

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 992

## 行政指导及其法制化探析

石佑启

摘要: 对行政指导应进行程序规制, 并要设定相应的法律责任和救济机制, 以保障行政指导的正常运作。

关键词: 行政指导; 法制化; 程序规制; 责任与救济

### 一、行政指导存在的原因与意义分析

第二次世界大战以后, 特别是20世纪60年代以来, 在实行市场经济的国家的行政管理中, 行政指导得到了越来越广泛的应用, 成为对传统的行政法治的重要补充。所谓行政指导, 是指行政主体在其职责任务和管辖的事务范围内, 为实现一定的行政目的, 采用说服、教育、示范、劝告、告诫、鼓励、建议、指示等不具有法律强制力的方法, 促使相对人为或不为一定行为的非强制性行为。行政指导属于“积极行政”的范畴。行政有积极行政与消极行政之分。古典市场经济条件下的行政是消极行政, 即政府扮演着“守夜人”的角色, 奉行“管得越少, 政府越好”的政治哲学, 政府对社会经济生活的干预达到了最低限度, 而且, 政府的干预完全是消极干预。由于社会经济生活的日益复杂化和多样化, 公益和私益需要兼顾, 效率和公平需要平衡, 社会成本需要降低, 社会福利需要增进, 凡此种种, 消极行政无能为力, 遂转向积极行政。在现代社会, 行政对社会经济生活的干预日趋增多, 干预方式也越来越灵活多样, 除单纯的行政强制外, 还出现了行政指导、行政合同之类的非强制性的积极行政方式, 有效地补充了行政强制的不足。行政指导是不具有法律强制力的柔性行政行为, 与具有法律强制力的行政命令不同, 它主要是以示范、劝告、建议、鼓励等非强制性方式, 甚至辅之以利益诱导, 向相对人施加作用和影响, 促使其为或不为一定行为, 以此达到行政目的。对于行政相对人而言, 是否接受行政指导, 完全听其自愿。行政指导在现代的兴起是与注重行政权力和公民权利之间的平衡分不开的。在现代社会, 一方面民主、法治、人权等观念更加深入人心; 另一方面, 行政权力和行政作用急剧加强, 行政机关通过扩大行政权力, 加强行政干预, 以提高行政效率, 应付错综复杂的社会关系, 推动经济的高速发展。在现代社会条件下, 传统的“命令与服从”的行政模式已不能适应社会的实际需要。因为, 行政强制并不总是万能的, 常常会因相对人的有形或无形的抵制而大大降低其功效。错综复杂的社会关系并不都需要运用行政权来强制实现行政目的, 还可以运用一些权力色彩较弱的行政手段, 使相对人主动参与, 积极配合, 以顺利实现行政目的, 因此, 行政指导、行政合同等权力色彩较弱的行政手段就应运而生。有些行政指导不具有任何法律效力, 不论相对人是否遵守, 都不能以任何理由强制执行; 有些行政指导虽然以希望、劝告、告诫、建议等方式出现并被作为可能实施某种法律行为的先行步骤, 并且一旦不被遵守即会作出具有相同目的的法律行为, 但行政指导的本身并没有法律效力。行政指导的重要意图就是以比较缓和的方式理顺行政机关与相对人之间的关系, 平衡两者之间的权利义务, 尽可能将双方置于对等的地位, 以更好地调动相对人参与行政管理的积极性, 拓展行政干预的范围, 降低行政成本, 增进社会效益。行政指导最早出现在日本, 可以说日本是行政指导的“母国”。第二次世界大战后, 作为战败国的日本在各方面的压力下, 实现了由国家对市场进行直接行政管理为特征的传统经济体制, 转为以市场机制为核心, 辅之以国家适度干预为特征的现代市场经济体制。与之相适应, 日本对行政管理的方式进行了改革, 减少命令性行政, 推行富有成效的行政指导制度, 实行“市场经济+行政指导”的发展模式, 这乃是保证日本经济走向成功的一个极为重要的因素。我国在建国后较长时间实行的高度集中的计划经济体制, 指令性计划居于主导地位, 在年以前, 行政指导在经济领域和非经济领域都没有发挥太大的作用。十一届三中全会以后到1992年邓

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

小平南巡讲话之前,中国社会经历了从传统计划经济到有计划商品经济的转型,指导性计划逐渐成为政府调控经济的主要方式,人们逐步认识到行政指导的意义并将其加以运用。[1](P50)1992年邓小平南巡讲话以后,国务院出台了《全民所有制工业企业转换经营机制条例》。该《条例》第40条规定:“按照政企职责分开的原则,政府依法对企业进行协调、监督和管理,为企业提供服务。”政府的“指导者”身份在该《条例》中得到了确认。1992年10月,中共十四大提出了将建立社会主义市场经济作为下一阶段的改革目标,从而为行政指导作为重要的行政行为与手段的最终确立和迅速发展奠定了基础。随着我国社会主义市场经济的建立,政府与市场要重新定位,政府的主要职能转变为“统筹规划、掌握政策、信息引导、组织协调、提供服务和监督检查”。因此,行政指导的重要性日益凸现出来:(1)行政指导是现代市场经济条件下行政管理方式的一种理性选择。我国正处在发展社会主义市场经济的过程中,在现代市场经济条件下,不可能完全取消政府对经济的干预,但此种干预又不能完全采用强制性手段进行。市场经济必然要求灵活性而非僵硬性、民主性而非专制性的行政管理方式,以适应现代民主化潮流。行政指导以其柔和的、富含民主的色彩,既体现了政府行为之目的性,又兼顾市场经济之自由性,既是现代行政法中合作、协商的民主精神发展的结果,也是现代市场经济发展过程中对市场调节失灵和政府干预失效双重缺陷的一种补救方法。[2](P247)与市场经济发展的客观要求相适应,政府应采取积极灵活、注重效益、减少风险、适应时代发展要求的方式方法,来充分运用和合理配置其掌握的资源,并积极引导和影响社会资源的合理配置,以达到提高行政质量和效率,促进经济与社会发展的目的。因此,在现代市场经济条件下,政府在行政管理过程中积极采用具有柔性和灵活性特点的行政指导方式,就是面向现实和未来,适应市场经济和社会发展趋势的一种理性的行为选择。(2)行政指导也是对行政法治的一种补充和配合。现代社会的飞速发展,引起政府职能的扩张,行政越来越及于整个经济与社会生活领域。而立法因其周期、费用、知识等方面的局限,其滞后性、抽象性是难以避免的,法律空白始终存在,有时还存在“法律沼泽”[3](P118),不可能完全满足现代行政的需求,难以为行政法治提供详尽、周全、有效的法律依据。但针对各种新出现的社会问题,又迫切需要政府有所作为,此时,如果以传统的“无法律即无行政”的法治原则来限制政府,则有些行政管理领域可能陷入瘫痪状态;如果以维持“无法律即无行政”的法治原则为由,一味地多多立法,以期用法律规范解决一切社会问题,则不但无法可依之处难以尽除,手段成本也难以支付。而采用成本较低的非强制性的行政指导手段,以其作为法律强制手段之补充和替代而用之于“法律空白”领域和“法律沼泽”地带,进行积极有效和灵活机动的干预和调节,乃是必要与明智之举。这样做,一方面可以降低行政成本,另一方面也能更好地满足现代公共行政之客观需求。(3)行政指导是协调政府与公众关系的有效手段。在我国,传统的行政管理可简单地归结为行政命令,强制色彩极其浓厚,政府与公民之间几乎是一种纯粹的命令与服从的关系,行政活动的民主化程度极低,政府高高在上,发号施令;公民只有服从的义务,没有独立自主的身份和相应的权利,其精神压抑,积极性与创造性难以激发出来。现代化与法治化要求现代政府应该是民主高效的政府。“民主”是改善政府与公众关系的最好媒介。行政指导作为一种新型的行政手段因其具有的民主性、柔和性、非强制性,较大程度地代表了平等、独立、民主、责任、宽容的人文精神,它以其制定时的公民参与、官民协商,以及执行时的灵活、简捷、便利、柔和等特性,调动了“官民”双方的积极性,有助于减少摩擦、降低行政成本,有效地实现行政目标。正因如此,行政指导这种新型的行政手段,广泛运用于各个行政领域,是市场经济条件下政府施政的中心,在现代行政中有着重要地位。[4](P55)

## 二、行政指导的法制化探索

### (一)行政指导中存在的问题

行政指导尽管作为现代政府施政的中心,在促进社会发展中能发挥其特有的作用,但其本身还存在着许多不成熟的因素,在实践中还会产生负面影响。有学者将行政指导在实践中存在的突出问题总结为如下五个方面:即行为不够透明,动机不尽纯正,关系尚未理顺,责任不甚明确,救济缺乏力度。[3](P103~104)笔者认为,行政指导,由于较少受到行为法上的制约,主要依据行政主体的判断,又缺乏必要的程序规制,加之责任机制与救济机制不健全,容易导致行政指导随意,行政主体借行政指导之名,行行政命令之实,有时甚至恣意专横而导致损害相对人权利的结果发生。在规制性行政指导中,当行政机关根据错误的判断进行指导,或者滥用行政指导权时,从法律上讲,认为行政指导的内容不正确或不适当的相对人,当然有权拒绝对该行政指导的接受与服从。因为行政指导是一种非强制性的行为,相对人对行政指导,没有必须服从的义务,即相对人是否服从行政指导是任意的。相对人认为行政指导合情合理,便服从之;反之,认为行政指导有悖于情理,也可以不服从。但对于行政指导服从的任意性,仅限于原则而言,实践中的行政指导,并不都具有服从的任意性。对于助成性行政指导,无论原则上还是实践中,相对人是否服从,都是任意的。而规制性行政指导和调整性行政指导,尽管原则上是否服从是任意的,但实际上往往由不得相对人任意选择。为达到一定的行政目的,追求行政指导的实效性,行政机关以其享有的行政权力为背景,要求相对人必须服从其行政指导的情形普遍存在,相对人如违背行政机关的旨意,拒绝接受行政指导,往往难免在其他毫不相关的事项上遭受行政机关的故意刁难与报复。行政机关甚至还可以利用各种手段惩罚那些不听从行政指导者,或者同时利用几种方法迫使行政对象服从行政指导。正因为如此,日本学者认为,行政机关实施行政指导时,所谓服从与否听任相对人自愿只是一种表面规则而已,实际上强制相对人就范。[5]特别在我国,由于受传统计划经济中的管制惯性的影响,我国的行政指导往往留给相对人的自主空间较小,相对人的自由选择性难以实

现,这就使得其在实施中更倾向于诉诸事实上的强制力。异化为行政命令的情形也多有发生,以至出现“许多指导性计划实际上必须执行”的现象彼彼皆是。因行政指导往往具有事实上的强制力,相对人必须就范,又因行政指导不具有法律上的强制力,即使行政指导违法,相对人一旦服从并遭受损害,在法律上就被认为是自主自愿的服从,如果事后再主张行政指导的违法性并请求救济,往往是相当困难的。这只能助长行政机关不负责任的瞎指挥,增加行政指导作为权力行政的代替物而得以实施的危险性。此外,当相对人请求行政机关提供行政指导时,行政机关却拒绝或拖延提供行政指导,这也都会招致公民对政府的不信任。这些都表明,对行政指导急需进行规范与调整。

## (二)法律对行政指导的约束

法律并不承认作为非强制性的行政指导行为可以随心所欲地进行,因此需要解决的问题是法律对行政指导的约束。行政指导作为一种行政手段,实际上对相对人是具有某种程度的权力影响力的,相对人通常都得按行政指导办事,行政指导也要受法律的约束与调整。这首先面临的的就是行政指导的法律依据问题,在日本行政法学界,有学者认为,关于行政指导的法律依据,涉及到行政组织法和行政作用法两方面。在行政组织法方面,行政指导作为行政主体的行为,必须在该行政机关所主管的事务范围内予以评价。在行政作用法方面,目前主要有两类观点,即“一般概括论”和“作用二分论”。“一般概括论”又可分为两种:一种认为,一般的行政指导不需要作用法上的依据(即具体授权的规定);另一种认为,根据“行政机关必须依据行政作用法的授权方可实施有关行为”这一原理,要求行政指导在原则上也要有作用法上的依据。“作用二分论”也可分为两种:一种认为,授益性、促进性和协助性的行政指导无需作用法上的依据,但抑制性和调节性的行政指导则需要作用法上的依据;另一种认为,作为在法治行政原理基础上起补充完善作用的行政指导(如宣传指导、技术指导等)并不要求必须有行政作用法上的依据,但作为有较大可能使法治行政原理空洞化或不复存在的行政指导(如作为行政与企业融合的粘合剂而存在并发挥价格指导等)则需要有行政作用法上的依据。[6](P153~154)在我国,有学者认为,所有的行政指导都需要有法律上的根据,如果没有法律根据,任何行政指导都不得实施。也有学者认为,至少规制性行政指导,需要有法律根据。并且,仅有组织法上的权限规范还不够,还需要有行为规范作为其基础。也就是说,为了防止行政指导的任意专横,应通过法律的明文规定来约束规制性行政指导。[7](P168)还有学者提出,行政指导必须有组织法上的依据;至于实施某种特定行政指导(含抽象与具体)时,如果是授益性与调整性行政指导,则不必有行为法上的依据,依据组织法上的权限以及政策或法律精神即可(遵循法律优先原则);而对于规制性行政指导则必须有行为法上的依据(法律保留原则);而且要遵循法律效力位阶原则,没有明确法律规定的,必须依据法律精神或政策。[8](P50~51)笔者认为,要求行政指导都必须有行为法上的依据是不现实的,这样只会大大缩小行政指导这种新型管理手段的生存空间,难于充分发挥行政指导在促进社会发展中的作用。因为“法律永远落后于行政”,[9](P425)“生活永远走在制度前面”,立法投入再多仍难免存在疏漏和滞后现象,现实生活中总会存在缺少具体法律规范予以调整的“法律空域”。而且“如果一切行政活动都需要法律依据,则法律将泛滥成灾,以致国会的机能麻痹瘫痪。”[10](P10)即使在没有行为法依据的情况下,行政机关也要积极为社会提供服务,多为相对人提供指导和帮助,这是由现代政府的职责所决定的。但我们也不能因此就认为行政指导可不需要任何法律依据,毕竟行政指导是以行政权力为背景的,一旦不受任何法律约束,将会如脱僵的野马,恣意横行。因此,不要求所有的行政指导必须有行为法依据,但要求行政指导必须有组织法上的依据,必须在组织法所规定的权限范围内行事,凡超越组织法规定的权限范围所为的行政指导,即为无效的行政指导。同时行政指导必须遵循法的一般原理与原则,并受到政策的约束。实践早已证明,一些基本的法律原理与原则,在法治实践中具有难以替代的最基础且最高度的导向功能,它在行政法治的过程中起着重要的指导作用,堪称是有效克服行政专断、行政滥权、行政失职、行政疲软等行政陈疾的一种“理性补剂”。政策与法律的关系十分密切,政策往往成为法律的指导原则,或法律本身,或法律尚无成熟机会制定前的暂时决定,或法律无法适应瞬时变动的社会现实而对法律的必要弥补。[11](P166~170)在法律规范调整作用发挥欠佳之处,政策可以发挥比较直接的调整作用,其原因在于行政法治的价值取向与执行正确政策的价值取向是竞合的。可见,在有行为法依据的情况下,行政指导要遵从行为法上的规定,而不得与之相冲突;在无行为法依据的情况下,行政指导必须符合组织法规定的权限,遵从法的原则、精神,按政策的规定办事,否则,就是对行政法治的违背。

## (三)对行政指导的程序规制

行政指导必须通过程序来运作,程序实质上是引导行政指导实现其价值目标的一条预设轨道,如果缺乏程序,行政指导就不可能正常运行,并可能成为行政主体滥用职权、肆意侵犯相对人合法权益的手段,从而使行政法治空洞化。因此,为了保证行政指导实现从过程到目标的理性统一,必须借助于正当的程序,建立相应的程序制度,通过适当的程序约束来有效地保护相对人,防止行政专横,提高行政效率,实现行政目标,这也是行政法治的内在要求。在行政指导中应重点建立与完善下列程序制度:(1)审议会制度。审议会是一种咨询性、调研性、独立性、非权力性的合议制组织,由专家学者和有关利害关系人组成。其任务是根据行政机关的咨询就其活动和决定予以答复或自主陈述意见。行政指导作为现代政府施政的一种主要手段,其决策过程也就是一种资源配置过程与利益分配过程,在一定程度上甚至决定整个社会的发展方向。如产

业政策之全局性,决定了政府的产业政策决策,应当让各种利益群体都有表达自己意愿的机会,因此,决策过程中实行审议会制度,既是利益表达渠道畅通的保障,更是决策结果公正而符合理性的保证。(2)信息公开与告示制度。要发挥行政指导的作用,行政机关本身要增强其透明度,最大限度地取得公众的支持与认同。(3)听证制度。行政机关在实施行政指导时,应就有关问题听取相对人的评论意见,同时要向相对人进行说明和解释,回答相对人的提问。听证制度被公认为是现代行政程序法的核心制度。

#### (四)行政指导的法律责任与救济制度

现代行政是一种责任行政,行政指导也不例外。尽管行政指导不具有法律上的强制力,是否接受指导听凭相对人的自愿,但如果行政指导本身违法、违反政策与不当,而相对人未能识别判断出这一点,接受了行政指导并产生了危害后果,此时,实施行政指导的行政机关应承担赔偿责任;如果相对人在接受行政指导时已识别判断出该行政指导违法、违反政策或不当,却出于个体利益的某些考虑而自愿服从指导并产生了损害后果,则行政机关不承担赔偿责任,后果由相对人自己承担;如果相对人已识别判断出行政指导违法、违反政策与不当,本来不愿服从该行政指导,但事实上又不得不服从,因为行政机关已为实施行政指导采取了或变相采取了强制措施迫使相对人就范,对此产生的损害后果,行政机关应承担赔偿责任。如果理应实施行政指导,行政机关却不积极主动作出,或者在相对人提出申请后,行政机关却拒绝作出或拖延作出的,则该行政机关就未能尽到职责,应承担因失职而引起的责任。规定行政机关对行政指导行为承担法律责任,这对于促进行政机关积极履行提供行政指导的职责,确保行政指导的质量,防止行政机关滥施行政指导,保护相对人的合法权益,保障行政指导的正常运行具有重要意义。

在明确了行政机关应对其违法与不当的行政指导行为,或失职而不积极提供行政指导行为应承担法律责任的基础上,应建立相应的救济制度。按照现代行政法治的要求,无责任即无行政,无救济便无权利。因此,由行政指导方的责任造成了受指导方的权益损害,理应予以救济。遗憾的是,对行政指导的救济制度目前还很不完善,存在着大的缺陷,这已成为公众责难行政指导制度的一个重要原因。故如何建立与完善行政指导的救济制度已成为立法、学术界及判例需要解决的重大课题。我国有学者提出,有关行政指导的救济制度应主要包括苦情处理制度、复议制度、诉讼制度和赔偿制度。建立这些救济制度的目的首先是保护行政相对人的合法权益,同时要保护行政机关实施行政指导以维护社会公益、达成行政目标的积极性。[3](P110)笔者认为,尽快建立和逐步完善行政指导的救济制度,有助于防止行政指导的功能缺陷和功能异化,它对于切实发挥行政指导的良性作用,减少其负面影响,促使相对人对行政指导的充分参与和积极配合,促进行政指导在更广阔的空间内生存和发展起到有力的保障作用。

注释:1根据作用的不同,人们一般将行政指导分为规制性行政指导、授益或助成性行政指导和调整性行政指导三大类。规制性行政指导,是指为了维护和增进公共利益,对违反公共利益的行为加以规范和制约的行政指导。授益或助成性行政指导,是指以帮助和促进相对人自身利益或事业的发展为目的,为相对人出主意、指方向的行政指导。调整性行政指导,是以调整相互对立的当事人之间的利害关系为目的的行政指导。

#### 参考文献:

[1]吴国干.中国行政指导的实践及其问题研究[J].中国行政管理,2000,(8).

[2]姜明安.行政法与行政诉讼法[J].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,1999.

[3]莫于川.行政指导论纲[M].重庆:重庆大学出版社,1999.

[4]罗豪才,甘雯.行政法的“平衡”及“平衡论”范畴[J].中国法学,1996,(4).

[5][日]根岸哲.日本的产业政策与行政指导[J].法学译丛,1992,(1).

[6][日]室井力.日本现代行政法[M].吴微译.北京:中国政法大学出版社,1995.

[7]张正钊.行政法与行政诉讼法[M].北京:中国人民大学出版社,1999.

[8]郭润生,宋功德.论行政指导[M].北京:中国政法大学出版社,1999.

[9][美]博登,海默.法理学——法哲学及其方法[M].邓正来、姬敬武译.北京:华夏出版社,1986.

[10][日]南博方.日本行政法[M].杨建顺,周作彩译.北京:中国人民大学出版社,1988.

[11]沈宗灵.法理学[M].北京:高等教育出版社,1994.

文章来源:《福州大学学报(哲学社会科学版)》2001年第2期

---

### 相关文章:

---

[在我国行政诉讼中确立“成熟原则”的思考](#)  
[避免征收征用权滥用要靠完善法制](#)  
[试析行政不作为的国家赔偿责任](#)  
[对行政法治的几点思考](#)  
[知识经济与行政法的互动适应](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

