

行政指导司法救济探析

谢 樑

(福州大学 法学院,福建 福州 350116)

摘要:目前我国尚未有专门的法律对行政指导进行规制。实践中,行政指导造成相对人权益受损的情形实际存在,然而行政诉讼法却受传统理论的影响而未将其纳入司法审查。行政指导虽然不产生直接法律效果,但往往对当事人产生事实上的强制效果,因而应肯定其可诉性。对行政指导的审查标准既有与一般行政行为共同之处,亦有其特殊性,因行政指导而权益受损的相对人应有权请求赔偿和补偿。

关键词:行政指导;可诉性;司法审查

中图分类号:DF31

文献标识码:A

文章编号:1671-5322(2015)03-0034-05

一、行政指导司法救济之必要性

随着社会发展,国家法制的健全,法治建设的全面展开,新的行政方式开始出现,并为诸多国家政府所采用。作为现代法治国家一种新的行政手段,行政指导以其淡化权力影响、尊重市场客观规律、不具有强制性、未产生直接法律效果等特性而为世界范围内的诸多国家普遍应用于政府行政。在行政指导起源地的日本,行政指导被定义为行政机关为保障一定行政管理目标的实现而要求相对人为一定作为或不作为的指导、劝告、建议以及其他非处分的行为^[1]。

在我国,行政指导以其灵活高效的特征而为各级政府所采纳。然而实践中并不尽如人意,行政指导本身存在着一些问题,表现出来的有:行政指导界限模糊,其本身的诸多特点如行为方式多样,依据多样,范围广泛,与其他行政行为存在转换的可能等造成与其他行政行为的界限不清;立法不尽完善,目前我国虽然存在行政指导的政策依据,但是法律依据欠缺,程序与责任的立法均未有之,造成指导行为的混乱;各主体定位不清,指导行为是一种非强制性的行为,然而在现实社会中,由于历史和现实影响,行政机关与相对人之间的关系事实上并非平等,相对人基于一些考量而接受行政机关所有指导的现象时有发生;再有就

是行政指导的归责不清晰,由于欠缺强制性,认为相对人接受指导与否实属自愿,因而当相对人遭受损失之时往往无法纠正和明确责任,以至于难以寻求救济。

事实上,行政指导是行政机关与当事人于公平自愿的情形下产生的指导与被指导的关系。但是实践中,如上文所言,行政指导由于自身特性,实际上可能会给相对人造成事实上的侵害,兹分述之:一为错误行政指导引起的损失,行政主体基于错误的信息作出的不正确的指导而使得当事人的利益受损失;二是内容违法的行政指导引起的损失,行政主体对应予考量的要素未有考量,对不必要考量的要素而多做考量,作出违法的行政指导而致当事人发生利益损害;三是异化的行政指导引起的损失,行政主体把促进经济的长效增长与保持社会和谐稳定的能力奉为最高合法性^[2],而使得对于其作出的指导时常令相对人不得不接受,实际上转化为了行政命令,对相对人之侵害实属难免;四是强制性的行政指导,政府为实现经济发展的目的,而作出指导行为,然而此类指导虽是以“指导”之名,相对人却必须执行,“许多指导性计划实际上是必须执行的”^[3],因而自然会有对当事人造成损害之可能。

实际上行政指导对公民的合法利益造成侵害的事实是确实存在的,这些损害产生的原因主要

有:一为利益驱使,行政主体以一定的利益或优惠政策诱使相对人服从指导,这也是行政指导的前提,然而在当事人接受指导而作出一定行为之后而拒绝兑现先前的承若,侵害了行为人的合法预期,致使其利益损失;二是对政府的信赖,政府的强势以及对社会资源的整合,对信息的获取均使其处于强势地位,公民基于对其的信赖而接受指导,若此时政府因错误信息而作错误指导,当事人受损害不可避免;三是缺乏合意,当事人接受指导并非是与行政主体合意之结果,而是接受政府硬性指标,政府制定指导有可能脱离实际,因而造成相对人受损害;四是法制不健全,目前国内的相关法律法规极少对行政指导作出明确的规定,仅有些概括性的规定,法制还未完善。

在当下,因行政指导而使得权利利益受损的相对人几乎无法得到救济,究其根本,不论是理论还是实务的态度都是认定行政指导实则是一种事实行为,对当事人不会产生直接法律后果,其自愿选择遵从指导行为,损害即便发生也应当由其本人负责。

笔者认为,既然行政指导行为存在使得当事人的合法利益受到损害的可能,那就必然要对其进行救济,这也是责任行政的要求,行政主体必须为其行为负责,这亦是余凌云主张的合法预期之保护的要求^[4]。司法路径是私益的最后一道保障,也是对权利最直接的保护,若是司法途径也未能帮助受损害的当事人得到救济,则一国之法制实有缺失。

二、行政指导的可诉性

1. 最高法院的态度

现行有效的最高人民法院在2000年发布的《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款中有明文规定,对于自身不具有强制拘束属性的行政指导行为是无法纳入司法审查范围的。

最高法院作出这个解释可能基于两点考量,一是考虑到当时行政指导在我国出现得较晚,大多数法院的审判人员对行政指导未了解透彻,其加上“不具有强制力”的修饰词意在强调行政指导之特性,因而行政指导在我国是不可诉的。然而,实务中会出现以行政指导之名实际上并非指导而是产生直接法律效果的具体行政行为的情况,这种情况是允许诉之法院的^[5]。第二点就是

受传统行政观念的影响,行政主体在行使行政权力的时候往往加重担保的分量,以至于平等自愿的行政指导时常变得具有强制力,甚至是转化为行政命令。因而,考虑到实践中存在的事实,最高法院在作出解释时特意加上了“不具有强制力”的文字,意图区分指导行为之类别,将“有强制力”的指导纳入到司法审查的范围之内,可谓是深思熟虑。

实际上,最高法院作出的此行政诉讼法解释已是将行政指导行为分为了两个不同的类别:一是通说认为的纯粹的行政指导,二是以行政指导之名实则是具有强制约束属性的行政命令。能够纳入司法审查范围之内的是第二种而排除前者。

2. 对解释之反思

传统行政法基本理论通说均是认为行政指导是不具有强制属性的,是一种软行政行为,行政主体仅是采用劝告、建议、鼓励等措施以促使相关的人自觉完成一定行为以实现其行政目的,至于相对人是否听从行政机关的指导,完全是其本身自由意志表达之范畴,其有选择服从的自由,也有选择不服从的自由。这是行政指导最为突出也是区别于其他传统行政行为最为重要的一点特征,因而在行政指导前加“不具有强制力”的修饰词显得多余。

将行政指导分为两类,实则是是有问题的,以指导为名实则为行政命令的指导行为已不能称之为指导,而就是行政命令,因此不能将之归为行政指导。所谓行政命令,是行政机关依法要求相对人为一定行为或不作为的意思表示,其具有法律上的直接强制力,相对人必须服从,否则将承担一定法律后果。这与行政指导有着明显区别的,不论是传统观点还是立足实践,行政指导不具有法律上的强制性是毋庸置疑的。但若是因此说行政指导不具有强制力却有失偏颇。

对于相关法律解释规定的行政指导不具有强制力的观点,笔者表示不能完全认同。在实践过程中,行政指导的施行通常都伴有某些特定的担保手段。有学者归纳日本行政指导施行之时所采用的担保手段,具体有:一是将公民、法人遵从政府行政指导的情况予以公示,以使得舆论对接受指导之人进行支持以及对不接受指导之人进行谴责,是一种软规制手段;二是在采取行政指导手段的时候,保留行政权限而未行使;三是对不接受指导者进行制裁,如对不接受价格指导者,暂停银行

融资等。

在我国目前的背景下,上述的担保手段可能政府并未完全使用,但不可否认的是确实存在一些担保,比如在一些指导中,如果相对人不接受行政指导,则有可能导致其受行政处罚。由于我国的历史传统影响和对一般行政法律关系的认识,在行政指导中不论是行政机关还是普通公民、法人就未有双方在平等地位上的意识。受上述因素影响,导致相对人往往在行政指导中扮演“被自愿”的角色,行政指导具有实际上的强制拘束力也显而易见。现行的法律制度立足于传统理论学说,因而即便行政指导存在事实上的强制力而致使相对人权益受损,当事人也无法寻求司法救济途径。

因而,最高人民法院的解释实际上是存在一定问题的。有学者就指出,这个解释实则已超越了现行的行政诉讼法关于法院受案范围的规定,以至于可以说是一种倒退^[6]。因为行政指导虽然本来不具有强制拘束属性,然而实务中却因为政府有担保的手段而在实际上具强制性。然而法律规定其不能纳入司法审查,这不仅是与行政指导本身特征相冲突,而且也与现代司法救济重于保护公民权益之精神相违背。

3. 可诉性之探讨

传统理论认为,行政指导仅是一种行政事实行为,不具有强制属性,无法对当事人权利义务造成直接的影响。在指导行为的过程中,存在着行政机关和当事人之间的意思表示相一致的情形,然而此种一致的意思表示是没有约束力的,相对人可以不接受也可以接受了再反悔而不承担法律责任。若是相对人接受了行政指导,并为此作了一定行为或投入了一定成本,其结果不论盈亏均与行政主体无法律上的关系。正因为如此,传统理论认为行政指导并不能对相对人造成损害,相对人也不可因为听从指导后受事实损害而提起诉讼救济,这也是前文司法解释的理论基础。

行政指导最早发源于日本,日本对行政指导产生的纠纷的解决方式似乎可以为我们提供一定思路和借鉴。日本早期的理论学说也是与前文的观点一致,认为行政指导由于是双方自愿的缘由而不可诉之法院。仅当相对人因不遵从指导而受到处罚等制裁之时,方可以将制裁诉之法院,并同时审查指导的合法性。理由是行政指导是不具有对当事人的强制属性,当事人自由选择听从与否,

是故其并非一个行政处分行为,无法作为撤销之诉与确认之诉之对象^[7]。

后来,日本出现了一个里程碑式的案件。当事人是一家制造尺子的公司,其制造的尺子采用多种度量单位。但之后日本国际贸易与工业部下发了一则通知,要求各生产单位制造的尺子全部使用厘米度量。地方政府于是要求该公司停止生产其他度量的尺子。该公司在提出异议没有效果之后向日本法院起诉,法院受理了该案。法院肯定了通知的效力,其只是一个内部文件,并不对当事人产生实际的法律效果,但事实上又很大程度地影响了当事人的权利义务。对于此种行政机关以内部文件为依据而作出的特定行政处理,若当事人无法寻求其他的救济,应是允许其向法院提起诉讼。在此以后,日本法院就允许全部的行政指导案件进入诉讼途径。

在日本,行政指导的可诉性已得到了肯定,那么在我国,能否与之一样肯定行政指导的可诉性呢?笔者以为,只要行政指导具有事实上的强制属性,那么其自然就有现实的侵权可能性,对相对人的合法权益会造成损害也就不足为奇,这一点不能因其不产生法律上的后果而否认,这也是行政指导能否纳入司法审查范围的关键。我国现有的法律制度肯定了具有法律强制力的行政行为的可诉性,但是对于法律未有明文规定其强制力而事实上具有强制力的行政指导行为的可诉性法律却没有明文规定,这是现行法规范的一个不足之处。

现行行政诉讼法规定相对人认为行政主体的行政行为侵犯其合法权益的即可向法院起诉。对行政诉讼法的修改最为重要的一点即是“具体行政行为”改为“行政行为”,这实际上为之前无法进入司法审查的抽象行政行为 and 事实行政行为打开司法审查之门。行政指导行为是一种行政行为,若是其存在侵犯了相对人的人身权和财产权等合法权益之情形,自然应当允许相对人寻求司法救济。

根据有权利即有救济的法治原则,相对人必须有得到救济之途径。司法救济是最后一道保障,现实的情形使行政指导无法得到任何救济,因此在构建诉讼外救济路径之前保证当事人有司法救济之可能,实为必要。再者,行政诉讼法的宗旨是保护相对人合法权益以及监督行政主体合法行使职权,因而,将行政指导纳入司法审查范围既有

利于保护当事人权益,更可以有效地监督行政主体合法行使其职权,实现社会法治长足发展。

三、行政指导的司法审查

1. 审查标准

在明确了应当将行政指导纳入司法审查之后,又该如何对其进行审理,具体的审查标准又是怎样的呢?

在日本的司法实务中,这是一个比较复杂的问题。由于历史原因,日本法受到德国、法国等大陆法系国家的法律影响,在近代又受到普通法系的美国法的冲击,然而行政指导制度起源于日本,日本很难从其他国家找到具体的审查方法,只能依靠法官自己去平衡司法与行政之间的关系。在我国现行法制环境下,即便肯定了行政指导的可诉性,但是如何对其进行审查也是一个问题。这对法官是一个较大的考验,既要保证行政指导的灵活高效,同时又要保障当事人的权益,这是对行政指导进行审查的基准。

在现有的法制框架下寻求对行政指导的审查标准,对目前的我国而言是最为适当的。目前依据法律规定,法院对一般行政行为的审查以合法性审查为主,合理性审查为例外,然而这并非是与事实行为完全契合。笔者以为,对行政指导行为的审查首先应审查其是否具有事实的强制力,其次应当以合法性审查为主,合理性审查为辅,既存在相同于对一般行政行为的审查之处,也有其特殊性。

具体而言,行政指导是否具有事实上的强制力的标准主要是看行政机关所采取的担保方式。若是行政机关未有采取担保方式或是施加其他可能造成相对人必须选择服从指导的压力,相对人服从指导造成损失,此损失如果是行政机关的过错,则其应负一定补偿责任;若是行政机关采取了担保方式且客观上造成了对相对人强制的事实,相对人因此造成损失,行政机关必须负有赔偿责任。

其次,对行政指导的合法性审查要遵循的共性在于:一是主体必须合法,作为行政行为的一种,行政指导行为自然有着普通行政行为的一般性特征,只有行政机关方可以作出行政指导;二是权限合法,法无授权不可为是行政法合法原则的基本要求,行政机关应当严格按法定职权范围内作出行政指导行为;三是事实和证据审查,行政指导行为自然要建立在充分事实的基础上;四是法

律适用审查,行政指导的作出应当具有法律法规的根据。

作为行政事实行为的行政指导,法院在对其进行合法性审查时自然有其特殊之处。一是权限,有些时候法律并未对行政机关进行明确授权,因而需要法院基于法的原则和行为特征对其进行适宜性判断;二是法律依据,有的行政指导并不具有法律依据,或是法律规定得不具体,需要法官依据法的基本原则与事实进行裁判;三是程序审查,我国并未有专门规制行政指导的法律,因而法院审理时应秉承正当程序原则,重点审查相对人的程序性权利是否受到侵害。

法院对行政指导进行合理性审查的基准主要是行政法上的基本原则。合理性标准在于行政指导的作出必须符合一个正常人的社会价值观和利益标准。比例原则认定行政指导行为是否适当,是否最大程度地保护了法益;信赖利益保护原则是树立政府公信力的重要方式,审查行政指导中当事人的信赖或预期利益,以维护相对人基本权益,这也是当事人申请赔偿和补偿的根据。

2. 赔偿和补偿

在我国要申请国家赔偿需要满足三个条件,一则行政机关违法行政,二则损害事实存在,三则此二者间存在法律上的因果关系。关于因行政指导致使相对人权益受损能否请求国家赔偿的问题,主要争议在于第一点。学者们认为违法行政的含义仅仅包括行政法律行为,行政事实行为是排除在外的。笔者并不这么认为。我国国家赔偿法明文规定了当行政主体违法行使职权致使当事人的合法权益受损的,有请求国家赔偿之权利。该条文中的“违法行使职权”并未明确规定是行政法律行为,也未明确排除行政事实行为,因此,只要是行政主体违法行使职权致使当事人的合法权益受到损害即可请求国家赔偿。同理,行政主体违法作出行政指导行为,造成当事人的合法权益受到损害,则当事人就可以申请国家赔偿。至于请求赔偿的范围,主要是当事人实际受到的损失。行政指导的赔偿问题很大程度上是因为政府违背了当事人的合法预期,侵害其预期利益,或者致使其先前成本亏损^[8],因此法院进行审查时应对此更加注重。

行政补偿是法律设立的对因行政机关的合法行政行为造成当事人损失而对当事人进行救济的制度^[9]。行政补偿制度是国家责任行政的一次

重大革命,具有历史性意义。目前我国还未有统一成文的行政补偿法,而在一些单行法律法规中已有了补偿制度的相关规定。行政指导若是违法致使相对人权益受损,行政机关应当对相对人进

行赔偿;若是合法的行政指导损害了当事人的基本权益,则根据公平原则的要求,行政机关应当对当事人作出一定补偿,这是现代行政法治的要求,也是责任行政的要求。

参考文献:

- [1] [日]盐野宏. 行政法总论[M]. 杨建顺,译. 北京:北京大学出版社,2008:133.
- [2] 包万超. 转型发展中的中国行政指导研究[C]//行政法论丛. 北京:法律出版社,1998:298.
- [3] 罗豪才. 行政法学[M]. 北京:光明日报出版社,1988:171.
- [4] 余凌云. 行政法案例分析和研究方法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2008:269.
- [5] 甘文. 行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题[M]. 北京:中国法制出版社,2000:25-26.
- [6] 吴国干. 中国行政指导实践及其问题研究[J]. 中国行政管理,2000(8):54-58.
- [7] 莫于川. 行政指导论纲——非权力行政方式及其法治问题研究[M]. 重庆:重庆大学出版社,1999:114.
- [8] 余凌云. 行政法上合法预期之保护[M]. 北京:清华大学出版社,2012:94.
- [9] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京:北京大学出版社,2011:622.

The Judicial Relief of Administrative Guidance

XIE Liang

(Law School, Fuzhou University, Fuzhou Fujian 350116, China)

Abstract: At present our country has not have special law regulation on administrative guidance. In practice, administrative guidance damages rights and interests of the other party's existence. Administrative procedure law, however, affects by traditional theory and does not be included in the judicial review. Although administrative guidance does not produce direct legal effect, however, tend to produce in fact force effects on the parties, and therefore it should be sure its actionable. Review of administrative guidance standards both in common with general administrative behavior, also has its particularity, the rights and interests is damaged as a result of administrative guidance and compensate the other party shall have the right to request compensation.

Keywords: administrative guidance; actionable; judicial review

(责任编辑:沈建新)