

·现·代·远·程·教·育·系·列·教·材·

行政法与行政诉讼法

● 温晋锋 徐国利 著

 南京大学出版社

·现·代·远·程·教·育·系·列·教·材·

行政法与行政诉讼法

● 温晋锋 徐国利 著

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法/温晋锋,徐国利著. —南京:
南京大学出版社, 2016. 6

现代远程教育系列教材

ISBN 978 - 7 - 305 - 16973 - 1

I. ①行… II. ①温… ②徐… III. ①行政法—中国—远程教育—教材 ②行政诉讼法—中国—远程教育—教材
IV. ①D922.1 ②D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 112131 号

出版发行 南京大学出版社

社 址 南京市汉口路 22 号

邮编 210093

出 版 人 金鑫荣

丛 书 名 现代远程教育系列教材

书 名 行政法与行政诉讼法

著 者 温晋锋 徐国利

责任编辑 卢文婷 田 雁

照 排 南京理工大学资产经营有限公司

印 刷 南京京新印刷厂

开 本 787×960 1/16 印张 13 字数 240 千

版 次 2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 305 - 16973 - 1

定 价 36.00 元

网 址: <http://www.njupco.com>

官方微博: <http://weibo.com/njupco>

官方微信号: njupress

销售咨询热线: (025)83594756

* 版权所有, 侵权必究

* 凡购买南大版图书, 如有印装质量问题, 请与所购
图书销售部门联系调换

序

进入 21 世纪以来,科学技术突飞猛进,随着计算机网络的普及、人们对继续教育的渴求,促使高等教育的方式方法发生深刻的变化,尤其是促使采用现代信息技术、以网络学习为主要手段的现代远程教育蓬勃兴起。

自 1999 年在高校开展现代远程教育试点工作以来,我国网络教育呈飞速发展的趋势。试点规模不断扩大,发展顺利,取得了可喜的经验和成果。南京大学顺应时代潮流,依托一流的师资力量和优质丰富的教学资源,积极开展现代远程教育,努力为国家、为社会培养大批高素质的应用型人才。

积极发展现代远程教育是时代和社会赋予南京大学的光荣任务,也是南京大学创建世界高水平大学的重要内容。对于这一全新的任务,南京大学本着大胆实践、勇于创新的精神,对基于计算机网络条件下的现代远程教育的办学机制、教学模式、管理模式和运行体系进行了有益的探索,创造性地解决了起始阶段出现的新情况和新问题。

多年来,南京大学始终秉承“抓好教学改革、突出课程建设、形成办学特色”这个优良办学传统,从 20 世纪 80 年代的以“课堂教学、学术活动、科学实验和社会实践”为主体的“三元结构”,到 90 年代的“融业务培养与素质教育为一体、融知识传授与能力培养为一体、融教学与科研为一体”的“三个融合”教学模式,都取得了显著的成效。在现代远程教育中,一方面要采用现代化的教学方式,另一方面要突破并解决课程改革的难点和重点,大力培育名牌课程,着力加强教材建设。课程如何准确定位、如何组织课程内容和教学模式、如何弥合零起点和非零起点学生的知识和技能差异,都是放在我们面前需要着力研究解决的新问题。我校网络教育学院按照“精化原理、强化应用、融入实际、综合交叉”原则,组织具有丰富教学经验的骨干教师,结合近年来教学科研的新成果,针对远程教育以网络学习、业余学习为主要形式的特点,编著出版了一批既体现理论与实际相结合、又满足学生个性化发展要求的教材。

希望网络教育学院继续做好后续教材的编写工作,加强名牌课程与优秀教材建设,努力实现我校网络教育“名师、名课、名教材”的“三名工程”建设目标。

陈大良

目 录

第一章 行政法概论	1
第一节 行政法基本概念	1
第二节 行政法渊源	9
第三节 行政法原则	13
第四节 行政法的历史发展	16
第五节 行政法学的主要内容及研究方法	23
第二章 行政法律关系	26
第一节 行政法律关系的概念和特征	26
第二节 行政法律关系的构成要素	29
第三节 行政法律关系的产生、变更和消灭	32
第三章 行政法主体	36
第一节 行政主体	36
第二节 行政人	46
第三节 相对人	55
第四章 行政行为	64
第一节 行政行为概述	64
第二节 创制规范性文件的行为	76
第三节 行政处罚	89
第四节 行政强制	97
第五节 行政许可	104
第六节 行政合同	109

第五章 行政程序	113
第一节 行政程序与行政程序法概述	113
第二节 行政处罚程序	118
第三节 行政强制程序	121
第四节 行政许可程序	127
第五节 行政听证程序	132
第六章 行政救济	139
第一节 行政救济概述	139
第二节 行政复议	147
第三节 行政诉讼	162
第四节 行政赔偿	188

第一章 行政法概论

第一节 行政法基本概念

一、行政法的涵义

1. 行政

行政(英文为 Administration, 源出拉丁文 Administriare), 是一个古老的话题, 定义颇多, 但最为公认的含义是相对于私人管理的公共管理。

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世纪法国的著名启蒙思想家, 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以最终防止权力的腐败。

20世纪后, 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。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。

日本学者田中二郎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

① [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上), 张雁深译, 商务印书馆, 1982年, 第155页。

② [美]F. J. 古德诺著:《政治与行政》, 王元译, 华夏出版社, 1987年, 第12—13页。

的形成性国家活动”^①。

借鉴中外学者关于行政行为的定义,本书对行政作出如下界定: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。

第一,行政主体的特定性。并不是所有国家组织都能实施一定的行政行为,只有法律所规定的行政主体才能实施行政行为,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。

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。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。这不仅反映了社会的发展对行政提出的要求,也反映出行政本身的特殊性。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)

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。而权力与法有必然的联系,权力来自于法,又受制于法,这样行政权就成了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,因而行政法就成了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。具体地说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。

^① [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,第8页。

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,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。

行政法以行政关系为调整对象,即行政法是调整行政关系的法。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(在第二章我们将讲述此问题)。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,行政关系还可以进行不同的分类。

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,行政主体就无法履行任何行政行为。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,行政主体与其他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、国家主席为六大国家机关。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他国家机关,其他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他国家机关进行管理吗?行政主体对其他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民事活动过程中;② 其他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。其他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

国家行政机关对其他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销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理,这是行政关系的特性使然。如工商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,也可以不和民法打交道,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。如一个婴儿出生之后,就有一定的国籍属性,要受到行政机关的管理,在他成长的过程中都要与行政机关发生各种各样关系,即使死亡,也要注销国籍等。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權利。

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,只要踏上中国领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。

我们可以把上述行政关系进行类的划分,即内部行政关系与外部行政关系。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;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。前者基于行政隶属关系形成(前二种),后者基于社会管辖关系而形成(后四种)。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。

^① 张焕光、胡建森著:《行政法学原理》,劳动人事出版社,1989年,第38页。

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他部门法不同之处,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他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。

(1) 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他的法律规范,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。

(2) 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;行政许可法规范;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。

(3) 内容的技术性。自从行政从政治中脱胎之后,行政管理的内容就越来越多地朝向技术领域发展。社会事务中大量出现的事务如金融、工商、审计、海关、证券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。

(4) 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,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。

(1) 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,它只能分散在其他的法律规范之中。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。

(2) 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,以及行政法与其他法律的联系和区别。行政法的法律地位可以概括为一句话:“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,其次反映它与其他法律部门的关系,下面分别论述。

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静态的行政法,把行政法看成动态的宪法。龚祥瑞教授认为:“行

^① 胡建淼著:《行政法学》,法律出版社,2010年,第8页。

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。”^①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。”^②

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。

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,则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. 行政法和其他部门法的关系

行政法是一个独立的法律部门,它不依附于其他部门法,同时也不包含其他部门法。

(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

① 龚祥瑞著:《比较宪法与行政法》,法律出版社,1985年,第5页。

② “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。

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、行政责任等的原型来自民法上的概念;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是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。根据说是指法源神意、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和物质载体,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做系统的安排,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。当然也有不少国家做过这方面的尝试,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 日苏联制定的第一部行政法典《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,与其他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。宪法第 89 条规定了国务院的职权,在第 2 章中,规定了公民的权利义务,这些都是宪法直接规定行政法内容的具体表现。

2. 法律

法律是指全国人民代表大会和它的常务委员会根据宪法或依职权制定的规范性法律文件。根据制定法律主体不同,法律可分为基本法律和一般法律,前者由全国人民代表大会制定,后者由它的常务委员会制定。从效力等级上来看,一般法律低于基本法律,后者不能与前者相抵触。法律是对宪法的直接实施,法律必须遵守宪法,其效力等级低于宪法。法律是行政法律规范的表现形式之一,我国不少行政法的内容由法律直接规定。如全国人民代表大会制定的《中华人民共和国国务院组织法》《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》直接规定了国家行政机关的职权、组织、领导体制和任期;全国人民代表大会常务委员会制定的《中华人民共和国税收征管法》《中华人民共和国人民警察法》,分别对税收管理和警察的权力义务作出了规定。凡是法律规定中与行政主体行使职权有关的内容,都是行政法的渊源。

3. 行政法规

行政法规是行政法最主要的表现形式。在我国行政法规有其特殊性,它专指国务院制定的行政法律规范。行政法规是指国务院为领导和管理国家的各项行政工作,根据宪法和法律制定的有关政治、经济、教育、科技、文化、外交等各类法规的总称。国务院是国家的最高行政机关,是我国行政管理的最高指挥机关,制定行政法规是国务院领导全国行政工作的一种有效手段。如 1993 年国务院制定的《国家公务员暂行条例》(2006 年由全国人大制定为《中华人民共和国公务员法》),2016 年国务院制定的《全国社会保障基金条例》。需要指出的是,行政法规并不是行政法律规范的简称,行政法规是行政法律规范的表现形式之一,而不是唯一的表现形式。

4. 地方性法规

地方性法规是地方各级人民代表大会及其常务委员会根据《宪法》和《立法

法》制定的法律规范。根据《立法法》第72条第1款和第2款的规定,地方法规的立法主体有两种,其一是省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会;其二是设区的市和自治州人民代表大会及其常务委员会。而且他们只能对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规。

5. 自治条例和单行条例

《中华人民共和国宪法》第116条和《立法法》第75条规定:民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定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有权批准后生效。自治条例和单行条例是我国行政法的渊源之一,它直接规定了我国地方民族自治行政法的内容,如内蒙古自治区人民代表大会制定的《内蒙古自治区人民代表大会和各级人民委员会组织条例》就直接规定了地方行政组织法的内容,又如《湘西苗族自治州人民委员会组织条例》等。自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规作出变通规定,但不得违背宪法。

6. 行政规章

行政规章分为两大类。一类是国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,依据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内按照规定程序所制定和发布的规定、办法、实施细则、规则等规范性文件总称。这类规章叫部门规章,它一般是专业性的法律文件,技术性较强,在全国范围内有效。如司法部制定的《监狱提请减刑假释工作程序规定》、财政部制定的《代帐记帐管理办法》、国家发展改革委员会制定的《节能监察办法》、国家旅游局制定的《旅游行政处罚办法》、公安部制定的《机动车驾驶证申领和使用办法》、原商业部制定的《关于违反控制社会集团购买力规定处理暂行办法》等。另一类是地方政府规章,是省、自治区、直辖市人民政府、设区的市的人民政府及自治州人民政府制定的规范性文件的总和。部门规章和地方政府规章都是行政法的重要渊源。

7. 国际条约和国际协定

国际条约和国际协定皆是国与国之间关于双方政治、经济、文化、军事等方面规定相互权利和义务协议的总称。两者的区别在于国际条约由国家元首签订,而国际协定则由政府首脑签订。我们国家和政府一旦与其他国家和政府签订了条约或协定,此时国际法的效力高于国内法的效力,条约或协定对国内的机关、组织和公民具有法律拘束力。国际条约和国际协定也是行政法的重要渊源。我国实行对外开放政策以后,与其他国家的交往日趋增多,各种法律规定也越来越多,如《万国邮政公约》《承认及执行外国仲裁裁决公约》《国际劳工公