

二十一世纪法学学术文丛

行政指导要论

——以行政指导法治化为中心

莫于川 著



THE IMPORTANT THEORIES OF
ADMINISTRATIVE
GUIDANCE

人民法院出版社
The People's Court Press

行政指导要论

——以行政指导法治化为中心

莫于川 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政指导要论:以行政指导法治化为中心/莫于川
著.北京:人民法院出版社,2002.12
ISBN 7-80161-387-2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 068746 号

行政指导要论

——以行政指导法治化为中心

莫于川 著

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290561(责任编辑) 65290516(出版部)

65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www. courtpress. com

E - mail courtpress@sohu. com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 220 千字

印 张 8.125

版 次 2002 年 12 月第 1 版 2002 年 12 月第 1 次印刷

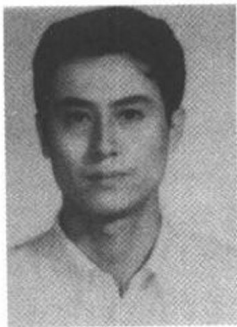
书 号 ISBN 7-80161-387-2/D·387

定 价 16.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)

作者简介



莫于川，1956年出生于四川重庆，祖籍广西玉林，曾插队务农、参军服役和从事行政管理工作的，先后毕业于重庆市委党校理论部（大专）、西南师范大学政治系（本科）、西南政法大学法学二系（硕士）和中国人民大学法学院（博士），在重庆社会科学院工作多年，现为中国人民大学法学院教授、宪政与行政法治研究中心副主任，主要研究中国行政法治的理论与实践问题，曾出版《行政法治的现实与理想》、《行政法学》等专著、教材十余种，发表《中政府——我国城市政府组织法制的理性选择》、《从夹江打假案看行政法治的若干现实问题》等论文、研究报告百余篇。

内容简介

行政指导 (administrative guidance) 是现代市场经济与民主法治发展过程中出现的重大行政现象和行政法 (学) 范畴, 在当代行政管理实践中起着特殊的积极作用, 同时也存在某些固有缺陷和负面效应, 人们对之见仁见智、褒贬不一, 亟需根据依法治国方略和行政法治原则的要求加以重点研究, 以深化认识、形成共识、走出误区, 更好地实施行政指导行为。作为国内第一篇专题研究行政指导的博士学位论文, 本书综合地采用资料分析、比较研究、交叉研究、案例研究、实证研究、对策研究等社会科学研究方法, 对行政指导进行了系统而有重点的研讨。全书共六章: 第一章从规范分析的角度对行政指导的概念和若干相关问题进行了系统研究; 第二、三章对行政指导产生发展的历史脉络和其他国家的具体做法作了纵向考察和横向比较; 第四章从方法论的角度对行政指导的常用方式、一般程序和保障措施作了全面分析与概括, 这是行政指导行为颇富特色的内容; 第五、六章集中研究了行政指导的合法性和监督救济等热点难点问题, 并客观分析了我国实施行政指导的现状、问题和条件, 在此基础上提出了加强我国行政指导制度建设、实现行政指导法治化的若干原则和对策。本书的研究主线和重点是行政指导行为的法治化问题, 所提出的一系列重要研究结论和具体对策建议力求有所创新并切合实际, 以助于推动我国行政指导理论与实践的健康发展, 特别是行政指导法治化进程。

社会转型中的我国行政法制

——《行政指导要论》序

罗豪才*

行政法制是国家法律制度的重要组成部分。我国的行政法制是在计划经济的条件下产生和发展起来的，有很深的计划经济体制的烙印。与经济转型、社会转型相适应，我国的行政法制必须转型发展，包括思想转型、体制转型、机制转型、制度转型和方法更新，通过诸多要素和层面的不断创新与完善，推动行政法制系统地转型发展。简言之，为了实现依法治国、建设社会主义法治国家的目标，以适应社会主义市场经济体制发展的需要，我国的行政法制建设，必须走持续发展的道路，在改革中发展，在发展中创新。实际上，自从改革开放以来，我国行政法制就步上转型的过程，多次进行改革和调整，在诸多方面发生明显的变化。其遵循的治国方略已由人治走向法治，坚持依法行政；其权利（力）结构（这是行政法制的核心部分）已由重权力轻权利走向权力与权利并重，趋向动态平衡；其职能已由全能政府走向有限政府，权力运作方式呈现多样化，公共治理初露端倪；其规范的性质已由重实体轻程序走向实体与程序并重，行政程序立法提上日程；其运行机制已由单一的管制或者制约机制走向制约、激励等多种机制相结合；其实施方法和手段不断更新和丰富；其权利救济和监督行政行为的机制已基本形成并在发展中；其利益关系

* 作者系全国政协副主席、中国致公党主席，北京大学法学院教授、博士研究生导师，中国法学会副会长，中国法学会行政法学研究会会长。

已由只强调公共利益走向公共利益与个人利益兼顾，社会利益趋向均衡化，等等。一个民主、公正、高效、科学的行政法制正在建设中，行政法主体各方之间的关系日趋形成既有矛盾又良性互动的和谐关系。

毋庸置疑，我国的行政法制仍处在转型之中，改革与调整的任务还未完成。如我国现行的行政法制受“末端治理”、“末端监管”的立法和执法思维模式影响较深，重结果、轻过程，疏于教育，不强调动态治理和全过程指导。对行政主体及其工作人员，重事后监督，轻事先、事中的教育和管理，而一旦发现违法，就一味强调严厉制裁，过高估计惩罚的作用。此外，在我国的行政法制中，无论是立法还是执法，都未建立成本核算制度，信息公开制度、电子政务规范化以及公共财政制度都处于初始建设阶段。至于阻碍行政法制统一实施的地方和部门保护主义至今仍然颇为猖獗，法治观念、诚信原则的全面树立尚待时日，行政法治制度化、规范化、程序化仍然任重道远。

值得强调的是，在我国，行政权行使的方式呈现多样化，强制性的行政行为已不是行政法的重心，行政指导、行政合同等非强制性行政行为的效能日益显现出来，已成为行政主体广为采用的行为方式，服务行政大显奇效，如工商、公安、消防、司法行政等部门在监管过程中开始注意提供行政指导，采用行政合同或其他民事活动的形式，调动相对方的积极性，实现特定行政目的。特别是中央政府实施的退耕还林政策，受到广大农牧民的拥护和欢迎，被称为“得民心工程”、“政府形象工程”^①。这里具有深刻的行政法哲理。

我国采用行政指导的行为方式，应该说这几十年来还是较多的，但直到20世纪80年代，理论上的系统概括才开始受到重视。郭润生、宋功德合作撰写的《论行政指导》是我国对该问题

^① 《国务院关于进一步完善退耕还林政策措施的若干意见》，见《人民日报》2002年6月21日第一版。

研究最早的一本专著。现在莫于川博士在实践中和攻读博士学位期间又集中力量思考和撰写了博士学位论文《行政指导若干理论与实践问题研究——以行政指导法治化为中心》（出版时定名为《行政指导要论——以行政指导法治化为中心》），这无疑对进一步推动行政法学的发展，推动行政主体与行政相对方良性互动关系的形成，会起到非常重要的作用。

莫于川博士一贯学习刻苦、勤奋，既注重研究行政法的理论问题，又非常关注行政法的实践问题。1996年四川省夹江县发生过一件轰动全国的打假案，涉及到行政主体、行政程序、司法审查、监督方式等诸多方面争议，是引起社会各界特别是众多媒体关注的“个案监督”的典型。小莫同志当时坚持深入实地对该案进行了系统的调查研究，在此基础上对基层行政审判工作予以充分肯定，提出一些比较客观的看法和积极的建议，对于贯彻行政法治原则，维护和推进行政审判制度起到了积极的作用，受到行政法学界和公众的关注与好评。摆在读者面前的这本书，以行政指导法治化为中心，选择行政指导若干重大理论与实践问题加以专题研究，提出一系列有助于促进行政指导法治化的创新见解。作者注意理论联系实际，综合采用多种研究方法，从法经济学、法社会学、法哲学、法政治分析、法文化研究等交叉学科的角度对行政指导进行了多角度的研究。这样综合地研究行政指导，对于行政法学的基础理论和行政法制的具体实践有着重要的参考指导价值。该书内容丰富、重点突出、论证有力、说理充分、语言畅达、逻辑性强，表明作者具有扎实的理论功底和独立的科研能力。

权且为序。

2002年8月22日

目 录

序言	罗豪才 (1)
绪论 行政指导及其法治化的特殊意义	(1)
第一章 行政指导范畴论	
——行政指导的概念与若干相关问题	(5)
第一节 行政指导的概念	(5)
一、行政指导的科学界定	(5)
二、行政指导的三层次含义	(12)
第二节 行政指导的性质、特征和作用	(14)
一、行政指导的性质辨析	(14)
二、行政指导的行为特征	(25)
三、行政指导的主要作用	(33)
第三节 行政指导的构成和分类	(36)
一、行政指导的构成要素	(36)
二、行政指导的基本类型	(38)
第二章 行政指导历史论	
——行政指导的产生发展与理论背景	(43)
第一节 行政指导是市场经济和行政模式发展的 产物	(43)
一、市场经济和行政模式发展的四个阶段	(43)
二、市场经济和行政模式发展与行政指导	(48)
第二节 行政指导是战后民主化潮流的产物	(50)

一、战后民主化潮流与行政民主化发展趋势·····	(50)
二、行政指导是实现行政民主的重要渠道·····	(52)
第三节 行政指导是符合成本效益原则的选择·····	(55)
一、实施行政指导与降低行政成本·····	(55)
二、实施行政指导与降低社会成本·····	(57)
三、实施行政指导与实现行政目标·····	(58)
第四节 行政指导产生发展的法学理论背景分析·····	(59)
一、社会学法学的特殊影响·····	(60)
二、综合法学的进一步影响·····	(63)
三、现代行政法平衡理念的影响·····	(64)
第三章 行政指导比较论	
——行政指导的横向考察和特点比较·····	(67)
第一节 市场经济国家行政指导的一般考察·····	(68)
一、市场经济国家行政指导手段、职能的表现···	(68)
二、市场经济国家的行政指导法律规定考察·····	(70)
第二节 日德美行政指导的考察与比较·····	(79)
一、日本行政指导的考察·····	(79)
二、德国行政指导的考察·····	(85)
三、美国行政指导的考察·····	(88)
四、日德美行政指导的比较·····	(92)
第四章 行政指导方法论	
——行政指导的方式、程序和保障措施·····	(96)
第一节 行政指导的常用方式·····	(96)
一、行政指导方式概述·····	(96)
二、行政指导的常用方式探讨·····	(97)
第二节 行政指导的一般程序·····	(105)
一、行政指导程序概述·····	(105)
二、若干国家行政指导程序考察·····	(106)
三、行政指导的一般程序·····	(109)
四、行政指导程序方面的问题探讨·····	(110)

第三节 行政指导的保障措施的保障	(112)
一、行政指导保障措施概述	(112)
二、行政指导保障措施的分类	(114)
三、行政指导保障措施的问题探讨	(119)
第五章 行政指导法治论	
——行政指导的合法性问题与监督救济	(121)
第一节 从依法行政理念角度看行政指导的合法性	(122)
一、依法行政理念的演变与行政指导的合法性	(122)
二、结合我国实际看依法行政与行政指导的关系	(126)
第二节 从交叉科学角度看行政指导的合法性	(134)
一、从法社会学角度看行政指导的合法性	(134)
二、从法文化角度看行政指导的合法性	(138)
三、从法律价值角度看行政指导的合法性	(144)
第三节 与行政指导法治化有关的认识与实务问题	(151)
一、行政指导法治化进程中的若干认识问题	(151)
二、行政指导实务中存在的若干负面问题	(157)
第四节 行政指导立法约束与行政指导法治化	(159)
一、国外对行政指导行为的立法约束	(160)
二、行政指导立法模式的比较与选择	(167)
第五节 完善救济制度与行政指导法治化	(169)
一、行政指导的救济制度概述	(169)
二、按行政指导法治化的要求完善救济制度	(169)
第六节 从诉讼案例看行政指导法治化问题	(178)
一、若干典型的行政指导诉讼案例分析	(178)
二、国外行政指导诉讼案例的特点与启示	(191)
第六章 行政指导对策论	
——我国行政指导的现状和法治化对策	(194)
第一节 我国实施行政指导的重要现实原因	(194)
一、行政指导是发展社会主义市场经济的要求	(194)

二、行政指导是转变政府职能和行政模式的要求·····	(197)
三、行政指导是加入 WTO 和西部大开发的要求·····	(200)
第二节 我国实施行政指导的现状评析·····	(202)
一、行政指导在我国行政实务中已广泛运用·····	(203)
二、我国行政指导实践中存在的主要问题分析·····	(209)
第三节 我国行政指导法治化的条件与原则·····	(212)
一、我国行政指导法治化的条件分析·····	(212)
二、我国行政指导法治化的重要原则·····	(218)
第四节 行政指导法治化的具体对策建议·····	(223)
一、提高认识水平, 实现观念更新·····	(224)
二、加强基础建设, 注重制度创新·····	(224)
三、加快立法步伐, 完善法律规范·····	(227)
四、采取配套措施, 提高运作成效·····	(229)
结语 我国行政指导法治化任重道远·····	(231)
主要参考文献·····	(233)
后记·····	(241)
出版后记·····	(243)

绪论 行政指导及其法治化的特殊意义

一、本文的选题考虑

在我国市场导向的经济体制改革过程中，政治体制改革、行政管理体制改革和法制改革以及思想文化变革也逐步展开，行政法和行政法学也不断创新发展，逐步走向成熟；其中，理论基础、行政法治、行政主体、行政行为、行政立法、行政程序、司法审查、行政赔偿等一系列新理念、新制度、新方法的导入和一些新研究领域的拓展，体现了我国行政法和行政法学在新时期的重大发展和未来发展趋势。^①而在我国行政法制建设这一宏大的系统工程中，逐渐增强科学、民主和公正因素，积极运用和有效规范行政指导、行政契约等新型适用的行政活动方式，发挥其特殊作用和克服其负面效应，正是这个大趋势的重要表现之一，也是符合当今世界出现的民主化潮流的理性选择。

第二次世界大战以来，特别是20世纪60年代以来，随着市场经济（Market Economy）的实践和理论不断发展，行政管理理念和方法的创新发展成为巨大的社会需要和一种社会发展动力。由于行政指导在现代市场经济条件下的行政实务中日益显现出特殊的功效性和适应性，许多重要市场经济国家对行政指导的态度都陆续发生了由否定到暧昧到肯定到注意采用的变化，行政指导

^① 参见罗豪才：《在邓小平理论指导下走向繁荣的中国行政法学》，载《中国法学》1998年第5期；应松年：《中国行政法的发展》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》1998年第5期。

作为对传统依法行政的一种必要补充和一种灵活有效的行政方式，已越来越多地运用于市场经济国家的经济与行政管理过程中，成为当代行政法和行政法学的重要范畴。

在我国，由于过去长期实行传统的计划经济体制，许多人受那种偏好集权集中、强制命令的传统观念束缚很深，在体制转型过程中还难以重视和正确运用政府的柔软干预方式，因此从总体上说，行政实务界长期未能自觉地按现代市场经济的要求来运用行政指导，行政法学界也长期未能重视研究行政指导，这非常不利于在行政实务中正确运用行政指导，也不利于行政法学科体系的创新。^① 尽管随着市场导向改革和经济社会发展的推进，进入90年代以后，行政指导的必要性、功效性和可行性及其负面性在行政实务中日渐显露出来，我国学者关于行政指导的探索性文章也陆续发表了若干篇，但由于种种原因，这方面的研究力度还远远不够，少见比较系统且有深度的行政指导理论探索和实践总结成果，^② 行政实务界也未能在必要的理论支持下积极运用行政指导，无论实务界还是学界至今仍有许多人对行政指导不大了解，还有的人对行政指导至今仍持完全否定的态度，这显然不利于在我国市场经济条件下加强和改进行政指导，不利于实现行政指导的法治化。特别是在我国加入WTO和大力贯彻依法治国方略的新形势下，应如何理解和把握行政指导的概念及其性质和特征？行政指导产生发展的历史脉络和理论背景如何？主要市场经济国家的行政指导做法和特点如何？行政指导有哪些常用方式、

① 十年前，除个别学者从行政管理学的角度（杨海坤，广西南宁，行政管理学术研讨会）涉及到行政指导问题和一本行政法学著作（罗豪才：《行政法论》，光明日报出版社1988年版）简要讨论过行政指导以外，我国行政法学界尚未将行政指导作为研究题目，基本上没有专题论著发表。

② 90年代初以来，国内学术刊物上公开发表的行政指导专题论文迄今只有二三十篇；许多法律院系长期未将行政指导列为行政法课程的基本内容进行教学，有关的研究、教学、宣传工作长期处于幼稚状态，与行政法学其他领域相比很不协调。这可能是作为新研究领域必经的起步阶段。

一般程序和保障措施及其特点如何？在贯彻依法治国方略的背景下实施行政指导是否具有合法性？行政指导在实践中存在哪些突出问题及其法治化对策如何？对于这样一些极为重要而又至今仍含混不清、缺乏研究的问题，亟需根据依法治国方略和行政法治原则的要求，以行政指导法治化为重点进行系统深入的研究，以纠正偏误、深化认识、把握规律，有助于推动行政指导理论与实践的发展特别是法治化进程。本选题的确立和展开研究正是基于此种考虑。

行政指导作为现代市场经济迅速发展和行政民主化潮流这种背景下出现的一个重大和复杂的行政现象，涉及到方方面面的因素，有许多问题特别是行政指导与市场经济、民主政治、行政法治、行政科学和新型文化等的关系问题需要系统深入地加以研究；但限于篇幅，本文只能择要就行政指导的概念、发展历史、别国做法、方法论、合法性、法治化对策等六个方面，以行政指导法治化为中心加以专题探讨。期能举一反三地获得有助于正确认识和有效实施行政指导的规律性认识，以助于按发展社会主义市场经济和民主法治的基本要求来科学合理地完善我国行政指导制度，通过观念更新和制度创新来推动行政指导理论与实践的健康发展。

二、本文的结构安排

全文共六章，逻辑结构是：首先从范畴研究的角度，对行政指导的概念和若干相关问题进行研究（第一章）；其次，分别从纵向考察和横向比较的角度，对行政指导产生发展的历史脉络和其他国家的具体做法进行研究（第二、三章）；再次，从方法论的角度对行政指导的常用方式、一般程序和保障措施作了研究（第四章），这是行政指导行为颇具特色的一部分内容；随后，对行政指导的合法性和监督救济等热点难点问题进行了系统研究（第五章）；最后，对我国实施行政指导的现状、问题和基本条件

等等作了研究，在此基础上提出了加强我国行政指导制度建设、实现行政指导法治化的若干原则和对策（第六章）。本文的研究重点是行政指导行为的法治化问题，并在第五、六章对此作了集中论述，力求有所创新，以助于行政指导理论和实践的健康顺利发展。

三、本文的研究方法

总体而言，本文以理论探讨为主，兼顾实务问题。在研究与写作过程中，主要采用了规范分析、资料分析、专家咨询、比较研究、交叉研究、案例研究、实证研究、对策研究等传统的和现代的研究方法，有重点地对行政指导的若干重要理论与实践问题进行了探讨，提出了一系列研究结论和对策建议。例如，第一章采用了规范分析的方法，第二章采用了资料研究的方法，第三章采用了比较研究的方法，第四、五章采用了综合研究的方法，第六章采用了实证研究和对策研究的方法等等。行政指导是一种新型和复杂的重大行政现象，综合地采用上述方法对其加以各有侧重的研究，这可能有助于深化认识，实现预定的研究目标，更好地发挥行政指导的积极作用和促使其走上法治轨道，从而推进行政科学、行政民主和行政法治的发展。

第一章 行政指导范畴论

——行政指导的概念与若干相关问题

常言道：明确概念是系统学习、深入研究、对话交流和实际运用的基础。而概念混乱不明乃是行政指导理论与实践发展过程中的一个突出问题。故本章首先对行政指导的概念和若干相关问题加以探讨。

第一节 行政指导的概念

一、行政指导的科学界定

当代行政法意义上的行政指导这一概念，首先出现于“二战”后的日本（日文：行政指導，ぎょうせいしどう，gyoseishido；英文：administrative guidance，或 guidance action of administration）^①，目前在欧美国家则多称为非强制性行政行为（英文：non-coercive form of administrative action），或称为非正式行政

① 据考证，作为学术用语来最早概括和论述“行政指导”的是日本学者林修三先生。他在《关于所谓行政指导》（载日本《行政与经营》杂志1962年第8期）一文中将行政指导解释为：“不是行政机关就某个行政领域内的事项，作为执行和适用法令而以国家强制性权力对特定的个人、法人、团体进行命令和强制，也不是行政机关在任意的基础上又基于法令的根据而对上述相对人进行指导、劝告和建议等等，而是行政机关并非基于法令的根据而就某个行政领域内的迫切希望和期待相对人按行政意图去做的事项，以指导、劝告和建议等方式向相对人做工作，促使其自愿协力和同意去行动。”与现在一般的行政指导定义相比，林修三先生所下定义包括的范围明显要窄一些。