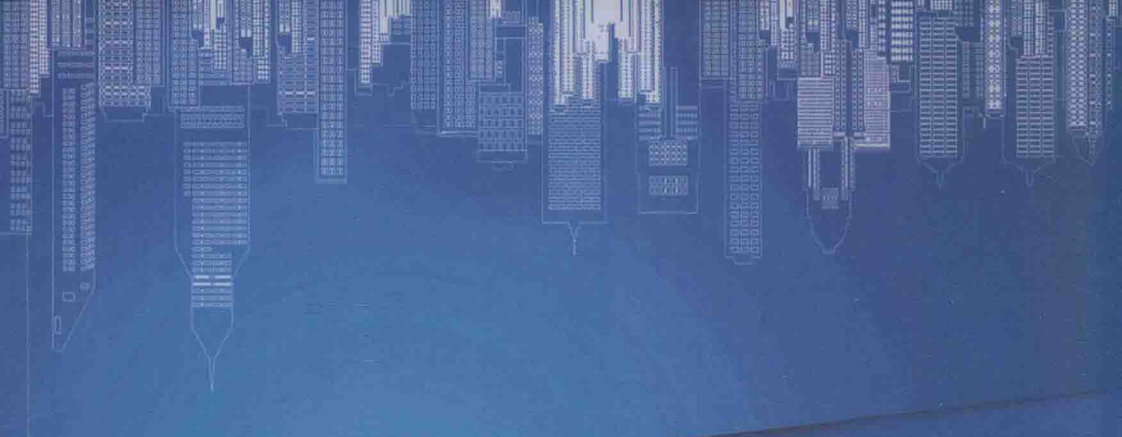




·于世忠 主编

刑法与行政法交错及 衔接问题研究



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

· 于世忠 主编

刑法与行政法交错及 衔接问题研究



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

刑法与行政法交错及衔接问题研究/于世忠主编. —厦门:厦门大学出版社, 2017. 11
ISBN 978-7-5615-6761-6

I. ①刑… II. ①于… III. ①刑法—研究—中国②行政法—研究—中国
IV. ①D924. 04②D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 263535 号

出 版 人 蒋东明
责任编辑 甘世恒
封面设计 李嘉彬
技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmup@xmupress.com
印 刷 虎彩印艺股份有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 13
插页 2
字数 202 千字
版次 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 月第 1 次印刷
定价 55.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



目 录

赵丙贵	行政不法行为犯罪化之省思/1
路 军	刑事违法与行政违法的关联与界分/10
唐煜枫	行政违法与刑事犯罪分界的立法选择/25
范 森	非法集资之行政违法与刑事违法边界的 体系性反思/38
郑军男	安全事故中罪与非罪的理论与实践 ——以德惠火灾事故为素材/56
王 充	论行政刑法的属性问题/75
叶良芳 申屠晓莉	作为构成要件要素准据的行政规章/89
张 森 王 涛	行政处罚与刑罚的衔接与处理模式研究/105
刘彦辉 赵思琦	行政犯双重违法性产生的问题与应对/124
邓楚开	行政违法犯罪化浪潮的司法应对/136
徐金军	行政犯中的行政认定与刑事认定研究/149
张文波	我国环境行政执法与刑事司法衔接机制研究/163
陈 龙 于世忠	逃税罪与行政违法的竞合、界分和衔接/183
钱 力 朱 詠 林耀龙	刑行交叉案件存在的问题、原因及归宿/197



行政不法行为犯罪化之省思

赵丙贵*

曾几何时,犯罪化与非犯罪化问题,是我国刑法学界的热点问题之一,其实践依据是西方世界刑事立法的非犯罪化浪潮,其理论依据是刑法的谦抑性,其本土来源是我国刑法犯罪圈的膨胀。面对学界对于犯罪圈膨胀的质疑与批评,我国刑事立法者似乎无动于衷,仍然“我行我素”。从1997年新修订的刑法颁行以来九个刑法修正案的出台,可以看出我国刑法的犯罪圈是越画越大,其中,将原本是单纯的行政违法行为变成犯罪的规定,占了很大的比重。就拿新颁布的《刑法修正案(九)》来说,原来只是属于行政违法行为的严重超过定额载客,被规定为危险驾驶罪;原来只是行政处罚的买卖伪造的身份证件、使用伪造的身份证件行为以及代替考试等行为,现在已经被视为犯罪了,等等。对于这种立法现象,如何解读?对于出现的问题,如何解决?这些是值得进一步研究的问题。

一、行政不法行为犯罪化的评析

面对我国刑法将一些行政违法行为犯罪化的现状及趋势,我们应当理性地加以看待,而不能仅凭抽象的理论和原则加以指责。“从某种意义上

* 赵丙贵:辽宁大学法学院教授。



说,犯罪就是被叙述为犯罪的那些行为。如果没有被叙述为犯罪的行为,或者没有将某种行为叙述为犯罪的过程,就没有犯罪。”^①犯罪并非行为的自然属性。某一行为被定性为犯罪,冠之以“犯罪”的标签,是立法者依据一定的价值标准人为评定的结果。因此,作为这种评定结果载体的刑法,实际上就是犯罪化的结果。没有犯罪化,就无所谓刑法之存在。“刑法产生的历史,就是犯罪化的历史”。^②犯罪化并非也不可能仅仅体现为立法者对犯罪的一次规模化的集中作业。受人的主观认识能力局限性的影响,立法者对于犯罪的评定不可能一次就无遗漏地完成。社会政治、经济、文化发展所促成的价值观念的转变,也会促使立法者对同一行为的评价发生变化,导致以前不被认为是犯罪的行为如今被认为是犯罪。伴随社会关系的发展变化,需要立法者界定为犯罪的行为也会不断涌现。因此,促使立法者进行新的犯罪化作业的原因和动力是不断呈现的。“犯罪化可以源于两个思路。一个思路是保护社会免受新型犯罪的侵害,这些犯罪通常是与新技术联系在一起的,这种政策可以称之为现代化的政策,另一个思路是确认新的权利并加以保护,这种犯罪化的刑事政策可以称之为保护的 policy。”^③立足于特定社会的特定情状和刑事政策的考量,立法者在条件成熟时会在原来基础上进行新的犯罪化作业。因此,犯罪化实际上是一个永无终局的过程,是刑法嬗变、发展永远的旋律之一。

在笔者看来,我国将一些行政违法行为予以犯罪化,有下面合理的依据:

首先,就现实国情来看,我们正处在全面实现现代化的路途中,新旧交替,矛盾丛生。美国学者亨廷顿在《变动社会的政治秩序》一书中指出:“现代性孕育着稳定,而现代化过程滋生着动乱。”“从传统到现代的过渡时期就是一个社会动荡和政治衰朽的历史阶段。”^④面对这种特殊的历史阶段,无论是黎民百姓还是最高决策者,对于一些较为严重的失范、越轨行为,都会产生动用刑法的冲动。此外,现行刑法法网粗疏、“厉而不严”的结构性

① 白建军.关系犯罪学[M].北京:中国人民大学出版社,2005:280.

② 张明楷.司法上的犯罪化与非犯罪化[J].法学家,2008:4.

③ 马蒂.刑事政策的主要体系[M].卢建平,译.北京:法律出版社,2000:243.

④ 亨廷顿.变化社会中的政治秩序[M].王冠华,译.北京:三联书店,1989:38,25.



缺陷,也在一定程度上进一步加剧了犯罪化的情势。因为法治国家理想的刑法结构应该是法网严密、“严而不厉”。上述我国国情和立法现状决定了在当今和未来相当一段时间内,犯罪化都将是我国刑法发展的基本趋势。其中的行政不法行为犯罪化,就是这一趋势的题中应有之义。

其次,从刑事政策来看,无论犯罪化抑或非犯罪化,都是作为刑事政策特别是刑事立法政策确定刑法干预范围、划定犯罪圈的一体两面,分别代表了两种不同的刑事政策方向:犯罪化代表扩张刑法干预的扩张主义的刑事政策方向,非犯罪化代表收缩刑法干预范围的缩减主义的刑事政策方向。^①任何政策的出台,并非凭空而定,而是依据现实情状而生。刑事立法政策也是如此。基于我国对于行政不法行为规制的权力分工特点和刑法的最后性品格,对于一般的行政不法行为,如果仅仅给予行政处罚就能够有效地加以遏制,就不会动用刑法。这应当成为基本的定罪政策。但是,如果某个行政不法行为具有蔓延化趋势,甚至成为产业化(如代替考试罪),那么,就不应当恪守刑法的最后性而无视刑法特有的教育惩戒功能。基于这种政策考量,应当将一些仅仅依据相关的行政法规加以制裁的较为严重的行政违法行为,纳入刑法的视野,以遏制其蔓延的势头。

再次,从理论层面来看,基于社会现实情状,应当正确摆正刑法谦抑性与刑法警示教育功能之间的关系,也应当处理好人权保障和社会保护之间的关系。就前者而言,刑法谦抑性对于刑法的过度扩张具有理论牵制作用,仍然应当继续坚持,以保障刑法的最后性。但是,片面强调、一味固守谦抑,也可能制约了刑法本应具有的指导、教育功能的发挥,或者导致一些普遍的、严重的违法行为难以得到有效的遏制,或者极大地增加了社会治理的成本。就拿醉驾入刑来说,迄今仍有不同声音,反对者认为,相关行政法规的制裁措施足以遏制醉驾行为,因为人们没有必要为了醉驾而承担相关行政法规所给予的吊销驾照、行政拘留或者罚款的行政责任,因此,相关行政法规对于醉驾行政责任的规定,对于醉驾者来说,已经足够严厉,没有必要动用刑法。但是,从醉驾入刑后的效果来看,尽管其最高法定刑只是拘役,但随着“醉驾要坐牢”为社会广泛知晓,“喝酒不开车、开车不喝酒”的

^① 梁根林. 刑事法网:扩张与限缩[M]. 北京:法律出版社,2005:217.



观念已经深入人心,酒驾、醉驾这一仅用相关行政法规治理多年但成效甚微的“普遍违法”现象终于得到了有效遏制,因酒驾、醉驾导致的交通事故、死伤人数相应也大幅下降。实践充分表明,刑法所具有的独特的威慑、警示、引导、教育功能,是其他社会治理手段无法替代、难以比拟的。因此,在行政不法行为犯罪化这个问题上,刑法谦抑性和刑法的威慑、引导、教育功能实现有机统一、协调发展,为行政不法犯罪化的立法提供了理论基础。就后者而言,让人权保障和社会保护之间的关系得以协调,也是行政不法行为犯罪化的理论基础。之所以这样说,是因为,如果任凭带有普遍性的行政违法行为蔓延下去,而刑法无动于衷,则刑法的社会保护机能就会被损害,社会秩序就会遭到更大的损害,立法者就是失职。那种用人权保护机能来抵制刑法应有的社会保护机能的观点,在一个国家的特定时期,未必有益。此外,在我国特殊的权力分工体制下,将某个行政违法行为犯罪化,同时配置轻缓的刑罚,从某种意义讲,可能还恰恰体现了人权保障机能。因为如果不将这种行为规定为犯罪,行为人因行政违法行为也可能遭到有关行政机关的财产和人身的处罚,而对这种行政处罚,当事人的辩护权利等救济措施不可能得到充分的行使。从这个角度来讲,将一些行政违法行为规定为犯罪,并配置较轻的刑罚,以便使得相关当事人得到司法保护的机会,从而避免行政机关一家做决断的行政处罚,也许更加有利于人权保障机能的实现。

二、行政不法行为犯罪化应当坚持的原则

行政不法行为犯罪化的现实摆在我们面前,且其趋势短期内没有逆转的可能。虽然这种做法的基本面具有合理性,但人们担忧存在过度性和膨胀性的可能,也并非杞人忧天。因此,如何确定一些基本原则,使行政不法行为犯罪化的立法趋势能够在基本原则的框架下运行,不致使之成为脱缰的野马,是一个值得研究的问题。



实际上,对于行政不法行为犯罪化可能出现的刑法干预泛化的问题,前人和今人之述备矣。比如,林山田教授就曾经提出了四个标准:其一,不法行为在伦理道德上的非难性。此乃不法行为的价值判断。其二,不法行为所破坏与危及之法益的价值与程度。此乃对不法行为所生结果的价值判断。通常法益的价值乃依法益在社会秩序与社会公共生活中的地位来决定,例如公益高于私法益,人身专属法益高于财产法益。其三,不法行为的社会危险性。此也即是国家对于该不法行为加以制止的必要性。其四,刑罚的无可避免性。^①学者也就犯罪圈划定的原则问题进行了卓有成效的探讨,提出了一些应当遵循的基本原则。这些观点和建议,对于行政不法行为犯罪化过程中应当遵循的原则,也同样适用。

在这些研究成果基础上,为了醒目和可操作,笔者将学界提出的众多原则概括为“必要性和适度性原则”。所谓必要性,是指立法机关再将行政不法上升到刑事不法时,一定是某种行政不法行为达到了严重的社会危害性程度和法益侵害性,通过行政调整手段已不足以制止该种行为的蔓延,需要动用更为严厉的刑法手段去加以调整的行为。所谓适度性,是指针对一些新型领域,不仅刑法介入的范围应当有所节制,而且介入的强度(刑罚投入量)也不宜过大。因为行政犯所涉及的领域毕竟与传统上的典型刑事犯有所不同,通常不涉及或者较少涉及那些关系到人们根本生存条件的领域,比如生命、健康、安全,传统意义上的财产保护等,大多数涉及的是次生活领域,^②而且涉及的范围又极其广泛。如果犯罪化的密度过大,一来没有必要,因为刑法作为抗制危害性行为的最后制裁手段,必须在不得已时才能动用,否则就会导致刑法的滥用,从而可能破坏了刑法的谦抑性;二来也会使行政制裁手段失去应有的功能及用武之地。事实上,对于这样一些

① 许成磊,《刍议刑事不法与行政不法的界限》[M]//戴玉忠等,《犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调》,北京:北京大学出版社,2008:208。

② 所谓“次生活领域”也可称为派生的生活秩序。根据日本学者福田平的观点,在法律秩序的内部有两个层面,一个是国民生活秩序的层面,即基本生活秩序,另一个是根据行政作用不断创造出的层面,即派生的生活秩序。与此相对应,刑法也可以分解为刑事性和行政性两个部分,前者叫刑事犯,后者即行政犯。金泽刚,黄明儒,《日本有关行政犯性质的学说及其评析》[J],《政治与法律》,2004(6)。



领域中的危害性行为,首先和经常依靠的还是行政管理手段,只能将其中少数严重的危害性行为予以犯罪化。再则,从刑法的功能上分析,刑法的介入既是对某种合法权益的保护,更是对某种行为规范的引导。而行政犯所涉及的领域大多是比较新兴的领域,而就这些新兴的领域而言,法律的这种引导功能更需要采取一种循序渐进的方式,如果一开始就动用刑罚手段,不仅当事人始料不及,社会公众也会觉得过于苛严,难以接受,从而影响刑法在社会公众中的公信力和亲和力。所以,有学者提出,应当从非难程度、危险的程度、法益的侵害、发生的频率与数量、制裁的特性、权力分立之理念等方面进行综合评价,而考虑行政不法行为犯罪化问题。^①对此,笔者深以为然。

三、行政不法行为犯罪化后的难题及解决

在我国行政不法行为犯罪化过程中,也出现了一些适用上的问题,值得我们关注。主要有以下几个问题:

(一)行政法上的一些违法行为被犯罪化之后,体系协调不够

当某个行政不法行为被犯罪化后,被犯罪化了的行政不法行为与没有被犯罪化的行政不法行为应当具有同质关系,只是有量上的差别。换言之,被犯罪化了的行政不法行为一定是那些危害程度较为严重的行政不法行为,而没有达到危害程度严重的行政不法行为仍然归属于行政法规制裁范围内。这就要求立法者在将某个危害较为严重的行政不法行为规定为犯罪时,应当在构成要件设置上增加一个量化要件,以便把行政不法和刑事不法区别开来。这也是罪刑法定原则的明确化要求以及刑事不法与行政不法相衔接的体系要求。可是,我国刑法在将某个行政不法行为规定为

^① 黄明儒,金泽刚,行政犯立法构想新论[J],政治与法律,2005(6).



犯罪时,却忽视了这一点,出现了行政不法和刑事不法完全重合的状况,导致实务界认定和处理上的困惑。比如,《治安管理处罚法》第 67 条“引诱、容留、介绍他人卖淫的”与《刑法》第 359 条第 1 款所规定的引诱、容留、介绍卖淫罪是完全重合的。如果公安机关在某个场所仅仅发现了一起容留他人卖淫案,到底是按照《治安管理处罚法》给予行为人行行政处罚,还是按照刑法和刑事诉讼法的规定,按照涉嫌犯罪论处,就会产生适用上的纠结。类似情况还有一些。学界对于这种情况应当如何处理,存在刑法优先适用说和只能适用行政法说两种不同的观点。^① 笔者当然赞成只能适用行政法处理的观点,道理很简单,刑法将原来只是行政不法的行为,因其具有较为严重的社会危害性而将之规定为犯罪,那就意味着这种行政不法行为由量变达成了质变,而对于这种已经质变了的行政不法行为,在罪状的规定上应当加以明确,以区别于没有发生质变的行政不法行为。而立法者却将原行政不法行为原封不动地复制到刑法中,使得两者毫无区别。这种立法不严谨的不利后果,不能让行为人来承担。在笔者看来,这种争论和困惑是不应当出现的,在我国现行的刑事立法既定性又定量的模式下,就某个行政不法行为被规定为犯罪时,只要将量化要件规定清楚,即可避免上述情况的发生,或者通过我国特有的“两高”司法解释将其量化要件具体化。

(二)司法入罪问题仍然时有发生,涉嫌违反罪刑法定原则

立法规定犯罪,司法依法裁判,这是现代权力分工体制的要求,也是罪刑法定原则的题中之义。虽然在我国存在着带有规范性质的司法解释这一特殊的现象,但司法解释必须在刑法规定的范围内作出,不允许通过司法解释将原本刑法没有规定的行为入罪,这是宪法规定的基本体制。但是,现实情况却是最高司法当局在一些个别问题上,放弃了本应具有坚守,出现了司法权侵犯立法领地的情况。特别是在某些行政机关根据形势需要而采取专项行动时,司法机关常常为其专项活动背书,丧失了司法机关的中立性。比如,公安机关为了整顿网络秩序,开展了打击网络违法犯

^① 参见许成磊,刍议刑事不法与行政不法的界限[M]//戴玉忠等主编,犯罪与行政违法行为的界限及惩罚机制的协调,北京:北京大学出版社,2008:208。



罪的专项活动,对于这样的专项活动,如果是依法进行,无可厚非。但是,当公安机关对于一些所谓的网络大V,以在网上起哄闹事涉嫌构成寻衅滋事犯罪为由而将其抓捕时,人们会感到大吃一惊。因为按照刑法规定的寻衅滋事罪,其保护的法益是公共场所秩序,因而起哄闹事行为也只能发生在公共场所才有可能侵犯这一法益。而网络空间能否视为公共场所,大可质疑。可是,最高司法当局却为此出台了相关的司法解释,将刑法规定的公共场所秩序替换为公共秩序,从而将在信息网络上起哄闹事的行为,造成公共秩序严重混乱的,视为寻衅滋事犯罪。在司法解释是有权解释的体制下,这一解释就成为全国司法机关办理此类案件的法律依据。问题是,将刑法规定的公共场所秩序这一特定场域解释为公共秩序,是否涉嫌类推解释,值得研究。笔者认为,公共秩序是公共场所秩序的上位概念,其范围远远大于公共场所秩序。网络空间可以视为公共秩序,但不宜将之视为公共场所秩序,因为很难将信息网络空间视为公共场所。因此,把刑法明文规定的公共场所秩序替换为公共秩序,实际上逾越了寻衅滋事罪的界限,有类推之嫌。这就像刑法只是规定了拐卖妇女行为是犯罪,而将拐卖男人不作为犯罪论处,如果将妇女解释为他人,进而认为拐卖男人也是拐卖他人的行为,因而认定为犯罪,对此,没人不认为是类推。

所以,笔者认为,在行政不法行为犯罪化过程中,要特别警惕司法机关擅自将行政不法行为透过类推解释加以犯罪化的问题。而要解决这个问题,最好的制度设计是建立专门的宪法监督体制和机制,对司法解释实行违宪审查制度。

(三)轻罪诉讼制度落后,司法成本增高

在我国刑法语境下,行政犯都来源于行政违法行为。就此点而言,一个行政违法行为可能具有双面性,即,既可能是行政违法行为,也可能是行政犯罪行为。区别在于程度不同。如果某种行政违法行为一开始就被规定为犯罪,或者后来全部被规定为犯罪,而完全不具有行政违法性,那么就不能称之为行政犯,而可能变成自然犯了。因此,能够称之为行政犯者,通常是轻罪,而且具有相对性。就拿危险驾驶罪来说,如果将来机动车全部无人驾驶及全部智能化,那就无所谓醉驾了、无所谓超载驾驶了、无所谓飙



车了。从而,刑法规定该罪也就失去了基础。由此我们可以说,行政犯基本上属于轻罪的范畴,这一点,从我国近年来颁布的刑法修正案将一些行政不法行为规定为犯罪后所配置的较轻的刑罚即可得到证明。

在“严而不厉”的立法下,我们是否还在僵化地坚持现有的刑事诉讼制度,能否为轻罪设立一些较为灵活的诉讼机制,是一个值得研究的问题。在醉驾刚刚入罪的时候,尽管该罪的最高法定刑仅仅是拘役,但对于较为轻微的醉驾行为,司法机关很少酌情而作不起诉处理的,也很少判处缓刑的,而是僵化地去按部就班地走完程序。这种僵化而又浪费有限的司法资源的做法,对于行政犯这样的轻罪,未必合适。为此,我们现在正在推行轻罪速裁程序,这是一个值得称道的做法。但是,这种做法仅仅停留在司法层面,立法上应当对此作出安排。同时,建立轻罪不羁押制度以及借鉴起诉犹豫制度,都是我们对轻罪建立特殊诉讼制度应当考虑的问题。



刑事违法与行政违法的关联与界分

——以江河流域非法采砂行为的刑事违法判断为例

路 军*

非法采砂行为法律责任的追究呈现了跨法域的特点,规整采砂行为的规则来自行政法领域和刑法领域,所以非法采砂行为的违法判断存在行政事务管理和法益保护两个方向上的考察。就法解释学而言,这两个方向上的违法性考察都是根据实定法而为的违法判断过程,两者存在法规范体系上的联系。但是由于法规范领域的不同,法规范目的存在差异,所以刑事违法的内涵与行政违反的内涵既存在关联性又有相异性。

一、非法采砂行为违法性判断的 行政事务管理面向

根据行政管理的法律法规规定,江河流域内的砂石是行政管制之物,其开采活动应当按照行政许可制度的要求进行。就行政管理而言,非法采砂行为是违反了行政许可制度的砂石开采行为,所以非法采砂行为的违法内涵揭示及类型划分取决于砂石开采的行政许可制度的内容。

* 路军,辽宁大学法学院副教授。



（一）采砂行为行政管制规范多元化特点

行政管制规范多元化表现在两个方面,规范涉及的行政管理领域多元和同一行政管理领域内规则多元。首先,规则涉及的行政管理领域多元表现在,规整采砂行为的规则涉及国土资源管理、水利资源管理和交通运输管理三个行政管理领域,关系到矿产资源保护、水利安全、防洪减灾、河道安全、航道安全等几个方面的内容。由于管理的领域不同,管理的主体也不相同,主要包括矿产、水利和交通三个方面的管理主体。从管理的方式上看,国土资源管理和水利管理领域对采砂行为的管理采取了行政许可的方式,并且大多规范规定了规划制定、资格审查、开发许可事项,但详略不一。其中水利管理许可的规划、审批要求兼顾水上交通安全,需要交通运输管理部门的参与。其次,同一行政管理领域内规则多元表现在,规整采砂行为同一行政管理领域的规则,形成管理规则子体系。同一管理领域规范的法律效力层级有法律、条例和实施细则之分,也有全国性法律、条例与地方各级政府的管理办法之分,不同效力层级的规则形成了各自的规则系统。例如,在矿产资源管理领域,以《矿产资源法》为基础,形成了《矿产资源法》《矿产资源管理条例》和地方法规的管理规则体系;在水利资源管理领域,以《水法》为依托,形成了《水法》《河道管理条例》和各地方采砂管理办法的管理规则体系^①。

（二）行政事务管理面向的非法采砂内涵

依前文所述可知,江河流域采砂许可制度的建立有两个方面的行政法律根据,一是根据《矿产资源法》的规定,砂石作为矿产资源开采活动需要取得行政许可;二是根据《水法》的规定江河砂石的开采需要取得行政许可。《矿产资源法》与《水法》是同一效力层级的行政法律,两部法律对于采砂行为的管理方式都采取了行政许可的方式,所以非法采砂违反的行政许可制度具体谓何需要进一步辩明。辩明的必要性在于,针对采砂行为,两个许可同时并行没有合理性和必要性,不符合公正及效率原则,所以采砂

^① 长江流域的管理自成系统,在《水法》之下另有相关法律规定。



活动只要选择一个许可制度作为规整根据即可。两个许可不能并存只能择一的情况下,即使两个行政许可的内容相同,但是由于分属不同的管理领域,选择不同的许可会导致行政管理主体、管理依据等方面的差异。更重要的是,不同的选择直接导致行政违反的内涵界定及法律责任根据选择上的差异,进而影响刑事违法内容的判断及评价规范的选择。

本文认为,《水法》规定的行政许可制度是江河流域砂石开采活动的规范根据。首先,两个许可制度与砂石开采活动的关联度强弱不同。《水法》中的行政许可是为江河流域砂石开采专设的许可制度,名为河道采砂许可,而《矿产资源法》中行政许可并非砂石开采的专属许可制度,名为采矿许可,河砂只是作为一种非金属矿产才与采矿许可制度产生联系。其次,如果把两个行政许可规定理解为法规竞合关系,依照特别规定优于普通规定、新法优于旧法的原则,《水法》规定也是当然之选。再次,适用《水法》规定不会导致《矿产资源法》的许可制度虚置,而适用《矿产资源法》的规定会导致《水法》的许可制度虚置。采砂活动排除采矿许可的适用,并不影响矿产开采许可制度适用于其他矿产资源的开采活动,但是如果排除采砂行政许可制度的适用,《水法》关于河道采砂许可的法律规定就会因为无适用的对象而成为废置的法律规定。最后,实务上通行的做法也是由水利资源管理部门统一发放采砂许可,采砂活动不需要再办理采矿许可证。

河道采砂许可证的内容一般包括:开采地点、开采深度、开采期限、开采范围、开采数量、作业方式、作业工具及数量等事项。砂石堆放及弃渣清除、环境恢复、河道相关设施安全保障等方面的内容一般也会被列为许可申请和采砂行为监管的内容。具体的采砂许可的内容依托于河道采砂规划,河道采砂规划的内容一般包括:①禁采区、可采区和保留区,禁采期和可采期;②总开采资源量、年度开采资源量和采砂许可数量;③采砂方式、开采深度、开采范围;④弃料处理、环境整治及现场清理要求;⑤砂场和砂石码头设置等内容。其中禁采区一般包括:①堤防、闸坝、水文观测、取水、排水、护岸等工程设施安全保护范围;②桥梁、码头、电缆、管道、线路等工程设施安全保护范围;③河道险工、险段;④饮用水源保护区;⑤有关法律法规禁止采砂的其他区域。

非法采砂行为违反的规范内容与采砂许可证和河道采砂规划相关。



需经行政许可的特定活动,未经许可而擅为者或超越行政许可范围而为之者应承担法律责任。把是否违反行政许可规定作为采砂行为非法与否的判断标准,违法判断的规范根据就落在了水资源行政法领域,非法采砂被视为违反砂石开采管理法规的行为,其非法内涵即是对水资源行政管理秩序的伤害。

(三)行政事务管理面向的非法采砂类型

行政事务管理面向的非法采砂的分类,着眼于非法采砂行为举止本身,将违反行政许可的采砂行为分为盗采和滥采两种类型。盗采是指未取得采砂许可证而开采河砂的行为,而滥采是指虽然取得了采砂许可证,但是违反了许可限制内容开采河砂的行为。两者的共同点是都违反采砂行政许可的规定,区别在于是否取得了采砂许可证。

1. 盗采型。未经许可的盗采行为也有不同的类型,大致可以分为砂石许可开采区域内的盗采、砂石非许可开采区域内的盗采、非许可方式的盗采和混合型盗采四种。(1)许可开采区域内盗采是指,未取得采砂许可而在采砂规划区内采砂的行为。这种类型的盗采行为只是单纯地违反了行政许可的程序要求,没有取得采砂权而采砂的行为。(2)非许可开采区域内盗采是指,未取得采砂许可并且在采砂规划区以外采砂的行为。这种类型的盗采行为不仅违反了行政许可的程序要求,而且也违反了采砂的规划要求。采砂规划区以外的部分分为采砂保留区和禁采区,砂石禁采区的划定根据,通常是基于河岸堤坝安全、航道交通安全、防洪安全、附属公共设施安全等原因的考量。(3)非许可方式盗采是指,未取得采砂许可并且采取违反采砂作业要求的工具、方式方法的采砂行为。这种类型的盗采行为不仅违反了行政许可的程序要求,而且也违反了采砂的作业方式方法的限制,即我们通常所说的破坏性开采。破坏性开采不仅导致河床物理上的破坏,而且会带来安全隐患和生态环境的破坏。(4)混合型盗采是指,未取得采砂许可并且在采砂规划区以外采砂、采取违反采砂作业要求的工具、方式方法的采砂行为。混合型盗采是前三种盗采类型的结合体。由于盗采者一开始就跳脱了采砂的许可和监管,通常情况下不会顾及采砂许可方面的种种限制,所以混合型盗采是盗采河砂的常见形态,这种没有节制不计