

诉讼与证据前沿丛书

9



教育部人文社会科学重点研究基地  
中国政法大学诉讼法学研究院

◎主编 卞建林

# 刑事诉讼的法哲学反思

XINGSHI SUSONGDE FAZHIXUE FANSI

——从典型制度到基本范畴

●韩阳 著

 中国人民公安大学出版社  
CPPSUP



教育部人文社会科学重点研究基地

中国政法大学诉讼法学研究院

诉讼与证据前沿丛书 9

主编 卞建林

# 刑事诉讼的法哲学反思

——从典型制度到基本范畴

韩 阳 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼的法哲学反思：从典型制度到基本范畴/韩阳主编. —  
北京：中国人民公安大学出版社，2012.1

(诉讼与证据前沿丛书)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0621 - 1

I. ①刑… II. ①韩… III. ①刑事诉讼—法哲学—研究

IV. ①D915.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 198074 号

## 刑事诉讼的法哲学反思

——从典型制度到基本范畴

韩 阳 著

---

出版发行：中国人民公安大学出版社

地 址：北京市西城区木樨地南里

邮政编码：100038

经 销：新华书店

印 刷：北京墨陶印刷有限公司

---

版 次：2012 年 1 月第 1 版

印 次：2012 年 1 月第 1 次

印 张：9.5

开 本：880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数：256 千字

---

书 号：ISBN 978 - 7 - 5653 - 0621 - 1

定 价：26.00 元

---

网 址：[www.cppsups.com.cn](http://www.cppsups.com.cn) [www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)

电子邮箱：[zbs@cppsup.com](mailto:zbs@cppsup.com) [zbs@cppsueu.cn](mailto:zbs@cppsueu.cn)

---

营销中心电话：010 - 83903254

读者服务部电话（门市）：010 - 83903257

警官读者俱乐部电话（网购、邮购）：010 - 83903253

法律图书分社电话：010 - 83905745

---

本社图书出现印装质量问题，由本社负责退换  
版权所有 侵权必究

## 总 序

进入新世纪以来，我国诉讼法学与证据法学的研究，在保持活跃、升温、开放的理论研究与诉讼实务相结合的基础上，正面临着一个新的拐点——一个迫切需要寻找并确立主体自治性的转折时期，一个需要确立新坐标或可以确立新坐标的时期。这一判断的潜台词是，中国改革开放近 30 年来，与中国经济、政治、社会、文化诸方面走过的轨迹相适应，我国诉讼法学、证据法学的研究，也正处于一个通过自我扬弃、寻找参照系的过程。或者说，是一个在侧重英美法系成熟制度、经验的借鉴和联合国刑事司法准则的衔接之间，曲折前行、审慎取舍乃至不免尴尬的未定型的过程。然而，我们所处的时代背景，随着中国加入 WTO 之后正悄然地发生剧变，一个越来越自信和自主的中国正出现在国际舞台上。与之相应，诉讼法学、证据法学的研究和制度性建构的背景性因素也大大改变。

中国法学的“主体自治性”命题，不再是一种理想化或简单自尊型的诉求。中国经济进入新世纪以来的飞速发展，使中国具备了与其全球第四大经济体和成长性最好的经济体地位相适应的影响世界经济、政治格局的力量。主动参与、影响乃至制定世界规则，将是中国的必然作为。中国因素已渗入反恐、反腐、维和、能源、生态、通信、人权、卫生、知识产权等领域，乃至足以影响世界整体的秩序图景。这种因素，不仅仅体现在话语权层面上，参与规则的制定甚或制定以中国本土为适用主体的规则（如通信、生态、人权、知识产权方面），都将可能成为国际视阈的一个结构性组成。因此，确立中国法学主体自治性坐标，已经成为一种迫切的

需求。

全球化与现代性问题的交织，为我们提供了重新检视与反思法学现代性命题的契机。它们既有交集又各自独立。我国学者在1978年改革开放后才提出“现代性”命题，而对全球化的认识则更是迟至20世纪末。事实上，“现代性”这一用语，本身含义如此多元、历史跨度如此广阔，我们很难简单地将之视为一个从农业社会向工业社会乃至后工业社会、信息社会演进的历史过程；而更容易为人所忽视的问题是：当我们全面致力于法学现代性目标时，西方早已出现了后现代法学对现代法学的追问。正如有的学者所指出的那样：“我们承认中国的法律与西方法律的对比不仅是一个地域性的差异，而且是一个时代性的差异，它们处于法律进化过程的不同阶段。”这一研究表明“我们对外部法律世界的态度发生了重大变革：由‘姓资姓社’的两元对立走向批判性的认同与学习。”<sup>①</sup>虽然这十多年来取得了重大进展，“但是它的缺陷也是明显的：一是对法的现代性的基本属性研究不够。……二是这一研究总体上对中国现实的法律问题关注不够，更多地集中在对历史的描述上。”<sup>②</sup>与我们偏于纵向的进路相比，国外学者从纵、横两个切面观察现代性与全球化话题的眼界，或许能帮助我们跳出单纯的“现代性情结”。例如，恩里克·迪塞尔认为，现代性有两种模式：一是以欧洲为中心的视角，认为现代性现象完全是欧洲的，于中世纪发展勃兴，后传播到全世界；二是从全球视角出发，将现代性概念化为“世界体系”的中心文化，欧洲的现代性是世界体系的一部分（事实上，是它的中心），它开始于西班牙确立其“边缘”的时候，于是，现代性在这个全球模式中，是与“中心—边缘”体系相适合的现象。但上述两个模式都是以欧洲为中心的，“理性主义者和后现代主义者之间的任何争论，都没有突破欧洲中心论的视角。现代

---

<sup>①</sup> 蔡宝刚：《“法的现代性与中国法治”高层论坛学术综述》，载《比较法研究》2007年第1期。

性的危机指向欧洲的内在方面。边缘的世界只能消极地旁观，因为它是‘野蛮的’、‘前现代的’，或者简单地说，它还需要‘现代性’。换句话说，欧洲中心的观点反映了现代性危机这一问题，它只考虑欧洲—北美的重要性（现在甚至还有日本的），而极力缩小边缘的重要性。”<sup>①</sup>而全球化，在推行欧洲—北美强势文化的同时，多元文化、地域文化、本土文化受到了更猛烈的冲击。当然，也给原本处于边缘的文化，如中国文化、印度文化和拉美文化等，提供了凤凰涅槃的机遇。对于中国而言，确立现代性和全球化坐标，摆脱被边缘化的命运，这必然是我们刑事司法现代性命题的应有之义。

在这一大背景下，诉讼法学、证据法学亟须直接回应的是：科学技术迅猛发展所带来的革命性影响。科学技术的进步，不仅从技术层面拓展了调查取证的途径，提高了听证、质证的效率；同时，广泛影响诉讼程序、诉讼模式、证据制度和规则等各个方面。例如，电脑、互联网的广泛普及，虚拟空间犯罪、跨国犯罪等现象大量涌现，电子证据的获取、保全以及与此相关的证据规则的建立，都是新的课题。世界上一些国家已开始相应的立法工作，如美国制定了《电子通信隐私法》、《在刑事调查中搜查扣押计算机数据并获取电子证据》等，日本颁布了《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》，欧洲委员会2001年11月23日通过了《网络犯罪公约》。有学者强调，随着一系列科技证据的出现，传统的证据规则面临着严峻的挑战。例如，如何界定电子证据、视听资料的原件？通过红外线技术或其他激光技术，侦查人员不进入房屋的“搜查”，是否受传统的正当程序的约束，由此获取的证据与非法证据排除规则如何协调？诸如此类，不一而足。科学技术在刑事诉讼中的运用问题，对未来刑事诉讼法和证据法的发展举足轻重。

---

① [美] 弗雷德里克·杰姆逊、三好将夫主编：《全球化的文化》，马丁译，南京大学出版社2002年版，第18页。

简而言之，对我国刑事司法改革而言，科技的发展，一方面，早已突破了技术层面的局限，开始显现在制度、程序、规则的各个层面；另一方面，也为我国刑事司法改革增添了新的元素和动力。藉由打击网络、计算机跨国犯罪以及制定国际通行的证据规则，我国刑事司法制度在向国际准则的衔接过程中又打开另一条新管道。

2003年10月，第十届全国人大常委会将刑事诉讼法、民事诉讼法、律师法的修改列入了五年立法规划。以这些法律修改为契机，我国诉讼法学、证据法学研究进入了一个系统性、整体性拓展、深化与提升的阶段，建构与完善具有中国特色、趋于国际水准的诉讼法学、证据法学制度性体系的条件逐渐成熟。

此次修改，我国诉讼法学界对刑事诉讼法的价值体系、制度设计、程序完善、现实路径、疑点难点等的把握，已有了较为清晰、系统、深入的体认。在此基础上，一些共识得以形成，一些问题经过争鸣虽然一时未能统一，但至少深化了研究。其中，就刑事诉讼领域而言，通过有关刑事诉讼法再修改的探究与争论，逐渐明朗了以下几点：一是在总体框架、原则和制度安排上，体现了与联合国刑事司法准则全面衔接的趋向。“将联合国刑事司法准则作为我国刑事司法改革的参照系，虽然并非我国刑事司法改革的唯一路径，但我们以为，如果中国的刑事司法改革存在一个奋斗目标或者理想的话，那么，以联合国刑事司法准则作为参照系就是趋近此目标或理想的最佳路径。”<sup>①</sup>有的学者在比较刑法的各国差异、刑事诉讼法世界趋同的基础上，提出“刑事诉讼法的制定与修改有其脱离于刑法的自主的规律性，刑事诉讼法在全球范围内趋同的广度和深度已经预示了一部尊重和保障人权、限制国家权力、民主文明的世界性刑事诉讼法的到来。我们没有任何理由把种种国内条件上升为制约刑事诉讼法进行大刀阔斧改革的借口。从刑事诉讼法强劲的世

---

① 卞建林主编：《中国刑事司法改革探索——以联合国刑事司法准则为参照》，中国人民公安大学出版社2007年版，第3页。

界性发展趋势来看，中国的刑事诉讼法应积极响应国际性刑事诉讼准则的要求，以开放和积极的心态借鉴和完善我国刑事诉讼的各项制度。”<sup>①</sup> 二是在借鉴两大法系诉讼制度和证据规则上，比较侧重研究和借鉴英美法系的模式和经验。例如，“诉讼证据丛书”提出的编辑取向就是“立足于我国证据法学理论和司法实践中存在的现实问题，在充分研究和借鉴英美证据规则及英美证据法学理论的基础上，广泛参考发达国家和地区证据立法的成功经验和最新判例学说，回顾、评述我国证据法学研究的现状……”<sup>②</sup> 三是深入思量在借鉴国外经验和自身进化的过程中，中国国情、文化传统的特殊性问题。“世界上没有一部刑法是一样的”，刑事诉讼法也是如此，尽管世界刑事诉讼法也有趋同之势。但有学者颇为尖锐地指出，“在中国的法学研究中，一方面表现为在中国法制建设过程中经由‘接轨’的说法而主张各种西方法律的结构性安排，而另一方面则表现为普遍采用西方流行的法律主张去遮盖两种甚或多种法律观念之间的紧张或冲突。”<sup>③</sup> 可以肯定，由于特殊性和差异性，即使在制度的技术性层面，如规则、程序、模式上与国际趋同，也难掩因文化背景和发展阶段的不同而导致同样一个国际司法文本在执行和理解上的不同。

以上三点，实际上形成了一定的反差式比照关系，让我们不得不问：在充分参照英美法系和联合国刑事司法准则，推动我国刑事司法改革的进程之后，我们还能做什么？未来中国的诉讼法学、证据法学的面貌如何？不论我们能否立刻完满地回答这一问题，我们都必须对国际刑事司法准则在各国的适用作比较研究，都必须对英

---

① 陈光中等主编：《诉讼法理论与实践——司法理念与三大诉讼法修改》，北京大学出版社2006年版，第20页。

② 王利明主编：《诉讼证据丛书》总序二，引自沈德咏：《刑事证据制度与理论》，法律出版社2002年版。

③ 邓正来：《中国法学的批判与建构》，载《政法论坛》（中国政法大学学报）2006年1月。

美法系的现在与未来、危机与问题作预设性研究。例如，反恐作为一个国际社会共同面临的问题，对国际刑事司法准则与各国刑事诉讼制度的影响都将是深远的。典型的事例，如美国《爱国者法》所涉及的价值原则、司法制度、证据规则，在打击恐怖犯罪、保障人权的同时，也极大地挑战了国际通行的人权保障正当程序，如采集入境的非美国公民的指纹、强化了监听、监控、搜查等措施，而削弱了相关的程序制约、司法审查。又如，达马斯卡在其发聋振聩的著作《漂移的证据法》导论中所指出的，“当外国律师被要求参与其英美同行的事实认定时，他们会发现很难接受那些与普通法规则和惯例结合在一起的事实调查方式。国际战犯法庭那充满波折的历史为此提供了大量的例证。面对广泛适用普通法证据规则的前景，外国律师们抱怨那些规则和惯例是不可思议的，而且与事实调查的普通方法相去甚远。”<sup>①</sup> 他抽衍出英美证据法的三大支柱、三大特点，与大陆法系进行了精细的比较研究，从而发现，“站在20世纪末思考证据法的未来，很大程度上就是要探讨正在演进的事实认定科学化的问题。伴随着过去50年惊人的科学技术进步，新的事实确认方式已经开始在社会各个领域（包括司法领域）挑战传统的事实认定法。越来越多对诉讼程序非常重要的事实现在只能通过高科技手段查明。”<sup>②</sup> 而这直接影响传统的当事人对抗辩论的“当庭答辩式”审判模式。他甚至发出了这样的盛世危言：“在普通法证据制度形成时期影响很大的体制环境在20世纪已经发生了巨大变化：陪审团的重要性已急剧下降，审判中心制已经在很大程度上被废弃，甚至当事人对诉讼程序的控制——尽管还有相当顽强的抵抗——也不免受到了挑战。因此，证据法的三个传统支柱全都

---

① [美] 米尔建·R. 达马斯卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第2页。

② [美] 米尔建·R. 达马斯卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第200页。

出现了裂缝。”养育和支撑普通法证据制度之特征的环境的恶化，导致的结果就是：“强烈的改革潮流正席卷着所有的当代法院体制，在这些珍贵的事实调查传统中到处都出现了危机。”<sup>①</sup>

上述论述，对我们正矢志朝向英美法系目标深化刑事司法改革的路径，显然具有警示意义。它促使我们能尽快回到开篇的母题：在全球化格局中，确立具有中国主体性品相并具备自治性功能的诉讼法学、证据法学的制度体系坐标，而不是始终作一个司法的追随者、仿制者或附和者；在国际司法准则的制定、适用和调整中，体现中国刑事司法的话语意识，而不仅仅是被动地衔接。张扬中国诉讼法学、证据法学主体自治性，正是我们编辑“诉讼与证据前沿”丛书所要努力达至的主旨。它具有这样几个维度：

第一，切实推动建构具有高度主体自治性功能的诉讼法学、证据法学制度体系。首先，它应当充分反映中国法学的主体性意识，它应当只是把借鉴和衔接视为一个过程，犹如我国科技经历了从借鉴、引入到自主创新的转变，它包含法学主体从技术到观念、从制度到行为的各个层面。其次，它应当具有自治性——自我创生力，是一个有自我创生力的系统，具有将法律文化传统、当下与未来整合一体，组合成新的遗传基因并具有自我新陈代谢的功能。正如托依布纳所指出的：“参与自我再生产过程的，不仅是系统的要素和法律行为；要素、结构、过程、边界、特性、功能和施行都发挥着作用。人的力量在这个过程中发挥着重要的双重作用。他们作为法律系统的语义构成物并且作为在法律的环境中独立的自我创生（精神的）系统发挥作用。”<sup>②</sup> 相比之下，我们在法学制度体系构建中，缺乏对人这一因素之作用的考虑。最后，它应当是趋于完善的

---

① [美] 米尔建·R. 达马斯卡著：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第7~8页。

② [德] 贡塔·托依布纳著：《法律：一个自创生系统》，张骥译，北京大学出版社2004年版，第40页。

系统的制度体系，而不是缺钙或肢体不全的制度拼凑。关注诉讼法学、证据法学主体自治性体系建设的论著并为其提供平台，将是“诉讼与证据前沿”丛书所极力推举的。

第二，提升理性，加强范式研究，构筑多元、多学科、开放的方法论视阈，重视比较研究。尽管后现代法学思潮直接源于对现代法学的一种批判和反驳，但其主张多元视角，提倡知识考古学、系谱学、权力微观分析、小型叙事、悖论分析、反讽诘问、解构等方法，是值得借鉴和肯定的。他们跳出法学，从文学、社会学、心理学、文化学、人类学等学科探究法学，批评现代主义在法律研究进路上局限于“从法律中了解法律”的内部视角，也值得我们学习和反思。事实上，美国近些年对证据法的研究，就体现了向法理学提升、注重理论基础和方法论探索的趋势。正如罗纳德·J. 艾伦所指出的，“证据法的学习不仅仅是学习证据规则。它还是对包含在诉讼过程中的浩瀚复杂的理念、原则、惯例和价值的学习。”“要把这些规则看做是对基本社会信仰、哲学和道德信念的概括”，“应该对证据规则有一个通透的理解，并对产生这些规则之人文关怀有相当程度的认知”。<sup>①</sup>再如，我们上述引证的有关达马斯卡就英美法系与大陆法系的比较研究，提出英美法系证据法学处于危机与环境恶化的看法，其观点不但给人以震撼，更为我们提供了比较证据法学研究应该如何深入的新角度。我们编辑“诉讼与证据前沿”丛书，其中一个目的就是：提倡方法的应用、学科的多元、眼界的开放，从内与外两个视角观照诉讼法学、证据法学的研究，提升诉讼法学、证据法学的理性价值以及制度与规则的范式意识。

第三，重视科学证据时代的到来，从理性、价值、技术、行为、心理等各个层面加强对科学证据的表现与应用的研究。尽管对“科学证据”的内涵和外延还没有统一表述，但这丝毫不妨碍我们

---

<sup>①</sup> [美] 罗纳德·J. 艾伦等著：《证据法：文本、问题和案例》（第3版），张保生等译，高等教育出版社2006年版，第49～50页。

对信息网络时代证据法学、证据规则做预设性研究。

尽管高新技术条件下的证据如电子证据，虽然与传统书面证据在本质上具备同样的证据能力和证明力，但不具有静态的稳定性，无法确保其固化的证明力。由此，它将影响传统的直接言辞原则、非法证据排除规则等规则，甚至质证、审判模式也将因之改变。“诉讼与证据前沿”丛书期待对这一领域的开拓之作。

重塑中国诉讼文化、证据文化是历史的必然。在中国传统的诉讼文化中，证据文化尤为薄弱且受到极大的扭曲和戕害，缺乏系统的证据规则，符合人的理性诉求和人文关怀的证据制度更是难以建立。中国传统的诉讼文化从属道德和谐文化要求，屡遭排斥，一直依附于刑法，始终未能发育。在这一阴影下，证据及其裁判都丧失了平等、公正权利的本源意义。然而，也正因为缺失，相比中国当下诉讼文化之重塑，证据文化具有更多创建的意味。或许受到传统的制约和不良基因的影响越少，可以借鉴吸收的余地就越大。无论如何，在证据文化的创建中，不能因为证据规则的普适性、跨国性而忽视其地域性、民族性和证据文化的塑造。

将诉讼文化的重构作为目标，似乎有些空泛，但它是一种现实且终极的载体呈现，不论是在观念、制度层面，还是在行为、器物层面，适应中华民族伟大复兴历史进程的诉讼文化，确是当下之亟需。

中国政法大学诉讼法学研究院是以诉讼法学研究为主的教育部人文社会科学重点研究基地之一。学院下设刑事訴訟法学研究所、证据法学研究所、民事訴訟法学研究所、行政訴訟法学研究所，以及《诉讼法学研究》编辑部、中国诉讼法律网等机构。研究院以教育部人文社会科学重点研究基地建设要求为标准，秉承积极进取、创新务实的发展理念，坚持以科研为本、全方位发展的建设思路，开展了一系列卓有成效的理论、课题、实务研究，推出了一大批科研成果，促进了课题研究成果的转化和应用。积极通过举办学术研讨、讲座，建设分支研究基地等措施，扩大与国内外的交流与

合作。在资源整合和管理上，加强了制度化、信息化、标准化建设，除加强本院现有研究人才开发和硕士、博士生培养，聘请本校兼职研究人员外，还特聘了一大批内地、港澳台以及国外的知名专家学者，确保了学院强势的科研力量和优秀的专业品质；学院还积极参与国家有关部门组织的立法论证与研讨活动，提交了刑事诉讼法、民事诉讼法、人民检察院组织法等多部立法修改建议稿，并为各级司法实务部门提供了广泛的法律咨询服务。学院将本着开放、创新、务实的办院方针，适应新的形势变革，瞄准学术与实践需要的前沿，始终保持吐故纳新、自我扬弃的生机与活力。

“诉讼与证据前沿”丛书是一个开放的项目，面向国内外专家学者，力倡有见地、有创新、有超越的论著，特别着眼于“新领域的挖掘与拓展”。“诉讼与证据前沿”是一个平台，透过这个平台，我们希望向学术界贡献一批致力于开拓诉讼法学和证据法学体系、视野的富有学术独创性的学术成果。本丛书将从2007年开始，计划用三年时间构筑出一个诉讼法学、证据法学研究的新矩阵。

中国法学会刑事诉讼法学研究会会长

中国政法大学诉讼法学研究院院长

2007年5月5日于北京

卞建林

## 序

刑事诉讼法变革和制度创新的理论支撑点是什么？这些理论能否经得起时间的考验和深层次的哲学追问？是否能得以证成？这些问题一直困扰着中国的理论界和实践部门，也是诸多学者长期努力的方向。

韩阳博士题为《刑事诉讼的法哲学反思》的博士后报告中所研究的内容是她依据其对相关命题的较长时间的思考而提出来的。通过法哲学的辩证分析方法，期望从本体论问题的实质入手，系统回答和反思我国刑事诉讼法治现代化过程中的重要制度所存在的问题，对她称之为刑事诉讼的法哲学范畴的问题进行理论探讨。这是一个既务实又大胆的课题。在我国，该领域的研究非常具有前瞻性和创新性。目前，我国学术界涉及该命题的非常少，已有的研究成果主要是从一般法学理论角度对刑事诉讼进行理论总结，或在已有制度框架内进行制度的再分析。但是，从哲学的高度总体把握这些问题域的学术探讨，还十分鲜见。她在认真借鉴刑事诉讼法基础理论研究中已经取得的前期成果的基础上，独立地假设一种法哲学范畴的存在，并希望从刑事诉讼的制度上升到法哲学层面作系统思考，寻求在法哲学的基本范畴层面将现行刑事诉讼具体制度中所存在的问题作出合理的哲学分析，指出问题的本质所在。应该说，这种

认识论上的尝试不仅可以打通对相关制度与思想认识的沟通路径，而且可以为部门法的法哲学的形成，提供一个有意义的学术探讨，具有一定的科学价值和应用价值。

我国的刑事诉讼制度面临新一轮的重大改革。在这个关键时期，富有创建性的、高质量的理论指导，以避免无谓的制度设计争论，是急需的，也是迫切的。该研究从法哲学的角度论证刑事诉讼中最具典型性的范畴之价值，凸显了我们在制度设计中所面临的选择困境，并对这种困境从哲学的高度上进行解困，具有某种开拓性和前瞻性，符合我国现有制度发展的需要，是我国刑事司法理论研究的一个崭新领域。

这个研究从国家权力与个人权利的相互关系、证据制度中事实追问与认知限度、追诉的进行与程序安定、诉讼各方的较量与让步等几个方面，研究中国刑事诉讼中具有普适性意义的问题，结构严谨，内容丰富，层次清晰，视野开阔，逻辑严密，能够从思想的层面将部门法的制度研究和法哲学反思有机结合起来。

作为韩阳博士的博士后研究合作导师，我知道，她在完成该研究的过程中倾注了很大的心血，旁征博引，涉猎广泛。她在攻读博士学位期间，就在《法学研究》等核心刊物上独立发表了若干有分量的学术论文。从韩阳博士以往的研究路径和成果看，她系统地掌握了制度分析和哲学思辨有机结合的研究方法，具有较高的科研创新能力。如今，她努力的成果就要出版了。作为老师，我深感欣慰。是为序。

李步云

2011年5月16日

## 引 言

在我国当下的法学知识分类中形成了一种共识：研究一般法学基础理论及其体系、法的基本概念、法的价值、法制度的科学被称为法理学。法理学的命题范围其实是相当广泛的，它还研究法律和法律得以存在、发展的社会关系，研究法律与人的行为伦理规范处于何种互动关系。法理学总是关注在一般社会环境中法现象和社会现象之间的相互生成和制约的关系。在中国的知识体系中，法理学构成了理论法学的核心部分（其他与法理学相关的诸如法律社会学、比较法学等分支则往往充当了为法理学提供论证知识的角色，也被称为理论法学）；依照我国将知识生产的来源分为理论渊源和实践运用的传统二分法，在我国还存在以部门法作为核心的应用法学。部门法学总是关注特定部门的法律，将其作为特定研究对象，并进而形成特定的知识体系。比如，行政法是将政府行政行为作为特定研究对象，围绕着某个国家在某个特殊时期的那些调整行政行为的法律法规的生产和效力，形成特有的对法律的评判知识。再如，在我国，刑事诉讼法也被认为是一个部门法学，其研究对象是国家应用其特定的刑事法律追究犯罪的过程。由此，从一般意义上讲，我们的法学知识来源于理论法学和应用法学，并且，在理论指导实践、从实践中提升理论的知识生产的良好辩证关系的法则中，理论法学和应用法学在知识发生学的框架中相互审视、借鉴，最终构成相对完整的法学知识体系。

如果上述这种关系在法学研究中确实得到真实的表达，那么，如同一些学者所认为的那样，只要我们拥有系统、完整的法理学，就可以从理论高度上指导部门法学的发展，并引导部门法学解决自

身所面临的全部问题。<sup>①</sup>但事实并非如此。

首先，中国特有的学科体系和学科建设方式人为地隔断了法学作为学问的整体性，许多法理学者一旦进入了研究生涯，甚至是从研究生开始，就局限于理论研究严格的框架之中，他们对部门法的现状及其发展经常不感兴趣，对部门法所引发的重大法律原则争议集体失语。即使是在他们所编写的教科书、撰写的论文和著作当中偶尔涉及部门法的法律现象，也基本上是为了服务于法理学概念和知识体系；他们所认同的知识也只是满足于法理学范围的核心命题。与此同时，为数众多的应用法学者又被格式化于日渐细化的部门法之中，乐意为生产量日益庞大的法律作注释法学上的研究。只是在他们看来有必要将自己所经营的领域作科学或学术上的提升之时，才可能断章摘句式地向思想领域寻找一些不系统的理论作为“法理分析”式的处理。显然，部门法学家所采取的“法理分析”通常是那些所谓制度现代化论证所必须具有的形式说服力而导向的，他们既没有系统采取法理分析方法，也无从知道什么是他们所需要的法理学。但无论如何，我们都能非常容易地观察到，部门法学所采取的法理分析方法或者法理学的思辨层次都不是中国法理学界所提供的知识体系。

其次，中国法理学自身体系的缺失使法理学缺乏理论影响力，以致无法实现它自身所诉求的实践指导能力。中国法理学本身不是从中国法律体系和法律文化中诞生的，它继承了苏联政治哲学中的工具特征，成为解释国家暴力合法性的政策注释学；它的所谓理论解释力来自官方政治和政府政策的解释力，因而是后发的和外在的。尽管随着中国法律体系从义务本位转向了权利和义务相结合本

---

<sup>①</sup> 甚至在我国形形色色的法理学教科书中，在阐述法理学一般意义时，都无不将法理学置于指导部门法学的学科地位之上。也正是在这层意义上，法理学者似乎可以超脱部门法知识的规范性特征，可以将部门法之外的所有法学领域囊括在自己的话语语境之中。