

行政指导论纲

——非权力行政方式及其法治问题研究

莫于川 著

XINGZHENG ZHIDAO
LUNGANG

重庆大学出版社

重庆市“九五”社科规划项目

行政指导论纲

——非权力行政方式及其法治问题研究

重庆大学出版社

内 容 简 介

行政指导是经济体制和行政模式转型发展的产物,是现代行政法的重要范畴,也是我国行政法学理论研究的薄弱环节。本书作者在长期研究和思考的基础上,从基本范畴、历史发展、别国经验、法律关系、救济机制、交叉领域、方法问题、方法样本、法律规范、典型判例、现实状况、制度建设等方面,对行政指导作了系统深入和富于创新的论述,提出了行政指导法治化的对策思路。作为国内最早的行政指导专著之一,本书具有突出的理论探索性和实践参考意义,特别适合机关干部、学校师生、研究人员、企业管理人员和法律工作者阅读。

图书在版编目(CIP)数据

行政指导论纲:非权力行政方式及其法治问题研究/莫于川著. —重庆:重庆大学出版社,1999.6

ISBN 7-5624-1933-7

I. 行… II. 莫… III. 行政管理-研究 IV. D035

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 20662 号

行政指导论纲

——非权力行政方式及其法治问题研究

莫于川 著

责任编辑 肖顺杰

*

重庆大学出版社出版发行

新华书店经销

四川外语学院印刷厂印刷

*

开本:850×1168 1/32 印张:11 字数:296千

1999年6月第1版 1999年6月第1次印刷

印数:1~3 000

ISBN 7-5624-1933-7 /D·143 定价:25.00元

走向科学行政、民主 行政与法治行政

——《行政指导论纲》序

作为现代行政法学重要范畴的非权力行政方式,是随着经济与社会生活的复杂多样化和民主化潮流,在行政模式由管理行政、秩序行政转向给付行政、服务行政的过程中开始出现并日益增多的行政活动类型,主要表现为行政指导、行政契约、非拘束性行政计划(指导性计划)、行政资助、行政奖励、行政经营、政府采购等等,其与行政许可、行政确认、行政检查、行政处罚、行政强制等具有权力强制命令特点的行政活动类型即权力行政方式相对应、相配合。以行政指导为代表的非权力行政方式,既是现代市场经济与民主政治不断发展和行政活动日益扩大化、多样化的产物,同时由于相应的法观念落后和法规制不力,所以又是存在不少争议和矛盾的领域。对此,国外学界近 40 年来进行了专门研究,取得可观的成果;但在如何建立非权力行政方式的有效运作和救济机制,以发挥其积极作用和克服其负面效应等方面,也还有待取得重大突破。在我国行政实践中,非权力行政方式广泛存在并发挥着特有的作用,但却很不规范,问题和矛盾较多,长期以来学界对此又未能予以足够重视,研究成果很少且认识远不一致,故亟需展开系统深入的研究,来推动以行政指导为代表的非权力行政方式走向科学化、高效化、规范化和法治化,从而加快实现科学行政、民主行政和法治行政的目标。本书正是适应这一客观要求而选择行政指

导这一最有代表性的非权力行政方式所作的专题研究。

本书作者从 90 年代初开始研究行政指导问题,陆续发表过一些成果。他考入中国人民大学法学院在我指导下攻读宪法行政法专业博士研究生期间,在老师和同学们的帮助下,又继续对行政指导和其他非权力行政方式进行研究,并写出了这本具有开拓意义的学术专著。本书从理论和实践的角度,采用规范分析、资料分析、实地调查、比较研究、交叉研究、案例研究、对策研究等多种方法,对行政指导进行了系统的研究,得出了富有学术探索精神的若干研究结论,并提出了具有决策参考价值的一系列对策建议。这样的学术著作值得推荐,其理论联系实际学风也是值得肯定的。

学无止境,天道酬勤。期望作者继续对行政指导等非权力行政方式以及其他重要的宪法行政法课题进行系统深入的研究,取得更多更大的研究成果,为我国宪政和行政法治建设作出应有贡献,不辜负这个伟大的时代。

谨以为序。

许崇德

1998 年 12 月 20 日

(序言作者系香港基本法、澳门基本法起草委员,香港特区筹委会、澳门特区筹委会委员,中国宪法学研究会副会长,中国政治学会顾问,中国人民大学法学院教授、博士生导师)

现代市场经济与行政指导行为

——《行政指导论纲》序

行政指导是最重要最典型的非权力行政方式之一,其基本含义是指行政机关在其职责任务和所管事务范围内,从社会公益和行政管理的客观需求出发,基于国家的法律精神、原则、规范或政策,通过劝告、提示、指导、建议、鼓励等非权力强制性活动形式,谋求行政相对人在自由抉择基础上有所作为或不作为,从而在行政相对人配合协力的基础上实现预期行政目标,促进社会协调发展。第二次世界大战以来,为适应社会经济生活民主化和行政管理职能重新调整的客观要求,行政指导作为政府实现产业政策和利益协调的重要手段,首先在日本、德国等现代市场经济国家得到采用,并大大推动了其发展目标的实现,其经验受到各国官、产、学界的普遍重视。进入 90 年代以来,日本、韩国等国家又通过立法来专门规范行政指导行为,促使行政指导步入规范化、制度化和法治化轨道。

尽管行政指导行为实际上大量地存在于我国现实社会生活中并发挥着重大作用,但由于一些人对“市场经济是法制经济”、“依法行政”等命题的认识存在纯词义理解和片面性,因而往往简单地否定、排斥或忽视行政指导等非权力行政方式的作用,致使有关的许多理论和实践问题得不到正确深入认识和有效解决,这极不利于按现代市场经济和民主政治的要求建立高效行政模式和实现给付行政、服务行政的目标。因此加强对行政指导等非权力行政方式的研究,以发挥其积极作用和克服其负面效应,就成为摆在我国

行政法学者面前的重大课题。本书作者在我的指导下攻读行政法硕士研究生期间,就开始接触和研究行政指导这一课题,发表过多篇以行政指导为题的学术论文,并写出五万余字、百余条注释的硕士学位论文《论行政指导与社会主义市场经济》,此系国内第一篇专题探讨行政指导问题的研究生学位论文,受到了专家学者们的较高评价。硕士毕业后,作者又继续进行这方面研究,并取得若干新成果,但由于复习考博和行政事务缠身,其撰写行政指导专著的计划一再中断。这次作者在长期研究的基础上和重庆市社科规划办的资助下完成本书,无疑是令人非常高兴的事。

需要指出,在这本行政指导专著中,作者发挥了他知识较为广博和曾从事多个领域社科研究的优势,对行政指导进行了多角度、深层次的观察和思考,形成了一些重要的研究心得,其创新意义和阅读价值不言而喻。正因为如此,我愿意向读者推荐这本书。

希望作者以本书的出版为新的起点,继续努力,刻苦钻研,大胆开拓,不断攀登上一个又一个学术高峰。

王连昌

1998年12月25日

(序言作者系中国行政法学会研究会副会长,中国行政管理学会理事,重庆市行政管理学会副会长,重庆市人大法规委立法咨询委员,西南政法大学教授)

目 录

导 论 走向行政的民主化与法治化	(1)
第一章 行政指导的基本范畴研究	(21)
第一节 行政指导的基本概念	(21)
一、行政指导的定义	(21)
二、行政指导的三层含义	(28)
第二节 行政指导的主要特征	(29)
一、行政指导是由行政机关实施的行为	(30)
二、行政指导是适应多样化的社会管理需求的主动 行为	(30)
三、行政指导是适用范围广泛、方法灵活多样的行为	(32)
四、行政指导是符合现代法治原则的行政事实行为	(32)
五、行政指导是不具有强制性、无法律拘束力的非 权力行为	(33)
六、行政指导是指向相对人但不直接产生法律效果 的行为	(34)
第三节 行政指导的基本性质	(35)
一、对行政指导行为性质的置疑	(35)
二、对“权力”的权力社会学解释	(36)
三、日本行政法学者的理解	(39)

四、简短的结论	(43)
第四节 行政指导的主要作用	(44)
一、行政指导的补充和替代作用	(44)
二、行政指导的辅导和促进作用	(45)
三、行政指导的协调和疏通作用	(45)
四、行政指导的预防和抑制作用	(46)
第五节 行政指导的基本类型	(46)
一、行政指导的“功能角度三分说”	(46)
二、行政指导的“功能角度二分说”	(48)
三、行政指导的“依据角度划分说”	(49)
四、行政指导的“救济角度划分说”	(49)
第六节 行政指导的特殊意义	(50)
一、行政指导是现实法律缺环的及时补充	(50)
二、行政指导是僵硬法律手段的有效替代	(50)
三、行政指导是适应市场经济的理性选择	(51)
四、行政指导是当代民主潮流的客观要求	(52)
五、行政指导是民主参与行政的重要渠道	(53)
 第二章 行政指导的产生发展和法理背景	(56)
第一节 行政指导是市场经济和民主主义不断发展的 产物	(56)
一、重商主义·家长行政模式阶段	(56)
二、古典政治经济学派·秩序行政模式阶段	(57)
三、凯恩斯主义·干预行政模式阶段	(58)
四、新市场经济理论·给付(服务)行政模式阶段	(58)
第二节 行政指导成为重要的行政手段和政府职能	(61)
一、经济发展新趋势与行政手段和政府职能变化	(61)
二、若干国家政府职能职责发生相应变化的表现	(62)
第三节 行政指导的法理背景:注重社会效果和权益	

平衡	(63)
一、社会学法学的影响	(64)
二、综合法学的影响	(67)
三、现代行政法注重平衡之倾向的影响	(68)
第三章 若干国家行政指导的考察和比较	(70)
第一节 日本、德国、美国行政指导的考察	(71)
一、日本的行政指导	(71)
二、德国的行政指导	(78)
三、美国的行政指导	(80)
第二节 日本、德国、美国行政指导的比较	(84)
一、从历史背景和社会心理特点来看	(84)
二、从价值取向及其强调的重点来看	(85)
三、从指导主体、指导对象的态度和关系来看	(85)
四、从行政指导行为的多样性和作用范围来看	(86)
五、从监督与救济机制来看	(86)
第四章 行政指导与法治主义的关系	(88)
第一节 行政指导是对传统依法行政的必要和必然补充	(89)
一、传统的依法行政观	(89)
二、依法行政理念的发展变化	(90)
三、依法行政原则在我国的理解和表现	(91)
第二节 行政指导是具有多层次法律依据的行政方式	(92)
一、对行政指导合法性的“法”的构成分析	(92)
二、在我国现实条件下来认识行政指导的合法性	(93)
第三节 行政指导是符合我国优秀法文化传统的行政方式	(96)
一、文化、法文化的含义	(96)

二、行政指导与我国优秀法文化传统	(97)
三、从法治本土资源理论的角度透视行政指导	(100)
第五章 行政指导的问题分析与救济制度	(103)
第一节 行政指导实践中存在的突出问题	(103)
一、行为不够透明	(103)
二、动机不尽纯正	(103)
三、关系尚未理顺	(104)
四、责任不甚明确	(104)
五、救济缺乏力度	(104)
第二节 与行政指导有关的若干具体法律问题探讨	(105)
一、如何看待行政指导与依法授权的关系	(105)
二、如何认识法律对行政指导的拘束力	(106)
三、如何把握对指导行为之裁量判断的约束力度	(107)
四、如何确定与行政指导行为有关的法律责任	(108)
第三节 行政指导的救济制度研究	(110)
一、关于行政指导的苦情制度	(110)
二、关于行政指导的复议制度	(112)
三、关于行政指导的诉讼制度	(113)
四、关于行政指导的赔偿制度	(116)
第六章 行政指导的多维解析	(117)
第一节 行政指导的行政法—经济分析	(117)
一、采用行政指导有利于降低手段成本	(117)
二、采用行政指导有利于降低社会成本	(119)
三、采用行政指导有利于实现行政目标	(120)
四、成本效益分析的其他解释	(121)
第二节 行政指导的行政法社会学研究	(124)

一、行政指导的行为背景问题	(125)
二、行政指导的行为动机问题	(126)
三、行政指导的社会需求问题	(126)
四、行政指导的社会角色问题	(127)
五、行政指导的社会心理问题	(127)
六、行政指导的社会效果问题	(128)
七、具体案例的行政法社会学讨论	(128)
第三节 行政指导的行政法哲学思考	(132)
一、自由与行政指导	(133)
二、道德与行政指导	(133)
三、利益与行政指导	(134)
四、效率与行政指导	(135)
五、秩序与行政指导	(136)
六、责任与行政指导	(137)
 第七章 行政指导的方法论研究	(139)
第一节 行政指导的主要方式	(140)
一、指导·引导·辅导·帮助	(140)
二、通知·提示·提醒·提议	(141)
三、劝告·规劝·说服	(141)
四、劝戒·告诫·劝阻	(142)
五、建议·意见·主张	(142)
六、商讨·协商·沟通	(143)
七、赞同·表彰·提倡	(143)
八、宣传·推荐·示范·推广	(143)
九、激励·勉励·奖励	(144)
十、斡旋·调解·调和·协调	(144)
十一、指导性计划(规划)	(144)
十二、导向性行政政策·纲要行政	(145)

十三、发布官方信息·公布实情	(146)
第二节 行政指导的一般程序	(147)
一、行政指导程序概述	(147)
二、行政指导程序的横向研究	(148)
三、行政指导程序的实证研究	(152)
第三节 行政指导的保障措施的	(155)
一、行政指导保障措施的基本含义	(155)
二、行政指导保障措施的主要分类	(157)
三、行政指导保障措施的完善思路	(161)

第八章 行政指导具体方式的专题研究

——以行政计划为样本	(163)
第一节 行政计划的一般考察	(164)
一、行政计划的概念、性质、特点和意义	(164)
二、行政计划的作用和适用范围	(168)
三、行政计划的类型	(169)
第二节 行政计划的国别考察	(171)
一、法国的行政计划	(172)
二、德国的行政计划	(175)
三、英国的行政计划	(176)
四、美国的行政计划	(177)
五、日本的行政计划	(179)
六、印度的行政计划	(180)
七、尼日利亚的行政计划	(182)
八、巴西的行政计划	(182)
第三节 行政计划的问题考察	(183)
一、采用行政计划过程中的主要问题	(183)
二、完善行政计划制度的对策思路	(185)
第四节 行政计划程序的考察	(186)

一、行政计划程序的基本概念和规范形态	(187)
二、若干国家行政计划程序制度的现状考察	(187)
三、行政计划的基本程序和程序制度的主要问题	(195)
四、完善我国行政计划程序制度的对策建议	(196)
第九章 行政指导的法律规范研究	(198)
第一节 日本的行政指导法律规范	(198)
一、制定行政指导法律规范的概况	(198)
二、《行政程序法》中有关行政指导的规定	(199)
三、其他法律中有关行政指导的规定	(203)
四、对日本行政指导法律规范的简短评析	(205)
第二节 韩国的行政指导法律规范	(206)
一、有关法律规范举例	(206)
二、简短评析	(207)
第三节 澳大利亚的行政指导法律规范	(208)
一、有关法律规范举例	(208)
二、简短评析	(209)
第四节 美国的行政指导法律规范	(210)
一、有关法律规范举例	(210)
二、简短评析	(212)
第五节 德国的行政指导法律规范	(212)
一、有关法律规范举例	(212)
二、简短评析	(213)
第六节 法国的行政指导法律规范	(213)
一、有关法律规范举例	(213)
二、简短评析	(215)
第七节 欧共体法中的行政指导法律规范	(216)
一、有关法律规范举例	(216)

二、简短评析	(217)
第八节 我国台湾地区的行政指导法律规范草案	(217)
一、有关法律规范草案内容举例	(217)
二、简短评析	(218)
第九节 我国(大陆)的行政指导法律规范	(220)
一、有关法律规范举例	(220)
二、简短评析	(222)
第十节 行政指导立法模式问题探讨	(223)
一、基本评价	(223)
二、完善思路	(224)
第十章 行政指导的典型事例和判例研究	(225)
第一节 日本的行政指导事例和判例	(225)
一、技术和产业指导例——缝纫机工业发展何以成功	(226)
二、产业指导例——钢铁业何以迅速发展	(228)
三、产业指导例——飞利浦受到通产省歧视了吗	(230)
四、石油卡特尔案——行政指导措施构成了违法性阻却因素吗	(231)
五、窗口指导例——公务员的事前商谈行为错了吗	(233)
第二节 美国的行政指导事例和判例	(235)
一、行政机关的非正式行为应否成为复审对象	(235)
二、行政机关的公开宣传行为是否构成侵权	(238)
三、行政机关提供咨询意见的行为应否受到复审	(240)
第三节 我国台湾地区的行政指导事例	(243)
一、政府对公营企业民营化的指导	(243)
二、政府对民间投资的诱导性措施	(244)

第四节 我国(大陆)的行政指导事例	(246)
一、抽象行为类行政指导事例	(246)
二、具体行为类行政指导事例	(247)
 第十一章 我国实施行政指导的基本原因和现状分析	(252)
第一节 我国实施行政指导的基本原因	(252)
一、行政指导是社会主义市场经济本质的要求 ...	(252)
二、行政指导是转变政府职能和行政模式的要求 ..	(255)
第二节 我国实施行政指导的现状评价	(258)
一、行政指导在我国行政实务中已有广泛运用 ...	(258)
二、我国行政指导制度实践中存在的主要问题 ...	(261)
三、存在上述问题的原因分析	(262)
 第十二章 加强我国行政指导制度建设的若干构想	(264)
第一节 我国行政指导制度建设的重要基础条件	(264)
一、经济体制条件	(264)
二、政治体制条件	(265)
三、法治发展条件	(266)
四、思想文化条件	(267)
第二节 我国行政指导制度的指导思想和基本原则 ...	(268)
一、合法原则	(269)
二、合政策原则	(269)
三、合目的原则	(270)
四、平衡兼顾原则	(271)
五、民主自愿原则	(271)
六、及时灵活原则	(272)
七、责任负担原则	(272)
第三节 完善我国行政指导制度的对策建议	(273)
一、转变传统观念	(273)

二、加强制度建设	(273)
三、完善有关立法	(276)
四、其他具体措施	(277)
附录一 行政指导的学科背景之发展(代结语)	(279)
附录二 我国(内地)学者的行政指导论文目录	(329)
主要参考书目	(331)
后 记	(335)