

笔谈：法学研究与论文写作

苏力等

编者按：本笔谈系根据北京大学法学院苏力、陈兴良、白建军、陈瑞华、凌斌五位教授在凌斌教授主持的《法学研究方法 with 论文写作》课程课堂讲授录音整理而成。《中外法学》编辑部曾于1990年第6期至1991年第2期，分别约请金瑞林、魏振瀛、沈宗灵、饶鑫贤、肖蔚云、储槐植六位先生撰文分享法学研究与论文写作的心得与经验。24年过去了，尽管中国法学论文发表数量呈现出井喷式的增长，但中国法学研究的创新与论文写作的质量并未得到同步提升。法学论文写作训练仍然是中国法学教育的软肋，法学论文质量仍然在相当程度上制约中国法学与法治的进步。为了进一步促成法科学生与法学者对法学论文写作的理论自觉，本刊特别委托凌斌教授组织本次笔谈，将上述五位学者的课堂讲授录音整理成文。笔谈的内容凝聚了五位学者治学著述的智慧，触及了法学研究与论文写作的许多核心问题。孟子曰：“梓匠轮舆，能与人规矩，不能使人巧”（《孟子·尽心下》）。他人的经验传授，当然代替不了自己的勤学苦练。论文写作的点滴提高，终究要“君子欲其自得之”，“自得之，则居之安；居之安，则资之深；资之深，则取之左右逢其源”（《孟子·离娄下》）。希望本次笔谈能够成为中国法学同仁“君子自得”的铺路石。

只是与写作相关

苏力（北京大学法学院天元讲席教授）

我谈不了什么写作，只能根据个人经验，谈一些或许有助于写作，其实更多是社会科学或法律/法学写作的问题。在我看来，有两件事对于写作很重要：第一是你得真有点什么有意思的东西要说，要有点干货。第二，写作者一定要有读者/受众感，知道自己是在同谁说话，因此，写作在我看来更多是在交流。写作的其他方面都与这两点相关，也受制于这两点。

一、言之有物

第一点,就是要“言之有物”。这个“物”在传统中国经常是写作者个人的真情实感,避免“为赋新词强说愁”(注意,辛弃疾说的是年轻人在特定时期感情空虚、造作或多愁善感,这成了他要表达的“物”)。但现代以来,我们的写作表达有了很大变化,甚至是根本的变化。大致说来,就是孔子概括的“古之学者为己,今之学者为人”。对这句话的解释很多,我自己的胡乱解释就是,最早的写作大致是“诗言志、歌咏言”,表达个人的主观感受,不一定是为了同他人交流,因此也就不大考虑其社会价值,没有什么社会功利性;但逐渐地,由于这种表达对他人有价值,因此写作就从表达自我转向了社会交流,学问或写作的功用就变了。人们也就开始从社会角度来评判个体的一些写作和表达了。

这一点在现代社会,尤其在自然和社会科学的论文写作上,更为显著。对于社会科学研究者,对于法律人,其职业的或学术的写作往往就只是为同别人交流,必须对社会当中的某些人,有时甚至可能就是一个人有用,才值得写。而学术发表,就是理论上假定写出来的这些东西对学界的一些人会有用,有时还会与更广泛的受众交流。而这些文字,通常不是要受众知道你有什么主观感受,有什么看法,而是你能有什么对别人有价值的信息、思考或发现可供他/她们分享。换言之,写的东西即便是完全个人体验的,也一定要有一些超出了写作者个体经验之外的意义,有时甚至应当具有更普遍一点的意义,诸如科学发现。在我看来,这是“今之学者为人”成为现代社会之必然的最大社会历史语境。人们有理由要求写作者有点干货、重要、实在,值得别人花点时间去看,会有助于他们应对或是解决某个实际问题,至少也有助于换一个角度理解某个问题,而不能只是一通文字游戏,可有可无。人们如今很忙,除了对朋友外,受众对个人的喜恶和感触可以说漠不关心,基本上是只关心你是否提供了对于他人和社会有用的信息,尽管有时这种信息也可能就是某个人的私人信息,如某位明星的八卦新闻。

问题是如何保证言之有物,特别是社会科学的,或法律/法学的写作?首先是一定要有件让自己真正关心的实在的事,无论是一个社会现象,还是一个事件或案件,你得是真的关心,而不是觉得应当关心。也不要匆忙作评价,一定要具体切实且尽可能完整地了解一下这件事本身,从中找出引发自己关注思考的并试图回答或应对的问题,具体了解与这个问题相关的所有可能的主张和相关的实践,不但要从自己熟悉的并且赞同的角度,而且要懂得换位思考,从自己不太熟悉甚至不赞同的角度来了解相关主张和实践背后的理由,了解不同主张付诸实践后的实际后果或实践的后果等等。所有这些分析理解都应当尽可能避免强烈的个人感情色彩,要尽可能地把自已个人的主观情感和偏好放在一边。也不是排斥感情,而是为避免因为自己的强烈感情导致对相关事实的扭曲甚至忽略,因此对问题理解和判断发生偏差,觉得自己或某一方太有理了,太强大了,对方太没道理了,不堪一击。真实的法律世界中很少会有这种情况,道理一边倒,却一直就是不能凯旋。之所以出现这种现象,常常是因为只看到了自己的道理,看不到或拒绝理解对方的道理。这种鸵鸟战术不利于深入分析和有效应对,不利于文章分析

说理,也不利于明智的决策和有效的行动。

就法学或法律问题研究而言,我更赞同多站在自己的对立面来审视和质疑自己的道理、根据、证据和理由。自己跟自己作对,更容易知道自己的弱点在哪里,因此会迫使自己思考得更细,会发现一些值得分析的新问题,甚至可能导致自己改变或修改预先的判断。保持这种开放态度,才算真正思考了,才算是讲理的。注意,这一点不仅对仅讨论学理问题的学人有用,律师其实也可以用。律师通常从一开始就确定了立场,为自己的当事人服务,就此而言,他必须坚持自己的立场,但这并不意味着他就朝着自己想要的结果裸奔,那一定会变成胡搅蛮缠,没理狡三分。这种做法,在社会上,可能会有人觉得惹不起而躲着你;但在法律文件写作上或是法庭辩论中,这不会真的起作用。写作的基本制度前提是讲理,自己要讲理,受众也要讲理,并且要讲、要听双方的理。而如果能从对方的视角看到了自己的证据不充分,比方说,在此案中根本无法做无罪辩护或无过错辩护,那么及时改变自己的主张和诉求,重新界定自己可能达到的目的,重新界定成功,这并不丢人,而是正派和体面,而且这也不损害当事人的利益,因为“死磕”并不能得到自己希望得到的结果。基于理性判断的诉求和目标调整其实是律师必须具备的应变能力。

因此,与许多人对法律人的想象相反,法律人写作并不是法条导向,而必须是事实导向的,当然法条也是法律人面对的事实之一。只有了解了事实或有关事实的众多信息甚至相关信息,法律人才知道哪些法律可能与此案或此事或其中的某个问题有关,哪些事实与某个法条中的某个概念有关。多年前,我对夫妻在农村诊所中看黄碟事件的分析,许多评论人都强调这是夫妻在“家”,却忽略了农村、夏日三伏天、诊所,以及邻居向警方报警等细节,而有没有这些细节对于判断警方行为的合法性和正当性极为关键。因此,在律所中,律师针对任何问题撰写的法律备忘录(memo)都一定是面对现实、研究真问题的,甚至有意把困难即对己方的不利因素想得更多一些,乃至美国著名自由派刑辩律师、哈佛法学院教授德肖微茨认为辩护律师的最佳策略是首先对自己客户做“有罪推定”(《最好的辩护》,唐交东译,法律出版社1994年版)。法律人一定要努力把可能影响最后结果的每个不利和有利条件都摆出来,不能只想着为自己提气鼓劲,想着自己多么占理;甚至不能只关心法律上的所谓的事实问题或法律问题,而是一切与之可能相关的问题,都要进入写作者的分析视野,并要以此为基础研究,做出一些审慎的判断和推断。这样的法律写作者因此必须是一个研究问题的人,要对各类信息始终保持高度的敏感;好的写作者必须能从别人省略的细节中,从别人看不上的材料中,看出问题,纳入自己的思考,由此导致对问题的分析判断改观,甚至翻盘。只有这样的 memo 才是对法律人,无论自己还是其他人,真正有用的。

也因此,社会科学的写作、法律的写作,并不是基于信念的写作,而是基于经验证据和现实可能的写作,是为行动或不行动提供指导的写作,务实、冷静、理性、不夸张、避免激动人心,只有这样的文字对自己或受众的决策和行动才有实在意义,因为理想并不追随强烈的愿望而来。

到了学术论文中,这种法律 memo 的写作则大致相当于论文的文献回顾,这包括对问题、观点的梳理,在此基础上形成自己的初步判断、研究思路和文章的基本论证逻辑等等。法律

memo 和法律学术写作因此有相通之处。不要以为学术一定是要引证什么波斯纳或哈贝马斯或亚里士多德或施密特之类的,除非必要,切勿乱引。重要的是要清楚问题是什么,自己的观点或应对措施是什么,根据是什么,尽可能用简单、明白、以不会令人误解的文句说清楚,说的合乎情理。情理包括了理论逻辑和生活的情理,包括有分寸,这一点后面还会提到。

但即便此刻一切齐备,写作的主要问题也仍然不是,至少主要不是如何表达自己的观点,而是要清楚自己是写给谁看,自己的预期读者是谁,然后才考虑写作的其他问题,包括结构、风格甚或语言。因为今之学者为人,既然为人,写作者的读者感就至关重要。

二、受众感

先前许多人谈写作是不谈读者的,只谈表达自己。这在当时或许是有道理的。第一,之前的许多写作是散文,或诗歌,或书信,无论记事还是抒情,许多人生经验或感慨,只要不是太离谱,人们大都可能分享。第二,之前的这类写作大多是写给同一社会阶层的人看的,因此,只有接受不接受,能不能接受的问题,通常没有说服的问题。孔子说:“道不同,不相为谋。”因此,写作者就无需考虑受众是谁。

但在现代社会,由于全民阅读,也由于各种意义上的社会分层,包括专业化、职业化,受众问题就会变得越来越突出。特别是社会科学的研究在相当程度都是要说服人的,不像自然科学那样基本上钉是钉铆是铆,其实有些自然科学的研究也不那么坚实,没法实验,因此也要靠分析论证,典型的如生物进化理论。例如,律所里法律人写的 memo,可能就是写给很少几位律师看,甚至只给某位律师看。学术论文理论上是写给学术职业同行看的。但由于法律是在社会环境中运作的,有时写作者的交流对象就不仅仅是学术同行,有时甚至主要不是学术同行,而可能是法律职业的同行,律师、法官和执法者,常常也还可能有广大公众——也因此法律人是很容易成为公知的。注意,即便公众也不是单一的或同质的,而是观点、立场或利益不同的,某些问题上可能分歧巨大,尖锐对立甚至势不两立,如反对死刑与支持死刑的,强调政府规制与反对政府规制的。这就使法律或法学写作与许多学科(不但是自然科学学科,而且许多人文和社会科学学科)的写作根本不同,即便法律的学术写作也很难只考虑专业或职业读者。法律人和法学人往往面对着各种潜在读者,他们的知识水平不一样,他们阅读时的先期判断不一样,他们的立场、视角不同,他们的利益关切也很不同。写作必须非常清楚地知道这一点,并且在写作中要做出有效的应对。写作者必须明白自己不只是在表达,不能仅仅停留在表达自己的看法、观点或判断,而要努力让甚至一定要让受众理解写作者如何得出这样的观点和判断,即便不可能总是成功,却还一定要努力争取受众觉得写作者的这一观点和判断有道理,是合乎情理的,乃至一些本来模棱两可的或拿不定主意的受众,众多法律实务或学术人士、法官、立法者、执法者,乃至广大公众,就因为你的写作而支持了你的观点和判断。

这就是为什么我反对法律写作的核心关注是观点的表达,核心关注只能是也应当是有效的交流。这就要求法律写作者一定要关注读者,要知道自己是为哪些人看的,他们可能关心

什么问题,他们的前见是什么,对相关问题他们通常的理解和自觉判断是什么,他们在哪些问题上可能与写作者的主张和期望分歧,分歧有多大,可否沟通,如何有效沟通,依据哪些写作者与预期受众分享的价值和预设等等。只有在此前提下,写作者才可能谈论如何表达自己,才可能判断什么样的表达和什么样的文字是好的,才有了判断写作好或不好的标准。如果写作仅仅有关表达,写作者就无需关心读者,想怎么表达就怎么表达都可以,对天空嚎叫,或唱歌,唱什么调都可以,只要你觉得尽兴了就行。

不需要做事或不需要做成事的人才能这么行动。社会科学和法律的研究写作都关心后果,也知道表达通常都会有后果,不管表达者是否有意,是否是他/她追求的后果。“孔子作《春秋》而乱臣贼子惧”、“笔落惊风雨,诗成泣鬼神”,这类说法都是明证;而“藏之名山,传之其人”,“语不惊人死不休”则表明许多写作者也追求后果。即便抒情也得让人明白这是抒情,不是发疯;即便是请个假条,你也不能让老板误解成辞职信,否则你就悲催了。

事实上,连日记也常常是交流。有些人,比如说我们都知道的蒋公的一些日记似乎就是准备留给后人看的。他知道自己重要人物,自己的言行会是历史,因此他在日记中就很注意“地图开疆,日记强国”。即便天生内向的人,写日记只表达自己的困惑和烦恼,但这也往往是在同另外一个自我交流或矫情。普通老百姓不写日记,许多年轻时写日记的知识分子中年后通常也不写日记。

要注意一点,并非所有的交流都为了说服人,许多文字不是,公文和报告就不是,只是传递一些重要的信息,包括布置工作,提要求,下命令,甚至包括凝聚人心,鼓舞干劲等等,但就是不包括说服。上下级的权力关系决定了下级必须服从上级的要求。

只是法律/法学的许多文字常常要说服,说服法官、陪审团,经媒体说服公众,说服学界,说服其他的旁听者,要说服各种有反对意见或不同意见的人群。而说服,就不能只是说法律是如何规定的,那当然很重要,但中国人自古以来不仅看重国法,而且看重天理和人情。仅仅国法不能令受众不质疑那些在他们看来自己有能力理解判断而且发现法律人说的不合情理的道理。写作者也不能仅仅告诉受众自己的观点和主张,或是号召或煽情——那是公知的事——而是要全力展示一个观点、主张或结论是如何得出来的,不仅有立法根据,而且有事实根据,常常还相当合乎情理、天理和人情。

也不是要说服所有的人,事实上,这不可能,尤其不可能说服那些有直接利害关系的人,特别是案件中败诉的一方,但你的道理至少必须让无直接利害关系的受众,依据写作者和读者分享的法律规则或分享的其他前提,因写作者提供的可靠信息、缜密分析和严谨逻辑而坚定了或接受了或改变了其预断或观点,得出与写作者相同或相近的结论;至少也要让不接受写作者观点和主张的受众知道,世界上许多人观点不同,不是因为写作者脑残,缺乏正义感或其他,而只是因为“道不同”,或是对一些有经验根据的信息得出的判断不同,因此是值得尊重的。例如,一个人被判3年正确,就很难说3年零3个月就绝对错了;赔偿30143元是对的,去掉零头,也不必然错。

我说了,受众是多种多样的,在这个意义上,每一次法律/法学写作的对象都必须重新界

定,有时甚至必须精确界定,各种受众的主要观点都要考虑到,他们的重要支持和反对意见也都常常需要应对。但在说了这话之后,我在这里还是试图做一个粗略的分类,法律人/非法律人的分类,前者包括法律实务人和法律学术人。

若是以法律人为写作对象,从理论上可以更法条主义一些,更多法言法语。但这往往只有在仅涉及常规法律问题,因此法律人之间对法律处置没有重大争议时方才可能。一旦遇到非常规的问题,如不久前无锡中院二审审结的冷冻受精卵继承案,或是在新兴的领域,如时下很热闹的互联网金融领域,简单的法条主义分析、法律类推,或是包括目的性解释的法律解释,就很难令人信服,即便总体上偏于保守的法律人会出于循法而治的考量而接受这类解释或决定。在这样的领域或案件中,写给法律/法学人看的文字当然必须围绕甚或牵强一些法条法规或法律学说,但不可能仅仅靠着这种法律解释、法律推理甚或牵强附会,写作者还不得不对法律有所超越,或明或暗地纳入一些社会后果或公共政策的考量,经此来说服其他法律/法学人。也因此,这时的法律写作就蜕变成至少是有社会科学意味和有公共政策意味的写作了。

而在这样的法律问题上,往往也会引发公众的兴趣,并且无法避免公众有理由的偷窥。法律或法学写作者这时就必须清楚意识到,在这类问题上,自己写作的受众已经变了。就不能指望公众对法律有太多的了解,也不能期望他们和法律人一样相信法律教义或法律权威,因此为了说服非法律人受众,法学写作这时甚至应避免或尽可能少用法言法语,不要不加说明地引证法条或引证法律学者,要避免过多诉诸法律行内的权威,而要注重社会常识的权威。

甚至必须注意,有时,有些看似法律专业或职业的话题注定是公共话题,写作者无论如何也不可能将之完全转化为或装扮成纯智识的法学或法律话题。例如,在死刑存废问题上,或婚姻家庭问题上,就不大可能是法学界或法律界自身能定的事,不但公众关心,并且关心者每个人都自信有能力关心,且不论这种自信是否真有道理。因此,当涉及这类问题时,法律或法学写作,引证贝卡利亚的死刑观点就不可能令公众信服。甚至,由于这种基于权威的写作不增长知识,无法带来智识上愉悦和启发,都不能算严格意义上的学术写作,因为它也不能令求知的法律学人信服。

但并非法律问题都会引发非法律人的关注。普通公众能够理解并关注的基本是常规的刑、民事问题或事件,一旦遇到早期人类不曾遇到的法律现象或事件,他们通常就不关心了,很可能是早期人类的基因设定令他/她们没法关心了。在这类法律问题上,写作的受众就几乎只是法律/法学人,以及其他的法律利益相关者。

由于对各种潜在受众的关切,一个更值得也需要法律/法学人在写作中精细把握的问题是法律实践的分寸。在我看来,法律/法学写作的最大难点其实不在于主张什么或倡导什么,主张和倡导本身不会有后果,过头了也没啥关系,但法律是实践的,一定会有社会后果,无论怎样都会有人会利益受损。例如,抽象来看很难说废除死刑的主张错了,问题是废除死刑的后果很可能更糟,因此有理由保留死刑,但如何审慎适用死刑就是很大的问题。废除刑讯逼供当然很对,但当面临恐怖分子大规模袭击之风险且唯有刑讯逼供可能避免这一风险时,又该如何?普通受众往往没有能力,因此常常也不大关心这类精细的法律问题,往往只关心基本立场。而关注

法律实践后果的法律/法学人则不仅往往必须在实践层面应对这些太讲究分寸的问题,不走极端,坚守一个合乎情理的立场,而且要在其法律或法学写作中正当化自己的不极端的立场。因此,法律写作甚至常常必须通过某种论证来限定甚至反驳支持自己基本立场的人和他们的主张。例如,我反对废除死刑,在一些案件中,也辨析了为什么,但在药家鑫案的学术写作中,我细致论证了,基于药家鑫案的事实和其他相关信息,法院可以不判甚至不应判药家鑫死刑。

因此,法律写作与许多其他写作不同,前者无法找到一个绝对政治正确或安全的区域,不可能有唯一正确的答案。务实的法律写作者几乎永远都在刀锋上走,在这个问题上你的同路人,在另一个事件中就成了你论辩的对手。这是法律/法学写作要求的分寸导致的。写作者不只是两面,甚至总是多面作战,他应不断地向来自各方的预期受众展示自己的根据和理由,不求他们接受为唯一正确,而只求他们认为大致合乎情理,并在这一过程中尽可能地逐渐凝聚一个社会在法律实践上的具体共识,形成罗尔斯所说的那种重叠共识。

因此,在一定意义上,法律人的写作几乎就必须见什么人说什么话,但这不是贬义的,而是强调针对性,强调有效的交流。因为没有谁能对所有人讨论同样的问题,即便讨论同一个问题,对不同的人也不一定都能用或应当用同样的言辞表达。如果一个法律人或法学人只想着自己的观点、自己的主张,不管对方是否关心,只坚持所谓的法言法语,也不管对方是否能听懂,自以为这就是独立之人格,自由之精神,这就是专业知识,这就是把自己“高大上”了,其实是非常糟糕的写作方式。对牛弹琴,毛主席说过,其实不一定是讽刺牛,其实也可能是讽刺弹琴的人,就因为弹琴者不问对象。

而在这之后,才有如何表达的问题,包括如何遣词造句。当年毛主席起草 1954 年《宪法》时,就把所有的“但”改为“但是”,把“与”改为“和”,就因为前者是知识分子的法言法语,后者是普通百姓的法言法语;但另一方面,他又把宪法草稿中的“土改”和“土地改革”这个人们自觉简化的概念修改为“土地制度改革”。这些修改都很细小,对于有些读者也不影响理解,但这是宪法,要让普通百姓能听懂,也还要避免后人的误解,因此才会做这些修改。这种真的预期读者的遣词造句,同样反映了上面讲的法律/法学甚至社科学术写作中读者感的核心地位。

三、勤奋与天分

谈写作的人很多,许多也谈得很好,但在我看来,实际效果不大,很难真正提高受众的写作能力,最多只是提高受众的鉴赏力。因此,我不认为我的介绍能对你们有多少帮助,因此,我一般不谈写作,今天谈的也是写作之外的或许与写作有关的事。因为写作并非纯粹理性,而是实践理性;意思是,不是你讲明道理,我懂了道理,我就能写好文章了。写好文章得靠实践。要经常写,多修改;也要经常看好文章,要看得仔细,多琢磨,对别人的好文章,自己的文章都如此。但这个琢磨主要还不是,也不能是,所谓的字斟句酌,所谓的“推敲”——请记住,主要因此为今人记住的贾岛,诗文都不出色!长此以往,才可能逐渐提高自己写作的能力。

我个人甚至有过一些非常笨但后来获益不少的做法,即纯粹为了智识上的爱好,抄自己认

为好的作品,整篇文章抄,而不是寻章摘句,记录些装点文章的名人名言之类的,装点文章。这主要因为我少年时喜欢现代诗歌,当时书很少,只能借别人的,发现好的就抄,抄的津津有味,抄的多了,不知不觉中,就悟到了许多,后来发现对各种写作,包括学术论文写作,大有帮助。还有就是翻译自己真喜欢的英文文章和书,也不是为了发表,就因为智识上的愉悦,比如翻译波斯纳、福柯等人著作的过程中,也大大训练了我的写作——其实这是另一种抄书。但这种抄,一定是要出自自己喜欢,如果只是为了训练自己写作,目的太功利了,或许反而难得收益,因为你抄的时候可能就不上心,不处处欣赏。人生中许多很功利的事往往必须不带功利去做,收获才大,这是一个悖论,学术如此,事业如此,爱情和家庭都如此。

写作也还要有一点点天分。这一点点就是,在阅读了一些书或文章之后,你起码能判断哪篇好,讲理,令人折服。这个判断必须是自己看书之后得出来的,不是别人推荐,看广告词,也不看作者知名度、工作单位、国籍或其他如教授之类的符号,不看书中文引证了多少中外文资料,也不管其写作风格多么“蹊”,用了多少大词、好词、新词,引用了多少名人名言等等,就一个字,好。如果连这点最基本的能力都没有,确实有的人就没有这个感觉,能进入他眼中的始终是中心思想和段落大意,那就很难写作。

2014 年 12 月 4 日于北大法学院陈明楼

论文写作：一个写作者的讲述^{*}

陈兴良（北京大学法学院兴发岩梅讲席教授）

论文写作，对于学者来说是生存技能，也是看家本领。我始终认为，学者就是作家，不写作无以称作家。文科的写作与理科的实验可以对称，对于学生来说也是如此。写作对于不同的学科也还是存在一定的差异性。例如实证性学科的论文写作离不开田野调查，藉此获得大量数据。在此基础上，才能进行分析归纳，得出相应的结论，而不能闭门造车。例如，作为事实学的犯罪学论文，就应当建立在实证资料的基础上，是对案例数据的科学处理。应该说，目前大多数犯罪学论文都还是从概念到概念，没有达到犯罪学的学科要求。而思辨性的论文则以语言阐述和逻辑演绎为特点，离不开对文献资料的综述梳理。这些文献资料主要通过阅读获得，因此，从事这种论文的写作以读书为前提。唯有读破万卷书，才能下笔如有神。例如，作为规范学的刑法教义学，就是以法条为客体所从事的阐述性的学术活动。

一、科研与写作

论文是科研成果的基本载体。在某种意义上来说，论文是研究成果的最终表述。如果说论文写作是一种“言”，那么科研成果就是一种“意”，科研和写作之间的关系就是言和意之间的关系。意在言先，首先要有意，然后才有意之所言。因此，就科研和写作这两者的关系而言，首先必须要从事科研活动，提高我们的科研素质，只有在科研的基础之上才能进行写作，而科研和写作是两个既互相联系又互相区别的环节：首先要进行科研活动，科研活动有了成果以后再用语言表达出来，这种表达的过程就是一个写作的过程。

这里应当指出，文科的科研和理科的科研是有所不同的：理科科研是一种科学活动，而文科科研是一种学术活动。因此，论文是一种学术成果。我们把作为科研成果的论文都称为学术论文，以区别于其他论文。那么，什么是学术？这个问题看似简单其实不太容易回答。以一种较为学术性的语言表述，学术是指系统化、专门化的知识，是对事物发展规律的学科化论证。因此，学术当然应当具有科学性，文科可以分为人文科学和社会科学。而且，在文科中所采用的科学这个词，又显然不同于自然科学。例如，在社会科学中存在着较多的价值判断，而自然科学则更多包含客观描述。

不仅文科与理科（广义上的理科，包括工科）科研的性质与形式有所不同，而且，文科与理科在科研与写作的关系上也存在区别。理科的科研与写作的关系是可以清晰地加以区分的。

^{*} 本文是在凌斌教授主持的《法学研究方法与论文写作》的课堂讲授（2014年3月21日）的录音整理稿的基础上改写而成的，在此要感谢凌斌教授和整理录音资料的吴华琛同学。本文不是一篇严格意义上的论文，以笔谈的名义发表尚差强人意。特此说明。

理科的科研就是在实验室里做实验,在实验做出成果、取得数据以后,再将实验的成果以文字的方式予以表达形成论文。对于理科来说,无科研则无写作。因此,理科对科研是更为注重的,要求也比写作更高。也就是说,理科科研的主要精力是放在做实验上,实验做完以后,把实验成果以一种论文的形式表达出来,这个写作过程是相对较为简单的。甚至只要把实验的数据和过程结论自然地记录下来就可以,这是理科的特点。例如,陕西师范大学孙灵霞的博士论文题目是:《八角茴香对卤鸡挥发性风味的影响及其作用机制》。根据作者自述,这篇论文主要研究香料对肉类制品风味的影响,实现风味可控,产品质量达到一致性和稳定性,以便让传统肉类制品走上规模化工业生产。作者完成论文的过程是:为了保证实验结果的科学有效,选用广西产的八角茴香和河南一家企业固定提供的鸡大腿。做实验时将鸡腿卤煮,然后在固定的区域取样,再通过电子仪器检测产生风味的物质含量变化情况。论文通过实验,对比加入八角茴香的卤鸡和没有加入八角茴香的卤鸡之间的差别,了解八角茴香在卤煮过程中对风味的影响,风味形成的机制,如卤煮的温度、火力、加热时间对于风味控制的相关性。^{〔1〕}显然,从这篇论文创作过程可以看出,最为重要的是实验,而论文只不过是实验过程和数据的记载。

然而,文科的科研和写作的界限却不是那么清晰,这也是学习文科的同学会有的一些困惑。因为文科科研不像理科的实验那样具有物理性的直观内容。对于一个理科学生来说,天天进实验室就表明他在做科研。但对一个文科学生来说,什么是科研?这种科研活动本身不具有直观形态,往往不容易把握。实际上,文科的科研是读书、思考,甚至是旅行。中国古代所谓读万卷书,行千里路,都可以看作是对文科科研活动的一种描述。因此,文科科研是随意的,自在的,不拘形式的。正是由于文科的科研活动具有这种散在性的特点,文科学生有时候会难以把握,以至于虚度光阴。这样就出现了在没有充分的科研活动基础上进行论文写作的情形,当然也就不可能写出优秀的论文。因此,对于一个文科学生来说,首先要去看书,要去思考,逐渐地积累知识,嵌入所在学科,进入一个与本学科的前贤对话的境界。当你进入到某个学术问题前沿的时候,就像登上高山顶峰,四顾无人,不寒而栗,一种灵魂上的孤独感油然而生。在将近 30 年前,我写题为《共同犯罪论》的博士论文的时候,就曾经有过这种感觉。以后回想起那段经历,我这样描述:“在我写共同犯罪博士论文的时候,国外的资料还十分罕见,我只能翻故纸堆。从图书馆的阴暗角落翻检民国时期的论著、新中国成立初期的苏俄论著,以及零星介绍过来的现代外国刑法论著。在这种情况下,我开始了对共同犯罪的理论跋涉,这是一种与故纸堆中的故人的学术对话,在写作的那段时间,我分明感到精神上的寂寞与孤独。”^{〔2〕}因此,肉体上的煎熬和灵魂上的孤寂,恰恰是论文水到渠成的一种身心状态。

当知识积累到一定程度,自己的想法逐渐产生,这也就是所谓生米做成熟饭,然后再进行写作。经过思考以后,在资料的基础上提炼独特的观点。这一提炼过程,为写作打开了最后的通道。因此,文科的阅读书籍,资料收集,文献梳理,观点综述这些所谓科研活动,都是为最后

〔1〕 参见:《女博士写最美风味论文,八万字论八角对卤鸡影响》,人民网 2014 年 12 月 2 日。

〔2〕 陈兴良:《共同犯罪论》(第二版),中国人民大学出版社 2006 年版,出版说明,页 2。

的写作服务的,只不过是写作的预备而已。在这个意义上说,文科写作的重要性要超过理科。

在文科中,这种科研活动和写作活动又是可以互相促进,并且是交叉进行的。也就是说,在文科中并不像理科那样把实验做完,已经取得实验成果,再进行写作。而是在科研过程中就开始写作活动,而且在写作过程中,又同时从事着科研活动。写作和科研这两者是一种互相促进的关系,难分彼此。当然,在写作之前肯定要有一定的科研基础。然而,任何一个人都不可能把科研完全做好以后再去从事写作。而是在写作的过程中,不断地进行思考,不断地完善学术观点。

对于一个学者来说,长期从事科研活动,同时也长期从事写作活动。科研和写作就成为学者的工作重心,甚至一种生活方式:不断地进行科研,不断地写作,在写作基础上再进行科研,这样一个逐渐展开、循环往复的过程。有些学者不是特别愿意写作,作品较少。不写东西,可以分为两种情况:一种是写不出来,另一种是不屑于写。写不出来,是写作能力问题,甚至是科研能力问题。但也有些学者虽然看了很多书,思考了很多问题,确实也有对学术问题的独特见解,但就不付诸于笔端,就像孔子所说的述而不作。也有学者眼高手低,主张不随便写,一辈子就写一本书或者一篇论文,以此一鸣惊人,成为经典。这种想法我觉得不太可行,因为一个学者不可能一辈子从事科研活动,平时从来不写东西,没有作品,最后突然蹦出一篇论文、一本书来,藉此名传千古,那是完全不可能的。

一个学者从事科研的过程,都要用论文或者专著这样的形式反映出来。不断地进行科研,不断地发表论文;然后,论文积累形成专著。论文以及不同阶段的专著,都是学者在不同阶段的学术研究成果的总结。通过学术成果可以把一个学者在科研活动中跋涉的过程,就像一步一个脚印一样,真实地呈现出来。不同时期的科研作品能够反映一个学者的学术成长:从青涩到老道。即使是思路的曲折,观点的修正,也能够以其作品清晰地在这个学者的学术履历上展示。因此,我认为那种把科研搞到最好,最后才出精品的想法是不切实际,也是不可能的。所以,作为一个学者要不断地科研,同时要不断地写作,要把两者紧密的结合起来。

作为一个文科学者来说,写作是极为重要的。写作能力的培养是一个累积的过程,需要进行长期的训练。当然,写作只是科研成果表达的一种方式,除了写作以外还有言说,也就是口头语言的表达。像课堂的讲课、会场的发言等,这也是一种思想的表达方式,也能够反映一个学者的学术水平。书面表达和口头表达,这两种方式对于学术呈现来说都是重要的。但这两者的学术影响又是极为不同的:口头表达只能影响到亲眼目睹者与亲耳聆听者,范围甚为有限。例如,课讲得好,只有亲炙弟子才能目击耳闻,其他人只是传闻而已。书面表达则具有超越时空的性质,凭籍着书籍(包含纸质书籍与电子书籍)的永恒性,以文字为载体的学术思想也会在更为绵延的时间与更为广泛的空间传播。因此,对于学者来说,书面表达更为重要,一定要进行写作,要有论文发表。那么,怎么训练这种写作,怎么能够做到拿起笔来就能写呢?我认为,写作本身也是一种童子功,从小练起。最好的方法是在中学阶段就坚持写日记,养成动笔的习惯。进入大学,读书的时候一定要做笔记,按照古训所云:不动笔墨不看书,以此锻炼写作能力,习惯并且擅长于书面语言的准确表达。如果在大学本科阶段过了写作关,则开始研究

生的专业学习以后,入门会比别人快好多。我始终认为,学者,包括作家,从事写作,就像农民种田,工人做工一样,都是一种熟能生巧的技能。只要坚持,其实掌握起来并不难。

二、论文与专著

论文和专著是学术成果的两种基本载体,如果说还有第三种的话,那就是教科书。但现在学术界对教科书贬褒不一,教科书在我国过去采取主编制,内容几乎千篇一律,是所谓公知,即公开的知识或者公共的知识,这是不存在知识产权的知识。因此,对教科书的学术评价较低,认为教科书没有学术含量。当然,最近这些年来对教科书的评价有所改变,主要是出现一些学者个人独著的教科书,而且是学术性的教科书。教科书是对本学科知识的一种体系性的表达,它更多地反映了一个学者对整个学科知识的整体性把握。因此,对于教科书作者的学术要求是很高的。像在德国、日本等国家,一个教授只有到了 50 多岁才开始写教科书。而且教科书反映一个学者的综合素质,对本学科的综合把握能力,因此是一种最为重要的学术成果。我国也应该向这个方向恢复与提升教科书的学术声誉,尤其是要摒弃教科书的主编制。在我看来,主编制的教科书是没有学术灵魂的教科书。

我在这里重点讨论的是论文和专著。应该说,论文和专著的差别并不在于篇幅大小,不是说论文篇幅小一些,而专著篇幅大一些。两者的区分主要在结构、内容和性质等方面。论文是对一个论题的阐述,是一种问题性的思考;对某一个专门性的问题进行思考,将思考成果写成一篇论文。而专著是对一个专题的论述,是一种体系性的思考。论文要确定论点,提出论据,由此展开论证。而专著则是对某一专题的体系性叙述,具有较为广泛的展开和较为深入的论述。因此,专著的深度和广度显然超过论文。

现在的问题是,论文不像论文,专著不像专著,缺乏论文和专著的品格与品质。论文像专著,而专著则像教科书。例如学位论文,包括硕士论文和博士论文,都应当是一种论文的文体,应该具有论文的特征。即使是十几万字甚至几十万字的博士论文,它也应该具备论文的性质。但现在的硕士论文像综述,而博士论文则像专著,甚至像教科书,没有达到论文的要求。这些问题都说明了我们对于论文和专著以及教科书这样一些学术载体的把握上还存在一些偏差。当然,也有一些专著是论文的结集,也就是说先有论文发表,然后把论文编撰以后形成一本专著。这种专著意味着它每一部分都达到了论文的水平,而一本专著的十个章节就相当于十篇论文,这样一种专著的学术质量当然是比一般专著更高的。

一般的专著,并不是每一部分都能够发表的。其中相当一部分内容是资料的梳理或者综述,或者是对本学科问题的一种沿革性的叙述,而没有达到论文的程度。就这部分内容而言,资料价值大于观点,是没办法作为论文在刊物上独立发表的。一般来说,专著的这种水分可能会比较多一些,这也是对一般的专著学术评价较低的原因之所在。而论文则相对来说学术含量要高一些,各单位对于论文和专著在学术评价上也是有所不同的。有些单位更注重论文,并以论文发表的数量作为学术评价的主要标准。也有些单位注重专著,以专著作为学术评价主

要标准。而北大可能是属于第一种情况,把论文放在一个更为重要的位置上。评奖也会存在这样一个问题,有些奖项注重论文,有些奖项则注重专著。

在一般的情况下,就论文和专著这两种形式而言,我认为注重论文可能更为合理一些。应该把论文作为主要的学术评价标准,而学者也应该以论文作为主要的学术成果载体。因为论文的篇幅不是很大,一般是一万字或者几万字,它能够在较短的时间内完成,而现在的学术刊物一般都是双月刊,还有月刊,论文这种形式可以把学者日常研究的成果及时地发表出来。有些学者虽然也在做研究,一开始就确定其最终成果是以专著的形式出版的。在专著的写作过程中,并没有注重对阶段性研究成果的论文发表。因此在三五年的专著写作期间,一篇论文也没有发表,只是最后出版了一本专著。这样一种做法并不值得提倡,而应该把阶段性成果发表出来,每年至少要有两三篇论文发表。通过每年发表的这些论文,可以把这种学术进展、学术方向及时地反映出来。三五年以后,研究成果成熟了,再以专著的形式发表出来,这样一种做法是较好的。

当然论文也是有长有短的,就一个初学者而言,一开始可能要写一些篇幅较短的论文,比如说三五千字的论文。对短篇的论文能够把握以后,再逐渐地写一万字左右的篇幅较长的论文。最后能够写两三万字论文,基本上硕士论文所要求的篇幅。因此,论文写作是一个由短到长逐渐发展的过程。专著的写作更需要学术积累,因为专著的篇幅比较大。对于一个硕士生来说主要是论文的写作,而对于一个博士生来说基本上要达到专著的写作程度。就我本人而言,也是从短小的论文开始写起的,例如我发表在《法学研究》1984年第2期的第一篇论文,题目是《论教唆犯的未遂》,只有四千字左右。及至发表在《法学研究》1996年第2期的《罪刑法定的当代命运》一文,长达六万多字,是我迄今为止在《法学研究》发表的29篇论文中篇幅最长的一篇。

尽管论文和专著这两种学术成果的载体存在差异,但它们还是有共同之处,要求写作者对其中的内容把握好,能够顺畅地将学术思想通过论文或者专著的形式表达出来。

三、选题和题目

选题是论文写作的第一步,也是最为重要的一步。在论文写作之前,首先要确定选题。在从事科研的时候,当然也会有个主题,但这只是一个研究方向或者研究领域。只有研究到一定程度,开始写作的时候才会最终确定论文的题目。选题是非常重要的,它决定着科研的方向,对于科研的成败具有重大影响。一个好的选题会事半功倍,而一个差的选题会事倍功半。

选择什么题目来进行写作?这是写作时遇到的选题问题。例如硕士生经过一年或两年基础课的学习以后,进入到硕士论文写作阶段。论文写作首先要有个好的选题,而选题对于初学者来说往往是非常困扰的一件事情。有的学生不知道选择什么样的题目,所以往往让导师指定题目,这样选题就变成了命题。论文题目最好是作者本人经过科研活动以后,对某一问题比较感兴趣,有些想法由自己来确定。如果他人指定题目,写作效果不会太好。甚至有些学者也

不会自主地确定自己的科研课题,而是追着各种项目的课题指南跑,甚至是追着各种学术会议的议题跑。这是一种缺乏科研自主性的表现,对于某些法学家来说,没有独立的长远科研计划,而是在立法与司法的热点推动下随波逐流,还美其名曰“理论联系实际”。这是没有学术自信的表现,还是应当强调学者的独立品格。

选题可以分为两种,一种是开拓性的题目,前人没有写过的。因此,这样的选题可能较为冒险,失败的几率会大一些。当然如果成功了,成就也较大,甚至会填补某一个学术领域或者问题的空白。开拓性选题的特点是资料较少,发挥的余地较大。即使只是做了一些基础性的工作,也会取得一定的成果。所以,对这种开拓性的选题来说,资料收集是十分重要的,只有收集到他人所未能收集到的资料,才可以尝试进行写作。另一种是推进性的选题,前人已经研究得较为充分,需要在此基础上进一步推进。这种题目的好处是资料较多,因为前人在研究过程中已经积累了大量资料,为写作提供了便利,具有较好的写作基础。但这种题目的困难在于创新,因为前人已经进行了大量的研究,甚至论题已经枯竭,也就是该说的话都说光了,无话可说了,所以写作会有较大的困难。对于这种题目必须要调整思路,另辟蹊径,别出心裁,如此才有可能推陈出新。总之,在确定选题的时候,首先要进行评估,不同的选题可能有不同的特点,要根据这些特点最终确定选题。

选题还有大小之分,根据选题大小以及研究程度,可以分为四种情况:一种是大题小作,第二种是大题大作,第三种是小题大作,第四种是小题小作。这里撇开大题大作和小题小作不说,主要对大题小作和小题大作这两种情形做一些说明。就这两种情形而言,首先应当肯定的是小题大作,选择较小的题目然后进行较为充分的研究,这才是一个正确的方法。在某种意义上来说题目越小越好,因为题目越小越是能够反映理论研究的深入程度。当然,选题大小是和一个国家的某一学科的研究水平相关的。研究选题大小又是相对的,是和一个国家对某个问题的学术成熟程度密切相联的。比如说将近三十年前(1987年),我的博士论文的选题是《共同犯罪论》,共同犯罪是刑法中的一章。以一个二级学科的章标题作为博士论文的题目,这个题目是非常之大的。共同犯罪作为一个博士论文选题,现在是难以想象的。主要是因为现在对共同犯罪研究已经非常深入了,在这种情况下,还用共同犯罪作为博士论文选题是完全不可以的。现在的关于共同犯罪的博士论文题目,已经是四级标题甚至五级标题,例如“诱惑侦查论”或者“不作为的共犯研究”,这些内容在一般教科书中甚至没有论及。也就是说,博士论文题目已经超出了教科书的知识范围。在将近三十年前,我进行博士论文写作的时候,我国共同犯罪还刚刚开始研究,关于这个论题的框架性、基础性的知识结构都还没有形成,因此《共同犯罪论》作为一个博士论文选题,还是符合当时的理论研究实际情况的。现在对共同犯罪的研究越来越深入,所以选题也就越来越小。关于共同犯罪的博士论文选题的变化,充分反映出我国对共同犯罪问题的研究越来越深入。

另外,我们还应注意中外的博士论文选题也是不同的。当然,在这里我指的是文科的选题。我的博士生蔡桂生在北大答辩通过的博士论文的题目是《构成要件论》,还获得了北京市优秀博士论文。构成要件在德国是不可能作为博士论文题目的,简直太大了。构成要件是三

阶层的犯罪论体系的第一个阶层,是一百年前德国著名刑法学家贝林提出的。在德国现在已经没有人以构成要件为题写博士论文。但在中国由于我们对三阶层的犯罪论体系的研究才开始,所以《构成要件论》这个题目是一个适合的题目,对此的深入研究对于推进我国犯罪论体系的转型具有重要价值。蔡桂生在德国波恩大学答辩通过的博士论文,题目是《论诈骗罪中针对未来事件的欺骗》。这里所谓针对未来事件的欺骗,是指利用未来可能出现的事件进行诈骗,这是推定诈骗的一种情形。这个问题我国还没有人研究,甚至还处于一种不知所云的状态。因此,德国所研究的前沿问题,在我国现在还未能成为一个问题:既没有文章也没有案例。这个题目也反映出我国和德国之间在刑法理论上的巨大差距。所以我国学生到外国去攻读学位,尤其攻读博士学位,对博士论文的选题有时候是两难的:要想写一个对中国有用的题目则可能在所在国通不过答辩,在所在国写一个能够通过答辩的题目则可能在中国没有现实意义。

选题不是随便确定的,它应该反映当前的一种学术状态。选题要小,小题大作,这是一个基本的考虑方向。选题虽小,对于科研的要求则是非常之高的,必须要以小见大。小题只是一个切入点,以此反映出作者对某一专题甚至整个学科的理论研究水平。而且我们不要觉得小题好做,小题小做,可能好做。小题大做,则不好做,因为对于小题展开论述,是要以整个学科知识作为背景来支撑的。例如,一位历史学的博士生要写一篇博士论文,其研究领域是古罗马的社会制度。如果以《论古罗马的社会制度》作为博士论文题目,题目太大了,根本就通不过,甚至作为专著的题目都对它无从下手。后来把题目缩小到《论古罗马的军事制度》,军事制度是社会制度的一部分,这个题目应该说稍微小一点,不像社会制度那么广泛。但这个题目还是太大,后来又把这个题目再缩小到《论古罗马的军衔制度》。军衔制度是军事制度的很小一部分。通过军衔制度的研究,实际上是对古罗马的军事制度的一种具体研究。军衔制度应该说是算较小的题目了,还是嫌大,最后把题目再进一步缩小到《论古罗马军队的徽章》。这个题目小到不能再小了,就非常理想。徽章是军衔的标记,通过徽章不仅可以研究古罗马的军事制度,还可以研究古罗马的锻造工艺,研究古罗马的设计艺术,研究古罗马的等级制度,等等。而且徽章只是一个切入点,就像打开古罗马社会制度的一个窗户。透过徽章,可以对古罗马社会制度的各方面进行研究,这就是所谓以小见大。论文的题目应该较小,但也要小到能够把握的程度,并且具有学术价值。如果太小了,这样的题目可能没有现实意义。在文化大革命当中有部电影《春苗》,是四人帮主导下拍摄的,以歌颂劳动人民、贬低知识分子为主题。这个电影中葛存壮扮演那个农业大学教授,专门研究马尾巴的功能而被嘲笑。马尾巴的功能,这个研究题目确实有点小,而且好像也没有太多的实际意义。所以,这部电影的讽刺点还是找得挺准的。当然,即使是极小的题目,如果具有价值,也还是值得写的。例如,上述我提到的陕西师范大学孙灵霞的博士论文《八角茴香对卤鸡挥发性风味的影响及其作用机制》,这当然是一个小到不能再小的题目。但这个题目正如作者所言,对于实现传统卤制肉类食品的工业化生产具有现实意义。所以,这是一个好的选题。

选题除了上面所讲的大题与小题以外,还可以分为理论性的选题与实践性的选题。理论性的选题要求处理较为复杂的理论问题,要有较高的学术含量,对于作者的写作能力要求也就

比较高。学术型的学位论文,例如法学硕士或者法学博士的论文,当然是要求尽量写理论性的题目,解决一些理论问题。但应用型的学位论文,例如法律硕士的论文,最好还是写实践性的题目。尤其是政法法硕,学生来自于政法实际部门,已经具有四年以上的司法工作经历,这些学生在选题的时候,更加应该写实践性的题目。写实践性的题目,容易收集到司法实际资料,便于写作,而且对将来的工作也会具有帮助。

论文写作存在着如何处理资料与观点的问题。资料是论文的基本素材,也是写作的基础。而观点则是论文的灵魂,是作者学术思想的表达。正确处理好资料与观点的关系,对于论文写作来说是一种非常重要的技巧。首先,资料对于论文写作来说是十分重要的,没有资料就难以完成一篇论文。我们在平时所说的科研活动,其中一项重要内容就是收集资料:收集资料的过程本身就是从事某项科研活动。在一篇论文中,资料所占的比重是较大的;而一本著作,资料所占的比重更大。一篇论文上万字,不可能每句话都是作者自己的,实际上有大量的内容是他人的,是资料性的东西。过去中国有句老话,叫做“天下文章一大抄,看你会抄不会抄”。这句话容易引起误解,好像文章都是抄来的,好像写文章就是抄文章,会不会写文章,就看会不会抄。实际上,我们只要把这句话当中的“文章”解释为“资料”,就可以消除这种误解。这句话的意思是说,在写文章的时候,要很好地处理资料,正确对待前人的研究成果。资料会处理了,文章就会写了。一篇论文有一大半是引用资料,如果一篇论文一点资料都不引用,那么这篇论文反而是不好的。因为论文首先要把在这个问题上以往研究的状况反映出来,学术研究是“接着说”,所以首先要告诉我们前人是怎样说的,这个故事说到什么程度了,然后才能接着说。我们可以把写论文比喻为盖房子,在盖房子中,砖瓦、木材等建筑材料都是现成的。我们不可能先去种树,等树长大以后把树砍倒,再来盖房子。也不可能先去挖土烧砖制瓦,砖瓦烧制好以后再来盖房子。现在的建筑业分工已经很细致了,甚至有些房屋的架构都是在车间里面已经浇筑好的,只要拉到工地吊装起来就可以成为房屋。写论文也是一样,不可能做无米之炊。资料就是论文的原料,关键是要对其进行加工。资料不能简单堆砌,而是要对资料进行认真梳理,然后以适当的方式加以铺陈。资料的堆砌就像用砖砌墙,只是把砖块粗粗拉拉地叠放在一起,而没有在砖块之间进行粘合,也没有对砖缝进行勾缝,使墙变得坚固和美观。在一篇论文中,资料如果只是简单的堆砌,那么资料还是死的。只有对资料进行妥当的处理,使之成为论文的有机组成部分,资料才能变成活的。因此,对于资料的处理是写作的基本功。资料处理的好坏,直接关系到论文的质量。

对资料的处理往往采用一种综述的方法。这里所谓综述,是指对以往的研究资料进行专题性的或者系统性的整理。现在法学的各个学科都出版了资料综述的书籍,对于了解本学科的理论研究现状具有重要参考价值。综述是科研材料处理的一种较好的方法,对我们进入到学科前沿是一个较好的途径。当然,综述是对原始资料的初步处理,还不能照搬到论文中去,论文中引用的资料还要进行加工,并且对资料还要进行分析。

观点是从资料中提炼出来的,也是论文的灵魂。对于一篇论文来说,大量的资料是别人的,但观点必须是自己。所谓科研就是要对某个问题提出个人独到的见解,这也就是要有作

者自己的观点。科研的难处就表现为观点的出新,提出不同于前人的观点。对于一个初学者来说,要想对某一问题提出超越前人的观点,确实是强人所难。因此,写作的学习阶段,这是一个知识消费的阶段,这个时期汲取知识是主要的任务,还不可能在观点上出新。只有知识积累到一定程度,才能从学习向研究转变,从知识消费逐渐过渡到知识生产,这才有可能提出自己的观点。

我们都有这样的体会,刚开始接触某一学科的时候,感到书上说的一切都是对的,不可能有自己的想法,也不会有自己的想法。这个阶段就像爬山一样,刚起步从山脚往山顶上爬,这个时候一抬头是满山遮目不见天。爬了一半,到了半山腰,这时山就不那么压抑了,眼界也就慢慢开阔了。爬到山顶,才会有见天的感觉。如果这是一座高山,那么到了山顶你就会体会到“一览众山小”的诗意。科研也像爬山一样,只有对本学科知识熟练地掌握了,有了深刻的思考,才会提出自己的观点。当然在论文写作过程中,要对观点进行提炼。把个人的独到见解在论文当中表达出来,这里仍然存在一个写作技巧问题。

一篇论文要有论点,并且要对论点进行较为充分的论证。这里的论点也就是我在前面所说的观点,但仅仅提出观点是不够的,还要对观点进行有效的论证。对于一篇论文来说,论证是十分重要的,而论证的过程就是一个梳理的过程,也是一个说理的过程。没有论证的论点是武断的,而没有论点的论证是盲目的。

法学研究方法的若干反思^{*}

陈瑞华(北京大学法学院教授)

当下,有关法学方法的讨论已经成为法学研究中的一个热点。在那种以意识形态为导向的研究以及以移植西方制度为目的的研究双双走向衰落的背景下,中国法学终于迎来了本土化建构的时代。而在法学方法上,法学界出现了“法教义学”与“社科法学”的两大流派。一时间,信奉不同方法的学者俨然加入了两个学术阵营,相互之间发生着对话和争论,其中还不乏一些较为尖锐的批评之声。

一些法学研究者有个思维定势,对于明明属于自己每天都在坚持的东西,经常要冠之以西方的名称和概念。对那种以法律规范为研究对象的方法,本来已经有“规范法学”、“法解释学”等现成的称谓,可一些学者却偏偏引入了源自德国的“法教义学”这一洋名词。笔者在本文中沿袭旧例,仍然称其为“规范法学”。对于这种研究方法,部门法学者往往情有独钟。那些从事刑法、民法、诉讼法、行政法等领域研究的学者,对于各个法律规范的立法精神、体系结构、规范要素、责任后果等进行着越来越深入的解释性研究。这种研究的共同特征主要有:将研究对象定位为法律规范本身,尤其是那些成文化的“书本法律”;关注法律规范的建构和立法的完善,将构建良法美制作为研究的归宿;注重法律规范内部的逻辑演绎和规范分析,强调成文法体系结构的完整性;追求法律规范的有效实施,注重从立法完善的角度解决法律实践中的问题……

规范法学的局限性是显而易见的。由于坚持一些源自西方法学的理论前提,这种研究过于注重演绎推理,也就是在自认为掌握了“真理”、“原理”、“基础理论”的前提下,对中国法律问题进行分析或批判、或建构、或解释的分析。按照这一逻辑,中国立法出现问题的主要原因是没有坚持那些源自西方的法学原理,而司法实践出问题的主要表现则是成文法遭到架空和规避,司法实务界没有接受西方法学的那套概念、思维和价值判断。对于成文法规范的正当性,研究者习惯于从基本原则上加以解释,而这种基本原则又深深地受到西方法学的影响,如刑法中的罪刑法定、罪刑均衡、适用法律一律平等,民法中的公平、等价有偿、情势变更等,行政法中的法律保留、成比例、正当程序等,刑事诉讼法中的无罪推定、程序正义、有效辩护、禁止强迫自证其罪等。而对于司法实践中存在的问题,特别是那些按照现行成文法无论如何也走不出困境的疑难案件,研究者除了提出一些老生常谈的立法完善方案以外,再也无法给出富有启发性的建议。对于这些问题发生的原因,规范法学研究者几乎成了“低能儿”,除了将问题归结为立法不完善、成文法过于抽象等原因以外,几乎无法给出令人信服的分析。

还有一个更为致命的问题是,规范法学研究者把本来属于一个整体的法学研究予以肢解,使得宪法、刑法、民事、行政法和诉讼法的研究相互隔离,出现了“老死不相对话”的局面。于

^{*} 本文也是国家 2011 计划司法文明协同创新中心的成果。

是,各不同学科的研究者守着自己的“一亩三分地”,对属于自己领域中的法律问题作出解释和评论,对于超出自己学科领域的法律问题,既没有解释的能力,也没有研究的兴趣。而司法实践的经验表明,中国法律制度的主要问题恰恰发生在不同法律学科的交叉地带。对于这些交叉性问题,规范法学几乎提不出富有创新的观点。例如,刑民交叉领域中的问题,涉及刑事法和民事法的关系、刑事追究与民事追究的优先顺序以及刑事管辖与民事管辖的冲突等问题。对于这类问题,无论是刑法学者还是民法学者,都往往“自说自话”,别说提出富有启发性的观点,就连从别的学科角度理解问题本身,都发生了困难。又如,近年来出现的“刑事和解”制度,属于立法者将那种自生自发的改革经验上升为法律规范的典型范例。这一制度最初没有成文法上的依据,是司法实务界“以解决问题为导向”所做的改革尝试。但对于这一制度,刑法学界最初批判其“违反罪刑法定原则”、“背离罪刑均衡原则”或者“带来同案不同判问题”,刑事诉讼法学界则批评其“违反无罪推定原则”和“程序正义理念”,民法学界则对其不予置评。再如,对于横跨多个学科的司法体制改革问题,规范法学研究者除了效仿西方制度提出改革对策以外,再无创新性贡献。当前正在推进的“法官、检察官员额制”、“省级以下地方法院、检察院实行人财物统一管理制度”、“司法裁判与司法行政管理分离制度”等改革措施,几乎都是效仿西方司法制度所做的改革尝试。信奉规范方法的法学研究者,除了以西方经验和法学教科书为蓝本,提出建议或者批评以外,再也发不出其他的声音。

规范法学方法所面临的种种危机和困境,主要是因为它“仅仅站在法律之内看法律”,走不出自说自话、循环论证的“逻辑怪圈”。规范法学将法律规范本身作为研究对象,将完善立法、解决司法问题作为自己的使命,混淆了“法制”与“法学”的界限,根本提不出富有创见的理论,往往只能跟着西方法学的步伐,甚至创造出一个中国学者心目中的“西方法学”。而对于这样一种“想象的异邦”,有时就连真正的西方学者都不敢认同。正是基于对规范法学局限性的这些认识,一些学者提出了“从法律之外看法律”的研究思路,倡导引入社会科学的研究方法,提出了“社科法学”的方法。

所谓“社科法学”,实际是一种将法学研究纳入社会科学研究轨道的学术尝试。社会科学是以人类社会和人类行为为研究对象的学科集群。按理说,每一种社会科学都有自己特有的研究方法,如社会学方法、人类学方法、经济学方法、政治学方法等。研究者运用这些方法所进行的法学研究,可形成一种新的法学研究方法,如法社会学、法人类学、法经济学、法律政治学等。这里所说的“社科法学”,既可以是上述任何一种特定的法学研究方法,也可以是将社会科学的一般经验运用到法学研究之中的方法。“社科法学”的出现,意味着法学研究者要借助于其他社会科学的成熟方法来对法律问题展开全新的研究,也意味着法学研究者不能满足于传统的规范法学方法,而应该将法学研究拉回到社会科学研究的主流轨道。

从根本上说,“社科法学”将法律作为一种社会现象,视为一种社会治理的方式。与规范法学仅仅关注法律规范和文本不同的是,社科法学更为关注“社会生活中的法”,也就是法律在社会中的实施效果和状况。在“社科法学”看来,“书本法律”中的规范若无法得到实施,便是毫无意义的。当年霍姆斯大法官的名言“法律的生命在于经验,而不在于逻辑”,就道出了这一研究

范式的部分真谛。对于法律制度和实践,社科法学保持了一种开放和包容的态度,对于所有有利于解释法律现象和法律问题成因的科学方法,都予以接受。另一方面,由于强调运用社会科学方法研究法律问题,社科法学研究者就不可避免地要遵循科学研究的一般准则。例如,研究者只研究已经发生的“经验事实”,而一般不研究尚未发生的事实;研究者只对研究对象的状态、模式、成因、发展趋势做出解释,遵循“价值中立”的原则,而不做好坏善恶的价值评判;研究者对于所提出的命题负有证明的义务,对于未经证明的主张,只应将其视为一种假设或者假说……

“社科法学”的出现仅有十余年的时间,目前主要为一些从事法理学研究的学者所提倡,但经济法、诉讼法领域的研究者开始受到这一研究方法的影响。由于这一研究方法出现得较晚,没有受到强有力的质疑和制衡,有关的研究也不可避免地出现了一些问题。与规范法学一样,社科法学也并不是完美无缺的,照样有着特有的局限性。特别是倡导这一研究范式的研究者,由于学术训练上的先天不足,或者由于研究者个性上的偏执,在运用社会学、人类学、经济学、政治学等社会科学方法从事法学研究方面,还远远没有达到驾轻就熟的程度。

首先,社科法学存在着“批判有余,创建不足”的突出问题。由于一些研究者既不熟悉部门法,也对部门法学者的规范研究不感兴趣,因此造成研究者对研究对象的隔膜,甚至会出现一些对问题的误读。在此情况下,研究者动辄挑战一些部门法上的定论或者原理,就容易出现常识性失误甚至闹笑话。例如,一些学者曾以小偷深夜入室盗窃、被当场抓获后扭送公安机关的例子,否认“无罪推定”的合理性;一些学者还曾以任何人都负有作证的义务为论据,来否定存在“沉默权”;还有学者以中国一些疑难案件无法在现有法律框架内得到解决为论据,否定“法律思维”的存在。这些对源自西方的法律原则和法律理念的挑战,无非是要用常识挑战理论教条、用经验来否定某些法律理念。但是,批判过多、否定过于绝对或者打击面过宽,就容易暴露自己知识上的欠缺。

其实,社科法学要证明自己比规范法学具有更大的优势,就不应该只是简单地批判规范法学,或者试图颠覆规范法学的一些定论,从事带有后现代色彩的“解构”活动,而应当进行更多的建设性学术活动,提出更多的富有说服力的理论。比如说,对于社会各界高度关注的“冤假错案”问题,规范法学的研究固然存在着难以尽如人意之处,但社科法学是不是就提出了更好的观点呢?又比如说,对于全社会都关心的“司法体制改革”问题,社科法学显然对一些部门法的研究不屑一顾。但是,社科法学的研究是不是就更加高明呢?对于中国司法体制中的问题是不是就看得更加真切呢?再比如说,对于“刑事和解”这一现象出现的原因,规范法学固然无法给出令人信服的解释,社科法学真的就能说明白吗?研究者从这一中国特有的改革中能总结出规律来吗?中国有句俗语:“是骡子是马,拉出来溜溜”。或许,任何研究方法的设定都不是目的,研究者根据这一方法能否提出创新性理论,能否提炼出制度运行的规律,这才是检验一种研究方法优劣得失的主要标准。

其次,某些社科法学研究动辄将某一社会科学的理论奉为前提,而将中国的法律问题作为理论运用的对象,难以做出理论上的创新和贡献。我曾经观察过多个从事法经济学研究的年

轻学者,拜读过他们的作品。在感叹于他们知识面之广博的同时,也为他们的学术前途感到忧虑。这些能够熟练自如地运用“成本收益理论”、“交易成本理论”乃至“博弈论”的学者,仅仅将某一法律问题作为经济分析的例题,所作的分析和所得出的结论都没有超出西方法经济学的水平,如此研究下去,又怎么能做出理论上的创新呢?如果说规范法学经常犯“以西方法学为师”、“言必称英美法和大陆法”的毛病的话,那么,这些社科法学研究者岂不也动辄“以西方法经济学为师”、“言必称波斯纳和科思”吗?

笔者注意到,一些社科法学研究经常将一些社会关注度较高的案例作为研究对象,并运用了其他社会科学的既有理论。或许,这种研究足以论证规范法学是存在缺陷的,也是无法解决中国法律问题的。但是,这种零零散散的研究,又能创造出什么样的成体系的理论呢?假如社科法学要取得更大的学术影响力,就不应仅仅满足于这种就案论案的研究,而应从经验事实中提炼出概念,通过对中国法制经验的总结,来发现法制运行的规律,提出诸如“定律”、“公理”或者“定理”等标签化的理论来,从而为中国法学做出独特贡献。不仅如此,仅仅将一些略显极端的个案做为研究素材,也是不无争议的。研究者为什么不按照社会科学研究的一般准则,通过田野调查、访谈、个案分析、数据统计等多种研究方法,首先全面掌握经验事实,然后再提出抽象的理论呢?

社科法学还存在一个令人匪夷所思的问题,那就是有意无意地混淆了“存在的现实合理性”与“存在的价值正当性”的界限,莽撞地从经验事实的世界闯入价值判断的境地。当年,黑格尔有句名言:“存在的都是合理的”。对于这句话,应当理解为凡是现存的事物,都有其存在的原因和理由。但是,这并不意味着凡是存在的事物都是正当的,凡是现存的制度和实践都是符合公平、正义标准的。真正的社会科学研究应当奉行“价值中立”或“价值无涉”的基本立场,对于某一研究对象发生的原因做出深刻的解释,从而发现事物发生、发展和变迁的规律,而避免对价值判断问题妄下断言。要知道,中国当年发生“文化大革命”的运动,当年德国发生纳粹政权上台的事件,都有着非常复杂的政治、经济、社会、文化乃至国际政治的背景,研究者将这些背景和成因揭示出来,就有可能做出较好的学术贡献。但是,研究者假如奉行一种“宿命论”的立场,认为“文革”的发生是符合道德的,或者认为“纳粹政权的上台”是正当的,就有着为文革和纳粹辩解的意味,以至于挑战了人们最朴素的正义观。这种所谓的“社会科学研究”无论有多么深刻,都会引起人们的反感。

一些采用社科法学方法的研究者对于中国法律制度中的特有问题的研究,就采用了这样一种价值评判的立场。无论是对“复转军人进法院”制度和“审判委员会”制度,还是对“刑讯逼供”和“纪委双规”等制度问题,研究者在对其存在的复杂原因做出一番分析后,竟然对这些制度和实践做出肯定性的价值评价。当然,价值评价具有一定的主观性,对于这些制度和实践动辄采取批判的态度,固然是不足取的。但是,研究者假如反其道而行之,对一些明显不符合正义原则的制度实践给予“同情和理解”,甚至赋予其道德正当性,这既违背了社会科学研究的价值中立原则,也容易使人们对社科法学的志趣和宗旨产生误解。面对这种动辄为现实辩解的“社会科学研究”,人们不禁会产生疑问:难道社科法学可以公然违背社会科学研究的基本准则吗?

上述对规范法学和社科法学所提出的一些反思和批评,并不等于对这两种研究方法采取否定的态度。在笔者看来,规范法学和社科法学已经成为我国法学界正在广泛使用的基本研究方法,它们的竞争性存在将是长期的,也是不容回避的基本现实。但是,这两种法学方法迄今并没有达到较为成熟的程度,还存在着诸多的问题和缺憾,这也是不容忽视的问题。“工欲善其事,必先利其器”。面对中国社会转型期出现的诸多法律问题,法学研究者应当改进研究方法,无论是从法律之内观察法律问题,还是从法律之外研究法律问题,都应秉承科学的态度,遵守社会科学的基本准则,从而做出特有的理论贡献。

按照笔者的初步思考,法学研究者在运用规范法学和社科法学方法进行研究时,应将两者视为相互补充的方法,努力寻找这两种研究方法的契合点,确立一些共同的学术准则。在笔者看来,这些学术准则主要有:研究者应当将制度和实践作为研究的对象,从制度的世界进入理论的世界;研究者应当放弃对西方法学理论或社科理论的盲目崇拜,从中国的经验事实中提炼出自己的法学理论;研究者要做出法学理论的创新,就要与最前沿的法学理论进行对话,发现这些理论的边界和范围,提出新的富有解释力的理论。下面依次对这些基本准则做出简要分析。

首先,法学研究者应当区分“法制”与“法学”,注重研究法律之上、法律背后的原理和规律。有研究生指导经验的学者都知道,要让一个刚刚入学的研究生学会写法学论文,最大的困难是引领他(或她)从制度的世界走出来,进入理论的世界。我国特有的“学以致用”的学术传统,以及我国知识分子将“认识世界”和“改造世界”视为天然使命的观念,对初学者产生了极大的影响。而要“学以致用”和“改造世界”,就要在发现问题和分析问题的基础上,提出解决问题的方案 and 对策。仔细观察起来,无论是规范法学还是社科法学,其实都深深受到这一学术传统的影响。前者追求“良法美制”,寻求立法的完善和制度的革新,或者对法律规范做出符合立法精神的解释,无非是为了保证法律的良好实施,实现规则的治理;后者批评规范法学的空洞化,分析个案产生的复杂原因,甚至鼓吹“潜规则”的合法化,也有着改善治理方式的意味,有着“舍我其谁”的制度变革之理想。归结起来,两种研究思路都没有逃出制度论的轨道,而制度研究终究是缺乏生命力的。法学研究者假如仅仅关注书本法律中的制度,那么,立法一旦发生变化,制度一旦发生变革,整箱整柜的法学书籍都将不得不销毁。同样,法学研究者假如仅仅满足于对个案的讨论,倡导以“潜规则”替代书本法律,那么,随着法制状况的改善,这种研究的价值也会丧失。

其实,无论是规范法学所研究的制度,还是社科法学所讨论的实践,都只是“法制”的表现形式,也都仅仅属于法学研究的对象而已。法学研究的根本目的应当是发现法律运行的规律,提出富有解释力的法学理论。而要达到这一效果,研究者应有独立于“法制”的“法学”意识,注重从法律之上和法律规范背后发现具有影响力的因素,将其予以概念化,并提出相应的理论命题。其实,真正使法律成为一门科学的是法律条文背后的制约因素,这些因素与一个社会的政治、经济、文化、传统密切联系在一起,立法者要对这些因素做出改变,就像语言学家改变一个民族的语言一样,往往是极其困难的。法学研究者唯有将这些制约因素揭示出来,才能做出自

己的理论贡献。与此同时,真正属于“法学”领域的命题一般都是解释性的命题,它们要么解释了某一制度实践的类型或者模式,要么解释了某一法律问题发生的原因,要么揭示了制度实践的变迁规律。研究者通过“我发现……”的方式将其揭示出来,并作出抽象的理论概括,就完成了“认识世界”和“发现规律”的使命。这才是“法学”赋予研究者的应有使命。至于所谓的“解决问题”或者“改造世界”,那就属于推进“法制”的范畴了。而对于“法制”的完善,专业研究者经常是“心有余而力不足”,这并不是他们的长项,政治家以及专业立法决策人士或许更加擅长此道。

其次,法学研究者应当从中国的法制经验中提炼出法学理论。法学理论应当从哪里来?规范法学过于迷信西方法学的现成理论,社科法学也有着过分推崇西方社会科学理论的倾向。不知道从何时开始,法学研究者有着迷恋西方理论的传统,仿佛不引用几个西方学者的概念和理论,就显得自己没有学问似的。其实,西方的理论,无论是法学理论还是社会科学理论,对于解释自己社会的问题,或许是有说服力的,但它们未必就是放之四海而皆准的真理。中国法学研究者不应继续保持“被殖民者”的心态,甘当“学术留声机”或“知道分子”,而应树立起学术主体意识。西方的理论最多只能是我们研究问题的学术背景,或者是一种学术对话的对象。假如某一法律问题在西方理论中已经得到了完美的解释,那么,我们就应接受这一理论,在此理论的基础上展开新的研究。而假如某一些本土问题从西方理论那里根本得不到解释,或者西方理论的解释极为牵强,那么,研究者应当秉持“大胆假设,小心求证”的精神,提出新的更具有解释力的理论。

根据笔者的一点经验,中国法律制度中无法得到西方理论解释的现象,恰恰是中国学者做出理论创新的契机。例如,中国近年来出现的“刑事和解”、少年司法改革、量刑程序的相对独立、证据法对证据证明力的严格限制、公检法三机关的关系、检察机关的法律监督地位等一系列制度现象,都是西方法学理论无法解释的。研究者假如放弃对西方理论的盲目推崇,就有可能在这些问题的研究上提出新的理论。又如,近年来中国司法制度中出现的一些特有现象,如“涉法上访”、“死磕派律师”闹法庭、舆论影响司法、对司法官员的绩效考核等问题,不仅在西方是不存在的,也是西方法学理论无法解释和解决的。再如,中国近年来对一系列法律问题采取了各种治理措施,但问题并没有得到解决,治理效果也不明显。如对刑讯逼供的治理、对证人出庭作证的保证、对冤假错案的防范、对司法官员自由裁量权的管控等,都是典型的例子。有时候,立法者引入的恰恰是西方国家治理类似问题的经验,但这种治理显然并不成功。那么,对于这种治理经验和教训的研究,或许有助于我们发现中国的新问题,解释法律背后的新的制约因素,这或许是我们做出理论创新的机会。

再次,研究者应当与最前沿的理论进行对话,创造理论的例外或者提出新的理论。通常说来,法学研究者无论是研究法律规范,还是将法律作为社会现象来研究,都有可能提出一种概念或者理论。一个人只要具有一定的学术抽象能力,就不难对研究对象进行“概念化”,并进而提出具有概括力的理论命题。但是,面对西方既有的法学理论,我们如何才能做出理论创新呢?面对西方极其发达的社会科学理论,我们如何做出超越前人的理论贡献呢?

笔者过去在研究刑事和解问题时,就曾面临这样的困惑。刑事和解是中国自生自发的改革经验,构成一种特殊的刑事诉讼模式。但这种模式的特征是什么?中国为什么会发生这样的改革运动?对于这些问题,只有放在最前沿的理论背景下才作出解释。西方自上个世纪 60 年代以来,已经出现过帕克的“正当程序”与“犯罪控制”双重模式理论,也出现过格里菲斯的“家庭模式”理论,近期还有加拿大学者以被害人中心提出的四种模式理论。很明显,中国的刑事和解是发生在被害方与加害方之间的和解协议,它以双方达成私下的民事赔偿协议为前提,促成了被害方对司法机关做出宽大刑事处理的认同,在取得检察机关或法院同意的前提下,最终使被告人受到从轻、减轻或者免除刑事责任的处置。这种刑事诉讼模式无法用西方既有理论加以概括,而只能被视为一种相对于对抗性司法的“合作性司法”模式,而且是独立于“公力合作”模式之外的“私力合作模式”。围绕着这一模式兴起的背景,笔者又提出了一种以被害人中心的刑事诉讼理念,强调其实用的功利主义司法哲学基础。

当然,这种研究只是初步的,也并没有达到成熟的程度。但是,有了这样的研究体验,笔者对什么是创新性研究有了新的认识:在对西方最前沿理论理解透彻的前提下,提出对本土问题具有解释力的新概念和新理论,然后与西方理论进行对话。经过对话,发现新的概念和理论足以解释既有理论之例外情形,或者能够在既有理论之外发现新的规律的,就可以算说得过去的创新性理论贡献了。

大数据对法学研究的些许影响

白建军(北京大学法学院教授)

到底是相对封闭些,坚守自身特有的话语模式,还是适当打开自己,接受其他学科的影响,一直以来都是法学研究时不时面临的选择。比如,经济学之于法学、社会学之于法学、政治学之于法学,等等。现如今,大数据的概念来了。不管是不是情愿,法学可能又得有所准备,思考如何回应无处不在的大数据及其影响。

什么是大数据?有一本英国学者写的《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,从中大概得知何为大数据。所谓大数据,有三个特征:全样本、混杂性、相关性。其中,最重要的就是全样本。做经验研究的都知道,当样本等于总体时,抽样误差为零。但是,由于财力、人力、分析技术等条件的限制,人们很难拿到全样本。最早,国家为了知道纳税人的实际情况,就发展出各种消减、控制抽样误差的统计技术。而现在,随着计算机技术的发展,人们惊讶地发现,即使面对海量的信息,获取某类现象的全样本也并非完全不可能。基于这种全样本,人们可能更好地了解现实社会中的各种真实。于是,根据这些真实去预测某种现象的发生概率,就更可靠了。可见,大数据并不在于样本绝对量的大小,关键在于“全”。

比如,苹果公司的乔布斯身患癌症,尝试了许多种治疗方法,成为世界上第一个对自身所有 DNA 和肿瘤 DNA 进行排序的人。为此,他支付了高昂的费用。他得到的不是一个只有一系列标记的样本,而是包括整个基因密码的数据文档。对于一个普通癌症患者,医生只能期望他或她的 DNA 排列同试验中使用的样本足够相似。而乔布斯的医生能够基于乔布斯的特定基因组成,按所需效果用药。尽管他仍然死于癌症,但这种获得所有数据而不仅是有限样本的方法还是将他的生命延长了好几年。从这个意义上说,某个研究的样本再大,哪怕达到上亿,如果相对总体而言只是几分之一,也只是大样本而不是严格意义上的大数据。反过来,即使对一个个体,也可能进行全样本的大数据研究。

于是,我们理解了为什么说费孝通的《江村经济》、孔飞力的《叫魂》、吉尔茨的巴厘岛人类学研究、朱晓阳的《小村故事》,尽管只聚焦某个点,但都尽最大可能收集与这个点有关的全部信息,因而也是某种意义上的大数据。例如,美国学者孔飞力是个汉学家,他研究专制权力如何凌驾于法律之上而不是受到法律的限制;官僚机制如何试图通过操纵通讯体系来控制最高统治者;最高统治者如何试图摆脱这种控制。对这样的大题目,孔飞力也是从发生在清代乾隆时期浙江的“剪辫案”这个个案着手。“叫魂”是一种民间迷信的妖术,换句话说,是一种能给人带来不利后果的超自然的行为方式。在 1768 年的春天到秋天这大半年的时间里,因这种行为而引发的恐慌蔓延至大半个中国,使得整个国家陷入动荡不安。孔飞力发现,可以从小故事中发现大道理。于是,他在中国第一历史档案馆收集研究了海量的文献,至少有《朱批奏折》、《宫中上谕》、《宫中廷寄》、《附录奏折·法律·其他》、《上谕档方本》,以及图书集成局 1886 年

版的《刑案汇览》、薛允升的《读例存疑》、台北故宫博物院的《宫中档乾隆朝奏折》、1899 年版的《大清会典事例》、光绪年编辑的《大清十朝圣训》等等,最终写出了《叫魂:1768 年中国妖术大恐慌》一书。书中详细观察百姓、官僚、皇帝三个层面在叫魂案中的不同反应,发现每个群体对叫魂事件都有基于自己的利益而做的重新解释和塑造,并且这种再解释很大程度上已经远离了叫魂事件本身。可以说,叫魂事件是中国放大版的罗生门。我们从中看到的是犯罪定义者是如何从自身利益出发,千方百计对社会事实本身进行符合自身利益的再定义,从而获得有利于自己的结果。于是,犯罪定义过程就成了利益博弈过程,犯罪定义就成为一个并非纯粹客观的对于社会现实的反映,不可避免地带有浓重的定义者的主观色彩。

由此我想起,一位学者曾经计划深入到某个县法院,收集该法院全部文革前的判决书进行观察,看看在没有法律的情况下,法院是如何处理纠纷的。这无疑是一个极有价值的想法,尽管样本范围只限于一个县,但在这个范围内,如果做到全样本研究,那也是标准的经验研究,也是法律大数据研究。只可惜,这个计划未能成行。

可见,我们对大数据来袭的恐惧或反感,可能与我们对大数据的误解有关。形式上,大数据好像意味着大量的数据运算、统计甚至大型计算机的运用。其实,大数据的核心是尊重经验真实,敬畏经验真实,在乎经验的代表性。哪怕从一个小故事切入,只要收集足够的信息,也可能得到大张力、大格局的结论,用来解释、预测较大时间跨度和空间跨度的社会现象。正是由于不懂得这一点,我们一方面会排斥大样本经验研究,同时会夸大、轻信个案甚至只是几经裁剪的教学案例的可推论性,以为理解了这种个案,也就理解了所有个案。可是,天下没有两片一样的树叶,法律现象的异质性越大,某片树叶的代表性以及某个案件的可推论性就越有限。除非你坚持认为,天下所有的麻雀都没有任何差异,那你只解剖一只麻雀当然可以认为知道了所有麻雀。而在法律世界中,如果说所有案例都一个样,你自己信吗?

说到样本与数据,还有一点需要特别说明:大数据与大样本的区别其实也是相对的。当样本大到一定程度,即使不完全等于总体,只要其代表性和可推论性已经基本上不是问题了,就是近似的大数据。比如,谷歌基于 5000 万条最频繁出现的检索词条进行分析推算,成功地早于官方两周准确预测到流感的传播。那么,这个 5000 万是全样本吗?未必,只能说是最大的样本,其预测的可靠性其实也来自于这个样本的巨大。所以,当我们接受大数据时,切忌走到另一个极端,放弃所有大样本研究,一味地追求全样本。

用大样本做研究,结论不一定是科学的;科学的结论也不都出自大样本研究。但我还是偏好大样本研究,也常常受益于大样本研究。因为我相信,真理藏在大量事件背后。有人常会说,不用大样本,不是一样能得出你现在得出的结论吗?只用一两个故事,不是一样能表达你想表达的思想吗?没错。我不否认,幸运的淘宝者一伸手就能抓到个金娃娃。从一两个案例中,也可以提炼出某些宏大理论、原则或者规则。我不知道我有没有这个运气,但我知道我没这个勇气。不论怎样,多观察一些现象,得出结论所冒的犯错误的风险总会小一点。

一次,一个学生想写篇论文,题目是“从贪污罪看……犯罪学原理”。下面是我和这位学生的对话:

提问：贪污罪的确可以反映出……犯罪学原理。不过，刑法规定有几百个犯罪，何以见得某某犯罪学原理可以从A罪中抽象出来，因而也一定能从B罪、C罪……等其他各种犯罪中抽象出来呢？换句话说，你为什么对几百分之一的个罪足以代表所有犯罪抱有如此的自信或把握呢？

答辩：据我所知，著名社会学家费孝通先生的博士论文《江村经济》就是以——一个乡村的材料为样本对中国农村状况的研究。

（好厉害！一个问题就惹出了费先生，要再问一个问题，恩格斯还不举着《英国工人阶级状况》出来帮他理论？按照他的意思，费先生可以用一个江村代表中国农村，我为什么不能用一个犯罪代表所有犯罪？）

提问：很好，你读了不少书。的确，费先生的博士论文在伦敦大学通过的当晚，他的导师就将其介绍给英国Routledge书局出版。书局的编辑拿到书稿后，还建议把书名《开弦弓，一个中国农村的经济生活》中的“开弦弓”（村）和“一个”去掉，直接称作《中国农民的生活》呢！不过，我们现在看到的该书中文版，书名仍是《江村经济》，而不是“中国农村经济”什么的。这是为什么呢？当然，费先生能不能帮得了你，要看你怎么回答这样一个问题：江村的确是中国农村的一部分，贪污罪也的确是犯罪的一部分。问题是，江村与中国其他乡村之间的关系，和贪污罪与其他犯罪之间的关系一样吗？

（我暗想，这可是第一个陷阱，看他怎么办。为了证明用一个犯罪代表所有犯罪的合理性，他很可能回答说，两个关系之间没什么根本区别，都是部分与整体的关系。正因此，江村可以代表中国农村，贪污罪也可以代表所有犯罪。言外之意，费先生做得，我为什么做不得。不过，他要真这么答就惨了，因为这将使他自己陷于一个被动境地，他没办法把“乡村”与“个罪”这两个分析单位完全不同的事物做简单类比。这显得多不严谨呀！果然，他非常审慎地绕开了这个陷阱。既没有说两者具有可比性，又没有说两者不具有可比性。）

答辩：这个，不一定，两者既有相同点，又有不同之处。不过，费先生可是社会科学大家，娴熟运用实证分析的研究方法研究许多社会问题，是我们每个学者的榜样。

（你看，博士就是博士。不仅绕开了我设下的陷阱，还用费先生堵我的嘴——意思是别在费先生面前摆弄实证研究！不过，该窃喜的还指不定是谁呢。他已经走近另一个陷阱。）

提问：你说的很好。也就是说，我们没有根据说，江村与其他乡村之间的关系，等同于贪污罪与其他个罪之间的关系。是，亦或不是？

答辩：嗯，是。

（因为真的太聪明，所以他已经意识到被套牢，可怜的学生一脸的沮丧。）

提问：既然没有足够的根据，从江村与其他农村之间的关系直接推论贪污罪与其他犯罪之间的关系，那你凭什么从一个贪污罪就抽象出那么大一个犯罪学理论呢？

……

我用这个例子是想说明,有的研究者对大样本、大数据的偏见,源自于并不真正理解小样本及个案研究。结果,在误解大样本研究的同时,也在误用小样本研究。

其实,我们生活中也常常见到缺乏样本意识的例子。一个城市中有一家大医院和一家小医院。根据记录,大医院三天来每天接生的新生儿中,男女各占约 50%。而那家小医院三天来每天接生的新生儿中,恰巧 60%是男孩,40%是女孩。这时,一对年轻父母尽管每天都梦想着生男孩,也不会仅仅根据这个统计数据就做出决定,到那家小医院产子。因为谁都知道,出生率的性别比是大约男女各占 50%。大医院每天接产数量大,所以样本性别比更可能接近实际比例。但是,可以设想,如果这对夫妇并不知道这个一般的统计数据,或者说,如果他们脑子里没有这个先验概率,我们还敢肯定他们不选择小医院产子吗?这样提问有点可笑,因为他们不会蠢到分不清怀孕在先还是产子在先。但很难说类似的低级错误不以高级的形式发生在我们中间。

当然,要想证明一种理论,人们随时可以找到一两个事例作为支持这种理论的证据,这种个别事例也是一种意义上的真实。但严格地说,个别事例作为证据,不仅可能随时遭遇反例,而且其误差是不可控的。因此,只有一两个事例作为证据的所谓理论,很可能只能是一种意见、猜想或者判断,无法作为规律性认识为人所接受,更不能作为社会政策制定过程的决策基础。因为个别事件可能处在正态分布中的任何一个位置上,既可能碰巧代表大量同类事件的集中趋势,也可能只是极端事件。从这个意义上说,实证分析所追求的客观真实来自符合科学抽样程序性、规模性和可重复性要求的样本。

有学者就指出:大数定律保证非常大的样本确实能高度代表它从中抽出的总体。而如果一个研究人员信守小数律,就会对在小样本基础上得出的结论的有效性抱有夸大的自信。因为小数律的信徒是这样从事科学研究的:①在检验研究假设时,他把赌注放在小样本上,而未意识到他的失败机会非常之高。他高估了检验力。②他对于初期的趋势(如最早的几个被试的数据)以及观察到的模式的稳定性(如显著结果的数量和属性),有过分的自信。他高估了结果的显著性。③在评价自身或别人的重复实验的时候,他对显著结果的可重复性,抱有非分的高预期。他低估了置信区间的范围。④他很少将实际结果与预期间的偏离归结为样本的变异性,因为对于任意的偏差,他都能发现因果“解释”。总之,人们对样本的直觉往往会产生不当的后果。

当然,也许有人会说,这里所说的是发现真理的过程,而不是叙述真理的过程。发现真理时,当然要多观察些现象,得到更多个案的数据支持。而叙述真理时,样本就不需要太多。当你在课堂上讲授故意杀人罪的概念时,没必要历数几百个故意杀人案甚至穷尽所有个案后再告诉学生什么是故意杀人罪。没错,这其实正是我要说的。研究性论文或专著不是教科书,更不是学习心得或者综述。在教科书中,可以例举少量故事说理。但通过一项研究,你要告诉人们你发现了什么,而不是告诉人们你认为怎样。既然如此,怎么能刚看见一棵树就宣告说,我发现了一片森林?

由此还可以看出,就是对定量研究而言,样本规模不同,研究结果也可能不同。关键不在

于定量不定量,而在于是否对经验(集体经验、群体经验)心怀敬畏。我们可以掰着手指做样本,把十个手指的特征输入 SPSS,照样可以运行交互分析、T 检验、方差分析、多元线性回归、降维分析等几乎所有量化分析过程,然后用图表、饼图、线图等形式热热闹闹地表现出来。我们还可以上街随便找来三个路人,问他们是否赞成废除死刑。然后我们照样可以报告说,有 66.6666% 的民众赞成或反对废除死刑。这都是在做量化分析,但都是对经验的亵渎,是对现实生活的亵渎,是对科学的亵渎,也是对学者这个称谓的亵渎。换个角度看,我们不能说,一百个样本中的经验才是经验,一个样本中的经验就不是经验。更不能说,我的经验才是经验,你的经验就不是经验。关键在于,谁报告的经验相对更加接近生活现实的总体。

这样想问题便不难理解大样本研究的几个好处:第一,只要抽样过程符合随机性要求,样本越大,抽样误差就越小,由此所得结论偏离现实世界的可能性就越小。理论上说,当样本等于总体时,误差为零。第二,样本越大,所含信息、类型就越丰富,所研究的对象就能以更多的方式展现自己。通常,人们对定量分析有一个误解,认为量化过程对现象进行压缩处理,脱水后的研究对象失去了生气,面无血色。的确,这正是小样本量化分析可能有的效果。但随着样本的增大,人们可以灵活运用各种观察手段,看到事物更多的侧面。大样本用得好,可以让研究对象表情丰富,百般风情;而用极端个案说事,展现的往往是说故事者自己。极端个案的确有血有肉,生动具体。但是,由于无法控制某个极端个案在多大程度上代表了总体,因此,也无从知道这种用极端个案说故事的方法是否掩盖、侵吞甚至扭曲了多少客观真实。第三,样本越大,可供选择的分析工具也就越多,其结论也越可信。如果只有二、三十个样本,就算用上多元线性回归,统计软件也会报告结果,但这样的结果连你自己都不信。换句话说,样本越大,可选的分析工具越多,你就越自由。难道,你不想要这种自由吗?

当然,我们不能无条件地说,样本越大越好。我们把某个省的全部案件都拿来分析,有几十万,够大了吧?但我们还是不能把结论直接推论到全中国。样本是否具有代表性,还要看抽样程序是否规范。

抽样是从研究总体中抽取部分单位加以研究,并用所得结果推断总体特征的方法,是实证研究的基本功之一。之所以需要抽样,首先因为样本与总体是个别与一般的关系。研究总体,没有必要对总体中每个单位进行逐一调查。只要符合统计要求,可以认为样本特征近似于总体特征。第二,由于需要研究的总体巨大,受人力、财力所限,除国家实施的大规模人口普查以外,不可能逐一调查所有研究对象的个体。所以,不仅可以借助样本观察总体,也只能借助样本观察总体。第三,被研究的总体本身具有程度不同的异质性,只抽取其中一个单位,不可能代表总体中其他未被抽取单位的情况。因此,用来观察总体的样本尽管不可能太多,但也不能过少。过多的样本耗费调查资源,过少的样本可能产生过大的抽样误差。

具体来说,抽样分为随机抽样(概率抽样)和非随机抽样(非概率抽样)两种。在随机抽样中,总体中的每个单位都有同等机会被抽取成为样本。其特点有四:第一,按随机原则抽取而非随意抽取。第二,每个单位被抽取的概率是已知的,而非未知的。第三,由样本推论到总体的可靠程度可计算,可控制。第四,抽样前,对总体边界已知。随机抽样分为简单随机抽样、分

层抽样、系统抽样、聚类抽样等等。与随机抽样不同,非随机抽样是无法精确给出抽样误差因而无法将研究结论直接推论到研究对象的总体的抽样方法。非随机抽样包括方便抽样、立意抽样等等。抽样技术的关键,就在于尽可能减少误差,控制误差,抽出真正代表总体的样本。

作为社会现象的一部分,法律现象与自然现象之间有着显著区别。法是由人制定的,法是由人实施的,法是由人违反的。所以,法律现象有着太多的异质性和不确定性。但另一方面,法律现象的总体又往往巨大无比,每年法院处理的各类案件几百万件,每个达到一定责任年龄的公民都是潜在的违法者,所有公民都是潜在的被害人。那么,法学研究该如何迎接大数据的到来,至少做出一些像样的的大样本研究呢?

首先,全样本选题。在法律现象的研究中,并不是所有问题的对象总体都是十三亿人或者百万、千万计的案件。比如,截止到 2006 年 6 月《刑法》修正案(六)通过颁布以前,中国《刑法》规定有 425 个罪名,截止到 2003 年 12 月 23 日,最高司法当局发布的刑事司法解释共有 1233 个,某一笔专项资金总额 400 亿元,涉及该项资金的全部职务犯罪案件共几百件。这些,都是力所能及的全样本选题。此外,某个行业的行业性规范、某个部门的执法活动等等,也都可以成为全样本研究的选题。除了这些以全国范围为总体的选题以外,还可以将有代表性的某个省、某个市、某个地区,甚至某个县、乡的全部某类案件、某些司法文书、判决结果、政策文件等确定为全样本研究的对象。此类全样本虽非全国范围的全样本,但为什么研究对象及其结论一定要能推论到全国才算是科学呢?为什么学术活动一定要左右于一个中心才算是触摸到了真理呢?其实,这本身就是一种关于学术研究的误解,一种盲目追求宏大叙事而不屑于细微具体研究的浮躁。既然如此,法律实证研究中丰富的全样本选题,是尽可能降低抽样误差的一个较好对策。

其次,合理确定抽样框架。所谓抽样框架,就是一份与总体非常相似的用来选取具体样本的名单。例如,1936 年是美国的选举年,民主党竞选人是竞选连任的总统富兰克林·罗斯福,共和党的竞选人是来自堪萨斯州的阿尔弗·兰登。为了预测谁将在选举中获胜,美国的《文摘》杂志进行了一次美国历史上规模最大的民意测验,它调查了 240 万美国人的选举倾向。根据调查结果,《文摘》杂志宣布,兰登将以 57% 对 43% 击败罗斯福。而实际的选举结果却是,罗斯福以 62% 对 38% 获得大胜。预测失败的问题就出在抽样框架上。《文摘》杂志总共寄出了 1000 万份调查表,地址与姓名大都取自于电话簿与汽车俱乐部会员名单。但在 1936 年,大多数美国人没有安装电话,很多人也没有汽车。这样,低收入的穷人就被完全排斥在调查之外,而正是这部分穷人支持了罗斯福,造成了同样是美国历史上规模最大的抽样误差。这个例子中的抽样框架就是《文摘》所选定的电话簿和汽车俱乐部会员名单。从抽样原理来看,这个抽样框架与美国全体选民这个总体之间的相似性程度不大,所以才会预测失败。

由此也可以看出,关键不在于样本的数量大小,也不在于抽样框架是出于何种目的确定的,而在于根据某个框架所获得的样本与总体之间是否相似。而所谓是否相似,其实又有多个可能的侧面:年龄、性别、职业、文化,还是社会地位?只要对既定研究目的而言,抽样框架与总

体之间具有相似性即可,而两者不可能在所有方面都满足相似性要求。调查者所以选定电话簿和俱乐部名单,也是因为他们真的相信这个框架的选举意向能代表总体。否则,他们为什么有意制造自己的预测失败呢?所以,当无力于全国普查时,我们可以根据研究目的的要求确定一个抽样框架,假定这个抽样框架可能代表总体,然后或者基于这个框架进行全样本研究,或者在这个框架内进行随机抽样。这样,研究结论能否推论到总体首先可以基本上排除主观偏好或者其他人为因素对样本获取过程的影响,而剩下的问题只是人们在多大程度上相信这个框架与总体之间的相似性,或者说两者之间的差异在多大程度上可能对研究结论向总体推论构成根本性影响。

例如,我们不可能首先获得全国所有刑事案件的名单,然后据此进行随机抽样,但我们可以把来自最高法院各业务庭、研究机构、出版单位、网站等权威机构公开发布、发表的全部真实判决设定为抽样框架,并称其为“示范性案例”,然后抽取其中的某类案件进行全样本研究。这种案例的代表性在于:第一,由于这些案件来自全国各地,由各地各级法院选送,具有对全国总体的代表性;第二,由于是最高法院各权威机构认可并公开的案件,因而具有对司法实践的指导性;第三,由于其中绝大部分案件属于生效判决,因而具有一定的有效性;第四,由于各地选送案件以及最高法院各单位选取案件时充分考虑到案件类型和性质的多样化,因而对学术研究而言具有一定的标志性;第五,由于是公开发表的案件,因而对公民行为而言具有相当的规范性、模范性和可预测性;最后,由于提取了这个范围内的几乎全部某类案例,将抽样误差降低为零,因而具有研究依据上的准确性。其实,如果可能将总体的所有特征一模一样地微缩到某个随手可得的抽样框架中的话,无异于对总体完成了一次严格的随机抽样,并以其结果为抽样框架进行二次抽样,其实这已经不是在选择抽样框架而是进行多段抽样了。

再次,避免盲目放大样本容量。一般而言,研究总体本身的异质性程度越大,需要分析的变量的个数越多,则所需要的样本规模就越大。但是,一个占总体 5% 的样本,未必要比一个只占总体 1% 的样本要好上 5 倍。有研究证明,在总体小于 1000 的情况下,如果样本占总体的比例低于 30%,那么,样本误差将会很大。但是,当总体的规模增加时,样本比例的作用趋向于越来越小,当总体为 10000 时,我们只需有 10% 的样本比例,当总体为 150000 时,1% 的样本比例就已经足够。当总体为 1000 万或者以上时,样本比例的增加实际上已经不起作用。换言之,样本规模绝对数值的重要性大大超过样本占总体比例的重要性。

最后需要说明,最高法院已经从 2013 年起开通了裁判文书网,公开了几乎全部司法判决书。尽管在技术上还有待改进,但这件事的意义之大,超出了许多人的想象。至少今后我们不能再说,拿不到全样本,所以无法做大数据。现在的问题是,司法当局已经为法律大数据研究提供了相应的条件,学界能跟上吗?

论文写作的提问和选题

凌斌(北京大学法学院教授)

一、从“弥尔顿的节制”谈起

博尔赫斯在一篇评论中提到,弥尔顿的“创作是有节制的,因为他感到无节制的创作会消耗他写诗才能。他在三十六岁时写道,诗人应该是一首诗。……在一张偶得的纸上(现在是剑桥大学收藏的手稿),记录着一百多个可能写作的题目。最终,他选择了天使和人的死亡作为题目。”(《福楼拜和他典范的目标》)只写最值得写的题目,也许是一切伟大作家的本能。而对一个初学者来说,审慎选题即便不是出于对自己天赋才华的格外珍惜,也应当是论文写作的起码态度。

都说“好的开始是成功的一半”,从论文选题来看,坏的开始是失败的一多半。这些年参加开题、预答辩、答辩和各类评审,最大的感受是,学生论文写作的一切痛苦,都源自于一开始就选错了题目。很多论文仅仅从题目就可以判定,是本科论文乃至硕士、博士论文根本处理不了的。大错一旦铸成,接下来就纯粹是在浪费学生和老师的时间和生命。每年三四月份,我的同事们就在不断抱怨,指导学生论文实在是一种折磨。还有一位同事精确地给出了折寿年限:少活 15 年。每当此时,我就禁不住想,这些学生和导师商量开题的时候,为什么不选择一个力所能及的题目呢?为什么要到最后提交论文时才发现根本完成不了?我们的学生,也包括老师,往往缺少米尔顿那样的节制和自觉。

选题的不当,除了缺少清醒的学术自觉,还有另一个重要原因:不懂得如何提问。提问是选题的前提。提不出问题,也就无题可选。学生所提的问题,多是从课堂和老师那里得来。不是受到老师讲课的启迪,就是阅读教科书的感悟,甚或干脆就是老师给出的题目。这样虽然也可以交差、毕业,却是老师的本事,并不是学生真的通过了大学的基本训练。

从 2010 年起,我开始在北大法学院教授法学论文写作课程。此外,我在自己开设的专业课程中也做了一些尝试,主要是取消期中考试和期末答疑,改为“开题报告”和“预答辩”,借此给选课同学在选题方面多一些指导。经过这些年的教学观察,也结合自己的科研经历,我更加体会到提问和选题的重要性。这里所写的是一些最初步也最粗浅的心得与思考。希望对初学者有所裨益,可以帮助学生少走些弯路。

二、提问的根与本

提问就是将自己所思考的问题变成学术问题。

学生之所以提不出问题,并不是真的没有问题,相反,可能是问题太多,不知道从何说起。其实,从何说起都不要紧。关键是,要“敢于”从自己生活和学习中遇到的困惑出发,提出问题。

个人经验再孤陋粗浅,也是一个人思考和研究的起点。正像叶圣陶先生说的,“不从这儿出发就没有根”(《怎样写作》)。

一位美国学者给我讲过一个故事。他说,有一次科斯(Ronald Coase)在伯克利大学做讲座,有同学向他提了个问题:“怎么才能提出一个好问题?”科斯是一名杰出的经济学家,新制度经济学和法律经济学的奠基人,以会提问题而著称于世。那么,科斯是怎么回答的呢?他就是手指向下,指了指地面。意思是说,遍地是黄金,只要你向下去看。不要总是把眼睛盯着黑板和书本,盯着别人已经告诉你的东西。要从经验出发,用自己的眼睛去发现问题。

这类问题,就是我们日常学习生活中遇到的问题。因而在提笔之前,不妨先扪心自问,曾经有哪些问题萦绕心间,尤其是那些长久以来挥之不去的困惑。这类问题,有些在学习过程中会找到答案。但是,如果经过了一段时间的学习和研究,还是不能解决自己的困惑,那就很可能是一个值得研究的问题。我们读书、上课,不要记那些书上可以找到的内容。要记的是学习过程中产生的思考,不论是阅读中想到的问题,还是听课中悟出的问题,点点滴滴,都值得积累下来。这些问题越积越多,不怕将来提不出有意义的学术问题。

不要觉得自己是初学者,就觉得老师教的、自己读的、或者书上写的都是真理。人文科学、社会科学甚至自然科学,都是一样的,都没有绝对的真理。所谓真理都是阶段性的,都可以进一步探讨。如果我们对自己的困惑全都不敢提出来,那就找不到真正有意义的值得研究的问题。就如同一个人从来不敢迈出第一步,也终究学不会走路。这些问题、困惑植根于我们每个人心中,再好的老师也没法代替,只能自己找到。也因为自己的困惑,不是别人的问题,才会有持久研究的动力。做研究、写论文才不会只有痛苦、只为交差,才会津津有味、欲罢不能。

其实,不必非要“长久以来”的困惑,平日里灵光一闪的问题,有时候也值得珍惜。我讲一个自己亲身经历的例子。有一次,母亲和我一起看电视,是一个关于长城的纪录片,随口就提出了一个极好的学术问题。母亲问我,“长城为什么要修得那么宽?”中国自古以来都把长城叫做“城”,而西方认为是“大墙”(Great Wall)。我母亲的问题却隐含着另一种理解,长城是一条“大道”(Great Way)。因为从母亲的日常经验看,长城不是闭合的,和一般的古城很不一样。长城蜿蜒曲折而且城墙宽阔,也和一般人家的院墙大不相同。仔细琢磨,母亲的问题不无道理。长城并不仅仅用于防御外敌,还可以作为重要通道,将中国北方区域贯穿起来,达到重要的战略目的。为了便利交通,修得越宽就越方便人马过往。这样看来,长城就不只是“长城”,也不只是“大墙”,而且是“长道”、“大道”。这意味着重新理解长城的性质和功能。苏力老师有专门文章。虽然在分析的精细上,我母亲肯定无法望其项背。但是就提问的精彩而言,同样是第一流的。

我母亲只是初中学历,之后只是从事幼儿教育,并不是什么“高知”。比起我母亲,大家都是大学生、研究生,天之骄子,又是求知欲最强、创造力鼎盛的年龄。只要我们敢于提出自己的问题,直面自己的困惑,都应该能够从自己的日常生活和平时学习中提出很好的问题。当然,从自己的困惑出发,从自己的经验出发,只是一个起点。只有困惑还不够,还要能够把握自己的困惑在理论脉络中所处的位置。如果说个人经验是提问的“根”,那么理论积累就是提问的“本”。

钱钟书先生有篇文章,叫《诗可以怨》,其中讲了个笑话:“意大利有一句嘲笑人的惯语说‘他发明了雨伞’(ha inventato l'ombrello)。据说有那么一个穷乡僻壤的土包子,一天在路上走,忽然下起小雨来了。他凑巧拿着一根棒和一方布,人急生智,把棒撑了布,遮住头顶,居然到家没有淋得像落汤鸡。他自我欣赏之余,也觉得对人类作出了贡献,应该公诸于世。他风闻城里有一个‘发明品专利局’,就兴冲冲地拿棍连布,赶进城去,到局里报告和表演他的新发明。局里的职员听他说明来意,哈哈大笑,拿出一把雨伞来,让他看个仔细。”这也是我们时常会感到的不安,是不是自己也是这样的“土包子”——因为不了解这个世界,不了解前人的创造,不了解人类几千年文明所积累下来的知识成果,常常自鸣得意,妄自尊大,到头来不过是又一次“发明了雨伞”。

广义的研究,应当包含学习在内,包括对古往今来一切有助于我们思考和解答问题的前人经验和现有理论的学习。一个大体的研究过程,是因疑而问,因问而学,学而不得,则有研究。因此要确定研究的主题,当然也要总结前人观点,在学习前人成果的基础上提出自己的问题。毕竟我们都不是“生而知之”,只有通过学习、分析和批判才能够增进我们对于某一问题的认识。甚至可以说,一个研究的成果如何,很大程度上取决于你之前学习的透彻程度。

总之,一个好的学术问题,应当“知己知彼”,既源于经验又入于理论。提出了这样的问题,进一步的选题也就有了基础。

三、边缘切入中心

提出了好问题,还要想想,有什么非写不可的理由。正如弥尔顿的故事,从提问到选题还有一段很长的距离。我再讲一个自己亲身经历的例子。

那是2007年4月24日,我因为运动会受伤,卧床在家,碰巧看到中央电视台经济频道“经济与法”栏目播出的《“小肥羊”争夺战》。那时,我本来在为即将举办的“北京大学—康奈尔大学财产法研讨会”构思另一篇论文。看到这个节目,我立刻改变了主意。原来的提纲被放到一边,我也顾不得伤痛,立刻爬起来打开笔记本电脑,开始了关于“小肥羊”案的写作。要写的内容几乎看完节目就在头脑中形成了,写起来飞快。骨架一两天就写好了,剩下的时间更多是在查阅和补充资料,请教相关领域的专家学者。文章后来以《肥羊之争》为题发表在《中国法学》。

这个案子有两点深深吸引了我。一是“肥羊”这个有关财产权利的绝好意象。正如我在文中写道:“‘肥羊’一词在中国尤其是北方有着一个特殊的含义:财富。正如美语中的‘big bucks’,并非是实指体型巨大的雄鹿,而是意指‘一大笔钱’,意指一笔响当当的‘财产’。当初众多企业选择‘小肥羊’作为品牌名称,而且历尽艰辛,不改初衷,都是看中了这一名称语义双关的吉利和靓丽。本文也借助这一语义双关,表明《商标法》修订引发的这场‘肥羊之争’,丝毫不逊于《物权法》制定引发的激烈争议,不仅是法律实践和经济理论的一面镜子,也是中国产权制度改革和现代社会发展的一个缩影。”好的学术意象不容易碰到。碰到而错过了,会是不小的遗憾。“小肥羊”学术象征与时代象征的复合,极具阐发意味。“肥羊之争”不仅构成了争夺财产权利的绝好意象,而且是建国六十年中国财产制度变迁和经济法律体制改革的绝好象征。

一组案子,能够记录六十年的制度历史,不是在所有案件中都能碰到的。

当代中国,正处在社会转型的历史时期,每年都有很多热点案件爆发出来,引起学界特别是社会的广泛讨论。有些案件只有短暂的即时效应,有些却可以成为持续的时代和学术象征。如今案例评析越来越成为法学写作的重要题材。很多期刊都特别欢迎热案时评。但是从选题的角度看,骤热的冷的也快。除了“热点”本身,还有应该有足够的学术理由。

这就引出了第二点,也更为重要的是,本案提供了一个从边缘切入中心的极好途径。这个案子背后真正的问题,是前三十年的国有化和后三十年的私有化。国有化和私有化都是敏感问题,也是热点问题。谈的人很多,但问题重大,纠缠不清,很难处理。选择一个看似毫不相干的地带,从技术角度切入,就轻易避免了意识形态纷争,也扩展了这个问题的实践外延。如果一个纯技术的知识产权法修改,实际上也在悄然进行着私有化进程,如果一个普普通通的商标权界定,也充满了剥夺、不平等和无效率,那么,也就易于让读者理解,那些更为重大的问题,比如国企改革、农村土地等问题,何尝不会如此。

许多重大的、热点的、敏感的问题都值得研究,但是并非只有一种写作方式。从选题来看,可以借助好的学术意向,迂回的从相对边缘的问题切入,将其中的权利义务关系、经济政治博弈、历史现实交锋呈现出来,同样可以给那些宏大议题以理论启迪。在这个意义上,这个案子也进一步启迪我明白,学术上和战争上一样,边缘即中心。

四、选题的“小清新”原则

以上只是一个例子。这里再提供三个原则,供初学者参考。三个原则合在一起,叫做“小清新”。

(一)“小”

首先,选题要足够小。程子有云:“君子教人有序,先传以小者、近者,而后教以大者、远者。必先传以近小,而后不教以远大也。”教学是这样,写作也是这样。以小见大,循序渐进,可谓学术通义。

现在学生论文写作的通病,就是选题太大。这反映的其实是学识不足。初学法律的人,都爱谈公平、正义、人权、宪政等抽象而宏大的话题,因为就只听说过这些大词儿。无知者无畏,多大的问题都敢写,写起来才知道驾驭不了,悔不当初。学习一段时间后,脑子里有了更细的概念,就能谈论些具体问题。知道的越多,不懂的越多,选题也就更为谨慎。

那么多小算小?打个比喻,合适的题目就像一个核桃,一只手可以牢牢握住。过大过小,当然都不好。太小了,芝麻一样,抓不住;太大了,西瓜一样,抱不动。不过学生选题,主要是防止题目过大。选题的大小,一方面要看研究者现在的驾驭能力。驾驭不了就是选题大了。只要觉得问题暂时还驾驭不了,就要马上缩小,增加限定。事实上,当一个问题限缩得足够小以后,你怎么谈,怎么引申都会很轻松。如果一开始就是大题目,没有能力驾驭,怎么写都难受。另一方面,也要看学界现有的研究状况。早些年,易于写大题目,因为学界还没有太多研究,相应的研究资料也少。现在再写那样的大题目就不好把握了。

其实选题是不怕小的,总能够“小题大做”。所谓“小”,是指切入点要小,尽量地将问题缩小到你可以把握的范围。所谓“大”,是指视野要大,从小问题讲出大道理。比如我写“小肥羊”的文章,研究的是一个热点案例,探讨的是《商标法》的第9、11、31条的法律解释问题,但是通过这些技术化的问题,仍然得出了关于财产权问题的法学和经济学的一般结论。再比如送达制度,它在法律研究中的地位特别小,也特别偏,然而如果把握得好,可以对整个司法程序,程序正义以及法理学问题都有所贡献。这都是“以小见大”。你眼界有多宽,你的问题就有多大。同样是一颗芝麻,在你手里是芝麻,在他人手里就是西瓜。所谓“贤者识其大,不贤者识其小。”(钱穆:《学衡》)从再小的问题出发,都可以看到自己从事研究的这个学科领域的发展趋势,洞察到社会的发展方向,把握住国家、时代乃至整个人类的核心问题。

(二)“清”

其次,对于所写的题目,自己要确实想清楚了,或者至少知道,自己确实能够研究清楚。这就是叶圣陶先生讲的,“某个题目值得写是一回事,那个题目我能不能写又是一回事。”(《谈谈写作》)

是的,想写和能写是两码事,研究和写作是两码事。要写作一个问题,总要对于这个问题有相对清楚的了解。说白了,就是不要写自己完全不懂、或者很难弄懂的东西。最好是写之前一直感兴趣或者深有体会的问题。如果你对这个问题长期抱有兴趣,一直有所追踪,有所积累和思考,来龙去脉都有了解,那么做起研究来就可以驾轻就熟,得心应手。反过来说,如果刚接触,一时兴起,就要小心,想想自己到底对这个问题了解多少。很多同学,在选择研究题目时,根本没有基本的了解,甚至完全不清楚,一上手才知道问题做不下去,到时候悔之晚矣,进也不是,退也不是。我在参加学生论文的开题、答辩过程中经常感到,很多学生实际上在开题时甚至答辩时还根本不清楚自己研究的问题,满篇都是大词空话,不知所云。很多同学一上来就讲什么什么问题自己很感兴趣,很有意义,然而从来没有机会触及问题的实质,只是看了几本书,听别人说的热闹。真要自己上手,就会知道,研究深入不下去,因为自己能知道的还是那么几本书。这样的研究做出来,也没有任何意义,因为根本没有增进我们对这个问题的理解。

要“想清楚再写”,就要在选题阶段多投入一点时间。选题阶段花的时间越多,思考的越充分,后面就越少走弯路,越快做出成果。反过来,如果对一个题目还没有概念,就先不要下笔。每篇论文都会将研究者在这个主题的所有积累、思考和知识“榨光”。选题的过程中,首先要能够静下心来,多查资料,多看些书。选题之前,要先做做文献检索,尽量搜集和查阅已有的研究。学好文献检索,特别是电子资源检索,应该是选题之前的必备功课。一个学生,只有对自己研究和以往成果的关系有了初步把握之后,才应该去找指导老师,征求他们的选题意见。不要在自己什么都还没有了解的时候,就指望老师给一个题目。实际上,由于老师也不会在所有问题上都有过深入研究,没有学生自己在选提前的资源检索和研究准备,也很难给出有针对性的意见。这就是很多学生论文在开题乃至答辩时才发现选错了题目的重要原因。

甚至,只看书也还不够。法律是一门实践学科,研究某类问题,不能只是靠读论文、读书本。那都是前人已经积累的成就,可以作为学习的对象,但是不能作为写作的全部。有的同学对“云计算”、“大数据”感兴趣,想研究新技术提出的法律问题,但是对相应的内容只是看了一

本畅销书,其他完全没有概念,那就没法做。还有学生,写家具市场的法律管制。我们也许都买过家具,但是买过的也不知道这个市场到底是怎么一回事儿。除非你熟悉家具厂商,有人脉资源,或者自己干过这个行业,有所体会,否则只靠谈原理,梳理有关的法律条文,不可能做出有价值的研究。所以,如果你在这方面很不熟悉,就不要贸然去做。应当尽可能选自己相对较熟的、有资源可供研究的题目。

何况,如果能够借助的都是前人成果,没有自己的心得体会,也就不可能超越前人,做出自己的贡献。即便引入了一些新的视角,经济学的、社会学的、心理学的、生物学的,如果不了解研究对象,也只能是谈些皮毛。别做从书本到书本的学问。这是初学者极易有的毛病,因此要格外警惕。要写作一个题目,与其死读书,不如先下些功夫,对自己的研究对象做一些初步的调查研究。有了实践经验,再边思考边读书,对问题有了比较清楚的认识,题目也就可以定下来了。

总之,研究一个法律问题,要知道“哪块云彩有雨”。引经据典,却说不到点子上,是法学论文的又一个通病。正像叶圣陶先生所说,“不想就写,那是没有的事。没想清楚就写,却是常有的事”。(同上)

(三)“新”

最后,选题要多少有一点新意。对于一个新手来说,千万别碰前人已经研究过好几十年的题目。记得以前读书,一位老先生讲,《汉书》是块“熟地”,不易有所发明,让我很受启发。不耕熟地,应该是一个初学者论文选题的基本原则。

“不耕熟地”,也就是要找寻“处女地”。学习要学习旧的,研究要研究新的。现代社会“日新月异”,还是有许多新的问题可供研究的,也还是有些问题现在研究不够,有的问题已经发生变化,在其中我们可以选择多多少少还能驾驭的问题来研究。比如非法集资罪,“吴英案”后这方面的研究多如牛毛,要想有研究的新意,可以从当下热议的“众筹”入手。再比如,针对某个诉由,借助“北大法宝”这类数据库,能够将多年来的案例都检索出来,如果给予细致的分析,能够发现很多有意思的问题。

“新”,既可以是新材料、新问题,也可以是新方法、新视角。其中,提出新问题最难,运用新方法和新视角次之,而新材料是我们绝大多数同学都能够也应该做到的。最好是有新问题。比如一个学生发现,将民事行为能力制度与学前教育的普及相联系的研究并不多见,以此为主题检索,中国知网也没有相关的论述。说来这位同学的问题意识也很简单,就是随着学龄前儿童的认知能力的提高和教育的普及,我国《民法通则》中关于未满10周岁的未成年人属于“无民事行为能力”的规定,已经不大符合实际。她希望通过研究表明调整划分民事行为能力等级的必要性。有了这个好问题,接下来的论证事实上就只是个技术问题,可以检索法规,综述文献,查找国外立法例,通过运用社会统计数据库调取学龄前儿童数量及学前教育的相关数据,引入认知心理学的研究成果,等等。

退而求其次,是提出新观点,也就是给老问题以新的回答。或者是引入新方法,给老问题乃至旧结论以新的论证。有“新材料”也很不错。比如以往对美国联邦上诉法院既定性原则的研究,都是基于二手文献。我的一个学生直接从一手文献出发,通过纽约州政府统计数据库以

及美国联邦统计局数据库,做出了很好的研究。为了获取第二联邦巡回上诉法院和纽约州法院的受案审判情况统计数据,这位同学还检索了美国司法部以及纽约州各级法院的统计数据库。这些新材料无疑为她的论文增色不少。

总之,现在论文写作常见的问题就是“过大、过生、过旧”,根源都在于没有做好前期的选题工作,涵盖的范围太大,不了解已有的研究成果,缺乏新颖的材料和视角。依照“小清新”这三个选题原则,可以先“题中选新”,从众多题目中最“新”的问题开始。继而“新中选清”,研究新颖领域中更为熟悉清楚的问题。最后是“清中选小”,选择足以驾驭的问题,做到以小见大、察微知著。

五、学术本末

最后我想说的是,提问和选题,并非只是一些写作技巧,归根结底,是学术的本末问题。

提什么问题,选什么题目,最终体现的是一个研究者对学术、对实践的理解和关切。这就是明代学者唐顺之所谓的学者“本色”：“秦汉以前，儒家者有儒家本色，至如老庄家有老庄本色，纵横家有纵横本色，名家、墨家、阴阳家皆有本色。虽其为术也驳，而莫不皆有一段千古不可磨灭之见。”（答茅鹿门知县二）这种“学者本色”、真知灼见，并非自作多情、无病呻吟。用李贽在《杂说》中的话说，应当是触景生情，不吐不快才好：“其胸中有如许无状可怪之事，其喉间有如许欲吐而不敢吐之物，其口头又时时有许多欲语而莫可所以告语之处，蓄极积久，势不能遏。”（《李贽文集》）技法只是次要的，真知才是根本。学者的第一要务，不是寻章摘句，而是学识见地。

学者本色，真知灼见，不是一时可得，要靠平日积累。好的作品，不是一时强求能作出来的。俗话说“功夫在诗外”。亦如黄宗羲所讲：“读经史百家，则虽不见一诗，而诗在其中。……若无王、孟、李、杜之学，徒借枕籍咀嚼之力以求其似，盖未有不伪者也。”（《南雷诗历·题辞》）像笑话里说的，肚子里没孩子，怎么能生的出来呢。这个道理大家平日里都懂，但是一到自己做研究、写文章，很容易就忘记了。做好一个研究，旁人都帮不上忙，除了自己真有学问，没有别的办法。

论文写作离不开技法，但归根结底，是怎么做学问的问题。我们从前述那些选题的正面例子中，能够看到研究者的独立思考和辛勤努力。这正是我们希望同学们能够拥有的学术态度。《大学》有云：“物有本末，事有终始。知所先后，则近道矣。”此之谓也。

（责任编辑：刘 刚）