

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法研究

第六辑

主 编 胡建淼
副主编 孙笑侠 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

《政法理论》编辑部与政法理论编辑部 编

政法研究

第六期

主 编：陈 旭
副主编：陈旭东、陈旭东、陈旭东

中国政法大学出版社

浙江大学公法与比较法研究所 编

公 法 研 究

第 六 辑

主 编：胡建森

副主编：孙笑侠 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

公法研究. 第6辑 / 胡建森主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2008. 6

ISBN 978-7-308-06007-3

I. 公… II. 胡… III. 公法—研究—文集 IV. D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 082035 号

公法研究

胡建森 主编

责任编辑 张 明

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)

(E-mail: zupress@mail. hz. zj. cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>

<http://www.press.zju.edu.cn>)

电话: 0571—88925592, 88273066(传真)

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 富阳市育才印刷有限公司

开 本 787mm×960mm 1/16

印 张 33.25

字 数 509 千字

版 印 次 2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-06007-3

定 价 50.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88925591

顾 问：罗豪才 许崇德
陈光中 应松年

编委会：（按姓氏笔画为序）

公丕祥 李 龙 孙笑侠 朱苏力
张文显 胡建淼 姜明安 夏 勇
徐显明 韩大元

本辑特约编辑：孙 凌 夏 雨

目 录

主题研讨:行政法的不成文法源

- 行政法不成文法源之习惯研究——以行政惯例为中心 郑 洁(1)
- 法源意义上行政法的一般原则研究 沈春晖(50)
- 作为行政法之法源的公共政策研究 余 凤(103)

专题论文

艺人的政府规制研究——对一个特殊职业群体的人文关切

- 于立深(145)
- 私法化下行政法的发展 张 弘 周瑞军(175)
- 论我国行政法上合法预期的保护——以行政许可行为为对象的分析
..... 陈海萍(195)
- 行政协助制度的学理评析 周春华(221)
- 公务员晋升体制:现行分类模式下的反省与选择
..... 冯子轩 胡耘通(290)
- “人的尊严”在现代法律中的地位 胡玉鸿(302)
- 中国市民社会培育的新起点——以私有财产权入宪与《物权法》的
颁布为背景 李志强(323)
- 一个二元性权利的分析体系——对霍菲尔德权利理论的一种解读
..... 陈运生(335)
- 宪法学教材之层次刍议——刘茂林教授著《中国宪法导论》读后
..... 王书成(369)

2 公法研究

境外法学

- 新加坡行政法制述略 莫于川 刘玉新(377)
- 论现代日本行政法学理论之发展 江利红(405)
- 行政诉讼第三人参加制度之研究
- 比较德国、日本,中国台湾地区的立法例 孙 凌(425)

译文专栏

- 美国行政争端解决法 袁勇译(453)
- 从传统视角审视美国宪法 詹姆士·麦克莱伦 李松锋译(473)
- 美国最高法院克罗威尔诉本森案——285 U. S. 22 (1932)
- 王小红译(487)

书评

- 宪法与刑事诉讼——基本原理 Ronald F. Wright 陈虎译(509)

行政法不成文法源之习惯研究

——以行政惯例为中心

郑 洁*

引 言

行政法的基础之一在于寻找和研究在内容上涉及行政组织和行政作用,而又以法的形式存在的行政法法律渊源(或称为行政法法源,下同)。这一命题是理性认识行政法法律规范体系的前提。但是,如何寻找和研究这些行政法法律渊源?如何透过行政法法源提高人们对作为法治行政基础的法律规范体系的完整认识,以及进一步深化对法治行政本身内涵的认识?两大法系的许多国家在行政法领域展开了有关这一问题的长期研究和反复实践,积累了相对成熟的学术研究成果。目前我国行政法学界,随着行政法理论研究的深入和行政诉讼改革进程的加快,有关行政法法源研究的重要性正日益凸现,学者们逐渐意识到有必要进一步研究以行政惯例为中心的习惯。

尽管我国现行的行政法法律规范体系尚未明确承认行政法不成文法源的地位,但是关注行政法不成文法源之习惯的历史演进、具体内涵、确认理由以及实践形态等问题,对夯实我国行政法基础理论,从容应对转型期

* 浙江大学光华法学院宪法学与行政法学专业 07 级博士研究生。

2 公法研究

所伴随的种种秩序紊乱是大有裨益的。

一般而言,关于习惯的问题错综复杂,研究这一问题的角度和途径也是多元化的。现今我国法学界的主要精力集中在法社会学的实然性研究上,法理学和民法学的学者们在探求习惯的概念内涵与基本特性的同时,更多地将以国家强制力为后盾的法律规范和民间社会本身所蕴含的自生自发的规则及其内在结构的变化纳入研究视野,注重国家制定法与乡土社会习惯之间的互动机制。与其他部门法相比,目前我们对于行政法法源的研究处于静滞状态,大部分学术著述、论集在法律渊源上或是未涉及,或是照搬法理学的相关理论,普遍将其框定在以宪法为最高点的成文法体系中,不成文法源似乎处于被遗忘的角落。因此,笔者以行政惯例为研究中心,切入行政法不成文法源之习惯研究,通过理论论述和实证性材料之间的相互验证分析来谋求研究的深化。一方面,以收集实证案例为基础,在实践经验的加工整理中发现理论上的可探讨之处;另一方面,在现有的研究成果和学术积累中为现实问题的解决寻找适当的理论支持,从而在理论与实践之间架起一座沟通的桥梁。

一、行政法不成文法源的困境与突破

法源是法理学尤其是法社会学的重要命题,其在行政法学中同样具有极其重要的地位,能为行政法的发展开拓新领域,尽管我们现在忽略了此方面的研究。这种理论上的缺失并不表明现实问题也会随之销声匿迹。相反,随着行政的迅猛发展,建立司法审查机制的呼声越来越高,面对实践中层出不穷的新状况,理论上有关法律渊源的提法并不总是能够正确反映现实,对新现象的论证心有余而力不足。

(一)案例引发的思索

案例一:杜宝群、李宝琴、杜玲红不服北京市公安局海淀分局龙泉寺派

出所变更户口行政决定案。^①

原告杜宝群、李宝琴夫妇二人违反计划生育政策,北京市农工商综合总公司于1992年2月17日决定将杜宝群全家改为农民户口。被告北京市公安局海淀分局龙泉寺派出所根据该决定于1992年4月14日通知原告杜宝群、李宝琴“经海淀公安分局批准,将你全家居户口转为农业户口,限你在1992年4月16日至1992年4月18日内,将户口本、居民购粮本、副食本一起送到派出所,办理手续”。原告不服,于1992年4月18日向北京市海淀区人民法院起诉。

一审中,原告诉称,其违反《北京市计划生育条例》,超生第二胎,已受到本乡计划生育部门的处罚,又被所在单位开除了公职。被告北京市公安局海淀分局龙泉寺派出所不讲明理由,就决定变更全家三口人的户籍类别的行为是错误的,要求法院判决撤销该行政决定。原告提出的主要事实依据之一,其女杜玲红系1982年出生,同年8月即确定为非农业户口,无任何违法行为,不应承担其父母违法之举的任何责任,把杜玲红户口转为农业户口于法无据。

被告辩称,原告杜宝群、李宝琴参加工作前均系海淀区聂各庄乡台头村农民,因到西山农场参加工作,由农场申报将其农业户口转为居民户口,现因杜、李二人已被原单位开除公职,故我局应农场的要求,依据(81)劳总字108号文件的规定,将两人的户口由非农业户口变为农业户口是符合有关规定的,也是合情合理、无可非议的。杜玲红系二人之女,按照户籍管理惯例,未成年人的户口随父母。北京市公安局海淀分局龙泉寺派出所答辩理由中强调,户口管理主要依据1958年《中华人民共和国户口登记条例》,它只是原则性规定,但是具体情况还要具体分析。在户籍管理中,还有许多内部文件和惯例在实际工作中一直贯彻和适用,在将杜玲红户口转为农业户口上即依据未成年人的户口随母亲的惯例。

^① 参见北京市海淀区人民法院编:《审判案例选析》,中国政法大学出版社1997年版,第344—351页。

4 公法研究

法院经审理认为,国家推行计划生育的政策,法律要求每一个公民都要自觉履行这一法定义务。被告为支持计划生育管理工作,参照有关规定,变更原告杜宝群、李宝琴的户籍类别的决定与政策、法规没有直接冲突,不持异议。原告杜玲红系未成年人,在未独立生活之前,其户籍关系按惯例随其母亲变更,并无不当。北京市海淀区人民法院于1992年9月10日作出维持判决。

原告不服一审判决,向北京市中级人民法院提出上诉。二审法院经审理,认为一审认定事实清楚,不存在违法适用法律、法规的情况,维持该行政行为是正确的,因此判决驳回上诉,维持原判。

本案虽然发生在二十多年前,但是时至今日已经成为经典案例,学者在论述行政惯例作为行政法不成文法律渊源时常会以此作为论证材料。^①当时行政法学界普遍认同成文法是法的唯一渊源。一审法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第54条第1项“具体行政行为证据确凿,适用法律、法规正确的,符合法定程序的,维持判决”的规定作出判决,二审法院根据《行政诉讼法》第61条第1项“人民法院审理上诉案件,按照下列情形,分别处理:原判决认定事实清楚,适用法律、法规正确的,判决驳回上诉,维持原判”的规定结案,两审法官对“适用法律、法规正确”中的“法律、法规”的含义采用了扩张解释,^②将行政惯例视为广义上的法律,突破了理论的固有观点。

① 朱新力:《司法审查的基准——探索行政诉讼的裁判技术》,法律出版社2005年版,第181页。

② 也有认为是目的性扩张。但扩张解释与目的性扩张不同。扩张解释是法律解释方法,而目的性扩张是漏洞补充方法。扩张解释,是指有一个法律条文,按照立法当时设想的适用范围即立法本意,应当包括本案,但因为使用了不适当的词语,导致其文义过窄,将本案排除在文义范围之外,因此采用扩张解释方法扩张其文义范围,将本案纳入该条文适用范围之内。目的性扩张,是指法律对本案未作规定,属于法律漏洞,为了裁判本案,找到这样一个法律条文,虽然按其适用范围和立法本意均不包括本案,但是用该条裁判本案符合该条的立法目的,因此扩张其适用范围,将本案包括在内,亦即适用该条裁判本案。参见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第160页。

案例二:质疑工商收取管理费惯例,石家庄一老板状告工商局。^①

河北省石家庄市桥东珍石斋工艺品店刚领到营业执照两天后,石家庄市工商行政管理局桥东分局即“按惯例”收取了240元的工商管理费。珍石斋工艺品店老板张立华认为工商部门这种预先收取管理费的做法违反了相关法律,遂一纸诉状将石家庄市工商行政管理局桥东分局告上法庭。2006年5月19日,石家庄市桥东区人民法院对此案进行了开庭审理。

原告认为,其经营的工艺品店于2005年8月1日才领取营业执照,可是两天后,在原告尚没有经营收入的情况下,被告就预收其管理费,其行为违反了《个体工商户管理收费标准及其收入使用范围的规定》和《城乡个体工商户管理暂行条例实施细则(修正)》中“向个体工商户收取的管理费,应在交纳工商所得税后列支,以保证国家税收收入”、“工商行政管理机关不得向个体户预收管理费”的规定。

被告认为,根据我国的实际情况,相当多的个体户存在账目不清的问题,工商行政管理部门很难掌握其真正的营业额。虽然法律法规没有规定具体的收费程序,但却授予了工商行政管理局收费权。

税收以满足公共欲望、实现国家的公共职能为直接目的,是国家参与社会产品分配和再分配的重要手段,是国家据以进行宏观调控的重要工具,是国家财政收入的最主要来源。现代法治国家都非常重视税收的征收与管理,无不实行税收法定主义,法律没有明文规定,人们便没有纳税义务。在日常生活中,行政机关却常常为了便于征税而以行政惯例代替某些纳税依据。依照相关行政规章,工商行政管理局应当在个体工商户交纳所得税后向其收取相应的管理费,但鉴于实际工作中由于个体户存在账目不清的问题,工商行政管理部门很难核实其真实的营业额,同时法律、法规没有规定相应的收费程序,一般按照长期形成的行政惯例收取管理费。

^① 《法制日报》2006年5月22日第6版, http://www.legaldaily.com.cn/bm/2006-05/22/content_318637.htm, 2007年3月20日访问。

(二)行政法不成文法源的困境

法治,是现代国家的基本特征,是立宪国家的基本标志和必须遵循的原则和出发点。^① 在成熟的现代国家里,在实行宪政的国家实现人民主权之后,行政法治就成为法治实践的首要目标和主要内容。^②

行政法治的一个重要议题是探讨实施行政行为时应当遵循什么样的规则,即依什么行政,归纳起来属于行政法法律渊源的范畴。翻看当今行政法学教科书,主流观点多认可成文法为行政法法源,很少提及行政惯例、法的一般原则等不成文法律渊源,呼吁权力机关应明确承认这些非成文因素的则更是凤毛麟角。^③ 而行政机关作出行政行为、司法机关审理案件中并没有完全照搬理论界的通说,他们根据具体情形对行政法法律渊源进行了创新,在一定程度上突破了主流观点。理论的滞后与现实的需求之间产生了断层,人们对是否存在行政法不成文法源以及它是如何发生作用的产生了怀疑。

较之其他部门法,行政法在法律渊源上更强调成文法,是由于行政权自身的特点决定它比其他任何权力更需要控制,而成文法恰好满足了这一

① 周叶中主编:《宪法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第8页。

② 2004年3月16日国务院第43次常务会议审议通过《全面推进依法行政实施纲要》,3月22日发布《国务院关于印发〈全面推进依法行政实施纲要〉的通知》(国发[2004]10号)。该纲要要求全面推进依法行政,各级行政机关实施行政管理要做到合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一,实现建设法治政府的目标。http://www.gov.cn/jztzl/yfxz/content_374160.htm,2007年3月20日访问。

③ 据相关统计,现行教科书涉及行政法不成文法源的主要包括: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年版;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年版;胡建森主编:《行政法教程》(成人高等法学教育通用教材),法律出版社1996年版;胡建森:《行政法学》(高等学校法学教材),法律出版社2003年第二版;叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社1996年版;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年版;应松年主编:《行政法学新论》,中国方正出版社1998年版;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年版;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年版。参见何海波:《行政法的渊源》,载应松年主编:《当代中国行政法》第二章,中国方正出版社2005年版,第16页。

迫切需求。首先与立法权相比,从理论上讲人民掌握立法权,不具有与人民直接接触的特点,因此不成为权力控制的核心。其次与司法权相比,行政权有以下特点:第一,司法权具有判断性,行政权则具有管理性,属于执行权,职责内容上具有管理性质,因而有相当大的扩张性,更需要控制。第二,司法权具有稳定性,而行政权具有应变性。行政机关必须适应社会变迁情势,不断进行调整,以达到行政目的,提高行政效率,这就要求加强规范与控制,使行政权在法律的框架内运行。第三,面对各种社会矛盾,司法权具有中立性,而行政权则有倾向性,因此行政机关总是更关心自己的行政目标和效率。这就更要求对行政权进行控制,以保证这种倾向性符合法治精神。第四,司法权是被动的,而行政权是主动的,行政权的运行总是积极主动地干预社会生活和私人生活。^① 汉密尔顿在《联邦党人文集》中就行政权的主动性作了如下经典描述:“行政部门不仅具有荣誉、地位的分配权,而且执掌社会的武力。……与此相反,司法部门既无军权、又无财权,不能支配社会的力量与财富,不能采取任何主动的行动。故可正确断言:司法部门既无强制、又无意志,而只有判断;而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量。……它无可辩驳地证明:司法机关为分立的三权中最弱的一个,与其他两者不可比拟。”^②行政权的这种主动性、扩张性如不加以控制就会使其运行脱离法治轨道。为了防止行政权异化,将行政的依据严格限定在成文法的范围内,建设法治社会,规范行政权的运作。

我国行政法学的发展历史相对短暂,长期受到法理学界传统观点的影响,在法律渊源问题上也不例外。法理学称法的渊源为“法源”或“法律渊源”,是指那些具有法的效力作用和意义的法的外在表现形式。当代中国法的渊源采用的是以各种制定法为主的法的渊源,它们有各种不同的层次和范畴,主要有:宪法、法律、行政法规和部门规章、军事法规和军事规章、

① 孙笑侠:《论法律对行政的综合化控制——从传统法治理论到当代行政法的理论基础》,《比较法研究》1999年第1期。

② [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第391页。

地方性法规和政府规章、民族自治地方的自治条例和单行条例、特别行政区基本法和法律、经济特区的单行经济法规、经济特区法规和规章、国际条约及国际惯例等等。^①处于萌芽时期的中国行政法,在论述行政法的法源时使用与法理学完全相同的口吻。第一本全国行政法学统编教材《行政法概要》将行政法定义为“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”,列举我国行政法的主要法源——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——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。^②20世纪80年代中后期,行政法的法源被重新讨论,多数学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。这种重述以1989年出版的第二本全国行政法统编教材《行政法学》为标志,此后在学界占据主流地位。^③一般而言,我国是大陆法系国家。在大陆法系各国中,制定法是主要法律渊源。国家主权、国家主义、理性主义以及三权分立等学说,对制定法成为民法法系的主要渊源这一事实起了巨大的促进作用。国家主权学说强调国家主权的一个主要标志就在于它是代表法律的最高权威。根据国家主义学说,国家是至上的,国家本身就是目的,个人必须绝对地服从国家及其法律。理性主义认为,人的理性要求而且可能制定完备的法律。三权分立学说认为,为了保护个人的自由,防止权力的滥用,立法、行政和司法三种权力应该分开,只有立法机关才有权立法。^④这样一来排除了不成文法因素,成文法自然成为唯一的法源,也切断了法源理论的多元研究途径。

① 张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第77—78页。

② 王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第7—10页。

③ 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第6—8页。

④ 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第162—163页。

(三)行政法不成文法源的突破

成文法成为法的唯一渊源,习惯便不能发生任何法律上的效力。但是,成文法自足,毕竟不能解决所有的问题,社会情形不断地在变迁,新的习惯逐渐形成,执法者在实际工作中,无法对习惯产生的力量视而不见,将其置之不顾。因此上世纪90年代中期以来,不同于主流观点的声音开始出现,一些学者提出不应该忽略行政法不成文法源的存在,^①需要开启这一领域的相关研究,此后也逐渐形成了部分理论成果。^②

1. 廓清迷点:界分法的渊源与法的形式

在西方法学中,法律的渊源是一个含义十分复杂的概念。一般地说,它可以指以下几个方面的含义:首先,法律的历史渊源,例如罗马法、教会法等,有时也可以指推动制定某一法律的一定历史事件;第二,法律的理论或思想渊源,如理性主义、功利主义等;第三,法律的本质渊源,如人的理性、公共意志等;第四,法律的效力渊源,又称正式渊源,是指法律由不同机关创制或认可而具有不同效力,从而也就可以划分为各种类别,如制定法(宪法、法律、行政法规等)和判例等,有时也包括经认可的习惯、法理等;第五,法律的文献渊源,如法律汇编、判例汇编等;第六,法律的学术渊源,如权威性的法学著作、工具书等,从中可以了解对法律的非官方的学理性阐释。^③通常所讲的法的渊源,是指法的效力渊源或外在表现形式,即法的渊源等同于法的形式。其实不仅仅是初学者会把这两个本该属于不同范畴

① 杨海坤教授认为,“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(包括与行政法有关的解释,行政实例、行政案例的记载,行政习惯)的研究”。杨海坤:《中国行政法基本理论》,南京大学出版社1992年版,第114页。

② 例如关保英教授主张在发展市场经济过程中承认行政法的非正式渊源。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。孙笑侠教授将政策、法理和判例作为行政法的非正式法源。孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,山东人民出版社1999年版,第107—116页。朱新力教授在其编写的教材中设专章讨论行政法不成文法源问题。朱新力主编:《行政法学》,高等教育出版社2004年版,第38—44页。

③ 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第161页。

的事物画上等号,即使在学界,迄今为止仍然普遍存在混淆法的渊源和法的形式的情形,或认为法的形式包含在法的渊源中,或直接将法的渊源和法的形式等同起来,认为法的渊源即法的形式,法的形式即法的渊源。所以,在理论研究和实践活动中两者不能发挥应有的作用,无法体现各自的价值,从而使法的范围具有不确定性。

事实上,法的渊源和法的形式是两种事物,代表了两种价值。法要通过一定的来源和途径,基于一定的原因才能形成。法的渊源是法得以形成的来源、途径和原因,法的形式是已然的和正式的法的不同表现形式,它们分别代表了法的形成过程中两个性质不同的阶段和表现形态,分别体现了使法得以形成的价值和使法各得其所的价值。具体而言,两者有以下实质区别:^①

(1)未然和已然、可能和现实之分

法的渊源所指的主要是法的来源,它表明法可以或应当由哪些原料构成,可以或应出自何种途径,可以或应基于何种动因形成,它是法的半成品和预备库,或未然的法和可能的法。法由哪些原料构成,意味着法的形成同一定的资源相连,诸如习惯、判例、正义观念、理论学说等资源可以作为法形成的素材。法出自哪些途径,意味着法的形成同一定的体制和主体相关,以立法、司法和行政等途径为进路将那些原料升格为法。法基于何种动因形成,意味着法绝非无缘无故地产生,它主要是被表述出来的,而不是创造出来的。法通常产生于法的渊源,所以法的渊源有一定的必然性意味。但法的渊源更主要的是个未然概念,它意味着法可以或可能从法的渊源中产生,因而也是可能的概念,即法的渊源就是未然的和可能的法。

认识到这点,那么行政机关和法官就可以借助法的渊源理论和知识,在既有的法或法律规则不能适应需要,并且被法所允许的情况下,从法的渊源中提取有关素材,形成规则,适用于执法或案件中,以补充或填补现行

^① 在此主要参照了周旺生教授的研究成果。他的研究对笔者的启发很大。周旺生:《法的渊源与法的形式界分》,《法制与社会发展》2005年第4期。