第一章 理论篇

第一节 行政法基本概念

一、行政法的涵义

行政法的实质是行政，所以研究行政法须以行政为开端。

1. 行政的特征

行政（英文为 Administration，源出拉丁文 Administiare），是一个古老的话题，其定义也颇多，但其公认的含义是相对于私人管理的公共管理。由此基本点，古今中外的不同学者对行政的定义才有可比较之处。

孟德斯鸠是最早对行政进行研究的学者之一。孟德斯鸠(1689－1755)是 17－18 世纪法国著名的启蒙思想家，他在周游欧洲列国之后，总结资产阶级革命经验，提出了闻名于世的三权分立学说，即把国家权力分为行政权、立法权和司法权。君主掌管行政权，议会行使立法权，法院专管司法权。虽然孟德

需要全本请访问 www.ertongbook.com

斯鸠提出“行政”一词，同时指出行政就是国家媾和或宣战，派遣或接受使节，维护公共安全，防御侵略的活动。[①] 但他并没有解决行政的涵义即行政是什么的命题，其三权分立的实质在于权力的相互制约、相互制衡、相互牵制，其目的是防止权力的集中、专制和独裁，其学说的精华在于通过防止权力的垄断最终防止权力的腐败。在孟氏之后，对行政的研究如火如荼。

20 世纪美国行政学学者 F·J·古德诺，在其代表作《政治与行政》一书中，提出政治与行政两分立的学说。他认为“在所有的政府体制中，都存在着两种主要的或基本的政府功能，即国家意志的表达功能和国家意志的执行功能。即政治是国家意志的表达，行政是国家意志的执行。”[②] 古德诺把国家的职能分为政治与行政两部分，将行政从政治中分离出来，从而结束了自孟德斯鸠以来在政治学上占统治地位的三权分立学说，开辟了行政学发展的新视野。诚然，古德诺揭示了行政的执行属性，对改革行政机构，建立集中统一的行政体制，提高行政效率具有重大意义，但政治与行政两分法不仅不符合现实，而且政治和行政的界限永远也不会截然分开。

日本学者田中二朗认为行政是国家的积极管理行为，“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。”[③]

20 世纪 30、40 年代以后，由于公共行政领域大量采用科学管理方法及技术，行政的纯管理属性越来越突出，出现了专门的管理学派，把行政等同于管理。1911 年美国的“科学管理之父”泰罗的《科学管理原理》问世，科学管理的原则和方法象潮水一般涌入行

① [法]孟德斯鸠《论法的精神》(上),北京,商务印书馆 1982 年,第 155 页。
② [美]F·J·古德诺著《政治与行政》,华夏出版社 1987 年,第 12 页。
③ [日]南博方著《日本行政法》，杨建顺、周作彩译，中国人民大学出版社，1988 年 8 月。

政管理领域，使行政学朝着应用的方向不断发展。此时，行政被赋于纯科学的管理属性，行政就是管理，管理就是行政。如怀特认为：“行政乃是为完成某种目的时，对许多人所作的指挥、协调和控制。”① 西蒙认为：“行政就是通力合作达到共同目标的集体行为。”② 费富纳认为：“行政就是由一些人的协调的努力，使政府的工作得以做成。”③ 由于科学管理理论的核心问题和所追求的目标是提高效率，故而与行政的宗旨相一致，所以它对行政学的发展起到促进作用，但这并不是行政法学所讲的行政。

还有些学者，集各家理论之成果，进行多方面的、多层次的、综合性的论证。如台湾学者吴挽澜先生认为：“行政实系指政府机关依据国家的政策和法令，为达成工作目标，对有关之人、财、事、物、时、空等作有效运用之施政行为。简言之，行政便是化政令为具体行为的一种过程。此种过程，若就行政的效能观念来论，即是输入政令，经由行政系统输出为民服务的绩效。”④

马克思则另辟蹊径，从行政的阶级属性研究行政特征，他早在1844年就指出了这个问题。马克思在《论“普鲁士人”的“普鲁士国王和社会改革”》一文中就指出了行政的实质性定义：“所有的国家都在行政机关无意或有意地办事不力这一点上去寻找原因，于是他们就把行政措施看作改正国家缺点的手段，为什么呢？就因为行政是国家的组织活动。”⑤ 这个化名为普鲁士人的先生，在其《普鲁士国王和社会改革》的文章中阐明自己的观点时认为，德国是非政治国家，同时他也确信普鲁士国王认为产生赤贫的原因是

① *Introduction to the Study of Public Administration*, L. D. White, Macmillan, N. Y., 1955, p. 3。

② *Public Administration*, H. A. Simon, Donald W. Smithburg, Victor A. Thompson, N. Y. 1956, p. 1。

③ *Public Administration*, J. M. Phiffner, R. V. Presthus Ronald N. Y. 1955, p. 6。

④ 吴挽澜《行政学新论》，台湾幼狮文化事业公司印行，1984年增订版，第8页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第479页。

行政机关办事不力和慈善事业办得不够，因此要改变赤贫的现象就必须提高行政机关的办事效率以及多办慈善机构。其意图是抹杀国家的阶级实质和贫困产生的政治和经济原因。马克思针对这种观点明确地指出行政是国家的组织活动，也就是说行政是阶级和国家产生之后的事，行政是一种国家活动，而且只有行政机关对国家事务进行的管理活动才能是行政活动。所以，根据马克思的这一论述我们可以这样认为：行政是行政主体依法对国家和社会事务进行的组织和管理活动（在此引进张焕光和胡建淼先生提出的‘行政主体’概念）。

从以上不同学者的论述，我们可以对行政形成以下共识：

第一，行政主体的特定性。并不是所有国家组织都能为一定的行政行为，只有法律所规定的行政主体才能实施行政行为，为行政管理职能。社会组织只有在法律授权或委托的情况下才能成为行政主体。同时还表明行政机关所从事的非行政管理行为（如买卖、租赁等）不属于行政。

第二，行政内容的公益性。行政是一种与公共权力相联系的国家行为，它具有公益性。它以社会的公共利益的取得为自己的宗旨和目标，它与私人行为形成鲜明的对照。

第三，行政过程的程序性。行政主体实施行政是依照一定步骤和方式进行的，程序是行政的灵魂。行政主体实施行政管理的过程，也是行政程序具体展开的过程。行政主体实施行政行为，必须在一定的时间和空间进行，也就是说，它必然受到阶段、步骤、过程、方式、时限的约束。

第四，行政手段的裁量性。在依法治国、依法行政的背景下，行政仍然具有极大的自由裁量性。这不仅反映社会的发展对行政提出的要求，也反映行政本身的特殊性。其实，任何一种行为都具有自由裁量的性质，只不过是在不同的地方表现的强弱程度不同而已。在行政领域，由于行政领域的特殊性，决定了行政的自由裁

量更想挣脱法律的羁绊。

2. 行政法(Administration law) 的涵义

说到法律就立刻会想到某种限制和保障，那么行政法是对谁的限制和保障呢？显然对行政的限制和保障毫无意义。因此在行政和行政法之间必然有某种联系，这种联系是连接行政和行政法的桥梁。我们知道，行政是行政主体依法对国家和社会事务进行的组织和管理活动，行政的核心是行政权，行政主体凭借行政权进行行政管理，行政主体实施行政管理的过程就是行使行政权的过程。而权力和法则有必然的联系，权力来自于法，又受制于法，这样行政权就成为连接行政和行政法的桥梁。行政法是对行政权的限制和保障，行政法是针对行政权而言的，而行政权的行使是围绕行政管理进行的，因而行政法就成为行政管理法律规范的总称，也就是说，行政法是行政主体在进行行政管理时所必须遵守的法律规范。所以行政法是调整行政主体在行使行政权的过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。简言之，行政法是行政管理法律规范的总称。

行政法是国家法律的一种，具有法律的一切属性，它代表国家意志，体现统治阶级的利益，以国家强制力为后盾，具有强烈的阶级色彩，行政法是国家实施行政管理的重要工具。行政法实际上就是国家把行政管理的客观规律上升为国家意志或制定成国家法律，使之成为行政主体进行行政管理的工具。

二、行政法的调整对象

法律是社会调节器，它使社会处于有条不紊的运行之中。任何法律都有其特定的调整对象，如婚姻法的调整对象是婚姻家庭关系，民法调整的对象是人身、财产关系，刑法调整的对象是刑罚与犯罪关系，行政法则以行政关系为调整对象，即行政法为调整行政关系的法。行政法以行政关系为调整对象，并不以行政法律关

需要全本请访问 www.ertongbook.com

系为调整对象，行政关系与行政法律关系既有联系又有区别，两者不能混为一谈（在第三节我们将讲述此问题）。行政主体在进行行政管理时必然与被管理的一方相对人形成某种关系，这就是行政关系，如工商管理局对个体工商户的管理，税务局对纳税人的管理。所以，行政关系就是行政主体在行使行政权的过程中即在进行行政管理的过程中所发生的各种社会关系，也就是国家行政管理关系。行政关系是社会关系的一种，在现实生活中，行政关系可以进行不同的分类。

从行政权的作用范围，即按照行政主体管理行政事务的范围可把行政关系分为内部行政关系和外部行政关系，内部行政关系是行政主体对行政机关内部事务进行管理时所形成的社会关系，而外部行政关系是行政主体对社会事务进行管理时所形成的社会关系，前者是基于行政隶属关系形成的，后者是基于社会管辖关系而形成的。行政主体对社会事务的管理以对自身事务的管理为前提，同时也只有把行政机关内部事务管理好，才能有效地进行社会事务的管理。内部行政关系包括两种形式，外部行政关系包括四种形式。

第一，行政主体与行政主体之间的关系。这有两种表现形式，一种是基于行政隶属关系而产生的上下级行政主体之间的行政关系，这是一种纵向的命令与服从的关系，如国务院和江苏省人民政府，江苏省人民政府和南京市人民政府之间的关系，国务院与国家人事部，江苏省人民政府与江苏省人事局之间的关系；另一种是平行的行政主体之间的行政关系，这是一种横向的分工与协作的关系，如江苏省人民政府和浙江省人民政府，南京市人民政府和杭州市人民政府之间的关系等等。

第二，行政主体与行政人之间的关系。行政主体是一种组织，是把单个的处于游离状态的个人联系在一起的物质载体，行政主体的一切活动必须通过具体的个人—— 行政人来完成，离开行政

人，行政主体就无法实现任何行政行为，所以行政主体在行使行政权的过程中，必然与行政人发生各种各样的行政关系，如行政机关对公务员的录用、考核、培训等。

第三，行政主体与其它国家机关之间的关系。按照我国宪法的规定：全国人民代表大会、国务院、最高人民法院、最高人民检察院、中央军委为五大国家机关，又根据宪法原则，权力机关——全国人民代表大会行使立法权，行政机关——国务院行使行政权,司法机关——最高人民法院和最高人民检察院行使司法权。全国人民代表大会产生出其它国家机关，其它机关各自独立地行使职权，对权力机关负责并汇报工作。那么行政主体能对其它国家机关进行管理吗？行政主体对其它国家机关进行管理必须有附加条件："①行政机关必须以行政主体而不是以机关法人的身份出现，它必须是处于实施行政权而不是作民事活动过程中；②其它国家机关必须以机关法人的身份出现，而不能以职权身份出现。其它国家机关在从事职权活动时不能作为行政关系的当事人，因为国家行政机关对其它国家机关的职权活动没有管理权。"① 如全国人民代表大会撤消国务院制定的与法律相抵触的行政法律规范，此时全国人民代表大会是行使职权的行为，行政主体无权对它进行管理，又如全国人民代表大会想盖一座大楼，那么它首先必须向行政机关申请建房许可证，此时行政机关与全国人民代表大会之间形成行政管理关系，行政机关是职权身份，而全国人民代表大会则是以机关法人的身份出现的，它并非行使职权行为。

第四，行政主体与企业、事业单位、社会组织和团体之间的关系。行政主体依法行使行政权对国家和社会事务进行管理，对各个组织实行管理，在这种行政管理关系中，企事业单位、社会组织和团体处于被管理的相对人的地位，它们必须服从行政主体的管

① 张焕光、胡建淼著《行政法学原理》，劳动人事出版社，1989 年，第 38 页

理，这是行政关系的特性使然。如工商管理局对企业的开业申请进行审批，民政部门对社会团体实行登记，卫生部门颁发卫生许可证等。

第五，行政主体与公民之间的关系。行政主体与公民之间形成一种天然的行政管理关系。一位法学家曾说过这样一句话：人的一生可以不和刑法打交道，也可以不和民法的交道，但他必然要和行政法打交道。人的一生从生到死，从摇篮到墓地，都要受到行政机关的管理。如一个婴儿出生首先必须由行政机关发放准生证，出生之后要去公安机关进行户籍登记，人死之后户籍关系要注销，国籍关系要消灭等等，只要人生活在社会这个空间里，就必然与行政机关发生各种各样的行政关系。每个公民均有服从政府管理的义务，同时也有获得政府保护的权利。

第六，行政主体与外国人和外国组织之间的关系。行政法是在一个国家主权范围内进行行政管理的法律规范，任何组织的个人都必须受到法律的管理，无论是外国人还是外国组织，只要踏上中国国土就要受到中国法律的管辖，这是国家主权原则的体现。世界各国也都奉行此项原则。行政主体对外国组织和外国人的监督与管理关系都属于行政管理关系。

如果从行政权力的运作过程来考察行政关系的话，行政关系可以分三类 组织关系、行为关系、行政救济或监督关系。

第一，组织关系，即权限分配和内部构成关系。这种关系，我们认为既可包括行政机关（以及被授权组织）与其他国家机关之间的权限分配关系，也可包括行政组织系统的上下级行政机关之间、不同职能或不同地域的行政机关之间的权限分配关系，还应包含行政机关对内的构成关系，即行政机关与其内部行政机构之间、各内部行政机构之间、行政机关与行政公务人员个体之间、行政公务人员相互之间的地位、权限、职责的分配和确定关系。

第二，行为关系，即因行政主体的行政活动而构成的行政关

系。由于行政主体的行政活动有权力行政活动与非权力行政活动之分，因此，基于该类活动而构成的行政关系都属行为关系。如行政处罚关系、行政强制关系、行政许可关系等皆属于权力性行为关系，而行政指导关系、行政合同关系等则为非权力的行为关系。如果按行为的合法还是违法的标准来划分，行政关系既包括合法行为的关系，又包括违法行为的关系，如合法处罚的关系和违法处罚的关系都属于行政关系范畴。行为关系主要是行政主体在行政管理活动过程中与公民形成的外部作用关系，这种关系是行政关系的主要表现形式。

第三,行政救济或监督关系,即因行政权行使(或非权力行政)而产生的纠错、弥补关系。救济有广狭义之分。凡是对违法或不当的行为加以纠正，或对因行政行为而使公民、法人或其他组织的合法权益受侵害予以弥补的制度，都为行政救济。这一意义的行政救济即为广义的行政救济。广义的行政救济包括行政复议、行政诉讼、行政赔偿、立法机关对违法行政行为的监督、检察机关对行政活动的法律监督、行政机关系统基于上下级关系或自律性而实行的自身监督、公民申诉等多种途径和手段。而狭义的行政救济，则是指依正式的程序所发生的行政救济，主要是指行政复议，行政诉讼和行政赔偿专门程序或制度。与行政救济的概念相对应，我们也可以将行政救济关系分为广义的行政救济关系与狭义的行政救济关系。所以我们将行政救济关系分为正式的行政救济关系（包括行政复议、行政诉讼和行政赔偿）与非正式的行政救济关系。行政救济关系也可称为行政监督关系，它并不同于“形成的”行政关系(或称一般的行政关系),故它不能作为行政关系的典型形态(特别是行政诉讼关系)。①

在行政关系的理解上，我们可以从行政活动和行政权力运作

① 杨解君、肖泽晟《行政法学》,法律出版社,2000年,第 15－16 页。

过程两个方面予以理解。因此在理解上应注意把握：第一，行政关系不仅是指行政权行使关系。行政大多是权力行政，即行政权的活动，也有一些行政活动并非行政主体直接行使行政权的活动，如行政指导、内部具体事务的处理等，即非权力行政。非权力行政虽不是直接行使行政权的活动，却也是基于行政权（或者说以实现行政目的的行政权为背景）而作出的，由此而构成的社会关系也应属行政关系范畴。因此行政关系既包括权力性关系也包括非权力性关系。第二，行政关系既包括“形成的”行政关系也包括“引发的”行政关系。前者即行政关系本身，主要是行政主体行使（或基于）行政权而与行政受体（行政相对人）之间构成的行政关系，如行政处罚关系、行政检查关系、行政指导关系等等。这类关系是行政关系的典型形态，即原生形态。后者是因行政权力（或基于行政权）活动而导致的行政救济（或监督）关系，如行政复议关系、行政诉讼关系、行政赔偿关系等，是派生关系。

三、行政法的特点

这里所讲的行政法的特点是指行政法作为一个独立的法律部门而区别于其它部门法的不同之处，既不是讲行政法的阶级性、政治性的特点，也不是讲行政法与其它法律规范的具体不同之处。

行政法的特点可以从内容和形式两方面来分析。

第一，行政法在内容上区别于其他部门法的特点。

内容的确定性。尽管行政法的内容非常广泛，异常复杂而且可变性较大，但行政法始终都将行政关系作为自己的调整对象。这就使行政法从本质上区别于其它的法律规范，成为一个独立的法律部门。如果行政法不以行政关系为调整对象，那么它将不是行政法。

内容的广泛性。行政法是关于国家行政管理的法，当今世界行政管理的内容包罗万象，从政治、经济、文化到军事、外交、公安

等，行政管理内容的广泛性决定了行政法内容的广泛性。从行政法律规范内容的角度来概括，行政法大致包括以下内容：行政组织法规范；公务员法规范；行政法规、行政规章制定标准与程序法规范；行政强制执行规范；行政制裁法规范；行政复议法规范；行政裁判法规范；行政监督法规范；行政责任法规范；行政诉讼法规范等。

内容的技术性。自从行政从政治中脱胎出来之后，行政管理的内容就越来越多地朝向技术领域发展。社会事务中大量的出现事务如金融、工商、审计、海关、证券等等迫使行政机关及其组织人员要有一定专业知识，行政机关的技术官僚已经成为人们日常生活中司空见惯的名词。而且新技术革命和信息全球化的影响，也使得行政管理的内容体现着越来越多的科技内容。行政管理所依托的行政法自然也必须反映技术性问题。

内容的易变性。法律的一个明显特征是稳定性较强，但行政法相对于宪法、民法、刑法等法律规范而言，稳定性最小，最容易发生变化，这是由其本身的特点决定的。行政法是关于国家行政管理的法律，行政管理活动本身的稳定性就小，它是一种要不断适应新情况、解决新问题的创造性活动，故而调整具体行政管理活动的行政法不得不根据形势和国家政策的变化而适时地作相应的变更。目前我国正处于政治、经济体制改革之中，政治和经济的形势不断发生变化，要求行政法必须跟上改革步伐，为改革服务。从这个角度讲，行政法的稳定性要比宪法、刑法、民法小，因为它们的内容是相对不变的。而且宪法、刑法、民法等法律是由全国人民代表大会和全国人民代表大会的常务委员会单一主体制定的，而行政法的制定机关不仅仅是全国人民代表大会及其常务委员会，还包括国务院及其部委、地方各级权力机关和地方各级人民政府，各个不同级别行政主体所制定的行政法律规范，其内容本身就是多种多样的。

第二，行政法在形式上区别于其他部门法的特点。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

表现形式多样化，没有统一的行政法典。宪法、刑法及民法由于其内容的单一性，所以有统一的宪法典、刑法典及民法典，行政法由于内容的广泛性和易变性，决定了它无法用统一的法典来容纳包罗万象的行政法律规范，它只能散见在其它的法律规范之中。行政法没有统一的法典,其法源众多,如宪法、法律、行政法规、行政规章、地方性法规、自治条例和单行条例、法律解释等。虽然不少国家也制定了行政法典，如美国 1946 年的《美国联邦行政程序法》，但它也必须同时辅佐于大量的专门法律，因为行政法典只能集中各个行政管理领域普遍适用的一般性法律规范，专门领域的特殊行政法律规范只宜通过专门的法律来表现。

集实体和程序于一身。虽然各个国家保护当事人合法权益的法律呈现一种鼎足之势，即民法、刑法和行政法，而这三大法又有与之相对应的诉讼程序。与民法相对应的是民事诉讼法，与刑法相对应的是刑事诉讼法，与行政法相对应的是行政诉讼法。而在这一一对应的关系中，民法和刑法是典型的实体法，没有程序的内容，而行政法则不同。行政法本身就包含了许多程序性规定，在同一个行政法律规范中实体和程序的规定往往同时出现，也就是说，行政法除了本身存在的行政诉讼程序之外，行政过程的程序性决定了行政过程也有相应的行政程序法。如《中华人民共和国行政处罚法》就是行政实体法与行政程序的综合体。现在大有行政程序法与行政实体法相分离的趋势。在许多国家中，行政程序法或多或少地独立于行政实体法，如美国在 1946 年就制定了独立的《联邦行政程序法》。

四、行政法的法律地位

行政法的法律地位是指行政法在整个法律体系中的地位，以及行政法与其它法律的联系和区别。行政法的法律地位可以概括

为一句话即：“行政法是仅次于宪法的一个独立的法律部门。[①] 这句话有两重含义，首先反映它与宪法的关系，其次反映它与其它法律部门的关系，下面我分别论述。

1.行政法与宪法的关系

在所有的法律部门中，或者说在整个法律体系中，行政法与宪法的联系最紧密。行政法仅次于宪法，它处于一法之下、万法之上的地位。德国著名的法学家波特（F·J·Port）认为“宪法规定政府组织的静态，行政法规定政府组织的动态”。宪法是纸上规定，而行政法却使纸上的规定走向实际的舞台。因此有人直接把宪法看成是静态的行政法，行政法是动态的宪法。龚祥瑞教授认为：“行政法是宪法的一部分，并且是宪法的动态部分。没有行政法，宪法每每是一些空洞、僵死的纲领和一般原则，而至少不能全部见诸实践。反之没有宪法作为基础，则行政法无从产生，或至多不过是一大堆零乱的细则而缺乏指导思想。”[②] 宪法和行政法都是资产阶级民主政治的产物，两者的关系非常密切，但两者毕竟不同：

其一，宪法是国家的根本大法，行政法是一个具体的部门法。宪法规定国体、政体、公民的基本权利义务等整个国家机构的根本问题；行政法只规定与国家行政权相关的问题，行政法的内容只能由宪法规定，行政法是宪法的具体实施，宪法的许多内容要由行政法具体配套。没有行政法，宪法就是一纸空文。“在没有行政法的情况下，违宪也无法可治。……从发挥的作用来看，我们每个人都不能离开行政法过日子。’[③]

其二，宪法是母法，行政法是子法，母法派生出子法。宪法的效力高于行政法，行政法不得与宪法相抵触。

① 张焕光、胡建淼著《行政法学原理》，劳动人事出版社 1989 年第 57 页。
② 张焕光、胡建淼著《行政法学原理》，劳动人事出版社 1989 年第 57 页。
③ 《陶希晋在全国行政法研究会第二次学术讨论会上的讲话》，《行政立法研究动态》1986 年第 2 期。

其三，宪法的许多规范不直接包含制裁条款，行政法规范通常都包含假定、处理、制裁三要素。假定是指适用规范的条件和情况，处理是指行为规则本身，指明允许、禁止或要求做什么，罚则是指违反该规范的法律后果。也就是说，如果当事人违反了行政法律规范，他必然会受到有关机关的制裁，承担一定的法律责任；如果当事人违反了宪法，而宪法所规定的内容又没有直接的实现条款，所以当事人无须承担任何责任。如《中华人民共和国宪法》第19条规定：“国家推广全国通用的普通话”。而各大城市晚报上的粤语培训班比比皆是，主办单位却无须承担任何责任。

2.行政法和其它部门法的关系

行政法是一个独立的法律部门，它不依附于其它部门法，同时也不包含其它部门法。

(1)行政法与民法的区别

①两者所属的领域不同。行政法属公法范畴，而民法则是私法。凡是涉及国家和社会利益的法都属公法，凡调整个人或私人利益的法概属于私法。

②两者调整的对象不同。行政法调整的对象是行政关系，是一种以命令服从为特征的纵向行政管理关系；民法调整的对象是民事关系，是一种以平等、等价、有偿为特征的横向关系。民事法律关系中，双方当事人往往处于平等的地位，双方的权利义务具有对等性；而在行政法律关系中，双方当事人往往处于不平等的地位，一方是管理者，另一方是被管理者，双方的权利义务不具有对等性。

③解决纠纷的程序不同。解决行政纠纷既可以用行政程序，也可以用司法程序，解决民事纠纷只能用司法程序（我国有大司法程序和小司法程序之分，大司法程序是指公安机关、检察机关和人民法院共同处理刑事案件时所必须遵守的程序，小司法程序专指人民法院审理各种不同的案件所必须遵守的程序，也就是普通的

司法程序。在此是指小司法程序）。由于民事关系中双方当事人地位平等，所以一旦出现纠纷就要求与双方当事人没有任何瓜葛的独立的第三人——人民法院来解决矛盾；行政关系本身就是一种管理与被管理的关系，所以它可以以两种程序来解决纠纷，一种是行政程序即行政复议，另一种是司法程序即普通司法程序。

民法与行政法也存在着某些联系。①行政法的一些概念和制度来源于民法。如行政主体、行政行为、行政责任等的原形来自民法上的概念；再如《国家赔偿法》中规定的行政赔偿责任制度就是民法中法人与法人组成人员之间责任承担方式的模式化；再如中国的行政诉讼制度最初就在民事审判中规定的。②民法上许多方法和手段在行政管理的实践中得以运用，如行政管理领域中出现的行政合同、行政指导，甚至当行政法在规范上出现某些管理空缺即没有法律的规定时，行政主体可适用民法规范。③行政法与民法出现了新的合作部门，两者在部分领域或部门出现交叉，甚至还形成了新的部门法，如环境保护法、社会保障法等。

（2）行政法和刑法的关系

刑法是法律保护的最终屏障，是关于犯罪与刑罚的规则体系，行政法与刑法在内容上相衔接。一般来说，在行政法中规定的内容在刑法中都有相似条款，只不过是程度不同而已。如贪污，在行政法律规范中有贪污行为，在刑法中有贪污罪，贪污行为和贪污罪没有质的不同，仅仅是量度的不同。贪污行为超过一定的数目，就变成了贪污罪；贪污行为属于行政法的管辖范围，而贪污罪则属于刑法的管辖范围。刑法与行政法在维护社会秩序、预防犯罪方面的作用是相同的。两者区别如下：

①刑法规定犯罪和刑罚的问题，行政法规定与国家行政权行使有关的问题。

②刑法的执法机关（即司法机关）是人民法院，而行政法的执法机关是行政机关。

③在法律制裁方面，刑法制裁的是犯罪行为，行政处罚制裁的是行政违法行为。

第二节　行政法渊源

一、行政法渊源之涵义

关于法的渊源有各种不同的学说，如根据说、历史说、材料说等。根据说是指法律源于神意、王意、民意或自然理性，它着重对法律本质的研究，属于法理学的内容；历史说研究法的起源，即法是什么时候产生的，属于历史学的范畴；材料说是指以构成法律实质的各种材料作为法的渊源，在此我们指的是材料说。

任何事物都有一定的表现形式，都有一定的物质载体，行政法亦如此。行政法渊源是指行政法的表现形式，行政法律规范出自何处；或者说行政法的渊源是行政法的存在形式，行政法的来源或来自何处，行政法律规范的物质载体是什么。关于法的渊源通常有两种表现形式：一种为法典式，一种为分散式。法典式又称“集中式”，是指法律规范集中体现在某一法典之中并对之作系统的安排，其解决了人们在分散的法律规范中寻找具体适用条款的盲目性的问题。比如宪法、民法就有统一的表现形式。行政法采取法典式的国家依旧稀少，因为行政法律规范内容庞杂，数量巨大，难以用统一的形式来概括。当然也有不少国家作过这方面的尝试，并已取得了一定成果。如奥地利 1925 年制定的《一般行政程序法》,《行政处罚及行政手续法》,捷克斯洛伐克 1925 年制定的《一般行政程序法》,1927 年 10 月 12 日苏联第一部行政法典是《乌克兰苏维埃社会主义共和国行政法典》,日本于 1935 年制定的《国家行政运营法案要纲》，德国威敦比克邦 1936 年制定的《行政法典总则草案》,美国 1946 年制定的《美国联邦行政程序法》,1970 年制

定的《美国各州标准行政程序法》，联邦德国 1976 年通过的《行政手续法》，1994 年 1 月荷兰制定的基本行政法典正式生效。其实采取行政法典式的国家，也无法完全囊括所有的行政法律规范，故常以分散法规作为补充形式。

“分散式”即以分散的法规来表现行政法律规范。行政法渊源采用分散式有两大因素：从历史上看，在没有行政法以前，行政法规就客观地大量地散见于各种法律规范之中，这不论是过去、现在还是将来都是一种无法克服的遗憾。从行政法律规范本身来看，其数量之多，范围之广，无法用单一的行政法律规范加以集中，而且用分散式更能体现行政法律规范涉及面广的特点。

我国采用分散式。

二、我国行政法渊源体系

由于行政法调整的社会关系内容极为广泛，难以制定一部统一的法典，故法律规范分散，法源众多。我国行政法渊源包括以下几种：

1. 宪法

宪法是我国的根本大法，与其它法律的关系是母法与子法的关系，所有法律的第一渊源都是宪法。宪法是行政法最重要的表现形式，调整行政活动的宪法规范主要体现为三个方面，其一是关于行政活动基本原则的规范；其二是关于中央人民政府和地方各级人民政府的组织和职权的规范；其三，关于公民在行政领域的基本权利和基本义务规范。宪法中包含的行政法律规范主要有：第 27 条关于行政管理活动基本原则的规范；第 33 条至 56 条(第二章) 关于公民基本权利和义务的规范；第 85 条至 92 条(第三章第三节)关于国务院的组成、工作制度和职权的规范 第 30 条关于国家行政区域划分和设立特别行政区的规范；第 32 条关于保护外国人合法权益的和外国人义务的规范；总则、第 16、17、18 条关于国

需要全本请访问 www.ertongbook.com