

21世纪法学研究生参考书系列

21SHIJIFAXUEYANJIUSHENG CANKAOSHUXILIE

问题与主义之间

——刑事诉讼基本问题研究

Master of Laws

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

Master of Laws



西安政院201 2 3134522 8



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.

北京:中国人民大学出版社,2003

(21世纪法学研究生参考书系列)

ISBN 7-300-04655-X/D·806

I. 问…

II. 陈…

III. 刑事诉讼-研究-中国-研究生-教学参考资料

IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 051748 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

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) 010-62511239 (出版部)

010-62515351 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷厂

开 本 787×1092 毫米 1/16

版 次 2003 年 7 月第 1 版

印 张 37.5 插页 3

印 次 2003 年 7 月第 1 次印刷

字 数 628 000

定 价 60.00 元

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，兼任北京大学法学院学术委员会副主席。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），北京大学法律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），《刑事诉讼的前沿问题》（2000），《看得见的正义》（2000）。在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等出版物发表论文数十篇。

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。通过这种层层质疑式的研究,抛弃那种就事论事的对策式研究方法,而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,尤其要藉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“注释法学之樊篱”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。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,在不同的法系和不同国家,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辩之中不可自拔,以至于忘记了法学研究的本来目的,使法学理论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“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”,只能算做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和对策变成一种“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订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,对于从事这种活动的学者也确实无可厚非。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若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。当一位著名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？”

胡适这种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拾出哈耶克、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。

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：“小处入手，大处着眼”。中国法学已经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“司法权的性质与范围”，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“刑事诉讼中的权利救济——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而展开讨论的。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长期为人们所忽略的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的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。在对西方理论和制度设计了解的基础上，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,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,讨论了英美法从实体上限制变更起诉的罪状制度,大陆法从程序上限制变更起诉的诉讼客体理论,以及日本带有综合性的“诉因理论”。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,笔者已经对第一审程序、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分散式研究。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,作出了实证性分析。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“对策”式的论述方式,将现存问题、官方治理问题的对策甚至可预期的解决方案等,都置于观察和反思的对象层面上,从而使刑事证据规则问题得到尽量客观化的讨论。

本书第九章所研究的不是一般意义上的刑事诉讼问题,而是介于普通行政处罚和刑事处罚之间的第三处罚体系,也就是以劳动教养为核心的“第三公法领域”。该章讨论了劳动教养的由来、劳动教养制度的最

新发展情况,对劳动教养制度作出了理论上的反思,对当前的“劳动教养立法”努力作出了全面的评论,在此基础上,还讨论了整个“第三公法领域”的处境和命运。笔者之所以将这篇论文纳入本书之中,是因为它在研究方法上最典型地体现了本书的主旨:“以世界的眼光研究中国问题”。该章最突出的特点是,对劳动教养制度尽量从历史的角度加以解释,对其现实状况则尽量作出令人信服的实证分析,对当下法学界提出的改革劳动教养的对策作出质疑性的评论。本章不以解决劳动教养问题作为论述的归宿,而是尽量地暴露问题、解释问题和分析解决问题的复杂性,最后引导读者关注中国“第三公法领域”的未来发展动向,并认为这是影响中国法治化进程的重要问题。

在本书的最后,笔者还将那篇题为“刑事诉讼法学的研究范式”的论文收入本书之中,以作为对本书主旨“问题与主义之间”的最充分的诠释,也作为对本序言“中国的问题,世界的眼光”的呼应。第十章专门讨论了当下中国刑事诉讼法学所处的困境,对于这门学科的学术定位、研究方法、基本课题和研究视角等问题,作出了详细的分析。鉴于本序言更多地从一般意义上讨论研究方法问题,第十章则侧重从刑事诉讼法学本身的研究范式转换上进行论述。

当然,尽管笔者将研究方法的思考作为连贯全书的线索,但本书毕竟带有“文集”的性质,而不能算做成体系的学术著作。就一个法律课题写出一部体系严密的学术“专著”,是几乎所有中国法学者的学术理想。但是,在法学发展尚处于起步和转型阶段的时期,实现这一理想又谈何容易!或许,我们这一代学者注定只能从逐个问题加以研究起,并在这一系列的问题上都能获得心得,然后才可能做有体系的研究。否则,在对很多具体问题的研究尚无建树的情况下,就奢言“建立理论体系”,恐怕还为时过早。毕竟,真正能令一部著作产生学术影响力的,还不是它的理论体系,而是一个个具体的问题解释和理论推进。

本书的写作前后经历了三年之久。其间,由于2002年赴美国耶鲁大学法学院进行学术访问而中断。在此之前,本书约有3/5篇幅已经成稿。从2002年10月至今,笔者进行了封闭式的疯狂写作。考虑到本书的一些观点已经在一些讲演和授课场合提出过,而热心的同事和学生则不断提醒“应该写出来了”,因此,这也使得本书的写作进度有所加快。不过,在这长达七个月的艰苦写作过程中,笔者也逐渐形成了下一部著作的基本框架,这就是被列入中国法制出版社“法学文库”的《刑事诉讼与权利救济》。不仅如此,本书的完成也使笔者对《刑事诉讼的前沿

问题》一书所讨论的问题有了许多新的认识和思路。因此，笔者将对该书进行大规模的修订，争取尽快完成《刑事诉讼的前沿问题（第二版）》，并将该书也放入“21世纪法学研究生参考书系列”之中。

在这充满骚动和不安的社会环境下，在“非典型肺炎”（SARS）侵袭北京城所带来的恐慌之中，经过作者长时间痛苦的伏案劳作之后，本书终于能与读者见面了。真心感谢所有为本书的面世出力劳心的家人和朋友，也真诚希望“非典时期”尽快过去，且永不再来。同时，也衷心期待读者对这本书给出中肯的评价，并尽力使下一部著作有所超越。

陈瑞华

2003年4月底于北京大学

目 录

第一章 司法权的性质与范围 / 1

- 一、引言 / 1
- 二、司法权的构成要素 / 3
- 三、司法权的功能 / 9
- 四、司法权的基本特征 / 12
- 五、警察权与检察权的性质 / 26
- 六、刑事执行权的性质 / 36
- 七、司法裁判权行使的方式 / 39
- 八、结语 / 46

第二章 刑事诉讼中的权利救济——以美国法为范例的考察 / 50

- 一、排除规则 / 51
- 二、撤销起诉 / 59
- 三、推翻有罪判决 / 66
- 四、民事侵权诉讼 / 73
- 五、内部纪律惩戒 / 84
- 六、刑事追诉 / 86
- 七、初步的结论 / 88

第三章 刑事诉讼中的程序性制裁 / 93

- 一、引言 / 93
- 二、程序性违法与程序性制裁 / 97
- 三、为什么要建立程序性制裁机制 / 103
- 四、现行的程序性制裁制度 / 114

- 五、对三个案例的分析 / 123
- 六、程序性制裁中的权力与权利 / 133
- 七、程序性裁判的构成要素 / 146
- 八、在程序性制裁之外 / 155

第四章 比较法视野下的未决羁押制度 / 159

- 一、引言 / 159
- 二、未决羁押与逮捕的分离 / 161
- 三、未决羁押的法定理由 / 169
- 四、对羁押的其他实体限制 / 173
- 五、羁押的期限及其延长 / 179
- 六、羁押的场所 / 183
- 七、对未决羁押的司法救济 / 185
- 八、程序性辩护 / 192
- 九、结论：限制未决羁押的一般原则 / 195

第五章 未决羁押制度的理论反思 / 198

- 一、引言 / 198
- 二、未决羁押的性质 / 200
- 三、未决羁押的期限及其延长 / 210
- 四、未决羁押的救济途径 / 219
- 五、未决羁押的场所 / 221
- 六、替代未决羁押的强制措施 / 224
- 七、对中国未决羁押制度的反思 / 227
- 八、控制未决羁押的整体思路 / 236
- 九、改革未决羁押制度的体制障碍 / 241

第六章 法院变更起诉问题之研究 / 247

- 一、问题的提出 / 247
- 二、法院变更起诉的实证分析 / 251
- 三、问题何以发生 / 261
- 四、理论上的反思 / 268
- 五、比较法上的考察 / 272
- 六、变更起诉理论和制度的重构 / 289
- 七、结论 / 293