

比较是科学研究中一种常用的方法。在当今全球化进程加快的时代背景下,对于中国这样一个追赶型的发展中国家而言,比较更具有不一般的意义。通过比较,不仅能开阔眼界,启迪思维,进入更广的视域,而且能发掘资源,吸收先进的文化和制度,为我所用。正因此,在当代中国法律制度的建立和发展过程中,采用比较的方法,对西方法律制度加以继受或移植,成为一条公认的重要路径。

然而,必须看到的是,由于至少以下几方面的原因,比较注定是有难度甚至是有风险的:首先,各个国家和民族都有自己特定的历史文化传统,加上现实生活中经济发展水平的差异、宗教信仰的不同等,使得许多的知识成为带有浓重地方色彩的知识,这种知识不可能“放之四海而皆准”,简单地移植将产生“橘生淮南则为橘,橘生淮北则为枳”

的效果。其次,任何一种制度的运作,都受一系列其他制度的影响和制约,它们相互依存、相互作用,形成某种特定的“制度场”。如果对这种“制度场”中的其他制度不给予足够的重视,只单一地移植某一制度,其结果必然会因相关的配套措施跟不上而归于失败。再次,语言的差异使得“书不尽言,言不尽意”成为人类社会中的一个难以避免的问题。最后,任何一个人的知识都是有限的,思维的本性又往往使我们有意无意地利用这有限的知识去极化某一观点或者某种利益。

实际上,不恰当的比较和片面的借鉴所引发的消极后果已经或正在我们的法治实践中发生,试举几例:

——关于犯罪的概念。我国刑法对犯罪概念既有定性规定,又有定量规定,一般的违法行为不构成犯罪,严

重的违法行为才构成犯罪,而西方国家对犯罪概念只有定性规定,没有定量规定,违法即犯罪。但这一重大差别,却没有引起我国有关学者的注意,有的学者简单地根据犯罪统计数字,得出我国的犯罪率远远低于西方国家的结论。但这一结论却难以令国际同行心服:你们的统计数字将大量按照《治安管理处罚条例》处理的行为排除在外,而这些在我们国家大都属于违章罪甚至轻罪的范畴,是统统包括在统计数字之内的。既然你们的犯罪率如此之低,那为什么家家户户还要安上防盗门、装上防盗窗,像个铁笼子似的?既然你们的社会治安如此之好,那为什么还要不断地搞“严打”,并且每

一行为应当犯罪化时,往往以西方国家的刑法典里也有此罪名作为依据,殊不知这里同样存在一个犯罪概念的差异问题。比如西方不少国家的刑法典里都有“见危不救罪”的规定,于是有的学者主张我国刑法也应增设“见危不救罪”。其实,像西方国家刑法典里的“见危不救罪”,在我国似乎更适宜规定在《治安管理处罚条例》里,而不宜越过《治安管理处罚条例》直接规定到刑法典中予以犯罪化。

——关于对抗式诉讼程序。1996年修订的刑事诉讼法为了解决过去人民法院长期存在的“先定后审”、庭审流于形式的问题,激活控辩双方在庭审过程中的积极性和主动性,吸收了

国外对抗式审判程序的一些特点,如将原来规定的人民检察院应向人民法院移送全部侦查、审查起诉案卷改为只须移送指控犯罪的起诉书、证据目录、证人名单和主要证据的复印件或者

照片,使人民法院开庭前对案件的审查由实体性审查变为程序性审查,这自然是对的。问题是,由于该法对辩护方的阅卷权缺乏相应的规定,使得辩护方无法像过去那样获得对控方掌握的全部证据进行查阅的机会,其结果是在限制审判人员“先入为主”的同时也限制了辩护方的阅卷权,等于把婴儿连同洗澡水一起泼掉了。不仅如此,还由于该法没有建立起与对抗式诉讼程序紧密相连的开庭前的证据展示制度,使得控辩双方在庭审过程中的“突然袭击”成为可能,因而无法保证庭审的质量。正如有的学者所一针见血地指出的:“不建立较为完备的证据展示制度,对抗式诉讼程序就永远只能存在于书本而不是司法实践之中。”(陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第539页)

比较的风险

刘仁文*

年判处如此多的死刑呢?确实,这种无视比较平台的不同而得出的结论,其科学性是值得质疑的。考察世界各国的发展历程,我们可以看到,在社会转型期,社会治安趋于一定程度的恶化,这已是不争的事实。中国目前正处于社会转轨时期,社会治安工作虽几经努力,但刑事犯罪的大幅度攀升仍是客观现实,对此问题的正确认识不仅有利于我们制定恰当的刑事政策,把过于理想化的刑事政策(如“一网打尽”、“在几年内实现社会治安的根本好转”等)调整为更加务实的刑事政策,而且也有利于我们按照“有什么样的犯罪就有什么样的刑罚”来解释为什么当前我国适用死刑较多、要实行“严打”的刑事政策。与犯罪概念相联系的另一个问题是对某一行为要否犯罪化的问题。国内有的学者在主张某

*中国社会科学院法学所副研究员

反贪自侦工作中主办侦查员助手工作质量的好坏、效率的高低直接影响到案件查处的进度和成败,进而影响着反腐败斗争的效果和社会对我们反贪队伍的评价。因此,加强办案技能训练,提高实际办案能力,是主办侦查员助手需要尤为重视的问题。我院反贪局根据自侦办案工作的有关规则,结合干警多年的办案实践,总结归纳出了下列50条主办侦查员助手在办案工作中应注意的问题。希望这些问题的提出,能对办案一线的同志们尤其是新同志们有所帮助,并能引起大家对如何提高办案技能的进一步关注和探讨,以期收到“抛砖引玉”之效。

一、初查

1. 全面熟悉案件情况,认真了解主办侦查员的办案思路,主动向主办侦查员汇报自己对案件的看法。
2. 了解犯罪嫌疑人的自然情况、工作经历、任职经历、家庭人员构成、一般人际关系。
3. 了解犯罪嫌疑人是否具有自首情节及其具体经过,并形成书面材

——关于劳动教养的轻罪化。基于人权保障的考虑,我国立法部门正在抓紧对劳动教养制度进行立法。目前比较占优势的一种观点是借鉴西方轻罪化的制度,将我国劳动教养制度司法化。不能不承认,劳动教养这样一种可以剥夺公民人身自由长达1至3年之久而无需经法院审判的制度,确实已经不适应我国“建设社会主义法治国家”的形势要求,也有违国际立法趋势。不过,这里同样存在一个相关制度的设计问题。我们知道,一旦将劳动教养制度轻罪化,被劳动教养的人就是构成轻罪的人,也就是说,他将是具有犯罪记录的人。而按照我国目前的法律制度,只要你有犯罪记录,就不仅将终身背上犯罪这一耻辱包袱,还会对

反贪侦查员助手 “办案50条”

北京市海淀区人民检察院

料。

4. 掌握发案单位的概况、地址、电话号码、主要负责人或联系人的姓名、联系方式。
5. 了解本案涉及到的其他人的自然情况、联系方式。
6. 不要单独前往发案单位。
7. 在走访发案单位时,要与主办侦查员的口径一致,即使对办案有看法,也要围绕主办侦查员的思路调查取证、记录,不能自行其事。

二、与犯罪嫌疑人正面接触

就业、升学、生活等带来一系列消极的后果。例如,按照《中华人民共和国律师法》的规定,受过刑事处罚的(过失犯罪除外),不能颁发律师执业证书。这样,如果一个人曾经被劳动教养过,按照目前的劳动教养属行政处罚性质,他还可以申请律师执业证书,如果将劳动教养轻罪化,则由于其处罚已属刑罚性质,他就不能再申请律师执业证书了。如此,岂不又与强化人权保障的理念背道而驰?所以,要解决这一问题,还得引进国外刑法中的前科消灭制度,即对处刑较轻的犯罪人,经过一定期限的考察,考察期满,即注销其前科记录,在法律上视之为没有犯过罪的人,恢复其所有合法权益。遗憾的是,目前还鲜有人士从这方面加以考

8. 拘传犯罪嫌疑人时,要让犯罪嫌疑人填写到案时间和讯问结束时间。

9. 在传唤中,提醒主办侦查员已经过的时间。

10. 在犯罪嫌疑人明确提出由某律师为自己提供法律服务时,

(1) 对不涉及国家秘密的一般案件,注意及时安排律师会见。

(2) 对涉及国家秘密的,提醒主办侦查员及时作出是否批准的答复。

11. 如果一名律师同时为同一案件两名以上的犯罪嫌疑人提供法律服

虑。

美国著名法学家霍姆斯早在一个多世纪前就发出过如下忠告:美国的“普通法体现了一个民族多少世纪发展的历史,因此不能像一本充斥着定理和公式的数学教科书一样来研究法律”。曾经长期留学美国的苏力博士也坦言:“无论我们如何细致描述、界定、概括外国的法治,都必须切记这些都不等于外国法治经验的本身。”(苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第18-19页)进一步讲,即使这些就等于外国法治经验的本身,是否就一定适合我国呢?提醒这些,并不是要拒绝比较和借鉴,只是想指出比较和借鉴的艰难及其风险。