

选定。毋庸置疑，解释主体在确定解释结论的过程中应当虑及其可能导致的社会影响。但是究竟哪些“结果”应予考量，却难以形成一致意见。有学者认为所谓“结果”实为“前理解”，并将之分为偏见、规范前理解与结果前理解三类（Looschelders/Roth, *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung*, 1996, S. 75）。此划分方式对于“结果”作了一定程度的细化，但仍然没有完全解决问题。此外，解释主体应当如何权衡各种“结果”、如何避免解释主体本身的前理解与偏见对解释结论的过度影响，都还有待于研究。德国法上的通说认为，结果取向取决于“利益权衡”、“价值”等实体法上的多种相关因素，这样的判断实际上也并未能给出规范结果取向的明确准则。在我国公法规范的解释过程中，如何规范结果取向的问题似乎还没有受到学界应有的关注。正因如此，以社会效果、经济增长或维稳等方面的理由为借口作出明显违反成文规范的决定，才会成为公法适用中的常见现象。

第三，如何实现判例的功能。

从广义上来说，已经作出的行政决定与法院裁判都可以被认定为先例。但由于学界多关注法院裁判，此处仅基于司法判例谈点看法。相较于英美法系国家来说，大陆法系国家并非“不实行判例法”，只是“判例”所具有的法律意义与制度意义有所不同。目前这一论点已经为我国多数学者所接受。为“统一法律适用，提高审判质量，维护司法公正”，最高人民法院还专门出台了《关于案例指导工作的规定》。

案例指导制度之确立，必然会有益于抽象规范与具体实践之间对接机制的建立，但是也提出了更多值得继续研究的课题。首先是如何强化案例的说理与论证作用问题。“具有‘拘束力’的不是先例，而是在其中被得以正确解释或者具体化的规范”（Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl. 1983, S. 413）。如果案例不能清晰展示论证过程与规范适用方法，裁判文书的制作水准、内容构成及信息含量不能符合后续参酌之所需，则其“指导”功能难以实现。其次是如何建立制度化的判例编撰与公布体系问题。目前的做法是“由最高人民法院确定并统一发布”指导性案例，这在一定程度上可以达成“统一司法适用”的目的，但是应依据何种实质标准来确定案例是否具有“指导性”，还有待于在实践中予以总结。此外，裁判的公开性、判例编撰与检索体系等支撑判例成为辅助性渊源的基本制度，还有待于进一步建设完善。最后，指导性案例的“指导”效力如何、不遵从“指导”有何后果、指导性案例与其他案例之间在适用效力上的区别何在等问题，都需要作进一步的探讨。

## 公法学如何对待政治事实

翟国强（中国社科院法学所副研究员）

一般而言，任何法律问题都无法回避其特定的政治背景，公法问题尤其难以回避与其相关的政治实践。在理想的法治社会，法律应当构成政治的界限。然而在现实中，政治可能会吞噬法律，甚至取代法律。这种倾向，在法治不发达国家尤为明显。在政治包揽法律的社会，法律规范可能远没有政治事实“重要”。作为一种客观规范的法律可能远没有政治“伟大”，因为政治事实中可能包含着某种势不可挡的、甚至可以推动历史进程的力量。在此背景下，公法学的研究极易走向一种事实论的倾向，绕开法律规范而直接研究其背后的政治事实。这种对政治事实的研究需要借用政治学、社会学的方法，但在方法论上需要遵守一定的限度。

传统的事实论公法学在我国曾经居于通说地位，其论点的核心命题就是将政治事实等同于法

律。这种观点认为,作为上层建筑的法律只是一种形式,是对其背后的政治事实的确认,最终由社会力量对比来决定。极端的事实论者甚至认为,根本没有所谓的规范问题,公法规范不过是“权力关系的自传”。这种事实论公法理念推演到极致,体现为一种实力主义甚至是强力主义的公法观,即认为公法不过是力量,甚至是强力的体现。比如,拉撒尔曾对宪法作如下界定:“大炮!这就是宪法。监狱!这就是宪法。枪剑!这就是宪法。”比较来看,西方的法律现实主义、批判法学在方法论上与这种事实论的公法学颇有类似之处,而中国公法学研究中的政治学、社会学方法倾向也可以看成是这种理论脉络下的一种变体。

目前,事实论在中国公法实践和理论中的影响依然存在。政治和法律文件经常不自觉地强调文字表述的“有力”,表述中大量采用断言命题和绝对命令,缺乏从规范论的角度论述。而一些公法学研究成果之所以被社会各界关注,并不是因为“应当如此”的论证方式,而是因为其中对必然性和因果律的熟练运用。甚至论述与权利有关的规范性法律问题,往往也不是从“权利应当受到最大程度的保障”这样一个规范论的角度出发,而是按照“如果不保障就必然导致严重后果”这样的必然性论证方式。这种观念的一个重要表象是,国家安全、社会稳定等因素成为公法学论证的王牌,最近比较时髦的以风险控制、各种安全为主题的公法理论也颇受重视。

事实论的公法理论对法律背后因果关系和必然性的分析,可以认知“真实的规则”、“现实的法律”,甚至预测立法活动、司法判决如何发展。但是,这种事实论的思路仅仅能够描述当下的现状或未来发展的趋势,却无法回答法律实践对正当性的追问,尤其无法指明当下应该如何做出法律判断。事实上的存在无法导出规范上的应然性。有些事实的力量虽然势不可挡,但是未必是朝好的方向发展,譬如泥石流。政治事实的力量同样如此。因此,公法学在立场和方法上必须有所坚持和取舍。公法学必须回答法律实践应当如何。规范主义的公法学理论坚信即使在价值多元的现代社会,法律上是非对错的标准也不取决于任何政治事实,而是源于规范上的正当性。由此进一步认为,法律规范是权力正当性的来源,也是其界限所在。

与私法理论以私权为核心范畴不同,权力是公法学的一个重要范畴。在权力与法律的关系上,规范主义的公法理论关注国家权力的正当性来源。实力论的公法理论认为作为一种事实上存在的力,权力决定法律规范,甚至高于法律规范。而规范主义的公法理论则认为法律高于权力,是国家权力的正当性来源。至于法律规范的正当性,则来源于更高位阶的规范,最终源于宪法,宪法的正当性可以追溯至根本规范。根本规范是什么?对此则众说纷纭。比如,凯尔森将法律体系的正当性归结为根本规范后,并未进一步追问,而芦部信喜则将其进一步归结为以人性尊严为核心的基本权利。

既然所有国家权力的正当性源于法律,那么国家权力也都必须服从于法律,不得超越法律所设定的界限。与私法领域“法不禁止即自由”原则不同,公权的授予和行使必须有法律授权才能具有正当性。法律既是权力的正当性来源,也是其界限所在。对公权力的行使而言,法律上的界限最终由宪法规范划定。作为最高位阶的法律规范,宪法的效力高于普通法律,并规范包括立法机关在内的所有国家机关。就我国而言,这种宪法优位观念意味着宪法为包括人民代表大会在内的一切公权力的运行划定界限。

基于规范主义的立场,任何政治事实都无法导出法律规范的正当性,反而恰恰是法律所欲规范的对象。因此,公法学方法主要是从法律适用的内部视角出发思考问题。这种内部视角坚持价值与事实区分的方法二元论,对政治事实进行对照规范的阐释,强调公法思维的“法学方法”,反对将公法学的方法过度政治化。正是基于上述问题导向,规范主义的公法理论一般主张“围绕规范”来分析问题,特别重视对公法规范的解释学研究,并致力于这种解释学说的体系化思考。在这种思维框架下,政治事实更多被视为一般法学方法上的案件事实,公法学的主要思考方法是

“目光往返流转于规范和事实之间”，最终得出法律上的判断。

基于上述法律论证的内部视角，价值、规范与事实的区分相对比较明确。如果从外部视角看，政治事实不仅仅存在于法律适用的场景，在法律适用之外还有其他与法律规范相关的政治事实。如果持一种超越法律体系外的立场，对政治事实的处理也会有不同的思路。其中，比较普遍的是在方法二元论基础上运用社会学实证研究的方法，去发现和描述政治事实，甚至验证政治事实的真伪。这是一种传统的实证主义方法。这种运用社会学方法对政治事实进行的研究，与一般社会学、政治社会学的研究在方法上并无二致。所不同之处在于，作为法律社会学的研究，在对事实的描述上更加贴近法律的话语体系，而一般社会学直接将这种事实还原为一般的社会事实。这种实证主义的研究可以为法律实践提供事实判断的依据。比如，在宪法判决中引入社会学研究的“布兰代斯意见书”。

公法学对政治事实的研究需要借助社会学的方法。就社会学研究的整体状况而言，研究社会事实的实证主义方法仍然占据相当重要的地位。但在公法研究领域，引入社会学研究方法应当遵守必要的限度。特别是对政治事实的研究需要警惕法律还原主义方法的过度运用。还原主义的倾向是将规范问题“化约”为事实问题加以分析。沿着还原主义的思路，所有规范问题都受事实所决定，甚至法律所追求的正义价值也可以还原为“人类公平的感觉”或者人类特定的心理需求。对此凯尔森指出，这种还原主义方法的问题在于混淆了自然规律和规范性问题支配自然世界的因果律，在人类社会并非完全有效，且这种研究进路在逻辑上有从事实导出规范的错误。在科学话语被意识形态化的情况下，这种观点非常容易演绎出规范就是客观规律的命题，进而以事实论的必然逻辑来代替规范上的正当性论证。当然，这里也需要警惕另一种还原主义，即将不同的理论体系还原为价值判断的倾向。这种还原主义无视学术研究在理论建构上的智识努力，退守到根本方法上对理论进行简单化的粗暴处理，是一种本质论的思维。公法学在以政治事实为研究对象的场合应当坚持有限的还原主义，特别是防止将价值问题化约为事实问题。

此外，借鉴解释社会学的方法对政治事实进行规范性阐释的研究也需谨慎为之。这种规范性阐释的方法，在我国公法学领域体现为对政治过程中实际发生的事实进行阐释，结合“惯例应当遵守”这样一个规范命题导出公法规范。这种理论论证在逻辑上容易给人以从事实命题导出规范命题的嫌疑。较之于民法上的习惯或惯例，公法上的惯例多数属于政治实力角逐形成，这种自事实阐释所形成的“事实的规范力”，尤其需要遵守必要限度。而且，过度依赖从所谓的传统或者惯例中找寻公法规范，试图发掘政治事实或惯例中蕴涵的规范命题，这种“缘木求鱼”的做法可能会导致某些已然过时的意识形态借尸还魂。因此，在方法上需要坚持公法规范与政治事实的区分，不宜将某些政治事实进行过度的规范性解读，甚至将其视为“习惯法”或者“行动中的法”。如果将那些与法律规范相悖的政治事实作为“活法”对待，可能会将某些不具有正当性的潜规则作为事实上的法律对待。对政治事实的规范性阐释需要对照公法规范进行，不应放弃对政治事实进行规范性评价。

## 行政任务取向的行政法学变革

郑春燕（浙江大学光华法学院副教授）

没有人能够否定西方经典理论译介和制度移植的重要性，因此，系统梳理西方某一具体学说或制度设计，尤其是洞察学说与制度流变背后的时代背景，堪称社会科学研究的必经之路。但是，如果仅停留在鼓吹“外来的和尚会念经”，无视中国现实的社会状态以及传承千年的独特文