

万鄂湘／主编

审判权运行与 行政法适用问题研究

全国法院第
22
届
学术讨论会论文集

下

万鄂湘／主编

审判权运行与

行政法适用问题研究

全国法院第

22

届学术讨论会论文集

下

人民法院出版社

全国法院第二十二届学术讨论会 论文评选委员会组成人员名单

主 任：万鄂湘

副主任：（按姓氏笔划排列）

刘作翔 杨传春 张树义 罗东川 高憬宏 曹士兵

委 员：（按姓氏笔划排列）

于 安	万鄂湘	王 立	王亚琴	王晓滨
甘 文	刘 飞	毕玉谦	李玉萍	刘作翔
吕 芳	刘荣军	刘 峥	李德申	刘德权
汤鸿沛	邵长茂	杨传春	孟 军	杨伟东
肖建国	汪治平	杨科雄	张树义	金俊银
吴晓芳	陈海光	陆锦彪	罗东川	侍东波
郑未媚	赵建华	赵晋山	范 愉	胡仕浩
徐继军	梁书文	阎 巍	高憬宏	曹士兵
曹守晔	曹全来	梁 欣	黄 斌	解志勇
蔡小雪	谭 红	蔡金芳	谭秋桂	樊 军
冀祥德	万鄂湘	应松年	刘德权	杨传春
高憬宏	曹士兵			

全国法院第二十二届学术讨论会 组织委员会及办公室组成人员名单

主 任：万鄂湘

副主任：高憬宏 罗东川 杨亚平 曹士兵

办公室成员：金俊银 曹全来 苏 峰 郑 运

前 言

党的十七大报告提出,“深化司法体制改革,优化司法职权配置,规范司法行为,建设公正高效权威的社会主义司法制度,保证审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权。”据此,保证审判机关依法独立公正地行使审判权,是深化司法体制改革、优化司法职权配置、规范司法行为、建设公正高效权威的社会主义司法制度的主要目的之一。因此,研究如何保障人民法院依法独立公正高效行使审判权问题,符合当前我国司法工作的总体部署和要求。此外,随着人民法院工作面临的形势和任务的不断变化,在行政审判、国家赔偿领域也出现了许多新情况和新问题需要进一步研讨,以加强应用法学理论对审判实践的指导。为此,全国法院学术讨论组织委员会决定以“审判权运行与行政法适用问题研究”作为第二十二届学术讨论会的中心议题。

由最高人民法院主办,国家法官学院、中国应用法学研究所、人民法院出版社联合承办的全国法院系统第二十二届学术讨论会论文征集通知自2010年2月23日下发后,得到了全国各级法院审判人员和法律界人士的积极响应。截止到2010年9月1日,本届学术讨论会组委会办公室共收到各高级人民法院、新疆建设兵团分院以及解放军军事法院推荐的优秀参赛论文1643篇,其他法律界人士参赛论文34篇。为了确保评审的水平和质量,组委会组建了由资深法官、法学教授等专家组成的“全国法院第二十二届学术讨论会论文评选委员会”,实行双向匿名评审、同行评审、同题(类)择优选拔制度,分15个小组对参赛论文进行了评审。同时,为了保证论文的评选质量,组委会办公室对每一篇推荐获奖的论文均利用专门的检测软件进行了原创

性检查,从论文复制的数量和性质两个方面进行了甄别。对文字复制情节较轻的论文作了降级处理,对确定为抄袭的论文取消其获奖资格。经过严格、细致、科学、公正的评审和知识产权审查,共评选出一等奖论文5篇,二等奖论文117篇,三等奖论文183篇,优秀奖论文293篇。本书辑录了获得一等奖和二等奖的论文(除标注为一等奖的论文外,其余均为二等奖论文)。

一年一度的全国法院学术讨论会紧密围绕当前司法审判和法学研究的热点、难点问题设立主题,迄今为止,全国法院学术讨论会已经连续成功举办21届,在全国法院系统和法学界的影响力和知名度越来越高。讨论会的参赛作者大多来自审判实践工作的第一线,其提交的论文也都是为了解决当前我国审判权运行与行政审判和国家赔偿案件审理实践中出现的新型案件和疑难问题撰写而成,具有突出以审判事务为中心的应用法学研究和理论联系实际的典型特征。本书选编获奖论文涉及审判权基础理论、审判管理、审判组织改革、陪审制度、诉讼调解、审判权运行的程序保障机制、强制执行疑难问题、民事与行政交叉、国家赔偿法律适用问题等内容,具有相当的广泛性。这些论文不仅对相关法律法规的司法适用和立法完善进行了深入细致的理论梳理,具有独特的学术价值;而且,也涉及到当前我国司法改革的许多重点领域。论文所提出的思路、观点和对策,也是对司法改革的有益探索,对于司法改革的深入推进,必将产生积极的影响。

此外,我们对福建省高级人民法院、福州市中级人民法院为本次学术讨论会的顺利举办提供的鼎力支持表示衷心的感谢!

全国法院第二十二届学术
讨论会组织委员会办公室

目 录

下 册

第二编 行政法与国家赔偿法适用

一、行政法律适用

(一) 法律适用

论行政法上的类推适用：以类推适用民法规范为中心

…………… 江苏省扬州市中级人民法院 徐 军 江厚良 (689)

论行政法领域的类推适用

… 山东省聊城市中级人民法院审判委员会委员、庭长 周公法 (697)

类型、界限与规则：刍议行政审判中的“私法”应用

…………… 贵州省遵义市中级人民法院 朱晓东 (706)

用智慧敲响法槌

——论行政诉讼中其他规范性文件的选择适用

…………… 湖南省衡阳市中级人民法院 周福元 (714)

部门批复的行政解释权于行政审判中的效力问题研究

…………… 天津市北辰区人民法院 李宝悦 (723)

(二) 行政合同

公私法冲突的司法选择

——论行政合同诉讼中混合性司法规则之构建

…………… 江苏省宿迁市中级人民法院 孙 泳 (731)

行政合同司法救济类型化探究

..... 内蒙古高级人民法院 王旭军 梁 静 (740)

(三) 行政行为

从形式审查到实质审查的转变

——论我国婚姻登记行政诉讼的审查标准

..... 浙江省杭州市中级人民法院 陈 晨 (751)

预防性行政诉讼的构建与规范

——以政府信息公开诉讼为视角

..... 福建省霞浦县人民法院 陈伏发 (760)

从“被补偿”到“要补偿”

——以农民参与为视角探讨集体土地征用制度的改革

..... 江西省吉安市中级人民法院 陈春华 (769)

行政允诺案件审理的逻辑断层与修正

——围绕缺失审查允诺本身展开

..... 苏州工业园区人民法院 张志斌 (778)

故意·过失：工伤认定中第三人过错因素考量

——兼论工伤认定之实质要件

..... 福建省厦门市思明区人民法院 赖华平 (789)

政府消费警示的可诉性探析

——以“多宝鱼案”、“砒霜门”为出发点

..... 福建省福州市马尾区人民法院 李晓萍
福建省福州市中级人民法院 张 弛 (798)

破解山林权属纠纷的“循环怪圈”

——兼论行政裁决司法变更权的赋予与规制

..... 江西省铜鼓县人民法院 刘量力 (807)

在尊重与制衡之间

——试论对行政裁量基准的司法监控

..... 广州市番禺区人民法院 卜晓虹 (817)

透视“连环行政诉讼”的背后

——以拆迁纠纷为样本的实证分析

..... 北京市海淀区人民法院 杨晓玲 凌 建 (828)

行政处罚与刑罚的适用衔接

——挑战、批判与重构

..... 陕西省西安市中级人民法院 岳 心 (838)

跨越行政处罚与刑事处罚的楚河汉界

——论违法与犯罪处理衔接问题

..... 北京市朝阳区人民法院 冯诏锋 (846)

二、行政诉讼程序

(一) 行政不作为司法审查

行政拒绝履行行为的司法审查标准研究

——以行政作为与不行为的性质界分为视角

..... 上海市第一中级人民法院 姚佐莲 (856)

论对明示拒绝型行政不作为案件的司法审查

——以行政作为与不作为的界分为起点

..... 广东省深圳市罗湖区人民法院 曹中海 (865)

论行政不作为的合法性审查

——以课以义务诉讼案件审理模式为中心

..... 河南省南阳市中级人民法院 宋黎晓 闫林白云 (874)

(二) 当事人资格

行政相对人诉权保护探析

——兼论“利害关系人之诉”制度构建

..... 江西省上饶市中级人民法院 方龙华

江西省上饶市信州区人民法院 汪群 (882)

论行政裁决诉讼模式的选择

——“形式当事人诉讼”在我国的实现

..... 福建省三明市中级人民法院 牟旭 陈翔熙 (890)

论商标授权确权行政案件中适格当事人的制度构建

——以保障当事人诉权为基点的研究

..... 北京市第一中级人民法院 杨力 (900)

论行政诉讼权的保障与规制

——以行政审判权资源的合理配置为视角

..... 江苏省无锡市中级人民法院 雷遥 华敏洁 韦苇 (909)

(三) 裁判方法

利益衡量方法在行政审判中之运用

——以行政确认违法判决为例

- 福建省福州市中级人民法院 李瑞钦 (919)
- 论我国行政诉讼指导制度的构建
- 广东省高级人民法院行政庭 刘德敏 (928)
- 行政诉讼合法性审查中的有限与能动
- 以证据证明标准为视角
- 四川省成都市武侯区人民法院 陈 惠 (939)

三、行民交叉案件

- 试论行政行为有限公定力理论在民事诉讼中之适用
- 广西壮族自治区柳州市鱼峰区人民法院 黄 亮 (948)
- 论行政行为效力中止制度
- 兼论民行交叉纠纷实质性化解的途径
- 山东省日照市中级人民法院 公衍义 (956)
- 遵循类型化的思考
- 典型行民交叉案件诉讼模式构想
- 天津市第一中级人民法院 陈 晨 (964)
- 行政与民事争议关联案件的诉讼研究
- 大连海事法院 李 爽 (973)
- 论审判效果的程序治理
- 以创建不动产案件“行民合审”机制为例
- 江苏省盐城市中级人民法院 刘仁海 (984)
- “官了民了”的社会期许与实践回应
- 论行政诉讼中关联民事纠纷的“一并解决”
- 江苏省南通市通州区人民法院 刘惠冲 葛 娟 (993)
- 冲突与平衡：民事、行政交叉案件审理模式探索
- 江苏省南通市中级人民法院 郭相领 (1003)
- 超越分合：民行交叉案件的一次性审理机制探究
- 福建省漳州市中级人民法院 王恺丰 (1013)
- 论民事诉讼中附属行政争议的解决路径
- 基于程序与实体的双重构建
- 湖北省咸宁市中级人民法院 王洪斌 (1022)
- 民事诉讼中民行交叉案件若干焦点问题研究
- 湖南省高级人民法院 张乐夫 (1032)
- 民事诉讼中的行政先决问题研究
- 海南省高级人民法院 苏志辉 (1042)

并行诉讼：民行交叉案件审理新模式探析

——以不动产登记民行交叉案件为研究视角

..... 福建省总工会 纪荣凯 (1051)

房屋权属登记民事行政交叉案件审理困境与出路

——现有法律框架下的路径选择

..... 浙江省建德市人民法院 刘承娜 (1062)

寻困境中的出路：房屋权属登记行为下行民交叉所涉的

民事权利救济途径之探究

..... 安徽省池州市贵池区人民法院 陈鸽君 (1072)

四、国家赔偿法律适用

(一) 赔偿程序

双重变革下打造“面对面”博弈的平台

——以赔偿听证模式选择与赔偿委员会功能定位为视角

..... 上海市崇明县人民法院 高佳运 (1082)

司法赔偿申诉程序的制度构建

..... 四川省高级人民法院 罗登亮 李 洁 (1092)

正当程序视野下的司法赔偿程序设计

..... 新疆生产建设兵团农四师中级人民法院 王成军 (1101)

(二) 责任认定与审查

行政不作为国家赔偿因果关系探析

..... 福建省福州市中级人民法院 高贇燕 (1109)

游离在政策和规则之间：国家赔偿视野内的因果关系判定

..... 云南省昆明市五华区人民法院 毛希明 (1120)

反思与构想：行政不作为国家赔偿司法审查规则之新考量

..... 重庆市高级人民法院 王必伟 王 乐 (1127)

博弈、试错与规制

——赵作海国家赔偿案的司法启示

..... 江西省宜春市中级人民法院 贾 莉 (1135)

物权登记错误赔偿案件审理方式之选择

——以《物权法》第21条为例的分析

..... 宁夏回族自治区青铜峡市人民法院 冯国超 (1146)

(三) 赔偿形式与追偿

解构与重塑：国家侵权精神损害赔偿制度

——以民事侵权精神损害赔偿制度为参照

..... 北京市东城区人民法院 代 净 (1152)

国家精神损害赔偿量化模式研究

..... 湖南省醴陵市人民法院 高建明 (1161)

国家赔偿之追偿制度研究

..... 山西省高级人民法院 张 虎 (1173)

附一：全国法院第二十二届学术讨论会三等奖、优秀奖名单 (1183)

附二：全国法院第二十二届学术讨论会组织工作先进奖名单 (1211)

附三：全国法院第二十二届学术讨论会组织工作特别奖名单 (1212)

下 册

第二编 行政法与国家赔偿法适用

一、行政法律适用

(一) 法律适用

论行政法上的类推适用： 以类推适用民法规范为中心

徐 军 江厚良*

随着学界对概念法学的扬弃,“法律必有漏洞”被广泛接受,即法律漏洞存在于包括民法、行政法、刑法在内的所有法域。囿于公、私法之分立,学界通常认为作为填补法律漏洞最为常用的方法之一的类推适用不具有公法价值,即不能在行政法上运用。但是,基于平等原则(实质意义上的法治原则)以及法官不得拒绝裁判等原则的要求,在对“可能的文义”进行解释之后仍不能消弭法律漏洞时,法官应当运用类推适用。为此,需要分析和探讨行政法上类推适用的合法性及其特殊性,尤其是当行政法体系内的现有法律规范不能满足类推适用的需要时,^①跨法域类推适用相类似的民法规范的正当性以及类推适用的要件和规则。

一、问题由来:一则《公报》案例一带而过的类推适用

【案例】 2004年6月,原告杨庆峰在工作时左眼被溅入铁屑,滴入眼药水后疼痛缓解,故未去医院检查。2006年10月,原告感觉左眼剧烈疼痛,视觉模糊,经诊断左眼“外伤性白内障、铁锈沉着综合症、眼球内附异物”。同年10月13日在医院手术取出铁屑。2007年4月9日,原告向无锡市劳动局提出工伤认定申请,被劳动部门以其提出的工伤认定申请超过规定的申请时效为由不予受理。原告不服,遂提起行政诉讼。^②

本案的争议焦点为“工伤事故发生时伤害后果尚未发生,伤害后果发生后经医生诊

* 江苏省扬州市中级人民法院。

① 对于法律规范与法律规则、法律原则的关系,学界观点不一。笔者认为,法律规范包括法律原则和法律规则。这是因为“当前法律原则研究的一般模式认为,法律规则和法律原则都共享一个上位的概念,即法律规范”。参见刘叶深:《法律规则与法律原则:质的差别?》,载《法学家》2009年第5期。

② 《杨庆峰诉无锡市劳动和社会保障局工伤认定行政纠纷案》,载《最高人民法院公报》2008年第1期。

断证明确系工伤事故导致的,应当如何确定工伤认定申请时效的起算时间”。对此,现行法律并无明确的规定。二审法院在对“事故伤害发生之日”的“可能的文义”进行解释的同时,运用类推适用的方法填补前述法律漏洞。法院认为,“工伤认定申请时效虽然与民事诉讼时效不同,但在判断时效起算时间时,应当参照民事诉讼时效起算时间的规定。即劳动保障部门在确定工伤认定申请时效的起算时间时,应当以工伤事故伤害结果实际发生的时间为标准”。这里的“参照”应视为类推,即法官类推适用民事诉讼时效的起算时间以填补行政法未规定工伤认定申请时效起算时间的法律漏洞。然而,二审判决对这一跨法域的类推适用只是一带而过,既没有论证其合法性,也没有充分分析、说明类推适用成立的法律理由。由此,引发了这样的疑问,即行政法出现法律漏洞时,能否运用类推适用予以填补,以及能否类推适用民法规范?行政法上类推适用的特殊性为何?类推适用民法规范应当符合什么样的要件,并遵循何种规则?等等。

二、理论分析:行政法上类推适用民法规范的容许性

(一) 法律漏洞与类推适用

人认识能力的有限性使得制定法不可能自满自足,因而法律漏洞的存在不可避免;同时,法律语言的模糊性和不明确性,构成了法律的“灰色空间”,需要予以解释或补充。所谓法律漏洞是指“法律体系上之违反计划的不圆满状态”。^① 法律漏洞的存在意味着某一生活类型或社会关系欠缺法律规范的调整,或者现行的法律规范对其调整不合理。因此,有漏洞就必须补充,否则法律规范人际关系、协调各种利益冲突、维护社会公平正义以及法律秩序的目的便不能实现。同时,法律漏洞所构成的体系违反就不能消除。^② 而类推适用是填补法律漏洞的主要方式之一。通说认为,类推适用的理论基础是“相同之事物,应为相同之处理;不同之事物,应依其特性,为不同之处理”的平等原则(或者说公平原则)^③。但仅以此为据,仍显不足。有学者认为应当从四个方面认识类推适用,即制定法存在漏洞而漏洞必须补充是首要前提,法官不得拒绝审判原则的确立使类推适用成为可能,制定法作为司法优先地位的法律传统使其成为历史必然,且类推适用体现了法律正义价值。^④ 笔者认为,类推适用的理论前提包括但不限于上述四个方面,比如,法官享有自由裁量权同样构成类推适用的理论前提。这是因为规范与事实之间张力关系使得法律不可避免会出现法律空白、法律漏洞、法律冲突等诸多不足。而法官多数情况下必须解决纠纷、作出裁判。^⑤ 所以,唯有法官享有自由裁量权,才能使其在遇有法律漏洞等不足时,能够通过类推适用等方法予以填补。但是,需要强调的是在大陆法系运用类推适用填补法律漏洞的判决效果仅限于个案,而不具有一般规范的效力。

① 黄茂荣:《法学方法与现代民法(第五版)》,法律出版社2007年版,第377页。

② 梁慧星:《民法解释学》,法律出版社2003年版,第264页。

③ 林腾鹞:《行政法总论》,台湾地区三民书局2000年版,第79页。

④ 屈茂辉:《类推适用的私法价值和司法运用》,载《法学研究》2005年第1期。

⑤ 有学者行政诉讼中存在“立案政治学”,法院通过对“案件法律量”的审查来主动筛选案件,从而达到“选择性立案”的目的。参见应星、徐胤:《“立案政治学”与行政诉讼率的徘徊——华北两市基层法院的对比研究?》,载《政法论坛》2009年第6期。

（二）行政法上类推适用的合法性判断

1. 学说观点的梳理。对法律漏洞的承认，并不意味着类推适用在公法领域具有当然的合法性。对此，学界有两种观点。否定说基于对法的安定性以及罪刑法定、依法行政等原则的强调，从而禁止类推适用。否定说认为“必须在公法中实行法定主义，法的正义和公平价值必须让位于法的绝对安定性价值”。^①而且，将法律规定“可能的文义”之外的生活类型归入其中，使得法律规定丧失可预见性，从而破坏了法的安定性。此外，允许法官通过类推适用填补法律漏洞违反了立法的民主性原则，构成了对立法权的侵害。肯定说认为类推适用“固然有其独特的私法秉性，但不能由此而绝对地否认它所蕴涵的公法价值”，并认为基于实质意义上的法治国家原则，行政法上“类推适用制度不违反立法的民主性原则及法的安定性原则”，而且可以“避免行政机关侵损法律保留原则”。^②

2. 对否定说的简单回应。否定说的理由可以概括为行政法上的类推适用侵害法的安定性原则和立法民主性原则。法的安定性原则即为考夫曼所说的“法律本身的安全性”^③。具体而言，其包括内容层面的明确性和形式层面的稳定性、可靠性。^④否定说担心类推适用使法律永远处于一种不确定性的状态，公民对自己的行为缺乏稳定的预期。笔者认为，类推适用与法律解释一样，必须在法律规范所遵守的法律原则以及规范意旨之内，基于“同类事物相同处理”之要求探究立法者的意图和目的。因此，类推适用不至于逾越公民的合理预期，进而破坏法的安定性。而且，法的安定性并不单指规则层面的安定，它同时包含法律原则层面的安定。同理，通过类推适用填补法律漏洞，“不仅不是对立法民主性原则的违反，相反却是对该原则的修饰和加强。”^⑤值得追问的是法的安定性原则和立法民主原则没有成为民法禁止类推适用的理由，为何却成行政法上类推适用的理论障碍？事实上，上述原则在民法和行政法中具有同等地位。

3. 行政法上类推适用的理论基础——以法律保留原则为核心。行政法上类推适用合法性的判断，需要厘清类推适用与法律保留原则之关系。所谓法律保留原则，是指行政机关只有得到法律授权才能活动，没有法律授权，行政机关不能合法地做成行政行为。^⑥而类推适用恰恰是在法律未明确规定或授权的情况下，将某一法律规范类推适用于立法者应当规制而事实上未规制的社会生活类型。如果该社会生活类型属于法律保留事项，那么，这一类推适用无疑在形式上构成了对法律保留原则的“违背”。笔者认为，对法律保留原则的遵循并不等于行政法禁止类推适用，而应理解为法律保留原则限制了类推适用的范围。其理由有：一是法律保留原则的调整范围不断扩张，却没有扩展至所有行政领域，至少在其未扩张的领域有类推适用的空间。二是低密度法律保留事项的存在使得类推适用成为可能。不论是何种法律保留理论，都认可低密度法律保留的存在。三是

① 屈茂辉：《类推适用的私法价值和司法运用》，载《法学研究》2005年第1期。

② 刘志刚：《论行政法视野中的类推制度》，载《现代法学》2008年第6期。

③ [德]阿图尔·考夫曼著：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第274页。

④ 依德国学者的观点，法的安定性具有内容和形式两个方面的含义，有关论述可参见：[德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第106页。

⑤ 刘志刚：《论行政法视野中的类推制度》，载《现代法学》2008年第6期。

⑥ 于安：《德国行政法》，清华大学出版社1999年版，第25页。

立法机关能力的有限性以及立法程序的繁琐性决定了法律保留不可能覆盖所有行政领域。行政活动的复杂性、即时性等特点决定着立法不可能满足行政活动的需要,使得一些事项排除在法律保留事项之外。四是现代行政管理活动的专业性、技术性的特点,客观上使得一些法律规范的制定必须保留给行政机关。由此,笔者认为,应当对法律保留事项作层级化区分。依据我国《立法法》的规定,可以把法律保留事项区分绝对保留事项和相对保留事项,前者主要是有关“犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度”事项,除此之外的事项即属于后者。由于绝对法律保留事项“必须由全国人大及其常委会以法律的形式加以规定”,因此,应当禁止法官运用类推适用填补属于绝对保留事项的法律漏洞。与之相反,对于相对法律保留事项不应禁止或者说容许类推适用。此外,属于法律保留之外的事项以及技术性、细节性、次要性事项应当容许类推适用。

(三) 行政法可否类推适用民法规范

德国学者奥托·迈耶基于公法与私法的分野认为,“不应以类推方式援引民事法律规定来改善和补充行政法。法律类推只是在解释法律本意时才可适用,而民事法规的本意与公法关系之间并无相似性”。^①德国学者 E. Forsthoff 将行政法适用民法规定分为二类:一系真正之类推适用,一系视民法规定为一般法规范而直接适用。兹后,有学者主张以“变换原则”代替类推适用。^②笔者认为,在行政法未明确规定诸如诚实信用、公序良俗等原则的情况下,在行政案件裁判中适用上述原则应认定为行政法对民法原则的类推适用。这是因为行政法对诚实信用、公序良俗等原则适用需要法官根据行政法的原理对其适用的法律效果作必要的修正。也就是说,除类推适用外,并不存在行政法对民法规范的直接适用。至于“变换原则”,实际上是行政法对民法概念的借鉴和转化,其并不同于类推适用。

笔者认为,容许行政法类推适用民法规范主要基于以下几点:其一,由于社会法的发展、行政法范围的扩张以及私法的多元化等原因,“今日之公法和私法的分立关系已不是简单的公私法对立关系,而是在宪法和法律分层基础上的以宪法作为共同基础的公私法分立关系”,而且“在必要的范围应适当模糊公法和私法界线,确保‘社会’目标的实现。”^③因此,界限模糊的公法、私法之分不应成为否定行政法类推适用民法规范的理由。其二,“公法和私法同样是法,在规范人与人的意思和利益之点是具有共通的性质。”^④依此,行政法与民法之间不仅有共通的理念,而且有着共同的法律原则和法律规则,从而使得行政法类推适用民法规范成为可能。其三,与民法相比,行政法的发展仍较落后,规范密度较低,有时难以从其内部寻找到可资类推适用的法律规定以填补法律漏洞,进而只能寻求相类似的民法规范。

① [德] 奥托·迈耶著:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆 2002 年版,第 122 页。

② 吴庚:《行政法之理论与实践》(增订八版),中国人民大学出版社 2005 年版,第 24 页。

③ 龙卫球:《公法和私法的关系》,载 <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=26953> 于 2010 年 7 月 20 日访问。

④ [日] 美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 203 页。