



# 论城市规划区内的违法建设认定权

吕长城

当前,由于各地关于城市规划区内违法建设的认定模式和认定标准宽严不一,尤其是违法建设的认定权在规划部门和城管部门之间如何划分的不统一,制约了违法建设的查处成效。在应然层面,违建认定权应当由规划部门独立行使;但是考虑到现阶段各地违法建设体量较大和查处效率,可以由城管部门统一负责违建查处活动,但在特定情形下必须事先征求规划部门的认定意见,才能对违法建设作出最终的处理决定。

## 一、违法建设认定的内涵

目前,除《城乡规划法》涉及对违法建设的处理、处罚外,尚没有一部全国性的法律规范对违法建设的执法活动作出规定。《城乡规划法》第六十四条规定:“未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的,由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设;尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的,限期改正,处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款;无法采取改正措施消除影响的,限期拆除,不能拆除的,没收实物或者违法收入,可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。”该条是对城市规划区内违法建设执法的原则性规定,其中包含了违法建设行为的一般界定、处置、处罚等内容。而如何对涉案建设进行认定,这就涉及到违法建设认定的内涵,具体又包括违法建设认定的主体和认定的内容两个方面。

### (一)违法建设认定的主体

违法建设认定的主体,即谁有权认定涉案建设属于违法建设。职权法定是依法行政的首要原则,也是人民法院审查行政行为是否合法的首要判断标准。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出,行政机关不得法外设定权力,没有法律法规依

据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。涉案建设是否属于违法建设,这直接关系到社会公众的财产权,利益攸关、影响重大,必须由法定的机关、组织依照法定的程序按照法定的标准予以认定。因此,即使涉案建设在客观上确实属于违法建设,但认定的机关没有法定的职权,其所作出的认定结论依然不具有法律约束力。

### (二)违法建设认定的内容

违法建设认定的内容,即有权主体应当如何去认定涉案建设。这又包括两个方面的具体内容:一是涉案建设是否属于违法建设,即性质认定;二是在属于违法建设的前提下,能否通过补正消除对规划实施的影响,即结果认定。不少学者和实务界人士认为,违建包括程序违建和实体违建两种情形,执法部门需要区别对待。例如,我国台湾地区的王泽鉴先生认为:“程序违建,指该建筑物并未妨碍都市计划,建造者得依一定程序申领建筑执照。实质违建,则指建筑物无从依程序补正,使其变为合法建筑物。”“实践中违法建设的情况比较复杂,有的可以通过采取补救措施予以改正;有的需要全部拆除,有的需要部分拆除;有的改正或者拆除难度较大、社会成本较高,如何进行处罚需要综合考虑,既要严格执法,防止‘以罚款代替没收或拆除’,又要从实际情况处罚,区分不同情况。”也就是说,究竟涉案建设是属于程序违建、实体违建,还是违法建设最终是否需要拆除,这都需要有权机关依照法定标准予以认定。

## 二、实践中违建认定权的不同归属、运行模式

根据对国内一些大中城市制定的涉及违建执法的地方性法规、规章、规范性文件的梳理比较,目前关于城市规划区内违建认定权的归属与运行主要存在以下几种模式:



模式一：由规划部门自行对违法建设作出认定、查处

这种模式是指，城市规划区内的违法建设由规划部门统一负责认定、查处，与城管部门无关，主要集中在一些尚未实行城市管理相对集中行使行政处罚权改革的城市，以及虽然实行了相对行使集中行政处罚权改革但规划处罚权未被集中行使的城市。采用这样的模式，是基于城乡规划必须实行集中统一的管理模式，其权力不能分割和下放，主要依据《国务院关于加强城乡规划监督管理的通知》（国发〔2002〕13号）、原建设部等九部委下发的《关于贯彻落实〈国务院关于加强城乡规划监督管理的通知〉的通知》（建规字〔2002〕204号）。例如，《兰州市制止和处理违法建设办法》（兰州市地方性法规）第九条第一款规定：“违法建设的处理程序：县（区）城市规划行政主管部门发现违法建设行为，应在二日内向违法建设单位或者个人发送《停止违法建设通知书》，责令其提供有关资料，立即停止施工，并在发出通知书十五日内作出处理决定，送达当事人……”《长春市制止违法建设、拆除违法建筑若干规定》（长春市政府规章）第七条第二款规定：“市城乡规划主管部门应当依法检查、发现、认定违法建设、违法建筑，作出行政处罚决定。”第九条又对规划部门如何履行违建查处职责进行了细化规定。

模式二：规划、城管部门对不同类型的违法建设分别作出认定、查处

这种模式是指，根据是否取得规划许可区分不同的违法建设类型，并分别由规划、城管部门进行认定、查处。一般来说，已经取得规划许可但未按照许可要求进行建设的违法行为由规划部门负责认定、查处，而未取得规划许可就擅自建设的违法行为由城管部门负责认定、查处。这种分工模式主要考虑到规划部门更善于批后管理，而城管部门较为擅长处理无证建设。例如，《北京市禁止违法建设若干规定》（北京市政府规章）第九条第一款规定：“市规划行政主管部门指导全市违法建设查处工作。规划行政主管部门负责查处下列违

法建设：（一）已经取得建设工程规划许可证、临时建设工程规划许可证但未按照许可内容进行建设的城镇建设工程；（二）未取得建设工程规划许可证但已经取得选址意见书、规划条件或者建设工程设计方案审查同意意见的城镇建设工程；（三）逾期未拆除的城镇临时建设工程；（四）其他不属于城市管理综合行政执法机关、乡镇人民政府负责查处的违法建设。”该条第二款又规定：“城市管理综合行政执法机关负责查处未取得建设工程规划许可证、临时建设工程规划许可证以及前款第（二）项中所列规划文件的城镇建设工程。”

模式三：规划部门作出认定后，移送城管部门负责后续查处，认定与查处活动均属于独立的执法程序

这种模式是指，规划部门在认定涉案建设属于违法建设后，移送城管部门负责后续的查处，两个部门在违建执法方面既有工作上的协助义务，也有职权上的明确分工。该模式的显著特征是，城管部门作为城市规划区内各类违法建设的查处机关，而规划部门不再独立负责违建查处活动。依据规划部门作出违建认定的情形又具体分为两种不同的模式：其一，规划部门应当对各类违法建设作出认定，并移送城管部门。例如，《贵阳市制止和查处违法建设规定》（贵阳市政府规章）第十一条规定：“城乡规划主管部门应当按照《贵阳市城乡规划监察管理规定》加强日常巡查，重点加强建筑施工放线、基础完工、首层封顶、标准层封顶、顶层封顶等建设环节的规划监察，发现违法建设行为，及时核查、认定，提出处理建议，移送城市综合执法部门实施行政处罚。”此外，陕西省西安市也属于该模式。其二，规划部门只需要对违反建设规划许可证的违建行为作出认定，并移送城管部门。例如，《武汉市控制和查处违法建设办法》（武汉市政府规章）第八条第一款规定：“城市管理执法部门负责依法查处未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的、验收合格后未按照规定办理建设工程规划许可证又进行建设或者改造的，未经批准或者未按照批准内容进行临时建设的建筑物、构筑物或者





其他设施。”第九条第一款规定：“规划部门负责对违反建设工程规划许可证规定的违法建设进行核查、认定，并提出处理意见。”根据上述两款规定，在武汉市范围内对于违反建设工程规划许可证规定的违建行为，是先由规划部门作出前期的核查、认定，并提出处理意见，然后移交城管部门负责后续的查处；而对于未取得建设工程规划许可证等其他违建行为，则由城管部门独立进行认定和查处。

模式四：城管部门根据查处需要或文件规定，决定是否由规划部门对违法建设作出认定。这种模式现阶段较为普遍，在城管部门统一负责查处违法建设的前提下，规划部门并非对所有的违法建设都负有认定的职责或义务，仅仅在城管部门提出协助或者有文件明确规定时，才负责出具认定意见。其与模式三的共同点在于，两者都是由城管部门统一负责城市规划区各类违法建设的查处；区别之处在于规划部门作出认定是法定的主动作为义务还是应城管部门之请的被动协助义务。该模式在实践中往往又区分无证违建和有证超范围违建两种情形：对于无证违建，城管部门一般都是自行认定，认定结论实际上就是调查取证后的结果；而对于有证超范围的违建，因为涉及规划部门的批后管理，往往需要规划部门作出认定并提出处理意见。例如，《广州市违法建设查处条例》（广州市地方性法规）第十九条第一款规定：“城市管理综合执法机关对违法建设进行立案调查后，认为属于城乡规划法规定的尚可采取改正措施消除对规划实施影响或者重大、复杂、难以定性情形的，应当书面征询城乡规划行政主管部门的意见，其中认为属于城乡规划法规定的尚可采取改正措施消除对规划实施影响的，应当与城乡规划行政主管部门取得一致意见。”福建省厦门市也采用同样的认定模式。

### 三、违建认定权的应然归属与合理运行

当前，各地出现违建认定权的不同归属、运行模式与相对集中行使行政处罚权的改革存在直接关联，这也导致了在规划部门和城管部门之间如何划分违建认定权的执法难题。

#### （一）违建认定权的应然归属

目前关于违建认定权的归属主要存在两种不同的观点：一种观点认为，认定权属于违建处罚权的自然延伸和应有之义，应当由城管部门统一行使，不涵盖认定权的违建处罚权没有实质意义，也容易引发推诿扯皮现象，不利于提高违建查处的执法效率；另一种观点则认为，认定权与处罚权存在明显的区别，两者行为性质也不同，认定权并不当然属于相对集中行使行政处罚权的范畴。

笔者主张，综合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，违建认定权理论上是应当由规划部门独立行使。原因如下：其一，违建认定的行为性质属于行政确认，而非行政处罚。2002年，国务院制定了《关于进一步推进相对集中行政处罚权工作的决定》（国发〔2002〕17号），规定城管部门可以集中行使“城市规划管理方面法律、法规、规章规定的全部或者部分行政处罚权”。而违建认定权在性质和内涵上与行政处罚权不同，不属于城管部门可以集中行使的职权范围。其二，符合权力分工与制约的执法原则。违法建设虽然本质上不合法，但其毕竟属于行政相对人的财产，在执法时应当格外慎重，而由不同执法部门分别行使违建的认定权、查处权，更有利于减少执法的随意性和执法权的恣意滥用。“如果使其同时拥有违法建筑的认定权和拆除权，这种高度集中的权力分配方式简化了行政程序，会加大对行政相对人合法权益侵犯的可能”。其三，有利于发挥规划部门的专业优势。“在实践中，违法建筑处理之拆与留，在很大程度上取决于其是否‘严重影响城乡规划’。而对这一标准的认定，有待在城乡规划技术规范 and 已生效的各项城乡规划之中作具体分析判断。综合执法部门的执法人员要想熟练理解并灵活运用这些复杂且技术性较强的规范是极不现实的。”当前各地城管部门集中行使的职权范围多达几百项，违建查处仅仅是其中一个方面，其无力也没有必要培养规划方面的专业技术人才；而规划部门在这方面的优势明显，其本身也是城乡规划的主管部门，对于涉案建设是否属于违建以及是否需要拆除



违建，其能够作出更为专业的判断。

在认定内容上，笔者认为规划部门既要涉及案建设是否属于违建作出明确的认定意见，也要在涉案建设属于违建的前提下对该违建是否可以采取改正措施消除对规划实施的影响提出具体的认定意见，以便于城管部门的后续执行。其中，对于是否可以通过补正消除对规划的影响，各地认定标准宽严不一，认定程序模式多样，有的地区从严肃处理违建的角度出发，对于违建一律要求拆除；有的地区由城管部门根据实际情况自行作出判断；有的地区是由规划部门在作出涉案建设是否属于违建认定的同时，一并对该违建作出是否可以补正的认定或者处理意见，由城管部门具体负责执行。笔者主张，由规划部门对违建如何处理，尤其是最终是否有必要予以拆除提出具体的认定意见，既符合立法原意，也有利于发挥专业判断。

至于有观点认为，既然违建认定权的归属争议较大，为何不采用模式一的做法呢？即，由规划部门统一负责认定、查处等执法活动，城管部门不集中行使规划处罚权。笔者主张，虽然模式一在实践中不会引发认定权归属的争议，但其也存在一定的弊端：一是不符合综合执法改革的发展趋势。无论是2002年制定的《国务院关于进一步推进相对集中行政处罚权工作的决定》，还是2015年制定的《中共中央国务院关于深入推进城市执法体制改革改进城市管理工作的指导意见》，都提出要在城市管理领域深入推进综合执法体制改革，而规划处罚权正是集中行使的重要内容。二是规划部门的执法力量相对较为薄弱。由于受制于编制等客观因素，各地规划部门工作的重心在于规划的编制和审批，对违法建设处理和处罚的力量相对薄弱。反之，城管部门已经基本建成覆盖乡镇街道、社区较为完备的执法网络，执法编制也较为充足，这对于应付体量庞大的违法建设来说至关重要，其能够强化日常巡查力度，并对正在形成的违法建设迅速反应、有效处置，有利于从源头上减少违法建设的发生。

#### （二）违建认定权的合理运行

在违建认定权的具体运行方面，虽然从理

论上说，无论是性质认定还是结果认定，都应当由规划部门作出明确的认定意见，但是考虑到现阶段各地违法建设体量较大，尤其是无证违法建设又占据相当大的比例，加之违建成本低、形成快与违建查处难、周期长的突出矛盾，采取上文第二部分模式四的实践做法更为合理。即，对于城市规划区内的违法建设由城管部门统一负责查处，但在两种情形下的处理必须事先征求规划部门的认定意见：一是对于有证超范围建设等违反建设规划许可证的行为，应当由规划部门认定其是否属于违建并提出处理意见；二是对于其他涉嫌违法建设的情形，也应当由规划部门提出具体的处理意见。这样的运行模式设计，既契合城市管理综合执法改革的方向，充分发挥城管部门现有的执法优势，又符合职权分工的行政原理，有效发挥规划部门的专业特长。

为确保违建认定权与查处权的有效衔接，各地可以借鉴海南海口、广西南宁等城市的做法，通过制定地方性法规、政府规章的形式，既合理规定违建认定的期限和不履行认定职责应当承担的法律责任，也对城管部门收到规划认定意见后的查处程序作出规定，防止规划部门与城管部门之间拖延履行或者相互推诿，进而影响违建查处的执法成效。

#### 四、违建认定行为的司法审查

“考察行政诉讼的产生及其存在的意义和价值可以发现，其本质正是在于将行政权力或公共权力与私权利置于同等地位，矫正行政管理或公共管理过程中行政权力或公共权力居高临下的局面，为公民、法人和其他组织提供说理、表达不满和获得救济的机会。”也正是如此，权利救济和权力监督都是我国行政诉讼的制度功能。“对合法权益受城市规划影响的当事人而言，司法审查是维护当事人合法权益的重要的程序设计。”那么，规划部门作出的认定行为是否属于行政诉讼的受案范围，是否应当接受司法审查呢？这不仅关系到行政相对人财产权益受损后的救济途径，也直接影响违建查处的执法效率。对此，理论实务界呈现出不同的认识，归纳起来主要存在以下三种不同的观点：





其一，违建认定行为属于行政协助行为，一律不可诉。主要理由是，规划部门作出的违建认定意见仅仅是城管部门后续查处行为的一个证据来源，其本身不具有独立性，对违建行为人产生不利影响的应当是城管部门作出的后续处理或者处罚决定，因此其不属于行政诉讼的受案范围。例如，在原告徐某诉被告南京市规划局浦口分局规划行政管理纠纷一案中，南京铁路运输法院一审认为，被告应城管部门之请作出的涉案建筑是否属于违建的回函，属于行政协助行为，其既没有送达原告，本身也不是作出限期拆除决定的必备要件，故不属于行政诉讼的受案范围。

其二，违建认定行为一律可诉。违建认定在行为性质上属于行政确认，对相对人的权利义务产生实际影响，应当纳入司法审查的视野。“如果规划认定行为不具有可诉性，相当于从根本上剥夺了被处罚人的司法救济权。据此，即便从合理性监督出发，亦应当将规划认定行为确定为独立可诉，只有这样才能确保行政相对人的司法救济渠道畅通；也只有这样，才能将司法审查的监督功能落到实处。”司法实践中，规划部门作出的违建认定行为受到人民法院实体审查的案例并不少见。例如，在原告合肥合凌包装有限公司等诉被告合肥市规划局请求撤销规划意见函行政纠纷一案中，合肥市蜀山区人民法院经审查后，对合肥市规划局作出的《关于合肥合凌包装有限公司等六家企业和个人相关建设情况的规划意见函》作出了实体判断。

其三，根据违建认定行为是否已经外化判

断其是否可诉。规划部门对违建作出的认定行为是否独立可诉，应当结合具体案件具体分析：如果城管执法部门仅仅是将规划部门的认定函或者通知作为后续处理或者处罚的证据之一，原则上不可诉，该认定意见是否合法合理可以由人民法院在诉讼程序中按照证据标准依法审查；如果相关部门将该认定函或者通知向当事人进行了直接送达，则符合行政行为的外部性特征，违建行为人可以对该认定行为单独提起行政诉讼。

综合比较，笔者认为现阶段第三种观点更为合理。无论是违建认定还是违建查处，都属于违建行政执法行为的组成部分，在认定行为没有外化的前提下，允许其针对违建认定行为单独提起行政诉讼，不符合行政管理的效率价值，也过度增加了司法审查的负担。但是，笔者同时建议，如果城管部门是依据规划部门出具的认定意见作出了最终处理决定，为了从实质意义上对最终处理决定进行合法性审查，并避免不必要的循环诉讼，人民法院可以通知规划部门作为行政诉讼的第三人参加诉讼，在诉讼中允许其和原告就违建认定意见的合法性、合理性进行质证与辩论。这样的处理方式，既充分保障了行政相对人的合法权益，又不至于过度降低行政执法的效率，一定程度上平衡了私权保护与公益维护之间的矛盾。

（本文作者系江苏省高级人民法院法官，文章转自《湖南警察学院学报》，有删节）

