

违法建筑的公法管制与私法因应

常鹏翱*

内容摘要:公法与私法共同对违法建筑进行调整,在它们的分工合作中,公法管制起到主导作用,主要针对违法建筑的违法建设行为,以消除该行为的负面影响为目标;私法则具有配合的因应作用,指向违法建筑的利益形态及其交易,以合理定位和评价为任务。在公法管制中,违法建筑的认定标准不唯一,处置措施具有弹性,征收是否给予补偿存在矛盾,但确定无法办理不动产登记。与此相应,违法建筑应是私法认可的利益,建造人对违法建筑享有动产所有权,以违法建筑为标的物的合同也不因此无效。

关键词:违法建筑 公私法衔接 管制 动产所有权 合同效力

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2020.04.008

一、引言

在法律意义上,违法建筑是指未取得建设工程规划许可证(下称规划许可)或未按照规划许可规定内容建设的建筑物,^①2016年11月30日最高人民法院发布的《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》(下称“八民纪要”)第21条对此有明确表达。由这个界定可知,违法建筑是违法建设行为的事实后果,没有违法建设行为,就谈不上有违法建筑。

规划许可受《中华人民共和国城乡规划法》(以下简称《城乡规划法》)的调整,该法第1条的立法目的在于“加强城乡规划管理,协调城乡空间布局,改善人居环境,促进城乡经济社会全面协调可持续发展”,与此相应,规划许可能确认城市建设活动是否符合法定规划要求,能作为建设活动进行过程中接受监督检查的法定依据,能作为城乡建设档案的重要内容,具有保障城乡规划有效实施,避免对城乡建设健康、有序发展造成不利影响的作用。^②由于违法建设行为侵蚀了城乡发展的公共资源和公共利益,危害了城乡公共安全和综合环境,破坏了社会公平和正常的社会秩序,^③故为法律所禁止。根据《城乡规划法》第64、65、68条,主管机关有权对违法建设行为人(下称建造人)采用责令停止建设、限期改正、罚款、限期拆除、没收等处置措施;主管机关作出责令停止建设或者限期拆除的决定后,当事人不停止建设或者逾期不拆除的,违法建筑所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取强制拆除等措施。这些措施都是围绕违法建筑而对违法建设行为进行的公法管制,是建造人对其违法行为所应承担的法律后果。一旦违法建筑被改正或拆除,违法建筑的物理状态就受到影响,如违法建筑因拆除而灭失。

前述的公法管制旨在惩治违法建设行为,消除违法建筑的负面作用,引导其他主体进行合法建设,至于建造人对违法建筑能否享有法律认可的利益或享有何种利益,以违法建筑为标的物的交易行为有无法律效力,则属于私法调整的任务。现实的确如此,比如,对于租赁违法建筑这种交易活动,公法管制不涉及其效力,该任务由私法来完成,《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释

* 北京大学法学院教授。

① 《城乡规划法》第40条规定,在城市、镇规划区内进行建设的,建设单位或个人应取得规划许可;第41条规定,在村庄规划区内进行建设的,建设单位或个人应取得乡村建设规划许可证。这两种规划许可证的作用一致,为了简便起见,本文主要以前者为对象进行分析,结论适用于后者。我国大陆的违法建筑在早些年通常称为违章建筑,对这种术语演变的简要梳理,参见林华东、张长立、谢雨:《关于〈城乡规划法〉第64条的若干思考》,载《城市规划》2017年第12期。

② 参见安建主编:《中华人民共和国城乡规划法释义》,法律出版社2009年版,第77—78页。

③ 参见范德虎、谢谟文:《城乡规划违法建设的法律界定及要素分析》,载《规划师》2012年第1期。

释》(下称“房屋租赁合同司法解释”)第2条规定出租人就违法建筑与承租人订立的租赁合同无效。也就是说,对违法建筑的法律调整,是由公法与私法携手共同进行的,单凭公法管制或私法调整,无法实现规制目的。

公法和私法对违法建筑的调整是从不同角度出发的,分别采用了不同的方法,并在不同位阶的规范性法律文件中体现出来,体现了不同权力主体的认识和看法,对它们的理解和适用要遵循法秩序一致性原则,不能出现规制立场和法律评价的矛盾,^④否则,就会产生公法允许违法建筑在一定条件下存续,私法却一概否定建造人对违法建筑享有利益的偏差。由于违法建筑源自违法建设行为,对该行为的管制出自公法,基于怎样的出发点进行管制,管制到何种程度,反映了国家和政府对违法建设行为的容忍度,可以说,公法管制决定了违法建筑是保留还是拆除的法律命运。只有在此基础上,私法调整建造人对违法建筑的利益及其交易才能有准确的方向和态度,不然就会出现评价矛盾,导致法秩序不一致。这意味着,在违法建筑的法律调整框架中,公法占据引领性的主导地位,私法起到的是配合和因应作用。

在这样的规范布局和功能牵制下,要想把违法建筑的私法调整分析到位,离不开对其公法管制的盘点和梳理,而目前在私法领域探讨违法建筑的大部分著述忽略了这一点,以至于分析和结论都有再探讨的空间。本文意图补上这一点。为了达到这个目的,本文将先整体把握违法建筑的公法管制,总结其规律性特点,以此为引导,尝试着分析私法因应机制,希望公法和私法能有机结合、无缝衔接,对违法建筑的法律调整的确能实现法秩序一致性。

二、违法建筑的公法管制

对于违法建筑,以《城乡规划法》为中心、以其他公法规范为配套的管制有四种机制,即认定机制、处置机制、征收不予补偿机制和登记禁止机制,它们从不同角度、不同方面入手,牵制着违法建设行为,主导着违法建筑是持续存在还是拆而除之的基本法律命运。这些管制机制具有重要的规律特点,应认真对待。

(一)不唯一的认定标准

从规范逻辑上讲,规划许可是违法建筑的认定标尺,凡未取得规划许可或未按照规划许可进行的建设都是违法行为,由此产生的建筑就是违法建筑。至于某一具体建设行为是否违法,该行为建成的建筑是否违法建筑,要由主管机关依托规划许可进行核查确认,此即违法建筑的认定机制。

违法建筑的认定是主管机关依法实施的行政行为,按照前述逻辑,主管机关在认定时,应先核实建造人是否取得规划许可,没有取得的,认定为违法建筑;取得的,还应核实建造人是否按照规划许可进行建造,未按照的,认定为违法建筑。这样的认定标准单一且刚性,未给主管机关预留自由裁量权。但现实并非如此。从历史发展来看,在我国城镇地区,各地规划发展的先后不一,规划许可制度适用的时间普遍较晚,此前已有大量建筑存在,若一律采用前述的认定标准,原先的建筑会因缺乏后来的规划许可而属于违法建筑,这显然不符合实际,难为社会公众所接受。正因此,2003年《国务院办公厅关于认真做好城镇房屋拆迁工作维护社会稳定的紧急通知》特意指出:“对拆迁范围内由于历史原因造成的手续不全房屋,应依据现行有关法律法规补办手续”。很明显,虽然有无规划许可是认定是否违法建筑的基础标准,但受制于我国城乡规划以及规划许可制度发展的实际情况,该标准没有唯一性,在没有规划许可时,需要根据实际情况来认定。

从实践来看,认定违法建筑要综合考虑建筑物的建设时间、是否符合当时法律法规或政策、是否为生活必需、是否为建造人自用、是否严重违背城乡规划、是否经过有关部门同意等因素,一案一议,无法一概而论。比如,综合建设时间、是否生活必需等因素,1987年房屋普查之前建造且已经成为居民生活必需的房屋,应当本着尊重历史的原则,认定其合法性。^⑤又如,综合建设时间、是否符合当时要求等因素,1990年4月1日《城市规划法》以及1993年11月1日《村庄和集镇规划建设管理条例》实施前建造的未经登记建筑应认定为合法建筑,在这些法律法规实施后、2008年1月1日《城乡规划法》实施前建造的未经登记建筑符合其时法

^④ 参见吴从周:《民事事实之当前论争课题》,作者自版2018年版,第130—147页。

^⑤ 参见王达:《比例原则在违章建筑处理中的运用》,载《人民司法·应用》2007年第9期。

律法规的,也应认定为合法建筑。^⑥再如,综合建设时间、是否自用、是否经过有关部门同意等因素,未取得乡村建设规划许可证而建造的村民住宅,不应一概认定为违法建筑。^⑦这样一来,没有规划许可的建筑既可能是违法建筑,也可能是合法建筑,主管机关的认定有较大的裁量空间。基于这样的标准,违法建筑的认定就不仅仅是主管机关核查有无规划许可,或把建筑物具体情况与规划许可内容进行对照的简单活动,还有探究并确定建设行为有无违法性、建筑物是否为违法建筑的重要意义。

认定机制的存在,表明未经主管机关依法认定,任何建设行为及生成的建筑物——即便没有规划许可或与规划许可内容不符——都不能被定性为“违法”。故而,未经违法建筑的认定,其他管制机制无从谈起,即便实施也是违法,比如,工厂经营人未经规划许可在厂区内搭建钢构雨棚及围墙,未经主管机关认定它们为违法建筑,城管部门凭责令改正通知书予以强制拆除是违法行为。^⑧由此可知,认定机制是公法管制违法建筑的首要步骤和初始机制。这同时意味着,认定机制有独立的法律地位,不能为其他管制机制所包含。

由于违法建筑的认定对建造人影响深远,涉及其切身利益,该行政行为具有可诉性,^⑨即建造人就主管机关的认定行为是否合法发生争议时,可诉诸法院对该行政行为进行司法审查。由于违法建筑的认定标准不唯一,法院在审查时也有相应的自由裁量权,自不待言。

(二)弹性的处置措施

在违法建筑被主管机关依法认定后,接下来的就是处置机制,其措施包括前文提及的责令停止建设、限期改正、罚款、限期拆除、没收、强制拆除等,这属于违法建筑公法管制的核心。在上述措施中,最常用的是限期改正和限期拆除,它们在规范表达上区分清晰,针对的情形明确,但实践运用中弹性十足,与认定机制一样需根据具体情况进行具体甄别。

限期改正适用于尚可采取改正措施消除对规划实施影响的违法建筑,其结果是改正后的建筑得以合法化,能持续存在。限期改正以能采取局部拆除等整改措施为前提,根据2012年《住房和城乡建设部关于规范城乡规划行政处罚裁量权的指导意见》(下称“指导意见”)第4条,限期改正使建造人承担了局部拆除违法建筑的行为义务,局部拆除后的建筑物应符合规划许可或主管机关的建设工程设计方案审查文件的要求。但在实践中,建造人因为实际需要,会根据《城乡规划法》第43条向主管机关申请变更规划许可,在满足相应要求后,主管机关予以变更。这表明规划许可的内容不是固定不变的,它会因客观情况变化以及建造人的申请而改变。在规划许可内容有可能改变的情况下,把符合规划许可当成限期改正的目标,表明该措施在实践操作中会有灵活度,局部拆除的范围多大、程度如何,并不十分确定。而且,作为行政法的一般原则,比例原则在我国司法实践早就用于限制改正,即只要范围少、程度低的局部拆除能达到改正目的,就不应采用范围大、程度高的局部拆除,^⑩这固然能更好地平衡行政管制和私人利益,但也加大了限期改正的制度弹性。

作为与限制改正有质的差异的处置措施,限期拆除适用于无法采取改正措施消除影响的违法建筑,这类违法建筑背离或超越了规划许可划定的利益边界,难为国家和政府所容忍,主管机关无论如何都不可能按照违法建筑的现状来补发或变更规划许可,只有让建造人拆除违法建筑,回到建设行为未发生时的原初状态,才能消除其负面作用。不过,实践运用会模糊限制改正和限期拆除的界限,因为并非确定不变的规划许可一旦变更,原本应限期拆除的违法建筑就可能适用限制改正。这样一来,尽管违法建筑的物理状态未变,但只要规划许可变化,处置措施就随之而变,弹性相当明显。而且,既然规划许可可能事后变更,规划许可划定的利益边界就有伸缩弹性,该边界到哪里为止,主管机关应否批准变更规划许可的申请,比例原则是重要的判断标准。与此同理,在规划许可未变更时,对违法建筑是采用局部拆除的限期改正抑或全部拆除的限期拆除,也应借助比例原则来确定规划许可实质的利益边界,只要违法建筑局部拆除后能落入其中,就不必要完全拆

^⑥ 参见江苏省常州市中级人民法院课题组:《关于未经登记建筑征收问题的若干思考》,载《人民司法·应用》2013年第21期。

^⑦ 参见北京市高级人民法院(2019)京行终1911号行政判决书。

^⑧ 参见满先进:《仅凭责令改正通知书即实施的强拆行为违法》,载《人民司法·案例》2017年第32期。

^⑨ 参见最高人民法院(2017)最高法行申6318号行政裁定书。

^⑩ 同前注^⑤,王达文。

除。换言之,受比例原则的约束,主管机关在限期改正和限期拆除之间取舍时,裁量弹性仍然存在。

为了引导主管机关正确行使裁量权,“指导意见”第7条限定了限期拆除的适用情形,即该意见第4条之外的违法建设行为,据此,在规划许可或建设工程设计方案审查文件未更改,局部拆除违法建筑不符合它们的要求时,就要限期拆除。不过,拆除在物理上完全毁损了违法建筑,是摧毁作用最猛、惩治力度最大、警示意义最强的处置措施,在适用时必须经受比例原则的检验,这是普遍的法律经验。^①我国同样如此。以普通居民建造的违法建筑为例,根据功能用途不同,它们有营业型、民生型和谋利型之分,^②民生型违法建筑是居民生存和生活的基本保障,即便它的确应限期拆除,但只要拆除的结果会导致居民陷入居无定所、流离失所的生存困顿状态,法院会认为限期拆除有违比例原则。^③显然,比例原则的适用,会使限期拆除的适用情形变得不确定,弹性空间仍然很大。

概括而言,虽然限期改正和限期拆除的适用情形各有明确规定,但受规划许可的可变更属性以及比例原则的影响,本应适用限期改正的违法建筑可能无需改正,本应适用限期拆除的违法建筑在实践中会通过改正而保留,甚至不用改正即得以保留,这两种处置措施因此呈现出弹性运作的特点。该特点不仅表明限期改正和限期拆除在实践运用中存在交错,还表明在本应适用这些处置措施的情形,会出现无法适用的实际结果,但这种结果又因规划变更或比例原则的限制而具有正当性,从而使法律规定在一定程度上合理落空。

(三)矛盾的征收补偿机制

经过合理裁量,主管机关依法认定违法建筑后,违法建筑虽然是物理上的实物,并且大多都被占有、使用,但在征收时,违法建筑的价值被视为空无,根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第24条第2款,建造人得不到补偿。不过,这种机制显得过于脱离实际,在实践中并没有被普遍严格遵循。在征收实践中,为了高效推进工作,征收违法建筑给予建造人适当补偿是相当常见的做法,并得到了司法认可。^④显然,就征收违法建筑应否补偿方面,法律规范的表达与征收实践之间存在矛盾,不能一概而论。

(四)确定的登记禁止机制

根据《不动产登记暂行条例实施细则》第35条第2项,办理建筑物所有权首次登记,申请人须提交规划许可,规划许可由此与不动产登记挂钩,是建筑物所有权首次登记的必备材料,而违法建设行为缺乏与之匹配的规划许可,故违法建筑办不了所有权首次登记,此即登记禁止机制。根据该机制,没有规划许可,就确定不会有建筑物所有权的首次登记,不动产登记机构在此没有任何弹性的裁量空间。这样一来,与前述机制不同,登记禁止机制非常确定。登记禁止机制体现了法律规范对违法建设行为的否定性评价,在能否办理不动产登记的法律地位上,违法建筑与合法建筑有了巨大差异。若没有登记禁止机制,根据《不动产登记暂行条例实施细则》第5条第3款,违法建筑将与合法建筑一样,都能与土地构成不动产单元,成为所有权的客体,记载于不动产登记簿中,规划许可制度会因此失去意义。正因此,登记禁止机制是违法建筑公法管制的最基本底线,也是最有确定性的管制机制。

三、对公法管制的私法因应

违法建筑的私法调整涉及两个方面,一是建造人对违法建筑能否享有法律认可的利益以及享有何种利益,另一是以违法建筑为标的物的交易合同有无法律效力。对这两方面问题的理解和回答,离不开前述公法管制的约束和限制,只有时时对它们加以充分关注并有机衔接,才能有妥当地回应。

(一)公法管制主导下的私法因应

违法建筑是违法建设行为的事实后果,法律对其调整首先从公法管制入手,因为如前文所见,某建筑物

^① Vgl. Christoph/ Peter/ Thomas, Zuericher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zuerich 2011, S. 475 ff.

^② 前者主要是在主干街道沿线违法建设的经营店铺,中者主要是居民因家庭生活所需进行的违法建筑,后者主要是为了谋取更多利益而违法建设的房屋。参见刘磊、王会:《谋利空间的形成:对城管违建执法困境的分析》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2015年第4期。

^③ 参见北京市第一中级人民法院(2018)京01行终367号行政判决书。

^④ 参见最高人民法院(2013)行监字第26号通知书。

是否违法建筑,先要经主管机关认定,未经认定,即便是未取得规划许可或未按照规划许可规定内容建设的建筑物,也不能轻易断言就是违法建筑。而且,违法建筑的认定在实践中通常包含在处置之中,因为单纯认定违法建筑而不进行处置,不符合行政效率要求。只有在依法认定违法建筑并处置后,私法规范才能接手进行对应的调整,“八民纪要”第21条第1句之所以特别强调违法建筑的认定和处理属于主管机关的职权范围,应避免通过民事审判变相为违法建筑确权,原因正在于此。

不仅如此,以《城乡规划法》为中心的公法规范对违法建筑的处置措施轻重不一,违法建筑的法律命运因此有云泥之别,如限期改正意味着其有转为合法建筑的可能,限期拆除、强制拆除则排除了这种可能。这设定了违法建筑最基本的法律地位,私法规范不能僭越,否则就会体系紊乱、评价矛盾,如在公法中属于应限期改正的违法建筑,私法却彻底否定其财产利益或其交易行为效力,就与其具有的在改正后成为合法建筑的期待利益明显不符。

还要看到,对于被依法认定的违法建筑,只要主管机关依法及时采用限期改正、限期拆除、强制拆除、没收等措施,就足以消除违法建设行为的负作用,达到惩治和警诫的效果,在此基础上还在私法中否定违法建筑的利益属性或其交易行为效力,在法律效果的配置上过于背离比例原则。而且,在剥夺建造人的利益方面,前述的私法否定立场似乎还能说得过去,毕竟有“任何人不得从违法行为中获益”的通常格言可以援用,但还要剥夺买受人、承租人等交易利害关系人的利益,使其无法获得有效合同的保障,就需更坚强的理由支持。再者,即便应拆除或应没收的违法建筑是私法认可的利益,并肯定其交易行为的效力,客观上也不会增加拆除或没收难度,因为违法建筑破坏了国家治理和社会秩序,这些公法管制是正当的国家公权力行为,相比于它们代表的公共利益,建造人或交易利害关系人的私人利益并没有优越性。

总而言之,在违法建筑的法律规制中,相比于私法调整,公法管制不仅恒定地优先实施,还为违法建筑设定了不容背离的基础法律地位,还在消除违法建设行为的负作用方面起着决定作用,故而,公法管制具有主导地位,对违法建筑的私法调整只是公法管制的因应。与公法管制相应,在私法中,建造人对违法建筑享有动产所有权,且不能仅因标的物是违法建筑就径直认定合同无效。

(二)建造人对违法建筑享有动产所有权

1、违法建筑是私法认可的利益

从《城乡规划法》的立法目的可知,规划许可的管制功能重在“协调城乡空间布局,改善人居环境”,促使建设行为符合规划,至于建筑物的质量是否符合居民的生命和财产安全要求,已超出规划许可的功能范围,就此而言,违法建筑未必会危及居民生命和财产安全,因此没有必要一律拆除。而且,公法管制的处置机制仅聚焦于违法建设行为,至于建设行为完成后对违法建筑的占有、使用、收益、事实上的处分(如拆除)、法律上的处分(如转让)等行为,《城乡规划法》并未设置禁止规范和处罚机制。这些均表明,《城乡规划法》未从根本上彻底否定违法建筑,这为私法认可其财产利益属性留下制度空间。

更重要的是,违法建筑公法管制的规律性特点表明,除了登记禁止机制,其他机制均不确定,结果就是没有规划许可或与规划许可不符的建筑未必能认定为违法建筑,被依法认定的违法建筑不必要拆除,在征收时也未必不可不予补偿。在这一不确定的局面中,由于国家能力的不足,违法建筑的认定和拆除一直处于执法困境当中,^⑮与违法建筑被依法拆除的实际数量相比,更大概率的常态现象是违法建设行为不被依法追究,应认定为违法建筑的不认定,应拆除的违法建筑不拆除,征收时不应补偿的违法建筑给予补偿,这种现象表明,违法建筑公法管制的不确定性在实践中朝着有利于建造人的方向发展。

如果把违法建设行为当成建造人在既定制度、社会文化、经济条件和地理环境下个体理性行为选择的结果,^⑯那么,公法管制的前述不确定性及其有利于建造人的实践趋势,会使建造人普遍认为违法建筑确属自己的实在财产和现实利益,违法建设行为由此得到激励。除此之外,我国工业化、城镇化加快推进的实际与城市低收入群体的住房需求,集体土地所有权与国家土地所有权的地位差异以及基层治理能力弱化,日常监管乏力和集中整治不按照“严格执法”逻辑运行的实践,均使建造人及买受人等关联主体产生并强化违法建

^⑮ 参见陈柏峰:《城镇规划区违建执法困境及其解释》,载《法学研究》2015年第1期。

^⑯ 参见李凌方、王冰:《城中村居民违建行为的影响因素研究》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2018年第6期。

筑尽管不合法,但能承载财产利益的稳定预期,^{①⑦}这种预期反过来又增加了公法管制的实践难度,其不确定性进一步转向对建造人有利的方面。

既然公法在管制违法建筑时,不以拆除为唯一导向,客观上也无法彻底杜绝其物理状态的存续,而社会观念和现实情况又普遍对建造人有利,那么,基于法秩序一致性,行政审判和刑事审判都无法否定违法建筑成为应受法律保护的利益。比如,违法建筑被违法强制拆除的,除了材料毁损灭失引发的赔偿,建筑本身的损害能满足行政赔偿条件的,也能得到法院的救济。^{①⑧}又如,故意损坏财物罪保护的法益包括违法建筑,毁损违法建筑的行为构成犯罪的,要受到刑罚。^{①⑨}同样基于法秩序一致性,私法当然也应认可违法建筑的财产属性和利益品质,否则就属于法律评价错位。

2、建造人对违法建筑没有不动产所有权

说违法建筑是受私法认可的利益,是想表明私法要保护违法建筑,至于以何种私法手段来表征其利益形态,能否是把它界定为不动产所有权,还要与公法管制匹配起来进行综合考虑。

土地及其上的建筑物虽然在物理上密不可分,但我国大陆法律将它们视为两类各有独立地位的不动产,不像德国、瑞士等欧陆国家那样把建筑物定位成土地的重要成分。在欧陆,建筑物无论是否为违法建筑,都是土地的重要成分,只要建造人对土地有所有权或地上权,就能取得违法建筑的所有权。我国大陆则不同,违法建筑独立于土地权利,建造人对其能否享有不动产所有权,是私法在定位违法建筑的利益形态时所面对的首要问题。

对此可明确的是,即便勉强套用《民法典》第231条,认为建造人在违法建筑建成时就取得所有权,^{②⑩}该所有权也因登记禁止机制属于不能登记的所有权,与合法建设行为产生的能登记的建筑所有权不同。此外,尽管登记禁止机制之外的公法管制不确定,但仍可能实施,违法建筑所有权因此处于不稳定状态,会因改正、拆除或没收而局部或完全消灭,而合法建筑的所有权没有这种不稳定性。与这些差异相应,即便在征收时都予以补偿,违法建筑也无法与合法建筑相提并论,两者的补偿标准相差甚远,比如,在某典型个案里,征收合法建筑的补偿标准为每平方米约3万元,而征收违法建筑的补偿标准为每平方米约2000元。^{②⑪}这些均表明,违法建筑所有权与合法建筑所有权无法等同对待。

正因此,在社会观念里,合法建筑所有权属于完全产权、大产权,其不仅能被不动产登记所确认,还具有“商品房”的市场价值,而违法建筑所有权属于不完全产权、小产权,既不能登记,也没有“商品房”的价值。易言之,以合法建筑所有权作为建筑物承载的不动产所有权标准,违法建筑所有权就不能归为其中。

需要注意的是,与我国大陆一样,台湾地区也未把建筑物当成土地重要成分,登记禁止也是其公法管制违章建筑的重要机制,^{②⑫}但学理和司法普遍认为违章建筑是不动产,建造人原始取得其所有权。^{②⑬}由于登记禁止,违章建筑所有权无法通过登记来转移,为了厘定买受人的法律地位,台湾地区司法实务创设了事实上处分权,但为何当事人双方转移所有权的合意产生的是事实上处分权,事实上处分权人在违章建筑受侵害时寻求救济的规范基础是什么,事实上处分权人对建造人的债权人能否提起执行异议之诉,等等疑问丛生。^{②⑭}

^{①⑦} 参见王双正:《工业化、城镇化进程中中小产权房问题探究》,载《经济研究参考》2012年第33期;杨磊、李云新:《谋利空间、分利秩序与违建现象的制度逻辑》,载《公共行政评论》2017年第2期;前注^{①⑥},刘磊、王会文。

^{①⑧} 参见王岩:《强制拆除司法审查中的若干问题》,载《人民司法·应用》2011年第13期;宋纲、贾亚强:《强制拆除违法建筑案件的司法审查》,载《人民司法·应用》2012年第17期。

^{①⑨} 参见王莉莉:《财物的违法性不成为毁坏财物行为违法性的阻却事由》,载《人民司法·案例》2017年第26期。

^{②⑩} 参见最高人民法院(2013)民申字第50号民事判决书。

^{②⑪} 参见最高人民检察院指导性案例第57号“某实业公司诉某市住房和城乡建设局征收补偿认定纠纷抗诉案”。

^{②⑫} 根据我国台湾地区“建筑法”第25、86条,违章建筑是没有建筑执照而兴建的建筑,这与我国大陆的违法建筑在内涵上并不一致,但它们共性明显,除了都有登记禁止机制,还都有罚款、停工、拆除等处置措施,故不妨把它们法律意义等置,进行求同分析。

^{②⑬} 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第83页;谢在全:《民法物权论》上册,作者2014年修订6版,第17页。

^{②⑭} 参见林诚二:《论违章建筑事实上处分权之移转》,载《物权与民法新思维》,元照出版有限公司2014年版,第3—10页;前注^{②⑫},吴从周书,第148—167页。

这种现实提醒我们,在登记禁止机制的刚性约束下,把违章建筑的私法利益界定为不动产所有权,固然能明确建造人的法律地位,但后续会产生一系列的解释难题,就此而言,台湾地区界定违章建筑权属的经验不算成功,这也为我国大陆违法建筑的私法利益不宜是不动产所有权提供了支持性的反面例证。

3、违法建筑的私法利益不宜是占有

不把建筑物的私法利益界定为不动产所有权,而是界定为占有,即建造人可通过占有来保护自己对于违章建筑的利益,是我国学理和实务的惯常见解。^⑤ 相比而言,把违法建筑的利益界定为占有而非不动产所有权,能更清晰地展示公法限制导致的违法建筑与合法建筑在法律地位上的实际差异,与违法建筑的公法管制更为匹配。具体说来,违法建筑的占有是事实上的支配状态,并非权利,既没有登记可能性,也没有必要登记。而且,占有受保护的力度远弱于不动产所有权,如根据《民法典》第462条第2款,基于占有的返还请求权有1年期间的限制,而根据《民法典》第196条第2项,不动产所有权的行使没有期限约束。可以说,从法律地位上讲,违法建筑的占有低于合法建筑的所有权,这能体现违法建筑因公法管制而与合法建筑的差别。

此外,把违法建筑的利益界定为占有而非不动产所有权,在违法建设行为不影响违法建筑买卖合同效力的前提下,还能为后续的买卖问题提供更为理顺的解释和解决路径,因为作为私法上的利益,占有与所有权等财产权一样都能成为买卖合同的对象,^⑥ 只要买受人实际控制违法建筑,似无需再借助事实上处分权这样的概念来确定买受人的地位。

但问题在于,作为事实的占有只表明人对物的管领,无法表征更多更复杂的支配利益,在私法中把它当成违法建筑的利益形态,如何在建造人对违法建筑进行物理上的控制之外,正当化建造人对违法建筑的使用、收益和处分,在理论上恐怕不太容易说清楚。

更关键的是,虽然占有在法律规范中有独立地位,但在实际保护时,有进一步区分有无本权的必要,不考虑这一点,径直把违法建筑的私法利益界定为占有,而该利益又无法被不动产所有权所涵盖,建造人对违法建筑的占有就是没有本权的无权占有。当然,受制于违法建筑的公法管制,没有谁能有权占有违法建筑,在此意义上,把无权占有当成违法建筑的利益形态,不会遭受被有权占有人追夺的风险。但在违法建筑被他人侵害时,由于无权占有无法受过错侵权规则的保护,^⑦ 如何给建造人提供妥当的救济,就成问题。

建造人能对违法建筑进行事实上的控制,据此将其私法中的利益界定为占有,能说得通,与不动产所有权的利益形态相比,还更贴近公法管制,但无法通透解释建造人对违法建筑的支配利益,无法合理说明建造人在违法建筑受侵害时的救济路径,这些缺憾表明占有并非违法建筑私法利益的最佳形态。

4、建造人对违法建筑享有动产所有权

在违法建筑私法利益形态的选项中,动产所有权应是正解。要强调的是,在此所谓的动产所有权,不是构成违法建筑的材料所有权,^⑧ 而是指以可否登记作为是否不动产的甄别标准,受制于登记禁止机制,由不同建筑材料合成的违法建筑在整体上属于动产,对应的利益形态因此是动产所有权。^⑨ 这种见解面对的最大质疑,是违法建筑明明是不能自由移动或移动会损害其价值的物,为何要排除在不动产之外?

的确如此,把违法建筑当成动产,会强烈冲击有关不动产认知的法律观念,会让人觉得这种见解是“为赋新词强说愁”。但话说回来,作为法律概念的不动产和动产的划分,除了要考察能否自由移动的物理要素,社会作用和经济功能也是重要的考虑因素,后者的重要性一旦压过前者,不可移动之物被当成动产,可移动之物不再是动产,就不是什么新鲜见解。比如,在中世纪日耳曼法,作为建筑物的木屋虽然定着于土地,但容易

^⑤ 参见王利明:《物权法研究》上卷,中国人民大学出版社2012年版,第86页;朱巍、高为民:《村委会强制拆除违章建筑的法律问题》,载《人民司法·案例》2008年第2期;上海市闵行区人民法院课题组:《法律视角下的拆违和环境整治研究》,载《人民司法·应用》2016年第34期。

^⑥ 参见邱聪智:《新订债法各论》(上册),中国人民大学出版社2006年版,第49页。

^⑦ 参见[德]马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第41—43页。

^⑧ 我国大陆持动产所有权观点的主要见解,是认为建造人对违法建筑的建筑材料享有所有权。对该观点的总结,参见周友军:《违章建筑的物权法定位及其体系效应》,载《法律适用》2010年第4期。

^⑨ 参见苏永钦:《违章建筑与小产权房》,载《法令月刊》2015年第4期。

毁损,故虽不能移动,仍不妨碍其成为动产。^③又如,在法国法,被安置在不动产上,并服务于不动产的牲畜、农具等可移动之物是不动产,而现在虽是不动产,但将来要成为动产的待收割种植物、土地上的棚屋等,则可作为动产处理。^④再如,在荷兰法,根据用途标准,同为船屋,保持漂流状态的是动产,永远抛锚不再航行的是不动产。^⑤可以说,只要不动产和动产以法律概念的形式出现,就必然是规范创制者在特定功能引导下,对物理形态不同的物进行的规范分类,目的是建立创制者希冀的规范秩序。既然是规范功能在引导并起决定作用,物理形态上可否移动或是否便于移动,就不是判断某物是否不动产的根本,在物的用途、社会作用、法律限制等诸种因素的影响下,一定会出现不可移动之物与可移动之物归为同类,能适用相同规范的现象,违法建筑只是这类现象之一,并不足为奇。

其实,只要我们不认为法律概念有确定不变的本质,我们的眼光和思想不受本质主义的约束,那么,法律概念所指称的现象,会因适用情景的不同而有变化,正如就一件财物而言,着眼于其自身特质,对它的占有、用益和处分都要与其特质相适应,它就是具有独特性的客体,反之,着眼于其财产价值,和其他财物一样,其无非是披着财富外观的投资品,由此会形成两套不同的话语体系和法律系统。^⑥同理,违法建筑与合法建筑一样的确是不能自由移动或移动就损害价值的物,但因建设行为的违法性,违法建筑遭受了合法建筑不会经历的登记禁止等公法管制,受此约束,把违法建筑归为不同于合法建筑的序列,从不动产中剔除出来,自无不可。说到底,在我们的生活世界中,不动产不仅仅是个概念或观念,其真实存在还需要一套法律制度运作来予以凸显、支撑和强化,^⑦以登记禁止等公法管制为坐标,把违法建筑排除出不动产,完全可行。

把违法建筑的私法利益界定为动产所有权,既使建造人据此获得的法律地位弱于合法建筑的所有权人,如只能得到公示效能较弱的占有保护、返还请求权受诉讼时效的限制等,从而与违法建筑的公法管制保持一致,又能充分说明建造人对违法建筑的支配利益,并在违法建筑受侵害时能得到合理保护,而这些恰恰是把违法建筑的私法利益界定为占有有所欠缺的。

(三) 合同不因标的物是违法建筑而无效

在司法实践中,最高人民法院认为根据《城乡规划法》的相关规定,建造人对违法建筑没有物权权益,进而在“房屋租赁合同司法解释”第2条第1句规定,以违法建筑为标的物的租赁合同无效。^⑧着眼于租赁合同合同属性,把这种见解放大,就是以违法建筑为标的物的合同无效。本文对此持不同立场,认为不能因标的物为违法建筑就径直认定合同无效,主要理由如下:

第一,正如前述,应对违法建筑的公法管制,建造人对违法建筑仍有物权权益,只不过不是不动产所有权,而是动产所有权。

第二,建造人对违法建筑有无物权,与合同的效力没有直接关联,根本理由是合同在当事人之间产生相对性的债的关系,当事人一方有无物权对合同效力没有影响,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款对此有明确表达。

第三,买受人、承租人等非建造人的一方在订立合同时不知标的物为违法建筑的,可以根据不同情况以受欺诈、重大误解等为由撤销合同,以保护自己的权益。即便不撤销合同,也不影响公法管制的实施,如主管机关仍能要求建造人限期改正、限期拆除等,非建造人一方因此遭受的损失能通过违约责任得以救济。

第四,公法管制指向违法建设行为,只要主管机关依法及时正当管制,就能消除违法建设行为的不良影

^③ 参见李宜琛:《日耳曼法概说》,中国政法大学出版社2003年版,第50—51页;高仰光:《〈萨克森明镜〉研究》,北京大学出版社2008年版,第169页。

^④ 参见[法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔:《法国财产法》,罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第59—77页。

^⑤ 参见[荷]亨克·J·施耐德:《荷兰财产法》,杨悦阳等译,载王卫国主编:《荷兰经验与民法再法典化》,中国政法大学出版社2007年版,第110页。

^⑥ See Bernard Rudden, Things as Thing and Things as Wealth, in Oxford Journal of Legal Studies, 1994, Vol. 14, No. 1, pp.81—97.

^⑦ 参见苏力:《制度是如何形成的》,北京大学出版社2007年增订版,第71页。

^⑧ 参见杜万华、冯小光、关丽:《〈关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2009年第21期。

响,没有必要径直认定以违法建筑为标的物的合同无效。而且,即便合同有效,也不影响公法管制的实施。当然,以违法建筑为标的物合同的确违反效力性规定或公序良俗的,自当无效,但这是法律行为判断的一般准则,与标的物是否属于违法建筑无关,如在买卖危及居民人身安全的危险建筑、租赁制作毒品的厂房、城市居民购买宅基地上的农房等情形,无论这些标的物是否违法建筑,合同均应无效。

第五,根据意思自治,当事人在合同中约定买受人或承租人自行拆除违法建筑,消除违法建设行为的负面作用,自无不可。^⑤若仍以标的物是违法建筑为由而认定合同无效,既无助于实现对违法建筑的公法管制目的,也过度干涉当事人的意思自治,没有正当性可言。

第六,即便没有前述的特别约定,建造人仍有可能在签订买卖合同或租赁合同后补办或变更规划许可,买受人、承租人在占有违法建筑后也有可能按照规划许可自行改正,从而使违法建筑成为合法建筑,^⑥此时仍否定合同的有效性,除了破坏交易的稳定性,没有任何实益。这实际表明,在签订合同或发生诉讼时,建造人没有取得规划许可或建设行为不符合规划许可的内容,不代表将来仍如此,以静止而非变动的眼光来审视有无规划许可或是否符合规划许可的内容,并据此决定合同效力,与实践情况显著不符。

第七,在法院强制执行的实践中,着眼于违法建筑的财产利益,为了最大程度实现申请执行人的权利,法院能通过拍卖、变卖的方式对违法建筑进行“现状处置”,由买受人取得违法建筑。^⑦虽然强制执行是公权力活动,但司法拍卖、变卖与通常买卖的交易规律没有实质差异,前者既然可为,后者当然不应无效,否则真得就是“只许州官放火,不许百姓点灯”。

第八,对违法建筑的公法管制只涉及建设行为及其事实后果,而以违法建筑为标的物的合同处于交易领域,其效力评价已超出公法管制的射程范围,与公法管制不再相关,故不能仅凭违法建筑来认定合同无效。^⑧

四、结语

违法建筑的法律规制包括公法和私法两个维度,在它们的分工合作中,公法管制起到主导作用,主要针对建造人生成违法建筑的违法建设行为,以消除该行为的负面影响为目标,私法则具有配合的因应作用,指向违法建筑的利益形态及其交易,以合理定位和评价为任务。这种公法和私法协力并存、主次分明的布局,是私法准确调整违法建筑的前提性认识和知识。

在规范层面上,公法管制中的认定和处置机制具有不确定性,征收不予补偿和登记禁止机制相当明确。在实践层面,包括国家能力不足在内的各种因素加剧了认定和处置的难度,并出现征收违法建筑予以补偿的常见现象,而登记禁止没有出现突破。在规范和实践的双重约束下,无论在建造人的心里还是在社会观念中,尽管违法建筑违法,不能与合法建筑相提并论,但违法建筑是能给建造人带来实在利益的财产,即便是从法律和社会的缝隙中强挤出来的,它也是一份实实在在的利益,这会给建造人以激励,增量的违法建设行为和违法建筑因此不断发生和涌现。

沿着这样的规范和实践的轨迹,私法所能做的是曹规萧随,承认违法建筑的财产利益属性。不过,既然违法建筑与合法建筑不同,那当然要分清它们的利益形态,把前者定位成动产所有权的标的物,应是作为不动产所有权客体的后者的恰当区分。由此再来理解《民法典》第231条,就能更清晰地看出,它是说取得规划许可或按照规划许可的内容建设,在建设行为完成时,建造人取得合法建筑物的所有权,这是把《城乡规划法》的相关内容引入私法的引致条款,未给法官留下自由裁量的空间。至于未取得规划许可或未按照规划许可的内容建造的建筑物,在未经依法认定前,未必是违法建筑,不一定不能承载不动产所有权;即便确属违法建筑,建造人也能取得动产所有权。故而,对《民法典》第231条不能进行反对解释,既不能说建造人对违法

^⑤ 参见朱爱东:《附有违法建筑的房屋买卖合同的有效性》,载《人民司法·案例》2013年第12期。

^⑥ 参见广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民五终字第1235号民事判决书。

^⑦ 参见李海军:《违章建筑执行实务》,载《人民司法·应用》2007年第4期;2019年北京市高级人民法院《北京市法院执行局局长座谈会(第十次会议)纪要》第二点第4小点。

^⑧ 最高人民法院在个案中也认为《城乡规划法》第40条有关规划许可的规定,是行政机关在规范建筑领域内的管理性强制规定,对私法领域内的商品房买卖合同效力不产生直接影响。参见最高人民法院(2017)最高法民申57号民事裁定书。

建设的建筑物没有所有权,也不能说建造人在违法建设行为完成时,不能取得建筑物所有权,而只有在补办或变更规划许可时,或者改正违法建筑使其符合规划许可的内容时,建造人才能取得建筑物所有权。与此同时,由于该条的内容高度确定,建造人对违法建筑的动产所有权也是确定的,故还不能说它是把《城乡规划法》的相关内容导入私法,至于建造人能否对违法建筑取得所有权,要由法官裁量的转介条款。

建造人对违法建筑享有动产所有权,当然表明在主管机关认定和处置违法建筑前,法院不能通过民事审判确认建造人对违法建筑的不动产所有权,只有违法建筑因补办、变更规划许可或限期改正而质变成合法建筑后,建造人的不动产所有权才能得以确认。这同时也意味着,在违法建筑建成时,建筑人就原始取得所有权,对于建造人确认动产所有权的诉讼请求,法院应予受理;违法建筑后续的物权变动,应遵循动产交付规范,占有违法建筑的受让人或质权人确认动产所有权或动产质权的诉讼请求,法院也应予受理。由此再来审视“八民纪要”第21条,应予缩限解释,即认定和处置违法建筑是主管机关的职权,应避免通过民事审判变相确认违法建筑的不动产所有权;当事人请求确认对违法建筑的不动产所有权的,法院不予受理,已经受理的,裁定驳回起诉;当事人请求确认对违法建筑的动产物权的,法院应予受理。

虽然建造人对违法建筑有动产所有权,但不意味着以违法建筑为标的物的买卖合同、租赁合同等合同因此就有效,因为利益形态的确定与合同效力评价是两个不同的领域,它们可能看上去紧密相关,但其实没有交集,想想现实中诸如宅基地、宅基地上的房屋、色情作品等可取得权属但不能自由交易流通的财物,就能明了这一点。对以违法建筑为标的物的合同效力进行评价的基点,仍在于仅指向违法建筑的形成,而并不涉其交易的公法管制,既然如此,私法完全不应因标的物为违法建筑就直接否定合同效力,而是应根据私法中的法律行为效力规范进行评价。而且,合同有效不会消除违法建筑的违法状态,公法管制的措施仍能实施。

Abstract: Illegal Constructions fall into the scope jointly adjusted by public law and private law. From the perspective of their division and cooperation, regulation through public law plays a leading role and mainly targets at builders' illegal constructive behaviors that result in the birth of an illegal construction, aiming at eliminating the adverse impact of this behavior. However, private law represents a corresponding response function, and adjusts the diverse interests of illegal constructions and their transactions, taking legitimate orientation and evaluation as a mission. Under public law, identification standards for illegal constructions take on many forms and the disposal measures are flexible. Specifically, compensation for illegal construction expropriation remains uncertain, but inability in real estate registration is definite. Correspondingly, illegal constructions' interests are recognized by private law, and the builder has ownership in movable property form. Moreover, contracts with illegal constructions as the object are not invalid on these grounds.

Key Words: Illegal Constructions; Integration of Public Law and Private Law; Public Law Regulation; Chattel Ownership; Validity of Contract

(责任编辑:张素华)