拆除违法建筑执法中的疑难问题

2025-07-25

当前，城市或乡村违法搭建建筑物、构筑物以及存量违法建筑的情形仍然存在，行政部门关于拆除违法建筑的执法时有发生，而因此发生的行政复议、行政诉讼案件亦屡见不鲜。本文拟结合关于拆除违法建筑执法的相关法律法规与上海市拆除违法建筑的实践对拆除违法建筑执法工作中的疑难问题展开探讨，供实务参考。

一、关于违法建筑的认定

国家法律法规层面上并无对违法建筑的专门立法规定，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、《上海市城市管理综合行政执法条例》第十一条第一款第（八）项之规定，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。《城乡规划法》第四十条规定了在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物的建设应当申请办理建设工程规划许可证。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？我们认为，以下未取得建设工程规划许可的情形应具体分析，不应按违法建筑处理。

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年颁发施行的《上海市建筑管理办法（试行）》开始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》若干具体问题的意见》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、曾经是违法建筑、但按照现行规定已无需办理建设工程规划许可审批的建筑物、构筑物。根据《中共中央国务院关于建立国土空间规划体系并监督实施的若干意见》《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颁布了《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》（沪规划资源建〔2024〕380 号，以下简称《豁免清单（试行）》）。对于曾经未取得建设工程规划许可证但在《豁免清单（试行）》施行后存续的存量违法建筑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》第三十七条规定的“从旧兼从轻”的原则，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《行政复议法》《行政诉讼法》《上海市城市管理综合行政执法程序规定》规定的行政行为应认定事实清楚、证据确凿的要求，前述建筑不应认定为违法建筑。

二、如何认定构筑物

如上述，违法建筑包括了违法建筑物、构筑物。《城乡规划法》《上海市城乡规划条例》均规定了建筑物、构筑物的建设应申请办理建设工程规划许可证，但均未规定何谓建筑物、构筑物。对于建筑物的认定，实践中一般并无争议，但对于构筑物的认定，实践中争议较大。

我们认为，关于构筑物的认定，法律法规虽未作出直接、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。前述规定较为原则，实务中认定也带来一定难度，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，实务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依法作出鉴定并结合鉴定结论依法作出认定。

三、关于违法主体的认定

根据《城乡规划法》第六十四条、第六十五条之规定，搭建建筑物、构筑物的违法行为人（包括建设单位或个人）作为拆除违法建筑的行政相对人，一般并无异议。但在搭建人已转让违法建筑或已失去对违法建筑之占有等情形，如何认定责令限期拆除违法建筑决定的相对人，相关法律法规并未明确。以下区分两种情形具体论述。

1、在搭建人已转让违法建筑情形，因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，其实际占有违法建筑。根据《民法典》第四百五十九条之规定，无权占有不受法律保护。因违法建筑不得转让，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责任，故在此种情形应认定受让人为责令限期拆除违法建筑决定的相对人。

2、在无法确认搭建人但有明确的占有人情形，亦可基于上述论述认定占有人为责令限期拆除违法建筑决定的相对人。

四、关于责令限期拆除违法建筑决定的性质

关于责令限期拆除违法建筑决定的性质，实务中一致存在争议，有行政命令、行政处罚、行政强制等多种观点。我们认为，依据《城乡规划法》《行政强制法》《土地管理法》等法律法规之规定，对于责令限期拆除违法建筑决定之性质，应区分一般情形与例外情形予以认定，具体阐述如下：

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》(国法秘研函〔2012〕665号)明确规定，《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”不应当理解为行政处罚行为。从前述规定来看，责令限期拆除违法建筑决定显非行政处罚。

其次，根据《城乡规划法》第六十四条、第六十五条、《行政强制法》第四十四条等相关法律法规之规定来看，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，《土地管理法》第八十三条规定，依照本法规定，责令限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的，建设单位或者个人必须立即停止施工，自行拆除；对继续施工的，作出处罚决定的机关有权制止；建设单位或者个人对责令限期拆除的行政处罚决定不服的，可以在接到责令限期拆除决定之日起十五日内，向人民法院起诉；期满不起诉又不自行拆除的，由作出处罚决定的机关依法申请人民法院强制执行，费用由违法者承担。从该条规定来看，责令限期拆除在非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，就责令限期拆除违法建筑而言，《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，故除法律法规明确规定责令限期拆除违法建筑决定为行政处罚之例外情形（如《土地管理法》第八十三条）外，一般情形下责令限期拆除违法建筑决定应认定为行政强制措施。

五、关于强制拆除违法建筑的相关问题

1、强制拆除决定书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》第十条之规定，强制拆除违法建筑属于行政强制执行行为，具体为市（区/县）人民政府作出强制拆除决定、责成拆违实施部门等有关部门依法强制拆除。从前述规定可见，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抑或两个相互独立的行政强制执行行为？

对此，我们认为，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决定的合法性。

2、强制拆除违法建筑是否行政诉讼的受案范围

根据《行政诉讼法》第十二条第一款第（二）项之规定，行政强制执行行为为行政诉讼受案范围。那么，强制拆除决定、强制拆除行为是否分别可诉？对此，我们认为，人民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强制执行决定是否具有事实基础和法律依据，故违法建筑被拆除后，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，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，应不予立案，已经立案的，应裁定驳回起诉。

另外，当事人仅起诉强制拆除决定、未起诉强制拆除行为，如何处理？如上论述，此种情形，亦可引导当事人变更诉请起诉强制拆除行为，当事人坚持原诉请，可在审理强制拆除决定一案中一并审查强制拆除行为合法性并作出认定处理。

3、强制拆除行为是否需要在强制拆除决定的法定复议、诉讼期限届满后方可实施

《行政强制法》《若干规定》均规定了在责令限期拆除违法建筑决定的法定复议、诉讼期限内当事人未提起复议或诉讼的，行政机关可以依法强制拆除，但并未规定在强制拆除违法建筑决定的法定复议、诉讼期限内当事人未提起复议或诉讼的，行政机关方可实施强制拆除行为。那么，强制拆除行为是否必须在强制拆除决定的法定复议、诉讼期限届满后方可实施？我们认为，答案是否定的，理由如下：

首先，从《行政强制法》第四十四条之规定来看，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，行政机关可以依法强制拆除。该条未规定“在强制拆除违法建筑决定的法定复

议、诉讼期限内当事人未提起复议或诉讼的、行政机关方可实施强制拆除”并非立法对此视而不见，概因该条已规定了强制拆除的“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。

其次，《行政诉讼法》虽规定行政强制执行为行政诉讼受案范围，但行政强制执行不同于行政强制措施。从《行政强制法》第三十八条、第三十九条、第四十条之规定来看，行政机关在作出行政强制执行决定后即可实施，除法定中止、终结执行情形，可实施执行。

再次，在法律已明确规定“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，行政机关可以依法强制拆除”，业已保障当事人的救济权利，如再规定“在强制拆除违法建筑决定的法定复议、诉讼期限内当事人未提起复议或诉讼的、行政机关方可实施强制拆除”则影响行政效率。

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。根据前述规定，如强制拆除决定存在错误，法律亦规定了当事人权益保障制度。

六、关于强制拆除行为的法定程序

《若干规定》规定了市、县人民政府作出强制拆除决定的法定程序。关于强制拆除行为的具体程序，相关法律法规并未直接、明确、完整的程序规定。我们认为，结合强制拆除行为行政强制执行的性质，根据《行政强制法》第四十三条、第四十四条、《若干规定》第十一条、第十二条以及上海市住建委、城管执法局联合发布的《违法建筑查处拆除一般程序操作手册》等相关规定，强制拆除行为应遵循以下法定程序：

1、拆违实施部门不得在夜间或者法定节假日实施强制拆除行为（情况紧急的除外）。

2、违法建筑强制拆除时，拆违实施部门应当通知当事人取走违法建筑内的财物，当事人未取走的，拆违实施部门应当登记、制作物品清单由当事人签名；当事人、使用人不到场或者拒绝签名的，可以由无利害关系的见证人见证或者由公证机构现场公证。同时，行政机关应通知当事人在限定的期限内领取物品，当事人逾期未领取的，拆违实施部门可以在留存证据后根据实际情况妥善处置。

3、实施强制拆除。拆违实施部门会同公安等相关执法管理部门，按照拆除工作预案中的职责分工，共同到现场对违法建筑物实施强制拆除。拆违实施部门应制作现场笔录，进行拍照、录像。需要街道办事处或乡镇人民政府统筹、协调力量的，街道办事处或乡镇人民政府应做好相关工作。

4、违法建筑强制拆除后，拆违实施部门应当和街道办事处或者镇人民政府对当事人做好相关工作。

5、拆除后结案。违法建筑强制拆除后，拆违实施部门整理卷宗结案归档。

此外，拆违实施部门还应向协同部门制发并送达违法行为消除告知书。对已向不动产登记机构申请办理注记的，拆违实施部门应通知不动产登记机构，解除该不动产的转移、抵押等限制。对停水、停电、停气的，应通知相关单位恢复供水、供电、供气服务。

地址：中国上海市徐汇区漕溪北路18号上海实业大厦38层
电话：+86 136 3641 6891
邮箱：admin@xinbenlaw.com
传真：+86 21 5466 3852