

总主编 ◎ 佘化强 苗文龙

宗教与法律经典文库



合理怀疑的起源

——刑事审判的神学根基

The Origins of Reasonable Doubt
Theological Roots of the Criminal Trial

修订版

[美] 詹姆士·Q. 惠特曼◎著
JAMES Q. WHITMAN

佘化强 李 伟◎译
吴宏耀◎校



中国政法大学出版社

总主编 ◎ 侣化强 苗文龙

• 宗教与法律经典文库 •



合理怀疑的起源

——刑事审判的神学根基

The Origins of Reasonable Doubt
Theological Roots of the Criminal Trial

—— 修订版 ——

[美] 詹姆士·Q. 惠特曼◎著
JAMES Q. WHITMAN

侣化强 李 伟◎译

吴宏耀◎校



中国政法大学出版社

2016·北京

- 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。

图书在版编目（C I P）数据

合理怀疑的起源：刑事审判的神学根基/（美）惠特曼著；侣化强，李伟译
修订本. —北京：中国政法大学出版社，2016.8
ISBN 978-7-5620-6759-7

I. ①合… II. ①惠… ②侣… ③李… III. ①刑事诉讼—审判—研究—
美国 IV. ①D971.252

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第075990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 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 12.25
字 数 285千字
版 次 2016年9月第1版
印 次 2016年9月第1次印刷
定 价 46.00元



本书出版受中央高校基本科研业务费
(项目编号NO.106112015CDJSK08XK04)资助

合理怀疑的起源
——刑事审判的神学根基

**THE ORIGINS OF REASONABLE DOUBT:
THEOLOGICAL ROOTS OF THE CRIMINAL TRIAL**

by James Q. Whitman

Copyright © 2008 by James Q. Whitman

All Rights Reserved

Yale University Press New Haven and London

中文版版权属中国政法大学出版社，2009年

版权登记号：图字01-2009-1955号

从历史窥视文化与器物、制度的关系

——《宗教与法律经典文库》代总序

一、宗教与法律：从器物到制度到文化，还是从文化到制度到器物？

从器物到制度的百年路径，其成效并不理想：器物制造并未强国，制度复制如大学、医院、法院等，最终被证明是引入方的一厢情愿；而文化引入则始终停滞不前。

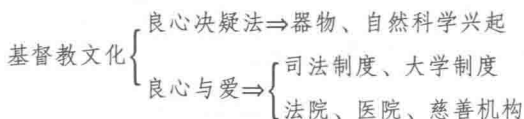
以司法制度为例，早在20世纪40年代，在与西式审判制度的对决中，广受群众欢迎的“马锡五”审判方式在陕甘宁边区最终胜出，^{〔1〕}这一快捷、便利、实事求是、重实体轻程序的纠纷解决方式，已成为人们对现代版公正司法的追忆对象。相较之下，民众对当今司法、法官积怨的爆发，此起彼伏的闹庭、闹诉事件，各色法官丑闻的爆料，以及“大调解”的一度盛行，均宣告了司法制度移植在一定程度上的失败；而国家领导人对司法人员的谴责——“许多案件，不需要多少法律专业知识，凭良知就能明断是非，但一些案件的处理就偏偏弄得是非界限很不清楚”——也表达出了上层对司法的不满。

〔1〕 见侯欣一：《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》，中国政法大学出版社2007年版，第181~258页。



不仅法院司法制度，大学和医院也同样遭遇了“滑铁卢”。“钱学森之问”不仅是对“器物”生成匮乏的诘问，更是对大学教育的责问。接连不断的医患对立事件，不啻宣告了“白衣天使”的堕落。

凡此种种，无不让人反思从器物到制度这一路径的可行性。其实，如果我们仔细探究“器物”、“制度”与文化的关系，就会发现，三者的顺序从发生学和因果关系上看，应当是：



换言之，正是天主教传统之爱，让司法和大学成为爱的乐园；更重要的是，正是清教之良心和良心决疑法原则，不仅为清教国家装备了永不枯竭的创新“发动机”，从而让器物、现代科技创造引领世界，更让大学成为创新人才的摇篮，让法院成为正义神殿，^{〔1〕}让医院成为天使驻地、成为患者的温馨乐园。正如西方研究清教的权威纳彭（Knapp）教授总结道：

今天，有学者说“清教主义诞生了民主”，也有学者说“清教主义催生了现代的资本主义”，还有学者宣称清教主义是现代科学之父。16世纪的清教徒或许确实在不经意间偶然完成了这些成就。但是，清教徒从来不在意这些事情：他是在拯救自己的灵魂，免遭地狱之灾……我们必须记住，在清教徒的眼中，尤为重要的心系来世的命运，并且，

〔1〕 关于清教决疑法的特点及其对政治、法律、经济和科技创新的影响，详见佘化强：《形式与神韵：基督教良心与宪政、刑事诉讼》，上海三联书店2012年版，第304~380页。

按照他自己的标准判断，他命运中的绝大部分——就像一座微露海面的冰山一样——均维系于那个看不到的世界。^{〔1〕}

因此，舍文化而求器物、舍文化求制度之良好运转，无异于缘木求鱼、本末倒置，根本不可能成功。或许，做出调整不失为可行之道：从文化到器物，从文化到制度；总之，深入看不见的文化。唯有从文化入手，才能破译现代科技创新、经济健康发展、政治法律文明进步的核心密码！

二、为何历史？

本文库收入的著作均为历史或研究历史之作，原因如下：

就我本人研究的刑事诉讼、司法制度、证据制度而言，在7年前（2006~2010）的博士学位论文写作过程中我意识到，中国当前的诉讼证据制度，其面临的问题和问题解决之道，和英国中世纪后期至17世纪具有惊人的相似之处。换言之，中西之间存在着一个“年代错位”（anachronism）。2014年的调查研究成果和2015年关于法官权责制的学术论文，均相继证实了我此前的判断。^{〔2〕}这一“年代错位”不仅存在于诉讼证据制度方面，也存在于更为广泛的政治制度、国家权力与个人权利的关系甚至司法制度运行方面。比如，我惊奇地发现，目前“维稳政策”所适用的语言、支配该政策的精神，与我本人近两年所挖掘的15~17世纪兴起的国家理性、国家主义神学起源之语言、逻辑

〔1〕 M. M. Knappen, *Tudor Puritanism*, 1970, p. 350, 转引自佘化强：《形式与神韵：基督教良心与宪政、刑事诉讼》，上海三联书店2012年版，第366页。

〔2〕 关于该调查研究，参见拙文：“事实认定‘难题’与法官独立审判责任落实——从中外裁判者心证的共相展开”，载《中国法学》2015年第6期。关于法官权责制，参见拙文：“法官权责制的神学起源和发展”，即将刊出。



和精神，几乎同出一辙。这一“曲径通幽”的探究，再次验证了我以前的判断：我们时代的问题和解决之道，相当于英国15~17世纪。

因此，宗教、历史与法律，就是本文库的主题。

侣化强

2015年6月29日

译者序

本译著自2012年6月初版后，在2016年3月即告售罄。不无巧合的是，从作者惠特曼先生那里得知，在美国，本书的英文版也脱销了，并且，英文版的再版与中文修订版，在中美两国同时推出。

这既在意料之外，又在情理之中。

从译者和读者的角度，我认为本书的主题涉及几个重要问题。

一、法定证据制度适用的范围

“是法律而不是法官杀死了你”，这是解开中世纪法定证据制度之谜的钥匙。本书深刻揭示了这一点：中世纪法定证据制度是用来确保审判死刑、流血刑案件的法官得到灵魂救赎的。这暗含了一个不容忽视的学术问题：中世纪法定证据制度、“证据裁判主义”，其适用的范围何在？质言之，其能适用于民事诉讼吗？综观欧洲大陆和英国的历史就会发现，适用不当将带来何种灾难。在这一点上，中世纪和启蒙时代的欧洲大陆与英国给出了不同的答案。在欧洲大陆，或许基于罗马教会法学家众多、智识并未被扭曲等原因，法定证据制度仅仅适用于刑事审



判中的重罪案件，即死刑和流血刑案件，相反，民事案件和轻罪案件，完全延续自由心证，诉诸法官的个人良心。但是，在英国，十分不幸，无论是刑事案件还是民事纠纷，职业法官都遵循所谓的证据裁判主义，法定证据制度被不正当地扩大适用。圣·日耳曼的《法学学生与神学博士对话录》以及后续的两部作品，都忠实地记录了英国的困境。

对“证据裁判主义适用范围”这个问题的追问，有着重要的现实意义。英国不适当地将此扩展到民事诉讼，并付出了沉重的代价：于法官而言，证据法乃避难所，但于民事诉讼中的当事人而言，证据裁判主义就是灾难！并不奇怪，启蒙时代的英国为此爆发了国内起义和反对司法专制的暴乱。太阳底下无新鲜事。当下的中国法官，尤其是民事审判中的法官，如同数百年前的英国同行一样，在遭遇职业风险和社会压力的案件中，奉行“证据裁判主义”；同样，中国的民众在某种意义上说也面临着司法暴力和证据专制。^[1]

纵使是作为法定证据制度之子的现代“证据裁判主义”，也只能用于刑事案件，而不能适用于民事案件。这也是法定证据制度贡献给现代诉讼法治的最大遗产：刑事案件中，有事实但没有充分的证据证明，不得判决被告有罪；但是在民事诉讼中，证据仅仅是证明事实的手段之一，证据证明的事实与免证事实等，一起构成了判决中的事实。当然，我们并不否认刑事诉讼中也有免证事实存在，但是，与民事诉讼相比，要证明被告有罪，免证事实存在的空间极为有限，并且，在要件事实方面，

[1] 详见佘化强：“事实认定‘难题’与法官独立审判责任落实”，载《中国法学》2015年第6期。

几乎排除了免证事实存在的空间。

二、自由心证 V. 法定证据

传统观点认为，自由心证乃法国大革命之子。然而，这一观点忽视了早已存在数世纪之久的英国自由心证。中世纪以后，如果我们忽略前基督时代，着眼于基督教世界的法定证据制度背景下，自由心证乃清教良心神学之子，作为反对证据制度的自由心证，发轫于英国，最早是宗教革命的先驱、英国神学改革家威克雷夫倡导的，其基础乃圣经中“凡不是出于良心确信的都是罪孽”。惠特曼在这部著作中展示，继威克雷夫之后，17世纪的英国神学家埃姆斯、拜克斯特等人对法定证据制度展开了批判。清教的良心神学本身，乃法定证据制度的天敌，当然，也是自由心证的神学起源。所以，自由心证根本不是法国大革命的成果，而是英国清教神学良心之子，与她在欧洲大陆法国大革命刚刚诞生相比，在英国她已经存在至少二百多年了。

三、正当程序的起源

传统观点认为，正当程序的概念源于1215年的英国大宪章。其实，这仍然是一个伪命题。作为西方的一个概念，正当程序的历史更为悠久，至少，她可以追溯到圣经，奥古斯丁甚至安布罗斯，并且，在中世纪，这一概念是教会法学家和罗马法复兴后注释法学家作品中的“常客”。其中缘由不言而喻：遵循正当程序乃安全的杀人之道！

西方正当程序的观念，源于《约翰福音》书描述的审判模式。在《约翰福音》5:30中，耶稣说道：



我凭着自己不能做什么（不能独立地按照自己的意愿，而只能按照上帝的吩咐、遵守他的命令）。我怎么听到的就怎么审判（我按照上帝吩咐的做出判决。上帝的吩咐怎么传给我，我就给出怎么样的判决），我的判决是公正的（公平、正义的），因为我不求、也不考虑自己的意愿（我不求那些取悦于自己、成就自己目的、实现自己意愿之事）而只求差我来的父的意愿和喜悦。

显然，为了将自己判决正当化、体现上帝旨意并“等同于上帝判决”，耶稣作为上帝在尘世的化身、以圣子之名，他所强调的是“自己所做的一切均遵从父的话和意愿”，从未掺加任何自己的意愿、好恶成分。因此，可以说一个正义判决是圣父通过人子凡体肉身之口给出的。

以《约翰福音》5:30为基础，米兰主教、著名早期拉丁神父安布罗斯在其注释圣经诗篇“赞美神法”时，勾画出栩栩如生的“良好法官”形象：

好的法官既不恣意裁判，也不根据自己的意愿判决，而是遵守 *leges and iura* 宣布判决。他尊重法律条文，不迁就个人意向。他从来不将任何预断之道（*premeditated course of action*）带到案件之中，而是针对自己所听审的做出判断，并根据案件的性质做出判决。他尊重法律，不做出和法律相矛盾的判决。他审视案件是非曲直，从不篡改案情。

在这里，安布罗斯以耶稣形象为标准为西方世界塑造了一个“理想化的基督司法者”模板。罗马帝国后期的大法官法庭

几乎完全复制了其模板：强调“无偏私的判决”、“尊重 *leges and iura*”、“尊重帝国法律的权威”，这都成为后期罗马法的惯用术语。可以说，普遍、标准的理想司法者形象和品质就此成型。需要注意的是，在这里，安布罗斯将《约翰福音》5：30中耶稣强调的仅仅尊重上帝法律，演变成尊重世俗法律、尊重案件事实，但是其核心即为排斥“个人意愿”渗入判决之中。

《约翰福音》5：30以及安布罗斯描述的形象，成为后世基督教世界法官的典范：Laurence Womock 在 1682 年出版的 *Billa Vera, or, The Arraignment of Ignoramus* 中，就援引了《约翰福音》以及安布罗斯上述语句来标榜英国法官；

不过，“血罪观念”对法律程序有着重要影响。这在安布罗斯那里表现得特别明显。我们看到，涉及刑事案件时，安布罗斯给出的刑事法官模板则发生了重大变化：

一个有罪的被告人，他不准备为自己进行辩护，而是求助于祷告并跪在法官面前。法官要这样回答他：“我自己不能做什么。是正义而非权力被置于裁判中。我不能代替对你的审判，你自己的行为才是：指控你的是你自己的行为，是它们判决你有罪。是法律做出了对你的判决。我不能改变他们，只能维护他们。什么都不是出自我本身。案件的本性源于你自己，也是它们对你做出了不利裁判。我审判所根据的是我所听到的，而不是按照我自己所想的。只要公平而不是我的意愿主宰我，那么我的判决是公正的。……不是我个人对你不利，而是根据法庭规则我才做出对你不利的判决。



显然，在皈依基督教之前有着丰富世俗司法经历的安布罗斯极力为刑事审判法官推却做出有罪判决之罪责：首先，控告者乃被告人所为之犯罪行为；其次，判决做出者是法律而非法官本人；再次，法律、法庭审判规则代替了法官，成为有罪判决的“肇事者、元凶”；最后，他所给出的刑事法官形象，并没有强调案件的事实部分，而是回复到耶稣在《约翰福音》中的方案：刻板地尊重法律，排斥个人主观因素；法官的主观因素——“所想的”——被排除在判决形成过程之外。结果，在安布罗斯给出的刑事法官的模板中，耶稣强调的上帝法律、他自己曾经强调的罗马帝国法律，被法庭规则、程序法所代替：不是“我”——法官本人——而是法庭规则、审判程序规则，给出了有罪判决。

奥古斯丁更近了一步：他明确提出了“正当程序”的概念。经由安布罗斯引领而皈依基督教的奥古斯丁，显然继承了前者发展的“程序规则主义”。奥古斯丁强调道，“对一个公正的判决来讲，正当程序不可或缺”，必须遵守适当的程序，在法官面前提供证据：

教会中除掉罪恶（evils），不能轻率、也不能以其他方式而仅能以审判来完成：因此如果不能以审判解决，那么就只能容忍（罪恶）……因为（使徒保罗）并不希望人对人的审判建立在可疑观点基础之上，也不希望在程序之外得到判决，相反，要以上帝法为基础，根据教会程序，或者被告人已经自愿做出供认或者被指控并判决有罪。

他还告诫教会法官不能以法庭职权以外的有罪迹象（extra-

judicial indications of their guilt) 为基础而对一个人开除教籍, 无论有罪迹象多么真实 (quamvis enim verasint):

因为无论某些事情如何真实 (公众成员知道这些事实真相但是却没有在法庭上予以证明), 除非它们由确定的证据证明, 法官不能轻易信以为真。

凭藉著名的布道篇 351, 奥古斯丁成为整个西方基督教世界提出“正当程序”原则的第一人。^[1]

我们再看与英国大宪章同时代的罗马教会法学家的作品。熟悉中世纪教会法的读者, 对于教会法之父格兰西及其著作《教会法汇要》并不陌生, 正当程序就是格兰西本人、格兰西同时代的法学家论著中的常见主题。英国大宪章, 其实是比照《教会法汇要》而写就的。^[2] 中世纪的法学家们, 谈论法律程序和法官杀人时, 总是与士兵杀人相提并论。通过惠特曼先生的这部著作, 我们看到了证据法、正当程序的功能和神学起源, 同样, 现代战争法, 与西方的刑事程序法、证据法一样, 源于血罪观念下的基督教神学: 士兵如何杀人不是罪孽? 对这一问题的回答, 成就了中世纪和启蒙时代的基督教世界战争法, 格劳修斯的《战争与和平法》, 也是对这一古老问题的回答, 他讨论的问题, 也是中世纪法学家曾热议的主题, 只不过, 信奉清教的格劳修斯, 与同时代的清教徒法学家, 重构并修正了其中

[1] 这部分的内容和引注, 源自《形式与神韵: 基督教良心与宪政、刑事诉讼》, 上海三联书店 2012 年版, 第 62-65 页。

[2] See R. H. Helmholz, "Magna Carta and the ius commune", The University of Chicago Law Review, vol. 66, 1999, pp. 297-371.



的一个问题：如果士兵良心上确信君主的作战命令是不正义的，那么，士兵负有抗拒杀人的义务，这一义务，源自良心命令、源自上帝圣言，如果舍弃良心命令而服从君主命令，那么，士兵将面临地狱之灾！士兵从服从上级命令到服从自己良心命令的转变，与证据法从法定证据制度到自由心证的转变一样，是清教良心神学对中世纪政治法律传统的解构和重塑，并且，二者都是发生在启蒙时代。

以上仅仅是我个人所体会到的本书的学术价值的一部分。读者或许体察得更多。所以，在美国如此迅速地推出第二版，我本人感到并不奇怪。中国政法大学出版社的“美国法律文库”收录的这部《合理怀疑的起源》，在距离中文版权到期的前一年就脱销，但鉴于作为纯学术的书籍，或许认为市场需求有限，出版社对再版保持谨慎态度。然而，我个人认为，这部书无论如何不应当出现供应空档，我个人也有义务让满足中文读者的阅读需求。并且，尽管是第二版，我对惠特曼教授这部著作的学术生命周期依然保持十分乐观的估计，在我看来，其学术生命力应该不会少于30年。这就是我们极力支持再版的原因。

本书能够在国内推出修订版并顺利收录本人和苗文龙先生共同主编的《宗教与法律经典文库》，要感谢中国政法大学出版社彭江先生的努力和协调。

侣化强

2016年7月2日