

# 自由心证新理念探析

## ——走出对自由心证传统认识的误区

汪海燕 胡常龙\*

---

**内容提要:**产生于特定历史条件下的自由心证,随着时代的发展,其不合理成份逐渐被扬弃,今天已被赋予了全新的思想内涵。我国的证据制度本质上属于自由心证制度,但现行刑事证明标准及相关制度与之相冲突。确立科学、合理的证明标准以及相应的保障制度是完善我国自由心证制度的当务之急。

**关键词:**自由心证 证明标准 保障

---

与人类从野蛮走向文明、从蒙昧走向科学的进化道路相随,证据制度经历了法定证据制度取代神示证据制度,自由心证制度取代法定证据制度的历程。时至今日,我们仍将西方的证据制度称为“自由心证的证据制度”,以与“法定证据制度”、我国的“客观真实”的证据制度相区别,并在论述之时大都流露此制度优于法定证据制度,而次于客观真实证据制度之意。其实,任何事物都是发展变化的,自由心证亦不例外。当代自由心证制度的内涵以及与之相应的配套体系已与一百多年前确立该制度时大不相同,新的理念、新的思想充盈其中,使之显示出强大的生命力。而对于“客观真实”证据制度的具体内涵及其具体的操作在我国司法实务界和学术界则缺乏深刻的检讨,呼吁在我国承认或确立自由心证证据制度的更是廖无几人。笔者拟在探讨自由心证的渊源以及当代自由心证涵义的基础上,分析我国证据制度与自由心证的关系,并为完善该制度提出初步构想,以期能促进人们对我国的证据制度有进一步的认识,从而完善证据立法。

### 一、自由心证的历史渊源和现代自由心证的涵义

#### (一)自由心证的历史渊源

为了探究案件的真相,人类在不同的发展阶段使用不同的方法和手段。毫无疑问,在生产力低下,充满对神明敬畏的时代,当案件真伪不明时,人们把发现案件真相寄托在神明身上,与

---

\* 汪海燕,中国政法大学博士生;胡常龙,山东省高级人民法院法官。

此相应的“神示证据制度”应运而生就不难理解了。这种裁判方式能获得当时人们主观上的信任,从而能解决纠纷,并且与当时低下的生产力相适应,故而具有其合理性。但其结果不可靠性的缺陷也是显而易见的。随着生产力的发展和交往的扩大,法定证据制度取代神示证据制度也就成为历史的必然。

法定证据制度是在总结审判经验的同时,为了迎合削弱地方割据、加强中央集权需要产生的。从诉讼结构上看,法定证据制度与纠问式诉讼程序相适应。在西欧,当纠问式诉讼程序代替弹劾式诉讼模式时,刑事诉讼从蒙昧主义进入到初级理性主义阶段。但是,在纠问式程序和实质证据制度的发展初期,由于对追求真实目的的过分强调和摆脱传统形式主义举证方式的需要,纠问官吏搜集、审查证据的活动出现了无形式、无条件的倾问,因而导致了事实认定上的恣意性。对此种情况的反省诱发了抑制法官自由裁量意识的产生,其结果就是法定证据主义登上了历史舞台。<sup>[1]</sup>当然,法定证据制度在中世纪后期欧洲大陆国家的出现,是与当时中央集权的君主专制国家为打破地方封建割据,限制地方司法权力而创设全国统一的司法体系相呼应的,对消除各地在诉讼中运用证据的混乱状况具有积极意义。但是,法定证据制度的缺陷也是显而易见的。它将证据的内容与形式割裂开来,把审理个案中的局部经验当作适用于一切案件的普遍规律,把某些证据形式上、表面上的某些特征作为评价这类证据证明力的绝对标准,以法律的形式预先规定法官断案要遵循的标准,从而束缚了法官主观能动性的发挥,致使他们在办案过程中不能从实际情况出发去运用证据查明案件事实真相。特别是法定证据制度把被告人口供规定为最好的证据,视之为证据之王,由此导致了刑讯逼供的盛行。<sup>[2]</sup>

到了18、19世纪,西方国家进入到产业革命和科技飞跃发展的年代。科技发展和人类认识水平的提高给诉讼制度带来的重大影响之一就是所谓的证据法革命。物理学、医学、生物学等的发达带来了法医学、弹道学等等与证据的科学鉴定直接关联的学科进步,中世纪并不十分重视的物证因此成为发现真相的最有力的武器之一。科技的发展为人们认识过去的事实提供了更大的可能性。与此同时,资产阶级思想家们吹响了人权的号角,他们提倡刑罚人道化、罪刑法定、罪刑相适应、无罪推定等原则,反对法定证据制度将口供视为“证据之王”,抨击由此衍生的刑讯逼供,极力鼓吹人的主体性理论。可以说,18、19世纪的产业革命为法定证据制度的灭亡、自由心证制度的产生提供了物质基础,而资产阶级思想家的人权学说则为自由心证制度的合理性提供了理论基石。当然,导致法定证据制度向自由心证制度演变的内在原因则是诉讼结构的改变。在封建时期,与法定证据原则紧密结合的纠问程序反映了君权神授等封建专制的意识形态和权力关系,并在侦、诉、审合一,被告的客体地位,秘密原则等一系列具体的制度中体现出来。在资本主义社会,无论是在英美法系的当事人主义诉讼结构下还是在大陆法系的职权主义诉讼结构下,由控方搜集充分、确实的证据并在公开的法庭上展示出来,承担证明被告人有罪的责任,由辩方提出质疑并予以反驳。法官或陪审团作为中立的第三者在听取双方的质证和辩论以后,逐渐形成被告人是否有罪的心证,并作出相应的认定。特别是在陪审制度中,由于陪审员不是法律家,没有受过专门法定证据规则的训练,他们只能以自己在日常生活

[1] 参见王亚新:《刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性的问题》,《比较法研究》1993年第2期。

[2] 陈光中、徐静村主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版,第233、243页。

中的经验,凭良心和理性来审查证据认定事实。<sup>[3]</sup>这就更需要由自由心证来代替法定证据制度。

据考证,早在古罗马时代就有裁判官自由判断证据的规定和实践。当时罗马诉讼中的自由心证制度,主要体现在对证据、证人的判断上。帝国时代哈德良皇帝在其批复中指出:“你们(裁判官、行省总督)最好能够确定证人的诚实信用程度,他们的身份,他们的尊严,他们的名声,谁似乎闪烁其词,是否自相矛盾或显然地据实以答。”<sup>[4]</sup>但是,在罗马程式诉讼时期,这种原始的自由心证虽然能摆脱僵化的法律束缚,但是逐渐使法官产生专横的弊端也是显而易见的。故而法定证据制度逐渐取而代之。

而作为传统意义上的自由心证(以区别于笔者后述的“当代”自由心证)是由法国资产阶级革命家、法学家杜波尔首先提出来。1790年12月,议员杜波尔向宪法会议提交了一项革新草案,认为法定证据制度预先规定了各种证据的证明力和判断证明力的规则,既不要求符合案件的真实情况,也不要求法官的内心是否确信,这是一种危害社会的荒诞的做法。他主张用自由心证取代法定证据制度。但是这一建议遭到了保守议员的激烈反对。他们认为法定证据制度具有客观确实性,而自由心证只能使法官主观擅断。而杜波尔批判了法定证据制度只注重形式而不顾及事实的荒诞不经。最终杜波尔的建议获胜。1791年1月,法国宪法会议终于通过了杜波尔改革证据制度的草案,并于同年9月份发布训令正式宣布:法官必须以自己的自由心证作为裁判的唯一根据。<sup>[5]</sup>1808年的《法兰西刑事诉讼法典》最早以立法的形式规定了自由心证。

继法国之后,欧洲各资产阶级国家也相继确立了自由心证制度。如1877年《德国刑事诉讼法》第260条规定:“法院应根据从全部法庭审理中所得出的自由心证来确定调查证据的结果。”1892年沙俄《刑事诉讼条例》第119条规定:“治安法官应根据建立在综合考虑法庭审理时所揭露的情况基础上的内心确信,来裁判受审人有无罪过的问题。”日本在明治九年由法定证据制度改为自由心证的证据制度。<sup>[6]</sup>我国清末沈家本修律时吸收了自由心证内容,此后的北洋政府和民国政府时期的法律也规定了自由心证制度。民国时期的刑法第269条规定:“证据之证明力,由法院自由判断之。”

### (二) 现代自由心证的涵义

我国学者一般将自由心证理解为:对证据是否有证明力以及证明力的大小,法律不预先作出规定,而由法官根据内心确信去自由判断证据,从而认定案件事实。所谓“自由”,是指法官根据“良心”、“理性”判断证据,不受任何其他的限制和约束;而“心证”是指法官通过对证据的判断所形成的内心信念。确信是一种心理状态,人们通常受这种状态的支配而不加以任何检查并把这种状态作为裁判的根据。这种对自由心证的理解如果从传统意义上来看具有一定的正确性。正如最早确立自由心证的1808年法国刑事诉讼法典中规定的:“法律不计较陪审官通过何种方法认定事实,也不为陪审官规定据以判断证据是否完全和充分的任何规则,法律仅

[3] 参见王亚新:《刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性的问题》,《比较法研究》1993年第2期。

[4] 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社1991年版,第380页。

[5] 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第93页以下。

[6] 樊崇义主编:《刑事诉讼法学研究综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第193页。

要求陪审员深思细察,并本着良心,诚实推求已经提出的对被告人有利和不利的证据,在他们理智上产生了什么印象。”在前苏联维辛斯基主持检察院工作时代,其内心确信也应属于传统意义上的。作为维辛斯基诉讼证据理论的基石之一,是他所坚持的“社会主义法律意识和内心确信”的原则。他认为内心确信和社会主义法律意识是“全部证据过程中最重要的因素”,并且“成为苏维埃证据法上具有深刻的实际意义的最重要的诉讼原则。”但对于什么是社会主义法律意识,维辛斯基却没有一个明确的定义,但是他仍然强调法律意识的重大作用,认为“审判员的法律意识能修正法律的适用”,甚至“社会主义法律意识在一定条件下成为对事件和对法律的正确看法的唯一手段,也成为正确认识某一具体条件下怎样裁判案件的唯一手段。”〔7〕可以说,在“社会主义法律意识”的掩盖下,将自由心证的任意性扩大到最广范围的莫过于此种学说。

任何事物都产生于特定的时代,并带上这个时代的烙印。然而,社会是向前发展的。事物总是在摆脱时代限制的同时不断充实、完善自我。自由心证在经过一系列量变以后,虽然假以原名,但其内容已有大的改观。自杜波尔在18世纪末明确主张实行自由心证起,自由心证制度实行至今已有两百余年的历史。该制度也完成了传统意义上向现代意义上的过渡,〔8〕并且得到不断的完善和充实。正如我国有些学者所指出的,现代自由心证彻底摒弃了传统自由心证的非理性和非民主性因素。它保留了传统自由心证的允许法官心证自由的合理成份,但否定了法官单方面的自由,扩展了自由的外延,即强调“对等的自由”,保障当事人的权利,保障公众和新闻媒体对司法的监督。与传统的自由心证的秘密性相对,现代的自由心证具有心证条件、过程、结果、监督的公开性。〔9〕无论是当今大陆法系的典型代表国家法国、德国,还是英美法系的英国和美国,亦或是混合型诉讼结构的日本、意大利,均规定了种种制度和原则,以保证法官形成心证时享有的“自由”不被滥用,同时使“确信”的结果最大程度上与客观事实相接近。如果案件的审理结束后仍然处于真伪不明的状态或者审判者有罪的确信达不到完全一致或大多数一致的情况下,则通过证明责任机制的运行,作出对被告有利的判决。具体而言,当代自由心证的合理性主要由以下几个方面构筑。

1. 当代自由心证合理性的基石——证据裁判主义。一个案件从侦查、起诉到裁判,都离不开事实的发现和法律的适用。但是,法律的适用必须以一定的事实为基础。刑事诉讼作为诉讼而言,从根本上看,其目的亦是解决纠纷,恢复被犯罪行为所破坏的社会秩序。纠纷方案要想获得权威性,一方面必需依靠秩序的正当化,另一方面则要求方案中所要认定的事实最大程度地与客观事实相接近。后一方面能否实现,则要完全依赖于证据。依据证据认定事实的原则就称为证据裁判主义。证据裁判主义的含义有两种:第一,从历史意义上否定所谓的神判。例如欧洲中世纪有水审、火审、宣誓等,日本古代有所谓的盟神探汤(把手放入热水中看烫

〔7〕 参见崔敏:《评维辛斯基的证据理论》,《中国法学》1989年第1期。

〔8〕 有的学者将这种“从传统意义向现代意义上过渡”,理解为“从绝对的自由走向相对自由”。笔者认为,这种理解具有一定的片面性。自由心证被大陆法系国家的诉讼法典确立之初,对心证的主体、心证形成的过程、心证结果的检验(监督)等有所规定,审判官对证据的审查判断享有很大的自由,只不过相关的配套制度在今天看来比较粗疏而已。

〔9〕 参见叶自强:《从传统自由心证到现代自由心证》,载陈光中等主编:《诉讼法论丛》(第3卷),法律出版社1999年版,第383、385页。

伤的痕迹)。这些都是通过意志发现事实真相的办法。但随着近代理性主义的兴起,开始通过人的理性发现事实真相。因此,形成了一项原则:认定事实必须依据证据,其他任何东西都不是认定事实的根据。但是如何把握证据(例如,只有被告人的自白是否能够认定事实),这是近代人们探讨的课题。<sup>[10]</sup>第二,规范意义,即证据必须有适格性。这种适格性体现为两方面:证据力和证明能力。<sup>[11]</sup>美国证据法理论认为,作为裁判基础的证据必须具有相关性和可采性。所谓相关性,是指证据必须与诉讼中的待证事实有关,从而具有能够证明待证事实的属性。《联邦证据规则》第401条将“相关证据”定义为:指证据具有某种倾向,使决定某项在诉讼中待确认的争议事实的存在比没有该项证据时更有可能或更大可能。这种对证据相关性的要求就是其对有证明力的要求。所谓可采性,是指证据必须为法律所容许,可用于证明案件的待证事实。这种可采性即是对证据的证明力提出的要求。日本刑事诉讼法第317条规定:“认定事实,必须依据证据”,就是要求根据具有证据能力的证据,而且只有经过调查之后才能认定构成犯罪核心内容的事实。证明力和证明能力相较而言,后者的规范意义更强,因为各国除了基于防止偏重某一类证据(如口供)以外,对证明力限制甚少,一般将其交由法官自由裁量(这是自由心证核心内容之一);但对于证明能力,各国(尤其是英美法系国家)进行较详尽的规定,如非法证据排除规则、传闻排除法则、意见排除规则、最佳证据规则等。这种对证据资格的限制,一方面体现了程序对多重价值的追求,同时,亦能保证法官或陪审员心证的正确形成。

应当承认,证据裁判主义并非就是一种尽善尽美的方法,依据证据重构的事实未必与事实真相相符,有可能使事实上的犯罪者因证据不足而逍遥法外,甚至还有可能因证据上的阴差阳错使无辜者身陷囹圄。但是,勿庸置疑,在人类理性可能达到的范围之内,证据裁判主义是最理想的选择。在证据裁判之下,它可以避免灾难性的主观擅断,与此相比,证据裁判的缺陷尚可容忍。对此,英美学者坦言:“法庭关于特定事实已获证明的判断并不必然反映实质真实,它在很大程度上建立在形式真实基础之上,仅根据面前的证据材料,而且这些材料通常是那些当事人出示的符合证据规则的证据……实际上,法官并不查明事实,他所作的是根据呈现于他面前的证据,那些经常是不全面的而且法官本人不参与其收集与出示的证据,作出判决。法官所要看到的只是由证据规则限定的材料。”<sup>[12]</sup>由此可见,证据裁判原则是对法官制作裁判过程所作的最基本的限制与规范。虽然大陆法系和英美法系的证据裁判原则在证据的收集、审查、判断等具体规则上有所差异,但两大法系各国的判决必须建立在合法证据基础上,这一点二者并无不同。

2. 当代自由心证主体的适格性——法官精英化。当代自由心证与传统自由心证另一个巨大差别就是前者更加强调心证主体的适格性。传统自由心证除了强调法官心证的自由之外,对于法官的教育背景、道德素质并没有严格的要求。而心证之自由具有“双刃剑”之特点,很有可能成为道德素质低下或无法律素养的法官玩弄司法权的魔杖,甚至将其变为滥伤无辜的屠刀。同时,素质低下的法官不仅难以驾驭繁杂的司法程序,亦缺乏公开心证理由的能力。

[10] [日]田口守一:《刑事诉讼法》,法律出版社2000年版,第217页。

[11] 有的学者将证据的适格性只理解为证据必须具有证明能力。笔者认为,这种理解似有偏面之处。因为当代各国立法不仅对证据能力进行了限制,而且在一定程度上对证据证明力也进行了限制,如“仅凭口供不能对被告人定罪”即为一例。

[12] See S E Van der Merwe, D W Mbr Kel, A P Paizes, A St Skeen: Evidence, JUTA & Co. LTD (1983), at 415 - 416.

基于此,各国的法律对法官的道德素质、法律素养、职业背景等都作出了很高的要求。如德国,担任法官首先要经过两个阶段:第一阶段是正规的大学学习。此类学习的平均时间大约为5年。在正规教育以后,学生必须参加第一次考试。如果考试通过,该人被称为见习法官。然后在相关的法律领域实习,期限为两年。在实习结束时,该人将参加第二次国家考试,这种考试持续数天,以书面考试和口试两种方式进行。在通过第二次国家级考试之后,该人即称为候补法官。<sup>[13]</sup>日本的助理法官从司法考试合格并经司法培训学习的人员中任命。高等法院院长和法官从有10年以上工作经历的助理法官、检察官、律师以及其他法律工作人员中任命。而简易法院法官从有3年以上工作经历的上述法律工作人员中任命。<sup>[14]</sup>在英国,一般只有从业至少10年、年龄在50岁以上的出庭律师才有资格经大法官提名,由英国女王任命为高等法院法官。只有从业至少10年的出庭律师和被任命为3年以上的记录法官才有资格被英国女王根据大法官推荐任命为巡回法官。记录法官虽然是业余法官,他们也是由英女王根据大法官从至少从业10年以上的出庭律师或事务律师中推荐的人员加以任命。对副巡回法官、助理记录法官以及领薪治安法官的任命资格也都作了工作年限和职业背景的限制。在联合国有关法律文件中,也对法官的素质提出了较高的要求。如《关于司法机关独立的基本原则》(1985年)第10条规定:“获甄选担任司法职位的人应是受过适当的法律训练或在法律方面具有一定资历的正直、有能力的人,任何甄选司法人员的方法,都不应有基于不适当的动机任命司法人员的情形……”从大多数国家以及联合国的有关文件考察,甄选法官都注重法官内在条件的审查,选择具有优良素质的人员进入法官队伍。

为了避免外界干扰法官心证的正确形成,确保其在从事审理和制作司法裁判方面拥有独立自主权,除对法官的自身素质提出了很高的要求外,还对法官的薪俸、任期、豁免、惩戒、免职等事项作出了规定,试图通过对法官身份的保障,增强法官作为个体的抗干扰的能力。

当然,在陪审团审判的案件中,由陪审团的心证决定案件事实的认定。但是,从世界范围来看,陪审团审判案件数量呈下降趋势,而且即使由陪审团审理的案件,法官的作用仍不可低估。其一,由法官主导整个诉讼程序,包括对陪审团成员的挑选程序;其二,由法官解释相应的法律和证据规则,有时不仅事实问题与法律问题的界限并不明显,而且这种对法律的理解可以直接影响案件判决的结果;其三,在陪审团审判的案件中,一般由法官决定量刑,量刑的轻重与被告人的实体权利关系甚大;最后,法官可以决定陪审团的审判是否有效。由此可见,即使实行陪审团审判的案件,法官在审判中的核心地位仍不可动摇。

3. 合理性心证的过程保障——辩护制度。辩护与控诉是构成现代意义上的诉讼程序不可或缺的两方面。辩护制度不仅具有实现程序正义的功能,而且还有保证实体正义实现之功用。后者体现为辩护制度的存在对于心证的合理达成具有积极的保障意义。控方总是试图以一定量的证据和相应的论证说服裁判者认定被告人有罪或罪重。如果控方的证据以及相应的说服使裁判者认定被告人有罪的心证达到了“排除合理怀疑”或确信的程 度,那么,被告人将遭受不利的判决。被告人为了摆脱被定罪课刑的危险,总是以消极辩护或积极辩护的方式揭露控方证明的合理疑点,削弱或破坏法官形成的有罪心证。而且,这种辩护只要使法官对被告人

[13] 宋冰编:《读书:美国与德国的司法制度及司法程序》,中国政法大学出版社1999年版,第156页。

[14] 前引[10],田口守一书,第150页。

的有罪心存“合理怀疑”即可,并不需要使法官达到确信的程度。也正是在这种控辩双方对抗的过程中,法官得以逐渐认识案件的本来面目。正如庞德所言:“诉讼被视为一种比赛或比武,每一方的律师都竭力为其当事人奋战。比赛的原理是:当诉讼战场上尘埃落定时,正义自然会以胜利者的姿态显现。”<sup>[15]</sup>

在刑事诉讼中,由于控方享有法定的强制力,充足的司法资源,甚至道德方面的支持,辩方处于天然弱势的地位。为了削减控辩双方地位不平衡,增强双方的对抗性,各国都确立了相关的规则和制度,以保证辩方的有效辩护,从而使其意见能在审判程序中充分表达,进而能影响法官形成有利于被告方的心证。如大多数国家,包括联合国的有关法律文件中都规定了被告不得被强迫自证其罪的权利、获得律师帮助的权利、被告知控告的性质和理由、以强制手段取得于被告有利的证据、与对方证人对质、获得司法协助、疑罪从无等规则和制度。这些规则和制度构成了有效辩护的前提、基础和保障。

4. 自由心证外在保障——监督机制。证据裁判主义是自由心证的合理性基石,心证主体的适格性是自由心证的内在保障,而辩护制度及其相关程序则是自由心证的过程保障。除此之外,当代的自由心证还有较完备的监督机制,这是自由心证合理性的外在保障。其主要体现在公开审判、判决理由公开制度和上诉制度等几方面。

当代自由心证在本质上是一种开放的心证、公开的心证。自由心证过程公开其实是将司法过程中审查证据、认定事实的所有程序公开,从而使人们通过对程序正当性的认可建立起对于结果真实性的信赖。除此之外,审判公开还使司法活动置于阳光这种最好的防腐剂之下,从而对司法进行有效监督成为可能。只有如此,裁判者的心证才有可能根据证据和相应的论证生成,并接受经验和逻辑的检验,而不是受非理性因素促成。

判决理由公开制度是指司法者在判决书中应当载明根据现有证据所作出的事实认定的理由,是对法官判断证据证明力的心理活动的描述。如我国台湾地区刑事诉讼法第310条要求“有罪判决书,应于理由内,分别情形,记载下列事项:一、认定犯罪事实所凭之证据及其认定之理由。二、对于被告有利之证据不采纳者,其理由……”判决理由公开制度不仅为当事人以及全社会对判决的评价提供了直接的对象,而且也构成了对司法者自由心证的有效制约,同时也为自由心证结果正当性提供了有力的辩护。<sup>[16]</sup>

上诉制度作为当事人的一项程序性权利,其实质意义在于纠正初审判决可能存在的错误,包括程序性和实体性的错误。但是,自由心证是将证据的证明力交由法官自由判断,故上诉制度对自由心证的制约主要并不是体现在实际纠正初审法院在证据证明力上的判断错误,而是对初审法官在认定事实时产生一种观念上的制约,使其不至于肆无忌惮地违背常理和逻辑规则,枉法裁判。

不同国家保证心证正确形成的具体制度和原则有所不同。总的来看,英美法系比大陆法系更严格。这主要体现在英美法系实行的判例法,规定了一系列证据规则以及陪审团的审理方式对自由心证的影响。在“遵循先例”制度下,上级法院先前的判例只要未经推翻或改变,对

[15] M. Gree, *The Business of the Trial Courts, in the Court, The Public and The Law Explosion*, P. 722, Jones ed. 1965.

[16] 参见汪建成、孙远:《自由心证新论》,载何家宏主编《证据学论坛》(第一卷),检察出版社2000年版,第358页以下。

于法院的判决就具有约束力。即使有些判例是下级法院作出的,有时也具有“劝说力”。故而,先前的判决对以后的判决具有极大的影响力。控辩双方律师往往极力从先前的判例中找出有利于己方的依据。同时英美法系对证据的证明能力较之大陆法系有更严格的要求。如传闻证据规则、非法证据排除规则、最佳证据规则、品格证据规则、证人能力规则、意见证据规则等等,对证据的资格作出了限制。法律如规定某一证据材料不具有证据资格,那么该证据就不得提交法庭审查,从而就不能影响裁判者的心证。反之,如果该证据材料被允许提交法庭审查的话,该审判很有可能无效,甚至在上诉审中会作出有利于被告人的判决。这一点在非法证据排除规则上体现得非常明显。相比之下,大陆法系对证据资格的限制甚少,虽然在两大法系融合的趋势下,大陆法系国家对证据资格也提出了一定的要求(如各国基本上都明确规定了禁止非法取证、否定非法言词证据的证明能力等)。这种状况与英美法系由非法律家组成的陪审团审判有关,有利于防止不合格证据影响陪审团形成正确心证。从大陆法系国家考察,这与其强调用职权去探明事实真相,侧重于惩罚犯罪的诉讼目的也大有关系。由于英美法系有众多的规则对证据资格作出限制,故而有些学者称其证据制度为“实质的法定证据制度”,使之与封建社会的“形式法定证据制度”相对称。但无论怎样,自由心证强调的是对证据证明力的判断,而非对证据能力的判断。从对有证据资格的证据证明力仍由陪审团或法官自由判断的角度来看,英美法系仍属于自由心证证据制度,虽然其具体内容与大陆法系的自由心证制度有差异。

## 二、自由心证与我国的证据制度

证据制度的核心是证据法,其基本内容就是关于运用证据的一系列完整的、系统的证据法律规范和证据规则。对于我国证据制度如何命名,理论界认识不一,提出了近二十种名称,如“实质真实”、“循法求实”、“以实求是”、“客观真实”、“以证求实”、“鞠实主义”、“服从客观确信真实”等。这些命名因理念基本相同而大同小异,其中对我国证据制度命名最具有代表的是“实事求是”或“客观真实”。其核心和最有说服力的理由是这种证据制度科学地解决了主观和客观之间的关系,即主观正确地反映了“客观”。正如有些学者所言:“我国审查判断证据的原则在证据史上科学地解决了司法人员的主观与客观的关系;事实认定与法律规定的关系。”<sup>[17]</sup>“古今中外的学问只有两个词:一个是‘主观’,一个是‘客观’。主观正确反映了客观的,就是真理;主观歪曲了客观的,就是谬误。因此,研究学问最要紧的就是要弄清主观和客观的关系,划清两者的界限,以求达到正确思维。否则,就会堕入烟海而不能自拔。”<sup>[18]</sup>该学者在著述中详细论证了我国的证据制度是如何解决主观和客观二者之间的关系,并达到“主观”正确反映“客观”。同样,在大量的教科书、著述中还论述了这种实事求是(或以其他名称命名)的证据制度因其是建立在辩证唯物主义的认识论的基础上,很明显优越于反映形而上学、唯心主义世界观的“自由心证”制度。近年来虽有一些学者对客观真实的证据制度进行了质疑甚至批评,但这种认识根深蒂固,对我国的影响仍然很深,笔者认为有必要对我国证据制度和自由心证制度的关系重新进行审视,以作出正确的评价。

[17] 刘金友:《论审查判断证据的原则》,载《诉讼法论丛(1985)》,中国政法大学出版社,第177页。

[18] 裴苍龄:《证据法学新论》,法律出版社1989年版,题前。

从我国刑事诉讼法典来看,现行立法对证明提出了严格的要求。我国刑事诉讼法第6条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须以事实为根据,以法律为准绳。”刑事诉讼法第162条规定对被告的有罪判决必须要达到“案件事实清楚,证据确实、充分”。但是这种严格的要求只是一种期望值,而且正是这种难以达到的标准使其具有难以操作的抽象性;又正是由于这种抽象性使得无论是基本法律还是司法解释都没有明确使之具体化。我国学者一般将“犯罪事实清楚,证据确实、充分”善意地分解成四个具体要求:第一,据以定案的每个证据都已查证属实;第二,犯罪事实的构成要件均有证据加以证明;第三,证据之间、证据与事实之间,各事实要素之间不相互矛盾,形成锁链;第四,结论的唯一性。即在对事实的综合认定上结论应当是唯一的,排除了其他可能性。从表面上看,这四种具体标准具有层次感和可操作性。但仔细分析,这四种标准仍脱离不了“客观事实”这个参照系。但除了一去不复返的案件事实外,何谓“客观事实”,以及通过何种途径去认定的事实才具有“客观性”,仍是个未能解决的问题。然而,参照物必须是明确的,否则就不能成为衡量其他事物是非的标准。在刑事诉讼中,如果要使“客观事实”成为衡量裁判者的判决是否正确的标准,那么它本身应该是具体明确的。但是,这种“客观事实”不仅要揉合认识主体的主观思维,而且其本身正是我们要通过证据所竭力查明的。另外,如果从诉讼价值多元化的角度去考虑,实体公正某些场合下甚至需要让位于程序公正和效率,正如波斯纳所言:在法律制度中“求真实的目的与其他目的——诸如经济性、保护某些自信、助长某些活动,保护一些宪法规范——相互竞争。”<sup>[19]</sup>因该问题非本文主旨,故在此不赘述。

在法治社会,法律所作的结论具有权威性,同时推定为正当。在刑事诉讼中,各国的立法者为了使程序产生的结果具有最高的可信度和权威性,一般从以下几个方面来规范程序:首先,程序本身能体现公正,如程序能体现当事人特别是被告人作为人的尊严和价值,在必要时甚至作出牺牲实体真实的选择;其次,程序具有发现实体真实的功能。这是程序外在价值之体现;再次,程序在不能发现真实时,能最大程度地防止冤及无辜。诉讼中的认识不同于一般的社会认识,其中最突出的一点是前者的认识要通过程序得出。一旦通过程序得出了结论,这种结论就推定为真实。无论是“排除合理怀疑”、“内心确信”还是“案件事实清楚,证据确实、充分”,都离不开具体程序的支撑。下述命题应该是成立的:从总体上来说,一个设计科学、合理的程序能比一个随意性强、不具有操作性的程序更能发现真实。为什么依据我国的诉讼程序得出来的结论就是客观真实,而在具有较完备的诉讼程序的西方国家就只能达到相对真实呢?笔者认为,仅靠世界观和意识形态是不能合理解释此问题的。从司法实践来看,合议庭讨论案件时,经常出现合议庭成员之间的意见并不一致。此时,只能按照少数服从多数的民主集中制原则来处理,判决书体现的是多数合议庭成员的意志。但是,是不是多数人的意见或认识就体现了客观真实?笔者认为这也未必,否则何有“真理往往掌握在少数人手中”这样的警句呢?另外,在我国刑事诉讼中,对于重大、疑难、复杂的案件,合议庭难以作出决定的,提请院长提交审判委员会讨论。审判委员会的决定合议庭必须执行。对于未参加庭审甚至由非法律专业人士组成的审判委员会在听取主审法官的汇报以后对案件作出的判决,难道就一定体现了“客观

[19] 参见波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第261页。

事实”？我国刑事诉讼法中还规定了上诉和申诉制度，如果二审或再审否定了原判决，难道二审或再审的结果就体现了“客观事实”？更何况我们无法回避现实生活中存在冤假错案的现象。由此可见，并非在法律中规定一个很高的证明要求就能解决问题，如果法律的规定在现实生活中望尘莫及，反而会损害法律的威信和严肃性。

其实，如前所述，证据制度无论冠以何种名称，它都是由具体的规则、原则为依托，并受到司法实践的检验。撇开我国抽象且难以达到的证明要求不谈，我国的法官（陪审员）对证据的审查判断与外国的裁判者对证据的审查判断并无太大的差异，只不过我国的法官对证据的审查判断受到更少的限制，享有较大的自由裁量权。如直言词原则在我国贯彻不彻底，证人不出庭作证已成为较普遍的现象，法官享有对疑问证据的调查权，判决理由的秘密性以及缺少详尽的、操作性的证据规则等，都使得法官有相当大的自由度来形成自己的心证，即我国的法官在审理案件时也离不开自由心证，只不过这种“自由”的空间更大而已。我国诉讼中实际实行的是自由心证（至少存在自由心证的行为）却没有被认识到或者认识到了却由于种种原因不敢承认，这就需要自由心证有一个正确的认识。

自由心证有两层含义：一种是审查判断证据的具体行为；另一种则是指一种制度，即以此种原则为基础构成的一系列原则、规则的体系。自由心证中的“自由”，是指法官（陪审员）可以对证据的证明力作出自由的评价，但这并不意味着法官（陪审员）可以不受限制地对证据任意判断。正如前述，这种判断要受到多重制约。保证自由心证正确形成确信的各项规则、原则与自由心证原则一起即构成了自由心证制度。笔者在此先对自由心证是如何评价证据的作一简要介绍。

审判人员对证据的评价包括两个方面：第一，证据材料本身是否真实，即我们通常所说的“去伪存真”；第二，证据的证明力，即证据材料是否与案件事实有关联，以及关联性的强弱。对证据证明力的判断是建立在证据材料可靠性基础上的。正如前述，已经发生的“客观事实”（已发生的案件事实）在诉讼中不能重现，证据的真伪以及与案件联系程度的强弱仍然要靠审判人员推理、判断。这种过程可以分为四个阶段：第一，审判人员获得公诉问题；第二，审判人员获得认识案件事实的材料；第三，对有关材料进行感知，获得对案件事实的感性认识；第四，在感性认识的基础上进行进一步分析判断获得理性认识，并最终认定案件事实。联邦德国的研究人员对认定事实的过程分析为：认识问题 收集必不可少的材料 摸索和选择解决的可能性 对选择的评价、查证 判决。可以看出，审判人员对案件审理的过程就是对事实材料进行分析、选择、评价、判断的过程。这种内心活动从意识的存在上讲离不开外界的资料，但从过程上讲却是独立的，在这个认识过程中真正起作用的则是人的理性。<sup>[20]</sup>

我们以往在对自由心证的批判中，“理性”和“良心”成为攻击的目标。认为仅通过“理性”和“良心”得出的结论是“唯心”的，不能正确反映客观规律。其实，这是对“理性”的片面认识。之所以认为“理性”得出结论是主观的，是因为将主体对事物的认识等同于主观认识。所谓理性，一般是指概念、判断、推理等思维形式或思维活动。而理性认识是认识的高级阶段，是属于概念、判断和推理阶段的认识。它一般反映事物的本质和内部联系。在感性认识的基础上，经

[20] 参见莫丹谊：《论承认自由心证》，载《司法公正和司法改革》（1998年卷），中国民主法制出版社，第555页。

过思考的作用,将丰富的感觉材料,加以去粗取精、去伪存真、由此及彼、由表及里的改造制作,就会产生一个飞跃,变成理性认识。它同感性认识有质的不同,但又互相联贯,二者在实践的基础上统一起来。理性认识必须依赖于感性认识,否则就会成为无源之水,无本之木。而感性认识必须发展到理性认识,才能更深刻、更正确、更全面地反映客观事物。认识的真正任务在于经过感性认识而达到理性认识。而理性认识的重要意义就在于能够指导行动。<sup>[21]</sup>我们不仅要讲理性与理性主义(唯理性)、理性真理(必然真理)区分开来,而且还要认识到理性与客观规律、科学并非同一层次的问题。理性是指人在认识事物时的心理状态;客观规律是指人类认识的结果;科学则是指合乎客观规律的认识方法或工作方法。客观与主观相对应;科学与迷信、荒谬相对应;理性则与感性、非理性相对应。任何认识的产生和工作的完成都是在一定的心理状态下实现的。理性不但不与客观规律、科学相矛盾,还是它们实现的基础,没有理性就没有客观规律和科学。<sup>[22]</sup>可以这样说,有理性未必就完全会得出客观规律,但没有理性就肯定不会有对客观规律的正确认识。

其实,这种理性活动不仅仅存在于西方国家裁判者的审判活动之中,我国法官或陪审员在审判案件时同样存在。我国学者们将“事实清楚,证据确实、充分”具体为“定案证据查证属实”、“证据之间,证据与已证实的事实之间不能矛盾”、“证据锁链闭合性”、“结论的唯一性”几个标准,其实就是要求裁判者在判决时要遵循“理性”的要求。“属实”、“不矛盾”、“闭合性”、“唯一性”就是在感性认识的基础上升华为理性的一种认识。这种理性认识并不一定就能完全符合案件的真实,而只能是在最大程度上的盖然性。因为正如上述,理性只能是认识客观规律的基础,二者并非等同。这是我们无法规避的现实。也因如此,英美法系的最高的证明标准为“排除合理怀疑”,大陆法系为“内心确信”。笔者在此并非鼓吹“不可知论”,因为从哲学的范畴来看,有“相对真理”与“绝对真理”之分。况且从价值多元化角度来看,求“是”也绝非诉讼的唯一目的。将我国的证明标准究竟定位何处,笔者将在下文叙述。

### 三、自由心证与证明标准的定位

自由心证与内心确信的涵义基本相同。心证,在法文、德文、俄文里都是内心确信的意思。自由心证一词乃是清末修律时从日本照搬过来。但是,如果从证明标准的角度来看,“自由心证”强调的是一种行为过程,而内心确信则着重于这种行为所达到的结果。而且,内心确信是一种正面表述刑事证明标准的方式,主要适用于大陆法系国家。而英美法系受怀疑主义思维传统的影响,以试错法和反证法来表述证明标准——“排除合理怀疑”。<sup>[23]</sup>“排除合理怀疑”同样要求法官、陪审员应当根据从法庭审理中所获得的全部内心信念来确定案件事实。这一证明标准的适用范围包括被告人是否有罪的问题以及构成犯罪的每一个要素。关于“合理怀疑”的经典表述是加利福尼亚刑法典中第 1096a 条:“它不仅仅是一种可能的怀疑,而是指该案的状态。在经过对所有证据总的比较和考虑之后,陪审员心理处于这种状态,不能不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。”从此定义中不难发现,内心确

[21] 《辞海》,上海辞书出版社,1980年版,第1213页。

[22] 同上书,第556页。

[23] 参见徐静村主编:《刑事诉讼法学》(上),法律出版社1997年版,第179页。

信与排除合理怀疑只是一个标准的两个方面。

由上部分的论述可知,自由心证是以“理性”为基石的,而理性并不必然代表客观规律,即对一个问题的理性思考并不必然得出真理。但对事实的认识如果离开理性,则必然得不出真理。其实,这也是符合相对真理的原理的。笔者认为,在刑事诉讼中,只能将相对真理论作为案件认识的基础。这是因为:第一,案件认识主体数量上的有限性,即案件只能由特定数量法官或陪审员作出权威的结论;第二,案件认识时空的有限性,即基于司法资源、效率等的考虑,对案件的认识必须在法定的期限内得出结论;第三,形成认识手段的有限性,即认识必须凭借证据,而案件中的证据往往受主客观的影响,其收集往往并不全面;第四,认识主体思维的有限性,即非至上性。这种非至上性在刑事诉讼中表现为错误认识案情,即将有罪认为无罪,或将无罪误判为有罪。恩格斯在《反杜林论》中首先提出了思维的至上性和非至上性的问题:“……但是,至于说到每一个人的思维所达到的认识的至上意义,那么我们大家都知道,它是根本谈不上的。而且到目前为止,以经验来看,这些人士所包含的要改善的因素,无例外地总是要比不需要改善的或正确的因素多得多。”换句话说,思维的至上性是在一系列非常不至上的思维者的人们中实现的;拥有无条件的真理权的种种认识是在一系列相对的谬误中实现的;二者都只有通过人类生活的无限延续才能实现。”继而恩格斯得出了这样的结论:“按它的本性、使命、可能和历史的终极目的来说,是至上的和无限的;按它的个别实现和每次实现的现实来说,又是不至上的和有限的。”<sup>[24]</sup>也正因如此,自由心证认识的结果也只能达到“高度的盖然性”。具体的要求即为在诉讼中需以合理的证据(具有关联性、合法性的证据),借助合理的判断(根据经验法则和论理法则作符合逻辑的判断),通过排除合理怀疑(不是任意妄想的怀疑,过于敏感技巧的怀疑,臆测的怀疑,故意挑剔、强词夺理的怀疑,基于无凭证的怀疑,以及故意为被告开脱罪责的怀疑),得出合理的结论(能够经受经验和逻辑的检验),并建立内心确信(这种确信需以理性为基础)。<sup>[25]</sup>由于“判断”要根据经验法则和论理法则作符合逻辑的推断,而得出的“结论”必须要接受经验和逻辑的检验,这就决定了证明标准只能是一种高度的盖然性,而非对案件事实的再现。另外,“高度盖然性”的证明标准是以有利于被告为前提的,如根据贯彻刑事诉讼始终的无罪推定原则,在心证不能确定时应作出有利于被告的判决。

经验法则是根据已知事实推导未知事实时能够作为前提的任何一般的知识、经验、常识、法则。作为前提的经验法则是从人类的实践生活中抽象出来的,来自人类知识的总体,而对证据的评价却是千变万化的,必须根据具体情况来采取经验法则。因而在判断事实时能够作为前提的经验法则,在数量上具有无限性。另外,经验法则作为抽象、归纳出来的知识和常识,至少是相当范围的人们普遍承认的命题,故而经验法则具有一般性。当然,在不同的专业或行业,一般性的程度并不相同。如专业性很强的技术问题,则要聘请专家进行鉴定。更为重要的是,经验法则只是一个盖然性的命题,而且各种经验法则的盖然程度也是千差万别的,如自然科学的规则往往具有必然性或很高程度的盖然性,而日常生活中的规则的盖然性程度就低一些。<sup>[26]</sup>而逻辑法则的作用主要是提供了以经验法则为根据从已知事实推导出未知事实的推

[24] 恩格斯:《反杜林论》,《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第465页以下。

[25] 龙宗智:《试论我国刑事诉讼的证明标准》,《法学研究》1996年第6期。

[26] 参见王亚新:《刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性问题》,《比较法研究》1993年第2期。

理工作。它代表事理、规律和内在关系等。从推理过程必须符合逻辑法则这一点来讲,逻辑法则也属衡量证据评价是否妥当的标准或准据,有着不可或缺的作用。<sup>[27]</sup>

当然,仅依靠经验法则和逻辑法则并不能保证最大程度的盖然性,“良心”、“理智”也因裁判者的专业修养和道德素质不同而有差异。这就需要程序保障。从一定意义上讲,从法官的精英化到每个具体诉讼程序设计,都是为了最大程度确保裁判者形成正确的心证。如前所述,其内在的保障是法官的精英化;外在的保障则是公开审判和上诉等制度。另外,在刑事诉讼中,不仅要遵循证据裁判主义,而且还赋予嫌疑人、被告人以辩护权,以影响法官形成有利于被告方的心证。最具有重要意义的是,在刑事诉讼过程中,要遵循有利于被告的原则。当法官或陪审团内心达不到被告有罪的心证或者没排除被告无罪的合理怀疑条件下,应作出有利于被告的判决,以免伤及无辜。

很明显,我国的法官或陪审人员在判决的时候仍然离不开以证据为基础,以经验法则和逻辑法则作出推断并接受其检验。即使是达到了“事实清楚,证据确实、充分”,也只是法官或合议庭(特殊情况下的审判委员会)的一种认识,这种认识仍然不能离开个人经验与逻辑推理。另外,在二审的情况下,也是让下级法院的判决再接受一次“理性”的检验而已,而具体标准仍然是“经验”、“逻辑”。诚如台湾有的学者所言:“虽法律对证明力之有无及其程度委由审判官自由判断,惟此非谓审判官可依其恣意而对证据予以评价,亦即其在判断时,仍然遵守论理法则与经验法则,苟有违反,仍非合法之证明力判断。”<sup>[28]</sup>司法实践中不仅存在着证据不足的疑案,而且还存在着并非主观故意或过失造成的错案,也正说明了证明标准只能是高度的盖然性(疑案时有利于被告,以防冤枉无辜)。但是,如上文所指出的,我国虽然在实践中实行的是自由心证,但我国法官享有更大的自由度,主要原因在于心证主体素质不高,保证心证正确形成的程序、规则不完善、监督机制运行不规范等。

## 四、完善我国自由心证的保障制度

如前述,我国的法律规定了很高的证明标准,但司法实践中,法官或陪审员仍然根据自由心证审查判断证据,而达到的也只是一种较高的盖然性要求。将我国证据制度称为自由心证制度,似有唐突,至少与法律所规定的证明标准不符,笔者之所以这样定位,是从“实然”的角度考虑的。为了完善我国自由心证制度,笔者认为,至少要作到以下几个方面:

1. 法官的精英化。自由心证原则对法官有两个方面的要求:道德素质高、专业修养深。自由心证赋予法官较大的自由裁量权,而且这种自由裁量权容易滥用。只有道德素养高的主体才能不违背良心作出判决,而且这种判决容易为当事人接受,真正起到定纷止争的作用。我国当前司法腐败令人担忧,一审判决的信服力大大下降,这不能不说与法官的道德素质相对较差有关。自由心证制度另一个要求是心证主体的专业修养。只有领悟法律条文含义和精神实质的法官才能依照法律、根据证据对事实作出正确的判决,才有能力将心证的过程与结果公开。根据 90 年代初的一个调查,我国司法人员的文化结构和法律知识均属于低层次的。仅从

[27] 前引 [26]。

[28] 蔡墩铭:《审判心理学》,台湾水牛出版社 1986 年版,第 678 页。

文化结构来看,全国各级法院、检察院的干部中具有大专以上学历水平的仅占10%。我国虽然有众多的培训机构来提高司法人员的素质,但效果如何却令人怀疑。正如我国有些学者所担忧的,如果法律明确规定自由心证,将被我国司法队伍中一批道德素质差、专业修养低的法官肆意滥用。因此,法官的精英化是当务之急。招聘法官时应从道德素质、教育背景、工作业绩等几个方面考虑。与此紧密相联的则是司法独立不能实现,法院行政化倾向严重等制度性问题,这又与政治制度改革分不开。由于此非本文主旨,故不详述。

2. 相关证据制度的完善。自由心证存在于证据体系中,就其孤立的行为过程来看,具有较强的主观性。只有完善了保障程序,特别是相关的证据制度,才能在最大程度上抑制法官的主观性,“高度盖然性”的证明标准才能实现。我国当前亟待完善的至少有以下几个原则或规则:第一,直接言词原则。该原则要求法官必须在法庭上亲自听取被告人、证人及其他诉讼参与人的陈述,案件事实和证据必须以口头方式向法庭提出,调查证据应以口头辩论、质证、辩论方式进行。该原则除了保证控辩双方在均等条件下进行质证,辩论的对抗性活动有利于辩护活动能有效充分的展开外,更重要是使裁判者在听取诉讼各方的言词陈述时,能对陈述之间的异同获得清晰的印象,有利于形成证据真实与否的心证。相反,如果当事人或其他诉讼参与人一般情况下不出庭,或者对证据的审查、判断并不是由法官直接作出,或者以证据以外的材料来影响法官,那么法官就不可能对证据的真伪作出正确的判断,也就不可能获得正确的理性认识,形成心证的可靠性就值得怀疑。我国刑诉法虽没有明确规定此原则,但从具体的条文规定来看,无疑有此原则精神。不过,保障此原则实现的证人、鉴定人出庭作证制度却有待完善。而作为审判委员会讨论并决定某些案件的“审者不判”、“判者不审”做法无疑更是违背了直接言词原则。对于这些问题,我国学术界探讨较多,而且提出的改革方案也颇有见地,笔者在此不再赘述。

第二,建立证据庭前审查制度。由于我国没有规定预审程序或庭审预备阶段,证据不论是否有证据能力,均可径直进入庭审阶段,庭审法官不仅可以接触这些证据,而且还必须对其作出证据能力或证明力方面的判断。这使得不具有证据资格的材料,如非法获得的言词证据,应该排除的传闻证据,不具有证人能力的“证言”等进入庭审,在很大程度上影响了法官的心证,尤其是当这些证据材料具有客观性、关联性时(不具有合法性)。很显然,庭审法官在接触这些不具有可采性证据条件下形成的心证与完全脱离这些证据的影响而形成的心证是不同的。对证据可采性的审查可纳入庭审预备阶段(相当于有些国家的预审程序)。从诉讼经济角度考虑,该预备阶段还可以包括证据开示程序。另外,建立证据庭前审查制度的前提是证据制度中的一些具体规则得以完善。就我国目前而言,需要建立或完善非法证据排除规则、传闻证据排除规则、意见规则、最佳证据规则等。

3. 完善判决书理由说明制度。传统意义上自由心证是秘密心证,而现代意义上的自由心证则是公开心证。心证公开的保障除了公开审判以外,还必须说明判决的理由,即判决(心证的结果)是如何形成的,有哪些证据支持自己的心证(即采用哪些证据,对哪些证据不予采信,以及对证据形成的锁链进行合理的说明)。判决理由的说明是对裁判者滥用自由裁量权的一种有效的约束,能确保公平审判,提高审判质量,同时还利于社会公众对审判的有效监督。另外,也为上诉审或再审对心证检验提供了良好的基础。很显然,我国当前判决书质量,特别是

涉及到说“理”这部分是令人担忧的。如果不完善判决书理由说明制度,我国的自由心证仍有传统意义上的“秘密”之嫌。

4. 完善心证的监督机制。我国对审判的监督是多层次、全方位的。如有法院内部的监督,外部的有检察监督、权力机关的监督、社会公众的监督(包括舆论监督)。但是这种监督机制的合理性及其效果却并不令人乐观。如在内部监督中,除上诉、申诉制度外,现实生活中还存在特定种类的案件要“上报”,对疑难重大案件要向上级法院“请示”,这无疑都是与自由心证所要求的“自由”背道而驰的,也违背了该制度的规律性,自然,其结果的公正性也令人怀疑。理论界争论未果、司法实践中方兴未艾的人大“个案监督”,试图以权力机关人员的心证代替司法人员的心证,也使得我国自由心证制度蒙上阴影。舆论的监督虽在司法腐败面前奏一时之效,但监督的不适当以及缺乏相应的规范制约不仅对司法独立产生了负面的影响,而且干扰了法官理性心证的形成。依据哪些材料、通过何种程序形成法官的心证也值得人们去思考。由于这些问题学者们有专门的文章探讨,受篇幅所限,在此不作详述。

**Abstract :**The system of discretionary evaluation of evidence was established under special historical conditions. With the passage of time , its unreasonable parts have been gradually discarded and , today , the system has been given totally new contents. The evidence system in China is in essence a system of discretionary evaluation of evidence. However , this system is contradictory to the standard of criminal proof and other relevant systems. The establishment of scientific and rational standard of proof and corresponding systems is the key to the improvement of the system of discretionary evaluation of evidence in China.