

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)[论文精粹](#)[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读原文](#)[> 论文精粹](#)

温泽彬：论行政惯例的背景、价值与现状

发表于： 2010-12-13 18:51 点击：384

关键词：法规/经验规则/行政法源/行政惯例

内容提要：惯例是在法规与经验法则关系下的一个具体问题。法律规则作为理性的产物，面对社会经验时总有不少无奈与不足，这恰恰是行政惯例生成的内在动因。伴随着行政法理念的变迁，行政惯例作为非正式规范不同程度地渗透到行政法规并发挥着不同的效用，体现缓解成文行政法规范的局限、规范行政执法裁量的合理程度、创制新的行政法规则等价值。但在行政法治理念之下，坚持在规则前提下的行政法学研究，仍然是行政法学的基本方法与立场。

一、规则与经验之间的惯例

马克斯·韦伯认为：“惯例为一种特定的行为，虽然存在着某一种影响，但是并不是由于任何有形的或心理的强迫，而且至少在正常的情况下，甚至也不是直接由于构成行为者特殊‘环境’的某些人仅仅是赞同或不赞同的反应。”[1]这是从社会学视角来理解惯例，它是一个行为重复地进行并为人们所认同、遵守，从而构成某个群体一种稳定的行为模式。在法学理论领域，惯例被视为穿行于规则与经验之间的特定的社会经验表现形式。法理学在探讨法规与经验法则关系时，涉及惯例的问题就是，法除了正式规则之外，是否还应吸纳作为经验的惯例。在法学理论上，如何界定法的范围，法是否应包含正式规则之外的经验规则，决定了惯例在法规中的地位。

惯例可否纳入广义的法规范范围，不同理论学派素有争论。近代的分析法学派即强调正式规则，排斥其它一切经验规则。以分析法学派创始者奥斯汀为例，在其法理学框架内，任何一种法律或规则就是一个命令，这种命令包含了一种希望和一种恶，包含了责任、制裁和义务的含义。[2]道德、习惯、惯例等排除在法的范畴之外，不具有法规的地位，任何不成规则的法都不具有意义或效力。新分析学派的代表哈特虽在《法律的概念》中对奥斯汀的理论进行了大规模的修正，对于奥斯汀的法律命令说，哈特予以否定并以法律规则论取而代之，但对于奥斯汀科学法理学的范围，哈特还是予以坚持。[3]

分析学派的早期观点，遭受了其它学派的强烈批判。在19世纪下半叶，历史法学对分析法学提出质疑，指出若习惯应该被排除在法律之外，还是真正的民族法律的精神吗？法律是靠政治权力推行，还是靠法律背后的社会力量？在此基础上，历史法学阐明了习惯作为法的特定意义。梅因等人也对奥斯汀“独立政治社会起源于习惯性服从”的言说进行了批判。此后，习惯不再简单地被排斥在法律之外了。

20世纪70年代批判法学运动，对几乎所有的传统法学进行了诘难，再次对传统上不可侵犯的法律规范和法律原则展开创造性的和多学科的攻击。[4]在这一背景下，我们注意到，分析法学派的一些代表人物虽仍在坚持其正统精神，但在如何对待法规之外的惯例问题上，很显然作出了较大修正。正如其代表性人物麦考密克所坦白的：“作为制度事实的规则不是法律的全部，一些社会习惯可能与制定法一起发挥着作用。”[5]他还提出法学家应回答有关法律的存在、它在社会中的活动方式以及法律与社会之间的关系等问题。[6]可见，习惯、惯例已经在分析法理学的范围中重新夺回一席之地。

在中国法学发展进程中，法律规则与社会经验规则之间的关系同样也是法学家经常面对的问题。那么，我们如何看待法规之外的惯例？新自然法学派德沃金的观点给我们提供了珍贵的启示，他指出在一个社会稳定的时期，分析法学或者实证主义法学是有用的，它们可以解释一个社会的法律问题。但是当个国家处于迅速变化和动荡的时期，这种法学就不够用了，它们都忽视非规则的“原则、政策和其他准则”的作用。[7]中国的法治建设进程，或许正处于这样

的时代。社会现实生活的需求变化，要求我们重新审视包括惯例在内的社会经验规则，从而满足现实所需。所幸的是，我国法理学界对习惯、惯例的研究并不少见，有些学者已经敏锐地意识到，在中国的法治激变的过程中，不论人们承认与否，习惯都将存在，都在生成，都在发展，都在对法律发生着某种影响。习惯也将永远是法学家或立法者在分析设计制定法之运作和效果时不能忘记的一个基本的背景。[8]这就在我国正致力于不断完善法规规范、强调规则权威的社会背景下，提出了尽管可能不受主流观点欢迎却值得反思的问题。而行政惯例则是这一问题在部门法中的具体体现，如何分析、认识行政法规则与行政惯例等非正式规则的作用关系，是行政法学面对社会现实而必须重视的问题。

二、行政惯例的生成及意义

从行政法学发展史看，伴随行政法理念的变迁，行政惯例以非正式规范不同程度地渗透到行政法规则之中，并发挥着不同的效用。近代行政法治发展初期，行政法理念核心为控制国家权力尤其是行政权力，避免政府走上专制独裁的老路，依法行政成为绝对的、消极的、机械的公法学原理，[9]表现为典型的形式法治。在这一理论指引下，立法力求细密，避免概括条款，习惯法、法理及司法判例、绝大多数的行政法规规范解释不得为行政法之渊源，行政规章命令不得为拘束人民之规范成为近代立法国的基本信条。[10]这与早期分析法学派理论也有密切关联。既然行政机关的行为受到法律规则的严格规制，成文法成为唯一的法源，行政惯例当然没有太多的生存空间了。19世纪末20世纪初，随着资本主义经济向纵深发展，政府权力在社会经济各个领域有大量的扩张，再要求行政权力严格依议会立法行使已不能满足社会的现实需求。为适应社会对行政的需求，立法机关赋予行政机关大量的权力，其中也包括了行政机关的法规范制定权、解释权、行政裁量权。非正式规则也可能成为行政权力的解释依据或权力来源。值得注意的是，超越法律文本的解释在实践中并不少见，“依法行政”显得有些徒有虚名。并且解释规则的多端变化甚至超越法规则的做法，无疑会使人们无所适从。

为此，行政法理论又进入了新的阶段，即重新返回到宪政框架内来进一步反思行政权力的运行，要求行政权力应受到立法机关、司法机关以及公民权利制约。在此前提之下，同时主张实施行政机关对行政法规的解释及运用，发挥惯例等非正式规则对正式规则的补充作用，促进了立法、行政、司法三权之间的互动。[11]然而完全遵循实用主义法治模式，允许解释权任意超越法律文本，也可能从根本上毁灭规则本身存在的意义。唯有在法规则之下来探讨与非正式规则的互动作用，即选择实质法治路线，才是更为妥当的策略，行政惯例在行政法领域仍有重要意义。

行政惯例得以生成的动因还在于其本身内在的价值与效用。由于法律规则作为理性的产物，面对社会实践时总有不少无奈与不足，而惯例作为经验规则可以弥补正式规则的种种缺陷。美国学者德博拉·斯通(Dorah Stone)在《政治决策中的艺术》中指出，在城邦[12]中，正式规则的执行和观察都必须依据非正式的“基于经验的规则”，因而执法者往往更多地是依赖于一些非正式的、也许是基于直觉的指引，并以一种符合他们自己的公正观的方式来对犯罪现象施加处罚。而他们的公正观是来自那些非正式的规则，诸如：社会习惯、相应的规范、道德信念以及现存的惯例。[13]作为理性的法规则，固然寄希望于通过正式规则将社会的所有情况囊括其中，精确完备地陈述，并意图将这种规则彻底、灵活、价值无涉、平等对待地在现实生活中贯彻落实，但是复杂的社会现实往往并不能如其所愿，正式规则也不可能完成如此多的完美要求。所以，德博拉·斯通诉诸城邦模式的规则来弥补理性的法规则。结合政策制定与执行的特点，他指出城邦模式(经验规则)与理性模式(正式规则)并存，有必要性及重要意义。这些理由包括：适当的随意处置权是必要的；政策问题过于复杂而多变，乃至不可能形成完全详细的规则；危机感以及立法议员可能通过起草模糊的规则来取悦选民；起草不带有弥漫性激励的规则是不可能的；规则的灵活性可能要求其模糊一点；执行者是处于许多影响和压力之下，而无法彻底贯彻之；等等。[14]无疑，上述论证观点已从规则的内、外部原因，以及国家政策本身的内在特性角度全面总结、揭示了行政法规则在现实中必然依赖于经验规则这一客观事实。

具体来说，行政惯例在规则治理之下的行政法治的积极作用，主要体现在以下几方面。一是可以弥补行政立法的缺陷。立法面对千变万化的社会现实，不可能摆脱“滞后”或者“空缺”之尴尬，在规则范围内借助、参考生活经验来进一步规范解释行政权力，既是维护现有的形式法治之需要，也是满足实质法治更高要求之需要。二是可以减少行政机关滥用裁量权。由于立法机关的目标是消除那些不必要的随意处置权，而不可能消除所有的随意处置权，[15]法规则之下的裁量权是行政权必须预留的空间，因而行政法规则时常会有不确定的概念或模糊表述，交由执法机关或执法者来裁量判断。三是参照行政惯例可在一定程度上削弱行政裁量的随意性，约束行政权力，保持权力的连贯性、一致性。如前所述，中国法治处于德沃金所谓“处于迅速变化和动荡的时期”，特定法治发展背景及发展路径决定了奥斯汀等代表的纯粹分析法学远不够用，法律的稳定性无法满足社会变化的要求，法律不能不顾及社会新的要求，更不能否定新的社会要求，不能“忽视非规则的‘原则、政策和其他准则’的作用”。这就要求行政法学不仅从形式而且从实质的角度来考察行政与法的关系。那么，行政法治的关键已不再是政府的行为是否符合形式意义上的法律，还需考察政府的行为是否符

法律的“正义性”，从而使“依法行政”上升为“合法行政”。[16]

当然，行政惯例并不总是体现积极作用，也可能存在负面的掣肘作用，甚至破坏现行的行政法规范，给行政法治造成负面影响。常见的现象就是，部分行政规范实质上已为所谓的“潜规则”所代替，规则在原来所维系的社会秩序中已悄然走形。这些所谓的“潜规则”俨然就是名副其实的惯例，此类惯例很可能通过行政执行者与行政相对人之间明示或者心领神会的默示来得以实现。德博拉·斯通就指出，公共住房的官员为了让处于一种正式的“先到先得”制度中老年人或白人的公房申请优先得到满足，教他们如何才能取得急需住房的资格。[17]在中国特定的行政法治环境下，类似情形并不少见。行政执法部门在面临着人力、财力不足，整体社会法治程度不高，法治意识不强，配套法律规范不齐全等诸如此类的不如意现状时，执法者会在公共利益、部门利益，或者一小部分人利益选择中徘徊不定，甚至通过惯例选择性地规避法律，这种较为常见的惯例可称之为“选择性执法”，在一些行政机关“选择性执法”已成为惯用思维。这种所谓“选择性”的执法与过去背离法治规则之下的“严打”不同，前者是通过规则下的技术手段或者在裁量范围之内借助社会经验规则选择执法，这些执法背后都隐藏着一个社会普遍共知的“惯例”。诸多此类的“潜规则”虽然披着合法的外衣，但已对规则所保护的“公平正义”构成威胁，其本身往往就是权力寻租的另一种表现形式而已。比如，文化管理部门定期举行一些专项检查工作；公安治安执法大队在一些重大节假日之前突击检查治安管理工作；环境保护部门在面对大量的执法任务而人力不继的现状面前，并不是加班加点地忙碌于执法工作，而可能借助其内部一些执法者或者执法对象知晓的经验规则来执法。税务部门执法中存在的一些惯例法则，更是常为社会公众所抨击。这些执法过程中，均存在执法时间、执法对象、执法力度等多方面的权衡与选择。虽然这些行政惯例有其实用主义的背景及缘由，但与行政法治目标还是相去甚远，正如近年来宪法学科曾经有“良性违宪”与“恶性违宪”学术争论[18]一般，也是社会现实的客观反映。这些经验规则是否已经侵蚀正式规则的公平性与正当性姑且不论，其生存于法规之下却是不争的事实，我们不能对其视而不见。

三、作为法源的行政惯例

行政惯例系在行政活动过程中形成，是行政机关在针对同类事务反复使用的处理方式、手段、步骤等等。这些惯行做法，经过渐进的选择与定型，遂成惯例。行政惯例形成有其行政内部的自生自发机制，一般来说，所形成的惯例规则，必然融合了众多有影响力的事件或者具体的情况，结合了具有真理性的知识和经验，并整合了利益不同的双方或多方的共同意志。英美法系国家一般通过司法审查来检验行政机关在规范解释中适用的行政惯例等经验法则是否越权，司法审查的范围与强度直接决定了行政惯例可能的生存空间。[19]而在成文法系的国家，行政法理论更多是围绕行政惯例能否成为行政法法源等基本问题展开研究。本文考虑到我国成文法系特点，选择了作为法源的行政惯例这一视角分析。

德国行政法理论认为，习惯法的产生必须具备下列三项前提要件：一在客观上，必须有长期的及一般的惯行存在；二在主观上，当事人确信此项惯行的合法性；三在形式上，该惯行有作为法规的可能性，亦即其内容充分明确特定。[20]此外，习惯作为特定的行政法之法源，与传统的成文法法源相比，其特征及形成条件还有：一是习惯不应与现有的成文法相冲突，且得到长期普遍的实践惯行；二是习惯与成文法的制定不同，是由当事人及关系人自己共同创造的法规规范；三是习惯法的成立并不一定以得到法院承认为要件，仅有存在争议时，才可能进入法院视野，法院在裁决争议时一般也承认其做法；四是习惯法可因前述的前提要件丧失，即归于消灭，或因事后成文法公布或另一个变更的习惯法，以致失其效力。[21]习惯与惯例内容是否同为所指，祖国大陆学者一般没有更深的探讨。从我国台湾地区学者对此存在异议来看，其认为行政惯例系行政机关处理某类事务反复之惯行，与习惯法含有一般人普遍确信其法的效力之要素者不同。[22]笔者认为，两者的分歧在于，习惯法理论上是根据民间法、社会经验法则提炼而成的，而行政惯例是行政机关内部形成的习惯做法。出于对行政力控制及保障民权之考虑，要求出自行政内部的惯例唯有取得社会民众的认同，具备了习惯法的基本要素，才可视为习惯法。这就是行政惯例可作为法源的基本要件与前提。我国台湾地区“行政法院”的判决中也认同具有行政先例性质的惯例可视为习惯法，即单纯的行政惯例不可视为习惯法，但由行政机关一般性的反复继续进行处理所形成的行政先例，则可承认其具有习惯法地位，行政机关也应受其拘束。如在我国台湾地区“行政法院”1959年“判字第五十五号判例”即采此见解：“行政先例原为行政法源之一，如非与当时有效施行之成文法明文违背，自得据为行政措施之依据。”[23]可见，行政惯例能否成为行政法源，条件限制非常严格。尽管行政惯例的定位在理论上并无争议，在实践中也得到承认，但“行政法院”历年裁判中直接适用为习惯法的，并未可见，更多地是作为一种事实来认定，不发生是否采用习惯法作为裁判依据的疑问。[24]

我国作为行政法治相对薄弱的国家，行政法理论界长期以来并未对不成文法源引起足够的重视，对不成文法源的重视及深入论述直至近几年才开始出现。[25]专门针对行政惯例的研究成果更少。早期的研究者，大多将行政法的法源定

义为，行政法来源于哪些法，其表现形式怎样。[26] 长期以来，囿于成文法的传统，我国行政法学界大多数学者一直不承认包括行政惯例在内的行政习惯法、司法判例、一般原理与法理、学说以及国家政策等诸多不成文法渊源。只有少部分学者敏锐地指出不成文法源的应有地位，提出在我国行政法的渊源中，法的一般原则、判例、惯例等不成文的形式也应得到考虑和重视。[27]但他们也并未深入开展更多的研讨。从目前学术观点来看，行政法上不成文法源的意义及其正当性已取得一些共识，主要包括：一是成文法的局限性；二是法律多元之趋势；三是依法行政的要求。也有学者认为，不成文法渊源在行政法上存在的主要理由是：有效克服成文行政法律规范的局限；主动应对行政裁量日益扩展的挑战；积极推动行政法自我更新。[28]基于此，我们可以认为，行政法的不成文法源可体现出的基本功能有：缓解成文行政法规范的局限；规范行政执法裁量的合理程度；创制新的行政法规则。行政法理论研究者将行政惯例视为行政法上的不成文法源，这本身就是采取折中的做法，这种做法或许既能解决不成文法国家受束缚于正式规则的困境，又能将这些惯例等不成文的经验规则纳入行政法之视野。

值得一提的是，近年来行政法学理论的研究趋势表明，行政法学理论已经愈加注重关注社会的经验法则对行政法治的功能。有学者提出，在行政法的解释中应该重视目的论及能动论的解释，注重考虑法的目的、法的制定时期、与其他法规的协调以及现实社会的要求等，持随机应变的态度，尽量求得适合现代社会需要的结论。[29]现代行政法治提出的诚信政府、合理行政、信赖保护等原则与目标，也对进一步发挥行政惯例的效用进行了思考。例如：合理性原则要求行政行为必须考虑相关因素[30]及情理性，[31]无疑，行政惯例即属于其考虑的因素之一。也有学者提出，政府诚信原则的内容包括行政主体之间的诚信、行政立法的诚信、自由裁量领域中的诚信、行政合同中的诚信、行政指导中的诚信。特别是在自由裁量领域中的诚信，应考量行政惯例。[32]基于以上理论研究，新近的研究已将行政惯例的定位提升到行政的合法性之高度，指出先例(惯例)能够成为法律议论的根据是出于法治的一个内在要求，在行政法中，政府也需要尊重或者考虑民间的习惯，而悖逆惯例的行政行为将引起合法性危机。可以预见，我国的行政法学发展在成文法规则基础上加强行政惯例这一不成文法源的研究显得日益重要。

另外，司法权通过判例的形式强化行政惯例作用也不容忽视。我国行政法领域并无判例制度，但司法实践中的行政案例指导制度已然展开，部分案例将行政惯例确定下来后，强化了惯例规则的内容和效力。将判例作为行政权力的指导性规则，本身就是一种惯例，而“遵循司法先例”有较为成熟的理论系统支撑，因而以司法判例的新形式保存下来的行政惯例的规则内核，将更少受争议和更具可接受性地成为行政法法源，在未来的行政审判中实现其规范价值。

四、行政惯例的现状分析

在对行政惯例的现状分析之前，须给行政惯例以科学的界定。笔者认为，行政惯例是行政主体在行政活动中基于对某类行政事务处理方式的反复适用而自然形成的，并得到社会成员普遍认可的、具有约束力的规则。它具有如下特征。第一，行政性。这一特征决定了行政惯例的形成与行政活动密切相关。第二，自发性。行政惯例是在行政过程中，由当事人及关系人自己共同创造的规范。第三，反复性。行政惯例是由于某种行政处理方式的反复适用而形成的，可能因为事后立法公布或为另一个变更的惯例所代替而失效。第四，约束性。单纯的行政惯例并非行政法的正式法源，但是行政惯例在实际行政活动中发挥着准行政法律规范的作用。第五，不成文性。行政惯例以不成文的形式表现出来。一般而言，某种做法一旦予以明文规定，则演变为其他成文法。第六，合法性。一般来说，行政惯例不应与现有的成文法相冲突，否则即因违法而无效。

从行政惯例的具体形态来看，既有书面的、要式的规则，也有非书面、非要式的惯行，所以行政惯例是不可能穷尽列举的。鉴于行政惯例的复杂性与灵活性，笔者结合我国行政实践中出现的惯例及问题，对行政惯例作以下梳理、分类，并罗列一些例子作实证分析。(1)行政内部的工作规则。这些内部规则主要用来规范会议、文件、请示、指示、批示、组织人事、工作制度等。[33]这些行政惯例还有一个特点，即大部分规则是关于行政程序的惯例。比如，关于批示的惯例，下级请示上级，先由分管领导批示，最后由主要领导批示。再如，关于副职分工的惯例，组织法(编制)虽然有对领导职数的规定，但具体哪个人分管哪一块并无明确规定，惯例是资历老的作为“常务”副职，其次谁分管的事务重要，谁的“排名”在前。[34]又如，行政执法中内部程序的形态包括六种：请求批准的内部程序、指挥命令的内部程序、指导建议的内部程序、行政认可的内部程序、记录在档的内部程序、行为备案的内部程序。[35]这些内部程序基本上也是以惯例的形式出现的。(2)行政权力对外运行时形成的惯例。这一类惯例是行政主体根据法规范，结合实际的日常工作需求，形成的用以规范行政管理过程中有关程序内容及实体内容的惯行做法。如公安派出所处理治安案件时的调解制度、婚姻登记部门形成的询问调解制度、国务院每年的第一号文件内容为三农问题等等。(3)参照法院案例指导制度形成的先例。我国是成文法国家，在行政法领域无判例制度。但是法官及行政执法者在适用法律时，往往会参照案例的判决，包括权威法学家选用的案例以及最高人民法院在《最高人民法院公报》上发布的判例，这些案例是具有一定指

导作用的先例，也可视为确认下来的行政惯例。(4)根据行政法原理(非原则)形成的行政惯例制度。例如我国行政复议法并未规定“复议不加重原则”或“行政复议不利变更禁止原则”，但这些原则是当今世界许多国家和地区普遍认同的行政法原理，在我国现行的行政复议实践中一般也是这样做的，这种做法也可视为行政惯例。笔者认为，我国应当从以下几个方面完善行政惯例的相关制度。

首先，我国的行政法治特别是内部行政行为及相关制度完善尚需一个渐进的过程，这是行政惯例在行政法中大量存在的一个重要原因。行政机关运用惯例就是行使公权力的过程，它既可以保障公民的权利也可能侵犯公民的权利，这是一把双刃剑。有些行政惯例在世界各国公共行政领域之中具有重要地位，与法律、法规以及规章相提并论，具有类似的约束力。例如《联合国跨国公司行动守则》(1984年)第8条规定：“跨国公司的机构单位应受其经营所在地国家的法律、法规和确立的行政惯例约束。”WTO透明度原则也明确要求，成员方应当公布行政惯例与行政政策。因而约束行政惯例非常必要，应尽快将条件成熟的惯例通过正式的规则确认下来。

其次，应将行政惯例公开化、透明化。根据《中华人民共和国政府信息公开条例》规定，信息公开旨在保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息，提高政府工作的透明度，促进依法行政，充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用。该条例的颁布确实为行政惯例的公开化提供了法律依据。大部分行政惯例也应属于该条例第九条所列的应该公开的信息内容。该条规定，行政机关对符合下列基本要求之一的政府信息应当主动公开：(一)涉及公民、法人或者其他组织切身利益的；(二)需要社会公众广泛知晓或者参与的；(三)反映本行政机关机构设置、职能、办事程序等情况的。因而，行政机关应当及时将一些工作惯例，通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等便于公众知晓的方式公开，并接受社会监督。

再次，适时考虑将部分行政惯例纳入司法审查。行政惯例虽是没有形成法规范的一种惯行做法，但事实上作为不成文的法源，直接约束行政机关，间接约束行政相对人。因而通过司法程序客观公正地审查依据行政惯例和行政规范作出的具体行政行为，有利于保护相对人的合法权利。在这一点上，有学者进一步结合行政机关法律适用的特点，指出行政惯例应受司法审查的必要性，认为行政机关在作出具体行政行为时会优先适用低位阶的规范，更多的情况是首先适用自己本部门的一些行政规范(规范性文件)，依照自己的行政惯例作出行政行为，即所谓的适用优先原则。这种行政机关法律适用和司法机关法律适用顺序倒置的特点，决定了司法机关对行政规范和行政惯例需要进行司法审查。〔36〕

仍需强调的是，惯例固然有其生命力及其价值，但在法治理念之下，坚持在规则前提之上的行政法治研究，仍然是行政法学的基本方法与立场，但若不从生活中吸取营养，对鲜活生动的惯例予以充分关注，进而反思规则的效用与现实，也不可称为行政法治的长久之道，这也正是行政法学者仍需孜孜不倦深入研究的动力与源泉，或许这也验证了行政法自身发展特有的规律：重构、解构反复循环的复杂过程。

注释：

〔1〕〔德〕马克斯·韦伯：《经济与社会》(上卷)，商务印书馆1997年版，第356页。

〔2〕J. Austin, Lectures on Jurisprudence, p. 89, London, Cambridge university press 1895.

〔3〕〔英〕哈特：《法律的概念》，中国大百科全书出版社1996年版，第207页。

〔4〕See Hutchinson&Monahan, " Law, political, and the oritical legal scholars", 36 Stan. L. Rev. 199(1984). 转引自吕世伦：《西方法律思潮源流论》(第二版)，中国人民大学出版社2008年版，第201页。

〔5〕Neil MacCormick, Institutions of Law: An Essay in Legal Theory, Oxford university press p70-72(2007).

〔6〕〔英〕麦考密克、〔奥〕魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社1994年版，第57页。

〔7〕〔美〕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年版，第40页。

〔8〕苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第263页。

〔9〕See H. W. R. Wade & C. Forsyth, Administrative Law, 7th ed. , Clarendon Press, p.5.

〔10〕城仲模：《行政法之基础理论》(增订新版)，台北三民书局1994年版。

〔11〕高秦伟：《行政法规范解释论》，中国人民大学出版社2008年版，导言，第19-20页。

〔12〕作者将城邦中的规则分为理性模式及城邦模式两种。前者指正式的法规则，后者泛指经验规则。

〔13〕、〔14〕、〔17〕〔美〕博拉·斯通(Doborah Stone)：《政策悖论：政治决策中的艺术》，顾建光译，中国人民大学出版社2006年版，第294页，第295-296页，第295页。

〔15〕K·C·大卫：《随意处置的公正》，3版，217页，乌巴纳，伊利诺伊大学出版社，1971年。转引自前引博拉·斯通书，第292页。

- [16]胡建森：《关于中国行政法上的合法性原则的探讨》，《中国法学》1998第1期。
- [18]参见韩大元：《社会变革与宪法的适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》，《法学》1997年第5期等有关文章。
- [19]有代表性的案例如：Chevron U. S. Av. Natural Resources Defense Council, 467 U. S. 837 (1984).
- [20]Fritz Ossenbühl, in Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. , § 6VIII Rn. 73. 转引自翁岳生：《行政法》(上册)，中国法制出版社2002年版，第140页。
- [21]、[23]翁岳生：《行政法》(上册)，中国法制出版社2002年版，第140页，第142页。
- [22]、[24]吴庚：《行政法之理论与实用》(增订八版)，中国人民大学出版社2005年版，第35页。
- [25]应松年、杨伟东：《中国行政法学20年研究报告》，中国政法大学出版社2008年版，第58页。
- [26]参见王珉灿：《行政法概要》，法律出版社1983年版，第7-10页；罗豪才：《行政法学》，北京大学出版社1996年版；应松年：《行政法学新论》，中国方正出版社1998年版等。
- [27]张树义主编：《行政法学新论》，时事出版社1991年版，第17页；王连昌：《行政法学》，中国政法大学出版社1994年版，第17页。
- [28]杨海坤、章志远：《中国行政法基本理论研究》，北京大学出版社2004年版，第140-143页。
- [29]胡锦涛、杨建顺、李元起：《行政法专题研究》，中国人民大学出版社1998年版，第73页。
- [30]王连昌主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1994年版，第54-57页。
- [31]胡建森《行政法学》，法律出版社1998年版，第79-80页。
- [32]潘荣伟：《政府诚信—行政法中的诚信原则》，《法商研究》2003年第3期。
- [33]崔明逊：《行政惯例论》，载应松年、杨伟东：《中国行政法学20年研究报告》，中国政法大学出版社2008版，第266-270页。
- [34]宋功德：《公域软法规范的主要渊源》，载罗豪才：《软法与公共治理》，北京大学出版社2006年版，第192页。
- [35]吉龙华：《试探行政惯例对行政行为的影响》，《云南行政学院学报》2005年第1期。
- [36]胡悦、刘剑明：《试论行政程序惯例的表现形态与社会功能》，《河北学刊》2009年5月。
- [37]张淑芳：《论行政执法中内部程序的地位》，《吉林大学社会科学学报》2008年第1期。
- [38]尹权：《论行政惯例的司法审查》，《法律科学》2008年第1期。

原载于《政治与法律》2010年第6期