

# 证明标准建构的乌托邦

张卫平\*

---

**内容提要:**如何建构一个科学判断诉讼中当事人证明是否成立的标准,一直是人们所企望的。但基于标准的客观化、具体化的要求,要求获得一种抽象的、又依赖于法官主观认识的证明标准是不可能的,这种标准的建构只能是一种“乌托邦”式的空想。证明度的判定,只能是在某种理念和原则的指导下,依靠法官的良心和知识,根据案件的具体情况来把握。

**关键词:**证明标准 民事诉讼法

---

程序观念的输入,仿佛给人们注入了一剂清醒剂,使人们能够矫正过去的立场和视角,重新审视程序以及程序正义在社会正义和法律正义及其实现中的地位。程序法学者则更有一种如梦初醒的感觉,似乎突然之间程序法的天地一下变得是那么的高远和空旷;随之也伴有一种亢奋,一种要唤醒程序正义、欲普遍重建正义程序的亢奋。

现在一切都在建构当中:理论在建构,原则和制度也在建构,各个法学领域俨然成了一个大大“工地”。在民事诉讼法学领域中,最热闹的当数证据制度。一夜之间,证据制度成了民事诉讼法学研究中的一座“金山”,极大地吸引了人们的“眼球”,人们蜂拥而至,挥锄扬镐。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)的出台以及对证据立法的呼唤、呐喊更是为此推波助澜。我们不是在福柯的后现代背景中,对我们而言,还谈不上解构,我们需要的是建构。不过,在我们辛勤建构“劳作”的间歇中,我们仍然需要冷静地自问:一切建构都是可能的吗?哪些建构是不可能的呢?有些建构的设想是否仅仅是一种“乌托邦”呢?

证明是诉讼程序的核心和中心,可以说一般而言,没有证明就没有诉讼。因此,证明过程的制度保证和制度建设,也就成为证据制度建构的核心和中心。证明的标准化就是不少人正在进行的理论建构,并试图以此为基础进行制度建构,将其作为证明制度体系中的一个组成部分。然而,笔者对这种将证明标准化,即试图建构证明标准的作为是持怀疑态度的,认为这不过是一种“乌托邦”式的建构。

---

\* 清华大学法学院教授。

## 一、证明标准问题的提出

在民事诉讼领域中,证明标准的提出与民事审判方式的改革有直接的关联。民事审判方式改革是对过去传统审判方式的否定。传统审判方式的一个特点是“重调查,轻举证”。<sup>[1]</sup>作为审判主体的法院并不是消极探知案件事实,而是具有积极探知案件事实的职权,不受当事人主张事实的限制,法院可以主动收集证据,并依此作为裁判的事实根据。法院依职权直接对案件事实进行调查,并在法院调查的事实基础上进行调解或作出判决,是我国民事审理最具有特色之处,也是我国民事诉讼、民事审判的基本传统。在审判理念方面,法院有责任查明事实,只有在案件事实清楚的前提下才能作出裁判。法院对案件事实进行“全面、深入”的调查是法院的职责。<sup>[2]</sup>审判员有责任对案件事实进行调查。以马锡五的话语来讲,就是“深入调查研究,联系群众,解决问题”。由于法院有职责调查和收集证据,因此,当事人不提出证据,也往往不会承担败诉的后果。在这种职权探知的审判方式下,当事人的证明责任作为一种不利后果就被淡化了。尽管在诉讼实践中必然客观存在着裁判应当依据的事实真伪不明的现象,但基于这种探知职责化的观念,也就无法强化当事人对利己案件事实的揭示和证明的责任。

改革开放使中国社会发生了巨大的变化,尤其是观念上的变化。在审判领域,自上世纪80年代中后期开始,审判方式作为社会改革的一部分正式登场。在80年代末期、90年代初期推出的民事审判方式改革的若干措施中,“强化”当事人的举证责任是其基本措施之一。一般的提法是在法院的指导下,当事人负主要举证责任,法院只是视情形自由裁量是否自行调查,当事人不举证或举不出证的,将承担败诉的后果。之所以称为“强化”,也许是因为法律上也规定了当事人对自己主张提出证据加以证明的责任,但没有予以强调和落实。

强化当事人的举证责任的直接动机是试图通过当事人举证而使法院从直接调查案件的繁重工作中解放出来。改革开放以来,民事纠纷直线上升,民事案件数量成倍增长,法院面临着巨大的压力。如果再沿袭过去直接调查收集证据的做法,将无法摆脱这种巨大的压力。另一方面,人们也意识到,长期以来法院“包揽调查”、“庭外理案”、“庭上纠问”的活动方式,忽视和弱化了当事人的举证责任。在诉讼活动中法官包揽“一切”、一切由法官决定的职权主义行为,使当事人仅仅成为被询问、被调查的对象,处于一种“非主体”的地位。这种地位当然不利于发挥当事人的积极性和主动性。当事人与案件的利害关系和与案件事实的联系,使得当事人一方面最关心诉讼的审理和结果,主观上会积极提供证据;另一方面当事人又最了解案件的实际情况,能够提出证明案件事实的证据。通过当事人相互之间的质辩,法院可以从中巧妙地发现案件的真相,作出正确的裁判。<sup>[3]</sup>

随着民事审判方式改革的推进和观念的渐变,证明责任作为一种不利后果已经为人们所普遍接受。而最高人民法院的《证据规定》作为民事诉讼证据运用的基本规则更明确规定

[1] 张卫平:《民事诉讼审理构造的基本法理》,载章武生等:《司法现代化与民事诉讼制度的建构》,法律出版社2000年版,第438页以下。

[2] 《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第56条。

[3] 马原、谢安山主编:《辩论式审判方式操作实务》,人民法院出版社1996年版,第30页。

了这一点。《证据规定》第2条第1款：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。”第2款规定：“没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”在这里，对是否足以证明当事人的事实主张的衡量标准就是证明标准问题，人们自然要追问何谓能够证明？如何区别没能证明与已经证明？或者表述为证明到何种程度为已经证明？

证明到何种程度才算已经证明，在国外证据理论中称为证明度。<sup>[4]</sup>按照证明责任承担的基本要求，应当对该主要事实加以证明的一方当事人对该事实没有能够加以证明，该当事人就要承担相应的不利后果。这种不利后果往往就是败诉的后果。是否已经证明对于当事人是具有决定性的因素。所以在民事诉讼中，常常出现当事人与对方当事人或法院之间就是否已经证明发生激烈的争执。基于这一实践问题，学者们自然会提出这样一个设想：能否将证明度标准化，使其能够成为超越不同认识主体的外在的、客观的尺度，尤其是“法官在诉讼中认定案件事实所要达到的证明程度”<sup>[5]</sup>，这种度量证明程度的外在尺度就是所谓“证明标准”。人们的良好期盼是：在有了证明标准以后，一旦证据的证明力已经达到这一标准，待证事实的真实性就算已得到证明，法官就应当认定该事实，以该事实的存在作为裁判的依据。反之，法官就应当认为待证事实未被证明为真或者处于真伪不明的状态。<sup>[6]</sup>人们的良好期盼还不止这一些，人们还期望证明的标准化能够使诉讼当事人能够预测诉讼结果，不至于因为不了解证明标准而在没有足够证据时提起诉讼，也不因为有了能够达到证明标准的证据时仍然徘徊在诉讼大门之外；有了证明标准，人们还能够使法官在认定案件时具有统一的规则，法官能够准确地判断当事人的事实主张是否已经得到证明，是否还处于真伪不明的状态。而对于不能证明的，法官就有信心和决心作出裁判，使当事人对此心服口服；在我们对法官普遍缺乏信赖的现实下，证明标准更成为制约法官，防止法官擅断乱判的一剂良药；有了证明标准，在一审裁判后，当事人如果认为一审法院没有按照证明标准认可当事人的证明时，该当事人还可以依此作为上诉的理由，要求二审法院以一审认定事实不清撤消原判，发回重审。对于已经发生法律效力判决，当事人也可以依此向法院提出申诉。因此，证明标准就是一种认定事实的正义标准，是正义之剑。

## 二、民事诉讼中的所谓“证明标准”

证明标准具有如此神力，那么，什么是证明标准呢？标准的确定必须反映正义性，因此如何确定或界定证明标准是学者们颇费苦心的。关于证明标准主要有以下观点：

### （一）客观真实说

“客观真实说”在我国证据理论中长期以来占据主导地位。这种观点认为，无论是民事诉讼还是刑事诉讼，都要求查明案件客观真实。法院在认定案件事实时，要达到“事实清楚，证据确实充分”的程度。因此，当事人对案件事实的证明也应当满足这一要求。“所谓‘确实

[4] [日]小林秀之：《证据法》，弘文堂1996年版，第66页。

[5] 司法部律师资格考试委员会编审：《诉讼法与律师制度》（全国律师资格考试指定用书），法律出版社2000年版，第188页。

[6] 同上。

充分 既包括对案件事实的要求,也包括对案件证据量的要求,其标志是:(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加以证明;(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,排除了其他的可能性。”<sup>[7]</sup>这一证明标准适用于民事、刑事、行政诉讼,因此也称为“一元化证明标准”。其实这与其说是证明标准,还不如说是法院认定事实、作出裁判的标准。这种认识并没有从当事人证明的角度去考虑,而是从法院认定事实的角度去考虑,如果说这是关于证明标准的界定,也不过一种迂回和间接的界定。

“客观事实说”近年来不断受到质疑。质疑者主要的批判观点是:(1)民事诉讼和刑事诉讼不应当采取一元化的标准,要求民事诉讼的证明也要满足“客观事实”的要求未免太高。因为民事诉讼主要是解决当事人之间的民事权利义务争议,属于私权性质的纠纷,其承担责任的方式主要是财产责任。在这类解决私权纠纷的诉讼中,当事人的意志起着十分重要的作用,证明标准也不必达到那么高的要求。<sup>[8]</sup>(2)“客观真实说”强调了客观真理的绝对化,没有考虑案件事实还有其相对性的一面,从而也将证明标准提高到了不应有的高度。另外,在法律中规定的法律推定和法律上的拟制本身就没有强调这种客观真实。<sup>[9]</sup>

### (二)盖然性说

“盖然性”被认为是大陆法系国家和英美法系民事诉讼中普遍采用的证明标准。大陆法系明确规定证据判断的原则是自由心证。按照自由心证原则,法官对证明的接纳应当是当事人的证明使其达到内心确信。因此,证明度与法官内心确信的形和固定有直接关系。当事人的证明达到使法官能对待证事实的认定形成“内心确信”时,证明就是成功的。怎样才能达至法官的内心确信呢?大陆法系国家法院的判例指示证明应当具有“高度盖然性”。1885年德国帝国法院指出:“由于人们的认识方法受到若干限制,无法就要件事实获得确实真实的认识。因此,若以彻底的良心尽其所能利用实际生活中现有的认识方法已获得高度盖然性时,即视为真实。将这样获得的高度盖然性称之为获得了真实的确信就是十分妥当的。”<sup>[10]</sup>关于证明标准,日本最高裁判所1958年的判旨指出“诉讼上的证明原本就不同于自然科学工作者基于实验所作的理论上的证明,是一种历史性证明。理论证明的目标是‘真实’,与此不同,历史性证明只要具有‘高度盖然性’就可以了。换言之,即确信达到了普通人无论谁都不再怀疑程度的真实,证明就成立了。对于理论上的证明,在当时的科学水平上,是没有反证的余地,而历史性证明作为诉讼上的证明则留有反证的余地。”<sup>[11]</sup>从日本的司法判例实务来看,无论刑事诉讼,还是民事诉讼,日本在证明度的基准问题都是持“高度盖然性”的观点。<sup>[12]</sup>

[7] 王圣扬:《论诉讼证明标准的二元制》,《中国法学》1999年第3期。

[8] 罗玉珍主编:《民事证明制度与理论》,法律出版社2002年版,第624页。笔者认为:以民事诉讼中当事人的意志起着重要的作用与证明标准过高似乎没有必然的联系。当事人在民事诉讼的自治性可能会影响裁判的裁决基础的真实性,但并不涉及证明标准的高低问题。据笔者所知,民事诉讼之所以不能要求像刑事诉讼那样严格的证明标准,是因为如此要求将使当事人的民事权利难以实现。

[9] 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第72页。

[10] Entscheidungen des Reichsgerrichts in Zivilsachen(RGZ)95,S.294=Juristische Wochenschrift(JW)1919,S.572。转引自雷万来:《民事证据法论》,台湾瑞兴图书股份有限公司1997年发行,第88页。

[11] 前引[4],小林秀之书,第66页。

[12] 前引[4],小林秀之书,第67页。

在美国,民事诉讼的证明标准完全不同于刑事诉讼,刑事诉讼的证明标准为“排除合理怀疑的证明(proof beyond reasonable doubt)”。美国加利福尼亚州刑法典将“合理怀疑”的概念表述为:“它不仅是一个可能的怀疑,而是指该案的状态,在经过对所有证据的总的比较和考虑之后,陪审员的心理处于这种状况,他们不能说他们感到对指控罪行的真实性得出永久的裁决已达到内心确信的程度。”<sup>[13]</sup> 民事诉讼采取的证明标准与大陆法系有相同之处,也是高度盖然性,但这种高度盖然性还强调双方证明的优劣(证据优越 preponderance of evidence),以判断是否已经证明。因此学者们将英美法系的证明标准也称为“盖然性占优”或者“或然性权衡”原则。美国模范证据起草委员会摩根教授对此的解释是:“凡于特定之存在有说服负担之当事人,必须以证据之优势确立其存在。法官通常解释说所谓证据之优势与证人之多寡或证据的数量无关,证据之优势乃在使人信服的力量。有时并建议陪审团,其心如秤,以双方当事人之证据置于其左右之秤盘,并从而权衡何者有较大的重量。”<sup>[14]</sup> 美国著名法学家 A. 波斯纳指出:“证据优势标准(the preponderance-of-the-evidence standard)要求审理案件事实的法官在负有证明责任的当事人所举证据,比对方当事人所举的证据更可能真实时,支持前一当事人。”<sup>[15]</sup> 按照我国台湾学者李学灯先生的理解:“所谓证据之优势,亦即为盖然性之优势。所谓优势,依法院之意见,须使审理事实之人真正置信于事实之真实,亦即高度的盖然性。”<sup>[16]</sup> 之所以要采取“盖然性”的标准,是因为证明只是再现案件已经发生的过程,而法庭不可能完全再现这一切。“法庭可能永远无法确定过去究竟发生了什么事,因而事实认定需要借助盖然性的程度。盖然性概念是证明的最重要构成。”<sup>[17]</sup>

资料显示北欧国家也大体上是将“高度盖然性”作为判断认定事实的基准。瑞典诉讼法典规定,法院在判决理由中必须表明已经获得证明。学者主张,证明乃过去事实的再现,但并非必须充分显现其真实性,只须达到事实的盖然性的极限值(Grenzwert)。<sup>[18]</sup>

### 三、证明度的标准化之不可能

证明标准的提出和建构主要是基于对法官的不信任,人们期望通过标准来制约法官,使法官在认定事实时能够受其制约,而不是肆意妄为。然而,证明度能够标准化吗?

所谓标准,必须具有统一性、外在性、可识别性。要求标准具有可识别性,就要求作为标准的尺度必须是具体的、明确的。将“高度盖然性”作为一种“度量”尺度,无论如何都只能是一种抽象的概念,而无法作为一种具体的尺度。而如果标准不是具体的,也就无法使该度量规范具有可操作性。为了使“高度盖然性”能够成为具体的、具有可操作性的标准,人们也着实下了一番工夫。

[13] 卞建林:《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》“美国刑事诉讼简介”,中国政法大学出版社1996年版,第21页。

[14] [美]摩根:《证据法之基本问题》,台湾1982年版,第48页。

[15] [美]理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》,中国大百科全书出版社1997年版,第720页。

[16] 李学灯:《证据法比较研究》,台湾五南图书出版公司1992年版,第393页。

[17] Mike Redmayne, “Standards of Proof in Civil Litigation”, in *The Modern Law Review* (1993.3), U.K., Vol 62, No. 2, P168. 转引自程春华主编:《民事证据法专论》,厦门大学出版社2002年版,第208页。

[18] 参见前引[10],雷万来书,第99页。

在这方面,德国学者埃克罗夫和马森以刻度盘作为工具来说明证明度。刻度盘的两端为0%和100%,从0%到100%分为不同的级别,第一级为1%—24%,第二级为26%—49%,第三级为51%—74%;第四级为75%—99%。0%为绝对不可能,100%为绝对可能。第一级为非常不可能,第二级为不太可能,第三级为大致可能,第四级为非常可能,即高度盖然性。<sup>[19]</sup>这种理论的目的在于使法官的心证与当事人证明度的关系更加细化,以便确定已经证明的程度。这些学者认为获得证明的界限为第四级(75%—99%),在穷尽所有可获得的证据后,仍然没有达到这一级,法官就认定当事人主张的待证事实不能成立。反之,法官应当认定当事人主张的待证事实已成立。

在大陆法系国家,由于明确规定证据判断适用法官自由心证原则,因此证明度的判断也就自然与法官形成心证密切相关。为了限制法官判断的主观随意性,就必须固化心证,使心证受外在标准的限制。日本学者中岛弘道先生认为,当事人提出证据加以证明就是要使法官的心里能够形成对案件已发生事实的影像。但由于存在对立的双方当事人,因此在提出主张的当事人一方提出本证后,对方当事人会提出反证,本证提出者试图使法官形成对待证事实清晰的影像,而反证提出者则提出反证使该影像又变得模糊起来。于是法官的心证就在两者之间动摇。当事人的主张能否证明就要看心证处于何种状态。中岛先生把法官的心证按强度将其分为四级:第一级为微弱的心证;第二级为大致的心证;第三级为盖然的确信心证;第四级为必然的心证。第一级和第二级同为“弱心证”;第三级和第四级均为“强心证”(强心证又分为消极的强心证——确信其不存在和积极的强心证——确信其存在)。<sup>[20]</sup>

随着证明责任的强化,证明标准问题的提出,我国学者受中岛学说的影响,也提出了量化证明标准的问题,将盖然性按心证强度划分为三个区间:1. 初级盖然性,心证强度为51%—74%,表明大致如此;2. 中级盖然性,心证强度为75%—84%,表明事实在一般情况下如此;3. 高级盖然性,心证强度为85%—99%,表明事实几乎是如此。<sup>[21]</sup>

与大陆法系国家不同,英美法系国家例如美国并不在乎法官心证的问题,因此在证明标准的可操作性和具体化方面不是固化证明判断的主观方面,而是试图使证明标准能够客观化、外在化。这种客观化就必然要求外在事物量化。于是统计学和概率理论就大量用于事实认定。美国有学者认为:“考虑到民事案件的说服责任相对宽松,认定原告的主要证据为真实的明确概率,只要超过50%即可,即稍稍超过这一数值就应该加以认定。”<sup>[22]</sup>这种方法借助于统计学的方法,计算出某种事实发生的可能性,<sup>[23]</sup>然后以此为依据认定事实。另一种方法是使用“概率乘积规则”。“这一规则就是两个或两个以上独立事件为真的概率等于每个事件为真的概率乘积。例如3次公平地掷币皆出现正面的概率为0.125(即

[19] [德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第108页。

[20] [日]中岛弘道:《举证责任研究》,有斐阁1949年版,第90页以下。

[21] 李浩:《民事诉讼证明标准的再思考》,《法商研究》1999年第5期。

[22] [美]理查德·A·波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昀译,中国法制出版社2001年版,第93页。

[23] 在美国还有一种“比例认定理论”,按照这种理论法官并不要求当事人的证明度达到100%,只要达到70%就可以作出相应的认定。但并非对主张事实的认定,而是作为裁判责任的比例依据。例如关于事故与当事人后遗症之间因果关系的认定,如果法官的对因果关系的认定具有70%的心证时,就应该认定70%的损害赔偿数额。这种理论严格而言并不是关于证明标准的理论。

0.5 × 0.5 × 0.5)。”<sup>[24]</sup>当达到一定概率乘积时,法官应当认定或指示陪审团确认该事实的存在与否。运用统计和概率的最典型案例是美国的科林斯案件。在这一案件中控方指控科林斯夫妇犯有抢劫犯罪行为。控方的证据表明确定其为犯罪人的错误率仅为1200万分之一。该案所得证据与个别概率如下:黄色汽车(十分之一)、长胡须的男子(四分之一)、穿连衣裙的女人(十分之一)、金发女人(三分之一)、长络腮胡子的黑人(十分之一)、车中夫妇为不同人种(千分之一)。检察控方把这些个别概率统计起来,认为这已经达到了极高的概率。科林斯夫妇应当能够被认定为犯罪人。<sup>[25]</sup>

诚然,以上概述并非对证明标准的具体方法的穷尽,但已经可以看出,人们对“高度盖然性”标准使用的两个路径:一是细化,试图使盖然性这一抽象化标准能够具体化;二是客观化,试图使证明度能够摆脱证明判断者的主观意识。但笔者认为这些努力都只能归于失败,证明标准化本身就是一个不可能完成的任务,这种企望只能是一种空想。

首先,我们应该对证明标准的“标准”予以界定,如果不能在特定的含义中来讨论证明标准的问题,则可能是“自言自语”。“标准”实际上具有两种含义:一种含义是指衡量事物的准则;另一种含义是榜样和规范。<sup>[26]</sup>当然这两种含义都有参照的意思。作为证明的标准只能是能够具体衡量个案证明度的准则。如果我们只是在抽象意义上谈标准就丧失了作为个案适用的意义,抽象意义上的标准不过是一种指导性和导向性的路标,如同强调在审理案件中要实事求是、公平诚信地认定案件事实一样,仅仅是一种道德的、自律性要求。

作为一种衡量的准则,证明标准必须是具体的,而且是外在物化的尺度。然而,证明度的测度是无法具体化和客观化的。无论如何细化,都无法解决细化中层次判断的主观化问题。我们可以把心证程度细化为若干层次,但一旦适用案件具体情况时,仍然需要通过人们主观判断才能进一步确定在何种层次,处于何种盖然状态。相对于个案而言,即使再细化的划分也都是抽象的和不确定的。在理论上,可以将证明度作任意划分,也可以确定一个分值区域或分值段作为获得证明的界限,但这种划分是数学中的非限制抽象,具体个案的无法适用统一、具体的衡量规范。

在诉讼中,当事人是否达致证明度的要求是由法官来判断的。证明标准的建构虽试图以其标准的客观化来制约判断者,然而却是不可能做到的。证明度既然是主观的判断,就无法以外在的标准加以制约,否则就必须排除主观的认定。一方面,制约判断者的证明标准如果有证明度的划分,那么是否达到证明标准的要求仍然需要判断者的判断。另一方面,证明标准的适用不可能像生活中的量度标准一样排除法官的判断,一旦如此,法官也就不再是法官,而是生产线上的一名工人。大陆法系国家的自由心证原则就是为了使法官能够根据具体个案的实际情形作出符合实际的认定,如果排除自由心证将导致案件处理的僵化和教条。没有一个案件会是同样的,现实生活中的这种多样性必然赋予断案者以灵性,即判断的所谓人性化。在英美法系中,即使有陪审团参与审理的案件,也同样存在着个性化的判断,首先是由法官就是否获得证明给予指示,然后由陪审团根据指示的原则和精神进行认定。

[24] 前引[15],波斯纳书,第99页。

[25] 前引[4],小林秀之书,第73页。

[26] 《辞海》,上海辞书出版社1980年版,第1280页。

学者们提出的统计概率方法实际上是想完全排除判断者的主观判断。但这样的方法必然使法官成为机械接受数学运算结果的客体。这种方法形式上看起来是科学的,但却是可笑的。例如,假设原告被一辆公共汽车撞伤,已知在原告被撞的路段上,75%的公共汽车为A公司所有,25%的公共汽车属于B公司。那么,经过简单的计算,我们就可以得出原告被A公司的公共汽车撞伤的概率在75%,如果按照高度盖然性,是否应该判A公司承担责任呢?这样判决虽然可以以盖然率为借口,但它的错误率也将在25%。如此高的错误率我们能接受吗?在以概率方法认定事实方面,面临的另一个问题是:作为复杂的计算公式是需要确定个别数值,然后才能将数值代入计算公式中进行运算,然而数值的确定依然是一个无法摆脱确定者主观判断的环节。

在上述科林斯案件中,所有个别概率都涉及这一问题。作为备受推崇的贝叶斯定理<sup>[27]</sup>,也同样面临这一问题。在贝叶斯定理中,有两个十分重要的计算因素:一是事前盖然率(一般情形下发生的盖然率);一是新事实的存在与否。而这两个因素本身就具有很大的不确定性,这就导致了计算结果的不确定性。作为事前盖然率的一般情形也同样需要判断者加以判断。在诉讼审理的过程中,法官总是以“一般情形”作为判断的事实基准,但众所周知的是,法官却不可能在每一案件中对各种一般情形进行统计,测度人们的一般认识。“一般情形”只是以法官个体的感受为参照的。而且在概率计算中,有时还需借助实验以获得统计数据,然而许多案件是无法进行重复实验的。米歇尔·福柯在分析自由心证原则的意义时就指出:“人们承认证明成立所依据的标准不是有效证据规范表格,而是确信:任意一个主体、即不同主体的确信。只要他是进行思考的个人,只要他可以认识并接受真实,即是说通过内心确信原则,我们从繁琐算术和可笑的古典证据制度,过渡到对于设想为一般的来说是真实性的普遍体制,体面的体制,匿名的体制。”<sup>[28]</sup>

现实告诉我们,具体案件证明的认定不可能脱离法官的内心确信,也不应当离开法官的内心确信。正因为如此,大陆法系的学者才努力从心证形成角度去寻求证明标准,以求对法官判断主观化的制约。为此,德国的学者瓦尔特提出了所谓“拟制第三人”理论,即对于证明尺度的判断不以法官的判断为准,而是以拟制的“第三人”的认识能力为基准,即“一个理性的普通人的心证”。按照这种学说,法官的心证虽然也来自于法官自己,但如果每一个理性的“第三人”都得到心证的话,法官也应该得到内心确信的心证。<sup>[29]</sup>问题在于,如何获得这种“第三人”对具体认定事实的认识呢?如果“第三人”为社会一般人,又如何获得一般人的认识呢?人们可以在假想的空间中设想“第三人”的认识是什么,可以任意将认识分为若干层次,并以适当的认识层次作为基准,但这些基准的确定是无法实在化的,如果能够在诉讼实务中运用,依然只有通过法官的心证来完成,这一来,实际上,“第三人”的认识就成为“上帝”的意识,法官变成了“上帝的仆人”,但传达的仍然是“仆人”的意识,实际上,“第三人”就是法官本人。

也有的学者试图以“经验法则”作为确定法官确信的基准。所谓经验法则,是指人们从

[27] 关于贝叶斯定理,可见前引[10],雷万来书,第120页。

[28] [法]米歇尔·福柯:《不正常的人》,钱翰译,上海人民出版社2003年版,第8页。

[29] [德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第108页。参见前引[10],雷万来书,第92页。

经验中所归纳出来的关于事物性质、事物与事物间因果关系的知识 and 法则。<sup>[30]</sup>但经验法则已经不属于主观范畴,而是一种客观盖然性,同样属于需要由法官来判断的问题,而无法逃逸出法官的认识基准。经验法则作为外在于法官主观认识之外的东西,类似于事实本身,提出经验法则如果被法官所接纳,实际上就等于法官认可了某类事实。

尽管人们在寻求确信的客观化方面作出了种种努力,但这些努力同样是徒劳的。心证本身是判断者的主观活动,是无法加以外在化和具体化的。对于依靠主体认知形成的判断结果,我们无法寻求具体的、统一的外在标准。

笔者并非休谟怀疑论的拥护者,并非“怀疑感觉之外的任何存在”,<sup>[31]</sup>但一种为我们所掌握、适用的,同时又是外在的、客观统一的、具体的证明尺度却是不存在的,抽象的证明标准只存在于人们的理念之中。

#### 四、结 语

笔者指出作为一种确定的、统一的、具有可操作性的证明标准的建构只能是乌托邦,并认为事实认定不可能离开法官的主观自由判断,但这绝不意味着笔者赞同法官在案件事实认定中可以臆断妄裁。在我国虽然没有在法律上明确规定自由心证,但心证的自由在审判实践中是实际存在的,消极和积极方面均有所表现。人们对证明标准的热望表明法官自由裁量正面临巨大的社会不信任压力。因此,在这个意义上讲,即使存在一个指导性的“标准”也有助于吸收不满,满足暂时的程序正义要求。从长远而言,要保证法官能够凭良心诚信裁量证明度,只有通过间接制约的路径。

间接制约不外乎以下两点:

第一,提高法官素质。这是不言而喻的。这恐怕是最为间接的制约,但却是最有效的制约。法官的素质包括了业务素质 and 道德素质两方面。只有具有这两方面的素质,才能真正在个案审理中贯彻法律的精神。当一个素质低下的法官手持法槌时,再好的规则也无济于事。诚然,提高法官素质比制定规则当然要难得多,但只有提高素质才是最为可取的。也只有在素质提高的前提条件下,作为指导性的证明标准才能通过法官个体在个案中使证明的正义性得到具体实现。法官心里有一杆公正的秤才是最重要的。作为具有指导意义的“高度盖然性”才能被个案审判的法官所正确理解和运用。在法律业务素质方面,只有具有高法律素质,才能理解和运用大量复杂的证据规范和理论(例如证据连锁和证据圆环推定理论、正确运用经验法则来解决复杂的事实认定问题)。

第二,在制度方面强化间接制约。包括其一,心证的公开化。心证公开化要求法官在裁判文书中应当说明主要事实认定的理由。其二,强化审判中言词原则。其三,真正贯彻公开原则。其四,强化合议功能。其五,有效保障当事人的质证权等等。

在直接制约方面,就是要进一步细化证据规则。我国现行的规则仍有所疏漏。我们在

[30] [日]兼子一等:《条解民事诉讼法》,弘文堂1986年版,第928页。另见[日]藤木英雄等编:《法律学小辞典》,有斐阁1972年版,第207页。

[31] [英]休谟:《人性论》,商务印书馆1980版,第5页。

约束法官,防止滥用自由裁量权与给予法官自由裁量,以根据个案之具体情形灵活处理,彰显法律之精神内核之间总是处于悖论境地,总是在两者之间游离。但不管怎样,适当限制仍是必要的。我们注意到,在英美诉讼中有大量的证据规则,这些规则起到了限制法官对事实认定自由裁量范围的作用,由于这些规则十分具体,因而具有可操作性,比之空洞的所谓标准更具有意义。

---

---

**Abstract :**It has always been attractive to construct a standard to decide , in a proper way , whether or not the parties ' proof can be accepted in litigation. Therefore , great efforts have been made by both scholars and practitioners to achieve this goal. The author , however , holds the opinion that finding such a standard is an impossible mission , because compared to the two general characteristics of a standard , concreteness and objectiveness , the standard of proof , if any , needs to be both abstract and based on judges ' subjective understandings. Therefore , such a standard people are trying to find only exists in Utopia. The question of when the parties ' proof should be accepted can only be answered by those judges , who , guided by certain notions and principles , act according to their consciousness and knowledge on a case-to-case basis.

---

---