

□ 上海市信本律师事务所 高兴发

违法搭建建筑物、构筑物的情况无论在城市还是乡村仍时有发生，另外还有一些存量的违法建筑，都需要行政部门进行执法。然而，由此引发的行政复议、行政诉讼案件也屡见不鲜。

那么，拆除违法建筑的执法工作中，存在哪些疑难问题呢？

违法建筑的认定

目前，在国家层面还没有对违法建筑的专门立法，各地一般通过地方性法规或规章进行规定。根据《上海市拆除违法建筑若干规定》（以下简称《若干规定》）第二条等相关法律的规定，违法建筑是指上海市行政区域内除乡、村庄规划区外未依法取得建设工程规划许可证的建筑物、构筑物。那么，没有办理建设工程规划许可的建筑物与构筑物是否一概认定为违法建筑呢？笔者认为，以下情形应具体分析，不应一律按违法建筑处理。

1.1981年之前搭建的建筑物、构筑物。由于上海市人民政府于1981年颁布施行的《上海市建筑管理办法（试行）》才规定了建设工程规划许可制度，同时参照《上海市住房保障和房屋管理局关于贯彻执行〈上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则〉若干意见》第六条之规定，对于1981年之前搭建的建筑物、构筑物，不能认定为违法建筑。

2.曾为违法建筑，但按照现行规定已豁免建设工程规划许可的建筑物、构筑物。根据《自然资源部关于深化规划用地“多审合一、多证合一”改革的通知》的要求、上海市规划和自然资源局《关于印发〈上海市建设工程规划许可豁免项目清单（试行）〉的通知》（以下简称《豁免清单（试行）》），对于未取得建设工程规划许可证但在《豁免清单（试行）》施行后属于豁免建设工程规划许可范围的存量违法建筑，例如既有住宅小区的垃圾收集房、门卫室、岗亭、围墙等，根据《行政处罚法》第三十七条“从旧兼从轻”原则，不应认定为违法建筑。

3.经调查无法查明是否取得建设工程规划许可的无证建筑。对于此类建筑，按照行政行为认定事实清楚、证据确凿的法定要求，不应认定为违法建筑。

构筑物的认定

对于建筑物的认定，实践中较少争议，但对于构筑物的认定，争议往往比较大。由于法律法规未作

出直接、明确的规定，实践中可以依据相关国家或地方标准如《民用建筑设计术语标准（GB/T50504-2009）》、《上海市城市规划管理技术规定（土地使用建筑管理）》及构筑物的实际情况作出认定。

《民用建筑设计术语标准（GB/T50504-2009）》第2.1.5款规定：构筑物指为某种使用目的而建造的、人们一般不直接在其内部进行生产和生活活动的工程实体或附属建筑设施。该规定较为原则，给实务中的认定带来了一定难度，而《上海市城市规划管理技术规定（土地使用建筑管理）》也仅列举了水塔、烟囱两种构筑物。

因此，个案中如对构筑物的认定存在争议，行政执法部门应委托有资质的鉴定机构作出鉴定，并结合鉴定结论依法作出认定。

责任主体

将违法建筑的搭建人认定为拆除违法建筑的行政相对人，一般并



资料图片

无异议。

在搭建人已转让违法建筑的情况下，由于搭建人已不再占有违法建筑，受让人受让违法建筑即承受了违法建筑的权利义务。根据《民法典》的规定，因为违法建筑不得转让，故受让人为无权占有、不受法律保护，其应承担消除违法状态的法律义务，所以在这种情况下应认定受让人为责令限期拆除违法建筑决定的相对人。

在无法确认搭建人但有明确占有人的情况下，亦可基于前述论述，认定占有者为责令限期拆除违法建筑决定的相对人。

限期拆除决定的性质

关于责令限期拆除违法建筑决定的性质，有行政命令、行政处罚、

拆除违法建筑执法中的疑难问题

法占用的土地上新建的建筑物属于行政处罚，与《城乡规划法》《行政强制法》上述规定存在不同。

因此，对于责令限期拆除违法建筑来说，《城乡规划法》《行政强制法》与《土地管理法》构成一般法与特别法的关系，除法律明确规定为行政处罚的特殊情形（如《土地管理法》第八十三条），一般应认定为行政强制措施。

拆违的其他问题

除了前述问题之外，拆除违法建筑还有以下几个法律层面的问题。

第一，强制拆除决定与强制拆除行为是否为同一行政强制执行行为？

根据《行政强制法》第四十四条《若干规定》第十条，违法建筑的强制拆除包括两个行政行为，即强制拆除决定与强制拆除行为。那么，两者是同一行政强制执行行为，还是两个相互独立的行政强制执行行为？

对此，笔者认为，强制拆除决定与强制拆除行为共同构成行政强制执行行为。强制拆除决定既是行政强制执行程序中的程序性、阶段性行为，又具有相对独立性。强制拆除决定是前提，强制拆除行为依据强制拆除决定实施，是强制拆除决定实施的结果。因此，审查强制拆除行为的合法性必先审查强制拆除决定的合法性。

第二，强制拆除违法建筑是否属于行政诉讼的受案范围？

根据《行政诉讼法》第十二条，行政强制执行行为属于行政诉讼受案范围。那么，强制拆除决定、强制拆除行为是否分别可诉？

对此，笔者认为，法院审查强制拆除行为时，审查范围应当包括强制拆除程序是否符合《行政强制法》第四章关于行政强制执行程序的规定，其中包含是否作出强制执行决定以及决定是否有事实基础和法律依据。因此，违法建筑被拆除后，强制执行决定已属于行政强制执行程序中的阶段性行为，其法律效力被强制拆除行为所吸收覆盖。当事人分别对强制执行决定和强制拆除行为提起诉讼的，法院应引导当事人对强制拆除行为提起诉讼。当事人坚持对强制执行决定提起诉讼的，法院应不予立案，已经立案的，应裁定驳回起诉。

第三，强制拆除行为是否必须在强制拆除决定的法定复议、诉讼期限届满后实施？对此，笔者认为，答案是否定的，理由如下：

首先，《行政强制法》第四十四条已规定了强制拆除决定的“等待期”，即“当事人在限期拆除违法建筑决定的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”，已保障其诉权及实体权益，故在强制拆除阶段继续作出相同规定将影响行政效率且无必要。

其次，从《行政强制法》第三十八条、第三十九条、第四十条的规定来看，行政机关在作出行政强制执行决定后即可实施，除非有法定中止、终结执行情形，否则即可实施执行。

最后，《行政强制法》第四十一条规定：在执行中或者执行完毕后，如执行存在错误的，应当恢复原状或者退还财物；不能恢复原状或者退还财物的，依法给予赔偿。因此，如强制拆除决定存在错误，法律已经规定了对当事人权益的保障制度。

行政强制等多种观点。笔者认为，依据《城乡规划法》《行政强制法》《土地管理法》等法律法规，对于责令限期拆除违法建筑决定的性质，应区分一般情形与例外情形予以认定。

首先，《国务院法制办公室对陕西省人民政府法制办公室〈关于“责令限期拆除”是否属于行政处罚行为的请示〉的复函》明确：《城乡规划法》第六十四条规定的“限期拆除”，第六十八条规定的“责令限期拆除”不应理解为行政处罚行为。

其次，根据《城乡规划法》第六十四条、第六十五条和《行政强制法》第四十四条，责令限期拆除违法建筑决定应为行政强制措施，市、县人民政府作出的强制拆除决定则为行政强制执行措施。

最后，从《土地管理法》第八十三条的规定来看，责令限期拆除在非