

陈瑞华:法学研究方法的反思 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_99_88_E7_91_9E_E5_8D_8E__c122_485858.htm

一对部门法学的反思
对策法学已经山穷水尽，对策法学是指研究问题以对策作为归宿，以教科书体例为模式，如无罪推定，性质、意义、理论基础、表现、趋势、中国，典型的教科书体例。审判方式改革就是对策法学的一个失败，以为引入对抗制能解决很多问题，不料产生更多新问题。（一）什么是你的贡献？只是资料的总结和整合，在理论上没有推进。凡演绎者很难做出大贡献，只是应用而已，且是把主观认为的通例用于中国的个案。提出理论产生学派造就大师，非对策法学所能。（二）真的能发现中国的问题吗？问题在于没有浓烈的问题意识。对抗制真的是一种潮流吗？“法律条文背后的东西不会轻易改变，它与思维方式、思想、文化传统相联系。”¹ 沉默权 有学者称赋予嫌疑人沉默权是基于对言论自由的保障。言论自由是政治权利，而沉默权体现的是公民权利的防御权。我们要学会追问，因为科研始于问题。为什么别的当事人不能沉默？不要用自己的短处而抛弃了自己的长处。问题在于，为什么中国没有沉默权？坦白从宽抗拒从严与之是背道而驰的，抗拒从严被演绎为辩护从严。沉默权能解决刑讯逼供吗？结论是沉默权在中国没有生存空间。季羨林《牛棚札忆》最愚蠢的学者研究的是不存在的问题，真问题的发现是科学发现的第一步。² 辩诉交易 最早引入的是在牡丹江铁路运输法院的一起伤害案中。就制度本身而言，与我国国情差距太大。《法学博士论文的“骨髓与皮囊”》载于《中外

法学》1) 辩诉交易真的适合中国吗？这一制度存在的前提：刑事诉讼民诉化：在刑事诉讼中引入个人处分原则。当事人意志自由，可以处分案件的结局。当事人认罪后，检察官可以处分结局。而在我国，认罪也要审。对抗制：法官处于中立的地位，超然的裁决者，检察官可以放弃重罪追诉。与中国刑法的罪刑相应原则相背离：在美国，一些死刑案件也可以交易，罪名也可以交易，辩诉交易可以突破刑法的量刑幅度。2) 为什么在牡丹江会引入这种制度？主要是考虑效率成本，对案件速决。检察官本身不想协商，诉讼效率使他不得不与律师和被告人协商。如在北京朝阳区法院悄然兴起的刑事和解，对伤害案件造成轻伤者，对物质损失进行十倍赔偿，不起诉。可以认为是自生自发的法律秩序。其背后的哲学基础，是交易和协商理念的兴起。《协商性司法??刑事和解在中国的兴起》在十九世纪的德国曾兴起“发现法律运动”，人为地引进只能改变规则，不能找到适合国情的制度。举例：取保候审制度的适用：外来人口少，暴力犯罪少，财产犯罪多。在中国的制度构成。在北京适用的受制因素。概括。（三）缺乏假设的能力 假设产生能解释问题的理论或命题。假设的功能：1 普及的解释力，能解释更多现象和问题。司法哲学之协商性司法，对认罪的犯罪人给予量刑优惠，对污点证人不予追究。2 一般化或通则化。《正当程序模式和犯罪控制模式》、《刑事制裁的限度》Packer.正当程序意在保障人权相当于跨栏赛跑，犯罪控制作为接力比赛则强调打击犯罪的效率。3 提出假设是学者的贡献，必须经过论证。不能出现没有质证、辩论过的观点。二 对法理学的反思 对客观真实和法律真实的讨论，是玄学思辨，没有现实

意义。1. 远离客观的经验事实由概念而推演成逻辑体系是没有实际意义的。研究理论必须与经验事实相结合。要坚持客观真实，不要研究没有经验事实基础的问题。“法官的使命是裁断而不是发现。”不能强调发现真相、有错必纠，使法院不告而理，变更罪名，发动再审。2. 缺乏问题意识民众对程序正义不接受，如排除通过刑讯逼供获得的口供。程序正义是一种贵族正义，民众的生存状况改善之后才会会在意被对待的方式。《程序正义的中国困境》3. 容易重复他人的研究，很难做出独立的贡献。三 如何展开我们的研究（一）法学研究的前提1 以解释为归宿1) 解释是把法学和科学相联系的永恒主题。对现象和问题的发生进行分析问题、解释成因、预测未来，永远回答的是实然范畴，应然范畴不是科学的对象。解释的目标在于提出假设、论证理论，使之具有普遍的解释力。社会科学也是科学，能与自然科学对话。把解释作为研究的归宿，因为价值判断靠信仰和民族思维习惯，是不可验证的。中庸的全面解释是没有意义的，从一个角度自圆其说就是贡献。举例，对证人出庭的解释：法庭不需要证人出庭，以阅卷和宣读笔录为主要程序；出庭也不被法庭采信，没有证据规则的证据效力问题；法庭审判的功能，不当庭质证。2) 警惕以下的倾向：动辄价值判断，要学会论证观点，“有九分证据不说十分话”（胡适）。不要动不动就解决问题，很容易滑向对策研究。存在的就是合理的。因果关系不能用结果来论证原因的正当性，凡发生过的客观经验事实总有其存在的原因。2 以科学为前提 科研的基本规律：1) 以问题为起点，问题从观察中从真实发现的事实中来。2) 提出问题。3) 学会论证，这是科研的核心和精华

。 科斯有关制度经济学的著作（二）一般原则 1 如何提出问题 《社会科学中的问题发现》Morton 1) 什么是真问题？站在本学科的理论制高点；了解司法实践、立法、司法的最新动向；有阅读的广泛性，逐渐形成一种想象力。 2) 法学从来不是独立的社会科学，是职业教育。法学不是自给自足的社会科学，在法学研究中，至少要用一门其他的社会科学的方法。社会学的研究方法比较成熟，可以作为法学研究的一个支点。 2 如何提出假设对假设的评价在于其得到论证与否。 1) 要有一定的理论功底，搞清本学科和相关学科。没有证明的理论是假设。例如贝卡利亚就深受社会契约论的影响。 2) 要有敏锐的角度和眼光。在选题时，角度独特，眼光独到。要有创新意识，语不惊人死不休。例如对刑讯逼供，法院为什么放纵？ 3) 有一点想象力。例如科斯定理。 3 如何正面论证 没有论证的假设是假说。 1) 逻辑推演，理论论证。 2) 经验事实的验证。案例、数据、样本等第一手资料。要养成收集资料的习惯，搜集案例，《律师与法制》，浙江律协主办；要有资料意识，关注一线的经验、调研和改革实践。 4 如何证伪 证伪是假设命题客观化的必经条件。 1) 与本假设不同的观点是不成立的，穷尽一切可能性，这是最难的。可以运用反证，沉默权导致办案效率下降，犯罪猖獗，不符合中国国情。 《程序性制裁理论》载于《北大法律评论》第一期。 2) 任何理论都有适用范围，要清楚其外延。例如程序正义是在过程中发挥作用，而不是在评价结果时。 5 理论的一般化 使一个假设能解释更多现象。如法官的判断不受制裁。 答疑 1. 既然合议制已经变相成为承办人负责制，为何不改为独任制？ 证伪：独任制能避免独断专

行吗？合议制有没有生存空间？有没有优势？2．如何寻找资料？《刑事诉讼控、辩、审三人谈》。《律师辩护实录》中国法制出版社，最高法院法官写的，对司法解释的论证，实践一线的材料。法院的网站。3．不要把价值判断混同于事实问题。罪刑法定真的实现了吗？知易行难，社会需要法学家，也需要社会活动家。把问题解释清楚，再寻找对策，解释越深入，对策越准确。我们需要的是不依附于立法的法学家。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com