

形式与神韵

基督教良心与宪政、刑事诉讼

侣化强 著



上海三联书店

形式与神韵

基督教良心与宪政、刑事诉讼

佘化强 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

形式与神韵:基督教良心与宪政、刑事诉讼 / 佘化强著.

—上海:上海三联书店,2012.6

ISBN 978-7-5426-3875-5

I. ①形… II. ①佘… III. ①陪审制度—研究—西方国家

IV. ①D950.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 139596 号

形式与神韵:基督教良心与宪政、刑事诉讼

著 者 / 佘化强

责任编辑 / 黄 韬 殷亚平

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 任中伟

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 24175971

印 刷 / 上海市印刷七厂有限公司

版 次 / 2012 年 7 月第 1 版

印 次 / 2012 年 7 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 480 千字

印 张 / 40.5

书 号 / ISBN 978-7-5426-3875-5/D·201

定 价 / 68.00 元

摘

要

西方刑事诉讼制度和证据制度是基督教神学上“血罪观念”和“良心原则”的产物。“血罪观念”是基督教古老的神学原则,始于基督教早期,盛行于中世纪、前现代的欧洲大陆与英美。其含义是指在重罪死刑、流血刑罪案中,做出有罪判决的司法者因“流他人之血”必然受到上帝惩罚,遭受“地狱之灾”(第二章第一节)。“良心”一词在西方有多种含义:1. 知悉,与他人共知;2. 意志判断;3. 道德意义上的是非(第一章第二节)。而始于中世纪、兴起于16—18世纪的良心原则又称决疑法,是用以解决基督徒在疑惑良心下如何行动从而避免上帝惩罚的基本神学体系。

为了将“死刑审判”正当化,帮助法官逃避“血罪”,早期神父奥古斯丁区分了法官的“公共身份与私人身份”,确立了“法官以公共身份杀人不是罪”的原则:“在这种情况下,他不是为了自己的利益而杀人而是为了别人或者为了他的国家,得到合法的授权,符合他的公共身份”,“在其人格上代表公共司法或政府决策(public justice or the wisdom of government)且以

这种身份(in this capacity)处死邪恶之徒,无论如何这样的人丝毫未违反‘不能杀人’之戒律。”(第二章第二节)中世纪法学家、神学家以此为基础发展出“公共良心”与“个人良心”之区分。例如,John of Salisbury (1120—1180)强调君主以法官身份处死罪犯并无“血罪”：“他具有公共身份……以此剑流他人之血,他没有任何罪责,也不会成为血罪之人。他经常处人死刑也不会招致谋杀之罪或者谋杀之名”。阿奎那在谈到法官判处死刑时说道：“在涉及到私人事务上,一个人必须从自己的知悉中形成自己的良心。但是在涉及到公共事务时,他必须根据公共司法程序中所获得的知悉来形成自己的良心”。法学家也是如此。13、14 世纪著名教会程序法学家 Johannes Monachus 强调：“(拉丁文)Sed forte dices quod papa uel alius iudex nouit causam et ueritatem neogotii secreto, ut est priuata persona. Dicendum est quod hoc non sufficit quia iudex non iudicat ut priuata persona, sed ut publica et ideo publice debet sibi innotescere ueritas, scilicet per leges publicats, diunas, uel humannas in communi.”“作为一个单个的人,教皇与法官很可能是从私密渠道知悉案件事实的。应当明确的是,那是行不通的,因为法官不能以私人身份裁判案件,而应当以公共身份,同时他应当公开地通过公法、神法、普通法了解案件真相。”中世纪著名的法学家、意大利法学教授 Bartolus 说道：“禁止依据个人良心做出判决的规则,所禁止的是使用法官以私人身份而获得的案件信息。法官在作出判决时,其基础只能以证据、诉辩为基础而获致的良心。”英国著名法学家 Plowden (1518—1585)也区分了私人知悉与司法知悉：“法官不能根据自己的私人知悉做出判决。但是,如果拥有一个司法知悉,你可以释放,也可以据此做出判决。”1696 年,一名议员在 John Fenwick 严重叛国罪中表示：“作为一名法官,我要按照我的司法知悉而不是私人知悉判决……尽管法官确实在良心上知道被告有罪,但是他不能利用其私人知悉”(第二章第三节)。

因此,在血罪观念下,以“私人身份”获取的“个人良心”或称“私人知悉”不得作为判决的基础。阿奎那说道：“假如法官知道一个无辜的人被伪证入罪……如果法官根据证据作出有罪判决,他也没有罪(sin)。因为在这种情况下,杀死无辜的不是法官,而是那些宣称其有罪的人。”这就是为后世天主教神学家与罗马教会法学家所一贯坚持的阿奎那主义,也是欧洲大陆法定证据制度中著名的“证据裁判”原则的神学起源。

如何确立区分“公共身份”与“私人身份”、“公共良心”与“私人良心”的标准?本书创造性地挖潜出影响西方刑事诉讼、证据制度的这一神学标准:“法庭内外”,即“法官在法庭之内履行公共职务时才具有公共身份”,其神学、法学意义在于:

正是法庭这个具体、实在的物理场所,才能将法官的私人身份与公共身份区分开来。只能是、也仅仅是在法庭内,才能昭示并标志着法官以公共身份履行着司法裁判职能;也仅仅是在法庭内提交的证据、证人证言、当事人的主张和举证,才具有法律程序意义,才能构成判决的基础。同理,也正是这扇法庭之门,才将空间、世界一分为二:门外属于自然世界而门内则是迥然不同的法律、程序世界。正是穿过这扇法庭大门,法官由一个自然人转换成一个以司法者面孔出现的法律拟制人;也正是这扇法庭之门,将本来仅仅具有时间先后差异的历史事件——过去已经发生的自然事件——与当前所要证明、裁判的事件区分开来:门外所发生的事件,无论法官在法庭之外通过何种方式知悉在所不论,均无任何法律意义;而与此形成鲜明对比的是,在门内所展示、证明的,如当事人的主张、提交的证据、证人证言等,无论与门外的自然历史事件相符与否(注:这里仅仅指死刑、流血刑的刑事重罪案件中),也无论与法官个人知悉相互矛盾与否,均具程序、法律意义,它构成了刑事死刑裁判的唯一基础。同样,庭外的证据、证人证言无论多么真实,丝毫不能成为死刑判决的基础。也正是这个法庭之门,界定司法外行为(或曰法庭外活动)(extra-judicial activity)与司法行为(法庭内行为)、司法外职权与司法职权之标准;也正是这个法庭之门,决定了是否需要司法程序和证据:门外所发生的刑事案件,纵然被法官在法庭之外通过某种渠道所知悉,审判、证据、程序绝对不能省略(第二章第三节)。

这一标准孕育了西方“审判中心主义”的司法传统,催生了西方刑事程序中对质权与证据法中的传闻规则。

在死刑、流血刑案件中,为了推却“血罪”避免第一种、第二种意义上的良心(即个人知悉、个人判断)融入判决,从公元6世纪至18世纪,无论欧洲大陆还是英国,均发展出旨在为法官逃避血罪之灾的刑事程序和证据制度。

公元6世纪至13世纪前期,西方世俗重罪司法中盛行神明裁判。本书细致并系统地考察神明裁判所具有的两个面相即“非理性之维”与“理性之维”。前者主要包括:为避免个人判断,融事实认定、法律适用、判决结果于一体的概括性司法设计;为减少、杜绝司法者主观介入和司法裁量,设计出一套精密、完整的程序模式、证据类型,将其与犯罪类型一一对应;为了避免让司法者做出回答有罪、无罪问题的“最终判决”,发明了“附生效条件”的“中间判决”和“判决先于证据”的倒置司法模式。而后者即“理性之维”则指采取了一种独特的迂回辗转的“事实认定”方式,确保“自动得出有罪判决”,它包括:独特的“举证权利”保障了“举证者”胜诉的优势;以“理性判断证据”为基础的“有罪推定”和“无罪推定”,直接决定了“举证权利分配机制”,即当被告有罪明显时,举证权利赋予原告,而当无罪明显时赋予被告;证明标准“客观化”、

“数字化”,“中间判决”中对有罪条件的预先设定,辅以复杂的数值换算公式和转换机制,再加上独特文化下的程序性制裁机制,确保“中间判决”在“判决先于证据”的司法倒置模式下得以自动转换为“最终实体判决”,从而确保程序主持者避免了血罪。而同时期的教会司法与世俗的民事诉讼,由于没有死刑、流血刑,故而采用“证人证言”等“理性证据”制度。(第三章)

1215年第四次拉特兰宗教会议禁止神父、牧师参与神明裁判后,为了区分“公共良心、公共身份”与“私人良心、私人身份”,避免“血罪”,欧洲大陆世俗重罪司法程序采用的纠问制创制了以下制度:

第一,构建了一个虚拟的“原告”即“public fame”,专门用于启动杀人机器。

第二,为了鼓励审判法官“走出法庭大门”主动调查犯罪、搜集有罪证据,教皇英诺森三世专门援引《创世记》18:20—21,在基督教世界创设了全新的由审判法官主导的审前“庭外调查”程序:为了避免血罪之灾,基于“公共身份与私人身份”之区分的神学教义,13—16世纪的罗马教会法学家们构建了中世纪著名的具体调查(Special Inquisition)与笼统调查(General inquisition)之区分,前者即传统的审判程序,而后者为全新的审前调查程序。其神学意义在于:通过区分先后两个不同的程序,将法官的传统司法者的身份与新创的调查者身份区分开来。其法学意义在于:1. 笼统调查阶段收集的证据、信息不是司法证据,不得成为判决基础;2. 笼统调查阶段可以收集物证、间接证据,而具体调查即审判阶段仅仅承认两种证据,即被告人供述与证人证言(第五章第四节)。

第三,在审判阶段,为了保证判决自动得出,以公元13世纪之前的教会传闻规则为基础,传闻规则于13世纪末完成了第三部曲,一直到18世纪仍普遍盛行于欧洲大陆。本书开创性地揭示了中世纪传闻规则的神学起源,精辟总结了其发展演变的三部曲以及与其对应的三个要素:

1. 基于“法官公共身份与私人身份”区分的物理意义上的标准即法庭内外,随着基督教的征服,罗马法逐渐要求证人出庭;最终,539年的新律(leges novella or Nove)规定:“在刑事案件中,最为重要的事情危在旦夕,证人必须出现在法官面前,并且当着他的面告知其所知道的事情。”至此,罗马法完成了第一部曲并确立了第一要素:证人必须出现在法庭上。

2. 第二部曲及其对应的第二个要素即“证人必须亲眼看到”。证人的这一“视觉要求”,最初由教皇格里高利一世于603年导入,继而由公元9世纪中叶完成的基督教历史上最为著名的造假作品《伪艾西多尔教令集》(Pseudo-Isidorian Forgeries)明确确立,最终由10—17世纪的教会法和复兴后的罗马法推广,成为欧洲大陆“法定证据制度”的核心部分。

3. 第三部曲则是1215年取消神明裁判以后,世俗司法嫁接了教会传闻规则,上演了传闻规则的第三部曲:将教会传闻规则与新创设的“直接证据”理论联姻,要求证人必须“出现在法庭上”陈述其“亲眼看到”的“整个犯罪过程”。因此,第三个要素为:在内容上要求证人“看到”的是“案件事实的全部或主要部分”。

基于对第一手资料,即13世纪法国《博韦地区刑事习惯》,法国1539年Villers-Cotteret法案第154条、第155条,以及与基督教共享同一“血罪观念”的12世纪犹太教刑事著作《法官之书》,这三个原始文本的深入研究和系统考察,本文发现了传闻规则第三部曲的功能:13—17世纪欧洲大陆纠问制明修栈道,暗渡陈仓,偷天换日,“以证人代替法官,以证人证言代替死刑判决”,确保“死刑判决自动得出”:

首先,延续神明裁判中“判决先于证据”的倒置司法模式,新瓶旧装,实行怪异的“对证人的排除、对证人证言的异议提出先于证人证言给出”的倒置司法模式。

其次,“将证据可信性转化为合法性并将二者融为一体”。之所以如此,是将“证人证言的可信性事先转换为证人资格”,确保在“证人证言的异议先于证人证言的给出”的倒置司法模式下,自动顺利实现“对证人的异议=对证人证言的异议=对不可信证言的事先排除”,从而确保“不可信的证人”在“提供证言”之前通过对方提出的“证人资格异议”而被排除掉。

最后,“偷天换日”。立法强行规定“一旦证人给出了证言,任何人不得对证言内容提出异议”,并且,“无论提出何种异议,但是,证人怎么说的判决就怎么给出”,从而,惊人地实现“以证人证言代替死刑判决”、“以证人代替法官”的目的。

为减少国外、国内学界不必要的争议,本书还展示了同一时期同一部法律中没有死刑、流血刑的教会司法程序和世俗民事司法程序的特点,凸显了传闻规则在刑事程序中的独特之处:1. 与刑事死刑程序不同,民事程序、教会程序为“正序”的司法模式,即“听取证人证言”→公布证人证言、向对方送交证言副本→当事人及其辩护人研究对方证人证言的内容并准备异议→专门的证人证言异议提出程序→证据补充、最终的裁判;2. 与死刑案件中“证人资格=法官资格”不同,民事案件中没有或少有证人资格限制(第五章第五节)。

第四,死刑案件中,一审法官无需被告提出上诉意见,实行与民事诉讼不同的“死刑自动上诉制度”,将血罪推却给最高法院,因此,“事实审、法律审合一”的“重审型”上诉制度得以形成。另外,以巴黎议会为考察重点,揭示了这一上诉制度与欧洲大陆世俗政治格局重大变化之间的因果关系,并得出了一个历史悖论:将血罪推却给上级的同时,客观上也将刑事司法权让渡给最高

法院,但是其后果则成就了欧洲王室司法的霸权,最终瓦解了西欧早已存在的分而治之的封建政治格局(第五章第六节)。

第五,为了避免裁判,求助庭外专家制度,形成了卷宗移送制度;为了保证个人知悉和个人良心不融入判决,实行卷宗主义:“卷中无记录,便是不存在”,“记录是法官探视案件的唯一眼睛”(第五章第七节)。

13—18 世纪死刑、流血刑案件中,英国法官的避罪制度设计则是:

1. 运用国家暴力,直接将早已存在的指控陪审团发展成为“集指控与审判、证人与法官”于一身的“知情陪审团”,其与传闻规则的功能有着惊人的相似之处:以知情证人代替法官。

2. 在理论上区分事实问题与法律问题,实行二元审判主体制度,由陪审团与法官分别裁决,从而分摊血罪责任。但是,实际上法官强迫陪审团做出“有罪或无罪”的“笼统判决(general Verdict)”,并由后者承担了全部“血罪责任”。

3. 为避免第二次的地狱之灾即“双重危险”,法官拒绝受理对陪审团“无罪判决”提出的上诉。

但是,陪审团所采取的避难方式则是:

1. 拒绝做出“笼统判决”,强烈要求允许做出仅仅裁判“事实问题”的“具体判决(Special Verdict)”,并试图将法律问题推给法官并要求法官做出针对法律问题的另一个“具体判决”,企图将血罪最终推却给法官,但遭到拒绝。

2. 在 13—18 世纪的死刑重罪案件中,违背明显的有罪证据而做出大量的“无罪”判决(第六章第一节)。

然而,在 16—18 世纪的英国,与欧洲天主教决疑法迥异的英国神学“良心原则”,将法官用以推却血罪责任到陪审团身上的装置和道具,即陪审制度、“笼统判决”、“无罪判决上诉制度的阙如”等,转化成非死刑政治性案件中的陪审团用以避免另外一个地狱之灾——良心之罪——的绝佳制度屏障,实现了英国刑事陪审团从“血罪承担者”到“权利保护神、自由堡垒”的伟大转变。

在《圣经》中,使徒保罗将第三种意义上的“良心”与“圣灵”联系起来,“个人良心”被视为“上帝命令的接收器”。并且,根据基督教早期的“良心原则”,一个人的良心,从主体上来讲必须是“自己形成”的良心(判断);在客观结果上,“个人良心”的内容必须“契合上帝命令”,属于“正确的良心”;个人内心形成的“良心”在“把握程度上”必须达到“确定无疑之坚信”;在性质上,必须属于“好、善”的良心,四者缺一不可,否则被视为“罪孽”(sin),面临地狱之灾(第一章)。

但是,这种“圣灵=良心”的神学原则,在中世纪被天主教悄然改变:圣灵、良心逐渐被教会的忏悔补赎制度所代替。更为重要的是,12—13 世纪的

神学家如 Philip the Chancellor 和阿奎那等,将指代“良心”的希腊语“synderesis”词汇与拉丁语“conscientia”一词区分开来;在二者关系上,前者是三段论中的“大前提”,永不出错,而后者是“结论”。因为充当“小前提”的“个人理性”可能出错,故个人的良心“conscientia”则可能是错误的。后世的天主教神学家均延续了这一良心体系,并将大前提“Synderesis”=自然法,而个人良心“Conscientia”与上帝的命令、圣灵、自然法绝缘。故此,在欧洲大陆的神学、法学中,个人良心仅存“个人知悉”、“个人判断”的含义,基督徒无需、也不得对法律的道德性进行审视(第四章)。

为了确定“大前提”的内容,解决基督徒“良心疑惑”时如何行动从而避免上帝惩罚,16—18 世纪罗马天主教神学“决疑法”创制并发展了“可能性原则”。但是其路径则将教会、教皇、神父、法学家等“智者、权威”的意见奉为主臬。具体涉及到刑事死刑裁判,天主教神学决疑法的原则是:1. 秉持阿奎那主义,法官的“私人良心”、“个人知悉”知道被告实属无辜,但如果“公共良心”或称“司法良心”——呈堂的伪证——显示被告犯有重罪,法官应当判处被告死刑;2. “良心有疑问”时,求助上级权威,个人良心不得判断,其结果就是,“个人良心被法律、权威所征服”。这也是欧洲大陆纠问制的精神底蕴(第四章)。

16—17 世纪英国神学决疑法则不同,它回归到“原教旨主义”。以 16—17 世纪英国出版神学家 Robert Sanderson (1587—1663)、Joseph Hall (1547—1656)、William Perkins (1556—1602)、William Ames (1576—1633) 等人的决疑法(良心原则)作品为第一手资料,本书比较了英国国教、清教与天主教决疑法的鲜明差异,揭示出英国良心神学所具有的独特之处:

首先,恢复“个人良心=圣灵”的教义,“良心”被视为上帝种植在人心在接受上帝命令的“接收器”、“驻在人心中的神”、上帝派驻在“人心中的小鸟”、“每时每刻的内部法官”,她是“上帝置于人灵魂中的间谍(Spy),作为人的监督者和上级,无时不刻、无所不在地与人不可分割……她是上帝的代理人……”

其次,在位阶上,良心仅屈居上帝之下,但是却高于一切人:“她作为上帝的掌上娇女而伺候上帝,但是对人类来讲却是高高居上的霸主”。因此,清教神学的“良心原则”是“良心至上、服从上帝而不是服从人”。

再次,违背良心=冒犯上帝,其后果则是地狱之灾;也因此之故,即使是错误的个人良心,也必须服从(第六章)。

英国这一独特的神学“良心原则”,缔造了英美普通法的宪政、法律传统:

第一,个人良心=宪法。无论平民信众的日常行为如衣食住行还是国家政治大事如 1688 年光荣革命引入外王作为国王等,其最终的合法性判断标准就是“个人良心”。

第二,抵制专制的义务(公民不服从的义务)原则的确立,并由此构成了陪审团 Nullification 和美国司法审查制度的神学起源。在清教世界,基于自己“灵魂救赎”,基督徒必须在“服从上帝还是服从人”之间做出选择。根据清教神学“良心原则”,该选择必然是:选择上帝,服从“个人良心命令”,否则将招致“地狱之灾”。这催生了基督徒负有“抵制世俗专制、拒不实施违背良心的法律”之神学义务,这也是西方公民不服从义务的神学起源。该义务在16—18世纪的英国表现为抵制“少数人暴政”的义务,正如1681年的手册所言:如果履行陪审义务,那么他们必须做出是否根据良心裁判的选择:如果他们根据良心裁判,假如判决和法官指示相背,并且在法官看来证据就是如此,那么他们就开罪了法官,将被罚金、被监禁,最后的结果就是现世的死刑。但是如果不根据他们的良心裁判,那么他们将得罪上帝,招致的刑罚不仅是现世的,还有永世的。

因此,与欧洲大陆相比,对于英国的陪审团来讲,则必须区分两种良心含义:就个人知悉或个人判断意义上的良心来讲,如同欧洲大陆一样,在普通犯罪的死刑审判中,陪审员动用“个人良心、个人知悉=地狱之灾”;但是,就道德意义上的良心而言,相反,在非死刑的政治性审判中,基于16—17世纪的英国神学“良心原则”,“违背良心=地狱之灾”。因此,面对两个不同含义的良心,英国的陪审团面临着双重地狱之灾。

与同时期的死刑案件中不同,在16—18世纪非死刑的政治性案件(除严重叛国罪案件外,基本没有死刑)中,王室法官一反死刑案件中的做法,“血罪观念”下所形成的制度传统被法官或推翻或悄然改变:1. 动用“暴力”惩罚陪审员;2. 试图区分法律问题与事实问题之界限,强迫陪审团做出“具体判决”而不是死刑案件中的笼统判决;3. 为摧毁陪审制度,试图建立对陪审团“无罪判决”进行审查的“上诉制度”,以达到最终对政治犯定罪之目的。这构成了17—18世纪的陪审团审判制度的三个宪政危机,也引发了陪审团的支持者和反对者持续两个世纪之久的争议:在没有死刑的政治性案件中,如何区分法律问题与事实问题?陪审团应当做出具体判决还是笼统判决?无罪判决是否可以上诉?最终,1792年通过的Fox Act以宪法的形式解决了上述宪政危机。从而,陪审团审判制度、陪审团有做出笼统判决的权力、无罪判决不得上诉等司法传统才在英美法系保留至今。

从表面上看这三个问题涉及到政治性案件中被告的最终命运,但是,在深层本质上却是陪审员的灵魂救赎和良心之罪的问题。陪审员“灵魂救赎”和避免良心之罪的实现,必须有相应的“构造性制度”作为“屏障”。因此,在英国,刑事司法的历史发展出现了一个与欧洲大陆相反的惊人“悖论”:

陪审团制度,“笼统判决”之形式以及“无罪判决不得上诉”之传统,这三

个在 13—18 世纪一直是法官在死刑案件中推却“血罪”责任的器具,在 16—18 世纪的非死刑政治性案件中戏剧性地成为陪审员实现自我“灵魂救赎”、抵制“违背个人良心的不正义法律”、反抗“世俗专制”的绝佳道具。具体而言,1. 陪审团审判制度和笼统判决之形式,使法律问题与事实问题之区分成为不可能,法官也因此被彻底剥夺了全部刑事裁判权;2. 陪审团以笼统判决作为道具,在裁判事实问题的同时也裁判着法律问题;3. “无罪判决宣告后不允许上诉”的法官避罪制度,也成为保护陪审团行使 Nullification、“无罪释放被告人”的另一个制度屏障,从而,保护法官免受“双重危险”的制度也演变成保护被告“避免双重危险”之原则。

因此,非死刑的政治性审判与普通死刑案件中,陪审团审判制度形同神异。

本书以 17—18 世纪出版印刷的 140 余部原始手册和英国《国家审判》第 1—30 卷为基础文献,以对陪审团审判制度影响重大的系列著名案件和历史事件为线索,区分“个人知悉、个人判断”与“道德”意义上两个不同含义的良心并以此作为两个主线,揭示西方基督教世界所共有的传统“血罪观念”和英国神学独特的“良心之罪”这两个神学观念分别在死刑案件和非死刑的政治性案件中对陪审团制度传统形成的相互作用,再现 17—18 世纪陪审团从死刑案件的“血罪承担者”到非死刑的政治性案件中“自由权利保护神”转变的客观历史,阐释陪审团制度得以有效运转所必须具有的相关制度保障。(第七章、第八章)

这一遵循个人良心废除不正义法律的义务,在 19 世纪已经实行民主制度的美国,表现为反对在民主制度下所必然产生的“多数人暴政”之义务,这就是 1803 年确立的“司法审查制度”。

论从史出。西方的司法诉讼制度和证据制度,乃其独特的宗教文化的产物。在展示西方诉讼制度、证据法独特的神学起源基础上,本书最后比较了基督教与中国传统文化的差异,找出了二者在深层不能兼容甚至相互排斥之处。因此,西方证据制度中的糟粕在中国文化的反衬之下则昭然若揭。本书还对国内诉讼、证据的研究状况以及司法改革的成败进行了反思并指出,虽然基督教传统对当今世界的诉讼文明做出了巨大贡献,但是,某些证据制度如传闻规则等,则属于历史的垃圾,不能引入、也无法在中国成功实行。(第八章第五节第 10 小节和第九章)

本书以西方学界最新研究成果即耶鲁大学法学院比较法教授 Whitman 先生挖掘出的血罪观念为基础,系统阐释了两大法系司法传统形成的原因。与西方学界相比,有如下创新之处:

1. 挖掘出“法官以公共身份处死罪犯不是罪”的教义,创造性地提出区

分“公共身份与私人身份”之标准,归纳并揭示了其对西方刑事诉讼制度、证据法的决定性影响;

2. 成功挖掘出传闻规则的神学起源,总结其三个要素,独创性地展示其在13—17世纪的功能;

3. 成功、系统揭示神明裁判之谜;

4. 揭示两大法系上诉制度迥异的原因,并分析其对世俗政治格局的影响;

5. 挖掘出16—18世纪英国陪审团 nullification 的神学良心起源;

6. 挖掘出英国宪政的神学起源,揭示了两大法系宪政发展差异的深层原因。

为减少国外、国内学界不必要的争议,验证第1、第2项、第3项研究成果的独创性并确保结论正确,曾经专文提交 Whitman 先生鉴定,并得到了他的肯定和赞扬。第5项则与以专门研究陪审团 Nullification 而著称的西方权威、密西根大学历史学教授 Thomas Andrew Green 先生专门讨论过。

目 录

绪论

第1章 基督教神学文化对刑事诉讼影响的核心要素 I:“良心与圣灵”——公元1世纪—13世纪/21

1.1 圣灵/22

1.1.1 旧约中的圣灵/22

1.1.2 新约中的圣灵/24

1.1.3 后使徒时代的圣灵/30

1.2 基督教的良心/32

1.2.1 前基督教时代的良心/32

1.2.2 基督教良心/34

1.3 中世纪良心与圣灵的缺失/43

第2章 基督教神学文化对刑事诉讼影响的核心要素 II:血罪观念/52

2.1 基督教文化中的“血罪观念”与刑事司法观:法官等于谋杀犯,刑事司法等于谋杀/52

2.1.1 基督教的“血罪观念”/53

2.1.2 基督教刑事审判观:对死刑、流血判决的排斥/56

2.1.3 对刑事审判行为的恐惧与拒绝/61

2.2 “血罪观念”与早期审判正义化原则的形成/62

2.2.1 从“血罪观念”到刑事诉讼:《约翰福音》5:30 与安布罗斯的贡献/62

2 形式与神韵:基督教良心与宪政、刑事诉讼

2.2.2 奥古斯丁“法官身份区分”与布道篇 351/65

2.3 “血罪观念”与“良心”对西方刑事诉讼的影响/68

2.3.1 “程序杀人之道”/68

2.3.2 “血罪观念”与“公共良心”:刑事诉讼、证据法的神学根基/70

2.3.3 “圣灵等于良心”、道德意义上的“良心”与
两大法系的实质差异/90

第3章 “血罪观念”与神明裁判:6世纪—13世纪的世俗重罪司法/91

3.1 神明裁判制度之前的裁判方式/91

3.1.1 罗马共和时代的证据制度/91

3.1.2 帝国时代:从自由评价证据到初见端倪的法定证据/93

3.2 中世纪神明裁判的“非理性之维”:为司法者提供免受“血罪”惩罚的设计旨趣/94

3.2.1 事实、法律、判决结果的一体性:避免事实裁判、
法律适用的概括性司法设计/95

3.2.2 对案件事实裁判的故意规避:流血案件“非理性
证据制度”V. 轻罪、民事案件理性证据/96

3.2.3 程序模式、证据方法与犯罪类型对应化:减少、杜绝
司法者对程序法、实体法适用的主观介入与司法裁量/103

3.2.4 不确定的中间判决,“判决先于证据”的倒置司法模式:
减轻司法者罪感的特殊程序设计/105

3.3 中世纪神明裁判的“理性之维”:获致案件真实、实现实体正义的方式——以形式理性、数字理性实现实质理性/107

3.3.1 推定制度的特殊功能:上帝的审判还是人的审判? /108

3.3.2 数字理性与形式理性:实体判决、证明标准的客观化、
数字化——从质到量的转换,实体判决的预先设定/112

3.3.3 形式理性、数字理性实现实质理性的保障基础与特殊机制/118

第4章 天主教决疑法(良心原则)与欧洲大陆纠问制精神/123

4.1 12世纪至13世纪“良心”的分化与中世纪自然法的命运/124

4.1.1 12世纪阿贝拉尔/124

4.1.2 彼得·伦巴第:理性火花;Synderesis的导入者/126

4.1.3 Stephen Langton:Synderesis=抽象原则,
理性=具体情况/129

4.1.4 Philip the Chancellor: Synderesis 与 Conscience 的区分/129

4.1.5 Bonaventure: Conscientia=永不出错、抽象的

Synderesis+出错的欲望和错误的理性/134

4.1.6 阿奎那:Conscientia=从抽象原则到具体案例的运用=实现原则的行为/140

4.2 16—17 世纪天主教决疑法/151

4.2.1 “可能性原则”的提出/152

4.2.2 “可能性原则”的完善/155

4.3 天主教决疑法及其路径对纠问制、证据法的影响/156

第5章 欧洲大陆纠问制/163

5.1 纠问制创制的原因/163

5.2 事实调查模式的选择:欧洲大陆与英国/166

5.3 欧洲大陆“秘密、分别调查证人”模式的构建/172

5.4 走出法庭大门:General Inquisition 与 Special Inquisition 之区分/174

5.5 Special Inquisition 阶段:传闻规则中“证人=法官”、“证人证言=司法判决”/185

5.5.1 古希腊/189

5.5.2 前基督教时代的罗马法:共和、经典时代传闻规则的缺失/192

5.5.3 帝国后期的罗马法:/196

5.5.4 教皇格里高利一世的教会法传闻规则:第二部曲的谱写/204

5.5.5 9 世纪造假者的《伪艾西多尔教令集》:传闻规则的强调及其功能——第二部曲的高潮与普及的基石/209

5.5.6 9—12 世纪教会法正当程序的发展:第二要素的推广/218

5.5.7 11—12 世纪的注释法学派、罗马教会法学家的尴尬:“知道的”V.“看到的、听到的”,“听到的”V.“传闻”/224

5.5.8 13 世纪后期传闻规则在大陆世俗刑事审判中的功能转变:“证人证言”代替“事实裁判”,“证人”代替“法官”——传闻规则第三部曲的完成/231

5.5.9 英国“证人代替法官”:知情陪审团与传闻规则的双轨制——一个附带的考察/263

5.5.10 小结:传闻规则发展三部曲与证据法学的反思/264

5.6 上诉制度:重审型上诉;当然上诉制度/272

5.7 求助庭外专家与案卷移送制度(Aktenversendung)/280

第6章 16—17 世纪清教决疑法、良心原则对英国宪政、刑事司法的影响/284

6.1 “血罪观念”与死刑案件中陪审团制度传统的形成:笼统判决之形式;无罪判决上诉制度的缺失/284

4 形式与神韵:基督教良心与宪政、刑事诉讼

- 6.1.1 具体判决 V. 笼统判决;事实问题 V. 法律问题/285
- 6.1.2 无罪判决上诉制度的阙如/291
- 6.2 英国国教、清教的决疑法与良心原则:陪审团转型的神学背景/293
 - 6.2.1 英国国教 Caroline 神学中的良心和圣灵/294
 - 6.2.2 清教决疑法中的良心和圣灵/297
- 6.3 英国决疑法和良心原则的特点及其对宪政、刑事诉讼、证据法的贡献:基于和欧洲大陆天主教的比较/304
 - 6.3.1 良心的定义和功能/304
 - 6.3.2 避罪的路径选择及其影响:自由主义 V. 权威主义/309
 - 6.3.3 自己正确的良心 V. 他人错误的良心/322
 - 6.3.4 英国与欧洲大陆:“个人良心至上”V. “公共良心至上”/324
 - 6.3.5 英国“知悉事实”意义上的良心义务:服从知悉的事实真相还是服从(伪)证据/331
 - 6.3.6 英国与欧洲大陆:内在的个人良心 V. 外在的自然法/339
 - 6.3.7 英国“知悉上帝旨意”意义上的道德良心之义务:“服从上帝(个人良心)还是服从人(世俗权威、世俗法律)?”/345
 - 6.3.8 基督教良心的外在义务与世俗法律的合宪性推定:为了上帝而服从世俗法律/372

第7章 英国神学中的良心原则与17世纪陪审团角色的转变:从“血罪责任承担者”到“自由堡垒”——事实与法律的区分与融合,笼统判决与具体判决(I)/381

- 7.1 “平等派”李尔本系列案件对陪审团的影响/383
 - 7.1.1 平等派的宗教背景:平等派的良心与抵制专制义务/383
 - 7.1.2 1649年前李尔本审判:反对议会审判,坚持陪审团审判事实问题、法官裁判法律问题/390
 - 7.1.3 1649年审判及其争论/393
 - 7.1.4 1653年审判/403
- 7.2 贵格教 William Penn and Mead 案件:
良心与法律,法律问题与事实问题,笼统判决与具体判决/415
 - 7.2.1 惊心动魄的法庭审判:陪审团良心与不正义法律的博弈/415
 - 7.2.2 1670—1671年对 Penn 案件的争议和辩论:法律问题
V. 事实问题;具体判决 V. 笼统判决;惩罚陪审员的正当性/423
- 7.3 沃恩法官与布谢尔案件:伟大的法官与良心至上的陪审员/445
- 7.4 1678—1688年辉格党诽谤罪、叛国罪案/459