中美行政指导制度比较研究

周 峰

(广东省物价局,广东 广州 510040)

[摘要] 行政指导是传统行政管理手段的一种重要补充方式,具有多样性、行政性、非强制性等特征,在行政管理中具有重要作用。在行政指导制度的发展过程中,中美行政指导制度在演进历程、立法状况、发展程度等方面具有不同特点。通过比较研究可以反思我国行政指导制度的不足,学习和借鉴美国丰富的立法和司法经验,并在行政指导的原则、立法程序、救济制度等方面加以完善,从而有利于全面推进依法行政和贯彻依法治国方略。

[关键词] 行政指导制度; 比较研究; 反思

[中图分类号] D912.1 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2010)02-0062-04

行政指导作为现代行政法意义上的概念最早出现在日本。欧美国家一般称之为非强制性行政行为、简便式行政活动、非正式行政行为、非正式的协商性程序裁决^[1]。日本的林修三先生将行政指导界定为:“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有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”^[2]。1993年的日本行政程序法规定:“行政指导,谓行政机关于其职权或所掌事务范围内,为实现一定之行政目的,对特定人要求为一定之作为或不作为之指导、劝告、建议及其他不属于处分之行为。”^[3]

行政指导是行政机关在职责管辖范围内,为适应经济政治和社会发展变化,在行政相对方的同意或配合下,以国家政策和法律法规为依据,依法合理地采取非强制手段,实现一定行政目的且不直接产生法律效果的行为。它不同于行政立法行为和行政执法行为,而是一种灵活的非权力行政行为。它们共同构成行政机关的行为体系,从不同方面调整社会生活和实现行政目标。

行政指导具有以下特征:第一,行政指导的多样性。行政指导的范围广泛,方式多样化。在具体方法上无明确法律羁束性规定,而由行政主体根据实际情况决定采取何种方式。行政主体在行政指导中拥有较大的自由裁量权。第二,行政指导的行政性。行政指导不是行政职权性行为,而是一种准法律现象,是基于行政职能作出。行政机关是行政指导的实施主体,其对象是行政相对人。对于行政指导来说,行

政机关的职能以及相关行政法律法规和政策是行政指导依据,适应现代经济与社会发展及其对行政管理的需要是其宗旨,调整行政关系是其内容,实现行政管理目标是其目的^[4]。第三,行政指导的积极性。行政指导是行政机关主动采取的一种有目的的积极行政活动,是为实现一定的行政管理目的或行政状态,属于积极行政的范畴。行政指导有别于传统行政管理的消极性和被动性,它充分体现了行政主体的能动性和创造性。第四,行政指导的优越性。在政策、经济和科技信息等方面,行政机关享有丰富的资源。在行政实务中,行政机关处于比行政相对人更优越的地位,由其实施行政指导行为能有效促进和引导行政相对人在经济活动做出其正确的选择。第五,行政指导的非强制性。行政相对人没有义务必须服从行政指导,其对行政指导服从有任意性。行政指导是行政机关的单方行为,行政相对人有权决定是否服从行政指导。这是由行政指导的不具有强制性和非权利性行为的性质决定的。第六,行政指导的自愿性。行政指导是一种非行政行为。承受行政指导行为的行政相对人是否接受行政指导取决于其自愿,而不是行政权固有的命令与服从的强制性^[5]。

一 行政指导演进历程的比较

行政指导制度是政府自制与务实变革的结果。“法律的任务即在于根据利益的需要不断地修正或发明新的工具”^[6]。中国行政指导制度同经济转型密切相连,历经了曲折的发展历程。美国是在对传统自由主义和凯恩斯主义等学说的实践反思基础上发展了行政指导制度。

中国的行政指导制度源于社会主义改造时期。社会主义改造完成后,政府用指令性计划管理经济,从而行政指导

[收稿日期] 2010-02-21

[作者简介] 周峰(1981-),男,湖南邵阳人,广东省物价局综合与法规处。

制度丧失生存空间。改革开放以后,行政机关逐渐认识到行政指导的作用和意义,并在行政实务中广泛运用了较柔软灵活和不具有强制性的行政指导制度。在行政管理过程中行政指导显示出了实效性、可行性和功用性的优势。1982年宪法第8条第3款规定:“国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益,鼓励、指导和帮助集体经济的发展。”现行宪法常常出现以引导、提倡、帮助、鼓励和奖励等语词,对行政指导作出了有关规定。法律、法规和规章中亦有很多关于行政指导的规定,如《中华人民共和国农业法》第37条第2款规定:“国家鼓励和引导农民从事多种形式的农产品流通活动。”在行政实务中也有运用行政指导的实例,如2003年非典疫情期间,为了控制疫情除采取强制执行措施、即时强制措施和发布行政命令外,行政机关还运用了劝告、指导、建议和示范等较为灵活的行政指导行为。目前,行政指导已经广泛适用于涉及经济、政治、科技、文化等多领域的行政实务中,行政指导与行政命令配合使用取得了良好效果。

美国是典型的自由市场经济国家和普通法系的代表性国家。自由企业制度倡导者保罗·萨缪尔森教授指出:“美国的经济模式并非完全的自由经济,从来没有达到过完全自由放任的境地。”特别是二战中后期美国采用了凯恩斯主义理论,实行罗斯福新政,政府加强了对经济的调节和干预力度。但20世纪70年代以后,罗斯福新政给美国经济带来严重的负面效应。受“滞胀”现象的困扰,人们深刻反思了因凯恩斯主义理论的财政、货币干预政策破坏市场机制等诸多负面影响。由于民众的压力以及受到象征美国行政法理论新动向的“规制缓和论”的影响,美国政府对凯恩斯主义、传统自由主义等学说运用于行政实务所积累的正反经验教训进行了反思后选择了一条中间道路,因此产生了对具有柔性灵活的非强制性和非权力性行政调控方式的新需求和新认识。这种具有干预调节功能又较为柔性简便的行政指导制度,开始逐渐被人们接受和关注,在经济与社会管理中,行政指导作为法律强制手段的一种替代和补充被广泛运用。一般将它称为“非正式行政行为”或“任意协力之要求”^[7]。这一变化是受社会学、法学和综合法学的影 响,还有象征20世纪80年代以来美国经济学和行政法理论新动向的规制缓和论,以及90年代以来出现的一些新的经济政治理论观点。在美国行政指导制度得到了广泛的认同,如作为保守主义、法治主义和司法至上主义的典型代表美国法院,也将行政指导行为纳入司法复审和救济之中。

二 行政指导立法状况的比较

中美两国的行政指导立法从总体上看都呈现出零散和发展不平衡。基于对行政指导行为的性质和作用的认识,两国都开始关注行政指导法律制度,为行政指导积极的适用于行政管理活动提供法律依据。

我国目前还没有统一的行政指导立法程序,现在行政指导立法程序的相关规定都散见于法规规章之中。我国缺乏对行政指导制度的实体规定和程序规定,如没有规范公告制度,这样不便于公众查阅和评论;行政指导立法程序中行政指导的立法申请权范围较窄,主要表现在只有政府主管部门

才能成为立法主体,利害关系人不能启动影响其权益的立法申请权。这主要是受一直以来重实体轻程序的影响,忽略法律程序规则,把行政法视为行政机构手中突现国家本位的工具而不考虑自然公正或正当法律程序^[8]。要实现行政现代化需要行政民主和科学管理,而行政民主和科学管理只有借以行政程序才能得以实现。在行政实务中行政指导广泛适用于经济、文化、卫生、教育等领域,多表现为指导性的法律、规章、政策、计划、行政纲要和舆论指导,以示范、建议、提倡、鼓励、限制等方式为主。如现行宪法第8条第3款规定:“国家……鼓励、指导和帮助集体经济的发展”。《产品质量法》第6条第1款规定:“国家鼓励推行科学的质量管理方法,采用先进的科学技术,鼓励企业产品质量达到并且超过行业标准、国家标准和国际标准”。和《城市居民最低生活保障条例》第5条第2款规定:“国家鼓励社会组织和个人为城市居民最低生活保障提供捐赠、资助。”

美国行政法受英国传统自然正义或程序公正的影响,主张实体权利要由程序保障的理念。人们倾向于认为行政法主要是有关行政机关活动程序的法律,而不是有行政活动的实体性法律^[9]。由于司法至上的传统,美国强调通过严格的程序来约束行政机关的行为。作为英美法系的代表性国家,美国不刻意强调公私法之分,其行政法较多适用普通法和强调行政程序控制。美国实行的是联邦行政法与州行政法并行的行政法制,在司法审查中法官的裁判行为不完全受到议会制定法的钳制^[10]。对于行政机关的规划、鼓励等非强制性行为,美国通过联邦和州议会立法制定出相关行政指导的法律规范。

三 行政指导发展程度的比较

基于行政指导实践,两国都普遍存在行为不透明、关系不顺畅、动机不纯正、责任不明确、救济缺乏力度等现象,还没有形成系统规范的行政指导制度。中美两国都需要克服在实行行政指导中存在的施政负担和财政压力等不利因素。

美国行政指导制度面临最大的环境变迁是信息社会对工业社会的取代。随着社会变化速度加快和程度加深,人们对服务和权利的需求加大,以及信息共享的普遍性和人们知识水平的不断提高,迫切需要建立健全非强制性行政指导制度,并将这一运转规则赋予实践之中。

中国行政指导制度面临着由计划经济体制向市场经济体制的过渡,经济组织与行政组织之间的良性互动是其改革的动力。两类组织要取得收益最大化需要制定新的规则。经济组织要想在市场经济中取得最大收益,有一种促使行政系统运转规则改变的持续动力^[11]。目前,我国行政指导行为缺乏规范化和制度化的规定。由于长期以来官本位的社会心理环境、传统体制的惯性作用以及政府缺乏经济调控方面的经验,中国行政指导制度正处于建立与完善之中,还缺乏必要的程序规制、责任机制和保障措施。只有克服观念和社会等一系列因素的影响,才能使具有现实压力和利益诱导因素的行政指导得以顺利推行。行政指导是行政主体的非强制性行为,由于历史背景和社会心理因素的影响,行政指导在强制力和法治化方面还存在一些障碍。在行政实务中,

一些人对行政指导制度缺乏全面的了解和认识,甚至采取排斥或否定的态度。有些行政机关在实践中错误地将行政指导当成行政指令或命令,在一定程度上限制了行政相对人的自主权,侵害了其合法权益。作为一种非强制性行为,行政指导可能存在不当运用或违法的现象。因此,应设定法律上的约束和救济机制,建立完善的制度保障,从而保障行政相对人的合法权益。

四 我国行政指导制度的反思与完善

实践中,我国行政指导制度存在一些不足,主要表现在:

第一,立法相对滞后。目前立法中没有相对完善的规范行政指导的法律,也没有统一的行政程序和行政指导的专门立法。行政指导行为以规范性文件加以规定,而这些规定又比较原则和笼统,在理解上有较大伸缩性。在行政指导的程序、法律责任和救济方面还是空白。行政指导缺乏行为法和组织法上的依据,现在行政指导大都依靠政策实施,而此又违反依法行政的原则要求。

第二,违反自愿原则。作为一种非权利性、非强制性行政行为,行政指导应坚持自愿原则。但在实践中,行政指导违法违规现象严重。将商谈、交换意见等体现民主的行政指导操作成强迫性的行政行为,将行政指导性计划操作成必须要执行的行政指令性计划,使相对人不得不接受这种指导,带有事实上的强制力^[12]。部分地方政府明明是指导农民致富,动员农民种植某种经济作物,但是一旦农民不听指导就采取一些强制措施。如取消有关优惠政策、强行摊派、甚至强行铲除。这些行为有违自愿原则,严重损害了相对人的合法权益。

第三,透明度不高。目前,行政指导在行政实务中缺乏透明度,易导致腐败。不同的利益集团为争取自身的利益,采用各种方式对行政指导的实施主体进行拉拢腐蚀,破坏市场公平自由的秩序,形成不正当竞争。

第四,行政指导缺乏救济手段。行政指导缺乏完善的监督与救济机制,而作为一种非权力性行为自然免责。行政相对人合法权益受到行政指导的侵害时,由于没有法律依据,其不能为维护权益提起诉讼和要求赔偿。现有的鲜有涉及行政指导相关责任的法律,仅有的也存在很多不足。有些法律虽然规定了过失指导的赔偿责任,但自由裁量权的宽泛性导致责任不明确和救济措施不完备。由此,赔偿责任形同虚设,既不能有效救济相对人,也不能追究行政机关的责任。

基于以上我国现行行政指导制度的不足,可采取以下措施加以完善:

1. 应确立统一的行政指导原则

为建立规范的行政指导制度,应确立行政指导的原则。笔者认为可包括以下原则:

(1)越权无效原则。行政机关必须在其职责管辖范围内实施行政指导,并严格限定行政指导实施的权限范围,超越权限则归于无效。

(2)公示原则。应尽可能的采取书面形式向相对人公开行政指导的实施过程,将行政指导的目的、内容、依据和救济方式等事项明确告知相对人。

(3)自愿原则。行政机关实施行政指导需要相对人的同意或者配合,从而有利于达成行政管理目的。

(4)非强制性原则。行政指导应采取劝导、说服的非强制性方式,应充分尊重相对人的自主权利,不能依靠强制性手段。

2. 应建立完善的行政指导立法程序

许多国家通过立法来加强行政指导的公开和公正。如韩国的行政程序法规定:“指导者应向受指导者说明行政指导的宗旨、内容及指导者身份,在受指导者为复数时应公布成为行政指导共同内容的事项。”^[13]我国应制定统一的行政指导立法程序,分散立法会导致制度不健全和相互冲突,而统一程序将提高行政指导立法的效率^[14]。应建立统一的公告制度,借助网络、报纸等媒体形式公开信息,为公众参与行政指导立法提供支持。应扩大行政指导法规规章的立法申请权,授予利害关系人申请制定、修改行政指导法规规章的权力,解决行政指导法规规章缺位和不适应社会发展变化的矛盾。

3. 应规范行政指导的程序和方式

应在行政程序法中设专章规定,从程序约束的角度对行政指导作出系统明确的规定,确立实施行政指导的程序规范。在立法上可借鉴国外行政程序法的规定,对两种典型的行政指导行为加以区分,即与申请有关的行政指导和有关许可、认可等权限的行政指导,分别作出不同的程序规范。在具体程序上应对说明、交付、陈述和公布等具体事项予以规范,明确行政指导的具体方式。可采取说服、教育、示范、建议、协商、政策指导、提供经费帮助、提供知识技术帮助等非强制性手段和方法。

4. 应建立行政指导救济制度

行政指导应遵循尊重行政相对人合法权益的原则,如果出现行政侵害应给予相应救济。将行政指导纳入行政诉讼中,由基层法院受理行政指导行为引起的诉讼和赔偿纠纷。作为一种行政活动方式,行政指导时常存在违法或不当运用的情况,应加强监督和设定救济机制,对受到违法或不当行政指导侵害的相对人给予补偿。在我国,行政救济制度主要有行政复议、行政诉讼和国家赔偿,但只有具体行政行为才能纳入行政诉讼和行政复议中,而行政机关的事实行为则排除在外。行政指导是不引起法律后果的事实行为,不存在是否有效的问题,因而被排除在行政诉讼与行政复议之外。因此,应在立法中以损害后果和因果关系为立案标准,通过立法或司法解释将行政指导纳入司法审查范围,从而保证行政机关的行为在法治轨道上有效运行,并对受到侵害的行政相对人给予司法救济。在国家赔偿中贯彻信赖保护原则,对行政指导给相对人造成的事实损害,应根据具体违法情况对相对人进行赔偿。

[参考文献]

- [1] 皮纯协. 行政程序法比较研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2000: 56
- [2] 莫于川. 行政指导论纲[M]. 重庆: 重庆大学出版社,

- 1999: 22
- [3] 应松年. 国外行政程序法汇编 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2004: 106
- [4] 罗智敏. 试论行政指导 [J]. 北京: 行政法学研究, 1999 (3): 19-24
- [5] 郭润生, 宋功德. 论行政指导 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 58-59
- [6] 张泽想. 论行政法的自由意志理念 [J]. 中国法学, 2003 (2): 171-182
- [7] 王名扬. 美国行政法 [M]. 北京: 中国法制出版社, 1995: 535-540
- [8] [德]奥托·迈耶. 德国行政法 [M]. 刘飞译. 北京: 商务印书馆, 2002: 10
- [9] 周佑勇. 西方两大法系行政法基本原则之比较 [J]. 环球法律评论, 2002 (4): 84-88
- [10] 胡建森. 比较行政法——20 国行政法评述 [M]. 北京: 法律出版社, 1998: 118-119
- [11] 江必新, 李春燕. 统一行政行为概念的必要性及其路径选择 [J]. 法律适用, 2006 (1): 42-46
- [12] 应松年. 比较行政程序法 [M]. 北京: 中国法制出版社, 1999: 267
- [13] 韩国行政程序法 [J]. 车美玉译. 行政法学研究, 1997 (3).
- [14] 应松年. 行政程序法立法研究 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2001: 398-399

The Comparative Research and Enlightenment about the System of Administrative Guidance between China and America

ZHOU Feng

(Price Bureau of Guangdong Province, Guangzhou 510040 China)

Abstract Administrative guidance with the features of diversity, administrative and non-mandatory is an important complement to the traditional means of administration, and plays an important role in the administration. In the development of administrative guidance, administrative guidance system has different characteristics about evolution process, legislative status and the degree of development in China and America. We can know shortcomings about administrative guidance system in China through comparison, and learn from the successful legislative and judicial experience of America. Then we may perfect principles, legislative and relief system of administrative guidance system in order to promote administration according to law and implement the rule of law.

Key words the system of administrative guidance; comparative research; reflection