

厦门大学法学院公法系列

总主编：朱福惠

行政法学专论

Research on Administrative Law

周刚志 © 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

厦门大学法学院公法系列

总主编：朱福惠

行政法学专论

Research on Administrative Law

周刚志◎著



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政法学专论/周刚志著. —厦门:厦门大学出版社, 2009. 7

(厦门大学法学院公法系列/朱福惠主编)

ISBN 978-7-5615-3304-8

I. 行… II. 周… III. 行政法学—研究—中国 IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 110907 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门金凯龙印刷有限公司印刷

2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:19.25 插页:2

字数:333 千字 印数:1~2 500 册

定价:28.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

作者简介

周刚志,厦门大学副教授,2004年毕业于武汉大学法学院,获法学博士学位,2006年进入厦门大学法学博士后流动站,已经在《税务研究》、《审计研究》、《厦门大学学报》、《现代法学》、《法商研究》等刊物发表论文30多篇,在北京大学出版社个人专著1本,在科学出版社出版合著2本。其中,《论公共财政与宪政国家》(北京大学出版社2005年出版)获福建省优秀法学成果奖“二等奖”,福建省人文社会科学优秀成果奖“三等奖”。目前为本科生、研究生开设了宪法学原理、财政宪法学、比较宪法、财税法等课程,其中“比较宪法—财政宪法制度比较研究”为“厦门大学硕士学位优质课程”示范课程,“宪法学原理”及“财税法”为福建省精品课程。

序

周刚志博士的《行政法学专论》(以下简称“专论”)就要出版了。粗粗读下来,有不少感受。

“专论”对所论专题的学说进行了认真的梳理。它对行政、行政法、法律渊源、行政法原则、行政主体、公务员、公物和具体行政行为等概念的国内外学说,有着认真的讨论、分析、概括和归类,从而对行政法学上已经存在的概念性工具进行了进一步锤炼。我们从中也可以发现作者丰富的阅读,感受作者为此所付出的艰巨劳动。通过这些梳理、归类和整合,我们也能发现作者的宽广视野和宏观驾驭能力。也许,这应该归功于作者的法理学功底。

“专论”对行政法原理也展开细致的讨论。其中,不仅有对学界已经反复讨论的行政法渊源、行政法原则、行政主体、公务员、相对人权利、行政程序、具体行政行为、行政许可、行政确认、行政给付、行政裁决、行政征收、行政处罚和行政强制等原理的讨论,而且也有对刚刚开始不久的公物法、财政法的讨论以及国内所涉不多的公私法区分的讨论。由此,我们可以看到作者对学术前沿的密切关注和紧密跟踪。即使对已经反复讨论的前述行政法原理,“专论”也有自己的特点,那就是紧密联系相应制度建设的实践进行印证、概括、解释和分析,从而揭示行政法原理对行政法制度构建的意义以及行政法制度建设对行政法原理的发展。

“专论”还探讨了有关行政法制度。其中,对公务员制度的探讨,是通过权利义务、公务员法律关系和公务员的权利救济三个理论框架,来连接公务员法所设定的各项制度的。对公物制度的探讨,是通过宪法、行政法、财政法和物权法的交叉运用来进行的。因此,对这些行政法制度的研究,既体现了作者注重理论的风格,也反

映了近年来作者的学术研究兴趣和关注领域,以及把握学科板块缝隙和缝合的能力。

“专论”的出版,将对我国行政法学研究起到助推作用,也将是作者进一步关注制度运行和法律实施问题之解决的开端。期待作者有更好的新作问世。

是为序。

叶必丰

2009年春于上海意心居

目 录

序

导 言.....	(1)
第一章 行政法的基石范畴.....	(4)
第一节 行政.....	(4)
第二节 行政法	(11)
第二章 公私法区分与行政法之体系的构造	(25)
第一节 公私法区分的理论争议	(25)
第二节 公私法区分视野下的行政法体系	(36)
第三章 行政法的法律渊源	(55)
第一节 行政法的法源体系	(56)
第二节 行政法规范之适用	(68)
第四章 行政法原则论要	(89)
第一节 行政法基本原则之理论争议	(91)
第二节 中国行政法原则之实证分析	(98)
第五章 行政主体论.....	(114)
第一节 行政主体的法理内涵.....	(114)
第二节 中国行政主体概念之实证分析.....	(119)

第六章 中国《公务员法》研究.....	(128)
第一节 公务员的权利和义务.....	(130)
第二节 公务员的法律关系.....	(141)
第三节 公务员权利救济研究.....	(153)
第七章 公物制度研究.....	(163)
第一节 公物概念辨析.....	(163)
第二节 行政公物.....	(175)
第八章 论行政法上的私人及其权利.....	(184)
第一节 行政法上的“私人”概念.....	(185)
第二节 行政法上的“私人权利”.....	(187)
第九章 论行政程序.....	(194)
第一节 行政程序的宪政基础.....	(195)
第二节 中国行政程序制度.....	(210)
第十章 论具体行政行为.....	(222)
第一节 具体行政行为概念内涵之理论争议.....	(223)
第二节 具体行政行为概念内涵之理论界定.....	(229)
第十一章 应申请的具体行政行为研究.....	(240)
第一节 行政许可.....	(241)
第二节 其他应申请的具体行政行为.....	(257)
第十二章 依职权的具体行政行为研究.....	(272)
第一节 行政处罚.....	(272)
第二节 行政强制.....	(286)
第三节 行政征收.....	(294)
后 记.....	(300)

导 言

我国台湾地区行政法学者城仲模先生曾言：“行政法系具体之公法，亦为宪法之试金石。行政法研究之风气与品质，攸关法治主义之植根；国人对于行政法之关切程度，则与国家法治前途成精确之正比。欧美日等诸国，为贯彻其现代化宪政理念，莫不潜心于公法学理之阐微，并力促其蔚为具体之法制，用作实践之典范；而行政法适首当其冲，其发荣向颓，乃成为‘先进’或‘落后’国家之表徵。”^①中国进入 21 世纪以后，“法治政府”、“阳光政府”、“诚信政府”等诸多行政理念相继提出，“行政强制法”、“行政程序法”等相关立法呼之欲出，不仅凸显了行政法作为“技术公法”、“具体公法”的重要规制功能，也使中国行政法面临一个重要的立法发展时代。并不夸张地说，中国目前正在经历一个“行政法时刻”。当然，由于中国社会独特的国内国际环境，及其所决定的政府职能与国家权力结构，中国的行政法治建设也必然面临诸多困境。

诚如季卫东教授所言：“西方是在城邦自治、教会抗衡、商人造反等历史条件下签订城下之盟，宪法原则既是自然法信仰的体现，又是市民社会与国家主权妥协的结果。但是在非西方社会，所谓‘民主化’的政治改革中其实存在着一种默示的前提：即被变革的对象不是国家行使权威的机会结构，而是民众的传统行为方式。无怪乎，尽管‘发展挂帅的行政’病态扩张，长驱直入，而许多颇具自由主义色彩的知识分子也久能宽恕为怀，其原因概由此而起。所以，在这里宪法的基础不是自然权和社会契约的精神，而不得不是国家机关的统治良心和反思理性。”^②与西方国家不同的是，中国等亚非拉国家或地区自进入近世纪时期之后就陷入经济与政治的“双重困境”；就国际环境而言，西方列强凭借船坚炮利虎视眈眈，以武力推行所谓“自由贸易体制”，使亚非等不发达国家和地区陷入经济停滞与政治动乱的“泥沼”；就国内环境而言，民众传统的生

① 城仲模：《自序》，载城仲模著：《行政法之基础理论》，三民书局 1983 年版。

② 季卫东著：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，中国法制出版社 2004 年版，第 9 页。

活方式与行为习惯遭遇现代化的挑战,传统的经济形式在商品经济的冲击之下举步维艰。于此背景下,在 20 世纪的中国,国家的强大而不是有限政府成为社会变革的首选目标,宪政的期许让位于生存的保障,个人的自由屈从于国家的权威,行政权力的扩张与国家强盛、经济发展等目标链接在一起,成为政府权力恶性膨胀的注脚。^① 即使是在当今时代,中国行政法学界之“控制行政权”的呼吁在很多情况下极易沦为少数知识精英的个别诉求,难以得到社会的普遍响应;法学家们借鉴西方国家之权力滥用的标准所构建的司法审查基准也可能会因为脱离了原有的社会背景而难以在中国的行政审判实践中存活,会因为缺乏宏观宪政体制的支持而难以取得实效。

然而,尽管面临诸多障碍,“行政法治”依然无可回避地成为当今中国社会的时代主题——在中国由传统社会向现代社会转型、由计划经济向市场经济转型的过程中,社会基本价值观的改变、新财富和权力来源的开辟,以及政府权威的扩大、受制于政府的活动的增加,等等,都可能会加剧腐败的形势,尤其是行政腐败的现象。^② 譬如,在 2006 年一项企业调查中,全国有近 4000 家企业有 80.2% 回答发生了用于政府和监管人员的非正式支付;2004 年的一项企业家调查中,有 65% 认为官员贪污腐败对企业的经营和发展造成了影响,其中 36.5% 认为“问题比较严重”甚至“威胁到企业生存”。世界银行在 2006 年所进行的中国 120 个城市竞争力调查报告中指出,企业用于娱乐花费和旅行的“非正规支出”介于 0.7% 于 2.3% 之间,平均每年约为 5000 亿元(尚未包括

① 发展经济学的学者们对于发展中国家独特的经济发展条件进行了比较深刻的发掘。概括起来说,他们认为发展中国家的特殊经济条件包括“资本匮乏”、“人力资源”、“人口流动”、“技术落后”等等因素对经济发展的阻碍作用。针对这些问题,经济学学者提出了许多不同的思路和方案。其中,强调国家的积极干预几乎已经成为发展经济学家们的共识。例如,针对资本匮乏的难题,可以利用政府在融资中的优势集中全社会的财力加大对基础设施建设的投资,突破经济发展中的“瓶颈”;针对人力资源质量的相对不足,可以由国家加大对教育的投资,特别是推进国家的基础教育和职业教育,以迅速提高群体国民的素质;针对人口流动对经济发展造成的障碍,更是必须加强国家的干预力度,政府可以逐步增加对于社会保障的财政支出,运用各种财税手段缓解失业压力;针对技术落后的现状,政府可以利用自身的人才优势与资金优势,在技术研究与开发的过程中发挥积极作用;等等。前揭诸种理论观点均强调了政府在经济发展中的重要作用与地位。前述有关发展经济学的观点参见谭崇台主编:《发展经济学概论》,武汉大学出版社 2001 年版,第 37~41 页。

② [美]塞缪尔·P. 亨廷顿著,王冠华等译:《变化社会中的政治秩序》,生活·读书·新知三联书店 1989 年版,第 55~57 页。

直接的现金、存款、实物、信用卡划账、股权赠送等行贿形式)。据此,有学者指出:在市场经济条件下,企业需要自主、平等、公平竞争的环境,经济规律要求企业降低交易成本、减少风险,但是行政腐败的存在却严重妨害了公平竞争、大大增加了行政成本,因而危及市场经济的发展,甚至政权的经济基础。^①可见,无论是基于人权保障、政治稳定、社会安宁还是经济发展等方面的价值考量,通过行政法的发展完善推进行政法治,都是中国社会无法回避的时代课题。如果我们希望型塑以民众自觉认同为依凭的行政权威、构造以市场公平竞争为基础的法律秩序、建立以权力理性运行为原则的“能动政府”,则中国行政法学之自主、独立的发展与繁荣至为关键——它不仅是中国行政法治超越单纯“自发”、“模仿”阶段而进入“自觉”、“自为”境界的内在动力,也是中国行政法制真正屹立于世界法治文明之林的显著标志。

① 青锋著:《行政管理体制改革新思维》,法律出版社2008年版,第37~40页。

第一章 行政法的基石范畴

张文显教授曾言：“范畴及其体系是人类在一定历史阶段理论思维发展水平的指示器，也是各门科学成熟程度的标志……如果没有自己的范畴或者范畴的内容模糊不清，就不能引发共识，各门科学就无法正常地、有效地沟通、对话、合作。”^①作为人类法律理性思维的积淀，法学范畴不仅是理论分析与研究展开的逻辑起点，也在一定程度上规范着法律思维的运行方向与路径。一国行政法学的发展成熟程度，在很大程度上取决于行政法学是否具有完善、成熟的理论范畴。

顾名思义，行政法就是关于行政的法。但是，什么是“行政”？却并不是一个简单的问题。对于“行政”这个概念的界定，往往会影响行政法的概念、范围与体系。所以，我们要讲行政法学，首先就应该对“行政”、“行政法”的概念有一个比较清晰的了解。

第一节 行政

一、“行政”概念的界定方法

自近现代以来，许多行政法学家、行政管理学家都试图对“行政”概念进行界定。概括起来说，他们的界定方法大致可以分为三类：

第一种观点是从形式上界定“行政”概念，也就是从外观形式上看，行政就是行政机关的一切活动，以此与立法、司法活动相区别。譬如，日本著名行政法学者盐野宏先生认为：“从国家作用之中将作为法规范制定行为的立法作用、国家刑罚权的判断作用以及通过一定的裁判程序来判断人与人之间的权

^① 张文显著：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 1 页。

利、义务的民事司法等司法作用除去之后,所剩余的一切作用即为行政作用。”^①这种学说将从国家作用中除去立法和司法之后的其他国家作用作为行政来认识,所以被称为“控除说”或者“消极说”。^②

第二种观点是从实质上界定“行政”概念,即提炼出行政的某种本质特征来定义“行政”概念。例如:德国行政法学者沃夫认为“行政”是指“透过特别设立之机关来受到法律约束,可直接予给付(服务)、干涉、形成或部分可规划执行公众事务的行为”;日本学者田中二郎认为“行政”是“为了积极的实现国家之现实、具体的目的,而依法之规定或受法之约束,所进行的整体性的、一致性的、连续性的及形成性的国家活动”^③等等。这种学说力图概括出行政的某种特征或属性来解释其概念内涵,甚至进行概念定义,因而被称为“积极说”或者“本质说”。

第三种观点是折中的观点,力图通过综合形式与实质上的特征来界定“行政”概念。我国行政法学者大多数都是从这种角度来界定“行政”概念。譬如,姜明安教授认为:“行政是组织的执行、管理职能,作为行政法研究对象的行政主要是指国家行政机关执行国家法律、管理国家内政外交事务的职能。”^④叶必丰教授也认为:“行政是行政主体维护和分配公共利益的一种国家职能”。^⑤

以上诸种观点均各有可取之处,其中唯需注意者,乃是行政法学分析和研究“行政”与行政学或者行政管理学并不相同,行政法学一般是以“行政法治”为基本取向,而以行政诉讼及审判活动及行政复议等法律规制手段为基本视

① [日]盐野宏著,杨建顺译:《行政法总论》,北京大学出版社2008年版,第4页。

② 翁岳生编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第3页;[日]盐野宏著,杨建顺译:《行政法总论》,北京大学出版社2008年版,第2页。

③ 转引自陈新民著:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第13~14页。

④ 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年第3版,第4页。

⑤ 叶必丰著:《行政法学》,武汉大学出版社1996年版,第1页。

角,因此并非行政机关的所有活动都可以纳入行政法学理论的“行政”范畴。^①譬如:行政机关内部的协调管理行为,以及行政政策的形成与制定等等,这些或许是行政学、行政管理学或公共管理学的重要研究对象,但是却并非行政法学的关注内容,至少不是行政法学关注的重点之所在。但是,行政管理学或公共管理学的理论发展,可能会造成行政形态的重大变革,往往也会引起行政法学的相应转变。而且,随着行政法治的发展演变,原来不属于行政法学的许多内容,如“指导行政”、“给付行政”等等,近年来也得以进入行政法学的研究视野。这说明,行政法学中的“行政”概念本身也在不断的发展演变之中。但是,无论它如何发展,虽然不会与行政学、行政管理学中的“行政”概念完全融合为一,却必然受到行政法制实践及其内外环境的深刻影响。故而,从形式的角度来定义“行政”概念固然存在一定的局限性,从实质的角度来界定“行政”概念也易因为各人对“行政”的实质认识不一,而形成不同的看法,从而给“行政”概念的理解与界定造成不必要的障碍。如此,使用折中的方法或者说是“综合的方法”或许是一种比较合理的选择,但是仍然无法超越“形式界定法”与“实质界定法”的局限。基于以上认识,笔者更加赞同德国学者之“行政只能描述而不能定义”的观点。^②既然难以对“行政”进行严格的定义,不妨仅以综合性的方法对其作出概括性的说明,并随着行政法治之演进而适时改进。

二、中国行政法学上的“行政”概念

(一)中国行政法学者对于“行政”的概念界定

“行政”一词,在各国语言文字中,一般均包含有“管理”或者“执行”的意思。但是,中国行政法学界所讲的“行政”,与人们平时所说的“行政”含义有所不同,它专指国家行政机关或者法律授权的公共团体对公共事务的组织与管理活动,所以人们通常称之为“公共行政”。例如,周佑勇先生认为:“一般意义上的行政是指一般社会组织对其内部勤杂事务的组织和管理,通常称之为‘私

^① 从知识社会学的视角来看,法学教育的培养目标和法学学科的社会功能决定了法学的研究范围、研究方式。法学教育的目标主要是培养“法律人”,崇尚法治是包括行政法学在内的各门法学学科的基本精神。因此,行政法治的目标、手段及其诸种限制因素均决定了行政法学中“行政”范围。参见[美]伊曼纽尔·沃勒斯坦:《沃勒斯坦精粹》,黄光耀、洪霞译,南京大学出版社2003年版,第165页;朱福惠、刘连泰、周刚志:《宪法学专论》,科学出版社2006年版,第4~5页。

^② 转引自[德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第6页。

人行政’。行政法意义上的行政则是有特定含义的,专指国家行政主体对公共事务的组织和管理活动,又称为‘公共行政’,或称为国家行政。”这种意义上的“行政”具体包括三层含义:针对对象是公共事务、实施主体是国家行政主体、运用手段是组织和管理。^① 从其所揭示的第三层含义即“运用手段是组织和管理”所揭示的内涵而言,他对“公共行政”的界定以及其与“私人行政”的区分标准显然接近于西方行政法学说中的“公共权力运用论”观点。叶必丰、周佑勇先生都认为:“在本质上看,行政是一种对公共利益的集合、维护与分配活动。”而“公共利益是从个人利益中集合而成的一种社会的共同利益”^②。无疑,对于传统的公权力行政而言,“公共利益本位论”的观点非常深刻地揭示了“行政”的本质,进而也揭示了“行政法”的本质之所在,但是“公共利益”本身也充满了政治分歧和理论争议,将其解释为“从个人利益中集合而成的社会的共同利益”亦无法消除各种观点的尖锐对立。姜明安先生也认为:“作为行政法学研究对象的行政是公行政,主要是国家行政、形式行政,既包括国家行政机关进行的执行、管理活动,也包括国家行政机关进行的准立法和准司法活动。”^③虽然姜明安先生在这里并没有对公行政与私行政的区分标准作明确的界定,但就其实质含义而言,他所确立的标准似乎也类同于公权力运用标准。从整体上看,从“是否存在公权力的运用”这一标准界定行政法上的“行政”概念,已经成为中国内地地区行政法学界的通说。而事实上,这一通说的形成,乃是与中国行政法制中行政诉讼与行政复议在受案范围上的规定,即“具体行政行为”的概念内涵有着不可分割的内在联系。

(二)中国行政法学中“行政”的概念内涵

依据当前中国内地行政法学之“通说”,“行政”概念主要包含如下几层含义:

第一,行政的主体是国家行政机关或者法律、法规授权的社会公共组织。立法机关如西方国家的议会,中国的人民代表大会及其常务委员会,司法机关如法院、检察院等等,其内部行政管理活动不属于行政法学上的“公共行政”。中国内地地区行政法学上所讲的“行政”,主要是指行政机关组织、管理社会公共事务的“外部行政”。当然,法律法规授权的公共团体的某些行为,如高等学

① 周佑勇著:《行政法原论》,中国方正出版社 2000 年版,第 2 页。

② 周佑勇著:《行政法原论》,中国方正出版社 2000 年版,第 2 页。

③ 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年第 3 版,第 4 页。

校颁发毕业证、学位证的行为,同样也属于公共行政。

第二,行政的客体是社会公共事务。普通的社会组织如公司企业等等,其内部也有一些公共事务需要处理,此即“私人行政”或者“私行政”,不同于行政法学上所讲的“公共行政”。“公共行政”一般都是着眼于整个社会,以维护或者促进某一社会的公共利益为目的,具有鲜明的公共属性。譬如:社会治安属于公安行政,环境保护管理及治理整顿属于环境行政,对教育的扶持与督导属于教育行政,征缴税收的活动称为税务行政,等等。

第三,行政的依据是法律法规授予的行政职权。“行政”是行政机关运用公共权力处理公共事务的活动,如行政处罚、行政许可、行政征收等等,这些行为均属于公共行政的范围。而行政机关凭借金钱等非权力手段所实施的行为,则往往被排除在“行政”的范围之外。

由上所言,中国行政法学理论中的“行政”一般仅指国家行政机关运用行政权力处理公共事务的活动,而不包括行政机关所从事的民事交易活动如投资及管理国有资产等活动。当然,行政机关及其公职人员在从事的民事经营活动的时候也应该遵守相关法律,如民事法律,但是这不属于中国行政法学上之“行政”范畴。行政机关为了执行公务而实施的事实行为,譬如:公务员为了执行公务而驾驶车辆的行为等等,是否属于“行政”范畴,在我国行政法学上尚存疑义。在德国,根据联邦最高法院的观点,以关联性和目的为根据,以执行主权性任务为目的参加普通交通的行为属于公法性质,而参与一般交通的公务驾驶行为原则上纳入私法调整范围。^①我国行政法学者则认为,行政机关所实施的事实行为,以行为是否基于行政职权实施为标准,分为一般行政行为、行政事实行为与民事事实行为。^②显然,这一观点虽然严格地坚持了原有的“公权力行政”界定标准,却也带来了不少问题。譬如:此中“行政职权”应该如何界定?如果是驾驶警车追捕违法行为人当然可以认定为行使职权的行为,但是工商部门公务人员驱车前往某地进行公务检查是否仍然属于其职权范围?等等。在这些问题上,德国的“关联性”标准与法国的“公务”标准都可以作为我们判断此类行为之法律性质的参照标准。

① [德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第44页。

② 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年第3版,第365页。

三、行政法学上“行政”概念之比较与检讨

(一) 中外行政法学上“行政”概念之简要比较

如前所述,“公共行政”或者说“公权力行政”的“行政”观实际上代表了我国行政法学界的主流观点,其核心要义乃是将“行政”视为“行政权”的体现,而行政主体非使用行政权所从事的活动,不属于“行政”的范围。我国的行政法学理论也依此而奠定其理论基石,并确定了其基本体系:行政法基本原理、行政主体、行政行为和行政救济,贯穿其间的基本要素就是“行政权”。值得注意的是,在德国、日本及我国台湾地区,行政法学界对于“行政”概念的界定有所不同。譬如,我国台湾地区的著名行政法学者翁岳生先生认为:“以行政行为所适用法规性质的不同,行政可分为公权力性质及私经济行政两种,前者系以公法的方式从事行政活动,后者则本于私法的规定,遂行行政任务。”“私经济行政,又称为国库行政,系指国家立于私人的地位,适用私法规定所为的行为”,它主要包括“依私法方式辅助行政的行为”、“行政营利行为”和“依私法方式达到行政任务的行为”,^①其中政府投资设立企业的行为、政府采购行为以及政府向私人企业或者经营主体提供补助的行为等等,都是属于此种国库行政行为。私经济行政活动一般须受私法规范调整,但是由于其行为主体的特殊性,它还需要受到某些公法规范的约束,例如需要受宪法基本权利规范、行政组织法规规范等的约束。亦如翁岳生先生所言:“行政法的学科旨趣,在于检讨行政如何受到法的拘束,以确保人民的基本权利。因此,在行政机关的行为中,凡涉及人民基本权利的义务者,均应成为行政法学科的讨论课题。”^②可见,大陆地区的“行政”特指行政执行与行政管理,一般不包括“私经济行政”,而台湾地区行政法学中的“行政”则包括了一部分“私经济行政”,当然其研究领域仍然是以“公权力行政”为主。

(二) 中国行政法学上“行政”概念之检讨

然而,在我国大陆地区,受国家性质及基本制度的影响,政府从事私经济

① 我国台湾地区学者的此种分类源于德国行政法学,高家伟先生将这三种行为形态分别翻译为“行政上的私法后备行为”、“行政上的经营行为”及“以私法方式执行行政任务的行为”。参见[德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第36~37页。

② 翁岳生编:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第10页。