

行政指导权力性辨

陈斯彬

(华侨大学 法学院,福建 泉州 362021)

摘要:鉴于学界对行政指导的性质众说纷纭,运用概念分析法考察行政指导性质之分歧。分析认为,对行政指导性质的分歧来源于“权力”概念的法学立场概念和社会学概念立场的混淆。权力性论在此误用了社会学概念,并且混淆了对“作为行政行为的行政指导”和“作为行政制度的行政指导”两种实践层面的不同描述。后者不仅包括作为行为的行政指导,而且包括其保障措施等构成的一个综合性的制度整体,它作为制度的存在具有消解行政法治的潜力,必须予以抛弃。行政指导权力性的观点来源于对制度性行政指导的描述,它将因理论不规范又因无实践价值而被抛弃,因此必须坚持行政指导权力性的观点。

关键词:行政指导;平衡论;权力性;行政行为

中图分类号:DF31

文献标志码:A

文章编号:1671-6248(2009)02-0120-05

目前一般认为行政指导是现代行政中一种较有灵活性和机动性的行政手段,其普及能够弥补行政强制命令性过强的缺点,改善官民关系,使行政行为更具有可接受性。由此,行政指导被奉为现代行政法的典型现象,甚至被平衡论者作为其理论的典型例证,在官民关系的平衡中起着至关重要的地位^[1]。不过令人深思的是,相关学者就行政指导的性质争论不休,未能达成一致。而这显然是一个概念的基本要素。

我们可以通过一则案例来看其中的认识差异及其法律后果:未获计量器制造和贩卖许可的X(原告)用合成树脂制造了同时记有寸和英尺刻度的六折函数尺,并予以贩卖。通产省重工业局长于1957年8月20日向各级知事发出通知,指出:“1. X制造的函数尺属于计量法第12条规定的计量器;2. 该计量器同时记有非法定计量单位的刻度,贩卖或为贩卖持有该计量器违反计量法第10条”。福冈县计量检定所长接到通知后,于同年10月劝告X中止

该函数尺的制造和贩卖。同时,通过有关行政机关提出中止该函数尺出售使用劝告,X和销售商、使用者之间的许多买卖合同被迫解除。为此,X对通产省重工业局长的通告及福冈县计量检定所长的劝告提起取消诉讼^[2]。东京地方法院在作出判决时对X的两个诉讼请求进行了分别处理。法院认为,通产省重工业局长的通告“相当于行政机关公权力的行使,可以作为抗告诉讼的对象”。而本案第二被告的劝告不过是“行政指导行为”,所以不能作为抗告诉讼的对象。言下之意非常清楚,行政指导不属于公权力行为的范畴。不仅实务界作如此判断,日本行政法学理论界也有许多学者认为行政指导是一种“非权力行为”。

一、行政指导的权力性

日本的通说认为,行政指导是一种非权力性的行政行为。如兼子仁的行政指导定义:“行政指导

收稿日期:2008-12-14

作者简介:陈斯彬(1980-),男,福建泉州人,讲师,法学博士。

是不具有法律约束力的依靠行政相对方的协力而实现行政目的的非权力行政的一种”^[3]。原田尚彦认为:“行政指导,是指行政机关为达到行政目的,采用被称为建议、指导的非权力性手段鼓励国民、诱导国民做出行政厅所希望的行为的行政作用之总称”^[4]。

应松年教授、莫于川教授和杨建顺教授也主张行政指导是非权力性行政。应松年教授认为,“行政指导是非权力行政执法活动。从是否影响相对人意志的角度,可把行政活动分为两类:一类是权力活动,如课征赋税、许可、禁止某种行为、取消某种资格等;另一类是非权力活动,如希望、建议、劝告、指导性计划,后者可统称行政指导行为”^[5]。莫于川教授同样将行政分为权力行政和非权力行政两种方式。他认为,“所谓非权力行政方式,是指行政机关实施的不具有强制命令性质的非权力作用的行政活动方式”。“行政指导是最具代表性和适用最广泛的非权力行政方式”^[6]。杨建顺教授指出:“行政指导是行政机关通过指导、劝告、建议及其他不具有法律强制力的手段对相对人施加的一种精神作用,相对人可以服从或协助,也可以不服从、不协助,行政机关和相对人之间不产生任何法律意义上的权利义务关系,不发生任何法律效果”^[7]。

应松年等几位教授的研究对中国行政指导研究的发展起了非常重要的作用,但是现在中国坚持认为行政指导为权力性行政方式的学者仍占多数,如包万超博士。他反对将权力和强制等同,认为虽然行政指导不具有强制性但仍然属行政行为,“凡行政行为均属权力性”。包万超博士认为,日本学界之所以没有把行政指导归入权力性行政,原因在于“在战后很长一段时间里,日本人很容易把以强制手段推行的行政行为与特别权力划上等号。对这一观点的泛化,致使有人认为所有权力行为都具有强制性。通过建议、劝告、提倡和鼓励等方式表现出来的行政指导行为不具有强制力,因此也不属于行政处分等权力行为”。“行政指导的作出以及指导赖以发挥实效的诸种措施都是基于行政权力”^[8]。

杨海坤教授和章志远博士不再纠缠于强制和权力的关系,他们从行政指导的职权依据直接论证了行政指导的权力性,并且认为:“行政指导既然是行政机关行使职权的行为,那么它必然是一种权力行为,故不可将行政行为再分为‘权力行为’和‘非权力行为’。不过,权力本身有强弱之分,行政指导就是一种弱权力行为,因为与诸如行政命令等一般传

统强权行政行为相比较,行政指导不具有法律上的强制执行力,它主要是依靠相对方的自觉、自愿产生作用。行政指导基于职权作出行政指导,行政指导宣告成立后,并不像其他的一般行政行为那样依赖有强制力的权力贯穿始终以保障行政行为目的的实现”^[9]。

值得一提的是,和包万超博士从权力和强制不相关论证行政指导的权力性的思路恰恰相反,《论行政指导》一书的作者从行政指导的强制性论证行政指导的权力性。该书作者首先论证了行政指导的强制性,指出:“中国与其他国家的行政指导实际也存在着类似情况:一方面,政府承诺杜绝以强制手段推行行政指导;另一方面,为实现特定的行政目标,又不断地施之以事实上的强制力”。“行政指导事实上的强制性是由其权力性所决定的”,“行政指导的权力性是无争议的”^[1]。

二、权力性的辨析:社会学和法学的立场

从以上分析来看,行政指导非权力性的论点其实有两种进路:第一,通过行政指导的事实强制力证明行政指导的权力性;第二,抛开权力性的认识,直取其职权性,只要是行政机关的职权行为则必然有权力性质。《论行政指导》的作者属于前一种观点,杨海坤教授、章志远博士以及包万超博士都属于后一种观点。笔者认为要辨清行政指导的性质,要区分权力的概念,从权力的概念考察所谓强制和权力的关系,分析《论行政指导》一书中关于权力和强制相关联的论点。

笔者认为“权力”有社会学概念和法学概念的区别。关于“权力”的社会学观点如下:第一种观点认为:“权力是某种社会关系中一个行动者将处于不顾反对而贯彻自己意志的地位的概率,不管这种概率所依据的基础是什么”^[10]。第二种观点认为:权力是“指它的保持者在任何基础上强使其他个人屈从或服从自己意思的能力”^[11]。第三种观点认为:权力是“在个人或集团的双方或多方之间发生利益冲突或价值冲突的形势下执行强制性的控制”^[12]。第四种观点认为:权力是“一个人或许多人的行为使一个人或其他许多人的行为发生改变的一种关系”^[13]。第四种观点认为:权力是“个人按照自己的意志或代表组织的意志支配和控制他人的力量”^[14]。权力的社会学概念固然异彩纷呈,各不相

同,但各个学说之间还是存在共识的,一般可以归纳出权力的两个特点。一个特点是权力只能存在于权力“保持者”与“其他个人”、或“个人或集团的双方或多方”、“一个人或其他许多人”、“个人”或“组织”与“他人”等相互之间。另一个特点是,权力是一方“强迫其他人屈从或服从自己意愿的能力”,是在“发生利益冲突或价值冲突的形式下执行强制性的控制”,是“支配和控制他人的力量”。在社会学和政治学层面上,权力可以分为物理权力和心理权力;合法权力和非法权力;国家权力和社会权力^[14]。

权力的法学概念和社会学概念不同,从法理学视角看,所谓权利就是一种正当化的权力。这种“正当化”是指“社会成员对此行为的态度。这种态度包括两方面的内容:一方面是指社会成员的普遍性赞同、同意的评价态度;另一方面是指社会成员对阻碍、侵害行为者的反对态度”^[15]。而我们又可以将其权利划分为法律权利和法律外权利两种。法律权利与法律外权利有同源性,都是建立在社会成员的评价、赞同的基础上,但是法律权利与法律外的权利又存在不同之处:法律权利是在被社会成员确认的基础上、进而由国家所确认的权利,法律外的权利仅仅是被社会成员确认的权利;法律权利是国家强制力所保障的权利,法律外的权利则是得不到国家强制力保障的权利^[16]。

根据以上分析可知,法律上的权力概念必然有国家强制力相伴随。行政权力作为一种法律权利,是由国家所确认的权利,是由国家强制力所保障的权利。因此,强制和权力是联系在一起的,权力也就意味着强制的后盾。包万超博士认为,行政指导具有非强制性,但是不能因此认为行政指导不是权力性行政。持这种观点是站不住脚的。凡是法律上规定的权力必定有法律保障的手段,这种手段就是法律的强制性。杨海坤教授和章志远博士认为,行政指导具有职权上的依据,应该认为行政指导是权力性行政行为。行政指导具有组织法上的依据仅仅意味着行政机关对该事项负有行政法上的职责。至于行政机关如何履行职责,要看法律是否赋予行政机关相应的职权和手段。如果法律授予行政机关一定的行政职权,则必定配备了相应的强制手段。但法律也可能并未配备职权和手段,而要求行政机关完成职责,如天气预报。行政指导也是同样的情况,它是行政机关完成职责的一种行政方式,但是在其过程中找不到行使权力的要素,也就是强制的要素。该观点的错误在于没有分清职权和职责。

为此,法律上权力的概念总是和强制性相联系的。有权力即必然有强制性伴随。需要强调的是,此种意义上的强制是国家的法律手段,是经过国家法律认可的强制手段。

从行政指导具有事实强制力反溯行政指导的权力性也是不可行的。可以从行政权力延伸出强制性,但是的确不能从强制性回溯到行政权力,因为行政权力对应的强制是一种法律化的强制力。是否是一种行政权力就要看国家法律是否通过强制力保障这个权力的行使。而行政指导恰恰没有国家强制力的保障,在法律上行政指导是非强制性的。

行政指导具有事实上的强制力,只能说它在社会学上是一种权力行为,而在法学上和行政法学上不能认为是权力性行为。当然“为达到一定的行政目的,有必要追求行政指导的实效性,行政机关有必要以其法律上的权限为背景,实际上要求相对人必须服从其行政指导的情形普遍存在”^[7]。但是行政机关在进行行政指导时,其法律权限仅起到一种背景性的作用,不是直接为行政指导提供支持的法律强制力。

三、事实强制力的概念

至此,笔者分析了行政指导的权力性的争执在理论层面上是因为学术立场的不同,非权力论者是从法学立场来分析,而后者选择了社会学的立场。这在一定意义上说明,现阶段中国法学的学者尚未自觉采取法学分析的规范方法。但如果停留在这样一个认识层面上,则会简单地将权力性论者低估,其实从社会学角度观察行政指导有着深刻原因,和行政指导的实践也有着密切的关系。

日本学者新藤宗幸曾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。为此,他提出了“作为行政制度的行政指导”的概念^[15]。这个概念才能概括日本的行政指导实践。日本行政指导实施的情况远比“作为行政活动的行政指导”复杂的多。

在前提条件上,“作为活动的行政指导”以极其紧密的官民关系为前提条件。日本通产省的官员曾经在归纳行政指导有效性的原因时说,“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。特别是大型企业,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^[15]。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,使多数所谓“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,通过与各省厅及其官员的沟通来操纵和监督官厅意志的决策方式,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进而控制其内容,原高级官员都可以通过关系做到。

从实施保障上,“作为活动的行政指导”的实施保障必须是行政机关拥有资源上的优势,并且动用这种优势造成事实上的强制力。否则,行政指导作为非强制性的行政行为无法确保落实。事实上的强制力包括补助、贷款、行政计划等。行政指导只有与行政机关所拥有的许可权、资金分配权、制裁行使权等相配合才可能发挥其实际效果。为此,行政指导的产生和实现是一系列行为,是一种制度性的行为。在这一系列的行为中,密切难以割舍的官民关系、行政机关的优势地位、所形成的事实强制力是最为令人关注的。以上种种因素构成行政指导的“事实强制力”。如果仅仅停留在“作为行政行为的行政指导”的概念上,当然很容易得出行政指导非权力性的概念,但很容易忽略行政指导的这一特殊问题。为此,这一认识是肤浅的。

而“作为行政制度的行政指导”恰恰能够提供一种对行政指导全面的认识,这也是为什么很多人坚持行政指导的权力论,事实的强制力确乎是行政指导最为核心的特点。但是即使如此,事实强制力并不会否认行政指导非权力性的概念:第一,把握该问题的核心,并不应该放弃法学的规范立场。从规范的立场坚持行政指导的非权力论,并不会绝对导致对行政事实强制力的忽略。第二,概念具有一定的规范功能,一个错误的概念可能会产生不良的实践影响。如果主张行政指导的权力性,必然随之主张行政指导伴随事实强制力,就会失去对这种事实强制力的规范进行评判的能力。事实上,行政指导的事实强制力是一种法外运作,不符合现代行政法治观念。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,而且在于其导致了法治虚无主义。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。日本政府于当年 12 月通过制定相关法律,对汽油、挥发油等有关国计民生的重要物资设定标准价格和调整供求方面,充分运用其管制权。但实际上,这些法律并没有付诸实施,因为限制石油使用量、压缩电力使用量、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。这里不在于行政指导替代了法律,而在于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。为此,坚持行政指导的非权力论的立场,并且从这种立场评判行政指导伴随的事实强制力及其背后的体制就显得很有必要了。由此,不仅要坚持行政指导的非权力性的立场,并且要进一步认识行政指导的事实强制力。

四、结 语

通过分析发现,行政指导虽然常常带有事实强制力,但是这种强制力并非法律上的强制力,从概念上应该坚持行政指导的非权力性;行政指导的事实强制力并非行政指导必然的附属物。对于行政指导的事实强制力,以日本为例分析就可以发现它其实是行政机关法外行政的产物。这种事实强制力对行政法治的破坏力极大,是解开行政指导附随的法治虚化现象的钥匙。因此,这种事实强制力的要素不仅从概念上必须加以抛弃,而且从实践上必须加以杜绝。

参考文献:

- [1] 郭润生,宋功德.论行政指导[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [2] 胡建森,吕锡伟.外国行政法规与案例评述[M].北京:中国法制出版社,1997.
- [3] 崔卓兰,鲁 鹏.日本行政指导制度及其法律控制理论[J].行政法学研究,2001,9(3):67-77.
- [4] 原田尚彦.行政法要论[M].东京:学阳书店,1984.
- [5] 应松年.行政行为法[M].北京:人民出版社,1992.
- [6] 莫于川.非权力行政方式及其法治问题研究[J].中国人民大学学报,2000,14(2):83-89.
- [7] 杨建顺.日本行政法通论[M].北京:中国法制出版社,1998.
- [8] 包万超.转型发展中的中国行政指导研究[C]//罗豪

才. 行政法论丛, 北京: 法律出版社, 1998.

[9] 杨海坤, 章志远. 行政指导的性质与行政模式的转换 [N]. 法制日报, 2003-03-27 (9).

[10] 韦 伯. 支配社会学 [M]. 康 乐, 简美惠, 译. 桂林: 广西师范大学出版社, 2004.

[11] 王治河. 扑朔迷离的游戏: 后现代哲学思潮研究 [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 1998.

[12] 克特· W · 巴克. 社会心理学 [M]. 南开大学社会学系, 译. 天津: 南开大学出版社, 1984.

[13] 卜维义. 权力的概念、产生和制约 [J]. 辽宁公安司法管理干部学院学报, 2002, 4 (3): 5-8.

[14] 彭克宏, 马国泉, 陈有进, 等. 社会科学大词典 [M]. 北京: 中国国家广播出版社, 1989.

[15] 新藤宗幸. 行政指导: 政府与企业的关系 [J]. 韩冬雪, 吴小丁, 译. 长春: 长春出版社, 1996.

[16] 张恒山. 法理要论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2002.

Power nature of administrative guidance

CHEN Si-bin

(School of Law, Huaqiao University, Quanzhou 362021, Fujian, China)

Abstract: There are many similar viewpoints between the Chinese and Japanese scholars, which reflect the rule of administrative guidance. Because of the influence of the balanced theory, Chinese scholars show more interesting in administrative guidance than the Japanese. However, Chinese scholars and Japanese scholars have different standpoints about the essence of administrative guidance. The author thinks that the Chinese should withhold the viewpoint that administrative guidance is a kind of non-power administrative behavior, and should not mix the sociological concept of power with the jurisprudence's. Besides, it does not mean that the administrative organs should apply administrative power in the process of administrative guidance, and administrative guidance should be based on the administrative function.

Key words: administrative guidance; balanced theory; power nature; administrative behavior

(上接第 114 页)

[8] 张康之. 寻找公共行政的伦理视角 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002.

[9] 马俊锋, 袁祖社. 中国“公民社会”的生成与民众“公

共精神”品质的培养与化育 [J]. 人文杂志, 2006 (1): 18-23.

[10] 王 伟. 行政伦理概述 [M]. 北京: 人民出版社, 2001.

Ethical analysis on action choice of public administrators

CHEN Di-hua

(School of Public Administration, Fujian Normal University, Fuzhou 350007, Fujian, China)

Abstract: In order to discuss authoritative actions of public administrators, this paper makes use of literature analysis and normative analysis to analyze the cause and the dilemma of the choice of administrators' action. The author thinks that as a social existence neither economic men nor public men can explain the cause and the ethical dilemma. Just interest man can thoroughly explain the puzzle. During the authoritative action, administrators are often troubled by such questions: should they be responsible for the public interest or party interest? Should they fulfill post duty or social duty? Should they stand on individual just interest or public interest? The results show that only by combining the institutional ethics with individual ethics can they get rid of the dilemma and achieve responsible authoritative actions.

Key words: public administrator; interest man; ethical dilemma; institutional law