

| 华南师范大学法学院教材系列 |

行政法与行政诉讼法

*Administrative Law and
Administrative Litigation Law*

崔卓兰◎主编

 人民出版社

行政法与行政诉讼法

Administrative Law and Administrative Litigation Law

主 编：崔卓兰 副主编：伍劲松 江乐忠

撰稿人（按章节顺序排列）

崔卓兰 周佑勇 伍劲松 江乐忠 姜城 鲁鹏宇 李洪明 孔繁华

责任编辑:茅友生
版式设计:陈 岩

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法/崔卓兰主编. —北京:人民出版社,2010.1

ISBN 978-7-01-008655-2

I. 行… II. 崔… III. ①行政法-中国-教材 ②行政诉讼法-中国-教材 IV. D922.1 D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 013469 号

行政法与行政诉讼法

XINGZHENGFA YU XINGZHENGXUSONGFA

崔卓兰 主编

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京瑞古冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:15

字数:480 千字

ISBN 978-7-01-008655-2 定价:36.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

目 录

第一章 行政法概述	(1)
第一节 行政法的概念与特征	(1)
第二节 行政法的渊源	(10)
第三节 行政法的地位与作用	(17)
第四节 行政法律关系	(21)
第五节 行政法学	(31)
第二章 行政法基本原则	(53)
第一节 行政法基本原则概述	(53)
第二节 行政法定原则	(57)
第三节 行政均衡原则	(62)
第四节 行政正当原则	(68)
第三章 行政法的适用与解释	(72)
第一节 行政法的适用	(72)
第二节 行政法的解释	(77)
第三节 行政法律漏洞之补充	(87)
第四节 行政法解释的效力	(91)
第四章 行政主体	(93)
第一节 行政主体概述	(93)
第二节 行政主体的范围	(97)
第三节 行政主体的职权和职责	(108)
第四节 行政主体之间的关系	(112)
第五节 公务员	(115)
第五章 行政相对人	(138)
第一节 行政相对人概述	(138)
第二节 行政相对人的范围	(143)

第三节	行政相对人的权利义务	(146)
第六章	行政行为概述	(150)
第一节	行政行为的概念、特征和分类	(150)
第二节	行政行为的内容与形式	(162)
第三节	行政行为的效力	(166)
第七章	抽象行政行为	(177)
第一节	抽象行政行为概述	(177)
第二节	行政立法	(178)
第三节	制定其他行政规范性文件的行为	(189)
第八章	依申请的行政行为	(194)
第一节	行政许可	(194)
第二节	行政给付	(215)
第三节	行政奖励	(219)
第四节	行政调解	(225)
第五节	行政裁决	(229)
第九章	依职权行政行为	(235)
第一节	行政检查	(235)
第二节	行政征收	(242)
第三节	行政处罚	(246)
第四节	行政强制	(268)
第十章	其他行政行为	(282)
第一节	行政指导	(282)
第二节	行政合同	(293)
第十一章	行政程序法	(303)
第一节	行政程序	(303)
第二节	行政程序法的目标模式与结构模式	(310)
第三节	行政程序法的基本原则和制度	(313)
第十二章	行政违法与行政责任	(320)
第一节	行政违法概述	(320)
第二节	行政违法的形态	(326)

第三节	行政责任	·····	(335)
第十三章	行政赔偿与行政补偿	·····	(341)
第一节	行政赔偿概述	·····	(341)
第二节	行政赔偿的范围	·····	(347)
第三节	行政赔偿请求人与义务机关	·····	(352)
第四节	行政赔偿程序	·····	(355)
第五节	行政赔偿的方式和计算标准	·····	(360)
第六节	行政补偿	·····	(364)
第十四章	行政复议	·····	(372)
第一节	概 述	·····	(372)
第二节	行政复议的范围	·····	(376)
第三节	行政复议机关与管辖	·····	(379)
第四节	行政复议参加人	·····	(382)
第五节	行政复议程序	·····	(388)
第六节	行政复议的法律责任	·····	(394)
第十五章	行政诉讼	·····	(397)
第一节	行政诉讼概述	·····	(397)
第二节	行政诉讼法	·····	(403)
第三节	行政诉讼法律关系	·····	(406)
第四节	行政诉讼法的基本原则和制度	·····	(410)
第五节	行政诉讼的受案范围	·····	(418)
第六节	行政诉讼管辖	·····	(421)
第七节	行政诉讼参加人	·····	(429)
第八节	行政诉讼证据	·····	(437)
第九节	行政诉讼审理程序	·····	(449)
第十节	行政裁判	·····	(456)
第十一节	行政诉讼执行程序	·····	(461)
第十二节	特殊行政诉讼	·····	(465)
后记	·····	·····	(474)

第一章 行政法概述

第一节 行政法的概念与特征

一、行政

行政法,简单地说就是与行政有关的法。因此,行政是行政法的核心和逻辑起点。要深入理解行政法,首先就要明确行政的涵义、特征和内容,即必须回答什么是行政。

“行政”一词的英文是 Administration,源出于拉丁文 Administrare,从字面上分析,带有经营、管理及执行的意义,一般理解为“事务的执行”。两千多年前古希腊学者亚里士多德就曾使用过“行政”这一术语。而在中国古代,“行政”一词通常是指掌管国家政权。在《史记·周公》中有“召公、周公二相行政”的表述,《左传》亦有“行政政事”、“行政政令”的说法。

在现代社会,“行政”的涵义则更为丰富,在不同的语境和学科背景之下,“行政”往往被赋予不同的意义。但是大体上,我们对“行政”一词可作广义和狭义两种理解。所谓广义的行政,是指现代社会一切组织(包括国家、社团、企业和事业单位等)的执行和管理活动。其有公共行政(Public administration)和私行政(private administration)之分。公共行政通常是指政府部门和其他公共服务机构不以营利为目的,旨在有效增进与公平分配社会公共利益而进行的组织、管理与调控活动。私行政是指私人企业或机构以追求私人利益最大化为目的的管理和执行活动。公共行政与私行政虽然同属于广义的行政范畴,但两者在性质、目的、行为方式上和法律地位上存在本质的差别。狭义的行政,则是专指国家行政机关行使行政权力,管理国家事务的活动。按照狭义的理解,政府之外的组织体的管理活动均不属于行政的范畴。这实质上是将“行政”界定为“国家行政”。国家行政是公共行政的重要组成成分,但并非是公共行政

的全部。^①

行政法意义上的行政,不包含私人行政,仅指国家与公共事务领域的行政,即公共行政^②。换句话说,行政法是以公共行政为调整对象,行政法学是以公共行政为研究对象。至于私人行政(主要是私人企业管理)活动则不属于行政法的调整对象,而是受私法规范的约束和调整。在这一最基本的理论前提之下,各国行政法学者一直致力于对行政的概念界定,但由于现代行政是国家权力分立的产物,而现代国家权力又出现交叉和混合的状况,故要给行政下一个准确的定义十分困难。各种定义纷呈,其中比较有代表性的观点如下:

1. 执行说。认为行政是指国家意志的执行。美国行政学家F·古德诺(F·J·Coodnon)在他的《政治与行政》(1900年)一书中提出政治、行政二分说。他认为,在一切政治制度中,只有两种基础的功能,即国家意志的表达和国家意志的执行。前者谓之政治,后者谓之行政。这种观点与当时强调的议会主权、议会至上原则有契合之处,即强调行政是国家意志的执行,国家意志的制定和表态高于执行,行政只是国家活动的一种类型,一定范围内的活动,而不是一切或全部活动。但是,现代国家的政治与行政并非泾渭分明,绝对化的结论难免有失偏颇。譬如,行政决策、行政立法也是国家意志的表达,只不过在主体、范围、效力上与议会或权力机关的决策、立法有所不同罢了。

2. 管理说。认为行政是指国家事务的管理,行政即管理。美国《社会科学大辞典》就是这样解释行政的,萨佛里兹的《公共行政辞典》也将行政表述为政府事务的管理和指导。这种定义在行政学上可以成立,因为行政学的主要研究对象就是行政管理手段和方式的科学性问题,譬如如何提高行政管理效能。但是由于“管理”概念的外延要比“行政”概念的外延宽泛,从个人到家庭、从国家到世界、从物质到精神,只要有人类涉足的地方都有管理,但并非所有管理都能纳入行政的范畴。^③ 所以,仅仅

① 参见本书第四章关于“行政主体”部分的论述。

② 目前,我国行政学界普遍采用“公共行政”(而不是“行政”)的概念表示现代国家行政的发展趋势。这同西方的学术思潮是一致的。笔者认为,公共行政这一术语更能体现现代国家行政的本质和特点。但是,考虑到语言习惯和行文的便利,本书一般情况下仍使用“行政”这一术语,但它和公共行政是同义的。

③ 王惠岩主编:《行政管理学》,吉林大学出版社1996年版,第4页。

用“管理”来界定“行政”，并不能说明行政的确切含义，尚需进一步的限定和解释。

3. 消极的行政说(又称扣除说、除外说)。认为行政是除立法、司法活动之外的国家活动。日本早期行政法学家美浓布达吉提出的这种观点，立足于分权学说的基础之上，是与三权分立的宪政体制相吻合的。但有学者认为，这种形式上的定义难以说明实质问题，它间接指出了行政的外延，却无法反映行政的内涵。因为，如果说“行政是除立法、行政以外的一切活动”，也可说“立法是除行政、司法以外的一切活动”，“司法是除立法、行政以外的一切活动”。可见这是一种说明不了问题的循环定义。^①而且，现代政府行政的一个重要发展趋势即行政职能的扩张，行政权的触角也逐步延伸到传统上属于立法和司法的领域，一个行政机关很可能同时享有行政立法和行政司法权能，所以，建立在严格分权原则基础上的“排除说”，已经无法清晰表达现代行政的确切含义了。

4. 积极的行政说。即从行政的性质、特征和功能等角度给行政下一个积极的定义。例如，德国行政法学奠基人奥托·迈耶(Otto Mayer)认为：“行政在最概括的意义上是指国家为实现其目的而进行的活动。”^②日本行政法学者中田二郎认为：“近代行政，可理解为于法之下，受法之规制，为积极实现国家目的所进行的、整体上具有统一性的、连续的形成性国家活动。”^③日本行政法学者南博方认为：“行政是为适应国家社会的需要具体实施公共政策的过程及行动。”^④以上观点反映了大陆法系行政法学者试图以高度概括的方式来理解行政的本质和内涵，力求给行政从正面下一个积极的定义。但其使用的概念过于抽象和笼统。而且上述定义都把行政简单地等同于国家行政，这是一种警察国家时期的行政观，已经不能反映现代国家公共行政的发展趋势。

5. 特征描述说(又称综合说)。由于现代国家行政组织构造的复杂化、行为方式的多元化和目的功能的多样化，使行政的涵义很难加以简单

① 胡建森著：《行政法学》，法律出版社1998年版，第3页。

② [德]奥托·迈耶著，刘飞译：《德国行政法》，商务印书馆2002年版，第1页。

③ [日]田中二郎著：新版《行政法》上卷，弘文堂1974年版，第5页。

④ [日]南博方著，杨建顺、周作彩译：《日本行政法》，中国人民大学出版社1988年版，第8页。

概括,例如“消极说”未能对行政的内涵有所说明,而积极说又无法对行政作周全的界定,所以不少学者开始尝试从不同层面对行政加以描述,进行多角度的认识,以取代定义,甚至彻底放弃对行政作任何界定。例如德国行政法学者 I. von Münch 以四项特征来描述行政:(1)行政之作用系与公共利益有关;(2)行政须经由依公法组织之主体而运作;(3)既有行为之自由亦受相当监督;(4)行政作用有不同之方式。^① 也有学者如吴庚亦则不主张对行政概念作单一定义,而是从结构、实质和功能三个方面对行政的特征进行总括的说明。^②

借鉴中外学者关于行政的定义和描述,笔者认为现代行政具有如下特征:

1. 行政具有整体性与能动性。行政旨在处理公共事务,为社会生活创造秩序,从而实现国家目的。行政的领域多元,功能各异,但不同领域不同机能的行政必须服从国家统一的发展计划和政策目标。如果说司法是着眼于既往的个案问题,维护和实现特定个人与组织的“个别正义”,那么行政则是立足于现在,面向未来,着眼于全局,谋求国家与社会的整体性发展与进步,即实现“社会正义”。同时,行政为实现社会的进步和人民的福利,还必须积极主动的介入关系到国计民生的领域,成为一只“看得见的手”,解决市场机制无法解决的问题,满足社会和人民的需要。实际上,现代国家的政府行政就经历了从“消极行政”向“积极行政”的发展过渡,在福利国家和社会国家当中尤其强调行政的能动性。比较而言,行政积极主动的特征与司法“不告不理”的消极特征形成鲜明对比。

2. 行政具有公益目的性。所谓公益(公共利益)一般是指具有社会共享性的利益,所谓私益一般是指具有私的独占性的利益。而国家存在的目的就是为了有效增进与公平分配社会公共利益,作为实现国家目的

^① 吴庚著:《行政法之理论与实用》(增订五版),三民书局 1999 年版,第 6 页。

^② 他认为,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,行政系达成国家存立目的之最重要手段,行政之运作并非单纯执行法律,并负有形成符合社会正义之生活关系、规划及推动基本建设、引导及维持符合公意之政治发展等任务。为实现其任务,发挥其作为手段之功能,行政之作用可选择不同之形态。参见吴庚著:《行政法之理论与实用》(增订五版),三民书局 1999 年版,第 7—9 页。

重要手段的行政,必然以追求公共利益为基本价值取向。行政在追求公益最大化的过程中,经常要在公益与私益之间进行平衡和选择,有时公益与私益相得益彰,互蒙其利,行政不难作出选择;而有时公益与私益则相互对立,无法彼此兼顾。在此情形下,行政即应代表国家,于经过充分衡量后,得对私益有所限制,以维护公共利益。需要注意的是,行政为追求公共利益而限制人民的自由权利时,应当限定在必要的最小限度以内。换言之,行政在追寻公益时,亦须注意对个人权利与自由的尊重和保护,应当遵循宪法和法律的基本原则,不能逾越人民基本权利和人性尊严的忍耐底线。

3. 行政具有主体多元性。传统的观点认为公共行政即国家行政,行政法就是规制国家行政的法律体系。实际上,公共行政与国家行政并非同一概念。从现代各国行政的发展趋势来看,20世纪前期世界各国为弥补市场缺陷,强调国家干预,国家行政居于绝对主导地位。但是,同市场失灵一样,国家干预有时也存在失灵现象,因此,在20世纪后期,世界各国兴起了一场公共行政改革运动,逐步缩小庞大但缺乏效率的官僚行政的规模,国家还权于社会,提倡和扶持更富有效率的“社会行政”和“自治行政”的形成与发展。因此,现代公共行政已经不仅局限于国家行政,还包括其他非政府、非营利性组织对社会公共事务的管理活动。例如公共社团(律师协会、体育协会、医生协会等)的行政以及公共企事业单位(国有企业、公立学校、科研院所等)的行政,一般将这些非国家的公共组织的行政称之为“社会行政”。总之,公共行政与国家行政是一般与特殊的关系,迄今为止,虽然国家行政仍然是公共行政的核心,从事行政活动的主体主要是行政机关,但同时大量非政府、非营利性组织也参与到社会公共事务的管理活动中,并且越来越凸现出其重要的作用和地位,这样,必然会使现代行政的主体呈现多元化趋势。

4. 行政具有法的支配性与自由裁量性。行政与法的关系密不可分,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。”^①这是因为,在现代民主国家,为了防止行政权的独断专横和恣意滥用,保障基本人权,大多采行分权制衡的政治体制,这种政治体

^① [日]藤田宙靖著,李贵连、宋坚雷译:“行政与法”,载《中外法学》1996年第3期。

制强调以立法权控制行政权,要求行政必须服从国民议会制定的法律,要求行政活动的主体、行为及其过程等都必须要有法律依据,而且不能与一般的法律原则、法律精神相违背。总之,就行政与法的关系而言,一切行政作用都必须在法所容许的范围内,行政受制于法,我们可以将其概括为“法的支配”或“法治行政”。

行政必须依法实施,这是法治国家的基本要求。但是,由于社会事实的复杂性、行政活动方式的多样性、行政任务的广泛性以及立法技术的局限性,立法者不可能对所有的行政活动都加以详细规定,而且,为了保障行政部门能够灵活、机动地适应复杂多变的社会形势,也要求立法者应赋予行政机关(或其他行政公务组织)一定的判断余地和自由空间,即在法律允许的范围内行使行政裁量权。换言之,所有的抽象或具体的行政活动都位于完全的自由和严格的法律约束之间,即使受到最严格法律约束的行政活动在具体方法上也存在一定的自由。事实上,实行依法行政并不意味着法律对行政的控制程度越高越好,立法权的过剩与行政权的过剩同样都需要避免,法律对行政的规范密度应当以实现行政秩序与行政效率的最佳平衡为标准。

二、行政法的概念

行政法是一个重要的法律部门,对行政法最广义的认识即有关行政之法,但是由于各个国家社会制度和法律文化的差异,各国学者从不同角度理解和界定行政法。概括而言,比较有代表性的行政法定义主要有如下几种:

1. 认为行政法即行政管理法,可称之为管理论的行政法观。前苏联法学家马辛诺认为:“行政法作为一种概念范畴,就是管理法,更确切地说,就是国家管理法。管理主体对管理对象的影响,是借助于行政法规范来实现的。”^①这一理论在大陆法系国家和前苏联及东欧国家的行政法学中曾经占据统治地位,在我国的计划经济时代也比较流行,但该理论具有明显的片面性,它在政治上过分强调政府的集中管理,视法为管理工具,将行政机关作为管理的主体,将行政相对方作为纯粹的管理对象和义务客体,剥夺了相对方参与行政程序的主体地位,忽视了对相对方合法权益的保护。因此,该理论已经落后于现代国家民主与法治发展的总体水平,

^① [苏]B. M. 马辛诺著:《苏维埃行政法》,群众出版社1983年版,第24页。

不再具有导向性的积极意义。

2. 认为行政法是控制行政权力的法,可称之为控权论的行政法观。控权论在英美法系国家占据了主导地位,它从行政法的功能角度解释行政法。例如,美国行政法学者戴维斯认为“行政法是控制和执行各种行政程序的法律”。^① 施瓦茨认为“行政法是控制国家行政活动的法律部门,它设置行政机构的权力,规范这些权力行使的原则,以及为那些受行政行为侵害者提供法律补救”。^② 还有学者强调指出“无论是在普通法国度还是在大陆法国度,贯彻于行政法的中心主题完全是相同的。这个主题就是对政府权力的法律控制”。^③ 控权论的行政法观念是建立在自由主义政治思想的基础之上,它强调缺乏制约的行政权力必然会不断扩张,并被恣意滥用,其结果是使民主政体发生动摇,公民的自由与权利遭受损害。所以就必须以行政法来制约行政权力,防止其滥用,以维护民主政体,保障公民的自由与人权。可以说,控权论在很大程度上反映了行政法的主要功能和任务,具有相当的说服力,但控权论对现代社会所要求的积极行政、服务行政和效率行政等未给予足够的重视。实际上,行政法承担着控制行政权滥用与促进行政效率、保障行政能动性等多重任务,因此,控权论的行政法观念难免存在片面性。

3. 认为行政法是调整行政关系以及在此基础上产生的监督行政关系的法律规范和原则的总称,可称之为平衡论的行政法观。平衡论是我国著名行政法学家罗豪才教授提出的,并得到了学术界的广泛认同。平衡论以行政权与公民权的关系为核心,主张现代行政法应追求平衡,兼顾公私利益、公平与效率,平衡行政主体与相对方的权利义务关系,平衡行政主体的权力与责任,平衡相对方权利义务。^④ 为了实现这种协调与均衡的价值主张,一方面,行政法从公益目的出发,必须赋予行政机关必要的权力,并保证这些权力能有效地行使,以达到行政目标;另一方面,行政法从私人权益保护目的出发,又必须赋予公民相应的行政参与和救济权

① K. Davis: *Administrative Law Text*, P. 1. 1972。

② [美]施瓦茨著:《行政法》(英文版),第2页。

③ [印]M. P 赛夫:《德国行政法——普通法的分析》,五南图书出版公司1991年版,第4页。

④ 罗豪才主编:《现代行政法制的发展趋势》,法律出版社2004年版,第72页。

利,完善行政程序,强化对行政权的监督,这两方面都不能偏废。所以,行政法既调整行政关系又调整监督行政关系,它是调整这两类关系的法律规范的总称。

上述关于行政法概念的三种学说,在一定程度上反映了不同国家、不同时期对行政法本质与目的的多元理解。结合我国行政法的实际发展状况,笔者认为对行政法可作如下界定:行政法是有行政的主体、职权、行为方式、运作程序、法治监督以及权利救济的法律规范的总称。对这一定义,可从以下两方面理解:

1. 行政法是与行政权行使有关的法。行政法的主要内容包括两个方面:其一是规范和控制行政权的分配与设定、行政权的行使方式和程序;其二是设定对行政权的主体及活动的监督机制和对公民、组织正当权益的救济机制。从行政法的整体结构上看,大致可包括行政组织法、行政行为法和行政救济法三部分,这三部分都以行政权的行使为核心进行具体的制度设计。

2. 行政法是有行政的法律规范的总称。行政法没有统一完整的法典,而是由一系列法律规范共同构成,这些法律规范散见于宪法、法律、法规和规章等众多法律文件中,其表现形式也是多种多样。行政法是一些法律规范的总称。

三、行政法的特征

行政法与民法、刑法等主要部门法比较而言,无论是在内容、形式还是法律效力上都存在着显著不同。

1. 行政法涉及的内容广泛、技术性较强。由于现代行政涉及到国防、外交、经济、文化、教育以及环境保护和社会福利等几乎所有的社会生活领域,所以行政法与其他部门法比较而言,所调整的社会关系最为广泛。而且,由于现代行政在很大程度上表现为面向未来的创设性活动,一些全新的经济领域和社会生活领域也需要行政法的规范与调整,这就使得行政法在立法和法律适用上具有较强的专业性和技术性。

2. 行政法律规范易于变动。现代国家的经济和社会生活领域一直处在一个不断发展变化的动态过程中,与其相适应,国家的公共行政政策和行政规制方式也必须顺应形势调整和更新,而在一个法治国家里,这些行政的变迁主要是以行政法律规范为载体表现出来,因此,行政法律规范亦需不断的废、改、立,否则行政法就会阻碍社会的进步和发展从而产生

消极的后果。当然,行政法的这种易变性是与其他部门法比较而言的,行政法也是“法”,而绝非单纯的政策载体,行政法也必须具有法的稳定性、连续性和一致性,行政法的制定、修改必须遵循法定程序,而不能随意变动,朝令夕改。

3. 行政法的数量繁多,形式多样,难形成统一、完整的法典。行政法一般是由多种形式的法律规范构成的一个体系,在我国,法律、行政法规、地方性法规、行政规章、法律解释和条约协定等都可以成为行政法的渊源,这些形式多元的行政法律规范数以万计,其数量居于各部门法之首。而且,到目前为止,世界上绝大多数国家都未能制定统一、完整的行政法典。^①这是因为,行政法涉及的社会生活领域十分广泛,内容纷繁复杂,而且行政管理政策不断发展变化,有些行政领域具有较强的专业性和技术性,部分行政管理关系的稳定性较低,变动性较大,有必要留给法律位阶较低的法规和规章调整,而不宜制定统一的法律进行规范。故制定一部包罗万象,统一、完整的行政法典难度很大,也不切合实际。虽然行政法不存在统一的法典,但针对各个行政领域共通的行政程序问题,世界上许多国家都制定了局部性的行政法典。例如美国 1946 年制定的《联邦行政程序法》,1970 年的《各州标准行政程序法》、德国 1976 年制定的《行政程序法》等,都只是关于行政法部分问题的规定,可谓局部的而非统一、完整的行政法典。

4. 行政法的效力多元。行政法不仅数量繁多,形式多样,而且行政法的效力也呈多元化。这种多元化表现在:一是效力层级多元。即不同的行政法形式其效力层级各不相同。在我国,一般而言,法律高于行政法规,行政法规高于地方法规,地方法规又高于地方政府规章。二是效力的适用范围多元。即不同的行政法形式在时间、空间上的效力和对人的效力都有所不同。行政法效力的多元化,是由于行政法律规范的制定主体是多样的,而不是单一的,有权力机关的立法,也有行政机关的立法,即这种二元多级立法体制造成了行政法效力的多元化。

5. 行政法由实体性法律规范和程序性法律规范共同构成。在法律的分类中,可以将法律分为实体法和程序法,例如,民法和民事诉讼法、刑

^① 荷兰打破了“行政法无统一、完整的法典”的惯例,制定了基本行政法典,即《荷兰行政法通则》,并于 1994 年 1 月正式生效。但这种情况属个别现象。

法与刑事诉讼法就是分别作为实体法和程序法而存在,国家也分别制定法典,使之成为独立的法律部门。与此相反,行政法则既包括实体性规范,又包括程序性规范,而且行政法的实体规范与程序规范通常可以共存于一个法律文件之中,如我国的《行政处罚法》就既有实体性权利义务的规定,又有关于行政处罚的方式、步骤等程序规定,而且多数国家的行政程序法也都包含若干实体性法律条文。就整体而言,行政法是实体法和程序法的综合,两者不能截然分开。比较而言,在民事活动中,通常在非诉讼情况下,当事人的行为方式贯彻“意思自治”和“契约自由”的原则,因此,民法主要规定权利义务的实体性内容,而很少规定严格的民事行为程序。同样,在刑法中若规定罪犯按一定的程序作案也是难以想像的,但是针对行政管理活动,基于民主与公正的要求、科学与效率的需要,行政法不仅要规定行政主体的职责权限以及行政相对方的权利义务等实体法内容,还必须对行政权行使的方式、步骤、次序和时限等作出限定。行政权的行使不同于私权的行使,不能贯彻“意思自治”的原则,而必须按特定程序来规范运作,否则很难保证行政的民主、公正、科学与效率。可以说,法治行政既需要行政权设定和取得的“法治”,也需要行政权行使程序的“法治”,因此,行政法为实现法治行政的目标,必然表现为实体法和程序法的综合体,两者相辅相成,不可偏废。

第二节 行政法的渊源

所谓法的渊源(简称法源),是指法的存在形式。任何部门的法律规范,都必须以一定的法的形式存在,凡载有某一法律部门法律规范的各种法律文件或其他法的形式均为该法律部门的法源。行政法的渊源,即为行政法的载体或表现形式。

一、行政法的一般渊源

各国的法律制度不同,法源亦不相同,在大陆法系国家,法源主要限于成文法;在英美法系国家,不成文法(判例、习惯、法理等)在法源中占有重要地位。但在同一法系中不同历史传统和不同经济、政治制度的国家,其法源也存在不小的差别。例如,法国是大陆法系国家,但行政法的重要原则,几乎全由行政法院的判例产生,即行政法院的判例是行政法的重要法源。而同属大陆法系的德国,其行政法法源却以制定法为主。至

于英美行政法法源的差别,则更为明显,美国不成文法法源的比重大大低于英国。在英国,连宪法在总体上都是不成文的,行政法的自然正义原则等也是通过法理、判例等不成文法形式确定的;而美国不仅有成文宪法,行政法也有大量的成文法文件,如《行政程序法》、《阳光下的政府法》、《情报自由法》以及《司法审查法》等。^①

综合各国行政法法源的情况,作为行政法的一般法源主要包括以下五种形式:

1. 制定法

制定法通常包括宪法、法律、法规、行政规章等。例如,在德国,行政法的制定法法源就较多。德国的制定法《行政程序法》就是德国的行政基本法。尽管就制定法在行政法法源中所占地位而言各国情况不同,但其作为法源之一是没有例外的。世界上没有哪一个国家的行政法完全没有制定法渊源。

2. 判例法

判例法是指“可作为先例据以决案的法院判决”。^② 作为判例法的法院判决,其所确立的一般规则不仅拘束法院本身(本级法院和下级法院),而且也拘束行政机关。行政机关在实行政行为时,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。

判例法不仅在英美法系国家是行政法的主要法源,在部分大陆法系国家,如法国等,亦是行政法的重要法源。

3. 习惯或惯例

作为行政法法源的习惯主要指某种社会习惯。习惯主要是调整私法关系的法源,其作为行政法法源通常只作为实质渊源而不作为形式渊源。例如,在日本,公民长期持续使用某种公物即形成某种习惯性权利。如在公共河流里取水、漂木材,在公共原野上放牧等,一旦长期固定使用,行政机关实施有关行政行为即应受之约束。

^① 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 1999 年版,第 29 页。

^② 参见《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 449 页。