



比较刑事司法

——理解差异

Comparative Criminal Justice:
Making Sense of Difference

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书



NLIC2970888403

著

李 强 / 译

清华大学出版社

比较刑事司法

——理解差异

Comparative Criminal Justice:
Making Sense of Difference

比 · 较 · 法 · 学 · 丛 · 书

[意] 戴维·奈尔肯 / 著
李 强 / 译



NLIC2970888403

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书在比较刑事司法研究面临着范式转换的关口,就该领域的一些方法论问题做了凝练的探讨。我们为什么要做比较研究?什么是辨别相似与差异时所必需的?什么是做比较研究的可能方法?尤其是解释和阐释之间的差异以及文化的重要性。在全球化时代,比较刑事司法要做多大程度的改变?知识本身在比较过程中的作用如何?本书结合实例探讨上述问题,描绘了全球化时代比较刑事司法及其研究的图景与未来方向。

本书适合于法律专业院校师生、科研机构人员以及法律实务部门人士,同样也适合于对法学理论与实践特别是法律文化感兴趣的读者。

原书名: Comparative Criminal Justice: making sense of difference

原书作者: David Nelken

原出版: SAGE Publications Ltd.

北京市版权局著作合同登记号 图字: 01-2011-2580

版权所有,侵权必究。侵权举报电话: 010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

比较刑事司法: 理解差异/(意)奈尔肯(Nelken, D.)著;李强译. --北京: 清华大学出版社, 2013

(比较法学丛书)

书名原文: Comparative criminal justice: making sense of difference

ISBN 978-7-302-31441-7

I. ①比… II. ①奈… ②李… III. ①刑法—比较法学 IV. ①D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 022201 号

责任编辑: 方 洁

封面设计: 何凤霞

责任校对: 王荣静

责任印制: 宋 林

出版发行: 清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈: 010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者: 北京国马印刷厂

经 销: 全国新华书店

开 本: 148mm×210mm 印 张: 5.125 字 数: 116 千字

版 次: 2013 年 3 月第 1 版 印 次: 2013 年 3 月第 1 次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 25.00 元

产品编号: 039989-01

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称诩“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“唯我德馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,兴欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者对“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思,后者对“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊贝壳放逐与古罗马陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉葬与西方领主初夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主

权……凡此种种，或带有文化类型之印记，或标示族群生活之差异，或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知，由比较而显。各族法律，或貌合而神离，或形殊而神似。同名异物，存名实之辩；异名同物，厘表里之别。

比较法由是生焉。西有希腊先哲首开先河，中有战国法家初执牛耳。纵观古代，法之比较虽发轫早而源远流长，然仍显稚嫩。其零散而缺系统，偶然而非恒常，实用而欠学理，自发而无筹划，难于自成一体、独立一门。作为学术科目之比较法，实始于近代。西元十八世纪，法国孟德斯鸠氏，少习法律，壮则弃官，潜心法学，遍历奥、匈、意、德、荷诸国，考辨诸族习俗，比较古今法律，于风物人情中寻法意，由地理环境中探精神。孟氏所撰《法意》一书，为近代比较法学奠基之作。其人颇具传奇色彩之阅历，后世传为佳话。迨至西元十九世纪，比较法学于英、法、德诸国蔚然成风，或设讲席以授业，或创专刊以传道，或建学会以交流。西元一九零零年，首届国际比较法大会开于巴黎，标志比较法学进入国际化阶段。然此阶段之比较法学，西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义，溢于言表。西人比较之意旨，多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”，形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后，种族偏见渐弱，然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来，比较法学著述之丰，前所未有；功用之广，遍布立法、司法；学理之通，惠及法学各科。

吾华夏民族，得益农桑，泽被礼义，“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦，其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄，尊而滋傲，国人遂目比

邻为蛮貊,视异族为夷狄,或夜郎自大、目空四海,或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹,有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异,以娱视听;道听途说,以炫机巧。考其究竟,实多因古时山隔水阻,交通滞塞,言语不通,鲜有接触。故直至盛唐,国人眼中之“西天”不过印度,亦不足为怪。其时西人眼中之中国,亦如烟如雾,若迷若幻。

列强自西徂东,国门洞开,当务之急,救亡图存。始办洋务,复议变法,西学东渐,“夷律”汉译。五大臣赴洋考察,虽得欧法皮毛,犹存借鉴之诚;众学子负笈旅欧,任中西文化参差,亦竟比较之力。数十年间,西法如潮涌入,吾华夏几千年法统,竟成一曲挽歌!法学遂兴,然非汉家故物;比较因起,实多舶来新究。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会,相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪,为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业,其中影响较大者,当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》及李祖荫之《比较民法》,影响一代学人,至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》,虽未冠比较之名,实为比较法学之论坛也,其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时之长辈学人,忆及当年盛况,颇多感慨,其情其景,宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代,千山万水,不成障碍,黄种白种,弗为隔阻,孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分,互为仇讎;中西两立,几断音讯。当此之际,比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户,恍

如隔世；再度开眼，宛若梦醒。今是昨非，议补天之计；劫余思生，虑长治之道。民主法治之论，遂成治道共识；自由人权之题，遽为时尚话语。法学园地，比较法学焕发新姿。廿年之间，硕果累累。遂译比较法学专著多种，其中影响较大者，为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部，其卷帙浩繁，实属空前，中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部，篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年，虽生性愚钝，初无建树，然夙怀为其勉效微力之愿。故联络学界同道，不避浅陋，新辑比较法学著译数部，缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今，察鉴中外，为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏藏女士与方洁女士，为丛书策划出力，同道著译诸君通力合作，编者深怀谢忱。

丛书付梓之日，赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

题 词

我们必须知道我们正在做什么,在维护一种并不存在的秩序,以营造一种无法存在的安全……直到你理解了你去希望去改变的事物之时,你才有可能改变某些东西……改变你并不理解的东西是恶的真正本质。(Winterson 1991: 93, 138)

致 谢

我想感谢妮可尔·拉夫特(Nicole Rafter)和保罗·罗克(Paul Rock),感谢他们邀请我参与撰写这一丛书以及他们富有价值的编辑意见;保罗·罗伯茨(Paul Roberts)对本书手稿也提出了很有价值的评论。同样要感谢卡洛琳·波特(Caroline Porter)、萨拉·简·博伊德(Sarah-Jayne Boyd)和塞奇(Sage)出版社的其他人员,感谢他们的所有建议和支持。为了我就这一课题所可能学到的任何东西,我要向我的意大利朋友、同行和学生表示特别的谢意。如果没有我的朋友马尔科姆·费利(Malcolm Feely)和斯图尔特·申戈尔德(Stuart Scheingold)的鼓励,我或许不会去写这本书。没有玛蒂尔德(Matilde)和我的家人,我无法完成它。本书献给迪诺·贝蒂(Dino Betti)——既是我的老师,也是我的伙伴——以示纪念。

目 录

引论：转变范式	1
一、转变范式	3
二、本书纲要	10
第一章 为什么比较？	13
一、比较刑事司法的目标	13
二、超越种族中心主义和相对主义？	22
第二章 正确比较	30
一、出发点	30
二、论相似与差异	37
三、在类似的东西之间做比较	40
第三章 理解的途径	47
一、解释对阐释	47
二、论文化与概念	57
第四章 解释得太多？	66
一、关于重罚的争论	66
二、重罚的政治经济学	69
三、宽容的含义	78

引论：转变范式

比较刑事司法研究的是，不同地方的人们和机构就犯罪问题做了什么以及应当做什么。在较为宽泛的意义上，它寻求犯罪、社会秩序和惩罚之间的联系，并揭示在更加广阔的多种社会控制形式的环境中，警察、检察官、法院、监狱以及其他行动者和机构所扮演的角色。在这一起始章节，我会描述现有的美国大学本科教科书如何处理这些议题，并将之与学术杂志、汇编文集和专题性研究中的各种研究工作进行比较，这些研究提供的证据表明，这一研究领域眼下正在经历范式上的转变。

没有必要去强调这一课题广泛的相关性。读报纸、看电视、上网时，不可能不碰到很多涉及比较刑事司法的事情。在如下诸多方面，全世界范围内仍存在非常真实的差异：什么被看做是刑法的适当角色；与其他制裁形式相比，刑事司法体系的最后手段性；法律体系的政治独立性；警察的行为方式；检察官的权力；公众或者专家的介入；被害人的权利；监狱或者死刑的运用；“媒体审判”的程度。如此的诸多对立引发了棘手的政治和政策问题。对于遥远地方那些看似野蛮的做法，如果

2

要做些什么的话,要做些什么呢? 一个社会能够成功地借用其他地方的改革措施吗? 西方国家的媒体倾向于夸大与西方和伊斯兰世界之间的差异以及伊斯兰世界内部的差异有关的新闻。但是,在西方国家之间,同样存在令人疑惑不解的细微差异。我们怎样才能解释,与大多数欧洲国家相比,为什么美国的监禁率(incarceration rates)高达前者的6至7倍——其他地方使用监狱的情况会追随这一榜样吗? 比如,在2008年,为什么意大利的刑事法院法官向联合国求助,以免于总理贝卢斯科尼的攻击? 对于上述问题的任何回答都可能触及,与其他国家相比,这些国家的法院与监狱当下角色的真正独特之处。

然而,就像这些例子也证明的那样,把“在这里”发生的事情和“在那里”发生的事件区别开来,越来越难了。在很多国家,犯罪被归咎于不断增加的移民——的确,在欧洲大陆,非法移民本身就已经被规定为一种犯罪,而这类犯罪最终占据了下级法院大量的日常工作。对犯罪与惩罚的迷恋,充斥于大部分的新闻媒体,不仅利用发生在身边的犯罪来让我们忧心忡忡,而且也(选择性地)利用发生在全球村其他地方的犯罪。在英国,当小报《太阳报》无法在本国找到足够惊人、以致造成国内恐慌的犯罪时,它会越来越多地谋求外国发生的事件。但是,甚至一贯持重的《独立报》最近也发表了一篇社论警告它的读者:

恐怖势力并不尊重国家边界。那些准备实施谋杀、准备为扭曲的伊斯兰教义献身的人并不容易识别。我们必须清醒地认识到如下事实:只要极端主义暴力分子在巴基斯坦拥有他们的基地,我们就永远不可能彻底保卫英国的大街小巷。(《独立报》,2009年4月11日)

与此同时,如果犯罪的威胁来自海外,那么,也会让国际组织承担越来越多的司法或管制任务。

如果这还不足以构成挑战,那么,还有更多。同样存在着要被探讨的“二阶”(和更高层次的)比较问题(Nelken, 2007a)。为了决定如何(以及在何种程度上)协调统一他们所做的和其他人所做的,比较就成了那些精心打造、管理刑事司法的活动中很多实践工作的固有部分。所以,为了研究这些过程,我们还必须探讨其他人是如何比较的——这常常会揭示出政治家、政策制定者、法律行动者、新闻记者、社会活动家、学者和其他人对于刑事司法实践的“有趣”阐释。

一、转变范式

3

本书的目的是提出一些理念,这些理念涉及系统研究刑事司法在不同地域内以及跨地域运作的好处、难处以及——我希望还有——激动人心之处。但这完全是一个正在努力跟上那些它试图描述与解释的转变的领域。如果我们转而考察当下比较刑事司法提供给我们的被有效(以典型的美国方式)法典化的“知识”,就能够看到这一点。我不打算在这里详尽解析有关这一课题的诸多美国教科书,比如雷彻尔(Reichel, 2008),现已发行第5版,达梅尔、法切尔德和艾尔巴尼塞(Dammer, Fairchild and Albanese, 2005),菲尔兹和摩尔(Fields and Moore, 2005),科尔、弗兰科夫斯基和戈尔兹(Cole, Frankowski and Gertz, 1987)。我当然认可它们各自作为使学生向其他做事方式开放心智——这是它们的主要目的——的教学工具所具有的众多正面特色。我的评论只涉及它们所调用的理论方法类型、它们所作出的政治假设以及它们所忽略的方法论问题。

当在广度与深度之间做选择时,多数教科书都趋向于偏好前者。但是,当它们不得不如此频繁地利用官方报告(或者网

站)时,就会遇到所选择的原始材料的可靠性和有效性问题。我们几乎不了解被征询的原始材料中可能存在的成见,比如,它们可能具有的与夸大或贬低犯罪水平的利害关系,需要提供政治上可接受的法律实施评估以使海外干涉正当化或者掩盖国内阴谋。官僚机构的统计具有众所周知的局限性:这些数据都是出于内部目的而被制造的,在提供信息时,他们说给那些更加集中地收集信息的人听的东西对他们往往会具有财政上的或者其他的意味。现在,没有哪个国内刑事司法研究还如此依赖官方统计——所以,在跨国研究中为什么这么做?

4 部分地因为它们所依赖的原始材料,这些教科书也都高度关注传统犯罪,而很少看到关于白领犯罪、法人犯罪的诸多讨论——不论是本土的还是外来的。犯罪被假定为每个人都要面对的问题,犯罪控制则被假定为一件好事,缓解并延缓了组织性功能失灵状况,而非政治上轻重缓急的指示器。关于应对(但不是必然减少)本地和国际犯罪的诸种方法可以成为政府获得和维持正当性的方法这一点,几乎什么都没有说;关于刑事司法如何运作以控制穷人和少数族裔这一点,也是如此。恐怖主义总是针对(against)国家,而从不会来自(by)国家(或者至少不来自“我们的”国家)。

分类与描述的目标支配着致力于解释或者阐释的系统性努力。司法区类型的划分非常借重于比较法所使用的并不总是明晰的范畴,诸如借用普通法法系与民法法系、对抗式与职权式之间的对立。但是,甚至参考更加细致的努力以发展分类,如果未能考虑到社会变迁,也会是误导性的。仍有很多教科书依赖于现在已成经典的达玛斯卡在普通法“协调”体系与大陆“政策导向”体系之间所做的对立区分(Damaška, 1986),即便我们现在正生活在一个美国式“问题导向型”法院成为主要输出产品的时

代(Nolan, 2009)。组织的类型和警察、检察官、法官的功能告诉我们他们是被集中组织还是分散组织的。但是,这无助于理解其缘由。比如,在意大利,两种主要的国家警察力量长期共存,他们享有的权力存在部分重叠——这个问题更加普遍地指出了,在刑事司法组织以及社会控制组织当中“裁撤冗员”的重要性。关于在监视和犯罪预防这类所谓“前犯罪”措施中措施执行者而非警察的作用这一点,几乎什么都没有说。而这些在如下情况中可以看到:施加责任给卡车司机和航空公司以阻止非法移民;在运营监狱方面,私人企业的重要性不断增长。

被精心挑选出来的诸多司法区内的差异动摇了被预先假定的“刑事司法”的相似性这一令人安心的基石,就好像这一术语是一个普遍的跨文化范畴。各个章节中关于警察、检控和法院的讨论回避提出——如果非要这么做的话——如下问题:是什么使得它们成为一个更大的“体系”的组成部分(例如,美国有着一个高度碎片化的联邦、州和地方体系,但也以该体系的总体一致性为先决条件。欧陆国家有着更具整体性的国家体系,但也并不总是期待或者实现各个组成部分之间的通力协作)。总之,对其他司法区中发生的事情的评估往往很少甚至完全不注意存在于“书本上的法”——规则就被期望发生的事情所说的东西——与“行动中的法”——法律实际上如何被使用或者不被使用——之间的差异(Pound, 1910; Nelken, 1984, 2009c)。它们提供的此类经验讨论赋予那些由英语学者在其所关注的外国作出的过时的、有争议的尝试性经验研究以言过其实的“权威性”。要是我们相信了当今的一些教科书,那么,英国仍在和爱尔兰共和军(IRA)战斗。人们信赖埃德温·勒梅特(Edwin Lemert)20世纪80年代在意大利做的一项青少年司法研究,这一研究运用了20世纪70年代的法院资料,尽管当前的青少年

法律程序体系在那以后已经历了两次重大变化。它们使我们相信,这些一次性的研究能以某种方式被用来“表现”其他刑事司法体系的本质——并且很少承认各个体系内的差异和内部斗争。

存在于很多英语著作中的学科划分也制造了一些问题,一些作者从犯罪学的背景来处理比较刑事司法,另一些作者则作为关注刑事程序的法律人就比较刑事司法进行写作。尽管普通法国家属于那些监禁率最高的国家之列,但很少有建议更加广泛地采纳普通法审判程序的作者(例如 Vogler, 2005)注意如下问题:这是否会导致更高的监禁水平。大体上,关于在比较时什么是必要的、克服语言与文化障碍时的种种难题、在努力理解其他生活方式时会面临的巨大困难这些问题,并没有多少洞见提供给我们。也没有提供给我们真正的指引,以指导实际的跨文化研究过程。

惩罚的力度和犯罪水平有关吗?什么时候(以及为什么)很多地方会施加过多的惩罚?为什么各国会从那些它们假装看不起的文化中借用刑事司法的诸多革新举措?各种实践做法如何能够既牢固地植根于文化,又还是可移植的?不同的体系如何应对跨国犯罪带来的挑战,以及它们为什么会如此应对?在陈旧的描述型/分类型范式中,处理诸如此类的问题并不容易。为了更接近这些问题的答案,我们需要处理如下的阐释性问题:不同社会对“无秩序”的想象是怎样的;“社会文化、政治文化和法律文化中的诸多差异”如何“影响有关犯罪的观念以及刑事机构应对犯罪时的角色”(Zedner, 1996)。

- 6 选择涵盖众多领域而非深入这些以及其他问题当中,这绝对反映了一个广阔的、歧异丛生的国家里的学生市场类型和研究教育的重点——比如美国,在这里,甚至那些有关世界上其

他地方发生了什么的、最基本事实的知识的价值都没有被认识到。公平地说,这些作者通常也首先认识到了很难发现令人满意的资料,尤其是,在没有充分、深入的关于“行动中的法”的研究可依赖的情况下做研究的不利因素。对于很多被描述的地方而言,关于“行动中的法”的相关经验材料开始变得可利用还是最近的事情。但是,难以否认的是,在它们当做“知识”来呈现的东西和会质疑这些“知识”的更加广泛、更加歧异丛生和富有雄心的犯罪学文献之间,某种程度的分歧已经扩大了。而且,就如同将在本书的论述过程中看到的那样,我对这一领域的批评也会合理地超越教科书以囊括其他学术成果,包括那些我描述为“通过强烈对比来比较”的研究——借此就假定了而非论证了本地专家对不同地方的说明说的是同样的议题——以及很多依赖于指标——比如监禁率——的可通约性的研究。

要更好地回答在不同地方惩罚实践为什么采取了如此形式,就必须参考大量可资利用的历史文献和社会科学文献。我们必须能够清楚地论证更大的力量如何塑造制度结构的细节和刑事程序的细节,以及它们又是如何被后者塑造的。我们必须密切关注,犯罪、刑事司法和社会控制概念——观察者和被观察者都使用这些概念——的界定与范围,刑事司法官员、政治家以及犯罪学者自身的话语中所使用的具有说服力的修辞,形塑了研究对象的正在变化的本地和全球社会环境、所采纳的立场的来源、研究本身的实际目的和可能意蕴。要利用的资源包括,最明显的——却奇怪地被忽视了——就是犯罪学(众多学科“汇聚于此”)、比较法、法律理论与法律哲学、政治经济学、政治学与政治社会学、社会理论、国际法与国际关系、跨文化心理学。这一名单远未穷尽。