

论涉水法律法规中行政强制行为的设定

王春业 邢鸿飞

(河海大学法学院,江苏南京 210098)

摘 要:与其他领域相比,涉水法律法规对行政强制行为的设定明显偏少、偏弱,特别是行政强制措施种类更少,只有个别法律法规中设定了“查封”“扣押”等行政强制措施,难以适应水执法的现实需要。为此,必须加强水法律法规中行政强制措施和行政强制执行条款的设定,特别是要加强《水法》《防洪法》《水污染防治法》《水土保持法》等涉水法律中行政强制条款的设置,赋予水执法机关以更多的行政强制权力。同时,要对法律以下其他法律规范中涉及行政强制行为进行清理,剔除违法的行政强制条款,以确保涉水领域行政强制行为的统一与规范。

关键词:涉水法律;行政强制条款;设定权

中图分类号:D922.66 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-4970(2018)06-0075-08

水资源是人类生存和发展不可缺少、不可替代的基础性资源,是经济社会发展的战略性资源^[1],水资源管理及利用涉及取水、供水、排水、节水、调水、行洪等水行政管理领域^[2],其有效管理和高效利用需要丰富的、强有力的行政强制来保障。但在水行政执法实践中,出现了受理难、审查难、定性难、执行难等问题,特别是与河道清障和防汛等有关的水行政执法,时效性强,如不能及时处理,就有可能影响防汛抗旱工作,给国家财产和人民利益造成重大损失。之所以出现这些问题,原因是多方面的,但水法律法规中的行政强制条款设置不够完善、不够科学无疑是重要因素。因此,围绕水法律法规制定中的行政强制条款设置问题展开研究,具有重要理论和实践意义。

一、涉水法律、行政法规中行政强制行为设定之现状

根据《行政强制法》,行政强制行为包括行政强制措施和行政强制执行。行政强制措施体现了预防性、暂时性、非处分性、非最终性特点;而行政强制执行的前提是法定义务人不履行义务,目的在于迫使义务人履行义务或达到与履行义务相同的状态,涉及对相对人权利的处分^[3]。鉴于行政强制行为的

设定主要是位阶较高法律法规中的内容,因此本文仅限于对涉水法律、行政法规中行政强制措施的种类和行政强制执行的方式进行梳理、分析和研究,而对部门规章、地方性法规、地方政府规章中行政强制措施、行政强制执行方式,不作为重点研究对象,只在分析存在问题时涉猎。

1. 涉水法律中行政强制行为的梳理

涉水法律主要是:《中华人民共和国水法》(以下简称《水法》)《中华人民共和国防洪法》(以下简称《防洪法》)《中华人民共和国水污染防治法》(以下简称《水污染防治法》)《中华人民共和国水土保持法》(以下简称《水土保持法》)。

(1)《水法》中的行政强制行为

《水法》中的行政强制行为表述为以下 3 种情形:一是“强制拆除”。即《水法》第 65 条第一款规定:“在河道管理范围内建设妨碍行洪的建筑物、构筑物”,“逾期不拆除、不恢复原状的,强行拆除”;第 65 条第二款规定:“未经水行政主管部门或者流域管理机构同意,擅自修建水工程,或者建设桥梁、码头和其他拦河、跨河、临河建筑物、构筑物,铺设跨河管道、电缆,且防洪法未作规定的”,“强行拆除”。二是“恢复原状”。《水法》第 67 条规定:“在饮用水水源保护区内设置排污口的,逾期不拆除、不恢复原

收稿日期:2018-05-25
基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金资助(2017B35914)
作者简介:王春业(1970—),男,安徽明光人,教授,博士,从事行政法学研究。

状的,强行拆除、恢复原状”。三是“加收滞纳金”。《水法》第 70 条规定:“拒不缴纳、拖延缴纳或者拖欠水资源费的,从滞纳之日起按日加收滞纳部分万分之二的滞纳金”。

上述 3 种情形都属于行政强制行为中的行政强制执行方式。

(2)《防洪法》中的行政强制行为

《防洪法》中行政强制行为表述为以下 3 种情形:一是“强行清除”。《防洪法》第 42 条规定:“对河道、湖泊范围内阻碍行洪的障碍物”,“由防汛指挥机构组织强行清除”。二是“代为恢复原状”。《防洪法》第 56 条规定:“违反本法第十五条第二款、第二十三条规定,围海造地、围湖造地、围垦河道的”,“既不恢复原状也不采取其他补救措施的,代为恢复原状或者采取其他补救措施,所需费用由违法者承担”。三是“强行拆除”。《防洪法》第 57 条规定:“在河道、湖泊管理范围内从事工程建设活动的,逾期不拆除的,强行拆除,所需费用由建设单位承担”。

上述 3 种情形属于行政强制行为中的行政强制执行方式。

(3)《水土保持法》中的行政强制行为

《水土保持法》中的行政强制行为表述为以下 3 种情形:一是“查封、扣押”。《水土保持法》第 44 条规定:“水政监督检查人员依法履行监督检查职责时”,“被检查单位或者个人拒不停止违法行为,造成严重水土流失的”,“可以查封、扣押实施违法行为的工具及施工机械、设备等”。二是“代为治理”。《水土保持法》第 55 条规定:“违反本法规定,在水土保持方案确定的专门存放地以外的区域倾倒砂、石、土、矸石、尾矿、废渣等的”,“逾期仍不清理的,县级以上地方人民政府水行政主管部门可以指定有清理能力的单位代为清理,所需费用由违法行为人承担。”第 56 条规定:“违反本法规定,开办生产建设项目或者从事其他生产建设活动造成水土流失”,“逾期仍不治理的,县级以上人民政府水行政主管部门可以指定有治理能力的单位代为治理,所需费用由违法行为人承担”。三是“加收滞纳金”。《水土保持法》第 57 条规定:“违反本法规定,拒不缴纳水土保持补偿费的”,“逾期不缴纳的,自滞纳之日起按日加收滞纳部分万分之五的滞纳金”。

其中,第 1 种情形属于行政强制措施,第 2、3 种情形属于行政强制执行方式。

(4)《水污染防治法》中的行政强制行为

《水污染防治法》中的行政强制行为表述为以下两种情形:一是“强制拆除”。《水污染防治法》第

84 条规定:“在饮用水水源保护区内设置排污口的”,“逾期不拆除的,强制拆除,所需费用由违法者承担”。“除前款规定外,违反法律、行政法规和国务院环境保护主管部门的规定设置排污口的”,“逾期不拆除的,强制拆除,所需费用由违法者承担”。二是“代为治理”。《水污染防治法》第 85 条规定:“有下列行为之一的”,“逾期不采取治理措施的,环境保护主管部门可以指定有治理能力的单位代为治理,所需费用由违法者承担”。第 90 条规定:“违反本法规定,有下列行为之一的”,“逾期不采取治理措施的,海事管理机构、渔业主管部门按照职责分工可以指定有治理能力的单位代为治理,所需费用由船舶承担”。第 94 条规定:“企业事业单位违反本法规定,造成水污染事故的,由环境保护主管部门指定有治理能力的单位代为治理,所需费用由违法者承担”。

上述两种情形都属于行政强制执行方式。

2. 涉水行政法规中行政强制行为的梳理

涉水的行政法规主要有:《取水许可和水资源费征收管理条例》《抗旱条例》《水文条例》《长江河道采砂管理条例》《河道管理条例》《太湖流域管理条例》《水库大坝安全管理条例》《水土保持实施条例》《淮河流域水污染暂行条例》《开发建设晋陕蒙接壤地区水土保持规定》《黄河水量调度条例》《防汛条例》《城市供水条例》《长江三峡水利枢纽安全保卫条例》《农田水利条例》《长江三峡水利工程建设移民条例》等。

(1)《取水许可和水资源费征收管理条例》中的“拆除或封闭”

《取水许可和水资源费征收管理条例》第 49 条规定:“未取得取水申请批准文件擅自建设取水工程或者设施的,逾期不拆除或者不封闭其取水工程或者设施的,由县级以上地方人民政府水行政主管部门或者流域管理机构组织拆除或者封闭,所需费用由违法行为人承担”。这属于行政强制执行方式。

(2)《抗旱条例》中的“强制执行”

《抗旱条例》第 60 条规定:“违反本条例规定,水库、水电站、拦河闸坝等工程的管理单位以及其他经营工程设施的经营者拒不服从统一调度和指挥的拒不改正的,强制执行”。这属于行政强制执行方式。

(3)《水文条例》中的“强行拆除”

《水文条例》第 37 条规定:“未经批准擅自设立水文测站或者未经同意擅自在国家基本水文测站上下游建设影响水文监测的工程逾期不拆除的,强

行拆除,所需费用由违法单位或者个人承担”。这属于行政强制执行方式。

(4)《长江河道采砂管理条例》中的“扣押”“加收滞纳金”“拍卖”

《长江河道采砂管理条例》第 18 条规定:“违反本条例规定,未办理河道采砂许可证,擅自在长江采砂的,情节严重的,扣押或者没收非法采砂船舶,并对没收的非法采砂船舶予以拍卖,拍卖款项全部上缴财政”。第 22 条规定:“违反本条例规定,不依法缴纳长江河道砂石资源费的”,“逾期未缴纳的,按日加收 3‰的滞纳金”。

其中,“扣押”属于行政强制措施;“加收滞纳金”“拍卖”属于行政强制执行方式。

(5)《河道管理条例》中的“强行清除”

《河道管理条例》第 36 条规定:“对河道管理范围内的阻水障碍物,逾期不清除的,由防汛指挥部组织强行清除,并由设障者负担全部清障费用”。这属于行政强制执行方式。

(6)《太湖流域管理条例》中的“强制执行”

《太湖流域管理条例》第 66 条规定:“违反本条例规定,拒不改正的,由太湖流域管理机构或者县级以上地方人民政府水行政主管部门按照职责权限依法强制执行,所需费用由违法行为人承担”。第 67 条规定:“违反本条例规定,拒不改正的,由太湖流域管理机构或者县级以上地方人民政府水行政主管部门按照职责权限依法强制执行,所需费用由违法行为人承担”。这也属于行政强制执行方式。

除上述行政法规外,其他行政法规中,均未发现有关行政强制行为的规定。

二、涉水法律、行政法规中行政强制行为设定之评析

“设定”与“规定”不同,“设定”是一个有特定含义的法律用语,是指“不依赖于任何法律、法规的存在为依据,制定具有‘独创性法律规范’的行为”^[4],是指从无到有的创设;而“规定”是指对上位法的细化,体现为从有到更为具体的落实。按照《行政强制法》的立法本意,设定的内容仅限于:行政强制措施种类和行政强制执行方式,而不包括相应的实施主体、实施程序等。

上文对相关水法律、行政法规中行政强制行为做笼统地梳理,下面将按照行政强制措施、行政强制执行方式来分别进行评析。

1. 关于行政强制措施设定情况的分析

(1) 涉水法律中设定的行政强制措施种类较少

根据《行政强制法》的规定,行政强制措施种类

包括限制公民人身自由;查封场所、设施或者财物;扣押财物;冻结存款、汇款等。

对照上述涉水法律条款,就会发现:《水法》《防洪法》《水污染防治法》均没有设定行政强制措施,只有《水土保持法》中有对违法的工具及施工机械、设备等设定了“查封”“扣押”等行政强制措施。《水法》《防洪法》《水污染防治法》是水行政执法中应用范围很广的法律,是水行政执法的主要依据,但是,三部法律均未设定行政强制措施。由于没有强有力的水行政强制措施的法律支持,水行政执法就显得更难。而且,即使《水土保持法》设定了“查封”“扣押”的行政强制措施,但也只是针对水土流失问题,并不适用于其他水行政执法情形。

(2) 行政法规中行政强制措施设定的合法性评析

对照上述行政法规,发现《取水许可和水资源费征收管理条例》《抗旱条例》《水文条例》《河道管理条例》《太湖流域管理条例》均没有行政强制措施,只有《长江河道采砂管理条例》中规定了可以“扣押”非法采砂船舶。

问题在于,《长江河道采砂管理条例》“扣押”的行政强制措施是否具有合法性?根据《行政强制法》第 10 条的规定,行政强制措施由法律设定,尚未制定法律,且属于国务院行政管理职权事项的,行政法规可以设定“查封场所、设施或者财物”“扣押财物”和应当由法律规定的行政强制措施以外的其他行政强制措施。问题是,对于采砂行为,有没有制定法律呢?《水土保持法》中已经对“扣押”进行了规定,但《水土保持法》的扣押仅针对造成严重水土流失的违法行为的工具及施工机械、设备,而《长江河道采砂管理条例》的扣押针对的是非法采砂船舶,此扣押非彼扣押。因此,《水土保持法》的“扣押”行政强制措施并非是《长江河道采砂管理条例》“扣押”的行政强制措施的依据。也就是说,《长江河道采砂管理条例》的行政强制措施没有上位法依据。

《长江河道采砂管理条例》“扣押”的行政强制措施,是否属于《行政强制法》中所讲的“尚未制定法律,且属于国务院行政管理职权事项”而由行政法规设定的行政强制措施呢?答案也是否定的。虽然没有专门的关于采砂的法律,但《水法》中已经有了采砂的规定,例如,《水法》第 39 条规定:“国家实行河道采砂许可制度。河道采砂许可制度实施办法,由国务院规定。在河道管理范围内采砂,影响河势稳定或者危及堤防安全的,有关县级以上人民政府水行政主管部门应当划定禁采区和规定禁采期,并予以公告”,并在第 77 条规定,对违反有关河道

采砂许可制度规定的行政处罚,由国务院规定。也就是说,《水法》中已经有了关于采砂方面的法律规定,并非没有制定法律,而且没有对采砂行为设定行政强制措施;即使授权国务院制定有关采砂方面的行政法规,也是授权制定行政处罚,而未授权制定行政强制措施。根据《行政强制法》第 11 条第二款的规定:“法律中未设定行政强制措施的,行政法规、地方性法规不得设定行政强制措施”。由此可见,在《行政强制法》颁布之前,《长江河道采砂管理条例》中的“扣押”尚情有可原,而在《行政强制法》颁布后,以及在《水法》等相关上位法做了修改之后且未对非法采砂船舶设定“扣押”行政强制措施的情况下,《长江河道采砂管理条例》中“扣押”的行政强制措施就存在着合法性的疑问了。

2. 关于行政强制执行方式设定情况的分析

根据《行政强制法》的规定,行政强制执行方式包括:加处罚款或者滞纳金;划拨存款、汇款;拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物;排除妨碍、恢复原状;代履行等。

从法律中可以看出:《水法》中设定了强行拆除、恢复原状、加收滞纳金;《防洪法》中设定了强行清除、代为恢复原状、强行拆除;《水土保持法》中设定了代为清理、加收滞纳金;《水污染防治法》中设定了强制拆除、代为治理。与《行政强制法》的规定相比,除了没有“划拨存款、汇款”“拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物”的行政强制执行方式外,其他的行政执行方式基本上都有了。这说明,涉水法律对行政强制执行方式是非常重视的。

从行政法规中可以看出:《取水许可和水资源费征收管理条例》中有了拆除或者封闭;《抗旱条例》中有了强制执行;《水文条例》中有了强行拆除;《长江河道采砂管理条例》中有了加收 3‰ 的滞纳金;《河道管理条例》中有了强行清除;《太湖流域管理条例》中有了强制执行等的规定。

下面需要讨论行政法规中行政强制执行方式规定的合法性问题。根据《行政强制法》第 13 条规定:“行政强制执行由法律设定。法律没有规定行政机关强制执行的,作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行”。也就是说,如果没有法律依据,上述的行政法规中所设定的行政强制执行方式就不具有合法性。这里的法律,自然是狭义上的法律,即由全国人大及其常委会制定的法律。

这里重点分析《长江河道采砂管理条例》加收 3‰ 滞纳金和拍卖的合法性问题。

首先,审视加收 3‰ 滞纳金的合法性。在加收滞纳金的法律中,《水土保持法》第 57 条对拒不缴

纳水土保持补偿费的,且在责令限期缴纳后又逾期不缴纳的,自滞纳之日起按日加收滞纳金部分万分之五的滞纳金;《水法》第 70 条对拒不缴纳、拖延缴纳或者拖欠水资源费且责令限期缴纳后又逾期不缴纳的,从滞纳之日起按日加收滞纳金部分千分之二的滞纳金。而《长江河道采砂管理条例》第 22 条规定,对不依法缴纳长江河道砂石资源费,且在责令限期缴纳后又逾期未缴纳的,按日加收 3‰ 的滞纳金,其上位法的依据何在? 第一,对砂石资源费加收滞纳金缺乏依据。上述的法律在加收滞纳金的对象上是特指的,而在这些特指的对象中就没有砂石资源费。第二,加收的 3‰ 的滞纳金,远远超出了《水法》的千分之二和《水土保持法》的万分之五幅度。因此,从《行政强制法》对行政强制执行的规定上来看,《长江河道采砂管理条例》对加收滞纳金的规定显然违法。根据《行政强制法》立法用意,行政强制执行方式只能由法律设定,而作为下位法的行政法规等,只能依据上位法规定的幅度来细化,而不能设定。在《行政强制法》没有颁布时,尚情有可原,而在《行政强制法》实施后,该行政法规继续生效,就令人匪夷所思了。

其次,再审视拍卖的合法性。《长江河道采砂管理条例》拍卖的行政强制执行方式没有任何上位法依据,按照《行政强制法》的规定,“法律没有规定行政机关强制执行的,作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行”,因此,《长江河道采砂管理条例》对拍卖这种行政强制执行方式的设定缺乏法律依据。

三、完善涉水法律、行政法规中行政强制行为设定之必要性

1. 水行政执法的现实需要

水行政行为旨在处理各类水事问题,行政行为的重要特点就是高效、快捷,尤其是针对突发性违法事件,如果不能及时制止和处理,其后果是不堪设想的。特别是相对人违法行为所致危害的不可逆^[5],必须首选那些可以预防危害发生或扩大的执法手段。而有了行政强制权,可以采取更多的行政强制行为,有效应对这些问题。例如,行政强制措施就是处理涉水违法行为的一把利剑,它可以有效制止水违法行为,防止证据的损毁,避免危害的发生,而对已经发生了危害行为,则可以有效控制危险的进一步扩大,为后续行政行为的进一步作出打好基础,从而达到对公民、法人或其他组织合法权利的保护。

又如,行政机关有了行政强制执行权,就拥有更多的行政强制执行方式。按照《行政强制法》第 13

条第二款的规定:“法律没有规定行政机关强制执行的,作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行。”而实践中,由于大部分受理强制执行的法院都是基层法院,基层法院的执行机构同时面临着大量民事、行政判决的执行,在执行能力有限的情况下,像此类水行政强制执行的非诉执行案件不得经过长时间的等待才能得到执行,从而影响了水行政执法的效率。而有了更多的行政强制执行方式,行政机关就可以“按照行政程序以强制方法实现公民或者其他法律主体所承担的公法义务”^[6],促使行为人履行法律规定的义务,或达到与履行义务相同的状态。

因此,加强涉水法律法规中行政强制条款的设定,治理水行政执法手段过于软弱的问题,可以有效解决水行政执法机关强制手段不足、执法不力问题,为水行政执法装上一颗尖利的牙齿,使行政决定得到及时执行,达到预防、制止和有效惩治涉水违法行为的目的。

2. 统一规范各层次法律文件的需要

在《行政强制法》实施之前,法律以下的法规、规章甚至规范性文件对行政强制行为进行设定的现象并不少见,有的缺乏法律依据,属于擅自设定,对此,迫切需要加强统一和规范。

根据《行政强制法》第 10 条规定,目前可以设定行政强制措施的法律、行政法规、地方性法规,但其设定时都具有严格的条件要求。例如,行政法规设定行政强制措施的条件:一是尚未制定法律,言下之意,如果已经有了法律规定,行政法规只可以在法律规定的范围内进行规定,而不可超越法律的范围;二是属于国务院行政管理职权的事项,这是事项权限的要求,不可违背法律保留的要求;三是只可以设定有限的行政强制措施种类,即在符合上述两个条件的前提下,行政法规只可以设定“查封场所、设施或者财物”“扣押财物”等行政强制措施。再如,地方性法规设定行政强制措施的条件:一是尚未制定法律、行政法规的;二是属于地方性事务的;三是只可以设定“查封场所、设施或者财物”“扣押财物”的强制措施。而根据《行政强制法》的规定,“法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施。”

但在水行政执法的各类规范中,却出现了一些违法设定行政强制行为的现象,表现为以下三方面。

一是行政法规违法设定行政强制行为。不仅表现为行政强制措施超越了上位法的规定,还表现为上位法没有设定行政强制执行方式的,行政法规却擅自设定行政强制执行方式。上文分析的《长江河

道采砂管理条例》第 18 条第一款的规定,就是一个典型例子。该条款中对情节严重的非法采砂行为采取“扣押”采砂船舶的行政强制措施,就没有上位法的依据,也不属于“尚未制定法律”的情形;而对没收的非法采砂船舶予以“拍卖”的行政强制执行方式,不但没有法律依据,而且行政法规根本就无权设定行政强制执行方式。

二是地方性法规违法设定行政强制行为。不仅表现为地方性法规超越法律、行政法规设定行政强制措施,而且还表现为地方性法规在没有上位法依据的情况下,擅自设定行政强制执行方式。例如,《江苏省水资源管理条例》第 46 条规定:“违反本条例第三十条第二款规定,对深井未采取封填措施的,逾期不封填的,由水行政主管部门强制封填,封填费用由深井所属单位承担。”该条所规定的“强制封填”,属于行政强制执行方式,没有上位法的依据,而地方性法规本身也不具有行政强制执行方式的设定权,显然违反《行政强制法》的规定。

三是出现了规章甚至规范性文件设定行政强制行为的现象。按照《行政强制法》第 10 条第四款的规定,“法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施”,但一些地方却存在着不少此类违法现象。现实中,水行政主管部门依据的地方政府规章,甚至一些政府“红头文件”,擅自设定查封、扣押财物等行政强制措施以及行政强制执行方式的现象不在少数,严重侵害了相对人权益,再次向我们提出了要加强对水行政强制行为进行统一和规范的要求。

对涉水行政强制行为的规范,就是要在法律层面对水行政强制行为进行统一设定,并同时对于行政法规、地方性法规中不规范、不合法的条款进行清理。这样,既增强了水行政强制行为,治理水行政强制行为中的“散”“乱”“软”问题,保障行政强制权的高效快捷行使,也达到了对行政强制行为的规范和约束,监督强制权的依法有效行使^[7];既赋予了水行政机关以更多的行政强制权,通过制止和惩治涉水违法行为,为公民合法权益的保障提供法律支撑,也将行政强制权的行使限定在法律框架内,防止行政强制权的失控和滥用,侵犯公民、法人和其他组织的合法权益。可见,通过对水行政强制行为的设定,其目的不是单纯地扩大水执法机关的行政强制权,而是对水强制权进行规制,是为了更好地约束和限制行政强制行为。不论是通过强制权来保障水行政行为内容的实现,还是通过规范强制权来对水执行机关进行约束,都是为了能更好地发挥水行政机关维护公共利益和社会秩序的服务职能,体现了现代法治政府建设的基本要求。

四、涉水法律、行政法规中行政 强制行为设定之完善

实际上,在我国不少领域,都加强了行政强制行为,赋予行政机关较多的行政强制权,对该领域的治理起到了较好的作用。例如,在进出境货物强制性技术监控领域,通过《海关法》与《进出口商品检验法》,赋予了海关等相关行政机关较多的行政强制权,对违法运输工具、货物物品以及相关合同、票据等可“扣留”,对犯罪嫌疑人可以“扣留”,对违法且逃逸的运输工具和个人可以“追逐”并“带回处理”,对没有许可证的限制性货物“不予放行”,对有违法嫌疑的进出口商品“不准销售、使用”,“不准出口”,“不准装运”等,有效地加强了进出口商品检验工作,规范了进出口商品检验行为,维护了社会公共利益和进出口贸易有关各方的合法权益,促进了对外经济贸易关系的顺利发展。又如,在传染病防治领域,为防止传染病的扩展,法律赋予了相关行政机关以较多的行政强制权,有效保障了行政机关依法履行职责,维护了公共利益和社会秩序,保护了公民、法人和其他组织的合法权益。此外,在食品安全领域、金融监管领域等,相关法律中都有较多的行政强制条款的设定。这些领域法律对行政强制条款的设定,都为水行政强制行为条款的设定提供一定的经验借鉴。

1. 行政强制行为应由涉水法律设定

涉水法律规范的表现形式多样,广义上讲,既有法律、行政法规,也有地方性法规、甚至规章和规范性文件。但作为对公民人身权和财产权具有很强限制性的行政强制行为,最好由法律设定。一是《行政强制法》的立法用意倾向于由法律设定行政强制行为,只有在尚未制定法律时,才允许行政法规甚至地方性法规作一定范围的设定;而且,对行政强制执行方式,则仅限于法律设定,不允许法律以外的任何规范予以设定。因此,由涉水法律设定行政强制行为,更符合《行政强制法》的立法意图。这样做的目的,主要还是因为行政强制行为涉及对公民人身权和财产权的限制,公民人身权和财产权是宪法保护的公民权利,由全国人大及其常委会通过制定法律对公民的权利和自由作必要的限制符合法治原则^[8];同时,行政强制行为由高位阶规范的设定,更能实现公民权利的保护和水行政机关行政强制权的赋予之间的平衡。二是目前涉水法律基本齐全,已经解决了无法可依的问题。在建国初期或改革开放初期,我国法治建设较为落后,许多领域存在立法空白或立法不完善的情形,呈现出无法可依或立法供给不足的状态。在没有上位法而现实又需要法律适

用的情况下,适当允许行政法规甚至地方性法规、规章设定一定的行政强制行为,以解决现实的需要。而如今,这种状况已经得到了彻底改观,不仅有涉水基本法即《水法》,还有相关的法律即《防洪法》《水土保持法》《水污染防治法》等,甚至《环境保护法》也与水有密切关系。因此,只要在这些法律的相关条款中,增设相应的行政强制规定,就可以满足涉水行政强制权的需要,而无需在法律以外的规范中设定,以减少设定中的乱象。

2. 行政强制措施设定的完善

(1)《水法》中行政强制措施设定的完善

《水法》是涉水法律中的基本法,必须在《水法》中完善行政强制措施的种类。

一是对饮用水水源保护区内设置排污口的违法行为,有必要设定“查封”的行政强制措施。具体而言,可在《水法》第67条中,增加“查封”的行政强制措施,即“在饮用水水源保护区内设置排污口的,由县级以上地方人民政府予以查封,未经水行政主管部门或者流域管理机构审查同意,擅自在江河、湖泊、新建、改建或者扩大排污口的,由县级以上人民政府水行政主管部门或者流域管理机构依据职权,予以查封”。

二是对在水工程保护范围内,从事影响水工程运行和危害水工程安全的爆破、打井、采石、取土等活动的违法行为,有必要设立“扣押”违法设备、工具等行政强制措施。具体而言,可在《水法》第72条中增加“扣押”的行政强制措施,即“有下列行为之一”,“由县级以上地方人民政府水行政主管部门或者流域管理机构依据职权,扣押违法设备或工具”。

之所以作如此完善,主要理由是:由于排污和爆破、打井、采石、取土等违法行为具有较大的现实危险性,如果不对排污口进行查封,不对正在进行的爆破、打井、采石、取土等活动及时制止,而要等既成事实后再采取措施,其后果和危险性将进一步扩大,即使进行了补救,也难以消除后果。而通过采取行政强制措施,可以有效防止危害后果的发生和制止危险结果的进一步扩大,为后续的处理做好准备。

(2)《防洪法》中行政强制措施设定的完善

防洪,涉及社会公益利益与安全,而且往往在紧急情况下需要及时作出处理,因此,需要对防洪机关赋予较多的应急处理方面的行政强制行为。为此,可在《防洪法》中作如下完善:一是增加“限制人身自由”的行政强制措施,即在《防洪法》第46条规定:“依法启用蓄滞洪区,任何单位和个人不得阻拦、拖延;遇到阻拦、拖延时”,“由公安机关配合县

级以上地方人民政府实施强制,对阻拦人员采取暂时约束措施”。二是增加“扣押”的行政强制措施。即在《防洪法》第 57 条规定:“违反本法第 27 条规定,在河道、湖泊管理范围内从事工程建设活动的,责令停止违法行为,扣押违法工具”。第 56 条:“违反本法第 15 条第二款、第 23 条规定,围海造地、围湖造地、围垦河道的,责令停止违法行为,扣押违法工具”。

(3)《水土保持法》中行政强制措施设定的完善
《水土保持法》第 44 条虽有了查封、扣押的行政强制措施,赋予水政监督检查人员“可以查封、扣押实施违法行为的工具及施工机械、设备等”,但这只是泛泛规定,没有结合更为具体的违法情形,还应该在法律责任条款中进一步细化,使之更具有操作性。

一是增设“扣押”的行政强制措施。即在《水土保持法》第 48 条:“违反本法规定,在崩塌、滑坡危险区或者泥石流易发区从事取土、挖砂、采石等可能造成水土流失的活动的,由县级以上地方人民政府水行政主管部门责令停止违法行为,扣押违法工具、设备等”。第 51 条第一款:“违反本法规定,采集发菜,或者在水土流失重点预防区和重点治理区铲草皮、挖树兜、滥挖虫草、甘草、麻黄等的,由县级以上地方人民政府水行政主管部门责令停止违法行为,扣押违法工具、设备等”。第 55 条:“违反本法规定,在水土保持方案确定的专门存放地以外的区域倾倒砂、石、土、矸石、尾矿、废渣等的,由县级以上地方人民政府水行政主管部门责令停止违法行为,扣押违法工具、设备等”。

二是增设“查封”的行政强制措施。即在《水土保持法》第 53 条:“违反本法规定,有下列行为之一的,由县级以上人民政府水行政主管部门责令停止违法行为,查封违法的生产建设项目”。第 54 条:“违反本法规定,水土保持设施未经验收或者验收不合格将生产建设项目投产使用的,由县级以上人民政府水行政主管部门”,“查封违法的生产建设项目”。第 56 条:“违反本法规定,开办生产建设项目或者从事其他生产建设活动造成水土流失,不进行治理的,由县级以上人民政府水行政主管部门责令限期治理,查封违法的生产建设项目”。

(4)《水污染防治法》中行政强制措施设定的完善

水污染防治工作也具有紧急性特点,需要尽快、及时地做出处理,因此,完善其行政强制措施也非常必要。一是增设“查封”的行政强制措施。即在《水污染防治法》第 84 条第一、二款:“在饮用水水源保护区内设置排污口的,由县级以上地方人民政府先

行查封”。“除前款规定外,违反法律、行政法规和国务院环境保护主管部门的规定设置排污口的,由县级以上地方人民政府环境保护主管部门先行查封”。在第 87 条:“违反本法规定,建设不符合国家产业政策的”,“由所在地的市、县人民政府查封”。在第 91 条第一款:“有下列行为之一的,由县级以上地方人民政府环境保护主管部门责令停止违法行为,查封违法项目”。二是增设“扣押”的行政强制措施。即在《水污染防治法》第 91 条第二款:“在饮用水水源一级保护区内从事网箱养殖或者组织进行旅游、垂钓或者其他可能污染饮用水水体的活动的”,“由县级以上地方人民政府环境保护主管部门责令停止违法行为,扣押违法工具”。三是同时增设“查封”“扣押”的行政强制措施。在《水污染防治法》第 85 条:“有下列行为之一的,由县级以上地方人民政府环境保护主管部门责令停止违法行为,查封、扣押违法设备或工具”。在第 86 条:“违反本法规定,由县级以上人民政府经济综合宏观调控部门责令改正,查封、扣押违禁设备”。在第 90 条:“违反本法规定,有下列行为之一的,由海事管理机构、渔业主管部门按照职责分工责令停止违法行为,查封、扣押违法船舶”。

3. 行政强制执行方式设定的完善

在涉水法律中,与行政强制措施的种类相比,行政强制执行方式有不少,但仍需要完善。完善的主要内容为:加强代为执行、提高滞纳金比例、增加执行罚。当前,由于大方向是限制公权力,行政强制执行方式的加强可能会带来公权与私权之间的冲突,因此,在以下行政执行方式增加建议中,均以必要增设为基础,以违法行为较高的危害性、处理的紧急性为必要条件,以达到对水行政执法的规范和制约。

(1)《水法》中行政强制执行方式的增加

完善《水法》中行政强制执行方式:一是增加代为执行方式,即《水法》第 65 条第一款修改为:“在河道管理范围内建设妨碍行洪的建筑物、构筑物,或者从事影响河势稳定、危害河岸堤防安全和其他妨碍河道行洪的活动的,逾期不拆除、不恢复原状的,强行拆除,或代为拆除,所需费用由违法单位或者个人负担”。第 65 条第二款修改为:“未经水行政主管部门或者流域管理机构同意,擅自修建水工程,或者建设桥梁、码头和其他拦河、跨河、临河建筑物、构筑物,铺设跨河管道、电缆,且防洪法未作规定的,逾期不拆除的,强行拆除,或代为拆除,所需费用由违法单位或者个人负担”。《水法》第 67 条修改为:“在饮用水水源保护区内设置排污口的,逾期不拆除、不恢复原状的,强行拆除、恢复原状,或代为拆

除,所需费用由违法单位或者个人负担”。二是提高加收滞纳金的比例,即《水法》第 70 条修改为:“拒不缴纳、拖延缴纳或者拖欠水资源费的,逾期不缴纳的,从滞纳之日起按日加收滞纳金部分千分之五的滞纳金”。三是增加执行罚的行政强制执行方式。增加一条,作为第 74 条,即被处以罚款没有及时执行的,作出处罚决定的行政机关有权加处千分之五的罚款。

(2)《防洪法》中行政强制执行方式的完善

《防洪法》中行政强制执行方式可在以下两个方面完善:一是完善代为执行方式,即《防洪法》第 42 条修改为:“对河道、湖泊范围内阻碍行洪的障碍物,逾期不清除的,由防汛指挥机构组织强行清除,或代为清除,所需费用由设障者承担”。第 57 条修改为:“工程建设严重影响防洪的,责令限期拆除,逾期不拆除的,强行拆除,或代为拆除,所需费用由建设单位承担”。二是增加执行罚的行政强制执行方式。增加一条,作为《防洪法》第 61 条,即被处以罚款未及时履行的,行政机关有权加处千分之五的罚款。

(3)《水土保持法》中行政强制执行方式的完善

《水土保持法》中行政强制执行方式的完善主要有以下两方面:一是提高滞纳金的比例,即《水土保持法》第 57 条修改为:“违反本法规定,拒不缴纳水土保持补偿费的,逾期不缴纳的,自滞纳之日起按日加收滞纳金部分千分之五的滞纳金”。二是增加执行罚的行政强制执行方式。增加一条,作为《水土保持法》第 58 条,即被处以罚款未及时履行的,行政机关有权加处千分之五的罚款。

(4)《水污染防治法》中行政强制执行方式的完善

《水污染防治法》中行政强制执行可在以下两方面完善:一是完善代为执行方式。即《水污染防治法》第 84 条修改为:“在饮用水水源保护区内设置排污口的,逾期不拆除的,强制拆除,或代为拆除,所需费用由违法者承担。除前款规定外,违反法律、行政法规和国务院环境保护主管部门的规定设置排污口的,逾期不拆除的,强制拆除,或代为拆除,所需费用由违法者承担”。二是增加执行罚的行政强制执行方式。增加一条,作为《水污染防治法》第 96 条,即被处以罚款未及时履行的,行政机关有权加处千分之五的罚款。

4. 梳理并清理现有涉水法规、规章以及规范性文件

法律规范清理是指“有关国家机关按照一定程序,对一定时期和范围的规范性文件法律文件加以审查,

并重新确定其法律效力的活动”^[10]。在涉水法律中设定行政强制行为后,相关立法主体就应该对法律以下其他位阶规范中所规定的水行政强制行为进行梳理和修正,清理与《行政强制法》对行政强制行为设定要求相违背的规定,与上位法不一致的条款。应遵循“谁制定、谁清理”原则,使得行政强制行为的规定在涉水法律中达到统一和规范。

参考文献:

[1] 张立中. 水资源管理(第 2 版)[M]. 北京:中央广播电视大学出版社,2006:2.
[2] 俞琪. 水行政强制执行研究[D]. 苏州:苏州大学,2009:11.
[3] 张锋,杨建峰. 行政强制法释论[M]. 北京:中国法制出版社,2011:3-5.
[4] 胡建森. 行政法学[M]. 上海:复旦大学出版社,2003:203.
[5] 王永国,张希琳. 水行政执法研究[M]. 北京:中国水利水电出版社,2012:2.
[6] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法总论[M]. 高家伟,译. 北京:法律出版社,2000:479.
[7] 肖金明. 行政强制释论[M]. 济南:山东大学出版社,2012:9.
[8] 应松年,刘莘. 中华人民共和国行政强制法条释义与案例适用[M]. 北京:中国市场出版社,2011:67.
[9] 杨斐. 法律清理与法律修改、废止关系评析[J]. 太平洋学报,2009(8):25-30.

(责任编辑:许宇鹏)

