# 辩论意见

案号（2018）湘01行初244 号

**尊敬的审判员、书记员**：

第一轮辩论意见：

原告经过今天的庭审，并在查阅全案的证据材料和相关法律依据后，针对本案的事实部分发表如下辩论意见，供法庭参考：

原告认为本案的争议焦点如下：

1. 涉案的征收决定是否合法有效
2. 被告在征收补偿决定中声称原告的房屋处于房屋征收范围之内，原告认为没有事实依据！

房屋征收范围是一个法律问题，也是一个事实问题。房屋征收范围应当根据建设项目立项批复、建设规划许可、国有土地使用权证明和建设工程许可所确定的范围进行划定。这四个文件如果有一个违法，征收决定就不具有合法性，因此只有在这四个文件的合法性被确认之后，才存在对房屋征收补偿方案的合法性进行审查的问题。鉴于被告没有当庭提供作出征收决定的相关法律证据及证据原件，原告认为，征收决定的合法性存疑；生效的房屋征收决定是作出征收补偿决定的前提条件之一。作为前置要件的生效房屋征收决定本身亦不能有“明显、重大”的违法之处。

1. 关于被告提供的高院判决书：

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的司法解释第70条规定：人民法院在审理行政案件中,如果发现生效的裁判文书和裁决文书认定的事实存在重大问题,一般都采取中止该案的审理,通过审判监督程序纠正生效的判决、裁定的错误,再恢复该案的审理。

鉴于原告在举证阶段提供的证据，原告要求法院中止本案的审理！

从法理上讲，作为证据的人民法院生效裁判文书相对于本诉案件来说应属传来证据的范畴，之所以赋予人民法院生效裁判所确认的事实具有较强证明力，其理论基础来源于人民法院生效裁判的既判力理论，即生效的裁判不可随意撤销或者改变，当事人对裁判的内容不可再争议，法院也受其约束。此外，人民法院生效裁判所确认的事实之所以属免证事实，还因为该事实是已经在审判程序中得到过证明和审查确认的，承认人民法院生效裁判的预决效力，可以避免对已为生效裁判所认定的事实再次进行证明。简言之，法律赋予人民法院生效裁判所确认事实的免证效力，是出于稳定性和经济性考虑。然而，由于人民法院生效裁判所确认的事实是来源于特定案件、特定证据环境，且案件当事人诉讼能力有强弱，决定了人民法院生效裁判所确认的事实是相对的客观真实，故不具有绝对的效力，否则会一错再错，对本诉讼案件的当事人是不公平的，因为本诉讼案件的当事人不一定参与了前诉的诉讼过程。此外，赋予人民法院生效裁判的既判力的价值主要在于维护人民法院通过行使司法权所最终确认或确定的法律关系的稳定性，而非维护裁判所确认的事实本身，故原告认为，如果我们能够举出相反、充分的证据来证明判决所确认的事实缺乏根据，那么被告开福区政府就应提出其他有力的证据来支持其所主张的判决所确认的事实，否则就应该承担举证不能及败诉的后果。

1. 确定原告被征收房屋的房地产价格的评估机构的选定结果的公证书是否真实、合法有效？
2. 根据原告在举证阶段的证据显示，公证员彭青在公证时点已不具备公证员资质

公证书陈述其公证类型是现场监督，根据《公证程序规则》第五十二条之规定：公证机构办理招标投标、拍卖、开奖等现场监督类公证，应当由二人共同办理。经调查，公证员彭青未通过2015年与2016年的湖南省公证员年度考核；直接违反《湖南省公证员执业年度考核办法》与《长沙市公证执业管理办法》（长司发〔2015〕41号），同时直接违反中华人民共和国司法部制定的《公证员考核任职工作实施办法》。我们不禁要问：仅凭长沙星城公证处开具的”我处退休职工彭青于2015年4月20日至2016年5月31日在我处执业的“证明函，是否就可以认定彭青在执业期间可以出具涉案公证书？

如果可以，《湖南省公证员执业年度考核办法》是否仅是一纸空文？公证员执业年度考核的意义何在？

长沙星城公证处直接无视司法部制定的《公证员考核任职工作实施办法》，是谁给他们的胆量和勇气？

1. 公证书出具的时点存疑

根据（2016）湘长星证民字第2369号公证书陈述，本次投票涉及被征收户1664户，经开箱验票，总共回收票数1377票，其中有效票1280张，无效票97票。按照每张投票需30秒的验票时间计算，1377票总共需要41310秒，通过换算，总共需要11.475小时.即便公证员从2016年4月22日早上9点开始不吃不喝不休息的验票，那么直至整个验票结束时，已经到了晚上8点，怎么可能于当天就出具公证书？难道长沙星城公证处的公章是公证员随身携带？

1. 公证书中内容存在严重瑕疵

长沙星城公证处分别于2016年4月22日及2016年5月5日作出的（2016）湘长星证民字第2369号及2869号公证书并未对投票器具是否密封、申请人资格是否真实、有效等加以注明；存在严重瑕疵内容的公证书是否仍然有效？

1. 涉案的征收补偿决定在下达之前，依法应该给予的各项目补偿之金额、保障住房、产权调换房屋以及周转用房是否已经确定并到位。
2. 原告已经在举证环节举证证明，原告的房屋从2007年开始一直属于经营性用房，被告对被征收房屋的建筑面积、结构、用途等事实调查错误，补偿决定不具备合法性！

《国务院办公厅关于认真做好城镇房屋拆迁工作维护社会稳定的紧急通知》四第二款规定：“对拆迁范围内产权性质为住宅，但已依法取得营业执照经营性用房的补偿，各地可根据其经营情况、经营年限及纳税等实际情况给予适当补偿……”因此，对于已经依法取得营业执照的“住改非”房屋，结合其经营情况、经营年限、纳税情况等给予适当补偿。

1. 国务院590号令第二十一条、长沙市国有土地上房屋征收与补偿实施办法第三十一条明文规定：被征收人可以选择货币补偿，也可以选择房屋产权调换！

由此可见，法律法规已经赋予了被征收人一系列程序救济权利。但在本案中，被告却单方面提供货币补偿方式，违背了国务院590号令及长沙市116号令的相关规定。被告在制定“强制限期选择补偿方式，逾期单方推定”补偿方式的同时剥夺了原告不服产权调换方案时行使救济的权利。

而如果被征收人不能选择补偿方式，被征收人无疑等于被变相剥夺了的程序救济权，进而使得补偿决定本身失去合法性基础。

1. 被告未将被征收房屋产权面积以外的部分纳入征收补偿决定！

被告在征收补偿方案及征收补偿决定中认定：征收工作实施过程中，经调查核实，被征收房屋实际建筑面积132.8平米，产权登记建筑面积122.3平方米，上诉房屋除产权登记面积以外的建筑面积没有办理相关审判或许可，故不予补偿。

原告再次强调并提醒法庭注意：2007年10月28日，第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会通过《中华人民共和国城乡规划法》，共7章70条，自2008年1月1日起施行。而原告的房屋是1993年11月6日经过合法登记，办理的私有房屋权属证明。

根据法不溯及既往的原则，长沙市城乡规划局开福区分局无权依据《中华人民共和国城乡规划法》第四十条第一款认定孙建芳建（构）筑物除了产权登记载明的产权面积以外的建构物为违章建筑。“法不溯及既往”是一项基本的法治原则。通俗地讲，就是不能用今天的法律和规定去约束昨天的行为。

而被告未将被征收房屋产权面积以外的应当合法补偿面积部分纳入征收补偿决定，使得征收补偿决定本身的合法性再次受到质疑。

需要特别指出的，国务院590号令第十七条规定的“被征收房屋价值的补偿”，不仅包括房屋主体的价值，还应包括房屋的装饰装修、附属设施以及未登记建筑价值。因此，政府在下达征收补偿决定书前，不仅要确定房屋主体的具体补偿数额，对房屋装饰装修、附属设施以及未登记建筑 也必须确定具体的补偿数额。另外，保障住房、用于产权调换房屋也必须是具体明确的。否则，政府不得作出征收补偿决定。

而被告提供的被征收房屋装饰装修价值补偿权利义务告知书及其送达回证的送达见证人签名及日期一栏为空白！显然无法证明被告已经将房屋装饰装修价值补偿权利义务告知书送达给本人，从而也就无法确定原告房屋装饰装修的具体的补偿数额。

综上，原告认为涉案的征收补偿决定在下达之前，被告开福区人民政府未按法定程序送达征收补偿方案，亦未能确定依法应该给予的各项目补偿之金额，事实清楚、证据确凿。属于程序违法；恳请法院依法撤销被告开福区人民政府作出的房屋征收补偿决定（开政征补字（2017）117号)并作出公正裁判。

本次辩论意见以庭审录音录像为准！

此致

长沙市中级人民法院

答辩人 孙建芳

2018年11月13日