



烟台大学《三元法学文丛》

# 违法建筑的私法问题研究

王洪平 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



烟台大学《三元法学文丛》

- ◆ 本书系国家社科基金青年项目《公私法交融视域下的违法建筑问题研究》  
(课题号: 13CFX067) 的阶段性成果。

# 违法建筑的私法问题研究

王洪平 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

违法建筑的私法问题研究 / 王洪平著. —北京:  
法律出版社, 2014  
(三元法学文丛)  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6780 - 3

I. ①违… II. ①王… III. ①城市规划法—私法—研  
究—中国 IV. ①D922.297.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 191347 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 徐蕊	装帧设计 / 凌点工作室
出版 / 法律出版社	编辑统筹 / 法律教育出版分社
总发行 / 中国法律图书有限公司	经销 / 新华书店
印刷 / 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司	责任印制 / 沙磊
开本 / 720 毫米 × 960 毫米 1/16	印张 / 10.5 字数 / 150 千
版本 / 2014 年 7 月第 1 版	印次 / 2014 年 7 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)	销售热线 / 010 - 63939792/9779
电子邮件 / info@lawpress.com.cn	咨询电话 / 010 - 63939796
网址 / www.lawpress.com.cn	
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	西安分公司 / 029 - 85388843
上海公司 / 021 - 62071010/1636	北京分公司 / 010 - 62534456
	重庆公司 / 023 - 65382816/2908
	深圳公司 / 0755 - 83072995
书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6780 - 3	定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 编委会

主任 郭明瑞 房绍坤

委员 (以姓氏笔画为序)

亓健生 汤 唯 杨立新

汪建成 宋振武 张平华

范李瑛 金福海 房绍坤

郭明瑞 唐广良 潘维大

秘书长 刘经靖 徐 蕊

## 《三元法学文丛》总序

为拥有自己的文库,打造学术品牌,在法律出版社的鼎力支持下,烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名?盖因烟大校园中心有一湖,名曰“三元湖”。“三元”者含义有三:一者古有连中三元之说;二者烟大为地方出资,北大、清华援建而成;三者湖面一分为三。三元湖中,三个圆形湖面,心心相连;湖心有岛,湖上横跨小桥,四周翠柳环绕。春来鸟语花香,闲观鱼翔浅底;冬去冰雪沉卧,平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声,徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风,感受到的是远离尘嚣的寂静,读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中,始建于1984年的烟大法学专业,已走过了30个年头。三十年间,在杨春洗、杨殿升、郭明瑞、汪建成、房绍坤、汤唯、金福海等为代表的烟大法律人的共同努力下,烟大法学已形成了“教研并重、严谨扎实、和谐诚信”的优良传统,整体水平省内领先、部分学科在全国有较大影响力,成为中国法学教育和研究的一方重镇。

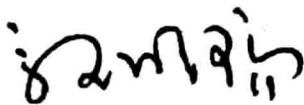
三十年间,三元湖见证了烟大法学的风雨历程,分享着烟大法律人的喜悦和失意;见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人,送走了一批批朝气蓬勃的学子;见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼,期待着法学院的日新月异。变幻的是时空,但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证!

## 2 《三元法学文丛》总序

三元湖懂得感恩,三元湖水或涌于地下,或来自天上,涓涓溪流滋养着她、滂沱大雨浇灌着她,三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑,记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达,他们的进步凝聚着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字,藉此公告世人、报恩于世人?

三元湖是俊秀的,但她懂得领略东门外一望无际的黄海;三元湖是安静的,但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉,不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标,它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了国内及台湾地区十余名学者组成编委会,掌管文丛方略大计;我们将以质量为文丛之生命,以学术性为追求指标,坚持宁缺毋滥的原则;我们期望烟大法律人(文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师,烟大法学院的校友等)能在这一舞台上自信地展示自己,哪怕所展示的还不值得称道;真诚地奉献自己,哪怕所奉献的成果还显青涩;要勇敢地在舞台上走下去,哪怕不知道路在何方。



2013年8月

# 目 录

绪论:选题的问题意识 .....	( 1 )
第 1 章 违法建筑的界定问题 .....	( 5 )
1.1 用语问题:“违法建筑”抑或“违章建筑” .....	( 5 )
1.2 属性问题:“公法概念”抑或“私法概念” .....	( 8 )
1.3 违法建筑的定义 .....	( 9 )
1.4 违法建筑的类型 .....	( 16 )
第 2 章 违法建筑的归属问题 .....	( 30 )
2.1 引论:违建之上存在所有权吗 .....	( 30 )
2.2 否认之一:因“不能登记”就不能取得所有权吗 .....	( 33 )
2.3 否认之二:“违法财物”之上不能成立所有权吗 .....	( 35 )
2.4 否认之三:对违建只给予“占有保护”就足够吗 .....	( 42 )
2.5 否认之四:违建所有权是一种“动产所有权”吗 .....	( 46 )
2.6 否认之五:违建所有权是一种“不完全产权”吗 .....	( 48 )
2.7 否认之六:违建之上存在的是“第三种权利”吗 .....	( 57 )
2.8 否认之七:违建所有权违反“物权法定原则”吗 .....	( 60 )
2.9 否认之八:违建所有权与公法之管制意旨冲突吗 .....	( 66 )
2.10 肯定观点之证立:确认违建所有权之法律正当性 .....	( 68 )
2.11 小结:建造人原始取得所有权 .....	( 79 )

## 2 目 录

<b>第3章 违法建筑的处分问题</b> .....	( 82 )
3.1 引论:违建所有权的处分权能 .....	( 82 )
3.2 基于法律行为的处分(一):违法建筑的转让问题 .....	( 84 )
3.3 基于法律行为的处分(二):他项权利的设定问题 .....	( 106 )
3.4 非基于法律行为的处分(一):违法建筑的强制拍卖问题 .....	( 110 )
3.5 非基于法律行为的处分(二):违法建筑的裁判分割问题 .....	( 123 )
3.6 小结:违建处分的公法上效力 .....	( 125 )
<b>第4章 违法建筑的保护问题</b> .....	( 126 )
4.1 违法建筑的物权法保护 .....	( 126 )
4.2 违法建筑的侵权法保护 .....	( 133 )
<b>结论与建议</b> .....	( 145 )
<b>参考文献</b> .....	( 147 )
<b>后记</b> .....	( 155 )



## 绪论：选题的问题意识

人类聚群而居，聚居方式先后经历了由乡村（村镇）到城市（城镇）<sup>〔1〕</sup>的演进。如果说乡村生活还是“天人合一、物我一体”的自然生活，那么城市生活就只能说是“人与天渐行远、物与我两相忘”的纯理性生活了。城市生活之理性，应首推“规划理性”。城镇规划虽自古有之，<sup>〔2〕</sup>但现代城镇规划对人们衣食住行的影响，早已昔非今比，随意“结庐而居”的田园诗般的生活时代早已全然终结。

现代城市乃人们蚁聚之所，但城市发展的空间毕竟有限，要实现每个人城者“十指不沾泥、鳞鳞居大厦”的住房理想，谈何容易！诗人杜甫的“安得广厦千万间、大庇天下寒士俱欢颜”的住房理想，虽穿越千余年时空，但至今仍还只是一个尚未实现的“中国梦”而已！于是，为搏得片瓦立锥之地，潮水般涌入城市的人们，搭建起林林总总、各式各样的简易房屋，形成

---

〔1〕 根据《城市规划基本术语标准》（GB/T50280-98）第2.0.2条规定，“城市”即“城镇”，二者同义。

〔2〕 如《周礼·考工记》即记载：“匠人营国，方九里，旁三门，国中九经九纬，经涂九轨，左祖右社，面朝后市，市朝一夫。”再如古罗马时期，有皇帝敕令指出：“我们的宪令（constitutio）规定，必须进行建筑的人应在自己的房子与邻居的房子之间留出十二步的空间。……进行建筑的人在两个房屋之间留下供邻居从自己的房屋内任何一面或站或坐直接看海且不受影响的空间，其行为是合法的……”（C. 8, 10, 12, 2）“我们还规定，在颁布此法律之后，被称为阳台的建筑物不是以木头及木板建造的，而是以石头建造的。在两个上述的阳台之间应留出十步。”〔意〕桑德罗·斯奇巴尼选编：《物与物权》（第二版），范怀俊、费安玲译，中国政法大学出版社2009年版，第225页。

了千姿百态的“棚户区”、“寮屋区”(squatters)。此等随遇而安式的造房运动与城市治理者的规划理性显然相悖,“违法建筑”(“违章建筑”、“违建”)一词于焉应时而生。

现代城市治理者面临着一个一体两面的颇为纠结的两难命题:一面是“居者有其屋”的民生保障问题;另一面是规划理性所承载之公益实现问题。<sup>[1]</sup> 申言之,一方面,即便对既有之违建能够采取“光盘行动”而全部予以拆除,同时又能够有效地防阻新违建产生,但在政府不能解决全部住房供给的前提下,那大量的无房户、房困户又将被置于何地而安生呢?另一方面,若放任违建滋生蔓延,任其自生自灭,这虽能在最低水平上解决“居者有其屋”的民生保障问题,但公共环境、公共交通、公共卫生、公共安全等公共利益又将如何实现呢?因此,这一体之两面虽非“势不两立”,但要真正实现“鱼与熊掌兼得”的两全局面,又何其难也!

城市,不仅是一个居家生活之地,而且更是一个充溢着商业利益的“名利场”。因此,不仅“居者有其屋”的民生利益会与规划理性相抵牾,而且在追逐超额利润的利益驱动下,商业利益之攫取更是会与承载着公共利益的规划理性直接相冲突。于是,在住宅违建之外,城市中又涌现出大量的非住宅违建(经营性违建与商业违建)。在当代中国,从最朴素的法律情感角度言之,若说前者尚“情有可原”的话,那么后者简直就是“罪无可赎”了!但话又说回来,中国当代的城市治理者同时又是城市的“经营者”,或许在他们看来,经营性违建和商业违建固然有其可恶之处,但也并非“十恶不赦”,因为其毕竟也不乏具有能增进 GDP 的“可爱”的另一面。于是乎,城市治理者又陷入了另一重的两难纠结而难以自拔!

对当下“中国问题”的观察与理解,须臾不能离开“城镇化”<sup>[2]</sup>这一话语背景。城镇化在带来城镇人口急剧增加的同时,也带来了“无限商机”。

[1] 质言之,民生问题本身就是最大的公益问题。

[2] 根据《城市规划基本术语标准》(GB/T50280-98)第2.0.6条规定,“城市化”又称“城镇化”和“都市化”,三者同义。

有人的地方就有商机,人口越多,商机就越多;与之相辅相成,更多的商机就会引诱更多的人口涌向城镇。因此,人口增加与商机扩大为正相关之良性循环关系,二者的互推发展也正是当代中国治理者所希冀看到的“正面”。但福祸相倚,不论是城镇人口的增加还是城镇商机的扩大,都会产生冲击既定的城镇规划、破坏既有的建筑秩序从而催生出大量违建的“负面”。因此,相较基于规划理性之良好建筑秩序的形成而言,不论是人口增加还是商机扩大,都难谓纯粹的“福音”,后二者与前一者会令人沮丧地堕入一种“恶循环”。

于是乎,在当下中国,城镇化之“理性推进”与违建之“无理性扩张”之间形成了一种水火难容的紧张关系。为维护规划理性,各级立法机关、各级政府已经出台了众多规格高低不一、内容繁简不同的极其严厉的违建管控措施,这即体现为一系列公法上的禁止性规定,如禁止违建建设、禁止违建转让、禁止违建出租、禁止违建抵押等。此等措施无论如何“严厉”,都不为过,因为其规范意旨在于形成良好的建筑秩序,维护规划理性所承载之公共利益。但遗憾的是,公法文本规定上之“至严”,在制度的具体实施上,却又表现出了其“至宽”的另一面:有法不依,令行不止,予人以首鼠两端的“坏印象”!何其故也?在笔者看来,其背后之玄机恐怕至少有二:一是政府面对加速城镇化之大潮所表现出来的经验不足、能力不够、举手失措、顾此失彼,因此城市治理者对违建之“宽大”实属无奈;二是违建的大量涌现本身就是政府“放任”的结果,如为满足“土地财政”之增收需求,地方政府会对房地产开发商违反规划实施的“扩容增高”行为置之不理,只是事后象征性地一罚了之。这一“文本”与“实践”乖离之怪状的形成,无疑为中国当代城镇化背景下住房需求、商业投机、财政“暴利”等各方博弈妥协之真实写照。

“宽大”也好,“放任”也罢,不论动因为何,违建之大量存在和继续存在都是不争的现实。“你见,或者不见,它就在那里!”不论是采取“斩草除根”的决绝的唯物态度,还是采取“视而不见”的虚妄的唯心态度,在违建被依法没收、拆除之前,其都“不喜不悲”地矗立在那里,既然不能无视它,你就

必须正视它！从法律的角度审视违法建筑，必须“两只眼睛看世界”：一只为“公法之眼”，另一只为“私法之眼”，绝对不能“睁一只眼闭一只眼”，否则就无法聚焦，就不能对违建形成清晰正确的影像。遗憾的是，中国现行法对违建采取了“独眼看世界”的态度，公法之眼大张，而私法之眼紧闭。这突出地表现为，在中国现行公法体系中，涉及违建防控、治理、处罚、拆除的专条性规范已为数众多，但在私法体系中，涉违条文却基本上是“一条难求”！此立法格局至少表明，中国对违建之法律规制态度是重公轻私、重公抑私甚或是“大公无私”的。

违建乃违法建设之结果，而违法建设作为一种法律事实所可能触发之法律关系当然不局限于公法领域，因为不存在任何一种只及于公法而与私法完全无涉的法律事实。那么，违法建筑在私法上之地位如何呢？这是顺理成章的一问。或有言者曰：“违建既为违法之物，又何来私法上之名分地位可言呢？”此言大谬矣！打一个或许并不恰当的比方，依中国的计划生育国策，计划内出生的人为“依法出生”的人，计划外超生的人为“违法出生”的人，“超生的人”无论是在户籍、社保还是上学、就业等方面，都可能受到来自公法的诸多限制，但在私法上，又有谁能否认其法律上的主体人格地位呢？当然不能！“超生的人”也是私法上的“人”，与“计划内依法出生的人”同样享有完全的权利能力，在其人身和财产遭受侵害时，同样受到私法的保护。同其道理，作为原因事实之违法建设行为虽具有“违法性”，但作为其结果的“违法建筑”在私法上之“物”的地位，却是不容否定的。职是之故，在违法建筑之上当然会集散各种各样的私法法律关系，如物权关系、债权关系、继承关系、侵权责任关系等，概莫能外。

行文至此，本书选题之问题意识也就水落石出了，亦即，在中国现行的法律体系中，虽然违法建筑在公法上近乎于不被作任何的肯定性评价，但该公法上之彻底否定态度尚不足以消灭其私法上之地位；在承认违法建筑之私法地位的基础上，对违建之归属、利用和保护问题，有深入研讨之必要和实益。

## 第 1 章 违法建筑的界定问题

### 1.1 用语问题：“违法建筑”抑或“违章建筑”

在中国大陆的法制与学术语境中，“违法建筑”与“违章建筑”二词并存。经“北大法律信息网”检索，<sup>〔1〕</sup>自新中国成立以来，使用“违法建筑”一词的规范性文件，中央法规司法解释有 31 篇，地方法规规章有 2411 篇；而使用“违章建筑”一词的规范性文件，中央法规司法解释有 134 篇，地方法规规章有 3530 篇。由此，单就使用频次来看，在中国大陆的规范性文件中，“违章建筑”一词比“违法建筑”一词更为常见和流行。而经“中国知网（CNKI）数据库”检索，<sup>〔2〕</sup>自 20 世纪 60 年代以来，篇名中使用“违法建筑”这一关键词的文献有 722 篇，而篇名中使用“违章建筑”这一关键词的文献只有 583 篇。由此又可以看出，在中国大陆的学术文献中，更为常见之用语是“违法建筑”而非“违章建筑”。但不论在数据上相差 1000 多件还是相差 100 多篇，似乎都不妨碍我们得出结论，在中国大陆，“违法建筑”与“违章建筑”二词具有旗鼓相当的语境地位，二者在使用频次上几乎难分伯仲。

那么，“违法建筑”与“违章建筑”究竟为同义语还是有所不同？这是迄

---

〔1〕 检索日期：2013 年 6 月 15 日。

〔2〕 检索日期：2014 年 2 月 8 日。

今尚无定论的一个问题。认为“法”的外延大于“章”者,会认为“违法建筑”乃“违章建筑”之上位词,后者包含于前者;反之,认为“法”的外延小于“章”者,会认为“违章建筑”乃“违法建筑”之上位词,前者包含了后者。或许为回避这一语词之争,最高人民法院和住房和城乡建设部曾组合使用过“违法违章建筑”一词。<sup>[1]</sup>但笔者认为,将“违法建筑”和“违章建筑”两词简单叠加而制造出的“违法违章建筑”一词,貌似全面周延,实则并不科学,这是一种“懒人思维”,舍小词而造大词,实不足取。依笔者之见,在二词并存的局面下,应将二者视为同义语,硬要区分使用的做法既无实定法依据,亦无任何实益可言。但是,即便对二者作同义处理,也还是存在一个统一用语的选择问题,二词并用之用语不统一、不规范问题在同一法律体系内应予消除。

中国香港和台湾地区不存在“违法建筑”一词,而是统一使用了“违章建筑”一词,那么我国大陆法应作何种选择呢?笔者主张,我国大陆法应选择将“违法建筑”一词作为统一的规范用语。如此主张的主要理由有三:其一,虽然现行《中华人民共和国城乡规划法》(以下简称《城乡规划法》)中未明确使用“违法建筑”一词,但作为该法之前身的《中华人民共和国城市规划法》(以下简称《城市规划法》)于第40条规定明确使用了“违法建筑物”一词。<sup>[2]</sup>根据我国的现行立法体制,除《宪法》外,不论是已被废止之《城市规划法》还是现行之《城乡规划法》,在法的效力位阶上都处于法律体系之顶层和上位,而与之对应的行政法规、地方性法规、行政规章等都位处

---

[1] 如《关于严格执行法律法规和司法解释依法妥善处理征收拆迁案件的通知》(法[2012]148号)、《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释[2000]44号)和《关于印发全国城镇燃气发展“十二五”规划的通知》(建城[2012]100号)。

[2] 《城乡规划法》未沿用《城市规划法》中“违法建筑物”的用语,而是将后者规定中的“没收违法建筑物”改为“没收实物”,其名称改变之立法理由为何,无从查考,但这一名称的改变不能被解读为国家最高立法机关已经抛弃了“违法建筑物”这一立法用语。同为全国人大常委会制定的《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)之第44条规定明确使用了“违法的建筑物”一词,这一字之差,实质上并未导致任何的语义变化,“违法的建筑物”当然就是“违法建筑物”,这足以说明国家最高立法机关并未抛弃“违法建筑物”这一用语。

下阶,故根据上位法优先之法的效力位阶规则,凡是使用“违章建筑”一词的低位阶规范性文件,虽“量多势大”,但仍都须向高位阶之《城市规划法》或《城乡规划法》看齐。因此,根据上位法优先之效力位阶规则,下位法的用语当然应当统一到上位法的用语选择上,而非反其道而行之;其二,虽然同为行政法规,已废止之《城市房屋拆迁管理条例》(以下简称《拆迁条例》)第22条规定使用了“违章建筑”一词,但取而代之的《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《征收条例》)第24条规定却明确使用了“违法建筑”一词,前后二法同出于国务院之手,这代表了国务院用语习惯的改变,“违法建筑”一词将成为此后行政法规的统一用语;<sup>[1]</sup>其三,虽然在传统汉语中,“典章制度”一词可用为“法”或“法律”的同义语,但在现代的“法言法语”中,“章”之规范意义特指“规章”,<sup>[2]</sup>而认定建筑之违法与否的依据恰恰不是规章而只能是法律(狭义),<sup>[3]</sup>因而“违章建筑”一词在现代法的语境中,有“词不达意”之鄙,理应弃之不用。<sup>[4]</sup>

---

[1] 由国务院制定而后为《城市规划法》取代的1984年的《城市规划条例》于第51条规定选择使用了“违章建筑物”这一用语,其后的《城市房屋拆迁管理条例》虽改称“违章建筑”,但其实并未作出实质性变更,而取而代之的《征收条例》却直接使用了“违法建筑”一语,这可以清晰地看出行政法规在用语上的历史脉络,“违法建筑”已经取代了“违章建筑”成为行政法规的统一用语。

[2] 《立法法》对“规章”作了专节规定,明确规定了两种规章,即部门规章和地方政府规章。

[3] 一建筑物一旦被认定为违法建筑,即可能面临被拆除或没收的法律风险,而“拆除”或“没收”显然属于极其严厉的财产性强制措施,其法律效果更甚于公益征收。而根据《立法法》第8条、第9条规定,对非国有财产的征收原则上只能通过制定“法律”并依据“法律”进行,只有在例外情况下经由授权立法才能由国务院通过制定“行政法规”和依据“行政法规”进行。“举轻以明重”,基于《立法法》的立法精神,对违法建筑的认定、拆除或没收当然应当通过制定法律、行政法规并依据法律、行政法规进行,不论是规章还是地方性法规,都不能作为违法建筑执法的终极规范依据。

[4] 有鉴于上述三点理由,笔者在本书所论中,一律使用了“违法建筑”一词;即便作为简称的“违建”,其所指亦是“违法建筑”而非“违章建筑”。但由于大量参考文献所使用的用语仍为“违章建筑”,故出于保持引文或参考文献之原貌的考虑,笔者在转述或者转引规范性文件或者学者观点时,对其所用的“违章建筑”一词予以保留而不作修正。但须指出的是,本书虽在众多之处仍然交替使用了“违法建筑”与“违章建筑”这两个用语,但这并不表示笔者赞同“违章建筑”的用法。

## 1.2 属性问题：“公法概念”抑或“私法概念”

在中国大陆学界,就违法建筑概念之公、私法属性问题产生了两种截然对立的观点:一种观点认为,违法建筑不仅是一个公法概念,而且也是一个私法概念,违反私法规定的建筑也是违法建筑;<sup>[1]</sup>另一种观点则认为,违法建筑只是一个公法概念,一建筑物不得因建造人仅违反私法而被认定为违法建筑。<sup>[2]</sup>就此二种对立观点而言,笔者更赞同后者。如此持论,主要理由有二:其一,违法建筑乃基于规划理性之建筑管制的结果,在管制性法律出现之前,本无所谓建筑之合法或违法,但实施建筑管制的法律(土地法、规划法、建筑法等),在规范性质上属于公法,<sup>[3]</sup>因而违法建筑在原初意义上应是一个来源于公法的概念;其二,从公法与私法之不同规范目的和规范功能的角度言之,私法之目的系在对特定的私主体之间的权利义务作出价值判断,其功能只及于权利义务之存否和效力而已,与是否应予以公法上之取缔、处罚甚至科以刑责,均无关涉,因而违法建筑这一概念显然是

[1] 杨延超:“违法建筑物之私法问题研究”,载《现代法学》2004年第2期。我国台湾地区亦有学者持相同见解,认为:“唯从民法的角度,违章建筑之定义远比建筑法上的违章建筑来的广泛,亦即违反强制、禁止规定者固为违法,违反训示规定或其他行政命令团体规约,甚至于侵害他人权益而应对受害人负损害赔偿责任者,均属违法。因此,民法上关于违章建筑,系一个相对特定权利人之一定利益,其利益标的则为定着物,但该利益系因不具民法上的合法性,例如属于因过失的越界建筑,而无法受到民法上如权利一般保护者,皆足以该当之。”陈重见:“违章建筑之所有物返还请求权与时效取得”,载《台湾法学杂志》2010年6月第153期。

[2] 蒋拯:“违法建筑类型化研究”,载《社科纵横》2012年第3期。

[3] 在此笔者有意回避了公、私法划分标准的争论,只是“武断地”、或许在通常可接受的意义上,将土地法、规划法、建筑法等建筑管制性法律定性为公法。有关公法与私法划分标准及相互关系的系统讨论,可参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,台湾商务印书馆1988年第3版。



公法上的一个概念。<sup>〔1〕</sup>

当然,违法建筑虽是一个公法上的概念,但这并不意味着其作为一种法律事实不会引发任何的私法问题。实际上,围绕着违法建筑,仍会发生大量的私法法律关系之集散。因此可以说,违法建筑问题首先是一个公法问题,其次才是一个私法问题。违法建筑认定的规范依据是公法而非私法,存在“违法建筑的私法问题”,但不存在“私法上的违法建筑”。

### 1.3 违法建筑的定义

何为违法建筑?中国大陆学界及实务界的观点莫衷一是。<sup>〔2〕</sup>但笔者认为,既然违法建筑乃公法上之建筑管制(control of building)的结果,那么对违法建筑之界定就必须以公法上的制定法为依据,而不能脱离制定法自说自话。

依《城乡规划法》第64条规定,违法建筑是指未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证规定进行建设的建筑;<sup>〔3〕</sup>同法第65条、第66条,还对乡村违法建筑和超期临时建筑作了类似界定。在一些地方性法规和地方政府规章中,也有关于违法建筑的类似定义。如《海南省查处违法建筑若干规定》第3条规定:“本规定所称违法建筑是指违反城乡规划管理的违法建筑,包括城镇违法建筑和乡村违法建筑。城镇违法建筑是指城市、镇、特定地区规划区范围内未取得建设工程规划许可、临时建设

〔1〕 朱柏松:“论越界、违章建筑之法律效力”,载《月旦法学杂志》2004年第1期。

〔2〕 蒋拯:“违法建筑定义问题研究”,载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第128期。

〔3〕 这一界定基本上沿用了1989年《城市规划法》的规定。依《城市规划法》第40条规定,违法建筑是指在城市规划区内未取得建设工程规划许可证件或者违反建设工程规划许可证件的规定进行建设的建筑。