

中国刑事诉讼法学发展评价 (2010—2011)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

一、学科生态与选文标准

从 1979 年第一部刑事诉讼法典颁布之日起算,我国刑事诉讼法学研究已经迈入而立之年。在一门学科逐步走向成熟的时候,对本学科的研究进行阶段性的回顾和反思无疑有助于厘清发展脉络和学术传统,并确立将来应当着力发展的学术方向。

在我们看来,以往 30 年的刑诉法研究总体上可以分为以下几个阶段:第一个阶段,在整个 20 世纪 80 年代,由于学科刚刚恢复重建,学界主要还是将精力集中在对法律条文进行注疏和解释的工作上,因而教科书成为了这一历史阶段最为典型的学术成果,除此之外,刑诉法学研究难说有什么理论建树。在研究方法上,由于整个学科刚刚重建,如何注疏和解释法条成为当时最核心的学术任务,加之当时并没有太多国外学术资源可供参考,因此注释法学必然成为刑诉法学研究的主流。第二个阶段,进入 20 世纪 90 年代,尤其是 20 世纪 90 年代中后期,这种现象得到了相当程度的改变。随着一批年轻学者的涌现和域外学术资源的引进,一系列基本理论范畴被抽象出来并得到了深入的分析,刑诉法学的理论体系得到了初步的建立。这一阶段价值法学和比较法学的研究方法在刑诉法学界成为主流的研究方法,学者开始以某种权利观念或者国外制度作为参照系,分析我国相应制度的弊端,并试图对其加以改造。中国的司法实践成为批判和改造的对象。第三个阶段,进入 21 世纪的第一个十年,刑诉法学界又进一步扩大研究领域,将研究视野拓展到其他学科,有学者开始提出运用社会科学的方法研究法学问题,主张一种价值中立的解释学立场,对司法实践放弃之前那种批判和改造的立场,转而研究其实践逻辑并评估试点改革的效果,从经验事实出发,运用社会科学的研究方法提出一般性的

概念或模型,实现从经验到理论的惊心动魄的跳跃。除此之外,由于各种课题的资金支持,学者开始大量运用实证调研和试点改革这两种新型学术研究方法,深入实践,与司法部门进行合作:一是进行了大量经验性的学术研究并对实践运作状况进行了颇有说服力的理论解释;二是对改革试点的效果进行理性评估后总结出有针对性的改革建议,形成了大量颇具分量的研究成果。

通过对过去 30 年刑诉法研究状况的基本梳理,我们至少可以发现以下几个值得欣慰的转变:首先,刑诉法研究从盲目借鉴国外制度到开始关注中国问题;其次,刑诉法研究从简单的制度移植开始过渡到进行理论提炼;最后,刑诉法研究从应然判断走向了实然描述和解释。这些已经成为很多学者理性的学术追求。^{〔1〕}

当然,毋庸讳言,就整个刑诉法学科而言,长期以来,由于学术激励机制的不尽完善和学术伦理的普遍失范,刑诉法学和其他法学领域,甚至和其他社科领域一样,也面临着低水平知识的大量重复和学术消费趋向日益泛滥的尴尬局面,每年学术产出看似繁荣却在学术传统和知识增量上殊少建树,鲜有重大理论创新。在一系列宏观理论尚未得到深入讨论、改革的整体模式尚未得到真正确立的前提之下,大量的学术资源被浪费在一些程序的细枝末节的争论之上,重大理论问题在一个个具体问题的解决中被遮掩和埋没,刑诉法学一直难以形成自身独特的理论品格。

基于此,本文将以知识增量为分析视角和衡量标准,以 2010—2011 年为时间断面,通过梳理这两年刑诉法学界具有代表意义的研究成果,考察其在理论方面的重大推进,并对整个学科研究中存在的学理缺陷进行深刻反思,并在此基础上提出学科发展的若干建言。在进入正文分析之前,有必要对研究对象的选择和近两年刑诉法学科生产论文的基本情况作一个交代和勾勒。2010—2011 年间,刑诉法学分别生产了 3548 篇和 3313 篇学术论文,其中核心期刊分别为 692 篇和 770 篇,CSSCI 期刊论文分别为 362 篇和 343 篇。在法学类 21 种 CSSCI 期刊中,刑诉法学论文主要研究领域集中在以下几个方面:研究侦查程序的论文有 13 篇,辩护问题有 19 篇,起诉问题有 17 篇,被害人问题有 18 篇,和解问题有 35 篇,量刑问题有 23 篇,强制措施有 11 篇,逮捕程序有 18 篇,两个证据规定有 15 篇,非法证据排除规则有 19 篇,其他证据问题则有 59 篇。以上主题文献共 247 篇,占全部 CSSCI 期刊发表刑诉法论文总数的 35%。通

〔1〕 较有代表性的如左卫民和陈瑞华等学者。左卫民曾撰文指出,当代中国刑诉法学术成果的生产者多为学者,因此其呈现出来的研究结论往往过于理想化,研究方法也有从“元理论”和基本理念而非实践出发的演绎式特征,因而整个学科生态呈现出浓厚的非实践性和意识形态性的特征。中国的刑诉法研究应该形成包括实务者在内的多元知识提供格局,应关注实践,注重归纳与实证而非演绎和先验的研究进路,建立一种可争论、可证伪的刑诉法理论,参见左卫民:“迈向实践:反思当代中国刑事诉讼知识体系”,《中外法学》2011 年第 2 期;左卫民:“刑事诉讼制度变迁的实践阐释”,《中国法学》2011 年第 2 期。王敏远也曾以刑事再审制度的改革为样本,提出了刑诉法学科研究方法的基本思路,他指出,刑诉法研究必须回到中国问题上来,不应无视“中国特色”问题的存在,在直面中国独有的改革困境的同时应该设定改革的底线,然后根据这些制约因素规划推动某一制度不断完善的渐进改革路线。参见王敏远:“刑事诉讼法学研究的转型——以刑事再审问题为例的分析”,《法学研究》2011 年第 5 期;徐美君:“我国刑事诉讼运行状况实证分析”,《法学研究》2010 年第 2 期。

过以上数据,我们可以清晰地看出这两年学界关注的学术焦点问题所在。在浩繁的刑诉法论文之中,本文仅选择在知识增量上具有理论推进的文献加以分析,大量极具实践意义的优秀学术论文可能由于选择标准而无法成为我们的分析对象。此外,需要特别强调的是,尽管为了统计的方便本文主要关注发表在核心期刊上的学术论文,但对于一般刊物上的论文,只要具有重大的理论突破,同样是本文关注的对象。

二、知识增量视野下的理论推进

如上文所述,尽管刑诉法研究的整体环境还存在着一些不尽如人意之处,但不可否认的是,仍有一批学者在既有的学术传统的脉络之上,以司法改革为宏观背景,深入研究了一些具有重大实践意义的理论课题,并在知识增量的层面作出了不可磨灭的理论贡献。纵观近两年的研究成果,学界主要在以下几个方面作出了重大的理论推进:以量刑控制为中心的程序理论、刑事辩护的基础理论、程序性制裁理论、刑事证据和证明理论等。以下分而述之。

(一)以量刑控制为中心的程序理论

传统的刑诉法理论均围绕定罪问题展开,诸如无罪推定、严格证明、非法证据排除等一系列原理、概念和制度均以防范公权力滥用、防止错误和不公正定罪为宗旨。但是,随着我国量刑程序独立化运动的发展,如何防止滥用量刑裁量权已经成为司法实践普遍关注的中国问题。因此,客观上要求学界提出一套建立在量刑控制基础上的程序理论。在这个领域,学界作出了卓有成效的理论努力。

1.定罪与量刑程序的关系模式

有学者将各国审判模式中定罪与量刑程序的关系概括为一体化和分离式两种模式,并在总结其理论特征的基础上评估了各自的优劣之处。具体而言,大陆法系国家实行的是定罪量刑程序一体化模式,该模式的特征主要有四个:审判组织的单一性、程序的混同性、证据规则的单一性以及定罪量刑信息来源的统一性。这一模式的优势在于:定罪量刑程序混合进行,可以提高诉讼效率,避免诉讼周期的延长;同时,由于要求法官对量刑结果阐述理由,因此量刑裁量权也可以受到有效的制约。该模式主要的弊端在于:量刑辩护往往会冲击定罪审理,使法官过早接触量刑信息,削弱无罪推定的效力;同时,辩护律师在同一个审理程序中如果既做无罪辩护,又选择量刑辩护,会使得两种辩护效果自相抵销。不仅如此,由于没有一个完全独立的程序空间对被告人的个人情况展开全面的社会调查,因而法官难以获得完整的量刑信息,量刑结果的公正性和科学性就值得怀疑。相比而言,英美法系实行的分离式模式则具有如下特征:事实裁判者和量刑裁决者分离、定罪与量刑程序完全独立、定罪与量刑程序适用不同的证据规则、定罪与量刑具有不同的信息来源。分离式模式的优势在于可以在定罪阶段彻底贯彻无罪推定,避免量刑信息的不当干扰,量刑阶段双方也可以尽力全面搜集和提供各种法定和酌定情节,以保证量刑信息的完整性,由于在独立的程序空间举行量刑听证,英美法官的量刑裁量权也更容易得到控制。当然,这种模式的最大弊端是会导致诉讼成本的增加和诉讼效率的降低,在被告人被羁押的状态下,定罪和量刑程序分离的审理模式还会给被告人的利益带来更大的

损失。^{〔2〕}论者还总结了两大模式在量刑控制上的一些共同做法,例如都比较重视被害人参与量刑过程,都要求判决书详细说明量刑理由,这些都为我国的量刑控制提供了改革的参照。^{〔3〕}

2. 量刑程序的独立性

量刑程序独立化改革必须首先对量刑程序的独立性加以理论上的论证。有学者从定罪、量刑程序性质区别的角度提出了量刑程序独立后应当转变的一些观念,如应从对行为的关注转变为对行为人的关注,从注重对抗转变为注重合作,从概括性良性请求转变为具体量刑请求,从法定量刑转变为裁量量刑,从严格证明转变为自由证明,从注重结果公正转变为注重程序公正。^{〔4〕}有学者认为,量刑程序的独立性体现在:首先,定罪与量刑程序所依据的事实信息的不一致性。其次,量刑程序必须吸收控辩双方的共同参与,形成诉权制约裁判权的模式,避免量刑环节的司法腐败。再次,现代公诉权已经从传统的定罪请求权延伸至量刑建议权,这必然要求以量刑建议、量刑辩护和量刑裁判为支点建构独立的量刑程序,实现诉讼形态的回归。又次,被害人在定罪环节往往成为公诉的附庸,其独立的诉讼利益和立场不可能得到重视,只有在独立的量刑程序中,才能充分发挥被害人的作用。最后,以往的证据规则均以防止滥用定罪权、防止错误定罪为目标,而在量刑环节,程序正义的要求已不太紧迫,需要确立一种法官可依据职权、采用非正式程序认定量刑事实的证明机制,以实现量刑情节调查的全面性要求。^{〔5〕}也有学者从另外的角度论证了量刑程序的独立性:首先,定罪阶段不应调查或考虑仅仅与量刑有关的信息或事实;其次,与定罪阶段强调定性问题不同的是,量刑活动是定量活动,需要综合各种因素并考虑刑罚目的和刑事政策,以决定刑罚适用;再次,量刑阶段法官遵循的刑法原则不再是罪刑法定,而是罪刑相适应原则和宽严相济的刑事政策;最后,量刑活动的参与主体和职能不同于定罪阶段,如控方也可以提出有利于被告方的量刑情节,被告方也会积极提出有利于自己的量刑主张,因而并非总是处于防御地位。^{〔6〕}

3. 量刑程序的模式选择

在量刑控制方面存在实体控制和程序控制两种改革思路,刑诉法学者普遍认为,以量刑指南为代表的“实体控制”模式的效果十分有限,而“程序控制”则可能更富成效。^{〔7〕}也有学者认为,中国现行量刑制度的根本问题不是程序法问题,而是实体法问题,对抗化的量刑程序理论与实践不适用于中国司法实践。中国量刑程序改革应从程序性改革为

〔2〕 陈瑞华:《量刑程序中的理论问题》,北京大学出版社2011年版,页32;彭海青:“定罪量刑程序关系模式及其影响因素”,《社会科学家》2011年第3期。

〔3〕 李玉萍:《程序正义视野中的量刑活动研究》,中国法制出版社2010年版,页91。

〔4〕 汪建成:“量刑程序改革中需要转变的几个观念”,《政法论坛》2010年第2期。

〔5〕 陈瑞华:“论量刑程序的独立性——一种以量刑控制为中心的程序理论”,《中国法学》2009年第1期。

〔6〕 李玉萍,见前注〔3〕,页1。

〔7〕 汪贻飞:“中国式‘量刑指南’能走多远——以美国联邦量刑指南的命运为参照的分析”,《政法论坛》2010年第6期。

重心转向以实体性改革为主。^{〔8〕}此外,第三种声音则认为,我国的量刑规范化改革谈不上实体与程序何为主何为辅的问题。实体与程序这两条路径均有其局限性,两方面的改革都应当限定在合理的范围之内,应当避免极端化的改革方式,如实体上的电脑量刑和程序上的高度对抗。^{〔9〕}在量刑程序改革的模式选择中同样存在激烈的争论。有学者对改革中的做法进行了类型化研究,总结出三种量刑程序模式:简易程序的集中量刑模式、认罪审理程序中的交错量刑模式以及普通程序中的独立量刑模式。^{〔10〕}其中,适用于普通程序中的独立量刑模式成为学界的普遍共识,具体而言,对被告人不认罪的案件应建立完全独立的隔离式量刑程序,先进行定罪问题的审理,对宣告有罪的案件,经休庭或延期后再次开庭进行量刑问题的审理,而如果法院认定被告人无罪,则审判程序宣告结束。由于量刑程序和定罪程序实现了彻底的分离,法官不可能人为限缩量刑过程和时间,确保量刑信息能够得到充分展示、量刑意见能够得到充分交锋。^{〔11〕}同时也可以避免无罪辩护和量刑辩护互相矛盾的情况发生。^{〔12〕}但是,也有学者认为,由于没有实行陪审团制度、奉行客观真实的诉讼理念、没有建立刑事案件分流制度、未决被告人羁押率偏高以及特有的犯罪构成因素等原因,难以采纳这种完全独立的量刑程序,因此主张理性看待最高人民法院量刑程序改革的局限性。^{〔13〕}此外,关于简易程序中的量刑模式,有学者认为最高人民法院推行的相对独立的量刑程序的改革设想在简易程序中很难得到贯彻,最适合简易程序的当属实践中出现的集中量刑模式,即由同一检察官对多个案件批量出庭,法庭对多个案件的量刑情节同时审理,检察官出庭支持公诉,法官批量审理量刑问题,将争议焦点集中于存在争议的量刑情节之上,从而避免了诉讼资源的浪费。^{〔14〕}

4. 量刑程序中的证据规则

传统证据规则主要是围绕定罪问题而设立的,其目的都是为了防止公权力滥用,防止错误定罪,但量刑程序与定罪程序具有很大的区别,因而需要建立独特的证据规则。有学者指出:第一,量刑阶段被告人已经被确定有罪,因此无罪推定原则不再具有适用空间,因而据此设立的证明责任的分配模式以及排除合理怀疑的证明标准都不再适用;第二,量刑证据与定罪证据的来源、内容以及证据的查证方式、方法均不同于定罪证据,那些为了防止干扰裁判者定罪判断的政策性证据规则在量刑阶段也不再适用,如传闻证据规则、意见证据规则、品格证据规则

〔8〕 左卫民:“中国量刑程序改革:误区与正道”,《法学研究》2010年第4期。

〔9〕 熊秋红:“中国量刑改革:理论、规范与经验”,《法学家》2011年第5期。

〔10〕 陈瑞华:“量刑程序改革的模式选择”,《法学研究》2010年第1期。

〔11〕 陈卫东:“论隔离式量刑程序改革——基于芜湖模式的分析”,《法学家》2010年第2期;同上注。

〔12〕 陈瑞华,见前注〔10〕。

〔13〕 李玉萍:“中国法院的量刑程序改革”,《法学家》2010年第2期。

〔14〕 但这种量刑模式的问题同样存在:检察官一案一诉的工作方式和法院内部行政化的审批程序,都使得集中量刑在很多地方难以实现,在被告人没有委托辩护人的情况下,即使检察官出庭,法庭量刑环节审理的也仅仅局限于法定量刑情节,而难以顾及可能存在的酌定量刑情节。参见陈瑞华,见前注〔10〕。

等。第三,量刑程序所要解决的主要问题是量刑信息的全面性,因此,如何最大限度地获取有价值的量刑信息就是这一程序的主要目标。因此,建立在合法性基础上的口供自愿规则、沉默权规则以及非法证据排除规则就不再对量刑阶段发挥作用。^[15] 根据以上特点,学者提出了量刑环节证据规则的设置构想:首先,证明责任的分配。考虑到举证的便利以及量刑过程中所获信息的最大化,不再一味强调由控方承担证明责任,被告人有义务对其提出的新的量刑意见和量刑情节提出证据加以证明。^[16] 其次,证明标准的设置。公诉方对不利于被告的情节,仍然需要达到排除合理怀疑的最高证明标准,但是对于有利于被告的量刑情节的证明则不再需要达到最高证明标准,而只需要达到优势证明标准即可。只要任何有关罪重的事实存在争议,都应当作有利于被告人的认定。还有学者结合死刑案件论述了定罪证明标准和量刑证明标准的关系问题,认为对法定加重情节的证明最多只能达到定罪证明标准,而绝对不能超过定罪标准,在死刑案件中提高量刑标准的做法是一种似是而非的命题。^[17] 最后,调查方式的选择。论者主张在量刑环节确立一种法官可依照职权、采用非正式程序认定量刑事实的证明机制,比如委托社会工作者制作社会调查报告,必要时在双方参与下亲自进行调查取证等。^[18]

(二)刑事辩护的基础理论^[19]

1. 独立辩护论的发展

传统理论认为辩护人具有独立于委托人的诉讼地位,可以不受委托人意志的左右,因此律师完全可以选择与被告不同的辩护思路。这一理论的本质是律师和当事人之间的关系定位。有学者就此专门研究了境外相关制度,并概括出了两种理论模型,当事人主导辩护模式和律师独立辩护模式。在当事人主导辩护模式中,当事人对辩护目标的选择具有最终决定权,律师只能提供建议和帮助,而不能代其决定。但是,在实现当事人目标的具体方式上,律师可以享有一定的自主权,如果和当事人之间意见无法达成一致,可以选择妥协或退出辩护。而在律师独立辩护模式中,律师虽然应该维护当事人的利益,但同时还应当维护公共利益,承担一定的公法义务,从这个意义上而言,辩护人并非其纯粹的利益代言人,不用听从被告人的意志。^[20] 有学者进一步对独立辩护模式提出了质疑:第一,被告利益的最佳判断者是被告而不是律师,辩护律师并不能够最大限度地维护被告的利益;第二,律师的职业自主性并不具有当然的至高地位,绝不能为了律师的职业自主性而完全牺牲被告的自主性;^[21] 第三,辩护人和

[15] 陈瑞华,见前注[2],页75;李玉萍,见前注[3],页116;陈卫东主编:《量刑程序改革理论研究》,中国法制出版社2011年版,页375。

[16] 陈卫东,见前注[11]。

[17] 陈虎:“提高死刑案件证明标准——一个似是而非的命题”,《中外法学》2010年第2期。

[18] 李玉萍,见前注[3],页102。

[19] 申飞飞:“美国无效辩护制度及其启示”,《环球法律评论》2011年第5期;马静华:“指定辩护律师师用之实证研究——以委托辩护为参照”,《现代法学》2010年第6期。

[20] 韩旭:“被告人与律师之间的辩护冲突及其解决机制”,《法学研究》2010年第6期。

[21] 吴纪奎:“从独立辩护观走向最低限度的被告中心主义辩护观——以辩护律师与被告人之间的辩护意见冲突为中心”,《法学家》2011年第6期。

被告人之间的委托代理关系决定了其独立辩护应当受到一定的限制;第四,有效辩护的诉讼目标决定了律师的独立地位应该受到一定的限制。^{〔22〕} 基于上述论证,学界提出应放弃绝对独立辩护模式,走向被告人中心主义的辩护观,坚持辩护的协商性,从而实现从绝对独立辩护向相对独立辩护的转型。但是,由于我国的固定收费模式、被告人无阅卷权、对侵犯被告决定权制裁手段的缺乏以及律师职业伦理建设的缺失等因素的存在,无法完全以被告为中心,但律师至少应该达到以下最低限度的要求:第一,律师应将可供选择的方案以及每个方案的利弊与被告进行充分的沟通,以协助被告确定辩护意见;第二,辩护律师负有说服规劝被告人的义务,劝导被告人放弃不合法、不合理、不明智的决定;第三,在无法说服被告接受建议,被告也不主动解除委托代理关系的情况下,律师可以审慎地退出代理关系;第四,被告人和辩护律师可以就辩护意见决定权进行事前约定。^{〔23〕}

2. 辩护形态的发展和总结

无罪辩护一直被奉为刑事辩护领域中最高级的辩护形态,这种对于辩护形态的狭隘理解在很大程度上影响了辩护理论的发展。但是,随着定罪与量刑程序关系的改变以及两个证据规定的出台,一系列崭新的辩护形态开始在司法实践中涌现。其一,量刑辩护。随着量刑程序独立化的改革,量刑辩护成为一种独立的辩护形态。有学者对量刑辩护与其他辩护形态之间的关系进行了细致的梳理,指出我国由于量刑辩护难以有独立的存在空间,因而存在通过无罪辩护、罪轻辩护和程序辩护达到量刑辩护效果的独特现象。该学者还专门概括出了量刑辩护的几种独特操作方式:量刑信息的搜集、量刑情节的遴选、量刑意见的提出、对公诉方量刑建议的反驳以及对法院量刑结论的影响等若干方面。^{〔24〕} 其二,罪名从轻辩护。在我国,以社会危害性为核心的犯罪论体系决定了法官往往先决定定罪再选择罪名的定罪思维模式,使得纯粹以不符合某罪犯罪构成要件而进行的无罪辩护很难取得成功。此外,法院不受约束地变更指控罪名制度,也使得纯粹反驳控方指控罪名不成立的无罪辩护难以预防法院作出变更罪名的判决。在这样独特的司法体制背景之下,中国司法实践中出现了一种独特的辩护形态——罪名从轻辩护。有学者对该辩护形态在实践中常见的几种操作方式作出了类型化的分析:第一,罪名从轻辩护可以防止法官作出从重的罪名变更;第二,罪名从轻辩护可以间接达到限制其量刑事裁量权的目的;第三,罪名从轻辩护可以利用追诉时效的规定达到在程序上终止诉讼的辩护效果;第四,罪名从轻辩护可以利用未成年人未达刑事责任年龄的规定达到不追究被告人刑事责任的目的。论者也明确指出了适用该辩护形态必须遵守的边界:事实成立无异议原则、事实范围同一性原则以及委托人同意原则。^{〔25〕} 其三,侦查阶段的辩护。尽管在严格意义上,侦查阶段的辩护并不能算作一种独立的辩护形态,但由于新《律师法》的颁布实施在客观上拓展了律师在侦查阶段作用的范围,为刑诉法确立侦查阶段律师的辩护人地位进行了必要的铺垫,因

〔22〕 陈瑞华:“律师独立辩护的限度”,载《南方周末》2010年8月19日。

〔23〕 吴纪奎,见前注〔21〕。

〔24〕 陈瑞华:“论量刑辩护”,《中国刑事法杂志》2010年第8期。

〔25〕 陈虎:“罪名从轻辩护及其限制性操作”,《中国刑事法杂志》2010年第8期。

此,有关侦查阶段辩护的研究也开始为学者所重视。该文指出,根据《律师法》的规定,律师可以凭三证直接会见在押的犯罪嫌疑人、被告人,而不受案件是否涉及国家秘密的限制;律师会见不应经过任何形式的批准或变相批准;会见时,看守机关应在看得见但听不见的范围内,以监听方式获得的证据材料以及以此为线索获得的材料不具有可采性;侦查阶段应当赋予律师调查取证权;法律应当明确规定律师申请调查取证的具体情形和讯问时的在场权。^{〔26〕}

(三)程序性制裁理论的新发展

1.非法证据的排除模式

值得注意的是,在以往的司法解释中,最高人民法院一度将非法证据的表现形式作为是否排除的标准。而两个证据规定则摒弃了这一标准,主要按照侦查人员违反法律程序的严重程度确定了三种不同的排除模式,这是中国新颁行的司法解释所取得的重大制度突破。根据学者的理论概括,这三种排除模式分别是强制性排除模式、自由裁量排除模式以及主要针对瑕疵证据的可补正的排除模式。^{〔27〕}关于可补正的排除和自由裁量的排除之间的关系,有学者指出,自由裁量的排除适用于非法证据,而可补正的排除则适用于瑕疵证据,两者适用的对象具有实质性差异,因此应当被视为两种相互独立的排除规则。排除规则可以大体分为两类:一是针对非法证据的排除规则,又称为不可补正的排除规则;二是针对瑕疵证据的排除规则,又可称为可补正的排除规则。至于不可补正的排除规则,又可以进一步区分为强制性的排除规则与自由裁量的排除规则。应该说,可补正的排除模式打破了以往关于非法证据要么排除要么不排除的非此即彼的二元裁判思维,开辟出非法证据排除的第三条裁判道路。但是,对于这种可补正的排除,学界普遍表现出对其正当性的质疑。有些学者甚至担心,这会导致证据排除规则被消解,办案人员为补正瑕疵而弄虚作假。^{〔28〕}为此,有学者对瑕疵证据的可补正排除的正当性进行了理论上的论证,认为非法证据排除规则会产生很多负面作用,因此不能扩大适用范围,而应仅仅适用于严重违法的非法证据。此外,对于瑕疵证据要求进行补正,本身就有程序性制裁的性质,但同时体现了实体真实优先和诉讼经济的理念。为了防止可补正的排除规则所产生的负面效果,有学者建议应当对补正与合理解释进行限制:第一,补正与合理解释的范围应仅限于瑕疵证据的范围;第二,补正方法应仅限于补充或纠正,而不得制作假证;第三,解释应具有真实性、针对性和充分性。^{〔29〕}

2.非法证据排除的双重规则体系

非法证据排除规则可以分为两个方面的具体规则:实体构成性规则和程序实施性规则。前者解决的是非法证据的范围、非法证据与瑕疵证据的区别等实体性问题;后者解决的是非法证据排除的程序问题。学者对两个证据规则进行了仔细的解读,并从这两个方面得出了许多

〔26〕 陈光中、汪海燕:“侦查阶段律师辩护问题研究”,《中国法学》2010年第1期。

〔27〕 关于三种排除规则的确立以及相互间的关系,参见陈瑞华:“非法证据排除规则的中国模式”,《中国法学》2010年第6期。

〔28〕 参见龙宗智:“两个证据规定的规范与执行若干问题研究”,《中国法学》2010年第6期。

〔29〕 同上注。

有意义的研究结论。在实体构成性规则方面,有关非法证据的范围,有学者认为,非法仅指取证违反法定程序,而不包括其他方面的不合法。^{〔30〕}关于刑讯逼供的理解,有学者认为,应当以反酷刑公约来解释和辅助适用排除非法证据的规定。因此,各种与刑讯逼供具有同质性或类似效用的变相刑讯逼供行为,均应作为刑讯逼供看待并适用排除规定。^{〔31〕}关于非法证据和瑕疵证据的区分问题,有学者指出,瑕疵证据大都属于侦查人员通过轻微违法的方式所获得的证据,其与非法证据的区别主要在于取证手段是否侵犯重大权益、取证手段是否违反实质性程序规范、采用该证据是否违反程序正义、采用该证据是否影响证据的真实性。有些形式不合法的证据或者更一般的程序违法的证据,不一定是非法证据。二者不能划上等号,而必须予以程序制裁上的区别对待。^{〔32〕}而在程序实施性规则方面,首先,两个规定确立了职权启动与诉权启动相结合的启动方式。在审判前阶段,检察机关可以依职权排除非法证据,而在审判阶段,法院则必须根据诉权申请才可以排除非法证据。其次,《非法证据排除规定》第一次在我国立法中确立了“程序审查优先”的原则,即被告方一旦提出排除非法证据的申请,法庭即应中止对被告人刑事责任问题的实体审理,而优先审查侦查程序的合法性问题。最后,两部证据规定对于非法供述的合法性确立了证明责任倒置的规则,但对于其他言词证据的合法性问题,则确立了由举证方承担证明责任的规则。对于公诉方承担的证明侦查程序合法性的责任,《非法证据排除规定》确立了最高的证明标准。^{〔33〕}

3. 程序性制裁的局限性

程序性制裁理论自提出之日起就取得了学界和实务界的普遍认同,其正当性已经不存在任何原则性的分歧。但是,究竟如何协调程序性制裁和实体性制裁的关系,以及程序性制裁本身固有的局限性,尚未展开有效的讨论。近年来,有学者在这一领域作出了尝试。论者认为,应该在制度后果和制度伦理两个层面对程序性制裁的局限性进行科学评价。在制度后果层面,程序性制裁与司法人员个人利益联系较弱,制裁信息的个人警示性差,难以发挥该制度预期的威慑效应。不仅如此,程序性制裁还可能降低公安司法机关控制犯罪的能力,甚至导致程序倒流,有损诉讼效率,更可能背离民意,损害民众对司法体系的信任,陷入效益困局。在道德风险层面,程序性制裁可能损害被害人期望的利益,使被害人工具化,可能使不同的被追诉人不能获得应有对待,违反公平原则,也可能促使司法人员实施不当行为,产生道德风险。^{〔34〕}也有论者从责任主体、威慑功能和利益流向三个角度论证了程序性制裁的局限性。^{〔35〕}该论者认为,科学完善的制裁体系应当以个体责任为主要责任形式,

〔30〕 陈光中:“刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部两个证据规定之公布为视角”,《中国法学》2010年第6期。

〔31〕 参见龙宗智,见前注〔28〕。

〔32〕 樊崇义:“‘两个证据规定’理解与适用中的几个问题”,《证据科学》2010年第5期。

〔33〕 陈瑞华,见前注〔27〕。

〔34〕 蒋鹏飞:“刑事诉讼程序性制裁机制之弊端及其应对”,《中国刑事法杂志》2010年第12期。

〔35〕 陈虎:“程序性制裁之局限性——以非法证据排除规则为范例的分析”,《当代法学》2010年第2期。

应当注重发挥其最佳威慑效果,并能够兼顾惩罚与救济的双重功能,但我国非法证据排除规则却采取集体责任或国家责任形式,存在着理论上“过度威慑”和实践中“威慑不足”的悖反现象。同时,我国程序性制裁几乎不具备任何权利救济的功能,反而使罪犯从中获益,在利益流向上背离社会期待。如何解决这一程序性制裁的局限性问题,论者各自提出了自己的解决方案。比如,为了避免程序性制裁可能降低犯罪控制能力的弊端,引入无害错误的分析环节,同时遵循利益权衡原则,对违法行为区别对待,规定只有达到可能影响公正司法程度的程序违法才需要进行程序性制裁。再如,在该机制中应当建立侦查机关内部惩戒机制,将法律责任落实到违法者个人,应构建检警一体化的侦查模式,建立侦查机关与诉讼结局的直接联系,使非法证据排除规则能够真正威慑侦查行为。应当增加对非法取证行为进行程序性制裁的种类,同时扩大我国非法证据排除规则的适用范围,以避免程序性制裁错误在过度制裁和威慑不足之间徘徊的怪圈。为了解决程序性制裁总是损害被害人和社会公共利益而让罪犯得利的问题,可以考虑赋予被害人对程序违法者本人提起民事侵权之诉的权利,而不是一味排除非法证据,用违法者支付的罚金建立国家被害人补偿基金,以使制裁措施的收益最终流向被害人和社会公众,从而解决其利益流向的问题。

(三)刑事证据和证明理论

我国证据法学理论的研究起步较晚,但近年来却取得了长足的进步。^[36]

1.两个“证据规定”的评论与研究

近两年,伴随着两个证据规定的出台,一系列有关证据和证明理论的学术论文也逐渐丰富了起来,其中不乏优秀的学术成果。^[37]如陈光中先生撰文指出:两个证据规定存在若干可商榷之处。首先,在证明标准设置问题上,“唯一性”与“排除合理怀疑”在证明程度上有差别,不能结合使用。“留有余地”的做法能避免错杀,但不能避免错判。其次,在非法证据排除的范围界定上,两个证据规定所使用的“等”字范围模糊,应当加以明确。再次,在举证责任分配上,公诉人对合法取证的证明要求达到“确实充分”的标准过高,难以实现,建议改为“较大证据优势”。最后,实物证据排除的条件规定过高,应当加以修改,以减少排除的难度。^[38]熊秋红从比较法的角度指出了两个证据规定存在的若干不足之处:对于正当法律程序、直接言词原则的体现并不充分;非法口供排除规则未能强调“任意性”标准,只是一种最低限度的排除;对非法获得的实物证据采取宽容态度,不

[36] 何家弘:“证据的采纳和采信——从两个‘证据规定’的语言问题说起”,《法学研究》2011年第3期;陈光中、陈学权:“中国语境下的刑事证明责任理论”,《法制与社会发展》2010年第2期;易延友:“证人出庭与刑事被告人对质权的保障”,《中国社会科学》2010年第2期;周洪波:“实质证据与辅助证据”,《法学研究》2011年第3期。

[37] 樊崇义:“我国刑事证据制度的新发展”,《法学》2011年第7期。汪建成:“刑事证据制度的重大变革及其展开”,《中国法学》2011年第6期。值得特别指出的是,汪文在介绍了两个证据规定在制度和规则设计上所取得的重大突破之外,还对诸如证据种类的表述、证明标准的设置、证明责任的分配、非法证据的范围等提出了更多商榷意见和可能的改革思路,很多表述颇具启发性。

[38] 陈光中,见前注[30]。

利于对公民财产权、隐私权的保护;大量的关于瑕疵证据可以进行补正和解释的规定,大大降低了刑事证据的可采性标准。〔39〕

2. 鉴真规则

传统的证据法学理论特别强调对实物证据所包含的内在证据信息的揭示,而对该实物证据的提取、保管过程中的问题却很少关注。2010年出台的两个证据规定在物证、书证的收集、调取、保管程序方面做出了近乎繁琐的技术性规定,有学者将这种强调实物证据的来源和提取过程、旨在鉴别证据之真实性的审查方法概括为“鉴真”,从而有别于传统的鉴定理论。鉴真有两个相对独立的含义:一是“鉴别证据载体的真实性”,旨在证明法庭上出现的实物证据作为一种物质载体没有被伪造或者变造,与举证方所诉称的实物证据是同一份;二是“鉴别证据内容的真实性”,证明的则是实物证据所记载的文字、图表、声音、画像,没有发生失真的情况,如实记录了实物证据的本来面目,反映了实物证据的真实情况。在鉴真的诉讼功能方面,其一,鉴真既可以保证证据载体的同一性,也可以保证证据信息的同一性;其二,鉴真通过对证据载体和证据信息的同一性鉴别,使得实物证据的相关性得到了诉讼程序上的保证;其三,鉴真还是鉴定的前提和保障,在实物证据的真实性无法得到保证的情况下,即使鉴定人再有专业上的权威性,鉴定设备再先进,鉴定的操作程序再合乎规范,也无法保证鉴定意见的可靠性。正因如此,作为司法鉴定的前提条件,对实物证据的鉴真足以构成鉴定意见具有证明力的基础。尽管如此,鉴真是否能够充分发挥上述诉讼功能,受制于我国的司法体制。具体而言,由于实行书面和间接审理,法庭一般不会组织证人进行当庭辨认,而至多宣读侦查人员在庭前所作的辨认笔录。无论是实物证据的持有者、证据形成过程的目击者,还是证据的提取者、保管者都不会亲自出庭作证。这就使得鉴真制度在中国刑事审判中很难得到确立。在实物证据的来源、收集、提取、保管等环节的证明问题上,如果法官仍然拥有如此大的自由裁量权,而不增强证据采纳过程的公开度和透明度,那么实物证据的鉴真过程就有可能流于形式,有关鉴真的证据规则也将形同虚设。即便是对那些通过严重违法手段所获取的非法证据,如刑讯逼供所获取的被告人供述等,法官尚且都难以否定其证据能力,这种仅仅在鉴真程序方面存在缺陷的实物证据如想排除则困难更大,而没有排除规则加以保障的鉴真规则究竟能否起到应有的作用,则大可怀疑。〔40〕

3. 证明困难的解决模式

长期以来,由于专业分工的壁垒,刑法学与刑事诉讼法学研究各自为战、互不关注。以犯罪构成要件为例,为了体现主客观相统一的定罪原则,防止客观归罪,很多犯罪的主观要件中都加入了“明知”、“以非法占有为目的”等要素,但是,这些主观要件由于难以证明而在实践中陷入了某种尴尬,传统理论在解决证明困难的问题上仅仅将目光局限于推定这一证明方法之

〔39〕 熊秋红:“刑事证据制度发展中的阶段性进步——刑事证据两个规定评析”,《证据科学》2010年第5期。

〔40〕 陈瑞华:“实物证据的鉴真问题”,《法学研究》2011年第5期。

上,从而仅从认定方法的调整角度对证明困难提出某种解决方案。^{〔41〕}有学者认为,证明犯罪主观要件的方法有推理和推论:所谓推理,是指通过已知的证据推导出一个未知的结论,它只是证明方法的辅助工具而非证明方法本身,隐身于证明的过程中,其本质只是“查明”而非“证明”;推论则更为强调论证,并非向自己查明事实,而是向他人证明案件事实,因此属于证明方法。在司法过程中,根据推论得出的事实通常不能直接作为裁判依据,还必须结合其他证据对推论结果进行证明。推理和推论在证明犯罪主观要件的过程中一般结合运用,但是这些方法只适用于常规案件主观要件的证明,而推定则在推理和推论出现困境的时候发挥着重要作用。它既可以节省证明的成本,减轻控方的证明责任,又不用转移全部的证明责任。^{〔42〕}也有学者以毒品犯罪中明知要素的证明方法为例,提炼出实践中解决证明困难的两套思路:调整认定方法和变更待证事实。并在此基础上概括出规范性文件和司法实践中解决毒品犯罪明知证明难题的三种模式:调整认定方法模式——推定,变更待证事实模式——概括性认识,以及同时降低对待证事实和认定方法要求的双降模式——推定加法律拟制。^{〔43〕}调整认定方法模式从证据法角度提出解决模式,不触及刑法,仅仅利用证据学的制度弥补刑法中犯罪构成理论的某些缺陷,能体现特定刑事政策、实现打击严重刑事犯罪的目的。变更待证事实模式本质上是从刑法角度提出的变更犯罪构成要件的模式,该模式的主要优势是在不变更证明规则的前提下解决证明难题,法官仍然通过证据证明的方式认定案件事实,避免了缺乏证据带来的“主观臆断”的指责。双降模式在规范性文件将“应当知道”拟制为“明知”的基础上,进一步通过推定认定“应当知道”,兼采前两种模式以解决证明困难,体现特定刑事政策,通过证据法弥补实体法的不足。该学者还进一步论证了这些模式对现代刑事法基本原则的挑战。比如,调整认定方法模式就是证据裁判原则的例外,由于实践中缺乏有效的制约机制,导致推定的方法往往被法官滥用,而变更待证事实模式则一定程度上违背了主客观相统一原则,应当严格加以限制。例如在适用条件上只能针对毒品犯罪和走私犯罪等特别严重的刑事犯罪,只能适用于明知等特定的犯罪构成要件,只能在确实出现证明困难时才可适用,应当以法律等规范性文件的明确规定作为适用前提。在程序控制上,应当受到上诉程序和再审程序的严格审查等。除此之外,也有研究成果指出,对某些犯罪确立严格责任,并免去对犯罪主观要件的证明活动,在证明其他构成要件之后直接认定犯罪成立,是一种目前最有效的解决证明困难的途径,但是论者也提出了引入严格责任方法的条件:只有在法律处罚无辜被告的风险远远小于因无法证明被告罪过而放纵犯罪危害社会的危险时,才可以考虑设置严格责任,而且适用严格责任的犯罪应该是违警罪,同时可能判处的刑罚应主要是罚金等非监禁刑。这些条件在我国并不具备,因此难以从证明困难的角度引入严格责任。与之相反,通过设置阶梯式罪名体系的做法解决犯罪构成要件证明困难的做法则具有了正当性。如果在证明过程中遇到某要件难以证明,且去除该要件仍

〔41〕 在这一方面,曾有论者作出过初步的尝试。沈丙友:“诉讼证明的困境与金融诈骗罪之重构”,《法学研究》2003年第3期;付立庆:《主观违法要素理论》,中国人民大学出版社2008年版。

〔42〕 吴丹红:“犯罪主观要件的证明”,《中国刑事法杂志》2010年第2期。

〔43〕 褚福民:“证明困难的解决模式——以毒品犯罪明知为例的分析”,《当代法学》2010年第2期。

然能够成立罪名,即可绕过该犯罪构成要件,通过其他证据直接认定其构成较为简单的罪名,但这种做法只能解决主观目的和客观行为的证明困难,对于明知的证明困难则无能为力,且这种方法需要以刑法明确规定为前提,因此适用范围极为有限。〔44〕

4. 证明力规则与法定证据主义

长期以来,证据法学的研究形成了三条主要脉络和研究路向:一是以西方证据法为参照的研究路径,这种研究将注意力集中在证据能力之上,强调对可采性规则的关注;二是以事实认定为中心构建证据法体系,这种研究更侧重于从侦查学的角度研究事实发现而非对事实发现方式的限制,因此将注意力更多地集中在证据的真实性和相关性之上;三是以人权法为核心研究证据法问题,这种研究主张证据学研究跳出认识论的藩篱,以程序正义和价值理性作为证据法学的理论基础,实现从证据学到证据法学的转变。但无论哪种研究路径,对中国司法证明中的证明力规则和法定证据制度的复兴都没有给予足够的理论关注,甚至普遍持一种简单的批判态度。有学者开始关注司法实践,总结出实践中常见的证明力规则体系,如证明力否定规则、证明力减等规则、证明力补强规则、证明力优先规则、证明力推定规则等,并指出证明力规则发展的三大趋势:地方性证据规定已经大量出现证明力规则;证明力规则已开始从绝对证明力规则转向相对证明力规则;证明力规则已经从积极的证明力规则转向消极的证明力规则,即通过否定证明力的方式解决其证据能力的问题,从而成为具有中国特色的证据规则的制定方式。这也被一些学者概括为消极法定证据制度的复兴。论者并没有对司法实践一味采取批判的态度,而是以理论的视角透视和研究了这种法定证据制度复兴的深层逻辑,分别从个体裁判者、行政化的法院、司法裁判的接受者利益、案卷笔录中心主义的诉讼体制以及重视证明力的诉讼文化等角度作出了精辟的解读,指出以证明力为导向的证据法必然催生更多的证明力规则。论者进一步指出,以证据能力为核心的证据规则是证据法长远的发展方向,短期内对证明力规则应采取分而治之的务实策略,对于口供补强规则和孤证不能定案等规则应当予以保留,相对证明力规则应以是否符合司法实践为标准予以保留或废止,但绝对证明力规则由于违背自由心证的理念,应当绝对废止。〔45〕

三、研究方法转型的困境与不足

通过以上梳理,我们有理由对近年来刑诉法学在理论上的推进感到些许振奋,但毋庸讳言,在转型过程中的刑诉法研究仍然存在着各种局限和不足。本部分将对此试做分析。

首先,价值法学、比较法学、对策法学的研究方法仍然在一定程度上占据着刑诉法研究的主流,对实践采取批判而非解释的学术态度,必然丧失对本土经验和教训进行理论提升的机会,从而放弃了转型中国司法这一学术富矿。学术研究的目的是改造而是理解,不是倡导而是解释。正是在这一点上,学术研究与司法部门所从事的服务于实践的调研报告有所区别,也

〔44〕 褚福民:“证明困难解决体系视野下的刑事推定”,《政法论坛》2011年第6期。

〔45〕 李训虎:“证明力规则检讨”,《法学研究》2010年第2期。

与权力部门进行的改革文件有根本不同,但学界对学术研究的真正使命仍然没有达成共识,仍然存在大量价值法学、比较法学和对策法学的研究成果。这三种方法看似并不相同,其实质却是共通的。一旦以知识增量为视角重新审视这三种研究方法,就会发现,它们至少存在以下一些重大问题和缺陷:第一,这些方法均会程度不同地对实践采取否定甚至是批判的态度,从而背离了学术研究以提出理论解释实践为目的的方向,背离客观的分析而走向了主观的情绪;第二,由于这些方法以某种不可证伪的理念(价值法学)或制度(比较法学)为前提,因此不仅不太可能提出一条理论红线,也不可能结合中国问题作出理论上的实质推进,其最终结果仅仅是验证西方的理念或制度的先进性而已;第三,任何技术性的制度移植都必须建立在基础理论研究发达的基础之上,而中国的刑诉法研究尚不具备这一基本条件,我们还缺乏自身的独特理论体系。刑诉法学最前沿的理论还没有超越贝卡利亚创设的程序理论,而司法实践创设的很多行之有效的制度又无法用这些传统的理论加以解释,如果我们无法借机就传统理论作出任何修正,而是继续沿用并借此批判任何改革合法性的话,中国的刑诉法实践将会走向既无法获得正当性也无法取得实效性的尴尬境地;第四,即便是正在兴起的实证研究方法也是徒有其表,其实质仍然是流于主观的价值法学和比较法学的翻版。比如,在一系列关于辩护律师基本权利的实证调研问卷中,我们会看到类似这样的问题设计:“您认为赋予辩护律师在场权会导致犯罪控制能力的下降吗?”“您认为我国刑诉立法关于辩护律师在场权的规定应该和国际接轨吗?”……正如有学者指出的那样,这些问题的设计主观统计较多,以客观变量为基础的数理式相关分析过少。即便有基于抽样调查的统计分析,其中多数也是较为简单的描述分析而非多因素相互关系及其结果的科学解释,更缺乏系统的推断统计分析。或是认为在场权体现了人权保障的理念,不会导致犯罪控制能力的下降,或是认为在场权制度应该直接照搬国际标准。这种所谓的实证研究的实质仍然是新瓶装旧酒,看似客观的调研背后仍然间接表达了价值法学和比较法学对这些问题的立场,不会在知识增量上作出任何贡献。

其次,追逐时尚的选题意识使得学界整体和学者个人均日益丧失从理论脉络和知识增量的角度寻找研究课题的能力,从而影响了整个学科理论品格的养成和学术传统的形成。长期以来,由于我们普遍忽视对基础理论的研究,而一直处于修改刑诉法的高潮之中,每逢修法前后,有关修改热点的研究文章就大量涌现,但仔细检视这些成果,不难发现大部分热点问题既不是对实践发展提出的理论需求的回应,更不是学术脉络演进的逻辑延伸,而仅仅是以西方某一制度为参考进行简单的比较,并得出移植时机和移植条件这些简单结论的所谓成果。可以说,在这些研究中我们关注的并非本土的知识传统和我国刑诉法学科的学术脉络,而只是重复了西方对这一问题的既有讨论,所有的理论关怀都是西方的而非中国的。这种研究氛围的形成自然不会关注所谓基础理论问题;相反,所有与西方不同的制度安排都会成为下一轮研究的热点,在整体选题分布上呈现出“抢占学术山头”的独特现象。正是由于缺乏理论层次上的对话,而沦为技术枝节上的争鸣,使得学科“热点问题”竟然永远不是学科“前沿问题”。这还不是问题的全部,在学界对热点问题过度开采的同时,很多亟待解决的重大基础理论问题却由于机会成本而无人问津。比如作为刑事和解制度理论基础的犯罪与侵权的划分标准问题,比如作为未成年人司法改革理论基础的诉讼模式问题,再如作为变更起诉罪名和撤回起诉制度理论

基础的诉讼客体问题都尚未有学者加以研究。值得深思的是,如果一门学科没有自身持久的理论关注,那么可以预想的是,随着域外这些具体制度被逐一地介绍、借鉴之后,刑法法学就会丧失其继续发展的强大动力,也将无法找到能够为本学科长远发展贡献持久动力的学术增长点,其可能产生的危害后果绝不仅仅是学术研究的殖民化趋向,也绝不仅仅是我们自身学术想象力和学术创造力的日益枯竭,还会使得我们最终无法形成刑法这一学科的学术传统。不仅如此,这样的学术氛围在学者个体层次上也产生了极为负面的影响。许多青年学者缺乏遵循自身学术立场和学术思想的发展脉络进行学术研究的动力,而在学术研究上呈现出“打一枪换一个地方”的游击状态。很多青年学者非常勤奋,但其研究成果却缺乏统一的理论视角和理论关注,由学术市场风向决定学术选题的研究习惯,对于个人学术思想的发展脉络也没有认真的承诺和坚守。一旦每个研究者都缺乏自身独特的理论关注的话,整个刑法法学科学术传统的建立就会变得愈发困难。并不夸张地说,中国的刑法法学研究似乎正处于一个“既没有传承,也没有立场的时代”。正是由于上述两个层面的原因,使得刑法法学学科的学派之争始终无法形成。

再次,学科壁垒仍然严重,以学科为中心而非以问题为中心的研究视野和研究能力导致研究结论流于肤浅,难以应对司法实践对于理论的需求。不论是在大陆法系国家,还是在英美法系国家,刑法和刑诉法都通称刑事法,学者往往同时研究两个领域,或者至少带有刑事法的宏观理论视野研究某一具体的程序问题,最典型者如我国台湾地区的林钰雄所著的《刑法与刑诉问题的交错适用》,该书结合肇事逃逸罪之致人死伤要件及诽谤罪之证明真实条款等,解析了实体法定性与诉讼法证明的联动性,这是刑事一体化研究非常好的学术范例。可是反观我们自身的研究现状,由于学科分类的体制原因,长期以来,我国的法学研究各门学科各自为战、互不关注,除了就某一热点问题组织跨学科的研讨会之外,几乎很难形成研究成果对某一学术问题的多学科探索,从而导致问题的发生原因是多方位的而研究成果提出的解决方案却是单一化的尴尬局面。比如,就精神病鉴定程序启动制度重构这一研究课题而言,现有的研究成果也认识到了精神病鉴定存在启动难的现象,但在对该问题的分析过程中,由于缺乏多学科的视野,就难以通过精神病学和法医学的双重鉴定标准的角度指出启动难这一现象背后的深层原因。^{〔46〕}另外,在精神病鉴定启动难的解决方案的设计中,研究者由于缺乏刑法的相关背景知识,从而无法将刑事古典学派和刑事实证学派关于这一问题的两种解决思路加以对比分析,并结合定罪与量刑程序分离的制度设置对其提出更为科学的解决方案。不仅如此,在刑法法学中,从刑法学和民法学交叉的角度研究犯罪和侵权的区分问题,从刑法学和证据法学交叉的角度研究犯罪构成主观要件的证明困难问题、从法哲学和司法心理学的角度研究刑事裁判的可接受性问题等都是等待开放的理论宝藏,而学界现有的学术积累和理论视野

〔46〕事实上,即使在医学上鉴定为精神病,也未必符合法律上不负刑事责任的精神病人的标准。一旦医学上鉴定为精神病,法官就会面临放还是不放之尴尬选择。正是由于目前无法统一掌握该标准,导致法官往往不敢轻易启动鉴定程序。

严重制约了这一学术领域的有效开掘。近年来,人们已经逐渐意识到继续固守学科壁垒是难以对某一理论问题作出深入挖掘的,因此,已经有学者开始作出相关尝试。如周光权开始在犯罪论体系的模式之争中引入程序法的考量因素,指出四要件论容易导致重视控诉而轻视辩护的负面效应,并专门针对犯罪主观要件中的明知要素论证了证明困难问题,劳东燕和杜宇也在类似领域作出了不俗的理论努力。^{〔47〕}但是,让人感到遗憾的是,在刑法和刑诉法的一体化研究方面,似乎一直是刑法学者走在前列,而刑诉法学者尚未能够作出有分量的研究成果。

又次,出于对注释法学的抵制心态,转型期的刑诉法研究开始尝试运用各种实证方法,但过于关注方法论的转型,而忽视了知识增量的推进。任何一门学科在转型初期都会出于对传统研究方法的抵触和排斥而陷入一种方法至上的学术心态,刑诉法学研究也不例外,出于对传统注释法学研究弊端的深刻反思,很多学者开始运用各种社会学实证方法研究传统的刑诉法问题。但必须指出的是,很多研究成果只不过是换了个论证方法得出了我们早已熟悉的结论,并没有作出任何理论推进,只要我们从知识增量的角度来对这些学术成果进行认真审视,就会发现这种研究进路开始出现时的新鲜感正在消退,并没有为刑诉法学理论体系的发展作出多少实质性的贡献。^{〔48〕}比如,对于中国刑事辩护率低的现状,有学者组织了大规模的调研,并搜集到各地区辩护率的真实数据,在此基础上提出提高辩护率的各种对策。在我们看来,类似研究与以往对策法学的研究其实并无本质的区别,实证法学和对策法学的最根本区别在于研究结论得出的方式不同;另一个是通过归纳的方式,从经验和实践的素材提升出理论命题,一个是通过演绎的方式,从一个大前提经过三段论式的推理得出某一研究结论,而上述这种所谓的实证研究其实只是通过看似先进的方法获得了与以往完全相同的前提——辩护率低,然后通过演绎的方式得出了应该如何解决的若干对策。因此,学科转型未必一定要以对注释法学的批判与取代加以实现,是否更换研究方法关键是看哪种研究方法更有利于作出实质意义上的理论推进,得出更有意义的研究结论。方法总是和问题相伴而生的,但是在范式转型的强烈诉求之中,学界过分关注了方法论的转型,而忽视了理论模式的概括和学术概念的提炼,陷入了以方法为中心而非以问题为中心的新的泥沼。^{〔49〕}进一步分析,虽然我们耗费大量资源进行调研式、座谈式、问卷式的实证研究,但如果不以理论推进为最终目标,而只是验证某一传统观点的话,就会陷入另外一个逻辑怪圈:由于没有根据中国本土的实践概括出我们自身的理论概念或模式,就必然仍需要运用西方移植的法律话语体系来认识中国独特的司法问题,因而仍然难以摆脱用中国的经验材料来验证西方理论和分析框架的宿命。这样的实证研究又

〔47〕 周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版;周光权:“明知与刑事推定”,《现代法学》2009年第2期;劳东燕:“认真对待刑事推定”,《法学研究》2009年第2期。

〔48〕 陈虎:“法社会学实证研究的初步反思——以学术规范化和本土化为背景”,《法制与社会发展》2007年第2期。

〔49〕 事实上,即使在美国,主流的法条分析的地位也基本上没有发生太大的变化,而恰恰相反,法社会学研究却处在相对边缘的位置。

如何作出属于中国学者独特的理论贡献?〔50〕

最后,研究者自身研究方法训练的薄弱也在很大程度上制约了学科方法转型的效果。必须承认,一些充斥了图表、表格、看似高明的所谓实证研究成果,其研究者甚至很少受到基本的实证研究方法的训练就仓促开始了所谓的实证研究,因而在很多研究方法上存在着常识性的错误,从而很大程度上制约了学科方法转型的效果。在我们看来,目前的研究方法主要存在以下问题:第一,错误的样本选择导致错误的理论提升。有的研究违背了社会科学研究严格的随机抽样和抽取足够样本数量这一基本的统计方法,而是先实施随机抽样,再根据具体情况选择减去某一些或增加某一些样本,或直接以能够得到的样本作为代表总体的样本。在这样有限的不具有代表性的样本面前,研究者试图窥斑览豹,却往往只能得到“窥斑览豹”的尴尬结果,在错误的方法基础上得到的调研信息和实证材料又几乎无法为研究者提供可靠的平台,使其抽象出普遍化的一般理论,强行为之,甚至还会导向错误的一般理论;第二,个案性研究直接推导出普遍性结论。刑法学界目前还没有出现类似刑法学界白建军运用社会科学统计软件,科学设计各种变量,并进行数据分析后得出科学结论的研究成果。相反,由于学者自知短时期内进行方法论的补课机会成本过高,因此刑法学者几乎都大量采取发放调查问卷和小范围座谈访问的形式进行所谓实证调研,甚至直接选择某一个案加以分析,并在此基础上仓促提出某种普遍性结论,其危险性不可谓不大;第三,大部分实证调研仍然停留在搜集和了解某一现象的层面,而没有关注实践中的解决方案及其实施效果,因而难以提升出本土的理论模型。以上文所举的辩护率调研为例,大部分调研者将问卷设计为对辩护率的统计和归类层次,而事实上,真正有意义的研究方式是调查各地区解决辩护率低的实践做法,概括出理论模型,并通过对各种模型的分析,评估每种解决方案的优劣得失,在此基础上作出理性的制度安排。再比如,左卫民曾以中国刑事辩护效果的形成机制为例说明调研对象的选择如何影响研究结论的理论化:法理上、学理上一般认为,律师会见、举证、质证等是达致有效辩护效果的基本方式,然而,研究者通过档案统计、问卷、访谈等实证方法细致分析后却发现,为人们所忽视的研究、撰写、提出、表达律师辩护意见的方式对辩护效果的影响更具显著性。实证研究让研究者发现:中国式的辩护效果是以中国式的方式达致的。如果以此为基础上升到理论层面,则可以建构起一种刑事辩护效果形成机制的新模型,〔51〕从而在知识增量上作出传统方法无法做到的理论贡献。但我们的实证研究几乎很少达到这样的高度。

〔50〕 正是因为这种尴尬,有学者提出了“西方的方法,非西方的建构;西方的理念,非西方的思想;西方的概念,非西方的内涵;西方的话语,非西方的解答;西方的命题,非西方的诠释”的方法论命题,试图以此消解学者们那种表面上拒斥西方理论,但事实上由于各种原因又不得不在具体分析中频频借助西方理论的悖论,从而形成了学术理想表达与实践的悖反。

〔51〕 比如,仍然套用恢复性司法的概念研究中国的刑事和解问题,这就使得大量实证调研的素材仅仅沦为恢复性司法理论的验证材料。

四、若干可能的方向(代结语)

上述刑法研究的局限性使得我们还不轻松地面对未来。刑法研究该走向何方,恐怕不是一篇文章能够决定的。但毕竟找准病因是开出正确药方的前提,我们只希望借助此文对刑法学的研究提出某种希冀,期待未来一些可能的变化。

首先,在研究对象的选择上,刑法学研究应该更多地面对中国已有的问题,而非中国没有的制度,应该从面向西方的比较法学走向面对本土的实践法学。众所周知,比较法学在1900年正式作为一门独立的学科出现,但在上世纪末却陷入某种危机之中,其最大的问题在于我们总是割裂性地看待某一具体制度上的差异,而对其制约因素忽略不计,并得出简单的移植结论,而该制度往往只有在配套制度的保障之下才能发挥其独特的作用和功能。比如,对律师在场权的比较研究自然会得出应当确立在场权的简单结论,但在我国没有确立律师值班制度的前提下,确立在场权的后果将是律师自身普遍放弃这一权利的行使,而根本无法达到制度设计所要达到的保障嫌疑人权利的目的。因此,我们应该把研究的目光更多地聚焦在中国在场权的制约因素上,并为消除这些制约因素提出独特的解决方案。

其次,在研究立场的选择上,刑法学研究应该摒弃传统价值法学的研究方法,从不可证伪的理念论证转向可以证伪的实证论证。传统的研究方法之所以不尽科学,就是因为总是以某种先验的理念作为论证的前提,一系列诸如保障人权、维护正义的大词成为学术论证的工具,这些价值先行的论证方式由于不可证伪,从而失去了学术应有的理论品格。因此,应该走向以数据、案例等可证伪的经验素材为论证工具的实证研究,走向价值中立的研究立场。以审判委员会制度的存废为例,传统研究会强调审判委员会制度的存在违背了直接言辞原则、不利于保障人权、有损司法独立,但这些大词论证几乎因为无法证伪而无法转化为一个有效的学术问题,而一旦转化为可以证伪的实证研究,从审判委员会的存在所产生的制度后果角度加以论证,不再看其是否符合某种理念,而是考察其是否会产生一些不利的制度后果,这样的研究自然就可以展开学术层面上的对话,并产生具有学术意义的研究结论。

再次,在知识增量的推进上,刑法学研究应该形成自身的学术传统,并在重大基础理论的脉络上寻找理论前沿问题,而非扎堆式地研究社会热点问题。在这一点上,我们十分提倡实行一种“学术八股”,即学术论文的第一部分应是对该学术问题的文献回顾,系统梳理学界在此问题上的既有成果,并指出其理论缺陷,然后提出本文所要解决的问题,在哪些方面会有所推进,这样的学术规范的训练和学术文风的养成有利于形成在学术传统和知识脉络上寻找研究课题的自觉性,并形成一种自发的理论追求。在这一点上,必须指出的是,优秀的学术期刊也应转变用稿标准,选题新、方法新、材料新都不应成为优秀稿件的采用标准,其最终采稿标准应是该研究成果是否在知识增量上有所贡献。另一方面,学者个体也应有相对固定的学术立场和学术视角,有自己相对固定的研究领域和学术脉络,形成自身独特的学术思想轨迹,而不应充当学术市场上的投机分子,避艰深的前沿问题于不顾,而四处迎合所谓热点问题,著作等身的同时却无法做到思想等身。易言之,刑法学研究尤其是对基础理论的研究应该站在学术

史的脉络中思考和写作。

又次,在学术视野的拓宽上,刑法学界应该主动打破学科壁垒,尝试从多学科视角从事研究,为某一问题的解决提供全方位的理论方案。学者尤其是青年学者,应该意识到由于学科划分所导致的自身知识体系的不足,及时进行补课,并尝试运用多学科的知识 and 更为宏观的理论视野来审视某一研究课题,例如在学界普遍探讨的三阶层和四要件的犯罪论体系的选择问题上,刑法学者完全可以从自身的角度作出自己独特的理论贡献,我们可以结合诉讼实践中的证明和辩护问题,详细探讨和研究犯罪论体系的程序效应,何种犯罪论体系会带来更大的证明困难,何种犯罪论体系会提供更大的辩护空间,这些独特视角的引入首先要求我们刑法学者必须非常熟悉犯罪论体系的每个理论细节。只有这样,刑事法才能真正实现一体化的研究氛围,并为刑事问题的整体解决提供有效的解决方案。

最后,在学术方法的训练上,刑法学界应该加强方法论的训练,掌握从经验到理论的提升途径和提炼办法,真正实现概念化、模型化的社会科学研究。方法的转换本身不是目的,能够从方法中实现理论的推进才是最终的目的。因此,我们不应仅仅着眼于收集实践中某一问题的表现形态,否则在此基础上的进一步研究必然是罗列这一问题的国外解决办法,以及我国应选择的制度模式,这仍然是一种纯粹演绎的研究模式,与传统的对策法学没有本质的区别。相反,我们应当注重调查中国司法实践中对该问题的若干解决办法,在进行模式化概括的基础上对各种解决方案的效果进行利弊评估,然后再提出更为科学的路径选择。这种先归纳后演绎的研究方法由于摈弃了研究者的先见,因而保证了研究结论的客观性和可靠性。如果在此基础上能够对各种模式加以概念化的提升,知识增量的推进也可就此实现,并摆脱以中国经验印证西方理论的尴尬境地,不但提升了刑法学学科的理论品格,也能够提升中国刑法学学科的理论地位。

(责任编辑:傅郁林)

补正声明

本刊 2013 年第 1 期刊登的《中国刑法学科发展评价(2010—2011):基于期刊论文的分析》由于疏漏而未统计东南大学法学院 2010—2011 年刑法学论文发表情况,特补正如下:2010—2011 年,东南大学法学院在 CSSCI 来源核心期刊(法学类)上共发表论文 25 篇;在 CSSCI 来源核心期刊(非法学类)上共发表论文 4 篇。

《中外法学》编辑部

2013 年 5 月 23 日