

21世纪法学研究生参考书系列

问题与主义之间

——刑事诉讼基本问题研究
(第二版)

陈瑞华◎著

中国人民大学出版社

陈瑞华◎著

问题与主义之间

——刑事诉讼基本问题研究
(第二版)

中国人民大学出版社
·北京·

图书在版编目(CIP)数据

问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究/陈瑞华著. 2版.

北京:中国人民大学出版社,2008

(21世纪法学研究生参考书系列)

ISBN 978-7-300-09567-7

I. 问…

II. 陈…

III. 刑事诉讼-研究生-教学参考资料

IV. D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 119524 号

21 世纪法学研究生参考书系列

问题与主义之间

——刑事诉讼基本问题研究

(第二版)

陈瑞华 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242(总编室)

010-62511398(质管部)

010-82501766(邮购部)

010-62514148(门市部)

010-62515195(发行公司)

010-62515275(盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北三河市新世纪印务有限公司

版 次 2003 年 7 月第 1 版

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

2008 年 8 月第 2 版

印 张 36 插页 3

印 次 2008 年 8 月第 1 次印刷

字 数 603 000

定 价 65.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



作者简介

陈瑞华，男，1967年2月生，山东聊城人。现任北京大学法学院教授，博士生导师，同时在中国政法大学、国家法官学院、国家检察官学院任兼职教授。

中国政法大学学士（1989），中国政法大学硕士（1992），中国政法大学博士（1995），北京大学法学系博士后研究人员（1995～1997），美国耶鲁大学法学院高级访问学者（2002）。1997年起在北京大学法学院（法律学系）任教。

研究领域主要有刑事诉讼法学、刑事证据法学、司法制度、程序法基础理论等。独立出版的著作有：

《刑事审判原理论》（1997，2004）；

《刑事诉讼的前沿问题》（2000，2006）；

《看得见的正义》（2000）；

《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》（2003）；

《程序性制裁理论》（2005）；

《法律人的思维方式》（2007）；

《刑事诉讼的中国模式》（2007）。

第二版序言

在本书的第二版行将面世之际，我本没有太多的话要说。因为在《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》（以下简称《问题与主义之间》）的第一版序言中，我已经将本书的几条学术线索交代清楚了。这篇题为“中国的问题，世界的眼光”的序言一度引起众多读者的强烈共鸣，在法学研究方法层面引发了从事不同学科研究的学者和研究生的讨论。对于这篇序言的基本论点，我至今持之不疑。不过，一本书既然要出第二版，总要向读者说明新版的编写宗旨和富有新意之处。于是，就有了这篇题为“第二版序言”的文字。

大凡从事学术研究之人，总有一个深藏心间的念头：希望自己的著作长时间地传播下去，也希望读者持久地阅读自己的著作。而对于出版者来说，除非一本书经得起图书市场的长时间检验，并具有明显的社会价值，否则，对一本书出版新的版本，总是要冒不少风险的。《问题与主义之间》自2003年出版以来，无论是在市场效益上还是在社会效果上都取得了不俗的成绩。据出版者统计，该书自出版以来，已经有一万五千册的销售业绩，显示出读者对该书的强烈需求。同时，众多高校的法学院都将这本书作为研究生刑事诉讼法课程的教材，该书在学术引证方面也有相当高的数量。毫无疑问，《问题与主义之间》与此前出版的《刑事诉讼的前沿问题》一样，赢得了众多读者的厚爱。

但是，对学术著作出版一个新的版本，经常是相当不容易的。由于时过境迁，作者当下的心态较之若干年前写出版文稿时已经有程度不同的变化。初版与再版间隔的时间越长，这种心态上的变化也就越大。假如按照现在的心态进行修订的话，作者可能所要做的工作已经不亚于重新写一本书了。或许，简单地进行一些文字上的修改或者编写体例上

的调整,我们也可以出一本“第二版”。这其实也是不少作者约定俗成的做法。然而,自己虽然天生愚钝,却不乏较真的精神,总认为凡事“先要过了自己这一关”才可以示人。这就使得修订工作变得异常艰苦,自己也常常因为陷入困顿而搁笔良久。

对于《问题与主义之间》一书的第一版,我感到有些满意的是关于司法权的性质、未决羁押制度、法院变更起诉、重复追诉、证据规则和公法第三领域的讨论。在一项有关法学论文引证率的研究文献中,“司法权的性质”、“比较法视野下的未决羁押制度”、“未决羁押制度的理论反思”、“刑事诉讼中的重复追诉问题”等论文,都被列入“中国引用率最高的 200 篇法学论文”之中。因此,这四篇文章确有保留的价值。而“法院变更起诉问题之研究”一文,属于我就同类主题所作的唯一一项研究,其分析思路和结论至今仍有启发意义。“刑事证据规则之初步考察”一文,是我对刑事证据问题所作的一项系统研究,内容涵盖了刑事证据领域的主要问题,仍然代表了我在这一领域的主要观点。“公法的第三领域”(现更名为“公共处罚的第三领域”)一文,是我对劳动教养问题所作出的一项重要研究成果。该文从历史和经验的角度,对劳动教养在不同时期的社会功能、面临的挑战以及改革的困境作出了讨论,提出了“公共处罚的三元构造”的理论命题,引起了从事不同领域研究的学者的兴趣。

但是,本书第一版中的“刑事诉讼中的权利救济”与“刑事诉讼中的程序性制裁”这两篇文章,都是我在 2002 年前后研究程序性制裁问题的阶段性成果,如今在《程序性制裁理论》已经出版成书的情况下,再保留在本书正文部分显得有些不合时宜了。当然,“刑事诉讼中的权利救济”一文在资料整理方面仍然有很高的价值,我将它从正文中撤出,放入新版本的附录部分,以供研究者加以参考。而“刑事訴訟法学的研究范式问题”一文,则是我早在十年前反思法学研究方法的一部作品,如今我在这一问题上已经有更为成熟的观点,因此继续保留这一论文就难以令人满意了。

在对原版著作作出上述调整的基础上,我增加了三篇近期发表过的重要论文:一是“司法裁判的行政决策模式”,二是“义务本位主义的刑事诉讼模式”,三是“‘法律职业共同体’形成了吗?”。其中,第一篇论文是在“司法权的性质与范围”基础上对中国司法制度改革所作的继续研究。该文对法院内的行政审批制度作出了系统的研究,讨论了承办人制度、院庭长审批案件制度、审判委员会讨论案件制度以及审判长的

“庭长化”问题，对最高人民法院两个五年改革纲要难以取得成功的原因进行了反思，指出司法行政管理与司法裁判在职能上的混淆以及诉权对裁判权难以形成有效制约，是导致司法裁判行政决策机制难以消失的重要原因。第二篇论文对“坦白从宽，抗拒从严”政策的程序效应问题作出了全新的研究。该文考察了这一刑事政策的历史演变，就这一政策对刑事诉讼程序和刑事司法改革的影响作出了探讨，并在此基础上提出了两种法律传统的博弈问题，指出义务本位主义的刑事诉讼观念乃是阻碍中国成功引进西方刑事诉讼制度的关键因素。最后一篇论文在分析近十年来辩护律师受到任意追诉以及刑法第 306 条遭到滥用问题的基础上，讨论了律师业与公检法三机关在价值理念和利益实现层面所发生的冲突。另外，考虑到笔者十几年前发表的“美国辩诉交易与意大利简易程序之比较”一文，近年来一度有较高的引证数量，该文也有幸被列为“中国引证率最高的 200 篇法学论文”之一，因此，该文被置于本书第二版的附录部分，以供研究者参考。

作为《刑事诉讼的前沿问题》的姊妹篇，《问题与主义之间》同样具有专题研究的编写体例，并覆盖司法制度和刑事诉讼领域的十余个领域。严格说来，这并不是一部体系严密、前后呼应的学术专著，而具有“学术文集”或者“参考书”的性质。尽管如此，读者还是可以通过阅读本书了解相关领域研究的最新动向，获得研究方法的启发，并对刑事诉讼的前沿课题有较为全面的了解。笔者期待着，与《刑事诉讼的前沿问题（第二版）》一样，《问题与主义之间》的第二版也能得到更多读者的接受和认可，并对读者的研究和思考产生较大的启迪。

陈瑞华

2008 年 5 月于北大中关村

中国的问题，世界的眼光

(代序言)

本书是笔者近三年来研究刑事诉讼问题的成果总结。书中所收录的十篇论文涉及司法权的性质、刑事诉讼中的权利救济、程序性制裁、未决羁押、法院变更罪名、重复追诉、证据规则等一系列的问题。还有的论文不属于典型的刑事诉讼问题，而涉及劳动教养等“第三公法领域”中的重大研究课题。这些主题繁多、研究角度也不相同的论文，似乎显示出本书仍然像笔者所著的《刑事诉讼的前沿问题》一样，采取一种较为松散的写作体例。不过，读者经过仔细阅读后就不难发现，本书的所有论文仍然有一条重要的线索，使得各个部分成为一个有机的整体。而这一重要线索就是法学研究的方法论问题。正因为如此，笔者将一篇写于三年前的有关刑事诉讼法学研究范式的论文，放置于本书的最后，以作为对本书主旨的总结。

胡适先生在七十年前曾发表题为“多研究些问题，少谈些主义”的论文，强调从具体的问题入手，透过对具体问题解决方案的假设和检验，来提出有价值的思想。胡适所反对的是那种空谈来自外国的某一理论或者“主义”，而忽视具体问题解决的研究方法，认为空谈“主义”尽管并不困难，但对于解决社会问题既没有用处，也很危险。这篇论文连同“问题”与“主义”的讨论一起，在当时曾引起轩然大波。时至今日，尽管在学术研究的政治、经济、社会、文化背景上已发生了巨大的变化，但是，“问题”与“主义”的关系问题，也就是所有社会科学所面临的方法问题，仍然没有得到妥善的解决，并有重新讨论的必要。

本书之所以取名为《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，一方面是因为笔者对胡适先生所提命题有一些新的认识，另一方面也是因为笔者近年来在法学研究方法上发生了一个相当重要的转型。这一转

型大约开始于2000年前后，是笔者基于对“中国问题”逐渐深入的认识，以及对中国法学研究现状的反思而作出的学术选择。笔者的研究思路，用最简练的学术语言表达，就是“中国的问题，世界的眼光”。具体而言，应当将“中国问题”纳入视野，通过对问题的发现、描述和分析，对问题的现状作出尽可能精确的解释。然后，就问题的解决提出一些带有假设性的思路，并对解决方案的局限性和可行性作出剖析。通过这种层层置疑式的研究，我们可以抛弃那种就事论事的对策式研究方法，最终使得问题的分析逐渐走向深入。最后，在针对具体问题作出解释和提出解决方案的基础上，尽量使对问题的分析由特殊走向一般，由个别走向普遍，从而最终使有关理论得到发展。因此，“中国的问题”应当是法学研究的具体对象，而“世界的眼光”则是研究者所持的思路和所要达到的境界。中国法学要想作出自己的独特贡献，就不能只是重复西方学者研究过的问题，重走西方学者走过的老路，而必须从本国正在发生的重大社会转型和法制改革中寻找问题。但与此同时，中国学者要避免司法调研机构所作的那种以改进司法为宗旨的所谓“问题分析”，也必须培育自己独特的学术眼光，尤其要借着西方法学的研究成果和研究方法，对“中国问题”作出独立的学术研究。惟其如此，中国法学的独立发展才有可能，而不至于运用西方学者的研究思路，研究那些出现在西方国家的问题，得出西方学者早已得出的结论，或者通过分析中国的具体问题来验证西方法学中的某一理论。

在笔者十余年来的学术生涯中，法学研究曾发生过几次重大的调整和转型。在法学研究和法制建设恢复之初，那种以解释法律条文为宗旨的“注释法学”曾兴盛一时。当时，代表法学研究最高水平的成果就是一部部由资深学者主编的法学教科书。时至今日，法学教科书总体上还没有超越那一时期的水平，真正具有独立学术价值的第二代教科书还没有真正出现。在20世纪90年代，几乎所有法学学科都对“注释法学”的局限性和缺陷进行了大规模的反思。法学界纷纷以创立“独立于教科书体例”的法学体系，作为走出“注释法学之藩篱”的标志。于是，“问题”和“主义”的话题开始进入中国法学。

当下的法学研究似乎在“问题”和“主义”两个方面都有爆炸性的发展。一方面，研究者基于对中国法律制度现状的考察，在立法、司法实践等方面发现了大量问题。于是，对各自领域中所存问题的分析，成为各部门法研究中一个蔚为壮观的景象。另一方面，从法理学界到各个部门法学界，对基本理论的研究甚或“法哲学”问题的研究也呈现出

“繁荣”的局面。一时间，从古典的自然法学理论、实证主义法学、社会法学运动，一直到流行的经济分析法学、批判法学运动甚至后现代法学，都对中国的法学研究产生了程度不同的影响。

以刑事诉讼法的研究为例。法学者在近来的研究中不可谓没有强烈的“问题意识”。在立法层面上，诸如沉默权、非法证据排除规则、证据展示制度、程序性违法的法律后果、三审终审制等一系列的立法建议，显示出中国刑事诉讼制度在规则构建方面存在着相应的问题。而在司法实践方面，包括证人不出庭作证、辩护律师会见难、辩护律师受到检控方的随意追诉、刑讯逼供屡禁不止、超期羁押久盛不绝等在内的问题，都被纳入法学者的研究视野之中。甚至就连法学理论中存在的问题，如认识论的理论基础地位问题、“法律真实”与“客观真实”的关系问题等，也都成为刑事诉讼法学的研究对象。

刑事诉讼法学者也不可谓没有浓厚的“理论情结”。为了结束所谓“注释法学”一枝独秀的局面，也为了创造出中国刑事诉讼法学的“理论体系”，研究者引入了源自美国和日本的诉讼构造和诉讼目的理论，借鉴了源自英美的程序正义和程序价值理论，甚至提出并力图确立诸如诉讼构造、诉讼目的、诉讼主体、诉讼法律关系、诉讼阶段、诉讼职能之类的一系列理论范畴。但是，这些来自西方的法学理论本身就没有有一个统一的体系，在不同的法系甚至不同国家，甚至还有着彼此相互矛盾的理论体系。例如，大陆法国家所创立的以“诉讼主体”、“诉讼客体”和“诉讼行为”为骨架的刑事诉讼理论，可能过多地受到欧陆民法理论的影响。而以人权保障为主旨、以程序正义为红线的英美刑事诉讼理论，则更多地将刑事诉讼法视为“动态性的宪法”和“实践中的人权法”。中国学者无论是引进哪一种刑事诉讼理论，都会面临着诸如“究竟要被纳入哪一法系”之类的问题。

根据笔者的观察，中国的法学——尤其是部门法学——在研究“问题”方面，更多地赋予法学研究以实用性和功利性的考虑，以推进立法和改进司法作为研究的归宿，从而走进了“对策法学”的桎梏之中。而法学界——尤其是法理学界——在研究“主义”方面，则明显地陷入纯粹的理性思辨之中不能自拔，以至于忘记了法学研究的本来目的，使法学在部分学者那里变成一些西方哲学观点的变种。这是两个需要引起足够警惕的学术误区。

本着对制度创新的关怀和变革法制的理想，也由于中国法律制度几乎在所有层面上相对于西方而言都有明显的不足之处，中国法学者几乎

普遍将推进立法进程和推动司法改革作为研究的归宿之一。于是，在大多数法学论文中，有关解决问题的“思路”、“制度设计”、“对策”等都成为研究者所要得出的最终结论。曾几何时，一篇只提出问题而没有解决问题方案的论文，经常被认为是“未完成的论文”；一部只分析问题而没有提出立法对策的著作，也可能被认为“没有太多创见”。在这一“对策法学”的影响下，法学者以成为司法机关的“咨询委员”和立法决策机构的“立法顾问”，作为自己法学研究事业处于巅峰状态的标志。对于著名法学家，人们不去追问“什么是你的学术贡献”，“你提出过哪些学术思想”，以及“你有怎样的理论推进”等学术层面的问题，而往往推崇其对立法和司法的具体影响，甚至将其顶礼膜拜为“某某法之父”。

法学者对待“中国问题”的这种实用态度，使得这门学科越来越具有“应对之学”的特征，而少有人文社会科学所固有的“问题意识”和“理论属性”。目前，已经有学者对法学的“科学属性”提出一定的质疑，认为这一学科越来越与历史学、经济学、政治学等社会学科格格不入。当那些年纪轻轻、初入法学之门的研究生们，学着前辈们的做法，在论文中没有对问题作出多少深入的分析，就“少年老成”地提出一堆“立法建议”时，人们不禁猛然警觉：原来一门社会学科竟然不以“创见”和“思想”作为支撑，而是以立法对策作为立论的基础！

然而，法学不同于物理、化学、数学等自然学科，无法以实验方式来检验研究者所提出的假设和推断。法学者提出的所有改革建议或者立法对策，也无法像当年欧洲的“空想社会主义者”所做的那样，在一定地域中进行社会改良实验。因此，诸如民法、刑法、诉讼法、行政法等法学领域中的“立法建议”，只能算作研究者为解决某一法律问题而提出的“假设”和“推断”而已。这些建议和对策在理论上具有怎样的正当性，或许是可以理论推理来加以论证的。但是，它们在司法实践中究竟能否有效地解决实际存在的问题，它们在今日的中国法律制度下究竟是否具有现实可行性，这些都是有待证明和检验的。如果过于相信研究者的理性能力，以为法律问题就是“逻辑问题”，只要经得起形式逻辑规则的检验，立法对策就是好的、有创见的，那么，我们每一位法学者就都是最好的立法决策者了。但非常不幸的是，“问题的存在是客观的”，而“解决问题的方案从来就是主观的”。过于相信自己理性能力和预测能力的结果，就是使自己的立法建议 and 对策变成一种“武断”的预言和“充满激情的说教”，而缺乏最起码的学术客观性。

当法学研究者将推动“某某法典”的通过、提出改革司法的建言作为研究的归宿时，他们所做的似乎就不再是纯粹的学术研究工作，而是类似国会议员们为促成法律的制定或修改而所从事的社会活动和政治活动，法学家似乎也抛弃了自己本来的知识分子角色，而摇身一变成成为社会活动家和政治活动家。学者投笔而从事政治活动，这在中国历史上不乏先例。晚清时期康有为、梁启超就曾领导“举子”们向清朝政府提出变法动议的“公车上书”运动，并曾向清朝皇帝提出过变法的“奏折”。即使在今日的经济学界，在学术研究中也较为广泛地存在着所谓的“环中南海”现象，以为经济改革建言献策作为研究的目标。应当说，这种学者推动制度变革的活动对于社会进步是有利的，学者从事这种活动也确实无可厚非。但是，一旦研究者将这种“济世为怀”的做法推向极致，以为这就是学术研究的终极目的，那么，学术研究的萎缩、学术思想的贫乏以及学术眼光的短浅，就成为不可避免的结果，而这对于学术研究的前途无疑有着极为负面的影响。

因此，中国法学要想真正作出独立的贡献，中国法学者要想提出富有创见的理论，就必须走出“对策法学”的误区，真正从学术的视角、世界的眼光来分析“中国问题”，并在解释和解决问题的过程中反复设定疑问，引导出富有见地的新思想和新理论。笔者深信，当年意大利学者贝卡利亚如果只是提出改进当时意大利刑事立法的建议，或者一味地提出改革司法的对策的话，他是不可能成为法学大师的。真正使贝氏的《论犯罪与刑罚》名垂青史的，恰恰是他基于对当时刑事司法问题的深刻分析，所提出的包括罪刑法定、无罪推定、废除刑讯、废除死刑在内的一系列法学思想。可见，真正的学术大师绝不仅仅是立法建议和改革对策的提出者，而更应是法学思想的提出者和基本理论的创立者。当大多数法学者不再仅仅满足于担当“某某法之父”，而是努力成为“某某理论之父”时，我们距离出现法学大师的时代就不遥远了。

在法学研究中存在偏差的还远不止“对策法学”问题，那种以纯粹的“理性思辨”为旨趣的研究也存在明显的问题。当然，笔者不仅不反对、而且很赞赏那种真正的法哲学研究。事实上，有不少法学者的哲学功底深厚，并提出了很多富有哲理的法律理论。笔者所要反思的是那种不知“中国问题”为何物、为思辨而思辨的研究方法。笔者深信，所有从事真正法哲学研究的学者一定是有着浓厚的“中国问题”意识的，他们的研究应当是对中国问题所作的更加深刻的分析，对法律理论所作的更加抽象的归纳。

中国宋代有词曰：“少年不知愁滋味”，“为赋新词强说愁”。那种不以解释问题或解决问题为前提的“哲学分析”，那些仅仅将西方法哲学甚至哲学理论套到某一法律问题上所作的论述，犹如“隔靴搔痒”，根本不可能提出富有创见的法学思想。胡适先生就认为，“研究问题是极困难的事”，因为“这都是要费工夫，挖心血，收集资料，征求意见，考察情形，还要冒险吃苦，方才可以得一种解决的意见”，况且，“又没有成例可援，又没有黄梨洲、柏拉图的话可引，又没有《大英百科全书》可查，全凭研究考察的工夫，这岂不是难事吗？”相反，“高谈主义是极容易的事”，甚至“是阿狗阿猫都能做的事，是鹦鹉和留声机器都能做的事”，因为只要“买一两本实社《自由录》，看一两本西文无政府主义的小册子，再翻一翻《大英百科全书》，便可以高谈无忌了，这岂不是极容易的事吗？”

胡适这些略带讥讽的话不无夸张之处。但是，类似他所说的这种“引进主义式”的研究，在今日的法学研究中不也是时有发生吗？不知从何时开始，研究法哲学和所谓“部门法哲学”的人士，在论述某一问题时，不是首先考虑中国所面临的相关问题，而是“生吞活剥”地大段引述西方学者的观点和理论，并以此作为论证的主要论据。于是，大量晦涩的概念和生硬翻译而来的术语遍布于满纸之上，论及古代思想则必称苏格拉底、柏拉图、亚里士多德，说到近代启蒙思想家则必引用康德、黑格尔、孟德斯鸠和洛克，而分析到现代理论则非抬出哈耶克、罗尔斯和哈贝马斯不可。甚至就连后现代哲学的代表人物如福柯氏等的著作，也早已为研究者所引用。

笔者曾读过一些研究“客观真实”和“法律真实”问题的论文。论者借鉴了西方哲学中的解释论，引用了哈贝马斯的“交往行动理论”，还吸收了德国学者卢曼的“程序正当理论”，来论证诸如“诉讼活动就是一种法律实现过程”的观点。文章中充满的新鲜的语汇和不知从何翻译来的术语，文字写得也极为雅致，在表述上也是“非三行文字不成一句”的样子。整篇文章令人感到作者“很有学问”，却又生“云山雾罩”、“不知所云”的强烈感觉。

这种所谓的“哲理思辨”，不仅背离了法学研究的本来目的，甚至还会令人对其知识的专业性产生合理的怀疑。毕竟，法学者研究纯粹的哲学问题是远远比不过专业的哲学研究者的。或许，法学者将西方哲学的观点“七拼八凑”起来加以论证，这对于哲学研究者们来说很可能属于“常识性”或“小儿科”的问题，而对于那些不了解西方哲学的中国

法学者而言,则未尝不使其“肃然起敬”。这正如一个法学者向专业哲学研究者讲述某种法律常识一样,也会使其“自愧不如”。

事实上,那种认为只要引进西方的理论和学说就可以提出富有创见的法学思想的观点,几乎过于天真了。毕竟,这种研究所涉及的只不过是西方学者基于对本社会问题的解释和分析,所提出的理论观点而已。这种理论当然应当为中国研究者所了解甚至精通,以便在研究中国问题时作为参考。更明确地说,了解了西方相关的理论,至少可以活跃自己的研究思路,提升自己的学术境界,从而使自己的学术眼光更加开阔。但这仅仅是研究者所应具备的一点“看家本领”而已,而不能用来代替问题的研究本身。如果我们在研究中始终将援引这些西方理论作为研究的终点,而不认真思考中国问题的特殊性,也不去反思这些理论对于解释和解决中国问题是否具有局限性,那么,我们注定只能充当西方理论在中国的代言人角色,而根本不可能有理论上的创新和贡献。

法国雕塑大师罗丹曾在其艺术遗嘱中说过:“所谓大师就是这样的人:他们用自己的眼睛去看别人见过的东西,在别人司空见惯的东西上能够发现出美来。”罗丹这句话是就从事艺术创作的人而说的。其实,对于法学研究活动而言,所谓学术大师也就是通过研究法律制度中存在的种种问题,并在人们司空见惯的问题上能够提出创造性的思想和理论的人。

因此,所谓“中国的问题,世界的眼光”这一命题,所要表达的其实就是古人早就说过的一个意思:“小处着手,大处着眼”。中国法学已经过多年的积累和探索,几乎所有学科的研究者都很难在一些“宏大课题”上有创新的余地。相反,处于巨大社会转型和法制变革的中国,几乎成为世界上最为丰富的“问题来源地”,无论在法律制度的构建还是司法改革方面,也无论是在观念革新还是理论转型方面,都存在着各种各样的问题。如果说中国法学目前在理论创新方面还远远达不到西方法学的境界的话,那么,中国法制所面对的丰富“问题”却是人类历史上任何一个国家在其现代化过程中所没有完全遇到过的,有着明显的特殊性。中国法学要作出独立的贡献,就需要对自己本土中存在的特殊问题作出解释和回应,并通过这种对特殊问题的分析和研究,逐渐提出解决问题的思路,从而最终提出一些为西方法学所无法提出的法律思想和理论。正是在这一意义上,笔者同意这样一句为人们耳熟能详的断言:“越是民族的,就越是世界的”。

以上是笔者对于法学研究方法所提出的一些带有宣言式的心得。本

书所收录的十篇论文就是在这一学术观点的指引下而完成的。本书第一章“司法权的性质和范围”，是由笔者所发表过的一篇论文修改而来。笔者基于对当下司法改革所处困境的考察，对司法权的概念、功能、特征、范围以及司法权行使的方式作出了理论上的讨论。该章试图通过这种对基本理论的思考，来重新设定司法权的标准和功能，确定检察权、警察权和刑事执行权的行政属性，论证在中国引入司法审查机制的必要性，并对目前法院行使司法裁判权的方式作出深刻反思。

本书的第二章“刑事诉讼的权利救济——以美国法为范例的考察”，以及第三章“刑事诉讼中的程序性制裁”，是笔者对刑事诉讼法学中一个崭新课题的初步研究成果。这一课题是以程序性违法、程序性制裁和程序性裁判为框架为展开讨论的。其中，对美国刑事诉讼中权利救济问题的考察，是笔者历经在美国的半年学术访问和数月的研究所取得的阶段性成果，也是对美国刑事诉讼中宪法权利的权利救济问题所作的归纳和总结。表面看来，这是一篇资料性较强的文章，但读者阅读后会发现这里渗透着一系列的法律思想和法律理论，为我们分析中国的相关问题提供了有价值的理论铺垫。而在第三章的讨论中，笔者试图系统地提出自己有关程序性制裁问题的基本思路。笔者提出了程序性违法、程序性制裁、程序性裁判等一系列崭新的概念，论证了建立程序性制裁机制的正当性，对中国现行的两种程序性制裁制度作出了实证考察，并提出了建立程序性制裁机制的基本设想，尤其是论证了建立程序性裁判机制的必要性及其基本构成要素。或许，本章所讨论的课题在未来几年里有望成为中国刑事诉讼法学研究的又一热点问题。

本书第四章和第五章分别从比较法和实证分析角度对未决羁押制度作出了初步的考察。这两篇完成于2001年的论文，是笔者对刑事强制措施制度作出的研究成果。之所以要写前一篇论文，是因为长期以来中国学者对西方国家的未决羁押制度的了解并不深入，甚至在一些问题上还存在着误读的现象。诸如司法审查、羁押理由、比例性原则、羁押的司法救济、羁押的替代、羁押场所、羁押程序中的律师参与等问题，还几乎没有成体系的分析和论述。该论文在比较研究的基础上，还就限制未决羁押的一般原则作出了理论上的概括。在对西方相关理论和制度作出分析的基础上，笔者在第五章中对中国的未决羁押制度作出了系统的实证研究。文章透过中国刑事诉讼法的相关规定，分析了中国未决羁押的性质、未决羁押的期限、未决羁押的救济途径、未决羁押的场所、未决羁押的替代措施等问题，指出拘留、逮捕与羁押的一体化，羁押期限

与办案期限的合而为一,未决羁押的非救济化,替代羁押的强制措施的虚置化等,是中国未决羁押制度所存在的主要缺陷。文章不以提出立法建议作为论述的终结,而是通过反思未决羁押问题,将未决羁押与其他所有剥夺公民人身自由的官方羁押措施结合起来,为构建一种统一的公法理论奠定基础。这样,笔者最终将未决羁押问题与公民权利的宪法保护问题,以及相关司法体制的改革问题,紧密连接在一起,使读者对这一问题的复杂性有了崭新的认识。

法院为达到对被告人有效定罪的目的,任意变更检察机关起诉的罪名,这已经是中国刑事司法中司空见惯的问题。对于这一研究课题,本书第六章从法院变更起诉的现状入手,对这一问题作出了实证考察,并对支持这一实践的主要观点作出了反思性评论。在上述分析的基础上,笔者还就起诉书的功能、控诉与裁判的关系、司法中立性、辩护有效性等理论问题进行了讨论。文章还就西方国家变更起诉的理论和实践问题进行了比较分析。最后,笔者对中国变更起诉的理论作出了重新整理,对变更起诉的制度设计提出了新的见解。

在以往的研究中,笔者对第一审程序、简易程序、第二审程序、死刑复核程序以及再审程序都曾作出过一些分散研究。但是,检察机关对一个被告人的同一行为进行反复追诉的问题,却不单纯存在于上述任何一个程序之中,而是贯穿于整个刑事诉讼程序的宏观问题。本书的第七章从中国重复追诉的现实问题出发,对大陆法中的既判力理论、英美法中的免受双重危险原则作出了较为系统的比较研究,然后对中国法中的有错必纠原则及其指导下的重复追诉问题,作出了实证分析。文章对有错必纠原则进行了深刻的反思,并在此基础上,提出了控制重复追诉问题的理论思路,最后还对国家刑事追诉权的适度限制问题,发表了综合评论。

本书第八章对中国的刑事证据规则作出了初步考察。该章讨论了证据的证明力和证据能力问题,总结了刑事证据法的性质和基本原则,然后对被告人供述、沉默权、证人证言、非法证据排除规则、司法证明规则等问题,从实证、比较和理论反思的角度作出了分析。在本章的论述中,笔者在每一问题上都试图首先概括中国现行的相关证据规则,对其在司法实践中的实施状况作反思性评论,然后再结合相关的证据法理论,对该规则的制定提出理论思路,并对这一思路在司法实践中可能面临的障碍加以评论。笔者尽量避免“倡导”和“说教”式的论述方式,将问题、官方治理问题的对策甚至可预期的解决方案等,都置于观察和