

系统论视野下行政法的“反思性” ——兼论我国行政法学之调适

翟翌, 罗实

(重庆大学法学院, 重庆, 400044)

摘要:在当前行政任务复杂化、知识分布碎片化背景下,传统行政法教义学范式与开放的法治实践、法治需求存在落差,面临“解释困境”。现代行政法运作的“开放性”映射了法与社会演进的“共振”,暗合了卢曼系统论中“反思性”运作机理,即社会各系统无法以“决定/被决定”方式单向控制,而在系统自身理性话语下“自创生”运作并相互指涉:一方面,面向行政的行政法,可观察行政作为独立系统,不完全服膺于形式上“依法律行政”,而以程序为重,遵循自身行政理性寻求决定的“正确性”;另一方面,面向私人的行政法,可观察行政法逐渐引导私人共担公共责任,并在运作上容纳更多“非法律理性”。“反思性”现象表明,行政法开始考虑所指涉系统具体与差异化的运作逻辑,这为基于教义学范式的我国行政法学向以“知识跨界”为研究方法、以“行政正确”为法治原则、以“最适手段”为调控思路、以“关系纲要”为研究重心整饬奠定了理论指引,以适应实践变迁。

关键词:系统论;反思性;公共治理;行政法

中图分类号:D912.1

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2022)05-0041-14

一、引言:行政法教义学的“解释困境”

经典行政法是以控权为目标、以行政行为为研究重心,分析个案适用合法性的教义学范式。从尼古拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)系统论观察,教义学根植于规范的“条件纲要”(conditional program)。其基本预设:现代社会是政治、法律、科学等多系统构筑的“复杂系统”,各系统以二值“符码”(政治的“有权/无权”,科学的“真/假”等)化约系统间的沟通。行政法教义学即是法律系统将“行政行为”作为基础概念,纳入“合法/非法”二值符码,依赖“如果-那么”(即“if-so”结构,近似规则中假设条件和后果)的“条件纲要”^①程式,进行概念化、事实涵摄、

逻辑演绎的“封闭”知识系统,是对法治实践的二阶观察,体现法律系统的“自我反思”能力^②。

“行政合法性”就是在规范中寻求行政行为在“条件-后果”上的精准适配。“条件纲要”的形式,乃是全社会发展过程中一项重大的演化上成就。^{[1](221)}首先,“条件纲要”支持法律保持“规范期望”稳定的功能^{[1](219)},即行政法通过明确规则的适用条件,为政府活动提供指引,使行政行为可预测。其次,“条件纲要”通过设置多样假设情境,为行为“合法/非法”判断与后果选择提供桥梁。“唯有条件式的纲要,才能为自我指涉与异己指涉间持续进行的衔接,提供指引……并且同时在系统内可以演绎方式给予评价性运用。”^{[1](220)}最后,“条件纲要”与“命令-控制”方式具有亲和力。在进行“合法/非法”判断后,法律后果往往表现为“禁止/支持”的二元立场以

收稿日期:2022-03-08;修回日期:2022-07-26

基金项目:国家社科基金青年项目“行政特许基础理论研究”(18CFX023)

作者简介:翟翌,男,广西河池人,法学博士,重庆大学法学院政府规制与公共政策法治研究所/重庆大学国家网络空间安全与大数据法治战略研究院教授、博士生导师,主要研究方向:行政法、知识产权法;罗实,男,湖南怀化人,重庆大学法学院博士研究生,主要研究方向:行政法,联系邮箱:zhaiqingjiangwei@126.com

规范行为。总体而言,“条件纲要”亟待立法将行政限定在严格的“形式合法性”内,将其视为严格执行法律的行动者。

但是,在我国推进国家治理体系和治理能力现代化的背景下,“效能政府”、多元共治、风险决策、自我规制、轻推行政、市场化手段等各种“开放性”法治要求与实践逐渐涌现,业已突破“依法治国”话语下严格的“规则之治”,呈现出卢曼、托依布纳(Gunther Teubner)系统论话语中的“反思性”特征,即开始考虑其他社会系统的具体与差异化的运作逻辑,“既意识到法律的自创生,又意识到法律所监管的其他社会子系统的自我生成”^[2]。此时,作为“封闭”知识体系的法教义学在开放的法治实践中面临“解释困境”。正如赵宏教授所指,伴随行政任务的持续更新和行政现实的急剧变化,思考如何系统建构以行政行为为核心的中国行政法教义学^[3],实现教义学本身的“反思性”转型,以回应开放的法治实践,值得讨论。

本文首先阐释了系统论下的“反思性”意涵,继而明晰“反思法”的基本立场,并解构与证成现代行政法在开放的法治实践中蕴藏的“反思性”现象。最后,以“反思性”为指引,检视我国行政法学的不足并指出调适方向。

二、理解“反思性”:渊源及法律立场

(一) 系统论中的双重“反思”

卢曼认为“反思”分为两类:“反身性”(reflexivität)机制与“反思性”(reflexion)机制^{[4](92-95)}。这一区分代表了两种指向:自我指向和他者指向。

在自我指向下,“反身性”指“适用于自己的过程”^{[5](153)}。当一个过程作为属于它的自我指涉(self-reference)发挥作用时,就谈到“反身性”^{[5](444)}。譬如,对学习的学习,对规范的规范。典型例子是宪法中的“分权原则”,卢曼称之为“决策权的非等级秩序”(nichthierarchische ordnung von entscheidungskompetenzen getreten)。宪法将立法、行政、司法权限分离,并将其置于

互为前提、相互约束的关系中。其区分了不同的规范性权限,并投射到对应机构,由各机构负责规范的制定(立法)、实施(行政)及适用(司法)。这些组织都是在规范框架内以不同程序进行决策,并相互评估决策的规范权限^{[4](P95-96)}。“分权原则”体现了对权力、规范、决定产出过程的反思,考量在决策中如何以更妥适的方式行使权力。法教义学亦可视为法律系统的“反身性”方法,即“法律系统的决定只能回溯到法律系统本身”^[6]。反身性“使反应有序化和减少复杂性来完成这个作用,同时给系统中的行动者提供考虑新行动选择的能力”^[7]。

在他者指向下,须从全社会(gesamtsystem)来观察系统自身与环境的关系,因为当系统成为自我参照的“自创生”系统时,亦同步与环境(其他系统)发生指涉,即“反思性”。卢曼认为,“反思的范畴可被定义为系统与自身建立关系的过程……简洁地说,即自我主题化(selbstthematization)。自我主题化使系统的统一性可能被系统的各部分——无论是子系统、部分过程、偶然行为——所访问”^[8]。譬如,正义不再仅被理解为交换和报复关系,而转化为法律中条件与后果的一致性,此时法律系统即将正义“自我主题化”。赫尔穆特·威尔克(Helmut Willke)进一步认为“反思是复杂系统中各部分间的兼容性条件……意味着功能分化的子系统一方面在特定功能中找到自己的身份,另一方面学会理解自己是其他子系统的充分环境,并将由此产生的限制、协调、约束纳入自己的决策计算。”^{[9](100)}这展示了一个不断适应、利他的关系。因此,“反思性”机制的优势在于避免系统间的冲突,促进其他系统价值内化入自身,使之成为运作的标准,让“自我纠正”成为可能,被视为社会整体理性实现的必要指导,使各系统间实现整合、适应、发展。

“反思法”主要指法律系统的“反思性”,即“反思法律系统的运行是否与社会环境的变化相契合”^[6]。如果法教义学仅观察到法律系统的自我参照(即仅考虑法律规则适用逻辑上的周延),那么在考虑其他系统的自主运作方面则稍显逊色。托依布纳暗示,在考虑法律“自创生”

同时,应“建构和重构半自主的社会系统,其手段是形塑它们的内在话语程序和它们与其他社会系统相协调的方法”^[10]。至此,可以解决文章论证的前提困惑:“反思法”究竟在谈论什么?答案显而易见,即在法律和其他系统共存的社会中——都处于“自创生”运作的社会系统——如何构想法律的配置,使之既保持自治性,又激活其对环境反思能力。

(二)“反思法”的基本立场

基于“反思性”论述,托依布纳、威尔克、桑希尔(Chris Thornhill)等学者提出了“反思法”构想。厘清“反思法”是理解行政法所内蕴的“反思性”的前提。

1. 间接调控

“反思法”的问题意识缘起于西方“福利国家”实质法增殖与“合法性”缺失的冲突。如托依布纳所述,法律经历了从形式法到实质法(substantive law)的转型。由于社会分化与复杂性增强,个人已无法应对科技风险、福利保障、“城市病”等社会问题,“干预国家”模式成为必然选项:国家重塑政府与公民关系,通过实质性权利义务配置与有目的的安排“对经济活动和社会活动进行集体规制,从而弥补市场的不足”^[10]。但“实质法”的过度产出面临新的问题:第一,国家缺乏足够的认知能力^③实现规制。第二,这种“干预主义”易突破合法性的界限。

“反思法”超越了将社会问题直接纳入规范“合法/非法”判断的实质法模式,而转入“反思”维度,即“根据组织、程序和权能对未来的决定确立结构性前提”^[10],“协调各种循环决定的社会合作形式”^[10],以非实质性(组织、程序)规范进行调控。这超越了国家中心主义的法律观,认为“法律规范不仅存在于法律体系中,而且确实存在于社会中的任何地方——社会子系统中”^[11],法律嵌入各个社会系统的自主运作,作为“协调者”出现。在国家定位上,反对直接干预和绝对的“守夜人”身份,而作为“担保国家”(gewährleistungsstaat),青睐“非常间接的国家调整形式”^{[12](104)},对多元主体进行(组织、程序)规范赋能,搭建其自我规制架构。“间接调控”的实现有三个条件:第一,尊重各子系统的运作

自主性。第二,考虑特定系统的运作方式及干预的程度。第三,考虑各系统运作的背景,即考虑其社会运动方向和进程的总体设计意义上的环境^{[9](243)}。因此,“反思法”是对各系统运作背景的谋划,是将法律价值导入子系统内部结构。

2. 程序主义

如何实现“间接调控”?“反思法”提出一个以“关系为导向的制度结构”^[10],威尔克称之为“关系纲要”(relational program),即组织、程序规范。“关系纲要”设置的最大潜力是解除了“条件纲要”对国家治理能力的桎梏。第一,复杂社会下,国家任务日益繁重,劳工权益保障不足、生态环境恶化等问题层出不穷,政府能动性日益重要。“行政法越来越是一种授予行动全权的法律”^{[11](161)},而适用条件相对明确的规则结构无法指示政府行动,如环境行政中排污标准、含毒剂量等存在认定困难。第二,从时间维度看,法律对后果的判断愈发不易确定,政府“决断未来”的能力渐趋弱化。如人工智能、基因编辑等新科技带来的物理、伦理影响都具较大不确定性,政府难以抉择以何种管制强度(处罚、许可等)实现治理成效的最大化。第三,法律指导成效不佳的重要因素,在于高度发展且具差异化自我意识的子系统出现,如志愿组织、公司、科学团体等^[13]。法律难以实质干预各系统行为者的具体行动,譬如科学实验的具体操作。

因此,“关系纲要”摒弃配置行为具体的条件和后果,转向组织、程序规范以“民主地自我管理和自我调节”^{[14](306)}。“关系纲要”的目标在于:第一,促进子系统的自我调节。当社会问题过于复杂,法律无法予以实质回应时,组织、程序规范变得非常重要。如法律无法规定太过细致的安全操作规范时,内部风险管理组织、程序则举足轻重。第二,“关系纲要”可使各方在程序中实现良性对话,寻求各系统的“普遍利益”耦合。譬如,网络平台通过信息公开和利益商谈程序,使商业活动直面用户检视,在发生利益冲突时,通过商谈了解用户诉求,调整自身商业行为。“关系纲要”超越了条件纲要的认知模式,“将规范性和认知性的学习过程结合起来,将规范性框架与复杂关系的讨论性微调空间结合起来”^[13],

体现了一种新程序主义范式。

3. “选择权政策”

托依布纳认为“选择权政策”(options policy)为“反思法”提供了一种可能策略^{[12](103)},使监管更具适应性。作为可“迭代”的适用过程,欧盟视其为“灵活的治理工具”,目的是容纳更多监管的“选择性”。“选择权政策”分为五个步骤:第一,构建基准(baseline),根据基准评估政策选择的影响。第二,制定、汇编一系列可选择的政策方案。第三,确定可行的政策选项。第四,持续考察预留政策的可适性。第五,分析预留政策可能带来的影响^[15]。这意味着在法律框架下,政府可为其他子系统(监管对象)供给多元政策工具,并评估其影响,子系统可根据自身运作逻辑选择适用。此时,法律显然减少了在某些领域的权力,放弃广泛的实质调整,使系统自主性获得尊重。此外,托依布纳认为,如果只是任意选择,那么这些政策形同虚设,而要通过附带条件或其他干预以影响利益相关方的选择,主要有三种方式:其一,必须在众多选项中择一适用。其二,将众选项与权利结合,如法人设立中有限责任和其他形式的选择。其三,连接不同系统逻辑的调整刺激,譬如通过经济系统的货币刺激(如补贴、免税)^{[12](102-103)}。

“选择权政策”使法律不再以“线性因果”的方式被强制遵守,而是在有限选择中促进规范的预期稳定。一方面,通过创设政策空间,将选择的分量转移给了目标系统,使规制手段与不同监管对象自身需求相契合。另一方面,有限的选项能限制政府处理方案的“偶然性”,避免了行政的恣意。

三、行政法中的“反思性”:以政府和私人为指涉对象

(一) 行政法的系统论之维

在讨论行政法的“反思性”之前,须勾勒出系统论下的行政法“世界观”。首先,作为法律系统的行政法与它所指涉的环境有关,即“行政系统”。在卢曼看来,行政作为政治系统的子系统,是具“不同组织和行为风格、语言等相关理

性标准的独立系统”^[16],功能则是“产生具有集体约束力的决定”^[17]。在“立宪主义”范式中,理论家们发现了行政对环境(其他子系统)的负外部作用,即阻碍经济、科学、文化等系统的分化(威权政治中可以体现),由此将行政法视为“控权法”,防止行政对环境的干扰。但是,行政法作为始终处于全社会中的自创生系统,并不先验地仅以行政系统为唯一指涉对象,还面对持续分化的其他社会系统而调适。近年行政法所容纳的“作为介入和扩展私法自治领域的行政法”^[18]“私人行政法”等,描述了行政法“随着社会变迁和国家任务的变化……越来越多地与行政相对人、利害关系人形成三方乃至多方行政法关系”^[19]。在复杂社会中,行政法未失去活力,且意识到自身并非仅规范行政系统,还同时面对其他子系统的治理任务。因此,系统论视野下的行政法同时指涉着两类环境:第一,行政系统。第二,其他社会子系统(经济、科学、文化等被视为“私人领域”的系统)。

(二) 面向行政的行政法

“反思性”在于认识到自身与其他子系统处于平等指涉状态,只能以间接调控来相互影响。这意味着行政法与行政各自独立运作,难以直接控制行政活动。本文从“行政合法性”“行政自主性”“程序主义”三个角度解读。

1. “行政合法性”的拓展

“行政合法性”的“首要含义是法律优位,即行政机关必须在法治和法律的范围之内活动”^[20]。当行政作出具有集体约束力的决定时,司法对其活动进行“合法性”判断,避免行政活动的恣意。“依法律行政”将行政活动严格拘束于法律的“条件纲要”中,避免行政对经济、文化、科学等活动的侵害。但这一论述颇为理想。从系统论看,作为两个独立的系统,法律对行政的控制可能造成法律本身的合法性危机:即法律指令和行政治理需求的错位。一方面,复杂社会中,行政系统往往需要从沟通中自主汲取其他子系统的知识存储作为多元“知识情境”下的决策依据,而法律控制往往以教义学通过逻辑演绎获取知识,难以指示行政具体活动。另一方面,法律对行政行为的控制,即以“条件纲要”限定行

为方式和后果, 束缚了行政应对复杂问题的灵活性。

德国学界认识到了这种“行政合法性”失落。首先, 表现为“违法的可容忍性”。卢曼提出的“有用的违法”(brauchbare illegalität)认为, (行政)组织自身结构所形成的“期望”可能与规范期望冲突而产生“有用的违法”^[21], 在裁判中, 这种特定行政瑕疵不予考虑, 视为“正当的违法”。如德国《建筑法典》第214条规定, 建筑规划中“未适当评估”“不影响城市发展”的情况, 不阻碍规划的效力。又如我国司法实践认可被诉行政行为在程序、事实认定或者适用上若存在轻微瑕疵, 仍认定合法^④。其次, 表现为“合法的不可能性”。德国学者提出“民主的法律保留”, 认为法治国取向的“干预保留”稍显滞后, 因为“基本权干预的法律保留范围大幅成长的一项后遗症是, 法律规范能力反而萎缩与下降……立法者须就许多难以确切掌握其内涵的风险挑战加以规范”^[22], 暗示必须授权行政系统更多自主空间来回应社会问题, 规范仅限于“民主保留”中。“风险行政”能证立这一点。在传统“制裁性国家”(国家任务在于纠正和恢复受到侵扰的法定秩序)中, “条件纲要”能指导可预测的行政活动, 但是在知识、风险倍增的情况下, 国家的“预防性”任务要求政府必须根据情势来对其进行完善或修正, 这依赖行政自主判断与行动, 而无法诉诸规范^[23]。这在“非正式行政行为”中也可得证。“非正式行政行为”有三个特征: 第一, 权力来源多样。其可参照大量的政策、内部规定、弹性法条、行政惯例。第二, 程序的“非正式”。其存在大量“协商”“主动纠错”的元素。第三, 法律效果的“非正式”^[24]。从系统论看, “非正式行政行为”的优势在于允许行政自主参照其他系统的理性因素, 行政任务解决方案的选择空间也随之扩大。

显然, 除了形式法的拘束力, “还可以考察到‘其他规范取向’的意义, 亦即决定行政行为的效率、弹性以及可接受性观点……”^[25]。因此, 法律并非“正确”的唯一参数, 行政需在法律框架下自主参照系统的多元理性以适应各系统的运作逻辑, 规划、调适其行动。可以说, “行政

合法性”可拓展为“系统理性”, 包含了法律控制和行政系统参照多种理性运作的多样控制。

2. “行政自主性”的表征

行政具有自主性(eigenständigkeit der-verwaltung), 即在“伦理旨归、事实认知、工具选择等方面取舍、权衡的思考与行为模式”^[26]的自主性, 重点表现为三方面。

第一, 行政系统具有自主运作空间。“不确定法律概念”和“判断余地”的涌现可以证立。在复杂社会, 立法愈发难以以精准表述来控制行政, 具体表现为“不确定性法律概念”的出现。一般认为, “不确定性法律概念”过多会引发“合法性”危机, 但这恰是复杂环境下促进行政系统认知开放的重要路径, “是立法者面对复杂现实不得不使用却又保障立法目的实现的手段”^[27]。“不确定法律概念”赋予行政不受法院审查涵摄的“判断余地”, 使行政系统获得了自主性, 是适应社会功能分化的必然结果, 为行政参照其他子系统的符码(科学/非科学、善/恶等)创造条件。与此同时, “判断余地”为“关系纲要”提供了可能空间。有论者提出的在“判断余地”中实现“综合衡量的对话模式”^[28]正符合这一观察。另外, “判断余地”可能作为一种新的“权力分配”方式, 授权行政以最符合规范意图、最接近具体案件特点的方式决策。因此, 当我们认可行政系统存在自治空间时, 应当认为其与社会分化有关。这在高度专业化的科技规制中尤其明显。

第二, 行政系统具有自我管理能力。“自我观察、自我调整、自我描述、自我构成和自我再生都是自创生的重要形式。”^{[12](16)}法律对行政的间接调控, 意味着法律只能为行政设定基本行动框架, 治理成效往往依赖于行政系统本身。法律语义的开放性、立法理性的有限性为行政“自我决定”提供基础^[29], 表现为行政机关自主制定法规。在系统论的观察下, 行政系统可自主创造规范(行政法规), 具有自我决定或自我约束的效果, 行政法规的效力并非源于凯尔森所言的“等级效力”, 其正当性可能基于行政系统本身的自我授权。有学者引入“行政制规权”概念, 认为行政机关拥有“获得一定自治空间, 并在该空间内自主选择 and 构造的权能”^[30], 颇具本土色彩的“裁

量基准”也具有自我限制与决定的特征。显然,作为“自我组织”的独立系统,行政部门内部已通过结构化的运作来控制自身活动。

第三,行政系统具有自主运作方式。譬如,美国立国之初被认为“根本没有法律……确实存在一个体系,去组成、架构和限制行政活动”^[31]。行政系统以内部指令、程序和组织形式来进行自我规划、自我控制。直到现在,这种作为内部可问责的“行政宪制”并未消失。我国行政系统的内部运作包含了立案决定、人员指派、审查审核、请示汇报等一系列程序,决定的产出亦取决于这些内部运作^[32]。有学者认为我国法治政府建设的目标即将“贯彻法治政府规范性要求的主体定格于政府自身……是为行政机关量身打造的制度性要求”^[33],这体现了行政系统的“自创生”运作,其活动方式基于自身所塑造的理性流程。

3. 程序作为核心机制

虽然不甚精准,但行政法是一部行政程序法,已为学界所认可。我国行政行为法条款亦以程序相关条款为主。程序作为核心的机制,具有诸多优势。

第一,程序法可以缓解法律系统的认知负担,促进社会子系统的自我学习。“实质法”的特点在于依赖法律系统“认知膨胀”这一回应性机制来决定行政系统的活动(即条件纲要中“条件-后果”的不断产出)。这可能面临法律系统承载过重的风险,“功能分化的社会的特点是大量规范的过度生产。‘实在法’也许能通过制度化高度发达的法律程式(条件纲要)规避选择的问题”^{[12](68)},但是,“严格的规范主义阻碍了‘学习的法’的产生”^{[14](291)}。在复杂社会中,很难判断“如果-那么”的界限,因此,程序的供给使行政系统能够在规范中反思性地处理不确定的行政任务。

第二,程序利于“意义”^⑤产生。卢曼认为“程序主要是选择性制度化的机制”,它可以产生多种系统沟通的可能性,并在诸多可能性中实现“耦合”(如商谈中达成某种共识)。用卢曼的术语来说,就是“意义沉淀物”^[34]。程序的优势在于为行政系统的“自我决断”提供自治空间,尊重了行政和其他系统的自主性,并可在此机制下了解彼此系统运作中的诉求。这样的推论,也为

民主行政提供机会,补强行政决定的正当性。譬如,我国《行政处罚法》与《行政许可法》中的听证制度、《重大行政决策程序暂行条例》第12条中规定的“决策承办单位根据需要对决策事项涉及的人财物投入、资源消耗、环境影响等成本和经济、社会、环境效益进行分析预测”这一程序性要求,都亟待寻求一个系统整合上的“意义”。

第三,程序有利于创设合理、有序的沟通空间。社会系统是一个“从沟通生产沟通”的自创生系统。虽然不能以“传递者移送信息给接收者”这种简单移送的意旨来理解沟通,但行政行为的作出确实可以视为行政系统向其他社会子系统传达某些信息的过程。沟通分为三个阶段,包括:“讯息(information)、告知(mitteilung)、理解(verstehen)”^[35]。程序首先为行政系统的外部传递构造了一个“非恣意”的空间,以有序的步骤完成这一“告知”过程,同时,程序创造信息反馈的可能。其他子系统可以通过程序递归地进行负反馈反应,为行政供给信息,如正当程序中的陈述、申辩。

因此,不能仅将程序定位于服务实体法的“工具主义”立场,而应承认其不弱于实体法的独立价值。特别是在功能分化的社会中,以程序创设的沟通空间已成为“生态濒危、技术风险和认知过载的条件下,发展网络化、相互依存的社会生存能力”^[36]的基础。

(三) 面向私人的行政法

行政法的“反思性”还体现在考虑其他社会子系统的运作,涵盖了法律、政府、私人三方关系,契合了法治实践中对于监管、规制、治理话题的讨论。

1. 监管形态变化:“公私合作”

“公私合作”并非时髦话题,但亦佐证行政法蕴藏的“反思性”。“公私合作”并非法教义学的产物,而是当代政治学、行政学中“统合主义”“法团主义”的引领。从“命令-控制”到“公私合作”的任务执行方式的演变是反思性的表现之一。

卢曼对于“公私合作”的观察始于对“福利国家”的思考。“‘福利国家’可以被表述为政治系统带来的过度负担”^[37],当福利国家贫富差距

等问题无法得到解决时,所有调控任务都被转载至国家。二战后,德国存在“国家责任增强”与“财政能力限制”、“瘦身国家”(schlanker staat)与“发展需求”两组矛盾^[38],因此,政治系统开始反思国家实现共同利益目标的形式,以便执行政治上被认定为具有公共利益的任务。此时,国家责任开始向“系统责任”(systemverantwortung)^⑥转变,允许国家以外的众多社会行动者共同参与公共生活,而合同成为公共责任分担的工具之一。如卢曼所述,“契约就适合被用来当作结构耦合的机制。”^{[1](504)}在合同中,行政系统与其他社会系统获得运作的自主性,且彼此的行动可互为运作条件,共同实现公共目标。同时,合同为系统间的沟通开辟场域,即行政机关可在合同框架内促进与监管对象的相互理解,增强监管的适应性。

总之,作为法律系统的行政法,反思了行政系统本身的反思,即对于行政系统自主性作出适当支持,对私法中的“合同”现象进行再涵盖,使协议行为纳入公法视野。“公私合作”在我国运用颇为广泛,包括合作背景下的行政特许、行政辅助人以及在疫情期间展现巨大治理潜力的社区网格员、外卖员等,呈现“全景式”的合作治理趋势。但卢曼认为,合同这一结构亦有缺陷:“契约在时间上使某个特定的差异获得稳定化,并且同时针对其他所有的事情抱持漠然性”^{[1](504)},即可能忽视其他潜在利益相关方的利益,导致对“公共价值”的漠然。为应对合同的功能缺陷,法律可设置规范框架,以公共责任的导入来规范行政合同行为,如我国《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第1、16、17、21、23条都体现了协议形成中的公共利益导向。

2. 监管主体转向:“私人自律”

“私人自律”或者说“受监管的自我监管”并非一个法律概念,而是描述一个监管结构。这一结构源于社会功能分化下为各子系统供给的法律适应性不足,需尊重各系统的自主运行逻辑并利用其特有的认知潜力实现自我规制。法律仅提供组织、权限、程序规范,为形成自我约束与运作提供框架。

首先,表现在规范层面的自我约束。在现代

行政中,由私人参与制定公共规范愈发普遍,诸如社会自治规范、行业标准、企业规章等“非正式法律规范”。此时,法律的“反思性”表现在放弃直接制定规范干预,而允许私人主体自我规范,法律则起到“背景谋划”作用。我国《标准化法》第7条和《行政许可法》第13条都为私人自律提供了规范基础。司法上,在交通、食品安全、产品质量领域^⑦都同样倾向认定这种“非正式法律规范”具有裁判效力。同时,法律亦不放弃对“私人规范”的规范。近来,我国学者呼吁“建立分种类、多层级的社会规范备案审查制度”^[39]亦体现了这一需求。

其次,表现在对目标和行为的自我约束。典型如私人对公共目标的“承诺”与“披露”。“承诺”意味着监管对象对义务或责任的自我施加,有助于分担政府为实现行政任务目标上的压力。在德国,私人公法“承诺”主要存在于环境、产品安全、市场竞争领域,并认为法律针对这种“自我义务制度”(selbstverpflichtungssysteme)应提供基本权利的底线保障^[40]。在我国工商许可、交通运输、食品安全等领域^⑧,公法“承诺”亦广泛存在。另外,“披露”也体现出反思性。“信息缺乏有可能是各种市场失灵的结果”^[41],“披露”可减少行政系统和监管对象的认知落差,弥合监管信息的不足,并在其他社会系统的观察压力下,将私人置于受监督位置,“激发更高水平对规则的遵守”^[42]。在我国,“披露”广泛运用在教育、产品监管、企业合规等领域。

最后,表现在内部组织层面的自我约束。随着政府直接参与治理的能力削弱,私人通过自我管理的方式分担部分公共任务十分必要,而法律为私人供给相关组织、权限、程序架构,符合“反思性”。这种“内部管理型规制”在企业合规中应用较多,其寻求在法定框架内设计适宜的内部经营计划、管理流程,允许企业利用信息优势以灵活和可学习方式适应风险,并缓解政府行政资源的紧张^[43]。譬如,我国《企业环境监督员制度建设指南(暂行)》《职业健康安全管理体系(GB/T28001—2011)》都要求企业在组织内部设置监督员、管理员,以负责环境监督、安全管理。这体现了组织架构在环境、安全中的价值导向。

3. 监管选项创设:“选择权监管”

“选择权监管”主要是指监管者向各监管对象系统提出多样化监管建议,后者根据自身标准与自身运作逻辑在有限的选择中采纳适宜的监管方式。国家鼓励私人自主决定参与“量体裁衣”的监管计划或工具,引导私人承担公共责任。最具代表性的例子是欧盟的“生态管理和审核计划”(Eco-Management and Audit Scheme, EMAS)。利用该计划提供的多种组织、流程指南,建立内部环境审计制度,并在环境验证员的监督下,根据企业特征“组织建立和实施环境管理体系”^⑨,通过该体系认证的企业定期接受环境友好方面的认证和调整。这些规范要求,将环境改善任务纳入企业管理目标中,定时进行组织认证与优化,将企业经济目标和公共目标相结合。

我国政府较为重视的“政策工具箱”与“选择权监管”具有相似作用,但仍着重依靠政府层级推动,突出管制与直接供给^[44],监管适应性不强。但近年来,我国立法实践开始注重强化监管的可选择性。随着我国《认证认可条例》《认证机构管理办法》等规范的逐步订立,不同的社会组织、机构,特别是企业,可依靠第三方机构在“企业标准化管理体系”“卓越绩效管理体系”“企业社会责任管理”“供应链安全管理体系”“业务连续性管理体系”“ISO9001质量管理体系”等框架,根据自身最宜的情况在组织、流程上有选择地进行组织合规构建并认证。较新的进展是政府在中小微企业合规方面的努力,为化工、机械、信息技术等不同行业的企业设计差异化的质量管理流程标准,以供相关企业选择并设计自身的内部质量保障制度^⑩,体现了行政法的“反思性”实践。

4. 监管方式多元:“非法律理性”容纳

在政府监管活动中,政府常常参照其他系统理性(如经济的“支付/不支付”)实现监管目标。不仅通过命令/禁止来规范行为,还可通过激励、诱导将法律期望的行为与后果相联系。

利用经济理性实现监管是较常见方式。卢曼认为,经济系统“不断地由一些新的支付组成”,经济理性存在于其自身要素(货币)的自我再生产中(支付),存在于其自身结构的自我产生中(价格),

存在于增加支付能力上(利润)^[45]。利用经济理性,包括货币或财政等“基于市场的替代进路”措施。在法国,通过对饮料罐头收取押金,回收时予以返还,成功实现了垃圾清理和回收。德国要求生产商对产品包装及其相关废物进行回收,将处置成本转嫁到企业内部,取得了有效的“治污”成效^[46]。我国《碳排放权交易管理办法(试行)》确立的“碳排放权交易”机制,将“减碳”目标与市场机制相结合,并通过“碳交易”市场实现环境目标与经济理性的衔接。

较新进展是基于行为经济学的监管方式逐渐为政府接纳。这具有高度的“反思性”,因为法律在尊重系统自主性的前提下通过间接刺激来影响监管对象的行为选择,实现监管目标。被凯斯·桑斯坦(Cass R. Sunstein)称之为“自由主义家长制”(libertarian paternalism)的“轻推”(nudge),即为典型的实践样态。譬如,为实现禁烟目的,可通过要求厂商扩大包装的肺部风险警示、调整烟草包装规格、调整烟草摆放位置等软性手段来达到降低烟草消费的目的^[47]。“轻推”常利用“信息工具”与“默认规则”两种方式。

“信息工具”往往通过信息披露来影响人的行为。如2010年美国国会通过《患者保护与平价医疗法案》,要求餐馆提供食物的卡路里信息,赋予人们理性选择的权利^[48],促进消费者健康饮食。“默认规则”则利用人的普遍行为惯性(特别是惰性)来影响人的行为。譬如,一般美国雇主对于雇员加入“401(k)”退休储蓄和投资计划是“默认不注册”的,但通过将“默认值”改为自动加入(雇员亦可选择手动退出),选择该保障计划的员工就大幅增加^[49]。

可以发现,监管能与某些要素发生作用,以影响其他社会系统的决定。它并非以直接命令的形式作出决定,而是借助与之共存的其他系统的运作理性进行调整,显示出高度的反思性。

四、封闭与开放:我国行政法学的“反思性”调适

现代行政法的实践中具有“反思性”,因其开始考虑各系统差异化的运作逻辑,尊重和依赖

各系统的自我运作,以促进系统间的协调与整合。以“反思性”为特征的开放性法治实践来检视具有“封闭性”特征的我国行政法学,颇有助益。

(一)“封闭”现状:我国行政法学的“反思性”阙如

我国主流行政法学研究大致继受德国法教义学。但随着行政法的开放实践,这一方法难以适应,表现出相对“封闭”的状态,具体有如下特点。

第一,强调学科逻辑一致性,却忽视学科开放性。我国行政法教义学以实定法为材料,以解释和适用(包含事实认定、规范涵摄、法律效果甄别)为取向,谋求行政活动的确定性指引^[50]。通过逻辑演绎的方式使法律秩序化,使法学成为“自主科学”。正如法学家海因里希·特劳特所述,法律(教义学)的认知模式被理解为文本的识别和语义解读,是关于文本、规范等的连贯性论断,是“知识生产”的内部过程^[51]。但是,这种知识生产依赖文本,缺乏社会回应性,易使行政法学研究陷入脱离实践的风险。如前述“选择权政策”、刺激、轻推、市场化调控等手段如何整合入行政行为法,并未为我国学术界所重视,缺乏对其他子系统知识生产的“自我主题化”。

第二,强调“合法性”,却忽视“正确性”。行政行为“合法性”是行政法学“大厦”的基石。但在社会功能分化下,各系统“自创生”运作,具备不同的理性标准。一方面,即便行政严格依照法律的“条件纲要”行动,满足形式合法要件,也可能会忽视其他子系统的标准与符码,如科学的“真/假”,经济的“效率/无效率”。因为教义学通过逻辑推演获取“一般可得”经验知识的方式已无法在分化的“知识情境”中为行政提供支持,造成“罗生门困局”^⑩。如食品监管中“有毒物质”的界定争议、工业选址中“邻避问题”的知识冲突。另一方面,各子系统在时间、空间、社会三个维度的确定性丧失^[52],使不确定性风险大大增加,包括不利后果的可能范围大小、严重程度、发生概率等^[53]。在愈发扩大的裁量范围中,“合法性”仅能对行政行为作出框架性指引,而难以担保行政行为在具体规制活动中的“正确性”,因为各领域所依赖的知识条件、产生的规

制效果等具有高度不确定性。

第三,强调对行政的控权,却忽视行政自主性。我国行政法以“控权”为要旨。一方面,“行政虽然从法律系统观点看来属于法律适用的事务,但是从政治系统的观点看来,却主要是目标导向的以及解决问题的行为。”^[54]我国法治政府建设离不开“效能”维度,即解决问题的能力,“行政自主性”价值尤为凸显。另一方面,法律亦无法像“传送带”般完全控制行政。特别是在裁量空间领域,行政往往“根据自己的道德标准进行‘超自由’的裁量。”^[55]任务达成往往受上级压力影响,导致政府惯以政治系统“有权/无权”符码作为依归,在“政绩饥渴”、考核评比等科层推动下作出“趋利避害”的决策。因此,法教义学不能沉溺于“合法/非法”的演绎游戏中,应“反思性”地摄入政府行政伦理、公务员行为动机、组织运作方式等行政学知识。

第四,强调“型式化”行政行为,却忽视多样方式与效果的适配。我国行政法将行政行为“型式化”奉为圭臬,“因为通过‘型式化’作业,能够创建稳定的、制度化的‘型式构造’,达到简化行政、控制行政的目的”^[56]。首先,行政行为无法完全类型化。在我国最高人民法院于2020年发布的《关于行政案件案由的暂行规定》中,行政行为达140种,型式化非常困难。其次,“型式化”可能反噬立法与行政,致使其倾向采用已型式化行为(如处罚和强制)而忽视更具实效的其他行为。最后,行政行为的“型式化”是为了纳入法律系统进行“合法/非法”判断,服务于司法裁判,但是这往往忽视行政所产生的社会整体效果,而规制的成败与否取决于规制目标与规制手段是否匹配^[57]。这亦是教义学缺乏反思性的表现。

第五,强调“关系纲要”的工具性,却忽视其功能性。就组织法而言,主要以“组织法定”和“行政一体”为原则,旨在解决行政主体的职权认定问题,服务于司法审查,但这忽视了组织本身在目标达成、信息沟通、决策取向等方面的功能。有学者感叹,“由于不被视为‘法律人的法律’,无法进入法院视野进行司法适用,组织法的研究长期被行政法学界忽视,这导致组织法领域广泛存在组织法理论与实务的脱节现象”^[58]。

就程序而言,我国学界实质仍侧重将其作为“警察国”视域下“高权行政”的工具,侧重研究诸如事先告知、听取意见、回避等一般程序,旨在促进行政对法的准确适用,便于司法判断。但随着功能分化、任务复杂性增强,强调“工具性”往往忽视程序的功能面向。如促进系统间知识交流的风险评估程序、促进简政放权的豁免审查程序、星式程序(stemverfahren)等^[59],尚未整饬入我国行政程序法体系。

(二)“反思性”引领下我国行政法学的调适

1. 向以“知识跨界”为研究方法转向

就我国行政法学而言,往往以教义学方法基于法律系统内部进行知识生产,忽视包括行政系统在内的其他子系统的知识生产。因此,我国行政法学研究必须注重跨学科的研究方法。本文尝试归纳三个跨学科进路:第一,以“人”为中心。譬如以公务员和私人为微观样本,基于心理学、认知行为学知识反哺公务员法、救济法的设计。学者白云锋在《如何激励执法者——一个认知行为主义的分析进路》一文中做出类似前沿铺垫工作。第二,以“行为”为中心。最为成功的例子是将缘起于行政学中的公私合作纳入法律系统作为独立的法律行为看待。此外,可利用管理学的“街头官僚”研究讨论直接履行处罚、强制、检查等一线公务员的“微权力”运作,反哺行政程序法。第三,以“组织”“程序”为中心。如利用官僚组织行为模式理论为组织法、程序法的设计带来增益。总之,“知识跨界”的方法论应始终贯穿于行政法学研究中。

2. 向以“行政正确”为法治原则转向

“反思性”的要旨在于可参照多重系统的理性标准,谋求系统间的协调,实现“系统理性”。

在我国治理体系与治理能力现代化背景下,“行政合法性”原则略显不适。一方面,法治行政作为“权力制约”的现代化机制,是脱离“人治”、保障权利的基石;另一方面,在法治前提下,充分发挥行政的能动作用,“注意行政决定之‘弹性’及‘创造力’之保留”^{[60](206)},亦是时代之需。因此,“行政正确性”原则可适时引入行政法总论中。那么,如何标定“正确性”?德国法学家霍夫曼·里姆(Hoffmann-Riem

Wolfgang)提供了一个概括性标准,认为“正确性”需考虑如下参数:①监管任务的目的;②监管结构适宜性;③具体行动领域的不同标准;④是否为各方接受;⑤实施的合理时间;⑥是否节约资源^[61]。那么,如何考虑这些参数?反思法中作为协调基础的组织、程序规范起到了决定作用。在“条件纲要”缺乏认知的情况下,可通过“关系纲要”链接与其他系统的知识,寻求“合法”与“正确”的平衡。如近年多国广泛运用的“规制影响评估”程序常被作为正确性考量的法治框架,基于此,大量非法律规范、科学结论、民意反馈可以被参照,作为“行政正确”的知识源头。

3. 向以“最适手段”为调控思路转向

“反思性”要求考虑规制对象系统的差异性,这需摆脱“型式化”行为的桎梏,转向“手段—效果”适配的调控思路。一般而言,遵循一个“阶层”的进路。首先,应优先考虑“设计‘自我管理机制’……而非全部委诸法律规范之实体管制”^{[60](127)}。这主要分为两方面:一方面,监管对象的“组织”规制。陆宇峰认为,我国《电子商务法》体现出了反思性。其将责任分担于“平台经营者”,赋予平台“准”立法、行政、司法权,注重平台内部的权力制衡,推进平台决策民主化,注重信息披露,引入消费者公共性批判^[62]。另一方面,注重监管对象“自发领域”[®]的作用。借助行业协会、私人认证、披露、内部举报、承诺、公开等方式促进监管对象决策信息的公开,使运作“黑箱”暴露于众,承受行业与公众压力,如行业抵制和消费者运动。其次,在“自我规制”无法实现时,应优先考虑行政协议行为、有利行政行为以及“未型式”化行政行为(诸如选择权监管、“轻推”以及市场化手段)。最后,如果上述手段失灵,导致规制目标产生偏差,方采取处罚、强制等“命令—控制”手段。总之,这种由软到硬的“最适手段”进路可融入我国行政法学研究中。

4. 向以“关系纲要”为研究重心转向

“关系纲要可以被看作是‘反思法’的原型。”^[13]因此,组织、程序规范应成为我国行政法学的研究重心,并注重其“功能性”面向。

组织上,如近年学界提倡的“任务导向型”

组织实际上就是“反思”导向,因为这针对规制对象系统的运作进行设计,能够促进行政合理、有效地达成任务并满足行政多样性的要求^[63]。如我国“科技伦理委员会”乃典型的任务导向组织^①,其以防范科研伦理风险、整合伦理共识为任务,注重科学家与公众的商谈,应以“协商型”组织为主,若采取科层结构就不大适宜。“功能”的锚定必须借助跨学科知识支持。如市场监管部门可吸纳“顾客导向”型组织结构,应急部门可吸纳具有快速响应功能的“分形应急”组织^[64],政府决策部门可引入“行政宪制”型组织,保证组织内决策过程的制约。此外,管理学上的“全面质量管理型”“网络型”“绩效型”组织等亦可融入组织法中。

程序上,除对传统一般正当程序的研究外,重点面向几类程序:具有“灵活性储备”功能的暂时性行政程序、多阶段行政程序、行政行为的改变程序等,既实现控权又保持行为的灵活性。此外,还有作为“正确性评价”手段的规制影响评估程序,以“效能”为导向、为适应我国市场快速发展与简政放权的快速审批程序、豁免程序,作为“合法性担保”的内部行政程序。值得注意的是,在功能分化与自我规制的社会演进中,私人参与公共事务亦有组织、程序需求,因此德国学界已逐渐接纳“私人组织法”(privatorganisationsrecht)、“私人程序法”(privatverfahrensrecht)^[65]。如何将参与行政任务的协会、企业、社区的组织和程序规范整饬入我国行政组织、程序法体系,颇值得探讨,亦是行政法典化背景下的必要考量。

五、结语

党的十九届四中全会通过的《关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》为政府未来转型提供了愿景图、定星盘,昭示着政府即将迈向“治理时代”,亦呼唤着我国行政法的转型。系统论中的“反思性”、功能分化等学术资源能

够为合法性、行政自主、自我规制、“轻推”等法治现象提供新的解释维度,为我国行政法学由“控权”法学向“治理”法学转型带来智识支撑,以维系“控权”与“治理”间的张力。

注释:

- ① 如我国《食品安全法》第124条明确了八种违法条件,如果违反这些条件,相对人就处于违法状态而应受惩罚。同时,在规范后果上框列了行政机关可采取行为的类型、限度(吊销、罚款等),若条件达成而未行动或执行偏差,行政行为则处于“非法”状态。“条件纲要”涉及人为的“法律上的因果关系”,法律系统由此成为只是行动的“繁琐机器”。参见陆宇峰:《“自创生”系统论法学:一种理解现代法律的新思路》,载《政法论坛》2014年第4期。
- ② 泮伟江教授认为法律系统是一种具有自我观察、自我反思能力的社会系统,而法教义学、一般法理论则体现了法律系统自我观察和自我反思的能力。法教义学是对法官在个案中对法律规范之解释和适用的二阶观察,注重提炼作为同案同判基础的各种法律概念、准则、理论和体系观。可参见泮伟江:《探寻法律的界限——论卢曼晚期系统论法学思想》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第22-30页。这种方法是对规范适用予以规范(体系化)的方法,体现了研究方法的“反思性”特征。
- ③ 系统论中的“认知能力”是指在系统与环境的交互中,将新的运作与记忆中的运作联系起来的能力,是以理性、智力和反思能力维度来定义的概念。其功能是产生冗余,使系统免于重复的信息处理。系统提高认知能力,即通过对环境更深刻、更准确、更有预见性的了解而实现的。基本方法是对环境进行数字化,即记忆、学习、距离定位、预测、纠错等方式实现。See Luhmann N, *Theory of Society*(Volume 1), Redwood City: Stanford University Press, 2012, pp. 68-72.
- ④ 参见《广东省高级人民法院关于印发〈广东省高级人民法院关于刑事案件改判和发回重审若干问题的指导意见(试行)〉、〈广东省高级人民法院关于民事案件改判和发回重审若干问题的指导意见(试行)〉等三个指导意见的通知》,粤高法发〔2008〕48号。
- ⑤ “意义”(Sinn)在卢曼的学术话语中指的是经过试错而产生的免于失望(enttuschungsfester)的选择形式。[德]尼克拉斯·卢曼著,宾凯、赵春燕译:《法社会学》,上海:上海人民出版社2013年版,第72页。这与哈贝马斯生活世界中的“共识”类似,表现为在系统间沟通中达成的稳定解决方案。

- ⑥ “系统责任”(systemverantwortung)旨在描述一种有组织的(类似过程的)状态,使行动者意识到他们在系统背景下的处境。它并非指个人或组织作为责任主体,而是在结构性的、过程性的条件下,来承担责任。See Wilhelms G, Systemverantwortung, in *Handbuch verantwortung*, edited by Ludger Heidbrink & Claus Langbehn, Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden, 2017, pp. 501-524.
- ⑦ 张某与上海市公安局交通警察总队撤销纠纷上诉案,参见上海市第二中级人民法院(2013)沪二中行终字第 117 号二审行政判决书。孙阳兵与合肥市庐阳区食品药品监督管理局等复议决定上诉案,参见安徽省合肥市中级人民法院(2017)皖 01 行终 579 号二审行政判决书。郑州市凯丽阳商贸有限公司与郑州市工商行政管理局再审案,参见河南省高级人民法院(2018)豫行申 1772 号再审行政裁定书。
- ⑧ 可参见《国务院办公厅关于全面推行证明事项和涉企经营许可事项告知承诺制的指导意见》,国办发(2020)42 号,2020 年 10 月 27 日发布;《交通运输部办公厅关于印发〈水运领域许可事项首批推行证明事项告知承诺制工作方案〉的通知》,交办水函(2021)615 号,2021 年 4 月 16 日发布;我国《食品安全法》(2021 年修订)第 131 条。
- ⑨ 参见欧洲议会和理事会第 1221/2009 号条例(EC)“关于组织自愿参与共同体生态管理和审计计划(EMAS)”的条例[Regulation (EC) No 1221/2009 of the European Parliament and of the Council]。
- ⑩ 参见《市场监管总局关于开展小微企业质量管理体系认证提升行动的通知》,国市监认证(2020)165 号,2020 年 10 月 22 日发布。
- ⑪ 指在行政决策中,与决策有关的各方当事人从自身利益出发,按照有利于自己的逻辑来解释和理解决策中的各种信息,造成真相难以被澄清,导致行政决策的当事人无法被决策主体“说服”的情境。“罗生门问题”本质是一个知识问题。参见韩春晖:《行政决策的多元困局及其立法应对》,载《政法论坛》2016 年第 3 期。
- ⑫ “自发领域”(spontaneous sector)与各功能子系统的民主化相关联。譬如,经济系统中企业承受的消费者运动,通过分散的多样的自发沟通过程,将企业暴露在控制过程中。See Teubner G, *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?* in *Public Governance in the Age of Globalization*, edited by Karl-Heinz Ladeur, Oxford: Routledge, 2004, pp. 71-87.
- ⑬ 《中华人民共和国科学技术进步法》(2021 年修订)第 103 条规定:“国家建立科技伦理委员会,完善科技伦理制度规范,加强科技伦理教育和研究,健全审查、评估、监管体系。”

参考文献:

- [1] 尼可拉斯·鲁曼. 社会中的法[M]. 李君韬,译. 台北:五南图书出版股份有限公司,2009.
- [2] KING M, THORNHILL C. Luhmann on law and politics: Critical appraisals and applications[M]. London: Bloomsbury Publishing, 2006: 30.
- [3] 赵宏. 行政行为作为行政法教义学核心的困境与革新——兼论我国行政行为学理的进化[J]. 北大法律评论, 2014(2): 507-536.
- [4] LUHMANN N. Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme[M]. Opladen: Westdeutscher Verlag GmbH, 1991.
- [5] LUHMANN N. Social systems[M]. Redwood City: Stanford University Press, 1995.
- [6] 李忠夏. 功能取向的法教义学: 传统与反思[J]. 环球法律评论, 2020(5): 5-20.
- [7] 乔纳森·H·特纳. 社会学理论的结构[M]. 邱泽奇,张茂元,译. 北京: 华夏出版社, 2006: 57.
- [8] LUHMANN N. Selbst-Thematisierungen des Gesellschaftssystems/Self-Thematizations of the Societal System[J]. Zeitschrift für Soziologie, 1973, 2(1): 21-46.
- [9] WILLKE H. Systemtheorie I: Grundlagen (Eine Einführung in die Grundprobleme der Theorie sozialer Systeme) [M]. Stuttgart: Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft mbH, 2006.
- [10] 图依布纳, 矫波. 现代法中的实质要素和反思要素[J]. 北大法律评论, 1999(2): 579-632.
- [11] TEUBNER G. Regulatory law: Chronicle of a death foretold[J]. Social & Legal Studies, 1992(4): 451-475.
- [12] 贡塔·托依布纳. 法律: 一个自创生系统[M]. 张骐,译. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [13] WILLKE H. Three types of legal structure: The conditional, the purposive and the relational program[C]// Teubner G. Dilemmas of Law in the Welfare State. Berlin: Walter de Gruyter, 1988: 180-299.
- [14] 贡塔·托依布纳. 魔阵·剥削·异化: 托依布纳法律社会学文集[M]. 泮伟江,高鸿钧,等译. 北京: 清华大学出版社, 2012.
- [15] EUROPEAN COMMISSION. Better regulation toolbox [EB/OL]. (2021-11-25) [2022-06-01]. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/better-regulation-toolbox-17_en_0.pdf.
- [16] LUHMANN N. Politische planung: Aufsätze zur soziologie von politik und verwaltung[M]. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1994: 66.

- [17] KING M, THORNHILL C. Niklas Luhmann's theory of politics and law[M]. London: Palgrave Macmillan, 2003: 70.
- [18] 章剑生. 作为介入和扩展私法自治领域的行政法[J]. 当代法学, 2021(3): 43-54.
- [19] 李洪雷. 面向新时代的行政法基本原理[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2020(3): 83-92.
- [20] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟, 译. 北京: 法律出版社, 2000: 103-104.
- [21] LUHMANN N. Funktionen und folgen formaler organisation[M]. Berlin: Duncker & Humblot, 1972: 305-306.
- [22] 蔡宗珍. 法律保留思想及其发展的制度关联要素探微[J]. 台大法学论丛, 2010(3): 1-68.
- [23] 迪特儿·格林. 宪法视野下的预防问题[C]// 刘刚. 风险规制: 德国的理论与实践. 北京: 法律出版社, 2012: 111-132.
- [24] 熊樟林. “非正式行政行为”概念界定——兼“非强制行政行为”评析[J]. 行政法学研究, 2009(4): 124-130.
- [25] 施密特·阿斯曼. 秩序理念下的行政法体系建构[M]. 林明锵, 译. 北京: 北京大学出版社, 2012: 49.
- [26] 朱国伟. 公共行政理性范式之嬗变与取向——一种三维理性范式倡导[J]. 深圳大学学报(人文社会科学版), 2012(6): 106-111.
- [27] 王贵松. 行政法上不确定法律概念的具体化[J]. 政治与法律, 2016(1): 144-152.
- [28] 伏创宇. 行政判断余地的构造及其变革——基于核能规制司法审查的考察[J]. 华东政法大学学报, 2014(5): 100-111.
- [29] LUHMANN N. Theory of society: volume 1[M]. Redwood City: Stanford University Press, 2012: 55.
- [30] 胡斌. 论“行政制规权”的概念建构与法理阐释[J]. 政治与法律, 2019(1): 80-97.
- [31] 杰里·L·马肖. 创设行政宪制: 被遗忘的美国行政法百年史(1787—1887)[M]. 宋华琳, 张力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 311.
- [32] 何海波. 内部行政程序的法律规制(上)[J]. 交大法学, 2012(1): 127-139.
- [33] 刘国乾. 法治政府建设: 一种内部行政法的制度实践探索[J]. 治理研究, 2021(3): 121-128.
- [34] 尼克拉斯·卢曼. 法社会学[M]. 宾凯, 赵春燕, 译. 上海: 上海人民出版社, 2013: 194.
- [35] 克内尔, 纳赛希. 卢曼社会系统理论导引[M]. 鲁贵显, 译. 北京: 巨流图书公司, 1998: 102.
- [36] WILLKE H. Supervision des Staates[M]. Frankfurt: Suhrkamp, 1997: 12.
- [37] LUHMANN N. Political theory in the welfare state[M]. Berlin: Walter de Gruyter, 1990: 144.
- [38] 米丸恒治. 私人行政: 法的统制的比较研究[M]. 洪英, 王丹红, 凌维慈, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 3-7.
- [39] 刘作翔. 论建立分种类、多层级的社会规范备案审查制度[J]. 中国法学, 2021(5): 141-160.
- [40] SCHMIDT-ABMANN E. Das allgemeine verwaltungsrecht als ordnungsidee: Grundlagen und aufgaben der verwaltungsrechtlichen systembildung[M]. Berlin: Springer-Verlag, 2006: 354.
- [41] 凯斯·R·桑斯坦. 权利革命之后: 重塑规制国[M]. 钟瑞华, 李洪雷, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 57.
- [42] KENNEDY R. Rethinking reflexive law for the information age: Hybrid and flexible regulation by disclosure[J]. George Washington Journal of Energy and Environmental Law, 2016, 7(2): 124-139.
- [43] 谭冰霖. 论政府对企业的内部管理型规制[J]. 法学家, 2019(6): 74-87, 193.
- [44] 李翠英. 政策工具研究范式变迁下的中国环境政策工具重构[J]. 学术界, 2018(1): 122-136, 286-287.
- [45] N. 卢曼. 社会的经济[M]. 余瑞先, 郑伊倩, 译. 北京: 人民出版社, 2008: 35.
- [46] 罗伯特·鲍德温, 马丁·凯夫, 马丁·洛奇. 牛津规制手册[M]. 宋华琳, 李鹤, 安永康, 等译. 上海: 上海三联书店, 2017: 240.
- [47] SUNSTEIN C R. Why nudge?: The politics of libertarian paternalism[M]. New Haven: Yale University Press, 2014: 82-83.
- [48] GUTHRIE J, MANCINO L, LIN C J. Nudging consumers toward better food choices: Policy approaches to changing food consumption behaviors[J]. Psychology & Marketing, 2015, 32(5): 501-511.
- [49] SUNSTEIN C R. Nudges. gov: Behavioral economics and regulation[C]// ZAMIR E, TEICHMAN D. The Oxford handbook of behavioral economics and the law. Oxford: Oxford University Press, 2014: 719-747.
- [50] 宋华琳. 中国行政法学总论的体系化及其改革[J]. 四川大学学报(哲学社会科学版), 2019(5): 39-48.
- [51] TRUTE H H. On knowledge and law: The role of law in the generation and harmonisation of knowledge[C]// HORATSCHEK A M. Competing knowledges—Wissen im widerstreit. Berlin: Walter de Gruyter, 2020: 103-122.
- [52] 陆宇峰. 风险社会的民主理论[J]. 清华法治论衡, 2009(1): 84-109.
- [53] 陈越峰. 风险行政的行为法构造——以重大风险设施选址为参照事项[J]. 学术月刊, 2020(6): 98-110, 97.

- [54] 张嘉尹. 法律与政治的现代关联——对“法治国”的法社会与考察[C]//社团法人台湾法学会. 台湾法学新课题(二). 台北: 元照出版公司, 2004: 1-44.
- [55] 孙笑侠. 法律对行政的控制[M]. 北京: 光明日报出版社, 2018: 119.
- [56] 邹焕聪. 社会合作规制与新行政法的建构——从疫情群防群控切入[J]. 政治与法律, 2022(3): 2-14.
- [57] BREYER S. Analyzing regulatory failure: Mismatches, less restrictive alternatives, and reform[J]. *Harvard Law Review*, 1979, 92(3): 547-609.
- [58] 张运昊. 行政一体原则的功能主义重塑及其限度[J]. 财经法学, 2020(1): 115-131.
- [59] 林明锵. 欧盟行政法: 德国行政法总论之变革[M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2009: 96-101.
- [60] 林明锵. 德国新行政法[M]. 台北: 五南图书出版股份有限公司, 2019.
- [61] HOFFMANN-RIEM W. Governance als perspektiven-erweiterung in der rechtswissenschaft[J]. *Austrian Law Journal*, 2014, 1(1): 3-19.
- [62] 陆宇峰. 论高度复杂社会的反思型法[J]. 华东政法大学学报, 2021(6): 130-141.
- [63] 贾圣真. 行政任务视角下的行政组织法学理革新[J]. 浙江学刊, 2019(1): 171-182.
- [64] 沮富豪, 赵秋红, 邓修权, 等. 基于嵌套循环结构的分形应急组织构建研究[J]. 管理评论, 2020, 32(10): 293-306.
- [65] BURGI M. Die funktion des verfahrensrechts in privatisierten bereichen—verfahren als gegenstand der regulierung nach verantwortungsteilung[C]// HOFFMANN-RIEM W, SCHMIDT-ABMANN E. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft GmbH & Co. KG, 2003: 156-193.

The "reflexivity" of administrative law in the perspective of systematic theory: Also on the adaptation of administrative law in China

ZHAI Yi, LUO Shi

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, China)

Abstract: In the context of the complexity of administrative tasks and fragmented knowledge distribution, the traditional paradigm of administrative law doctrine falls short of the open rule of law practice and demand, and faces an "interpretative dilemma". The "openness" of the operation of modern administrative law maps the "resonance" of the evolution of law and society, which alludes to the "reflexive" mechanism of Luhmann's system theory, that is, the social systems cannot operate in a "decided/determined" manner, but its autonomy can run in the system's own rational discourse and can be referent to each other. On the one hand, administrative law oriented towards administration, can observe administrative law as an independent system, not fully subservient to the formal "administration by law", but focusing on procedures and following its own administrative rationality to seek the "correctness" of decisions. On the other hand, administrative law oriented towards the private, can observe administrative law gradually leading the private to undertaking public responsibility and to housing more illegal rationality in operation. The phenomenon of "reflexivity" shows that administrative law has begun to consider the specific and differentiated operational logic of the referent system, which provides theoretic guidance for China's administrative jurisprudence based on the doctrinal paradigm to adapt to the changes in practice by taking "knowledge crossing disciplines" as research method, "administrative correctness" as the principle of rule of law, "the most appropriate means" as regulating idea, and "relational outline" as research focus.

Key Words: systems theory; reflexivity; public governance; administrative law

[编辑: 苏慧]