

国 家 级 重 点 学 科

中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛  
司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目

# 法治视野中的 行政指导

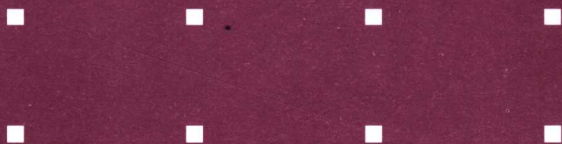
莫于川 等 著





国 家 级 重 点 学 科

中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛  
司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目



# 法治视野中的 行政指导

莫于川 等著



# 学习是一种生活态度与 一种生活方式

——作者题记

## 主要作者简介

莫于川(1956—)，男，祖籍广西玉林，生于四川重庆，先后毕业于重庆市委党校、中国逻辑与语言函授大学、中国社会学函授大学、西南师范大学、西南政法大学、中国人民大学，获法学博士学位，曾插队务农、参军服役、从事社会科学研究和行政管理工作。现为中国人民大学法学院教授、博士生导师，国家重点学科中国人民大学宪政与行政法治研究中心执行主任。兼任中国法学会行政法学研究会常务理事，北京大学宪法行政法研究中心客座研究员，国家行政学院、重庆邮电学院、中国逻辑与语言函授大学等院校的兼职教授，重庆仲裁委员会仲裁员。主要研究方向是中国宪政与行政法治的理论和实践问题。

田文利(1968—)，河北廊坊人，中国人民大学宪法学与行政法学专业博士生。

唐 璨(1979—)，江苏扬州人，中国人民大学宪法学与行政法学专业博士生。

林鸿潮(1979—)，广东汕头人，中国人民大学宪法学与行政法学专业博士生。

陈斯彬(1980—)，福建泉州人，中国人民大学宪法学与行政法

学专业硕士生。

龙 非（1982— ），四川成都人，中国人民大学宪法学与行政法学专业硕士生。

朱崇宝（1976— ），山东临沂人，中国人民大学宪法学与行政法学专业硕士生。

## 序

应松年\*

于川以其学术敏感和快捷，早就涉足行政指导的研究，几年前，我曾读过于川所著《行政指导论纲》，这是我国研究行政指导的最早成果之一。这些年来，于川一直在这一领域辛勤耕耘，取得了许多研究成果。这次以完成司法部课题为契机，对行政指导从理论到实践作了更开阔更深入的探索。他带领其研究生撰写出《法治视野中的行政指导》，应该说，这是他长期研究的累积和提升，也是对国务院《全面推进依法行政实施纲要》关于“充分发挥行政规划、行政指导、行政合同等方式的作用”的回应。这一著作奠基于理论的积淀，回应于现实的发展，因而视野更开阔，方法更科学，研究更深入，成为目前行政指导研究领域最新的研究成果。其突出的学术价值和学术创新在于：

\* 国家行政学院法学部主任、行政法研究中心主任、教授，中国政法大学教授、博士生导师，中国人民大学宪政与行政法治研究中心客座教授，中国法学会行政法学研究会会长，全国人大内务司法委员会委员。

一是对行政指导进行了比较系统深入的研究和阐释。包括行政指导的基本理念和理论背景分析,行政指导的历史发展脉络梳理,一些代表性国家的行政指导经验的专门考察和比较研究,特别是大大扩展了横向考察比较的国家和地区的范围,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,扩展了行政指导研究的视野,并论证和阐明了行政指导与推进依法行政、建设法治政府的关系,获得一系列具有理论创新意义的研究结论,有助于深化我国行政法学科体系特别是行为论和程序论的发展。

二是对行政指导进行了比较系统深入的实证研究。包括行政指导运行现状分析、行政指导在一些行政管理领域专门运用情况和一些地方试点推行情况考察、行政指导救济制度研究等等,还剖析了若干行政指导典型案例,通过比较系统深入的调查研究和一系列对策建议,为我国行政指导制度的建构提供了具有现实针对性的参考意见,有助于按照推进依法行政、建设法治政府的要求,积极运用行政指导,并依法规范行政指导行为,从而推动我国行政指导实践的健康发展。

三是在行政指导程序理论与实务研究方面取得重要突破。作者进行了行政指导二重性分析,指出行政指导在现代行政管理中所具有的重要地位和作用,同时在实践中也存在缺陷和消极作用,必须自觉地以良好的制度约束来克服其负面影响。制度约束的重要方面就是程序。本书对行政指导程序进行了比较系统的理论探索和实证研究,取得了重要突破,填补了我国研究的空白,对立法实践也具有重要参考价值,成为本书的重要贡献之一。

于川跨入行政法学领域时间不长,由重庆来北京的时间也不长,但却在行政法学研究中走出了一行深深的足迹,取得了许多有特色的研究成果,十分难能可贵。于川的特点是勤奋,而勤奋总是成功的重要因素。看到行政法学人才辈出,成果涌现,一大批中青年学者不断奉献出创造性研究成果,积极推动我国行政法治和行政法学进一步发展,令人深感欣慰。

于是欣然作序,推荐这本好书。

2005年暮春于北京世纪城春荫园

## 目 录

|                               |      |
|-------------------------------|------|
| 绪论 依法行政与行政指导——以现代行政法治观念       |      |
| 思考行政指导问题 .....                | (1)  |
| 第一章 行政指导的基本理念 .....           | (4)  |
| 第一节 行政指导的概念 .....             | (4)  |
| 一、行政指导的科学界定 .....             | (5)  |
| 二、行政指导的三层次含义 .....            | (11) |
| 第二节 行政指导的性质、特征和作用 .....       | (13) |
| 一、行政指导的性质辨析 .....             | (13) |
| 二、行政指导的行为特征 .....             | (22) |
| 三、行政指导的主要作用 .....             | (29) |
| 第三节 行政指导的构成和分类 .....          | (31) |
| 一、行政指导的构成要素 .....             | (31) |
| 二、行政指导的基本类型 .....             | (32) |
| 第二章 行政指导的历史背景 .....           | (36) |
| 第一节 行政指导是市场经济和行政模式发展的产物 ..... | (36) |



|                                      |      |
|--------------------------------------|------|
| 一、市场经济和行政模式发展的四个阶段 .....             | (37) |
| 二、市场经济和行政模式发展与行政指导 .....             | (40) |
| 第二节 行政指导是民主化潮流的产物 .....              | (42) |
| 一、第二次世界大战后的民主化潮流<br>与行政民主化发展趋势 ..... | (42) |
| 二、行政指导是实现行政民主的一个渠道 .....             | (44) |
| 第三节 行政指导作为市场经济国家的行政<br>管理手段、职能 ..... | (46) |

### 第三章 行政指导的域外经验 .....

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| 第一节 市场经济国家的行政指导法律规范考察 ..... | (49) |
| 一、日本的行政指导法律规范考察 .....       | (50) |
| 二、美国的行政指导法律规范考察 .....       | (52) |
| 三、法国的行政指导法律规范考察 .....       | (54) |
| 四、德国的行政指导法律规范考察 .....       | (55) |
| 五、欧共体法中的行政指导法律规定考察 .....    | (57) |
| 第二节 日本行政指导研究 .....          | (58) |
| 一、概述 .....                  | (58) |
| 二、行政指导扮演的角色 .....           | (59) |
| 三、行政指导盛行的原因 .....           | (60) |
| 四、行政指导的实际运作 .....           | (62) |
| 五、行政指导的法治化路径 .....          | (63) |
| 第三节 韩国行政指导研究 .....          | (64) |
| 一、行政指导制度的社会背景 .....         | (64) |
| 二、韩国行政指导的特点 .....           | (66) |
| 三、韩国行政指导的实际运用 .....         | (67) |
| 四、韩国行政指导的法治化路径 .....        | (71) |
| 五、韩国行政指导的简要评析 .....         | (73) |
| 第四节 德国行政指导研究 .....          | (75) |
| 一、德国的社会市场经济 .....           | (75) |
| 二、行政指导的逐渐采用并纳入研究视野 .....    | (76) |
| 三、行政指导的运用特点 .....           | (77) |
| 四、行政指导的理论背景 .....           | (78) |
| 第五节 法国行政指导研究 .....          | (78) |

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 一、法国行政指导产生的历史背景 .....      | (78)  |
| 二、法国行政指导的特点 .....          | (80)  |
| 三、典型的行政指导制度考察 .....        | (81)  |
| 四、对法国行政指导制度的分析与评价 .....    | (83)  |
| 第六节 美国行政指导研究 .....         | (86)  |
| 一、美国行政指导的经济和社会背景 .....     | (86)  |
| 二、美国行政指导的措施 .....          | (89)  |
| 三、美国行政指导的法律规制 .....        | (95)  |
| 第七节 英国行政指导研究 .....         | (98)  |
| 一、英国行政指导的经济社会背景 .....      | (98)  |
| 二、英国行政指导的运用 .....          | (102) |
| 三、英国行政指导的救济方式 .....        | (106) |
| 第八节 代表性市场经济国家的行政指导比较 ..... | (108) |
| 一、从历史背景和社会心理特点来看 .....     | (109) |
| 二、从价值取向及其强调的重点来看 .....     | (109) |
| 三、从行政指导两造的态度和关系来看 .....    | (110) |
| 四、从指导行为的多样性和作用范围来看 .....   | (110) |
| 五、从行政指导的监督与救济机制来看 .....    | (111) |
| <br>第四章 行政指导的理论透视 .....    | (112) |
| 第一节 行政指导的一般法学理论分析 .....    | (112) |
| 一、社会学法学的影响 .....           | (114) |
| 二、综合法学的影响 .....            | (117) |
| 三、现代行政法注重平衡之理念的影响 .....    | (118) |
| 四、简短的结论 .....              | (119) |
| 第二节 行政指导的法哲学分析 .....       | (120) |
| 一、行政指导制度的合理性分析 .....       | (121) |
| 二、行政指导的功能分析 .....          | (125) |
| 三、行政指导的法律价值分析 .....        | (133) |
| 第三节 行政指导的法社会学分析 .....      | (146) |
| 一、行政指导的行为背景问题 .....        | (148) |
| 二、行政指导的行为动机问题 .....        | (149) |
| 三、行政指导的社会需求问题 .....        | (150) |
| 四、行政指导的社会角色问题 .....        | (150) |

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 五、行政指导的社会心理问题·····    | (151) |
| 六、行政指导的社会效果问题·····    | (152) |
| 第四节 行政指导的法律经济学分析····· | (153) |
| 一、行政指导与交易成本·····      | (153) |
| 二、行政指导与法律效益·····      | (155) |
| 三、行政指导与法律均衡·····      | (157) |
| 四、对不同类型行政指导的分析·····   | (159) |

## 第五章 行政指导的法治基础····· (163)

### 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····· | (164) |
|-------------|-------|

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 一、文化、法文化的含义·····      | (164) |
| 二、行政指导与我国优秀法文化传统····· | (165) |
| 三、法治本土资源说的一个解释·····   | (167) |

### 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····· | (169) |
|-------------|-------|

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 一、传统依法行政观及其与行政指导的冲突·····   | (169) |
| 二、行政方式的变化与依法行政理念的当代发展····· | (171) |
| 三、关于行政指导合法性的“法”的一般构成·····  | (172) |

### 第三节 结合我国法制现实看行政指导与依法行政

|          |       |
|----------|-------|
| 的关系····· | (173) |
|----------|-------|

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 一、依法行政原则在我国的一般理解和表现·····  | (173) |
| 二、行政指导的宪法依据和宪政基础·····     | (175) |
| 三、现阶段我国狭义的行政指导法律依据分析····· | (176) |
| 四、现阶段我国广义的行政指导法律依据分析····· | (182) |
| 五、行政指导法治化进程中的若干认识问题·····  | (183) |

## 第六章 行政指导的程序法制····· (187)

### 第一节 行政指导常用方式研究····· (188)

|                     |       |
|---------------------|-------|
| 一、行政指导方式的概念和特点····· | (188) |
| 二、行政指导的常用方式分析·····  | (189) |

### 第二节 行政指导一般程序研究····· (196)

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 一、行政指导程序的概念和特点·····     | (196) |
| 二、若干国家行政指导程序法律规范考察····· | (197) |

|                                 |              |
|---------------------------------|--------------|
| 三、行政指导的一般程序·····                | (200)        |
| 四、行政指导程序方面的问题探讨·····            | (201)        |
| 第三节 行政指导保障措施研究·····             | (202)        |
| 一、行政指导保障措施的概念·····              | (202)        |
| 二、行政指导保障措施分析·····               | (204)        |
| 三、行政指导保障措施的问题探讨·····            | (207)        |
| 第四节 行政指导程序立法构想·····             | (209)        |
| <b>第七章 行政指导的监督救济·····</b>       | <b>(214)</b> |
| 第一节 行政指导实务中普遍存在的负面问题·····       | (215)        |
| 第二节 如何确定与行政指导行为有关的法律责任·····     | (218)        |
| 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····· | (221)        |
| <b>第八章 行政指导的实际运行·····</b>       | <b>(229)</b> |
| 第一节 行政指导在一般行政管理领域的运用·····       | (230)        |
| 一、行政指导在我国行政实务中已有广泛运用·····       | (230)        |
| 二、行政指导的实施效果分析·····              | (237)        |
| 三、我国行政指导制度实践中存在的主要问题·····       | (239)        |
| 四、存在上述问题的原因分析·····              | (241)        |
| 第二节 行政指导在海关行政管理领域的运用·····       | (242)        |
| 一、海关的行政职能分析·····                | (242)        |
| 二、海关行政职权、职责·····                | (243)        |
| 三、海关行政相对人的权利义务分析·····           | (246)        |
| 四、海关领域行政法治概述·····               | (249)        |
| 五、海关领域行政指导的必要性、可行性分析·····       | (252)        |
| 六、海关领域行政指导的作用和特点·····           | (254)        |
| 七、海关领域行政指导的运用方式、程序和救济·····      | (255)        |
| 八、海关领域行政指导的现实成效·····            | (259)        |
| 九、海关领域行政指导存在的问题及对策建议·····       | (260)        |
| 第三节 行政指导在人口与计划生育领域的运用·····      | (262)        |

|                                      |       |
|--------------------------------------|-------|
| 一、人口与计划生育行政主管部门的职能分析·····            | (262) |
| 二、人口与计划生育职能部门的行政职权·····              | (263) |
| 三、相对方的权利、义务分析·····                   | (264) |
| 四、计划生育领域行政指导的合法性与<br>合理性分析·····      | (265) |
| 五、人口与计划生育领域行政指导的作用·····              | (270) |
| 六、人口与计划生育领域运用行政指导的方式<br>和救济渠道·····   | (273) |
| 九、人口与计划生育领域行政指导的现状评介·····            | (276) |
| 十、计划生育领域行政指导的突出问题及原因·····            | (277) |
| 十一、人口与计划生育行政指导法治化的重要<br>原则与完善路径····· | (278) |
| 第四节 行政指导在公共危机管理中的运用·····             | (280) |
| 一、公共危机管理中的行政指导措施之实证考察·····           | (280) |
| 二、公共危机管理中运用行政指导是行政理性<br>的表现·····     | (283) |
| 三、公共危机管理中的行政指导措施体现行政<br>应急性原则·····   | (286) |
| 四、顺理成章的结论·····                       | (288) |

## 第九章 行政指导的制度建设····· (290)

### 第一节 我国实施行政指导的重要现实原因····· (290)

    一、行政指导是发展社会主义市场经济的要求····· (291)

    二、行政指导是转变政府职能和行政模式的要求····· (293)

    三、行政指导是我国加入 WTO 之后的要求····· (296)

### 第二节 我国行政指导法治化的条件与原则····· (297)

    一、我国行政指导法治化的条件分析····· (297)

    二、我国行政指导法治化的重要原则····· (302)

### 第三节 行政指导法治化的具体对策建议····· (307)

    一、提高认识水平, 实现观念更新····· (307)

    二、加强基础工作, 注重制度创新····· (308)

    三、加快立法步伐, 完善法律规范····· (310)

    四、采取配套措施, 提高运作成效····· (312)



**余论 行政指导的路径展望**

——行政管理和行政法制创新的一条小河…………… (313)

**附录一 立法建议**

《行政程序法(试拟稿)·行政指导程序》

专家建议稿及理由说明书…………… (315)

**附录二 案例分析**

行政指导若干典型案例研究…………… (388)

**附录三 地方经验**

泉州市工商行机关开展行政

指导试点工作的文件…………… (413)

**附录四 文献索引**

行政指导研究论文索引…………… (432)

后记…………… (442)

# 绪论 依法行政与行政指导

## ——以现代行政法治观念思考行政指导问题

我国过去单纯依靠政策行政，到了20世纪80年代中后期开始探索依法行政的路径，其中主要是一些地方政府和行政机关所作的积极探索。1999年11月国务院发布《关于全面推进依法行政的决定》，各级行政机关和行政公务人员依法办事的能力和水平有所提高，但与主客观要求相比还存在不少差距，主要是：行政管理体制与发展社会主义市场经济的要求还不适应，依法行政面临诸多体制性障碍；制度建设反映客观规律不够，难以全面、有效地解决实际问题；行政决策程序和机制不够完善、不够民主，有法不依、执法不严、违法不究的现象时有发生，群众反映比较强烈；对行政行为的监督制约机制不够健全，一些违法或者不当的行政行为得不到及时、有效的制止或者纠正，行政管理相对人的合法权益受到损害得不到及时救济；一些行政机关工作人员依法行政的观念还比较淡薄，依法行政的能力和水平有待进一步提高。上述问题严重损害了人民群众的利益和人民政府的形象，阻碍了经济与社会全面发展，故须全面推进依法行政，加快建设法治政府。在此背景下，经过系统调研和反复论证，国务院于2004年3月颁布了《全面推进依法行政实施纲要》，明确规定了一系列基本形成共识的观念、制度，

旨在有效推进政府职能转变，形成更加科学合理的行政管理体制，增强依法行政的能力，更有效地保护行政相对人的合法权益。

《全面推进依法行政实施纲要》提出，经过 10 年左右坚持不懈的努力，基本实现建设法治政府的目标。这是中央人民政府的一个庄严承诺和自我要求。具体来说，它要求依法界定和规范政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务等职能，做到合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一，也就是努力建设起权力有限政府、法制统一政府、透明廉洁政府、公正诚信政府、高效服务政府、承担责任政府。这些有机构成、相辅相成、互系互动的法治政府构成要件，对于实现依法治国、依法执政来说具有重要意义。

《全面推进依法行政实施纲要》第 9 条（改革行政管理方式）明确提出：“要充分发挥行政规划、行政指导、行政合同等方式的作用”。这是我国行政管理和行政法制创新发展的一项重要内容。那么，何谓行政指导？如何实施行政指导？行政指导与依法行政是何关系？如何做到行政指导法治化？由于行政指导理论研究是行政法学的一个薄弱环节，不少行政机关工作人员对于行政指导行为不大了解、不会运用，许多公民也对此不大理解，这显然不利于推进依法行政。本书力图对此作出积极而系统的回应，以现代行政法治观念来思考行政指导的理论与实践问题。

本书采用规范分析、资料分析、实地调查、专家咨询、比较研究、交叉研究、实证研究、对策研究、预测研究等传统的和现代的研究方法，对行政指导的理论与实务进行了比较系统深入的研讨，获得一系列具有理论创新意义的研究结论和观点，并有针对性地提出了通过观念更新与制度创新来实现行政指导法治化的对策思路和政策建议，特别是重点研究了行政指导程序问题并提出了一系列专家建议，以助于在推动行政管理科学化、民主化、法治化的实践进程中积极运用和依法规范行政指导行为，促进我国行政指导制度建设以及整个行政法制建设，也有助于行政法学体系的发展。具体来说，本书的内容主要包括两大部分：

一是本论部分。此部分包括第一章至第九章：其一，从范畴研究和历史考察的角度，对行政指导的基本理念和历史发展脉络作了具体研究，同时考察、比较了有代表性的日、韩、德、法、美、英等六个国家的行政指导理念、制度、运作和立法的情况；其二，对行政指导方式产生的理论背景进行了分析，并从法理学、法哲学、法社会学、法律经济学等交叉科学角度对行政指导作了侧面透视和深入探讨；其三，就行政

指导的合法性问题进行了探讨研究，还专门分析了行政指导的宪法和宪政基础，以及各层次法律规范依据；其四，就行政指导的程序法治问题进行了重点研究，并提出了行政指导程序法律规范的专家建议稿和理由说明书；其五，对行政指导的监督与救济制度、实际运行和一些地方、部门运用情况进行了实证研究，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对策意见，并展望了我国行政指导制度发展的未来走向。

二是重要附录。此部分包括四个附录：其一，“行政程序法·行政指导程序”的专家建议稿和理由说明书；其二，行政指导若干典型案（事）例研究；其三，部分地方行政指导试点工作的文件；其四，重要的行政指导专题论文索引。旨在为读者提供一些重要的背景资料，便于从更广阔的视角来了解行政指导在我国行政法及其学科体系中的位置和作用，供进一步查阅和研究时参考。

与以往同类研究成果相比，本书具有一些突出特点，例如大大增加了横向考察的国家和地区比较研究的案例事例，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。