试论行政指导的程序规制*

齐建东¹,任礼光²

(1. 中国矿业大学 文法学院,徐州 221008;2. 徐州市中级人民法院,徐州 221008)

摘要:行政指导是一种新型行政行为,实体法难以规范,程序规制则具有多方面的优点。对于抽象行政指导,要完善听证制度、保证透明度;对于具体行政指导,应当在保障意见听取、禁止不利对待、体现行政公开、完善救济途径等方面加以规范,使我国正在制定的《行政程序法》对行政指导的规定更加完善。

关键词:行政指导;行政程序法;立法建议

中图分类号:D630.3

文献标识码:A

文章编号:1008-5092(2005)03-0018-05

一、程序规制的必要性和可行性

行政指导是行政主体为实现一定的行政目的,依法在其职权范围内,以建议、劝告、引导、指示、鼓励等非强制手段,获得相对人同意或协助,使相对人进行某种作为或不作为的活动。行政指导是一种新型行政行为,是一种弱化了了的权力行为^[1]。行政指导的优势在于充分尊重相对人的意见,以相对人的自愿与协助为发挥作用的前提,可以官民协调、共同达成行政目标。行政指导的方式多样,灵活运用辅导、提议、规劝、协商、奖励、通知等手段,可以大大降低行政成本。

当今世界,建设服务行政、给付行政已成为各国的发展趋势,行政指导的作用日渐凸显。比如在日本,行政指导在战后经济的重新崛起过程中扮演了举足轻重的角色,通商产业省通过产业政策的形式进行的行政指导作用突出,日本经济的飞速发展也因此被称为“通产省奇迹”。在我国,行政指导措施也正在广泛运用,如2002年9月1日起施行的《中华人民共和国人口与计划生育法》第33条规定:“计划生育技术服务机构和从事计划生育技术服务的医疗、保健机构应当在各自的职责范围内,针对育龄人群开展人口与计划生育基础知识宣传教育,对已婚育龄妇女开展孕情检查、随访服务工作,承担计划生育、生殖保健的咨

询、指导和技术服务。”又如在2003年全国人民抗击“非典”的战役中,国家卫生部在4月29日公布了《公众预防传染性非典型性肺炎指导原则》,国家质检总局在5月15日发布了《过氧乙酸消毒液安全使用指南》,有力支持了预防“非典”的工作,这些都属于行政指导的范畴。

行政指导的特点决定其可能产生诸多弊端:(1)行政机关以行政许可权、利益分配权或强制力为后盾迫使相对人“自愿”接受指导,行政指导成为行政主体规避法律的手段,使依法行政蜕化为“依行政指导行政”;(2)行政指导的自由裁量权过大,不能制度化、规范化,相对人对行政指导不能产生理性预期;(3)行政指导仅在行政机关与当事人之间发生,不透明,可能滋生腐败;(4)因行政指导疏漏导致相对人遭受损失的,责任者不明确。

因此,为了发挥行政指导的积极作用,避免消极影响,对行政指导进行法律规范是必要的。但是,行政实体法却难当此任:首先,在什么情况下需要进行行政指导(行政指导的条件),实体法难以规范。为了发挥行政指导的实效性,就需要为行政机关保留较宽泛的自由选择空间,由于立法技术上的困难,通常实体法对行政指导只能作抽象的原则性规定,其立法模式一般是“因公益需要”、“在必要的限度内”,“可实施必要的指示”^[2]。而现代政府是服务型政府,在行使相应管理权限

* 收稿日期:2005-05-08

作者简介:齐建东(1978-),男,江苏徐州人,中国矿业大学助教、法学硕士,研究方向:行政法学。
万方数据

的同时对相对人进行行政指导服务已经成为其日常工作的重要组成部分。行政法学者大多认为行政机关进行行政指导,不一定要有行政行为法上的依据,只要有行政组织法上的依据即可进行,也就是说对与自己管辖业务有关的事项都可以进行指导,因此实体法的授权意义不大。其次,应该进行什么样的行政指导(行政指导的内容),实体法也无法有效规范。比如,工商机关在为相对人办理营业执照的时候,应相对人的请求,可以就执照的年审、变更、撤销等问题,对相对人进行相关的指导,针对不同的当事人,指导的内容各不相同,实体法不可能也没有必要详细规定。

而行政程序可以有效规制行政指导。行政程序的优势在于它既可以为行政指导的决策、施行提供基本的法律框架,防止它脱离法治行政的轨道,又可以保证行政指导的灵活性、有效性:(1)在行政程序立法中,可以仅对行政指导具有普遍意义和对相对人权益得失影响较大的事项进行规范。比如行政指导的原则必须进行书面指导的情形等。(2)程序性规范在具体规定上可以达到科学合理、机动灵活的要求。如对行政指导的方式进行规定时,可以允许行政指导采用书面或口头的方式进行,但是如果相对人请求交付书面指导,应当交付书面文书。这既保障了行政主体的自由裁量权,又以相对人的书面指导请求权这一程序权利对其加以约束,平衡了公正与效率。

《中华人民共和国行政程序法》这部重要法律已经列入全国人大的立法规划,行政指导是该法的重要规范内容,笔者认为应当区别抽象行政指导和具体行政指导,分别立法加以规范,以法律程序的力量使行政指导不致成为脱缰的野马侵害行政相对人的合法权益,而成为造福人民、达成行政目标的有效手段。

二、抽象行政指导的程序规制

行政指导可分为抽象和具体的两类。抽象行政指导,是指行政主体为达成行政目的,在职权范围内,针对不特定对象进行的指导活动,包括行政指导的决策(形成据以作出具体指导的基准、方针)和决策的发布等行为。具体行政指导是针对特定对象进行的指导活动。

抽象行政指导与具体行政指导是密切联系的,不可割裂开来。两者之间是制定方针与执行方针的关系。比如,在日本,为了经济的协调发展

政府制定和执行产业政策,制定产业政策的行为是涉及这一产业的不特定对象的,是抽象的行政指导,行政机关据此对某个企业进行的指导是具体的行政指导。抽象行政指导在日本的另一重要表现是纲要行政。60年代后期以来,为保护居民舒适的生活环境,灵活机动且行之有效地实现地方公共团体的行政责任,依宅地开发指导的行政(纲要行政)有了显著的发展,而“纲要”不是条例或规则那样的正规法规,公认的见解和判例把它看成是行政工作的指针或行政内部的训令,是一种抽象行政指导^{[3](P.160)}。各种通知、通告、某些官方信息发布等也都属于抽象行政指导。

抽象行政指导在我国正在逐步发展,比如国家有关机关发布的《汽车工业产业政策》、《振兴软件产业行动纲要》等等,都对相关产业的发展产生重大影响。指导性计划也属于抽象行政指导。指导性计划是广义的行政计划的一种,是指那种在法律上并不直接拘束相对人且不改变相对人的权利和义务的计划,一般表现为一些纲要性、导向性、政策性计划,也属于抽象行政指导的范畴^{[4](P.281)}。比如2002年国务院办公厅下发的《振兴软件产业行动纲要(2002年至2005年)》,在企业技术创新、政府采购、出口、投资、税收、市场和人才等方面第一次明确提出了进一步加速我国软件产业发展的政策和措施,并提出到2005年,我国软件业要形成若干家销售额超过50亿元的软件骨干企业,软件销售额将达到2500亿元,国产软件产品和服务的国内市场占有率将达到60%,出口将达到50亿美元,软件人才将达到80万人的目标。这是一个指导性计划,也是一个抽象的行政指导。由于抽象行政指导涉及面广,影响的时间较长,是具体行政指导的行为依据,因此进行严格的法律规范十分重要。

(一)健全“审议会”制度,规范抽象行政指导的听证程序

行政指导的决策过程也就是一种资源配置过程与利益分配过程,在一定程度上甚至决定整个社会的发展方向^{[5](P.155)}。作为具体行政指导依据的行政方针、产业政策等,在现实中往往起着与法律、法规、规范性文件相同或类似的作用。行政指导的有效性有赖于其内容的科学性,内容的科学性有赖于决策的民主性。在抽象行政指导领域,如何让各种利益主体充分表达自己的意愿,维护自己的利益,形成良性博弈,保证决策结果的公正

合理,是十分重要的课题。

听证是规范抽象行政指导的有效手段。这里的听证类似于行政立法中的听证会,是听取社会各界意见的制度化形式,以此来保证行政指导决策具有充分的理由和坚实的合法性基础。在这方面日本的实践可以给我们很多启示。早在1948年,日本政府就根据《国家行政组织法》,在所有涉及公共问题的领域设立了相关的咨询审议会,咨询审议会的数量随着时间的推移逐渐增加,例如1955年为194个,1960年为251个,1965年达到277个。审议会作出的咨询报告、提出的设想或展望,是行政指导决策的重要依据,有人因此将战后日本国家行政制度称为“审议会行政制度”。审议会的成员实行任期制,以民间身份参加,一般由经济界人士、学者及群众团体代表组成,其任务是根据行政机关的咨询就其活动和决定予以答复或自主陈述意见,在行政机关的重大决策出台前,能够使行政机关之间以及行政机关与相对人之间有一个交流意见、调整利害的场所和程序,从而使行政更加科学化、合理化^[6]。审议会的咨询报告,因为具有较强的社会代表性,往往都被政府采纳。审议会制实际上是听证制度的一种表现形式,体现了听证制度的优越性:公开透明、民主参与、决策结果科学合理。

我国在考察日本经验的基础上,已开始借鉴这一制度。1994年制定的《90年代国家产业政策纲要》规定:“建立国家产业政策审议会制度,有关部门提出的产业政策和产业政策发展有重大影响的政策草案,须经国家计委审查和协调,并由国家计委组织国务院有关部门、产业界、学术界和消费者群体进行科学论证和民主审议后,由国家计委会同有关部门报国务院批准后发布执行。”健全抽象行政指导的听证制度应当注意以下两点:

(1)将听证机构(审议会)的法律地位、组织结构以法律的形式固定下来,明确规定在何种情况下应当进行听证,明确规定会议的出席人员、会议召集程序和会议形成的文件在决定行政指导方针时的地位与作用。

(2)规范抽象行政指导的变更程序。一方面,经过严格的听证程序作出的抽象行政指导,如果不经听证就可以变更,听证就变得毫无意义,另一方面,行政事务的复杂多变也要求行政指导方针及时更新。因此应当规定,抽象行政指导可以变更,但需要进行听证,通过法定程序听取各界对原

指导方针执行情况的反馈意见后,对该指导方针可以进行调整。

(二)落实行政公开原则,保证抽象行政指导透明化

暗箱操作是腐败滋生的温床,而阳光是最好的防腐剂。在行政指导领域实体法难有作为,程序法上的行政公开原则则可以发挥积极的作用。落实行政公开原则,要求除涉及国家安全、商业秘密和个人隐私以外的一切抽象的行政指导,都要通过各种形式向社会公布,使相对人知悉。这样做可以使相对人实现其知情权,使相对人了解该项指导的目的、任务,对接受行政指导产生理性预期,对该项抽象行政指导的不足之处提出批评意见,这也是对行政主体的监督制约,使行政主体在作出抽象行政指导前仔细斟酌避免疏漏。

日本《行政程序法》第三十六条“以多数人为对象的行政指导”规定:“为实现同一行政目的而对符合一定条件之多数人为行政指导时,行政机关应事先依事件性质订定该等行政指导共通之内容事项且除行政上有特别困难外,应予公布。”这一规定值得借鉴。我国正在进行的行政程序立法也应明确规定制定出的指导方针应当在一定期限内向公众公布,未公布的抽象行政指导不得作为具体行政指导的依据。

三、具体行政指导的程序规制

抽象的指导方针最终还是要靠具体的指导行为才能落到实处,具体行政指导可能直接侵害相对人的合法权益,应严格规范,但是具体的指导行为千差万别,因此程序法只能择要规定。

(一)保障意见听取(建立非正式听证制度)

行政指导与相对人的利益息息相关,听取意见程序是必不可少的,这是基于以下两点理论预设:(1)行政相对人作为理性人,是自身利益的最佳判断者;(2)行政主体虽然占有大量信息,但仍然是有限理性的。因此,行政主体想要有效地实现行政目的,就必须听取相对人的意见,及时调整自己的行为,使相对人接受指导,达到行政目标。

听证有广义和狭义之分。广义的听证,是指在国家机关作出决定之前,给利害关系人提供发表意见的机会,对特定事项进行质证、辩驳的程序^{[7](P.1)}。比如美国就将听取利害关系人意见的程序统称为听证。听证包括正式听证和非正式听证。正式听证往往以听证会的形式进行,程序规

范较为严密,而非正式听证,又称为“辨明型听证”、“陈述的听证”或“咨询型的听证”,它是行政程序法的一种非正式程序,是指行政机关在制定法规或作出行政裁决时,只须给予当事人口头或书面陈述意见的机会,以供行政机关参考,行政机关无须基于记录作出决定的程序。它具有灵活性、效率性、广泛适用性等特点^{[8](p.518)}。根据广义的听证概念,笔者认为在行政指导过程中听取相对人的意见也属于一种非正式听证。这种非正式听证以相对方的意见表达权制约行政主体的指导权,既不损害行政指导的效率,又能充分现实行政指导的柔性特质,增强行政指导的可接受性,保证指导的科学,是一种比较理想的制度安排。这种听政虽然是非正式的,但也具有法律上的拘束力,对于相对人的意见中的合理部分,行政主体应当及时吸收,必要时要对已作出或正在作出的行政指导进行修正。

在立法上,行政程序法可以作出规定:行政指导的相对人,就行政指导的方式或内容,可以向实施机关表示意见。实施机关对前项规定的意见表示应作书面记载并予答复,认为有理由者,应立即更正。

(二)禁止不利对待

非强制性是行政指导的重要属性,对于不接受行政指导的相对人,行政主体不得予以制裁。在法律上明确规定这一点非常重要,赋予了相对人拒绝指导的法律武器,有利于行政指导在规范的轨道上发展。如1996年韩国《行政程序法》第四十八条就规定:“行政机关不得以受指导者不执行行政指导为由,采取不利益之措施。”台湾地区行政程序法1998年法案进一步规定:相对人明确拒绝指导时,行政机关应立即停止指导,并不得据此对相对人为不利益之处置。另外,当行政指导同时又是行政许可机关时,相对人在决定是否接受指导时就会更多一份顾虑,为了保证相对人的意志自由,法律应当禁止指导机关或明或暗地以这种许可权对相对人施加压力。如日本《行政程序法》第三十四条规定:“(有关许可、认可等权限之行政指导)具有许认可等权限或有基于许认可为处分权限之行政机关,在不能行使该权限或不行使意思而为行政指导时,为行政指导者,不得特别表示其得行使该权限之意旨,而令相对人服从其行政指导。”

我国行政程序法也应当明确规定:是否听从、

配合行政指导由相对人自主决定。行政机关在实施行政指导的过程中,不得采取或变相采取强制措施迫使相对人听从、配合行政指导。相对人拒绝行政指导的,行政机关应当立即停止,并不得因此对其采取不利措施。

(三)保证透明公开

透明公开不仅是对行政指导的决策过程的要求,也是对具体指导行为的要求,一方面可使相对人更好地了解、接受行政指导,实现行政目标,另一方面也能有效地保障相对人的权利,便于事后救济,具体要求如下:

(1)如果是根据抽象行政指导作出的具体行政指导,应当向相对人出示该文件并允许相对人复制该文件。这可以认为是阅览卷宗制度在行政指导领域的表现。阅览卷宗泛指当事人在行政程序中了解行政机关有关资料信息的权利^{[9](p.176)}。相对人要求提供有关背景资料的,在不泄露国家秘密、商业秘密和个人隐私的前提下,应当提供。

(2)行政主体在进行具体的指导行为时,应当明确告知相对人指导的目的、内容、依据、承办人、救济途径等事项。

(3)如果相对人要求行政主体交付书面指导,行政主体如无特殊困难,应予交付,并载明上述事项和指导对象、时间和地点。

(4)应当明确告知相对人行政指导具有非强制性,可以不接受行政指导。

(5)规定应当以书面形式进行指导的情形:①建议或劝告相对人变更申请内容或撤回申请的;②建议或劝告相对人容忍法律法规规定以外的负担的;③为预防或解决私人之间纠纷所为之协议的;④法律法规规定对拒绝接受行政指导的相对人可以公布其姓名或名称、事实或可以课予不利益处分的。这些都是对相对人权益影响较大的指导行为,要求必须进行书面指导可以更好地保护相对人的合法权益。

(四)完善救济途径

救济途径的缺乏也是当前影响行政指导法治化的重要因素,行政程序法应当明确规定:

(1)行政机关采取或变相采取强制措施迫使相对人听从、配合行政指导导致相对人合法权益受到损害的,或者相对人听从、配合行政指导后,行政机关随意改变、否认该行政指导行为导致相对人或利害关系人合法权益受到损害的,行政机关应当予以赔偿。

(2)如果行政机关由于自身信息和能力的限制,作出了内容有误的行政指导,相对人善意信赖该指导行为并处分自己的财产、作出一定行为后来导致损失的,根据信赖保护原则,行政机关应对

相对人的损失进行补偿。

(3)行政机关对相对人或利害关系人的赔偿、补偿请求不予支持或不予答复的,相对人或利害关系人可以申请行政复议,也可以提起行政诉讼。

参考文献:

- [1] 杨海坤,黄学贤.行政指导比较研究新探[J].中国法学,1999,(3):67-80.
- [2] 崔卓兰,鲁鹏宇.日本行政指导制度及其法律控制理论[J].行政法学研究,2001,(3):67-77.
- [3] [日]室井力.日本现代行政法[M].北京:中国政法大学出版社,1995.
- [4] 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.
- [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.
- [6] 刘铮,赵肖筠.中日行政指导制度之比较[J].山西高等学校社会科学学报,2002,(5):44-47.
- [7] 杨惠基.听证程序理论与实务[M].上海:上海人民出版社,1997.
- [8] 应松年.行政程序立法研究[M].北京:中国法制出版社,2001.
- [9] 王万华.行政程序立法研究[M].北京:中国法制出版社,2000.

On The Procedural Regulation of Administrative Guidance

QI Jian-dong¹, Ren Li-guang²

1. College of Literature, Laws & Politics, China University of Mining and Technology, Xuzhou 221008, China
2. Intermediate People's court of Xuzhou, Xuzhou 221008, China

Abstract:In the field of administrative guidance, it is difficult or even helpless to regulate by substantive administrative law, and the administrative procedure is more available. We should perfect the hearing institution of both abstract and specific administrative guidance and keep them open, preparing for our Administrative Procedure Law in the future.

Keywords:administrative guidance, administrative procedure law, legislation suggestions

(上接第 17 页)

On the Principle of Good Faith: A New Perspective of Safety Orientation

YANG Hai

(School of Law, Suzhou University, Jiangsu Suzhou 215000, China)

Abstract:Good faith is a basic principle of Civil Law and contract law. It demands the civil subjects exercise rights and perform obligation adhering to good faith and kind in civil activities so that the balance of profit among parties and between parties and society can be maintained. The New Chinese contract law has already taken good faith as a basic principle and set up a series of system of obligation and rulers of Application. This is an important symbol that shows the Chinese contract law is marching to modern law idea. This paper discusses the origin, development, concept and significance of the principle of good faith and believes that this principle functions to improve legislation and empower judges so that they can work actively and flexibly. "Honesty and Justice" is the elevated idea of this principle and should be put into practice in civil legal matters. "Safety" is an important value of good faith, so this paper is also a new analysis of good faith with safety for a mindset worth.

Keywords:good faith; safety; value; function