

我国行政法的渊源：反思与重述（上）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_88_91_E5_9B_BD_E8_A1_8C_E6_c122_485507.htm

我国行政法渊源理论在20年间几经变迁。目前对行政法渊源的理解，大体定位在法律、法规、规章和法律解释等制定法层面上。这一主流观点体现了我国学者在特定情境中，面对国家治理难题，构建行政法治的一种努力。鉴于主流观点所面临的困境，一些学者试图对它加以修正，但法律渊源作为法律存在形式和执法依据这一基本命题还没有根本动摇。本文将反思我国行政法渊源的性质，并把法律渊源理解为一种法律论据，即阐述一种法律制度或者争辩一条法律规范时，可以使用的形式多样、具有说服力的论据。在此基础上，本文提出并阐述法律渊源应当包括一般法律原则、民间习惯、行政惯例和司法判例、法律学说、比较法等非制定法因素；在权威机关制定和认可的渊源中，本文还讨论了宪法、国际条约的司法适用效力，以及其他规范性文件（行政规定）。最后，本文探讨如何整合各种法律渊源，以及各种法律渊源之间是否存在、在什么意义上存在优先关系。

一 我国行政法渊源的主流观点

主流的法学理论认为，法律渊源是一国法律的存在方式，或者说表现方式。我国法律存在于（表现为）特定级别的国家机关依照特定程序制定和颁布的规范性文件。具体地说，我国的法律渊源包括：宪法，法律，法规（包括行政法规、地方性法规和自治法规），规章（包括国务院部门规章和地方政府规章），法律解释等。[1][H1]

（一）行政法渊源主流观点的形成

当我们回溯20年来中国法学中各种法律渊源理论，我

们发现，当前流行的法律渊源理论是一系列法律实践和理论变迁的产物。它有着两个明显不同的理论渊源。在正式法律文本中，法最初被看作最高权力机关制定的法律，此后立法权不断分化，及于法规、规章和法律解释。在法学理论中，法一开始就被定义为各级国家机关制定的各种规范性文件，随后，范围不断收缩，止于法规、规章和司法解释。两个源流基本殊途同归，汇流成今天流行的法概念。先说法律文本意义上法律渊源的发展。中华人民共和国建立并制定宪法后，依照新的国家学说和政制理论，全国人民代表大会成为最高权威，一切权力由它而生，法律自它而出。这种理念在“54宪法”中得到鲜明的体现。它规定，“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关”。不单国务院和地方没有被赋予立法权，连全国人大常委会都没有国家立法权（全国人大常委会无权解释法律），可谓“法不二出”。但“54宪法”刚出，立法权旋即发生了分化，全国人大常委会和最高人民法院审判委员会分别被授予制定法律和就法律具体应用进行解释的权力；70年代末以后，国务院、省级地方人大、省级地方政府、最高人民法院和最高检察院、国务院部委、省会城市和一些较大市的人大和政府相继取得了规则制定的权力。这些被授权制定的行政法规、地方性法规、规章和法律解释文件，人们都从观念上承认它们属于法的范畴。经过这些连续的授权，法律渊源在80年代中期基本成型，在2000年的《立法法》最后巩固。从此，宪法、法律（包括基本法律和非基本法律）、地方性法规、行政法规和行政规章、自治条例和单行条例，构成了法律文本意义上的法。在法学理论中，法律渊源则呈现从弥散到集中的相反趋势。70年代末、80年代

初期，虽然开始强调“有法可依、有法必依”，但法学理论对法并没有更多的形式上的要求：只要是国家机关制定的规范性文件，无论哪个机关制定，也无论以什么方式制定，都是法。[2]在行政法著作出现前，权威的法学辞书在介绍行政法时，用的是与法理学相同的口气。[3]萌发于80年代初期的中国行政法学，在行政法的概念上基本照搬了法理学的定义。第一本全国行政法学统编教材《行政法概要》在论述行政法的渊源时称，“行政法是由各种含有行政法规范性质和内容的法律文件和法规所组成的”。[4]直到80年代中后期，行政法的概念和法源被重新讨论。多数作者把行政法渊源限定在宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例以及行政规章范围，反对把行政规章“排除在行政法之外”，也反对把行政法的范围扩大到乡或者县一级人民政府的规范性文件。从一些专著、论文和教科书中，我们不难看到这场重述行政法渊源的 effort。[5]1989年出版的第二本全国行政法统编教材《行政法学》，可以视为这种重述在行政法学获得正统性。[6]此后，这种观点在行政法学界一统天下。

（二）主流观点的社会背景 在前面关于行政法渊源的变迁中，不管各种观点变化有多大，在这一点上却是完全地一致：法律都是国家机关“制定”出来的白纸黑字的文本。我们不承认自然法，基本上也排除习惯、判例、学说等不成文法律渊源。不但如此，按照主流的法律渊源理论，法的制定机关限于特定的高级机关，法的生产是高级机关垄断的事业。除了制定机关级别的要求外，主流理论对行政法渊源还有一个形式要求：我们承认国务院及其部委、省级政府和较大市政府制定的行政法规和规章是法，但同时把他们以“通知”等

形式下发的规范性文件排除在法的家族之外。上述观点可能令一些人感到费解：为什么法律必须是制定的？为什么我国行政法不包括法律原则、判例等其它渊源？为什么只有特定机关、以特定形式制定的规范性文件才算法？两个同样大小的城市，为什么一个有权立法，另一个却不行？要回答上述问题，不仅要注意我国的成文法传统和现行宪政体制，更要追问它背后的社会原因。本文认为，我国行政法渊源的主流观点，体现了中国当代行政法学者面对国家治理难题，建构行政法治的初步努力，具有历史的合理性。虽然我国传统上被认为是成文法国家，但如果仔细观察，非成文因素在我国古代法律实践中曾广泛存在[7]，现代法学理论在讨论法律渊源时，对非成文因素也都予以肯定[8]。主流法律理论排斥不成文法，与其说是由于法学传统断裂而导致的遗忘，或者出于防止行政专制、保护公民自由的考虑[9]，不如说是出于特定时期国家治理需要的一种选择。50年代以来，乃至80年代以来中国法治的成长时期，正是社会变革时期。制定法和各种政策性文件因其能最明快地体现政府的意志，最迅速地统一各方认识，成为政府推行变革的有效工具。而各种不成文渊源，要么还没有生成，要么对秩序统一有害无益。以习惯为例，社会变革意味着旧的习惯可能恰恰是变革对象，新的习惯又难以生成。再说司法先例，当前社会面对的诸多矛盾使得高层机关也常常不得不出于各种现实考虑而无法遵循法律。我们也许能够容忍对法律条文的一时违背，但不能容忍因遵循先例而一错到底。说到法理，当初我们的法学本身还比较幼稚，还没有形成自己的知识传统和相对独立的规范体系。更重要的是，把法理引入法律渊源，意味着法律学者在

正式立法程序之外直接分享了法律的制定权，意味着一般民众也可以对法律问题按照自己的理解进行争辩。在法律共同体还没有成长，法律议论的理性空间还没有形成的情况下，承认非成文因素，法律问题就可能异说纷呈，产生“无穷之辞”[10]。只有断然摒弃可能产生各种异说的法理、原则、道德，把各方思路统一到制定法条文中，才能避免纷争。在排除不成文法源后，从理论上把法的制定者限于高层级机关，表明了对法的合法性问题的关注，对“法出多门”的忧虑和抗拒。在中国这样的大国里，完全依靠中央立法来提供规则显然应付不了各地非常迥异的情况；但由于司法审查制度和其他法律监督制度在相当长时间内没有建立或者有效运作，对统合层次繁复、形式多样的法律规范还缺乏有效机制。“一放就乱，一统就死”，是考虑如何分配立法权时反复出现的一个双重难题。面对行政部门本位主义和地方保护主义，我们不能允许立法权过度分化，不得不通过法律渊源的层级限制来防止低层级机关滥用权力。[11]立法权适度分化又相对集中，止于国务院部委和较大城市的政府，是中央与地方博弈的暂时均衡，反映了在现有宪政结构下中央控制地方的限度。至于把国务院“通知”等规范性文件被排除在法的家族之外，既不是因为它们天然“不姓法”[12]，也不是因为它们不直接设定权利义务关系，因而无关紧要。真正原因恐怕是两者在制定程序和形式上的区别，以及对这种区别意义的认识。虽然暂时还承认命令、决定、指示的实际约束力，但无法消除对领导个人意志和红头文件不确定性、易变性的忧虑。对法律渊源范围的限定，反映了学者们对依靠明确、稳定的规则治理的企求，应当“以法治理”，即通过特定

程序和特定形式的文件来治理，而不是用“红头文件”所体现的政策来治理。[13]（三）对主流观点的若干修正 在我国行政法渊源主流观点确立后不久，大约从1990年代中期开始，行政法学界即开始对其提出轻微的质疑，或局部的修正。首先，法律、法规和规章以外数量庞大的其他规范性文件引起了学者们的重视。不管是否承认它们是法的渊源，这些规范性文件的实际效力被认为应当予以尊重。一些学者认为，它们在行政审判中也具有“参照”适用的地位，或者换一个说法“参考”。[14]其次，宪法的作用开始被重新审视。虽然教科书中大都把宪法列为行政法渊源的一种，但长期以来，援引宪法判案却是法律实践当中的禁忌。但近年，“宪法司法化”，更准确地说是“宪法的司法适用”，呼声日高。最高法院在“齐玉苓案件”中，明确表达了这种意图。[15]第三，行政法一般原则等不成文渊源被广泛讨论。开始，一些学者小心翼翼地提出，要考虑和重视非成文渊源，或者提醒人们不要忽视对它的研究。[16]之后，在一部分学者中逐渐形成共识，行政法的渊源不应限于制定法，还要包括非成文因素。罗豪才教授提出，行政法“不仅包括一系列行政法规范，而且理应包括一些重要的行政法原则，它们同样具有法的效力”。[17]大量的论文在比较法研究的基础上，阐述了行政法诸原则，并强调其在实践中的应用。[18]司法判例和行政惯例、习惯对法院审判的效力也被不断地提出。[19]关保英教授以发展市场经济为背景，主张承认行政法的非正式渊源。[20]孙笑侠教授在一本著作中把政策、法理和判例列为我国行政法的非正式渊源。[21]姜明安教授也指出，“在实际的司法和行政执法中，法理和判例也有着重要

的作用”；甚至，权威法学家的著作也具有“准法源”的作用。[22]朱新力教授主编的一本教材批评大陆学者概括法源类型时“遗忘”了非制定法。该书列举了习惯、判例和法的一般原则等几种外国法中认可的不成文法源，呼吁我国权力机关对这些非正式渊源予以“明确承认”，使之具有司法的统一适用性。[23]虽然上述观点迄今仍是一种比较前卫的观点，还没有进入法学院学生的必读教材，但主流理论开始面临动摇，新的共识正在形成。

二 作为论据的法律渊源对主流理论的前述改良，在思想渊源上主要来自西方国家（尤其是大陆法国家）已经定型的法律理论。如果我国也确立这样的理论，我们与西方国家教科书上的说法就非常接近了。但这种形式上的接轨并不意味着法律渊源理论的成熟和思考的终结，反而包藏着一个更大的理论危机。一旦我们为把上述成文和非成文因素都添加到法律渊源家族中，我们原先对法律渊源性质的理解，即把法律渊源定义为“法律的存在方式”，并奉为“有约束力的法律依据”，是否还能成立？如果不能成立，我们又当如何去理解法律渊源本身的性质？

（一）法律渊源作为“依据”的缺陷 迄今为止，不管对我国行政法渊源的类型看法多么不同，对于法律渊源性质的理解仍然没有摆脱主流法理学的观点：法律渊源是法律规范的存在方式，或者说是法律规范的表现形式。这一论断表明或暗示：1、法律渊源和法律规范是形式和内容的关系，就象通常所理解的语词与其所指称的对象一一对应一样，每一条法律渊源都包含固定内容的法律规范（至少其核心的意义是确定的）。如果说法律条文含义还有不清楚的地方，那只是一个解释的问题。解释法律的过程，就是正确地认识和阐述法律条

文本来就有的含义，就好比从工具箱里找出预先摆放在那里的合适工具。在这样的意义上，法律渊源和法律规范没有实质区别。2、法律渊源的范围由一个权威机构选定，因此是有限的、固定的几种。最高法院专门规定法律文书的援引范围，以及学者主张全国人大对不成文法源予以“明确承认”，都显示这一观念被广泛接受。3、法律渊源具有约束力，是法院和其它执法机关必须遵循的“依据”。反过来，只有具有这个特征才能被承认为法律渊源。从规章和规章以下的规范性文件是否法律的争论，到主张或者反对我国建立判例制度，都能看到同样立场。这几条相互联系：既是权威机关选定，就不容不服从；既然具有约束力，就不能人人得而主张。上述论断表达了一种自上而下进行国家治理的理想：权威机关提供法律，然后要求行政机关和法院必须服从法律，而且只能考虑法律。“有法必依，唯法是从”，就是这个信条的简单表达。但这几点都有相当问题的。首先，当代法律解释学指出，法律条文本身并不包含固定的含义。这种不确定首先来自语言本身含义的不确定。奥地利哲学家维特根斯坦通过对日常语言的精细分析指出，语言没有本质，没有统一性，它是在不同语境中针对不同对象、按照不同方式使用的；只有在多种多样的实际用法中，才能把握语言的含义。[24]同样道理，法律文本的含义不是不可以界定，但也只有在千变万化的特定情境中才有可能得到界定。泛泛地叙述法律文本的含义（就象法律教科书一样）不是没有意义，但不能代替对错综复杂案件的具体思考。法律文本的不确定性，还因为法律解释是带有价值判断的，在很大程度上不是一个事实层面的问题，而是一个正当性的问题。由于法律涉及

利益，当事人争夺法律文本的含义，就是为了争夺切身利益。这里存在的问题不是语词本身具有什么含义，而是我们希望它具有什么含义。也就是说，法律文本的“歧义”可能是当事人为了寻找对自己有利的论据而人为制造出来的。[25]有时作者（立法者）的原意是清楚的，但拘泥原意可能导致不利的或不合理的结果，当事人甚至法官可能舍弃立法原意而代之以其它。其次，在司法和行政活动中，作出法律决定的实际考虑也不象主流观点所要求的那样，局限于指定的几种法律渊源。这一点不但被西方的法律现实主义和法律解释学所揭示，也被中国当代的司法活动所印证。西方法律现实主义揭示了司法活动中法官实际思维的复杂性，当代的法律解释学则论证和阐明法律解释方法的多样性。[26]虽然法律解释学并不着眼于法律渊源，但法律解释的多样性已经暗示了法律渊源的复杂多样。如果不拘泥于理论，而注意一下我国当前的法律现实，我们将同样看到多种多样的材料和理由被当事人用以争辩自己的主张。其它规范性文件虽不认为是法律，但大量地被当成一种行为规范，甚至在司法中广为“参照”。甚至不成文法的因素，例如法律原则、司法判例、学说、外国法等等，都被拿到法庭上使用。前述一些学者考虑到制定法的不足，把习惯、学说、原则等列为“非正式渊源”，作为正式渊源的可能的补充。[何海波2]非正式渊源区别于立法机关制定的具有约束力的“正式渊源”，并维护了法律渊源有限的观点。可是，一旦承认“非正式渊源”在一定条件下也可以成为作出法律决定的理由，那么，它与“正式渊源”就不存在不可逾越的区别。[何海波3]第三，即使某个法律文本的含义可以被确定，它的有效性也不是绝对的。在

法规、规章和其他规范性文件效力上，主流观点就遇到了首尾不能相顾的难题。规章作为行政法渊源基本上没有争议[27]，但我国《行政诉讼法》含蓄地承认法院对规章效力的保留态度。这对法律渊源理论产生了冲击：有一种法不是法院必须遵循的，或者说有一种不是法的规定却是法院必须考虑的。如果说一个措辞含混的“参照”暂时解决了规章地位给法律渊源理论带来的尴尬，那么把这一点推演开，“参照”就不仅仅是行政规章。《行政诉讼法》把法律、法规列为法律审理案件必须遵循的“依据”，按通常见解，就是它怎么规定法院就怎么判决，不能违背。但依照《宪法》、《立法法》等确立的我国法律监督体制，法院对于法律、法规也不是必然无条件地适用。虽然通常认为法院无权径自决定不适用或者宣告其无效，但如果法院认为其违法，可以提请法定监督机关予以撤销或改变。这种程序设置赋予法院对法律、法规含蓄的保留。法律、法规实际上是否也只是一种“参照”？至于规章以下的规范性文件，主流观点认为根本算不得法律，然而它仍对法院具有一定的约束。如果我们承认规章以外的其他规范性文件不应被视若无物，完全不加考虑，那么它们是否也获得“参照”的地位？最后，也更为复杂的是，假如我们把法律原则、习惯、判例、学说等非成文因素也引进到法律渊源中来，我们更无法把它当作必须遵循的规定来对待。主流观点从法律效力角度理解和限定法律渊源，本身不能自圆其说。（二）作为论据的法律渊源 把法律渊源看成对行政执法和法院判决有约束力的“法律依据”，导致理论与事实的脱节。那些被奉为法律渊源的制定法条文，并非在任何情况下都有约束力；而那些没有被承认为法律渊

源的材料，对行政执法和司法活动有着实际的影响力。在许多情况下，后者比依循有约束力但没有说服力的法律更有实效，甚至取代有约束力的法律而成为判案根据。主流的法律渊源理论不能解释这些现象，反而令自己陷入自相矛盾的尴尬。为此，我们需要重新定义法律渊源，为它确立一个统一的逻辑基础。美国法学家格雷（John C. Grey）提出，区别使用“法律”和“法律渊源”这一组概念。格雷认为，制定法和判例白纸黑字的东西，以及道德、政策、法律原则、习惯、法律专家的意见，都不是法律本身，而是法律的渊源。法律适用者结合这些渊源和案件事实得出的适用于具体案件的规则，才是真正的法律。[28]格雷对法律渊源和规范的区分是一个重要观点，也是本文探讨法律渊源的逻辑起点。我国的法学教科书一般也提到法律与法律渊源的区分，并往往用专门章节阐述我国的法律渊源。但是，法律和法律渊源的区分在不断的转述过程中变得模糊，乃至被忽略。在主流的行政法学中，那些本来被作为法律渊源的法律、法规文本似乎成了法律本身。“法律”这个术语，既指法律渊源（法律文本），也指法律规范。[29]在格雷区别法律与法律渊源后，英国法学家哈特（H. L. A. Hart）提出，哪些属于法律渊源，可以根据一套“承认规则”，即指明哪些形式具有“法的资格”的权威性标准，来加以确认。[30]承认规则很少明文制定出来，而是“通过法院或者其他官员、私人或者私人顾问确认的方式显示出来”。哈特的理论，从逻辑上区分了法律规则的不同层次，为理解法律渊源提供了一个有意义的视角。但它仍具有某些缺陷。首先，哈特把法律规则视为由某个“承认规则”所确立或者引入的，他暗示了一种本体意义上

的法律规则固定地存在于某种形式的法律渊源中，只是需要予以“引入”而已。其次，尽管哈特强调在现代社会里确认法的标准的多样性，但在他的叙述中，法的渊源仍是有限的。比较典型的是，他几乎没有提到法律原则这一重要的法律渊源。正是基于“承认规则”的复杂性，德沃金批评道，在美国和英国这样有着复杂法律制度的国家中，不存在哈特所说的辨识哪些是法律规则、哪些不是法律规则的基本检验标准。[31] 如果想让法律渊源理论能够更好地解释现实，必须改弦易辙，放弃法律渊源效力上的决定性和种类上的固定性，采取一种更开放、更灵活的态度。本文将基于区分法律规范和法律渊源的立场，把法律渊源理解为叙述法律或者争辩法律时所使用的论据。当我们叙述某个法律是什么，或争辩某个事件应当适用的法律是什么时，我们必须使用某些论据来论证；就如当我们争辩某个案件事实时，必须使用一定证据来证明。当一位法学家向人们介绍某个国家特定领域的法律制度（例如行政许可制度、高等教育制度）时，他是从一个观察者的视角，把法律作为一种有关行为规范的确定的知识加以叙述。它可能援引制定法条文，也可能根据某些司法判例、行政习惯，作为叙述的根据。在法庭上，当事人争辩案件应当适用的法律时，他是从一个参与者的视角，把法律作为一个有待确定的、可争辩的命题。例如，当一个学生认为校方对他的开除处分没有事先听取他的意见，因而违背正当的法律程序，构成违法，他实际上争辩的是：存在这样一条法律规范，它要求校方在作出开除处分决定之前，应当听取学生的申辩。在行政诉讼中，行政机关要证明其实施的行政行为的合法性，原告常常要驳斥其合法性，法院在作出判

决时同样要向当事人、上级法院乃至社会公众证明其裁判依据的合法性。他们可能援引制定法条文，也可能根据上级法院的某个先例，某本权威教科书，某个被广泛认可的法律原则，甚至外国法的经验。在许多情况下，这些论据是有说服力的。这些有说服力的论据就是本文所说的法律渊源。一旦接受这种立场，可用来论证的法律渊源就不再局限于立法机关事先提供的法律条文，而容纳了法律原则、学说、先例等等广泛的因素；它们的效力也不再是绝对的，而是取决于具体情境的对话和论证。采取这一态度，先前遇到的种种矛盾正好得到理论上的统一，困扰我们的很多问题也可以消散。

（未完待续）【注释】

----- [1] 遍阅当今中国行政法学教科书，在论述行政法渊源时，在法律渊源问题上表现出高度一致。参见：罗豪才主编《行政法学》（高等政法院校规划教材），中国政法大学出版社1996年；罗豪才主编《行政法学》（全国高等教育自学考试指定教材），北京大学出版社1996年；罗豪才主编《中国行政法教程》（全国法院业余法律大学教材），人民法院出版社1996年；叶必丰《行政法学》，武汉大学出版社1996年；王连昌主编《行政法学》（高等政法院校规划教材），中国政法大学出版社1997年；马怀德主编《中国行政法》（全国司法学校法学教材），中国政法大学出版社1997年；应松年主编《行政法学新论》，中国方正出版社1998年；姜明安主编《行政法学》（全国律师资格考试指定用书），法律出版社1998年；方世荣主编《行政法与行政诉讼法》（高等政法院校法学主干课程教材），中国政法大学出版

社1998年；陈端洪《中国行政法》（中国法海外推荐教材），法律出版社1998年；杨解君《行政法学》（全国高等院校法学专业核心课程教材），中国方正出版社2002年，30、31、97 - 102页；胡建森《行政法学》（高等学校法学教材），法律出版社2003年第2版，17 - 25页。细节的分歧主要有：享有行政法规、规章制定权的单位所制定的其它规范性文件是否法律渊源；规章和规章以下的规范性文件是否法律渊源；政策是否法律渊源；国家机关和政党以及其他社会组织联合发布的规范性文件是否法律渊源，等等。对于这些分歧，以及行政法渊源的最新观点，将在后面部分予以介绍。[2] 罗玉中《什么是法？》，《中国法制报》1980年第8、9、11、13号；孙国华主编《法学基础理论》〔高等学校法学教材〕，法律出版社1982年，257页。[3] 1980年出版的《法学辞典》对行政法的定义是：“有关国家行政管理活动的各种法规，在法学上总称行政法。散见于宪法、法律、法令、决议、命令和其他各种规范文件中……”1984年出版的《中国大百科全书法学》还认为行政法的渊源包括：宪法，由国家权力机关根据宪法制定的国家行政管理活动方面的单行法和各种行政法规，中央和地方各级国家行政机关根据并为执行宪法、法律和法令而制定或者颁发的决定、命令和各种规范性文件，条约。[4] 王珉灿主编《行政法概要》，法律出版社1983年，7 - 10页。该书列举了我国行政法的主要法源：D?D宪法，基本法律，法律，行政法规，决定、命令、指示和规章，地方性法规，自治条例和单行条例?D?D后，认为“较大的市和县级以上的政权机关”，在其职权范围内发布的各种具有行政法规范性质的文件，也是我国行政法的一种法源。这里没有

列举较大市以下行政机关和乡镇政权机关制定的规范性文件，但与现今流行的说法相比，行政法的渊源明显宽泛。 [5] 参见应松年、朱维究《行政法总论》，工人出版社1985年，37 - 44页；姜明安《行政法概论》，北京大学出版社1986年，15 - 20页；罗豪才、姜明安《我国行政法的概念、调整对象和法源》，《法学研究》1987年第4期。 [6] 罗豪才主编《行政法学》，中国政法大学出版社1989年，6 - 8页。 [7] 有学者通过对中国古代刑事司法实践中的法律渊源进行考察指出，在清代，除了遵守《大清律例》等国家正式法典，成案、习惯法、情理、律学著作等也是司法官判案的重要依据。何勤华《清代法律渊源考》，《中国社会科学》2001年第2期。至于在民事领域，习惯、伦理等非成文因素更是扮演重要角色。梁治平《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年； [8] 民国时期的著述，参见钟庚言《行政法总论》，朝阳大学1923年，50 - 56页【作者称为“惯习法〔包括人民间之惯行、法院之判决例、政治上之惯习及行政上之处置〕”和“理法〔条理〕”】；白鹏飞《行政法大纲》，好望书店1935年再版【作者概括为“行政习惯法〔包括民众的习惯法、行政先例法、判例法〕”和“条理法”】；马君硕《中国行政法总论》，商务印书馆1947年，18 - 21页【作者概括为“行政习惯法〔包括行政判例、行政先例、地方习惯〕”和“法理”】；范扬《行政法总论》，商务印书馆1947年再版，14 - 20页【作者称为“习惯法〔包括行政习惯法、法院判例法、民间习惯法〕”和“理法〔条理〕”】。 [9] 有学者认为，行政法的成文主义与刑法上的罪刑法定主义约略同其含义。为防止行政专制，行政机关必须有法律明确规定

时才可以行政，不得根据习惯法和法理行事。王云五主编《云五社会科学大辞典行政卷》，台湾商务印书馆1971年，270页，转引自关保英《论行政习惯法》，《甘肃政法学院学报》2000年第3期。这种观点混淆了行政的依据与行政法的渊源。即使能够解释19世纪欧美的严格法定主义倾向，与当今中国的状况似乎相去甚远。[10]季卫东《法律解释的真谛》，《中外法学》1998年第6期、1999年第1期，后收入作者论文集《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年。[11]姜明安《行政法概要》，北京大学出版社1986年，19、20页；罗豪才、姜明安《我国行政法的概念、调整对象和法源》，《法学研究》1987年第4期。姜明安教授说，“法必须具有普遍性和统一性……如果每个行政机关，以至于乡镇一级政府都能制定行政法，那就无普遍性和统一性可言，国家法制的统一就无法保障。”[12]至少在从宪法文本上看不出来。

“82宪法”只有在关于国务院的职权中，使用了“制定行政法规”一语。但宪法没有对行政法规进行任何实质上或形式上的界定；相反，行政法规不过是与行政措施、决定和命令并列使用的一种形式。[13]80年代中后期，法学界出现了法律与政策关系的讨论。不管是持什么立场，争论双方都承认：法律与政策在制定机关、程序和形式上不同，法律有其特定的制定程序和形式，政策则往往等同于“红头文件”。论战的结果是，法律作为一种依特殊程序制定、具有特定形式的文件取得了更高的主流性和优越性。尽管政策还大行其道，但人们从原则上接受，要从依靠政策和法律治理转变为主要依靠法律治理。[14]高若敏《谈行政规章以下规范性文件的效力》，《法学研究》1993年第3期，后收入高若敏《

行政审判探疑》，新华出版社1997年；曹康泰主编《中华人民共和国行政复议法释义》，中国法制出版社1999年，126页（作者称，对于行政机关而言，这些规范性文件“都是执法的依据”）；朱芒《论行政规定的性质》，《中国法学》2003年第1期。[15]《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》，法释〔2001〕25号。相关评论可参见黄松有《宪法司法化及其意义：从最高人民法院今天的一个批复谈起》，《人民法院报》2001年8月13日；季卫东《合宪性审查与司法权的强化》；沈岿《宪法统治时代的开始？“宪法第一案”存疑》；以及公法评论网站<http://www.gongfa.com/xianfasifahuaazhuanti.htm>。[16]张树义教授注意到，“在很多国家，法的一般原则、判例、甚至包括行政活动的惯例也是行政法的渊源。这些不成文的形式在行政法的发展中起着非常重要的作用。因为行政活动的复杂性，以及行政法相对较短的历史，不能完全排斥法的一般原则、判例、惯例的作用，它的存在更有利于实现行政活动的秩序状态。这一点，在我国行政法的渊源中，尤其值得考虑和重视。”张树义主编《行政法学新论》，时事出版社1991年，17页。杨海坤教授称：“在研究行政法成文形式渊源的时候，我们还不应该完全忽视其不成文形式渊源的研究。”见杨海坤《中国行政法基本理论》，南京大学出版社1992年，114页。作者所称的不成文形式渊源指：与行政法有关的解释，行政实例、行政案例的记载，行政习惯。[17]王锡锌、陈端洪《行政法性质的反思与概念的重构？D?D访中国法学会行政法学会研究会总干事罗豪才教授》，《中外法学》1995年

第2期，后收入罗豪才主编《现代行政法的平衡理论》，北京大学出版社1997年。罗豪才教授据此把行政法的概念表述为“调整行政关系及基于此而产生的监督行政关系的原则和法律规则的体系”。[18]何海波《通过判决发展法律?D?D评田永案件中行政法原则的运用》，《行政法论丛》第3卷；程洁《行政程序法中的程序中立原则》，《行政法学研究》1999年第3期；王锡铤《行政程序理性原则论要》，《法商研究》2000年第4期；应松年主编《依法行政读本》，人民出版社2001年，第4章（该书阐述依法行政的原则时，列举了“法律优先与法律保留原则”、“比例原则”、“诚信原则”、“公正原则”等法律原则）；张成福《行政法治主义研究》，中国人民大学1999届博士论文（作者在行政法治一般原则部分，探讨了法律优位与法律保留、平等保护、正当程序、比例、诚实信用几个原则）；李春燕《行政信赖保护原则研究》，《行政法学研究》2001年第3期；朱新力《论行政法的不成文法源》，《行政法学研究》2002年第1期；李燕《论比例原则》，《行政法学研究》2002年第2期；余凌云《论比例原则》，《法学家》2002年第2期。[19]关保英《论行政习惯法》，《甘肃政法学院学报》2000年的3期；[20]关保英《市场经济条件下行政法的非正式渊源》，《法律科学》1995年第2期，后收入关保英《市场经济与行政法学新视野论丛》，法律出版社1996年。[21]孙笑侠《法律对行政的控制?D?D现代行政法的法理解释》，山东人民出版社1999年，107 - 116页。[22]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，31页。[23]朱新力主编《行政法学》，浙江人民出版社2002年，第二章，尤其是39页。

[24] [奥]维特根斯坦《哲学研究》，李步楼译，商务印书馆1996年。维特根斯坦是以日常语言为分析对象，包括了口头语言、书面语言和体态语言。但维特根斯坦的分析结论对法律解释仍具有启发意义。[25] 苏力《解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问》，《中国社会科学》1997年第4期，后收入苏力《阅读秩序》，山东教育出版社1999年。[26] 除了最常用的文意解释，还有历史解释，社会学解释，比较法解释等。梁慧星《民法解释学》第3编；张志铭《法律解释操作分析》第3、4章；[美]史蒂文J伯顿《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社1998年。[27] 少数异议者认为，规章对法院没有约束力，因此不能算法律，只是“准法”。参见周旺生《立法论》，北京大学出版社1994年，36 - 38页。也有学者秉持“只有立法机关制定的才是法律”的理念，反对把规章叫做法，甚至“行政立法”这个词也应当被废止。王磊《对行政立法权的宪法学思考》，《中外法学》1998年第5期。《立法法》一方面把规章列入调整范围，另一方面又在该法适用范围的规定中对规章作了另类处理，以示其“如夫人”地位。该法第2条：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止，适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止，依照本法的有关规定执行。”[28] John Grey, *The Nature and Sources of Law*, New York: The Macmillan Company, 1921, p.84. 格雷指出：“在这个问题上，相互争论的法学流派之间的分歧，主要产生于没有对法律和法律渊源作出区分。”[29] 直到新近的一些法律解释学著作，才重新注意到法律文本与可适用于具体案件的规则之间的区别。例

如，梁慧星先生在阐述“广义法律解释”的概念时，把它描述为“从法律规范的探寻即找法开始，直到可依subsumption进行三段论推演之前的整个活动过程”。梁慧星《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年，192页。张志铭先生也指出，应该区分法律条文和法律规范。张志铭《法律解释操作分析》，31页。[30]哈特《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年，92页以下。[31]德沃金《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年，47页。文章出处：北大法律网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com