

深圳大学法学博士专著系列

Paradigm Shift of Administrative Law in the
Context of Postmodern Society:
Towards Reflexive Administrative Law

后现代背景下 行政法的范式转型 ——迈向反思型行政法

● 李海平/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国政法大学行政法与行政诉讼法系列教材

Chinese Administrative Law and Administrative Litigation Series
Beijing University of Political Science and Law

后现代背景下 行政法的范式转型 ——迈向反思型行政法

作者 李海东

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

深圳大学法学博士专著系列

Paradigm Shift of Administrative Law in the
Context of Postmodern Society:
Towards Reflexive Administrative Law

后现代背景下 行政法的范式转型 ——迈向反思型行政法

● 李海平/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

后现代背景下行政法的范式转型——迈向反思型行政法/李海平著.
—北京:法律出版社,2005.8
(深圳大学法学博士专著系列)
ISBN 7-5036-5738-3

I. 后… II. 李… III. 行政法—研究 IV. D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 078586 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘秀丽	装帧设计/曹 铀 胡 欣
出版/法律出版社	编辑统筹/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/深圳市前立印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/8 字数/181 千
版本/2005 年 8 月第 1 版	印次/2005 年 8 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-5738-3/D·5455	定价:17.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介

李海平，男，1972年11月生，河北省赤城县人，深圳大学法学院讲师，法学博士学位。先后于1998年6月、2004年6月毕业于吉林大学法学院，分别获法学硕士、法学博士学位。2001年3月取得律师资格。曾在公安机关从事法制工作多年。2004年8月至今，在深圳大学法学院任教，从事法理学、公法学的研究。近几年在《当代法学》、《长白学刊》、《深圳大学学报》等核心刊物上发表学术论文十余篇。





图书上架建议：学术类

内容提要

论文以20世纪70年代以后西方发达国家的巨大社会变迁为背景，系统地分析和考察了现代行政法在后现代社会背景下面临的危机和挑战。这种危机和挑战呼唤行政法制度范式和理论范式的转型和重构。论文通过对走出现代法律危机的三个理论文本——诺内特、塞尔兹尼克的回应型法、昂格尔的共同体法、哈贝马斯的程序主义法进行梳理、分解和重组，建构了新的行政法范式——反思型行政法的理论基础，并将这一理论基础贯穿到行政法具体制度的分析中，形成了比较完整的行政法制度框架。论文认为，反思型行政法是后现代社会中行政法的基本范式，它代表着未来行政法发展的一般趋势，不仅适合于西方发达国家，而且对法制现代化进程中的中国具有重要的参考价值。

深圳大学法学博士专著系列编辑委员会

主任 叶兴平

委员 钟明霞 蒋慧玲 邹平学 黎 军 蔡元庆 张 英
刘 阳

顾问 (以姓氏拼音为序)

崔卓兰 董立坤 高铭暄 马新福 肖斯塔科夫(俄国)
徐永康 王传丽 张文显 郑成思 曾令良 种明钊



总序

深圳大学法学院始创于 1983 年,与深圳大学同步走过了 21 年风雨历程。为中国,尤其是深圳经济特区培养了数以千计的法律专业人才。

与国内兄弟法学院相比,深圳大学法学院的师资队伍具有极为鲜明的特色:首先是它年轻。尽管学院的创建历史不算太长,但是支撑这个学院发展的师资队伍却异常的年轻。目前几位学术带头人多在 40 岁左右,30 出头的一批优秀教师也已成为学院教学的科研骨干,他们主持着 20 多项省部级以上的科研项目,其中有多项是国家社科基金项目;其次,该师资队伍全部由“移民”组成。深圳经济特区从无到有,从小到大,注定了我们这个学院的师资来源多元化。除了留学归来者外,绝大部分成员来自国内名牌大学法学院和科研机构,如北京大学、中国政法大学、中国人民大学、武汉大学、吉林大学、西南政法大学和中国社会科学院等。正因为如此,我们这些年轻教师的发展常常牵动着众多母校师长的关心,这是我们感到尤为自豪的地方;再次,这支队伍中高学历和高职称者所占比例较大,并且多具有国际视野。学院现有专职教师 50 多人,约 2/3 以上具有博士学位,从事博士后项目研究或在职攻读博士学位,大部分专职教师为高级职称者,半数年轻教师有过在国外学习、进修和讲学的经历,其中近 10 位在国外名牌大学获得博士学位。另外,学院的师资队伍发展迅速,充满活力。伴随近几年大学招生规模的扩



张以及深圳经济特区社会经济的快速发展,深圳大学法学院的师资队伍力量得到了明显加强,并且还在发展。越来越多的年轻人在各自的学科领域辛勤耕耘,开始崭露头角。相信在不远的将来,学界会对我们这支年轻的队伍刮目相看。

在2003年深圳大学法学院创建20周年之际,返校校友建议学院创造条件帮助年轻教师在学术上进一步发展。他们愿意在力所能及的情况下给予支持。于是,我们萌发了编辑出版一套《深圳大学法学博士专著系列》丛书(共20种)的想法。我们计划分两批出版这套专著系列,所有专著全部由深圳大学法学院专职教师中获得法学博士学位者撰写,这些想法得到了学院年轻教师的积极响应,得到这些年轻教师的母校和指导教授的支持,更得到深圳大学主管校领导和社会科学处领导的关心。另外,法律出版社领导的关心和帮助是这套专著系列得以面世的根本保障。在此,本编辑委员会全体成员对各位的关心、帮助和支持表示由衷的感激。并期望学界各位同仁一如既往地关心和支持深圳大学法学院的发展。

深圳大学法学博士专著系列编辑委员会

2004年10月



序(一)

20 世纪七八十年代以来,西方的政治、经济、文化等各个领域都发生了巨大变化。这客观上就为“后现代”一词的运用提供了正当性。其结果就是后现代已经介入到包括法律在内的一切领域。中国作为一个后发法制现代化国家,其法制现代化进程处于历史性的错位当中。当我们高举法治的大旗高歌猛进的时候,在西方社会却出现了以批判现代法治为己任的后现代主义思潮。而且,在全球化浪潮的冲击下,中国也处于前现代、现代、后现代并存的共时性格局中。在这种情况下,我们应当作何选择呢?目前,法学界对后现代的理论有两种截然相反的态度:一种是不加分析地全身心拥护;二是专断地嗤之以鼻,视其为异端邪说。我认为,这两种态度都是不可取的,都无益于中国的行政法治建设。我们应当吸收和借鉴后现代价值体系中的合理因素,不断完善现代法治体系,建构一种超越现代法治不足和缺陷的法治模式,用以指导中国法制现代化的实际进程。这是当代中国社会进步和发展的重大课题,也是中国法学研究者的时代使命。目前,在法学界还无人问津这一领域,本书可以说是这一方面的有益尝试,其理论意义和实践价值亦在于此。

通观全书,“创新”是本书的最大特点。本书的选题本身就具有学术创新的意味。同时,作者在整个论证过程中也始终坚持理论创新的研究导向。本书全面分析了后现代社会背景下行政法面临的挑战和危机,以当代世界著名法学家诺内特、塞尔兹



尼克·昂格尔、哈贝马斯的理论为文本,在统合并超越这三个理论文本的基础上,建构了反思型行政法的理论基础和制度框架,并对反思型行政法对我国的借鉴意义进行了探讨。作者提出了许多新思想、新观点、新思路,其中有很多是颇具说服力的,令人信服的。例如,当前主流的行政法理论基本上是在公民——国家二元框架下建构起来的,作者主张应当在公民——社团——国家三元结构下建构行政法理论,这无疑对我国行政法学理论研究的发展提供了新的思路。再比如,关于法治行政的概念,以往的研究往往缺乏对这一概念做历史的、具体的分析,似乎法治行政是千篇一律、一劳永逸的。作者在综合考察西方行政法治理论和实践历史发展的基础上,提出了三种法治行政模式:形式法治行政、实质法治行政、反思法治行政,它们分别对应于人类进入现代社会之后的三个历史时期。形式法治行政与实质法治行政分别对应于现代社会的“夜警国家”和“福利国家”时期,反思法治行政则对应于后现代社会。这打破了以往行政法研究将法治行政抽象、泛化的研究方式,对丰富和完善目前行政法治理论以及指导我国行政法治实践具有重大意义。本书材料丰富,运用得当,言之成理,持之有故,文字流畅,逻辑性强,堪称公法学的创新性力作。

当然,本书尚有诸多缺陷和不足,有些提法还有待进一步商榷,有些观点的论证还有待进一步深化。但是,这并不影响该书的科学价值。它至少为我们提供了一个新的领域,提出了一些富有创新性和启发性的观点,为以后的研究提供一个新的视角。我相信,本书的出版对于拓展和深化我国的公法学理论和内容会有所裨益。

这部著作是李海平同志在他的博士学位论文基础上修改而成的。作为他的博士生指导教师,和他一样感到由衷高兴。海平在求学期间,刻苦钻研,勤学多思,广泛涉猎,研读了大量的法学、哲学、社会学、经济学等领域的名著,对于当代我国法学家的研究成果也有系统的了解。他具有坚实、深厚的理论功底、广阔的知识视野和较强的研究能力。在读博期间,他把休息压缩到



极限,几乎放弃了全部娱乐闲暇,通宵达旦、夜以继日地伏案对他而言是寻常之事。这一切均是作者能够完成这一颇具广度和深度的著作的根本原因所在。作为导师,我为有这样优秀的学生感到骄傲。希望作者以此为开端,继续辛勤耕耘,写出更多的佳作。

是为序。

崔卓兰

2004年11月10日



公民社会与范式转型·序(二)

李海平博士是我的好友,在我们彼此交往的九年间,李海平博士的谦逊、诚恳与坚毅的性格气质和稳健、扎实、本色的治学风格都一直深深地感染着我。李海平博士在撰写博士学位论文期间,我们曾多次就论文的一系列相关问题展开热烈的讨论。我也曾拜读过该论文的几个初稿,他的深刻与敏锐在论文撰写中都得到完整的体现,对英文文献的准确把握更令我折服。从倾听他的选题阐述到旁听他的论文答辩,一年多来,我很骄傲地成为了该论文“降生”全过程的见证者,并有幸从中获益良多。

李海平博士的研究方向是公法,我的研究方向是元典与中国古代文化。看起来的确风马牛不相及。对“后现代背景下行政法的范式转型”的强烈关注却把我们的学术兴趣紧紧联系在一起。何谓“范式”?这本是从科技哲学中借过来的概念。库恩认为:思想和科学的进步是由新范式代替旧范式的过程。这就是说,在科技哲学中,范式意味着一种认识事物的模型、例证、模式、假定、理论。范式使我们对客观世界和人类社会的观察化繁为简,因为在范式背后存在着如李海平博士所说的“支撑和统合着理论和制度体系”的“最核心、最基本的支点或原点”,亦即范式的理性基础。当李海平博士提出反思型行政法是后现代社会中的行政法范式,他已经深刻地揭示了后现代社会中法律理性的内在理性基础、规范理性基础和系统理性基础。该论文对“范式转型”的论证是具有令人惊叹的哲学力量的。



那么,“范式转型”是因为“后现代背景”的来临吗?我想我和李海平博士的回答都是:当然是。我认为,要进一步求得共识,必须首先对“后现代背景”给出准确的理解。如果我们只是把现代性等同于工业化的世界和早期资本主义的正统形态,如吉登斯在《现代性与自我认同》中阐释的那样,那么,后现代性无疑就意味着日渐后工业化的世界和晚期资本主义的自我调整。但这一理解显然是狭隘和肤浅的。也许在人类历史的长河中,19世纪到20世纪的现代世界只是短暂的一瞬,虽然它曾自以为是与古典性相对的,是人类社会进步过程中的永恒胜利者。这是一种理性的骄狂。我之所以不使用“前现代性”这一概念,就是为了避免因思想受到现代性理念的支配而感染这种理性骄狂。后现代社会不是现代社会的对立者,它没有重蹈现代社会试图与古典社会绝对分裂的覆辙。相反,后现代社会是现代社会的内在矛盾的真正展开,它使现代社会的自我评估获得了一个更广阔的观察背景和思考空间。如果没有后现代性,现代性将是自我论证的,从而也将是暧昧的。王一川在《是后现代激活了现代》中说:“后现代性应属于现代性进程中的一种特殊状况:它是在现代性进展到一定的时刻出现的,呈现为现代性的自我反思或反抗状况。可以说,后现代性属于现代性内部自我消解或自我反抗力量的集中爆发形态。”我想说的则是:古典是现代的出处,是它无法遗忘和必须背负的生命根源;而后现代是现代的无限可能性的呈现与限度的提撕,是它使现代获得了真实与可把握的未来。这就是“后现代背景”的真正意义所在。

前,是古典,是漫漫来路;后,是未来,是无限时空。这就注定现代性必须走向自我反思;否则,现代性终将面临基本的理性混乱。“范式转型”也因而有了意义。回到我所关心的元典与中国古代文化的视域中来,我们曾认为,现代性对元典的理解应当是绝对的否定,元典是死的,是没有意义的,甚至是反民主的,是反科学的,在现代社会中没有元典的位置。这实际上恰恰是古典社会后期的专制思维和思维专制在现代社会的伸延。也就是说,从某种意义上说,不是后现代回归了所谓“前现代”,而是



现代并未真正走出所谓“前现代”。如果如李海平博士所说,后现代理性的系统理性基础是公民社会,那么,古典理性的系统理性基础就是臣民社会,而现代理性曾体现出的尴尬与骑墙则对应着臣民社会的未完结与公民社会的未成熟。现代理性以民主和科学自居,而民主和科学恰恰都如佛学所言,是“未究竟义”。民主和科学的目的都应当是人的外部生活与内部生活的自由与自治。当民主沦为多数人的暴政,当科学沦为世界观的霸权,古典社会后期的专制思维和思维专制,以及它们背后的臣民逻辑,就又若隐若现地露出头角了。

作为一个元典与中国古代文化的研究者,我时刻也未曾离开过“后现代背景”的观照。与李海平博士一样,我热切盼望着公民社会的成熟,并希望元典的当代阐释能够为公民社会的成熟提供助力。我认为,元典文化是特定民族在观察世界时采用的特定的“取景框”。也就是说,它至少具有形式意义,而这种形式意义本身又具有重要的现实意义。近年来,我在《诗经》与《易经》方面用力稍多。《诗经》是中华民族先民的诗化史路和在这条路上行进的诗心凝结。如前面所说,当科学沦为世界观的霸权,我们必须反思:中华民族正在走的这条发展之路是否仍不失为诗化的,如果不是,这是否很危险。这种反思,就像我在《西方科学的限度与反省》(1999,瑞士《中国研究》)一文中所坚持的,我认为它是公民社会的责任。而《易经》同时是中华民族先民的独特的思维理性、借以展开思维的思维工具与基于这种思维理性的对宇宙人生的整体认知。《易经》更富于框架性和思维工具性。透过《易经》文化的变迁,我们看到,中华民族经历了古典社会前期数万年的“天民社会”,古典社会后期数千年的“臣民社会”,经历了现代社会的剧烈转折与艰难过渡,正在迈入公民社会的光明之门。“天地之大德曰生”,是《易经》提出的著名命题。“生”,在《易经》文化中,是宇宙间最高的法则。“生”是世界的前提,或曰自然法,但必须看到“生”之涵蕴在《易经》文化中的变迁。在“天民社会”中,“生”是生命以及生命的激情欢悦;在“臣民社会”中,“生”是生存以及生存的艰难承递;



在公民社会中,“生”是生活以及生活的自由尊严。生活包括生命与生存,但又大于生命与生存,它是对生命与生存的基本遭遇的反抗,是对生命与生存本身的反思。这一概念的基本命意的演变,是否可算作“范式转型”的中国形态?

李海平博士的博士论文即将付梓,嘱我献丑。因考虑到该论文的深远意义与影响恐不只局限在公法学乃至整个法学领域,乃东拉西扯,说些自己熟悉的领域内的浅陋思考,期冀构成一种思想的对话。

是为序。

赵 雨

2004年11月15日



绪论

一、研究的缘起及范围

本书研究的主题是后现代背景下行政法的范式转型问题。这一问题最早萌芽于我在政府机关工作期间，^{〔1〕}日常的工作及见闻为我提供了理论思考的现实环境。有国家，就有行政，有行政，就有行政法，行政法的范式是和国家行政状况紧密相连的。现实中的行政状况使我深深体会到中国行政法制现代化进程的复杂性。一方面，目前行政机关的具体结构和运作规程是高度现代化的，如相对固定的职位分工、职务等级制、常设官员及文书班子、官员工作的职业化、明确的办事规则以及执法过程的形式化、规则化等，这同马克思·韦伯所描述的作为现代理性化产物的科层官僚制相比毫不逊色。在韦伯的眼里，官僚制是最理性化的组织形式，是现代社会生存和发展所必不可少的，无论是资本主义社会还是社会主义社会，都是如此，它适应了现代社会高度复杂分化的现实，具有历史进步意义。同时，韦伯对官僚制的最终结果持一种悲观的论调，认为它最终导致“自由的丧失”，韦伯称之为“铁笼”。现实不幸被韦伯言中。目前的行政

〔1〕 笔者硕士毕业之后，曾在政府机关工作了两年。在2000年政府机构改革时，笔者申请“分流”，考回母校，全脱产攻读博士学位。