



违法建筑处理制度研究

蒋拯 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



违法建筑处理制度研究

蒋拯 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

违法建筑处理制度研究 / 蒋拯著. —北京: 法律出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6232 - 7

I. ①违… II. ①蒋… III. ①城市规划法—研究—中国 IV. ①D922.297.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第059288号



责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.25 字数 263千

版本 2014年6月第1版

印次 2014年6月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6232-7

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引言 001

第一章 违法建筑与违章建筑语源考察及辨析 013

第一节 建筑的定义 013

第二节 对历史上建设行为进行规范管理的 简要回顾 016

第三节 违章建筑语源探析 023

第四节 违法建筑语源探析 028

第五节 “违法建筑”和“违章建筑”应统称为 “违法建筑” 030

一、新中国成立后涉及违法建筑和违章建筑的 相关文件梳理 031

二、应将“违法建筑”、“违章建筑”统称为 “违法建筑”的理由 036

第二章 违法建筑定义问题研究 040

第一节 学界对违法建筑的定义 041

第二节 本书对违法建筑的定义 050

第三节 违法建筑类型化分析 059

- 一、违法建筑类型化的必要性 059
- 二、违法建筑的类型化 060
- 三、违法建筑类型化对违法建筑处理的启示 079

第三章 违法建筑的公法私法定位分析 082

第一节 国家实行建筑管制的必要性分析 082

- 一、用地审批及许可的必要性分析 086
- 二、规划许可的必要性分析 088
- 三、建筑许可的必要性分析 089

第二节 一些国家或地区关于建筑管制及违法建筑处理的有关规定 091

- 一、新加坡 091
- 二、德国 093
- 三、法国 095
- 四、中国澳门 096
- 五、中国香港 100
- 六、中国台湾 103
- 七、本节小结 104

第三节 违法建筑的法律属性分析 105

- 一、违法建筑是建造行为违反公法之物 105
- 二、违法建筑是民法上之物 107
- 三、违法建筑是民法上之不动产 110
- 四、违法建筑有价值是社会财富 114
- 五、违法建筑具有一定的社会危害性和个人有益性 117

第四节 市民社会理论及其对违法建筑处理制度构建的启示 119

- 一、要加强对违法建筑的公私法联合规制 122
- 二、要对进行违法建筑的阶层进行利益分析及原因分析 123

三、要充分发挥民间组织及基层群众性自治组织的作用	124
第五节 公法与私法的划分及其对违法建筑处理制度 构建的启示	125
一、公法与私法的划分	125
二、公私法互动及其对违法建筑处理制度构建的启示	130
第四章 违法建筑处理制度的公权规制	136
第一节 公权与私权的相关理论	136
第二节 公权与私权的划分	142
一、公权利和私权利	143
二、公权力和私权利	144
第三节 公权与私权关系理论对违法建筑处理制度 构建的启示	147
一、在违法建筑预防与处理中要知悉私权、尊重私权	148
二、在违法建筑预防与处理中要知悉公权,明确公权部门职责	160
三、在违法建筑预防与处理中,要确保公权权源合法有据	169
四、在违法建筑预防与处理中,公权应依法行使	182
第四节 诺齐克最小国家理论对违法建筑处理制度的启示	192
一、应明确国家机关在违法建筑处理中的基本职责	194
二、应按“小政府、大社会”的方式处理违法建筑	194
三、应根据持有正义的理论对违法建筑处理方式进行优化	195
第五章 违法建筑处理制度的私法调整	197
第一节 建筑物财产权的重要意义	197
第二节 土地的属性分析以及土地与建筑物的权属关系	200
一、土地的属性分析	200

二、土地所有权、建设用地使用权、宅基地使用权的相关问题	203
三、土地与建筑物的权属关系	208
第三节 所有权的基本理论及建筑物所有权受到的限制	217
一、所有权的基本理论	217
二、建筑物所有权受到的限制	223
第四节 违法建筑能否成为权利客体与违法建筑处理制度构建的关系	232
第五节 违法建筑能否成为所有权客体的比较法分析	236
一、一些国家及地区对违法建筑能否成为所有权客体的规定	236
二、我国现行法律对违法建筑能否成为所有权客体的规定及态度	242
第六节 违法建筑能否成为所有权客体的几种理论观点及其评析	246
一、无所有权说	246
二、占有说	248
三、动产所有权说	258
四、不完全所有权说	262
五、不动产所有权说	265
第七节 肯认违法建筑不动产所有权客体地位的几种理论及理由	266
一、认为应当赋予违法建筑不动产所有权客体地位的几种理论	267
二、肯认违法建筑作为不动产所有权客体的诸多理由	278
三、本节小结——肯认违法建筑不动产所有权之客体地位是立法时的利弊判断问题	297
第八节 对几种观点的辨析与澄清	300
一、权利取得规则与权利限制规则之间的关系	300
二、违法建筑的认定和一体赋予建筑物所有权之间的关系	302

- 三、赋予违建人对违法建筑享有所有权不等于鼓励违法建筑 303
- 四、赋予违建人对违法建筑享有所有权不违背民法的补偿原则 304

第六章 违法建筑处理制度的建构 306

第一节 准许违法建筑移转 307

- 一、允许违法建筑移转对城市建设及城市更新有利 308
- 二、允许违法建筑移转利于维护法律的权威 309
- 三、在健全相关法律责任的情况下允许移转不会助长违法建筑的产生 311
- 四、允许违法建筑移转利于征税从而对违法建筑形成遏制 312

第二节 构建违法建筑登记制度 313

- 一、对违法建筑登记利于维护财产秩序及交易安全 314
- 二、允许登记是违法建筑类型化及违法建筑处理方式的配套措施 316
- 三、允许登记是对违法建筑实施行政管理和房地产业宏观调控的需要 318
- 四、不允许违法建筑登记将对违法建筑的产生构成激励 319

第三节 对违法建筑征收相关税费 320

- 一、征税对违法建筑的建设及持有能形成遏制 322
- 二、对违法建筑征税利于合法建筑税赋公平及市场秩序的建立 322

第四节 引入刑罚治理违法建筑行为 323

第五节 加强建筑管制及对违法建筑的查处力度 325

参考文献 327

后记 348

引 言

一、选题背景和研究意义

2013年12月12日,中央城镇化工作会议指出:推进城镇化是解决农业、农村、农民问题的主要途径,我国新型城镇化的核心是以人为本。进而言之,城镇化与民事权利的保护和公权力的限制密切关联。在城镇化推进中,违法建筑的预防与处理,关涉法治秩序、建筑管制制度、民法形式理性、财产权利、资源节约、社会稳定等多维价值的维护,以及民生的保障和城镇化的持续健康发展。因此,务必妥善处理好违法建筑问题。

违法建筑在我国各地普遍存在,呈“野火烧不尽,春风吹又生”之势。违法建筑之认定及处理,社会影响较大,比如郑州帝湖花园东王府之拆除,^①深圳“海

^① “郑州市拆除‘帝湖花园东王府’两幢严重违法建筑”,载 http://www.gov.cn/jrzq/2008-02/25/content_900766.htm, 2012年2月26日访问。据新华社报道,2008年2月25日14时,郑州市行政执法局对“帝湖花园东王府”两幢占压河道的严重违法建筑实施了爆破拆除。其开发商瑞克公司,在没有办理有关规划许可证、施工许可证情况下,于2006年10月开始对帝湖花园进行大规模开发建设,并同时在媒体上进行强势宣传。

上皇宫”之拆除,^①全国各地暴力抗拒拆违的情形也不鲜见。即便在英国,2011年也发生了举世瞩目的“爱尔兰吉普赛人非法定居点拆除”一案。^②2012年,香港发生了行政长官参选人唐英年因建造200平方米违法建筑被曝光之后向全港市民道歉的社会事件。

我国违法建筑产生的原因是多方面的,其之产生,是对公共利益、法制秩序、土地资源、人居环境等的破坏。但其本身具有一定的价值性,在我国社会主义现代化建设过程中,违法建筑对社会的发展也作出了一定贡献。我国法律不承认建造人对违法建筑能取得所有权,但现实中并不排除建造人及占有人对违法建筑可进行事实上的处分与收益。违法建筑的存在,致使我国财产领域呈现了一片灰色区域和管理盲区。关涉违法建筑处理的相关法律制度对违法建筑的遏制呈现了非功能性,对民法之形式理性、物权法的所有权得丧变更规则及添附规则以及市场交易规则造成了伤害,与社会主义法制国家建设的初衷相悖,实有必要认真研究解决违法建筑处理制度实践中存在的相关问题。同时,我国大陆不承认违法建筑能成为所有权之客体,但违建人因为自己的个人判断往往又会认为自己违法建筑享有所有权,且对此已支付过对价,如果得不到法律的保护,其必将会努力实施自力救济,同样会成为引发社会矛盾和纠纷的根源之一。违法建筑的预防与处理,事关法律体系及财产权体系的和谐,关涉对公权权威的维护,对私权的尊重,以及社会主义和谐社会建设与社会稳定。

但是,目前国内学者对违法建筑的权利属性等有关问题的研究不够深入,对违法建筑的归属、利用、认定及处理的现有规定和标准看法

^① “深圳强拆违建海上皇宫”,载 <http://news.sina.com.cn/c/2011-04-08/200522259718.shtml>,2012年2月19日访问。

^② “英国强拆吉普赛人农场引争议”,载 <http://zlwxb.blog.163.com/blog/static/13957332201192611404471/>,2012年2月26日访问。

不一。由于对公权与私权的保护与限制贯穿违法建筑处理制度始终,违法建筑处理制度之核心问题,实为公权与私权之间相互限制与博弈之问题,故而选题定为“违法建筑处理制度研究——从权利保护与限制的视角。”实有必要对违法建筑处理制度从权利保护与限制的角度进行研究,这对我国违法建筑处理制度的构建具有重大的理论意义与实践意义。

二、主要研究内容及主要观点

(一) 主要研究内容

本书对建筑的定义进行了探讨,对“违章建筑”和“违法建筑”的概念进行了语源探析。对中外历史上就建筑行为进行规范管理的历史进行了简要回顾,对新中国成立后政府文件和法律性文件及主要大城市对违法建筑和违章建筑的规定进行了梳理。对违法建筑定义问题进行了深入研究。对违法建筑进行了类型化分析,并就违法建筑类型化对违法建筑处理原则的启示进行了探讨。对违法建筑进行了公私法定位分析及公私权互动研究,并对由此而就违法建筑处理制度构建得到的启示进行了梳理。对国家实行建筑管制涉及的用地审批、规划许可、建筑许可的必要性进行了论证。对一些国家或地区关于违法建筑的有关规定进行了梳理。就诺齐克最小国家理论对违法建筑预防和处理的启示进行了分析。研究了违法建筑能否成为所有权客体与违法建筑处理制度构建的关系,对一些国家及地区对违法建筑能否成为所有权客体的规定进行了论证,对我国现行法律就违法建筑能否成为所有权客体的规定及态度进行了分析。对违法建筑能否成为所有权客体的无所有权说、占有说、动产所有权说、不完全所有权说进行了有力的批判。着重对违法建筑能否成为不动产所有权客体之问题进行了研究。对完善违法建筑处理制度提出了五点建议。

(二) 本书的主要观点

本书认为,违法建筑的定义应从我国的建筑管制立法、建筑行政管理及司法实践中去分析提炼。只有基于我国建筑管制的实践及理论现状,所下的定义才能与建筑管制之实践相吻合,方能反过来指导实践,进一步认清违法建筑的本质。如果仅从学理上对违法建筑的定义进行研究,一是所作的定义不能很好地反映并指导实践;二是人为地制造了建筑管制法学界与建筑管理实务界的理论鸿沟。本书在对我国建筑管制制度进行实证分析之后,认为违法建筑是指未经规划许可、建设用地许可或建筑工程施工许可,并发给许可证(或批准书),或虽经许可,但不按许可条件建造的建筑物。该定义具有高度的概括性与简洁性,具有良好的可操作性,符合我国建筑管制实际。同时,我国应将“违法建筑”和“违章建筑”统称为“违法建筑”。本书按20个标准对违法建筑概念进行了类型化分析,并列出了此分类对违法建筑处理原则的启示。

违法建筑是建造行为违反公法之物,但也是民法上之物,是不动产,具有一定的社会危害性和价值性。国家在遏制违法建筑时,应在尊重既有违法建筑资源价值的前提下作甄别处理。在违法建筑处理制度构建时,不能为了遏制违法建筑而否认其作为不动产所有权客体的法律地位。否则,对物权法中所有权得丧变更规则及添附规则是一种伤害,势必损及民法之形式理性及市场交易规则,危及合法建筑之保护。在违法建筑预防与处理中,应注重公法之间、公法和私法之间以及私法之间的衔接与协力,完善责任体系,注重执法公平。要知悉私权、尊重私权;知悉公权、限制公权;明确公权部门职责,确保公权之权源合法有据,使公权依法行使。尊重违法建筑不动产所有权之客体地位,对私权给予应有的保护。

赋予违建人对违法建筑之所有权,符合行政法上的比例原则。即使根据公法之规定违法建筑应被拆除,那么先行赋予所有权,这对违建人的伤害无疑最小。建筑物所有权之赋予,不应区分是合法建筑还是违法建筑而应一体赋予,这对合法建筑保护最有利(没有空档期,不会被误判),对违建人的应有利益保护也有积极意义。依建造行为先行赋予违建人所有权,并不等于事后不可根据违法建筑之认定,而由公权力对该所有权依法进行剥夺。我国目前违法建筑权利灰色地带的存在,正好是民法物权制度、建筑管制制度、违法建筑处理制度出现非功能性的表现。我国违法建筑处理制度是有严重问题的,表现为干预过度、效果不佳,各方主体均不满意,违法建筑遍地开花。因此,务必正确对待违法建筑的认定和一体赋予建筑物所有权二者之间的关系。赋予违法建筑所有权客体之地位以对抗公权的恣意侵害,可以定分止争,也可以防止来自私人的侵害,便于相邻关系的适用。^①实际上也是对我国既有违法建筑实际利用现状的认定,便于物尽其用、减少纠纷。从权利之得失变更过程分析来看,赋予违建人对违法建筑之所有权而后再依法剥夺,这本身是一个公权与私权博弈的过程,也是一个说理与教化的过程,更是社会共同来审视行政行为的公正性、合理性、合法性的过程,容易使当事人及社会公众产生信服感。即使要拆除该违法建筑,也能得到当事人及社会公众之认可,利于削减政府与违建人之间的对立情绪,对和谐社会建设及社会稳定有利。

本书认为,关于违法建筑能否成为不动产所有权客体的无所有权说、占有说、动产所有权说、不完全所有权说等几种理论观点是错误的。提出了应当肯认违法建筑不动产所有权客体地位的几种理论及理由,

^① 相邻关系是相邻不动产之间因权利的扩张与限制而产生的关系,如果不肯认违法建筑能成为不动产所有权的客体,相邻关系的法律规定能否适用,不无疑问。

建议利用“应有权利”的理论，“活法”的理论，“习惯法上物权”的理论来证成不动产所有权说。文中列举了应当肯认违法建筑作为不动产所有权客体的八条理由：第一，我国《民法通则》和《物权法》并没有否认违法建筑能够成为所有权之客体。第二，赋予违建人违法建筑所有权，利于规范公权之行使及最大限度保护民事权利。第三，坚持因建造之事实行为取得所有权之原则，赋予违建人违法建筑所有权，是出于对民法形式理性之尊重。第四，否认违法建筑成为所有权之客体，与添附规则相悖。第五，否认违法建筑能成为所有权之客体，不遵守建造能产生所有权的规则，则“按逐步完工状态买卖待建不动产制度”将无法建立。第六，肯认违法建筑不动产所有权客体地位与物权法定原则不冲突。第七，将合法建筑和违法建筑一体作为所有权之客体，事关建筑物交易市场规则的统一建立与完善。第八，赋予违建人对违法建筑之所有权，对和谐社会建设及社会稳定有利。其实，肯认违法建筑不动产所有权之客体地位问题，最终将归结为立法时的利弊判断问题。关于违法建筑能否成为所有权客体的问题，最后就看法律怎么作出规定而已，法律规定是什么，它就是什么。笔者认为，对权利取得规则与权利限制规则之间的关系，以及违法建筑的认定和一体赋予建筑物所有权之间的关系应当有正确认识，赋予违建人对违法建筑享有所有权不等于鼓励违法建筑，赋予违建人对违法建筑享有所有权与民法之让与所有权应予补偿的原则不相违背。

本书最后对完善违法建筑处理制度提出了五点建议，认为应加强建筑管制及违法建筑查处力度，对新建违法建筑应从严查处，利用征税的方法对违法建筑进行遏制，引入刑罚对违法建筑行为进行打击，对违法建筑应允许进行登记并移转。

三、研究综述

德国、法国、俄罗斯、新加坡以及我国台湾、香港、澳门地区都已建立了较为完善的违法建筑处理制度,在理论研究上也呈体系化,各有其特点,但也存在需要反思的地方。根据收集到的国内外研究成果,笔者认为,我国学术界关于建筑管制、违法建筑处理制度、违法建筑之归属与利用的相关理论研究较为肤浅。我国专门研究违法建筑的理论著作几乎没有,仅有一本以违法建筑作为研究对象的书籍,但基本属于实务性研究而已。没有一篇关于违法建筑的博士论文,仅有几篇硕士论文。而关于违法建筑的普通论文尽管也有一些,但就研究水准而言,档次不高、理论性不强,很少有名家关注违法建筑处理制度之研究。理论研究的虚弱,与我国违法建筑普遍存在的现状严重脱节,无法满足遏制、处理违法建筑的实践需要。

本书作者在实务部门工作多年,对违法建筑的处理有较为深切的了解,同时也掌握了相关资料,从全新的视角进行了研究。作者通过努力学习、深入调查分析,尽可能利用外文资料、台湾学者介绍的资料寻求违法建筑相关问题的解决路径,并根据物权理论、权利保护与限制理论对违法建筑处理制度进行实证分析,努力对我国违法建筑处理制度进行深刻检讨,提出符合实际、具有可操作性的合理化建议。

本书选题涉及宪法学、行政法学、经济法学、民法学、环境法学,以及规划学、土地学、建筑学、管理学、社会学、伦理学、历史学、行政学等诸多领域,实践性较强,需要论者的学术素养全面、丰富而深厚。同时,关于违法建筑的中文和外文参考资料均较少,现有的具有较高学术研究价值的可借鉴的成果较少。就违法建筑处理制度之研究,“对于行政法学者而言,因研究视野和知识结构背景的局限,其关注点和视野也可能只局限于行政法范畴。而对于从事私法研究的人来说,大多只有民

法的思维,只从民法角度来看待和解决问题”。^① 尽管本书难免存在诸多缺憾,但作者做了艰辛努力,取得的成效是明显的。

四、本书的创新之处

(一)论证了“违法建筑”和“违章建筑”的称谓应统称为“违法建筑”

本书对违法建筑和违章建筑进行了语源探析,通过文献梳理以及对我国建筑管制实践进行实证分析的方法,明确论证我国应将“违法建筑”和“违章建筑”的称谓统称为“违法建筑”,如此处理符合客观实际,具有必要性。

(二)对违法建筑界定了符合实际且相对科学的定义

本书通过批判现有的九种定义,认为违法建筑的定义应从我国的建筑管制立法、建筑行政管理及司法实践中去分析提炼。只有基于我国建筑管制的实践及理论现状,所下的定义才能与建筑管制之实践相吻合,方能反过来指导实践,进一步认清违法建筑之本质。作者在对我国建筑管制制度进行实证分析之后,认为违法建筑是指未经规划许可、建设用地许可或建筑工程施工许可,并发给许可证(或批准书),或虽经许可,但不按许可条件建造的建筑物。该定义具有高度的概括性与简洁性,具有良好的可操作性,符合我国建筑管制实际。

(三)对违法建筑按 20 个标准进行类型化

作者凭借自身在建设厅工作多年的经验以及作为民商法学博士的优势,对违法建筑概念进行了类型化分析,按 20 个标准对违法建筑进

^① 杨解君:“物权法不应被笼统地视为私法”,载《法学》2007 年第 7 期。

行分类,此举关涉违法建筑处理原则的把握,具有重大的理论意义及实践意义。

(四)在对一些国家和地区关于违法建筑的有关规定进行梳理之后,总结出七个特点

一是每个国家或地区承担处理违法建筑职责的部门不尽一致。二是将工程分为小型工程和大中型工程,对小型工程相对放宽管理。三是承认程序违建之存在,允许依法按规定补办手续使程序违建变成合法建筑。四是强调违建人自行拆除或承担费用拆除违法建筑的义务(代履行)。五是将对建筑工程的管制细化为对相关人员的管理及责任追究。六是一般都利用刑罚对违法建筑行为进行遏制。七是有的国家和地区对违法建筑依法征税,补办手续准正成合法建筑时征税高于合法建筑。

(五)对违法建筑进行了公私法定位分析及公私权互动研究,并对违法建筑处理制度的构建提出了相应建议

本书认为,违法建筑是建造行为违反公法之物,是民法上之物,是不动产。违法建筑具有双重属性,即一定的社会危害性和价值性。应对违法建筑进行公私法联合规制,对建造违法建筑的阶层应进行利益分析及动因分析,充分发挥民间组织及基层群众性自治组织的作用。应注重公法之间、公法和私法之间以及私法之间的衔接与协力,完善责任体系,注重执法公平。在违法建筑预防与处理中,要知悉私权、尊重私权,知悉公权、限制公权,明确公权部门职责,确保公权之权源合法有据,使公权依法行使。

(六)论证了对违法建筑不能实施相对集中行政处罚权

本书通过实证分析的方法,对违法建筑实施相对集中行政处罚权