

我国专家辅助人资格认定、称谓定位、诉讼地位、意见定性及参与方式的争议与建议

□吴成亮

在我国现行法律法规中,并没有专家证人或专家辅助人这两个术语,最早类似于专家辅助人的说法是“具有专门知识的人”,即最高人民法院2002年4月1日起施行的《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十一条:“当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。”最早出现对专家辅助人一词的权威解释是在最高法院民事审判庭所编写《民事诉讼证据司法解释的理解与运用》一书中:“专家辅助人是指在科学、技术以及其他专业知识方面具有特殊的专门知识或经验的人员,根据当事人的聘请并经法院准许,出庭辅助当事人对诉争的案件事实多涉及的专门性问题进行说明或发表意见和评论的人。”

尽管最高法院将“具有专门知识的人”定位为专家辅助人而非专家证人,但是学界对其定位和称谓一直存在争议。此外,我国专家辅助人的诉讼地位如何、其发表的意见法律性质如何、参与诉讼或仲裁的阶段及方式如何、如何确定专家辅助人的专家资格等诸多问题,由于法律法規规定的缺失,法学理论界对此也未作深入探讨,导致司法实践中对专家证人与专家辅助人的认识模糊,处理方式不一。因此,为了使专家辅助人这一制度能够在诉讼或仲裁实务发挥其应有的作用,有必要对这些问题进行进一步的讨论。

一、英美法系与大陆法系的专家证人与专家辅助人制度的比较

1. 英美法系的专家证人制度。专家证人制度是英美法系较为成熟的诉讼制度之一。所谓专家证人,实际是证人的一种特殊形式,主要是为了凭借其自身解决案件中的专门问题,帮助当事人提高诉讼能力。(1)资格方面,采用宽松的要求,无论是否取得专业学历、职称、从业证书,只要能通过自身的专业知识解决诉讼中的专业性问题的即可被认定为专家;(2)选任方面,采用当事人自主选择为主,法院依职权聘任为辅;(3)诉讼地位方面,具有独立的诉讼地位,是证人的一种特殊形式,其所发表的言论与证人证言的效力相同,只不过不适用普通证人证言的一般规则,而拥有一套独特的采信规则。

2. 大陆法系的专家辅助人制度。专家辅助人制度产生的基础是职权主义模式对当事人主义模式的吸收和融合。因此,只能产生于大陆法系国家,是大陆法系鉴定制度的一种有效补充,与英美法系的专家证人不同。在意大利民事诉讼法中将其称为“技术顾问”,在日本民事诉讼法中,专家辅助人的身份被视为是诉讼辅助人,其认为“有专门知识的人”在诉讼中的地位仅仅是辅助当事人进行诉讼,其发表的意见不是证据,不具备证据能力。诉讼辅助人是指“随同当事人或诉讼代理人在期日中一起出庭,并对当事人和诉讼代理人陈述予以补充的人

员”,也称诉讼辅佐人。
二、我国专家辅助人制度产生的背景
无论英美法系的专家证人制度,还是大陆法系的专家辅助人制度,其产生的根源、背景和目的都是谋求和依靠第三方专业人士对鉴定意见的审查来提高案件审判质量。

同样,我国专家辅助人制度是司法鉴定意见在诉讼地位中的重要性与现实中的不可靠性矛盾的必然结果。一方面,司法鉴定意见是对诉讼中的专门性问题的答疑解惑,在诉讼证据中占据重要核心地位,甚至直接影响裁判结果,故被称为“证据之王”;另一方面,鉴定意见的准确性与可靠性却并没有对得起“证据之王”的美誉,表现在鉴定人员专业性并不像大家想象的那么强、错误鉴定、利益鉴定、重新鉴定等问题的不断发生,导致案件错误的裁决,从而引发鉴定意见在当事人、法官、仲裁员心目中大打折扣,甚至造成当事人投诉、上访、闹事,破坏了鉴定机构的社会形象。在这种情形下,寻找对抗鉴定意见的制度,即专家证人或专家辅助人制度就应运而生。立法者意图通过这些“具有专门知识的人”填补鉴定人制度的缺陷,实践中没有专家证人或专家辅助人出庭,将会对鉴定意见无法形成专业的质证、辩论和对抗。

对专家辅助人资格认定,称谓定位、诉讼地位、意见定性、参与方式的争议与建议

1. 专家辅助人资格的认定。英美法系倾向于从广义上理解专家的含义,即不一定需要专业的教育背景亦或持有相关的专业资格证书,在实践经验中获得特别或专有知识、能够以自身专业知识对法院作出审判有帮助的人就被视为专家。而大陆法系采用资格上的严格限制主义,强调专家除了要有专业知识还必须接受过专业教育或获得过相关的专业资格证书。

什么是专家?对这一问题没有标准答案。传统语义上的专家应当是学术权威,但学术权威是以职称学历来评价,还是以研究成果数量来考评。如何认定是某一特定领域的专家?“让鱼类专家去鉴定老虎脚印真伪事件的发生并不奇怪”。认定作为专家辅助人的法定程序是什么?既然法院有权同意聘请专家辅助人,资质的考评就要有标准。专家辅助人的资质审查应当是由法庭审查决定,还是

通过庭审质证程序来决定。现在许多法院许可的专家辅助人,首先要出示鉴定人证书或者是相关的执业证书,如医师证、造价师证、工程师证等。实践中当事人为了确保专家辅助人适格,往往多选择名气较大的教授、鉴定人等。

2. 专家辅助人的称谓定位。事实上,我国的专家辅助人承担了两个角色:一是就专门性问题接受询问的专业人员,这实质上是鉴定人的补充。他们出庭接受询问,也与鉴定人出庭接受质证类似,这一点更符合证人的特点;二是辅助当事人或诉讼代理人进行质证和辩论,通过自己的专业能力发现鉴定意见中的专业问题,并予以反驳,这一点更符合辅助人的角色。按照我国《民事诉讼法》规定所体现的旨意,“有专门知识的人”分为两种类型,即发挥第一种作用的“专家辅助人”和发生第二种作用的“专家证人”。前者的证明对象是鉴定人提供的鉴定意见在证明某一专业性待证事实时是否存在瑕疵以及存在何种瑕疵,而后的证明对象则是将某一专业问题作为待证事实。这两种类型架构下“有专门知识的人”在出庭方式、权利义务、证明方式、证据效力等方面存在明显不同。所以,学界有的将专家辅助人定位为专家证人,有的定位为诉讼辅佐人或专家辅助人,有的按发挥作用不同将专家辅助人的地位一分为二,即:对于只出庭说明情况接受询问的专业人员称之为专家证人;对于代表一方当事人发表意见参与质证的人称之为专家辅助人。

3. 专家辅助人的诉讼地位。所谓诉讼地位,是参与诉讼的各方在诉讼法律关系中所处的位置。我国民事诉讼法理论将参与诉讼的主体分为人民法院、人民检察院、诉讼参与人和其他诉讼参与人,其中诉讼参与人包含当事人和诉讼代理人,其他诉讼参与人包括证人、鉴定人、翻译人员和勘验人员。相应的,法庭上的座席安排有原告席、被告席、诉讼代理人席、证人席、旁听席。地位决定座位,诉讼地位决定法庭上的席位安排,也决定发表意见的属性和作用。目前,法律法规没有对专家辅助人在民事诉讼中的诉讼地位作出明确规定,导致了理论界和司法实践中出现各种冲突与矛盾。实践中出现如下不同情形:(1)视为代理人或律师特聘的专业辅助助理,认为专家辅助人的发言属于质证或辩论,规定只有进入质证或法庭辩论时才可以发言。

(2)视为当事人申请出庭的证人,在开庭时回避,只有涉及到相关问题时才出庭,用以证明某些专业问题的答案。(3)视为鉴定人,不能发问只能回答。

由于法律没有明确说明专业人士的法律身份是诉讼参与人中的哪一类,身份不明导致参与诉讼的权利义务不明确。笔者认为,从在庭审中进行陈述、质证和辩论以及当事人单方申请和聘请的角度来看,将其视为律师或当事人的专业辅助人,倒比较符合其特点。

4. 专家辅助人的参与方式。关于专家辅助人参与诉讼的方式,法律仅规定可由当事人申请并经法院同意。至于当事人申请的时间、申请的方式以及专家辅助人在庭审程序的参与实践和阶段等都没有明确规定。专家辅助人参诉方式以及程序的不完善,必然会降低该制度的效果。

专家辅助人的作用应当包括:就专业问题进行解答,即就案件中涉及到的专业问题,依据专家辅助人的学识和经验,回答法官或仲裁员及当事人的提问;就专业问题展开辩论,即让各方专家辅助人同时出庭,就冲突的问题各自提出支持自己的理由和依据或者反驳对方意见理由和依据;就鉴定意见进行质证,即通过聘请专家辅助人参与质证,发现鉴定过程中存在的错误,以达到推翻鉴定结论或申请重新鉴定的目的。

综上笔者认为,只要当事人或代理律师认为案涉问题具有专业性,需要专门知识的入辅助,就可以申请专家辅助人出庭。其职能或作用相当于代理人辅助人或证人,其参与阶段源自当事人授权。该申请可以在庭审的过程中随时提出,法律不应该有所限制。为了方便专家辅助人全程聆听法庭审判并与委托人交流,法庭无需特别设置席位,可以与委托人及诉讼代理人共同列席。

5. 专家辅助人意见的定性和采信。从我国主流观点对专家辅助人的定位来看,专家辅助人不是证人,专家辅助人所陈述的意见则不属于证人证言;从我国法学理论与实践认可的鉴定意见形式来看,专家辅助人所陈述的意见也不能属于鉴定意见。专家辅助人既非鉴定人,亦非证人,其所做出的陈述自然不是鉴定意见、证人证言,也未被《民事诉讼法》纳入法定证据的种类之中。如果将专家辅助人视为律师或当事人的专业辅助人,其发表的言论只能是当事人陈述、质

证或辩论意见。2015年最高人民法院出台《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百二十二条规定:“具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见,视为当事人的陈述。”

各地法院以及仲裁机构对专家辅助人制度的适用把握不一,对专家辅助人的意见如何采信缺乏依据,特别是当事人自行委托第三方的分析意见与鉴定机构分析意见不一致时,如何判断相关内容的准确性更是缺乏专业判断以及缺乏判断的程序和依据。如果将专家辅助人视为律师或当事人的专业辅助人。如此一来,其发表的言论只能是辩论意见,对待证事实的判断并不像鉴定意见那样具备证据的证明力。鉴定意见属于法定证据,而专家辅助人仅仅是当事人陈述,那么两者的地位则显而易见。正如某位学者所言,“一方当事人聘请的鉴定人所作的鉴定结论是证据,而另一方当事人聘请的诉讼辅助人发表的看法则是不能作为证据的意见,以意见对抗证据,如同用长矛对步枪,不需开战就可分出高低输赢”。

另有不少学者认为,专家辅助人作证在性质上应为意见证据的一种。从法理上讲,将专家辅助人的意见“视为当事人的陈述”这一观点规定存在不妥之处,因为在现有法定证据种类中已经有“当事人的陈述”,而“当事人的陈述”这一证据主要涉及的是对案件具体事实的表述,涉及具体的时间、人物、行为、事件、环境等,并且,当事人一般亲身经历了事实发生的部分过程或全部过程,故这种证据属于表述性或描述性证据;而专家辅助人所提供的专业意见系利用专业知识、经验、技能等对专业问题进行证明,故其提供的专业意见,涉及抽象性事实而不涉及具体事实,这种证据属于意见证据,在性质上与鉴定人提供的鉴定意见并无不同。

笔者认为,对于专家辅助人的意见,无论性质上是什么,法官或仲裁员不论是否采信,都应当在判决书或裁决书中说明理由,尤其是不予采信意见不能简单的以“不予采信”而一言带过。

作者单位:上海至合律师事务所

新冠疫情下施工企业工期与费用索赔指南

□葛婷婷

(上接5月19日3版)在《新冠疫情下施工企业工期与费用索赔指南|上篇》中,我们介绍了新冠疫情的法律性质、适用的法律原则以及工期延误与费用损失的分担规则,下篇将对疫情期间施工企业如何采取有针对性的应对措施、复工后注意事项进行解析,并附最高法院、国家部委和江浙沪地区建筑施工行业的相关疫情防控政策。

三、疫情期间施工企业的应对措施

(一)严格遵守承包人所住所在地以及项目所在地疫情防控部门所发布的复工、复产通知的规定。

地方政府发布的管控措施是依照《传染病防治法》《突发事件应对法》《突发公共卫生事件应急条例》而采取的紧急防控措施。若不遵守,会面临行政处罚,甚至承担刑事责任。

(二)及时履行通知义务并做好证据保全工作。

1.及时向发包人和监理人发送工期顺延通知。根据《民法典》第五百九十条规定,因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,应当在合理期限内提供证明。当事人迟延履行后发生不可抗力,不免除其违约责任。《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)第17.2条也要求立即通知发包人和监理人,书面说明不可抗力受阻碍的详细情况,并提供必要的证明。因此,建议贵司根据施工合同的约定及时向发包人和监理人发送工期顺延的书面通知。

2.及时向发包人及监理人提交索赔意向通知书。《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)通用条款第19.1条约定,承包人应在知道或应当知道索赔事件发生后28天内,向监理人递交索赔意向通知书,并说明发生索赔事件的事由;承包人未在前述28天内发出索赔意向通知书的,丧失要求追加付款和(或)延长工期的权利。索赔事件具有持续影响的,承包人应按合理时间间隔继续递交延续索赔通知,说明持续影响的实际情况和记录,列出累计的追加付款金额和(或)工期延长天数。因本次新冠疫情无法预见,“知道或应当知道”之时应为各地政府部门发出延期开工的官方通知之日。

3.留意通知方式及送达凭证。承包人通知既是对索赔事实的固定,也是索赔的程序性要求,因此,承包人应当重视通知方式并留存通知的证据。

(1)通知方式:应采用合同约定的方式。如约定快递通知,建议采用邮政EMS,完整填写邮寄单据上面的各项内容,尤其是在邮寄单据上写明邮寄的文件名称。

(2)送达凭证:保存好EMS回单(加盖公章),邮寄三天后(受疫情影响,可能会延迟)至邮政官网查询并打印送达情况。

(3)送达地址:除合同约定的地址外,建议向发包人、监理人公司注册地、实际办公地点同时邮寄。

(4)收件人:若施工合同上有联系人和电话,按照施工合同约定或者法定代表人作为联系人。

(5)其他通知方式:除了合同约定的方式外,可将书面函件以邮件、彩信、微信等方式发送发包人项目部上日常联络人员,并截屏保留证据。值得注意的是,电子数据一般都要出示原始载体,建议每个项目部统一以一部手机发送前述文件,并保存好手机。

(6)发送时间:建议尽快发送,不得迟于合同约定的索赔期限。

4.全面留存索赔证据。承包人与发包人协商确定相关损失是最佳方案,但不管是协商还是索赔,承包人都需要提供完整的索赔证据,需要搜集的证据如下:

(1)工期相关证据
如国务院和相关部委、地方政府、地方住建部门或卫生行政部门发布的关于

停工、开工、复工文件,与新冠疫情有关的新闻报道等证据。

(2)费用相关证据
①防疫费用相关证据:如防疫物资采购计划申请单、确认单、发票、转账单等。防疫物资使用和发放记录、影像资料。宣传、警示等其他防疫管理的费用申请单、确认单、发票,复工防疫方案等。

②人工费相关证据:新冠疫情期间(包括停工时间)每日的看护人员数量确认单(或批准文件等)、停工期间每日的待工(隔离)人员数量确认单。承包公司向工人支付被隔离观察期间的工资等相关证据。

③停工损失相关证据:延迟复工期间现场机械设备的租赁或折旧费用证据。

④价格波动损失:新冠疫情造成的工人工资上涨、建筑材料价格上涨和为防控此次新冠疫情额外支出的费用等证据。收集上海市建筑建材业市场管理总站发布的造价信息、钢筋、商品砼、人工的价格波动情况。

⑤损失与新冠疫情之间具有因果关系的证据。结合发包人已经批准的施工组织设计和施工进度计划等文件,搜集政府相关部门要求部分铁路或长途客运车辆停运的证明。政府相关部门要求工人返回工地后按照有关要求自行居家隔离不少于14天,到期无发病症状后方可进入施工现场的文件。医院、社区等出具的承包人或文件要求对工人进行了隔离观察的证明材料。政府相关部门要求承包人为控制新冠疫情增加工人体检、体温测量、环境消毒、通风换气等文件,其他相关证据等。

(三)采取措施以防止损失扩大。
根据《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)通用条款第17.3.2条的约定,不可抗力发生后,承包入应积极作为采取措施合理安排调度工人,照管工地现场,积极协调材料设备供应商,为尽快复工做好准备,尽最大力量防止损失扩大。承包人在新冠疫情发生后没有采取有效措施,没有尽到合理义务导致损失扩大的,应对扩大的损失承担责任。

四、复工后的项目管控注意事项

本轮新冠疫情影响深远,是否会反复尚不确定,势必给施工过程造成影响,疫情防控期间,承包人应注意项目过程管控,防范法律风险。主要关注以下几个方

面:

1.按照主管部门要求制定复工复产方案,明确防疫物资管理、人员管理方式,并取得发包人确认;

2.甲供材料无及时到场,影响工程施工的,应及时书面通知发包人,告知其该情形会产生工期延误、停工损失等后果;

3.甲方指定品牌的材料供应市场出现无法供货或者条件发生重大变化的情形,将客观情况及时书面告知发包人;

4.发包人直接发包的专业分包单位受新冠疫情影响无法正常施工,影响总包单位履行总包管理职责的;

5.劳务分包单位提出因新冠疫情影响额外费用的索赔;

6.隐蔽工程验收等过程性验收以及竣工验收无法及时开展的;

7.若受新冠疫情影响持续停工,严重影响承包人利益的,超过一定期限(建设工程合同示范文本第17.4条约定连续超过84天或累计超过140天,具体以合同约定或者具体情况而定),承包入可根据具体情况分析,及时判断是否解除建设工程施工合同。

本文内容仅针对上海、江苏、浙江的防疫政策及常用的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)进行分析。因项目个体情况差异,需要根据施工合同的具体约定及履行情况进行个案分析和判断。作者单位:北京市隆安律师事务所上海分所

城市更新若干法律实务问题的初探

□陈会军

中国城市化自2002年住房商品化改革至今已渐入存量更新新时代。目前,城市更新正处在“冰火两重天”的奇观:一方面城市更新的业务如火如荼,另一方面城市更新的政策与立法却是摸着石头过河。鉴于此,笔者根据自身律师执业的经历与观察,希望在归纳城市化建设的简史与趋势以及城市更新产业政策特点的基础上,归纳出城市更新所面临的主要法律风险,并为地方政府和开发商提出相应的原则性意见和建议。

一、城市更新的时代背景

1. 城市化建设的历史成绩与成因。
我国用从2002年住房商品化改革迄今20年的时间走完英国200年和美国100年的城市化历程,极大改善全体国民的生产生活环境。我国城市化成绩斐然的主要原因有二:

其一,制度方面的市场化改革,尤其是在行政执法和司法实践中,长期默许挂靠、转包和层层分包等外部交易方式的存在。产权清晰和分工分明的外部交易方式极大地调动了包括工人在内的各类市场主体的积极性,迅速促进了建筑的繁荣。

其二,劳动力方面的充足与廉价,尤其是上亿的农民工的牺牲与付出。上亿农民工不但承受着高危的就业环境,还承受着“月领生活费、年末才结清”的海量垫资甚至逃薪风险,迅速为建筑施工和开发行业提供巨额的原始资本积累(需要特别强调的是,是为城市化作出最大垫资量而不是承包商,也不是开发商或投资商,而是产业链上没有任何话语权的农民工群体)。

2. 建筑施工与开发行业的路径与趋势。

在短短20年城市化进程中,建筑施工与开发行业大致经历“前10年的快速上扬,后10年的动荡调整”两个阶段。其中,2002年至2011年大拆大建,建筑施工与开发行业成为国民经济支柱产业,且市场尤其是房地产开发市场以民营的承包商和开发商为准。2012年至2022年遭遇剧烈动荡且行业集中度明显增强:2012年至2019年,形成民营承包商被弱化甚至被淘汰而国有承包商主导总包市场的格局,自2020年迄今又迎来民营开发商的淘汰潮。

笔者对建筑施工与开发行业趋势的预测如下:

其一,无论是施工行业盛行的挂靠和转包等外部交易方式还是开发端的违规拿地、建设和销售都将被进一步被打压,势必降低整个产业链的交易效率而推高其交易的制度性成本。

其二,劳动力绝对下降(即总人口下降)和相对不足(即愿意从事建筑施工的劳动力下降)势必推高建筑业用工成本。

其三,行业集中度将进一步强化,且将遵循着“民营承包商->民营开发商->国有承包商->国有开发商->地方政府”路径进行淘汰与调整,最终迫使国民经济转型升级。其中,到2025年左右,将形成国有承包商和国有开发商全面主导建筑施工与开发市场的格局且进入国有承包商的淘汰期。

二、城市更新的产业政策特点

根据现有城市更新的中央政策文件精神,城市更新与增量时代的房地产开发相比存在至少如下产业政策特点:

1. 收益低。
由于强调公益性原则,新建可售房屋面积被严格控制(“四控三保留”原则),投资收益低。

2. 成本高。
囿于改造区域为补偿对象密集的老旧小区、老旧厂区、老旧街区 and 城中村(以下简称“三区一村”)且要求就近安置,改造涉及的建设内容多且标准高,既有燃气、电力、排水、供热甚至防洪排涝等配套设施,还有养老、托育、停车、便民和充电桩等公共空间优化升级;既要满足一般生产生活需要和最新环保(如建筑节能)等政策要求,还要确保符合历史文化传承要求,这些内容和要求势必推高建安成本。

3. 生命周期长。

与增量时代的房地产开发短平快相比,存量时代的城市更新立项、建设和运营的周期则更长:由于强调公众参与的“共治共享”原则(如启动拆建和成套改造的人数与专用面积均不低于95%,建成后的就近就地安置要求),立项和拆迁安置将面临更为激烈和漫长的博弈,缩约周期更长;由于改造内容庞杂且标准高,建设周期更长;由于盈利点的多元化甚至不足以短平快的房屋销售为主,投资回报周期更长。

4. 政策与法律预期性差。

现有制度主要为增量时代以一、二土地开发为核心的新增建设而设计,不能适应存量年代以提质增效为核心的城市更新的需求,亟需相应的调整。目前,城市更新仍处在自下而上的“摸着石头过河”的试点探索阶段,尚缺乏系统性的顶层制度设计,势必面临着政策法规不断调整的风险。

三、城市更新的主要法律风险

如上所述,城市更新既面临着建筑施工与开发行业新常态的问题,还面临

着内容差、周期长、收益低、成本高和法治预期差的产业政策特点,在实践中主要常见法律问题至少如下:

1. 项目规划定位的法律风险。

由于制度性公益的要求,城市更新项目规划面临着项目性质定位和经济可行性评估难题;具体项目究竟是纯商业项目还是商业为主而公益为辅(财政补贴、税收优惠)抑或是纯公益项目,在控制地方政府隐性债务风险的前提下如何实现公益性和商业性的平衡尤其是解决公益性内容更新所需资金缺口?

与增量时代的房地产开发不同,城市更新项目综合土地出让、规划设计、房产开发、居住公共空间修复与优化、基础设施设施修复与优化以及物业管理等各环节盈亏不均,甚至是项目整体的建设成本高于收益。这是诸多城市更新项目陷入停滞甚至烂尾的主要原因。

1. 向政府提出的意见和建议。
其一,城市更新计划应符合自身城市发展实际情况,切不可贪功冒进。

其二,城市更新的项目应当在严谨经济可行性论证基础上被准确定性,尤其是要着力解决公益性内容更新性的资金缺口。

其三,城市更新的项目应当坚持高门槛和全过程的引进与监管原则,既要杜绝“未批先拆先建”等低门槛的市场准入,也要避免“只管进,不管出”尤其是销售资金被开发商挪用等过程介入的监管盲区。

其四,城市更新的项目应当坚持全过程监管的法治化和专业化原则,严格遵循现有法律规定,并吸纳各方面专业意见。

2. 向开发商提出的意见和建议。
其一,准确定位城市更新项目“内容杂、周期长、收益低、风险高”的属性,而非无需支付征地拆迁补偿费用和土地出让金的暴利项目。

其二,充分评估城市更新项目的各个环节的收益和成本尤其是制度性成本平衡方案。

其三,充分评估城市更新项目的盈利模式及其存在的法律风险,尤其是一、二级开发“两步并一步”和低门槛违法建设(如“未批先拆先建”等)所带来的法律和市场的风险(如行政执法处罚风险、销售变现风险)。

其四,充分吸纳包括专业工程师在内的专业人士参与城市更新项目的全过程,以期实现“价值量化、风险可控”的稳健管理。作者单位:北京市盈科(苏州)律师事务所律师

在实际操作中,很多地方“三旧一村”改造被冠以城市更新立项但实际上却是大量的协议出让和定向招拍挂甚至是“未批先拆先建”等违法拆迁建设,为项目陷入停滞甚至城市建设的场方式暴露埋下合规隐患。一旦出现停滞或烂尾,城市更新项目因建设用地产权和建设的合法性障碍而往往很难通过正常的市场化手段实现流转。

西安、石家庄和广州等城市的“三旧一村”改造出现场方式烂尾及其衍生群体事件已足以证明低门槛城市更新路径的经济与法律的双重高毒性。

4. 拆迁补偿的法律风险。
由于更强调公众参与的“共治共享”原则以及人口密度更大等因素,城市更新项目的拆迁补偿将面临更为激烈的博弈及其由此带来的更多不确定性法律风险。