

## 作为行为和制度的行政指导

### ——中日行政指导比较研究

陈斯彬

**内容提要:**中日两国行政指导实践的差异可以用两个概念来表示,一个是“作为行政活动的行政指导”,一个是“作为行政制度的行政指导”。在中国,由于行政机关具有法律上的指导权限,常常采取明确的表现形式进行指导,行政指导以行政行为的形态出现,易于识别和规范,功能积极。而在日本,由于没有法律权限依据,行政机关采取了各种制度性措施来保障行政指导措施落实,包括官民一体的体制、行政机关的事实强制措施,这些措施一起构成了“作为制度的行政指导”。后者使得行政指导不具有具体形式,难以辨认,难以追究法律责任,从而消解近代的行政法治。中国行政指导实践应朝法治化发展,预防日本式行政指导的危险。

**关键词:**行政指导 行政法治 作为行政活动的行政指导 作为行政制度的行政指导

陈斯彬,华侨大学法学院讲师。

## 一 行政指导的地位

自日本学者使用“行政指导”一词以来,其便成为当代行政法的一个罗生门问题。美国人约翰逊在其1982年的著述《通产省与日本的奇迹》中,将行政指导作为日本官厅与民间关系的显著特征,并把日本的经济奇迹归结为行政指导的作用。<sup>[1]</sup>而20世纪80年代后期以来,对行政指导的正面评价却荡然无存。同样是美国人的伍尔夫认为,行政指导实际上是官僚的恐吓、威慑。他认为,行政指导之所以有效,是因为官僚具有摆布经济的力量。官僚们对能够想到的几乎所有经济活动,都具有批准其申请的权限。企业在法律上虽然没有服从行政指导的义务,但为了经营活动能够进行下去,也只能服从。这就是日本官僚统治的关键之一。<sup>[2]</sup>尤其在1991年爆发“证券丑闻”案后,行政指导的弊端开始从国外的批评发展到国内的怀疑,最后被归为导致日本经济泡沫的体制原因之一,成为必须决绝改革的体制因素。

[1] [美]查默斯·约翰逊:《通产省与日本奇迹》,戴汉笠等译,中共中央党校出版社1992年版,第31页。

[2] [日]新藤宗幸:《行政指导——政府与企业的关系》,吴小丁等译,长春出版社1996年版,第73页。

1993年制定的日本《行政程序法》旋即对行政指导进行了规范。该法载有三个方面的实体规定:(1)实施行政指导时,行政指导实施者不得超越行政机关的职能或职责范围;(2)行政指导行为的目标在相对人的自愿协力下实现;(3)行政指导实施者不得以相对人不服从指导为由,做出对相对人不利的措施。同时提出三个程序要求:(1)说明,即行政指导实施者必须向有关相对人明确说明该行政指导的宗旨、内容和负责人;(2)交付,即行政指导以口头实施时,有关相对人要求取得记载有该行政指导有关事项的书面文件时,只要行政上无特别障碍,该行政指导实施者必须予以交付;(3)公布,即为实现同一行政目的,对符合一定条件的多个相对人(即指导对象为复数)实施行政指导时,行政机关应事先根据有关情况,规定出有关行政指导的共同内容,且必须予以公布(只要行政上无特别障碍)。

但是法律规范的效果并不明显。毛桂荣教授提供的数据,非常有说服力地证明了这一点。<sup>[3]</sup>为此,行政指导在日本成为了一个极为棘手的行政法问题。和在日本的坎坷遭遇不一样的,中国的行政指导一直在理论上受充分肯定,在实践中被积极推开。理论上,平衡论者对行政指导推崇备至,积极推荐行政指导的行为。他们指出:“在依法行政的前提下,行政机关应进一步变革传统的管理模式,积极推行行政指导、公民参与管理和行政管理社会化等措施,以协调与行政相对方的关系,维持两者的平衡。”平衡论者甚至认为行政指导应该是政府施政的中心。“行政指导作为一种新型的行政手段,广泛地运用于各个行政领域,是市场经济条件下政府施政的中心,在现代行政中占有重要的地位。”<sup>[4]</sup>实践中,不仅各个部门积极尝试各种行政指导措施,甚至从宪法和法律各个层次规定了政府的指导权利和职责。

## 二 行政指导的领域

日本的行政指导最早是作为通产省推行产业政策的手段,连同其缔造的日本经济奇迹而受到世人关注的。20世纪50年代,政府在钢铁、机械等重要产业实行合理化以及扶植石油化工、汽车等新兴产业方面,以行政指导的方式,成功地运用财政、金融、税收给予上述产业以优惠的措施。作为萧条时期的供求调整,政府还进行了缩短作业时间劝告、采取冻结库存的措施和限制设备劝告等行政指导。在60年代,为了推动重工业和化学工业的进一步发展,在进行供求调整的基础上,又以行政指导的方式,完成了企业间的大型合并。例如三菱三重工的合并,日产、普林斯顿的合并,八幡、富士制铁的合并等等。70年代,又根据现代企业的发展要求,引导产业结构向知识密集型、节省资源型转换。这些工作都是政府以行政指导为主要手段来完成的。行政指导在战后日本经济发展中的重要作用,是众所周知的。除了产业政策以外,在经济行政领域的其他领域,行政指导也得到广泛的应用。其中既有依据法令的明文规定,也有依据组织法上的事物分管,由行政机关进行。法令有明文规定的如,公正交易委员会的各种劝告,由于有法律的明文规定,相对人服从与否也会有相应的法律效果。<sup>[5]</sup>而没有法律规定的则由行政机关根据需要采用,形式多样运用灵活。日本政府不仅在国内经济发展中运用行政指导的方式,而且在处理对外经济关系中,也大量借助行政指导

[3] [日]毛桂荣:《行政指导在日本》,载于《东南学术》2005年第1期,第47页。

[4] 罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1996年版,第39页。

[5] 参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1994年版,第521页。

的力量。

其他行政领域的行政指导也普遍存在。在传统的警察行政中,一些法律直接规定行政机关指导的义务,如《消防法》、《水防法》上的指导、建议《消防组织法》第20条、第20条之二及《水防法》第35条之二。但行政指导运用得比较广泛的主要是一些现代行政领域,最为典型的莫过于教育行政。教育行政指导既能够尊重教育自由,又能够在适当的时候表达政府的意愿而不触犯“教育中立”的立场。<sup>[6]</sup>另外,运用比较成功的还有,地方公共团体为了维护市政设施建设的合理配置,防止肆意开发用地,以纲要行政的形式对建筑商实行指导,有效地保证了土地的综合开发利用,维护了居民的公共利益。<sup>[7]</sup>

我国的行政指导运用颇早,早在上个世纪50年代社会主义改造过程中就大量地采用了指导的手段。之后中国进入全能政府的计划经济时代,行政指导销声匿迹。直到70年代末的经济体制改革,国家开始意识到国家不宜过多地干涉社会,逐步采用指导的手段作为退出社会的替代管理方式。1982年我国《宪法》第11条第2款规定:国家通过行政管理,指导、帮助和监督个体经济。在80年代中期,我国行政实务界就开始考察并且学习日本的行政指导经验。1993年宪法修正案正式确定政府和企业之间的宏观指导关系。

在非经济领域,行政指导也逐步得到推广。如在高等教育领域,有《关于加速发展高等教育的报告》、《高等教育管理职责暂行规定》、《关于加强高等学校科学技术工作的意见》、《关于加快改革和积极发展普通高等教育》等指导性文件。逐步确立国家教育委员会为全国高等教育的宏观指导者;政府转变职能,简政放权,由对学校的直接行政管理,转变为运用法律、经济评估和信息服务以及必要的行政管理手段和指导。类似的变化也发生在文化、卫生、体育、医药、广播影视等诸多非经济领域。<sup>[8]</sup>

中日两国行政指导的运用领域相似点颇多,比如:(1)经济行政领域是行政指导运用得较早并且也运用得比较充分的领域,尤其在产业政策的规制方面;(2)行政指导的运用已经扩展到当前的各个行政领域,无论是传统的警察行政还是现代社会中的服务行政。行政指导在中日两国的行政过程中如此普遍地出现,不仅预示了东方国家法律传统的特质,更可能暗示了现代行政之于近代行政的分水岭。相较而言,行政指导与现代行政更具契合性。

不过从其发展的具体过程上,我们还是可以看出两者存在的差别。日本行政指导的发展是实践的产物,行政法理论被迫承认现实,不情愿地接受行政指导的概念。它作为一种现象之所以出现是因为在向市场经济转轨的过程中,作为国家管制经济的机构不能够再有统制经济时代那么庞大的权力,在法律上有关机构的权力受到限制,为谋求发挥管理经济的作用就不得不寻求这种法外手段。<sup>[9]</sup>相反,中国行政指导的发展却是通过立法确认的。1982年《宪法》明确确认政府的指导职能,在宪法肯定之下,有的部门积极学习日本的经验,模仿相应制度;有的部门积极探索,并加以推广。这种历史背景的差别影响了人们对行政指导的感观。在前者看来,行政指导是国家权力的扩张,是越权。而后者则认为,行政指导是国家权力的收缩克制。后者还未有机会认识到行政指导和行政法治的深刻冲突,相反感到的是国家退缩的喜悦。

[6] 参见[日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第162-177页。

[7] 参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1994年版,第160-163页。

[8] 参见杨海坤、黄学贤:《行政指导比较研究新探》,载《中国法学》1993年第3期。

[9] [美]查默斯·约翰逊:《通产省与日本奇迹》,第31页。

### 三 行政指导的形式

行政指导形式上的特点是灵活性,可以是抽象性的指导,也可以是具体性的指导;可以是书面指导,也可以是口头指导等等。日本有长期的行政指导传统,创造了多种多样的行政指导形式。从表现形态上看,有使用文件的,也有利用口头的,文件形态有通知、告示等。对其实施形态,又可以分为“一般指导”和“个别指导”两种。一般指导是使用范围很广的一种指导形式,其中包括通知和请求合作两个方面的内容。“‘通知’是指官厅使用各种各样的通知借以提示指导对方的活动。”其方式包括基准方针的提示,如使对方承认药品生产的基本方针,或者为缩短汽车运输司机劳动时间而下发的通告就属于此种指导;遵守事项的提示;处分标准的提示,在对方发生错误之前,预先告知关于错误的惩罚标准,以引起对方的注意。“‘请求合作’,是指行政官厅对有关国策方面的重要紧急事项,向企业界和一般国民发出的号召,请求对方予以合作。”<sup>[10]</sup>个别指导是针对某一种特定对象进行的单独指导形式。比较常见的是有关省厅在各地区设置指导窗口,与前来申请的人交谈,针对内容给予相应的协助、建议;也有的派出专门的经营指导员深入基层,到农村、企业、团体中直接同对方接触进行专项的农业科技、经营等个别指导。或者地方公告团体以指导纲要的文件形式对某专门事项进行指导。个别指导还有一种是政府官厅持有特定的目标,通过各种提示进行个别指导的方式,来推动对方的工作。

在中国,行政指导的方式也是多种多样的。但基本上“雄心勃勃的指导计划和高频率的指导行为”是中国行政指导的一大特点。<sup>[11]</sup>具体表现在:(1)宏观性的指导性计划。“指导性计划是国家编制和下达的用来指导企业生产经营活动的计划,计划指标不带有强制性,对企业没有拘束力,只供企业参考。”<sup>[12]</sup>(2)纲要行政。所谓纲要,主要是指行政机关关于本部门在未来一定时期内的发展目标和发展的具体步骤,将之公布使社会公众知悉并引导和指导公众的行为。(3)政府的舆论指导。“政府利用‘社论’或其他的形式对某些社会问题发表见解,通过建议、提倡、劝告、反对、警告等方式指导企业和公民做出符合政府意图的行为。”<sup>[13]</sup>但必须注意的是,在大多数情况下这种舆论指导并没有行政目的,更多的是政治性的宣传。(4)就具体事项的一般指导。在我国存在比较多的还有另外一种指导方式,即行政机关针对具体事项向不特定的多数人提出的一般性的警告、劝告等等。如,为加强对自费出国留学中介机构的监督管理,帮助留学生识别营运管理不善的学校、甚至诈骗学生钱财的学校,中国教育部透过涉外教育网站([www.jsj.edu.cn](http://www.jsj.edu.cn))发布对消费者的“留学预警”。

相比之下,中国则更多的倾向于使用抽象的行政指导,内容也比较宏观。原因可能在于中日两国不同的官民关系。在日本,政府和企业一直保持着密切的关系,这种密切关系具有把行政指导化为无形的能力。日本从总理府、中央各省厅到地方政府都设有审议会,并且有法可依。在各类审议会中,以民间代表人数居多。这些人不仅可以及时了解政府的意图,以获取有关经济、政策信息,作为企业确定和调整经营方针的重要依据,而且可以充分反映企

[10] 邹钧:《日本行政体制和管理现代化》,法律出版社1994年版,第320页。

[11] 包万超:《转型发展中的中国行政指导研究》,载《行政法论丛》第一卷,法律出版社1998年版。

[12] 厉以宁:《社会主义政治经济学》,商务印书馆1986年版,第22页。

[13] 包万超:《转型发展中的中国行政指导研究》。

业、团体的意见和要求、维护自身的合法利益,并取得政府的理解和支持。乃至政府形成政策往往事先在审议会中酝酿。不仅是这种协调体制,日本的官民关系比想象中更为密切。在日本,那些在45-55岁就达到其行政职位顶点的官员,大多自动“退休”,去担当大公司的“顾问”,获得很高的薪水。其实他们一般担当的职务都是闲职,企业要的是他们的声誉和关系,便于和官方打交道。不仅官民关系密切,便于磋商指导,并且官僚机构之间和官民之间上下关系并不明显,上级权威并不绝对,也提供了行政指导的内在动力,相互之间容易沟通。在日本式的纵式集团中,“上下连带意识较强,上与下的距离如被压缩了一样,反而较短。在纵向关系组织中,人群之间基本为纵向的不平等关系,但是上与下的分层非常不明显。上与下距离较短,向上移动的可能性较大,因而上位者的权威并不如想象般的强。上位者依存于大多数的集团成员,指导者自身的自律性并不强。所谓的下克上的现象常常发生。”<sup>[14]</sup>这种体制下,行政指导往往是在磋商过程中产生,不仅仅是行政机关单方面意见的表达,而是“行政机关和被指导者的‘共同作用品’。”<sup>[15]</sup>这种情况下,行政指导常常不具备特定的形式,极其微妙难以把握。这可以表现为两个方面:第一,行政指导常常不具有实体性的要求。比如,在建筑纲要行政中,官方的指导仅仅是要求开发商和周边居民进行协商,达成一致意见。官方避免提出具体的要求,仅仅要求双方协商一致。第二,有时行政指导没有外在的载体,端在于双方的心领神会。比如,大藏省银行局对全国银行协会联合会以通告的形式发出指示,希望其对于优良贷对象给予最优惠贷款利息。但是,在发出这一通告之前,银行协会联合会会长银行已经汇集了行业内部的意向,并与大藏省“配合默契”,这已是公开的秘密。同样,调整生产和缩短开工时间的通告,通常也是相关行政机关与行业团体在事前达成一致。从这个意义上而言,“通告”和“劝告”不过是把事先与指导对象商量好的内容写入文件而已。<sup>[16]</sup>双方恰也是潜意识地采用这种暧昧的形式,在两者之间植入温情因素,回避法定行为和责任。<sup>[17]</sup>甚至,企业可能会去揣测行政机关的意见,把行政官厅或者其领导的不经意的言词理解成为一种行政指导,出现“把鸡毛当令箭”的笑话。比如,监督官厅的官员在行业团体的聚会上如果发言说:“生产过剩”、“行业秩序混乱”,随即会产生这样的效果。听的一方也许会认为是“有了行政指导”而加以接受。

中国并没有日本如此密切的官民关系。客观条件决定了中国的行政指导需要通过明确的文件来表达。确定形式的行政指导,并且抽象的行政指导对官方而言,存在诸多的好处。首先,明确的文件载体可以证明官方确实履行了其行政指导的职责。其次,存在明确形式的行政指导如果没有获得服从,官方将有实质的理由兴师问罪。姑且不说很多行政机关在指导未获得服从时直接采取强制措施,即使一些守法的行政机关,从道义上,也可以顺理成章地指责相对方,采取一些会被认可的措施,比如公布不服从者的情况。

当然上述差别又源自官方的主观动力不同。由于法律上没有相关监管的权限,日本的行政官厅必然需要一方面寻找可以使行政指导加以落实的制度保障,形成官民协调一体的机制,使行政指导能够得到落实;另一方面尽量把行政指导做得隐晦,避免可能的法律责任。而在中国行政机关看来,既然存在法律上的指导职能,当然不容易体会到日本同行的艰辛,

[14] [日]毛桂荣:《行政指导在日本》。

[15] [日]新藤宗幸:《行政指导——政府与企业的关系》,第73页。

[16] [日]新藤宗幸:《行政指导——政府与企业的关系》,第47页。

[17] [日]毛桂荣:《行政指导在日本》。

尽可以大张旗鼓地进行所谓的行政指导。中国行政机关还余留计划体制时代的权威,没有动力去构筑官民一体的机制,并且法治主义远未建立,官员还没有感受到法律责任的威胁。

#### 四 行政指导的保障措施及其规范

在法理上,行政指导以非强制力以及相对人的自愿服从为特点,但实际上行政机关必然要寻求使行政指导得以实现的手段,这些手段不仅包括行政指导本身的科学性、行政机关娴熟的推销技巧,更关键的是行政机关利用自身的优势地位造成行政指导的事实强制力。在制度上,政府拥有广泛的权力,包括公共资金的分配权限、许认可权限、财政融资权限以及政策性减税等等。为了保证行政指导的实效性,行政官厅采取了包括强制措施、精神压力和利益诱导在内的各种保障措施。强制措施如,通产省在1973年石油危机时发出警告,对那些不服从价格指导的企业,不提供公共设施的使用,停水停电。精神压力最主要的是,采取“公布”的形式唤起社会公众舆论,对民间不当的行为进行非难,从而迫使对方服从或合作。有的公布手段已经制度化,如《承包款拖延支付防止法》规定:“公正交易委员会对有关违反该法的情况给予劝告或公布”。“公布”这种手段是保证行政指导的有效手段。行政官厅也经常采取利益诱导的方式来实现行政指导,被指导方只要接受意见并按照官厅的意图行事,就可能在补助金、贷款、税率、外汇分配额方面,获得实惠。

但是日本具有较密切的官民关系,企业一般不会牺牲和官方的关系,所以拒绝行政指导、以致行政机关需要采取保障措施的情形较少。因此,行政指导的控制重心不可避免地从事后救济转移到事前规范。而其事前的规范,就是《行政程序法》的规定,我们从开篇的论述就可以看到是失败的。

由于指导形式本身存在很多相异的地方,中国行政指导的效力亦和日本行政指导呈现出一定的差异性。首先,中国的行政指导以纲要行政和指导性计划等高度抽象的形式为主,主要依赖利益诱导的手段和指导本身的科学性。比如,在农业指导上,很多行政机关在推广农业技术时大多数采取典型示范的方法,促使相对人接受指导。在中国需要注意的是另外一种情形。一些行政指导主要是通过行政机关中的上下级命令推广行政指导。这种方式很多时候导致不合理的结果。比如2000年初,海南儋州市提出农业结构调整的重点工作是,全市种植香蕉3万亩和在近海海岸养殖沉箱鲍鱼。同年4月5日,儋州市农业局用红头文件下发该年儋州市香蕉种植任务,并将3万亩香蕉种植任务分解到全市18个乡镇。至4月20日,部分没有完成任务的乡镇镇长被免职或黄牌警告。<sup>[18]</sup>这种本来是指导性的措施,在中国这种特有的上下级官僚关系的解读下成了地地道道的行政命令。

将指导转化为强制,法庭很容易认定强制行为为行政行为,而非行政指导,这时候追究责任相对容易得多。从目前来看,中国的行政指导本身并未演变成为一种具有很强实施强制力的行为,对相对人更多地呈现善的一面。

中国的法律常常确认政府的指导权力,也没有对之加以规范。比如1992年国务院制定的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》规定政府“制定经济和社会发展战略、方针和产业政策,控制总量平衡,规划和调整产业布局”,“发布市场信息,加强市场管理,制止违法

[18] 参见李彬:《透支的权力》,湖北人民出版社2003年版,第297页。

经营和不正当竞争”，“协调企业与其他单位的关系，保障企业的正常生产经营秩序”。但是该条例没有规定政府执行行政指导措施必须遵守的程序，没有规定保证指导实效的基本措施等等。此类规范极其空洞，何谓指导关系、不服从指导效果如何，都不甚了了。从实证法的角度来看，我们或可认为有关行政指导的规范其实是不具有法律意义的。但它会给行政机关一个误解，使他们把行政指导也看作自己的一种权力。这种见解，一方面导致行政机关会大张旗鼓地进行指导，另一方面在行政指导碰见阻碍的情况下，他们会直接采取强制措施来实现意志。所以对中国的行政指导现状来说，最大的威胁是行政指导演化为行政强制，导致行政违法的情形。

而日本的行政指导面临的则是另一番情形，指导机关并未有法律依据进行指导，在越权进行指导时，必然采取隐蔽的措施保障指导的落实，也就是采取各种事实的强制资源给相对人施加压力，获取相对人的服从。而所谓一系列隐蔽的措施则是建立在密切的官民关系之上，尤其要注意的是这种密切关系并非某个行政机关的特殊情形，而已成为事实的制度。这种事实的法外制度提供了日本行政指导产生和实施的背景条件，它们也成了行政指导法治化的障碍。日本行政指导法治化面临的就不是指导本身的问题，而是指导背后的制度支持。这些制度支持使得行政机关掌握充分的资源迫使相对人服从。那么，日本行政程序法的失败也就在情理之中了。比如，就行政指导形式的规定，行政指导的书面形式仅限于对方有要求的情况。而向政府机构要求书面形式的指导，可能会显示对抗的心理。处在和行政机关共生关系之中，长期打交道的相对方恰恰不愿意显示不服从，破坏这种“和谐”的官民关系。由此问题指向了行政指导之所以会产生的体制。“程序法借由程序规定来对行政指导进行控制，回避非正式的行政指导产生的背景和理由，可以说是治标未治本。该法不能解决行政机构与产业界之间的共生性的结构关系。更不能把许多政府机构与业界的共同作品之行政指导公开化，公正化。要解决这样的问题，需要对政府机构与业界进行分析和改革。当然，官僚制的组织结构的改革也应该成为课题。”<sup>[19]</sup>

## 五 作为行为和作为制度的行政指导

日本行政指导所产生的问题并非指向行政指导本身，而是指向行政指导行为作为其一环的整个制度。为此，日本学者新藤宗幸区分了两种行政指导的概念。一种是作为一种行政活动的行政指导，把行政指导定义为“为了某一特定目的而诱导对象的行政作用”。在他看来，第一种概念是不够的，它无法涵盖行政机关为了某些类似的特定目的进行的诱导措施，如补助、贷款、行政计划等等。行政指导只有与行政机关所拥有的许认可权、资金分配权、制裁行使权等相配合，才可能发挥出实际效果。行政指导并非是一种单纯的意见表达，而应该将它与包括所有有关行为一起来加以把握。为此，他提出了“作为行政制度的行政指导”概念。<sup>[20]</sup> 作为行政制度的行政指导具有四个方面的含义：第一，所谓行政指导，是为了实现某一特定目的，以法令根据为基本背景而控制特定对象的行为，或者在对事案没有直接适用的法律依据时，援引某些相关的法律根据来控制特定对象活动的官厅行为。第二，作

[19] [日]毛桂荣：《行政指导在日本》。

[20] [日]新藤宗幸：《行政指导——政府与企业的关系》，第 25 页。

为控制指导对象行为的行政指导,使用多种多样的手段。第三,行政指导自身也成为一种行政制度。第四,作为行政制度的行政指导,在很多情况下,通过这种控制和被控制行为,已形成了官民间的利害共同体。可以用“作为行政活动的行政指导”概念来概括中国行政指导的实践,但用来概括日本行政指导是不够的。首先,这个概念会让我们忽略日本行政指导发挥作用的秘密,让我们无法正确把握住日本行政指导的问题所在。在日本,“作为行政活动的行政指导”只是“作为行政制度的行政指导”的一个环节,其之所以能够发挥作用端赖其背后的官民关系以及政府采取的强制手段。并且,“作为行政活动的行政指导”也不是规范的重点,重点在于其背后的制度力量。日本行政程序法的规范之所以失败,原因恰在于规范的力量被法外的制度所解构。第二,虽然,一般情形下前者是后者中的一个环节。但在很多情形下,后者会吞噬前者,使前者处于无形的状态。有时候对行政指导的形式及其隐蔽,我们甚至找不到“作为行政活动的行政指导”。所以,如果想概括日本行政指导的全貌,则需要用“作为行政制度的行政指导”。

这两个概念有助于我们理清对行政指导的评价。应该说,中国学者的乐观是基于中国的情况,也就是针对“作为活动的行政指导”而言。对行政指导最为推崇的莫过于平衡论者。中国的行政指导在当前的历史维度上,相比过去的计划体制充当着改革的尝试手段,能够使国家以相对稳妥的方式进行改革,逐步退出社会领域;并且其指向了一个积极向上的现代行政的图景,能够积极发挥服务行政的职能,化强制为说服劝说,构造和谐的官民关系。在中国当代,虽然也不无滥用指导、以指导掩饰行政不作为、或化指导为强制的违法行政,但这些现象并不带来救济的困难,相对人可以针对行政不作为或者越权行政提起控告。

但是这种评价显然不适宜日本行政指导的状况。制度性的行政指导是日本的特色。“行政指导之所以遭到国内外的批评,其改革之所以如此困难,正是由于它形成了一种行政结构和制度,这也正是日本行政指导的特色。”<sup>[21]</sup>构成反讽的是,日本行政指导受到苛责的地方,恰恰又是其成功的原因。日本通产省的官员曾经归纳行政指导有效性的原因说,“由于日本的企业都组成了行业性的集团,因而在集团内很难采取法外同业者式的行为。特别是大企业,由于它们惧怕行业内的秩序发生混乱以至于威胁到自身的生存,所以其自身要求组织行业集团的意识很强。”而通产省成功的地方在于,为了彻底贯彻行政指导对每个指导窗口和企业的指示,而使行业和行业团体成为政府官厅的代理人。<sup>[22]</sup>这种代理是通过退職官员的“下凡”实现的。在政府官厅的指导下,产业发展的结果是将各行业置于自己属下的官厅,将多数所谓“下凡”的职位拥为己有。在这种条件下,由于行业组织的负责人采取的是一种在社长联席会或干事会的意见基础上,通过与各省厅及官员的沟通来操纵监督官厅的意志的决策方式,因此必然要采用这种人事手段。由于行政指导所依据的标准几乎没有明文规定,所以获取官厅方面的意向以及控制其内容,原高级官员都可以通过关系来做到。在密切关系下,现代官僚体制的理性管理便成了管理者与被管理者之间的讨价还价,法律规则为双方的关系义理所代替。管理者和被管理者之间的微观互动制度化,必然排斥宏观的法治。对此,社会学家正村俊之有段精彩的描述:

义理一旦成为规范所有社会关系的根本规范,就回避了“交际和法的分

[21] [日]新藤宗幸:《行政指导——政府与企业的关系》,第28页。

[22] [日]新藤宗幸:《行政指导——政府与企业的关系》,第28页。



化”——更准确地说,是微观规范和宏观规范的分化——本来交际和法构成了各个社会的微观层次和宏观层次。关乎日常交际的微观规范,决定了理想的人际关系,而另一方面,法这样的宏观规范决定了构成社会结构的相关行为。在法的领域,贯彻的是规范性预期,而在日常交际场合,则很难贯彻规范性预期。<sup>[23]</sup>

归根到底,日本式的作为行政制度的行政指导是对于近代以来的行政法治的背叛,官僚不能满足法治的僵硬和滞后,但是它走到了另一个极端,构筑了密切的官民关系,其实就是以微观的交际规范来替代取消宏观的理性的法律规范。

背离近代法治的官僚理性,投向家长制的怀抱,其所产生的破坏力是不能低估的。日本制度性的行政指导对于法治的破坏,不仅在于其所产生的密室交易、贪污腐败、歧视等现象,难以根治;更在于其导致了法治虚无主义,具有解构现代宪政结构的潜力。这里的典型事例是 1973 年日本政府对第一次石油冲击引起的物价上涨的反应。政府于当年 12 月制定了《石油适度供求法》和《国民生活安定紧急措施法》,对汽油、挥发油等有关国际民生的重要物资设定标准价格和调整供求方面,充分运用了其管制权。但实际上,这一法律并没有付诸实施。因为限制石油类的使用量,压缩电力使用量和抑制物资价格,监视流通渠道等工作,几乎都是通过以通产省为首的有关省厅的行政指导来实行。这里不在于说行政指导替代了法律,而是如果采用了行政指导,政府官厅就不必受立法上的种种限制。近代以来以代议制为基石的民主宪政制度从这里出现了溃千里之堤的蚁穴。

---

[ Abstract ] The difference between administrative guidance in China and that in Japan may be expressed by two concepts, one involving “administrative guidance as administrative activity”, and the other, “administrative guidance as administrative institution”. In China, as administrative organs have the authority to give guidance according to the law, and the guidance is often given in an explicit way, which tends to constitute an administrative activity, it is, therefore, easily identified and normalized. Consequently, administrative guidance plays a functional role in a positive way in China. The concept of “administrative guidance as administrative institution”, on the other hand, reflects a Japanese characteristic, which lacks legal authority. As a result, Japanese administrative organs have adopted various institutional measures to guarantee the implementation of administrative guidance. These measures include the system of integration of the government and the people, and the mandatory measures taken by administrative organs. All these measures have formed the practice of “administrative guidance as administrative institution”. The Japanese practice is difficult to identify and hard to pursue legal responsibility, since the administrative guidance does not have any concrete form. Administrative government by law advocated in modern time has been weakened. The practice of administrative guidance in China should develop in the trend of administrative government by law while avoiding the deficiency of Japanese experience.

---

(责任编辑:天 支)

[23] [日]正村俊之:《秘密和耻辱——日本社会的交流结构》,周维宏译,商务印书馆 2004 年版,第 85 页。