

陈瑞华:刑事诉讼法学研究范式的反思（一）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_486239.htm 【摘要】

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。

一、引言 近年来，在众多法学研究者的共同努力下，刑事诉讼法学研究出现了一些新的进展。法学者们几乎普遍开始关注法律规则和司法实践中所存在的问题，并试图做出一些独到的分析和解释；很多学者越来越不满意于充当西方法学理论的“中国诠释者”或“中国移植者”的传统角色，开始尝试提出自己的观点，努力做出自己的独特理论贡献；法学研究中的实证分析方法越来越得到中青年学者的接受，法学论文中论证的成分也有显著的增加……这些无疑是一种令人欣喜的学术迹象，显示出刑事诉讼法学与整个法学学科一样，正在进行艰难的学术转型。我们有理由相信，法学研究者对学术定位、研究方法甚至整个研究范式所进行的反思，是这门学科开始走向成熟的标志，这肯定会有助于法学研究的健康发展。但是，在对刑事诉讼法学的整体发展作出正面评价的同时，笔者也不得不指出，这一学科也正在

面临一些新的危机和挑战。从近年来出版的法学论著来看，一些学者仍然有意无意地坚持既有的学术理念和研究方法，无论是在观点论证还是在学术表述上都还缺乏创新意识。在刑事诉讼法学的研究方面，法学者往往将自己定位为“立法专家”，以发现立法问题、提出改进对策、推动司法改革作为研究的归宿，而很少有人去反思法学家们究竟做出了怎样的理论贡献。于是，越来越多的人发现，法学研究经过二十余年的积累，却几乎没有提出多少获得举世公认的原创性理论，那种大师级的法学家也甚为少见。在研究过程中，刑事诉讼法学者更愿意孤立地从事所谓“刑事诉讼法学研究”，而很少顾及其他法律学科如宪法学、刑法学、民法学、犯罪学、人权法等相关学科的基础理论和发展动向，更不要说引入社会学、经济学、心理学、政治学等社会科学的研究成果和研究方法了。结果，每当遇到一个“热点问题”，如沉默权、辩诉交易、非法证据排除规则、刑讯逼供、超期羁押、证据展示等问题，法学者都倾向于将其视为带有技术性的“专业问题”，并试图通过考察司法实践的问题和移植外国法的相关立法经验，来推动法律规则的改变和制定，或者促使相关制度发生变革。在这种研究方式的影响下，刑事诉讼法学者所能作出的理论贡献就受到较大的限制。一个明显的证据是，大部分法学论文和专著都往往只是“昙花一现”，而不具有较强的生命力。一篇刑事诉讼方面的论文在发表十年后还能被人引用的并不多见，而七、八年前出版的刑事诉讼法学专著还能具有学术影响力的就更是凤毛麟角了。不仅如此，从代表一门法律学科基本理论水平的教科书来看，刑事诉讼法学还远远没有形成一个较为成熟的理论体系。表

面上看，一些教科书在体例编排上增列了包括诉讼价值、诉讼目的、诉讼构造、诉讼行为、诉讼主体等在内的大量法学概念或范畴，甚至还编入了一些“基本诉讼原则”。这似乎显示出教科书对刑事诉讼基础理论的总结和关注。但是，这些被视为“基本理论”的法学概念和诉讼原则，基本上属于大陆法国家刑事诉讼理论的变相翻版而已。（注：有关刑事诉讼法学基本范畴的研究，参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》（第2章：“刑事诉讼的基本理论范畴”），中国人民大学出版社2000年版，第74页以下。）它们尽管被推崇为具有“意识形态”地位的“普遍真理”，但对于分析、解释中国立法和司法实践中的问题，却缺乏足够的说服力。有些甚至与中国的司法制度和司法实践还存在格格不入之处。而在教科书的编排体系上，目前的刑事诉讼法学教材似乎还没有真正超出第一代法学教科书的水平。（注：对于刑事诉讼法学教科书的反思，参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》（第1章：“中国刑事诉讼法学的回顾和反思”），中国人民大学出版社2000年版，第1页以下。）由此看来，刑事诉讼法学研究确实在一定程度上陷入了困境。在笔者看来，刑事诉讼法学者假如继续固守传统的研究范式，而不在学术定位、研究方法上进行真正的学术转型，就几乎无法发展出新的法学知识，更不用说提出具有创新性和开拓性的法学思想了。有鉴于此，本文拟对刑事诉讼法学的研究范式作出反思性研究。笔者所要提出并加以论证的基本假设是：法学者应当抛弃对策法学的思路，将解释作为学术研究的基本归宿；放弃动辄移植外国法律制度和法学理念，减少那种没有任何事实基础的玄学思辨式的学术争论，真正关注中国的问题；克服那

种大而全的教科书体例式的研究方式，引入科学的实证研究方法；摒弃那种孤立和封闭的刑事诉讼法学研究方式，从交叉学科的角度发现和选择那些包含丰富问题的法学课题。笔者所要论证的结论是，法律制度是一种生命有机体，它不仅本身是由一系列有着特定功能和特定结构的要素有机组合而成的，而且还受到特定的政治、社会、经济、文化、宗教、传统等因素的深刻影响；法学家们的学术使命更多的应当是运用科学的方法来提出理论和思想，从而更加有效地分析问题、解释成因并预测未来。

二、从对策到解释 为什么要进行刑事诉讼法学研究？

刑事诉讼法学者在研究中要追求什么样的目标？对于这些问题，研究者尽管各有自己的体会，却很少有论述清楚者。在刑事诉讼法学已经有一定发展的今天，这些问题如得不到令人信服的回答，这门学科将来的发展方向就将大成问题。这是涉及到这门法学的学术功能和学术品格定位的大问题。比如说，今天中国的学者讨论沉默权、辩诉交易、非法证据排除规则、证据展示制度、审判前的司法审查制度等一系列的问题，经常会有这样的困惑：从实现程序正义的角度来看，这些规则或制度无一不是具有正当性的；从比较法的角度来看，它们也确立在几乎所有“现代法治国家”的法律之中。但它们却没有一项能确立在中国法律之中。同时，经常有来自实务界的人士坚决反对这些规则和制度，理由是它们不符合中国的国情。还有的人士主张，需要反对的不是这些制度和规则本身，而是在目前的中国法律中确立它们。毕竟，中国目前的侦查制度、司法体制与这些规则和制度是不相容的。还有些人士采取“相对合理主义”的态度，也就是在承认一系列现代诉讼制度合理性的同时，

主张在中国移植这些制度时需要考虑中国本土的具体情况，采取灵活的措施。（注：“相对合理主义”的提法，始见于龙宗智：《相对合理主义》，《中国社会科学》1999年第2期。另参见龙宗智：《相对合理主义》，中国政法大学出版社1999年版，第1页以下。）可以说，这样的学术讨论已经形成了一个相对固定的模式，但也不幸地陷入了一个恶性循环的怪圈之中。事实上，为中国法律所排斥却具有“正当性”的原则、规则和制度远不止上述这些。诸如具有特定身份和职业的证人拥有拒绝作证的特权、口供自愿性、侦查官员出庭作证等一系列的证据规则，包括控审分离、一事不再理、司法独立等在内的诉讼原则，以及违反程序法的法律后果、对程序合法性的司法审查等带有程序法特色的制度，不仅在中国目前法律中没有确立，而且也为相当多的实务界人士所反对。而这些原则、规则和制度自身的正当性也同样是不难论证的。在这些问题上，研究者通常截然分成三派：“激进派”，认为这些规范在法哲学上具有正当性和普适性，因而主张全面确立它们；“保守派”，认为这些规范几乎都来自西方，直接引入中国是不现实的；“折中派”，认为应当承认这些规范的合理性，但在具体制度设计方面却采取保守的态度。表面看来，刑事诉讼法学中的很多问题都引起中国学者的讨论甚至争鸣，形成了一系列的热点，显示出学术上的繁荣。但是，只要对有关的讨论稍加分析就不难得出结论：几乎所有讨论都自觉不自觉地围绕着“该不该确立某一制度”在进行，这些研究大都流于一般的对策分析，而很少有高屋建瓴、富有新意的理论论证。从这些研究成果中，人们很难充分体会到理论思辨和学术论证的魅力。其中，“激进派

”的言论尽管并不保守，但它们在论证上几乎都没有超越西方学者，甚至在进行低水平的理论复制。这也难怪实务界人士普遍对这种“以西方的理论论证西方的制度”表示反感了。问题的关键可能在于，这些制度的普适性需要在中国背景下加以重新反思和考察。“保守派”过于强调中国国情，但未必能说清楚“国情”究竟是什么。从中国目前的公检法人员的素质、侦查水平、司法体制等方面来看，几乎所有现代诉讼原则和证据规则都与此有较大的矛盾，甚至连刑讯逼供都具有可容忍性。但另一方面，刑讯逼供、超期羁押、侦查中心主义、法庭审判流于形式等一系列问题的普遍出现，都在表明这个国家的刑事诉讼制度甚至刑事司法制度都需要大规模的改革。这也同样是所谓的“中国国情”。看来，问题出在研究者对待学术的态度上面了。中国古人强调“学以致用”，这本没有错。但如果将这一点强调到极端，甚至达到庸俗化的程度，那么，一种功利主义甚至工具主义的学术态度就会出现。但是，如果学术研究仅仅以改进司法为目的，那么，法学家远不如公安机关、检察机关和法院设置的“调研人员”更了解司法实践的具体情况，所提出的对策更不如后者具有实际的效果。如果学术研究仅仅将完善立法、改革司法制度作为其终极目标，那么，法学家也不如立法官员更善于协调不同部门的利益，也不如他们更精于听取不同的意见并加以折中。更如果研究者在提出一个思想、理论观点时，首先要考虑它在中国目前的现实中能够实现，或者至少能够为立法决策者所接纳，那么，任何富有新意而又与现实不符的思想、观点可能都会成为“一纸空言”，学术研究也就没有必要进行下去了。面对如此情况，人们不禁会怀疑法

学家职业群体存在的价值究竟何在。事实上，真正意义上的学术研究，绝不跟在立法、司法实践后面亦步亦趋，将揭示立法精神、分析实践问题、提出改进对策作为自己的最终目的。这也是学术活动与立法、司法等实务界人士所从事的“调研活动”的重要区别。如果用中国古人所说的“知”与“行”的关系来分析的话，那么改进司法也好，推进立法也罢，它们更多地属于“行”的范畴。而学术研究所涉及的则主要是“知”的问题。人们通常说“知易行难”。但在学术研究过程中，“知”又谈何容易！刑事诉讼法学研究的终极目的，应当是为人们提供更多的关于刑事诉讼法学的知识，丰富人们对刑事诉讼立法和司法实践状况的认识，并最终通过知识的积累创造新的思想和观念。而要达成这一目的，研究者必须恰当地运用解释手段，对与刑事诉讼法有关的现象、问题等，提供自己独立的见解。可以说，解释构成了刑事诉讼法学的基本学术功能。甚至更大胆地说，这一点可适用于整个法学。什么是“解释”？无论是对刑事诉讼法学中的一些概念和原理，还是对刑事司法实践出现的一些现象和问题，都需要从理论上加以说明和分析，这种说明和分析也就是解释。一般说来，对于刑事诉讼法确立的一系列规则、制度、原则，研究者需要提供在其背后作为支撑物的理论基础，对其正当性和合理性进行一定的解释。对于这种解释，人们通常称其为对立法的“诠释”。这种研究对于人们理解立法的原意和理由，是极其必要的，因此可称其为“对规则的解释”。但是，刑事诉讼法在社会实践中施行得究竟如何，遇到了哪些问题？对于法律在社会中实施效果的考察，对问题及其成因的分析和说明，对于某一现象和问题未来走向的预测

等，则属于“社会解释”或“文化解释”的问题。在中国目前的司法实践中，后一种解释显得尤为必要和紧迫，而解释的水平又难以令人信服。无论是解释立法还是解释司法，研究者如果自身没有较高的理论素养和科学的研究方法，就很难超越从事立法和司法实务的人士，也很难进行一些富有新意的分析、说明和论证，更遑论提供富有创见的思想了。学术解释的质量除了与研究者自身的素养有关以外，还取决于刑事诉讼法学能否提供一些科学的解释工具。这其中最重要的莫过于提供出一系列能够准确解释现象的概念和理论范畴，并使其构成一个能够解释各种现象和问题的理论体系。近年来，刑事诉讼法学发展出了一些基本理论范畴，如“诉讼构造”、“诉讼主体”、“诉讼目的”等，这为研究者解释法律条文和分析实际的问题，提供了有用的工具。当然，这些基本理论范畴的抽象还远远不够，因为大量立法和司法层面上存在的问题尚未得到完满的解释。例如，法院在判决书中擅自将一个未经起诉的罪名强加给被告人[1](P.247)；对于已经发生法律效力判决，法院经常自行决定发动再审程序；对于警察、检察官、法官违反诉讼程序的行为，刑事诉讼法本身并没有提供出明确的法律后果或制裁手段，也没有设立必要的程序性违法的司法裁判机制，等等。对于这些立法和司法层面上存在的问题，研究者目前确实缺乏准确、合理的解释和分析。而一些大陆法国家提出的“诉讼客体”、“诉讼行为”理论，则对解释此问题有一定的说服力。正因为如此，我们评价刑事诉讼法学发达的重要标志之一，就在于它是否已经有较为成熟的理论范畴和理论体系。创建理论范畴和理论体系本身不能说是学术研究所追求的终极目标，但

它是通往学术研究目标的必由之路，也是进行学术解释的重要工具。当然，相对于其他社会科学的研究者而言，法学家们经常会面临价值判断的迷茫和困惑，也往往会对法律制度的改革和法律规则的制定问题作出相应的研究。在前一方面，似乎法学家们很难像社会学家、经济学家那样，做到绝对的“价值无涉”或者“价值中立”。而在后一方面，法学家们还不得不对其所处社会中的制度建设问题提出建言，这似乎显示出开展“对策研究”是不可避免的。应当说，有关价值判断的问题几乎在任何一门社会科学中都是难以回避的。但是，一个法学者假如动辄提出一些未经检验和证实的价值目标，并将其作为评价一种法律实践或者建构一种理想制度的标准，那么，这种研究几乎就不可避免地陷入主观性和武断性之中。毕竟，很多价值判断都不是经过科学分析的过程而得出的结论，他们既难以证实，也难以证伪，论者更不可能将其价值判断结论作出可反复的验证。正因为如此，一些大师级的学者，如罗素、马克思#8226.K#8226.读书#8226.波普尔就认为：我们从问题开始我们的研究。我们总是发现我们处在一定的问题境况中，而且我们选择一个我们希望解决的问题。这种解决总是尝试性的，是一个理论、一个假说、一个猜想。将各种相互竞争的理论加以比较和批判讨论以便发现它们的缺点，并且总在改变、总不定论的批判讨论结果构成所谓的“当代科学” [2](P.90)。在胡适看来，科学方法是用事实作起点的，“不要问孔子怎么说，柏拉图怎么说，康德怎么说，我们须要先从事实下手，凡游历调查统计等事都属于此项” [3](P.106)。科学研究始于对客观事实的观察。无论是自然科学还是社会科学，都应围绕着如何解释客观存在

的经验事实来展开。按照张五常的告诫，“最蠢的学者，是试行解释没有发生过的事”。当然，科学研究的前提并不是单纯的事实本身，而是事实所蕴含的无法得到解释的问题胡适称之为“困难的发生”，张五常则视之为“不明白”。按照前者的解释，“人必遇有歧路的环境或疑难问题的时候，才有思想发生”，而“有些困难是很容易得到解决的，那就没有讨论和指定困难的所在的必要”。而真正能够引发科学研究活动的往往是那些既无法得到解释也没有解决之道的“困难”和“问题”[3](P.111)。可见，研究者需要在经验事实中发现问题。需要注意的是，研究的对象必须是客观存在或实际发生过的事实，而不能试图对那种子虚乌有的情况作出解释。事实上，无论是社会科学还是自然科学，对事实和现象的解释是开展科学研究活动的主要目的，也是将科学从信仰、形而上学、教条主义、图腾崇拜中彻底区分开来的关键之点。但是，仅仅对事实和现象进行解释是根本无法开展科学研究活动的。毕竟，世界上的事情和现象太过繁杂了，研究者既没有必要也没有能力对一切事实作出解释，而只能对那些存在明显问题的事实和现象作出解释。所谓“问题是一切科学研究的前提和基础”，说的就是这个意思。因此，研究者在观察与思考、在“读万卷书，行万里路”的过程中，应当具有敏锐的问题意识，并具有发现问题的能力。当然，具有问题意识和发现问题的能力，并不意味着研究者一定能够找到真正的问题。研究者需要运用现有的理论对该问题进行解释，在无法作出妥当解释的情况下，提出真正的问题。对于任何一门科学而言，那些没有入门的“门外汉”或初学者可能认为满眼都是问题。但他一旦掌握了这门科学的基本

理论，了解了这门科学的总体研究情况之后，就可能认识到他原来视之为问题的“问题”，其实绝大多数都不是问题。因此，面对一个初步发现的问题，研究者应当运用现有的理论和通说对其进行解释，如果能够得到令人信服的解释，则这个“问题”就不是真问题。相反，假如一种现象、一种疑问在所有现存理论中根本得不到令人信服的解释，那么，真正的问题就有可能被发现了。一门学科的“前沿问题”往往就是在这种遍寻解释而不得的情境下出现的。很显然，一个研究者只有站在本学科的最高点，才有可能发现真正的问题。当然，也不排除一个极其聪明的初学者用其锐利的眼光，发现了为众多研究者所忽略的真问题，推翻了一个学术定论。但这种对“皇帝的新衣”的发现，其成功几率可能是不高的。事实上，许多科学上的真问题都是研究者经过长期观察、思考和分析的结果。有时候，对真正问题的发现本身，可能就属于学术上的重大突破。那么，研究者究竟应从何处发现问题呢？就法学研究而言，问题可能存在于司法实践之中，可能产生于立法对策和司法改革过程之中，也可能出现在有关理论和学说的争论之中。事实上，只要是客观存在过、发生着的事实，就都有问题发生的可能性。对于某一现象和事实，法学者在按照既有的理论、学说尝试进行解释，无法找到满意结果的时候，真正的问题就有可能被发现了。在这一方面，法学者需要站在本学科理论的最前沿，掌握可操作的解释方法，并且还要对相关领域的司法实践情况有较为清楚的了解。除此以外，研究者还需要具备独到的学术眼光和丰富的想像力。以下拟通过对三个研究实例的分析，来说明发现问题的可能途径。研究实例4 审级制度改革问题。按照

传统的研究模式，法学者对审级制度一般会作以下的研究：审级制度的概念、性质和功能；审级制度基本模式之比较；中国两审终审制的现状和问题；改革两审终审制的基本构想。近年来，有关建立有条件的三审终审制的议论一度十分盛行。研究者可能还会论证建立三审终审制的基本设想。但是，这种研究真的能够作出开创性的贡献吗？事实上，这种貌似“成体系”的研究并不是以问题作为起点和基础的。假如研究者对审级制度中的问题有较为真切的了解的话，那么，他完全可以另辟蹊径，重新组织自己的研究。比如说，法学者可以对以下问题进行解释：中国的两审终审制中真的存在法律审吗？二审法院真的能够通过审理上诉案件来发挥维护法律统一实施的使命吗？为什么在绝大多数情况下上诉审都流于形式？中国上下级法院之间带有行政化的隶属关系对于两审终审制带来了哪些影响？再比如说，法学者还可以对两审终审制的改革问题进行深入的反思：在目前第一审程序名存实亡、流于形式的情况下，第一审程序对于案件事实认定问题几乎无法发挥最基本的纠错功能；而大多数案件的第二审程序采取的是不开庭的书面审方式，对于发现和纠正下级法院事实认定上的错误收效甚微。既然如此，建立三审终审制、增加一个专门法律审的改革设想真的能取得预期的效果吗？更进一步地说，假如中国第一审程序不能有效地解决事实认定问题，假如第二审程序对于纠正事实误判问题无法产生更好的作用，那么，包括三审终审制、死刑复核程序甚至再审程序的改革，都将受到相当程度的影响。（注：对中国现行两审终审制的反思，参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》（第9章），中国人民大学出版社2000年版；陈瑞华：《

程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年版,第432页以下。)可以看出,在审级制度改革问题的背后,存在着事实审与法律审的关系、上下级法院的关系、上诉审的诉讼功能等一系列重要理论问题。只要我们不是简单地从对策法学的立场组织我们的研究,而是将问题作为研究的起点,那么,对这一问题的研究就有可能避免简单的观念总结和资料堆积,而有开拓和创新的空间。研究实例5 案卷笔录的证据效力问题。在目前的中国刑事审判中,不仅绝大多数证人、鉴定人、被害人不出庭作证,侦查人员在面对辩护方对其侦查行为的合法性提出质疑时拒不出庭作证,而且就连同案被告人都不被传唤出庭。在绝大多数情况下,第一审法庭对证据的调查是通过宣读检控方所提交的案卷笔录来进行的。有时法庭并不宣读案卷笔录的全部内容,而是摘要宣读其中的少部分段落。这种法庭调查方式被认为违反了直接和言词审理原则,造成了司法审判的不公正。那么,在证人、鉴定人、被害人、侦查人员甚至同案被告人普遍不出庭现象的背后,存在一个为法学者所忽略的问题:中国是否存在真正意义上的现代审判?换言之,假如我们将审判定义为通过法庭调查和辩论来形成用以解决诉讼争端的裁判结论的话,那么,中国实行的这种以案卷笔录为中心的法庭审判方式,究竟能否保证法庭通过审判过程来形成裁判结论呢?在案卷笔录的连接下,法庭审判岂不属于一种对检控方结论的确认程序吗?(注:有关案卷笔录的全面分析,参见陈瑞华:《问题与主义之间??刑事诉讼基本问题研究》(第8章:“刑事证据规则之初步考察”),中国人民大学出版社2003年版。)假如没有发现问题的意识和能力的话,研究者很可能按照以下套路展开

这一课题的研究：案卷笔录的性质、意义和分类；两大法系国家对案卷笔录的适用规则；中国目前对案卷笔录的适用情况及其问题；确定案卷笔录证据效力的基本理论基础；解决案卷笔录证据效力的立法设想……相反，有了基本的问题意识，明确了法学研究的解释功能，法学者就会放弃这种带有教科书体例的对策研究，而去分析和挖掘法庭滥用案卷笔录背后的真正问题。于是，一种带有全局性的问题就出现在研究者面前：中国究竟是否存在真正的法庭审判？现有法庭审判除了具有法制宣传教育的传统功能以外，真的具有裁断控辩双方之事实纠纷和法律争议的作用吗？研究实例6 无罪推定问题。传统上，研究无罪推定的学者很可能按照以下模式来组织对这一问题的研究：无罪推定的概念、性质和意义；无罪推定的理论基础；无罪推定原则的产生和历史演变；无罪推定原则在两大法系国家刑事诉讼制度中的体现和发展趋势；无罪推定原则在中国的确立问题；中国刑事诉讼制度没有贯彻无罪推定原则的表现及其危险后果；中国未来确立无罪推定原则的立法构想……如前所述，这种带有教科书体例的研究既没有发现真正的问题，也必然大量重复前人所做的研究成果。实际上，研究者需要考虑的关键问题是：中国现行刑事诉讼制度是否确立了无罪推定原则？如果答案是否定的，那么，为什么在几乎所有研究者都赞成这一原则的情况下，法律和司法实践竟然都不能容纳无罪推定原则的存在？例如，一审法院在事实不清、证据不足的情况下，不是作出无罪之宣告，而是按照“疑罪从轻”的原则作出“留有余地”的判决；二审法院遇有案件事实不清、证据不足的情况，不是直接宣告无罪，而是反复发回原审法院重新审判；在强

制措施的适用问题上，未决羁押几乎成了强制措施适用中的一般原则，而取保候审等非羁押性措施的适用则成为一种例外……这些例证都显示出无罪推定原则远没有被确立在中国刑事司法制度之中。对于这一问题，难道不需要法学者作出深刻的反思和理论上的解释吗？由此看来，只有具备最基本的问题意识，拥有发现真正问题的能力，将问题作为法学研究的起点和基础，法学者才有可能避免重复前人走过的老路，在分析和解释法律问题上做出自己独创的贡献。当然，仅仅发现了问题本身并不意味着研究者一定会做出较大的学术贡献。研究者还必须掌握科学的研究方法，尤其要引入实证研究方法。这是几乎所有社会科学家在从事解释活动方面所必须掌握的方法。

四、实证方法的引入

法学者在发现了真问题之后，究竟应如何组织自己的研究过程呢？按照科学研究的一般规律，法学者对于法律问题应当向社会学家对待社会问题、经济学者对待经济问题那样，运用科学的方法进行分析、解释和预测。其中，运用精当的实证分析构成了社会科学的基本方法，也属于法学者分析、解释法律问题的基本手段。按照笔者的理解，实证分析作为一种研究方法，其实包含着逻辑实证分析和经验实证分析两个基本层面。我们平常所说的“实证分析”，一般只是强调后者，也就是“社会分析方法”。但事实上，前者在法学研究中的地位也是同样重要的。所谓的“逻辑实证分析”，其核心含义在于对国家制定的法律规则体系本身作出科学的分析。换言之，这种方法着重于对法律规则本身作出合乎逻辑的分析和考察，建立一定的理论体系。在法理学中，将这种研究方法强调到极端的是一种被称为“分析实证主义”的理论学派。这一学派严格

地将实然与应然问题加以分离，否定法律与道德、价值之间的联系，但强调对法律概念本身的分析，主张采取逻辑推理的方法确定可适用的法律。这一学派主张法学不应考虑法律规范以外的其他任何因素，主张建立纯粹的“法律科学”。这些观点尽管受到各种各样的非议，但这种逻辑实证分析方法却被人们普遍视为法学的研究方法。尤其是欧洲大陆，这一方法还具有极大的影响。将逻辑实证分析的方法运用到刑事诉讼法学，对于这门学科走向精密化，对于一系列理论范畴的引入和理论体系的建立，具有极为重要的意义。首先，对于一系列诉讼法上的概念，确实需要从逻辑上加以分析。对于诸如诉讼程序、诉讼权利、程序性无效、证明力、证据能力等诉讼法学上的基本概念，确实需要作出准确的界定。不仅如此，对于诉讼程序规范的特点也需要作出深入的揭示。其次，一些非价值分析性的理论范畴，如诉讼主体、诉讼客体、诉讼行为、诉讼法律关系等，本身就是研究者为从不同角度深入解释刑事诉讼法律规范，所作的逻辑上的实证分析。这些范畴的提出，对于揭示诉讼参与者及其相互间的法律关系，对于剖析作为诉讼客体的“案件”的性质，对于解释各方诉讼行为的意义和后果，以及对于分析诉讼过程中的法律关系及其特殊性等，都具有丰富的学术价值。

研究实例7 违反程序法的法律后果问题。一般说来，违反实体法的法律后果通常是各种法律责任，如民事责任、行政责任、刑事责任等，那么，违反程序法的法律责任是什么？如何从法律规范本身制定出严密的诉讼规则，使其逻辑构成要素保持完整？一旦发生程序性违法的行为，究竟如何确定相应的法律后果或程序性制裁措施？对于程序性违法行为，如何建立

起必要的司法裁判机制，使得违反程序法的行为像违法、犯罪行为那样，得到必要的司法裁判，并最终得到惩罚。事实上，无论刑事诉讼法在社会中的实施效果如何，这部法律本身必须建立、健全各项诉讼程序规则的逻辑体系，使得所有违反程序法的行为至少在法律条文中明确的或“撤销”，或“无效”，或“不成立”的法律后果。这不仅涉及到刑事诉讼法立法技术的提高问题，而且影响到刑事诉讼程序本身能否得到切实遵守的问题。（注：有关程序性违法行为的法律后果问题，参见陈瑞华：《程序性制裁理论》（第4章：“程序性制裁的法理学分析”），中国法制出版社2005年版。

）中国刑事诉讼法学曾经从日本、德国法学中引入了逻辑实证分析的方法，并发展出一些重要的概念、范畴和体系。但随着这一学科在20世纪中叶发生的重大转型，也随着苏联法学的引入，这种研究方法也随之受到抛弃。很长一段时间以来，法学者们提出了诸如“诉讼目的”、“诉讼价值”、“诉讼构造”等范畴，试图以此来建立刑事诉讼法学的理论体系。然而，这些范畴带有较为明显的“规范”和“评价”意味，总与价值分析密切相关。而对于刑事诉讼规范本身的逻辑分析，则意义不是很大。这种逻辑实证分析水平的低下，直接影响了中国刑事诉讼程序的精密化和规范化，使得诉讼主体之间的法律关系出现混乱，使得诉讼所要达成的解决争端目标无法完成，也使得几乎所有由警察、检察官、法官实施的非法诉讼行为，不受到任何有效的程序意义上的制裁。不难看出，要保证刑事诉讼法在“司法实践”中得到较为完善的实施，其前提条件是刑事诉讼规范本身必须具有逻辑完整性和可操作性，否则这部本来就以限制官方权力任意行使

为己任的程序法，注定会遭到规避、违反甚至破坏。当然，“徒法不足以自行”，刑事诉讼法即使本身制定得非常严密，在实际实施过程中也会遇到各方面的问题。毕竟，书面法律与实效法律之间的距离在任何社会中都或多或少地存在。这就需要在运用逻辑实证方法的基础上，学会使用经验的或社会的实证方法，以便对法律在社会中的实施状况作出新的研究。所谓“经验实证方法”，其实是按照社会学本身的模式，将法律实施视为一种社会现象，并对这些现象作出社会学解释的方法。可以说，在几乎所有社会科学的实证分析方面，社会分析方法都是最基础、最普遍的一种研究方法。尤其是对于发挥社会科学的“社会解释”功能方面，采用经验的或社会的实证分析手段，恐怕是不可回避的研究路径。在法理学上，也有一个将此方法加以“极端”强调的理论学派——“社会实证主义法学”。与分析实证主义法学不同的是，社会实证主义法学尽管也强调研究应以事实为依据，但这里的事实不是法律规范本身，而是法律规则以外的社会因素。换言之，这种学派注重的不是国家制定的法律规则，而是影响这种规则制定的各种社会学因素。尽管社会实证主义法学有偏于强调社会因素之嫌，但几乎不会有人否认它对丰富法学研究方法所作的贡献。实际上，法律的制定、实施和改革本身必然要作用于社会，也会构成一种极为复杂的社会现象。法学研究者如果仅仅将观察视野局限在法律规则本身，就会忽略大量的制约法律实现的社会因素。就刑事司法制度的实施而论，目前中国出现了一系列的问题，如刑讯逼供、超期羁押、侦查中心主义、审判流于形式、证人普遍不出庭作证等。这些现象本身并不符合刑事诉讼法的规定，甚至

与刑事诉讼法直接相违背。但是，它们为什么发生而且还发生得那么普遍呢？这当然有刑事诉讼立法本身不严密的问题。但除此以外，是否还存在着社会学层面上的原因呢？如果将这些现象都视为一种社会现象的话，那么它们的现状、成因、后果应如何得到较为准确的解释呢？实际社会生活中又有哪些因素对于促成这些现象的出现，发生实际作用了呢？需要指出的是，运用社会分析方法也并非没有风险。一般地说，采用个案方法最忌讳的是所选取的案例不具有一般性和典型性，采用数据统计方法最忌统计不全面、不准确，而采用访谈、调查方法则最忌以偏概全。从宏观上看，采用社会分析方法最易出现的问题是戴着有色眼镜看问题，不是从分析中得出结论，而是在形成结论之后通过寻找材料去论证自己的观点。而要克服这一点，就必须树立“价值中立”、“价值无涉”的观念，在对问题作出准确解释之前绝不轻言价值评价问题，力争使问题得到尽可能客观的分析和阐释。在笔者看来，只要问题得到精确、深入的解释和分析，价值评价问题随之就具有了客观事实这一基础，有关问题的症结以及有关法律制度的完善也就非常清楚了。需要注意的是，实证方法尤其是社会实证方法的运用，经常会面临一系列的误区。过去，中国法学界较为注重理论分析，而不擅长、也忽略了经验性实证研究，所进行的“理论研究”大多是对西方法学理论的简单重复或者综合总结而已，而不可能提出富有创新性的法学理论。有鉴于此，一些法学者独辟蹊径，注重对经验实证研究方法的运用，亲自到司法实践中去收集素材、掌握数据，并透过对这些素材、数据的统计分析，来发现一些新的问题，并得出一些新的结论。但是，由于不清楚

归纳方法的局限性，也由于缺乏最起码的问题意识，有些学者在运用数据统计分析方面出现了“走火入魔”现象。例如，有的研究者对司法、立法乃至现有理论中所存在的问题缺乏最起码的了解，就匆匆忙忙地投入到实证调查之中；有的研究者还对自己不了解法律问题“沾沾自喜”，认为这样恰恰可以摆脱一切固有成见之束缚，可以通过数据统计发现一些为正统法学者所“熟视无睹”的问题；还有的学者认为实证研究就如同“公正的审判过程”一样，也要通过数据统计来得出结论，还美其名曰“使结论来自实证研究过程之中”，并为此不惜维护一些尽管符合“实证研究程序”却违背基本经验常识的所谓“科学结论”……所有这些实证研究的偏差，都说明仅仅依靠收集案例、分析变量并进行数据统计（哪怕是电脑统计）分析的方法，研究者既发现不了真正的问题，也提不出任何假设命题来。这些研究者忘记了一条常识性命题：科学理论不是靠什么“研究程序”推导出来的，而往往来自研究者在某时、某地和某种情境下所提出的假说或者猜想，甚至来自研究者一时偶然的“顿悟”。没有提出假设的能力，研究者纵然掌握了汗牛充栋般的资料和素材，并试图运用归纳方法对这些资料进行分析，也根本无法提出任何具有创新性的理论来。其实，经验实证方法运用的关键，不在于穷尽一切事实和材料，而是在对若干材料进行分析和总结之后，应当适时地提出带有通则性的假设来。换言之，研究者应具有提出假设和归纳的能力。不过，研究者要提出富有创见的假设，却是十分不容易的。一个没有经过科学方法训练、没有相关学术积累的人，纵然每天面对各种各样的问题，也很难提出富有新意的假设来。正如一个从事侦查、

公诉、审判和辩护活动的法律职业者，假如不掌握基本的研究方法，不具备基本的法学素养和法律积累，就只能“熟视无睹”地整天面对一大堆素材和各种繁杂的问题，而根本不可能提出任何假设。对于这一点，胡适就给予了特别的强调：这种假说的由来，多赖平日的知识和经验。语云：“养兵千日，用在一朝。”我们求学亦复如此。这一步是为最重要的一步。要是在没有思想的人，他在脑袋中，东也找不到，西也找不到，虽是他在平常能够把书本子到背出来，可是没有观察的经验和考虑的的能力，一辈子的胡思乱想，终是不能解决困难的啊。这显然说明，研究者要具备较高的提出假设的能力，就必须要有“博学”，因为只有“博学方才可以有许多假设，学问只是供给我们种种假设的来源。” [3](P.110)

一个顶尖级学者与一个初学者的最大区别，恰恰就在于面对同样的问题和同样的研究素材，前者可以提出出乎人们意料的假说和命题，而后者就很少具备这方面的能力，要么提不出任何假设，要么只会提出一些非常初级的假设。有时候，研究者在解释同一个问题时可能提出了不止一个假设。面对多个可能的假设，研究者需要有所取舍，从中选择一个最适当的假设，以此作为立论验证的对象。研究者在对多个假设都无法作出取舍判断的时候，还可以对这些假设都进行验证活动，从而最终选择那个得到证实的假设，并视那些得不到证实的假设为不成立的。很显然，对假设的证实应为科学研究的重要环节，也是使假设从猜想变成科学结论的关键一步。对一项假设的命题进行证实，可以有多种不同的方法。对于这一点，似乎很难从一般化的角度作出概括和归纳。不过，无论从何种角度加以论证，研究者都需要提出足以令人信

服的论据来。一般而言，这种论据来自两个方面：一是理论上的根据，包括已有的学说、理论和原则；二是经验实证方面的论据，如相关的数据统计、案例、现象、访谈等。要使理论走向客观化，研究者所用的论据必须既要具备真实性和可靠性，又要具备相关性和令人信服性。与此同时，研究者的论证过程也应当具有可验证的属性。也就是说，任何相关领域的学者如果想对该论证过程加以验证的话，都可以通过对研究者逐项论据的分析和推演，对有关假设作出同样的证明。这一点，可以称为科学理论的“可反复验证性”。可以看出，在解释问题过程中善用归纳方法的主要标志，就在于提出带有通则性的假设，并对该项假设作出具有客观性的验证。但是，仅仅使用归纳方法是不会自动产生科学的理论的。因为科学理论之区别于一切信仰、神学、形而上学的关键之处，并不仅仅在于它是可以得到验证的。原因很简单，论者只是说明其结论在某些条件和场合下是成立的，但并没有证明在其他所有场合和条件下都是成立的。因此，要使假设得到全面的验证并转化为科学的理论，还必须借助于科学的证伪方法。按照这种科学证伪理论，运用归纳方法最多只能提出一种未经证明的假说。除非运用反驳和否证的方法，否则我们永远无法通过归纳方法提出科学的理论。毕竟，一万个天鹅是白色的事实，也并不能证明所有天鹅都是白色的。

“归纳问题的这种解决产生一种科学方法的新理论，引起一种对批判方法、试错法的分析：提出大胆假说，使它们接受最严格的批判以便弄清楚我们在何处犯了错误”。这种可证伪性和试错法的运用，意味着研究者需要用演绎方法来代替归纳方法，也就是“通过对理论的演绎结果的否证和反驳来

对理论本身加以否证和反驳”，这显然属于一种演绎推理方法。因此，要使“所有天鹅都是白色的”这一假说变成科学理论，就需要对这一论断进行演绎推理，看一下能否推导出错误或者虚假的结论。或者，可以提出相反的假设或论断，然后对这些足以推翻上述假设的相反假设进行证伪。如果能证明所有可能提出的相反假设都是不成立的，那么，上述假设就是成立的科学理论。但即便如此，这种理论也并不等于真理，而属于尚未被推翻或者被证伪的假说而已。卡尔·波普尔所说的“可证伪性”是一回事。这是最为中国学者尤其是法学者所忽略的研究方法。需要注意的是，任何科学理论都必须有确定的外延和边界，也就是要有明确的适用范围。换言之，对于研究者来说，清楚地了解其理论对于哪些场合和哪些对象是不适用的，这是标志着理论具有客观性的重要一点。所谓“没有放之四海而皆准的真理”，“真理往前再走一步，就是谬误”，说的都是这个意思。因此，一项成熟的理论总是具有一个显著的特征：研究者能够告诉后来者该理论具有哪些局限性，以及该理论在那些场合下是不适用的。那种在任何场合下都可以用作解释现象的“万金油”式的理论，要么属于被误用的理论，要么根本就不是科学的理论。而要准确地确定某一理论的边界和适用范围，研究者也需要谨慎地使用证伪和反证方法。经过这种证伪过程，研究者提出的理论中能够成立的部分最终得到验证，而那些得不到证实的部分则最终被抛弃。不仅如此，经过这种反证程序，研究者所提出的理论对于哪些场合不适用、而对哪些情况具有解释力，也会越来越清晰了。由此，科学理论的外延和适用范围有望得到准确的界定。研究实例8 萨默斯

的“程序价值”理论。美国学者萨默斯在研究“程序价值”(process values)理论时，就发现他为了论证“程序价值”的独立性，专门设想了五种可以对他的论点构成挑战的质疑，这些质疑涉及到他理论的各个方面，然后逐一进行了反驳，并在反驳过程中重申或者进一步阐释了自己的观点。而为了防止自己提出的“程序价值”理论遭到误解，萨默斯在分析“程序价值”的各项具体内容之前，还精心设计了一套旨在确定每一项价值的程序，并按照这一程序逐一分析各项“程序价值”。当时的感觉是萨默斯的论证避免了过于抽象的思辨，而更带有脚踏实地的“实证”色彩，整个论证过程十分严谨和合乎逻辑，得出的结论也令人信服。但在今天看来，萨默斯所运用的就是一种证伪方法，也就是在提出“程序价值”的独立性及其具体内容之后，又提出了若干项可能对其假设构成有力挑战的命题，并对这些命题进行了证伪和反驳。一旦这些反对假说被逐一推翻，那么，不仅自己的假设得到了验证，而且该假设的各项要素还可以得到进一步的解释和论证。事实上，很多学术高乎在论证自己的理论时都不仅满足于正面的证实??证明其成立，而且还要对相反命题加以证伪??也就是证明相反的命题不成立。很明显，这种证伪方法与逻辑学中常用的“反证法”，具有异曲同工之妙。（注：Robert S. Summers, Evaluating and Improving Legal Process--A Plea for "Process Values", in 60 Cornell Law Review, November 1974, No.）最后，在从正面论证和反证两个角度论证了假设之后，研究者还应当做的工作就是从该项假设出发，提出一般性的结论。所谓“假设的一般化”，是指将有关假说引用到其他的更多现象和领域中去，从而使该项理论具有更大、更为

普遍的解释力。当然，能够在科学研究上提出一般性理论命题，并不是一般研究者所能做到的。对于大多数研究者而言，穷其毕生精力所能做到的，也只是提出并论证了若干项假设而已。至于提出一两个公认的“定理”、“定律”，恐怕研究者既要具有较高的智商和才气，也要有一些运气和机遇了。假如有人能够做到这一点，就足以做出较大的学术贡献了。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