

第三章 证据法的基本原则

■ 导语

在证据立法、收集和运用实践中,应当遵循一些基本的准则,此即证据法的基本原则。证据法的基本原则这一范畴介于证据法的目的、任务与证据规则、证据收集和运用程序之间,在证据运行机制中具有重要的基础性地位。深入理解证据法的基本原则,能够促进对证据规则、证据收集与运用程序的认识和掌握。三大诉讼法对证据法的基本原则均未作出明确规定,因而学界对于证据法基本原则的范围和内容存在不同的认识和看法。总的来看,证据法的基本原则包括真实发现原则、证据裁判原则和自由心证原则。

第一节 真实发现原则

诉讼的基础在于案件真相的究明或真实的发现。这一命题在当代可以说已经获得了超越各种法文化体系的一般意义。^①如果不能发现真实,案件事实的正确认定便无从得到保障,而如果作为前提的事实认定存在错误,案件的法律适用自然也就会出现偏差,形成错案。因此,无论是刑事证据法,还是民事证据法或行政证据法,都将真实发现作为基本原则。

一、真实发现原则的涵义与意义

诉讼中必须查明案件真相,这种以查明案件真相为基准的理念就称为真实发现原则。^②诉讼法中的“真实”“案件真相”,首先是诉讼上的真实,而不是自然科学所探求的绝对的真实。对于过去发生的事件,只有依据证据法所认定的诉讼上的事实才是真实。其次是实体上的真实。在以当事人的私人权益为对象的民事诉讼法中,可以采取形式的真实主义,只要有当事人的承诺,该事实就被认为是真实的;刑事诉讼法则不能采用这一原理。当然,即便是刑事诉讼法中的实体的真实,也不是实体法意义上的确凿事实(绝对的真实),而只能是尽可能接近于真相的事实。^③

理解真实发现原则,应当把握以下两点:

① 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——关于自由心证原则历史和现状的比较法研究》,《比较法研究》1993年第2期。

② [日]田口守一:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第14页。

③ [日]田口守一:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第14页。

1. 真实发现的限制性

在现代诉讼中,真实发现不是单纯的认识活动,而承载着多元的价值追求,这些价值追求之间可能存在一定的冲突。比如,为破获案件,追究犯罪,侦查人员采取刑讯逼供方式获取的犯罪嫌疑人的口供,能否被采纳为定案依据,就面临秩序与人权的价值冲突。现代法治国家证据立法与证据运用活动应当合理兼顾秩序、诉讼效率、人权保障等价值的实现,不能一味地偏执于案件真相的探寻。易言之,真实发现活动必须通过法定的正当程序并在遵循证据规则的前提下完成。正如有刑事法学者所指出的,“刑事诉讼法追求之目的在于在不侵害刑事被告权利之前提下,发现实质之真实,进而对有罪者科处刑罚,用以维护法律秩序与生活利益。国家不能为贯彻实质真实之发现,而使刑事被告之权利完全失却保障;他方面,亦不宜为保障刑事被告之权利,而置真实发现于不顾,致使犯人逍遥法外,无法达成处罚犯人之目的”^①。

就此而言,现代诉讼所致力于发现的真实是一种限制性的真实。一方面,诉讼中的真实发现是在法定程序、证据规则和有限时间的约束下,由结果追溯原因的过程。受主客观因素的影响,很多案件中赖以发现案件真相的信息材料本就难以查找,而有些了解案件情况的人还行使法定的沉默权或作证特免权,拒绝提供信息材料。另一方面,任何诉讼制度都不可能不惜一切代价地寻找真实,在已经通过各方诉讼主体的努力收集和获取的信息材料中,还需要根据证据规则排除掉一部分。比如,基于证据的合法性要求,将办案人员通过刑讯逼供等非法方式取得的犯罪嫌疑人口供或者将当事人私自通过侵犯他人合法权益制作的录音材料排除在定案根据之外。因此,与自然科学的真实是绝对真实不同,诉讼上的真实属于社会通念上的接近/近似之真实。

2. 真实发现的相对性

任何诉讼均以探明真相为重任,但不同的程序形态对真相探究程度的要求不尽一致,甚至可能存在较大差别。比如,大陆法系国家刑事诉讼普遍实行职权原则,追求实质真实,即便被告人承认犯罪,法院也不能停止刑事诉讼程序,而应当结合全案证据进行分析,确定被告人是否承担刑事责任;民事诉讼则实行当事人处分原则,追求形式真实,只要当事人自认,法院就直接认定有关事实。因程序的样态不同而使真实发现具有相对性,这就是相对的实体真实主义。

真实发现原则具有重要的诉讼意义,主要表现在:

1. 是维护社会安宁和公共秩序的要求

在刑事诉讼中,弄明白是否存在犯罪事实、谁是罪犯以及犯罪是如何实施的,是重建社会安宁和公共秩序的必要前提;在民事诉讼和行政诉讼中,搞清楚诉讼发生的经过以及前因后果也是化解纠纷、解决社会矛盾的必要基础。概言之,无论是刑事冲突,还是民事冲突或者行政冲突,都不可能基于虚假事实的处理来获得有效解决。

2. 是实现司法正义的要求

正义与真相紧密地交织在一起。只有正义被感觉到是建立在寻找“真实”的真诚努力之上,公众才接受作为“正义”呈现的任何东西。^②法院公正司法的首要环节就是依据真实发现原则正确认定案件事实,因而一个不以真实发现为旨向的诉讼制度很难寻找到司法正义。即

^① 蔡墩铭:《刑事诉讼法概要》(修订九版),三民书局2010年版,第12页。

^② [德]托马斯·魏根特:《刑事诉讼关涉真实吗?——一个德国的视角》,冯俊伟译,《中国刑事法杂志》2011年第7期。

便在一向强调当事人处分权的美国,《联邦证据规则》第102条也规定:“解释本法应力求执法之公平,避免不当之耗费与拖延,促进证据法的成长与发展,以达发现真实及公正裁判之目的。”可见,美国《联邦证据规则》对公正裁判目的的追求是建立在真实发现的基础之上的。

3. 是强化裁判可接受性的要求

无论从一般人的正常心理,还是从人类长期的司法实践来看,建立在真实基础上的裁判,比建立在不真实或者真伪不明基础上的裁判具有更高的可接受性,当事人与社会公众的认同度高,司法的公信力自然就得到了提升。

二、真实发现原则在不同诉讼中的展开

刑事诉讼与民事诉讼、行政诉讼在参与主体、解决的实体争议等方面存在很大区别,因而真实发现原则的实践展开也不尽相同。

(一) 刑事诉讼中的真实发现原则

刑事诉讼旨在解决犯罪嫌疑人、被告人是否承担刑事责任以及如何承担刑事责任的问题,直接关涉涉案人员的财产、自由乃至生命等权利的限制或剥夺,因而现代大陆法系国家职权主义刑事诉讼模式普遍追求实质真实,采行实质真实主义。在实行职权主义诉讼模式的国家看来,尽管人类的认识能力有限,而且事后澄清案件事实具有特殊的困难,但这不妨碍对客观事实的追求。“如果付出足够努力并且刑事诉讼原则上是一个寻找实质真实的过程,那么实质真实可以被发现。”^①易言之,只要精心设计合理的诉讼程序和证据制度,配置适格的法律从业人员和足够的司法资源,充分发挥侦、控、审、辩各方的主观能动性,就可以查明案件真相,法官也能够判断自己的裁判是否符合案件真相。

在真实发现方式上,职权主义诉讼模式将权威的中立的法官置于主导地位,法官不仅主导法庭调查活动,听取控辩双方对证据的举证、质证和辩论活动,而且在一定范围内有依职权调查证据的澄清义务,可以主动调查有助于查明案件真相的一切证据材料,而不管是否有违当事人的意愿。正如学者所指出的:“法院关于事实及证据,不为当事人之意思所拘束,而务期发现实质上之真实之事实也。”^②当事人可以积极参与法庭调查,也可以袖手旁观。即使一方当事人承认对方所主张的事实,法院依然要进行调查,并综合全案证据判定被告人是否有罪。这种制度设计与大陆法系国家的如下认知有关:法官作为中立的司法官员,较之于控辩双方,更能做到不偏不倚地调查证据,因而更有利于发现实质真实。

英美法系国家由于经历了长期的刑事诉讼与民事诉讼不分的历史,因而其建构的当事人主义刑事诉讼模式采取了类似民事诉讼的真实发现原则,秉持形式真实的理念。在当事人主义诉讼中,真实完全是一个程序概念,实质真实在一定程度上被认为是难以发现的,程序的公平就成了裁决合法性的主要基础,根据程序规则确立的任何结果都被认为可以接受。^③也就是说,当事人主义诉讼模式尽管也重视真实的发现,但不太在意认定的事实是否符合客观真相,

① [德]托马斯·魏根特:《刑事诉讼关涉真实吗?——一个德国的视角》,冯俊伟译,《中国刑事法杂志》2011年第7期。

② 陈瑾昆:《刑事诉讼法通义》,朝阳学院1933年版,第136页。

③ [德]托马斯·魏根特:《刑事诉讼关涉真实吗?——一个德国的视角》,冯俊伟译,《中国刑事法杂志》2011年第7期。

更为强调事实认定的法律程序、规则和要求,强调控辩双方的可接受性,“法院关于事实及证据,恒为当事人之意思所拘束,而仅须发现形式上之真实之事实也”^①。

在上述理念指导下,当事人主义诉讼模式采取了一种让控辩双方当事人发挥主导作用的真实发现方式。当事人负责收集和提出证据,并通过交叉讯问机制开展法庭证据调查活动,法官和陪审团居中听审,不参与法庭调查,只在当事人双方庭审质证活动的基础上认定事实,作出裁判。该制度建立在如下的理论假设之上:控辩双方与案件处理结果有切身的利害关系,因而较之于法官,会更尽力地收集和调查有利于己方的证据,这样一来,两个片面性的半个真实就组合成了一个完整的真实。当然,更能体现其形式真实理念的是辩诉交易制度。比如,在美国辩诉交易制度中,被告人只要答辩有罪,法官就不再调查其他证据,而直接作出定罪判决,从而取消了以公开审理和言词审理为基本特征的对抗制庭审方式,带有很强的当事人合意色彩,相应地,“所谓的‘裁决’并不是客观真实,而只是对抗一方的胜利事实”^②。

综上所述,大陆法系职权主义刑事诉讼模式追求的是实质真实,重视的是被发现的“真实”;英美法系当事人主义刑事诉讼模式追求的是形式真实,重视的是发现真实的“方法”。

(二) 民事诉讼中的真实发现原则

现代民事诉讼调整当事人之间的私法关系,普遍实行辩论原则和处分原则,当事人可以选择争议处理方式,追求当事人间合意的形式真实^③。尤其是英美法系国家,通常将刑事诉讼和民事诉讼视为一体,以证据调查方式为基本视点,实行交叉讯问的证据调查方法,坚持形式真实发现原则。

在发现真实的方式上,现代民事诉讼通常将当事人置于相对主导地位。一方面,证据的主张、收集和提出,都由当事人承担;另一方面,法院要受当事人主张事实的约束,当事人没有主张的事实,或者没有在当事人的辩论中出现的事实,不能作为法院裁判的依据。此外,实行自认制度,对于当事人一方提出的事实,对方当事人没有争议的,法院应当将其作为裁判的依据。

(三) 行政诉讼中的真实发现原则

行政诉讼调整行政机关或法律、法规授权的组织与公民、法人或者其他组织在行政管理过程中发生的争议。历史上,我国行政诉讼制度的建构较多地受到了德国等大陆法系国家的影响。在德国,行政诉讼适用调查原则和职权进行原则。法院依职权调查案件,调查时不受参加人的陈述和举证申请的拘束,如果法院忽略了一个案情所要求的且对结果有显著影响的事实调查,就构成程序瑕疵;法院自己,而非当事人,对诉讼和判决的送达、期间设定、事实调查等方面负责。当然,德国行政诉讼也适用处分原则,即就诉讼标的而言,法院受当事人请求的约束,法院只能依申请行事,不得超越诉讼请求作出裁判,或者对未被申请的事项作出宣判,原告可以变更或撤回诉讼,允许法庭和解。可见,德国行政诉讼总体上倾向于实质真实,但一定范围内也吸纳了形式真实的理念。

^① 陈瑾昆:《刑事诉讼法通义》,朝阳学院1933年版,第8页。

^② [德]许乃曼:《论刑事诉讼的北美模式》,茹艳红译,《国家检察官学院学报》2008年第5期。

^③ 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册总论编),中国人民大学出版社2005年版,第7页。

三、我国诉讼中真实发现原则的立法与实践

(一) 刑事诉讼领域

我国刑事诉讼长期以来一直坚持实行以查明案件客观真实为目的的实质真实发现原则。法官负有查明案件真相的职责,在审判中可以不受控辩双方提交的证据之限制,自行调查取证;认定被告人有罪,不能单凭被告人的有罪供述,还必须调查口供以外的其他证据,印证口供的真实可靠性,防止口供虚假,并综合全案证据,认为已经达到事实清楚,证据确实、充分,排除合理怀疑的标准时,才能定罪。

当然,2018年《刑事诉讼法》规定了认罪认罚从宽制度,犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,承认指控的犯罪事实,愿意接受处罚的,可以依法从宽处理,而且可以简化诉讼程序,甚至不进行法庭调查和法庭辩论。有学者认为,这种情况事实上成为实质真实原则的例外,贯彻的是一种类似于形式真实的理念。不过,本书认同陈光中教授的观点,对于认罪认罚从宽的案件,“公安司法机关不仅要审查被追诉人的自愿性、合法性,而且要基于客观真实原则审查判断被追诉人的有罪供述和其他证据是否达到了法定证明标准。只有达到证明标准并符合认罪认罚从宽制度规定的,才可以作出相应的从宽处理”^①。易言之,由于我国《刑事诉讼法》并未规定罪状认否程序,因而即使被告人自愿认罪,法院查明案件事实的职责仍然存在,法官不仅要保证无罪的人不受刑事追究,也要保证有罪的人受到公正的惩罚。相应地,认罪认罚从宽的案件虽然庭审程序简化,但是事实认定的标准未变,法院也应贯彻实质真实发现原则,只有在案件已经具备事实清楚,证据确实、充分,排除合理怀疑的条件时,才能作出有罪判决。

近些年来,伴随着一些冤假错案的相继曝光,刑事司法的公信力遭受冲击,实质真实发现原则也因此受到了一定的质疑与批判。如何准确理解和落实实质真实发现原则,更好地平衡犯罪控制与人权保障的价值追求,成为当下摆在理论界与实务界面前的共同课题。

(二) 民事诉讼与行政诉讼领域

在我国民事诉讼理论中,对于证明标准,长期以来占据主导地位的是“客观真实说”,认为民事诉讼与刑事诉讼一样都要求查明案件客观真实;与之相应,立法没有认可约束性辩论原则,当事人处分原则受到很大限制,诸如审判范围、再审程序的职权启动、裁判依据事实的来源、证据职权调查、诉讼调解的职权干预、诉讼契约的有限等具体诉讼制度,都体现了职权干预型诉讼体制的特征。但近些年来,主张“优势证据”或者“高度盖然性”证明标准的观点逐渐成为主流,形式真实的理念越来越受到民事诉讼理论界与实务界的推崇。随着《民事诉讼法》的修改以及最高法《民诉证据规定》《民诉法解释》的颁布,我国民事诉讼正在向当事人主导型诉讼体制转型,从职权探知主义转向辩论主义。^②比如,《民诉法解释》第92条规定:“一方当事人在法庭审理中,或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中,对于己不利的事实明确表

^① 陈光中、马康:《认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨》,《法学》2016年第8期。

^② 张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第11—14页。

示承认的,另一方当事人无需举证证明。对于涉及身份关系、国家利益、社会公共利益等应当由人民法院依职权调查的事实,不适用前款自认的规定。自认的事实与查明的事实不符的,人民法院不予确认。”这些规定无疑体现了我国民事诉讼体制的转型和事实发现理念的转变。此外,《民诉法解释》第108条对于证明标准的规定更是彰显了形式真实发现的理念:“对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,认为待证事实真伪不明的,应当认定该事实不存在。法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的,从其规定。”

在我国行政诉讼中,对于证明标准,有学者认为一般情况下应适用“明显优势证明标准”,但作出对原告、第三人的人身自由及财产权益产生重大影响的剥夺、限制性的行政处罚或强制措施以及责令停产停业、吊销许可证或执照、处以较大数额罚款等行政行为时,应适用“排除合理怀疑的证明标准”;而在行政赔偿或行政裁决类案件时,则可以采取“优势证明标准”。^①另有学者认为,一般情况下应适用“高度盖然性证明标准”,但在行政机关作为中立机关对平等主体的民事纠纷作出裁决而引起的行政诉讼以及原告承担证明责任的情形中,应适用“优势证明标准”;在限制人身自由的行政处罚、强制措施的案件中,应适用“排除合理怀疑的证明标准”。^②在起草《行政诉讼证据规定》时,最高人民法院曾试图确立以“明显优势证明标准”为原则,以“优势证明标准”(适用于财产权或者人身权争议的行政裁决案件)和“排除合理怀疑的证明标准”(适用于拘留、责令停产停业和吊销执照等对人身财产权益产生较大影响的行政案件)为补充的证明标准体系,但在最终通过的版本中将证明标准删除。删除的原因不是草稿确定的证明标准不合适,而是觉得证明标准很灵活,在司法解释中可以暂不规定,但在培训中仍然可以介绍这些内容。^③概言之,应该根据行政行为对相对人权益影响的大小来适用不同的证明标准,即在一般证明标准之外,肯定例外情形的存在。^④因此整体而言,我国行政诉讼实行的是多元化的事实发现原则。



实务研究



案例研析

第二节 证据裁判原则

证据是诉讼的基石。无论是刑事诉讼,还是民事诉讼、行政诉讼,均以认定事实、适用法律为主要内容。认定事实的过程,必须依靠证据。证据裁判原则,又称证据裁判主义,是指在诉讼过程中,裁判者必须根据证据认定案件事实;没有证据或者证据不符合法定要求的,原则上不能认定案件事实。证据裁判原则是人类从非理性裁判走向理性裁判的重要标志,在现代诉

① 参见马怀德主编:《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》,中国政法大学出版社2004年版,第257—262页。

② 参见胡建森主编:《行政诉讼法修改研究——〈中华人民共和国行政诉讼法〉法条建议及理由》,浙江大学出版社2007年版,第265—268页。

③ 参见孔祥俊:《行政诉讼证据规则与法律适用》,人民法院出版社2005年版,第226页。

④ 王万华:《中国行政程序法典试拟稿及立法理由》,中国法制出版社2010年版,第279—280页。

讼中具有举足轻重的地位。台湾有学者将证据裁判原则称为证据规定的帝王条款之一。^①

一、证据裁判原则的产生与意义

(一) 证据裁判原则的产生

证据裁判原则并非自古有之,而是伴随人类理性的进步逐步确立的。有社会就有纠纷。为维持社会的和谐稳定,自然就需要构建一定的纠纷解决机制。考诸人类解决纠纷的实践,在证据制度方面,历史上曾经先后出现过神明裁判、法定证据、自由心证三个阶段,证据裁判原则就出现在自由心证阶段。

人类社会产生之初,理性发展尚不成熟,自然生存条件差,科技水平低,因而纠纷解决实行神明裁判制度。比如,采取“水审”“火审”“面包奶酪审”“决斗”等,依据“神的指示”或者“神的旨意”解决纠纷。欧洲9世纪法兰克人《麦玛威法》就规定:“凡犯盗窃罪,必须交付审判。如在神判中为火所灼伤,即被认为不能经受审火的考验,处以死刑。反之,如不为火所灼伤,则可允许其主人代付罚金,免处死刑。”在神明裁判时代,负责纠纷解决的裁判人员一般通过主持一定的仪式,让当事人承受肉体痛苦或精神折磨,然后根据履行过程中发生的情况或履行后的结果来判断是非曲直,作出裁决和处理。这种制度的有效运行仰赖于当事人的神灵信仰及其对神灵辨别是非、惩恶扬善“法力”的笃信。神明裁判制度尽管在历史上曾经对社会的稳定发挥了积极作用,但从当今理性、文明的视野加以评判,其以超自然力量作为纠纷解决依据的不合理性显而易见。

随着社会生产力的发展和人类认识能力的提高,神明裁判制度慢慢被法定证据制度取代。从13世纪开始,作为教会法向世俗法渗透的一环,法定证据原则逐渐向西欧大陆各主要封建国家扩散,并在这些国家的诉讼制度中得到普及和发展,到16世纪基本达到完成、确立的地步,大多数欧洲国家都实行了法定证据制度。1532年神圣罗马帝国《加洛林纳法典》、1670年法兰西王国《刑事法令》、1853年奥地利《刑事诉讼法》、1857年俄罗斯《帝国法规全书》等都是确立了法定证据制度的代表性法典。^②不过,作为例外,英国并没有经过法定证据阶段,而直接从神明裁判制度转向了以陪审团为中心的自由心证制度。

在法定证据时代,证据的取舍、证明力大小以及证据运用规则均由法律事先加以规定,法官审理案件过程中无权自由判断证据的资格和证明力,仅需机械地适用法律的规定即可。比如,1857年俄罗斯《帝国法规全书》规定,男人的证言优于女人的证言;基督徒的证言优于犹太人的证言;学者的证言优于非学者的证言。又如,1532年《加洛林纳法典》规定,被告人在法庭上的供认是完全证据中的最好证据,足以认定犯罪。^③法定证据制度的一个鲜明特征是:重视口供的证据价值,将口供视为“证据之王”,因此,允许采取刑讯手段获取口供。法定证据制度的目的在于,规范法官的证据裁判行为,防止裁判活动的混乱。

毫无疑问,较之于神明裁判,法定证据制度是重要的历史进步,不仅契合了当时实行的纠

① 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册 总论编),中国人民大学出版社2005年版,第344页。

② 参见李浩主编:《证据法学》(第二版),高等教育出版社2014年版,第55页。

③ 参见《中国大百科全书·法学》(修订版),中国大百科全书出版社2006年版,第68页。

问式诉讼模式,而且适应了西欧君主专制国家中央集权和统一司法的需要。但另一方面,也不难看到,法定证据制度的形式主义色彩过重,以法定方式将不同证据的价值予以绝对化,强制法官无视具体情况对证据进行机械的、划一的评价,使证据评价及事实认定成为一种消极、呆板的三段论式的演绎过程^①,法官的证据裁断活动严格受制于法律关于证据取舍和证明力的规定,丧失了必要的能动性和灵活性,从而与案件处理实践中丰富多样的证据情况脱离甚至背离。不仅如此,口供中心主义的做法以及刑讯逼供的普遍存在也导致了大量的冤假错案。

欧洲文艺复兴、启蒙运动的开展和资产阶级革命的胜利,使得民主、自由、人权、法治理念日渐深入人心,司法机械化、口供至上、刑讯逼供盛行的法定证据制度受到了严厉的考问和猛烈的批判,自由心证制度由此确立。1808年法国《刑事诉讼法典》第342条对自由心证制度作出了如下经典表述:法律仅要求陪审员深思熟虑,并本诸良心诚实推求已经提出的对于被告不利和有利的证据在他们的理智上产生了何种印象。只向他们提出这样的问题:“你们已经形成内心的确信否?”与法定证据制度通过法律规定严格控制法官对于证据取舍和证明力的判断不同,自由心证制度对法官的良心和理性给予了充分信任,赋予法官根据案件具体情况自由判断证据取舍和证明力的权力,同时废除了口供至上和刑讯逼供的做法。由于1808年法国《刑事诉讼法典》第342条隐含着事实认定必须以“已经提出的对于被告不利和有利的证据”为基础的重要内容,要求在证据基础上经由裁判者的“内心的确信”来完成事实认定活动,因而某种意义上也被视为有关证据裁判原则的规定。在立法中最先明确规定证据裁判原则的是日本,1876年日本在法国影响下制定的《断罪依证律》规定:“凡断罪,依证据。”^②据此,在个案裁判活动中,必须以诉讼各方提交法庭调查的证据材料作为事实认定的基础,司法者的臆想、猜测不能成为定案的依据。日本现行《刑事诉讼法》第317条进一步规定:“认定事实,应当依据证据。”韩国《刑事诉讼法》第307条也规定:“认定事实,应当根据证据。”目前证据裁判原则已被明确写入许多大陆法系国家的立法中,英美法系国家立法中虽没有证据裁判原则的表述,但理念上也认同证据裁判原则,并根据自己的普通法特色发展出关联性规则、可采性规则等证据规则来体现证据裁判原则。^③

需要指出的是,从形式上看,法定证据制度也是以证据为基础的事实认定模式,因而似乎也遵循了证据裁判原则。但本书认为,证据裁判原则是人类理性发展到一定阶段即自由心证时代的产物,其具体内容和要求体现了理性的高度成熟,而法定证据制度尽管在形式上也采用证据进行裁判,但对于证据取舍和证明力的法律规定充满了机械的形式主义和封建等级色彩,对口供证据的过分依赖以及刑讯逼供方式的合法化更是有悖于现代文明社会的基本理念,因而并未体现证据裁判原则的实质内核。

(二) 证据裁判原则的意义

1. 证据裁判原则是自由心证原则的必要前提,为法官自由心证的达成提供了切实的保障

^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——关于自由心证原则历史和现状的比较法研究》,《比较法研究》1993年第2期。

^② [日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(下卷新版),张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第4页。

^③ 参见陈光中:《刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部〈两个证据规定〉之公布为视角》,《中国法学》2010年第6期。

证据裁判原则与自由心证原则相伴而生,是人类理性成熟在裁判领域的必然产物。自由心证原则赋予法官裁量的权力,但这种权力如果不加以必要的限制,极易出现滥用,催生恣意的裁判。证据裁判原则的作用就是为法官的裁量行为划定边界,防止法官在证据裁断方面的自由心证过于“自由”,保障法官心证的理性化。正如有学者所指出的:“证据裁判主义不仅要要求法官必须依证据而为事实之认定,而且对于一定之证据限制法官为自由心证,如无证据能力、未经合法调查,显与事实有违或与认定事实不符之证据,不得作为自由心证之证据。”^①

2. 证据裁判原则强化了裁判结果的可接受性,提升了裁判公信力

证据裁判原则明晰了法官裁量行为的法定边界,减少了公众对裁判误解的可能性,促进了当事人和社会公众对裁判结果的认同和接受。

3. 证据裁判原则有助于保障当事人的诉讼权利

证据裁判原则强调对案件事实的认定必须建立在合法证据的基础上,而不能单纯依凭办案人员的主观推测或者臆想。这会促使公安司法人员强化证据意识,认真收集和保管证据,重视犯罪嫌疑人、被告人的合理辩解,进而防范冤假错案的发生。

二、证据裁判原则的基本要求与适用例外

相比于民事诉讼和行政诉讼,证据裁判原则在刑事诉讼中得到更多的强调。究其原因,刑事诉讼关涉当事人的生命、财产、自由等重大法益的限制或剥夺,而民事诉讼和行政诉讼关涉的法益相对较小,故民事法与行政法领域存在较多的法律推定和承认当事人的处分权。当然,民事诉讼与行政诉讼也要遵循证据裁判原则,只是在有关证据资格、证明方式、证明范围及证明标准等方面的要求与刑事诉讼有所不同。^②

(一) 证据裁判原则的基本要求

根据学界通说,证据裁判原则主要有三方面的要求:案件事实的认定原则上必须以证据为基础;据以认定案件事实的证据必须符合证据资格的要求;据以认定案件事实的证据必须经过法庭调查程序。不具备法定资格或者未经法庭调查的证据材料不能作为定案的依据。

1. 案件事实的认定原则上必须以证据为基础

除法律另有规定外^③,司法人员认定案件事实只能根据证据,而不能求诸水审、火审、决斗或者非理性的神明启示,也不能依赖于司法人员的主观臆断或者无端猜测。当案件证据存在相互矛盾时,司法人员不能仅凭个人喜好裁剪事实。在我国以往的司法实践中,不少司法人员并未养成依据证据进行裁判的习惯,即便在犯罪构成的部分要素缺乏证据证明的情况下,也往

① 蔡墩铭:《刑事诉讼法论》,五南图书出版公司1997年版,第428页。

② 卞建林、谭世贵主编:《证据法学》(第三版),中国政法大学出版社2014年版,第80页。

③ 在这一点上,民事诉讼与刑事诉讼有所不同:刑事诉讼要求法院必须依据相关的证据认定案件事实;民事诉讼对案件事实的认定则不仅要依赖证据,还需要根据证据之外的辩论程序中获得的其他资料信息,例如当事人、代理人陈述时的态度和表现,共同诉讼人的自认,当事人或代理人对已陈述内容的修正,以及攻击防御方法提出的时间等。参见张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第252页。日本有学者也指出,在民事诉讼中,除证据资料以外,口头辩论的整体内容也构成证据原因;但在刑事诉讼中,只有证据资料可以作为法官形成心证的依据。参见[日]石井一正:《日本实用刑事证据法》,陈浩然译,五南图书出版公司2000年版,第18页。

往倾向于认定被告人有罪,这是造成一系列冤假错案的思想根源。司法人员应当吸取惨痛的历史教训,强化证据意识,对没有证据加以证明的案件事实,应当视为不存在或者未曾发生过。

2. 据以认定案件事实的证据必须符合证据资格的要求

不是所有的证据都可以作为认定案件事实的根据,只有具有证据资格的证据才能成为定案依据。证据资格,又称证据能力,是指某一证据能够用于严格证明的能力或者资格。即对于“牵涉本案犯罪事实之证据材料,必须未经禁止使用(消极之必要条件),并且又经严格证明之合法调查程序后(积极之必要条件),才能取得证据能力,也才能作为本案裁判之基础”^①。在案件办理实践中,提交法庭调查的证据千差万别,有些不符合证据规范甚至系非法取得,比如通过刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人口供,就违背了法律关于取证方式的规定,不符合证据资格,应当依法排除在定案根据之外。此外,非适格主体取得的证据、违反法定程序取得的证据以及不符合法定形式的证据,都不能作为定案的根据。有学者就此指出,现代证据法的主要功能就在于对各类证据的法律资格作出明确的限制,并据此将那些不具备法律资格的证据排除在法庭之外。^②从理论上讲,只有通过了证据资格的判断,才能进行证明力的判断。但我国传统刑事诉讼模式往往强调积极的实体真实主义和犯罪控制价值,司法人员在审查证据时,重视证据的价值或者证明力,而不太关注对证据资格的审查,导致实践中出现了为获取被告人的供述而刑讯逼供或者威胁、引诱等非法取证的现象,造成了冤假错案。因此,应当在认真反思的基础上,严格贯彻非法证据排除规则,确保作为定案依据的证据之适格性。

3. 据以认定案件事实的证据必须经过法庭调查程序

这是证据裁判原则在动态方面的要求。庭审是司法人员对案件事实进行认定的关键环节。只有在公开、公平的庭审活动中,诉讼各方才得以面对面地展开控告、抗辩和裁判活动,当事人也才能充分地进行举证、质证、辩论,表达对案件法律适用的看法,反驳对方的主张和意见。法庭由此得以对案件事实、法律适用形成全面的认识,进而作出公平合理的裁判,保障当事人的合法权益。未经法庭出示、质证并查证属实的证据,不能作为认定案件事实的依据;经法庭调查发现的不真实、不合法或者不具有关联性的证据,也不能作为认定案件事实的依据。在这方面,我国尚存在不少的问题。比如,最高法《刑诉法解释》第63条规定:“证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实,不得作为定案的根据,但法律和本解释另有规定的除外。”第220条第2款又规定:“对公诉人、当事人及其法定代理人、辩护人、诉讼代理人补充的和法庭庭外调查核实取得的证据,应当经过当庭质证才能作为定案的根据。但是,经庭外征求意见,控辩双方没有异议的除外。”这就意味着,对于控辩双方补充的和法庭庭外调查核实取得的证据,可以省略法庭调查程序,以致许多本应在法庭上出示和调查但没有在法庭上出示和调查的证据被作为定案根据。又如,庭审实践中,允许书面证言、大量使用庭前证言笔录,也与证据裁判原则的要求存在实质性的冲突。

(二) 证据裁判原则的适用例外

依据证据认定案件事实,这是一般原则。实践中,基于诉讼目的、诉讼政策等方面的考量,

^① 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册 总论编),中国人民大学出版社2005年版,第346页。

^② [日]田口守一:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第267页。

也存在着一些例外情形,不需要运用证据进行证明。主要包括:

1. 民事诉讼中当事人自认的事实

自认是指在民事诉讼中,当事人一方对于不利于己方的事实或证据,以明示或默示的方式承认,并接受相应的法律后果。由于自认具有无争议性、自愿性和高度真实性的特点,因而法院可以将当事人自认的事实直接认定为案件事实而无须再以证据证明,或者将当事人自认的证据直接作为定案根据而无须再查证。最高法《民诉证据规定》第3条规定:“在诉讼过程中,一方当事人陈述的于己不利的事实,或者对于己不利的事实明确表示承认的,另一方当事人无需举证证明。在证据交换、询问、调查过程中,或者在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中,当事人明确承认于己不利的事实的,适用前款规定。”这条规定反映了我国民事诉讼制度在一定程度上确立了自认制度。

2. 司法认知的事实

司法认知是指法官在审理案件的过程中,对于待认定事实是否存在或者是否真实,直接予以确认,而无须凭借任何证据证明,以确保审理顺利进行的事实认定方式。最高法《民诉法解释》第93条规定:“下列事实,当事人无须举证证明:(一)自然规律以及定理、定律;(二)众所周知的事实;(三)根据法律规定推定的事实;(四)根据已知的事实和日常生活经验法则推定出的另一事实;(五)已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实;(六)已为仲裁机构生效裁决所确认的事实;(七)已为有效公证文书所证明的事实。前款第二项至第四项规定的事实,当事人有相反证据足以反驳的除外;第五项至第七项规定的事实,当事人有相反证据足以推翻的除外。”最高法《行诉证据规定》第68条也规定:“下列事实法庭可以直接认定:(一)众所周知的事实;(二)自然规律及定理;(三)按照法律规定推定的事实;(四)已经依法证明的事实;(五)根据日常生活经验法则推定的事实。前款(一)、(三)、(四)、(五)项,当事人有相反证据足以推翻的除外。”可见,我国民事诉讼与行政诉讼均确立了司法认知制度。

3. 推定的事实

作为一种替代证明的事实认定方法,推定是指根据已有的基础事实与另一未知事实之间存在的一般联系规律,从前者推出后者。或者说,由前者的存在认定后者的存在,包括法律推定与事实推定。巨额财产来源不明罪是推定在刑事诉讼中的典型体现。根据我国《刑法》第395条第1款的规定,国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入,差额巨大,本人不能说明其来源是合法的,差额部分推定为非法所得。在民事诉讼领域,最高法《民诉证据规定》第95条就规定:“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交,对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的,人民法院可以认定该主张成立。”

当然,为了确保证据裁判原则的贯彻落实,维持各种相关的诉讼价值之间的平衡,上述例外情形具有严格的条件限制。

三、证据裁判原则在我国的确立

如果不考虑证据裁判原则的价值追求,仅从形式上理解证据裁判原则,那么中国古代立法中就出现了相关的内容。比如,唐律中的《断狱律》规定:“若赃状露验,理不可疑,虽不承引,

即据状断之。”^①所谓“虽不承引,即据状断之”,就是说被追诉人虽然不承认自己所犯的罪行,但是能够通过其他证据加以证明的,可以认定为犯罪。该规定无疑具有相当积极的进步意义。尽管如此,受制于当时的政治制度、社会环境特别是纠问式的诉讼模式,古代立法整体而言并未出现现代意义上的以理性为内核的证据裁判原则。

证据裁判原则在我国目前的诉讼立法中已经基本得到确立。

首先,在刑事诉讼领域,证据裁判原则最早明确出现在2010年两院三部《办理死刑案件证据规定》第2条的规定:“认定案件事实,必须以证据为根据。”最高法《刑诉法解释》第61条也规定:“认定案件事实,必须以证据为根据”。现行《刑事诉讼法》则间接地予以确立,比如第55条第1款规定:“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据确实、充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”第200条第1款规定:“在被告人最后陈述后,审判长宣布休庭,合议庭进行评议,根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定,分别作出以下判决……”无论是对案件裁判中应当重证据不轻信口供的强调,还是要求合议庭评议时应当根据“已经查明的事实、证据和有关的法律规定”,都体现了对依据证据定案的重视和对口供中心主义思维模式的纠偏,彰显了制度理性,具有重要的意义。

其次,在民事诉讼与行政诉讼领域,虽然《民事诉讼法》与《行政诉讼法》均未明确规定证据裁判原则,但相关的司法解释确立了这一原则。比如,最高法《民诉证据规定》第85条第1款规定:“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为根据依法作出裁判。”最高法《民诉法解释》第90条规定:“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,应当提供证据加以证明,但法律另有规定的除外。在作出判决前,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”最高法《行诉证据规定》第53条也规定:“人民法院裁判行政案件,应当以证据证明的案件事实为依据。”

当然,从实践层面考察,如前所述,证据裁判原则的贯彻落实并不乐观,尚存在许多需要加以解决的问题。正是在这种背景下,2014年党的十八届四中全会《决定》明确要求,推进以审判为中心的诉讼制度改革,全面贯彻证据裁判规则,严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据,完善证人、鉴定人出庭制度,保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。



理论探讨



案例研析

第三节 自由心证原则

案件事实是一种历史事实。“历史事实的认定不仅需要逻辑,还需要判断。”^②那么,作为案件事实认定依据的证据应当如何判断和评价?有无一定的规则可循?这是证据裁判原则确立之后必然面临的问题。自由心证原则是证据法领域关于证据评价或者判断的基本原则。

^① (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议·断狱》,刘俊文点校,法律出版社1999年版,第593页。

^② [美]罗纳德·J.艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》(第三版),张保生等译,高等教育出版社2006年版,第143页。

一、自由心证原则的基本要义^①

“自由心证”一词自近代由日本传入。在日本和我国台湾地区,自由心证原则又被称为自由心证主义。自由心证既是一个早已有之的法律概念,又是一个歧义多出的概念。由于民事诉讼、行政诉讼与刑事诉讼之间存在一定的差异,诉讼法学界对自由心证原则的概念界定不一,其中比较容易产生争议的问题是:证据能力是否涵括在自由心证的范围中?对此,有学者持否定立场,认为自由心证原则是指证据的证明力由法官自由判断^②,或者是关于如何评价证据“证明力”的原则^③。但也有学者认为,自由心证主义是指对于证据能力与证据价值(证明力)不加限制,证据之取舍、证据价值之有无,由法院自由判断之主义^④,或者认为自由心证原则是指法官在认定案件事实的过程中,对于证据方法(证据资格、证据适格)、证据资料以及事实推定等事项,法律一般不作规定,而是交由法官依照经验法则予以判断的原则。^⑤

总体而言,民事诉讼法学者对自由心证的范围界定大多较为宽泛,既包括证明力的评价,也包括证据能力的裁量,而刑事诉讼法学者的界定通常较为严格,仅仅限定于证据证明力的评价。对此,不宜简单地论断对错,而应当进行语境化的理解。由于民事诉讼中民事纠纷的复杂性以及证据的收集一般通过私权利为之,因而并非绝对排除对证据资格适用自由心证,某些证据资料即使通过违法手段获得,法官也可以根据具体情形裁量其具有证据资格;而刑事诉讼基于对人权保障的特殊要求,不得将证据资格问题交由法官自由心证。^⑥比如,在日本,民事诉讼法除了允许证明力的自由评价以外,原则上不限制证据能力,而允许广泛使用证据,这是民事诉讼法中自由心证原则的内容^⑦;但日本《刑事诉讼法》第318条明确规定,只有证据的证明力由法官自由判断。

基于证据法而非仅仅刑事证据法的角度,本书认为,自由心证原则是指对于证据能力、证明力的有无和大小,法律原则上不作预先的规定,而交由审判官自由判断,形成内心确信的原则。1808年法国《刑事诉讼法典》第342条是对刑事诉讼中自由心证原则的经典表述,该条规定:“法律对于陪审员通过何种方法认定事实,并不计较;法律也不为陪审员规定任何规则,使他们判断是否齐备及是否充分;法律仅要求陪审员深思细察,并本诸良心,诚实推求已经提出的对于被告不利和有利的证据在他们的理智上产生了何种印象。法律未曾对陪审员说:‘经若干名证人证明的事实即为真实的事实’;法律也未说:‘未经某种记录、某种证件、若干证人、若干凭证证明的事实,即不得视为已有充分证明’;法律仅对陪审员提出这样的问题:‘你们已经形成内心的确信否?’”有学者将该条的内容转换如下:在对被告人定罪的问题上,你们在自由地评价完所有控方的证据和被告人的证据之后,如果还认为他是有罪的,那么你们是真诚确信他有罪吗?如果是真诚确信的,那你就大胆地投票定他有罪;如果没有达到真诚地确信,你就应当投票反对。这

① 关于自由心证原则的词源及内涵,详见本书第十一章第二节,本节不再赘述。

② [日]田口守一:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第270页。

③ 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册 总论编),中国人民大学出版社2005年版,第90页。

④ 转引自姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社2017年版,第2页。

⑤ 张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第258页。

⑥ 张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第260页。

⑦ [日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(下卷新版),张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第8页。

是对所谓的“他们”,也就是对陪审员们提出的要求,就是对证据自由地进行评价。^①

从理论上分析,自由心证原则大致包括三方面的内容:(1)心证开始的前提是证据。正是在这一点上,证据裁判原则与自由心证原则密切关联,甚至可以说,前者是后者的配套原则。1808年法国《刑事诉讼法典》第342条既是自由心证原则的经典表述,在某种意义上也是关于证据裁判原则的规定;日本《刑事诉讼法》第317条规定的是证据裁判原则,第318条紧接着规定了自由心证原则。二者在立法层面联系的紧密性由此可见一斑。从理论层面看,在刑事诉讼中,二者共同调控着证据判断的整个流程:证据裁判原则以证据能力的判断为核心;自由心证原则则重在评价证据的证明力。证据裁判原则之确立,在于使刑事诉讼程序的核心运作建立在证据之认定上,成为认定事实存在与否之基础,即事实发生后以迄证据确认之过程,系证据裁判原则所涵盖之范围;惟有在证明至事实存在与否之阶段,始得形成事实心证,故自由心证原则在于建构证据评价之过程,并就形成事实心证之过程中,对于如何之证据得证明至如何之事实加以适用,最主要者,其评价之过程中,系以高度盖然率作为基准。^②(2)法官自由判断证据的依据是经验、理性与良心。法官应当依凭经验、理性和良心作出判断,形成合理的心证,这是自由心证原则的支撑与保障。(3)法官心证的结果应当达到内心确信的程 度,这是自由心证原则的核心。内心确信是指法官在诉讼中,通过当事人的举证、质证、辩论以及阅卷等活动,对证据予以审查判断所形成的内心信念达到了确信的程 度。正如有学者所指出的,法官对于事实的认定应达到确信程 度,方可为待证事实真假之认定,而此“确信”,某种程度上应属于法官的主观确信,这部分乃自由心证主义之思想核心。^③

二、自由心证的内在限制与外部制约

自由心证原则克服了法定证据制度的机械化弊病,将如何评价证据、认定事实的问题交给法官自由裁量,表现出对法官理性和良心的信赖,也促进了法官主观能动性的发挥,较好地解决了发现案件真实、惩罚犯罪与保障人权等价值之间的冲突。但与此同时,也潜藏着较大的诉讼风险,容易出现法官擅断和司法腐败,对当事人造成不当突袭,因而有必要建构自由心证的内在约束和外部制约机制,以便既准确发现真实、解决纠纷,又有效防范法官恣意裁量,避免损害当事人合法权益的现象。

正是在此意义上,自由心证主义必须是合理的心证主义。^④自由心证原则适用的好坏,主要取决于其内外部制约措施的建构状况。

1. 自由心证的内在限制

法官依据自由心证原则认定事实时,不能违反经验法则和论理法则,这构成了自由心证的内在限制。否则,当事人有权提起上诉或者上告。

经验法则,是指从人类日常生活经验中归纳出的一切知识或法则,包括日常生活法则、自然法则和专门学科法则。经验法则尽管一般不能采用全称判断的形式来陈述,而只是盖然性

^① 易延友:《证据法学:原则、规则、案例》,法律出版社2017年版,第51页。

^② 黄瀚义:《论刑事证据之基本原则》,《军法专刊》第55卷第5期。

^③ 姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社2017年版,第113页。

^④ [日]田口守一:《刑事诉讼法》(第五版),张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第273页。

的命题^①,但由于其反映了事物之间存在高度盖然性的联系,因此法官认定案件事实时,将经验法则作为推理程序的大前提就不仅正当,而且必要。法官由此不能随心所欲地评价证据和事实,无论是对证据进行单独的评价还是进行综合的评价,都要受到经验法则的制约。

论理法则,又称逻辑法则,是指根据逻辑分析方法进行演绎的法则。根据论理法则,推论应当符合逻辑思考的要求,不得违反同一律、不矛盾律和排中律,不能出现逻辑上的论证谬误,如偶然性谬误或以偏概全之谬误、循环论证之谬误、诉诸人格之谬误、诉诸感情之谬误、诉诸权威之谬误、诉诸他恶之谬误、论证不足之谬误、观察不当之谬误、复合质问之谬误、不当概括之谬误、原因虚妄之谬误以及稻草人攻击之谬误。^②论理法则反映了思维分析法则的客观性,也应当成为法官自由心证的内在限制。

2. 自由心证的外部制约

法官的自由心证要达到“合理的心证主义”之状态,除需遵循经验法则和论理法则外,还有赖于多方面的外部制约。择其要者,主要包括:

(1) 构建现代诉讼制度和司法体制,优化司法环境,确保法官客观上能够独立审判,主观上具有理性判断能力和良好的职业素养。为此,需要确立回避、司法惩戒等相关制度。

(2) 实行合议制或陪审制,防止法官独断专行,保证证据评判和事实认定的合理性。

(3) 强化司法公开,贯彻直接言词原则。一方面,通过司法公开,督促法官心证的合理化;另一方面,诉讼以直接言词方式进行,有助于法官兼听则明,发现案件真实。

(4) 推行判决书说理制度,展示法官心证的过程、内容和根据,同时健全法官心证的事后审查制度,为不服法官心证结果的一方提供法律上的救济,倒逼法官心证合理化。为此,需要完善二审程序和审判监督程序。

(5) 明确规定一些必要的证据评价法则。基于诉讼效率、司法统一等方面的考量,法律在少数例外情况下可以对特定证据的取舍或者证明力大小作出明确规定。比如,日本《民事诉讼法》明确规定,关于代理权的证明必须是书证;法庭笔录是关于口头辩论方式的唯一证明;票据诉讼必须采书证方式;对小额诉讼的证明方式也有相应的限制。^③又如,由于许多刑事案件中的争议均围绕供述证据展开,如何评价自白的真实性及其证明力是司法裁判的难题,因而许多国家的法律规定了口供补强规则。以我国为例,《刑事诉讼法》第55条第1款就规定了口供补强规则:“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据确实、充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”该规定对口供证明力的评价进行了限制,强调只有被告人作出的不利于自己的口供,不能判定被告人有罪,防止因过于重视或者偏信被告人的供述,导致冤假错案。在民事诉讼领域,最高法《民诉证据规定》第90条也确立了补强证据规则。根据该条规定,下列证据不能单独作为认定案件事实的根据:当事人的陈述;无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相当的证言;与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言;存有疑点的视听资料、电子数据;无法与原件、

^① 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——关于自由心证原则历史和现状的比较法研究》,《比较法研究》1993年第2期。

^② 姜世明:《证据评价论》,厦门大学出版社2017年版,第16页。

^③ 张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第263页。

原物核对的复制件、复制品。

三、自由心证原则在我国立法和实践中的体现

(一) 我国对自由心证原则的认识

1949年以后的相当长一段时间,我国证据法理论对自由心证原则是持否定甚至批判态度的。传统观点认为,一方面,我国没有经历过欧洲国家那样的法定证据制度时代,所以不存在自由心证原则产生的历史条件;另一方面,自由心证原则仅凭法官的良心来判断证据,自然是不受客观实际的限制和检验的,有悖于唯物主义的认识观。因此,改革开放后颁布的三大诉讼法的证据部分均未提到法官自由心证的只言片语,司法实践中对其也是讳莫如深。

随着在这一问题上认识的不断深入和发展,我国理论界和实务界逐渐意识到传统看法的缺陷和粗疏。一方面,我国不存在法定证据的历史不能构成排斥自由心证原则的理由。自由心证原则虽肇始于对法定证据制度的批判,但其民主、公平和理性的精神却为现代社会所共通。不少现代法治国家,特别是英美法系国家,虽也没有经历法定证据阶段,但审判实践中基本上都贯彻了自由心证原则的精神。我们不能仅以是否在法律中明确提出自由心证的概念作为判断一国是否确立该原则的唯一标准。许多国家仅是基于历史原因才未把自由心证原则形成文字,但历史的作用仅此而已,它只能造成这种表面上的差别,而对于已融入审判实践精髓之中的自由心证原则的灵魂则无能为力。另一方面,自由心证原则虽然赋予法官较大的自由裁量权,但绝不意味着法官可以毫无限制地自由专断。心证的形成,必须以人类的共同认识能力和方式为基础,必须符合论理法则与经验法则,必须接受诸多外部的制约。

(二) 我国关于自由心证原则的规定

上述认识的转化反映到规则层面,最突出的表现便是最高人民法院先后在2001年12月6日颁布的最高法《民诉证据规定》和2002年7月24日颁布的《行诉证据规定》中对自由心证原则进行了突破性的设置。2015年1月30日颁布的《民诉法解释》和2019年10月14日修正的最高法《民诉证据规定》重申了该原则。

1. 自由心证原则的确立

最高法《民诉证据规定》第85条第2款规定:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”第88条进一步规定:“审判人员对案件的全部证据,应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。”《民诉法解释》第105条与最高法《民诉证据规定》第85条第2款的表述有一定不同,规定:“人民法院应当按照法定程序,全面、客观地审核证据,依照法律规定,运用逻辑推理和日常生活经验法则,对证据有无证明力和证明力大小进行判断,并公开判断的理由和结果。”《行诉证据规定》第54条规定:“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据进行逐一审查和对全部证据综合审查,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和生活经验,进行全面、客观和公正地分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,排除不具有关联性的证据

材料,准确认定案件事实。”

而最高法《民诉证据规定》第85条第1款“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为根据依法作出裁判”和《行诉证据规定》第53条“人民法院裁判行政案件,应当以证据证明的案件事实为依据”的规定则明确了自由心证原则的重要内容之一,即法官对事实真伪的判断应以证据调查结果为依据。

《民诉法解释》第108条第1款对我国民事诉讼中法官采纳证据认定事实的标准——优势证据作了如下规定:“对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。”易言之,在我国民事诉讼中,裁判者依据日常经验判断待证事实的存在具有高度可能性时,疑问即告排除,事实即可认定。

2. 对自由心证原则的限制

当然,最高人民法院颁布的两个证据规定还对法官的自由心证作了一些限制性规定,主要有:

第一,补强规则。即特定的情形下,某种证据不得作为法官认定案件事实的唯一依据。最高法《民诉证据规定》第90条规定:“下列证据不能单独作为认定案件事实的根据:(一)当事人的陈述;(二)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人所作的与其年龄、智力状况或者精神健康状况不相称的证言;(三)与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言;(四)存有疑点的视听资料、电子数据;(五)无法与原件、原物核对的复制件、复制品。”《行诉证据规定》第71条规定:“下列证据不能单独作为定案依据:(一)未成年人所作的与其年龄和智力状况不相称的证言;(二)与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该当事人有利的证言,或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言;(三)应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言;(四)难以识别是否经过修改的视听资料;(五)无法与原件、原物核对的复制件或者复制品;(六)经一方当事人或者他人改动,对方当事人不予认可的证据材料;(七)其他不能单独作为定案依据的证据材料。”

第二,完全证据规则。即具备法定条件的证据,经过质证环节后,法律直接肯定它的证明力,无须法官再自由裁量。

第三,最佳证据规则。即在数个证据对同一事实都有证明力,不同证据证明了相反的事实主张的情况下,对于各个证据证明力大小的判断应在法律规定的范围内进行。《行诉证据规定》第63条规定:“证明同一事实的数个证据,其证明效力一般可以按照下列情形分别认定:(一)国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证;(二)鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其他书证、视听资料和证人证言;(三)原件、原物优于复制件、复制品;(四)法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论;(五)法庭主持勘验所制作的勘验笔录优于其他部门主持勘验所制作的勘验笔录;(六)原始证据优于传来证据;(七)其他证人证言优于与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人提供的对该当事人有利的证言;(八)出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言;(九)数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据。”

第四,心证理由和救济公开。最高法《民诉证据规定》第97条第1款规定:“人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。”《行诉证据规定》



案例研析

第 72 条第 2 款规定：“人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。”
第 73 条进一步明确规定：“法庭发现当庭认定的证据有误，可以按照下列方式纠正：（一）庭审结束前发现错误的，应当重新进行认定；（二）庭审结束后宣判前发现错误的，在裁判文书中予以更正并说明理由，也可以再次开庭予以认定；（三）有新的证据材料可能推翻已认定的证据的，应当再次开庭予以认定。”



理论探讨

【思考题】

1. 如何理解真实发现原则的涵义和意义？
2. 证据裁判原则有哪些基本要求？
3. 证据裁判原则有哪些例外情形？
4. 如何理解自由心证原则的主要内容？
5. 如何理解自由心证的内在限制与外部制约？



思考题参考答案

【参考文献】

1. 卞建林主编：《刑事证明理论》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。
2. 卞建林、谭世贵主编：《证据法学》（第三版），中国政法大学出版社 2014 年版。
3. 蔡墩铭：《刑事诉讼法概要》（修订九版），三民书局 2010 年版。
4. 陈光中主编：《证据法学》（第三版），法律出版社 2015 年版。
5. 陈瑾昆：《刑事诉讼法通义》，朝阳学院 1933 年版。
6. 陈朴生：《刑事证据法》，三民书局 1979 年版。
7. 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社 2012 年版。
8. 陈一云主编：《证据学》，中国人民大学出版社 1991 年版。
9. 黄翰义：《论刑事证据之基本原则》，《军法专刊》第 55 卷第 5 期。
10. 姜世明：《证据评价论》，厦门大学出版社 2017 年版。
11. 李浩主编：《证据法学》（第二版），高等教育出版社 2014 年版。
12. 林钰雄：《刑事诉讼法》（上册 总论编），中国人民大学出版社 2005 年版。
13. 林钰雄：《严格证明与刑事证据》，法律出版社 2008 年版。
14. 王万华：《中国行政程序法典试拟稿及立法理由》，中国法制出版社 2010 年版。
15. 易延友：《证据法学：原则、规则、案例》，法律出版社 2017 年版。
16. 张卫平：《民事证据法》，法律出版社 2017 年版。
17. [德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法（第二十一版）》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版。
18. [美]罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》（第三版），张保生等译，高等教育出版社 2006 年版。
19. [日]石井一正：《日本实用刑事证据法》，陈浩然译，五南图书出版公司 2000 年版。
20. [日]松尾浩也：《日本刑事诉讼法》（下卷新版），张凌译，中国人民大学出版社 2005 年版。
21. [日]田口守一：《刑事诉讼法》（第五版），张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社 2010 年版。