

陈瑞华
by Chen Ruihua
著

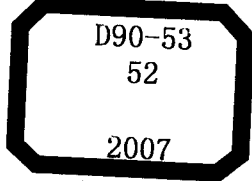

The Lawyer's Way
of
Thinking


法学家讲演录
Voice of Jurists

法律出版社

法律人的 思维方式





陈瑞华 著
by Chen Ruihua

法律人的 思维方式



法学家讲演录
Voice of Jurists



The Lawyer's Way
of Thinking

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律人的思维方式/陈瑞华著. —北京:法律出版社,
2007.4

(法学家讲演录)

ISBN 978-7-5036-7172-2

I. 法… II. 陈… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第030819号

©法律出版社·中国

法学家讲演录

法律人的思维方式

陈瑞华 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 787×960毫米 1/16

版本 2007年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 20.5 字数 269千

印次 2007年4月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7172-2

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

智慧就在于说出真理。

——古希腊哲人赫拉克利特



法学家讲演录
Voice of Jurists

陈瑞华
by Chen Ruihua

法学家讲演的意义

from Publisher

民众之争端,公权与私权、私权与私权之冲突,系社会发展中常存之现象。对此之解决,或以压制赢得暂时平静,或以强调冲突而使秩序更为混乱。当此,正义与正义感、程序与程序理念、权利救济与权利意识,意义凸显。这些建制与观念,是对构建社会秩序的共识。这种共识愈多,社会秩序之建设便愈和谐无乱。

法学家及其讲演正可谓是增进秩序共识的推力之一。社会之发展,秩序之构建,当以法律职业群体之出现为基础。而法学家则为法律职业群体之中坚与先锋,其以饱读法典而学识天下,以公共关切而怀仁民众。法学家授业解惑于学堂,传道普法于四野,其声音或振聋发聩,或细雨霏霏,其演讲沟通庙堂与民间、学府与商界,既关心规则的形成,也关切个案正义与公民尊严。法学家的讲演,不仅是独立之见解与批评,更是充满建设性的公共情怀。法学家的讲演,言辞与形式或“富于激情”,内容却理性毕具。法学家的讲演,强调秩序与和谐、自由与权利、公平与正义,其理念之创新,精神之卓越,或使民主更趋进步,或促社会更尊民权,其意义在于国家更显强盛,人民更为幸福。

本社推出此“法学家讲演录”,殷殷之情,端在于增进建设社会秩序之共识,端在于为和谐发展增利器,为建制助其力。当此,我们也向勇敢且智慧的法学家致敬,向年轻的法律人致敬,向关心民主法治的公民致敬。这一群作者和读者,是此社会中的理性发光体。

法律出版社·法学学术出版分社 谨识

光阴荏苒,时光如梭。转眼间,我在大学法学院任教已经接近12个年头了。作为一名研究法律问题的学者,我以学术研究作为专门职业,在书斋里伏案写作已经成为我的基本生活方式。不过,基于交流学术、传播思想的考虑,我很少拒绝为法律本科生、研究生作学术讲座,也经常接受全国各地的邀请,为法官、检察官、律师甚至其他相关人士作学术报告。于是,每当接受一项邀请,在合理安排好自己的工作之后,我就怀着激动和喜悦的心情,踏上了学术传播之旅。

“读万卷书,行万里路。”这是一个学者取得学术成功的必由之路。但今天看来,身处社会转型期的中国,一个法律学者要对社会做出更大的贡献,还要做一件同样重要的事——“做万场讲座”。

在大学做讲座,我有机会向学生讲述自己的研究成果和学术感悟,取得学生的各种反馈,从而无形之中印证自己较为成熟的思想,修正自己或有偏颇的观点。在法院、检察院做讲座,我可以结合案例提出一些问题,揭示问题产生的内在原因,提出一些改进司法的思路,听取法官、检察官的内心苦衷,加强对“中国问题”的准确把握,并从那些纷繁复杂的经验事实中提炼出理论思路来。为律师做讲座,更是一件值得期待的盛事。作为一个越来越走向民间化、社会化的法律职业群体,律师对司法中的问题都有着较为敏锐的感触,对问题的分析更是一针见血,对自己的观点

也是毫不隐讳。通过与律师的交流,我经常可以痛切地体会到司法制度的深层问题,逐渐抛弃那种为思辨而思辨的学院式写作风格,形成一种从问题出发、根据经验事实提炼出理论的学术能力。按照胡适的说法,我们奉献给社会的,远远不如我们从社会所获取的更多。通过学术演讲活动,我一面向各类听众奉献了自己的学术思想、研究心得和观察问题的角度,另一方面也获得了更为宝贵的观点、批评、肯定、资料以及各种深刻的见解。在很多情况下,我所得到的确实要超过我所付出的。

本书是一部学术演讲稿,记载的是我十年来在全国各地所做讲座的实录。之所以将本书命名为“法律人的思维方式”,是因为我曾为多所大学的法律本科生作过同名的讲座,取得了较好的反响。随着国家司法考试制度逐步走向成熟和完善,法官、检察官和律师都要通过统一的“国家司法考试”,才能取得从事法律职业的资格。这为“法律职业共同体”的形成迈出了重要一步。但是,由于种种原因,同为法律人的法官、检察官和律师,经常对一些法律价值理念、逻辑推理方式和分析法律问题的角度产生各种分歧,甚至还出现一定程度的冲突和对立。这些从事不同法律职业的法律人,竟然在一些基本问题上无法达成共识,这无疑是中国法律人今天所要面对的最大挑战之一。不仅如此,一些社会公众基于对中国法治状况和个人处遇的反思,对于这一套来自西方的法律思维方式也渐渐产生了怀疑,甚至还会因为不接受一些个案的裁决结果,而对法律人的思维方式提出质疑,对法律人提出批评,并进而对“来自西方的法律体系”提出挑战。对这些问题的深深感触,成为我近年来很多次讲座的灵感之源。

由于演讲的对象既有从事法律学习的本科学生、从事法律研究的研究生甚至高教教师,也涵盖了从事法律实务的法官、检察

官和律师,因此,这些讲座的内容和角度也有明显的差异。有的讲座属于为初入法律之门的人士所讲的法律入门课(如“法律人的思维方式”、“人权视野下的刑事诉讼”等),有的属于为法律实务人士所讲的职业训练课程(如“刑事辩护的三种形态”、“什么是程序正义”、“程序法的制裁方式”等),还有的讲座则涉及法学研究的前沿领域(如“刑事证据法的理论体系”、“社会科学对法学方法的影响”、“刑事诉讼的几个前沿问题”等)。表面看起来,这些演讲稿具有一定的松散性,缺乏前后一致、贯穿始终的理论线索。但实际上,这些演讲都从不同角度涉及了“法律人的思维方式”问题。其实,不论是初入法律之门的学生,从事法律实务的人士,还是站在法律理论最前沿的研究人员,都需要对一些法律理念进行深刻的理解,对法律实施问题加以深入的反思,对法学研究的前沿课题进行总体的把握。或许,任何一种将本演讲稿的读者仅仅限定为初学者、实务人士或者研究人员的企图,都将是徒劳无益的。事实上,即使是一个初入法律之门的本科学生,迟早也会成为从事法律职业的实务人士,或者会成为从事法学研究的专业人员;一个从事法律实务的法官、检察官、律师,也同样需要重新思考那些最基本的法律理念,并对法学前沿问题有一定的了解;而一个从事法学研究的学者,也需要了解法律人的思维方式所面临的一些挑战,对司法实务状况有准确的把握。

演讲稿基本保持了一种较为流畅的口语化表述方式,避免了那种“三行一句”式的论文式体例。这样的行文风格可能会存在难以严格遵守汉语语法的问题。但是,对于读者的阅读来说,却也会带来一种独特感受。读者可能会产生“身临其境”的感觉,仿佛自己身处演讲会的现场,亲自聆听演讲者的娓娓道来。

整理自己的演讲稿,对于我的研究工作来说,属于一次不小

的学术挑战。屈指算来,十年来我在全国各地做过百余次讲座,所涉及的演讲主题也有20种之多。对演讲稿的整理真可以说是人世间难度最大的工作之一。在一些情况下,讲座的邀请方可能会对演讲的内容进行录音甚至录像,然后又指派专人加以整理。这为我编辑本演讲录提供了一些方便。在好几所大学和法院的网站上,我甚至都可以直接查询和下载我的演讲整理稿,并察看具体的点击率和有关的评论。有时候,演讲者刚刚离开演讲的地方,演讲的内容就被邀请方热情地发布到互联网上了。当然,更多的演讲稿还是由我的研究生经过录音整理完成的。比如在2006年,我前后在北大法学院、中国政法大学、中华全国律师函授中心、北京市律师协会做过十余次讲座,并请学生进行了录音。为了避免以往演讲过于随意的问题,力求使讲授的内容尽量富有条理,我在演讲前都草拟出大致的纲要,准备好相关的案例。通过察看学生整理的演讲初稿,我发现这样经过精心准备的演讲,要比以往的即兴讲授具有更好的效果。

最初,我对整理个人演讲录没有太当一回事,以为这种整理无非是文字上的加工和表述方式上的调整而已。但是,“事情唯有亲历方知其甘苦”。首先,学生在听课的基础上,对录音做逐字逐句的整理。完了还要根据自己的理解,对稿件进行一字一句的修改。根据学生们的经验,一篇演讲稿从着手整理到完成初稿,平均要花费三天甚至更长的时间。要知道,这可是实打实的几个日夜啊。收到演讲初稿之后,我要字斟句酌地对演讲稿进行加工和修改。在很多情况下,一个演讲者要在现场向听众表达一种观点,简直太容易了。只要有了思路,找到相应的案例,然后用一种流畅的语言把它讲述出来就可以了。但是,这些演讲的内容要变成“白纸黑字”,就不是一件容易的事了。对于较为敏感的案例,

经过再三斟酌,要决定是否予以保留;对于过于口语化和随意化的表述,要尽量从语法上加以修饰,但同时又不能过于书面语化;对于引用的一些名言和数据,要仔细加以核实,以防止以讹传讹,造成不可弥补的缺憾……在很多情况下,对于一些演讲内容不是十分满意,就只好大段大段地予以删除,然后再想象演讲时的情景,按照演讲时的语境进行重写。在遴选和整理演讲稿陷入困境的时候,还会心生沮丧之情,甚至有了彻底放弃的念头。在本演讲稿的初步规划中,本来是准备编入10篇稿件的。但有两篇稿件距离自己心目中的理想稿件太远,以致最终选择了放弃。当然,没有坚持不懈的精神,任何事情都是难以做成的。

本书所收录的8篇演讲稿,几乎都是经过多次演讲并有较好反馈的讲座内容。其中,“法律人的思维方式”,是我多次为北大法学院本科生所作讲座的录音稿,我还在华东政法学院、中华女子学院做过相似的讲座;“刑事辩护的三种形态”,是根据我在中华全国律师函授中心的律师培训课上的讲演录音整理出来的,我还就同一主题为江苏、浙江、江西、北京、重庆、安徽、广东、陕西、河南、福建、内蒙古等地的律师做过演讲;“刑事证据法的理论体系”,是根据我在中国政法大学所举办的法学名家讲座上的讲演录音整理而成的;“社会科学对法学方法的影响”,是我在北大法学院博士生“法学前沿”课上的讲授录音稿,我还在吉林大学、浙江大学、中山大学、山东大学、中国政法大学做过相同主题的讲座;“什么是程序正义”,是一篇经过数十次学术讲座所形成的演讲稿,我曾在最高人民法院、国家法官学院、浙江高院、安徽高院、广西高院、湖南高院、河北高院、山东法官学院以及十余家中级法院做过相同主题的讲座,还在浙江大学、中国人民大学、复旦大学、清华大学、华东政法学院做过同一主题的报告;“程序法的制

裁方式”，是根据我在中国政法大学的一次讲座所做的录音整理稿，我还曾在复旦大学、华东政法学院、四川大学做过相似的讲座。作为最后两篇演讲稿，“人权法视野下的刑事诉讼”和“刑事诉讼的几个前沿问题”，也是根据我在很多场合的讲座录音稿整理而成的。

本演讲稿的录音整理都是由我的学生褚福民、黄士元分工完成的。其中，褚福民对大部分稿件的整理都做出了贡献。朱桐辉、门金玲对于演讲稿的整理也付出了很多劳动。我在此向他（她）们表示最诚挚的谢意。法律出版社的孙东育女士从本书的选题策划到编辑加工，提出了很多宝贵的建议，投入了很多精力，我也向她表达衷心的感谢。

陈瑞华

2007年2月4日于北大中关村

目 录

Catalog

序

法律人的思维方式

003

社会科学对法学方法的影响

043

刑事辩护的三种形态

095

刑事证据法的理论体系

141

什么是程序正义

183

程序法的制裁方式

225

人权法视野下的刑事诉讼

255

刑事诉讼的几个前沿问题

289

“读万卷书”，“行万里路”。这是我们获得知识的两条必由之路。要做出学术上的贡献，我们一方面需要博览群书，站在本学科理论的最前沿，另一方面还应对中国社会有真切的了解，从而对各种“中国问题”做出令人信服的理论回应。

陈瑞华



法学家讲演录



法学家讲演录
Voice of Jurists

法律人的思维方式

法律人的思维方式

如果说社会进步在私法领域中的标志是“从身份到契约”的话,那么,在公法领域中这种进步则体现为两点:一是“从无限地授予权力到有效地限制权力”,二是“从结果到过程”。

由于种种原因,我们从西方移植过来的一些法律理念,可能面临着民众的误解和反感。无论是立法者、司法官员还是法学研究者,都必须严肃应对这样的问题:如何使普通民众更愿意接受这套法律人的思维方式?

基于传统的法律观念,我们对“包公铡包勉”的故事耳熟能详、赞叹不已,并将包拯奉为公正廉明、大义灭亲的优秀司法官。但不要忘记,《水浒》中的“高俅审林冲”的故事,被我们普遍解读为一个奸佞官员是如何陷害忠良的标本。与包拯相比,高俅固然应当受到道义上的否定,但两人所遵奉的法律程序却有惊人的相似之处,都是在“充当自己案件的法官”。无论两起审判的结果如何,这样的审判程序恐怕难以符合基本的正义标准。

一、什么是法律人的思维方式

从事法学研究的人都有一个经验:随着时间的流逝,对于过去所学过的很多法律知识,可能都渐渐淡忘了。尤其是那些在法律本科阶段为应付考试所“背诵”过的法律规则、制度、知识乃至理论,由于长期不再接触和使用,更是与我们形同陌路了。我本人长期从事刑事诉讼问题的研究,所接触的多是刑法、刑事诉讼法、证据法、司法制度等方面的问题,当然有时为了从事交叉学科的研究,也会涉猎民事诉讼法、民事侵权法、人权法、宪法、行政法等法律学科的理论。而对于国际公法、国际经济法、国际私法、知识产权法、合同法、金融法、证券法、专利商标法等领域,现在感觉越来越陌生,也越来越难以跟上知识的更新和理论的发展了。但是,自进入法律之门以来,我们通过学习各种具体的法律知识,逐渐掌握了一整套独特的概念、观念和逻辑推理方式。或许,我们对一些技术性的法律知识可能有所遗忘、有所忽略,但随着时间的推移,这套“法律人的思维方式”却在我们心中生根发芽、逐渐成长,成为我们认识这个世界的一种思维工具。“法律人的思维方式”,犹如一束光线,从一个独特的角度,照耀着我们的心灵,影响着我们对各种社会问题的看法,并帮助我们获取了越来越多的新知识和新理论,也使得我们在看待同一问题时,与一般的“非法律人”有了更多的不同视角和见解。

什么是“法律人的思维方式”?在我看来,这包含着一套十分复杂的概念体系、价值体系、逻辑推理方式,也蕴涵了一系列涉及权利、义务和责任的分配体系。我们可以将普通人的思维方式作为一种参照系,通过比较分析,来对法律人的思维方式做出清晰的认识和界定。

首先,法律人的思维方式包含有一套完整的概念体系。任何思维都离不开概念,概念是逻辑思维的起点和最小的细胞。举个例子来说,民法中有一个非常重要的概念是“法人”,与它相对的概念是“自然人”。至今为止,我们发现一些媒体还有这样的表述:“某某法人赵某某”。其实这种表述是错误的,因为法人不仅是一个有别于自然人的“团体”,而且其成立还