

刑事诉讼事实形成机理探究

杨 波^{*}

内容提要 以往的事实发现理论将裁判事实看成是单方反映和发现的结果,追求诉讼认识与客观实在的符合,是一种结果性事实观的体现。在现代刑事诉讼中,认识活动不能被简单地化约为主客体间的关系,法律事实是在诉讼活动主体间的行为和交互作用中生成的,是各诉讼认识主体共同建构的产物,建构性诠释了法律事实的形成机理。通过开放的程序建构出来的法律事实是一种程序性共识,以其作为裁判的基础,能够重建司法裁判的正当性。未来,我国刑事司法应打破结果性事实观的束缚,以理性、开放的程序性事实观为指引,进一步区分对抗式司法模式下的博弈性事实与合作式司法模式下的合意性事实,最终实现事实理论对刑事程序改革实践的引领。

关键词 程序性事实观 程序性共识 博弈性事实 合意性事实

目 次

- 一、引言
- 二、刑事程序多元化改革背景下“事实发现理论”的限度
- 三、主体间性视角下刑事诉讼认识活动之重新阐释
- 四、刑事诉讼程序之内的法律事实建构及其理论意义
- 五、对抗式司法模式下法律事实建构理论的制度实现
- 六、合作式司法模式下法律事实建构理论的制度实现
- 七、结语

^{*} 吉林大学法学院教授。本文系 2021 年度国家社科基金重点项目“刑事诉讼事实形成机制研究”(项目批准号:21AFX014)的阶段性成果;2018 年度国家社科基金重大项目“中国特色刑事证据理论体系研究”(项目批准号:18ZDA139)的阶段性成果。

一、引言

2010年之后,我国《刑事诉讼法》历经两次修改。同时,以审判为中心的诉讼制度改革和认罪认罚从宽程序改革陆续全面推开。面对我国刑事诉讼程序法治化、多元化的飞速发展,事实问题作为刑事司法的根基性问题再次凸显出来,即刑事诉讼程序改革的推进已经对传统事实观形成猛烈冲击,亟待全新的事实理论支撑。体现在:其一,传统的事实发现理论主张一种结果性事实观,对日新月异的刑事程序法治化、多元化改革缺乏理论解释力。传统的事实发现理论以探究案件事实真相为唯一指向,主张全部诉讼活动的目的就是“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”^①。这种事实理论默示认识条件的一致性、可达到性,掩盖认识过程的复杂性和决定性,是一种结果性事实观的体现,势必无法面对刑事程序多元化发展的现实。其二,伴随刑事诉讼程序的改革和发展,事实理论研究的推进必然兼容程序改革的要求,有必要从事实与程序融贯互动的立场出发提出一种新的程序性事实观。众所周知,人类的认识活动是需要一定的认识条件的,从某种意义上来说,认识条件决定了我们能够找到多少“过去”。诉讼程序既是事实形成的空间,也是制约事实形成的重要条件之一。如何通过法律程序实现正义的安排,需要我们将目光投向刑事司法过程本身,重新审视刑事诉讼程序之内事实的形成机理,并在此基础上重塑一种全新的事实观。其三,在审判中心与认罪认罚从宽两种程序改革推进过程中引发的诸多理论争议,需要追溯到事实形成机理的层面加以反思。如关于认罪认罚案件证明标准应否降低的争议,隐含的事实问题就是,如何看待对抗式诉讼程序与合作式诉讼程序之下事实形成机制的差异性以及这种差异性是否会影响到对事实结论的认定。在这个意义上,我国刑事程序法治化与多元化的发展也为新事实理论的提出提供了良好的契机。以我国以审判为中心的诉讼制度改革和认罪认罚从宽程序改革为依托,不但有利于探究刑事诉讼程序之内事实形成的一般机理,革新事实理论,亦便于从横向维度比较对抗与合作两种程序模式之下事实形成机制的差异性,检验并推动事实理论研究的有效性,最终实现事实理论对刑事程序改革实践的引领。

综上,本文秉持事实与程序融贯互动的基本立场,在反思传统事实发现理论的基础上,证成一种法律事实建构论的观点,力图破除事实问题上那些似乎根深蒂固的观念,倡导一种现代刑事司法所独有的、理性的、开放的程序性事实观,并在多元程序视野下证成其理论正当性,探究其制度实现。

二、刑事程序多元化改革背景下“事实发现理论”的限度

(一) 事实发现理论的理论内核及其哲理化探索

事实是裁判的基础,在刑事司法过程中,必须认真对待事实。一直以来,有关司法裁

^① 陈一云:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第96页。

判活动的有效假定之一就是：“原则上，真实可以被发现；正确地认定事实（accuracy in fact-finding）是公正裁判的必要前提。”^②因此，在刑事司法领域，事实真相的发现先天具有一种近乎不证自明的正当性，任何影响和阻碍发现事实真相的理念与制度都必须充分证明自己的正当性。

事实发现理论是我国诉讼法学界探究事实问题遵循的核心理论，源于对以“事实发现”“探究真实”为目标的诉讼实践活动的一种理论描述及概括，其主要论证逻辑如下：第一，预设了一个独立于人（心灵）的客观事实的存在，这是一种不受人的认识能力限制的、独立于人（心灵）的纯客观实在（reality）。^③第二，排斥事实认定者的主观判断，主张对于客观事实的认识过程是一个客观推断的过程。^④第三，坚信经过诉讼过程能够获得一个与先在的客观事实相符合的认识结论。^⑤简言之，这是一种主张主体的认识与客观实在相分离的主客二分的认识模式。一方面，事实存在于外部世界中，可以作为认识的出发点或可靠依据，无论我们的主观认知如何恣意都不能影响它的存在。另一方面，人的认识不会决定实在本身，但是人可以认识它，甚至是完全地反映它。

自新中国成立以来，事实发现理论就是统摄我国诉讼法学理论与司法实践的核心理论，围绕这一理论所展开的哲理化探索也逐渐展开。

1. 以客观性概念为核心，坚持决定论和反映论

就客观性概念本身而言，其主要是在确保认识活动与认识对象的一致性的意义上使用的。法律事实通过了客观性的检验，就有了真实性的保障，法官就可以据此作出唯一正确的判决。这种理论坚持体现在：

第一，坚持客观真实原则。这一原则是苏联学者最先提出来的，针对资本主义国家刑事诉讼中的“形式真实说”，苏联学者进行了严厉批判，将“客观真实”作为“形式真实”的对立物和替代物提出来。之后，苏联和东欧各国就把“客观真实”作为一项重要的刑事诉讼基本原则确立下来。新中国成立后，刑事诉讼制度中继受了这种客观真实的思想，要求“司法机关所确定的事实，必须与客观上实际发生的事实完全符合，确定无疑”^⑥。

第二，强调证据的客观性。关于证据属性的探讨与事实问题密切相关。在我国的诉讼证据理论上，“诉讼证据的客观性从来就是不容质疑的问题。……从相当意义上说，诉讼证据的客观性特征是我国构建证据理论体系的基础，甚至是我国确立诉讼原则、设置诉讼程序的基石之一”^⑦。在反映论下，“证据必须是客观事实，证据必须能证明案件的

② [美] 米尔吉安·R. 达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜等译，中国人民公安大学出版社2006年版，第46页。

③ 参见[美] 希拉里·普特南：《理性、真理与历史》，童世骏、李光程译，上海译文出版社1997年版，第55页。

④ 参见周洪波：《中国刑事印证理论的再批判与超越》，载《中外法学》2019年第5期，第1246页。

⑤ 参见杨波：《由“真实”到“程序内的共识”——刑事诉讼事实认定标准理论的新展开》，载《法制与社会发展》2010年第5期，第53页。

⑥ 巫宇甦：《证据学》，群众出版社1983年版，第78页。

⑦ 阳平：《从客观性到相关性：中国证据法学四十年回顾与展望》，载《浙江工商大学学报》2018年第6期，第121页。

真实情况,这是证据的本质、规定或性质”^⑧。强调证据客观性的认识论意义最终还在于坚持客观真实原则。“案件事实和证据是客观存在的事物。……无论案情多么复杂,犯罪行为多么隐蔽、狡猾,都能查证清楚,使主观认识正确地反映案件的客观事实,作出正确的结论。”^⑨

第三,排斥诉讼认识的主观性。由于坚持客观真实原则,强调证据的客观性,诉讼认识的主观性成为理论禁区,自由心证制度遭到拒斥。司法人员审查判断证据不是“自由的,是受一定限制的;对各种认识正确与否要进行客观检验,从对证据本身的反复比较查对、分析研究中进行验证,以证据材料之间互相验证的实际结果作为标准,来检验判断和认定证据是否正确。”^⑩通过诉诸于证据之间的相互检验性,否定了裁判者对于案件事实的主观判断,并试图以证据之间的客观验证性作为裁判的依据和标准。^⑪这也是中国特色印证规则的最初理论来源。我国刑事诉讼的证明标准一直沿用“案件事实清楚,证据确实、充分”的表达,强调证明标准的客观化也是典型体现。

总之,为了确保认识结论必然为真,必须假定认识主体价值无涉,强调认识手段即证据具有“客观属性”,认识的过程是一个寻求客观证据之间相互印证的过程,这样,最终才会得出一个不受主观侵染的、符合客观实在的认识结论。这种通过极端强化客观性证成事实和裁判结论正当性的理论值得反思。

2. 转向辩证法,承认事实的主客观统一性

20世纪90年代中期以后,关于事实问题的研究因对证明标准的争论而起,最终深入到诉讼认识论的层面,理论重心由“决定论”“反映论”转向“辩证法”,辩证唯物主义认识论中的对立统一理论成为重要的理论来源。在当时,伴随程序正义理论的传播和程序价值的弘扬,人们开始反思诉讼认识的特殊性,从认识主体的能动性、认识对象的特殊性、认识过程的规范化、认识手段的规范化、认识结果的规范化等角度剖析了诉讼认识与其他认识活动的区别,^⑫进而得出结论,“诉讼中认定的案件事实与客观上曾经发生过的案件事实完全一致,要求司法人员的主观认识必须符合客观实际”是不符合司法实际的做法。由于诉讼认识的特殊性和人的认识能力的局限性,完全发现过去的案件事实是不可能的,而应该代之以法律的要求,符合法律的要求或由法律所认可就视为是真实的。由此,“法律真实论”这一代表性学说被提出,^⑬并引发关于“客观真实论”与“法律真实论”之争。在这一时期,由于程序正义理论的冲击与洗礼,事实发现理论也得到了修正,“即使已证实犯罪事实和犯罪人的案件,其所达到的客观真实也不可能与客观存在的犯罪事实情况完全吻合,不仅细枝末节无法查清,而且某些与定罪量刑有关的情节也

⑧ 前注⑦,阳平文,第120页。

⑨ 前注⑦,阳平文,第120页。

⑩ 参见王牧:《也谈刑事证据审查判断标准》,载《当代法学》1988年第2期,第35-36页。

⑪ 参见杨波:《我国刑事证明标准印证化之批判》,载《法学》2017年第8期,第154页。

⑫ 参见吴宏耀:《诉讼认识论纲——以司法裁判中的事实认定为中心》,北京大学出版社2008年版,第24-25页。

⑬ 参见樊崇义:《客观真实管见》,载《中国法学》2000年第1期,第117页。

常常难以认定”^⑭。可见,伴随人们对诉讼认识活动特殊性的关注,逐渐弱化对客观性的片面强调,主观性因素开始侵入,加之对正当程序等一系列限制性因素的考量,理性审思“还原客观事实”这一理想之后,衍生出“尽可能接近客观事实”的现实目标。

对这一时期的理论推进应该从两方面来认识:其一,虽然20世纪90年代中期以后关于事实理论的争论中,也意识到诉讼认识是在一定条件下展开的,但通常认为这些条件是人的认识能够达到的,不会影响最终对客观实在的把握,或者可以最大程度地接近客观实在。因此,以法律真实论为代表的理论推进并未突破主客二分的认识框架,跳出事实发现理论的模型。^⑮其二,法律真实论对于那种片面追求事实真相的理论和做法确实是一种矫正,能够承认认识活动的主观性、有限性,理性看待事实认识与程序的关系,对司法实践形成了较为积极的影响。

3. 对事实的多维阐释及其理论突破

进入21世纪以后,涌现出诸多其他不同的研究视角。如借用解释论、语用学,将事实问题转向语言分析的角度,归入解释学可以阐释的范围,并借助哈贝马斯的交往行为理论,以共识作为合理性的标准。^⑯受实用主义哲学的影响,引入实用主义真理观,借助对于诉讼功能的分析,试图避开“真”与“非真”这类问题的追问,只考虑裁判事实是否可以获得可接受性。^⑰借用历史学的视角,主张诉讼认识虽然本质上是一种历史认识,但其是一种特殊的历史认识,因此,应兼顾认识主体与客体两方面。^⑱在西方后现代思潮的冲击下,亦有学者阐述了解构与建构证据哲学的可能性、必然性与内在机制,试图形成一个能够科学地描述和处理事实问题的概念体系和方法论框架。^⑲

伴随对于诉讼活动规律的深刻把握和对于实践问题的关切,亦有一些学者从探究事实认定机制出发,提出建立以一审庭审为中心的事实认定机制,^⑳从而将事实问题与具体的诉讼程序改革相关联;从探究证明标准的主客观要素出发,提出建立主客观要素相融合的事实认定标准,^㉑从而将事实问题与证明标准的立法与实践表达相结合;从证据法的原理出发,通过论述事实与证据的关系,指出事实认定者通过“证据之镜”所获得的事实真相,是对事实之可能性的判断,达不到绝对的确定性,却具有盖然性或似真性,^㉒并引入国外的最佳解释推理与似真性理论,从而将事实问题与刑事证明理论相结合。

上述研究中的一些思想观点打破了以往事实发现理论之下对于事实研究的单向度,开拓了事实问题研究的视野和新思路,尤其是“交往行为理论”及“共识”话语的引入,

^⑭ 陈光中、陈海光、魏晓娜:《刑事证据制度与认识论——兼与误区论、法律真实论、相对真实论商榷》,载《中国法学》2001年第1期,第42页。

^⑮ 参见陈景辉:《事实的法律意义》,载《中外法学》2003年第6期,第665页。

^⑯ 参见李力、韩德明:《解释论、语用学和法律事实的合理性标准》,载《法学研究》2002年第5期,第3页。

^⑰ 参见易延友:《证据法学的理论基础——以裁判事实的可接受性为中心》,载《法学研究》2004年第1期,第99页。

^⑱ 参见前注^⑫,吴宏耀书,第18-26页。

^⑲ 参见栗峥:《超越事实——多重视角的后现代证据哲学》,法律出版社2007年版,第2-3页。

^⑳ 参见龙宗智:《论建立以一审庭审为中心的事实认定机制》,载《中国法学》2010年第2期,第143页。

^㉑ 参见陈瑞华:《刑事证明标准中主客观要素的关系》,载《中国法学》2014年第3期,第177页。

^㉒ 参见张保生:《事实、证据与事实认定》,载《中国社会科学》2017年第8期,第110页。

迫使我们重新审视程序之内事实的形成机理,反思既有理论框架的不足。关于事实认定具体问题的研究则进一步展现了事实问题的实践面向,为抽象的事实理论找到了实践的归宿。虽然上述理论还并未成为传统事实发现理论的替代性理论,但是,伴随我国刑事程序的飞速发展,其在理论解释力上的优势已经逐渐显现。

(二) 事实发现理论的限制

事实发现理论遵循主客二分的认识框架,以“真实”“真相”作为理论预设,追求主客体间的认识与客体事实的一致性,其背后体现的是一种结果性事实观。以审判为中心和认罪认罚从宽程序改革的背景下,事实发现理论愈发显现出其自身的限度:

1. 遮蔽了诉讼认识活动中主体间交往互动的关系框架

事实发现理论之下,着眼于认识主体与认识对象之间的关系,确信主体在正确的方法论的指导下能够按照其本来面目反映客观实在。但在现代刑事诉讼中,认识活动不能被简单地化约为主客体间的关系,无论是当事人主义诉讼模式,还是职权主义诉讼模式,并不存在一个抽象的理性个体,能够凭借其个体认识终结诉讼活动,作出裁判结论。刑事诉讼中的事实形成于控辩双方之间充分的互动、交涉和论辩之中,无论是对抗式诉讼中法庭上控辩的激烈交锋,还是合作式诉讼中的控辩协商,事实认知都是在主体间的互动中才得以最终完结。因此,司法过程中的事实理论需要跟进认识论的发展,揭示诉讼认识活动的关系框架,探究程序之内事实的形成机理。唯有如此,才能契合两种程序改革的要求,准确反映现代刑事司法的基本规律。至于那个诉讼认识活动关系框架之外的事实真相,实践中是否一定能够达到,我们不得而知。但不可否认的是,在事实发现理论的指引下,往往会以之为目标设置过高的要求,一旦无法通过正当的手段实现时,刑讯逼供、非法取证或者恣意制造假证据就会不可避免,其结果反而酿成了大量的冤错案件,裁判的正当性无从谈起。

2. 难以彰显程序的价值及事实的法律意义

主客二分的认识框架强调客观实在的自在性及其决定性,诉讼程序之内获得的事实依赖于客观实在的再现,必须与其相符合。然而,程序之内的事实如果仅仅是客观实在的摹本,成为依附于客观事实的影子,没有独立性,将导致人们在面对案件事实时,只需审查其与客观实在的符合性,程序的价值将被弱化,事实的法律意义也将被消解,这是不符合现代刑事诉讼程序的理念与要求的。以对抗式诉讼程序为例,其体现了最严格的程序要求,对于发现事实手段的限制是最严格的。对抗式诉讼程序之内所形成的事实既包括主体对于客体事实的描述,也要承载主体的意图;其内容既要在实体法律规范内展开,更要在程序的空间内通过特定的程式呈现出来。因此,程序之内的事实是法律规范塑造的结果,要彰显程序正义的要求。合作式诉讼程序之下,事实形成体现的则应是协商性正义的要求。总之,只有承认程序之内的事实的独立性,才能激活法律程序的运行,实现诉讼程序的价值;才能强化法律规则的有效性,彰显事实的法律意义。

3. 限制辩方对诉讼活动的积极参与

事实发现理论强化了发现案件事实真相、惩罚犯罪的定罪思维,容易以查明案件事

实真相为中心来确定诉讼活动主体的地位,从而为诉讼主体的行为施加一种潜在的限制。这种以客体决定主体,将主体仅仅作为发现事实的一种手段的做法,容易导致公权力的优位和私权利主体地位的弱化,体现在实践中就是强化公权力机关的主导,限制辩方的充分参与。进言之,事实发现理论在强化诉讼认识活动结果的同时,极容易导致全部的诉讼活动蜕变成一种单纯围绕案件事实真相而展开的封闭性活动,作为公权力代表的司法机关将垄断对事实的发现,以侦查为中心是必然的结果,最终将加剧整个刑事诉讼程序的封闭性。^{②③}如此一来,当事人的主体地位和诉讼权利必然受到限制。无论是以审判为中心的诉讼制度改革还是认罪认罚从宽程序改革,都极为强调程序的多方参与性,这是两种程序改革的正当性前提。实际上,现代刑事司法的发展就是一个主体性不断得到强化的过程,如何打破事实形成过程的封闭性,强化多方实质参与,让纠纷的解决过程从封闭走向开放,恰恰是现代刑事司法着力追求的价值目标。

4. 无法为刑事司法裁判的正当性提供有效证成

事实发现理论之下,坚信经过诉讼过程能够获得一个与先在的客观事实相符合的认识结论,并试图通过主客体间的符合一致,证成裁判结论的正当性。但实际上,这一理论逻辑背后存在固有限度:一方面,司法是人类实践活动的一个特殊领域,诉讼认识不同于一般的认识活动,其涉及到多元价值的选择和平衡。司法裁判的正当性基础不能仅仅归结为对客观真实的实现。如前所述,对于客观真实的过度追求必将弱化规则的有效性,从而与诉讼活动的规范性之间产生严重的矛盾,在削弱程序价值的同时也将折损司法裁判的正当性。另一方面,对于客观真实的过度追求不能容忍冤错案件的存在,片面追求命案必破、有错必究、终身追责,其结果反而可能酿成冤错案件,裁判的正当性更无从谈起。毋庸置疑,刑事判决要尽可能建立在正确的事实结论之上,但在现代刑事司法过程中,我们无力承诺一个真实的发现,如何从以单纯求真为核心的强意义上的正当性追求转向程序视野下弱意义上的正当性证成,是司法领域内事实问题研究的关键。尤其在认罪认罚从宽程序改革中,如何打破求真的束缚,为司法裁判的正当性寻求新的支撑,是亟待解决的难题。

三、主体间性视角下刑事诉讼认识活动之重新阐释

事实发现理论被哲学的强大磁场所吸附,在哲学与法学之间往返并不是一件容易的事。一方面,法学需要跨越自身的学科话语界限,深刻理解事实的哲学意涵,领会哲学语境下对事实概念的推进性研究及其背后的认识论价值;另一方面,司法领域内事实问题的研究若想为本学科提供元话语或元叙事,亦必须跳出抽象的、形而上的哲学语境,回归到司法的语境内,探究司法过程的本质及程序之内事实的形成机理。

^{②③} 参见前注⑤,杨波文,第53页。

（一）走向主体间性：“事实”意涵的哲学演进

“事实”在日常生活中是一个耳熟能详又多义的概念。《现代汉语词典》对事实的释义是“事情的真实情况”^④，这就与“虚假”“谎言”等相对，表达了一种朴素的价值判断。在哲学上，关于“事实”的定义可谓复杂又抽象。大体来说，前后有四种代表性观点值得关注：其一，本体论上的事实概念。罗素认为：“世界包含事实，而事实是不论人们对之持有什么样的看法而该是怎么样就是怎么样的东西。”^⑤他强调，注意到事实属于客观的世界这一点很重要，除去一些特殊的情形，事实不是由人们的思想或者信念创造出来的。其二，认识论上的事实概念。“事实是接受了的或安排了的所与”（“所与”即“the given”），即“事实是为主体用概念所接受了（或安排了）的感性呈现”。^⑥在这里，事实实际上指称的是事实认知。其三，认识论上更融贯的事实概念。陈波教授指出：“事实是认知主体带着特定的意图和目标，利用特定的认知手段，对外部世界中的状况和事情所做的有意识的剪裁、提取和搜集，因而是主观性和客观性的混合物。”^⑦他强调，要尽力保持事实的主观性与客观性之间的必要平衡，且“事实”的主观性方面应当特别引起注意。人们既无必要也不可能去认识和把握这无穷多的“事实”。相反，只是从人们所面对的世界中剪裁、提取、搜集相关的事实，而“相关”则是由人们的认知意图和目标决定的。^⑧其四，主体间性视角下的事实概念。“事实就是（人们）说出来的、通过论辩能够证立的命题。”^⑨哈贝马斯对真理符合论进行了批判：“事实并不是与客体（对象）完全相同的方式在世界中存在着的東西。”^⑩这就突破了主客二分的认识论范畴，将事实看作是主体间的认知与合意，即主体之间沟通、交涉与论证的结果，此即事实之“真理共识论”。这里的事实不仅仅是主体活动的一个结果，还包括主体活动的过程和状态，只要是主体之间顺畅交流的状态或结果，事实就具有理由支持，自然就具有可接受性。当然，理想的商谈和交涉情景，只可能被近似地实现。^⑪这种事实概念彻底贯彻了主体关照，并凸显了程序之于事实的重要意义。

众所周知，伴随近代哲学认识论的发展，尤其是语言分析哲学的重大发展，早已革新了我们对于认识过程和认识主体的理解。在完善后的认识论体系中，认识不仅仅是主体与客体之间的关系，它还包括不同的认识主体在认识客体对象的过程中的相互关系，尤其是后者在特定认识活动中具有决定性的意义。换言之，人类的认识具有复杂性，其肇始于个别主体对于客体对象的经验和感知，但认识并未就此完结，主体的经验和感知还

④ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第1246页。

⑤ [英]罗素：《逻辑与知识》，范莉均译，商务印书馆1996年版，第219页。

⑥ 参见彭漪涟：《事实论》，上海社会科学院出版社1996年版，第123页。

⑦ 陈波：《“以事实为依据”还是“以证据为依据”？——科学研究和司法审判中的哲学考量》，载《南国学术》2017年第1期，第32页。

⑧ 参见前注⑦，陈波文，第34页。

⑨ [德]阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2000年版，第135页。

⑩ 前注⑨，阿列克西书，第130页。

⑪ 参见[德]哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第286页。

必须在主体间的交往过程中接受其他主体的检验。“因此,个别主体将自己的经验或感知转换成对客体对象的语言性解释,以便在不同主体间流转,以求得其他主体的理解和共识,形成具有主体间性的认识,认识活动才得以真正完结。”^{③②}主体间性认识将关注的目光向认识的后续阶段延伸,提出了在个别的、具体的、特殊的经验或感知的基础上,主体间是怎样对客体对象形成认识共识的问题。^{③③}由主客体之间的认识延展到主体间对认识结论的建构更能充分反映人类认识活动的目的性和多元价值诉求。

哲学上对于事实的阐释是富有启发意义的,它在以下方面推进了人们的认识:其一,在区分本体论和认识论上的事实概念的前提下,沿着认识论的路径,使得事实由“硬邦邦”的自然存在走向与主体相关联的“软性”事实,从而,祛除了事实的神秘性和封闭性,阐释了一种更开放的事实概念。其二,认识论意义上的事实概念将认识主体、认识条件、认识手段等外在因素引入进来,从而让事实问题的关注重心从单纯地执着于事实之真转移到如何在上述因素的介入下,完成事实重构的任务,事实具有了明确的目的性。“‘事实’是认知主体从世界的母体上一片片‘撕扯’下来的;认知主体最后撕扯下一些什么,取决于他们‘想’撕扯什么、‘能’撕扯什么,以及‘怎么’撕扯。”^{③④}其三,事实是认识主体之间重构的结果,重构“软性”事实的过程体现为一种合力的作用:即目标的明确性、主体的能动性、过程的正当性、结果的可接受性等。这样一种动态的事实重构活动强化了事实形成过程的重要性和认识的实践面向,从而为事实概念开放出了新的意义,面向未来,但亦不忘初衷。综上,伴随对认识主体要素、主观方面考量的加强,事实认知活动的性质也发生了变化,原本针对客体的单向度认知转化为主体间对于事实的思维重构。这样一种强化主体关照、凸显程序意义的事实认知进路对于司法过程中事实问题的分析是非常有意义的。

(二) 重构程序之内的事实:以主体间的交往互动为核心

明确诉讼认识活动中的关系框架是讨论事实问题的必要前提。众所周知,“人是社会的但具有冲突倾向的动物”^{③⑤},在公共领域或私人领域,存在各种利益排斥甚至利益冲突。这些冲突和矛盾伴随人类社会的发展,是整个社会需要及时面对和重点解决的难题。“司法是一个制度化的争议解决过程,它通过对利益关系的确认和调整来维护必要的社会秩序,通过对利益和不利的分配来实现法律之内的正义。”^{③⑥}整体来看,诉讼的过程也是利害相关者各方利益竞争的延续,每一个诉讼主体都会遵循趋利避害的本能,通过特定的诉讼行为实现己方的利益最大化。在具体的诉讼过程中,最有效的途径便是借助于司法权的帮助来实现自己的目的,即为了赢得有利于己的裁判结果,控辩双方都会尽全力在裁判者面前展开控诉和辩护行为。因此,诉讼本质上就是一种对主体间相互冲突、相

^{③②} 前注⑩,李力、韩德明文,第21页。

^{③③} 参见前注⑩,李力、韩德明文,第21页。

^{③④} 前注②⑦,陈波文,第31页。

^{③⑤} 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,法律出版社2004年版,第9页。

^{③⑥} 郑成良:《法律之内的正义——一个关于司法公正的法律实证主义解读》,法律出版社2002年版,第106页。

互对抗的利益关系加以公道权衡的活动,以期能够依法公正和及时地解决纠纷。“所谓的司法程序其实就是司法活动当中的关系框架,确切地说,就是受理案件的法官与控辩双方及其他参加诉讼的人之间的关系结构,所有相关的规则安排都是对司法活动当中发生的法官与控辩双方之间互动的调节。”^{③⑦}在这个意义上来说,诉讼认识活动所要处理的核心关系是主体之间的关系,而非主客体之间的关系。

在具体的诉讼过程中,虽然认识主要是从侦查人员探究案件事实的侦查活动开始的,但是,侦查人员包括审查起诉阶段公诉人所查明的案件事实并不具有终局性的意义,他们对案件事实的认识远未完成诉讼认识的全过程,其还必须在庭审过程中接受事实裁判者(法官或陪审团)的检验。对于辩方而言,亦是如此。控辩双方将自己对案件事实的经验感知借助证据的形式提交给法庭,通过庭上质证和辩论等交往、交涉活动的充分展开,使得双方原本具有差异性的事实主张发生“融合”。同时,对于缺乏直接感知经验的裁判者而言,通过庭审活动,亦完成了其对于案件事实的思维重构。最终,作为裁判基础的事实既不是控方或辩方的一面之词,也不是事实裁判者的一己之见,而是在刑事诉讼程序之内,控辩审三方达成的对事实结论的共同认同。在现代刑事诉讼活动中,存在着各怀主张、诉求迥异的多方主体,存在着诸多主客体间的单一认识,但是这些个体认识并不具有终结诉讼的效力,需要在特定的程序空间内接受评价和鉴别,只有经过主体间充分的互动、交涉和论辩,事实认知才得以最终完结。明确诉讼认识活动以主体间的交往互动为核心,才能准确揭示诉讼认识活动下特殊的事实形成机理。

四、刑事诉讼程序之内的法律事实建构及其理论意义

刑事司法是人类实践活动的一个特殊领域,本文的理论努力就是运用刑事司法特有的概念和范畴,提出一种新的事实理论,为具体的诉讼程序、证据规则等提供理论支撑。

(一) 程序之内的法律事实

法律事实是事实的一种,是具有法律意义的事实。现代刑事司法过程中的法律事实生成于一定的程序空间内,是各方主体依据既定规则运用证据建构起来的关于案件事实的图景。法律事实是一个新事实,是当下的事实,最终以裁判事实的面目体现在生效的法律文书当中。本文从主体间性的角度探究刑事诉讼程序之内的法律事实。

1. 独立于诉讼外发生的案件事实

在刑事司法过程中,至少需要区分两种事实,诉讼之外曾经发生的案件事实与诉讼程序之内形成的法律事实。曾经发生过的案件事实是一种历史性事实,由于“我们没有时间机器可以让法官与当事人一起回到过去,看一看究竟发生了什么事”^{③⑧},因此,这一事实只能是彼岸事实,可以承认其存在,但并不具有法律意义和效力。司法活动只是在创

^{③⑦} 宋显忠:《程序正义及其局限性》,载《法制与社会发展》2004年第3期,第5页。

^{③⑧} David A. Binder & Paul Bergman, *Fact Investigation: Form Hypothesis to Proof*, West Publishing Co., 1984, p.5.

造着过去而非再现,程序一旦开启,诉讼主体重塑事实的活动也随之展开,控辩双方基于自己对案件事实的认识和把握,有目的地将其陈述给法官后,最终呈现在法官面前的关于案件事实的共同性认识,就是程序之内形成的法律事实。

关于刑事司法过程中的法律事实,应从两个方面把握:其一,法律事实源于各诉讼认识主体的共同建构,其核心特点在于建构性。“建构”意即“生成”,是对于“给定”的瓦解,其背后反映了关于事实的认识论立场。即案件事实已经发生,是客观存在的,但是对于案件事实的认识、理解和赋予其法律意义却是由诉讼过程中各主体自己决定的。控辩双方以自己的经验认识为基础来建构事实、解释事实,同时帮助裁判者完成关于案件事实的思维重构。强调法律事实的建构性意在表明,法律事实不是对已经发生的案件事实的摹写,而是在诉讼活动主体间的行为和交互作用中生成的。从法律事实的建构性出发,更加强调诉讼认识的实践面向和法律事实的开放性,强化主体关照,凸显程序意义。其二,法律事实是最重要、最具有法律意义的事实。法律事实是法官据以作出最终裁判的事实,也就是在判决书中最后认定的裁判事实。从动态的过程来看,这个法律事实形成于控辩双方的庭审事实建构活动中,是各方诉讼主体事实主张经由法庭论证、检验后被法官认定的最终版本,是法官作出裁判的依据,具有终局性和权威性。

2. 区别于广义的法律事实

首先,在审前活动中,侦查和起诉阶段也会形成一定程度的事实,这些事实的形成主要源于侦查机关单方的事实探知活动,是主客体间认知活动的结果;依托于相对较为封闭的侦查和审查起诉程序;对于事实的衡量标准是能否移送审查起诉和移交审判,即能否达到下一个程序的检验标准;一般并不具有终结诉讼的效力,是待检验的事实。严格来说,审前活动中所形成的事实虽然也具有法律意义,但是,其在事实形成的程序空间及法律效力等方面都与本文所指称的法律事实有很大不同。当然,在合作式诉讼中,控辩双方通过协商程序所达成的事实合意具有特殊性,详见下文。

其次,在法庭上,控方会向法庭提供一个事实版本,辩方通过质证、辩论等活动也会主张一个不同的事实版本,这些事实是其各自依据证据建构起来的对己方有利的事实,是运用证据证明的单方主张性事实。同时,在这两个事实版本内部还存在着多个运用证据证明的单一事实。控辩双方提出的单方主张性事实是其各自作出的关于事实的陈述,在陈述的过程中,渗入了事实陈述者的意志,同样的证据,可能会因为陈述者的不同而呈现出不同的事实面貌。但是,这些事实都不是本文所指的法律事实。这些事实只是法律事实建构过程中的事实原材料,需要经过法庭上的进一步加工、塑造,最终才能成为裁判者据以作出裁判的法律事实。

(二) 法律事实的建构

“心灵不是简单的‘摹写’一个可有一个唯一的真理论描述的世界。当然我的意思也不是说心灵构造了世界。——心灵和世界一起构成了心灵和世界。”^{③⑨}在刑事司法的过

^{③⑨} 前注③,希拉里·普特南书,第4页。

程中,作为裁判基础的法律事实既不是司法人员单向度的、封闭性的事实探知活动下对曾经发生过的案件事实的直接描述或者摹写,也不是司法人员主观任意构造的结果,而是主体之间建构起来的程序性共识。“法律事实并不是自然生成的,而是人为造成的,一如人类学家所言,它们是根据证据法规则,法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官的雄辩能力以及法律教育成规等诸如此类的事务而构造出来的,总之是社会的产物。”^④建构性是法律事实的重要属性,体现在如下方面:

第一,根源于差异化的诉讼主体及其利益的多元性。诉讼活动是控辩审三方共同参与的一种程序性论辩活动。法律事实既包含具有利益竞争关系的主体,如控辩双方对于事实的理解和阐释,也包含居中裁断的法官对事实的主观认知和确信。进言之,在运用证据揭示案件事实的过程中,基于不同的利益诉求,每一个主体都会按照自己的理解去建构事实版本,以证据为基础呈现的事实融入了人的主观因素。多方诉讼主体的利益渗透通过法律语言来实现,即虽然事实是建立在证据的基础之上的,但证据与法律事实之间的关系需要通过陈述的方式来揭示,这就需要通过语言为媒介,进行描述。由此,以证据为基础解释案件事实的过程就转变为对描述和表达事实内容和意义的话语的理解和解释的过程。^⑤在这个意义上来说,法律事实借助语言来表达,渗入多方主体的利益诉求,从而使得其自身呈现出建构性。

第二,参照实体规范而展开。实体规范是人们社会生活的准则和指针,法律事实的形成离不开实体规范的参与。也即法律事实并不是主体自由探知事实对象的结果,而是在实体规范的参与并约束下,重塑起来的一种特殊的制度性事实。在诉讼过程中,控辩双方或裁判者都会自动依据实体法规范中事实要件的要求去搜集、整理、判断各种证据材料,这些实体法规范明确了控辩双方诉讼活动的对象,也是裁判者进行事实认定的主要参照。据此,法律事实是依据实体法规范建构起来的制度性事实。正是在这一点上,法律事实与案件的客观事实具有本质的区别,客观事实是反规范的,因为法律规范的参与必然干扰客观事实的发现。

第三,接受证据规则的剪裁。法律事实形成过程中所运用的证据是经由证据规则剪裁出来的,证据规则的剪裁要依据一定的标准,这本身就体现了某种价值判断。关于证据规则主要包括两大方面,一是确保事实认定准确性的规则,以“相关性”为主线,证据的采纳与排除主要都是为了满足事实认定的需要。二是确保证据适用之正当性的其他规则,如非法证据排除规则、亲属特免权规则等。这些规则以保护一些特定的利益与价值为目标,将在一定程度上限缩可使用证据的范围。上述证据规则的存在剪裁并制约着法律事实的具体内容,从而在一定程度上拉开了法律事实与案件客观实在的距离。

第四,依托于动态的证明程序。法律事实的建构需要借助动态的证明活动展开。法

^④ [美] 吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第80页。

^⑤ 参见前注^④,李力、韩德明文,第21页。

律事实是控辩双方在动态的证明程序中,就争议的案件事实在裁判者面前进行充分论证和说服的结果。法律事实本质上具有证明性,对抗式诉讼之下,形成于举证、质证、认证以及定案等动态的证明程序中。举证是证明责任的承担者为说明己方的诉讼主张提出证据进行论证的诉讼活动,通过举证,描绘案件事实的基本图景,它是法律事实建构的首要环节。质证是另一方就已提出的证据在法庭上进行的对质、辩论活动,通过质证与辩论,双方的事实主张发生“融合”,是法律事实建构的关键环节。认证与定案是裁判者在单个证据认证的基础上,根据经验、逻辑与法律,综合全案证据确定案件事实的活动。通过认证与定案,最终完成法律事实的建构。法律事实建构论并不承诺真实,而是强化对于事实的证明,实现于动态的证明活动中。当然,被告人认罪案件较为例外。

第五,受限于特定的程序空间。法律事实是主体以特定的方式,在特定的程序空间内对事实加以理性重构的结果。程序的设置是为了有意识地阻隔对结果、对法律外的目标的过早的考虑和把握。程序具有间隔功能,^④“通过程序形成了一个解决复杂纠纷的相对空间,使当事人之间的复杂社会关系从进入程序的那一刻开始就与社会隔离开来”^④。这样做的目的首先是为了防止恣意;其次是为了在结果未知状态下确保程序中的选择的自由。^④程序空间内形成的法律事实内含了程序的要求,是一种程序性的共识。当然,不同诉讼程序之下塑造出来的事实会有所不同,对抗式诉讼模式下与合作式诉讼模式下的程序性共识具有差异性。

(三) 法律事实建构理论的意义

从藉由司法过程所获得的客观真实来彰显裁判结论之正当性,到程序之内法律事实建构过程的正当性,强化程序性共识的有效性,法律事实建构理论为解决刑事诉讼中的事实问题提供了一种新的理论支撑,具有重要的理论与实践意义。

第一,强化了法律事实的独立性,重塑了一种程序性事实观。事实发现理论执着于还原自在的客观真实,在其影响下,人们关注的不是程序之内的事实如何形成,而是程序之外的事实如何实现的问题。法律事实建构理论主张通过程序寻找事实,法律事实是主体之间在法定的程序空间内依据规则重构起来的一个新的事实,新事实的建构需要遵循实体规范,接受证据规则的剪裁,依托于动态的证明程序,受到各种程序规则的约束,也深深地打上了主体意志的烙印。通过程序重塑事实的过程也是赋予事实以法律意义的过程,由此,法律事实便摆脱了对客观事实的依附,获得独立存在的意义。法律事实建构理论以事实与程序融贯互动的视角,重塑了一种程序性事实观。所谓程序性事实观就是聚焦于刑事司法过程本身,强调通过程序重塑事实及这一过程具有的独立意义。程序性事实观下,刑事司法的目标与其说是努力使认识达到与自在的案件事实相符合,而毋宁说是追求法律事实建构过程的正当性与合法性,即通过法律程序实现正义的安排。程序

^④ 参见刘铭:《诉讼事实与纠纷事实的关系——基于证据学思想发展脉络的分析》,法律出版社2018年版,第7页。

^④ 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2003年版,第162页。

^④ 参见前注^④,张文显主编书,第159页。

性事实观是一种理性的事实观,体现了对于司法过程及司法规律的尊重。

第二,蕴含主体关照,能为刑事诉讼中的权利保障提供有力证成。程序法治化背景下,诉讼主体地位的提升及权利保障的强化已经成为共识。法律事实建构理论使得刑事诉讼中权利保障的关键点和完善路径更加明确,有效避免了权利保障上的抽象化、空洞化。一方面,法律事实建构理论揭示了权利与权力的关系是刑事诉讼中权利保障的关键点。对于被追诉人来说,与其处于对等关系的是作为公权力主体的检察机关,权利的威胁来自于权力。因此,权利的保障不能仅仅从提升与丰富权利自身的内容着手,还应强化对权力的制约与规范。另一方面,为确保法律事实建构活动的顺利展开,辩方的程序参与权、交涉能力的平等性、权利的自由处分性、权利的救济理应成为权利保障的核心内容。实际上,在对等主体之间实现权利保障不仅是出于司法的公正性要求,更是法律事实建构活动顺利展开的前提条件。法律事实建构的过程中,给予控辩双方更多的对话或协商机会的同时,也尽可能地避免了公权力主体将自己的观点强加给辩方的不公平情况,实现了对主体地位和主体权利的尊重。最后,法律事实建构理论所倡导的程序性事实观能够将权利保障的内容与具体的程序相结合,凸显权利保障体系与内容的差异性。如对抗式与合作式诉讼程序之下,权利保障体系与内容就具有差异性。总之,法律事实建构理论能够有效促进由围绕着求真而展开的封闭性的司法过程向以人权保护为重心的开放性的司法过程的转变,从而为以主体关照为重心的制度设计找到直接的理论依据。

第三,强化了刑事诉讼程序的开放性,彰显了刑事诉讼程序的价值。法律事实建构理论反对为刑事诉讼程序预设真理标准,法律事实是在促进控辩双方的沟通、理性选择、排除外部干扰的基础上建构起来的,而非对预先给定事实的摹写。过去是现在的事实,即对我们现在的希望、挫折和绝望的现实反映,过去不是它出现时所示的东西;它是我们现在使之成为的东西。^⑤由此可见,法律事实建构理论诠释了重在当下,面向未来的精神,本身就蕴含了开放性的理念,强调了诉讼认识的实践面向和刑事诉讼程序自身的价值。一方面,法律事实的建构也是对法律事实的证明,而证明就是给某一个结论以充足的理由,这需要借助于开放的论证过程来实现。所谓开放的论证过程体现在程序设计上就是程序的参与者有平等和真实的选择权;程序参与者的信息应充分沟通,意见应充分表达;应确立程序参与者的利益妥协机制;程序参与者间共识的确定性效力应予保证等。另一方面,法律事实建构理论强调刑事诉讼中控辩双方的交涉与互动,要努力激发控辩双方的主动性,为裁判注入积极性的因素,也要求刑事诉讼程序由封闭走向开放。

第四,追求程序性共识,重建了司法裁判的正当性基础。程序性共识是指各诉讼主体之间通过沟通、解释、交涉而建构的关于对象的共同认识。法律事实是一种程序性共识,是借助于一种有效的诉讼对话沟通机制而在案件事实与诉讼主体之间、不同的诉讼主体之间达成的对话性产物。程序性共识具有主体间的效力,以其作为裁判的基础,能够重建司法裁判的正当性。程序性共识对于司法裁判正当性的证成体现在两个方面:其

^⑤ 参见于晓艺:《最忠诚的反叛者——弗兰克法律实证主义研究》,中央编译出版社2014年版,第77页。

一,从程序的角度来说,共识达成于程序之内,司法裁判的正当性源于正当程序的保障。诉讼主体之间协商与交涉、沟通与合意、说理与论证的活动需要借助于一定的程序来完成,特定的程序是各方诉讼主体展开论证、辩论活动的平台。所谓的诉讼程序就是主体间交往过程的制度化,通过程序来赋予辩方必要的权利,为其提供选择的机会;通过程序来限制公权力的恣意和专断,避免协商、沟通的过程因公权力的强势主导而异化。在程序保障之下的审判活动,并不能确保每一个案件都不出差错,但是,却保证了每一个司法判决都有正当性和可接受性。现代刑事司法对于程序正义有单独的判断标准,即围绕着程序的参与性,包含程序的中立性、对等性等七项具体要求。^{④6}在对抗式诉讼中,只要实现了上述要求,司法判决就满足了程序正义,具有正当性。在合作式诉讼中,围绕认罪协商程序的构建,司法审查制度的确立,追求的是一种协商性的正义。其二,从共识的角度来说,裁决与控辩审三方一致同意所体现出来的主体间的效力结合在一起,程序内达成的共识同样构成了正当性。法律事实建构理论之下,“裁决的结果均与双方争议事态的实际状况没有直接关系。因为一个事实不能证成为相应的法律事实,这同样是程序的一种结果……因而司法裁决仅仅是程序性的而非定位于庭外的实际结果”^{④7}。由此,司法裁判的正当性基础就由事实之真转变到所有参与诉讼活动主体一致同意所显现出来的主体之间的效力,即只要据以作出裁判的事实结论是主体之间在程序保障下所达成的共识,那么,司法裁判就具有正当性和普遍的可接受性。值得注意的是,在强调程序之内的共识之效力的语境下,事实之真依旧是非常重要的,因为控辩双方需要通过自己直接感知案件事实的活动来证成自己的主张,以便于其能够被接受为主体间的共识。但同时,由于案件事实的难以再现性,即便是居中裁断的事实审理者也无法将控辩双方的事实主张与过去的案件事实作比较,因此,司法裁判的事实基础只能是诉讼活动主体之间的共识。这种由所有参与诉讼活动主体的一致同意所显现出来的主体之间的效力是对真实的证明,而不是对真实的承诺。^{④8}证明的结果独立于任何一个单一主体的个体判断,追求对所有主体具有可接受的效力。应该说,以主体间的共识为核心,以程序为保障,刑事司法追求的是一种弱意义上的正当性理论——不以求真为直接目标,而是凸显程序之内共识的效力,这是对正当性理解的重大改进,尤其适于解决探究真实而不得的难题。

五、对抗式司法模式下法律事实建构理论的制度实现

(一) 博弈性事实的界定

对抗式司法模式下,需要遵循无罪推定原则、不得强迫自证其罪原则等,通过正当程序保障辩方的权利,实现对公权力的制约。因此,法律事实建构活动存在分歧和竞争,

^{④6} 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(第5版),中国人民大学出版社2016年版,第234页。

^{④7} 宋显忠:《正当法律程序与开放社会的制度化》,吉林大学法学院2003年博士学位论文,第10页。

^{④8} 参见朱振:《通过程序寻找“真相”——反思司法认识活动的客观基础》,载《新时代的法学理论论文集》(上),2018年“第四届法学前沿论坛”论文集,第215页。

经由对抗式诉讼程序建构起来的是一种博弈性事实,是控辩双方差异性事实主张的“融合”,即控辩双方通过积极而充分的举证、质证、辩论、说服活动最终达成的一种对于事实结论的共同认同,或穷尽正当程序的安排后经司法权强势确认的事实结论。对于博弈性事实需要明确以下几点:

第一,博弈性事实是一种形式上的共识,亦可以称为一般性(或者称为普遍意义上的)共识。在对抗式诉讼中,必然以一方的败诉告终,难以达成理想化的利益妥协。因此,博弈性事实背后所体现的只能是一种形式上的共识,需要事实认定者运用司法权作出强势确认。

第二,博弈性事实之正当性根源于正当程序对事实建构活动的规范与保障,所以适用程序即正义的逻辑。博弈性事实的形成机制总体上体现为一种对抗式诉讼程序中的事实建构,事实结论之达成过程的正当性必须得到强调,即建立在控辩对抗基础上的正当程序安排对于博弈性事实的正当性具有关键意义。

第三,博弈性事实的内容具有多重性和复杂性。在刑事诉讼程序之内,没有纯粹的事实。博弈性事实的多重性和复杂性源于法律事实建构活动的对抗性:以控辩双方提供的事实版本为基础;在辩论的过程中,又经过修正与补充,渗入了双方各自的进一步认识;法官在进行事实认定的过程中亦会对证据与事实进行选择认定。因此,博弈性事实是综合控辩审三方主张和认识的结果,并非对于控方指控事实的简单确认。

第四,博弈性事实可以被推翻。博弈性事实本身内涵控辩双方的对抗,是司法权最终强势确认的结果。对于这种形式上的共识,应允许其被推翻,给控辩双方获得救济的机会。也就是通过上诉、抗诉审程序,对于那些事实不清、证据不足的案件,进行重新审理。

(二) 博弈性事实的建构路径

对抗式诉讼模式下,通过正当程序建构博弈性事实,需要遵循比较和竞争的思路,着力于以下环节。

第一,强化控方的严格举证,完成指控事实版本的建构。控方是证明责任的承担者,法律事实的建构首先需要借助控方举证,确立初步的指控事实版本。在庭审过程中,公诉人首先要向法庭提供证据,通过对于人证和物证等各类证据的展示,将一个个信息片段串联起来,论证被告人有罪的事实成立,集中体现为通过严格控方举证,建构指控事实版本的过程。控方的事实论证水平直接关涉博弈性事实的质量,因此,指控事实版本的构建需要注意:其一,应强化控方依法审查和运用证据,确保其所出示的证据具有合法性、可靠性、全面性;其二,应将举证行为与论证说服活动相结合,努力提高控方当庭示证、发表公诉意见的能力,即强化当庭指控、加强对公诉主张的说理;其三,应借助司法大数据和智能软件系统,推进类罪指控证据标准的全面确立,严把证据关,更好地完成对指控事实的建构。未来,发挥现代科技的优势,将其与指控证据标准相结合,是提升控方事实论证水平的重要途径。

第二,提升辩方的质证能力,通过疑点发现,解构指控事实版本。根据证据裁判原

则,证据经过法庭的质证,才能作为定案的根据,这就给了辩方充分的改写事实的机会。辩方通过有针对性的质证,提出不同的证据解释,结合己方提出的其他证据,把一些新的事实信息,如“被告人不在场”“没有作案时间”的证据等,纳入法律事实的范围,使指控事实的内容得以调整,进而呈现出一种不同于控方的事实版本。龙宗智教授指出,我国的司法体制和证据制度是建立在对侦查信任的基础之上的,重确信、轻质疑,^④这样一种思维方式不利于庭审中的事实建构。因此,在提升辩方质证能力的同时,应改变证据思维,重视辩方的质疑,赋予辩方解构指控事实的机会。在这个意义上,质证权不仅仅是辩方的一项重要诉讼权利,也是辩方实质参与事实建构的保障,是程序控制机制的集中体现。

第三,保障控辩辩论的充分展开,促进控辩双方差异性事实主张的“融合”。经过举证和质证,形成了两种不同的事实版本,一般情况下,事实认定者尚无法据此作出准确的裁判。博弈性事实的建构还需要在控辩辩论中进一步展开,就两个事实版本之中突出存在的争点和矛盾,给予控辩双方再次进行论证和补充的机会,以获得事实裁判者的认可。控辩辩论的主要功能就是巩固事实论证,促进控辩双方差异性事实主张的“融合”,为事实认定者提供一幅更加逻辑严谨、论据充分的事实图景。同时,控辩辩论本身的充分展开亦能增强博弈性事实的可接受性。应注意:其一,控辩双方应进一步强化各自的事实主张,并力图作出更加清楚的阐述和论证;其二,不要对所有证据进行重复性阐释,而是集中就争点问题进行论证;其三,强化证据证明,增强论证的说服力、逻辑性和可信度。

第四,强化当庭认证、定案,在两种竞争性的事实版本间作出选择。认证是指事实审理者依据证据规则、经验和逻辑,对单个证据的证据能力和证明力进行审查判断,以决定其是否被采纳和采信的活动。证据能力的审查决定了证据的范围,证明力的判断则进一步确定了证据与待证事实的关联程度,也在很大程度上决定了博弈性事实的最终面貌。定案是综合全案证据确定案件事实的活动,对指控事实版本的认定达到排除合理怀疑的程度,即可作出事实认定及裁判。应注意:其一,要注意裁判权的积极行使,使事实真正形成于法庭,彻底切断法官对于侦查卷宗的依赖,最大程度地避免法官规避自由心证,借助于表面化、形式化的印证裁断案件;^⑤其二,应强化当庭认证的要求,尽量使得多数异议都在当庭得到解决,减少庭后评议这种暂时搁置争议的做法,真正实现看得见的正义。其三,借鉴英美学者提出的最佳解释推论理论,^⑥强化证据分析方法的运用,落实排除合理怀疑的证明标准,促使事实认定者在两种竞争性事实版本间作出选择。

另外,公正的审判程序对于公正的裁判结果具有塑造作用。法律事实建构论倡导的是一种程序性事实观,博弈性事实的建构离不开正当程序的保障,庭审实质化,强化程序参与原则^⑦是题中应有之义。即应落实庭审实质化,让博弈性事实形成于法庭;以程序

^④ 参见龙宗智:《中国法语境中的排除合理怀疑》,载《中外法学》2012年第6期,第1139页。

^⑤ 参见杨波:《审判中心下印证证明模式之反思》,载《法律科学》2017年第3期,第197页。

^⑥ 参见龙宗智:《事实碎片都闪耀着同一事实之母的光芒——论“印证”的机理》,载《当代法学》2022年第1期,第29页。

^⑦ 参见孙远:《非法证据排除的裁判方法》,载《当代法学》2021年第5期,第58页。

参与原则为核心,为博弈性事实的建构提供良好的制度保障。

六、合作式司法模式下法律事实建构理论的制度实现

(一) 合意性事实的界定

合作式司法模式下,被追诉者放弃行使无罪辩护的权利,也放弃了获得正式审判的机会,通过控辩协商所建构起来的是一种合意性事实,是控辩双方对事实结论的一致认同,是最终经法院审查确认的事实。

第一,合意性事实是一种实质上的共识,亦可称为个案的共识。在合作式诉讼模式下,基于辩方的主动认罪,控辩双方在认罪协商程序中就定罪与量刑事实达成基本一致,形成了双方都能接受的利益妥协结果。因此,合意性事实是一种实质上的共识,一般只需法院重点审查确认其有效性即可。

第二,合意性事实之正当性根源于控辩所达成的合意,所以适用合意即正义的逻辑。合意性事实的形成总体上体现为一种合作程序中的事实建构,努力确保被追诉人的认罪权、认罪的自愿性和真实性,是合意性事实具有可接受性的关键。

第三,合意性事实体现为单一化的事实版本。辩方选择认罪,与控方达成合意,便直接确定了犯罪事实,并不存在对抗式诉讼模式下控辩双方差异性事实主张由分歧到融合的过程。因此,合意性事实是以被追诉人认罪为基础建构起来的单一事实版本,一般只需法官对控辩合意审查确认,满足一定的证据要求,即可完成事实认定。

第四,合意性事实一般不允许被推翻,除非具有特定的理由。合意性事实是控辩合意的体现,法院尊重控辩合意,经过审查确认,即可作为裁判的依据。法律将限制上诉权和抗诉权的行使。当然,特殊情况下,应允许存在控辩双方获得程序救济。

(二) 合意性事实的建构路径

1. 保障被追诉人的认罪选择权,为合意性事实的建构奠定基础

合意性事实的建构首先体现为被追诉人选择认罪,承认被指控的犯罪事实。刑事诉讼贯彻任何人不得被强迫自证其罪原则,因此,认罪是被追诉人选择权的体现,开启了合意性事实建构的第一步,也直接奠定了合意性事实的基础。目前,认罪认罚从宽制度适用过程中,应注意:其一,认罪作为被追诉人的一种权利,适用于所有刑事案件,不受罪名和可能判处刑期的限制。相应地,合意性事实的建构也及于所有认罪案件。目前,两高三部《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)规定:“认罪认罚从宽制度没有适用罪名和可能判处刑罚的限定,所有刑事案件都可以适用,不能因罪轻、罪重或者罪名特殊等原因而剥夺犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚获得从宽处理的机会。”这一规定实际上赋予了被追诉人选择认罪的权利和合意性事实建构的启动权。其二,为了强化对于被追诉人认罪权利的保护,应明确认罪即承认主要犯罪事实,不应作过于严苛的限制。合意性事实的建构本身就是一个双方交涉、协商的结果,既然我国认罪认罚从宽制度不允许对罪名、罪数进行协商,对被追诉人认罪与否的判断上,就要尽可

能为控辩协商留有必要的空间,留待控方进一步的确认和修正。《指导意见》中规定:认罪认罚从宽制度中的“认罪”,是指犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,对指控的犯罪事实没有异议。承认指控的主要犯罪事实,仅对个别事实情节提出异议,或者虽然对行为性质提出辩解但表示接受司法机关认定意见的,不影响“认罪”的认定。

2. 强化控方对被追诉人认罪的审查,促进合意性事实的形成和变更

在认罪案件中,合意性事实并非被追诉人一经认罪即完成建构,还需要经过控方的审查确认,最终促进合意性事实的形成和变更,也使其真正体现为控辩双方对事实的选择和塑造,是利益兼得、互利双赢的结果。^{⑤③} 控方对被追诉人认罪的审查主要依托以下环节展开:其一,听取辩方意见。听取辩方意见是控辩协商的一个重要方式和渠道,体现了控辩双方平等对话、自由表达本方意愿的协商色彩。虽然,我国还不能确立那种典型意义上的“讨价还价”制度,但是在听取辩方意见的过程中,对于认罪事实加以必要的修正,也能够有效促进事实合意的达成。因此,应强调对辩方意见的听取,尤其是就涉嫌的犯罪事实、罪名等听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见。如果控方未采纳辩护人、值班律师意见的,应当说明理由。其二,控方应为认罪的自愿性、合法性提供保障。合意性事实形成于控方主导的审前程序之中,更可能对被追诉人形成压制,出现认罪选择不自愿和诸多违法问题。违背自愿性和合法性所形成的事实不具有正当性,控方应为认罪自愿性和合法性提供保障,包括不存在因受到暴力、威胁、引诱而违背意愿认罪认罚;犯罪嫌疑人认罪认罚时的认知能力和精神状态是正常的;犯罪嫌疑人理解认罪认罚的性质和可能导致的法律后果;侦查机关告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利,如实供述自己罪行可以从宽处理和认罪认罚的法律规定,并听取意见。其三,控辩双方签署认罪协议。经由控辩双方的协商与确认,形成最终的合意,通过签署认罪协议,对合意性事实加以固定。在我国,这种认罪协议主要体现在辩方签署的具结书当中。认罪事实合意即被追诉人的有罪供述以及控方的审查确认结论应是具结书的重要内容。为了确保合意性事实的有效性,具结书也应该在辩护人或者值班律师在场的情况下签署。

3. 注重法官对认罪自愿性及事实基础的审查,并对合意性事实作出最终认定

认罪自愿性及事实基础关涉认罪合意的效力,法庭必须承担起审查职责。被追诉人认罪的真实性是与自愿性有关联,但又不完全相同的问题。自愿认罪有时并不一定是建立在真实的基础之上的,为了确保控辩双方合意的有效性,法院还应对被追诉人认罪及控辩协商结果的真实性负有审查义务。美国《联邦刑事诉讼规则》第11条b项规定,法院在接受被告人的有罪答辩时,还必须确信其存在事实基础,即对被告人的有罪答辩,需要同时审查认罪的自愿性和事实基础。德国关于认罪协商制度的立法和判例一向坚持实体真实原则和法院的职权调查义务,并且要求法庭公开认罪协商的事实和内容,在有罪判决的理由部分说明是否依据了认罪协商结果。^{⑤④} 在我国认罪认罚从宽制度适用的

^{⑤③} 参见陈瑞华:《论协商性的程序正义》,载《比较法研究》2020年第6期,第16页。

^{⑤④} 参见施鹏鹏:《论实质真实——以德国刑事诉讼为背景的考察》,载《江苏社会科学》2020年第1期,第126页。

过程中,关于认罪自愿性和事实基础的审查主要涉及两个方面的问题:其一,确立独立的认罪自愿性审查程序。认罪案件进入庭审阶段,应在独立且尽可能前置的程序中完成认罪自愿性审查。目前,在庭前会议中完成认罪自愿性审查无疑是最佳选择。主持庭前会议的法官可就被追诉人是否自愿认罪进行专门的确认,并就认罪的权利和可能的后果进行解释和说明。认罪自愿性的审查对于促进辩方权利的实现具有积极作用,也是控辩协商真实性的保障。其二,明确事实基础的审查标准。在我国,认罪认罚案件中关于事实基础审查应坚持何种标准,理论界与实务界存在很大争议。在美国,1970年美国联邦最高法院在阿尔弗德案(North Carolina v. Alford)中,明确有罪答辩的事实基础必须存在有力证据(strong evidence)。^{⑤⑤}有的地区法院将此解释为排除合理怀疑标准(proof beyond reasonable doubt)。^{⑤⑥}当然,此处的排除合理怀疑标准与正当程序背景下的排除合理怀疑是有差别的。认罪案件通过相对简化的程序就可以进行事实认定,确立事实基础的审查标准应考虑:一方面,认罪案件中的事实基于被追诉人的认罪而形成,是一种实质上的共识,内含辩方多重利益考量。因此,认罪案件事实基础的审查标准与有罪判决的证明标准应有所区别;另一方面,由于认罪案件的庭审中不具备像不认罪案件那样完备的诉讼程序,法官对于事实基础的审查标准也不可能达到排除合理怀疑的程度,而只需要达到“清楚的有说服力的证明”标准即可。这样,不但避免了因为标准过高而虚置的现象,也可以满足认罪的真实性的要求。

另外,合意性事实的建构重在达成控辩合意,应以审前的控辩协商为重心,以法院对事实基础的审查确认为保障,建立完善的权利保护体系,包括获得权利告知的权利、非羁押性强制措施的适用权、信息知悉权、有效辩护权等。

七、结 语

案件事实一经发生,即成为过去,刑事诉讼的过程即是重建那些已经发生过的案件事实并作出相应裁判的过程。一般说来,裁判者必须对过去发生了什么提供权威的答案,唯有如此,司法裁判才具有正当性。“法令承认提供的事实并根据事实来宣布指定的法律后果。但是,事实并不是现成地提供给我们的。确定事实是一个充满着可能出现许许多多错误的困难过程。”^{⑤⑦}为了避免错误的事实认定,人们总是习惯性地把刑事诉讼看成是一个探究事实真相这一理想结果的过程,在主客二分的认识论原理的指导下,试图追求认识结果与认识对象的一致性。但理性告诉我们,谁都无法承诺一个真实,对于事实之真的理想化追求需要通过重建法律事实的正当性来实现。通过开放性的程序建构出来的法律事实,亦是对司法客观性的重建,只不过这里的司法客观性并不依赖于真理符

^{⑤⑤} See North Carolina v. Alford 400, U.S. 25 (1970).

^{⑤⑥} See *Clicque v. United States*, 514 F.2d 923(5th Cir.1975).

^{⑤⑦} [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第29页。

合论,而是事实建构论,其归宿在于程序性共识的达成及其效力的保障。

本文通过对于传统事实发现理论的剖析,解构了主客二分的认识论模式及其背后所形成的结果性事实观。秉持事实与程序融贯互动的基本立场,结合对诉讼认识活动特殊性的分析,本文提出法律事实源于主体间的共同建构这一观点。法律事实建构理论背后体现的是一种全新的程序性事实观,希望其能够成为我国以审判为中心及认罪认罚从宽程序改革的新的理论支撑。以程序性事实观为指引,进一步区分对抗式司法模式下的博弈性事实与合作式司法模式下的合意性事实在形成机理上的差异性,澄清两种程序改革各自的方向与重心,破解困扰司法实践的诸多事实难题。

Abstract: The previous fact discovery theory regards the judicial fact as the result of unilateral reflection and discovery, and pursues the conformity between litigation cognition and objective reality, which is the embodiment of the consequential fact concept. In modern criminal procedure, cognitive activities cannot be simplified as the relationship between subject and object. Legal fact is generated in the behavior and interaction between the subjects of litigation activities. It is the product of the joint construction of litigation cognitive subjects, and constructively interprets the formation mechanism of legal fact. The legal fact constructed through the open procedure is a procedural consensus. Taking it as the basis of judgment can rebuild the legitimacy of judicial judgment. In the future, criminal justice of China should break the shackles of the consequential fact concept, take the rational and open procedural fact concept as the guideline, further distinguish the differences in the formation mechanism between the game fact under the adversarial trial mode and the consensual fact under the cooperative justice mode, and finally realize the guidance of the fact theory to the practice of criminal procedure reform.

(责任编辑:李 游)