

刑事程序法论丛
Criminal Procedure Series

An Introduction to the Methodology of Criminal Procedure



刑事诉讼法学方法论·导论

法学方法论可作为刑事诉讼法的“任脉”。“刑事诉讼法学方法论追求法律的可诉性和价值判断的客观性，呼吁法学研究方法的转型。在刑事法律一体化中，程序法定与罪刑法定、证据裁判三位一体才能适应中国社会需求。”

雷小政 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

An Introduction to the Methodology of Criminal Procedure

刑事诉讼法学方法论·导论

雷小政 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼法学方法论·导论/雷小政著. —北京:北京大学出版社,
2009.4

(刑事程序法论丛)

ISBN 978-7-301-15159-4

I. 刑… II. 雷… III. 刑事诉讼法-法的理论-研究 IV. D915.301

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第062078号

书 名: 刑事诉讼法学方法论·导论

著作责任者: 雷小政 著

责任编辑: 刘雪飞 孙战营

标准书号: ISBN 978-7-301-15159-4/D·2283

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京山润国际印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 22印张 279千字

2009年4月第1版 2009年4月第1次印刷

定 价: 34.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言

中国刑事诉讼法制现代化百年历程,既是中西诉讼文化碰撞的百年,也是刑事诉讼法律方法、法学方法积极探索的百年。

陈爱娥博士在将当代法学方法论大师卡尔·拉伦茨的《法学方法论》翻译成中文版时,引用了莎士比亚的一句诗——“我们历尽了千辛万苦,终于在乱麻中采获了这朵鲜花”,以描述她在翻译时的喜乐。我想,将法学方法论中一些基本范畴、基本方法引入到刑事诉讼法,我的喜乐程度有增无减。

刑事诉讼法学方法论,以法学方法论和刑事诉讼法特性为基础,研究刑事诉讼中的法律应用方法和法学研究方法。前者主要包括法律发现、法律解释、法律推理、价值权衡、漏洞补充和法律论证;后者则在不同历史时期、不同法学理论体系中有所差异。法律方法和法学方法在司法过程中互相影响、互相促进。

在“刑事法律一体化”语境下,刑事诉讼法学方法论普遍受到程序法定主义、罪刑法定主义、证据裁判主义等基本法制原则的规制。法学方法论归根结底是人的法学方法论,本质上属于法律思维方式。

通过研究刑事诉讼法学方法论,不难发现:



1. 刑事诉讼法需要法学方法论。刑事诉讼法直接关涉公民基本权利和国家刑罚权的实现,具有小宪法地位。刑事诉讼法学方法论的发达与否,是衡量一国法治程度和水平的重要尺度。清末变法以来,中国刑事诉讼法制的现代化进程不觉之间已经百年,进行方法论的总结和拓展合乎时宜。在当下中国,许多刑事诉讼问题解释不了、解决不了,在很大程度上源于传统法学研究方法和法律应用方法的诸多问题。法学方法论作为一种新兴进路,有助于促成刑事诉讼法学的“际域整合”与知识增长,有助于优化刑事诉讼中司法技艺和经验法则。

2. 法学方法论需要刑事诉讼法。法学方法论的探讨,总体上仍在法理学、民法学中绕来绕去。一些译者在翻译上信达雅程度不足,一些学者追求玄乎的文风和腔调,造成法学方法论“越是艰涩、深奥就越正统、越精到”的假象。实际上,法学方法论并不艰涩、深奥,蕴涵着一系列经验性、常识性的命题。法学方法论“嵌入”刑事诉讼法,拓展了其研究视野和适用场域。走向部门法化的法学方法论,以刑事诉讼法学方法论为见证,逐步显现其本质属性——法学方法论是关于人的方法论,同时也是一门具体的学问,是一个框架性的范畴。

本书是在我博士毕业论文基础上修改而成的。全书由八章组合而成。

第一章刑事诉讼法学方法论论纲。当代法学方法论,通过法律论证理论、法律“可诉性”理论、法学方法论部门法化等,在内在资源、外在保障和沟通渠道等方面实现了内在超越。法学方法论部门法化,促进了法学方法论与各部门法的双向沟通。刑事诉讼法学方法论,是研究刑事诉讼法律方法与刑事诉讼法学方法的学问。相对于民法法学方法论、刑法法学方法论等领域的研究,刑事诉讼法学方法论研究总体上较为滞后。在当代中国,研究法学方

法论,依据其基本内容——法律方法与法学方法,其核心意义除了保障司法裁判的正当性之外,还有利于促进法学研究的科学性。刑事诉讼现代化进程、刑事诉讼法律文本的有限性、刑事诉讼过程的不确定性等“特殊问题”分别构成刑事诉讼法学方法论的事实基础、规范基础和科学基础。

第二章刑事诉讼中法律发现方法论。刑事诉讼法律发现,就是裁判者在刑事诉讼过程中依据一定的方法在法律渊源中寻找到的个案的裁判规范。在司法实践中,来自法外规范、良性违法规范、潜规则、习惯性规范、政策性规范、考核指标等“非正式法源”的竞争压力表明,刑事诉讼法制的统一性、权威性亟待提高。本文建议借鉴两大法系刑事诉讼法律发现模式,构建中国刑事诉讼法“可诉性”机制。在一定意义上,或许唯有如此努力,才能发现“真正的法律”。

第三章刑事诉讼法法律解释方法论。刑事诉讼法律解释,就是裁判者针对法律适用中出现的相关疑义和歧义,加以阐释和说明,以实现法律规范具体化、案件事实一般化的活动。在当前“多元一级法律解释体制”下,抽象性、普遍性的司法解释存在“形式越权”,“内容冲突”、“方法粗糙”等问题。本文建议在制度上承认办案人员具体释法权,同时,最高立法机关可回收制定抽象性、规范性解释的权力,并在实际解释中遵循“严格解释原则”、“有利于被追诉人原则”和“动态审查原则”等。

第四章刑事诉讼法律推理方法论。刑事诉讼法律推理,就是裁判者依据一定方法将案件事实构成要件与刑事诉讼行为条款实现“合致”的过程。由于中国刑事诉讼裁判规范的不确定性,加上裁判者解释时职权性色彩浓厚,往往忽视“复合型刑事诉讼行为”中的推理结构。建构“复合型刑事诉讼行为”中具有初步性、程序性的“罪刑推理”、“证据推理”、“程序推理”和“效果判断”等推理



形式,有助于防止推理中任意、不当,甚至违法情形,同时促进推理过程的精密和规范。

第五章刑事诉讼价值权衡方法论。刑事诉讼价值权衡,就是由裁判者依据一定程序和方法对冲突的利益确定其轻重而进行的衡量与选择活动。中国刑事诉讼的现代化之路,即是一部价值权衡的曲折史。要克服中国刑事诉讼价值权衡中的“国家—被追诉人”的“主体二元性”、“秩序本位性”,需调整其价值权衡基准,拓展其利益形态,贯彻刑事诉讼“底限正义观”;要克服中国刑事诉讼价值权衡中的“过程封闭性”、“方法保守性”。在方法论层面,本书建议吸纳“综合式利益衡平模式”,融合“静态位阶方法”和“动态衡平方法”;同时,作为保障,需要克服部门利益化、职业利益化的褊狭心态,完善刑事诉讼法立法艺术,培植刑事诉讼“法权感”,力求利益均衡化、最大化。

第六章刑事诉讼漏洞补充方法论。刑事诉讼漏洞补充,就是及时填补违反计划之不圆满状态的法律漏洞。一旦漏洞补充任意、不当,甚至违法,对公民实质伤害巨大,甚至隐含“人权危机”。“类推适用”、“目的性限缩”、“目的性扩张”和“创造性补充”等漏洞补充方法都可在一定条件下运用于刑事诉讼中。但是,这需要确立“有限补充原则”、“有利于被追诉人原则”和“正当程序原则”等加以规制。从长远看,可借鉴英美判例制度构建中国刑事诉讼判例制度,用以填补刑事诉讼中的法律漏洞。

第七章刑事诉讼中法律论证方法论。刑事诉讼法律论证,就是论证刑事诉讼行为中所依据的刑事诉讼法裁判规范的正当性,以及认定程序性事实的正当性。在“简单司法三段论”下,中国现行法律论证存在概括性、简单化、程式化和粗糙化等问题。相形之下,英美法系的“对话证明模式”和大陆法系的“涵摄证明模式”,都各有长短。针对中国刑事诉讼法律论证的走向,可构建“综合性



动态论证模式”:不仅将法律论证及其裁判文书说理从审判程序推及审判前程序,而且坚持如下正当性标准——“逻辑性规则”、“可接受性规则”和“融贯性规则”等。

第八章刑事诉讼法学(研究)方法的反思与走向。与中国古代律学式微相比,西方法学方法体系发展日渐成熟。以法学方法论为依托,西方法学方法体系具有客观性、多元性、交叉性、功能性和适时性等特征。中国刑事诉讼法学方法要系统性转型,建议以解释力与践行力为标准,促进法学方法科学化;整合传统方法,促进法学方法多元化;探索司法定向下的法学方法,积极借鉴西方自然法学、分析法学和社会法学等法学流派的研究方法;整合本土资源,完善实证研究方法。

要实现刑事诉讼法律方法的实质法治,以及刑事诉讼法学方法的良性转型,只有在固有法与移植法、国家法与民间法等多元法律的“互动”与“互惠”中,在法学家、法律实践者和国家机构等多元主体之间的“商谈”和“沟通”中,才有可能“交往”地达成。在这一道路上,刑事诉讼法学方法论导论是一个引子。

雷小政

2008年11月于北京

目 录

第一章 刑事诉讼法学方法论论纲	(1)
研究基础:问题与思路	(2)
一、法学方法论:法律方法与法学方法	(4)
二、刑事诉讼法学方法论基本构成	(21)
三、法学方法论与中国当代刑事诉讼走向	(27)
第二章 刑事诉讼中法律发现方法论	(37)
问题的提出:明眸善睐可能吗?	(37)
一、法律发现的基本范畴与基本方法	(39)
二、刑事诉讼法律发现的基本结构	(49)
三、法律发现与中国刑事诉讼现代化	(69)
四、中国刑事诉讼法律发现的走向	(85)
小结:研究展望	(91)
第三章 刑事诉讼法法律解释方法论	(94)
问题的提出:心有灵犀可能吗?	(94)
一、法律解释的基本范畴与基本方法	(96)
二、刑事诉讼法律解释的基本结构	(104)



三、法律解释与中国刑事诉讼现代化	(113)
四、中国刑事诉讼法律解释的走向	(133)
小结:研究展望	(138)
第四章 刑事诉讼法律推理方法论	(141)
问题的提出:严丝合缝可能吗?	(141)
一、法律推理的基本方法和基本结构	(143)
二、刑事诉讼法推理结构的展开	(152)
三、法律推理与中国刑事诉讼现代化	(160)
四、中国刑事诉讼法律推理的走向	(172)
小结:研究展望	(176)
第五章 刑事诉讼价值权衡方法论	(178)
问题的提出:“六条腿的桌子”可能吗?	(178)
一、价值权衡的基本范畴和基本方法	(181)
二、刑事诉讼价值权衡的基本结构	(189)
三、价值权衡与中国刑事诉讼现代化进程	(204)
四、中国刑事诉讼价值权衡的走向	(212)
小结:研究展望	(220)
第六章 刑事诉讼漏洞补充方法论	(222)
问题的提出:白璧无瑕可能吗?	(222)
一、漏洞补充的基本范畴与基本方法	(223)
二、刑事诉讼漏洞补充的基本结构	(232)
三、漏洞补充与中国刑事诉讼现代化	(236)
四、中国刑事诉讼漏洞补充的走向	(242)
小结:研究展望	(246)



第七章 刑事诉讼中法律论证方法论	(249)
问题的提出:胜败皆服可能吗?	(249)
一、法律论证的基本范畴与基本规则	(251)
二、刑事诉讼法律论证基本结构	(260)
三、法律论证与中国刑事诉讼现代化	(264)
四、中国刑事诉讼法律论证的走向	(274)
小结:研究展望	(281)
第八章 刑事诉讼法学(研究)方法的反思与走向	(283)
问题的提出:法学方法论是灵丹妙药吗?	(283)
一、法学方法论中法学方法的体系与特征	(285)
二、中国刑事诉讼法学方法的反思	(293)
三、中国刑事诉讼法学方法的走向	(310)
小结:研究展望	(319)
主要参考文献	(322)
后记	(336)

表目录

表一	刑事诉讼法律文本与民法文本、刑法文本的比较·····	(24)
表二	特定少数民族在五类案件中刑事习惯法状况·····	(77)
表三	新中国成立前后嘉绒藏区三类案件刑事习惯法对比·····	(78)
表四	学术界关于法律解释方法种类的列表·····	(101)
表五	法律解释过程图示·····	(108)
表六	法律解释中刑法与刑事诉讼法关系图示·····	(113)
表七	中国刑事诉讼法中不确定性法律概念或术语、裁量权核心词语统计·····	(164)
表八	中国刑事诉讼法中“犯罪”、“刑罚/徒刑”、“证据”词汇统计·····	(165)
表九	刑事诉讼法典之外影响逮捕的“实质条件”·····	(168)
表十	司法过程中相关主体对酌定不起诉消极性话语归纳·····	(172)
表十一	德国刑事强制措施种类览表·····	(196)
表十二	美国刑事强制措施种类览表·····	(197)



表十三	德国证据禁止理论中“证据禁止”的内涵 与外延	(200)
表十四	部分学者关于刑事诉讼与证据法中价值 权衡研究	(213)
表十五	职务犯罪中侦查手段种类的比较	(239)
表十六	取保候审决定书范本	(270)
表十七	不予取保候审通知书范本	(270)
表十八	美国保释与羁押决定程序与依据	(271)
表十九	美国社会学家 G. 里茨尔 (George Ritzer) 关于社会学三种研究范式的划分	(287)
表二十	中国近代刑事诉讼法著作、译著和教材 主要书目表	(296)
表二十一	国内学者关于刑事诉讼(含刑事证据) 法学方法检讨的代表论文	(311)

第一章

刑事诉讼法学方法论论纲

策划一场程序改革就像是策划一场音乐会。法律规则就好像是一个个音符,尽管它们当中的每一个都可能具有内在的艺术价值,但这并不能保证一场音乐会的成功。完备的乐器、娴熟的演奏者以及音乐类型对听众的吸引力也是同等重要的必备条件。

——〔美〕米尔伊安·R.达玛什卡^①

干嘛一定要加入 WTO 呢?世界上这样一个国际大市场好比农贸市场。以前咱们贸易量很小,就像是一个担着小菜进这个市场卖菜的个体户。我们今天担着白菜卖卖,明天担着萝卜卖卖。看见税务局的人来了就跑,生怕要缴税。那些大户一看,也影响不了他们的生意,就算了。税务局的人也睁只眼闭只眼,他缴税也缴不了几个钱,懒得管他。可改革开放以后,中国的贸易量越做越大,由每年的进出口 200 亿美元翻了 20 几倍,现在差不多 5000 亿美元了,你再也不加入世界贸易

^① 〔美〕米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社 2004 年版,“致中国读者的引言”。



组织的话,就有点问题了。你不再缴税,税务局就跟你过不去了。加入世贸组织以后,我们就成了自由市场里一个固定的客户,在整个市场上就有了身份。公安局也知道你是咱们菜市场的,合法权益会受到保护。

——龙永图^①

研究基础:问题与思路

(一) 缘起:法学是病态的“科学”吗?

颇有趣味的是,20世纪以前的法学家们很少怀疑自己是否拥有适当的方法,他们相信,以法学的基本要求为准,他们确信的方法较之于其他学问的方法毫不逊色。尤其是古罗马的法学家们,他们从不谈论“方法”问题,因为他们明白,如果一门法律科学不得不着手探讨自身的方法问题,那么它必定是出了什么问题。^②概念法学及其驾驭的“三驾马车”——法典万能主义、司法机械主义、以“事实+法律=判决”为特征的司法三段论——坚持这样的信念:只要人为努力,法律规范可以实现“完美无瑕”,司法技艺可以达到“炉火纯青”。

在19世纪末和20世纪初,法学家们开始反思并审视法学中的“疑难杂症”。人们意识到,概念法学下不能解决法与社会的适应性问题,反而滋生法律适用中的任意与擅权等“疑难杂症”;法学家们开始心神不宁:法学是否是一门病态的“科学”?德国法学大师拉德布鲁赫(Radbruch)贴切地描述了当时的情境:“正如那些

^① 记者报道:“龙永图叩关”,载《时代潮》2002年第1期。

^② [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第289页。

费心于自我审视的人大多是病人一样,忙于探讨自身方法论的科学也常常是病态的科学;健康的人和健康的科学常常不对自身探究很多。”^①对此,法学家们掀起“自由法运动”,反思概念法学,依凭法学方法论,着手探讨法学的研究方法和法律的司法技艺,试图解释并解决法律中的“疑难杂症”。其中,当代法学方法论集大成者——德国法学家卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)将其缘起定位为“法学思考的确信之丧失”^②,并由此积极探讨实证法的规范效力、规范的意义内容以及法院裁决中包含的裁判准则。^③在根本上,卡尔·拉伦茨论证基础在于:人的有限性,包括立法者、司法者、研究者的局限;社会的流变性;以及由此产生的法律的多元性和不确定性“难题”。卡尔·拉伦茨的“非凡”之处在于明确了——法学方法论不仅仅是医治病态“科学”的药方,在正常而“健康”的司法过程中,法学方法论同样有其生成基础和适用空间。

(二) 刑事诉讼法学方法论:恰如治病与建筑

刑事诉讼法关涉国家刑罚实现和公民基本权利,具有小宪法地位,其法学方法论自然不能信马由缰、盲目飞行;但是,刑事诉讼法学方法论的基本范畴、基本方法以及技术规范、经验法则如何,在既有法学方法论的探讨中,似乎“芳踪”难觅——在法学方法论的部门化运动中,刑事诉讼法学远落后于民法、刑法等。

探讨刑事诉讼法学方法论,在“回头看”意义上,恰如治病,需要科学处理刑事诉讼中“疑难杂症”、“药方”和“医生”之间的关

^① G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1929, Nachdruck Frankfurt/M 1952, S. 242. 转引自〔德〕魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第289页。

^② 〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,引论,第19页。

^③ 同上书,第6页。



系。如果将刑事诉讼法适用中的基本问题比作“病症”，需要法学方法论这一“药方”，所要解决的问题包括：刑事诉讼法的“外部卫生”如何；“病症”的基本类型，是“外科病”，还是“内科病”；治疗方案，是“外科手术”，还是“中医调理”；法学方法论这一“药方”在体质特殊性下是否具有“副作用”，如果有，是否“以毒攻毒”，还是，“另择良药”？法学方法论这一“药方”能“包治百病”吗？面对“无可医治的病症”，“医生”是否具有“救助义务”；等等。

探讨刑事诉讼法学方法论，在“向前看”意义上，恰如建筑，需要科学处理刑事诉讼中“材质”、“工匠”与“大厦”之间的关系。刑事诉讼法制目标不是“空中楼阁”，也不是“海市蜃楼”，前者没有现实“基土”，后者难以“接近”；在具体方案上，是建筑“高档别墅”、“商品房”，还是“廉租房”、“两限房”；法学方法论是否能提供齐备而优质的“材质”——包括“泥土、木料、水钢筋”等；它是否能够符合特殊地段的“防震性”、“防滑坡”、“防噪音”、“采光性”等要求；好的“材质”需要配置怎样资质的“工匠”；“安得广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜”，法学方法论能实现如此建树吗？

一、法学方法论：法律方法与法学方法

方法论始终是一个与各学科的生存和发展相关联的元问题。在各学科的方法论研究中，自然科学方法论、社会科学方法论名目繁多。目前，在法学之外，体系化研究方法论的，大而化之，有社会科学方法论、自然科学方法论、哲学方法论等；具体到学科中，有伦理学方法论、社会学方法论、人类学方法论、经济学方法论、政治学方法论、数学方法论、物理学方法论和军事学方法论等；在法学内部，有法学方法论、民法学方法论、刑法学方法论、经济法学方法论等。法学方法论，从何而来，向何处去？对此，可区分西方语境与