

违法建设治理困境及法治化解路径研究——基于A市调查研究

黄世德 吴珊珊

[摘要] 违法建设治理是城乡治理中的难点，但也是提升市容市貌、优化人居环境、提高城市治理水平的重要措施。地方政府每年需要花费大量的人力、物力对违法建设进行整顿，但难以从根本上解决违法建设问题。在违法建设查处中，常因执法不当从“拆违”变成“违拆”。本文论述在依法治国背景下违法建设的基本概念和治理困境，认为违法建设治理需要精准施策、分类处置，以立法形式长效巩固治理经验。并以A市为例，分析其违法建设的成因有规划欠缺、历史原因、利益冲突和执法不规范等，提出应以法治化路径治理A市违法建设行为。

[关键词] A市；违法建设；法治化

1 违法建设的概述

1.1 违法建设的概念

违法建设是指违反相关程序法和实体法进行建设的行为^[1]。根据《中华人民共和国城乡规划法》（以下简称《城乡规划法》）第六十四条和第六十五条的规定，违法建设是指在规划区内未依法取得乡村建设或建设工程规划许可证或者未按照乡村建设或建设工程规划许可证的规定进行建设的行为。在地方性法规中，对违法建设界定更为具体。例如：《广州市违法建设查处条例》第二条在《城乡规划法》基础上对违法建设的界定，认为“未经批准进行临时建设或者未按照批准内容进行临时建设的；临时建筑物、构筑物超过批准期限不拆除的”亦属于违法建设。《河池市违法建设防控和查处条例》第三条在广州立法基础上，增加“其他违反国土空间规划或者城乡规划管理规定的”行为。在部分地方立法中，也会将违法建设形成的建筑物、构筑物纳入违法建设的概念中。例如《福建省违法建设处置若干规定》第三条；《四川省人民代表大会常务委员会关于制止和查处违法建设的决定》第十七条以及四川地方法规中，都将违法建设的建筑物、构筑物作为违法建设的概念。违法建设与违法建筑是行为与结果的关系，建设单位或个人的违法建设行为必然以违法建筑的形式产生，违法建筑是违法建设的其中内容。

结合地方法规规定，违法建设是指建设单位或个人

违反城乡规划法律法规进行建设或者临时建设的行为及其形成的建筑物、构筑物。

1.2 违法建设的查处主体

违法建设的查处主体，也可称为违法建设处置部门，即对违法建设行为做出监督检查、违法认定、行政处罚决定和行政处罚执行的具体行政主体。根据《城乡规划法》第六十四条、第六十五条规定，违法建设由县级以上人民政府城乡规划主管部门、乡镇政府责令停止建设、限期改正和拆除。在国内也形成不同主体的查处模式。例如：由规划部门自行查处的“兰州模式”^①；规划部门和城管部门对不同违法建设进行查处的“北京模式”^②；规划部门认定后由城管部门查处的“武汉模式”^③；城管部门根据查处需要决定是否需要由规划部门查处的“广州模式”^④。A市所在省颁布的“城市管理综合执法条例”中规定“设区的市政府确定城市综合执法部门行使住房建设城乡领域的执法权”，基于此项规定，A市住房建设城乡领域执法权划归城管局行使。但执法权当中是否包含对违法建设的认定权、处罚决定和违法建设处罚的执行权尚未明确。其中，A市部分县区在实践中形成规划部门对违法建设行为进行认定后城管进行查处的做法，部分县区由城管部门执行认定和查处，行政区域范围内并未形成统一执法模式。但违法建设查处的主要主体还是城管部门，其他行政主体在职能范围内指导、协助。

2 A市违法建设治理的困境

2.1 村庄规划欠缺，执法依据不足

根据《城乡规划法》第二条的规定，城乡规划包括城镇体系规划、城市规划、镇规划、乡规划和村庄规划。城市规划和镇规划是地方政府必须进行规划的区域范围。县人民政府编著县政府驻地城镇规划，非县政府驻地的镇由镇政府自行规划，报上级审批。而违法建设行为的前提是在规划区范围内进行未批先建的新建、改建、扩建行为。在实践中，非市、区（县）政府驻地的城镇、乡、村能够建立起镇规划或乡、村规划的较少，部分建立规划也未能进一步制定控制性详细规划。例如：A市在2016年编制了《A市总体规划（2016—2035年）》。A市辖区内拥有707个建制村，有村庄规划的只有63个，占据整体的8.9%。在查处镇、乡、村的违法建设时，常因镇、乡、村未制定控制性详细规划，导致执法队伍采取执法行为时无执法根据，不采取执法行为又产生行政不作为，致使执法机关陷入两难境地。

2.2 历史遗留问题多、处理难度大

2.2.1 历史遗留违法建设问题多

根据1993年国务院颁布的《村庄和集镇规划建设管理条例》第十八条的规定，村民在村庄、集镇规划区建设住房的，向村集体经济组织或者村民委员会提出建房申请，再由乡或县政府批准即可，不需要办理建设工程规划许可。根据2007年颁布的《城乡规划法》，建设单位或个人未取得建设工程规划许可证的，构成违法建设行为，应当予以拆除。此外，A市在2004年制定了城市总体规划，又于2016年制定新的城市总体规划。这就产生了在2016年之前，不在规划区范围内的违法建设经过2016年制定规划区后，进入了规划区的范围，未批先建的行为是否应当按照《城乡规划法》进行查处等问题。因此，A市产生了一大批历史遗留违法建设问题，给现行的认定、查处带来了一定执法困扰。

同时，根据《城乡规划法》第六十四条规定，对违法建筑采取工程造价的5%至10%的处罚力度。根据《建筑法》第十八条的规定“建筑工程造价应当按照国家有关规定，由发包单位与承包单位在合同中约定”，私人建房更不存在合同形式。因此，工程造价就会存在政府公布价、评估价和合同价。政府公布价无法查询，评估价中的评估主体、资质缺乏统一标准，合同价标准不一，导致A市执法队伍实际执行中难以确定处罚裁量标准。此外，存量的违建和新增的违建原因和情节不同，处理难度大，不能采取统一处理方式，而不采取统一方

式，群众将会质疑执法不公、区别对待。

2.2.2 违法建设拆除程序时间长、成本高

在探讨强制拆除违法建筑中行政主体的利益选择时，最基本的是对该程序运行的成本和收益进行核算^[2]。根据《行政强制法》第四十四条规定，违法建筑在拆除之前，需要进行公告。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，否则涉嫌违法。根据《最高人民法院关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复》，法院不再受理行政机关提出对于违反《城乡规划法》建筑物拆除的非诉行政执行申请，非诉行为的违法建设只能由行政机关拆除。同时，强制拆除违法建筑需要以保障公民的住宅权为前提：一方面需要属于违法建设；另一方面，需要妥善解决公民居所问题。违法建设从发现到查处，违法当事人并未停止违法建设，行政机关也难以实现24小时监守，行政机关履行程序需要长达2个月至2年时间，履行手续完毕后准备拆除时，可能当事人已经建成入住。

违法建设拆除成本高。虽然地方性法规都规定政府需要将违法建设查处经费纳入财政预算当中。但在实践中违法建设拆除的费用可以从几千上升至千万，远远超出地方政府预算范围，导致因资金缺乏违法建筑无法拆除。此外，根据《行政强制法》第五十条规定“危害交通安全”“环境污染”“破坏自然资源”的违法行为可以采取代履行，费用由当事人承担。违法建设行为中也会触及上述类型，但对违法建设既拆除又需要当事人承担费用是难以实现的。

2.3 城市发展中集体利益和个人利益之间的冲突

根据《土地管理法》规定，从用途上，土地划分为农用地、建设用地和未利用地，任何单位和个人的建设行为只能在建设用地上进行；从性质上，土地可以划分为国有土地和集体土地。实际生活中，集体土地的使用权主体则由集体内部的个户行使。在违法建设查处过程中，为促进集体经济发展，会出现集体组织自身或引进资本在集体土地上未批先建或不符合规划要求进行违法建设，建成非住宅性建筑。此外，在实行城镇化管理的区域，原生家庭符合“一户一宅”要求，兄弟分家，群众根据“一户一宅”的规定，在集体土地上建设住房，行政相对人需要向市级规划部门申请。集体土地在城市规划区范围内，规划区范围内尚未制定控制性详细规划，规划部门亦不会批准建房，群众强行建设便会形成违法建设。群众住房的刚性需求和城乡规划的硬性规定

[作者简介] 黄世德，广西师范大学法学院，硕士研究生。
吴珊珊，广西民族大学法学院，硕士研究生。

形成矛盾。城市发展产生了集体利益和个人利益之间的冲突，地方政府又无法拿出妥善的解决方案，成为违法建设治理困境。

2.4 法律法规与实际执法不统一

在违法建筑查处中，需要对违法建筑进行认定，才能对违法建筑进行查处。A市部分行政区域地区认定权归属规划部门，处罚权归属于城管部门。有些地区直接将认定权和处罚权归属于城管部门。而城管部门对于违法建筑的认定因缺乏专业知识而无从下手，导致后期违法建筑无法处置。考虑相对集中行使行政处罚权改革的内容和行政执法的专业性，违建认定权理论上应当由规划部门独立行使^[3]。同时，根据《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》规定“行政机关不得法外设定权力”，城管部门在“三定方案”中并没有对违法建设行为的认定权力。此外，针对建设行为需要取得的许可证件，行政机关之间也存在权力划定不统一的情形。根据《城乡规划法》规定，建设行为需要获取选址意见书、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证。其中建设工程规划许可证属于收费项目，A市县（区）住建部门在执法权转移的时候，保留了建设工程规划许可证。法律法规与实际执法的不统一，造成后期认定、处罚的不规范和无法执行。

3 A市违法建设的法治化化解路径建议

3.1 完善城乡规划，构建执法基础

城乡规划是一种落实到空间用地上的空间管控手段，用地性质分类是城乡规划的核心内容^[4]。违法行为虽涉及《建筑法》《土地管理法》等法条竞合的情况，但违法行为主要是违反《城乡规划法》中的具体规定，而《城乡规划法》中违法行为必须是在“规划区”范围内。因此，地方政府应当根据《城乡规划法》的规定，制定城市、乡镇、村庄规划，确保执法机关执法有据。第一，完善城乡规划需要科学规范、布局合理，做好城市发展工作，充分考虑群众建设、住房需求和改革发展需要。第二，制定城乡规划应当充分考虑城乡特色、发展战略等因素做好城市发展目标定位，再根据目标制定城乡规划。第三，城乡规划应当充分调研并通过多种渠道和方式听取公众意见。在实践中发现，城乡规划通常采取公告收集方式，能收集到有效的公众意见少之又少，不接地气。造成规划制定后公众对城乡规划的不认可，导致本应由“项目跟着规划走”变成“规划跟着项目走”。

3.2 分类处置，破解历史遗留难题

违法建设不应当采取“一刀切”的执法行为，应

当根据违法建设的违法情节进行具体分析，分类处理。根据违法时间，可以将违法建设分为存量的违法建设和新增的违法建设；根据违法建设程度，可划分为可改正的违法建设和不可改正的违法建设。例如2018年，南通市颁布《南通市市区存量违法建设分类处置办法》第四条规定，对违法建设行为采取“不列入认定和查处范畴、依法拆除、补办手续、暂缓拆除、没收处罚”等方式，对存量违法建设进行分类处置。对于违法建设的建筑物应当根据违法时间、违法程度、违法原因等要素建立统一的登记制度，针对不同情形进行强制拆除、行政追认、补正合法要件等，符合行政处罚的比例原则，既改变了违法建设“以罚代管”的行为，又能取得群众理解，达到法律效果与社会效果相统一^⑤。

3.3 联动治理，增强行政执法合力

违法建设治理仅靠城市综合管理部门的力量是不足的，虽然城市综合管理部门行使相对集中行政处罚权，在城市建成区范围内形成了市、区（县）、街道（乡镇）、社区联动执法体系。但是查处违法建设的权力权限不足，无法从根本上治理违法建设。在行政机关层面，城市违法建设应当加强顶层设计，形成统一领导、联动治理的执法体系，国土、规划、司法、监察等有关行政主管部门在其职责范围内做好违法建设控制和查处的相关工作。联动过程中，应当明确政府部门职责权限，“三定”方案应保证部门职责明晰，对现有职能进行归纳分类，明确所应承担的基本职能，消除部门间职能重叠、交叉等问题，从根本上减少部门间职能冲突的可能^[5]。在社会层面，规范建筑物的配套公共服务管制，明确要求提供公共服务的企业和建设工程设计单位、施工单位和个人、监理单位以及出售预拌混凝土、砂浆的单位或者个人，不得为没有建设工程规划许可证或者建设工程规划验收合格证的建设项目提供服务^[6]。

3.4 精准立法，提升行政执法效能

违法建设形成的原因复杂，但立法领域的制度缺失及现有法律、法规过于笼统，原则和操作性不强才是源头上的弊端^[7]。查处违法建筑，立法才是最根本、最有效的治理方式。在违法建设治理中，较多的市采取制定地方性法规的方式对违法建设查处和防控，进行细化制度设计和操作规范，取得较好的治理效果。地方性法规是对上位法规定事项的细化和补充，同时能够结合地方特色进行有效治理。精准立法需要达到以下几个要求：第一，在地方立法中应当建立违法建设类型认定标准。违法建设的当事人要对自己的行为承担法律责任，执

法机关只有准确界定行为类型，才能做到行为和处罚相当。第二，制定确切的查处程序。在违法建设查处中，常因执法程序不当而导致“拆违”变成“违拆”，造成行政败诉。例如《遵义市违法建设治理条例》第二十八条规定执法机关对于正在建设、已经建成、责令拆除而逾期未拆除的违法建设行为规定不同的查处程序，为查处主体执法明确执法程序，有力提升执法效能。第三，地方性法规制定后，应当及时采取各种方式向群众进行有效宣传；生效后，执法机关应当严格执法，确保法规落实到位。

[注释]

- ①《兰州市制止和处理违法建设办法》第三条的规定。
- ②《北京市禁止违法建设若干规定（2020）》第四条的规定。
- ③《武汉市控制和查处违法建设办法》第八条和第九条的规定。
- ④《广州市违法建设查处条例》第十九条的规定。
- ⑤“追认”最早是属于民法上的概念，行政法上的追认，是指因欠缺管辖权或因法律依据本身违法导致行政行为违法

（上接第74页）

平交，可满足亭洪路两侧用地车辆出入、掉头以及与规划3路的交通转换功能。亭洪路下穿沙井煤矿铁路隧道段与上跨南宁南货场铁路桥梁段均设置非机动车道和人行道，K0+600～K0+980段辅道人行道则通过人行步梯上桥，保证了全线慢行系统的畅通。

本项目在不同路段设置不同道路横断面来满足沿线交通需求。道路下穿沙井煤矿铁路引道段横断面主线设置双向6车道，双侧设置3.5m非机动车道，辅道进口道设置两机一非机动车道，出口道设置一机一非机动车道。道路上跨南宁南货场专用铁路段横断面主线为两幅桥，双向6车道，两侧非机动车道各宽4.0m，机非混合车道间设置0.5m的隔离墩，桥下辅道宽为7.5m，道路两侧预留5.5m绿化带，道路总控制宽度为70m。

4 结语

本文以南宁市亭洪路为例，对市政道路与专用铁

路，由有管辖权的行政主体或有权立法主体对该违法行政行为所作的事后认可。

[参考文献]

- [1]张峥.强制拆除违法建筑法律问题研究[J].重庆行政(公共论坛),2016,17(6):64–65.
- [2]王青斌,赖普微.违法建设强制拆除机制的困境与出路——兼论《行政强制法》第44条的修改[J].江苏行政学院学报,2018(2):121–128.
- [3]吕长城.论城市规划区内的违法建设认定权[J].湖南警察学院学报,2018,30(6):78–84.
- [4]扈万泰,王力国,舒沐晖.城乡规划编制中的“三生空间”划定思考[J].城市规划,2016,40(5):21–26+53.
- [5]周晨虹.“联合惩戒”：违法建设的跨部门协同治理——以J市为例[J].中国行政管理,2019(11):46–51.
- [6]唐作斌,曾伟.柳州治理违法建设的路径选择[J].广西城镇建设,2018(1):60–70.
- [7]王光庆.制定违法建设防控和查处的地方性法规相关问题的思考[J].人大研究,2017(12):39–43.

路交叉口设计的重点和难点进行分析。通过对亭洪路与沙井铁路交叉方案、亭洪路上跨南宁南货场桥梁方案、亭洪路不同路段横断面方案、亭洪路排水方案及亭洪路与周边交通衔接的研究，解决了市政道路与专用铁路交叉设计相关的一系列问题，设计方案顺利通过了规划、铁路、发展改革、住房城乡建设、交通、财政等部门的审批，并得到评审专家们的一致认可，现已进入建设施工阶段，可为往后类似项目建设提供一定的经验借鉴。

[参考文献]

- [1]吉军立.浅析城市道路下穿高铁的影响与分析[J].工程与建设,2016,30(1):63–65.
- [2]赵晓娟,程京伟.城市道路与铁路立交的节点设计实例及方案比选研究[J].城市道桥与防洪,2016(4):1–5.
- [3]李昊,张付宾,简方梁.新建公路下穿城际铁路安全性评估[J].交通科技,2015(6):96–99.