



The Voice Within Us

不激不随

陈虎 著

临事有长有短，与人不激不随。

不要有抽象愤怒，而要有具体关注。

 中国政法大学出版社

陈虎（陈少文）作品集

The Voice
Within Us
不激不随

陈虎 著



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

不激不随/陈虎著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-5620-7592-9

I. ①不… II. ①陈… III. ①法律—中国—文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第148756号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印	北京华联印刷有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	6.375
字 数	130 千字
版 次	2018 年 3 月第 1 版
印 次	2018 年 9 月第 2 次印刷
定 价	49.00 元

做一只思想的狐狸（总序）

犹太裔哲学家以赛亚·伯林在《俄国思想家》一书中，曾专门通过对托尔斯泰和陀思妥耶夫斯基的比较，区分了“狐狸型”和“刺猬型”这两种知识分子及其观念差异。

狐狸，同时追求很多碎片化的不同事物，但刺猬却能聚焦，把每个相关事物纳入一个统一的理论体系。

因而，狐狸多知，而刺猬有一大知。

伯林评价托尔斯泰，天性是狐狸，却自以为是刺猬。

第一次看到这段文字，感觉都像在说自己。

看起来每天在文献里披沙拣金，在书房里撰写论文，在研讨会上发表观点，已经貌似一个有着专业研究领域的刺猬型学者，但实际上骨子里，仍然是一个渴望拓展知识边界，而不甘于在一个领域里皓首穷经的文人。

相比于刺猬，我更愿做一只思想的狐狸。

前段时间，看到刘瑜给7年前的杂文集《送你一颗子弹》写的再版序。她说，写作，犹如佛教中的沙画，全神贯注地创作，然后再一把将其抹去。

速朽，正是创作的目的。

因而，她会与这类文字告别。在诸多身份之中，她最终放弃了那个文艺青年的身份，而选择了女教授的那个自我。

而我，则恰好相反。岁月渐逝，马齿徒增。我却越来越追求一种多元的人生。我坚信，所谓的精彩，就是让自己无法归类。

鱼和熊掌，皆我所欲。

甚至，我有意在陈虎和陈少文这两个身份之间不断切换，以让自己的生活，在理性和感性、在学术和思想、在严谨和灵动之间，维持一种微妙的平衡。

某种意义上，如沃居埃所言：我，是英国化学家的头脑与印度佛教徒灵魂的奇异结合。

我知道，这种性情，在很大程度上会阻碍我获得某种世俗意义上的成功，成为一个在专业领域里有着公认建树的优秀学者。

但是，我更知道，每一次对外在标准拙劣的模仿，都会让自己面目全非。

我更像是一个游牧民，喜欢四处征战借以拓展知识的版图，而非安居一隅，不再渴望迁徙。

这中间的区分，非关能力，只涉性情。

而这部作品集，正是这种性情而非才华的产物。

承蒙知函兄错爱，倡议并鼓励我出版这套个人作品集，本应推脱，但想起早年阅读陶潜，看到武陵人离开桃花源后，带人复返，“寻向所志，遂迷，不复得路”，便颇觉遗憾。如今，能有机会记录下自己知识旅行中的点滴收获，作为路标以让来者欣然规往，不至我曾领略之浩瀚精妙之知识世界，竟无人问津。

这项工作应该也还不算毫无意义。念及于此，遂勉力承应。

写到这里，其实已与伯林最初区分刺猬、狐狸之意，相去甚远。

在他看来，刺猬之道，一以贯之（一元主义）；狐狸狡诈，却性喜多方（多元主义）。因而，如学者张晓波所言，“不是刺猬型的卢梭、黑格尔、谢林、马克思，而是狐狸型的维科、赫尔德、赫尔岑等人，成为这个世界多元自由主义、消极自由的最好实践者，也成为对抗按照一元主义方案设计的极权社会的最好良药。”

但其实细想，也没有偏题。

在任何时代，任何一种场域，想做一只思想的狐狸，都需要对抗一元体制的规训。我身处其中的学术，又岂能例外？

是为序。

2018年2月5日

序 言

陈虎博士第一部演讲录即将付梓，嘱我作序，作为他的硕士和博士阶段的指导老师，我欣然答应。

陈虎博士是在 2001 年进入中南财经政法大学跟随我学习刑事诉讼法的。在一次刑诉课堂结束之后，他将自己的一篇研究判决书的习作拿给我修改，这是我对他的第一次印象。当天回去之后，我就仔细阅读了这篇洋洋洒洒接近两万字的文章。多年以后，仍然让我记忆深刻的是，这篇文章仅仅有关“判决书”这一微观主题的中外文献就多达 100 多个，而且很多文献都属于跨学科的著作，有的还比较冷僻，足见作者阅读面和知识面之广。我当时就有一个感觉，如果加以严格的学术训练，这位学生应该能够走上学术道路并取得不错的成绩。

此后他的学习和工作经历也的确证明了这一点。在我的指导之下，他在中南财经政法大学相继拿到了硕士和博士学位，

期间独立发表了多篇高质量的学术文章，后来又于2009年在北京大学法学院博士后流动站进行了两年的博士后研究。在站期间，由于参与了很多和律师辩护实务密切相关的课题研究，并以“有效辩护”为题成功申报了国家社科基金等多项研究课题，陈虎博士逐渐开始集中关注刑事辩护问题，并决定以此领域作为自己将来的学术主攻方向。

以我的了解，陈虎博士并非传统意义上枯坐书斋的研究者，他十分看重和实务界的互动，不但经常参与对刑事辩护的实证调研，还会把调研成果和研究成果转化成实务课程与律师互动，这种在理论和实践之间不断往返、以实务为导向、追求理论的实践质地的研究方法，是我十分欣赏的。正因为这种长期的授课和调研，也反过来促使他形成了独特的语言表达风格，并深受律师和学生的欢迎，经过长期的积累，终于形成了这本演讲作品集。

接到陈虎博士邀约之后，我认真阅读了全书内容，很多观点都让人耳目一新。比如，在“程序失灵的理论解读”这篇演讲中，陈虎博士提到，在私法领域，法律规避的前提是对法律权威的认可，因此，这种规避客观上会产生更多的纠纷解决办法，因而会促进法律多元的形成。但是，在公法领域，这种情况可能刚好相反，对法律的规避不但会损害法律权威，更会形成潜规则盛行的现象，因而带来选择性执法的困境。再比如，在“必须保卫社会？——精神病辩护的困境”这篇演讲中，陈

虎博士还提到一个观点：我们的证明理论要求被告方就自己提出的积极抗辩事由承担举证责任，而精神病辩护显然属于积极抗辩，因而需要被告方承担举证责任，但另一方面，我们又不承认被告方有自行进行精神病鉴定的权利，而只能申请鉴定，结果申请一旦被拒绝，就会导致举证不能的败诉风险。这种证明负担和证明权利不相匹配的现象，其实就是诉讼理论盲目和西方接轨而罔顾制度条件所带来的非意图后果。演讲录中类似的精彩观点非常之多，阅读的过程犹如亲临讲座现场，可以感受到作者慷慨激昂的酣畅表达对人的思维和认知所带来的冲击。

当然，任何人的学术轨迹都是一个不断超越既有思想的过程。陈虎博士也不例外。由于视角的独特性以及由此造成的局限性，演讲录中的一些观点也并不尽然都是真理，很多观点明显带有一定的预设立场。比如，在谈论冤案责任追究的演讲中，陈虎博士认为冤案的产生不能归咎于时代因素的看法就显得有些主观和绝对。刑事诉讼法作为一门实践性很强的学科，学者应该尽可能还原那些看不见的物质性决定力量，如果陈虎博士在分析问题的时候，能够将实现公正的约束条件揭示出来，想必结论会更加深刻和公允。

当然，作者并非没有意识到这个问题，在分析精神病鉴定申请为何总是被驳回、律师应否坚持独立辩护观等问题上，已经作出了这样的自觉尝试，但是，我们有理由对作者提出更高的期待，毕竟，如果学术是一种知识生产机制的话，演讲就是

一种知识传播机制。它既要遵循知识的内在逻辑，又要顾及传播的心理需求，如何让学术研究的结论不至于在传播中异化，是每个学术演讲者应该首先考虑的问题。

这是一部值得期待，并且不会让期待落空的著作。

预祝陈虎博士有更多更好的作品问世。

是为序。

姚 莉

2017年9月30日于武汉

目 录

做一只思想的狐狸（总序） / 001

序 言 / 004

01 必须保卫社会？——精神病辩护的困境 / 001

中国刑事法律处理精神病人的制度途径太少太少。中国的法官只有两种选择，要么“一放了之”，要么“一判了之”。这就是律师在选择进行精神病辩护时不得不面对的、独特的中国式困局。

02 仅仅平反是不够的——冤案平反的制度反思 / 025

在建立制度的时候，一定要以性恶论为理论前提，在分析某个社会现象的时候，却一定要以性善论为思考起点，反思是一种什么样的制度让好人最后办成了冤案。人是善良的，但人类为什么又是邪恶的？这是我们反思冤案时必须思考的维度。

03 律师与被告：谁说了算？ / 049

辩护人应当在辩护目标和事实问题上充分尊重当事人的意志，但在辩护策略和法律问题上可以适度独立于当事人。辩护人的任何辩护意见都必须和犯罪嫌疑人、被告人进行沟通，尽量取得一致意见，如果无法达成一致，可以退出辩护。

04 恐怖主义与权利的边界 / 081

世上并不存在一种所谓天赋的人权，任何权利都会在特定情境下被重新界定其适用范围和边界。为了保护更大的国家和公共利益，恐怖主义分子的人权可以得到限制甚至是剥夺，前提是有权剥夺他人权利的机关必须有其他的力量对其加以制衡。

05 程序失灵的理论解读 / 113

任何一个国家的程序法发达，都是一个漫长的历史过程，除了技术因素之外，也许，内心抱有对规则的尊重，对于程序法的有效实施也是非常重要的，甚至是更为重要的。宗教不被信仰，法律将形同虚设。

06 庭审实质化的改革背景与动力 / 153

弥散化的事实审理结构是庭审实质化改革的大的背景，就是要把一审变为彻底的事实审，才能让将来的审级制度更符合诉讼原理，让最高人民法院真正能够走到案例指导制度的前沿，让我国变成一个名义上的职权主义国家而实质上的判例国家。

07 有效辩护的中国化 / 165

有效辩护概念在中国语境的出现，尤其是被律师群体主动讨论，其实标志着一种思路的转变：我们不再像以往那样盲目谴责公检法机关，而是反思自身的制度角色。所以，有效辩护概念的出现首先是律师群体自觉意识的一个体现，也是这一群体迈向成熟的标志。

08 知识、观念与利益：法律职业共同体的形成 / 175

法律职业共同体成立的标志不在于有没有发生激烈冲突，而在于发生冲突以后，双方是否用法律规则来解决这些冲突。如果冲突解决模式都在法律框架之外，则法律职业共同体就并不存在。

后 记 / 185

01 必须保卫社会？ ——精神病辩护的困境

演讲地点：华中科技大学法学院学术午餐会第55期

演讲时间：2008年12月18日

法院依附于一门至今尚未完全成型的科学，精神病
辩护事由已使法律堕入污名之中。

——〔美〕哈格教授

非常感谢华中科技大学法学院给我提供这样一个宝贵的机会，能以午餐会这样一种新颖的形式向大家汇报我的一些研究心得。今天我想和各位交流的是有关精神病辩护的一个比较微观的话题。

难以启动的精神病鉴定

2006年7月14日，陕西汉阴县铁瓦殿道观发生了一起震惊全国的案件，邱兴华因为怀疑道观里有人调戏自己的妻子，在道观中连杀10人。根据媒体的报道，他先向每人头部各砍数刀，又用斧头砸向每人头部，而这10人之中还有一个孩子。最让人感到震惊的是，邱兴华还把一个死者的眼球、心肺、脚筋挖了出来，炒熟喂狗，逃亡中，又将一个好心帮助他的人砍杀，另外还重伤两人。（唏嘘声）听完邱兴华的这些作案手段，大家可能都会怀疑他精神上是不是有什么问题。在案件进入审判阶段以后，安康市中院一审判处邱兴华死刑。邱兴华不服，提出上诉。在二审阶段，邱兴华的妻子向陕西省高院提交了要求鉴定邱兴华精神病的申请，而且还提供了一些证据证明邱兴华家族有精神病史，从而引发了全国有关精神病鉴定的关注和讨论。

学习过诉讼法的同学都知道，在我们国家的民事诉讼中，双方当事人都有平等的启动鉴定的权利，但在刑事诉讼中就不行，

只有司法机关才能启动鉴定，而当事人只能申请重新鉴定和补充鉴定。但如果司法机关根本就没有启动第一次鉴定，那么，所谓的重新鉴定和补充鉴定权就根本没有机会行使。有同学可能会说，当事人可以申请鉴定啊！但大家知道吗，在我们的诉讼制度下，“申请权”往往会异化为“被拒绝权”。正是在这个背景下，贺卫方教授、何兵教授、何海波教授、龙卫球教授和周泽教授五位法学家联名撰写公开信请求陕西省高院以邱兴华案件为契机，推动中国精神病鉴定启动权的改革。说来也很巧，广西原司法鉴定组组长、权威鉴定专家刘锡伟教授，从一次研讨会上回来后意外地看到了本案的介绍，他认为邱兴华的情况正好符合他新近的研究成果，属于一种新型精神病患者，然后就开始呼吁陕西省高院能够允许为邱兴华进行精神病鉴定。大家如果去上网搜一下，还能找到当时《南方周末》对刘锡伟教授的专访，标题就叫《我不是为邱兴华一人奔走》。在采访中，刘锡伟教授也专门谈到司法鉴定的启动权问题。他认为，正是因为鉴定启动权掌握在司法机关的手中，所以，只有他们认为应该做的鉴定，才会同意启动鉴定，司法鉴定部门也才会去做鉴定。但经常的情况是，司法机关或者出于自身认知水平的原因，或者因为快速结案的冲动，往往不提起鉴定，这样就会出现错案，把一些精神病人送上刑场或送进监狱。我们至今还有着“杀人偿命”的固有思维，也一直存在着“不杀不足以平民愤”的司法话语，一旦鉴定出被告人的确患有精神病，就可能要直接释放，因此精神病司法鉴定面临极大的阻力。刘锡伟教授在担任广西司法鉴定小组组长期间，当时的卫生