



#### 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 > 阅读正文](#)

#### > 论文精粹

 

## 刘艺：封闭与开放：论行政与行政法关系的两重维度

fali2 发表于： 2013-07-12 22:10 点击： 226

**摘要：**一直受行政管理认知的影响，行政法系统很难按独立的法律预期来解决行政争议。为了更好的说明行政法与行政的关系，我们需要一种“有穿透力的内部视角”，即行政法系统在认知上对行政管理开放，在运作上则保持法律封闭性的立场。行政法靠符码化保持其规范运行的封闭性，靠纲要化获得其认知上的开放性，才能建立以“法”与“非法”为基准的独立的行政法系统。

**关键词：**卢曼 功能分化 符码化 纲要化

新中国行政法学在建构初期受苏联行政法学影响，带有浓厚的行政管理色彩。长久以来，我国行政法学未能很好地区分开行政与行政法的关系。特别是在行政变革带来的认知挑战之下，行政法混淆行政与法的趋势不减。有学者认为，既然行政法是直接为行政管理服务的，而行政法学与行政学只有一字之别，它们的内容应该是相通的。似乎朝行政法中“输入”行政的内容，比如行政机构的设置原则、行政管理的现代化、科学化、高效化等指标，行政管理的问题就解决了。[1]这种对行政法作用的过高估计间接导致行政法学变成了“行政学的行政法学”，行政法学一直被行政管理问题牵着走，很少按法律解释技术去分析或解决行政法的问题。而区分行政学与行政法学的关键在于厘清两者研究对象的特异性。众所周知，行政与行政法是行政学与行政法学各自特有的研究对象。于是，行政与行政法的关系成为建构独立的行政法系统应解答的首要问题。

### 一、行政与行政法关系的内部视角描述

“行政法学应当着重研究‘究其本质属于行政的’法。”[2]这个看似毫无疑问的命题却很难说清行政与行政法的关系。传统行政法学对行政与法关系的处理策略是对行政进行形式性的界定与描述，且采取纯粹的法律视角对行政进行限定。

素来以体系性、严密性著称的德国公法，一直是大陆法系国家学习的典范。德国行政法学者对行政与法的关系的探讨却很难令人满意。据考证，随着天然一体的宪法与行政法在19世纪后期解体，行政和行政法以及它们的教育才发生分野。从德国的经验看，“独立的”，从行政实践和宪法法律中脱离出来的规范领域“行政法”的产生被证明为实现法治国、去政治化和科学化运动附带产生的现象。[3]德语中，一般意义上的行政就是“管理”（Walten）。何为“管理”呢？毛雷尔（Maurer）在《行政法学总论》中给出了一个“实质意义的行政”概念，即“指特定的组织按照特定的目的和计划，对外自负其责地、独立地、创造性地处理事件的各种活动，特别是作出相应决定的活动。”[4]而在沃尔夫（Hans J. Wolff）、巴霍夫（Otto Bachof）和施托贝尔（Rolf Stober）的《行政法》中连行政的概念都未提及，而是直接罗列公共行政的种类、行业、范围、主体、历史类型。关于行政与行政法关系的论述在该书第三编“客观行政法”第一章“行政与法”中出现。只是作者将“行政与法”这个论题换成了“法对行政的意义”。并将两者关系认定为：“在法治国家之中任何行政活动都应当合法，不得违反法律原则、宪法、现行有效的实在法的约束。”[5]这一观点与德国著名公法学家阿斯曼（Eberhard Schmidt Aßmann）的论述相一致。阿斯曼明确地将行政法定位为“透过法律之调控”。虽然法社会学对法律调控有效性存在广泛地质疑，但阿斯曼还是武断地将法社会学家图伊布纳

（Teubner）、卢曼（Luhmann）[6]等人的观点概括为一种“怀疑论调”，并指出“社会学上这种异论，并无损于法律的所有弱点，在日常的行政实务，律师事务所及法院实务中，未能获得证实”。[7]阿斯曼坚持“遵循一种实用主义学说，把法律视为有用的以及不能放弃的管制手段”。在他那里，“实用主义”优越于“怀疑论调”，然而，关于法律与行政的外部关系问题却被回避了。

这些界定行政与法关系的传统方法可称为内部视角。所谓内部视角是指研究者多从法院裁判的立场出发，并秉持法治理念，限定于法律规范体系内部来观察行政与法的关系。而以此为基础建立起来的行政法被一些法学家称为“以司法为中心的行政法”，它区别于“以行政为中心的行政法”。[8]然而，英美诸国“以行政为中心的行政法”之发展证明这种受过高法治理念和实在法观念影响的行政法很容易被超越。在“风险社会”中，控制逻辑的失效已经被证明和被感知。如果法律仍是一种有效的调控工具，那它对早就成为当代行政对象的环境与气候等问题的调控效果又体现在哪里呢？积极反思这种对法律实用主义的盲信和独断，就能发现以内部视角来界定行政与法关系的方法论存在局限性。

## 二、行政与行政法关系的外部视角描述

与内部视角不同，采用外部视角观察行政与行政法的关系能突破规范主义的羁绊，避免陷入封闭自语的境地。但却面临着另外的危险。

### （一）混淆行政法的功能与成就

行政法可能有很多“用处”。例如维持秩序、控制行政权、保护个人权益、提升行政效率、促进经济发展。但这些用处与成就是否就是行政法的功能呢？语境中的行政法（administrative law in context）对政府改革和行政实践作出了很大的贡献，也让学者们了解规范体系下的行政法和运用中的行政法存在着“环境”[9]的差别。规范体系下的行政法是机械性的，而语境中的行政法关注了行政法运作于其中的环境。那些具这种外部的功能主义视角的研究成果也被陆续介绍到国内，并对我国行政法学研究产生了很大的影响。[10]但对缺乏规范性特征的中国行政法而言，这种“语境中的行政法”研究加剧了行政法边界和功能的疑惑。

在此我们有必要关注一下卢曼的功能理论。要理解卢曼的功能概念，必须首先了解其社会分化的一般理论。卢曼区分了三种社会分化的形式：片段式分化（Segmentäre Differenzierung），即社会分化为相同的子系统；层级式分化（Stratifikatorische Differenzierung），即社会按照上下之别分化为不等的阶层；功能式分化（Funktionale Differenzierung），即全社会系统分为各个功能系统。需要注意的是三种分化间并不存在彼此排斥的关系，而是可以共存的。在当代高度复杂的社会中也有某些片段式分化。然而，功能分化的充分发展并占据统治地位正是现代社会相对于传统社会最为重要的标志。相比而言，片段式分化和层级式分化比较适合复杂性较低的传统社会形式。功能式分化则更适应当代社会复杂性的急剧增长。只有在功能式分化主导的社会中，法律、政治、经济、科学、宗教、教育独立的社会功能次系统才会各自具有其特定的、不可替代的功能。正是这种功能的独立才使得各功能次系统获得各自的自主性。

在一个功能分化的社会，法律的功能是不能由政治、经济、宗教等系统的功能所替代。这其实也是现代法治的应有之义。试想，如果一个社会在法律没有自主性，一味强调法律为政治、经济服务，或者完全不顾法律的自主性，而频繁用政治、经济系统的标准干涉法律运行，又如何侈谈法治。在卢曼看来，法律系统的功能在于使规范性预期稳定化。而且从宏观的社会系统角度看，法律只应该具有这单一的功能。[11]虽然人们可以据此功能再进一步推出各种所谓次功能；然而，“若所要处理的问题是一个全社会功能系统分出的话，那么唯有采纳单一功能的作法，才会带来明确的结果。每一种采取多数功能的作法，都会导致那种不完整的交叠所引发的诸多问题，以及法律界线划定上的不明确。”[12]

卢曼的意思很明确：总得有一种标准将法律和其他功能系统分开吧。就行政法来说，虽然行政法与行政有着紧密联系，但它说到底还是法律，而不是行政。而行政法的功能就只能是在行政领域的规范性预期。行政法所能够发挥的其他作用，则只是一种“成就”（Leistung）。[13]如果混淆了功能（Funktion）与成就（Leistung），[14]就会误将法律功能外的成就期望的失落归诸为行政法功能的失效。如果采信卢曼的功能与成就间的区分，就能解释管制失灵和管制领域法令（其中大多数属于行政法范畴）执行不足的问题。因为这些问题与法律功能并不直接相关，而与法律成就期待相关。

### （二）过分夸大行政变革对行政法带来的认知压力

日本学者大桥洋一的《行政法学的结构性变革》一书中关于行政与法的关系的论证就是这方面的典型。大桥洋一用比较研究法细致地考察了德日两国“行政法学与行政学的分化与融合”论题。因为德国“行政法学在传统上以法学方法论为基调，并夸大其自身的完整性，因此，它是在缺乏同行政学的联系中发展起来的。”[15]现代行政学具有“行政的社会学”的性质。而“公法学的基本视角是通过法院以及法官的眼睛思考如何处理既已发生的纠纷，即它有着将法作为病理学而予以把握的特点”。而“现代行政所使用的手法与传统法律学的前提大相径庭”。“我们今天要求着眼于现实运行中的行政活动以及对其加以实际规制的法律。这种要求是对机械地利用行政对法律加以执行这一预定调和的否定，是要求进行实证性的研究，即利用经验性的手法分析现实的行政活动，分析其与法律规定之间的偏差及其产生的原因。”大桥洋一的结论是“今天的公法学需要行政学知识”。即作为行政法学改革的方向，应该逐步将（迄今为止联系

较少的)行政学和法社会学的知识引入到行政法学中来”。[16]

当大桥洋一断言“行政法学缺乏同行政学的联系”时,实际上预设了一种行政法学与行政学间的理想关系。这种理想关系是行政法学应当研究行政法,行政学应当将行政作为其研究对象。二者必定有一个交集——“行政”。正如施托莱斯教授(Stolleis)指出的那样:“两个学问唯一的共同之处仅限于都以行政为其研究对象。”但是严格来讲,这种共同仅仅是术语和形式上的。“行政学是关于事实的科学,而行政法学是应然的科学(Verwaltungslehre als Seinswissenschaft und Verwaltungsrecht als Sollenswissenschaft)。”[17]换句话说,行政法学对“行政”的关注集中于规范层面,而行政学则关注行政的事实层面。

与德、日的情况不同,美、英等国行政法学中规制取向研究、实证取向研究大行其道。行政法学早已突破传统法学的藩篱,广泛地借鉴规制经济学、公共政策学、统计学、管理科学等多学科知识。这类行政法学研究成果具有超强的综合和创新能力。然而,这些成果中鲜见传统公法学术语,也并非在法律规范层面的运思与论证。于是,我们不禁担心:大桥洋一呼吁的这种行政法学与其他学科的融合趋势是否应当有限度,以保证行政“法学”不会在这种融合中被“消融”。

因此,大桥洋一的研究结论更应该理解为“当代公法学比以往任何时候都更需要行政学的知识”。毕竟公法学一直都需要其他学科的知识,而且也从未放弃过向其他学科学习。但是,正常的跨学科发展应当是“既跨的出去,更应当跨的回来”。不管怎么跨,法学最终是用规范的正当性,而不是用数字、图表、公式来说服人。而大桥洋一的研究有意无意地放弃了行政法学独特的规范立场,选择了从行政的实证和事实层面对行政法予以外在视角的观察。

### 三、封闭与开放:行政法系统的二重性

既然内部与外部视角对说明行政与行政法的关系都存在盲点,我们就采取一种“有穿透力的内部视角”来说明两者的关系。这种“有穿透力的内部视角”强调行政法应当是“自主但不自足”的系统。即行政法在认知上对行政开放,在运作上则保持法律规范之封闭性。需要特别注意的是,这两个维度并非等量齐观。实际上,在卢曼的学说中,封闭性不能被理解为开放性的对立面,而应被理解为开放性的条件。[18]也就是说,我们只有充分理解了行政法相对于行政的系统独立和运行封闭的特性,才能更好地把握行政法在认知上对行政开放的意义和限度。关于法律的自治性和自创生特性,国内学者已有许多研讨,本文无意在此重复既有的共识,只结合论题集中分析一下行政法运行封闭和认知开放的依据。在卢曼的理论架构中,系统的符码化(Codierung)负责子系统运作上的封闭;而纲要化(Programmierung)则负责对外在意义开放。

#### (一)行政法规范封闭性的依据与表现

在功能分化的社会中,各功能系统内特有的沟通是通过二元编码(Binäre Codierungen)这种形式建立起来的。“合法/非法”这对二元符码是法律系统的独特编码形式,也是法律系统与其他功能系统区分的依据。只有法律才会运用这样的编码形式,也只有采取这一符码形式的沟通才是能够被法律所识别的沟通,从而成为法律沟通。立法、执法和司法的重要功能就是贯彻“合法/非法”这对二元符码。这里的“沟通”(Kommunikation)一词很容易引起误解。在卢曼的术语体系中沟通并不是人的行动的结果,而是社会系统的产物。[19]沟通虽然涉及心理系统,却不能被归结到单一的主体。法律系统是沟通系统。这里的沟通是一种法律运作,而非日常语境下简单的传递信息和告知行动。沟通涉及三个阶段的选择过程。信息(Information)、告知(Mitteilung)、理解(Verstehen)的选择过程。只有综合这三个选择的效果,才有沟通。但这种运作是封闭的。信息是沟通建构出来的东西,而非意识系统的运作。因为意识是心理系统的运作。

正是独特的法律沟通使得法律系统能够甄别哪些元素属于自身,哪些元素属于环境。作为法律系统构成要素的法律沟通只能存在于系统内部。法律系统与其环境、法律系统与其他功能系统之间无法直接沟通。正是基于功能的特定性和沟通的内在性,法律系统的运作是自我指涉、自我再生产的。从此意义上说,法律系统是具有自主性(Autonomie)的。社会的其他功能系统,如政治、经济、宗教、道德,都不能直接决定法律自身的运作。但法律系统却并不因此是自足(Autarkie)的。政治、经济、宗教、道德等系统都能够对法律产生影响,但法律系统在运作时却只能将这些作为环境要素。无论环境的改变多么巨大,法律却只能通过自身的运作来改变自己。这其实与我们的常识与直觉并不冲突。从理想意义上看,一个社会的法律应该具有独立于政治、经济、宗教、道德的标准,不能完全依附于其他社会功能系统。否则法将不法,法律的功能不能实现,一个社会也很难良性运转。行政法无论如何变革,都应当把法与非法这一区分作为其运作的基础,而不能将政治权力、经济效率和道德认同等标准视为其圭臬。正因为如此,卢曼说“符码完完全全就是结构”。[20]

必须强调的是,卢曼并不认为法律系统的封闭性与符码化是所有社会都具有的特色。实际上,正如他所指出的那样:“法律的严格二值符码化,一开始看起来仅具有极低的或然性”,“欧洲的传统,正好在这点上凸显了其特色:人

们在法律中安置了一个二阶观察的层次，由此出发，他们并不是要去对直接的规范投射进行调解，而是使这些规范投射从属于进一步的区分之下。这项区分给了法律一个符码化的形式，也正是因为它，法律才能在其自身所设定的条件之下，供人使用。”[21]也就是说，即便在当代，也并非所有社会的法律系统都依循严格的符码化，从而进入被卢曼称为“法律的实证化”的法治阶段。

## （二）行政法对行政认知开放的依据与界限

系统的纲要化负责系统的开放性，使得系统同时能够考虑到外在的既存事物。也就是说，将那些能使事物获得系统编码的特定值的条件固定下来。纲要系统是系统运作在选择时的既予条件，这些条件决定了事物的正确性。例如在科学中，理论是纲要，它要对事物的真或不真做出决定；在经济中，价格和投资纲要决定了是否要支付。对法律系统来说，法与非法的二元符码使得其能够获得运作上的封闭性。但问题在于，这种封闭性却必须要面对具体的情形，即法律必须能够判断某个事物是否涉及法与非法的规定性，或者说，某个事物是否与法律有关。否则，法律的二元符码化就只能是一种空洞的形式。

我们可以在法令、规定、议事规则、契约中发现这些纲要。在纲要化的层次上，法律同时是封闭和开放的：就规范只能从规范中获得这一点来说，它是封闭的；就认知的观点上看，它又是对环境开放的。法律在运作上始终对环境条件极其变迁是开放着的。这意味着法律系统是有学习能力的。但就整个系统运作来说，这种开放必须有益于系统的自我生产。“也就是说，这必须依据‘法/不法’这组差异，并且衔接上法律的纲要来进行——而这无非只是由于：若不如此的话，将没有人能够辨认出，这到底是否还与法律的过程有关。”[22]撇开这些令人挠头的抽象描述，纲要化理论对我们眼下论题的意义还是清楚的：行政法必须通过一些条件确定行政中某些部分与法律有关，从而可以将其纳入到行政法的运作中来。

行政法的自主性（可靠性）问题就具有了两个层次。首先，这表现为，“在被期许的情况下，相关的事物应该单独按照法律符码加以处理，而不是按照诸如权力符码，或者任何一种无法被法律所把握的利益来处理”；另一方面，这又表现为“在系统纲要的基础上，法院的决定是否具有可预见性。在这里，人们可以承受相当程度的不确定性，并且在必要情况中偏好‘替代性的’冲突解决途径，只要‘让法律案件依照法律符码而被决定’此一可能性能够获得担保即可。”[23]

换句话说，不管行政管理者和法学家如何期望法律伟大的调控能力对解决行政变革中诸多问题的功用，行政法却只能以法与不法的沟通方式处理这些事务。在现代功能分化的社会语境下，“徒法不足以自行”完全可以解释为，人们对法律的成就或作用的期待其实是法律不能单独完成的。单就法律被人们常常期待的维持秩序的作用来看：“法治的意义在于把政治意志所塑造的自主和民主，不因政府的暴力使用，而有所动摇，有所质疑。法律体系既然有所‘给’，也会有所‘取’。它所取得的是必要的强制可能性（行使公权力的暴力）。法律的决断，特别是法庭的判决，绝对不是空穴来风，而是要付诸实行的、要产生制裁之作用的。制裁或强制的可能性，在法律的裁判中一直被慎重的考虑，假使法庭的裁判无法落实，无法执行，那么一个社会中的法律体系也就无法存在。”[24]法律能做出法与不法的判断，但这种判断的落实却需要政治系统的暴力机器的支持。否则任凭有再英明的法官队伍，一国的法律秩序也只能是空谈和儿戏。就目前行政变革所提出的提高行政效率、经济效益、降低社会风险、促进社会公平等目标而言，行政法所能做到的无非也是对其中涉及法律的部分做出法与不法的区分和相关的运作。而这些目标最终能够实现，还需要政治系统、经济系统等其他系统能充分发挥各自功能，良性运行。

遗憾的是，目前的实际情况确是人们对行政法抱持一种错误的矛盾心态。一方面，是对行政法寄望过高。无论遇到怎样的行政难题，总是习惯性地希望通过法律加以解决。于是乎，各种行政法律、规章、规则铺天盖地地覆盖着生活的各个方面。另一方面，当人们发现其对行政法的期望并未能实现，相关问题并未得到解决，反而滋生了新矛盾时，又对行政法口诛笔伐，呼吁新一轮行政法的变革。例如，目前受追捧的规制领域就存在着所谓“规制悖论”

(Paradoxes of the Regulatory State)。“所谓规制国的悖论，是指一些规制的目的本身是正当的，但由于选择了不适当的规则方法与策略，导致规则目的无法实现，被‘自我挫败’。”规制国悖论中的某些表现其实也与对行政与法关系的定位不准确有关。说到底，规制目标大部分都是政治、经济目标。这些目标的达成也要依靠政治和经济系统的良性运转。而且在一个高度复杂性的风险社会，控制逻辑的失效使得理性和目的在规制图景中的地位日渐下降。即便不考虑法律，这些目标本身的实现都有很大的不确定性。如果妄图通过法律控制的模式来达成这些目标，则必定会遭遇“法律不能承受之重”，从而造成大量的“口头政治”影响下的“口头法律”的产生。

就行政法学而言，应当首先关注行政法的自我描述，而不是忙不迭地变换各种角度对行政法做出外部的描述。当然，这种自我描述不应是封闭和保守的。如果能够清楚地区分行政法规范与认知两个层面的差异与联系，行政法学完全可以获得一种“具有穿透性的内部视角”，从而兼顾行政与行政法关系的两重维度。

注释:

- [1] 刘艺:《行政法的“知”与“无知”》,《宪法与行政法论坛》第三辑,中国检察出版社2007年。
- [2] [德]汉斯·J. 沃尔夫等:《行政法》(第一卷),商务印书馆2002年版,第101页。
- [3] 参见[德]歇尔·施托莱斯:《德国公法史(1800-1914)》,雷勇译,法律出版社2007年版,第510-514页。
- [4] [德]汉斯·J. 沃尔夫等:《行政法》(第一卷),商务印书馆2002年版,第22页。
- [5] [德]汉斯·J. 沃尔夫等:《行政法》(第一卷),商务印书馆2002年版,第192页。
- [6] 大陆学界一般将Niklas Luhmann的姓译为卢曼,台湾地区则一律译为鲁曼。本文在正文中一律从习惯使用卢曼的译名,而在注释和参考文献中则会出现鲁曼的译名。恕不一一注明。
- [7] [德] Eberhard Schmidt -Abmann:《行政法总论作为秩序理念——行政法体系建构的基础与任务》,林明锵等译,元照出版有限公司2009年版,第24页。
- [8] 参见李洪雷:“规制法理学的初步建构(代译序)”,载于[美]凯斯·R·桑斯坦:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,李洪雷校,中国人民大学出版社2008年版,代译序,第11-12页。
- [9] 行政法系统的环境是指一切与行政有关的社会现象,包括组织、行动、过程、人或者物等等。
- [10] 这种功能主义研究的代表作品是卡罗尔·哈洛(Carol Harlow)和理查德·罗林斯(Richard Rawlings)的《法律与行政》(上下卷)等。
- [11] 卢曼特别指出“行为的调控”和“冲突的解决”都不能作为法律的功能。具体论证请参见:[德]鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,五南图书2009年版,第179-184页。此处受篇幅所限,恕不赘言。
- [12] 洪镰德:《法律社会学》,扬智文化事业股份有限公司2001年版,第382页。
- [13] 所谓法的成就“乃是法律为其内在于全社会的环境,尤其是为全社会的其他功能系统所提供的东西。”卢曼的Das Recht der Gesellschaft一书的大陆地区中译者将Leistung一词译为“服务”。参见[德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第80页。
- [14] 英译者将德语中的Funktion和 Leistung分别对译为 function 和Performance,参见 Law As a Social System, Oxford University Press2004, p167.
- [15] [日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第258页。
- [16] [日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第255页。
- [17] [日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第262页。
- [18] George Kneer/ Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,巨流图书公司1998年版,第77页。
- [19] George Kneer/ Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,巨流图书公司1998年版,第85页。
- [20] George Kneer/ Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,巨流图书公司1998年版,第196页。
- [21] George Kneer/ Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,巨流图书公司1998年版,第198页。
- [22] [德]尼可拉斯·鲁曼:《生态沟通:现代社会能应付生态危害吗?》,汤志杰、鲁贵显译,桂冠图书股份有限公司2001年版,第104页。
- [23] [德]尼可拉斯·鲁曼:《生态沟通:现代社会能应付生态危害吗?》,汤志杰、鲁贵显译,桂冠图书股份有限公司2001年版,第219-220页。
- [24] 洪镰德:《法律社会学》,扬智文化事业股份有限公司2001年版,第382页。
- (刘艺:法学博士,西南政法大学行政法学院教授。本文原载于《南京社会科学》2013年第5期)
- 来源:北大公法网