

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,主流政治所允准的、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,在主流政治允准的范围内重复着正、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,是否真问题本就有着疑问。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的制度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和提炼,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,像霍菲尔德的《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什麼影响,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

过去三十多年的公法理论研究中，一方面存在着外来移植的概念太多而由我们自己创造的概念太少的问题，另一方面也存在着未经过深思熟虑和充分论证而随意创造新概念的问题。最常见的随意创造新概念的方式有三种：第一种是中西组合式，即把中国本土的概念与西方的概念组合成为一个新概念，如儒家活法、儒式公民社会；第二种是官学组合式，即把官方提出的概念与学术界原有的概念组合为一个新概念，如人本法治、人本宪政、西部开发法治；第三种是折衷创新式，即在两种对立的理论之外寻求第三种折衷的理论，并创造出一个新概念来命名这种理论。例如，有学者在司法克制主义和司法能动主义之外寻求第三条道路，提出一个称之为“司法能力主义”的新概念。

第二，不当移植外来概念。在过去三十多年里，大规模地移植外来概念已经成为法学研究创新的重要路径。这种移植，既表现为其他学科的很多概念被移植到法学，也表现为国外法学（特别是西方法学）的大量概念被移植到中国法学。大批外来概念的输入为中国法学的话语系统带来了新鲜血液，也推动了法学分析工具与方法的变革更新。但是，外来概念的移植过程中也存在移植不当、移植失败的问题。最典型的例子是上世纪80年代曾经热闹一时的法制/法治系统工程概念。系统工程是工程科学领域的一个重要概念，是指人们通过对某个系统的构成要素、组织结构、信息交换等方面进行分析研究，寻求系统的最优组合方案和运行方案，达到最优控制和最优管理的目标。系统工程技术不仅可以运用于工业生产、交通运输等工程管理领域，也可以运用到企业经营、行政后勤等社会管理领域。但是，系统工程技术并不是无所不能的，它通常只适用于那些仅仅涉及有限的人、财、物和信息，因而运用计算机等技术手段可以有效模拟并加以控制的领域。像一国的法制/法治建设这样涉及全体国民、包含着任何个人都无法知晓的无穷多信息的复杂事业，是不可能用系统工程技术加以设计和控制的。因此，法制/法治系统工程不过是一种极度膨胀和狂妄的理性主义的说辞。当然，这并不是说系统工程技术在法制/法治建设领域没有任何用武之地。在法院审判管理、法学院教学管理等只需要有限信息的管理领域，系统工程技术是可以发挥作用的。

第三，概念界定上循环定义。这种循环定义主要表现为概念之间的互训，即一方面用甲概念解释乙概念，另一方面又用乙概念解释甲概念。循环定义的倾向最集中体现在学者们对宪政、民主、法治、共和等公法基本概念的解释中。例如：人权加法治等于民主，民主的表是法治，民主的里是人权；宪政包含民主、法治、人权三个基本要素，民主是宪政的基础，法治是宪政的主要条件，保障人权是宪政的目的；现代宪政是自由、民主与法治的三位一体，自由是宪政的理想和目的，民主是宪政的前提和必要条件，法治是宪政的制度框架与结构；法治是以民主为基础、以宪政为核心、以人权保障为目的政治模式。这些定义若分开来看，似乎言之凿凿、不容置疑，但若合在一起，则问题暴露无遗，与文字游戏无异。这种定义方式显然受到了中国传统的训诂学的影响。古人喜欢采用的最简单的训诂方法是互训，即以两个意义相同的词互相训释。汉代许慎编的《说文解字》常用这种方法解释词义，如：“更，改也”，“改，更也”；“寄，托也”，“托，寄也”。用这种方法解释词义的最大优点是简洁，避免使用繁琐的语句，但缺点也很明显，即这种解释很粗糙，无法精确地表达出词语的确切含义，而且容易模糊两个近义词的区别。用这种方法定义更为复杂的专业概念，则容易把不同的概念混淆起来。

第四，概念界定上新瓶装旧酒。这主要表现为用旧事物、旧现象去解释新概念，使新概念看起来根本就没有任何新内涵。一个例子是法律全球化概念。法律全球化本来是一个描述那些不同于法律国际化的世界法律发展趋势的概念。但是，有学者却以法律国际化的现象，如国内法的国际化、国际法的国内化，去解释法律全球化的内涵，致使法律全球化这个新瓶子装的是法律国际化的旧酒。另一个例子是权利政治概念。在最近十年里，英美政治哲学和法哲学中的权利政治概

念被翻译介绍到中国之后,成为中国学者考察中国政治法律变迁的新概念。但是,一些学者依然用自由、民主、法治、宪政等传统概念去解释权利政治这个新概念。如此解释后的权利政治概念是一个没有任何新内涵的新标签。

第五,任意篡改概念内涵。这主要表现为概念的使用者有意或无意地背离、改变其约定俗成的含义。例如,法律实现通常被理解为与法律制定(立法)相对应的概念,包括行政执法、司法、守法、法律监督四个环节。有学者为了强调立法对法律实现的重要影响,把立法也理解为法律实现的基本环节,这显然篡改了法律实现的语义。另外一些学者把中国古代的礼治理解为古代宪政,把中国古代的法律秩序理解为古代法治等观点,也存在着篡改宪政概念、法治概念通常含义的问题。随意篡改概念的语义,很容易引起概念体系内部的混乱。

值得特别指出的是,与私法研究相比,公法研究在概念的生产和使用上的问题确实显得更为突出。究其原因,这与公法研究的特点有密切关系。

首先,相对于私法而言,公法与政治的关系更为密切。公法问题可以说都是政治问题,因而公法研究更容易受到官方政治理论和意识形态的影响。这一特点在中国的公法理论研究中表现得相当明显。官方提出的不少概念和理论被直接引进公法研究中,甚至主导着公法的主流学术话语。例如,政治文明、以人为本、民生、和谐社会、依法执政、社会管理等概念,不仅成为公法研究中经常使用的概念,而且在公法研究中衍生出很多新的概念。在中央提出和谐社会的概念和思想后,学术界随之提出了和谐政治、和谐宪政、和谐法治、和谐权等新概念。在中央强调民生问题之后,学术界又纷纷提出民生政治、民生法治、民生权利等新概念。这些概念能否经得起逻辑的推敲,能否获得经验事实的支持,都是值得认真讨论的。

其次,相对于私法中的概念而言,公法中的概念大多是较为宏大的政治法律概念。私法中的很多概念,诸如物权、债权、专利权、商标权、继承权等概念,其内容较为明确和固定,不易产生理解上的分歧。而公法中的很多概念,特别是公法中的不少基本概念,例如民主、宪政、共和、法治、人权、自由、正义、平等、文明等,则是千百年来一直充满激烈争论和分歧意见的大词。对于这些大词,我们很难给出一种令人信服的相对确定的释义,但如果对这些大词不进行明晰的界定就随意加以使用,它们又很容易变成非常空洞的政治口号。

再次,相对于私法研究而言,公法研究具有更明显的跨学科性。很多学科的学者都对公法问题抱有浓厚的兴趣,都在公法问题上拥有话语权。在法学领域之外,除政治学者外,经济学者、社会学者也越来越关注和研究宪政、分权、法治等公法问题。在法学领域之内,除宪法学者、行政法学者外,刑法学、民法学、诉讼法学等学科的学者也相当关注公权与私权的关系、宪法的修改、国家干预的限度、公权力的配置等公法问题。中国的法理学研究在很大程度上是一种公法学研究,这表现为法理学者更热衷于讨论民主、法治、共和、宪政、人权、自由等公法领域问题。既然公法是一个由多学科学者共同宰制的学术领域,不同学科的学者受本学科的认知兴趣和思维方式的影响,必然会对公法领域的基本概念有不同的理解和使用。

对于一门学科来说,定期对本学科的概念体系进行语义学和逻辑学的清理、检修和重整,及时发现、矫正概念生产和使用上的不当倾向,最大限度减少或消除概念体系内部的歧义与混乱,乃是保证学科健康发展的基础性工作。从前述问题和情况来看,公法研究已到了对自身的概念体系进行系统清理和重整的时候。概念清理和重整的主要任务包括四个方面。

一是清除伪概念。所谓伪概念,是指一些学者凭空臆造出来的没有确切内涵或无法在现实生活中加以验证的概念。前述通过中西组合、官学组合、折衷等简单拼装方式创造出来的不少概念实际上都属于伪概念。这些伪概念不仅不具有推进理论认识深化或指引社会实践变革的功能,反而会给法学概念体系制造混乱,引发诸多无意义的理论争论,甚至还会误导法治建设实践。

二是厘清概念的内涵。在法学的概念体系中，每一个概念都必然有其独特的内涵，因而是其他概念不可替代的。但是，公法领域的许多概念，如法治、宪政、公共利益、法律全球化等，因过于频繁地被滥用或误用，其内涵已变得游移不定或歧义百出。厘清概念的内涵，就是在系统梳理概念使用情况的基础上，运用语义分析、逻辑分析、比较分析等方法，澄清概念的本来意义，特别要清晰揭示出概念的独特内涵，使之与相关概念能够明确区分开来。

三是理清概念间的逻辑关系。由于学者们习惯于概念之间的循环定义、大词之间的混同使用，致使许多概念之间的逻辑关系模糊不清，特别是诸多大词之间的关系极为混乱。不少学者因此陷入公法大词的游戏之中，很难开展细腻深入的学术研究。因而，理清概念间的逻辑关系，形成逻辑严谨的概念体系，乃是公法概念清理和重整的当务之急。其中，严格区分不同概念的内涵应当成为理清概念间逻辑关系的首要任务。特别是对民主、法治、宪政、自由等被严重混淆的大词，要通过分析其各自不同的适用领域、追求目标、内在原则等，清晰揭示它们在内涵上的差异。其次是分析不同概念之间的相互联系。在分析这种联系时，既要考察概念所指向对象之间的正相关关系，即相互支持和促进的关系，也要考察它们之间的负相关关系，即相互冲突和排斥的关系。

最后，更为重要的是，学术界应确立概念生产和使用的游戏规则。就概念的生产来说，新概念的提出至少应符合下列规则：新概念的内涵应当明晰而确定；新概念应当具有独特的内涵和功能，是既有概念所无法替代的；具有实践意义的新概念，其内涵应当具有可验证性或可操作性。就概念的使用来说，至少要遵守下列规则：尽量遵循公认的或约定俗成的定义，不得随意篡改概念的内涵；如果确实要改变概念的通常含义，必须予以明确的说明和充分的论证。

逻辑学方法与法理学研究

刘 杨（辽宁大学法学院教授）

在我国法学界有一句备受推崇的名言：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”（霍姆斯语）。与此相一致，形式各异的经验、实证方法在法学研究中备受青睐。但法理学正像它的别名——法哲学——所提示的那样，严格说来它是哲学的一个分支而非法学的一个学科。就此而言，仅强调经验实证方法未必符合法哲学的本性。源于黑格尔的逻辑学方法对法理学研究具有方法论原则的地位和意义。这一方法经马克思主义哲学的改造，以“辩证法”的形式为人们所熟知。我国法理学一直把唯物辩证法作为方法论原则加以提倡，但在实际研究中这一原则却陷于被“高高举起，轻轻放下”的窘境。在法学语境下，这种方法常常被简单地斥为抽象的、思辨的哲学方法，一方面受到规范方法的排斥，另一方面受到社会学方法的冲击。这种状况是没有真正理解逻辑学作为“人类思想运动的逻辑”的真实内涵和深刻意义造成的。

黑格尔的逻辑学是一个本体论、认识论、辩证法三统一的哲学方法论体系。它以“绝对理念”自我运动的形式展开，蕴含了一系列重要的世界观、方法论原则：（1）统一性原理：“绝对理念”逻辑先在地蕴含于思维与存在、主体与客体中，人类的思维与客观世界服从于同一规律；（2）发展原理：“绝对理念”以具体化为发展原则，以逻辑与历史相统一的方式展现为“概念辩证法”；（3）内在否定性原理（矛盾原理）：事物发展的动力是内部的否定性，即事物本身的矛盾、有限性；在它的推动下，一切发展都是事物本身从自在到自为的自我运动、自我发展；（4）反思性的认识原理：作为认识对象的存在本质是理念、概念、思想，因此认识即反思；（5）自由—必然性原理：真理是全体、过程——通过“各个环节的必然性”实现的“全体的自由性”，因

而是自由与必然的统一；(6)融贯性原理：真理不仅是认识论的，同时是本体论、方法论的，逻辑学作为同一性哲学持有融贯论的真理观；(7)体系性思维与体系化方法：理论所涉及的多方面因素只有通过体系性思维和体系化方法才能得到妥当的安排、准确的解释和完整的表述。透过“绝对理念”的神秘面纱，逻辑学方法对学术研究的最基本启示是：要按照问题本身的逻辑去推进对它的思考，使研究过程和结论呈现出一种必然性的联系。

逻辑学方法之所以具有方法论原则的地位和意义，原因在于：(1)逻辑学方法不是普通的研究方法，作为人类思想运动的逻辑，它是真正的思想方法、思维方法，事物的内在矛盾构成其自我发展的动力和根据。其他研究方法多是在途径、手段的意义上使用，本身不具有推进思想发展的动力，是无方向、无灵魂的，只有在人的思维逻辑地提出要求时，它们才是必要的。(2)逻辑学方法不仅是人类思想运动的逻辑，而且以人类思想运动的逻辑展现思维和存在服从于同一规律，它是本体论、认识论、方法论的统一。换言之，黑格尔的逻辑学是“方法与内容不分”的“内涵逻辑”，堪称“方法的方法”。

逻辑学方法对法理学研究具有丰富而深刻的启发意义。

第一，抽象问题具体化。

相对于部门法学，法理学常被评论为抽象、无用。这与对法理学的两个认识误区有关：(1)割裂式的抽象法理学，认为法理学与部门法学的关系是抽象与具体、一般与个别、普遍与特殊的关系。这种理解把法理学与部门法学割裂开，正是逻辑学方法所反对的。按照逻辑学，所谓抽象不是具体之外、之上的幽灵，抽象、一般、普遍寓于具体、个别、特殊之中，正像离开苹果、葡萄、樱桃等无法想象水果一样，脱离部门法学的抽象法理学也并不恰当。(2)缩写式、摘要式的法理学，认为法理学是具有最大普遍性、最高概括性的法学理论。问题是，这种经由“提取公因式”或取“最大公约数”而形成的法理学，究竟有多大意义？如果它与部门法学是一致的，那么它是多余的。如果它与部门法学是不一致的，那么它是无用的。这两种法理学观都试图从研究对象上区分法理学与部门法学，进而都陷入在法学的对象世界里难以找到法理学独立领地的困境。对此，逻辑学从思维方法与对象统一的角度定位哲学性学科，强调哲学——从而法哲学——是以特殊的思维方式、思想方法而立足。虽然法理学在法学对象世界的版图中没有独占一席之地，但它作为特有的思维方式却渗透于所有部门法学中。因此，当强调对象的法理学变得“无家可归”时，作为思维方法的法理学反而真正实现了“四海为家”。

法理学研究需要“从抽象到具体”，将部门法哲学从一般法理学中区分出来加以专门研究是这一要求的体现。但这一努力仍然存有缺憾：在部门法哲学的研究中，我们看到的多是诸如刑法哲学、民法哲学、行政法哲学一类的单科性研究，而缺少各部门法之间的一种“填平补齐”式的研究，即对各部门法中有关联的概念、理论为什么会有非常不同的样态以及彼此之间是否可以相互借鉴，缺乏必要的思考和合理的解释。例如：为什么唯有刑法学发展出精致的构成要件理论而别的法律部门没有？法律行为与事实行为的分类能否成为贯通所有法律部门的一种基础性分类？特别是行政法律行为与行政事实行为是否及能否与民法中采用统一的分类标准？源自私法的霍菲尔德的八个基本法律概念、四种法律关系的“元形式”能否及如何运用于公法领域？为什么在对行为的合法性评价之外，还存在有效性评价（民法）和合理性评价（行政法）？合法性、违法性、有效性概念能否在各部门法中得到统一的解释？竞合问题为何在刑法中特别突出而在其他法律部门并不明显？法律冲突或竞合得否在规范的逻辑结构上给予精确的说明？违法、过错、责任之间的关系能否在法理学中给予统一的说明？如何在法理学层面说明部门法之间的界限，特别是行政法、民事侵权法与刑法之间的界限？

诸如此类的问题，既不同于一般法理学问题，也不同于单科性的部门法哲学，而是部门法之

间的问题——处于宏观与微观之间，可称之为“中观法理学”。这是目前法理学研究中极为缺乏的一块，也是较为困难的一个领域。它要求研究者至少对一个部门法有精深的理解。中观法理学的基本诉求是：建构一套一般性、统一性的法哲学理论，又能以这种统一性理论为基础对各部门法的特殊性、差异性作出恰当的解释和合理的说明。中观法理学的基本方法是：通过比较各部门法相关理论的异同，追问其共同性基础和差异性根源，探寻相互借鉴的可能和限度，进而深化对部门法理论的理解。从研究方法的角度说，中观法理学也是一种特殊意义的比较法。它认为部门法的区分不应当成为画地为牢、相互隔绝、各自为政的理由，以各部门法的任务、目的不同回答这类问题恐怕过于简单而无实益，不同部门法中具有相关性的理论之间的比较性思考，对于深化部门法学和法理学研究都大有裨益。

第二，横向问题纵向化。

逻辑与历史相统一是逻辑学方法的一个重要原则。按这一原则，内容丰富、流派纷呈的法哲学史是法哲学理论得以展开的必然性环节。法哲学史是历史形态的法哲学，法哲学是理论形态的法哲学史。

逻辑与历史相统一原则体现了对法哲学史与论的关系的深刻理解。结合我国法理学研究现状，把这一原则转述为“横向问题纵向化”或许更能切中要害，因为我们现有的法理学研究，以论为主，鲜有史的意识。倒是国外的一些法哲学著作较多体现了“史论结合”、“以史带论”的方法。“横向问题纵向化”提醒我们对于那些具有永恒性、根本性的法哲学问题（比如公平、正义、权利、自由等），最有效的研究方法就是追随思想史上那些巨人的思考，循着先哲们的思想轨迹，首先学会“照着想”，再努力学会“接着想”，进而“站在巨人的肩膀上”推进相关问题的思考。把法哲学问题融入既有的思想传统、理论脉络、学术资源中去讨论，不仅是进入法哲学门径的简捷方法，而且是法哲学研究取得实质性创新的不二法门。离开思想传统，我们的思考要么不着边际，要么是重复劳动。只有“通晓思维的历史和成就”，才有可能从当下语境出发做出“对最古老问题的最新解答”。

“横向问题纵向化”在把法哲学理论具体化的同时，也把法哲学史提升到法哲学的水平。这就是说，要在法哲学的理论结构中说明各个思想流派所处的逻辑位置，既避免法哲学理论的抽象、空疏，也避免把法哲学史处理成偶然、散乱、无序的流派或人物思想的清单。史论融合基础上的法理学研究，首先应当强化流派意识，不仅要认识到流派是法哲学的存在方式，而且要认识到我们的思考若要合逻辑，必定属于某一流派，企图建构超流派的理论是徒劳无益的，超流派的思考只能导致逻辑不清、思维混乱。其次，在法哲学的理论结构中说明各流派的位置，就是把单个流派的思想的“片面的深刻性”，理解和把握作为作为真理的“全体的自由性”的“环节的必然性”。最后，同一流派思想的修正，不同流派理论的折中、妥协只有建立在清晰的流派意识基础上，才是可理解的。理论的纯粹和典型，尽管可能与极端化、片面性相伴随，却是理解各种复合的、复杂的理论形态的基点和前提。就此来说，实证主义者说的“错也要错得清楚”是一个特别值得遵循的思想原则。

第三，现实问题理论化。

强调法学研究面向中国法治进程中的重大理论和现实问题无疑是正确的，但我们也要认识到，“面向现实”是内在的而不是外在的、深层的而不是浅表的、间接的而不是直接的。按照逻辑学的思想，现实不能等同于现象、现存——只有具有合理性的现存才是现实。合理性意味着现实之成为现实的根据，其中蕴含的理性、理论才是灵魂性的东西。

因此，我们应当避免把“面向现实”以及与之关联的一系列方法论原则简单化、庸俗化。这里以我们耳熟能详的三个原则——一切从实际出发、理论联系实际、具体问题具体分析——为例

作简要分析。显然,这些辩证唯物主义的重要原则在法学研究中也是有效的,但实际上,这些原则常常被误解、误用。其根源是:对实际(现实对象)只是从客体的方面而“不是从主体方面去理解”(马克思),即不是当作人的实践去理解。于是,(1)“一切从实际出发”变成“一切向实际靠拢”。“实际”被理解为冰冷僵硬、外在于人的客观事实,看不到支撑现实的背后的理论,“实际”沦为经验表象,进而只有“实际”没有“出发”。(2)“理论联系实际”变成“没有理论,只有实际”。“理论联系实际”在操作中往往成为离开理论、只谈实际的借口,以至有的法学教授直斥这一原则是伪命题。(3)“具体问题具体分析”变成“就事论事”。一旦强调“具体问题具体分析”,就把理论抛之脑后、束之高阁,而陷于事务性的叙述;一旦强调理论,就离开了具体内容或问题而使理论抽象化、空疏化。

对此,我们必须清醒地认识到,“面向现实”决不是要求把理论思维降低到“现实”的水平,而是要求把“现实”提拔到理论的高度。正如马克思在《〈黑格尔法哲学批判〉导言》中所说:“光是思想力求成为现实是不够的,现实本身应当力求趋向思想。”因此,“现实问题理论化”既是真正理解现实所需要的,也是法学研究者的工作方式所要求的。现实问题理论化,就是要学会以理论的方式关注现实,善于把现实问题理解为、转化为理论问题,把理论与经验之间的外部矛盾转化为理论内部的矛盾,看到现实背后的理论根源,进而对支撑现实的理论进行反思和批判。逻辑学方法充分发展了思维的能动方面,洞悉包括法学在内的人文社会科学的研究对象是不同于自然事实的社会事实,社会事实无不是由人的思维、理论造成的,都是一种“人化现实”。因此,现实问题就是理论问题,不理解支撑、造成这一现实的理论,就根本无法真正理解现实。这就为批判不合理的现实、建构更加合理的新现实提供了可能。正是由于未能深刻理解逻辑学方法,前述那些唯物主义认识论原则很容易就蜕变为马克思尖锐批评过的机械唯物主义。

逻辑学方法在其真实意义上与各种实证方法不但并行不悖,而且相得益彰。逻辑学方法是一种思想方法,实证方法是一种研究手段。前者要避免空疏必然要求以实证材料予以充实,后者要避免陷入表象思维必然要求以逻辑学方法作向导。归根到底,不论何种方法都有一个共同的目的,就是要求做真正的理论、真实的理论,并相信真正的理论与真正的现实是两极相通的。

公法规范解释方法的研究课题

刘 飞(中国政法大学法学院教授)

上世纪80年代以来,随着行政诉讼法、国家赔偿法、行政复议法、行政处罚法、行政许可法、行政强制法等一大批公法规范的出台,我国法制建设中长期存在的“有法可依”问题基本得到解决。由于立法在近三十年以来持续居于中心地位,学界无不倾力关注成文规范的制定与修改,法律规范应如何适用的问题没有得到应有的重视。时至今日,我国具有中国特色的社会主义法律体系业已形成,但国家与社会管理还没有完全转变到法治轨道上来,其中一个重要原因就是法律规范的适用机制与效果未能尽如人意。

法律适用是国家机关或其他授权主体依据法律规定,将抽象规范适用于具体事项或特定对象的活动。法律适用涉及抽象法律规范如何作用于具体社会生活的问题,最典型的形式为行政机关的执法行为与司法机关的审判行为。从一定意义上来说,法律适用过程实质上就是解释成文规范的过程,法律适用主体就是成文规范的解释主体。所谓“徒法不足以自行”,指的就是成文规范必须经过适用主体的解释才能够被运用于具体个案之中。成文规范需要经过解释才能得以适用,主要基于以下两个方面的原因。

首先,无论成文规范如何明确具体,其终究是针对一般、抽象法律状况作出的规定,在实施过程中必然会面临如何与具体实践相对接的问题,需要解释主体作出相应处理。例如我国法律、行政法规与司法解释中明确规定“公共利益”的计有1549次之多。如果把地方性法规与规章计算在内的话,则成文规范中明确规定“公共利益”的有近万次。多数规范中的“公共利益”为一笔带过,例如行政强制法第1条、第39条第3项与第42条第1款。尽管该法三处提及“公共利益”,但何为行政强制中的“公共利益”仍然是不明确的,其适用范围、前提、标准与程序都有待于在个案中予以具体化。套用行政法学理中常用的表述方式,“公共利益”一词为不确定法律概念,其具体意义内涵取决于法律适用主体在个案中作出的解释。实际上,即便是迄今为止对“公共利益”作出了最详尽规定的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条,在具体适用中仍然需要作出进一步的具体解释,例如何为该条中规定的“由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要”以及如何认定“由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要”等。

其次,成文规范中的漏洞与缺陷需要在适用或解释中得到弥补。成文规范是立法者基于一定时期内的智识水平与现实需求所确定下来的抽象规范,其对制定规范时的现状作出的回应本来就可能是不够充分的,更何况还需要担当包容未来发展之重任。因此,尽管规范制定者在制定程序中应当尽量考虑周全,相对于纷繁复杂、变动不居的具体实践来说,成文规范必然是滞后与不完整的。在此情况下,法律适用主体应当能动地通过解释技术弥补成文规范的缺陷。所谓“法官不能拒绝裁判”,即是要求法官在法无明文规定时,应当寻求现有规范体系中的既定秩序规则来解决问题,不得以规范不足为由拒绝裁判。对于行政机关来说,则意味着“法律不健全”、“规范漏洞”与“规范空白”等不应成为其不履行相应职责的借口。

法律适用离不开解释,正如考夫曼所言:“法律的未完成性不是什么缺陷,相反,它是先天的和必然的”(考夫曼:《法哲学的问题史》,载考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第186页)。但是具体应如何作出法律解释呢?成文规范中没有对此作出明确回答。在专门对法律解释问题作出规定的《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》中,只字未提全国人民代表大会常务委员会、最高人民法院、最高人民检察院、国务院及主管部门等解释主体应如何行使解释权的问题。从《决议》的字面表述来看,似乎只需回答特定情况下解释主体为谁的问题,即足以“加强法律解释工作”并实现法律的“认真遵守和正确执行”。实际上,在解释成文规范的过程中,如果解释主体采用的方法不同,很可能就会形成完全不同的解释结论。欲使法律解释符合统一性、确定性、可预见性以及可被事后验证性等要求,避免主观恣意,就必须认真探讨解释方法。公法规范往往涉及国家公权力的实际运行效果与公民权利的保护程度,研究其解释方法尤其具有重要的理论与现实意义。

成文规范中所确定的仅是一般性的法律秩序,不可能对具体情境之下的权利义务关系作出明确规定,其规范内容不可避免地具有滞后性与不完整性。这要求在解释成文规范的过程中,解释主体应当充分运用解释权能,基于个案中的具体情况对抽象规范作出尽可能符合立法原意的解释。在这一过程中,解释主体所承担的功能并非仅仅在现有成文规范中去“发现法”,而是基于现有成文规范来“获取法”,这就是克里勒所谓区别于法律发现过程的法律获取过程。克里勒认为,法律适用主体在适法过程中不仅应进行“推论”,同时也参与了规范的形成,其作出的是一个“负有责任的决定”(Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1976, S. 340-341)。正是因为解释主体在解释过程中做出了创造性工作,抽象法律规范获得了实体法意义上的具体化内容的增添,从而得以转变为调整具体权利义务关系的行为准则。

如果认为立法者对于作为抽象规范的成文规范的形成负有责任,那么解释主体应对抽象规范转变成为具体行为准则的过程负责。对于立法者创制规范的权限与程序,成文法通常都会作出具

体规定,如立法法、《行政法规制定程序条例》与《规章制定程序条例》都属于此类规范。但是对于解释主体解释规范的方法,成文法中是否同样可以作出具体规定呢?如上所述,由于规范解释属于实体法意义上的具体化内容的增添,无法以超脱于个案具体事实构成之外的抽象规则来对之作出规定,因此成文规范不可能对解释方法作出明确规定。即便在成文规范详密程度远超我国的德国,也没有对解释方法作出明确规定。因此,相对于创制规范的权力来说,如何规制解释规范的权力是一个更具有挑战性的问题。如果说我国自改革开放之后以“立法中心主义”或“立法推动”的发展模式部分解决了与规范创制权相关的问题,那么在有中国特色的社会主义法律体系建成之后,如何构建成文规范解释方法体系的问题,无疑应成为重要的研究对象。具体来说,主要有以下三方面值得重点研究的课题。

第一,如何建构解释规则体系。

解释规则是解释主体用以解释成文规范的基本准则。适用解释规则的首要目的在于以完善的解释技术实现适法公正。我国学界探讨成文规范解释规则的成果并非罕见,但多限于对其他国家所适用的解释规则作一般性描述,例如德国所采用的文义解释、体系解释、目的解释与历史解释等所谓“经典四方法”,较少有人关注解释主体具体应如何适用解释规则的实际问题。在行政机关的执法行为与司法机关的审判行为中,基本上都不会提及解释规则的运用,似乎解释规则完全不成为一个问题。

解释主体应如何适用解释规则,确实非常难以回答。首先,解释规则本身是否具有确定性值得怀疑。例如,文义解释所基于的“文义”常常本身就是不明的。历史解释所基于的是过去某个时期形成的法律观点,有待审查其是否仍然符合现实所需。至于体系解释,由于现实中并不存在一个封闭的法律体系,大量现行规范也并非法律体系化之后的产物,因此体系解释能否成立也颇值得怀疑。所谓目的解释则更具有不确定性,因为规范本身是否包涵一个一以贯之的明确目的,本身就值得怀疑。其次,各种解释规则之间的界限非常难以确定。例如,目的解释的基础就是规范的文本,因此难以把目的解释与文义解释截然分开,而体系解释同样也需要以文义、目的与历史等要素为基础。最后,如何确定各种解释规则之间的适用顺序问题难以解决。德国学者米勒曾经设计了非常复杂的解释规则评价与排序体系,并且为各种排序体系的选择适用方式又总结出一套优先规则。但是对于个案中具体应如何依据优先规则选择排序体系、应选择哪些解释规则、以及应如何确定各种解释规则之间的适用界限与顺序等问题,米勒也无法作出清楚的回答。德国学界占主导地位的观点是本达教授提出来的,他认为“为各种解释规则确定一种层级式优位顺序的尝试是不可能实现的”(Bender, Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gerechten Rechts, JZ 1957, 593 ff)。在解释规则的适用顺序问题上,我国学界的探讨还处于初步阶段。

由于上述三个方面的不确定因素,解释主体在适用解释规则的过程中必然会拥有较大的裁量空间。其究竟是如何运用这一裁量权的,必然会在较长时期内处于不明状态,这也是恩吉斯所谓解释学说中的“最具争议性的问题”(Engisch, Einfuehrung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983, S. 82 ff)。然而尽管如此,构建相对规范化的解释规则适用体系,使得法律适用能够有基本的方法可循,是法制建设中应当致力于解决的问题。

第二,如何规范结果取向考量。

结果取向考量是对多种可能的解释结果进行利弊权衡之后,选择其中最为有利的一种作为解释结论的考量过程,亦称结果考量、政治后果考察、政治后果取向、结果评判论证、价值判断、价值考量等。与适用解释规则的推论过程不同,结果取向考量是解释主体对于解释后果的选择过程。解释主体之获得解释结论,可以是经由解释规则推论得出,也可以是从可能的解释结论之中

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

化,则只能产生“淮南桔淮北枳”的苦果。借鉴的目的,应更多在于“比较所导致的反躬自省”。这就要求社会科学的研究者,首先要了解和掌握现状,为比较寻求恰当的切入点。在此过程中,研究的问题意识悄然而生:现行制度能否为各种类型化事实提供解释的空间?如果不能,问题的症结何在,是事实本身的可否定性,还是制度内在的理性不足,甚或是制度与其他社会子系统之间的互动出现脱节?

我们将目光移转到中国的行政实践,行政机关基于更好地实现行政任务的追求,早已创造性地开展了一系列行政改革。鉴于以一己之力、有限之时且非规范之方法,难以开展有效的社会调查,这里尝试根据行政法学的通行体系,归类观察到的行政现象,以彰显各种形态的社会事实与现行制度之间的不同张力。

1. 行政组织的创新。行政效能低下、机构人浮于事,是我国行政组织遭受民众诟病的重要表现。为了改变现状,各级行政机关尝试从内外不同的路径寻求突破。行政机关内部的人员晋升,可否打破按部就班的套路,直接与行政任务的实现状况挂钩?这种模仿企业内部激励机制的用人思路,凝结成了温州市“通过招投标聘用副县级干部”的改革举措。行政任务实施中的部分环节,可否转由市场运作完成,甚至整个任务本身,都可以褪去“行政外衣”?湖北省安陆市公安局“花钱买监督”的管理成效,给了我们一个明确的答案,而它所引起的争议,也显现了我们对行政任务民营化的准备不足。

2. 行政行为的创新。一直以来,定型化的行政行为形式,是我国行政法学研究与行政立法的共同立基点。然而,自服务型政府的目标确立以来,即便是最为传统的干预行政领域,也不乏融合协商的新型行政行为,如浙江省“重大交通违法集中整治”中以口头契约的方式对行政相对人的处罚权让渡,更不必说综合运用给付行政与干预行政的手段,联合实现行政任务的“组合拳”模式,如北京市“双管齐下淘汰黄标车”、温州市梧田派出所“万元大奖下的暂住证登记”。

3. 行政程序的创新。革新的思路不仅体现在终局的结果之上,也渗透进行政的过程之中。在《政府信息公开条例》实施三年多的今天,越来越多的行政机关,不仅愿意让民众了解政府,也欢迎民众参与到决策过程之中。杭州市“开放式行政决策”可谓地方行政机关的重要尝试,而中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发的《关于深化政务公开加强政务服务的意见》则彰显了中央的重大决心。这种参与式治理,究竟是参与权的一种形式外延,还是我国行政权正当性重塑的内在需求?

4. 行政责任的创新。当行政机关降低门槛,在广泛的传统行政领域中拥抱民资时,绝不意味着所有的行政责任已同步甩手打包。湖北省十堰市三番五次的“公交司机罢工”,引起交通瘫痪与市民愤慨,勾勒出现行行政责任体系在新型行政现象面前的缺漏。而在公私融合的趋势之下,部分领域的行政机关发现,允许以私法约定转移公法责任,能够在终极意义上有助于行政任务的实现。浙江省嘉兴市“排污许可交易”就是对这一理念的践行。

上述这些新的行政现象,置身于法治政府建设的时代背景之中,都需要经受合法性甚或正当性的考验。虽然我们未有尊称奥托·迈耶为鼻祖,但自新中国成立以来建构的行政法学,沿袭了以行政行为为核心的体系框架,同样强调法律保留原则的帝王地位,尽管该原则的表述被“合法性原则”、“职权法定原则”或类似名称所替代。于是,真实世界中的“社会管理创新”,在传统行政法学的视野中遭遇着前所未有的解释瓶颈。其中的核心,便是合法性危机。

自1978年党的十一届三中全会恢复法制建设以来,前辈公法学人有感于“强公权弱权利”的社会现状,致力于规范行政机关的权力来源与实施,强调“法无授权即禁止”的基本理念。然而,前述诸多的“社会管理创新”,(1)或与现行规范直接冲突,如:温州市“通过招投标聘用副县级干部”的行为,与公务员法第44条规定的公务员晋升领导职务程序大相径庭;湖北省安

陆市公安局“花钱买监督”，违反了行政监察法第2条关于监察权限的分配机制；（2）或处于无合法依据的尴尬地位，如北京市“双管齐下淘汰黄标车”、温州市梧田派出所“万元大奖下的暂住证登记”中的行政奖励部分，虽未被法律法规禁止，却难以在现行法律制度中找到直接的根据规范；（3）或存在法内裁量可否转化为行政相对人选择权的质疑，如浙江省“重大交通违法集中整治”的公告，承诺行政相对人在法定期限内主动接受违法处理的，即可选择道路交通安全法第99条处罚相对较轻的罚款处罚；（4）或需要检讨行政正当性的基础，如杭州市“开放式行政决策”，可否在代表立法与授权立法之外，因公众参与奠定新的正当性根基？

除与规范的内在张力之外，若循着传统行政法学的分析方法，尚须判断新型行政现象的行政行为类型。然而，一些新型行政现象难以划归约定俗成的行政行为图式，如浙江省嘉兴市的“排污许可交易”，就无法与任何一种已知的行政行为类型链接（私人之间涉及公益的协议，并不吻合行政契约的通说界定）。纵有学者建议，可在实践成熟之时，添加新的行政行为类型，然此种方案的滞后性以及行政创新的无穷性，始终是定型化行政行为研究思路无法逾越的鸿沟。更何况，作为定型化行政行为理论研究对象的，是作为结果的行政行为。行政活动的动态过程以及在这动态过程中形成的多边行政法律关系，始终难以被全面关照。如温州市梧田派出所“万元大奖下的暂住证登记”，作为结果的行政登记，是传统干预行政下的行政手段，但过程中的行政奖励，却是给付行政的重要内容。倘若固守传统干预行政与给付行政的分类，就会得出严格适用法律保留原则或放宽法律保留界限的唯一结论。无论何种结论，对这种复合形态的行政现象的分析，都会有失偏颇。

是否定这些社会管理创新的合法性，还是尝试调整行政法学的解释框架？但凡我们细致梳理各国行政法学的发展脉络，就不难发现行政任务变革与行政法学转型的内在呼应性。

以德国行政法学为例，奥托·迈耶建构传统行政法学的根基在于拥有主权、至高无上权力的现代高权国家。尽管奥托·迈耶也曾指出国家可能以非强制的方式行政，但单方决定的特性是奥托·迈耶理论的核心，由此，作为单方决定典型的行政处理也就成为行政法学体系中的核心概念。而在福利国家的视野中，国家不仅要确保私人自由不受侵犯，更要承担提供各种社会力量自由发展的条件。在这一阶段，淡化强制性的给付行政成为行政法学关注的新领域。然而，对于给付行政的研究模式，却依然遵循着奥托·迈耶的路径：法律保留的放宽以及在给付目的之下拓展新的行政行为类型。直至遭遇当代国家的预防角色，行政任务实现过程中的知识困境被无限放大，法律的预期指引部分转向具体情境化的、弹性的行为指示。与此同时，行政法学还必须面对效能检验与财政减负的冲击。这一切，都促成了德国行政法学近期的调控转向。

反观中国，在建构现代行政法学体系之初，实则并不具备西方国家自由法治国时期的行政基础。社会主义市场经济的建设，并不意味着行政对国家调控的全盘弃权。相反，“中国特色”的前缀，赋予了行政独特的历史使命。因此，我们的行政法律制度总在保护权利的同时，强调保障行政机关依法行政的功能。但由于本土文化中“控权”理念的匮乏，前辈公法学人以更多的心力投身于“控权说”，从而使得学理与实践的拉锯能够维持在一个相对平衡的刻度之上。90年代席卷亚洲的金融危机中，中国平稳过渡。这一事实不仅为西方世界保守主义的抬头提供了完美的注脚，更使得我国政府坚定了“有所进，有所退”的行政改革思路，并在此后确立了“政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务职能基本到位”（《全面推进依法行政实施纲要》第3点）的十年改革目标。这就意味着，今时今日，当我们因全球化的发展，面临与西方国家同样的预防任务时，行政机关在实现任务过程中表现的创造性，却在一定程度上契合了西方国家公共行政改革的核心价值理念，尽管两者的实施路径并不相同：前者需要防范能动的行政再次挤压自由的空间，后者则需更多关注行政形塑社会的功能。

在这样的行政定位之下,我们很难想象,要全盘否定以提升行政效能为目标的新型行政现象。既然行政之现状已经调整,作为规范国家与国民关系的行政法及行政法学,不得不随之演进。

首当其冲的,便是行政法学总论的革新。为了摆脱行政改革的合法性解释困境,我们不仅需要以行政法原则充实“法”的内涵,更需要以情境化的行为指示拓展“法”的外延。于是,问题便转化为:情境化的行为指示何以可以成为“法”?在这里,我们也遭遇了一种正当性质疑。与沈岿教授的“开放、反思的形式法治”和何海波教授的“实质法治”路径均有不同,我更原意将其正当性基础归结于基于慎议的协商民主。在代议制民主不足之处,个案当事人在知情的前提下,充分论辩形成的共识,可以作为“法”的重要补充。而对于形式“法”与情境化行为指示之间的冲突,不能简单地视为代议制民主高于协商民主或协商民主对代议制民主的修正,而应根据规范本身的属性(禁止性规范还是命令性规范)、立法者的意图能否更好地实现,个案讨论法律制度与社会事实、法律制度与其他社会制度之间的内在张力。

在新的法治理念之下,需要更新分析的结构与工具。要赢得行政法学的重生,就必须扭转以定型化行政行为为核心的研究思维,调整传统以立法设定构成要件和程序、以行政复议和行政诉讼为控制手段的分析框架,根据行政任务的特色,发展出多元的、立体的调控模式。行政组织法将外部竞争机制、整体运作模式、财政自主权、工作人员激励机制以及任务、权限、责任三位一体的结构与监督等相关要素纳入射程的调整,就是在这种指导思想下的一种有益尝试。行政法律关系理论的发展,将目光从静态的法律形式转移到动态的法律关系,在法律关系的图式中观察行政机关与私人、行政机关与行政机关、私人与私人之间的权利状态,也为现代行政的实效性提供了一种新的规范分析工具。

对于责任承担的形式,过去的观点将其归纳为“行政惩处和司法惩处”,包括行政复议、行政诉讼和国家赔偿上的责任。现在看来,这种与定型化行政行为相匹配的责任形式,也需要根据新的分析框架加以丰富与扩张。如基于前述任务、权限、责任三者合一的新型行政组织结构,当某一行政组织未能按照合同约定实现行政任务时,就可以根据合同约定的违约条款,要求该行政组织承担相应的法律责任。在行政任务民营化的领域,需要进一步讨论“外包”之后的政府承接责任与监督责任。

当然,行政法学的改革,不仅在于行政法学总论的再造,更要处理行政法总论与行政法各论的相互关系。行政法总论的变革需求,来源于不同行政领域的检视。与此同时,由于个别行政领域特性的强调,行政法总论所确立的一般性规则,并不必然适用于所有各论。尤其在专业性极强的行政领域,行政法学者与行政专家之间的相互学习,就显得尤为重要。

行文至此,行政法学层面的问题似有初解,更深层次的疑惑又生:法学研究的作用,究竟在于释义学地塑造法律规则与制度,还是关注法律作为社会治理的工具特性,发展促进法律实效性的条件?两者虽可相互包容,但何为根本?在中国目前的行政法释义学刚有起色之时,强调作为工具的弹性行政法治,是否会抵毁前辈学者呕血呵护的规则至上理念?或者,权衡两者之间,确有中间路径,尚待吾辈上下求索之?

行政法案例研究方法之反思

章志远(苏州大学法学院教授)

近年来,案例研究方法在国内行政法学研究中迅速兴起。一方面,越来越多的行政法学者开始以“案例”为观察视角,通过解读《最高人民法院公报》、《人民法院案例选》等权威媒体登载

的典型行政案例的裁判过程，拉近了行政法学研究与现实世界之间的距离，促成了“纸面上的行政法”向“行动中的行政法”的演进。另一方面，主流法学刊物、知名出版机构和最高人民法院都对行政法案例研究秉持了一种积极的回应立场，行政法案例研究的系列成果得以公开问世，判例研读沙龙的连续开读也意味着行政法理论界与实务界的有效沟通，一个行政法案例研究的学术共同体正呼之欲出。在行政法案例研究方法成为时代新宠的当下，客观评价其学术贡献并指陈其局限进而对行政法学研究方法进行整体性反思，无疑具有特殊的现实意义。

就我国行政法案例研究的学术贡献而言，大体上表现在如下三个方面。

一是发展了行政法的不成文法源。受成文法传统的影响，加之行政诉讼案件的相对稀少，我国主流行政法学研究长期忽略对判例素材的运用，表现出较为强烈的立法论研究偏好。围绕重大行政立法展开研究固然能够推动行政法律规范体系的形成，但无视判例也不可能真正理解现行法律。对于身处社会转型时期的中国而言，行政法的发展不仅需要立法机关通过创制法律加以推动，更需要司法机关通过个案累积加以完善。行政法案例研究方法的兴起，在很大程度上改变了成文法“一统天下”的格局，使行政审判中的典型案例日益发挥着不成文法源的作用。

二是推动了行政法制的创新。法律规范易于变动是公认的行政法形式特征。为了缓解法律规范有限性与行政任务复杂性之间的矛盾，通过司法解释发展行政法律规范便成为重要的路径。近年来，行政法学者通过对诸多典型行政案例的阅读整理，提炼出一系列富有价值的行政法规则，推动了中国行政法制的创新。例如，特别权力关系一直被视为行政法治的禁区，但通过“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案”、“何小强诉华中科技大学履行法定职责纠纷案”等诸多高校被诉案件的审理，高等教育领域中最重要的一类关系已经纳入现代行政法治的调整范围，“基础关系”与“管理关系”的区分、司法有限审查与尊重学术自由之间的拿捏都已通过案例的学术梳理得以确立。

三是提升了行政法学的回应性。我国目前的行政法学研究还表现出浓郁的概念法学气息，概念界定和特征描述充斥于主流行政法教科书即是明证。建立在概念演绎和逻辑推断基础上的行政法学对真实世界缺乏回应性，既无法解释更不能指导丰富的行政法制实践。深入研究中国当下发生的案例，能够在司法判决与理论研究之间形成紧密而有效的互动，通过规则提炼提升行政法学的回应性。例如，在行政不作为的判断基准上，人民法院并没有受制于现行行政不作为理论学说的束缚，而是基于实质主义立场创造性地演绎了“作为义务源自何处”、“有无现实作为可能”以及“究竟是否已经作为”的三重判断基准。尤其是通过个案特殊情境中危险预见可能性、避免损害发生可能性和公权发动期待可能性的权衡，初步构建了危险防止型行政不作为的分析框架，为行政法上行政不作为理论模型的重塑提供了弥足珍贵的本土司法经验。

毋庸讳言，国内行政法案例研究在作出重大学术贡献的同时，也存在很大的局限性。对这些局限性的反思不仅有助于案例研究自身的进一步发展，也能够促使人们思考整个行政法学研究方法的创新。仔细检视近年来行政法案例研究的相关成果，可以发现个中的局限集中体现在分析素材和分析方法两个方面。

就行政法案例分析素材的局限性而言，主要表现为如下两点。

一是重“判决案例”，轻“非判决案例”。判决案例虽然能够为研究主体提供基本的分析文本，但受制于当事人主张及相关法律争点的拘束，判决范围往往比较狭窄，甚至根本无法触及行政案件背后的政策争议和利益博弈。相比之下，那些没有进入司法审查程序仅存在于行政管理实践中的大量事例，更能充分展现事件背后的利益分布与政策抉择。例如，近年来各地在治理交通拥堵过程中所形成的“私车牌照拍卖”、“单双号限行”、“禁止电动自行车行驶”、“曝光酒驾”、“拍违有奖”、“公交特许经营”等举措都曾经引起过广泛的社会争议，显示出公共政策的制订者、

实施者和承受者之间的分歧与交锋。这些鲜活的事例虽然没有进入司法审查程序,但同样是行政法学研究的重要素材。围绕各项公共政策正当性的讨论,能够促使行政法学者深入行政活动的过程,探究应当如何形成更富理性的行政政策。遗憾的是,当下的行政法案例研究表现出明显的判决案例偏好,围绕非判决案例展开的研究还相当匮乏。

二是重最高人民法院公布各类“典型行政案件”,轻基层司法实践中发生的“新型行政案件”。最高人民法院通过各种渠道公布的行政案件虽然具有权威性、典型性等优点,但一般都经过了人为的加工剪裁,研究主体在很多时候实际上根本无法掌握案件的全貌,因而未必是最为理想的案例分析文本。同时,在所公布的很多类型行政案件中,原告一方都存在较高的胜诉率,与当下行政审判整体上难以有效保障公民权益的现状明显不符,进而在一定程度上降低了这些案件的代表性。在我国,绝大多数行政案件都是由基层人民法院审理的,因而大量新类型行政案件也是最早进入基层人民法院的。受制于多种现实因素的影响,很多富有研究价值的新型行政案件都无法进入最高人民法院的视野。一般来说,这些新型行政案件在当时、当地往往都有广泛的社会影响,有的还引起过媒体的强烈关注,因而案件的真实全貌更易掌握,是更为理想的判决案例素材。例如,近年来发生的“烟民被拘案”、“钓鱼执法案”都真切地反映出当下基层行政执法的现实生态,蕴涵着极为丰富的研究素材。遗憾的是,这些案例同样没有引发行政法学者的应有关注。

如果说案例分析素材的局限性遮蔽了研究者的视野,那么案例分析方法的局限性则直接影响到案例研究成果的学术质量。就目前行政法案例分析的方法而言,主要存在个案研究和群案研究两类方法。前者是针对某一具体个案所展开的“解剖麻雀式”的分析,后者则是以某一具体领域、地区或问题为中心,围绕一批案例所展开的“一网打尽式”的分析。个案研究的主体主要包括法官和学者。综观当下的行政法个案研究成果,法官的研究大多是以请求权基础为核心的分析。这种分析方法往往站在法官的立场,强调当事人在个案中得以依照何种法律依据主张什么样的权利,或者哪些法律上的权利已受到行政机关的侵害,有什么样的救济渠道。一般来说,这类案例分析文章大多遵循“案件是否属于法院行政诉讼的受案范围—当事人是否具有原告资格—被告的法律适用是否正确—法院的裁判是否妥当”的思路。这种源自民法的案例分析方法对于法律思维的训练以及行政诉讼法律规范的解释与适用,无疑具有重要的意义。但是,现代行政活动过程蕴涵着广泛的裁量空间,每一项诉争行政处理决定作出的背后都存在复杂的利益博弈和政策考量,传统的请求权基础分析方法因议题局限和静态论断而无法适应现实的需要。相比之下,学者对个案的研究则超越了以请求权基础为核心的单一分析模式,往往具有更为广泛的议题预设,在对个案法官裁判思路的解析中融入了规范、学说等多类元素,呈现出一种穿行于“个案—规范—学说”之间的研究进路。有的研究者在个案分析中还运用了我国台湾学者叶俊荣教授所倡导的“三层次分析法”,通过“权利与救济”、“制度与程序”、“政策与策略”的三维分析,试图打通行政诉讼法、行政程序法和行政实体法之间的界限,实现行政法内部各组成部分的贯通。囿于裁判文书公开制度的缺位和指导性案例信息的片面,学者的个案分析总体上表现出过分解读个案裁判中法官只言片语的倾向。即便是对行政法案例“三层次分析法”的运用,也存在牵强附会或去法化的症状,毕竟并非每个典型行政案例都具有回溯研究的价值,而且一旦回溯至具体的行政管制流程时,行政法知识者的知识劣势便暴露出来,研究成果的不断去法化反过来又加剧了行政法自身的危机。

值得关注的是,群案研究近年来日渐获得行政法学者的青睐,其中尤以某一具体领域或某一问题争点为核心的群案研究最为典型。前者如对工伤认定、规划许可、信息公开等新类型行政案件的批量式研究,后者如围绕违反法定程序如何审查、行政不作为如何判断、行政法规范解释如何审查所展开的批量式研究。公允论之,行政法的群案研究已经成为衡量学者尤其年轻一代学者

学术耐心、学术勇气和学术实力的重要标准。同时，从本土司法经验的提炼和法学实证研究的强化上看，群案研究在行政法学中都值得进一步倡导。不过，综观已有的行政法群案研究成果，还普遍存在两个方面的问题：一是对群案之间的内在关系殊少关注。案例在一定意义上就是社会学研究中的“样本”，如何选择样本、样本选择是否适当直接决定着相关研究的质量。就行政法的群案研究而言，不同案件发生在不同的时期、不同的区域并为不同的法官所处理。因此，研究者对群案之间的内在关系就必须给予关注，努力寻找不同案件之间的关联，特别是前案裁判对后案裁判可能产生的影响。然而，当下的研究几乎都将群案中的个体视为静态的样本，忽略了不同案件发生的特殊背景 and 不同法官裁判的行动逻辑。研究者往往穿行于法官裁判的字里行间，从这些并不高明的文字中挑选自己所需要的信息，并最终得出多少带有预设性的结论。很显然，这类研究与真正的法学实证分析尚存距离。二是对群案缺乏批判精神。受制于司法体制的束缚和现实利害关系的考量，加之自身法律素养和社会经验的局限，人民法院行政审判的总体质量尚待提高。即便是最高人民法院经慎重遴选发布的典型案例，法官的裁判也并非无懈可击。然而，检视当下行政法的群案研究成果，研究者似乎对法官的裁判结论及理由说明都予以高度认同，并经过学理推断之后提炼出中国本土的司法智慧。如此一来，研究者所挑选的样本都成了正确的范本。在缺乏样本批判基础上所得出的研究结论，其可信度和有效性自然就难以排除合理的怀疑。

对行政法案例研究方法的深刻反思并非要否定其本身存在的价值。相反地，对于目前“顶天不够、立地不足”的行政法学研究而言，具有浓郁实证气息的案例研究方法尤其值得大力推广，毕竟一国行政法思想既不可能来源于书斋之内的臆想，也不可能来源于简单的逻辑推断，更不可能来源于他国知识的简单照搬。基于上述两个方面的反思，未来行政法案例研究需要从分析素材的多样化和分析方法的精细化方面进行努力。其中，案例素材的多样化包括司法案例与非司法案例并重、“庙堂之高”案例与“江湖之远”案例并重，分析方法的精细化包括个案研究与批量研究并重、司法中心与行政中心并重、充分尊重与合理批判并重。案例来源的多样化和分析方法的精细化有望进一步提升行政法案例研究的质量，并在一定程度上改变我国行政法研究的现有格局。

最后需要指出的是，任何研究方法的创新都不能脱离特定的社会环境。在人民法院依法独立行使行政审判权原则远未落实，特别是行政审判协调和解之风日益盛行、从源头上预防行政争议主流意识形态不断泛起的形势下，人民法院通过判决处理行政纠纷的概率极有可能呈现递减趋势。如此一来，行政法案例研究素材本身就缺乏必要的保障。因此，我国未来的行政法学方法论注定会是一个“诸神共舞”的时代。在中国特色社会主义法律体系基本建成的当下，行政法解释学正逢其时，必将占据重要的地位。身处急速的社会转型时期，政府主导型的发展模式仍将继续发挥作用，行政法政策学也将随之迎来黄金时期。面对不尽人意的行政法律规范实际运作状况，立足田野调查和样本分析的行政法社会学研究必将崛起。身处全球化时代，行政法治先进国家的管制经验无疑应当继续获得重视，比较行政法学未有竟期。在一个行政法多元研究方法并存的年代，不同研究者之间的宽容乃至不同研究方法之间的融合就显得弥足珍贵。就案例研究方法而论，完全可以也应当实现与其他研究方法的融会贯通。首先，穿行于“个案—规范”之间的案例分析路径有助于行政法解释学的发展，更好地促进行政法律规范的形成和适用。其次，案例研究“三层次分析法”的运用能够实现法释义学与法政策学的融合，将案例的分析回溯到管制政策的考量。再次，主审法官访谈和当事人实际心态调查元素的增加，能够大大丰富所选择样本的内涵，进而达致行政法社会学研究的境界。最后，域外案例的引入能够进一步丰富案例研究的素材，通过功能意义上的比较，彰显比较行政法学的魅力。倘若能够实现上述研究方法之间的融贯，我国的行政法学研究必将走出低谷，并为法治国家的实现担负起应有的学术使命。

应急行政的兴起与行政应急法之建构

戚建刚(中南财经政法大学法学院教授)

以2003年发生的“非典型肺炎(SARS)”作为分水岭,一场名为“应急管理”的“哥白尼式”行政改革运动在我国迅速展开(华建敏:《依法全面加强应急管理工作》,《中国应急管理》2007年第10期)。这场改革的基本前提是,对于转型期的中国社会而言,公共事务经常呈现常态和非常态并存并且交叉影响的状态,政府不但要承担常态的公共事务管理,也要承担非常态的公共事务管理。改革的宗旨则是要有效、平稳和合法地预防与应对各类突发事件。

公共行政活动基本前提与宗旨的置换,驱使行政法学界重新思考一个基础性问题:传统的行政法理论体系是否能够恰当描述和解释当前的行政现象?如果说西方发达国家的新公共风险管理运动需要一种“风险行政法”来为政府识别、评估、交流和管理风险的活动提供合法性基础,那么就中国而言,应急管理改革运动需要一种“行政应急法”来为政府对突发事件的“预防与应急准备、监测与预警、应急处置与救援、事后恢复与重建”等活动提供合法性基础。行政是国家为实现自身目的而进行的活动,行政法是以公共行政作为调整对象的部门法。随着国家目的的增加——有效预防和应对各类突发公共事件,以及行政疆域的拓展——应急行政的纳入,行政法自然也应当不断调整和完善自身的体系。

然而,与西方发达国家建构的风险行政法不同,我国的行政应急法是包容性更广、内容更为丰富因而所面临的建构任务也更为重大的新的行政法体系。西方发达国家的风险行政法是以风险行政作为调整对象,以为政府监管风险的活动提供合法性,而我国的行政应急法是以应急行政作为调整对象,以为政府防范和应对突发事件的活动提供合法性。更为重要的是,应急行政已经超越传统意义上的对突发事件发生之后的处置与救援环节,延伸到突发事件发生之前的预防与应急准备阶段,以及处置完毕之后的恢复与重建阶段。可以认为,行政应急法是一种针对我国实际行政管理需求,不同于西方发达国家风险行政法的新的行政法体系。虽然西方发达国家的风险行政法能够为我国建构行政应急法提供知识资源,但只能为我国政府对突发事件的预防环节提供合法性借鉴,对于突发事件的“应急准备、监测与预警、应急处置与救援、事后恢复与重建”等同样重要环节的合法性保障问题,则需要中国自己的行政应急法来解决。在对突发公共事件的预防和应对已经成为我国政府经常性任务的背景下,对行政应急法的研究将成为我国行政法学研究新的学术增长点。那么,我国的行政应急法应当如何建构?它将呈现哪些新面相?

第一,就行政应急法建构的逻辑起点而言,它需要以突发事件的“预防与应急准备、监测与预警、应急处置与救援、事后恢复与重建”等关键环节作为出发点。在中国目前的行政法治语境之中,突发事件概念已经具有规范上的意义。突发事件应对法已经将这一概念法制化、明确化,改变了过去不少单行法律虽有所涉及但均未作清晰界定的状况。同时,该法也规定了我国各级各类行政机关预防和应对突发事件的职权和职责。由于突发事件应对法以一种“生命周期意义”上的视角——将突发事件视为一个从发生到死亡的整个过程的生命有机体——来要求行政机关应对突发事件,作为为行政机关的活动提供合法性评价和理解框架的行政应急法,就需要对行政机关在突发事件的“预防与应急准备、监测与预警、应急处置与救援、事后恢复与重建”等各个环节的合法性问题作出评价,并提供全过程的保障,而不能偏废其中任何一个环节。由此,行政应急法各类用于评价行政机关行为合法性的技术,如基本原则、行政手段或方式、行政程序等,也需要围绕突发事件的各个环节来设计或建构。比如,对于突发事件的预防,行政机关需要遵循预防性原则;对于突发事件的应急处置,行政机关需要遵循行政应急原则。对我国传统行政法系而

言，预防性原则和行政应急原则是比较陌生的原则。

第二，就行政应急法的学科定位而言，它更多体现出法政策学的特征。行政应急法的功能将不再主要是探究行政机关预防和应对突发事件的授权法依据，不再主要是告诉行政机关的工作人员如何正确解释和适用行政应急法，也不再主要是为人民法院审查行政机关的应急行为提供合法性的判断标准，而是主要确保行政机关针对突发事件的各个环节所制定的抽象行政规定以及所作出的具体行政决定能够“预防和减少突发事件的发生，控制、减轻和消除突发事件引起的严重社会危害，保护人民生命财产安全，维护国家安全、公共安全、环境安全和社会秩序”。换言之，它主要是为了实现突发事件应对法所规定的立法宗旨，以便为行政机关提供各类方法、策略、措施、方案等，主要着眼于行政机关预防和应对突发事件的行政规定和行政决定的工具性与合目的性，主要关注如何通过行政应急法顺利实现立法目标。以行政行为这一概念为例，传统行政法解释学注重它的授权依据、合法与有效的构成要件以及法律效力等问题，这是为人民法院审查行政行为的合法性提供判断标准。行政应急法则关注哪些行政手段或工具能够最为有效地实现预防和应对突发事件的目标，注重对行政行为功能的分析，通过对行政应急活动中各种行之有效的手段和措施的整理和归类，并对其适用领域、功能效用、适用限制等的分析，将之法制化，从而为行政机关提供一个随时可供选用的“工具箱”。

行政应急法之所以主要体现出法政策学的特征，是由其调整对象所决定的。从调整对象来看，行政应急法主要调整行政机关在预防和应对突发事件过程中所产生的行政机关与相对人之间以及行政机关与其他国家机关之间的关系。这类社会关系具有临时性、易变形、不确性等特征，行政应急法很难将之固定化和规范化，即使固定化，也面临经常修改的境地。比如，对于突发事件的预防，基于信息不充分和技术局限等原因，立法者只能为行政机关设定宽泛的管理目标，并对其行使权力的行为提供基本的原则和组织法上的依据，有时甚至连组织法上的依据都没有，对于实现管理目标的各类措施与方法的行为法上依据，立法者通常不作严格规定，而交由行政机关灵活选择。行政应急法调整对象的特殊性，使得传统的行政法解释学难以对行政机关有效预防和应对突发事件的行为提供合法性评价，而法政策学以“目标—手段—结果”为导向，注重行政活动的合目的性与工具性，因而能够适当地评价行政应急活动的合法性。

第三，就行政应急法的研究方法而言，它侧重于跨学科的研究方法，或者说科际整合的方法。所谓跨学科研究是指，行政应急法的研究者或制定者需要以解决应急管理中的问题为导向，以制度化的方式有效地预防和应对突发事件为目标，综合吸取经济学、管理学、心理学、社会学、工程学等其他学科中的知识，并运用法律的思维、技术和方法，将其整合成行政法上的制度、方案和措施等。通过跨学科的知识，经由法律的思维和技术，行政应急法所提供的方案将更为科学和有效，同时又符合合法性之考量。行政应急法注重跨学科的研究方法，是由突发事件的特征与应急管理的需求所决定的。我国突发事件呈现出产生原因的多方面性、表现形式的多样性、损害程度的多层次性、分布地域的差异性等特征，给行政机关的应急管理活动造成了极端的困难，应急管理的任务出现多目标性和复杂性。而行政应急法要为行政机关的应急管理活动提供合法性保障，势必需要综合性极强的应急法律制度。它们关系到政治、经济、文化、科技和社会等众多领域，涉及治安、刑事、卫生、环境、防震、防洪、消防、劳资、民族、宗教、军事、外交、舆论、事故、国家安全等多方面内容。显然，这些领域涉及不同学科的知识。行政应急法的研究者需要有意识地综合其他学科的知识，将其他学科中已经存在并经实践检验为科学的原理，通过法律思维和行政法上的技术与方法，作为设计预防和应对突发事件的方案、措施和制度的依据，才能有效实现突发事件应对法的立法宗旨。需要指出的是，行政应急法的研究者或制定者在采用跨学科研究方法时，需要有意识地运用行政法上的思维、技术和方法将其他学科的知识转化为行政应急法上的话语，并通过行政法上“权利（职权）与义务（职责）”模式，将其设计成具

有规范意义的具体制度。否则,行政应急法将失去法的规范性,也将难以规范和指引行政机关与相对人的行为,而成为一门预防和应对突发事件的策略学。

第四,就行政应急法的基本范畴而言,它具有一系列在含义上或表现形式上不同于传统行政法的基本范畴。根据我国行政应急管理的实践以及应急法制的发展状态,至少可以概括出五项专属于行政应急法的基本范畴:(1)行政紧急权力。它是行政机关在预防和应对突发事件时所行使的职权与职责的总称。其运作常表现出三个基本特点,即一定程度的超法规性、集中性和扩张性。(2)应急行政。如果说传统行政法主要以常态行政为调整对象,那么行政应急法则主要以应急行政为调整对象。作为行政应急法的一个重要范畴,应急行政具有不同于常态行政的特征。比如,它们之间存续的时间不同,应急行政与常态行政占据两种交替性的、互不隶属的时间结构,即短暂的时间结构和连续的时间结构。常态行政先于应急行政,当突发事件发生时应急行政取代常态行政,突发事件结束时常态行政重新恢复,应急行政退居幕后。应急行政是对常态行政的打断,是一种短暂的和临时的时间结构。(3)应急预案。它是指国家行政机关、企业与事业单位就突发事件应急管理工作的组织指挥体系与职责,以及突发事件的预防与预警机制、处置程序、应急保障措施以及事后恢复与重建措施等作出规定的方案。对于应急预案的法律地位,突发事件应对法第17条和第18条作了明确规定。(4)应急管理体制。突发事件应对法第4条明确规定,国家建立统一领导、综合协调、分类管理、分级负责、属地管理为主的应急管理体制。(5)应急性原则。其基本含义是行政机关制定应急规则与应急决定将适用简易程序,并充分发挥行政时效和期限制度的功能。应急性原则将削弱传统行政法中的法律优位原则和法律保留原则。

第五,就对行政机关的应急规则和应急决定的监督而言,行政应急法也具有自身的特色。传统行政法主要通过法院的司法审查机制来监督行政机关制定的规则或作出的决定。然而,就对行政机关的应急规则与应急决定的监督而言,司法审查机制显得力不从心,这不仅是因为法院缺乏可资判断的标准或者缺乏足够的能力予以解决,还因为法院的判定可能不被政府部门所遵从。对此,行政应急法提供具有特色的两项监督机制:(1)立法机关的事后审议和批准机制。当社会出现重大突发事件时,为了保障国家的生存和维护社会公共利益,行政应急法通常授予行政机关宽泛的裁量权,有时甚至是不受法律限制的权力。但是当突发事件结束时,行政机关需要在立法机关面前,为其所实施的违(非)法的行为公开说明理由。立法机关需要审议行政机关的行为,最终作出合法或违法的决定。如果立法机关认为行政机关的违(非)法行为的确为了公共利益的需要,则将豁免其法律责任。如果立法机关认为突发事件的严重程度没有达到需要采取违反法律的手段,或者行政机关存在故意不作为,那么行政机关依然将承担法律责任,以维护宪法和法律的秩序。(2)积极和有效的行政补偿(赔偿)机制。对于行政机关预防和应对突发事件的大量行政行为而言,法院或其他有权机关通常难以判断其合法或非法,然而,对公民、法人和其他组织的财产等损失,则可以较为明确地计算出来。由此,行政应急法所主张的另一项重要监督机制是积极和有效的行政补偿(赔偿)机制。它不仅具有实现公平的作用,还能增强行政应急规则和决定的合理性。

国家任务社会化背景下的行政法主题

杨登峰(南京师范大学法学院教授)

自近代宪政制度建立以来,公法学基本上是按照国家与社会相区分的理论模型构建的。在这一理论模型中,管制的国家与自治的社会代表着对国家与社会关系的基本理解。期间,行政法学的发展大致可分为19世纪自由主义国家和20世纪福利主义国家两个阶段。

19世纪自由主义国家时期，西方各国普遍奉行自由主义国家政策。在国家与社会的关系上，个人的生存责任由个人负担，国家作为“守夜人”仅承担维护个人自由以及自由竞争秩序的任务。以人身自由、精神自由和经济自由为基本内容的自由权遂成为这一时期宪法所保障的核心基本权利。自由权，也被称为“不受国家干涉的自由”，旨在排除国家权力对个人领域的介入，保障个人意思决定和活动的自主性。因此，限制国家权力以防范对自由权的侵犯成为这一时期公法的根本使命。相应地，行政法把限制行政权作为其根本的价值目标。当然，公法把防范国家权力侵犯个人自由作为其根本使命，并不是说国家不可干预或限制个人自由，而是说，国家对个人自由的干预或限制必须符合法治的要求。其实，19世纪的国家行政大多属于干预行政，当时的行政法也是围绕干预行政展开的。行政法的主题在于通过立法为国家干预行为划定边界，通过司法审查确保干预行政不要超越法律划定的界限。

进入20世纪，为了克服自由主义国家政策所带来的贫富严重分化等问题，西方国家纷纷走上了福利国家的道路。福利国家不再把个人生存责任完全寄托于个人，而是与个人共同承担起使每个人过上体面、幸福生活的任务。为了完成这一任务，给付行政成为这一时期国家行政的重要内容。藉由给付行政，国家为公民提供从事经济、社会和文化生活的各种基本条件，如供水、供电、煤气、交通、医疗、教育等。不过，给付行政的发展并不意味着干预行政地位的下降。经济、科技、文化的发展，使人民所面临的包括市场在内的各种风险更为严峻，遏制、防范这些风险成为这一时期国家更为紧迫的任务。这种情况下，干预行政不仅更加广泛，而且增加了许多新内涵。如税收不再仅是解决国家财政的手段，更是缩小贫富差距、调配社会资源的工具。总之，在20世纪，国家行政得到了极大发展，行政权在国家政治生活中发挥着更为重要的作用。故有人将这一时期又称为行政国家时期。

在这一背景下，社会权入宪及其保障成为宪法的主要议题，行政法则首先面临调整其价值目标的问题。社会权，如生存权、受教育权、劳动权等，是基于福利国家的理想，为特别保护社会性、经济性的弱者实现实质的平等而予以保障的人权。它以广泛认可国家干预的社会国家、积极国家的思想为前提，旨在保障国民作为人的基本的生活条件。从法的意义上看，它是要求国家积极作为的权利。这种情况下，自由主义国家时期构建的限权主义行政法价值观，是否以及在怎样的意义上保持其地位便成问题。其次，为了应对行政任务的扩张，立法机关一方面授予行政机关宽泛的裁量权，另一方面授予行政机关大量的立法权。这使原来立基于法律保留原则和法律优位原则的限权机制失去坚实基础，难以发挥应有作用。行政法需要重新构建其权力控制的装置。

为了适应这一变化，现代行政法在限制行政权的基础上，进一步把鞭策行政权积极、规范、有效地运作作为其重要的价值目标。如果说自由主义国家时期的行政法是限制行政权的行政法，则福利主义国家时期的行政法是制约行政权的行政法。制约行政权的机制不仅依赖于法律保留、法律优位这两个基本原则，也依赖于正当程序、平等原则、比例原则等基本原则。而且，后者发挥的作用日显重要。通过这样一些转换，现代行政法基本满足了时代发展的需要。

我国在19世纪还基本上是一个封建国家，谈不上实行自由主义的国家政策，更谈不上有什么近代宪政意义上的行政法。20世纪的前五十年，我国一直处于战乱之中。国民党统治区在公法建设上虽有所作为，但未能切实付诸实施。建国后，我国很快过渡为社会主义国家，计划经济、干预行政是这一时期国家生活的主要内容。福利性给付行政（如救济、救灾）不是没有，但因国家比较贫穷、财力不济，给付的范围和数量非常有限。再加法治文化的缺失，这一切对行政法的影响不大。

不论自由主义国家时期还是福利主义国家时期，也不论干预行政还是给付行政，都基本上建立在国家与社会分立的观念基础之上。公共行政基本上由行政机关行使，奉行“行政机关亲自行

政”的原则，私人不能染指。但自上世纪80年代以来，多数国家对于公共行政事务的垄断逐步被打破，出现了国家公共行政任务社会化的趋势，即国家将部分公共行政事务交由私人或社会组织来行使。这一趋势方兴未艾，或许成为公法特别是行政法发展的第三个契机。

在西方国家，国家公共行政任务社会化大多是在“民营化”等概念下展开的。根据我国台湾学者许宗力在《论行政任务的民营化》一文中的介绍，民营化概念初期主要指公营事业释股于民间。但现在，这一概念已经超出了这一范畴，扩张适用到一切由民间或者说私人、私部门参与履行行政任务的各种现象。如果从国家的角度看，民营化则指国家利用或结合民间资源履行行政任务的各种现象。民营化不同于除国家任务化。如果以国家有无履行义务为标准将国家任务分为义务性国家任务和任意性国家任务，则除国家任务化系指把某项任意性国家任务，经重新评估从国家任务清单中剔除，私人是否接手以及经营质量是好是坏，国家不再理会，完全由市场决定。与此不同，民营化所面对的是义务性国家任务。义务性国家任务意味着国家负有执行该任务的责任。民营化并没有改变国家任务的这一属性，只是程度不同地由私人履行或参与履行罢了。国家对这种任务的责任仍然存在。因此本质上，民营化是国家与社会力量协同履行国家任务的活动，而不是国家任务向民间的彻底转移。最近几年使用的公私协力、合作行政乃至合作国家概念可能更加准确地反映了这一现象的本质。

民营化的范围多为公共服务领域，但不局限于公共服务领域，监狱管理、社会治安、税收征收等行政领域也成为民营化的对象。对于各领域的民营化，通常按照民间力量参与的程度分为形式民营化、功能民营化与实质民营化。所谓形式民营化，又称组织民营化，指行政任务的性质以及执行主体均未发生改变，只是将执行主体的阶层制组织形式改为私法的组织形式，如将行政机关的资料处理部门改为有限公司。所谓实质民营化，指行政任务的国家性质虽然维持不变，但执行主体由原来的国家行政机关转为私人或社会组织，如将城市公共交通转由私人经营。所谓功能民营化，指特定事务的履行，不仅行政任务的国家性质维持不变，执行主体也没有完全发生转换，只是将行政过程中的部分功能转由私人执行。功能民营化再按私人参与程度的高低，可分为行政助手（如私人受托拖吊违停车辆）、专家参与（如专家受托鉴定与评审）、行政委托（如私人受托经营公共停车场）等类型。可以看出，除了形式民营化，其他都表明了国家任务实现过程中国家与社会力量的协作特征。

尽管我国法学界不大使用民营化这一概念，但私人或社会组织参与、分担、执行行政任务的现象大量存在，只不过大多数举措被置于“改革”、“创新”概念之下，属于“改革”、“创新”的组成部分。从社会化的范围看，除了国有企业改制，还涉及：（1）公用事业领域，如私人经营、管理供暖、垃圾收集处理、公共交通等业务；（2）公共基础设施建设领域，如私人投资建设、经营高速公路、博物馆、公园等；（3）公共服务机构领域，如私人投资建设、经营医院、学校、幼儿园、养老院、职业培训等；（4）公共安全保障领域，如私人承包城乡公共治安、公共消防和强制戒毒等业务。这些领域一直以来由国家垄断经营，但自上世纪末本世纪初，各地政府通过特许经营、服务外包等形式，或多或少、程度不等地将其交由民间力量执行、办理。此外，行政助手协助行政、专家参与行政也是司空见惯的现象。可以预期，国家任务的社会化在我国不会是昙花一现，而是长期的发展方向。2007年党的十七大报告提出要“建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与的社会管理格局”。这是党对社会管理创新提出的基本要求。“社会协同、公众参与”，本质上也就是社会管理事务的社会化，国家任务的公私合作与分担。

国家任务社会化给传统公法特别是行政法带来三个变化：第一，国家与私人关系的间接化。在传统公法关系中，国家与私人之间是“面对面”的直接关系。国家任务社会化后，在一定范围和程度上，“面对面”的直接关系被打破，形成了国家、国家任务的协同者（参与、分担、执行

国家任务的私人或社会组织)与私人的三角关系。国家权力的作用力程度不同地经由国家任务的协同者对私人发生作用。第二,公共利益与私人利益的一体化。在传统公法关系中,国家机关追求公共利益,个人追求私人利益,各自分离。国家任务社会化后,国家任务的协同者既发挥着实现公共利益的职能,又借参与、分担和执行国家任务的机会实现其私人利益。第三,效率价值的地位得到提升。传统公法以自由与民主为基本秩序,强调人民基本权利保障与国家权力的节制。凡属于省时、省力节约成本的效率问题,并不具有重要地位。国家任务的社会化则以效率、效能作为其主要价值。

上述变化给公法特别是行政法将带来怎样的影响,行政法该如何应对,自近代以来建构的以规范制约行政权为核心价值的行政法基本原理将做哪些调整?这是当前行政法学必须关注的问题。在更微观的层面观察,相关问题可具体细化为三个方面:一是国家任务社会化的可能性,二是国家任务社会化的法律后果,三是相关法律纠纷的解决机制。

国家任务社会化的可能性涉及的问题包括:第一,将原本属于国家执行的任务部分地或全部地交由私人或社会组织执行,在宪法上是否有根据,是否为宪法所允许?这是各国公法学者每每论及民营化或公私协力等相关话题时首当其冲要讨论的问题。与此相比,我国学者则把这一现象当作既成事实当然地正当化、合法化,很少从宪法层面上加以追问。第二,国家任务社会化与法律保留原则存在怎样的关系?即便一国宪法允许国家任务社会化,依然存在的问题是,行政机关改变组织形式或将其任务交由私人行使是否需要法律上的依据,即是否需要遵循法律保留原则?换言之,国家任务社会化首先应当由立法机关来决定还是由行政机关自行裁量?第三,国家任务社会化的范围究竟有多大?不论国家任务的社会化是否遵循法律保留原则,都需要回答,哪些事项、在何种程度上可以委托给私人来执行。不论结论如何,我们都不可能相信,可以毫无保留地将所有国家任务交由私人来执行。第四,私人或民间组织具备怎样的条件、通过怎样的程序才可以参与、分担或执行国家行政任务?这也是立法者和行政任务的执行者共同面对的问题。

与国家任务社会化法律后果相关的问题包括:第一,国家任务的协同者作为国家任务的分担和执行者是否受宪法上基本权利的约束?人民所享有之宪法上基本权利主要是针对国家公权力的。在宪政国家,不论是立法机关还是行政机关或司法机关,都受基本权利的拘束。行政机关行使权力可能影响人民基本权利时,须遵循法律保留原则、法律优位原则、比例原则、平等原则以及正当程序原则。如果国家行政任务的协同者受基本权利约束,则上述基本原则也将扩展适用于这些协同者。第二,国家任务的协同者参与、分担和执行国家任务时,是否享有基本权利?国家任务的协同者原本是普通的私人,故而当然地享有宪法上之基本权利。但当它们分担国家任务从而成为国家的“代表者”或“合作者”时,是否依然享有基本权利,值得追问。第三,国家、国家任务的协同者以及私人相互之间的权利义务关系怎样如何确定?可否适用行政程序法、信息公开法、行政强制法等一般行政法律规范予以调整?

国家任务社会化给行政法律纠纷解决机制也提出了新问题。在传统行政法关系中,国家行政机关与私人之间发生的纠纷,通过行政复议、行政诉讼以及国家赔偿等制度加以解决。在国家任务社会化后,行政机关与国家任务的协同者之间因协同关系发生的纠纷,国家任务协同者在执行行政任务过程中与处于相对地位之私人之间发生的纠纷,是否依然适用行政复议、行政诉讼以及国家赔偿制度加以解决?如果适用,行政复议、行政诉讼以及国家赔偿的主体、受案范围等理论和制度将做怎样的调整?这些问题都是有待进一步探讨的。

上述是国家任务社会化给行政法提出的普遍性问题。对于我国而言,一方面,由于我国行政法一定程度上是借鉴西方国家近现代行政法原理建构的,上述问题也是我们必须面对的;另一方面,由于我国行政法发展时间短,历史欠账多,还存在历史课题与当代课题衔接与定位的问题。

中国比较行政法研究的前瞻

李洪雷(中国社科院法学所副研究员)

经过改革开放三十多年来行政法学界的辛勤耕耘,我国的比较行政法研究业已取得了长足的进展。其一,大量的域外行政法文献以翻译或评介等形式被引进,学界对域外行政法的掌握更趋准确和深入,也为中国的行政法制提供了重要的参考素材。其二,在行政法法学研究中,直接利用一手外文资料参酌域外行政法制或理论已成为常态,在很大程度上提升了我国行政法研究的学术水准。其三,对域外行政法的了解已不再停留于对相关制度轮廓的勾勒或描摹,而是拓展到具体制度的细节乃至部门行政法领域。与此同时,我国目前的比较行政法研究中也还存在诸多缺陷,需要在今后的研究加以克服。

首先,宏观的比较行政法研究需要跳出传统法系划分的藩篱。比较行政法研究可分为微观的比较和宏观的比较。微观的比较是对不同法律秩序中解决某一具体法律问题的规则或方法的比较,如对行政诉讼受案范围或审查强度的比较,是一种“显微镜”式的比较。与此不同,宏观的比较是对不同法律秩序处理法律问题的系统性特征的比较,包括是否设置行政法院、是否承认判例法等,是一种“望远镜”式的比较。宏观的比较行政法研究,传统上主要围绕英美法系和大陆法系展开。但英美法系和大陆法系的划分,主要依据私法领域的情况,在适用于行政法时存在相当大的困难和局限。其一,两大法系内部的差异明显。在英美法系内部,存在“英美行政法的分流”现象,即英国行政法和美国行政法从概念到原则再到具体制度都具有重大的差别。美国行政法的发展受其成文宪法、联邦制度、种族矛盾、对抗式法律文化、法律现实主义思潮等因素的深刻影响,而这些制度背景在英国均不存在。随着欧盟法对英国法的影响日益加深,而欧盟法又受到法国法和德国法的深刻影响,这种英美行政法的分流还会加剧。在大陆法系内部,尽管独立的行政法院系统为其特色,但法国式的行政法院与德国式的行政法院大异其趣:前者仍属于行政系统,后者则属于司法系统;前者重私人权利保障,后者重法秩序维持;二者在对行政行为进行司法审查的范围和程序规则等方面也明显不同。此外,北欧或斯堪迪纳维亚国家尽管一般被归入大陆法系,但其行政法其实有诸多自己特色,如督察专员制度、地方制度和社会福利制度等,与大陆法系其他国家都有很大的差异。其二,两大法系之间的边界模糊。传统上区分英美法系和大陆法系的一个主要标准是前者重判例法,后者重制定法,但这种区分在很大程度上已经成为明日黄花。一方面,伴随着政府职能的大幅扩充,现代国家已经进入“制定法时代”,无论欧陆还是英美,制定法均在其行政法体系中占据主导地位。另一方面,德国、法国等大陆法系国家的行政审判,也特别重视判例的作用,不了解它们的判例,根本无法理解其行政法体系。其三,法系的研究视角在很大程度上遮蔽了其他重要因素对行政法的深刻影响。例如,行政法的核心问题之一是行政与立法的关系,而行政部门与立法部门的关系在总统制和议会制下具有鲜明的差别,这对行政组织结构和行政问责体系等都有深刻影响。由于法系划分所着眼的主要是法律渊源结构和法律适用技术等因素,无法将政体等因素纳入对制度比较的考察视野。当然,指出传统法系划分的困难,并非要彻底否认这一划分的说明意义与解释能力,而只是提示其在宏观行政法比较中的限度。

其次,需要拓宽比较行政法研究的地域范围,加强美国、英国、德国、法国和日本之外其他国家和地区行政法的研究。长期以来,国内学界主要关注美、英、德、法、日等少数国家的行政法制。这主要是因为我们一直将比较法作为“真理的学校”和“解决办法的仓库”,希冀通过研究其他法域的行政法律制度,为我们存在的相似的行政法问题提供“更好的解决办法”,主要着眼

的是比较法的学习和借鉴功能，而前述国家经济实力强大、法治健全，其行政法制对我们自然更具吸引力。但比较行政法的研究目的不应仅局限于寻求制度变革的灵感，还应用以加深对不同政治体制和经社文背景中行政法制的理解，以及吸取一些国家行政法制发展过程中的教训。从这一角度出发，仅仅研究西方行政法治发达国家的行政法，就有很大的局限。例如，韩国从二战以后到20世纪80年代之间，形成了独特的发展导向型行政法，这与我们当前行政法治的经济社会背景很相似，加上文化方面的亲缘性，对此进行研究有助于理解我国行政法所面临的很多现实状况或困境，如政府职能的界定、司法审查的功能等。再如，俄罗斯、波兰、匈牙利等苏东国家，在从计划经济向市场经济转型、市民社会获得自主性等背景下，其行政法理念与制度也经历了深刻的转型，在此转型过程中其所面临的问题以及其实际成效，值得我们关注。另外，拉丁美洲国家在其发展过程中存在的很多问题，如经济发展对外过度依赖、两极分化严重、城市病态发展等，在我们这里也日益凸显，对拉美国家行政法制的研究，有助于我们反思中国在相关领域的实践。不仅如此，伴随着全球化进程的深入推进以及中国经济实力的增强，中国的企业越来越多地走向世界，迫切需要了解国外的相关行政法律制度，防范法律风险。这也呼唤我国行政法学界将研究的视野拓展到全球。

第三，需要超越单纯的规则比较，更重视对规则的发展演变、实际运行及其经社文等制度背景的研究。行政法关乎国家的权力体制、政府与社会的关系等结构性要素。这就意味着其比私法更多地受到超法律因素，如经济社会发展阶段、政治体制、历史传统、意识形态以及社会压力等的影响，从而在对域外行政法制度进行研究时，不能拘泥于静态的规则本身，而应挖掘背后的结构性因素及其实际运行。其一，应加强对域外行政法制的历史发展及其动力机制的研究。西方发达国家的行政法，大多是经过数百年的长期发展和演进才定型的。分析这一发展过程的阶段、特点和动力机制对于推进中国法制改革的启发意义，绝不亚于其最后形成的规则本身。中国行政法治建设中面临的诸多难题，在当下的西方国家可能并不凸显，但在其历史上却可能也非常突出。例如，市政腐败、食品安全等问题，即为美国19世纪末20世纪初进步时代所面临的重大挑战。美国一般被视为高度强调地方自治和地方分权的国家，但其严格限制地方政府权力的“狄龙规则”却在19世纪末期在美国得到广泛接受，背景就是当时美国市政腐败非常严重，人们对其地方政府失去了信心，不愿意赋予其广泛的权力。再如，关于政府对国有企业的管理方式与制度问题，欧洲国家因为上世纪80年代开始的民营化，目前对此讨论较少，但在二战后到上世纪70年代之间积累了很多经验。其二，需要加强对域外行政法制度产生过程及其实际运行状况的研究。我们在研究国外行政法制时，往往只关注文本上的规则，对于规则制定过程中的争议，行政部门对立法行政解释，司法部门的解释与适用，学者、民间对于立法的评论，都缺乏研究。这导致对制度的全貌与利弊得失不一定能够有客观的认识。例如，美国政府规制中的成本收益分析近年来受到国内行政法学界日益增多的关注，但对成本收益分析在美国所受到的批评分析较少。美国、德国和日本的行政程序法被我国行政法学界作为制定行政程序法的重要参考，但对其产生的背景，在各自国家适用中所面临的问题和质疑所知甚少。其三，应对行政法制度背后的利益纠葛和意识形态争论进行辨析。很多行政法上的制度表面上具有中立性或者普世性，但其肇因或效果却非常复杂。例如关于财产权的保护或限制，对处于不同经济地位群体的影响有很大差别，这又与意识形态上的“左”（强调政府干预与社会公正）“右”（强调市场竞争与个人自由）之争存在密切的勾连。只有在这一视角下，我们才能理解在关于征收公用目的要件的凯洛诉新伦敦市案（*Susette Kelo, et al. v. City of New London, et al.*）中，美国最高法院的自由派和保守派大法官发生的严重分裂。我们在对域外行政法制度的研究中，必须引入政治学或政治经济学的考虑，不能单纯从价值理念或者形式逻辑出发，还要考虑现实社会力和政治力的博弈。例如，在互联网规

制问题上,美国采取的是自由至上主义的模式,强调行业自我规制,最大限度地减少政府规制。美国选择这一模式有两个重要背景:一是美国互联网行业发展较早、实力雄厚,游说能力也很强;二是美国互联网技术和产业遥遥领先,其国际竞争中具有显著的优势地位,提倡行业自我规制、反对国家过度干预,可以限制其他国家的政府对其本国互联网企业发展采取保护性措施,从而有利于美国互联网企业的国际竞争。其四,应加强行政法文化的比较研究。文化因素对行政法规则的实际运行具有重要的影响,同样的法律规则在不同法律文化中的运行可能会呈现出迥然不同的状态。文化比较尽管存在容易流于玄想和空泛的危险,但其解释能力是不能否认的。如有学者指出的,在行政法领域,“民族性”得到最充分的展现。这不仅是指在行政法中传统的制度架构存在较强的惰性,而且公务员的法律地位、行政与私人间的关系、中央集权的程度以及整体的行政体制等,“在很大程度上是民族特性的体现”。在行政法文化的研究方面,存在着一个是适应还是改造的问题,即哪些文化因素是可以进行创造性转化的,哪些是必须摒弃的,哪些是只能适应的。比较研究或许可以提供一些启发。

第四,需要对多个法域的行政法制进行深入比较。许多行政法制度受地理、人口、经济社会发展程度、政治与宪法秩序等影响甚深,具有很强的国别性,对于相同的问题,同是民主法治国家也可能做出不同的制度安排。从行政组织的结构与体制,到行政程序中官僚、专家和公众的角色定位,再到司法审查的范围、强度、构造,以及大量具体行政领域中的行政法制度等,尽管在抽象的目标和原则层面或许能够寻找到共识,但一俟深入到具体的制度设计层面,就会发现很难找到一个放之四海而皆准的方案,而这些制度设计层面的差异又往往有其深刻的背景。以美国和德国的规划法为例,美国规划法的核心是土地利用的分区制度,而区域规划和综合性规划在多数地方并不存在或不发生实际效用,但后二者在德国规划法中具有重要地位。要理解这一差异,就要考虑美国人对政府尤其是高层级政府根深蒂固的不信任,而德国有着悠久的强政府传统。美国有着尖锐的种族和阶级矛盾(分区制度背后隐含着对有色人种和穷人的排斥功能),而德国则特别强调平等和社会公正,并且没有严重的种族矛盾。此外,还要考虑美国较低的人口密度,拥有独栋住宅的“美国梦”等。(Clifford Larsen, *What Should Be the Leading Principle of Land Use Planning? A German Perspective*, 29 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 967, 1996)因此,必须清醒认识到一国经验的局限性,尤其是在提出中国相关法制建设和完善的建议时,要注意在比较研究的基础上,提出切合中国国情的方案。应注意避免“留学国别主义”,只推崇自己曾经留学国家的法律制度或理论,而对其他国家的法律制度或理论予以轻视甚至排斥。在从事以制度变革为旨归的比较行政法研究时,不应仅限于对域外某一法域法制状况的分析,而是力求参考两个以上域外法律体系中对共通法律问题或法律需求的解决方案,比较其异同,剖析差异背后的深层次缘由,并评价不同解决方案的效果。如此得出的结论将会更具说服力。

第五,需要有更加明确的中国问题意识,不简单照搬国外的经验。我国既处在城市化和工业化的快速推进期,又面临着全球化、信息化和后工业化等新的挑战,同时还要处理从传统的全能政府向有限政府的转型问题。前现代、现代与后现代的问题叠加,所处阶段的特殊性和所面临问题的复杂性,都要求我们在设计中国行政法制的改革方案时,必须审慎面对中国的本土国情和问题,而不能唯域外制度或理论马首是瞻,无论其在该国运行的效果是如何良好或在逻辑上是如何完美。以中国地方制度的改革为例。一方面,地域范围和人口密度对行政区划具有重要影响。中国是地域辽阔、人口众多的大国,其他很多国家的人口与地域可能只相当于我们的一个省甚至一个市。在讨论地方政府层级时,不能简单地与一些地域狭小、人口密集或者地域辽阔、人口稀疏的国家相比拟。另一方面,行政区划的确定受制于经济社会发展的特定历史阶段。英国、法国、美国、日本等早期工业化国家都曾因工业化和城市化的发展,对其旧的行政区划体制进行过大规模

模的调整变更。中国目前正处在工业化和城市化的中级阶段，并且处在从计划经济向市场经济的转轨过程中，政府的角色定位、治理能力、社会对政府的需求等等，均有自己的特色。当然，这只是强调国外经验不应作为我们改革的坐标，并不是说不需要参考国外的经验。相反，在城市化的不同阶段，城市地区与乡村地区治理结构的分合、在相似地域和人口范围内政府层级的确定、现代信息技术以及全球化等对地方治理的挑战，西方国家的经验均有值得借鉴与参考之处。

第六，需要更加重视比较行政法在建构行政法释义学（教义学）中的作用。行政法释义学的任务在于对有效法律规范的内容进行解释并将其系统化，可以分成两个方面。其一是实践的行政法释义学，即对行政法规范的解释，对一个模糊的法律条文，要运用文义、目的、历史、体系、比较法等方法进行解释。比较法不仅在法律制定过程中具有重要作用，在法律的适用与解释中也发挥着重要作用。法律的适用不是机械地适用法律或者探求立法者的主观意图，法官在法律的解释和漏洞的填补方面具有很大的自主判断空间。在选择一个最符合正义理念所要求的解释时，比较法可以发挥其作用。如果待解释的相关规则本身即为借鉴域外制度的产物，比较法研究的重要性则更为凸显。其二是理论的行政法释义学，即对法律进行系统化。法释义学通过运用概念、类型和原则等工具，将具体的法律问题纳入普遍化的、无评价矛盾的、符合逻辑的相互关联中，从而发挥秩序化和系统化的功能。域外行政法理论中发展出来的一些重要概念、类型和原则，如行政主体、公法人、行政处理、行政规则、信赖保护原则、比例原则等，对中国行政法释义学的建构具有参考价值。我国目前行政法释义学建构中的很多问题，皆与比较行政法研究的不足有关。一方面，我国行政法学的主要概念和基本框架是承继自大陆法系，但大陆法系行政法释义学的优点，如系统性、类型化和安定性等，在我们的行政法学却难见踪迹。目前国内教科书概念界定不科学，体系结构混乱，基础性概念如法律保留、公法人、行政主体、公物、行政规则（规定）、行政裁量、举证责任等缺乏深入研究。行政处理是大陆法系行政法学的核心概念，但我国行政法学界至今对其重要地位尚缺乏认识，对其内涵、效力等研究都有很大缺陷。另一方面，在行政法学体系中，大陆法系与英美法系的概念、原则与结构纷然杂陈，如依法行政原则和越权原则、信赖保护原则和正当期待（合理预期）原则、比例原则与合理性原则等，缺乏整体的协调。因此，如何在对大陆法系和英美法系的行政法学概念体系进行比较研究的基础上，建构一套相对成熟的行政法释义学体系，是中国行政法学界面临的一个重要课题。

伴随着中国经济的持续增长、社会结构的剧烈转型以及对全球化进程的深度融入，中国行政法的发展面临诸多的机遇和挑战，比较行政法研究理应对此作出独特的贡献。无须讳言，比较行政法研究的更新与提升并非易事，需要研究者克服语言、专业和资源等方面的诸多障碍。但是，在信息和人员跨国交流方便快捷的全球化时代，在中国经济社会快速发展的背景下，或可预期的是，中国的比较行政法研究即将迎来它的黄金时代。

私法和行政法在解释论上的接轨

方新军（苏州大学法学院副教授）

随着现代规制国的出现，以及规制手段多元化所引发的契约国的出现，公法和私法之间出现了多层次的交融。现代社会的法律已经变成了一个动态的规范体系，同一社会经济生活现象公法和私法可能从不同的角度进行了调整，一旦出现纠纷，偏废任何一方进行孤立的考察都不可能圆满地解决问题。由于现代国家主要通过行政手段对社会经济生活进行直接干预，所谓的公法私法化和私法公法化，其实质就是私法和行政法互相工具化的问题。

中国的特殊性在于，国家从计划经济对市民社会的过度管制中退出来以后，几乎没有任何喘息的时间，就必须转换思维对市民社会进行另外一种规制。与西方国家先存在完备的民法典再出现各种修补性的管制立法不同，在还不存在民法典的情况下，由于市场经济发展的急迫需要，中国已经出现了大量的民事单行法和具体的规制性法规。这些拼盘式的法律往往使法官和民众卡在国家规制和私人自治之间无所适从。因此，如何在司法实务中运用解释论的方法妥当地处理私法和行政法的接轨就是一个重要的问题。

传统理论认为，公法和私法区分的理论基础在于政治国家和市民社会的对立。基于经济人和国家是必要恶的假设，国家原则上不应该介入市民社会的生活，私法和行政法之间的距离应该越远越好。但是完全的市场竞争所导致的协调难题、集体行动的困境、个人行为的外部效应和人的实际隶属性问题，在市民社会内部无法被消解，这使得国家不再伪装成社会秩序的中立监护人。国家针对社会共同体认为重要的活动开始施加持续和集中的控制，这导致了现代规制国的出现。如果说近代行政法向现代行政法的转变，其表征就是从最小国转向规制国，那么这种转变和私法的转向在理论基础上是暗合的。从近代民法转向现代民法，就是从抽象人格转向具体人格，从所有权的绝对保护转向所有权的限制，从意思自治转向意思自治的限制，从自己责任转向社会责任。上述转向的每一个部分都必须通过国家对市民社会的适当介入来实现。如果说近代私法以极端自由主义作为理论支撑，与其相对的则是以整体主义作为理论支撑的威权国家，两者之间只会存在对抗不可能出现交融。但是当规制国的理论基础从社群主义转向共和主义，而现代私法的理论基础从极端自由主义转向温和的自由主义时，两者的理论共识已然逐渐趋近。对于上述问题的理解是解释论的前见。我们必须明确，所谓规制只是在承认私人自治的前提下，国家对市民社会的必要干预。对于市民社会自身无法消解的问题，在解释论上适用行政法规确实可以起到减轻法官认知负担的作用，但是对于行政法规不加分析的适用，也会导致国家对市民社会的过度干预。

在立法的层面，私法一般通过引致和转介条款的立法技术铺设私法和行政法接轨的通道。引致条款的目的在于实现私法和行政法的外部接轨，其遵循的仍然是私法和行政法两分的思路。如果只是单纯的引致，法官基本上没有解释的余地，所产生的只是表面的民行交叉问题，似乎只要在程序上确立何者优先就能解决问题。但是只要行政机关作出具体的行政处分，解释论上的难题仍然会出现。例如甲获得行政许可建设房屋，邻人乙的利益受到侵害，乙能否主张妨害排除请求权和损害赔偿请求权？这涉及具体行政处分的双重效果。如果行政法规没有明确排除私法请求权，具体的行政处分原则上不能影响私法请求权，因为即便是排除私法请求权的情形，立法一般都有补偿第三人的配套措施。如果立法没有排除，而具体的行政处分能够排除私法上的请求权，无异于利害人的利益未受任何补偿地牺牲。但是在特定的场合，基于两害相权取其轻的原则，法官并非不能通过解释驳回原告的妨害排除请求权，而只支持当事人的损害赔偿请求权。再如，具体的行政处分能否附条件？在具体的行政处分作出之前，私法关系处于效力未定状态，如果行政处分附条件，私法关系仍然不能最终确定。但是这种不确定对当事人已经存在法律上的积极意义，因为由此产生的期待权可以成为私法上交易的客体，甚至成为侵权法的保护对象。上述问题只是管中窥豹。行政处分作为私法关系的构成要件，法院能否审查？行政处分作出前，或者拒绝作出行政处分时私法关系处于何种状态？规制私法的行政处分是否具有绝对的存续力？诸如此类的问题都需要法官在具体案件中作出解释。

转介条款的目的在于实现私法和行政法的内部接轨，其目的是将公法的规定直接引入私法的内部，从而使得公法的规定成为私法关系内容的一部分。传统大陆法系国家的民法典一般都在物权、合同和侵权章节规定一般的转介条款，例如物权人只能在不违背法律规定的基础上行使自己的权利，违反强制性规范合同无效，违反保护他人的法律构成侵权等。这些条款是潜伏在私法

城邦里的“特洛伊木马”，打开它们公法规范将源源不断地涌入私法，法官解释的宽严将决定公法进入私法的流量。我国物权法第7条和合同法第52条第5项的规定就是两个典型的转介条款。尽管在我国侵权责任法中没有出现转介条款，但也可以通过解释将其推导出来，因为只有合法的民事权益才受到侵权责任法的保护，这个“法”不但包括私法也包括公法。

物权法中转介条款的目的，是通过转介公法规范对物权人的权能进行限制，其功能是对行为人的自由进行克减。在现代社会中，这种克减无论从方式上还是从内容上都出现了增加的趋势。原先物权人主要承担的是容忍的义务，而现在则出现了越来越多的积极作为的义务。限制的原因出现了膨胀化，例如基于公共安全、环境保护、城乡规划、世代利益、文物保护等，在法国法上物权人承担的上述限制被形象地称为“行政性役权”。限制的范围从不动产扩大到动产，原先认为基于动产的流动性国家无从限制，但是国家可以通过对私人手中的文物进行评级登记的办法，限制其向国外出售或者进行不当的更改和毁损的行为。同时，行政法规并非只有克减这一种方法。例如私人原则上不得占有和交易珍稀野生动物，但是得到国家允许从事珍稀动物培育的，如果达到一定数量且能自然繁殖的，可以允许私人进行一定范围的商业开发，这反而容易实现国家的规制目的。这种方法在文物保护和自然资源保护方面也有运用的余地。法官在运用物权法中的转介条款时，其解释余地较小，可能产生的国家对个人权利过分干预的情形主要通过立法阶段的充分协商予以排除。法官能够解释的，应该采取限缩和严格解释的原则。

合同法中转介条款的目的，是通过转介公法规范对私主体法律行为的效力进行补充和限制，其主要功能仍然是对行为人的自由进行克减，法官在解释的时候仍然应该遵循限缩和严格的解释原则。我国最高人民法院在关于强制性规范的两次解释中，先是排除了地方法规和行政规章，后又排除了单纯管理性的行政规范。这种对国家过度干预市民社会的怵惕之心实值赞赏，但是对于违反强制性规范合同只存在有效和无效的简单两分模式仍显不足。法官在适用上述转介条款时，仍然可以通过对具体强制性规范的解释得出多元的结论。如果强制性规范的目的只是为了保护合同一方当事人，法官可以限制无效的溯及力。例如，企业非法雇佣童工导致合同无效，对已经履行的部分不产生无效的效力，否则企业可以主张合同无效要求童工返还已经支付的工资，而对未支付的工资童工则无权请求，这实际上反而变相保护了强制性规范无意保护的主体。同时，法官也可以单纯赋予受保护的一方撤销权的方式，排除另一方单方面主张合同无效，这也符合无效范围的缩小、可撤销的范围扩大的立法趋势。强制性规范只涉及合同部分内容的，应该只是部分无效，而不导致合同整体无效。强制性规范的目的只是为了限制合同主体的，合同无效只能产生相对的效力，而不产生绝对的效力。违反强制性规范只存在于一方当事人的，国外的学说理论甚至出现了一方部分无效的新构想。如果只是违反作为前置性条件的强制性规范，此时合同不应是无效，而应是效力待定。即便合同被认定为无效，传统理论认为的无效合同“如同死胎，纵有妙手神医也不能使之复活”的观点也已经被突破。如果无效合同符合其他法律行为的要求，在当事人知道该无效时会期望这一有效的法律行为发生，法官可以通过解释将其转换为有效。我国合同法第52条第5项缺少传统大陆法系立法中的“但可从法律得出其他效果者，不在此限”的但书条款，对我国法官的解释技巧提出了更高的要求。

侵权责任法中的转介条款具有双重功能，一方面是对主体行为自由的限制，另一方面也能弥补私法规定的不足，扩大侵权责任法的保护范围。这种功能在传统民法理论中一直被忽视。如果强制性规范对主体的行为义务进行了具体规定，例如不得超速、醉酒驾驶，不得排放一定标准的污染物，建造房屋必须和邻近房屋保持一定的距离等，在侵权责任法中就可以成为法官认定侵权人过错的表面证据，减轻当事人的举证责任和法官的认知负担，实际上将私法中的过错责任在特定情况下转变为过错推定责任。行政法规中关于各类专家行为义务的具体规定同样可以成为法官

认定过错的标准,同时也可能会突破纯粹经济损失只有在行为人故意的情况下才予以赔偿的限制。如果行政法规对主体的行为义务没有具体规定,法官只能将其转介入侵权法的一般条款从而适用过错原则,否则就会导致对私人自由的过度干预。

现代社会中,政府开始成为财富的主要源泉,主要表现为:国家垄断一部分资源,通过发放营业许可创设新的财产权,例如出租车营运证、排污许可证等;国家可以在公共资源上创设不同于传统物权的新类型权利,例如采矿权、捕鱼权、取水权等;国家也可以针对特定的人群赋予特定的权利,例如残疾人补助金、失业救济金、单身母亲救济金等,个人从免于国家干预的自由转向了通过国家获得自由。在上述新类型的财富中,有一部分只是主观公权利。例如基于福利国家产生的权利,它们是给付行政的对象,权利人只能向国家主张,第三人无侵犯的可能,因此没有在私法中转介的必要。能够在私人间产生对抗效力的新类型财富,则要看私法在解释论上是否将其接纳为私法上的权利类型,这在侵权责任法上有重要的技术意义。成为私法上权利的,以准物权为代表,事实构成要件的符合直接推定违法性的存在。不能成为私法上权利的,只能是私法上保护的利益,此时违法性不能被推定,而要在具体个案中由法官基于利益衡量予以认定。后者是解释论的难点,这在公法上表现为有关行政法范围的讨论,在私法上表现为个人能否基于公法规范提起民事诉讼的讨论。尽管在学说理论中已经归纳出一些解释的方法,例如行政法规是否具有保护私人利益的内涵,原告是否行政法规意欲保护的主体,原告的损害是否行政法规意欲保护的主体,但正如丹宁勋爵指出的,这仍然是一个法官恨不得通过抛硬币来解决的问题。由于规制性法律一般都具有阶段性、权宜性和易变性的特点,立法者可能根本没有考虑过规制性法律的体系化效应问题,这只能通过法官在具体个案中进行具体的衡量。立法者有把握的,可以在规制性法律中设置私人能够提起民事诉讼的通道,我国反垄断法第50条、反不正当竞争法第20条第2款就是例证。这一方面可以扩张私人请求权的基础,另一方面也可以通过私法求偿来围堵公法上的不法行为,从而起到增加违法成本、降低执法成本的作用,同时也减轻了法官解释的难度。

从规制国转向契约国的说法也许有些夸张,但是国家确实越来越多地将一些原本应该由自己去解决的问题通过外包或许可的方式交由私人来实现。这一方面会导致私法对行政法的进一步渗透,另一方面这些私人组织通过自治性规则所发展出来的事实上的管制规定,通过何种渠道在私法中被转介也是一个急需解决的问题。同时,规制手段多元化导致了大量无法定拘束力的软法出现。这些自治规则和软法作为习惯,或者作为保护他人的法律,抑或作为善良风俗、公共政策在私法中转介,其适用范围或者主观要件可能会存在重大区别。随着社会经济生活的变迁,私法和行政法的拉锯永远不可能被消除,只能通过学者和法官站在公私法的整体视角上,探寻特定年代相对合理的解决方法。

法学方法与我国宪法学研究的转型

杜强强(首都师范大学法学院副教授)

对违宪审查体制的介绍和探讨是三十年来我国宪法学研究的一个重中之重。不过,违宪审查机制并不是宪法的唯一实施途径,更不能说没有了违宪审查就没有了宪法。就我国宪法来说,它的实施更多通过最高国家权力机关的立法,而非通过宪法监督的方式来实现。立法机关根据宪法制定法律,既是对宪法的具体化,也是对宪法条款的解释和实施。三十年来,全国人大及其常委会依据宪法制定了大量的法律和法律性文件,这是我国最主要的宪法实践活动。我国宪法学必须正视这个重要实施途径,实现宪法学研究的转型,从对违宪审查机制的研究转移到对宪法解释本

体的研究上来。

我国宪法主要经由立法予以实施，这丝毫不降低研究宪法解释的学术价值，相反更凸显了研究宪法解释的必要性。1982年宪法确定了宪法的最高法律地位，其中第5条明确宣布一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。从规范的角度看，宪法第5条所预设的立场至为明确：不能认为立法机关制定的法律总是合乎宪法的意旨。因此，如果把立法机关制定的法律当作立法机关对宪法的实施和解释，那么它依然存在一个是否合乎宪法意旨的问题。如何判断宪法的意旨，如何认定立法不符合宪法，这些都是宪法解释的基本问题。

实际上，任何国家都有一个“监督者由谁来监督”的问题，这个问题不能做无穷尽的倒推，而必须要有一个终结。从比较法的角度看，美国和德国都有具体的违宪审查机制，美国联邦最高法院和德国联邦宪法法院甚至被称为“宪法的守护人”。不过需要注意的是，并非“宪法的守护人”作出的任何宪法裁判都能符合宪法的意旨，因此美国和德国宪法学理论的一个主要目标就在于对宪法裁判的评论，即对宪法裁判机关作出的宪法裁判进行学理上的批评。这既是对“宪法的守护人”的监督，也是对宪法原则和规范的呵护，还是学术研究履行政治功能的重要体现。我国没有类似德国和美国的违宪审查机制，但并非没有“宪法的守护人”——全国人大及其常委会。因此，对全国人大及其常委会立法的学术监督，就是宪法学界不能放弃的重要任务。

对“宪法的守护人”之宪法解释行为的批评，得有一定的标准和方法。总体来说，宪法学对宪法解释之标准和方法的总结和研究，具有相当的实践价值和学术意义。

就实践层面来说，这类研究能够为立法机关在法律制定过程中提供较为具体的指引，从而使其立法能符合宪法的宗旨。一般来说，宪法规范具有高度的概括性，很多时候它并不能为立法机关提供具体的指引。例如，按照我国宪法第51条的规定，公民在行使自由和权利的时候，不得损害公共利益和其他公民的合法的自由和权利。这是一个概括限制条款，立法机关可以根据这个条款制定限制基本权利的立法。问题在于，“公共利益”的概念过于不确定，如果听任立法机关对宪法第51条的任何具体化立法，则任何在立法机关看来不合公共利益的行为都将不能得到宪法的保护，这显然有违于宪法保护基本权利的宗旨。因此，宪法学要对宪法第51条规定的限制基本权利的理由进行具体化探讨，对公共利益概念做类型化处理，并提出具体的限制标准，从而为立法机关提供明确的指引。比如，虽然宪法第51条是概括限制条款，适用于对各项基本权利的限制，但宪法规定的各个单项基本权利在公共利益的尺度上未必都有着相同的权重。各个单项基本权利都有着不同的属性，而且宪法对有的基本权利的保护程度要高于其他基本权利。在与公共利益进行衡量时，有的基本权利在公共利益的尺度上比较靠前，有的则比较靠后。基本权利的这种特点，要求立法机关在制定限制基本权利的法律时，要具体考虑各项基本权利的不同属性以及宪法的不同保护程度，从而使其所制定的法律能最大程度地符合宪法保护基本权利的宗旨。如果宪法学理论能够对各单项基本权利的属性、保护程度及其与公共利益的关系形成较为成熟而稳定的理论体系，则能够发挥对立法机关提供具体指引的功能。

从比较法的角度，美、德宪法学理论都是围绕宪法解释的标准和方法而建立起自己的宪法理论大厦，这些标准和方法反过来又影响该国的宪法实践，从而形成理论与实践的良性互动。我国宪法学过去将大部分注意力集中于对宪法监督体制的研究，而没有在宪法解释方法和标准上投入必要的精力。这使得我国现有的宪法学理论流于宏大的政治叙事，政治学或者社会学的味道浓厚，法学本身的色彩不强。因为没有做到精细化，也就未能发挥对我国宪法实践的指引功能。全国人大及其常委会制定了诸多的法律，这些法律无一不是对宪法条款的具体化和解释。对这些法律从宪法的角度进行评判，并从中总结出宪法解释的标准和方法，既能够发挥理论对实践的指引功能，也是我国宪法学理论走向深化的必由之路。从这个意义上说，尽管我国宪法实施体制和

美、德有重大差异，但学术研究的目标、重点却大致相同——对宪法解释标准和方法的探究。这也为比较法方法的使用奠定了基础。

当然，说我国宪法学理论的目标和重点与美、德大致相同，并不意味着我国宪法学理论的研究没有自己的难点。从理论上说，法律解释有着“案件相关性”，此即拉伦茨在《法学方法论》中所说的“恰恰就是在讨论该规范对此类案件事实得否适用时，规范文字变得有疑义”（商务印书馆2003年版，第193页）。我国学者黄茂荣在《法学方法与现代民法》中也指出，真正的法律解释问题与其说是从法律条文自身，毋宁说是应以拟处理的案件所引起（中国政法大学出版社2001年版，第253页）。因此，真正的宪法解释，从来都不是对宪法条文抽象的、原则性的解释，而是一定要 and 具体的个案相关联。只有在碰到个案的时候，在抽象层面清晰可观的宪法规范才变得模糊不定。例如，每个人都能对我国宪法第39条上的住宅概念予以解释，并能列举出属于住宅的诸多例子，但对2003年“延安黄碟案”中当事人栖身于内的诊所是否构成宪法意义上的住宅，即便法学界也有很大的争议。

同样，只有在法律的具体适用过程中，才能较为容易地对法律的合宪违宪问题作出判断。从司法实践的经验上说，一项法律是否符合宪法保护人民基本权利的宗旨，离开具体案件抽象地审查总不易于发现违宪的嫌疑。实际上，抽象看来合宪的法律也可能在具体实施的过程中侵害基本权利而有违宪嫌疑。从比较法的角度看，美国最高法院宣告的很多违宪案件，实际上都是宣告其适用违宪，而不是法律表面违宪。法国从1958年以来一直实行对法律的抽象审查方式，但实施效果一直不佳。2008年法国终于修改宪法引入了具体的原则审查制度，即公民可以在普通诉讼中提出违宪审查的申请，经由最高行政法院和最高司法法院向宪法委员会提出。法国违宪审查体制的改革方向，也是要建立违宪审查与个案的关联。换言之，在法律的适用过程中，更容易发现和判定法律的合宪违宪问题。比较法上的这些情形都说明，对宪法解释标准和方法的探讨，一定要结合具体的个案方有成效。

全国人大及其常委会是最高国家权力机关，它们有权根据宪法制定法律，但不能裁判个案。因此，对我国宪法学理论而言，最大的难点在于我国没有严格意义上的宪法案件。但这并非是我国宪法学理论研究的绝对障碍，实际上，我国现实生活中具有宪法学意义和价值的个案并不少见，通过对这些具有宪法意义之个案的分析，依然能够推进对宪法规范的解释，并进而总结出具体解释标准。前述“延安黄碟案”就是一个典型的具有宪法意义的个案。从宪法学理论上说，对当事人栖身于内的诊所之法律性质的界定，实际上就是对宪法第39条“住宅”概念的进一步厘定。从法学方法论上说，“通过将待处理的案例类型归入或不归入某一规范之适用范围，人们可以将该规范的概念范围精确化”（齐佩利乌斯：《法学方法论》，法律出版社2009年版，第104页），而无论认定该诊所是否为住宅，都是对“住宅”概念的精确化，从而达到对宪法第39条住宅概念的具体化解释。宪法学界要做的，就是逐步通过个案形成对宪法规范的解释，并最终形成较为精细的宪法学理论体系。

为达到我国宪法学理论的深化，宪法学必须以宪法文本为中心，重视法学方法的运用，通过个案逐步构建我国的宪法学体系。我国宪法学理论过去对宪法文本规范性的重视程度不够，有的甚至总想以外国宪法文本为模型改造我国的宪法文本。与此相对应的是，我国宪法学并没有养成方法论上的自觉，宪法学界整体偏好于对政治学或者社会学方法的使用，而对法学方法的运用则比较陌生。实际上，法律文本乃法学研究的核心对象。宪法学的研究，也必须以当下有效的宪法文本为中心。学术命题的提出和论证，都必须围绕着宪法文本，通过运用基本的法学方法而展开。

宪法解释有着一定的标准和方法，其包括文义解释、体系解释、历史解释和目的解释等方

法。法学方法的一个基本功能，就在于它能够解释结果提供正当化的基础，并能够对解释结果进行理性的检验。换言之，从现行有效的宪法文本出发，通过使用特定的法学方法，将对宪法规范的解释分解为一个个思想要素，使得法律人有一个相互进行理性论辩的共同平台，从而为学术批判奠定有效的基础。例如，对“延安黄碟案”中的诊所是否属于宪法意义上的住宅这个问题，显然不能仅从“住宅”的日常语义得到答案。我国宪法虽然没有对“住宅”概念的范围予以明确界定，但还是为对这个概念的理解与解释留下了必要的线索。解释者需要追问的是，宪法将“住宅”规定于基本权利章中，且在人身自由条款之后，通信自由条款之前，这种宪法结构上的安排是否隐含着制宪者的某种目的？这一追问始于体系解释方法，而终于目的解释方法。当经由目的解释方法最终发现住宅自由条款的规范目的在于对公民个人私生活安宁的保护时，对住宅概念的解释已经有了一个初步的答案。具体来说，既然住宅自由的目的在于对公民私生活安宁的保护，而在“延安黄碟案”中当事人也将其诊所作为夜晚栖息之所，诊所因此明显具有保护公民私生活安宁的功能，因此能够归入宪法意义上“住宅”的概念范围之内。宪法解释学以宪法文本为中心，经由文义、历史、体系、目的解释等各种法学方法来探究宪法概念的含义，最终形成法律共同体关于现行宪法各条规范的教义学命题。

经由对宪法的解释而获得的教义学命题能够发挥至关重要的稳定和控制功能，它既能够为学术的讨论构建必要的平台，也能够发挥控制宪法实践的功能。因为突破现有教义学命题的任何宪法实践，都须承担额外的论证义务，这就大大限制了立法机关的裁量范围，从而达到了控制的目的。例如，如果通过宪法解释学的积累，宪法学界就我国宪法对基本权利的不同保护程度形成较为确定的教义学命题，这些教义学命题就能够对立法机关的具体化立法发挥指引作用。具体来说，因为宪法对基本权利的保护程度有所不同，立法机关不能以相同的理由来限制不同的基本权利。对于保护程度较低的基本权利而言，立法机关固然可以援引公共利益作为限制的理由，但对于保护程度较高的基本权利而言，立法机关对它的限制必须提出更加强有力的理由。如此，宪法学以文本为中心，通过运用法学方法而构建出的宪法教义学体系，就能够对立法机关的相关具体化立法起到监督和指引作用，从而达到学术监督的目的。

中国宪法与宪法的当代使命

徐继强（上海师范大学法律系副教授）

宪法学的研究不能不关注一个国家或社会的历史特点、现实状态和未来走向。讨论中国宪法学研究的转型，不能不采取一种历史主义的视角，思考中国当代宪法、宪法学在历史进程中的位置与当代历史使命。

总体来说，中国近代历史是努力从积贫积弱走向振兴图强的过程。自鸦片战争以来，中国人一切的努力都是为了振兴中华、富国强邦这一目标。从洋务运动、戊戌变法、辛亥革命，直到今天的人民共和国，这根主线始终没有动摇过。但是，仔细分析近代中国这一历史发展趋势，则有更多值得让宪法学研究和思考的方面。

首先，中国近代的贫弱并不只是清朝闭关锁国、腐败统治才造成的，其更深的根源在于中国儒家政法传统和历史文化中极少有科学和资本主义这些理性力量的元素。

儒家是“人文主义”的，而非科学主义和宗教的。其政法哲学的核心理念是“仁”。“仁者爱人”，爱是偏向情感的。与西方政法哲学的核心理念“正义”不同，正义是偏向理性的。中国传统儒家的政治制度设计和社会治理依靠建立在“仁爱”基础上的“礼”，实行的是“礼治”。而礼

治的实现,靠的既不是外在强制的“刑”,也不是内在驱动的“利”。孔子等儒家先贤看到春秋战国时期一股新兴的社会力量,即士阶层的成长,因此把自己的政治理想寄托在士的身上,以士作为实现儒家政治目标的“物质力量”。所以,儒家致力于提升士的历史自觉性,赋予士阶层特殊的历史使命,“士不可以不弘毅,任重而道远”(《论语》,泰伯·七)。其具体的路径设计是,依靠具有儒家精神和责任感的君子来训导辅佐君王,由接受儒家理想的仁爱君主和士人管理政府,再由这种理想的政府引导社会。因此,政府的组成不能是武人与富人,而是懂得礼、具有仁爱之心的君子,即士人政府。这是一种面向社会的、开放的、平民化的、非权贵的政府。这样一个士人政府的政法传统在汉武帝时代就开始建立起来,并一直延续到清末没有根本改变。

正是由于这种儒家政治哲学以及从汉武帝开始的政治传统,中国两千年的社会再难有追逐财富的理性资本主义和探索自然力量的科学主义之大规模的、持续的生长。而近代西方之所以强于中国,最直接的原因就是他们的科学和资本主义强于中国。所以,鸦片战争以后,中国人觉得要变得强大,首先就要从这两方面开始,于是有了洋务运动。五四前后,在俄国十月革命的一声炮响中,中国抛弃传统儒家的政法传统和历史文化,接受了马克思主义。马克思主义是一种科学的唯物主义,马克思主义的政法理论和社会理论符合近代中国富国图强的历史需要。1949年中华人民共和国成立,严格来说是党的十一届三中全会以后,富国图强的理想才真正开始逐步实现。至于今,无论是在科技领域还是在经济实力方面,我们都已算世界强国了。中国在科技和经济领域改变贫弱落后面貌的历史任务基本完成了。

其次,中国的贫弱最根本的不是国家的贫弱而是社会的散漫无力量。社会逐渐走向平均和柔弱的趋势从唐中叶以后就开始显现。隋唐以后,由于普遍采取科举取士等制度,政府越来越向社会开放,东汉以来社会上的大家士族逐渐消亡。唐中叶以后,社会上的大家族消亡殆尽,整个社会越趋于平面化。这种情形一直延伸到近现代。这从一方面来看是一种进步,但是从另一方面来看,则是社会越来越没有力量。在此后的宋元明清,虽然时有较为强大的中央政府,国家并非总是贫弱,但是社会则始终没有力量。自明以后,政府越来越走向专制,对社会的控制也越来越严厉,而社会越来越失去活力与力量。所以,一旦政府没有办法,整个社会乃至民族也面临危机。如果社会有力量,则政府动荡更替虽然会带来灾难,但是其影响还不是根本的。如果社会也没有力量,那就不仅是“亡国”,而是“亡天下”了。正如顾炎武所言,“亡国与亡天下”是根本不同的。清朝末年,中国面临的既是一种亡国的危机,更是一种亡天下的危机。这是一种国家的、社会的、民族的、文化的全面危机,是中国历史近千年来未有之大变局。

中国的贫弱虽然具有深刻的政治历史文化根源,其苗头虽然可以追溯到近代以前更远的历史,但是真正凸显和被国民深刻地感受,则是因近代西方用武力侵入中国这一事实。武力侵入的第一个后果是,国家灭亡、社会动荡,中国进入一个政府腐败无能、社会一盘散沙的乱世。所以,近代中国振兴图强的首要任务就是发现能够重新组织和动员社会的政治力量,带领中国人民重建统一强大的民族国家。无论是辛亥革命,还是后来的新民主主义革命和社会主义革命,一个首要的目标就是国家的统一和强大。然而,真正实现这一民族复兴伟大任务的只有中国共产党,如宪法序言所描述的:“一九四九年,以毛泽东主席为领袖的中国共产党领导中国各族人民……取得了新民主主义革命的伟大胜利,建立了中华人民共和国。从此,中国人民掌握了国家的权力,成为国家的主人。”

了解上述中国近代历史的演进,我们就可以看到近代以来中国宪法和宪法学的历史位置和历史使命之所在。

宪法,特别是西方近代资产阶级革命以来的“立宪主义宪法”,其核心涵义是“限制国家权力,保障公民基本权利”。西方宪政的出现,是从下到上的演进过程,其间体现了资产阶级民

主的元素。近代西方科学技术和资本主义得到较大发展后，形成了强大的市民社会和资产阶级。这些阶级、阶层提出的民主主张就是要限制国家权力、规范政府行为、维护市民社会和资产阶级利益，要求实行宪政。所以，法国《人权与公民权利宣言》第16条简洁而明确地写道：“凡权利无保障和分权未确立的社会，就没有宪法”。

虽然在汉语界“宪法”一词由来已久，如《国语》所谓“赏善罚奸，国之宪法也”，但是，今天宪法学中的“宪法”概念却移植自西方。移植始于内忧外患的甲午战争和戊戌变法时期，后在民族自强和现代化的驱使下变为自主的探索。因此，宪法与宪法学在近代中国负担有与西方不同的历史使命和特色涵义。中国近代以来各部宪法，不管其文本表达如何，其深层目的都是一种“强国的宪法”、“富国的宪法”，而不是限制和规范权力的宪法。如果说中国现行宪法文本后面有什么“高级法”的话，此“高级法”就是中华民族与国家的振兴图强。中华人民共和国现行宪法序言采取一种历史主义的视角，揭示了这一高级法：“我国将长期处于社会主义初级阶段。国家的根本任务是，沿着中国特色社会主义道路，集中力量进行社会主义现代化建设。中国各族人民将继续……自力更生，艰苦奋斗，逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化，推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展，把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家。”

处于上述历史位置中的中国宪法及其历史使命的实现，需要完成一系列艰巨的任务和面临一系列复杂问题的挑战：东西政法理念和文化的巨大差异，强权与限权、强国与强民的矛盾，社会管理与社会自治的矛盾，科技进步、经济增长与宪政体制脱节带来的巨大负面效应等。而这一切，都表现为立宪主义的宪法表达与中国的宪法实践存在明显的反差。面对这些问题，当下中国的宪法学初步分化成几个不同的流派，他们从各自的观点和立场出发，自觉或不自觉地提出了针对上述问题的不同主张和研究进路。

主张围绕宪法文本或宪法规范展开宪法学研究的法律教义派，包括“规范宪法学”与“解释宪法学”。规范宪法学从应然与实然、规范与事实的二元主义出发，将“规范宪法”视为宪法规范的一种理想形态，并将宪法基本权利看作这种规范宪法的价值核心。规范宪法学同时强调一种开放式的“法教义学”的运作方法和技术，围绕宪法规范，将其中隐含的价值观概念化、体系化、逻辑化，以达到规范宪法。解释宪法学致力于从宪法文本出发，推进宪法解释技术与方法的完善，通过解释沟通文本与实践、规范与事实之间的断裂，既保持宪法的稳定性和统一性，又适应宪法变迁和实现多元价值的整合。上述二者尽管不同，但都以近代西方立宪主义的宪法概念和成文宪法为讨论前提，都非常强调宪法实施的法律方法的运用，所以更多精英主义的、法律人和法学研究的风格。他们往往主张“宪法司法化”，而对民主、民主机关的宪法实施关注不足。

针对法律教义派的不足，“政治宪法学”和“实效宪法学”分别从政治哲学和社会科学这一现实主义立场提出了自己的看法。政治宪法学针对法律教义学，特别是规范宪法学只关心“规范”和“宪定权”，而无从解释“制宪权”的存在和行使的正当性问题，将研究的触角延伸到“制宪权”、“立宪时刻”、“人民”、“根本法”等法学与政治学交界领域。政治宪法学特别关注政治现实中，“中国共产党领导下的人民”作为立宪主体，在各种“立宪时刻”塑造宪法的重要作用，力图解决的是政治性的“制宪权”与规范性的“宪定权”的现实冲突，从而将宪法学研究与现实政治关联起来。但是，政治宪法学仍然只是诉诸于捉摸不定的“立宪时刻”，而对“立宪时刻”的历史之维缺乏深入的分析 and 论证。实效宪法学主张打破法律的概念主义、形式主义和文本主义所强化的“成文宪法”概念的桎梏，摆脱意识形态化的西方现代宪政话语支配，用社会学的基本方法来研究宪法问题，从宪法运作的角度探究和发现已经在运行的“不成文宪法”规则，并对这种宪法规则加以明确，使其有所损益，加以正名。其意图在于弥合我国宪法表达与实践之间的巨大鸿沟。实效宪法学也许发现了宪法，但却没能从现实与历史发展的合理性上证成宪法。

上述诸流派从各自的角度和立场,推进了中国宪法学研究的深入,但是如果把它们放到一种历史主义的光谱上去分析,则仍然具有或多或少的缺陷。

中国宪法学应该采取一种历史主义的视角,深刻理解中国近代社会的特点和历史走向,把宪法放到人类历史的进程中去考察。这也是我国宪法自身思考宪政问题的基本逻辑。例如,现行宪法序言采取的就是一种历史的叙述方式,以展开它的规范表达:“中国是世界上历史最悠久的国家之一……”。当代的宪法学需要的不仅是面向过去的宪法发现,还要面向未来的宪法证成。既发现宪法,又证成宪法,这就是中国宪法学研究的基本方法。

从一种历史主义的观点看,当今人类社会的危机是科学和资本主义(这里的资本主义不是指一种社会制度,而是韦伯意义上的对财富的理性追逐)这两头怪兽从理性的牢笼释放出来之后的难以控制。科学和资本主义都是西方理性文化的现代表现,其负面效应已成为全人类的梦魇。

中国文化传统元素里缺乏科学和资本主义这两种力量性元素。中国传统政府向来是一个开放的、平民化的政府,而非武人和富人把持的权贵政府。中国社会自唐中叶以后逐渐走向平铺、散漫和无力量。这一切发展到近代,中国文明遭遇西方科学和资本主义的野蛮强力出现全面的危机。也就是说,中国缺乏的是力量,而科学和资本主义最能增强力量。所以,近代中国的一切努力都是朝这个方向用力。真正实现这一目标的是中国共产党领导下的新中国。而且,新中国实际上仍然承继了中国古代政治传统中的平民化元素,当今的政府仍然是一个人民的政府而非武人与权贵的政府。

但问题是,我们吸收了西方的科学和资本主义文化元素,却没有完全采纳西方式的民主和宪政,而中国古代政法传统则在意识形态上被抛弃。这样,驾驭和控制科学和资本主义这一具有强大力量的机制出现缺位,其带来的负面效应在中国比西方更为严重。比如,科学带来的环境污染、食品安全、资源过度开发,资本主义刺激出的物质欲望和财富的贪婪,腐败的权力通过所掌握的科学和财富上的强大力量加强对社会和公民权益的侵害,政府的平民性、开放性受到各种挑战等。中国确实强大了,科技、经济方面都取得了巨大的成就,但这一切还主要表现为国家的强大,而较少表现为社会和公民的真正强大。这样的强大面临巨大的风险。一旦经济滑坡或其他较大风险出现,政府和国家没有办法时,社会也无力自救,近代以来中华民族面临的亡国和亡天下的危机就可能再次上演。

正是在这种意义上,近代以规范权力、保障人权为特征,不仅在于统治的维护更在于社会和公民自主的“立宪主义宪法”,对未来的中国具有特别重要的意义。这种宪法不仅和中国古代政法传统如平民化、开放性不矛盾,也和中国近代特别是共产党人追求的人民当家作主的革命传统相一致。我们可以把这种宪法称为“中华立宪主义宪法”。现实的宪政实践只有在这种意义上才能获得证成。促进向这种宪法的转型是当代宪法学研究的历史使命。