

# 推导作为诉讼证明的逻辑

胡学军<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**关于证据与证明的传统哲学与逻辑理论存在着实践缺陷，形式逻辑中的演绎和归纳推理不能合理解释依证据进行的事实认定。证据的作用不可能是回复案件真相，而只是为特定假设提供支持。推导作为一种可废止和情境化的第三种类型的推理是契合诉讼事实认定的逻辑形式，这种内容求真的推理与形式逻辑上的演绎及归纳推理有着本质的区别。推导理论的提出会对传统证据法理论形成冲击，从这一角度我们会对证明标准与证明责任、直接证据与间接证据、表见证明与摸索证明、事实推定与经验法则等概念与问题形成新的认识。理解案件事实认定过程的推导本质，并对其缺陷有足够的认识，才能在实践中谨慎论证与比较各种假设，以全面的信息检验假设以避免最终的误认。

**关键词：**推导 诉讼证明 逻辑推理 实用主义

---

## 一、传统证明逻辑理论的缺陷

一般认为，大陆法系成文法国家的裁判逻辑是演绎推理，典型形式是裁判三段论；英美法系判例法国家的裁判逻辑则是归纳推理，其典型形式是类比。<sup>〔1〕</sup>然而这里所谓裁判逻辑都是指在事实清楚的前提下法官适用法律作出判决的过程，而对于如何在诉讼过程中根据证据及庭审辩论得出作为裁判小前提的案件事实，案件事实的证明与案件事实的认定是什么关系，在理论与实务上都少有实证上或方法上的探讨。我国长期以来在所谓“实事求是”的观念下，案件事实的求得被认为是依照案件客观事实本身原状加以认识，即以确实的证据加以证明以达到符合证明标准的程度，事实认定的最终结论当然是排他的、惟一的，不需要过多的逻辑推理。按照传统的理解，事实认定活动意味着对下述问题的证明：关于世界的陈述与世界本身具有一致性。换句话说，对证据与证明的传统理解契合某种版本的真理符合论。<sup>〔2〕</sup>

---

\* 南昌大学法学院副教授。

本文系作者主持的2011年度江西省“十二五”社会科学规划课题“司法裁判中的实践理性研究”（项目编号：11FX28）的阶段性成果。

〔1〕 一般逻辑学教科书将演绎、归纳和类比三种推理形式并列，但近年在逻辑学上多有争论。而根据波斯纳的分析，司法上的类比推理实际上就是归纳。笔者认同这一观点。同上书，第113页。

〔2〕 参见〔美〕米尔吉安·R·达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜译，中国人民公安大学出版社2006年版，第48页。

我国证据法上的基本理论认为,证据的本质特征是其客观性。证据是具有客观实在性的确凿无疑的东西,人们能够借助证据认识案件客观事实,证据因此具有约束力,理性的人不得不接受它。特别是在司法实践中,人们说到证据时,倾向于指向特定的物体对象,如一把带血的刀或一个脚印。在很多人看来,它是无可置疑确实存在的,是人们眼里的“铁证”。在众多的关于证据的概念中,“证据是事实”的观点长期占有主导地位。在这种证据观下,案件事实的认定便是证据“事实”与待证事实相符与否的问题。在辩证唯物主义认识论的指导下,不仅强调案件事实是客观存在的这一“唯物论”,也强调“可知论”,认为通过诉讼认识案件真相是必要的也是可能的。虽然也承认囿于诉讼证明自身存在的多方面局限性导致对案件事实的认识只能是一种“相对真理”,但又强调在诉讼中本质上是能够发现案件真相的。<sup>〔3〕</sup>例如,在谋杀案中嫌疑人告诉警察他把受害者的尸体埋在何地,警察来到此地,发现尸体的确就在这里,这就证明嫌疑人说的是真话。这在很多人看来就是一个依据直接证据成功证明过去发生的客观事实的例子(其实并非如此,见后文分析)。最近几年来所提出的证据理论更倾向于高度强调科学证据是最重要的证据类型。这些理论还假定了事实的认定存在一个高精度度和客观化的标准。而在关于事实认定的方法论上,演绎推理和归纳推理代表了我们在理解诉讼证明时仅有的推论类型。

正是在这种真理符合论的指导下,何家弘教授提出:同一认定是人类认识活动的基本方法,也是司法证明活动中认定案件事实的基本方法。同一认定理论对整个案件的司法证明活动都有指导意义,是刑事诉讼证明的基本原理之一。在刑事诉讼中,整个案件的同一认定就是“人事同一认定”。同一认定的依据是客体特征。同一认定的条件包括特征组合的特定性、稳定性和反映性。同一认定的基本步骤包括对客体特征或诉讼证据的分别审查、比较审查和综合审查。同一的对象只能是客体自身,某杀人案件也只能和该杀人案件同一。同一认定的客体必须在人们的认识过程中出现过两次或者两次以上。就同一认定的认识活动而言,事件也必须出现过两次以上。不过,其第一次出现一般都是在客观世界或现实世界中,即曾经发生的案件,如某时某地发生的杀人案;第二次出现则是在人们的主观世界或虚拟世界中,即当事人所主张的事件或者用证据表明的案件。同一认定的依据是客体的各种特征,“人事同一认定”的依据是反映案件事实特征的各种证据。<sup>〔4〕</sup>

何教授“人事同一认定”理论的提出源自侦查物证技术学中的同一认定理论,但从物证的同一认定到案件整体的同一认定理论之间显然存在着思维上的不恰当跳跃并因此产生了逻辑空缺。整体并不必总具有部分事物的性质,因此不能想当然地进行从部分到整体的类推。单个物证与案件事实的区别是物与事的区别:物可以多次出现,而事件发生之后却不可能再次重演。何教授也承认:“对司法人员来说,刑事案件都是发生在过去的事件(P)。由于时间具有一维性,一去不复返,所以过去的事件不可再现,也不能再被人们直接感知。公诉方和辩护方在法庭上运用各种证据手段‘重建’案件事实,那只是一种虚拟性再现(H)。而刑事案件中的司法证明活动就是要通过全部证据认定当事人‘虚拟’的案件是否确实是曾经真实发生过的那个事件(H=P)。”<sup>〔5〕</sup>然而,如果我们要问:过去的事实(P)是如何为我们所知的呢?如果承认我们不具有上帝式的全知全能的视角,在法律上就只能承认依据一切证据信息推导出来的案件故事模式(H),那么作为与之相比较的那种“人一事”故事版本(P)就只能是先验的。我们之所以认识过去的事实这一故事版本实际上就是基于人类所具有的那种固有的辨识态势的能力,一种对案件事实的直觉认

〔3〕 参见卞建林、郭志媛:《论诉讼证明的相对性》,《中国法学》2001年第2期。

〔4〕 参见何家弘:《司法证明同一论》,《中国刑事法杂志》2001年第1期。关于“人事同一认定”理论更详细的论述,可见何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2008年版,第59页以下。

〔5〕 同上引,何家弘文。括号中字母代码为引者所加。

识，或者说从所有的案件信息（而不仅限于法律证据）解读事物态势的能力。如此看来，先验的事实与通过证据证明的事实之间存在着所谓的认识和正当化的区别。诉讼证明正是基于对过去事实的所有信息的把握而提出假设，再通过诉讼证明这种法律正当化途径对假设进行修正与检验。所谓人事同一认定（H=P）其实就是先提出假设再以更多信息检验假设的推理过程，而不可能是针对两个不同来源认识的同一性验证。而且，“人事同一认定模式”无法解释为什么经历了同一认定检验的案件事实仍不免出现错误。既然不存在脱离证据判断的案件事实，所谓的“人事同一认定”就可能不过是王敏远教授所谓的“认识符合事实”这样一句“废话”罢了。<sup>〔6〕</sup>案件事实从来不可能依靠精确的逻辑推理方式求得。一旦被时间证明为错案，曾经被“同一认定”或精确推理得出的“硬捆绑”的客观事实就不可避免地显示其可错本质，这也就暴露出关于证据与证明的传统理论的实践缺陷。

王亚新教授则对根据证据认定案件事实的推理方法的选择在演绎和归纳之间犹豫。“从形式上看，证据评价中的推理过程无论有意无意都遵循演绎的方式。而形式上的演绎推理方式实质上是一个不完全的归纳推理。在证据评价中，能够使用严格意义上的演绎法来进行推理的机会并不多，可以说绝大部分推理采取的都是不完全的归纳方式。”<sup>〔7〕</sup>王亚新教授已注意到这种形式上的演绎法中的大前提是一种非全称判断，“这与作为推理前提的一般命题的经验法则的盖然性有直接关系”。这就决定了案件的结论不可能是演绎前提中所完全蕴涵的，因此他将目光转向逻辑形式中的归纳，提出案件事实认定的推理方式实质上是一个不完全归纳。他举例分析道（案例1）：例如某一证人作证说他在案件发生的时间带内于现场附近目击了神色惊慌的被告。符合“发案时间带内在现场附近且神色惊慌”这一条件（设为条件A）的甲作了案，符合条件A的乙也作了案……由此类经验积累归纳出一般命题：符合条件A的人都有作案的可能。再以此一般命题为大前提则可演绎出本案的假设：凡是符合条件A的人均有作案的可能——被告符合条件A——所以被告有作案的可能，这是演绎。在这一设例中，已知的事实是被告于案件发生的时间带内置身于现场附近且神色惊慌，据此可推导出的假设之一是被告的作案。但是，被告也可能是偶然路过，可能因别的事情而神色惊慌，等等。这些也都是可能的假设。只有通过其他补助事实证明这些假设的可能性小，则最后可以相对地确定被告作案为具有最大可能性的假设。当然，它还需要与其他证据的评价总合起来考察。<sup>〔8〕</sup>

显然，这里所谈论的演绎方法只是提出本案假设的逻辑方法（且是不确定性的命题），归纳方法则离得更远，只是得出演绎三段论之大前提的方法，将演绎或归纳作为诉讼案件事实判断的逻辑方法都是似是而非的。其实，王亚新教授在这里对这一证据评价过程的分析完全符合下文将分析的第三种类型的推理的基本结构，但囿于传统形式逻辑的知识范畴，他未能找到与证据评价的推理方式完全匹配的逻辑形式，导致他在分析这种推理方式时滑向了传统形式逻辑的演绎与归纳。

笔者认为，证据的作用不可能是回复案件真相，而只是为特定假设提供支持。所有依证据对案件事实进行的证明其实都只能是对某种推测的验证。在一起杀人案件中，通过指纹比对，可能对嫌疑人曾接触过杀人凶器的事实得出结论性的证明（甚至对此也只能是推测，即使这一推测的似真性程度是如此之高），但对其是否确实就是凶手的事实却只能是推测。由于证据材料相当复杂，每个单独证据都蕴涵着对案件事实以多种故事版本解释的可能性，即使是上文提到的根据嫌

〔6〕 对于“认识符合事实”在诉讼证明中之所以为一句“废话”的分析，参见王敏远：《一个谬误、两句废话、三种学说——对案件事实及证据的哲学、历史学分析》，载王敏远主编：《公法》第4卷，法律出版社2003年版，第189页。

〔7〕 王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，中国法制出版社2001年版，第321页。

〔8〕 同上书，第320页。

疑人的供述准确找到尸体的例子也并不像看起来那么直截了当。我们必须追问,当谋杀案嫌疑人告诉警察他将受害人的尸体埋在何处时,他所预测的究竟是什么?预测的只是人们会在指定地方发现这具尸体。这个预测的完成与该嫌疑人即谋杀者的假设并不矛盾,但是与一般的科学证实一样,它与其他假设也不矛盾,例如,真正的谋杀者将尸体埋在何处的事实告诉了嫌疑人。<sup>[9]</sup>

何家弘教授在阐述其“人事同一认定”理论时也例举了一起耸人听闻的案件(案例2):一个一岁女婴被人用力踩踏头部致死。侦查人员调查后得知,当时只有两人在现场争吵,一人为女婴之父肖某,一人为与肖某素有不和的王某。事后二人又互指该女婴为对方所踩死。由于没有旁证,所以一时难以判定究竟谁是踩死女婴的凶手。不过,人们多以为罪在王某,因为根据该案的情况分析,绝无误伤之可能,而肖某故意踩死亲生女儿又悖于常理。为了寻找定案的根据,侦查人员对女婴尸体进行了风干处理。之后,尸体脸上显现出边缘整齐且有点状特征的鞋底痕迹。于是,他们把王、肖二人的鞋拿来进行比较。王某的鞋底花纹与死者脸上的痕迹明显不同,而肖某的鞋底纹与死者脸上的痕迹相似。故对王某予以排除,遂确定肖某为踩死女婴的嫌犯。肖某的进一步供述表明他一直不喜欢自己的女儿并欲嫁祸于王某。<sup>[10]</sup>

这里的思维过程并非通过证据回复一个独立于人的主观认识的“客观”案件真相,所进行的正是一种理性推测:在两个可能解释中,由于排除了另一个解释的可能性,因而剩下的那个解释就是最有可能的解释,并且这一解释经受了后来其他信息的检验,因此假设暂时成立。何教授认为同一认定的基本方法是排除法,笔者认为这种排除法其实就是形式逻辑中的选言推理。但这一理论的实践悖论在于:就最终结论来说,应当属不相容选言推理(因案件的客观真相是唯一的),但就依有限证据推测的案情而言,却属相容选言推理。从实践来看,推理的最终结论仍是可错的,其可错性在于我们实际上无法穷尽关于案情的可能假设。由此看来,选言推理排除法这一形式逻辑的方法亦难以成为合理解释案件事实认定的逻辑。

对案件事实如何进行认定,法律理论长期以来宣称法官运用的是特殊的“法律方法”,其实,法官与普通公众在事实认定方法上并无太大实质区别,只是在显现事实认定过程时多数法官往往会运用法律修辞,而尚未经过法学院校严格规训的法官思维才可能为我们提供较原始的状况,如近年著名的“彭宇案”中一审法官的事实推论。<sup>[11]</sup>司法中事实判断所使用的方法其实就是我们日常语言及心理学术语中所谓的推测。这种推测就是根据已有特定信息作出假定,然后根据更多的信息来修正或检验这一假定。这种实践推理是我们日常生活中无时不在运用的(其实传统理论也从未断然否定案件事实的提出可能是一种推测,一般所反对的仅是“毫无根据的”或“主观的”、“盲目的”推测),我们甚至没有意识到它是一种特殊的思考形式,以至于我们很难找到一个恰当的概念来表达这种推理形式。对这种推理形式的认识本身就需要一种对法律的现实主义态度。

## 二、推导是契合诉讼证明实践的逻辑

上文所述的推测的逻辑形式就是推导。所谓推导(Abduction),又称溯因推理(Abductive Reasoning),是演绎和归纳之外的一种可废止的和情境化的(Defeasible and Contextual)第三种

[9] 参见[美]理查德·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第257页。波斯纳以此论述事实问题是否存在正确答案,而其所举的例子也正好说明事实的确定其实是推导。

[10] 参见前引[4],何家弘文。

[11] 关于“彭宇案”,参见南京市鼓楼区人民法院民事判决书(2007)鼓民一初字第212号。

类型的非形式逻辑推理。<sup>[12]</sup>我国学界对此的研究尚处起步阶段，在法学领域更极少有人提及，以至于 Abduction 这一词语在中文中至今尚未有合适的翻译。<sup>[13]</sup>主流的逻辑学教科书中也未认真讨论这种推理形式（大多数教材将它作为“谬误”的一类加以介绍）。推导是由美国实用主义哲学家皮尔斯（C. S. Peirce）创立的一种逻辑形式。这种推理是从已知的某个结果出发，试图确定与其相关的解释或原因，在法律论证理论中常常被称作“寻求最佳解释论证”。为解释这种逻辑形式，皮尔斯作出了以下广被引证的逻辑表述：

观察到需要解释的事实 C，  
如果 A 是真实的，那么通常会发生事实 C，  
因此，有理由假定 A 是真实的。  
用逻辑图式可表示为：

$$\frac{C}{\frac{A \rightarrow C}{A}}$$

但在这里，A 是假定性的（并非从前提中得出的逻辑结论）。<sup>[14]</sup>

上文分析的两位学者在阐述自己观点时所举的例子，如果按推导的逻辑结构来分析理解就非常贴切。如在案例 1 中，已知事实是被告在发案时间带内被发现身处现场附近且神色惊慌，根据一般经验，如果某人作案，那么通常会在发案时间带内在现场附近且神色惊慌，由此提出被告作案的假设。但这一假设不是结论性的，因为也有生活经验支持其他的竞争性假设。假设的成立应当通过其他补助事实及各种证据的评价总合起来考察。在案例 2 中，已知的需要解释的事实是肖某的女儿被踩死，根据本案情形可初步提出两个假说解释这一事实的发生，要么是王某踩死，要么是肖某踩死。在侦查取证之前根据常理（父亲不会故意踩死亲生女儿）会倾向于一定的假说（罪在王某），但这一假说在初步的侦查取证之后被证伪，因此转向另一似真性本来较小的假说，进一步的信息增强了这一假说的似真性（讨厌女儿并可利用其死嫁祸于仇人的父亲可能踩死亲生女儿），因此这一假说暂时成立。这一案例一方面表明了案件的假说是可废止的，另一方面也表明了最后的结论成立的依据只是其似真性压倒了其他竞争性假说。某一假说可能被证伪，但并非另一假说就回复了客观真实。假说成立的关键不过是其暂时地“排除合理怀疑”。

推导是一种全新的逻辑，是可能导致传统逻辑范式革命的概念，但在传统范式下却不能与演绎或归纳完全划清界限。如假说的提出无疑就与通过观察而形成一般经验这一归纳过程有关，归纳的或然性结论就是假说。在推导研究的早期历史上就有学者认为推导就是某种形式的演绎、归纳或者演绎与归纳的杂烩。<sup>[15]</sup>在形式逻辑的传统范式下，推导的结构可能被表述得与演绎和归纳推理很相似：

演绎推理：  
对于所有的 x 来说，如果 x 是 F，则 x 是 G。  
a 是 F。

[12] Douglas Walton, *Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law*, Berlin, Heidelberg: Springer, 2005, p. 159.

[13] 苏力甚至在其译著中按辞典中通常的义项将其译为“拦路抢劫”。参见前引 [1]，波斯纳书，第 133 页。笔者认为作为一种推测最佳解释的推理方式，翻译为“推导”较好，可与“推定”、“推测”、“推论”、“推断”等通常有较固定范畴及内涵理解的词语区别开来。

[14] Atocha Aliseda, *Abductive Reasoning: Logical Investigations into Discovery and Explanation*, Springer, 2006, p. 36.

[15] Kola Abimbola, *Symposium: Abductive Inference: Abductive Reasoning in Law: Taxonomy and Inference to the Best Explanation*, *Cardozo L. Rev.* 22 (July 2001).

所以，a 是 G。

归纳推理：

对于大部分（或一定比例）的 x 来说，如果 x 是 F，则 x 是 G。

a 是 F。

所以，a 是 G。

推导推理：

通常情况下，如果 x 是 F，则 x 是 G。

a 是 F。

所以，a 是 G。

虽然可以套用与演绎和归纳推理相类似的图式，但推导与演绎和归纳之类的形式逻辑存在根本区别。演绎推论的特征是，如果前提均真，则结论必然真；归纳推论的特征是，如果前提均真，则结论概然为真；推导推理则是一种似真推论，其特征是，如果前提真，则结论似然为真。推导与归纳形似而实不同。<sup>[16]</sup> 概然性（Probability）与似真性（Plausibility）的区别在于概然性是一事物发生或存在的可能性（往往可用概率表示与估算），而似真性是一事物发生或存在的合理性（不可以数值表示，是情境依赖的）。似真推理是可废止的，因为大前提中的概括从本质上说是有例外的，而且这种例外是不能事先考虑到的。推导推理是非单调的，这意味着它能被新引入的前提推翻。归纳与推导虽然形式上都是从现象到理论或假设，却正好处于相反的两极：推导从事实开始，但还没有一定理论，归纳则已经有了假设，而寻求更多的事实支持。

由于现代逻辑力图保持其科学客观理性的外观，因此，将判决过程包装为形式逻辑过程就可以满足社会对于司法裁判正确性的期待，特别是在司法整体信任度降低的时期，人们对法官本身的不信任导致更加追求其行为的外在评判标准的确定化。但逻辑正确不能代表思维的全部意义，逻辑告诉我们推理形式的对错，而不是思维中所有达成判断、作出结论的方法。推导虽不是严整的逻辑推理方式，却存在于人类思维的一般推论之中，有实际探讨的必要。“思考的最重要能力，也许不是达到正确结论的技巧，而是试探及创想的潜能，以及真正需要验证这些新观念时的专注”<sup>[17]</sup>。传统法律方法强调形式逻辑的重要性，并试图把法律证明中所使用的所有推理方法归入演绎或归纳推论之中。近年新兴的法律论证理论则扭转了这种强调，提出推导推理应该作为法律证明中最常用、最重要的推理类型。不同于经典逻辑的是，推导是一种不确定性推理。这种推理的必要性在于实践目的：从人类思维活动的特征来看，人们经常是在知识不完全、不精确的情况下进行多方位的思考及推理。近年来，各种非经典逻辑迅速崛起，在科学哲学及人工智能领域亦把不精确知识的表示与处理作为重要的研究课题。在法律领域，哈贝马斯等人提出的话语理论使得人工智能与法律推理理论相结合而开创了新的法律推理模式的可能性，这种可能性在于把法

[16] 在一般意义上，似真性概念常常被认为与概然性相同。根据沃尔顿对似真性的解释，这两种评定证据强度的方法本质上存在区别。如果你主张一个命题概然为真，则这伴随着证明责任，但如果你仅仅认为一个命题似然为真，则没有附加证明责任。合理接受这两种言语行为的论辩条件也是截然不同的。一个主要区别是否定规则：一个概然性命题的相反命题的概然性值是1减去这个命题的概然性值，而一个命题和它的相反命题都相当似真，这是可能的。似真性建立在这种实践思想的基础上，即有时候为了继续做某件需要做的事情，我们需要明确地接受或拒绝特定的命题。似真性并不根据内部数据来指派值，而是根据每个被考虑命题的外部支持。参见 [加] 道格拉斯·沃尔顿：《法律论证与证据》，梁庆寅等译，中国政法大学出版社2010年版，第110页。

[17] John R. Josephson, Susan G. Josephson, *Abductive Inference: Computation, Philosophy, Technology*, Cambridge University Press, 1994, p. 46.

律推理看作是一种不同于演绎与归纳之类单调推理 (Monotonic Reasoning) 的可辩驳推理。<sup>[18]</sup>

诉讼中需要证明的案件事实可分为外界事实和内界事实,<sup>[19]</sup> 外界事实是一种历史事实, 对历史事实的证明只能是一种类似考古的回溯推理; 内界事实则是一种主观事实, 对内界事实的证明只能是根据行为表象进行解释。而回溯推理和根据表象的解释正是推导的具体表现形式。这种推理活动是一种内容求真的实质推理, 是情境依赖的。承认诉讼证明的推导本质也就肯定了事实判断中经验要素的中心地位, 事实认定的推导逻辑显示了诉讼证明向常识、常理、常情的回归, 也许预示着法律逻辑的传统方法应当转向, 并将对现代证据观造成冲击。现代证据观一心想把科学推理作为证据模型, 根据这种理论, 证据是建立在知识或信念基础上的, 所有证明都以演绎推理或归纳推理为基础。而在新理论中, 证明总是具有从一组前提到结论的推论形式, 而这种证据并不是建立在知识或信念基础上的, 而是建立在表象基础上的, 证据以接受为基础。以接受为基础的证据理论本质上是可怀疑和可撤销的。<sup>[20]</sup> 所有证明均以案件的表象为基础, 这种推论模型是从这种感觉基础开始进行推论的, 这种思想即是证据的可废止本质。在支持某个主张或结论时, 法律证据即使容易遭到质疑、挑战和怀疑, 它还是具有特定的证明力。这个理论把推论因素和给定证据材料因素看得同等重要, 证据的证明功能不仅在于材料本身, 更在于以这一材料为基础所进行的推论。现代证据理论所推崇的科学推理与语境无关, 因此, 原则上推论的有效性或强度总是被精确地科学计算。然而, 根据新理论, 科学在事实的推导中只是一种有用的信息来源或意见, 对这种意见同样需要仔细审查。而正是通过论辩框架所设定的保护伞克服了所谓的“法律证据”明显薄弱的易错本质, 从而使得把法律证据归入 (真实) 证据变得合理。<sup>[21]</sup>

认识到案件事实认定过程的推测本质, 并对其缺陷有足够的认识, 才能在实践中谨慎论证与比较各种假设, 以全面的信息小心检验假设以避免最终的误认, 而不是在宣称认定过程的逻辑正确性的谎言下得出“认识与客观事实相符”的结论。应把内心的推理过程与实际的方法视为判决书中必须解释的理由之一, 特别是应表明对当事人双方证据与论证的妥当对待, 推论过程的公开才使心证的开示具有实际的意义。而对抽象笼统的“自由心证”或“经验法则”等大词的依赖则可能使心证开示形同具文, 失去开示的本意。最好还是引导法官致力于“真相”的甄别而不是修辞的锤炼, 前述“彭宇案”的一审判决书本属近年出现的一个极为难得的判决说理的范本, 但遗憾的是, 因其说理过程中的粗陋而成为批判的焦点。

推导理论的提出很好地整合了所谓发现与正当化的区别。“发现的情境”与“论证的情境”的区分是逻辑经验论者赖欣巴哈提出的著名论断, 前者为纯粹的心理问题, 而后者则为科学与逻辑范畴。<sup>[22]</sup> 批判理性主义的创始人波普尔及“人工智能之父”西蒙 (Herbert Simon) 均认为开始建构理论时不用也不受制于逻辑分析, 逻辑分析只涉及证明或效力的问题, 发现是心理学问题, 缺乏科学的严谨。这两人都持一种认为科学发现的逻辑应当从动态的问题解决和知识增长作为主要特性来把握的立场, 而反对将其视为一种静态的对理论正确性进行评价的活动。<sup>[23]</sup> 麦考密克虽认为法律推理的过程远非形式逻辑所能独当其重, 承认法律推理中的非规则因素的正当

[18] 参见於兴中:《人工智能、话语理论与可辩驳推理》,葛洪义主编:《法律方法与法律思维》第3辑,中国政法大学出版社2005年版,第127页。

[19] 将待证事实分为外界事实和内界事实是作为证明责任分配学说的待证事实分类说中“外界事实说”的观点,虽然这种证明责任分配学说在现在被证明为不可行,但这并不妨碍其对事实分类的意义。

[20] 参见前引[16],沃尔顿书,第220页。

[21] 同上书,第243页。

[22] See H. Reichenbach, *Experience and Prediction*, Chicago: University of Chicago Press, 1938, p. 10.

[23] 参见前引[14], Atocha Aliseda书,第12页以下。

地位,但仍强调裁判“正当性”论证才是法律推理关注的对象,而基本忽略“发现”问题。<sup>[24]</sup>以皮尔斯为代表的一派则认为科学发现是以推导为手段的一种理性活动。推导作为一种推理形式的提出揭开了发现的逻辑方式的神秘面纱,使之无需继续躲在形式逻辑的阴影之下。发现与论证本就是一个过程,无法作截然的区分。人为区分为两个过程正在于使基于推测的论证向传统的逻辑推理形式回归以寻求知识或话语的正当性,而未认识到推导本身也可以是一种逻辑论证的形式。其实中国古典司法判决由于不注重形式逻辑,作为其“推理求情”的支撑的正是推导这种未曾命名的“底层逻辑”,体现的恰恰是发现与正当化的统一(在此姑且不对这种方式的价值进行评价)。然而,现代裁判理由中的推理并不总是这一决定的原因,而往往只是一种理性化。法官的个人隐性知识只有披上形式逻辑的外衣,才可能变得具体可感,为公众所接受与认同。连接隐性知识与既定法律规范,必然依赖于裁判者的修辞,判决的修辞在此就成了法律产品的促销手段。<sup>[25]</sup>现代司法判决总欲以形式逻辑“格式化”实质上的推导,这就无怪乎判决书中的欲言又止与言不由衷。阐明真实的推理过程才可能对法官先前的“推理求情”(推导)产生一种微妙的制衡作用,以精确化法官的直觉推理或捕获压缩的思维中难免的差错。在前文所述“人事同一认定”理论中,所谓头脑中“重建”或“虚拟的”案件版本即基于发现的逻辑,而依据证据证明则属于正当化的逻辑。正是推导可能揭示了我們如何发现事实态势的这一隐性知识,而对推导的实际描述也许确实已构成某种程度上的“显隐”,隐性知识从个人内隐状态变为公众外化知识的过程就是不断走向对事物解释的精确化与正当化的过程。以推导为逻辑形式的证明基础就使发现与正当化可能走向统一。

### 三、推导理论的发展历史及对证据理论的入侵

推导作为一种重要的非形式逻辑的思想仅仅在当代才真正获得了承认。在计算机科学中,尤其在人工智能中,已经存在朝着广泛运用可废止推理来进行工作的转向。在法律事实认定领域,推导也日益受到重视。推导这一概念术语由美国现代实用主义的鼻祖皮尔斯创立,然而这种思想并非一种现代的新思想。对发现的研究可以回溯到古希腊哲学,但在随后的两千多年里,它在很大程度上从逻辑学视野中淡出甚至被遗忘,仅仅以一种不发达的形式存在于逻辑的边缘地带。

作为推导推理源头的似真性概念最初是由古希腊的智者派阐述的。他们提出了可以用于说服人们接受或拒绝不同意见的论辩技巧,其所使用的论证以似真推理为基础。智者派的理论被后来者认为没明确区分规范(逻辑)与说服(心理),并且,借助坏的论证及草率推理,这种所谓诡辩术会被人用来使各种败坏道德的实践活动合理化。事实上,此后的苏格拉底正是因为教授启发式的论辩法而终以“腐蚀青年人”的罪名被当时的司法系统处死。苏格拉底强调那些本质上是非决定性的,即在任何重要问题上的无争议知识只不过是一种理想而非存在于现实的世界中,似真推理和合理接受是人们有望得到的最好结果。不幸的是,柏拉图却有一种神秘和抽象倾向,哲学开始以一种非苏格拉底的方式被描述为一门深奥和非常严肃的学科,强调知识和信念,从而与日常生活拉开了距离。亚里士多德审视了这种把辩论术看作神秘和不可理解的倾向,他把辩论性推理定义为一种基于普遍接受的意见的合理讨论,主张最好使用论辩方法进行哲学论证。但亚里士多德最为人知的贡献是作为形式逻辑学的奠基人,历史上首次对逻辑进行了某种公理化。其实亚里士多德并没有局限于简单列举他认为是可靠的推理规则,<sup>[26]</sup>在他的逻辑体系中,也赋予了似

[24] 参见[英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2006年版,第301页。

[25] 参见胡学军、涂书田:《司法裁判中的隐性知识论纲》,《现代法学》2010年第5期。

[26] 参见[波]卢卡西维茨:《亚里士多德的三段论》,李真、李先焜译,商务印书馆1981年版,第9页。

真推理以应有的位置。

在苏格拉底和亚里士多德之后，古希腊怀疑主义哲学家继续发展了这种似真推理理论。怀疑主义者陷入评价支持和反对每种观点的推理困境时的解决办法是“判断悬置”。卡尔尼德斯认为，我们接受或应当接受的每一种合理地基于证据的东西都易受到怀疑，并且相对于排除任何合理怀疑的已知为真来说，它们仅仅是似真的。这种似真性理论建立在所谓的印象或表象之上，这种印象或表象在人们经历某事时会显露出来。卡尔尼德斯注意到人们在日常生活中使用标准来判断他们认为真或假的东西，他也观察到，这些标准在某些情形下是可错的和易受到修正的。<sup>[27]</sup>这就与现代的皮尔斯的推导理论很相似。根据这种实践方法，判断什么东西被看作是真的，应基于我们在日常推理中通常如何判定什么东西可以作为似真的或可能的而被接受，这种判断才与正常人类行为相融。

但进入中世纪后，亚里士多德的三段论最终在逻辑中占了统治地位，而论辩推理则被视为异端。中古时代的科学界借助亚里士多德的权威，运用演绎法把许多错误的权威说成是绝对正确的，并用欺骗性的逻辑形式进行了许多错误的推论。古希腊的似真推理被当作“主观”的东西而被拒绝，因为它不是一种能对客观存在的事物给出客观证明的方法，通过论辩性推理得出的结论不能被经验材料证实或证伪。由于它不能得到符合科学标准的客观结果或证实的结果，因此它作为一种发现真理的方法被认为具有很小的价值甚至不具有真正价值。

基于论辩的不确定推理在启蒙运动时期继续遭到了严厉攻击。其中最著名的就是帕斯卡，当他提出概率理论时也非常关注法律证明问题。他把演绎推理和统计意义上的概率推理看作是科学中所使用的推理的唯一客观模型。从帕斯卡时代开始，人们相信不仅科学证据而且法律证据都应该建立在用概率演算表达的推理规则之上。对于那些把科学推理视为值得认真关注的理性的唯一标准的人来说，推导这种“主观”的实践推理是不可接受的。对精确标准的偏好及对数字演算的重视使理性的现代人在显性知识层面逐渐远离基于猜测的推导推理。人们看到实践推理一次次被科学发现击败，而且科学推理被看作是不会受到缺乏基于证据证明某事所需要的科学知识的外行的严重挑战。<sup>[28]</sup>因此，演绎推理及被帕斯卡等人所发展的统计推理的归纳推理一起统治了此后的逻辑课程。

直到17世纪，洛克重新提起这种古老的思想，并使之成为他的哲学体系的核心。洛克的推理理论是一种接受性理论，建立在要接受此一命题的主体的判断基础上。他认为，与几何学中的证明相比，生活中的推论由于知识的缺乏，使得不存在确定基础让我们能说某一命题是否为真。洛克把证明与知识相联系，而他把生活中的推理描述为与信念、同意和意见相关联。他指出，存在这样一种所谓“似真性”推理，这种推理建立在常见的、普通的预期的基础之上，同时也建立在那些看起来为真的东西的基础之上。似真性在那些没有确定性而仅有一些接受一个命题为真的激励的地方引导我们。洛克研究了三段论推理，指出虽然三段论推理在科学中很有用，并且通常在处理基于知识的断言时也很有用，但它在实践推理中却是“很少或根本就没有用的”。<sup>[29]</sup>使用似真性推理时，应通过适当权衡所有证明与双方情形来加以决定，而三段论式的演绎推理则不具有这种灵活性和自由度。

此后，在英美证据法学者研究证据与证明的理性主义传统下，边沁和威格摩尔对证据理论的

[27] 参见前引[16]，沃尔顿书，第140页。

[28] 同上书，第153页。

[29] John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, 9<sup>th</sup> ed., London: A. Churchill, 1726, p. 298.

一般性进路的研究似乎是一个例外。<sup>[30]</sup>边沁在证据法学理论发展的历史上第一次用哲学、逻辑学甚至心理学的方法研究司法证明问题,他采纳了洛克的似真推理思想,并把它作为核心成分并入他的法律证据理论。边沁提倡一种“自然化”的证明模式,将司法证明过程中的认识还原为一种最简单的认识活动,这种证明模式的特征是“反形式性”。<sup>[31]</sup>这种证明模式理论的核心是证明力与“概然性”理论,边沁的“概然性”是与洛克所描述的“似真性”推理相同的推理。边沁的自然证据制度诉求使诉讼证明回归到简单性、常识及用于日常实际论证的理性。通过这两位哲学家,似真推理概念开始进入证据法,并贯穿于英美证据法学泰斗威格摩尔所提出的证据理论中。特别是边沁的这种思想为威格摩尔所继承并被作为其所提出的证据理论的基础。根据威格摩尔的证据理论,司法证明除了证据可采性规则之外,还包括与说服相关的推理,即各方当事人试图影响审理者的意志的说服过程。<sup>[32]</sup>这一理论的核心是证明的“推论链”思想:在任何给定案例中都存在一个证据群,这个证据群由若干单个推论构成,这些单个推论全部被链接起来形成推理网络;在这一网络中,每个单个推论仅仅是整个网络的一小部分。每个推论的逻辑形式是什么呢?威格摩尔给出了这样一个例子来加以分析:“a计划杀b,因此a可能确实杀了b”。威格摩尔认为,在这种论证中,“很明显我们这里没有与三段论相似的东西”。但在威格摩尔的时代,现代逻辑的官方教条是,代表理性论证结构的推论类型只有两种值得考虑——演绎推论和归纳推论。在这一语境下,上例也被视为一个缺省三段论,其推论步骤可还原如下:

大前提:人的预谋可能被执行

小前提:a有一个杀b的预谋。

结论:a可能执行其预谋并杀死b。<sup>[33]</sup>

尽管这一推论中大前提的似真程度较低,但不失为结论的提出提供了某种理由。只不过结论的真实性并非取决于大前提的概然性,而是本案中所有其他证据的共同作用。最终案件事实不是通过单个证据“证实”的,而是由全部推论综合得出。威格摩尔在其著作中将此类论证归为归纳推论,因为自穆勒以来,所有非演绎的推理均被冠以“归纳”之名。<sup>[34]</sup>但现在看来,这种论证显然完全符合推导的结构模型。这个推论是实践推理的一种运用,其推论形式是所谓的“寻求最佳解释推理”。威格摩尔引用的其他一些例子更好地说明了在典型法律案例中这种推论如何起作用:某人在盗窃案发生之前没有什么钱但盗窃案发生之后却拥有一大笔钱,从这一事实可假定这个人盗窃。但也可能存在其他几种解释此人突然变富的情形:如巨额遗产继承、他人偿还债务、赌博发财等等。不过,进一步的证据显示,与其他解释相比,盗窃的假定是众多假定之中最可能说明问题的,因此,这一假定被接受。但这一假定是可废止的,尽管如此,在没有相反证据的情况下,这个推论确实为最终结论提供了某种证明力。可以看出,这其实就是一个标准的推导。

虽然威格摩尔已经触及了推导的实质,却没有提出为大家所接受的似真推理的逻辑理论,在哲学上真正对推导进行理论化并提出其基本架构的是美国实用主义的鼻祖皮尔斯。皮尔斯主张逻辑推理有三种:演绎、归纳和推导。演绎是绝对可靠的推理方式,从一定的前提可以得出正确的结果,但是事情的真假与推理过程的正确完全是两回事;归纳则是某种程度的计量;他认为演绎

[30] 参见吴洪淇:《边沁、威格摩尔与英美证据法的知识传统——以证据与证明的一般理论进路为核心的一个叙述》,《比较法研究》2009年第5期。

[31] 参见纪格非:《边沁证据法学思想的当代解读》,《法制与社会发展》2010年第6期。

[32] See John Henry Wigmore, *The Principles of Judicial Proof*, William S. Hein & Co., Inc., 2000, Introduction.

[33] John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence*, vol. 1, 3rd ed., Boston: Little, Brown and Company, 1940, p. 416.

[34] 前引[14], Atocha Aliseda书,第33页。

与归纳永远无法产生新观点，所有科学的观念均来自于推导。推导检视事实然后建立理论（假设）解释这些事实。随着推导作为第三种推理形式被提出，威格摩尔的证据理论思想正在与它所需要的逻辑方法结合起来重新迈向 21 世纪，并作为一种底色在当今英美证据法学大家威廉·特文宁（William Twining）<sup>〔35〕</sup>、罗纳德·艾伦（Ronald J. Allen）<sup>〔36〕</sup>及乔纳森·科恩（Jonathan Cohen）<sup>〔37〕</sup>等的笔下焕发新生。

#### 四、推导理论对传统证据法理论的冲击

##### （一）推导与证明标准及证明责任

推导是人类面对未知事物的一种本能思维形式，也是法律事实认定中不可回避的一种常识化方式，但在强调“客观真实”的我国，实务上对于此类主观推测性质的方式却一直讳莫如深。传统理论认为案件事实的证明存在一个精确与客观化的证明标准，往往绝对排斥推测，而要求案件事实的每个细节都有证据证明，这在很多情况下是不可能的。推导所基于的似真性概念建立在合理接受的基础上，而合理接受概念显然是时代化与情境化的。我们必须将特定案件情境中提供证据（或进一步证据）的期待可能性作为实际证明的考虑因素之一，否则一味要求提供所有情节的证据证明就可能是强人所难。推导时的假设是择优，但这种择优不是在同类情形的案件中进行比较，而是在特定情形下将此一假设与其他竞争性假设进行比较。推导的使用必须与特定时代（当时科技认识发展水平及由此决定的人们的认知能力）相适应。特定情境中证明（或进一步证明）的可能性或预期证明可能性是我们建构证明标准时长期忽略的一个方面。只要仔细想想：如按现代证明标准，古代的案件大概可能都无法定案。笔者非常赞同张卫平教授关于证明标准精确化、客观化建构只能是一种“乌托邦”的观点，<sup>〔38〕</sup>并进一步认为，证明标准是相对于各种各样的具体要证事实而言的，甚至在不同的情境中，由于证明可能性的不同及由此决定的期待可能性的不同，证明标准也应不同。

传统理论中，证明评价与证明责任分别统治着事实认定的两个方面。现代证明责任理论以肯定案件事实的真伪不明状态的存在为理论预设，在真伪不明时法官将根据证明责任的分配规则作出负担证明责任的一方当事人败诉的判决，也正因此，证明责任在诉讼一开始就作为一种败诉的风险存在于特定的当事人一方，并由此提供了当事人双方交替进行证明活动的内在动力。以证明责任调控诉讼证明活动的整个过程的观点流行了一整个世纪，很少有人对其创建的逻辑框架提出质疑。这连同以精确的证明标准的设定作为判断案件事实认定的准则都与那种崇尚形式理性的清晰严密的规则知识是相适应的，这种理论建构无疑是融洽的，但也是高度理论化和抽象化的，然而却不符合事实认定的实际。

相对于传统观念中通过诉讼证明“回复真相”的理想，推导的事实推测性质的界定是一种法律实用主义的进路。诉讼证明的推导性质提升了司法事实认定的能动性，而要求证明责任运用的谦抑性。当然这也并非要求在所有情形下我们都得依主观推测来认定案件事实，假设的提出只是一方面，假设之后的验证才彰显司法的理性。当推测事实难于甚至不可验证时，当事人得负担事

〔35〕 See William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2006, pp. 271—277.

〔36〕 See Ronald J. Allen, *Rationality, Algorithms and Judicial Proof: A Preliminary Inquiry*, 1 *International Journal of Proof* 254—275 (1997).

〔37〕 See L. Jonathan Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford: Clarendon Press, 1977; L. Jonathan Cohen, *The Logic of Proof*, *Crim. L. Rev.* 91 (1980).

〔38〕 关于确定性证明标准建构的不可能，参见张卫平：《证明标准建构的乌托邦》，《法学研究》2003年第4期。

实不被合理确信的风险,证明责任机制仍要发挥作用。但证明责任判决的前提必须是法官自由心证的用尽,否则,所谓的证明责任判决,就只能是法官逃避较困难的事实认定甚至是枉法裁判的遁词。而所谓自由心证的用尽,也就是推导的不成立。现代证明责任理论认为客观证明责任是适用于任何时代、任何诉讼模式的,<sup>[39]</sup>但是,在古代诉讼实践中未提出证明责任理论之前显然不可能按证明责任机制来裁判案件,如中国古代“海瑞定理”作为解决事实疑难案件的裁判方法就是一例。<sup>[40]</sup>“证明责任”不过是现代人观念建构的产物。这一理论的引入并不必然造成诉讼事实认定结构或样式的翻转,只不过是事实认定模式的另一种理论上更圆融的解释方式,即为法官在不直接认定事实的基础上的裁判提供形式正当性罢了。基于运用证据以达到证明标准以及在未达证明标准时适用证明责任的裁判理念是基于认识的客观性,而基于当事人攻防问答的论辩推理则是基于交往理性或认识上的主体间性,这实际上是不同理论所基于的“参考系”不同,从解决实际问题的角度看所达到的效果却可能殊途同归。

## (二) 推导与直接证据和间接证据

一般认为,根据证据证明力的大小,可将证据划分为直接证据和间接证据。然而,诉讼证明的推导本质表明直接证据与间接证据的划分是模糊的。直接证据是能单独直接证明案件主要事实的证据,直接证据能单独证明案件主要事实的原因在于其“内容”与案件主要事实重合,但这个概念隐含了一个假设性前提:如果这个单独的证据具有真实性的话。正是这个假设暴露了直接证据对案件事实的证明并非单独,其本身的真实性也必须依靠其他外在的证据加以证明。直接证据主要表现为各种反映案件主要事实的言词证据,在很多情况下,言词证据的真实性需依靠陈述者如实陈述这种证据载体本身的“内在”诚实品格,而品格证据的可采性在当今已受到普遍质疑,人们转而将求援的目光转向其他“外在”证据,也就是通过其他间接证据“补强”直接证据的证明力。

由此看来,直接证据与间接证据的区分并不在于证明力的大小,直接证据与间接证据的区别在于直接证据诱导唯一假设的提出,但假设成立与否却取决于其他证据信息的检验。间接证据各自引导案件中部分事实或细节的假设,而整个案件事实的假设取自各间接证据引导的各种可能假设的“交集”。因此,直接证据的虚假即导致案件整体的推理出错,而间接证据中一部分证据的虚假并不会导致案件整体全错。无论直接还是间接证据对案件事实认定的作用均是推导,其证明力的大小一定意义上取决于与此相反/相竞争的另一种假设的可能性大小,而不是据此推测的事实范围与整个案件故事是完整还是部分的关系。证据的证明力也许应该从证据与依其推测事实的强度评估而不是依此推测的事实的范围评估,因此,直接证据并不比间接证据的证明力更大。直接证据主要表现为言词证据,其证明力主要依赖于提供主体的诚实意愿,因此,对主体是否受到某种非自愿提供言词的因素的影响就应进行查证,包括当事人自白的任意性、证人与当事人及案件的利害关系。而间接证据,如物证,基本不会受到主观因素的影响,在证明案件事实时,主要应考虑的是尽可能排除其他解释的可能性,注意各间接证据之间的协调一致。<sup>[41]</sup>

[39] 参见 [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12页。

[40] 所谓“海瑞定理”是指中国明代清官海瑞总结的处理“讼之可疑者”时的一系列决疑裁判原则。文见陈义钟编校:《兴革条例》,载《海瑞集》上册,中华书局1962年版,第117页。对“海瑞定理”的分析,参见苏力:《“海瑞定理”的经济学解读》,《中国社会科学》2006年第6期。

[41] 即使认同直接证据证明力一般大于间接证据,这也应是在不同案件情形中一般而言的。在同一案件中对同一事实的证明如存在直接证据和间接证据,则两种证据对事实共同起到证明作用,不存在证明力的比较问题;如两种证据指示的案件事实不同,则存在证据内容的真假问题及由此决定的证据能力问题,而不是证明力比较。

### （三）推导与表见证明及摸索证明

与通过直接或间接证据证明案件事实这种通常的完全证明方式相比，在特定的例外情形下，当事人未提供证据时也可能被评价为已达初步证明的效果，这就是表见证明和摸索证明制度。表见证明（*Anscheinsbeweis*）是德国通过判例形成的概念，最初仅适用于侵权行为诉讼中被害人就过失举证发生困难的情形，其后扩张到因果关系的证明。“所谓表见证明，综合判例之意见认为，若在‘生活经验法则上表现一定之原因，而且通常皆朝向一定的方向演变’，即被认为‘经过定型的事象’时，即得直接的推定‘过失’、或‘因果关系’之要件事实存在。相对人若欲推翻此表见证明，必须就该事件通常经过之相反事由，即就事件之经过有其他之可能性，使法官就原来之定型事象发生疑念提出反证。”〔42〕一般认为，表见证明不是独立的证明手段，而仅仅是在证明评价过程中对经验规则的应用。这种应用的前提是存在所谓典型的事件发生过程，也就是由生活经验验证的类似的过程，由于这种过程具有典型性，它可以与某个过去事件的实际情况进行验证（“类似性证明”）。如果法官采纳了某种表见证明，当事人只需提出反证就可以推翻，而无需进行反面证明。而“摸索性证明”是指当事人的证据申请中无可信理由，只是不确切地说明证明对象或只是碰运气地将证据申请作为所提出的主张的理由；或者，一方当事人只能提出或多或少整体上的主张，并因此迫使对方当事人因其更接近案情而提出证实性的争辩。这种无充分根据的所谓摸索性证明是在德国诉讼实践中存在的缓解证明困难的办法。〔43〕摸索证明导致具体证明责任的转换，一方提出摸索证明，另一方就负有提出证据的责任，他应出示自己所掌握的证据，否则将承担不利的后果，但这种责任并不就是转换证明责任，而只是转换提供证据责任。表见证明和摸索证明的共同点在于其效力相等：在无一定证据证明的情况下，法官先将某种主张作为似真性假设，而且并不要求主张此一事实的当事人举证证明。但对方可就此事实的不成立提供反证，如能提供反证，则假设不成立，此时假设的事实必须由主张的当事人提供证据加以证明。

在传统证明理论中，表见证明至今依然被认为是整个证明法学领域中最含混也是最难回答的问题之一，〔44〕而对于摸索证明的合法性及其适用情形也是长期聚讼纷纭。但在推导的视角下，问题就很简明：显然，表见证明和摸索证明均非一般意义上的证明，而是一种特定情势下的无需证据的假设，也即理性推测。假设提出后，其成立与否取决于支持或反对这一假设的具体情势。因此，其作用在于提供证据责任的转换而不是证明责任的转换，而假设的成立与否在于法官的证明评价。其实，无论是否构成表见证明，法官的临时证明评价均可导致提供证据责任的转换，表见证明只是对法官证明评价规律的一种外在表现的总结，是以当事人已“暂时”证明来外化法官证据评价的效果。在构成表见证明时，不待法官作出表示，对方当事人即应负提供证据责任打破法官已形成的临时心证。在这两种证明情势下，主张的事实被合理推测后，对事实的不确定就不再是证明责任分配一般原则的“谁主张，谁举证”，而是“谁反对，谁举证”。表见证明是因特定假设的似真程度如此之高以至于不必先由主张此事实的当事人提供证据加以检验或保证。而摸索证明则是，如果一方的假设不成立，则对方当事人更容易推翻这一假设而提出对立的假设。摸索证明的核心问题是不负证明责任的当事人是否负有事证开示义务，若不负有，则禁止摸索。在这两种情形下，如对方不举出反证，则可根据如果事实不是如此，则其“应该能够提出证据而不提出”这种“负面证据”或“无知论证”（*Argumentum ad Ignorantiam*）合理推测对其不利的事实成立。我国之所以未能在司法实践中引入或确立类似概念，可能就是因为我们在传统的“事实探

〔42〕 雷万来：《民事证据法论》，瑞兴图书股份有限公司1997年版，第280页。

〔43〕 参见〔德〕奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社2003年版，第277页。

〔44〕 参见前引〔39〕，普维庭书，第139页。

知绝对化”〔45〕的理念下坚持所谓的“客观证明”而未意识到所有的证明均为推导，而推导中假设的提出是基于特定情境，有时并不一定要基于实在的证据。

#### （四）推导与事实推定及经验法则

事实推定被认为是在已知一定事实存在的前提下，借助经验法则，推定另一未知事实的存在。已有学者提出：认定事实的一般方法是证明事实，推定则是选择事实，推定的实质最集中地体现在择优上。〔46〕由于事实推定中的基础事实与推定事实之间是选择关系，所以根据基础事实认定的推定事实只具有一定程度的似真性。为了减少由此产生的错误，基础事实得到证明时只能初步认定推定事实成立，事实推定的效力还处于待定状态，并给予被告人反驳的机会；如果被告人没有提出反驳，反驳缺乏必要的理由、证据，或者反驳意见被驳回，则事实推定生效。

关于推定的效力，有的学者认为事实推定在于免除了主张推定事实的一方当事人的举证责任而使另一方负反对推定事实的举证责任。要进行推定必须先确认一定的经验规则，这其实是将事实推定与法律推定按照同样的机制来对待。法律推定虽然是事实推定的定型化，但一旦由法律明确规定，体现的就是法律的意志，法律推定确实具有转换（客观）证明责任的效果。但证明责任的分配何以可能因为一个纯粹的事实过程而发生改变呢？而事实推定只是暂定真实，必须接受实际证据的检验，但主张推定的人无需首先证明推定为真，而是将推翻推定事实的责任（提供反证的责任）加之于反对推定的当事人一方。事实推定是推导的典型表现形式，单个事实上的直接推导往往与特定经验规则相联系，整个案情的推导（推论链）则是人类探索未知事物的一个缩影。事实推定其实就是推测，遵循的正是推导的模式。从这一视角来看，对刑事诉讼中是否存在或应否允许事实推定就容易得出答案：如果我们认识到以证据证明案件事实其实就是推理，则完全没有理由排除“事实推定”的运用。之所以刑事诉讼中表面上很难有事实推定存在，不过是因为刑事诉讼的证明标准是排除合理怀疑，而推定往往很难达到如此高的似真性，但这并非绝对排除在特定情境下提出假设并加以验证的可能性。

事实推定中的核心要素是经验法则的选择与运用。经验法则在审判中的运用近年来日益受到关注，特别是曾经轰动一时的南京“彭宇案”因其判决时多处使用经验法则而引起公众热烈讨论并遭到了学界的普遍指责。其实法官在本案事实认定过程中所使用的并非什么经验法则，而是推导，只是其中有些推测并未经受充分的检验。凭心而论，彭宇案中法官的事实判断（原被告相撞）确是一种相当可能成立的假设，这种判断从推导（及威格摩尔意义上的推论链）的角度观察，有一定的合理性，只是因为主审法官未明确意识到他所作的是推导，而在判决书中多处使用了“常理”、“日常生活经验”、“社会情理”这样的概念，〔47〕就被学者批评为错误运用经验法则。提出假设总是要根据生活经验，但司法裁判中的经验参与更多是隐性的，并非总是表现为三段论推理大前提的“经验法则”。根据生活经验推论出来的假设是似真的或可错的。其实当我们选择“法则”这一词时也就隐含着对那种不能按形式逻辑“范式”得出结论的情形仍然在潜意识里遵循演绎逻辑，期待经验法则如同法律规范一样充当大前提，已证明事实作为小前提，从而推论出待证事实作为结论，并且将这种大前提成立的概然性值传递给依此推论的案件事实。正是在此意义上，张卫平教授认为经验法则应该具有高度盖然性、具有法则性，甚至是没有例外的，并指出正因彭宇案中法官所运用的经验法则的非高度盖然性决定了事实认定的错误性。〔48〕

〔45〕 有关我国民事审判中事实探知的绝对化理念的分析，参见张卫平：《事实探知：绝对化倾向及其消解——对一种民事审判理念的自省》，《法学研究》2001年第4期。

〔46〕 参见裴苍龄：《再论推定》，《法学研究》2006年第3期。

〔47〕 参见前引〔11〕，彭宇案。

〔48〕 参见张卫平：《认识经验法则》，《清华法学》2008年第6期。

然而，绝对无误的经验法则只能存在于我们的想象之中，现实中不存在不可推翻的经验法则，因为社会生活没有绝对的规律。运用生活经验推论事实所遵循的既不是演绎也不是归纳。事实推定所借助的经验法则的似真性不等于在所有情形下都具有压倒优势的盖然性，是否可从已知事实认定一定假设的成立，主要取决于具体情势，而非脱离本案具体情形的经验法则的普遍性。推导出的事实的似真性也不是传导自相关经验法则的概然性，而是由具体情境所赋予。因此，不能由经验法则的概然性的高低来评判由此推导的事实真伪，即使依具有极高概然性的经验法则推导出的事实也可能是虚假的，因为经验法则不可能排除例外，而本案情形可能就是那个例外；同理，概然性较低的经验法则也并非就不能作为事实推导的基础，因为本案的具体情势可能就决定了推导结果的高度似真性。推定所基于的经验法则具有高度盖然性并不能保证推定事实的正确性，因为事实推测的可靠性并不是根据某类事实发生的概率值来决定的，而是根据每个被考虑命题的外部支持来决定的。这种可靠性具体通过主体对案件事实的确信度来体现。推导的运用是情境性的，这种“情境依赖”的判断性质决定了置身于审判之外的学者很难恰当评价以直接言辞方式审理案件的法官的事实判断。对案件事实的推导不可能依据经验法则的概率值进行形而上学的演算，而必须具体情境具体分析。在不同的案件中依据同一经验法则进行事实判断的结果却可能是迥异的。在一个特定案件中被认为理所当然而不需讨论的经验依据，在另一个案件中却可能是非常有争议和易受质疑的。

## 五、推导的实际效用及意义

道格拉斯·沃尔顿指出：一旦引入推导的概念，人们就会看到它作为分析法律证据的工具是如此强劲，虽然并非所有的可撤销的论证形式皆为推导，但推导在法律证据方面的重要性仍不难理解。<sup>〔49〕</sup>对案件事实认定过程的推测（心理学上）或推导（逻辑上）本质的认识并不会导致心证的滥用，也无损证据与证明的意义。了解推导的客观存在并认识事实认定的推导本质，反而有助于真正认识清楚证据法中的一些“迷思概念”与疑难问题，也有助于我们清醒地认识到这一方式的局限并设法将其控制在合理的限度内。正如科学研究一定是在未保证你能获得真理的条件下进行的，诉讼的事实证明与认定也不可能按照确定的规则就能得到绝对正确的结果，现实已反复证明任何案件均不因其正确的逻辑推理而不会被时间证明为错案。诉讼证明的可错本质启示我们再完善的程序设计都不可能完全取代法官的功能。在诉讼制度的设计上，我们确实应持一种相对合理主义的态度：“没有最好，只有更好”。

我们也不必过于担心承认司法证明的似真（可错）本质就会使事实认定滑入不可知论的泥淖。推导是司法证明的本质，对案件事实的推导是一种司法的实践理性，在这一过程中，我们必须抱有足够的细心与谨慎。现代诉讼证明是置于对话与争议语境中的活动，司法证明应当遵循的就是诉讼程序规则，所谓的事实真相就是经双方当事人充分对抗辩论后的证立。认识到证据的可废止本质，将使我们的证据与证明观念从理想主义回到现实。证据是推导成立的基础，某个证据即使后来在某个方面是有疑问的或不可信的，以至于它被更好的证据替换掉了，但当时它确实是证据且是真正的证据。证据的本质不是客观性，证据概念不应是某种超验的客观的反映，而只是法官认定案件事实的根据，是在诉讼程序中依经验对案件信息的具体把握。这就避免了对证据的形而上界定及在现实中对证据的无止境的怀疑，从而将诉讼关注的重心从法官作为认知主体的认识过程重置于争论双方的论证这一程序过程，诉讼事实认定的哲学基础将从知识理性置换为交往

〔49〕 前引〔12〕，Douglas Walton书，第162页。

理性。揭示了诉讼证明的逻辑/心理机制是推导/推测，并不表示在诉讼中就可能对案件事实进行任意推测，诉讼证明活动仍然必须（甚至应更强调）遵循诉讼程序及证据规则。如此才能避免事实认定的主观随意，增强正当程序对事实认定的保障。

在推导的视角下，案件事实的认定依据可能超越通常意义上的实在“证据”范畴，而包涵与案件有关的更多信息。实际上，中国古代判决中的“推理求情”及现代日本作为自由心证依据的所谓“辩论全旨趣”均未将事实认定依据限定在有限形式的证据范围内。在威格摩尔推论链和论证图式理论中，情况证据或辅助性证据同实质证据共同发挥着对结论的支持或验证作用。如在普通公众意识里，有无作案动机就是嫌疑人是否作案的一个非常重要的推测因素（这也许就是前述威格摩尔所举的预谋杀人的例子的真意），而在诉讼证明中，犯罪动机甚至不是证明对象（正是为避免非理性的随意推测，而不允许仅凭推测定罪，以保证司法的理性）。但实际上，诸如犯罪动机等“辅助证据”作为一种影响实践推导的因素仍在起着隐性的作用：它是诉讼证明的参数，隐性地加强或减弱了“实质证据”的作用，并影响最终的心证；表面上看到的是实质证据的证明，而“背景知识”则在后台起着强劲的牵引作用。根据一般生活情理即可推测某犯罪嫌疑人有无犯罪动机，特别是在没有其他较合理的替代假设时，犯罪动机强烈地引导着假设的提出。即所谓“如果不是他，还会有谁？”，这一反问具有不可小视的说服力。它会在整个诉讼过程中萦绕在我们心里，直到出现另一种更合理的替代解释。如果不幸难以提出替代解释，那是否意味着现有的最佳解释就是案件（暂时的）“真相”？对此的回答是肯定的，但必须明确的是，刑事诉讼的证明责任分配决定了犯罪嫌疑人无需对事实的无法解释负责，排除合理怀疑的证明标准也保证了认定犯罪的严格性：在这里不允许存在尚有竞争性假设的推导。控方应考虑并排除其他不与证据信息相抵牾的假设，特别应注意的是不能反向要求被告方提出替代假设，尤其是不能要求被告方提出证据证伪控方的这种假设。刑事错案多在案件事有巧合，“有想象力的犯罪”情形遭遇“无想象力的司法”，古代的“窦娥冤”、“十五贯”，当代的聂树斌、杜培武、佘祥林案无不如此。

相较于演绎及归纳而言，推导作为一种似真推理显然是不精确的，并且容易被案件中进一步的证据推翻。推导作为一种推理方式似乎已经违背了传统逻辑对于确定性与单调性的执著追求，预示了逻辑学的认识论回归。现代逻辑学家倾向于不把推导作为逻辑的一部分，因为传统逻辑被认为是一门精确的科学，如果承认推导的逻辑类型，将引起对逻辑作为一门学科的范围和性质进行重新定位。但承认推导的意义在于：它是在不完全信息情况下认识案件事实的唯一方法。除了这种实用方面，推导在司法中的另一方面意义在于公正地评价证据的重要性和必要性。我们之所以需要法官，就是为了解决最疑难、最不确定的案件，而那些事实清楚的纠纷极可能根本不会进入法庭。证明责任机制的最主要功能不在于作为事实无法查明时的替代裁判方式，而在于以此为潜在风险的设置促使当事人尽力提供证据以使事实尽可能得到查明。换句话说，证明责任的主要功能在于避免最终出现“证明责任判决”，并因此内在规制当事人在诉讼中的主张及相应的证明活动。在促使当事人尽力举证之后，证明责任的功能即阶段性用尽，此时就需要法官尽可能对案件事实作出判断，必须对（不管事实方面还是法律方面）疑难的和不确定的案件作出裁决。当然，在诉讼的最后阶段，当法官用尽自由心证仍难以判断案件事实时，“证明责任”就会出场，引导法官作出一个形式精确的判断。但证明责任机制的运用应具谦抑性，而推导推理则体现了法官在证据调查或事实认定方面的能动性。推导中假设的提出有助于推动证明的具体化，从这一角度来看，也许心证不仅应在判决阶段才予开示，在推动诉讼的暂时转折点上也应及时披露，以给予当事人充分表达意见的机会，促使法官与当事人协同与互动。在这方面，轰动全国的广东法官“莫兆军案件”就是一个很好的启示。该案中，法官运用了证明责任分配的规则，判处原告因举

证不能而败诉，而因“证明责任”被判败诉的那对夫妇最后在法院门口喝药自杀。<sup>[50]</sup>虽然笔者亦认为本案法官确实不应对此承担刑事法律责任，但本案判决也确实不能称作是一个好判决：直接的证明责任判决构成了对当事人的突袭。推导的运用则可能及时地提出作为进一步证明活动的假设，由此推动诉讼具体证明活动的进展，不至于造成判决的突袭。

推导的似真本质决定了诉讼中不可能绝对避免错案的发生。在罗尔斯的正义理论中，刑事诉讼（民事诉讼也同样）即是作为一种“不完善的程序正义”类型的例证。<sup>[51]</sup>这意味着虽然存在案件实质结果正确与否的标准，但却无法设计出一种在所有情况下都能达到正确结果的诉讼程序。再完美的程序设计也无法绝对避免错误裁判结果的出现，这种司法实用主义的洞见也许会促使我们告别理想主义的臆想，转而以恰当的谨慎来对待本质上可错的推导。推导理论的提出确实是对证明标准上的“客观真实论”的一种怀疑，但它不是形而上意义上的那种对外在世界是否存在怀疑，而只是一种常识意义上的怀疑，是一种科学思想和实用主义的怀疑。通过证据推导案件事实只是一种推测也许动摇了辩证唯物主义认识论指导下的发现案件事实真相的客观性，但在动摇这种本体论上的客观性的同时，对于无法证实的命题，以推导这一不精确的推理方法获得的这种主体商谈意义上的客观性毕竟也还是一种客观性，虽然是一种波斯纳所谓的“通常比较文弱的客观性”。<sup>[52]</sup>坚持辩证唯物主义的传统学者多已认识到认识论的辩证法，承认诉讼程序不等于哲学上的人类认识活动，但这不是问题的关键。辩证唯物主义认识论作为真理也有它的适用范围，不同于辩证唯物主义认识论关注认识与实践的辩证关系的是，诉讼证明关注的只是认识本身。因此，辩证唯物主义认识论在此领域并不适用，类似于“实践是检验真理的唯一标准”之类的话语在诉讼证明中没有任何意义。实用主义者认为，真理是自由探索对研究对象的最终发现。“注定为所有研究者最终同意的意见就是我们所说的真理”。在实践中，人们无法将真理同那些不得不信的东西区分开来，并注意到共识是一种非常合法的尽管不免出错的正当化方法。<sup>[53]</sup>这种“真理共识论”所谓的真理实际上就是将认识结论交给一个随着时间展开的信仰形成过程来裁断。而且，这种认识在诉讼中还有与波普尔及实用主义的知识观不尽相同的一点：诉讼应尽可能快地对案件“真相”作出裁断，越是时间久远就越不可能发现事实真相。

总而言之，推导作为一种事实认定方式的特性及局限性都非常明显。传统证据理论假定了事实认定存在一个高度精确和客观的标准，而事实认定的推导理论则显示了一个相当宽容的低标准，它诉诸普通人的日常生活经验与经历。根据那些主张传统理论的人的标准，推导理论似乎太随意和粗疏，推导的逻辑不能以客观、科学的方法通过足够高的实验科学标准使证据得到量化和检验。推导的有效性很难保证，但它对于诉讼事实发现的意义又格外重大，因此，为推导的运用创设若干尽可能提高其有效性的制度环境条件便具有十分重要的意义。当前几乎已经达成的一致认识是，对案件事实无法进行自然科学式的证明，社会事件的发生不是决定论的。诉讼证明的“回溯”或“解释”性质决定了对过去事实的认识只能是某种推理，而这种推理在诉讼过程中被置入当事人对抗的“寻求最佳解释”的论证结构之中。推导确实存在不确定性，但进行推导的唯一理由就是因为推导是可能找到合理解释的仅有方法。推导思想的提出与实用主义有密切关系。法律实用主义的核心是实用主义的司法，后者的核心是强调司法要关心后果以及因此而来的基于

[50] 参见曹三明：《“以证据为基础”是法官认定案件事实的基本准则——从一起“被告败诉自杀，法官被捕受审”案件谈起》，《人民法院报》2003年7月7日。

[51] 参见[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第86页。

[52] 参见前引[9]，波斯纳书，第152页。

[53] 同上书，第145页。

后果而不是基于概念和一般性而作出政策判断的倾向。<sup>〔54〕</sup>在事实认定方面,也就是要求不沉溺于证明责任、演绎归纳方法等追求概念普遍性、理论清晰性、逻辑严密性的裁判方法,而强调事实认定的適切性与灵活性,要求专注于案件中的细节或具体情境,这种情境性的判断也就是具体问题具体分析。现实地对待这种不确定性逻辑将使得对司法裁判的评价逐渐融合专业与社会或形式与实质的两分。这种裁判事实认定上的“祛魅”必将有助于打破司法与社会的隔膜,提升司法的公信力。推导推理值得我们认真对待!

---

**Abstract:** In China, there is little serious discussion on the issue about the logical basis of the fact—finding course based on evidence. There are practical shortcomings in the traditional philosophy and logical theory of evidence and proof. That is, the facts of the case can never be obtained by precise logical reasoning, and the deductive and inductive reasoning of formal logic can not explain the fact—finding course by evidence reasonably. In fact, evidence can not be used to restore the truth, but can only provide support for certain hypotheses. In the judiciary, the method used to determine the facts is actually the so—called speculation in our daily language and psychology, whose logical form is abduction. As the third type of logical reasoning, this defeasible and contextual reasoning fits the logical form of the fact—finding proceedings.

Charles Sanders Peirce, the founder of American pragmatism, was the first philosopher to give abduction a logical form. Abduction is a reasoning process invoked to explain a puzzling observation. Unlike deduction or induction, it is a non—monotonic reasoning. This theory well integrates the sharp distinction between the so—called “discovery” and “justification”.

The notion of abduction is a powerful tool for the analysis of legal evidence. Although not all the defeasible argumentations are abduction, the importance of abduction in legal evidence is not hard to understand. The theory of abduction will impact the traditional theory of evidence law. From this perspective, we will form a new understanding about a lot of concepts and issues such as the standard of proof and the burden of proof, the direct evidence and the circumstantial evidence, the primary—face proof and the fishing expedition, the presumption of fact and the rule of thumb. Only with the awareness and understanding of the nature of fact—finding as abduction, and with a clear recognition of its defects, can we argue and compare various hypotheses carefully and test them with comprehensive information to avoid mistakes.

**Key Words:** abduction, legal proof, logical reasoning, pragmatism

---

〔54〕 参见 [美] 理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第217页。