

## 刑事诉讼中事实与法律区分的传统逻辑与解释路径

巩寒冰

**内容提要:**“事实与法律区分”服务于实用主义的功能需求。该区分的传统逻辑在世界范围内呈现着某种相似性。一方面是理论分类研究中的困境与争议,甚至“事实”与“法律”概念本身仍难以明确界分;另一方面是实践制度中的深度绑定,陪审制、审级制的发展与变革语境几乎混合了事实与法律相区分的研究。在我国,事实与法律区分同审级权限以及审判主体权限的划分存在密切关联,这种关联伴随着《人民陪审员法》的颁布引发了新的关注,但其蕴含的合理性问题及实际内涵并未获得明确表述。事实与法律在认识论领域的相似性,掩盖了它们在证据推理和狭义法律推理的推理形式之间,以及价值取向和形成机制方面的结构性差异。这些差异是司法理性化的深刻体现与内在动因,其本质是事实及其蕴含的真相价值对现代法律体系的根基性意义。是分配主义的功能性产物,旨在修补事实认定与法律适用间的“割裂”。

**关键词:**司法理性化 功能立场 审级制 证据推理 事实与法律

巩寒冰,河南财经政法大学刑事司法学院讲师。

在绝大多数场景中,我们对“事实”概念的认知和适用被视作理所当然,其被推定或假定为一系列可知的状态、过程或行为,<sup>[1]</sup>并为我们的感官和经验所把握,有学者称其“在初始水平上……是一个常识问题”。<sup>[2]</sup>而在法律语境中,“事实”却并非如此“不言自明”。“作为研究者,我们更能意识到‘事实’概念的问题性,然而,即便有了这种意识,我们在研究中仍然倾向于无意识地(视为理所当然地)建立并使用‘事实’”。<sup>[3]</sup>这种冲突,在彼得·利普顿(P. Lipton)教授看来再正常不过,他指出:“似乎人类就是被设计来完成

[1] “状态”,如故意或过失的心理情形;“过程”,如未遂中止的发生;“行为”,如杀人事件的发生。See John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, The Free Press, 1995, pp. 120 - 125.

[2] [新加坡]何福来:《事实认定》,张保生译,《证据科学》2019年第1期,第73页。

[3] Barbara Shapiro, *The Concept “Fact”: Legal Origins and Cultural Diffusion*, 26 *Albin: A Quarterly Journal Concerned with British Studies* 227, 1994, p. 252.

一些活动,而非去分析或探讨其合理性的”〔4〕在司法实践的事实认定活动中,具备基本素养的事实认定者或其他决策者通常能够非常好地胜任事实认定工作——解释证据、构建事实、利用事实进行推论、做出法律裁决——“但胜任是一回事,而理解其是怎样得以完成以及为何如此,往往是另一回事”。或许正是对“事实”进行理解或描述的复杂性,使得针对事实(法律概念亦然)的研究“大多数法律人并不看好先验分析的前景,而是提倡一种实用主义的方法”〔5〕而所谓的实用主义方法正是美国逻辑学家卡尔·亨佩尔(C. Hempel)在《科学解释的几个方面》一书中对经验常识的观察结论,“我们并非解释事件,只是解释事件的某个方面”〔6〕对此一个更清晰的表述方式是,“我们并不直接描述事物何以如此,而是在对照中寻求理解”〔7〕这种对照性分析的解释路径是如此地贴合逻辑思维的自然过程,以至于在绝大多数的法学研究当中,研究者会首先通过设置明确的对照而展开思考。“事实与法律区分”正是这种逻辑进路的产物。

## 一 事实与法律区分的西方起源与发展

### (一)最初的起源:英美法的传统与困境

第一,从陪审制下事实与法律区分的历史起源看,事实与法律问题区分的出现相对晚近。在主要英语国家的文化传统、历史、哲学乃至自然科学研究中,有关“事实或事实问题”的探讨,均被认为“最早起源于法律语境”〔8〕而在《法律法语》〔9〕词典广泛用于法律文书和诉讼程序的 12 世纪 60 年代到 14 世纪 70 年代间“事实问题”这一概念并未出现〔10〕在更广泛的视野下,尽管在英国经验主义研究传统中,有关事实的命题一直颇受关注,与事实认定有关的假定或其他技术手段曾被广泛地讨论和采用,但一种主要的观点是,研究中对事实或事实问题的认识均直接借用于或间接改编自法理学或法律哲学的相关研究〔11〕概言之,“事实问题”的探讨是在与“法律问题”的区别对照中,逐渐获得独立自省的,而这种对照首先发生在对陪审制度的现代反思中。按照美国学者夏皮罗的考察,托马斯·莫尔(Thomas More)1533 年在《塞勒姆和比赞的德贝拉西恩》(*Debellacyon of Salem and Bizance*)一书中探讨陪审团与法官职能区分问题时,首次区分了法律问题与事实问题的概念。〔12〕

〔4〕 Peter Lipton, *Inference to the Best Explanation* (Second edition), Routledge, 2004, pp. 11 - 12.

〔5〕 [新加坡]何福来:《事实认定》,张保生译,《证据科学》2019 年第 1 期,第 69 - 70 页。

〔6〕 Carl Hempel, *Aspects of Scientific Explanation*, The Free Press, 1965, pp. 421 - 423.

〔7〕 Alan Garfinkel, *Forms of Explanation*, Yale University Press, 1981, pp. 28 - 41.

〔8〕 Barbara Shapiro, The Concept “Fact”: Legal Origins and Cultural Diffusion, 26 *Albin: A Quarterly Journal Concerned with British Studies* 227, 1994, p. 252.

〔9〕 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 788 - 789 页。

〔10〕 事实问题(“matters of fact or choses en fait”)这一术语并未出现在《法律法语词典》或其他较早期的英语专业词典当中。See F. O. (ed.), *Law French Dictionary* (Second), Lawbook Exchange Ltd, 1718.

〔11〕 Barbara Shapiro, Law and Science in Seventeenth Century England, 21 *Stanford L. Rev.* 727, 1969, p. 766.

〔12〕 在托马斯·莫尔的研究中,一种特殊形式的审判吸引了他的注意,其中陪审团负责裁决事实问题,而法官负责法律事实和事实问题。Barbara Shapiro, The Concept “Fact”: Legal Origins and Cultural Diffusion, 26 *Albin: A Quarterly Journal Concerned with British Studies* 227, 1994, p. 229.

美国证据法学者詹姆斯·赛耶(J. B. Thayer)也认为,与陪审团裁决相关的事实与法律的区分在某种程度上等同于法官与陪审团职能事项的区分,<sup>[13]</sup>也即事实与法律问题的区分。这对应了英国学者爱德华·库克和赛耶等人在相关著作中反复引用的格言“陪审团必须解决事实问题,法官必须解决法律问题”,<sup>[14]</sup>这一法谚也被我国学者在有关刑事陪审中的事实与法律问题研究中普遍引用。<sup>[15]</sup>因此,事实首先从法律语境中分离,这一分离发生在陪审团向事实裁判者角色转变的过程中。正是在这个意义上,事实与法律的区分可看作是近现代西方陪审制研究的产物。托克维尔指出:“陪审制度首先是一种政治制度,应当把它看成是人民主权的一种形式。”<sup>[16]</sup>而事实与法律区分为这一政治制度司法功能的发挥提供了基础。正如赛耶所言,事实与法律的区分是陪审团员(人民)演变为裁判者的必要条件。其中托克维尔赋予了陪审制以更广泛的意义,按照其观点,刑事诉讼是“以常识容易辨别的单纯事实为依据”的,这奠定了人民参与司法的基础,也正是在这一点上“陪审团与法官平权”。<sup>[17]</sup>值得一提的是,我国人民陪审员制度的确立也被认为是“中国特色民主政治制度的组成部分”,<sup>[18]</sup>这种东西方的呼应,构成了事实与法律区分研究在经验常识和逻辑理性上的共识基础。

第二,是现代法庭证明活动的区分困境。尽管事实与法律区分在很大程度上同陪审团和法官职能分离相对应,甚至在英美传统最开始的探讨中,其被认为与陪审团和法官职能的区分探讨几乎是等值的命题,但围绕其确切源起的争论实际并未形成一致观点。美国证据法学家罗纳德·艾伦毫不讳言,“唯一超过事实与法律区分重要性的是其神秘性”。<sup>[19]</sup>按照这种对照性分析的研究思路,事实与法律区分“看起来暗示着某种前置或预设的不兼容性”。<sup>[20]</sup>理想的陪审团和法官应各司其职。其中事实问题涉及的是“运用证据推理寻求事实真相的过程,其主要任务是为法律推理提供小前提”。而法律问题描述的是“根据事实真相检索和解释法律规则,并运用三段论推理得出法律结论的过程”。<sup>[21]</sup>然而这种“不兼容性”仅仅存在于理论上。换言之,历史考察仅能提供一种形式上的参考。美国联邦最高法院在一些判例中称这种区分是“难以捉摸”“不可靠”“令事实认定者苦恼的”。<sup>[22]</sup>

[13] 赛耶认为在追寻陪审团形成的漫长历史及其如何演变成裁判者的过程时,我们应当注意到事实从法律中分离是这一过程形成的必要条件,这种分离甚至扮演着形塑整个法律体系的重要角色。See James B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, p. 183.

[14] “ad quaestionem facti non respondent iudices, ad quaestionem juris non respondent juratores”,赛耶认为这一曾被库克经常引用的法律格言,是由精通英文、法文和拉丁文的英国学者布莱克顿(Bracton)所表述。See James B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, pp. 183 - 185.

[15] 参见陈学权:《刑事陪审中法律问题与事实问题的区分》,《中国法学》2017年第1期,第53页;魏晓娜:《刑事审判中的事实问题与法律问题》,《中外法学》2019年第6期,第1580页;陈杭平:《论“事实问题”与“法律问题”的区分》,《中外法学》2011年第2期,第322页。

[16] [法]托克维尔著:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆2013年版,第346页。

[17] [法]托克维尔著:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆2013年版,第344-350页。

[18] 姚宝华:《论人民陪审员制度的功能定位》,《法律适用》2017年第11期,第89-91页。

[19] Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, *The Myth of The Law-Fact Distinction*, 97 *Nw. U. L. Rev.* 1769, 2002, p. 1808.

[20] 一般情况下,被选择作为对照组的两个概念应代表某种体现在工作流程或特定目标上的差异性特征。See John W. Carroll, *Lipton on Compatible Contrasts*, 57 *Analysis* 170, 1997, p. 178.

[21] 张保生:《事实认定及其在法律推理中的作用》,《浙江社会科学》2019年第6期,第25页。

[22] See *Miller v. Fenton*, 474 U. S. 104 (1985); *Thompson v. Keohane*, 516 U. S. 99 (1995).

因为“根本没有将事实认定问题从法律结论中区分出来的规则和原则”。<sup>[23]</sup>而在另外一些案例的判决中出现了“法官在论证其‘认定何者为事实结论’的合理依据时,居然是依靠回溯法官和陪审团的职能区分本身”。<sup>[24]</sup>概言之,在法律系统中实质上缺乏评估判定何为事实、何为法律的具体标准,甚至有些情节或片段可以同时作两种归类,例如,刑法中关于疏忽大意过失的认定,它们既是关系犯罪构成的法律问题,也是事实认定的相关事项。诚然其成因是复杂的,但这种区分本身缺乏严格的理论论证和分析,而侧重修辞式的表述应是重要原因。

第三,体现于实用主义倾向的研究转变中,在英美法系的研究者开始探求区分的功能性表达中,一些研究者指出,现代法律语境中的“事实”概念诞生于早期“非理性的证明方式被以理性调查和重要的证据筛选为标志的复杂的证据系统所取代”<sup>[25]</sup>的过程。在这个过程中,证据裁判原则确立,证据大量出现在法庭中,形成了连接法律和事实的枢纽,服务于法律框架下的事实认定活动。一方面法律通过规制评价证据和证明活动影响事实,另一方面事实通过证据和证明活动获得法律上的表达。尽管“事实”取决于客观世界的存在本身,但事实认定或者说审判活动中事实问题的解决却依赖于法律的裁决。这是因为“事实包含在个体参与的一种行为或一起事件中,该行为或事件可以被知晓却无法在法庭审判时被直接观察”,<sup>[26]</sup>而通过一定程序建构的证明活动恰好提供了法庭据以形成确信并做出法律裁判的基础。在这个意义上,事实与法律的区分源于证据及证明活动的发展与完善。“事实问题”的研究旨在解决理性经验对历史事实的把握,其关注具体的地方性现象,是经验认识论的关注领域;而“法律问题”旨在表达概括性的整体层面,正是“对适用于多数案件的一般性规则的期待创造了法律概念”。<sup>[27]</sup>其尤为关注逻辑体系的自洽性和法律思维的连贯性。即便在判例法国家,也从不缺少在相关判例中寻求提炼某种规范性表达的尝试。<sup>[28]</sup>因此,一个问题究竟是被贴上“事实”的标签还是“法律”的标签,有着重要的结果意义。<sup>[29]</sup>我们应当从结果去考察,而不要尝试从源头去厘清。也因此“尽管法律与事实二分服务于关键的教义学功能,但法律与事实之间的界限却并不清晰”。<sup>[30]</sup>对此英国证据法学家威廉·特文宁(W. Twining)指出,“法律与事实的区分界限以脆弱出名,而这在整个西方法律系统中,是一个一般性的问题”。<sup>[31]</sup>

[23] Pullman-Standard v. Swint, 456 US 273 (1982).

[24] Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U. S. 424 (2001).

[25] See R. C. Caenegem, The English Common Law, A Divergence From the European Pattern, 47 *Legal History Review* 1, 1972, p. 8.

[26] Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, Facts in Law and Facts of Law, 7 *International Journal of Evidence & Proof* 153, 2003, p. 171.

[27] Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, The Myth of The Law-Fact Distinction, 97 *Nw. U. L. Rev.* 1769, 2002, p. 1808.

[28] 例如,从弗赖伊案到多伯特案的法官判决,再到证据规则起草委员会的注释,即包含了法规范逻辑体系的建立和完善过程。巩寒冰:《专家证据评判标准的演进思考》,《时代法学》2013年第6期,第54-56页。

[29] Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, The Myth of The Law-Fact Distinction, 97 *Nw. U. L. Rev.* 1769, 2002, p. 1808.

[30] Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, Facts in Law and Facts of Law, 7 *International Journal of Evidence & Proof* 153, 2003, p. 171.

[31] William Twining, Civilians Don't Cry: A Comment on Mirjan Damaska's "Rational and Irrational Proof Revisited", 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 69, 1997, p. 75.

## (二) 欧洲大陆“混淆的事实与法律”及其发展

达玛斯卡指出,对整个欧陆法律系统而言,事实与法律分类的相关研究都是“比较新颖的视角”。<sup>[32]</sup> 此处所谓的“新”,不仅是指出现时间晚,更是指与旧有体系和价值目标不相契合的“立异”之新。对欧洲大陆的传统理性主义而言,事实与法律区分的问题是“通过立法的形式直接赋予事项以规范效力”,<sup>[33]</sup> 这使得上述区分在欧洲大陆呈现出明确的规范性特征。而这种从规范理性发展起来的对“相对周全的立法框架”的追求,因立法者无法凭借理性避免法律体系内部的矛盾冲突,预见全部的构成事实,<sup>[34]</sup> 而最终走向了相反的演进路线。这反而破除了他们形成如英美同行对先例和尚古的尊崇,使得对“难以理解的成文法,人人都可以研讨”。<sup>[35]</sup> 在实用主义的驱动下,出现了多样化的难以归类的划分依据。这种实用主义倾向伴随着外部政策和内在逻辑等影响而发生变化,体现在以下两个方面:一方面,基于历史原因,在前现代相当长一段时期内,欧洲法律体系的诉讼目标是所谓“‘正确’放宽对罪错认定”<sup>[36]</sup> 的矫枉过程。在这一目标之下,诉讼活动的整体价值取向获得了新的解读,即与特定事实的真相无关(或不主要与此相关),而主要与主张或辩护所蕴含的公平、正义等价值相关。另一方面,欧洲大陆素有对法典化的文本、抽象化规则的喜好,这种欧式理性传统自然体现在“事实”研究层面。事实作为引起法律规则适用的前提,在法律推理活动中逐渐受到了影响。体现为法律中的“事实”距离生活中的“事实”愈发遥远。被抽象法律语词和思维编辑加工过的,并在法庭上表述重构的事实,构建了一幕人为痕迹明显的“与法律相关的虚拟世界”。

上述变量使得大陆法系裁判所依赖的事实基础变得越来越模糊。而“事实”研究本身的模糊又造成了法律与事实之间界限的混淆,表现为缺乏区分的明确边界。也因此“法律与事实的划分……更多地是一种理性的启示,而非裁判的现实”。<sup>[37]</sup> 但也有相当多的欧洲学者将这一“混淆”状况视作“格式塔”式的动态整体,即不应当脱离具体的社会(司法系统)情况去评价或探讨相关状态。事实与法律的“混淆”并不是抽象存在的,它是被嵌套在特定的社会文化背景当中的,孤立地探讨事实认定活动是没有意义的。比如在德国,“事实与法律的分类研究一直到16世纪才出现,它是与司法行政机关的律师化以及将上诉审作为常规化手段引入大陆法系的改造同步产生的”,<sup>[38]</sup> 有着完全不同于普通法系职业法官与陪审团二元式法庭的演进路径。又比如,大陆法系的单一裁判主体职业法

[32] Mirjan Damaska, *Rational and Irrational Proof Revisited*, 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 25, 1997, p. 28.

[33] 陈杭平:《论“事实问题”与“法律问题”的区分》,《中外法学》2011年第2期,第332-334页。

[34] 参见[美]约翰·亨利·梅利曼著:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第23页。

[35] [法]托克维尔著:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆2013年版,第338页。

[36] Mirjan Damaska, *Rational and Irrational Proof Revisited*, 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 25, 1997, p. 26.

[37] Mirjan Damaska, *Rational and Irrational Proof Revisited*, 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 25, 1997, p. 28.

[38] Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit 185-188 (1967)*, Quoted in Mirjan Damaska, *Rational and Irrational Proof Revisited*, 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 25, 1997, p. 28.

官负责“裁决证据并认定事实”,<sup>[39]</sup>使得“事实与法律区分”在欧陆法庭上的存在感似乎远不及在英美“二元法庭”鲜明。这种观点也一定程度上得到了欧洲大陆审级制度设置的支持与佐证,如德国的“续审制”是“阶段性和间断性”<sup>[40]</sup>的事实调查方式,在各个审级之间不存在明确的法律审或事实审的区别。而法国审级制度的司法改革也朝向进一步打破不同审级之间(从下至上的)关于事实审或法律审的分工。<sup>[41]</sup>

总而言之,“事实”与“法律”这对术语本身及其划分依据在理论和实践中仍然存在很多争议,这些争议又与特定的社会文化背景相关。就概念而言,如在对淫秽物品的认定中,识别物品所包含的明显的性行为或性特征,与其说是“发现”事实的过程,不如说是依据具体的法律适用标准“构造”事实的过程。在这样的案例中,很难区分究竟是适用法律规则的问题还是认定事实的问题。而当概念争议结合特定文化背景时,情况变得更为复杂。如在早期的文明群体中,对超自然力量的普遍信奉被认为是社会现实的一个重要部分,作为当时的事实认定者,很难不在神明裁判或宣誓裁判中,将之视为“事实”。

综上,同英美最初的理论分类探索相较,事实与法律区分研究在欧陆体系的诞生之初,便承载着鲜明的功能性需求,其同律师化、审级制等司法制度变革存在着密切关联,这也对应了英美陪审制下的实践需求。而欧陆法系“规范化事实”的研究,及由此造成的理论研究中“混淆的事实与法律”的分类,同英美法系的“区分困境”也存在着颇多相似之处。通过梳理分析,可以窥见事实与法律区分的所谓“神秘性”。一方面是理论分类研究中的困境与争议,甚至“事实”与“法律”概念本身仍难以明确界分;另一方面是司法实践中的深度绑定,陪审制、审级制的发展与变革过程中几乎混合(甚至一度混同)了事实与法律相区分的研究。而这种情况也同样存在于我国的相关理论和实践研究中。

## 二 我国事实与法律区分的传统与反思

事实与法律问题的区分在世界范围内,有着某种基于经验常识以及理性思维的共识,这些共识是服务于功能性需求的,带有鲜明的实用主义色彩。这些共识明显地建立在三对变量的相互关系之上。其一,涉及事实与法律概念的常规用法;其二,涉及陪审团与法官以及初审法院与上诉审法院的结构关系;其三,涉及明确具体的地方性现象与概括的一般性规范的区别。<sup>[42]</sup>在我国,事实与法律区分的问题同样受到上述“三对变量”的影响。第一,就常规用法而言,我国《刑事诉讼法》条文规范中包含了大量事实与法律的比照使用,如对应着我国案件裁判的两大关键步骤,即认定事实与适用法律,但这种对照

[39] 牟绿叶:《英美非法证据排除的中间上诉制度初探》,《环球法律评论》2019年第2期,第150页。

[40] See Oscar G. Chase, Civil Litigation Delay in Italy and the United States, 36 *American Journal of Comparative Law* 41, 1988, p. 87.

[41] 有研究者指出,“法国司法改革方案实际上进一步扩展了传统事实审的覆盖范围”。傅郁林:《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》,《中国社会科学》2002年第4期,第87-89页。

[42] See Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, Facts in Law and Facts of Law, 7 *International Journal of Evidence & Proof* 153, 2003, p. 171; Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, The Myth of The Law-Fact Distinction, 97 *Nw. U. L. Rev.* 1769, 2002, p. 1808.

“是笼统的、直觉意义上的,并不特别计较其中的精确边界”。然其成因,在笔者看来,并非如有学者指出的,是我国刑事诉讼法疏于“权力配置”<sup>[43]</sup>所致,这种模糊是概念本身的范畴属性使然,正如文章开始所言,其中事实概念的问题性<sup>[44]</sup>最为突出。但概念本身的“模糊性”并不妨害事实认定者的实际判定和使用。第二,就结构性关系而言。我国也存在区分事实与法律关系的结构性基础。一方面,随着2018年《人民陪审员法》的颁布,有关人民陪审员参与审判的“二分式”<sup>[45]</sup>规定,使得“区分事实认定和法律适用,不再是纯粹的学术讨论……成为迫切的现实需要”。<sup>[46]</sup>上述规定起始于对人民陪审员参与审判权限的明确与细化,尤其在“七人合议庭”中,“四名陪审员—三名审判员”的结构性关系,确实引发了关于事实与法律区分的重新思考,但这种思考其实并未直接涵盖“事实问题”本身;另一方面,我国《刑事诉讼法》第236条“二审后的处理”,以及2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第349条、第350条“复核死刑缓期执行案件的处理”“复核死刑立即执行案件的处理”<sup>[47]</sup>的规定,也都体现了“一审程序—二审程序”“审判法院—复核法院”在处理事实与法律问题上的职能区分。不同于西方“初审—上诉审”结构中“上诉审是相对比较纯粹的法律审理程序”,<sup>[48]</sup>我国的“二审程序”呈现为混合模式,<sup>[49]</sup>即二审法院仅在适用法律有错误时才“应当改判”,而在“事实问题”出现错误时,“可以改判,也可发回重审”。但这些规定却也一定程度上体现了两级法院在处理事实与法律问题区分上的结构性差别。第三,从处理一般性问题与地方性现象的功能定位差别来看,我国“巡回法庭”的设置明显地体现了这种差别。刘贵祥法官认为最高人民法院的工作主旨是,“集中精力制定司法政策和司法解释,审理对统一法律适用有重大指导意义的案件”。而“巡回法庭”的设立主旨在于“就地解决纠纷”。胡云腾法官也指出,“巡回法庭将利用接近巡回区法院的便利条件,开展广泛的调查研究”,在案发地解决审判中的问题。<sup>[50]</sup>此外研究者和实务界也普遍认为,“分区设立巡回法庭,则不同区域的

[43] 魏晓娜教授得出这一论断的原因是,她认为,中国刑事诉讼法长期以来不以“事实问题”与“法律问题”的区分为刑事诉讼权力配置的依据。笔者认同魏教授对“事实”和“法律”概念本身模糊属性的认识,但其归结的“原因”其实混淆了上述“三对变量”的对应关系。事实与法律区分在涉及“结构性关系”时,才与权力配置发生联系。参见魏晓娜:《刑事审判中的事实问题与法律问题》,《中外法学》2020年第1期,第1579页。

[44] 这种问题性在整个法律体系中是普遍存在的。有学者探讨了民事领域的“准法律行为”概念,这一概念是介于“法律行为”和“事实行为”之间的存在,该学者甚至使用了“法律事实”的表述,这也从另一个角度展示了“法律”与“事实”概念的“问题性”。参见常鹏翱:《对准法律行为的体系化解读》,《环球法律评论》2014年第2期,第52-53页。

[45] 《人民陪审员法》第21条、第22条分别规定了人民陪审员在三人合议庭和七人合议庭中的职能差异。

[46] 魏晓娜:《刑事审判中的事实问题与法律问题》,《中外法学》2020年第1期,第1578-1580页。

[47] 其中第349条(三)(四)项规定:“原判认定事实正确,但适用法律有错误,或者量刑过重的,应当改判;原判事实不清、证据不足的,可以裁定不予核准,并撤销原判,发回重新审判,或者依法改判。”第350条(三)(四)(五)项也基本采用了类似表述。

[48] See Chad M. Oldfather, Appellate Courts, Historical Facts, and the Civil-Criminal Distinction, 57 *Vanderbilt L. Rev.* 437, 2004, p. 512.

[49] 有学者认为,“在我国刑事审级制度以解决纠纷为导向的情况下,二审程序只能是事实审理与法律审理之间的混合,而无法像美国那样孕育出相对独立的事实审理”。参见王超:《刑事审级制度的两种模式:以中美为例的比较分析》,《法学评论》2014年第1期,第166-167页。

[50] 参见刘贵祥、胡云腾:《巡回法庭:司法改革的“排头兵”——专访最高人民法院第一、第二巡回法庭庭长》,《中国法律评论》2015年第3期,第3-5页。

案件类型、数量会呈现不同特征”，巡回法庭可以更好地适应“区域案件发展形势和特征”。<sup>[51]</sup> 针对集中、多发的特定案件事实，事实认定者可以“着力打造这方面的司法能力”，<sup>[52]</sup>而这种能力显然不仅包括相关法律业务知识，更包含对地方性现象、办案环境、地区背景的充分了解和认识。

综上，如果认为《人民陪审员法》的颁布，使得事实与法律问题的区分具备了迫切的现实意义，那其实是忽视了这一问题存在的先前经验基础和其他配套制度。而这些潜在的因素已通过上述变量影响着我国司法实践中“事实与法律区分”的传统逻辑。笔者将从以下角度对其进行分析并阐述其中存在的问题。

### （一）区分审级权限及其合理性反思

在我国，“事实与法律区分问题”与法院级别相关。传统诉讼法理论认为，下级法院主要负责事实审，上级法院主要负责法律审。但这种区别是相对而言的，比如，中级人民法院是基层人民法院一审案件的二审法院，也是高级人民法院二审案件的一审法院（而最高人民法院也承担特定案件的一审程序）。因此这种区别是存在问题的，为何下级法院要负责事实审，而上级法院要负责法律审，这种区分的合理性何在？对此或可做这样的解释，我国并未建立专门的上诉审法院系统，未区分专门的初审法院和上诉审法院。我国的“上诉审法院”在实际的审级层级中，也可能同时充当初审法院。因此，用“事实与法律”的职能差别对应区分审级权限在我国的优势价值并不明确。

此外，这种区分在我国审判程序中，存在着权限混淆的风险。例如，在“转化型”抢劫案件中，一审法院在“事实认定”环节，认定被告人既存在盗窃的事实，也存在暴力相威胁、抗拒抓捕的事实，而在“定罪量刑”环节，却做出被告人犯盗窃罪，处 3 年有期徒刑的判决。此时，一审法院认定事实没有问题，只在定罪量刑过程中出现错误，那么（当被告人提起上诉后）二审法院依据我国《刑事诉讼法》第 236 条第（二）项规定，只能改判，不能发回重审；而同样是该案，如果一审法院在“事实认定”环节，仅认定了被告人的盗窃事实，而遗漏了其暴力相威胁、抗拒抓捕的事实时，那么二审法院依据我国《刑事诉讼法》第 236 条第（三）项规定，则可以发回重审。这一差别，在一定程度上反映了“事实与法律区分”在我国两审制中的侧重。值得反思的是，“盗窃事实”与“转化事实”尽管本质上都是在描述事实，但却存在法律评价上的性质差异，这种差异是基于我国《刑法》第 269 条“转化的抢劫罪”<sup>[53]</sup>规定而产生的，那么一审法院在识别“盗窃事实”与“转化事实”时出现的问题，或许就不能以属于“事实认定错误”一概而论。如果一审法院只是遗漏了“转化事实”，比如控诉方提交与之相关的证据后，法官未形成对“转化事实”的内心确信，那么此时属于“事实认定”范畴；如果是控诉方提交了能够证明“转化事实”的证据，法官也对此形成了内心确信，但却由于疏忽大意，而没有意识到其对定罪的影响，那么这种情况

[51] 纵博：《最高人民法院巡回法庭的设立背景、功能及设计构想》，《法律科学》2015 年第 2 期，第 75 页。

[52] 参见刘贵祥、胡云腾：《巡回法庭：司法改革的“排头兵”——专访最高人民法院第一、第二巡回法庭庭长》，《中国法律评论》2015 年第 3 期，第 4 页。

[53] 《刑法》第 269 条规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚。

就属于“法律适用”范畴。因此“事实与法律”对应审级权力的笼统划分将可能导致具体案件中的权限混淆。

## （二）事实与法律的区分与审判人员权限区分及特殊处理

“事实与法律区分问题”与审判人员身份相关联。就“事实问题”而言（无论简单或疑难），《人民陪审员法》确立了非职业人士的“外行”陪审员依据其一般经验和理性，能够很好地胜任甄别和判断工作。而传统观点也认为，人民陪审员作为法律的“外行”被立法者引进的考量因素之一，正是希望凭借其朴素、一般的生活经验冲抵或抑制职业法官在事实认定时的思维惯性或职业偏见，也因此出现在一审（事实审）中，主要负责对“事实”部分发表意见，进行评议。因此，事实层面的疑难与否并不具有法律意义。就“法律问题”而言，审判员负责全部法律问题的裁判。

如果区分到此为止，这种身份上的关联同西方的陪审制似乎有异曲同工之效。但事实是，《人民陪审员法》“三人合议庭”与“七人合议庭”规定的区分，使得陪审员要负责全部事实问题和简单的法律问题，职业法官负责全部法律问题和事实问题，这就与陪审团审判中的划分逻辑大相径庭，而这也是我国“事实与法律区分”研究所应关注的特殊所在。具体而言，尽管上述区分通过《人民陪审员法》规定的“人民陪审员”与“审判法官”的职能差异，获得了形式上的明确，即“事实问题”被定位为独立于“法律问题”之外的非职业的常识性经验性判断活动。但立法者将“事实问题和法律问题”做了进一步的划分，区分为“疑难的事实问题和法律问题”以及“简单的事实问题和法律问题”，对应的是“三人合议庭”和“七人合议庭”事实认定者的人数差别（可推知立法者假定处理疑难案件需要更多的事实认定者）。但实际上，这种差别并未涵盖到“如何区分事实问题”。因为按照规定，人民陪审员在三人合议庭中同职业法官“平权”，共同处理简单或疑难的事实问题以及简单的法律问题；而在七人合议庭中，人民陪审员同职业法官一样就简单或疑难的事实问题发表意见并表决，但只能就疑难的法律问题发表意见，不能参与表决。因此，这种区分的关键是区分法律问题，而非事实问题，而法律问题的区分又是由合议庭组成人数决定的。而人数是立法或司法程序预先确立的，也即实际上并不存在区分的问题。

## （三）结合域外研究的对照性反思

我国实践中“事实与法律区分”研究定位模糊的问题，对应了在事实与法律问题之间“很难找到一个清晰而明确的标准”<sup>[54]</sup>——这个已在域外研究实践中取得的广泛共识。就事实与法律区分而言，在形式上，其同我国审判主体权限的身份关联并不如条文规范显示的那样明确，而一直被认为纯粹“从事实的角度对最后真相进行表达”<sup>[55]</sup>的西方陪审团，实际上也“享有一定的适用法律权”。<sup>[56]</sup>在更深层次上，无论与我国审级权限相关联的传统观点，还是与西方“初审—上诉审”结构相绑定的普遍共识，其实都存在着相似的

[54] 参见 Pullman-Standard v. Swint, 456 U. S. 288 (1982)。转引自陈学权：《刑事陪审中法律问题与事实问题的区分》，《中国法学》2017年第1期，第58-59页。

[55] 王超：《刑事审级制度的两种模式：以中美为例的比较研究》，《法学评论》2014年第1期，第165页。

[56] 陈学权：《美国刑事审判陪审团适用法律权述评》，《比较法研究》2017年第2期，第77页。

片面认知。传统观点认为,英美“初审程序在一般情况下具备终审的性质”,<sup>[57]</sup>其终审性质源于初审程序的事实认定者(陪审团)在裁决事实问题方面的“权威性”,而这种权威性(传统上被认为)源于“历史传承”和“实践经验”。从历史发展的必然来看,陪审团制度是基督信仰体系中普通法法官转嫁道德危险的精神慰藉,其合理性已经融入普通法制度的精神基因,成为一种历史必然。<sup>[58]</sup>从实践经验的现状来看,基于“上诉法院很少能够成功挑战初审法院认定的案件事实”,<sup>[59]</sup>传统研究推论认为,陪审团通过直接“观察”与案件结果有利害关系的诉讼双方的激烈对抗,能够最大程度地获得解决事实问题的“第一手材料”和“经过感官接触的材料和信息”。<sup>[60]</sup>因此,陪审团对事实问题的裁决能力和条件优于上诉审法官。

然而现实并不完全如此,文本的优势被普遍低估。有研究者指出,“基于文本来源信息而形成的思考结论,在系统性和理性化程度方面,要明显优于形成于口头表述信息的认识”。<sup>[61]</sup>上诉审的“书面”审查在某种意义上并不影响上诉审法官对事实问题的认识和判断,反而更有利于得出法律语境下的理性结论,传统观点很可能夸大了陪审团在处理事实问题方面的相对优势。越来越多的研究表明,法律外行的陪审团成员在运用行为证据评估对象的可信性及准确性方面的表现并不尽如人意,那些传统上认为能够发挥陪审团在事实认定方面优势的“现场感受”实则存在很多误导性问题。<sup>[62]</sup>此外,“上诉审”的职业法官们易受职业惯性和固化思维影响的论调缺乏理论和实证研究的支撑,相反,他们在依据间接证据或实物证据展开推论进行理性评估方面的能力,相较陪审团成员而言,不存在任何不足。<sup>[63]</sup>并且,上诉法院的职业法官在案件经验和宏观视角方面同样具备自身优势,<sup>[64]</sup>并非像传统观点中认为的,只有初审法院系统的事实认定者才具备广泛的事实认定经验和条

[57] [美]米尔伊安·R.达玛什卡著:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第321页。

[58] 在基督信仰中,法官常常承受着审判“僭越神的权力”带来的精神压力以及来自审判中被告一方复仇的危险。陪审团也被认为“一直是一个让法官免于道德危险的制度设计”。参见[美]詹姆士·Q.惠特曼著:《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》,倡化强、李伟译,中国政法大学出版社2012年版,第15-17、189-192页。

[59] See Michael Hannon, A Closer Look at Unpublished Opinions in the United States Courts of Appeals, 3 *J. APP. PRAC. & PROC.* 199, 2001, p. 221.

[60] See Chad M. Oldfather, Appellate Courts, Historical Facts, and the Civil-Criminal Distinction, 57 *Vanderbilt L. Rev.* 437, 2004, p. 512.

[61] 研究者系统探讨了口头表述(直接言词)与书面审查之间的差别。诚然直接言词原则是现代诉讼法的基本原则,但仅就事实认定的理性、准确性要求而言,二者之间的优劣差别并非如传统观点所述。See David R. Olson, From Utterance to Text: The Bias of Language in Speech and Writing, 47 *Harv. Educ. Rev.* 257, 1977, p. 263.

[62] 证人及当事人展现在法庭上的行为举止常常具有很大的欺骗性,实践中会表现为对陪审团裁决的误导和不利影响。See Nancy L. Stein & Peter A. Ornstein (eds.), *Memory for Everyday and Emotional Events*, Psychology Press, 1991, p. 333.

[63] See Robert J. Gregory, Whose Reasonable Doubt? Reconsidering the Appropriate Role of the Reviewing Court in the Criminal Decision Making Process, 24 *Am. Crim. L. Rev.* 911, 1987, p. 952.

[64] 尽管美国杜克大学阿蒂·莱教授对上诉审法院在事实认定中的经验性优势研究是以专利法为背景探讨展开的,(See Arti K. Rai, Engaging Facts and Policy: A Multi-Institutional Approach to Patent System Reform, 103 *Colum. L. Rev.* 1035, 2003, p. 1037.)但笔者认为这种经验性优势也同样存在于其他类型的上诉审程序当中,甚至也同样存在于我国的审判结构当中,如我国“巡回法庭”制度中就体现了不同巡回区法庭对于特定类型案件审理的经验性优势。

件。结合这些问题,可以尝试得出如下推论:在域内和域外的相关研究中,事实与法律区分的价值或者说存在基础,在某种程度上,并不体现在现实操作层面,而体现在理论描述层面。

在实际操作层面,二者的区分具有很大的权力依赖性。<sup>[65]</sup> 那些能够依照经验直觉、习惯传统加以判定的事实与法律区分,便直接依经验或依习惯判定;而无法依经验、习惯判定的“区分难题”便交由决策者(法官或立法者)加以裁判。在域外司法实践中,具体个案中的区分问题多“离不开法官指示”<sup>[66]</sup>正说明了这种情况,相当部分的学者也持有“所有难以区分的问题都是法律问题”<sup>[67]</sup>的观点;在我国司法实践中,同样存在当经验价值判断与功能和实践需求相冲突时,将特定问题进行“视为”或“暂列”的权宜操作。<sup>[68]</sup>《人民陪审员法》确立的区分标准也同样是以“法律问题”为参照的,而这种参照显然是立法或司法预先配置的产物,仍然是权力属性的。

此外,事实与法律的区分标准还体现相当的灵活性。其划分标准“并非一成不变”,甚至是处在“不断的互相转化”的状态中。“事实认定问题清单”<sup>[69]</sup>制度在实践和理论研究中引起的兴趣,正说明了事实与法律区分在实践层面灵活处置的特点。而根据目前实践情况来看,“问题清单”又确实是决策者(法院)制定的。因此就“什么是事实问题”,其具体内容是开放的、变动的,并且在目前的普遍做法中,是由法律决定的。

而在理论描述层面,问题或者说争议则复杂很多。正如利普顿所言,我们似乎“就是被设计来完成一些活动,而非去分析或探讨其合理性的”。<sup>[70]</sup>通过观察实践不难发现,古今中外的事实认定者们(在其职业需求之内)可以大体上很好地完成事实及法律问题的区分工作。一个具备基本教育背景和相关职业素养的司法从业者,能够近乎“本能”地在经验价值判断与政策环境约束之间进行权衡取舍。并且在一般情况下,其结论都能够为绝大多数同行认可,并可被绝大多数的理性参与者所接受。但如何将这一取舍判断过程描述出来,总结提炼其内在逻辑结构则是一个非常困难的工作。

### 三 事实与法律区分的结构性原因

以上对“事实问题”与“法律问题”区分的传统逻辑分析仅仅提供了形式上的参考,尚不足以解释为何二分法被如此广泛地采纳,并能吸引如此广泛的研究关注。或许存在着

[65] 在司法实践中“法律与事实区分”包含了相当程度的复杂性,司法者基于实践需求和功能价值的考量,必然要对这种复杂状况加以干涉和规制。See Ronald J. Allen & R. M. Rosenberg, *Legal Phenomena, Knowledge, and Theory: A Cautionary Tale of Hedgehogs and Foxes*, 77 *Chicago-Kent L. Rev.* 683, 2002, p. 734; Ronald J. Allen and R. M. Rosenberg, *The Fourth Amendment and the Limits of Theory: Local Versus General Theoretical Knowledge*, 72 *St. John's L. Rev.* 1149, 1998, p. 1152.

[66] 陈学权:《刑事陪审中法律问题与事实问题的区分》,《中国法学》2017年第1期,第59-60、69页。

[67] See Timothy Endicott, *Question of Law*, 114 *Law Quarterly Review* 292, 1998, p. 321.

[68] 参见陈学权:《人民陪审员制度改革中事实审与法律审分离的再思考》,《法律适用》2018年第9期,第30-32页。

[69] 参见周强:《最高人民法院人民陪审员制度改革试点情况的中期报告》,http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2016-08/22/content\_1995705.htm,最近访问时间[2020-05-12];此外,部分法院甚至制定了《人民陪审员参与刑事案件审理的事实认定问题清单》。参见胡媛、胡杏:《陪审制度事实评议机制研究》,《人民司法》2016年第34期,第45页。

[70] See Peter Lipton, *Inference to the Best Explanation* (Second edition), Routledge, 2004, p. 12.

一些更为本质的差异造成了“二分法”某种程度的必然。然而,法律实证主义者认为,“法律问题”本质上也是“事实问题”,是一种特殊的“事实问题”。<sup>[71]</sup> 与这种观点殊途同归的是“理性主义者”的反思,他们认为“事实”与“法律”,二者“相似,甚至完全一致”。<sup>[72]</sup> 但这些观点只是把握了“事实与法律问题”神秘又易混淆特征的某些层面,即二者在认识论领域的相似性。“事实问题”与“法律问题”在本质上都属于认识活动,其中事实问题的认识论特征自不待言,法律问题也同样形成于“认识论环境”中,“法律推理”同样建立在证据及推论基础之上,属于理性认识活动的组成部分。规则解释、法律创制也都是理性思维活动的产物,在这个意义上,“首要的认识论任务——收集证据和理性推理——对于事实认定和法律适用都极为重要”。<sup>[73]</sup> 但正是这种相似性,掩盖了二者之间存在的结构性差异。

### (一)“证据推理”与“狭义法律推理”的结构性差异

事实认定阶段的推理是依据证据的推理。事实认定者缺乏有关案件发生的直接知识,他们并非是案件目击者或知情人,只能通过控辩双方提交的证据了解案情,进行推论,由此形成关于真相的某种程度的内心确信。尤其在刑事案件中,事实认定在本质上是一个经验性推论的过程,<sup>[74]</sup> 建立在对“人和物一般行为模式的概括”之上。<sup>[75]</sup> 在这个意义上,就事实真相判断而言,陪审员与职业法官并不存在知识储备和能力水平的差异。

而关于法律适用过程的推理类型,主流表述是“三段论式的演绎推理过程”。<sup>[76]</sup> 这其中又包含了两个具体的步骤:一是为法律推理提供大前提即法律规则的遴选过程,包含了对法律规则或判例的发现、检索和解释,以及对法律体系的协调统一,这在传统上甚至被认为是“法理学的研究领域”;二是法律规则适用于案件事实的应用过程,即将具体案件事实与抽象规则体系相匹配的过程。这两个步骤构成了传统研究中“法律推理”的全部内容,即特文宁所言的“将‘法律推理’局限于关于法律问题的推理”,<sup>[77]</sup> 我们姑且称之为“狭义的法律推理”。<sup>[78]</sup> 相较服务于事实认定的经验性推理而言,它更为强调“规范性”特征。这种规范性,一方面体现在“实质性推理”中的“目的性”或“正当性”要求,诸如要

[71] 包括边沁、奥斯丁、哈特、凯尔森在内的诸多法律实证主义者,将法律视为一种无关乎道德的社会性或制度性事实。美国法学教授拉里(Larry Alexander)的“法律适用错误在本质上即是一种事实认知错误”的观点,正是对法律实证主义者思想的注解。Larry Alexander, *Inculpatory and Exculpatory Mistakes and the Fact/Law Distinction: An Essay in Memory of Myke Balyes*, 12 *Law & Philosophy* 33, 1993, p. 37.

[72] See Peter Tillers, *The Value of Evidence in Law*, 39 *Northern Ireland Legal Q.* 167, 1988, p. 176; Garry Lawson, *Proving the Law*, 86 *Nw. U. L. Rev.* 859, 1991 - 1992, pp. 863 - 865.

[73] See Hilary Kornblith, *Justified Belief and Epistemically Responsible Action*, 92 *The Philosophical Review* 33, 1983, p. 48.

[74] 参见张保生:《事实、证据与事实认定》,《中国社会科学》2017年第8期,第119页。

[75] David Binder & Paul Bergman, *Fact Investigation: From Hypothesis to Proof*, West Academic Publishing, 2007, pp. 84 - 86.

[76] Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 86 - 97.

[77] [英]威廉·特文宁:《证据:跨学科的科目》,王进喜译,《证据学论坛》2007年第2期,第271页。

[78] 中西方研究者已经注意到服务于事实认定的证据推理是法律推理的重要组成部分,它为“三段论的演绎推理”提供小前提(事实)。

求法律适用要基于“评估和批评法律、制定新法令的原材料、填补法律漏洞、阐释法律片段”等途径,并对“促进一般安全、巩固家庭关系、增进民主”等“有益的社会目标产生功效”;另一方面体现在“形式性推理”中,如法官被排他性地要求适用法律,“法规排斥相反的论据”。<sup>[79]</sup> 许霆案中广州市中级人民法院的原一审判决、<sup>[80]</sup> 于欢案中聊城市中级人民法院的原一审判决<sup>[81]</sup>等都体现了该种推理形式的要求。而这种推理类型是很难被外行事实认定者所掌握的,它体现了法律作为一个学科体系的特殊性和排他性。这一差别构成了“事实与法律区分”的内在动因,对应了我国“认定事实”与“适用法律”两步骤的传统划分,也解释了前述结构性关系的内在逻辑。

## (二)“证明过程”与“裁判过程”价值取向与形成机制的差异

“事实认定”和“法律适用”分别属于两个独立的行为过程——“证明过程”和“裁判过程”。“证明过程”是通过证据判定“历史事实”发生与否的过程,以真相为取向,是波斯纳所言的“自然属性”的体现,其研究的难点是利普顿所谓的“描述性”问题,即如何描述从证据、推理规则到真相信念的形成过程。对“以事实为取向”的现代裁判而言,真相信念具有唯一性,但证据“不完全决定”<sup>[82]</sup>这种唯一性,因此如何描述该形成过程的内在机制仍然是一种黑盒推理。<sup>[83]</sup> 而揭示黑盒的研究,将进一步展示事实认定的合理性和正当性,并有助于保障事实认定活动的准确性,减小事实认定的错误风险。“裁判过程”是寻求某种逻辑结论的过程,本质上是“法律论证”活动。论证理论的奠基人亚里士多德将论证视为“确立结论的科学”,“法律论证”不外如是。其以“对法律规则的重新注释和确认为首要功能”,关注“论证的逻辑理性”,<sup>[84]</sup>从而区别于事实真相的探寻过程。在形成裁判的过程中,法律以习惯法或成文法的形式首先确立某种规则:一个人实施特定行为,则构成犯罪,如我国《刑法》第232条规定“故意杀人的,处死刑”。法庭(事实认定者)在这一规则之下负责认定“某甲购买毒药,投毒杀害某乙”是否真实发生,并进而做出有罪或无罪的裁定。对职业法官而言,通行观点是法教义学的,尽管这一观点正遭受着挑战,但“传统类型的法教义学分析仍然是不可分离的法律思维的核心”。<sup>[85]</sup> 并且作为规范本身,并非自然存在之物,而是“语言学的创造,同历史事实存在着完全不同的本体论地位”。<sup>[86]</sup>

尽管“法律问题”与“事实问题”在推论基础、语言结构、存在状态等方面呈现着明

[79] [美]P. S. 阿蒂亚、R. S. 萨默斯著:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏、陈林林、王笑红译,中国政法大学出版社2003年版,第4-7页。

[80] 广东省广州市中级人民法院刑事判决书(2007)穗中法刑二初字第196号。

[81] 山东省聊城市中级人民法院刑事附带民事判决书(2016)鲁15刑初33号。

[82] Peter Lipton, *Inference to the Best Explanation* (Second edition), Routledge, 2004, pp. 5, 10.

[83] 围绕该过程的形成机制一直存在争议,利普顿例证了描述该过程的五种常见模型,包括因果关系模型、原因模型、演绎法则模型等。这些模型都存在着相应的缺陷与问题。See Peter Lipton, *Inference to the Best Explanation* (Second edition), Routledge, 2004, pp. 23-29.

[84] Joseph Horowitz, *Law and Logic-A Critical Account of Legal Argument*, Springer-Verlag Wien, 1972, pp. 1, 2.

[85] See Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 *Harvard L. Rev.* 762, 1987, p. 780.

[86] Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 198.

显的差别,但引发混淆和争议的部分并非出自上述探讨的理想状况。具体而言,法律裁决是“事实认定”与“法律适用”相结合的结果,是所谓“法律适用于事实的混合”<sup>[87]</sup>产物。美国宪法学者莫纳汉(H. P. Monaghan)指出,法律与事实混淆的根源在于假定这一对概念“是静态的对立两级”。<sup>[88]</sup>而事实上,法律应用过程是事实与法律交融的模糊地带。在整个审判程序中二者“持续互相调整与适应,直到得出最终的裁判结果”。<sup>[89]</sup>在这一意义上,“事实”与“法律”并非真正“割裂”的。<sup>[90]</sup>究其原因,法律往往是对事实的抽象概括,其源于事实,最终又要以裁判的形式,运用于事实。法律问题因关涉“现实的某个方面……(而呈现为)非常特殊类型的事实问题”;<sup>[91]</sup>而“事实”也在法律语境中获得了全新的关注,从而区别于纯粹“自然属性”的事实,正如艾伦教授所说,“(法律语境中)所有事实认定活动都包含了规则判定”。<sup>[92]</sup>然而正是这种所谓“混合”问题的存在,恰恰从另一个角度展示了事实与法律区分在法律语境中的基础性地位。对此,莫纳汉将“混合”部分进一步看作是以“事实”和“法律”为两端的连续变量的过渡,其所连接的恰恰是相区分的事实与法律。

#### 四 事实与法律区分的实用主义分析:功能立场与分配主义

##### (一)二分法的功能性考量:推进司法的理性化进程

“事实与法律”的区分并非是抽象的理论问题,而是务实的功能性需求。要识别这种功能性,就需要回到“事实”源起的过程中。尽管前文述及“有关事实问题的研究最早源自法律语境”,但这种源起却非同步伴生。早期的法律体系,不以事实为取向,表现为法庭裁判下的争端解决并不以“事实”为基础。神明裁判通过某种抽象的仪式掩盖事实争议,共誓涤罪在很大程度上绑架了或者说混淆了“同外部事实相符”的真相信念与“对被告的可信性和自己誓言的纯洁性”的道德信念,而司法决斗的胜负结果更是“独立于认识上的真相观念”。<sup>[93]</sup>可见在这些设计背后“并不存在认定事实的问题”。<sup>[94]</sup>对此有学者指出,早期法庭的争端解决并不是证明的结果,而是裁判的结果,“它标志着争端的终结,而非对事实的认定”。<sup>[95]</sup>由此可见,“事实”与“法律”的联系并非是天然存在的,“事实进入裁判”是法律发展到相对理性阶段的产物。

伴随着非基于事实的“裁判方式”被以理性调查和重要的证据筛选为标志的“理性证

[87] Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, *The Myth of The Law-Fact Distinction*, 97 *Nw. U. L. Rev.* 1769, 2002, p. 1779.

[88] Henry P. Monaghan, *Constitutional Fact Review*, 85 *Columbia L. Rev.* 229, 1985, p. 276.

[89] See Paul Chevigny, *More Speech-Dialogue Rights and Modern Liberty*, Temple University Press, 1988, p. 165.

[90] Joseph Horowitz, *Law and Logic-A Critical Account of Legal Argument*, Springer-Verlag Wien, 1972, pp. 148 - 160.

[91] See Richard D. Friedman, *Standards of Persuasion and the Distinction Between Law and Fact*, 86 *Northwestern University L. Rev.* 916, 1992, p. 942.

[92] Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, *Facts in Law and Facts of Law*, 7 *International Journal of Evidence & Proof* 153, 2003, p. 171.

[93] R. Howard Bloch, *Medieval French Literature and Law*, University of California Press, 1977, p. 46.

[94] J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 2002, p. 5.

[95] [新加坡]何福来:《事实认定》,张保生译,《证据科学》2019年第1期,第72页。

明”所取代,“认真对待事实”<sup>[96]</sup>成为现代法庭裁判的“区别性特征”。<sup>[97]</sup>尤其在刑事诉讼活动中,法律不能通过抛硬币、盟誓或者自认的方式裁决犯罪,而必须通过确实充分、排除合理怀疑的证据体系以及符合理性、经验常识的推论链条,探寻并表述曾经发生的真相,依据事实做出裁判。事实信仰取代了历史上的神明敬畏、宗教信仰和道德审判,重塑了法律的精神内核。因此,“事实与法律区分”的原因首先是功能性的,它是司法理性化的功能性需求。“事实”作为与“法律”对应概念的出现,既是司法理性化的重要标志,也是司法理性化的内在动力。也正是在这个意义上,英国法学家恩迪科特指出,区别事实与法律问题的“合理分析方法”应当是功能性的。<sup>[98]</sup>

法律以事实为取向,而事实以真相为取向。尽管真相总有偏差,一方面受时间、程序、技术水平的限制,另一方面又受价值、描述和评价的剪裁,<sup>[99]</sup>但这并不影响事实及其蕴含的真相价值对现代法律体系的根基性意义。基于此,美国学者米尔森才强调了现代法庭“对事实日益增加的敏感性”,这种敏感性又促进了“法律作为规则体系的发展”。<sup>[100]</sup>对照我国司法实践,邓玉娇故意伤害案<sup>[101]</sup>、于欢故意伤害案<sup>[102]</sup>、于海明正当防卫案<sup>[103]</sup>等“事实”的发生,已在很大程度上影响了我们对“正当防卫”的“法律”认知。综上,“事实”的意义或重要性在于使得“法律”的价值元素变为现实,同其起源相呼应,“事实”始终无法同法律价值判断的内容或具体含义相分离。也因此西方才有“借助事实我们才能认清法律”的格言。<sup>[104]</sup>

## (二)二分法源于法律配置:辅助形成司法裁判

### 1. 从“建构主义”到“分配主义”的解释路径

司法裁判本质上是法律推理活动,包含“事实认定”与“法律适用”两个阶段。其中事实认定阶段是事实认定者通过证据及推论在其内心形成对争议事实的“妥协信念”<sup>[105]</sup>的过程,而法律适用是将这一信念同规范性内容相关联的过程。“妥协信念”并非是“客观或外在世界的特征”,而是福柯所谓“社会建构”<sup>[106]</sup>的产物。例如,英美法庭上一些法律

[96] 特文宁强调,在“事实处理的特定方面投入更多的关注”,是同现代法庭日益增加的对事实的依赖相关联的。参见[英]威廉·特文宁著:《反思证据——开拓性论著》(第二版),吴洪淇等译,中国人民大学出版社2014年版,第14-21页。

[97] [新加坡]何福来:《事实认定》,张保生译,《证据科学》2019年第1期,第70页。

[98] See Timothy Endicott, Question of Law, 114 *Law Quarterly Review* 292, 1998, p. 293.

[99] 典型的如合同、婚姻、民事法律行为等,会在法律语言体系中受到“有效”与否的评价,这将直接影响其是否能够成为法律意义上的“事实”。See Karl Olivecrona, *Law and Fact*, Stevens & Sons, 1971, p. 214.

[100] S. F. C. Milson, Fact and Law in Legal Development, 17 *University of Toronto L. J.* 1, 1967, p. 19.

[101] 湖北省巴东县人民法院刑事判决书(2009)巴刑初字第82号。

[102] 最高人民法院《关于发布第18批指导性案例的通知》指导案例第93号。

[103] 最高人民检察院第十二批指导性案例(检例第47号)。

[104] See Luigi Bagolini, Value Judgments in Ethics and in Law, 1 *The Philosophical Quarterly* 423, 1951, p. 431.

[105] Alvin I. Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford University Press, 1999, p. 10.

[106] 有学者指出,“这些观点会导致过度夸大相对主义,从而挑战真理的客观性”。参见[新加坡]何福来:《事实认定》,张保生译,《证据科学》2019年第1期,第75页。但不可否认的是,法庭裁判并非是一个探寻终极真理的空间,它在庭审程序和政治色彩方面同自然科学领域的显著差异也说明了这一点。

规则“基于这样或那样的实践理由,而排除那些真正具有证明力的证据”,<sup>[107]</sup> 从而影响乃至决定事实。而在我国,晚近才确立的非法证据排除规则,也在探寻当真相与人权保障发生冲突之时选择类似的妥协,本质上即是所谓“真相信念的弱体现”。<sup>[108]</sup> 此外,另一个更常见的问题是,法律关注的是“特定”事实,即要件事实,而非无关紧要的“事实外围的间接信息”。然而,受制于外部条件的限制,在缺乏证明“特定”事实的直接证据时,建立在间接信息(证据)基础之上的推论则受到认可。而这种推论相较“事实”而言,普遍认为是“地位低下”的。<sup>[109]</sup> 如在刑事案件的侦办中,常常缺乏能够直接证明主观罪过(要件事实)的证据材料。在念斌案中,检控方将念斌的供述——“看见快走到他的食杂店门口的顾客,转向进了丁云虾的食杂店”,直接用于证明念斌具备“杀人动机”的主观罪过事实,<sup>[110]</sup> 便是这样一种推论,它同样体现了法律对于事实的建构过程。由此可见,事实受法律观念和法律规则的影响甚至决定。“什么样的事实能够进入法庭”以及“事实以怎样的形式呈现法庭”绝非“自然属性”的,而是法律意志的表达,这对应了文章开篇所言“事实问题”是在与法律的对照中获得解释与描述的。在这个意义上,“事实”与“法律”问题的区分也是法律系统配置的产物。而从服务于实践需求的角度来看,法律配置又是前述功能立场的延伸,服务于形成司法裁判的目的。

如果说上述“建构主义”的分析略显抽象,那么《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 9 条,“根据案件具体情况,区分事实认定问题与法律适用问题……事实认定问题和法律适用问题难以区分的,视为事实认定问题”的规定,则将“法律配置”的决定性展露无疑。这一规定也回应了前述“我国的审判程序中,存在着权限混淆的风险”的担忧,对此或许可以称为“分配主义”的思路。并且这一思路堪称解释“事实与法律区分”的多数派实用主义方案。在前述条文颁布之前,司法实践中已有大量的采“分配主义”思路解决“事实”与“法律”区分的规定。如我国《刑法》第 247 条规定,“刑讯逼供、暴力取证,致人伤残、死亡的,依照故意伤害罪、故意杀人罪论处”。这种在法律语境中,将非基于“故意伤害、故意杀人”之主观目的而产生的伤残或死亡事实,视为基于“故意伤害、故意杀人”之主观目的而产生的伤残或死亡事实,即“法律拟制”,正是法律系统对“事实与法律”配置的结果,因服务于意义重大的实用主义功能而生。<sup>[111]</sup> 这是法律对事实问题的“建构化”表达,也是特定事实引发法律评价的法律干预的结果。因此,无论从哪个角度理解,在解决事实问题与法律问题时的“分配主义”思路还是颇为清晰的。而在英美法系,也有恩迪科特所谓的“学术共识”,即“事实与法律的区分

[107] See James B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, p. 266.

[108] Alvin I. Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford University Press, 1999, p. 5.

[109] 包括爱德华·科克(Sir Edward Coke)、马修·黑尔(Sir Matthew Hale)等在内的普通法系代表性学者均持有这种观点。See Barbara Shapiro, *The Concept "Fact": Legal Origins and Cultural Diffusion*, 26 *Albin: A Quarterly Journal Concerned with British Studies* 227, 1994, p. 252.

[110] 这一推论存在着“一个明显的常识性概括错误”,而这也是推论本身相较事实“地位低下”的原因之一。参见张保生:《事实认定及其在法律推理中的作用》,《浙江社会科学》2019 年第 6 期,第 30-31 页。

[111] L. L. Fuller, *Legal Fictions (Parts I-III)*, 25 *Illinois L. Rev.* 363, 1930-1931, p. 513.

要么通过法律直接规定解决,要么采纯粹的实用主义立场”。<sup>[112]</sup>

## 2. 辅助形成司法裁判的路径考察及解释方案

这里的实用主义功能指向司法裁判的形成过程。司法裁判的困难在于“事实认定”与“法律适用”的“割裂”。这两个阶段存在着思维推理、逻辑结构、价值取向的诸多不同。因此法律系统对“事实与法律区分”的“拟制”,不仅是对问题的简单分类,更是有针对性地探讨不同研究方法的引入、不同知识结构主体的利用、不同推理形式的运用。这种“拟制”是修补“割裂”,并形成最优裁判结论的功能价值的体现。

首先,这些“不同”体现在主体职能区分与裁判优势方面。职业法官负责解决法律问题,其解决方式是“通过直接的司法感知”,其具备或应当具备裁决判断法律问题的直接知识,即“法官应当知法”。在这个过程中,职业法官既是法律的解释者或者说是适用者,也是法律问题的裁决者,这在一定程度上保障了从纸面上的法到实际中的法的一致性;外行事实认定者“通过间接的信息媒介”解决事实问题。<sup>[113]</sup>一般而言,事实认定者并没有亲身经历案件发生的过程及相关知识,<sup>[114]</sup>不知道案件事实,因此他们在裁决事实问题时,必须借助司法途径提供的外部信息,包括目击证人提供的言词证据和其他实物证据,以及由此形成的推论,来建构事实。事实认定者通过获取外部证据信息而建构内心确信的过程同法学专业素养或其他技术水平并无太多关联,而是基于经验法则和理性推理的基本逻辑判断能力,因此将事实问题的裁断赋予外行事实认定者是当前主流国家的通行做法。它有着诸多优势,诸如对预防司法腐败和裁决公正的保障,对理性主义和自然认识论的推崇,甚至有对职业法官裁决心理压力的宽慰作用,而这通常被认为是现代“理性”证明<sup>[115]</sup>方式的重要体现。

其次,在审级权力分配与裁判优势上,这种区别典型体现在划分初审和上诉审的国家或地区。初审关注事实问题,旨在解决纠纷,上诉审关注“法律、政策和隐含的政治性问题”。我国并未建立严格的上诉审,尽管我国的两审制以及死刑复核程序等,均在一定程度上体现了在处理“事实认定”和“法律适用”错误方面的不同逻辑,但二审很大程度上是“监督和指导初审……(并)没有自觉追求协调统一二审法域内的法律实施,在必要时解释‘造法’”的功能。<sup>[116]</sup>而在划分初审和上诉审的国家和地区,“法律与事实区分”的功能差异则较为明显,上诉审法院在处理“法律问题”时遵循“重新审查”规则,即上诉审法院在解释和适用法律问题时,不受初审法院认定结论的影响,具有相当的独立性。这是因为“上诉审法院触及广泛的法律比较资源,能够更好地评估法律问题”,<sup>[117]</sup>重新进行审查,有

[112] See Timothy Endicott, Question of Law, 114 *Law Quarterly Review* 292, 1998, p. 307.

[113] Geoffrey C. Hazard, Preclusion as to Issues of Law: The Legal System's Interest, 70 *Iowa L. Rev.* 81, 1984, p. 88.

[114] 早期的英式陪审团在遴选陪审员时,会专门挑选那些对案件有亲身知识,即在诉讼之前已经掌握了案件信息的特定个体,也被称为知情陪审团。See Douglas G. Smith, The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform, 25 *Hofstra L. Rev.* 377, 1996, p. 506.

[115] Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, Facts in Law and Facts of Law, 7 *International Journal of Evidence & Proof* 153, 2003, p. 171.

[116] [美]理查德·波斯纳著:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2012年版,第9页。

[117] *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U. S. 442-443 (2001).

助于法律适用标准的统一,推进规则的完善与发展。而在处理“事实问题”时则遵循“尊重审查”规则,因为“初审法院享有观察证人及其他证据的第一手资料,并且能够评估行为举止可信性问题”。<sup>[118]</sup> 我国的两审法院在平衡“事实与法律二分”问题时,也在一定程度上借鉴了这一思路。

最后,体现于法律困境和“事实困境”的差异化裁判思路。对应前述的“割裂”,法庭裁判活动也常面临两种困境。一是在规则层面,表现为规则缺失或规则僵滞,以及机械适用规则可能导致的社会负效益,称为“法律困境”;二是在事实层面,受“证据整理能力及假设评估过程”<sup>[119]</sup>的影响,事实认定在形成符合法定条件的确信信念过程中出现问题,但并未陷入“最终待证事实处于真伪不明的状态”时,称为“事实困境”。<sup>[120]</sup> 面对上述困境,现代法官均没有拒绝裁判的权力。<sup>[121]</sup> 这两种困境在产生机制和处理方式上存在显著差别,分别对应着“事实”与“法律”问题解决途径的不同。法律困境通常通过法律解释的途径解决,它是对争议法律材料的含义及相关概念、术语等进行进一步说明的活动。它会受到国家政策、立法者意图、法律体系等因素的影响,具有高度的法律专业性和技术性,因此由其得出的结论可能与直觉性判断相悖。典型如《美国联邦证据规则》第 407 条规定的“事后补救措施不能用来证明过错、罪错行为”,<sup>[122]</sup> 该规则即体现了证据理论在基于经验性评判与社会整体福祉之间发生冲突时的取舍问题。我国虽然没有确立类似规则,但其正当性和合理性已在理论和司法实践中达成了共识。通常而言,面对该类证据,基于直觉的经验性判断会形成如下推理:采取该补救措施的人怀有愧疚心理,这相当于承认了行为时有主观过错或罪错。如彭宇案一审判决书中法官陈述的判决理由,“如果被告是见义勇为做好事,更符合实际的做法应是抓住撞倒原告的人,而不仅仅是好心相扶”,<sup>[123]</sup> 正是基于直觉性经验判断作出的描述。而由此引发的不良社会效应,也印证了对“事后补救措施”证据的采纳,妨害甚至是牺牲了“鼓励人们采取——至少不阻止他们采取——不断增加安全措施的社会政策”。<sup>[124]</sup> 由此可见,法律困境常是一般性的类型化问题,同更宽泛的社会机制相关,是综合因素的平衡。而“事实困境”专属于“证据推理”范畴,是指由于在证据整理、形成假设、归纳基础、推理方向等环节出现了偏差,未能在现有证据基础上形成正确的解释方案,并进而错失发现有效潜在证据的机会,如浙江的张氏叔侄强奸案中,被害人指甲缝隙中残留的案外第三人 DNA 的忽视,使得整个侦查方向发生偏差;或由于推论所依据的经验概括有误,而导致得出错误的推理结论,如念斌案中,对其杀人动机的错误推论等。可见,“事实困境”与“法律困境”有着非常大的差别,因此在解决“事实困

[118] Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U. S. 441 (2001).

[119] 巩寒冰:《证据整理与假设评估:侦查阶段的事实认定问题研究》,《山东警察学院学报》2019 年第 1 期,第 71 - 72 页。

[120] 有学者将“事实困境”定义为“待证事实最终处于真伪不明的状态”。参见胡学军:《在“生活事实”与“法律要件”之间:证明责任分配对象的务实与回归》,《中国法学》2019 年第 2 期,第 241 - 242 页。

[121] 在神明裁判时期或更早期的法庭上,面对无法查明的事实,事实认定者可以诉诸神明或宣告拒绝裁判。

[122] FED. R. EVID. 407 Advisory Committee Notes, 1997.

[123] 南京市鼓楼区人民法院民事判决书(2007)鼓民一初字第 212 号。

[124] [美]罗纳德·J·艾伦等著:《证据法:文本、问题和案例》(第三版),张保生、王进喜、赵滢译,高等教育出版社 2006 年版,第 351 页。

境”时,就需要对“事实”有着更为清醒的认知。

司法裁判中的“事实”或者说“事实认定”,是指在证据及其推论基础之上形成真相信念的过程。这包含两个关键环节,一是整理现存证据,二是形成解释性假设方案。<sup>[125]</sup> 美国证据法学者戴维·舒姆(D. A. Schum)在论证法律语境中的事实调查活动时指出:“对现存想法和证据的组织方式,强烈地影响着我們有效产生新想法和发现新证据的成功与否。”<sup>[126]</sup> 这是证据推理的第一步也是基础性步骤,其后“产生新想法”的假设形成过程,则蕴含了形成论证链条的核心步骤。这个论证链条构建的每一个环节,都蕴含了特定时空条件下人类基于经验逻辑的理性共识,这些共识源于对生活经验常识的总结,因此在特定的时间空间或群体范围内,具有某种稳定性。<sup>[127]</sup> 整体而言,从证据事实到假设的形成过程,建立在概括归纳的基础之上,本质上是理性人对过往事实的普遍经验性总结,舒姆认为这种推理形式“不具有创造力上的跳跃性”,<sup>[128]</sup> 却具有逻辑上的合理性。如在贩卖毒品案件中,“违禁品的交易需要高度隐蔽”应当是所有理性人通晓的经验前提,而这种合理性在某种程度上决定了事实认定者对真相的内心确信程度。因此,当面对“事实困境”时,其解决途径一定是特殊性的,指向具体的证据整理策略或解释性假设方案的调整或修正。

此外,需要强调的是,当经过对“事实困境”的修正努力,最终“待证事实”仍处于真伪不明时,则转而需要通过“证明责任规则”进行最终裁决。对此,尽管有学者指出,证明责任规则的适用,是“事实问题”区别于“法律问题”的重要表现,<sup>[129]</sup> 但依据前述逻辑,当事实真伪不明时,也就意味着通过证据进行推理、认定的活动发生了中断,这是“事实问题”的边界,需要依据“证明责任”进行裁判。此时,裁判过程在性质上同神明裁判并无本质区别。因为此时的裁判与“事实之真相”无关,属于“法律问题”的范畴。

## 五 结 论

事实与法律区分的原因首先是功能性的,它是司法理性化的功能性需求,也是司法理性化的内在动力。一方面,法律以事实为取向,而事实以真相为取向,事实及其蕴含的真相价值对现代法律体系而言,具有根基性意义,最终通过事实我们认知法律。另一方面,法律是对事实的抽象概括,其源于事实,最终又要以裁判的形式,运用于事实,“事实”在法律语境中获得重新表达。

[125] Michael S. Pardo & Ronald J. Allen, *Judicial Proof and the Best Explanation*, 27 *Law and Philosophy* 223, 2008, p. 268.

[126] David A. Schum, *Marshaling Thoughts and Evidence During Fact Investigation*, 40 *S. Tex. L. Rev.* 401, 1999, p. 454.

[127] 美国联邦最高法院在一份判决中指出,陪审团享有理性裁决事实问题的原因之一在于“陪审团同社会观点更趋一致”“陪审团成员能够代表普通人的观点”[See *R. R. Co. v. Stout*, 84 U. S. 657 (1873)]. 我国《人民陪审员法》第1条“提升司法公信”的规定在本质上体现了这一逻辑。

[128] See David A. Schum, *Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law*, in M. MacCrimmon (eds.), *The Dynamics of Judicial Proof*, Physica-Verlag Heidelberg, 2002, pp. 307, 336.

[129] 参见魏晓娜:《刑事审判中的事实问题与法律问题》,《中外法学》2020年第1期,第1579页。

事实与法律区分是法律配置的产物。特定事实引发的法律评价是法律意志的“建构主义”表达过程。法律体系在解决事实问题与法律问题争议时,会秉持“分配主义”的清晰思路。两分法分别对应裁判主体和审判级别的差异,以此强化理性主体和职能机构的功能性优势,并在应对“法律困境”和“事实困境”中体现差异化裁判思路的功能价值。

尽管并非所有法律裁判都依据事实认定,但所有事实认定活动都包含了规则判定,这种非对称性,也在一定程度上揭示了二者间的微妙关系。事实与法律区分,出现在法律体系发展的特定阶段,与特定的裁判功能或机制相关联,在不同的法律体系中发挥着相似的实用主义功能,也呈现出一些相似的问题。总体而言,事实是法律适用的社会基础,是实体公正的最终诉求,反映了法律的理性化程度。而法律是事实的抽象表达,是权利义务关系的承载,并提供评价事实的观念标准。

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金青年项目“刑事案件事实认定的推论基础与解释性结构研究”(19CFX036)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] The distinction between fact and law serves the functional need of pragmatism and its traditional logic shows certain similarity throughout the world. On the one hand, there are dilemmas and controversies in theoretical classification research, and even difficulties in clearly distinguishing between the concepts of “fact” and “law” themselves; on the other hand, the two concepts are tightly bound to each other in practice and institutions, and the development of jury system and trial level system in the context of judicial reform has almost been mixed with the research on the distinction between fact and law. In China, the distinction between fact and law is closely related to the division of the function of different trial levels and the competences of different trial subjects. This relationship has attracted new attentions with the promulgation of the Law on People’s Assessors, although its rationality and actual connotation have not been clearly expressed. The similarity between fact and law in epistemology conceals some of their structural differences manifested in the reasoning form of evidence reasoning and narrow sense legal reasoning, as well as in value orientation and formation mechanism. These differences are the profound embodiment and internal motivation of judicial rationalization, the essence of which is the fundamental significance of fact and the truth value contained in fact to the modern legal system. They are the functional products of distributive theory, and aimed at repairing the “rapture” between the identification of fact and application of law.

---

---

(责任编辑:王雪梅)