

论民国证据制度对自由心证的限制

——以司法解释为视角

李凤鸣

(南京工业大学法学院, 江苏南京, 211816)

摘要: 民国时期, 法官对证据的判断采取自由心证主义, 这符合认知的一般规律, 但是, 自由并不是恣意, 它还需要完善的约束机制。为此, 民国政府通过司法解释的方式构建了一系列的制度, 其中具有直接约束力的即为证据调查制度、直接言辞制度和证据推定制度。虽然其时的司法解释多针对具体案件, 没有制度构造的主观性和体系化, 但是可操作性强, 指引和约束的效果非常明显, 即对当前的司法实践也很有借鉴意义。

关键词: 自由心证; 证据调查; 直接言辞; 证据推定

中图分类号: D909.9

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)06-0049-06

“自由心证”是清末移植西法而转译的语辞, 我国传统法律对法官如何判定证据并没有明确的规定, 也没有法定证据和自由心证的概念。因此, “自由心证”的移植, 即有水土调适的问题。自由心证, 其本意在于保障法官对证据的独立判断权, 但是, 没有适当的制约, 自由即有可能转身为恣意。虽然自由本身即蕴含理性和良心的品性, 但法治初萌的时代, 法官良莠不齐, 离不开外在的机制约束。正如1932年司法行政部颁布的训令称: 证据的取舍可以由法官自由判断, 但是必须以证据为前提, 不得任意或凭空而为判断。“近据各法院送核判决书, 往往不求发现事实之真相, 仅凭个人理想之推测, 率以‘难保’、‘自属当然’字样为结论, 并无确切肯定之断语。”^{[1](73)} 这种现象并非个案。检索民国时期的司法解释^①, 其中关于自由心证的规则, 数量极多, 但当前学界对此并未予以足量的关注。这些历史智慧, 对今天的司法实践很有启示意义, 值得研究。根据相关司法解释的客观情况, 遵照直接约束力的原则, 笔者将其分为证据调查制度、直接言辞制度和证据推定制度等三个层面来探讨。

一、证据调查制度对自由心证的限制

自由心证是法定证据的对应词, 其目的在于使法官对证据进行自由判断, 便于发现真相。但任何自由

皆有边界。自由心证的对象是证据, 且必须是经过调查的证据, 未经调查的证据不能进入法官心证的视野。如何进行证据调查? 梳理民国时期的司法解释, 可归纳为调查前置、调查公开和辩论以及充分调查等三个方面。

(一) 调查前置

民国时期没有制定专门的证据法, 诉讼法中有关证据的规则也较单薄, 此点似乎与我国古代法律重实体、轻程序的传统相呼应, 但根本原因还在于法制环境的不善和法律移植的仓促。在立法中, 虽有证据的相关规定, 但与司法实践相比, 显有不足。为使证据规则更具操作性和补充立法之不足, 民国的有权司法机关通过因事制宜地发布判旨、判决例和批复等形式的司法解释来指导司法。有关调查前置的规定, 民国三年即出台了司法解释, 其意略称: 审判衙门的自由心证, 是指经过证据调查后所进行的心证而言, “若审判衙门本来未为相当之证据调查, 则心证之根据已失, 所为法律上之判断, 决不能保其无误”^{[2(256)](3上303)②}。

法官心证实行调查前置的原则, 但是如何调查或者说经过怎样的调查才符合这一原则呢? 如果没有配套的规定, 徒然以意义不确定的“调查”一语规制, 显然没有约束力。虽然法律对此也有相应的程序规定, 但并不能充分体现可操作性和约束力。立法的空缺即由司法解释来填补, 如民国二十八年有判旨称: 原审判定上诉人诬告罪及刑罚, 系以该上诉人在别动队总

收稿日期: 2017-06-27; 修回日期: 2017-09-27

作者简介: 李凤鸣(1974-), 男, 安徽池州人, 法学博士, 南京工业大学法学院副教授, 主要研究方向: 法律史学, 诉讼法原理

部所提出之呈状,以及言词告诉之供述为判决基础。此项呈状及记载供述之笔录,按照刑事诉讼法第267条的规定,应分别践行第271条、第272条第1项所定之调查程序。“兹查原审更审笔录,审判长仅讯问上诉人是否在别动队递过呈状,及告知其本人有口供在卷,并未将呈状向其提示,亦未将口供之内容宣读或告以要旨,自系依法应于审判期日调查之证据未予调查。”^[3](724)(28上2685)]也就是说,未将证据提示、宣读或告以要旨,即被视为未尽调查。此条解释在消极后果上强化法律的正面规定,使法律的约束力更为具体和直接,其明确的法律后果也强化了法官的责任感。

调查还有时间和空间的要件,这体现了司法的庄严与公信力。因此,司法解释对此类要件进行了补充,如民国二十四年有一判决例称:第二审审判长在开庭审判时,应命上诉人陈述上诉要旨,并准用第一审审判程序讯问被告及调查证据,倘未践行上述程序即命辩论终结而予以判决,自属违背法令。这和上一判决例的意思大致相同,但其中的情节则显得有代表性。该判决例称:本件被告提起第二审上诉,据原审审判笔录记载,审判长除讯问被告姓名、年龄、籍贯、住址、职业外,没有命令被告陈述上诉要旨及践行讯问被告及调查证据之程序,随即命其辩论并宣示终结,显非合法。这也是从消极后果上强化立法之不足,这种判决例一再出现,反应了现实的严重性。

当然,在本判决例中,违法行为也没有明目张胆,原审的理由是曾在开庭前进行了调查,不过最高法院认为:“虽推事一员于审判期日前曾开庭调查一次,作成笔录。然此项调查不过为审判之准备程序,如果原审认其调查笔录可为证据文件,自应于审判期日依刑事诉讼法第272条规定,向被告宣读或告以要旨以符直接审理之原则。乃原审并未实施调查即以未显出于审判庭之诉讼资料采为判决基础,按之刑事诉讼法第371条第10款亦不能谓非违法。”^[3](792-793)]因此,庭前的调查并非法定的证据调查,如果认同此调查事实,也需要在开庭时重复此一程序,以完善程序之正义。

(二) 调查公开和辩论

法院调查证据,是为获知真相,但真相离不开两造的交锋,所谓“真理越辩越明”的俗语也显示了这一功能。民国时期的诉讼法皆有辩论原则的规定,也就是当事人应各就本案作事实上和法律上的辩论,这即从方法论的意义上强化了调查公开的要求,也就是说,“不得将所查证据秘不宣示,致当事人失其攻击防

御之机会”^[4](36)(3上594)]。证据调查和辩论是有紧密关联性的,证据调查是为了后续的辩论,这个程序不能颠倒,“故于言词辩论终结后始行调查证据即为判决者,显非合法”^[4](37)(4上32)]。同年的判旨又重复了此一规则:“证据之举出,应于事实审辩论终结前为之。”^[4](31)(4上226)]辩论实行每证必辩的原则,如民国十八年有判旨称:“原审于宣告辩论终结后,复讯问证人某甲,由一推事出庭,并未依法再开辩论,按之法定程序,显有未合。”^[5](336)(18上724)]

公开和辩论涵盖两个主题,一般情况下应按如下程序进行:一是朗读案由。朗读的程序如何合法?刑事诉讼法第275条规定:审判以书记官朗读案由为开始。“惟朗读案由,须向当事人为之。被告既未出庭,除有特别规定外,本不得开始审判。”^[6](214)(21院802)]二是证据辨认。证据须令其辨认,方为合法,“乃核阅审判笔录,原审并未履行此项程序,遽采为断罪资料,其判决当然为违背法令”^[5](336)(27上2027)]。三是逐一查证。证据须逐一调查,“每一调查证据毕,即应询问被告有无意见,并应告以得提出有利之证据”^[7](182)(15上694)]。四是宣读。证据宣读是为宣示公开和后续的辩论,故卷宗内之文件可为证据者,应由审判长或由其命书记官宣读。“不宣读或告知要旨,则当事人不能审察答辩之机会,而审判或不免失其平也。”^[7](177)]五是依次辩论。调查完毕,应由检察官、被告及辩护人依次辩论^[7](794)(24上1040)]。此外,还应公开认证^[8](359)(20上1370)]。

上述的基本要求,法律已作规定,但是由于法律规则不可避免的空缺,使其缺少可操作性,司法解释通过积极方面的规则细化和消极方面的非法定性等方式,使程序具体化,也增强了法官的责任意识。这是司法解释在推进司法公正方面的特殊功能。

(三) 充分调查

证据调查不但有方法上的要求,而且还有量和质的标准,也即证据调查必须达到充分的条件,在此基础上再作判断。因此,无论何种诉讼,法官都应在法律许可的范围内尽其所能地履行证据调查之职,以最大可能地接近真相。因此,“对于案内一切证据,除认为不必要者,均应详为调查,如有应行调查之证据未经依法调查,率予判决,即属同法第371条第10款所称之当然为违背法令”^[5](583)(30上289)]。虽然证据之应否调查,审判官本有自由裁量之权,但是,“若于证明事实,有重要关系,而又非不易或不能调查者,则为明了案情起见,自应切予调查”^[9](232)(20上109)]。

要达到调查充分,就需要综合考虑各方面的情况,不能心存侥幸或先入为主地予以偏袒。“如原告提出之证据,法院虽认为有相当之证明力,而对于被告所举反证要不能弃置不论。”^[10](1796)(20上1171)]也就是说,即使在获得确信的情况下,相对方的证据也不可忽视。在一些特殊情况下,如裁判上证据之审酌,“从反证之材料有足供心证之采择,亦不能全置其他证据于不问,而不复加以切实之讨论”^[10](1806)(22上553)]。对于证据力之强弱,需要在形式和实质上进行综合查证,再判断其是否达到充分确信的标准,在一方的证据有优势证明力的情况下,“亦应视夫其对手人提出之证据如何,相互比较,以资判断”^[10](1799)(3上853)]。

充分调查的结果是证明力达到一定的强度,但其具体的操作程序如何呢?也即根据认知规律,何种方式更有发现真相的可能性?此种具体规程,司法解释承担了更有效的功能。如下条民国三年的判旨:调查证据,应先究其真伪,将形式的证据力认定,然后再就此形式上真正之证据,覆其所载内容如何,以认定实质的证据力^[10](1799)(3上1109)]。在逐一查证的基础上,先在形式上确定其证据资格,再在实质上考察其证明力,没有证据资格,则从中获知的确信度再强,也不能肯认其证明力。针对一些特殊情况,“如相对人于证据之成立,犹有争执,或其成立虽属真确,而不能完全证明系争事实者,则审判衙门自应命当事人更为相当之证明,或以职权为必要之处置”^[11](280)(4上381)]。当然,为保持法官独立裁判的形象,此种释明权或职权调查多限于民事审判。

二、直接言辞制度对自由心证的限制

直接言辞制度源于直接言辞主义,主义的实践形成有机的规则体系,即塑造为制度。直接言辞主义本是诉讼或审理原则的构成部分,但民国时期的司法解释所构建的直接言辞规则体系,与证据的调查和认证紧密相关,形成了对自由心证制度进行有效限制的制度。就本制度对证据查断的约束而言,直接言辞制度可分为直接查证和言辞查证两个方面。

(一) 直接查证

法官在调查证据的时候,必须亲历亲为,不能由他人代行,而且查证的主体必须符合法定的要求。如民国三年有判旨称:“无论当中承发吏曾否亲任勘验,审判官不自调查证据,已与直接审理主义不

合。”^[7](172)(3上441)]承发吏属于书吏,并非法官,因此没有证据调查的权力,但在司法实践中,出于滥权、渎职或者客观条件限制等原因,替代法官查证的现象并不鲜见,故司法解释对此一再强调其违法性。

检索民国司法解释,如下几种非亲历调查的现象较为常见:一是治安机关调查。民国十五年有判旨称:地方保卫团团总,于团内之盗贼及藏留或寄顿其赃物者,仅有查指获送之职责,并无讯问之职权。“故其违法讯问之所得,有时仅足供审理中之参考,而遽认为确证,殊属于法有违。”^[5](156)(15上716)]二是侦查机关调查。侦查机关本有搜证、讯问之权,其调查属于侦查中的调查,不能代替审判中的调查。因此,“警察队长,(或书记官、承发吏等)非行使审判权限之人,其就地讯问证人所具之报告,不得采为判决之基础”^[10](1952)(9上857)]。同理,巡警调查报告也不得作为证据直接采信^[9](234)(4上28)]。三是特殊调查。这种情况或因主体不适格,或因方式非法而致。如密查报告,依法尚难迳采为论罪科刑之证据^[5](157)(24上3402)]。此外,如公差窃听之语,非合法证据^[9](234)(3上312)]。又如:“采用录事所为调查报告,为不合法。”^[10](1937)(3上635)]

当然,违反直接查证所得的证据,并非绝对不可采信。如能得到合理的补正,其证据资格也可以恢复。据笔者检索,此类情形可分如下两种:一是特例。如民国五年有判例称:如有审判衙门不易直接调查之证据,可以援用起诉前检察官厅所作的记录定案。但此种情况属于特例,“非确有不直接调查之情形,不得照此办理”^[9](247)(5上547)]。之所以出现这种特例,其根本原因还在于当时法治环境的不善,这是对社会现实进行迁就而不得已的产物。二是再调查。再调查实际上就是对无权机关调查的证据进行再次调查,以补救其非法性,使证据资格得以恢复。如下条民国八年之判旨:“行政衙门越权蒐集之证据,及当事人在行政衙门供述,审判衙门依法自当于调查后,如果认为可信,自得采为证凭。”^[10](1803)(8上906)]当然,依据其时的诉讼法,法官可以依法委托适格的主体代为调查证据。如下条民国二十九年判旨:行合议审判之案件,为准备审判起见,“固得以庭员一人受命推事,于审判期日前蒐集或调查证据”^[10](175)(29上1848)]。

直接查证不仅要求每一个证据需要直接调查,强调法官的亲历性,实际上它还要求每一个参与审理的法官皆须参与调查。如未参加审理或者不进行审理,对证据的判定即有违法性。如下条民国九年的司法解释:“罪犯证据之认定,系采用心证主义,控告审未经

依法审理,遽判无罪,检察官得声明上告。”^[5](162)(9 统 1242)]未审即判,今天看来不可思议,但实践中上诉审也有很多案件实行书面审,民国时期的情形可能更为严峻。这既有案件浩繁、开庭困难的原因,也有法官认为证据确凿无须开庭的情形。不审理就没有亲历性,没有实质性地参加审理也同样如此。如民国八年之解释例:始终并未出庭之审判官补充审判、参与判断之评议,“自不合法,应为另行审理,或由前参与审理之审判官,于判决内署名、盖印为宜”^[5](328)(8 统 1047)]。

民国时期,由于政局动荡,司法的供给本即欠缺,故在司法制度的建置中常有经费与人才不足的困窘。下条民国二十一年之判决例即表露此情:本件原告审审判笔录所载最后出席审理之推事为甲乙丙,但在附卷之判决原本中,其推事姓名则易丙为丁,“是显以未经参与审理之推事参与判决,不能谓非违法”^[3](679)(21 上 988)]。此判决例虽称其原因是书记官职务上的过失,因为判决书正本对此已有补正,而正本是书记官依据原本所作。实际上,这也不排除审理易人或挂名审理的情况,结合当前一些挂名审理的现状,民国时期出现此种情况,也许更有可能性。

(二) 言辞查证

言辞查证系指讯问和辩论时皆以言辞行之,非法定情况不得以书面审代替。如民国六年有判旨称:审理事实衙门,采用证言应以直接讯问为原则,“若系证人以呈词函件代当庭之陈述者,不得即采为认定事实之根据”^[10](1803)(6 上 334)]。根据这个原则,证人必须出庭作证,才符合证据调查的一般规则。因此,法院采信证言,应命证人到场以言词陈述所知事实,根据法律须于讯问前具结者,应命其具结,始能就所为证言斟酌其能否采用。“若证人仅提出书面并未经法院讯问者,自不得采为合法之凭证。”^[12](448)(20 上 2490)]这两条司法解释皆针对证人证言的证据资格而言,出庭陈述和法院讯问是通常程序,只有满足这些必要条件,证据调查的合法性才得以确定。

让证人出庭履行言辞查证的程序有很多难以克服的困难,如担心报复、不愿得罪当事者、耽误自身事务安排等,这在当前司法实践中也是令人困扰的难题,更何况乱象环生的民国。因此,对此问题的重要性,司法解释中曾多次重申。如民国二十九年有判旨称:判决资料之提供,系以言辞主义为原则,当事人所为之声明及陈述,以提供判决资料为目的者,除另有规定外,应于言辞辩论中以言辞为之,始为有效,“若仅

记载于其所提出之书状,尚未以言词提出者,不得以之为判决之基础”^[12](287)(29 上 385)]。民国三十年又有判旨对此再次予以明确^[13](448)(32 上 5644)]。

言辞查证是查证公开的当然要求,其目的是为保证当事人对证据的质辩权,这也是言辞查证的当然要求。民国时期的审级为三审制,上诉审有控告审和上告审,上告审只就法律问题进行裁判,故不涉及证据之辩论,但控告审仍须就事实进行裁判,故证据之辩论不限于初审。因此,控告审在调验证据后,如不开庭辩论,“令当事人尽其攻击防御之能事,且未依法宣告辩论终结,遽行宣告判决,致当事人失其攻击防御之机会,亦属重大之违法”^[10](1931)(3 上 296)]。当然,此亦有例外,如民国六年对于非常程序之解释:“除拘役、罚金,县知事审理诉讼章程另有规定外,非经过言词辩论不得遽行判决。”^[14](113)(6 非 90)]

言辞查证的实质为了对于证据的资格和证明力进行质辩,这需要专业的能力和技巧,才能使辩论具备实质性。因此,对于一些特别类型的案件,需有特别的制度安排。如民国二十二年有判决例称:本案上诉人犯刑法第 257 条第 3 项移送被诱人出民国领域外之罪,本项最轻本刑为七年有期徒刑,依法应用辩护人。原审公判时点名单上虽记明辩护人某甲到庭,“而审判笔录并无辩护人某甲陈述意见之记载,显与辩护人未出庭而迳行审判者无异,不得谓非刑事诉讼法第 391 条第 9 款之违法情形”^[8](678)(22 上 691)]。

对于查证实行直接言辞制度,其目的是保障法官在证据调查过程中的亲历性,以免间接调查所导致的证据失真。再者,在公开的调查程序中进行实质性的质辩交锋,可以尽最大可能地发现真相。因此,除非法律有特别规定,凡违反直接言辞制度而对证据进行的判定,皆为法所不许。

三、证据推定制度对自由心证的限制

笔者所言的证据推定制度,系指当一定的事实或情况出现时,法律直接规定一方当事人的证明责任或确定案件事实,以此排除法官的心证。这种预断在实质上是立法和司法中对事实或证据效力的推定,因其符合一般经验和逻辑,故法律对此进行固定,以避免法官判断的主观性而导致的偏差。

(一) 证明力或事实推定

证明力或事实推定,是指出现某一特定事实时,

直接推定证据的证明力或确定案件事实，其规制的对象一般侧重于普遍性和经常性的事实规律。如下列几条判旨：①诉讼代理人与本人所为之事实陈述互相抵触者，应以本人之陈述为准^[4](36)(7上727)]。②告诉人不利被告之陈述，苟非真实无疵，要难遽信^{(23上2221)[15](205)]}。③当事人自认执于其手之证书，经审判衙门认为重要而命其交出，该当事人抗不照交，或执有证书之当事人因妨碍相对人使用起见，有故意隐匿或毁坏证书情事者，审判衙门得推定相对人关于该证书之主张为真实^[4](60)(7上394)]。④两造主张一致者，法院应即以一致之主张为裁判之基础，勿庸更为何项之调查^[10](1907)(19上3302)]。⑤诉讼人不得本人之许可，虽不能就诉讼物作出舍弃之意思表示，然本人同时在庭对之无异议者，应认为有效^[4](12)(4上425)]。

上述皆为依照当事人在证据调查时的行为表现而对证据效力或事实作出的法律推断。此外，还有一些是根据当事人履行义务、受领权益的行为表现或因诉讼指挥权失当导致的事实而作出的法律推断，如下列判旨：①合伙之退伙如已领回出资及分配之利益，并缴销合伙凭证，自得推定其与他合伙人之间已为结算^[10](1915)(22上270)]。②契约关系之存在与否，在通常情形，固应证明其契约缔结之事实。但缔结契约之事实虽不能有所证明，而依契约履行之事实，足以推定其契约关系之存在者，亦自不容契约当事人无端否认^[10](1805)(21上3046)]。③言词辩论日期必须传唤当事人两造公开辩论，“如仅传当事人一造或一造中之一人到庭讯问者，其陈述不能视为有效”^[4](21)(3上579)]。

论争事实虽然千变万化，但由于人同此心、心同此理的一般规律性能够在没有反证的情况下被证明，或者因程序正义而在法理上更偏向某一事实主张者或行为表现者的利益，故在证明力或事实上进行推定。这也符合诉讼经济的原则。

(二) 立证或证明责任

立证责任，是指当事人对自己的主张有责任提出证据，否则即须承担不利后果；证明责任系指法官经过心证但案件事实仍处于真伪不明的情况，即照法律规定由有证明责任的一方承担不利后果。两者在实质上皆为一种推定，如下例所示：若原告不能举证，或所举证据未得采信，而该审判衙门在职权上已尽调查之能事，则原告之主张即不能认为成立，不待被告举出反证，审判衙门即可驳斥原告之请求，“即被告是否能举出反证，及所举反证是否属实，均可毋庸置

议”^[10](1802)(6上17)]。此判旨中有立证责任的一方未能提出证据，法律直接对此作出推断，排除法官的心证。

上述规则还有如下情况：其一，凡对于现在占有人告争所有权者，应由告争人提出确实凭证以证明其主张之真实，如果告争人不能为相当之证明，则现在占有人自无须提出何等之反证，仍应维持现状，归其管业而驳回告争人之请求^[4](42)(5上905)]。这实际上是维护现占有人的利益进行的证明责任分配，否则，现有和平占有的利益多会受到触动，不利于秩序的稳定。其二，对于自己久已失管之山，而反对历久继续和平公然占有之人主张权利，请求收回，除能证明该山确曾为自己所有，并能证明自己之失管原因，完全由于占有之有意妨害外，断难准许^[10](1796)(19上2355)]。其三，男女婚合之财产属于何造所有，在法律上并无根据，除能证明属于特有外，应推定其为共有^[10](1796)(20上1255)]。其四，未析产之兄弟，在同居共爨时积有家财者，即令其积有系出于兄弟中一人之力，或于兄弟中有多寡之不同，苟未能证明其初时即有据为私有之意思与事实，则在法律上应推定为共有，此项事实，在有反证前，毋庸举证^[10](1913)(15上1685)]。

当然，人事千变万化，在查证中，法官应根据案情的具体情况综合考量。如原告对于其所主张之起诉原因并无切实之证明，“而被告就其所主张之抗辩事实，已有反证足以证明其为真实者，当然驳回原告之诉”^[10](1805)(22上133)]。此处用词虽为驳回，但实质上也是对当事一方的否定。再如，“当事人主张有特别习惯以为请求之根据者，如其习惯已显著，而又无背于法令、无害于公益者，审判衙门自应根据其习惯，进而审究其请求之当否”^[10](1917)(3上342)]。此判旨中虽然语涉含糊，并没有对习惯之证据力进行推断，但此条前述用语还是表现了强烈的目的倾向。当然，推理不是推测，“恶意不得推定，应由主张恶意之人证明之”^[4](46)(4上2336)]。

此外，还有法律直接规定而非推定的情况，也排除了法官的心证。如“军用子弹其性质若非一触即炸裂者，不得认为爆裂物”^[16](113)(19院238)]。再如，“毛硝火硝及硫磺，虽足供制造军火之原料，但未经配合以前，均不能认为刑法上之爆裂物”^[17](153)(25院1418)]。由法律直接对事实进行规定，其中也即对证据如上述是否作为爆裂物的证据进行了推断，排除了法官的心证。

四、余论

我国古代法律对法官如何认证和证明没有规定,证据规则也十分单薄,当时也没有证据原则等基本意识,法官对证据的判断基本处于自发状态。虽有一些对法官心证的限制,但也是零散的条文,并没有上诸原则和将之制度化。如《唐律疏议》规定在特殊条件下“据众证定罪”^{[17](964)},排除了法官的心证。清律中也有类似的条文:如八旗远年丁册有名者,“即系盛京带来奴仆,本省本无籍贯”^{[18](173)}。“卖产立有绝卖文契,并未注有找贴字样者,概不准贴赎”^{[18](199)}。这些条文混在刑律之中,零散且数量极少。至于皇帝或最高司法机关对证据的解释,因为并没有系统的解释制度,也无从查考,且考察清代案例,终极审理机关的解释多着重于定量刑罪问题,对证据的解释微乎其微。此外,如法医学著作《洗冤录》中的相关规定,类似于法定证据,对法官心证亦有限制,但总体而言并未产生制度化的约束。鉴于此,民国司法解释所形成的制度,对传统法而言具有时代转折的意义。考察本问题,如下几点经验值得重视:

第一,民国时期,虽然变乱频仍,但其时的立法立足还系深远,其取乎其上的思维还是值得称许的,而且不论其间政权如何更迭,其法统是一以贯之的,此点在司法解释上体现得非常明显。上文所述的司法解释,在很大程度上是一种经验和技术的体现。经验、逻辑和技术是需要时间积累的,这些累积的知识可以缩减后人探索的时间。司法解释的系统化可以弥补立法之不足,在客观上塑造的制度也会产生整体的约束力量,促进司法的进步。

第二,司法解释针对个案中的证据问题进行细化或定性,可操作性强,在法官人才匮乏的民国时期,其实用性是不言而喻的。检索其间对证据的各类解释,尤其是法定证据的规定,对我国当前证据法则的完善也有不可低估的参考意义。如果我们理解了“恶意推测需要证明”的原理,也许老人跌倒能不能扶的担心就会减少很多。

第三,民国时期的司法解释,有着替代立法的功能,这在当前的两岸司法实践中都是遭到诟病的问题。但是,由于大陆法系难免的法律缺漏现象以及我国传统法制习惯延滞的影响,这种精神在很长时期应是左右我们司法观念的法律文化。因此,我们只能完善它,而不是片面地回避、批判和否定,实际上,在合适的

时机将这些解释条文制度化乃至法律化,亦不失为一种良法机制。

注释:

- ① 笔者认为,民国时期的司法解释由判决例、判旨和解释例等多种形式构成,具有个案性和零散化的特点,与我国当前司法解释的体系化、规则化有明显的不同。
- ② 本文中的夹注如“(30上597)”,系指民国30年最高法院上告审第597号判旨。括号中的第一个数字指颁布的年份;中间的文字旨在说明程序、类型、发布机关等,如“解”指最高法院解释,“院”指司法院解释,“统”指大理院发布的判解,“沪上”指上海法院上诉审的判决例,“抗”指抗告审,“非”指非常程序,“附”指附带民事诉讼程序;文字后面的数字系案号。

参考文献:

- [1] 司法部. 法官服务通令辑要[C]. 南京: 司法部印行, 1933.
- [2] 周荣. 证据法要论[M]. 上海: 商务印书馆, 1936.
- [3] 最高法院判例编辑委员会. 最高法院判例要旨(下册)[C]. 上海: 大东书局, 1946.
- [4] 大理院编辑处. 大理院判例要旨汇览(上册)[C]. 北京: 大理院印行, 1926.
- [5] 蔡墩铭, 李承然. 刑事程序法(立法理由、判解决议、令函释示、实务问题)汇编[C]. 台北: 五南图书出版公司, 1983.
- [6] 杨元彪. 最新司法院解释例分类汇编[C]. 上海: 世界书局, 1935.
- [7] 郑爱淑. 刑事诉讼法集解[C]. 朱鸿达校阅. 上海: 世界书局, 1929.
- [8] 最高法院判例编辑委员会. 最高法院判例要旨(上册)[C]. 上海: 大东书局, 1946.
- [9] 郑静渠, 郭羹尧. 中华民国新刑事诉讼法判解汇编[C]. 上海: 大东书局, 1936.
- [10] 林辰彦, 等. 民事诉讼法(上册)[C]. 台北: 大追踪出版社, 2004.
- [11] 黄荣昌. (最近新编)司法(法令、判解)分类汇要·民诉之部[C]. 上海: 中华图书馆, 1926.
- [12] 保成六法全书编辑委员会. 六法(立法理由、相关法令、判解释义、考题文献)全书·民事诉讼法[C]. 黄宗乐监修. 台北: 保成文化事业出版公司, 1997.
- [13] 蔡墩铭, 李永然. 民事程序法(立法理由, 判解决议、令函释示、实务问题)汇编[C]. 台北: 五南图书出版公司, 1992.
- [14] 黄荣昌. (最近新编)司法(法令、判解)分类汇要·刑诉之部[C]. 上海: 中华图书馆, 1926.
- [15] 康煥栋. 刑事诉讼法论[M]. 上海: 法学编译社, 1936.
- [16] 司法院编译处. 司法院解释汇编(第1册)[C]. 南京: 司法院印行, 1944.
- [17] 司法院编译处. 司法院解释汇编(第3册)[C]. 南京: 司法院印行, 1944.
- [18] 钱大群. 唐律疏义新注[C]. 南京: 南京师范大学出版社, 2007.
- [19] 三泰. 大清律例[C]. 田涛点校. 北京: 法律出版社, 1998.

(下转第61页)