

行政法学

中国法学会部级法学研究项目

行政指导 在行政执法中的规范运用

以重庆市北碚区实施行政指导为样本

陆伟明 周继超◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

013034961
中国法学会部级法学研究项目

D927.7
02

行政指导 在行政执法中的规范运用

以重庆市北碚区实施行政指导为样本

陆伟明 周继超◎主编

编委会名单

主 编 陆伟明 周继超
编 委 陆伟明 周继超 周道君
赵 芹 刘 任
撰稿人 (以章节先后为序)
陆伟明 马怡然 张 立
张晶晶 冯露君 阿丽芳
陈可人 马 迪 霍艳丽
李 艳 王 敏



北航

C1642332



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

D927.7

02

1804723-10

内容提要

本书对目前国内外有关行政指导的基本理论成果进行了充分的总结,为本书的研究奠定了坚实的理论基础。随后,对作为本书研究样本的重庆市北碚区实施行政指导的基本情况、经验和问题进行多角度的研究分析,厘清了目前行政指导在实务上存在的一些重要问题。根据这些问题,本书先分章研究了什么是行政指导,行政指导与行政执法的关系,行政执法现状及其运用行政指导的重要性;进而具体阐述行政机关全面推行行政指导的基本目的、需要遵守的法律原则,行政指导设定中的法律问题、哪些主体可以以及如何实施行政指导,行政指导实施的程序问题。最后针对行政指导行为实施可能导致的损害研究其监督、复议、诉讼以及赔偿、补偿的问题。

责任编辑:李 瑾

图书在版编目(CIP)数据

行政指导在行政执法中的规范运用:以重庆市北碚区实施行政指导为样本/陆伟明,周继超主编. —北京:知识产权出版社,2012.12

ISBN 978-7-5130-1736-7

I. ①行… II. ①陆… ②周… III. ①行政指导—应用—行政执法—研究—北碚区 IV. ①D927.719.321.14

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第283739号

行政指导在行政执法中的规范运用

以重庆市北碚区实施行政指导为样本

XING ZHENG ZHI DAO ZAI XING ZHENG ZHI FA ZHONG DE GUI FAN YUN YONG

YI CHONG QING SHI BEI BEI QU SHI SHI XING ZHENG ZHI DAO WEI YANG BEN

陆伟明 周继超 主编

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8392

印 刷:知识产权出版社电子印制中心

开 本:787mm×1092mm 1/16

版 次:2013年3月第1版

字 数:290千字

ISBN 978-7-5130-1736-7/D·1644 (4588)

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000860 转 8353

责编邮箱:lijin.cn@163.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:16.75

印 次:2013年3月第1次印刷

定 价:48.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

近年来在我国的很多地方和行政部门的行政实务中，行政指导得到了广泛运用。凭借其柔和性、灵活性、民主性等积极有益的特点，行政指导对于补充法律依据的不足，规范行政机关的行政活动，提高行政效能，降低行政成本，和谐官民关系发挥了重要作用。当然，行政指导无论在理论研究还是在行政实务上，都是一种崭新的公共行政方式。在行政机关的日常执法活动中如何规范运用行政指导，是理论和实务上面临的共同性问题。陆伟明博士深刻认识到了上述问题的重要性，积极组织科研力量进行针对性研究，推出了此项研究成果《行政指导在行政执法中的规范运用》。

理论研究最忌讳的就是凭空想象和高谈阔论。本书以重庆市北碚区正在实施的行政指导工作为研究样本，分析了该区实施行政指导的具体做法、有益经验和呈现出来的共同性问题。进而具体针对行政指导如何在行政执法中获得规范性运用进行了深入的研究。对这一问题的研究必须首先解决的是行政指导和行政执法的基本内涵与特征问题。因为在我国的行政法学理论和实务上，对于什么是行政指导和行政执法存在诸多不同的理解。在不同的学术观点下，行政指导在行政执法中的运用效果可能存在很大的差别。因此本书对行政指导的基本理论、行政执法的理论和现实问题进行深入研究是十分必要的。在解决这一重要前提的基础上，本书的作者又分别阐述了行政指导实施应当遵守的法律目的和原则、行政指导的设定权、实施主体、实施程序和监督救济等关键性问题。如此，在行政执法中运用行政指导可能产生的一系列关键性问题都在本书中得到了充分的认识和论证。

重庆市 1997 年直辖以来，社会经济文化各方面都得到了快速发展，市政府

非常重视法治政府建设。2010年我曾受重庆市政府法制办的委托，带领一个年轻的学术团队专程到重庆调研，主持起草了该市地方政府规章《重庆市行政指导基本规范》的代拟稿。相信本书的出版必将进一步促进该市行政管理和行政执法工作进一步规范化、法治化和现代化。

伟明是我指导的博士生，他在中国人民大学法学院勤奋学习三年拿到法学博士学位，回到西南政法大学继续从事公法教学科研工作，还继续做中国政法大学的法学博士后研究，学习精神可贵。多年来他努力工作、勤于思考，已经成为教学科研骨干。他在潜心钻研学术问题的同时，还满怀社会责任感，一直关注社会现实，积极指导推动地方的行政法制实践，取得了理论与实践相结合的显著科研成果，表现出当代法律人的优秀品质，我为之深感欣慰，也祝贺本书的年轻作者们为重庆乃至我国的经济、社会和法制发展作出了特殊贡献。

谨以为序，诚作推荐，分享快乐，满怀期待。

莫于川

2012年11月20日晚

匆笔于台湾政治大学新苑323室

（序言作者莫于川系中国人民大学教授、博士生导师，宪政与行政法治研究中心执行主任，中国行政法研究所所长，中国行政法学会副会长兼政府法制专业委员会副主任）

内容摘要

本课题研究成果共分十章，其基本的写作思路是阐明本课题的研究在理论和实务上的重要意义，明确哪些研究手段和方法可以完成本课题的研究任务，对目前行政指导的基本理论成果进行总结，既可以作为本课题研究的理论基础，也为本课题的研究确定方向。随后，对作为本课题研究样本的重庆市北碚区实施行政指导的基本情况、经验和问题进行实证分析。针对行政指导在实务上的理解和运用的偏差，分章研究什么是行政指导，行政指导与行政执法的关系，我国目前的行政执法现状及其运用行政指导的重要性，进而具体阐述行政机关全面推行行政指导的基本目的、需要遵守的法律原则，行政指导设定中的法律问题、哪些主体可以以及如何实施行政指导，以及行政指导实施的程序问题。最后针对行政指导行为实施可能导致的损害研究讨论其监督、复议、诉讼以及赔偿、补偿问题。下面就各章的主要内容做简要叙述。

第一章绪论。提出行政指导或非正式行政活动的概念起源于日本和英美国家的行政职务，并逐渐获得理论研究的重视。尤其在日本，行政指导对其战后经济文化的发展发挥了重大作用。我国在新中国建立以后也出现了类似行政指导的规定和行政实务操作行为。但是多年来行政指导受诸多因素的影响在我国的发展相对迟缓。加强对行政指导在实务上运用的研究不但对于具体行政执法活动，而且对于我国行政指导理论的发展都有非常重要的意义。本课题的研究主要采取法规规范分析、典型案例分析、文献比较分析等研究方法。而国内外已有的对行政指导的研究成果以及我国一些地方实务上对行政指导工作的试点，为本课题的研究打下了基础也指明了方向。

第二章重庆北碚区行政指导实证分析。重庆北碚区在其区政府和区纪委的牵

头下分阶段地推行行政指导工作，并已经被重庆市人民政府指定为全市唯一全面推行行政指导工作的试点区。本课题以该区实施行政指导工作为样本，对其若干实施行政指导的典型案例进行了仔细分析，总结出行政指导的实施有利于和谐行政机关与相对人的关系、提高公务员执法技术等优点，也提出了行政指导工作中普遍存在的行政指导的边界、行政指导和传统行政执法手段的关系等问题，作为下文研究的对象。

第三章什么是行政指导。主要结合已有的学术成果和对重庆市北碚区调研时所了解的情况及掌握的资料，对行政指导的基本内涵和结构进行分析。本课题克服了以往对行政指导的内容只从理论上进行推演的缺点，从行政执法的实务出发，通过对行政指导概念、特点以及属性等方面的深入细致的探讨，突出行政指导的优势及其在具体行政工作中的运用方式，将行政指导与其他行政行为区分开来，让读者尤其是执法人员正确认识、了解和掌握行政指导的基本内涵。

第四章行政执法与行政指导。当下行政法学界与实务界对行政执法的内涵尚未达成共识，为探讨行政执法与行政指导的关系以及行政指导是否能充分运用到行政执法中，本章先从分析行政执法的最狭义说、狭义说、广义说和最广义说各自的涵义和特征入手，梳理出它们与行政指导的关系。然后通过分析具体的关于行政执法的规范性文件，总结目前人们在三种情形下对行政执法的界定、当代行政执法的发展趋势以及该趋势下行政执法的特征，明确本书对行政执法涵义的界定。接着通过阐述国外行政指导的经验和国内行政指导的实施状况，并加之对重庆市北碚区行政指导的各试点单位的实例分析，进一步探讨并总结本书界定的行政执法与行政指导的关系，从而揭示行政指导对依法行政的法律依据、依法行政的主动性、行政主体与相对人的关系、依法行政的关系以及行政技术与行政公开的意义。最后论述行政执法遁入行政指导的涵义、表现形式以及通过行政法基本原则的限制、程序控制、内部监督、司法监督进行相应的控制预防来警示和预防行政执法遁入行政指导的危机。

第五章行政执法现状分析。选取近年来在国内发生的上海钓鱼执法案、海南砒霜门案、河南开胸验肺案以及食品安全事件，通过对这些影响重大的行政执法案件的深入分析，总结目前我国的行政执法主要存在的问题，提出通过运用行政指导等新型的行政方式提高行政执法技术，改善行政执法状况的可能性和必要性。

第六章行政指导的目的与法律原则。行政指导的目的和应当遵循的法律原则

对于行政指导的正确实施具有价值引导和合法性衡量的重要性。本章在解析行政指导目的理论基础上,结合我国工商部门中行政指导运用情况,采用实证分析方法,论述行政指导执行法律规定内容、弥补其他法律作用不足这两个目的。同时,针对行政指导目的实践中容易凸显的问题,提出应对策略。随后从行政指导行为的特征出发,分析行政指导原则存在的必要性,并概括行政指导应当遵循的合法、公开公正、诚实、信用、效率、便宜这六项基本原则。

第七章行政指导的设定。本文所主张的行政指导的设定包含执行性立法中的设定和创设性立法中的设定,所谓的执行性设定是由上位法对该行政指导的类型、方式、内容等予以规定之后,下位法只能将其予以细化和具体化,不得超越上位法的规定;而创设性设定是在上位法没有规定时,下位的法律、法规、规章、其他规范性文件可以在其权限范围内予以第一次的创设行政指导。通过我国法律中对设定权限分配的法律条文分析,参考行政处罚、行政许可、行政强制的设定权模式,以及北碚区开展行政指导的实例的分析总结之后,我们认为宪法、法律、法规、规章、其他规范性文件都可以对行政指导予以设定,只需遵循“上创下规;上无,下先创;上后创,下主动审查”的规则即可。

第八章行政指导的实施主体。本章先论证了行政主体、行政指导的实施主体的基础理论及二者之间的关系,旨在更好地界定行政指导的实施主体的范围。随后重点就行政机关实施行政指导,结合了实例分析现今我国行政机关实施行政指导的具体情况,并重点介绍几个职能部门的先进经验和对重庆市北碚区的调研成果。最后分别就法律、法规授权的组织、受委托组织和实施行政指导的人员等问题,结合有关行政法理论和行政实务分析他们实施行政指导的基本规则、法律责任承担等问题。

第九章行政指导的程序。对行政机关实施行政指导的行为设置一定的程序性要求,通过程序规则对行政指导行为进行控制,既是依法行政的需要,又能够保障行政指导目的的有效达成,还可以提高行政指导行为的效率。行政指导程序除应遵循行政机关一般外部行为的要求之外,还特别应当体现行政指导灵活、简便、高效等特点。本章着重于通过确定行政指导方的程序性义务以及被指导方的程序性权利来规范行政指导行为;在对行政指导程序的一般原则和具体制度进行探讨的基础之上,将行政指导的程序分为简易程序和一般程序两部分内容;徒法不足以自行,行政指导程序控制行政权力、保护行政相对人合法权益等功能的发挥,还需要对违反法定程序的行政指导行为设置一定的不利后果。不遵守法定程

序将会导致行政指导行为的无效、可撤销，而具有程序瑕疵的行政指导行为可以对其进行补正，使之合法化。

第十章行政指导的监督与救济。行政指导在行为方式上具有广泛性、灵活性及隐蔽性的特征，如果运用不当将会导致行政指导的异化、去法治化以及侵害行政相对人权益的情况出现。本章在对重庆市北碚区实际调研的基础上，总结了对行政指导进行监督的方式，包括行政主体的自我监督、监察监督、权力机关的监督以及社会公众监督，其中重点介绍了行政主体在自我监督的过程中创新运用行政指导重大项目审批制度、效果评估制度等监督模式。对行政指导进行规范除进行有效的监督外，加强对行政相对人的救济也是行政指导法治化的重要组成部分。对行政指导行为进行救济的途径包括行政复议、行政诉讼、行政赔偿和行政补偿四种。我国目前的法律制度明确了复议和诉讼的范围是具体行政行为，因此对行政指导这一行政事实行为的救济存在制度上的障碍。本章在对行政指导进行行政复议、行政诉讼的必要性分析的基础上，结合我国现行的行政复议和诉讼程序，对将来的行政指导提起行政复议、行政诉讼、国家赔偿和补偿进行了可行性的探讨，并提出了可供参考的制度构想。

目 录

第一章 绪 论

第一节 研究的理论和现实意义/1

第二节 研究方法/4

第三节 文献综述/5

第二章 重庆北碚区行政指导实证分析

第一节 北碚区行政指导工作开展情况概述/8

第二节 北碚区行政指导典型案例分析/11

第三节 北碚区实施行政指导的经验体会/19

第四节 北碚区实施行政指导的若干困惑/22

第三章 什么是行政指导

第一节 行政指导的基本含义/40

第二节 行政指导的特点与种类/45

第三节 行政指导的表现形式和法律属性/54

第四节 行政指导的历史发展与现状/61

第四章 行政执法与行政指导

第一节 行政执法最狭义说/65

第二节 行政执法狭义说/69

第三节 行政执法广义说/71

第四节 行政执法最广义说/73

第五节 本书对行政执法含义的界定/74

第六节 行政指导之于行政执法/78

第五章 行政执法现状分析

第一节 行政执法典型案例分析/89

第二节 目前行政执法主要存在的问题/103

第六章 行政指导的目的与法律原则

第一节 行政指导的目的/108

第二节 行政指导应遵循的法律原则/121

第七章 行政指导的设定

第一节 设定行政指导的必要性和可能性/133

第二节 行政指导设定的位阶探讨/136

第三节 行政指导的层级设定及内容/149

第八章 行政指导的实施主体

第一节 行政指导的实施主体概述/158

第二节 行政机关实施行政指导/163

第三节 法律、法规授权的组织实施行政指导/171

第四节 受委托组织实施行政指导/177

第五节 行政指导的实施人员/180

第九章 行政指导的程序

第一节 行政指导程序概述/184

第二节 行政指导的简易程序/190

第三节 行政指导的一般程序/195

第四节 违反行政指导程序的法律后果/206

第十章 行政指导的监督与救济

第一节 行政指导的监督/210

第二节 对行政指导进行行政复议的制度构想/217

第三节 对行政指导提起行政诉讼的制度构想/223

第四节 行政指导的赔偿/239

第五节 行政指导的行政补偿问题研究/243

参考文献/250

后 记/257

第一章 绪 论

第一节 研究的理论和现实意义

在很多国家和地区的行政法学上，行政指导是一个众所熟知的概念。我国一般的行政法学教科书通常也会专门开辟一章讲述行政指导的相关理论问题。谈及行政指导的历史演变，行政法学教科书都会谈及行政指导的发源地日本。认为是由于战后盟军占领时期，以麦克阿瑟将军为首的占领军总司令部为推行经济政治改革，常常利用间接统治手段向日本政府施加压力，例如向后者提交备忘录、书信，发布指示、警告，提出劝告、建议等，而这些手段虽然形式上温和宽松，实质上却是“命令”不容违反；日本政府从这种行为的有效性中得到启发，于是此后行政指导得以广泛应用，逐步渗透到各个领域。^① 学者认为战后日本实行所谓的“市场经济+行政指导”的发展模式，乃是保证日本经济走向成功的一个极为重要的方法论因素。^②

行政指导是日本行政法上的专用术语，在英美国家的行政法上一般称之为“非强制性行政行为”、“非正式行政活动”。名称虽然不同，但与其内涵一致的行政活动在很多国家和地区都存在。不论是极力主张自由市场经济的英美国家，还是认为需要国家权力积极干预的大陆法系国家，劝诫、调解、警告等具有行政指导性质的行政活动都非常普遍。它们对于行政机关在传统干预行政之外补充行政活动方式，有效促进经济健康发展，规制公民、法人或者其他组织的行为都起到

① 王连昌：《行政法学》，中国政法大学出版社1997年版，第323页。

② 王连昌：《行政法学》，中国政法大学出版社1997年版，第322页。

了良好的作用。尽管法治国家曾经一度对于行政指导行为的合法性,尤其是与法治国家原则的兼容性提出了很多质疑,但是总体来看,“公行政所得采取之行为方式,法律上并未限定于须有明文规定者。非正式之行政行为,本质上并非法律所不许可。”^①行政指导的合理运用,总体上已经得到了承认。

新中国成立以来,我国经历了两种完全不同的经济和社会管理模式,即计划经济体制和市场经济体制。在计划经济体制下,国家管理经济和社会的主要手段是行政计划和行政命令。国家制定了具体的经济发展和社会管理计划,下级行政机关、社会组织和公民必须严格执行这个计划和命令。但即便是这样,行政指导依然在某些领域存在。进入市场经济发展以后,国家与社会之间的距离逐渐拉开,经济组织和国家管理机关之间的上下级隶属关系逐渐脱离。社会组织渐次发展,公民也随着新宪法和一些重要法律的颁行而获得了更多的自主管理权力。国家除了保留重要的干预行政权力外,也开始较多运用行政指导、行政契约等不具有强制力的、比较温和的、比较平等的行政方式和手段。在征得公民、法人和其他组织的同意、合力、平等协商以及参与的前提下,实现社会管理目标。

尽管行政指导在我国的运用已经并不是新闻,但是其广泛运用却一直受到诸多的限制。究其原因,笔者认为主要包括两大方面:第一是对行政指导后果的担忧。行政指导的理论主要在日本发展,由于法治国家和地区对行政指导的偏见,国外及我国台湾地区对于日本行政指导理论的研究和介绍并不深入。学界担心行政指导的广泛运用可能造成法治目标的旁落,这种担心在中国大陆同样存在。随着改革开放和市场经济的发展,我国逐渐改变国家的经济和社会管理模式,法治成了主要的手段。1999年的宪法修正案更是把“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本治国方略写入了宪法,从此标志着我国将法治作为了主要的治国方式。而这与作为非强制手段的行政指导,这种多数情况下不承担法律责任的行为方式似乎是格格不入的。1999年最高人民法院出台的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》中,明确提出“不具有强制力的行政指导”不属于人民法院的受案范围。由于目前我国各级人民法院的法律解释能力有限,法院基本的司法解释功能并没有真正得到发挥,所以最高人民法院的这一规定事实上将所有被视为行政指导以及行政机关在实施行政指导的过程中实施的其他行政行为,都视为了行政指导或者涵盖于行政指导之中,从而排除出了行政诉

^① 陈敏:《行政法总论》,新学林出版有限公司2009年版,第634页。

讼的受案范围。这也就加重了人们对于行政指导的广泛运用可能造成权力运用的失控和人治回潮的担忧。第二是人们对于行政指导的基本内涵及其如何操作不熟悉。20世纪80年代开始,随着我国法学尤其是行政法学的发展,行政指导的概念开始出现在司法部统编的行政法学教科书之中。有关行政指导的科研论文和专著也逐渐涌现。其中中国人民大学法学院的莫于川教授持续多年关注行政指导的理论与实务,发表了诸多关于行政指导的科研成果,并且其直接指导的福建省泉州市工商局由于推行行政指导效果显著,在国内具有相当大的影响力,直至近来国家工商总局出台了专门性的行政指导部门规章,要求全国工商管理系统全面推行行政指导工作。由于莫于川教授的巨大贡献,学界有人称其为“中国行政指导之父”。尽管如此,行政指导的研究在中国依然还是非常不够的。其主要体现为学者们对行政指导的研究兴趣没有得到充分的激发,研究的队伍还不够壮大,研究的内容还不够细致深入。这或许和行政法学者们受传统的干涉行政法的长期熏陶,形成一定的思维定势和偏见有某种关系。更为重要的是,在实务上,对于已有的行政指导理论的了解还远远不够。笔者最近由于参加《重庆市行政指导规范》的研究工作,进行实务调研获得的结果也证明了这一点。对于行政机关,尤其是基层行政执法部门的工作人员,什么是行政指导,行政指导有哪些基本的内涵和外延,行政指导如何与行政执法的法律依据有效衔接等问题一直困扰着他们。

也是基于上述原因,笔者在行政指导的研究过程中萌发了通过专门性的研究,来帮助实务部门厘清行政执法中的行政指导适用问题。而这恰恰也是和目前的行政管理体制改革的整体需要相一致的。当前的中国处在一个非常特殊而关键的历史时期。一方面国家的经济蓬勃、快速发展,已经成为世界第二经济强国,尤其是随着美国和欧洲由于金融危机而使其经济一落千丈、不见起色之时,中国经济的强劲动力,更使人看好中国的未来发展。但是另一方面,中国内部在经济发展模式的转型,社会财富的分享、分配,社会道德的规范,官员廉洁性的保持,国家权力运行的高效、公正等方面都存在着诸多的问题。这些都需要国家想方设法予以解决,否则矛盾日积月累,其后果不堪设想。

近年来,作为执政党的中国共产党,以及国家的立法、行政和司法机关都出台了很多方针、政策和规范性法律文件。其主要目的都在于更好地解决我国当前存在的主要社会问题。其中最受各界关注的就是提出了“社会管理创新”的概念和目标。作为社会管理创新的一部分,国家明确提出了要充分发挥行政指导、行

政合同等新型行政行为方式，以弥补传统行政管理行为的不足。如此的规定预示着今后有更多的国家机关，将更加频繁、更加积极地使用行政指导等非正式、非典型、非强制性的行政活动方式，为行政执法机关今后积极探索在行政执法中如何广泛运用行政指导奠定了法政策基础。

第二节 研究方法

准确而恰当的研究方法，对于实现研究目的至为关键，本课题的研究同样非常重视方法论问题。从课题研究的需要出发，我认为主要应该从法律规范分析、典型案例分析、文献比较分析等研究方法着手展开研究。

法规范分析方法主要对我国目前有关政策、规范性法律文件、国家机关的重要法律文书等之中有关行政指导的内容进行分析。尽管目前我国还没有制定专门的行政指导法律，也没有如日本、我国台湾那样在其行政程序法中专门规定行政指导问题。但是涉及行政指导的法规范依然很多，需要我们进行梳理。如湖南省人民政府于2006年制定通过的《湖南省行政程序规定》就将行政指导问题进行了专门性的规定；国家工商总局也于近年通过了《行政指导实施办法》；重庆市人民政府已经委托专家起草了《重庆市行政指导规范》。一些地方如苏州市、重庆市北碚区都已经制定了一些适用于本行政区域的行政指导规范性文件。其他行政部门出台的有关行政指导的规范性文件也不在少数。另外最高人民法院也出台了与行政指导相关的司法解释。一些人民法院还判决了与行政指导相关的行政诉讼案件。凡此种种对于分析我国行政指导理论发展和现实运用都具有非常重要的意义。

典型案例分析方法是从广义的角度展开。不仅包括人民法院审理判决的行政诉讼案件、行政复议机关处理的行政复议案件，还包括社会上发生的，未经有关争议处理机关处置的案例（或事例）。该方法的优点在于通过实际发生的、生动具体的案件，来分析行政执法部门与公民、法人和其他组织对于行政指导行为的认识，以及在行政指导行为的实施过程中可能伴随着哪些行政行为的发生，这些行政行为与行政指导形成了什么样的法律关系，司法机关又是如何看待这些行

政行为的。总之，通过案例（事例）分析的方法比较具体地分析行政指导在行政执法活动中的具体运行，发现现实执法中对于行政指导的运用可以总结的有益经验和存在哪些问题或误区，进而为本书提出解决的思路提供分析前提。

尤其需要指出的是，重庆市北碚区已经被重庆市人民政府指定为该市唯一的全面推行行政指导的试点地区。根据笔者这几年对国内推行行政指导的观察，除了苏州市和国家工商行政管理系统在全面推行行政指导之外，其他的行政机关都是在零星地推动行政指导在行政执法中的运用。北碚区与笔者已经达成了合作协议，本书的作者们已经多次赴北碚区，对其行政指导的情况进行了解和跟踪，获得了很多一手资料。同时本研究成果也对推动该区的行政指导工作发挥了一定的作用。未来将进一步长期合作，对该区在行政指导的文件制定以及行政执法中规范运用行政指导等问题进行细致的研究。

文献比较分析的方法主要考察行政指导在域外法，尤其是行政指导理论和实务比较发达的日本在行政执法中的运用情况，当然也兼及德国、美国和我国台湾地区的行政指导理论和运用问题。比较分析的方法可以对行政指导在域外法中的运用有一个比较全面而客观的认识，可以学习其有益的经验，避免行政指导实施中的某些误区或不足之处。不仅如此，这些国家和地区在有关行政指导的立法方面也是可以借鉴的。

历史研究的方法是对行政指导在我国历史上的运用情况进行考察。行政指导尽管还没有被广泛而规范地运用于我国行政机关的行政执法之中，但是在一些机关和部门，已经开始了多年的行政指导实践。这些实践工作对于我国今后大力推进和推广行政指导工作，都具有非常重要的参考价值。

第三节 文献综述

行政指导的理论和实践已经有半个多世纪了。在这个不长也不短的历史时期，行政指导的制度和研究成果已经具有了一定的基础和规模。日本以及其他一些发达的国家和地区对于行政指导已经有了一个比较清晰的认识。尽管由于各种原因，行政指导的发展不能和传统的行政行为相媲美，但是理论上的承认和

研究、实务上的运用已经达到一定的规模。而在中国大陆，新中国成立以后尤其是改革开放以后，随着社会经济文化的发展和法治的文明进步，行政指导的理论研究和实务也取得了长足的发展。

日本的行政指导闻名已久。行政法学界甚至行政管理学上，对于行政指导都有非常广泛的研究。日本主流的行政法学教科书都专章讲述行政指导的历史发展、基本概念、分类、功能、法律监督等基本问题。^①同时日本的一些行政法学者还专门对行政指导的相关问题进行了深入的研究，形成了一批专著和重要论文。

英国、美国和我国台湾地区的学者，从不了解甚至排斥行政指导，到逐渐认识和接受行政指导，在其行政法学的论著中对行政指导也多有涉猎。

中国大陆的行政指导其概念的提出以及系统专门的研究，产生于20世纪90年代。首先是国家在一些政策、法规中提到了与行政指导相接近的一些概念，如指导、劝告等。尤其是作为具有最高法律效力的宪法的条款中提到了对个体经济、私营经济和外资经济的指导问题，使得指导的法律属性问题引起了社会的普遍关注。一些学者，如山西大学郭润生教授是早期对中国行政指导问题进行研究的学者之一，并且在20世纪90年代末期就出版了关于行政指导的专著《论行政指导》。中国人民大学的莫于川教授则是集中国行政指导理论之大成者。其硕士和博士论文都是研究行政指导的法治问题。与此同时，多年来其不同种类的媒体上发表有关行政指导的学术论著蔚为可观。还亲自指导了作为中国行政指导试验田的福建省泉州市工商行政管理系统的工商行政指导。该机关实施的行政指导一方面在制度建设上取得了很多的经验，另一方面也受到了公民、法人和其他组织的热烈欢迎。2008年该局更是历史性地被评为了“中国法治人物”唯一的单位个体。

总体而言，中国行政指导的理论研究和实务工作都取得了一定的成绩。其主要表现是，科研的成果不断涌现，实务上有关行政指导的法律规范性文件 and 具体的行政指导措施日渐普遍，并且在局部，理论的研究和实务的运作之间的关系比较紧密。在当前，社会矛盾突出，公民权利意识、主体意识不断提高，对行政权

^① 已经由国内学者翻译的日本行政法学代表性学者的专著，如室井力：《日本现代行政法》，吴薇译，中国政法大学出版社1995年版；盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版；南博方：《行政法》，杨建顺译，中国人民大学出版社2009年版，都对行政指导的相关问题进行了专门性论述。