

工作者的投稿。编辑们在阅读这些稿件时,普遍认为作者的想法很好,选题也非常有意义,但往往在不同程度上存在着一些问题,如形式不规范、逻辑不严谨、论证不充分、层次不清楚等,这就难免影响稿件的采用。这次与会的很多代表在法学论文写作与编辑方面颇有研究,希望各位能够不吝赐教,让大家与你们一起分享“妙手著文章”的技巧与智慧。

三是法学期刊的编辑方法。与会代表将交流编辑在选取文章时主要关注哪些问题,什么样的文章会得到编辑的青睐,刊物在选择稿件时需遵循那些规则等。这既是与会编辑相互间的交流与学习,也可作为作者们指点迷津,大家一定会受益匪浅。

四是检察理论与实务的研究方法。近年来,在高检院的高度重视下,检察理论研究取得了丰硕成果。但无庸讳言,仍有许多检察理论问题还难以形成共识,还需要进行深入深刻的思考和研究。其中研究方法的突破和更新,将会为理论研究的深入奠定基础。在诸多法学研究方法中,实证研究、实地调查的方法尤应引起重视。在这方面,张家港市人民检察院在取保候审问题的研究上取得了一定的成绩,也总结出了一些成功的经验,将在会议上进行探讨和交流,他们的认识和经验一定会使与会者耳目一新并受到启示。

尊敬的各位领导、各位专家、各位来宾,本次会议是《学报》举办的首届笔会,我想有了第一次就一定会有第二次、第三次……我十分高兴地看到有这么多著名的学者和学术界的朋友们在百忙中光临会议。你们的出席就是对国家检察官学院和《学报》的支持和厚爱,有了你们的关心和支持,我们的学院和《学报》一定会前程似锦,越办越好。再一次向你们表示衷心的感谢!

我深知承办一次学术会议需要付出的人力、物力以及辛苦,苏州市人民检察院和张家港市人民检察院为本次会议提供了如此优越的条件和无微不至的服务,我必须代表国家检察官学院及全体与会代表向你们再一次致以深深的谢意!

祝本次研讨会及笔会圆满成功!

## 法学研究方法

陈国庆(最高人民检察院法律政策研究室主任)

法学方法越来越受到法律界和法学界的重视,实务部门在法律的适用过程中一直在思考怎么适用才更合理,我们在从事司法解释工作时也涉及到怎么解释才更合理的问题。最近我们在做一个打击生产销售假药的司法解释。这几年药监部门查处的假药案件大概有一百多万件,最后进入刑事诉讼程序的只有一百多件,原因在于对法律的理解存在较大的差异。《刑法》第141条规定“生产、销售假药,足以严重危害人体健康的”才构成犯罪,这时候就需要解释什么叫“足以”,什么叫做“严重危害”。比如有些假药中含有一定的有效成分,但大部分是淀粉,即使吃下去了也不会严重危害人的身体健康,这能定罪吗?

就解释方法而言,有客观的解释方法也有主观的解释方法,实践中我们采取客观主义和主观主义相结合的方法,即一方面要看立法的精神,另一方面要看司法实践中存在的问题,考虑实践的需要。因为我国是成文法国家,司法机关的责任就是严格准确地把法律适用到具体的案件中去,所以立法精神要把握。立法精神怎么把握呢?首先是适用立法解释;如果没有立法解释就要查阅立法当时的资料,和有关部门沟通,搞清楚立法时到底是什么样一个精神;再往下就是参考立法机关的同志写的介绍立法背景、立法精神的资料;最后是参考一些专家学者的意见,包括参加立法的专家学者的意见。比如实践中发生的某人发短信“诽谤”当地领导干部的行为,很多地方把这类行为作为刑事案件处理了。这里面是有问题的:首先,诽谤罪是自诉案件,只有在危害社会公共利益时才能够作为公诉案件,但什么情况下构成危害公共利益?公权力什么时候介入?这种情况就需要解释,需要界定。我们在做解释时力求保持客观

公正的原则,摒弃从个人利益、个人立场的角度出发来解释法律。不论是实务工作者还是学者,从客观公正的立场来解释法律、适用法律、从事学术研究都是必要的。比如《律师法》中规定,律师会见时不受监听,其中的监听包括现场监听还是仅指电子监听?还有律师在审判阶段可以查阅、摘抄、复制与案件有关的所有材料,“所有材料”如何界定?我们在北京开了许多会,发现律师、专家、公安机关、检察机关的解释都是不一样的。单从语义角度讲,只要与审判有关的材料似乎都应当允许查阅、摘抄、复制,包括控告、举报、领导的批示、合议庭的材料、检委会讨论的记录等等,这个问题就需要解释。

我们解释法律基本上把握这么几个原则:一是要服务大局,为党和国家的大政方针服务,发挥我们的法律监督职能,维护司法公正,这是一个基本的出发点。二是要坚持法定的原则,即坚持刑法、刑事訴訟法的基本原则,比如罪刑法定、罪刑相适应原则是在做每一个解释时都要考虑的。但这里的罪刑法定也是辩证的,不是简单机械的。比如实践中有人用钢管制造了一个大炮,这属不属于刑法第125条非法制造枪支、弹药罪?我们在综合各方面的意见后认为这也是非法制造枪支、弹药的范畴,因为如果这种情况下不定罪,有人利用现代科技私自制造一个战斗机不定罪?立法往往是有缺陷的,一方面立法需要完善,但在立法没有修改之前这些问题也要通过实证的方法来解决。再比如刑法第358条规定的组织卖淫罪,平时理解的卖淫就是一个钱色的交易,但是《公安部关于对以营利为目的的手淫、口淫等行为定性处理问题的批复》(这个批复已经失效)实际上就将卖淫的范围扩大了,认为手淫、口淫“都是卖淫嫖娼行为的组成部分,应按卖淫嫖娼查处”。上海就发生了这么一个案子:有一个人组织了三十多个小姐专门提供口淫、手淫之类的服务,这个能不能按照组织卖淫罪来处理?按公安部的解释对卖淫者肯定是要进行处罚的,但是按照刑法严格的解释,组织者是不能追究刑事责任的。有人认为存在矛盾,后来我们经过研究,认为刑法里面的组织卖淫还是应该限制在这种狭义的概念上,不能任意扩大。所以对罪刑法定原则要坚持,但是坚持时不能僵化。第三个原则是解释要适应办案的需要,真正解决适用法律的问题,能够保证法律的统一正确实施。四是在解释时要注意加强刑事政策性,特别是宽严相济这样重要的刑事政策。比如医生开单提成作不作为犯罪处理,如果作为犯罪处理,就需要掌握到底什么程度才构成犯罪,按什么罪来处理。这在解释时就一定要掌握政策的指导,合理地确定打击面,合理地确定打击重点。五是协商一致原则。这两年我们无论是一个批复还是一个比较大的司法解释,都要征求立法机关的意见,都要与最高人民法院、公安部、司法部协商,征求有关部委的意见。只有达成一致意见这个解释才有价值,如果不能达成一致意见我们就暂时搁置。高检院有一个《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》,我们认为以非法占有为目的,通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为,与我们通常理解的诈骗罪是不一样的,诈骗罪中的被害人是主动交出财物,而这里的被害人是被动执行法院的判决。这个答复就是在公检法司四家达成一致意见后作出的,认为行为人触犯什么条文就按什么罪来处理。再比如对没有领取营业执照从事客运或者货运业务的行为如何认定,在这个问题上分歧很大,有人说定非法经营罪,因为没有经过许可,有人认为这种行为应当加强行政管理,通过监管的方式来处理,不能按照犯罪来处理,因为在有些偏远地区,没有取得营业执照从事长途客运、长途货运一是满足了市场的需求,同时也是这些人谋生的一种手段,需要考虑社会的情况和民众的情况来做出判断。因为在这个问题上公检法司的意见不一致,我们就采取了搁置处理的方式。

法学方法是一个比较复杂的问题,在适用中也要权衡利弊,根据我们自己的情况得出我们自己的一套方法。我们注意到国外的一些法学家对法律的解释方法排了一个顺序,首先是文义解释,第二是语义的解释,第三是目的解释,第四是原意解释,第五是用比较的方法,第六是权衡利弊然后选择适用法律的方法。和我们现在方法可能差不太多,但顺序可能不太一样。《人民检察院组织法》第3条规定:“检察委员会实行民主集中制,在检察长的主持下,讨论决定重大案件和其他重大问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的决定,可以报请本级人民代表大会常务委员会决定。这一条到底是什么意思呢?后来我们就找人大立法的同志,当时档案都查遍了还是搞不明白。现在怎么办呢?我们在《人民检察

院检察委员会组织条例》第6条规定：“检察委员会实行民主集中制。如果检察长在重大问题上不同意多数委员的意见，可以报请本级人民代表大会常务委员会决定。地方各级人民检察院检察长，遇有上述情况，在报请本级人民代表大会常务委员会决定的同时，应抄报上一级人民检察院。省、自治区、直辖市人民检察院分院的检察委员会开会，如果检察长在重大问题上不同意多数委员的意见，可以报请上级人民检察院决定。因为人大常委会不可能讨论具体案件。所以有些法律的解释也是面临着很大的困难。因此要从实际出发，要能够解决实际问题，维护司法公正和人民群众的现实权利，有利于提高办案效率的角度来解释法律。

周少华（西北政法大学副教授、《法律科学》副主编）

我发言的题目是《书斋里的法学家》，主要是批评不关心法律实践，只坐在书斋里面研究法律问题的现象。今天有很多著名教授参加这个会议，事实已经证明这些教授都是非常关心法律实践的，所以我的观点不涉及在座的各位。

贺卫方教授在一篇文章里讲，五四新文化运动中看不到法学家的影响，那时候的英雄是文学家、艺术家、革命家而不是法学家。这说明法学当时是一个不受重视的学科，法学的地位比较卑微。今天这种状况已经大大改变了，进入上个世纪八十年代、九十年代以后，中国开始以前所未有的努力，试图走出前法治国家的阴影。对法治理想国的神往以及由此引发的法律的“造山运动”，使得法学俨然成为一门显学，也为法学直接对社会生活发生影响提供了难得的契机。“被请进中南海”，进而被“上行下效”地请进各地的省委大院，成为法学家们在这个时代里最大的荣耀。参与立法活动，倡导司法改革，担任兼职法律顾问或者律师，到法院、检察院、司法厅（局）挂职，甚至上书最高权力机关而对立法活动直接产生影响，法学教授和法律专家们似乎表现出前所未有的满腔热情参与到法治社会的构建行动之中。那么这是否意味着法学家们已经走到伟大中国法治的前台，法学家投身社会实践是否就一定意味着法学自身的实践？对于这个问题，似乎还要暂且存疑。因为，法学是否具有实践的品格这主要不是取决于这些法学家是否站在实践的前台，而是取决于站在实践前台的法学家们是否还在继续以法学家的人格行动。比如，在服务于立法机关时，你表达的是一个法学家的独立立场，还是一个“政治人”的理性选择？我们担任兼职律师是为了促进社会的公正和法律运行环境的总体改善，还是仅仅为了提高自己小家庭的物质生活水平？我们到实务部门挂职是为了让法律成为这个国家的政治信仰还是仅仅为了寻求个人体制内的那点前途？应当承认，在任何一种场合下对后者的追求都有其一定程度的正当性。但是，当后者与前者发生冲突的时候，对一个法律人的考验就会出现。

当然法学家对社会的贡献主要不是通过自己投身于法律实践，而是主要通过法学教育和法学著作来对实践发生影响。从19世纪欧洲大陆的“法典化运动”大功告成以后，法律家的位置就被定格在“法律教育而不是立法实践中”了。经过了历史的锻炼之后，中国真正的法典化时代才刚刚开始。今天我们法学家们可以说是恰逢其时，但是，他们中的大多数却和法典化之后的欧洲同行一样，“不是作为立法者或者社会改革家走在行动的前列，而是作为一个档案管理员蛰居在学院里”，今天中国的法学不论是探求形而上命题的那一类还是讨论形而下的现象的那一类都主要作为一种学问而存在。和其他学问一样，作为大学或者研究机构的教授、学者们谋生的饭碗，成为法科研究生们借以谋取学位的目的或者手段。虽然，中国法治进步的丰碑上不能不镌刻法学家的历史功绩，但是，法学研究“脱离实践”的抱怨声在法律实务界似乎从来都没有停止过。

只要翻一翻国内目前主要法学期刊，我们就不难发现法学研究与法律实践的巨大脱离，越是被学术界推崇的刊物就越是令法律实务界的人感到敬畏和陌生，学者们的研究成果源源不断地输往这些所谓的“法律类核心期刊”，而直接运用法律解决纠纷的法官们，则往往以在《人民司法》、《法律适用》这样的刊物上发表自己的法律见解为荣。一种“想象的法学”带来了我们这个时代法学的繁荣。但是，法律实践者的困惑仍然与日俱增。遇到疑难案件时，法官们宁愿到最高法院业务庭编辑出版的审判参考书

籍中寻求相似案例,采取类似于英美普通法系的先例区分技术加以解决,而不愿到法学家的著作中去寻求学理支持。只有在没有先例可供参照的情形下,才会冒险接受学者的观点。

台湾地区著名法学家王泽鉴先生在谈到中国大陆法学家的任务时说:最重要的是形成通说。王泽鉴先生之所以有此主张,首先当然是针对我国法学理论通说之匮乏——这基本上可以被看作是一个国家的法律理论不够成熟的表现;另一重要的原因则在于,作为法律学说中的权威性观点,通说对于法律实践具有重要的意义。在欧洲大陆法系国家,法律学说虽不是法律的正式渊源,但是它却有着巨大的权威性。以通说形式存在的法律教义学和法律评注,对法官判决产生着事实上的拘束力。因为“它缩小了可能的判决选择的圈子,刻画了问题的特征,并使之系统化,确定了相关性,提供了论证模式。只有利用法律教义学的帮助工具,法官才能坚实地处理法律,才能觉察不同,并将案件分门别类”。虽然法律要求法官只能“司法”不能“造法”,但是法学家建立的法律解释、法律续造的理论,使法典原本封闭的体系变得开放,在维护整体法秩序的前提下,法官对法律漏洞的填补成为可能。在大陆法系国家,学说还常常通过对立法和司法判决进行阐释和评论而促进法律的发展。法学家对法典所作的注释书,在司法中起着非常重要的作用;一个重要判决的公布,也常常导致法学刊物对该判决的理论根据加以评论。法官们本身也认识到这方面重要的建设性作用,因而不管这些不同意见如何强烈,他们也不会认为它们是对法官权威的冒犯。相反,他们认为这是对司法活动一个不可缺少的支持,法院事实上经常采纳评论者所建议的理论。法学家在大陆法系法律发展中所发挥的重要作用,使得大陆法成了名副其实的“法学家的法”。

对于中国的法学家们来说,自己的学说能否在司法判决中留下一星半点的痕迹,他们似乎并不在意;他们在意的只是自己著作的被引用率,而且,他们在意的主要是同样以法学研究或法律教育为职业的同行们的引用,这是他们在法学家的小圈子里获得满足感的基本“路径”。于是,法学著作可以在书斋里被制造出来,并需要在书斋里保持其影响和地位。较少有人关心法律在现实生活中的命运,也难得有谁把“贡献一个通说”作为自己的学术追求。对于法律的技术层面,中国的法律学者普遍未予重视,以至于我们的法学观念已经直追欧美,而对于实现这些先进理念的制度技术仍然缺乏认知。虽然“法学最终不仅是科学,也是一种技术”,但是,我们法学研究的主流倾向却是:不提供解决现实法律问题的可操作性的方法,不解答法律实践提出的细节问题,也不试图通过对法院判例的评析来促进“具体的法治”。近几年,我国法学界虽然已经开始重视对法律解释、法律方法、法律推理等技术层面法律问题的研究,但是,这种“重视”仍然只是对此类问题的“理论”的重视,而不是对中国的司法实践所提出的有关此类问题的理论解答需求的重视,这导致了法律技术理论的形而上学化。中国传统文化向来重价值而轻技术,因此中国法学家都有对法律形而上的一种神往。如果将中国法学教授们的法理学著作与国外法学家的法理学著作加以对照,我们会发现这样一个耐人寻味的现象:国外法学家的法理学是建立在一定社会的法律制度基础之上的。尤其是法理学教科书,主要都是以本国现实的法律制度为土壤而培育起来的知识之树,命题由规范产生。所以,即使是法理学著作,也常常涉及对具体法律问题的探讨,也会引用任何部门法的条文或者法院判例作为论据材料。而中国学者的法理学著作主要讨论的则大多是抽象的“法”或“法律”,其理论赖以产生的基础不是特定社会的法律制度,而是别人的法律理论;其研究对象不是作为社会现象的法律及其运作状态,而是作为理论形态的法学,它是对一切可接受的或者中庸的法理学观点的勾兑与拼装。这样的法理学,切断了自身与当下社会生活之间的联系,在其中,我们看不见具体法律制度的影子,我们找不到这棵知识之树扎根的土壤。似乎法律不是一种制度性的实践,似乎法学可以忽略法律赖以存在的社会政治现实。对普适性的追求,让理论失去了故乡。这种没有时代面孔、没有接受实践的“引导、丰富和修正”从而与现实法律制度的运作没有关系的法律理论,不能为我们提供对自身生存境遇的思考力,用它去“引导、丰富和修正”实践,最终我们只会发现,那不过是一场唐·吉珂德面对风车的战争。我们经常可以听到,中国的法理学者不无遗憾地坦言自己没有部门法的知识背景,但是,这并不会对他们构成妨碍——相反,正是这些生产抽象性法学知识的人,更接近法律人

心目中的法学家。而从事应用法学研究的部门法学者,则通常被定位为“×法专家”。

基于这种差异,不仅法理学者倾心于形而上的游弋,就连部门法学者也有一种对抽象性理论的迷恋。能写出一两本部门法学著作而不引用一个法条,成为不少学者的最高学术理想;大量的法学博士论文都喜欢选择宏大的题目,醉心于“宏大叙事”。如果说19世纪西方法学家创建法学独立学科的努力,是为了在科学阵营中找到自己的位置,那么今天中国的法学家们有意远离实在法,则不过是为了重新在哲学家那里争得一席之地。尽管离开规范人的行为的社会生活实践,法律条文就毫无意义;但是,你却可以不必关心法律的现实运作、不必研究任何一个法律条文而成为一名法学家。

当然,注重法的现实基础并不意味着只能坚持实用主义的哲学路线,更并不意味着庸俗的“服务于实践”;理论的抽象性程度,也绝不是判断这种理论与实践之间的距离的真理性尺度。法学的病症在于:我们已经习惯并且陶醉于“以理论生产理论”,而不加入社会生活事实的原料。我们变成了“摩登时代”的产业工人,守候在流水线旁,法学概念是生产线上的零件,辩证思维和逻辑推理是我们手中的工具。我们来不及思考,只是不停地组装,法学的“自主知识产权”就此丧失。最重要的是,我们生产的产品并不考虑他的功能和用处。对“法”与“法律”的刻意区分,对“应然”与“实然”的津津乐道,抚慰了法学家们回归哲学之乡的返祖情结,并有了与实在法保持距离的正当理由。于是,法学家们谈论的要么不是中国的事情,要么不是人间的事情,身在法律实践第一线的法律人常常听不懂法学界主流的言说。法学变成了喃喃自语,倾听者只剩下了那些言说者。美国社会法学创始人庞德在《通过法律的社会控制》一文的开篇所描述法学教授们根据那些靠不住的事实,建立起一套顽强的、违反生活事实的和非常固执的教义,并企图使生活符合他的理论模型。当法律科学一发生实际影响时,它就起阻碍作用。

实际上,仅就“理论”本身而言,中国的法学今天已经相当深刻。而且法学家们也绝不是不关心社会现实和法律实践,只不过,他们为法制建设和法律实践所提供的智慧具有些许“超现实”的意味。他们大都乐于提供一个又一个美好的远景,至于抵达这些远景的每一步该怎么走,似乎思考的人不是很多。而法律实践者们每天都在这一步一步前进的路上,他们无论如何是无法忽略这个问题的。所以,准确地说,不是法学家们不关心实践,而是法学理论和法律实践秉承着不同的话语系统。问题在于,如果法学家只是追思无限遥远的过去和预言无限遥远的未来,而不提供现实生活的答案,不提供有针对性的现实批判,我们有什么理由认为一定是法律实践落后于法学,而不是相反呢?

当然,将法学理论不能满足实践需要的状况完全归咎于法学家,似乎并不公平。制度上的某些障碍,也是导致理论与实践之间产生隔膜的原因。虽然遇到疑难案件时,法院也常常请法学专家进行论证,但是大多数情况下,真实的审判过程对包括法学家在内的社会公众而言仍然十分神秘。法律案件可以公开的部分,往往很难说明法律运作的真实状况,这让法学家们感到,法律实践的事实不能为我们的研究提供有效的帮助,从而丧失关注法律实践的兴趣。国外的法学期刊,相当多的内容是对法院判例的评论,对司法过程的关注使得法学研究具有了一种附加功能,就是通过评论法院判例而行使对司法的社会监督功能。而我们法院的判决书常常被学者们称为“不讲理的判决”,因为里面大多没有详细的判决理由,没有从事实到法律、再到判决结果的法律推理过程。而且即使是这样的判决书,通常也并不公开,再加上审判过程的神秘化和司法独立性的欠缺,法院判决也确实很难成为学者们研究法律运作真实状况的有价值的样本。

现在,许多法学教授和博士到司法实践部门挂职,这似乎为法学家们亲历原生态的法律实践提供了机会。但是,这种形式的人员流动大多是一种政治安排,而不是法律共同体成员制度化的日常流动。比如教授们到法院挂职副院长,大多并不参与具体的审判活动,一般也不是审判委员会的成员,而且挂职是有期限的,所以他们对司法实践的影响也极为有限。何况,法学家们一旦投身法律实践,不再只是一个单纯的法学研究者,他们也许会遇到比以前更多的话语禁忌,从而变得失语。

实际上,中国社会的法律共同体还远远没有形成。法律学者和法律实践者之间的那种隔膜,也同样存在于学者和学者之间。法学学科的细密化,已经导致了法学家群体的高度分化,不同法学学科的学者

很少有机会出现在共同的学术会议上——偶尔坐在一起开会,通常也是无话可说,或者自说自话。他们相互之间一般也不认为对方是自己的同行。法学家以二级学科为纽带的交往方式使得不同法学学科之间壁垒森严,缺乏对话的兴趣,法学界难以形成对法律的共同信仰,而且也导致法学与整个学术界的对话能力的低下。今天,一个法学家可以理直气壮地批评另一个法学家不懂法。这就构成了一种奇异的景象:在法学繁荣的背后,“法盲法学家”是完全可能的。无论是作为一种高度专门化的知识体系,还是作为一种重要的社会控制手段,法律及法律之治都是我们这个时代最引人注目的话语。今天,我们可以抱着无比从容的心态审视西方的法律文化,我们也有条件专心于对法律秩序的具体建构,从而将我们的法律理想变为现实。所以坐在书斋里的法学家需要时常看一看窗外,在聆听天籁之音的同时,也要品味一下街上喧闹的市声,把我们的目标从天堂投向真实的人间。

邓子滨(中国社会科学院法学研究所教授、《环球法律评论》编委会委员)

为了让大会的气氛活跃一些,我想我们需要一些批评,我首先要批评的就是我的上一位发言人周少华先生。我觉得他值得批评之处有两点:第一点,他所批评的这种书呆子,这种从理论到理论的现象恰恰反应在他刚才的发言里,他的发言就是从理论到理论,一个例子都没有,他为什么不说王敏远老师的某个创见是完全没有针对性的呀?第二点,我不能同意他的另一个看法,我觉得专家就是专家,学者就是学者,他们是不一样的,专家是有立场的,但是学者应该是中立的,而且要保持一种批判精神,他不能为了部门利益去说话。如果一味地强调法学家或者知识分子向实践靠拢,恐怕是不行的。

我的发言主要想谈一谈真正的实践中的批评。第一是目前法学研究存在两方面的问题:一是著述、文章的总量在不断地增加,但是没有知识的增长点。比如可能有一百篇文章,但这一百篇中大量内容是重复的,实际归纳起来要点可能也就十来个。第二个问题是由第一个问题衍生出来的,就是一些著述的来源和写作动机主要不是来源于实践的需要,也不是来自学者的兴趣。在我看来,如果真正因为实践的需要去筹划是可贵的,为学术而学术、为艺术而艺术同样也是高尚的,但恰恰我们要面临的是应对评价体系带来的压力。在这种评价体系里,评副教授、评教授要求在哪些刊物上发表多少篇。然后就有人一年出几本书、发表十多篇文章,这些人是怎么做到的呢?一些学校和单位提倡某个学者在某一个问题上深入研究而不是散打式的多方面研究,在这种导向下,有人就会将一本书里面的内容打散,重新排列组合,分拆成多篇文章,或者先写五六篇相关的文章,然后把这五六篇文章重新排列组合,又成了一本专著,看似成果很多,但没有任何学术增量。

第二是欠缺学术争吵。我用的是争吵而不是争鸣。有时候看到有争鸣或者有争论,但没有真正的交锋,实际上是各说各话。现在我觉得欠缺争吵,首先是谁在争吵,谁参与争吵,争吵什么?我想如果允许决策立场不同的话,那应该允许他按照自己的决策替自己说话。大家公认法律是有解释的余地的,如果是不同的司法决策,我们应当允许他人从不同的角度来看待问题。浙江温州有一个案件,两个生产纽扣的家族企业发生纠纷,其中一家到另一家闹事,把别人生产的成品和半成品混在一起了。这个案件是按照故意毁损公私财物起诉的。我在想,把不同型号的产品混在一起,是不是毁坏?这个问题听起来简单,其实仔细想起来是很复杂的。我认为可以允许检察官和律师做不同的评价,只要程序公正,法官站在自己的立场上做出怎样的判决,我个人从内心都是认可的。还有一个例子,有些人想出国又出不去,就有一家公司通过旅游签证把这些人送出去,这些人出去之后就一直没有回来。于是组织他们出去的公司就被追究构成组织他人偷越国(边)境罪。这种追究实际上是一种主观目的的追究。我们站在控方的立场上可以说这种行为是以合法的形式从事非法活动,但是换一个角度看,他确实是拿着国家的合法护照,取得对方国家的签证而出去的,依照我们的边检管理,他的出境是合法的。能不能用他的主观目的来否定证件形式的合法性?我认为这不是法律能解释的问题,而是立场问题。关于立场问题的重要性,我又回到了刚才少华先生提到的,他说:“我们的法学理念已经直追欧美,而对于实现这些先进理念的制度技术仍然缺乏认知”。我认为恰恰相反,技术谁都不缺乏,学工程的人技术最好,但是法治的

理念是我们最缺乏的,也是最重要的。就这一点我还要举个例子:有一次我在机场安检时,工作人员说:“你这个包里有资料。我说:“是有资料。他们要我打开,我只好打开。我想问在座的各位,看到我包里只有资料而没有什么液体、刀具等物品时依然要我打开,这还是个技术问题吗?如果这个资料有涉及反动的内容,那是海关的事情,而我乘坐的是国内航班,也不涉及到海关。所以我觉得很多事情还是一个理念问题而不是技术问题。我们现在提倡学派之争,但是很难做到,而且当我们寻求法治的时候还是应当寻求共识。去年年底,社科院法学所的王敏远老师举办了一个关于刑事诉讼法修改共识的研讨会,很多像沉默权这样早就在国际公约中规定的权利在官方的平台上迟迟定不下来。我们学者不能在需要把握法治大趋势的问题上寻求共识,最后再达成一个共识,这是我们现在不能推进法治的一个重要原因。

作为法学期刊的编辑,我感觉当前的好稿子太少。如果有100篇文章,让我眼前一亮的可能有10篇,对于这10篇不管怎么样我都想发;还有15篇左右的文章,即使送我一套别墅也不可能发;还有70多篇发不发都可以,发了也不会败坏刊物的学术水准,不发的话作者也不会说我这么好的文章怎么都不发。刚才陈卫东老师说他不相信送给我一套别墅我还不发,那我可以变通,他送给我一套别墅我可以替他写,但决不会发他的那篇文章。对我最大的考验不是金钱,而是不同的观点,能不能容纳与自己不同的观点。对于这一点我是力图做到,但很难。

再有一点,我特别想在我们这个时代提倡简约的文风。我们现在整个的汉语水准在下降,这不仅有教育的问题还有我们自己约束的问题,就是说我们太放纵自己语言的长度、发言的长度,太不惜笔墨了。本来一万字完全可以说清楚的问题非要写成两三万,我觉得这是一个文风的问题。另外,我们现在一提学术规范,好像一篇文章就要有很多注释,我觉得没有必要吧。注释规范是西方论文写作的方式,我觉得重要的还是谈观点,但是现在大家都这么要求,都写现代的“新八股”。有些注释其实完全没有必要的,完全是贴进去的。

有一个故事说得很好:有一位著名的教授,别人请他去做报告,他就问:“你要我讲多长时间?别人就说:“这有什么关系吗?他说:“你要是让我讲十分钟,我需要准备一个月;你要让我讲半个小时,我要准备两个星期;你要让我讲两个小时,我现在就可以开始。提倡简约的文风,从我做起。我的发言结束了。

龙宗智(四川大学法学院教授、博士生导师、《现代法学》编委会主任、《国家检察官学院学报》编委会委员)

我也是检察官出身,做教授以后也一直兼做编辑,现在是《现代法学》的编委会主任。我自己有些感受,检察官的来稿中或多或少带有部门痕迹。对于学术刊物来讲,部门利益或部门观点痕迹过重的文章一般是不愿发的,因为编辑们要从法律的公理和法治的大局来考虑观点的合理性。当然也应当考虑检察的立场和工作的需要,但是不能过于偏激,要注意把握度,尊重公理性的知识。

昨天南方周末上有一组关于王胜俊院长在珠海讲话的PK文章,两篇正方,两篇反方,一篇中立的。过去一般检察院对法院的意见都不太赞成,但这次两篇正方的文章又恰好都是检察官写的。其中一篇题目叫做《别拿群众不当一盘菜》,说在意人民群众的感觉没有错,别拿人民群众不当一盘菜。另一篇是检察理论研究所谢鹏程所长写的,他的意见比较客观,但基本上还是赞成的,认为王胜俊院长的话没有原则性错误。反方一位是清华大学张建伟副教授,还有一位是律师,当然律师一般都会反对这种看法。张建伟认为,如果以群众的感觉作为依据,法官以什么为依据来判断群众的感觉将是一个问题。同时司法需要足够的理性,虽然群众时常有正确的意愿和理性的选择,但群众的意见并不总是符合理性的。收回死刑复核权有三大目的:一是减少死刑数量,二是提高死刑案件质量,三是统一死刑标准。收回死刑复核权、减少死刑数量是既定的刑事政策和措施,在这种前提下再讲考虑群众的感觉在法理上是不是正确的,需要思考。

检察官写文章带有角色意识,这是正确的,没有角色意识不可能,但要掌握一个度,有一个基本学理

的指导:一是尊重公理性的知识,没有公理就没有研究的基础和前提;二要注意不同利益的协调与平衡。对民行检察监督我有一个观点,认为既要体现司法公正,又要维护审判权威。有人可能对这个有不同看法,但民行监督如果只讲监督、抗诉、提高抗诉案件数量,不注意维护审判的权威的话,对法治的大局是不利的,从长远来讲对检察院的民行抗诉也是不利的。另外,像把初查权放到民行部门去,这一点我一直反对,因为这样做一是不专业,二是不归口。最大的问题是,民行监督本来是以处分原则、平等原则为基础的制度,却以刑事侦查权作为后盾。另外,检察官是法律监督者,既要打击犯罪又要保障人权,负有客观义务,不能只是讲打击犯罪。但是检察官往往只以控诉人的立场出现,监督者的角色不明显;三要注意超越角色的局限。检察官确实有一个控方角色,但并不是当事人,要超越当事人的局限,更多地充当一个法律监督人、法律守护人的角色。如果我们总是说我们是法律的监督者,但是运动员的角色总是很突出,或者总是讲监督别人,但自己的立场却发生偏斜,这就存在问题了。所以,检察官写文章要讲公理、讲大局,当然也要为检察院讲话。

李建明(南京师范大学法学院教授、博士生导师)

法学研究要永远放在实践中,实践的精神在法学研究中是最重要的。法学研究怎样体现实践精神,我的理解是这样的:

第一,要勇于从事法学研究的实践。因为理论研究本身就是一个实践活动,是我们法治实践的一个组成部分。司法实践中好多同志一讲研究就觉得这是学者、专家、教授的事情,好像是高不可攀的似的。其实没有人天生就是法学家,法学研究本身就是一个不断尝试、不断摸索,最后才能成功的一个过程。

第二,从实践中寻找研究课题。我当年写硕士论文的时候,发现大家只是研究刑讯逼供,对翻供的问题没人研究。我认为翻供本身就是实践中非常常见的一个现象,是一个值得研究的问题。后来就写了一篇文章,我认为翻供本身不是个坏事,翻供是当事人的权利。当一个实践中的问题上升为理论的时候,一篇文章就形成了。当然,对于发现的问题还要进行筛选,选出有研究必要的问题,然后再进一步地观察、思考,同时也要结合实践学习。

第三,要充分利用实践领域的研究素材。我注意到这两年很多搞司法实践的同志喜欢搞一点实证研究,我觉得这是一个很好的研究方法。比如说研究刑事和解,你可以从不同的角度统计到很多不同的资料,对不同的资料进行观察可能就有不同的价值,这比单纯的写哪个国家怎么搞刑事和解更有价值。

第四,研究成果要为实践服务。首先要有强烈的问题意识。你这个文章为什么要写这个,你这个地方争论的是什么问题,你通过你的文章提出了什么样的解决问题的思路,这就是问题意识。还应注意的是研究问题要从中国的实际情况出发,并注意实践方案的可行性。这种可行性是从司法规律出发去考虑它的可行性,而不是从权力部门、决策部门是否同意去考虑。比如我们讨论法院组织法、检察院组织法的修改,提出了很多问题,其中有些领导不同意。我觉得同意不同意和科学不科学不是同一个问题,对于新的建议不能因为可能不被通过而不去尝试,那就等于放弃了一个机会。

王敏远(中国社会科学院法学研究所教授、博士生导师、《法学研究》编委会委员)

我很愿意参加《国家检察官学院学报》组织的活动。《学报》已经融入了法学研究领域,在学界的关注度和影响力已经超过了同类型的刊物,这是我参与这次活动的一个很重要的原因。我今天发言的题目叫“法学研究方法批判”。这个批判不是本体意义上的大批判,而是一种感觉、感受和反思,在这个意义上的一种分解和评论。

第一,我们探讨一下研究法学研究的目标是什么。目标必须确定,目标如果不确定的话,在很多问题上会产生一些在我们看来不应当产生的分歧。比如刚才陈国庆主任所举的那个例子——监听,我们一般人认为监听就是电子监听,不包括现场的监听。但事实上我们真要作解释的话,现场监听也是一种监听,只不过现在更广泛应用的可能是电子监听。我想这种不同的解释与它的目标选择是有一定



关系的,目标的选择应该是我们考虑法律研究方法的时候必须关注、必须解决的一个问题。那我们的目标是什么呢?那就是寻求法律的进步并为法律的进步提供支持。这个目标应当是共同的,否则我们某个人的法学研究、某个阶层的法学研究或者我们某个刊物的法学研究,可能就很难融入到整体当中去被普遍的认可。

第二,研究法学研究方法的基础是什么。法学研究作为社会科学研究的一个组成部分,在我们国家被认为与自然科学研究存在很大差距,甚至法学是不是科学都会受到质疑,这当然不是一种可喜的现象。如果认为社会科学研究包括法学研究是一门科学研究的话,那么它应该和自然科学研究有着一些共同遵循的东西。这方面有很多内容,但是其中一个基本的,那就是我们应该尊重逻辑。我们知道自然科学也好、社会科学也好,一开始是不分的,那时候的哲学家既是自然科学家也是社会科学家,他们创立了基本的科学体系。这个科学体系是按照逻辑建立起来的,逻辑在那个时候发挥了十分重要的作用。而我们法学研究包括社会科学其他方面,不遵守逻辑简直成为一个常见的现象。我举一个简单的例子,我们在证明标准这个问题的讨论当中,经常发生毫无逻辑意识的概念之争。比如经常有人以马克思主义关于认识论的那些基本原理作为讨论证明标准的基础,在谈到认识论、真理论时说,真理是相对的又是绝对的,认识是无限的又是有限的,然后转而得出结论:证明是什么什么,所以证明标准又是什么什么。认识是认识,真理是真理,证明是证明,真实是真实,词都不是一个词,概念上怎么能够互用呢?而且用的还是那么自然!我们应该寻求自然科学研究和社会科学研究共同的基础,以及社会科学研究自身的基础,这是我们必须解决的一个问题。

第三,比较研究方法的反思。以刑事诉讼为例,在刑事诉讼这个领域来看,我们国家的制度建构主要是外来的。当然我们也有本土的资源可以借鉴,比如死刑复核,但更多的是外来的,无论是早期的对前苏联的借鉴,还是现在更多地借鉴、参考英美法系、大陆法系这些法治发达国家的法治规律,从总体上看我们的制度是缺乏本土资源的。从这个意义上来说,比较研究方法应该成为我们研究的基本方法。但是我们在选择这个研究方法的时候,出现了许许多多的问题。比如,上个世纪八十年代、九十年代,一直有人说国外大部分案件是通过简易程序解决的,而我国简易程序适用很少。但现在意识到不能做这么简单的类比。因为他们没有注意到,比较对象中简易程序适用的实体法基础是不同的,罪的概念也是不一样的,我国所认为的犯罪在那些国家是重罪,而那些国家的轻罪在我国不构成犯罪,而是按照《治安管理处罚条例》处理的。因此,在比较时一定要看到背后的相关法律背景以及社会背景,应放在更大的范围内进行深入地比较,看到其它相关社会制度以及法律制度中对刑事诉讼制度的形成以及运作的影响,而不能简单地进行名称、名词的比较。我们还可以举一个例子,比如说缓诉的问题。我们现在经常能发现这样的比较,说某某国家有关于缓诉的规定或者暂缓起诉的规定,所以我们中国应该加以规定。这样的比较可能过于简单化了,因为我们也可以说某某国家没有关于缓诉的规定,所以我们国家也不需这样的规定,那行不行呢?对于参照系的选择是我们应该考虑的,为什么是以日本、德国作为我们的参照系,为什么不以美国或者法国等为我们的参照系,原因和理由是什么?

第四,实证研究方法的反思。法律研究应当具有实证性,当然我们不否定规范性研究和抽象性研究的价值,但是它必须能够还原为实证的价值和具有实证的意义。就实证研究的方法而言,我个人觉得更应该提倡,在这个意义上,我认为它是法学研究的一种根本方法。如果我们不对实实在在的法律现象、法律实务、法律条文以及各种各样的疑难案件予以足够的关注并进行相应的研究的话,我们的法学研究就很有可能走进死胡同。在这种意义上而言,该方法甚至是事关法学研究生命的方法。但是实证研究到底是什么?我们到底如何来掌握它?其中有各种各样具体的研究方法,比如问卷调查、访谈以及各种各样的资料收集与分析等等。对于所有这些方法,一方面我们要考虑如何综合运用它们,而不是仅仅运用其中的一种;另一方面还要注意在一定的价值观指导下、在理论预设之下来进行实证研究。

实证研究是不可能没有理论预设的,没有理论预设的实证研究是不存在、也是荒谬的。曾经有位学者做过这样的试验,他在课堂上说了这样一句话:“同学们,请你们注意观察并将观察的结果记录下

来。这是一个典型的实证方法。学生们一下子就傻了：“老师，你让我注意什么？”“老师，你告诉我为了什么来注意。因此，实证研究一定要有前提的理论预设，从目标到范围、从方向到价值等等。最高人民法院院长提到的是否判处死刑要根据民众的感觉，其中的“民众的感觉”能用实证的方法来解决吗？首先，民众的感觉是哪一部分民众的感觉？其次，是这些民众什么时候的感觉？今天的感觉、昨天的感觉还是过了一段时间的感觉，这是不同的，当初判决苏格拉底死刑的雅典公民审判大会后来就后悔了。最后，他们感觉的基础是什么？当你提供给他不同的感觉基础的时候，民众可能就有不同的感觉。当时佘祥林案件有两百多民众上书给湖北省高院，湖北省高院后来骄傲地说我们顶住了压力。两百人的压力是顶住了，两千人的压力你能顶得住吗？两万人、二十万、两百万、两亿人的压力你顶得住吗？当初这两百人得到的信息是什么？他们的信息基础又是什么？如果他们知道佘祥林的妻子还活着的话，还会有那样的感受吗？如果死刑要以感受为基础的话，那我们的审判成本将会是怎样的？我们检察官在法庭上的控诉又会是怎样的？我们要代表根本利益，对于死刑问题，已经确定了一个方向——减少死刑数量，确保死刑质量，这应当成为我们研究的前提。如果把那些理性程度十分可疑、基础不确定的东西纳入实证研究的范围的话，有可能得出死刑越多越好的荒谬结论。

周长军（山东大学法学院教授、博士生导师）

关于研究方法的自觉探索是法学学科不断趋于成熟的一个标志。目前关于刑事诉讼法学的研究，很多学者都作了梳理。我这里面涉及了三个学者所提到的研究方法：一是左卫民教授和吴卫军教授关于刑法研究方法的总结，比如意识形态的研究、注释性的研究、改革对策式的研究、比较式的研究、实证的研究、多学科研究等等，对它们进行评价，而且展望未来应当侧重多学科、多背景的法哲学和法社会学分析，这种多元研究应当加强；二是陈瑞华教授对刑事诉讼法学研究方法作了一些比较深入的讨论，这几年他对这方面的研究大家都有目共睹的，在他的一本书里面主要涉及到这样几种研究方法，即价值分析方法、历史分析方法、比较研究方法、逻辑实证方法和经验实证方法；三是樊崇义教授2006年发表了一篇关于实证研究方法在刑事诉讼法研究中的重要意义的文章，题目是《刑事诉讼法学研究方法的转型》，强调目前刑事诉讼法学研究应当更重视实证研究方法。

随着对西方立法以及理论研究方法的了解，加之研究风气和氛围的宽松，相对于20世纪80年代那种刑事诉讼法学的阶级分析方法一元独霸的局面，目前多学科研究的方法或者多种方法并用的局面正在渐渐形成。但在很多方面，例如精细化程度以及覆盖面等方面还有所欠缺。当然，其他社会科学研究方法还有待于进一步引入。

针对目前的研究现状，主要探讨三种研究方法：一是关于理想类型分析方法的使用问题；二是关于刑事一体化研究方法的提倡；三是怎样辩证地分析实证研究方法的利与弊。重点强调前两个方面，因为关于实证研究方法刚才有很多学者都涉猎了。

关于理想类型分析方法应该说是社科领域常用的分析方法，将这种方法进行专门化研究的是社会学家韦伯，他关于理想类型的分析方法背后有很多共性，比如关于人的行为的分析，目的、情感、理性的行为等等，这些分析方法在目前法学界都有很广泛的运用。主张这种分析方法的不光是韦伯，例如昂格尔关于法的类型等都是理想类型分析方法。我认为这种理想类型的研究方法还是非常有意义的，理想类型不同于一般的对现实状况的描述和复制，而一般是一种纯粹式的模型，将很多社会经验提炼一下，所以我认为这种分析方法还是很重要的。这里主要关注对传统诉讼制度和现代诉讼制度这两种理想类型的分类。因为目前很多刑事诉讼法学者开始对这种研究方法进行反思和批判，认为“传统现代型诉讼模式”没有摆脱“西方中心主义定式”的阴影，甚至可以说直接投入到“现代化范式”的怀抱，存在着没有经过反思的接受和缺乏中国理想图景的局限，这种观点主要是受到邓正来先生那篇关于中国法学向何处去文章的影响，引起了一系列的讨论。有学者对刑事诉讼法学使用这种理想类型分类产生了质疑。我过去也用过这种方法，我曾经跟左卫民教授写关于制度现代化研究的时候，对这种理想类型方法专门

做过分析,所以现在还仍然对这种方法抱有一种迷恋。但这种方法受到一些批判和质疑,主要是后现代主义思潮的一些方法和理论引进之后,大家觉得现代化这样的范式有一种“线性发展观”和“单极进化论”的痕迹,因而缺乏科学性。我还是不能认同这种批评。我觉得这种“传统-现代型”的分析方法对中国建设现代化法治国家还具有积极的意义。正如有学者指出,现代西方法律体系早已成为现代中国法律建设“走不出去”的背景,因此,在这种意义上讲,借鉴、吸收是必然的,如果不了解国外就提“中国法律的理想图景”我觉得是很危险的。“中国法律的理想图景”本身就模糊不清,因为什么是“中国法律的理想图景”?还没有人提出来一个具体的标准,都是学者们的界定。“西方法律的理想图景”是什么?而相对于中国又是什么?至少目前还没有人提出一个很明确的标准。那么如果“中国法律的理想图景”本身都模糊不清的话,则对于判定是其他国家的“法律理想图景”,还是中国的“法律理想图景”的基准,就彻底崩溃了。这也是站在现代化范式的角度对批判现代化范式的观点之回应。所以中国刑事司法的发展不可能绕开对西方“法律理想图景”的参考和借鉴。

事实上,作为一个后现代化国家,中国刑事诉讼的法治化问题,迫切需要“传统-现代”的理想类型分析方法。只不过我们要重新认识和分析或者说合理界定“现代型”刑事诉讼制度到底是什么意思。因为一般认为中国属于“传统型”的刑事诉讼制度,很多学者都觉得它有很多问题。只不过在讨论它应当怎么走?它的方向在哪?在这些方面学者间发生了分歧。但是问题是客观存在的,所以从某种意义上来说中国属于“传统型”的刑事诉讼制度应该是没有疑义的。

对现代刑事诉讼的蕴涵进行分析,我觉得它既不当是指英美法系的当事人主义诉讼模式,也不应当是指大陆法系的职权主义诉讼模式。我的基本想法是,国际人权的相关法律制度文件,例如《公民权利与政治权利国际公约》就规定了基本原则与理念的东西,如审判独立、审判公开、审判公正、无罪推定、反对强迫自证其罪、律师辩护的全程性和充分性、保释权的充分性、羁押的司法控制、禁止双重危险等等。这些基本理念是在刑诉法学界基本达成一致的,也是在上述国际人权相关法律公约中明确表述的,我国也正准备加入这些公约。所以这些理念作为现代刑事诉讼制度的内容应该是成立的。至于英美当事人主义制度的合理经验或者职权主义诉讼中的做法以及学者正在主张引进的做法,都是可能给我国“传统”刑事诉讼制度带来刺激的“新元素”,而不是我们要努力的目标。它是影响我们从“传统”走向“现代”的刺激中介,不是我们孜孜以求的作为终极目标的“现代化”,更不可能是中国刑事诉讼发展的“终极状态”,因为未来的终极状态,也就是说我国未来刑事诉讼到底是什么样的,没有人能够预料,它取决于很多文化的和非文化的因素,而不是简单的一个制度建构问题。

关于现代化的要素我要借鉴一个社会学者的分析。他认为中国现代化有四个要素:一是代表过去的“传统”状态;二是代表当前冲击“传统”的“新元素”,我理解职权主义也好,当事人主义也好就属于这种刺激因素;三是代表已达到冲击结果的“终极状态”;四是代表预想在未来达成的现代化终极目标,或者说主观的设定,我觉得上面讲的公约就是一种主观的设定。我刚才讲的一些现代刑事诉讼理念,西方两大诉讼模式算作刺激元素,最后要达到一个什么理想状态呢?这一问题就很难回答,因为它是很多因素综合作用的结果。正是在这种意义上,过去一些研究者在使用“传统-现代”理想类型方法分析我国刑事诉讼制度时,可能存在一定的偏误。即把西方两大法系刑事诉讼制度中某些带给我们“传统”刑事诉讼以刺激的“新元素”当作了终极状态的“现代”。我觉得这是需要纠正的。

基于“传统-现代”的理想类型分析方法,我国刑事诉讼的法治化今后应当更为重视改革方案的多元化、细致化、具体化,切忌一刀切、笼统化,因为这种终极目标是很难确定的,因此对英美法系或者大陆法系的借鉴也只能是对“传统”有所触动的元素,我们允许多元化的设计,哪些适应就用哪些,并不一定要抱着当事人主义,什么东西都要往当事人主义方面靠,或者走向另外一个极端,完全按照职权主义方式来模仿和借鉴。这是第一个要讨论的关于理想类型的分析方法。

第二个要重点讨论的就是刑事一体化方法。我觉得这种方法在刑诉法学的声音或者影响并不大,但是在刑法学界对刑事一体化方法的倡导应该说有了很大的成绩,这方面以北京大学的储槐植教授

和陈兴良教授为代表。储槐植老师在上世纪 80 年代末就开始提倡刑事一体化。陈兴良老师主编的《刑事法评论》就是以刑事一体化为宗旨,把刑法学、刑事诉讼法学、证据学、监狱学、犯罪学等等学科都包含在里面。

这种方法在西方国家都有很多思想渊源和理论渊源。在大陆法系,李斯特讲“全体刑法学”;在英美法系,还有“刑事司法体系的系统化研究(Criminal justices system)”,实际上都是讲一体化或者说系统的、综合分析的方法,也就是说相关学科的系统分析方法。刑事一体化作为方法强调“化”,也就是说深度融合。刑事诉讼法学研究应当同其他相关学科相结合,疏通学科之间的隔阂因此相互促进。具体到刑事诉讼法学研究而言,从刑事一体化方面进行研究可以促进刑诉法和刑法以及其他刑事法学科的共同发展,这方面比较有代表性的就是刑事和解制度。刑事和解制度到底是一个刑法问题,还是一个刑事问题呢?我觉得这两方面可能都涉及到了,而且还涉及到犯罪学、刑事执行法的问题,它并不是单纯哪个学科的问题。另外,还比如死刑制度、持有型犯罪、刑事推定等等。

这里我重点从两方面来谈:一是关于从程序角度如何分析犯罪构成体系;二是死刑程序维度。犯罪构成理论的诉讼法视角,传统的关于刑法学中犯罪构成体系按照英美法系的观点是双层次。即实体法上的层次,包括犯罪行为、犯罪心理;还有程序法上的层次,即合法性辩护事由。但经过研究我发现,英美通说的犯罪论体系并不是这样。弗莱彻教授有一个观点认为,英美的二元犯罪构成体系就是包括犯罪行为和犯罪心理。那么,为什么英美法系将合法性辩护事由放在犯罪构成体系之外?英美合法性辩护事由的证明责任是由辩护方来承担的,但是按照大陆法系或者我国的证明理论,检察官要对犯罪构成的诸要素都要承担证明责任,由辩方来承担合法性事由的证明,例如正当防卫和紧急避险等,这从理论上说不过去,是违背无罪推定原则的。但是如果将二者分开,认为合法性辩护事由不是犯罪成立要素,由辩方承担证明责任就没有什么问题,我国对于正当化事由也是作为犯罪构成四大构成要件之外的。所以事实上不见得我国也要像大陆法系国家那样,检察官也要承担正当化事由的证明责任,就看你怎么解释。因为它不是犯罪构成的要素,因此就不一定要检察官承担证明责任。我说的证明责任是说服意义上的证明责任。当然还有其他一些理论,由于时间关系我就不再展开了。

再就是关于死刑的程序维度问题。死刑的控制问题不光是刑法的问题,还涉及到刑事诉讼法。如何控制死刑在程序方面有些研究,但是我觉得现在研究还是不够的。从程序角度看,诸如死刑辩护的专业化、死刑判决前的量刑听证程序以及加害人与被害人在量刑听证程序中的和解机制、死刑案件的全部开庭制度、死刑证明标准的提高、死刑判决的全数决制度、死刑案件的三审制等特别程序制度的构建都是可以深入探讨的。只有这样才能达到我们控制死刑适用的效果。

第三个问题就是实证研究方法的“能”与“不能”。现在实证研究方法确实很重要,但是实证研究方法也有它的局限性。我这里主要想说明一个问题,就是刑事法学的很多基础理论还需要进一步展开,包括一些诉讼原则、诉讼文化等,这些都不是靠单纯的实证研究所能解决的,是需要用思辩等方法努力解决的问题。

陈卫东(中国人民大学法学院教授、博士生导师)

高检院研究室陈国庆主任积累了非常丰富的司法解释经验,他提出的司法解释的原则我非常赞成。对法律解释问题我想补充几点:第一点,对于高检和高法的司法解释部门,应当在立法框架内解释法律,不能把解释当成立法,这一点是非常重要的。由于我们国家立法的不完善,司法常常无所依从,使得我们的解释部门超越了解释的权限变成了立法部门,这是现实中的一个问题。第二点,解释不要突破本部门的职权。在公安部的规定、高检、高法的解释中,各自为政、相互冲突的尴尬局面是存在的。第三点,各部门应该恪守自己的权限。比如对于撤回起诉的条件、撤回起诉的效果,由于案件已经到了审判阶段,法院来解释更为合适。

周少华教授谈了书斋里的法学家,很有文学的风格。他谈到的现象是存在的,有些法学家把自己关

在屋子里从逻辑到逻辑,从概念到概念,然后得出结论;我们的一些研究成果也确实偏离了社会实践的需要,没有很好地回应社会迫切需要解决的问题;我们也有一些人只是描绘一些宏观的蓝图,而没有一些细致具体的研究。但是我觉得问题不能夸张,更不能绝对化,我总体感觉法学界,特别是刑事诉讼法学界研究的主流还是比较关注司法实践的。

邓子滨教授的观点我是非常赞同的。文章数量增加,而知识点却没有增加,以及我们研究的动机和目的问题。我觉得我们目前可能还不止是这些问题,比如说我们越来越多的盲目、无限制地增加法学刊物,每个法学会都有自己的刊物,这么多刊物要生存,要发表文章。另外,这些刊物在用稿上问题也很突出,比如金钱稿。我们在这些问题上还要反思。

龙宗智教授主要谈了检察官的研究思维,说得非常中肯。作为一个有检察官经历的学者,说的这些话可以说是肺腑之言,这充分体现了我们的龙教授对检察机关、检察事业的关爱。

李建明教授的实践精神非常可贵,借用他的一句话,从实践中来再到实践中去。但是我想提醒李教授,请别忘了理论和实践的关系。我们切不要在强调实践精神的情况下忽视了理论的指导。我们要知道没有理论指导的实践是一种盲目的实践,是一种没有方向甚至是一种错误的实践。

王敏远教授谈得非常抽象,高屋建瓴,这是他的长处。我非常赞成他后面关于比较研究和实证研究方面的反思,我觉得这需要我们在今后的研究中去更好地避免这些问题。

刑事诉讼法这些年的研究,对我们国家的刑事法治建设做出了重大的贡献,在这点上丝毫不亚于其他法学学科。特别是《刑事诉讼法》、《律师法》的修改,相关部门法解释的出台,都包含了我们诉讼法学实务部门和理论部门辛勤的劳动。对刑事诉讼法学这几年的研究我把它概括为繁荣,如果不肯定这一点,就不是实事求是。但是反思一下,我觉得也是有些问题的,我把刑事诉讼法学研究目前存在的问题概括为七个方面:

第一点,没有对刑事诉讼的基本理论进行充分诠释,对修法中争议较大的问题没有进行积极的理论探讨,致使修法缺乏足够的理论支持。比如说证明责任、证明标准、检察裁量权下的不起诉问题等,都还没有搞清楚。第二点,研究中存在就事论事,就问题谈问题的倾向,缺乏对学科本身的关注和研究,没有很好地探讨刑事诉讼法自身规律性的东西,使得刑事诉讼法研究总是跟着实践中提出的某个问题做个别研究,在理论体系的研究上存在缺憾。第三点,部门化现象突出,研究的话语权掌握在特定部门手中,每个部门都有自己的话语平台,一个部门内很难听到不同的声音,而法院和检察院的观点几乎没有一致的,往往各成体系。我觉得这不利于研究的繁荣。我不反对从自己的部门、从自己的工作出发研究问题,但是我们应当像龙教授讲的,要尊重最基本的公理,要突破角色的局限。第四点,对国外的情况缺乏全面、客观、及时的介绍,对国外刑事司法制度的发展缺乏及时的跟踪,有些研究成果所依据的资料很陈旧。比如现在翻译的不论是意大利、法国还是美国的刑事诉讼规则,我们国家有很多不同的版本,实际上有些已经过时了。第五点,研究中回避敏感话题,如对检察权与监督权的问题、司法独立与人大监督的关系问题、双规的问题等避而不谈。第六点,缺乏学术批评的氛围,没有友善的批评和学术上的交锋。第七点,研究方法单一。比如我们的硕士、博士论文,先是概念、特征,然后是国外、国内,几乎是千篇一律,从概念到概念,从逻辑到逻辑,术语的套用,缺乏多学科知识的借鉴与运用。刑事诉讼法就是刑事诉讼法,刑法就是刑法,很难出现学科的交差,这种现象非常不利于我们学科的繁荣。

## 法学论文写作方法

涂永前(《法律科学》编辑、法学博士生)

我演讲的主题是关于引文注释以及参考文献的规范。我在作编辑的这几年里,经常会收到一些来自检察院和法院的稿件,这些稿件大多集中在对案件和罪名的思考上,其中有一个很重要的形式方面的