

· 笔 谈 ·

诉讼法学研究之评价与展望

编者按：本刊编辑部和浙江工商大学诉讼法学研究中心于2012年5月6—7日在浙江温州联合举办了“诉讼法学研究之评价与展望”理论研讨会，作为“法学研究转型”系列研讨会之一。本次研讨会邀请诉讼法学领域的专家学者，围绕诉讼法学研究与制度环境、诉讼法学研究与立法、司法实践、中国诉讼法学理论体系之构建、诉讼法学研究方法之更新、诉讼法学学术争鸣与学科交流等诸多方面展开讨论，旨在总结既往，展望未来，为推动我国诉讼法学理论研究的转型和发展出谋划策。现将与会学者的精彩发言以笔谈形式刊发，以飨读者。

从《法学研究》看刑事诉讼法学研究之转型

熊秋红（中国社科院法学所研究员）

法学期刊是法学研究成果的重要载体，也是观察我国法学研究发展状况的重要窗口。笔者兼职《法学研究》刑事法学科责任编辑近十年，透过《法学研究》这个极具代表性的高端平台，对于我国刑事诉讼法学的研究状况有了不少切身的体会。近十余年时间内，《法学研究》共计发表刑事诉讼法学方面的论文100篇左右，编辑审读的稿件不下千篇。以此为主要样本考察新世纪以来的刑事诉讼法学研究，不仅可以看到刑事诉讼法学与我国社会发展和法治环境变迁之间的互动关系，而且可以看到刑事诉讼法学发展和进步的微观样态以及学科发展中存在的问题。

问题意识是学术研究的起点。《法学研究》（2000—2012）上所发表的刑事诉讼法论文，从论题上看，大致可以分为四个板块：其一是对刑事诉讼理念、范畴和原则的研究，如刑事诉讼的目的、价值及其关系，刑事诉讼模式的类型以及中国刑事诉讼模式的本土建构，刑事司法行为的道德界限，检警关系，检察的内涵以及检察权的性质，检察官的客观义务，公诉的价值，刑事诉讼中的形式理性，司法权的性质，公正审判权，中国的刑事审判方式，审判对象的运行规律，刑事法庭设置与刑事审判构造，不得被迫自证其罪原则，刑事程序倒流，刑事诉讼的经济分析，科学技术在刑事诉讼中的价值，法律现实主义与转型社会刑事司法等。其二是对刑事诉讼制度和程序的研究，如刑事附带民事诉讼制度、被告人与律师之间的辩护冲突、指定管辖制度、盘查制度、立案程序与犯罪嫌疑人的确认、刑事强制措施体系、未决羁押制度、刑事侦讯制度、强制性侦查措施、技术侦查、公诉方式、刑事法官庭审指挥权、刑事缺席审判制度、刑事二审“发回重审”制度、刑事再审制度、审级制度、刑事赔偿制度等。其三是对刑事证据和证明理论及制度的研究，如证据学或证据法学学科体系的构建、证据法学的理论基础和基本问题、证据的种类与分类、证据规则的价值基础和理论体系、刑事诉讼证明模式、刑事诉讼中的程序性证明、证明力规则、司法证明的目的与标准、刑事审判中的证据引出规则、刑事庭审认证规则、证据的采纳和采信、实物证据的鉴真、刑事证据立法的方向、刑事证据保全制度、推定、司法证明逻辑与机理等。其四

是对刑事司法改革问题的研究,如司法公正要素分析、司法公正与检察官、审判组织重构与审判组织表决规则、羁押场所巡视制度、公诉案件刑事和解制度、暂缓起诉制度、司法鉴定体制改革、非法证据排除程序、量刑程序改革、审判管理、修复性司法、刑事被害人国家补偿制度等。上述论题既包括刑事诉讼中的基础理论问题,也包括刑事立法和司法实践中的热点和难点问题,在一定程度上回应了刑事诉讼法学学科发展的需要和中国社会政治、经济和文化发展对刑事诉讼制度所提出的要求,刑事诉讼法学研究在探索中逐步走向深化。

但是,刑事诉讼法学研究在取得长足进步的同时也面临着发展的“瓶颈”问题。于研究对象而言,在经历了若干年的“拓荒式”研究之后,论文选题日益困难,与之相伴的,是大量研究的低水平重复;于研究视野而言,存在着两端化发展趋势,一端是推崇国际标准,言必称英美法德日,另一端是固守中国特色,进行所谓纯粹中国式的研究,真正能够贯通中西、具有创新性和穿透力的研究成果甚为少见;于研究思路而言,大量的研究缺乏体系性思维,有时将不同法域、不同层面的问题混为一谈,学术立场摇摆不定,学术观点的“碎片化”现象较为严重;于研究方法而言,在经历了侧重于规范分析、比较分析方法运用的阶段之后,实证研究方法开始兴起,但是各种研究方法运用的科学性、规范性、严谨性均显不足;于研究效果而言,理论与实践的供求关系明显不平衡,理论研究难以为立法和司法实践提供足够的智识支持,理论与实践相脱节现象严重,司法实践中出现了较为普遍的“程序失灵”问题。

具体来说,当前的刑事诉讼法学研究中主要存在以下值得思考和关注的问题:

第一,理论创新以及对理论体系建构的宏观思考不足。刑事诉讼法学理论体系的构建是刑事诉讼法学逐步走向成熟的标志。多年来,刑诉法学界一方面致力于厘清诸如刑事诉讼目的、刑事诉讼价值、检察权、司法权、公正审判权、审判对象、形式理性等基本范畴的内涵,以便为学术研究的展开提供基础性的对话工具;另一方面则试图超越“拿来主义”的研究范式,提出符合中国立法和司法实际的理论创新命题,如在刑事诉讼模式的研究上,突破当事人主义与职权主义、犯罪控制模式与正当程序模式的分类方法,从一个新的维度提出司法过程中的“对抗与合作”两种形态;在证明模式的研究上,不是简单照搬西方国家的“自由心证”理论,而是提出具有中国特色的“印证证明模式”;还有将我国刑事审判方式概括为“案卷笔录中心主义”,将我国刑事审判构造归结为“伞形结构”,以及运用“相对合理主义”的学术立场和方法分析我国刑事法治实践,这些均反映了学术界在创建“刑事诉讼的中国模式”方面所做的努力。但是,迄今为止,刑事诉讼法学的理论体系尚未建成,学术界在刑事诉讼法律关系、刑事诉讼主体、刑事诉讼客体、刑事诉讼行为等基本范畴上尚未达成共识;对于刑事诉讼原则体系的研究止步不前,难以担当构建科学、合理的刑事诉讼原则体系之使命,也难以对刑事诉讼制度和程序研究起到引领作用。

第二,基本价值追求方面的恒定性及通约性不够。现有的刑事诉讼法学研究在很大程度上体现出“对策法学”的特点。大量的研究围绕着刑事诉讼法的修改和完善而展开。一方面是从现有制度和程序的实施中发现问题,进而提出完善该制度和程序的设想;另一方面则是从比较法研究中获得灵感,发现中国相关制度的缺失,从而提出拾遗补阙的建议。前者如刑事附带民事诉讼、辩护冲突、未决羁押、刑事二审“发回重审”等问题的研究;后者如刑事缺席审判、技术侦查、暂缓起诉、刑事证据保全、刑事被害人国家补偿等问题的研究。国家层面的司法改革促进了刑事诉讼法的修改,并为刑事诉讼法学研究提供了新的学术增长点,如恢复性司法、刑事和解制度、量刑规范化改革、非法证据排除规则等成为学术研究的热点。可以预见,随着2012年刑事诉讼法的修改,新刑事诉讼法的实施问题将成为刑事诉讼法学的重点。在制度研究方面,一个较为明显的问题是,由于我们在一些基本价值问题上未能达成共识,影响了始终如一的深入研究。比如由于“司法裁判中心主义”的理念未能建立,检警关系、检法关系成为刑事诉讼法学研究中

纠缠不清的问题，继而导致在强制性侦查措施制度建构上的长期争论，检察机关的法律监督应当强化还是弱化乃至取消，成为刑事訴訟法學研究中難解的“理論之結”；再有，“實事求是，有錯必糾”與“禁止雙重危險”原則的對壘，也直接影響到對於刑事再審程序的研究；此外，還有刑事證明標準上的客觀真實與法律真實之爭，刑事訴訟目的方面的懲罰犯罪與保障人權“先後論”與“並重論”之爭，等等。所謂“對策法學”，在一定程度上也包含着“意識形態法學”的色彩。更有甚者，“存在即合理”的簡單公式套用，使得一些研究甚至放棄了刑事訴訟中的基本價值追求。

第三，對於中西方學術傳統的梳理與承繼不足。學術研究應當站在“前人的肩膀”上，以避免自說自話或重複性的研究，這就涉及到對於學術傳統的梳理和承繼問題，或曰“專業槽”問題。在刑事訴訟法學研究中，與刑事訴訟程序研究相比，刑事證據法學的研究更顯薄弱，雖然偶有亮點（如關於刑事訴訟證明模式的研究和證明力規則的研究），但总体上歧見叢生，所達成的共識更少。比如，關於證據法學的學科體系應當如何構建，至今仍是一個沒有定論的問題；對於刑事證據立法的方向與模式問題，還存在着較大的意見分歧；對於證明標準問題、推定問題，儘管進行了較為集中的研討，碰撞出智慧的火花，並推動了相關立法的完善，但是，關於證明標準的層次性問題、死刑案件的證明標準問題、推定的含義與分類問題等，仍存在着爭論。近年來，一些學者從關注證據規則轉向關注司法證明邏輯與机理，從而開拓出新的研究領域。但是，從总体上看，刑事證據法學的發展舉步維艱。刑事證據法學研究中所存在的問題和所面臨的困境，與我們對西方證據法學邏輯體系以及發展脈絡缺乏深入的了解和準確的把握有着密切的關係。長期以來，刑事證據法學研究在本體論問題上爭論不休，但真正對於事實認定具有實質意義的認識論問題以及認識方法、手段等問題却未引起我們的足夠重視，誤讀西方證據法學理論和概念的問題較為突出。從我國自有學術傳統而言，清末變法以來，刑事訴訟法學研究曾經獲得初步的發展；新中國建立以後，刑事訴訟法學研究經歷了重大轉型；改革開放以來的三十多年間，刑事訴訟法學研究獲得了顯著的發展。然而，由於缺乏對於學術傳統的應有尊重，一些研究者習慣於“另起爐灶”、“天馬行空”，隨意“下判斷”、“得結論”，導致所謂的“最新成果”反而不及已有的研究，更談不上體系性思維和教義學思維的形成，也使得真正的學術爭鳴與對話難以展開，更遑論學術流派的形成與發展。

第四，刑事訴訟法學研究與相關學科相分離。從刑事訴訟法與憲法的關係來看，刑事訴訟法常常被冠之以“小憲法”、“應用之憲法”、“憲法之施行法”、“憲法之測震儀”等稱謂，但是，憲法在刑事司法實踐中並沒有真正得到應用，刑訴法學者也很少關注憲法學者對於刑事訴訟問題的研究，在研究中刑事訴訟法學視角與憲法學視角未能做到有效對接，涉及公民人身權、財產權、隱私權、知情權等問題的研究均是如此。從刑事訴訟法學與刑法學、犯罪學的關係來看，儘管“刑事一體化”研究被大力提倡，但是，由於長期以來所形成的學術慣性，“刑事一體化”研究在很大程度上流於一種口號，不少刑訴法學者疏於關注刑法學與犯罪學的研究成果，更談不上將“刑事一體化”思維注入自己的研究之中，如關於訴訟時效、管轄權、自訴、強制性措施、證明對象、證明標準、推定、分案審理與合併審理、量刑改革等問題的研究，均是適例。刑事訴訟法學與民事訴訟法學、行政訴訟法學同為程序法學，彼此間的相互借鑒與協同研究，也極為不足。在刑事訴訟法學研究中較為普遍地存在着學術視野狹隘的問題，在理論層面不能有效借鑒法理學的研究成果；在規範層面未能重視憲法規範對於刑事訴訟立法與司法實踐的實質約束力；在經驗層面忽視了犯罪學研究的基础性作用。刑事訴訟法學研究與相關學科相分離，影響和制約着刑事訴訟法學研究的廣度、深度和視角，也不利於法秩序的统一和安定。

第五，缺乏對於中國刑事司法實踐的深度關注。儘管刑訴法學者對於“理論聯繫實際”的研

究定律耳熟能详,也往往声称自己的研究做到了“理论与实践相结合”,但是,从实际情况来看,结合的程度并不能令人满意。长期以来,刑事诉讼法学界将大量的学术资源投入到了刑事诉讼法的修改和完善以及司法体制和工作机制改革的研究之中,研究的焦点集中在对于法律规范的设计、分析和解释上,而对于法律规范的实施效果、刑事诉讼的现实状况以及刑事诉讼程序运作中的法内外影响因素等却缺乏足够的关注;一些研究虽然问题意识来源于司法实践,但仅限于局部情况或者来自于第二手材料,缺乏对于司法实践状况的全面、系统了解和切实感受,司法实践常常成为批判的对象;近些年来“改革”成为刑事司法的主流话语,刑事司法实践呈现出日新月异的局面,更使一些学者的研究越发跟不上实践的步伐。刑事诉讼程序的运作过程通常也是多种社会矛盾聚焦、博弈和解决的过程,转型期社会的复杂性必然会折射到刑事诉讼程序的实际运作过程之中,如果缺乏对于中国刑事司法实践的深度关注,只是借助西方话语一味地进行批判,显然难以找到使“中国问题”得到规范化解决的有效途径和方法,也难以弥合理论与实践之间的巨大鸿沟。

第六,研究方法运用中的科学性与规范性不足。在刑事诉讼法学研究中,除了价值分析、规范分析、历史分析之外,比较方法是常见方法。在《法学研究》所发表的刑诉法论文中,绝大多数运用了比较方法,对于外国法的研究相对详实。但笔者在审读来稿中发现,外文注释不规范、所引资料陈旧、引用二手资料等是刑事诉讼法学研究中较为常见的现象。在比较法研究中,如何将结论建立在扎实可信的资料基础上,避免误断乃至以讹传讹,值得我们关注。从现有的研究看,我国目前对西方刑事诉讼法学尤其是证据法学的了解还远远不够。在借鉴西方相关理论和制度的过程中,存在着忽视相关的背景、条件、配套措施以及实践效果,进行盲目和简单化移植的现象。

实证研究方法的运用一直为《法学研究》所倡导,从2007年起这种倡导在刑事诉讼法学研究领域初见成效。《法学研究》先后推出了《中国刑事案卷制度研究——以证据案卷为中心》、《公诉案件刑事和解实证研究》、《羁押场所巡视制度研究报告》、《我国刑事诉讼运行状况实证分析》、《中国量刑改革:误区与正道》、《司法精神病鉴定基本问题研究》、《逮捕审查制度的中国模式及其改革》等实证研究成果,与其他学科相比,《法学研究》上所发表的刑诉法学方面的实证研究成果从数量到作者群均独领风骚。刑事司法改革试点带动了实证研究在刑事诉讼法学研究领域的勃兴,实证研究在摸索中日益走向科学化、规范化,法律实证研究中的伦理问题也引起了刑诉法学者的关注。但是,需要指出的是,刑事司法实证研究方面的来稿尽管呈上升趋势,但总体数量偏少(大约占全部来稿的5—10%),且质量不高。部分来稿从内容上看似乎属于实证研究,但往往流于对现象的简单罗列和描述,不少人对于刑事司法中的实证研究方法缺乏系统的了解,无法灵活地、有针对性地加以运用,更不擅于运用统计学的知识和SPSS软件进行数据分析;来自实务部门的稿件虽然对我国刑事司法的现状有较为准确的反映,但是理论分析往往缺乏深度,能够将理论与实务有机结合的稿件可谓少之又少。

一些学者也曾尝试着将其他社会科学如经济学、心理学、社会学、精神病学、哲学、伦理学、逻辑学、语言学以及系统论、控制论、信息论等方法运用或引进到刑事诉讼法学的研究之中,但成功者寥寥,常常出现“两张皮”现象,这是由于学者的学术背景普遍较为单一所致。《法学研究》上所发表的“交叉学科”研究成果大致有《刑事诉讼的经济分析》、《个案与逻辑认知》、《论命题与经验证据和科学证据符合》、《证据的采纳和采信——从两个“证据规定”的语言问题说起》、《司法精神病鉴定基本问题研究》等几篇。

第七,学术风气浮躁与缺乏客观公正的学术评价。进入新世纪以来,与刑事诉讼法的修改和国家层面的司法改革相呼应,我国的刑事诉讼法学研究呈现出空前繁荣的景象,这不仅表现在研

究成果的“爆炸式”增长和各种研讨会的层出不穷，而且表现在研究队伍的急剧扩大以及一些知名刑诉法学者的异常忙碌，刑事诉讼法学也因此而成为“显学”。这种“高投入”带来了刑事诉讼法学的快速发展，并且实质性地促进了国家刑事法治的进步。但是，在学术繁荣的背后，不难窥见研究成果数量的激增与质量的提高不太相称，追名逐利的社会氛围催生了大量粗制滥造的“速朽品”，客观公正的学术评价极为欠缺。这不仅造成了学术资源的浪费，而且容易对莘莘学子产生误导，难以培育出刑事诉讼法学高品质发展的土壤。

刑事诉讼法学发展所面临的“瓶颈”状态以及上述一系列问题的存在，意味着刑事诉讼法学研究需要转型。这种转型包括观念更新、学理递进、视野拓宽、重点调整、方法转换等诸多方面，其中的基点是从中国刑事司法实践出发，构建关于中国刑事诉讼理论、制度和经验的知识体系。这种“以我为主”、“立足实践”、“关注活法”的知识体系应当具有逻辑自洽性、现实回应性、民族本土性等特征；而“中国问题”、“中国语境”、“中国特色”等关键词不应该是简单的、抽象的大词，而应该体现在对于刑事诉讼中具体问题的具体分析之中，体现在对于古今中外的刑事诉讼知识的汇通融合之中，体现在刑事诉讼程序设计与其运作的一个个技术细节之中，体现在对于程序运作状况的法律解释论的解决之中。

刑事诉讼法学研究的转型离不开中国社会的转型这一大的背景。如费孝通先生所言，中国社会正经历着从传统的乡土社会变为工业化社会，又从工业化社会走向信息化社会的“三级两跳式”的发展（参见费孝通：《“三级两跳”中的文化思考》，《读书》2001年第4期）。这就决定了社会转型期刑事诉讼法学研究对象的高度复杂性。对于我国当前的刑事法治建设而言，由于作为现代刑事诉讼法核心核心的“正当程序”意识立足未稳，基本价值追求与选择尚未达成普遍共识，我们还需要通过深入细致的比较法研究和国际法研究推动相关理论和制度的完善和进步。从这个意义上讲，讨论刑事诉讼法学研究的转型问题，需要警惕以“转型”之名行“转向”之实，走背离刑事诉讼制度的历史发展规律之路。另一方面，中国社会转型期所面临的刑事司法问题空前复杂，它包括了司法现代化与中国特色、司法现代化与后现代化、现实社会与虚拟社会等诸多层面，过去那种对西方法律理论和制度进行“复制加解读”的研究方式难以充分回答中国刑事法治实践中所面临的一系列具体问题。刑事诉讼法学研究的主流范式有待实现从法律移植向本土资源，从立法研究向司法研究，从案头研究向实证研究，从本学科研究向多学科研究，从粗放式研究向精细化研究的转换。

讨论刑事诉讼法学研究的转型问题，还需要检讨弥漫在学术界的浮躁风气，坚守学术研究的自主品格，本着对历史和未来负责的态度精心打造能够促进刑事诉讼法学发展和进步的知识产品。同时，也应改革现行的学术评价机制，以避免学术外因素实质性地影响和决定学术发展的方向。

刑事诉讼法学研究的品格与态度

李建明（南京师范大学法学院教授）

2012年中国刑事诉讼法的第二次重大修改在经历了十多年反复的讨论、试验、设计、审议后终于落下帷幕，开花结果。刑事诉讼法成功修改凝结着立法机关、刑事执法机关和全国人民的心血，而其中刑事诉讼法学的研究更是功不可没。回顾前后两次刑事诉讼法修改的漫长经历，笔者深切体会到，刑事诉讼法学的理想、理性和执着对于推动刑事司法现代化的步伐是何等重要，理想、理性和执着是刑事诉讼法学研究应有的品格和态度。

刑事诉讼法的修改之所以会经历那么漫长的过程,是因为刑事诉讼法修改始终面临着无法避免的三大冲突——提高人权保障水平与有效控制犯罪之间的目标冲突、公民权利与国家权力的冲突和不同部门国家权力之间的冲突。正是因为存在着这些冲突,刑事诉讼法学的理想、理性与执着对于刑事诉讼法的成功修改起着极为重要的作用。如果没有对于刑事司法现代化理想目标的追求,刑事诉讼法的修改就会在冲突面前裹足不前;如果没有面对冲突的理性态度,刑事诉讼法的修改就可能成为无休止的理想空谈;如果面对冲突没有对于司法真理的执着坚持,刑事诉讼法的修改也难显闪光点,取得实质性的进步。

刑事司法现代化是一种理想,一种可实现的且正在不断实现的理想。刑事诉讼法学研究首先需要把这种理想传导给人民大众、传递给刑事司法现代化建设的设计者、决策者。刑事诉讼法学领域经历过许许多多司法理想主义与司法现实主义的讨论,也有过许许多多“国标论”(国际标准论)与“国情论”的争论,理想与现实的冲撞在刑事诉讼法学研究领域从未停息。

刑事司法现代化的理想不是无源之水的空想,不是不切实际的幻想,也不是肆无忌惮的狂想。在当下中国,刑事司法现代化的理想主要来自两个源头:一是国外法治发达国家刑事司法的法律制度与法学理论;二是联合国制定或认可的国际刑事司法准则。发达国家在刑事司法现代化方面取得的成就,联合国的国际刑事司法准则,基本上反映了刑事司法的客观规律,体现了人类追求正义、控制犯罪的良好愿望。中国刑事司法现代化进程起步较晚,或者说进程较慢。刑事诉讼法学的研究者们通过对发达国家刑事司法制度及其理论和国际刑事司法准则的考察、学习、研究,看到了刑事司法现代化建设方面我国与法治发达国家的差距,看到了与国际刑事司法准则的差距。于是,在刑事诉讼法学界逐渐形成了建设中国特色现代刑事司法制度的理想。为此,学者们不厌其烦地传播、介绍、阐释国际上先进的刑事司法理念、立法、制度和实践,研究、论证、宣传国际刑事司法准则,讨论我国学习国外经验、实施国际刑事司法准则的必要性与可行性,并结合中国国情,设计刑事司法改革的蓝图和中国刑事司法现代化的路线。尽管所做的这一切,有时被质疑为“西化”、“西方化”,在刑事诉讼法学领域也始终存在不同的声音,但总体来看,以法治发达国家刑事司法制度和国际刑事司法准则为参照目标,加速我国刑事司法现代化进程,缩小我国刑事司法制度与国际上的差距,成为刑事诉讼法学领域的共同理想。一部部刑事诉讼法修改的专家建议稿、刑事诉讼模拟法典的推出,便是这种理想的具有代表性的集中体现与系统表达。

刑事诉讼法学研究的现代化理想影响了人民大众,影响了司法机关和立法机关,最终也影响了法治建设的决策者。人们对刑事司法制度建设方面的外国经验和国际立法由无知、排斥、怀疑,逐渐变为感兴趣、重视、研究,并予以客观的评价和积极的借鉴、吸收。这次刑事诉讼法的成功修改,可以说就是刑事诉讼法学研究的现代化理想的阶段性实现。新法中尊重与保障人权的明确规定,辩护制度的进一步完善,对任何人不得强迫自证其罪的公开宣告,非法证据排除规则的正式确立等等,都是刑事司法现代化重要的标志性成果。回顾以往,倘若刑事诉讼法学研究缺乏理想,没有对于理想目标的追求,就很可能孤陋寡闻、夜郎自大、固步自封,将刑事诉讼法学的研究囿于对既有法律与实践的阐释论证,改革的研究就不会充满激情,就不可能大胆提出具有现代化意义的改革构想。如果缺乏刑事司法现代化的理想,刑事诉讼法学研究面对三大冲突,就不会坚持将提高人权保障水平、提高程序公正水平作为刑法修改的主要目标,就不可能大胆地为诉讼参与人争取权利和权利的保障。由此可见,刑事诉讼法学研究的理想,成为推动刑事司法现代化进程的重要动力,在刑事司法现代化过程中起着重要的作用。

固然,刑事司法现代化的理想对于推进刑事司法现代化的进程具有极为重要的意义,但是,仅有理想只能带来刑事诉讼法学研究的热情、冲动甚至狂热,不可能对刑事司法现代化产生实际的推动作用。刑事诉讼法学研究还需要理性,因为刑事诉讼法学研究是一项科学研究,科学任何

时候都需要秉持理性的态度。理性是一种能力，但对于刑事诉讼法学的研究来说，又是应有的一种品格、一种态度。

理性在刑事诉讼法学研究中首先表现为对于国情和当下实践的尊重。一味从理想出发，从既有的原则出发，不顾中国特有的国情，试图通过激进的改革，修改出一部完美无缺的达到刑事司法现代化最先进水平的刑事诉讼法典，构建出一个尽如人意的刑事司法制度，这是一种非理性的态度，是一种法学研究的乌托邦。在刑事诉讼法修改中，许多学者进入刑事司法过程进行实地考察调研，倾听第一线政法干警的体会和呼声，与地方司法机关一起实施了一系列刑事司法改革的实验项目，从事艰苦的实证研究工作，这一切都充分体现了刑事诉讼法学研究中的理性态度。

刑事诉讼法学研究的理性又表现为对于各种相互冲突的价值、利益的兼顾，而不是偏激地强调一端而轻率地否定另一端。刑事诉讼法要兼顾保障人权与打击犯罪的双重价值，要兼顾公民权利与国家权力两种利益，要兼顾刑事司法的国际准则与中国现实国情两种因素。面对如此之多而又难以解决的冲突问题，理性的刑事诉讼法学研究必须审慎权衡，寻求平衡。

刑事诉讼法学研究的理性还表现为对于研究本身的自省。刑事诉讼法学研究者并非先知圣人，其研究过程受到多种主客观因素的制约，研究的过程与结果难免发生谬误而不自知。而且，真理是被逐步认识的，寻求真理的过程也是一个不断纠正错误的过程。因此，作为研究者个体和整个刑事诉讼法学界，都要时时自省，经常检讨自己。在学术研究领域无论地位高低，影响大小，都应服从真理，随时纠正偏识，勇于放弃自己的错误观点。学术界曾经认为刑事证据具有阶级性的属性，也曾经认为刑事诉讼中的公、检、法三机关就是生产线上的三个车间，是一种流水作业式的合作关系，还曾经认为刑事诉讼所要坚持的人权保障理念就是或者仅仅是通过采取强制措施、打击犯罪，保障广大人民群众的人权。但随着研究的深化，学界自我检讨，逐步意识到了这些认识的错误或者偏狭，并且果断地放弃了这些过时的见解。

刑事诉讼事关公民利益、社会利益、国家利益，其政治性不可否认，但刑事诉讼法学研究必须永远坚持理性的精神和态度，不可情绪化、意识形态化。正因为坚持理性的态度进行研究，我国的刑事诉讼法学研究受到了实践的高度尊重，刑事诉讼法两次成功的修改都大量吸收了刑事诉讼法学的研究成果。实践证明，只有理性的研究，才能真正得到刑事司法现代化实践的尊重。

刑事诉讼法学研究除了需要理想、需要理性，也需要执着。对于刑事诉讼法学研究而言，所谓执着，就是在有关刑事司法制度改革与进步的问题上，在各种价值和利益的冲突面前，敢于坚持真理，坚守自己的信仰，坚持自己的立场；对于自己追求的刑事司法现代化目标孜孜以求，不舍不弃。

作为探索真理、服务实践的学术研究，本来只要贯彻学术自由、百家争鸣的方针就足矣，所谓执着，充其量是指作为学者的个体的意志品质而已，无关整个刑事诉讼法学研究。况且，学术领域里对于真理的执着追求比比皆是，非刑事诉讼法学领域的独有现象。然而，不同的是，刑事诉讼法学是一门应用法学，学者们所进行的应用性研究经常会触动司法体制、机制或者权力部门的敏感神经，经常会使人们已经习以为常的政策、原则乃至潜规则受到质疑和挑战；作为应用性法学研究，出于学者的正义感、使命感、责任感，有些研究还不得不闯入在当时可能被认为是“禁区”的领域。这样，有些研究和见解就可能不被官方理解和支持，有些真知灼见就可能受到实践部门的批评和反对；有些时候学者们的研究发现了真理，形成了共识，而且这种真理有着重要的应用价值，但立法机关或者司法机关仍可能反应冷淡，不感兴趣。面对这样的情势，整个刑事诉讼法学界就需要一种执着的品格，一种坚韧不拔的品格，不因“禁区”而不研究，不因不受重视而放弃，不因遇到阻力而退却。事实上，正是这种执着，刑事诉讼法学研究为中国刑事司法现代化做出了难能可贵的贡献。学界执着坚持废除收容审查制度、免于起诉制度，1996年刑事

诉讼法修改时这两项制度被废除；学界执意闯入冤假错案这个研究“禁区”，揭示刑事错案问题，实践部门从忌讳到承认，现在从上到下都建立了刑事错案的防范机制。这次刑事诉讼法的再修改过程中，又是学界的执着，“尊重和保障人权”、“不得强迫任何人证实自己有罪”终被写入法典，以公诉机关承担举证责任为特征、以排除程序为保障的非法证据规则终于正式确立，已经在“两高三部”《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第1条中被省略、而且在全国人大常委会公布的刑事诉讼法修正案草案第一稿中仍被删除的“威胁、引诱、欺骗”三种严重的非法取证形式最终又在新刑事诉讼法中得到恢复。可以肯定，如果没有刑事诉讼法学研究的执着，此次刑事诉讼法的修改不可能有今天这么多闪光点。刑事诉讼法学研究的实践再一次告诉我们，中国刑事司法现代化的进步不能缺少刑事诉讼法学研究的这样一种执着。

当然，刑事诉讼法学研究的执着应当是理性的执着，而不是简单粗暴的狂妄自大与固执己见。它的执着始终应当恪守正义原则，维护人民利益，保护弱者利益；它的执着应当是在审慎对待刑事司法现代化进程中的各种矛盾和冲突后提出并坚持的理性主张；它的执着应当是时时不忘中国国情的实事求是精神；它的执着还应当是体现科学智慧的理性力量。

刑事诉讼法学研究方法之反思

孙长永（西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心教授）

就我国目前的情况而言，法学研究常用的方法有规范分析、比较研究和实证研究三种，这三种方法在刑事诉讼法学研究中也得到普遍使用，并且对于法学界创新法学理论、推动司法进步、培养专门人才、参与国际交流等起到了积极作用，但也存在不少问题，值得认真反思，积极改进。要在刑诉法学研究方面推陈出新，必须在研究方法的选择和运用上下足功夫。

规范分析是一种传统的法学研究方法，主要意图是通过在法律规范的文理解释和价值分析，对照立法背景、司法环境，结合法律规范的性质、层级以及与相关规范之间的关系，分析法律规范显在的或者潜在的含义以及相应的法律效果。运用这种方法，可以分析法律规范的质量和数量是否适应社会的需求，以推进立法的不断完善；可以对法律规范的含义作出逻辑上自洽的解释，以指导司法实践；可以对相关的法律条款进行系统阐释，满足本、专科法学教育的基本需要，培养法律职业人才。改革开放以来所有的本、专科法学教材基本上都是采用规范分析法形成的作品，目前在职的法学教学和科研人员也都是这种方法的受益者。但就当今中国的刑诉法学研究而言，规范分析法的运用存在以下问题：

第一，学理解释与司法实践之间脱节现象严重。从法学教育方面看，刑诉法学教材一般只对现有法律规定和主要司法解释进行静态解释和分析，很少包含刑诉法实施方面的权威信息；加之教学管理、教师个人水平等方面的原因，刑诉法课堂教学很少提供关于刑事诉讼实务的有效知识，以至于培养的法科毕业生难以适应司法实践需要。在学术研究活动中，学者们往往批评司法人员有法不依，甚至知法违法，以“潜规则”规避正式法律，以部门规章或者内部规定代替法律；而司法人员则指责学者们不了解司法实际，所提出的理论观点过于理想化，不能解决司法实践中存在的真正问题。尽管有部分学者基于出身或者研究兴趣方面的原因，比较注重“理论联系实际”，以较多的精力为司法实践“答疑解惑”，并由此形成较为系统的学术观点（如龙宗智教授的“相对合理主义”等），但总体上看，刑诉法研究人员与司法人员所使用的话语系统完全不同，仿佛生活在“两个世界”，以至于学者们对于部分法律规范的解释和分析变成了一种纯粹的“学术游戏”，而司法实践中则出现比较普遍的“程序失灵”现象。出现这一问题的重要原因在于，

规范分析法的运用需要以有效的立法解释和动态的司法解释为基础,对法律规范的分析既要立足于立法原意,又要服务于并且受制于司法实践,而我国在刑诉法方面很少有严格意义上的立法解释,司法解释也以抽象的、静态的、综合性的规范性文件解释为主,缺乏判例制度,也没有典型案件的汇编。最高人民法院和最高人民检察院不久前建立了案例指导制度,但从已经发布的指导案例来看,尚无一起在刑诉法的解释和适用方面有指导意义的案例。不研究检察官、法官和律师在有代表性的个案中是如何分析和解释法律规范的,就不可能建立起符合司法实践需要的规范法学。

第二,宪法规范对刑事诉讼立法尤其是司法实践的实质性约束力在规范分析中不受重视。学者们在研究具体刑事诉讼制度、评价公安司法机关的具体诉讼行为时,很少从宪法角度进行分析。近年来,不少学者借西方学者之口称刑诉法为“小宪法”或者“应用宪法”,但在我国,这实际上不过是毫无现实依据和法理基础的学术赘语。因为虽然宪法上的“尊重和保障人权”原则在2012年被写入刑诉法第2条,并在具体诉讼制度的设计中得到一定程度的体现,但在司法实践中,如果宪法所确认的公民基本权利受到侵犯,在刑事诉讼领域内是很难获得有效救济的。不仅当事人不能援引宪法的权利保障条款作为提出上诉、申诉或异议的依据,法院(包括最高人民法院)也不会把宪法作为裁判刑事案件的法律依据。换言之,宪法实际上并没有在刑事诉讼中得到“应用”。正因为如此,规范分析法的运用实际上被局限于“法律”的范围以内,很难在法学专业师生和法律职业人员中形成“宪法至上”的法治理念和系统的法律人思维。

第三,由于学科壁垒的存在以及法学教育方面的原因,程序法学者很少涉猎实体法,相应地,实体法学者也很少研究程序法。由此导致对一些同时在刑事实体法和刑事程序法领域具有重要意义的法律规范缺乏系统、深入的研究,特别是从程序法角度对一些刑法规定的研究尤其薄弱。例如,告诉才处理的案件是否只能是“自诉”?刑法没有规定“告诉才处理”的案件能否作为“自诉”案件?刑法中的追诉时效规范针对的是立案行为还是起诉行为?与英美法、大陆法的犯罪构成理论相比,我国的犯罪构成四要件学说对检察机关的证明责任有何影响?根据我国的犯罪构成理论,能否要求被告对正当化事由或免责事由承担一定的提供证据责任或者证明责任?在我国定罪程序与量刑程序合二为一的审判模式中,对量刑的各种情节如何证明?等等。这些问题虽然在理论上和实践中都很重要,但目前的研究仍然相当薄弱。虽然早在十多年前,学界就有人主张“刑事法一体化”,但真正能够进行系统的“一体化研究”的学者极为少见。

第四,关注国家法律和中央司法机关司法解释等规范性文件者较多,关注以地方政法机关规范性文件为代表的“地方规则”者较少。然而,地方规则的形成、变化和发展最能准确地反映我国刑事司法过程的真实情况和典型特征。尤其是近些年的司法改革过程中,一些改革经验往往来自于地方的首创或探索。通过地方改革试点形成经验,经过推广运行后上升为国家层面的规范性文件或者正式法律,乃是我国转型时期法制发展的一个重要特征。2012年修改后的刑诉法所确立的非法证据排除规则、检察机关承担被告人有罪的举证责任、附条件不起诉、刑事和解、关键证人出庭作证、未成年人犯罪记录封存等制度,无一不是以地方试点经验为基础的。但到目前为止,学界仍然沉溺于“刑事法规范只能是国家法律”的幻觉之中,基于单一制国家体制而无视甚至反对地方刑事司法规则的现象,可以说普遍存在。

改革开放之后,比较研究在刑事诉讼法学研究方面得到了广泛的应用。目前两大法系代表性国家的刑事诉讼法基本上都有了中文译本,英、美、法、德、日、俄等国的权威刑事诉讼法教科书也被译成了中文,中外刑事诉讼法学领域的合作与交流不断扩大和深入,这对于研究人员和司法人员开拓视野、更新观念起到了非常积极的作用。鉴于我国现阶段社会和法制的过渡性、转型期特征,在未来相当长的时间内,比较研究将会继续是我国刑事诉讼法学研究的基本方法之一。

从近些年的研究情况看，比较研究方面也存在一些不足之处：

第一，一些比较研究存在明显的机械照搬或者简单比较现象，缺乏深度的背景分析，以至于研究结论显得武断。如关于羁押与保释的问题，《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款规定：“等候审判的人受监禁不应作为一般规则，但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判，并在必要时报到听候执行判决。”联合国人权事务委员会也明确指出：“审前羁押应是一种例外，并尽可能的短暂。”在两大法系的代表性国家，审前羁押率一般都符合上述国际准则的要求。据此，国内有学者认为，我国应当引进保释制度，把居高不下的审前羁押率降下来，让审前羁押也成为一种例外。这种意见在司法观念方面固然有积极引导的作用，但其研究方法却是典型的机械照搬或者简单比较。因为我国审前羁押率较高固然有不合理的一面，可以通过加强人权保障意识、进一步贯彻宽严相济刑事政策等方法逐步降低，但考虑到我国法律上的“犯罪”是一个兼有定性和定量成分的概念、转型时期重刑适用率较高、侦查和审判严重依赖口供的局面短时间内难以根本改变等特殊背景条件，要想把我国的审前羁押变成一种“例外”，在相当长时间内几无可能。同时，西方国家的保释与我国的取保候审在性质、法理基础、适用条件等方面也存在明显区别，我国不太可能按照保释制度的精神改造取保候审制度。

第二，教学科研机构的部分研究人员与实务部门的部分研究人员分别存在着截然相反的两种倾向：前者带有法治浪漫主义的情怀，用全世界最先进的制度作为中国刑事司法改革的参照物，因而研究结论难以得到立法或司法部门的认可；而后者则带有法治保守主义的色彩，在研究过程中，不是从法治发展和刑事诉讼的规律出发，而是从事先设定的条条框框出发，以中国国情特殊为由，拒绝接受国际准则。例如，关于侦查讯问时的律师在场权问题，不少学者从控制刑讯逼供、保障犯罪嫌疑人合法权益的现实需要出发，主张在我国确立律师在场权，并且以“多数国家”都已经确认这一权利为由相佐证。这种观点多少就有一点浪漫主义的倾向，因为即使在经济、社会、法治等远远比我国发达的国家，如法国、德国、日本等，也没有确认侦查讯问时的律师在场权，国际准则也没有明确要求侦查讯问时必须允许律师在场。在我国现阶段，犯罪嫌疑人、被告人基本上被当作诉讼客体对待，而且律师辩护的环境也受到多种条件的限制，在这种情况下，一个自身难保的辩护律师即使被允许于侦讯时在场，他也无力保护“应当如实回答”侦查人员提问的犯罪嫌疑人。再比如，关于检察院的审查批捕权问题，《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款明确规定：“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或被释放。”这里所谓“其他经法律授权行使司法权力的官员”指什么样的官员？检察机关有的研究人员认为，我国检察机关是司法机关，而且由宪法授权行使批捕权，由检察机关行使批捕权符合公约规定的“其他经法律授权行使司法权力的官员”的要求。但是，这种说法难免有出于部门利益而“自言自语”之嫌。因为公约规定中的相关术语或概念的含义具有自主性，并不取决于国内法律的规定或者主权国家的解释。事实上，早在1996年举行的第56次会议上，联合国人权事务委员会就“Vladimir Kulomin诉匈牙利”案（No. 521/1992）发表的意见中就已经指出，“作为司法权力适当行使的内在要求，司法权力应当由独立的、客观的和对所处理的问题不偏不倚的机关行使”；在本案中批准羁押和决定延长羁押期限的检察官不具备制度上的独立性和必要的中立性，因而不属于公约第9条第3款所规定的“授权行使司法权力的官员”。联合国经社理事会“关于任意羁押的专家工作组”经1997年和2004年两次实地考察后，已经对我国检察院批准逮捕的做法提出了批评，认为我国检察机关作为“刑事诉讼的一方当事人”，“缺乏关于逮捕事项做出决定所必要的中立性”，并建议赋予被授权做出逮捕决定的检察官必要的独立性，以便符合“法律授权行使司法权力的官员”的标准，或者将批准逮捕权由检察院转交法院行使。可见，以中国国情特殊为由拒绝

国际准则的做法，不仅在理论上缺乏应有说服力，也不可能得到有关国际机构的认可。

第三，对英美法相对研究得多一些，而对大陆法研究得相对少一些，真正能够贯通两大法系的比较研究成果或者专门研究一个国家的刑事诉讼制度的高质量成果很少。例如，意大利 1988 年刑事诉讼法是经过三十余年的调查研究之后制定的，生效之后又进行过多次修正；其中关于立法的价值取向在最高法院与宪法法院之间发生过多次交锋，以至于最后不得不通过修改宪法的办法来解决刑事诉讼中的正当程序问题。这对处于转型时期的中国来说无疑具有重大的借鉴意义，但迄今为止关于意大利刑事诉讼制度，国内只翻译出版了《意大利刑事诉讼法典》，没有一部有代表性的教科书或专著的译本，国内真正能够熟练运用意大利语进行研究的人很少。在这方面，刑事诉讼法学界不仅远远落后于我国台湾学界的同行，也落后于民商法学、刑法学方面的比较研究，需要奋起直追。

在刑事诉讼法学研究方面，实证研究主要是近些年才兴起的一种方法。到目前，一些学者运用问卷、访谈、观察、案例分析、实验（试点项目）等方法，对沉默权、证人出庭、讯问时的录音录像、法律援助、量刑程序和量刑建议、错案原因、未成年人刑事案件的社会调查、取保候审、非法证据排除等问题，进行了深入的研究，取得了一些重要的研究成果，引起学术界和法律实务界的高度关注，对司法改革以及刑诉法的修改起了积极的推动作用。从发展趋势看，实证研究将会成为我国刑事诉讼法学乃至整个法学研究的一种主要方法。然而，就目前已经进行的研究来看，这种研究还存在一些局限或者不足，主要表现在：

第一，司法统计的很多内容不公开甚至是绝密，还有一些与刑事诉讼有关的数据没有纳入统计范围；加上刑事司法的公信力不高，有关机关或部门对实证调研高度警惕，研究人员对相关信息的收集非常艰难，导致现有的实证研究基础数据严重不足，涉及面相对有限。例如，公开的司法统计中有每年被批准或决定逮捕的人数，但没有被留置盘问、拘传、刑事拘留等的人数。但是，恰恰是这些数据最能真实地反映我国侦查阶段对公民人身自由的保障情况，因为最终被批准或决定逮捕的人只是被拘留人中的一部分。离开对侦查阶段不同强制措施适用率的统计分析，很难对“公民的人身自由不受侵犯”的宪法保障作出准确的评价。

第二，刑诉法学者受到实证研究方法系统训练的很少，对实证方法的运用尚处于起步阶段，在诸如样本的选择、SPSS 等软件的使用、实证分析过程的科学性、实证调研结果的可验证性等方面，都还存在一些不足之处。有的学者在“实证研究”报告中，既不说明研究资料的来源，也不介绍具体的研究过程和分析依据，而仅仅介绍自己的研究结论，其科学性值得怀疑。一些通过试点项目进行的实证研究，在项目的选择上具有一定的偶然性，试点时间一般不超过一年，而且缺乏可持续性，因而其研究成果的科学性尚缺乏足够的说服力。

第三，严谨的实证研究对立法和司法改革决策的合理支撑作用不够明显。目前的实证研究，不仅学者在做，立法部门和公安司法机关也在做。但是，立法部门和公安司法机关的实证研究成果往往不公开，一些数据的收集程序是否科学、分析论证是否严谨，无法验证；学者们的实证研究也由于主客观多方面的原因，少有真正严谨的、创造性的成果，以至于一些立法和司法改革决策难免显得依据不足。如 2012 年修改后的刑诉法对一、二审法院的审判期限做了重大修改，甚至授权最高人民法院无限期地延长审判期限。这样的规定究竟有多少实证研究成果作为基础，尚未看到公开的说明。再如，修改后的刑诉法将公诉案件的起诉方式由 1996 年创造的“复印件主义”改回到“全案移送主义”，有关立法说明对此未作任何解释。而在 1996 年修改法律时试图通过废止“全案移送主义”，预防先定后审、先判后审的普遍做法，可以说是学术界与实务界及立法部门的共识。为什么重新回到 1996 年以前？尚未看到相关的实证研究成果予以说明。

需要指出的是，反思刑事诉讼法学研究的方法问题，绝不是为了否定这些年刑诉法学界为刑

事诉讼制度的改革和完善做出的贡献,也不是为了批评那些在研究方法上存在明显不足的学者个人,而是为了更新和改进研究方法,推动学界真正运用社会科学的研究方法来研究刑事诉讼问题。根据我国现阶段的研究条件和法治特点,规范分析、比较研究和实证研究都需要进一步加强,尚不存在哪一种研究方法被“过度强调”或依赖的问题。但是,三种研究方法都需要进一步加强。规范分析需要在不同层级的规范之间打开通道,在正当程序理念指导下,建立以宪法规范为中心、以法律规范为主体、以司法解释和地方规则为补充、以个案裁判为基础的动态分析系统;比较研究需要进一步消除中西文化冲突或意识形态方面的阴影,全面开放中外对话与交流的领域,在充分尊重国际准则与中国国情的前提下,积极探索加强我国刑事司法领域人权保障以及中外刑事司法合作的重大问题;实证研究则需要在充分吸取经济学、社会学等社会科学研究方法的基础上,针对我国刑事诉讼立法、司法实践中存在的问题,合理地运用多种实证方法进行更加严谨、科学的研究,推出在选题、方法上都具有国际可比性的实证研究成果。此外,刑诉法学还应当注意及时地吸收宪法学、刑法学、国际法学等相关学科的研究成果,鼓励跨学科合作研究。只有通过更加系统的规范分析、更加扎实的实证研究和更加开放的比较研究,才能构建更加理性、更加务实、更加开放的刑诉法学,提高刑事诉讼法学研究的整体水平。

从刑诉法修改看刑诉法学研究方法的转型

陈卫东(中国人民大学法学院教授)

2012年的刑事诉讼法修改,大幅度推进了我国刑事诉讼制度的发展与完善。在参与刑事诉讼法修改的过程中,笔者深深地感受到现有研究方法上存在的诸多问题直接阻碍或者限制了学术界与立法机关、实务部门之间的对话,学术界的话语逻辑与立法机关、实务部门的思维路径存在不少的抵牾或者隔阂。推进中国刑事诉讼法治的持续进步,需要学术界与立法者、实务界富有成效的对话。其中对于刑事诉讼法学界而言,在坚持学术底线、学术研究自足的前提下,有必要反思两个根本性问题:刑事诉讼法学已有的研究方法是否足以产出推进、引领中国刑事诉讼法治前行的优秀成果?何种话语论证进路能够获得公众与决策者的认同进而对解决中国的问题、推进实践的进步产生实质性的影响?

中国刑事诉讼法学研究的发展既要有世界的眼光,更要关注中国的问题,从这个基本共识出发,比较法的研究方法与注释法学、规范法学的研究方法二者缺一不可。然而迄今为止,中国刑事诉讼法学的研究仍然表现出过度浓厚的比较法色彩,“言必提英美、欧陆”,研究任何一个问题首先关注国外的情况,而对相关中国问题的根源、症结与场境缺乏深入的观察与剖析。1996年以来的刑事诉讼法学研究过度强调比较法方法的应用,已经导致学术界的话语进路愈发偏离中国的问题,法学界与法律界的话语隔阂日益加深,在中国改革的关键机遇期,正在逐步丧失推动实践发展的一个个契机,这无疑是一种令人感到忧虑的倾向。造成上述问题的一个重要原因恰恰在于我们对一度令人乏味的注释法学或者规范法学过于忽视。事实上注释刑事诉讼法学、规范刑事诉讼法学的研究能够直接产出解决中国问题、推进中国法治进步的知识产品,是立法者撰写法律条文、执法者严格执法、司法者依法作出判决的直接根据,理应成为刑事诉讼法学者必须加以熟练掌握的基本方法。从这个角度来看,刑事诉讼法学界应当从我国刑法学、民法学两大学科的发展脉络中汲取成功的经验与思路。

从另一视角来看,处于建设法治国家起步阶段的中国,最为欠缺的莫过于对规则的严格遵照执行,只有规范法学而非比较法学才能够真正揭示出何为规则、规则应当如何执行。在法治的初

级阶段，我们更应当坚持形式法治，对实质法治的追求应当谨慎为之。尽管不同的研究方法并无优劣之分，但研究方法的选择应当因时作出，因应时代的需要，中国法治建设所处的特殊历史阶段强烈需要规范刑事诉讼法学的发生、发展。这一判断在此次刑事诉讼法修改过程中表现得异常突出：在立法讨论过程中绝大多数焦点问题所需要的阐释工具、说服工具主要来自于规范法学或者注释法学，相较而言，对比较法知识的依赖程度有限。比如保障人权的宪法规定入法的位置之争、第73条与第83条的解释、三类案件律师会见经许可、技侦条款的规范、卷宗移送方式重回1979年刑诉法、特别程序的具体设计等。上述问题在立法中的讨论，主要的方法是文义解释、体系解释等规范刑事诉讼法学的应用，比较刑事诉讼法学的相关内容至多只能作为旁证、印证资料，功用显然不如前者直接与突出。比较法学的特长在于发现问题，但真正解决问题主要还是需要依赖规范注释法学。

刑事诉讼法学界长期以来缺乏实证研究的传统与训练，偏好理论思辨、较少进行数据分析是多年来刑事诉讼法学研究中形成的一种定势。不过这一现状伴随着近十年来学界与国外同行在实证研究方法方面的交流有所改观，学术界的不少同仁开始探索在刑事诉讼法学研究中使用实证研究方法。实证研究方法是一整套具备严格规范性方法的研究手段，而这些方法的严格科学性遵循着其他学科先前探索过程中形成的规律。中国法学界虽然历来强调“调查研究”，但遗憾的是既有的研究方法忽视了对实证研究方法本身规范性、规律性内容的把握，很多调查研究的结论缺乏说服力，甚至产生了严重的误导作用。比如使用最为泛滥的问卷调查，很多研究者既不考虑样本的抽样方法、问卷设计问题的封闭性与客观性，也未对样本量、样本损耗进行预测，抑或忽视了问卷发放的具体方式对研究结论的影响，通常情况下在发放问卷前也没有进行访员培训。在如此状况下开展的问卷调查，由于方法的瑕疵将直接影响结论的客观性与科学性。

实证研究方法本身是一套由不同方法相互配合形成的系统，具体而言至少包括观察、调取司法统计数据、访谈（个别访谈与集体访谈）、问卷调查与实验等方法。不同的研究方法本无优劣之分，选取哪种研究方法完全取决于研究对象的情况、研究的成本等因素，鉴于各种研究方法自身的不足，一个基本的定律为如果研究条件允许，多种研究方法交叉适用、交叉检查是最佳的选择。

一个非常突出的现象是，刑事诉讼法学的同仁在探索实证研究方法使用的初期特别偏好实证方法中最为复杂的一种方法——实验研究。所谓实验研究，是指修正一个情境下的某种事物，然后将其结果与未做任何修正的情境下所得的结果作比较。实验方法的基本逻辑或者说运用原理在于通过横向或纵向比较来验证各类因果关系。实验法是实证研究方法中最为复杂也最为科学的一种。近年来，实验研究开始陆陆续续引入刑事司法改革过程中。理论界与实务界在探讨许多问题的过程中，已经不再止步于针对该问题的理论论争，而是进一步将相应的理论预设应用至小范围或者短时期的司法实践之中，通过实践效果的检验对相应的理论假设进行证伪或者进一步修正，从而为最终的改革方案上升为立法或者在更广阔的范围内推广相应的实践改革方案提供更为科学、更为精确的数据支持。

实验方法的复杂性对研究方法的运用、研究人员的能力（特别是团队研究）、研究的投入、样本总量、数量分析等方面提出了更高的要求。从研究计划的设计、试点配合单位的选取，再到数据跟踪收集与后期评估，实验研究的周期长、投入高，且实验期间不可控因素较多，达到最初研究目标的实验研究需要付出艰辛的努力方可得出真正科学意义上的发现。

实验研究得出的结论具有更强的说服力，但能否为决策者所接纳，还取决于决策者是否真正具有尊重科学、尊重知识的态度。一旦实证研究被误读或者被“狐假虎威”地利用时，其恶劣影响远远甚于纯粹的理论思辨。结合此次刑事诉讼法的修改，我们可以发现此次刑事诉讼法修改不同于第一次修改的一个突出特征就是，紧随中央司法改革的步伐，多数立法修改的主要变动来自

于由正在进行的司法改革所形成的实践升华。然而,问题恰恰在于对于各项司改任务的落实情况到底如何,缺乏严格实证研究方法支撑下的评估过程。未经实证研究方法的评估,未经足够大的样本量检验,仅凭一两个数字指标的变化、一两篇汇报材料,是难以对司法改革的效果做出全面、准确的评估结论的。立法从司法改革实践中汲取鲜活的经验是一条符合立法规律的道路,但此条大道上充当“金桥”的应当是严格遵循科学规则的实证研究方法及其获取的客观数据。没有充分、客观的数据支撑,改革的真实效果及其附随的立法方案很容易误入歧途。未经实证研究方法评估而获得的所谓“数据”甚至比没有数据为祸更甚,因为一旦一项立法主张套上“科学数据”的华丽外衣,纠偏相应立法主张的难度势必会不同程度地加大。

根据笔者的观察,在当下立法部门的思维逻辑中,考虑一项立法方案时,大致遵循如下次序:实践中的问题及已有对策及其实验效果和理论界的观点和主张,最后再参酌国际经验。笔者无意评判当下这种思维模式是否适当,但学术界需要从研究方法的角度来审视上述逻辑进路,发现现有研究方法的缺陷与完善途径。笔者认为,规范刑事诉讼法学特别是法解释学不应当被忽视,对于未来较长时期的刑事诉讼法学研究而言,特别需要进一步加强;同时实践导向的刑事立法与司法实践也呼唤着成熟的实证研究方法的扩大适用,在这方面学界同仁显然有更长的路要走。比较法学作为重要的辅助性研究手段,在上世纪90年代以来,对于促进刑事诉讼法学研究的国际化、拓宽研究的领域与思路发挥了重要的历史性作用,然而随着中国刑事诉讼法学研究的逐步推进,当中国刑事诉讼法学愈发承担起推动实践变革的重大使命时,对比较法学作用的评价应当逐步从盲从回归理性,比较研究的方法也应当进一步更新,由制度比较走向更为体系化的比较,籍由中国关注的问题出发,探寻一项外国法制度的生存环境与土壤,细致而非泛化地、具体而非一般地对关乎中国实践的问题、规则、制度展开研究。

实证方法对我国刑事诉讼法学研究之影响

宋英辉(北京师范大学刑事法律科学研究院教授)

在相当长的时期里,我国刑事诉讼法学研究主要依赖思辨方法。进入本世纪后,部分学者开始关注并尝试运用实证方法进行刑事诉讼法学研究,出版、发表了许多成果,使我国刑事诉讼法学研究方法更为多元化,对我国刑事诉讼法学研究产生了重大影响。

在我国,刑事诉讼法学研究运用实证方法起步较晚,在理论研究、立法及司法改革中的应用也受到一定程度的限制。在以往的刑事诉讼法学研究中,受制于诸多因素,我国学者多采用思辨、比较的方法,前者注重从概念、范畴、命题等出发对法律现象进行模式化的理论建构,后者注重通过比较发现各国法律制度的共性与个性以提供对策。总体上来说,思辨、比较的方法在对法律现象的定性分析上有其优势,并有助于理论体系的思索与构建。然而,思辨、比较的方法难以对刑事诉讼现象进行量化分析;通过比较不同法律制度之间的优劣而提出的改革方案,有时也会因为脱离现实社会的实际需求而欠缺可操作性。

我国刑事诉讼法学引入实证方法,与我国法学研究范式转型密切相关。有的学者将中国法学研究的发展概括为政治法学、诠释法学和社科法学三个阶段。从1978年起贯穿于整个80年代的是政治法学,基本问题是要把法学的一些有某种政治禁忌的题目从极“左”政治或僵化政治中解脱出来,使之能够成为一个公众的、学术的话题。从20世纪80年代中期开始贯穿于整个90年代的是诠释法学,学者们普遍认为法律是一个自给自足的学科,无需外部知识元素的摄入,追求独立的法律话语。直至20世纪90年代中期,中国法学进行了“法学研究范式转型”、“中国法学

向何处去”等法学方法论的反思与讨论，学者们不再满足于对法条、概念的解释，而是更加关注研究法律发展的具体环境中的诸多具体事实，探讨制定法在中国社会中实际运作的状况以及构成这些状况的诸多社会条件。至此，实证研究作为一种全新的研究方法开始进入法学研究领域。刑事诉讼法学作为重要的部门法学，也经历了这样的发展过程。

1996年修改之后的刑事诉讼法施行以来，对于实践中存在的问题，学者不再满足于通过注释法条或者制度比较来提出对策，而是开始通过调查（访谈、问卷等）、实验、文献分析等方式，通过数据量化分析，来发现现实中究竟发生了什么，是什么原因导致了法律条文与法律实践的脱节，寻找如何解决才更为有效的途径。进入本世纪以来，我国刑事诉讼法学运用实证方法研究的问题包括取保候审、讯问时律师在场、讯问过程录音录像、律师的作用、法律援助、刑事和解、未成年人刑事司法、非法证据排除、案卷制度、证人出庭、量刑程序、特困被害人救助、羁押场所巡视制度等，并发表、出版了许多成果。这些成果，有些运用了调查方法，有些运用了实验方法，有些运用了文献分析方法，推动了我国刑事诉讼法学研究方法的多元化。

不过，也应当看到，我国刑事诉讼法学界运用法律实证方法尚处于起步阶段，距离规范化的实证研究仍有一定差距。尽管在刑事司法改革方面实证研究的开展在逐步升温，相继出版了一系列的研究成果，为立法和司法改革提出了较为中肯和切实可行的建议，但总的来讲，思辨研究与对策研究仍是刑事诉讼法学的主要研究方法；即使已有的实证研究，也尚待规范化。同时，在刑事诉讼法学领域开展实证研究本身也存有一定难度和风险，尤其是经费保障不足和学术评价指标体系，严重制约了实证方法在刑事诉讼法学研究中的应用。我国刑事诉讼法学运用实证方法，尚面临许多困难与挑战。如何推进刑事诉讼法学研究中实证研究方法运用的科学化、规范化，是我国刑事诉讼法学界面临的一大课题。

实证方法的运用，不仅促进了我国刑事诉讼法学研究方法的多元化，还对刑事诉讼法学研究者群体及刑事诉讼法学研究的功能产生着深刻影响。

法律实证研究既以收集数据为基本框架，又重视对各种法律信息的性质判断，具体方法包括调查、观察、文献分析、实验等。这些方法在刑事诉讼法学研究中予以运用，其对象是具体的案件和程序的运行及其环境状况，是以人或者人的活动为中心而展开的。对于刑事诉讼法学研究者来说，这些研究方法与之前的以思辨为主的研究方法截然不同，它对研究者的行为方式、研究者与研究对象的关系、研究成果的预期性、学术伦理等都会产生重大影响。

首先，实证方法会促使研究者从书斋中走出来，面对活生生的现实，面对实实在在的刑事诉讼实务，使其研究行为具有亲历性或经验性。因为调查、观察、实验、文献分析等都要求研究者基于自己或他人的感知、认识、经验进行研究。这种亲历性或经验性，会使研究者的研究模式由“我认为”转变为“我发现”；同时，研究者会在此摆脱传统与权威的束缚，他们会发现这里不需要旁征博引，也不需要引用权威的观点来论证自己见解的正确性或者为自己的观点增加分量。其次，实证研究方法还会在一定程度上改变以往研究者单兵作战的研究模式。实证研究通常具有参与人员的广泛性或多元性，以及参与人员之间互动性的特征。对于研究者来说，没有其他人员的参与，单个研究者往往难以完成项目研究，尤其是调查、观察、实验等方法，就更是如此。这种参与人员的广泛性，或者表现为研究人员本身广泛或多元，或者表现为其他参与人员广泛或多元（如被调查或被观察的对象、参与实验的其他人员等），或两者兼而有之。在研究者之间、研究者与相关机构之间、研究者与被调查或被观察对象之间、甚至被调查或被观察对象相互之间等，都存在各种互动关系。再次，与先确定论点并论证其成立的研究不同，由于实证研究结论是在调查、观察、分析或实验之后才能得出的，所以，在进行调查、观察、分析或实验之前，对于研究可能得出何种结论，只能是一种可能性假设。调查、观察、分析、实验的结果，可能与之前的假

设一致或基本吻合,可能与假设部分吻合,也可能与假设结论完全不同。这就要求研究者具有接受各种结果的承受力,并且应当以客观的立场对待研究结论,尊重研究结论。最后,与思辨研究相比,刑事诉讼法学研究中实证研究的特殊性就在于它主要是直接以活生生的“人”为研究对象,并且是以“客观事实”为依据;在刑事司法领域,实证研究的被研究者往往是处于弱势地位的刑事被害人、犯罪嫌疑人、被告人或者服刑人员,他们的知情权、隐私权等更容易受到实证研究的侵害,甚至还会造成司法不公。因此,对于研究者来说,除了一般性学术规范外,还需要遵守相关伦理规范,明确尊重、保护、公正、客观、全面等实证研究伦理的基本原则。

对于刑事诉讼法学研究功能的发挥而言,运用实证研究方法具有独特的优势。总体上讲,运用实证研究方法,可以使刑事诉讼法学研究在法律改革和理论研究中发现问题、解决问题、验证方案可行性等方面,发挥单纯思辨方法难以发挥的作用。

从广义上讲,法律改革包括政策的制定与调整、法律的立废与修改、法律适用机制与方式的改进等。实证方法在刑事诉讼法学研究中的运用,首先可以在定性和定量方面把握刑事政策、法律适用及某一机制或方式运作的状况。某项政策、法律执行情况如何,某一机制或工作方式的效果如何,仅凭想象或推测是不能作出准确判断的。准确了解某项政策、法律的执行情况,客观判断某一机制或工作方式的运行状况,只有通过调查、观察、分析有关文献等方法才能实现。例如,要了解法院变更指控罪名的比例、各种罪名被变更的概率、变更结果、变更程度、变更条文跨度、变更原因、变更前后涉及条文之间的关系、不同诉讼主体在变更罪名中的作用、不同地区变更的情况等,就需要进行广泛调查或进行有关文献分析。其次,实证方法的运用,可以明确刑事诉讼法律改革及司法工作机制或方式改进的重点。准确了解某项政策、法律的执行情况,客观判断某一工作机制或方式的运行状况,可以发现现实存在的问题,明确需要重点解决问题的关键。例如,若一项调查发现警察在收集证据方面“没有及时取证,导致事后无法补充”,“讯问、询问含糊,缺乏对关键性问题详细讯问、询问,如物品特征的具体描述等”,“辨认缺乏见证人签字”等问题突出,则可以针对这些问题采取对策,改进警察收集证据的程序和方式。再次,实证方法的运用,可以使刑事诉讼法学研究预测规范、方案的可行性和有效性。例如,通过问卷,可以了解人们对一项特定规范的认可度。如果认可度高,那么,就可以预测,在其他条件相同的情况下,该项规范可行性就大。此外,它还可以检验规范、方案的实效性,并为调整规范、方案提供依据。实证方法可以检验一项规范、方案的实际效果,可以为完善规范、方案提供对策。其中,实验是检验规范、方案实际效果的最有效手段,也是直接为规范、方案提供完善依据的最有效途径。最后,实证方法的运用,可以使刑事诉讼法学研究在减少刑事司法改革方案实施的盲目性并避免或降低由此带来的风险方面发挥应有作用。刑事司法改革涉及的问题重大,加之由于现实情况复杂,案件千差万别,即使是在理论上看来设计十分完美的改革方案,在实施中也会或多或少遇到未曾预料到的问题,由此带来这样或那样的风险。一方面,经过实证研究验证的具有可行性的刑事司法改革方案的实施,比起没有经过验证的改革方案,大大减少了其盲目性;另一方面,法律实证研究是在可以控制的范围内进行的,即使刑事司法改革方案可能带来某种风险,在验证阶段也是可以控制的。而经过验证的改革方案,比起未经任何验证的改革方案,其发生风险的可能性要小得多。

刑事诉讼法学研究对象的复杂性,决定了需要多元化的研究方法。在刑事诉讼法学研究中,思辨方法与实证方法是两种最主要的研究方法,各有优势与局限性。由于刑事诉讼法学研究所涉及的问题有别,研究的具体对象有差异,面临的具体任务不同,研究目的也有区别,因此,应当根据研究问题、解决问题的现实需要来选择适当的研究方法。从这个意义上讲,思辨方法与实证方法并无优劣之分。不同的研究方法,只要运用得好,就是解决问题的有效工具。在刑事诉讼法

学研究中，应当鼓励方法的多元性，实现不同方法的优势互补。

在将实证方法引入刑事诉讼法学研究的过程中，实验方法能否适用于刑事司法改革方案的验证，一直受到质疑。其理由主要是，社会科学研究与自然科学研究不同，在自然科学研究的实验中，实验的条件是可控的，一项实验的结果，在其他时空，只要条件相同仍是有效的；而社会科学则不同，一项社会科学研究的实验所需要的各种条件和所处的环境是不可复制的，在一个地方证明有效的方案，并不能证明它可以适用于其他地方。应当说，这种质疑并非没有道理。但是，也必须看到，一方面，刑事诉讼法学研究作为社会科学研究中的一个特殊领域有其特殊性。刑事诉讼法学研究中的实验方案运行的条件和环境，不像自然科学研究中实验方案的运行那样严格，只要具备其运行的基本条件和环境即可，并不需要完全复制实验地区的条件和环境。另一方面，为了增强经过实验方法验证有效的方案的可推广性，可以通过确定具有代表性的试点地区和扩大试点地区数量的方式避免实验研究的局限。此外，也必须看到，法学研究尤其是作为规范法学研究的刑事诉讼法学研究与社会学研究之间存在某些区别。法律规范的是人的行为，法律具有规范性和导向性，其实施会在相当程度上促使环境和条件的改变，刑事诉讼法律规范也是如此。因此，通过设置相应的规范，也会为外部条件的改变创制条件。

退一步讲，即使因为条件和环境的不可复制性而导致某一实验方案不具有推广价值，实验研究方法也是可以适用于刑事诉讼法学研究之中的。这是因为，尽管刑事司法改革确定的目标具有固定性，但由于实现刑事司法改革所追求的价值目标的手段与方式具有多样性和可选择性，因而，实验方案所确立的特定目标，在不同条件下也可以选择不同的方式来实现，不一定拘泥于某一实验方案。从这个角度讲，实验方法反而是刑事诉讼法学研究中不可或缺的研究方法，因为它可以明确地告诉我们，哪些实验方案是适用于哪些地方的，哪些在这里行不通而在另外一些地方是有效的。

实践法学：中国刑事诉讼法学研究的新方向

左卫民（四川大学法学院教授）

在构建法治中国的历史进程中，面对当下的现实语境和未来的客观需要，刑事诉讼的理论研究在范式上无疑需要一场大变革。未来的中国刑事诉讼法学研究应注重实践法学这一新面相，关注经验事实，运用科学的实证研究方法，尤其在数据材料收集全面、精确的条件下重视数理分析，从而打造迈向实践的刑事诉讼知识体系。

自一百五十余年前孔德开创社会学这一学科时起，社会学研究就贴上了实证主义的标签。孔德指出，社会学的实证研究也即科学的研究，人类研究各种现象、思考各种问题，都要靠精确的观察、假设、实验，需要有科学的根据。同时，或因其特有的数学修养，孔德对计量化尤为重视，认为可以从一门学科运用数学的程度衡量其科学性。无独有偶，另一位社会思想大师涂尔干也主张，社会科学的研究应该从具有客观性的社会事实（实践）出发，获得社会现象的种种经验材料、统计数据，进行理性解释，得出适合现实的结论。进入现当代以后，从经验事实出发，通过以观察、假设、实验为基础的定性、定量等科学方法来研究社会现象的模式，已成为社会科学研究的重要方法论传统。

毋庸置疑，社会学领域的洞见对政治学、心理学、经济学、历史学等学科的研究方法产生了深远影响。面对人文、社会科学研究方法的转型，一些法学研究者逐渐认识到，与其他社会事物一样，法律也可以进行科学的观察与研究。在这一认识的影响下，以价值分析、规范分析甚至哲理分析为主的传统法学研究也在悄然转型，细致关注经验事实成为重要追求，不仅访谈、参与式

观察、历史文献分析等定性实证方法得到重视,而且数理统计、因果分析、相关与回归分析等更具“科学性”的定量实证方法也受到关注。事实上,美国法学家霍姆斯早在19世纪末20世纪初就预测,法律研究的未来会属于经济学家和统计学工作者,而不属于只关注“白纸黑字”的法学研究。在当下,以关注经验事实、采用数理方法为特征的学术研究如波斯纳的某些作品已成为西方法学研究的亮丽风景。

就中国而言,类似方法尚未引起法学研究者的足够重视。以刑事诉讼法学为例,晚近以来的刑诉法学研究其实一直被“比较法学”和“新意识形态法学”这两种既有所区别又相互关联的理论范式/方法论所宰制。由于缺乏对实践的关注,且不注重研究方法的创新,其表现出主观色彩与价值偏向浓厚、客观性微弱等特征。换言之,其研究在某种程度上呈现出一种非实践性、非科学性样态。主要体现在:

首先,为数不少的研究基本不或较少关注实践,而多从抽象的价值层面出发分析、评判中国刑事诉讼立法与司法。相应地,其忽视在社会科学领域广泛运用的访谈、参与式观察等定性实证方法;同时,也轻视经济学、统计学等领域普遍运用的数理计算等定量实证方法。这些研究不注重收集经验材料、统计数据,不运用细致分析经验、数据的方式来研究现象、解释因果关系、揭示规律,而是诉诸某一意识形态,以某种一元价值为出发点进行研究,建构理论和制度。最终,也就不在客观实践基础上科学地生产刑事诉讼知识、构建理论体系与提出改革建言。

其次,部分以“实际导向”、“问题导向”自诩的研究所采用的实证方法存在严重问题。即他们对实证材料的获取多基于片面经验主义式的调查方法,而非运用严格、科学的方法收集经验材料和统计数据并凭此展开分析。从既有的一些成果来看,这种研究往往要么是基于有限个案进行实证分析,要么是基于座谈式的而非科学的深度访谈、主观判断而非客观的抽样调查获得感受与认识,从而展开研究。

再次,少数采用大范围实证调查的实证研究在方法运用上缺乏科学性与严谨性。目前,不少实证研究充斥着数据、图表,甚至不乏“看上去很美”的数理分析,但仔细辨别,其方法运用仍存在不少问题:一是问卷调查式的主观统计较多,以客观变量为基础的数理式相关分析过少;二是即便有基于抽样调查的统计分析,其中多数也是较为简单的描述分析而非多因素相互关系及其结果的科学解释,更缺乏系统的推断统计分析。

持平而论,价值取向的刑事诉讼法学研究具有一定作用,尤其是其力图批判、改造现实及憧憬、追求理想社会的努力,对中国刑事诉讼现代性的启蒙与现代刑事诉讼理念的传播具有不可估量的价值。在价值目标正当、可欲的情况下,他们的研究可能有道德上的正当性,其批判性与建构性也具有不可忽视的积极意义。但是,如果着眼于刑事诉讼法学学科本身的发展与中国刑事诉讼制度的完善,这种没有建立在实践基础上的规范研究、对策研究仍存在重大缺陷。

其一,刑事诉讼的理论研究难以推陈出新。研究刑事诉讼的运行机制,厘清并解释其中的相关性,在此基础上探索问题产生的根基所在,或揭示其中的机理,提出理论模型,这应当是刑事诉讼研究的应有之义。然而,冠之以社会科学的名目,刑事诉讼研究却未在其研究范式上充分体现出客观性、科学性特征,这无疑值得认真反思。非实践的刑事诉讼法学研究由于要么不关注实践,要么仅使用一种表浅的方式分析实践,因此很难有一种对问题的客观、科学把握,更难以从“量”和“度”的层面上精确把握变量与问题之间的关系并以此推出新的理论模型。以中国刑事辩护效果的形成机制为例,法理上、学理上一般认为,律师会见、举证、质证等是达致有效辩护效果的基本方式,然而,笔者通过档案统计、问卷、访谈等实证方法细致分析后却发现,从“量”和“度”的层面上来讲,为人们所忽视的研究、撰写、提出、表达律师辩护意见的方式对辩护效果的影响更具显著性。申言之,实证研究解释了这样一个实质:中国式的辩护效果是以中

国式的方式达致的。上升到理论层面，则可以建构起一种刑事辩护效果形成机制的新模型。显然，这是非实践性、非科学性的研究所难以完成的任务。同样，由于价值取向的刑事诉讼法学研究更多是以域外的传统理论研究为蓝本，而不关注或不认真关注并精确把握中国实践，其研究成果可能很难被实践所认同，最终导致构建的理论体系成为“想象的本邦”或无根之木、无源之水。

其二，刑事诉讼理论研究的成果难以给刑事诉讼制度的改革提供有益指导。由于一些研究对中国刑事诉讼的具体实践把握不够，或缺乏科学、严谨的统计、分析，由此生产出来的研究成果并不能对实践产生有效影响，更无法为刑事诉讼制度的有效变革提供足够的理论支持。以新刑法关于审判阶段法律援助范围的扩大为例，新刑法将适用范围扩大至“可能判处无期徒刑的被告人”以及“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人”，然而，笔者通过实证研究发现，这两类人群在实践中要么本身已经聘请律师或者司法机关已经给其指定律师，如前者；要么是为数甚少，如后者。最终因条文修改受益的被告人不足1%，为不到1%的量变而修法，其改革意义显然难以充分凸显。此外，值得注意的是，这些研究范式及具体成果，往往将域外法治国家的刑事诉讼理念与制度预设为具有普适性的命题，而忽视从中国本土实践出发，利用科学方法提出针对中国刑事诉讼实践的改革方案。

虽然实证研究方法并非完美无缺，在法治发达国家的主流学界也远非一统天下。但对于长期浸润于规范分析、价值分析的中国刑事诉讼法学研究者而言，这种实证研究范式无疑具有重要的方法论启示意义，应当引起我们的足够重视。鉴于刑事诉讼法学学科的属性，未来中国刑事诉讼法学的研究应该在坚持规范研究、价值分析的基础上，适度迈向实践法学，不仅要注重借鉴社会学传统的访谈、参与式观察等定性实证研究方法，更要注重借鉴最近几十年来在社会学、经济学、统计学等领域兴起和发展的数理分析等定量方法，进行更为科学、精致的研究。

首先，研究的对象转向客观实践。将中国的刑事诉讼实践，不管是立法实践还是司法实践作为关注的中心内容。这就要求刑事诉讼法学研究者不能坐而论道、闭门造车，仅凭个人的体验或某些片面的报道、座谈式短暂调查等来进行研究，而应更多地深入研究对象内部，通过访谈、参与观察、文献研究等方式获取第一手的且尽量排除虚假信息经验材料和统计数据，同时还应当重视研究对象分布的广泛性与多样性，全面获取有代表性的样本。

其次，重视包括数理分析、计量研究在内的更为科学的实证研究方法。一方面，以数理化、计算化的方式研究我们所关注的现象与其相关变量因素之间的关系，以此加深对刑事诉讼运行机制因果律的认识；另一方面，必须要将刑事诉讼实践中的问题以数据、量化的形式，或者以数理模型的形式加以呈现，以一种精密化的方式较为准确地把握刑事诉讼制度运行的问题所在。

再次，在关注实践、重视运用科学实证研究的基础上进行理论建构，提出改革建言。一是在刑事诉讼法学的现象解释研究中，必须要抽象于经验性的材料或计算化的数据、图表，完成从实践到理论的升华，最终建构起针对中国现实的刑事诉讼理论模型。二是在刑事诉讼制度改革的实证研究中，要善于运用科学的实证研究方法，将制度改革建基于详实、厚重、客观、科学的经验材料或统计数据上。这不仅包括对改革试点、试验的情况进行经验性实证分析，评价效果，也包括对预设的改革思路、方案进行预测性实证分析。

此外，还有一个与上述范式转型密切相关的重要问题值得一提。这就是司法机关的信息系统与案件信息系统的构建、公开问题。事实上，域外学界包括美国法学的一些研究客观性、科学性等较强，相当程度上得益于其开发了不少客观、丰富、公开的司法信息库，如美国国家科学基金会（NSF）等资助了不少课题。这些信息库为法学实证研究的开展提供了方便，促进了法学研究的科学化趋势。就我国而言，信息库的缺乏阻碍了刑事诉讼法学研究向科学化方向发展。当下不少刑事诉讼研究未收集充分、翔实的经验材料、统计数据并进行实证分析，一方面可能是由于研

研究者的学术追求不够,但另一方面更可能是由于信息收集的难度过高。这主要是指司法机构及其司法行为的封闭性、非公开性导致不少研究者很难有效获取相应信息。虽然由于司法信息化建设的加快,不少司法机关建立了网站系统,司法信息得到了较以前更大程度的公开,但不得不承认这种公开的程度仍显不够,司法机关更多是一种选择性公开,而且其更新速度过慢,甚至某些司法机关的网站长期不更新。最终,研究者要想获取更为精准的经验材料或实证数据,往往只能通过动用“权力资源”的方式来达致,而能够掌握并有效运用“权力资源”的研究者可能仍是少数。要解决上述问题,未来中国应当将建立客观、完善并公开的司法信息系统作为一个重要课题,在此基础上,刑事诉讼法学的科学、实证研究才能更为有效地进行,学术对话也才能更为繁荣。当然,学者根据学术的需要,也需投入资源收集、分析、构建信息库。

刑事诉讼法学研究中形式主义与实用主义的结合

叶肖华(浙江工商大学诉讼法学研究中心副教授)

法律制度的理论阐释可分为法律形式主义和法律实用主义两种路径。法律形式主义和法律实用主义具有理论功能的多重面相,既是回答“法律是什么”的本体论理论,也是规范“法律如何适用”的方法论理论。尽管从理论的统一性观之,二者都不是铁板一块,但内部各学派在核心观点上大体能够保持基本的一致。

法律形式主义者认为,法律是一种“内在的可理解的事业”,法律是一个具有逻辑自治性的规则系统,基于这种规则的完整体系,法官犹如一台自动售货机,只要根据先例或正义原则,总是可以给任何案件提供唯一正确的判决。法律实用主义是在反思和批判法律形式主义的僵化和导致法律脱离生活的基础上产生的,表征着一种植根于经验和事实之上的研究脉络。法律实用主义者不否认规则的作用,只是强调所有的法律都是服务于一定目标的工具或手段,应当侧重于考察行动中的法律,而非书本中的法律。

法律形式主义强调法条至上,法律适用就是一种简单的、机械式的工艺操作;法律实用主义强调法官的自主性,法律适用是一种具体情境下的能动过程。“法学的永久的重大任务就是要解决生活变动的要求和既定法律的字面意义之间的矛盾”,为此,研究者需要寻求在二者之间搭建有效沟通的桥梁,即进行充分的理论提升和诠释。如何实现这一点,关键在于结合形式主义与实用主义两种研究方法,使研究成果既能在实质内容上反映现实需要,又能在形式上符合法律的内在逻辑与规律。这不是有些学者所说的“对策法学”,而是法律制度完善的内在演化路径,是“理论来自实践,并反过来指导实践”在法学研究中的应用。

刑事诉讼法学研究也是如此,应当致力于通过理论上的提升和诠释来实现弥补法律规定不足与解决司法实践问题的双重目的。作为一门应用型的程序法,刑事诉讼法在根本上是一种实用性很强的法律,它强调法律条文在司法实践中应对不同情形时所具有的灵活性和可操作性。如果我们仔细考察程序法律规则的研究、立法和法律适用过程,就不难发现存在着形式主义进路和实用主义进路的影响和作用。比如,曾经引起理论界和实务界激辩的辩诉交易问题。法律形式主义者坚守客观真实,以事实为依据,以法律为准绳,排斥辩诉交易,这是基于刑事诉讼打击犯罪和刑罚公权不得处分原则而演绎出来的必然结论。然而,在2002年黑龙江省牡丹江铁路运输法院运用辩诉交易审判孟广虎案这一“中国辩诉交易第一案”以来,法律形式主义者虽然对这种直接移植英美辩诉交易的“改革试验”的合法性提出了一系列批评和非议,但因辩诉交易的协议令控辩双方互惠、被害方满意,又符合刑事诉讼的民主性及诉讼迅速及时原则的精神,法律形式主义的

坚守遂逐步退却，法律实用主义者的鼓吹逐步占据上风，各地司法实践中也随即兴起一阵“交易”之风。其实，对此问题的研究应当超越法律形式主义和法律实用主义的分野，将两者统合起来才有可能得出合理的解释。法律形式主义的达成，往往需要较为坚实和缜密的前提或者条件，即规定完善合理的法律；当条件不具备或者不成熟时，法律形式主义会相对虚化。而法律实用主义的强劲之处恰恰在于其务实的本质，即不受既有法律规定的限制，以解决实际问题为导向的思维。虽然法律实用主义在某种意义上具有些许非理性主义的色彩，但正是由于其存在即为合理的逻辑才使其具有旺盛的生命力，培育着相应的法律形式主义土壤。

法律实用主义催生法律形式的成功范例为刑事和解制度。法律形式主义奉罪刑法定原则和无罪推定原则为圭臬，认为刑事和解违反了罪刑法定、罪刑相当、无罪推定、程序正义等基本价值和原则。但是，我国司法实践中的刑事和解运动风起云涌，理论研究也不断深入，呈现出三种基本模式：加害方—被害方自行和解模式、公权力机关促和模式或司法调解模式以及人民调解委员会调解模式。这对无罪推定原则和以被告人—国家为中心的刑事司法理念提出了严重挑战，在法律形式主义者看来无疑是不合法律规定的异端，但仅此并不能扼杀实践中自生自发的刑事和解运动。刑事和解在我国具有丰厚的生长土壤。中国传统文化中的精髓——和合文化为其提供了思想渊源，历史悠久的调解制度为其提供了经验基础。刑事和解能使被害人无需通过复杂程序而尽快获得物质上的赔偿，也有利于犯罪人重新回归社会，还有利于减少司法机关的诉讼成本，因此有现实的利益基础。2012年刑事诉讼法修改从立法上将刑事和解作为一项法律制度明确规定下来，法律实用主义终成“正果”，同时这也契合了法律形式的要求。

“研究方法，就是主体在认识作为客体的客观世界和事物、揭示其本质并阐明其一般规律的实践活动中，所遵循或者应当遵循的一套原则、程序和技巧。”运用科学、规范的研究方法，可以使研究的论证过程趋于缜密和严谨，得出的研究结论也更具可信性和说服力。上述刑事和解制度的确立，从另一个角度来看，其实就是实证研究的结果。作为一种具体研究方法，实证研究既有形式主义的内容，也有实用主义的因素，可以说是形式主义与实用主义的一种结合。一方面，实证研究是一种试验性的研究，是一种很小范围的规则应用，因而是以尊重既有法律规定为前提条件的，而且也是依法律的内在规律与逻辑进行的，具有法律形式主义的内容；另一方面，实证研究是针对现实问题所进行的研究，所得出的研究成果并不与既有法律规定完全一致，具有法律实用主义的因素。因此可以说，如果在刑事诉讼法学研究中将法律形式主义与法律实用主义完美结合起来，实现途径就是转变传统的规范研究方法，使用实证研究方法。

随着我国社会的高速发展，面对我国特殊的刑事问题和刑事环境，在中国特色法治建设的立法原则指引下，国内学界现在也越来越多关注中国的问题，总结中国的经验，已有相当一部分学者试图超越以规范为中心的注释法学，借力实证研究，探寻具有现实针对性的程序规则。在立法层面，实证研究也产生了重要影响，对立法草稿进行说明、解释、评估，也逐渐以社会效果为主要标准。刑事诉讼法学研究应当更加关注本土问题，不能墨守抽象思辨，而这意味着一种研究方法上的转型。在刑事诉讼法学研究中，传统的归纳、演绎式逻辑进路，以及价值、比较的方法，对于解释和证明某一法律现象或者法律制度的正当性、因果关系及其发展变化等，都是有效的。但这里需要重点强调的是实证研究方法。如何在刑事诉讼研究中推行实证研究，关键在于刑事诉讼研究应当注意总结司法实践的有益经验，发现其中存在的问题，注重对本土实践经验的吸取和提炼。刑事诉讼法学的研究必须要有问题意识，唯有从经验事实中的问题出发，从中国本土的经验中总结、提升出中国的法律理论，才能有效回应转型社会的发展和需求。而如何找到这种问题，如何解决这些问题？对此我们不应在法律实用主义与法律形式主义争论之中各执一端，而应当通过法律实证研究，将两者有机地结合起来，取两者之长，避两者之短。

国际刑事司法准则研究及其评价

吴高庆(浙江工商大学诉讼法学研究中心教授)

我国对国际刑事司法准则的研究在上世纪末才开始兴起,虽然此前有一个研究的萌芽时期。该领域的研究经历了一个渐进的过程,这个过程大致可分为三个阶段:

第一个阶段(1978—1997)为国际刑事司法准则研究的萌芽期。虽然联合国自成立以来制定并通过了《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》等诸多法律文件,其中有不少涉及刑事司法的规定,但长期以来并没有引起我国学者的重视,甚至连“国际刑事司法准则”的概念尚未被提出。尽管如此,有少数学者还是对其中的个别问题进行了有益的探索。萌芽期的研究特点主要包括:其一,研究是零星的、分散的,尚没有一部系统研究国际公约中有关刑事司法规范的著作,只有少量论文开始援引国际公约的个别条款对相关的原则和问题进行研究。如有的学者在对司法独立原则、无罪推定原则的研究中引用了国际公约的有关条款。其二,对个别原则的研究也是探索性的,有持批判观点的,也有持谨慎肯定看法的,对有的问题还开展了激烈的争论。如上世纪80年代初期关于无罪推定原则的学术争鸣。其三,研究的方法比较简单,往往只是对论文援引的国际公约的个别条款进行简单说明,以此作为自己观点的论据,并没有对该条款或原则的语境进行深入的分析。

第二个阶段(1998—2002)为国际刑事司法准则研究的初兴期。1998年10月5日我国签署了《公民权利和政治权利国际公约》,由此带动了对于国际刑事司法准则的研究。1998年11月出版的陈光中先生等主编的《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》一书被认为是我国研究国际刑事司法准则的开山之作。该书界定了“国际刑事司法准则”的含义,归纳了国际刑事司法准则体系,介绍了国际刑事司法准则的发展历史,并对国际刑事司法准则的主要内容进行了比较系统深入的论述。此后,对国际刑事司法准则的研究逐渐成为一门“显学”。其特点主要包括:其一,发表的学术论文数量明显增多;其二,研究的内容侧重于人权保障;其三,大多采用比较法的研究方法,对我国刑事诉讼法律制度与国际准则进行比较分析,提出完善的对策建议。

第三个阶段(2003年至今)为国际刑事司法准则研究的发展期。我国于2003年9月加入了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》,该公约要求所有愿意遵守的国家在法律上采取协调措施,打击有组织犯罪集团与腐败行为、打击洗钱等非法活动、简化引渡程序、扩大引渡范围。2003年12月10日我国签署了《联合国反腐败公约》(2005年10月27日批准加入)。这是联合国历史上通过的第一个用于指导国际反腐败斗争的法律文件,对预防腐败、界定腐败犯罪、反腐败国际合作、非法资产追缴等问题进行了法律上的规范。这两个公约的批准或签署进一步掀起了研究国际刑事司法准则的热潮。其特点主要包括:其一,国际刑事司法准则研究的内容比较全面,不仅继续比较深入地研究人权保障方面的刑事司法准则,而且开始重视对惩治腐败犯罪和打击跨国有组织犯罪司法程序的研究;其二,研究成果尤其是惩治腐败犯罪和打击跨国有组织犯罪司法程序的研究成果数量较多;其三,研究的内容比较具体,除了宏观地对两个公约进行整体研究外,对惩治腐败犯罪和打击跨国有组织犯罪的具体制度和程序也进行了比较深入的研究。

诚然,我国对国际刑事司法准则的研究取得了长足的进步,其研究成果对于我国人权保障的加强、程序正义观念的确立、刑事诉讼立法的完善和刑事司法国际合作的开展都产生了积极而重大的影响。但站在法学研究转型的高度去审视、检讨,笔者认为,既往的国际刑事司法准则研究尚存在一些问题和不足:

一是研究的视角不够宏观,缺乏应有的高度。主要表现在:(1)国际刑事司法准则是一个庞大的体系,包括“国际人权宪章”中有关规定构成的关于刑事司法根本性准则的体系、由关于国际犯罪的联合国公约规定为主构成的国际刑法体系、关于囚犯待遇、非拘禁措施、刑罚和少年犯待遇的准则体系、关于执法、司法机关和官员以及律师守则的准则体系、关于受害人权利的准则体系、关于开展刑事司法国际合作以打击犯罪的准则体系等,而现有的研究只是涉及这个庞大体系的局部,甚至是其中很小的一部分,缺乏对整个体系进行宏观研究的成果。(2)国际刑事司法准则的内容既包括保障迅速有效地追究犯罪、惩罚犯罪,也包括保障司法公正、维护人权。我国学者在研究国际刑事司法准则时往往将“准则”中两方面的内容割裂开来,鲜见有将二者有机地结合起来进行研究的成果。

二是研究的内容比较粗放,缺乏应有的深度。我国研究国际刑事司法准则的学者中,既有国际人权法背景的,也有刑事诉讼法背景的,虽然人数不少,但基本上属于“兼职”,长期专门研究国际刑事司法准则的学者少之又少。从总体上看下的功夫不够,主要停留在对国际公约相关规定的解读和分析上,研究对象主要限于联合国的公约,而对联合国的下属机构和其他区域性组织制定的规则较少涉及,尤其是缺乏对于国际刑事司法准则实践状况的深入研究。

三是研究的问题意识不强,缺乏应有的针对性。研究国际刑事司法准则的目的在于为我国的司法改革和刑事程序立法提供参考依据,而我国学者对该领域的研究目前尚停留在比较研究的初级层面,主要是对国际刑事司法准则的介绍和诠释,主张将其引入而成为我国的法律规范,但对引入这些准则需要哪些必要的运作环境和配套制度却缺乏全面系统的深入研究。

笔者认为,今后的研究应当重视以下四个方面:

一是应当加强国际刑事司法准则的系统化研究。系统化研究即整体性的研究,即既要重视对联合国有关公约的研究,也要重视对联合国下属机构制定的法律文件的研究,还要重视对有关区域性组织制定的区域性文件的研究;既要重视对保障司法公正、维护人权的国际刑事司法准则的研究,也要重视对保障迅速有效地追究犯罪、惩罚犯罪的国际刑事司法准则的研究;既要重视国际刑事司法准则的文本研究,也要重视国际刑事司法准则的实践研究。

二是应当加强国际刑事司法准则的精细化研究。一方面应针对基本的理论、原则、具体的制度或程序进行深入的探究,关注国外学者在此方面的研究成果;另一方面要重视国际刑事司法准则的动态研究,因为国际刑事司法准则自身也因国际形势的变化、发展而处于变化、发展之中,如何认识和理解这些变化、发展,以便准确把握国际刑事司法准则的核心价值、基本理念和发展趋势,也是精细化研究的题中应有之义。

三是应当加强国际刑事司法准则的本土化研究。应当结合我国的政治、经济、文化和司法传统等实际,重点针对我国刑事程序法律与国际刑事司法准则的矛盾、冲突以及空缺进行研究,分析存在差异的原因,提出合理的解决方案,将国际刑事司法准则的相关原则、制度、程序与我国的刑事诉讼法律制度有效对接,使其成为我国刑事诉讼法律制度的内在内容,避免在移植的过程中产生“排异反应”。

四是应当加强国际刑事司法准则的实效性研究。现有关于国际刑事司法准则的研究成果积极地影响了我国的立法,特别是新修订的刑事诉讼法吸收了许多国际刑事司法准则的研究成果,增加了不少与国际刑事司法准则相适应的内容。这些新原则、制度和程序如何实施、对实施的效果如何评估,应当成为今后研究的重要内容。司法人员是否乐于接受国际刑事司法准则?何种程度上接受?其深层原因是什么?社会公众如何看待国际刑事司法准则?这些问题都值得深入研究。

民事诉讼法学研究：与实务结合之路

王亚新(清华大学法学院教授)

对于我国民事诉讼法学研究自改革开放初期发展到现在所达到的高度，从与司法实务的关系这个角度来观察的话，或许可以用“从技术到理念”的短语来形容。这既是得来不易的成就，也标示了目前民诉法学研究的问题所在。直到上个世纪80年代初，民事诉讼法学仍往往被视为某种手段性、技术性且局限于司法实务程序操作层面的琐屑知识，既无多少“理论含量”，也缺乏体系的建构。经过30年来对相关比较法知识的研习介绍，以大陆法系民事诉讼制度为最主要来源的一整套概念和学说已逐渐为我国民诉法学界耳熟能详。围绕从“当事人程序保障”到“程序正义”等理念，学界在较大的范围内及相当程度上形成了共识。同时，对于所谓“民事诉讼的中国问题”，研究者的认识理解一直在深化。与此紧密关联，以民事诉讼为对象的实证调查及跨学科研究等方法论上的探索已经展开。不仅仅限于“就程序论程序”，还需要以“法律与社会”等宏观理论架构为背景深入考察中国语境内特有的程序现象等等观念，也在民事诉讼法学界获得了广泛的共鸣。

不过，或许正是因为实现了这样的发展，目前我国的民事诉讼法学确实又面临着“理念游离于技术”，或者更准确地说是理论“悬浮”在司法实务之外的严重问题。一方面，建立在比较法知识体系之上的研究视角一接触现实往往就会遇到“水土不服”的困难，许多具有“舶来”背景的概念、理论及建立在此基础上的制度设计，既不能获得立法机构的重视关注，在司法实务中也好像没有多少用武之地。另一方面，对中国国情的强调、程序法学的“中国问题”、中国特有程序现象的跨学科和实证研究等等已经拥有广泛共识的重要观念，到了研究中的许多具体场合却更像是“丰富多彩”的空洞口号，并没有产出多少在程序的实际操作中可供参考运用的成果。这样看来，民事诉讼法学整体水平的提高，不仅未能改善，反而使得理论研究与实践之间久已存在的隔膜或脱节“依然故我”甚或“愈演愈烈”。可以说，规模一直在扩大、内容也不断丰富的民事诉讼法学研究却难以“渗透”到司法实践中去，其成果很少能为程序的实际操作所用的现象，目前已经构成这一学科发展的主要矛盾。如何让“理念回到技术”，或者使理论和实务真正结合起来？这个由来已久的问题今天开始具有了关系到程序法学研究是否可持续的重大含义。

对于目前的这种状况，首先可以理解为学科发展过程中一个不可避免的阶段。在过去的三十余年中，随着我国法学教育“急剧膨胀”式的繁荣，民事诉讼法学研究在从业人员、项目课题及发表的成果数量等“外延”方面也迅速扩张。但是，现有的学术激励机制既不能促使研究者虚心向司法实践学习和努力了解民事诉讼的现实状况，也不利于真正贴近程序实际运作的研究成果大批出现。伴随法学教育“超常规”发展的只能是学术研究准入的“低门槛”。为了短时期内就成批产出往往与司法实务无干的学位及职称，空话套话、重复堆砌、似是而非的知识、缺乏沟通意义的“自说自话”等打着“理论”旗号的学术泡沫大量发生几乎不可避免。理论与实务的脱节正是这种状态下必然的副产物之一，或者也不妨说是法学的教育和研究实现超常规高速发展所不得不支付的一笔代价。

同时，转型期社会的复杂性及其在诉讼程序运作中的折射或影响也给民事诉讼法学的研究带来了严峻的挑战。一方面，局限在既成的制度框架内对程序法规范单纯进行解释论的阐释，经常难以回答司法实践中“缠结”了社会、政治、经济、道德等等法律外因素的现实问题；另一方面，漫无边际地讨论程序中的法律外因素，往往又无异于消解了程序和制度本身，或者不过是以

空洞浮泛的“大词”来代替切实的问题解决而已。因此可以说，程序法学研究眼下必须“两线作战”却又常常难以两头兼顾的困境，也应当视为在理论与实务之间引起隔膜或脱节的原因之一。

再从支撑程序法学的知识积淀这个角度来看，自清末变法以来一直大致与全球经济一体化同步的改革开放时期，由于我国历史上法制转型所形成的“路径依赖”，民事诉讼法学研究依托的基本概念及理论等主要是来自大陆法系中与德国、日本等国民民事诉讼制度紧密相关的一套比较法知识体系。在迄今为止仍十分有限的时间内，要将这套舶来的知识体系真正“吸收、消化、沉淀”已属非常不易，利用这套体系的概念、学说等素材又按照我国民事诉讼程序运作的现实需求，“以我为主”且在中国当下语境内真正能够为司法实务所用地重构整个知识体系，更是一项需要长期积累酝酿才能逐渐有所突破的艰巨任务。

展望我国民事诉讼法学今后的发展，解决理论与实务脱节的问题，实现两者的有机结合，对于必须讲求实际功用的本学科来讲仍将是一道绕不过去的关口。

一方面，在法学教育格局大体固定的背景下，以比较法知识体系为母体的观点学说等“自我复制或增殖”已经难以为继，其空间所剩无几，如果不到司法实务中去寻求研究的新鲜素材，学科发展或许就失去了基本的动力；另一方面，为了回应来自“诉讼法的中国现象”等方面的挑战，学界将不得不更多地把日常性的程序操作经常遇到的纠缠着法律外因素、同时又带有高度技术性的难题作为自身的研究对象。可以说，只是在建立能够有效地处理此类问题的信心之后，民诉法学的研究才算在中国语境内具备了持续发展的长效机制。为了突破这样的难关，研究者首先要做到认真虚心地向司法实践学习，并努力去回答在诉讼程序的实际运作中产生的种种具体问题，在此基础上争取重构或归纳概括出能够引领司法实务路向的理论学说。所谓向司法实践学习，就是研究者应该有意识地获取有关诉讼实务的各种素材，努力了解知悉民事案件的程序实际上究竟如何运作，并对现实存在的种种程序操作方式背后隐含的逻辑等从“抱有同情心”同时又具批判性的角度予以深入解读。认识了解实务的途径和方式方法可以多种多样，包括从媒体或网络上搜寻书面材料、参与具体案件的办理、一直到系统的田野调查，等等。今天的民事司法实务在持续产出多姿多彩的大量案例，以及在其处理程序问题的难度深度等等方面，与改革开放初期的情形相比都早已不可同日而语。而无论采取何种途径去接近这样丰富而又复杂的司法实务，虚心学习的态度和保持研究者的主体性意识同等重要。对于实践中的程序操作，如果以某种居高临下的姿态或抱着“水平太低”这样的先入之见去认识了解，或者相反无论看到听到什么都只是一味肯定现状的话，研究者不可能积累起有关实务的可靠知识，更谈不上对程序运行的内在逻辑产生真切的理解和洞察。

对于诉讼法学的学科建设及发展来说，关注和了解实务并非研究的目的本身。在获得有关程序实际运作的种种资料素材之后，研究者有必要回到理论中去。与程序运作某个具体领域直接相关的既有概念及理论等，能够成为研究者整理、把握、理解和批评司法实务中种种程序操作方式或实际做法的有效工具。同时，借助于来自诉讼实践的新鲜刺激，又可以尝试“拆散”或“分解”既有的概念结构或理论框架，再根据我国司法实务的现实状况来对其进行新的“拼接组装”。这个过程必须同时利用两种不同的资源，一是往往来自比较法知识体系的既有概念和理论，另一则是有关我国司法实务中种种程序操作方式或实际做法的资料或素材。在此过程中，研究者一方面在尽可能“贴近”或“紧扣”我国司法实务的前提下对既有的概念及理论尝试“解构”和“重构”，另一方面又遵循学术上的内在逻辑，对构成研究对象的实务中程序操作方式或实际做法进行重新梳理和深度解读，并在此基础上寻找使其规范化的途径和方法。只有这两个方面的工作有机地结合起来，才有可能针对民事诉讼程序的一个个具体领域逐渐分别地形成真正为司法实务可用的观点学说。或者说，只有在这样的基础上构成的程序法理论，才能够为诉讼程序运作实践中

产生的真问题提供有说服力的解决方案或回答,从而最终实现“理论来源于实务又引领实务发展”的良性循环。这些微观的或中间层次的观点学说将成为我国民事诉讼法学理论体系建构的重要素材,其积累将经历的长期过程也是在中国语境内形成我们自身的程序法知识体系不可缺少的环节之一。

从高度关注司法实务的角度开展程序法的研究,我们时刻可能面临的另一个挑战是,如何处理对待程序内具体问题与法律外各种复杂因素的关系这个难题。今天,围绕社会广泛关注的民事诉讼个案,经常见到各种基于道德的、社会的、经济的、政治的价值判断而针对某种法律现象(包括程序问题在内)的大量言论在媒体或网络上发表出来,而相关的专业性讨论好像被淹没于其间,无论音量还是实际影响都显得微不足道。这些言论的大量出现自有其价值、必要性及合理之处,但对于有时此类言论显得大有取消或替代法律解释学专业研究之势的情形却需要有所警惕。由于历史传统和当前转型期的社会条件等等原因,如果依照以西方法律文化为背景的研究进路,严格区分程序内与程序外的事实、法律问题与非法律问题,而且把研究的对象完全限定在“程序内事实”和所谓“纯粹的”法律问题范围内的话,常常很难深入到当下中国与诉讼程序有关的种种现象中去,也很难沿着其内在的脉络展开真正有意义的研究。但是另一方面,如果完全听任“程序外事实”和道德问题乃至社会的、政治的等等各种因素挤压或进入程序法的专业性讨论,其后果则往往是程序法学作为一种自律自洽的专业领域遭到实质上的消解。实际上,对于程序现象进行法律解释学的分析考察不仅可以,而且在许多情况下也应当包容对道德的、社会的等各种因素必要的考虑,或者说存在着能够把这些因素内化于法律思维方式之中的种种途径。我们需要的是某种既强调法律人特有的思维逻辑和论证方式,同时又努力正面去应对来自社会、政治、经济等多种角度追问的研究进路。

具体说来,针对某些领域如二审将案件发回原审法院重审或诉讼调解等问题,在阐释既有程序规范的基础上进一步讨论程序运作与法院组织或者程序规则与司法政策的关联往往十分有益。另外有些领域例如涉及立案阶段的起诉与受理或者审判监督程序的若干程序问题时,则政治的、社会的、道德的等等因素甚至有可能起到决定性的作用,研究这些问题或许有必要仔细地分辨哪些是可以在法律解释论的框架内加以深入考察的内容,哪些则是不得不暂时搁置的法律外因素。当然也存在完全可以“就程序论程序”的技术性问题,不过即便只是以这种问题作为研究对象,在一般背景的层次上对各种法律外因素可能发挥的影响保持足够的敏感通常也是必要或者有用的。其实对于民事诉讼法学来讲,所谓“中国问题”或“中国语境”往往都可能反映或体现在程序实际运作的一个个技术性细节及其法律解释论的解决之中。抱持宏大的问题意识又始终致力于细小的具体问题这种所谓“大处着眼小处着手”的研究方法,或许正是今后我们实现程序法知识的有效积累,并逐渐形成或建构民事诉讼法理论体系的重要途径之一。

走向与实体法紧密联系的民事诉讼法学研究

李 浩(南京师范大学法学院教授)

张卫平教授在《民事诉讼法学:滞后与进步》一文中提出:虽然我国的民事诉讼法学随着法治建设的进程已取得了长足的发展,但在不少方面也存在着严重滞后的问题。滞后的表征之一是,程序理论与实体规范、理论的分离,这种分离几乎贯穿于民事诉讼的所有领域。应当说,这一判断是基本符合当下民事诉讼法学研究的现状的。因而,我国民事诉讼法学研究今后要想取得持久的发展和不断的进步,就必须改变这一分离状态,更自觉地关注民事实体法的制定和修

改,关注民事实体法规范和民法理论。民事诉讼法学研究应当更多地关注实体规范和民法理论,至少有五个方面的理由:

第一,这是由民事诉讼法与民法的关系所决定的。

在民事诉讼中,民法是作为裁判规范而存在的,法官要想依法对原告的诉讼请求,对双方当事人争议的民事权利义务关系作出裁判,就离不开作为裁判准则的民事实体法。因为,原告主张的权利是否存在,取决于是否存在符合实体法规定的产生权利要件的事实,而被告提出的权利已经变更或者消灭的主张,同样取决于是否存在实体法规定的变更或者消灭权利的事实。另一方面,裁判的形成离不开当事人、法官、其他诉讼参与人的行为,正是这些参与诉讼活动者的交互行为,推动着诉讼程序向前发展,并最终形成调解或者裁判结果。为了保证诉讼活动公正而富有效率地进行,参与诉讼各方的行为需要由民事诉讼法来规范和调整。

民事诉讼既离不开民法又离不开民事诉讼法可以说已是常识,但对于民事诉讼法与民法的关系,却经历了从“主从关系”到“平等关系”的转变。我国以往看重民事实体法却不大重视民事诉讼法,认为民事诉讼法只是关于诉讼方式、步骤的程序性规定,把实体法看作是法的内容,把程序法看作是法的形式,形式需要服从内容,所以实体法被视为“主法”,程序法被视为“从法”,这种主从关系的认识反映到民事审判实务中就是“重实体、轻程序”。后来,随着对程序问题重要性的认识逐步深入,人们开始认识到民事诉讼法的重要性,开始承认民事诉讼法与民法其实不存在谁主谁辅的问题,对于民事诉讼来说,它们是同等重要的,如车之两轮、鸟之两翼。

第二,民事诉讼法学是通过对实体法概念、学说的扬弃成长与发展的。

在民事诉讼法学的初创期,民法中的概念和学说几乎对民事诉讼法学具有支配性的影响力。民事诉讼法学的研究是要极力挣脱民法学的“控制”,在一些基本概念和理论上“去民法化”,以证明民事诉讼法学是一门独立的学科,表明民事诉讼法可以不依赖于民法,表明民事诉讼法学有其独立的价值、原则、理论、概念、学说。

早期的这种状况源于民事诉讼法学自身的稚嫩。从民事诉讼法学的历史发展看,早期民事诉讼法学中一些重要的概念是直接来自民法学中借用过来的。例如,“诉讼标的”用来标示法院审理和裁判的对象,是民事诉讼法学中的一个核心概念,两个诉讼案件是否为同一案件,取决于对诉讼标的的识别与界定。然而,在德国,立法者曾经把实体法上的请求权与诉讼标的混为一谈,直接把民法上的请求权作为诉讼标的。后来的研究表明,用实体法上的请求权来说明民事诉讼中当事人提出的诉讼请求并不能取得令人满意的结果。在民法中,请求权是要求他人作出一定行为或不得作出一定行为的权利,是一项客观存在并实际发生作用的权利。诉讼中的情况则不同,原告提起诉讼的时候,他只是向法院主张了一项实体法上的权利,该权利是否存在,要经过审理后才能确定。法院审理后否定原告所主张的请求权、驳回原告诉讼请求在审判实务中是常有的事,但我们总不能由于诉讼请求被驳回,就断言本案不存在诉讼标的。另一方面,民事诉讼中还有消极的确认之诉,该类诉讼是原告请求法院判决确认某项民事实体权利不存在之诉。在这类诉讼中,原告并没有主张自己享有实体法上的请求权,如果把诉讼标的定位于实体法上的请求权,就会得出在消极的确认之诉中不存在诉讼标的的荒谬结论。诉讼标的是法院审理和裁判的对象,如果不存在诉讼标的,法院又如何开始和进行民事诉讼程序呢?

正是从对上述现象的反思中,诉讼法学者认为不能简单地用实体法上的请求权来说明诉讼标的的。每一个民事诉讼都有其诉讼标的,诉讼标的不是实体法上的请求权本身,而是原告通过法院向被告提出的一项关于民事实体权利的主张,即诉讼请求,或者说是被当事人主张的请求权。

民事诉讼法学中的不少基本概念、基本理论,都具有与诉讼标的相似的经历。如诉权学说从开始依赖民事实体法的私法诉权说到后来发展为反映民事诉讼法本质的公法诉权说;当事人的概

念经历了从实体当事人到程序当事人的转变；对既判力的本质的解释从实体法上的既判力学说走向诉讼法上的既判力学说。

如今，民事诉讼法学已经形成了自己的理论体系，但我们不应当忘记那些作为批判和反思对象的实体法概念、学说对民事诉讼法理论发展的贡献，尤其是需要关注那些被扬弃理论中的合理成分。例如，在坚持诉讼法既判力理论时，不应忽视实体法既判力理论所强调的，发生法律效力判决具有确认权利产生或消灭的功能，会重新塑造发生争议的当事人之间的民事法律关系，即使是错误的生效判决也不例外。这也正是我们需要再审制度的理由。

第三，大量程序问题的解决，离不开对实体法的研究。

民事诉讼法规制的是程序问题，是要求当事人、诉讼代理人按照既定的程序规则进行诉讼，要求法院根据事先规定的程序审理案件和作出裁判。但是，程序问题的处理往往离不开实体法的帮助，或者说需要根据实体法的规定来解决程序问题。

例如地域管辖，虽然民事诉讼法对合同纠纷的管辖规定由合同履行地或者被告住所地的法院管辖，但何为合同履行地，常常需要根据合同法的规定来确定。又如当事人是否合格的问题，也需要依据双方当事人争议的具体的实体法律关系作出判断。一般而言，实体法上的权利人作为原告，为原告合格，以实体法上的义务人作为被告，为被告合格。再如本次民事诉讼法修订拟增加的公益诉讼，《民事诉讼法修正案草案》第9条对公益诉讼的规定是：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关社会团体可以向人民法院提起诉讼。”这里法律规定的机关究竟是指哪些机关，就要根据实体法的情况来确定，而目前只有《海洋环境保护法》规定了行使海洋环境监督管理权的部门有权代表国家对污染责任者提出损害赔偿要求。

第四，实体法的变化，会对程序问题产生重大影响。

确定当事人，在民事诉讼中是一个前提性的程序问题。对于是否需要追加当事人，是一个需要联系实体法的规定来解决的问题。过去我国的司法实务习惯于把连带责任作为确定共同诉讼的依据，如在关于保证关系的诉讼中，根据有关司法解释，债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼。这一司法解释是在担保法颁布前做出的，1995年我国颁布了担保法，担保法把保证的方式分为一般保证和连带责任保证。对一般保证的保证人，法律赋予保证人先诉抗辩权，即“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担担保责任。”

担保法这一规定的用意在于，如果保证合同约定的是一般保证，在合同未履行时，债权人应当首先向债务人请求履行，只有在针对债务人的法律救济手段穷尽后，债权人才能够请求保证人履行。但同时，法律又通过赋予保证人以抗辩权的方式促使债权人首先向债务人主张权利。与此一制度设计相配套的诉讼当事人的安排应当是，债权人只起诉保证人在程序上并不违法，法院也不需要把被保证人追加为共同被告，而是在受理诉讼后，静观被告方的反应，如果保证人不向法院主张先诉抗辩权，法院的审理程序就应当进行下去，并在查明主债务合同与保证合同均有效且债务人未履行义务的情况下判决支持原告的诉讼请求。而如果保证人主张了先诉抗辩权，且债权人未能满足向债务人主张权利的前提条件，法院就应当驳回债权人针对保证人的诉讼请求。

在一般保证合同中，保证人对债权人承担的仅仅是补充责任，债权人在行使请求权时，存在着明确的先后顺序。如果债权人只是针对保证人提起诉讼，就没有必要追加债务人作为共同被告后，让保证人与债务人一起共同应对债权人的诉讼，而是应当通过先诉抗辩权的作用，让保证人尽快地从诉讼中解脱出来。这样才符合担保法关于先诉抗辩权的制度设计。

第五，民事诉讼中疑难问题的解决，需要实体法理论的协助。

对于债务人违约引起的借款合同纠纷，债权人是否可以在第一个诉讼中主张本金，然后在第二个诉讼中再请求被告支付利息，是一个理论界存在重大争议的问题。有观点认为本着纠纷一次性解决的原则，债权人应当在第一次起诉时就同时主张要求被告支付本金和利息，而不得就本金与利息分为两次进行诉讼，如果债权人分两次诉讼，法院就应当根据“一事不再理”的原则，对第二个诉讼裁定不予受理。另一种观点则认为应当允许债权人就本金和利息先后提起诉讼。

第一种观点的法理依据是“一事不再理”。“一事不再理”是指对法院已经受理的纠纷，或者已经审理和裁判过的纠纷，当事人再就同样的纠纷提起诉讼时，法院不应当再次受理，否则既损害了对方当事人的利益，又浪费了司法资源，还可能导致不同法院对同一纠纷做出相矛盾的裁判。在诉讼中实行“一事不再理”原则当然是必要的，但在适用这一原则时，首先需要确定原告第二次请求法院裁判的纠纷与第一次的纠纷是否是同一事件。如果是同一事件，适用“一事不再理”原则就有充分的理由；反之，如果属于表面上相似但实质上并不相同的事件，适用该原则拒绝受理便构成程序错误。

辨别前后两个诉中提出的请求是否为同一事件，离不开对请求权的分析和界定。借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。贷款人在把约定的款项交付给借款人后，对借款人既有权要求其偿还本金，又有权要求其支付利息。这两种权利尽管规定在合同法的同一个条文中，写在同一份合同中，属于同一个生活事实，但在实体法上，却应当看作两个独立的请求权。既然是彼此独立的两个请求权，就应当构成两个不同的诉讼标的，前后两个诉的诉讼标的的不同，又怎能适用“一事不再理”原则来拒绝受理后一个诉呢？

法院应当受理贷款人提起的第二个诉的理由还可以从处分原则和既判力的理论中得到说明。根据民事诉讼法中的处分原则，贷款人有权选择在第一个诉讼中请求借款人偿还本金，再在第二个诉讼中请求借款人支付利息。按照既判力的理论，实质的既判力仅针对通过诉或者反诉提出的请求权产生效力，也就是既判力只能涵盖本案的诉讼标的。如果贷款人在第一个诉讼中只要求偿还本金，本案的审理和裁判对象只能是关于本金的请求权，既判力也只能对作为本案诉讼标的的本金的请求权发生。贷款人在第二次诉讼中提出利息的请求权，是一个新的诉，对于后诉法院也就不能以“一事不再理”作为依据拒绝受理。

走向与实体法紧密联系的民事诉讼法学，需要民事实体法学者关注民事诉讼程序问题，积极参与到同民事实体法紧密相关的程序问题的讨论中来。

在民事诉讼中，有些问题既是程序法问题，又是实体法问题，或者说在同一问题上兼有程序与实体的双重品格。对这样的问题，仅仅从程序法或者实体法方面进行研究显然是不够的，难以取得令人满意的结果。如果实体法学者与诉讼法学者共同参与讨论，进行研究，就能够对问题做更全面、更深入的分析，这样的协同研究，既促进了民事诉讼法学的发展，又推动了民法理论的创新。

诉讼标的理论中“新实体法说”的提出是实体法学者参与民事诉讼程序问题研究的成功范例。诉讼法学者对“旧实体法说”的批判引起了民法学者的关注，使得他们觉得有必要重新审视民法中原来的请求权竞合的理论。首先尝试反思与重构请求权竞合理论的是德国学者尼克逊(Niknsch)。尼克逊认为请求权竞合属于民法的学说，由此引发的诉讼上的问题需要由民法学者自己来修正。他提出：因同一事实关系而产生以同一给付为目的的数个实体法上的请求时，不当固守旧的理论，把它看成数个实体法上的请求权出现竞合，而应当看成只存在一个实体法上的请求权，而这一请求权存在数个法律基础。在请求权法律基础竞合的情况下，只存在一个诉讼标的的。于是，通过挪动请求权竞合与法律竞合的界限，尼克逊成功地解决了“旧实体法说”给民事

诉讼带来的问题。

另一位德国民法学者亨克尔 (Henckel) 则试图通过对请求权作用的分类来解决“旧实体法说”引发的问题。根据请求权作用的不同,亨克尔将其区分为分类作用的请求权、法律适用作用的请求权、经济作用的请求权,并指出用来识别诉讼标的的只能是经济作用的请求权。德国民事诉讼法教科书常常用乘客乘坐有轨电车遇交通事故受伤的例子分析诉讼标的。在该案例中,经济作用的请求权表现为乘客有权要求电车公司赔偿自己的损失,这一请求权如果通过处分行为转让的话,仅能转让一次,因而尽管从法律适用看原告存在合同与侵权两个请求权,但经济作用的请求权只有一个,所以也只有一个诉讼标的。

上个世纪70年代,日本民法学者石田穰投入举证责任问题的论战,与民事诉讼法学者共同推动了日本民事举证责任理论的发展。我国民法学者王利明、杨立新参与举证责任分配、推定等问题的研究,对民事证据理论做出了积极的贡献。这些都是民法学者参与民事诉讼程序问题研究的成功例证。我国民事诉讼法学研究的繁荣,需要实体法学者的加入,期待今后能有更多民法学者参与民事诉讼程序研究。

民事诉讼法学研究的知识转型

徐 卉(中国社科院法学所研究员)

自1978年始,中国的民事诉讼法学者们在短短三十多年间,取得了丰硕的研究成果。学者们不仅初步建立起了现代意义上的民事诉讼法学的基本理论体系,而且在推动立法和民事司法改革方面发挥了重要作用。但是,回顾中国民事诉讼法学研究走过的历程并展望未来,我们看到,除了深化以前研究所取得的成果外,民事诉讼法学研究也已经到了需要通过知识转型来寻求发展的阶段了。为此,有许多重要问题需要思考。

由于特定的历史和时代背景,中国民事诉讼法学界所取得的研究成果,在相当程度上都是围绕着民事诉讼法的制定、贯彻实施和修改所做的学术研究与探讨,并且在三十多年间的不同历史时期,中国民事诉讼法学界在总体上是党的政策为导向而开展研究工作的。如党的十四大提出了建立社会主义市场经济的目标;十五大为了与市场经济发展的内在要求相适应,进一步提出了依法治国的要求;十六大明确提出了推进司法体制改革的目标和任务;十七大提出构建和谐社会的目标。这四个时期的政策目标,也是中国民事诉讼法学界在不同研究阶段的主导方向,并由此形成了以立法、政策为导向的特定思维模式和知识生产方式。

对此,已有学者提出了尖锐的批评,指出在这种研究范式中,“学者往往将自己定位为‘立法专家’,以发现立法问题、提出改进对策、推动司法改革作为研究的归宿,而很少有人去反思法学家们究竟做出了怎样的理论贡献”(陈瑞华:《刑事诉讼法学研究范式的反思》,《政法论坛》2005年第5期)。这种批评有其道理,然也失之偏颇。事实上,学者能够在立法和政策的制定过程中发挥作用,这本身不仅无可厚非,而且从学术理论与实践之间的有效互动来看,实则颇有益处。在这方面,我们并不必一味地以西方学者的超然状态为参照,而责难中国学者对于政策、立法活动的过度参与。事实上在西方国家,除有大量超然的、持批判立场的学者外,也存在着多种服务于政府的政策制定的学者和智库机构。如在美国肯尼迪政府时代,就职于诸多学术中心、从事各种学科研究的一大批学者们都开始将他们的思想转化为政策建议,他们提出的现代化理论在相当长时间主宰了关于国际社会变迁的各种问题的学术研究。所以,如若仅就中国的诉讼法学者对于立法和政策制定的过度投入而未能作出更大理论贡献这一表象提出质疑和批评,其实并不特

别具有说服力。

实际上, 对此问题真正需要引起重视和反思的是, 一方面, 由于长期以来固化的对策研究范式, 使学者们在从事学术研究时形成了对其头脑中深植的这种立法—政策导向立场的集体无意识, 无视在制度的建构中, 还存在着立法者和政策制定者以外的众多行动者和参与者, 他们各自都有其不同的、特定的立场, 而法律制度作为一种经验性行动系统, 其所具有的社会有效性, 取决于规则的“主体间的有效性”(哈贝马斯语)。另一方面, 在这种研究范式下, 学者们倾向于直接将自己的立场等同于立法者或政策制定者的立场, 不对自己与立法者、政策制定者之间所存在的信息不对称前提作出界分和变量设定, 甚至完全无视这种信息不对称的存在, 那么由此带来的后果就只能是: 所谓的学术研究, 其有效价值极低。所以, 尽管从事的是立法和对策研究, 但民事诉讼法学者们的研究成果却越来越被实务界认为是“一纸空言”, 这种知识生产方式所带来的知识归属和知识含量都极其可疑。

中国民事诉讼法学界的主流是规范法学研究, 研究焦点集中在对法律规范的设计、解释和分析上, 而过于忽略对当下司法实践和中国问题本身的深度研究和理论关注。学者们长期局限于规则制定、概念法学、宏大叙事和西方经验, 这使得从事民事诉讼法学研究的人自身存在一种紧张关系, 其研究往往陷入“空洞的说教”、纯粹的理论抽象和演绎, 缺少对于现实的关怀, 并导致民事诉讼法学日益贫困化(参见张卫平:《无源之水——对中国民事诉讼法学贫困化的思考之一》, 载徐昕主编:《司法》第3辑, 厦门大学出版社2008年版)。

这一问题, 在有关借鉴外国民事程序制度、经验以完善我国现行法律、制度的研究方面体现得尤为突出。长期以来, 中国学者们基于各自不同的外语所长而产生的知识偏好, 习惯性地用日本、德国或者美国化的思维来对中国的民事诉讼问题进行比较研究, 最后往往得出只要在中国建构了类似于西方的法律制度体系就可以解决目前种种乱象症结的观点(而这样的观点在中国的法学理论以及许多公共法律话语中已经近乎成为一种潜意识)。但是, 人们有理由质疑, 为什么要以美国民事诉讼制度中的发现程序或者德国、法国作为参照来构造我国的民事审前程序? 学者又是从何归纳出三审终审是民事审级制度建构的所谓“国际通例”, 并以此作为论证改革我国两审终审制的理论依据? 这种比较和借鉴研究实际上并非真正的研究, 而只是用西方的理论来评判中国的现实, 把西方国家的制度潜在地当作校正中国民事司法制度的标准。特别是, 由于关于社会的个人主义观是西方知识体系的方法论基石, 西方国家诸多民事程序理论和制度的前设都是将个人自治置于正义理论的中心, 把这些制度及其理论预设视作当然, 并用以佐证和说明中国民事司法制度的应有状态, 进而对中国的种种问题做出非此即彼的判断, 致使中国的民事诉讼法学研究无力认识和解释中国的现实问题。

事实上, 忽视正在发生的司法实践, 缺乏对于相关社会事实的呈现与研究, 是造成中国民事诉讼法学者在知识体系上存在诸多缺陷的重要原因之一。它使得中国学者无从判别自己所面临的问题, 更遑论其所作选择的科学性和有效性了。在社会科学领域, 研究作为一种认识的进步意味着对认识条件、认识对象的认知所取得的进步。法律和法律体系的基础都在于社会实践, 在面临民事诉讼法学研究转型的今天, 我们有必要回过头来重建研究的起点, 即确立面向民事诉讼社会事实的研究方向, 构建关于中国民事司法实践和中国问题的知识体系。

这种社会事实, 不是法条主义所研究的次级事实(second-order facts), 而是次级事实背后的初级事实, 即由各种地方性情势以及司法人员和其他与这些复杂的法律规则相关的人士(包括一般老百姓)的实际行为所构成的那些事实(参见Dennis Lloyd:《法律的理念》, 张茂柏译, 台湾联经出版事业公司1984年版, 第99页)。其中的主体不能被化约为抽象的“当事人”, 而应是中国社会转型过程中形成的不同利益分层和具体的社会群体; 其中的问题, 也不应被简单地概括

为“立法问题”、“体制问题”，而是以最繁复、最细微的形式呈现出的各种权力关系和结构，以及人们对这些民事诉讼社会事实的认识和解释，由此才使得那些旨在适用于它们的程序规范和诉讼架构具有意义和目的。或许这样的研究在最初可能会显得琐碎或微不足道，但中国正处于转型时期，社会制度与结构的变迁犹如世界上最大的一个人类实践活动的试验场，并且已经对于一些规范性理论形成挑战。为此，我们必须以探寻具体社会事实的方式去建构有关中国民事司法的知识结构和知识体系，否则无法使宏大的历史、制度变迁本身得到明晰的理解。

中国民事诉讼法学界经过三十多年的研究和积累，成果已经覆盖了很多问题领域，但其间也充斥着大量简单重复性的知识转述。要改变这一状况，除了反思目前的研究范式和思维定势，明确民事诉讼法学研究知识转型的方向以外，还必须要确立那些能够使学术研究得以自我批评和重建的基准，否则，我们不可能建立起科学的、体系化的民事诉讼法学研究。

在当今大量的民事诉讼法学研究成果中，我们可以发现一个普遍存在的问题，那就是学术传统的缺席。在研究中，学者们往往满足于把各种观念随意嫁接起来，或者对各种术语作简单的比较，而不是在特定的理论、学说传统的语境下展开分析、论证。如很多中国学者在讨论程序法治问题时，往往不加分辨地将各种不同的理论学说引用到自己的文章中，包括美国宪政的建国之父们的观点、法国法学家的观点以及德国法学家的观点，等等。这种做法是把各种前人提出的学术理论肢解为单个的成分，然后根据研究者自己的特定目的将其拼装成著作、论文等研究成果。这种肢解，除了只能破坏所援用理论本身的完整性外，不能获得任何有价值的研究成果，因为人们不能指望从成分本身获得问题的答案。只有在学术传统或理论脉络中开展研究，理论的组成成分才能在特定的研究中获致思考的意义和价值。然而当下中国民事诉讼法学研究领域所呈现出的状况是，我们不仅不关注学术研究传统或理论脉络预设，甚至还没有学术研究必须在学术传统或理论脉络中展开的意识。

为此，作为一个基础性的前提条件，我们必须在研究中明确学术传统的在场，并由此展开严肃的学术批评。在确立学术研究自我批评和重建的手段上，毫无疑问，通过实践对理论予以检验和批判当然是题中应有之义。但是，目前中国民事诉讼法学界在理论和实践的研究互动中，仍存在着颇为明显的机会主义倾向。即，从表面上看，理论观点似乎与改革实践浑然一体，二者互相印证，但实际上，理论是贫乏的缺乏体系化的理论，而实践则是削足适履、只见树木不见森林的实践。这种理论与实践表面上的相互印证掩盖了深层次上二者的内在脱节，而在其背后的代价则是当事人基本权利保障的深度缺位与社会正义成本的不断上涨。在这方面，如何既贴近现实，使我们的学术具有鲜活的生命力，亦出离现实，让我们的学术保持持久的批评力，应是今后中国民事诉讼法学者必须认真对待的问题。为此，必须加强理论的系统性，注重研究方法的完整性，惟有如此，学者才能真正成为独立的和准超然的社会观察者与知识生产者，为我们的制度发展与社会进步做出贡献。

民事诉讼法学研究方法的多元递进

汤维建（中国人民大学法学院教授）

理论法学作为民事诉讼法学的一种研究范式或学说类型是在超越注释法学的背景和语境下产生的，其基本特征在于为探寻根本的诉讼规律而从事价值分析，有时也落脚为对策法学。需要指出的是，“专注于民事诉讼法学基本理论的探讨，包括民事诉讼目的、价值、模式、既判力、诉权等，并使民事诉讼法学理论体系化”，并非就可以构成理论法学。理论法学的基本功能在于它

力图将一种类型的规范文本体系转换为另一种类型的规范文本体系，在这种文本范式的转换中，理论法学起到了桥梁作用和催生作用。

理论法学有两个主要品格：一是它的批判性或解构性，以此揭示传统文本范式及其话语系统的偏误性和滞后性；另一是它的创造性或建构性，以此提出、倡导一种新型文本范式及与之相适应的话语系统。诚如德国法学家萨维尼所言：“法学家必当具有两种不可或缺的素质，即历史素养，以确凿把握每一时代与每一法律形式的特性；系统眼光，在与事物整体的紧密联系与合作中，即是说仅在其真实而自然的关系中，省察每一概念与规则”。为了使之带有批判性与建构性的理论禀赋，理论法学所依托的立足之本乃是民事诉讼法制发展所呈现出的内在的或本质的规定性以及由此所决定的基本诉讼规律。理论法学不受现实的规范文本所束缚，相反，它旨在突破此种实定的规范文本。

理论法学与规范法学、概念法学或注释法学等类法学的区别不在于对范畴体系进行简单的划分和归类，而主要在于透过范畴系统的表象而把握理论的实质指归。比如不能认为某些课题，如诉权论、诉讼标的论、既判力论等等，就一定属于理论法学的范畴，而其他课题，如举证责任论、诉讼法律关系论、诉的要素论等等，就一定属于注释法学的范畴。私权诉权说、传统诉讼标的理论、举证责任的法律要件分类说、二元诉讼法律关系说等等，乃是对中国现行民事诉讼法规范体系进行理解、阅读、阐释、刻画、梳理、整合的范畴系统，它们之被使用，目的在于证成现行民事诉讼法文本范式的正当性与合理性，属于描述性的注释法学；而同样属于上述课题范围或名目的宪法诉权说、诉讼标的新理论、举证责任的实质分配标准说、多元诉讼法律关系论或诉讼法律状态论等等，则因其具有证伪或颠覆现行民事诉讼规范文本系统的理论功能，而应被划归理论法学的范畴。

理论法学的研究进路，既可脱胎于注释法学的范畴系统，也可以另辟蹊径，绕开难以化而而用的旧式范畴，而创设新型范畴体系。比如说，被民事诉讼法学界称为“新三论”的民事诉讼目的论、民事诉讼价值论以及民事诉讼模式论，在其产生之初便具有质疑传统民事诉讼法学的特质，因而属于理论法学范畴。有些诉讼范畴论，如程序正义论、法律真实论、非法证据排除论、多元化纠纷解决机制论等等，在我国民事诉讼法学语境中，则天然地属于理论法学的界域。

固然，理论法学的范围极其宽泛，因而不妨将其划分为本体的理论法学和交叉的理论法学两个类别来加以认识。本体的理论法学是在传统的注释法学范围内，经过反思性批判和删改而延伸地形成的，表现为理论范畴的内涵裂变、体系重组和结构再造等等，因而属于内生的理论法学。这是民事诉讼理论法学生成的主体性路径，也是正统民事诉讼法学者所擅长的话语领域。但正如依托规范的注释法学一样，本体的理论法学也有视野不够开阔、深度不够等局限，因而是一种不彻底的理论法学。

交叉的理论法学则将民事诉讼法学的理论根须导向其他相关学科，从而形成了一株枝繁叶茂的“理论之树”，其特点是“树”而不是“木”。交叉理论法学是运用其他学科的范畴、命题、方法、话语来审视、解读、诠释、究问、检阅、求证民事诉讼法学所关涉的诸问题。它具有两方面的基本功能：一方面，借助交叉理论法学的研究，通过范畴启迪、命题转换、内涵蜕变等思维中介，可以在瞬间实现民事诉讼法学的知识增量。同时，它推动民事诉讼法学的传统范畴、本域命题、内生定义等涵养于现代范畴、跨界命题以及外生内涵等宽阔的话语体系中，并历经它们相互间的碰撞、博弈、砥砺、磨合而生成崭新的民事诉讼法学理论体系。此一体系下起微观、上至宏观，如“一番洗清秋”一样，将全盘地焕然一新。这可视为交叉理论法学的内在功能。表征此一功能的研究范式不妨称之为“话语体系转换式研究”，这一研究路径与“本体生成型研究”相对而言。

交叉理论法学的另一功能则被赋予了外在者视角下的特质,此即通过交叉理论法学的研究与开拓,使民事诉讼法学走出自说自话的狭小空间,而融入整个科学知识体系之中。诚如钱伟长先生所言:现代社会中,自然科学、技术科学、社会科学和人文科学之间的传统学科分割界线即将消除,不同学科之间相互取长补短,将会融合成一个完整的科学知识体系。将中国民事诉讼法学研究融入整个科学知识体系之中,使前者成为后者的有机一员,同时使后者在前者的推动下不断趋于进步,这便是中国民事诉讼法学当下应当肩负起的历史使命。当我们追问“什么是中国民事诉讼法学的贡献”时,我们不仅要能够回答,我们对民事诉讼法规范文本之优化和更新做出了贡献,对民事诉讼法的理解和实践应用做出了贡献;更要能够回答,中国民事诉讼法学在知识层面,对刑事诉讼法学、行政诉讼法学做出了贡献,对民事实体法学的深化研究做出了贡献,对宪法学的开拓性研究乃至对包括法哲学在内的整个法学体系做出了贡献;同时还要能够回答,中国民事诉讼法学对人类整个的科学知识体系做出了应有的贡献。比如说,民事诉讼法学中关于程序正义论的体系化研究,相信不仅对其他法学学科,而且对包括政治学、经济学、社会学乃至自然科学在内的全部科学研究,做出了知识启迪意义上的贡献。

然而,反观中国民事诉讼法学的研究现状,尽管可以差强人意地说它在逐渐走向成熟,但在理论法学尤其是交叉理论法学的研究中依然可谓乏善可陈。例如,一项来自中国法学创新网的统计数据表明,以2009年到2011年为时间维度,发表在《中国社会科学》、《中国法学》和《法学研究》等15种法学类核心期刊的232篇民事诉讼法学论文中,引证哲学、历史学、经济学、政治学、社会学、心理学等外部学科的注释极为罕见,偶有涉及者则多为哲学、历史学等少数学科。还可以提出的一个佐证是,有人曾就《中国诉讼法学精粹》和《民事诉讼法学论文选粹》中转载的70篇论文进行过统计,其外部引证率尚不足10%,而且还低于刑事诉讼法学的研究。

交叉理论法学的贫困化状态直接影响了中国民事诉讼法立法完善的科学性证成。例如,在本次民事诉讼法修改中增加了一个“小额诉讼程序”。构建该程序的起始步骤即在于确定小额诉讼案件的数额标准,而这个数额标准应有符合实际的科学依据作为支撑,其确定过程难免需要借助法社会学、法经济学、法统计学等交叉学科的知识及其研究方法,而这一点在修法中却是严重匮乏的,以致目前关于小额案件的判断基准始终存有争议。

可见,说理论法学是中国民事诉讼法学趋于成熟的指标之一是能够成立的。理论法学,无论是本体的理论法学抑或交叉的理论法学,虽然在表象上均与实践保持着或长或短的距离,但并不意味着理论法学就可以脱离对实践的关注。尤为重要的是,理论法学最终的功能载体便体现为民事诉讼法规范文本内在品质的优化与改良。如果理论法学缺乏这样的理论渗透力及其现实化机能,则它一定是苍白的,其理论价值也是有限的。

理论法学与其他法学研究范式或其他法学形态与民事诉讼法的规范文本及其实践运作存在着不尽一致的关联性。从这种关联性中,可以折射出它们对民事诉讼法的规范构筑及规范运作所起的不同作用及其相异的作用方式。这一点从中国民事诉讼法产生的前前后后可以看出大致轮廓。

从1949年新中国成立到1982年《民事诉讼法(试行)》产生之前,普法法学起着主要作用。但普法法学不能凭空进行,其所能借助的研究方法或创制方法只能有二:一是移植域外法学;二是发掘本土资源。在这二者当中,又以前者为主。因此,普法法学在方法论上是以移植法学为主体的。当然,由于政治制度及意识形态等方面的原因,当初的移植法学在来源上是单一的,主要源自前苏联的法学理论和制度文本,这既反映了中国民事诉讼法学在起步阶段和形成时期的某种必然性,也体现了它在发展历史上尤其是学科体系构建与定位上的局限性。

在1982年新中国首部民事诉讼法产生后,民事诉讼法学的研究视野便由外在转向了内在,移植法学暂时让位于注释法学。注释法学的产生标志着中国民事诉讼法学研究上的深化与提升。

然而注释法学毕竟属于概念法学的范畴，由于其法学思维上专注于规范文本的逻辑分析和理性推演，而相对忽视了规范文本的实践效应，因而其所构建的理论体系天然地带有脱离实际的倾向。为克服注释法学的弊端，实践法学应运而生。实践法学的本质在于对民事诉讼法规范文本进行实践理性上的反思，从而寻找克服规范文本流弊的对策，因而实践法学又与对策法学相伴生。立足于实践法学之上的对策法学难免会陷入“只见树木、不见森林”的狭隘视域之中，其所探索出的解决问题之策往往对民事诉讼法的完善难以起到有针对性的作用，试错成本因之增大，因而对策法学的立基视野需要开拓与深化，理论法学的契机由此形成。

理论法学经由各种具体形态的研究范式而作用于民事诉讼法的规范文本，并呈现出现实的立法物化成果之后，便完成了法学研究范式上的一轮运转；以民事诉讼法新型规范文本为新的起点，注释法学、实践法学、对策法学、理论法学等等各种法学形态及其相应的主导性研究范式便开始了新一轮运转。每一轮运转，都经由否定之否定的辩证过程，将民事诉讼法学提升到新的高度。可见，各种法学研究范式及其相应的法学形态相互之间虽然在历史上呈现出由低级到高级的发展态势，但中国民事诉讼法学的发展从来就不是单向度的，而是多维交错的，所区别的仅是各种法学形态在整个民事诉讼法学体系中所占的比重而已。从以某种法学研究范式为主向以他种法学研究范式为主的转化与更迭，表征着中国民事诉讼法学的进步，同时也意味着中国民事诉讼法学研究方法从一元向多元的转变。

由此看来，我们说中国民事诉讼法学已日臻成熟，并不是简单地以各种具体法学形态向理论法学形态的转变作为标志的，而是以包括理论法学研究范式在内的多重法学研究范式并存共进且相得益彰为根本特征的。研究方法上的多元递进构成了中国民事诉讼法学现代化转向的重要内涵。

追求价值、功能与技术逻辑自洽的比较民事诉讼法学

傅郁林(北京大学法学院副教授)

一个社会发达程度的标志，不在于生产什么，而在于用什么工具生产。法学研究方法很大程度上标志并决定着法学研究的水平，并直接影响到研究结论。总体而言，民事诉讼法学的研究方法，应强调面向实务的理论研究、立足中国问题的比较研究、结合实体法的程序法研究，追求将民事诉讼法的价值目标和功能预设铸入缜密、精巧的程序技术设计之中，实现制度的目标、功能与技术之间的逻辑自洽，努力超越那种或者停留于宏观的、抽象的、空洞的价值层面，或者脱离制度语境、不明价值目标、背离功能原理、在技术层面上断章取义的研究状况。在比较民事诉讼法学研究中，这种程序技术与制度的价值和功能脱节的状况尤其突出，所以在此重点分析。

一种泛滥到令人无法容忍的所谓“比较研究”常常是三段论式的八股：A. 中国实践或制度的某些弊端（病兆）；B. 几条国外的立法例（药品）；C. 移植外国立法例的建议（疗方）。笔者称之为“A+B=C论证模式”。上述论证如欲成立，中间还缺少太多的信息和逻辑链条。

A. “中国问题”的准确定义（病情诊断+病理诊断）。文中所列举的实践现象与所欲改革的制度弊端之间有何关系？哪些是制度本身的缺陷、哪些是制度运作环境的原因、又是制度的哪些特定缺陷导致了制度在特定的环境中变形？

B. 外国法的功能解析和价值追问（药物性能+药理分析）。文中所提供的外国法具体规范承担了什么功能？针对什么问题？此制度的功能未完全覆盖和解决的问题还有哪些概念符号并不相同或相似的其他制度来替代或补充？此规范功能的实现需要哪些“必须”的运作环境和配套制

度?在其本国是否遭遇或面临价值冲突、又是如何进行价值选择、有哪些价值平衡或其他价值补充方式,以及影响这种价值选择或功能预设的特定背景或因素是什么?该制度在其本国的运行状况、总体评价、发展动态及其相关背景或影响因素如何?

C. 外国法方案与中国问题的契合性(对症下药)。外国制度所针对的问题与中国要解决的问题是否完全或部分相同?中国针对这一问题的价值目标与该外国制度的目标是否或是否应该相同?中国是否已经或可以有名称/符号不同但价值目标和功能预期相似的其他制度替代、补充或部分替代、补充该外国制度的功能?这一制度与中国其他制度在价值和功能方面是否存在冲突、如何解决或平衡?运行这一制度所必须的特定语境和配套制度是否具备、如何解决?……如果这些问题都没解决,甚至毫无涉及或意识,那比较研究的结论又是如何得出的?

其实,简单的法条罗列式的伪比较研究早已被以问题为出发点、以法律功能为对象的功能主义比较研究方法批得体无完肤,在我国也屡次导致法律移植实践中的“南橘北枳”现象,值得法律界不断反思。著名的比较法学者茨威格特早就指出,“比较法的问题不是关于不同国家的法律制度的概念结构,而是其法律制度的功能……比较法的方法是对不同社会秩序解决问题的办法重新从它们各自的现实,从它们所实现的各自社会目的进行相互比较。”探究法律规范背后的价值目标、功能预设及其运行效果,并据此分析其规范设计和运行的技术原理,才是法律比较研究乃至整个法学研究的真正意义所在。

比较研究的第一步,应当从外国法的具体民事程序技术规范中,解析其所承载的制度功能和所体现的价值目标。

宏观上,所有的程序制度都追求正义这一根本价值目标的实现,司法是正义的同义语,这是民事司法程序的普适价值。但各国评价正义的参数不尽相同并对具体参数各有侧重,因而这一普适价值在具体制度语境中的价值取向和目标定位也有诸多差异。比如,近年形成的司法/正义的三维评价体系在传统的真实维度(即判决的正确性)之外增加了时间(合理性)维度和成本(适宜性)维度,而且这三个维度的妥协成为任何司法制度不可或缺的参数。而各国以怎样的标准来评价本国司法正义以及在三维标准中如何偏重或妥协,受其本土特定的政治、经济、文化等语境的影响或制约。

这些宏观上的价值取向是通过赋予微观的程序技术规范特定功能来体现和实现的。如果具体的程序规范在技术配置上未能体现预定的价值目标或预设功能,则导致价值目标落空或制度功能失衡或失序。因此,民事司法研究不仅要考察不同的程序制度如何追求正义目标的实现,更要考察各国在进行这一努力时做出过何种妥协和牺牲,而且后者才是比较研究中最有意义的方面,因为它关注的是隐含在实现正义的不同方法背后的那些事实。

在微观上,这种价值冲突与妥协,特别是在真相、时间、成本之间进行价值取舍,存在于从诉答程序开始、直接终审程序完结的每一个程序环节、每一项制度设计技术之中。必须将具体程序规范放在整个制度体系乃至制度语境中加以解析,找到这一具体制度在整体结构中的相对位置,才可能发现该技术规范的具体角色、作用和功能,及其与其他技术规范之间的相互冲突、协调、交叉、互补等逻辑关系。这是盲人摸象或断章取义的局部规范研究所不能企及的。实际上,对任何一项具体的程序制度规范进行深入比较,都可以看出相关各国在其中蕴含的不同价值选择(或平衡)与功能侧重。而这种价值和功能的解读往往在任何一本经典的外国民事诉讼法学或比较民事诉讼法学著作中都能找到某些线索,甚至常常在该书及各章节的前言或概述中对该国司法制度和具体程序规范的价值目标或功能定位有详尽讨论。这些对于价值和功能定位的解读,在对于某一具体程序规范的适用或解读发生分歧时有特别的指导价值。特别是在涉及程序事项裁量权的适用时,程序规范本身或者判例、理论通说关于考量因素的讨论,都集中于该规范所欲实现的

价值取向以及对价值冲突的平衡，而这种考量因素和价值目标对于自由裁量权的限定恰恰弥补了裁量规范的弹性空间在技术上不可避免的缺陷。

更为重要的是，对于外国法的发展动态和相关司法理论的新观点的关注和解读，也必须考察特定的语境。比如，新的司法哲学增加了时间和成本维度，亦即将时间和成本维度纳入司法和正义的评价体系，强调时间和成本对于司法的重要性，但其背景或底色是：传统司法哲学仅以真相作为正义的单一价值目标和评价标准，而单一目标导致了西方国家司法（特别是普通法国家）为追求真相和裁判的正确性而不惜牺牲时间的合理性和成本的适宜性的普遍状况。因此质疑，“一个秩序良好的国家是否有义务提供最精确的民事程序，无论其成本有多高？”并指出，“正如正当的程序不能对事实真相漠不关心，正当的程序也不能完全不关心破坏判决的实际效用。获得正确结果只是法律程序的目标之一，正义还要求判决应当在一个得以纠正错误的时间内作出，或者，如果错误尚未发生，那么判决应当在可以避免错误发生的时间内作出。”

可见，西方国家增加时间和成本维度作为评价司法的新标准，是以真实维度或裁判的正确性作为前提和基准的，这在任何法治国家都是不言而喻和不可撼动的。这种因确保真相和正确性而导致时间和成本目标缺失的语境，与中国民事司法因丧失真相和正确性而导致时间和成本目标落空的语境是不可相提并论的——中国已经拥有全球最短法定审限（简易程序3个月、普通程序6个月）、最低诉讼收费（劳动诉讼收费10元），时间和成本问题主要是信访和再审案件攀升所致。

比较研究的第二步，应当确定本国民事司法程序的价值目标和制度功能，这是在符合普适价值和一般基准的前提下根据中国国情进行的价值取舍和对特定制度进行的功能预设。

各国民事诉讼制度在解决纠纷与权利保护两大基本功能之间的不同侧重，直接决定或影响着其民事诉讼程序的价值取向和技术设计。比如，以解决纠纷为目标的司法制度更强调个案的妥善解决，而以保障权利为目标的司法制度更强调对法律秩序的维护。虽然各国通常力图在二者之间兼顾平衡，价值取向却是相当清晰的。但我国宪法或法院组织法对于民事司法功能都没有明确定义，民事诉讼法第2条则规定了“本法”的多重“任务”，既没有确定核心任务，也没有功能定位或价值目标。理论界对此也未从实然或应然层面上展开讨论，更谈不上共识、通说或主流意见。我国司法制度的价值目标和功能定位不明确，这直接影响到我国民事诉讼程序制度的体系化建构，在具体程序规范中更难有明确的价值预设或价值冲突衡平机制。即使个别制度有某些功能预期，也往往要么与其上位的价值目标相左，要么在下位的程序技术配置中未得到逻辑一致的体现。

因此，首先从总体上确定我国民事诉讼制度的价值目标，应当成为我国民事诉讼理论和制度体系化建构的迫切任务。值得关注的是，全国人大法工委在修改草稿议案中开宗明义地提出本次修改法律的目的，是“为了妥善解决纠纷，保护当事人的合法权益，促进社会和谐稳定，进一步完善我国民事诉讼制度。”这可以解读为：民事司法的直接功能侧重于纠纷解决，同时兼顾权利保护，而其终极目标是实现“促进社会和谐稳定”这一政治功能。

如果这一解读符合我国民事诉讼制度的基本功能定位并以此评价司法实践，那么司法实践中无论怎样强调解决纠纷的功能和维护社会和谐稳定的政治目标，也不能吞噬司法保护当事人合法权益的基本功能。如果以此指导程序立法，那么本次修正案无论如何也不会采纳先行调解的法律条款或确立“调解优先，调判结合”的司法原则，从而将司法推向社会大调解中心的地位。如果以此评价审判管理制度，那么无论如何也不能将信访作为评价司法的标准或维护权利的途径，因为司法调解在解决个案纠纷的同时不生产行为规则，信访及其导致的种种司法干预则是在一种反规则、逆程序的权力角斗中进行的。

如果中国民事诉讼制度明确遵循“司法即正义，正义以真相和裁判的正确性为基本前提”这

样的普适标准,那么真相或正确性就会被置于不可与时间、成本平起平坐的至高点。程序立法就不会直到刚刚出台的修正案为止仍然忽视用于保障证据获取与真相查明的证据规则的建构;国务院也不会在确定诉讼费用的标准时根本不考虑诉讼成本分配规则对于程序公平的杠杆作用;最高法院在司法管理目标和评价体系中,也不会以时间、效率等指标替代裁判正确性的核心目标地位,并推动各级法院之间的结案速度竞赛,同时又以上访率、上诉率、再审率等不确定的“社会效果”评价指标替代真相和正确性而成为最重要的正义/司法考评指标——在最高人民法院的十几项司法评价指标和地方各级法院层层加码到几十项、几百项评价指标和复杂计算公式中,真相和裁判的正确性作为司法正义的核心目标正在淡化至几乎被淹没。

可见,在研究方法上,必须关注“司法的普适价值 \leftrightarrow 中国特定价值偏向及其底线或基准 \leftrightarrow 特定价值目标的制度载体及其功能预设 \leftrightarrow 运行中的制度及其预期价值功能验证”的逻辑关系。如果我国民事司法有明确的功能定位或价值目标,而理论上能够以之作为检验程序立法和司法实践的标准,那么上述这些看似“中国特色”的程序技术问题就会明显经不起检验和拷问,至少理论界不会成为那些打着外国制度经验的旗号却违反正义的普适价值和程序的基本原理的改革吹鼓手。

比较研究的第三步,是将这些根据中国语境所确定的中国司法制度价值目标和程序预期功能铸入中国程序技术规范之中。

在这个技术设计过程中,必须考虑特定的技术规范与中国的制度体系和制度语境的契合度,并根据后者进行变通和重组。这样的比较研究路径,表面上看只是一个“外国法技术规范解构+中国法技术规范重构”的过程,但由于这一过程是以问题为指向、以价值和功能为内涵的,因而由外国法技术规范解构其制度功能和价值目标时结合了具体语境,再重组中国程序技术规范时则是在中国语境下确定中国制度的价值选择与功能预设。也许这样的归纳仍然是简单、粗疏的,但力图超越比较研究中不问制度语境和价值目标的规范罗列和断章取义的技术抄袭,作为一种研究态度至少是有益的。

最后特别强调指出,以问题为指向、以关注制度实际运行状况为主要特征的法律实证研究,与其说是某种特定的研究方法,勿宁说是法学研究中应当普遍奉行的学术态度。即使在可能完全没有田野调查或实证数据分析的比较法研究也不例外。只有以问题为指向的比较研究,才能真正关注中国问题,在比较研究中对比中国所面临的具体问题与意欲援引的外国法所针对的该国问题有何异同,从而关注实际问题与制度答案之间的逻辑关系,找出与问题相契合的,或者至少有相关性的答案,才可能追问和追求具体的技术规范与制度的价值目标和预期功能是否吻合、在逻辑上能否自治、在正当性上无障碍。

法系意识在民事诉讼法学研究中的重要意义

陈 刚(华东政法大学法律学院教授)

民事诉讼法学隶属于社会科学,它是法律科学中一支重要的部门法学。民事诉讼法学是一门旨在揭示民事诉讼法制发展规律的体系化知识,而其生成和发展的必要条件就是学术方法(方法论)。即,不藉学术方法,民事诉讼法知识无从形成体系化,而体系化的民事诉讼法知识又是学术方法的产物。学术方法是人们思维的产物,应当采用何种学术方法研究具有中国特色社会主义民事诉讼法学,抑或为何选择此种学术方法,此乃笔者近十多年来所思所虑又上下探求之大问题。得益于“中村民事诉讼法学”的启迪,结合我国民事诉讼法制及其理论流变之实际,笔者提

出了法系意识论,且立足于此种学术方法指导一贯之研究。法系意识论不同于通常意义上的比较法学之研究方法,它是通过梳理和解读我国民事诉讼法制的演进实况,以认识和解决现行民事诉讼法制及其理论本身存在的问题为指向,服务于健全中国特色社会主义民事诉讼法制及其理论这一根本性学术目的。比较法学的研究对象并非囿于中国民事诉讼法制及其理论,它虽具有提供立法参考材料、丰富法学知识之作用,但不具有法系意识论的学术,其目的仅限于“中国问题”的特质。例如,我国现行法上的人民陪审员制度是苏联法的本土化产物,因此,我们在研究该制度时,不能置苏联法及其法理于不顾,此乃法系意识使然。当然,我们也有必要从比较法学立场研究美国的陪审制,但此种研究并非是认识人民陪审员制度的前提,更不应当将美国陪审制的研究成果当作解释人民陪审员制度生成和发展的法理依据,此亦法系意识使然。

法系意识论在我国民事诉讼法学中有着其他学术方法所不可替代的重要意义,这一结论并非凭空而来,而是由我国民事诉讼法制的生成与发展之特质所决定的。制度是历史的产物,民事诉讼法制作为国家制度之一部,亦然。中外古代社会都曾采用“诸法合体”的法律制度,既没有民法和刑法之分,也无实体法和诉讼法之别,因而在客观上也就没有必要或可能存在独立的诉讼法及民事诉讼法学。我国的现代民事诉讼法制及其理论萌芽于清末,形成于民国,发展于当代。我国民事诉讼法制现代化的过程,既是中华法系走向衰落的过程,也是外国法的移植及本土化的过程,这其中深受日本法、苏联法的影响。日本民事诉讼法移植德国法而成,苏联民事诉讼法保有沙俄时期《民事诉讼章程》之“遗风”,而这部章程又以法国法为主干写成。因之,德国法和法国法潜行于我国民事诉讼法制之中。改革开放以后,美国法渗入色彩日浓。可以认为,我国民事诉讼法制具有混合法制之特质,但大陆法为其基本色调。随着外国法的移入,外国民事诉讼法理也相伴而来,我国民事诉讼法学之基本落于德日法学、苏联法学、法国法学之上,兼具美国法理。虽然学理上通常将德日法、苏联法、法国法划归大陆法系,立于美国法之另端,但德日民事诉讼法与苏联及法国的民事诉讼法之间差别甚大,法理上也不直达。因此,外国法究竟采用何种途径、以何种形式以及于何种程度上影响着我国民事诉讼法制之问题,该当吾等民事诉讼法学研究者必须具备之意识。要之,学说及制度之创新之发展,非秉承历史成果而不可为,然若置历史积淀于不顾,其结果或是“创新”沦于自言自语,或是“新举措”、“新制度”于实务上昙花一现。因此,倘若承继历史成果以前行,我国民事诉讼法学研究则难脱法系意识之佑启。于此意义上,法系意识论应成为我国民事诉讼法学之重要研究方法。

需要指出,法系意识论并不排斥其他研究方法,且不将自己奉为我国民事诉讼法学的唯一学术方法,它仅是在其中践行自己独特的、不可替代的重要意义及作用。我国现行民事诉讼法制是法律移植和本国经验相结合之产物,因此,我国民事诉讼法学自始就具备着移植与创新的品质,进而有着“海纳百川”的开放性。今天,我国民事诉讼法学的开放性主要体现在:它要汲取人类一切优秀的民事诉讼法律文化成果,运用各种切合实际的研究方法,结合建设社会主义法治国家的需要,不断丰富和完善自己的理论体系。

不同于形而上的法哲学以及理论法学,以实定法为研究对象的民事诉讼法学属于应用法学,它由立法学和法解释学两大分支学科组成。就我国民事诉讼法学而言,尽管其下两支学科都以我国现行民事诉讼法制为研究对象,但两者间有着不同的问题意识、学术目的和学术界限。民事诉讼立法学(立法论)以我国现行民事诉讼法的制定、修改、废止以及其中的立法政策为问题意识,其学术目的是为完善我国现行民事诉讼法体系及其具体规定提供建言,它以在现行民事诉讼法的规定(条文)之外并围绕其主张法律改革(法律的制定、修改及废止)的研讨为学术界限。例如,由新组建的中国民事诉讼法学研究会主办的“民事诉讼法修改系列研讨会”,可谓近年来学术影响力最大的一次有关民事诉讼法立法学(立法论)研究活动的学术盛会。民事诉讼法解释

学（法解释论）以确定我国现行民事诉讼法规定的内容，明确其适用界限为基本问题意识，其学术目的是促成我国现行民事诉讼法的正确适用，以在现行民事诉讼法的框架内围绕其具体规定（条文）的适用提出建言为学术目的。例如，我们有关现行民事诉讼法某一概念或某一条文的内容及适用范围的研讨，即是法解释学（法解释论）的显例。尽管民事诉讼法的立法学和法解释学有着各自的学术意义及界限，但两者都以具有移植和创新品质的我国现行民事诉讼法制为研究对象，如下所陈，法系意识论在这两个研究领域都有着十分重要的佑启作用。

其一，有关我国民事诉讼制度（包括民事审判方式）改革及民事诉讼法修改的讨论，是为近十多年民事诉讼法学界最为重要的学术活动，也是一场倍受关注的立法论活动。但是，在各种偏重于“解构”、“重构”的讨论中却鲜见法系意识之佑启，其中有关民事诉讼程序构造改革及完善的立法问题讨论更是如此。我国民事诉讼的审级制度及程序构造习苏联法而成，由1954年法院组织法加以确定，后虽经若干修正及细化，但无关宏旨，基本规定沿用至今。但是，由于立法者当时学习苏联法不彻底，加之后继者又不具苏联法的法系意识，以致当下的民事诉讼在审级制度及程序构造上一直处于“功能性紊乱”状态。苏联民事诉讼法上的一审之审级功能为事实审，采用集中审理方式进行，审前准备程序和庭审程序的界限及功能泾渭分明。而我国民事一审也属于事实审，其程序构造在立法上采用苏联法上集中审理方式，有关审前准备程序和庭审程序的规定也几乎同于苏联法。但是，我国法院组织法和民事诉讼法鉴于诸般原因没有规定苏联法上保障集中审理方式得以落实的基本制度及原则（例如直接审理原则、不间断审理原则、内心确信原则等），并且从相反方向规定了主张及证据的随时提出原则、审判委员会制度等，以制度设计上不能自洽的“随时提出主义集中审理方式”之构造，致使民事一审诉讼程序至今处于“功能性紊乱”状态。为了克服这种不能自洽的程序构造所造成的诸多弊病（例如“没完没了的开庭”、先判后审式的“庭审走过场”等），最高人民法院在各地人民法院推出的诸多新举措（例如“一步到庭”、证据交换、强化审前准备等）皆铩羽而归之后，不惜突破现行民事诉讼法规定，推行包括举证时限在内的限时提出主义以图集中审理之实现。但此举因与现行民事诉讼法规定相冲突，又为新证据之类的新问题产生埋下伏笔。如何从立法上根治“随时提出主义集中审理方式”给民事一审诉讼程序造成的“功能性紊乱”之痼疾，此乃民事诉讼法立法学研究之重点课题，但若回避苏联法上保障集中审理方式制度设计之研究，想必只能止于“天马行空”，此乃法系意识使然。

中苏同为二审终审制，虽就审级功能的立法定位大致相同，但实际操作差异甚大。我国民事上诉审参照苏联法上审判监督制度建立，其法定审级职能是上级人民法院依法对一审判决是否合法和有无根据进行审查，由此定位上下级人民法院的审级关系。苏联民事上诉审属于审查式法律审，但因诸般历史事情影响，我国民事上诉法院至今未能有效发挥此种审级功能。司法实践中，上级人民法院通常采用一审法院判案方式对下级人民法院的裁判进行审判监督，抑或采用重复一审法院“劳作”方式审理上诉案件，据此引发诸多有损司法公平、高效、权威之弊病。今日于审级制度上直面的诸多不适应问题，几乎皆与有违苏联法理相涉。未来我国民事审级制度如何改革及前行，苏联法研究乃不可逾越之前提，此乃法系意识使然。

其二，长期以来，我国法学界在整体上或许是出于立法不完善之原因而偏重于法理学以及各部门法的立法学研究，然而在社会主义法律体系已经基本形成的今天，法解释学应当成为促成法治国家形成之显学。倘若仍抱守“反思”、“解构”、“重构”之一贯态度对待现行法律，则不仅有妨碍法治进步之虞，还势必会有混乱司法实践之实。民事诉讼法解释学的学术目的旨在促进我国现行民事诉讼法的正确适用，通过对民事诉讼法条文的合立法目的性解释，维护民事诉讼程序的统一性和安定性。我国民事诉讼法中绝大多数概念或是对日译德国法概念的借用，例如，民事诉讼、管辖、诉讼请求、当事人等；或是对苏联法概念的汉译，例如，有独立请求权第三人和无独

立请求权第三人、判决的法律效力等。这些概念作为法律概念，立法者本应对其内容及意义有所特定，但鉴于历史条件所限，立法者至今未对相关概念作出立法解释，也未曾公开立法资料提供参考，以致学者对相关概念的解释莫衷一是，司法实务也因之所累而无所适从。以民事诉讼法规定的“诉”的概念为例，此乃苏联和德日民事诉讼法皆有规定的一项基本制度。尽管苏联法上的诉的制度与德日法差别甚大，但各自在制度设计上都能够自治。我国学者因不知我国民事诉讼法中诉的制度究竟采用何种立法例为之，因此，教科书中出现或采苏联法理或采德日法理或二者兼之解释诉的概念及制度的现象。殊不知诉的制度与民事诉讼法规定的其他诉讼制度之间存在着整序性关系。例如，藉苏联法理无从解释德日法上形成之诉在我国民事诉讼法及其实践中存在之理由，或藉德日法理又难解释苏联法中诉的制度二元性设计存在于我国民事诉讼法实践之依据。正是由于学理上将两种法理混用于我国民事诉讼法的诉的制度之解释，以致司法实践至今对作为诉的客体的诉讼标的缺乏统一识别标准，进而使民事审判失去明确的审判对象，招致“审理不尽”和“突袭裁判”现象成为常态，再审案件也因之居高不下。要之，只有对我国民事诉讼法包括诉的制度在内的相关概念进行整序性解释，才能使其在适用上具有统一性和安定性，而这正是民事诉讼法解释学该当承担的使命。欲达此学术目的，必须对我国民事诉讼法的各个概念及制度之立法例进行梳理及考察，此乃不二选择，亦即法系意识使然。

综上所述，法系意识于我国民事诉讼法学研究中具有十分重要的理论及现实意义。但理虽如此却行之不易。欲知外国法究竟采用何种途径、何种形式以及于何种程度上影响我国民事诉讼法制及法理之设计，当以知悉该外国法及其法理为前提，而欲知研究对象之外国法及其法理之究竟，当以掌握该国语言文字为前提。但当下民事诉讼法学者囿于教育体制，以习英文者为常事，熟识俄日文者已甚少，遑论德法文乎！藉英文研析德日苏法之民事诉讼法制及其法理，犹如隔靴搔痒，况且英文刊著关涉上陈国家民事诉讼之论述，制度介绍为多，法理精解甚少。德日俄法语等被学界视为“小语种”之外语于我国民事诉讼法学研究领域之缺位，是谓诸多研究成果不具法系意识之根本所在也。但是，我国民事诉讼法学之前行，须以全面把握影响我国民事诉讼法制之外国法及其法理为前提，“小语种”该当成为我国法学教育之重要科目，此乃法系意识使然。

多元“法律”构成与法学研究多元化

舒瑶芝（浙江工商大学诉讼法学研究中心副教授）

法学研究离不开研究对象之确定及研究方法之选择，而研究对象的范畴通常又会在一定程度上影响研究方法的运用。传统法学所认知的“法律”是一个相对封闭的规则体系，规则自然而然地成为法学研究的重点。民事诉讼法学研究与其他部门法学一样经历过规则中心主义，即围绕民事诉讼立法，探讨立法的框架，条文的逻辑构成及对规则的内容进行立法解释、文本解释等等。以规则为中心的注释法学的繁荣与以下主客体要件不无关联：其一，在法治是“规则之治”的共识下，最重要的是在完备的规则体系尚未有效建构的前提下，存在规则研究的必要性。民事诉讼立法虽受大陆法系的影响，但立法的内容及形式相对较为简单，并未形成法典化。基于粗放型立法传统及立法技术水平所限，民事诉讼法以极其有限的条文数量对民事诉讼活动进行规范，立法通常高度概括及抽象。此外，由于法律通常落后于时代，兼之立法中“重刑轻民”现象的存在，民事诉讼法与刑法等部门法相比，其制定及修改频率更缓，这使规则的研究、解释成为必要。其二，规则作为研究对象的可行性。法律与政治联系过于密切，以致我国法学研究领域存在一些或明或暗的藩篱，法学研究对象的选择需要考虑其能否成为自由研究对象，否则其研究成果可能无

法得到有效转化。例如关于诉讼体制的研究无法取得突破性成果,原因之一在于诉讼体制并没有成为自由研究对象。规则作为实在法的重要组成,其成为法学研究的对象一般不会陷入意识形态等方面的干扰或困境,具有作为研究对象的适合性。其三,研究主体条件相对有限。法学研究的繁荣离不开职业法学家阶层的出现。民事诉讼法学初始研究群体的数量相对有限,这在一定程度上决定了学科整体研究能力的局限性;在法律体系尚未有效构建时,其研究内容相对集中于亟待建构及适用的法律规则亦属自然。

注释法学研究发展到一定程度,出现部门法学意义上的基础理论研究。当然,并不能说基础理论研究此时才出现,而是指基础理论研究的体系得以构建,民事诉讼部门法学学科体系真正得以确立。其研究对象在关注既有规则的同时,开始思考民事诉讼的程序要素及价值,对民事诉讼部门法理学的理论框架进行了系统的梳理。基础理论研究兴起的典型代表是,江伟教授于20世纪90年代中后期提出,民事诉讼基础理论体系包括诉讼目的论、诉权论、既判力论、价值论、关系论、诉讼标的论。从法学研究的发展轨迹看,在法治发达的国家和地区,规则的建构通常是以充足的基础理论研究成果作为基石,即规则内容是在理论的指引下经过充分的论证而形成,这有利于克服和抑制规则建构的盲目性及非理性因素。我国基础理论研究的进展可以说是在规则研究发展到一定阶段才出现,当然,此时基础理论研究的意义并不是为了理论研究而进行理论研究,而是因为理论研究为规则建构的终极目标,为具体诉讼制度的设计及司法实践中出现的问题的解决提供价值判断的依据。规则仍然可能是基础理论研究的对象,但此时研究的内容已不限于对规则的简单诠释,而是需要对规则的建构原理进行必要的论证和解释,作为规则建构灵魂的法律基本原则在理论研究对象中占据了一席之地。

从研究内容和研究方法看,基础理论研究基于其自身特点理应对部门法学研究起到夯实基础的作用,但在以学者为主要研究群体的基础理论研究中存在理论与实践的脱节现象。试析其成因如下:其一,由于我国职业共同体的非互通性,职业共同体之间缺乏有效的沟通、交流,理论研究存在“闭门造车”现象,研究成果的价值仅停留于理论层面,缺乏对诉讼实践的针对性研究,缺乏研究成果的有效转化。其二,民事诉讼理论研究通常偏重于研究对象应然状态的价值研究,这种“形而上”的研究内容与诉讼实践的实然状态存有较大的距离。在价值论领域,理论研究的成果并没有如研究者所设想的对诉讼实践起到改良或完善的作用。其三,理论研究的重要组成部分——比较法学研究初始往往停留于简单的介绍性研究,强调某一制度引入的必要性,而缺乏对制度的产生背景、制度内容、制度运行环境的必要性论证及关注。在民事诉讼法学领域,以致有学者曾质疑比较法学研究是否真正存在。其四,民事诉讼法学研究如关注诉讼实践,仅有程序法知识显然是不够的,必须结合实体法规范进行研究,这给研究者的知识结构带来了挑战。诉讼理论研究可以进行思辨型的抽象研究,但其与具体司法实践结合时,必须考量特定案件的具体要素,此时实体法的内容与程序法的内容通常处于胶着状态。

在民事诉讼理论研究过程中,与诉讼目的论直接相关联的“能动司法”、“多元化纠纷解决机制理论”的提出给民事诉讼法学研究带来了深刻影响。民事诉讼法学研究的视域开始聚焦于司法、法律的实效及诉讼外的纠纷解决机制。就研究内容而言,开始关注纠纷解决机制所产生的社会效果,这为诉讼法学研究方法的转型带来了契机;而就研究对象而言,其超越了传统诉讼法学规则研究、理论研究的局限性,拓展了研究对象的范畴。如果对以往研究内容及研究方法所存在的局限性溯本追源,其与研究主体对研究对象的“误识”有一定关联。我们所要研究的对象——“法律”并不是一个完全由规则所构成的静态系统,它是不断发展的,尤其是它必须反映并解决社会的需求。显然,规则并不足以构成法律的全部,立法所遗漏的权利保护的内容,有必要通过司法,通过判决得以展现。在多数情况下,我们可以寻找到相应的规则即法条的明文规定作为我

们三段论式裁判依据的大前提，但在规则体系相对健全的今天，我们仍然发现，仅有规则并不足够。

在既有的规则体系框架下，仍然可能发生在特定案件中无法找到适合的规则作为裁判依据，或者可以找寻到的规则内容出现矛盾的情形，裁判仍然可能存在裁判依据的缺失问题。上述情形的出现并不是我国的特色，我们在德沃金借助特定案例的分析，对哈特的规则理论进行批判的论证中，可以看到法律构成要素多元化之必要。当然，我国的法律构成还具有一定的中国特色，司法中存在的“规则缺失”或者“规则有效性缺失”的现象，在我国催生了以多种形式存在的由最高人民法院做出的司法解释。这种具有法律拘束力的司法解释，其一部分是针对规则的抽象性、概括性作出的适用说明，这仍然属于上述注释法学的研究范畴；同时相当部分的司法解释是就特定案件的具体事实进行法律适用的说明，这部分内容构成了事实上具有法源性效力的判例，有学者称之为“批示性判例”。如果说，上述内容仅是在立法环节重构了法律要素，那么在司法活动中由于“创设性裁判”的存在，法官也有可能进行创设法律，在进行法律规则的续造活动。

因此，我们可以看到，今天的“法律”不再是由单一规则组成的孤立体系，而是由多种法源构成的一个开放系统。不管是否承认，司法事实上在进行一定程度的法律续造活动，有助于弥补法律的漏洞，展示了动态中的法律样貌，有必要纳入诉讼法学的研究对象范畴。而法律适用如何实现法律效果与社会效果的平衡，将构成今后民事诉讼法学的重点。法学研究的发展趋势正逐步走向“微观论证”。所谓微观论证，按照谢晖教授的说法，即“通过对法律之内部问题的观察和梳理，以解决实在法可能存在的冲突、漏洞、不足、超前、滞后等问题，以完善实在法从纸面的法到实际行动中的法之过程”；“如果说宏大叙事更垂青于立法及其相关问题的话，微观论证则更关注于司法及相关问题”。而此种微观论证的具体研究方法似乎更适宜采用有别于传统规则研究的实证分析、法社会学分析方法，这同时带来了法学方法论的变革。

此外，有必要加以关注的是，对于当前的中国，纠纷或者说冲突的解决往往并非援用法律或者诉讼就能解决。这是因为当前的纠纷之形成与解决可能存在或必须考量更多法律之外的因素，我们当前所面临的信访压力在很大程度上即源于此，这就需要在研究时将更多与法律和诉讼密切相关的因素纳入我们的视野，这也使得纯法学的研究方式事实上被削弱或被取代。我们并不由此否认以规则作为研究对象的重要性，而只是强调规则之外的要素亦是法律的构成要素。这种对于研究对象范畴的认知变化，将会为我们研究方法的选择带来更多的主动性和有效性，法社会学分析方法将被进一步关注及援用。

对民事诉讼法学研究进行展望似乎是必要的，尽管这是一种轮廓性的概括，尽管下述论断可能更多来自于个体性的狭窄观察。

在研究视角上，首先，民事诉讼法学研究今后应关注民事诉讼法与宪法的位阶关系，在宏观的层面，以人权保障的视角，重新定位并构建诉权理论、诉权与审判权等关系，并以此指导具体的制度构建；其次，应关注民事实体法与民事诉讼法的密切联系，关注民商事实体法的立法、司法实践及相应的研究成果，加强实体法学和程序法学的联动研究；再次，应关注诉讼法领域共通性制度及差异性制度的理论构建。

在研究方法上，民事诉讼法学研究需尽可能扬长避短，应注意处理研究中存在的“片断式研究”与整体制度协同性研究，“运动式研究”与学科热点、焦点研究的关系问题，克服比较法研究中的“移来主义研究”倾向。“片断式研究”是指民事诉讼法学研究不乏针对某一程序制度或程序相关环节而进行的针对性研究，但研究缺乏系统性尤其缺乏对于民事权益保护的预防和纷争解决体系的建构研究。“运动式研究”是指研究通常追随社会的热点，容易形成短时期的学术焦点命题，但研究可能缺乏持续性，可能追随新的热点问题而发生研究方向的快速转移。法学研究

需要关注学科前沿,但同时对于基础理论领域尚有待厘清的内容还是需要进行持续而深入的研究,否则可能出现的结果是我们不断地开辟新的研究领域,但又无法在某一领域取得根本性的研究成果。“移来主义研究”是指在研究、介绍引入外国有关制度时缺乏问题意识和国情意识,缺乏针对性和可适用性。法学研究受到不同程度的西方“现代化范式”的影响,缺乏基于中国问题意识出发的深层思考。民事诉讼法学是一门研究如何保障权利实现的学问,其最终需要解决的是如何在本土化的资源下实现权利的内容,这就有必要关注并协调借鉴、移植外来理论与具体国情之间的关系。

当法律的构成要素趋向多元,法学的研究内容和研究方法亦随之而产生变化。研究对象的多层次及研究方法的日益多元化勾勒了民事诉讼法学研究的发展路径,其未来的研究路向并非表现为某一研究方法绝对取代另一研究方法,而是可能出现研究方法的“群舟竞渡”现象。

首先,规则研究将继续繁荣。民事诉讼法建构的出发点在于形成规则体系,这种更多关注规则的形式及数量的初级立法阶段已经完成。在法律的调整对象即社会关系日趋复杂的情形下,法律面临具体适用时的效力挑战,社会发展变化中的实体权利实现,对于程序法提出了新的要求。规则存在修改的必要以应对现实的社会需求。尤其当前正在进行民事诉讼法的重大修法活动,规则内容的重构及其正当性论证将成为现阶段重要的研究方向。可以说,规则体系的建构和完善是始终推动民事诉讼法学发展的源动力,同时亦是民事诉讼法学研究的使命及重要的价值归宿之一。

其次,基础理论研究仍应是充分、必要的。基础理论研究通常归属于静态研究范畴,事实上其研究的内容并非一成不变。基础理论研究有必要加强系统性和创新性研究,对于具体制度的内容进行理性分析和价值指导,并将研究成果转化为制度设计,以延续理论新的生命力。这一方面有利于避免理论的空洞及脱离实际,同时有利于避免制度设计的价值缺失。值得一提的是,在基础理论研究的比较法学领域,随着学术对外交流的不断深入,对两大法系的比较研究尤其是对大陆法系相关理论的移植研究得以深入,开始逐步摆脱纯粹介绍性的初始研究状态。民事诉讼法学基础理论研究需要在借鉴、引入大陆法系及英美法系学说的基础上,结合本土化资源进行后续的研究。

再次,司法即实践中的法,也就是法律的动态运行将成为研究的关注对象。判例研究、实证研究将得以深入及发展。诉讼法的适用是一个发现并可能创设实体规范的过程。民事实体法的内容如何通过诉讼程序得以落实或实现?依照王亚新教授的观点:“实体法条文总表现为一般规范命题,其具体的内容必须通过一个个具体案件的处理才能显示出来。”我们可以观察司法活动,通过案例具体感知或获得实体法规范的具体内容。除此之外,诉讼理论如诉讼标的、既判力理论如何适应社会发展及诉讼实践而赋予其新的生命力?民事诉讼制度如何应对不断变化发展中的社会冲突?司法制度的运行态势及其产生的法律效果和社会效果究竟如何?上述种种命题需要在司法实践中借助具体案例,观测诉讼制度的动态演变以求得验证。

最后,可以展望的是民事诉讼交叉法学或边缘法学将得到发展。从法学发展的一般趋势看,随着学术研究领域及研究视野的进一步拓展,部门法学研究对象的扩散及多元研究方法的引入,法学的研究领域将进一步细化,交叉法学或边缘法学将会兴起。民事诉讼法学研究发展到一定程度,需要进行跨学科的综合研究。以司法政策为例,由于政策在司法活动中的重要作用,如何规范司法政策的形成,如何有效评估司法政策的效能?司法政策学以司法政策的形成、运行、反馈及评估机制为主要研究对象,其研究内容非诉讼法学的单一学科理论及知识能够驾驭,而是涉及诉讼法学、政治学、社会学等交叉领域的学科知识。

民事诉讼法学的良性发展离不开诉讼理论与司法实践的有机结合。就研究方法而言,未来民事诉讼法学有必要借鉴其他学科的研究方法。如前所述,实证研究、判例研究等研究方法正进入民事诉讼法学研究的视域,但上述研究方法的具体运用有待进一步规范。

司法制度研究的发展走向

谭世贵(浙江工商大学诉讼法学研究中心教授)

我国近现代对司法制度的研究始于清末,历经清末变法时期、民国时期、新中国初期与改革开放时期,其理论研究不断深入,研究领域逐步扩大,研究方法日趋多样,研究成果日益丰富。特别是20世纪90年代末以来,法学界对司法制度的研究更是达到了前所未有的程度。

在当下中国,司法制度的研究已经成为一门显学。主要表现在以下几个方面:

第一,众多学者不分学科、不分研究领域,相继参加到司法制度与改革的研究中来。除与司法制度研究具有天然联系的诉讼法学者外,许多法理学、法律史学、宪法学、行政法学、民商法学、刑法学的教学与研究人员也纷纷参与进来,从而极大地增加了研究力量,扩大了研究视野,提升了研究水平。

第二,司法实务界对司法制度与改革的研究热情持续上升,研究范围不断扩大,研究活动日益深入。全国法院系统和检察院系统依托中国法学会分别成立了中国审判理论研究会和中国检察理论研究会,持续关注与研究审判改革与检察改革问题;最高人民法院、最高人民检察院以及部分省级法院、检察院每年都发布有关审判制度与改革、检察制度与改革的研究(调研)课题,并组织研讨会、成果评奖等活动;一些法院提出了“能动司法”、“民本司法”、“协同司法”、“阳光司法”等口号并组织专题研究。

第三,一些高校和科研院所成立了专门的司法研究机构或组成了以司法制度为研究对象的课题组或学科点,进行司法制度与改革的研究工作和人才培养工作。如北京大学司法研究中心、中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心、复旦大学诉讼法学与司法改革研究中心、四川大学司法改革研究中心、中国政法大学司法理念与司法制度研究中心、清华大学“985”重大基础科研项目“司法公正与司法改革”课题组。另外,一些高校在诉讼法学科之下设置了司法制度方向,招收硕士、博士研究生,培养司法制度方面的高级专门人才。

第四,以司法改革或司法制度改革为主题的各类学术会议、学术论坛纷纷举行,极大地活跃了研究氛围,促进了学术交流与合作。例如,1999年10月,中国法学会在北京大学举行了“中国司法改革研讨会”;2001年8月,中国社会科学院公法研究中心在北京怀柔举办了“中国司法改革的回顾与前瞻”学术研讨会;2001年11月,清华大学法学院在北京主办了“千年之交的司法改革”国际学术研讨会;2008年5月,中国政法大学诉讼法学研究院在北京召开了“司法制度改革研讨会”,等等。

第五,司法制度与改革的研究取得了比较丰硕的成果,同时也造就了一批研究人才。据初步统计,自1998年王利明的专著《司法改革研究》问世以来,已出版的司法制度与改革方面的著作达200余部,发表的学术论文达一万余篇。在诸多的研究成果中,一个明显的特点是司法改革的研究成果占有很大的比例;同时,对司法理论的研究以及对司法制度的分类研究亦逐渐增多。

但是,毋庸讳言,我国司法制度研究在取得积极进展和丰硕成果的同时,还存在着诸多的问题与缺憾。具体表现在:一是司法制度的研究过于追求制度的改革与创新,即热衷于司法改革,而对司法制度基本概念、基本知识和基本原理的研究不够重视,相关成果较少。二是研究方法比较陈旧与落后,缺乏跨学科的研究。一段时间以来,司法制度研究较多地采用比较研究、规范法学研究、唯物辩证研究等研究方法。最近几年,虽然实证研究的方法得到较多的采用,但仍不普遍,大部分学者还是采用比较研究等惯常的研究方法,至于采用经济学、社会学、系统论、信息

论等跨学科的研究方法，更是非常少见。三是注释性研究、跟风性研究盛行，严重地削弱了研究成果的原创性。四是缺乏学科间的协同研究，各个学者、各个学科、各个院所（中心）在研究中大都各自为战，较少进行交流与合作，难以产生重大的研究成果；理论研究人员与实务工作者亦缺少交流与合作，不是理论脱离实际，就是实践难以上升到理论高度，从而极大地影响着研究工作的深入开展和研究成果的充分应用。

法律的生命在于实施，而法律的良好实施又有赖于司法制度的有效运作。由此，连接法律与法律实施的司法制度的有效运作，显得至关重要。从理论上讲，司法制度具有整体性、协同性与实践性，必须注重其整体的改革与发展，加强审判、检察、侦查、执行与司法管理等各项制度间的协调与整合，努力发现其在实践中存在的问题并加以切实改进，提高其整体效益。这就对司法制度的研究提出了诸多高难度要求与严峻挑战。为此，我国司法制度的研究与其他学科的研究一样，都面临着转型与提升的问题，而且相较于其他学科，其转型的任务更加艰巨和繁重。笔者认为，司法制度研究应当在体系构建、研究对象、研究范围、研究类型、研究方法和研究形式等方面实行重大的或根本性的转变。

其一，由司法制度研究转向司法学研究。近十几年来，法学界对司法制度的研究，一直将研究的重点或重心放在制度层面，包括司法制度的形成与演变，司法制度的现状与问题（以及产生这些问题的深层次原因），司法制度的改革（或重构）与完善，国外、国际司法制度的考察与借鉴以及国内司法制度改革的论证与解读等。对司法制度本身的研究固然重要、不可或缺，但理论研究本身更应当注意探寻制度背后的价值目标、基本理论、重要原理与核心理念，努力构建司法制度的理论体系。司法制度研究不应停留在制度层面，而应上升到理论层面即转向司法学研究，逐步构建自己的理论体系。初步设想是，司法学的主体理论应当包括司法权理论、司法价值理论、司法主体理论、司法行为理论、司法程序理论、司法审查理论和司法责任理论等。对这些理论的研究与我们长期以来几乎只针对审判制度、检察制度、侦查制度、执行制度和司法管理制度的研究有着根本的区别，应当成为司法制度研究转型的重点或重心。笔者设想，司法学研究作为法学学科之下的一个研究方向，可以具体划分为：司法原理学、司法体制学、司法制度学、司法程序学、司法管理学、司法技术学、民间司法学、国际司法学、司法伦理学、司法文化学、司法心理学、司法环境学、司法经济学、司法社会学，等等。当然，上述划分的可行性和合理性还有待进一步探讨。

其二，由微观研究转向微观与宏观相结合的研究。一方面，司法学研究在继续对各项司法制度进行深入研究的同时，应不失时机地展开对司法管理、司法技术、司法伦理、司法心理等微观问题的研究工作，以促进司法学研究的进一步深化与细化；另一方面，司法制度是国家的重要制度，属于政治制度的范畴，与其他政治制度（如行政制度、监督制度等）乃至国家根本政治制度（人民代表大会制度）有着极为密切的关系，因此司法学研究不能就司法论司法、就司法制度论司法制度，而应当注意研究司法体制（包括执政党与司法的关系、人大与司法的关系、司法与行政的关系、政治体制改革对司法体制的促进与影响等）、司法环境等宏观问题，以促进司法体制的改革与司法环境的改善，切实保障司法制度的有效运作，加快实现司法公正，提高司法效率，塑造司法权威。

其三，由采用比较单一的研究方法转向采用多样化、跨学科的研究方法。在我国，司法学研究应当采取辩证唯物主义的研究方法以及比较与借鉴的研究方法。同时，与其他法律学科一样，司法学亦具有很强的应用性或实践性，这就要求研究人员更多地采取实证研究的方法；通过对相关数据或信息的采集、取样、统计和分析，获得司法制度运行的翔实材料，进而对司法制度的现状与问题进行细致的研究与分析，在此基础上提出相应的措施与对策，才能切实促进司法制度的

改革完善与良性运作。此外，司法制度学是一门有关法律适用、法律实施的学科，而法律适用、法律实施与一国或地区的政治、经济、社会等因素息息相关，离开对这些因素的深刻分析与充分考量，法律就难以正确适用与有效实施。为此，司法学研究还应当注意采用政治学、经济学、社会学的研究方法，以使研究更加全面、系统和深入。另一方面，司法制度的运作也必然涉及投入与产出的比率、社会公众与当事人的评价以及法律效果与社会效果的衡量等问题，这就需要采用经济学的统计、成本分析和社会学的访谈、问卷与抽样调查等方法，才能获得可靠的数据与正确的结论。

其四，由各学科的单科性研究转向学科间的协同性研究。无论是法理学者还是宪法学者，无论是实体法学者还是程序法学者，其对司法学的研究，都有很大的局限性。司法制度涵盖了刑事司法、民事司法、行政司法三大类型，包括审判、检察、侦查、执行和司法管理等各项具体制度，而且分别或集中地归属于人民法院、人民检察院或公安机关，具有很强的综合性。因此，各个学科如果单个地研究司法制度，由于其学科知识所限，很难对具有综合性的司法制度作出全面、系统的研究，只有各个学科加强合作，协同攻关，才能对涵盖刑事、民事、行政和包含审判、检察、侦查、执行和司法管理在内的司法制度进行周到、细致和准确的研究，并取得切实有用的研究成果。与此相类似，司法学研究还应考虑由单一性的个人研究转向混合性的团队研究。在社会科学研究中，单一的个人研究往往更能体现学术自由，亦更有利于产出原创性的成果，因而比团队研究占有更大的比例。但司法学的研究具有综合性和集成性，仅靠某个人、某个学科的力量难以有效完成，而需要多个学者、多个学科组成一个混合性的团队进行整体性的研究。当然，如果能够组成有宪法、行政法、刑法、民商法、诉讼法等多个学科的学者和司法实务部门的资深法官、检察官以及资深律师参加的混合性研究团队，将有利于团队成员之间的相互合作、相互补充，做到理论与实际、学术与实务的有机结合，从而更全面更深入地进行司法理论的集成研究与司法制度改革的整体设计，并取得兼具创新性与整体性的研究成果。

其五，由关注司法程序的研究转向关注司法体制的研究。最近十几年来，无论是法学界还是实务界乃至决策层，都将司法制度与改革的研究主要放在司法程序上，即着力推动司法程序的改革与完善，这主要体现在围绕三大程序法的修改进行了广泛而深入的研究（包括调研），并取得了显著的成效，实现了刑事诉讼法的两次大修、民事诉讼法的两次修改，并正在进行行政诉讼法的修改工作。但遗憾的是，司法体制改革却是雷声大雨点小。虽然决策层声称进行了数十项改革，但实际上成效不大。这反映在修法上，就是规定司法体制（即审判体制、检察体制、执行体制及司法管理体制）的人民法院组织法和人民检察院组织法自1979年制定以来，至今没有进行大的修改（仅在1983年对法院组织法和检察院组织法、2006年对法院组织法进行了个别修订）。这种状况实际上也反映了其理论准备的不足。因此，今后一段时期法学界对司法制度与改革的研究需要将重点放在司法体制改革上，以推动法院组织法和检察院组织法的全面修改，促进我国司法体制的改革与完善。