

■ 莫于川 著



法学理念·实践·创新丛书

行政指导与建设 服务型政府

——中国的行政指导理论发展与实践探索

■ 莫于川 著



法学理念·实践·创新丛书

行政指导与建设 服务型政府

——中国的行政指导理论发展与实践探索

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

行政指导与建设服务型政府：中国的行政指导理论
发展与实践探索/莫于川著. —北京：中国人民大学
出版社，2015
(法学理念·实践·创新丛书)
ISBN 978-7-300-21675-1

I. ①行… II. ①莫… III. ①行政法-研究-中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 163235 号

北京市社会科学理论著作出版基金资助

法学理念·实践·创新丛书

行政指导与建设服务型政府

——中国的行政指导理论发展与实践探索

莫于川 著

Xingzheng Zhidao yu Jianshe Fuwuxing Zhengfu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京易丰印捷科技股份有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2015 年 5 月第 1 版
印 张	23.25 插页 1	印 次	2015 年 5 月第 1 次印刷
字 数	431 000	定 价	68.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

学习是一种生活态度、生活方式与生活习惯

——作者题记

目 录

引 言	行政管理改革创新进程中的行政指导	1
-----	------------------------	---

上 编 建设服务型政府背景下的行政指导理论发展

第一章	行政民主化、服务型政府与行政指导	11
第一节	时代的要求：“管理型政府”向“服务型政府”转变	11
第二节	中国学者的理论贡献：“服务型政府”概念的提出与完善	12
第三节	“以人为本”的施政理念：努力建设“服务型政府”	13
第四节	行政法的民主化：服务型政府的法治保障	14
第五节	对于服务型政府的不同认识带来理论发展的现实需求	16
第六节	行政指导可以作为建设服务型政府的一个有力抓手	18
第二章	行政指导的基本理念	21
第一节	行政指导的概念	21
第二节	行政指导的性质、特征和作用	28
第三节	行政指导的构成和分类	44
第三章	行政指导的历史脉络	49
第一节	行政指导是市场经济和行政模式发展的产物	49
第二节	行政指导是民主化潮流的产物	54
第三节	行政指导作为市场经济国家的行政管理手段、职能	57
第四章	行政指导的域外经验	60
第一节	市场经济国家的行政指导法律规范考察	61
第二节	日本行政指导研究	68
第三节	韩国行政指导研究	73

	第四节 德国行政指导研究	83
	第五节 美国行政指导研究	86
	第六节 代表性市场经济国家的行政指导比较	96
第五章	行政指导的理论分析	99
	第一节 行政指导的一般法学理论分析	99
	第二节 行政指导的法哲学分析	106
	第三节 行政指导的法社会学分析	129
	第四节 行政指导的法律经济学分析	135
第六章	行政指导的法治基础	141
	第一节 从我国法文化传统的角度看行政指导行为的合法性	142
	第二节 从依法行政理念的演进轨迹看行政指导行为的合法性	146
	第三节 结合我国法制现实看行政指导与依法行政的关系	149

下 编 建设服务型政府背景下的行政指导制度发展

第七章	行政指导的方法制度	163
	第一节 行政指导方式的概念和特点	164
	第二节 行政指导的常用方式分析	164
第八章	行政指导的程序制度	172
	第一节 行政指导程序的概念和特点	172
	第二节 若干国家行政指导程序法律规范考察	173
	第三节 行政指导的一般程序	176
	第四节 行政指导程序方面的问题探讨	177
	第五节 行政指导程序立法构想	178
第九章	行政指导的保障措施	183
	第一节 行政指导保障措施的概念	183
	第二节 行政指导保障措施分析	184
	第三节 行政指导保障措施的问题探讨	188
第十章	行政指导的监督救济	190
	第一节 行政指导实务中普遍存在的负面问题	191
	第二节 如何确定与行政指导行为有关的法律责任	194
	第三节 按行政法治化的要求完善行政指导监督与救济制度	196

第十一章	行政指导的制度运行	203
	第一节 行政指导在一般行政管理领域的运用	203
	第二节 行政指导在工商行政管理实践中的运用	215
	第三节 行政指导在公共危机管理中的运用	231
第十二章	行政指导的制度发展	240
	第一节 我国实施行政指导的重要现实原因	240
	第二节 我国行政指导法治化的条件与原则	245
	第三节 行政指导法治化的具体对策建议	254
结 语	推行行政指导, 促进服务型政府建设	260
附录 1:	逐步走向法治政府和服务型政府	
	——新中国行政法制建设六十年的发展脉络和阶段特点	262
附录 2:	应积极发挥行政指导措施在应对国际金融危机冲击中的作用	
	——兼论通过行政管理方式创新提升政府的危机干预能力	282
附录 3:	国家工商行政管理总局关于工商行政管理机关全面推进行政指导工作的意见	300
附录 4:	苏州市人民政府关于全面推行行政指导工作的实施意见	305
附录 5:	泉州市人民政府关于推行行政指导工作的试行意见	310
附录 6:	《湖南省行政程序规定》第五章 第二节 行政指导	315
附录 7:	某某市政府规章《行政指导实施办法(示范文本)》专家建议稿	317
附录 8:	苏州的行政指导实践做法和经验	324
部分参考文献		355
后 记		364



行政指导与建设服务型政府

引言 行政管理改革创新进程中的行政指导

行政指导是行政主体基于国家的法律、政策规定作出的，旨在引导行政相对人自愿采取一定的作为或者不作为，以实现行政管理目的的行为。它具有补充和替代、辅导和促进、协调和疏通、预防和抑制、动员和号召等多项功能。全面认识和充分发挥行政指导这一新型行政管理方式的作用，对于建设服务型政府具有特殊意义。

一、践行科学发展观与建设服务型政府

由管制型、秩序型、管理型政府转向服务型政府是一场静悄悄的深刻变革。

2004年2月，时任总理温家宝在中央党校省部级领导干部“树立和落实科学发展观”专题研究班结业式上，正式提出“建设服务型政府”的要求。

2005年《政府工作报告》中提出，“努力建设服务型政府，创新政府管理方式，寓管理于服务之中，更好地为基层、企业和社会公众服务”。

2006年10月，中国共产党第十六届六中全会通过《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，进一步明确要求“建设服务型政府，强化社会管理和公

共服务职能”。服务型政府的理念第一次写入执政党的重要指导文件中。

2007年10月15日,时任总书记胡锦涛在中国共产党第十七次全国代表大会报告中,再次把“加快行政管理体制改革,建设服务型政府”作为发展社会主义民主政治的重要内涵和任务予以强调。

2008年2月23日,中共中央政治局进行第四次集体学习,时任总书记胡锦涛主持学习时强调:建设服务型政府,是坚持党的全心全意为人民服务宗旨的根本要求,是深入贯彻落实科学发展观、构建社会主义和谐社会的必然要求,也是加快行政管理体制改革、加强政府自身建设的重要任务。他指出,建设服务型政府,首先要创新行政管理体制,把公共服务和社会管理放在更加重要的位置,努力为群众提供方便、快捷、优质、高效的公共服务;……要创新社会管理体制,努力实现管理与服务有机结合,在服务中实施管理,在管理中体现服务……

服务型政府体现了我国人民主权国家的国家性质,彰显了政府“以人为本”的施政理念,体现了全心全意为人民服务的主导行政价值观。显然,在行政管理和行政执法的实践中,如何面对、理解、回应、推进这一政治与行政改革创新的要求,加快建设服务型政府,为其提供法治保障,已成为一个重大的现实课题。

二、中外行政管理实践提出的民主化课题和制度创新

随着双重失灵现象(指市场失灵加上政府失灵)的出现,以及世界范围的民主化潮流的推动和国家的福利性质逐渐增强,传统的秩序行政、管理行政模式逐步转向以给付行政、服务行政为特点的现代行政模式,也即民主行政模式,适中规模的政府和柔和的行政干预表现出特殊优势,以行政机关为中心和行政权力的单向行使为全部内涵的传统行政法,日益转向更注重人权和民主的现代行政法,即转型为民主行政法。在此转型发展过程中出现了行政方式创新发展趋势,主要表现为行政方式的多样化、柔软化、互动化、民主化和法治化,而行政指导、行政合同(Administrative contract)、非拘束性计划(也称指导性行政计划 guidance plan of administration)、行政资助、行政奖励等非权力强制性行政方式方法的出现和广泛运用,日益成为引人注目的行政现象。现在,越来越多的国家在广泛的行政管理领域采用行政指导行为;有一些国家甚至已原则上要求在行政给付领域采取行政合同这种民主性较强的行政管理方式。

处于社会转型期的我国行政机关普遍面临着任务重、要求高、环境复杂、手段不足的问题,通过行政民主化导向的政府管理创新(机制创新和方法创新)来提高管理水平和实效,成为行政改革的紧要课题。所谓“民主”,必须具备“自由”和

“平等”这两大要素；而现代行政法治的一个基本理念是通过制度创新来保障行政过程中的民主性（包含四性），也即广泛参与性、两造互动性、平等协商性和可自由选择性，追求行政机关与相对人在行政法律关系中的地位平等，实现行政权力与公民权利的总体平衡。而在传统的行政管理模式下，行政机关单纯依赖行政检查、行政许可、行政处罚、行政强制等刚性手段，虽似重拳出击，立马见效、立显权威，但易于激化矛盾，凸显行政机关与相对人之间的对立和冲突。与刚性管理方式相对应、相配合，近年来体现行政民主性的制度设计越来越多。参与性、互动性、协商性和可选择性的新型行政管理方式，如行政指导、行政合同、行政计划、行政资助、行政奖励、行政救助等柔性管理方式，在行政实务中运用得越来越多、越来越广，发挥出特殊的管理功能，逐渐改变着行政管理和行政法制的面貌。^①

三、行政指导是服务型政府最具代表性的柔性管理方式

行政指导等柔性管理方式乃是行政民主化潮流的产物，其产生发展具有符合现代市场经济和民主政治发展的时代背景特点。

行政指导作为不具有国家强制力的柔性管理方式，特别注重与行政相对人之间的沟通和协调，方式灵活多样，能有效弥补法律缺失，降低执法成本，化解社会矛盾，实现利益均衡，有利于形成行政机关与相对人的协调关系。一些基层行政机关确立服务理念，实施行政指导，采用指导、劝告、建议、提醒、说服、疏通等非强制性手段来弥补单一强制手段的不足，实践探索取得了积极效果。

当前，我国处于深化改革、社会转型的时期，利益多元，矛盾丛生，而且绝大多数都是人民内部矛盾，这对行政监管能力提出了更高要求。如果一个行政机关固守陈旧观念，动辄运用行政处罚、行政强制等硬性措施一罚了之、一关了之，难免造成行政机关与相对方之间的紧张关系甚至激烈冲突，不利于构建和谐社会。相比之下，行政指导却在多方面契合了构建和谐社会的诉求：

首先，行政指导体现以人为本、行政为民的理念，有利于尊重和保障公民合法权益。行政机关采用柔和、灵活的行政指导方式，注重行政相对人的合意，通过利益诱导和道德引导机制发挥作用，符合以人为本理念和我国行政管理实际。简言之，推行行政指导的根本原因在于，需要重塑政府与公民（企业、市场、社会）的新型关系。

其次，行政指导能促进公众参与，符合行政民主化的要求，有利于建设服务型

^① 中央电视台报道：“杭州软件园区推行行政资助、行政奖励等柔性管理方式的经验很好。”2006-04-09。

政府。行政指导强调行政机关与行政相对人的互动关系，注重听取和尊重行政相对人的意见和需求，为其表达利益诉求提供较为充分的空间，故成为实现行政民主的渠道和提供行政服务的过程。

再次，行政指导有利于统筹协调各方利益关系，化解社会矛盾，保持社会安定和谐。现代社会是多元、复杂的利益博弈过程的集合体，要构建和谐社会，就必须探索多种方式来统筹协调各方面的利益关系，防范和化解社会矛盾，保持社会的安定有序。特别是当下我国处于深化改革、社会转型之际，利益矛盾与冲突迭起，大多是人民内部矛盾，这对行政监管能力提出了新的更高要求。行政指导作为典型的柔性监管方式，能够契合构建和谐社会的基本要求。

最后，有利于党和政府的传统优势发挥作用和实现现代化。例如，群众路线、说服教育、干群一致等。

行政指导作为行政管理机制创新、方法创新的产物，目前在许多地方、许多领域（例如泉州工商、西安城管、湖州公安）都发挥出广泛而独特的监管效用。特别是福建省泉州市工商管理机关近年来积极推行行政指导，取得了促进经济发展、推动行政民主、提高行政效率的显著成效，改变了行政执法机关“不是收费就是处罚”的负面形象。相比日本、美国等国家的行政指导做法，泉州经验更有成效，更符合行政管理和行政法制实际，正在创造出中国特色行政指导制度建设的新路径。

福建省泉州市工商局推行行政指导的实践经验特别值得关注。自2004年以来，笔者一直对该局的行政管理革新实践进行具体指导，将其行政指导研究成果积极运用于工商监管执法过程中，实施人性化、民主化、规范化和高效化的柔性监管执法，取得了改善政民关系、提升监管水平、促进经济发展的良好效果，受到上级机关和人民群众的高度评价，其经验得到泉州市委和市政府、福建省工商局、福建省政府、国家工商总局的高度肯定，后者并多次发文和召开经验交流会对其进行表彰推广，产生了极大的社会影响力，取得了法律效果和社会效果的统一；该局2008年被中宣部、中央电视台等单位评选为中国十大法治人物（这是首次颁奖给一个集体），2009年被中组部和人社部评选为人民信得过的全国公务员先进集体，2011年被中国政法大学等权威学术机构评选颁授“首届中国法治政府奖”；其经验还受到国务院高度肯定，国家工商总局作为先进典型在国务院召开的全国依法行政工作会议上作大会发言时介绍的首要经验，就是泉州工商行政指导的做法及其在全国工商系统推广运用、促进了法治工商和服务型工商机关的建设；泉州经验还被苏州市政府、山东省政府、汕头市政府、西安市政府、北京市城管局、无锡市国税局、湖州市公安局等全国数百个各类行政机关观摩学习借鉴，主要内容转化为多个地方政府规章或许多行政规范性文件的重要内容，大大推动了各类行政机关的依法行政

工作。

简言之,行政指导这一符合行政民主、行政科学与行政法制发展潮流的柔性监管方式,是强化行政服务职能、建设服务型政府的切入点,可广泛运用于工商、城管、公安、人事、教育、卫生、资源环境、质量监督等许多行政管理领域,正在我国行政管理和行政法制实践中广泛运用,应不断探索和完善其操作方式,为建设服务型政府与构建和谐社会作出积极贡献。

四、行政指导制度实践中的现实问题和法治化路径

1. 行政指导为代表的新型行政管理方式在实践中存在的问题

行政指导等新型行政管理方式在行政实务中发挥着特殊作用,同时也存在一定的消极作用和负面效应,值得关注。以行政指导为例,主要表现在:有的行政机关为逃避法律责任,在已有关于行政指导的具体法律规定时却不愿依法作出指导行为,致使法律空洞化;有的行政机关在客观上已出现对行政指导的社会需求时却懈怠或放弃职责,不愿实施行政指导;有的行政机关实施行政指导时出于不正当的目的,应当考虑的因素未予考虑,而不应考虑的因素却考虑过多;有的行政指导行为实际上被操作成了行政指令行为,使得行政相对人没有任意选择的余地;错误理解导致不合理操作;等等。

新型行政管理方式在行政实务中最突出的现实问题概括起来大致有如下10类:(1)规避法律责任,致使法律空洞化;(2)懈怠行政职责,丧失了政府权威;(3)出现变相干预,损害相对人权利;(4)缺乏民主协商,变味成权力行为;(5)法律关系尚未理顺,角色不明确;(6)行为动机不尽纯正,公正性不足;(7)行为程序不甚规范,透明度不够;(8)行为效果不甚稳定,预期性较弱;(9)纠错机制不甚健全,救济力度小;(10)有关知识远不普及,研究成果很少。

2. 行政指导实务中存在的认识问题

行政指导毕竟是一种新事物,行政公务人员对它的认识不深、经验不足,要在实践中正确运用行政指导,还需认真解决如下认识问题:

其一,要认识到行政指导是在纠正、减少违法行为的目的之下,与刚性管理手段相辅相成、各有功用的可选手段之一。如以长远的眼光来看,随着行政民主程度加深,行政指导这样的柔性管理方式在行政实务中将被更广泛地采用,甚至成为主要的管理方式。

其二,要认识到在行政管理实践中,应当根据主客观实际情况灵活地选择运用行政指导。例如,在发现行政相对人存在违法行为时,行政机关可以视具体情况选

用最为适合的办法：一是先指导，后不处罚；二是先指导，后处罚，之后再指导；三是先处罚，后进行指导。

其三，要认识到应将行政指导与日常管理工作相结合，这有助于降低行政成本。从长远效果看，运用行政指导后会减少作出强制性管理行为的工作量，降低行政机关与相对人之间的张力，有利于保持和谐的官民关系，实现较大的经济与社会效益。

3. 如何提高行政指导为代表的新型行政管理方式的法治化水平

在当下我国错综复杂的政治、经济和社会环境下，以及越来越高的行政管理要求背景下，上述问题或多或少、程度不等地存在于我国各地和各级政府机关的行政活动中，制约着行政指导等新型行政管理方式应有的积极作用得到充分发挥，许多行政机关陷入了专业监管工作的两难困境：一方面不满足于传统的执法方式，希望在监管制度和方法上有所创新；另一方面又对自主创新的合法性和有效性有顾虑，一旦发生行政争议遭受非议后就马上止步退缩。故在深化行政改革过程中，行政公务人员亟须解放思想、创新方法，拓展行政管理新路子，从观念、规范、制度等诸方面采取有效措施，对以刚性为主的传统行政方式（存量行政方式）进行民主化改造，对以更体现民主性的柔性为主的新型行政管理方式（增量行政方式）要学会积极运用，提高行政指导等新型行政管理方式的法治化水平，积极克服其负面效应，推进依法治国方略和行政法治原则的贯彻落实。其对策思路是：

- （1）积极采用符合现代市场经济发展要求的行政管理新方法；
- （2）坚持公平、公正、公开原则，健全行政程序与责任制度；
- （3）健全相关行政法律规范，完善纠错机制，提高救济效果；
- （4）坚持科学、民主、服务、法治精神，树立行政法治观念。

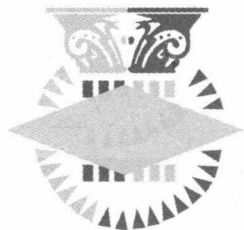
五、本书的研究方法和研究框架

服务型政府建设涉及社会生活的各个领域，内容丰富、矛盾集聚，这也决定了我国的服务型政府建设只能在遵循客观规律的前提下逐步推进。在这一认知的基础上，本书选择了行政法学领域对服务型政府建设具有重大对策意义的行政管理方式，即最具代表性、最能体现政府服务职能的新型行政管理方式——行政指导展开研究。采用规范分析、比较研究、问卷调查和案例分析等调查研究方法，在广泛的走访调查、问卷调查、案例分析等实证研究的基础上，探讨行政指导在我国的生产背景、发展进程和实际运作，对行政指导制度进行原理性、可行性和操作性的系统深入研究，以促进中国特色行政指导制度的稳健发展和法治视野中的服务型政府建

设。虽然这只是服务型政府建设的部分内容，但它对服务型政府建设具有重大而深远的影响。

本书的总体框架是以“服务型政府的行政方式法治化”为研究主线，力图在界定服务型政府的基本理念、理论基础、构建原则和法律制度的基础上，通过规范研究、实证调查和比较研究等多角度、多层面的调研，系统深入地探索服务型政府视野中传统行政方式的民主化、法治化革新路径以及以行政指导为代表的新型行政管理方式的制度化、规范化和法治化问题。这一进程中，对以行政指导为代表的新型行政方式与传统行政方式如何配合适用，如何处理好柔性行政方式之间以及其与刚性行政方式的关系，解决中国特色的服务型政府的行政方式及其法治化路径的基本理论与实务问题，形成建设服务型政府的基本路向的科学结论和法治化思路，从价值论、制度论、方法论和对策论的角度提出推动行政指导制度发展的具体对策，有助于创新行政管理方式、建设服务型政府、实现和谐社会。

与以往同类研究成果相比，本书具有许多突出特点，例如大大增加了横向考察的国家、地区和比较研究的案例和事例，从跨学科和交叉学科的角度对行政指导进行了理论背景分析，系统研究了行政指导程序问题并提出了程序立法建议，对行政指导的运行现状、制度尝试、典型经验和完善路径专门进行了系统的实证研究。希望这些创新成果有助于深化关于行政指导的理论认识，为我国行政指导实践的健康发展提供参考。



行政指导与建设服务型政府

上 编

建设服务型政府背景下的行政指导理论发展

