

证明程度在民国时期的学理演进及启示

马莉^{1,2}, 何邦武²

(1. 南京大学法学院, 江苏南京, 210093; 2. 南京审计大学法学院, 江苏南京, 211815)

摘要:通过对证明标准原初概念即证明程度在民国时期证据法学各著述中的钩沉,可以探索证明程度在中国法治现代化早期证据知识体系语境中的原初涵义以及证据知识结构中的位阶。可以初步证立的是,在有关证明程度的知识立场上,以体系化的思维对待证明程度,使证明程度与证明责任、自由心证等构成一个完整的知识体,是思考证明程度问题应然的出发点。当前,我国诉讼证明标准理论中存在着结构性缺陷、作为其前提的认知理论的理想化、泛哲学化思维等问题,以致在包括证明标准在内的知识再生产中形成了一种“路径依赖”,亟待从理论上予以克服,方能尽快回归证明标准理论应然的知识结构逻辑中。

关键词:证明程度;自由心证;民国时期证据法

中图分类号:DF092

文献标识码:A

开放科学(资源服务)标识码(OSID)

文章编号:1672-3104(2020)03-0080-10



一、引言

我国现行证据知识体系中,证明程度是以证明标准的概念出现的。然而,证明程度相对于证明标准而言,不仅是概念的变异,更成为现行证明理论的通说,且具有独特的学术品格、知识位阶(证据知识体系中一个独立的知识单元)和研究热点。经过近四十年的学术层累,主流证明理论根据客观主义绝对真理理论,利用传统的客观主义认识论哲学,已将证明标准理论演绎成一种与证明责任相对而非依附关系的范畴,成为一种客观主义的存在(本体论色彩),并作为学术研究的对象和司法实践的外在准则,形成中国证明理论的独特景观,具有与证明程度不一致的内涵^①。申言之,证明标准的话语体系与其他证明知识一起,构成了我国证据法学研究从话语表达、理论体系到运思逻辑的独特范式,以致在包括证明标准在内的知识再生产中形成了一种“路径依赖”^②。这种“路径依赖”也从一个侧面印证了我国证据法学研究中的许多思想和观念是在资料匮乏、视角单一的历史条件下独创出来的,而且,这些思想和概念还成为我们无法抛弃的认识前

提和知识基础^[1],从而对我国现行证明知识体系及其未来发展产生深刻的影响。

但不可否认的是,证明程度理论发端于中国法治现代化早期,当代证明程度理论是对早期证明程度理论合乎逻辑的继承和发展。本文将从历史的视角,通过对证明标准原初概念即证明程度在民国时期的钩沉,探索证明程度在中国法治现代化早期证据知识体系语境中的原初涵义以及证据知识结构中的位阶。笔者希望能够为当下证明标准理解的客观化倾向提供一种新的视角,使证明标准的理论研究及实践运用能够回到常识性理念,立于应然的证据知识体系中,在对证明标准理论绝对化客观主义理念祛魅的同时,为当下证明标准知识体系的构建,贡献新的知识基础。

二、证明程度(标准)理论在民国时期的形成

(一) 证明程度概念的提出

证明程度的概念首先出现于中国法治现代化肇始的清末法典草案中。《大清刑事民事诉讼法草案》第75条规定:“如被告无自认供词,而众证明白确凿无

收稿日期:2019-05-24;修回日期:2019-12-09

基金项目:国家社科基金一般项目“近代中国证据法学知识体系形成研究”(14BFX068)

作者简介:马莉,江苏沭阳人,南京大学法学院博士研究生,南京审计大学法学院助理研究员,主要研究方向:证据法学,联系邮箱:marilyn12@126.com;何邦武,安徽无为,法学博士,南京审计大学法学院教授,主要研究方向:证据法学、法律史学

疑,即将被告按律定拟。”这里的“明白确凿无疑”虽然是在缺乏被告人供述情况下,根据“众证”即间接证据进行证明的规定,但其要求的“明白确凿无疑”就是我国近代关于证明程度的第一次描述。

于1911年制定的《大清刑事诉讼律草案》第326条及《大清民事诉讼律草案》第339条将证据评断的规定第一次明确表述为“自由心证”。修订法律大臣沈家本在“民事诉讼律草案”中的立法理由中,对自由心证又进一步作了解释,即法官应当“以自己所生之确信,判断事项之真伪”。由此可以断定,关于证明程度的理念已经为当时的立法者认同。

(二) 证明程度概念的理论化

1. 郭云观关于证明程度的解读

证明程度概念的理论化是在辛亥革命之后。首先系统研究这一问题的当属郭云观。他从中国传统法律文化出发,融合西方诉讼法律思想。1915年郭云观从北洋大学法律系毕业,获法学学士学位,其毕业论文《法官采证准绳》曾在全国大专学校成绩展览会展出。根据现有资料,郭氏此书当为国内第一部具有“本土法学”色彩的论述法官采证及证明标准的论著。有关证明程度的论述在郭氏书的下篇“心证”中,该篇一共分“辨迹”“察辞”“综观”“平断”四章。根据词义推断,证明程度的论述应该在“平断”一章中,由于资料散佚,已经无法确知郭氏关于“证明程度”的具体论述^[2]。但综合心证的全过程来看,郭氏关于证明程度的解读应该是要求法官在认真审验物证、仔细辨析言辞证据的基础上,由法官综合所有证据理性地作出判断,因此,证明程度委诸法官主观裁量即“求诸内心”、属于证据评断的一个部分应该是其基本的观点。

2. 松冈义正关于证明程度的思想

在证明程度理论肇始之期,对我国影响最大的当属日本法学家松冈义正。松冈义正于1906年被修订法律馆聘为顾问,除了直接参与清末修律活动外,他还在法律学堂讲授民法和民事诉讼法。“他可能是在中国最早讲授民诉法的一个人。作为日本法界阅历丰富的司法实务家和清政府民诉法的起草成员,他完全根据日本现行的民诉法并参引别国法进行讲授。他的讲授,经汪有龄口译,并由熊元襄依据讲堂笔记和讲者的著述,编成《民事诉讼法》一书,作为京师法律学堂笔记之一种,于清宣统三年(1911)印行,此后连年再版,广为行销。按照这部讲义,我们可以看到最初在中国

讲授和学习的民诉法知识体系的基本框架。”^[3]松冈义正关于证明程度的大部分思想在《民事诉讼法》一书中已有呈现,但更详尽的论述体现在他的《民事证据论》^⑤中。松冈氏以专章论述了自由心证,对自由心证的意义,心证基础的形成,心证的效果、扩张及限制等进行了系统的论述。其中,证明程度是作为自由心证理论的一个部分得到阐述的。

松冈氏首先论述了自由心证的一般概念,认为自由心证主义系“依审判官之学识经验所得自由之确信而判断证据之主义”。关于对确信的理解,松冈氏用描述性的语言进行了解释,即该确信应当是具有学识经验或思考能力的法官,根据客观原因所得到的确信。一方面,法官在调查事实时,应依照一般的理论(共识)和经验法则,形成真实的确定。“凡依暧昧之感觉,或漠然之推测者,皆为法律所不许。”^{[4](62)}因此,在司法实践中,不能仅仅就当事人之辩论或证据调查的结果,附上一般的说明,即认为已经明了,而是应当记载其心证之由来,开具单独的或综合的所得心证之理由,才算是合格的。即要说出确信之所以然来,给出确信的理。另一方面,松冈氏引入通常理性人标准对确信进行解读,确信系具有吾人实际生活上引为确信之程度,也就是说应具有使疑惑归于沉默的确信程度,而非除尽疑惑的确信程度。为了走出这种循环定义的困局,松冈氏进一步解释道,对具有除去数理上之疑惑,或有反对之困难等确信程度,均非民事诉讼法所要求之证据。

其次,松冈氏论述了确保达致确信的路径应该是自由心证,或者说实现确信的手段是自由心证。关于心证的过程,具体来说,就是应将自由心证建立在证据调查的结果或辩论的全部旨趣上,“由证人鉴定人之供述或解释及其行动,证言之拒绝及间接证据等所认识之事实,法院得以之为证据调查之结果,而构成心证之基础”。除此之外,心证还包括其他方面的基础,举凡当事人及其代理人之行为(辨明、辨明方法),不行为(对于对方之质问不加陈述、拒绝提出证据物等),举动(轻浮态度、欺瞒态度)及当事人之人格等,法院都可以作为心证的基础。松冈义正在书中继而详细论述了自由心证形成过程中的诸多规则^{[4](62)}。

松冈氏还论述了关于自由心证的扩张及限制问题。所谓扩张系自由心证如何适用于民事损害赔偿案件之中。所谓心证的限制,则是指心证中的一些法定证据主义的例外,由法律直接规定证据的证明力而不

受当事人心证的限制。关于法定证据与自由心证的理解,松冈氏提出了两个需要注意的问题:一是对法定证据主义的理解。松冈氏认为,法定证据主义可分为积极法定证据主义和消极法定证据主义。前者意指法定前提条件存在时,能使法官认为某种事实已被证明之法则。后者指法定前提要件存在时,不能使法官认为某种事实已被证明之法则。法定证据主义乃证据判断之法则,不能以之与法律上之推定(举证责任的法则)相混同^④。二是自由心证系绝对法则。易言之,一方面,当事人不能因其处分,排斥或是变更自由心证法则之适用。因而当事人不得依其合意,使法官依据自由心证法则以外之法则而为裁判。同理,如当事人预定不使用一定证据方法之契约,或预定限制的使用之契约,在民事诉讼法上,皆无其效力。另一方面,此项法则还表明,刑事判决中已确定之事实,得拘束民事法院,而自由心证之法则,即为其排斥(刑事判决中所确定的事实对民事诉讼有拘束力,笔者注)。因此,法院对于刑事判决中已确定之事实,在民事诉讼中不得独立而为判断。这也是所谓的预决效力。因刑事和民事诉讼的差异,其调查结果也难以相同,因此法院应在刑事诉讼完结时,方可中止民事诉讼中的相关证据调查。但松冈氏又指出,实际上除有重大原因外,大都民事判决事实之确定与刑事判决事实之确定是相同的^{[4](70)}。

总结松冈义正关于证明程度的论述,可以发现其学说带有较强的大陆法系的色彩。松冈氏的证明程度理论具有附随性,是作为自由心证知识的一部分存在的,隶属于自由心证的知识体系,是自由心证的结果。这样就不难理解松冈氏书中径直以“自由心证”为题进行论述的缘故。

3. 杨兆龙对证明程度的论述

比较而言,对大陆、英美两大法系均有精深造诣,曾任国民政府最高法院检察署检察长等职的知名法学家杨兆龙先生对证明程度的论述及话语兼英美法系特点和本土特色。由于其所著《证据法》以英美法系证据法的知识体系为建构基础,因此该书的内容主要以证据资格的审定为中心,对来自大陆法系的自由心证并无述及。虽然英美法系无自由心证的概念及相关表述,但现代意义上的自由心证仍为诉讼过程中法官认证的题中应有之义,从杨氏的论述中还可以梳理出有关证明程度的理论。

杨氏书第三编“证据的分量”中,首先论及证据

分量的理论标准,即:证据之数量;证据与系争事实的关系以及证据本身的地位。其中所谓的证据数量,就是关于证明程度的理论。杨氏认为,依数量而言,证据有充分的与满意的之别。根据杨氏的解释,充分的证据是证明其事实所必需之法定数量证据。此种证据为最低限度证据,当事人如不能提出,其所主张之事实即不能成立。所谓满意的证据,是指足以绝对地证明某事实之证据。二者的根本区别在于:充分的证据是依法律原则足以证明某事实之证据,满意的证据为依法律之原则及例外,均足以证明某事实之证据。杨氏以杀人罪为例,认为杀人罪之成立,依原则而言,须具备两个条件:杀人之故意和实施杀人之行为。而依例外而言,亦须具备两个条件:杀人之行为非出于适法之原因以及杀人之行为非出于单纯之排除违法原因。在上例中,合乎前两项条件者谓之充分证据;合乎前后四项条件者谓之满意之证据^{[5](180)}。杨氏所谓充分证据与满意证据实际就是证明理论中关于证明程度的规则,相当于刑事诉讼中的排除合理怀疑与民事诉讼中的优势证明标准,杨氏关于充分证据与满意证据的划分以法律行为或事件的构成要件立论,已非某种证据证明力本身的判定。

杨氏接着论述了评断证据分量的三大原则:一是证人证言必须根据自己之观察,书证之制作者须在庭。证人证言必须根据自己之观察,对此,杨氏是根据英美法系的传闻证据规则,对传闻言辞因为缺乏对质而致的种种弊端作了分析。他认为书证的制作者必须到庭,是因为制作者如不到庭,将很可能妄为陈述甚至伪造书证,且法院对制作者的品行学识无由知晓。二是证人证言必须根据其所知而作出,而不得根据其所推想而作出。此即意见证据规则。三是书证不得为言证所更改。杨氏认为,人的意思表示方法之困难与表示时注意之程度常成正比例,意思表示方法愈难,表示时注意之程度愈高。以此类推,人们用文字发表意思时较用言语发表意思时所有的注意力强,因为文字较言语为难也。基于上述原因,言语对书证的更改,不仅违背证据法之宗旨,而且与表示者之本意相悖,因此禁止以言证更改书证,其原因不言而喻^{[5](180)}。杨氏此处仅论及人证和书证两种证据方法评定时须注意的问题,没有涉及其他种类的证据,显然这一讨论是不周延的。而且,杨氏对该部分的讨论本系证据资格问题,类似的情形还发生在杨氏书同一编第三章关于十种“间接证据”的讨论中,可见杨氏同样存在将证

据资格问题混同为证明力的问题^{[5](183)}。

总结来看, 杨氏关于证据数量中充分证据与满意证据的阐述, 除了将本属于自由心证的内容作为证据规则进行讨论的错置外, 对证明程度的论述本身基本是正确的。就其论述方法而言, 可以视为追求证明程度客观化的一种努力。

三、证明程度(标准)理论在民国时期的发展

证明程度(标准)理论在民国时期的发展以周荣的《证据法要论》、蒋澧泉的《民刑诉讼证据法论》以及东吴大学法学院的《证据法学》为标志。学界普遍认为, 东吴大学法学院的《证据法学》和周荣的《证据法要论》分别代表了当时证据法学教材和著作的最高水平, 成为我国证据法学研究中的制高点, 为证据法学的发展开创了一个良好的局面。与松冈义正及杨兆龙的论著显著不同的是, 这三部著作不论采用何种研究路径, 均以民事诉讼法和诉讼实务为研究对象。以下将总结归纳三本著作在不同体系下的证明程度理论, 以此说明证明程度理论在民国时期的发展脉络。

(一) 周荣: 自由心证结果描述体系下的证明程度理论

周荣被学界广泛地认为是中国第一个系统研究证据法学并将其深化的学者。1936年周荣撰写的《证据法要论》, 作为“新时代法学丛书”之一种, 由上海的商务印书馆出版。该书参酌松冈义正、盛振勾、威格摩尔等人的证据法学研究成果的基础上, 发展形成了一套较为系统、丰满的证据法学知识体系, 也被视为是中国法学者撰写的第一部较为系统讲授证据法学知识的著作。

周氏书序言中首先说明了撰写该书的意图: 尽管中国证据法采自由心证主义, 但法官在心证时, 仍须取双方当事人之证据, 依法权其轻重, 定其取舍, 而不是不论证据情况甚至不依靠证据, 而任意为之。申言之, 证据在自由心证中举足轻重, 从证明出发研究证据即是自然之理。周氏此论还可解读为证据制度的最终目的是为法官自由心证而设置的。他还指出, 由于英美证据法则采法定证据主义且规定详密, 其书在以本国证据法为根据进行论述的同时, 旁及英美证据法。由此可见, 该书在证据知识体系的建构上, 已开始注意参酌并折中两大法系的相关知识, 虽然该书延

续着松冈义正《民事证据论》中的观点, 将法定证据主义与自由心证主义作为对等的概念进行解读。

立足于以自由心证为中心的论证逻辑, 周氏认为, 证明程度是心证结果的一种描述。因此, 周氏关于证明程度的论述是从自由心证的论述开始的, 其指出法官在自由心证中应以“自由确信”作为证据的评判标准。周氏随之解释了这一标准, 即“该项确信乃法官根据其学识经验所得客观之认识也”。一方面, 这种确信是根据客观原因而非法官的主观之意志所作的任意判断, 而且不受证据法则的约束。因此, 法官必须通过证据调查, 依照证据法则及其他一般法则, 以求得对事实的确信。故而, 凡仅依暧昧之感觉或漠然之推测而判断者, 皆非自由心证而失去立法之本意。周氏这里所依据并阐述的是证据裁判主义原理。另一方面, 这种确信程度即以“吾人实际生活上引为确信”为标准。首先, 在“确信”上, 是一种使疑惑归于消散之确信程度, 并非绝对毫无反对可能之程度。周氏因此指出, “证据法上所称证明与科学上之证明, 其显著之程度并不相同”。因为后者须达于一定不移的程度, 而前者仅须达到当然或可资凭信的程度。申言之, 前者确信仅具有使疑惑归于消散之程度。周氏进一步论述道, 这种确信从正面而言, 可深信其事实之存在, 从负面而言, “同时可深信, 反乎其所信者, 为不存在者, 为之确信”。如果疑信参半, 即不得谓为确信, 应认为未经证明。其次, 这种确信采用的是法律中经常采用的“常人理性”即“常识”的标准, 即以一般通达事理之人为标准, 是一种“通常人理性”。周氏借此想消弭可能出现的“在一人心理中, 已认为达确信之程度者, 而在另一人心理中, 犹认为未足置信”^{[6](254)}, 以致出现无一定之规的乱象。

为实现“确信”的证明程度, 法庭需要采用法定证据主义与自由心证主义的证据评断方法。关于法定证据主义, 周氏将其界定为, 法律就证据方法之可否提出及其证力之强弱, 皆设有明文规定, 法院审理时, 不得违反此项规定而应受其约束。简言之, 法定证据主义为法官须受证据方法及证据力之法律拘束而取舍证据之主义。与之相对的自由心证主义即对于证据之取舍可由法官根据其学识经验自由判断, 是法官凭自由确信判断证据之主义。周氏继而断言, 英美证据法采用法定证据主义, 盖其基于历史上之关系, 且英美采取陪审制度, 因而非有严密之证据法则及采用法定证据主义不可。而大陆法系各国则以自由心证主义为

原则,以法定证据主义为例外。在自由心证过程中,作为主体的法官所发挥的作用大小至关重要,需要法官有相当之能力,否则无法达致发现真实而为适法裁判之目的。因为当法官具有胜任的学识经验时,方能为适当之判断而作成公平的判决。与此相关,由于自由心证中法官常常会发生滥用权力的现象,如果不能在审判中平心静气,冷静理性地对待两造证据,即有产生偏见和恣意的可能。这种任意和武断就容易催生不当裁判,损害当事人权利。在法定证据主义中,由于法官审断证据受法律的限制,因而其审断标准是法定的,法官权力较小,随之任意判断的危险也减小。然而法定证据主义的弊端亦由此产生,当证据方法及其证据力恰好适合实际上的经验时,固然判断适当。但是,如果法官依照其学识经验对不能确信的事实,也必须按照法定证据主义的规定而确信时,或者法官依照其学识经验能够确信但法律没有规定时,都将产生弊端。因此,公允而言,二者各有利弊^⑤。

周氏接着论述了自由心证的适用条件。在论述了自由心证实际上的“不自由”之后,指出这种“不自由”的三方面限制:一是证据调查必须合法。即合法有效的自由心证,其作为心证基础的证据调查,“须符合法定之程序。因此,法律所规定之一切重要程式,均须具备,不可有违”。二是证据调查结果须经当事人之言词辩论。周氏指出,证据应经当事人之言词辩论,否则调查证据程序违反言词审理和直接审理主义,该项证据不得作为自由心证之基础。与此相关,直接决定法律效果发生的主要事实和证据材料必须在当事人的辩论中出现,法院不能以当事人没有主张的事实作为判决的基础。简言之,证据资料未经言词辩论,不得作为案件裁判的基础。此正是大陆法系民事诉讼古典辩论主义的三大原则之一。三是某些情形下的法定证据主义的限制。由于兼采法定证据主义为例外,因此,凡待证事项为法定证据所规定之场合,自应受法定证据规定之限制,不得再适用自由心证法则。周氏书以相当篇幅论述了证据的调查及证据力的评断问题,以下对其分别作介绍。

首先是证据的调查。第一,证据调查的范围。调查范围以构成系争事实之证据及足以印证或证明关系本案事实之证据为限^⑥。在决定调查范围时,法院应斟酌案情,本乎事理,凡唯一之证据或其他重要证据,有互相证明之用,或于释明事实有重要关系,都应当列入调查范围。法院对无关案件之证据,或待证事实

已经明晰而无再调整的必要时,则可裁定不予调查。如法院不能依当事人声明之证据而得心证或因其他情形,认为必要时,可依职权调查证据。第二,证据调查的程序。周氏论述了主持证据调查的机关、调查的时间、调查的地点及补充或再行调查等项内容。周氏特别指出,调查证据不论为受诉法院受命推事或受托推事,均应将其期日通知当事人,令其到场。如当事人不到场,法院应告知当事人调查结果,令其辩论。如系受诉法院外,由受命推事、受托推事或向外国官署或大使公使领事等调查者,受诉法院应使当事人于言辞辩论时,陈述其结果。审判长也可令庭员或书记官朗读调查证据笔录。否则如采信该证据,将违反直接审理主义与言辞辩论主义。另外,对受诉法院于言辞辩论中调查的证据,可将调查之结果记明于言词辩论笔录,无须另作笔录。但于言词辩论前调查证据或由受命推事、受托推事调查证据者,书记官应制作调查证据笔录,此项笔录,准用言辞辩论之规定,但经受命推事、受托推事将调查证据笔录送交受诉法院时,受诉法院书记官将该笔录附卷者,可不必另作笔录^{[6](54)}。

由上可见,在周荣的证据法理论中,证明程度是以自由心证为中心的证明知识体系中的一个部分,是对自由心证结果的描述。这样的知识逻辑保持了与此前有关证明程度学理的一致性。

(二) 蒋澧泉: 证明责任附属体系下的证明程度理论

曾任上海第二特区地方法院、第一特区地方法院推事,兼任上海法学院、上海政法学院教授的蒋澧泉先生结合自己丰富的法律实践经验,将抽象的证据法理论与具体实例有机结合、相互映照,1941年编著完成《刑事诉讼证据法论》。该书将证据法的一些重要学理及实用题材搜罗备具,尤为注重实务上之运用。其详尽阐述了何种案件如何举证、何项事实须待证明、何种事物可供证明、举证责任如何、证据效力如何、采信法则如何、何者可作为裁判根据等问题,被学界誉为一本融贯理论与实务的经典证据法学著作。

蒋氏书中有关证明程度的论述较为独特。该书第九章“证明程度的分类”除了将刑事证明程度分为嫌疑、释明、证明,民事分为释明和证明外,还结合当时的刑民诉讼法典中相关条文进行了分析。蒋氏还特别指出,刑事案件中认定犯罪事实的有无及民事案件中应否裁决被告方承担义务,均须证明。对法律规

定仍需释明的事项却进行证明时, 就违反了诉讼经济原则。关于释明, 蒋氏认为, 释明中的举证责任是由申请的一方当事人或第三人承担, 法院或对方当事人无需承担举证责任, 且法院无需询问对方当事人, 即可作出裁判。证明则在民事诉讼中必须由有举证责任的一方当事人举证, 举证后还应询问双方当事人。刑事诉讼中的释明只需法院依职权调查即可。可以看出, 在蒋氏证明理论中, 证明程度等概念及其功能是为诉讼中的证明责任提供操作指南的。

在该书第三章“证据法之性质”的论述中, 蒋氏还注意将诉讼证明中的真相发现与自然科学中的真相发现作了区分。蒋氏认为“自然科学之据已知以求未知、阐彼物以明此物, 可达于一定不明之点, 无比较程度之可言”。但是“法律事务、法院审理案件, 一则因已过事实不能重见于法庭, 再则有利害关系之当事人或证人等, 均尽其智力以相掩饰、回护, 不能达于绝对真实之域”^{[7](30)}。因此, 证据法上的事实, 仅能达致可信的程度。蒋氏进一步阐述了可信的理解问题, 即可信就其正面而言, 是可信其事实之存在; 就其反面而言, 可深信反乎其所以信之事实为不存在。如果是将信将疑, 就是未经证明。蒋氏还特别指出, 可信的程度是以“客观的一般通达事理者, 依常识观察之结果”。蒋氏反复强调, 所谓心证, 不能超越一定范围, 否则将出现离奇偏颇的结果, 一定要依据经验法则进行。

由上可见, 在蒋澧泉的证明程度理论中, 证明程度具有比较重要的地位, 因此其书将之作为独立一章进行论述。但需注意的, 从其关于证据法的性质及证明程度的具体论述可以看出, 其证明程度理论仍然是作为自由心证的结果, 是附属于自由心证理论的, 只是比较而言, 其自由心证的论述较为简略, 且体系上亦不周密。

(三) 东吴大学《证据法学》: 诉讼证明抽象思维具象化下的证明程度理论

东吴大学法学院《证据法学》是当时东吴大学证据法学教科书, 全书两百余页。作为大学通用教材, 该书对中国法、英美法、罗马法、大陆法进行广泛的比较, 不仅将世界几大法系的证据法尽收眼底, 一览其利弊得失, 还有大量实例相配套, 熔法理论证、比较研究、案例分析于一炉, 充分体现了东吴法学教育与法学学术的鲜明特色和优秀传统, 是当时中国证据法教学与研究的集大成者。

该书延续了盛振为、周荣等的知识逻辑, 其第十三章“评证标准”即为证明程度的论述。所不同的是, 在该章中首先是关于证明程度的介绍, 并以民诉上之量度与刑诉上之量度分别进行了论述。继而论述了判断之准则即通常所说的证据评断中的自由心证主义与法定证据主义。其后, 该章就法制史上关于评证的情况进行了梳理。该书关于证明程度的论述在用语上较为接近现今证明标准的用语。此外, 该书专辟一章以“供证图解”(第十四章)为题, 用图例的形式就各证据方法的审断作了形象的说明。

在关于证明程度的具体论述上, 该书首先指出, 当事人于诉讼案件所提供之证据, 须证明至何种程度, 方能取得法院之信服, 关系到诉讼的成败。而且, 刑事诉讼中这一标准又各不相同。在民事诉讼中, “凡任何一造所提供之证据, 其证明力较对造稍强(畸重证据)者, 应得胜诉之裁判也”。即在民事诉讼中, 通常主张者提供证据材料证明后, 如果对造并无反证, 法院应认主张之一造证明为确当, 予以有利之裁判。倘对造提出反证, 然而其证明力不如主张者强固, 则主张者犹可胜诉; 倘对造所提出之证据, 其证明力与主张者相等或较为强固, 则法院应判主张者败诉。因此在有反证的案件中, 两造证明力强弱相差程度, 并不要求有巨量之分别, 稍胜或稍弱即足矣。在刑事诉讼中, 由于实行无罪推定, “原告方面除所提供之事物能确实无疑证明被告有罪外, 法院应为被告无罪之论知”。因此, 还应该实行疑罪从无的原则^{[8](28)}。该书在其后还作了进一步的论述, 即“凡主张被告有罪者, 其证力须极为强固。倘若有罪之证力较无罪之证力为薄弱, 或证力相等, 或稍为较胜, 则法院应认此无罪证据未足证至‘使常情起信而远疑’也”^{[8](234)}。由上述内容可知, 证明程度因刑事与民事而异, 用当前的立法语言就是, 民事证明的证明标准是优势证明标准或是盖然性标准, 而刑事证明则必须达到“排除一切合理怀疑”方可。

关于判断的标准, 该书因此述及自由心证与法定证据。关于自由心证, 该书将其定义为“法院在判断事实真伪时, 凭其主观之认识, 认定一切事物, 别无证据规则以拘束也”。该书进而补充道, 自由心证规则的利益在能合乎实际之审判。并且, 就学理而言, 自由心证并非法院采取证据可以任意推测, 漫无限制。法院在审究诉讼人辩论意旨及调查证据结果时, 不仅应斟酌当事人提出之证据, 且应注意当事人陈述之内

容及其举止状态。从心证形成的基础看,法官仍须依学识、经验及一般法则为之。此外,证据的提供与本案非切要,或未经言词辩论,或为道听途说,亦须甄别限制其自由施行。由此而产生的内在要求是心证的理由应记明于判决,以免法官在心证中的专横。从评证标准(证明程度)的视角来看,即证明程度是理性和可预期的。

关于法定证据,该书的定义为:法院对于证据取舍、证力强弱,须受一定证据规定之拘束。此项限制,使采证者依客观之标准,审定各种为裁判基础之事实。该书还沿用松冈义正的理论,将法定证据的规则分为积极与消极两种。前者系当特定的前提要件存在时,法院应认为某种事实已经被证明;后者是当特定的前提要件不存在时,法院应认为某种事实已经被证明。该书认为,法定证据规则在实体法中规定者甚多,在诉讼法中规定者,有书证中之公文书及笔录,如在未遇反证前,应认定其为真实。

该书“供证图解”一章援引威格摩尔《司法证明的原则》一书中的理论,首先说明了各符号所代表的意义,继而以图解的形式说明了各证据方法的相互关系、推论所得到的“暂时证力”以及事实得到证明后的效力等。随后,以举例的形式说明了图解的具体运用。这是一种将诉讼证明过程抽象思维具象化的有效尝试,值得肯定。

该书随之引述郭云观的观点,比较了两种证据评断方式的优劣,并就历史上各种既存的法律制度和两大法系的证据评判方式进行了分析,但关于两大法系证据判断方式的结论仍然和周荣的专著一样,视英美法系为法定证据主义,不无遗憾^⑦。

四、结论与启示

(一) 结论:证明程度理论体系化思维的必要性

民国时期是我国借鉴西方法律制度的真正开始,带有很强的舶来属性。通过梳理民国时期关于证明程度的理论可以看出,证明程度是自由心证理论的有机组成部分。无论是松冈义正关于证明程度是对自由心证状态进行描述的论述,还是其他关于证明程度的论述,其知识体系遵循的是同样的逻辑结构。当然,换一种视角来看,证明程度又是证明责任是否完成的考量指标,这就是蒋澧泉在其著述中论述的理路。蒋氏

在对证明程度与心证之间的关系进行梳理的同时,还从证明责任的角度将证明程度按照刑民事诉讼的要求分别进行了论述。无论是哪一种研究证明程度的方式,都可以视为一种“关系”的进路,即从证明程度与证明责任或自由心证的相关性展开相应的研究。即使是在东吴大学法学院的《证据法学》中,这样的论述思路仍然是清晰的。所不同的是,该书将自由心证作为证明标准的保障手段和实现路径。总之,以体系化的思维对待证明程度,使证明程度与证明责任、自由心证等构成一个完整的知识体,是思考证明程度问题应然的出发点。

(二) 启示:证明程度理论应然知识结构逻辑的回归

在我国现有证明理论中,证明标准被赋予了多种角色,担当着多重使命:除了作为通常意义上的完成证明责任的标志外,在裁判者一方,还是防止冤案(狱)发生,以及完成裁判说理和免除错案责任终身追究等表面和形式拘束力的关隘。尤其是后者,基于司法行政化的层级制管理模式以及权力构造体系实际上的委任制所产生的履责压力,防止司法人员办错案已成为立法和司法领导层的执念^⑧,由此使包括刑事证明标准在内的诉讼证明问题具有了特殊的意义。法官因为办案受到追究直至承担刑责,在中国已经不是孤例^⑨。其中,对法官惩戒的关键性事由,就是以法官在证明标准把握上的非法为追责要件。不仅如此,因应经济社会发展 and 转型的现实,面对民众对司法越来越高的要求,各级司法系统还自我加压,为法官设定越来越多的考核性指标,制定了越来越明细的规则指南^⑩。这样一来,势必在营造一个法的空间,使法官依照法律,本乎理智、良心和经验法则,自由作出判断与接受外部越来越多的规则约束之间产生难以消弭的张力。其可能的结果就是,法官按照规则机械办案而出现乖张的判决,突出如河南兰草案、深圳贩卖鹦鹉案、天津气步枪案等^⑪,使司法的公正性、权威性 etc 司法本应具有的内在于品性受到侵蚀,从而离社会公众对司法的期待越来越远,最终出现司法愿景与司法实践越来越相背离的所谓好心办坏事的现象。

缠绕在当前司法中的多重矛盾,在司法问题成为理论研究的热点这一现象中得到证实。而为当前司法把脉并开出的药方也多种多样:从宏观到微观的制度体制改革,从对法官道德、素质的提升到对法官的纪律、规则约束等等,不一而足。其中,单是涉及证明

标准的理解、把握等的研究以及司法部门对此频繁地作出的解释、指示等就已经难以尽数^⑨。这或许从一个侧面可以说明, 既有的关于证明程度的认知已经陷入学术上的停滞阶段, 无法得到提升。

现行证明标准出现的频繁解释与理论研究精细化的现象有既有程序理念反射下的特点, 即某种程度上, 现行的“审判的程序性限制也是以官僚机构内部纪律的形式出现, 程序的遵守不是由于当事人能够对违法的过程提出效力瑕疵的异议, 而是通过上司对违法官僚的惩戒处分来保障”^{[9](58)}。当程序被视为对一种基于官僚体制模式的对法官的限制性规则时, 就不难理解这种不厌其烦地追求所谓证明程度的明细化, 因为, “立法层次上的细则化倾向意味着不断限制司法裁量的努力”^{[9](60)}。另外, 如笔者在本文开头所言, 国内有关证明程度理论的研究没有将其与自由心证、举证责任等有关诉讼证明的理论一体化, 使证明标准的理论成为独立于自由心证的理论体系, 是更为根本的原因。

迄今为止, 我国诉讼法中均无自由心证的制度规定, 理论界一度对自由心证制度及理论持强烈的批评态度, 甚至使其与政治意识形态挂钩, 视其为“旧司法”中法官专制的渊薮, 以致自由心证制度不见于立法^⑩。此外, 理论与实践均选用“证明标准”一词还有使用自由心证将会导致法官主观随意乃至肆意定案的担心。不仅如此, 自由心证还被贬斥为资产阶级主观唯心主义的理论, 并代之以辩证唯物主义实事求是的认识论, 同时以客观真实为证明标准, 坚信能完全认识案件事实即达到“客观真实”并排除认识主体的主观性, 并与来自两大法系传统标准的“内心确信”或“排除合理怀疑”判然有别, 是比两大法系更客观、更先进的标准^[10-11]。直到今天, 主导证据立法的认识论仍然是上述略显盲目乐观的认识理论, 隐喻其中的, 一则是孤立地看待证明标准, 视其为纯粹的认识论问题; 一则是其中潜存的关于案件事实的可知论和独断论理念。持此论者坚持认为, 从理论上来说, 一切客体都具有可知性, 通过人的主观努力能够认识这一客观世界, 可以达到所谓“绝对的真实(绝对真理)”, 知识是外部世界的摹写, 知识的正确性就在于与外部世界的符合(真理符合论)。还因此主张, “我国证据制度要解决的核心问题是如何保证司法人员能够正确认识案件事实, 亦即如何保证其主观符合客观”。甚至提出“要忠于事实真相……务必查明起初情况, 还事实的

本来面目”^[12-14]。由于上述原因, 我国的证明标准理论自然无法作为自由心证制度与知识体系的一部分, 甚至证明程度一词都因为具有主观性色彩而不见于立法及相关的理论中。

笔者认为, 当前我国诉讼证明标准理论中的结构性缺陷、作为其前提的认知理论的理想化、泛哲学化思维亟待克服, 唯此方能尽快回归证明标准理论应然的知识结构逻辑中。由于既有的证明标准理论没有充分顾及主客体生成的历史统一性及延续性, “把解释者的历史性作为阻碍获得正确理解和解释的因素加以排斥和否定”^[15], 认识主体的能动性受到限制, 无法出现主客互动的意义不断生成之境。在理性主义的普遍认知能力受到质疑和挑战、人在认知活动中的主体性地位即主体性问题^⑪得到重新审视的新形势下, 传统的认识理论及与其相关的存在绝对性真理的独断论必须被超越, 证明标准的既有知识体系必须被改写。

除了上述主体性哲学理论及来自两大法系有关自由心证、证明责任的最新理论外, 重新思考我国证明标准理论的源头, 探究该理论原初的知识与逻辑, 也可为当下的知识转型、制度回归到常识性理论与思维的改革提供相应的理论资源。申言之, 应当确立证明标准知识与自由心证、证明责任等有机融合的一体化系统性知识逻辑, 将证明标准融贯于自由心证、举证责任等理论中进行建构, 确立证明标准与后二者之间的有机联系。与此同时, 考虑到自由心证及现代知识论哲学的主体性特征, 最好将既有的证明标准的概念更替为证明程度, 以祛除其在既有语境中的独断论和客观真实主义真理论的色彩, 回归其本然的主观性属性。

注释:

- ① 现行主流证据理论关于证明标准的“客观真实”“法律真实”甚至其他某种真实的论争一直热度不减。关于证明标准的论述, 其基本的论述逻辑是证明标准的概念、国外证明标准、我国刑事民事证明标准, 将证明标准客观化(视证明标准为一种客观存在物, 如同光、电、社会等的客观存在)并进行探讨。与传统的证明程度探究心证的过程即如何评断证据或者说是于心证的描述, 实为完全不同的知识体系。
- ② 这种“路径依赖”是指证据与证明二分的知识体系及其在现行研究中产生的影响, 具体论述可参见裴苍龄:《证据学的大革命: 再论实质证据观》, 《法律科学》2010年第3期。
- ③ 《民事证据论》(第2册)由日本留学归来的张之本翻译, 上海会文堂1931年出版。本文所引均为2004年中国政法大学出版社出版之版本。
- ④ 但笔者以为, 推定虽然是一种举证责任之酌免, 但推定既具有

实体性也具有程序性,其所形成的事实,换一个角度,将是法官对一种事实的直接认知。所以笔者对松冈氏此论持保留观点。

- ⑤ 必须说明的是,在上述自由心证主义与法定证据主义的比较分析中,周氏将英美法系有关证据资格的规定误解为判断证据力的法定证据主义,认为由于历史上英美法系实行由非专业人士的陪审团审理制度,因此非有严密的证据法则及采用法定证据主义不可,混同了证据资格的审定与证据价值的判断两个概念,不能不说是一种遗憾。参见周荣:《证据法要论》,北京:商务印书馆,1936: 251页以下。
- ⑥ 对于何谓系争事实及关系事实,可参照英美证据法相关理论进行分析,具体待笔者另文论述。
- ⑦ 有学者认为东吴大学法学院的《证据法学》为盛振为先生的作品,但对照周荣的《证据法要论》,可以发现,两者在很多地方的论述、观点是一致的,因此,《证据法学》应为盛振为、周荣等人集体撰写的作品。本文采此说。参见东吴大学法学院:《证据法学》,北京:中国政法大学出版社,2012: 236-238。
- ⑧ 我国法院内部层级化构造及法官生态的详尽分析,可参见刘练军:《法院科层化的多米诺效应》,《法律科学》2015年第3期,以及刘忠:《格、职、级与竞争上岗——法院内部秩序的深层结构》,《清华法学》2014年第2期。但笔者此处选择用“层级化”来描述我国法院上下级及法院内部行政化隶属关系而没有采用刘练军教授文中的“科层化”一词,原因在于,根据马克斯·韦伯的观点,科层制是理性化的现代社会中组织的最为一般的特征和类型,因而以此概括我国法院及法官的组织模式并不准确。
- ⑨ 2017年,辽宁省辽源市法官王成忠被以枉法裁判罪判刑,此案在最近的二审中因为法官回避问题被中止审理,直播以后,庭审中出现的各种乖戾现象令舆论大哗。王成忠案的核心即与王作为法官在裁判中对事实的认定非法有关。根据王案一审判决书记载,王成忠在其所审理的案件中,对该案发生“转让”的原因、李国辉被迫加“第三人”是否妥当、李笑岩出庭作证是否适格、本案买卖合同是否成立等应当核实的事实未予调查,故意违背本案买卖合同不成立的事实,且对郭长兴的上诉理由及李国辉的陈述内容不采纳,未能作出评判,违背事实和法律作出“驳回上诉,维持原判”的终审判决,因此构成民事枉法裁判罪。此外,无论最终该案如何进行,本案二审中存在程序上的硬伤是不容置疑的。
- ⑩ 还以王成忠所在辽宁法院系统为例,最近,辽宁省高院党组书记、院长张学群在“辽宁全省法院提升审判质效工作会议”上讲话,要求辽宁省各级法院对既有员额法官办案实行目标管理或定额管理。从2019年起,对法官按结案率90%的目标量化结案任务,连续两年完不成审判任务的法官必须退额。具体做法是,对员额法官实行一月一考核。一个月完不成任务的要写出说明并提出改进措施;连续3个月完不成任务的将对约谈;半年完不成任务的将诫勉谈话;全年完不成任务且差距较大的,要考虑退出员额;连续两年不能完成审判任务的必须退额(参见辽宁省“全省法院提升审判质效工作会议”有关报道, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1616664759784928817&wfr=spider&for=pc>, 访问时间:2019年7月8日)。
- ⑪ 所列几个刑事案件均发生在2016年前后,由此被学者称为年度奇葩案例,引起了学者的热议并反思如何理解罪刑法定等实体性正义问题等。笔者认为,上述案件中明显违背公正的判决之所以发生,法官未必有感,但严格遵循规则以防被追责的案外因素对法官的影响,恐怕是不可忽视的原因,值得进一步研究。
- ⑫ 仅以刑事诉讼中的证明标准为例,现行《刑事诉讼法》第53条关于对被告人定罪和处以刑罚需要达到“证据确实、充分”证明标准的规定。此前,学界已将“案件事实清楚、证据确实

充分”具体化为4项要求,即:(1)据以定案的证据均已查证属实;(2)案件事实均有必要的证据予以证明;(3)证据之间、证据与案件事实之间的矛盾得到合理排除;(4)得出的结论是唯一的、排除了其他可能性。单从解释学的立场来看,学界这一解释实际上无非是用另外一种并不清晰的概念解释已有的概念,并没有使人对证据确实、充分的认知得到改观。因为“确实充分”“合理排除”“排除了其他可能性”等概念都没有实现指示上的确定性。而此后出现的有关刑事证明标准的司法解释也是如此。突出如当前对网络电信犯罪惩治中犯罪证据的认定问题,最高司法部门频繁地发出解释,提出一个实际上并不具有操作价值的“综合认定”规则,实践部门对此仍然一头雾水,形成了解释、再解释的恶性循环。

- ⑬ 有关自由心证理论在1949年以后的中国的命运之研究,可参见何邦武:《近代证据法学知识系谱研究:意旨、方法与进路》,《求索》2015年第2期。
- ⑭ 主体性问题较为复杂,在20世纪后的各种哲学思潮中,存在着主体哲学、无主体哲学和反主体哲学三种形态。胡塞尔的现象学是最典型的弘扬主体的哲学,其后的海德格尔的在世哲学和萨特的存在主义哲学继续弘扬这种主体性哲学。与之截然相反的是英美分析哲学的无主体以及结构主义和后结构主义如福柯、德里达等人的反主体性思想。但这里要注意的是,主体问题同样是后二者探究的对象,并且,后期维特根斯坦的转向,以及普特南从分析哲学向实用主义的转型,都蕴含着对主体的重新认识。而福柯、德里达的思想,作为一种后现代主义,只具有反思的特质而不具有建构意义。因此,笔者认为,在20世纪以来的各种哲学思潮中,主体性哲学应属主流。具体到自由心证理论中,以主体性哲学为基础,使证据评价的方式“从演绎证明到对话证明,从‘封闭’到比较‘开放’的推理形式,从不容置疑的权威到在不同解决方案之间辩证选择,已成为一种趋势,尽管这一趋势是在各种法律传统或法律制度内部发生的,是渐进的而非突发的”。参见张志铭:《法律解释操作分析》,北京:中国政法大学出版社,1999: 208。

参考文献:

- [1] 沈德咏. 刑事证据制度与理论[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 总序一.
SHEN Deyong. Criminal evidence system and theory[M]. Beijing: Law Press, 2002: General Preface 1.
- [2] 郭云观. 法官采证准绳自序[M]// 郭云观. 郭云观论学集. 北京: 商务印书馆, 2019: 52-97.
GUO Yunguan. Self-sequence on the basis of evidence proof for judges[M]// GUO Yunguan. GuoYunguan's theory collection. Beijing: Commercial Press, 2019: 52-97.
- [3] 李政. 中国近代民事诉讼法探源[J]. 法律科学, 2000(6): 99-107.
LI Zheng. Origin of China's modern civil procedure law[J]. Science of Law, 2000(6): 99-107.
- [4] 松冈义正. 民事证据论[M]. 张之本, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
Masayuki Matsuoka. Civil evidence theory[M]. Trans. ZHANG Zhiben. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2004.
- [5] 杨兆龙. 杨兆龙法学文集[M]. 北京: 法律出版社, 2005.

- YANG Zhaolong. Yang Zhaolong's collection of laws[M]. Beijing: Law Press, 2005.
- [6] 周荣. 证据法要论[M]. 北京: 商务印书馆, 1936.
- ZHOU Rong. Essentials of evidence law[M]. Beijing: Commercial Press, 1936.
- [7] 蒋澧泉. 民刑诉讼证据法论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012.
- JIANG Fengquan. On evidence law in civil litigation[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2012.
- [8] 东吴大学法学院. 证据法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012.
- School of Law, Soochow University. Law of evidence[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2012.
- [9] 季卫东. 法治秩序的建构[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- JI Weidong. Construction of rule of law order[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1999.
- [10] 陈光中. 刑事诉讼法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1990: 153.
- CHEN Guangzhong. Criminal procedure law[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1990: 153.
- [11] 沈德咏. 刑事证据制度与理论[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 188-189.
- SHEN Deyong. Criminal evidence system and theory[M]. Beijing: Law Press, 2002: 188-189.
- [12] 陈一云. 证据学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000: 94-95.
- CHEN Yiyun. Evidence science[M]. Beijing: Renmin University of China Press, 2000: 94-95.
- [13] 常怡. 民事诉讼法学新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1989: 71.
- CHANG Yi. New theory of civil procedure law[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1989: 71.
- [14] 廖永安. 民事证据法学的认识论与价值论基础[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2009: 76.
- LIAO Yong'an. Epistemology and axiology foundation of civil evidence law [M]. Beijing: China Social Sciences Press, 2009: 76.
- [15] 张志铭. 法律解释操作分析[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 35.
- ZHANG Zhiming. Analysis of legal interpretation operation[M]. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1999: 35.

Evolution and enlightenment of scientific principles of the degree of proof during the Republic of China

MA Li^{1,2}, HE Bangwu²

(1. School of Law, Nanjing University, Nanjing 210093, China;

2. School of Law, Nanjing Audit University, Nanjing 211815, China)

Abstract: By studying the original concept of proof standard, namely the degree of proof, in various works of evidence law during the Republic of China, we can explore the original connotation of degree of proof in the context of early evidence knowledge system in China's legal modernization and the order of evidence knowledge structure. What can be preliminarily proved valid is that, from the knowledge view of the degree of proof, treating the degree of proof with systematic thinking, and making the degree of proof, the responsibility of proof and the free evaluation of the evidence form a complete part of knowledge emerge as the starting point of considering the degree of proof as it is. Currently, in the litigation proof standard theory of our country, there exist problems such as structural defects, idealization of cognitive theory as its premise, pan-philosophical thinking, and the like. Consequently, a kind of "Path Dependence" is formed in the knowledge reproduction including proof standard, which urgently needs to be overcome in theory. Only in this way, can we return as soon as possible to the knowledge structure logic that the proof standard theory ought to be.

Key Words: degree of proof; free evaluation of the evidence; evidence law during the Republic of China

[编辑: 苏慧]