

小产权房的违法认定要慎重 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/246/2021_2022__E5_B0_8F_E4_BA_A7_E6_9D_83_E6_c51_246434.htm

随着北京市政府对小产权房的全面叫停，一些小产权房被强制拆除。而小产权房的法律困境也再次跃入社会的视野。主张合法化者有之，主张严厉禁止者有之。但显然，很多论者并没有对小产权房的违法情形进行具体深入地分析，而是采取了大而化之一刀切的做法。然而，面对占房地产市场20%多的小产权房，任何一刀切的解决办法，都是不负责任的，也是不现实甚至极其危险的。为了避免社会矛盾激化和造成资源浪费，小产权房的处理，必须在真正理解立法宗旨的基础上，深入分析其违法情节，采取一种尽可能缩小而非扩大打击面的审慎做法。所谓小产权房并不是法律上的概念，一般指在农村集体土地上由开发商或者当地村集体开发建设销售的房屋，有的当地乡镇政府颁发了自制的产权证，有的则没有任何权属证明。小产权房的违法性主要缘于土地管理法的43条和63条。根据这两条的规定，农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设。但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡(镇)村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。据此，有关部门多次强调，禁止在集体土地上开发建设及销售商品房。但是，具体的违法认定及其处理规则却始终并未出台。那么，是不是在农村集体土地上的商品房开发及销售都是违犯了土地管理法呢。非也！首先，在原建设用地上开发建设商品房的，不违反土

地管理法。土地管理法43条、63条，尽管语言稍有含糊，但其立法宗旨在于保护耕地，而不包括原属于建设用地的情形。理由在于：其一，按照43条的规定，建设用地使用集体土地，除法定情形外，应首先办理国家征收，这充分表明了该条的适用范围仅仅局限于农地而非建设用地。首先，土地管理法明确规定了征收补偿按照农业年产值的若干倍加以计算。在补偿标准上针对的是农用土地而非集体建设用地。其次，集体建设用地也很难适用征收规定，而应适用拆迁补偿的制度。征收与拆迁是两种不同的制度。征收的客体是土地所有权，补偿对象是村农民集体。拆迁补偿的客体是房屋所有权和土地使用权，补偿对象是房屋所有权人。对于其上有建筑物或者其他地上定着物的建设用地，在我国现有房地合一的制度背景下，土地价格已经被房屋价格吸收，按照征收规定进行补偿的做法，缺乏可操作性。所以，在适用范围上，43条也应排除建设用地的适用。其二，在不属于耕地保护的情况下，要求集体建设用地也必须经国家征收后出让给开发商方可从事商品房开发建设，剥夺了农民集体获取土地增值的权利，而这种剥夺缺乏任何正当性。其三，从违法处理的角度来说，对于农村非法开发建设的商品房予以拆除的处罚措施，根据土地管理法第73条、76条的规定，也只适用于擅自将农用地改为建设用地的情形。其四，现在很多地方已经明确制定了集体建设用地使用权的流转办法。如果说，土地管理法43条禁止的是集体建设用地，那么，现有的很多地方立法，将严重违反土地管理法。而之所以现有地方立法能够在获得国土资源部等有关部门的支持下明确肯定集体建设用地使用权的流转，显然，并非对土地管理法的公然违反，

而是适应社会经济的发展，将土地管理法的模糊之处加以阐明。所以，土地管理法43条规定必须征收方可开发商品房的土地本来就仅仅局限于农业用地，而非原有建设用地。对于农村集体利用原有建设用地，开发建设商品房，法律自无禁止的理由。当然，如果开发方欠缺必要的开发资格，违反了规划审批要求，有关部门可以依法对其进行处罚，但不能据此否定所建房屋本身产权的合法性。其次，对于原属于耕地，没有办理征收手续，但是依法办理村民集体宅基地使用手续，所建住宅部分供村民自居使用，部分销售的，也不违反土地管理法。因为，既然依法办理了宅基地批准使用手续，那么就等于承认了村民改变原土地用途的合法性。村民当然可以用这部分土地兴建房屋。而村民通过拆平房上楼房，将多盖出的房屋出售，不但为村民建房筹集了资金，而且提高了土地利用效率，增加了房屋供应，并无不法之处。而且，集体外成员购买的只是商品房，并不包含该建筑的宅基地使用权，宅基地使用权仍属于原集体成员共有，也就是说，一旦建筑物因不可抗力倒塌，集体成员之外的购买人并无权利在原有土地上重新建造，其权利范围仅仅局限于商品房空间本身，自无土地使用权的非法买卖问题。而购房者购买的房屋所有权，无论如何都是绝对的，断无所谓“小产权”存在之可能。再次，在违法占用耕地建设开发商品房，地方乡镇政府颁发产权证予以承认的情形，虽然开发者违法在先，但其后乡镇政府的发证行为意味着对这种耕地用途改变的追认，从而原有的违法此时变为合法。尽管实际上乡镇政府并不具备颁发产权证的权力，但是，作为基层政府机构，百姓有理由信赖其发证行为的合法性。对于行政相对人来说，基层

政府的行为同样是行政行为，一旦做出同样对政府具有约束力，政府单方面撤销将使政府的公信力荡然无存。从政府角度来说，乡镇政府在颁发产权证上的违法僭越，表明了政府内部管理的混乱，由此产生的后果当然应该由政府自身承担，断无政府违法，民众买单的道理。所以，乡镇政府的追认对于产权人来说，应该是合法有效的，上级政府必须予以尊重，而不能借口乡镇政府无权发证而予以否定。这是行政信赖原则的基本要求。并且，鉴于乡镇政府所发产权证形式上存在瑕疵，权利人可以要求上级政府补发正确的产权证书。如此，所谓的小产权房，实际上仅仅是指违法占用耕地建设开发商品房，并且没有获得任何政府部门颁发产权证的情形。除此以外的其他情形，并无不法。我们在处理过程中，务要详加审视，妥善解决。粗暴的采取大而化之乃至一刀切的处理方式，大量拆除已建成房屋，势必将激化社会矛盾，为和谐社会的建设投下阴影。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com