却无法进行,一拖几年,也还没有动工,该厂和开发商都有苦难言。

上述风险,如能及早预见,无疑会将损失降到最低限度,甚至可能避免风险带来的损失。

(二) 拆迁实施阶段

在项目被准许之后,实施房屋拆迁更需要律师的帮助,无论是拆迁人还是被拆迁人。

1. 拆迁公告

拆迁人取得拆迁许可,房屋拆迁主管部门应发布拆迁公告,土地管理部门也会就此发布公告。公告文字是否合法,是否能准确表达政府的意志,避免误解,公告文字的拟定就十分重要。律师作为法律专家和语言文字的行家,无疑能提供服务。

被拆迁人见到公告之后,急需对公告作准确认识,最好的方法就是向律师请教。律师能以其法律的眼光读懂公告,向被拆迁人作准确的解释,有利于被拆迁人采取正确的对策。

2. 资金的筹措和使用

拆迁人完全用自有资金进行开发建设,包括房屋拆迁的不多。因此筹集和使用资金的合法,将影响项目的成功。有的拆迁人因资金短缺而饮鸩止渴,去向地下钱庄借高利贷。也有的被拆迁人取得一笔补偿金后,为追求高息而存入地下钱庄。还有的单位和个人为追求高息把钱借给拆迁人。这些行为都是违反金融法的行为,一旦事发,就可能造成损失,因此在筹钱和用钱时也需要律师的帮助。

3. 合同谈判

语言表达能力是每一位律师的基本入门功夫。房屋拆迁的合同谈判与订立,正是律师的语言能力的用武之地。请律师参加合同谈判,请律师草拟合同,就可以事半功倍,特别是合同订立请律师审查,作用十分明显。如某被拆迁人持一份房屋拆迁补偿安置合同来我处咨询,该合同约定被拆迁人的房屋拆迁采取异地期房产权调换方式,所调换的房屋已主体完工,预计不久可以搬迁。然而据了解,该调换的房屋因设计上的失误存在重大隐患,有关部门已责令停工。笔者为此建议被拆迁人或改变调换房,或货币补偿另行购房。经交涉,被拆迁人如愿以偿搬入新居,避免了一场法律风险。

4. 拆除旧房

旧房拆除的方式,队伍选择、拆除工程承包都需要依法办事。无论是拆迁人,还是承揽拆除旧房工程的施工单位,都希望有律师提供法律上的帮助。特别是工程的承发包,律师介入能有力地保证工程承发包的招投标活动依法规范运作。通过招投标来选择施工队伍,是工程建设实现优质高效的重要途径,也是克服工程承发包存在弊端的有效方法。由于招投标活动涉及到许多法律事务,如招投标主体资格审查,文件制作与审查,程序审查,草拟合同,协调纠纷等,为律师介入提供了极大的市场。只有故意搞“暗箱操作”,才会绝对排除律师的介入。

5. 纠纷的排除和处理

房屋拆迁活动中,当事人的利益冲突导致的纠纷不可避免。参与对纠纷的排解和处理,律师作为专业人士,具有效率高、成本低的优势。无论是代理一方,还是主持双方的调解,律师都有用武之地。申请仲裁、裁决、起诉和应诉的当事人多数都需要律师的帮助。笔者在对某法院2000年度审结的房屋拆迁纠纷案件作调查研究时发现,该法院的13起房屋拆迁纠纷案涉及46个当事人,所有13件案件的诉讼都有律师作为代理人参加。46位当事人,只有3人未请律师代理。

二、房屋拆迁法律服务的内容

中国律师应当为房屋拆迁提供优质、全面的法律服务,以满足房屋拆迁市场的需求,这些服务归纳起来,可以从服务方式和服务重点上加以叙述。

(一) 服务方式

根据《中华人民共和国律师法》的规定,结合房屋拆迁活动的特点,律师可以为与房屋拆迁活动相关的政府部门、拆迁人、被拆迁人、房屋使用人等主体提供以下服务:

1. 咨询

咨询服务是律师为房屋拆迁活动提供的最常见、最普遍的服务方式。包括来访咨询解答和上门服务两种形式。咨询服务一般按时间收费,费用相对较低,但也有缺陷:

(1) 难度大

由于咨询服务为突然来访或临时预约,律师对将要解答的问题往往不了解,再加上时间仓促,只能就事论事,很容易解答不全面,缺乏通盘的战略性的考虑。

(2) 透明度低

由于律师与服务对象大多没有长期的合作关系,除亲友、顾问单位关系外,互相之间缺乏了解,介绍情况常有保留,而律师也因注重解答方法而有所保留,降低了咨询服务的透明度。有些话在熟悉者之间可以实话实说,而在不熟悉者之间常要加上外交辞令,影响了法律咨询服务的效果。

2. 法律顾问

作为律师服务的基本方式之一,担任政府机关、企事业单位、社会团体或个人的常年法律顾问,有着稳定的使用关系,能通盘了解顾问单位实施或作为拆迁人补偿安置权利人的前因后果,能为顾问单位提出建设性、战略性的意见,帮助其正确决策。这是律师职业特点得到最大程度发挥的工作。

聘请和担任法律顾问有三“忌”:

(1) 忌作“花瓶”

有的单位聘请法律顾问,是为了作摆设,赶新潮。单位的决策并不需要吸取律师的意见。这对双方都有不利之处,聘请单位付了顾问费,并没有得到本来可以得到的法律服务;律师虽收了费,作用未被发挥,则是资源的浪费。

(2) 忌“临时抱佛脚”

有的顾问单位不善于发挥顾问律师的作用,常常是发生了纠纷再来找律师。这样做就失去了法律顾问的优势,只起到了临时咨询的作用。

(3) 忌“不尊重”

有的单位领导,将与法律顾问平等的合作关系,混同于领导与被领导的关系,“顺我者昌,逆我者亡”。也有的律师将顾问工作完全混同于雇佣关系,照价服务。这两种错误的认识都使法律顾问不能畅其所言,真正地依法提供帮助。

3. 专项法律服务

房屋拆迁活动中,在原有的常年法律顾问和一般咨询服务之间,兴起一

种新的律师服务方式,就是聘请有房屋拆迁专业服务优势的律师事务所和律师提供房屋拆迁专项法律服务。包括拆迁活动全过程服务和单个房屋拆迁活动的服务。

房屋拆迁的全过程服务,一般是指拆迁人为依法实施某房屋拆迁项目,聘请律师提供自房屋拆迁立项开始至拆迁完毕全过程的法律服务。这一服务方式适合了较大的房屋拆迁项目,效果也较显著。

房屋拆迁的单个活动的服务,一般是指拆迁人与被拆迁人为处理单个拆迁活动而聘请律师提供非诉讼法律服务。这一服务方式一般存在于个别复杂的房屋拆迁活动之中。

专项法律服务的工作简繁,一般由合同约定,双方按合同的约定支付律师费或提供法律服务。

4. 代理

房屋拆迁活动中的代理,是指拆迁关系的当事人委托律师代为处理诉讼和仲裁的有关活动,包括代为起诉或申请仲裁、申请强制执行、参加诉讼或仲裁的庭审活动。其中最能体现律师作用的是起诉或申请仲裁前的决策和诉讼中的调查取证和举证。

(二) 服务重点

在整个房屋拆迁活动中,需要律师提供法律服务的地方很多,基本涵盖了整个过程的每个环节和拆迁法律关系的全部当事人以及相关权利义务人。然而,从拆迁的实践来看,还是有重点的,无论是委托人选择律师,还是律师提供服务,都是有重点的。

1. 拆迁准备阶段

在房屋拆迁准备阶段,当事人需要律师提供服务集中在以下几个环节:

(1) 项目决策分析服务

任何房屋拆迁项目,都是以追求一定的经济效益和社会效益为目的的。因此,需要认真地核算各种成本和收益,以确定投资风险。在数字的计算上,律师不如开发商和会计师们,但在确定投资的法律风险上,律师是强项。例如,某开发商预定的拆迁范围内,有一古庙。开发商与寺庙的主持有过接触,认为搬迁无障碍,但是佛教协会作为业主,是否会批准,开发商与寺庙主持都没有想到。当该开发商的常年法律顾问提出这个问题后,再去咨询,才知道该庙系重点文物保护单位,不可能搬迁。开发商连忙改变决策,申报项目变更了拟建新项目方位,避免了损失。

(2) 规划许可服务

项目立项之后,确定了项目用地的选址规划许可。受当事人委托,律师

可以持项目批文向规划管理部门联系,得到规划红线图和选址意见书,以便向土地管理部门办理土地使用权出让、转让手续。申请规划部门许可,不仅要与规划部门打交道,还需要协调环保、行业主管、水电气基础设施等管理部门的关系,防止在规划红线内存在难以克服的法律障碍。

(3) 土地使用权取得服务

城市房屋拆迁的前提是取得土地使用权。对此,律师应在三个方面发挥重要作用。

① 选择取得方式

依照法律规定,项目建设可以通过出让、转让两种方式取得土地使用权。出让方式,是从政府土地管理部门取得土地使用权,而前提是政府收回原土地使用者的土地使用权。在错误的“经营城市”的理念下,有的地方政府以低价收回原使用者的土地使用权,再高价出让给开发商,为以后拆迁留下隐患。为避免这种隐患,律师应建议开发商要求政府以净地出让。

转让方式,是开发商与原土地使用者协商好后,再到土地管理部门办理相关手续。这种方式虽然有高出出让金的费用但优势在于转让一般是净地,减少了拆迁负担。尤其是对特困企业,可以考虑在其改制之机,以整体购买的方式取得土地使用权和其客观存在财产所有权。可以取得政策上较大的优惠。

② 起草和审查合同

土地使用权的出让和转让,都必须订立合同,而合同的条款往往具有较大的弹性,同时也可能有潜在的危险。例如,土地出让的年限和使用权期满的处理,都可能影响开发商的利益。又如,土地转让受该地原使用权的期限的限制,假如原使用权的期限是50年,已用10年,剩余40年,如果转让合同不予注明,就可能产生争执。律师代为起草和审查合同,可以防止这类失误。

③ 合同的履行

合同订立后,律师要提醒当事人全面履行合同的义务,防止因违约,导致合同的解除,造成经济损失。同时,要注意督促对方当事人全面履行合同义务。例如,以出让方式取得土地使用权,要及时督促土地管理部门以政府的名义,发布通告,收回该地块的土地使用权,便于房屋拆迁活动的及时开展。

(4) 拆迁许可证取得服务

在申请拆迁人取得立项、土地使用权、规划许可等文件后,要立即组织编制拆迁计划和方案,落实拆迁补偿安置资金。在资料准备上,应充分吸取律师的意见,然后向房屋拆迁管理部门申请房屋拆迁许可证。如发现提交的

资料存在缺陷,要及时更改,以便顺利地取得房屋拆迁许可证。

2. 拆迁实施阶段

在取得房屋拆迁许可证后,紧张的拆迁工作就可以开展。对此律师可以提供全过程的法律服务,也可以约定予以重点服务。

(1) 选择拆迁方式和队伍

拆迁可以是委托拆迁,也可以自行组织拆迁。如果拆迁人有适当的专业人士承办,加上律师提供全过程服务,就可以自行拆迁。自行拆迁的优势在于能使自身的人员满负荷工作,具体工作也具有较大的灵活性。如果拆迁人缺少拆迁的专业人士,一般就应考虑委托拆迁。

如果是委托拆迁,律师应帮助当事人考察拆迁实施单位的信誉、拆迁能力;帮助当事人草拟和敲定委托拆迁合同的条款,使合同合法、公平,便于履行。

(2) 代为处理纠纷

在拆迁的实施阶段,出现较多的纠纷有三种,其处理过程中,都需请律师代理。

① 拆迁人与被拆迁人之间的纠纷

这类纠纷主要是围绕房屋拆迁补偿安置而产生。处理这类纠纷的原则应当是公平和谅解。一是补偿安置不能过低或过高,应以市场评估价格为中心线,进行协商;二是谅解,应说服和引导拆迁人与被拆迁人相互理解、相互支持,求大同,存小异。

② 被拆迁人内部的纠纷

被拆迁人对外是一家,对内常有利益冲突。一幢房屋补偿了100万元,几个兄妹之间有贫有富,有的住房紧张有的宽裕,还有的兄妹之间感情不错,但姑嫂关系紧张,关系不好协调。有的重男轻女的思想作怪,容易引起争执。律师代理这类纠纷要本着“和为贵”的原则,多做说服教育工作,尽量促成和解,不可利用优势欺压对方。有时候,律师一心帮一方,忘记了人家是亲兄弟这一条,处理不公的结果往往是兄弟之间没有矛盾,反埋怨代理律师,费力不讨好。

③ 行政纠纷

拆迁实施阶段,常见有房屋拆迁管理部门和其他行政机关与行政相对人出现纠纷。在《城市房屋拆迁管理条例》取消了政府统一拆迁后,房屋拆迁的行政纠纷主要集中在不服处罚方面。对此,律师无论作为行政机关的法律顾问,还是行政相对人的代理人,都宜重在预防。

作为行政机关的法律顾问,要及时提醒行政机关依法行政,把握好行政

处罚的合法性与合理性,特别要注意容易忽视的程序问题。一旦发现错误,要建议主动纠正,避免诉累。

作为当事人的法律顾问或代理人,要及时提醒其依法办事,不要为追求经济效益而违法蛮干。一旦发现错误,要建议当事人主动改正,避免处罚的加重。发现行政处罚错误,应先行交涉。一般情况下,不要轻易起诉。对确需起诉的,一方面要坚持原则,另一方面要留有余地,对可能庭外和解的,应当庭外和解后撤诉。不能逞一时痛快,使委托人的长远利益受到损害。

(3) 申请代理服务

有的情况下当事人之间难以谈拢,为防止超越拆迁期限,律师应经拆迁人授权,及时代理申请事务。主要有三项:

① 申请裁决

在拆迁人与被拆迁人,或者拆迁人、被拆迁人与房屋承租人达不成拆迁补偿安置协议时,为防止延误时间,律师应建议及时申请房屋拆迁管理部门的裁决。律师可为拆迁人起草申请书,准备有关资料,使裁决能尽快作出。

② 申请证据保全

在强制拆迁和产权不明确房屋的拆迁前,律师受拆迁人委托,应向公证机关申请办理证据保全,以防止房屋拆除后,权利人就已被拆除的房屋和屋内其他财产的状况提出异议,而产生不必要的纠纷。

③ 申请强制拆迁

在拆迁实施阶段,有三种情况可以强制拆迁。第一,拆迁补偿安置协议订立后,被拆迁人或房屋承租人在搬迁期限内拒绝搬迁的,拆迁人可以申请仲裁或起诉。诉讼期间,拆迁人可以委托律师向法院申请先予执行即强制拆迁。第二,房屋拆迁管理部门应当事人申请就拆迁补偿安置作出了裁决,而当事人对裁决不服的,可以向法院起诉。拆迁人依法提供了拆迁安置用房、周转房或者对被拆迁人给予货币补偿的,诉讼期间,不停止拆迁的执行即拆迁人可委托律师向人民法院申请强制执行。第三,裁决生效,被拆迁人或承租人在裁决规定的搬迁期限内未搬迁的,拆迁人可以委托律师,要求市、县人民政府责成有关部门强制拆迁,或者由房屋拆迁管理部门申请人民法院强制拆迁。

除了上述三种拆迁外,对产权不明确的房屋,也是在没有征得产权人同意的情况下,由拆迁人提出补偿安置方案,报房屋拆迁管理部门审核同意后,实施拆迁。这种拆迁的本质与前三种强制拆迁并无不同,只是拆迁主体不同。因此,律师可在房屋拆迁过程中,协助拆迁人核实房屋确实产权不明确之后,编制合理的补偿安置方案,批准后实施拆迁,以避免潜在的纠纷。同