

# 政府公共警告的公法阐释及其可诉性探讨

徐信贵

(重庆行政学院 法学教研部,重庆 400041)

**摘要:**政府公共警告在法律属性上具有复合性。就政府公共警告的整体性概念而言,有的政府公共警告行为可能是具体行政行为,有的可能是行政事实行为,还有的可能是准行政行为。就特定消费安全风险警示而言,其性质亦可能会因警示信息受众对象之对立性差别(消费者与生产经营者)而呈现不同态样。政府公共警告具有可诉性。管控政府公共警告行为必须不断完善司法监督机制。

**关键词:**政府公共警告;公法;可诉性

中图分类号:DF3

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2012)04-0077-07

## 一、政府公共警告的生成背景和概念认知

### (一)公共警告产生的行政背景与法治阶段

19世纪,在自由主义思潮的影响下,处于资本主义社会发展初期的西方社会强调个人本位和自由主义。人们推崇有限政府,认为“管得越少的政府就是越好的政府”。人民不愿忍受国家的监护与管制,要求将国家的行政作用限制在保障公共安宁的范围之内,并且应受到法律之拘束。私人、社会以及经济事项,应由个人按照自由竞争原则进行。大陆法系国家迈入了“自由法治国家”(“夜警国家”或“守夜国家”)阶段。19世纪的自由法治国家,制定了宪法、建立权力分立、保障基本权利以及依法行政之制度<sup>[1]</sup>。然而,自由主义的过分倡导,在一定程度上造成了政治国家与市民社会之间的内在分裂,政府的职能大大萎缩。1873年的世界经济危机,标志着西方资本主义开始由自由竞争阶段向垄断阶段的过渡。生产与资本的集中,促进了工业特别是重工业的快速发展。工业大发展的结果是人口集中于大城市,传统的家庭及邻里关系解体,人们对国家公共服务的依赖性增强,“20世纪以来,世界各国特别是各主要资本主义国家的情势发生了很大变化,主要表现在社会经济和科技高度发展,人与人之间、社会组织之间和人与社会组织之间的交往日益频繁,社会公共管理需求大大增加”<sup>[2]</sup>,传统的政府职能已无法适应社会的发展和社会大众的需求,行政管理内容和手段需要进行相应变革,行政任务与法治国家相结合,标志着西方资本主义国家进入了“社会法治国家”阶段。国家行政除了原有的秩序维护功能外,还要大量增

收稿日期:2011-12-07

基金项目:国家社科基金项目(07XFX011);中央高校基本科研业务费资助项目(CDJXS10082219)

作者简介:徐信贵(1982-),男,江西广丰人,重庆行政学院法学教研部讲师,法学博士,主要从事行政法学研究。

加对人民之生活给付,提供生存照顾。1929年至1933年的经济危机对资本主义国家的公共行政制度产生了深远影响。罗斯福新政以及凯恩斯主义的盛行,使行政法的理论基础由自由放任主义向一种积极的国家干预主义转变,政府在整个社会发展中应扮演的角色及社会治理模式随之变化,行政权开始大规模扩张,旨在促进公共福利的新行政措施不断涌现。

19世纪后半叶至20世纪初,西欧国家行政的社会职能不断扩展是公共服务理论生成的现实基础,而公共服务理论的深化发展使国家的行政职能日益全面、完善。对“公共服务理论”发展作出较大贡献者当属德国公法学者厄斯特·福斯多夫(Ernst Forsthoff)。他的“生存照顾理论”是对“公共服务理论”的深化。福斯多夫的“生存照顾理论”将国家行政任务的重心调整至服务行政之上,强调当个人之力无法照顾和保护自己之时,国家的公权力必须介入,以保障公民基本的生存条件。因此,从某种意义上说,现代政府公共警告的兴起与公共服务理论的提出有密切关联,公共服务理论是政府公共警告的理论之源,正是公共服务理论的发展,特别是“生存照顾”理念的出现促使许多政府开始使用非权力性的行政管理手段“公共警告”防御公民个体所无法预知的各种风险,以减少整个社会的人身伤亡和财产损失。

## (二)政府公共警告的概念界定

根据现代汉语词典的解释,警告具有三层涵义,即“提醒,使警惕;对有错误或不正当行为的个人、团体、国家提出告诫,使认识所应负的责任;对犯错误者的一种处分”<sup>[3]</sup>。《辞海》中关于“警告”一词的解释为“告戒;行政处罚中最轻的一种;行政处分中最轻的一种;非行政性的纪律处分中最轻的一种”<sup>[4]</sup>。在日常生活中,“警告”一词出现的频率很高,其含义也为常人所知晓。然而究竟何为“公共警告”,国内现有的行政法学著作中或只字不提,或语焉不详,几笔带过,更不用说专门性的论述。何为“公共警告”,德国公法学者哈特穆特·毛雷尔(Hartmut·Maurer)先生认为,“公共警告是事实行为的一种特殊形式,行政机关或者其他政府机构对居民公开发布的声

明,提示居民注意特定的工商业或者农业产品,或者其他现象”<sup>[5]</sup>;中国台湾公法学者陈敏教授认为:在行政实务上,政府或行政机关常基于职权或法律之授权,对特定之农工业产品或其他事项,向民众以公开说明或其他发布方式提出警告,是即学理上所谓之“机关警告”<sup>[1]625-626</sup>;张桐锐教授认为,行政机关之公开警告,亦即行政机关向公众公开指出一定之危险源,使民众得以采取适宜措施加以防范,这是行政机关(特别是在食品安全与传染病防治领域)经常采用之行政手段<sup>[6]</sup>。但值得注意的是,“公共警告”的概念具有广狭之分,三位学者关于“公共警告”的定义均为狭义概念。随着科学技术的迅速发展,特别是网络技术的出现,传统的时空观念被打破,人与人之间的联系更为紧密,信息传递更为迅捷。在这样一个时代,资讯行为具有全球效应,资讯提示行为的主体不再限于行政机关,许多国际组织也可以发布公共警告。

从字面上解析,公共警告中的“公共”一词具有公信力、公开性、共同的风险和风险共识四层涵义,“警告”则是指告知风险,使之产生警觉。毛雷尔先生将公共警告行为的主体设定为“行政机关或者其他政府机构”并不能从“公共警告”的字面理解上得到支持。为了避免理解上的混乱,毛雷尔先生所指称的“公共警告”更宜称为“政府公共警告”。“政府”则体现公共警告行为的公权力因子。广义上的政府公共警告<sup>①</sup>是指政府性组织向其权力辖区内之社会大众公开发布其所掌握的可能对人们造成较大危害的行为、商品、事件等信息,以促使人们产生警觉心理的行为总称。笔者以消费者保护为研究视角,以消费领域的政府公共警告为研究对象,主要探讨狭义上的政府公共警告,即政府性组织针对消费风险向其辖区的人民发布的公共警告。

## 二、政府公共警告行为的法律属性

### (一)学界论争及评析

确定一项行政活动的法律属性主要是判断其属于何种行政行为,是具体行政行为还是抽象行政行为,抑或行政事实行为。目前,学界关于政府公共警告法律性质的认知仍存在较大差异,不少学者将其划归为行政事实行为,但也有学者认为政府公共警

<sup>①</sup>笔者认为公共警告应当包括政府公共警告和非政府公共警告两种类型,两者的根本区别在于公共警告行为是否使用行政公权力。

告是一种具体行政行为。

日本行政法学家和田英夫则将政府公共警告纳入行政指导之范畴,认为,“行政指导是这样一种作用,即不管有无立法根据,行政机关对特定的个人及公法、私法上的法人和团体,要求对于一方的同意协作,采用非权力的、任意的手段进行工作,以实现行政机关的意图,诸如警告、劝告、提供知识等”<sup>[7]</sup>。陈敏教授认为:“行政机关对民众所为之公开警告,无论是公开说明或以其他方式发布,其实就是一种“公告”,唯此一公告应属“知之表示”,而非“意思表示”<sup>[1]624-626</sup>,即为不具有法效意思之表示行为,属于行政事实行为之范围。张桐锐先生认为:“关于资讯行为可否被认定为行政处分<sup>②</sup>之问题,首先要确定的是,行政机关透过其资讯行为去影响市场的运作,厂商因此所受之损害乃是行政机关资讯行为之事实上效果,如果要认定其为行政处分,唯一的可能是基于上述忍受义务说的观点去检讨其是否包含有要求厂商忍受之诫命。唯就此而言应予否定,盖资讯行为之对象是一般公众,厂商是因为公众行为的介入而间接的受害者,其本向并非资讯行为的相对人,因此资讯行为不能认定为包含要求厂商忍受之诫命,从而可确定并非行政处分”<sup>[8]</sup>。朱春华博士亦认为,公共警告是政府信息公开之一种,可归类为行政事实行为,并区别行政指导本身<sup>[9]</sup>。然而,政府信息公开行为并非行政事实行为的充分条件,“依法应当公开的政府信息,有的是一种事实,有的是一种抽象行政行为,还有的则是一种具体行政行为。主动公开行为除了被公开信息可以构成一个具体行政行为外,其本身并没有设定特定相对人的权利义务。在被公开的政府信息构成一个具体行政行为的情况下,则主动公开行为本身不过是该具体行政行为的表示形式或实施程序而已,因而主动公开行为的违法实为被公开具体行政行为的违法。但政府信息公开行为中的依申请公开行为,所针对的是申请人即特定相对人,只能是具体行政行为而不可能是抽象行政行为”<sup>[10]</sup>。邓刚宏博士认为行政公告具有复合属性,“行政公告是以行政主体告知方式的特殊性——公开普遍告知公众为特征的归类方式的行政行为,而不是以有无产生法律效果等特征为归类方式的行政

行为,其性质上表现为具体行政行为、抽象行政行为、行政事实行为等多种形态”<sup>[11]</sup>。

在风险社会中,政府性组织将预测或知晓的风险信息告知民众,提醒人们注意防御特定风险。从表面上看,它似乎并不具有“拘束力(Verbindlichkeit)、不具规制性内涵(Regelungsgehalt),且以直接产生事实效果为取向”<sup>③</sup>,是一种类似政府提供资讯的行政事实行为,不发生任何法律效果,但政府公共警告并非简单的政府提供资讯行为,它是以民众安全保障为目的之行政预测。罗尔夫(施托贝尔等学者指出,“行政行为是行政机关为处理公法事件而采取的,对外直接产生法律效果的任何处置、命令或者其他高权性措施……预测性行政行为是司法界的创造。它一方面具有确定性,另一方面以未来的不确定事实为根据”<sup>[12]</sup>。当前,安全保障之干涉行政的行为模式,已从抑制性转向预防性,行政之预测决定是基于法律授权对人民为干预之行政处分<sup>[13]</sup>。亦有论者认为:“事项特定比对象特定更能反映具体行政行为的本质,行政相对人不特定而事项特定的行政公共警告行为仍为具体行政行为。”<sup>[14]</sup>

政府信息公开制度(又称为政府信息公开制度)创设之目的在于“使政府机关持有、保管之资讯自由流量,俾政府决策行为透明、弊端无所遁形,进而落实人民参政权”<sup>[15]</sup>。因此,传统意义上的信息公开范围往往集中于法规命令和行政公文。此类讯息的提供行为是单纯的事实通知行为或其他行为的组成部分,不会对他人的合法权益造成损害,不具有法律效果。然而,政府公共警告是一种信息公开行为的特殊形式,不同于传统的信息公开行为。政府公共警告并非仅限于在行政主体与相对人之间发生作用,它往往对行政主体和相对人之外的人也会产生很大的影响。例如,某行政机关向公众发出警告称“某地区的水果农药残留严重超标”,人们接受该警示信息后,则很可能会拒绝购买该地区的水果,若水果销售困难,当地果农的利益就会受到巨大损害。该行为对于消费者来说是一种消费警示,但对于当地果农来说就如同销售禁令一般。在中国公共警告制度探索中,有的地方已根据“涉他性”对公共警告

<sup>②</sup>台湾地区行政法学理论中的“行政处分”基本等同于大陆行政法学中“具体行政行为”。

<sup>③</sup>转引自:李震山《行政法导论》(台北:三民书局,2007(修订七版)第239页)。

进行区分,例如上海市消费者保护委员会的消费信息发布制度明确将消费信息分为消费警示信息和消费指导信息两大类,“消费警示信息发布是指,对消费领域出现的欺诈消费者和坑害消费者的情况,由市消保委通过发布消费警示的方式告知消费者,帮助消费者识破消费陷阱,避免再次上当受骗。消费指导信息发布则是指,对消费领域的有关知识、存在的消费误区或者新出现的一些消费项目和消费方式,由市消保委及时通过各种媒体向消费者介绍,增加消费者的相关消费知识,引导理性、科学的消费”<sup>[16]</sup>。因此,不宜笼统的将政府公共警告行为定性为行政事实行为,并且“事实行为中仍有以产生事实上结果为取向,却欲发生法律效力之行为,此应属于权力行为,可纳属‘公权力措施’性质之行政处分或一般处分”<sup>[17]</sup>。

## (二)政府公共警告的复合法律属性

通过以上分析可以发现,政府公共警告行为并非像行政处罚、行政许可一样性质单一,在法律属性上它具有复合性,这种复合性又表现在两个方面:一是整体概念意义上的政府公共警告之复合属性,即各种政府公共警告行为之间存有差异,在法律属性上不尽相同;二是单一政府公共警告行为内部之复合属性,即一项政府公共警告可能因信息接收对象的不同,而表现为行政事实行为、具体行政行为。

### 1. 整体概念意义上的政府公共警告之复合属性

确实存在许多政府公共警告属于行政事实行为之范畴,但并不能将所有的政府公共警告都视为行政事实行为。政府公共警告的种类多样,其法律性质应视其个别活动之态样作独立观察,不可一概而论。实际上,政府公共警告作为一种特殊的政府信息公开行为,有的是纯粹的行政事实行为,例如,气象局准确发布灾害性天气预警,通知人们要做好防灾准备。该类政府公共警告通常只发生事实上之效果,并没有法律上的拘束力,人们自主决定是否相信该提示以及如何应对危机,即使政府发布公共警告后可能会出现一定的混乱,但混乱的发生并非由于公共警告,而是因为即将发生的危机事件。还有的政府公共警告则是具体行政行为,例如,某地行政机关公布关于甲公司生产假药的通报。依照行政法理论,这种通报批评属行政处罚之申诫罚,即行政机关

将对违法者的批评公之于众,予以公开谴责和告诫,使被处罚人的声誉、荣誉、商誉及其他精神利益受到损害,从而制裁、教育违法者,避免其再犯。另外,政府公共警告还可能是准行政行为。“准行政行为,或称表明行为,乃行政主体,就具体事实,为观念表示,而直接依法律,发生效果者之谓也……表明行为,亦有多种,兹大别为通知行为,证明行为,及受理行为……通知行为,乃对特定人或不特定人,使之知悉某事项,所为之表明行为也……凡通知行为,于受通知人,发生如何地位,概于具体场合,为法规所一定,至于不能发生若何法律效果之通知作用,则为单纯知识之动作,而非此之通知”<sup>[18]</sup>。

### 2. 单一政府公共警告行为内部之复合属性

所谓单一政府公共警告行为内部之复合属性是指一项政府公共警告因受众对象不同而具有两种或两种以上的法律属性,例如关于特定商品的消费警示,对社会大众而言即是行政事实行为,对特定商家而言则是一项具体行政行为。

通常说,行政事实行为是指行政主体依职权实施的一种不发生法律效力的行为,不会引起行政法律关系的产生、变更或者消灭,例如,铺设自来水管、维修桥梁等。具体行政行为是指行政机关在行政管理活动中,依职权就特定事项对特定的行政相对人作出的能够建立、变更或消灭行政法上的权利义务关系的单方行为。行政事实行为与具体行政行为的区别就在于行为是否具有处分性,即能否引起行政法律关系的变化。然而,行政事实行为并非是完全不发生法律效力的行为,它有可致权益损害性之特征。事实行为之作成亦会对外直接发生法律效力<sup>[19]</sup>。对行政事实行为与具体行政行为的区分由此变得困难。“对法律效果本身应理解为设定、变更或消灭相对人权利义务。而这既包括主观上是否以设定、变更或消灭相对人权利义务为目的,也包括客观上能否为相对人设定、变更或消灭一定的权利义务”<sup>[20]</sup>。实践中,存在一些行政措施,虽然行政主体主观上未意欲其产生设定、变更或消灭相对人权利义务之效果,但在客观上或事实上却产生了这样的效果。该类行为究竟是具体行政行为还是行政事实行为,学界有“主观说”和“客观说”两种观点。“主观说”认为,“行政处分与事实行为的区别,不在于一行为是否直接影响人民的权利和义务,且实际上已

对外发生效力,而在于该行为是否包括了行政法上的意思表示”<sup>[21]</sup>,换言之,对外效果是依行政主体的意志而产生,如果不是行政主体积极追求的效果,即使事实上引起了行政法律关系的产生、变更、消灭,也不是具体行政行为。从逻辑上看,“主观说”存在致命缺陷,它将行政事实行为和具体行政行为的判断标准归于行政主体意志,实际上也就将判定权交给了行政主体,这样主观说所构建的标准就被虚化了,因为标准指向行政主体意志,实际上就是行政主体说了算,标准的确定性被行政主体意志的不确定性消解。失去确定性,有标准等于没有标准。更为严重的是,如果由行政主体意志主导行为性质,行政事实行为可能成为政府规避责任的重要手段。“客观说”以是否对外发生法律效果或是否直接影响人民权利义务关系,且实际上已对外发生效果为判断标准。该说认为,“按行政机关行政公权力,就特定具体之公法事件所为对外发生法律上效果之单方行政行为,不因其用语、形式以及是否有后续行为或无记载得声明不服之文字而有异。凡直接影响人民权利义务关系,且实际上已对外发生效力者,如仍视其为非行政处分,自与宪法保障人民诉愿及诉讼权利之意旨不符”<sup>④</sup>。显然,客观说更具可操作性,且更有利于保障人民的合法权利,故对具体行政行为之判定标准宜采客观说。在实践中,一些政府公共警告的受众对象并不单一,例如涉及到特定商品的消费警示,其受众对象有两大类,一类是消费者,另一类则是商家。对于消费者来说,政府公共警告通常不会直接影响消费者的权利义务关系,可归为行政事实行为;而对于商家而言,消费警示如同销售禁令,知悉该消费警示的社会大众通常会拒绝购买、使用该商品,商家的经营活动势必受到影响,依客观说之标准,应将其归入具体行政行为。以此观之,一项公共警告行为就可能出现了两种不同的结果,其复合属性显而易见。

### 三、政府公共警告的可诉性探讨

司法监督是确保政府公共警告行为适当性的最后一道防线。事后性司法审判程序设置能促使行政机关以谨慎态度发布公共警告,并为人民权益之救济提供了可能,从而确保公民、法人和其他组织之合

法权益免于政府性组织的非法侵害。加强对政府公共警告的司法监督首先要明确政府公共警告的可诉性问题。

#### (一)“法律效果主义”下的可诉性

政府公共警告是否可诉的关键在于其法律属性的确定。简单地将政府公共警告视为非权力性行政行为或行政事实行为的直接结果是公权力主体的政府公共警告行为不具可诉性,受害人也就无法以政府公共警告行为侵害自己利益为由提起行政诉讼。采非权力性行为说者不在少数。但此说并未考虑到政府公共警告的特殊性,与法治国家的权利保障理念无法兼容。遵循此学说将会出现受害人的权利无法得到合理救济的情形。

如前所述,政府公共警告不同于传统的行政法律行为,在法律属性上具有复合性的特点。因此,对于政府公共警告的可诉性问题,应视具体情况而定。翁岳生先生认为,行政法的“法的行为”(Rechtsakt),皆应依其行为是否发生法律效力为断,单纯之通知、报导、告示、指示、劝告、提议、社交礼节上之行为、无拘束力之鉴定或单纯的事实之叙述或理由之说明,既不发生法律效力,自非行政处分。故对行政机关向特定之个人所为之不实之报导或不正确之鉴定,信其报导与鉴定而受损害之个人,不能对此采取行政救济之手段,至于民事上之责任,当得依民法之规定请求赔偿。唯通知如含有一定的法律效力,报导与告示中带有法律性质之规定,指示与劝告附有强制之手段,鉴定与事实之叙述以及理由之说明具有法律上之拘束力时,将发生一定之法律效果,而形成行政处分,在德国这种行为被称之为“要求忍受之行政处分”(Verwaltungsakt auf Duldung)<sup>[22]</sup>。翁先生实际上是将行政事实行为进一步细化,分为单纯的事实行为和要求忍受之行政处分,这种划分的背后隐含了“并非所有的行政事实行为均不发生一定法律效果”之论断。如若通知、报导、告示、指示、劝告等行为具有一定强制力,那么,单独之“事实行为”就转变为“要求忍受之行政处分”,当政府公共警告被视为一种“要求忍受之行政处分”,那么行政相对人就可以采取救济措施,对政府公共警告行为提起诉讼。

<sup>④</sup>参见台湾大法官释字。

## (二) 内含复合属性的特定政府公共警告行为的可诉性

翁先生的观点甚为有理,具有启发意义,但似乎仍有更进一步的空间。翁先生的理论解决了整体意义上的政府公共警告的可诉性问题,即政府公共警告如果是单纯的行政事实行为则不具可诉性;如果具有强制力,则是具体行政行为,可以对其提起行政诉讼。实践中,政府公共警告可能因接受对象的不同而呈现出复合属性,例如就一特定商品的消费警示而言,对于社会大众而言即是行政事实行为,对于特定商家则是一项具体行政行为。如是此种情形,社会大众不能就该警示行为提起诉讼,而企业的生产经营者在权利受到侵害时可以通过诉讼方式寻求救济。

值得注意的是,之于社会大众的政府公共警告不可诉性只限于警示信息无误的情形之下。在当今社会,由于政府凭借其所掌握的公权力聚合了大量的社会资源,其发布的信息具有一定的权威性和很高的社会认同度。也就是说,行政机关提供的信息使相对人产生了信赖利益,如果此时信息失真,相对人并无辨识之能力,直至损害发生才会“觉醒”。在政府公共警告信息发生错误的情况下,仍限制社会大众司法救济显然有失妥当。日常生活的经验法则告诉我们:如果医院错将治疗甲的化验报告(报告显示患有肺癌)给了没有疾病的乙,致使甲错过最佳治疗时间死亡,乙因此受到精神打击,患上了抑郁症。在这种情况下,受害人就有权通过司法途径追究该医院的法律责任。行政机关在向社会大众发布政府公共警告时,如若发生信息失真,对社会造成了不利影响,由于过错引起的政府公共警告信息失真对社会危害性远远大于医疗事故。医院发生过错尚需接受司法监督,何况乎公权力机关之政府公共警告行为?“行政机关因自身的信息或情报有误而作出了不当的行政指导……指导者应考虑到行政机关在占有信息、情报方面的全面性、权威性而负有一定的补偿责任。如果行政机关与相对人不能就行政补偿争议达成一致,应当允许相对人提起相应的行政补偿诉讼”<sup>[23]</sup>,而行政责任的认定应采用违法归责原则<sup>[24]</sup>。

(三) 行政机关的自由裁量权不能排除司法审查  
行政机关在政府公共警告中具有决策裁量自由。自由裁量权往往是具体行政行为排除或限制司

法审查一个重要原由。有学者认为,对具体行政行为的合法性审查包括被诉行政行为是否为具体行政行为的审查、是否是行政机关在自由裁量范围内的审查(对行政机关在自由裁量范围内作出的具体行政行为不予审查)、对作出具体行政行为的行政机关的资格进行审查、对作出具体行政行为的依据审查、对具体行政行为的事实审查(主要证据是否充足,事实是否真实存在)以及行政行为是否违反法律规定的程序审查<sup>[25]</sup>。但是,任何行政活动均要受到司法审查是行政法治原则之高阶意涵。自由裁量并不意味着毫无限制,通过司法审查控制行政机关滥用自由裁量权已是世界各国的通行之举。中国立法亦未将行政机关的自由裁量权作为排除司法审查的理由。中国《行政诉讼法》第12条以及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条关于行政诉讼受案范围的规定并未将行政机关的自由裁量行为排除在法院案件受理范围之外,行政机关自由裁量行为仍需遵守相应的法律规范,接受法院的事后性监督。中国台湾公法学者罗传贤先生认为,“立法机关授权行政机关自由裁量的行政行为,如有法律可以适用,法院亦得就(1)是否与法律授权相符?(2)是否有证据支持?(3)是否与行政政策相符?(4)是否遵行必要之行政原则?(5)是否合乎公平和公开程序等要件,加以审查该裁量行为是否专断、反复无常、或滥用裁量”<sup>[26]</sup>。

## 四、结语

政府公共警告作为一种新兴的公共治理方式,已为许多行政主体直接或间接使用。在一个国家中,公、私活动的总量空间是相对固定的,行政活动范围的扩张意味着私领域的收缩。“公进私退”只要没有超过一定限度就不会破坏原有社会的共治生态。如果行政权的扩张使行政活动失控则意味着公权力之间的制约失衡以及社会大众的权亏益损。实践中,政府公共警告常会出现致使他人合法权益受损,侵扰社会正常秩序的情况。面对这种情形,最直接有效的制衡方法即是加强司法监督。

## 参考文献:

- [1] 陈敏. 行政法总论[M]. 4版. 台北: 陈敏自版, 2004: 21-22.
- [2] 莫于川. 行政指导行为的合法性研究[J]. 重庆大学学报: 社会科学版, 2002(1): 76-81.

- [3] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 修订本. 北京:商务印书,1996:670.
- [4] 辞海编辑委员会. 辞海[M]. 缩印本. 上海:上海辞书出版社,2000:1160.
- [5] 哈特穆特·毛雷尔. 德国行政法总论[M]. 高家伟,译. 北京:法律出版社,2000:393.
- [6] 张桐锐. 行政机关之公开警告与国家赔偿责任[C]//李钦贤. 现代法学之回顾与展望:李钦贤教授六秩华诞祝寿论文集. 台北:元照出版有限公司,2008:668-670.
- [7] 和田英夫. 现代行政法[M]. 倪健民,译. 北京:中国广播电视出版社,1993:145.
- [8] 张桐锐. 论行政机关对公众提供资讯之行为[J]. 成大法学,2001(2):143-144.
- [9] 朱春华. 公共警告与“信息惩罚”之间的正义[J]. 行政法学研究,2010(3):84-85.
- [10] 叶必丰. 具体行政行为构架下的政府信息公开[J]. 中国法学,2009(5):29-31.
- [11] 邓刚宏. 论行政公告的司法救济[J]. 行政法学研究,2009(1):76-80.
- [12] 汉斯·J·沃尔夫,奥托·巴霍夫,罗尔夫·施托贝尔. 行政法(第2卷)[M]. 高家伟,译. 北京:商务印书馆,2007:16,30.
- [13] 陈春. 行政法之学理与体系[M]. 台北:台湾三民书局,1996:184-213.
- [14] 黄晶晶. 行政公共警告的类型化和法治化[D]. 北京:中国政法大学,2007:5.
- [15] 汤德宗. 政府资讯公开法比较评析[J]. 台大法学论丛,2006(6):39.
- [16] 顾仁达. 消费信息发布制度在社会监督中的影响力[J]. 上海政法学院学报,2005(4):13-14.
- [17] 李震山. 行政法导论[M]. 7版. 台北:三民书局,2007:241.
- [18] 范扬. 行政法总论[M]. 北京:中国方正出版社,2005:190.
- [19] 黄俊杰. 行政机关之事实行为[J]. 月旦法学教室,2010(84):8-9.
- [20] 周佑勇. 行政法原论[M]. 北京:中国方正出版社,2000:128.
- [21] 陈爱娥. 行政处分存否的认定标准与行政法院“适用”大法官解释的方式[J]. 法令月刊,2000(10):225-231.
- [22] 翁岳生. 行政法与现代法治国家(论行政处分之概念)[M]. 翁岳生自版,1990:14-16.
- [23] 王士如. 中国行政指导的司法救济[J]. 行政法学研究,2004(4):51-56.
- [24] 徐信贵. 政府公共警告不作为与作为的赔偿责任分析[J]. 吉首大学学报:社会科学版,2012(2):122-128.
- [25] 吴锦标. 对具体行政行为合法性审查的法律思考[J]. 法律适用,1993(11):21-23.
- [26] 罗传贤. 行政程序法论[M]. 台北:五南图书出版有限公司,2000:36.

## The Interpretation of Government Public Warning in Pulic Law and the Litigious Nature of Government Public Warning

XU Xingui

(Chongqing Administration College, Chongqing 400041, P. R. China)

**Abstract:** The legal nature of public warning is complex. In terms of overall concept, public warning may be a concrete administrative-action or a factual administrative action. Sometimes, it can be a quasi-administrative action. The legal nature of a specific consumer alert is up to recipients of the warning information. The opposite target audience determines the different legal nature of a specific consumer alert. Government public warning has the litigious nature. We should strengthen the judicial control of the public warning.

**Key words:** government public warning; pulic law; litigious nature

(责任编辑 胡志平)

# 论中国学术推进型法治构建模式

尹华广<sup>1,2</sup>

(1. 重庆大学 法学院, 重庆 400044, 2. 绍兴市“枫桥经验”研究所, 浙江 绍兴 312000)

**摘要:**中国的法治发展模式,是一种构建型模式。大多数学者偏重于从推动法治发展的政治因素来命名与研究中国法治构建模式。文章着重从推动法治发展的学术因素来命名与研究中国法治构建模式,并提出了以学术推进法治构建的具体模式:即“政—学—政—术”模式。按照顺序,其中,“政”指坚持基本的政治原则;“学”指提出各种法治建设的学术思想、观点;“政”指通过专业的政治运作程序确定某一种思想、观点为主流意识形态的法治建设思想、观点;“术”指通过具体的措施将主流意识形态的法治建设思想、观点具体落到实处。

**关键词:**学术;政治;法治构建;模式

**中图分类号:**DF0

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5831(2012)04-0084-05

从世界法治发展的历程看,法治发展的模式主要有两种:一种是早期西方发达国家的自然演进型法治发展模式,另一种是广大发展中国家正在进行的构建型法治发展模式。学界通常认为,中国的法治发展模式是一种构建型而不是自然演进型的发展模式。关于中国法治构建的模式,大多数学者偏重于从推动法治发展的政治因素来命名与研究。从学术角度命名与研究的还不多见,笔者试图从此角度进行探索,提出中国法治构建模式的新设想。

## 一、中国法治构建模式述评

中国法治发展应该采用构建型的发展模式,对此,学界基本上已无争议。但对于法治构建的具体模式,学者有不同的看法。总体说,大致有以下两种不同观点:第一,单一型法治构建模式,即只包含一种方式或一种推进力量的法治构建模式,如郭学德先生提出的“政府推进型”法治构建模式<sup>[1]</sup>;第二,综合型法治构建模式,即包含了两种或两种以上方式或推进力量的法治构建模式,如舒国滢先生认为,中国应实行“政府推进型与社会推进型相结合,以政府推进法制为主导”的法治构建模式<sup>[2]</sup>,袁曙宏先生、韩春晖先生认为,中国应实行“政府推进与公民参与有机结合”的法治构建模式<sup>[3]</sup>,杨亚佳先生认为,中国应实行“党领导下的政府(政党)与公民互动式”法治构建模式<sup>[4]</sup>,杨朝晖先生认为,中国应实行“重视注重本土化与国际化的协调”的法治构建模式<sup>[5]</sup>。最有意思的是谢晖先生提出了“包括经验与建构”的法治构建模式,他认为,“即便我们同时借鉴了大陆构建理性主义法治模式和英美经验主义法治模式,对中国而言,其仍然是一种建构,因为两种法治模式均非中国自身的经验,相对于中国人治主义传统,它的革命性和对传统文化内容的合理否定性,当然是一种建构”<sup>[6]</sup>。

收稿日期:2012-05-25

作者简介:尹华广(1970-),男,湖南邵阳人,重庆大学法学院博士研究生,绍兴市“枫桥经验”研究所负责人,主要从事法理学研究。