

行政指导刍议

陈 泉 生

一、行政指导发展的背景和原因

资产阶级革命胜利后，资产阶级为了避免重蹈封建专制集权的复辙，提出了依法行政的原则，主张政府权力应当受到立法机关的严格控制，强调：（1）议会的形式法律至上；（2）无法律即无行政；（3）制定法是行政的唯一准据；（4）立法务必细密，避免概括条款；（5）习惯法、法理、司法判例及行政解释等均不得成为行政法的渊源；（6）行政规章、命令只能规范内务行政事项，而不具有拘束人民的效力。同时，为了减少人民生活和社会经济活动遭受干涉和妨害，还主张限制国家目的和政府职能，认为国家的目的不在于积极地谋求人民的福利，而在于消极地排除人民福利的障碍。因而，在这种“机械法治”思想的影响下，是不可能产生行政指导制度的。

到了19世纪末，20世纪初，随着资本主义商品经济的高度发展，政府活动范围的不断扩大，特别是其干预经济的职能日渐增强，行政管理活动的专业性、技术性因素也随之日益增多，而议会又缺乏足够的力量作出切实可行、详尽周密的法律规定，以满足日趋扩大的行政职能的需要，行政合法主义思想便应运崛起。往昔墨守法条文字的“机械法治”渐由依照立法精神，针对社会需要的“机动法治”所取代。从原先主张“无法律即无行政”转变为“法律须配合行政”，这对于行政机关在合法的范围内，能够机动地运用职权，避免不必要的牵制，以积极的态度，因时因事因地制宜，充分发挥行政效率起到促进作用。行政指导作为现代行政的一种方法，正是在这种社会背景下发展起来的，其发展的原因主要有两个方面：

第一，当代经济的发展，社会管理十分复杂，非法律法规所能包容，而客观形势变化无常，更非法律法规规范无遗，况且立法者制定法律法规也无法预测将来可能发生的一切。因而，行政机关采取非强制性的措施，使行政相对人作出作为或不作为，以达到行政管理的目的，行政机关可以行政指导这种方法予以实现。比如，自然灾害的防治、物价的控制、能源的节约等等。

第二，有些行政业务，因其性质不同，若采取行政强制措施，可能引起政府与人民之间的对立，反而不易达到行政的目的；倘若比较为和缓的行政指导手段代之，争取行政相对人的同意和配合，则人民更易于接受。

二、行政指导的含义及其性质

行政指导，是指行政机关为推动非统治性的业务，就其职权范围内的事项，以非强制的手

段，促使行政相对人的同意和协力，以达到行政目的的行为。它有四层涵义：

（一）行政指导属于非统治性的手段，行政机关采取这种手段，不以法定的权力为依据。

（二）行政指导是行政机关使用非强制性的手段，供行政相对人选择。也就是行政机关进行的行政指导，不具有法律效力，行政相对人可以遵守，也可以不遵守，行政机关不能以强制手段迫其执行。

（三）行政指导的采用，促使行政相对人自愿与行政机关配合，接受行政机关的意见和援助，以实现管理者与被管理者双方的共同利益。

（四）行政指导的目的，在于行政政策与计划的实现。

从上述行政指导的内涵可以看出，行政指导的性质：

1.行政指导属非强制性的手段，它与行政机关以法定权力为依据，从事的行政立法、行政制裁、或行政强制执行等性质不同。行政机关采取行政指导的方式通常为指示、希望、劝告、警告、指导、建议等。这些方式虽然形式上与命令行为类似，因其不具有法的拘束力或强制性，相对人即使不遵从，也不会构成违法，不致受到制裁。但不能忽视，在实践中，由于行政机关的特殊地位和权力，其所进行的行政指导往往对行政相对人产生一定的心理压力、影响或诱导作用。

2.行政指导即使有法律依据，也不属于法律行为，而属于不具有法律性质的事实行为。因为它不直接发生法律效力，不是以导致权利义务的取得、丧失和变更，因此，它与行政合同等法律行为性质不同。

3.行政指导虽然是事实行为，但它是一种行政机关主动的管理行为，因而它与行政机关提供咨询或者根据人民要求提供其他服务的事实行为性质也不相同。

4.由于行政指导对象的行政客体（包括特定的公民、法人或其他组织）不属于行政组织系统，因而它与在行政组织内，上级机关对所属下级机关基于指挥监督权所作的训示的性质亦不相同。

三、行政指导的种类

行政指导适用于各种不同类别的行政业务，这些不同类别的行政指导，有的有法律的规定，有的未有法律的规定，理论上一般是按照其有无法律上的规定，以及其作用和对对象为标准而分类。

（一）以有无法律规定作根据为标准分类

1.法律明文规定行政机关对行政相对人作出劝告、希望、建议等行政指导。

2.法律只规定行政机关就有关的业务事项以命令、许可，认可等作出处理。同时，行政机关对上述行为拥有撤销权，行政机关可以此权限，采取相应的劝告、希望、建议等较温和的行政指导方法，作为对人民不利处分的程序。

3.法律没有明文规定，在遇有紧急情况下，行政机关可以依法律设定的权限，采取适当的行政指导予以处理。

（二）以行政指导的作用为标准分类

1.管理性或管制性的行政指导，其目的在于对妨害社会秩序或公共利益的行为加以预防或者限制。例如，对违章建筑拆除的劝告等等。

2.调整性或协调性的行政指导,其目的在于协调各个团体、企事业单位的利益冲突。例如,对于某地区各公共汽车公司之间发生的利益冲突,所作的行政指导。

3.推进性或辅助性的行政指导,其目的在于促进公共利益或各团体组织的利益。例如,农业推广指导、国际贸易拓展辅导、中小企业经营辅导、就业辅导等。

(三)以行政指导的对象为标准分类

1.行政主体相互间的行政指导,即上级行政机关对下级行政机关职权范围内的事项所提供的意见、劝告、指导等,但这并不包括上级行政机关对下级行政机关指挥监督权的行使。

2.行政机关对于公民、法人或者其他组织所作的行政指导。显然,这类行政指导与上述两类的行政指导是交叉的。

四、行政指导与依法行政

依法行政作为法治国家的重要原则,依法行政原则要求行政权的行使必须受法的支配避免人的统治,政府活动必须纳入法制的轨道。行政机关对国家与社会实施管理行为之一的行政指导,它虽不具有法律效力,而它似乎就可以不受行政法的控制。但是,事实上由于行政机关的特殊地位和权力,对于被管理者(行政指导的客体)可以由此形成一定的心理压力或威慑力,行政相对人担心,如果不接受行政指导其与行政机关的关系将会受到损害,从而影响业务活动。因此,一般他们都会接受行政指导。显然,对于这种形式上不具有法律效力,而实际上却具有一定影响力的行政指导,应当以行政法对其加以控制,以保证行政指导正确地运用。

为了正确地运用行政指导,还必须遵循以下原则:

(一)行政指导的合法性原则

行政合法性原则的作用,在于控制行政机关,使其不致恣意妄为,而是要求其行为应具有法律上的依据,不得擅自越权处理。行政指导也不例外,也必须合法,它必须符合三个要件。

- 1.行政指导不得超越法律所赋予行政机关的权限;
- 2.行政指导的内容不得违反法律规定以及法制原则;
- 3.行政指导不得违反法定的程序。

上述要件缺一不可,违反任何一个要件,将会导致行政指导无效。

(二)行政指导与合理性原则

行政合理性原则在于对行政合法性原则起“补偏救弊”的作用,它要求:行政机关对于法律法规无明文规定的业务事项,在不违背立法目的和公共利益的前提下,依照行政管理的目标作出适当而又合理的处理。

(三)行政指导的责任问题

行政指导虽然不具有法律效力,但在实际当中都具有一定的权力影响力,行政相对人不得不遵循。当行政相对人执行了错误的行政指导而遭受损失时,作出错误行政指导的行政机关是否应当承担责任?对于行政指导的责任,各国法学界众说纷纭。持否定观点者认为:既然行政指导不具有任何法律效力,就不具有任何法定的权利和义务,也就无责任。行政相对人即使是执行了错误的行政指导而导致受到损失。也无权取得相应的补偿。持肯定观点者则认为:行政指导既然是行政机关对国家与社会实施管理的行为,而且在事实上也具有一定的影响。一般情况下,行政相对人总是服从,那么本着“有权利,必有救济,有损害,即应赔

偿”的国家赔偿的精神，对于相对人由于执行行政指导而遭受损失，有权取得相应的补偿。

总之，行政指导必须受到行政法的控制，以避免其对人民的利益造成损害。然而，目前对于行政指导的控制却很不完备，仍有许多问题尚未解决。比如，行政指导的权限问题，即上下级行政机关就同一事项作出了不同的行政指导，它们的效力如何，上级机关是否有权撤销下级机关的行政指导；又如，行政指导是否应当受到一定的限制，即行政指导的适用范围问题，以及行政指导的有效期限等问题，都有待于进一步的深入研究和探讨。

五、制定我国的行政指导制度

建国以来，国家各级行政机关运用各种方法实现其对国家和社会的管理，其中就包括运用行政指导这种方法，比如，政府发布的各种关于节约用水、用电、增产节约等等的通告、通知等。当然，无须讳言，长期以来，国家行政管理体制存在弊端：如权力过分集中，中央和地方政府拥有过多的权限；政企职责不清，国家对企业统得过死等，行政管理更多采用强制性、命令式的方法，使得行政机关管理经济的职能不能得以正确的发挥。但是，随着社会主义现代化日益推进，经济体制改革的不断深化，国家行政机构管理经济的职能，为了适应社会经济发展的需要也进行了相应的转变，即主要职能是进行宏观经济方面的调节和管理，并通过计划和经济的、行政的，法律的手段对经济组织进行必要的管理、检查、指导和调节。国家行政机构管理经济职能的转变必然要求行政机关更多地采用行政指导这种方法来实现其对社会管理的目标。

而且，随着我国科学技术的日益发展，行政管理也日趋专业化和科技化，许多行政业务都涉及到一定程度的科技知识，而国家行政机关在行政业务方面又具有优越条件，能够处于领导的地位，足以对有关的公民、法人或其他组织发挥其辅导或指导的职能。这就使得行政指导的运用范围不断扩大，比如：工业发展的指导、中小企业经营管理的指导、空气及水源污染的防治、农业科技成果的推广、医药技术研究发展的指导等等。

同时，行政指导在实际运用中的形式也日益呈现多样化，比如：它既有行政机关根据对全国或本地区的经济发展趋势的预测，向计划执行单位发出的指导性计划；也有行政机关向生产者提出商品的供求现状和趋势的预测，并提出生产建议的指导性预测；还有行政机关指出下级行政机关或企事业单位，其行政管理工作或企事业单位活动存在某些问题的指导性文件等等。

但是，必须指出，我国现有的范围广泛、形式多样的行政指导，目前还缺乏系统化和标准化，加上长期以来受任意行政习惯的影响，以致行政指导在实际当中往往被人为地变成了行政命令执行。从而对行政相对人发生强制拘束力的行政行为，与行政指导的性质大相径庭。因此，有必要制定行政指导制度，明确界定行政指导的性质和作用，严格规范行政指导作出的程序和适用的范围，以及错误行政指导的责任等，以便行政相对人对行政指导有个正确的判断，并决定自己是否遵从；同时，也使得司法机关对行政指导的监督和控制在可能，以防止行政机关滥用职权，使行政指导在促进社会发展，实现最优化的社会管理中能发挥其应用的作用。

（作者单位：福建省社会科学院法学所）

责任编辑：苏尚智