

A THEORY OF PROCEDURAL SANCTIONS

程序性制裁理论

第二版



陈瑞华 著

法学文库

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

A THEORY OF PROCEDURAL SANCTIONS

程序性制裁理论

第二版

 陈瑞华 著

图书在版编目 (CIP) 数据

程序性制裁理论/陈瑞华著. —2 版. —北京:
中国法制出版社, 2010. 3
ISBN 978 - 7 - 5093 - 1750 - 1

I. ①程… II. ①陈… III. ①刑事诉讼 - 诉讼程序 -
法的理论 - 研究 - 中国 IV. ①D925. 218. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 024316 号

策划编辑 胡斌

封面设计 蒋怡

程序性制裁理论 (第二版)

CHENGXU XING ZHICAI LILUN

著者/陈瑞华

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2010 年 4 月第 2 版

印张/28 字数/432 千

2010 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1750 - 1

定价: 62.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66065672

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

第二版序言

2005年初，中国法制出版社出版了我的学术专著《程序性制裁理论》。五年的时间过去了，笔者在书中提出的一些重要概念和理论得到了较为广泛的传播，并在法学理论界和司法界产生了较大的影响。包括“程序性制裁”、“程序性裁判”、“程序性辩护”、“程序性上诉”在内的学术表述得到了普遍接受，诸如“通过宣告无效来制裁程序性违法行为”的思想也得到人们的重视。在学术层面上，有人甚至将本书所提出的程序性制裁理论与此前出现的程序价值理论、诉讼构造理论视为刑事诉讼法学的三大基础理论。就其学术价值而言，程序性制裁理论在一定程度上开拓了刑事诉讼法学的学术版图，就刑事诉讼程序的实施问题提炼出一套可用于学术交流和对话的概念体系。而有了这套概念体系，研究者在讨论问题时就可以逐步摆脱对策法学的桎梏，不会动辄仅仅关注“非法证据排除规则”的构建问题，也不会被诸如“刑讯逼供”、“证人不出庭作证”等方面的制度难题所困扰。研究者完全可以透过这一系列制度和实践现象，发现制度形成的规律，寻找那些造成诸多法律现象的理论线索。

如今，在该书第二版行将面世之际，笔者有必要使书中那些有价值的理论分析以更为准确的语言得到梳理，以便让更多的人了解程序性制裁理论的精髓。同时，对于该书在第一版成书时存在的一些缺憾作出尽可能的弥补。例如，为有效地压缩本书的篇幅，笔者将附在正文后面的三篇资料性文章予以删除，以便使读者集中关注笔者就中国问题所作的理论分析；考虑到2003年的“清理超期羁押运动”只具有十分有限的意义，对后来的影响也不是十分显著，笔者将第一版中的“程序性违法的运动性治理”一章予以删除，以便让读者了解那些更具创新性的学术讨论；鉴于中国迄今仍未建立“宪法性救济制度”，那种将较为严重的程序性违法视为“宪法性侵权”的观念，还主要存在于部分西方国家的宪政制度之中，因此，笔者没有在第一版中继续保留资料性较强的“宪法性权利的司法救济”一章。

当然，笔者在本书第二版中并不只是做了一些大刀阔斧的删除工作。在“程序性违法的性质和成因”一章中，笔者以“实体性违法”为参照，更为深入地总结了程序性违法的基本特征，并对这种违法的成因进行了全面讨论。在“程序性辩护的兴起与困境”一章中，笔者对程序性辩护的性质以及实施状况作出了更为全面的讨论，有关的案例分析也更为集中和富有针对性。不仅如此，对于第一版中存在的一些编辑校对方面的问题，笔者在第二版中也作了尽可能全面的弥补。

迄今为止，笔者已经有四部著作出版了第二版，甚至有两部著作的第三版正在酝酿之中。但相对于前四部学术著作而言，《程序性制裁理论》属于典型的“小题大做”的作品。对这样一部专题式的著作出版第二版，出版社无疑会面临一些经济上的风险。对于中国法制出版社敢于“冒险”的举动，笔者表示感谢和赞赏。对于责任编辑胡斌的辛勤工作和编辑效果，笔者一并表示谢意。本书及其所讨论的理论问题究竟是否具有长久的生命力，这最终要取决于读者的评判。

陈瑞华

2010年2月22日于北大中关村

如何研究法律问题 (第一版序言)

在以前的学术研究中，笔者曾经提出过“以世界的眼光研究中国问题”这一方法论命题。当时主要是针对中国法学界所盛行的“对策法学”和“思辨法学”现象，提出了法学研究应当以解释问题和解决问题为宗旨、法学者应具有问题意识的观点。但是，有关法学研究方法的讨论还可以继续深入进行下去。我们可以继续追问以下问题：怎样才能寻找和发现法律问题？如何才能对问题的成因做出准确的解释？如何通过对问题的解释提出一般的法律理论？如何对该项理论作出令人信服的论证……一言以蔽之，面对一个法律问题，我们究竟如何展开研究活动呢？

近年来，笔者越来越深刻地意识到，法学研究中的几乎所有问题，在一定程度上都是研究方法问题。在目前的研究条件下，资料早已不成其为问题。原先为研究者所抱怨的国外研究资料匮乏的问题已经不复存在。大量的来自欧洲和北美的法学著作、教科书和法典都被翻译成中文，并被迅速地推向图书市场；大批西方法学者来华进行访问、讲学，将最新的法学理论和立法动向迅速传播给中国法学界；越来越多的中国法学者或留学欧美，或从事短期的学术访问，将最新的法学思想带回国内。与此同时，对中国立法和司法现状的了解越来越深入，对中国问题的把握越来越准确，也使得法学者对于很多问题的分析和解决拥有更大的发言权。然而，这一切似乎仍然不能克服法学研究中的种种缺陷和不足。在表面繁荣的法学研究以及大量“繁衍”的法学论著背后，依旧存在研究方法陈旧、研究视野狭隘和高水平法学成果严重匮乏的问题。而这一切问题的核心，仍然是研究方法问题。

奉献给读者面前的《程序性制裁理论》一书，就是运用实证方法研究刑事诉讼问题的一次学术尝试。如果用最简练的语言作一概括，本书有两条清晰可见的红线：一是在内容上提出了以“权利救济”为核心的“程序

性制裁理论”，拓展了刑事诉讼法学的学术版图，提出了一系列新的概念和理论；二是在方法论上强调对问题的解释，注重运用科学方法研究法律问题。对于本书的内容，这里不作详细的评述。本书第十章“程序性制裁理论的体系”，就对这一理论的体系以及相关的新概念作出了全面的总结。笔者在序言里将要对研究法律的方法问题作出简要的评论，以使读者了解本书的论证方法和基本思路。

在研究过程中，笔者受到了三位中外著名学者的深刻影响。他们是英国科学哲学家卡尔·波普尔、中国思想家胡适以及香港经济学家张五常。这三位学者尽管所从事的学术领域有着明显的差异，也有着完全不同的学术贡献，但在科学研究方法上却有着惊人一致的见解。

一般而言，科学研究始于对问题的发现和解释。问题是一切科学研究开始的前提和基础。卡尔·波普尔就认为：“从这种方法论的观点来看，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’。”

在胡适看来，科学方法是以事实作起点的，“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”。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。对于这种问题，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”。而按照张五常的说法，真正从事学术的人“为文的出发点，永远都是因为有些世事他不明白，要试行解释”，而“为了满足自己的好奇心，要对世事多知一点，也为了要明白而想解释一下”。

对问题的解释离不开归纳方法的应用。按照胡适的形容，“平常论理书里说归纳法是‘从个体的事实力求出普遍的法则来’的方法。但是这句话

是很含糊的，并且是很有弊病的。因为没有下手的方法，故是含糊的。因为容易使人误解归纳的性质，故有弊病。宋朝的哲学家讲‘格物’，要认‘即物而穷其理’……后来王阳明用这法子去格庭前的竹子，格了七天，格不出什么道理来，自己反病倒了。”事实上，“单去观察个体事物，不靠别的帮助，便想从个体事物里抽出一条通则来，是很不容易做到的事，也许竟是不可能的事。从前中国人用的‘读书千遍，其义自见’的笨法，便是这一类的笨归纳。”

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、设计因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，归纳方法运用的关键，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。按照胡适的经验，

“这种方法实行的时候，决不能等到把这些同类的例都收集齐了，然后下一个大断案。当我们寻得几条少数同类的例时，我们心里已起了一种假设的通则。有了这个假设的通则，若再遇着同类的例，便把已有的假设去解释它们，看它能否把所有同类的例都解释得满意。这就是演绎的方法了。演绎的结果，若能充分满意，那个假设的通则便成了一条已证实的定理。这样的方法，有几个（有时只需一两个）同类的例引起一个假设，再求一些同类的例去证明那个假设是否能成立，这是科学家常用的方法。假设的用处就是能使归纳法使用时格外经济，格外省力。凡是科学上能有所发明的人，一定是富于假设的能力的人……那样的（不用假设）的方法，决不能有科学的发明。因为不能提出假设的人，严格说来，竟可说是不能使用归纳方法。为什么呢？因为归纳的方法并不是教人观察‘凡天下之物’，并不是教人观察乱七八糟的个体事物；归纳法的真义在于教人‘举例’，在于使人于乱七八糟的事物里面寻出一些‘类似的事物’。当他‘举例’时，心里必已有了一种假设。如钱大昕举冲、中……赵、竺等字时，他先已有了一种‘类’的观念，先有了一种假设。不然，他为什么不举别的整千整万的字呢？……汉学家的长处就在他们有假设通则的能力。因为有假设的能力，又能处处求证据来证实假设的是非，所以汉学家的训诂学有科学的价值。”换言之，“汉学家的归纳手续不是完全被动的，是很能用‘假设’的……他们所以能举例作证，正因为他们观察了一些个体的例之后，脑中现已有了一种假设的通则，然后，用这些通则包含的例来证同类的例……把这些个体的例所代表的通则演绎出来。故他们的方法是归纳和演绎同时并用的科学方法。”（胡适：《清代学者的治学方法》）

提出假设尽管是科学研究的关键一步，也是科学理论赖以产生的前提和基础，但是，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，虽是在平常能够把书本子

倒背出来，可是没有观察的经验和考虑的能力，一辈子的胡思乱想，总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“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。”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。

在提出假设方面，张五常则强调想象力的重要性。当然，能够具有想象力的学者往往要同时具备天分、感情和经验等三个要素。具备了这些条件，研究者也不一定会提出富有创见的假设。实际上，“创见并非意图要有创见——或为创见而下功夫——创见就跟着而来的。创见往往是‘有意栽花花不开，无意插柳柳成荫’，或是‘踏破铁鞋无觅处，得来全不费功夫’的事。创见意味着一个崭新的观点，可遇而不可求，没有什么分析、没有经过什么逻辑推论而‘出现’的。”张五常特别举了美国经济学家科斯的例子。他认为科斯的 genius 所在，是对任何问题先以预感作结论，而这结论往往与一般人所知的不同。科斯的预感不一定对，但肯定令人耳目一新；他的出发点通常是一条浅问题，跟着把问题从不同的角度去看，然后以预感作选择答案。有了答案之后，他才会以逻辑推理来证实。

可见，科学研究是完全允许研究者通过预感、顿悟、想象等方式来提出富有创见的假设的。那种以为所有结论只有在研究过程结束之后才可以产生的观点，多多少少有点形而上学或者教条化了。事实上，对于很多天才学者而言，假设和结论的产生往往是一闪念之间的事情，而要论证这一假设和结论却要花费很多功夫，运用各种各样的方法。

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要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。事实上，任何一位信仰基督教的人士都可以提出旨在证明“上帝确实存在”的证据，任何一位坚持某项教条的人士也可以提出证据证明该教条的正当性，这其实并不困难。但是，这种论证未必会产生令人信服的结论。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，还必须借助于演绎方法。

按照卡尔·波普尔的看法，除非运用反驳和否证的方法，否则，“我们决不能根据事实论证理论”。根据盛行的观点，假说属于一种尚未得到证明的理论，而理论则是已经得到证明的假说。但在卡尔·波普尔看来，

“在所有这一切的决定性论点，即一切科学理论的假说性质，是爱因斯坦革命的一个相当平常的结果，它表明，甚至极为成功地经过检验的理论，例如牛顿的理论，也应该认为只不过是假说，是对真理的接近”。正是基于任何理论都属于假说的论点，卡尔·波普尔才提出了“科学理论如果未被否证，将永远是假说或猜想”的著名论断。（卡尔·波普尔：《无尽的探索》）

按照这种科学理论的证伪理论，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·波普尔对科学理论难以得到证实的断言，可能略显夸张了些。不过，对假说的证伪和否证的确是验证理论之科学性的关键所在。在从事经济学研究的张五常看来，科学研究的过程其实很简单：科学上的学问是因为不明白而要试作解释，“找到了认为需要解释的现象，你就可以自己所知的理论作分析，有了大概的答案，就以假说的形式来处理。再到市场搜集证据，印证自己提出的假说是否被推翻了。这样，博士论文就是一级的。”张五常在谈及自己写作博士论文《佃农理论》的体会时，就强调了证伪对于验证理论的重要性：

“经济是一门科学；科学不是求对，而是求不被推翻。自己的佃农理论在逻辑上找不到错处，那么依照科学的方法。验证时我得设法把理论推翻，若推翻不了，理论就算是有所用场。

“一九六六年六月，我集中于以台湾土地改革的农业资料来推翻自己的佃农理论。苦思两个星期，我写下可以推翻这理论的多个假说或含义。我想，这些含义那样清楚，用不着什么高级的统计了，而把数据谱入电脑，所需时间多于用手加加减减，乘乘除除——这样算出来的推翻了理论就再找题材吧……

“（验证理论）这章写好后立刻寄给艾、赫二师……我兴高采烈地去找艾师，他竟然说：‘我怎知道你文内的数据资料不是你自己制造出来的？’赶回长堤，过一天的清早又到加大找艾师，把搜获的资料原版给他看。他竟然又说：‘你怎知道这些资料不是台湾政府刻意制造出来的？’我逼着再与台湾的有关机构联络。当我把细说收集资料的方法的台湾回信给艾师看时，他站起来，望出窗外，说：‘我们早知你是可造之才，所以要严格一点。现在你知道学术研究是怎样的一回事了。’”（张五常：《五常论学术》）

张五常所说的验证理论的“求错”方法，其实与卡尔·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。若干年前，笔者在研究美国学者萨默斯的“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，很多学术高手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。（Robert S. Summers, *Evaluating and Improving Legal Process—A Plea for “Process Values”*, in 60 *CORNELL LAW REVIEW*, November 1974, No. 1.）

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的情况，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。

最后，在从正面论证和反证两个角度论证了证明之后，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它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。

归结起来，任何一种科学研究活动都必须遵从科学的方法，而这种“科学方法”一般包含发现问题、解释问题、提出假设、论证假设、进行证伪以及将假设一般化等基本过程要素。具体说来，科学研究方法的这些过程要素可以作以下的概括和总结：

第一步，在经验事实中发现问题。研究者需要注意的是，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。

第二步，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。有时候，研究者所发现的“问题”并不一定是“真问题”。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。

第三步，提出假说，也就是可以对该问题作出解释的假设命题。在对同类现象和事实作出归纳的基础上，研究者需要提出可以解释问题的理论命题，也就是在现有理论无法解释上述现象的情况下，提出一个新的理论。由于这种新提出的理论尚未得到验证，其真伪尚未辨明，其虚实也尚未查验，因此，其成立性也还尚处于“假定其成立”的阶段，因此，它一般被称为“猜想”、“假设”或“假说”。这是科学研究中至关重要的一步，也是科学研究有所创新、研究者富有创见的标志。对于一篇严格的学术论文来说，假说属于该论文的灵魂，也是研究者在整个研究中所要论证的核心论题。一篇带有评论性、介绍性或总结性的文章，之所以不被认为是严格意义上的“论文”，就是因为它没有提出假设，也就当然不存在所要论证的论题了。当然，研究者也可能提出了多个假设，这时就要在这些假设中进行选择和取舍，而保留其中最具有说服力的假设。

第四步，对假说进行论证，以证明其可成立性。既然提出了假设，研究者就要对其作出正面的论证。从逻辑上说，论证就是证明某一假设成立的过程。要证实某一假设，研究者需要具备富有说服力的论据（或者证据）和符合逻辑的论证方式。正面论证的根本目的是说服一切有理性的人相信假设是成立的。一个令人信服的论证应当是使任何一个内行都能按照研究者的论据和论证方式重新再现论证过程。这种论证过程的可重复性和可再现性，应当属于假设验证程序的基本目标。

第五步，运用证伪或否证方法，提出若干项足以推翻该项假设的证据、事实和命题，然后对这些命题进行证伪。正面的论证无论引用了多少论据，在论证方式上都存在一个致命的缺陷和局限：研究者从归纳中所做的论证都属于“充分条件”之论证，也就是一种“只要……就……”的论证方式。但是，这还不是充要条件，也就是没有从“只有……才……”的角度作出论证。结果，研究者尽管能用一万个天鹅都是白色的论据，论证了天鹅都是白色的这一假设；但反对者只需提出一只天鹅为其他颜色的论据，

就足以彻底推翻天鹅为白色的这一已经被“验证”的结论。因此，研究者还应继续审慎地寻找相反的证据和事实，尽可能提出一些足以推翻自己假设的命题，并对这些命题进行证伪活动。或者，研究者也可以运用反证方法，从相反的证据、事实和命题出发，进行必要的演绎推理，以便检验这些证据、事实和命题能否成功地得到反证。假如既有的所有相反证据、事实和命题都被证明属于不成立的，那么，那种得到证实的假设就暂时属于“尚未得到反证”的假设了。经过这种正面论证和反证过程而没有被证伪的假设，也就可以算作一项科学理论了。当然，这种由假设转变过来的理论有大有小，大的理论可以对很多复杂的现象作出解释，而小的理论则只能在一些细小的问题上具有解释能力。

第六步，将那些经过证实和证伪都不可推翻的假说，放在其他不同的领域进行验证，以将其上升为一般化的理论命题。这种将理论予以一般化的研究，尽管在科学研究中是可遇不可求的，但也应成为研究者所努力追求的学术目标。科学理论的一般化，意味着某一经过验证的理论对于更多事实和现象具有解释力，从而包含更为丰富的思想含量，从而被上升为一般原则和规律的程度。“众里寻她千百度，蓦然回首，那人却在灯火阑珊处。”要在科学研究中达到如此辉煌的境界，取得这样高的学术成就，研究者就不仅需要具备勤奋、执著和坚忍不拔的毅力，而且还需要有一点机遇和天分。

以上就是笔者近年来通过研究刑事诉讼问题在法学方法论上获得的最大体会。法学是一门科学，法学者要进行科学研究并试图提出科学理论，就必须按照科学方法展开法学研究活动。近年来，越来越多的学者在进行自身学术转型的同时，对于法学研究方法问题产生了较大困惑。有的学者认为法学属于一门社会科学，其研究只能效法社会学方法；有的学者则认为法理学理论才属于法学的核心和灵魂，因此法学应当走向哲学；还有的学者认为法学应当拜经济学为师，将经济学中较为成熟的方法引入法学中来。自然，这些观点仁者见仁，智者见智，也难免会引发新的争论。不过，无论是社会学、哲学还是经济学，都是科学，也都要按照科学方法开展研究活动。我们与其在法学研究中简单地模仿或者移植其他社会科学的方法，倒不如对科学研究的一般方法加以研究，从中总结出规律，以便将其灵活地运用到法学研究中来。只有这样，在经过长期的积累和探索之后，法学者就有可能逐渐找到法学区别于其他人文社会科学的独特研究方法。相反，假如不按照科学研究的一般方法开展法学研究，而只是简单地模仿或者照

搬社会学、经济学以及其他社会科学的方法，那么，法学者就可能在众多纷繁复杂的“方法论”中迷失方向，更不会发展出符合法学研究自身特点的独特研究方法来。

在上述方法论的指引下，本书对于程序性违法、程序性制裁、程序性裁判、程序性上诉、宪法性侵权以及宪法性救济等问题作出了全面的研究。本书第一章对程序性违法的性质及其形成原因作出了初步的解释。通过这种解释，读者可对刑事司法实践中普遍发生的警察、检察官、法官违反法律程序的问题，有更加深入的了解。在这一章中，笔者试图运用社会学的研究方法，从“社会中的法”的角度，揭示出中国司法实践中普遍存在的一系列潜规则，并分析了这些潜规则对于“正式法律程序”的冲击和破坏效果。与此同时，笔者还对作为“书本上的法”的刑事诉讼法的立法技术和立法体例进行了全面的反思，解释了刑事诉讼立法对于程序性违法现象发生的多方面影响。

在第二章和第三章中，笔者分别对中国“以运动方式治理程序性违法”以及“通过追究办案人员实体法律责任来遏制程序性违法”的问题作出了全面的分析。通过这种分析，笔者试图说明，那种由检察机关所主导的运动式治理程序性违法的方式，尽管可能取得一时之成效，却无法从根本上减少超期羁押、刑讯逼供、侵犯律师会见权等程序性违法现象的发生。无论是追究办案人员法律责任还是进一步发挥检察机关的诉讼监督权，都无助于程序性违法问题的根本解决。而那种认为“只有剥夺办案人员个人利益才能有效减少程序性违法行为”的观点，尽管在理论上有其可取之处，却无法获得经验实证方面的支持。毕竟，按照中国现行的实体性制裁制度，诸如追究办案人员行政纪律责任、刑事责任、附带民事诉讼责任以及追究国家赔偿责任的做法，对于警察、检察官、法官的绝大多数程序性违法行为而言，都不具有有效的抑制效果，也不足以发挥抚慰和补偿受害者的作用。这显然表明，实体性制裁制度对于少部分会导致受害者人身权利受到侵害的程序性违法行为或许具有一定的积极效果，但对于绝大多数程序性违法行为，尤其是那些侵犯嫌疑人、被告人诉讼权利的程序性违法行为来说，实体性制裁制度的惩罚和遏制效果几乎是微乎其微的。

本书第四章对于程序性制裁的基本原理做出了深入的考察。笔者在分析程序性制裁的五种基本模式的基础上，总结了程序性制裁相对于实体性制裁的四项基本特征，论证了制裁程序性违法的必要性以及程序性制裁制度的独立价值，尤其是通过分析美国学者对于排除规则、撤销起诉制度的