

● 法学理论

行政法理论研究的后现代转向

徐 晨

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 徐 晨(1974-), 男, 陕西蓝田人, 武汉大学法学院法律系讲师, 博士生, 主要从事中国行政法研究。

[摘 要] 行政法理论基础争论的核心目的在于确立行政法上具有基础地位的中心理论, 然而, 这场争论本身存在不同的哲学取向及其内在矛盾。在后现代主义的启示下, 行政法理论研究应作理论基础争论到理论内在构建、理论评价民主化以及实用主义等方面的多重转向。

[关键词] 行政法理论; 理论基础; 后现代转向

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1671-881X(2005)01-0038-05

进入 20 世纪 90 年代中后期, 我国有关行政方面的立法日益增多, 行政法学界遂将注意力转向行政法内容的微观研究。本文试图以此为基础, 对行政法理论研究的后现代转向进行初步探讨。

—

在行政法的理论研究领域中, 绝大多数论者采取了同一哲学进路, 即在本质或基础主义哲学指导下, 强调行政法确实存在一个能够全面反映行政法本质的理论基础。换言之, 即论者对于是否存在行政法的理论基础都不存置疑, 并以明示或暗示的方式假定行政法理论基础的存在, 转而破他人观点而立己之理论为基础。与此相反, 在哲学上以詹姆斯、杜威等人代表所倡导的实用主义, 在法学研究上被霍姆斯、卡多佐和波斯纳等人所深化为现实主义或法律实用主义, 则是反本质主义的工具性进路, 其反对“用纯粹的分析手段来推导出有关的真理”的法律形式主义。以法律实用主义的观点来看, 行政法本身存在所谓终极真理的理论基础是值得怀疑的, 即使存在, 也不能将其“看成数学一样, 只考查一些概念之间的关系, 不考查概念与实体之间的关系”, 简单地予以分析^[1](第 4 页)。而综观行政法理论基础的争论, 论者都假定理论基础的存在为前提, 并宣称自己的观点为理论基础, 其学术批判往往停留在抽象概念的分析或者整合。至此, 在哲学层面上, 行政法理论基础争论存在值得进一步探讨的两个方面: 即在认识论上的本质或基础主义和在方法论上的法律形式主义。

对于认识论上的本质或基础主义, 行政法研究上至少有两种不同的学术态度: 其一, 以认知模式替代理论模式。即认为“理论模式……侧重于全面解决行政法问题, 是一个规模宏大的体系架构, 而认知模式的旨趣侧重于引导更为深刻、更为具体的认识, 它无意囊括和穷尽行政法所有的理论与实践问题。”在学术理论界, 从提出现代行政法的理论基础是平衡论的观点体系, 到“平衡理论只是众多行政法认知模式之中的一种, ……目的不在于确立一个理论的最高权威以取代所有其他的认知模式, 而是……为行政法的发展提供一种可选择的方案”^[2](第 6 页)。这种以多元建构的认知模式代替中心建构的理论模式, 实质上间接地回避了行政法是否存在理论基础的问题。其二, 行政法的范式转换。即认为“行政法

的基本问题不是‘控权’、‘管理’或‘平衡’，……行政的理念以公共行政替代国家行政，行政法的分析视角以行政权力为中心，转变为以公共利益为中心”^[3]（第11页）。这种范式转换的核心在于以新的范式研究方法替代传统的研究方法，同样也没有回答行政法是否存在理论基础的问题。

而对于方法论上的法律形式主义，则存在缺乏本土化的理论论证、观点对观点式论证，以及理论与行政法具体内容相脱节等问题，尤其是国内许多行政法教科书都专列行政法理论基础章节，但是所提理论在后述的行政主体、行政行为以及行政救济等内容上却没有充分的体现。这些弊病源自我国行政法理论研究超脱于实践，而在研究方法上表现出来的法律形式主义。

二

就行政法是否存在理论基础的问题，笔者认为理论基础的提出只不过是行政法发展初期需要学术权威的外在体现，行政法本身是否存在理论基础至少值得探究，而且在法学的其它学科中，存在不同理论之间的观点争议，但少有像行政法学上所谓理论基础之争。更为重要的是，在本质或基础主义观念下，要论证何种理论是行政法的理论基础面临着来自理论和实践上的多重困境：

（一）时间性问题

即不同历史发展时期的行政法理念是否具有可通约性问题。如在英美法系的控权论起源于18世纪并在19世纪得以发展，而管理论产生和流行于20世纪，行政法理论基础的争论往往借以剥离历史，抽象出观点或者概念来加以分析。这种跨历史时段的分析方法，即假定历史实在的根本内容与本质记录于某种理论的概念图景中，并在历史发展中产生真正的力量，这一点正是马克斯·韦伯所指出的方法论上的偏见^[4]（第17页）。当然，笔者并不是说不同历史时期的行政法理论不能进行比较分析，而是强调在法理分析的过程中不能脱离某种行政法理论存在的时代背景，作理论上的假定——历史片段——抽象结论的简约化分析。更何况，理论上假定往往在哲学上是存在争议的。此外，行政法的理论基础争论过于注重跨历史时段的分析，常常容易失于对中国正在进行的行政实践给予更多的关注。

（二）地域性问题

一般而言，任何社会理念的有效性取决于该理念为社会实践所检验而获得的社会认同。这里的地域性问题，是指所提出或外来引入的行政法理念中包含的基本观点及其论证，必须面对中国实际社会实践的检验，即既有来自政治、经济和社会文化等宏观方面的拷问，也有来自社会微观层面的验证。另一方面，社会理论在被认同与否弃之间，还有批判性吸收的本土化中间道路。即地域性问题涉及行政法理念在检验标准和认同方式上与社会实践的联系。对此，国内学者在行政法理念构建上，乐于宏大理论体系的描绘，很少着墨或者几乎没有深入讨论社会现实问题。这显然与我国法学研究上疏离实践的法律形式主义有关，无法或不屑于通过社会实践获取研究信息，反而求诸于域外理念的信息供给，只能导致行政法理念的空心化；而立足于中国社会现实，将行政法理念本土化正是行政法学研究不容回避的重要问题。

（三）应然和实然的区别问题

在行政法理论基础争论中，论者更多的是关注应然或者价值层面的分析，却没有来自实然的回应。比如在我国并无三权分立的政治架构，尤其是司法缺乏独立性的社会背景下，讨论或引入建立在西方宪政基础上的控权模式将会受到来自各方面的理论制约。笔者并非否定控权思想的价值，只是在我国维持现有政治架构的前提下，控权论似乎超脱了我国的社会现实。

（四）话语霸权与民主化问题

即宣称自己理论为理论基础的论者在获得少数认同的情况下则可能掌握话语霸权来排斥或压制其他理论，以维护其学术权威。由此，以理论基础为标志的中心式理论系统即具有自我封闭和反民主化的特点。

三

从后现代主义视角上看,行政法理论基础争论的真正意图在于整合行政法上诸多理论,以确定某种带有普遍性的元理论。而基于上述分析,行政法理论基础争论面临来自不同哲学进路和争论的有效性两方面的潜在危机,并且迄今为止,行政法学界对此问题仍未达成共识。形成这种学术对峙是因为引导结论的标准是局部性的,混乱的,或者不可通约的。正如后现代主义者罗蒂所指出:“人类研究的产物——概念、解释和理论——带有它们创作者的偏见和利益。……一个认识的主体,生活在一个特定的社会中,处在一个特定的历史时刻,占据着一个由他或她的阶级、性别、人种、性取向及种族和宗教地位所定义的特定的社会位置,并因此带有特定的利益和偏见,却又是如何能够提出普遍有效的概念、解释和有效性的标准的呢?”^[5](第165页)尽管这些是针对社会学理论中有关基础性话语的批判所提出的置疑,但对于行政法理论基础争论也有借鉴意义。

与此类似,在当今美国法理学上同样面临着针对本质或基础主义的转向问题,如德沃金的权利与原则法学从“法律是什么”的本质主义转向“什么是最好的解释”的解释主义;波斯纳的法律经济学从把经济学作为解决法律问题基础的科学主义转向着眼于解决实际问题的新实用主义。在此,由于后现代主义到目前为止仍然是极具争议性的,其只能描述为挑战基础性话语的多元主张的点式集合,这些主张以置疑自西方文化启蒙以来的宏大叙事或元叙事而展开,其核心在于非中心化和多视角的理论重构。因而,这里所说的后现代转向只是把行政法理论研究的注意力从不可调和的理论纷争中抽离出来,进而作局部性的调整。

(一)行政法理论基础之争应转向理论的内在构建

这一主张实质上是暂且搁置行政法理论基础争论,把重心转入丰富和发展行政法理念的核心内容。我们且不要讨论是否存在行政法理论基础的问题,即使存在,其最终确立还有赖于行政法学界和实务界的共识,即行政法理论基础的确立是一个民主化的知识认同过程。更为重要的是,在行政法理论基础的争论中,将不同时期和地域的行政法理念进行简单和表层化的抽象处理,有的甚至只在国内外一两本著作或论文的基础上展开观点对观点的肤浅批判,然后从概念或者价值层面上宣称自己的理论是行政法的理论基础,这显然没有充分考虑到行政法理念构建的社会背景及其时间性和地域性。同时,在有点急功近利的学术氛围中,我们似乎丧失了对所提出的行政法理念予以时间或实践检验的耐心。

(二)解决实际问题的实用主义转向

实用主义最早由皮尔斯在1878年引入哲学领域,詹姆斯将实用主义方法诠释为一种确定方向的态度,这种态度不是去看最先的事物、原则和假定是必需的东西,而是去看最后的事物、收获、效果和事实。实用主义要求在进行理论研究或问题讨论时应更多地去关注由此产生的知识、社会和政治等各方面的结果。受此影响,本杰明·卡多佐在其法律实用主义代表作《司法过程的性质》一书中指出,逻辑、历史、习惯、效用以及为人们接受的正确行为的标准是一些独自或共同影响法律进步的力量。在某个具体案件,哪种力量将起支配作用,这在很大程度上必定取决于将因此得以推进或损害的诸多社会利益的相对重要性或相对价值。实用主义作为一种处理问题的进路,其以实践性和工具性的特点,强调的是什么东西有效和有用,而不是这究竟是什么东西。当然,实用主义也是反本质或基础主义的,但是就算在这一点上无法得以认同,也不影响行政法理论研究的实用主义转向,因为这种转向是方法论意义上的,即主要是针对行政法理论研究中的法律形式主义。

(三)理论评价的民主化——以重要性理论替代作为理论基础的核心理论的追求

行政法理论基础争论的目标是最终确立作为理论基础的核心理论和其他非核心理论的学术远景,这种学术远景的实现不仅在理论研究层面上存在多重困难,而且在理论争论的背后还涉及到学术权威的确立、学术资源或利益的分配以及行政法学界学术生态的动向。在各种利益的驱动下,加之因趋向量

化的学术评估机制所造成的学术资源的紧张,作为理论基础的中心理论的构建无疑是具有莫大的吸引力。就行政法理论研究的话语权而言,由于社会分工和法律形式主义的蔓延,行政法理论已逐渐远离公众,法律专家掌握了理论评价的话语霸权,从某种意义上讲,公众处于失语的状态。而在行政法理论基础争论上,法律专家之间又在话语霸权上进行不同派别的争夺或者各派别内的细分。基于此,笔者认为这种学术僵局的化解,可以重要性理论替代作为理论基础的中心理论的追求,从而促进行政法理论研究和评价的民主化。即放弃行政法理论上基础与非基础的二元建构模式,将每一个行政法理论都视为分析和解决行政法问题的视角和工具之一,能够获得广泛认同的即为重要性理论,但并不意味着该理论是体现所谓本质的理论基础。与二元建构模式相比,这种多元建构模式则更具开放性,以保持理论研究的活力和在一定程度上缓解法律专家间话语霸权的争夺。至于,法律专家与公众之间的话语权问题则有赖于法律研究实用主义的转向对话语鸿沟的超越。

(四)注重理论与中国的社会现实的微观互动

法律形式主义形成的原因之一是行政法理论研究者往往热衷于宏观理论的构建,而忽视对行政法实践的微观研究,乐于将理论视为自足的整体,而无视局部的反效果。这些实质上反映了我们将理论构建作为对终极真理的洞察和追寻,而不注重理论的工具性和实践性,因而在衡量标准上是理论的理性而非理论的效用。实用主义转向要求我们更加注重理论与中国的社会现实的微观互动。作为后现代主义的代表人物米歇尔·福柯以其代表作《规训与惩罚》为我们方法论意义上的转向提供了范本。在探讨知识与权力关系时,我们对权力的分析往往是自上而下的,“权力被看作是从上面强加于人的,福柯的方法论规则建议‘自下而上的’权力分析。因此,理解局部的情况有助于理解宏观层面的较广泛的机制”^[9](第160页)。另一个将微观研究精确化的方法是博弈论研究工具的引入。在立法设计和法律运作上,现代博弈理论为人们理解法律规则如何影响人的行为提供了非常深刻的洞察力。例如在法律或者政策的实施过程中,“上有政策,下有对策”在微观层面的博弈互动即可成为行政法理论研究的主题,通过博弈互动后所作的不同选择结果,来探究某个法律条款设计或者具体法律适用的有效性。

(五)行政法理论发展的多视角主义

在对行政法基础理论进行反思后,我们认识到,所有存在的行政法理论均构成理论集合的一部分,在我们运用理论去解决问题时,所谓中心理论与非中心理论同样重要,因为人们在处理某一问题时,从来就没有终极或永恒的答案,而结果往往更多的是人们根据自身的行为目标,排除了一部分可能性,而在剩余之中作进一步选择,而最终达到某种带有妥协意味的均衡。在这里,排除某种可能性或者说使某种解释失去“合法性”,也同样需要依赖于对所谓非中心理论的一系列运用,而中心理论只不过是解决问题过程中所运用的最后一个理论。因此,行政法的理论基础争论应最终归结为诸多理论的集合,任何一个理论作为一个视角、一个必要的妥协标准,都可能构成解决某一具体问题的理论工具,而不可能成为行政法上所有问题的理论基础。

以上分析只是化解中心理论和边缘理论的矛盾,强调各个行政法理论在解决实际问题的工具性作用,以及每个理论中的合理成分。而基于后现代主义的启示,行政法理论发展的多视角主义除了需要保持行政法理论内部的多元化以外,还需要作两方面的拓展:其一是,行政法理论研究应当突破与宪法、民法、刑法等其它学科的学科界限,甚至在某些法律问题上可以超越法专业的分工,借此淡化其在学术资源共享和合作上的限制;其二是,更为广阔地将法学研究由封闭转向开放,从而实现与经济学、社会学、心理学和文学等多学科的交叉融合。在此,坚持多视角主义需要更大的勇气和决心,因为实际上我们是在否定法学或者某一法律学科在法律上自我供给、孤芳自赏的自足状态。此外,我们不能将多视角主义转化为各种社会理论在广度上的表层运用,而应认识到,理论研究的有效性往往需要不同领域的社会认同和共鸣,其实质上取决于理论研究广度与深度的有机结合。

[参 考 文 献]

[1] [美]理查德·A·波斯纳:《超越法律》,北京:中国政法大学出版社,2001。

- [2] 沈 岿. 平衡论: 一种行政法认知模式[M]. 北京: 北京大学出版社, 1999.
- [3] 戚建刚. 对行政法发展的“范式转换论”之商榷[J]. 法律科学, 2003 (5).
- [4] [德] 马克斯·韦伯. 社会科学方法论[M]. 北京: 华夏出版社, 1999.
- [5] [美] 史蒂文·塞德曼. 后现代转向[M]. 沈阳: 辽宁教育出版社, 2001.
- [6] [英] 帕特里克·贝尔特. 二十世纪的社会理论[M]. 上海: 上海译文出版社, 2002.

(责任编辑 车 英)

Theoretical Study on Administrative Law: Post-modernistic Transformation

XU Chen

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: XU Chen(1974-), male, Lecturer & Doctoral Candidate, Wuhan University Law School, majoring in administrative law.

Abstract: The debate on theoretical base of administrative law is to establish the central theory, but the conflict of the debate rooting from different philosophic tropism is in a dilemma. In the enlightenment of post-modernism, various transformation is imperative under the situation. It includes that transferring focus, democratization of evaluating theory and pragmatism.

Key words: administrative jurisprudence; theoretical base; post-modernistic transformation

武汉大学留学生教育学院对外汉语教育研究所成立

武汉大学留学生教育学院对外汉语教育研究所于 2004 年 7 月 31 日正式成立。武汉大学留学生教育学院是一个专门从事对外汉语教育的教学管理机构,近两年来其教学规模迅速扩大,教学科研水平不断提高,外国留学生人数已愈千人。武汉大学成立对外汉语教育研究所的目的就是要建立一个相对开放的科研平台,吸引国内外著名专家以各种灵活的合作方式参与武汉大学的对外汉语教育研究工作,促进留学生教育学院科学研究水平不断上新台阶,并且争取在不太长的时间里,使武汉大学的对外汉语教育理论研究在学术界获得较大的影响。

武汉大学留学生教育学院翟汛副院长任对外汉语教育研究所所长,张杰博士任副所长,同时还聘请了中国政府语言文化友谊奖获得者、法国教育部教育勋章获得者、世界汉语教学学会副会长、法国汉语教师协会名誉会长白乐桑教授、中国中山大学周小兵教授、湖北大学易洪川教授为兼职副所长;聘请陈广胜教授、卢烈红教授、赵世举教授、陶梅生教授、萧国政教授、车英教授为兼职研究员。

成立大会由武汉大学留学生教育学院院长彭元杰教授主持,吴俊培副校长出席了成立大会并为该所兼职副所长和兼职研究员颁发聘书。