

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

詹姆士·Q. 惠特曼 著

James Q. Whitman

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

佘化强 李 伟 译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY



中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

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

詹姆士·Q. 惠特曼 著

James Q. Whitman

侣化强 李 伟 译

中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 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. —
北京: 中国政法大学出版社, 2012. 5

ISBN 978-7-5620-4279-2

I. 合… II. ①惠…②侣… III. 刑事诉讼-审判-研究-美国 IV. D971.252
中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第074318号

- 书 名** 合理怀疑的起源: 刑事审判的神学根基
HELI HUAIYI DE QIYUAN: XINGSHISHENPAN DE SHENXUE GENJI
- 出版发行** 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fysarah@gmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908292 (编辑部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印** 固安华明印刷厂
- 规 格** 880mm × 1230mm 32 开本 11.125 印张 265 千字
- 版 本** 2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷
- 书 号** ISBN 978-7-5620-4279-2/D · 4239
- 印 数** 0001~3000
- 定 价** 28.00 元

- 声 明**
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

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

《美国法律文库》编委会

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳 邓正来 江 平 朱苏力

吴志攀 何家弘 张志铭 杨志渊

李传敢 贺卫方 梁治平

执行编委 张 越

出版说明

“美国法律文库”系根据时任中华人民共和国主席的江泽民同志在1997年10月访美期间与时任美国总统的克林顿先生达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一个大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

译者絮语

一、翻译作品的必要性：鉴于国内学术“创作”的现状

“法治”乃西方的产物，更确切地说是历经两千余年基督教文化的结晶。我国的现代法律制度和体系，尤其是宪法（宪政）、诉讼法、证据法，基本都是西方的舶来品。可以说，不了解基督教文化，我们可能无法精确地理解西方法律、现代诉讼制度乃至与神学密切相关的中世纪和前现代的哲学。在法律移植时，我们也无从得知为什么会出现“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳”这一现象，更遑论如何“化枳为橘”、“凤凰涅槃”了。

因此，挑选西方作品并进行翻译，这就成为学术研究的一部分，也是解决中国问题、避免无谓的学术争议的捷径。但可惜的是，翻译作品“不是学术成果”，在职称评审中不予考虑。这无疑扼杀了在高校工作的、曾踌躇满志计划翻译某部名著的青年教师的热情。我也是如此：在校攻读博士学位期间以及留在高校的第一年，我心中列出了精心挑选的待翻译名著书单，甚至相关的翻译人员名单也“胸有成竹”，但是，面对国内“唯论文、著作数量马首是瞻”的指挥棒和译著不作为“学术成果”的考核标准，我心中的雄心壮志渐渐消解。但是有一点看得十分清楚：尽管国内学界发表、出版了不乏富有真知灼见的学术作品，但是，由于对西方学界近几十年的最新研究成果知之甚少，更多的所谓作品必定成为短命的“快餐”，并无营养。

II 合理怀疑的起源

在校的博士生也是如此。短短的3年时间，加之发表2~3篇论文、撰写博士学位论文以及拼关系找工作的重压，致使最有机会接近外文著作的这一最大群体的雄心壮志，随着毕业赞歌的曲终，渐行渐远，最终成为“敬而远之”的遗憾。其实，与其东拼西凑、重复劳动，与其无病呻吟、故作玄奥，与其砍伐一株百年大树，与其伤己害人，不如挑选一部外文著作翻译，这于人、于己都有利，何乐而不为？如果选择不做自己的论文而翻译一部名著的话，中国的学术绝非现在这个水平！

因此，在中国当前大量借鉴西方制度构建中国法治的背景下，要解决中国的问题，要学术创新，必须翻译原著。

二、学者的义务：不仅仅索取还要归还、奉献

对于以西方智识构建自己知识体系的学者来说，我们不应仅仅是索取、兜售或者贩卖只言片语，更要学会还债或者奉献：对西方原创者的还债，对国内学界和读者的奉献。我们看到了许多默默无闻的奉献者：他们没有或者少有自己的文章或专著面世，但是，他们翻译的作品却为国内学界提供了知识营养，成为国内作者频频援引的权威和依据。相反，从未翻译过一篇论文更没有一部译著问世、但挂着自己大名的著作频频问世的作者，却实现了从“经销商”到“制造者”、“发明者”的华丽转身。但是，如前所述，这些制造商所提供的却是“简配版的仿制品”。

我们应当还债：让那些“被”藏在帷幕后面的原创者和大师们走向前台，接受我们的注目和尊敬；让那些荣耀和鲜花回归到其原本的主人，让盛果落入种植者、培育者的篮中，而不是相反。

这是一个基本的道德问题，也是知识产权的问题。

我们应当奉献：扯去横亘在求知者与解惑者之间的无形黑幕，让他们之间展开无障碍的交流和对话；让那些被肢解得支离破碎的艺术品恢复原样供人们欣赏；让那些被误读、被曲解的佳作以完整的面孔出现在人们面前。

这不仅是一个道德问题，更重要的是，为了知识的完整、知识的更新以及国内学术的创新。

三、“世界的眼光，中国的问题”：以本书的主题为例

本书的主题对司法实践有着重要的意义。

2009年，我曾在一个英文的博客上看到博主写道：让最高法院（美国联邦最高法院）的法官看看惠特曼教授的书吧！让他们回答什么是合理怀疑的证明标准吧！

证明标准随着西法东渐也成为中国刑事司法的难题。在这里，我借用陈瑞华教授的“以世界的眼光解决中国问题”这一名言，来浅薄地阐释“合理怀疑”的标准。正如本书作者惠特曼教授所言，合理怀疑并非一个事实判断的标准，而是诸多道德慰藉程序之一。对生命的尊重和敬畏感程度不同的主体，即使同台听审，面对同样的证据展示和质证、辩论，也会得出不同的判断。质言之，一个纯粹的客观证明标准并不存在。这一结论，张卫平教授早在2003年的《证明标准构建的乌托邦》一文中明确指出。而惠特曼教授这部追根溯源的名著，也验证了这一论断：即使在英美，也是如此。

同样，寄期望于以此标准一劳永逸地解决刑事错案，这无疑是幻想制造一个“永动机”。因此，减少错案还必须从其他的诉讼环节和诉讼制度的构建或强化入手。

当然，惠特曼教授给予我们的，或者说我们从本书中收获的远远不止合理怀疑的起源。他所言的道德慰藉程序仍然存在于两大法系的程序法律中，尽管数量较中世纪和前现代

IV 合理怀疑的起源

有所减少。不过，有些程序之所以得以保留，就在于它们在前现代和现代时期实现了功能转变：从保护法官免受血罪之灾到保护被告。根据译者自己的研究，这些程序包括“禁止双重危险原则”（“一事不再理原则”也是如此）、“反对自证其罪”（沉默权）、“公共检察官制度”、“对质权”以及“法庭中心主义”等。相反，那些无从实现功能转变的制度和程序，则被两大法系渐渐抛弃。

但是，在引入西方诉讼证据制度的中国，有些早已在西方被淘汰的化石和古董，却成为我们诉讼证据法的内容，甚至是主要的内容，不仅仅占用了有限的立法空间，还耗费了许多学术精力。

更主要地是，这些古董在司法实践中导致了许多不便甚至悲剧产生。2002年广东省肇庆四会法院门口服毒自尽的一对老夫妇以及随后的“莫兆军事件”，就是典型的食洋不化的例子，也是我国司法引入西方证据制度后所鼓吹的“证据裁判主义”的滥用和曲解。但是，两条人命并未换来我们的反思，也未将具有中国传统特色的“以事实为依据，以法律为准绳”这一司法原则认真对待，相反，主张“法官免责”的呼声甚嚣尘上。西方的法官真的是免责的吗？至少，从惠特曼教授的书中，我们发现法官承担了更为严重的、为我们所想象不到的重负。这一重负关切到法官自身的命运，是一个关乎生存还是死亡的问题。另外，西方的法官独立真的是这样的吗？非也：陪审团独立，继而法官独立，最初就是为了掩护陪审团以及后来的法官违背事实“枉法裁判”而设立的。这是我们意想不到的制度设计初衷。当然，这里的违背事实“枉法裁判”主要适用于政治性案件。

类似引起不便并保留在我们诉讼法中的古董还有很多，需要我们清理。证据种类的法定化不是吗？证据种类法定本

来就是法定证据制度的一部分。它在现代两大法系死亡的命运还不足以给我们启示吗？传闻规则在 18~19 世纪的欧洲大陆、继而在 1995 年英国民事诉讼中被抛弃的命运，难道还不足以让我们为之一震吗？

或许我们还应该思考另外一个基本问题：什么应该成为诉讼法、证据法的立法内容，什么应该被清理出去以腾出更多的空间让那些真正的精华部分纳入法眼。质言之，区分诉讼证据立法的法外空间和法内空间。

.....

四、译途絮语

初遇本书，是 2008 年在福特汉姆（Fordham）大学法学院的图书馆，当时就爱不释手如获至宝，随后联系惠特曼先生商议翻译事宜。回国后经张志铭先生推荐、张越老师的认可以及相关编委的讨论，最终被列入美国法律文库系列。

其实这本书的中文版应当早些时日面世。无论如何，这个责任在我：惠特曼先生和中国政法大学出版社的美国法律文库以及对本书充满期待的老师和读者，实在对不起。

本书中许多古文献曾使得翻译颇为艰难，尤其是某些不合现代英语语法的长句和段落，曾经让我不知所措，幸好，惠特曼先生总是有求必应，将其译成现代英语通过 Email 发给我。至于出版社要求的正文和脚注中的拉丁文翻译，同样得到了惠特曼先生的帮助：在不到一周的时间内，他将认为必要的拉丁文翻译发给我。感谢惠特曼教授提供的古英文、拉丁文翻译帮助！

还要感谢在深圳大学法学院工作的马海峰博士：对在正文和脚注中出现的某些拉丁文、法文、古德文，他提供了精心、准确的中文翻译。《牛津拉丁词典》上没有收录的词汇

VI 合理怀疑的起源

如“candalum”，我这位年级中最严谨的同学，居然想到查阅拉丁文的《圣经》并终于在其中发现了它，这就是“丑闻”一词。

我邀请了乐于翻译本书的中央财经大学法学院教师李伟博士。本书的翻译分工如下：李伟翻译第一至三章以及结语；佘化强负责致谢、目录、导言、第四至七章、索引、图例说明等翻译以及全书的统稿和校对。

需要说明的是，本书第一章的翻译初稿最初曾由在华东政法大学取得法学学士学位、继而在美国取得神学硕士学位的好友蓝江完成，在此基础上由李伟重译；第七章的翻译初稿由李伟完成、佘化强重译。湘潭大学法学院2010级诉讼法研究生陈哲鹏、孙渝欣、欧阳珍、罗杜、鲍萌、黄佳敏、温静、代娇娇、祝丹、张云飞、康涛等同学曾校对了本书初稿，在此一并表示感谢。

感谢中国政法大学出版社彭江先生、张舂女士的催促和细致的提醒。

感谢湘潭大学诉讼法重点学科的翻译资助和廖永安教授的鼓励。

尽管本书的中译本凝聚着如此多贡献者的心血，但是，必然会出现一些误译和错译，责任均由我来承担。对提出的任何批评和指正，我们都会虚心接受，以便改进。斧正和批评意见，请发至 sihuaq@gamil.com，也可与出版社联系。

佘化强
2012年5月

致 谢

本书的诸多版本曾提交到许多机构的研讨会上，这些机构包括：法国社会科学高等研究学院（École des Hautes Études en Sciences Sociales），耶鲁大学法学院，哈佛大学法学院，纽约大学法学院，康奈尔大学法学院，罗马第三大学（Universita di Roma III），伊利诺斯大学法学院和阿姆赫斯特学院。感谢在上述会场发表评论的参与者。我还要向下列学者致以特别的感谢，感谢他们给予的重要评论和其他帮助：伯纳黛特·迈乐（Bernadette Meyler）、米尔吉安·达马斯卡（Mirjan Damaska）、查尔斯·多纳休（Charles Donahue）、托马斯·迦兰尼斯（Thomas Gallanis）、安托万·卡拉邦（Antoine Garapon）、詹姆士·戈登（James Gordley）、R. H. 赫尔姆霍兹（R. H. Helmholtz）、安德鲁·赫胥黎（Andrew Huxley）、巴伯尔·约翰森（Baber Johansen）、瓦尔特劳德·科祖尔（Waltraud Kozur）、约翰·郎本（John Langbein）、苏姗·莱普修斯（Susanne Lepsius）、理查德·罗斯（Richard Ross）、萨拉·麦克道尔（Sara McDougall）、安东尼奥·帕多亚·斯基奥帕（Antonio Padoa-Schioppa）、Heikki Pihlajamäki、休·斯科金（Hugh Scogin）、杨·托马斯（Yan Thomas）。

除非另文指出，所有译文均由本作者翻译。通常情况下，我所援引的圣经篇章源自英王詹姆士钦定版，因为我的读者最为熟悉的圣经就是该版本。当英王詹姆士钦定版可能存在误导时，我就使用其他的标准翻译版。

／ 目录 ／

I	译者絮语
VII	致 谢
1	导 言
12	第一章 论事实证明和道德慰藉
38	第二章 基督教法官和鲜血之污
73	第三章 神明裁判的衰微：从神证到人证
130	第四章 法官的救赎，证人的地狱：欧洲大陆
186	第五章 法官的救赎，陪审团的地狱：英格兰
243	第六章 17 世纪的危机
286	第七章 18 世纪：合理怀疑规则的浮现
312	结 语
329	缩 写
330	索 引



导 言

1

在美国，除非罪行得到确切证明，任何人都不得被判决有罪。仅仅可能有罪并不充分：如果被告并不情愿做出有罪的答辩，那么，犯罪构成的所有要件必须向陪审团证明，并且，这些要件必须证明到“排除合理怀疑”的程度。^{〔1〕}要精确地确定一个为美国人的正义感更为熟知或更基本的原则，是十分困难的。实际上，“排除合理怀疑”的证明要求极其重要：尽管词语“合理怀疑”并没有出现在我们的宪法中，但是，联邦最高法院一直将其视为宪法的题中应有之义。^{〔2〕}通常，最高法院对宪法的解释都会引发争议，但是，在这一点上却没有任何争议：似乎每个人都一致认为，无论宪法文本究竟提到还是没有提到合理怀疑的证明标准，舍此，美国刑事法律将难以想象。

然而，在这个基本、普遍熟悉的原则背后，却蕴藏着一个难解之谜，这就是我这本书的出发点。“排除合理怀疑”是我们法律中一个最严肃的术语，但是，在现实中，将其解释清楚并付诸适用时却让人倍感懊丧、极其困难。在任何案件中，都可能存在着某些不确定性。何种不确定性可以精确地被视为一个法律上的“怀疑”？有关被告有罪的法律上的“怀疑”何时才精确地属于“合理”的？有时，在理解上陪审员被搞得一头雾

〔1〕 In Re Winship, 397 U. S. 358, 374 (1970).

〔2〕 Id.

2 合理怀疑的起源

- 2 水。^[3]甚至连法律界最精于此道的某些业内人士也发现该问题难以回答。^[4]其实,在许多判例法中,法官们在界定“合理怀疑”时也令人遗憾地闪烁其词。根据传统的普通法规则,禁止法官解释该术语的含义。该规则在许多州至今仍然有效。^[5]根据传统规则,无论陪审团如何恳求得到指导,他们都要独立地凭借自己的理解体会“合理怀疑”的含义。^[6]甚至在那些允许法官界定该标准的州,通常来讲,也并不要求法官这样做。^[7]最高法院也没有提供多少帮助。最高法院清楚地表明,在界定“合理怀疑”上所犯的错误从来都不是无害错误;^[8]从根本上来讲,排除合理怀疑规则确实太重要了。然而,另一方面,最高法院自己也索性放弃了界定该标准的任何努力。^[9]最高法院曾

[3] 参见案例法治,例如 *People v. Redd*, 266 A. D. 2d 12, 698 N. Y. S. 2d 214 (1st Dep't 1999), 在下书中被引用和讨论过: Peter Tiersma, *The Rocky Road to Legal Reform: Improving the Language of Jury Instructions*, 66 *Brooklyn L. Rev.* 1081, 1087 (1999).

[4] 关于一位优秀的联邦法官的观点,参见 Jon O. Newman, *Beyond "Reasonable Doubt"*, 68 *NYUL Rev.* 979, 982~990 (1993); 关于罗德岛最高法院一位法官的尖锐评论,参见 Stephen J. Fortunato, *No Uncertain Terms*, *Legal Affairs* (January/February 2004): 16~18. 关于当前形势的评论,参见 John P. Cronan, *Is Any of This Making Sense? Reflecting on Guilty Pleas to Aid Criminal Juror Comprehension*, 39 *Am. Crim. L. Rev.* 1187, 1187 (2002).

[5] 根据传统,普通法斥责试图给“合理怀疑”下定义的做法。威格摩尔(Wigmore)宣称,“试图对这一难以捉摸、无法界定的大脑状态给出详细的定义”是“不明智的”。J. Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 3d ed. (repr. Holmes Beach: Gaunt, 2003), 4: 3542 (=2497).

[6] See Jessica Cohen, *The Reasonable Doubt Jury Instruction: Giving Meaning to a Critical Concept*, 22 *Am. J. Crim. L.* 677, 687~688 (1995). 根据 Robert-C. Power, *Reasonable and Other Doubts: The Problem of Jury Instructions*, 67 *Tenn. L. Rev.* 45, 87 (1999), 自从科恩(Cohen)的研究以后,一个州取消了这种分类。

[7] Cohen, *The Reasonable Doubt Jury Instruction*, 682~686; Power, *Reasonable and Other Doubts*, 86.

[8] *Sullivan v. Louisiana*, 508 U. S. 275 (1993).

[9] *Victor v. Nebraska*, 511 U. S. 23~28 (1994) (Ginsburg 法官部分赞同,并在判决中表示了赞同意见)。关于为不给“合理怀疑”下定义这一做法进行的辩护,参见 Note, *Reasonable Doubt: An Argument against Definition*, 108 *Harvard Law Review* 1995 (1995).

经直白地说到：“试图解释‘合理怀疑’这一术语，通常从来都不会使陪审团的头脑更加清醒。”^[10]

所有这些都趋于使事情变得扑朔迷离。毋庸置疑，合理怀疑的标准对美国式的正义观是至关重要的。事关一个人现实命运的重大决定均系于该标准：陪审团一旦决定一个人“排除合理怀疑”有罪，那么，通常情况下，这个人的命运就尘埃落定了：在普通法的法律制度中，对有罪判决的上诉极其困难。然而，我们法官中的大多数似乎得出如下结论：“合理怀疑”的术语，不能被赋予一个确定的含义。无论出于绝望还是欢欣，愤世嫉俗者或后现代的哲学家可能指向这种状态，并以此作为证据表明，有关该法律的最根本的观点存在着严重的分歧。道德哲学家或许提出质疑：以一个看似并不能被容易理解的规则为基础而处罚我们同类，其正当性何在。

在本书中，我的目的并非提供一个愤世嫉俗的或后现代的解说。我们可以讲清楚我们合理怀疑的法律。但是，为了搞清楚它，有时我们不得不深挖其历史。正如本书所要展示，合理怀疑原则在当今显得令人困惑不解，个中原因在于我们对其最初的功效毫无所知。合理怀疑起源于被遗忘的前现代的基督教神学世界，在那个世界，其关注的和我们所关注的大相径庭。我们现代的法律是经历了剧烈转变的产物，在这个过程中，刑事审判的某些古老的宗教根基业已被遗忘。

这是一本关于刑事审判中这些被遗忘的神学根基的书。本书旨在展示，合理怀疑的规则，是前现代基督教世界所遗留下来的最后遗迹之一。这个为人所熟知的规则，其原始的设计初衷和发挥的功效，并非当今我们意欲的那样：其主要的初衷并非保护被告人。相反，它有着极其重要的其他功效。尽管听起

[10] Miles v. United States, 103 U. S. 304, 312, 26 L. Ed. 481 (1881).