

印证与自由心证

——我国刑事诉讼证明模式

龙宗智*

内容提要:我国刑事诉讼通行“印证证明模式”,将获得印证性直接支持证据视为证明的关键;注重证明的“外部性”而不注重“内省性”。采取印证证明模式的主要原因包括非直接和非言词的审理方式、审理与判定的分离、重复的事实审理需要案件在书面上的可检验性与印证性等。同时,该模式与法官的素质以及占主导地位的认识论有一定的关系。印证证明模式具有易把握与可检验的优点,但刑事司法的现实环境常常使印证要求无法达到。在我国,应当谨慎而适度地借鉴典型的自由心证证明方式,以适应刑事司法的现实需要。

关键词:证明模式 自由心证 印证证明

证明模式,是指实现诉讼证明的基本方式,即人们在诉讼中以何种方式达到证明标准,实现诉讼证明的目的。在人类的诉讼证明史上,大致有三种基本的证明方式,第一种是神意证明方式,即通过特定行为引起的某种现象显示出神的意旨,从而做出事实判定;第二种是法定证明模式,在这种证明模式中,法律事先规定某种证据的证明力大小,证明过程成为证据证明力的简单计算过程;第三种是自由心证,即由事实的裁决者根据案件的实际情况自由判断个别证据的证明力以及全部证据对案件事实的证明作用,法律对证据的证明力不作规则限定。

上述三种证明方式,第一种属于古代的、非理性的证明方式;第二种可以称为近代的、半理性的证明方式;第三种则属于目前各国通用的、理性的证明方式。自由心证的理性基础在于,它适应并反映了证据与事实之间即证明根据与证明目的之间逻辑关系的多样性,适应并反映了影响事实判定各种因素的复杂性,更重要的是,它充分尊重了人的理性能力,即作为个体的认识主体认识把握客观事实的能力。^{〔1〕}

然而,由于受到各国诉讼方式包括审判制度、证据制度等因素的影响,各国采用自由心证原则的具体方式是有区别的,而法官(事实裁决者)在证据证明力判断上的“自由”程度也是有区别的,从而形成了具有不同特点的证明模式。本文意图分析我国证明模式及其特点,以为解决目前在诉讼中尤其在刑事诉讼中所面临的总体性的证明难题(或证明危机)提供某种思路。

* 西南政法大学教授。

〔1〕 自由心证不等于随心所欲,它必须符合经验和逻辑,即受理性的限制,同时须以制度设置保证其具有可检验性以及可矫正性,此点不言而喻。

一、自由心证的证明方式及其内涵

“自由心证”一词属于大陆法系的法概念,英美法系中缺乏对应性的专门术语。^[2]作为法律术语,心证是指司法官根据证据达到内心确信。与法定证据制度相对应的自由心证,其最基本的定义是:“法官在根据证据资料从事事实认定时,能够不受法律上的拘束而进行自由的判断。”^[3]王亚新先生称:“这里所谓的‘自由’,仅仅是指法律不设定具体的规则来指示法官在根据证据认定事实时必须做出或不得做出某种判断。自由心证原则的这一定义完全是相对于证据评价的另一种方式或原理——法定证据原则而言的。法定证据原则一般意味着在法律上预先规定不同种类的证据具有的不同价值,法官必须按照这种规定来评价证据。……作为一种法制度的自由心证原则正是通过对法定证据原则的克服和取而代之这一历史过程而逐渐生成和展开的。”^[4]

自由心证,即对证据证明力的自由评估,这就是自由判断原则。但应注意,由法官自由判断的是证据的证明力,至于证据的取舍即可采性,则法定主义原则之下有明确限制。不仅一个个孤立的证据能够证明何种事实以及证明程度如何,由法官自由判断,而且所有证据综合起来能否证明起诉的犯罪事实或其他有关事实以及证明程度如何,也由法官自由判断。在相互矛盾的证据中确定何者更为可信,同样由法官自由决断,不受其他限制。然而,仅有判断自由还不够,自由的判断不能没有归依和标准,因此,自由心证还包括第二项原则,即内心确信原则,或称心证原则。即通过证据调查,法官须在内心“真诚地确信”,形成心证,由此判定事实。所谓“心证”,是法官通过对证据审查所形成的确定信念。心证原则禁止法官根据似是而非的、尚有疑虑的主观感受判定事实。

体现上述两项原则,作为法制度的自由心证,其经典性表述是1808年法国刑事诉讼法第342条的规定,即:“法律不要求陪审官报告他们建立确信的方法;法律不给他们预定一些规则,使他们必须按照这些规则来决定证据是不是完全和充分的;法律所规定的是要他们集中精神,在自己良心的深处探求对于所提出的反对被告人的证据和被告人的辩护手段在自己的理性里发生了什么印象。法律不向他们说:‘你们应当把多少证人所证明的每一个事实认为是真实的。’它也不向他们说:‘你们不要把没有由某种笔录、某种文件、多少证人或多少罪证……所决定的证据,看作是充分证实的。’法律只是向他们提出一个能够概括他们职务上的全部尺度的问题:‘你们是真诚的确信吗?’”

德国、日本的现行刑事诉讼法对“自由心证”的表述较为简捷。德国刑事诉讼法第261条规定:“对证据调查的结果,由法庭根据它在审理的全过程中建立起来的内心确信而决定。”日本刑事诉讼法第318条规定:“证据的证明力,委诸法官自由判断。”

由于未传承大陆法系的法制度与法原理,加之并无法定证据制度这一自由心证制度生成的历史前因,英美法学与法律实践没有产生和使用与“自由心证”等值的法概念。但就证据的证明力判断的原则和事实认定的标准,近现代英美法系与大陆法系是相通的。也就是说,在证据证明力的判断和案件事实的认定上,英美法系仍然实行具有理性主义特征的自由判断原则,法律并不预先规定不同种类证据所具有的证明价值;仍然实行以主观性为特征的内心确信原则,不过,较多地采用另一种表达方式——“排除合理怀疑”。然而,二者相互依存,具有明显的同一性:内心确信,就意味着排除合理怀疑,反之亦然。英国学者塞西尔·特纳称:“所谓合理的怀疑,指的是陪审员对控告的事实缺乏道德上的确信、对有罪判决的可靠性没有把握时所存在的心理状态。因为,控诉一方只证明一种有罪的可能

[2] “自由心证”在德语中为“freien bewerswuedi gung”;法语中为“preuves ou del 'intime conviction”;英语中未查到相应的专用术语,曾见到有美国学者将大陆法的这一原则翻译为“free evaluation of evidence”。

[3] [日]《新法律词典》,有斐阁1989年第3版,第671页。转引自王亚新:《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] 同上,王亚新文。

性(即使是根据或然性的原则提出的一种很强的可能性)是不够的,而必须将事实证明到道德上的确信程度。”〔5〕

上述分析说明,“自由心证”的法原理,在英美法系和大陆法系各国的现代诉讼中,具有普适的意义。也就是说,在这些国家的诉讼中,按照自由判断原则来进行证据的证明力评判与案件事实的认定,以达到裁判者的内心确信即排除合理怀疑作为证明的标准与目的,法律和司法实践并不设定其他的标准来对证明力判断和事实认定进行规制。

二、我国诉讼证明模式及其比较性实证分析

在我国的刑事诉讼中,是以何种方式使用证据证明案件事实,从而作出事实判定的,我认为,可以用一个词概括,即“印证”。〔6〕如果要作模式界定,我国的刑事诉讼证明模式可以简略地概括为“印证证明模式”。由于我国刑事诉讼中证据的证明力未受法定限制,个别证据的证明力判断以及证据的综合判断主要依靠法官根据案件的具体情况作出,因此,“印证证明模式”仍然属于自由心证体系。然而,作为自由心证的一种亚类型,与典型的、通行的自由心证制度又有明显的区别。〔7〕

上述对我国证明模式的概括,基于作者的实证分析与实际感受,包括对不同法律体制中实际案件处理过程的比较研究。〔8〕下面,我以一个典型案例来作说明。〔9〕

2001年10月27日凌晨,某宾馆602号房间被犯罪分子翻窗入室,盗走旅客曾某某的现金2000元和价值1100元的摩托罗拉998型手机一部,失主报案后,公安机关在现场勘查时从602号房间窗台上提取指纹一枚。当时未能破案。2002年3月28日凌晨,犯罪嫌疑人冯某某翻窗进入该宾馆608房间时,被该房旅客当场抓获,送公安机关处理。经审讯,冯供认翻窗进入608号房的目的是为了行窃。冯某某被抓获后,经公安机关鉴定,2001年10月27日602号房盗窃案窗台指纹系冯远开所留,并查实冯于2001年10月26日晚入住该宾馆601号房间。经审讯,冯远开拒不供认2001年10月27日凌晨盗窃过602号房间,未查获赃物也未发现其销赃情况。

2001年10月27日盗窃案的主要证据有三:1.留在窗台上的嫌疑人的指印,且指纹方向是从外向内,符合入室盗窃特征;2.602号房被盗当晚,冯某某入住与602相邻的601号房的证明;3.冯于2002年3月28日翻窗进入608号房间行窃,其作案手段与2001年10月27日盗窃手段一致。

凭以上证据能否证明嫌疑人的盗窃事实?根据我国目前刑事诉讼中通用的证明理论与实践,答案是否定的。因为从理论上分析,窗台指印属于间接证据,不能单独证明案件主要事实,必须结合其他证据,形成证据锁链才能证明案件主要事实。案发前入住隔壁房间,虽然可以证明嫌疑人有作案条件,但不能确证其盗窃。至于2002年3月28日入室行窃事实,对于指控2001年10月27日盗窃而言,系品格证据。品格证据并未能证明案件事实本身,只是以两个事实之间的共同性逻辑关系说明嫌疑人具有作案的可能性。同时对品格证据的使用应严格限制,因为它容易导致对嫌疑人先入为主。

这个案例实际处理的情况是:由于该宾馆多次失窃,在公安机关与发案单位的迫切要求之下,检察院主诉检察官起诉了冯某某2001年10月27日的盗窃事实(2002年3月28日的盗窃属于未遂),

〔5〕 [英]塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,华夏出版社1987年7月版,第549页。

〔6〕 《苍颉篇》称:“印,验也”。这里指不同载体所含信息的相互照应及共同性。

〔7〕 文中将“印证证明”与“自由心证”相并列时,后者是指典型的、通用的,以“内心确信”或“排除合理怀疑”为证明标准的自由心证制度。

〔8〕 多年来,我国刑诉法学界对证据标准乃至证明方式的讨论,集中于概念问题,如“排除合理怀疑”、“排它性”、“事实清楚、证据确实充分”等等,缺乏必要的实证分析,即未能从大量的个案分析中去得出结论,严重影响了学术研究的意义尤其是实践指导意义。

〔9〕 该案例采自2003年9月最高人民检察院召开的检察机关“强化法律监督,维护公平正义”教育活动泸州现场会。

但法院认为证据不足,后该案撤回起诉作了不起诉处理。由于案件中存在对犯罪嫌疑人超期羁押,检察机关将此案作为典型案例举出以吸取教训。

为什么此案在我国刑事诉讼中不能定罪?我认为,关键在于:由于缺乏现场目击证人,缺乏被告供述或案件赃物,导致证据的印证性不足,因而不符合我国刑事诉讼的证明要求与标准。

然而,在典型的自由心证体制之下,此案会如何处理?我认为是具备定罪可能性的。我们可以设想,如果面对一个普通老百姓组成的陪审团,被告人对自己入住以及在现场留下指印的事实不能作出合理解释,而且由于现场在六楼,可以基本排除通过其他渠道在现场留下特定方向指印的可能性,那么,根据经验法则,在建立内心确信的基础上,陪审团乃至专业法官应当是可能作出有罪判决的。

笔者曾经专门对适用自由心证原则的某些国家的证明方式与实际标准作了考察,得出了这样一个结论:我国刑事诉讼中被认为不能证明的一部分案件,在国外是可能定罪的。例如,2001年7月,笔者随陈光中教授带领的中国刑事证据法研究小组赴美考察时,纽约警察局的一名资深凶杀案办案警官针对我们就证明标准的询问举例称,如果一个人被杀害,那么只要有一名目击证人作证,而犯罪嫌疑人承认作案时间到过现场,即使他不承认杀人,警察局也可以将此案交付检察官起诉。由于陪审团或法官可能相信目击证人的证词,嫌疑人可能被判决有罪。

上述情况在美国或其他国家的定罪实践中具有一定的普遍性。与此相反,在我国刑事诉讼中则基本不存在起诉与定罪的可能,因为它不符合“印证”的要求——虽然犯罪嫌疑人被证明有作案时间和条件,虽然审判法官可能内心里也相信是被告杀人,但就杀人这个关键事实,目击证人的证言系“孤证”,而我国刑事证明制度中有一项为司法实践普遍认可的原则——“孤证不能定案”,因此,法官不会作出有罪判决。即使他打破惯例作出判决,在上诉审也会因“证据不足”而被撤销。

由于强调印证,在我国刑事司法实践中,“一对一”的案件是诉讼证明上难以突破的难题。尤其是贿赂这类难以获得印证性证据的案件。在实践中,这类案件即使有一定的旁证,如受贿人具有职务便利,行贿人带包携款入室行贿前后有人证明款项的存在与否,而且指控受贿发生的时间之前不给行贿人办事,尔后则很快为行贿人办了这些情节都存在,但只要接受贿赂的情节只有行贿人陈述没有受贿人印证(关键情节一对一),法官也不敢判决受贿成立。^[10]

而证据一对一的难题在自由心证的证明体制下则可能解决。2002年11月,笔者访问日本时,就日本刑事司法解决受贿等案件中“一对一”证据问题询问日本最高检察院检察官,他们介绍了当时的一个案例:福岗地区的检察机关对一起双方均否认权钱交易的案件提起公诉。行贿人是一个十分严谨的人。做帐认真,还每天写日记。其行贿行为在日记上有记载。由于这本日记从其记载情况看显得十分真实,检察官以此为主要证据对该案进行了起诉。而且检察机关能够证明,行贿人所在公司与受贿人所在的行政机关之间存在利益关系。最高检察院的检察官又称,一对一案件可以找一些辅助证人,如某一方的其他人知道情况。最后由法官进行自由心证,法官会慎重地作出判断。

虽然上述案件的判决情况笔者目前不得而知,但从该案的起诉以及最高检察院检察官所持肯定态度来看,该案证据已基本达到公诉证明要求,而且存在定罪可能。^[11]然而,同样的情况,在中国是难以通过证明标准,也没有发现起诉先例的,原因是证据“印证”不足。

[10] 就以上证据条件能否定受贿,笔者曾多次在法官培训班上询问法官,法官们都回答这种情况不敢定罪。称行贿人入室后可能伺机将钱放在自己身上隐蔽处不给受贿人,因此不能绝对排除其他可能性。

[11] 震动日本朝野的洛克希德案,即田中角荣首相因受贿美国洛克希德飞机公司5亿日元而被定罪的案件,也可以被视为“印证”不充分的案件。在该案中,由于田中始终不承认受贿,定罪主要依靠行贿方的证词、会计凭证以及其他的辅助性证据,因此基本上可以视为“一对一”案件。但从20世纪70年代的一审判决到19年后最高法院维持原判的裁决以及实务界与学界的反应看,此案仍符合法院掌握的定罪标准。

三、“印证证明模式”的主要特点及产生原因

“印证证明模式”有哪些基本要求,其主要的功能与特点是什么,这里试作以下分析:

1. 获得印证性直接支持证据是证明的关键

在这种以印证为最基本要求的证明模式中,证明的关键在于获得相互支持的其他证据。单一的证据是不足以证明的,必须获得更多的具有内含信息同一性的证据来对其进行支持。如证言必须有基本内容相同的口供支持,或者其他证言支持,或者物证、书证以及其他证据支持。过去曾经流传过“一人供听,二人供信,三人供定”的说法,就是这种证明要求的一种通俗表达。

应当承认,为了在事实判定者心中建立一种“内心确信”,任何一种证明模式都要求一定程度的“印证”,否则难以形成一种稳定的证明结构。但是,在典型的自由心证体制中,对证据间的印证性未强调到我们这种程度,而且这种印证具有多样性。例如,“一对一”的贿赂案,涉嫌受贿人不承认受贿,但只要行贿人的说法在行贿一方有帐据支持,或者有参与研究决定以及实施行贿的其他主体(即使未到现场直接送钱——即所谓“门外人”)的印证,而且这些证据的来源自然,其内容没有突出的矛盾与疑点,也能够被视为一种印证,并由此定案。而我国刑事诉讼中,由于特别强调印证的重要性,从而要求在案件事实尤其是关键事实上,证据间有充分、直接的相互支持。如行贿一方的证据无论多少,总认为是一方证据,没有他方的印证,终究属于“一对一”而不能确认贿赂事实。又如前述盗窃案例,窗台指印有前一日入住记录支持,但未能被视为对盗窃事实的必要印证,因而被认为是证据不足。

2. 注重证明的“外部性”而不注重“内省性”

“外部性”,这里特指一个证据外还要有其他证据。而“内省性”,则是意指通过接触某一证据在事实判断者心中留下的印象与影响。自由心证中的“心证”原则,是强调证据(无论是单个还是多个)所能达到判断者确信的程。只要事实判断者能够相信某一证据或某些证据所提供的事实信息,就能据此定案。也就是说,“孤证不能定案”这一原则并不适用于典型的自由心证制度。

而印证证明模式则不同,也许你能从某个或某些证据中建立自己的确信,但只要这些证据缺乏“外部性”,即相互印证性程度不高,你就不敢或者不愿据以下判。因为你知道,外部检验标准的缺乏,将导致人们包括上级审的裁判者质疑甚至否定你的事实判断意见。

对上述区别,我曾经在探讨我国刑事证明标准的文章中作了初步的探讨。我认为,国外自由心证的证明体系,无论是证实论的建立“内心确信”,还是证伪论的“排除合理怀疑”,均以事实认定为一主观思维过程为前提,立足于主观方面来确立证明标准。而我国刑事证明的一个重要特点则是以客观性为认识支撑点。强调证据本身的客观性,强调证据间的客观印证,因此可以称为证据判断中客观主义的认识立场。^[12]

由于客观判断本身也是一个主观认识过程,因此,“外部性”与“内省性”区别的实质,是判断的主观性依据是偏重于集体经验还是偏重于个体感受的区别。因为,“印证性”强调一般经验判断所能够确认的事实,证据判断属于具有普遍接受性的一般判断。而“自由心证”则重视证据对特定个体的作用,证据的判断是基于个人的感受和个体的经验体系作出的特定判断。当然,这种判断的过程被展示后,也应当具有一种经验上的“合理的可接受性”。

由此可见,“外部性”与“内省性”的区别,是证据判断方式的主体性与客体性、主观性与客观性、集体性与个体性上的区别。同时也是强调证据的数量而不是特别强调证据质量的区别。可以说,我国刑事诉讼证明中对证据充分性的重视,突出表现在对具有相同或相似信息的证据数量的重视。

3. 要求证据间相互印证导致很高的证明标准,在信息有限的司法环境中达到该标准的难度很大

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

在判断证据认定事实时,对证据间的相互印证如果作十分严格的要求,否则就认为证据不足,这是一种很高的证明要求(标准)。由于这种特殊证明方式的影响,我们在证明理念上主张“客观真实”,而不愿承认“法律真实”。将证明理念具体化,我们在案件证明标准的概念界定与设定上,就不愿使用国际上普遍采用的“排除合理怀疑”,或者一些大陆法系国家使用的“内心确信”标准,而要将“确实充分”、“确定无疑”、“排它性”等更高更强的要求作为证明标准概念,即使这些说法可能较为模糊。

然而,这样高的标准在实践中往往难以达到。借用经济学关于资源有限的原理设定,可以说,证据学的出发点和最重要的原理是“信息有限”。因为证据学是“在历史的碎片中拼凑事实”,而历史遗留给我们的痕迹(包括客观物质痕迹与主观印象痕迹)往往很少,而在刑事司法的对抗性条件下,有许多痕迹又被人为地抹去或者构筑了防止获得的壁垒。尤其是在现代正当程序观念主导下的刑事诉讼中,由于法律确认的嫌疑人的主体性以及防卫权,对控诉方在证据获取方式上作了严格限制,更使得许多案件的印证性要求成为难以实现的目标。例如,一对一的案件,你可以获得对方的指控证据,但当事人依法或按照个人的利害关系考虑保持沉默,你怎样获得直接印证的证据?

在我国刑事司法中,随着对人权保护制度的强化以及对国家权力的约束,追诉机关普遍感到办案越来越难。有相当数量的案件,虽然有相当证据支持,但因印证性不足,不能达到证明标准而功亏一篑。同时,由于证明标准设置不太符合司法现实,司法人员往往自定标准,甚至将“证据基本确实”(不是“基本证据确实”)、“差不多”、“排除不了”作为证明标准,这种随意性容易导致过多的冤假错案。

4. 为实现印证目的,易于采用比较灵活的取证手段

印证意味着对证据尤其是关键证据在数量上的要求,而在刑事司法的具体条件下,证据取得往往难度较大,有些为实行印证所必须的证据甚至极难获得。因此,侦查人员往往想尽办法,采用比较灵活的取证手段。由于有效控制犯罪的政策目标以及上述在诉讼证明上的技术性要求所形成的双重压力,国家法制也就难以设定严格的违法证据限制与排除的规则,因此而使侦查人员在实际上具有较为宽广的取证活动空间。这就使逼供、诱供,以及违法搜查、违法监听等违法取证行为难以避免。

在实务中获得印证性证据的一般路径是:当造成危害后果发案或经举报发案后,侦查机关通过调查可能获取指纹、作案物品、赃物等间接证据,也可能获得证人就案情作证的直接证据,在一系列前提调查工作后,就可能走出获得印证性证据的关键一步:找到嫌疑人,获取口供。这一目的达到,一般意味着案件告破。因此,嫌疑人对案件事实的印证性口供的获得,可以说是破案最重要的标准。在嫌疑人为自身利益努力构筑心理防线的情况下,为了获得口供,审讯室中的方法的多样性、手段的灵活性甚至某种程度上的违法性就难以避免。因此似乎可以说,我国刑事司法中的违法行为在一定程度上是由“印证”证明制度“逼”出来的。

印证证明模式能够在我国刑事诉讼证明中产生且占主导地位,并成为我国刑事证明制度的一个重要特色,是由于特定制度条件与制度背景的支持。初步梳理,有以下五个方面原因:

其一,非直接和非言词的审理方式是印证证明模式产生的最重要原因。自由心证制度的重要前提是案件审理的直接、言词原则,只有在审理者直接接触证据,尤其是直接接触原始人证的情况下,才能有效建立内心确信。因为直接审理和言词审理原则的贯彻,保证了法官能够通过“察言观色”等方式感知证据(被告人供述、被害人陈述、普通证人以及专家证人的证言),并判断其可靠性,尤其是在对原始人证进行控辩质证的情况下(只有原始人证在场,才使有效的人证质证成为可能),这种判断不仅易于形成,而且将趋于准确。而在间接审理,即证人不出庭,只向法庭提供其书面证言时,证据信息的多样性和丰富性消失了,只剩下简单的文字表述内容,而且由于书面证言的“当事人性”(是由控诉方或辩护方制作的),这种表述是如何产生的、是否准确还存在疑问。在这种情况下,法官不仅难以凭单个的书面证言建立比较确定的判断,而且对于由这种证言所形成认识的可靠性还应保持相当的警惕。由于书面证言等间接性证据减少了证据的信息量,降低了它对心证形成的支持能力,为了保证案件事实判定的准确性,就不能不要求证据数量上的增加,从而保证其相互支持,这就在很大程度上支持了

印证证明模式的成立。同时,在另一方面,也可以说印证证明方式的采用也反作用于审理方式,为证人不出庭的间接审理方式提供了重要的支持,保证了这种审理方式的运行并在一定程度上防止了事实判定上的重大误差。

众所周知,在我国目前的刑事诉讼中,证人出庭率很低,刑事诉讼法对书面证言的使用未作任何限制,^[13]而在目前非原始人证仍然构成刑事案件最基本的证据的情况下,我国刑事诉讼采用印证证明方式即属“可以理解”了。

其二,审理与判定的分离进一步支持印证证明模式。在我国刑事司法制度中,有一部分重大疑难案件的审理与最终的判定是分离的,即因审判委员会对案件的决定权,院、庭长对案件处理实际存在的干预,以及法院外部的机构诸如政法委听取汇报协调案件、人大常委会及其办事机构听取汇报监督案件处理等多方面庭外审决或庭外影响机制的存在,必然要求证据体系的客观性,即便于把握、便于检验的外部性,这就使得印证证明的存在更有了合理的根据。试想,如果主审法官在各种案件汇报程序中大谈其“内心确信”,听汇报者势必会得出这个法官的判断主观性较重的印象,而不敢充分相信他。反之,被告的说法和主要证人的说法一致,或者被告的说法有现场勘查报告的支持,乃至几个被告有一致的交代等等,就足以使听者建立事实清楚、证据充分的信念。也就是说,自由心证的证明,只是在判定者直接审理案件、接触证据,即审理与判定相统一的情况下才能有效发挥其功用,而审理与判定的分离必然要求证据间的印证,以弥补其审理时不在场而对具体证据提供的丰富信息不能把握的缺陷。

其三,重复的事实审理需要案件在书面上的可检验性与印证性。和其他一些国家不同,我国刑事诉讼的二审程序实行事实和法律问题全面审理的原则。再审(审判监督审)也可以对证据事实进行再次审理。这种重复的事实审理,要求案件在书面上的可检验性与印证性。因为再次事实审理基本依赖于一审中获得的证据,这些证据即使有一部分是在一审法庭当庭提供,而且有的属于原始证据,如作为原始人证的出庭被告的供述以及出庭证人的证言。但在二审和再审程序中,这些仍然可能作为定案依据的证据已经成为文书记录而不具有“鲜活性”,因此更加缺乏使二审或再审的裁判者建立可靠内心确信的条件的。在这种主要依靠书面材料所进行的二审与再审程序中,只有凭证据基本信息间的相互印证,才能使一审认定的事实在二审乃至再审程序中得到维持。

其四,印证证明模式与法官的素质有一定的关系。从判定制度的意义上看,判定者的素质越高,制度对他的信赖度就越大。自由心证制度中的内心确信标准,有一个预设的前提,即事实判定者的适格性。否则,其主观臆断的可能性较大。这种“适格”,可能通过两种渠道:一种是法官判定的方式,法官“适格”,就是要求法官正直、有足够的社会经验和办案经验,有充分的证据判断和事实把握能力;另一种是陪审员(民众)判定的方式,其“适格”性表现为民众意见的正当性以及凭借多数人的经验与智慧判定事实的合理性(这种“民主性”本身也是获得信赖的基础)。而在事实判定者“适格性”不足的情况下,则应当更为强调事实判断的客观性,即外部可检验性。也就是说,凭借印证不充分的证据,一个明智的法官也可能得出正确的结论,但如果法官素质有亏,就必须依靠充分印证的证据,否则,判决错误的风险会比较。同时,这种印证证明的“外部性”也是民众对判决结果建立信心的重要基础。在这个意义上,印证性提供了事实判定正当性的依据。我国没有陪审团作为事实的判定者,主要依靠专业法官进行案件事实判定,而相当一部分法官的素质目前还不能达到可信赖的程度,那么,采用印证证明模式去判断证据和事实,应当说是有一定合理性的。

其五,印证证明模式与主导的认识论有联系。对具有较强主观色彩的自由心证证明方式,我国诉讼法学界和司法实务界历来有一种排斥的倾向,即使其阶级性色彩目前已经冲淡。因为我们历来主

[13] 刑事诉讼法第 157 条规定:“……对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书,应当当庭宣读。”

张的是“唯物主义的认识论”，历来反对的是“主观唯心论”。印证证明模式，因其外部性、可感知性、信息的相互支持性，而显出一种“唯物论”的色调。而自由心证、内心确信，乃至排除合理怀疑，都是求诸于判断者内心而在判断者主观方面设定标准，因此而呈现出“唯心”的特色。这是我国刑事诉讼中普遍采用印证证明模式在认识论上的原因。

四、两难困境与谨慎突破

不能否认，如果仅仅从判定制度本身来评价，印证证明模式优于自由心证模式。因为前者具有两个突出的优点。一是主要信息内容的相互支持，其可靠性一般大于无支持或支持不足的个别证据。这一点不言而喻。二是证据间的相互印证，即主要信息内容一致，便于把握和检验。而缺乏印证的证据，无论其本身质量多优，也无论其本身携带的丰富信息足以支持人们作出判断，再无论其是多么符合情理，但其可认定性往往与判断者本身的主观认识相关，其可检验性不足，其真实可靠性比较难以把握。正是因为上述可靠性以及易把握与可检验性，印证证明方式更容易为人们所青睐。

如果我们在通常情况下能够获取到足以相互印证即符合印证证明要求的证据，笔者当然主张使用这种“更为可靠”的证明方式。然而，在实践中，刑事司法的操作者面临着很大的矛盾：刑事司法的任务要求他们准确无误地认定犯罪，但刑事司法的现实环境常常给他们完成这种任务带来极大的困难，他们往往难以按照印证证明方式的要求搜集到足够的证据。这种情况下，他们或者只有放弃定罪——这在客观上意味着对国家和对社会的失职；或者违法蛮干以获取更多的、能够实现印证要求的证据，但这样做不仅违反了法律，侵犯了权利，而且可能带来证据虚假的危险。

随着辩护制度的强化，强制侦查中司法审查制度的建立，非法羁押以及各种侵犯人权的调查取证手段受到越来越严格的限制，以及被告人供述的有效性以自愿性为前提等保障制度的建立和完善，传统的印证证明的要求将会遇到越来越严峻的挑战。说严重一点，如果继续实行这种证明方式，我国的刑事证明制度将走向死路，刑事司法机关将不可能完成摆在他们面前的越来越艰巨的任务。

在特定的条件约束之下探讨制度安排，我们不能不提出对自由心证这种并不完美的制度的借鉴——无论证据在量上如何，只要我们基于理性能够真诚而确实地相信我们所判定的事实，我们就可以做出事实判定并依此做出法律处理。当然，这可能带来更大的错判风险。然而，这也许是唯一可行、唯一现实的做法。应当说，现代各国刑事证据制度之所以会采用“自由心证”这种似乎不太可靠的证明原则以及“内心确信”、“排除合理怀疑”这类似乎不太可靠的证明标准，就是因为严格的刑事司法条件约束下考虑证明方式与证明标准上的制度安排，这是一种较为现实也较为有利的选择。

不过，自由心证毕竟是一种存在错判风险的制度安排，尤其在在我国刑事司法适应这种制度的主客观条件不足的情况下。为此，我国刑事证据制度中借鉴自由心证应注意一个原则——谨慎。所谓谨慎，是指逐步地、有条件地、有选择地推进证明方式和证明标准的改革，同时注意防止新的证明方式所带来的弊端。

在谨慎原则之下为突破证明困境借鉴自由心证应注意以下几点：

1. 尽可能地采用印证证明的证明方式，适当辅之以自由心证方式。由于印证证明的可靠性较高，加之目前我国刑事诉讼应用自由心证的条件不充分，因此应当尽量采用印证方式对案件事实予以证明，以减少证据判断中的主观性。这就要求侦查人员尽量充分地搜集证据，保证案件中至少有两个以上的相互印证的主要证据，同时还有一些旁证，对主要证据进行支持。只有在搜集证据手段已经穷尽，已获得的证据在印证性方面仍有欠缺，而已经搜集到的主要证据质量高，同时有一定的旁证支持，确实能在有经验的司法人员心中建立确信时，才考虑使用自由心证的方式，通过排除合理怀疑建立内心确信，认定案件事实。用通俗的语言表述，就是在现有的证明模式中，在保持印证证明主体地位的同时，为自由心证的证明方式“开一个口子”。这个“口子”可以随着诉讼中正当程序要求的加强以及

相关条件的逐步具备而逐步扩大。

2. 对特别严重的犯罪,应有严格的印证证明要求。这主要是指可能判处死刑的案件,应当采用印证证明方式,适用最高的证明标准,以防止出现冤错。^[14] 因此,要求死刑案件既能通过自由心证建立内心确信,又能保证案件中具有多个主要证据而且彼此间相互印证,并能消除或合理解释证据之间存在的矛盾(证据之间有矛盾是正常的,完全没有矛盾是不合理的,关键在于通过进一步的调查消除这些矛盾或者能对其作出合理的解释),从而使得对案件事实的认定具有充分的排它性和不可置疑性。

3. 贯彻直接言词原则,创造那些建立心证的必要条件。对人证实行言词原则,要求法官直接审查原始人证,并且通过对原始人证的质证辨别真伪,这是自由心证证明方式的前提性条件。为此,一方面,应当要求证人出庭,尤其是有争议案件的重要证人出庭,使法官能够在法庭上直接审查证据的真实可靠性。另一方面,应当严格限制审判委员会对案件事实的判定。除非审判委员会成员直接参加审理,或旁听庭审过程,否则,在事实问题上应当交由直接参审的合议庭把握,审委会只是把握法律和政策适用问题。审委会不能越俎代庖,仅凭承办人的汇报,或者简单查阅一下书面案卷材料就判定事实。因为在这种情况下,不可能形成科学可靠的内心确信。这一原则,同样适用于其他庭外裁判主体(如果庭外裁判还不能避免的话)。

4. 保证事实判断者的判断能力,同时要求判决书展开心证形成过程。这首先要求法官具有正直的人格、足够的经验,以及条分缕析、去伪存真从而准确把握案件事实的能力。即采用自由心证方式判断案件事实的法官必须是合格的法官。这需要法官制度的配套性改革,建立比较完善的法官遴选和培养、合议庭组成与运作的制度,从而提供合格的法官与合格的合议庭,实现自由心证制度运行的主体条件。不过,仅此还不足,为了保证形成内心确信的推理过程是科学的,判断是可靠的,同时也是可检验和可救济的,还要求判决文书展开法官心证形成的过程。这种心证的展开,除了不可少的证据印证性及矛盾性的分析外,对于重要的、作为判定主要依据的证据,尤其是印证不够充分的证据,应该适当给予重点的说明。展开心证的形成过程,便于本院及上级法院监督,便于社会的检验。

Abstract: The principle of free evaluation of evidence involves two major parts: free judgment and inner conviction. The prevailing mode of proof in our country's criminal justice is the 'verification' mode, in which it is crucial to attain verifiable direct proof, proving the 'externalism' rather than the 'introspection'. On the one hand, the verification mode results in a very high standard of proof; on the other hand, it makes it possible for the occurrence of flexible methods in gaining evidence. The main reasons for these are: indirect trial and lack of confrontation, separation of the trial from the sentencing, the requirement of verifiability on written materials during repeated factual question, etc. Meanwhile, the existence of the verification mode is also related to the quality of the trying judges and our dominant epistemology. The verification mode has the advantage of accountability and the ease of confirmation, but it's quite often that the reality of criminal justice can't meet the demands of verification, especially against the modern background of emphasizing the protection of human rights in criminal justice. Hence, we must be prudent and moderate in borrowing contents from the typical modern proof mode of free evaluation, and we should create necessary conditions for the transplanted approaches.

Key Words: proof mode, free evaluation, verification proof

[14] 1984年联合国大会关于死刑问题的决议要求,判决死刑,应当是“根据明确和令人信服的证据而对事实没有其他解释余地”。这与一般案件适用“排除合理怀疑”的标准是有区别的。