

对在建的违法建设实施快速处置之探讨

文／广西住房和城乡建设厅法制处课题研究组

一个城市的健康有序发展，规划是龙头、建设是基础、管理是关键。治理违法建设，是落实城市规划、推进城市建设、加强城市管理的重要举措。在治理违法建设这个城市顽疾的道路上，注定不会平坦。《行政强制法》出台后，对正在进行的违法建设能否立即强制拆除，其性质如何，不仅立法实践、执法实践有所困惑，理论层面也存在争议。

当前，应该进一步重视这一难题，进一步加快研究步伐，切实加强理论创新和制度创新。笔者认为，首先应将强制拆除正在进行违法建设的法律属性归属行政强制措施，其一性质的界定打破了将强制拆除一概定性为行政强制执行的关隘。由此，本文提出了解决的对策和建议设想。

一、各地的经验介绍

针对现行《行政强制法》的法律困境，浙江省《浙江省违法建筑处置规定》、上海市《关于进一步加强本市违法建筑治理工作的实施意见》及湖南省《湖南省实施〈中华人民共和国城乡规划法〉办法》等法规、文件的制定对“即查即拆”进行了制度设计的构建。

一是浙江省于2013年出台了《浙江省违法建筑处置规定》，该规定第九条明确规定：“城乡规划主管部门发现城镇违法建筑正在建设中的，应当责令当事人停止建设；当事人拒不停止建设的，设区的市、县（市、区）人民政府应当责成有关部门采取拆除继续建设部分的措施。对于依法应当由其他部门处置的违法建筑物和构筑物，城乡规划主管部门应当立即将案件移送相关部门处理。”现实中，民众听说哪个地块要开发，就会出现疯狂抢建现象，一夜之间冒出多处楼房。对于正在建设的违法建筑的处置，规定保留了“即查即拆”制度有利于有效制止“抢建”行为，提高了执法效率，也避免了当事人不必要的损失。

浙江

《浙江省违法建筑处置规定》

第九条规定：“城乡规划主管部门发现城镇违法建筑正在建设中的，应当责令当事人停止建设；当事人拒不停止建设的，设区的市、县（市、区）人民政府应当责成有关部门采取拆除继续建设部分的措施。对于依法应当由其他部门处置的违法建筑物和构筑物，城乡规划主管部门应当立即将案件移送相关部门处理。”

例



2015年9月12日，浙江省海宁市单体最高最大最牛违法建筑拆除。违法建筑楼高9层，占地面积1300多平方米，建筑面积近5000平方米。

例

浙江温州永嘉县政府拆除三江违法宗教建筑。这一建筑面积原本应控制在1881平方米，但在2012年，当事方在未办手续的情况下占地面积3591平方米，违法建成教堂主楼及附属建筑面积7928平方米，违法建成地下室及停车场3076平方米。



上海

《关于进一步加强本市违法建筑治理工作的实施意见》

明确规定对在建违法建筑可以“快速拆除”。即对正在搭建违法建筑的违法建设行为，当事人拒不停止建设或者逾期不拆除的，实施部门应当依据《城乡规划法》的有关规定，依法采取强制拆除正在搭建违法建筑的措施。

同时明确，对在道路、河道、航道或者公共场所（包括公共绿地、公共活动场地、停车场、消防通道等场所）搭建的违法建筑视作障碍物，可由实施部门立即代为拆除。

二是上海于2014年出台了《关于进一步加强本市违法建筑治理工作的实施意见》，通过快速查处拆除正在搭建的违法建筑，确保“新账不欠”，是遏制违法建筑蔓延势头的关键，也是新规定的核心。该实施意见以《城乡规划法》《土地管理法》《消防法》《治安管理处罚法》《上海市城乡规划条例》《上海市拆除违法建筑若干规定》《上海市住宅物业管理规定》等法律法规为依据，对违法建筑的查处与拆除做出了与《行政强制法》第四十四条不一致的规定，明确规定对在建违法建筑可以“快速拆除”。即对正在搭建违法建筑的违法建设行为，当事人拒不停止建设或者逾期不拆除的，实施部门应当依据《城乡规划法》的有关规定，依法采取强制拆除正在搭建违法建筑的措施。同时明确，对在道路、河道、航道或者公共场所（包括公共绿地、公共活动场地、停车场、消防通道等场所）搭建的违法建筑视作障碍物，可由实施部门立即代为拆除。

例

在2014年上海《关于进一步加强本市违法建筑治理工作的实施意见》出台以前，有违建别墅边拆边建1年，将原本两层高的别墅拆得只剩下空骨架，并向下开挖地下室。周边业主担心，这样掘地三尺，会对他们的房屋结构安全带来影响，其中一户业主家的花园甚至已经出现了一道1米多长的裂缝。



例

湖南省衡阳市永兴家居广场在2万平方米的楼顶上违规建设了25栋别墅。因存在极大安全隐患，已在相关部门的监督下拆除。





湖南

《湖南省实施〈中华人民共和国城乡规划法〉办法》

城市、县人民政府城乡规划主管部门和镇、乡人民政府应当建立对建设活动的日常巡查制度，落实建设项目验线、施工现场跟踪检查、建设用地规划条件核实等管理措施。发现违法建设的，应当责令当事人停止建设；当事人拒不停止建设的，城市、县人民政府应当责成有关部门采取拆除继续建设部分的措施。

三是湖南省也加大对违反规划行为的惩处力度，坚决遏制新增违法建设。于2016年新修订了《湖南省实施〈中华人民共和国城乡规划法〉办法》，第四十四条规定：“城市、县人民政府城乡规划主管部门和镇、乡人民政府应当建立对建设活动的日常巡查制度，落实建设项目验线、施工现场跟踪检查、建设用地规划条件核实等管理措施。发现违法建设的，应当责令当事人停止建设；当事人拒不停止建设的，城市、县人民政府应当责成有关部门采取拆除继续建设部分的措施。”



二、在建违法建设快速处置的合法性、可行性等方面的探讨

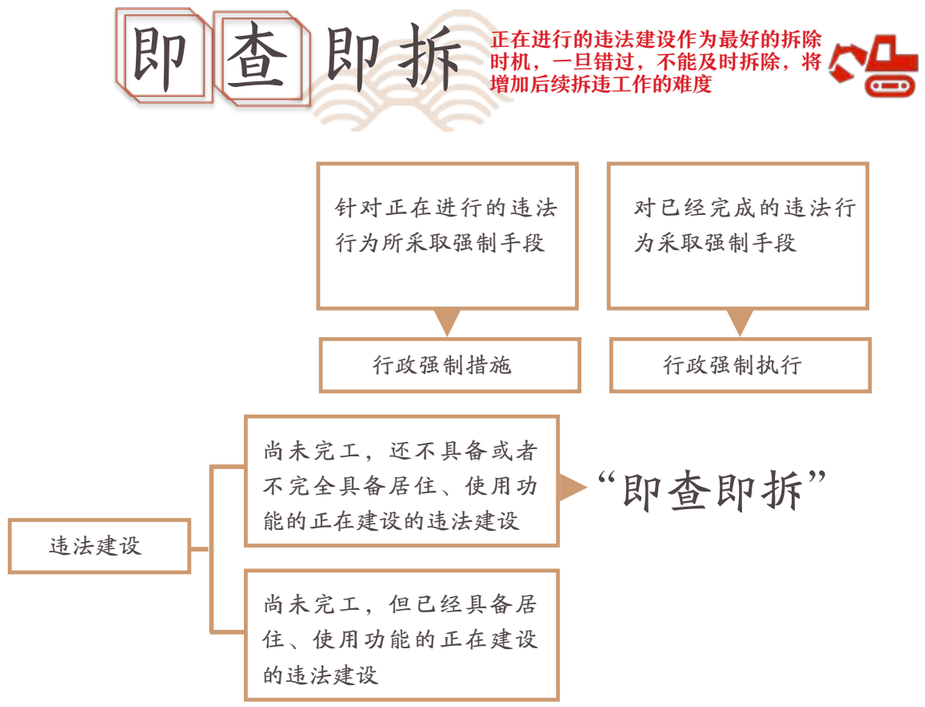
卢梭在《社会契约论》中强调：“社会秩序乃是为其他一切权利提供了基础的一项神圣权利”，建立良好的社会秩序、维护公共利益，需要保证行政权有效行使的法律规范，如果法律过度地在个案中强调对某一特定公民权利的维护，那势必会使本应对社会秩序和公共利益承担维护职责的行政权处于极其尴尬的境地，公众利益和社会秩序也无法得到根本的维护。许多学者在研究中认为，《行政强制法》第四十四条为违法建设行政强制拆除设定了特别程序，但其规定存在很大的解释空间。

1.“强制拆除”法律属性判断

“强制拆除”在不同情形下可能具有不同的法律属性。这是由其作为手段的性质所决定的。胡建淼在《“行政强制措施”与“行政强制执行”的分界》中提出：“行政强制措施与行政强制执行是理论上需要划分的一对范畴，但从手段上很难划分，因为许多强制措施的手段同时也可成为强制执行手段，而且行政强制措施中紧急强制的手段同时可成为一般强制手段。”

从法律规定来看，强制拆除的适用对象广泛，不仅集中在市容环境、规划建设领域，而且广泛适用于交通管理、公共安全、历史文化资源保护等领域。强制拆除在其他具体法律规定中的适用情形并非整齐划一，不同的适用情形，强制拆除的法律属性并不相同，不能一概以行政强制执行涵盖之。基于强制拆除适用对象的广泛性，应当挣脱将强制拆除法律属性一元化为行政强制执行的束缚，把强制拆除的法律属性一分为二：既有隶属于行政强制执行的情况，也有隶属于行政强制措施的情况，如对正在进行违法建设的拆除。





2.对在建违法建设 “即查即拆”不适用《行政强制法》第四十四条规定

正在进行的违法建设作为最好的拆除时机，一旦错过，不能及时拆除，将增加后续拆违工作的难度，而且对正在进行的违法行为采取的行政强制手段是否具有即时性，也是行政强制执行与行政强制措施之间的主要不同点。一般，针对正在进行的违法行为所采取的强制手段，多为行政强制措施；对已经完成的违法行为采取强制手段归属于行政强制执行。

根据实际情况，在建违法建设分为下列两类，一是尚未完工，还不具备或者不完全具备居住、使用功能的正在建设的违法建设；二是尚未完工，但已经具备居住、使用功能的正在建设的违法建设。我们目前研究适用在建违法建设“即查即拆”的对象应是第一种情形，即尚未完工，还不具备或者不完全具备居住、使用功能的正在建设的违法建设。拆除违法建设的实施部门应当在调查取证后，责令当事人停止建设、限期自行拆除，并可以采取暂扣施工工具和材料等措施。当事人拒不停止建设或者逾期不拆除的，实施部门应当依法采取强制拆除正在搭建违法建筑的措施。

3.对在建违法建设“即查即拆”的可行性问题研究

根据《行政强制法》及《城乡规划法》相关规定，能够适用“即查即拆”的情形主要有以下几种：

一是一般代履行。根据《行政强制法》第五十条规定，“行政机关依法作出要求当事人履行排除妨碍、恢复原状等义务的行政决定，当事人逾期不履行，经催告仍不履行，其后果已经或者将危害交通安全、造成环境污染或者破坏自然资源的，行政机关可以代履行，或者委托没有利害关系的第三人代履行”。因此，当事人不自行拆除或者申请拆除违法建筑的行为符合《行政强制法》上述规定的代履行条件的，拆违实施部门可以依法实施代履行。如对历史文化名城中文化街区的违建拆除，《历史文化名城名镇名村保护条例》第四十三条规定，“对历史建筑进行外部修缮装饰、添加设施以及改变历史建筑的结构或者使用性质的，由城市、县人民政府城乡规划主管部门责令停止违法行为、限期恢复原状或者采取其他补救措施；有违法所得的，没收违法所得；逾期不恢复原状或者不采取其他补救措施的，城乡规划主管部门可以指定有能力的单位代为恢复原状或者采取其他补救措施，所需费用由违法者承担”。

一般代履行

当事人不自行拆除或者申请拆除违法建筑的行为符合《行政强制法》上述规定的代履行条件的，拆违实施部门可以依法实施代履行。

例

《历史文化名城名镇名村保护条例》第四十三条规定，“对历史建筑进行外部修缮装饰、添加设施以及改变历史建筑的结构或者使用性质的，由城市、县人民政府城乡规划主管部门责令停止违法行为、限期恢复原状或者采取其他补救措施；有违法所得的，没收违法所得；逾期不恢复原状或者不采取其他补救措施的，城乡规划主管部门可以指定有能力的单位代为恢复原状或者采取其他补救措施，所需费用由违法者承担”。

南京市江宁区吉山铁矿内违规建起了从江西拆解运送过来的古建筑。经过核查，这个古建筑群是没有经过规划许可的，未取得手续就建设，属于未批先建的违法建设行为。





二是立即代履行。根据《行政强制法》第五十二条规定：“需要立即清除道路、河道、航道或者公共场所的遗洒物、障碍物或者污染物，当事人不能清除的，行政机关可以决定立即实施代履行；当事人不在场的，行政机关应当在事后立即通知当事人，并依法作出处理。”根据该规定，在道路、河道、航道或者公共场所（包括公共绿地、公共活动场地、停车场、消防通道等对不特定对象开放的场所）搭建的违法建筑构成障碍物，当事人不能拆除的，拆违实施部门应依法决定立即代为拆除。

立即代履行

要立即清除道路、河道、航道或者公共场所的遗洒物、障碍物或者污染物，当事人不能清除的，行政机关可以决定立即实施代履行；当事人不在场的，行政机关应当在事后立即通知当事人，并依法作出处理。

三是对在建违法建设的拆除。根据《中华人民共和国城乡规划法》第六十八条规定，“城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施”。

在建违法建设的拆除

城乡规划主管部门做出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施。





例

图为工人正在进行拆除北京海淀区人济山庄楼顶违法建设的建筑垃圾的清理搬运工作。由于高空施工难度大，只能靠工人手工操作，且整栋楼只有一部货运电梯，所以建筑垃圾清理工作还无法在短时间内结束。违法建设给社会带来了巨大的人力、物力的浪费。

合法性

《行政强制法》第四十四条规定：“对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的，应当由行政机关予以公告，限期当事人自行拆除。当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不拆除的，行政机关可以依法强制拆除。”

4.对在建违法建设“即查即拆”的合法性问题研究

（1）对在建违法建设“即查即拆”并未违反立法本意。

《行政强制法》第四十四条规定：“对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的，应当由行政机关予以公告，限期当事人自行拆除。当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不拆除的，行政机关可以依法强制拆除。”建筑物、构筑物、设施是重要财产，涉及价值较大，多数还关系到当事人的基本生活生产，影响到社会特别是城市的有序发展和建筑物周围多少人的权益，涉及面广、社会影响大、社会关注度高。考虑到设定和实施强制拆除必须谨慎，在法制轨道上依法实施，本条规定了强制拆除的特殊程序，实施强制拆除前必须满足当事人在法定期限内既不申请复议又不提起诉讼的要求。这个规定是防止尚有争议未得到司法救济的强制拆除得以实施，损害当事人的合法权益。这是对行政复议、行政诉讼不停止执行原则的突破，是对行政机关强制执行一般规定的例外，体现了公平、公正要求。行政强制法的上述规定仅是对行政强制执行的要求，而对继续建设部分如果仍继续适用《行政强制法》对行政强制执行规定的严格程序和冗长的时限，不及时采取强制措施，就有可能错过执法时机，造成违法建设既成事实的后果，加大了拆除执行难度，提高了执法成本，从而违背了《行政强制法》“维护公共利益和社会秩序”的立法本意，保护的不再是公民、法人和其他组织的合法权益，而是扩大了违法危害后果。从强制“拆违”行政执法实践来看，违法建设具有搭建容易、拆除困难的突出特点，尤其是违法建设速度极快，如不及时处理则迅速蔓延。因此，必须确保拆违程序的便捷、顺遂、及时、有效。



在建违法建设 ▼ 即查即拆 ▼ 行政强制措施

（2）对在建违法建设“即查即拆”应属于行政强制措施。

目前，在城管执法理论和实践中，行政执法人员对“强制拆除违法建设”的性质认识不统一。有的认为，“强制拆除违法建设”属于行政处罚决定，有的认为，“强制拆除违法建设”属于行政强制措施。课题组认为，在违法建筑未完全形成或违法建设行为正在实施中时，强制拆除措施应属于《行政强制法》中规定的行政强制措施的一种而不是一种行政强制执行方式。理由如下：

一是从行政强制措施与行政强制执行的区别看来，《行政强制法》第二条第二款规定，“行政强制措施，是指行政机关在行政管理过程中，为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形，依法对公民的人身自由实施暂时性限制，或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。行政强制执行，是指行政机关或者行政机关申请人民法院，对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织，依法强制履行义务的行为”。对继续建设部分采取的“即查即拆”，是为了制止违法行为的扩大而采取的暂时性控制措施，属于行政强制措施，与行政强制法的规定并不冲突。

二是从《中华人民共和国城乡规划法》第六十八条规定来看，“城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施”。本条规定的“强制拆除”就应当属于强制措施。

三是从执法效果来看具有积极的意义。对在建违法建筑紧急叫停并实施强制拆除，最大程度减少违法建筑当事人损失、降低执法成本，大幅度提升执法效果，被视为对在建违法建筑的最佳处置办法。一是执法部门对一些当事人拒不配合的违法建设可以采取的强制手段更多、处理余地大；二是执法部门自限期拆除的处罚决定生效后，行政相对人未自己履行法律文书规定的义务的，即可采取查封现场、强制拆除等措施。这样对立案查处到强制拆除违法建筑的时间将大大缩短，对地方建设和经济发展将起到非常积极的作用。



（3）对在建违法建设“即查即拆”通过了立法的备案审查应视为不违反《行政强制法》第四十四条规定。

根据《立法法》第九十八条规定，“行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的三十日内依照下列规定报有关机关备案：（一）行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案”；第一百条规定，“全国人民代表大会专门委员会、常务委员会工作机构在审查、研究中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向制定机关提出书面审查意见、研究意见；也可以由法律委员会与有关的专门委员会、常务委员会工作机构召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改的意见，并向全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会或者常务委员会工作机构反馈。全国人民代表大会法律委员会、有关的专门委员会、常务委员会工作机构根据前款规定，向制定机关提出审查意见、研究意见，制定机关按照所提意见对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例进行修改或者废止的，审查终止”。据此，对含有“即查即拆”规定的《浙江省违法建筑处置规定》及《湖南省实施〈中华人民共和国城乡规划法〉办法》等地方性法规，既然通过了全国人民代表大会常务委员会备案审查，就应当视同全国人民代表大会常务委员会已对“即查即拆”不违反《行政强制法》第四十四条规定。

