



比较刑事司法论

Contrasting Criminal Justice

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

【意】戴维·奈尔肯 / 编

张明楷等 / 译

清华大学出版社

比较刑事司法论

Contrasting Criminal Justice

比 较 法 学 丛 书

【意】戴维·奈尔肯 / 编

张明楷 刘凤科 彭 飞
李 军 常 艳 吴学斌
王永茜 江 伟 / 译

清华大学出版社
北 京

Contrasting Criminal Justice

David Nelken

Copyright © 2000 by David Nelken

Original English Language Edition Published by Dartmouth
Publishing Company Limited/Ashgate Publishing Ltd.

All rights reserved.

本书中文简体字版由清华大学出版社独家出版、发行。

版权所有,翻印必究。

北京市版权局著作权合同登记号 图字:01-2003-1661

图书在版编目(CIP)数据

比较刑事司法论 / (意)奈尔肯(Nelken, D.)编;张明楷等译. —北京:清华大学出版社,2004

(比较法学丛书 / 高鸿钧,贺卫方主编)

书名原文: Contrasting Criminal Justice

ISBN 7-302-08163-8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 013514 号

出 版 者: 清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

社总机: 010-62770175

地 址: 北京清华大学学研大厦

邮 编: 100084

客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

封面设计: 曹 铀

印 装 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 140×203 印张: 15 字数: 318 千字

版 次: 2004 年 4 月第 1 版 2004 年 4 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-08163-8/D·103

印 数: 1~5000

定 价: 30.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770175-3103 或 (010)62795704

内 容 简 介

如何理解并解释不同国家刑事司法制度之间的差异性，是比较刑事司法领域中的一个关键问题。这部由欧、美、日本等多国学者共同完成的学术论文集，从不同的角度对上述问题进行了深入、缜密的分析，在一个非常广阔背景下，描述了刑事司法的方方面面。本书讨论的主题覆盖了侦查、起诉、辩护、审判和处遇诸领域，为如何在具有社会学意义的比较刑事司法研究项目上取得进展，提供了大量卓有成效的研究实例，读来饶有趣味。而且，由于作者特别强调研究方法，这本文集在如何展开刑事司法比较研究的具体操作程序上，也具有示范意义。

本书适合于法律大专院校的师生、科研机构的研究人员以及法律实务部门的工作人员，也适合于对比较法学特别是比较刑事法学感兴趣的一般读者。

“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”、“惟我德馨”。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,必欲歼灭而后快。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。古希腊陶片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

比较刑事司法论

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,存名实之辨;异名同物,厘表里之别。

由是比较法生焉。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。氏所撰《法意》一书,为近代比较法学奠基之作。其人其事颇具传奇色彩,遂为后世传为佳话。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之阶段。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;道闻途说,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》、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,不成隔阻,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

“比较法学丛书”总序

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

译者前言

“只了解一个国家的人，实际上一个国家也不了解。”“因为不考察一个国家与其他国家的区别，是不可能真正了解这个国家的。”^①“文化大革命”期间，人们深信不疑地不停欢呼着“祖国形势一片大好，而且越来越好”、“××国家的人民处于水深火热之中”。之所以如此，原因之一是人们没有将“祖国”与外国进行比较，人们不了解外国，也就不可能了解“祖国”。改革开放以来，我们能够更多地了解外国，于是能够认识我们国家，了解我们国家与发达国家的差距。所以，了解外国，能够更好地了解本国；了解国外，也是为了更好地了解本国。换言之，比较研究的目的之一，是从研究中更多地、更好地认识我们自己的社会与文化，而不只是描述其他社会与文化的特征。即使是身处海外、研究中国问题的中国学者，其在国外的研究也只不过是其他社会与文化的角度更好地理解我们中国的社会与文化。也只有真正认识了自己的社会与文化，才能提出进而实现社会与文化发展的构想。

基于同样的理由，只了解中国刑事司法的人，实际上连中国的刑事司法也不了解。因为不考察中国刑事司法与其他国家刑事司法的区别，是不可能真正了解中国刑事司法的。所以，我们需要将中国的刑事司法与外国的刑事司法进行比较。

① 本书英文版第159页(见本书边码)。

这种比较,以真正认识中国刑事司法为目的,而不是简单地描述外国的刑事司法特征;这种比较,以真正了解两种(中外)刑事司法为前提,而不能简单地将外国刑事司法解释为我们自己的刑事司法的投射。

对外国刑事司法的真正了解,不只是了解外国的刑事司法制度本身,还必须熟悉形成这种制度的各方面的基础、条件。每一项法律制度都有其产生的基础、条件乃至历史根源,特定的法律制度具有预想不到的文化含义,反映了其国情、民心和理念的诸多侧面。如果认为所有发达国家在刑事司法方面都拥有极为相似的理论 with 制度,那是很牵强的。相反,并不是每一项法律制度都能在任何国家生成和延续。英美的对抗制模式未能在意大利持续,便说明了这一点。如果不了解外国特定法律制度的形成背景,便照搬该法律制度,那么,即使该项法律制度被本国法定化,也不一定能够现实化。所以,在一项看好的法律制度需要一定基础与条件时,我们需要先打下基础、创造条件,然后才能借鉴这种法律制度。在我国,与刑事实体法理论日益接受大陆法系国家的制度与理论不同,刑事程序法理论愈加接受英美法系国家的制度与理论。这种局面耐人寻味,值得各自反思。

对外国刑事司法的真正了解,不只是了解外国的刑事法律规定本身,还必须弄清其法律规范的适用现状。因为,法律制度与法律规范并不会在真空中起作用,法律制度与法律规范转换为社会实践,有赖于刑事司法的制度结构、内部法律文化以及其他因素。本书的研究表明,即使在同属大陆法系的德国、日本与荷兰,即使三国刑法都规定了相同的犯罪,但对于涉嫌该罪的同一案件,是否起诉以及是否宣告有罪,并不相

同,而且这些不同与法律规定几乎没有关系。例如,就同一犯罪,德国、日本的法定刑虽然比荷兰的法定刑重得多,可是,荷兰法官宣告的刑罚却比德国、日本法官宣告的刑罚要重得多。很明显,这种差异是由法律外的因素造成的。法律规范本身与法律规范的适用现状总是存在距离;即使在国外,也存在有名无实的法律规范。再以沉默权为例。有的国家的刑事诉讼法典明文规定犯罪嫌疑人享有沉默权,但是,聪明的警察总是使犯罪嫌疑人开口说话,或者使沉默意味着坦白罪行(如警察在做好精心准备后,开始讯问时向犯罪嫌疑人说:“下面的问题,如果我说的对,你就不用说话;如果我说的不对,你就指出来。”),于是,法律规定的沉默权与犯罪嫌疑人现实享有的沉默权,存在天壤之别。因此,一方面,中国学者不能将国外法律规定的沉默权与现实相等同,另一方面,中国学者必须了解存在上述天壤之别的原因,然后才能进一步研究中国法律应否规定、如何规定沉默权。然而,事实上,比较研究者们常常过于强调法律文本的复杂性、重要性,却不注重不同法律规则在实际运用中有所不同。对中国的刑事司法,人们只是对应该是什么感兴趣;对外国的刑事司法,人们只是对法律规定是什么有兴趣,而对在外国实际上发生了什么则没有关注;人们只是通过外国成文法去认识外国刑事司法,以为外国的刑事司法的现状与刑事立法的规定完全相符。很多研究只是对于制度、规则和程序进行了表面上的描述,只是提供了一种静态的背景,甚至只是一种官方的修饰性描述,却没有告诉我们该法律体系的日常运作和惯例。于是,人们不顾一切地希望将外国的刑事司法制度与规范搬到国内来。但法律文本与司法现实并非等同;如果某种法律规范在国外也得不到确证,我们

就必须考虑它在中国能否得到实现。

对外国刑事司法的真正了解,不只是阅读外国的法学教材与专著,还必须了解刑事司法理论与刑事司法现状的差距。因为教材与专著的观点,并不一定是对实然的描述,更多的是对应然的描绘。即使所谓的通说,也不意味着其与刑事司法现状相吻合。例如,在日本,就刑法上的因果关系,理论上的通说是相当因果关系说,而日本的审判实践上一直采取条件说。再如,德国的刑法理论为犯罪论构筑了精密的体系,但德国法官并不一定按照这种体系认定犯罪。所以,比较研究者必须研究外国的判例、实例,而不能将外国的理论都当作现实。此外,比较研究者也不能只是通过外国官方的修饰语言得出结论。就一种现象而言,官方修饰语言所做的描述总会与该现象的真相存在差距。对外国刑事司法的了解也是如此。如果要通过外国的官方了解其沉默权的真实状况,那几乎是不可能的。

对外国刑事司法的真正了解,不仅要依赖少数外国专家,而且应当了解外国专家的不同政治或政策立场。“在各种人文科学里,主观主义的巨大危险、因而也是受时代制约的巨大危险就在于不可避免地要追溯到自己的经验。因为每一个研究者的个人生活命运、他的社会地位以及他的政治地位都自然而然地会一起融入自己的经验里。”换言之,“在人文科学的领域里,一个研究者提出种种问题与假设,肯定并不独立于他的整个人格,因而也并不独立于他的生活状况、他在社会里的地位。因为认识嵌入到心灵生活的整体中去。”^①当我们认识

① [德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,84页、86页,北京,华夏出版社,2003。

本国专家的学说时,我们通常很自然地将其学说与其既定的政治或者政策立场联系起来,但当我们依赖于外国专家时,对这一因素却几乎没有了解。这不仅导致我们难以了解外国的刑事司法,而且导致我们难以了解该外国专家的学说。所以,了解外国专家关于刑事司法的观点,必须同时了解他的政治或政策立场。不仅如此,外国人对中国刑事司法的看法也许很有价值。如果花费在某种文化中的时间量与成功理解该文化密切相关,那么,本土人将总是最好的人类学家,但事实上却并非如此。显然,了解外国人对中国刑事司法的评价与建议时,也必须同时了解他的政治或政策立场。

.....

总之,为了真正了解外国刑事司法,我们必须尽可能全面地掌握有关刑事司法的理论的、制度的、规范的、现实的材料,以及历史的、文化的、生活的背景。的确,比较研究者很难全面掌握外国的刑事司法资料,所以,必须对其资料的有限性保持敏感,尤其是依赖于有限的资料来源时。偶遇一项外国文献,就以为它反映了该外国整体理论现状,甚至想照搬该文献的观点的做法,是缺乏谨慎态度的。不仅如此,我们还必须注意克服自己的法律文化偏见。一方面,比较研究者总是在以自己的语言和法律术语予以解释的意义的范围内看待其他国家的刑事司法。因此,必须警惕在自己的法律文化的偏见中构建模型和归类信息。另一方面,没有一个起点的观点是不存在的,没有完全中立和无倾向性的视点,许多比较研究的工作都或多或少受到研究者对于被研究的文化的明显或者不明显的想当然的假设的影响。例如,英美的评论者,常常将法国的审判模式描述为纠问式。然而,每一本有关刑事诉讼的

法国教材,都是从一开始就描述一种转变:从采用完全纠问式的、书面的、秘密的程序的极端情况,发展为现在“混合”体制。这足以说明英美评论者的法律文化偏见。在将中国的刑事司法制度与国外的刑事司法制度进行比较时,有人会抱优越感,认为中国的刑事司法制度完美无缺;有人会持自卑感,觉得中国的刑事司法制度错漏百出。要对不同的刑事司法进行“真实”的比较与“公正”的评价,实为难事,因为“文化总是偏爱一些风险而对其他持有偏见。”^①我们在特定的文化背景中生长,并在该背景下从事研究,我们的观念深植于我们自己的文化中,很可能对自己的理论与制度过于偏爱,因而希望“维护”现有的刑事司法制度;另一方面,我们也可能由于某种原因便对国外的相关理论与制度产生特别的新鲜感,因而希望尝试“借鉴”乃至“照搬”国外的相关理论与制度;也有学者意欲进行理论上的“创新”,以构建一套既非来源于苏俄、也不同于德日、更有别于英美,因而独具中国特色的刑事司法制度。但不管是维护现状,还是照搬国外,抑或独立创新,都需要全面比较各种刑事司法制度,都需要克服各种法律文化偏见。比较研究者们应该保持一种宽广的视野,不能过于轻易地被种族中心主义的分类所迷惑。需要真正地尝试在一国法律过程的背景中理解该过程的结构与运作,而不是简单、草率地看一看“他们做我们所做的事情是否会做得更好”。我们有必要深入探究其他体制的运作,探索法律工作人员之间的关系,探究制度结构和日常惯例,以及该过程的优点和弱点。只有这样,我们才能在外国制度自身的背景中,了解他们以及他们在我们

^① 本书英文版第179页(见本书边码)。

的背景中所具有的相关性。^①

所有的比较研究都包括了研究相似性与差异性,而对这其中任何一方面的发现,都具有理论和实践的双重意义。但是,发现相似性与差异性并不意味着实现了比较的目的。对于形成不同刑事司法之间的相似性与差异性的原因的进一步分析,才有助于真正了解本国的刑事司法,才有助于我们借鉴国外的制度以完善本国的刑事司法。所以,既不能因为在某一方面,外国与中国具有相似性,就认为中国在这一方面具有合理性;也不能因为在某一方面,中国与外国具有差异性,就认为应当向外国看齐,或者认为这就是“中国特色”。换言之,我们既不能将我国刑事司法与外国刑事司法的相似性,作为维持现状的根据;也不能将我国刑事司法与外国刑事司法的差异性,作为批判国内的理由,或者认为“中国特色”不可动摇。换言之,一方面,我们应当明确,对发达国家的某些制度、规范与司法经验的跨文化移植是没有意义或者意义有限的,因为语言和文化的类别不相匹配。另一方面,也并非只能借鉴外国最为通行的或最发达国家的最成功的制度与规范。因为某种制度、规范在一个司法体系中的失败,并不排除其在另一个司法体系中以一种修正的和改进的形式被采用的可能性。所以,我们应当根据本国的需要、为着实现自己的目的而做出恰当的选择。

由此看来,对中外刑事司法的比较研究,不能仅仅停留在法律文本上的比较,不能只从法学角度进行比较,还必须从社会学、人类学、历史学、政治学等角度进行比较研究。本书作

^① 参见本书英文版第152页(见本书边码)。

者们所利用的学科资源便包括法学、社会学、人类学、历史学和政治学(当然,这并不意味着穷尽了可能涉及的所有学科的范围)。本书讨论的主题几乎覆盖了刑事司法的所有阶段,包括侦查、起诉、辩护、审判和行刑。作者们在非常广阔背景下描述了刑事司法的方方面面,这一背景包括英格兰和威尔士、法国、德国、意大利、荷兰、西班牙、斯堪的纳维亚、美国、加拿大、日本和西印度群岛。本书的意图是,为如何在具有充分的社会学意义的比较刑事司法研究项目上取得进展而提供实例,而不是对相关国家的法律制度、法律规则和刑事司法程序做综合说明。换言之,本书的焦点主要不是刑事司法制度与政策,而是如何理解并解释不同刑事司法制度之间的差异性。这种比较研究,或许正是我国所缺乏的。这也正是《比较法学丛书》的主编与译者决定翻译本书的重要原因。

本书的翻译难度大与译者的翻译水平低,使得本书的翻译极为艰难。几位译者与我虽然历时两年,几易译稿,但仍不满意。中途也曾想放弃翻译,但“积极地参与和认真地实践”的态度使得我们坚持下来。“错译、误译过多”或许是本书的现实,“期待同仁赐教”的确是译者的诚意。

张明楷

2003年12月于清华园