

情理推断在刑事证明中的规范运作

以事实证成理论为分析框架

王星译*

摘要 情理推断是以经验知识为前提的推论,其在司法证明中的作用是必要但危险的。我国现行印证证明模式中并没有包容情理推断的空间,但其却在实践中隐性运作,同时因缺少约束机制而易于导致权力滥用甚至恣意裁判。为化解合法性与正当性危机,有必要规范情理推断在司法证明中的运作。然而,传统印证证明理论的外部视角,无法描摹司法证明的全貌,可以引入一种内部观察视角作为补充。司法证明在结构上是包含价值判断的论证式经验推论,事实认定因而具有似真性。在似真性证明的制度语境中,情理推断作用于从证据命题推导出案件事实的证明过程之中,辅助裁判者认定并证成对事实的确信。在该事实证成的理论分析框架中,情理推断的规范运作需要以认知开放的竞争性论辩程序为场域,以包容性的证明方法体系为前提;为防止权力滥用,还应给裁判者施加事实证成义务。

关键词 情理推断 司法证明 事实证成

一、情理推断在我国刑事司法实践中的隐性适用

情理推断〔1〕属于一种从前提推导出结论的推论(inference)。情理推断以经验知识为推

* 华中科技大学法学院讲师。

〔1〕 我国有学者认为情理推断与似真推理、最佳解释推理相同,但在称谓上较后两者更适当。参见周洪波:“中国刑事印证理论的再批判与超越”,《中外法学》2019年第5期,第1246页。严格意义上,情理推断有别于相对似真理论(Relative Plausibility Theory)、最佳解释推论(Inference to the Best Explanation)。受主题与篇幅所限,本文对此不展开详述,仅作概要说明。本文语境中的情理推断是一种从证据推导(见下注〔1〕)

论依据,在证据命题与案件事实之间建立关联,指引法官形成对事实的确信。然而,情理推断在司法证明中的运用是必要但危险的。必要性在于:事实陈述或证据命题都包含经验语句。〔2〕任何命题的证成均需要借助情理推断的桥梁性作用。在这个意义上,得出并证成事实的证明活动也是一种经验性推论。〔3〕情理推断的危险性在于作为大前提的经验知识(有作“广义的经验法则”)〔4〕具有盖然性,据以推导出的结果因而具有概率属性。司法证明不是纯粹客观的事实探究,而是一种包含价值判断的规范性认知活动。〔5〕为了防止情理推断被滥用,司法证明不仅要受制于诉讼程序与证明方法,还要指引并约束作为道德主体的事实认定者如何自由心证。

长期以来,情理推断在我国司法实践中被广泛而隐性地适用。表现主要有二:其一,情理推断作为内心确信的组成部分,内显于裁判者的认知思维之中。〔6〕然而,作为推论基础的大前提(即下文所论“经验知识”)并未在证明程序中得到充分检验,推论结果的正当性也鲜少在裁判文书中得到论证。尽管裁判文书说理可以在一定程度上披露法官心证,但实践中法官仍倾向于粗略论断而非精细论证。〔7〕其二,情理推断作为指引法官裁判的“潜规则”,在立法轨道之外与其并行运作。这些“裁判规则”多源自地方实务部门的办案经验,后经司法解释之规

〔1〕接前注〔1〕出事实的证明方法。相对似真理论,常被等同于最佳解释推论,是传统贝叶斯概率理论的主流替代理论之一,其规范性功能在于解释排除合理怀疑、优势证明等证明标准的内涵及其适用。See Michael S. Pardo and Ronald J. Allen, “Juridical Proof and the Best Explanation”, *Law and Philosophy*, Vol. 27, No. 3, 2008, pp. 238-239; Ronald J. Allen and Alex Stein, “Evidence, Probability, and the Burden of Proof”, *Arizona Law Review*, Vol. 55, Issue 3, 2013, p. 560; John R. Josephson, “On the Proof Dynamics of Inference to the Best Explanation”, *Cardozo Law Review*, Vol. 22, Issues 5-6, 2001, pp. 287-305.

〔2〕参见(德)罗伯特·阿列克西:《法律论证理论:作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,商务印书馆2019年版,第284页。该书指出,“几乎所有的法律论述形式——就像几乎所有的普遍实践论述形式一样,都包含有经验语句”。

〔3〕参见张保生:“事实、证据与事实认定”,《中国社会科学》2017年第8期,第119页;樊传明:“司法证明中的经验推论与错误风险”,《甘肃行政学院学报》2013年第6期,第115页。

〔4〕广义的经验法则包括经验法则与论理法则,参见张卫平:“认识经验法则”,《清华法学》2008年第6期,第9-10页。另参见孙皓:“僵化与恣意之间:刑事司法决策的经验尺度”,《环球法律评论》2021年第3期,第103页。本文倡导将经验法则与论理法则并称为“经验与论理法则”。

〔5〕经验主义与理性主义的融合,参见据明亮:“论经验法则在司法证明中的展开及适用”,《法制与社会发展》2021年第5期,第211-212页。

〔6〕参见吴洪淇:“从经验到法则:经验在事实认定过程中的引入与规制”,《证据科学》2011年第2期,第162页。

〔7〕《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(2018年)第4条规定:“裁判文书中对证据的认定,应当结合诉讼各方举证质证以及法庭调查核实证据等情况,根据证据规则,运用逻辑推理和经验法则,必要时使用推定和司法认知等方法,围绕证据的关联性、合法性和真实性进行全面、客观、公正的审查判断,阐明证据采纳和采信的理由。”

定成为具有约束力的“规则”。我国独特的“立法模式”〔8〕承继了办案经验中潜藏的认知偏差甚至有罪推定的偏见,限制甚至剥夺了辩方反驳、争辩的机会,降低了推翻控方证明的可能性,甚至禁锢了裁判主体的自由认知。僵化、机械地适用办案经验不仅枉顾个案具体情境,甚至可能导致司法恣意。〔9〕

情理推断在实践中的隐性适用面临合法性和正当性危机。一方面,我国刑事司法体系奉行客观真实的司法证明观,旨在追求事实认定的确定性,偏好客观化的证明方法,与情理推断并不兼容。〔10〕因此,实务部门适用情理推断认定事实并不具有合法性。另一方面,由于缺乏相应的约束机制,情理推断的适用可能陷入权力滥用甚至恣意裁判的正当性危机。可见,法官常识与理性受到极大压抑的“不自由心证”与不受限制地适用经验推论的“自由心证”并存。故此,有学者将我国刑事司法体系的现状描述为“准客观推断表象化—情理推断后台化”,〔11〕还有论者将其概括为“日常思维模式”。〔12〕从上述矛盾现象中亦可窥见,我国司法实践对经验推论的偏好与刑事立法对客观真实的追求产生了某种紧张关系。

为防止程序恣意、裁判失当,我国亟需将情理推断从隐性适用向规范运作转型。遗憾的是,我国学界对情理推断乃至司法证明的内在构造与运作机理等关注甚少,已有研究尚不足以有效回应刑事司法实践的证明需求,亦无法系统性地解决证明困难。有论者倡导通过程序规则实现“情理推断的一般公开化/正当化及其规范化”,〔13〕但该说尚未详细讨论作为证明方法的情理推断的证明结构,亦未探索程序设置之外的其他约束机制。还有论者提出,应将我国刑事证据推理转向“三步法”精密论证模式。〔14〕该说倾向于威格摩尔图示式的原子主义证明模式,但遗憾的是,该说未触动我国传统的司法证明认识论基础,亦未将事实认定的价值判断以及证明标准的规范功能纳入司法证明的运作之中。

司法证明是兼具实践性与理论性的宏大命题,证明方法、证明标准以及认识主体等多重因素交错其中。情理推断的隐性适用既非孤立现象,亦非偶然发生,是多重因素综合导致的系统难题。制定法上,我国“宜粗不宜细”〔15〕的立法传统并未直面司法证明的模糊性及其对价值判断的需要,对权力行使缺乏必要的指引和有效的制约。在学术层面上,司法证明相关的理论智识尚显匮乏,已有研究多在外围开展,对司法证明的本质与结构等基础问题缺少深入研讨,对“如何发现并证成事实”亦未达成初步的理论共识。与以往证明模式研究所采用的外部视角

〔8〕 参见汪海燕:“‘立法式’解释:我国刑事诉讼法解释的困局”,《政法论坛》2013年第6期,第69—72页。

〔9〕 参见龙宗智:“比较法视野中的印证证明”,《比较法研究》2020年第6期,第23页。

〔10〕 陈虎:“制度角色与制度能力:论刑事证明标准的降格使用”,《中国法学》2018年第4期,第115页。

〔11〕 周洪波,见前注〔1〕,第1249页。

〔12〕 封利强:“我国刑事证据推理模式的转型:从日常思维到精密论证”,《中国法学》2016年第6期,第156—157页。

〔13〕 周洪波,见前注〔1〕,第1251页。另参见李滨:“情理推断及其在我国刑事诉讼中的运用检讨”,《中国刑事法杂志》2015年第1期,第111—112页;纵博:“论证据推理中的间接相关证据”,《中国刑事法杂志》2015年第5期,第118页。

〔14〕 封利强,见前注〔12〕,第162页。

〔15〕 参见张建伟:“刑事司法解释的空间与界限”,《清华法学》2013年第6期,第25页。

不同,本文倡导一种内部视角,对司法证明中的情理推断展开微观考察。以揭示司法证明的内在构造、诠释情理推断的证明机理为基础,本文尝试提出规范情理推断的具体运作的理论框架,以期为我国证明困境的突破提供可行路径。

二、司法证明的内在构造

传统上,我国法中的刑事证明是以权力为导向的职权行为,外观上呈现为一种单维度构造。在封闭的运作场域中,事实认定与侦查行为、检察控诉紧密粘连,疏离于辩方的话语表达与意见沟通。已有学术研究多侧重对证据形式、证明效果的外部考察,鲜少探究司法证明的微观运作。欲推动情理推断从隐性适用向规范运作的实践转型,首要要义在于准确揭示司法证明的内在构造——此为制度前提与理论基础。

(一)对外部观察视角的理论反思

探讨情理推断规范运作的前提是准确把握司法证明的构造。就司法证明与事实认定而言,以往学术研究采取的是“系统工程师”的外部观察者视角,以结果或目标为取向,不甚关注事实认定者作为道德主体的角色。^[16]用“印证证明”描述我国现行证明模式正是一种典型的外部视角。^[17]印证证明侧重法定证据之间的静态关系,而非“发现并证成事实”的沟通式关系;“证据之间互相印证”所追求的是外部的、表面的效果,不甚重视“从证据推导出事实”这一内在的、实质的结构与过程。除此之外,证据审查判断规则对客观性的侧重、片面倡导辩方的权利保障等传统研究亦采外部视角,均在司法证明的外围展开,并没有触及其内部结构与功能运作。又如,有关证明(据)标准层次化、算法在司法证明中的运用等学术研究,要么因为没有准确把握实践症结而转移了问题焦点,要么因为研究方向偏误而混淆了理论争点。整体观之,我国刑事司法证明实践与理论更加趋近于技术化而非精细化。这种“技术式司法证明观”尽管迎合了实务部门的某些诉求,但是却怠于矫正司法实践中的权力滥用甚至恣意裁判行为,更无益于我国司法证明理论体系的建构。

1. 印证证明规则体系遵从实体法路径

我国现行印证证明规则之建构遵从实体法路径,忽略了诉讼证明的需要。实体法上的构成要件是抽象的、规范的,对行为的刑法评价需要经历将案件事实归属到构成要件的过程。但在实体法之外,案件事实的得出(即事实认定)则要经历从证据命题到案件事实的推论,是一个认识论过程。

诉讼证明的实体法路径局限了证明方法的外延。我国《刑事诉讼法》(2018年修订)第50条第一款规定,“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”。在刑法视角下,“案件事实”即实

[16] 参见(新加坡)何福来:“事实认定”,张保生译,《证据科学》2019年第1期,第100、101页。

[17] “印证证明模式”,参见龙宗智:“印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式”,《法学研究》2004年第2期,第107页;龙宗智:“刑事印证证明新探”,《法学研究》2017年第2期,第146页;龙宗智:“法学与史学印证方法比较研究”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期,第111页。

体事实或要件事实。^{〔18〕}该条第二款对证据形式的列举也指向实体法上的构成要件事实。^{〔19〕}然而,在刑事诉讼的语境中,司法证明活动的核心在于认定事实,但却并不仅仅在认定事实。司法证明语境中的“事实”是与案件相关的主张,即除了实体事实本身,还有其他有证明意义的“事实性主张”,如物证证据相关性的验真证明、言词证据可信性的品格证明、证据命题可靠性的经验证明等。这些主张尽管并未规定在刑诉法中,但却是司法证明的应有之义。如以司法证明的旨趣解释,前引第50条第一、二款并不能算作是对“证据”概念的界定,而仅规定了用于证明实体事实的实质证据及其法定形式。该条并未否定除实体事实之外的其他事实,亦未排除实质证据之外的其他证明方法。

我国已有学者关注证据种类对证明体系的束缚,提出实质证据与辅助证据二分说、核心证据与补助证据二分说,开拓了不同于传统证据种类研究的新视角。前者的分类标准是证据与待证事实之间是否存在“生成”意义上的相关性。^{〔20〕}后者的区分标准即证据与要件事实之间是否存在直接、必然的联系。^{〔21〕}两种学说均注意到:在我国法中,事实、待证事实、证据、证明对象等相关概念均是围绕实体事实(或要件事实)建构起来的,亦肯认仅强调“证据印证”忽视了辅助证据与补助证据的证明作用,限缩了司法证明的应然空间。这两种类型划分学说为弥补印证证明的缺陷提供了理论路径,但仍有几点值得反思之处:其一,对证据的类型划分容易受制于现行法对证据的界定以及对证据种类的列举(尤其是“核心证据与补助证据二分说”)。其二,证据与案件事实之间的“关系”仍然是一种外部性关系,生成与否、疏密与否的判断容易陷入机械的形式主义。其三,重新界定证据分类之后,仍要探讨实质证据与辅助证据、核心证据与补助证据如何用于司法证明——尤其是,如何借助多个推理链条或者较低盖然性的经验知识,从辅助证据与补助证据中推导出事实。概言之,前述证据分类并不能一劳永逸地解决如何保障证据推理的可靠性以及事实认定正当性的系统性难题。

2. 证明方法与证明标准关系淆乱

我国刑事证明方法与证明标准的关系长期纠缠不清。一方面,证明方法的外延受制于证明标准追求确定性的立法性功能。追求客观真实的证明标准催生了僵化的“唯证据论”^{〔22〕}与机械的印证证明规则。另一方面,印证证明架空甚至取代了证明标准,证据之间互相印证的效果即满足了证明标准的要求。^{〔23〕}

造成二者关系淆乱的原因之一在于学界对何为证明方法语焉不详。概言之,证明方法即

〔18〕 参见林钰雄:《刑事诉讼法(上)》,新学林出版股份有限公司2019年版,第277页。

〔19〕 《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》(2021年)第72条规定的需要用证据认定的案件事实,也多是从实体犯罪构成角度的列举。

〔20〕 参见周洪波:“实质证据与辅助证据”,《法学研究》2011年第3期,第158页。

〔21〕 参见向燕:“论刑事综合型证明模式及其对印证模式的超越”,《法学研究》2021年第1期,第111页。

〔22〕 封利强:“理据:一个不可或缺的证据法学概念”,《浙江社会科学》2019年第8期,第64页。

〔23〕 参见吴洪淇:“印证的功能扩张与理论解析”,《当代法学》2018年第3期,第78页;杨波:“我国刑事证明标准印证化之批判”,《法学》2017年第8期,第152页;王星译:“‘印证理论’的表象与实质——以事实认定为视角”,《环球法律评论》2018年第5期,第103页。

“用什么证明”以及“如何证明”。〔24〕“用什么证明”即工具意义上的证明方法,可作证明手段。〔25〕其中,“证据”是最典型也是要求最严格的证明方法。〔26〕证据方法之外,还有司法认知、法律推定等证明方法。〔27〕“如何证明”即如何利用前述证明手段“发现事实”。〔28〕现代法治国证明方法体系由理性主导,在确保真实发现准确性的同时,兼顾手段正当,即规制刑罚权与裁判权行使,防止任意指控、恣意裁判。〔29〕由此可知,证明方法服务于司法证明发现并证成事实的根本目的。

造成二者关系淆乱的原因之一在于证明标准的立法功能定位出现某种偏差。司法证明被作为一种发现客观真实的确定性、客观性的手段。这种证明观影响了诉讼证明的认识论基础以及证明标准的规范性功能。“勿枉勿纵”的客观真实是包括事实认定在内的所有诉讼行为之唯一评判标准,讳言法官自由心证的主观判断,亦“不存在错误风险分配的问题”。〔30〕为了规避体制内外的风险,法官作为普通人的角色受到压抑,“裁判后果”成为其适用证明标准的主要考量。〔31〕事实认定的确定性被“证据印证”的形式效果所取代,证明标准的主观判断转而诉诸客观证明方法的外部机制。

诚然,将证明方法从证明标准中剥离并不意味着将二者割裂。诚如学者所论,证明标准对证明方法有“最为根本性的”影响,这是我国刑事证明实践较之其他法治国的独特性之一。〔32〕当前,我国刑事证明制度完善与理论体系建构的首要任务在于:澄清证明标准的规范性功能,合理拓展证明方法的外延。值得注意的是,2012年《刑事诉讼法》修改时,增加排除合理怀疑

〔24〕 有论者采狭义,认为证明方法即如何去证明,证明手段即用什么证明。参见何家弘:“论司法证明的基本范畴”,《北方法学》2007年第1期,第69—70页;何家弘、吕宏庆:“间接证据的证明方法初探”,《证据科学》2021年第3期,第264页。

〔25〕 对西方证明方法的历史考察,参见何家弘:《司法证明方法与推定规则》,法律出版社2018年版,第36—44页。

〔26〕 我国台湾地区“刑事诉讼法”中,“证据”含义有二:作为证据资料(强调内容)、作为证据方法(强调手段)。法定证据方法有人证、文书、鉴定、勘验、被告五种。参见林钰雄,见前注〔18〕,第502—503页。

〔27〕 See Federal Rules of Evidence, Rule 201, 301, 中文版译介可参见王进喜:《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》,中国法制出版社2012年版,第35—54页。另参见(英)理查德·梅:《刑事证据》,王丽、李贵方等译,法律出版社2007年版,第86—89、90—94页。

〔28〕 学界所熟知的“神示证明—法定证据制度—自由心证”的发展历程正是对证明方法演变脉络的描述。参见龙宗智:“印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式”,见前注〔17〕,第107页。另参见何家弘:“司法证明方式和证据规则的历史沿革——对西方证据法的再认识”,《外国法译评》1999年第4期,第33页(“从‘告知真理’到‘发现真理’的转化”);何家弘:“从司法证明模式的历史沿革看中国证据制度改革的方向”,《法学家》2005年第4期,第125、129页(“从‘自由证明’到‘法定证明’的发展”)等。

〔29〕 这个意义上的证明(方法)模式有不同的学理分类,如印证证明法与自由心证法、“客观证明模式”与“情理推断模式”。参见龙宗智:“印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式”,见前注〔17〕,第114页;周洪波:“比较法视野中的刑事证明方法与程序”,《法学家》2010年第5期,第31页。

〔30〕 刘晓丹:“刑事证明标准的维度分析”,《中国刑事法杂志》2016年第3期,第84页。

〔31〕 参见陈林林:“司法过程中的经验推定与认知偏差”,《浙江社会科学》2015年第8期,第31页;李昌盛:“证明标准因何而设”,《学术界》2020年第7期,第93—94页。

〔32〕 参见周洪波,见前注〔1〕,第1245页。

作为“证据确实、充分”的要件之一,其证明机能如何发挥值得深入探讨。不可否认,排除合理怀疑势必会对证明方法的内涵与外延产生影响。^[33] 遗憾的是,已有学者研究发现,通过排除合理怀疑促进“主客观因素相统一”的立法期待在实践中并没有实现,客观因素反而得到强化,进一步压缩了主观因素的空间。^[34] 可见,证明标准与证明方法除了互相牵制之外,二者还均受制于追求客观真实的司法证明目的论,这就使得考察司法证明的内在结构与运作机理成为必要。

3. 改良式印证证明依赖西方证据推理理论

学界对“我国需要何种证明模式”仍无定论,但作为理论与实践互动的典范,印证证明理论影响深远,但对于改良路径的探索却有偏向西方证据推理理论的趋势。证据推理有两种基本模式:以证据为基础的论证模式(即原子主义模式)与以叙事为基础的故事模式(即整体主义模式)。^[35] 我国学者所倡导的多元证据分析方法、^[36] 综合型证明模式、^[37] 整体主义证明模式^[38]等学说或多或少都借鉴了二者的理论要素。其实,西方学者早已指出两种模式的缺陷:论证模式不太关注事实认定的整体性,故事模式则不太关注单个证据。除此之外,我们还应当认识到,证据推理模式有其运作的制度背景:其一,其运作的场域是非确定性的司法证明体制,事实认定诉诸常识与理性的经验判断;其二,证明标准对证明方法掣肘较少,证明方法则受制于证据规则与证明程序;其三,侧重事实的发现过程,不太关注事实的证成。整体叙事、证据论证等要素是否能在我国发挥作用,首先要准确把握我国的体制症结与实践难题,否则,即便在传统印证证明体系中引入“整体性叙事因素”^[39]或者“增强法官心证”,^[40]仍无法妥善解决证明方法匮乏的难题,也不能有效防范印证规则被滥用甚至误用的现象。

[33] 参见王骥:“论‘排除合理怀疑’证明标准的中国意义”,《华东政法大学学报》2015年第6期,第113页。

[34] 参见纵博:“‘排除合理怀疑’适用效果的实证研究——以《刑事诉讼法》修改前后共40件案件为样本”,《法学家》2018年第3期,第30页;张栋:“中国刑事证据制度体系的优化”,《中国社会科学》2015年第7期,第131页;李训虎:“刑事证明标准‘中体西用’立法模式审思”,《政法论坛》2018年第3期,第135页等。

[35] 参见(美)特伦斯·安德森、(美)戴维·舒姆、(英)威廉·特文宁:《证据分析》(第二版),张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第316—322页;(荷)弗洛里斯·贝克斯:《论证、故事与刑事证据——一种形式混合理论》,杜文静等译,中国政法大学出版社2020年版,第39—40页。另参见郑飞、柴鹏:“论证据推理的性质与方法”,《证据科学》2019年第3期,第280—286页。

[36] 参见纵博:“印证方法的不足及其弥补:以多元证据分析方法体系为方向”,《法学家》2020年第6期,第170页;纵博:“庭审实质化视野下的证据分析方法多元论”,《政治与法律》2020年第10期,第25页。

[37] 向燕,见前注[21],第190—191页。

[38] 谢澍:“迈向‘整体主义’——我国刑事司法证明模式之转型逻辑”,《法制与社会发展》2018年第3期,第192页。

[39] 向燕,见前注[21],第116页。

[40] 参见蔡元培:“论印证与心证之融合——印证模式的漏洞及其弥补”,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第3期,第176—178页;另参见龙宗智:“刑事印证证明新探”,见前注[17],第146页;朱锡平:“融合心证:对证据印证证明模式的反思”,《法律适用》2015年第2期,第81页。

(二)对司法证明构造的微观考察

司法证明的根本问题是“如何跨越证据与事实的鸿沟”。这个问题的复杂性在于:发现事实的过程跨越认识论以及价值论的双重维度,最终有赖于裁判者运用常识与理性形成对所认定事实的内心确信。印证显然不能涵盖所有的司法证明活动,证据之间互相印证的效果也并不必然推导出“真的”事实。为此,有必要引入一种内部观察视角,对司法证明的内在结构与功能运作开展微观考察。

1.司法证明是规范性的经验推论

司法证明并不是纯粹的认识活动,是借助证据、经验等证明方法回溯性地建构并证成事实的一系列活动。司法证明受证据规则、证明法则、程序设置等法律规则的约束,具有形式上的规范性,学术界对此已基本达成共识。但这种外部的规范性并不是对司法证明属性的完整界定。司法证明实质上的规范性还体现在其是一种包含价值判断的经验性推论。

司法证明是一系列经验性推论的聚合。详言之,司法证明是“一种事实的推导,是对证据性事实与要件事实之间相关性联系的确证或断定,是一个逻辑地推想和论证的过程”。^{〔41〕}证据本身是证明手段,并不能等同于事实,事实均需要借助经验推论推导而来。经验知识多由归纳所得,最常见的是常识,“一种智慧的结晶、一种指引人类行为的原因和准则”。^{〔42〕}比如我国刑法司法解释中的一般生活经验、逻辑与经验、自然规律或定律即为此类经验性知识,但我国法仍将其规定于“证据”这一法定证明方法的语境中,并没有进一步明确经验知识是如何用于司法证明的。

司法证明内部也蕴含了立法上的价值判断,体现在裁判者自由判断是否符合证明标准足以认定事实的过程中。在司法证明的推论过程中,“所得到的结论即事实真相是对各方事实主张之可能性的判断,因而具有盖然性”。^{〔43〕}经验推论的或然性在很大程度上昭示着事实认定的似真性。在事实认定的场景中,证据命题所包含主张(证据性事实)的“真假”就转化为可信度的高低,对所认定案件事实的真假判断就是一种对真或假的确信程度(或信念)。换言之,法官对判决结论的证成表征为对证据主张所蕴含的假说命题的接受。^{〔44〕}

诉讼认识论一般认为,司法证明活动并不能达致发现客观真实的绝对确定状态;司法实践中,证据短缺、事实模糊往往是常态。在似真证明的语境中,事实认定有赖于裁判者对事实的确信程度——可能是肯定性的确信,也可能是否定性的确信,也可能“存疑”。在内心存有疑问时,裁判者就要面临如何决断的难题,既可能是轻重罪刑的选择,甚至是可能错放有罪与可能错判无辜之间的选择。这个选择是一个关乎司法正义和政治正义的价值选择问题,应当由立法明确规定,不应交由裁判者在个案中自由心证判断。^{〔45〕}此时,证明标准就承担了分配裁判

〔41〕 张保生:“推定是证明过程的中断”,《法学研究》2009年第5期,第193页。

〔42〕 (美)罗纳德·J. 艾伦:《理性、认知、证据》,栗峥、王佳译,法律出版社2013年版,第52页。

〔43〕 张保生,见前注〔3〕,第125页。

〔44〕 张继成:“诉讼证明标准的科学重构”,《中国社会科学》2005年第5期,第118页。

〔45〕 (美)亚历克斯·斯坦:《证据法的根基》,樊传明等译,中国人民大学出版社2018年版,第15、19—20页。

错误风险的规范性功能。^[46] 由此,裁判者的常识与理性得以释放,证明方法的外延得以拓展,情理推断方有运作的空间。^[47] 这种运作逻辑恰恰契合了似真性证明观的内核。

前述诸多体制性因素共同作用之下,我国司法实践与立法之间出现了某种断裂。为了弥合这种断裂,较之盲目固守确定式证明的客观真实论,直面司法证明的或然性与模糊性更为明智。在似真性证明观之下,事实认定者得以卸除体制性负担,回归道德主体的普通人角色,常识与理性得以自由、自主地发挥。诚然,这并不意味着放弃追求事实认定的准确性,乃是强调卸除禁锢法官自由心证的枷锁的必要性。

2. 司法证明具有论证属性

任何对正确性标准的寻求都需要经过论证,即提出作出某种主张或判断的正当性理由。^[48] “推论存在于推理之中,推理存在于论证之中。”^[49]为“实践论辩”的法律推理,其内部是“二阶论证”^[50]的过程:不应当仅仅关注大小前提之间以及前提与结论之间逻辑联系的内部证成,还要关注大小前提的正当性、真实性这一内部证成,以实现法律的形式正义与实质正义。^[51] 法理学相关研究已经对法律论证(对大前提的外部证成)、推导有效性的内部证成建构了诸多理论模型,但这些理论分析框架并不关注作为小前提的事实命题的真实性,因而并不能用于诠释司法证明的运作机理。

如何认定事实并论证其正当性是司法证明领域的核心命题,证据法学界应当担负起事实证成(对小前提的外部证成)的“法理学使命”。^[52] 遗憾的是,证据法学者对其缺少应有的关注。^[53] 事实认定则是法律适用的前提,事实证成在整个法律推理过程中处于基础地位。在法律推理这个复合型结构中,“司法三段论”的演绎推理作为本原推论,事实证成是该本原推论结构中的“次级推论单元”。这个次级推论单元的真实性影响甚至决定了后续大前提证成(法律适用及法律论证)的正当性,以及从前提到结论的推论的形式正当性。

司法证明要处理事实、证据与命题之间的复杂关系。事实是司法证明的核心目的,也是最具复杂性的实践性难题。事实认定并不是纯粹的认识活动,而是包容价值判断的规范性评价。

[46] 参见(美)拉里·劳丹:《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74页。另参见李昌盛:“证据确实充分等于排除合理怀疑吗?”,《国家检察官学院学报》2020年第2期,第116页。

[47] 参见王星译:“刑事证明标准的规范功能与实践归宿”,《环球法律评论》2021年第3期,第117页。

[48] 颜厥安:“法、理性与论证——Robert Alexy的法论证理论”,《政法法学评论》总第25期,第35页,转引自罗伯特·阿列克西,见前注〔2〕,第9页(舒国滢“代译序”)。

[49] 熊明辉:“论法律逻辑中的推论规则”,《中国社会科学》2008年第4期,第31页。

[50] 法律论证的二阶论证理论认为,“内部证成涉及从既定前提到结论进行推导的逻辑有效性问题,外部证成则关涉前提本身的正确性问题。”王彬:“逻辑涵摄与后果考量:法律论证的二阶构造”,《南开学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第34页。另参见阿列克西,见前注〔2〕,第221、270页。

[51] 张继成:“法律推理模式的理性构建”,《法商研究》2002年第4期,第122页。

[52] 张文显:“法理:法理学的中心主题和法学的共同关注”,《清华法学》2017年第4期,第36页(本文提出“部门法学研究的法理化”这个命题)。

[53] 张保生:“事实认定及其在法律推理中的作用”,《浙江社会科学》2019年第6期,第34—35页。

“事实乃是对呈现于感官之前的事物或现象的某种实际情况的一种断定或陈述。事实必须以命题的形式作为其确立的标志,所以证据也只能以命题的形式出现。”^[54]司法证明活动则要审断这些命题的真实性,进而认定本案事实。为了防止经验判断被滥用,司法证明活动要受制于证据规则、证明标准等法律规范的约束。证据与事实之关系的经验判断、裁判者对事实的内心确信等便转变成可视化的论证活动。在这个意义上,事实证成的过程也是证据推理的过程,而证据推理进一步“为法律推理划定了可接受的证据事实”。^[55]

有法理学者将案件事实与构成要件事实的关联性论证称为“归属论证”,主张其目的在于“证立法律事实”。^[56]归属论证对关联性(又作相关性)的微观考察具有积极的启发性,但其对案件事实建构过程的描述是外部性的:第一,归属论证乃是为法律论证服务的,其最终指向仍然是法律论证,并未特别关照事实证成。第二,归属论证是一个宏观的、粗糙的分析框架,其没有区分客观事实与证据性事实。第三,案件事实并非“不言自明”,其证成仍然需要借助一个次级推论得以完成,即借助情理推断在证据性事实与案件事实之间建立联系。第四,归属论证尽管指出了“客观事实需要归属于要件事实”(即该说所论“法律事实的证立”),但并没有探讨事实证成的正当性来源是什么。最后,归属论证没有探讨证明标准的规范性功能如何发挥。

与法理学者所论法律论证视角不同,考察事实认定过程中证据与事实的关系,应从诉讼证明与司法裁判的视角为宜。受制于现代法治国证据裁判原则,诉讼活动主要围绕证据开展,但本质上司法证明仍是以证明为本位的(proof-orientated)。司法证明是一个动态的、一系列认知活动的总和,是一种解释性的、论证性的诉讼活动,或概括为一种“论证式经验推论”(argumentative experiential inference)。^[57]司法证明活动的目的在于“证成事实”,即对事实认定的正当性论证。

裁判者当从何探寻事实认定的正当性来源?对此,我国有论者指出,事实认定有“求真”和“求善”两个正当性来源。“求真”通过关联系规则与证据可信性品质的推论实现;“求善”即公正、和谐、效率等价值判断。^[58]该说仍有值得商榷之处:首先,“求善”所涉及的价值衡量即后果论路径,^[59]属于法律适用层面的“裁判修辞”,已经超出了事实认定这一小前提的范畴;其次,该正当理由没有将证明标准的功能纳入其中,对于司法证明而言是不完整的。裁判者对其

[54] 张继成:“事实、命题与证据”,《中国社会科学》2001年第5期,第144页。

[55] 陈林林:“证据推理中的价值判断”,《浙江社会科学》2019年第8期,第49页。

[56] 黄泽敏:“案件事实的归属论证”,《法学研究》2017年第5期,第77页。

[57] 司法证明“是解释性的”,旨在寻求“相对似真”的解释。参见(美)罗纳德·J. 艾伦:“论司法证明的性质”,王进喜、杜国栋、梁良译,《证据科学》2011年第6期,第767页;(美)罗纳德·J. 艾伦、(美)迈克尔·S. 帕尔多:“相对似真性及其批评”,熊晓彪、郑凯心译,《证据科学》2020年第4期,第442页;(美)罗纳德·J. 艾伦:“司法证明的性质:作为似真推理工具的概率”,汪诸豪、戴月、柴鹏译,《证据科学》2016年第3期,第373页等。

[58] 张保生,见前注[53],第39页。

[59] 有关“后果论”与“结果导向”的研究,参见雷磊:“反思司法裁判中的后果考量”,《法学家》2019年第4期,第19页;王彬:“司法裁决中的后果论思维”,《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第6期,第15页;赵力:“论裁判后果主义推理的运作原理”,《东方法学》2020年第1期,第149页。

认定事实的确信进行的正当性论证应当满足如下基本要求:首先,通过建立证据性事实与案件事实的关联,将案件事实归属于实体法构成要件事实;其次,阐释这种归属的认知过程;再者,从证明方法(手段)与证明标准(目的)两个方面论证事实归属的正当性。在这个意义上,司法证明就是事实证成的过程,而事实证成也通过司法证明得以彰显。

综上,揭示司法证明的内部结构有助于准确地把握司法证明的属性。为发现事实,司法证明需要借助经验知识完成从证据性事实到案件事实的推论。经验知识的盖然性在很大程度上决定了司法证明的非必然性。事实认定有赖于裁判者对案件事实的内心确信。为防止内心确信沦为武断的、任意的、主观的论断,裁判者被课以正当性论证的义务。以此为理论基础与制度背景,方有可能探讨情理推断在司法证明中的规范运作。

三、情理推断的证明机理

情理推断涉及控辩双方的证据论辩、裁判者对事实的认定与证成等一系列“表达与沟通行为”。如欲实现情理推断在司法证明中规范地运作,首先应当明确规定其证明机理,这是对情理推断的直接规限。

(一)情理推断以经验知识为推论前提

在结构上,情理推断描述的是一个将大前提适用于小前提,再由小前提得出结论的推论过程。从司法证明的视角观之,情理推断所含推论即通过隐含的大前提建立小前提(证据命题)与其所指向的“事实”(即结论)之间的联系。情理推断的典型特征在于:大前提往往是隐性的经验知识;小前提则是一种证据主张,该证据主张不是孤立的,其所主张的“证据性事实”直接或间接地指向案件事实。

情理推断的大前提或推论基础是一种经验性知识,其有效性在很大程度上影响着情理推断的可靠性。经验知识可以是一般性的经验,也可能是个别性的经验;可能经科学确认或者受实证数据支持,也可能是“主观建构性的”,甚至蕴含着某种认识上的偏见。^[60]这也是情理推断的危险性之所在。因此,情理推断规范运作的关键之一在于确保经验知识的可靠性。我国学术界对经验知识的概念界定未有定论,但多倡导以可靠性为依据对其进行类型划分。如有论者认为,经验知识即“法则”(generalization),^[61]“是对人类行为和客观事理的粗略评估”,依其是否具有科学可靠性可分为三类:“一般性经验法则”“准一般性经验法则”和“非一般性经验常识”。^[62]类似地,也有论者将“理据”(ground)分为经验法则与科学法则两类。^[63]此类

[60] 参见(意大利)Michele Taruffo:“关于经验法则的思考”,孙维萍译,《证据科学》2009年第2期,第176—179页。

[61] 因其包含的信息具有概率属性,且其用于司法证明时多伴随某种主张,本文将其译作“概称命题”。我国学者对此有多种译法,如“概称陈述”“概括”“法则”。分别参见贝克斯,见前注[35],第21页;安德森等,见前注[35],第129—132、346页;向燕,见前注[21],第107页。

[62] 向燕,见前注[21],第108页。

[63] 封利强,见前注[22],第67—68页。

类型化研究的缺陷也是显而易见的:首先,类型划分标准可能存在偏见。科学可靠性并不是必然的,也非可靠性的唯一来源。经验知识的科学性亦不必然保障经验推论的可靠性。其次,类型划分可能把证明力的自由判断异化为可计算的统计学概率,从而落入僵化证明的另一个极端。再者,类型划分未把辩护因素考虑在内,科学知识的有效性及其应用的可靠性在司法证明中仍是可抗辩的。最后,类型划分最终落足于证据形式上,仍未突破法定证据形式的禁锢,如前引所谓“科学法则”在我国法中通常呈现为鉴定意见。证据形式是静态的、外部性的,无法包容司法证明的动态性、沟通性。

不可否认,很多经验知识源自归纳,无法诉诸科学方法检验其可靠性——这正是社会科学与自然科学的科际差别之所在。经验知识甚至会伴随不公正的偏见。^[64]这种认知偏差通常是未经察觉的、自动化的“隐性社会认知”,^[65]其形成机制是多样且复杂的。因此,检验经验知识的可靠性,防止法官滥用经验推论恣意裁判,是十分必要的,但类型化的经验知识筛选机制“治标不治本”,在学理上的规范性意义亦不显见。

“法则”或“理据”等经验知识的要义在于其在司法证明中如何发挥作用,宜将其置于情理推断的推论结构中系统性地考察。经验知识本身不是目的,用其推导出结论,建立事实与证据的关联才是目的。^[66]如有论者准确地指出,理据“是司法证明活动中用作推论依据的知识”,是一个阐明事物之间客观联系的命题,“旨在建立从证据到事实的推论”。^[67]情理推断大前提所具有的知识属性并不影响其证明结构,仅影响其推导过程的真实性,进而影响证据性事实的可靠性。在似真性司法证明的语境中,关联度大小、远近等均是可论辩的。也正是在这个意义上,经验知识的陈述是一种需要证成的命题。

为确保事实认定的准确性,防止裁判的恣意武断,经验推论应当受到证据的支持。即便是我国学者所推崇的故事模式,其也存在“好故事不是真故事”的风险。其根源在于,叙事结构是依据因果性概称命题建构起来的,具有较大的盖然性。^[68]为降低叙事不可靠的风险,西方学者倾向于建构一种混合模式,如“形式混合理论”^[69]“锚定叙事理论”^[70]等。混合模式均要求用证据检验故事,即:经验知识应受到证据的支持,并经当事人间的证据论辩活动得以检验。这一点恰恰是值得我国印证证明模式反思借鉴的。

(二)情理推断用推论建立证据与事实的联系

情理推断从隐性适用走向规范运作的前提和基础就是“解释相关性”,即揭示推导所依据

[64] 参见贝克斯,见前注[35],第20—24页。

[65] 李学尧、葛岩、何俊涛:“认知流畅度对司法裁判的影响”,《中国社会科学》2014年第5期,第150页。

[66] 龙宗智:“刑事证明中经验法则运用的若干问题”,《中国刑事法杂志》2021年第5期,第59页。

[67] 封利强,见前注[22],第67—68页。

[68] 贝克斯,见前注[35],第39—40页。

[69] 贝克斯,见前注[35],第127页。

[70] (荷)威廉·A.瓦格纳、彼得·J.范科本、汉斯·F.M.克罗伯格:《锚定叙事理论——刑事证据心理学》,卢俐利译,中国政法大学出版社2019年版,第50—51页。

的经验知识,论证证据性事实(证据命题)与案件事实的关联。如前所论,相关性源自经验知识,包含合理的归纳概括。^[71] 在司法证明的规范性层面,相关性是“证据的根本属性”,^[72]是“连接事实分析/证明原则与法律规范的主要桥梁”。^[73] 在诉讼认识论的语境中,事实认定被视作一种经验性推论过程,其准确性正是以相关性为“逻辑基础”。^[74]

司法证明关注“建构并论证”证据与事实之间的关联,是解释性的、沟通性的。相关性有无并非不言自明,亦非不证自明,需要在程序中借由证明活动予以阐明。根据美国《联邦证据规则》规则 401,相关性包含实质性(或指向性)与证明性(或功能性)两个要素。^[75] 司法证明中的相关性体现的是证据与实质性事实(或要素性事实)的关系。^[76] 其中,证明性的判断需要诉诸经验知识以及对经验知识的合理归纳概括。^[77] 进而,证据性事实到要素性事实之间的联系是一种可能的经验推论,建立在这种经验推论之上的逻辑关系则具有或然性而非必然性。^[78] 相关性释放了法定证据种类对司法证明功能的局限,从关注证据的形式转向证据的内在,即证据命题与案件事实的关系;相关性打破了我国传统上平面的、静态的司法证明观,将司法证明聚焦到事实认定的主线上来。是故,有学者将相关性奉为证据法的“黄金规则”。^[79]

情理推断是对司法证明本质的描述,其可以涵盖法定证据方法的证明机理,也包容了除证据方法以外更广义的论证式经验推论。情理推断既在证据证明之中,又在证据证明之外。首先,证据是“从证据载体中得出的,用来证明案件真实情况的命题”。^[80] 情理推断需要阐明证据命题中证据事实与案件事实的关联,是对相关性的微观解构。其次,作为一种立体的结构,情理推断并非仅依附于证据形式承载的信息,其通过从经验知识到结论的推论过程起证明作用。正是情理推断在证据命题与案件事实之间发挥“粘合剂”作用,建构并证成事实的事实认定活动才得以完成。

综上,通过司法证明发现并证成案件事实的过程就是经验推论的过程。情理推断是“司法证明的精致化”,其描述了一个司法证明的完整构造和动态过程,包括推论结构本身、推论所依据的大前提、推论结果的经验性关联这三个基本要素。不管是直接证据抑或间接证据,均要借助经验知识推导出案件事实。不管是借由证据方法抑或其他证明方法,均需要借助情理推断

[71] (美)罗纳德·J. 艾伦、理查德·B. 库恩斯、埃莉诺·斯威夫特:《证据法:文本、案例和问题(第三版)》,张保生、王进喜、赵滢译,满云龙校,高等教育出版社2006年版,第151—154页。

[72] 参见张保生、阳平:“证据客观性批判”,《清华法学》2019年第6期,第51页。

[73] 安德森等,见前注[35],第188页。

[74] 张保生等,见前注[72],第55页。

[75] 参见张建伟:“指向与功能:证据关联性及其判断标准”,《法律适用》2014年第3期,第5—6页。

[76] Federal Rules of Evidence, Rule 401,该条中文版译介参见王进喜,见前注[27],第56—57页。

[77] 参见J. 艾伦等,见前注[71],第151—154页。

[78] 张中:“法官眼里无事实:证据裁判原则下的事实、证据与事实认定”,《浙江工商大学学报》2017年第5期,第27页。

[79] 杨波:“以事实认定的准确性为核心——我国刑事证据制度功能之反思与重塑”,《当代法学》2019年第6期,第139页。

[80] 张继成,见前注[54],第145页。

的推导作用。同样,法律推定、常识与规/定律等“免证事实”,^[81]本身并不等同于事实,本质上仍是某种事实性主张。被豁免的本是“证据证明负担”而不是“证明的负担”,如其被用作推论的大前提,则需要揭示其所包含的命题及其推论结构。但实践中,此类“免证事实”却有免除证明负担的效果,极易导致控辩失衡,裁判者也因而怠于正当性论证。^[82]

在此,作为对可能疑问的回应,有必要将情理推断与“理据”“法则”“经验法则”等相关概念作概要区别。诚然,纠缠于概念辨析本不应是学术研究的重心,但在当前我国证据法概念体系不统一、共识性见解减少的现实语境下,为澄清误解,仍有其必要性。其一,情理推断是围绕相关性构建起来的证明体系,既能完整体现司法证明的结构与功能,亦为事实认定提供正当性论证。经验法则、理据、法则等相关概念,则是证明体系的局部要素,如可作为情理推断的大前提,为推论提供经验性知识。其二,“理据”与“法则”虽然也强调经验知识在证据与事实的之间起桥梁作用,但其并不关注似真性证明的认识论基础。传统印证证明模式之下,理据与法则的适用空间非常受局限。其三,事实认定过程中作为法官内心确信规制机制的广义经验法则,其适用是全局性的、整体性的,而司法证明过程中的情理推断则是局部性的、微观的。最后,也是最重要的是,脱离司法证明语境探讨经验知识可能是“无本之木”,甚至可能沦为空洞的臆想。在似真证明观中,方有探讨情理推断规范运作的可能。相较之下,在追求必然性证明的制度语境中,情理推断可能面临类似我国法隐性适用的境况。

考察情理推断的重要作用不应想当然地诉诸经验法则/论理法则等舶来概念,以其为依据“审视我国的刑事立法与司法实践”,而应对其持一种“解构”的态度。^[83]我们不宜枉顾我国法律制度与司法实践的现实,规避我国刑事司法体系的症结,空谈域外法制借鉴,而应透过概念的表象,深入探究情理推断作为经验性推论用于司法证明的机理及运作。

四、情理推断规范运作的制度基础

如果说证明机理是对情理推断的内部规限,那么,为防止其被滥用甚至误用,还需要外部约束机制。诚然,约束机制本身不宜成为目的本身,而应作为保障权力正当行使的手段,否则可能本末倒置,甚至矫枉过正。如前所论,情理推断的正当性危机在于内心确信的隐蔽性、证明标准的模糊性。相应地,消除危机的基本路径就是通过庭审示证、证据辩论、裁判论证等诉讼程序将其可视化。

[81] 尽管我国现行司法解释规定了“免于用证据证明的事实”,但对该事项用何手段证明则并没有明确规定。比如,我国最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》(2019年)第401条规定,“在法庭审理中,下列事实不必提出证据进行证明:(一)为一般人共同知晓的常识性事实;……(五)法律规定的推定事实;(六)自然规律或者定律”。

[82] 有论者指出,推定、常识与经验等被作为司法证明的替代措施,而非独立的证明方法。如参见吉冠浩:“指导案例视角下网络黑灰产犯罪罪量的司法证明”,《国家检察官学院学报》2021年第1期,第63页。

[83] 张明楷:“刑法学中的概念使用与创制”,《法商研究》2021年第1期,第10页。

(一) 认知开放的竞争性论辩程序

我国传统上相对封闭的程序设置限制了裁判者的自主性认知。公权力机关之间协作多于制约,庭审活动围绕笔录等“证据替代品”展开,裁判者认定事实的信息来源依赖控方指控的事证,而控方事证则主要源自侦查行为的结果。侦查活动的“办案潜规则”可能潜在认知偏差甚至有罪推定的偏见,如未经校正,在接续进行的诉讼阶段中可能引发“雪球效应”。^[84]如缺少有效的制衡,这种以权力行使为主线的司法证明观可能固化裁判者的思维惯性,加重职业法律人的专业偏见。

庭审活动是一个充满“模糊性、不确定性和开放性”^[85]的场域,司法证明理论与实践首先应当直面庭审司法证明的复杂性,承认事实认定者在处理复杂性上的局限性,进而包容控辩双方主张的多元性。英美法实践可为我国提供有益借鉴。在对抗式司法证明活动中,相关性判断、证明力评估均需要概称命题的支持性作用。但其推论结构与证明机理却鲜少受关注,根源在于陪审团只需作出有罪与否的“笼统裁决”(general verdict),^[86]并不需要对事实进行证成,即不需阐明裁判理由。这并不意味着陪审团是失控的,很大原因在于:对抗制把认知思维活动呈现在开放的程序中,并将证据活动交诸控辩双方的手中。其一,对抗制并未对证明方法设限,对证据信息持开放与包容的态度。其二,在理性主义传统下,运用常识与理性的经验判断是陪审团认定事实的应有之义。^[87]其三,对抗式程序中,通过审前案情先悉以及庭审的对抗性询问,可以揭示概称命题在司法证明中的潜在作用。

情理推断的规范化运作的首要要义在于保障裁判者认知的开放性,以竞争性的证据论辩程序为实现路径。^[88]司法证明“是一个复杂的多因素交互作用的过程,不仅涉及从证据到事实的推理和论证,还涉及多方证明主体之间的互动”。^[89]诉讼程序为主体间互动提供了平台。证据命题及其与事实的相关性、从经验知识推出结论的过程等证明活动,均需要在程序中得到阐明与检验。

竞争性论辩则可为法官提供更开放的、充分的认知信息,有助于卸除法官的体制性压力,唤醒其作为普通个人的角色,促使其专注于运用常识与理性完成事实建构活动并形成内心确信。合理怀疑的产生与排除均通过证明活动得以彰显,对事实的内心确信不再是“后台运作”的隐性裁判认知,而是借助证据论辩程序解构为外显的司法证明活动。

[84] 有学者发现,我国刑事诉讼中存在一种程序惯性。参见郑曦:“刑事诉讼中程序惯性的反思与规制”,《中国法学》2021年第3期,第250页。

[85] (美)罗纳德·J. 艾伦:“人工智能与司法证明的过程:来自形式主义和计算的挑战”,汪诸豪译,《证据科学》2020年第5期,第590页。

[86] 参见(美)詹姆士·Q. 惠特曼:《合理怀疑的起源:刑事审判的神学根基》,佘化强、李伟译,中国政法大学出版社2016年版,第243页。

[87] 参见(英)威廉·特文宁:《证据理论:边沁与威格摩尔》,吴洪淇、杜国栋译,中国人民大学出版社2015年版,第20—24页。

[88] 竞争型事实认定模式及其防错机制,参见尚华:“事实认定模式与我国刑事防错机制的完善”,《环球法律评论》2017年第3期,第76—77页。

[89] 封利强:“司法证明机理——一个亟待开拓的研究领域”,《法学研究》2012年第2期,第144页。

(二) 包容性的证明方法体系

如前所论,证据之间互相印证的证明模式人为地限缩了证明方法的外延,无法契合似真性证明的制度语境。司法证明活动的开展需要经验推论的作用,进而要拓展证明方法的外延,容许情理推断在认定并证成事实中的作用。一方面,证据命题与案件事实的相关性判断应当诉诸经验性判断;另一方面,为保障事实认定的准确性,有必要保障推论结构的有效性及其推论结论的可信性。归根结底,即如何检验并保障作为推论基础的经验知识的可靠性。

为此,在司法证明与事实认定时就需要诉诸“科际合作”。^[90]除了自然科学知识之外,还有必要把社会科学知识引入司法证明的推论结构之中。社会科学如心理学、精神病学、经济学、政治科学和社会学等,也可以为理解人类行为提供辅助性的特殊知识。^[91]此类社会科学知识可以辅助事实认定者自由判断证据的可靠性与证明的可信度。^[92]以美国司法实践为例,社会科学证据可以用于证明受虐妇女心理状态、跨种族辨认的错误率、目击证人证言/未成年陈述/共犯陈述的可信性等非实质性事项。^[93]实践中的社会科学证据多呈现为描述性统计数据或推论性统计数据。^[94]尽管此类统计数据对司法证明而言是必要的,但其并不必然代表一般规律,亦不等同于事实,甚至可能误导事实认定者。^[95]可靠性争议是包括社会科学证据在内的所有专家意见领域的普遍现象,也是司法证明与事实认定亟待解决的难题。社会科学证据及其证明作用有待我国学界深入研究。^[96]

我国证明方法体系的最大症结在于法定证据种类的封闭性。^[97]受司法鉴定体制以及法

[90] 阿列克西,见前注[2],第285页。

[91] 参见(德)马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,韩水法、莫茜译,商务印书馆2013年版,第12页。

[92] 参见侯猛:“司法中的社会科学判断”,《中国法学》2015年第6期,第45页(本文指出,社会科学证据对证据的证明力起支持作用)。

[93] 美国各州司法实践中,社会科学证据可用于证明立法性事实、裁判性事实、社会框架,亦可用于裁判文书修辞。See Kenneth Culp Davis, “Judicial, Legislative, and Administrative Lawmaking: A Proposed Research Service for the Supreme Court”, *Minnesota Law Review*, Vol. 71, No. 1, 1986, pp. 7-15; John Monahan and Laurens Walker, “Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law”, *Virginia Law Review*, Vol. 73, No. 3, 1987, p. 570; (美)昂格洛·N.昂舍塔:《科学证据与平等保护》,王进喜、马江涛等译,中国法制出版社2016年版,第12-14页。

[94] Jonathan P. Feingold and Evelyn R. Carter, “Eyes Wide Open: What Social Science Can Tell Us About the Supreme Court’s Use of Social Science”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 112, No. 6, 2018, pp. 253-254.

[95] Jean Montoya, “On Truth and Shielding in Child Abuse Trials”, *Hastings Law Journal*, Vol. 43, No. 5, 1992, p. 1282.

[96] 我国学者对社会科学证据研究较少。已有研究参见梁坤:“社会科学证据在美国的发展及其启示”,《环球法律评论》2012年第1期,第136页;梁坤:“争议中运用的社会科学证据——评《科学证据与法律的平等保护》”,《证据科学》2017年第1期,第136页;梁坤:《社会科学证据研究》,群众出版社2014年版,第218-220页。另参见向燕:“论性侵儿童案件中被害人陈述的审查判断”,《环球法律评论》2018年第6期,第132页。

[97] 我国学者围绕法定证据种类的争论,参见周洪波:“诉讼证据种类的区分逻辑”,《中国法学》2010年第6期,第138页;孙远:“论法定证据种类概念之无价值”,《当代法学》2014年第2期,第99页。

定证据种类的影响,我国《刑事诉讼法》(2018年修订)并未承认社会科学类专家证言的证据资格。但司法实践中,社会科学证据大量存在。传统的三大类鉴定(物证类鉴定、法医类鉴定、声像类鉴定)显然无法满足实践需要,价格、数额等事项超出法官的常识判断,需要借助专家的专门知识。^[98]于是,物品价格“鉴定”、不动产价值“鉴定”、会计“鉴定”等形式多样的“鉴定意见”开始出现在法庭上。2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第101条增加了“专门机关的事故调查报告”这类证据形式,并承认其证据资格。本次司法解释的修改(第100条的声明专门问题报告以及第101条的事故调查报告)实际上为社会科学证据进入刑事诉讼提供了途径,是对现行《刑事诉讼法》的“积极超越”。然而,相关司法解释规定并没有普遍性地认可其他类社会科学证据的证据资格,但值得肯认的是,从司法证明的视角观之,本次修法给社会科学证据在情理推断中的作用留下了操作空间。

(三)事实认定的二阶证成

就我国法的本土实践而言,仅借鉴对抗式程序的经验是不全面的。由于陪审团并不承担事实证成义务,概称命题仍然是内显于个体认知层面的。相较之下,我国司法证明的终端指向法官发现并证成事实的裁判行为,因此,情理推断规范运作应立足于对法官裁判权的规限。

法官适用经验推论对事实形成确信是自由心证制度的应有之义,但经验推论并不是主体无涉、价值中立的。^[99] 法治国刑事司法体系中,完整的自由心证制度既包括对裁判权自由行使的保障机制,也包括防范其恣意滥用的约束机制。^[100] 在我国现阶段,作为情理推断运作的实践背景,自由心证制度尚未得到完善建立。一方面,刑事司法体系强调了法官的制度角色,压抑了其作为道德主体的个体角色,限制了其常识与理性在司法证明中的运用;另一方面,立法并未指引法官如何直面其在事实认定中的道德判断和规范判断,存在权力滥用甚至恣意裁判的隐患。

欧陆法自由心证约束机制可为我国提供借鉴。其一,法官应依据常识与理性形成内心确信,所作裁判应当符合经验法则;其二,法官承担阐明裁判理由的义务,三是裁判如违反经验法则可能成为上诉事由。^[101] 然而,需要反思的是:欧陆学者多在法律论证层面探讨经验法则的修辞作用,不太关注经验法则在庭审中如何用于司法证明。但职权制法律证成义务对我国情理推断规范运作的积极启发是:通过事实证成义务之履行规范裁判者的内心认知。法官要运用常识与理性,诉诸事实与证据、道德与法律以探寻事实认定的正当性来源。事实证成义务是

[98] 苏青:“鉴定意见概念之比较与界定”,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第1期,第160页。

[99] 法国刑事诉讼法中的自由心证(或内心确信),参见(法)贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第80页。

[100] 参见林钰雄,见前注[18],第514—517页。另参见王亚新:“刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性的问题——关于自由心证原则历史和现状的比较法研究”,《比较法研究》1993年第2期,第131页;张卫平:“自由心证原则的再认识:制约与保障——以民事诉讼的事实认定为中心”,《政法论丛》2017年第4期,第14页;施鹏鹏:“刑事裁判中的自由心证——论中国刑事证明体系的变革”,《政法论坛》2018年第4期,第16页。

[101] 参见张卫平,见前注[4],第14、16—17页。

对司法证明活动的规限,根本上也是对法官自由裁量权的规限。

事实认定的正当性理由源自认识论层面和规范性层面。前者即通过司法证明“求真”,后者即通过证明标准的规范性功能证成并形成对事实的“道德确信”(moral certainty)。^[102] 事实证成具有二阶性。其一,对事实认定的似真性证成,即通过证据方法、证明手段所建构的事实合乎诉讼认识论的基本准则。其关键在于建立并论证证据命题与案件事实的逻辑联系,该证成通过情理推断得以完成。其二,对事实认定的规范性论证(即合乎价值判断的要求),即在“可能错误定罪”与“可能错误释放”之间的价值选择,不能交诸裁判者个人任意判断,而应当诉诸证明标准规范性功能的发挥。由此,以“似真证明”为认识论基础,事实认定的二阶证成既包容多元的证明方法,又倡导将事实认定回归裁判者常识与理性的释放,最终把证明方法与证明标准统一起来。事实认定的二阶证成既兼顾程序公正与实体公正,又通过诉诸立法层面的价值判断证成了事实认定的道德正义和政治正义。

为履行事实证成义务,裁判者自身需要成为司法证明的参与者。在公开的、沟通式的程序平台中,情理推断的经验推论通过解释性、论证性活动得以彰显,合理怀疑的产生与排除均内嵌其中。进而,主观的裁判认知活动被转换成可视的正当性论证行为。在这个意义上,与其说我国法官说理论证不充分的原因在于缺少自由心证保障机制,不如说是制定法未能给其提供何从探寻裁判正当性的明确指引。

综上,司法证明活动在法规范的框架中,不断地往返于证据与事实之间,情理推断贯穿其中,实现从证据命题到案件事实的“跨越”。防止情理推断被滥用的可行路径是通过程序机制将隐性的内心认知转化成可视的证据论辩。在沟通式、参与性的竞争程序中,情理推断的结构与结论得以彰显并接受对方检验。有必要以相关性为核心,打破法定证据形式的局限,拓展现行法的证明方法体系。以此为基础,容许社会科学证据检验经验知识的可靠性,保障事实认定的准确性。同时,为防止裁判恣意,法官应当在判决书中对其内心形成的事实确信,履行二阶证成义务。

五、结 论

我国现行印证证明体系是围绕确定性证明的核心理念建构起来的。证明标准的制度功能在于保障事实认定的准确性,发现客观真实。证明方法的外延因而被大大禁锢,局限于符合法定证据种类的实质证据之间互相印证。情理推断在制定法上并没有运作空间,但却在司法实践中广泛而隐性地适用。情理推断借助经验知识从证据命题推导出案件事实,其对于司法证明而言是必要的,但经验判断的过程也潜藏不可靠的危险。为缓解合法性与正当性危机,保障事实认定的程序正当与实体正当,有必要将其纳入规范运作的轨道。首先,探讨情理推断规范

[102] 何福来认为,事实认定者评议的正当性理由有认识的(epistemic)和道德的(ethical)两个互相依赖的方面,即真相与正义;而一项肯定性裁决或认定必须在这两个方面均是“可辩护的”(defensible)。本文所倡导的二阶证成与该见解相契合。参见(新加坡)何福来:《证据法哲学——在探究真相的过程中实现正义》,樊传明、曹佳、张保生等译,中国人民大学出版社2021年版,第69、97页。

运作的理论前提是阐明司法证明的内在结构。司法证明是一种规范性的经验推论,似真性而非确定性是其本质属性。其次,在司法证明活动中,情理推断用经验推论建立证据与事实的关联,是相关性规则的核心构造。明确情理推断的证明机理是对经验推论的直接规限。最后,情理推断从隐性使用到规范运作的可视化路径是诉诸参与性、沟通式的诉讼机制。这些诉讼机制既是情理推断的制度保障,也可以起到指引与规制作用。

“情理推断如何在司法证明中规范地运作”并非纯粹的操作性问题,而是关涉基础理论并关乎证明体系自洽性的系统难题。当前我国学界对司法证明内在构造缺少清晰的认识,对司法证明的基础理论研究不够深入,这在很大程度上阻碍了我国证据法理论体系的建构。^[103]在探寻情理推断规范运作的理论路径时,证据法学界宜应以本土刑事证明法制与实践为归宿,对当前研究视阈与方法论做自主性的、整体性的反思。为此,有必要回归到事实认定这个基础性问题,探究司法证明的构造与机理,逐渐推动学术研究从“证据本位”到“证明本位”的范式转型。^[104]

Abstract: Experiential inference is necessary but dangerous in judicial proof. China's criminal justice system is meant for pursuing the accuracy of judicial fact-finding, where there is no room for experiential inference. However, experiential inference has been broadly used implicitly and probably arbitrarily in legal practice, which results in both the legality crisis and the legitimacy crisis. Therefore, it needs to be controlled legally. However, the corroboration theory is restricted by an external perspective that the judicial proof could not be holistically established. Fact-finding justification offers a normative theory from an internal perspective. The judicial proof, in nature, is an argumentative inference which is meant for a plausible and justified fact-finding outcome. Experiential inferences, together with relevance, are used for drawing inferences from evidentiary facts to elemental facts, and then justifying the found fact that judges are convinced of. China shall embrace an adversarial process in order to enlighten professional judges' cognitions. Most importantly, to prevent from arbitrariness, judges shall execute the duty to justify the facts that he/she finds morally plausible.

Key Words: Argumentative Experiential Inference; Judicial Proof; Fact-finding Justification

(责任编辑:吴洪淇)

[103] 参见王超:“中国刑事证明理论体系的回顾与反思”,《政法论坛》2019年第3期,第31页;吴洪淇:“证据法体系化的法理阐释”,《法学研究》2019年第5期,第157—158页。

[104] 威格摩尔很早便提出,证据规则不只是可采性规则,还应当包括司法证明规则。参见特文宁,见前注[87],第180—181页。