



同济大学 法学文丛

# 治理城市违法建筑的 法律机制研究

沈晖 著



同济大学出版社  
TONGJI UNIVERSITY PRESS



同济大学法学文丛

# 治理城市违法建筑的 法律机制研究

沈 晖 著



同济大学出版社  
TONGJI UNIVERSITY PRESS

## 内容提要

本书探讨了违法建筑的概念,以上海市违法建筑及其治理的现状为审视基点,阐述了违法建筑屡禁不止的各种因素,并对立法、执法和司法救济诸方面存在的不足或缺陷作了深入分析。进而从健全立法、建立认定机制、确定责任主体、创新强制执行方式、严格落实监督问责制度,以及建立政府主导、企业协同、公众参与、社会协助的多元治理大环境等方面提出了完善之策,为治理城市违法建筑法律机制的理论研究和实务操作提供了解决思路。

### 图书在版编目(CIP)数据

治理城市违法建筑的法律机制研究/沈晖著. --上海:同济大学出版社,2013.10

ISBN 978-7-5608-5351-2

I. ①治… II. ①沈… III. ①城市规划法—研究—中国 IV. ①D922.297

中国版本图书馆(CIP)数据核字(2013)第265760号



---

## 治理城市违法建筑的法律机制研究

沈晖 著

责任编辑 陈佳蔚 责任校对 张平官 封面设计 陈益平

出版发行 同济大学出版社 [www.tongjipress.com.cn](http://www.tongjipress.com.cn)

(地址:上海市四平路1239号 邮编:200092 电话:021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 同济大学印刷厂

开 本 787 mm×960 mm 1/16

字 数 240 000

印 张 12

印 数 1—1 100

版 次 2013年10月第1版 2013年10月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5608-5351-2

定 价 36.00元

---

本书若有印装质量问题,请向本社发行部调换 版权所有 侵权必究



## 前 言

改革开放以来,中国的城市化进程迅速推进,伴随着城市用地面积和城市人口规模的持续增长,受利益驱使或居住环境所限,城市违法建筑迅速蔓延、滋长,与此相关的法律纠纷不断增多,在房屋征收与拆迁中围绕违法建筑爆发的社会冲突事件亦层出不穷,影响着和谐城市的建设。对此如果不加控制,任其不断蔓延,最终将侵蚀城市的活力、加大城市发展的成本、制约城市生活的质量。多年里,尽管地方政府为整治和拆除违法建筑付出了不懈努力,然而违法建筑有增无减,并且屡禁不止,也引起了学界和业界的高度重视。越来越多的专家学者和实务工作者从不同角度对相关问题进行了探讨和研究,提出了很有参考价值和指导意义的观点和方法。

当前对违法建筑的法律治理机制并不完善,在立法、执法、司法救济、监督追责制度等方面均有待加强和健全。而且,由于在治理机制上存在诸多问题所引起的矛盾和冲突时有发生,故违法建筑治理已成为社会的难点和热点问题,研究其法律治理机制显得尤为迫切。违法建筑按照所在地域划分有城市的违法建筑、城郊结合部的违法建筑和农村的违法建筑。本书主

要围绕“城市”的违法建筑治理问题,并对其法律机制的完善作一探讨,试图为学界深入研究其理论问题提供相应参考,为地方政府开展查处违法建筑工作提供法律建议。

本书从分析违法建筑的概念、违法建筑的分类等入手,以上海市违法建筑及其治理的客观现状为审视基点,对我国治理违法建筑法律机制的现状和不足以及境外相关成功经验进行了剖析,探讨了违法建筑屡禁不止的各种诱因,提出从健全立法、建立认定机制、确立责任主体、创新强制执行方式,以及严格监管问责制度、培育社会治理大环境诸方面完善我国治理城市违法建筑的法律机制构想。

全书共分为五部分,主要包括如下内容:

第一部分:绪论。阐明研究背景和意义、本文的基本观点和创新点,还涉及主要研究方法及相关文献综述等。

第二部分,即第一章:违法建筑的基本问题。探讨了违法建筑的概念及其范围界定。通过对违法建筑词义之辨析,就相应法律法规对其内涵表述之共同点的归纳,笔者界定了违法建筑的概念,阐述了违法建筑的行为对象和行为方式之认定,并且从不同的视角及衡量标准出发对违法建筑作了分类。

第三部分,即第二章:我国城市违法建筑治理的现状。从立法、执法和司法救济等方面描述了我国违法建筑治理的现状,探讨了其中的不足。以上海为例分析了法律规范体系在违法建筑治理方面的多层次性和欠协调性,指出违法建筑屡禁不止有着多方面的原因:既有违法建造者主体的原因和政府管理自身的原因,也有公众参与程度较低的因素等,只有在深入分析各类原因的基础上,才能进一步深入探讨治理违法建筑的法律对策。

第四部分,即第三章:境外违法建筑治理的经验借鉴。通过对我国香港、我国台湾以及国外如新加坡、美国和德国在治理违法建筑方面的经验之阐释,包括立法、执法、政府宣传、社会协助和社区监管诸多方面,归纳了其可资借鉴的成功经验。

第五部分,即第四章:违法建筑治理法律机制的完善。在前文论述分析

的基础上,阐明了违法建筑治理的基本原则。在立法、行政执法和司法机制的完善等方面作了建设性探讨。提出政府应从三方面积极打造由公众参与的全方位违法建筑发现、查处平台;从制度公开、媒体引导和奖励违建举报者方面全力培育控违、拆违的社会监督、协助机制;应该通过早期介入和快速处置的行政执法措施之建立,并在强制拆违执行过程中引入执行和解制度,创新行政执法机制;最终形成政府主导、企业协同、社会协助、公众参与的多元治理大环境。

本书系在中国法学会 2011 年度部级法学研究课题《我国治理城市违法建筑的法律制度研究》(课题编号 CLS-2011. D97;项目负责人:沈晖)的基础上补充、修改而成。

本书由同济大学法学院副教授沈晖负责撰写。在本书即将付梓之际,感谢同济大学法学院 2010 级硕士研究生陈瑶、姜海平和 2012 级硕士研究生谢逸,他们积极参与了本课题研究过程中部分章节的资料查阅、整理等,尤其是谢逸同学还参加了本课题第四章第四部分的讨论研究和撰写工作。本书获得了同济大学法学院“法学文丛”出版资金的资助,在此深表谢意。

愿本书的出版对我国违法建筑治理制度及其相应法律机制的理论与实践发展有所裨益。本书虽然经数次修改,但其中的疏漏、不足乃至错误在所难免,恳请读者见谅,并予指正。

同济大学 沈 晖

2013 年 9 月



# 目 录

## 前言

绪 论 .....	001
一、研究背景和研究意义 .....	001
二、研究思路与研究结构 .....	002
（一）研究思路 .....	002
（二）研究结构 .....	003
三、研究范围与研究方法 .....	003
（一）研究的违法建筑范围 .....	003
（二）主要研究方法 .....	004
四、主要观点和创新点 .....	004
五、相关文献综述 .....	007
（一）境外违法建筑治理现状述评 .....	007
（二）境内违法建筑问题研究现状述评 .....	009
第一章 违法建筑的基本问题 .....	012
一、违法建筑概念的探究 .....	012
（一）“违章建筑”与“违法建筑”二词之辨 .....	012

(二) 违法建筑概念的法律界定·····	015
(三) 违法建筑的构成要件·····	022
二、对违法建筑的行为对象和行为方式之认定·····	023
(一) 违法建筑的行为对象·····	023
(二) 违法建筑的行为方式·····	025
三、违法建筑的种类·····	026
四、本章小结·····	029
<b>第二章 我国城市违法建筑治理的现状·····</b>	<b>031</b>
一、城市违法建筑治理的现状分析·····	031
(一) 违法建筑治理的立法现状·····	031
(二) 违法建筑治理的执法现状·····	039
(三) 违法建筑治理的司法救济·····	050
(四) 违法建筑发现渠道的社会协助·····	052
(五) 法制宣传和法制教育状况·····	054
二、城市违法建筑屡禁不止的主要成因·····	055
(一) 违法建造者主体的原因·····	055
(二) 政府管理自身的原因·····	056
(三) 公众参与力度不足的原因·····	061
(四) 征收拆迁立法及补偿模式缺陷的原因·····	062
(五) 监督问责机制缺失的原因·····	063
三、本章小结·····	067
<b>第三章 境外违法建筑治理的经验借鉴·····</b>	<b>069</b>
一、境外治理违法建筑的概况·····	069
(一) 中国香港·····	070
(二) 中国台湾·····	078
(三) 新加坡·····	083



(四) 德国·····	086
(五) 美国·····	089
二、法律制度与经验的借鉴和评析·····	091
(一) 立法细密、执法严格·····	091
(二) 配置资源到位,确保工作高效·····	092
(三) 明确各方职责,形成查处的强大合力·····	093
(四) 市民监督,多方协作,业主自律·····	093
(五) 加强宣传引导,管制与教育并重·····	094
(六) 注重人本,合理变通·····	094
(七) 市场运作,形成及时查处的高效机制·····	095
(八) 区分不同情况,分别处理·····	096
三、本章小结·····	096
<b>第四章 违法建筑治理法律机制的完善·····</b>	<b>097</b>
一、治理违法建筑基本原则的设计·····	097
(一) 坚持属地管理与条块相结合的原则·····	098
(二) 坚持自行拆除与强制拆除相结合的原则·····	098
(三) 坚持无情拆违与有情操作相结合的原则·····	098
(四) 坚持专项整治与长效管理相结合的原则·····	099
(五) 坚持宣传教育与社会各方协助相结合的原则·····	099
二、治理违法建筑的法律法规及其有关规章的改革·····	100
(一) 赋予土地执法监察部门必要的制止权和强制执行权·····	100
(二) 明确“违法建筑”和“物业管理区域”的法律界定·····	101
(三) 解决适用法律的冲突、衔接问题·····	102
(四) 制定早期介入和快速处置的法律·····	103
三、治理违法建筑执法机制的完备·····	103
(一) 明晰违法建筑的认定主体及其认定标准·····	103
(二) 确立以政府为主导的责任主体执行机制·····	104

(三) 设立区、街道、居委三级管理及公检法联动的快速处置 机制·····	107
四、《行政强制法》中强制执行违法建筑制度的健全·····	109
(一) 强制执行违法建筑公告程序的完善·····	109
(二) 强制执行违法建筑的模式思考·····	112
(三) 建议在强制执行中引入执行和解制度·····	116
五、全方位监督问责机制的落实·····	119
(一) 行政执法监督制度的健全·····	119
(二) 司法监督制度的推进·····	121
(三) 社会监督制度的创新·····	123
六、公众参与、社会协助的违法建筑治理机制之构建·····	125
(一) 积极打造公众参与、企业协同的违建发现、查处平台·····	125
(二) 努力培育控违、拆违的社会协助机制·····	126
七、本章小结·····	128
附录·····	129
主要参考文献·····	180



# 绪 论

## 一、研究背景和研究意义

近年来,随着经济的不断发展、城市化进程的持续加快,违法建筑愈演愈烈,经济发展较快的北京、长三角和珠三角地区尤甚。受经济利益驱动的影响,城郊结合部的违法建筑呈疯狂增长之势,能盖的地方都在盖,甚至有楼顶违建别墅,还出现了礼拜天工程、夜间工程,一个节假日甚至一个晚上就可以突击盖楼,带来城管和环保等诸多方面的挑战,加大了强制执行成本或征地搬迁成本,影响了城市的协调发展。由此造成了无合法手续的房产征收补偿矛盾增多,已成为行政执法中的难题之一。

一方面,对于违法建筑的治理,国家和地方政府皆出台了相应的法律、法规、规章,采取了多种措施,投入了大量的人力物力,但执法困境犹存。例如,执法主体及其权限不明,法律适用令出多门,部门之间各自为政,职责不清导致行动不力等,使违法建筑的治理成了城市管理中的老大难问题。另一方面,我国在治理违法建筑的法律机制方面尚缺乏系统的学理论述,现行

法规规章对违法建筑界定模糊、执法单一；往往将对违法建筑的“处理”等同于行政处罚，“处理”的范围被狭隘化了；实践中对违法建筑多采用一拆了之、征用零补偿的做法，以致不时引发拆迁血案。

如何避免和消除民众以死抗拆，避免和消除类似“成都唐福珍自焚案”、“复旦大学博士生孟建伟父亲在太原古寨遭强拆被保安打死案”的重演，促进和谐拆违，从现实出发科学构建立法、执法、司法多层面契合的违法建筑治理法律机制，积极培育政府主导、社会协助、公众参与的多元化治理大环境，促进社会和谐，刻不容缓。

期待本书的研究有助于违法建筑治理立法机制的健全和司法、行政执法机制的完善，规范执法行为，增强违建执法的成效，达到各有权部门之间职责明确，权限清楚，程序到位，责任清晰，进而使违建治理工作不断走向规范、有序、平稳与和谐。

## 二、研究思路与研究结构

### （一）研究思路

本书通过对违法建筑概念的辨析和界定、对违法建筑分类的描述，旨在厘清违法建筑的内涵和外延，揭示其法律属性。接着就我国违法建筑治理的现状和困境作了分析，指出现行法律依据存在分散性、多层次性和地区差异性等特点；并结合上海等城市违法建筑治理的现实状况，进一步说明我国在治理违法建筑法律制度方面的不足以及相应体制、机制方面存在的缺陷。进而在分析和借鉴国内外治理违法建筑之成功经验的基础上，就如何构建和完善我国的治理违法建筑法律机制提出了建议。

## （二）研究结构

本书基本研究结构如图 0-1 所示。

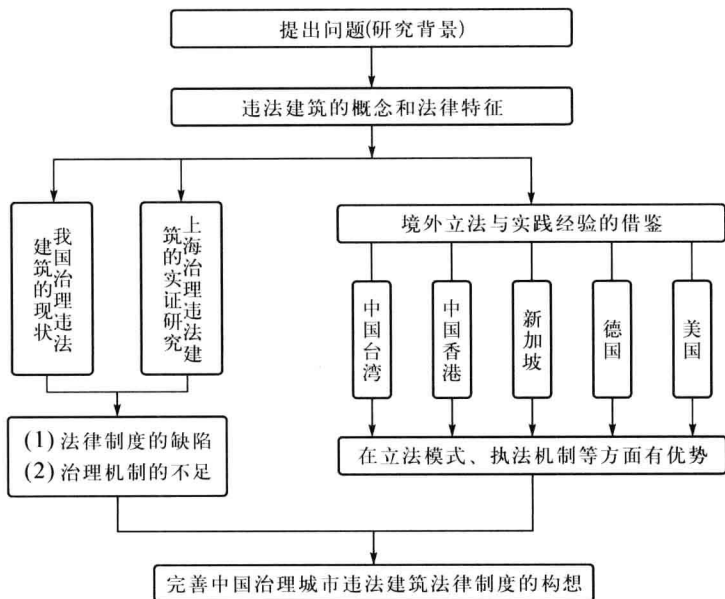


图 0-1 基本研究结构

## 三、研究范围与研究方法

### （一）研究的违法建筑范围

其一，违法建筑并不局限于“城市”的违法建筑，在农村和建制镇中也存在违法建筑。依照违法建筑的土地来源之不同，可以将违法建筑区分为农村违法建筑和城市违法建筑；此外，还有两者相交地带，即城乡结合部的违法建筑。而本书只是将其中的“城市”违法建筑作为主要的论述和研究范

围,亦延及城市规划区范围内的违法建筑以及与城市发展密切相关的集体土地上所产生的违法建筑。

其二,因违法建筑所违之“法”乃是城乡规划法、土地管理法和建筑法等公法,而非物权法、合同法等私法,故对违法建筑的“治理”所及,主要着眼于公法意义上的预防、管控和整治等范畴。

## (二) 主要研究方法

(1) 实证分析法。通过走访上海市部分区县规划部门和城管部门、走访个别住户等方法,获得第一手资料,并通过有代表性的部分一、二、三线城市的相应部门获得补充资料,以便对实际情形进行描述和分析,深入探究中国城市违法建筑的现状和成因,分析目前治理违法建筑所涉及的法律法规的实施状况,归纳其中的问题所在。

(2) 案例分析法。通过直接或间接所获的具体案例,分析妨碍目前治理违法建筑工作实施的现实因素,寻觅治理违法建筑相应问题的对策。

(3) 比较研究法。通过比较境外部分国家和地区在治理违法建筑方面的法律规范和经验,以寻求我国进行有效治理的手段和途径。

(4) 历史研究法。我国违法建筑治理的法律制度之形成有一个历史的过程。对其在实施和发展中的一系列法律法规规章进行分析,以便把握我国治理违法建筑法律机制的发展轨迹。回顾我国违法建筑治理的历史,以便发现其中的演进特点和规律。

## 四、主要观点和创新点

### 1. 违法建筑的概念

经过词义辨析以及理论上和立法上的分析和归纳,笔者认为:所谓违法

建筑即指建造人违反法律、行政法规或部门规章的义务性、禁止性规定,或者未获得行政主管部门的审批、许可,或者违背行政主管部门的审批、许可范围从事建设活动所建造的,或者采取欺骗手段骗取批准的,并经有权行政主管部门认定其违法而新建、扩建和改建的建筑物、构筑物及其附属设施。

## 2. “治理”的内涵

“治理”非同于单纯的行政处罚,主要指公法意义上的预防、管控和整治。它是指如下整个系统工程:一是指立法如何界定违法建筑,由哪个有权部门来依法认定违法建筑,各相应行政部门之间、司法部门之间,以及行政部门与司法部门彼此之间在处置违法建筑问题上如何合理分工和协调;二是指如何从社会本位和综合效益等角度设计制度,促成政府主导、企业协同、社会协助、公众参加的治理违法建筑多元大环境的建立,最大限度地预防与遏止违法建筑建造行为,将其对社会的负面影响降到最低,依法尊重违建当事人的合法利益。

## 3. 目前存在的主要问题

我国治理违法建筑所存在的主要问题是法律依据多而分散,导致行政权限纠纷;立法层次多元,行政主管部门的选择性执法、力量不足、手段单一诸因素导致各地不同程度的执法混乱和执法标准不一;以《行政强制法》为基础的强制执行违法建筑程序设定存在不足、司法执行模式地位弱化、审查标准无明确规定,且难以摆脱行政权力干扰;监督追责机制缺失;尚未建立有效的公众参与和社会协助的机制。综上,我国现阶段对违法建筑的治理视角还集中在面上和局部的点上,缺乏对违法建筑整治的全局把握。

## 4. 行政执法措施的制定及其机制的健全

应建立快捷有效的早期违建快速制止和拆除程序,同时根据具体情形采取行政罚款、没收等其他辅助方式,并在强制拆违执行过程中引入执行和解制度。

其一,需进一步健全多部门联合执法机制。要有效、高效解决违法建筑,必须依靠有关部门和单位齐抓共管,形成合力。治违涉及政府的各个层面,避免单打独斗;国土资源等执法部门还应积极争取公、检、法的协调配合,并进一步加强与相关职能部门的协作、健全联合执法机制,最大限度地杜绝各种土地违建行为,特别是基层政府的土地违法行为。应在法律、法规允许范围内建立一种快捷有效的早期违建快速制止和拆除程序及其执法机制,宜建立区、街道、居委会或社区三级管理及公检法司联动的快速处置机制;在郊区或城镇建立区(县)、乡(镇)、村三级管理及公检法司联动的快速处置机制。

其二,就上海等地的情况观之,当前治理违法建筑大多以拆除方式为主,较少采用适宜的行政处罚方式,但基于成本和效益的平衡考量,建议在设定严格适用的条件下适当考虑罚款、违法建筑没收再利用的问题。

其三,执行和解是民事诉讼法所规定的处分原则在执行程序中的体现,它是执行程序启动后的一种有别于法院强制执行的例外和变通制度。新颁布的《行政强制法》对执行和解制度亦作了原则规定,行政机关如何在拆违工作中取他山之石,突破传统的行政权不可处分原则,发挥执行和解在具体行政拆违程序中的运用意义重大。期待引起立法部门重视。

5. 应完善违建强制执行中的公告程序,并重视司法模式在违法建筑执行中的地位,细化司法审查标准

第一,就《行政强制法》所涉违法建筑强制执行之公告程序的三种模式,笔者倾向于公告后再催告的程序,并就其具体程序之细化作了思考。

第二,当前我国违法建筑的司法执行模式已逐步趋向为仅对具体行政行为的合法性进行审查的程序。故在违法建筑执行中应重视司法模式,以便实现行政权与司法权的相互监督与制约,形成执行合力。因此亟须明确审查中程序正当的要求,细化标准,增强标准的可操作性。



## 6. 完善我国城市治理违法建筑法律机制的探索

健全立法,通过建立多渠道、多层次的违法建筑预防发现机制、认定机制、多层次的协商机制、全面的监督问责机制、协同高效的执法流程,避免以前“条状分管”、多打“运动战”的执法模式。就构建立法、执法、司法多层次密切配合的违法建筑治理机制及其法律制度作了探讨。

## 7. 建立全力培育政府主导、企业协同、公众参与、社会协助的多元治理大环境

将公共管理理念融入违法建筑防治实践。政府(含立法、司法和行政机关)是立法、执法、司法主体,在多元治理体系中处于主导地位;企业协同和社会协助包括加强物业服务企业职责、媒体宣传、社会专业人士咨询服务等方面,地方和基层政府可将加强日常巡视以及发现、劝阻、报告义务制订入规范性文件,并可要求制订入物业服务合同,再辅以奖励措施等加以规范化引导;同时,政府可用举报有奖、建立网络共同参与平台、推动订立《市民公约》、加强媒体宣传诸形式提升、培育公民参与意识和自律意识。

# 五、相关文献综述

就建立违法建筑管控制度及其相应法律机制而言,由于我国的违法建筑长期被立法否定、被司法忽视,故针对本论题展开的学术研究较少,以政府有关部门的工作总结居多,其内容关联理论、立法或实践对策诸方面。散见于各网站数据库或图书馆的些许海外文献则较少涉及立法执法情况。现综其有限研究略作如下述评。

## (一) 境外违法建筑治理现状述评

美国在治理违法建筑上,制定了一整套完整的管理制度和服务系统。