

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



Modern Administrative Law:
Select Issues

现代行政法专题

章剑生 著

清华大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



Modern Administrative Law:
Select Issues

现代行政法专题

章剑生 著

清华大学出版社
北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

现代行政法专题 / 章剑生著. —北京：清华大学出版社，2014

(中国法学前沿·研究生教学参考书)

ISBN 978-7-302-37677-4

I. ①现… II. ①章… III. ①行政法—中国—研究生—教学参考资料
IV. ①D922.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 186438 号



责任编辑：李文彬

封面设计：傅瑞学

责任校对：宋玉莲

责任印制：宋 林

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社总机：010-62770175

邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者：三河市君旺印务有限公司

装 订 者：三河市新茂装订有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：170mm×240mm 印张：19 插页：2 字 数：361 千字

版 次：2014 年 9 月第 1 版

印 次：2014 年 9 月第 1 次印刷

印 数：1~3000

定 价：48.00 元

产品编号：050963-01

目 录

第一章 行政法的概念	1
第一节 行政法:一个描述性的概念	1
一、与行政有关的法	1
二、与行政权有关的法	6
三、与行政权有关的公法	8
四、与行政权有关的国内公法	10
五、行政法是控制行政权的法	12
第二节 行政法:多种面相的概念	18
一、传统行政法	18
二、现代行政法	24
三、部门行政法	30
四、古代“行政法”	32
第三节 行政法:相邻关系的整理	33
一、宪法	33
二、民法	36
三、刑法	38
四、经济法	40
第二章 行政法的范围	43
第一节 行政法范围的演变	43
一、行政法范围:有抑或没有	43
二、行政法范围:教科书的框架	46
三、行政法范围:立法与司法	52
第二节 行政法范围演变的原因	59
一、经济制度的变迁	59
二、政治体制的改革	61
三、域外理论的引入	62

第三节 行政法可能拓展的范围	63
一、公(国)有公共设施	63
二、国有企事业单位	64
三、非职权性行为	65
四、非行政机关的“行政行为”	67
五、社会组织	67
第三章 行政收费	69
第一节 行政收费界定	69
一、行政收费的概念	69
二、行政收费的法理基础	72
三、与行政收费的相关区别	74
第二节 行政收费的种类和依据	76
一、行政收费的种类	76
二、行政收费的依据	80
第三节 行政收费的合法性保障	82
一、收支分离	83
二、目录管理	83
三、许可管理	84
第四章 行政检查	85
第一节 行政检查界定	85
一、行政检查的概念	85
二、行政检查的性质	87
三、与行政调查的区别	89
第二节 行政检查的依据、分类、方式与程序	92
一、行政检查的依据	92
二、行政检查的分类	92
三、行政检查的方式	94
四、行政检查的程序	95
第三节 行政检查的相关问题	98
一、“自证其罪”的禁止	98
二、行政检查的委托	99
三、行政检查中的强制措施	99

四、行政相对人的容忍义务	100
五、行政相对人的协助	100
六、行政相对人的申报	101
七、行政检查的可诉性	101
第五章 政府信息公开	103
第一节 政府信息公开与知情权	103
一、知情权的宪法规范基础	103
二、非宪法规范中的知情权	106
三、通过宪法解释确认知情权	111
第二节 政府信息公开的判定	114
一、是否属于政府信息	115
二、是否属于“两秘密一隐私”	124
三、是否符合“三需要”	140
四、是否影响“三安全一稳定”	145
第三节 政府信息公开诉讼	148
一、政府信息公开诉讼的客体	148
二、政府信息公开诉讼的举证责任	153
三、政府信息公开诉讼的判决种类	158
第六章 行政程序立法	164
第一节 行政程序的正当性基础	164
一、价值基础:自然正义	164
二、规范基础:宪法规范	170
三、社会基础:角色分化	180
第二节 行政程序立法:学理发展的脉络	191
一、学理发展的背景	191
二、论著简评	194
三、比较法的视角	198
四、行政判例的研究	201
五、“行政程序法”文本试拟	203
第三节 行政程序立法:实践的描述	206
一、中央立法	206
二、地方立法	210

三、“法官造法”	212
四、公共组织的“立法”	215
第四节 未来“行政程序法”的面相	216
一、参考的样本	217
二、功能模式的选择	218
三、制定路径:从地方走向中央	219
四、匹配制度:面向可能引起的变革	220
第七章 行政处罚与刑罚衔接	223
第一节 问题与方法	223
一、问题由来	223
二、解题思路	224
第二节 实体衔接	225
一、区分的决定因素	225
二、处罚的适用	235
第三节 程序衔接	238
一、“行政→刑事”模式	238
二、“刑事→行政”模式	241
第四节 相关问题的展开	243
一、立法衔接	243
二、检察备案与审查	244
三、行政机关移送职责与可诉性	245
第八章 行政复议程序的正当化	247
第一节 行政复议立法目的重述	247
一、问题提出	247
二、既有立法文本的分析	248
三、从立法目的演变中读出的内容	251
第二节 行政复议程序正当化修正	254
一、缘于行政判例中的要旨	254
二、行政复议程序正当化修复的进路	256
第三节 行政复议程序正当化修复的展开	263
一、一个认识上的误区:“司法化”	263
二、正当化修复的内容	265

第九章 依法审判中的“法”	268
第一节 依法审判原理阐述	268
一、宪法规定的国家权力架构	268
二、行政诉讼中的“依法审判”	268
三、行政诉讼中宪法的适用性	270
第二节 行政法规	271
一、宪法中的“行政法规”	271
二、作为适用依据的“行政法规”	274
三、相关问题:法规性文件	278
第三节 行政规章	280
一、宪法中的“行政规章”	280
二、处于“参照”地位的行政规章	281
第四节 行政规定	283
一、宪法中的“行政规定”	283
二、处于“参考”地位的行政规定	283
参考文献	285
后记	296

第一章 行政法的概念

第一节 行政法:一个描述性的概念

绝大多数的行政法教科书都有自己的一个行政法概念,所以,在现代行政法学理上至今并不存在着一个具有通说地位的行政法概念。形成这种状况的主要原因可能是,行政法是一个可以描述但难以作统一定义的概念。^① 如有学者所描述的那样,“国内几乎每一本行政法学教材都有自己的定义,初步统计有四十余种之多……当我们目光投向域外行政法的学术发展史时,不难发现,大陆法系与英美法系国家对行政法概念的表述就很不一致”。^② 这个判断大致是符合客观事实的。所以,通过描述性方法来界定行政法概念,我们或许更能够说清楚行政法是什么或者不是什么。

一、与行政有关的法

凡欲定义行政法概念的学者,一般都是先从界定“行政”开始的,但是,行政同样也是一个难以定义的概念。^③ 可见,界定行政法概念的难题其实主要在于先厘清行政是什么。

行政是一种社会历史现象。“行政有着与国家,甚至与人类社会(就社会公权力行政而言)同样长远的历史。人类一旦形成社会共同体,行政就必须伴随而生。国家产生后,绝大部分社会行政脱离社会而形成国家行政,国家行政源于社会但却凌驾于社会之上。”^④ 因此,行政与国家之间有着不可分割的关系。依照文义(新华词典)解释,行政有“管理”、“执行”的含义,但是,“管理”、“执行”也是存在于私人活动之中,如私营企业管理部门中的“行政科”、“行政办公室”等,它们承担着企业的“管理”、“执

① 日本盐野宏教授说:“坦率地承认关于行政的积极定义是可能的,停止对行政勉强定义的做法,这本身就是做学问的态度。”[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,4页,北京,北京大学出版社,2008。

② 杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,22~23页,北京,北京大学出版社,2004。

③ 参见[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,1~9页,北京,北京大学出版社,2008;翁岳生编:《行政法》(上),1~28页,台北,元照出版有限公司,2006。

④ 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第5版),7页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2011。

行”的职能。所以,为了区别于上述的私人行政^①,行政法上的“行政”之前通常被冠于“公共”一词,即公共行政。

1. 国家行政与公共行政

公共行政包括国家行政,但是,分析两者之间的区别对于定义行政法概念还是十分必要的。^② 在传统行政法中,“行政”仅限于国家行政机关的行政,它具有强烈的国家属性,是国家行政权的具体活动形式。如对马克思所说的“行政是国家的组织活动”这一命题,我们早期的行政法教科书是这样解读的:“这就正确地揭示了行政活动的性质,说明它最直接地体现着国家职能的行使,不同于其他国家机关的活动。”^③又如,在另一本具有代表性的行政法教科书中,编者在论及这个问题时说:“根据我国对‘行政’概念的运用的实际情况,国家的行政可指两种性质不同的事物:一是指执行国家意志的国家行政机关;一是指政府事务的决策、组织、领导和调控,也就是我们通常所说的国家的行政管理。行政管理是国家的一类职能,与国家立法、司法职能有着原则的区别。”^④但是,在现代行政法中行政已经从国家行政扩大到了非国家行政,从而生成了“公共行政”的概念,从而改写了传统行政法的许多内容。

公共行政由国家行政和非国家行政两部分构成,且国家行政在原有“执行”职能的基础上又增加了“立法”、“司法”职能,从而扩大了现代行政法的调整范围。^⑤ 同时,在公共行政中,一方面因现代社会民主、宪政观念的增加,国家行政的强制性渐渐消淡;另一方面因行政机关与行政相对人之间的沟通、协商、参与等互动性行为,引发了世界范围内行政程序法典化的运动,使上述互动性行为成为公共行政中不可缺少的

① 有学者将“私人行政”称之为“一般行政”。如“行政是指社会组织对一定范围内的事务进行组织与管理等活动。……所有这些对事务的组织和管理活动可以分为两大类:一类是国家基于公共利益对社会事务的组织与管理,称为公共行政;一类是其他社会组织对其内部事务的组织与管理,在某些国家称为‘私人行政’,为区别于公共行政,我们称其为一般行政。行政法是以公共行政为其规范、调整的对象”。王连昌主编:《行政法学》(高等政法院校规划教材),1页,北京,中国政法大学出版社,1994。

② 对于公共行政的理解,学理上有不同的见解。如有学者认为:“公共行政的实质是参与式行政,是一种‘半官半民’行政。公共行政并没有完全脱离国家行政的模式,相反,公共行政与国家行政有着千丝万缕的联系。但同时,公共行政中又介入了社会的力量。公共行政是介于国家行政和社会行政之间的行政方式,公共领域是国家和社会之间的第三领域,是国家和社会之间的中介。”牛凯、毕洪海:《论行政的演变及其对行政法影响》,载《法学家》,2000(3)。

③ 王珉灿主编:《行政法概要》,2页,北京,法律出版社,1983。

④ 罗豪才主编:《行政法学》(高等学校法学试用教材),1页,北京,中国政法大学出版社,1989。

⑤ “社会行政是在对国家和社会的关系重新定位的基础上构建的。国家行政强调的是国家对社会单向管理,公共行政侧重于国家和社会的交互作用,公共行政虽然在一定程度上赋予了社会较高的地位,但是并没有彻底厘清国家和社会的关系。社会行政把重点放在社会的自我管理上,是自主行政、自足行政、自我行政,是三种行政形态中国家色彩和强制色彩最弱的一种形式。”牛凯、毕洪海:《论行政的演变及其对行政法影响》,载《法学家》,2000(3)。

程序性制度。^①

2. 扩大中的公共行政

在《宪法》规定的国家框架性制度中,公共行政仅限于国家行政。但在事实层面上,除了已有的国家行政之外,公共行政在现代行政法上还呈现如下几个方面的扩大势态:(1)面向其他国家机关的行政。在行政机关以外的其他国家机关中,也存在着具有行政功能的国家机关职权行为。如在法院中的警察维持法庭审理秩序的行为,人大常委会办公室作出不同意公民申请旁听人大常委会会议的决定等,它们都具有行政功能或者性质。^②故有学者认为:“行政法中所指之行政,不单是三权分立中之行政权,亦非仅限于国家组织中被列归为行政机关者,而是国家行为中,只要具有行政特质者,皆为行政法中之行政,皆可成为行政法之规范或研究对象。”^③虽然这一判断基于的是中国台湾地区制度现实,但它也可以被用来当作解释中国大陆地区上述制度事实的妥当性理由。(2)面向非国家机关的行政。在现代国家中,由非国家机关履行若干行政职能已经是一种十分普遍的行政现象。中国自20世纪80年代改革开放以来,一些NGO、行业协会、社区组织和企事业单位或是依法或者基于客观需要,开始承担起部分管理公共事务的行政职能,成为公共行政的主体并为法院所认可。如在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案中,被告北京科技大学认定其学生田永的行为是考试作弊,故根据学校“凡考试作弊者,一律按退学处理”的规定,决定对田永按退学予以处理。之后,被告以田永不具有学籍为由,拒绝向其颁发毕业证,进而也未向教育行政部门呈报田永的毕业派遣资格表。田永对此决定不服,向法院提起行政诉讼,请求法院判令被告履行法定职责并赔偿损失。法院经审理后认为:

在我国目前情况下,某些事业单位、社会团体,虽然不具有行政机关的资格,但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位、团体与管理相对人之间不存在平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。他们之间因管理行为而发生的争议,不是民事诉讼,而是行政诉讼。尽管《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条所指的被告是行政机关,但是为了维护管理相对人的合法权益,监督事

① “参与的基本观点认为,官僚体制内的专家无法获得制定政策所需要的全部信息,甚至得不到正确的信息。因此,如果排除公众对重要决策的参与,将会造成政策上的失误。……例如,虽然美国的药品法规并不完善,但整个药品管理体系对不同的利益团体开放,这样就明显地减少了错误的发生。相对来说,英国在药品许可证发放方面的隐秘性制度和其他一些欧洲国家就没有修正此类错误的机制。”[美]B. 盖伊·彼得斯:《政府未来的治理模式》,吴爱民、夏宏图译,68页,北京,中国人民大学出版社,2001。

② 章剑生:《作为公民参与的“旁听权”及其公法保障》,载《法治研究》,2009(2)。

③ 李震山:《行政法导论》(修订7版),4页,台北,三民书局,2007。

业单位、社会团体依法行使国家赋予的行政管理职权,将其列为行政诉讼的被告,适用行政诉讼法来解决它们与管理相对人之间的行政争议,有利于化解社会矛盾,维护社会稳定。……本案被告北京科技大学是从事高等教育事业的法人,原告田永诉请其颁发毕业证、学位证,正是由于其代表国家行使对受教育者颁发学业证书、学位证书的行政权力时引起的行政争议,可以适用行政诉讼法予以解决。^①

本案中,法院的“监督事业单位、社会团体依法行使国家赋予的行政管理职权”这一裁判理由已经清楚地向我们表达了实务中存在着“非国家机关的行政”这一事实,且在本案中也获得了法院认可。(3)面向给付行政的行政。基于“生存照顾”的现代国家责任^②,在公共行政中出现了大量的国家为个人提供生产、生活基本条件的行政内容,如针对特定人的经济资助、为不特定公众提供公共设施服务和公共信息等。今天,在公共行政中这部分行政内容可以说能与干预行政二分天下,也是法院可以审查的行政行为中的一部分内容。如《行政诉讼法》第11条第6项规定,行政相对人“认为行政机关没有依法发给抚恤金的”,可以依法提起行政诉讼。可见,对于因给付行政引起的行政争议,《行政诉讼法》早在20多年前就已经将其纳入行政诉讼客体的范围。

3. 变迁中的公共行政

随着现代社会的不断发展,无论是内容还是形式,公共行政都会随之发生变迁。对此,姜明安教授说:“不同的时代,政府有不同的管理职能。行政的范围是变化着的和发展着的。不同的国度,不同的地区,政府主管事务的多寡和干预领域的广窄会有很大的不同。”^③此言甚明。在计划经济时代中,政府全面控制国家的经济发展方向、速度,继而通过经济实现了对社会 and 个人的全面控制,公共行政可以说是没有边界的。从这个意义上说,中国没有经历过如同西方国家政府充当市场经济的“守夜人”那样角色的时代。20世纪80年代改革开放之后,因经济发展的需要,我们重新厘清政府、市场与社会三者之间的关系,^④要划出公共行政的边界,给社会和个人保留必要

① 《最高人民法院公报》,1999(4)。

② 虽然“生存照顾”之说源于德国行政法学,但是,基于我国《宪法》第33条第3款中“国家尊重和保障人权”的规定,我们也可以导出国家对个人负有这一“生存照顾”的法定责任。

③ 姜明安:《行政的“疆域”与行政法的功能》,载《求是学刊》,2002(2)。

④ 在计划经济体制下,无论是城市中的国家机关、企事业单位还是农村的生产队,它们主要是在否定个人自由和权利的基础上以国家强制力建立起来的一种统治秩序。从20世纪80年代开始,因个人逐渐地从单位或者生产队分离出来,成为可不依赖单位、生产队也可以生存的“自由人”“农民工进城”逐步瓦解了中国计划经济的社会结构,相对于政府、市场的“社会”才开始慢慢地形成。

的自由发展空间。尤其是 21 世纪之后,因如互联网所带来的电子商务、电子政务等现代科学技术的发展,导致了公共行政内容发生了深刻的变化,实现公共行政的手段也呈现出多元化的状态。对于上述现代行政的现象,余凌云教授曾敏锐地指出:

快速变化的社会正进行着一场静悄悄的革命。然而,传统行政法却依然如故,只对行政机关与行政行为倾注理论关怀,直到有一天,长春亚泰足球俱乐部诉中国足协案、东营村村民委员会选举纠纷等案件相继发生,我们才猛然发觉,在社会发生转型,逐渐形成‘国家社会市场’三元结构的格局中,行政法遗留了大量的本该规范的领域;许多公共治理活动逃逸出公法的规制;对频发的争议,正式的行政法制度在很多场合却束手旁观,致使社会矛盾加剧。^①

4. 公共行政中的公共利益

虽然将“公共利益本位论”^②作为行政法的基本观念(或者基本理论)尚需要取得更多人的共识,但在公共行政中公共利益所处的核心地位,这应该说是可以为绝大多数人所接受的一个命题;没有公共利益,也就无所谓有公共行政。公共利益是一个价值性不确定法概念,如何界定公共利益的内涵一直是现代行政法学上的一个难题。2011 年国务院颁布的《国有土地上的房屋征收与补偿条例》用立法方式,在征收国有土地房屋范围内对公共利益作出列举式的界定,部分地解决了它在适用中的难题。^③私人利益不属于公共利益,这是一个常识,那么如何解释行政机关为了保护私人利益可以作出行政行为呢?对此,有学者认为:“为法律所确认和保护的公民个人权益属于公共利益的范畴,在特定的情况下,公民个人权益就是公共利益本身,因此,对公民个人权益的侵害就是对公共利益的侵犯。”^④这个论点是可以成立的。因为,在许多情况下,公共利益与私人利益是可以完全或者部分一致的,如消防机关为私人企业厂房火灾进行的灭火作业,或者环保局对企业排污引起他人鱼塘污染作出的行政处罚,这些行政行为表面上是行政机关为了保护特定私人利益而实施的,但实际上这些私人利益中也包括了公共利益。如消防机关为私人企业的灭火作业,具有预防火灾向不

① 余凌云:《行政法讲义》,6 页,北京,清华大学出版社,2010。

② 叶必丰:《行政法与行政诉讼法》(第 3 版),9 页,武汉,武汉大学出版社,2008。

③ 《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 8 条规定:“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要,有下列情形之一,确需征收房屋的,由市、县级人民政府作出房屋征收决定:(1)国防和外交的需要;(2)由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要;(3)由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要;(4)由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要;(5)由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要;(6)法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。”

④ 朱维究、王成栋主编:《一般行政法原理》,5 页,北京,高等教育出版社,2005。

特定第三方蔓延的目的;环保局的行政处罚决定具有保护环境的目的。但是,如果在公共利益与私人利益之间发生矛盾和冲突的情况下,行政机关基于公共利益作出行政行为时,应当补偿私人因此而受到的损失,行政征收、征用中的补偿原理由此形成。

综上,基于定义行政法概念的需要,这里我们可以对行政作如下概要性描述:

(1)行政是国家活动的中心,故行政国家成为现代国家的代名词;(2)行政有执行兼及立法、司法的功能;(3)行政有社会秩序的整合功能;(4)沟通、协商的行政程序制度弱化了行政的强制性^①;(5)“生存照顾”的给付行政职能强化了行政的主动性;(6)通过行政可以保护和实现公共利益;(7)行政需要应对复杂的现代社会;(8)行政手段日趋科技化。^②

二、与行政权有关的法

公共行政是行政权的外在表现形式,所以,一个简约的行政法概念可以表述为行政法是规范行政权的法规范的总称。^③为了使人们正确地理解这一概念的表述,这里还需要进一步解释如下几个问题:(1)用于规范行政相对人行为的法规范,与行政机关是否合法行使行政权有关联性,它们也是行政法的组成部分。行政法的全部内容围绕着控制行政权、保护行政相对人权利这一核心展开的,所以,行政机关在行使行政权过程中只要涉及行政相对人权利的,行政法都必须加以规范。从这个意义上,把行政法调整对象界定为行政关系而不是行政权也是十分妥当的。^④(2)用于规范行政机关内部事务(关系)的法规范,在行政法学理上称之为“内部行政法”,如《机关事务管理条例》等。内部行政法的法律价值是:第一,确保行政机关对外作出的行政行为为合法性;第二,为内部行政法上的相对人(公务员)提供权利保障;第三,调整行政机

① 虽然行政在现代社会中需要有沟通协商加入,它才能适应现代社会发展需要。但是,“协商性民主是否行之有效,主要取决于公众是否参与决策;公众是否参与决策取决于社团是否参与决策;社团是否参与决策的先决条件是社团的存在和自主运行。政府对社团的控制越严,社团存在的可能性和自主性就越小;政府放宽控制,社团活动才可能蓬勃发展。如果说在代议制民主中,政府应该放任结社自由,那么在协商性民主中,政府则应该鼓励结社自由”。於兴中:《法治与文明秩序》,74页,北京,中国政法大学出版社,2006。

② 参见章剑生:《现代行政法总论》,8页以下,北京,法律出版社,2014。

③ 也有行政法学者将“公权力”作为行政法规范的对象。因在制定法上我们没有这样的概念,所以,此处仍使用“行政权”。罗豪才等:《我国行政法的概念、调整对象和法源》,载《法学研究》,1987(4)。关于行政法概念,应松年教授认为:“行政法是规范行政权的法,是规范行政权的授予、行使和对行政权进行监督的法”。应松年:《当代行政法发展的特点》,载《中国法学》,1999(6)。

④ 如姜明安教授认为:“行政法的内容是由行政法的调整对象决定的。行政法调整对象是行政关系。行政关系主要包括四类:第一类是行政管理关系;第二类是行政法制监督关系;第三类是行政救济关系;第四类是内部行政关系。”姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第5版),19页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2011。

关之间和行政机关内部机构之间的关系。

传统行政法以国家行政机关的行政权为规范对象,其调整的范围是国家行政,且行政权的内容也仅仅是“执行性”。^①但是,在现代行政法中由于公共行政并非都是国家行政,故行使行政权的主体也就不限于国家行政机关;同样,有的公共行政也并非是国家行政权的外在表现,如非权力性的行政指导等,且行政权还扩展到立法性行政权和司法性行政权。以下分两个问题作进一步展开阐述:

1. 非国家行政中的行政权

在《宪法》的规定中,国家行政权被分为中央行政权和地方行政权(它包括一般行政区域行政权、民族自治地方行政权和特别行政区行政权),行政权由中央政府和地方各级人民政府行使。但是,一些非国家行政机关的社会组织在获得法律、法规授权之后,它们具有了行政机关的法律地位,可以如同行政机关一样行使行政权。^②如《行政处罚法》第17条规定:“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。”^③因此,非国家行政机关的社会组织在法定条件下可以成为行政诉讼被告,无论在学理上还是实务中它一直是一个没有多大争议的法律问题。如在溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案中,法院认为:

长期以来,我国对邮电部门实行政企合一的管理模式。邮电部门既具有邮电行政主管部门的职权,又参与邮电市场经营。经过改革,目前虽然邮政和电信初步分离,一些电信部门逐渐成为企业法人,但是由于电信行业的特殊性,我国电信市场并未全面放开,国有电信企业仍然是有线通讯市场的单一主体,国家对电信方面的行政管理工作,仍然要通过国有电信企业实施。这些国有电信企业沿袭过去的作法行使行政管理职权时,应视为《中华人民共和国行政诉讼法》第25条第4款所指的“由法律、法规授权的组织”。……15号文件下发给地、市和县级的卫生行政主管部门以及邮电局,正说明政府要通过这些职能部门对“120”急救电话的开通实施行政管理。邮电局执行这个文件时与被审查的医疗机构之

① 在德国,“自 Otto Mayer 以来之传统行政法学体系,系受警察国家时代下国库理论(Fiskustheorie)之影响,认为行政主体以私法主体之地位,使用私法上之行为形式而从事财产之使用、收益及处分,诸如:于铁路、邮政或其他经营营利事业之场合,属行政主体之国库活动,其法律关系纯粹为私法关系。而传统上,行政法学仅以‘有关行政之特殊固有之法(即公法)’为研究对象,故此种国库活动,并非行政法学领域所探讨之对象”。刘宗德:《制度设计型行政法学》,83页,台北,元照出版有限公司,2009。

② 对此,有学者对行政权作了如下定义:“行政权是国家行政机关或其他特定的社会公共组织对公共行政事务进行直接管理或主动为社会成员提供公共服务的权力。”杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,17页,北京,北京大学出版社,2004。

③ 相同的规定还可以参见《行政许可法》23条、《行政强制法》第70条和《政府信息公开条例》第36条等。

间发生的关系,不是平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。它们之间因此发生争议而引起的诉讼,不是民事诉讼,而是行政诉讼。尽管行政诉讼中的被告通常是行政机关,但是为了维护行政管理相对人的合法权益,监督由法律、法规授权的组织依法行政,将其列为行政诉讼的被告,适用行政诉讼法解决其与管理相对人之间的行政争议,有利于化解社会矛盾、维护社会稳定。^①

2. 非行政权的行为

行政机关以非行政权实施的、具有公共利益内容的行为,在以行政权为中心而展开的传统行政法框架体系中它是没有一席之地的。在实务中,与行政权无关的、且由行政机关实施的行为以及有关公物利用等法律关系,一直保留在私法领域之中受私法规范调整,如政府采购、兴建公共设施、公共停车泊位的利用等。我们很难说出这样的制度安排有多少法原理予以支撑,倒不如说更多的是一种人为的设计与历史传统影响的化合物。虽然我们不能断言现代行政法未来发展的方向是否依然如今,但是,如果私法调整这类法律关系不出现很大的不适应性,或者出现极不公正的调整结果,那么维持这样的制度安排或许是一种较优的制度性选择。

三、与行政权有关的公法

依照大陆法系国家的法律(罗马法)传统,法可以分为公法与私法。^②关于划分公法与私法的标准至今已经形成了数十种学说,如主体说、利益说、目的说等。^③因受苏联社会主义法学思想的影响,自1949年以来的相当一段时间内,我国法学并不承认公法与私法的划分,并将公法与私法的划分当作资产阶级法学理论和资本主义国家法制内容加以抵制、批判。当时的主流观点认为,在社会主义公有制基础上的法制不可能有公法与私法之分。但是,自20世纪90年代以来,随着市场经济体制的确立和发展,法学界出现了在承认公法与私法划分前提下的“私法优位论”和“公法优位论”之争。^④21世纪之后,关于公法与私法划分以及我们是否需要这种法学理论的争议渐渐息停,因为,公法与私法划分的法观念已经为我们的法学理论所接受,至少不再公开否定了。

^① 《最高人民法院公报》,2000(1)。

^② “法律学习分为两部分,即公法和私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法涉及私人利益。”[古罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,5~6页,北京,商务印书馆,1989。

^③ 参见蔡志方:《行政救济与行政法学》(2),1~88页,台北,三民书局,1993。

^④ 进一步阅读梁慧星:《市场经济与法制现代化》,载《法学研究》,1992(6);汪习根:《公法法治论——对公、私法定位的再反思》,载《中国法学》,2002(5);郭成伟等:《中国传统“公之于法”特质探究》,载《中国法学》,2003(1)。

行政法是公法,这是现代行政法学理上公认的一个基本命题。一般来说,法规范所调整的法律关系主体之间为上下关系的是公法,对等关系的则是私法,前者如《行政处罚法》,后者如《合同法》。以主体之间的关系不同将行政法划为公法,在方法论上是说得过去的。如前所述,尽管公、私法之间的界分标准已经有十多种学说问世,但它们似乎从来都不会震塌“行政法是公法”这一基本命题的成立基础。但是,在解释这个基本命题时,我们必须充分考虑如下两个问题:

1. 公法与私法之间界线的模糊性

如在社会保障法、教育法、税法等法域中,公法、私法的区分界线可能并不那么明显。因为,在这些法域中,行政权只要发生作用,它都必须受到这些法规范控制,此时在思维逻辑上,我们可能并不需要先区分这些法是公法抑或私法,再考虑行政权是否应当介入。事实上,即使某些法规范依照某种标准认定属于私法规范,它也会对行政权产生控制作用,这种现象在给付行政领域中尤其明显。“私法的出发点,粗略地说,是自利优先的行为;而行政法与此不同的出发点是公益(或者其他考虑)优先的行为。”^①所以,在这样的情况之下,我们还需要判断该法律关系是否涉及公共利益,才能对调整这一法律关系的法规范性质作出正确的结论。当然,在公法、私法之外是否存在第三个法域,或者是否有必要划出一个第三法域,这是一个可以继续讨论的法理学问题。

2. 私法渗入公法

在行政实务中,行政机关可以(能)利用私法来实现行政目的,此时,在形式上这种私法规范也是“有关行政权的法”。比如,调整国有土地使用权有偿出让合同的法规范,部分属于《合同法》的内容。这部分私法规范并不是现代行政法体系架构中的内容,但它们的确是行政法所不可缺少的一部分。^②一般而言,凡行政案件是由无专业要求的普通法院而不是行政法院审理的国家中,强调公、私法的二元结构实意似乎并不彰显。故有学者认为:

公私法二元论内含两项前提预设:其一,存在相互排斥的公行政领域与私人领域(公益与私益);其二,存在代表各自领域的互不渗透的两种人格主体(国家与私人)。在今天看来,这种理论预设已经发生深刻摇摆,因此,伴随理论思维的前提批判,行政法理论的革新也势在必行。^③

① [新西]塔格特编:《行政法的范围》,金自宁译,5页,北京,中国人民大学出版社,2006。

② 调整行政合同的法规范,通常会准用民法规范。如德国《联邦行政程序法》第62条规定:“只要第54条到61条未另有规定的,适用本法其余的规定。另补充适用民法典的有关规定。”

③ 鲁鹏宇:《论行政法的观念更新》,载《当代法学》,2010(5)。