

## 1 违法用海类型的认定

案例：某港口开发公司违法占用海域围垦行政处罚案

### 【基本案情】

2006年5月22日中国海监东海总队执法人员对舟山市普陀区用海现场进行执法检查发现有围垦工程施工。经对工程业主、施工方及监理方代表进行调查询问，查明了当事人未取得海域使用权证书。为此，中国海监东海总队进行立案调查。

该用海工程业主单位为舟山市某港口开发有限责任公司。工程经立项批准后于2004年12月18日开工。工程属于围垦性质，分为一期和二期工程，两期工程同时动工。工程采用先围后填的方式即先在外围修筑堤坝然后再行填海。至东海总队介入调查时，堤坝仍在建设之中，尚未合拢，堤坝内侧海域尚未实施填海。6月20日东海总队依法向当事人发出《责令停止违法行为通知书》。

经调查核实，舟山市某港口开发有限责任公司于2004年12月18日至2006年6月20日期间在未取得海域使用权证书的情况下，擅自占用海域，实施筑堤填海工程。经测定，违法占用海域的面积为131.85亩。

### 【查处结果】

当事人违反了《海域使用管理法》第三条的规定，违法事实

清楚，证据确凿。依据该法第四十二条和《浙江省海域使用金征收管理暂行办法》第四条第一款第（六）项、第五条第二款的规定，东海总队以国家海洋局的名义对当事人作出“责令退还非法占用的海域，恢复海域原状，并处罚款人民币 21.755 25 万元”的行政处罚。

7月7日国家海洋局东海分局发出《行政处罚听证告知书》，当事人未提出听证申请。7月28日东海总队以国家海洋局的名义发出《行政处罚决定书》。当事人于法定期限内如数缴纳了罚款。

### 【分析意见】

本案的评析问题：一是违法用海类型的确定；二是案件受理首问责任制。

#### 一、违法用海类型的确定

在违法用海案件的查处过程中确定用海类型是关键性的一环。根据《海域使用管理法》第四十二条的规定，违法用海类型直接决定应缴海域使用金的标准以及并处罚款的倍数幅度，从而影响最终的处罚决定。因此，为违法用海类型定性成为案件查处过程中的一项基础性工作。定性的准确与否，将直接关系到行政处罚的合法性与合理性，决定案件查处的成败。

由于现有的海域使用法律法规和配套文件中对如何定性违法用海类型尚无明确规定，加之用海活动千差万别，引发了在法律理解上存在着的千差万别，违法用海案件类型的定性认识不一。这其中特别突出的就是有关围填海的争论。

在围填海工程施工过程中随着施工的进程可能呈现出不同的用海性质。例如：在圩堤筑成但尚未抛填促淤阶段，或者在抛填推进过程中，违法用海到底属于何种用海类型。在海域使用法律法规中，并没有“围填海”这样一种用海类型，要么“围海”、要么“填海”，只能择一。这也是造成当下执法实践中争论不休的一个重要根源。

本案是一起典型的围填海工程用海。东海总队介入调查时，堤坝仍在建设之中，尚未合龙，留有两个龙口，堤坝内外水体相通，船只仍可自由进出。堤坝内侧海域亦未实施填海。在违法事实的认定上曾有两种意见：一种是按围海论，一种是以堤坝为处罚对象按填海论。经过研究，中国海监东海总队最终采纳了后者观点。原因：在围填海工程中，围海是过程，填海是结果，当事人的主观动机与目的是填海。根据《海域使用管理法》第四十二条的规定，“并处非法占用海域期间内该海域面积应缴纳的海域使用金十倍以上二十倍以下的罚款”，这里所说的“应缴纳的海域使用金”是指行政许可程序下应缴的海域使用金。而依正常行政许可程序，用海者实施的是填海工程，用海类型属填海。堤坝则只是整个填海工程中的一部分。

依据《行政处罚法》第四条第二款的规定，设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当，即“过罚相当”原则。显然，随着围填海工程的不断推进，填海面积愈来愈大，危害后果也在增大。因此，若将违法用海行为认定为填海，则罚款额将与填海的面积成正比，体现“过罚相当”原则。在本案中若将违法事实认定为围海，则无论工

程进度如何,违法用海面积都是恒定的,从而导致罚款金额的唯一,这无从体现“过罚相当”原则。由此引发出一个问题,即工程已填部分所围起来的海域属性。在围填海工程建设过程中,用海事实通常由两部分构成:一是已填部分的海域;二是填海部分所围的海域。毫无疑问,工程已填部分海域明显处于被非法占用状态;但填海部分所围海域是否完全被当事人占用,就需要行政机关有足够的证据来佐证,而取得这些证据并非易事。退一步讲,即便在完全封闭的情况下,对当事人占用被围海域性质的认定,目前法律无明文规定。

就目前情况而言,在缺少相关法律解释及理论依据的提前下,搁置争议部分,单就法律关系明晰的部分进行处罚,是一种相对合理的选择。这与《行政处罚法》中“处罚与教育相结合”的原则也是一致的。

## 二、案件受理首问责任制

案件受理首问责任制简单地说是指最早发现违法行为的执法人员全面负责案件的调查取证、撰写案件调查终结报告、送达处罚文书、编写案例分析等一整套行政处罚案件办理过程。

根据以往执法部门的经验,最早发现违法行为的执法人员通常对整个案件的来龙去脉和现场的情况都比较了解,由其负责并参与到整个办案过程中会使案件的各个环节衔接更为紧密、顺畅。因此,承办机关在本案的查处过程中采用了此项制度。

从海域使用情况普查发现案源,到开展调查取证,再到后期的行政处罚执行,每个环节中首问责任人都参与其中,为案件的顺利

办结起到了重要的作用。此种办案方法已经扩大到其他海洋行政违法案件的查处中。在案件的办理过程中,除了首问责任人外,执法业务领导要负责全面把好案件关,对每一个环节进行认真的审查,及时指出并纠正执法不规范的地方。应该说这样的执法工作模式有效地提高了办案效率,降低了行政复议、行政诉讼的可能,值得在今后的执法工作中继续推广。

## 【专家点评】

本案涉及行政违法行为定性的问题。行政违法行为是一种独立于刑事违法行为和民事违法行为,并与之相并列的违法行为。行政违法行为具有以下三个方面的法律特性:

第一,社会危害性。行政违法行为的社会危害性是指行政违法行为侵犯了行政法律规范所保护的行政管理秩序。这是行政违法行为最本质、最基本的特征。某种行为之所以被确认为行政违法行为,根本上而言就是因为它具有社会危害性。不具有社会危害性的行为,也就不能构成行政违法行为。但反过来讲,并非所有具有社会危害性的违法行为都是行政违法行为。如刑事违法行为和民事违法行为,其社会危害性的程度与行政违法行为显然不同,因而不属于行政违法行为的范畴。

第二,行政违法性。行政违法行为的违法性是指行政违法行为触犯了行政法律规范。它是行政违法行为的社会危害性在法律上的表现。我国行政立法根据某些行为的社会危害性程度,以立法的形式确认其为行政违法行为,从而使行政违法行为不仅具有社会危害性的特征,而且具有行政违法性的特征。行政违法行为的社会危害

性，是行政违法行为违法性的基础，而行政违法行为的违法性，则是行政违法行为社会危害性的法律体现。具体而言，一方面，没有行政违法行为的社会危害性，就无从谈起行政违法行为的违法性。如卖淫、嫖娼行为若没有社会危害性，行政立法也就没有必要规定禁止卖淫、嫖娼行为；另一方面，如果没有行政违法行为的违法性，一般情况下也就无从衡量、确认行政违法行为的社会危害性。如行政立法中如果没有规定禁止哄抬物价行为，则也就无从认定哄抬物价行为的社会危害性。

第三，应受惩罚性。行政违法行为的应受惩罚性是指行政违法行为依法应当受到行政法律制裁。它是由行政违法行为的社会危害性和行政违法行为所派生出来的，是行政违法行为的社会危害性和行政违法性的必然法律后果。与此同时，行政违法行为的应受惩罚性又是行政违法行为违法性的补充。因为，某种具有社会危害性的行为，只有立法上认为应当追究行政法律责任时，才会在行政立法中作出禁止性规定，从而赋予该行为的行政违法性的特征，相反，如果立法上认为某种行为即使具有社会危害性，但不必追究行政法律责任的，则不会规定其为行政违法行为，从而该行为也就无行政违法性可言。

行政执法人员在办案过程中按照上述基本原则，在综合考量各种因素后，对行政管理相对人实施的行政违法行为的性质予以准确的定位。