

行政指导的性质与法律控制 PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E8\\_A1\\_8C\\_E6\\_94\\_BF\\_E6\\_8C\\_87\\_E5\\_c122\\_483851.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_A1_8C_E6_94_BF_E6_8C_87_E5_c122_483851.htm)

行政指导，是指行政主体（行政机关和其他合法主体）在其职权范围内为实现一定的行政目的，以劝告、建议、引导、示范、协商等非强制手段和方法，使相对人同意并付诸实践的行政行为。在现代国家，依据行政指导展开的行政渗透到社会的各个领域，其独特的作用日益受到人们的关注。但行政指导本身还存在许多不成熟的因素。明确行政指导的性质，以法律形式加以明确的规范和引导，更好地发挥其作用和效用，显得十分必要。

一、关于行政指导的法律性质

对行政指导的性质一直存在着不同的认识，至今没有取得一致意见。如在行政指导理论相对比较成熟的日本，强调行政指导是“不属于处分的行为”，台湾先是认为“事实行为”，后又认为是“促请行为”。我国内地的学者也是观点各异。有的学者认为行政指导是“事实行为”；有的学者认为行政指导是“非强制性的行政活动，它不是行政处分，属非正式行政行为。”还有学者认为：“行政指导属于行政机关的行政行为，也是行政机关活动的一种方法。”笔者同意行政指导是行政机关行政行为的观点，反对把行政指导界定为“事实行为”、“非正式行政行为”的作法。理由是：1、行政指导者是以行政主体的身份实施指导，行政指导符合行政行为的主体条件。行政指导一般分为助成性、规制性和调整性行政指导三大类。不管哪一种指导，其宗旨都是为了实现一定的行政目的，它积极引导相对人形成一定的行政秩序，这些特征表明行政指导不

同于事实行为，一旦相对人接受了指导，在指导者与被指导者之间就形成了行政法上的权利与义务关系。的确，行政指导不具有单方性，所采用的手段是非强制手段，这也是许多学者认为行政指导不是行政行为，而是事实行为的原因。但随着行政民主和政府职能手段的增加，过去那种以行政机关与相对人不平等的原则为基础的管理关系，已经无法确保行政目的的实现。正因为此，现代行政法的新领域不断扩大，诸如行政合同、行政指导等新型行政行为出现，进而成为重要的行政管理方法，与强制性的法律手段相比，更便于不失时机地指导变化中的经济活动和社会。并且，对于接受行政指导的相对人来说，与以权力性命令形式单方面地强制规定义务相比，在心理上更容易接受。笔者认为，行政指导的作用正是充分体现了行政机关活动具有的主动性、创造性特征，是积极行政时代行政机关进行管理活动的重要方式。

2、从实践中的行政指导来看，行政相对人的“意志自由”只限于原则而已。在行政指导的三种类型中，助成性行政指导，无论原则上还是实际中，是否服从，都是任意的。而规制性行政指导和调整性行政指导，尽管原则上是否服从之是任意的，但在政府与相对人之间却存在着事实上的管理与被管理的关系，因而政府的指导“必然会对行政相对方产生一定程度的精神、心理压力或自上而下的驱使，故而，概行政指导之服从者，亦不尽然完全出于自觉自愿。”。况且行政指导大多是在审批、发放低息贷款和补助金等方面有关给予或拒绝企业各种重要利益的行政机关来行使的，要求相对人必须服从其行政指导的情形普遍存在。这时的“行政指导，根据行政机关在法律上或事实上的统治地位，实际上与有法律拘

束力的公权力的行使具有相同的作用。”二、对我国行政指导规范控制的必要性如前所述，正是由于行政指导在形式上没有强制力，具有灵活、机动的特点，长期以来，行政指导往往被认为不是法现象，不受法的拘束而得以自由实施，存在着“行政指导取代依法行政”、“行政指导冲击法治行政原理”的现象。有学者精辟性地指出，行政指导的功能取决于其内容的科学性、程序的可操作性和意见的自主性三个主要因素。目前我国的行政指导，在这几方面都不容乐观。第一个要素，即行政指导内容的科学性，其保障条件是高素质的政府官员、全面的信息和超脱的态度，第二个要素，即程序的可操作性，我国更是处于匮乏状态。第三个因素即意志的自主性，而事实上，“中国的行政指导具有更强、更广泛的事实强制力”。因此，在充分肯定行政指导对我国进行宏观管理与间接管理中的重要作用的同时，还必须看到，我国的行政指导还处于“雏形”，在理论上以及在我国目前的实践中还存在不少问题，其负面影响也是显而易见的：1、行政主体在实施行政指导时存在违法、侵权或者失职的问题。行政指导既然是行政主体的一种行政行为，它就必须符合合法性原则。但由于我国目前对行政主体如何实施行政指导的程序依据基本上还是空白，以及非规范性依据本身在内涵上具有相当的不确定性。其结果可能是，行政主体或者因为无法可依而恣意专横，或者出于不正当的动机而滥施行政指导，或者是行政主体该实施行政指导而怠慢实施。2、行政指导不合理，对相对人的权利与义务产生了不利的影响。行政指导形式的多样性决定了行政主体在行政指导中拥有更多的自由裁量权。实践中行政指导存在滥用自由裁量权的现象，

如某些地方政府不顾当地自然条件，通过学校教师教导学生回家劝导其父母种植某些经济作物。诸如此类不合理的行政指导，造成相对人权益的损害。

### 3、行政主体在实施行政指导时违反了自愿性原则。

行政指导虽然在形式上以相对方的自由选择为条件，但在现实中，相对人的这种“意志自由”往往是不充分的。这种情况特别比较多见诸于规制性行政的指导和调整性行政指导之中。从法律上讲，相对人当然有权拒绝对行政指导的服从或协助，但现实中的行政相对人对行政的经常性依赖程度越来越高，在这种情况下，相对人往往是权衡利弊得失，审慎地接受行政指导，否则，行政机关则可能以不服从行政指导便要加重课税、撤销许可证等条件来影响相对人，直至相对人“自愿”接受。综上所述，我国的行政指导在很大程度上还不规范，既缺乏丰富的理论，又没有完善的立法，要使行政指导制度在中国扎根、生长，还有许多的事情要做，而其中最重要、最紧迫的一项任务就是尽早地把行政指导纳入法制化的轨道。

### 三、如何对行政指导进行法律规范与控制

#### （一）行政指导应遵循依法行政的原则

依法行政原则是行政法的基本原则之一。行政指导这种新型行政行为要能有效地发挥起应有的功能，其根本出路仍然在于法治行政原则的遵守，而不是对法治行政原则的僭越。

#### 1、行政指导是否要有法律根据。

依法行政原则是否适用于行政指导的问题。这也是学者们争论的一个焦点。笔者认为，行政指导是一种新型的行政行为，依靠传统的行政法理论无法揭示行政指导与依法行政之间的关系。行政指导的优点在于补充法律上的不完备，机动而敏捷地适应新的行政需要，以更好地完成行政任务。若要求所有的行政指导都必须在有明

文的法律根据时才能实施，便会抹杀行政指导的优点。因此，从“无法律便无行政”出发，行政指导应依法进行，要有法律依据，但这里的法律根据要作广义的理解，有直接和间接法律根据两种。直接的法律根据，指行政法的明文规定、法律授权或法律特别规定，称之为法定行政指导，国外有学者称之为“正式行政指导”。另一类是行政机关只根据宪法、组织法和程序法的规定，以及法律所体现的内在精神，在其职权范围内就相关事项作出行政指导。

2、行政指导的实施应以符合法律、法规的精神原则为界限，而不是拘泥于法律、法规的明文规定。要正确揭示行政指导与依法行政之间的关系，单靠传统的行政法理论是无法解释的，必须寻找新的突破口。依法行政原则产生于资产阶级革命时期，其思想基础是三权分立和民主、自由原则，其物质基础是自由资本主义经济。社会的发展导致了行政权的日益膨胀，绝对的三权分立已经无法实现。同时，现代市场经济的发展越来越离不开政府的宏观调控，这些都要求政府主动地作出一定的行为，而不是消极地恪守法律的明文规定。可见，传统依法行政原则产生的思想基础和物质基础已经发生了巨大变化，必须赋予依法行政原则以新的内涵。由于法律授权涉及到行政组织法和行政行为法两种不同的情况，在行政指导的法律授权问题上自然也出现了不同的意见：一种是只要有组织法上的依据即可；一种是必须有行政行为法上的依据。我国传统依法行政原则过分地强调了行为法依据，其实质是一种消极的、机械的行政。恪守“凡是法律没有规定的都是禁止的”原则，对于强制行政行为绝对必要，但如果行政指导也照此办理，则意味着窒息它的生成与发展。1随着现代行政的发展

，传统的依法行政原则必须获得新的解释。依法行政原则不仅包括行为法依据，而且还包括宪法依据、行政组织法依据、程序法依据以及这些法律所体现的内在精神。只要政府的行为不违反法律所体现的原则和精神，符合一定的行政目的，就不能认为它违背了依法行政原则。（二）行政指导的法律程序控制

1、行政指导的程序应适用行政程序的一般程序原则与规则。首先，行政指导必须贯彻行政程序的基本原则，尤其是公开原则、无偏私原则、比例原则、平等原则、信赖保护原则，同时行政指导又有自己应遵循的原则，如，正当性原则、自愿性原则、必要性原则。正当性原则指行政指导必须最大限度保障行政相对人对行政指导的可接受性。必要性原则指行政主体采取行政指导比实施行政行为可能会产生更好的客观效果的一种主观认识。其次，行政指导还必须遵循行政程序的一般规则，即抽象行政指导适用诸如行政立法等抽象行政行为的一般规则。具体行政指导适用具体行政行为的一般程序要求。

2、对行政指导进行程序控制的设想与具体制度。行政指导的运作有别于一般的行政行为，根据其自身的特点，可以对其分别实施事前、事中、事后控制。

（1）事前控制。行政机关在实施指导行为时，必须严格限定在自己的职责权限范围之内，即遵守行政法上“越权无效”原则。如日本1993年颁布的《行政手续法》第32条即规定，行政指导不得超出该行政机关任务或所掌事务范围，否则为违法行为。

（2）事中控制。一是行政指导实施的过程必须向相对人公开。二是行政指导的具体内容不得违反法律的明文规定。三是行政指导必须遵循平等、自愿原则。

（3）事后控制。即要求建立行政指导的责任、救济制度，保护相对人的

合法权益。司法救济是最有效的一种救济方式，从有效控制行政指导权的滥用出发，应将其置于司法审查之列。当然，行政指导可诉性问题尚待进一步研究。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)