

The Faces of Justice and State Authority

A Comparative Approach to
the Legal Process

比较视野中的法律程序

[美] 米尔伊安·R. 达玛什卡·著

郑戈·译

Mirjan R. Damaska

司法和 国家权力的 多种面孔

修订版

雅理译丛

田雷主编





The Faces of Justice and State Authority

A Comparative Approach to the Legal Process

Mirjan R. Damaška




司法和国家权力的 多种面孔

比较视野中的法律程序

[美] 米尔伊安·R. 达玛什卡·著

郑 戈·译

修
订
版

 中国政法大学出版社

2015·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

司法和国家权力的多种面孔：比较视野中的法律程序/（美）达玛什卡著；郑戈译
北京：中国政法大学出版社，2015.7
ISBN 978-7-5620-5994-3

I. ①司… II. ①达… ②郑… III. ①比较法学—诉讼程序—研究 IV. ①D915.18

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第161741号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 22.5
字 数 300千字
版 次 2015年7月第1版
印 次 2015年7月第1次印刷
定 价 52.00元

关于作者

米尔伊安·R. 达玛什卡 (Mirjan R. Damaška), 1955年毕业于前南斯拉夫萨格勒布大学 (University of Zagreb), 获法学学士学位; 1960年于卢布尔雅那大学 (University of Ljubljana) 获法学博士学位。1956~1957年在前南斯拉夫的审判法院和上诉法院担任书记员; 1961~1962年在宾夕法尼亚大学作“两百周年校庆纪念访问学者” (Bicentennial Fellow); 1964年和1965年暑期任卢森堡国际比较法学院教授; 1966~1968年任宾夕法尼亚大学客座教授; 1968~1973年任萨格勒布大学教授, 并于1970年出任系主任; 1970~1971年担任克罗地亚议会刑事司法改革委员会主席; 1972~1976年任宾夕法尼亚大学教授; 1975~1976年任耶鲁大学客座教授; 1976~1982年任耶鲁大学教授; 1982~1996年任耶鲁大学福特基金讲座教授; 1996~2008年, 任耶鲁大学斯特林讲席教授; 2008年退休后担任耶鲁大学斯特林讲席荣休教授。达玛什卡教授是《美国比较法杂志》编委、国际比较法学会会员、国际社会防卫学会会员、美国人文与科学研究院院士。主要著作有: 《被告的地位》(1962); 《刑事法律与程序辞典》(塞尔维亚-克罗地亚语, 1966); 《司法和国家权力的多种面孔》(1986); 《比较法》(与Schlesinger、Baade和Jerzog合著, 1988)。主要治学领域包括: 刑法与刑事司法、证据学、社会主义法律制度以及比较法。

关于译者

郑戈, 现任上海交通大学凯原法学院教授, 博士生导师。此前曾任教于北京大学 (1998~2003) 和香港大学 (2004~2014)。

内容简介

在不同的现代法律制度中，法官所扮演的角色有何区别？在英美、西欧和社会主义国家中，民事诉讼当事人、刑事被告以及他们的律师各享有什么权利？在这部启人深思的著作中，一位卓越的法学家对世界各地的法律制度如何管理司法以及政治与司法的关系作了高度原创性的比较分析。米尔伊安·R.达玛什卡展示了一种新的视角，使得迥然相异的程序特征呈现为可辨识的几种模式。

策划编辑 - 刘海光

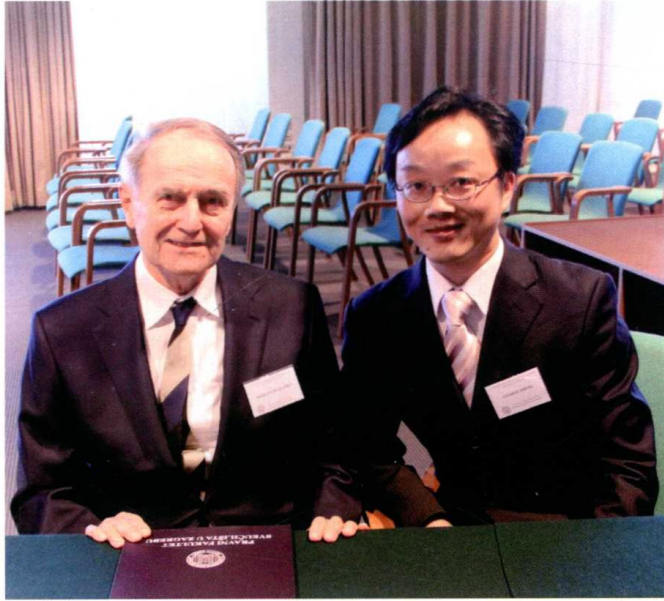
项目编辑 - 项 玮

封面设计 - 后声 HOPESOUND

pankouyugou@163.com

试读结束：需要全本请在线购买：

www.ertongbook.com



2015年5月29日和30日，萨格勒布法学院在有“亚得里亚海明珠”之称的海滨城市杜布罗夫尼克组织了向达玛什卡教授致敬的国际学术会议，这是在美国和欧洲召开的第七次同类会议。译者在这次会议上第一次见到作者，并合影留念。

雅理译丛

编委会

(按汉语拼音排序)

丁晓东 甘阳 胡晓进

黄宗智 强世功 刘东

刘晗 乔仕彤 宋华琳

田雷 王希 王志强

阎天 于明 张泰苏

章永乐 赵晓力 左亦鲁

雅理译丛

田雷

主编

雅理

其理正，其言雅

理正言雅

即将至正之理以至雅之言所表达

是谓，雅理译丛

评价选摘

此书会对我们思考法律程序的方式产生实质性影响；它为分析国家机构和法律制度中的相关倾向提供了有力的工具……比较社会学中的一块新领域由此开启。

——菲利普·刘易斯，《法律与社会杂志》

达玛什卡这部文风雅致、理路缜密的著作是……对法律程序之比较分析作出的一项宝贵贡献，它表明：对法律与政治之间关系的研究远未穷尽。

——杰拉德·J. 菲茨帕特里克，《美国政治科学评论》

本书提供的是一套作为动态的、比较性的、解释的工具，而不仅仅是作为分类甄别的工具。它以一套对英美、欧陆和社会主义程序制度的详尽透彻、洞烛幽微的理解为知识背景，其他用英语写作的程序专家在这一点上的确难出其右。

——马丁·夏皮罗，《美国比较法杂志》

一种原创性的、极有说服力的司法制度类型学……在写作有关多样性法律传统的题材方面，作者以其渊博的知识和个人经验而处于一种独一无二的地位。

——盖瑞·弗里曼，《社会科学季刊》

这是一部卓越的、奠基性的作品……在英语世界中的确尚未有可堪相比的类似尝试。

——亚瑟·泰勒·冯·梅伦，《耶鲁法律杂志》

司法和国家权力的多种面孔

比较视野中的法律程序

The Faces of Justice and State Authority
A Comparative Approach to the Legal Process

by Mirjan R. Damaška

Copyright © 1986 by Yale University

Originally published by Yale University Press

版权登记号：图字 01 - 2015 - 1356 号

本书出版得到重庆大学中央高校基本科研业务费项目（CQDXWL - 2013 - Z006）、

北京大学法治研究中心·敏华研究基金的支持

达玛什卡的比较司法制度研究

——代译序

一、小 传

米尔伊安·R. 达玛什卡教授是当代比较法和刑事诉讼法领域的传奇人物。他于1931年10月8日出生在南斯拉夫王国境内的布雷日采（Brežice，如今在斯洛文尼亚境内），父母均是克罗地亚人。中小学阶段，他接受了良好的古典文法教育，除母语外，还掌握了英、法、德、拉丁文等多种欧洲现代和古典语言。就“母语”而言，他上小学时的日常语言是斯洛文尼亚语，这与他在家里说的克罗地亚语虽然同属斯拉夫语系，但却有很大的区别。而他在家里使用的克罗地亚语是叫作“卡吉卡夫斯基”（Kajkavski）的萨格勒布方言，这与克罗地亚“普通话”也有显著差异。他和弟弟的保姆是奥地利人，他们同她用德语交流。上文法学校之后，他又不得不学习西里尔字母系统，这是塞尔维亚人所使用的书面文字。这种日常语言环境的复杂性不仅造就了他的语言能力，更培育出他对细微异同的辨别能力。在本书中，他常常指出：某某程序安排与另一种程序安排虽然貌似迥异，但如果我们把他们另一个体系中发挥同类功能的程序安排做比较，则会发现这种差异不再重要。他一方面强调普通法法系与民法法系、纠问式程序和对抗式程序、职权主义与当事人主义这样的宏观分类有其意义；另一方面又指出在这些大类型之间、就具体国家和地区的法律系统而言，又有诸多交

又共享、你中有我的因素。这种在多层次、多角度类型学之间自如穿梭的能力，可以说是得益于他幼时在多语系、多语种、多方言环境中得到的熏陶。

达玛什卡于1950年进入萨格勒布大学法律系学习，并在大四的时候获得奖学金游学于荷兰海牙国际法学院。1955年毕业后，他被录取为卢森堡国际比较法学院的研究生，并在次年获得比较刑事司法的硕士学位。1956~1957年间他在萨格勒布市的初审法院和上诉法院实习。此后，他回到萨格勒布大学法律系担任助教。之后，他在卢布尔雅那大学攻读博士学位，并以“论被告口供在现代刑事程序中的证据地位”的论文获得学位。1961年，他以“二百周年校庆学者”的身份访学于宾夕法尼亚大学。1964年，他成为卢森堡国际比较法学院教授。1966~1968年，他在宾夕法尼亚大学担任访问教授，此后，又回到萨格勒布大学法律系，成为该系最年轻的正教授。1970年，他出任代理系主任。当时，他已是克罗地亚社会主义共和国最权威的刑事诉讼法学家。1970~1972年，他担任克罗地亚议会刑事司法改革委员会的主席。1971年“克罗地亚之春”后，他离开了自己的祖国，正式任教于宾夕法尼亚大学法学院，直到1976年。其中1975~1976年在耶鲁大学法学院任访问教授，这期间他收到三所大学的任教邀请：伯克利、哈佛和耶鲁。他决定留在耶鲁。他在耶鲁法学院任教直到退休。他获得了许多荣誉，包括美国比较法学会终身成就奖（2009）和克罗地亚共和国晨星勋章。耶鲁大学法学院前院长、著名国际法学家高洪柱教授用了两个比喻来形容达玛什卡教授：一个比喻是比较法桥梁，另一个是顶峰攀登者。他既是美国人文与科学院院士，又是克罗地亚国家科学院通讯院士，在自己的母国和归化国都攀登到了学术荣誉的顶峰。

不过，这条攀登之路并不是如履平地般顺利的。现在已成为经典的《司法和国家权力的多种面孔》，当初的出版并不顺利。达玛什卡最初将书稿投到哈佛大学出版社，出版社所找的匿名评审人给出了否定的评价。后

来，经过布鲁斯·阿克曼教授的牵线搭桥，耶鲁大学出版社才接受了书稿，出版后很快好评如潮。无独有偶，他的另一部重要著作《漂移的证据法》一开始是一篇论文，投到《耶鲁法律杂志》之后很快被学生编辑毙掉，连外审程序都没有进入。又是阿克曼教授的建议：既然已经写这么长了，不如再写长点儿，变成一本书，还是交给耶鲁大学出版社出版吧。达玛什卡教授亲口讲起这些往事，语气十分平静，但当初必定是有挫败感的。

这两次遭遇其实反映出比较法研究在美国的困境。美国主流法学刊物多是学生管理的法律评论，而这个精英学生群体正如他们的主流老师一样，侧重于本国法的学习和研究。这种“制度自信”和知识自信是在美国成为世界第一强国之后形成的。19世纪末和20世纪初是美国比较法的黄金时代，那时的美国法学教授和法科学生还感到有必要学习欧陆各国（尤其是德国）的先进法律文化。但第二次世界大战之后，美国法律人看待外国法的态度发生了根本变化，随着美国成为法律制度和学说的纯粹输出国以及战后“国际法”体系的主要缔造者之一，学习外国法变得不再重要。法学院的课程设置反映了这种变化，不仅比较法课程变得可有可无，就连国际法也都成了不重要的选修课。出于冷战和对外输出制度影响的需要，中国法等外国法课程和“法律与发展”、“宪法设计”等为指导第三世界法制建设工作的课程应运而生。它们虽然在一定程度上覆盖了比较法所涉及的内容，但这种居高临下而非平等对话式的比较固化了美国法律人的傲慢与偏见。实际上，比较的目的主要在于认识自己。比较法在美国的衰落导致了自我认知的偏差，美国学者帮助许多亚非拉国家写的宪法和其他法律纷纷以失败而告终。这回过头来使得美国法律作为一种知识体系对其他国家的影响力日渐减弱。例如，近20年来风生水起的全球宪政主义浪潮中，加拿大《权利与自由宪章》、南非宪法和德国基本法文本与实践的影响力都已超越了美国宪法。美国国内带有民族主义色彩的“美国例外论”在其他国家也慢慢得到认可，然而并不是从赞许的角度，而是说：既然你那么与众不

同，我们就没有理由向你学习。在这种总体上并不十分宜人的知识氛围中，达玛什卡教授一直坚持着平行深描式的比较法研究并收获了累累硕果，这在当代是无人能出其右的。

二、寻找自我定位的坐标系

在本书导论中，达玛什卡教授引用了古罗马诗人马提雅尔的诗句：“四海为家，其实相当于无家可归。”这贴切地体现了他治学之路的心理历程。当我们在成年后移民到一个陌生的国度时，通常会出现两种情况：一种是一开始难以适应，但通过结交当地朋友、学习接受当地文化乃至宗教、竭力摒弃自己的本土习性和偏好，终于变成了当地人，但此时已经变得“不土不洋”；另一种是一开始难以适应，便选择不再特意去适应，然后寻找来自本土的“同乡会”，长期在小圈子中生活，除了工作之外不与当地人打交道。这两种生活选择都缺乏“二阶”反思，都没有充分利用彻底转换生活环境所带来的提升认知层次的机会。达玛什卡教授属于第三种，他一方面终身保留着自己的故乡口味和故乡认同，并把这当成正面的知识和生活资源，另一方面试图打破隔膜，认真理解美国的风土人情和法律制度。可以说，他充分利用了这种生活境遇转变带来的突破褊狭认知境界的契机，并在新的高度上总结了这种契机所带来的反思成果。

1966~1968年，达玛什卡在宾夕法尼亚大学担任比较法访问教授，其间他为法学院的外国研究生做了一次讲座，讲座的内容后来发表在《宾夕法尼亚大学法律评论》上，题目叫“一位欧陆法律人在一所美国法学院：调适的考验与磨难”。在其中，他并没有一本正经地向学生们灌输某种貌似确定的经验或知识，而是以一位正在经受同样考验和磨难的长者的身份与学生们交流自己的体会。他首先比较了欧陆法律教育与美国法律教育的差异，指出欧陆法律教育的全局性、系统性和教义化，这种教育首先重在传授法律的“语法”，即贯穿在所有法律部门中的概念、原则和学理。其次，它会灌输一种纵览整个法律疆域及其重要区域的全局观。最后，它会引导

学生学习某些重要的推理范式。与此相对，美国法学教育既不会提供法学导论或法学基础理论这样的“法的一般语法”类课程，也不会以“罗马法”这样的课程来梳理重要法律概念和原则的历史起源。它会在一开始就用合同法和侵权法这样的课程来训练学生“像法律人一样思考”。在这些“部门法”课程中，也不会有“总论”式的存在。学生一开始就要阅读大量的判例，直接面对纷繁复杂的事实描述及其带来的法律问题，并且学习上诉法院法官们解决这些问题的技巧。学生在这些课程上虽然也会接触到一些“核心概念”，比如侵权法中的“理性人视角”、“可预见性”、“近因 (proximate cause)”等等，但这些概念并没有被抽象出来、构成一个逻辑自恰的理论体系的一部分，而是镶嵌在案件的具体事实语境之中。这些概念具有高度的事实敏感性，一旦被抽离出来便会失去意义。同时，任何概念和原则都没有一种唯一正确的解释，在前一个判例中被打败、成为“异议”的解释在后一个判例中可能又成了“多数派意见”。因此，美国法律思维的三个特征是论辩性 (argumentative)、注重解决具体问题 (problem-solving) 和语境化 (contextual)。学习过西方哲学史的人可以简单地将这种差异归结为演绎逻辑和归纳逻辑之间的区别，或者是欧陆理性主义与英美经验主义之间的差异。达玛什卡用两个拉丁文谚语总结了这种差异。欧陆法律人倾向于相信：缺乏理论的实践就像是盲人上路 (praxis sine theoria caecus in via)。他们习惯于先学习“犯罪构成”理论，再到刑事案件中去寻找犯罪的构成要件。而英美法律人则认为：脱离实践的理论就像是无轮之车 (Theoria sine praxis rota sine axis)。或者用霍姆斯的话来说：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”他们回到刑事案件的具体事实描述中去寻找犯罪的心理因素 (mens rea) 和行为因素 (actus reus)。达玛什卡建议到美国学习法律的欧陆学生保持开放的心态，不要用概念体系去套案例，或者因为在美国法中找不到高度发达的体系化知识而放弃学习另一种同样高度发达的分析问题、解决问题的思维方式。通过接触这种完全不同的知识，“欧陆来客或许会第一次（在没有拔高

到法理学层次的层面上) 意识到: 有用的理论概括的局限在哪里, 概念主义的危险就在哪里。”这种不卑不亢的对话姿态贯穿在达玛什卡的所有比较法著作之中。

在此后的研究中, 达玛什卡发现, 不同的法律教育方式是由不同的法律实践方式及其组织化、制度化形态决定的。在金字塔状的科层式司法系统中, 处在上层的决策者与案件中的人和事保持着距离, 这种疏离感“可以营造出一种远距离的、俯瞰全局的视角, 从这一视角看去, 情境化的细节遭到忽略, 简单的有序化方案得以形成, 粗略的相似性和相异性很容易得到界定”(本书第34页)。与这种司法组织形态相适应的法学教育也注重培养这种统观全局的抽象思维能力。虽然法学院培养的学生都需要从基层干起, 但法学教育却志在高远: 训练学生从“顶层设计者”的角度来看问题。这种教育培养出来的学生, 哪怕只是做个螺丝钉也具有全局观, 不仅理解自己在整部机器上的位置, 也理解上级作决策的意图。与此相对, 在司法决策者的地位相对平等、每位法官都是“自己法庭的国王”的协作式司法系统中, “所有决策者都会接触到生活中的具体事实情境。当他们穿越细节的灌木丛时, 他们就不得不作出精细的区分。两个案件的事实情境十分相似的情况是非常罕见的; 同一性是捉摸不定的, 人们很容易为相异的处理方式找到正当化依据”(第34页)。为了使学生能够适应这样的司法环境, 与此配套的法学教育也要求学生具有直面事实本身来发现问题、解决问题的能力。每一位学生都需要设想自己是相对独立的决策者, 面对案件的复杂事实和对规则的不同解释作出选择和决定。

他进一步看到, 之所以会出现不同的司法组织结构, 是因为国家希望司法机构实现的功能不同。这种功能导致结构的观点与社会理论家尼克拉斯·卢曼的观点暗合。“工欲善其事, 必先利其器”。对于一个想要按照某种理念来改造社会的国家来说, 它自然希望政府各个部门能够协调起来, 共同服务于国家设定的政策目标。这样就会产生政策实施型的司法。进而,

为了确保司法组织能够准确实施政策，就需要把司法系统组织成一个上令下达、中央的意图可以得到准确执行的科层结构。反之，如果国家仅仅充当守夜人的角色，力图维护社会自生自发形成的财产、婚姻和家庭等制度，那么它对司法机构的期待就仅仅是纠纷解决。为了实现这一功能，司法机构当然不必被组织成金字塔结构，而是平摊成地位平等的多个决策中心。比如，在美国，州法院承担着绝大多数案件的审理工作，而州法院法官有很多是选举产生的，他们显然不会关注上级法院怎么看。

这样，达玛什卡便发展出了一套解释政治与法律、国家与司法、法律实践与法学教育之间关系的理论框架。他并不试图否认传统的职权主义和当事人主义之分的意义，而是把它们放到一个更大的参照系中去加以分析，从而帮助我们看到这两种诉讼模式的发生学原理，并理解为什么在同一个国家会出现两种因素并存的情况。比如，在一个能动型国家，虽然职权主义诉讼模式是主流，但当事人主义的程序安排也可能在民事诉讼和民事、刑事一审程序中得到采用，因为在这些情况下，实现纠纷解决功能的需求大于实施国家政策的需求。同时，将当事人主义的程序安排限定在这些情况中并不会妨碍司法机构实施政策的总体功能。同时，这种新的分析框架也可以使我们看到某些冲突和矛盾是难以避免的。比如，能动主义国家与科层式司法组织虽然大体上相互契合，但有时也会产生相互冲突的追求：国家有动员群众参与司法活动的需求，因为这样才能实现改造社会的目的；但职业化、官僚化的司法组织却抵制外行的介入，因为这会干扰官僚机构按部就班、循规蹈矩的例行化工作模式。这种张力的持续存在是不可避免的。

可以说，纠问式/职权主义与抗辩式/当事人主义这种二元模型是描述性而非反思性的。在这种模型中，官方调查和当事人自主提出并证明自己的主张分别是两种程序设计的内核。围绕这个内核，分析者可以找到其他各种相关的程序安排，从而区分出两大截然不同的程序法模式。但这种静