

# 论水行政强制制度的规范及改进

## ——以《行政强制法》的实施为视角

顾向一<sup>1</sup>, 吴志红<sup>2</sup>

(1. 河海大学环境法研究所, 江苏南京 210098; 2. 河海大学公用事业法研究所, 江苏南京 210098)

**摘要:**《中华人民共和国行政强制法》的出台对我国实现依法行政目标具有举足轻重的意义。伴随该法的颁布和实施,在行政法领域,相应的各类规范性文件及其适用需要予以调整和修正。文章重点围绕《中华人民共和国行政强制法》实施对水行政强制措施和水行政强制执行两个层面造成的冲击进行研究。从水行政强制的核心原则着手,对水行政强制措施和水行政强制执行产生的影响进行具体阐述,以进一步规范水行政强制行为,从而更好地保障相对人的合法权益。

**关键词:**行政强制法;水行政强制行为;改进

**中图分类号:**D922.1

**文献标志码:**A

**文章编号:**1671-4970(2013)03-0069-05

《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)于1988年被国务院法制办列入立法计划,历时23年,直至2012年初才正式实施。该法与《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)和《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)的立法宗旨一致,都是为了保障公民财产和人身权利。为了贯彻《行政强制法》的实施,与之有关的法律、法规、规章等规范性文件纷纷予以修订,如国家工商管理总局、国土资源部都要求对相应的规范性文件进行清理,国家工商管理总局出台了《国家工商行政管理总局关于按照〈中华人民共和国行政强制法〉修改有关规章的决定》,组织执法人员学习《行政强制法》等相关法律规定,以进一步完善执法行为。

然而在水行政执法领域,国家水行政主管部门目前还没有针对《行政强制法》的颁布和实施进行相关规范性文件的整理和修订。当前,在水行政领域,我国已形成以《中华人民共和国水法》、《中华人民共和国防洪法》、《中华人民共和国水土保持法》等法律为中心,《河道管理条例》等行政法规、《水行政监察章程》等部门规章和地方性法规、规章为主的比较完善的水行政法律体系。水利部已针对《行政处罚法》和《行政许可法》出台了《水行政处罚实施办法》和《水行政许可实施办法》,《行政强制法》的出台和实施必将会给现有的水行政执法领域的强

制制度造成冲击,在水行政执法领域落实行政强制法的基本原则和制度是依法治水的必然要求。

本文试图以行政强制法的立法原则为切入点,确立水行政强制立法和执法的核心精神,并对《行政强制法》实施对水行政强制措施和水行政强制执行两个方面的影响进行分析,以较为典型的水行政法律文本为对象,展开讨论,对水行政执法相关的法规和规章提出具体的调整和修正建议。

### 一、水行政强制制度规范及改进的核心原则

原则是对具体问题的概括,起到指导作用,因此对水行政强制的改进,探究其共同的核心原则是必不可少的。原因主要如下:其一是水行政领域的规范性文件种类之庞杂对修正文本的探究起到了一定阻碍作用,基于这一背景,分析《行政强制法》和水行政行为自身的特殊性,明确改进的核心原则是重中之重,必须从宏观把握核心原则,才能引领方向,促进修正工作的高效开展;其二是法律文本表述的不确定性,必须追其根源,掌握其原则,才能对具体的内容予以清楚地解释和适用;其三是法律文本一旦制定就已成为过去式,其不能充分地适应现实中遭遇的种种社会问题,因此把握立法原则,方能避免适用错误,对水行政领域的规范性文件改进具有促进作用。

在明确水行政强制核心原则之前,要对《行政强

制法》的原则予以正确把握。通过对《行政强制法》的相关解读,有六大原则在文本中予以体现:行政强制合法性原则、适当性原则、教育与强制相结合原则、权利救济原则、禁止谋利原则、正当程序原则<sup>[1]</sup>。综合分析六大原则,结合我国水行政领域的立法情况和执法特征,目前,我国在水行政强制过程中,较为被忽略的原则是合法性原则、适当性原则、正当程序原则、禁止谋利原则。下文将对上述原则在水行政强制规范的改进过程中的作用作出具体阐述。

### 1. 合法性原则

“人毕竟不是天使”,先贤通过这句话告知我们公权力需要法律约束,即权力法定。在水行政强制领域,合法性原则要求水行政强制的设定和实施应当依照法定的权限、范围、条件和程序。

在水行政强制领域,合法性原则体现在立法和执法层面有如下几点:在立法上有两层含义,其一是法律保留,由《立法法》第八条规定的必须由法律设定的行政强制,除法律之外的规范性文件都不得规定;《行政强制法》对行政强制措施和行政强制执行都进行了法律设定权的规定,在该设定权规定的范围内都属于法律保留范围;其二是法律优先,即行政法规、地方性法规等规范性文件都不得与法律相抵触,有关水行政强制领域的规定都必须与法律规定相一致,这两点要求也是《行政强制法》出台后,对水行政强制相关规范性文件进行改进的缘由<sup>[2]</sup>;在执法层面,则要遵循职权法定原则,严格遵守水行政强制的程序性规定,并对违法的水行政强制行为追究法律责任。

### 2. 适当性原则

适当性原则要求合理行政,是在合法性原则基础上对行政机关更高的要求。该原则在水行政强制领域主要表现在两个方面:一是水法律规范设定行政强制应当适当,对于非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定行政强制。有关部门在设定水行政强制时,必须采取听证会等形式听取意见,并说明设定必要性、可能产生的影响以及采纳意见情况;二是水行政机关实施水行政强制应当适当,优先采取对行政相对人合法权益影响较小的措施,在依法强制执行时,应优先使用间接强制执行方式。

目前在我国水行政强制领域,还存在水法律规范设定行政强制种类较多,规范层级较低等规范性问题。此外,在水行政执法实践中,也部分存在野蛮执法、暴力执法等行为。因此,对于水行政强制的改进应当遵循上述适当性原则的要求,规范立法及执法行为。

### 3. 禁止谋利原则

禁止谋利原则在水行政强制领域体现在要求行政机关不得利用水行政强制权谋取利益,该原则是对水行政强制目的的约束。该原则在《行政强制法》体现在如下规定中,如第二十六条规定不得使用被查封、扣押的财产、第四十九条确定收支两条线、第五条要求合理确定代履行费用等。

禁止谋利原则是基于水行政强制权的公共资源特性衍生而得,其适用是必须为公共目的,是公共利益与私人利益的分水岭。但值得我们关注的是,目前《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》)、《中华人民共和国水土保持法》(以下简称《水土保持法》)等法律并未对金钱给付义务的收缴款项归属作出明确规定。同时,在我国水行政强制领域,部分地方和部门存在“执法创收”现象,甚至围绕行政强制形成利益链,有些地区,基于水行政监察队伍属于事业单位性质,部分水政监察队伍为了填补财政收入,不能完全贯彻“收支两条线”原则。因此,将禁止谋利原则贯彻在水行政强制规范的改进过程中,能够积极推进依法行政,公正执法。

### 4. 正当程序原则

正当程序被称为看得见的正义,该原则是贯彻保障人权的基本原则。其在水行政强制领域,主要是对水行政强制实施的要求。但在我国目前大多数的水法律规范中对水行政强制的程序并未作出明确规定,部分水行政执法人员牺牲行政相对人权益以提升行政效率。因此,在实施水行政强制时,执法人员应遵循正当程序原则,规范水行政强制程序,以防止和避免野蛮执法,缓和相对人的抵触心理,从而有利于水行政行为的执行,也有利于树立政府部门公信力。

上述四个原则从规范行为的实质要件(合法性原则、适当性原则)、形式要件(正当程序原则)、目的要件(禁止谋利原则)出发,构成改进水行政强制的核心原则。基于改进核心原则,下文将具体探究《行政强制法》的实施对水行政强制措施和水行政强制执行的影响和冲击。

## 二、水行政强制措施的规范及改进

《行政强制法》的实施对水行政强制措施规范的冲击主要来源于种类设定、实施主体、实施程序三个层面:

### 1. 水行政强制措施种类设定规范的改进

根据《行政强制法》第十条规定:“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,行政法规可以设定除本法第九条第一项、第四项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。尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的,地方性法规可以设定本法第九条第二项、第三项的行政强制措施。”根据该条的规定,目前可以设定行政措施的规范有法律、行政法规、地方性法规。但在水行政执法中,水行政主管部门经常依据地方性规章,甚至一些政府“红头文件”,实施查封、扣押财物等行政强制措施,严重侵害相对人权益。

因此,依据《行政强制法》中对行政强制措施设定权的限制,对水法律规范当中相关水行政强制措施的规范进行改进是当务之急。笔者认为有两条路径来解决水行政强制措施中水法律规范与《行政强制法》的衔接问题,其一是开展《水法》、《防洪法》等法律的修正,补充必要的行政强制措施设定,但值得思考的是在哪些方面设定,如何控制设定尺度。近期,知识产权领域三大法律相继修订,其中行政强制内容增多,积极效应是为其下位法的立法提供依据,但消极效应是引发对行政强制权限制的探讨。因此,若要开展对水法律的修法工作必须要考证是否要设定行政强制权,而不是一味地追求上位法和下位法的统一。其二是法律以下的其他法律位阶的水法律规范中所规定的水行政强制措施进行梳理和修正,清理与《行政强制法》对行政强制措施设定相违背的规定,可以遵循“谁制定、谁清理”。

## 2. 水行政强制措施实施主体规范的改进

《行政强制法》实施对水行政强制措施另一个影响来源于实施主体资格问题。在我国,实施行政行为的主体一般有行政机关、法律法规授权的组织 and 接受委托的组织或个人。授权和委托在行政法学中差别很明显,授权的依据一般是法律和法规,授权的对象一般是具有公共职能的组织,所以被授权的组织可以获得行政主体资格。而委托的依据亦不能作为行政机关的决定,委托的对象可以是组织和个人,其实施主体资格在《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政强制法》中规定不尽相同<sup>[3]</sup>。

根据我国《水法》等法律、法规规定行政强制行为由水行政主管部门来实施,但在实践中,水行政监察队伍成为具体实施水行政强制措施的主体。水行政监察部门作为事业编制的执法组织,其水行政执法职权来源于水利部2000年出台并于2004年修订的《水利监察工作章程》,而该《章程》只是水利部的规章,因此水政监察队伍的执法资格应被视为接受水行政主管部门委托的组织,水政监察人员也不属于水行政主管部门的工作人员。但根据《行政强制

法》第十七条第一款和第三款的规定,行政强制措施权不得委托,行政强制措施应当由行政机关具备资格的行政执法人员实施,其他人员不得实施。可见,在《行政强制法》实施后,水行政监察队伍不应再具备实施水行政强制措施的权力。

但水行政监察部门是当下水行政执法的主要力量,其接受水行政主管部门的委托,依然可以行使水行政许可和水行政处罚的权力,水行政强制措施实施权的丧失将直接影响水行政监察队伍的水行政执法效果。那么,应如何解决水行政监察队伍实施水行政强制措施的主体资格问题呢?笔者提出两条解决路径:其一,根据2012年3月国务院出台的《中共中央国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》,我国将逐步推进事业单位分类改革,其中规定:“对承担行政职能的,逐步将其行政职能划归行政机构或转为行政机构。”基于该改革趋势,将承担水行政执法职能的水行政监察队伍划归水行政主管部门是解决其实施行政强制措施主体资格的治本之法。但是这项改革工作涉及利益主体较多,历时会比较长。若想在短期内解决这一合法性问题,可选择第二条解决途径:在考证水政监察队伍能否被赋予实施水行政强制措施权力的基础上,加快相应的立法变动工作,由法律、法规授予其执法权限,使其成为法律法规授权的组织。法律、行政法规是全国性的,且位阶较高,其变动过程会较为复杂、漫长,因此各地方可以结合需求,将水政监察队伍实施水行政强制措施的权力率先规定在地方性法规中。

## 3. 水行政强制措施实施程序规范的改进

《行政强制法》在第三章对行政强制措施的实施程序作出了详尽规定,目前水行政强制措施的实施程序可以结合《行政强制法》的相关规定,重点在以下几个方面进行改进:

第一,当场告知当事人采取水行政强制措施的理由、依据及当事人依法享有的权利、救济途径。这一规定是我国《行政强制法》中对于当事人知情权的保障性规定。因为行政强制措施具有应急性的特点,水行政机关往往忽略对当事人的告知,这就容易造成当事人的抵触情绪,也无法知晓自身的合法权益,同时也不利于对水行政强制措施实施主体的制约。因此,在水行政强制措施的实施程序中,应当通过相关法律规范的修正,明确告知的义务,并监督水行政机关对于告知义务的落实。

第二,水行政强制措施的立即解除。《行政强制法》规定一旦发现并不应采取行政强制措施或者已实现行政管理目的时,应当立即解除行政强制措施。这一规定源于行政强制措施的初衷在于达到特定的行

政目的,而不是为了制裁当事人。而在实践中,由于水行政强制措施和水行政处罚往往密切联系在一起,因此有时两者的目的也发生了混淆。因此,在水行政强制领域规定水行政强制措施的立即解除制度是至关重要的,这一制度的建立要求水行政主管部门能够在时间上遵守行政强制的适当性原则。

第三,严格的行政强制措施期限。期限是程序的重要组成部分,期限的合法性会直接影响行为的法律效力。《行政强制法》对于不同的行政强制措施的实施程序作了不同的规定,其中最为突出的是对于期限的要求。但是,目前我国水法律规范中还缺乏对水行政强制措施实施程序的细致规定,因此相应的水法律规范应当依据《行政强制法》的期限规定进行补充和修正。

### 三、水行政强制执行的规范及改进

行政强制是对公民财产和人身暂时性地实施强制措施,限制其相应权利,但行政强制执行对财产的分是终局性的<sup>[4]</sup>,《行政强制法》详细规定了行政强制执行的方式、执行体制和执行程序。这些规定对水行政强制执行规范的改进要求主要体现在水行政强制执行方式的设定权、水行政强制执行实施主体的设定、水行政强制执行程序三个方面。

#### 1. 水行政强制执行方式设定权规范的改进

水法律规范包括中央立法、地方立法和水行政部门的“红头文件”,数量极为庞杂。但《行政强制法》第十三条第一款规定:“行政强制执行由法律设定。”这一条款既是对行政强制执行方式设定权的规定,这一规定对现行各层级水法律规范中有关行政强制执行的规范产生了巨大的冲击。

在行政法规层面,如《长江河道采砂管理条例》第十八条第一款规定:“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,由县级以上地方人民政府水行政主管部门或者长江水利委员会依据职权,责令停止违法行为,没收违法所得和非法采砂机具,并处10万元以上30万元以下的罚款;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。拒绝、阻碍水行政主管部门或者长江水利委员会依法执行职务,构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予治安管理处罚;触犯刑律的,依法追究刑事责任。”该条款中对情节严重的非法采砂行为采取扣押采砂船舶,属于行政强制措施,但对没收的非法采砂船舶予以拍卖,属于行政强制执行。对船舶的扣押设定符合法律规定,但对采砂船舶的拍卖无法寻求到上位法的依据,属于行政法规对行政强制执行

方式的设定,该设定违法《行政强制法》。

在地方性法规层面,如《江苏省水资源管理条例》第四十六条规定:“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,责令其限期封填,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,也没有上位法的依据,而地方性法规本身亦不具备行政强制执行方式的设定权,该条也属于违反《行政强制法》的规定。

在行政法规层面,如《长江河道采砂管理条例实施办法》第二十三条规定:“依照《长江河道采砂管理条例》第十八条规定没收的非法采砂船舶,应当予以拍卖;难以拍卖或者拍卖不掉的,可以就地拆卸、销毁,在拆卸、销毁过程中应当避免造成环境污染。”该规定中的就地“拆卸”、“销毁”都没有法律层面的依据,因此也属于违反《行政强制法》的规定。

本文所列举的仅仅是水法律规范中的一小部分,修法工作任重而道远。

#### 2. 水行政强制执行实施主体规范的改进

在《行政强制法》颁布之前,依据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第八十七条第二款规定:“法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行,也可以申请人民法院强制执行,行政机关申请人民法院强制执行的,人民法院可以依法受理。”水行政主管部门在实施水行政强制执行过程中,对于自身有权限的执行工作,可以根据任务的难易,既可以选择自行执行,亦可以申请人民法院执行。

但《行政强制法》第十三条第二款规定:“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。”这一条文对水行政强制执行主体规范造成较大影响。如《取水许可和水资源费征收管理条例》(行政法规)第四十九条规定:“未取得取水申请批准文件擅自建设取水工程或者设施的,责令停止违法行为,限期补办有关手续;逾期不补办或者补办未被批准的,责令限期拆除或者封闭其取水工程或者设施;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,可以处5万元以下罚款”。在《行政强制法》实施后,这些规定所涉及的水行政强制执行一律要申请人民法院强制执行。在实践中,由于大部分执行管辖法院是基层法院,基层法院的执行机构同时也面临着大量民事案件判决的执行,执行能力有限的情况下,许多水行政强制执行案件不得经过长时间的等待才能得

到实现,从而影响了水行政执法的效率。

### 3. 水行政强制执行程序规范的改进

《行政强制法》中对于行政强制执行程序有详尽的规定,较好地保护了行政相对人的合法权益。但结合水行政执法特色,在水行政强制执行程序规范的改进中可能主要面临以下两个问题:

第一,代履行的方式选择及费用征收问题。代履行是义务人逾期不履行行政法义务,由他人代为履行可以达到相同目的的,行政机关可以自己代为履行或者委托第三人代为履行,向义务人征收代履行费用的强制执行制度<sup>[5]</sup>。基于规定,水行政执法人员在采取代履行时,要先作出方式选择,方式选择导致费用多少的不同。比如要将河道上的非法建筑拆除,那么如何拆除,是人工还是机械。这就要求执法人员贯彻适当性原则,选择恰当的手段,降低相对人的损失。另外,对于代履行费用的征收也给水行政主管部门带来了挑战,之所以采取代履行就是因为当事人不想履行特定义务,由执法人员采取代履行以后,相对人心理上会有抵触情绪,更不愿意支付费用。关于这点,在《行政强制法》中未对代履行费用征收作出明确的规定,这一立法漏洞加大了水行政主管部门的执法难度。

第二,行政强制执行的程序问题。《行政强制法》规定,行政强制执行步骤为催告、听取意见、决定、实施强制执行、执行中止或执行完毕。《行政强制法》同时规定对于行政决定在法定期限内既不申请行政复议也不提起行政诉讼的才可实施行政强制执行。该程序的规定在一定程度上拉长实施行政强制执行的期限,降低了水行政强制执行执法效率。

其中催告程序是执行的前置程序,在实施代履行前,通常情况下,要进行两次催告,第一次催告后仍不履行才能下达强制执行决定书,然后,进行第二次催告后仍不履行才能实施强制执行。两次催告加大了水行政主管部门的行政执法负担,尽管法律规定立即代履行不需要履行催告程序,但是其实施条件极为严苛,限定在紧急情况下才可以实施。在水行政强制执行中,一般而言只有在防洪等重大水行政行为实施过程中才能使用立即代履行,因此这种情况的实施是极为有限的。

综上所述,《行政强制法》在水行政领域的实施过程中,既要保证行政机关效率又要保护行政相对人的利益,要实现二者之间的有效平衡,这样才能在水行政执法领域实现依法治水。

随着我国行政法体系的日趋完善,依法治水已经成为推进我国依法行政的重要环节,《行政强制法》的出台和实施为我国水行政法律规范的改进和完善提供了一次契机,虽然这项工作庞大而艰巨,却是我国法治的必然要求。

### 参考文献:

- [1] 姜明安.《行政强制法》的基本原则和行政强制设定权研究[J].法学杂志,2011(11):7-8.
- [2] 哈特穆特·毛雷尔.行政法总论[M].高家伟,译.北京:法律出版社,2000:109.
- [3] 袁曙宏.我国《行政强制法》的法律地位、价值取向和制度逻辑[J].中国法学,2011(4):5-8.
- [4] 乔晓阳.《中华人民共和国行政强制法》解读[M].北京:中国法制出版社,2011:4-5.
- [5] 武敏,姜秀华,张玉梅.谈水利执法中的行政强制[J].山东水利,2012(3):48.

(上接第60页)

- [11] 山旭.文化部司长刘玉珠:遵循文化产业的自身规律[EB/OL]. [2013-03-10] <http://finance.sina.com.cn/chanjing/cyxw/20120716/103212575850.shtml>.
- [12] 顾江.作为支柱产业的中国文化产业发展[J].毛泽东邓小平理论研究,2011(12):15-18.
- [13] 孙志军.加快推动文化产业成为国民经济支柱性产业[EB/OL]. [2013-02-1]. [http://news.xinhuanet.com/politics/2011-10/12/c\\_122145711\\_2.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2011-10/12/c_122145711_2.htm).
- [14] 欧阳坚.文化产业政策与文化产业发展研究[M].北京:中国经济出版社,2012:5.
- [15] 祁述裕.“十二五”时期我国文化产业发展目标和思路研究[M]//张晓明,王家新,章建刚.中国文化产业产业发展报告(2012-2013).北京:社会科学文献出版社,2013:48.
- [16] 王仕军,冀华.推动文化产业成为国民经济支柱性产业的制度创新[J].中共银川市委党校学报,2012(2):74-76.
- [17] 中央党校第四十九期专题研究班课题组.积极推动文化产业成为国民经济支柱性产业[N].人民日报,2011-4-26(7).

- [18] 邹广文,任丽梅.科学发展观与中国文化产业实践[M].北京:中央编译出版社,2009:107.
- [19] 顾江.文化产业经济学[M]南京:南京大学出版社,2007:253.
- [20] 张晓明,王家新,章建刚.中国文化产业产业发展报告(2012-2013)[M].北京:社会科学文献出版社,2013:1,11.
- [21] 刘玉珠.中国文化产业产业发展及政策要求[M]//张晓明,王家新,章建刚.中国文化产业产业发展报告(2012-2013).北京:社会科学文献出版社,2013:27.
- [22] 马朝军.发展中的北京文化产业调查与研究[M].北京:红旗出版社,2012:31.
- [23] 张晓明,胡惠林,章建刚.2011年中国文化产业产业发展报告[M].北京:社会科学文献出版社,2011:9.
- [24] 南宁市马克思主义理论研究中心.推动文化产业成为国民经济支柱性产业[N].广西日报,2011-11-29(10).
- [25] 朱之鑫.加快发展文化产业推动文化产业成为国民经济支柱性产业[N].经济日报,2011-12-3(7).
- [26] 胡惠林.我国文化产业发展战略理论文献研究综述[M].上海:上海人民出版社,2010:32-34.