

论剩余怀疑

——兼论美国死刑案件“留有余地的判决”

陈 虎

内容提要:美国刑事司法因为采取了“排除合理怀疑”的刑事证明标准,必然会在这种“高度盖然性”和“绝对确定”的心证程度之间,形成所谓的“剩余怀疑”。虽然“剩余怀疑”并不影响定罪结论的做出,但却在量刑程序中作为减轻情节,起到了减少死刑判决的作用,形成美国式的“留有余地的判决”。由于死刑量刑程序二步式构造、定罪后救济、死囚等待等制度构造的不同,这一美国式“留有余地的判决方式”不但不会引起判决正当性的质疑,反而可以更好地实现死刑政策,平衡死刑案件的错判风险,对我国类似做法提供有益的制度启示。

关键词: 剩余怀疑 排除合理怀疑 死刑 留有余地的判决

陈虎,中南财经政法大学法学院教授。

一 何为“剩余怀疑”

传统观点认为,所谓刑事证明标准,是指刑事诉讼中认定犯罪嫌疑人、被告人犯罪所要达到的证明程度。^{〔1〕}但是,这样孤立地看待刑事证明标准是有问题的。事实上,在证明体系中,证明标准是一个和证明对象、证明责任彼此互动的逻辑整体。从这个角度而言,所谓证明标准,是承担证明责任的主体运用证据,对证明对象加以证明所要达到的程度。这一结合证明责任的定义方式在两个方面突出了证明标准的程序功能。一方面,从举证责任角度来看,更加强调证明标准对当事人举证行为的指导作用。“它像一只晴雨表,昭示着当事人的证明责任能否解除”。^{〔2〕}另一方面,从结果责任来看,更加强调证明

〔1〕 参见陈光中主编:《刑事诉讼法学》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第182页。

〔2〕 江伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,第108页。

标准在事实真伪不明时对法官裁判的指导作用。^{〔3〕} 以上定义角度之争并非全无意义的语词游戏,而是对证明标准本质的深刻揭示。在刑事诉讼中,如果强调前者的当事人视角,就会更为看重控方的证明负担;而强调后者的裁判者视角,则会更为看重裁判对错误风险的分配。^{〔4〕} 所以说,刑事证明标准的设置,至少需要进行两个维度的考量:第一,在无罪推定的制度语境下,如何科学设置控方的证明要求? 第二,在错误无可避免的前提下,如何分配错误释放和错误定罪这两种司法错误的比例关系? 下面,我们将围绕这两个维度,对美国刑事司法之所以选择高度盖然性的“排除合理怀疑”而非绝对确定的“客观真实”作为证明标准做出理论上的说明,并由此引出对“剩余怀疑”的界定。

一方面,从证明标准与举证责任的关系角度来看,“高度盖然性”的证明标准可以降低控方过于沉重的举证负担,这是认识论角度的解读。绝对确定的证明标准设置几乎必然导致控方过于沉重的举证负担和举证责任分配的僵化,在这一证明标准之下,不太可能有证明责任转移制度存在的空间。我国《刑事诉讼法》第 51 条规定,“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”,而没有考虑任何例外情况,其所反映的就是绝对确定的证明标准和僵化的证明责任分配之间的逻辑联系。比如,“精神病”这一被告方提出的积极抗辩事由,同时又属于犯罪构成要件的证明对象,在证明责任的分配上就无法提供有益的解说和指导。正是由于这一原因,导致在绝对确定的证明标准之下,控方往往承担着巨大的举证负担,而导致很多案件无法得到有效的追诉,从而放纵犯罪。最为典型的做法就是,既然无需承担积极抗辩的举证责任,既然任何怀疑都将阻碍作出有罪判决,被告方就会利用“绝对确定”的标准设置,提出一些毫无根据、无法查证的非理性怀疑,给控方举证制造困难,从而获得所谓“疑点利益”。比如,在实践中最让人头疼的所谓“幽灵抗辩”。^{〔5〕} 这样的绝对确定,尽管在理念上似乎保护了无辜被告,防止错误定罪,但却一不小心滑向了另一个极端,导致错误释放的发生,在认识论一路凯歌的同时,却牺牲了政策论的目标。从这个意义上看,刑事证明标准的设置,应当从“绝对确定”改为“高度盖然性”(排除合理怀疑),才能为证明责任的转移和刑事推定等证明手段的良性互动提供必要的程序空间。

另一方面,从证明标准和结果责任的关系角度来看,查清客观事实的“绝对确定”标准的确可以实现“不枉不纵”的政策目标,但“高度盖然性”的证明标准却可以实现“错误定罪”和“错误释放”的恰当平衡,这是政策论角度的解读。有关刑事证明的政策目标,可以分为“不枉不纵”“错误减少”和“错误分配”三类。“不枉不纵”显然是一个难以实现的乌托邦,这种以消灭司法错误作为目标设定的政策导向,不当限缩了所谓错误裁判的内

〔3〕 参见毕玉谦:《中国证据立法的基本框架》,《人民法院报》2003 年 5 月 26 日 B1 版。

〔4〕 详细论述参见陈虎著:《死刑案件证明标准研究》,知识产权出版社 2015 年版,第 21-48 页。

〔5〕 比如,石某在租住的房间内吸毒时被公安机关查获。警察从石某床下铁盒内找到 30 多克冰毒,石某辩称冰毒应该为其男友吴某所有,但吴某何时将冰毒藏于其床下,她本人并不知情。石某同时交代吴某系其吸毒时认识的男友,平时都是吴某主动跟她联系,偶尔来她住处过夜,但吴某的真實名字、联系方式及工作、家庭情况她并不清楚。以上抗辩在“绝对确定”的证明标准之下,显然构成了对石某定罪的障碍。参见方海涛:《“幽灵抗辩”与公诉人举证的限度》,《中国检察官》2015 年第 8 期,第 62 页。

涵。^[6] 错误裁判包括错误定罪和错误释放两种,一个看似更为严格的证明要求只是增加了错误定罪的难度,却在另一个层面增大了错误释放的风险。因为有罪证明标准和无罪证明标准是一体之两面,一个被告人越难以被定罪,就意味着一个凶手越容易被释放。所以,“绝对确定”和“排除合理怀疑”的区别,并不在于对裁判准确性追求的表面差异,而在于“消灭司法错误”还是“分配司法错误”这一核心诉讼目的的实质差异。如果不能实现从认识论和狭隘价值论到错误分配的实用论转向,对于刑事证明标准的理解就注定会播下龙种,却收获跳蚤。^[7] 以上论证构成了为何刑事程序应当放弃“绝对确定”的证明标准而选择“高度盖然性”证明标准的理由,但是,究竟这种盖然性应该设置到何种程度才是司法错误分配的最佳平衡点,则涉及刑事政策等诸多因素的影响。按照法律经济学的观点,错误定罪必然意味着同时错误释放,实际上是两个司法错误的竞合,因此,冤枉无辜的错误成本要比放纵犯罪的错误成本更高,刑事证明标准当然就应该更倾向于控制错误定罪。由此,也就不难理解,为何启蒙时代的思想家,会对两类司法错误的数量比例关系有着近乎相似的直觉概括。^[8] 因此,刑事证明标准所最终确定的量化心证程度,背后其实体现的是两类司法错误的分配关系。比如,规定 90% 的心证程度即可定罪,实际上是宁可错放 10 人,不可错判 1 人的数学表达;而规定 99% 的心证程度即可定罪,则是宁可错放 100 人,不可错判 1 人的数学表达。

综上,不难看出,“绝对确定”的证明标准既没有考虑控诉一方的举证负担,又没有考虑裁判者的错判风险。这才是英美法系纷纷抛弃“绝对确定”证明标准的真正内在逻辑。只有在逻辑上梳理清楚英美法系证明标准为何内在地要求“高度盖然性”,才可以对“剩余怀疑”进行初步的理论界定。所谓“剩余怀疑”,就是在“排除合理怀疑”的证明程度和“绝对确定”的证明程度之间的差值。尽管并没有哪部法律对“剩余怀疑”的内涵和外延进行清晰的界定,但是根据各种相关判例,还是可以梳理出对“剩余怀疑”的三种理解。

第一,是作为“合理怀疑”对立面的“剩余怀疑”。正如在 *Smith v. Balkcom* 一案中,美国联邦第五巡回法院在判决书中所表述的那样:“陪审员已经根据排除合理怀疑作出裁决的事实并不表明他们就没有任何疑问了。可能没有合理的怀疑——建立在理性基础上的怀疑,但是,仍然可能存在着一些真实的怀疑。这种怀疑可能仅代表一种微弱的可能性,可能只是一个或数个陪审员的奇思异想,但是,这种奇思异想的怀疑——未能达到绝对确定——却是真实存在的。”^[9] 可以毫不夸张地说,正是“合理怀疑”的内涵反过来构

[6] 参见[美]拉里·劳丹著:《错案的哲学——刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社 2015 年版,第 2 页。

[7] 比如,从认识论角度,以怀疑论的哲学传统看待“排除合理怀疑”的表述方式,似乎有理,但却没用,因为没有这种哲学传统。再比如,从价值论角度出发,基于无罪推定设计证明标准,在逻辑上更是没有回答为何会出现“排除合理怀疑”和“绝对确定”这两种截然不同的制度设计模式。换句话说,在“无罪推定”的价值原则和“排除合理怀疑”的制度选择之间,存在着一个逻辑上的跳跃。参见张建伟著:《司法竞技主义》,清华大学出版社 2005 年版,第 327 页。

[8] 比如,富兰克林指出“宁可让 100 个有罪的人逍遥法外,也不愿 1 个无辜的人被定罪”;摩西迈蒙尼德也有“宁可……宣告 1000 个有罪的人无罪,也不愿让 1 个无辜的人被判处死刑”的说法。我们很少从 100:1 或 1000:1 这种数量关系中去感知启蒙思想家对两类司法错误比例关系的直觉反应。参见[美]拉里·劳丹著:《错案的哲学——刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社 2015 年版,第 68 页。

[9] See *Smith v. Balkcom*, 600 F.2d 573, 580 (5th Cir. 1981), cert. denied, 459 U.S. 882 (1982).

成了“剩余怀疑”的界限。比如,如果认为“合理怀疑”必须为“合理根据的怀疑”,则那些没有根据或者无法查证的抗辩、怀疑或推测就是“剩余的怀疑”。比如,在上文例举的毒品案件中,石某辩称警察从卧室中搜出的毒品系其男友所有,但又表示男友是偶然相识,无法说出其真实身份和联系方式。这种抗辩严格说来并不构成“合理怀疑”,因而在自由心证的裁判模式下并不会影响定罪结论的作出,但也并非全无可能,因此这种无法查证的“幽灵抗辩”就成为最为典型的“剩余怀疑”。

第二,因为评议规则而在量刑阶段仍然无法消除的个人怀疑。在定罪阶段,某些陪审员为了不出现“失审”(即因为无法达成一致意见而无法做出裁决)的现象,可能会在定罪的问题上做出让步以形成一致裁断,但内心却仍然存在难以消除的怀疑。在进入量刑阶段后,不再需要通过协商形成一致意见,而仅需根据个体意见作出量刑决策,陪审员自然可以根据“剩余怀疑”作出非死刑裁决。比如,由具有利害关系的亲属所提供的不在场证明,这类关于定罪问题的疑问尽管具有证据基础,但因为可信性问题在定罪环节不被其他陪审员接受,为了形成有关定罪问题的一致裁断,陪审员在让步后仍然对被告人不在场问题存有疑问,自然可以在量刑阶段根据“剩余怀疑”建议不判处被告人死刑。

第三,在量刑环节再次提出的定罪阶段未被采纳的无罪证据。^[10] 尽管对于疑点利益是否属于被告人的宪法性权利存在争议,但美国某些州法律仍然允许被告在量刑阶段再次提出之前定罪环节未被采纳的无罪证据,以作为死刑案件量刑的减轻情节。比如,在一起谋杀案中,被告人被判处死刑。辩护律师提供了两名不在场证人,分别是被告人的祖父和母亲,但是陪审团没有采纳这两份证言,最终裁决被告罪名成立,并判处其死刑。被告上诉后,州最高法院维持了原判罪名,但指令重新量刑。被告人在量刑环节再次提出其不在场证据,作为死刑刑罚的减轻情节。这一量刑制度等于将定罪环节的未被采纳的无罪证据重新进行考量,等于事实上承认了“剩余怀疑”及其作为减轻情节的存在。^[11]

可以说,不论何种“剩余怀疑”,都是将定罪阶段的疑点利益在量刑阶段重新加以分配,从而在定罪的前提下不判处被告人死刑,以防止出现冤枉无辜这一不可挽回的司法错误,其本质就是在保持定罪阶段“排除合理怀疑”证明标准不变的前提下,将量刑阶段的证明标准提高到“排除一切怀疑”的程度,因此,可以将这种制度性安排称为美国死刑案件中的“留有余地的判决”。本文将在梳理“剩余怀疑”的基础之上,讨论美国式“留有余地的判决”和中国式“留有余地判决”的差异以及相关的制度启示。

二 “剩余怀疑”的程序空间

显然,在定罪与量刑程序完全分离的审理模式下,定罪阶段是无需考虑“剩余怀疑”

[10] 2010年,笔者随“死刑案件有效辩护”项目组前往美国考察死刑辩护时,曾旁听一起死刑案件量刑的审理过程。辩护律师通过询问证人等方式否认现场监控录像拍摄到的就是被告人本人,这一对定罪证据的质疑出现在量刑阶段引起了笔者极大地好奇。经过庭审后和主审法官与律师的交流得知,这是因为美国刑事程序中存在“剩余怀疑”制度,允许在死刑案件量刑程序中再次对定罪证据提出质疑,从而作为死刑案件的减刑情节供法官参考。这一让人印象深刻的听审经历也成为本文研究的缘起。

[11] Oregon v. Guzek, 546 U. S. Prelim, Print 517 (2006).

的,只要裁判者认为案件事实达到“排除合理怀疑”的程度,即可做出定罪结论。但是,在进入量刑阶段后,“剩余怀疑”究竟是不再发挥任何作用还是可以作为量刑情节加以适用(对定罪疑点的量刑折扣)就成为一个现实问题,尤其是在死刑案件中,这一问题就更为突出。原因是死刑案件关涉生命,一旦错判就无可挽回,因此,一直存在将死刑案件证明标准提升为“绝对确定”程度的理论观点。而在法律并未对“排除合理怀疑”的证明标准做出修改的前提之下,如何体现对死刑裁判更加谨慎的态度,“剩余怀疑”自然就会受到与一般证明标准不同的关注。

在深入探讨这一问题之前,有必要介绍一下美国死刑案件量刑程序独特的“两步式构造”。^[12] 所谓的“两段式审判”,并非指定罪量刑程序的分离模式,而是特指死刑案件量刑程序的两段式划分。^[13] 即,“适格判断阶段”和“选择刑罚阶段”。^[14] 之所以要对死刑案件量刑程序作出这样特殊的制度安排,主要是为了限制死刑案件的自由裁量权。在完成定罪阶段的任务之后,案件进入量刑阶段以决定最终刑罚。对于死刑案件而言,会有一个特殊问题需要解决:在量刑阶段如何确定量刑基准?如果说无罪推定的程序功能是让裁判者进入定罪阶段审理时,能够保持被告人无罪的初始心态的话,那么量刑阶段的裁判者在进入量刑阶段时,应该保持对量刑的何种初始态度,就成了一个新的关键。是以死刑为基准,然后由辩方对减轻情节承担证明责任(除非其举出减轻证据,否则被告人就应被判处死刑)?还是以轻刑为基准,由控方对加重情节承担证明责任(如果其不能举出加重证据,则被告人应享受疑点利益;被判处终身监禁等非死刑刑罚)?显然,第一种情况由于违反了刑事诉讼法弱者保护的基本原理,因而被普遍放弃;第二种情况自然就成了唯一的选择。

如图1所示,一起刑事案件要想最终判处死刑,必须经过三层筛选和审查。^[15] 第一层即犯罪圈。由裁判者判断被指控罪行是否构成犯罪,也就是传统的定罪阶段要解决的任务。第二层是死罪圈,也就是量刑程序的“适格判断”阶段。这一阶段的主要目的是审查可以判处死刑的加重情节成立与否,如果存在多个加重情节,则仅需要证明其中一个加重情节成立,该阶段适用和定罪阶段相同的严格证明。如果加重情节不成立,就直接改判其他刑罚,不再进入下一个选择刑罚阶段。这个阶段的主要任务就是大量削减可以判处死刑的案件数目,只有通过这一层检验之后,才可以进入下一个阶段,综合所有的加重证据和减轻证据以决定是否判处死刑。之所以要将法定加重情节单独设置独立程序空间加以证明,主要是因为加重情节属于不利于被告的事实问题,因此需要与定罪事实同样适用

[12] 美国联邦最高法院于1976年,在Gregg v. Georgia案中确立了死刑案件的两步式审理结构(The Bifurcated Trial)。参见428 U. S. 153 (1976)。In Gregg v. Georgia。转引自姚莉:《死刑案件量刑阶段的轻刑推定原则》,《中国法学》2021年第2期,第228-244页。

[13] 参见[美]柯恩、唐哲、高进仁著,[美]蔡婷霞编:《当代美国死刑法律之困境与探索:问题与案例》,刘超、刘旷怡译,北京大学出版社2013年版,第36页。

[14] 在这一阶段实行死刑推定和辩方举证,如果辩方不能举出减轻证据的话,则被告必须被判处死刑;此阶段,证明标准降低为优势证据标准。参见[美]琳达·E.卡特、埃伦·S.克赖斯伯格、斯科特·W.豪尔著:《美国死刑法精解》,王秀梅、邱陵、曾赛刚译,北京大学出版社2009年版,第100-105页。联邦最高法院在一系列案件中要求,只有一致同意才能认定减轻情节的规定是违宪的,并只需要证明到优势证据的程度即可。

[15] 参见姚莉:《死刑案件量刑阶段的轻刑推定原则》,《中国法学》2021年第2期,228-244页。

严格证明,控方仍然需要运用最严格的证据规则、最严格的证明方式和最严格的证明标准,承担对加重情节的证明责任。在这一阶段,仅针对控方加重情节是否成立进行审理,从而创造出类似于定罪阶段的证明对象和程序结构。^[16] 第三个层次是死刑圈,也就是量刑程序的“选择刑罚”阶段。这一阶段将对全案所有加重情节和减轻情节进行整体权衡,对被告人的品格证据、成长经历等背景因素进行全面的个别化考察,进行综合性的事实、价值和政策评断,以评估是否需要实际判处死刑,从而进一步削减死刑数目,减少死刑案件量刑的恣意性。因为前面有适格阶段的事先筛选和范围限制,所以这个阶段适用自由证明,并重新赋予裁判者以极大的不受限制的自由裁量权。可以说,美国的死刑程序,正是通过量刑程序的两步式构造,通过犯罪圈、死罪圈和死刑圈这三个层次的层层过滤,将死刑的适用控制在最小范围之内。^[17] 所以,这种两步式审查模式的建立,实际上确定了“非死刑推定”的量刑原则。^[18]

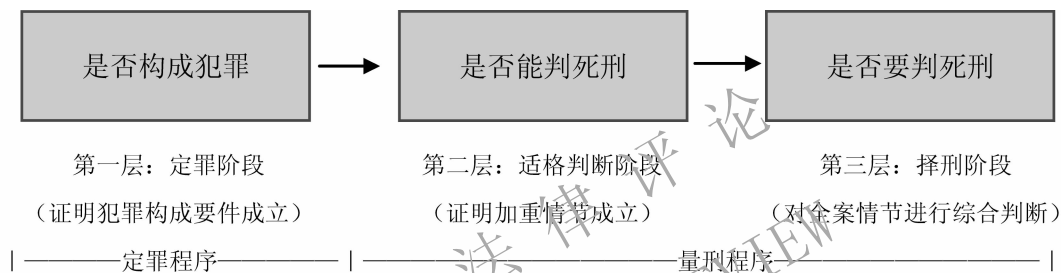


图1 死刑案件审查筛选三阶段

那么,这种死刑案件量刑程序的两步式构造,对于“剩余怀疑”的体系性地位和功能有什么影响呢?(见图2)“剩余怀疑”在不同的程序阶段所具有的体系地位和程序功能其实是不尽相同的。在定罪阶段,由于实行的是“排除合理怀疑”的证明标准,只要控方将指控事实证明到此标准,即便仍然存在“剩余怀疑”,也不会影响这一阶段定罪结论的做出,所以,“剩余怀疑”在定罪阶段没有体系性地位,也无从发挥所谓程序功能。进入量刑程序的第一步审理阶段“适格判断阶段”后,由于此一阶段仍然沿用定罪阶段严格的证明要求,必须适用严格的证据规则、运用严格的法定调查程序、适用严格的法定证明标准,和定罪阶段一样,延续了事实认定的基本构造,所以,只要控方达到“排除合理怀疑”,即

[16] 事实上,2012年发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第64条第2款也的确对加重情节的证明提出了这样的要求。该条款规定:“认定被告人有罪和对被告人从重处罚,应当适用证据确实、充分的证明标准。”

[17] 在 *Zant v. Stephens* 一案的判决意见书中,佐治亚州最高法院就论述了该州死刑裁决的金字塔式体系。指出所有杀人案件必须经过从基座到顶端的三层筛选才可以适用死刑。第一层将谋杀罪从一般杀人罪中分离出来。通过立法对一些术语进行定义的方式对死刑范围进行初步限定,比如故意杀人、过失杀人等。在决定受审案件是否属于该层时,事实审理者的作用仅局限于认定事实。第二层将可以适用死刑的谋杀案件从所有谋杀案件中分离出来。该层范围由立法对加重情节做出定义来划定。裁判者的任务也仅限于对加重情节是否成立做出认定。第三层将那些应当被判处死刑的案件从可以适用死刑的案件中分离出来。这个阶段,事实审理者具有绝对的自由裁量权决定不适用死刑。See *Zant v. Stephens*, 462 U. S. 862 (1983).

[18] Damien P. DeLaney, *Better to Let Ten Guilty Men Live: The Presumption of Life-A Principle to Govern Capital Sentencing*, 14 *Cap. Def. J.* 283 (2002).

可认定法定加重情节成立,所以,“剩余怀疑”同样也没有体系性地位,无法发挥特定的程序功能。从而在定罪阶段和量刑适格判断阶段,因为实行“排除合理怀疑”而在裁判者内心残存的所谓“剩余怀疑”要么彻底从审理程序中被排除而不再予以考虑,要么就只能在最后的量刑择刑阶段,在对全案加重和减轻情节综合权衡的阶段发挥作用。因为死刑选择阶段的目标并非单纯的事实认定程序,而是确定是否需要实际判处死刑,需要综合各种情形进行政策和价值权衡,因此,其适用的并非事实认定的“证明标准”,而是价值权衡的“适用标准”。如果说“证明标准”还有某种强制性和客观尺度的话,“适用标准”则体现为更为自由的裁量权。在定罪阶段和量刑适格判断阶段,能够阻断定罪和法定加重情节的“怀疑”必须是合理的,这里所谓的“怀疑”是证据评价要素,“剩余怀疑”因为在逻辑上属于不合理的怀疑,因而不能进入证据评价环节;而在量刑择刑阶段,“剩余怀疑”因为介入的是一个政策判断,因此并非以证据评价要素发挥作用,因此有可能以减轻情节的“身份”作为是否实际判处死刑的衡量因素。关于此点,将在后文进一步论证,正是这一点展现了美国法和中国法中“留有余地判决方式”的根本区别。

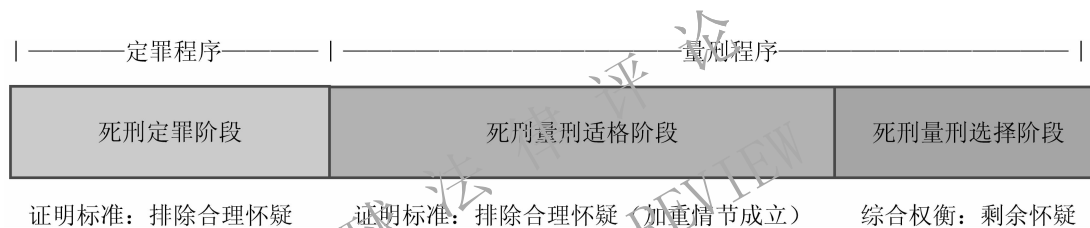


图2 剩余怀疑在死刑量刑两步式构造中的地位

所以,在死刑案件的定罪阶段、量刑的适格判断阶段和量刑的择刑阶段,仅在择刑环节才有“剩余怀疑”发挥作用的可能,而这种作用和功能又只能以作为政策判断的减轻情节加以实现。那么接下来的问题就是,“剩余怀疑”作为一种内心的疑虑,真的可以和诸如成长经历、家庭背景等客观因素一样成为减轻情节吗?事实上,这也正是美国刑事司法中关于“剩余怀疑”的核心争议。

三 作为减轻情节的“剩余怀疑”

争议首先在1988年的Franklin v. Lynaugh一案中爆发。^[19]被告人富兰克林对德克萨斯州法院维持其死刑的裁决不服,上诉到美国联邦最高法院。案件的争议焦点是:“剩余怀疑”是否可以构成死刑案件的“减轻情节”?联邦最高法院对此态度十分明确:减轻情节都是与被告人的人品、记录或任何其他犯罪情形相关的信息,而“剩余怀疑”与此无关,因而拒绝将“剩余怀疑”作为宪法性强制减轻因素。^[20] 这些问题需要留给各州自行解决。

[19] Franklin v. Lynaugh, 487 U. S. 164, 170 - 171 (1988).

[20] 奥康纳(O'Connor)大法官等对此都持明确的态度。多数意见则遵从之前判例,认为“剩余怀疑”并没有被明确强调。See Franklin v. Lynaugh, 474 U. S. 164, 188 (1988).

而关于这个问题,各州态度也有所不同,分为截然对立的两派。

反对将“剩余怀疑”作为减轻情节的理由主要集中在其逻辑性和相关性上。

首先,“剩余怀疑”在逻辑上是自相矛盾的。佛罗里达州最高法院反对将“剩余怀疑”作为减轻情节(其实也就是彻底否定“剩余怀疑”存在的必要性),也是因为这样做在逻辑上是自相矛盾的。他们在一份判决书中这样表述:“一个已经被定罪的被告人,并不只是在一定程度上犯了罪。让陪审团先以‘排除合理怀疑’的标准给被告人定罪,然后马上又说可能另一个人才是凶手,这显然是不符合逻辑的。”^[21]这一段表述非常有代表性。即便陪审员认为,在排除合理怀疑之外还存在“剩余怀疑”,那么这个怀疑也必然是不合理的怀疑,否则就应该在定罪阶段发挥作用,直接判决被告人无罪。而这种心血来潮的“剩余怀疑”本身就是非理性的。显而易见,在美国的司法实践中,司法机关力图明确要求“排除合理怀疑”必须是建立在一定理由基础之上的怀疑,不能是一种推测或猜疑,而对“剩余怀疑”则无此要求,相反,“剩余怀疑”明显地被理解为没有任何理由的非理性的推测和猜疑,既然是没有理由的怀疑,为何还要加以考虑呢?这显然是自相矛盾的。

其次,“剩余怀疑”会颠覆定罪量刑分离审理模式的基础。死刑适用分为两个阶段:一是死刑是否成立,主要在于事实证明;二是死刑是否适用,主要在于价值选择。在后一阶段,应当考察除案件事实因素之外的其他情境因素,比如成长环境、教育状况等,^[22]也就是说,定罪阶段考察的是行为本身,而量刑阶段考察的是行为人,这也是死刑案件区分为定罪和量刑双阶层审理模式的基本原理之一。如果在量刑阶段仍然返回关于行为的事实认定,适用有关事实证明的“剩余怀疑”作为量刑基础的话,就将颠覆这一双层审理模式的划分原理,带来逻辑的混乱,不但不会让陪审员平缓定罪阶段“排除合理怀疑”所带来的不安感,反而会加重这种心理负担,既然对其是否实施犯罪行为本就存在疑虑,为何不直接无罪释放,而是作出留有余地的判决呢?奥康纳大法官在 *Franklin v. Lynaugh* 一案的判决意见中就认为,“剩余怀疑”并非关涉被告人和犯罪的有关事实问题。所以,“剩余怀疑”作为减轻情节被认为是不合适的做法。

最后,“剩余怀疑”不具有相关性。传统上,对于量刑情节的理解,主要包括三类:第一类,被告人的犯罪情节,如惯犯、累犯、退赃等各种特别的事实信息;第二类,是被告人个人情况,如成长经历、家庭背景、受教育状况、平常表现等;第三类是被害人的情况,如被害人的谅解情况,获得经济赔偿情况等。量刑情节,尤其是减轻情节也必须是类似的事实信息,其本身也需要运用证据加以证明,而“剩余怀疑”却只是一种裁判者的心理状态,无法调查与取证,也无法由控辩双方通过公开辩论与质证的方式对这种心理状态进行有效的制度约束,因此不符合减轻情节的内在要求。在加利福尼亚州诉布朗案结案之后,联邦最高法院就认定,量刑者对被告人有罪的存疑与量刑者要考察的犯罪情节以及被告人的性

[21] *Buford v. State*, 403 So. 2d 943, 953 (Fla. 1981), cert. denied, 454 U. S. 1163 (1982).

[22] See *California v. Brown*, 479 U. S. 538, 544 (1987). 该案中,奥康纳大法官在协同意见中对减轻情节进行了界定,认为所谓减轻情节是指有关被告人品性或背景的信息,或者与被指控犯罪有关的各种情境因素。与之有相似论点的还有 *State v. Watson* (572 N. E. 2d 97, 112. Ohio, 1991) 一案中 Resnick 法官的意见。

格和先前的犯罪记录无关,直接否认了“剩余怀疑”作为减轻情节存在的可能。

但是,赞成者则持相反的观点。认为,“剩余怀疑”不但符合逻辑而且具有相关性。在传统上,人们普遍将“合理怀疑”界定为有一定根据的怀疑,根据这一定义,“剩余怀疑”自然就会被看作不合理的幻想和臆测,因而不具有实际意义,也不必给予相应的重视,但这只是对“合理怀疑”诸多界定中的一种。每个陪审员对“合理怀疑”的界定都各不相同,因此“剩余怀疑”自然也可能建立在证据基础上而非陪审员的想象之中。最为重要的是,那些承认“剩余怀疑”地位的各州,通过要求辩方主张而不是由裁判者主动适用的方式,将“剩余怀疑”客观化,已经足以避免“毫无根据的怀疑”影响最后的裁决。既然由辩方主张,自然就要阐明具体的证据瑕疵,并承担说服责任,而不是基于裁判者心血来潮的一时冲动。仅仅简单地指出陪审团定罪裁决的错误和当事人是无辜的,不但不会发挥正面作用,还会适得其反,激怒陪审团。比如在 Watson 案中,陪审团干脆建议判处死刑,尽管俄亥俄州最高法院发现“剩余怀疑”其实足以推翻死刑。^[23] 所以,辩方如果能主动引导陪审团关注具体的证据瑕疵,可能就不会出现反对者所担心的毫无根据的怀疑。^[24] 另外,“剩余怀疑”究竟会不会成为毫无根据的怀疑,关键还要看法官如何对陪审团进行指示。比如有的陪审团指示就没有把陪审团的任何犹豫都看作“剩余怀疑”,而是要求必须建立在证据基础之上。^[25]

既然在承认“剩余怀疑”具有“减轻情节”地位的各州,“剩余怀疑”可以正式成为辩方提出非死刑量刑建议的理由,以及量刑裁判者判处实际刑罚的考量因素,那么,在那些不承认“剩余怀疑”作为减轻情节地位的司法辖区,“剩余怀疑”是不是就不能发挥其程序性功能呢? 答案是否定的。实际情况是,无论“剩余怀疑”存在多少争议,“剩余怀疑”都已经作为实践中的“减轻情节”发挥着作用。之所以产生这种实践效果,同样和死刑量刑两步式构造有密切关系。因为在定罪阶段和量刑程序的适格判断阶段,裁判者的裁量权和程序证据规则都受到了严格限制,但在进行个别化考察的量刑程序择刑阶段则恰好相反,法律对裁判者给予了扩大的自由裁量权,而且程序和证据规则非常宽松。所以,即便理论上存在诸种争议,有些州甚至明确禁止陪审团在量刑程序中考虑“剩余怀疑”,但因为美国量刑程序两步式构造的独特性,“剩余怀疑”仍然被作为重要衡量因素。^[26] 某项研究显示,佛罗里达州量刑后 69% 被调查的陪审员确认,“剩余怀疑”的确是投票支持终身监禁刑而不是死刑的原因。^[27] 该研究者表明,实际上,“剩余怀疑”已经成为那些建议终身监禁刑案件普遍的考量因素。被调查的陪审员相信“剩余怀疑”

[23] See *State v. Watson*, 572 N. E. 2d 97, 112 (Ohio 1991). 该案表明,已经提交的证据不足以支持死刑判决。

[24] 在死刑案件中,作出有关减轻情节的策略性裁决被普遍承认和接受。See *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 668, 691 (1984).

[25] *California v. Brown*, 479 U. S. 538 (1987). 该案对警告陪审团不要仅仅因为同情就改判终身监禁的指示表示支持。

[26] See Michael L. Radelet, *Rejecting the Jury: The Imposition of the Death Penalty in Florida*, 18 *U. C. DAVIS L. REV.* 1409, 1427 (1985).

[27] See Michael Mello and Ruthann Robson, *Judge Over Jury: Florida's Practice of Imposing Death Over Life In Capital Cases*, 13 *FLA. ST. U. L. REV.* 31, 59 (1985).

与案件是有相关性的,应当在实践中予以考虑。既然如此,在立法上就应该有所反映,而不是拒绝承认。^[28]

综上,既然无论承认与否,美国各州都在司法实践中实际运用“剩余怀疑”;既然可以通过要求辩方主张和法官指示对其进行客观化的转化,就没有理由不通过“剩余怀疑”这种留有余地的裁判方式给死刑案件被告人再提供一次额外机会,以避免不可挽回的死刑判决。也正因如此,美国联邦法院逐渐开始一般性地接受了这一概念。^[29]

四 剩余怀疑、死刑政策与错误分配

为什么对“剩余怀疑”会出现理论上反对,而实践中盛行,并进而形成美国版“留有余地的判决形式”,这是一个非常值得深入思考的问题。本文尝试提出的假说是——“剩余怀疑”实际上起到了更好地分配死刑案件错判比例的作用,并在深层次上符合死刑政策目标。

(一) 剩余怀疑与死刑案件错误分配

首先来考察究竟什么是死刑的政策目标。如前文所述,刑事诉讼的总体政策目标就是通过各种程序设置实现司法错误比例的恰当平衡,在“错误释放”和“错误定罪”这两种司法错误之间寻找符合刑事政策的最佳平衡点。死刑案件尤其如此,解决方案无非三种:第一,在定罪环节提高死刑案件证明标准;第二,在量刑的适格判断阶段提高死刑法定加重情节的证明标准;第三,在择刑阶段提高死刑量刑的适用标准。

第一种方案的不可操作性是显而易见的。理由是:“排除合理怀疑”已经一次性地为定罪阶段的司法错误分配提供了一套解决方案,即便是死刑案件也不应打破这种分配上的平衡。一旦在定罪阶段考虑“剩余怀疑”,实际上等于把死刑案件的证明标准提高到“绝对确定”的程度,任何不合理的、吹毛求疵的抗辩(诸如幽灵抗辩)都将导致犯罪指控的整体失败,被告人将被彻底释放。死刑案件的确涉及被告人的生命,定罪理应更加慎重。但这只是问题的一个方面,死刑案件的被告人往往比普通案件的被告人具有更大的人身危险性,一旦盲目提高定罪标准,偏重于更为谨慎地保护被告利益,而由此带来的错误释放增加,进而给社会和公众带来巨大风险的问题也必须加以严肃对待。美国之所以在死刑错判无可挽回的巨大道德压力之下,仍然坚持不改动“排除合理怀疑”的死刑案件定罪标准,其实质就在于注重保障人权和社会防卫双重价值之间的平衡,为刑事诉讼法增设社会利益的考量。

第二种方案选择在适格判断阶段提高法定加重情节的证明标准,以期能够减少死刑的数量。客观来说,因为此一阶段定罪结论已经做出,所以,即便因为提高标准导致证明加重情节的难度加大,从而可能带来量刑畸轻(错误量刑)的后果,但至少被告人仍然会

[28] See William S. Geimer & Jonathan Amsterdam, Why Jurors Vote Life of Death: Operative Factors in Ten Florida Death Penalty Cases, 15 *AM. J. CRIM. L.* 1, 30 (1988).

[29] See Margery Malkin Koosed, Franklin v. Lynaugh: Can Lingering Doubt Linger Longer? *THE CHAMPION*, Nov. 1988, p. 46.

入监执行,所以不会带来错误释放导致的对社会和公众的危害,但是,“绝对确定”的证明标准仍然会给控方带来过重的证明负担,而使得几乎所有死刑案件都无法通过这一阶段的检验,从而使得死刑量刑程序的两步式构造失去意义。^[30]

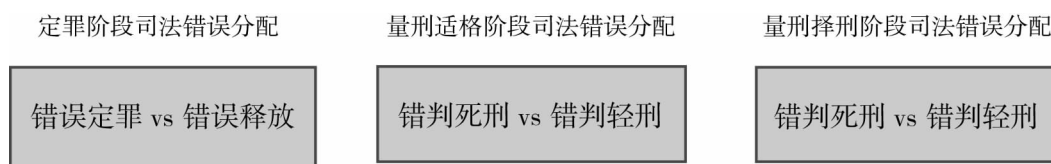


图3 死刑案件在三阶段中的司法错误分配

似乎只剩下第三种方案(在择刑阶段提高死刑量刑的适用标准)可供选择。之所以不能在定罪阶段考虑“剩余怀疑”,主要是考虑到“错误释放”对社会防卫带来的负面影响,但是在择刑阶段考虑“剩余怀疑”,就不会发生这类问题。这首先涉及两个阶段错案类型的不同。显然,如图3所示,在定罪阶段,错案的类型分为错误释放和错误定罪两种,而在量刑阶段,错案的类型则变成了错误重判(错判死刑)和错误轻判(体现为错判终身监禁)。在适格判断阶段考虑“剩余怀疑”,将会因为“排除一切怀疑”证明难度导致案件很难被判处死刑,从而无法实现死刑政策,而在择刑阶段考虑作为减轻情节的“剩余怀疑”,最大的道德风险就是把一个本可能判处死刑的被告实际判处了终身监禁,但是这种错误风险也要比在定罪阶段把一个有罪的人无罪释放要小,至少不会给社会带来额外风险。^[31] 尽管两种模式之下,“剩余怀疑”的利益都流向了被告人,但对社会的影响却是相差很大的。毕竟,错误的终身监禁仍然把罪犯关押在监狱里,而且终身不得减刑假释,因而不会危害社会。^[32] 择刑阶段的“剩余怀疑”显然有效控制了对社会的风险,损失的仅仅是同态复仇的心理需求。所以,在择刑阶段考虑“剩余怀疑”,不会改变“排除合理怀疑”所实现的利益均衡。这种模式下的“留有余地的判决”不会影响司法错误的分配。

(二) 死刑定罪后救济与司法错误的动态分配

作为统一的死刑政策体系,为了让无辜的被告最终得以释放,在定罪阶段追求这一目标(有任何怀疑就予以释放)和在定罪后救济程序中追求这一目标,所给社会带来的风险是截然不同的。显然,美国刑事司法没有追求前者,而是致力于完善定罪后的救济程序。在确保社会利益不会受到错误释放危害的前提下,尽可能在“剩余怀疑”的帮助下,让存有疑点的被告人不至于被执行死刑,同时,利用完善的救济程序,进一步筛选出确实无辜

[30] 在这一点上,美国与我国有着非常大的不同。虽然我国实行接近于“绝对确定”的“案件事实清楚,证据确实、充分”的证明标准,但由于简单多数的表决规则等配套制度的存在,使得其实际操作标准远远低于法定要求,因此,死刑判决数量并不会因为过高的证明标准设置而得到实质性的减少。但在美国,由于对于被告定罪和加重情节的认定,实行一致裁断的表决规则,因此,任何一点怀疑都可能无法形成一致意见,从而难以作出死刑判决。参见陈虎:《提高死刑案件证明标准:一个似是而非的命题》,《中外法学》2010年第3期,第459-462页。

[31] Linda E. Carter, A Beyond a Reasonable Doubt Standard in Death Penalty Proceedings: A Neglected Element of Fairness, 52 OHIO ST. L. J. 195, 219 (1991).

[32] Markman & Paul G. Cassell, Protecting the Innocent: A Response to the Bedau-Radelet Study, 41 STAN. L. REV. 121, 156 (1988).

的被告人予以释放。通过这种动态的政策体系,确保死刑政策目标以及被告人利益与社会防卫利益的合理平衡。^[33] 具体而言,美国对生效裁判的定罪后救济程序、针对死刑案件的死囚等待制度以及行政赦免等制度就发挥了这一功能。

美国死刑案件的被告人在定罪后可能获得的救济主要有两类。第一类是直接上诉。也就是在死刑宣告后,被告人以实体上存在错误为由申请州高等法院对案件进行审查的制度。这是被定罪并被判处死刑后的第一次上诉;^[34] 第二类就是定罪后救济,又称人身保护令程序。人身保护令程序是对生效裁判进行事后审查的救济途径。被告人可以援引自己在初审和上诉中宪法权利受到侵犯为由要求州法院对案件进行重新审查,虽然该制度仍然以判决后监禁合法性为基本着眼点,但其对原审和上诉中的事实认定和法律适用也会进行实际上的间接审查(所以又被称为附属性审查)。因为在以上所有程序中都允许被告提出证明自己无罪的实质性证据,所以,这些定罪后救济程序仍然有可能对死刑判决进行改判,从而改变死刑案件的错误比例分配。

除了人身保护令程序之外,美国独特的死囚等待制度也对死刑的错误判决提供了另一套程序外的错误衡平机制。所谓死囚等待,是指法院的死刑判决均不会被立即执行,所有被判决死刑的罪犯都必须在专门的监禁场所不定期地等待执行的制度。它是美国刑事司法为了避免死刑误判做出的诸多努力之一。与死刑案件证明标准改革和死刑直接上诉制度侧重于在死刑判决前调整错误定罪和错误释放的比例关系不同的是,死囚等待制度是在死刑判决之后到死刑执行之前设置的制度纠错机制。毫不夸张地说,在执行层面进一步调整死刑错误分配的确是美国法独特的制度设计。^[35] 这种宣判死刑和执行死刑之间的等待制度并非毫无意义的“死刑缓期执行”,它实际上等于人为制造了一个时间差,在此期间,可以进行无辜者 DNA 检测、等待新无罪证据的出现,发现可以推翻原判的律师无效辩护证据等,从而为改变死刑判决提供更多可能,在一定程度上能够有效地解决死刑案件一旦错误即无可挽回的弊端。等待时间越长,被发现无辜改判释放的可能性就越大。这样的死刑缓期执行,在真正意义上降低了维持现有定罪证明标准不变可能带来的错误定罪风险,实现了真正意义上的错判风险平衡。

还有一种死刑救济制度设置,即对判处死刑的被告人行政赦免制度。在运用完所有定罪后救济程序之后,赦免几乎是死囚可以寻求救济的最后方法。这是在宪法权力结构中通过行政权来衡平司法权的一种制度设计,赦免的权力被完全授予行政机关,由州长或者执行委员会行使。对于涉及联邦的犯罪,则由总统来行使该项权力,司法机关不参与赦免的批准或者拒绝。

上述这些多元化的死刑定罪后救济程序的存在实际上极大地缓解了美国司法体系内

[33] See Mary E. Gale, *Retribution, Punishment, and Death*, 18 *U. C. DAVIS L. REV.* 973, 1021 (1985).

[34] 参见[美]琳达·E.卡特、埃伦·S.克赖斯伯格、斯科特·W.豪尔著:《美国死刑法精解》,王秀梅、邱陵、曾赛刚译,北京大学出版社2009年版,第240页。

[35] 在1973年到2010年间,美国因为实行死囚等待这一“死刑不立即执行制度”,在所有被统计的8221名被判死刑的人中大约有4833人不再被执行死刑。自1976年美国恢复执行死刑之后,所有已被执行死刑的死囚平均等待时间是10.9年,2010年被执行死刑的死囚平均等待时间达到14.8年或178个月。参见夏勇、吴玲:《死囚等待——美国的不立即执行死刑制度及其启示》,《吉林大学社会科学学报》2014年第2期,第81-82页。

错判死刑的制度压力,也是美国刑事司法得以坚持在平衡两类司法错误的理念之下,坚决不提高死刑案件定罪证明标准的制度背景。可以说,由于在刑事程序之外,在执行程序和行政程序的框架体系下的各种救济途径的有效运转,进一步缓解了死刑定罪阶段错误判决的制度压力,从而避免片面强调提高定罪证明标准以防止错判死刑的改革压力,实现了整个死刑程序中司法错误的结构性动态分配。^[36]正因如此,这种在定罪环节的“剩余怀疑”所带来的量刑减让,才具有了正当性,并成为一种值得思考与借鉴的“美国式留有余地的判决模式”。

五 结束语:“留有余地判决模式”的制度构造

分析至此,本文已经不再仅仅聚焦于死刑案件裁决中的“剩余怀疑”,而开始深入到“美国式留有余地的判决模式”。结语部分笔者尝试对其制度构造进行总结,通过对比中美两种留有余地的判决模式指出其正当性差异,至于如何借鉴这种制度构造进而改革我国相关制度与实践,则是另一篇文章的任务,此不赘述。

首先,美国的死刑制度通过审判前分流机制和定罪后救济机制,缓解了审判阶段准确认定事实的压力,确保以“剩余怀疑”作为留有余地判决机制的正当性。美国法给我们最大的启发就是对“留有余地判决模式”的结构性处理方案。比如,审判前阶段通过程序分流机制使得无辜者得以提前摆脱被追诉的风险,使得进入法庭的有罪者比例大为增加,从而在审判前阶段缓解了证明标准所承载的、过于沉重的准确认定事实的压力。另外,在定罪后,通过人身保护令程序、死囚等待制度、行政赦免等救济机制,进一步降低了错误定罪和错判死刑的风险和压力。正是在这种审判前分流和定罪后救济的双重保障之下,审判阶段通过“排除合理怀疑”和“剩余怀疑”的组合作出的“留有余地的判决”才具有正当性,这不但不会导致无辜者被错误定罪,反而是防止这一结果的制度努力。一方面,通过审判前分流机制和定罪后救济机制防止错误定罪,并同时通过“排除合理怀疑”防止错误释放;另一方面又通过“剩余怀疑”机制防止错判死刑。死刑的三大政策目标在不同的制度框架内得到了动态的平衡。相比之下,我国既不重视审判前分流机制,也没有完善的定罪后救济制度,而是仅仅希望通过提高死刑案件的定罪标准来防止错误定罪,不但使得审判阶段认定事实的压力过大,也无法动态平衡死刑的三大政策目标,更不能防止无辜者被错误定罪,因此不得不在实践中再通过对定罪存在疑问的案件不判处死刑立即执行的方式来对冲这一风险。在这样的制度框架下,留有余地的判决最多可以算高级人民法院防止错误定罪和错判死刑的一种实践智慧,但却无论如何不是一种动态平衡死刑案件三大政策目标的精良制度设计。

其次,美国死刑案件量刑程序的两步式构造为区别定罪证明标准和量刑证明标准提供了必要的制度空间,同时,将“剩余怀疑”限定在择刑环节作为减轻情节发挥作用,巧妙地平衡了死刑案件的政策目标。如果死刑案件实行定罪与量刑问题混合审理的模式,必

[36] 参见陈虎:《制度角色与制度能力——刑事证明标准的降格适用》,《中国法学》2018年第4期,第118-121页。

然导致定罪证明标准和量刑证明标准的混同,也极为容易将定罪阶段的疑点利益带入量刑阶段加以分配,用量刑折扣和减让来抵消裁判者对定罪不确定性的恐惧,这实际上会进一步导致定罪证明标准的降格适用,而量刑标准的提高又为留有余地的判决进行了理论化的包装。^[37] 实际上,我国司法实践中普遍存在的留有余地的判决方式,之所以面临正当性的巨大质疑,不得不说和这种死刑案件定罪量刑程序合一的审理模式存在非常大的关系。既然定罪与量刑程序合一的审理模式会带来这样的司法后果,那么实行定罪与量刑程序完全分离,但并不区分适格程序和择刑程序的审理模式又如何呢? 死刑案件比较特殊,在构成犯罪之后还需要经过一个对死刑加重情节进行独立严格证明的阶段,构成犯罪的证明和构成死罪的证明既不能在定罪阶段同步完成,也不能在量刑阶段和其他减轻情节混合完成。如果在定罪阶段同步完成构成犯罪和构成死罪这两个判断,一旦无法构成死罪,就会导致直接无罪释放的错误判决,将给社会带来极大的防卫风险。而如果在量刑阶段同步完成构成死罪和判处死刑的判断,又会因为死刑的适用是一个政策判断而非简单的事实判断,从而弱化对死刑加重情节的严格证明要求,把一些本不该判处死刑的案件判处死刑,带来更多错判死刑的风险,因此,将死刑加重情节的证明作为量刑阶段一个单独的适格判断阶段,是在审判阶段平衡两种司法错误最为理想的制度设置,也只有在这样的制度构造之下,经过定罪阶段的严格证明和死刑加重情节的严格证明,对于仍然存在疑问的案件,才可以在最后的择刑程序中做出“留有余地的判决”。在这种制度结构中,“剩余怀疑”作为死刑案件量刑阶段择刑程序的减轻情节,如果成立,则会防止错判死刑,如果不成立,也不会导致错误释放(终身监禁不可假释和减刑)。

最后,美国刑事司法中利用“剩余怀疑”所作出的“留有余地的判决模式”是一种以“死刑不执行”为目的的动态纠错机制。与死刑证明标准改革这些提升死刑事实认定准确性的努力不同的是,美国法上的“留有余地的判决模式”,实际上利用了死刑判决和死刑执行之间的等待过程,主动地运用各种制度或定罪后救济程序去寻找能够证明其无辜的新证据。事实上,美国死囚等待的实际时间长短呈现出与纠错效果的正比关系。根据美国死刑信息中心的统计,从 1973 年到 2012 年间,有 143 个曾经的死囚因被免罪而走出了死牢,其中,在被判决死刑后 1 年内就被发现无辜的仅有 4 人,在 1-5 年内被免罪的为 42 人,6-9 年间被免罪的为 27 人,等待时间超过 10 年被免罪的达 70 人。等待时间越长,被免罪的无辜者就越多。^[38] 对比我国留有余地的判决,将死刑立即执行改判为死刑缓期执行,表面上看也是在给死刑执行设置缓冲,但制度机理却完全不同。它不是在死刑判决和执行死刑之间的缓冲,而是直接改判,实际上已经异化为死刑定罪证据不足的一种“替代性判决”;此外,其目的只是被动地考察被告人在定罪后的行为而非主动的死刑动态纠错机制。换句话说,美国法上,一旦判处死刑,对其纠错机制就会在这个缓冲期内陆续启动;而我国,一旦判处死缓,反而等于纠错机制已经运行完毕。我国的留有余地与死

[37] 参见陈虎:《提高死刑案件证明标准:一个似是而非的命题》,《中外法学》2010 年第 3 期,第 463 页。

[38] 参见夏勇、吴玲:《死囚等待——美国的不立即执行死刑制度及其启示》,《吉林大学社会科学学报》2014 年第 2 期,第 85 页。

刑判决的动态纠错本身没有任何逻辑和现实的关联。因此,不能仅仅因为法院没有判处死刑,防止了错杀,就肯定“留有余地判决”的正当性,这是两套完全不同的制度逻辑。

综上,表面看来,美国死刑案件中“剩余怀疑”制度的存在,似乎也是一种对死刑定罪问题存疑案件的“留有余地的判决”,但由于这种“剩余怀疑”被严格限定在死刑案件量刑程序的择刑阶段,同时又深嵌在美国死刑案件程序分流机制和救济机制的宏观结构之中,因而其制度功能是更大程度地降低无辜被告被错误定罪的可能,因而不仅在实践中广泛存在,也被很多州的立法加以确认。对于被告人是否可以在量刑环节提出“剩余怀疑”,联邦最高法院大法官们也是将其上升到“宪法性权利”的高度进行讨论的。^[39] 但是,在不重视刑事司法体制对司法错误总体动态平衡的制度构造之下,我国死刑案件中对定罪问题的所有疑问,都仅仅希望通过量刑减让的方式实现“留有余地的判决”,虽然最后保住了被告人性命,没有出现不可挽回的错判后果,但更多时候却由于结构性的错位,反而增加了无辜被告被错误定罪的风险,因而饱受正当性的质疑,其背后的制度逻辑不可不察,其背后的制度结构同样不可忽视。

[本文为作者主持的2020年度司法部法治建设与法学理论研究一般课题“金融犯罪的证据构造论——以操纵证券、期货市场罪切入”(20SFB2018)的研究成果。]

[**Abstract**] Because American criminal justice has adopted beyond reasonable doubt as the standard of criminal proof, residual doubt exists between the high probability and absolute certainty. Although residual doubt would not result in the verdict of not guilty, it plays an important role as a mitigating factor in capital sentencing, which can reduce the quantity of death penalty, and result in the American-style leeway judgment. Due to the institutional construction differences of the two-steps structure in capital sentencing, relief after conviction, death row waiting, etc, the American-style leeway judgment will not cast doubt on the justifiability of verdict, but instead can better realize the death penalty policy and reduce the risk of wrongful verdict in capital cases. As such, it can provide some useful institutional inspirations for the improvement of similar practice in China.

(责任编辑:王雪梅)

[39] Jennifer R. Treadway, “Residual Doubt” in Capital Sentencing: No Doubt It Is an Appropriate Mitigating Factor, 43 *Case Western Reserve Law Review*, 215, 217–223 (1992).