

工商机关 行政指导

《工商行政管理》编辑部 编
福建省工商局

中国工商出版社

工商机关行政指导

《工商行政管理》编辑部 | 编
福建省工商局

中国工商出版社

责任编辑 刘安伟

封面设计 陆永欣

图书在版编目 (CIP) 数据

工商机关行政指导 / 《工商行政管理》编辑部, 福建省工商局编.
—北京: 中国工商出版社, 2006.6

ISBN 7-80215-080-9

I. 工… II. ①工…②福… III. 工商行政管理—福建省—指南
IV. F203.9-62

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 057063 号

书名/工商机关行政指导

编者/《工商行政管理》编辑部, 福建省工商局

出版·发行/中国工商出版社

经销/新华书店

印刷/北京翌新工商印制公司

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16 印张/20 字数/320 千字

版本/2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

印数/01-5000 册

社址/北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号 (100070)

电话/ (010) 63730074, 83670785 电子邮箱/zggscbs@263. net

出版声明/版权所有, 侵权必究

书号: ISBN 7-80215-080-9/F·552

定价: 24.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

出版前言

《工商机关行政指导》一书是《工商行政管理》半月刊一个重头报道的产物。编辑部对工商机关行政指导的关注始于2002年秋天,在当年第20期半月刊上曾推出一组长达2万字《关于行政指导》的专题报道,在那期杂志上,我们刊登了中国政法大学张树义教授、国家经贸委法制司撰写的理论文章和调研报告,也刊登了上海、济南、湖北等地工商局的实践与思考。

2004年,国务院发布《全面推进依法行政实施纲要》。《纲要》第9条明确提出“改革行政管理方式。……充分发挥行政规划、行政指导、行政合同等方式的作用。”对工商系统以及其他行政机关的行政执法理念的创新与执法方式的改革提出了新的要求。党的十六届四中全会进一步提出推进制度创新,提高执政能力,为此,我们对行政指导的实践和理论进展愈发关注。

2005年11月30日,福建省工商局在泉州市召开了全面推行工商行政指导工作现场会。我们应邀参加了会议,近距离地审视了福建省泉州市工商局一年多来的实践成果,形成了2006年第3期长达4万字的《福建省泉州市工商局行政指导》报道。这组报道发出后,系统内产生了一定的反响。据了解,北京、宁波、河南郑州、山东烟台、聊城等地工商局先后派人到泉州市考察行政指导工作,并就工商部门推行行政指导与编辑部进行探讨。甘肃省金昌市工商局还在该局的工商简报上开辟专栏组织全局人员探讨工商部门推行行政指导的思路和做法。

来自各方面的反馈一方面让我们感到努力付出后被认可的欣慰,另一方面,也更强化了我们工商机关行政指导报道的责任,毕竟半月刊篇幅有限,难以对福建全省的工作推开进行跟踪,也难以对泉州经验进行全面介绍。因此,我们设想出一本能让工商干部感到“解渴管用”

的行政指导的普及读物,能够通过丰富的案例和操作实务,帮助工商干部了解行政指导这种先进行政管理理念,通过行政指导学说兴起的历史沿革和基础概念主要理论的系统介绍,让更广大一线执法者在执法理念上接受,在执法实践中自觉实施行政指导。我们的想法得到了福建省工商局的认可和支持,陈乙熙副局长直接统筹部署,半月刊编辑部与福建省工商局联合编辑的《工商机关行政指导》一书终于顺利地出版了。

《工商机关行政指导》一书以刊物专题报道为基础,但在编排体例上作了重新构思,不仅有省局的周密部署,在全省各地的最新进展,还有泉州经验的最新总结;不仅有专家点评,还有简明基础理论的介绍。本书从福建省工商局以及9个设区市的工商部门开展行政指导的实践出发,结合具体的案例研究,着重介绍了最先试点的泉州的经验以及相关的规范性文件和13个工作指南,具有较强的操作性。为了使读者对行政指导理论有一个简明扼要的了解,我们邀请浙江大学法学院的章剑生教授专门撰写《行政指导理论研究》部分。同时,为了更加直观地将行政指导的经验展现给读者,本书附上介绍泉州市工商局开展行政指导的光盘。

在本书的编写过程中,福建省工商局法制处傅健处长、张正义等同志为本书的出版做了大量的工作,在此一并表示衷心的感谢。

需要说明的是,福建省工商系统推行的行政指导正处于探索和实践阶段,加之我们水平有限,本书难免有不当之处,欢迎读者批评指正。

《工商行政管理》编辑部

2006年5月

目 录

出版前言	《工商行政管理》编辑部
------------	-------------

第一部分 理论与实践的奠基

行政指导理论研究	(3)
推行行政指导 提升执法水平 促进改革发展	(28)
福建省工商局关于在全系统全面推行工商行政指导工作的意见	(32)

第二部分 创新的先河——泉州经验

推行行政指导 促进和谐监管	(47)
行政指导案例	
1. 安溪县工商局行政指导“铁观音”品牌战略	(55)
2. 洛江区工商局指导规范印制行业	(59)
3. 浔中工商所指导加油站合法经营	(62)
4. 洪濑工商所行政指导规范食品批发业	(65)
5. 蓬壶工商所指导加强商标包装装潢保护	(68)
6. 泉港区工商局行政指导电信企业规范经营	(70)

媒体报道

1. 行政指导:从“权力本位”到“责任本位” (73)
2. 推进行政指导 加强依法行政——莫于川教授谈
行政指导 (77)

行政指导规范性文件

1. 关于在全市工商机关全面推行行政指导的决定 (85)
2. 关于落实登记事务教导制的意见 (93)
3. 关于落实查处违法疏导制的意见 (98)
4. 关于落实规范经营劝导制的意见 (103)
5. 关于落实维权兴企引导制的意见 (109)
6. 行政指导程序规定 (115)
7. 行政指导审议暂行办法 (122)
8. 行政指导监督暂行办法 (127)
9. 行政指导评估暂行办法 (133)

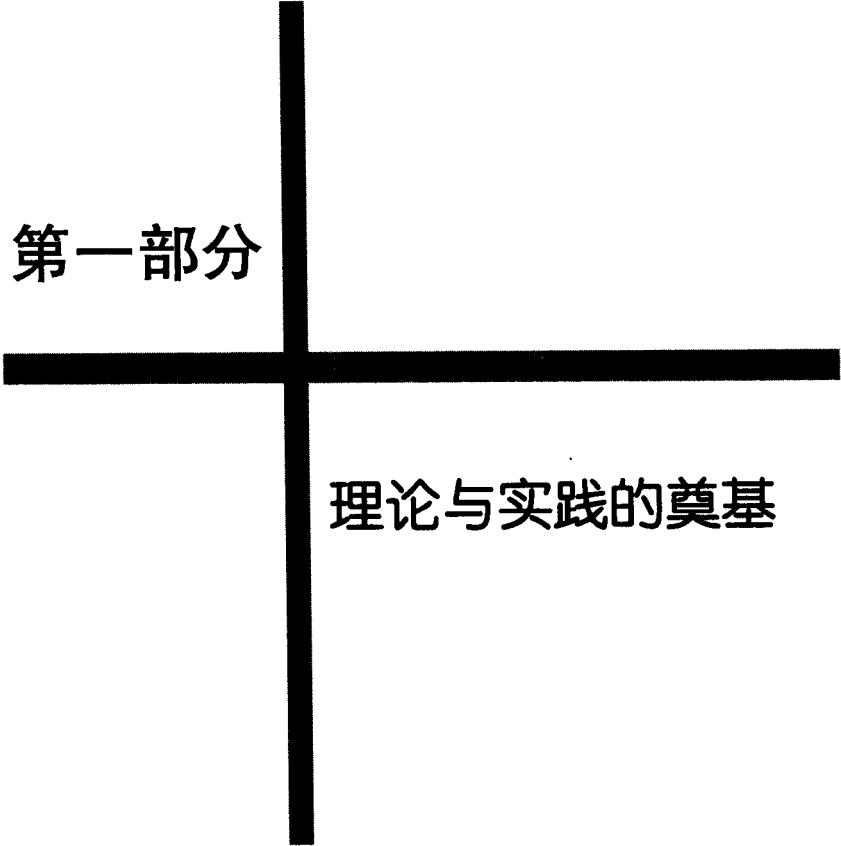
行政指导工作指南(摘登)

- 第一号 对被吊销营业执照有限责任公司退出市场实施行政
指导工作指南 (138)
- 第二号 企业商业秘密保护行政指导工作指南 (144)
- 第三号 定牌加工行政指导工作指南 (151)
- 第四号 企业合同管理行政指导工作指南 (159)
- 第五号 企业实施商标品牌战略行政指导工作指南 (163)
- 第六号 流通领域食品安全行政指导工作指南 (171)
- 第七号 企业打假维权行政指导工作指南 (179)
- 第八号 查处无照经营中实施行政指导工作指南 (189)
- 第九号 规范广告经营行政指导工作指南 (196)
- 第十号 规范直销企业经营活动行政指导工作指南 (202)
- 第十一号 消费者维权行政指导工作指南 (214)
- 第十二号 自然人创业办理营业执照行政指导工作指南 (227)

第十三号 有限责任公司股权转让行政指导工作指南·····	(242)
------------------------------	-------

第三部分 探索求发展——经验和案例

1. 福州市工商局:推行行政指导 促进地方经济发展 ·····	(255)
开发区工商局行政指导增添百年船厂新活力·····	(261)
2. 厦门市工商局:人性化监管 零距离服务 ·····	(264)
思明区嘉莲工商所行政指导家装市场走出困境·····	(269)
3. 漳州市工商局:紧密围绕经济发展全面导入行政指导 ·····	(271)
漳州市工商局指导“台农”兴业·····	(275)
4. 莆田市工商局:大力推行行政指导 提高监管服务水平 ···	(278)
秀屿区工商局行政指导金银首饰城·····	(282)
5. 三明市工商局:推行工商行政指导 倾心支持社会主义 新农村建设 ·····	(285)
永安市工商局行政指导禽业公司发展·····	(290)
6. 南平市工商局:运用工商行政指导服务闽北经济发展 ·····	(292)
松溪县工商局借助行业协会实施行政指导规 范农资市场·····	(298)
7. 龙岩市工商局:推行行政指导 着力服务“三农” ·····	(300)
长汀县工商局指导开发区定牌加工企业规范经营·····	(304)
8. 宁德市工商局:实现从“两制”到行政指导新跨越 ·····	(306)
蕉城区工商局行政指导公司实施商标品牌战略·····	(311)



第一部分

理论与实践的奠基

行政指导理论研究

章剑生^①

一、行政指导界说

行政指导是行政主体基于国家的法律、政策的规定而做出的,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一种非职权的行为。现代市场经济的发展产生许多在传统行政法下政府难以依法调控的问题,于是利用非权力的行为影响市场经济的发展,可以产生比用僵硬的法律规定干涉市场经济更能取得良好的社会效果。行政指导的出现与运用正是这种市场经济发展的产物。它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双重缺陷的一种补救方法。因此,在现代行政法中,行政指导具有了行政职权行为无法替代的法律地位。对于行政指导我们可以从以下三个特征中获得进一步的认识:^②

1. 行政性。行政指导行为行政性这一法律特征表明,行政指导行为作为一种行政现象仍属行政法研究的范畴。行政指导行为的行政性可以作如下几个方面的理解:其一,行政指导行为是发生在行政领域中的一种准法律现象,它虽不是一种行政职权性的行为,但却是基于行政职能做出的,行政指导行为的实施者仍是行政主体,其承受人亦是行政相对人。其二,行政指导行为是通过一种非行政职权性的行为,与实施行政职权行为达到殊途同归的目的,并可能降低行政管理的成本。其三,行政指导行为仍是以调整行政关系为其基本内容的一种与行政

^① 作者系浙江大学法学院教授。

^② 杨建顺教授将行政指导的特征归纳为非强制性、事实行政性、能动性和优越性。参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第540—542页。

行为相关的行为。这就决定了行政指导行为与行政行为之间具有密不可分的关系。行政性决定了行政指导仍然是一种行政法领域中的现象,是可以通过行政法学加以研究的一种行政法现象。

2. 多样性。行政指导行为的多样性是指行政指导行为在具体方法上没有做出明确的法律羁束性规定,而是由行政主体根据实际情况决定采取具体的指导方法。这一特征既反映了行政主体在行政指导行为中拥有更大的自由裁量权,也说明了行政指导行为在具体实施中的复杂性,以及在法律上防止行政主体滥用行政指导行为的重要性。如常见的行政指导行为方式有引导、劝告、建议、协商、示范、制定导向性政策、发布官方信息等。这是行政指导自由裁量性的具体体现。虽然行政指导不能去除其自由裁量性,但这种自由裁量性对行政相对人造成损害的可能性是显而易见的。“为了使行政指导相对人的权利自由不受行政官僚主义及便宜主义的侵害,保证裁量判断、决策过程的公开及其他公正程序的统治,是极其重要的。”^① 因此,对于行政指导的行为,当行政实体法在控制其滥用方面无能为力的情况下,行政程序法的控制就是一种最好的选择。

3. 自愿性。行政指导行为自愿性的确立与行政指导行为的非强制性是紧密相连的。行政指导的本质是一种非行政权的行为,承受行政指导行为的行政相对人是否接受指导取决于其自愿性,而不是行政权固有的命令与服从的强制性。行政相对人对行政指导行为不具有必须服从的义务,从而行政指导行为也不具有一般行政行为的可救济性,除非有法律特别规定。行政相对人接受行政指导行为产生一定的法律后果,只能视为行政相对人在接受行政指导行为之前已经自愿接受此种后果。正如有学者所说:“尽管不排除作为行政指导行为主体的行政机关实体上具有自来的公权力背景,但权力背景毕竟不等于行使权力,故从基本性质上看,行政指导乃是一种非权力强制性的行为。否认这一点就可能使它失去许多重要特点和发挥作用的必要条件,从而丧失其

^① 日室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译、罗田广校,中国政法大学出版社1995年版,第157页。

存在的特殊价值。”^①虽然这一观点尚存有可商榷之处,但它可以成为我们理解、领悟行政指导内涵的切入口。行政指导行为的产生与发展与市场经济之间具有密不可分的关系。市场经济的发展促使经济理论的不断更新,这无疑会影响到政府管理经济的具体手段发生变化。行政指导可以说是“从主张完全排斥政府干涉到主张政府强硬干预再到主张政府进行柔软干涉的产物。”^②行政指导作为一个行政法上的概念,最早出现在第二次世界大战后的日本。^③日本的经济是在政府主导下发展起来的一种经济模式。战前的大陆法系传统与战后英美法系的影响,使日本的行政法律制度在司法审查上比较重视对行政相对人的权利保护,取消了行政法院,改制为由普通法院行使司法审查权。同时,日本行政法并不否认行政机关在行政活动中的优越地位,认可行政机关在经济、社会发展中所处的主导地位。日本一位当代的经济学家指出:日本行政指导方法的实质在于,一个负责任的政府机构或官员在不具有明确的合法权力的情况下,能够而且确实可以指导或诱导私营企业或个人采取或不采取某些行动,以达成行政目标。^④日本推行以诱导性经济计划和产业政策为基础的行政指导,对日本经济发展奇迹般地发展产生了巨大的影响。1993年日本行政程序法对行政指导的明文规定,实质上也是对行政指导推动经济发展的巨大作用的认同。我国的计划经济虽然推崇政府在经济、社会发展中所处的重要地位,但是行政机关通过行政命令对经济、社会发展发号施令却是计划经济的一个重要特征。作为生产、经营的主体只要遵守政府发生的各种命令,

① 莫于川:《行政指导论纲》,重庆大学出版社1999年版,第43页。

② 王连昌主编:《行政法学》(修订版),中国政法大学出版社1997版,第315页。

③ 莫于川教授认为:据日本大学法学部教授关哲夫先生等学者考证,最早从理论上概括和使用“行政指导”这一术语的,是林修三先生。林修三先生在《论所谓行政指导》(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对特定的个人、法人、团体进行强权的命令和强制,也不是行政机关基于法令的根据对上述相对人进行任意性指导、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的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。”这一理解与现在一般的行政指导定义相比要窄一点。莫于川:《行政指导论纲》,重庆大学出版社1999年版,第22页。

④ 参见都重留人著、复旦大学日本研究中心译:《日本资本主义——以战败为契机的战后经济发展》,复旦大学出版社1995年6月版,第117页。转引自莫于川:《行政指导论纲》,重庆大学出版社1999年版,第73页。

顺从政府对经济、社会发展的各种安排,就能获得生存的空间。在生产、经营主体没有任何自主权的情况下,作为非权力性的行政指导行为不可能具有存在的社会基础。虽然在当时的一些法律、政策中也有“指导”等字样,但它在行政管理中往往质变成具有不可违抗的行政命令。

我国市场经济体制确立与发展客观上要求政府必须转变职能。单一的行政管理模式显然不能适应市场经济多元主体发展的需要。在保留部分必要的指令性计划外,大量的指导性计划应运而生,通过指导性计划产生的行政指导行为在经济、社会发展中产生了巨大的作用,可以说,在我国行政指导行为既有法律、政策依据,也有大量实践,^①但存在的问题还是比较多的:(1)在行政法学上进行理论提炼和探讨方面是比较欠缺的。目前虽然已有几部关于行政指导的专题著作,^②但基本上处于理论论述和介绍外国行政指导层面上(当然这种研究工作也是非常重要的),对中国行政指导的应然性和实然性研究不够。我国市场经济的建立和发展以及加入WTO之后的法律制度发展,客观上要求我们对行政指导行为进一步理论系统化,实践法律化。

二、行政指导原则与基本内容

(一)行政指导原则

行政指导行为的基本原则是实施行政指导行为所必须遵循的基本准则。它的作用一方面统领行政指导行为的全过程不偏离法定目的,另一方面是为了弥补行政指导行为实施过程中可能出现的成文法漏洞。根据行政法理论和现行有关国家行政程序法的规定,行政指导行为的原则可以确立为:

1. 正当性原则。正当性原则是指行政指导行为必须最大限度地保障行政相对人对行政指导的可接受性。这种可接受性表现为行政相对人对行政机关做出的行政指导主观上认为如果其接受行政指导,将会

① 如《中共中央关于经济体制改革的决定》、《中共中央关于科学技术改革的决定》和《中共中央关于教育体制改革的决定》都具有行政指导的政策精神。现行宪法第8条第3款和第11条第2款都规定了有关行政指导的内容。

② 如莫于川《行政指导论纲》(重庆大学出版社1999年版)、郭润生、宋功德《论行政指导》(中国政法大学出版社1999年版)。

产生有利于其的法律结果。从利己这一人性本能出发,行政相对人对于可选择的行政指导,其必然会将自己利益在限定的范围内最大化。如果行政相对人认为行政指导对其可能产生不利结果,或者没有什么好处,他一般是不会接受行政机关做出的行政指导行为。我们之所以在这里将正当性作这样的界定,是因为行政指导行为是以行政相对人接受为产生预期作用的前提条件。

这一原则可从以下几方面理解:其一,行政指导行为的正当性必须以其合法性为前提,没有行政指导的合法性,行政指导行为的正当性也就失去了存在的基础。这里合法性之中的“法”是指成文的法律规范。当然,与法律一致的政策也可以成为行政指导的依据。由于法律和政策难以覆盖所有的行政管理领域,因此,在行政管理实践中也存在着既没有法律依据,也没有政策依据的行政指导。对于这类的行政指导应当用法律精神去作“合法性”评介,只要符合现行法律精神的行政指导,我们就应当承认其有合法地位。对于没有法律、政策依据的行政指导应当要求行政机关具有职权法上的依据。任何越权做出行政指导的行为都应当在法律上加以否定。其二,正当性体现了行政指导行为是一种以理服人的“软性”行政活动,行政指导行为过程本身也应当是一个说理的过程。行政指导的正当性正是通过这一说理的过程向行政相对人展示,期望行政相对人尽可能接受行政指导行为。在现代社会中,行政机关作为公众服务的机关,其存在的基础在于它说理性行政。因为民主、宪政的发达使民众不再是行政权力可以任意支配的客体,而是成了决定行政机关是否去存的力量。因此,它与公民之间的关系只能通过说理性的沟通才能维持。行政指导作为一种非权力性行为,行政机关必须给出充分的理由,才能说服行政相对人自愿接受。其三,正当性可约束行政主体实施行政指导行为过程中滥用自由裁量权。由于行政机关实施行政指导有时仅需要职权法上的依据,因此,行政指导行为与行政行为相比具有更大的自由裁量权。我们知道,对于现代市场经济来说,行政指导是一种必不可少的维持经济秩序的重要力量,因此,通过行政主体实施行政指导实现社会秩序的正常化是首先必须关注的一

个价值目标,否则,行政指导就没有任何意义。但是,行政指导毕竟还有不好的一面,尤其是以仅有职权法上依据的行政指导,它以自由裁量权为核心,如果对其不采取一定的防范措施,它完全有可能将其恶的一面现实化。我们必须承认,自由裁量权对于行政指导行为来说,既缺其不可,但它又会滥用。因此,通过强调行政指导的正当性有助于约束行政机关滥用行政指导的自由裁量权。

2. 自愿性原则。自愿性原则是指行政指导行为应为行政相对人认同和自愿接受,因为,行政指导行为不是一种行政主体以行政职权实施的,期以产生法律效果的行政行为,对行政相对人不具有法律上的约束力。自愿,本意是人在没有外在强迫下做自己想做的事。法律上的“自愿”还应加上在不损害他人合法权益的前提下之条件。行政指导不是行政机关的权力性行为,其没有国家强制力为后盾,行政相对人不愿意接受行政指导行为,行政机关也不能借助国家强制力驱使行政相对人违心接受。否则,行政机关的行政指导行为就质变为具有强制力的行政行为了。

这一原则可以从以下几个方面理解:其一,自愿性意味着行政相对人接受行政指导行为完全是出于其真实意思表示,而不能是在受他人意志支配下做出的“接受”。这是自愿性原则的本质要求,不能离开这一点来理解自愿性原则。正是这一原则,在行政指导行为与行政行为之间划出了一条分界线。在行政实践中,行政机关将行政相对人是否接受行政指导行为当作获得某种利益的条件,这种行政指导行为已质变成为行政行为,如按照政府的要求种植水果,农民就可以得到购买相对便宜的化肥。这种附条件的行政指导行为实际上具有强制力,只不过这种强制性没有如行政处罚行为、行政强制行为那么明显罢了。其二,自愿性意味着行政相对人对行政指导行为是否接受具有选择权。由此我们认为,行政指导行为实质是为行政相对人作决策时提供了一个可选择的方案,它对行政相对人如何决策没有约束力,只有说服力。必须指出的是,虽然这种选择权是完全赋予了行政相对人,但是,如果行政相对人没有做出行政机关所希望的那种选择,那么行政机关也不

能区别对待该行政相对人与作了符合行政机关愿意选择的行政相对人,除非前者丧失了从事后者有权从事的活动。其三,自愿性还意味着行政相对人接受行政指导行为后产生了不利后果,一般只能自己承担而不能归咎于做出行政指导行为的行政主体。如农民在接受政府的行政指导后种植水果,但因市场水果太多而无法销售,不能由政府来承担因此造成的损失。这是因为政府关于种植水果的行政指导是根据当年水果市场的状况而做出的一种预测,这种预测只不过是一种建议、劝告,行政相对人具有完全的行为能力,对于政府的预测应具有判断能力。当然,这并不是说政府可以不计行政指导后果发布类似的预测,本着责任政府的原则,它应当加强行政指导的科学性、准确性,否则将会严重影响政府的威信。

3. 必要性原则。必要性原则是指行政主体采取行政指导行为比实施行政行为可能会产生更好的客观效果的一种主观认识。行政主体行使行政职权的基本目的在于维持一个正常的社会秩序,促进社会的全面进步。如果能通过非行政行为也能达到这一目的,或者可以降低行政成本,行政主体完全可以做出选择,采用非行政行为实现行政目的。因此,在行政指导中确立必要性原则,是基于行政效益理论。在现代社会中,行政管理的资源是有限的,有的甚至是稀缺的。为了减轻社会负担,行政机关应当通过主观努力,将有限的行政管理资源最大化。

这一原则可以从以下几个方面理解:其一,“必要性”是一种客观状态在人们主观上的反映,因此,指导人们去认识这种客观状态的方法是否正确,直接影响到人们能否认识必要性这种客观状态。就方法论而言,辩证唯物主义和历史唯物主义应是一种(但不是唯一的一种)科学认识世界的方法论。这一方法论要求我们一切从实际出发,实事求是。我们不能为了宣传行政指导而过分夸大行政指导的功能,也不能因行政指导没有强制性而否定行政指导在现代市场经济中的作用。正确地把握行政指导的功能是行政指导必要性原则的核心内容。其二,“必要性”作为一种客观状态也是在不断变化的,这种变化可直接导致行政主体是否采用行政指导行为作为管理社会的一种手段。如果不能认识到