

行政法与 行政诉讼法

上

杨解君 著



清华大学出版社

D922.1
Y202

行政法与行政诉讼法

上

杨解君 著

D922.1
Y202

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书分上下两部。上部全面而扼要地介绍了行政法的基本理论、基本知识及本领域的前沿成果,具体包括行政法的一般原理与原则、行政法的创制与适用、行政主体理论与行政组织及公物制度、行政活动与行政行为、行政程序以及各种行为方式、行政违法与责任等内容;下部涉及行政救济、行政复议、行政诉讼和行政赔偿等内容,其中重点围绕行政诉讼制度而展开,主要包括受案范围与管辖、诉讼参加人、证据及相关程序制度、法律适用与裁判制度等内容。

本书体例新颖、形式独特、内容求新、信息量大、原理与应用相结合,各章由事例情形与问题导引、主文、问题探讨、案例分析和拓展阅读等部分组成。

本书适合法学和行政管理学本科学生、研究生及政法实践部门的工作人员学习和参考。

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

行政法与行政诉讼法. 上/杨解君著. —北京:清华大学出版社,2009.10

ISBN 978-7-302-21207-2

I. 行… II. 杨… III. ①行政法—基本知识—中国②行政诉讼法—基本知识—中国

IV. D922.1 D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 173750 号

责任编辑:方 洁

责任校对:王凤芝

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

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:清华大学印刷厂

装 订 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

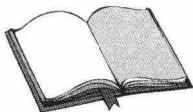
开 本:185×230 印 张:31.25 字 数:543 千字

版 次:2009 年 10 月第 1 版 印 次:2009 年 10 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:69.00 元 (上、下册)

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:022040-01



Preface

前 言

自 1986 年以来,作者一直专攻行政法与行政诉讼法学。在多年的科研与教学实践中,深感行政法学教科书对学生的专业兴趣、学习方法和知识储备之重要。对于法学教科书,如何革故鼎新,如何“于内容,应涵盖宽广又适度深入,原理与应用相结合,义理与法条相融贯;于形式,须脉络分明而体系井然,生动活泼且言之有物,”略有思考,亦曾有依己之构思主编法学丛书之行动,可惜只出版刑法学总论与分论二册(北京大学出版社 2004 年出版)。身为“授业解惑”之教师,编写一套能启发和引导学生思考并提升其学习兴趣的教科书,乃多年努力之目标,其间已有经年累月之过程。2000 年,作者在这方面作过初步尝试,法律出版社出版了《行政法学》(与肖泽晟合著)与《行政诉讼法学》(主编);2002 年,中国方正出版社出版了《行政法学》(独著)和《行政诉讼法学》(主编);2004 年发行第二版;其中,《行政法学》于 2005 年获评江苏省精品教材,申报的《行政法与行政诉讼法》于 2006 年入选普通高等教育“十一五”国家级教材规划选题,由作者主持的《行政法与行政诉讼法》课程于 2008 年被确定为江苏省精品课程。为了吸收最新的理论研究成果和立法成果,适应立法、行政和司法现实的发展,作者在原来数版的基础上对《行政法学》与《行政诉讼法学》进行了重新构思、创作和安排,整合为《行政法与行政诉讼法》(上、下)。

其中,上部为独著,全面而扼要地介绍了行政法的基本理论和基本知识以及国内外行政法学研究的最新成果,具体包括行政法的一般原理与原则、行政法的创制与适用、行政主体理论与行政组织结构以及公物制度、行政活动与行政行为、行政程序以及各种行为方式、行政违法与责任等内容;下部为合作成果(第一章、第三章,杨解君;第二章,赖超超;第四章,吴卫星;第五章,庄汉;第六章、第七章,耿宝建;第八章,汪自成;第九章、第十章,张治宇;第十一章、第十二章,蔺耀昌),涉及行政救济、行政复议、行政诉讼和行政赔偿等内容,其中重点围绕行政

诉讼制度而展开。

本部教材的特点在于：

其一，体例上，结构新颖独特。本书在体例上突破常规，各章由事例情形与问题导引、主文、问题探讨、案例分析和拓展阅读几部分组成。事例情形与问题导引，提示各章重点内容并引导学生思考；主文，简单明了，通俗易懂，深入浅出；问题探讨，提出疑难与前瞻，便于进一步研究；案例分析，其素材或精选于司法判例，或取诸现实，可供课堂讨论之用；拓展阅读，其材料则选自境内外相关素材，意在拓展视界并备查阅。

其二，内容上，承继与超越并存。著者在写作过程中，秉持“传承学术精华、开掘知识源泉”之理念，既吸收传统教材之精华，又紧扣时代脉搏，反映最新成果及著者之学术主张，内容求新，知识含量大。

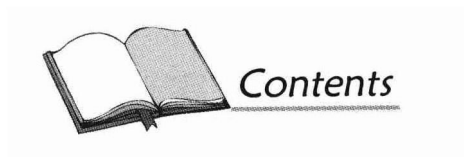
其三，思路上，注重理论与实践、原理与应用之契合。理论来源于实践，实践需要理论指导；以理论观照实践，以实践检验理论，此乃行政法理之应然。行政法学作为应用法学，不可“假大空玄”，但亦不可沉溺于细枝末节，应具有一定的理论高度。

其四，意图上，传道授业与启迪智慧并重。所谓“授人以鱼，不如授人以渔”。教材自然要授以“鱼”，更应授以“渔道”。问题之导引与提出，案例之分析，拓展阅读之材料补充，均源自著者之费心取舍，以激发兴趣、活跃思维、分析疑难。此既为主文之扩展，又为比较之线索，亦有学术争鸣之展示，以引导读者直击行政法与行政诉讼法学之前沿。

虽对本教科书的谋篇布局、观点取舍、材料遴选等思索再三，但因学力所限，遗憾自当难免。不妥之处，恳请读者批评赐教，待再版时修正。

杨解君

2009年5月12日于南京



目 录

第一章 行政法概述	1
【事例情形与问题导引】	1
第一节 行政法的界定与功能.....	2
第二节 行政法的调整对象与调整结果	17
第三节 行政法的内容与形式	26
第四节 行政法的地位与体系	28
第五节 行政法学	33
【问题探讨】	37
【案例分析】	40
【拓展阅读】	41
第二章 行政法的观念与原则	48
【事例情形与问题导引】	48
第一节 行政法的基本观念	49
第二节 依法行政原理	53
第三节 行政法的基本原则	57
【问题探讨】	68
【案例分析】	71
【拓展阅读】	73
第三章 行政法的创制与适用	75
【事例情形与问题导引】	75
第一节 行政法律规范	77
第二节 行政法的创制	87
第三节 行政法的适用.....	101



【问题探讨】	105
【案例分析】	106
【拓展阅读】	108
第四章 行政主体与行政组织	111
【事例情形与问题导引】	111
第一节 行政主体概述	112
第二节 行政机关	121
第三节 被授权组织	127
第四节 受委托组织	129
第五节 行政公务人员	132
第六节 公物	141
【问题探讨】	146
【案例分析】	147
【拓展阅读】	149
第五章 行政活动·行政行为·具体行政行为	153
【事例情形与问题导引】	153
第一节 行政活动	154
第二节 行政行为	158
第三节 具体行政行为	177
【问题探讨】	190
【案例分析】	191
【拓展阅读】	192
第六章 行政程序	202
【事例情形与问题导引】	202
第一节 行政程序概述	204
第二节 行政程序的基本原则与制度	209
第三节 行政程序的当事人	214
第四节 行政程序的运行	216
第五节 行政程序的法典化	219
【问题探讨】	224
【案例分析】	225
【拓展阅读】	227
第七章 行政确认与行政许可	234

【事例情形与问题导引】	234
第一节 行政确认	235
第二节 行政许可	239
【问题探讨】	253
【案例分析】	254
【拓展阅读】	255
第八章 行政处罚	257
【事例情形与问题导引】	257
第一节 行政处罚的概念与特征	258
第二节 行政处罚的种类与形式	260
第三节 行政处罚的原则	264
第四节 行政处罚的适用	266
第五节 行政处罚的程序	272
【问题探讨】	280
【案例分析】	281
【拓展阅读】	283
第九章 行政命令与行政强制	287
【事例情形与问题导引】	287
第一节 行政命令	288
第二节 行政强制	291
【问题探讨】	298
【案例分析】	300
【拓展阅读】	301
第十章 行政征收(或征用)与行政补偿	305
【事例情形与问题导引】	305
第一节 行政征收(或征用)	306
第二节 行政补偿	318
【问题探讨】	322
【案例分析】	323
【拓展阅读】	324
第十一章 行政合同	327
【事例情形与问题导引】	327
第一节 行政合同的意义	328



第二节 行政合同的界定·····	328
第三节 行政合同的种类·····	332
第四节 行政合同的内容——权利义务·····	336
第五节 行政合同的合法与效力·····	339
第六节 行政合同的缔结、履行与救济·····	341
【问题探讨】·····	343
【案例分析】·····	344
【拓展阅读】·····	346
第十二章 行政法上的其他行为方式·····	350
【事例情形与问题导引】·····	350
第一节 行政检查·····	352
第二节 行政奖励与行政给付·····	359
第三节 行政指导与行政计划·····	364
第四节 行政调解与行政裁决·····	369
【问题探讨】·····	372
【案例分析】·····	373
【拓展阅读】·····	375
第十三章 行政违法与行政责任·····	377
【事例情形与问题导引】·····	377
第一节 合法行政行为及其要件·····	378
第二节 行政违法·····	382
第三节 行政责任·····	390
【问题探讨】·····	397
【案例分析】·····	397
【拓展阅读】·····	398
附 录·····	405
中华人民共和国立法法·····	405
中华人民共和国行政处罚法·····	418
中华人民共和国行政许可法·····	428
行政法规制定程序条例·····	442
规章制定程序条例·····	447
中华人民共和国政府信息公开条例·····	453
湖南省行政程序规定·····	460

第一章

行政法概述

【事例情形与问题导引】

行政法是什么、干什么、有什么用等问题，自然是学习行政法应了解的基本问题。我们不妨以“黑户口”事例、高等学校与学生的关系事例作为认识行政法的引子。

例一

《中国青年报》曾发表了《多余的十五年》的长篇报道，介绍了15岁的北京女孩李雪的命运。李雪是第二个孩子，父母都是下岗工人，靠低保为生，交不起5000元钱的罚款，所以李雪一生下来就报不上户口，也不能上学读书。像这样因计划生育原因上不了户口的孩子，被称为“计生黑户”。现实生活中，这种“黑户口”并非个别现象。一个人如果没有户口，无疑会影响到他（或她）的一生：在中国目前的社会体制下，没有户口，就没有身份证，上不了学，结不了婚，就不了业。总之，在法律上就很可能“不是人”，享受不到作为公民的权利。

这种情形看似简单，实则复杂，它涉及多方面的法律、管理以及相关权利义务等问题。例如，它涉及计划生育管理（如“准生证”的发放、征收社会抚养费），相应的法律、法规主要有《中华人民共和国人口与计划生育法》、《社会抚养费征收管理办法》；还涉及户籍管理、国籍管理和居民身份证管理，相关的法律主要有《中华人民共和国户口登记条例》、《中华人民共和国国籍法》、《中华人民共和国居民身份证法》。这里我们不妨思考一下：这些法属于什么法？相关措施是什么性质的措施？如果因为当事人违反计划生育而导致“黑户口”的，应如何解决？



如果因为有关部门的违法或者过错(如公安机关遗失申报人的材料)而导致“黑户口”的,又应如何解决?对这种“黑户口”现象,如何从根本上加以解决呢?

例二

近年来,大学生状告学校的案例已经屡见不鲜,而这些案件所发生的情形及理由各有不同:有因考试作弊起诉学校的案件(如北京科技大学学生田永诉北京科技大学案),有因不授予学位起诉学校的案件(如刘燕文因博士学位诉北京大学案、因学习成绩不够好只有大学毕业证而没有学位证的张松诉重庆师范大学案、因英语成绩不及格未能获得学士学位的陈兆彬起诉华南农业大学案),有因被开除起诉学校的案件(如女大学生被校医院验出怀有身孕后,学校以“品行恶劣,道德败坏”为由将她和男友开除,他们以学校的做法侵犯了其隐私权而状告学校),还有学生要求学校退还学费状告学校的案件,等等。

学生与学校之间,是一种什么性质的法律关系呢?规范学生行为的法和调整高等学校与学生之间关系的法,属于何种性质的法?在他们之间发生的争议,是行政案件还是民事案件?学生如果认为其权益受到学校的侵犯,应该如何寻求保护和救济呢?

第一节 行政法的界定与功能

一、行政

从行政法概念的构成来看,行政法由行政与法组成。因此,对行政法的理解就需要先从“行政”一词开始。只有明确“行政”一词的内涵及其用法,才能较为准确地把握和界定行政法。“行政”一词是我们理解行政法的关键性概念和起点,它也是中外行政法学者都不能避开之语词。

行政(英文为 administration;德文为 Verwaltung)这一术语,在行政学和行政法学中都被广泛使用。由于行政本身并不是一成不变的,它可能会随国家的职能、某一时期的任务和政策取向而有所拓展或者收缩,因而往往难以被清晰地界定。但从理论上作出大致的“定义”或“描述”仍是十分必要的。

行政法意义上的行政,是一个相对于立法、司法的概念,专指国家行政或公共行政。在这一前提下,各国行政法学者对行政的定义,从方法上可归纳为如下四类。

其一,除外说(或称消极说、蒸馏说、扣除说),认为行政是除立法与司法以外的国家或其他公权力主体的活动。

其二,积极说,即试图给行政下一个积极的定义或描述。如日本学者田中二郎认为:“行政是依据法律、在法律的约束下,现实中为积极实现国家目的进行的、整体上具有统一性的、连续的形成性国家活动。”^①

其三,形式意义与实质意义说。形式意义的行政,是指行政机关所做的行为或活动都是行政,而不论它在实质上是“准立法行为”或“准司法行为”;实质意义的行政则着眼于职能及其活动,只要是国家对社会公共事务的组织管理活动,不论是由何种组织实施,都属于行政的范畴。

其四,综合说,即对行政多角度地界定。如我国台湾地区学者吴庚教授从结构(或组织)、实质和功能三个方面对行政的含义作总括性说明。^②

不过,行政法中的这些行政概念,还只是一个学理概念,现行法律并未就行政设计一个法律定义,因而尚未有法律效果问题的发生。借鉴中外学者关于行政的定义或描述,本书对行政作出如下界定:行政是国家通过一定的组织为实现国家职能而进行的公共管理活动及其过程。其特征主要表现为:

1. 行政的主体具有特定性。行政的主体是一定的国家组织或社会组织。行政是对国家事务和社会事务的管理,需由一定的法律主体来从事。行政的主体从根本上来说是国家,但具体而言则主要表现为行政机关,即从事国家事务和社会公共事务管理的国家组织。由于行政任务的多元化和复杂化,除行政机关外,非行政机关的特定组织也可根据法律或法规的授权从事一定的行政管理职能,因而也成为行政的主体。当然,组织的行政活动还需要这些组织中的工作人员来具体实施或完成。实践中,还存在行政机关委托社会组织或人员从事一定行政事务活动的情形。

2. 行政的目的具有公益性。行政应以追求公共利益或公共福祉为目的。^③行政的这种公益性除表现为行政的事务乃公共事务而非私人之事务,更主要的是其目的在于实现国家或社会的职能,这些职能至少包括建设、保卫、服务等职能。行政的最终目的应该是“为人民服务”。在这里应注意的是,并不是与个人私益有关的就不属于公益。其实,没有一种公益不涉及个人。公益,有可能体现

① 转引自[日]南博方:《日本行政法》,杨建顺、周作彩译,8页,北京,中国人民大学出版社,1998。

② 在结构上,行政是指民意代表机关或司法机关以外的国家结构或组织的总称;就实质而言,立法机关和司法机关以外的国家活动则属于行政的范畴,即便是法院,如果处理审判以外的事务,仍属实质意义的行政;就功能而言,行政系达成国家目的之重要手段。参见吴庚:《行政法之理论与实用》,增订八版,7~10页,台北,三民书局,2004。

③ 参见翁岳生编:《行政法(上)》,11页,台北,元照出版有限公司,2006。



为全体国民的公益、部分国民的利益以及为特定个人利益的公益等多种情形。^①公益与私益,既可能全部或部分重叠,也可能相互冲突。因此,行政在追寻公益时,亦须尊重私益,注意对个人的私益加以保护。

3. 行政活动具有整体性与能动性。司法具有个别性和消极被动的特征,而行政则呈现出整体性、连续性、积极能动的特征。行政作为一种活动,在现实中表现为若干个单独的行动,但这种具体行动与国家职能和政策的整体相关联,必须始终一贯,在整体上保持统一性和连续性。因此,行政是由若干具体行动构成的整体(当然,我们也可以对各个活动方式加以单独考察和分析)。同时,行政具有能动性,它可应时势的需要主动出击,以保护公共利益、个人利益的实现,在这方面明显不同于司法的被动性(“不告不理”)。

4. 行政具有过程性。行政不仅是一种实体活动的过程,而且是一种程序的过程,它具有实体与程序的统一性。对行政的活动,不能只限于一种实体活动的理解,还必须将它视为一个过程、一套程序的实践。行政是对国家事务和社会事务的管理,这种管理包含着为完成目标而进行的一系列行动,具有一定的步骤、阶段、顺序、方式、时限等内涵。

5. 行政具有法定性(合法性)与(自由)裁量性(合目的性)。应该说,行政本身并不包括法的要素,行政这一概念本来与法毫不相关,它随国家的产生而产生。近代以来,为了保障人权和防止行政的独断专行,要求行政必须依法,必须受法律的控制,由此,法定性也就成为行政的特征。法定性,要求行政活动的主体、行为及其过程等要有法律(或授权法)的依据,现代行政是依据法律(包括授权法)的行政。一般来说,没有法律依据的行政,在法律上是站不住脚的。不过,行政的法定性中的“法”并不仅限于严格的“法律”,还包括其他法律形式;也不只意味着必须要有具体法律规则的依据,它还意味着行政须遵循法律原则、习惯法、判例法甚至法律规范所蕴涵的法律价值等。我们在理解行政的概念时,必须将行政与法相结合。正是由于行政始终存在着随意性,所以需要用法来规范、约束行政。正如一位日本学者所理解的:“行政这一概念的确定离不开一定的法律规范为前提。”^②

行政必须依法,这是法治国家的基本要求。由于行政任务的广泛、社会的变迁和发展以及人们价值观念的变化,立法者不可能对所有行政事务都加以规定甚或作出详细规定,往往授权行政机关(或其他行政公务组织)可以在法律允许

① 参见陈敏:《行政法总论》,4版,8页,台北,神州图书出版公司,2004。

② [日]藤田宙靖:《行政与法》,李贵连、宋坚雷译,载《中外法学》,1996(3),73页。

的范围内行使自由裁量权,赋予行政机关一定的灵活性。基于为民服务的需要和行政目的之实现,行政机关可以采取各种不同的行为方式。即使在法律没有明文规定的情况下,行政机关在某些领域或范围内也可以采取一定措施,如行政给付、行政契约和行政指导等。行政机关是权力机关的执行机关,肩负着人民所托付的职责,是能动地实施法律的组织体和活动体。行政机关的这一地位与角色,决定了行政机关在行政活动中必须要有一定的自由裁量权。具体到行政实践活动中,如果一切行政活动都需要有国家权力机关制定的法律为根据,法律将会泛滥成灾,也会导致国家权力机关的运作机制麻痹瘫痪。当然,这种裁量的自由并不是不受限制的,它必须在法定(包括法律的原则和精神)的范围内合理、正当地进行。

这一特点也可以用另外一种表达方式来概括:行政应受法的支配——合法性与合目的性之兼顾。即就行政与法的关系而言,行政必须执行法律、适用法律,但行政本身又具有机动性,因此,行政除了必须合法外还要具备合目的性,这一点与司法存在着不同(司法是最可能正确、迅速地作出法上的判断)。^①

6. 行政应注重沟通与配合。由于行政具有整体性,行政机关以及行政公务人员应在内部分工的基础上共同合作、相互协助、沟通协调以实现国家职能;在现代社会,行政为民主行政、合作行政,还须力求为人民所接受,加强政府与人民之间的沟通和协调。

7. 行政应受到监督。行政活动必须受到严格的监督,这种监督是多维度和多层级的。首先,行政要受权力机关的监督,受其所制定的法律的约束;其次,行政在本系统内要受到行政自身的监督,包括上级对下级的监督、专门监督机关的监督(如监察机关、审计机关的监督)、公务人员受本机关或行政首长的监督;再次,行政要受司法监督,其中主要是法院通过行政诉讼途径对行政进行监督并保护公民的权益。另外,行政还要受到社会公众的监督和新闻舆论的监督。

二、行政法的概念

行政法简单地说就是有关行政(以及与行政有关)^②的法律规范的总称。行

^① 参见翁岳生编:《行政法(上)》,13页,台北,元照出版有限公司,2006。

^② 行政法所调整的“行政”范围,不仅包括行政组织地位的确定和权限的取得、行政管理活动的进行,而且还包括因行政管理活动的违法而引起的监督与救济。对行政的监督与救济特别是行政诉讼,虽性质上属于司法,但与行政密切不可分,因而行政法也包括了规范司法权方面的法(行政诉讼法)。由此,我们可简单地概括为“行政法是有关行政(以及与行政有关)的法律规范的总称”。

政法是有关行政(以及与行政有关)的法,这种最简单的定义正如民法(是有关民事的法)、商法(是有关商事的法)、刑法(是有关犯罪与刑罚的法)等部门法的常识定义一样。当然,仅此简单的定义是不够的。具体言之,行政法是有关行政的主体、职权、行为及程序、违法及责任和救济关系等的法律规范的总称。^① 对这一概念可从如下几个方面予以分析:

1. 行政法是有关行政(即主要是与行政权行使有关)的法。这是行政法在性质和内容上不同于其他部门法的区别所在。凡是行政权的行使以及与之相联系的活动,以及基于此而形成的种种社会关系,都属于行政法所规范的内容和其调整的范围。

2. 行政法的内容主要涉及行政权的行使及其后果方面。具体包括行政权的主体、行政职权的分配与设定、行政职权的行使活动或者与行政职权相关联的活动、对行政权的主体及活动的监督、对公民或组织权益的保障与救济等。从行政法的内容构成上看,大致可包括行政组织法(即行政权的行使主体的组织结构及人员、行政权的配置及权限等方面的法,主要包括行政机关组织法和公务员法)、行政行为法(即行政权如何行使之法,包括行政实体法和行政程序法)、行政监督法和行政救济法(包括对行政权行使进行监督和对其后果进行补救两个方面)。

3. 行政法是有关行政的法律规范的总称。行政法律规范是行政法的外在表现,没有行政法律规范的存在,我们则无从考察行政法现象。行政法律规范是多层级的,其表现形式也是多种多样的,它可体现于宪法、法律、法规以及判例、习惯等众多形式之中。

三、行政法的特征

(一) 行政法的一般特征

行政法作为一个独立的法律部门,除具有法律部门的共有特征外,与其他法律部门相比较又具有其自身的特性。在行政法特征的概括上,学者们一般都是从内容和形式两个方面着手,如有人认为行政法形式上的特点有:没有统一、完整的法典,法律形式多样、法律文件数量多;内容上的特点表现为:内容广泛,行政法规范易于变动,实体性规范与程序性规范相交织。^② 本书将行政法的特征

^① 在这里,行政法的概念包括了行政诉讼法。从行政法的涵盖范围而言,行政诉讼法只是其中一部分,属于对行政监督和救济部分。在我国,人们往往将行政诉讼法与行政法相并列,合称为“行政法与行政诉讼法”。

^② 参见罗豪才主编:《行政法学》,14~16页,北京,北京大学出版社,1996。

在理论上作如下概括:

1. 行政法是国内公法

这一特征是行政法在法律体系中的地位与性质的显现。理论上对一国的法律体系总体上可划分为公法与私法,行政法则归属于公法。^① 这一特征主要表现在两个方面:

(1) 与私法相区分。所谓公法与私法,概括地说,即,公法是关于国家的、政治的、支配的、他律的、公益的规范的法;私法是关于个人的、经济的、平等的、自律的、私益的规范的法。虽然划分标准在理论上众说纷纭,但一般认为,宪法、行政法、刑法属于公法范畴,民法、商法属于私法性质,诉讼法的性质则依其主法而定,也有人主张诉讼法都是公法。^② 行政法所规范的内容是国家公共管理问题,它所调整的对象是政府与公民间的关系,它所规定的行政主体、行政活动都具有公共性或公益性的特点。因此,行政法一般被公认为典型的公法形态。第二次世界大战后,随着社会福利国家的形成和给付行政的发展,公法与私法的区别日渐相对化和淡薄,出现了私法的公法化(如社会保障法)、公法的私法化(如经济行政法领域)趋势,在德、日等国还出现了“行政私法”的概念。行政法中具有公私法混合性质的规定日渐增多,吸收私法规定或将私法熔铸于行政法中,可能会使公私法的界限更加模糊。我们认为,行政法虽可借鉴私法规则,但不可能与私法完全相同,二者总会有所区别。无论在现实的法律制度上,还是在理论阐释上,公法与私法的相对差异都是存在的。

(2) 与国际法特别是国际行政法相区分。行政法基于一国国家主权而制定,效力及于本国领域,因此在性质上属于国内法而非国际法(主要规范国与国之间或国际组织的法)。随着国际关系日益密切,各国政府及其部门在行政领域内的合作日益广泛和频繁,“国际行政法”名称也开始出现于行政法论著之中,且多有不同的理解。国际行政法一词,最早见于19世纪60年代的国际法学说中,尽管直到现在学说上还没有一个明确的定义和范围,但在性质上基本属于国际法范畴。我们认为,国际行政法,即有关国际行政(指各国行政机关包括国际组织行政机构之间就某些共同性问题进行合作、协调和互助的活动以及国际组织的内部行政管理活动)的法,它应属国际法体系的一个组成部分,具体表现为国际条约及行政协定、国际组织自身的章程和国际惯例。既不能将国际行政法作为行政法(国内法)的一部分来看待,也不能将一国行政法作为国际法来对待,尽

^① 参见杨解君:《公法(学)研究:“统一”与“分散”的统一》,载《法商研究》,2005(3),11页。

^② 沈宗灵主编:《法理学》,322页,北京,高等教育出版社,1994。

管国际条约及国际惯例也可作为行政法的法律形式渊源。当然,它们之间的相互影响是存在的,尤其是在欧盟与其成员国之间,这种相互影响特别明显。^①

在行政法中,有一部分规范具有涉外性,所规范的人或事具有涉外因素,从而与纯粹是国内性质的法律规范相区别。我国在加入 WTO 后,行政法特别是在涉外经济行政领域的国际化趋势越来越明显。但这类行政法规范主要是将国际条约的规定或国际上通行的做法吸收进我国行政法规范之中,以使我国行政法规范与 WTO 的要求相一致,因而它丝毫不能改变我国行政法的国内法性质。对这类规范,我们可以称之为“涉外(经济)行政法”。

2. 行政法是政治性与技术性相统一的法

这是行政法在规范内容与应用上的特点。行政法是政治性的法还是技术性的法,一直有着不同的观点。如法国学者 P. 威尔认为,行政法不是一种法律意义上的法,而是一种政治意义上的法,人们不能比照民法上通常使用的标准来衡量行政法的规范、概念和制度。^②而如今,学者大多从一种技术操作角度来认识行政法,认为行政法是一种技术法。如日本的和田英夫先生认为:宪法具有政治性、意识形态性、国家性和民族性;而行政法则表现为技术性、手段性、合目的性。^③

行政法的特点,往往要视其参照的对象来确定。行政法,相对于民法或刑法而言是政治性的法,相对于宪法而言又是技术性的法。因此,行政法既是政治性的法,又是技术性的法,是二者的统一。行政法与宪法一样,不仅是公法而且也是政治性的法,行政法规定的事项涉及国家权力的分工(如行政权与立法权、司法权的关系及其界限)、国家与公民的关系、权威与自由的关系、社会与个人的关系、行政权与执政党政策的关系等若干政治问题,而且从行政法的产生和发展过程来看也充满着政治性的色彩。因此,行政法这一直接由宪法派生的规范国家行政权的部门法,必然具有较强(与民法、刑法等部门法相比较而言)的政治性。另一方面,行政法与宪法联系密切,从某种程度上说是宪法的具体化,具有极强的应用性与适用性。为使宪法的价值得以实现,与宪法相比较,行政法又具有强烈的技术性、操作性。在我国,行政法具有适用性,它不仅是法院审理行政案件和判断行政行为是非的依据,而且也是行政主体如何行使行政权、从事行政管理

① 参见[德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》,第一卷,高家伟译,7、17、91~94页,上海,商务印书馆,2002。

② [法]P. 威尔:《法国行政法涵义》,徐鹤林译,载中国政法大学行政法教研室编:《行政法资料选稿》,1984(1),18页。

③ [日]和田英夫:《现代行政法》,倪健民、潘世圣译,36页,北京,中国广播电视出版社,1993。