

分辨事实真伪的理性思考

左卫民 谢鸿飞

【内容摘要】 案件事实是司法判决的基础,而事实常常真伪不明,证据也难以鉴别,但法官必须作出决断,这就不得不使法官采用神性与生活理性、科技理性与法律理性等程序技术来解决事实真伪无法辨别的尴尬。因此,也有必要从实践理性的角度,对建立在对话的司法基础上的自然事实和法律事实的客观性进行反思。

【关键词】 案件真实 真伪不明 程序技术

一、案例引发的问题

原告陈某持一欠据起诉被告谭某,要求其还款。欠据上写明:

今欠到:

陈某经手付 87~89 年度应付款及借款共欠肆万五千捌百元整(两年内还清)。

92. 12. 10

在日期的下方,紧接着写有:“是实,谭某”的字样。陈某自己承认,欠据是他自己书写,然后由被告人签名。被告在法庭上否认欠款这一事实,并且认为欠据上的签名是原告假冒的,整个证据也是原告伪造的。一审法院委托 ××市公安局鉴定,鉴定结论是(为了凸显本文的主题,姑且将鉴定结论详细抄录):“上述两者(指被告人的笔迹和欠据上的签名,下同——笔者注)书写水平一致,单字的基本写法、运笔动作、连笔习惯等特征相符,是相同人书写习惯的反映。故认定‘欠条’署名谭某的签字是谭某所写。”因此,一审法院据此认定,该欠条是真实的,谭某应当承担还款义务。谭某不服一审判决,向 ××市检察院提出申诉。公安局为此委托 ××省公安厅进行文字鉴定,鉴定结论是:“送检的欠条上‘是实,谭某’四字运笔生涩,但书写人的书写习惯仍能够充分反映出来,将其与谭某的样本比较,可发现两者间字体风格、单字运笔特征等方面的差异,是不同书写人书写习惯的反映。结论:送检欠条上的‘是实,谭某’四字不是谭某本人所写。”据此,××市检察院向法院提出了民事案件抗诉,同时,又以诈骗罪对原告人向法院提出公诉,法院在办理这起诈骗案的过程中,委托 ××省检察院作出文字鉴定。××省检察院的结论是“将送检的欠条置于 vsc-1 文检仪下进行检验,发现在欠条下方的空白处留有消退、擦刮痕迹。经检验,‘是实’二字存在不适当的停顿、修饰重描等模仿现象;‘谭某’二字书写自然流利无伪装。将‘是实’二字与嫌疑人谭某的笔记样本进行比较,发现在字的基本写法、单字结构、运笔等特征上两者存在本质差异。将‘谭某’二字与谭某的笔记样本进行比较,发现在字的基本写法、单字结构、运笔

特征上两者反映一致,尤其是‘谭’字的写法、‘某’字的运笔形式等特征吻合突出。结论:送检欠条上的‘是实’二字不是谭某所写,‘谭某’二字是谭某所写。”据此,检察院撤回了公诉,而民事再审也维持了原一审判决。

这一案例反映了当前民事案件中比较典型的问题,即对鉴定结论的认证问题。一项证据进入诉讼程序后,法官必须面临的一个问题是,对这一证据的真伪做出肯定或者否定判断,不论法官是否有这种能力,他都无法拒绝做出自己的判断。在一般情况下,法官常常能够依据自己的生活经验、知识结构、专业知识或者他人的技能和知识作出这样的判断。但是,在本案中,法官无法依据自己的理性或者经验来判断,在求助于他人的过程中又出现了不同的结论,那么他必然面临的一个困境是,如何判断证据的真伪?进一步说,在法官丧失了判断证据真伪能力的情况下,案件应当如何判决?这种判决又何以取得合法性(legitimacy)呢?通过案卷制作技术,法官能够获得合法性(legality),但是他还是要面对当事人,在这种情况下,当事人通过判决获得的利益主要取决于法官对证据的确认,法官的认定关涉到案件的实体结论——对当事人利益格局的维持或者重新分配,换言之,这种案件的判决是“全输全赢”(all or nothing)的,无论法官作出如何判决,对法官基于他人理性或者经验而作出的这种裁决,当事人都可能不会认可(而且这种案件因为在证据的认定上双方立场和利益的截然相对性,达成调解合意的往往较少,即使达成合意,当事人也可能觉得自己是迫不得已而为之,往往会对法官甚至整个司法机关的能力和威信产生深深的怀疑)。因此,当事人完全可能像本案中的当事人一样,陷入好像是永无止境的申诉中(如果司法程序允许这样的话)。本文讨论的问题就是:在法官对证据的真伪毫无鉴别能力、不同鉴定人的鉴定结论又不同的情况下,法官应当如何判决?进一步我们将讨论,在司法中采信的证据的性质是什么。

二、神性与生活理性:解决事实真伪无法辨明的程序技术之一

苏力认为,许多为启蒙思想家作为一个道德问题来反对的、被他们认为是反映了传统社会司法黑暗的刑讯逼供事件或冤屈事件,实际上更多是在一个科学技术不发达的时代很容易发生的一种悲剧。例如中国元代著名悲剧《窦娥冤》就是一个典型的例子。例如,在古代世界各地,口供在刑事案件中往往被视为最重要的证据,因此刑讯逼供被大量使用。除了其它因素之外,一个或许是最重要的因素就是当时缺乏可靠、可信的刑事侦察技术:没有指纹鉴定技术,没有足迹鉴定技术,没有笔迹鉴定技术,没有其它获取或记录物证的可靠技术。在前文所举的案例中,法官已经开始使用司法鉴定这种现代科技了。但是,本案并没有因此获得一个令人满意的结果。承办本案的法官也感叹到:“这是让外行做内行的事情,我的位置非常尴尬”。下面,我们将从历史上解决这一问题的不同策略入手,探讨在这种情况下,法官是如何作出裁决的,法律是如何解决这一问题的。

各个时期解决这种疑难的方法都不同。早期流行的方式是神明裁判,它把这种事实真伪困扰交给了万能的神。当时主要通过火灼、水淹、对神宣誓等方法来判断。《汉漠拉比法典》第2条规定:“设若某人控他人行妖术,而又不能证实这事,则被控行妖术的人应走近河边,投入河中。如果他被河水制服,则揭发者可取得他的房屋;反之,如果河水为这人剖白,使之安然无恙,则控他人行妖术的人应处死,而投河者取得揭发者的房屋。”在这种仪式中,河是公义的象征,智慧的化身,真伪不明给人带来的折磨被轻易化解了,冥冥中无所不知、无所不能的神性代替了人的全

苏力:《法律与科技问题的法理学重构》,《中国社会科学》,1999年第3期。

部理性和判断力,人性匍匐在神的灵光下。《汉谟拉比法典》的这种制度设计本身是与超验正义联系在一起的,否则这一制度根本无法建立和实施,因为如果从人的生物性事实出发,人们完全可以控告一个不会游泳的人行妖术,从而获得其房屋。而且,法典对被控人和控告人的责任是一样的(他们都可能同时丧失生命和财产),遏止这种机会主义行为必须要有对彼岸世界的坚定信仰。此外,在欧洲一些国家,司法决斗也被作为一种证据方法,延续了很长一段历史时期。当原、被告对案情的陈述有矛盾、难以辨别真伪时,法官可以命令当事人决斗,战胜者一方的陈述被认为是事实,不敢决斗或者在决斗中败北的一方被认为是做了虚假的陈述。这种以当事人的勇武、强壮、决斗技巧来决定证据真伪的方法,看似非常荒谬,但实际上也包含着一种神性因素,因为人们认为说真话的人能够得到神的帮助,无论他是强是弱都如此,因此,在司法决斗中,与其说当事人是在较量力气与勇气,不如说他们在较量自己的品性。这种裁判结局肯定有很多冤屈,但是它对社会的整合作用以及其合法性基础都不比今天的裁判差,甚至还可能因为排除了群体中的异己分子,讨得神的欢心而使社会具有更强的凝聚力。证据法上的神性今天仍然或隐或显地残留着。如英美证据法上的宣誓作证制度,它要求证人在作证前手按圣经宣誓,保证自己没有撒谎。法官采纳宣誓过的证词进行判决。这种制度的形成与当时英国人普遍信仰天主教有关,天主教极端讲究戒律,而诚实是其中的基本戒律,其神圣性渊源就是《圣经》旧约的摩西十诫之八。对于一个虔诚的基督徒而言,如果作证时撒谎,他所欺骗的不是法官,不是对方当事人,甚至不是自己,而是上帝,欺骗上帝就会受到惩罚,对于大多数人来说,上帝的惩罚是难以承受的,因此恐惧使得他们不敢轻易撒谎作伪证。另外,作伪证还将给自己的现实生活带来一系列极其不妙的后果,他在社区中可能名誉扫地。因此,“几乎没有人轻易作伪证。”在现代陪审团审判和证据规则的条件下,宣誓裁判的方法具有真正的意义。”韦伯认为,人类法律发达史上的第一阶段总是通过法律先知获得法律启示。古代流传下来了英雄法官的事迹。在西方所罗门判子案可谓家喻户晓。据希伯来传说,神赐给所罗门王极大的智慧,“如同海沙不可测量”。天下列王都差人听他的智语。《圣经·列王纪上》记载了这样一件事:一日,两妓女争夺孩子,久执不下。所罗门王令人将孩子一劈为二,各与半,一女愿劈,一女不愿,宁送子与彼。王遂判子归后者。在中国,相同的智慧故事也在史书和戏曲等文学形式中广为传布。在《管锥篇》中,钱钟书先生举了很多例子,如《风俗通义》中的黄霸判子案、薛宣断缣案、《魏书·李崇传》中断子案、《灰栏记》第四折中的包拯断子案等等。裁判者与所罗门使用的技巧完全相同。在这种英雄法官的模式下,证据的真伪是由法官的智慧和洞察力保证的,然而,这种智慧无法大批量的复制和生产,它利用的实际上是“生母惜子、人事之常”的人生经验和生活阅历。而且,所罗门的这种智慧只能够用一次,如果再遇到这种类似案件,当事人又知道了他使用的方法,恐怕所罗门也会束手无策。正因为此,关于英雄法官的故事才不多,如果这种判案方法常规化,例行化了,故事也就不成其为故事了,毕竟英雄是罕见的符号性资源。在这种类型的疑难案件中,我们真正理解了为什么所罗门的故事会流传,所罗门何以会成为一个奇里斯马(Charisma)。

在本案中,我们可以发现日常理性在司法中与法律话语的争夺,日常理性退隐在幕后,默默地在证据认定中发挥着作用,影响法官自由心证的结果。在庭审笔录中,我们发现了这样一件事

李浩:《民事举证责任研究》,中国政法大学出版社1993年版,第51页。

密尔松:《普通法的历史基础》,中国大百科全书出版社1996年版。

Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Vol:2, tran. by Parsons et al., eds. by Guenther Roth Claus Wittich, Univ. of California Press, 1978.

钱钟书:《管锥篇》(第3册),中华书局1997年版,第1000~1002页。

情:1992年10月29日,(这一时间是在被告向原告出具欠条后),原告向被告借款300元,并向被告打了欠条。我们看看这一戏剧性的对白:

被告(提供原告欠他300元的欠条):他欠我300元的欠条。

审判长(问原告):你对这些欠条有何看法?

原告:他欠了我的新、老帐,我向他要钱,他要我打欠条。

遗憾的是,审判员没有继续追问原告,为什么接受还款时,自己还要向借款人打欠条,我们也因此没有看到被告人会如何解释自己的这种反常行为,重新恢复正常的情理秩序。后来,负责再审的审判员感到这一问题非常不符合情理,因为如果原告所说的是事实的话,应该是原告向被告出具收条。向人出具欠条的法律意义和当事人日常生活中的意义(meaning)是一致的,都是表示自己对其他入负了债,依据一个常人的行为标准,原告的行为是悖离情理的,他实际上破坏了一个常人对他人行为的稳定的、格式化的意义期待,正常的意义体系出现了紊乱。这时,审判员也察觉到了这一点。但是,作为一个受过法律职业训练的审判员而言,他的思维并没有停留在常人的这种因为意义秩序被破坏的不安中,他必须要将这种不安纳入到法律的秩序中,在法律规则中寻求对这一不安的解释和处理的方法。他唯一能够找到的方法只是法律的指引性规定,即关于证据的法律类型以及法律效力的规定。但是偏偏在这一点上,法律规范和法律理性无能为力,因为鉴定需要的是另外一种理性,即科技理性,法官对此与当事人的能力完全相同,对三份截然对立的鉴定结论,尴尬的他难以判断。而且,当事人也知道本案的关键在于对这张欠条的效力的认定,他们面对的是一个和他们一样的笔迹认定的门外汉,那么,问题就出现了,在这种情况下,法官的威信从何而来?法院判决的合法性(legitimacy)从何而来?是不是法官的命运注定是一个司法大机器中的一个符号,一个被高度抽象化了的制度角色,一个韦伯所称的自动售货机的售货员?如果用今天的法律去衡量所罗门等英雄法官的判子案(或者类似的案件),我们会发现这些判决是不能成立的。因为所罗门根本没有权力把婴儿一分为二(即使是钱钟书先生举的黄霸断缣案中,黄也没有这一权力),因为他明显超出了当事人的诉讼请求,当事人提起的是确权之诉,法官只能确认权利的归宿,而不能处分。而且,以当事人的情感表现为由来决断,也是现代法律所不能容许的。因此,极端地说,即使所罗门复生,来审理本文开篇所举的案件,可能也会无能为力。对本案证据认定中的生活理性问题,现代法官不可能把它顺利地吸纳为法律要求的推理中,因为鉴定结论的存在(尽管是相互矛盾的三种结论),法官的生活理性就在科技理性面前萎缩了,在当前对判决中证据取舍要求不高的情况下,如果没有鉴定结论的存在,这种生活理性或许会为法官的自由心证提供支持,但是如果判决书对证据的认定要求说明详细理由的话,法官的生活理性也许就不能摆上台面了,尽管法官赖以自由心证的基础可能是生活理性,但是它们也会在判决书的修辞中不露痕迹。在本案中,即使原告无法解释他为什么要打欠条给被告的原因,从而使他提供的证据的可信性大打折扣,但是法官和被告也无法宣称他提供的证据是伪造的,这就是鉴定结论的重要性,也是科技在重构生活方面的力量。

三、科技理性与法律理性:解决事实真伪无法辨明的程序技术之二

在马克斯·韦伯等思想家看来,现代社会中,因商品驱动的理性化、世俗化过程斩断了将个人

实际上,无论是在法律中还是在日常生活中,都存在一个标准的“法律人”的形象,这个人是理智健全的,可以理解的,而且,就法律调整的他与他人的交往实践看,他们行为的意义都是透明的。在日常生活中的人的行为大致也是按照一种“理想类型”(idea type/idealtypus,借用韦伯的术语)来行为和生活的。

聚合在一起的传统纽带,大量的常规化和例行化事件的出现使人与人之间的关系逐渐客观化和庸常化。这带来的直接后果是,整个社会以抽象的、非人格化的方式运行。它要求把一切不能计算的、量化的因素排除出制度的领域。这就是马克斯·韦伯所谓的“祛魅”(disenchantment/entzuberung)。在证据法领域,首先要祛魅的当然是神明裁判以及所罗门(按照韦伯的分类,他属于典型的魅力型(Charisma)人物),在现代社会里,工具理性以及相应的程序技术的高度发达,对真伪的辨明主要有如下几种方法:

1. 鉴定

在现代社会中,随着分工的进一步细密和精致,达·芬奇一类的全能型人才已经成了明日黄花。Goldenweiser使用的“内卷化”(involution)这一概念较好的说明了现代社会的知识现象,即某种科学定型后,基本上不再有太大的突破性发展,只能按照既定的格式进行修饰性的细加工使之细腻化,复杂化。现代的知识结构已经使现代社会信息膨胀,每个人都被信息覆盖和淹没,基本上都有自己的专长和一套职业知识,而且这种专长是很难对圈外人言说和交流的,即使可以交流,也会很不经济。因此法官在面对超出自己知识的问题时,必然要求助于专业鉴定人员,以科技理性来保障裁判的公正,更重要的是保障其科学。因为在启蒙以后的现代社会,科技已经成为一种新的意识形态,一切结论似乎都要在科学的殿堂上证明自己的合法性,就象马克思说在启蒙时代一切东西都要在理性的法庭上为自己的存在辩护一样。司法是否公正,还不仅仅是法官是否廉明的问题,也不仅仅是程序是否合法的问题,同时也是是否符合科学的问题。这里的“科学”既包括法律科学(即适用法律是否正确),也包括基于自然科学的科技(对证据的鉴定)。但是,我们也必须注意到科技的局限,这里的局限是指在发掘案件真实中的局限,因为并不是所有的鉴定都能得出百分之百的精确结论。对亲子鉴定、笔迹这一类非白即黑的鉴定,因为这些证据一般都是关键性证据,如果同一认定不能得出完全排他性的结论,这种鉴定的“科学性”至少会被当事人怀疑,因为他们知道事实真相。在本案中,原告和被告之所以都一再上诉或申诉,仅仅是因为他们都觉得鉴定结论不是“科学的”,不符合事实。被告人在庭审时说,仅仅凭5个字就断定我承担几万块钱的责任,而且三个机关的鉴定结论还不一样,凭什么要我还钱?在实践上,司法依据的仅仅是法律所确认的一些事实,这些事实往往只是案件事实的一部分甚至是一小部分,尽管可能是最重要的一部分。苏力指出,由于司法的诉讼时限和其他技术、资金和人力的限制,在许多复杂的案件,特别是许多涉及多方、标的额很大的经济案件中,许多事实是无法在法定时限中发现的,甚至是完全无法发现的。但是在本案中,证据的无法确认实际上根本不是时间问题,而是科技问题。在这一问题上,技术的发展还无法保证司法获得正确的结果(在本案中,实际上正确的概率只有50%),那么,有什么制度尽量避免可能的错误呢?现代司法提供的最好制度应该说是鉴定证人制度。

在法官的知识不能触及的地方,有特殊专业知识/技能和经验的第三人出现了,维持了对证据判断的连续性和科学性。这套基于现代知识体系的司法活动才能够顺利运行,司法权力和科技知识纠结在一起,这种深度和广度可以说是现代司法非常独特的景观之一。依世界各国普遍的司法实践,鉴定人基本上被定性为司法机关的“智慧辅助机关”。如依据美国联邦证据法的规

这一术语使用的人较多,但是意义不尽一致,如吉尔兹用这一术语说明社会科学的致密化(social science involution),杜赞奇则用来说明中央权力机关与地方权力机关之间的关系问题。

[德]哈贝马斯:《作为“意识形态”的技术与科学》,李黎、郭官义译,学林出版社1999年版。

苏力:《关于抗辩制改革》,载《法治与本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

定,如科学的、技术的或者其他专门知识能够帮助事实审理者理解证据或者确定一项争执中的事实时,具有专业知识、技术、经验、训练和教育的专家有资格充当证人,以意见或者其他方式作证。他陈述事物的特别规律或者经验法则,弥补法官理性之不足。但问题是,至少到目前为止,科技还不可能穷尽事物的奥秘,科学越发展,留下的未知空间就越多。在本案中,三个截然不同的鉴定结论就是一个证明,我们可以将之归结为认识的偏差,但是至少也可以说明,目前的同一认定还达不到完全“科学”和让人非常满意的程度。

在中国,对鉴定人的性质有不同的认识,一般认为它是法院的辅助机关,兼有证据方法的属性。我国鉴定程序的适用与国外明显不同。在国外,鉴定要以当事人的申请为启动依据,并且在大多数情况下,鉴定人都要出庭接受当事人的交叉询问。如日本《民事诉讼法》第309条规定:“对于因特殊的学识和经验得知的事实进行询问时,应当根据询问证人的规定进行。”这样规定的原因之一可能在于法律对科技理性的不确信,但是更深刻的原因是对出于程序正义的考虑。因为一切按照程序正义的基本要求,法院用作案件裁决的事实依据都必须经过质证,这样做的目的在于取得判决的合法性。这又与对抗制有密切关系。

2. 对抗制

在我国民事诉讼法推行对抗制改革以来,一些学者认为这对我国传统的证据制度适用的“以事实为根据”这一诉讼法基本原则提出了挑战,因为按照对抗制诉讼,法官处于消极地听取证据的位置,他只能依据各方所提出证据数量和质量以及其他相关因素来判定案件“事实”,并据之作出判决。且不说在举证过程中各方必定会并经常提出对自己有利的证据、不提出甚至有意压制对自己不利的证据,甚至在某些可能的场合下歪曲、曲解、捏造某些证据。但是,无论在职权主义模式下,还是在当事人主义模式下,本案中的问题都是存在的,并不因为诉讼模式而改变。

我们认为对抗制最大的好处在于,他赋予当事人以诉讼的积极性和主动性,在诉讼中,当事人是作为诉讼主体出现的,他在法庭上的一切活动,都是他把自己建构为一个“诉讼主体”的过程,这属于福柯所称的建构主体的第三种方式。在这一过程中,当事人既是法律的主体,实际上也把自己建构成了一个法律的客体,在这种隐蔽的权力中,当事人的理性得以逐步展开,他的自我越来越凸显,他时时能够感受到自己参与了整个诉讼的过程,感受到自己是在依靠自我的力量在进行一场战争,国家只是一个消极的旁观者。正是现代诉讼制度精心设计的主体性,使诉讼主体陷入了一个自我归责的囚笼中,当事人因为在诉讼过程中举证不力等等原因失败后,就会把失败的原因归结为自己的能力等方面的欠缺,或者是对方当事人的诡辩(也只能怪自己的运气不好,遇上了这么恶的一个相对人)等,总之,是自己的原因,黑格尔说,“行为只有作为意志的过错才能归责于我”,这样一来,当事人对法官的责难就小了,因此,对抗制实际上是国家和法官躲避自己责任,获得判决合法性,让当事人付判息讼的一种重要技巧,从另外一方面说,国家的司法成本至少是降低了(但是这一成本可能被其他部门或者个人承担了),对国家来说,这确实是一种

陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,台湾三民书局1996年版,第52页;陈玮直:《民事证据法研究》,台湾新生印刷厂1970年版,第63页。

毕玉谦:《民事证据法判例实务研究》,法律出版社1999年版,第277页。在中国,有些特殊鉴定是唯一证据,如医疗鉴定,交通事故责任,进出口商品检疫等。如国务院颁发的《医疗事故处理办法》第12条:“鉴定委员会是本地区医疗事故鉴定结论的唯一合法组织,只有它的鉴定结论才能作为认定和处理医疗事故的依据。”

谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新译,中国政法大学出版社1996年版,第267页。

苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

See introduction, Michel Foucault, *The Foucault Reader*, ed. and with an introduction by Paul Rabinow, Pantheon, New York, 1984.

黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1996年版,第119页。

俭省的、经济的治理方式(借用福柯的话),因此,可以说,对抗制是诉讼法的一个伟大创造。

3. 陪审团制度与举证责任制度

陪审团以及由此发展起来的证据规则是英美程序法的显著特征,在英美法中,陪审团最初是作为团体证人出现的。在历史上,陪审团的产生和发展与英国中央与地方的权力斗争有密切关系,它是作为要求加强中央集权的中央与要求扩大自治、加强民主的地方之间妥协的产物。但是在司法实践中,陪审团发挥了这样一个重大功能,就是避免法官的权威因为对事实问题的认定错误而受到影响。因为在任何年代,科技都没有使一切真相大白于天下的力量,即使在现代社会中也是如此。而法官掌握的更是一种特殊的处理人际关系的技艺,本身并不具有处理科技问题的能力,对很多问题,他仍无法做出准确的判断,因此,吉尔兹认为,对事实的恐惧是普通法法官长期存在的一种心态,各种事实是由非职业的陪审团决定的。而陪审团的设立,使事实问题与法律问题的审判分开了,法官不再负责对事实真伪的审理,他只是引导陪审团成员,避免他们的活动脱离了法律的框架。所以,这种最早体现司法的大众参与的陪审制在起到减少可能由法官造成的不公的同时,还起到了避免国家法律和法官因为事实认定错误造成的威信大大受损的可能。而且,因为陪审团的成员很多,又是当事人自己选择的,在陪审团认定事实错误的时候,当事人可能会将错误的原因归责于自己的选择不当。另一方面,对当事人而言,陪审团的成员实际上是一个制度化的符号,进一步说,在现代司法机制中,他们只是匿名的角色而已,因此当事人也无法对陪审团具体成员有多少看法。从这个意义上说,实际上陪审团相当于社会学中的“替罪羊”的角色,它担当了本来应该由国家承担的责任。考虑到设置陪审团的最初目的,陪审团在实践中的这种功能是一种典型的“非预期性后果”(unintentional effect/ unanticipated consequences),一种罗伯特默顿所说的“隐功能”。谱系学的考察方法再次证明了人类理性中的悖谬。

在事实真伪不明的情况下,根据举证责任对案件作出裁判,无论是奉行形式真实的诉讼制度,还是以实质真实为原则的诉讼制度,都是一致的。在法院难以查清事实真相的条件下,举证责任是最尖锐的法律武器,它使法官的判决有了法律依据。可见,有关举证责任的确定和转移的制度和原则,与法官常常缺乏对事物的认知和判断能力有密切关系。事实上,正如我们在下文所揭示的,在诉讼中,事实的真伪不明是诉讼中经常存在的状态,这种状态与证据的收集者(当事人或者法院)没有必然联系。而诉讼中即使出现了这种状态,法官也不能拒绝裁判,因此必须找到一种简便的、又能够让当事人服判的法律技术和方法。举证责任通过把这种真伪不明的状态与实体上的后果联系起来的方法,有效地解决了这一问题。正如波斯纳指出,法律制度常常对它必须解决的法律纠纷的是非曲直没有任何线索;但通过举证责任作为一种对所缺乏的知识的代位者,就避开了这种耻辱。之所以能够避免这一耻辱,是因为举证责任与对抗制一样,它使法官处于消极地位,当事人收集证据以及证明自己证据的能力在诉讼中起着关键作用,有冤屈的当事人如果输了官司,也只能怪自己收集证据的能力不够,或者自己的证明能力欠佳,或者没有收

关于治理术,参见 Michahel Foucault, *Governmentality*, in *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, eds. by G. Burchell et al. The Univ. of Chicago Press, 1991.

See Fredric Pollock and Fredric Maitland, *The History of English Law*, 2nd, vol. 1, Cambridge Univ. Press, 1968. Rita J. Simon, *The Jury*, (Lexington Books, 1980).

吉尔兹:“地方性知识:事实与法律的比较透视”,邓正来译,载梁治平编《法律的文化解释》,北京三联书店1994年版,第77页。但是吉尔兹指出,证据法规则的制定以及这些规则所反映的将事实问题与法律问题截然对立的做法,乃是出于对陪审团这个“事实的理性裁定者”的不信任,而不是处于对陪审团的实质功能的考虑。

李浩:《民事举证责任研究》,中国政法大学出版社1993年版,第53页。

波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第6页。

集和保留证据。当事人可能会怨恨法律的不公,但是对法官他是无法抱怨的,正如一个法官可以对一个死刑犯说,不是我要判你死刑,而是法律判你死刑。实际上,对法律的怨恨只是一种抽象的怨恨,但是人又怎么可能怨恨一种抽象的东西呢?就象我们不能怨恨“人”,而只可能怨恨具体的张三李四一样。

然而,无论法律上有何种解决事实真伪不明的技术,具体到本案,还是必须要法官作出决断,这才是本案法官真正的尴尬。这又涉及到诉讼中的客观真实问题。

四、自然事实与社会(法律)事实:司法中的客观性

关于证据的性质,向来有两种截然相对的观点。一种观点从实证主义的立场出发,认为证据就是客观存在的自然事实,它存在与否及其真伪与人的主观能动性没有关系,人们只能通过自己的调查和思考,判断证据的有无以及真伪。在我国以及前苏联的法律中采取的就是这种观点。在我国,有关程序的法律法规中基本都规定了“以事实为依据,以法律为准绳”的裁判原则,可以说,这是我国法官办案的最基本要求。我国的大多数诉讼法教科书也都肯定了这一点。“客观真实”是从大陆法上的“实质真实”演化过来的,是指司法人员在诉讼中,运用证据所认定的案件事实符合案件发生的客观情况,即通常所谓的查明事实真相,是主观符合客观真实。这种观念要求在司法实践中,以客观事实为唯一依据,作为裁判依据的事实必须是绝对真实、可靠的,不能有丝毫疑问。这种观点可以说是法律问题的确定性在事实问题中的延伸。它不仅要求法官在对同一类型的问题适用同一法律规范,更重要的是,法官必须发现事实真相,无论是关键事实还是细枝末节的点滴,发生在争讼中有意义的一切事件,法官都必须一清二楚。他要求的实际上是德沃金所说的赫拉克勒斯(Hercules)式的“英雄法官”,虽然德沃金主要是在适用法律的角度说的。实际上这种观点及其在立法中的表达典型地体现了对法官能力的乐观主义态度:法官具有肉眼凡胎无法比拟的发现事实真相的能力,他洞若观火,犀利透彻,他的知识、经验、眼光和智慧能够穿透到事物最幽微的地方,深入到事物的本质。近年来,学者开始接受了人文科学尤其是马克斯·韦伯以来的解释学社会学传统,学者对法学是否是科学提出了置疑。在中国实行对抗制司法模式的改革以后,认为证据是一种社会事实的观点逐渐流行起来。这种观点实际上是认为,案件的事实是在审判程序中,经由法官、律师、证人以及原告、被告之间的相互作用和情境界定来确定的,现象学家和常人方法学家(尤其是加芬克尔及其学生)充分阐释了这种观点。目前我国法学界引用得最多的是吉尔兹在《地方性知识》中的一句话:“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

正如汉斯·昆指出,我们的同伴离我们越远,我们就越容易口头上表达我们的爱,认同欧洲、美洲、非洲黑人的权利要比认同本国、本地区外来移民容易得多。所以“人道主义越多地指向全人类,越少地旨在接近个人及其需要,也就越一钱不值”。参见《论基督徒》(上),杨德友译,三联书店1995年版,第319页。实际上,我们对传媒中所展现的“遥远的”他人的苦难的同情也是在消费一种想象中的情感。这或许是现代性对个体情感的巨大影响之一。

如“以事实为根据,就是对案件作出处理决定,只能以客观事实为基础……尊重客观事实,按照世界的本来面目来认识世界,改造世界。”吴磊主编:《中国司法制度》,中国人民大学出版社1988年版,第99页。

德沃金:《法律帝国》,李长青译,中国大百科全书出版社1996年版,第300~301页。

苏力翻译的《法理学问题》在中国法学界产生了深刻的影响。很多学者都抛弃了传统上法律问题的确定性观点,旨在建立一种共识性的客观性标准。对关于法学是一门科学的反思,参见郑戈:《法学是一门社会科学吗?》,载《北大法律评论》,第1卷,第1辑,法律出版社1998年版。

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。”此外,还有的学者采取了折衷主义立场,认为诉讼中的客观真实是绝对事实与相对事实的统一,必须应当区分刑事诉讼、民事诉讼与行政诉讼。在刑事诉讼中,我们应当追求也可能实现客观真实,在一定条件下,又必须辅之以法律事实。因为如果在刑事诉讼中普遍适用法律事实而不是客观事实,不仅不符合认识论的客观规律,而且容易导致错案冤案。在民事诉讼中,因为要追求程序的效率,因此可以追求法律真实。在行政诉讼中,也必须适用客观真实,因为这涉及到行政机关的依法行政和保护公民权益的问题。

对证据的争议,主要涉及的问题是法官认定证据活动的性质。依据马克思的观点,自然(客观存在)只要经过了人的实践活动就不再是纯粹的,从这个意义上说,任何证据只要经过人的调查,包括法院和其他机关或者个人的调查,就成为社会事实的一种了,正是在这一意义上,我们说所有的文化都是人类自身建构起来的,无论是有意意识的还是无意识的。这里我们不拟从这一角度讨论,我们将从司法机关活动的性质进行讨论。与其他裁判机构或者个人相比,司法权的性质是事后性,中立性,应急性和权威性。司法活动是一种实践性的活动,依据亚里斯多德关于知识的分类,它属于实践理性。与其他的实践理性相比,司法的特殊性在于,它是关涉到他人命运的实践,他处理的是已经被破坏了的常规化的人际关系,小范围内的社会秩序出现了某种不整合的、甚至是紊乱的状态,无论作出何种判决,都会涉及到当事人的利益分配,包括生命、财产、自由等等人权。可见,司法处理的都是对当事人重要的或者是比较重要的利益。另一方面,与其他实践技艺(craft)相比,司法的另外一个特点是,它必须通过调查证据作出判断,决定当事人在诉讼中的命运。卡西尔在叙述历史学家的任务时写到:

“从某种意义上说,历史学家与其说是一个科学家,不如说是一个语言学家。……历史学家所寻找的毋宁是一个旧时代的精神的物化。他在法律和法令、宪章和法案、社会制度和政治机构、宗教习俗和仪式中寻求共同精神。对真正的历史学家来说,这样的材料不是僵化的事实而是活的形式。历史就是力图把所有这样零乱的东西,把过去的杂乱无章的支梢末节熔合在一起,浇注成新的样态。”

实际上,法官的活动与历史学家的活动非常类似,因为法官活动的事后性,法官要处理的事实都发生在过去,法官要做的就是在大数目的案件事实和过程中,依据法律关于证据的规定和实体法构成要件的要求,梳理和建构起一整套符合法律规定的、又为自己确信的事实,据此作出判决。法官和历史学家一样,都要从事件中梳爬“关键性”事实,如果说大部分历史学家和历史的书写者是为了根据这些事实的选择结果,建立起大事件因果关系,赋予历史以某种延续感甚至规律

吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平编《法律的文化解释》,北京三联书店1994年版,第80页。

陈光中:《诉讼中的真实与法律真实》,《检察日报》,2000年7月13日第3版。

国外关于这一问题的前沿性争论,参见:《人类文化是建构起来的吗?》,载《国外社会学》,1999年版。

关于司法权性质的详细讨论,参见陈瑞华:《司法权的性质》,《法学研究》,1999年第5期。

在亚里斯多德那里,不仅出现了三权分立的思想的萌芽,而且他还第一次界定了司法活动的性质。他将政治科学划分为立法科学和政治学(政策),后者又进一步分为深思科学和司法科学。他首次将政治学与其它学科区分开来,认为各种技艺都追求某种目的,而这些目的中,最高的目的应属政治学。他将司法科学与深思科学区分开来主要是出于他对知识的分类。参见:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1996年版,第148页;《尼各马科伦理学》,载《亚里士多德全集》,第8卷,中国人民大学出版社1990年版,第4页。

我国有学者认为,司法权是一种判断权。参见孙笑侠:《司法权的本质是一种判断权》,《法学》,1998年第8期。

卡西尔:《人论》,甘阳译,上海译文出版社1985年版,第225页。实际上很多历史学家都有这种观点,如柯林武德、克罗斯齐、爱德华·霍列特·卡尔(Edward Haller Carr)、汤因比,等等。

感,那么法官的工作目的就在于建立起“事物的法律秩序”,将事物归纳到一种新的人文秩序之中,并重新建立起事物的社会意义及法律意义。而且,与历史学家描述的历史事件的等级一样,法官也要建立不同事件之间的等级秩序,比如关键事实与非关键事实。

柯亨比较了科学家和律师在利用“象征建构”(symbolic constructive)方面的差别,因为有重大的不同,他们的差异不在于他们使用的事实,而在于他们使用的性质。对科学家而言,他们将事实转化为符合直接感官结果的命题或主张,他们寻求的结果是建立可靠的“事实”判断,而律师处理的事实与人际关系,其目的是将“应然的”或者“规范的”观念强加于事实之上,他使用的象征符号虽然是事实,但是这种事实确是经过价值转换的,这些证据是目的性(incentive)和评价性的,它们不是单纯发现事实的工具,而是秩序和创造的产物。律师寻找它们的目的不在于发现自然的秘密,而在于改变或者维持某种人际关系。正是在这一意义上,吉尔兹指出,事实的“法律”面相并不是一系列限定的规范、规则、原则或者法官可以用作判案依据的任何东西,而是想象真实的独特方式的一部分。从根本上说,法律所关注的并不是过去的事情(what happened),而是现在发生的事情或会发生的事情(what happens)。法官想象真实的目的在于,与历史学家一样,法官面对的实际上都是发生在过去的事实,他们都不可能完全回溯事物发生的本来面目,因为案件事实都处于历史性的时间中,而在纠纷的解决过程中,法官必须要将过去的主要事实一一再现。但是,如果我们不是那么痴迷于人的认识能力的话,我们必须承认人的理性和能力的边界。除了上帝以外,谁能够原原本本地回溯事实呢?当事人在案件发生时,往往缺少收集证据的能力和手段,更何况当事人还有切身利益在里面。所谓的客观证据始终只是一种乌托邦,一个梦想,因为证据的采信其实是一个社会的解释、阐发乃至建构的过程,甚至是各种利益、权力以及意识形态斗争的过程。其间可能会夹杂证据收集者和判断者的偏见、意志和情感等极不确定和稳定的因素在内。添附、删减、遗漏甚至伪造证据的可能性,事实从来就没有发声的机会,它们只凝固在文字或者物品中。极端地说,自然证据从来就没有存在过,证据从来都是社会性的,烙上了人的活动的深深印迹。从这个角度看,法律的可预期性也只是相对的,在没有纠纷时,法律可能会默默地为当事人的活动提供一种解释框架和意义支撑,支持着当事人的预期,但是在发生纠纷时,因为证据认定的困难,当事人的预期可能也象“沙滩上的面孔”一般转瞬即逝。以本案为例,如果事实上被告确实向原告借了钱,而且写了欠条,那么法院依据鉴定结论否认了这一事实的话,原告在借钱给被告时的稳定预期就会被破坏无疑。如果被告没有借钱,而法官依据鉴定结论判决其还款的话,被告对法律的预期也遭到了破坏,因为对他而言,他对法律保护其财产的预期落空了。我们也可以从另外一个角度看,这种案件事实上也为当事人以及社会上其他不特定的人确立了新的行为预期,就是在以后类似的案件中,一定要获得容易被法律认可的、真伪清晰可辨的证据,因为法院对证据的认定,必须按照诉讼法规定的几种证据类型来认定。并不是说在这种情况下,法律不保护当事人,而是因为出于对治理连续性的考虑。这至少包含两方面的因素:一是降低法院的司法成本。因为如果法院通过艰苦的查证,证明了事实的真相,作出了事实上公正的判决,但是这种判决可能会产生使当事人乃至社会不重视收集证据的效应,如此一来,在以后类似的案件中,法院又不能不根据以前的判例,耗费很大成本查证事实。二是维护法院的权威。因为法院

See Julius Cohen, The Value of Value Symbols in Law, in, The Western Idea of Law, J C Smith et al eds., Butterworth, 1983, pp. 7-8

视为也常常被称为“法律拟制”。“推定”又可以细分为法律推定与事实推定。这里所谓的推定是指法律推定,事实推定实际上是一种情理推理,如根据当事人藏匿证据的事实,推断该项证据对当事人不利。

不可能保证在每一个类似的案件中,都能够获得正确的结果,从而有损法院的威严。与其如此,不如把责任转移给当事人。

在英美国家,诉讼法实践确立了一种法律真实。如在刑事司法中确定“排除合理怀疑”的证明标准(我国的标准是“犯罪事实清楚,证据确实充分”)。事实上,即使在强调司法以事实为依据的中国,法律上的真实与自然真实的区别仍然很大。最为明显的例子是视为和推定这些法律技术的适用。视为是指在法律上某条法律规范适用于 a 事项, b 事项与 a 事项相冲突或者不一致,但是法律规定对 b 事项适用 a 事项的法律后果的一种法律拟制。视为规范是强制性的,当事人在以视为规范为请求权基础时,当事人不仅免除了举证责任,而且还不能被反证推翻。视为规范与准用规范的区别在于,视为规范实际上是直接适用法律。而准用规范则是首先适用准用规范,再适用由准用指引的规范。这一过程实际上适用了两个法律规范。在视为规范中,法律直接规定了某种真实状态,而不论当事人的具体情况,比如当事人在收到货物后的某些不作为,直接视为当事人已经表示接受,当事人不得再对货物的质量提出异议。推定则是指法律根据某种事实的表现,确认该事实为真实的一种法律拟制。推定是法律上确认法律真实的一种手段。当某种事实或者状态出现时,法律就建构一种法律上的事实,并产生相应的法律后果。法律上推定的事实一般都是案件真实常常都处于幽暗不明、难以查清的。如对两人同时遇难,又不能证明其死亡的时间的,一些国家的法律就推定同时死亡,或者推定长辈先死亡。这同样也是法律对失踪和死亡的一种推定。在法律做了推定的情况下,只要出现了法律规定的事实或者状态,当事人就无需负举证责任,直接可以依据法律推定规范为请求权基础。如果对这一事实没有作出规定,当事人就需要承担举证责任。如果没有举证或者举证没有被采信,那么当事人就需要承担败诉的责任。可见,推定是立法者对某些经常难以查清的案件所规定的一种法律真实,它实际上分担了当事人的举证责任。推定的意义也在于,它对司法实践中大量出现的、典型的事实真伪难辨的案件,在法律上依据事实的表象确认法律上的真实,这样就可以减少纠纷的发生,也减轻了当事人的举证成本。但是,因为推定涉及到各当事人之间利益的分配,推定的结果实际上是对原有的利益格局的调整,因此,法律要推定哪些事实和状态是非常慎重的。需要指出,由于推定实际上是法律上对真实事实的一种假设,它只是一种法律上的事实,而不是自然真实。因此,它不能与真实事实对抗。如果在适用法律的推定作出裁判以后,当事人又举出证据,推翻了法律推定的事实,那么原裁判就应当经过法律程序予以撤销。可见,视为与推定是法律对自然真实的直接侵入和“殖民”(借用哈贝马斯的“系统对生活世界的殖民”一语),生活事实在法律上可能成为虚假的或者为法律所不认可。这种法律事实比诉讼中的事实更加社会化,更加虚拟化,这种法律真实与生活事实的交织也许是现代“多重现实”的表现之一,虽然法律还不具有象网络一样的直接构建现实的能力。

五、迈向对话的司法?

哈贝马斯有感于现代社会中组织和金钱对生活意义的戕害,提出了一种“理想的言辞情景”,它包括四方面的要素(validity claims):即言辞的意义可以理解(comprehensive claim);命题的内容

推定与类推适用在思维方式上有相似之处,因为两者都属于对比思维方式。推定的逻辑是,在一般情况下,某种事实或者状态出现时,同时也会相应的出现另一种状况。推定规范与类推适用的最大区别在于,类推适用实际上是一个法律解释过程或者是造法过程,而推定规范则是直接适用法律。此外,推定规范主要是对某种有法律意义的事实的推定,它一般解决法律证据问题;而类推适用的目的是寻找裁判依据,它解决的是法律适用问题。

是真实的 (truth claim) ;言辞的行动是正当的 (rightness claim) ;对话者的内容是真诚的 (truthfulness claim) 。在司法过程中,对抗制实际上体现了这一努力,它的目的是在诉讼过程中,实现当事人之间、当事人与法官之间的沟通,从而达成案件解决结果的共识。对司法而言,这四个要件中,最重要的是证据问题。因为在事实清楚以后,对适用法律更容易达成共识。

黑格尔曾经列举过客观性的三种意义,即:1、外在事物的意义,以示有别于只是主观的、意谓的或梦想的东西。2、为康德所确认的意义,指普遍性与必然性,以示有别于我们感觉的偶然、特殊和主观的东西。3、思想者所把握的事物自身,以示有别于只是我们的愿想,与事物的实质或事物的自身有区别的主观思想。现在,当人们谈“客观性”时,多少是指主体间性 (inter - subjectivity) 。在哈贝马斯看来,真理是一种“合理的共识”(rational consensus),在“理想的言辞情景”(ideal speech situation)下,人们能够达成共识。现在我们来看在本案中,是否可以求得这种主体间性或者共识。

本案的双方当事人的诉讼争议基本上是对事实的争议,而双方的这种争议是无法调和的,如果原告承认这张欠条是伪造的,就完全可能触犯刑法。在本案中,检察机关和公安局的介入就说明了这一点,而在检察机关和公安局介入后,原告承认了这张欠条是他自己伪造的。顺便说一句,在再审的庭审笔录中,记下了这样一段:原告推翻了承认自己伪造的陈述,并坚持说他之所以要说是自己伪造的,是因为检察机关对他进行了刑讯逼供。检察机关的答复是:“原告讲我们打了他,不是事实。你讲我们刑讯逼供,要提供证据,不能诬告。”又是一个“提供证据”!而原告之所以能够在坐了8个月牢以后出来,也主要是因为有一份与公安机关据以拘捕的鉴定结论完全不同的鉴定。对被告而言,承认自己写了这张欠条就意味着承担4万多元的债务,因此被告绝对不遗余力地否认。我们在庭审笔录中看到,原告与被告之间的辩论纯粹是一种日常生活中的争论,法律对他们而言,只是一种因为案件解决的特定地点而出现的背景知识。在上诉书中,被告极力要说明他欠原告这么多款是多么不可能和荒谬:原告当时的经济状况已经极其惨淡,他所承包的工厂穷到了什么地步:连食堂用的酱油都没有钱买,还要赊帐,原告还因为经济窘迫,向被告借了300元钱,有欠条为证。原告怎么可能借这么多钱给他?“就是再好的朋友也不可能。”被告的逻辑是日常生活经验,如原告的穷困,一般人对朋友的“好”的局限,以及人际关系的亲疏远近等等。但是在法律上这些情理中非常自然而然的事情并不能证明被告没有借原告的钱,因此法官关注的只是被告有没有在欠条上签过字,整个庭审都是围绕这一问题展开的,至于原告当时的经济状况等则因为与法律无关而没有列在考虑之列。依据举证责任的一般规则,当原告提出一个肯定性事实后,如果被告完全推翻,那么被告往往得负举证责任。但是这其实又是将法官的难题推给了被告。被告的生活逻辑在法庭中没有发挥作用时,当法官问:“被告,我再问你,欠条上‘是实,谭某’是不是你写的?”时,被告已经无能为力了,只好说:“我自己无法确定,申请鉴定。”被告从坚决否认到说“无法确定”这一变化过程中,多少包含着对司法机制的无奈和失望。对法官而言,依据我国民事诉讼法第72条、第125条的规定,是否需要鉴定或重新鉴定,完全由法院决定。另外依据最高人民法院关于民事诉讼法的司法解释第73条的规定,鉴定属于法院依职权收集、调查的证据范围。很多学者主张我国应该引进鉴定人证人制度,对鉴定争议不大的案件而言,对

曹四林:《哈贝马斯》,黑龙江教育出版社1999年版。

黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,商务印书馆1980年版,第120页。

这方面的资料,参见哈贝马斯的著作(Habermas, *The Theory of Communication*, Vol:1, Boston: Beacon Press, 1988.)以及波斯的《法理学问题》。

鉴定人当庭质证的作用确实很大,它能够使当事人信服法院对证据的认定。如果鉴定结论不一致,实际上更不利于当事人对法院证据认定的信服度。当然,我们不是反对鉴定人证人制度,主张一种暗箱操作,而只是想表明,无论多么精巧的制度设计,如果科技的力量不能保障证据认定的完全正确,其功效都是有限度的。在法官、两造当事人对证据的认定达不成合意的情况下,要获得司法中的客观性是困难的,虽然这种客观性在案卷中得以被展示、被想象。在一次成功的调解中,基本上符合上文哈氏所说的四个要素,但是在调解不成功,只能以判决解决争端时,当事人之间的这种对话实际上是不太可能达到这种“理想情景”的。在本案中,事实的幽暗决定了当事人之间的陈述的不可通约和不可交流,这进一步影响了当事人陈述的正当性和真诚性,在这里,交流发生了巨大的障碍,无论是在当事人之间,还是在当事人与法官之间。也许司法最高的理想是实现一种对话和交流,在这一过程中,通过当事人和法官之间的沟通理性(communicative raction),使诉讼以合意与不是暴力解决,但迄今为止,这一理想对于司法而言仍然是遥不可及的。一个主要原因是,现代司法追求的超越性使它与日常理性保持着深严的距离,甚至堵塞了健全的日常理性进入司法的有效途径。

建立在对话基础上的司法还与民事诉讼的目的有关。民事诉讼的目的,历来有三种看法:一种看法认为,民事诉讼的目的是保护当事人的权利,因为国家为了禁止私力救济,承担起了保护私人权利的作用,民事诉讼就是为了这一目的设计的制度。在这种诉讼中,当事人取得了完全的优越地位,是决定诉讼中的一切的主人。1806年的《法国民事诉讼法》是这种观点的代表。但是当事人支配诉讼又会造成诉讼迟延。另一种看法是认为民事诉讼仅仅保护私人权利是不对的,它还必须维持整个司法秩序。基于此,职权主义在民事诉讼中开始抬头。1895年的《奥地利民事诉讼法》为其代表。第三种看法是晚近非常流行的学说,即认为民事诉讼的目的在于解决纠纷,而不是以国家权力去制裁民事主体,更不能把国家的审判权力作为民事诉讼法的基点。日本二战以前采取的是德国式的维护司法秩序主张,在战后受新宪法中的民主思想影响,被誉为“日本民事诉讼法学之父”的兼子一提出,民事诉讼应当以解决纠纷为目的,他从考察罗马法入手,认为民事诉讼的出发点和目的不是从先有的权利出发确认当事人之间的权利义务关系,而是解决当事人之间活生生的纠纷。因为在罗马法的制度中,是先有纠纷解决的机制,然后才发展出确保私人权利的实体法的。这种理论争议的意义不是太大,问题是,在纠纷解决的过程中,有时候可以实现这三个目标,但是有时候一个目标都很难实现,比如在这种事实幽暗的情况下。本文中所列举的案件与学者常常举的甲借了乙100元钱,但是没有证据的例子不一样,因为在本案中,当事人不存在没有证据的问题,而是证据的真伪难以判断的问题。法院唯一能够定案的依据是鉴定结论,而鉴定结论偏偏又各不相同。在罗马法中,买卖的烦琐仪式已经被取代了,自从文字发明后,人类找到了记载自己活动和交往的简便方法,在现代社会中,文字甚至强制性地主宰了人类的活动方式,包括审美。文字(包括口头)形式对仪式的取代符合社会对简捷性的要求,但是罗马法中仪式的证明力、严肃性以及仪式中的权力逻辑的“可见性”(visible)也丧失无疑了。其实,当韦伯在谈到西方社会理性化与资本主义关系时,他关注的重点应该是这种理性化是如何成为一种普遍的生活态度和生活方式的。在现代,理性化的生活无疑成为人们的基本交往实践。这当然也表现在韦伯所说的西方法律中——所谓“形式理性”的法律——因此,情理与神性都被驱逐出法律的门槛了。但是,无论从上文列举的何种程序技术看,只要法官能够最大限度地使当事人真正地服判,法律的权威不会因为事实的幽暗而受到伤害,这种制度、个人都是应该受到尊重的,无论是所罗门也好,神明裁判也好,现代的科技与法律理性都如此,它们都有语境中的合理性。在这个意义上,“进步”与“理性”是无所谓有,无所谓无的。正是在这个意义上,我们应当时刻反

思高歌猛进的口号,充分尊重前人,尊重传统,而不厚今薄古。在现代社会中,一方面,组织和语言的覆盖面大大增加,制度的力量渗入到世界的各个角落,日常生活被理性化的程度越来越高;另一方面,正如吉伦(Gehlen)所指出的,制度很少受到人们的尊敬,也很少有影响。他把这种情况称为“抑制度化”(deinstitutionalization)与“主体化”(subjectivization)。从本案中,可以窥见一个可能的原因,即现代化所标榜的理性化实际上远远没有完成,哈贝马斯在谈到现代性时所说的,现代性是一个未完成的工程(project),那么理性化也是一个未完成的工程。吉尔兹认为,如果“事实构成”不只是那些直接可以从现实世界发现、带到法庭出示的事务,而是还包括对应过程本身所产生的经过剪裁的现实的图象,那么整个过程就显得有点象变戏法那般扑朔迷离了。这是这种扑朔迷离使得理性化的程度不够,也使得当事人对制度很少真正尊敬。而对话式的司法之所以只是一个理想,民事诉讼法的雄心——上述的三个目的——与民事诉讼实践技术之间始终会存在令人窘迫的难堪,与幽暗的事实有密切关联。

六、结 语

雷蒙·阿隆曾说,历史是活人重建死人的生活,历史科学是在对抗与过去的想象性的歪曲中开始的。司法作为一种判断过去的事实的技术,也不可能是对过去的东西的完全再现,实际上,没有任何科学能够真正再现这个世界,物理学也不能。司法只是从现有的材料出发,通过法官的活动,描绘出一个可以理解的、有意义的世界来。正如历史是历史学家撰写的而不是实际发生的一样,司法中的事实也只是司法过程中有意义的事实。即使法官能够知道一切事实,在司法中,他也只能压抑一些事实,突出一些事实。司法中的事实是人为的,是法官不断拣选结果。虽然在司法中,法官看起来好象是一个中立者,但是无论他判断的事件距离他多么遥远,他还是不可避免地要被卷进去,在任何时候,都不存在真正的旁观者,没有人能够以上帝的眼光观察事件,旁观者在任何时候也同时是行动者。司法使得过去的事实在复活了,但是这种事实,正如柯林武德所说,必须在认识者的心灵里重演的时候,才能够为人所认识。法官也必须通过自己的心灵去经历这些事实,根据法律(如同历史学家根据学科的规则一样)以及自己的认知建构事实的秩序,司法过程实际上是法官和事实相互作用的过程,也是现在与过去在司法中不断对话、碰撞、问答的过程。著名历史学家兰克有句名言——历史学家的最高愿望,就是知道和设法知道:Wie es geschehen ist。(事情是怎样发生的)。在兰克学派眼里,完全的真实是历史学家最后的和唯一的目标,对一个法官而言,这也可能是他孜孜以求的,而又注定无法实现的目标,他将不得不在事实与法律之间走钢丝。

罗素在谈到确定性时,曾经以猫为例。如果猫的来去——一个标准的物理现象——还会使我们对它的真实性产生怀疑的话,那么诸如证据这些社会性“事实”就更让我们害怕了。谁也不想承受不确定性的折磨,但是我们又没有丝毫办法摆脱这种折磨。但是,也许正是在这种不确定性中,世界的意义才呈现出来,因为它孕育着无限的可能性,无限的好奇心和无限的想象力。

(作者单位:四川大学法学院、中国社会科学院)

(责任编辑:卢勤忠)