

论“断水、断电”作为行政强制执行方式的正当性

夏雨

(浙江大学光华法学院, 浙江杭州, 310008)

摘要：“断水、断电”是督促当事人履行义务的有效手段，能在当前水污染防治中发挥重要作用。对目前已有规范进行分析后发现，它对若干基本权利构成限制，与最小侵害原则不符。然最小侵害仅为比例原则组成部分，乃警察法时代控权理念的产物。时代背景变迁后，它已不再单独具有评判管制措施合法性的功能。“断水、断电”作为一种行政强制执行方式，至少在我国当前的水污染治理领域中具有正当性。

关键词：“断水、断电”；《行政强制法(草案)》；比例原则；基本权利

中图分类号：D966.1

文献标识码：A

文章编号：1672-3104(2011)01-0055-05

2005 年 12 月《行政强制法(草案)》(以下简称 05《草案》)提交全国人大常委会审议，它所倡导的“以最小损害当事人的权益为限度”“不得采取停止供水、供电、供热、供燃气等方式迫使当事人履行行政义务”(以下简称“断水、断电”)等内容受到媒体极大关注。2009 年一部新的《行政强制法(草案)》(以下简称 09《草案》)再次步入人们的视野，不同的是，它删除了“最小侵害”原则，并将不得“断水、断电”表述为“行政机关不得对居民生活采取停止供水、供电、供热、供燃气等方式迫使当事人履行行政决定”。显然，09《草案》对“断水、断电”的态度发生了变化，似乎在“居民生活”范围之外，“断水、断电”是正当的。笔者很乐于见到这样的转变，可惜这仅仅是草案，很难排除这一积极改变再次被改变的可能性。因此，仍有必要探讨“断水、断电”在当下我国能否成为一种正当的行政强制执行方式。浙江省于 2008 年通过的《浙江省水污染防治条例》(以下简称《条例》)第 51 条明文规定了“断水、断电”为行政强制执行的方式，早一步将 09《草案》的设想变成了现实，也为本文的讨论提供了一个文本。

面对《草案》拟定者态度的反复与浙江省立法者的大胆突破，笔者产生了以下疑问，并将在下文进行探讨：其一，在 05《草案》“禁止‘断水、断电’”，而 09《草案》尚未形成之际，是什么促使浙江省《条例》采纳“断水、断电”？其二，“最小侵害原则”与“断水、断电”的关系如何，它又为何消失在 09《草案》？其

三，当下我国，在诸如水污染防治这样的领域中采用“断水、断电”是否正当？

一、立法原动力：实现行政目的的需要

关于如何理解浙江省的大胆立法，下面这个发生在该省 L 市的真实个案或许能提供答案。该案基本情况如下：2005 年 3 月，L 市环保局认定 纸业有限 公司排放污水未达标。L 市人民政府于 5 月 31 日作出《关于对 纸业有限 公司实行限期治理的通知》，限其于 2005 年 11 月 30 日前完成废水达标治理，但始终未能达标。2006 年 8 月 25 日，L 市环保局下发《L 市印染、造纸行业污染整治方案》文件，要求 纸业在内的企业在当年 11 月 30 日前废水全面达标排放。2006 年 11 月 27 日，环保局认定 xx 纸业标排口水样超标。2007 年 7 月 11 日，L 市人民政府作出《行政处罚决定》，责令其停业。xx 纸业申请复议，《行政复议决定》维持行政处罚，责令继续整改。后，xx 纸业另行提起对 L 市环保局的行政不作为诉讼，该诉讼直至 2008 年 4 月 17 日二审审理完毕，T 市中级人民法院判令 L 市环保局受理 纸业建造污水处理设施的申请。

每一个行政行为都包含目的和手段两个要素，假如从这两个要素对本案进行分析，首先就行政目的而言，政府环境保护部门在本案中的行为目的应界定为

收稿日期：2010-05-26；修回日期：2010-09-10

基金项目：国家社会科学重大项目“学习实践科学发展观重大问题研究——以人为本与中国行政执法的人本分析”(08 & ZD001)

作者简介：夏雨(1983-)，女，浙江富阳人，浙江大学光华法学院 2008 级宪法学与行政法学博士研究生，主要研究方向：行政法总论，环境管制。

环境保护。环境权在著名的“三代人权”理论中被划归为一种关涉人类生存条件的、集体的“连带关系权利”。^[1]我国《宪法》第 26 条第 1 款规定：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害”，这一宪法义务也在后续的其他立法中得到落实。本案中《L 市印染、造纸行业污染整治方案》亦申明其目的为“建立清洁生产、实现污染控制、促进生态环境与社会、经济等协调发展”等。良好的环境是人类得以生存的前提，是享有生命健康权、财产权等基本权利的保障，意义重大。与此同时，我国的环境保护现状，尤其是水资源保护现状却无法承载这样的重大意义，水污染状况严重得令人担忧。2005 年全国七大水系的 411 个地表水监测断面中有 27% 的断面为劣 V 类水质，全国约 1/2 的城市市区地下水污染严重。2005 年全国共发生环境污染事故 1 406 起，其中水污染事故 693 起。本案中 xx 纸业的违法排污对当地生态环境构成威胁，特别是对即将建成的农民回迁小区影响重大。综合考虑人权理论的发展、我国污染形势以及本案事实，可以认为本案涉及的行政目的是正当的。

与行政目的的正当性形成鲜明对比的是本案中行政机关治理污染时有效手段的明显缺失。L 市为制止 xx 纸业违法排污，已试图促使其改进污水处理技术，达到排放标准，并在达标不可能时，关闭该企业。从法律上看，L 市已经尽力，但从事实来看，xx 纸业自始至终处于生产状态，持续违法排污达两年半以上。保护环境是正当且迫切的行政目的，但它却在这个个案中落空了。当前环境行政部门缺乏有效执行方式，而法院又对处于诉讼中的行政行为倾向于暂不执行，种种因素都为违法排污这种不可逆转的、对公共利益有重大损害的行为留下了空间。

据笔者所知，xx 纸业的法定代表人对拒不执行生效行政处罚决定、严重者将予拘留这一法律规定是清楚的，但他并不感到害怕。相反，他曾经因为受到“切断水、电”的口头警告而感到担忧，并向律师咨询。当然，本案发生在《条例》实施前，“断水、断电”尚无依据，但不可否认，它对当事人有一种无可比拟的威慑力，是治理水污染的一件利器，这也许就是浙江省《条例》敢于“冒天下之大不韪”的内在动力。

二、“断水、断电”对基本权利的限制： 以《条例》第 51 条为例

然而必须承认，“断水、断电”是一个危险物，很可能将对某些重要的基本权利构成限制，这使得它的正当性遭受质疑。以浙江省《条例》为例，“断水、断

电”的适用对象为符合条件的“排污单位”。以下笔者将从权利主体、权利种类两方面规范分析它可能带来的限制。

(一) 受限权利主体

尽管以“排污单位”为规范对象，但囿于操作上的特殊性，“断水、断电”必将对另两类人造成影响。一是排污单位内或周边的公民、法人和其他组织；二是被要求协助执行的供水、供电组织。

首先，《条例》第 29 条将排污单位的内涵界定为“向环境或者向城镇污水处理设施排放水污染物的企业事业单位和个体工商户(以下统称排污单位)”。这一内涵界定与《水污染防治法》第 21 条相一致，不存在疑议。根据这一概念，餐饮企业、医院、个体经营户等都有可能成为被执行主体。对这些主体实施“断水、断电”很容易将不利影响波及他人，诸如：居住在职工宿舍内的员工。“断水、断电”或将威胁这部分人的生存必需品供给。消费者。如对餐饮企业进行强制执行时，可能需对正处于消费中的消费者权利加以考量。而医院更难适用“断水、断电”。个体经营者及其家庭成员。个体经营户较多在自家门面营生，此时“排污单位”具有生产、生活的复合性功能。为阻断排污，主管机关需要终止其“生产、营业”功能，但却无法单独划分出绝对的“生产、营业”领域。

其次，“断水、断电”并非行政机关自身职能，需要供水、供电组织的协助。但根据笔者对北大法宝法律搜索系统的检索发现，现行法律、法规均仅规定在用户欠缴水、电费、破坏安全用水、用电制度以及设备维修、紧急情况下，可在进行预告后进行断水、断电，并未发现对供水、供电企业协助执行义务作出明确规定的法律。在缺乏相关法律依据的情况下要求协助执行，恐有侵犯营业自由之嫌。

综上，满足条例第 51 条之构成要件的一切向环境或者向城镇污水处理设施排放水污染物的企业事业单位和个体工商户、排污单位内或周边的公民、法人和其他组织以及被要求协助执行的供水、供电组织，均有可能成为权利受侵害者。

(二) 受限制的权利内容

接上文对可能受限的权利主体的分析，不难得出，以下几类权利将最有可能受到限制。

1. 营业自由权

此权利的基本含义在于“以营业为目的从事自主活动的自由，意指个体有根据自己意愿设立并经营企业或从事合法自由职业的自由，也有拒绝违背自己意愿设立并经营企业的自由，或者拒绝从事不合己愿的

职业的自由”。^[2]“断水、断电”或将触及排污单位和供水、供电组织的营业自由权。

2. 健康权、生存权以及享有相当的水准生活权

健康权、生存权是学界耳熟能详的权利，不再赘述。享有相当的水准生活的权利来自《经济、社会和文化权利国际公约》第11条。这一权利应当涵盖所有的基本需求，包括水、电、暖等家庭基本能源。为公民提供必要条件以促进上述权利的实现为不可推卸的国家义务，但在采用“断水、断电”时国家走向了反面。无怪乎，董保城教授要感到忧虑，他认为“就国家对人民生活照顾义务，以及衍生公共安全与公民健康的潜在危险来看，‘断水、断电’的规定与生存权、工作权之宪法保障恐有抵触。”^[3]

3. 享有正当法律程序的权利

从1215年的英国《大宪章》、1355年的《伦敦自由律》开始，正当法律程序逐渐走入了法律人的视野，并通过个案的不断推动发展成为现代法律的基本理念之一。一般认为，正当法律程序可分为实体性正当法律程序和程序性正当法律程序。“在实体方面，除非依据适当的法律，否则权利和自由不能受到影响；在程序方面，决定某一行为受法律调整，必须遵守适当的程序。”^[4]以此反观本条可见，在实体上看，要求“供水、供电组织”承担执行协助的义务缺乏法律依据；在程序上，未就“断水、断电”的适用程序作出明确规定，缺乏诸如“催告”“合理的时间”等，易造成被执行人及相关受影响人面对行政强制执行时准备不足。

综上，从对基本权利的限制来看，“断水、断电”的合法性是可疑的，至少按照浙江省《条例》的条款设计来看这一判断是成立的。

三、正当性评判：最小侵害与比例原则

明文创设了“断水、断电”这一行政强制执行方式的并不止浙江省，台湾《行政执行法》也允许这一方式，并和我们有相似的困惑。困惑的焦点在于对比例原则的把握，不少学者认为它有违比例原则，但也同样有人基于比例原则来维护其合法性。如洪家殷教授就认为：“如果我们采行断水断电符合比例原则的要求，……我不认为这是违宪，也没必要认为这是违宪。”^[5]显而易见的区别是，台湾学者运用比例原则评价“断水、断电”，而我国的05《草案》则以“最小侵害”为准绳，这一准绳在09《草案》中则又消失无形，这一现象值得思考。特别是在比例原则越来越受重视，甚至有人认为它是法律的根本规则的研究背景下，^[6]

实有必要先厘清最小侵害与比例原则间的关系，并在此基础上选择合适的原则来判定“断水、断电”的正当性。

（一）比例原则与最小侵害之辨

据阿力克西的理论，比例原则由妥当性(suitability)、必要性(necessity)和狭义的比例原则(proportionality in the narrow sense)三个部分组成。其中必要性又称最小侵害性，狭义比例原则又称均衡原则。比例原则的涵义是在作出一个可能限制个人权利的国家行为时，要求其手段有助于目的的实现(妥当性)，要求实现目的的手段是最小侵害的(必要性)，并且对权利做这样的限制和牺牲是正当、合理的(狭义的比例原则)。^[7]

在三个组成部分中，最小侵害和均衡原则是学者讨论的重点，被认为是比例原则的核心组成部分。它们之间的区别对本文有着重要意义。在比例原则的发展过程中，最小侵害为其前身，均衡原则则产生于随后的发展中。由于产生时代的不同，这两个原则体现的价值理念也大异其趣。它们的差异在蒋红珍博士的论文中得到了很好的归纳，主要为：“最小侵害原则产生于警察法时代，致力于控权，以事实上对权利的最小侵害为行为合法性的判断标准；均衡原则产生于社会法治国时代，其功能主要在于均衡各种利益，以实现多元利益的统合价值衡量为对行为的合法性判断标准。”^[8](12)这些差异在某种意义上也反映了行政法的发展历程，它契合了我们对行政法整体功能认知上从单一控权目标走向实现复合多元价值的转变。也许从行政实践的乱象来看，坚持最小侵害是首要的，但是当面对给付行政、福利国家等议题时，均衡各方利益、积极促成公益的实现也十分必要。

有学者认为：“最小侵害所具有的品性很好地契合了对行政强制权予以必要限制的要求，其中最大的优势是可以避免跌入利益衡量的洪流，为行政提供明确标准。”^[9]笔者坦承这一优点，但在“行政法的功能不再是保障私人自主权，而是代之以提供一个政治过程，从而确保在行政程序中广大受影响的利益能够得到公平的代表”的情况下，^[10]不运用利益衡量，不考虑其他应当考虑的因素而仅坚持“标准清晰”这一价值恐怕并不合适。质言之，在已存在均衡原则后，是否可以仅适用最小侵害？德国联邦宪法法院一贯将比例原则作为复杂的利益衡量的代名词。^[8](14)若没有均衡原则的运用，何来利益衡量？

因此，须认识到，手段的合法与否并不仅仅取决于该手段是否侵害最小，需综合考虑通过这一手段实现的公共利益是否重大，是否和损害之间形成平衡，

只要在损益平衡的情况下,即使是相对严格的手段也并不必然违法。

(二)“断水、断电”的合比例性

05《草案》颁布前曾有学者认为:“为了强制执行的有效性和坚持比例原则,断水断电断气等应当作为一项重要的强制执行方式写进行政强制法。”^[11]只是05《草案》公布后,就鲜见这样的观点了。笔者认为探讨“断水、断电”的合比例性须从“目的使手段合法”的视角加以考察,若以《条例》第51条为例,则可作如下分析:

运用衡量,而不是按权利固定排列的方式来决定公共事务是现代公法的一个发展趋势。Peter Krug指出:“要用一种衡量的方法来判断立法目的的正当性,这种衡量要求将相关的正当利益以及隐含的宪法性权利作全盘的考虑,”^[12]在处理行政法上各种问题时,应同时考虑公共利益和个人利益,不得偏袒任何一方。

“断水、断电”所涉利益链条的两端是环境权和可能受限制的若干基本权利。环境权是业已证成的基本人权,特别是在目前水污染形势严峻的情况下,对环境权的保护具有正当性,且承载了重大的公共利益。L市的案件可以证实我国当前在水污染治理上缺乏行之有效的的手段,“断水、断电”或将是保护环境权的一柄利剑。然而通过上文分析却发现,《条例》第51条对程序基本权、营业自由、健康权、以及相当水准生活的权利等均构成不同程度的限制,并由此形成几种权利保护间的冲突。但冲突并不可怕,法律体系中满是冲突,关键在于解决冲突的方法能够符合比例原则,能够在利益衡量时体现公正与正义。若要对相关权利的重要性进行比较,则必须仰赖对权利位阶的探讨,有学者指出:“尽管权利体系原本存在一定的位阶,但是这种位阶并不具有整体的确定性。它在一定范围内有着部分流动性,在某种情况下‘较高’价值可能必须对另一‘较低’价值让步,如果‘较低’价值涉及一种基本生活需要,若‘较高’价值不作退让,这种生活需要就不能满足。”^[13]一般情况下,环境权或许无法和健康权、生存权分庭抗礼,但是在环境保护任务相当迫切的当下中国,且在确定对权利人“最小侵害”以及断水、断电技术得到改进的情况下,环境权实现的价值秩序或将超越健康权、营业自由权等,特别是在09《草案》已将“居民生活”排除在适用范围之外的情况下,这一期待并非不能实现。

但无论如何,“断水、断电”是一种直接强制执行方式,在毛雷尔教授看来,无论什么样的直接强制方式都是最严厉的执行方法,只能作为最后的选择使用。而这一点是09《草案》和浙江省的《条例》均尚未具

备的理念,实有加强之必要。简言之,从目的使手段合法的角度出发,环境权的保护在当下中国具有一定的优越性,在对程序性规定更加重视的基础上,在水污染防治领域中适用“断水、断电”具有一定的正当性。

四、 余论

行政法的发展经历了一个由各论到总论的过程,然而在当前“似乎又在发生着从总论回归各论,回归部门行政法的动向”。^[14]同样,在行政强制立法上也有着部门化的需求,《浙江省水污染防治条例》即为一例。针对“断水、断电”这样一种有争议的行政强制执行方式,笔者十分理解国家《草案》摇摆不定的态度,但事实上《草案》这样的一般法大可不必如此。从比较法上看,其他国家的行政强制立法对于较为“严格”的强制执行手段一般倾向于在特别法上进行规定。例如日本现行法并未将直接强制作为行政上强制执行的最后一般性手段来定位,也没有制定关于直接强制的一般法,而是全部委任给个别法规定。例如《性病预防法》第11条、《关于确保学校设施的政令》第21条、《麻风病预防法》第6条等。^[15]由此可见,通过部门行政法或特定目的的立法来衡量是否有规定直接强制的必要或有无适用“断水、断电”的规定是较为可取的一种立法例。

“断水、断电”作为一种行政强制执行方式,它一方面能够促成水污染防治和环境权保护的行政目的,但另一方面会对相关主体的合法权益形成限制。随着时代的变迁,单一的最小侵害标准已不能反映现代社会复杂的行政功能,仅仅保障损害最小也不再是行政法所追求的唯一价值。实践中,政府面对复杂的行政目标选择管制手段时,须处理相互交错的利益关系,在完整意义上对比例原则加以运用。因此,“断水、断电”在当下我国,特别是在水污染防治领域具有适用的正当性。

注释:

见2005《行政强制法》(草案)第5条第2款、第44条。

见2009年《行政强制法》(草案)第43条第2款。

第51条:“排污单位拒不履行县级以上人民政府或者环境保护主管部门作出的责令停产、停业、关闭或者停产整顿决定,继续违法生产的,县级以上人民政府可以作出停止或者限制向排污单位供水、供电的决定。”

参见国家环境保护总局局长周生贤2007年8月26日在第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上《关于〈中华人民共和国水污染防治法(修订草案)〉的说明。

见《条例》第51条的表述。

《大宪章》第39条规定：“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收财产、剥夺其法律保护权、或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”1355年爱德华三世公布的《伦敦自由律》第3条规定：“任何人，无分身份或地位，非经正当法律程序，不得予以流放、处死、没收其财产，或剥夺其继承权。”

为论述方便，以下均采用最小侵害和均衡原则的表述。

参考文献：

- [1] 叶敏, 袁旭阳. “第三代人权”理论特质浅析[J]. 中山大学学报(社会科学版), 1999, (4): 78-83.
- [2] 宋华琳. 营业自由及其限制——以药店距离限制事件为楔子[J]. 华东政法大学学报, 2008, (2): 31-38.
- [3] 董保城. 建筑物违规使用“断水”“断电”法理及实务[C]//杨小君, 王周户. 行政强制与行政程序研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 178.
- [4] D. J. Galligan. Due process and fair procedures [M]. Oxford: Clarendon Press, 1996: 178.
- [5] 洪家殷. 评《建筑物违规使用“断水”“断电”法理及实务》[C]//杨小君, 王周户. 行政强制与行政程序研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 206.
- [6] Vicki C. Jackson. Book review: Being proportional about proportionality: The ultimate rule of law [J]. Constitutional Commentary, 2004, (Winter): 2-40.
- [7] Robert Alexy. A theory of constitutional right [M]. Oxford: Oxford University Press, 2002: xxxi.
- [8] 蒋红珍. 论比例原则在行政规范审查中的适用[D]. 浙江: 浙江大学宪法学与行政法学博士论文. 2007: 12.
- [9] 胡建淼, 蒋红珍. 论最小侵害原则在行政强制法中的适用[J]. 法学家, 2006, (3): 15-23.
- [10] 理查德·B·斯图尔特. 美国行政法重构[M]. 沈岷译. 北京: 商务印书馆, 2002: 2.
- [11] 叶必丰, 许炎, 谭剑. 强制执行的方式及强制执行权的分配——行政强制法草案修改意见[J]. 浙江社会科学, 2003, (5): 89-93.
- [12] Peter Krug. Assessing legislative restrictions on constitutional rights: The Russian constitutional court and article 55(3) [J]. Oklahoma Law Review, 2003(Fall): 680.
- [13] 林来梵, 张卓明. 论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2003, (6): 5-13.
- [14] 叶俊荣. 环境政策与法律[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 4.
- [15] 盐野宏. 行政法[M]. 杨建顺译. 北京: 法律出版社, 1999: 168.

Cutting off the supply of water and/or electricity——an administrative compulsory enforcement tool

XIA Yu

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, China)

Abstract: Cutting off the supply of water and/or electricity is an effective way in preventing and controlling water pollution, but water and electricity are basic needs of people, cutting off the supply will infringe certain fundamental human rights and violate the principle of necessity, which is confirmed in the draft of Administrative Compulsory Enforcement Law of China. The principle of necessity is, however, only one component of proportionality, which can not stand for the whole. Nowadays, to control administrative power is not the only aim of administrative law. It is wiser to take proportionality other than necessity to review the legitimacy of regulations.

Key Words: cutting off the supply of water and/or electricity; Draft of Administrative Compulsory Law; the principle of proportionality; fundamental rights

[编辑：苏慧]