

公法发展与公法研究创新

编者按：设立于 2011 年 8 月的《法学研究》青年公法论坛，定位于国内青年学者的公法学术交流平台，主旨在于引导青年学者在公法研究的选题、方法、材料、思路等方面不断反思、创新，推动中国公法研究沿着严谨、务实、深入、学术的方向发展，是本刊推动中国法学研究转型的具体努力之一。论坛第一期年会于 2011 年 11 月 20 日在中国社会科学院法学研究所召开。主题为“公法发展与公法研究创新”，内容涉及：近代以来中国公法的变迁，中国公法学说史，中国公法学的时代使命，公法研究的理论预设，公法研究方法的反思与创新，公法研究与私法研究的分野与融合等。来自全国十几所学术机构的 28 位青年才俊参加了论坛。代表们围绕论坛主题各抒见解，精彩纷呈。本刊现选发部分讨论，以飨读者。

我们需要什么样的公法研究

谢海定（中国社科院法学所副研究员）

改革开放以来，我国公法领域的研究在前辈学者的努力和带领下，从近乎废墟处起步，依时代需求不断突破禁锢、拓展视野，不仅在知识积累方面取得巨大进展，也为国家法治和人权事业的进步发挥了重要的促进作用。

然而，时至今日，公法研究在研究主题广泛拓展、研究方法多样采用、研究材料不断更新、研究主体和成果文献的数据都呈现爆发式增长的繁荣表象之下，却难以见到作为学术繁荣标识的学术流派竞争。有观点无论证，有讨论无理论，有方法无逻辑，有材料无分析，有答案无问题，诸如此类的现象在公法研究中具有相当的普遍性。

以研究主题的拓展为例。三十多年来公法研究主题涉及广泛，也不乏从中国公法发展的理论和历史逻辑出发进行拓展的努力，但整体观之，研究主题的拓展主要有两条显著的线索。

一是依循、回应主流政治语汇或者官方意识形态口号的调整、更新，如程燎原教授针对改革开放以后法治理论史的研究所揭示的（程燎原：《从法制到法治》，法律出版社 1999 年版），亦如黄文艺教授在关于公法研究的概念清理中所列举的（黄文艺：《公法研究中的概念清理和重整》——本期笔谈稿）。虽然于逻辑而论，依循、回应主流政治语汇的调整、更新而拓展主题与从公法发展的理论和历史逻辑出发拓展主题，可以在某些时点上相互契合而并行不悖，但这种契合必定是偶然的，无论如何都不可能从前者导出后者。公允地说，由于公法规范对象的核心在于国家与公民、公权力与私权利，公法规范几乎无异于政治规范，总是与政治同进退、共存亡，以公法的原理、制度和实践为研究对象的公法学也由此具有极高的政治敏感度，因而依循、回应主流政治语汇的更新而拓展研究主题的做法，既是可以理解的，在一定程度上也是必要并具有积极意义的。但很明显，如果缺乏从公法发展的理论和历史逻辑出发的自觉，这样的做法会使公法研究与

公法实践不分、进而与政治也不分，即使存在公法学繁荣的可能，公法研究带动公法发展从而推动政治进步的链条也从起始环节就失去了动力。

二是引介、移植其他国家或地区尤其是西方发达国家的公法学概念、理论而形成的主题。随着学术文化交流的加深，西方公法学者及其著作越来越为我国公法学界熟悉，他们所研究的问题、所用的概念、所阐述的理论也不断进入我国的公法领域。考虑到我国的公法学归根结蒂是从西方传入，引介、移植西方公法学的理论成果本无可厚非，且在学术交流的意义上甚至至为必要，但不容忽视的是，公法具有相较于私法更强的本地性。公法与政治接近，首先使各国公法制度与实践差别大于相通。差别之因在于各国内部力量对比关系的不同，相通之因则在于公民之于国家、私权利之于公权力的根本性、目的性在价值诉求上的相通。由于该价值诉求本身牵涉公权力的利益及其稳固，从价值诉求到公法上的原理之形成、制度之落实需经太多环节，受到太多因素的影响，主流政治所允许的、最终体现在公法上的原理和制度也就千姿百态、千差万别。公法制度的差异、公法发展所遵循的原理的分歧，必然导致公法研究所要提出和解决的问题也不一样。如此一来，为西方学者所关注的问题未必就是我国公法研究所要解决的问题，为分析和解决西方国家问题而生产的公法学概念、理论未必就能分析、解决我国公法实际存在的问题。

以上两类拓展研究主题的线索，如果缺乏从我国公法发展的理论和历史逻辑出发的自觉，就很容易形成学术主题、讨论、观点、方法、材料等都越来越多但总是不能体系化、理论化、流派化的繁荣假象。依循、回应主流政治语汇所形成的公法主题，凭借占用学术资源的方便，召开一轮又一轮的学术会议，出版一部又一部的学术作品，在主流政治允许的范围内重复着正、反、合的不同观点。在这里，论证通常是次要的，重要的是观点。因为主题本就不是从公法学术自身逻辑出发形成的，从问题到方法再到理论的形成过程也就没有必要。引介、移植西方概念、理论所形成的公法主题，则有两种情况：一种是主题所涉及的问题是中国的，引用和移植不过是为了引证中国问题的解决；另一种是主题所涉及的问题本就是西方的，甚至只有主题没有问题。就前者而言，虽然其中确有理解把握了西方原有概念、理论的脉络逻辑的情况，但多数研究不过是简单的借用，对于原有概念、理论在何种背景下用于解决何种问题并不甚了解。而且，由于问题之提出源自西方概念、理论的启发，是否真问题本就有疑问。就后者来说，除了从比较法学材料积累的角度考虑可能具有一定意义，谈不上其他学术贡献。不少时候，这类研究只是介绍了一个主题而没有具体问题，相当于“背会了答案却不知道问题是什么”。没有基于自身学术传统的自觉难以形成自己的理论，没有理论当然不会有理论流派，也就更谈不上流派之间的竞争。

再以研究方法的运用为例。相较于上世纪80年代初以阶级分析方法为主流的情况，现在的公法研究可谓方法众多，规范分析、社会分析、经济分析、价值分析、历史分析、比较分析、语义分析、心理分析等等，都被广泛地运用在不同主题、不同作品甚至同一主题、同一作品里。在很多著作、尤其是博士、硕士学位论文的标准结构里，也经常可以见到作者对自己所运用的诸种方法的交待。然而，就整体情况来说，这些方法的运用多是不完整的。由于只有方法而没有方法论，没有对方法运用之前提假设、适用范围、功能指向的界定与反思，这些方法大多只是写作（而非研究）的权宜之计。特别是针对同一主题、在同一作品里运用不同方法时，实际效果可能非但不是不同方法之间的互补参照，反而是相互矛盾的拼凑缝接。

更注重主题的选择与替换，将方法仅仅视为主题讨论的权宜需要，随着主题轮换而轮换，这些现象表明，方法在我国公法研究中不具有学术上的独立地位。然而，主题产生不出理论，只能是理论的载体。产生理论的，主要就是方法，甚至可以说，任何一种方法本身就是一套体系化了的理论，而方法的运用就是这个体系化理论在新的主题上的拓展铺陈。因此，每种方法都有其特定的理论预设前提，特定的逻辑要求、适用范围和运用规则等等。注重方法运用的严谨性，同时

也是坚持理论的一贯性，恰恰正是学术与常识的重要区别之一。提出观点并算不上什么学术贡献，就如保罗·约翰逊所怀疑的，“在街上随便找十来个人，他们对道德和政治问题所提出的观点，很可能与同一个层面的知识分子至少一样合乎情理”（[美] 保罗·约翰逊：《知识分子》，杨正润等译，江苏人民出版社 2000 年版，第 469 页）。重要的是遵照特定的思想方法在学术上提出问题，并遵照方法的逻辑指出解决问题的方向。在这个意义上，说我国公法研究的繁荣是一种假象应该是基本成立的。

那么，究竟什么样的公法研究是我们需要的？英国历史学家汤因比曾说：每一个人类观察者总是从时间的某一刻、空间的某一点出发来观察和思考他所身处的世界，这样他必定是以自我为中心的，这是作为人的一部分代价。就学术研究而言，汤因比的说法完全适用，从中可以提取出研究者三种必要的意识。

第一，个体性。个体性并非重述学术研究是个体化作业的事实，而是强调不跟风、不盲从、不求全面。研究主题拓展方面的两条主线可以部分地反映跟风、盲从现象的存在。这里只着重说说追求全面、辩证的问题。

在一定程度上，追求全面是与注重主题的选择、进而注重特定主题上的观点一脉相承的。出于对全面的追求，几乎每个主题都可以从政治、经济、文化、社会等方面予以阐述，都可以是正面论证、反面反证、侧面补证的结合，而在方法上，也可以随着角度的变换不断从方法库中随意取舍。确实，古人有盲人摸象的寓言，警示我们不能以偏概全、片面看问题。问题在于，对于探索未知领域的学术研究而言，每个研究者其实都是盲人，全面不是我们能力所及的。在这个前提下，有意义的研究恰恰是每个研究者都从自己明确给定的前提出发，严格遵从理性和逻辑的要求，来观察并分析我们所接收的信息，提出问题解决问题。每个研究者都有意识地形成自己的方法，并在明确界定并不断反思自己方法论前提的基础上，把自己的方法进行到底。虽然最终结论可能连自己都觉得失之片面甚至偏激，但从公法学术整体来说，却更有意义。学术交流不能总是观点打架，而应该像一个自由市场，每个参与者通过交流获取自己需要的，提供别人需要的。如果大家提供的产品都功能、品格类似，交流如何进行？市场如何繁荣？因此，全面、辩证地看问题并不是针对研究者个体所提出的现实要求，而是以个体化的深入甚至偏激为前提，通过多样化研究之间的互补、辩诘达成的总体状况。

第二，民族性。民族性不是价值立场上注重民族利益的维护，而是强调认识、思想上的背景性限制，从而强调公法研究的中国问题意识。我们所生活其中的世界，我们逐渐形成的生活习惯、交往范围，每天的所见、所闻、所感，所有这些都界定了我们，也构成了我们进一步认识、思想的局限。从学术研究来说，虽然这些东西并不一定出现在作品里，但却是制约整个研究过程的背景。因此，任何伟大的学者、思想家都是从他熟悉的生活提出问题、思考问题的。就公法学术来说，迄今为止这个背景的最大范围就是他所生活其中的民族、国家。那些在全人类思想史上都引起重大关注和共鸣的思想者，不过是因为他所提出并思考的问题碰巧具有超越他个人生活世界的共通性。

公法研究上的民族性关注的就是从中国背景出发提出公法学上的问题。近十多年来，公法研究借鉴别国原理、制度的现象愈演愈烈。上世纪 90 年代及之前，公法学者对别国原理和制度的关注，侧重点主要是介绍、梳理。而自 90 年代末开始，侧重点则转变为运用别国公法原理和制度来证成或解决中国公法问题。早些时候以美国为主，近年来又掀起“德国潮”。对中国宪制的研究，甚至因研究者的知识背景呈现出“美国派”或者“德国派”。如前所述，公法制度方面的比较研究和公法学术的引介、借鉴并非完全没有意义，但是需要注意常常被忽略了了的制度的背景性因素和制度演进的偶然性因素，以及公法学术的个体性因素。并且，这些做法也不能代替中国问题的思考，不能引证中国问题的解决，毕竟后者才是中国公法学的主体。

第三,时代性。时代性所侧重的是公法研究要注重历史、立足当下、面向未来。每个思考者都会自觉地从正在思考的那个时点去发现问题、提出问题、分析问题。这一点,学者与常人没什么不同。所不同的是,通过对制度史、实践史、学术史的梳理,学者更容易从历史发展的脉络中窥测到可能存在的逻辑,从而在一定程度上超越自己正进行思考的那个时点,按照所观测到的可能逻辑解释当下的状况,提出常人所忽略的问题,为未来发展方向提出预测或引导。

前已提及,公法具有相较于私法更强的本地性。在一国内部,由于政治力量对比关系存在着连续性,从价值诉求到公法原理的形成、制度的落实,所受到的影响因素也相对更为稳定,即使发生变化或者跃迁,其脉络也相对清晰可辨,因而公法研究对自身历史的关注度本应该强于对他国或地区比较公法的关注度。然而迄今为止,近代以来中国公法制度史、实践史、学术史的梳理主要只是法律史学者的工作,并未成为多数公法学者从事公法研究的知识基础。

当前,我国的公法制度已开始进入快速发展阶段,立足当下、面向未来的公法研究生正逢时。市场经济体制建设进行了多年,受公法发展相对滞后的影响,目前的边际效应正显现出递减趋势。由市场经济运行带来的公民权利意识的增强、社会力量对比关系的微观变化、贫富分化及由此导致的社会矛盾增多等,客观上要求公法制度快步发展。就公法实践而言,在公共权力的职权划定、行为标准、程序设置、责任承担等诸多方面,都已经出现不同层次、不同力度的创新举措,公权力的角色及其与公民的关系正发生着显著的变化。这些实践方面的变化有不少已从特定角度向纸上的公法规范和传统公法理论提出挑战。具体深入地思考它们对于我国公法制度安排的影响,应该是具有时代意义的课题。

回到汤因比的说法:从特定时点、特定空间、特定背景出发思考自己所生活其中的世界,是作为人的代价。同样,个体性、民族性、时代性也不是对公法研究的高要求,它不过是提醒我们回到学术研究的本来规律而已。

公法研究中的概念清理和重整

黄文艺(吉林大学理论法学中心教授)

在科学研究中,概念是理论思考和分析不可或缺的基本工具,也是理论命题和体系最为基础的构成要素。如果研究者所使用的核心概念存在严重的缺陷,如概念的内涵模糊不清,或者属于随意杜撰的伪概念,那么建立在这种概念基础之上的理论将很难有科学性和解释力。因此,任何一门成熟的学科都必然相当重视概念的分析 and 提炼,努力铸造一个内涵清晰、逻辑严谨的概念体系。在英美法学传统中,以奥斯丁、哈特、拉兹等人为代表的分析法学一直致力于法学基本概念、范畴的逻辑梳理与语义分析,像霍菲尔的《基本法律概念》、哈特的《法律的概念》、拉兹的《法律体系的概念》都是这方面的代表性著作。英美分析法学不懈进行的概念分析,不仅为其法学研究提供了坚实有效的概念框架,而且型塑了其法学研究清晰和严谨的学术品格。

反观近年来中国公法理论研究的现状,虽然研究成果的数量呈现快速增长之势,并且不断有新论题、新话语、新观点面世,但是真正能为学术界所普遍认同、具有重大社会影响力的理论成果却很少见。究其原因,公法研究在概念生产和使用上的诸多问题乃是不可忽视的因素。例如,某些理论观点表面看上去很新颖,但发表出来后却没有丝毫影响,原因就在于其核心概念根本经不起推敲。归纳起来,公法研究在概念的生产和使用上存在的突出问题主要有以下五个方面。

第一,随意创造新概念。在学术发展史上,提出一个新概念,往往意味着理论研究的重大突破或进展。因此,在充分而深入的论证基础上提出或创制新概念是一种值得鼓励的学术创新。在