

以限制证据证明力 为核心的新法定证据主义

陈瑞华^{*}

内容提要：中国证据立法遵循了一种以限制证据的证明力为核心的基本理念，即“新法定证据主义”的理念。证据法不仅对单个证据的证明力大小强弱确立了一些限制性规则，而且对认定案件事实确立了一些客观化的证明标准。这一证据理念的出现，与立法者对证据真实性的优先考虑、对法官自由裁量权的限制有着密切的关系，也与刑事诉讼的纠问化、司法裁判的行政决策化存在因果关系。这一证据理念及其影响下的证据立法活动，固然有其现实的合理性，却带来了一系列弊端。要推动中国证据立法的健康发展，需要对“新法定证据主义”及其影响下的证据立法进行理论清理，并创造条件消除促成这一证据理念产生的制度土壤和文化环境。

关键词：新法定证据主义 自由心证 证明力 证明标准

一、引言

从比较法和法律史的角度来看，刑事诉讼中的证明制度曾先后出现过法定证据和自由心证两种模式。一般认为，法定证据制度曾长期存在于中世纪欧洲各国法律之中，它建立在纠问式诉讼制度的基础之上，使法官同时行使刑事追诉和司法裁判的职能，不承认被告人的诉讼主体地位，将被告人口供奉为证据之王，承认酷刑取证的合法性。^{〔1〕}在法定证据制度下，每一种证据的证明价值都是由法律明文确定的，法官没有评判的自由，也不能根据其内心确信和良知意识作出认定。刑事案件只要存在那种符合法定证明力要求的证据，法官即应作出有罪判决。^{〔2〕}

随着纠问式诉讼制度逐渐退出历史舞台，法定证据制度也最终遭到抛弃，取而代之的是自由心证证据制度。根据这一制度，对于证据的证明力或证据价值问题，法律不做任何限制性的规

^{*} 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见 [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》（上），罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第75页以下。

〔2〕 参见 [法] 贝尔纳·布洛克：《法国刑事诉讼法》，罗结珍译，中国政法大学出版社2008年版，第79页。

定, 而由法官、陪审员根据经验、理性和良心, 进行自由评价和判断。^{〔3〕}自由心证所适用的对象是证据的证明力问题, 而不是证据能力问题。当然, 自由心证原则也有一些例外。

我国法学界对于法定证据制度基本上持否定态度, 认为这一制度对证据的证明力做出了不科学的限制, 是非理性的; 这一制度将口供视为证据之王, 认同酷刑取证的合法性, 是不人道的。但是, 围绕着自由心证应否成为我国证据法基本原则的问题, 法学界存在着激烈的争论。无论是赞同者还是反对者, 几乎都从应然的角度, 对自由心证及其蕴含的证明方式进行了价值评价, 也对中国未来的证据立法提出了理论构想。例如, 一些学者在承认这一原则具有历史进步意义的同时, 也认为自由心证为法官的主观擅断打开了方便之门, 在认识论上具有明显的局限性。^{〔4〕}也有一些学者出于澄清自由心证真实含义的考虑, 从比较法上对这一原则的制约机制进行了全面的分析, 认为这一原则与法官独立审判机制有着密切的关系, 与直接言词原则的贯彻不可分割, 而诸如较为发达的证据能力规则的确立、裁判理由充分说明以及上诉审机制的相对完善等, 则构成了保障自由心证原则正常运转的制度前提。而在中国尚未建立这些制约机制的情况下, 确立自由心证原则可能会带来一些新的问题。^{〔5〕}还有学者将证明制度划分为法定证明模式和自由证明模式, 认为我国现行法律规定的证据制度属于自由证明制度, 鉴于目前法官的总体素质不容乐观, 而且这一现状不可能在短时间内得到改善, 未来中国的证据制度应当确立以法定证明为主、以自由证明为辅的模式。^{〔6〕}

在这种以价值评判和制度构建为主的应然研究之外, 法学界也对我国现行的证明制度进行了经验研究。有学者将我国的刑事诉讼证明模式概括为“印证证明模式”, 认为这一证明模式仍然属于自由心证体系, 属于自由心证的一种亚类型。但与自由心证不同的是, 这一模式注重证据之间的相互印证, 强调对犯罪事实的证明需要达到最高的证明标准。^{〔7〕}也有学者对法学界普遍反对证明力规则的现象进行了反思, 强调证明力规则在中国诉讼制度中具有一定的合理性。我们与其断然否定证明力规则的正当性, 倒不如从证据立法的现实出发, 认真分析这些规则出现的原因和背景。^{〔8〕}

随着我国最高司法机关相继确立旨在规范证据审查判断的规则, 也随着诉讼制度的逐步完善, 我国初步结束了在证据运用领域无法可依的局面。尤其是2010年颁布实施的两个刑事证据规定,^{〔9〕}更是确立了大量的排除性规则, 其中很多可以被归入非法证据排除规则的范畴。但与此同时, 这两个证据规定也确立了不少旨在限制各类证据证明力的规则。无论是在对物证、书证、视听资料、电子证据的审查过程中, 还是在对证人证言、被告人供述、鉴定意见、勘验检查笔录、辨认笔录的评判过程中, 两个证据规定都对法官提出了审查证据证明力的具体要求和办法。而对于证人证言出现自相矛盾、被告人供述出现翻供的情况, 证据规定也确立了具体的采信标准。与此同时, 对于原始证据与传来证据、直接证据与间接证据的证明力问题, 两个证据规定

〔3〕 参见 [美] 弗洛伊德·菲尼、[德] 约阿希姆·赫尔曼、岳礼玲:《一个案例 两种制度——美德刑事司法比较》, 郭志媛译, 中国法制出版社2006年版, 第350页。

〔4〕 参见樊崇义主编:《证据法学》, 法律出版社2001年版, 第36页以下。

〔5〕 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。

〔6〕 参见何家弘、刘品新:《证据法学》, 法律出版社2004年版, 第92页以下。

〔7〕 参见龙宗智:《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》, 《法学研究》2004年第2期。

〔8〕 参见李训虎:《证明力规则检讨》, 《法学研究》2010年第2期。

〔9〕 2010年6月, 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《办理死刑案件证据规定》)和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。对这两个证据规定的权威解释, 可参见张军主编:《刑事证据规则理解与适用》, 法律出版社2010年版。

也建立了一般性的采信规则。这显示出,在对单个证据的证明力大小强弱做出评价的问题上,两个证据规定设定了明确的限制性规则。不仅如此,对于何谓“事实清楚、证据确实充分”的证明标准,对于只有间接证据的案件如何认定被告人达到有罪的标准,以及对于被告人有罪供述的补强等问题,两个证据规定也做出了明确的规定。^[10]这足以说明,在对全部证据是否形成完整的证明体系的问题上,两个证据规定也确立了旨在限制证明力评判的规则。而这些旨在规范法官认定案件事实的“法定证明标准”,在2012年通过的新刑事诉讼法中又得到了明确的强调。

在此之前,一些高级法院曾颁行过地方性证据规则,最高法院也曾就民事诉讼证据和行政诉讼证据的审查判断问题颁行过具有司法解释效力的证据规则,而这些证据规则也对各类证据的证明力大小强弱做出了一系列的规定。我们据此可以断定,两个证据规定对证据的证明力所作的法律限制,延续了中国证据立法的传统。而这种以限制证据的证明力为核心的理念,在相当长的时间内一直影响着中国的证据立法,并逐渐成为支撑中国证据立法的指导性原则。

本文认为,中国证据立法遵循了一种以限制证据的证明力为核心的基本理念,即“新法定证据主义”的理念。本文拟通过与法定证据制度和自由心证制度的比较分析,界定“新法定证据主义”的基本内涵,分析这一证据理念出现的原因,讨论这一证据理念的利弊得失,并对这一立法理念的未来走向作出评估。在笔者看来,“新法定证据主义”作为一种对中国证据立法理念的总结,对证据立法和司法实践中的很多问题具有一定的解释力。假如我们抛弃泛政治主义和泛道德主义的立场,而以社会科学的方法研究证据问题的话,那么,对“新法定证据主义”的全面清理,将是绕不开的理论课题。

二、新法定证据主义的基本特征

根据现代证据法的基本假设,证据法所要规范的主要是证据的法律资格和司法证明的基本方式,而对于单个证据的证明力大小强弱以及法官对案件事实内心确信的标准,法律一般不做限制性的规定,而交由法官进行自由评判。法官根据自己通过法庭审理所形成的直观印象,根据经验、理性和良心,来对证据的证明力和案件事实作出裁判。这就是一般意义上的自由心证原则。^[11]

但是,中国证据法在规范证据的法律资格并构建各种证据排除规则的同时,还对证据的证明力问题做出了明确的法律限制。一方面,几乎所有证据规则都对单个证据的证明力大小强弱做出了区分,甚至在证明同一案件事实的不同证据出现矛盾的情况下,还就不同种类证据的证明力确立了优先采信的标准。另一方面,证据规则就法官对案件事实的内心确信确立了明确、具体的标准,特别是在刑事证据规则中,对于何谓“事实清楚、证据确实充分”、“证据不足”甚至仅仅依据间接证据如何定案等问题,都做出了近乎繁琐的规定。这充分显示出,中国证据法不仅仅满足于对证据法律资格的规范和限制,而且还对单个证据的证明力和案件证据的综合评判确立了明确的限制性规则。中国证据法所确立的并不是真正意义上的自由心证原则,而是带有法定证据制度色彩的特殊证据制度。

当然,将中国的证据制度称为法定证据制度,也是不符合客观情况的。尤其是在中国的刑事诉讼制度中,司法与行政相分离,国家追诉犯罪的职能与司法裁判职能发生了分离,被告人具有当事人地位,可以在律师帮助下行使辩护职能。刑事诉讼的整体构造已经与纠问制不可同日而语

[10] 对于上述问题的分析,可参见陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2012年版,第163页,第165页,第182页,第254页,第334页。

[11] 参见[德]罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第117页以下。

了。与此同时，被告人有罪供述已经不再被视为证据之王，而是一种受到严格法律限制的普通证据。没有口供，其他证据确实充分的，可以对被告人予以定罪；只有被告人供述，没有其他证据的，不得对被告人加以定罪。这种口供补强规则的确立，显示出对被告人供述的慎重使用态度。不仅如此，法律严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗等非法手段获取证据，对于通过刑讯逼供等非法手段获取的被告人有罪供述，法院应当作出强制性的排除。^{〔12〕}这种非法证据排除规则的确立，显示出对被告人供述进行合法取证的重要性。凡此种种，都说明那种与纠问制相伴而生的法定证据制度，已经不可能确立在中国刑事证据法之中了。

欧洲中世纪的法定证据制度已经成为历史，但是，作为一种旨在对证据的证明力做出法律限制的立法理念，并没有完全消失。按照通常的看法，即便在当代大陆法国家的证据制度中，那种针对被告人口供所确立的补强规则，以及那种“疑问时做有利于被告人的推定”的法律要求，在一定程度上体现了法定证据主义的理念，成为自由心证原则的例外。^{〔13〕}但是，尽管存在着这些法定证据制度的残余，我们仍然将大陆法国家的证据制度称为自由心证制度。这是因为，大陆法国家的证据规则并不对证据的证明力大小强弱作出明确的法律限制，对于法官对犯罪事实的“内心确信无疑”也不设定明确的标准。对于这些证明力领域的事项，大陆法国家的证据法都交由法官进行自由判断。

中国证据法的情况就有很大的不同了。在确立疑罪从无、口供补强等规则方面，中国证据法与大陆法国家的证据法尽管是大体一致的，但是，由于存在着对单个证据证明力的普遍法律限制，也由于存在着对案件事实认定标准的一般法律规则，因此，笔者认为中国证据立法贯彻了一种带有法定证据制度色彩的理念。为了与欧洲中世纪曾普遍实行的法定证据制度进行区分，笔者将这种旨在限制证明力的证据立法理念，称为“新法定证据主义”。当然，这里所说的“新法定证据主义”，属于一种对中国证据制度进行类型化分析的理论总结，并不与那些重视口供、允许刑讯逼供的纠问式诉讼制度具有必然的联系。假如我们不再持一种泛政治化或泛道德化的立场，那么，从中国证据法对证明力的法律限制这一角度来看，用“新法定证据主义”来概括这种证据立法理念，或许是既直观形象又准确贴切的。

那么，作为一种证据立法理念，“新法定证据主义”究竟具有哪些基本特征呢？在以下的讨论中，笔者将结合近年来中国证据立法的发展情况，以最高法院颁布的证据规则以及立法机关通过的法律为样本，对这一证据立法理念作出简要的实证分析。笔者所要解释的主要是新法定证据主义理念的特征，至于这一理念对司法实践的影响，则不是本文所要讨论的主要问题。

（一）对不同证据证明力的区分

根据自由心证原则，法律不对不同证据证明力大小强弱做出限制和约束，而应交由法官根据庭审中所形成的印象做出自由评价。当然，根据经验法则，法官可以根据案件的具体情况，对不同证据的证明力作出一定的区分。这是无可厚非的，也属于法官行使自由裁量权的应有之义。但是，中国证据法却对不同证据的证明力明确规定了大小强弱的标准，并使之上升到法律规范的层次，使之具有普遍的法律效力。这与法定证据制度下将不同证据的证明力区分为三六九等的情况，就具有了一定的相似性。例如，在法定证据制度下，被告人自白的证明力要明显大于证人证言；两份证人证言的证明力要大于一份证人证言；间接证据的证明力要小于直接证据。

中国现行的证据规则尽管并不推崇被告人供述的证明力，也没有将不同证据的证明力做出量化的区分，但对不同证据的证明力确定了优先顺序。例如，根据2001年最高法院有关民事诉

〔12〕 关于中国的非法证据排除规则，可参见陈瑞华：《非法证据排除规则的中国模式》，《中国法学》2010年第6期。

〔13〕 参见宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社1998年版，第377页以下。

讼证据问题的司法解释，^[14] 原始证据的证明力一般大于传来证据，直接证据的证明力一般大于间接证据。而根据该院次年就行政诉讼中证据运用问题所做的司法解释，^[15] 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，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，出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言。很显然，这两个证据规则都对“数个证据对同一事实的证明力”做出了大小强弱的区分，以指导法官对其做出优先选择。

在 2005 年前后，一些地方的高级法院曾出现过制定证据规则的高潮。迄今为止，北京、江苏、上海、湖北、四川、广东等地的高级法院仍然在实施当时颁行的刑事证据规则。而在这些地方性证据规则中，对于“数个证据对同一事实的证明力”作出明确的区分，属于法官所要遵循的评判证据证明力的基本规则。尽管在条文表述上可能有所差异，但这些证据规则都承认了原始证据、直接证据的证明力分别大于传来证据、间接证据，同时还明确规定：实物证据的证明力大于言词证据；与被告人有亲属关系的证人所提供的证言，其证明力要低于其他证言；在同等条件下，多名证人的证言证明力大于单一证人就同一事实的证言，等等。^[16]

2010 年由最高法院参与制定的两个刑事证据规定，尽管没有将上述有关“数个证据对同一事实的证明力”的规则全部确立下来，但吸收了其中的一些规定。例如，对于没有直接证据证明犯罪事实但间接证据确实、充分的案件，该规定虽然规定“可以认定被告人有罪”，但是，“判处死刑应当特别慎重”。^[17] 这体现出一种间接证据证明力低于直接证据的观念。又如，对于与被告人有亲属关系的证人所做的有利于被告人的证言，以及对于与被告人有利害冲突的证人所做的不利于被告人的证言，该规定要求“慎重使用”，采信的前提是“有其他证据印证”，这也明显体现了对这类证言证明力不信任的态度。

（二）对证据相互印证规则的确立

与中世纪的法定证据制度偏重证据的相关性不同，中国现行的证据规则更加重视证据的真实性，并确立了一些旨在保证证据真实性的证据规则。前面所说的对不同证据证明力的法律区分，就是以证据的真实性为主要标准来设定的。而对证据真实性的强调，还直接促成了证据相互印证规则的确立。

所谓“证据相互印证”，是指两个以上的证据由于同时包含着相同或相似的事实信息，因此

[14] 最高人民法院 2001 年颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》中，对若干证据的证明力确立了一些限制性的规则。例如，法院就“数个证据对同一事实的证明力”，可以依照下列原则认定：（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。参见最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 77 条。

[15] 最高人民法院 2002 年颁布的《关于行政诉讼证据若干问题的规定》，在限制证据的证明力问题上确立了一些证据规则。例如，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。参见最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 63 条。

[16] 对这些地方性证据规则的分析 and 评论，可参见房保国：《现实已经发生——论我国地方性刑事证据规则》，《政法论坛》2007 年第 3 期。

[17] 参见前引 [9]，张军主编书，第 27 页。

其真实性得到了其他证据的验证，而它们所共同包含的证据事实就得到了证明。^{〔18〕}作为一项证据规则，证据相互印证既是对单个证据真实性的客观验证，又是对法官正确认定案件事实的制度保障。本来，根据自由心证原则，法官对于证据的真实性以及对案件事实的认定，应当根据其从法庭审理中所获得的直观印象，依据经验、理性做出自由评判，而不受法律规则的限制。但在中国证据制度中，法官通过法庭审理，固然对证据的真实性和案件事实形成了一些印象，但仅凭这些印象来做出裁判还是远远不够的。法官无论是确认证据的真实性还是认定案件事实，都必须遵循一些带有客观性的评价标准。其中，证据相互印证就属于最为重要的标准。假如没有达到证据相互印证的程度，法官即使相信证据的真实性，也不能作此认定。

例如，根据两个刑事证据规定，证据之间具有内在的联系，共同指向同一待证事实，且能合理排除矛盾的，才能作为定案的根据。这里所表达的就是证据相互印证的状态。又如，被告人推翻庭前供述，而改做无罪辩解的，法官仍然可以采信庭前供述，但前提之一是该庭前供述与其他证据能够相互印证。再如，证人当庭证言与庭前证言相互矛盾，或者未出庭证人的书面证言出现矛盾的，法官对庭前证言的采信标准，仍然是该证言是否有相关证据印证。

（三）法官内心确信标准的法定化

根据自由心证原则，法官对于案件事实的认定需要达到内心确信无疑的程度。对于何谓“内心确信无疑”，法律只要求法官根据自己从法庭审理中形成的直观印象，依据经验、理性、良心来做出自由判断；而在法官内心存在合理怀疑，无法形成内心确信时，则做有利于被告人的解释，直接做出无罪之宣告。在自由心证原则的作用下，法律对于法官的内心确信无疑并不作出明确的法律规定。^{〔19〕}

但中国的证据规则对于法官认定案件事实的标准做出了明确规定。尤其是对于证明被告人有罪的标准，也就是“证据确实、充分”，做出了明确的界定。例如，根据2012年新刑事诉讼法的规定，“证据确实、充分”需要同时符合以下三个要求：一是定罪量刑的每一事实都有证据证明；二是据以定案的每一证据都经法定程序查证属实；三是综合全案证据，对所认定的事实已经排除合理怀疑。又如，最高法院2010年参与颁行的《办理死刑案件证据规定》，对死刑案件事实的证明确定了五项具体标准，如证据与证据之间、证据与案件事实之间“不存在矛盾或者矛盾得以合理排除”，“由证据得出的结论为唯一结论”，等等。再如，根据江苏省高级人民法院颁行的刑事证据规则，刑事案件具备以下情形之一的，应当视为“证据不足”：一是据以定案的证据不真实、不可靠；二是作为犯罪构成要件的事实没有必要的证据加以证明；三是据以定案的证据与待证事实之间、证据与证据之间存在重大矛盾无法排除。

这种就法官内心确信标准所确立的法律规则，显示出证据法对法官认定事实标准的严格控制。如同对单个证据的证明力所确立的认定标准一样，对于定罪标准的法律限制，也为法官做出有罪裁决设定了外在的要求。换言之，法官通过庭审即便对被告人构成犯罪的事实形成了内心确信，也还要满足这些外在的“客观标准”。否则，法官仅凭自己的主观确信，是不能认定案件事实成立的。这与中世纪的法定证据制度有一些相似之处。例如，根据那一时期出现的《卡洛琳娜法典》，被告人自白具有“全部证明力”，可以成为法官唯一的定罪根据；而一份证人证言只具有50%的证明力，法官只有根据两份以上的证言，才能作出有罪裁决。^{〔20〕}中国证据规则就法官认定案件事实的标准所做的法律限定，也体现了这种严格限定全案证据证明力的判断标准的理念。

〔18〕 关于证据相互印证规则的讨论，可参见陈瑞华：《论证据相互印证规则》，《法商研究》2012年第1期。

〔19〕 参见林钰雄：《严格证明与刑事证据》，法律出版社2002年版，第86页。

〔20〕 同上书，第85页。

（四）间接证据证明体系的法定化

按照自由心证原则，对于证据的证明力以及案件事实的认定，法律都不做明确的限制，而交由法官根据庭审中形成的印象进行自由判断。无论是对直接证据还是对间接证据，法律都不对其证明力大小强弱加以区分，而由法官根据经验法则和逻辑法则进行评判。但中国的证据规则不仅确立了直接证据证明力大于间接证据的规则，而且对法官根据间接证据定案做出了更为严格的法律限制。

根据最高法院参与颁行的《办理死刑案件证据规定》，法官运用间接证据定案要符合更为严格的条件。例如，“据以定案的间接证据之间相互印证，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问”；“据以定案的间接证据已经形成完整的证明体系”；“依据间接证据认定的案件事实，结论是唯一的，足以排除一切合理怀疑”；等等。这些对依据间接证据定案的法律要求，较之根据直接证据定案的要求而言，显得更为严格和苛刻，显示出规则制定者对间接证据持有一种慎重甚至不信任的态度。

中世纪欧洲国家的法定证据制度，就曾对间接证据的运用做出了限制性的规定。例如，根据法国中世纪颁行的《刑事裁判法令》，证据依据其证明力大小可分为“完全证据”、“半证据”和“不完全证据”，被告人自白或者两份证人证言，构成“完全证据”，法官凭此可以直接定罪；一份证言或者两份间接证据，属于“半证据”，法官凭此可以做出实施刑讯的命令；一份间接证据则属于“不完全证据”，法官凭此既不能定罪，也不能做出刑讯的命令。^{〔21〕}

当然，根据司法实践的经验，直接证据所包含的事实信息较多，尤其是可以证明犯罪构成要件的事实；而间接证据只能证明案件事实的某一环节或片段，法官无法根据某一个间接证据认定案件主要事实，而必须将若干个间接证据结合起来，通过逻辑推理，来认定案件事实的成立。经验还表明，通常情况下，根据直接证据定案的法官可以形成完全的内心确信，而仅仅依靠间接证据定案的法官则很难达到完全确信的程 度，往往会有一些疑问。但是，对于这些经验，法律一旦将其上升到证据规则的高度，法官就要在所有案件中遵循了。这些产生于个案之中的经验一旦转化为对所有案件都具有规范作用的法律准则，那么就有可能出现一种形式化的证据判断标准。

（五）积极的法定证据主义与消极的法定证据主义

无论是对于单个证据证明力的限制，还是对案件事实证明标准所确立的法律规则，中国证据法都从两个角度体现了法定证据主义的理念。其中之一是，在满足证明力要求的前提下，对某一证据具有证明力以及犯罪事实得到证明所作的肯定判断。例如，符合印证规则的证人证言、被告人供述，可以成为定案的证据；对于精神上有缺陷或者与被告人有利害关系的证人所作的证言，有其他证据印证的可以采信；等等。又如，在对于几对证据证明力的采纳问题上，证据法要求法院优先将直接证据、原始证据、出庭作证的证人证言、经过公证的书证或者无利害关系人的证言等采纳为定案（定罪）的根据。再如，对于从被告人口供中提取到隐蔽性较强的书证、物证，并且证据之间相互印证的，可以认定被告人有罪。这些例子足以显示，法官可以将那些符合形式要件的证据采纳为定罪的证据，也可以根据那些满足了法定规格的证据来认定被告人有罪。对于这种旨在积极地确定证据证明力和证明标准的理念，我们可以称之为“积极的法定证据主义”。

相反，法律对于那些尚未达到法定证明力要求的案件，要求法官不得采信某一证据，或者不得作出有罪判决。例如，未出庭作证证人的书面证言出现矛盾，不能排除矛盾且无证据印证的，不能作为定案的根据。又如，被告人庭前供述出现反复，庭审中不供认，且无其他证据与庭前供述印证的，不能采信庭前供述。再如，仅仅依靠间接证据来认定犯罪事实的案件，法官在适用死

〔21〕 参见前引〔5〕，王亚新文。

刑方面应当“特别慎重”，等等。这些例子足以说明，证据法对某些证据的证明力采取了限制使用的态度，而对不符合特定证据规格的证据，则确立了不能认定被告人有罪的规则。对于这种证据理念，我们可以称之为“消极的法定证据主义”。

三、新法定证据主义兴起的原因

新法定证据主义理念的实质，在于将一些本来适用于个案的经验法则，上升为证据法律规范，使之具有普遍的法律效力。按照这一理念，证据法在对证据的法律资格做出规范的同时，还要为法官评判证据的证明力确定限制性规则，并且为法官认定案件事实设置约束性的标准。

中国证据法为什么要将这些模棱两可、模糊不定的经验法则上升为法律规则呢？为什么在中国证据法中，有关规范证据证明力的规则竟然占据如此重要的地位呢？通过确立如此多的证明力规则，使法官在采信证据和认定事实方面受到诸多方面的法律限制，证据法究竟要实现什么样的立法目标呢？对于这些问题，有些学者已经进行过分析，并提出了一些观点。^{〔22〕}在以下的分析中，笔者将以刑事证据规则为范例，重点讨论新法定证据主义兴起的原因。

（一）对证据真实性的优先考虑

在欧洲中世纪的法定证据制度中，法律固然对证据的证明力作出了法律规定，甚至进行了数量化的区分，但是，这种法律规定更多属于对证据相关性的规范。其实，被告人口供之所以被视为“证据之王”，属于“完全证据”或者具有全部证明力，主要是因为该类证据具有较强的相关性；而一份证言之所以被视为“半证据”或者具有50%的证明力，一份间接证据被视为“不完全证据”，也是因为这类证据相关性较弱。^{〔23〕}但是，同样是对证据证明力做出法律限制，中国的新法定证据主义理念更加重视证据的真实性，对证据的相关性则没有给予明显的强调。可以说，“新法定证据主义”理念在中国的兴起，与证据规则的制定者高度关注证据的真实性问题有着密切的关系。

通常说来，任何一项证据要转化为定案的根据，必须同时具备证据能力和证明力。证据能力是法律问题，是证据法对证据所提出的法律资格要求，而证明力属于事实问题，一个证据只有同时具备真实性和相关性，才具有证明力，而一个证据相关性的大小直接决定了证明力的强弱。在证据制度中，对证据法律资格的漠视，往往导致有关证据能力的规则极为欠缺；而对证据真实性和相关性的强烈关注，则必然带来证明力规则的兴盛不衰。

按照中国刑事证据规则制定者的解释，之所以要对死刑案件率先确立证据规则，是考虑到“死刑案件人命关天，质量问题尤为重要，在认定事实和采信证据上绝对不容许出任何差错”，为此就需要首先“对死刑案件采用更为严格的证明标准”。^{〔24〕}

一位最高法院大法官认为，制定刑事证据规则的主要目的在于“从源头和基础工作上切实把好事实关、证据关，切实保障死刑案件的质量”。按照他的说法，“据统计，近三年来，每年仍有相当数量的死刑案件因事实、证据问题而不核准，即便是核准的死刑案件，也有相当的数量是在复核阶段经补查、完善证据后予以核准的，高级法院在二审审理中因证据问题发回重审的案件就更多，有的甚至占死刑二审案件的50%左右。这些问题的存在，严重影响死刑案件的复核质量和效率，甚至埋下发生冤假错案的隐患。近年来发生的多起刑事错案，主要是在事实认定、证据审

〔22〕 参见前引〔8〕，李训虎文。

〔23〕 参见前引〔19〕，林钰雄书，第85页。

〔24〕 参见南英：《大力夯实刑事案件审理的证据基础》，《人民法院报》2010年6月30日。

查和运用方面出了差错，其中又多与刑讯逼供直接相关”。〔25〕

在两个证据规定的制定过程中，包括云南杜培武案件、河北李久明案件、湖北余祥林案件、河南赵作海案件在内的一系列冤假错案，受到强烈的关注，并成为两个证据规定出台的重要背景。在最高法院的法官看来，这些错案发生的一个重要原因在于，刑事证据制度“不健全、不完善”，“办案人员素质不高，责任心不强，证据收集和审查违法违规”。〔26〕

这种基于防止冤假错案的考虑而对证据真实性的强烈关注，势必会对一系列旨在限制证明力的证据规则的确立产生影响。无论是证人改变证言或者证言出现前后不一致，还是被告人的供述和辩解出现反复，甚至当庭翻供，都涉及对证人证言和被告人供述的真实性的评判问题。两个证据规定为此确立了合理解释规则和印证规则，以解决这一在司法实践中出现频率较高的证据运用难题。根据合理解释规则，证人改变证言、被告人推翻原有供述的，法官要采纳改变后的证言或者翻供后的辩解，都需要证人、被告人对其翻证、翻供提供合理的解释，否则，后来的证言、辩解一般不予采信。而根据印证规则，无论是证人证言还是被告人供述，一旦出现翻证、翻供问题，都需要有其他证据与其相互印证，也就是对证言、供述的真实性加以佐证，令人信服，否则，该项证言、供述也不得转化为定案的根据。很显然，这种针对翻证、翻供现象确立的证据规则，无一不是为了确保证据的真实性而建立起来的。不仅如此，两个证据规定所提出的诸如排除矛盾、排除一切合理怀疑、排除其他可能性、得出唯一的结论等方面的定罪标准，也是在这种注重证据真实性的立法理念下得以确立的。

那些对不同证据的证明力划分三六九等的证明力规则，也被赋予维护证据真实性的功能。例如，在原始证据与传来证据之间，优先选择原始证据，显示出对传来证据真实性的怀疑；在有被告人供述这一直接证据的案件中，强调供述只要得到其他证据的补强，就可以做出有罪裁决，而在那种只有间接证据的案件中，即便达到了定罪的条件，也要慎用死刑，这体现了对依据间接证据定案能否达致真实的怀疑；对于那些有利害关系的证人所提供的证言，强调要慎重使用，而且要有其他证据印证，甚至在认定被告人的年龄时也不予使用，这体现了对这类证人证言可靠性的不信任。

（二）对法官自由裁量权的约束

规范和约束法官自由裁量权，已经成为我国刑事司法改革的重要课题。自本世纪初以来，最高法院一直倡导量刑规范化改革，并将其纳入两个五年改革纲要之中，其中的重要考虑就是规范法官的自由裁量权。〔27〕而在证据立法领域，规范和约束法官的自由裁量权也成为重要的指导性理念。

表面看来，法院的独立审判权经常难以得到保障，刑事法官更是无法对案件的实体裁判结果拥有独立裁决权。但实际上，由于没有证据规则的有效约束，刑事法官在采纳证据和认定案件事实方面往往拥有太大的自由裁量权。例如，对于同一证人的证言前后存在矛盾的，法官在采纳哪份证言方面可以自由裁断；对于被告人在庭审前和法庭上推翻原来的有罪供述的，法官也可以较为随意地决定采纳供述或辩解；对于证据之间存在矛盾、证明体系存在合理怀疑的，法官也可以自行决定案件是否达到事实清楚、证据确实充分的程度。而法官在进行上述证据评判的过程中竟然享有完全的自由，而不必在裁判文书中提供采纳证据的理由。在这种背景下，中国的刑事证据立法就需要解决一个极为特殊的问题：证据法不可能只是对证据的法律资格作出限制性规定，而不能不对证据的证明力大小强弱做出一定程度的规范，以防止法官在采信证据和认定案件事实方

〔25〕 前引〔24〕，南英文。

〔26〕 前引〔9〕，张军主编书，第4页以下。

〔27〕 参见胡云腾：《构建我国量刑程序的几个争议问题》，《法制日报》2009年6月18日。

面任意裁断,不受有效的控制。

如果说法律就证据的法律资格所作的规范属于“外在证据规范”的话,那么,法律对法官采信证据的标准和要求所作的规范则属于“内在证据规范”。中国刑事证据法长期以来没有建立较为完善的外在证据规范,使得任何证据都可以畅通无阻地进入法庭,成为控辩双方举证、质证和辩论的对象。在重实体、轻程序的传统难以消除的制度中,在程序法的有效实施难以得到保证的背景下,那些代表着证据之程序要求的证据能力规则,可能在短时间内难以建立起来,或者即便建立起来,也很难得到有效的实施。在这种情况下,那些旨在限制法官评判和采纳证据证明力的内在证据规范,就有了得到发育的条件和空间。毕竟,法官在采纳证据和认定事实方面经常会出现错误,而这些错误的发生又与法官滥用自由裁量权有关,要解决这一问题,就要建立较为完善的证据规则。既然有关证据能力的规则难以建立起来,那么,人们就会尝试构建规范法官采信证据的规则,从而有效地约束法官采信证据、认定事实的过程。这或许是“新法定证据主义”得以兴起的重要原因。

(三) 刑事诉讼构造的纠问化

一般说来,法定证据制度与纠问式诉讼制度具有一种共生关系,纠问式诉讼制度的存在,为法定证据制度的产生提供了重要的制度环境。纠问式诉讼之所以成为滋生法定证据制度的土壤,是因为在这种诉讼制度中,法官集调查证据、发动诉讼和做出裁判的权力于一身,很容易在采纳证据甚至认定事实方面独断专行。而法定证据制度就证据的证明力所作的有约束力的规定,主要用意在于对法官采纳证据的权力加以限制,防止法官恣意擅断。^[28]不仅如此,法官之所以容易出现司法擅断,还与纠问式诉讼所具有的书面的、间接的审判方式有着密切的联系。在法庭审判之前,调查官员将其秘密调查所得的结果制作成书面的案卷笔录。法院在开庭审理中,不再对证据进行任何实质上的调查,而是通过宣读调查官员移交的证据笔录,完成对被告人犯罪事实的认定。由于法院的判决直接建立在调查官员书面记录的基础上,因此,纠问式诉讼所实行的就是一种书面审理和间接审理相结合的原则。^[29]

中国现行的刑事诉讼制度自然与纠问式诉讼制度不可同日而语。但是,现行的公、检、法三机关分工负责、相互配合、相互制约的司法体制,造就出一种侦查中心主义的纵向诉讼构造,而那种源自西方的以司法裁判为中心的诉讼构造还远没有在中国刑事诉讼中形成。结果,侦查成为刑事诉讼的中心环节,是搜集证据、认定案件事实的关键阶段。对于侦查机关所搜集的证据材料,法庭所要做的无非只是形式上的审查而已,而放弃了实质上的证据调查和质证程序;对于侦查机关所认定的案件事实,法庭一般也只是对其予以接纳和确认而已,而不再责令公诉方提出证据加以证明。不仅如此,法官在公诉方的证明体系存在缺陷、对案件事实存有疑问的情况下,还可以直接进行庭外调查核实证据的工作,从而对公诉方的证据进行拾遗补漏,最终促成对被告人定罪活动的完成。

在中国,侦查中心主义的诉讼构造与案卷移送主义的起诉方式有着密切的联系。1979年颁布的刑事诉讼法首次确立了检察机关提起公诉时移送全部案卷的制度。立法机关在1996年刑事诉讼法修订过程中曾限制检察机关庭前移送案卷的范围,只允许移送主要证据的复印件、证据目录和证人名单,以防止法官庭前全面了解公诉方的证据材料,避免形成先入为主的预断。但是,在这次刑事诉讼法修订完成后不久,检察机关就被要求在庭审结束后移送全部案卷材料,使得法官在开庭审理结束后获得全面阅卷的机会。结果,1979年的庭前移送案卷制度就演变成了1996

[28] 参见前引[11],罗科信书,第117页。

[29] 参见陈瑞华:《刑事审判原理论》,北京大学出版社2003年版,第161页以下。

以后的庭后移送案卷制度，法院依然是根据公诉方的案卷来认定案件事实，法庭审理依然是流于形式的。2012年，立法机关通过再次修订刑事诉讼法，废止了1996年的制度设计，恢复了1979年的案卷移送制度，检察机关在提起公诉时可以将全部案卷材料移送法院。至此，法官庭前阅卷制度得到全面恢复。^{〔30〕}

在案卷移送制度的影响下，公、检、法三机关的刑事诉讼活动带有“接力比赛”的性质，最初由侦查机关制作的案卷笔录则成为三机关先后交接的“接力棒”。在法庭审理过程中，法官将各种证据笔录作为法庭调查的对象，对证据笔录的当庭阅读、出示成为主要的调查方式，证人的出庭作证、接受当庭盘问则成为十分罕见的例外。对于证人证言、鉴定意见、被害人陈述，被告人及其辩护人一般无法进行交叉询问，而只能通过指出前后不一致、证据相互间有矛盾或者违背常理等方式，来进行形式上的质证。被告方的这种质证活动一般很难削弱公诉方的证明体系。基本上，法官如果对公诉方提交的证据笔录不持异议，就可以直接以此为根据形成对案件事实的认定。

可以说，在侦查中心主义的诉讼构造和案卷笔录中心主义的审判方式的双重影响下，中国刑事诉讼制度具有了挥之不去的纠问化倾向。为避免这种消极后果的出现，刑事证据法只得对证据的证明力大小强弱做出一些限制性的规定，对法官形成的内心确信设置法定的标准。可以说，这些带有法定证据主义色彩的证据规则，无一不体现了立法者对法官滥用自由裁量权的担忧，也显示出一种通过限制法官内心确信的标准来加强制度控制的立法思路。

（四）司法裁判的行政决策机制

在中国刑事审判制度中，主持审判的无论是独任法官还是合议庭，都不真正享有独立自主的审判权。特别是在合议庭审判之外，还存在着一系列带有行政审批色彩的决策机制。诸如庭长、院长的行政审批，审判委员会的秘密讨论，以及下级法院向上级法院的内部请示报告等程序，就属于这种行政决策机制的有机组成部分。^{〔31〕}这些秘密的审批、讨论或内部批示，几乎都绕开了正式的法庭审判程序，规避了诸如审判公开、回避、辩护、当庭质证、评议等制度安排，变成一种越来越普遍存在的潜规则。另一方面，中国上下级法院的组织关系，也使得两审终审的审级制度被规避，无论是上诉审还是死刑复核都带有明显的行政审批性质。这是因为，二审法院和死刑复核法院都将阅卷作为进行司法复审的首要途径，也都带有对下级法院的裁判进行行政复审的意味，而无论是公诉方还是辩护方，对这两类法院在认定案件事实方面的影响力都很微弱。二审法院对于大多数上诉案件都不开庭审判，死刑复核法院则完全实行那种调查讯问式的复核方式。

无论是法院内部的行政审批机制，还是上级法院带有行政化色彩的复审体制，都不可避免地带有对合议庭或者下级法院的事实裁判进行全面审查的性质。而要进行全面审查，避免事实误判，就需要建立一种带有客观性的裁判标准。这种裁判标准既包括证据采纳的标准，也包括事实认定的尺度。这些标准和尺度最好是可操作的，甚至具有公式化的特点，能够为司法裁判的行政决策者和上级法院所容易掌握，也能够为合议庭和下级法院所接受。这样，在法庭审判流于形式、控辩双方对司法裁判形成过程的参与可有可无的情况下，决策者和上级法院也能有一些具体的审查标准。例如，在单个证据的审查判断上，被告人的近亲属被认为“不会做不利于被告人的证言”，与被告人的利害冲突的证人被认为“不会做有利于被告人的证言”，前后自相矛盾的证人证言、被告人供述则经常被视为不可靠的证据，等等。这些简明扼要的证明规则，就足以成为决策者和上级法院评判的标准。又如，在证明标准的确定上，诸如证据相互之间能够得到印证、间

〔30〕 有关案卷笔录移送制度的演变问题，可参见陈瑞华：《案卷移送制度的演变与反思》，《政法论坛》2012年第5期。

〔31〕 有关中国法院在司法裁判中的行政审批机制，可参见江必新：《论合议庭职能的强化》，《法律适用》2000年第1期；蒋慧岭：《审判活动行政化之弊端分析》，《人民司法》1995年第9期。

接证据是否形成完整的证明体系、被告人口供是否得到了其他证据的补强等方面的标准,也可以成为行政审批者确定原来的事实裁判能否成立的尺度。

假如刑事证据法不设置任何可操作的证明力规则,也不确立明确的证明标准,而是像大陆法国家那样赋予法官自由评判证明力的权力,那么,这种法院内部的行政审批方式和上级法院的行政化复审机制,就将失去存在的基础。因为道理很简单:自由心证的事实裁判方式注定是与法官独立审判的制度联系在一起,而行政审批机制构成了对法官独立审判的外部干预;自由心证的事实裁判方式也赋予法官不对事实裁判结论陈述理由的权威,而上级法院在下级法院对其事实裁判不说明理由的情况下,也是无法进行客观的事实复审的。刑事司法的经验表明,法官越是拥有独立自主的事实裁判权,刑事证据法就越是不需要设置过于繁杂的证明力规则和证明标准。相反,越是对法官的行政控制较为严厉、法官的事实裁判权受到诸多干涉的制度,刑事证据法就需要建立越加严密的证明力规则,并将法官内心确信的标准予以法定化。可以说,对法官认定事实的外部控制的大小,是与法官认定事实的法律标准的明确化成正比的。

四、对新法定证据主义的理论反思

对新法定证据主义的成因进行理论解释,并不意味着要对这一证据理念的正当性加以承认。其实,任何现存的制度或理念都有其存在的原因,也都可以发挥一定的积极功能。例如,新法定证据主义理念的贯彻对于在个案中有效规范法官的自由裁量权、确保法官自由心证的客观性、减少事实误判,确实具有一定的积极意义。不仅如此,任何制度和理念的存在也都有其制约性条件,离开了这些制约性条件,该制度或理念可能就不具有存在的现实基础了。例如,新法定证据主义的理念在很大程度上受制于中国现行的司法体制和诉讼制度,在这种体制和制度不发生实质变化的情况下,要指望这一证据理念发生变化,是非常困难的。

尽管如此,从新法定证据主义发生作用的实际效果来看,笔者认为有必要对这一证据理念进行深刻的反思。在这一方面,笔者不赞同那种过分实用主义的立场,认为存在的都是合理的。现存的制度或理念固然有其存在的原因,但在价值评价层面,它们未必是公正的或者好的。在以下的讨论中,笔者拟从后一角度出发,对新法定证据主义进行理论反思。

(一) 证明力与证据能力的混淆

两个证据规定确立了大量排除性的证据规则,大都采用了“不得作为定案的根据”的表述方式。但在被纳入排除规则适用范围的证据中,除了那些在取证主体、取证方式、取证程序等方面存在违法情形的证据以外,还有不少证据属于在真实性、相关性方面存在问题的证据。例如,在对证人证言的审查判断方面,法官遇有应当依法出庭而没有出庭作证的证人证言,经质证无法确认的,不能将其作为定案的根据。未出庭作证证人的书面证言出现矛盾,不能排除矛盾且无证据印证的,不能作为定案的根据。很显然,有关不出庭的证人所作书面证言应被排除的规定,属于对证人证言的证据能力所作的限制;对那种前后矛盾且无法印证的证人证言的排除,则带有对其证明力加以否定的意味。又如,法官对以下两种视听资料都不得作为定案的根据:一是经审查或鉴定无法确定真假的视听资料;二是在制作和取得的时间、地点、方式上存有异议并且不能作出合理解释或者提供必要证明的视听资料。后一情形属于在证据保管链条方面存在程序违法的证据,属于证据能力存在缺陷的证据,前一情况则属于因欠缺真实性而不具有证明力的证据。

应当说,法官对证据的审查判断确实包含着两个证据评价过程:一是对证据合法性的评判,也就是对证据是否具有证据能力的判断;二是对证据之真实性有无、相关性大小强弱的评价,也就是对证据证明力的判断。证据法对证据的证据能力做出法律上的限制,并对那些不具有证据能

力的证据做出排除性的规定，这确实无可厚非，也是证据立法的应有使命之所在。但是，按照新法定证据主义的证据立法思路，证据法将各种证据的证明力作为法律规范的对象，对于法官评判证据证明力的活动施加了诸多方面的法律限制。这就明显混淆了证据能力和证明力的概念。

当然，对特定证据的证明力做出适度的限制，这在不少国家的证据立法中都是存在的，也有一定的合理性。例如，英美证据法就有一些关于证据相关性的限制性规则，大陆法国家的诉讼法也对诸如口供的证明力确立了补强规则。但是，这些针对证据证明力的法律规范，通常都是排除性的证据规则，而极少有从积极角度确认证明力、肯定定罪条件的证据规则。相反，我国的证据规则确立了不少确定性的证明力规则、肯定性的定罪标准规则。例如，在认定被告人是否年满18周岁的的问题上，法官可以采信无利害关系人的证言；在运用间接证据认定犯罪事实的问题上，案件只要达到了法定的定罪条件，法官就可以做出有罪裁判。这种从积极的角度认可有罪证据的证明力、确定定罪标准的立法方式，不是在限制证据证明力的使用，而是对公诉方证据以及证明体系在审查判断上确立了过宽的标准，有可能带来控方证据不受严格审查、控方证明体系不受有效限制的后果。

（二）经验法则和逻辑法则的滥用

法官应当遵循经验法则和逻辑法则，对各种证据的证明力进行审查判断。这本身是无可厚非的，也是自由评价证据证明力原则的基本要求。但是，我国最高司法机关颁布的一些司法解释，有着一种将经验法则一般化、逻辑法则规范化的立法倾向，使得大量本属于经验和逻辑层面的证据评价规则，被上升为普遍的法律规范。作为重要法律渊源的司法解释，竟然不在规范证据的证据能力方面做出一些突破性的努力，却热衷于总结司法实践的经验，对证据的证明力大小强弱做出限制性规定。例如，直接证据的证明力被认为大于间接证据，原始证据的证明力被认为大于传来证据，有利害关系的证人提供的证言在证明力上被认为小于无利害关系人的证言，等等。

将所谓的经验法则和逻辑法则上升为普遍的法律规范，固然有一定的合理性，却可能带来不可低估的风险。毕竟，这些根据司法实践的经验所总结的规则，尽管在大多数案件中是可以成立的，却通常不具有普遍适用价值，有些规则甚至有明显的例外。例如，有利害关系的证人有时候可能提供真实可靠的证言，无利害关系的人则完全可能作伪证；作为直接证据的被告人供述经常是虚假的，作为间接证据的物证则完全可能是真实无误的；一份书证的原件（原始证据）可能遭到了伪造或篡改，但在它被伪造、篡改前形成的复印件（传来证据）却可能是可靠的，等等。事实上，大多数经验法则、逻辑法则都是成立的，但这并不能推导出这些规则普遍成立的结论。在不同的案件中，同一经验法则和逻辑法则的运用经常受制于诸多方面的制约条件，甚至可以得出不同的结论。而这恰恰属于一种更广泛意义上的经验法则。

还有些经验法则或逻辑法则因为具有太大的局限性，而带有伪经验法则或伪逻辑法则的性质。法官运用这些规则对特定的证据进行审查判断，或许有一定的合理性，但它们一旦被转化为法律规范，就失去了存在的正当性，甚至会给刑事司法活动带来负面的影响。例如，被告人庭前供述一致，法庭上推翻供述的，法官这时面临着庭前供述和庭审中辩解的选择问题。根据司法实践的经验，如果被告人不能合理说明翻供理由，而庭前供述与其他证据能够相互印证的，法官可以采信被告人庭前供述，而否定庭审中辩解的证明力。然而，即便被告人无法合理解释翻供的理由，其庭审中的辩解仍然可能是正确的；即便被告人的供述在形式上有其他证据加以印证，这些供述的真实性也不一定就是真实可靠的。这种针对言词证据的证明力所确立的印证规则，作为否定某一言词证据的证明力的依据，或许有一定的合理性，但在确认某一言词证据的证明力方面，却带有明显的局限性。司法实践的另外一些经验恰恰表明，言词证据即便得到其他证据的形式上的印证，也仍然可能是不真实、不可靠的，其证明力未必就得到了验证。

（三）证据采纳和事实认定的形式化

最高司法机关为证据的采纳和事实的认定确立证据规则，这本身是无可厚非的。毕竟，在缺乏证据规则的情况下，要指望刑事司法活动不出现冤假错案，确实是不切实际的幻想。但是，一种成文化的司法解释，假如将法官评价各种证据证明力的过程都加以规范化，甚至对法官认定犯罪事实的过程都施加明确的限制，那么，法官的自由裁量权就会遭到彻底的剥夺，他们根据经验、理性和良心来评价证据证明力的能力也遭到了否定。我国证据规则的制定者仿佛对所有法官都持不信任的态度，认为只要在证据证明力和定罪标准上确立明确的规则，就等于设置了明确的证据公式，法官只要将案件的证据套用到这些公式上面，就可以直接得出结论了。

例如，围绕着证人改变证言、被告人翻供问题所确立的印证规则，就体现了这种为法官设立证据公式的立法精神。规则制定者以为只要这些庭外言词笔录得到了其他证据印证，而证人改变证言、被告人翻供又不能得到合理解释的，法官就应当予以采信。其实，这种证据评价过程纯粹是流于形式的活动，而对于这些言词证据的证明力缺乏实质性的审查评判。

又如，根据被告人供述提取了隐蔽性很强的物证、书证，且与其他证据相互印证，并排除串供、逼供、诱供等可能性的，法官就可以认定有罪。^{〔32〕}这种带有“定罪公式”色彩的证据规则，将法官塑造成一台僵化的司法机器，只需要将有关证据套入公式之中，就足以完成定罪的过程。但是，案件的证据情况是千差万别的，即便案件存在这样的物证、书证，即便相关证据与被告人供述能够相互印证，即便排除了非法取证的可能性，法官在认定被告人有罪问题上仍然具有一些不确定的因素。在司法实践中，一名对他人犯罪事实了如指掌的无辜者，完全可以做出有罪供述，然后提供有关物证、书证的线索，使其他证据对被告人供述形成形式上的印证。这种依据形式化的印证标准所进行的定罪活动，很可能造成刑事误判。

（四）自由裁量权滥用的新隐患

表面看来，在新法定证据主义影响下所确立的诸多证明力规则，其主要用意在于规范法官在认定事实方面的自由裁量权，避免法官对证据的证明力任意取舍，防止法官任意出入人罪。但实际上，在这些抽象的证明力规则的指引下，法官对各种证据的证明力进行区分，对案件是否达到定罪的标准做出评价，恰恰可能带来更为隐蔽的滥用自由裁量权问题。

新法定证据主义所确立的一些证明力规则，要求法官在证据满足某种形式化要件的情况下，就可以做出不利于被告人的判断，甚至将某一证据直接采纳为定罪的根据。例如，被告人庭前供述一致，庭审中翻供，但被告人不能提供翻供理由，而庭前供述与其他证据相互印证的，可以采信被告人庭前供述。两个证据规定对于证人证言也有类似的规定。考虑到我国目前很难做到证人出庭作证，法庭大都通过宣读证言笔录来审查证人证言，而我国目前被告人在庭审前大都被迫做出了有罪供述，因此，这种允许法官在满足形式化要件的情况下就可以采信供述或证言的规定，无疑给了法官较大的自由裁量权。法官完全可以为满足一些形式上的证明力要件，而对被告人、证人采取某种带有强迫性的取证手段。

新法定证据主义所确立的一些证明标准规则，要求法官在案件符合某种形式化要件的情况下，可以直接认定“案件事实清楚”，甚至直接作出有罪裁判。例如，在没有直接证据的案件中，法官根据几个形式化要件就可以认定被告人有罪；在被告人作出有罪供述的情况下，根据供述提取了隐蔽性很强的物证、书证，且与其他证据相互印证，并排除了非法取证的可能性的，法官可以认定有罪。其实，在司法实践中，案件要满足这些法定的形式化要件，有时并不困难。但是，具有了这些形式化要件，法官就必须做出有罪认定吗？法官要不要根据自己的经验和理性，来对

〔32〕 对口供补强规则的分析 and 评论，可参见前引〔9〕，张军主编书，第257页以下。

案件是否形成完整的证明体系进行判断呢？假如法官只知道遵守这些形式要件，而根本不考虑社会生活的经验法则和逻辑法则，甚至不考虑一些基本的正义理念，那么，满足这些形式要件的案件有时恰恰可能是冤假错案。

无论是杜培武案件、余祥林案件还是赵作海案件，都显示出当初的有罪判决至少在形式上并不违背新法定证据主义的理念。^{〔33〕}例如，被告人的翻供得不到合理的解释，原来的有罪供述笔录得到了其他证据的印证，证据之间的矛盾得到了合理的排除。但是，在真相大白——即真正的犯罪人归案——之后，人们才发现，这些形式上的证明力规则和定罪标准，其实是靠不住的。

五、新法定证据主义的未来

尽管新法定证据主义的盛行具有前述所说的诸多隐患，其运用也可能带来诸多方面的负面影响，但是，在这一立法理念所赖以存在的原因消除之前，要指望将这一理念从证据立法中彻底抛弃，是不切实际的。因为只要支撑一种制度存在的理由仍然发挥着作用，那么，这一制度就难以得到真正的废除。在这一方面，研究者与其充当一种变革者的角色，倒不如做一个实实在在的观察者和评估者，尽可能树立价值无涉或价值中立的观念，对新法定证据主义的理念进行一种科学的考察。

在阶级分析观念盛行的年代，自由心证制度曾经在政治上遭到过武断的否定。后来在泛政治主义的迷雾逐渐消散之后，法学界开始平心静气地看待自由心证以及与其相关联的诸多证据规则。在将自由心证与法定证据制度放置在一个平面上进行历史考察和比较分析之后，一种否定法定证据制度、肯定自由心证制度的观点逐渐出现。不少人甚至将自由心证与审判独立、无罪推定、直接言词原则相提并论，认为确立这些基本原则是刑事证据制度走向现代化的主要标志。结果，我们在送走泛政治主义之后，却发现一种泛道德主义的思维方式逐渐产生了影响力。

本世纪初先后生效实施的民事诉讼证据规则和行政诉讼证据规则，以一种较为隐晦的表述方式，吸收了自由心证的一些理念。^{〔34〕}根据前者，“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，遵循法官的职业道德，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进行独立判断，并公开判断的理由和结果”。而根据后者，“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”。上述二者尽管表述不同，但都承认自由心证原则的核心内容：裁判者对证据有无证明力和证明力大小可以进行独立评价和判断，遵循逻辑推理和生活经验。当然，它们都没有强调法律不对证据是否具有证明力以及证明力大小作出明确的限定，也没有要求法官、陪审员根据自己从法庭审理过程中对案件事实得出的内心确信，来对案件事实做出判定。这显然说明，它们所确立的是一种不完整的自由心证原则。

具有讽刺意味的是，上述证据规则在表述了自由心证的理念之后，随即确立了诸多旨在限制证据证明力的证据规则。这些证明力规则要么对数个证据就同一事实的证明价值进行了明确的区分，要么对不同证据的证据效力做出了优劣评价。在这样的证明力规则的约束和规范下，裁判者怎么能做到对证明力进行独立判断呢？对于这些证明同一事实的数个证据，司法解释既然对其证明力大小强弱做出了明确的界定，那么，法官可能就不得不机械地适用那些“证明力公式”，这

〔33〕 有关这些冤假错案的理论分析，可参见陈永生：《我国刑事误判问题透视——以 20 起震惊全国的刑事冤案为样本的分析》，《中国法学》2007 年第 3 期。

〔34〕 参见最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 64 条、《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 54 条。

哪里有证据评判上的自由？

不难看出，法律即便明确表述了自由心证的部分理念，也无法将新法定证据主义从证据规则中驱逐出去。新法定证据主义在证据规则中不仅实际存在着，而且还发挥着有效的影响力。那么，自由心证究竟应否在中国证据法中得到确立？

在笔者看来，自由心证的确立不是一个法律道德问题，而是有无现实制度保障的问题。作为自由心证的适用前提，法官、陪审员必须拥有独立的审判权，他们对证据证明力的评判和对案件事实的认定不应受到外在的干涉和压力；在裁判者的资格和组成方面，法官必须具有精湛的法律素养和深厚的社会阅历，陪审员必须具有适当的生活经验和理性思维能力，并经由一种随机的程序遴选出来，而不能受到人为的掌控，合议庭一经组成，就应集体庭审、集体评议和集体决策，最终按照多数裁决原则形成裁判结论；在法庭审理方面，法庭应当按照直接言词原则调查证据，接触所有证据的最原始形式，听取控辩双方对证据的质证和对证人的当庭盘问，不受公诉机关卷笔录的预先影响，从而对各项证据的证明力做出当庭评判，等等。另一方面，为避免裁判者滥用自由心证，法律也应要求裁判文书详细地说明裁判理由，对其评判证明力的过程做出合乎经验和理性的说明；负责上诉审查的法院也应对下级法院采纳证据、认定事实的情况进行全面审查，对那些有违经验法则、逻辑法则和良心法则的裁判结论及时加以纠正。

自由心证无疑是一项美妙的证据评判原则，也是对法定证据主义的合理扬弃。但是，在上述诸多方面的制度前提和程序保障都不具备的情况下，它具备得到确立和实施的条件吗？

两个证据规定在规范证据的法律资格方面做出了较大幅度的制度突破。无论是对实物证据还是对言词证据，新的刑事证据规则都确立了大量旨在限制证据能力的规则。针对违法程度不同的非法证据，刑事证据规则分别确立了强制性的排除和自由裁量的排除，针对那些违法程度最低的程序瑕疵，证据规则确立了可补正的排除规则。根据粗略的统计，两个证据规定所确立的带有排除后果的非法证据和瑕疵证据总计不下30种。要知道，两个证据规定并没有自由心证的表述，而且还确立了多项证明力规则，明确体现了新法定证据主义的理念。但是，对证据的法律资格和证据能力提出越来越详尽的要求，并对那些非法证据确立明确的排除性后果，这本身就对法官在采纳证据上的自由裁量权做出了严格限制。更何况，对各种证据的证据能力提出更加严格的要求，肯定有助于减少刑讯逼供、暴力取证等非法取证行为的发生，可以避免诸如非法形成鉴定意见、随意确认辨认结果、任意采纳来源不明的实物证据等一系列侦查程序违法现象，这对于减少虚假证据的出现、避免冤假错案都是富有成效的制度保障。

新的刑事证据规则尽管不可能对诉讼程序和证据制度做出重大的调整，虽然很难带来司法制度的实质变革，但这种就规范证据法律资格所作的积极尝试，无疑会使证据的法庭准入资格受到越来越严格的限制，那些严重违反法律程序所获取的非法证据，要想顺利地通过法庭上的程序审查机制，也变得更加困难。这种证据立法努力或许会带来一个人们始料未及的效果：随着刑事证据法对证据能力做出更加严格的法律限制，那些旨在限制证据证明力的规则所发挥的积极功效会有所降低，其负面作用会得到越来越充分的暴露；等到刑事证据法越加完备的时候，那些对不同证据的证明力划分三六九等的证据规则，以及那些明确限定定罪标准的证明规则也就逐渐失去其存在的价值。这或许是我们可以期待的一种渐进结果。

当然，即便有关证据能力的规则逐渐得到完善，新法定证据主义也可能会长期存在下去。这种建立在限制法官自由裁量权基础上的证据理念，在那种行政化的司法审批机制、书面化的法庭审理方式以及以口供为中心的事实认定模式下，确实有其存在的现实基础。为了防止法官对被告人有罪供述偏听偏信，也为了避免冤假错案的发生，证据法对证据的证明力大小强弱做出一定的限制，并对认定事实的证明标准做出明确的界定，的确是有其必要性和合理性的。当然，那些带

有“积极的法定证据主义”色彩的证据规则，动辄强调法官可以将某一证据采纳为定案（定罪）的根据，或者要求法官可以在符合某种证明要求的情况下认定被告人有罪，都是不合情理，也是非常危险的，容易造成法官定罪权的滥用。相反，新法定证据主义的理念限制定罪证据的证明力，或者对那些没有满足法定证明标准的案件做出不构成犯罪的裁判结论，却是有益无害的。例如，在被告人前后翻供、证人推翻证言的情况下，被告人口供、证人证言没有得到其他证据印证的，法官不得将有关口供、证言作为定案（定罪）的根据。又如，案件主要证据相互之间存在重大矛盾，且无法相互印证，或者根据全案证据无法得出唯一的结论或者难以排除其他可能性的，法官应作出事实不清、证据不足的无罪判决。这些已经为现行证据法所确立的证据规则，属于带有“消极的法定证据主义”色彩的证据规则，恰恰具有一定的生命力。

Abstract: The doctrine of regulating the weight of evidence prevails in Chinese evidence legislation, namely the new doctrine of legal evidence. Accordingly, Chinese evidence law establishes many regulatory rules based upon the different weight of evidence. In particular, the different weight of evidence, including direct evidence and indirect evidence, original evidence and unoriginal evidence, testimony and written testimony, are prescribed in evidence law. Besides, the relationship between witness and case is also a necessary consideration when determining the weight of relevant evidence. Meanwhile, evidence law emphasizes that evidence should be verified mutually, otherwise they might be excluded. As for the standard of fact-finding, many objective standards, such as verifying mutually, corroboration of confession, system of proof and exclusiveness of any other possibility, are established for judges' discretion. The priority for genuine evidence, limitation of discretionary power and the tendency of inquisition and administration in criminal procedure are the three main reasons for the new doctrine of legal evidence. Although it seems practicable and reasonable in current situation, this new doctrine has brought about many adverse impacts as well. For example, this doctrine confuses the weight of evidence and its competence, makes some individual thumb rules and logic rules become the universal rules inappropriately, formalizes the process of admitting evidence and fact-finding if some rules were obeyed strictly, and leads to the abuse of discretionary power in order to meet the required standards of proof. In order to improve Chinese evidence legislation in the future, we have to rethink about the new doctrine of legal evidence and its related statute laws, and try to eliminate the systematic and cultural factors causing this doctrine.

Key Words: new doctrine of legal evidence, discretionary evaluation of evidence, weight of evidence, standard of proof
