

论违法建设的刑法规制

罗忠柱

(湖南大学, 湖南省, 长沙市, 410082)

摘要: 违法建设已经严重影响城乡规划, 成为了新时期城乡规划建设管理的重要问题。当前治理违法建设的手段主要是罚款和强制拆除, 违法建设中刑法涉及的罪名很少, 没有直接规制违法建设, 因此治理的效果并不佳。借鉴域外立法, 在符合刑法谦抑性原则的条件下, 对严重的违法建设有必要用刑法予以规制。《城乡规划法》中对刑事责任的规定很抽象, 对严重影响城乡规划的违法建设有必要从建设面积、建设次数、造成的后果等方面予以界定。

关键词: 违法建设; 强制拆除; 城乡规划; 刑法谦抑性

中图分类号: DF5 **文献标识码:** A

一、问题的提出

长久以来, 城乡违法建设成为了影响城乡规划建设管理的痼疾, 阻碍了城乡的发展。因违法建设而引起的相关上访和强制拆迁等也成为了影响法治社会建设的一个重要问题, 2008年施行的《城乡规划法》比1990年施行的《城市规划法》加强了对违法建设的治理, 各地区针对城乡规划和违法建设也制定了相关的实施细则, 但是这一问题并没有得到明显的改善, 随着互联网技术的发展, 这一问题产生的社会影响和给政府部门的压力更大, 特别是强制拆迁问题。2016年2月6日, 《中共中央 国务院关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》中提出创新城市治理方式, 推进依法治理城市, “适应城市规划建设管理新形势和新要求, 加强重点领域法律法规的立改废释, 形成覆盖城市规划建设管理全过程的法律法规制度, ……研究推动城乡规划法与刑法衔接, 严厉惩处规划建设管理违法行为, 强化法律责任追究, 提高违法违规成本”。这一意见为研究城乡规划建设管理中的违法行为用刑法予以规制提供了契机, 特别是违法建设入刑问题。本文认为, 严重的违法建设无视法律法规的规定, 破坏了城乡的统一规划, 已经严重侵害了社会公众和私人的利益, 有必要将其纳入刑法轨道中来。本文通过对违法建设治理的现状进行分析、对违法建设予以界定和对违法建设入罪问题进行初步阐述, 希冀对治理违法建设有所裨益。

二、治理违法建设的现状及问题

根据《城乡规划法》的规定, 在城乡规划中的违法建设主要是指未取得建设工程规划许可证(在乡、村庄规划区内是乡村规划建设许可证, 下同)或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设、以及未经批准或未按照批准内容进行临时建设的建设行为, 从广义上讲, 违法建设不仅包括违法建设行为, 也包括形成的违法建筑。该法规定, 对于违法建设采取责令停止建设、限期改正、罚款、强制拆除、没收实物或违法收入等办法, 相比于废止的《城市规划法》(详见附表), 新法明确了罚款办法, 将乡村违法建设及临时建设也纳入规定中, 特别是对于强制拆除, 不再需要申请人民法院执行, 可以由县级以上人民政府责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施。在实际情形中, 往往是多种办法并用, 罚款和强制拆

除是最常见的处罚方式，罚款被认为是最容易实施且有效的处罚方式。尽管在比较严格的法律规定下，违法建设问题并没有得到有效的改观，反而愈演愈烈。究其原因，最主要是经济利益的驱动，既有个体违法建设满足自我住房、经营的需求，也有企业违法建设进行出售牟取巨额利益。

	《城市规划法》	《城乡规划法》
违法用地	责令退回	责令退回
严重影响城乡规划的违法建设	责令停止建设 限期拆除 没收违法建设	责令停止施工 限期拆除 不能拆除的，没收实物或者违法收入 并处建设工程造价百分之十以下的罚款
影响城乡规划的违法建设	责令限期改正 并处以罚款	责令停止施工 责令限期改正 处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款
乡村违法建设	无	责令停止建设、限期改正 逾期不改正的，可以拆除
违法临时建设	无	责令限期拆除 并处临时建设工程造价一倍以下的罚款
不停止建设或者逾期不拆除的处理	由作出处罚决定的机关申请人民法院强制执行	查封施工现场 强制拆除

在现有的处罚制度下，不可避免存在这样的问题：

第一，罚款制度的不明确。按照《城乡规划法》第六十四条的规定，未取得建设工程规划许可证……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。“对于‘工程造价’的解释有两种，一种是工程建设的预期开支或者实际开支的全部固定资产投资费用，另一种是工程建设预期或者实际在土地、设备、劳务技术以及工程承包的交易活动中所形成的建筑安装工程的价格和建筑工程的总价格，这两种解释相差非常大，在实际操作中很难理解把握”。此外，建设工程造价的5%~10%的范围由执法机构自行决定，须知对于建设工程较大的违法建设，这种范围的差别是极大的，裁量权弹性过大也容易形成灰色空间，影响了《城乡规划法》的公正性。此外，对于部分违法建设而言，即使对其处以较大数额的罚款之后，仍然存在巨大的利益空间，这使他们甘冒风险。

第二，强制拆除实行难度大，成本高，且容易激发社会矛盾。对于违法建设，强制拆除、恢复原状无疑是非常好的方式，新法也规定县级以上人民政府可以责任有关部门来实行强制拆除，而不需要在申请人民法院执行。但是这样出现了很多问题，笔者通过在裁判文书网检索发现，很多部门执行强制拆除并没有人民政府授权，也即程序违法，而使强制拆除失去了合法依据。另外，受制于人手、经费的不足，执行部门往往需要联合多个部门执法，如国土

部门、房地产部门等等，特别是公安部门，这就加大了执法成本。特别重要的是，强制拆除也是最容易引发社会矛盾的地方，由于部分执法成员素质不高，一些违法建设涉及个体住房保障，执法受到的阻挠很大，执法风险高，极端行为时有发生。虽然部分行为可能涉及妨害公务罪，但是社会效果并不佳。

第三，法律法规不完善，刑法难以规制。《城乡规划法》第六十九条规定，违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。在城乡规划建设违法行为中，可以按主体分为行政主体的违法行为和行政相对人的违法行为，其中行政主体的违法行为的处分办法在2013年施行的《城乡规划违法违纪行为处分办法》中作了详细规定，构成犯罪的，刑法中也有相应罪名对应。笔者在裁判文书网检索发现，涉及在城乡规划建设管理中犯罪的案例共有160余例，其中玩忽职守罪、滥用职权罪和受贿罪就有108例。值得注意的是，非法经营罪有6例，刑法中并没有将销售因违法建设形成的住房规定为非法经营罪，但是人民法院根据“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的兜底条款将此类行为涵摄在内，这有利于治理此类违法犯罪行为。但是，对于违法建设却没有刑法相应条款规制，使得该法第六十九条难逃指摘，不少学者认为这一条款流于形式，过于笼统，因为大部分在城乡规划建设中的犯罪行为没有这一条也可以受到刑事处罚。

除了行政相对人的违法建设之外，政府及其部门违法建设也严重影响了城乡规划建设，例如其支持的重点工程、市政工程、招商引资工程等，未办理用地、规划、建设手续就进行建设或者擅自改变用地类型等。在处理这类问题上，城乡规划管理部门更显得乏力。通过以上分析发现，《城乡规划法》对于违法建设的处理作了初步规定，但对于违法建设人却没有详细的刑事责任规定，即“对物不对人”，导致法律的威慑力不大，违法建设容易，但制止违法建设的难度加大。

三、违法建设入罪的可行性

违法建设入罪并不是空穴来风，而是有着多方面的根据。从理论上讲，它符合刑法谦抑性原则的要求，也有着一定的法律基础，从实践上看，国外一些国家都将违法建设、违法开发等行为作为犯罪处理。

（一）符合刑法的谦抑性原则。谦抑性原则又称为必要性原则，指在没有法律规范可以替代刑罚处理特定行为的条件下，设立刑法规范必不可少，而将该特定行为设定为犯罪。当前治理违法建设的办法主要是罚款和强制拆除，但是效果并不理想。即使在自由裁量范围内加大罚款力度也不能对违法建设起到很好的制止作用，强制拆除的效果更是背离初衷，由它引起的社会矛盾层出不穷，即使强制拆除了违法建设，社会效果却不尽人意，也没有起到“一般预防”的警示效果。而刑罚作为最严厉的处罚，其效果是立竿见影的，既能够保障城乡规划法律法规的权威，也可以起到威慑作用。违法建设与城乡现代化规划建设背道而驰，设立刑罚必不可少。

（二）有良好的法律基础。尽管《城乡规划法》中没有明确对违法建设施以刑罚，但是在相关法律法规中却对违法建设有所规定。例如，《土地管理法》第七十三条、第七十四条、第七十六条、第七十七条和第七十八条对违法建设占用土地等行为作出了规定，情节严重的，可能构成非法转让、倒卖土地使用权罪、非法占用农用地罪、非法批准征用、占用土地罪等。

《建筑法》第六十四条、第七十条和第七十四条对擅自施工等行为作出了规定，涉及刑法上的重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪等。其他如《水法》、《消防法》等等都有涉及到

违法建设的处理规定。《城乡规划法》和前述法律有着同样的重要性，却没有建立起相应具体的刑事责任追究制度，就是一种立法上的缺失。基于违法建设在其他法律中设立了侵害如土地管理制度等的刑事责任，它能够对侵害城乡规划的违法建设设立刑罚起到借鉴作用，提供良好的法律基础。

（三）域外立法值得借鉴。英国、新加坡和香港等地对违法开发、建设等行为规定了刑事责任。在英国，《英国公共法，1971》和以《城市规划（强制执行通告和起诉）法，1981》为主的城乡规划法规规定违法开发有3种情形可能构成犯罪：违反“强制执行通告”、违反“中止通告”、违反“禁令”，“如果违法开发行为人在强制执行通告生效后，仍然拒不执行该通告，则构成刑事犯罪”。在新加坡，《规划条例1990》规定违法开发构成犯罪的可能情形有两种：一是没有取得规划许可或者违反规划许可批准的条件，二是任何人拒绝接受或者故意阻碍规划部门依据规划条例行使现场检查权力。在香港，追究刑事责任的法律依据是香港《2004年建筑物条例》，它对未经香港建筑事物监督同意而擅自建设、不接受香港建筑事物监督的停工命令等四种情形规定了刑事责任。既然域外的国家和地区对违法建设规定了刑事责任，说明违建入刑是可行的，我们可以借鉴域外的司法实践经验，在条件成熟时，将城乡规划中的违法建设和刑法衔接起来，规定刑事责任。

四、严重违法建设的界定

针对违法建设行为，当前的处理制度并不能很好地解决这一问题，因此有必要用刑法予以规制，但不应该包含所有的违法建设，它需要满足刑法的谦抑性原则，因此只能针对严重的违法建设，对这一问题理论上鲜有涉及，下文就此作一个简单的阐述。

（一）当前的违法建设表现形式及其特征

第一，用于个人居住类违法建设，多发生在城中村、城乡结合部等，特点是数量多、面积小、建成所需时间短、建设时不易发现等，有些只是程序违法，处理时应当予以区别对待；第二，工厂类违法建设，违规建设厂房，这一类违法建设面积较大，多占用耕地等，对周边环境有较大影响；第三，房地产企业违法建设，作为商品房销售，特点是官商结合，购房者得不到合法的房产证件，引发上访等社会矛盾；第四，政府及其部门等行政主体支持而形成的违法建设，特点是依靠政府支持，往往是先建后补办手续；第五，其他的私搭乱建行为。

（二）界定严重的违法建设应当考虑的因素

第一，建设面积。个人为了满足居住的需求或者用于其他目的，一般建设面积不是很大，而且有的只是形式上不符合法定要件，待补办相关手续后应当赋予其合法的地位。但是工厂类厂房建设、用于商品房销售的非法建设等一般建设面积比较大，严重地影响到了城乡规划。这里关于建设面积不作量化，只是把它作为一个考量因素。

第二，建设次数。这是指在执法部门查出之前，已经多次进行违法建设，并且造成了严重的社会影响，或者在予以处罚后，又屡教不改，多次进行非法建设行为。这种情况体现了行为人的主观恶意较为严重，应当运用刑法予以处罚。同时这种情况应当考虑建设规模或面积，如果没有达到一定规模，造成的危害也不大，也不应当用刑法规制。

第三，影响城乡控制性详细规划实行。控制性详细规划是指根据总体规划，用以控制建设用地性质、使用强度和空间环境的规划。主要表现为基础设施用地、各类绿地用地、历史文化街区和历史建筑保护用地及地表水体保护和控制用地等等，这些用地关系到城乡居民的基本正常生产生活，具有强制性，不可随意更改。侵占这类用地的违法建设侵害了公共利益，

严重的应当施以刑罚。

第四，危害后果。除开上述第三种危害后果之外，有的违法建设破坏了自然资源、造成了环境污染等，这些都可以作为一个考量的因素。

应当说明的是，刑法将某个特定的行为规定为犯罪，一定是因为它具有严重的社会危害性，违法建设入罪也是如此，某个违法建设行为纳入刑法考量时应当分析它是否具有严重的社会危害性。鉴于违法建设对城乡规划建设管理的重要影响，有必要将其纳入刑法轨道上来。是否将某种行为规定为犯罪，需要一个观念转变的过程，这些年来，我国的城市化进程发展迅速，人们的观念也日趋开放，认识到了违法建设带来的危害，将违法建设入刑已经有了一定的民意基础。法的安定性是维护社会稳定的一个重要前提，但是面对新情况、新形势，法律也要跟上时代的步伐，当前这种立法上的缺失已经不适应现代化城市规划管理和市场经济的要求。将违法建设入罪是迫切的需要，也具有可行性。

参考文献

- [1] 《中共中央 国务院关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》（2016年2月6日）
- [2] 邹艳丽等：《城乡规划违法违规行为研究》，《城市规划》2013年第3期，第45页。
- [3] 曹珊：《关于〈城乡规划法〉法律责任的解读和思考》，《北京规划建设》2008年第2期，第36页。
- [4] 邹艳丽：《中国城乡规划违法违规研究》，中国建筑工业出版社2014年版，第35页。
- [5] 郑文武、魏清泉：《提倡设立城市规划的刑事责任制——一些国家和地区城市规划实践的启示》，《城市规划》2007年第3期，第49页。

On the Criminal Law Regulation of Illegal Construction

Luo Zhongzhu

(Hunan University , Changsha / Hunan Province, 410082)

Abstract: Illegal construction has seriously affected urban and rural planning, and has become an important issue of urban and rural planning and construction management in the new era. At present, the main means to control illegal construction are fines and forced demolition. There are few charges involved in the criminal law, and there is no direct regulation of illegal construction, so the effect of governance is not good. Drawing lessons from foreign legislation, it is necessary to regulate the serious illegal construction with criminal law under the condition of conforming to the principle of modesty and restraint of criminal law. The stipulation of criminal responsibility in Urban and Rural Planning Law is very abstract. It is necessary to define the illegal construction which seriously affects urban and rural planning from the aspects of construction area, construction times and consequences.

Keywords: Illegal construction ;Compulsory demolition;Urban and rural planning;Restraining criminal law

作者简介: 罗忠柱，男，湖南大学法学院硕士研究生，研究方向：刑法学。