

普法的行政法治思考

P U F A D E X I N G Z H E N G F A Z H I S I K A O

陈思明◎著

新 华 出 版 社



作者简介

陈思明，1980年生，山东省淄博市人，中国政法大学宪法学与行政法学专业行政法学方向博士毕业，主要从事行政法学研究。曾在司法行政机关从事普法工作，现在山东行政学院法学教研部任教，目前主要致力于普法的相关研究。发表多篇相关文章，出版专著一部，主持和参与多项课题。

责任编辑：刘 飞

封面设计： 臻美书装

十八届三中、四中全会以来，普法教育机制成为普法领域的重要研究课题，对普法行为进行法治定位成为重要前提条件。普法作为严格意义上具有中国特色的司法行政活动，在已有法理学研究基础上，亟须从行政法学角度进行深入分析探讨。本书合理运用理论分析与实证研究相结合的方法、跨学科研究方法、例证分析法和功能分析法等深入开展普法的行政法治研究。结合我国普法宣教的现实情况，本书由四部分组成，分别从本体论、内容论、形式论、监督论层面面对普法展开行政法治研究。



新华出版社微信
xinhupub1979



新华出版社
天猫旗舰店



新华出版社
京东旗舰店

ISBN 978-7-5166-3076-1

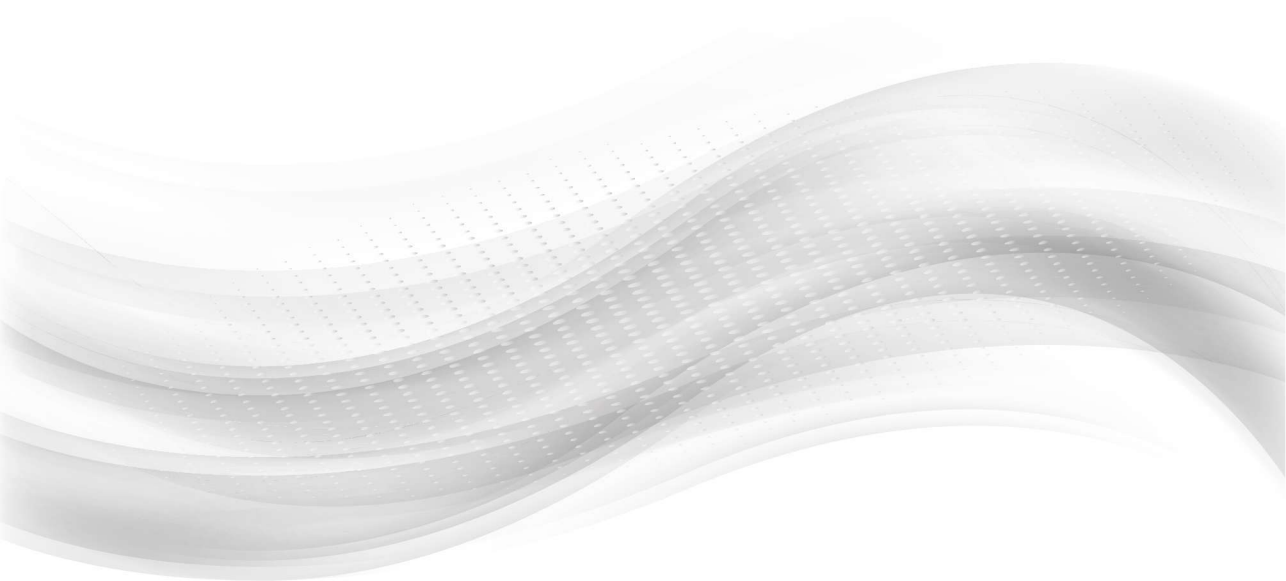


定价：36.00 元

普法的行政法治思考

PUFA DE XINGZHENG FAZHI SIKAO

陈思明◎著



新华出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

普法的行政法治思考 / 陈思明著. -- 北京 : 新华出版社, 2017.1

ISBN 978-7-5166-3076-1

I. ①普… II. ①陈… III. ①行政法-研究-中国

IV. ①D922.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第007212号

普法的行政法治思考

作 者: 陈思明

责任编辑: 刘 飞

封面设计: 臻美书装

责任印制: 廖成华

出版发行: 新华出版社

地 址: 北京石景山区京原路8号 邮 编: 100040

网 址: <http://www.xinhupub.com>

经 销: 新华书店、新华出版社天猫旗舰店、京东旗舰店及各大网店

购书热线: 010-63077122

中国新闻书店购书热线: 010-63072012

照 排: 臻美书装

印 刷: 北京新魏印刷厂

成品尺寸: 170mm×240mm 1/16

印 张: 14

字 数: 180千字

版 次: 2017年1月第一版

印 次: 2017年1月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5166-3076-1

定 价: 36.00元

版权专有, 侵权必究。如有质量问题, 请与出版社联系调换: 010-63077101

目 录

contents

第一部分 普法本体论 / 1

1. 法治宣传教育行为性质研究 / 3
2. 行政事实不作为问题研究 / 28
3. 普法责任制的行政法研究 / 45

第二部分 普法形式论 / 61

4. 法治宣传互联网众包模式的行政法治思考 / 63
5. 行政首长出庭应诉的普法机制思考 / 79
6. 普法视角下的行政诉讼释明制度 / 98

第三部分 普法内容论 / 117

7. 马克思主义法学视阈中的宪法宣传思考 / 119

8. 对“关键少数”普法的思考 / 154

9. 行政相对人视角下的普法思考 / 167

第四部分 普法监督论 / 187

10. 普法备案制分析 / 189

11. 普法检查制度研究 / 203

普法的行政法治思考



第一部分

普法本体论



1. 法治宣传教育行为性质研究

十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》将“法制宣传教育”上升为“法治宣传教育”。在全面推进依法治国进程中，亟须对处于长期基础性地位的法治宣传教育行为进行深入分析。鉴于我国法治宣传教育行为由司法行政机关主导的特点，应当以行政法学视角，从与行政行为、行政事实行为、行政指导行为的关系角度对法治宣传教育进行清晰界定。这既是突破以往普法宣传教育研究的视角创新，也是深入探究、解决法治宣传教育相关法律问题的重要前提。

“法治国家就是经过理性规范的行政法国家”，¹深入推进法治宣传教育法治化研究，首先需要明确法治宣传教育行为的行政法性质。“如果法律是合乎理性的，合理性又被理解为沟通合理性，那么法律就是一种沟通，而不仅仅是关于不同形式之人际沟通的事物。”²故从实质层面讲，法治宣传教育则是将宽泛的法律沟通进行合目的性规制的行为。为减少以高权行政为核心的传统行政

1. [德]奥托·迈耶著，刘飞译，[德]何意志校：《德国行政法》，商务印书馆2002年版，第60页。

2. [比]马克·范·胡可著，孙国东译、刘坤轮校：《法律的沟通之维》，法律出版社2008年版，第17页。

法的不利影响，¹实现行政法学由司法审查模式向公共行政模式的有效转换，实现由形式上的法制宣传教育向实质上的法治宣传教育转化，应当以法治宣传教育的行为性质研究为切入点。目前，有关行政行为、行政事实行为、行政指导行为等的理论观点异彩纷呈，适宜在与相关重要行政法学基础概念比较中，增强法治宣传教育行为的理论基础。

一、法治宣传教育行为与行政行为的关系

作为依法治国长期基础性工作的核心内容，在行政主导的法治宣传教育工作中，亟需明确法治宣传教育中政府行为的准确定位。以往有关法治宣传教育行为的研究，多从行为的法律性质、理论和现实意义层面进行法学理论、法史学层面的分析，其他部门法学尤其是行政法学缺乏对法治宣传教育行为的应有关注，导致有关法治宣传教育的法学研究缺少一定的现实操作性。行政行为处于行政法概念体系的顶端，为加速由静态的法制宣传教育向动态的法治宣传教育转化，现将行政主导的法治宣传教育行为置于行政法学视野下进行必要理论研究，分析其与行政行为的关系成为研究法治宣传教育性质的重要始点。

有关行政行为的界定，国内国外均存在诸多观点，比如主体说、职权说、公法行为说等等。对行政行为概念的研究脉络呈现“剥笋”的样态。“目前学界中关于行政行为概念界定的归纳排序其实就是一个从广义到狭义、概念外延逐层递减的类似‘剥笋’的过程。从最广义说到最狭义说，各学说陆续将非行政主体的行为、行政

1. 传统行政法以公权力、强制性、单方性为标准来界定行政行为，把不具有以上特征的行政活动排除在行政行为之外，大大局限了行政法学的研究视野。参见陈新民著：《公法学札记》，三民书局股份有限公司1993年版，第112页。

主体的违法行为、行政主体私法行为、行政事实行为、内部行政行为、行政立法行为、抽象行政行为、具体行政行为中的双方行为，从行政行为的外延中剥离出去。”¹ 基于行政法学理论和实践发展的需要，应当从更加宽泛的层面对行政行为进行理解。笔者比较赞同的观点是：“行政行为是行政主体履行行政职责、运用行政职权对内或对外实施行政管理或提供行政服务的行为。”² 为了摆脱民法学民事行为与法理学法律行为在外延分类等方面的不一致带来的理论混乱，应当对行政行为进行合乎法学理论的诠释，即行政行为不是与行政事实行为对立的概念，而是行政事实行为的上位概念。同时，为了更好地进行跨学科交流与对话，对诸多行政现象进行科学合理的诠释，行政行为的概念应呈现包容性特点，其既包括行政法律行为，又包括行政事实行为，既包括授益性行政行为，也包括负担性行政行为。换言之，有关行政行为的理论界定，不能人为化割裂丰富多样的行政行为发展态势，不能用不合适的理论限制或缩小行政行为的研究视野。从行政主体运用行政职权进行行政管理或提供行政服务的角度来界定行政行为，从内涵和外延角度兼顾了行政行为理论发展特点，具有一定的科学性和合理性。

更为重要的是，从更加宽泛层面对行政行为进行界定，是我国行政诉讼发展的实践要求。纵观我国行政法学历来有关行政行为的研究，“行政行为基本概念的不清晰以及在不同行政行为界定前提下行政行为法体系设计的多样化，为我国尚欠发达的行政

1. 杨海坤、马迅：《中国行政法发展的理论、制度和道路》，中国人事出版社2015年版，第54页。

2. 杨海坤、蔡翔：《行政行为概念的考证分析和重新建构》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2013年第1期，第16页。

法学研究带来了一系列的问题。这些问题看似平常，实际上每个问题都对我国行政法学理论建构产生极大的负面影响。”¹除了对行政行为法理论体系的不良影响外，对于各种行政行为的行政救济法发展的理论定位及深入分析也造成了不便，比如限制了类型化的分析、相应的行政救济等系统化理论分析受阻等等。结合新修订的《行政诉讼法》，将法定受案范围由具体行政行为上升为行政行为，为更好地应对行政诉讼实践发展要求，新《行政诉讼法》中的行政行为应是广义的行政行为。“广义的行政行为包括行政机关与其职权相关的所有行为，排除行政行为的只是行政机关的民事行为、刑事侦查行为。”²

值得一提的是，在行政行为外延进行必要拓展的同时，更需要在行政行为内涵方面进行必要丰富。其中特别重要的是，结合参与式行政的发展趋势和特点，应当充分认识行政行为由单方意志性上升为单方名义性的现实意义。“行政行为的‘单方意志性’理论已不符合目前行政行为的实际状况，需要改进和发展‘参与式行政’要求行政主体做出行政行为必须充分考虑行政相对人的合法合理诉求和意愿，因此，行政行为具有的原‘单方意志性’特征，应当发展改进为行政行为具有‘共同意志性’与‘单方名义性’相复合的特征。”³综上，应当从形式和实质两个层面对行政行为进行分析。一方面，基于规范行政权力运行的现实考量，应当扩充形式意义上的行政行为，这是行政法学积极应对行政监管实践

1. 闫尔宝：《我国行政行为法体系建构的问题与症结》，《国家检察官学院学报》2014年第9期，第76页。

2. 江必新：《新行政诉讼法专题讲座》，中国法制出版社2015年版，第45页。

3. 方世荣、谭冰霖：《“参与式行政”与行政行为理论的发展》，《南京工业大学学报（社会科学版）》2013年第3期，第77页。

需要的体现。另一方面，从规制行政权力运行的终极目的考量，应当深化实质意义上的行政行为，充分认识服务行政理念指导下的共同意志性的重要意义。

对行政行为的以上看法从根本上讲，是从司法审查模式向公共行政模式转化中，行政行为概念内涵和外延发生的相应变化。虽然历来有关行政行为的论述多是针对具体行政行为的，¹而且作为集合概念的行政行为不免存在内部混乱，但在适应行政诉讼实践和公共行政实践发展的双重意义角度，采纳广义行政行为仍是大势所趋。尽管大陆法系国家多在具体行政行为角度探究行政行为内容，而且可以从宪法行为或行政作用角度探究行政行为中抽象部分，但回避以“抽象”和“具体”等哲学术语，采用行政行为的法律术语是以法治思维拓展行政法学研究视野的重要体现。这与新时期以法治思维和法治方式推进法治宣传教育是吻合的。

法治宣传教育是现代公共行政的重要形式，适宜从扩张的行政行为概念角度进行分析论证。从行政法学理论角度看，司法行政部门主导的法治宣传教育工作是实现组织法规定的政府司法行政职能的重要组成部分。目前各级司法行政部门的法制宣传行为的文件依据为《中央宣传部、司法部关于在公民中开展法治宣传教育的第七个五年规划(2016-2020年)》(以下简称“七五”普法规划)。尽管司法行政普法活动对普法对象的权利义务不产生直接的行政法意义上的法律效果或意义，但是对社会大众的法律意识和国家法治建设起着潜移默化的推进作用，故从本质上讲，司法行政部门的法治宣传教育活动是司法机关实现司法行政管理职能的具体体现。静态的法制宣传教育采传统的灌输式宣教

1. 姜明安：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社1999年版，第149-153页。

模式，这是传统行政行为单方性的体现。与此不同，与法治实践接轨的动态化法治宣传教育，应更注重与宣教对象的互动，这是法治宣传教育行政行为内涵扩展的重要方面。在采纳广义行政行为概念的基础上，应当对法治宣传教育行为进行动态的行政行为界定。行政行为模式化是实现行政行为规范化的重要过程，这是概念法学和社会法学在行政行为领域的具体体现。法治宣传教育实现法治化发展，应借助行政行为模式化有效推进动态化定性。当然，前提是在行政行为的具体分类中找到最为接近的行为类型，其中行政事实行为与法治宣传教育行为最为接近。

二、法治宣传教育行为与行政事实行为的关系

伴随着服务型政府建设的推进，对行政事实行为的认识逐渐深化。始于德国耶纳律克的“单纯高权行政”概念，行政事实行为被中外学者广泛关注和讨论。“纵观德国、日本、我国台湾地区关于行政事实行为理论的发展，福利国家的建设，公权力行使方式的多样化，尤其是生产和经济的发展，构成了行政事实行为得以发展的社会基础。”¹我国行政法学在“一元论”和“二元论”的论证中，行政事实行为的概念逐渐清晰。尽管我国行政诉讼法修改中未直接提及行政事实行为的概念，但是“行政行为”取代“具体行政行为”的做法，某种程度上推进了作为“行政行为”重要组成部分的行政事实行为的相关研究。尤其在服务行政深入推进的法治建设进程中，为增强对服务行政中诸多形式行政行为的解释力，开展行政事实行为研究的实践意义就更为突出。

1. 龚钮淋：《依法行政理念下的行政事实行为研究》，《北京工业大学学报》2009年第6期，第51页。

在诸多有关行政事实行为的界定中，笔者比较赞同的定义是，所谓“行政事实行为，是指行政主体作出的对外不具有法律效力，但事实上可能对行政相对方权利和义务造成一定影响的行政行为。”¹一方面，理顺行政事实行为作为行政行为的下位概念，有利于行政行为全面体系化发展。在《行政诉讼法》以“行政行为”取代“具体行政行为”后，遵守英美法系对行政事实行为的研究路径的意图十分明显。将行政事实行为纳入行政行为范畴后，有关行政事实行为的研究将在行政行为是否可诉的现实行政诉讼语境下切实深入开展，这是促进行政行为体系化发展的重要步骤，是行政行为在服务行政、给付行政理念指导下的全面体系化、科学化发展的现实要求。另一方面，明晰行政事实行为的法律效果一元论的确切含义，注意行政事实行为可能对行政相对方权利和义务造成一定影响的现实性，为行政法律行为研究成果的吸收借鉴做好理论储备。随着形式法治被实质法治的取代，在法治政府和法治社会的一体化建设中，依法行政的范围与程度必然呈现扩大化趋势，行政事实行为则成为服务型政府建设中实质行政法治推进的新领域。着眼于行政行为体系化发展，需要寻找行政事实行为与行政法律行为的共同之处作为突破点，搭建行政事实行为和行政法律行为交流对话的连接点。其中，对行政相对方产生影响的方式和特点成为行政事实行为借鉴行政法律行为规制理念重要切入点。尽管行政事实行为不产生类似行政法律行为的法律效力，但是，由于行政事实行为与行政主体行使行政职权行为相关，其可基于法律规定等产生一定的行政法律效果。或者说，“无论事实行为是否产生或者如何产生法律效果，其对整个行政行为法

1. 王红建：《行政事实行为概念考》，《河北法学》2009年第7期，第59页。

律效果的影响功能是客观存在的……”¹进一步讲，对行政权力的效力的理解不应当仅限于强制力和制裁力，更应包括影响力。随着行政事实行为规范化发展的推进，行政事实行为的影响力逐渐以行政机关职权和职责的形式表现出来，呈现对行政事实行为实际影响力的法律确认状态。在服务行政不断扩大范围的情况下，行政事实行为的影响力成为服务行政发展的新亮点。从行政相对人角度观之，行政事实行为是行政主体行为方式多样化的表现，随着多样化程度日益突出以及行政相对人合法权益范围的逐渐扩大，对侵犯行政相对人合法权益的行政事实行为进行必要规制势在必行。

在对行政事实行为的分类研究中，笔者赞同服务性行政事实行为的分类角度，其中服务性行政事实行为包括帮助型行政事实行为这一类型。“帮助型行政事实行为，是指行政主体通过对社会公共事务实施管理的自身优势，将某些对社会公众具有实际价值的信息作出的提供行为等。”²司法行政机关的法治宣传教育活动属于服务性行政事实行为中的帮助型行政事实行为。帮助型行政事实行为对行政相对方给予帮助或协助，会对行政相对人等主体权利义务产生一定的现实影响，而且帮助型行政事实行为也存在着帮助行为瑕疵等问题。所以，作为现代行政行为的重要组成部分，服务行政事实行为同样要服膺于依法行政的理念，法律优先原则、法律保留原则、行政比例原则、信赖保护原则等在服务行政事实行为中仍然适用。

具体来讲，帮助型行政事实行为不能违反上位法的规定，这

1. 柳砚涛等：《行政行为新理念》，山东人民出版社2008年版，第34页。

2. 陈晋胜：《服务型政府与服务型行政事实行为》，《服务型政府与行政法（中国法学会行政法学会研究会2008年年会论文集）》，浙江工商大学2009年，第501页。