

XinShiQi

XINGZHENGFA YU XINGZHENGSHUSONGFA
DE LILUN YU SHIZHENG YANJIU

新时期

行政法与行政诉讼法的 理论与实证研究

赵东旭 张文斌 陈春娥 编著



吉林大学出版社

XinShiQi

XINGZHENGFA YU XINGZHENGSHUSONGFA
DE LILUN YU SHIZHENG YANJIU

新时期

行政法与行政诉讼法的 理论与实证研究

赵东旭 张文斌 陈春娥 编著



高等教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

新时期行政法与行政诉讼法的理论与实证研究/赵东旭,张文斌,陈春娥编著. —长春:吉林大学出版社, 2012. 5

ISBN 978-7-5601-8363-3

I. ①新… II. ①赵…②张…③陈… III. ①行政法—研究—中国②行政诉讼法—研究—中国 IV. ①D922.14②D925.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 105262 号

书 名:新时期行政法与行政诉讼法的理论与实证研究
作 者:赵东旭 张文斌 陈春娥 编著

责任编辑:孟亚黎 责任校对:魏丹丹
吉林大学出版社出版、发行
开本:787×1092 毫米 1/16
印张:16.75 字数:407 千字
ISBN 978-7-5601-8363-3

封面设计:王菊红
北京市登峰印刷厂 印刷
2012 年 5 月第 1 版
2012 年 5 月第 1 次印刷
定价:36.00 元

版权所有 翻印必究
社址:长春市明德路 501 号 邮编:130021
发行部电话:0431—89580026/28/29
网址:<http://www.jlup.com.cn>
E-mail:jlup@mail.jlu.edu.cn

目 录

第一章 行政法基本理论	1
第一节 行政法的基本概念	1
第二节 行政法的渊源	7
第三节 行政法律关系	14
第二章 行政法基本原则	25
第一节 行政法基本原则概述	25
第二节 行政法基本原则的内容	30
第三章 行政法主体	44
第一节 行政主体概述	44
第二节 行政主体的范围	47
第三节 行政主体的职权	51
第四节 行政主体之间的关系	52
第四章 行政相对人	55
第一节 行政相对人概述	55
第二节 行政相对人的范围	58
第三节 行政相对人的权利义务	61
第五章 行政行为	70
第一节 行政行为的概念、特征及内容	70
第二节 行政行为的效力	75
第三节 行政行为的分类	97
第四节 行政行为的成立要件与合法要件	103
第六章 抽象行政行为	110
第一节 抽象行政行为概述	110
第二节 行政立法	111
第三节 制定其他行政规范性文件的行政	123

第七章 具体行政行为	130
第一节 依申请的行政行为	130
第二节 依职权的行政行为	143
第八章 行政违法与行政责任	154
第一节 行政违法	154
第二节 行政责任	163
第九章 行政程序	169
第一节 行政程序概述	169
第二节 行政程序法的基本原则	171
第三节 行政程序法的基本制度	173
第十章 行政复议	178
第一节 行政复议概述	178
第二节 行政复议范围	180
第三节 行政复议法律关系主体	182
第四节 行政复议的程序	185
第十一章 行政诉讼	190
第一节 行政诉讼概述	190
第二节 行政诉讼受案范围	198
第三节 行政诉讼的管辖	205
第四节 行政诉讼参加人	212
第五节 行政诉讼证据	218
第六节 行政诉讼程序	224
第七节 行政诉讼的法律适用	232
第十二章 行政赔偿	236
第一节 行政赔偿	236
第二节 行政赔偿范围	242
第三节 行政赔偿请求人与赔偿义务机关	248
第四节 行政赔偿方式和计算标准	256
参考文献	262

第一章 行政法基本理论

第一节 行政法的基本概念

行政法学作为一门独立的部门法学,是以行政法为研究对象的,因此,行政法这一概念是行政法学首要的基本范畴,也是行政法学研究的逻辑起点。

一、行政

(一)行政的概念

行政通常可分为国家与公共事务的行政和社会组织的行政。行政法上的行政是指国家的行政及公共事务的行政,相对私人行政而言,通称为“公共行政”。我们认为,行政是指国家行政主体对公共事务的组织和管理活动。这个定义包含以下几层意思:

1. 它针对的对象是公共事务

行政活动的范围逐步扩大,现代行政已不限于管理国家事务,还越来越广泛地管理公共事务,它着眼于整个社会,遍及于整个国家,影响于全体公众,其活动总是以追求公共利益为目的,具有鲜明的公共性质,如社会治安、公共秩序、环境保护、国家教育、税务征收等等。

2. 它的实施主体是国家行政主体

对公共事务的组织和管理活动包括立法、司法和行政三种,只有国家行政主体对公共事务的组织和管理活动才属国家行政活动。这里的行政主体包括国家行政机关和法律法规授权的其他社会组织。

3. 行政活动的方法和手段是决策、组织、管理和调控

行政也并不包括行政主体的所有活动,它仅限于行政主体对公共事务的一种组织和管理活动,如行政处罚、强制、许可、征收、命令、批准、指导等等。行政主体的非组织和管理活动,如借用、租赁、买卖等等则不属于行政。

（二）行政的特征

行政作为国家行政主体集合、维护和分配公共利益的活动，具有如下不同于立法、司法的特征：

1. 行政具有持续性

行政的持续性使其与立法区别开来。立法实质上是立法主体确定利益规则的一种国家职能，这就决定立法主体履行其职能的形式是会议制，闭会期间可视为立法活动的中止，因而立法具有间断性。然而，行政即公共利益的维护和分配却是不能间断的。立法主体的闭会期间，正是行政主体执行法律，指挥和组织人、财、物对公共利益予以维护和分配的时候。因此，行政主体应持续存在，行政活动一刻也不能中止，只有行政职能的持续作用，才能维系整个国家机器的持续运转。

2. 行政具有主动性

行政的主动性使其与司法区别开来。司法实质上是司法机关处理利益冲突的一种国家职能，因此，司法机关只能以被动的方式即按照“不告不理”的原则来履行其职能，如果社会上并未发生利益冲突的各种案件或这些案件并未告到司法机关，则司法机关并不能主动发挥作用。而行政却是对公共利益的积极、主动的维护和分配活动。行政机关总是要积极主动地去执行法律，集合、维护和分配公共利益。行政机关如果不积极主动地集合公共利益，那么公共利益就无法得以增长；如果不去积极主动地维护公共利益，公共利益就会被漠视、侵犯而难以存在，更谈不上发展；如果不去积极主动地分配公共利益，个别的利益主体就无法分享该利益，这既是公共利益的浪费，也是对个人利益的侵犯。

二、行政权

（一）行政权的概念

行政权是国家行政机关执行法律规范，实施行政管理活动的权力，是国家政权的一个组成部分，从总体而言，行政权大致有下列内容：行政立法权；行政命令权；行政决定权；行政监督检查权；行政制裁权；行政强制执行权；行政裁判权等。

这个定义具有两层含义：第一，行政权由国家行政机关代表国家行使；第二，行政权系国家政权组成之一，属“国家公权”，因而，行政权多含有强制或命令的性质。社会组织或个人之间，就无所谓行政权的存在了。有时，国家可以通过法律的明文规定授权社会组织行使一定的行政权，行政机关依照法律规定可以委托社会组织或个人行使一定的行政权，但是这些行政权的范围较小，且受法律的严格限制。

要注意行政权与行政职权和行政权限的不同。

（1）行政权与行政职权不能完全等同。前者就是行政机关依法管理国家行政事务的权力，其内容多阶复杂；后者则是具体行政机关和工作人员所拥有的、与其职务和职位相适应的管理

资格和职能,是行政权的具体分配和转化形式。

(2)行政权与政权限亦有区别。行政权的具体形式——行政职权包括权力主体、权力内容、权力范围三个构成要素。行政权限即权力范围,是法律规定的行政机关及其工作人员行使职权所不能逾越的范围、界限,是行政职权的限度和构成要素之一。行政机关行使职权超越该“限度”,便构成行政越限,视为无效。

(二)行政权的特征

1. 公共性

行政权的公共性表现在行政权的设置和行使两个方面。行政权的设置在于维护和促进公共利益,公共性是行政权的合法性基础;行政权的行使必须以维护和促进公共利益为必要目的,目的正当性是判断行政权行使合法与否的必要条件之一。

2. 强制性

行政权的强制性是指行政权以国家强制力作后盾,有时甚至直接表现为直接强制行为。强制性是行政权乃至一切权力的根本属性。即使是在行政指导、行政许可、行政合同等集中体现行政民主的现代行政行为领域,强制性仍然是行政权行使的潜在保障。当利用这些温和的手段不足以实现行政目的时,行政主体将动用强制性色彩更浓烈、更直接的行政管理、行政处罚等传统行政手段。

3. 执行性

行政权的执行性是指行政主体行使行政权力都是依据相关法律法规的规定,执行立法机关意志的行为。在法无明确规定的情况下,行政主体不能自行其是。如果说立法权是一种创设权、司法权是一种决定权的话,行政权便是一种执行权,这是现代宪政发明者们在设计民主政治模式时早已精心安排好的布局,也是几百年来各国政治实践所检验过的政治文明成果。因此,执行性是行政权的典型特征。

三、行政法

(一)行政法的概念

所谓行政法,是指有关国家行政管理的各种法律的总和,是以行政关系为调整对象的一个仅次于宪法的独立法律部门,其目的在于保障国家行政权运行的合法性和合理性。它包含以下三方面的含义。

1. 行政法的核心是行政权

从内容上看,行政法主要规范行政权的取得、行使及接受监督。从价值取向上看,行政法的实质是对行政权的规范和控制,通过对行政权的控制,保障公民权利和自由。

2. 行政法的调整对象是行政关系

任何一个部门法都有自己的调整对象,行政法的调整对象是行政关系。所谓行政关系,指行政权在取得、行使和接受监督过程中与相关各方所产生的各种关系。主要包括:

(1)行政机关与管理相对方(包括公民、法人或其他组织)之间的关系,是外部的行政关系。

(2)行政机关对其内部进行管理所产生的行政关系,包括行政机关相互之间、行政机关与其工作人员之间的关系,是内部的行政关系。

(3)对行政权力进行监督过程中所产生的关系,是监督行政关系。

3. 行政法由各种法律规范构成,形式上没有统一的法典

行政法在形式上不像宪法、刑法、民法等部门法那样有一个统一、完整的法典,而是由分散于宪法典、法律、法规、规章等为数众多的法律文件中的行政法规范所构成。这主要是因为行政法涉及的社会生活领域十分广泛,大到国家的国防外交,小到公民的衣食住行,都要受到行政法的制约和调整,其涉及面之广,容纳量之大是其他部门法所无法比拟的,且行政法富于变动性,专业性、技术性又较强,因此,要制定一部包罗万象、完整统一的行政法典是相当困难的,所以,行政法一般只能是分散的、大量的行政法规范的总和。

(二)行政法的特征

1. 涉及领域广泛,内容丰富

行政法涉及的领域极为广泛,内容非常丰富。现代行政权力的极度膨胀使行政管理活动的范围扩展到社会生活的各个方面,对公民实行“从摇篮到坟墓”的全程管理。作为上层建筑的法律必定要反映这一现实,并对其进行全方位调整,这就决定了行政法内容的广泛性。

2. 行政法规范具有明显的易变性

以宪法、法律的形式表现的行政法规范因其具有一定的原则性和抽象性而具有一定的稳定性,但是由于社会经济经常处于不断变动之中,具体的行政关系也不可能一成不变,作为调整行政关系的行政法,也就需要经常进行立、改、废,以适应现实的需要。因此,行政法的稳定性相对地来说,没有其他部门法强,具有明显的易变性。当然,也不能朝令夕改,使人无所适从。

3. 实体法规范与程序法规范共存于一个法律文件之中

行政活动的广泛性和专业性使得不同行政主体的行政行为在内容上有很大差异性,而立法者通常是将某一方面职能行为的实体内容和程序要求规定在同一法律文件之中,并且使实体规范和程序规范相互交织而难以区分,如我国《治安管理处罚法》、《专利法》等。当然,包括我国在内,世界上许多国家都在程序方面试图制定一些统一性的专门程序法。但即使这样,也还是难以全部改变这种情况,而且就是已有的专门程序法,在其规范内容上也并非纯属行政程序性规范,只能说以程序规范为主。另外,行政活动复杂、多变,这使得行政法规范很难在实体

上规定得过于详尽,但因为又要加强对行政行为的法律控制和监督,所以只有在程序规范上多作规定,使得程序性规范占有很重要的地位,甚至有些国家的行政法主要就是程序法,如美国、西班牙等。

(三)行政法的地位

1. 在法律体系中的地位

在一国法律体系中,行政法是一个独立的基本部门法。法律体系是一国实定法的有序组合体,也可称为法律系统。基本部门法,是法律体系中第一层次的部门法。行政法就是法律体系中第一层次的部门法。它的独立地位,是由行政法的调整对象的独立性决定的。那种认为行政法等是仅次于宪法的、独立的基本部门法的观点,是非科学的。这是因为,行政法是作为部门法而存在的,并不是以法律规范的效力等级为基础的。效力仅次于宪法规范的只是作为法的具体表现形式之一的、最高国家权力机关制定的法律,而不是行政法等部门法。从法律规范的效力等级上看,属于行政法范畴的宪法典中的规范,效力并不低于其他宪法规范;而属于行政法范畴的法规和规章,效力低于宪法规范,也低于法律。

2. 在社会生活中的地位

(1)行政法是法治的标志。人们在生、老、病、死和吃、穿、住、行方面所形成的利益关系,大多是行政关系,可见,行政关系是一种非常广泛的社会关系。在当今社会,行政关系是否都能实现有法可依、有法必依、执法必严、违法必究,行政活动是否都有相应的法律来规范,已成为一国法制是否健全的重要标志。没有行政法或行政法不完备的社会,绝不是法治社会或法制健全的社会。

(2)行政法是民主的标志。关系的实质,是两种力量相互制约而形成的一种联系,行政关系也一样:它是行政主体对社会成员谋求个人利益的制约关系,目的是达成社会成员占有利益的社会公正性;同时它又是社会成员对行政主体集合和分配公共利益的制约关系,目的是求得集合和分配公共利益本身的社会公正性,从而保证社会成员占有利益的社会公正性。行政法的目标是要促进和实现行政民主和公正。这样,行政法发达与否自然成了一国民主发展程度的衡量标志,在宪法已经确立的社会中更是如此。

(四)行政法的作用

1. 维护社会安定,保护社会利益

行政法是规范行政权力的法。它通过规范行政权力的来源、行使等方式达到维护行政管理秩序,保障社会公共利益的目的。现代社会,社会问题越来越多,诸如环境污染、人口膨胀和不良的社会治安、工商秩序、产品质量及资源破坏等已经成为制约经济发展、损害他人或公共利益、破坏管理秩序的严重社会问题,亟待政府解决。政府解决此类问题的主要手段就是行政法律规范。行政机关通过行政立法、行政执法及行政司法(裁判)等各种手段,能够有效地规范、约束行政管理相对人的行为,促使其积极履行行政法义务,制止危害他人利益和公共利益

的违法行为,建立和维护行政管理秩序,确保行政机关充分、有效地实施行政管理,维护社会和公共利益。

2. 保护公民、法人和其他组织的合法权益

行政权力具有强制性、自我扩张性等特点,因此,国家行政机关及其工作人员在行使行政权力过程中,极易侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益,给行政相对人造成重大损失。为了保障公民、法人或者其他组织的合法权益不受侵犯,及时为遭受侵害的公民、法人或者其他组织提供补救,有必要建立一整套保障公民、法人和其他组织合法权益的法律制度,如《行政法》、《国家赔偿法》等。

3. 监督行政权力主体,防止行政权力滥用

法律赋予行政机关及其他主体以行政权力,以维护社会秩序和社会公共利益。但是,由于在客观上,行政权力具有易腐性、扩张性以及对个人权利的优越性和侵犯性,因此,必须对行政权力加以监督和制约。在各类监督方式中,最为有效或直接的监督是行政监督。《行政法》通过规定行政权力的范围、行使方式及法律责任等,可以达到有效监督行政权力主体,防止违法滥用行政权力的目的。诸如行政复议、行政诉讼、国家赔偿、行政处罚等法律制度对于防止和纠正行政机关超越职权、失职渎职、贪赃枉法、滥用职权、不当行政等具有十分重要的作用。

(五)行政法的分类

根据不同的标准,对行政法进行分类,可以更清楚地认识行政法的本质特征及其发展规律,更准确地适用行政法并实现行政目的。行政法的分类主要有以下几种。

1. 一般行政法和特别行政法

这是以行政法调整对象的范围为标准对行政法进行的分类。一般行政法是指涉及多个行政领域或较大范围的行政事项的法律规范的总称,特别行政法是指调整和规范特定行政事项或特定行政领域的法律规范的总称,例如《中华人民共和国行政处罚法》即是对我国全部行政领域中行政处罚有关事宜的一般性规定。而《治安管理处罚条例》则是对公安机关在社会治安领域实施行政处罚的有关事宜进行规范的法律。前者为一般行政法,后者为特别行政法。

这一分类的意义在于一般行政法所涉及的规范通常具有较高的概括性和较大的普遍性,它所确立的原则制度一般构成特别法的立法基础和理解与实施的基本标准。特别行政法原则上应视为一般行政法在特别领域和事项中的具体运用,因此特别行政法在遵守由一般法所确定的原则和制度的前提下可以根据实际工作的需要作出变通性的规定。有关国家机关在适用法律处理具体行政事务时应当优先适用特别法的规定,这就是所谓“特别法优先于一般法”,但当特别法的有关规定违反一般法的基本原则和制度时应当适用一般法。

2. 内部行政法和外部行政法

这是依据行政法的对象不同所作的分类。凡涉及行政机关内部管理,即行政机关之间、行

政机关与其工作人员之间的管理关系的行政法律规范,称为内部行政法。与此相对,凡涉及行政机关对社会进行管理,即行政机关在进行行政活动时与外部相对人(公民、法人或其他组织)之间关系的法律规范则是外部行政法。规范管理内部关系,是为了更有效地组织和实施对社会的管理,外部行政法是行政法的基本和主要部分。

3. 实体行政法和程序行政法

这是以行政法规范性质的不同为标准来分类的。实体行政法是指规定当事人的地位资格权能等实体内容的行政法规范的总称,如《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国国务院组织法》等。程序行政法由两个部分组成,一是规定实施实体法的方式步骤时限和顺序等程序性内容的行政法规范,即行政程序法如《行政处罚法》。二是对行政违法和行政不当行为进行监督和救济的法律规范,主要是指《中华人民共和国行政诉讼法》。

虽然在有关行政法中实体性规范和程序性规范行政程序法规范通常是交织在一起的,但是区别实体法与程序法仍有以下法律意义。

(1)在传统上,我国行政法比较重视实体性规范而忽视了相应的程序规范,实践证明,程序性规范的缺失已对行政效率的提高和相对人权益的保护构成了严重的威胁。加强程序法的立法,加强行政执法过程中的程序意识已成为我国行政体制改革的一个首要任务。

(2)尽管行政法并不存在统一的法典但行政程序的法典化却是近现代世界各国行政法制发展的一个总体趋势。

4. 行政组织法、行政行为法、行政救济法

这是以行政法的作用为标准对行政法进行的分类。行政组织法是指关于行政主体的设置、编制、职权、职责等内容的法律规范。政行为法是调整行政组织与行政相对人之间的权利义务关系的法律规范。行政救济法是对行政违法行为和行政不当行为进行监督和补救的法律规范。

5. 中央行政法和地方行政法

这是以行政法的立法主体及管辖事项和效力的地域范围不同为标准所作的分类。由国家立法机关或中央行政机关制定并且在全国范围内具有普遍效力的行政法律规范为中央行政法。与此相对,由有立法权的地方权力机关或有立法权的地方行政机关所制定的仅在本行政区域内发生效力的行政法律规范为地方行政法。

第二节 行政法的渊源

行政法的渊源,也称为行政法的法律渊源或法源,是指行政法的外部表现形式,即行政法律规范的载体。不同国家行政法的渊源也不尽相同。我国目前所讲的法的渊源一般有实质意义法的渊源和形式意义法的渊源两种不同的解释。在实质意义上,法的渊源是指法的内容的来源,如法源于经济或经济关系。形式意义上法的渊源,就是法的效力渊源,指一定的国家机

关依照法定职权和程序制定或认可的具有不同效力和地位的法的不同表现形式。根据法的效力来源不同,可以将法划分为不同的形式。

一、制定法渊源

作为行政法法源的制定法通常包括宪法、法律、地方性法规、行政立法等。宪法通常是成文的。宪法作为行政法的法源,主要确立行政法的基本原则和规定行政权的范围和行政权行使的一般要求等重大问题。法律是行政法(也是其他部门法)的最重要渊源。法律通常由国家最高立法机关(国会、议会、联邦会议、全国人民代表大会及其常务委员会等)制定,在联邦制国家,法律除由联邦立法机关制定外,联邦组成单位(州、郡、加盟共和国等)立法机关亦可制定法律。地方性法规是从属于法律的规范性文件,通常由地方权力机关(地方议会等)制定。行政立法作为法源,亦从属于法律,它通常由中央政府及其组成部门和地方政府制定。

我国作为行政法的制定法法源,大体包括下述几类:

(一) 宪法

《宪法》,是我国的根本大法,也是我国行政法的根本法源。具有最高的法律地位和法律效力,是所有立法的依据,它规定了一系列关于行政权的内容,如有关行政机关的组织和职权,国家行政机关的活动原则,公民的基本权利自由及其保护等等。宪法不仅指宪法典,也包括宪法性文件,即有关国家行政机关的组织法,以及牵涉到与行政机关的关系的其他国家机关的组织法,和其他与行政权运作有关的宪法性文件。

我国宪法所包含的行政法内容主要涉及以下几个方面:

(1)关于行政管理活动基本原则的规范。如关于依法治国、建设法治国家的原则、人民参与国家管理的原则、法制统一的原则、工作责任制原则、民族平等原则、行政首长负责制原则、行政机关工作人员接受人民监督的原则等基本原则规范。

(2)关于国家行政机关组织、基本工作制度和职权的规范。如关于国务院的组织、基本工作制度和职权的规范;关于地方各级人民政府的组织、基本工作制度和基本职权的规范;关于民族自治地方人民政府的组织、基本工作制度和基本职权的规范等。

(3)关于国家行政区域划分和设立特别行政区的规范。

(4)关于国有经济组织、集体经济组织、外资或合资经济组织以及个体劳动者在行政法律关系中的权利、义务的规范。如关于国有企业在法律规定的范围内享有自主经营权的规范、关于集体经济组织在遵守有关法律的前提下享有独立进行经济活动自主权的规范、关于国家保护个体经济、私有经济等非公有制经济合法权益,对非公有制经济予以鼓励、支持和引导,并依法实行监督和管理的规范等。

(5)关于国家发展教育、科学、医疗卫生、体育、文学艺术、新闻广播、出版发行等事业方政策的规范;关于发挥知识分子作用、建设社会主义精神文明、推行计划生育、保护环境、防止污染和其他公害的规范;关于加强国防、保卫国家安全和维护社会秩序的规范等。

(6)关于公民基本权利和义务的规范。如宪法规定了公民的基本权利和义务,以及在其权利遭受行政机关及其工作人员的侵害时所享有的申诉、控告、检举以及获得国家赔偿的权利。

(7)关于保护外国人合法权益和关于外国人义务的规范。

(二) 法律

法律包括全国人民代表大会制定的基本法律和全国人民代表大会常务委员会制定的基本法律之外的法律,法律是效力仅次于宪法的基本行政法律规范。

法律作为行政法规范的表现形式,主要包括以下情况:

(1)整体上具有行政法性质。如《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国行政处罚法》。

(2)以行政法为主要内容或重要内容。如《中华人民共和国国家赔偿法》就不仅涉及行政赔偿问题,还涉及刑事赔偿和司法赔偿问题。

(3)以其他部门法为主要规制对象,同时涉及行政法规范。例如《中华人民共和国婚姻法》中有关结婚、离婚登记的规定即属行政法规范。

法律作为行政法规范的基本内容,主要包括以下方面:

(1)关于行政权力的设定或权限范围方面的法律。如《国务院组织法》、《地方人民代表大会和地方人民政府组织法》等。

(2)关于行政权力行使及运用方面的法律。如《行政处罚法》、《税收征收管理法》等。

(3)关于对行政权力的行使予以监督及对受侵害人予以补救的法律。如《行政监察法》、《行政复议法》等。

(三) 地方性法规

地方性法规是指省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会,以及省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会,根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,所制定的规范性法律文件的总称。

我国地方性法规的制定有较大的自主权,地方性法规可以对下列事项作出规定:

(1)为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项。

(2)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。

此外,除《立法法》第8条规定的法律保留事项外,国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先行制定地方性法规,或者根据特别授权指定地方性法规。

在国家制定的法律或者行政法规生效后,地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效,制定机关应当及时予以修改或者废止。地方性法规要报全国人大常委会及国务院备案。

(四) 自治条例、单行条例

自治条例、单行条例作为行政法法源,只限于民族自治地方适用。根据宪法规定,民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济、文化的特点,制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效,并报全

国人民代表大会常务委员会备案。自治条例和单行条例作为行政法的渊源,既可以规定民族自治地方的自治机关的组织和工作,也可规定地方行政管理事务,如,一些自治地区人大制定的集市贸易管理条例、食品卫生管理条例、保护农村专业户合法权益的规定等。

自治条例和单行条例与地方性法规两者都是地方人大制定的,两者的区别如下:

(1)地方性法规必须“不同宪法、法律、行政法规相抵触”,而自治条例、单行条例则可依照当地民族的政治、经济和文化特点制定,对某些法律和行政法规的规定作某些变通。

(2)地方性法规只有省、自治区、直辖市人大及人大常委会,省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市以及某些经济特区所在地的市的人大和人大常委会有权制定,而自治条例、单行条例则可由省一级的自治区、省辖市一级的自治州及县一级的自治县的人民代表大会制定。

(3)地方性法规报全国人大常委会备案,而自治区的自治条例和单行条例须报全国人大常委会批准,自治州、自治县的自治条例和单行条例须报省或自治区人大常委会批准和报全国人大常委会备案。

(五)行政立法

行政立法一般是指特定国家行政机关依照立法程序制定行政法规和规章的活动。

行政法规是指国务院为领导和管理国家各项行政工作,根据宪法、法律以及全国人大及其常委会的授权,按照法定程序制定的规范性文件。行政法规的名称有条例、规定、办法和实施细则等。行政法规在全国范围内适用,其内容涉及政治、经济、教育、科技、文化、外事等各个方面,是行政法的重要渊源。行政法规的制定与发布形式主要包括三种情况:一是国务院制定并发布的,如《民用爆炸物品管理条例》;二是国务院批准并由各部委发布的,如《枪支管理办法》;三是国务院批准并由直属机构发布的,如《违反外汇管理处罚施行细则》等。

行政规章包括部门规章和地方政府规章。部门规章指国务院各部、委及其直属机构制定的规章。如财政部发布的《财政支农资金项目管理试行办法》、交通部发布的《船舶升挂国旗管理办法》等。根据我国宪法和组织法的规定,在国务院的各部门中,只有各部委才能发布规章,但根据行政管理的具体需要,法律和行政法规可以授权国务院的直属机构发布规章。部门规章作为行政法的渊源,数量比行政法规更多,调整着广泛的社会关系。地方政府规章指省、自治区、直辖市人民政府和较大市的人民政府制定的规章。地方政府规章作为行政法的渊源,数量也大大超过地方性法规,涉及各个行政管理领域。

行政法规、部门规章和地方政府规章在法律效力上处于不同的位阶,行政法规的效力高于部门规章和地方政府规章;部门规章和地方政府规章的效力通常取决于制定主体的行政级别。行政级别高的行政主体制定的规章的效力通常高于行政级别低的行政主体制定的规章的效力。

行政立法属于国家整个立法的一部分,因此它的效力位阶和整个立法的效力位阶紧密联系在一起。想明确我国行政立法在整个法律体系中的地位,就必须考察我国整个立法的位阶系列,我国的立法位阶如下:

(1)宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不能和宪法相抵触。

(2)法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章,行政法规的效力高于地方性法规、规章。

(3)地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章,省、自治区人民政府的规章的效力高于本行政区域内省会市、较大的市的政府规章。

(4)自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。

(5)经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。

(6)各部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力,其调整范围与相应规章制定主体的权限范围一致。

如果同一位阶或位阶不明确的法律规范发生冲突,法律适用应遵循以下规则:

(1)同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致时,适用特别规定;新规定与旧规定不一致时,适用新规定。

(2)法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人大常委会裁决;行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。

(3)地方性法规、规章之间不一致时,处理规则如下:

同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决;

地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人大常委会裁决;

部门规章之间,部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决;

根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人大常委会裁决。

(六)国际条约与行政协定

国际条约是指规定两个或两个以上国家关于政治、经济、贸易、法律、文化、军事等方面相互权利和义务的各种协议。行政协定指两个或两个以上的政府相互之间签订的有关政治、经济、贸易、法律、文件和军事等方面内容的协议。中国参加的国际条约或协定,如果规定了中国行政机关的权利义务,是否可以直接作为国内行政法的渊源,需要根据实际内容进行确定。根据中国加入世界贸易组织文件的相关规定,WTO 协定和中国入世文件关于我国行政机关和其他有关机构权利义务的规定,应当转化为中国的国内立法后才能作为行政法的法律渊源予以适用。

二、非制定法渊源

(一)法律解释

在我国作为行政法律渊源的解释一般是指国家机关的规范性解释,包括立法解释、司法解

释、行政解释和地方解释。

全国人民代表大会常务委员会作出的《关于加强法律解释工作的决议》对法律解释作出了明确规定：“一、凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。二、凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。三、不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务院及主管部门进行解释。四、凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由制定法规的省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会进行解释或作出规定。凡属于地方性法规如何具体应用的问题，由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释。”^①

在法律解释实践当中，很多法律都是在司法实践当中由最高人民法院进行司法解释，最高国家权力机关几乎不做立法解释。在司法审查过程当中针对不符合法律原意的行政解释和地方解释可以不予适用，所以司法解释在法律渊源中具有非常重要的地位。

（二）判例

判例是指可作为先例据以决案的法院判决，它所确立的一般规则不仅拘束法院本身（本法院和下级法院），而且也拘束行政机关。行政机关在实施行政行为时，也必须遵循法院相关判例所确定的原则。否则，其行为在行政诉讼中就有被法院撤销的危险。由于法院判决对行政行为发生拘束力和执行力，故其成为行政法的法源之一。

关于行政判例，作为法律工作者，所应注意的不是原来案件如何陈述和分析，而是法院的具有典型性的判决原则。它的过程是分析前例审判者对案件如何陈述，如何在事实上适用法律，进行推理得出结论，最后根据现有案件的事实从前例中提炼出现行案件所应适用的法律原则。

判例不仅在英美法系国家普遍是行政法的法源，在部分大陆法系国家，例如法国等，亦是行政法的重要法源。在我国，判例不具有法的效力，但经最高人民法院审判委员会审定、登载于《最高人民法院公报》的案例对审判实践有重要的指导作用。

现代社会急剧变迁，新生现象层出不穷。行政法作为成文法具有相对的稳定性，因而相对于社会的发展变化具有滞后性，而行政判例可以弥补这一缺点，弥补行政法的空白；且高质量的行政判例可以为日后行政法的立法提供借鉴。行政判例是行政法学研究最丰富、最有价值的实践素材，加强对行政判例的研究，必将促进部门行政法学的研究和部门行政法的发展，从而带动行政法学总论的研究和行政法的整体发展。判例是行政法学与行政法的生命力之源。

（三）习惯和惯例

习惯和惯例的词义本身并无大的区别。在作为法源形式使用时，则指两种不同的法源形式，作为行政法法源的习惯主要指某种社会习惯。而惯例则指行政主体实施行政行为的某种

^① 1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过