

“首违免罚”制度在水土保持领域的实践和思考

王红杰¹, 孙光锁¹, 邓先兵¹, 许兴武², 钱 洲², 张颖泉²

(1. 南京市水务综合行政执法总队, 江苏 南京 210029;

2. 南京市水土保持管理中心, 江苏 南京 210018)

[关键词] “首违免罚”制度; 营商环境; 水土保持; 规范

[摘要] “首违免罚”制度作为长期以来执法实践的內生产物, 历经各行政领域长期的基层执法实践探索后, 被 2021 年最新修订的《中华人民共和国行政处罚法》第三十三条明确了其适用的合法性依据。就其制度价值来讲, “首违免罚”制度的法律化能够在降低行政执法成本、满足优化营商环境的需求和树立“以人为本”的法治政府形象等三重维度上产生积极深远的影响。结合实际案例, 阐述了“首违免罚”法条的规范含义及认定条件。然而, “首违免罚”制度的实施考量性因素较多, 结合水土保持行政领域的特有属性, 有必要进一步完善“首违免罚”制度实施细则及其法律规范、强化行政执法人员培训、健全“首违免罚”执法监督机制等, 以规范行政处罚行为, 推动法治政府建设。

[中图分类号] S157 [文献标识码] C DOI:10.3969/j.issn.1000-0941.2024.05.002

[引用格式] 王红杰, 孙光锁, 邓先兵, 等. “首违免罚”制度在水土保持领域的实践和思考[J]. 中国水土保持, 2024(5): 4-6, 45.

“首违免罚”制度作为长期以来执法实践的內生产物, 历经各行政领域长期的基层执法实践探索后, 被 2021 年最新修订的《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)第三十三条明确了其适用的合法性依据。在水土保持监管领域, 行政机关应该如何认定符合“首违免罚”情形, “免罚”后如何配套其他的行政措施以教育和帮助行政相对人改正错误、主动受罚等一系列问题, 都关系到“首违免罚”制度在水土保持领域的执行效果, 因此有必要对其进行探讨。

1 案例概述

2021 年 6 月, 南京市水务局下属综合行政执法总队在日常巡查中发现, 南京某房地产开发有限公司主持开发的某房地产项目在未获得水土保持方案许可的情况下开工建设, 执法人员调查取证后, 责令该公司立即停止违法建设行为, 并限期取得水土保持方案许可, 但该公司未在整改期限内获得行政许可。经调查, 并非当事人自身不够重视——当事人其实已于 2020 年底签订了水土保持方案编制合同, 并于 2021 年 3 月完成了方案送审稿, 但由于水土保持方案审批所需的技术资料和证明性文件繁多, 且受南京市疫情防控的影响无法及时取得, 因此自然也无法及时获得水土保持方案审批。同时, 考虑到当事人主动配合调查, 采取纠正措施, 一方面加快相关证明性文件的办理, 另一方面在项目现场布设较为完善的水土流失预防措施体系, 整改期间较好地预防了水土流失, 基本上未造成水土流失危害后果, 符合《行政处罚法》第三十三条规定

的“初次违法且危害后果轻微并及时改正的, 可以不予行政处罚”情形, 依法未给予行政处罚, 而是进行了约谈并制发了监督建议书。

2 “首违免罚”法条的规范含义

《行政处罚法》第三十三条共分为三款, 其中第一款包含两句: 第一句为“违法行为轻微并及时改正, 没有造成危害后果的, 不予行政处罚”, 明确处理方式“不予行政处罚”; 第二句为“初次违法且危害后果轻微并及时改正的, 可以不予行政处罚”, 即执法机关有一定的自由裁量权。该款分为两句规定了两种情形的处理方式, 说明这两种情形确实十分接近, 难以区分。为了将第二句规定与第一句进行区别, 笔者将第一句中的处理方式定义为“不罚”, 第二句中规定的处理方式定义为“免罚”。从字面上看, 可以得知“首违免罚”制度的适用关键有三点: 一是违反相关法律法规的行为是当事人初次所为的, 二是行为造成的危害后果轻微, 三是及时改正。三个条件均完备方可获得免于行政处罚的机会^[1]。

2.1 “初次违法”的认定

“初次违法”一般是指当事人被执法部门查获的违法行为是在一定时间(一般以《行政处罚法》或各行业法律法规规定的追诉期为准)内第一次发生。

本案当事人从事房地产开发业务, 本应遵守《中华人民共和国水土保持法》(以下简称《水土保持法》)第二十五条第一款规定编制水土保持方案并落实, 且应遵守该法第二十六条“依法应当编制水土保持方案的

生产建设项目,生产建设单位未编制水土保持方案或者水土保持方案未经水行政主管部门批准的,生产建设项目不得开工建设”的规定,在获得批准前项目不得开工建设,但当事人所开发项目地价高达 68 亿元,财务压力巨大,从经济角度不可能承受一直等到获得批准再开工的损失,所以在 2020 年底委托水土保持方案编制时已开工,自然地形成了违法事实,对应的罚则是第五十四条“罚款五万至五十万元”。当事人是某集团专门运作南京某地块而于 2020 年 5 月投资注册的公司,未从事其他项目开发,大量的调查结果(包括客观证据和当事人代表的陈述内容)也证实了这一点,即当事人为“首违”。执法机关对本未批先建案进行调查时,当事人仍未取得行政许可,虽然其开工节点为 2020 年 10 月,但是违法行为处于持续状态,或者通俗理解为“现行”,当然也不存在超过追诉期的情形。所以,本案执法机关按照双重认定论,认定该违法行为属于“首违”事实清楚、依据充分。

2.2 “危害后果轻微”的认定

违法行为危害后果的程度认定是“首违”可以“免罚”的又一关键必要条件,轻微型的危害结果意味着违法行为的社会危害性小,存在“免罚”的适用空间。判断一个违法行为是否情节严重,应从违法者的动机、当时的客观环境和条件、所采取的手段是否恶劣、危害程度及所产生的社会影响等因素进行综合考量。从“首违免罚”制度的内涵来看,“首违”同时要求违法行为并非为当事人主动故意实施,而是当时的情形紧急,并且也采取了相应的补救措施,未造成客观危害结果或者危害结果轻微,能够通过及时有效的纠正行为恢复被破坏的环境状态,造成的社会影响微小。

在本案中,行政执法机关从对社会秩序的破坏和对环境安全的破坏两方面来判定危害结果的程度。前文已述,本案中当事人是在财务压力极大的情况下产生的违法行为,也积极补救,违法的主观恶意很小。当事人擅自开工直至非法状态解除期间,虽然违法,但事实上一直在为取得许可而努力加快编制和完善水土保持方案送审稿,并在建设中采取了苫盖、排水、沉沙等一系列水土保持措施,努力避免且事实上也并未发生明显的水土流失和环境损害等危害后果。就其主观态度而言,行为人具备了积极主动的纠正心态,并积极进行了补救,虽然违法行为造成了对行政秩序的破坏,但是未造成较明显的危害后果。

而界定开发建设行为违反《水土保持法》造成危害的程度,依赖于对危害后果的全方位既定定性又定量的专业认定,认定主体必须与当事人无利益关联并具备相当程度的专业水平。本案中,南京市负责水土保

持管理的专门机构市水土保持管理中心,邀请业内专家对当事人的违法行为进行了现场勘察和危害认定,一致认为当事人采取了较为有效的水土保持措施,这些措施也成为水土保持方案中预防和治理措施的主要组成部分,有效地减少了项目建设造成的水土流失,基本没有对区外排水系统造成水土流失影响,如淤积管网等,也没有导致管理部门和个人的投诉,可以认为违法行为危害程度较小。综合考虑,可以适用“首违免罚”制度。

2.3 “及时改正”的认定

“及时改正”要求当事人对自身的违法行为有正确认识,主动停止、纠正违法行为,采取措施恢复被违法行为所破坏的行政管理秩序。但上述改正必须是彻底的改正,而不是敷衍了事,只有整改之形而无整改之实。

在本案中,当事人擅自开工直至非法状态解除期间,其实一直在补办手续——开工前即与咨询单位签订了编制合同,2021 年 3 月编制完成了第一稿,但因方案中缺少技术审查机构要求的相关客观资料(其他相关行业部门的批复文件)而一直未获审查,直至 6 月 17 日方达到审查要求,但由于审查机构自身原因 8 月 26 日方才被安排审查,9 月 30 日方案才获得许可,已超过执法部门要求的 7 月 16 日获得许可的最后期限。

就其主观因素而言,当事人首先具备了守法意识,在被动违法后一直积极主动地进行改正,但由于非自身的各种原因未能在执法部门要求的期限内完成整改要求。如果执法部门认定当事人改正不算“及时”而给予处罚,似乎依据也很充分,但考虑到当事人在 2021 年初已编制完成水土保持方案,实际已开始“整改”,未在规定期限内取得许可完成“改正”的主要原因不能归咎于其主观因素,不能认为违法行为对管理秩序造成了较严重的破坏。那么,当事人的改正仍然可以被认为是及时的,符合免于处罚的情形。

3 “首违免罚”制度的实施意义

在《行政处罚法》修订之前,“首违免罚”虽没有明确法律依据,但作为呼应社会的一种创新执法举措,已在市场监管、税收征管、交通管理、城市管理、生态环境等领域开始广泛实践。近年来在优化营商环境的大潮中,各地探索推行的轻罚免罚清单进一步将“首违免罚”作为一项制度予以规范。为了积极回应这一广泛适用并具有良好社会效果的法治现象,尽管遭遇了各种质疑,《行政处罚法》修订时在总结实践经验的基础上,在第三十三条中正式确认了这项制度^[2]。这项制度既然来源于实践,那么它的实施必然带来积极的

影响。

3.1 优化营商环境

对机制体制的法治化建设是最理性化的营商环境^[1]，“首违免罚”制度的法治化建设就是对优化营商环境的最新现实回应。

行政机关作为营商环境的首要营造者，适用“首违免罚”制度不仅关乎优良营商环境的长期打造，还是检验政府职责高效落实、深化行政体制改革的关键一环。2022 年 9 月 15 日国务院办公厅再一次明确指出，行政机关应严格规范监管和执法行为，坚决杜绝“一刀切”和“运动式”执法，以期打造市场化、法治化、国际化营商环境，为稳定宏观经济大盘提供有力支撑。如果企业存在首次违法行为，危害结果轻微且能够积极弥补过错，而行政机关依法进行行政处罚，并采取将其纳入失信惩戒名单等辅助行政措施，那么将会极大影响企业发展前景，反之实施“首违免罚”制度则能减轻市场主体负担，极大提升市场主体责任感，推动市场经济更好发展。

3.2 树立“以人为本”的法治政府形象

树立“以人为本”的服务型法治政府形象是“首违免罚”制度创设的内生动力之一。在由“管理型政府”向“服务型政府”的职能定位转变过程中，富有人文关怀的行政理念也随之成为行政执法必须要执行的基本准则之一。“以人为本”价值理念要求行政执法应当秉持依法、合理、人性化的执法态度，把人民利益至上作为处理行政执法工作的核心，从而树立良好法治政府形象。

在执法实践中，行政机关大多通过教育约谈、列入重点关注名单、制作执法监督书等更为柔性的执法方式来达到对违法行为人的教育和监督，而不是先行处罚。对行政机关而言，人本执法理念会扩大其对违法行为人的宽容度，在违法行为已发生的前提下，更多探求行为发生的原因与结果，给予行为人改过的机会。这种包容审慎的执法态度，能激发行政相对人主动纠错和审视自身，从而避免违法行为的再次发生，进而形成长期稳定的优良执法环境。

3.3 降低执法成本

行政执法成本包括立案、调查、处罚的决定和执行等一系列行政处罚过程中所投入的成本^[1]。以本案为例，行政执法成本具体为巡查人员与设备的配置，案件调查评估所消耗的人力、时间、费用，危害后果专业评估鉴定费等，还可能存在应对行政相对人行政复议或者行政诉讼所要持续增加的成本及后续申请强制执行的成本。显然，对一个仅有轻微违法后果的违法行为，这样的投入会显得过当而没有必要。

“首违免罚”制度的建立，旨在帮助行政执法人员细节化和制度化各类行政处罚标准，从判定行为性质的源头开始，将案件分流处理后合理分配执法成本，按照既定的制度化流程快速审结案件。如此，通过行政执法成本的科学化配置，将更多资源倒向社会危害性强、影响大的重大违法案件中，在整体上提高了行政执法效率^[1]。

4 水土保持“首违免罚”制度的完善措施

4.1 完善“首违免罚”制度实施细则及其法律规范

“首违免罚”制度顺利推进的首要前提，在于严格依法行政，恪守合法性原则，重点是完善“首违免罚”制度实施细则及其法律规范，通过实施细则、清单等规范化形式来增强制度的可操作性，从而指引行政机关执法，保证适用上的区别对待。首先，明确界定“首违免罚”制度的规范含义。“首次”违法采取双重首次的认定标准，从行为性质和主观因素两方面认定危害结果轻微程度和纠错情节；“免罚”是指将所有行政处罚免除。其次，建立完善“首违免罚”的后续衔接制度。例如：采取何种行政措施来指引违法行为人；若行为人次次后再进行违法行为，则应当给予何种行政处罚。最后，建立制度实施跟踪机制。通过制度适用频率、行为纠正程度、大众接受情况等参数，来实时跟踪评估“首违免罚”制度实施的后续情况，以逐步完善制度。

4.2 强化行政执法人员培训

“首违免罚”制度的贯彻落实离不开行政执法人员的专业执法。行政执法人员必须学法、懂法，才会正确执法。因此，多形式开展制度学习和培训活动，提高业务水平，加大执法实践，才能合法合理解决制度适用中的困难。一方面，借助多种媒介，不定期举办线上、线下制度学习课程，通过经典案例评析、执法人员现场讲述等具体方式，确保行政执法人员能够准确把握“首违免罚”制度的要点，明确“罚”与“免罚”的界线。另一方面，加大对行政执法人员法治素养的提升力度，为“首违免罚”制度适用破除畏难、逃避等思想，尤其是要加大对最新优化营商环境方面规范性文件的培训力度，充分理解制度的理论价值和实践价值。

4.3 健全“首违免罚”制度运用监督机制

健全监督机制，核心在于监督自由裁量权的规范行使。一是规范执法流程。行政机关适用“首违免罚”制度应当依法履行告知义务，即对符合适用条件的当事人进行重点提醒、听取当事人陈述和申辩、核查真实情况，最后采取合法合理的行政管理措施。同时，应当责令其限期改正违法行为，并提交相(下转第 45 页)

3) 各小区土壤流失量和径流量与降雨量、降雨侵蚀力正相关, 部分呈显著或极显著正相关。

[参考文献]

- [1] 王一志. 浅谈水土流失与土壤侵蚀及其有关概念的界定[J]. 黑龙江科技信息, 2016(33): 256.
- [2] 李明伟. 辽西地区不同水土保持措施条件下土壤侵蚀量与降雨因子关系研究[J]. 中国水土保持, 2018(8): 29-33, 69.
- [3] 白云星, 周运超, 周鑫伟, 等. 喀斯特土壤与喀斯特区域土壤关系的探讨: 以贵州省普定县后寨河小流域为例[J]. 土壤, 2020, 52(2): 414-420.
- [4] 杨坪坪, 李勇, 宋涛, 等. 典型喀斯特区侵蚀性降雨特征及坡面生物措施水土流失防控效应[J]. 生态环境学报, 2021, 30(1): 53-62.
- [5] 杨青. 喀斯特地区不同水土保持措施坡面土壤侵蚀及因子[J]. 农业与技术, 2022, 42(24): 66-71.
- [6] 温永福, 高鹏, 穆兴民, 等. 野外模拟降雨条件下径流小区产流产沙试验研究[J]. 水土保持研究, 2018, 25(1): 23-29.
- [7] 段金晓, 李鹏, 李占斌, 等. 模拟降雨下前期含水量对冻融坡面产流产沙过程的影响[J]. 水土保持学报, 2017, 31(6): 73-78.
- [8] 殷水清, 薛筱婵, 岳天雨, 等. 中国降雨侵蚀力的时空分布及重现期研究[J]. 农业工程学报, 2019, 35(9): 105-113.
- [9] 杜姣姣, 周运超, 白云星, 等. 阔叶树种引入后马尾松人工林土壤水文物理性质研究[J]. 水土保持研究, 2021, 28(4): 105-112.
- [10] 付默菡. 锦巧径流小区不同植被条件下降雨对土壤侵蚀的影响分析[J]. 黑龙江水利科技, 2021, 49(6): 10-13.

- [11] 李玲, 侯春镁, 申佳艳, 等. 滇中山地经果林水土保持功能研究[J]. 现代农业科技, 2017(4): 172-174, 179.
- [12] 陆卫勇, 叶家义, 李学团, 等. 马尾松、红锥纯林及其混交林凋落物与土壤的水源涵养能力[J]. 亚热带农业研究, 2023, 19(2): 83-90.
- [13] 郑子成, 林代杰, 李廷轩, 等. 不同耕作措施下成熟期玉米对径流及侵蚀产沙的影响[J]. 水土保持学报, 2012, 26(2): 24-28.
- [14] 王佑民. 中国林地枯落物持水保土作用研究概况[J]. 水土保持学报, 2000, 14(4): 108-113.
- [15] 王富华, 吕盛, 黄容, 等. 缙云山4种森林植被土壤团聚体有机碳分布特征[J]. 环境科学, 2019, 40(3): 1504-1511.
- [16] 张希彪, 上官周平. 人为干扰对黄土高原子午岭油松人工林土壤物理性质的影响[J]. 生态学报, 2006, 26(11): 3685-3695.
- [17] 吴世祥, 何聪, 杨丹, 等. 李子口径流小区不同植被条件下降雨对土壤侵蚀的影响研究[J]. 四川林业科技, 2019, 40(4): 23-27.
- [18] 欧阳铨人, 吴伯志. 水土保持耕作措施的研究进展及展望[J]. 云南农业大学学报(自然科学), 2017, 32(4): 718-726.

收稿日期: 2023-08-21

基金项目: 贵州省水利厅科技专项经费项目(KT202225)

第一作者: 杜姣姣(1997—), 女, 贵州铜仁人, 助理工程师, 硕士, 主要研究方向为水土保持与荒漠化防治。

通信作者: 顾再柯(1970—), 男, 贵州贵阳人, 正高级工程师, 研究员, 主要研究方向为水土保持与荒漠化防治。

E-mail: 1135901007@qq.com

(责任编辑 杨傲秋)

(上接第6页)应的整改完成报告书。若因其主观原因未在约定期限内整改到位, 则不适用“首违免罚”, 而应依法作出行政处罚。二是全过程监督。在立案调查阶段, 可以增加微信公众平台、投诉电话等违法信息举报渠道; 积极在政府门户网站做到主体资格、法定职权、法定程序等信息披露。在行政处罚案件审结阶段, 应当建立案件合议机制, 通过执法机构内部多部门集体协商的方式减少使用错误。同时, 完善错案责任追究制度, 做到权责清晰。

5 结束语

党的二十大报告提出, 营造市场化、法治化、国际化一流营商环境, 政府各部门需要进一步改革完善监管体制机制, 改善生产经营环境。作为水土保持执法部门, 既要管好项目, 杜绝项目建设对生态环境造成的

破坏, 又要多动脑筋、用好政策, 为市场主体清除无形的和有形的不合理的制度枷锁, 助力各市场主体“放下包袱、开动机器”, 全面搞活经济, 为全面建设社会主义现代化国家开好局起好步。

[参考文献]

- [1] 张红, 岳洋. 行政处罚“首违不罚”制度及其完善[J]. 经贸法律评论, 2021(3): 20-34.
- [2] 黄润秋. 首违不罚制度在新行政处罚法中的功能定位: 以轻微不罚为参照[J]. 四川行政学院学报, 2022(3): 64-73.

收稿日期: 2023-07-20

第一作者: 王红杰(1971—), 男, 山西运城人, 法学学士, 总队长, 主要从事水务行业监督执法工作。

E-mail: 910503520@qq.com

(责任编辑 徐素霞)