

其次,应更加重视社会学方法。虽然我们无法在此以简略的论述从正面说明社会学方法对刑法学研究的意义,但却可以从反面作肯定的说明:这种方法不同于坐在书桌前的冥思苦想,而需要对所探讨的问题的各种社会因素作具体的考察。社会学方法对刑法学研究的意义,在学者们讨论死刑存废问题时显得尤为突出。不论是赞成基本保留现有死刑条款的观点,还是主张废除其中一部分死刑条款的呼吁,我们所能见到的学术论文,大多给人以书斋中的产品的感觉。这些论文,大多不是以对社会各方面的因素关于各死刑条款及其适用的实践的现实反映为依据,而是借助于理论的推断而在讨论问题。然而,若不了解某一死刑条款的存在及其适用状况,若不是以对人们关于该死刑条款及适用的各种观点的普遍而深入的了解和分析,关于该死刑条款的存与废的论述终究难以令人信服。

在此并不是要否定理论性推断的价值,而只是要说明刑法理论的研究若缺少社会学方法,不论是传统观点之间的争论,还是新观点的阐发,都会给人以“空对空”的感觉,失去实际、实践这一理论之母的依据。

第三,基础理论的探讨有待于全面、深入。刑法学作为应用法学,当与现实有紧密的联系,但这种联系绝不意味着头痛医头、脚痛医脚的被动应付。显然,当国家面临反腐倡廉的任务时,刑法学界重点讨论关于职务经济犯罪的问题是必要的;当刑法面临需要修改的问题时,刑法学界探讨如何修改的问题更是义不容辞。然而,若缺少对刑法学基础理论的全面研究,若没有刑法基础理论在各重要问题上的突破性进展,刑法学作为应用法学,其对解决实际问题的作用,不仅可能是被动的,甚至可能是效果甚微。反观 1994 年的刑法学基础理论研究,除了寥寥几本由博士生论文构成的专著和若干篇学术论文,从数量上就显得很是单薄。<sup>[27]</sup>

或许,从客观情况来说,现在并不是大量涌现新的刑法学派的时代,因而基础理论研究确实难以有较大的突破性进展;但从现实需要而言,现在肯定需要有人对基础理论作艰苦而深入的研究。只有以这种研究为基础,刑法学作为应用法学,才能更好地完成其解决立法、司法中各类现实问题的学术探讨的任务。

(责任校对:王敏远)

## 刑事诉讼法学研究述评

王敏远

1994 年我国的刑事诉讼法学研究,从全国各学术刊物上发表的近 50 篇具有代表性的论文来看,热点问题较前几年已有一些变化。虽然在围绕着刑事诉讼法的修改、完善刑事司法程序等主要方面,讨论的重点并无显著的差异,但前几年曾经被众多学者讨论的免于起诉等问题,已几乎没有为 1994 年的学者所关注;而关于刑事诉讼基础理论的讨论,则开始为一些学者注意。学者们对刑事诉讼法学的讨论主要集中在如下几个方面:

[27] 关于刑法学基础理论研究的这种判断,系作者基于近几年刑法学界对这一问题的重视程度正在下降的映象。这种映象可能是错误的,笔者也希望是错误的。

## 一、刑事诉讼基础理论

对刑事诉讼基础理论的探讨,1994年较突出的论文,已不是象前几年那样集中在诉讼的各项原则等问题上,而是反映在一些对诉讼程序的性质、功能等问题上。

关于程序法的功能,张令杰撰文指出,传统的理解将程序法理解为诉讼法,而这种理解过于狭隘。他认为,程序法是人们设定、调整及实施权利义务的时序、方法、步骤的法律规范的总称。其作用在于:法定程序的普遍遵守是法治的保证,而公正的法定程序也是社会稳定有序的制度保障。他认为,法律实施过程就是程序法与实体法的统一过程。<sup>〔1〕</sup>

关于刑事诉讼程序的功能,有论者指出,现时代的诉讼功能,与以前相比,发生了从单一到多重、重视形式公正等变化;刑事诉讼程序因此不再仅仅是依附于刑事实体法而存在的,是具有其独立地位的法律规定。<sup>〔2〕</sup>该论者对违反诉讼程序的法律后果问题的探讨,也是基于对诉讼程序功能的这种认识的。<sup>〔3〕</sup>

关于刑事诉讼基础理论的讨论,较引人注目的还有李志平对法官自由裁量权的探讨。他对我国的法官自由裁量权的现状进行了分析,认为在罪与非罪、罚与不罚的临界状态,在选择刑种和确定刑度及有关方面,法官均存在相当的自由裁量权。这种过大的自由裁量权,实践中已显示出了种种弊端,因而需要予以合理控制。他认为,从立法技术上,应对一些不够明确的关于“情节”、适用死刑立即执行的条件、以及缓刑的条件、附加刑适用的具体情况等,予以具体规定,以控制法官的自由裁量权;在司法上,除应加强司法解释,还应加强检察机关对法官自由裁量权的监督,明确对不公正裁量的补救措施,并提高审判队伍的素质等,以求对自由裁量权的有效控制。<sup>〔4〕</sup>

就刑事訴訟法与行政訴訟法的冲突问题,方世荣认为,在行政诉讼与刑事诉讼发生冲突时,若刑事诉讼系公诉案件,则应按刑事优先原则处理;若系自诉案件,则应采用由受害人选择其中的一种诉讼方式解决冲突。<sup>〔5〕</sup>

## 二、修改刑诉法的问题

刑事訴訟法的修改问题,仍是1994年刑诉学界关注的热点问题。学术探讨中几乎都涉及如何完善现行刑诉法的问题。关于这一问题,较有代表性的论文是王尚新对修改刑诉法的观点综述及评价。

王尚新对刑诉法修改过程中所遇之六个较重要问题上的不同学术观点进行了分析,他认为,现行刑事訴訟法的规定确实存在许多问题需要解决。

对逮捕的条件,现行规定不仅过于苛刻,而且很不合理。显然,“主要犯罪事实已经查清”本应是逮捕之后、在侦查过程中应予完成的任务,而法律却将此作为逮捕的条件,于理不合。他认

〔1〕 张令杰:《程序法的几个基本问题》,《法学研究》1994年第5期。

〔2〕 王敏远:《轻程序现象、原因及其纠正》,《法学研究》1994年第5期。

〔3〕 王敏远:《论违反刑事訴訟程序的程序性后果》,《中国法学》1994年第3期。

〔4〕 李志平:《法官刑事自由裁量权及其合理控制控制》,《中国法学》1994年第4期。

〔5〕 方世荣:《行政诉讼与刑事诉讼的冲突及处理》,《法学研究》1994年第5期。

为,从对保护公民权利的角度看,这样规定似乎有利,但因为实际中很难行得通,所以实际结果是执法机关另谋出路,使公民的权利并未得到真正的充分保护。

关于律师参与刑事诉讼的时间和方式,他认为,既然律师在诉讼中的作用已被世界各国所承认,体现了法制文明的进步,那么,从法制健全和进步这一点来讲,很难找到在侦查阶段律师不得参与诉讼的理由。从我国的刑事诉讼现状而言,这样做也是有必要的。但律师在侦查阶段的参与并不等于辩护。参与方式应以不影响侦查的顺利进行和有效、及时保障刑事被告人的权利为宗旨而设定。<sup>〔6〕</sup>

### 三、证据制度

关于证据制度问题,学术界在探讨中发表的引人瞩目的论文,涉及证明程序问题、言词证据问题和被告人如实回答问题。

#### (一)关于证明程度

张大群撰文对以往关于证明程度的论述提出了质疑。他认为,以往学者们的论述将证明程度与证据要求混同,未能反映证明程度的本质。他对证明程度下的定义为:刑事证明程度,是刑事诉讼各阶段及有关环节关于查明的犯罪事实所达到的法定要求。这样,不仅将证明程度与证据要求明确分离开,而且把证明程度与法定要求按照诉讼的各阶段及有关环节相联系。他认为,在刑事诉讼的各不同阶段,法律对证明程度的要求,并不是同一个标准,并认为,只有这样理解证明程度,才能使司法实践对证明程度的要求具有较强的操作性。<sup>〔7〕</sup>

#### (二)关于言词证据

王振河对言词证据的概念提出异议,认为以往理论所说的言词证据,从提供的主体讲是人;而从内容来说,则包括了主体的感受、判断、记忆、反映等多项内容;其范围则不仅包括各类主体的陈述、供述、辩解以及证言,而且包括鉴定结论、勘验、检查笔录、视听资料、书证等。因此,这类证据,实质上是以“人的反映”为特征的,是与物证相对应的,称其为人证较之称其为言词证据,更为妥当。<sup>〔8〕</sup>

#### (三)关于被告人如实回答

周国均对我国刑诉法规定的刑事被告人的拒绝回答权与资产阶级国家刑诉法规定的被告人的沉默权作了对比。他认为,这两种权利,在设定权利的基础、条件、形式及目的等方面均不相同。他认为拒绝回答在我国并不仅限于沉默这一种形式,还包括以言语的方式明确告知不予回答或用答非所问的方式不予回答。从性质上看,我国刑诉法规定的如实回答和拒绝回答,兼有义务与权利的含义,是两者的统一;但如实回答不应属于举证责任。<sup>〔9〕</sup>

### 四、强制措施

关于强制措施的讨论,基本上是前几年对此问题讨论的延续。1994年的讨论主要集中在

〔6〕 王尚新:《刑事诉讼法修改的若干问题》,《法学研究》1994年第5期。

〔7〕 张大群:《刑事证明程度新论》,《政法论坛》1994年第2期。

〔8〕 王振河:《论言词证据》,《现代法学》,1994年第3期。

〔9〕 周国均:《被告人如实回答与拒绝回答探讨》,《法学家》1994年第2期。

如下几个问题。

### (一)取保候审的存废

关于取保候审存废的争论,1994年仍在继续。废除取保候审的意见,较有代表性的是高一飞的论文。他在文中对取保候审中的人保及许多学者主张增设的财物保均取否定态度。就现行法律规定的人保问题,他仍主张该种措施因为不具有强制力,从性质上就不是强制措施,故应废除;对这几年来许多学者主张增设的财物保,因其会导致破坏法律面前人人平等的原则精神,所以也不宜设立。<sup>[10]</sup>

多数学者则从正面肯定并主张我国应增设财产保释制度。张月等人认为,财物保制度的确立有助于解决刑事羁押超期限等诸多现实问题。<sup>[11]</sup>

### (二)关于刑事拘留

孙长永认为,我国应建立无证拘留制度。针对拘留制度在现实中存在的问题,他认为与法律未规定无证拘留制度有关,而且,法律规定自身也因此显示了其矛盾。例如,刑法虽然规定了“群众扭送”,但却没有规定无证拘留制度,两者显然不能统一。而世界上许多国家和地区的法律所规定的无证拘留制度,可为我国设立无证拘留制度所借鉴。他认为,无证拘留的对象应与有证拘留有所区别,无证拘留的对象应只限于刑法第41条第1至第5项和第7项规定的情形。<sup>[12]</sup>

### (三)关于收容审查

对收容审查问题的论述,1994年显示出了运用实证方法的特点。张建伟等人撰文主张废除收容审查,不仅从理论上,即从收容审查的思想基础系有罪推定,说明了废除的理由,而且以大量数据说明收容审查是以殃及无辜、侵害公民合法权益为代价的制度,证明了其存在的不合理性。此外,他们以相当的事实证明,收容审查是过分倚重口供的产物,其消极作用体现在许多方面。对一些人主张的保留收容审查的根据,他们经分析后认为其不能令人信服。<sup>[13]</sup>

## 五、审判方式

审判方式的改革问题是1994年刑诉学界讨论的热点。多数学者仍主张我国的审判方式因司法实践中所存在的种种弊端,所以需要改革。改革的重点包括:强化审判员的作用,限制审判委员会几乎每案必议的做法;确立刑事审判中的直接和言词原则;改变检、审关系,借鉴起诉一本状主义,确立法官的中立形象;强化律师在刑事辩护中的权利和作用;注重发挥法庭辩论的作用。<sup>[14]</sup>

也有部分学者主张应基本肯定我国现行审判模式。宗智撰文指出,审判方式中的一些细微差异,实际意味着当事人主义和职权主义两种不同的诉讼模式。对我国审判方式的变革,如果导致职权主义向当事人主义模式的倾斜,弊大于利;而试图将两种诉讼模式融合,吸收各自的

[10] 高一飞:《再论取保候审制度不宜保留》,《法学》1994年第5期。

[11] 张月:《论刑事强制措施中的若干问题》,《中外法学》1994年第6期。

[12] 张长永:《论建立无证拘留制度》,《现代法学》1994年第2期。

[13] 张建伟、李忠诚:《论废止收容审查》,《中外法学》1994年第3期。

[14] 谢佑平:《刑事审判模式新探》,《政法论坛》1994年第2期。

长处,只是一种理想,而并不是可以实现的设计。我国现行审判方式,因与我国的政治体制、社会哲学、诉讼文化等背景相适应,与强调从重从快打击犯罪、反腐倡廉的政策一致,因而不宜作当事人主义色彩较浓的变动。<sup>〔15〕</sup>

## 六、简 评

刑事诉讼法学在 1994 年的进步,主要体现在学者们的一些论文已脱离了就事论事的范围,基础理论的进展反映了这个特点;运用实证的方法出现了转机。这两点为刑事诉讼法学的进一步发展,提供了现实的可能。但是,进步并不意味着问题不存在,在一些问题上,进步本身就预示着问题的存在。对 1994 年的刑事诉讼法学研究状况,我们将从其进步及存在的问题两个方面进行简单的评述,以期有助于其进一步发展。

第一,学术讨论的热点转移。这在免于起诉问题不再是学术界讨论的重点问题上得到了证明。前几年,几乎每年都有大量论文探讨免于起诉制度问题,而讨论的普遍性又基本与讨论的重复性同步展示。1994 年的学术讨论避免了这种表面热闹而实际存在的贫乏的问题,本身就预示着学术讨论的进步。当然,几乎不再讨论这一问题,并不意味着这一问题已经得到了完全的解决。在前几年关于免于起诉制度的争论中,争论的双方总是围绕着哪家的理由更为充分而展开讨论。我们认为,在这个问题上,悬而未决而需要解决的问题应是哪一方的理由更为重要。如果这个问题能引起学者们的关注,关于免于起诉的争论重新开始并向纵深发展,将是可能的,并且是有益的。

第二,基础理论的突破性进展。1994 年的讨论对刑事诉讼法学的基础理论的推动,进展是显著的。关于刑事诉讼程序的性质、功能、规律问题,纠正轻程序问题等,在这些方面,不仅所提出的问题颇具启发意义,而且对问题的解答,也不乏新鲜感。虽然这种进展是站在并不高的基础之上的(例如,对实事求是原则在刑诉法中的理解和运用本应不成其为问题,但学者在论述这一问题时却给人以耳目一新的感觉,就说明了这一起点的落后),但进展仍然是令人瞩目的。如果这种进展预示着对基础理论的普遍重视和讨论,那么,相对于刑法学而言尚属落后的刑法学基础理论研究,将会有长足的进步。

第三,实证方法的运用。以实证的方法来探讨刑事诉讼中的诸项问题,在 1994 年的学术讨论中仍属罕见,但已出现了较有价值的论文。张建伟等对收容审查问题的探讨,是其中的突出例子。从他们在文章里引用的大量数据中,给人们的不仅是对该问题的理论探讨的信服感,而且应能激发运用这种实证方法的广泛兴趣。许多问题,如审判方式的改革等,若想进一步探讨,不借助于实证的方法,几乎已很难有进展。虽然刑诉法学的研究方法绝不止实证方法这一种,而许多问题因为涉及价值判断,也不能仅依靠实证方法来解决,但实证方法作为一种必不可少的研究手段,其在刑诉法学研究中的广泛运用,将会有助于讨论的进步与发展。

第四,进展未能掩饰落后。刑事诉讼法学,尽管有一支庞大的且不乏素质较高人员的研究队伍,但从该学科的现状来看,仍处落后状态是显而易见。这不仅反映在前述基础理论研究的起点较低,而且表现在其他许多方面。例如,关于法官自由裁量权的控制问题,论者的眼光集中

〔15〕 宗智:《改造刑事诉讼结构应当慎行》,《法学研究》1994 年第 6 期。

在这种自由裁量权存在的不合理性,而忽视了其中也有其存在的合理性,因而议论其“合理控制”,就给人以并未站在坚实的基础之上的感觉。其实,自由裁量权的合理性,即使在实体法上也有其存在的根据。<sup>〔16〕</sup>又如,王尚新提出的关于逮捕条件过于苛刻的论述,其不容置疑的正确性与该问题迟至今日才被如此揭示出来,其反差如此明显,除了令人吃惊之外,难道不应引起我们对刑法法学落后状况的反思?从这个角度讲,刑法法学面临着可能较其他法学科更为繁重的补缺口的任务。

(责任校对:王敏远)

## · 补 白 ·

### 法学文章的风格

慕 槐

时下我国法学刊物数量之多,堪称有史以来所仅见。刊物多,写文者必多;印为铅字的大小文章自然也就很多。然而,探讨法学文章本身该如何写作的文章却极为少见。于是,虽然法学文章连篇累牍,实际情况却可以说是规矩章法,全无说法,桃李不言,下自成堆。多固然是多,不过在这种乏范状态下,学术的发展不免要多走些弯路。

当然,乏范并非无范;一种潜在的惯例还是可以感觉得到的,那就是法学文章应以严谨为尚,要避免文学化。整体布局上的套路自不必说,语言风格上亦是令人惊异地趋同——宁板滞,毋灵巧;宁沉闷,毋生动;宁单一,毋多彩;宁干巴巴,毋美文化。最不可思议者,文章的如此风格并非由于作者们追求专业化所致;人们使用的语言稀松平常,却可以既排斥外行读者,又引不起学界中人的盎然兴致,折兵赔妻,进退失据,不亦悲乎!

其实,包括法学在内的社会科学文章本来是可以也应当成为美文的。曹聚仁氏称中国十九世纪末三大散文家,“章太炎以典雅胜,梁启超以畅达胜,吴稚晖以奔放胜”,此三人均为今日所谓的社会科学家。以西洋法学家论,耶林的简洁而不局促,梅特兰的淹博而充满机智,白芝浩的畅快而意境高远,霍姆斯的庄重而不失亲切平易,都广为学界称道。正是因为他们既有言,又有文,其学说方能够影响深远,其著作方可以寿元无量。

要之,法学文章固然应当严谨,但是,严谨却不应该排斥作者的个性表现,不应扼杀不同风格的修辞学追求。更重要的是,人类高尚的情感应当在法学文章的字里行间流淌,因为法学研究不只是为了揭示规律、分析规则,它更根本的使命在于以正义之声唤醒人的良知,以真理与知识之泉滋润人的心田,以艰苦的探索本身昭示作为法律规则的造物主的人的灵性与德性。如此大使命,时下这种风格的法学著述可担当得起?

但愿我们法学界铺天盖地的文章能多些文采,少一些掩了铅一般重浊呆木之声。

〔16〕 参阅韩南生:《刑事模糊界域论》,《法学研究》1993年第5期。