

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法研究

第二辑



商務印書館

浙江大学公法与比较法研究所 编

公 法 研 究

第 二 辑

主 编：胡建森

副主编：孙笑侠 朱新力

商 務 中 書 館

2004年·北京

图书在版编目(CIP)数据

公法研究. 第2辑/浙江大学公法与比较法研究所编. —北京:商务印书馆, 2004
ISBN 7-100-03924-X

I. 公… II. 浙… III. 公法—研究—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 071912 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

公 法 研 究

第 二 辑

浙江大学公法与比较法研究所 编

商 务 印 书 馆 出 版
(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)
商 务 印 书 馆 发 行
北京中科印刷有限公司印刷
ISBN 7-100-03924-X / D·322

2004 年 1 月第 1 版 开本 787×960 1/16
2004 年 1 月北京第 1 次印刷 印张 33 3/4
印数 4 000 册

定价:48.00 元

顾问：

罗豪才 许崇德

陈光中 应松年

编委会：

李龙(主任)

(以下以姓氏笔画为序)

公丕祥 孙笑侠 朱苏力

张文显 姜明安 胡建森

夏 勇 徐显明 韩大元

前 言

法治昌明,奠基于私法发达,更有赖于公法兴盛。自罗马法学家乌尔比安以来,公、私法的划分几经沉浮,到近代终于成为欧陆法制的原则和法学研究的前提。即使以普通法为传统的英美法系,甚至一度与西方法制决裂的前苏联及东欧诸国,在当代也无力抗拒公、私法的划分。

导控公权力行使的法律即公法,探究以公法导控权力之精神、制度与技术的学问为公法学。无公法则权力不受制约,公法学实与一国法治文明唇齿相依。布丹以《国家论六卷》首开近代公法学先河,至拿破仑时代编纂一系列公、私法典,法国率先进入法治国家行列。德国公法学姗姗来迟,19世纪末始有公、私各项法典,直到二战后法治复兴,公法学名家鹊起,臻于繁盛,德国终能跻身法治强国。

两千年来,中国法制诸法合体,法律既无部门区分,亦无公、私法之划分。清末丁韪良译《万国公法》以后,《公法与私法》、《实理公法》、《比较宪法》等著译蔚为大观,清末修律、北洋立宪至国民政府颁行《六法全书》,近代法制形式始告确立。然志士有心,时势无情。废除《六法全书》以后,步前苏联后尘,中国一度法治废弛,法律沦为权力的工具,以致法制崩坏,动乱迭起,国家与民众倍遭祸殃。历经半世纪沧桑岁月,法治国家已成人心所向、大势所趋,公法学也随之生机重现。而与国家法治化的进程、私法学繁荣的气象相比,公法研究仍显先天不足,后天乏力。

有感于此,我们愿以绵薄之力,与海内外同仁戮力同心,共举《公法研究》之事业,为公法学掘一泓清泉、开一畦绿地。

浙江大学公法与比较法研究所

《公法研究》编辑部

2003年6月12日

目 录

我国行政法的渊源:反思与重述·····	应松年 何海波 (1)
论足协及其他自治组织的行政可诉性:中国与三个普通法 管辖区域的比较研究·····	林 峰 (29)
论行政相对人在行政程序中的参与权·····	章剑生 (53)
行政程序的正当性与正当的行政程序原则·····	周佑勇 (67)
WTO中针对行政行为的国内救济要求·····	金承东 (79)
行政诉讼重作判决的法理分析·····	项一丛 (92)
两大法系行政法的差异及其成因与发展趋势——政府 与市场关系的行政法阐释·····	刘 轶 (122)
浅谈地方人大及其常委会保证宪法遵守执行·····	许崇德 (143)
以“人世”促改革,保护和增进农民权益·····	陈云生 (156)
对民意代表言论免责权的再关注·····	杨临宏 于 强 (199)
私人财产权的宪法保障·····	刘静仑 (214)
公法与政治文明·····	姜明安 (260)
寻根:西方法治萌生的基因·····	周长龄 (274)
权利冲突的解决模式初论·····	李友根 (287)
公法哲学体系的建构·····	于立深 (320)
法官惩戒制度研究——兼论我国司法弹劾 制度的建构·····	徐静村 潘金贵 (344)

2 公法研究

欧洲的宪法法院与日本的宪法法

院构思····· 永田秀树著,林来梵 龙绚丽译 (370)

从分权角度对诉讼资格制度的比较

研究····· 汤姆·兹瓦著,余凌云 朗小凤译 (381)

分配正义的程序之维····· 福尔克尔·施密特著,陈林林译 (404)

立法性规则和解释性规则的区别····· 理查德·皮尔斯著,宋华琳译 (421)

澳大利亚首都区域 1929 年遗产管理与遗

嘱检证法····· 黄嘉欣 李莉译,胡建森校 (450)

美国规章协商制定程序法····· 薛刚凌 王霁霞译,李琦校 (517)

美国争议解决程序替代法····· 薛刚凌 王霁霞译,李琦校 (525)

我国行政法的渊源:反思与重述

应松年 何海波

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

(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

^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 年版;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;叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社 1996 年版;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;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 年版;陈端洪:《中国行政法》(中国法海外推荐教材),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;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。

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他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。

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20世纪80年代中期基本成型,在2000年的《立法法》中最后巩固。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,法律渊源则呈现出从弥散到集中的相反趋势。20世纪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。^①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。^②萌发于20世纪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性质和内容的法律文件和法规所组成的”。^③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的范围,反对把行政规章“排除在行政法之外”,也反对

① 罗玉中:《什么是法?》,载《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年版,第257页。

② 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。

③ 王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第7—10页。该书列举了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。

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努力。^① 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。^② 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层机关,法的生产是高层级机关垄断的事业。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,但同时把它们以“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、判例等其他渊源?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

^① 参见应松年、朱维究:《行政法总论》,工人出版社1985年版,第37—44页;姜明安:《行政法概论》,北京大学出版社1986年版,第15—20页;罗豪才、姜明安:《我国行政法的概念、调整对象和法源》,载《法学研究》1987年第4期。

^② 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。

我国古代法律实践中曾广泛存在,^①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。^②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,^③不如说是出于特定时期国家治理需要的一种选择。20世纪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起来、法律

① 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。参见何勤华:《清代法律渊源考》,载《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。参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版。

② 民国时期的著述,参见钟庚言:《行政法总论》,朝阳大学1923年版,第50—56页[作者称为“惯习法”(包括民间之惯行、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年版,第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,第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)]。

③ 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。参见王云五主编:《云五社会科学大辞典·行政卷》,台湾商务印书馆1971年版,第270页,转引自关保英:《论行政习惯法》,载《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。

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”。^①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。^②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”等规范性文件排除在法的家族之外,既不是因为它们天然“不姓法”,^③也不是因为它们不直接设定权利义务关系,因而无关紧要。真正原因恐怕是二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的不确定性、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

① 季卫东:《法律解释的真谛》(上)(下),载《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年版。

② 姜明安:《行政法概要》,北京大学出版社1986年版,第19、20页;罗豪才、姜明安:《我国行政法的概念、调整对象和法源》,载《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。”

③ 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。

现的政策来治理。^①

(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”。^②

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。但近年来,“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。^③

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

① 20世纪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——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,但人们已从原则上接受,要从依靠政策和法律治理转变为主要依靠法律治理。

② 高若敏:《谈行政规章以下规范性文件的效力》,载《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年版;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年版,第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》,载《中国法学》2003年第1期。

③ 《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》,载《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》,载《中国社会科学》2002年第2期;沈岿:《宪法统治时代的开始?——“宪法第一案”存疑》,载《宪政论丛》第3卷,法律出版社2003年版;以及公法评论网站 <http://www.gongfa.com/xianfasifahuazhuanti.htm>。

究。^①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”。^②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。^③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。^④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。^⑤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。^⑥姜明安教授也指出,“在实际的司法和行政执法中,法理和判

① 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。”见张树义主编:《行政法学新论》,时事出版社1991年版,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年版,第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。

② 王锡锌、陈端洪:《行政法性质的反思与概念的重构——访中国法学会行政法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年版。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”。

③ 何海波:《通过判决发展法律——评田永案件中行政法原则的运用》,载《行政法论丛》第3卷;程洁:《行政程序法中的程序中立原则》,载《行政法学研究》1999年第3期;王锡锌:《行政程序理性原则论要》,载《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》,载《行政法学研究》2001年第3期;朱新力:《论行政法的不成文法源》,载《行政法学研究》2002年第1期;李燕:《论比例原则》,载《行政法学研究》2002年第2期;余凌云:《论比例原则》,载《法学家》2002年第2期。

④ 关保英:《论行政习惯法》,载《甘肃政法学院学报》2000年第3期。

⑤ 关保英:《市场经济条件下行政法的非正式渊源》,载《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年版。

⑥ 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。

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。^①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。^②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。如果我国也确立了这样的理论,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,就像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

^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31页。

^② 朱新力主编:《行政法学》,浙江人民出版社2002年版,第2章,尤其是39页。

律规范(至少其核心的意义是确定的)。如果说法律条文的意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,是法院和其他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是法律的争论,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,惟法是从”,就是这个信条的简单表达。

但这一点都有相当的问题。

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。^① 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(就像法律教科书一样)不是没有意义,但不能代替对错复杂的案件的具体思考。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

^① [奥]维特根斯坦:《哲学研究》,李步楼译,商务印书馆1996年版。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。