



司法文丛

司法和国家权力的多种面孔

——比较视野中的法律程序

米尔伊安·R·达玛什卡 著

郑戈 译



中国政法大学出版社



司法文丛

司法和国家权力的多种面孔

——比较视野中的法律程序

米尔伊安·R·达玛什卡 著

郑戈 译



中国政法大学出版社

SAN93/03

图书在版编目(CIP)数据

司法和国家权力的多种面孔/(美)达玛什卡著;郑戈译.
-北京:中国政法大学出版社,2004.1
ISBN 7-5620-2552-5

I. 司… II. ①达… ②郑… III. 司法制度-比较
法学-世界 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 005943 号

* * * * *

书 名 司法和国家权力的多种面孔
——比较视野中的法律程序
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 850×1168 1/32
印 张 12
字 数 300千字
印 数 0 001-3 000
版 本 2004年6月第1版 2004年6月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2552-5/D·2512
定 价 24.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

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

by Mirjan R. Damaška

Copyright © 1986 by Yale University

All Rights Reserved

司法文丛

编辑者

北京大学司法研究中心

主持人

贺卫方 张志铭 朱苏力

作者简介

作者 Mirjan R. Damaška, 现任耶鲁大学斯特林讲座法律教授 (Sterling Professor of Law)。

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年在卢布尔雅那大学 (University of Ljubljana) 获法学博士学位。1956-1957年在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 (University of Pennsylvania) 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, 其间, 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年到耶鲁大学 (Yale University) 任客座教授; 1976-1982年为耶鲁大学教授; 1982-1996年为耶鲁大学福特基金讲座教授; 1996年至今, 任耶鲁大学斯特林 (Sterling) 讲座教授。他是《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。他的主要著作有: 《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。主要治学领域有: 刑法与刑事司法、证据学、社会主义法律制度以及比较法。

编辑说明与志谢

北京大学法律学系司法研究中心成立于1996年6月，是一个以司法制度为主要研究领域的学术机构。中心倡导对于司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动，强调成果的多层次和多侧面，强调项目参与者的广泛性和多样性，力求通过中心的研究成果以及学术活动本身，既推进司法研究领域的学术进展，又对于中国司法制度的改进有所贡献。

中心的基本活动模式是通过各种课题组开展对司法制度某个特定方面的专题研究，不定期地举办讨论会和报告会，推进相关领域的国际国内学术交流。这套“司法文丛”则是展现中心研究成果以及国内外司法制度研究成果的主要窗口。

“司法文丛”是一个开放的和持续性的园地，举凡国内法律界的研究专著和文集、外国著作的汉译、有关司法改革的调查报告和原始资料等等，只要符合中心的学术旨趣和成果标准，均在采撷收入之列，入选作者并不以参与中心项目者为限。因此，我们欢迎来自海内外学术界与司法界的关注与参与。

我们研究中心的活动与“司法文丛”的出版均得到了福特基金会(Ford Foundation)的宝贵资助，得到了北京大学法律学系的热情支持，我们谨向上述两机构以及所有给予我们支持与关心

的人士致以衷心的感谢。同时，我们也向中国政法大学出版社表示感谢，为着该社在学术著作的出版方面表现出的热心与恒心。

编辑者

1998年9月

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。”

——Philip Lewis, *Journal of Law and Society*

“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尚远未穷尽。”

——Gerald J. Fitzpatrick, *American Political Science Review*

“本书提供的是一套作动态的、比较性的解释的工具，而不仅仅是作分类甄别的工具。它以一套对英美、大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，其它用英语写作的程序专家在这一点上的确难出其右。”

——Martin Shapiro, *American Journal of Comparative Law*

“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。”

——Gary Freeman, *Social Science Quarterly*

“这是一部卓越的、奠基性的作品……在英语世界中的确尚未有堪与之相比的类似尝试。”

——Arthur Taylor von Mehren, *Yale Law Journal*

致中国读者的引言

在写作《司法和国家权力的多种面孔》一书的过程中，我最初的“野心”是为那些试图理解世界各国纷繁复杂的司法管理方式的人们提供一种法律程序的类型学。我从人们看待政府结构和政府功能的不同方式所提供的素材出发来建构这种类型学。在这样做的时候，我相信政府结构和政府功能这两种政治因素在很大程度上影响着程序规则的生长环境，并因此在很大程度上决定着程序制度的基本设计。但是，我同时也希望我对官僚机构的各种组织方式以及人们看待政府角色的不同方式的讨论有助于提醒人们注意当适合于某一程序性权力运作环境的条款被移植到另外一种环境时所可能产生的问题。我本人所未曾预想的是，就在本书出版之后短短几年之内，各种程序制度体系之间的相互借鉴开始呈现出前所未有的密集程度。这使得拙著对于程序制度移植研究的潜在实践意义几乎完全遮蔽了它为人们理解世界各国程序制度提供粗略指南的智识功用。这种出乎意料的发展使我觉得有必要向中国读者作一些交待，以解释我的理论框架在评估移植外国程序理念的可行性方面的可能作用。

首先，为了从恰当的视角来关照程序移植问题，我们应当注意到：对既有程序制度的不满存在于世界各国，而不仅仅是少数几个地方。即使是在像英国、法国和德国这样的国家，虽然它们的程序制度在过去很长一段时间一直是欧洲以及世界其它地区的许多国家争相模仿的对象，改革的压力也正在逐渐增强。在回应

这种压力以及到本土经验之外去寻找创新的启迪的过程中，承担着改革重任的各国法律家们总是很容易为一些他国的制度设计所吸引，因为这些制度可能体现着较为健全的原则或者表现出良好的意图。但是，匆忙将这些制度纳入到本国法律体系之中的做法可能很容易导致不尽人意的结果。

导致这种危险的一个明显原因就是：规范司法管理的各项规则往往是相互关联的，它们之间存在相互影响和相互支持的关系。因此，用一项进口条款来取代一项本国条款的尝试不可避免地会影响到那些改革者并不想加以改变的制度。因此，在折服于一项外国规范的魅力之前，改革者们首先应当认真思考这项规范与本国的整个规则系统之间形成良性互动关系的可能性。但是，这一类的法律分析只能算是一场精心构思的改革的第一步。这是因为，程序创新的命运在很大程度上并不取决于那些喜欢欣赏规则之完备性的法律人。改革的成败主要取决于新规则与某一特定国家的司法管理模式所植根于其中的文化和制度背景的兼容性。因此，策划一场程序改革就像是策划一场音乐会。法律规则就好像是一个个音符，尽管它们当中的每一个都可能具有内在的艺术价值，但这并不能保证一场音乐会的成功。完备的乐器、娴熟的演奏者以及音乐类型对听众的吸引力也是同等重要的必备条件。

本书的重点在于讨论政治意识形态和政府组织形式的程序意义，而很少涉及到一种引进的程序安排与司法制度的文化背景之间所可能产生的紧张关系。但是，本书的重点讨论的确已经提醒人们注意：如果激发国内改革的源泉是一种外来的理念，而且这种理念所来自的国家具有一套不同的程序制度，这种程序制度植根于人们对待国家权力结构的不同态度以及不同的政府职能观念，那么，改革者们必须对此保持高度的谨慎。将英美程序理念移植到中国的尝试就属于这种类型。因为，根据我的分析框架，中国的程序环境所展现出来的特征比较亲合于一种能动型的政府

和一套科层式的权力组织机制，而英美的程序环境则呈现出恰恰相反的特征，这种特征使其亲合于一种回应性的政府和一套协作性的、更加注重平等的权力组织结构。为了说明由此而导致的不同的结构安排，我们可以举出这样一个实例：包括辩诉交易和交叉质证在内的许多英美程序安排都需要依靠一个人数众多并充满活力的法律职业共同体来推动其正常运作。相反，在中国，律师的人数相对较少，并且不习惯于在诉讼过程中扮演积极的角色。在这种情况下，如果将这些英美程序安排移植到中国土壤中，它们很可能在实施的过程中遭到扭曲或阉割。

为了避免一种可能的误解，我必须马上作出补充性的说明。我的研究并没有得出这样的结论：从一个具有不同政治传统的国家移植程序性条款是绝对不可能的。采取这种立场就等于是对有益的变化视而不见并且强迫人们满足于现状。我的研究旨在提醒人们在进行此类移植的时候保持高度的审慎。在考虑移植某一外国规则的时候，当务之急是首先仔细考察在本国的制度背景中是否存在使此项外国规则有可能发挥实际效用的先决条件。本国制度能否接纳拟议中的创新？或者，本国制度在经过适当调整后能否接纳拟议中的创新？这是任何改革者都必须首先回答的问题。不过，即使实际的制度移植并没有发生，一种源自外国政治环境的程序理念仍然可能激发本国学者或改革者的灵感，帮助他们在对外国制度进行调整和改造的情况下设计出一种可行的本国制度创新。

只要本书能够在帮助中国读者理解中国程序传统如何能够与西方理念进行有意义的整合方面起到一点微薄的作用，郑戈博士投入到这一翻译工作中的巨大努力便被证明是值得的。

米尔伊安·达玛什卡

2000年3月于康涅狄格州新港市

致 谢

感到有必要调和我本土的和我入籍国的法律文化，这使我萌生写作此书之念。如果没有我的朋友布鲁斯·A·阿克曼，将此念付诸实现的努力会是孤寂难耐的：是他不断鼓励我继续这一计划，促使我锤炼它的基本结构，并且慷慨地帮助我将自己在过去和现在的职业生涯中所获得的洞见加以贯通。但是，由于我们经常的交流中穿插着友好的争论，并因此显得富有生气，他得以幸免于对本人论式中某些晦涩之处负责。

在本项研究的早期阶段，一份来自国家人文基金会的研究经费使我在1978-1979学年得以从教学中抽出身来，自由地徜徉于欧洲一些大图书馆之间。在那里欠下的知识债我会在脚注中予以招认。

虽然许多人对本研究的多份草稿所作的评论都使本人获益匪浅，以下这些同事的贡献仍是值得特别提及的。亚伯拉罕·戈尔德斯坦 (Abraham Goldstein)、马丁·夏皮罗 (Martin Shapiro) 和斯蒂芬·舒尔霍弗 (Stephen Schulhofer) 在本研究进展过程中慷慨地表达了多方面的不同意见，作了入木三分的评论，并提供了颇有助益的建议。他们的批评和他们坚持要求我作出进一步澄清的主张使我对原稿作了大量的改动。我所在的耶鲁法学院的院长——哈利·威林顿 (Harry Wellington) 和吉多·卡拉布莱西 (Guido Calabresi) ——给了我物质上的帮助和精神上的鼓励。事实证明，爱丽斯·密斯基敏是最为敏锐的编辑：她如此娴熟地完成着如此

繁琐的工作。

如果本书的题目看来像是有意模仿了茜贝尔·贝得福德的《司法的面目》，这表明：我十分赞赏她对欧洲法庭情形的栩栩如生的报道。

最后，但并非最不重要的，是我应向玛莉亚表达的谢意，我与她分享着历险的喜悦；在孕育本书的过程中，她牺牲了许多个夜晚和周末。

目 录

致中国读者的引言	(1)
致谢	(1)
导论	(1)
一、对抗制与纠问制	(4)
二、法律程序与国家的社会经济组织	(9)
三、法律程序与政府的特性	(12)
政府的组织结构	(14)
政府的职能	(16)
建立一种统一的研究范式的提议	(19)
第一章 权力的组织：科层式理想型和协作式理想型	(24)
一、政府事务管理的两种理想类型	(24)
二、科层理想型	(27)
官员的职业化	(28)
严格的等级秩序	(29)
决策的技术性标准	(31)
三、协作理想型	(35)
外行官员	(36)
权力的平行分配	(38)
实质正义	(41)
四、历史语境中的科层理想型和协作理想型	(44)
欧洲大陆的司法机制	(44)

英美的司法机制	(58)
第二章 科层型和协作型官僚制下的法律程序	(72)
一、科层理想型的程序涵义	(73)
按部就班的递进式程序	(73)
上级审查的作用	(73)
卷宗管理	(76)
渐进式的审判	(78)
官方程序的排他性	(81)
逻辑法条主义与程序规制	(83)
小结	(85)
二、协作理想型的程序涵义	(86)
程序活动的集中化	(86)
单一决策层级的分叉	(88)
对口头交流和当庭证供的信赖	(92)
“开庭日”	(93)
私人程序行动的合法性	(94)
实质正义与程序规制	(96)
小结	(98)
三、科层型程序与协作型程序的可比较性	(99)
单一的权力层次与多重的权力层次	(99)
不同的官僚化程度	(100)
实质正义与技术法条主义	(101)
四、与传统范畴之间的关系	(103)
第三章 两种类型的国家与法律程序的目的	(106)
一、回应型国家	(109)
一般特征	(109)
法律	(112)
司法	(115)

二、能动型国家	(120)
一般特征	(120)
法律	(122)
司法	(126)
三、纠纷解决型司法与政策实施型司法	(131)
审判的两种面孔	(131)
关于英美法系和大陆法系的一项附注	(135)
能动型司法与回应型司法的混合	(137)
纯粹的能动型程序形式和回应型程序形式	(140)
第四章 纠纷解决型程序	(145)
一、规制的特性	(147)
可变通性	(147)
作为实质的程序	(151)
地位均衡	(154)
二、当事人：其诉讼地位的基础	(156)
严格意义上的自治概念	(156)
平等	(159)
三、当事人对程序的控制	(163)
诉讼的存续	(164)
表述事实争点	(166)
表述法律问题	(170)
诉讼的属人范围	(174)
救济或制裁	(175)
事实发现	(178)
作为证明手段的当事人	(188)
文件和其他非证言信息的披露	(195)
诉讼的推进	(200)
四、决策者的理想位置	(202)