

Stephen C. Thaman
[美] 史蒂芬·沙曼◎著

比较刑事诉讼 案例教科书

Comparative Criminal Procedure:
A Casebook Approach

施鹏鹏◎译



中国政法大学出版社

司法文明协同创新中心资助

比较刑事诉讼 案例教科书

Comparative Criminal Procedure:
A Casebook Approach

Stephen C. Thaman
[美] 史蒂芬·沙曼◎著

施鹏鹏◎译



中国政法大学出版社

2018·北京

Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach, Second Edition
by Stephen C. Thaman
Copyright © Carolina Academic Press
This translation of *Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach, Second Edition*
is published by arrangement with Carolina Academic Press.

版权登记号: 图字 01-2018-0453 号

图书在版编目 (C I P) 数据

比较刑事诉讼: 案例教科书/(美) 史蒂芬·沙曼著; 施鹏鹏译. —北京: 中国政法大学出版社, 2018. 1

ISBN 978-7-5620-7998-9

I. ①比… II. ①史… ②施… III. ①刑事诉讼法—比较法学—研究 IV. ①D915.301

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第314875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 北京华联印刷有限公司
开 本 650mm × 960mm 1/16
印 张 18
字 数 230 千字
版 次 2018 年 1 月第 1 版
印 次 2018 年 1 月第 1 次印刷
定 价 49.00 元



- 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。

仅以此书献给以下两位如父亲般的挚友

罗伯特·雅克·特里

(1912 年 4 月 26 日生于伦敦，2000 年 8 月 7 日逝于加利福尼亚的博迪加贝)

米哈伊洛维奇·马卡罗夫

(1927 年 12 月 31 日生于阿尔泰的波晓洛克·托古尔，2000 年 5 月 31 日逝于俄罗斯的马格尼托哥尔斯克)

目录

第一章 刑法及其程序	1
引 言	1
一、现行犯	2
布尔鲁瓦重罪法庭（第 269 章）	2
《加洛林纳法典》第 16 条	4
二、间接证据或凶手不明案件	5
威廉一世赦罪的相关规定	5
埃德蒙二号法律	7
《加洛林纳法典》第 23 条及第 25 - 27 条	8
三、秘密的、无被害人的犯罪	10
《司法与抗辩书》第 1 篇第 3 条第 7 项	10
安提克诉卡灵顿	12
四、欧陆刑法简史	14
五、本书概要	18
第二章 刑事调查：程序与诉讼参与人	22
I. 被害人在刑事诉讼案件中的作用	22
一、自诉的确立	22

法国最高法院 1906 年 11 月 8 日的判决·····	22
《西班牙刑事诉讼法典》第 100 条·····	24
《西班牙刑事诉讼法典》第 105 条·····	24
二、公民诉讼的确立·····	27
《西班牙宪法》第 125 条·····	27
《西班牙刑事诉讼法典》第 101 条·····	27
《西班牙刑事诉讼法典》第 270 条第 1 款·····	27
西班牙宪法法院 1992 年 12 月 21 日第 241 号判决·····	27
II. 警察在启动正式刑事程序前的作用：警察讯问·····	29
《西班牙刑事诉讼法典》第 282 条第 1 段·····	29
《西班牙刑事诉讼法典》第 286 条·····	30
III. 正式的刑事侦查·····	31
一、寻求真相以及卷宗材料的编撰·····	31
《法国刑事诉讼法典》第 80 条·····	31
《法国刑事诉讼法典》第 81 条第 1 段、第 2 段 及第 4 段·····	31
二、预先调查程序中的对质权与对抗权·····	35
（一）律师在场权·····	35
《西班牙刑事诉讼法典》第 118 条·····	35
（二）证据动议权·····	36
《法国刑事诉讼法典》第 82-1 条第 1 段和第 2 段·····	36
（三）保全或“预先”证据·····	37
《意大利刑事诉讼法典》第 392 条第 1 款·····	37
《意大利刑事诉讼法典》第 394 条·····	38
《意大利刑事诉讼法典》第 401 条第 1-3 款及 第 5 款·····	38
《意大利刑事诉讼法典》第 403 条第 1 款·····	38
（四）辨认程序·····	39

(五) 初步侦查的对抗化	39
《西班牙陪审团法庭组织法》第 25 条	40
《西班牙陪审团法庭组织法》第 27 条第 1 款	40
IV. 规避预先侦查	42
《意大利刑事诉讼法典》第 449 条第 1-5 款	42
 第三章 搜查和扣押: 探索真相与保护隐私	44
I. 警察审讯期间的侦查、搜查和扣押权	44
一、临时的调查扣留	44
西班牙最高法院 1995 年 7 月 12 日的判决	44
英国《警察与刑事证据法》执法手册 A 第 1.4 条、 第 2.2 条及第 2.3 条	45
二、现行犯案件中警察的逮捕权	47
《意大利刑事诉讼法典》第 380 条第 1 款	47
《意大利刑事诉讼法典》第 381 条第 1 款、第 4 款	47
三、现行犯的界定	48
西班牙最高法院 1990 年 3 月 29 日的判决	48
四、警察在现行犯案件中的搜查权以及逮捕后的 附带搜查权	50
《意大利刑事诉讼法典》第 352 条第 1 款	50
西班牙宪法法院 1993 年 10 月 25 日第 303 号判决	51
五、同意搜查	53
英国《警察与刑事证据法》执法手册 B 第 5 条	53
西班牙最高法院 1994 年 7 月 8 日的判决	53
II. 侵犯隐私权行为的司法授权	55
一、住宅的特殊保护	55
(一) 令状原则	55
德国宪法第 13 条第 1 款及第 2 款	55

《德国刑事诉讼法典》第98条	55
（二）可能理由要件	56
西班牙最高法院1994年6月28日的判决	56
（三）搜查期间的程序保障	58
西班牙最高法院1992年10月30日的判决	58
西班牙最高法院1992年11月14日的判决	59
二、私人交谈的保护	60
（一）监听私人谈话	60
西班牙宪法法院1996年3月26日第49号判决	60
《意大利刑事诉讼法典》第266条	63
《意大利刑事诉讼法典》第267条第1-3款	63
《意大利刑事诉讼法典》第268条第4款及第6款	64
西班牙最高法院1993年6月25日的判决	65
（二）查明谈话对象身份的隐私权	68
意大利宪法法院1993年3月11日第81号判决	68
（三）线民录音和通信截听	70
德国联邦最高法院1960年6月14日的判决	70
意大利最高法院1988年7月5日的判决	72
德国联邦最高法院1993年10月8日的判决	74
三、犯罪主动侦查中对警察卧底行为的限制	76
特谢拉·德·卡斯特罗诉葡萄牙	76
四、私人文书的扣押和宣读	79
安提克诉卡灵顿	79
德国联邦最高法院1964年2月21日的判决	80

第四章 被告人作为证据来源：反对自我归罪的特权

82

I. 启动刑事诉讼前的警察讯问

82

在警察讯问时反对自我归罪的特权与律师帮助权

82

(一) 权利告知要求 (“米兰达权利”)	82
德国联邦最高法院 1992 年 10 月 29 日的判决	82
德国联邦最高法院 1996 年 5 月 21 日的判决	84
《意大利刑事诉讼法典》第 64 条第 3 段 (a) (b)	
第 3 小项续	85
《意大利刑事诉讼法典》第 350 条	86
英国《警察与刑事证据法》执法手册 C 第 10.1 条	
及第 10.5 条	87
(二) 警察何时应给犯罪嫌疑人米兰达式的警告?	88
德国联邦最高法院 1992 年 2 月 27 日的判决	88
德国联邦最高法院 1990 年 5 月 31 日的判决	90
《意大利刑事诉讼法典》第 63 条	91
(三) 卧底讯问	91
女王诉布莱斯	92
II. 防止非自愿性口供	94
《德国刑事诉讼法典》第 136 条 a	94
德国联邦最高法院 1954 年 2 月 16 日的判决	94
德国联邦最高法院 1987 年 4 月 28 日的判决	96
德国法兰克福上诉法院 1997 年 11 月 25 日的判决	97
女王诉富宁	98
III. 在预审程序中对犯罪嫌疑人的正式讯问	100
《意大利刑事诉讼法典》第 65 条	101
 第五章 庭审证据的可采性认定	103
I. 排除非法收集之证据	103
一、从程序无效至证据不可用	103
《法国刑事诉讼法典》第 170 条	103
《法国刑事诉讼法典》第 171 条	103

《法国刑事诉讼法典》第 174 条第 3 段	104
西班牙最高法院 1993 年 7 月 9 日的判决	104
《意大利刑事诉讼法典》第 191 条	107
二、证据排除的比例标准	108
德国联邦最高法院 1992 年 2 月 27 日的判决	108
德国联邦最高法院 1964 年 2 月 21 日的判决	110
三、逐案公正标准：英国的方法	112
女王诉萨缪尔	112
四、无罪推定与平等武装：西班牙的做法	113
西班牙宪法法院 1996 年 3 月 26 日第 49 号判决	113
《加拿大权利与自由宪章》第 24 条第 2 款	115
五、毒树之果	116
西班牙最高法院 1995 年 6 月 5 日的判决	116
德国联邦最高法院 1978 年 2 月 22 日的判决	117
女王诉麦戈文	119
意大利最高法院 1996 年 3 月 27 日的判决	120
II. 证据可采性与对质权	122
一、职权主义“文书”裁判的转型	122
法国最高法院 1884 年 7 月 18 日的判决	123
克斯托夫斯基诉荷兰	124
德尔达诉法国	126
二、不能出庭之证人证言的可采性	128
西班牙最高法院 1993 年 3 月 5 日的判决	128
女王诉科尔	130
三、用于弹劾或反驳证人证言之先前供述的可采性	133
西班牙宪法法院 1995 年 2 月 23 日第 52 号判决	133
德国联邦最高法院 1982 年 11 月 3 日的判决	134

四、匿名证人作证	135
克斯托夫斯基诉荷兰	135
道森诉荷兰	137
五、传闻作为补强证据的可采性	140
德国联邦最高法院 1989 年 3 月 31 日的判决	140
 第六章 诉讼经济：避免适用具有所有保障举措的审判程序	143
I. 对不同实体罪适用不同的诉讼程序：避免陪审团审判	143
女王诉坎特伯雷等	143
II. 鼓励认罪的程序设计，以避免或简化庭审	146
德国联邦最高法院 1997 年 8 月 28 日的裁决	147
德国联邦最高法院 1998 年 6 月 10 日的决定	151
III. 采纳控方诉求：一种处理较轻犯罪的认罪答辩方式	153
意大利宪法法院 1990 年 7 月 3 日第 313 号判决	154
意大利最高法院 1990 年 2 月 19 日的判决	157
《西班牙刑事诉讼法典》第 655 条	159
IV. 依侦查卷宗对案件提起诉讼：传统职权主义	
书面裁判的回归？	160
意大利最高法院 1991 年 11 月 21 日的裁决	161
V. 公诉替代程序的意义	163
 第七章 审 判	166
I. 无罪推定和举证责任	166
一、无罪推定和沉默权	166
将被告人的沉默作为有罪证据	166
莫里诉英国	166
德国联邦最高法院 1965 年 10 月 26 日的判决	172

二、审判法官的角色：真相查明者、公正的证据评价者， 还是公平对抗式审判的公正保障者？	174
（一）法官询问证人及提出证据的权力	174
意大利最高法院 1991 年 10 月 10 日的裁决	174
意大利最高法院 1993 年 3 月 26 日的裁决	175
女王诉福克斯福德	177
女王诉罗恩戈力	178
《西班牙刑事诉讼法典》第 683 条	179
《法国刑事诉讼法典》第 310 条	180
（二）作为调查者及证据评价者的法官	180
西班牙宪法法院 1988 年 7 月 12 日第 145 号裁决	180
意大利宪法法院 1994 年 12 月 30 日第 455 号裁决	181
俄罗斯宪法法院 1999 年 4 月 20 日的裁决	182
II. 证据评价与作出判决	186
一、谁负责评价证据？	186
女王诉康塞特司法官、宾果单方邮政有限公司	186
二、现行犯案件中对证据的评价：关于精神状态的 间接证据	188
德国联邦最高法院 1957 年 2 月 9 日的判决	189
奥特希案	191
（一）控方主张的主要事实	191
（二）辩方的辩护事实	193
（三）由双方当事人提出、能够证明奥特希不应负 刑事责任的事实	194
（四）影响刑事责任的事实	194
（五）被告人应判处有罪或无罪的犯罪行为	195
（六）陪审团裁定是否给予全部或部分的赦免请求	195
奥特希案	196

《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第 339 条第 1-5 款	198
克拉斯科纳案	200
克拉斯科纳案	201
《法国刑事诉讼法典》第 353 条	202
《西班牙陪审法院组织法》第 61 条第 1 款 (d)	203
三、非现行犯案件中对间接证据的评价	203
女王诉特恩布尔	203
莫妮卡·魏玛案	206
德国联邦最高法院 1983 年 11 月 7 日的判决	211
四、犯罪行为是否发生? 对证人可靠性的评价	213
德国联邦最高法院 1988 年 1 月 1 日的判决	214
德国联邦最高法院 1997 年 12 月 17 日的判决	216
五、结语	217
案例清单	220
成文法及其他法律文本	224
附 录	228
词汇表	256
索 引	266
译后记	273

第一章 刑法及其程序

引 言

刑事诉讼是社会对犯罪的有序回应。犯罪类型和作案方式通常限定了³对犯罪行为的侦查程序以及必要情况下庭审证明程序的选择。在这本精简的比较刑事诉讼案例教科书中，我们将选取三种犯罪类型作为贯穿全书的主线，分别是：现行犯（the flagrant crime）、间接证据（谁实施了犯罪）犯罪（the circumstantial evidence crime），以及秘密实施、通常无被害人的犯罪。间接证据犯罪通常系被动型刑事侦查的对象，而秘密实施、通常无被害人的犯罪则一般为主动型刑事侦查的对象。

本书重点研究欧洲的法律。欧洲法创设了刑事诉讼的两种传统模式，即当事人主义诉讼与职权主义诉讼，并通过欧洲的殖民化或独立的程序改革将其推广至大部分其他国家。刑事诉讼大部分被普遍认可的原则均源自此两种诉讼模式，并反映在今日诸多的现代宪法、刑事诉讼法典以及国际人权公约中。

本书的初衷系用于美国法学院学生的比较刑事诉讼教学，因此假定读者对美国这一领域的法学理论多有了解。须知，在过去半个世纪以来，美国在刑事诉讼领域极具影响力。故本书并未涉及美国的判例及立法。但在正文及每个独立章节的注释中会适时地参考美国法理论。

之所以将欧洲法作为重点，还因为自二战结束以来，欧洲经历了一

场重大、进步的民主化运动，并在一些国家体现为对旧刑事诉讼范式进行了饶有兴趣的革新。此外，在欧洲法领域，作者熟练地掌握了主要语言，可阅读原始的成文法及判例法文献，并依相似的程序设置使用类似的术语将相关材料翻译成英文，以最大程度地减少英文读者的困惑。^{〔1〕}

研究比较刑事诉讼，可使研究人员了解自最初的习惯法至时下的刑事诉讼法所经历的发展过程，并运用所获得的认知去改革本国的刑事司法制度，以更好地达到刑事诉讼的三大主要目标：其一，在可能情况下确定犯罪行为是否发生、谁负刑事责任以及应科处何种刑罚（追求实体真实）；其二，探求真相时所适用的程序应人道、公正、合乎民主及法治原则（正当程序原则）；其三，高效实现前述两个目标，未造成政府的时间及资源的过度浪费（诉讼经济原则）。

正如欧洲大陆国家可借鉴英美对抗式程序的经验以推进职权主义诉讼的现代化，美国及其他普通法国家的学生亦可在学习本书所介绍的宪法、成文法及判例法中，进一步了解本国刑事诉讼制度的运作及可能的改革。

一、现行犯

布尔鲁瓦重罪法庭（第269章）^{〔2〕}

如果突然发生了一起案件：一个男人袭击并杀害了另一个男人或女人，两个奴仆正好经过现场并目睹了犯罪行为，且抓住了犯罪行为实施者——所有奴仆均有义务为保护主人的权利或防止对主人实施侵害行为而采取制止及抓捕行为。如果奴仆们将犯罪行为实施者移送法庭，并在法官和参审员前，凭借对国王的信赖和尊敬，在法庭上如实陈述他们目

〔1〕 关于法语、德语、意大利语、俄语及西班牙语的词汇列表及其对应的英文原始含义，参见本书的文后页。

〔2〕 Reprinted in Adhemar Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France* 61 (1913).

睹了这位凶手所实施的犯罪行为，则无须经过抗辩便可对该人作出合理的判决及处理。犯罪行为实施者没有机会说，“不，上天明鉴，我未实施谋杀”，而将被立即处以绞刑。在此一案件中，两位奴仆的证词相当于两位经过宣誓的普通人或参审员（所提供的）证词。^{〔3〕}

这是古代社会对现行犯的回应。通常罪犯都被当场抓获：在财产犯罪案件中，罪犯手持被盗财物（“手中持有”），或者在人身犯罪案件中，即罪犯身上、衣服上沾了被害人的血液（“红色之手”）。这便是古代现行犯的诉讼程序。证据是显而易见的，无须进一步侦查（那时未有刑事侦查人员），无须更多证人，无须罪行供认。诉讼程序几乎近似于简单的复仇。刑事诉讼是社会消除血亲复仇的一种尝试，可能也是社会对犯罪最原始的回应。应注意到，法庭由官员、法官和社区的平民参审员组成。由犯罪所涉社区的平民来审判某人是否有罪、是否应当予以处决或驱逐出社区。当某人因“红色之手”被当场抓获时，则确立了不可反驳的有罪推定。此时，无须进行真正的审判。

我们应关注16世纪一部著名的旧职权主义法典——《加洛林纳法典》。^{*} 学界普遍认为，该法典在早期的罪责证明及刑罚适用的制度设计上有着极大的进步。

〔3〕 类似的诉讼程序，参见 Frederick Pollock & Frederic William Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Vol. II 579 (2nd ed. 1952): “如果某人因为犯罪的嫌疑被通缉抓捕，他将进行简短的忏悔。如果他有任何反抗，则将立即被杀死。但即便不反抗抓捕，其命运亦早已决定。他将被捆绑。假定此人是盗窃犯，则被偷的物品将绑在他背上。他将被带到某一法庭（专门为此案件而匆忙召集的法庭）。盗窃犯不允许说任何一句自辩之词，否则将立即予以绞刑、斩首或从峭壁丢下，而被盗物品的所有人可能充当业余的执法者。”

* 又有学者译为《加洛林纳刑法典》。本书统一译为《加洛林纳法典》。——译者注

《加洛林纳法典》第 16 条

(德意志帝国, 1532 年)^[4]

法官及判决作出者应特别说明, 在不存在法律所规定的紧急情况下, 可确信某犯罪正在或一直以公开的方式实施(除非存在可免除刑罚的充分合法理由)。例如, 某人在实施犯罪行为时被当场抓获, 或者某人持有被抢或被盗财物却无法解释、合法证明或予以否认, 进而无法提供与前述犯罪相关的免责事由: 在这些相似的、明显的、无争议的犯罪案件中, 如果罪犯公然予以否认, 则法官将适用严厉酷刑以迫使其承认事实, 确保此类犯罪案件的裁判和刑罚以最小的成本实现。

除对现行犯的逮捕外, 我们还应关注《加洛林纳法典》对获得有罪供述的规定。这里还涉及司法管理成本的问题, 即以“最小的成本”作出判决。本书第六章将论述国家如何通过制度设计促使被告人认罪, 或至少无须证明其罪行以推动诉讼经济。

各国法律体系通常为现行犯设定了专门程序。在现行犯案件中, 或者如美国法所规定的“紧急情况”下, 警察可在未有司法授权的情况下进行逮捕、实施搜查或扣押财产。一些欧陆国家同样规定了对现行犯的速决或简易庭审程序。但时下的现行犯速决程序并不如以往可判处罪犯死刑, 因为欧洲大陆认为死刑违反人权, 实际上已将其废除。^[5]

思考题

1. 对现行犯采用速决式的刑事审判是否公平?

[4] 英文译文源自 John H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, 271 (1974).

[5] Protocol No. 6, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS 114 (April 28, 1983). See in general, Roger Hood, *The Death Penalty, A Worldwide Perspective* 11-23 (2nd ed. 1996).