

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

国内时下的比较刑事诉讼主要以英美法为主，欧陆刑事诉讼的研究极为少见。本书便主要以欧陆刑事诉讼为主要研究对象，采用非常新颖的案例研究方法，阐释欧陆刑事诉讼的一般原理，并以美国法作为参照。作者史蒂芬·沙曼在美国圣路易斯大学法学院担任刑事诉讼法教授，精通德语、法语、西班牙语、俄语及意大利语等，对欧陆各国的刑事诉讼制度十分了解，从美国法的视角研究欧陆刑事诉讼，得出的结论也令人十分惊叹。本书是目前国内第一部以案例方法系统研究欧陆刑事诉讼的作品，亟具理论价值。



引领法讯前沿
优惠尽在指尖

上架建议 诉讼法 比较法

ISBN 978-7-5620-7998-9



9 1787562 1079989 >

定价：49.00元

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、欧陆刑诉法简史	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了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

4 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]

5

这是古代社会对现行犯的回答。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答。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]

6 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).

2. 古代法国和英国程序中的简易程序是否可称为“审判”？
3. 是否有必要对当场抓获的犯罪嫌疑人进行讯问以获取口供？
4. 对于现场抓获的人，是否必然可确定其实施了所被指控之犯罪？⁷

如果犯罪嫌疑人在杀死某人后被现场抓获，身上及衣服上沾染了被害人的血液，能否确定他已经实施了犯罪？以及何种犯罪？

二、间接证据或凶手不明案件

威廉一世赦罪的相关规定

(英国，11世纪末)^[6]

1. 在盗窃、杀人以及任何可适用决斗或司法裁判的案件中，英国人有权传唤法国人予以决斗裁判。

第1条 如果该英国人拒绝决斗裁判，则被英国人起诉的法国人可通过诺曼法所认可的宣誓以证清白。

2. 此外，如果法国人因同样事由要求与英国人决斗裁判，则该英国人有权自行选择使用决斗自卫或热铁审。

第1条 如果英国人因体弱不能进行决斗裁判，则有权依法变更裁判程序。

第2条 如果法国人被击败，则须向国王支付3英镑。

第3条 如果英国人未选择决斗自卫或宣誓涤罪，则须进行热铁审以证清白。

这里未有“红色之手”，未有两位目击证人。我们由此发现弹劾式诉讼的起源：一方控告另一方犯罪，并负证明其有罪的责任。控告者通常是被害人或者被害人的家属或部落成员。非现行犯案件的证明方法通

[6] *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I 233* (A. J. Robertson ed. 1925).

常很原始。

8 例如，被指控者可以召集通常为 12 位的正直市民作为宣誓助讼人（compurgator）或辅助宣誓人（oath - helper），由他们一致起誓证明被指控者是高贵、值得信赖的市民。如此，即便宣誓者几乎对案情毫无所知，被指控人也会因此而被判无罪。该程序极有可能是英美法系要求 12 名陪审员作出一致裁决的潜在传统渊源（“jury”一词源自法语动词“jurer”，原意为“宣誓”）。在一些情况下，控告人或被害人也可以召集 12 位市民担任本方的宣誓助讼人。

控告人可以召集被指控者进行决斗，或进行决斗裁判。这里通常可以聘用“斗士”为己方战斗，尤其当一方当事人为妇女、老人或体弱者时。在决斗以及控辩双方宣誓助讼人互相交流誓言的过程中，我们有时下所谓对抗式诉讼的雏形，以及经过双方充分辩论方能查明真相的概念。

公开审判权及与证人的对质权根植于早期的诉讼程序中。这些诉讼程序在公开场所（通常在神圣的橡树下）进行。如果 12 位善良市民为被指控者担保，则后者便可能不是危险人物（即使确实实施了犯罪），大多数社区成员会允许该人继续生活在社区内。

如果被指控者是流浪汉或游手好闲者等，并非社区成员，而是外来人口或敌人，则他不能用宣誓或辅助宣誓人来涤清罪行，而仅能依靠上帝来证明清白。此时必须适用神明裁判：被指控者将被捆绑投入河中，或手握滚烫热铁。如果未浮出水面，或者手未被烧伤，或者伤口愈合未被感染，则被指控者为无罪，可自由离去。尽管是臆想，但人们相信，这是源自上帝的指示。这在无证人或无真实证据情况下的犯罪案件提供了解决方案。因为即便在中世纪早期，纠纷亦应及时解决，而不能悬

而未决。社会安定须得到修复，以避免血亲复仇和世仇。^{〔7〕}

埃德蒙二号法律

(英国, 10 世纪)^{〔8〕}

第 1 条 当前最为重要的是，在我的主权范围内必须坚定地维持我们之间的和平与和睦关系。我本人及全体成员为我们当中存在的各种非法暴力行为深深困扰。据此，法令规定如下：

今后，任何人杀害一个人，除非凶手在朋友的帮助下，依照世袭的职衔于 12 个月内整笔支付了被害人的偿命金，否则将（独自）承担家族世仇。

双方也可达成合意，通过简易审判来解决争议。被害人或其家属、部落成员往往会接受一笔数额确定的赔付金或“和解”金（偿命金：*wergeid*），具体数额依被害人的情形而定。之后便不再有审判和血亲复仇，这亦可避免世仇和战争。刑事诉讼成为个人对手间的事件，可因支付赔偿金而促成各方和解。这些程序不仅出现在欧洲，也遍布全世界，有时还会涉及调解者的参与，后者通常由社区所信任的智者或长者担任。^{〔9〕} 时至今日，这样的程序模型仍然以“被害人—罪犯和解”的形

〔7〕 有关欧洲的神判法历史，参见 Robert Bartlett, *Trial by Fire and Water* (1986)；有关早期高卢时代的神判法、决斗和誓证法，参见 Ian Wood, “Disputes in Late Fifth and Sixth Century Gaul: Some Problems”, in *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe* 7 - 22 (1986)。早期的神判法并非仅局限于欧洲，在世界范围内均被广泛用来解决非现行犯案件。A. S. Diamond, *Primitive Law, Past and Present* 228 (1971)。

〔8〕 *The Laws of the Kings of England*, supra note 6, at 9.

〔9〕 有关习惯法中所谓的“血债钱偿”，参见 Diamond, supra note 7, at 260 - 67。在非洲，人们通常用牲口支付，*id.*, at 268 - 70。有关牲口支付以及“豹皮首领”作为调停者的资料，参见 P. P. Howell, *A Manual of Nuer Law* 40 - 43 (1954)。

式存在于现代法典之中，且通常适用于不太严重的犯罪。^[10]

随着社会的日益复杂以及政府权力的日趋集中，犯罪也变得更加复杂。犯罪形式不再局限于激情犯罪或者盗窃。拦路抢劫的强盗流离于国家的领土内，引起了人们的恐慌。各国的国王与君主试图通过“保持稳定”以获得统治的正当性。国家介入并承担追诉罪犯的重责，宣称针对公民的犯罪即针对国家的犯罪。我们来看看早期通过职权主义方法获得间接证据的案件。

《加洛林纳法典》第 23 条及第 25 - 27 条

(德意志帝国, 1532 年)^[11]

10 第 23 条 依下述关于充分证据的几个条款的规定，适用酷刑讯问所依据的每一充分证据线索须有两名品格良好的证人加以证明，但如果犯罪的核心要件只有一位品格良好的证人证明时，则后者仅为半证据，可作为下文所述的充分证据线索。(……)

第 25 条 首先，引发犯罪嫌疑的相关事由，依下列解释，如何以及何时可认定为充分合法的证据线索。

[作为本条的第二项目标] 当未出现如下众多条款中所列明的证据线索，且依规定的完整酷刑审问后亦未发现证据线索时，则调查应依下列或相似的嫌疑证据展开，因为无法穷尽所有情形。

第一，如果被指控者声名狼藉、卑微鄙俗且粗野蛮横，或者被指控者此前曾实施类似罪行，或者曾因该类似罪行被起诉，则当然可予以定罪。但声誉卑劣不应由敌人或蛮横之人予以证明，而应出自公允、正直之人。

[10] See Stephen C. Thaman, "Plea - Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases" in *General Reports of the XVII th Congress of the International Academy of Comparative Law* 951, 966 - 968 (2007).

[11] Langbein, *Prosecuting Crime*, supra note 4, at 273 - 75.

第二，犯罪嫌疑人在案件嫌疑地点出现或被抓获。

第三，犯罪嫌疑人被发现在案发现场，或者正前往案发现场，或者正从案发现场返回。如果未认出，则应注意涉嫌犯罪之人是否与前述之犯罪嫌疑人具有相同的体型、服装、武器、马匹或者类似物品。

第四，犯罪嫌疑人与实施类似犯罪行为的人共同居住或者保持联系。

第五，在损害财产或人身的案件中，应考虑犯罪嫌疑人是否因嫉妒、仇恨、先前的威胁或者期待获得某些利益而有实施当前犯罪的动机。

第六，人身或财产受到损害的被害人依多项依据指控某一犯罪被告人，且随后死亡或宣誓予以证实。

第七，某人因犯罪而潜逃。

11

第八，第 26 条 某人因巨额财产而与他人产生纠纷，如果该财产系其谋生、家产及财物的主要来源，则该人应心怀怨念，视对手为重要的敌人；当对手被秘密谋杀，则推定该人为谋杀凶手；如果本案涉嫌实施谋杀的犯罪嫌疑人无法提供充分合法的解释，则将被监禁和接受酷刑审问。

在间接证据犯罪中，犯罪行为的发生通常并无争议，因为财物被盗或者某人被杀。然而，凶手的身份却不如现行犯中那般明显。为证明此类犯罪，旧职权主义诉讼要求两名目击证人作证，或者在未有目击证人的情况下有独立的事实对犯罪自认予以补强。《加洛林纳法典》所规定的“充分合法的证据线索”（legally sufficient indication）近似于我们现在所称的“可能事由”或“合理怀疑”。后者系执行逮捕或临时拘留、搜查及扣押财产以及提起刑事控告的必要条件。

当然，对在现行犯杀人案件中被逮捕的个人，间接证据对于证明该人的动机也十分必要。犯罪嫌疑人究竟是自卫杀人、激情杀人还是冷静

蓄意杀人？姑且不论官方禁止适用酷刑，时下刑事侦查人员仍试图诱使被告人认罪，或通过非法武力、威胁、欺骗及承诺的方法，或通过合法的规劝。公诉人则试图通过减免指控以促使非现行犯案件中的被告人认罪，从而无须提交大量间接证据以证明凶手身份或犯罪意图。甚至法官也尝试通过承诺减刑以促使被告人认罪，进而避免完整的审判程序，或者社区成员所参与的陪审员或参审员审判程序。^[12]

思考题

1. 你认为在间接证据案件中，哪种证明罪责的方式最有利于查明真相：旧的习惯法（宣誓断讼、神判、决斗或者“偿命金”），还是立足“法定充分的证据线索”并通过旧职权主义的方式获取口供？
2. 哪种方式更有利于恢复被犯罪破坏的社区秩序？

三、秘密的、无被害人的犯罪

《司法与抗辩书》第1篇第3条第7项

（法国，12世纪）^[13]

国王依男爵之建议制定如下的“设置”或法律：当某人涉嫌异端邪说罪，普通法官会请求国王或法庭依据案件发布通告。嫌犯应予以逮捕并监禁。随后，当地的主教和修道院长，即教会官员，将对案件展开审讯，并对嫌犯的信仰进行讯问。如果嫌犯被判处有罪且神圣教会予以认可，则国王随后便完全占有其财产，并交付执行。除妻子的嫁妆和所继承的财物外，罪犯的所有财产归国王所有。

[12] 我们将在第四章阐述警察诱供的问题，并在第六章阐述通过有罪答辩或者相近程序获取有罪供述的问题。

[13] Esmein, *supra* note 2, at 99.