

# 水行政执法中违法主体认定 及方法分析

段圣泼<sup>1</sup>, 蒋本虎<sup>1</sup>, 曹德君<sup>2</sup>

(1. 南京市水务综合行政执法总队, 江苏 南京 210036; 2. 南京市长江河道管理处, 江苏 南京 210011)

**摘要:**在水行政执法实践中,经常遇到违法主体合并与分立的情形,给行政违法主体认定造成困难,尤其是针对建筑物、构筑物方面的违法建设主体认定。从违法行为构成要素出发,参照民法、刑法及专业法律法规的相关规定,对水行政执法过程中违法主体的认定方法进行分析归纳,并以此为基础,通过案例分析,针对租赁及转租、产权转让、在建工程违法、共同违法等情形的主体认定进行分析,并进行了方法总结。

**关键词:**行政执法; 主体认定; 主体转换; 执法实践

中图分类号:DF31

文献标识码:B

文章编号:1007-7839(2021)S1-0101-05

## Identification and method analysis of illegal subject in water administrative law enforcement

DUAN Shengpo<sup>1</sup>, JIANG Benhu<sup>1</sup>, CAO Dejun<sup>2</sup>

(1. *Water Affairs Comprehensive Administration Law Enforcement Corps of Nanjing City, Nanjing 210036, China;*  
2. *Nanjing Yangtze River Management Division, Nanjing 210011, China*)

**Abstract:** In the practice of water administrative law enforcement, the merger and separation of illegal subjects were often encountered, which caused difficulties to the identification of administrative illegal subjects, especially for the identification of illegal construction subjects in buildings and structures. Starting from the elements of illegal behavior, referring to relevant provisions of civil law, criminal law and professional laws and regulations, identification methods of illegal subjects in the process of water administrative law enforcement were analyzed and summarized. And on this basis, subject identification of leasing and sub-lease, transfer of property rights, illegal construction in progress, common illegal and other circumstances were analyzed and the methods were summarized through cases analysis.

**Key words:** administrative law enforcement; subject identification; conversion of subject; law enforcement practice

行政处罚责任只能由违反行政法的当事人承担,明确责任主体是实施行政处罚的前提和基础。违法主体的认定直接关系到行政案件的合法性,一旦违法主体认定不清或者认定错误,就会导致行政处罚无效,也导致在行政复议中被撤销或者行政诉

讼中败诉<sup>[1]</sup>。目前针对违法主体认定的研究,多集中在对公民、法人或者其他组织违法行为的甄别认定方面,对于在水行政执法中复杂的主体合并与分立、转换等情形的研究较少。因此,复杂违法主体的认定成为水行政执法中需要面对的现实问题。

收稿日期:2021-05-27

作者简介:段圣泼(1992—),男,硕士,主要从事水行政执法、水利工程方面的研究。E-mail: 854930001@qq.com

通信作者:蒋本虎(1974—),男,高级工程师,主要从事行政法方面的研究。E-mail: 752622264@qq.com

## 1 违法主体、客体构成

对于违法主体的认定,首先应认清违法主体、客体的构成要件,对案件调查中常见的违法主体认定的情形应有充分把握,并以此为基础分析归纳主体演变、转化情形下的违法主体认定方法。

《中华人民共和国刑法》中每一种犯罪的构成都具备 4 个方面的要素:犯罪主体、犯罪的主观方面、犯罪的客观方面、犯罪客体。因行政法对此方面没有系统的规定,参照刑法犯罪的构成四要素,我们将行政违法行为要素进行了归纳。

违法行为的主体:一般是指实施违法行为的自然人或组织。《行政处罚法》第三条规定,行政处罚的主体为公民、法人或者其他组织。作为自然人必须是达到法定责任年龄并具有行为能力的个体,作为组织也必须是具有权利能力和行为能力的组织。根据《水行政处罚实施办法》规定,即第二条“公民、法人或者其他组织违反水行政管理秩序的行为,依法应当给予水行政处罚的,依照法律、法规和本办法的规定实施”。

违法行为的主观方面:是指主体对其实施的违法行为及其结果所具有的心理状态。违法主观方面的心理状态有两种,即故意和过失。

违法行为的客观方面:是指违法行为的具体表现。如偷采江砂的行为、擅自在河道管理范围内建设建筑物、构筑物行为等。

违法行为的客体:是指法律所保护而被违法行为所侵犯的社会关系<sup>[2]</sup>。违法行为总会有其侵犯的客体,水事违法行为的客体是水法律法规所保护的水事秩序及公共利益。

## 2 主体认定的常见情形及方法

根据违法主体的概念,水行政执法涉及的违法主体为公民(自然人)、个体工商户、法人或其他组织。但《行政处罚法》《水行政处罚实施办法》等法律、法规及规章并未对违法主体具体的认定作出明确界定和解释。在执法实践中,行政执法违法主体认定可参照《民事诉讼法》第五章、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)第三章<sup>[3]</sup>、《中华人民共和国民事诉讼法总则》(2017年10月1日起施行)第二、三、四章等法律、法规、规章进行认定。参照法律法规规章及司法解释对诉讼参加人作出的具体规定,本文对水行政执法中主体认定的几种情形进行了界定。

### 2.1 对公民(自然人)和个体工商户的认定

#### 2.1.1 公民(自然人)情形

针对违法主体为公民(自然人)的,《民法总则》第十七条和第十八条规定十八周岁以上的自然人为成年人,成年人为完全民事行为能力人,可以独立实施民事法律行为。《行政处罚法》第二十五条对自然人的处罚幅度做了具体规定,即“不满十四周岁的人有违法行为的,不予行政处罚;已满十四周岁不满十八周岁的人有违法行为的,从轻或者减轻行政处罚;精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的,不予行政处罚。”

#### 2.1.2 个体工商户情形

个体工商户是自然人从事工商业经营,经依法登记。参照民事诉讼法司法解释(法释〔2015〕5号)第五十九条,“个体工商户以营业执照上登记的经营者为当事人,营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的,以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人”和第六十六条“在诉讼中,未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同诉讼人”,个体工商户以其营业执照上登记的经营者认定为主体,按照公民进行管理;若营业执照登记经营者与实际经营者不一致,行政机关应以实际经营者(受益人)作为行政相对人;针对合伙人的情形应将多个合伙人看做一个违法主体。

### 2.2 法人或其他组织违法主体认定

法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织<sup>[4]</sup>。其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织。

参照民法总则第七十四条,“法人可以依法设立分支机构,分支机构以自己的名义从事民事活动,产生的民事责任由法人承担;也可以先以该分支机构管理的财产承担,不足以承担的,由法人承担”,针对法人依法设立的分支机构所实施的违法行为,可以将法人作为主体,也可以将具有财产的分支机构作为主体<sup>[5-6]</sup>。法人非依法设立的分支机构,或者虽依法设立,但没有领取营业执照的分支机构,以设立该分支机构的法人为当事人。

法人或者其他组织应登记而未登记,行为人即以该法人或者其他组织名义进行民事活动的,该行为人应认定为违法主体;法人或者其他组织依法终止后,行为人仍以其名义进行民事活动的,该行为人应认定为主体。对于村民委员会或者村民小组实施的民事活动,村民委员会或者有独立财产的村

民小组应为当事人。

### 3 主体演变及转换的认定方法

#### 3.1 案例分析

##### 3.1.1 租赁及转租情形

案例一:某社区将河道管理范围内 1.83 hm<sup>2</sup> 江滩地承租给甲公司,签订了征地协议书。甲公司在租赁土地上进行了房屋等建、构筑物的投资建设,又将承租土地分为三部分转租给乙、丙、丁 3 家个体工商户从事生产经营活动,并与其签订土地租赁合同,甲公司与转租三方签订合同中均约定甲方所建房屋和固定资产产权归甲方所有,如因国家政策需要拆迁,承租方在租赁期间固定资产投资根据甲方 70%、承租方 30% 进行划分。水行政主管部门对上述地点从事的建设活动进行查处,那么违法主体应该如何认定?

本案例是典型的违法建筑物、构筑物、设施案件,案件查处的执行适用行政强制法的强制执行程序,《行政强制法》第四十四条对建筑物、构筑物的强行拆除进行了单独的规定,一旦违法主体认定错误,不动产拆除后难以补救,所以针对不动产案件强制执行和主体认定尤为重视。本案中,首先,当地社区无权将河道管理范围内国有土地承租给企业,本身租赁协议不合法;第二,承租方甲公司在租赁土地上的建设并无水行政许可手续,属于非法建设,其产权不受法律保护;第三,转租方三家个体工商户在实际经营过程中的建设行为也属于非法建设,其产权同样不受法律保护。由于转租方所建不动产产权是转租双方共同所有,对行政相对人的认定较为困难。针对上述情形,应首先对该处所建房屋等设施进行勘验,并对各方分别制作调查笔录,同时收集合同、发票、执照等证据,根据各方达成的所有权归属比例进行认定。若无法达成共识,则应将实际实施违法行为的行为人即建筑物的实际建设方作为责任主体。

##### 3.1.2 产权转让情形

案例二:甲雇佣丙驾驶船舶在某市水域实施采砂行为,被执法人员当场查获并扣押,该采砂行为未办理河道采砂许可。甲表示船舶并不是其本人所有,并提供了甲与乙签订的船舶转让合同。调查中发现甲曾于去年因非法采砂受过行政处罚。该非法采砂行为的违法主体的该如何认定?

本案例是一起典型非法采砂案件,针对此类案件,首先应甄别其船舶转让合同的合法性。若甲可

以提供在实施此次非法采砂行为日期之前签订的船舶转让合同,并提供购船款发票、银行转账记录等证明船舶交易材料证明,证明乙确实为船舶所有人,虽然实际实施采砂行为的是甲,但此案的责任主体应认定为乙。

同时,在禁止采砂执法中也会遇到通过变换采砂船舶产权来规避刑责的情形。根据《刑法》第三百四十三条和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》中第三条的规定,同一行为人 2 年内曾因非法采砂受过 2 次以上行政处罚又实施非法采砂的,就适用刑法第三百四十三条情节严重的情形。因此当事人经常私下签订船舶所有权转让协议,变换采砂船舶产权所有人,来规避刑事处罚。如果通过调查有充分证据证明实际非法采砂的违法行为为受益人与“船舶转让合同的船舶所有人”不一致的,依据《合同法》第五十二条“合同无效的法定情形,有下列情形之一的,合同无效。

##### 3.1.3 在建工程责任主体认定

(1)建设单位与施工总承包单位、分包单位的法律责任主体认定

随着河湖管理的深化,一般水事案件逐渐减少,但是涉水工程的违法行为呈增多态势,未批先建、批少建多、不规范施工等行为时有发生,也经常会遇到在建工程违法行为主体如何认定的问题。

对于建设单位和施工单位的法律责任主体的认定,要看两者在违法行为实施中所处的法律地位。如果是未完成法定建设手续或未批先建的生产建设项目,则应限期建设单位补办水行政许可手续,逾期未补办则将建设单位作为处罚主体,该种情况较好认定。若是合法工程施工不规范或超出施工红线范围的违法行为,违法主体认定就较为复杂。

对于施工总承包单位和分包单位的法律责任主体的认定,根据《中华人民共和国建筑法》第四十五条“施工现场安全由建筑施工企业负责,实行施工总承包的,由总承包单位负责。分包单位向总承包单位负责,服从总承包单位对施工现场的安全生产管理。”项目施工现场是由施工总承包单位负总责,应将施工总承包单位作为承担法律责任的主体,而分包单位的行为应认定为施工总承包内部管理行为,此时施工总承包单位应当承担法律责任,不得将施工违法责任转移给分包单位。

在违法倾倒案件中,实施倾倒渣土行为的是分

包运输公司,那么能否对项目建设单位或者施工总承包单位进行处罚?假设某在建工程取得了水土保持方案批复,工程施工单位在水土保持方案确定的专门存放地以外的区域倾倒弃土、渣土,根据《南京市水土保持办法》第十八条“生产建设活动中涉及土石方挖填的,生产建设单位应当加强施工管理,生产建设单位应当承担废弃砂石、渣土等的处置与管理责任。”和《南京市渣土运输管理办法》第二十三条“建设单位需要处置渣土的,应当向城市管理部门申请渣土处置许可”和第三十九条“建设单位、土地权属单位应当加强对工地、自有场地的监管,因管理不善造成乱倒渣土违法行为的,建设单位、产权单位应当承担相应责任”,可见建设单位的责任难以推脱。若建设单位未办理水土保持方案许可或未办理渣土处置许可,则该渣土倾倒的责任应由建设单位承担。若建设单位依法办理相关手续,并与渣土运输公司签订了土方处置合同,合同约定了土方处置责任,则水土保持责任发生转移,可直接对倾倒渣土的施工单位进行处罚。若有确凿证据证明建设单位与施工单位合谋,故意不按照取得的渣土许可规定实施非法倾倒的行为,则构成了共同违法行为,应对建设单位与施工单位都予以处罚。而在水土保持许可过程中,一般要求建设单位落实土方处置合同和弃土场,从源头遏制生产建设项目水土保持违法行为的发生。

## (2) 代建单位与业主单位责任主体认定情形

根据《国务院关于投资体制改革的决定》规定“对非经营性政府投资项目加快推行代建制”,针对采用代建制的建设项目,业主单位和代建单位法律责任主体认定问题,可以从两者签订的委托合同开展分析。代建单位是受建设单位(项目业主)的委托代行职责,因此代建单位与项目业主之间属于受委托人与委托人之间的委托代理关系,双方签订的代建合同符合《合同法》第三百九十六条规定的委托合同特征。根据法律规定受托人的行为后果应由委托人承担,从这个角度出发,业主单位应当承担在建项目违法行为的连带责任。

但是,《江苏省省级政府投资项目代建制暂行规定》第三条以及市级政府投资项目代建管理暂行办法等地方政府规章均规定代建单位是按照合同约定代行项目的投资、建设主体职责,且对业主单位和代建单位的主要职责进行了界定。代建单位负责可研报告至竣工验收等一系列法定建设手续,依法承担建设单位的质量责任和安全生产责任。

从这个角度出发,代建制的目的是使代建单位作为项目建设期法人,全权负责项目建设全过程的组织管理,代建单位原则应在代建工作范围内对外独立承担法律责任。委托代建合同与一般民事委托合同存在区别,原则上代建单位应当依照签订的合同独立向第三人承担法律责任。按照上述规定,涉及代建工程的违法行为,不应将业主单位认定为法律责任主体,但业主单位以实际行为参与具体施工违法行为的除外。因此,在主体认定时,应当坚持以代建单位对外独立承担法律责任为原则,以业主单位对外直接承担法律责任为例外。

## (3) 建设方与运行方法律责任主体认定

针对工程建设方与实际运行方不是一个主体的情形,如甲公司在河道管理范围内建设了码头工程及配套设施,由于经营不善,甲公司将该处码头工程出售给乙公司,双方签订转让合同,执法人员发现该处码头工程位于某地水源地保护区范围内,违反了相关水法律法规。根据《物权法》第十五条“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效”,在认定违法主体时,就需要双方出具物权转移的合法合同。此时,虽然乙公司并不是该工程的实际建设方,但因甲乙双方签订了转让合同,该处违法设施所有权已经归乙公司所有<sup>[7]</sup>,所以乙公司应作为承担法律责任的适格主体。

### 3.1.4 共同违法行为的主体认定

共同违法,是指两人以上故意共同实施违反行政法的行为<sup>[8]</sup>。共同违法的认定可借鉴《中华人民共和国刑法》关于共同犯罪的构成要素,即共同违法的主体是2个行为人以上<sup>[9]</sup>,主观方面是共同的违法意愿,客观方面是共同的违法行为,即违法行为与违法结果之间存在因果关系,客体是违法行为所侵犯的社会关系。若违法行为符合共同违法的4个构成要素,则可认定为共同违法,对行为人进行共同处罚。

由于《行政处罚法》和《行政诉讼法》对“共同违法行为”如何处罚都没有明确规定,则可以参照民法的相关规定。参照《民法通则》第一百三十条“共同侵权二人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任”,将多个行政违法行为人看做一个违法主体进行处罚。如在工程资质挂靠案件中,民事诉讼法司法解释(法释[2015]5号)第五十四条“以挂靠形式从事民事活动,当事人请求由挂靠

人和被挂靠人依法承担民事责任的,该挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人。”也可针对同一行政违法行为中的多个违法行为人,分别给予认定和处罚,如国家工商总局《关于禁止串通招标投标行为的暂行规定》第六条“串通招标投标行为是共同违法行为,对参与串通招标投标的各个违法行为人,应当根据情节,分别按照本规定第五条规定的幅度予以行政处罚。”

### 3.2 方法总结

(1)对于违法主体认定,首要甄别主体是公民、个体工商户还是法人或其他组织,并重点分析公民为未成年、个体工商户未登记或登记人与实际经营人不一致、法人分支机构、法人未登记或依法终止、非法人组织等情形下的责任主体认定方法。

(2)对于建筑物、构筑物的违法行为,首先应查明建筑物的土地性质和来源,在有明确的建筑物产权所有人的情况下,应将建筑物所有人作为责任主体;对于建筑物产权为多人共有的情形,可以对多个违法行为人进行共同处罚;对于建筑物产权无法确定的情形,应将实际违法行为实施人作为责任主体。

(3)针对产权转移的情形,有不动产权证书的,以不动产权证书登记人为准;没有不动产权证书的,以转让合同为准。同时,应以处罚决定书下达前产权所有人或受让人作为处罚主体。在涉嫌主观故意规避刑责的情形,应通过严谨的调查来甄别实际订立合同是否合法有效,从而确定违法主体。同时,在行政执法过程中,应落实“两法衔接”的要求。

(4)对于在建工程违法行为主体的认定,应当根据具体违法行为,按照所涉相关法律法规和签订合同条款,来甄别建设单位、施工承包单位、分包单位的责任,以及是否有连带责任。

(5)在鉴别是否为共同违法行为时,应当根据共同违法行为的4个构成要件来认定。再针对共

同违法行为的类型,决定是采取一个违法主体进行处罚还是对多个违法行为人分别处罚。

## 4 结 论

综上所述,在水行政执法案件中,针对主体认定的复杂情形,应该从实际行为人、权属所有人、共同违法行为人、连带责任人等方面入手,以行政法为基础,参照民法、刑法、司法解释以及制定的行业法律等法律、法规、规章及立法解读的相关规定和立法精神,通过深入调查取证,形成完整证据链,从而确定违法主体。只有这样才能提高责任主体认定的准确性,所办案件才能在案卷评查和行政诉讼中通过司法审查。

### 参考文献:

- [1] 孙勤,倪霞红.从稽查视角看一起医疗机构违法主体认定存在瑕疵的行政处罚案[J].中国卫生法制,2015,23(4):47-49.
- [2] 杨解君.论行政违法的主客体构成[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2002,4(3):113-118,131.
- [3] 中华人民共和国最高人民法院.最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释[Z].北京:中华人民共和国最高法院,2015.
- [4] 李军,倪大忠.卫生行政执法中违法主体认定刍议[J].中国卫生法制,2010,18(1):30-32.
- [5] 高建良.浅议卫生行政处罚中违法主体的认定[J].中国实用医药,2009,4(27):240-241.
- [6] 雷莉.一起无证卫生行政处罚案件中违法主体如何认定的探讨[J].实用医技杂志,2018,25(6):657-658.
- [7] 王国平.环境行政违法行为中违法主体的认定[J].环境监测管理和技术,2001,13(1):9-10.
- [8] 赵婷婷.对于共同违法行为的行政处罚研究[J].法制与社会,2011(1):267-268.
- [9] 徐新星.行政处罚中的共同违法行为研究[D].重庆:西南政法大学,2015.