

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2020.06.013

论行政约谈法治化路径

彭 波^{1,2}

(1. 华东政法大学 法律学院, 上海 200042; 2. 忻州师范学院 法律系, 山西 忻州 034000)

摘 要: 行政约谈在实施中存在“缺位”“越位”以及缺乏实效的困境, 在制度上存在立法层次低以及不健全的缺陷。应定位行政约谈为行政事实行为中的非正式行政行为, 将行政约谈的类型分为常态的行政约谈与异化的行政约谈; 常态的行政约谈包括行政指导型约谈与行政调解型约谈, 异化的行政约谈包括行政命令型约谈与行政处罚型约谈。应制定《行政约谈条例》进行统一立法, 以“依法约谈”为基本原则, 以政府职能边界、约谈对象违法情形、与其他行政行为关系三个标准确定行政约谈的适用范围, 构建能够保障约谈对象与公众的知情权、参与权以及行政约谈的实效性、效率的程序制度, 将行政命令型约谈、行政处罚型约谈、规制性行政指导型约谈纳入行政救济的范围。

关键词: 行政约谈; 行政事实行为; 非正式行政行为; 法治

中图分类号: D922.1

文献标志码: A

文章编号: 1674-117X(2020)06-0095-08

引用格式: 彭 波. 论行政约谈法治化路径[J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2020, 25(6): 95-103.

On the Path of Ruling by Law in Administrative Interview

PENG Bo^{1,2}

(1. School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China;
2. School of Law, Xinzhou Teachers University, Xinzhou Shanxi 034000, China)

Abstract: In the implementation of administrative interview, it falls into the predicament of “vacancy”, “offside” and lack of actual effect. There are low level of legislation and some other defects in the system. Administrative interview should be defined as an informal administrative act in administrative factual act, and the types of administrative interview may be divided into normal administrative interview and dissimilated administrative interview. The normal administrative interview includes the administrative guidance interview and the administrative mediation interview. The alienation administrative interview includes the administrative command interview and the administrative punishment interview. The regulations on administrative interview should be formulated for the uniform legislation, taking “interview according to Law” as the basic principle. The scope of application of administrative interview is determined by three criteria: the boundary of government functions, the illegal situation of the interviewees and the relationship with other administrative acts. Country

收稿日期: 2020-10-29

基金项目: 国家社科基金一般项目“‘放管服’改革背景下行政收费设定范围研究”(19BFX059)

作者简介: 彭 波(1976—), 男, 湖南常德人, 华东政法大学博士研究生, 忻州师范学院讲师, 日本神奈川大学访问学者, 中国人民大学比较行政法研究所助理研究员, 研究方向为行政法学与行政诉讼法学。

should build a procedural system that can guarantee the rights of the interviewees and the public to know and participate and the effectiveness and efficiency of administrative interviews. Administrative order-type interview, administrative punishment-type interview and regulatory administrative guidance-type interview should be fallen into the scope of administrative relief.

Keywords: administrative interview; administrative factual behavior; informal administrative behavior; ruling by law

行政约谈起源于香港地区税务局针对纳税主体的“喝咖啡”制度^[1],引入内地之后,在行政执法领域得以广泛适用,取得了良好的效果。《国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见》(国发〔2019〕18号)将行政约谈作为加强事中事后监管的重要手段加以规定:“对情节轻微、负面影响较小的苗头性问题,在坚持依法行政的同时,主要采取约谈、警告、责令改正等措施,及时予以纠正。”^[2]该意见体现了行政约谈在监管型国家建设中的重要作用。然而,作为一种新型的执法手段,其在实践运作中存在什么困境、有什么制度缺陷、如何进行法治化,都值得我们深入思考。

一 行政约谈的实践困境与制度缺陷

(一) 行政约谈的实践困境

1. 行政约谈的“缺位”与“越位”问题

(1) 约谈缺位。约谈缺位主要包括约谈不作为和选择性约谈两种情形。前者是指约谈对象存在约谈事由时,约谈主体怠于启动约谈程序,不与约谈对象约谈;后者是指当若干约谈对象存在相同的约谈事由时,约谈主体本应对所有的约谈对象进行约谈,但其却基于自身的利益偏好进行选择,仅对个别约谈对象进行约谈,而对其他潜在约谈对象不予约谈^[3]。

(2) 约谈越位。约谈越位主要表现为三个方面:第一,约谈主体超越职权范围。例如,因价格波动,国家发改委2011年3月30日约谈宝洁、联合利华、纳爱斯等日化企业,2011年5月6日约谈洋奶粉企业,2011年9月16日约谈部分白酒企业^[4]。价格的涨跌本来是市场机制决定的事情。供不应求;价格上涨,供过于求,价格下跌。国家发改委却采用约谈的手段来解决价格波动问题,这就明显超越了其职权范围。第二,“以谈代罚”。

即针对约谈对象的违法行为,本应对其处以行政处罚、追究法律责任,但约谈主体仅对其进行约谈,而不予以行政处罚。例如,在机动车道大跳街舞,本应依据《道路交通安全法》予以处罚,交警部门却仅对跳舞者进行了约谈教育^[5]。第三,“约谈异化”。行政约谈作为一种新型执法手段,本来具有弱强制性与协商性,但是约谈主体将其异化为具有强制性与单方性的传统执法方式。

2. 行政约谈的实效性问题

在实践中,行政约谈的实效经常被人诟病,被形容为“撒娇的小粉拳”^[6]。其主要表现为约谈对象不来约谈,或者谈完以后并不真正实施整改。例如,就机票天价退改费问题,江苏消费者权益保护委员会约谈涉事的8家航空公司、7家旅游平台,但它们无一前来接受约谈^[7]。

(二) 行政约谈的制度缺陷

1. 行政约谈立法层次低

尽管“约谈”一词在法律、法规、规章等各个层次的法律规范文本中都已出现,但据笔者在北大法宝上的搜索,目前专门规定行政约谈的法律规范文本数量为:法律、行政法规、地方性法规、规章均为0部,部门规范性文件为15部,地方规范性文件为256部(以“约谈”为关键词,搜索时间为2020年5月12日)。专门规定行政约谈的法律规范文本仅存在于规范性文件层次,没有专门立法,法治化、规范化程度不高。

2. 行政约谈制度不健全

尽管我国存在大量行政约谈的专门规范性文件,但是,这些规范性文件所建构起来的约谈制度却存在许多不健全之处,主要表现在:

(1) 行政约谈原则随意。在专门规范性文件中是否规定基本原则很随意,即使规定了基本原则,规定哪些基本原则也很随意。例如,在目前所能查找到的15部部门规范性文件中,共有11部没

有规定基本原则，约占到部门规范性文件的四分之三。在为数不多规定了基本原则的规范性文件中，规定也不尽相同。如《铁路专用设备产品质量安全监管约谈暂行办法》（国铁设备监〔2017〕38号）第5条规定为“监管与指导、矫正与预防相结合，依法合规实施”，《社会组织登记管理机关行政执法约谈工作规定（试行）》（民发〔2016〕39号）第3条规定为“依法、合理、及时、有效”，《质量技术监督行政执法约谈工作指南》（国质检执函〔2015〕200号）第6条规定为“合法、合理、及时、有效”。

（2）行政约谈适用范围混乱。如《药品管理法》第99条第3款规定为“有证据证明可能存在安全隐患”，《疫苗管理法》第72条第1款规定为“存在安全隐患、未及时采取措施消除的”，《网络安全法》第56条规定为“存在较大安全风险或者发生安全事件的”，《境外非政府组织境内活动管理法》第41条第2款第1项规定为“涉嫌违反本法规定行为的”，《社会组织登记管理机关行政执法约谈工作规定（试行）》（民发〔2016〕39号）第2条规定为“发生违法违规情形”，《互联网新闻信息服务单位约谈工作规定》（国家互联网信息办公室2015年4月28日发布）第2条第2款规定为“发生严重违法违规”，《电力安全监管约谈办法》（国能发安全〔2018〕79号）第4条规定为“有必要”^[8]。

从以上所举的数例来看，涉及行政约谈的立法及规范性文件对约谈的适用范围采用了不同的标准。有非常宽泛的“必要性”标准，有“风险”标准，有“安全隐患”标准，有“违法违规”标准。在“违法违规”标准方面，又有“涉嫌违法”“一般违法”“严重违法”标准，呈现了极其混乱的状态。

（3）行政约谈程序规范欠缺，主要表现在以下四个方面：

第一，目前不存在关于行政约谈程序的专门法律。我国的行政法制建设，在行政行为领域已经完成了《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》的立法工作，目前正在进行《行政处罚法》的修改。这三部重要的行政行为法，主要是关于行政处罚、行政许可、行政强制的程序规定。但是，目前并没有关于《行政约谈法》的立法计划，在可以展望的相当长一段时期内，也不存在通过一部专

门的法律对行政约谈的程序进行规范的可能性。

第二，目前我国在中央层面没有行政程序的统一立法，在地方层面已有若干行政程序的专门的地方性法规、地方政府规章和地方规范性文件，但在这些地方规定中，也并没有明确将行政约谈纳入其适用范围。

第三，在已有的规定行政约谈的专门规范性文件中，即使对行政约谈的程序进行了较为细致的规定，也是从方便开展约谈工作或约谈主体有效实施行政目标的目的出发，并没有将保障约谈对象的程序权利和贯彻正当程序原则作为规范性文件的制定目的与重点。

第四，在已有的规定行政约谈的专门规范性文件中，对相关的程序制度是否规定以及如何规定，存在不一致之处。如关于回避制度，据笔者在北大法宝上的搜索，除了《铁路专用设备产品质量安全监管约谈暂行办法》（国铁设备监〔2017〕38号）、《邮政市场监管约谈办法（试行）》（国邮发〔2016〕88号）外，其他部门规范性文件均没有作出规定，在262部规定行政约谈的地方规范性文件中，也仅有34部作出规定（以“约谈”“回避”为关键词，搜索时间为2020年5月12日）。而在这些规范性文件中，关于回避的适用情形，有的规定为“直接利益关系”，如《银川市食品安全工作责任约谈办法》（银政办发〔2018〕38号）第6条；有的规定为“利益关系”，如《合肥市食品药品安全责任约谈制度》（合政办〔2016〕59号）第7条；有的规定为“利害关系”，如《宁夏回族自治区食品安全工作责任约谈办法》（宁政办发〔2017〕166号）第9条。

（4）行政约谈救济缺位。关于行政约谈是否可以申请行政复议、提起行政诉讼或请求国家赔偿等问题，《行政复议法》《行政诉讼法》《国家赔偿法》均无明确规定，学术界也缺乏系统、深入的研究，导致相关的救济制度习惯性缺位。

二 行政约谈的属性与类型

要解决行政约谈的实践困境与制度缺陷，法治化无疑是未来的改革方向，法治化的前提则是要正确界定行政约谈的属性与类型。

（一）行政约谈的属性

关于行政约谈的属性，学术界一直存在争议，

主要有非独立行政行为与独立行政行为之争^[4]、行政事实行为与行政法律行为之争^[9]、行政指导行为^[10]与新型行政行为^[11]之争等。

笔者认为,关于行政约谈的属性,应从以下四个层面进行分析。

第一,关于其是非独立行政行为还是独立行政行为的问题,应将其认定为独立行政行为,不能因为其有调查、了解的功能,就否认其行为的独立性。

第二,关于其是行政法律行为还是行政事实行为的问题。行政事实行为区别于行政法律行为主要在于两个方面:一方面行政事实行为缺乏法律效力,很多行政事实行为根本就没有被法律化,行政事实行为对人的“指引”是依靠事实上的“力”而非法律上的“理”;另一方面行政事实行为不直接产生法律效果,而是仅直接产生事实效果^[12]。根据这两个方面的标准,在我国目前的状况下,行政约谈应属于行政事实行为,主要原因在于:其一,行政约谈缺乏法律效力。我国目前关于行政约谈的专门性规范并没有被法律化,而且,行政约谈往往要经过以下过程:首先,约谈主体说明约谈事项和目的,通报约谈对象存在的问题;其次,约谈对象就约谈事项进行陈述说明,提出下一步拟实施的整改方案;最后,约谈主体和约谈对象进行讨论分析,确定整改方案。从整个过程来看,行政约谈实质上是约谈对象在约谈主体的指导下作出的加强自我规制的一种承诺行为。约谈对象之所以作出加强自我规制的承诺,是基于行政机关事实上的强制力——在我国现实状况中行政机关所具有的优越地位。其二,行政约谈不直接产生法律效果,仅直接产生事实效果,其体现为约谈主体帮助约谈对象形成整改方案——一种约谈对象加强自我规制的承诺。整改方案可能减损了约谈对象的权利或者增加了约谈对象的义务,即产生了一定的法律效果,但这一法律效果的产生是约谈对象加强自我规制的结果,而非约谈主体对其直接进行的设定。

第三,在认定行政约谈属于行政事实行为之后,对行政约谈属性的分析,需要增加一个层次。行政事实行为中包括很多非正式行政行为。所谓非正式行政行为,是指行政主体按照非正式程序作出的,不以强制行政相对人服从、接受为特征

的行政行为^[13]^[128]。非正式行政行为在行政程序、权力程度、法律效果等方面是非正式的,带有协商性、参与性的特点,能够以一种非正式的方式更好地处理与行政相对人之间的关系^[13]^[128-130]。因此,引入“非正式行政行为”概念来界定行政约谈的属性,能够更好地聚焦行政约谈的特点,为其法治化提供切实有效的方案。

第四,在此基础上,关于行政约谈的具体行为属性,是属于行政指导行为还是新型行政行为,抑或属于其他类型的行政行为,则需要根据行政约谈的具体情形进行类型化的分析。

(二) 行政约谈的类型

1. 异化的行政约谈

按照行政约谈是否具有协商性,可以分为常态的行政约谈与异化的行政约谈。行政约谈作为一种柔性的执法方式,具有协商性的特点。如果行政约谈的过程没有体现协商性,而仅是约谈主体的单方意志体现,那么行政约谈的属性便发生了根本变化,成为异化的行政约谈。异化的行政约谈包括两种情形:

第一种是行政命令型约谈。例如《互联网信息服务单位约谈工作规定》第2条第2款规定:

“本规定所称约谈,是……进行警示谈话、指出问题、责令整改纠正的行政行为。”在该款中,对互联网信息服务单位约谈的行为内容之一为责令整改纠正,并没有体现行政约谈的协商性,而是一种具有单方性、强制性的行政命令行为,这种类型的行政约谈,可以称为行政命令型约谈。

第二种是行政处罚型约谈。例如《国家食品药品监督管理局关于建立餐饮服务食品安全责任人约谈制度的通知》(国食药监食〔2010〕485号)规定:“凡被约谈的餐饮服务提供者,两年内不得承担重大活动餐饮服务接待任务。”该项规定就体现了餐饮服务食品安全约谈对约谈对象权利、义务的制裁性,可以将这种行政约谈称为行政处罚型约谈。

2. 常态的行政约谈

与异化的行政约谈相对的是常态的行政约谈。在常态的行政约谈中,主要包括行政指导型、行政调解型两种类型。有的规范性文件直接将行政约谈定性为行政指导行为;还有一些规范性文件尽管没有对行政约谈进行属性归类,但从其描述

的行政约谈的功能与内容来看，也与行政指导的行为方式相契合。在行政指导型约谈中，主要表现为两种亚类型：一种是一般行政指导型，这种类型的行政约谈，没有强制力；另一种是规制性行政指导型，这种类型的行政约谈，具有事实强制力。所谓规制性行政指导，“是指为了维持和增进公共利益，预防危害公共利益的现象发生，对违反公共利益的行为加以规范和制约的行政指导”^{[14]537}。规制性行政指导又可分为独立行政指导和附带行政指导两类，附带行政指导又包括事前劝告行政指导、更正劝告行政指导、对申请人进行劝告行政指导三种^{[14]537-540}。

在探讨行政约谈时，特别需要注意的是其中的更正劝告行政指导。更正劝告行政指导，是指“存在违反法律规定的标准的状态时，劝告相对人更正该状态的行政指导”^{[14]539}。在《电力安全监管约谈办法》（国能发安全〔2018〕79号）、《铁路安全生产约谈实施办法（试行）》（国铁安监〔2018〕84号）、《安全生产约谈实施办法（试行）》（安委〔2018〕2号）等大量规范性文件中，关于行政约谈的功能与内容，均被表述为“提醒”“告诫”“督促”“整改”，说明在行政指导型约谈中，具有更正劝告功能的约谈是大量存在的。存在疑问的是，更正劝告型行政指导似乎只是一种“劝告”，相对人似乎具有某种服从的任意性，而行政约谈中存在督促的内容，带有某种强制力，二者似乎并不契合。

这种疑问实际是对规制性行政指导（尤其更正劝告型行政指导）的误读。正如杨建顺教授在论及行政指导的非强制性时所言，行政指导服从的任意性，只是作为一般原则，在实践中，行政指导并不都具有服从的任意性。规制性行政指导具有权力规制代用物的特征，实际上由不得相对人的任意选择，行政机关以其法律上的权限为背景，要求相对人必须服从的情形普遍存在^{[14]540,541}。因此，经过协商以后督促行政相对人改正的行政约谈与规制性行政指导中的更正劝告型行政指导是相契合的，可以将这种具有事实强制力的行政约谈称为规制性行政指导型约谈。

常态的行政约谈还包括行政调解型约谈。例如，《北京市司法行政机关律师类行政约谈办法（试行）》（京司发〔2016〕51号）第3条规定：“对

律师和律师事务所的行政约谈（以下简称行政约谈），是指司法行政机关以约见、谈话等方式……调解其内部矛盾、纠纷。”第11条更是明确规定：

“律师、律师事务所相关人员可以主动申请司法行政机关进行行政约谈，帮助其化解内部矛盾。符合行政调解条件的，司法行政机关应当依据《北京市行政调解办法》进行行政调解。”

三 行政约谈法治化的路径与内容

（一）行政约谈法治化的路径

如前所述，行政约谈的专门规范主要是规范性文件，立法层次偏低，因此，有必要提高行政约谈专门立法的层次，加强行政约谈的法治化。

行政约谈作为一种新型执法方式在我国的实践时间并不长，各个领域的行政约谈差异性较大，在短期内制定一部与《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》类似的《行政约谈法》并不现实。在对现行的行政约谈的规范性文件进行清理的基础上，在未来的《行政程序法》中专设一节对“行政约谈”进行规范，可能是一种比较好的法治化方案。但是，由于我国中央层面的行政程序统一立法迟迟没有启动，考虑到对行政约谈立法的紧迫性，目前比较可行的方案是国务院制定专门的《行政约谈条例》对行政约谈的共性问题进行统一规定，对于各个领域行政约谈的特殊问题，可以由国务院各个工作部门、地方各级人民政府或地方人民政府工作部门针对本部门、本地区的实际情况通过部门规章、地方政府规章或者其他规范性文件的方式进行进一步细致地规定。

（二）行政约谈法治化的内容

1. 行政约谈的原则

行政约谈原则是指导行政约谈立法与实施的基础性规范，是行政法基本原则在行政约谈领域的具体体现。关于行政法的基本原则，由于我国还没有制定《行政程序法》或《行政法总则》，行政法到底应该有哪些基本原则，目前仍处在学理探讨的阶段。2004年国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》（国发〔2004〕10号，以下简称“《依法行政纲要》”）提出“依法行政”的基本原则，并将依法行政分解为六个方面的要求，包括合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一。

行政约谈也应以“依法约谈”作为基本原则,并把这六个方面的基本要求作为行政约谈立法与实施的基础性规范。由于程序正当、高效便民、权责统一与后文的行政约谈程序、救济相关,因此,笔者在本节仅探讨合法行政、合理行政与诚实守信三个方面。

(1)关于“合法行政”方面,《依法行政纲要》从法律优位与法律保留两个方面提出了要求。

第一,法律优位。法律优位要求行政约谈应当依照法律、法规、规章的规定进行,但在目前行政约谈的规范性文件和实践运作中,依然存在违反法律优位的情况。例如,《国家食品药品监督管理局关于建立餐饮服务食品安全责任人约谈制度的通知》(国食药监食〔2010〕485号)规定:“凡因发生食品安全事故的餐饮服务提供者,应依法从重处罚,直至吊销餐饮服务许可证,并向社会通报。”该款设定了作为从重处罚后果的吊销餐饮服务许可证,而根据《行政处罚法》第11—14条的规定,其他规范性文件不得设定行政处罚,更不得设定只能由法律、行政法规才能设定的吊销企业营业执照的行政处罚。所以,该通知明显违反了《行政处罚法》的规定。

第二,法律保留。所谓法律保留,是指行政机关的活动仅于法律授权的情形下始得为之。法律上没有规定,行政机关便不得进行任何活动。关于法律保留的适用范围争议较大,目前有侵害保留说、全部保留说、重要事项保留说、权力保留说等各种学说^[14]103-108。我国目前采用的是侵害保留说,《依法行政纲要》规定:“没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。”行政约谈作为一种行政事实行为,一般情况下不会影响公民、法人和其他组织的合法权益或者增加其义务,因此,原则上不需要法律、法规、规章的依据;但是如果是具有事实强制力的行政约谈,应该属于法律保留的适用范围,要求具有法律、法规、规章的依据,这一点与行政指导类似。“事实上具有强制效果和制裁性,而且是经常反复使用的行政指导,应当具有具体的法依据。”^[15]

(2)关于“合理行政”方面,《依法行政纲要》从平等原则、考虑相关因素原则、比例原则三个

方面提出要求。具体到行政约谈方面,需要特别注意符合平等原则和比例原则。

第一,平等原则。这一原则要求约谈主体不能进行“选择性约谈”,在符合约谈事由的情形下,没有其他的原因,都应该进行约谈。在有众多约谈对象同时参与约谈时,约谈主体也应不偏私、不歧视,平等对待参加约谈的对象。因为约谈本身也是一个协商对话的平台,作为一种柔性执法方式,在约谈过程中,约谈主体与约谈对象应该尽量平等,充分协商。

第二,比例原则。行政约谈作为一种有可能侵害行政相对人权益的监管工具,应该受到比例原则的规制。比例原则包括目的正当性原则、适当性原则、必要性原则和均衡性原则“四个阶层”的规范结构^[16]。首先,行政约谈所实现的监管目标要具有正当性;其次,行政约谈能够达到所要实现的监管目标;再次,在所有可能采取的监管工具中,行政约谈这种监管工具对行政相对人所造成的损害最小,没有其他更为柔性的监管工具可以采用;最后,需要考量行政约谈的成本与收益,如果对行政相对人造成损害时,其所损害的利益与所欲实现的公共利益不能明显失衡。

(3)关于“诚实守信”方面。行政约谈作为一种广泛适用的监管工具,与中华民族“和为贵”的文化传统不谋而合,其所具有的双方性、合作性和柔软性特质,要求约谈双方之间能够诚信相待和相互尊重^[17]。约谈作为一种对话、协商的过程,首先要求约谈双方在约谈过程中提供的信息应该真实,这不但是对约谈主体,也是对约谈对象提出的要求;其次要求约谈主体遵循信赖保护原则,约谈对象对约谈主体的指导行为所具有的信赖利益应该给予保护。

2. 行政约谈的适用范围

如前所述,关于约谈的专门规范性文件,往往都是从正面对哪些事项可以约谈进行规定。笔者认为,在未来法治化进程中,对约谈适用范围的界定,应该转换思路,采用负面清单的方式,对不应纳入适用范围的事项进行规定。负面清单的确定标准和事项包括以下方面:

第一,政府职能边界标准。首先,处理好政府与市场的关系,应该使市场在资源配置中起决定性作用。但是,由于市场竞争不完备,信息并

不完全充分，市场存在外部性、搭便车现象等，可能导致市场失灵的现象^[18]。行政约谈的适用范围应限定为矫正市场失灵。其次，处理好政府规制与自我规制的关系，企业通过自我规制能够解决的，不能启动约谈。例如《食品药品安全责任约谈办法》（公开征求意见稿）在第2条规定约谈的事由时，将其限定为“针对药品、医疗器械、保健食品、化妆品研发单位、生产经营企业和医疗机构以及餐饮服务单位在工作中可能存在的问题”。“在工作中可能存在的问题”作为约谈的适用范围，明显过于宽泛。企业经营中的问题可以自行解决的，应由经营企业自我负责。如果监管部门动辄约谈，必然会妨碍企业的经营自由，也难以发挥约谈制度备而不用效果^[19]。

第二，约谈对象违法情形标准。行政约谈的适用范围应限定为行政相对人行为潜在违法、轻微违法、造成一定损害但法律尚未规定为违法三种情形^[20]。对于行政相对人的一般违法与严重违法的情形，不应纳入行政约谈的适用范围，不能“以谈代罚”。

第三，行政约谈与其他行政行为关系标准。根据本文前述的比例原则，行政约谈作为一种劝服机制，当这种机制无法有效发挥功能时，就违反了比例原则中的适当性原则，此时，没有必要采用行政约谈，而应直接采用其他传统的行政行为如行政处罚等执法手段。

3. 行政约谈的程序

行政约谈作为一种非正式行政行为，重要特征为程序的非正式性。“在程序法上则表现为程序的自由或协商——亦即‘非正式程序’。”^{[13]129}但是，“非正式程序”并非等同于“非程序”，在保持行政约谈的自由与灵活的同时，同样需要一定限度的程序规定，满足“最低限度公正”的要求。

由于行政约谈适用领域非常广泛，各个领域的约谈可能差异非常之大（例如税务约谈与环保约谈），因此，行政约谈的程序制度包括两个层面：行政约谈的一般程序与各个领域的行政约谈特殊程序。在行政约谈的一般程序方面，特别需要注意以下程序制度的构建：

第一，对约谈对象与公众的知情权、参与权的保障。在约谈前，约谈主体应采用书面的方式通

知约谈对象，告知约谈的目的、事项、理由、依据、时间、地点以及需要提交的相关材料，并给予约谈对象必要的准备时间。在约谈时，约谈主体应该告知约谈对象享有陈述权、申辩权，保障约谈对象充分发表意见的权利^[21]。因行政约谈涉及公共利益，应该保障公众的知情权；涉及行政约谈的相关政府信息，应该根据《政府信息公开条例》的相关规定向公众公开。

第二，保障行政约谈实效性的程序制度。首先，根据约谈方式的不同，行政约谈可以分为单独约谈与集中约谈。为了保障约谈的实效，在程序设计上应该更多采取单独约谈的方式，因为对多数约谈对象的集中约谈，不利于约谈主体与约谈对象商谈的深入，难以形成具有针对性和可操作性的整改方案^[22]。其次，要构建约谈回访评估制度。约谈主体需要建立一套机制，在对约谈对象约谈后，对约谈对象承诺的整改方案实施情况进行跟踪回访并作出评估，并根据评估的结果决定下一步的处理，从而避免“屡谈屡改、屡改屡谈”的恶性循环^[23]。回访评估可以由约谈主体作出，也可以由约谈主体委托第三方专业机构作出。这一程序制度在个别的规范性文件中已经作出规定（如《互联网新闻信息服务单位约谈工作规定》第7条），值得将其确立为行政约谈程序的一般制度。

第三，保障行政约谈效率的程序制度。首先，需要规定约谈的时限制度，在出现约谈事由时，约谈主体应该及时启动约谈；其次，行政约谈作为一种非正式行政行为，具有程序的非正式性。因此，在约谈会议的程序方面，并不需要全部采用听证程序，应该是以简易程序为主。在约谈会议的形式方面，既可以采用约谈主体与约谈对象面谈的形式，也可以更多采用“云会议”的形式，以提高行政约谈的效率。

4. 行政约谈的救济

如前所述，行政约谈的类型包括常态的行政约谈与异化的行政约谈。常态的行政约谈包括行政指导型约谈、行政调解型约谈，异化的行政约谈包括行政处罚型约谈、行政命令型约谈。

《行政复议法》第6条第1项、第7项规定行政处罚决定、行政机关违法要求履行义务的具体行政行为属于行政复议范围，《行政诉讼法》第

12条第1项、第9项同样规定行政处罚决定、行政机关违法要求履行义务的行政行为属于行政诉讼受案范围。行政处罚型约谈实质上属于行政处罚决定,行政命令型约谈实质上属于单方要求约谈对象履行义务的行政命令决定。因此,根据《行政复议法》与《行政诉讼法》的规定,应属于行政复议范围和行政诉讼的受案范围。

值得探讨的是行政调解型约谈和行政指导型约谈,这两种行政约谈的实质为行政调解和行政指导。关于行政调解与行政指导的可诉性问题,《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〔2018〕1号)在第1条第2款第2项、第3项均明确将其排除出行政诉讼的受案范围,但是《行政诉讼法》在2014年修改时,将受案范围的行为标准从“具体行政行为”修改为“行政行为”,根据《行政诉讼法》释义书的解释,可诉的行政行为包括了行政事实行为^[24]。行政调解型约谈与行政指导型约谈既然属于行政事实行为,那么将其排除出行政诉讼受案范围,就与《行政诉讼法》修改之后扩大受案范围的趋势相矛盾,而且,正如前文的分析,行政约谈,尤其其中的规制性行政指导型约谈,具有事实强制力,容易对约谈对象的权益造成损害,因此,有必要将其纳入行政诉讼的受案范围。

《行政复议法》第8条第2款规定:“不服行政机关对民事纠纷作出的调解……依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。”该款明确将行政调解排除出了行政复议范围。对行政指导,虽然《行政复议法》与《行政复议法实施条例》没有明确将其排除出行政复议范围,但由于我国目前可申请复议的行为必须是具体行政行为,而行政指导属于行政事实行为,因此,根据目前的法律规定,也不属于行政复议范围。然而,学术界关于“把行政复议构建成为化解行政争议的主渠道”的观点逐渐成为主流观点,已经得到官方的认同,2020年2月5日,中央全面依法治国委员会召开第三次会议,习近平总书记在会议上讲话强调,要发挥行政复议公正高效、便民为民的制度优势和化解行政争议的主渠道作用^[25]。《行政复议法》的修改正在紧锣密鼓地进行,扩大行政复议范围已成为《行政复议法》修改的共识之一,行政事实行为纳入行政复议范围应可期待;因此,规制

性行政指导型约谈纳入行政复议范围也有一定可行性。

根据《国家赔偿法》第2、3、4条的规定,行政赔偿的范围应是行政机关及其工作人员违法行使行政职权侵犯行政相对人人身权或财产权的行为。违法行使行政职权的侵权行为,既可能是一种法律行为,也可能是一种事实行为。因此,如果约谈主体违法实施行政约谈,造成约谈对象人身权或财产权损害的,国家应该承担相应的赔偿责任。

参考文献:

- [1] 胡 贲. 部委“约谈”: 误解与真相 [N]. 南方周末, 2011-06-09 (B11).
- [2] 国务院. 国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见 [EB/OL]. [2020-10-5]. http://www.gov.cn/zhengce/content/2019-09/12/content_5429462.htm
- [3] 马 迅. 行政约谈裁量权的法律规制 [J]. 研究生法学, 2016, 31(5): 77-85.
- [4] 郑 毅. 现代行政法视野下的约谈: 从价格约谈说起 [J]. 行政法学研究, 2012(4): 53-59.
- [5] 如此尬舞, 约谈不足立威 [N]. 绍兴日报, 2019-12-24(3).
- [6] 浏 星. “行政约谈”别像撒娇的小粉拳 [N]. 中国青年报, 2011-01-28(2).
- [7] 史奉楚. 规范机票退费不能仅靠约谈 [N]. 中华工商时报, 2018-05-07(3).
- [8] 国家能源局. 电力安全监管约谈办法 [EB/OL]. [2020-10-5]. http://zfxgk.nea.gov.cn/auto93/201812/t20181205_3398.htm
- [9] 邢鸿飞, 吉 光. 行政约谈刍议 [J]. 江海学刊, 2014(4): 125.
- [10] 杨合庆. 中华人民共和国网络安全法解读 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2017: 122.
- [11] 朱新力, 李 芹. 行政约谈的功能定位与制度建构 [J]. 国家行政学院学报, 2018(4): 91.
- [12] 王 锴. 论行政事实行为的界定 [J]. 法学家, 2018(4): 60-61.
- [13] 熊樟林. “非正式行政行为”概念界定: 兼“非强制行政行为”评析 [J]. 行政法学研究, 2009(4): 128, 128-130, 129.
- [14] 杨建顺. 日本行政法通论 [M]. 北京: 中国法制出版社, 1998: 537, 537-540, 539, 540-541, 103-108.

(上接第102页)

(下转第118页)

- [11] 若杉浪雄. 宣伝省を創設論せよ [M]. 东京: 东亚国势调查所, 1939: 1.
- [12] 大林一之. 國策統制論 [M]. 东京: 明德会出版部, 1928: 236.
- [13] 支那事変に対する宣伝方策大綱 [G]. 日本国立公文书馆(资 00327100, 003), 1938-01-17.
- [14] 時局宣伝處理に関する件 [G]. 日本国立公文书馆(资 00327100, 007), 1939-08-20.
- [15] 對華僑宣傳方針 [G]. 日本国立公文书馆(资 00327100, 005), 1939-06-13.
- [16] 防共に関する宣伝方策 [G]. 日本国立公文书馆(资 00327100, 002), 1937-11-29.
- [17] 栗屋義純. 戦争と宣伝 [M]. 东京: 时代社, 1939: 206-207.
- [18] 情報委員會ニ関スル件 [G]. 日本国立公文书馆(纂 02186100, 017), 1936-06-19.
- [19] 朕情報委員會官制ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公佈セシム [N]. 日本政府官报(第 2848 号), 1936-07-01.
- [20] 朕情報委員會官制改正ノ件ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公佈セシム [N]. 日本政府官报(第 3220 号), 1937-09-25.
- [21] 内閣情報部分課規程 [N]. 日本政府官报(第 4019 号), 1940-06-01.
- [22] 内閣情報局機構案 [G]. 日本国立公文书馆(情 00053100, 003), 1940-09-07.
- [23] 伊藤正徳. 新聞五十年史 [M]. 东京: 鱒书房, 1943: 423.
- [24] 孙继强. 论战时日本报界国家宣传机构身份的构建: 驳日本报界“受害论”战争责任观 [J]. 新闻与传播研究, 2016, 23(5): 113.
- [25] 阳海洪, 赵亚丽. 《湘报》与晚清湖南信息传播模式的现代转型 [J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2020, 25(3): 73.
- [26] 于 森. 总体战体制下的日本舆论动员机制分析: 起源、构建与社会基础 [J]. 新闻与传播研究, 2012, 19(1): 51.

责任编辑: 黄声波

.....

(上接第 102 页)

- [15] 余凌云. 行政法讲义 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2010: 277.
- [16] 刘 权. 目的正当性与比例原则的重构 [J]. 中国法学, 2014(4): 133-150.
- [17] 马 迅, 杨海坤. 行政约谈实效性的保障机制建构: 兼论约谈法治化进阶 [J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2017(1): 84.
- [18] 胡 明. 论行政约谈: 以政府对市场的干预为视角 [J]. 现代法学, 2015, 37(1): 24-31.
- [19] 王贵松. 食品安全约谈制度的问题与出路 [J]. 食品工业科技, 2012, 33(2): 47.
- [20] 李梦露. 行政约谈问题研究 [D]. 石家庄: 河北大学法学院, 2019: 30.
- [21] 孟强龙. 行政约谈法治化研究 [J]. 行政法学研究, 2015(6): 115-116.
- [22] 汪太贤, 陈应珍. 环保督政约谈的祛魅与重塑 [J]. 河北法学, 2018, 36(11): 40.
- [23] 王延振. 行政约谈制度的法治化研究 [D]. 北京: 中国社会科学院研究生院, 2018: 18.
- [24] 全国人大常委会法制工作委员会行政法室. 中华人民共和国行政诉讼法解读 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 7.
- [25] 习近平主持召开中央全面依法治国委员会第三次会议 [EB/OL]. [2020-10-05]. http://news.youth.cn/sz/202002/t20200205_12186394.htm

责任编辑: 陈 璐