

中国传统司法如何处置“真伪不明”

胡学军*

内容提要 客观证明责任问题存在于任何国家任何时期的诉讼制度中,这一论断并不适合古代中国。宋代相关判例中,法官在案件事实不清时存在着依道德规范来辅助事实判断的倾向。面对疑难案件,中国古代司法并不严格按形式逻辑思维得出最终结论,而往往将事实认定与法律适用混同于最后的裁判之中。欲理解中西对事实疑难案件迥异的处置方式及各自内在逻辑,唯有将目光投射到更广阔的制度背景上。现代证明责任理论的底流是实证主义法学思潮,而中国古代社会是一个功能未分化的社会,法律的儒家化及司法与行政一体化的特点使中国古代处置事实疑难案件的方法与西方近代证明责任制度存在隔膜。证明责任制度是一定社会发展阶段及特定法制模式与司法裁判模式下的产物。在证明责任制度本土化过程中,尤应注意其与现代司法理念及整体现代司法制度的协同发展。

关键词 证明责任 疑案处置 真伪不明 法律儒家化 法律实证主义

目 次

- 一、问题的提出:证明责任普适性命题的质疑
- 二、中国古代司法对事实疑难案件的裁判方法管窥
- 三、中国古代疑难案件裁判方法与现代证明责任方法的宏观比较
- 四、中国古代传统司法方法与现代证明责任制度比较的启示

* 华东政法大学法律学院教授。本文系 2020 年度国家社科基金一般项目“比较法视野下民事证据制度本土化研究”(项目批准号:20BFX094)的阶段性成果。

一、问题的提出：证明责任普适性命题的质疑

证明责任理论从诞生之日起,一直是民事诉讼法学界研讨的核心课题之一。在浩如烟海的诉讼法学著作中,学者们论述得最多的就是证明责任。^①但即便如此,自20世纪80年代末被引入我国现行司法体系以来,这一概念似乎仍未被理论与司法实务真正接受。这一问题上存在的一系列概念迷思及长期以来理论与实务的背离绝非仅因对域外理论存在误读,而必然有更深层次的原因。证明责任制度是为解决案件事实真伪不明时法官如何裁判这一难题而产生的,并在现代司法中被定位为“法律适用”问题。^②目前,证明责任本质为客观证明责任的观点已被学界彻底澄清并完全继受,^③但司法实践中与客观证明责任本质迥异的所谓“主观证明责任逻辑”却也自成一体,在相关司法解释与裁判实践中顽强生长。^④

在经典理论中,证明责任就是为解决案件事实“真伪不明”而产生的裁判方法。真伪不明是指在诉讼结束时,当用尽所有程序上许可的和可能的证明手段,争议事实仍然不清楚的最终状态,也即法官心证模糊的状态。^⑤但证明责任的对象并非所有的案件事实,而只是从法律规范中的要件出发界定的要件事实。^⑥要件是适用法律规范所必须具备的条件,故在要件真伪不明时,法官就不能裁判支持当事人所主张的依据该法律规范所产生的法律效果,当事人因此负担败诉风险,这就是现代证明责任制度的基本逻辑。德国学者曾断言:不管什么样的诉讼程序,也无须证明法如何构造,甚至也不管适用什么样的诉讼原则,都可能面临客观证明责任问题。^⑦但对于这一自我宣称具有普适性的论断是否同样适用于中国古代,却似乎很值得怀疑。

中国古代司法比较符合典型的“事实出发型诉讼”。事实判断在我国古代司法中毫无疑问处于中心地位,清官断案的最高境界就是“明镜高悬”“明察秋毫”,案件的理想结果就是水落石出、真相大白。在事实清楚的前提下,裁判也就不太可能成为疑难问题。中国古代司法并没有从形式上严格依法裁判的传统,也就根本不存在紧扣法律条文而产生的“构成要件”及进一步的“要件事实”的概念。古代司法也不太强调专业性,法官

① 参见张卫平:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第203页。

② 德国通说认为证明责任理论应定位为法律适用理论的一部分。参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第14页。

③ 参见李浩:《证明责任本质的再认识——以〈民事诉讼法〉第112条为分析对象》,载《法律科学》2018年第4期,第94页。

④ 所谓“主观证明责任逻辑”,参见霍海红:《主观证明责任逻辑的中国解释》,载《北大法律评论》2010年第2期,第521页。关于此种主观证明责任在司法实践中运用的分析,参见胡学军:《中国式举证责任制度的内在逻辑》,载《法学家》2018年第5期,第91页;吴泽勇:《民间借贷诉讼中的证明责任问题》,载《中国法学》2017年第5期,第258页。

⑤ 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第21页。

⑥ 参见胡学军:《在“生活事实”与“法律要件”之间——证明责任分配对象的误识与回归》,载《中国法学》2019年第2期,第241页。

⑦ 参见前注⑤,汉斯·普维庭书,第12页;前注②,莱奥·罗森贝克书,第2页。

一般并不需要专门的技能或培训。而从法律典籍上看,中国古代从未产生过“证明责任”或“举证责任”之类的概念,中国传统法律文化观念似乎也不容许诉讼中案件事实呈现为“真伪不明”的状态并由当事人一方负担败诉风险。故中国传统司法裁判似乎根本就不遵循客观证明责任的思维逻辑。

如果说我国古代司法实际上并不存在与现代证明责任可实质通约的制度做法,那么,所谓证明责任制度通行于所有时代与国家这一命题是否成立就确实是一个值得认真辨析的问题,甚至我国当今是否应当照搬源于西方法制环境的现代证明责任制度都需要重新审视。这一问题的答案也会影响我们对这一移植的理论在本土适用性的信心与制度本土化的可能方向。

可以初步认为,当今对于证明责任的诸多误解与迷思也与传统法律思维与法律文化有一定的内在联系。事实存疑案件在我国古代到底是如何作出裁判的?事实存疑案件的裁判是否必然依据固定的法律规范来分配败诉风险?对此的追问与探究可能会在预设的西方证明责任理论视野之外更清晰地揭示古代裁判逻辑与方法对当今司法思维产生的潜移默化的影响,也有助于理解为什么虽然学界长期怀着殷切期望,但司法实践总是难以完全按照西方经典理论来运作的问题。

二、中国古代司法对事实疑难案件的裁判方法管窥

诉讼证明就是要以已成过去的案件发生后所留下的证据来回溯性判断此前的事件真相。如案发时间间隔过久证据灭失或当事人死亡等因素导致事过境迁,则必然使得案件事实难以认定,这确实是一个普适性的难题。但中国古代并不存在法官必须对所有案件进行裁判的制度,如宋代法律就多有对契约、田宅、典当、遗嘱、亲子等类型案件经过一定年限则不得受理的规定,^⑧这样就可能避免法官在事实无法认定时无从裁判的窘境。

但法律上的规定只是法制史的一个面相,我们不应局限于法典规定本身,还应当尽可能去其他史料中考察古代的具体司法实践。古代所谓“户婚田土”类官司(相当于现代民事诉讼)中,最典型的事实疑难案件莫过于认定当事人之间是否存在亲子关系的案件。当然,在古代此类纠纷并不总是以认定亲子关系的形式呈现,而多以遗嘱继承的纷争表现出来,对此,官府并非总是一律不受理。在此类案件中,作为法定继承前提的亲子关系或者遗嘱继承前提的遗嘱的真实性就是最重要的事实问题。在古代缺乏科学证据的时代背景下,对此类事实法官又会如何认定与处理呢?

“名公”都非常明白:“太率官司予决,只有一可一否,不应两开其说。”^⑨法官一般也能够将事实认定与道德评判区分开来,知晓“然官司亦惟其理而已”^⑩。此处的“理”,就

^⑧ 参见《名公书判清明集校释(户婚门)》,周名峰校释,法律出版社2020年版,第9、56、103、107、133、325页。

^⑨ 前注^⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第110页。

^⑩ 前注^⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第117页。

是事理,不仅包括诉讼中查明的证据与法律规范,也包括依社会经验对当时世事的理解。

例如,名公叶岩峰在处理一起类别为“遗腹”的案件时,^⑪就典型地展示了在证据短缺时是如何认定事实的(该案名称即为“辨明是非”)。^⑫在该案中,韩知丞在亡故后,突然有个二十七岁的青年董三八自称是他的儿子。该青年声称其母亲过去曾是韩知丞的婢女,出嫁给董三二后生下董三八,并领来一证人作证。由于查明韩知丞在任时对该证人的儿子盗掘祖坟一案予以过从重处罚,证人对此怀恨在心,故判决该证人的证言当然不足采信。而接下来,在没有任何实质证据的情形下,判词对“董三八声称其为韩知丞遗腹子”的主张提出了五重质疑,并在驳斥了当事人主张的基础上,指出“以情节推理,结论显而易见”:韩知丞不收养董三八,理由很明显,董三八不是其亲生儿子。与现代司法上的推定不同的是,本案对于事实的推理完全是根据当事人过往历史中的行为表现,而非与本案相关的直接或间接证据,也可以说完全是根据经验法则来对案情予以猜测,只不过这种猜测不是完全无根据的臆测。

无独有偶,在另一起“妄称遗腹以图归宗案”中,^⑬也还是这位名公,在判词中主要是根据当事人“四十余年,略无一语及遗腹”而断定:原告突然改名换姓,妄称遗腹子,可能是一起虚假诉讼,动机在于看到被告已届垂暮之年,意图浑水摸鱼,为今后归宗制造借口。在当事双方各执一词的情况下,此案的事实判断也很难说有什么真凭实据,法庭上“原告能言善辩,被告不是其对手”的诉讼表现,反而成了法官对案情猜测判断的一条线索。据情理推理成了事实判断的主要手段,并且法官对根据生活经验进行的此种推理有着很强的自信。

实际上,我国古代对于亲子关系的裁判更多的是从裁判后果出发进行的推理,据情理推断是化解事实争端的重要方法。认定亲子关系的诉讼目的往往在于继承与争产,而原告是否适宜取得继承人地位决定了是否可认定亲子关系的存在。这是一种从后果或裁判的社会效果出发进行的论证。

这种事实认定方法与其说是根据证据,毋宁说是法官以裁判的价值衡量的利器穿越了事实问题的迷雾。但这种穿越是凭经验与感觉的,而不是凭借现代证明责任这种制度化的常规的固定的方式,因此在司法实践中往往表现不稳定。运用得好,则属天理国法人情俱在的“妙判”;运用得不好,就难免暴露出主观臆断的一面了。

另一名公范西堂在处理一起典型证据短缺的“别宅子”类型的案件时(该案名称为“无证据”),采取了几乎同样的方法。^⑭饶操没有亲生子嗣,只有养子。饶操死亡后,突然冒出一个李五,声称其母亲在饶操家为仆人时怀孕,并在被饶操赶出家门后嫁给其

⑪ 《名公书判清明集校释(户婚门)》将民事案件根据所涉法律关系的性质分为22类,177个案件。案件的“类别”大致相当于现代诉讼的“案由”,每种类型下的个案根据案情本身的特征又有一个名称,但这种命名没有统一的规律,并非当今比较规范统一的案件命名制度,并不一定是以法律关系或诉讼请求内容来标示。

⑫ 参见前注⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第238-241页。

⑬ 参见前注⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第241页。

⑭ 参见前注⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第325-328页。

仆人李三,因此要求认定自己为饶操亲子并继承家产。但法官依据情理在判词中设置了十二个反问来批驳当事人的“归宗”请求,也实际上否定了李五为亲生子的结论。法官在判决中认为“以义断之,何所容喙”(这种凭义理裁断的方法不必惧怕议论),并感慨处理这个案件的关键“非曰知之艰,必须行之果也”(不在于查清案情有多难,而在于必须果断处置)。

一般而言,名公断案时事实问题的重要性显然是置于规范(法律—道德)之下的。在一起养子与继母争产的案件中(“义子”类别之“背母无状案”),^⑮ 现法官竟在判词中批评之前受委托审理本案的都监“不能匡正母子名分,却只是查问财产的下落,舍本求末,弃道义不问而只追究利益问题”,进而怒斥其为“浅薄的一介武夫,如此没有见识”。现法官在判词中不但直接表明了对于相关当事人的厌恶,而且根据当事人在公堂上的行为表现反映出来的一贯品性进而毫不隐藏自己对于本案真相的猜测。

同样是这个范西堂,在处理另一起继承纠纷时,对道义的维护重于事实判断的倾向也非常明显。如在遗嘱继承案件中,遗嘱的真假与遗嘱的内容甚至都并不十分重要而必须查明。在一起“遗嘱”类别的“女合承分案”中,被继承人生前立下遗嘱分给两个女儿不到遗产十分之一的财产,但其死后,其养子却想将遗产全部据为己有。名公审理该案后认为原告提交的供词“无非是一些刻薄之言”,认为即使没有遗嘱,按照其他地方遗产均分的成例,两个女儿也应与养子各得一半。名公进而责备县丞此前审理此案不应当“徒较其遗嘱之是非”,在本案中其实“遗嘱之是非何必辩也”,而按照一般道义来加以处理就可以了。既然分配小部分遗产给女儿无损善良与公正,故应果断行事,立即作出裁断,即按照遗嘱分配财产。^⑯

上述典型案例均属于所谓“清官难断”的家事领域案件,故更能集中反映法官对于证据短缺类案件的处置方法。事实上,这种方法在其他案件类型中是同样被运用的。在中国古代法制史上,宋代一般被认为是证据制度比较发达的朝代,法官一般也倾向于在对证据仔细勘查的基础上辨明是非。但受限于科技的发展水平,古代司法显然比现代司法要更频繁地面对疑案案件。即使在土地买卖这类十分重视书面证据的案件类型中,也同样存在对疑难事实处置时视伦理道德维护重于证据判断的特征,以伦理、情理轻巧化解证据短缺与事实疑难的处置办法并不鲜见。

如在处理一起看似“是卖又不是卖,有凭据又没凭据”的典型事实真伪不明案件时,判词开篇即感慨:“事有似是而实非,词有似弱而实强,察词于事,始见情伪,善听讼者,不可有所偏也。”^⑰ 法官初看案卷时认为“昔日签厅拟定的判决,没有人说不合理的”,但后来反复研究积存的案卷时,却发现确有许多不合理之处,继而在这篇复审书判中以

^⑮ 参见前注⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第328-329页。

^⑯ 判词中“遗嘱之是非”可解释为“遗嘱之真假”,参见前注⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第322-323页。亦有观点认为“遗嘱之是非”应解释为“遗嘱之合法或正当与否”,从本案最终判决是完全根据遗嘱的内容分配遗产来看,解释为“遗嘱的真假”更具有合理性。

^⑰ 前注⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第80页。

十多个反问指出了之前判决的不合理之处。^⑮这篇“争业”类判词中对于案件事实的判断方法与前述对于亲属关系的判断相同：对于事实真伪的判断全在于案件故事所蕴含的“情”与“理”，并往往是通过书面审理而非实质证据来判断案件事实的。

古代裁判者对于证据的审查并不是针对证据本身或借助于现代“笔迹鉴定”之类的技术，而往往是根据证据之所以制作、提供，及证据证明的案件事实版本是否符合情理来判断证据的证明力。如在一起“违法交易”类案件中，同一人在两份文书上的签字不同，又有“或印或写”的表面矛盾，但法官完全依据日常生活情理就能解释证据的矛盾并予以采信。^⑯在另一起“取赎”类案件中，虽然“法当以契书为主”，但法官“辨明其真伪”的方法却是推测当事人在本案中的行为动机。^⑰当然，在证据短缺时以伦理道德判断介入事实认定就更加直白。如在一起“争屋业”类别的“舅甥争案”中，名公叶岩峰虽然在判决开篇表明“大抵交易当论契书，亦当论管业”，但在当事人“二说相持，莫决是非”时，还是祭出了“舅甥义重，忍伤和气，今不必论契书之有无，亦不必论管业之久远”，最终出于道义为维护而作出了自认为公允的结论。^⑱

或许无需罗列更多案例，我们已经可以管窥宋代对于事实疑难案件的裁判方法之一斑。基本上可以说，古代审案并不完全坚持“以事实为依据”的原则，而是视道德伦理的维持为最高目标，置事实真伪的查明于其次。这种做法在现代司法看来几乎不可理解，但在传统文化上却是符合中国人“以善统真”的文化观念的。^⑲另一方面，裁判时也并非严格“以法律为准绳”，适用法律时也是以道德规范为指导原则，甚至在法律与道德相冲突时弃法律而扬道德。即使是遗嘱与合同这类白纸黑字的直接证据或现今所谓“请求权基础”，也要深究其背后深意，而非直接根据其字面含义来认定和处置，这就使纯粹案件事实的认定也贯彻了道德规范的要求。既然在事实清楚时都可以依道德规范来剪裁事实，在事实不清时依道德规范来作倾向性事实判断就更不足为怪了。现代证明责任制度以案件事实真伪不明为理论前提，如果在事实真伪不明时可借助于道德评判，从事实认定层面解决问题，证明责任当然就不再是唯一的途径。

另外，面对事实疑难案件，古代司法并不严格区分事实认定与法律适用，再按形式逻辑思维来得出最终结论，而往往将事实认定与法律适用混同于最后的裁判之中，因此“真伪不明”并没有独立存在的意义及为之寻求专门的应对方法的必要。按照季卫东教授的解读，《名公书判清明集》反复出现的论题是如何通过商谈或调解寻找更好的解决方案，让当事人各方都满意，避免依法判决造成的后悔。^⑳

这种思维方式与裁判方法并非仅见于有宋一代，而是与中国古代政治社会制度一样

⑮ 参见前注⑧，《名公书判清明集校释（户婚门）》，第82页。

⑯ 参见前注⑧，《名公书判清明集校释（户婚门）》，第335-337页。

⑰ 参见前注⑧，《名公书判清明集校释（户婚门）》，第360-363页。

⑱ 参见前注⑧，《名公书判清明集校释（户婚门）》，第155-157页。

⑲ 参见赵馥洁：《论中国哲学认识论与价值论的融通及其意义》，载《人文杂志》2002年第4期，第42页。

⑳ 参见季卫东：《法律与概率——不确定的世界与决策风险》，载《地方立法研究》2021年第1期，第10页。

具有延续性与统一性。此种司法方法的表现或许可以学界探讨较充分的所谓“海瑞定理”为典型代表。^{②④}根据这一定理,在对案件事实认定陷入困境从而无从进行法律推理时,首要的原则是根据当事人双方的尊卑、品性或社会等级地位考虑裁判结果对主体的不同意义与影响。但这一司法经验并未明确此种不利判断到底是从事实认定还是从最终裁判结论上来处理的,这与现代证明责任先将案件事实拟制为或真或伪,再按一定原则适用法律的处理方法看起来并不相同。这种实质性的方法不注重形式性与逻辑步骤,也可以说,这种从后果出发进行的判断是反逻辑的。在当时,这种论证也仍是为了维护社会主流的道德伦理。而在不同案件类型中,事实真伪不明时需要侧重维护的利益主体或价值取向可以有异。虽然在现代学者的理性分析之下,“海青天”的这一在实践中经千锤百炼而成的直觉也可能上升为某种“定理”,从而展现出强劲的制度逻辑,甚至也十分接近证明责任制度的精神实质,但这在当时终究只是某些精英官员的直觉或“隐性知识”,^{②⑤}而不可能上升到正式制度层面或被归纳提升到理论体系的高度。

再将目光投射到现代证明责任制度,既有研究对该制度的各个部分及其内在机理已基本探明,但对该制度之所以产生的历史背景及社会制度环境等问题却鲜有论及。制度的移植必须考察其生成发展的环境因素,制度的本土化也有赖于类似的制度环境。因此,只有将目光投射到更广阔的制度背景上,才能发现与理解中外对同一具体问题迥异的处置方法及各自的内在逻辑。

三、中国古代疑难案件裁判方法与现代证明责任方法的宏观比较

比较中国古代疑难案件的裁判方法与现代证明责任制度,可以看到我国古代司法裁判的方式能更加灵活自由地处理案件,更方便直接贯彻国家主流的意识形态即儒家的伦理道德这一法律目的,从而使司法在纠纷解决的功能之外承担起对公众的教化功能。换句话说,相比于个案真相而言,司法更注重追求产生良好的社会效果与个案裁判结果的妥适性。如果贯彻得好,确实更能使社会公众在每一个案件中感受到公平正义。但问题在于其可能常常打破法制的一般规则,不利于进行法律规则的确认与法秩序维护,不利于社会主体树立对未来生活的清楚预期,不利于保护法律上宣示的利益。古今或中外两种处理事实模糊案件的方法优劣互现。大致来说,在法治初创时期,应偏重有利于法律秩序维护的裁判方法,树立“法律就是法律”的法律实证主义观念,严格维护法律权威的形式法治。而在法律制度趋于稳定与成熟时期,则可能呈现或偏向后现代的实质法治。

^{②④} 所谓“海瑞定理”及对该定理的分析,参见苏力:《“海瑞定理”的经济学解读》,载《中国社会科学》2006年第6期,第116页;桑本谦:《疑案判决的经济学分析》,载《中国社会科学》2008年第4期,第108页。

^{②⑤} 关于隐性知识在司法裁判中的运用,参见胡学军、涂书田:《司法裁判中的隐性知识论纲》,载《现代法学》2010年第5期,第93页。

（一）现代证明责任制度与理论产生的思想基础

1. 现代证明责任理论的产生与法律实证主义的兴起

即便在证明责任概念源远流长的西方国家,现代证明责任理论也绝不能说是自古有之。如从德国学者 1883 年首次提出“客观证明责任”,从而开启“现代证明责任”理论开始起算,至 1983 年普维庭发表作为“证明责任研究的休止符”的《现代证明责任问题》一书为止,这一百年在西方法学思潮上正是“法律实证主义”思潮的统治时期。这不能仅仅被看作是一种巧合,卢曼也曾指出,与真伪不明情形下的审判方法相联系的现代司法“禁止拒绝裁判”原则之出台是与当时正在兴起的法律实证主义相协调的。^{②6}就代表性学者来说,从奥斯丁到凯尔森再到哈特,这一百年是法律实证主义发展史上的“黄金时期”。奥斯丁是法律实证主义的“创业者”,而堪称法律实证主义大师的哈特,则参与了 20 世纪几乎所有的法理学论争,为法律实证主义理论的完善作出了重大贡献,而凯尔森(1881—1973)一生所处的时代和现代证明责任理论产生与发展的百年历史高度重合。因此,可以说证明责任理论的底色就是实证主义法学。

法律实证主义主张法律是人定规则,法律和道德之间没有内在的和必然的联系。分析实证主义主要致力于分析法律术语、探究法律命题在逻辑上的相互关系。通过运用这种方法,分析实证主义使法律科学变成了对法律制度进行剖析的学科。^{②7}法律实证主义的研究对象是法律本身,法的规范分析、结构分析、法律解释的技术、法律空白的弥补措施等等是此一时期法学研讨的核心论题,而这也正是证明责任理论尤其是其通说“规范说”所基于的主要概念和所欲解决的问题。奥斯丁所主张的将法理学同伦理学相区分的观点,是分析实证主义最为重要的特征之一。根据这种观点,法学家所关注的是实然意义上的法律,而仅有立法者或伦理哲学家应当去关注应然意义上的法律。^{②8}

2. 法律实证主义的特征在证明责任制度中的体现

法律实证主义的特征就是注重法律的形式和结构,而不是它的道德内容和社会内容;就是考察法律制度,而不考虑其间的法律规范是否正义;就是力图尽可能彻底地把法哲学同其他学科如心理学、社会学、伦理学等学科区别开来。^{②9}大陆法系国家民法虽然大体上承袭了古罗马法,但在近代欧洲法典编纂运动之后,法思考的方式就愈来愈往形式逻辑的方向推进。视法律本身为逻辑上毫无矛盾与漏洞的一个完整“规范”的复合体,而且这些规范足以被妥善地“适用”,这样的观点完全支配了当时的法律思维。就案件“真伪不明”裁判困境的应对来看,西方也并非从来如此。罗马法和中世纪的法律只为某些作了明文规定的“诉”提供法律保护,而在向近代过渡后,法院对每一项起诉都必须通过裁判作出回答,即使法律上没有明文规定。^{③0}罗马法律家所极为欠缺的,亦即纯

^{②6} 参见[德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社 2009 年版,第 163 页。

^{②7} 参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 123 页。

^{②8} 参见前注^{②7},博登海默书,第 125 页。

^{②9} 参见前注^{②7},博登海默书,第 132 页。

^{③0} 参见前注^{②6},卢曼书,第 163 页。

粹体系性的范畴,在近代被创造出来了。诸如“法律行为”“意思表示”等古代法学里并没有统一名称的概念如今也被建构出来了。^①证明责任即应当被理解为此类被法教义学创造出来的概念,虽然“十分不幸”的是它沿用的是罗马法上已有的概念术语,^②但已绝不同于其字面含义。

分析实证主义法学强调实在法,即国家制定的法。该理论主张区别实在法与正义法或理想法,申明它只研究实在法,着重分析实在法的结构和概念,在司法上主张根据逻辑推理来确定司法裁判,认为法律与道德无关或至少没有必然的联系。凯尔森旨在从结构上以纯粹的逻辑分析方法分析实在法。他认为没有绝对的公正,如果一个一般性规则依照它的内容,应当适用于一切情形,而实际上的确是适用于一切情形时,那么它是公正的。也就是说,只有在合法性的意义上,正义概念才能进入法律的科学中。法律只与形式的正义有关,无实质正义可言,这种形式的正义就是法治。^③批判者认为凯尔森的纯粹法理论完全否认了法律同政治、经济、文化等其他社会生活的联系,分析法律时过于强调纯粹公式,忽视了创造和遵守法律的人的因素,没有探讨法的社会目的和社会效果。

或许真正具有普适性的并非“证明责任”,而是案件事实“真伪不明”的状态。因此,如果法律系统应该被建构得在职能上无所不包,同时又有裁判能力,它就需要在制度上有预防措施,主要包括证明责任。^④从证明责任理论在德国的发展来看,罗森贝克“规范说”就正是坚持从实定法规范文义与体系的关系出发,并按照形式逻辑来处理事实真伪不明案件的一种“纯粹”理论。^⑤

3. 证明责任分配理论与法律实证主义的影响

证明责任制度的核心是证明责任分配理论。罗森贝克主张证明责任分配应当完全遵循形式标准,因此其分配规则应当是单纯清晰的,其在划分实体法规范为请求权规范与对立规范后提出了被称为证明责任“分配公式”的法律要件分类说。而如此分配败诉风险的原因,被解释为是形式逻辑的要求,即裁判三段论推理中大小前提一致性的要求。这显然就是当时实证主义主张的法律应当与自然科学一样致力于发现事实与规律的理念的体现。按照实证主义的观点,普遍同一的因果法则同样适用于法学领域。法学上因果联系的基本类型就是充足理由与思维法则上的必然结论之间的因果联系。大陆法系法规结构上的“要件”概念,^⑥作为证明责任分配理论的基础,是这种因果联系的完美烙印。凯尔森的知识论基础来源于康德,凯尔森认为,要建立一种纯粹法学,需要借助概念工具

① 参见〔德〕马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第286-290页。

② 德国学者也曾反复感慨选择“证明责任”这一“所指”与“能指”错位的概念“十分不幸”。参见前注⑤,汉斯·普维庭书,第9、25、50页。

③ 参见〔奥〕汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第14页。

④ 参见前注⑥,卢曼书,第164页。

⑤ 罗森贝克自认为其理论是一种“纯粹”的理论,并指出:“我们的原则在一定程度上将对证明责任分配的争论从诉讼这普通客户充满争斗的竞技场所转移到法秩序的纯洁的天地”。参见前注②,莱奥·罗森贝克尔书,第143页。

⑥ 要件,即产生某种法律效果的充分必要条件。“要件—效果”的法规规范结构,将法律清除了伦理上的应当,而代之以逻辑上的应当,从而实现了思维与推理的必然性。

来对经验加以组织,方能为人所理解。“纯粹法学”试图将法学还原为——类似于逻辑和数学那样的——纯粹观念的对象,而将其限定为在思维规律上的必然性的存在,并将任何要进行“恰当的”价值评价的问题弃之不顾。证明责任就属于这样的概念,罗森贝克对客观证明责任原理解释指向的就是因果关系。“只有当人们对原因和结果之间的关系作出正确的评价时,我们的问题与法律适用理论的联系才可能被正确阐明。”^{③7}

罗森贝克也反对在法律适用过程中进行价值考察,他极力反对根据所谓“公正”来分配证明责任,主张严格按照制定法来分配。他阐述道:“如果法官将具体的诉讼之小船根据公正性来操纵,他将会陷入大海的风暴和不安中,并被撞得粉身碎骨。诉讼的本质也将会从根本上受到破坏。”^{③8}

罗森贝克对于制定法的尊崇正如他所特别推崇的前辈学者温德沙伊德一样。作为理性的制定法实证主义者,他们相信并依赖立法者的理性,认为制定法绝不仅是立法者权力的简单宣示,“而是我们之前一个世纪智慧的结晶”^{③9}。这也是罗森贝克立法正义理论的思想根源。

上述“证据”无不直接显露了罗森贝克及其证明责任理论的法实证主义底色。事实上,作为欧洲一场普遍的精神运动,“实证主义”在19世纪后70年里席卷了德国所有的精神科学领域,法学也完全被卷入这一普遍的实证主义转向中。^{④0}法学实证主义强烈要求将“意义”或“价值”的问题排除在法学之外,主张将科学的研究领域严格限定在“事实”以及事实所具有的可被经验观察的规律性范围内。罗森贝克反对根据公正性来分配证明责任,也不是绝对否定公正性的存在,只不过认为不能越界。由于实定法规范的制定与存在是可以把握的“事实”,根据法律与逻辑推理的规则来处置真伪不明案件也能形成明确的“规律性”,因此根本无需借助于作为抽象价值的“公正”。他也承认:“虽然没有比公正性更高的指路明灯,但这仅仅对于立法者而言是如此,对于法官而言并非如此。唯在经过数百年的努力由立法者塑造的公正,唯有法律本身才是法官裁判的准绳和指南。”^{④1}

(二) 中国古代疑案处置方法的法律制度背景

与近代西方不同的是,中国古代社会是一个功能未分化的社会,司法并非国家治理的独立部门,法律从来不是社会的一个独立系统,当然也从未产生过法律实证主义思想。尤其是汉、晋之后法律的儒家化及古代中国司法与行政一体化的特点,使我国处置事实疑难案件的方法与西方近代证明责任制度存在隔膜。

1. “礼”“律”融合的法律

正如孟德斯鸠观察到的:中国人把宗教、习俗、法律和礼仪混合在一起,所有的这一

^{③7} 前注②,莱奥·罗森贝克书,第15页。

^{③8} 前注②,莱奥·罗森贝克书,第114页。

^{③9} [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第39页。

^{④0} 参见前注③,卡尔·拉伦茨书,第49页。

^{④1} 前注②,莱奥·罗森贝克书,第114页。

切都可称之为伦理。^{④②}中国早期社会中,礼、律同为维护社会秩序的方式与手段,因此也存在竞争性关系。不仅“律者所以定分止争也”,礼也同样可以,所谓“礼达而分定”^{④③}“礼者所以定亲疏,决嫌疑,别同异,明是非也”^{④④}即是如此。所谓儒法之争主体上就是礼治、法治之争,更具体言之,亦即差别性行为规范及同一性行为规范之争。^{④⑤}作为差别性规范的礼,不惟对适用的主体对象因人而异,而且针对不同案件的具体情形也要考察其所处特定情境及当时的行为动机,从而产生不同的规范效果。这与法所追求的同一性行为规范是迥异其趣的。

儒家以礼为行为规范和维护社会秩序的工具。在中华法系的结构中,礼居于中心地位,是中华法系的核心价值观与根本制度,而律只是各种法律中的“一端”^{④⑥}。儒家主张以礼这种道德教化的手段来达到潜移默化的效果,是为社会治理之最彻底、最根本、最积极的办法,断非法律制裁所能办到。^{④⑦}如恶的行为无从发生,法律制裁便无存在的必要,故孔子以“无讼”为司法最终的目的。“礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后”^{④⑧},一为事前的预防,一为事后的补救,二者之价值自不可同日而语。法家则务实得多,主张以最精确的规范、最快的方法、最短的时间来达到维护法律秩序的目的。礼注重原则性与规范的弹性,法注重具体可操作性与规范的刚性。春秋时的法家极端反对人治,而重视法律规范作为客观工具,认为“法虽不善,犹愈于无法”^{④⑨},而如果委之于人,则“虽有巧目利手不如拙规矩之正方圆”^{④⑩}。法家强调治理社会应当遵循客观的绝对标准,不因人而异,必须有同一的法律,一赏一刑。^{④⑪}而儒家则在客观行为之外特别关注行为当时的情境及内心动机。因此,“闻诛一夫纣矣,未闻弑君”^{④⑫},是“臣弑其君”的例外。“嫂溺,援之以手”是对“男女授受不亲”这一礼的“权”。^{④⑬}相较于法,礼所包括的内容更广泛,对社会的调整作用更深入,对民众的精神束缚更严格。中华法系中,如果说律基本类似于现代的刑法,则礼兼有古代民法的作用。^{④⑭}道德伦理本来就更注重精神实质,是应当回答在所有情形下人应有的行为及其标准的。相较于刑的确定性,作为制度的礼也是模棱两可,繁琐不

④② 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,申林编译,北京出版社2012年版,第152页。

④③ 《礼记·曲礼上》。

④④ 《礼记·礼运》。

④⑤ 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2010年版,第378页。

④⑥ 马小红:《中华法系中“礼”“律”关系之辩证》,载《法学研究》2014年第1期,第171页。

④⑦ 参见前注④⑤,瞿同祖书,第328页。

④⑧ 《大戴礼记·礼察》。

④⑨ 《慎子·威德》。

④⑩ 《管子·法法》。

④⑪ 参见《商君书·赏刑》。

④⑫ 《孟子·梁惠王章句下》。

④⑬ 参见《孟子·离娄章句上》。

④⑭ 中华法系是由典、令、律、礼等主要规范构成的。由于中国古代法的“综合性”,有时令、典、律中也会出现民事规范。比如唐《户令》中便有婚姻、继承等内容,宋《户婚门》中的民事案件也有很多是根据《宋刑统》中的规范来处理的。参见前注④⑥,马小红文,第171页。

堪的。《礼记》所谓“其数可陈也,其义难知也”^{⑤⑤}即是对礼的典型描述。礼的这种朦胧感,使其作为规范使用起来不易拿捏,不容易形成像现代法律一样形式化的统一判断标准。

律在礼的指导下,经历了一个由法而儒的演变过程,即所谓法律的儒家化。与之相向而行的是儒家经典的法律化。礼虽然同样具备了规范性,但其作为行为规范仍具有一定的原则性,难以以“要件一效果”的规范形式来表现,例如孔子就曾赞许子路“片言可以折狱”^{⑤⑥}。后来儒家通过对法律加以注释,而为法律章句。这是法律儒家化初始阶段的路径,实际上使法律开始脱离其文义,使本来同一的法律变得非常灵活,有巨大的解释空间。同一法律条文因注释不同而改变其内容在历史上常有其例。^{⑤⑦}

先秦法家主张的律是“一赏一刑”的严密的刚性规范,秦律就被史家称为“繁于秋荼而密于凝脂”。^{⑤⑧}等到引礼入法的“法律儒家化”之后,法律规范本身就不再是细致的可操作性规范,而变成典型的如《晋律》一样“文简辞约,旨通大纲,事之所质,取断难释”^{⑤⑨}的原则性、纲领性、弹性规范。历代开明的统治者都以律文简约、明白易知为立法的原则。^{⑥⑩}后来历朝历代的“法律儒家化”就使得法律越发不同于先秦法家的法律,其本身就变得富于弹性。至所谓“唐律一准乎礼”,为法律儒家化以后最扼要的结语。儒家化过程完成后,中国古代法律便无重大的、本质上的变化,唐以后更成为中国法律的正统。儒家化的法律在规范形式上就更少有针对性如何处置的具体列举式规定,根本不存在类似大陆法系国家“潘德克顿”逻辑严密的体系化结构的法典。

在律的经化过程中,律的指导思想、适用原则甚至一些条文也开始了由法而儒的经化,律与礼的融合自然也使律的适用方法与礼的适用方法接近。正如前述宋代名公书判显示的一样,和这种法律道德化相应的司法还具有所谓“执法原情”的特点。在判案时,案情本身及其与法律的形式符合性就不那么重要,而考察行为动机、深层意蕴等是并不需要切实的证据的。执法原情的特点使官吏除依法为断外,也被赋予了援法定罪的灵活性,借以兼顾法意与人情,“使上不违于法意,下不拂于人情,则通行无弊矣”^{⑥⑪}。这就使官员无论在案件事实认定还是规范依据的遵循上都享有较大的自由裁量权,从而可以灵活解决事实疑难问题。

反观欧洲,大陆法系国家在整个19世纪掀起了近代法典编纂运动。但和中国历代法典不同的是,大陆法系的法典编纂不仅仅是一种形式。只有理解通过法典编纂体现的

^{⑤⑤} 《礼记·郊特牲》。

^{⑤⑥} 《论语·颜渊》。

^{⑤⑦} 比如,根据《南齐书·孔稚圭传》,历史上曾有官吏奏称:臣寻晋律文简辞约,旨通大纲,事之所质,取断难释。张斐、杜预同注一章,而生杀永殊。参见前注^{④⑤},瞿同祖书,第382页。

^{⑤⑧} 参见前注^{④⑥},马小红文,第178页。

^{⑤⑨} 《南齐书·孔稚圭传》。

^{⑥⑩} 晋代杜预说:“刑之本在于简、直”;唐太宗李世民说“国家法令,惟须简约”;宋代司马光也说“凡立法贵其简要”。参见刘星:《中国法律思想:故事与观念 古代卷》,广西师范大学出版社2019年版,第167页。类似的观点参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》(第4版),法律出版社2019年版,第229页。

^{⑥⑪} 前注^⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,第166页。

某种思想的表示,才能了解比较法所提到的法典的意义。^{⑥2}大陆法系通过法典编纂运动抛弃封建法律秩序建立新型法律秩序的传统既与理性主义思想有关,更与各国确立的分权原则难以割裂。^{⑥3}严格的分权原则反对司法中法官造法,这就要求法律不但必须完备,而且条文是完整、清晰、明确而逻辑严密的。相较而言,《德国民法典》是最能体现结构体系科学、内容表述严谨、用语精雕细琢的特点的。罗森贝克正是通过对这一法典的仔细解读,奠定了现代证明责任主流学说即“规范说”的基础。他提出的以“要件事实”证明为理论前提的证明责任概念及以规范结构上“规范分类”为基础的证明责任分配理论正是在这一知识背景下的产物。

2. 非专业化的司法

法律儒家化一方面表现为法典内容为礼所掺入,为儒家伦理思想所支配;另一方面,我国古代“大一统”的政治结构,司法与行政不分的特点,也使案件的处理有别于西方的“司法独立”或审判独立。马克斯·韦伯特别指出:“中国裁判的非理性,是家产制的结果。那儿也没有负责解答法律问题的专家阶层的存在。并且,相应于政治团体的家产制性格,亦即对形式法律的发展毫无兴趣,所以似乎没有任何特殊的法律教育可言。”^{⑥4}中国古代审判决狱因官吏选拔制度而加剧了儒家化。科举出身的官员在办理案件时,常在法律之外,以儒家伦理学说作为审判的指导。司法并没有特殊的能力要求或设置某种专业培训,“执法原情”是我国司法的传统之一。^{⑥5}我国古代法律原无律无正文不为罪的规定,可以比附,伸缩性极大。断讼必以礼为根据,否则便茫无所从。自汉代董仲舒以《春秋》决狱以来,引经决狱的传统也一起延续,可谓中国古代司法官员的“裁判技艺”。在司法实践中,司法官员宁可不一律,也不可不一遵礼。所谓“屈法伸情”或“舍法而论理”现象即由此而来。虽然宋代司法考试的规模和种类在中国历史上可谓空前绝后,^{⑥6}但司法并没有专门的知识体系,上述现象在宋代司法实践中仍屡见不鲜。^{⑥7}这与西方近代形式化法律及相应形式理性司法相去甚远。

与此相应的是,调处息争是中国法律解决纠纷的一大特色。在这一司法方式下,案件事实的“是非曲直”并非必须查明的环节。甚至由于注重息事宁人,法官往往忽略是非曲直。调处息争是实现“无讼”这一基本价值取向的重要途径。然而,有的时代并不完全追求这一理想目标,如宋代时,民众也时有“好讼”“健讼”之风。宋代在观念上肯定了由于利益多元化而产生的法律争讼的合理性,这在之前甚至之后的历代都是少见的。例如,汉代以来法律严禁以卑幼告尊长,但在宋代民事诉讼中却不受限制,《名公书判清明集》中不乏叔侄、兄弟、母子之讼。但即便是在这一时期,调处息讼仍是司法办案

^{⑥2} 参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,知识出版社1984年版,第29页。

^{⑥3} 参见王云霞:《近代欧洲的法典编纂运动》,载《华东政法大学学报》2006年第2期,第89页。

^{⑥4} [德]马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第232页。

^{⑥5} 参见张晋藩:《中国古代司法文明与当代意义》,载《法制与社会发展》2014年第2期,第24页。

^{⑥6} 参见陈景良:《宋代司法传统的叙事及其意义》,载《南京大学学报(哲学人文社会科学版)》2008年第4期,第103页。

^{⑥7} 参见前注^{⑥6},刘星书,第1-28页。

的重要方式。在“无讼”作为中国古代法律文化的价值取向与影响悠久的法律传统背景下,所有案件事实分明并不现实。《名公书判清明集》中载有的很大一部分案例仍是以调处为办案方式的,而事实的查明也就并不那么迫切与重要。如对“傅良绍与沈百二争地界案”,虽先表明“事既到官,惟以道理处断”,但面对疑难事实,结局仍是要求当事人“以睦邻为念”,^{⑥8}或期望兄弟“辑睦如初”^{⑥9}。这种调处与说教的方式及其追求的“无讼”目标在整个古代社会一以贯之。清代陆陇其任知县时,面对兄弟争产之讼,也不用正常诉讼程序,“不言其产之如何分配,及谁曲谁直,但令兄弟互呼”,结果就是“未及五十声,已各泪下沾襟,自愿息讼”,^{⑦0}事实疑难的判断当然也就化于无形。

在裁判依据上,制定法与判例法的相互为用也是中华法系的特点和优点。判例在历代司法中都作为一种重要的裁判依据而存在,甚至出现“引比破律”“引例破法”的现象。^{⑦1}这种“比附”或类推的技术或许在逻辑上接近于归纳或类比推理,但却与以演绎三段论为裁判方法与裁判思维的证明责任离得更远了。

就个案裁判而言,中国古代的这种司法官员拥有最大裁量权的灵活处理模式是更有利于达致个案公正的目标的。但此种情景正义的追求显然也导致司法效率的低下。中国古代的这种“寓教于讼”的纠纷解决模式期望的是对个案的精巧妥适处置会产生“外溢效应”,从而达到抑制纠纷产生的附加功能。中国古代对诉讼的态度一直是比较消极与排斥的,“无讼”是诉讼的价值追求。在一个规范成熟的社会,在社会价值观念比较单一与统一的文化背景下,这也基本上是可欲的。但在纠纷多发,甚至“诉讼爆炸”的时期,如现代社会,则其不适宜性是非常明显的。基于我国当前仍处于社会转型期与现代法治初创期的基本判断,这一古代司法模式显然不具有借鉴性,而现代司法的标准化程式处理模式正契合司法改革对于司法统一与诉讼效率目标的追求。

而在同时期的西欧,1608年英国国王詹姆士一世与大法官柯克的论辩及广为流传的“德国磨坊主告国王”的故事,均可视作司法从皇权中分立的象征与标志。法律与其他社会治理手段得以区分是西方走向现代化的标志之一。司法既然不再来源于绝对权力,裁判就更需要通过理性的程序与方法获得正当性。

3. 功能未分化的社会

从社会形态的演进来说,西方近代社会属于卢曼所谓的现代功能分化的社会。人类历史早期的原始部落社会是一种区隔分化社会,而接下来的各个高度发达的古代文明基本都属于阶层分化的社会。阶层分化体现为社会主体的分化,虽然此种社会形态下也存在政治、经济、宗教、文化及法律等不同的领域,但各个领域之间基本不存在明确的界分,因为这些领域都由上层阶层的人垄断,他们的意志通过各个领域被贯彻下来,各种社会功能因此交织与杂糅在一起。如在司法上,上层统治者并不像下层民众一样受到法律的

^{⑥8} 参见前注^⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,199页。

^{⑥9} 前注^⑧,《名公书判清明集校释(户婚门)》,371页。

^{⑦0} 参见前注^{⑥0},张晋藩书,第287页。

^{⑦1} 参见前注^{⑥0},张晋藩书,第220页。

平等对待,中国礼法的特点就是讲究不同阶层地位的人应有不同的地位并应差别对待,上层统治者即使是触犯刑法也往往享受宽宥,实际裁判也很容易受到政治权力、道德伦理,甚至文化习惯等的影响与渗透,法律的严格统一执行是不现实的。

而在西欧,随着身份特权在近代西方社会的衰落,阶层分化的社会日益演进成为功能分化的社会。政治、宗教、经济,甚至文化与教育都先后成为社会大系统中独立自主的子系统。每个子系统都有其明确的边界,有不同于其他系统的运行机制与运行逻辑,各自为整个社会履行独特的,不能由其他系统替代的功能。^{⑦②}法律当然也是社会的一个重要子系统,并日益从政治和宗教中独立出来,形成一个独立运作、自治排他的社会系统。各个系统相互依赖、相互服务与支援,但却是严格按照各自的规律独立运行的。后来学者提出的“自创生”理论更是提出每个功能系统都是自我指涉、自我描述、自我观察、自我再生的,也就是各系统都用各自的视角来解释和审视世界。^{⑦③}如在规范上,法律系统是循环封闭的。在法律相对于社会显得滞后时,法律系统通过立法来修改法律而不是通过政治程序,在没有规则可供遵循时法教义学发展出漏洞填补的规则,在事实真伪不明从而无从进行法律推理时产生真伪不明情形下的法律适用规范,也正是这种高度分化的子系统自我指涉、自我创生的体现。

从这一视角来看,中国古代社会那种所谓“大一统”格局显得与西方现代功能分化的社会相隔膜。从法律社会学的观点来看,上述的法律儒家化与司法官员的非专门化都可以说是功能未分化的阶级社会阶段的必然结果。中国古代的法律系统根本尚未从整个社会系统中分化独立出来,在主体、规范内容、运行机制与运行逻辑、运行代码等方面均未形成独立的体系。古代的“律学”与经学一样基本都是单纯的语义注释方法,根本未提出专门的法律概念体系与法教义学。因此,功能未分化的社会中不可能产生专长于某一社会系统的专家并发展该领域的独特技艺。古代治理国家的各个方面全部仰仗科举选拔出来的精英儒生,这一官场组织方式无疑也加强了法律儒家化的趋势。加之在思维方式上中国古代形式逻辑的不发达,因此不太可能发展出严格定义与适用范围限定、推理形式严谨的类似证明责任制度。但与这一制度在功能上相类似的实践做法当然是存在的,也是可以类比的,是可能被理解的。现代证明责任制度的本质就是以价值判断取代事实疑难的判断,^{⑦④}从这一本质层面上来看,中外甚至古今不同制度与做法具有相通之处,这也为不同制度的比较与移植提供了可能。在法律系统分立出来之前也存在面对“真伪不明”案情时如何裁判的问题。当时这类“疑难案件”是通过神意判断来裁决的,或者由法官从道义上进行自由裁量,但这些方法具有同样的不可预见性。相较而言,现

⑦② 关于社会系统“功能分化”的基本原理,参见 Niklas Luhmann, *The Differentiation of Society*, Columbia University Press, 1982, p.232-238; 国内学者对系统论法学的介绍,参见陆宇峰:《“自创生”系统论法学——一种理解现代法律的新思路》,载《政法论坛》2014年第4期,第154页。

⑦③ 关于法律“自创生”理论,参见[德]贡塔·托依布纳:《法律——一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第1页。

⑦④ 参见胡学军:《证明责任制度本质重述》,载《法学研究》2020年第5期,第139页。

代证明责任制度通过把这种不可预见性转变为遵循预定规则的可预见性,从而有助于法律规则的形成。^{⑦⑤}

从前述典型案例或“海瑞定理”来看,我国古代对于疑难案件的裁判方法中弥漫着一种泛道德主义的倾向。尽管道德与法律所面对的问题可能是一致的——其面对的也是人际关系或沟通的调控,但在系统理论看来,道德与其他领域(如经济、政治、法律等)相比,所包含的二值“好/坏”或“善/恶”却不具有绝对性、排他性特征。因此,道德不可能像经济、法律等领域那样构成自身的系统。它不可能通过某种专门的系统建构和技术的分化而分化出来。^{⑦⑥}从这一思路就很好理解为什么中国古代没能产生类似证明责任的制度技术。古代处置疑难案件所借助的道德判断在现代司法中不应被直接继承。当今中国已经或正在成为一个包含了诸多复杂的社会系统的社会,只是在此进程中系统建构尚不协调,一些本来应该由系统来解决的问题经常只能由道德规范或期待来解决。现代社会中的功能分化必然会导致道德功能被压缩,因为各种独立自治的系统的运行只能遵循自身的逻辑,而不可能依赖道德律令。^{⑦⑦}

四、中国古代传统司法方法与现代证明责任制度比较的启示

行文至此,我们可以说,现代证明责任制度是一定社会发展阶段及特定法制模式与司法裁判模式下的产物。普维庭关于证明责任普适性的断言既不符合历史,也未能充分认识到证明责任制度的环境依赖性。中国传统司法中并不存在证明责任制度,但这不构成我们排斥这一现代司法制度中的精巧设计的理由。相反,证明责任的建立是现代法制的基础工程,我国应当继续推进证明责任制度与配套制度的深入建设。客观证明责任制度与其说是我国审判实践需要与呼唤的产物,毋宁说是理论研究催生的产物。故目前还不能急功近利,理论上的正本清源当然适宜,但更应致力于其制度环境的培育。

对法律文本与判例文书的考察已表明中国古代并不存在证明责任或类似的将案件事实疑难判断时的诉讼风险在当事人之间分配的制度,但这并不支持现代中国也无需证明责任制度的结论。上述分析得出的古代之所以不存在证明责任制度的主要原因(法律儒家化、行政司法不分、社会未分化)皆是被现代社会发展所抛弃或超越的制度与观念。社会与法律的现代化是我们继续发展的明确方向。因此,现代司法制度与裁判方法仍是我们继续移植借鉴的基本来源。证明责任制度之所以在我国本土水土不服,与我国的法制观念与制度环境有重大关系。在证明责任制度进一步本土化过程中,所要注意的是证明责任制度与其所基于的现代整体法律制度的协调,尤其是以下几个方面:

(一) 严格依法裁判理念

现代社会中,法律与政治、道德等应有相对明确的区分,司法裁判是依明确规则就事

^{⑦⑤} 参见前注^{②⑥},卢曼书,第165页。

^{⑦⑥} 参见秦明瑞:《系统的逻辑——卢曼思想研究》,商务印书馆2019年版,第263页。

^{⑦⑦} 参见前注^{⑦⑥},秦明瑞书,第278页。

论事,并不直接负载宣传教化的额外功能。让法律的归法律、政治的归政治、道德的归道德。如此一来,各个社会子系统均能按各自的规律运行,才有利于树立明确的社会规则与形成稳定的社会秩序。道德原则在社会生活中的适用具有一定的模糊性,会因个案中主体地位、动机等多方面的具体情形而有不同的评价;相较而言法律则更具刚性与可预测性,往往强调同案同判,追求规则的固定统一性。依法裁判所蕴含的法的安定性、可预测性、公开而无偏私是法治的基本价值体现。^{⑦⑧}但依法裁判并非机械适用制定法,概念的不确定性与事实的不确定性均是法律方法论所面对的主要问题,证明责任正是解决这些问题的技巧与方法。中国传统司法中法律与道德往往纠缠在一起未能清晰区分,因此法律适用问题性质的现代证明责任制度当然难以适用。而现代国家治理中,虽然不排除治理主体对法律之外的其他多元社会规范以及经由这些规范所调整形成的多元秩序之依赖,但多元社会规范是存在于法律调整射程内的多元社会秩序中的,是统揽在法治秩序之中的。因此,强调国家治理及其创新,就必须坚持法律至上的法治原则和宗旨。^{⑦⑨}

值得注意的是,近期我国司法开始注重对过去一些不合理的、和稀泥式判决方式的纠偏。司法改革实践中类似“要件审判九步法”这类从实体法规范出发,以法律要件的符合性为诉讼框架的技术操作方法也为现代证明制度的适用铺平了道路。只有严格遵循从实定法规范出发的纠纷解决路径,才有可能真正建立紧扣法律规范要件,在要件事实真伪不明时仍努力寻求借助一定辅助规范以适用法律的裁判方法。经典理论下的证明责任正是此种特定情形下的法律适用方法。只有树立严格依法裁判的观念,才有可能促进法律方法论的发展,促进法教义学的发达,证明责任作为一种精细的裁判技术才有可能成为民事诉讼的脊梁。

(二) 自由心证制度

现代法治就是规则之治,不仅在规范依据上应严格依法,在事实认定层面上也必须建立合理统一的规则,以实现司法的统一性。作为司法现代化标志的自由心证与我国古代将事实判断交由裁判者的自由裁量其实有微妙而重要的区别。自由心证制度中对案件证据与案件事实判断的自由建立在“理性”的基础上,理性的事实认定承认证据旗鼓相当时,事实判断者应放弃对事实作“一边倒”的处理,而承认“真伪不明”为一种独立的事实认定结果,并为之寻求正确的裁判方法。中国古代司法中,对此类证据不足的案件要么直接不予受理,要么强迫法官作出明察秋毫式的判断都是非理性的立场。正如德国学者所言:如果想强制法官将真实性没有得到确认的主张作为不真对待,这恰恰是对自由心证的扼杀。^{⑧⑩}而且,将事实疑难案件的判断完全交给法官自由裁量可能造成裁判的不可预测性与不统一性的危险。

只有规范了法官的事实判断模式,既保障法官事实判断上的权力,又从程序制度上规定事实判断必须根据逻辑与经验进行,才有可能使法官在证据势均力敌时放弃事实

^{⑦⑧} 参见蔡琳:《依法裁判:一种强主张的论证》,载《中国法律评论》2020年第2期,第52页。

^{⑦⑨} 参见谢晖:《法律至上与国家治理》,载《比较法研究》2020年第1期,第46页。

^{⑧⑩} 参见前注②,莱奥·罗森贝克书,第18页。

认定,将其划归真伪不明的空间,从而呼唤证明责任制度出场来填补裁判方法上的欠缺。只有赋予裁判者自由心证的权力,才能真正肯定与接受案件事实“真伪不明”的概念,使其成为理论上的一种独立的判断空间,并建立与这一空间的处理相适应的裁判方法。近年来,我国民事证据制度的改革与发展正在朝着自由心证制度稳步迈进。^{⑧1}

(三) 对抗制诉讼模式

一般意义上,对抗制是与纠问制相对立的一种诉讼模式。在现代民事诉讼语境下,对抗制也称当事人主义。虽然在德国权威学者的笔下,理论上职权主义模式下仍可能存在证明责任,但其实实务上是不太需要证明责任的,真正需要、也更适宜使用的概念是当事人的举证责任。我国司法改革之前强职权主义的司法实践就为此提供了很好的注脚。在观念上,传统职权主义模式将事实的查明当成是必然性的,因此也将事实的模糊归因于证据短缺,而证据短缺又可归为当事人方证据提供不力,即所谓当事人的“举证不能”,因此,负担举证责任的当事人被赋予事实认定上的不利风险似乎亦有其内在逻辑。但这一逻辑在前提上即是错的,因为将事实查明看成必然性是一种非理性的认识。其在结果上的归责处理也是不公正的,举证不能作为程序原因不应当导致案件败诉的实体结果。

在职权主义模式下,最终案件事实真伪不明时败诉结果的分配是有意义的,但由于在此之前的主观抽象证明责任分配的缺失,当事人不能感受到风险转化的压力,而没有风险压力之下的事实与证据搜寻不利于证据信息取得的最大化。如果欠缺证明责任意识,事实查明就完全成了法官办案的压力。单纯依据职权驱动的事实查明可能导致证据短缺,也容易随庭外证据调查形成先入为主的印象,依职权“决定”的不利结果容易导致当事人对裁判的不满,引发对公正的质疑。而证明责任分配产生的败诉结果似乎是法律或程序本身所推导的结果,并在一定程度上可由当事人负担的主观证明责任来卸除,因此更符合现代社会的主体原则与程序正义精神。职权主义诉讼模式下没有主观证明责任,就无从彰显证明责任的风险属性。与当事人行为无关的不利只能是一种“危险”,不具有对主体的可归责性。^{⑧2}近期我国有学者开始认识到了现代证明责任的程序原理。^{⑧3}辩论主义模式下的对抗,当事人负担诉讼风险的现代诉讼模式及当事人主义理论的进一步发展,要求当事人负担诉讼的内在风险。

(四) 形式逻辑裁判方法

形式逻辑是现代法治的基础。大陆法系的基本裁判方法也是取效于形式逻辑形成的所谓司法三段论的裁判方法。这种方法将实体法典看作产生三段论“大前提”的万能规范库,将任何案件事实都看成可被法律预先包含的“小前提”,而大小前提之间的关系则归于逻辑上上位概念与下位概念关系的“涵摄”。如此一来,裁判的作出不过就是

⑧1 参见吴泽勇:《民事诉讼中自由心证的裁判方法及司法适用》,载《法律适用》2020年第19期,第84页;胡学军:《静水深流:我国民事证据制度朝“自由心证”的悄然迈进》,载《南大法学》2021年第1期,第1页。

⑧2 关于从是否与主体决策有关来区分“风险”与“危险”的论述,参见[德]尼古拉斯·卢曼:《风险社会学》,孙一洲译,广西人民出版社2020年版,第42页。

⑧3 参见吴英姿:《证明责任的程序法理》,载《南大法学》2020年第2期,第57页。

逻辑上的演绎推理,只要前提为真,结论必然为真。这一套逻辑解释方法当然也在不断演进,如后来学界也认识到“涵摄论”本身存在逻辑缺陷,因为法律要件与生活事实存在规范与事实的性质区分,不能直接归于逻辑上的上下位概念关系。故“要件事实”的提出就是为了连接生活事实与法律规范,为了弥合概念内涵不统一从而无法进行逻辑推演的问题。而证明责任理论的提出最初也是为了从方法论上解决待证事实真伪不明时如何进行法律推理的问题。因为法律方法论学者已经发现三段论中若小前提不可确定是推不出任何结果的。故经典理论提出证明责任规范也是作为真伪不明时裁判规范的补充规范,使此时的裁判仍能形成完整的逻辑推理。这一系列的解决方法从形式逻辑上使事实真伪不明时的裁判仍能回归到现代司法的形式理性上来。

形式理性的司法能为社会生活注入法治的可预测性与确定性,一旦遭遇“真伪不明”这种偶然性,法官就可能面临无法裁判的困境。“真伪不明”最初指向法律上的规范漏洞,后来才转而指向事实上的无法证实。^{⑧4}而现代证明责任制度使“真伪不明”不致成为法治的缺口,反而成为法律规范所体现的价值取向选择或法律制度目的与宗旨的彰显。如此一来,司法裁判成为了根据预定规则进行逻辑推演与理性计算的模式。这就与中国古代司法后果主义所基于的利益考量与自由裁量有着重要的区别。

上述这些方面作为现代证明责任制度的基础环境条件,均是中国古代立法与司法所欠缺的,因此无怪乎中国古代不能产生所谓证明责任制度。中国古代司法不属于自由心证制度及没有对抗制诉讼模式的判断属于学界共识,但其是否依法裁判及是否遵循逻辑方法,即所谓中国古代法制有无确定性的问题,曾在学界聚讼纷纭。^{⑧5}诚然,任何法系任何国家的司法都是基本遵循依法裁判的,也都同样追求司法的确定性。但法律的确定性是一个逐步发展的过程,存在形式确定性与实质确定性之别。在法律条文与法律制度的目的有矛盾时,是严格遵循法律的形式确定性还是尊重法律精神的确定性,就体现了差异。^{⑧6}自唐代以后,形式性尊重与工具性运用相结合,是司法官员在判决中适用制定法的基本特色。^{⑧7}还需注意的是,刑事与民事司法由于在法律确定性上存在差异,在依法裁判的程度上也有所区别。^{⑧8}由于法律的儒家化,中国古代简约而又具有概括性的立法追求

^{⑧4} See Alfredo Mordechai Rabello, *Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law*, Annual Survey of International & Comparative Law, Vol.10:1, p.1-25 (2004).

^{⑧5} 中国古代法律有无确定性,或古代司法是否属于“卡迪司法”,这一论题曾在我国法律史学界引起一场学术辩论。以高鸿钧教授等为代表的学者认同马克斯·韦伯的说法,认为中国传统的纠纷处理犹如“卡迪司法”,其过程不注重同案同判,而是就事论事,完全不考虑规则以及依据规则的判决的确定性,将天理人情置于国法之上,天理人情的不确定性导致裁判者可以翻云覆雨。参见高鸿钧:《无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的〈中国传统的司法和法学〉》,载《政法论坛》2006年5期,第98页。而持相反观点的则是我国台湾地区学者张伟仁及林端教授。参见张伟仁:《中国传统的司法和法学》,载《现代法学》2006年5期,第59页;林端:《中国传统法律文化:“卡迪审判”或“第三领域”》,载范忠信、陈景良主编:《中西法律传统》(第6卷),北京大学出版社2008年版,第425页。

^{⑧6} 参见马小红:《“确定性”与中国古代法》,载《政法论坛》2009年第1期,第27页。

^{⑧7} 参见王志强:《制定法在中国古代司法判决中的适用》,载《法学研究》2006年第5期,第138页。

^{⑧8} 刑事上由于中国古代律对于犯罪与量刑的规定相对明确,因此“引律断罪”或“援法断罪”是古代刑事司法的特质,而在民事法律上,由于礼的相对原则与模糊,很难说是一种严格依法裁判。参见前注^{⑧5},张晋藩文,第23页。

的是“疏而不漏”的境界,注重的是法律的实质精神,使“稳定”与“变通”成为有机的整体。现代人认为堵塞法律漏洞的出路在于增加更多的条文,但古人的思路是简约法律的条文,用立法技术和官吏的素质弥补法律的漏洞。^⑧相较于大陆法系将制定法作为裁判三段论大前提的方法而言,至少古代民事司法难以称严格依法裁判。^⑨因此,西方现代形式确定性的法在司法上更善于运用形式逻辑的司法方法来严格依法裁判,从这一比较角度来看,说中国古代司法过程中具有反逻辑、非逻辑传统也是基本没有问题的。

总之,本文开篇中德国学者关于证明责任普适性的断言显然是以现代西方国家为本位的,显得有些视野狭窄与武断。但我国古代司法传统观念与制度下无需证明责任,并不成为我们现在可以拒绝或阻碍现代证明责任制度引入的理由。上述诸方面因素不惟与证明责任密切相关,也正是现代法治的重要标志,因此是我们引进与移植证明责任制度所应当继续着力培植的土壤环境。虽然证明责任及其分配在规范形式上的移植可以说是基本完成,但尚难以宣称证明责任制度的建构已大功告成。只有上述配套的模式与机制逐渐形成后,证明责任制度在司法实践中的贯彻才可能水到渠成。

Abstract: The assertion that the burden of proof exists in the litigation system of any country at any time is not suitable for ancient China. In the relevant cases of the Song Dynasty, judges tend to rely on moral norms to assist in the judgment of facts when the facts of the case are unclear. In the face of difficult cases, ancient Chinese judicature did not draw the conclusion according to formal logic thinking, but often confused fact finding and law application in the final judgment. To understand the different ways of dealing with difficult factual cases and their internal logic between China and the west, we should focus on their broader institutional background. The bottom stream of modern burden of proof theory is the trend of positivism law, while ancient Chinese society was the society with undifferentiated functions. The Confucianism of law and the integration of justice and administration made the method of handling difficult cases of facts in ancient China different from the western modern burden of proof system. The system of burden of proof is the product of a certain stage of social development and a specific legal model and judicial judgment model. In the process of localization of the burden of proof system in China, we should pay particular attention to the coordinated development with modern judicial ideas and the overall modern judicial system.

(责任编辑:陈贻健)

^⑧ 参见前注^⑥,马小红文,第25页。

^⑨ 如就宋代的民事审判而言,根据现代能够看到的案例,有学者依《名公书判清明集》进行统计,得出了称引法律占53%以上及引用法条占判案篇数1/5以上的结论。参见孔学:《〈名公书判清明集〉所引宋代法律条文述论》,载《河南大学学报》2003年第2期,第57页。但笔者认为这一数据(近半数并不称引法律及4/5篇数不引用法条)相对现代依法裁判而言当然难以称得上严格依法裁判。