

陈瑞华:刑事诉讼法学研究范式的反思(二) PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_99_88_E7_91_9E_E5_8D_8E__c122_486238.htm 按照法律的生命有机体理论, 法学者应从经验事实出发, 将问题作为法学研究的起点和基础, 将对问题的分析、解释和预测作为研究的归宿, 并运用科学的实证方法, 按照提出假设、进行论证、对相反命题进行证伪以及将得到论证的命题一般化等基本程序, 组织和安排法学研究活动。为此, 法学者应当对那种单纯的对策法学、引进法学和移植法学方法作出深刻的反思, 并抛弃那种将理论问题意识形态化, 孤立地看待刑事诉讼问题的研究方式, 真正从法学各学科交叉的角度, 来发现新的前沿课题。长期以来, 刑事诉讼法学者擅长在一个相对稳定的体系中从事研究工作, 而很少将其他学科的研究成果引入自己的研究中来。结果, 这一学科在一定程度上存在着保守、封闭的问题, 甚至很难与其他法学学科进行学术上的沟通和对话, 更遑论不同学科的交叉研究了。但是, 科学研究的逻辑和经验表明, 孤立地从事一门学科的研究, 而不吸收其他学科的研究成果和方法, 研究者往往会使本学科的理论逐渐走向僵化, 学术的创新也将无从谈起。因此, 要摆脱刑事诉讼法学目前所处的困境, 就必须保持学术研究的开放性, 始终关注相关学科的发展动态, 运用其他学科的研究成果和方法, 学会从不同的视角和立场观察刑事司法问题。要保持学术视角的开放性, 研究者就必须打通刑事诉讼法学与法学其他学科的联系。如果连这一点都做不到, 那么要求这门学科吸收其他各门社会科学甚至自然科学的研究成果, 就更谈不上

。我们可以看到，刑事诉讼法涉及到国家公共权力机关对个人权利的限制问题，它应属于公法的范畴；刑事诉讼法确立了一系列旨在规范侦查、起诉和审判活动的程序规范，它属于程序法；刑事诉讼法还规定了被告人、被害人的诸多诉讼权利，它又属于人权法……如此众多的规范属性，使得刑事诉讼法与宪法和许多部门法都有着极为密切的联系，也使得法学者在研究刑事诉讼问题时，必然会遇到宪法问题和其他部门法律领域的问题。研究实例9 被告人基本权利的保障问题。这可能是刑事诉讼法学所要研究的最重要的课题。但这一问题在宪法学上也具有同样的重要性。按照笔者的理解，宪法作为国家的基本法，不过是国家权力关系法和人权法的有机组合而已。作为宪法规范的基本组成部分，人权法当然包括人权的范围、内容和实现方式，尤其是要对任何涉及剥夺个人基本权利的措施，包括行政处罚、刑事追究在内，既作出实体性限制，又规定程序上的救济途径。美国宪法修正案中的“正当法律程序”及与其有关的权利保障条款，既为保障刑事被告人的诉讼权利确立了宪法基础，也是宪法对所有公民基本权利和自由的法律承诺。德国基本法中确立的“成比例原则”和“获得司法听审的原则”，也都既是宪法问题，又是刑事诉讼问题。因此，刑事诉讼法学的一系列课题也都在宪法学上具有重要的研究价值。可以说，不与宪法学研究相结合，法学者对诸如辩护权、审判前的司法审查、强制措施等问题的研究，将很难有较大的建树，甚至会寸步难行。刑事诉讼法学研究不仅会遇到宪法学的问题，而且还会与行政法学发生学术上的联系。尽管中国主流的法理学理论对警察权、检察权的解释有相当的模糊性，但在刑事侦查的

框架里，警察权和检察权确实具有行政权的基本特征。但是，对于几乎所有涉及限制、剥夺个人基本权利和自由的强制措施，警察机构和检察机关却拥有绝对的决定权。警察权、检察权的行政化是中国刑事诉讼中存在的一个不争的事实。因此，如何将检察权、警察权纳入司法授权、司法审查的轨道，如何为那些受到这两种行政权侵害的个人权利提供基本的司法救济，这将是中国刑事诉讼法学的重大研究课题。而这一研究完全可以从行政法学中获得灵感和资源。因为无论是对行政权的司法控制，还是将个人与行政机关的争议纳入到司法最终裁决的领域，这是行政法学上的核心问题。这在刑事诉讼法学中尽管表现为警察权、检察权的司法控制以及当事人诉权的维护问题，但其实质仍然是行政法问题。因此，笔者一直将刑事审判前的司法声查机制视为“刑事诉讼中的行政诉讼制度”。刑法是实体法，刑事诉讼法是程序法，两者都属于广义上的“刑事法”，因此存在着极为密切的联系。在实际的刑事诉讼过程中，刑法和刑事诉讼法的区分并不是泾渭分明的，而经常被交叉适用。甚至刑法上的一些规范还经常直接包含在刑事诉讼法之中。例如，刑法规定的犯罪构成要件以及刑罚制度，在证据法上属于证明对象的范围；刑法上确立的包括正当防卫、紧急避险、不到刑事责任年龄、不具备刑事责任能力、没有作案时间等一系列的免责规则，都需要在证据法中确立明确的证明责任和证明标准的特殊规定。另一方面，从实现刑事法治的角度来看，刑法和刑事诉讼法都具有对国家刑罚权进行限制的功能，只不过刑法是从规范犯罪构成要件、明确刑罚种类和幅度、设定刑事追究标准等方面来发挥作用的，刑法确立的罪刑法定、罪刑相

适应等基本原则，也无一不是对国家定罪权、量刑权的法律限制。而刑事诉讼法则是从规范刑事追诉机构的权力、明确被告人的防御权利、确定刑事追究的证据标准等角度来发挥作用的，刑事诉讼法确立的无罪推定、正当程序等一系列基本原则，也几乎都对刑事追诉机构、司法裁判机构的权力施加了限制。因此，罪刑法定与无罪推定被人们直接视为现代刑事法的两大基石。也正因为刑法与刑事诉讼法之间在法律功能上存在一定的相似性，因此一些刑法学者明确提出了“刑事一体化”的学术发展思路。民事诉讼为一切诉讼之源，刑事诉讼、行政诉讼、宪政诉讼等不过属于民事诉讼的不同“变种”而已。民事诉讼中的一些基本原则至今仍然为其他诉讼形态所采用。而民事诉讼法学的很多研究对于刑事诉讼法学的发展具有很大的参考价值。例如，民事诉讼法学（尤其是德国、日本的民事诉讼法学）已经发展出一系列较为成熟的理论，如诉权、诉讼标的、诉讼行为、诉讼主体、既判力等方面的理论，就不仅适用于对民事诉讼的分析，而且对于刑事诉讼法学颇具启发意义。至于刑事诉讼法学者所研究的证明责任问题，其源头更是存在于民事诉讼法学之中。因为民事诉讼法学就证明责任的分配所发展出的一系列基本的命题和原理，可以被借鉴到刑事诉讼法学研究中来。笔者在研究中发现，既然纯粹的诉讼形态就存在于民事诉讼之中，那么我们在对一系列与诉讼形态有关的问题进行分析时，都可以首先考虑一下该问题在民事诉讼法学中是如何解释的，然后再看这一问题在刑事诉讼法学中的特殊性。按照这种分析思路，我们在研究很多理论问题时往往会有新的发现。其实，法律制度作为一种生命有机体，是由一系列有着内在联

系的要素所构成的。法律学科中的各个不同分支主要是按照传授知识的方便而划分的。但在法学研究方面，很多法律问题都同时涉及到多个法律领域，需要用不同法律部门的理论来解释。对于刑事诉讼法学者来说，与其不切实际地尝试刑事诉讼法学与其他社会科学的交叉研究，倒不如实实在在地将刑事诉讼法律问题与宪法学、刑法学、民法学、民事诉讼法学、犯罪学、行政法学结合起来，作出横跨法律各学科的研究。或许，这种研究可以帮助我们发现一系列新的前沿课题，对于一些传统的刑事诉讼理论作出新的思考，也最终有助于刑事诉讼法学理论的创新。在以下的讨论中，笔者拟结合两个研究实例，来说明在不同法学学科之间进行交叉研究的重要性。

研究实例10 刑事被害人的权利保障问题。按照传统的刑事法理论，犯罪是具有社会危害性的违法行为，对于这种严重违法行为，国家需要将其从民事侵权行为中区分开来，按照国家追诉的原则进行侦查、提起公诉并追究刑事责任。在这一理论前提下，被害人不具有刑事起诉者的地位，检察机关既代表全体社会成员也代表被害人本人提起公诉，从而维护包括被害人在内的所有社会成员的利益。但是，犯罪学的研究成果表明，这一理论在一些情况下是不成立的。因为无论是警察还是检察官，在刑事追诉方面经常出现消极不作为的问题，也就是任意地作出不立案、撤销案件、不起诉、撤回起诉等放弃刑事追诉的决定，使得刑事案件根本无法进入司法程序，被害人所具有的复仇、赔偿的欲望无法得到满足和缓解，甚至造成对被害人的“第二次伤害”。另一方面，在法庭审判阶段，由于中国目前定罪与量刑程序完全合而为一，法院通过一个完整的审判过程既解决被告人有罪

无罪的问题，又解决有罪被告人的量刑问题，因此，被害人对于量刑问题并没有充分表达观点、提出建议的机会。尤其是在作出有关从轻、减轻、免除刑事责任以及适用缓刑的场合，被害人更是因为被剥夺了参与讨论量刑的机会，而产生受到不公正对待的感觉。至于执行阶段的减刑、假释、保外就医、监外执行等有利于罪犯的决定，就更是将被害人隔离在司法裁决的制作过程之外了……这些来自经验事实的问题都显示，对被害人权利保障问题的研究不能仅仅局限于刑事诉讼这一狭窄视野之内，而应当从刑法、犯罪学、人权法、侵权法等多个角度思考问题。这种交叉研究可能有助于我们提出一些新的假设。例如，在那些有被害人的犯罪中，犯罪的概念是否应当得到一定的修正，除了“社会危害性”以外，“私人侵权性”是否应成为这类犯罪的基本特征？又如，既然警察、检察官都无法完全代表被害人的利益，法院在审判中又在制作影响被害人利益的裁决，那么，未来的刑事诉讼构造是否应从目前的“三方构造”走向未来的“四方构造”？再如，与被告人不同，被害人在刑事诉讼中的权利经常需要警察、检察官以积极作为的方式来得到保障，而在警察、检察官作出消极不作为主决定时，被害人是否应获得一些特殊的救济机会？我们对待被害人与被告人是否应采取一些有区别的人权保障政策……由此可见，刑事被害人的权利保障作为刑法学、刑事诉讼法学、犯罪学、民法学、人权法学等多个法学学科所共同关注的问题，只有得到多视角的考察和解释，才有可能取得研究上的突破。通过这种交叉研究，研究者会发现一些过去所忽略的大问题，并对这种问题产生的原因形成新的认识。 研究实例11 刑事附带民事诉讼问题。

按照过去封闭式的研究方式，法学者对刑事附带民事诉讼问题的研究，一般会按照如下模式来展开：刑事附带民事诉讼的概念、性质、意义；附带民事诉讼存在的正当理由；刑事附带民事诉讼的若干模式；中国刑事附带民事诉讼的现状和问题；改革刑事附带民事诉讼制度的基本设想……但是，假如研究者只是局限在刑事诉讼的范围内讨论附带民事诉讼问题，那么，对这一问题的研究就几乎寸步难行了。因为“附带民事诉讼”本身就不属于纯粹的刑事诉讼问题；有关“精神损害赔偿”问题的讨论又属于典型的民法侵权法问题；而对被害人的经济赔偿问题又涉及到犯罪被害人学上的基本假定。而一旦我们转换了研究思路，从多学科交叉的角度考察刑事附带民事诉讼问题，那么，一系列崭新的研究课题就很容易出现在我们面前：对被告人刑事责任的追究与民事侵权责任的追究，同样来自于犯罪行为的发生这一基本事实，既然如此，为什么需要同时建立刑事追诉和民事诉讼两种制度，而不是采取一种诉讼解决两种法律责任的办法？既然刑事诉讼与民事诉讼在诸多方面具有较大的差异，如所采取的基本原则、诉讼构造、是否容许缺席审判以及证明标准等都不相同，那么，为什么不能将民事侵权之诉完全从刑事诉讼中独立出来呢？又假如附带民事诉讼的制度设计是具有正当性的，那么，法院在裁决附带民事诉讼请求时能否剥夺附带民事诉讼当事人的参与机会，以至于在作出民事串诉讼裁决时享有无限的自由裁量权？不难看出，多学科的交叉研究会帮助法学者戴上一副“火眼金睛”，去发现普通人在狭隘的学科分类下所无法发现的真问题，并有可能提出一些过去不可能提出的假设命题。这种对真问题的发现和思想命题的提出，

是法学创新的起点和基础，也是法学者有可能做出较大学术贡献的契机。事实上，按照科学研究的一般规律，研究者有可能做出开创性学术贡献的机遇至少有以下两个：一是通过经验性实证研究，发现某一定律、原则和理论的例外；二是运用交叉研究方法，发现一般研究者由于研究领域所限所忽略的大问题。而前者往往是研究者可遇不可求的，多多少少会有点偶然和侥幸的因素，而后者却是几乎每一个研究者都可以做到的。当然，运用交叉科学知识进行开创性研究的课题还远不止前面分析过的几个问题。刑事诉讼法学者还可以从不同学科的角度分析以下问题：违犯程序法的法律后果问题，涉及宪法、民法、行政法、刑法、刑事诉讼法等多个学科；国家赔偿问题，涉及宪法、行政法、民法、民事诉讼法、刑事诉讼法等不同学科；刑事被告人权利的宪法化问题，涉及宪法、人权法、行政法、刑法、刑事诉讼法等不同学科；刑事诉讼与民事诉讼的交叉问题，也就是司法实践中所说的“先刑后民”问题，涉及刑法、民法、刑事诉讼、民事诉讼等多个学科的理论；警察权的法律限制问题，涉及宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法等不同的学科领域……

六、法律的生命有机体理论（代结语）论述到这里，似乎有关刑事诉讼法学研究范式的问题已经大体说清楚了，有关的反思也应该告一段落了。不过，笔者感到意犹未尽的是，要推动包括刑事诉讼法学在内的各个法律学科在研究范式上的重大转型，使之遵循社会科学的一般研究规律和研究方法，我们还需要作出一种理论上的总结。按照笔者多年来的观察和思考，一种“法律的生命有机体理论”，应当成为法学研究方法转型的哲学基础，也应成为解释这种方法论转型运动的富有说

服力的正当依据。所谓的“法律的生命有机体理论”，其实是通过借鉴社会学上的功能主义学派的基本假定而提出的。按照斯宾塞的功能主义理论，整个社会都属于一种生命有机体。任何有机体都有一种结构，即由许多相互关联的部分有机组成的，如头、心脏等，这些部分在整个有机体的生命中发挥着各自的功能。同样，社会也有一种结构，它的相互关联的组成部分是家庭、宗教、军队等等。一般说来，各个组成部分都是相互关联的，也都发挥着特定的功能。正是这些组成部分的相互关联及其所发挥的功能，才使整个社会形成一种有机的系统，也成为可以分析、解释和预测的生命有机体[4](P.22)。其实，法律制度也属于一种生命有机体。法律也是由不同的部分所组成的，其中的各个部分也都发挥着特定的功能。诸如权利、义务、责任、侵权、救济等基本法律概念和范畴构成了横贯不同法律部门的组成部分，诸如法官、陪审员、律师、检察官、警察、行政官员等法律职业者构成了实施法律制度的推动者；而诸如民事诉讼、仲裁、行政诉讼、刑事诉讼等不同诉讼的形态，则构成法律制度在法律争端发生时能够得到解释和实施的主要途径……这些似乎都在说明，无论是不同的法律部门、不同的法律职业还是不同的诉讼形态，都处于一种有机的法律系统之中，它们的性质、功能都可以从整个法律制度的形态上得到一定的解释。值得注意的是，作为有机体的法律制度和法律系统，在一定程度上是有生命力的，也就是有着产生、孕育、发展、成熟和消失的规律。按照霍姆斯的说法，“我们的法律已经经历了大约1000年的发展，就像一株植物的发育一样，每一代都不可避免地决定了下一步，心智正如事物一样，完全遵守自生

自发的规律。”（注：小奥利弗·霍姆斯：《法律的道路》，载〔美〕斯蒂文·伯顿主编：《法律的道路及其影响——小奥利弗·霍姆斯的遗产》（中译本），北京大学出版社2005年版，第416页以下。）法律的生命有机体理论不仅认为法律制度本身是一个有机的系统，而且更加强调法律制度与其所赖以生存的社会发生着有机的联系。事实上，法律制度作为一种规范人的社会行为的规则体系，其产生、变革和消失从来都不是偶然的和不确定的，而是有所赖以发生的合理依据的。法律制度是一个社会基本生活习惯的表层反映，是一个民族感性、性格和价值信仰的综合显现，是一个社会基本政治力量对比关系的真切图像，也是一个社会经济发展状况的测量标尺。正是法律制度存在于特定的社会、政治、经济、宗教信仰、文化传统之中，并直接与这些社会因素发生着有机的联系这一点，决定了那种将法律制度与其所赖以存在的社会因素隔离开来的观点，既是肤浅和幼稚的，也是充满幻想和不切实际的。从这一意义上看，法律制度确实有着形成一定的“自生自发的秩序”的可能性，也有着一定的不以人的主观意志为转移的生命力。正是法律的生命有机体理论，为我们从事法学研究的学者提供了法学研究范式转型的最深刻依据。由于法律制度本身就是一个生命有机体，并直接受制于特定的社会、政治、经济、文化传统等因素，因此，我们对这一有机体应有一种最起码的“敬畏”态度，而决不能动辄提出一些带有“人定胜天”性质的观点。因为既然制度的形成有其内在的机理和多方面的原因，即使某一规则在法律条文中被修正甚至被废除，这种制度连同其所赖以存在的社会因素也不会因此而立即消失，那么，我们在

对待修改立法、司法改革问题还能像以往那样充满理想主义的冲动吗？其实，对于这一点，勒内·达维德也早已从比较法学的角度提出过明确的忠告：“立法者大笔一挥，法律条文就可变更。但此外也还存在着一些不能随意变更的其他要素，因为它们是同我们的文明和思想方式密切联系着的：立法者对它们就像对我们的语言或我们的推理方式一样，无法施加影响。”[5](P.23)从这一意义上看，无论是“对策法学”，还是“引进法学”、“移植法学”，都将推进立法之完善、司法之改革、制度之革新作为法学研究的目标和归宿，而忽略了法律的生命有机体问题，无视法律制度所赖以存在的社会、政治、经济、文化传统等诸多复杂的因素。当然，笔者并不反对法律制度的改革和司法制度的改良。法律的生命有机体理论所主张的是将法律制度本身视为一个有生命的系统，将法律制度与其他社会因素结合起来作出审慎的考虑。法学者即使要从事对策研究，或者直接参与一场推动法律制度变革的社会运动，也至少应当以问题的存在和发现为前提，并运用科学的方法进行分析、解释和预测。那种带有价值判断和价值选择的“规范研究”，由于带有较强的主观性和不可验证性，因而应当受到严格的学术限制。正因为如此，笔者才在本文中竭力主张法学者应将解释作为法学研究的基本学术定位，强调法学者须具备最基本的问题意识，并以问题的发现作为整个研究的起点和基础，强调法学研究应当按照科学的实证方法来展开，避免那种动辄以一种带有意识形态意味的宣言或者主义作为论证前提的所谓“思辨研究”。同时，笔者还认为法学者应当运用社会科学的基本研究成果，尝试从社会学、经济学、政治学等不同的角度来解

释法律问题，避免那种“同仇敌忾”、“万众一心”地推动立法修改和司法改革的做法。因为这种研究最多只能算作推动法律变革的社会运动，而不具有科学研究的基本属性。不仅如此，本文还主张打破法学学科的界限，从学科交叉的角度发现真问题和做出新的学术解释。这也就意味着对于法律制度内部的诸多部门来说，应当将其视为有着内在联系的法律系统，而不应孤立地对待任何法律现象和问题。只有这样，真正的问题才有可能被发现，问题的成因也才有可能得到全面、深刻的解释，各种试图解决问题的方案究竟是否可行也才能够得到科学的检验。建立在经验事实基础之上的这种法学研究，也才有可能符合社会科学的一般研究规律。近一百年以来，中国社会一直处于剧烈的历史转型之中。迄今为止，中国社会的政治、经济、社会、文化价值体系等方面的转型仍然在进行之中。而与此相伴而生的就是频繁的、变幻莫测的法律移植运动。中国最初曾从日本、德国引进了大陆法系的法律制度和法律研究范式，又从前苏联东欧国家移植了社会主义法律体系，并间接地受到大陆法系法律制度的影响，后来又从英美引入了普通法的概念、理论和一整套思维方式，并受到大陆法系最新理论的影响。在这种移植西方法律制度、引进西方法律理论的时代背景下，法学者不可避免地要受到西方法学的深刻影响，有着从事“移植法学”、“引进法学”的冲动。而又由于中国本土的法律制度的种种复杂的原因，在很多方面还存在不完善、不合理的地方，因此，推动立法修改、司法改革和法律制度的革新也一直是中国社会所面临的基本问题。于是，研究者不免又有着从事“对策法学”的客观要求。但无论如何，法学者应当逐渐与立法

专家发生职业上的分离，法学家应当成为一群以学术为业的职业法学研究者，立法工作也应当更多地由民意代表、政治家以及那些职业立法专家来担当。对于法学家们来说，一个永恒的学术使命应当是发现问题、分析成因、提出假设、论证观点，从而提出一系列具有解释、预测能力的法律思想。这是法学家最有可能做出的学术贡献。这也是法学家能够与社会学家、经济学家、历史学家相提并论的所赖以骄傲的学术资本。在身处历史性的转型过程中，在面临各种诱惑的情况下，法学家们应当耐得住寂寞，固守学术职业规范，在法学研究中坚持科学方法，并最终提出开创性的法学理论和思想。这将是法学家们为这个社会所作出的最大也最有价值的贡献。

【注释】 [1]陈瑞华.问题与主义之间??刑事诉讼基本问题研究[M].北京：中国人民大学出版社，2003. [2] [英] 卡尔·波普尔.无尽的探索[M].邱仁宗，译.南京：江苏人民出版社，2000. [3]胡适.读书与治学[M].北京：生活·读书·新知三联书店，1999. [4] [美] 伊思·罗伯逊.社会学（中译本，上册）[M].黄育馥，译.北京：商务印书馆，1990. [5] [法] 勒内·达维德.当代主要法律体系[M].漆竹生，译.上海：上海译文出版社，1983.

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