

从法定证据到公开心证

——民事诉讼中发现真相与抑制主观随意性之间的历史抉择

程春华* 黄斌**

【摘要】证据裁判主义要解决的一个核心问题是如何在发挥法官主观能动性以探明案件真相的同时抑制法官的主观随意性。在不同时代，受当时认识水平与诉讼制度的影响，人们针对上述的问题作出不同的选择，这样的选择可以视为一种从法定证据到自由心证的过程。在现代民事诉讼中，传统的自由心证已为更具合理性的公开心证所取代。当前我国法官判断证据的原则可以视为是一种“类自由心证”，理性的选择应该是在恢复传统自由心证精神的同时，构筑适合我国国情的公开心证支持体系。

【关键字】自由心证 公开心证 法定证据 证据判断

一、引言

尽管受不同时代政治、历史条件和风俗习惯差异的影响，民事审判作为解决民事纠纷最重要的社会化机制在其发展过程中呈

* 广东省东莞市中级人民法院经济庭法官、中国国际私法学会理事、国家法官学院司法审判研究中心特邀编辑。

** 厦门大学法学院诉讼法专业硕士研究生。

现出多样化的形态，但是其核心的内容，即查清案件事实——准确适用法律——作出合理裁判这样一种流程却基本上没有改变。以此为依据，人们对民事审判理想化形态的设想是：在案件进入庭审之前由各方收集的证据材料的数量与质量足以回复民事纠纷的真相，法官或民事纠纷的裁决者在准确无误地把握了案件的真相之后适用事先设计好的完善的民事法律做出完美的民事司法裁判，从而纠正失衡的民事权利义务关系，并维护社会既成的民事生活秩序。然而在现实的民事审判实践中，上述的理想化形态却不太可能出现。首先从证据质的层面上看，无论证据的数量如何齐全，任何证据都不等于案件事实本身。“在哲学意义上，时间的不可逆性决定了任何事实都无法完全恢复其原始状态”，^① 不管何种证据材料都只能是对民事纠纷事实一个侧面（指真实合法的证据）甚至是歪曲的反映（典型的如伪证）。再从证据量的层面上考察，民事诉讼中通过证据调查所能获取的全部证据，“就像一个花瓶打破后的有限碎片，正如你无法找到所有的碎片，从而重新拼起一个完整的花瓶一样，凭借这些事实的碎片重构的案件事实与客观事实之间或多或少的差别总是不可避免的。”^② 因此，尽管证据裁判主义是现代诉讼的理性选择，但这种主要依靠法官或民事纠纷裁决者个人的主观意识与经验知识来对事实“碎片”进行必要的挑选与组合以最终确定民事纠纷事实的过程不可避免地要带来另外一个问题，即如何在最大限度上抑制裁决者主观随意性，以保证通过事实“碎片”重构的案件事实与客观事实之间的差异降至最低点，并在最大限度上发现及还原民事纠纷的

① 柴发邦主编：《体制改革与完善诉讼制度》，65页，北京，中国人民公安大学出版社，1991。

② 汪建成、孙远：《自由心证新论——“自由心证”之自由与不自由》，载何家弘主编：《证据学论坛》（第一卷），330页，北京，中国检察出版社，2000。

真相。事实上在长期的民事诉讼实践中，人们已逐渐认识到“发现案件真相”与“抑制主观随意性”这两个证据判断上的核心问题在具有一致性的同时也经常发生矛盾冲突。一般说来，如果强调审查判断证据的基础在于抑制法官的随意性，使相同的情况获得近似的司法裁判，就不可避免地要限制法官的主观能动性，使民事审判探明案件真相的功能无法深入甚至流于形式。相反，如果诉讼的重心在追求案件之真相，就必须充分发挥法官的主观能动性，而这在某种程度上又意味着对法官主观随意性的放纵。

在不同历史时期，面对证据判断问题上的基本矛盾，人们作出不同的选择，确立了不同的证据判断原则。自由心证便是当代许多国家在民事诉讼中确立的审查判断证据的一项基本原则，它“被认为是发现真实与抑制随意性这两种要求在近代诉讼制度中的体现”。^①所谓自由心证，现在的证据学著作公认其是一个具有多重内涵的概念，首先它是一种判断证据的学说，然后成为证据法上关于判断证据的制度，同时又是法官判断证据的一种行为。就制度形态而言，它是指证据的取舍、各种证据证明力的大小以及对案件事实的认定规则等，法律不预先明文加以规定，而是由法官或民事纠纷的裁判者依据自己的“良心”和“理性”自由判断，形成内心确信，对案件的事实自由评断的一种制度。在自由心证原则产生之前，人类历史上曾经存在并且至今仍有其积极意义的另一项判断证据的基本原则是法定证据。与自由心证原则相对，在法定证据制度下，一切证据的证明力和判断证据的规则，均由法律预先明文加以规定，法官无权运用自己的认识和思维去判断证据，而必须严格依照“法定”的规则据此作出判断。一般认为，在法定证据下，法官的主观随意性能得到较好的限制，但民事诉讼发现案件真相的目的却在某种程度上受到牺牲，

① 王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，294页，北京，中国法制出版社，2001。

也就是说法定证据制度是以牺牲对民事纠纷真相的探求来实现对法官主观随意性的抑制。相反,在自由心证原则下,法官在其主观能动性受到尊重的前提下更易探明案件之真相,但诉讼当事人便须冒由于法官个人因素的差异而带来的诉讼风险。对于自由心证与法定证据,我国传统的法学理论都持批判和否定的态度,但近来已有越来越多的学者认识到“无论是法定证据制度还是自由心证证据制度,都包含了一些反映了诉讼证明活动客观规律的科学、合理的成分,将它们作为剥削阶级的证据制度一概予以否定,妨碍了我们对外国证据制度的吸收借鉴。”^①特别是自由心证原则,更是受到广泛的支持与肯定。

当然,除了自由心证与法定证据之外,人类历史上还存在过其他的证据判断原则。根据我国传统证据学教科书的叙述,以审查判断证据的原则为依据,可以将人类历史上出现过并且在现实中仍然存在的证据制度划分为以下几种:(一)神示证据制度;(二)法定证据制度;(三)自由心证证据制度;(四)前苏联的内心确信证据制度。如果简单地考察上述四种证据制度(其实是证据判断原则)产生的历史时期及成因,我们大概可以得出结论认为它们的产生是一个前后相继的过程,而且后一种证据制度是在否定前一种证据制度的基础上产生和发展起来的,也就是说在民事证据判断原则上经历了一个神示证据→法定证据→自由心证→内心确信的演进过程。^②然而进一步分析这四种证据判断原则

^① 李浩:《我国民事证据制度的问题与成因》,载王利明等主编:《中国民事证据的立法研究与应用》,164—165页,北京,人民法院出版社,2000。

^② 我国也有学者以证据规则为基点认为“人类历史在诉讼证明领域,经历了完全无规则的神示证据制度、完全依赖证据规则的法定证据制度、排斥证据规则的自由心证证据制度、相对有规则限制的英美法系的证据制度和基于自由心证主义而又规定一定规则的证据制度。”参见刘善春等:《诉讼证据规则研究》,35页,北京,中国法制出版社,2000。

特别是自由心证与法定证据制度的历史演变，就会发现证据制度在不同国家其发展状态是不平衡的，特别是近来更有学者提出区分“传统法定证据”与“现代法定证据”、“传统自由心证”与“现代自由心证”的理论，^①更使证据判断原则的演变历史呈现出一定的多元性与复杂性。

在我国的民事诉讼实践中，发现案件真相与抑制法官主观随意性的矛盾同样存在，如何解决这个矛盾也就是如何确定我国民事证据判断原则，历来存在不少争论。这些争论就笔者看来实际上是在两个层面上展开的：一方面，对我国现行民事诉讼中采取的证据判断原则究竟是什么存在不同看法，这一层面可视为一种“实然”范畴上的争论。另一方面，以我国民事审判方式改革和民事证据立法为背景，学者们就如何确定法官审查判断证据的标准存在不同观点，或者虽然存在相同的观点（典型地如赞同自由心证），却是在不同意义上阐发其观点，这一个层面的争论则属于“应然”范畴之争论。应该说，无论是“实然”之争论，还是“应然”的不同主张，其背后都隐藏着人们对自由心证、法定证据等证据判断原则的不同把握。本文之主旨同样在于探求适合我国国情的民事证据判断原则，但在此之前，笔者想先以自己的视角对民事证据制度（以证据的审查判断原则为核心）的演变进行必要的梳理。虽然这样的内容无论在传统的或是新近的证据法教科书中都并非新颖，但却是我们回答上述两个问题所必不可少之前提。

二、从法定证据到自由心证

（一）从神示证据制度谈起——三条有益结论的得出

^① 毕玉谦：《民事证据法及程序功能》，88—89页，法律出版社，1997。

我们在谈到作为划分民事证据制度基础的证据判断原则时，指出其是由民事纠纷的裁决者对各种证据的证明力进行判断并做出相应取舍的一系列原则。以此作为标准，在人类历史上曾经存在相当长一段时间并且被认为是证据制度最早形态的神示证据制度从严格意义上说并不能称之为一种“证据制度”。所谓神示证据制度，系指“根据神意的启示来判断诉讼中是非曲直的一种证据制度。这种证据制度发端于亚欧各国的奴隶社会，在欧洲并延续到封建社会末期。”^①其基本的形态是让民事诉讼的当事人履行一套既成的形式或仪式，如对神宣誓、水审、火审、决斗等，再根据履行过程中发生的情况或履行后的结果来断定案件的是非曲直，解决民事纠纷。笔者之所以认为神示证据制度从严格意义上说不是一种证据制度，理由有二：第一，与自由心证和法定证据制度中的证据相比较，神示证据制度中所谓的“证据”，也就是在履行特定仪式中或其后所发生的结果与民事纠纷并无逻辑或实质上的联系。第二，民事纠纷的裁决者对“神示证据”的证明力并无再进行判断的权力，更无法决定是否予以取舍。也许正是基于两点理由，学者们通常将神示证据制度称为“形式证据制度”，以区分根据实质证据的裁判方式——“实质证据制度”。^②对于神示证据制度得以产生并在很长的一段时期内存在，学者们普遍认为这是由当时特定的社会历史条件决定的。一方面，在奴隶社会与封建社会前期，社会的生产力水平低下，科学文化知识落后，导致人们对神的崇拜与敬畏，因此当在民事诉讼中出现难以断定是非曲直的问题时，总是把解决问题的希望寄托在神灵身上。另一方面，以当时人们所拥有的技术条件和知识能力，无论是证据的收集还是审查判断都是相当困难的，如何抑制裁判者的

① 陈一云主编：《证据学》，16页，北京，中国人民大学出版社，1991。

② 王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，296页，北京，中国法制出版社，2001。

主观随意性成为了突出的问题，与其冒着风险把查明案件真相，分清权利义务的责任交给无论是知识水平还是公信力都无法让人信服的民事纠纷裁判者手里，还不如让表面上看起来更为可靠的神灵通过神判方式加以定夺。事实上，对于解决证据判断原则上的基本矛盾，神示证据制度是采取了一种简单化的方法，即在杜绝纠纷裁判者主观随意性的同时，也放弃了对纠纷真相的追求。当然我们还必须指出的是，尽管神示证据制度在古代奴隶制与封建制诉讼中被广泛使用，但绝不能因此就认为神示证据制度是当时诉讼中判断是非的惟一方法，事实上在当时仍然存在现代形态的证据方法，如人证、物证等。

随着社会的发展与人们认识水平的飞跃，具有明显偶然性与反科学性的神示证据制度早为社会所唾弃，而我们之所以要对神示证据制度的内涵、成因及消亡进行必要之回顾，是因为从神示证据制度开始，影响证据制度形态与演变的基本规律已经开始发挥作用，对此规律的把握将为我们下文进一步研究自由心证和法定证据等实质证据制度起到重要的指导作用。这种规律就笔者看来应包括以下几个要点：第一，一定的证据制度总是与一定社会历史条件（生产力水平、科学技术、哲学思想、风俗习惯）相联系。在证据制度发展的早期起决定作用的是生产力水平，而后期占主导地位的则是以认识论为核心的哲学思想。第二，作为民事诉讼制度的重要组成部分，民事证据制度总是与其附属的民事诉讼模式相适应。正如我国台湾学者陈朴生指出的“证据制度，系随诉讼之基本机构及其程序而建立”。^①对证据制度的分析不能脱离其所依附的特定诉讼构造。以神示证据制度为例，司法决斗之所以会成为当时主要的证明方法，便是与古代奴隶制国家和欧洲中世纪前期封建制国家实行的弹劾式诉讼相适应的。第三，在

^① 陈朴生：《刑事证据法》，7页，台湾三民书局，1983。

民事诉讼中抑制裁决者的主观随意性，尽可能地还原民事纠纷的真相一直以来就是民事诉讼当事人的愿望。神示证据制度从我们今天的科学角度看来显然让人难以接受，但笔者并不认为其是“完全置事实于不顾，而与赌徒之间通过抛掷硬币决定胜负的方式几乎没有什么区别”。^①事实上从一种简单的概率角度出发此制度亦有一定的合理性与正当性，因为在所谓的“神意”面前人人都是平等的，而这比起奴隶主或封建官吏主观擅断所带来的不确定性显然更具积极意义。

(二) 作为一种历史范畴的法定证据

法定证据制度 (System of Legal Evidence)，通常被认为是在否定神示证据制度的基础上而形成的，其基本内涵是指法官无权按照自己的见解自由地判断证据，而只能机械地适用法律有关证据证明力和判断规则的规定，并据以认定案情。^②这种证据制度的主要法律特征包括：1. 法律预先规定了各种证据的证明力和判断证据的规则。在法定证据制度下，证据被划分为完全的和不完全的两大部分。完全的证据是指能够据以认定案件事实的证据，这样的证据通常包括：(1) 被告人的自白；(2) 书面证据；(3) 勘验；(4) 具有专门知识的人的证明；(5) 与案件无关的人的证明等。而不完全的证据则是法律规定其证明力还不充分，因而还不足以认定案件事实的证据，这样的证据又可划分为不太完全的、多一半完全的、少一半完全的。而且多个不完全的证据可以构成一个完全的证据。2. 法律对各种证据证明力和判断证据规则的规定以形式主义为主要依据。在证据学理论上，法定证据制度通常也被称为一种形式证据制度，与神示证据制度被称为

^① 汪建成、孙远：《自由心证新论——“自由心证”之自由与不自由》，载何家弘主编：《证据学论坛》（第一卷），330页，北京，中国检察出版社，2000。

^② 陈一云主编：《证据学》，24页，北京，中国人民大学出版社，1991。

“形式证据制度”不同，它不是说证据在诉讼中无实际意义或无地位，而是指各种证据在认定案件事实中的重要性不是取决于其实际内容，而是取决于其外在形式。在法定证据制度下，被告人自白通常被认为是全部证据中最好的证据（或称证据之王），而不管被告人自白的具体内容究竟是什么。这就导致一种极不合理的后果，即规定刑讯是一种取得被告人自白的合法方式。3. 法官对案件事实的认定必须严格依照法律关于各种证据证明力判断规则的规定，而不能对证据进行自由的评断与取舍。这一点应该说是法定证据制度的核心特征，它使法官审查判断证据十分方便，只须根据证据的价值做机械的数学运算即可，而无须也不能掺杂任何主观因素在内。4. 有明显的封建等级色彩。这主要体现在关于证人证言证明力的规定中，在法定证据制度下某些阶层证人的证明力要强于另外一些阶层证人证言的证明力，如男子的证言要优于女子，贵族的证言要优于平民，僧侣的证言要优于世人等。

笔者在上文中曾经指出，一定的证据制度总是决定于一定的社会历史条件，并与其所附属的诉讼模式相适应。法定证据制度的产生与长期存在，也正是特定政治、经济、科学技术条件与诉讼模式联合作用的产物。对于法定证据制度产生的背景分析，如欧洲封建社会的中央集权制和地方领主割据等，学者们已多有论述，这里不再赘述。笔者想着重指出的并且与文章的主旨密切相关的是以下两点：

第一，法定证据制度的出现与长期存在是与16—18世纪欧洲大陆封建制国家盛行的纠问式诉讼制度相适应的。对于法定证据制度与纠问式诉讼程序的互相配合，学者们从不同的方面进行了阐发。大陆学者王亚新认为法定证据制度是作为纠问程序的配套机制而存在。“纠问程序最大的特点也即其内在缺陷包括：侦查、起诉、审判机能合一的权威主义诉讼构造、被告人几乎没有

任何诉讼权利的诘问客体地位、秘密原则、书面审理方式等。法定证据制度不仅在关于证据价值和认定罪责的规定（尤其是关于被告自白的规定）上反映了诘问程序的这种构造和理念，而且以关于拷问、被告口供及证人证言的记录方式等采证、审查程序上的一系列规定使秘密原则、书面审理原则等在技术上得到具体化。”^① 而我国台湾学者陈朴生则强调法定证据制度是对诘问程序下法官主观随意性的限制，认为“行诘问程序之古代法，职权主义色彩极其浓厚，为缓和刑罚之苛酷性，并用以调和罪刑擅断之气氛，每注意法定证据，以法律限制其证明力。”^② 对于法定证据与诘问式诉讼程序之内在联系，由于多涉及刑事诉讼史的研究，笔者无意深入，但我们可以得出的一点共识是：法定证据制度确实是与当时诘问式的诉讼程序相适应的。

第二，法定证据制度还受到当时占主导地位的哲学思潮影响。根据我国学者毕玉谦的研究，^③ 在 16 至 18 世纪，物理学、天文学、化学、生物学等学科都取得了重大的进展，自然科学的飞跃使人们产生一种错觉，即认为人类的一切精神活动，包括人文科学，都可以用自然科学的模式来加以量化。这种错觉反映到哲学思想上，导致绝对的认识观与形而上学的方法论，而这股哲学思潮正好为封建统治者所利用，成为法定证据制度的思想基础。

不能否认，法定证据制度取代神示证据制度，意味着对虚幻的神灵裁判的彻底否定，标志着实质意义的证据制度的建立，推动着整个诉讼制度乃至人类历史的进步。其对各种证据证明力和

① 王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，305—306 页，北京，中国法制出版社，2001。

② 陈朴生：《刑事证据法》，108 页，台湾三民书局，1983。

③ 详见毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，83—85 页，北京，法律出版社，1997。

证据判断规则的明确规定虽有其历史性缺陷，但在防止法官主观擅断方面所起的作用直到今天仍有积极的意义。不过作为封建专制时代的产物，法定证据制度自身的历史局限性也是明显的，典型的如容易导致刑讯逼供等。当然这一点主要还是存在于刑事诉讼中，就民事证据制度而言，更为关键的是在“发现真实”已成为民事审判或诉讼努力实现的价值之一，并且取得了超越法体系或法文化的普遍意义^① 情况下，其对法官主观能动性的压抑和对民事诉讼“发现真实”价值的牺牲显非历史所能接受。“面对复杂多歧之社会事实关系，在诉讼上以上述形式化之方法，势难获得公平而又妥当之诉讼结果。”^② 因此随着资产阶级革命在欧洲大陆的蔓延，纠问式诉讼程序为对抗制诉讼程序所取代，法定证据不可避免地要为自由心证所取代，并成为证据制度上的一个历史范畴。

（三）自由心证的法理基础与法律特征——兼谈法之不确定性

与法定证据取代神示证据制度相似，自由心证通常也被认为是在否定法定证据的基础上演变而来。所谓自由心证，权威的概念是指“关于法院认定用于判决基础的事项，应遵从由组成法院的法官基于在审理中出现的一切资料和状况，自由形成的具体确信的原则。”^③ 1808年《法国刑事诉讼法典》第342条的规定通常被认为是关于该原则的经典诠释：“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；法律所规定的是要他

① 王亚新：《民事诉讼与发现真实——法社会学视角下的一个分析》，《清华法律评论》第一辑，北京，清华大学出版社，1998。

② 雷万来：《民事证据法论》，84页，台湾瑞兴图书股份有限公司，1997。

③ [日]兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铨译，107页，北京，法律出版社，1995。

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……所确定的证据，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：‘你们是真诚确信吗？’^①

根据王亚新教授的考证，自由心证作为一项实定的法原理与法制度，主要是源于并存在于大陆法系的传统；作为法学术语，也主要是在大陆法系国家的学术圈中使用，英美的证据法著作中虽有“free proof”的词语，但主要是用于大陆法系的法概念，因此英美法系的学术圈中似乎并无“自由心证”与“法定证据”之概念划分。汉字的“自由心证”最早为明治维新时期日本法学者从法语的“intime conviction”译出，该术语导入我国当为清末修订法律、编纂刑事民事诉讼法典之后。^②与法定证据制度的产生相似，自由心证原则的产生与存在也有其特定的政治、历史背景，沿继上文的思路，笔者以为值得我们加以关注仍是以下两点：

第一，自由心证与诉讼模式之转换。资本主义生产关系的建立，人民主权思想的勃兴，对与封建制度相适应的纠问式诉讼程序造成了极大的冲击。在刑事诉讼中伴随侦查、起诉与审判功能的分离，被告人诉讼主体地位的确立，以陪审制和辩论制为主要特征的对抗式诉讼程序逐渐取代了职权主义纠问程序。诉讼构造的根本性变更，要求诉讼证据制度从传统的法定证据制度下解放

^① 现为《法国刑事诉讼法典》第353条。参见余叔通、谢朝华译：《法国刑事诉讼法典》，131页，北京，中国政法大学出版社，1997。

^② 王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，293页，北京，中国法制出版社，2001。

出来，赋予法官以更多的主动权，自由心证取代法定证据也就成了历史的必然。而随着自由心证原则在欧洲各国刑事诉讼中的确立与使用，民事诉讼中也开始引入该原则。时至今日，自由心证原则已为许多大陆法国家的民事诉讼法典所明文规定。如德国民事诉讼法典第 286 条就规定“法院应该考虑言词辩论的全部内容以及已有的调查证据的结果，经过自由心证，以判断事实上的主张是否可以认定为真实。”日本 1998 年生效的新民事诉讼法典第 247 条亦明确规定：“法院作出判决时，应当斟酌口头辩论的全部旨意和调查证据的全部结果，依据自由心证判断对于事实的主张是否应当认定为真实。”

第二，自由心证的法理学基础。关于自由心证原则产生之思想根源，最常为人们提及的是 17、18 世纪欧洲资产阶级革命和思想启蒙运动所带来的崇尚自由权力和个人认识能力的思想。但除此之外，自由心证的认识根源或者说法理基础，笔者认为还有值得我们关注的问题，这就是自由心证与法的不确定性理论的关系。一般说来，自由心证的存在是法学家们作为佐证法的不确定性的依据之一。但笔者认为，从另一角度上看我们也可以认为自由心证的出现，是法律自身所固有的不确定性在司法实践中的一种回复，尽管从产生时间上看自由心证原则在立法上的确立和在司法中的实践要早于西方学者系统阐述法的不确定性理论。

长久以来，出于对自身安全感的渴望，人们一直把法的确定性，即法律规则自身的稳定性与法律运行的规律性视为法的基本属性，甚至将其列为法的目标加以追求。拉德布鲁赫更直接把法的确定性功能视为法的基本的乃至首要的功能，认为“法律秩序的存在要比法律的正义和功利更为重要。正义和功利构成法律的第二位主要任务，而所有人平等同意的第一位任务则是法律的确

定性，即秩序与和平”。^① 这种对法律确定性的追求，在神示证据制度和法定证据制度中获得了一种实证的支撑。所谓法律的“正义与功利”，体现在法官审查判断证据的过程中，不妨理解为对案件真相的探求，而在此过程中法的确定性最好的体现无疑是对法官主观随意性的抑制，以实现相同情况获得相同或类似之司法裁判（至少形式上是这样）。神示证据制度与法定证据制度通过完全或部分地牺牲对案件真相的发现来实现对法官主观随意性的抑制，很好地体现了民事诉讼程序的确定性是第一位的，而对“正义与功利”的追求则不得不让步于民事诉讼程序的安定性。

不过随着历史车轮不断向前，法的确定性理论开始受到挑战，人们逐渐认识到无论是法律规则自身的稳定性还是司法运行的规律性都并不可靠。事实上，法律不确定性的理论正是在以下三个层面展开的：1. 法律规则本身的不确定性问题。这种不确定性源于两方面，一方面是由于语言的不确定性，立法者在制定法律条文时不可避免认识上的局限性，以及条文制定者有意识地适用模糊含混的语言；另一方面则是由于社会生活的变化使法律条文的实体内容过时。^② 2. 构成司法裁判基础的事实的不确定性问题。正如美国现实主义的代表人物弗兰克对美国初审法院裁定事实中的无数错误的起因进行归纳所发现的那样：（1）诉讼中用来证明事实的证据可能是不可靠的，会有作伪证的、受人指使的、有偏见的、发生误解的证人；（2）会有证人失踪、物证灭失或被毁的情况；（3）有为非作歹和愚蠢的律师；（4）陪审官、特别是法官的不可预测的独特个性都会导致对案件的处理带有很大的主观性，使人们无法预测其结果。这些情况的存在，在不同程度上

^① 沈宗灵编著：《现代西方法理学》，48页，北京，北京大学出版社，1992。

^② 王晨光：《法律运行中的不确定性与“错案追究制”的误区》，载《法学》，1997（3）。

都影响着法官认定事实的确定性。当然在这几个因素中,正如弗兰克认为的那样,最为重要的是法官那种不可预测的独特个性。但与此同时,弗兰克也强调人们毋须为法律的这种不确定性哀叹,相反他认为这里面隐含着巨大的社会价值。他把那种认为人有能力使法律稳定且固定不变的观点看作是“基本的法律神话”(Basic Legal Myth)或儿童的“恋父情结”(Father Complex)的残余,并予以否弃。^① 3. 法律推理的不确定性。法律推理的不确定性是批判法学批判传统自由主义法学的前提,他们认为法律推理的大前提法律规则和小前提法律事实都是不确定的,适用哪些规则,认定哪些事实,完全是陪审官与法官的主观选择,无客观性可言。^②

尽管西方学者关于法的不确定性理论是建立在自由心证成为法官判断证据原则的现实基础上,但笔者认为在自由心证与法的不确定性关系上并非因为自由心证原则的确立与实践才导致法的不确定性,“法律的确定性和非确定性,逻辑和经验之间不可避免地存在张力,这是法律这一范畴本身所具有的。”^③ 法定证据制度的长期存在,只是对法律固有的不确定性的一种歪曲,自由心证原则在资产阶级国家的确立则是法律不确定性的一种外化和必然要求。这使自由心证原则在某种程度上获得了超越社会意识形态的法理支撑。

源于法之不确定性的自由心证原则,在各个国家的发展是不平衡的,呈现出不同的内涵与制度形态。但纵观各国之自由心证原则,至少有四个方面的法律特征是基本相同的。由于我国传统

^① 参见博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,153—155页,北京,中国政法大学出版社,1999。

^② 朱景文:《对西方法律传统的挑战》,11页,北京,中国检察出版社,1996。

^③ 解兴权:《法律及其推理的确定性分析》,《甘肃政法学院学报》1998(4)。

的证据理论在对自由心证原则的认识上存在一些偏差,因此笔者下文关于自由心证法律特征的叙述同时也是在厘清关于自由心证的一些错误观念。具体说来,自由心证的法律特征包括:

1. 自由心证之作用对象主要限于在证据调查过程中由当事人提出的和由法官依职权收集的各种证据,法官内心确信的基础不能建立在到案证据之外,也就是说:(1)内心确信必须是从本案中得出的结论;(2)内心确信必须是在对一切情况的酌量和判断的基础上形成;(3)考察判断这些情况必须不是彼此独立的,而是它们的全部总和;(4)内心确信是对每一个证据的固有性质和它与案件的关联加以判断的结果。^①另外,根据西方国家民事诉讼辩论主义的基本要求,作为民事判决基础的案件事实须以当事人提出并加以主张为限,对于那些没有在当事人的辩论中出现的案件事实,法院就不得将其做为判决的基础,对当事人双方都没有争议或自认的事实,法院不仅没有必要用证据加以确认,而且也不允许法院作出相反的认定。当然,由于各国自由心证制度的发展是不平衡的,也有的国家规定法官为形成心证而采用的有关资料并不局限于调查证据所得之证据资料,还可以包括在案件审理过程中当事人体现出的各种态度和状况在内的全部辩论旨意,典型的如日本在其《民事诉讼法》第247条规定:“法官在作出判决时,应当斟酌口头辩论的全部旨意及调查证据的结果,依自由心证判断事实上的主张是否应当认定为真实。”但无论如何,自由心证原则的前提是证据裁判主义,既存的证据材料仍应是法官自由心证之基石。

2. 自由心证的目的是通过对证据的取舍和判断来认定案件的事实。自由心证的这一特征使其与民事证据法中的另一个重要概念——自由裁量相区别。与自由心证类似,自由裁量也是一个

^① 陈一云主编:《证据学》,34—35页,北京,中国人民大学出版社,1991。

具有多重含义的概念，依《牛津法律大辞典》之规定，“法官的自由裁量权是指酌情做出决定的权力，并且这种决定在当时情况下应是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法官以权力或责任，使其在某种情况下可以行使自由心证裁量权。有时是根据情势所需要，有时则仅仅是在法律规定的限度内行使这种权力。司法上的自由裁量权不是未经证明确定的问题，如事实问题，而是经由权威或讼争的问题，如法律问题。”^①我国学者一般亦赞同自由裁量权从其本质上讲是法官在司法过程中因其职业所固有的一种权力，这种权力使法官在个案的审查过程中得以在多种合法选择中自由决断。但对于法官自由裁量权的适用范围，我国学者似乎并不赞同将其局限于“权威或讼争的问题”，而是多主张应将其贯穿于司法的全过程，既包括法官“确认事实及作出决定中的自由裁量权”，也包括“适用法律中的自由裁量权”，^②而法官在认定案件事实中享有自由裁量权的基本表现就是自由心证原则。因此，法官的自由裁量权是自由心证原则的权力基础，而自由心证原则可视为法官在认定事实中享有自由裁量权的基本表现。

3. 法官在审查判断证据时享有“自由”，这一点既是自由心证原则与法定证据最大的区别，同时也是自由心证对法定证据合理内核的继承。一方面，与法定证据制度预先规定各种证据的价值和判断证据的规则不同，自由心证原则下法官判断证据依据的不是既成的规则，而是其自身的“良心”与“理性”。法律并不硬性规定法官必须作出非此即彼的选择，而是赋予法官在一定范围内的选择权。另一方面，我们也要注意的把自由心证之“自

① [英] 戴维·沃克：《牛津法律大辞典》，26页，北京，光明日报出版社，1988。

② 武文和：《法官的自由裁量权》，载《人民司法》，2001（5）。

由”与法官主观擅断区分开来。在理解自由心证时，传统上存在一种误解，即认为在自由心证下法官在判断证据时可以不受任何约束，完全拥有判断取舍证据的权限。然而事实是无论是在采用自由心证原则的国家的立法上，还是西方学者关于自由心证的理论中，自由心证原则都内含着对法官审查判断证据的一定限制。只不过“自由证明所依据的不再是少数事先已规定好的标准。而是范围更广的关于我们可能会因之改变意见的具体情况的标准。这些标准都具有客观性，包括逻辑和概率标准、自然规律标准、人类行为标准及其他普遍真理标准。”^①以日本的诉讼实践为例，他们把对法官自由心证的内在制约称之为“经验则”。所谓“经验则”，它是根据已知事实来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，是人们从个别经验的积累中抽象、归纳出来的一般知识或常识，它往往不能采用全称判断的形式来陈述，而只是盖然性的命题。^②

4. 自由心证是一种秘密心证。“它要求绝对保证法官内心思想（即心证）的自由，法官有权不公开其关于案情的任何看法，除了审判结果。但审判结果是如何形成的，法官有权拒绝回答。”^③自由心证的这种秘密性，就笔者看来应是自由心证的核心特征。

以自由心证原则的上述四个法律特征为依据，前苏联的内心确信证据制度就笔者看来也应属于自由心证之范畴。前苏联所谓的内心确信证据制度，根据1961年《苏俄刑事诉讼法典》第71条之规定，系指“法院、侦查员和调查人员评定证据，应遵循法

① 何家弘：《证明的自由》，载《外国法译评》，1997（3）。

② 王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，311—322页，北京，中国法制出版社，2001。

③ 叶自强：《民事证据研究》，457页，北京，法律出版社，1999。

律和社会主义意识，依靠以全面、完整和客观审核案件全部情况为根据的自己的内心确信。任何证据对于法院、侦查员和调查人员，都没有预定的效力。”根据我国传统的证据学理论，前苏联的内心确认制度是在批判自由心证制度政治上的反动性和法学上的不科学性的基础上建立起来的，其与自由心证制度最大的区别在于以社会主义的法律意识和社会主义的“良心和理性”取代资产阶级的“良心和理性”。不过这种区别就笔者看来更多的还是体现在意识形态方面，从诉讼机制的运作及其对司法裁决的影响上看，似乎并无实质之区别。

（四）关于法定证据的“历史性复归”——对英美法系证据制度性质的再认识

尽管大多数学者认为，随着欧洲中世纪的终结，作为特定历史时代产物的法定证据制度在其合理内核被自由心证吸收之后已走向灭亡。但毕玉谦先生在其《民事证据法及其程序功能》一书中却提出关于“法定证据制度的历史性复归”之理论，认为“法定证据制度在概念上并非随着欧洲中世纪后期的那个时代成为历史而销声匿迹”，因此“有必要将中世纪后期为封建专制国家所采用的法定证据制度称之为古典的法定证据制度，而将现代意义上的法定证据制度称之为新型的或现代法定证据制度。”“现代意义上使用的法定证据制度，在实质上已脱离了中世纪后期欧洲封建专制时代的那种产物，而是赋之以现实意义上的实质内涵。”^①但对于法定证据制度历史性复归之内涵与演进，该书却语焉不详，依笔者大胆揣测，毕先生大概是认为当代各国（主要是英美法系国家）之证据立法大多兼具自由心证与法定证据之特点，但现代证据制度中所体现出的法定证据色彩（通常表现为对法官审查判断证据的一些限制），与封建时代的法定证据制度有本质区

^① 毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，87—88页，北京，法律出版社1997。

别，它只是自由心证原则的一种配套机制，也就是所谓的“现代法定证据制度”；另一方面欧洲中世纪的法定证据制度（也就是古典法定证据制度）并未完全排除法官具有“心证”的因素以及由此而产生的认定事实的过程，只不过这种“心证”在自由程度上或幅度上受到形式的限制，而现代法定证据制度对古典法定证据制度封建残余与形式主义的抛弃，正是对古典法定证据制度中隐含的立法者意图消灭但是却挥之不去的自由精神的“历史性复归”。

在对上述令人费解的理论进行进一步剖析之前，有一个问题值得我们先加以思考，即关于英美法系国家（主要体现为英国）证据制度之性质到底为何？一般认为，由于历史的原因，英国形成了有别于欧洲大陆国家的特殊的证据制度。这种证据制度的一个突出特点就是“从来没有形成欧洲大陆国家那样的法定证据制度，刑讯逼供也不盛行。在长期的在历史发展中，英国形成一整套繁琐、庞杂的，有时甚至是互相冲突的证据规则。”^①对于以英国为代表的英美法系国家证据制度的性质，我国学者存在不同的观点。第一种观点认为，由于英美法系国家存在大量形式主义的证据规则，法官审判案件时必须遵守，所以这种证据制度也是一种法定证据制度。第二种观点则认为虽然英美法系国家存在大量形式主义的证据规则，但法官在审查判断证据时仍具有自由裁量权，所以英美法系国家的证据制度是自由心证原则与法定证据原则相结合的产物。而第三种观点则认为尽管英美法系的证据规则中也有一些从证据形式来规定证据证明力的内容，但从总体上讲英美法系的证据规则并不是对证据证明力、审查判断证据作形式主义的全面规定，而主要是从证据的可采性和举证责任的角度作出规定，因此显然与欧洲大陆专制时期的法定证据制度完全不

^① 陈一云主编：《证据学》，36页，北京，中国人民大学出版社，1991。

同。另外，自由心证制度是作为法定证据直接否定者出现的，将历史上两种完全冲突的概念凑合在一起来说明英美法系的证据制度显然是不科学的。因此，英美法系国家的证据制度是一种同大陆法系国家相比具有自身特点的自由心证制度。^① 笔者赞同第三种观点，但想补充指出的是自由心证并不仅仅是法定证据制度直接的否定者，在某种意义上它也是法定证据合理内核的继受者，这一点在上文中已有论述。回到本节开头之问题，所谓“现代法定证据制度”或“法定证据之历史性复归”，就笔者看来事实上只是自由心证原则所继受的法定证据制度合理因素的一种制度化表现，作为一种与自由心证原则相对的历史性范畴，法定证据制度只能隶属于欧洲中世纪那个特殊的时代，并且也已经随着历史的更替而走向消灭。将法定证据制度区分为古典与现代，只能带来概念之混乱，就笔者看来实无必要。

三、从秘密心证到公开心证 ——自由心证之现代化

（一）秘密心证的困境及变革

自由心证原则在当代诸国民民事诉讼中的明文规定和制度化实践，对克服法定证据制度仅限于发现民事纠纷“形式真实”的缺陷，探求案件之客观真相起到了积极的意义，这在上文已有论述。可以说，在民事证据审查判断问题的基本矛盾中，自由心证原则较为成功地解决了“发现真相”的难题，但对于解决此矛盾之另一难题即如何抑制法官在审查判断证据中的主观随意性，自由心证则陷入了困境。事实上，如果说法定证据制度是以牺牲对案件真相的探求来实现对法官主观随意性的抑制，自由心证便是

^① 陈一云主编：《证据学》，45—46页，北京，中国人民大学出版社，1991。

以牺牲对法官随意性的抑制来追求案件的真相。^① 回顾上文对自由心证法理基础的论述，我们已经提到法官个人因素导致的对案件事实认定的不确定性，正如著名的刑法学家贝卡利亚说过的：法官的一顿早餐将影响到他对案件的判决。这种说法虽然有其偏颇之处，但的确说明了法官个人的心理因素对案件事实的认定及最终司法裁判所起影响之重大。我国有学者通过研究认为，以法官的心理因素基础，可以将法官区分为情感冲动型、经验偏见型、利他求偿型、温和精细型、桀傲自尊型等五种。^② 要如何保证心理状态各异的法官在不同的外部环境下作出合乎法律宗旨的裁判，实在是自由心证所要面对的一个难题。不过自由心证最大的困境并不在于此，而在于其秘密性，也就是说法官有权不公开其心证形成之过程，而且在公布其心证结果（审理结果）时无须说明如何得出这种结果。一般说来，除非法官主动公开其心证过程，否则这种秘密性就将使法官的心证过程在最大限度上免受社会舆论的评价。尽管法官心证的结果也就是司法裁判最终还是要公之于众，但是我们知道在现代民商事纠纷中，当事人所能提供的证据资料往往既多且杂，纠纷双方为了实现自己的诉讼主张更是展开激烈的辩论，这就使原本就模棱两可的案情更趋复杂，法官的选择权与社会对其选择的容忍在无形中被扩大了。假使法官有意歪曲案件之真相，由于审判的外部压力本身无法形成统一的意见，法官主观擅断的激励性也就更大。

^① 不过这样的结论也许并不周延，因为“发现真相”与“抑制随意性”在具有矛盾性的时候也有统一性，法定证据放弃对案件真相的追求并不能完全实现对法官自由裁量权的消灭，而自由心证在充分发挥法官主观逻辑思维能力的同时也有可能导致在个案中法官对案件事实的认定完全背离真相，但无论如何从一种宏观的角度上看我们大致还是可以认为上述的结论有一定的准确性。

^② 参见柴发邦主编：《体制改革与完善诉讼制度》，133—135页，北京，中国人民公安大学出版社，1991。

自由心证的秘密性及由此带来的问题已经引起了学者们的批评，更直接导致自由心证制度在当代世界各国立法及司法中的变革，而这种变革最为主要的特征即抛弃自由心证固有的秘密性与神秘感，而走向公开心证。以自由心证原则的这种现代化变革为基础，有学者认为“自由心证是一个具有时代色彩的制度，经历了长期的演进过程，形成了两种主要形态，即传统自由心证形态与现代自由心证的形态。”^①而对于“传统自由心证”与“现代自由心证”的区别，此说认为有以下两点：首先是内涵不同。传统自由心证强调自由，但是具有片面性，即片面强调法官的心证自由。现代自由心证则不同，它虽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。它注入新的涵义，扩展了自由的外延，即强调“对等的自由”，这不仅要求法官的心证自由，而且要求保障当事人的权利，保障社会公众和新闻媒体的“旁听自由”，以及对审判结果（心证结果）进行公正评论的权利。其次是性质不同，传统自由心证是一种秘密心证，而现代自由心证不具有浓厚的隐秘性和神秘感。

仔细考察上述学说关于“传统自由心证”与“现代自由心证”的两点区别，不难发现它们其实只是一个问题的两个方面，所谓“对等的自由”，如当事人权利的保障、“旁听自由”和对心证结果的公正评论，就笔者看来都只是心证公开的一个要素，所以说如果存在“传统自由心证”与“现代自由心证”之区别，我们似乎可以大胆地认为“传统自由心证”是一种秘密心证，而“现代自由心证”则是一种公开心证，或者说自由心证经历了一个由秘密心证到公开心证的现代化变革之路。当然，我们也必须承认自由心证原则在其发展动向上还有很重要的一点是民事诉讼中证据规则的日趋科学化与严密化，但由于英美法国家的自由心

^① 参见叶自强：《民事证据研究》，455—457页，北京，法律出版社，1999。

证原则做为一种特殊的自由心证在很长一段时间内就与证据规则相联系，而且现代证据规则的发展也主要体现在英美国家中，因此自由心证的公开化就笔者看来要比证据规则的强化在其普遍性和本质性方面更能凸显自由心证的现代化特征。

我们对心证公开必要性的分析是从秘密心证的现实困境开始的，但公开心证如果放在民事诉讼机制的整体角度进行分析事实上还有其深刻的程序理念基础，这主要是涉及到民事诉讼的正当性问题。我们知道，与刑事诉讼更侧重于对罪犯的惩罚和国家权威的维护不同，民事诉讼的第一要旨在于民事纠纷的解决，并在此基础上恢复合理的既成的民事生活秩序。虽然说“法院不必定从心理上解决了争执，而仅从行动上解决了争执”，^①但如果民事审判既能从行动上解决争执，又能从心理上化解争端，显然是更为理想的状态。为此，民事诉讼机制必须具有正当性，也就是说民事审判的结果及其对案件事实的认定必须获得民事纠纷当事人乃至社会公众的一般认可与信赖。而要保证当事人及社会公众能获得这种认可与信赖，基本的前提是他们能了解或者基本上了解裁判者认定事实与做出裁判的一般逻辑，而这一点或许便可视为公开心证之程序理念基础。

（二）公开心证之基本条件

公开心证与秘密心证的差异，决定了原本与秘密心证相适应的民事诉讼机制要想充分发挥心证公开的功能，实现对法官主观随意性的制度化约束就必须对自身进行必要的调整，以构筑公开心证的支持体系。这种支持体系就其形态而言一般可以区分为主观条件与客观条件两大类：

1. 主观条件，根据我国台湾学者邱联恭的观点，包括“相

^① [美] 迈克尔·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，22页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

当之判断能力及充实之准备”和“预留讨论、再审之空间”。^①所谓“相当之判断能力及充实之准备”，指法官必须具备一定的知识和判断能力才能在法庭上就当事人所提的证据进行必要的法律分析并与当事人当场进行讨论，而法官要具备这种能力除了要有充分的准备外，更重要的是法官应不断充实自己的法律知识，提高审判业务能力。至于“预留讨论、再审之空间”主要是涉及法官在心证公开过程的态度方法，它要求“法院在公开心证程序时，应当持接受讨论的态度，不能心存偏见或先入为主。为此法院应当避免采用断言的方式（如断言一方败诉）公开心证，同时要说明心证形成的理由，使当事人对心证有回应的准备，补充资料，以便再审时提出，作为裁判的基础。”

2. 心证公开所需之客观条件根据各国民事司法实践的差异有所不同，但最为重要的一般说来包括了：

（1）严密科学的证据规则

提到证据规则，我们首先必须把其与法定证据中所谓的“证据规则”进行必要的区分。正如上文所述，在法定证据制度下，法律预先设定各种证据的证明力和判断证据的规则，这是一种静态的、积极的证据原则；而我们所说的证据规则，是为现代法治国家特别是英美法国家所普遍适用的借以调整特定事实材料和信息资料作为诉讼证据并加以提出、调整、收集和运用的原则和规范。^②在现代诸国的民事证据法中，作为证据规则的一个显著特征是这种规则一般并不是积极、明确地规定哪些事实和材料可以采纳为证据，而是消极地就特定范围内的事实和材料不能作为证

^① 邱联恭：《心证公开之理论与实践（四）》，台湾《月旦法学》杂志第22期。

^② 毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，87—88页，北京，法律出版社，1997。

据或依法受到限制作出明确规定。^① 因此有的学者提出的公开心证“强化法律及证据规则，以此限制法官的肆意心证，在形式上或者甚至可以说在动机上与已经被自由心证替代的法定证据制度并无太大的差别”，^② 显然是一种误解。

证据规则对于约束法官主观随意性，实现法官心证公开化的价值可以从以下两个层面加以说明：第一，证据规则的“制约性功能”。所谓证据规则的“制约性功能”，意味着受诉讼裁判影响的当事人及负有监督法官审理的特定机关对于法官在庭审过程中或裁判结果中违反证据规则的行为或结论得以提出异议并有效地加以变更。由于现代证据规则往往都是排除性规则，当事人或上诉审法院如果发现法官在心证形成过程或心证结果中有违反证据规则之事项，一般能够比较容易地通过行使异议权或审判监督权来纠正法官的心证错误。第二，证据规则的“协助性功能”。我们知道，法官认定的案件事实之所以会与客观真实发生偏离，抛开法官欲图枉法裁判的不法动机不谈，很多时候是由于法官在认知能力或社会经验上的缺失，或面对复杂案件导致的精力分散所造成的。而“援引规则不仅可以为法官发挥专业特长提供一个表演的舞台，而且也可以减少法官思考的负担，”^③ 从而有利于法官把有限的精力集中于那些复杂的证据取舍与判断上，减少不必要的干扰。

众所周知，严密与科学的证据规则是英美证据法的传统特征与主要优势，而英美法国家之所以发展出这样一套复杂多样的证据规则，通常认为是与陪审制度相关的。“在陪审制度下，陪审员全体一致的评决原则上不须说明理由，也不受上诉审的审查，

① 申君贵：《关于诉讼证据能力之探讨》，《政法论坛》，1993（5）。

② 刘荣军：《自由心证主义的现代意义》，第三届全国民事诉讼法研讨会论文。

③ 付建平：《法官判决中的竞争性因素》，《法学》，2001（3）。

享有绝大的权威或正统性。但是，确实也存在感情用事的危险。如果陪审团否认在谁看来都明确无误的原告的主张而说‘不，被告的主张才是正确的’，几乎没有什么手段可以救济实际上有理的原告。要回避这样的不利情况，就必须有一套在案件没有达到一定条件的场合下就不交由陪审员审理的法定要件，也就是避开陪审员的规则。”^① 而这样的规则最重要的通常包括：①关联性规则（Relevance Rules）②排除规则（Exclusionary Rules）③传闻规则（Hearsay Rules）④最佳证据规则（Best Evidences Rules）⑤意见证据规则（Opinion Evidence Rules）等。^②

值得注意的是，在自由心证与证据规则的关系问题上，我国有学者提出“自由心证主义就其本意是排斥证据规则的”，并得出结论认为英美法系的证据制度与法定证据、自由心证证据制度均有不同，其与自由心证主义不同之点在于对证据的证明能力有很多规则的限制。^③ 笔者以为不能苟同。如果说自由心证排斥证据规则，那恐怕也只是针对所谓的“古典自由心证”所言。抛开对英美法国家证据制度的性质不谈，即便在被认为固守自由心证主义的大陆法国家，从本世纪以来也开始重视对证据规则的研究与使用，尽管与英美法系相比，这些规则一般对证据不加限制，是“零乱和不完备的”。^④ 事实上，在现代民事诉讼中，证据规则做为法定证据制度的合理内核，已为自由心证所采用。证据规则在两大法系的制度形态与使用现状的差异，并不能成为判断其是否采用自由心证原则的标志，恰恰只是说明了他们在心证公开

① [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，232页，北京，中国政法大学出版社，1996。

② 相关内涵可参见刘善春等：《诉讼证据规则研究》，北京，中国法制出版社，2000。

③ 刘善春等：《诉讼证据规则研究》，18页，北京，中国法制出版社，2000。

④ 毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，383页，北京，法律出版社，1997。

程度上的差异而已。

(2) 自由旁听制度

审判公开是当今法治国家的共同准则，1948年联合国通过的《世界人权宣言》第10条规定：“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正和公开的审讯，以确定他的权利和义务并判定对他的刑事指控。”1966年的《公民权利与政治权利国际公约》第14条第1款进一步确认并界定了审判公开原则：“所有的人在裁判和法庭面前一律平等。在判定提出的任何刑事指控或他在一件诉讼案件中的权利和义务时，人人有资格由一个依法设立的合格、独立的和无偏倚的法庭进行公开的审讯。”而自由旁听制度作为审判公开原则一项重要的或许也是核心的制度设计，可以认为是心证过程公开的重要条件。我们知道，在正常的情况下，案件的审理过程事实上也是法官心证形成的过程（当然在评议阶段也可能形成心证），让社会公众参与诉讼的审理一方面可以促使法官更加谨慎和公正地对证据进行判断（这一点在有新闻媒体参加时尤为明显），另一方面在法官形成错误心证的时候，外界的压力相对于秘密心证更容易形成一致的意见，纠正错误裁判的可能性也就更大。

自由旁听制度在现代法治国家均有相应的制度保障，以美国为例，“最高法院的开庭均对外开放。座位有限，前排和靠左侧的座位一般均留给记者。公众到场往往是先到者优先。当一桩引人注目的重要案子即使开放审理，希望参加旁听的人们往往要在法院开门前排队等候几个小时，甚至一整天。”^①

(3) 判决理由公开制度

如果说自由旁听制度是心证过程公开的条件，那么判决理由公开制度是心证结果公开的重要保障，它在整个公开心证的支持

^① 转引自叶自强：《民事证据研究》，482页，北京，法律出版社，1999。

体系中处于核心的和终局的地位。人们之所以关心法官判断证据的原则，归根到底是因为它与民事裁判的结果直接联系在一起。因此，无论法律上制定了如何严密科学的证据规则，也不论法院的庭审过程如何公开化，只要法官拒绝公开其判决理由也就是其心证结果之形成，所谓的公开心证就缺乏现实之意义。相反，如果法官能在其判决书中展开心证形成的过程，当事人与社会公众就得以对法官所采信的证据是否合法与合理进行最终的检验。

作为现代裁判文书中最为重要的部分，“有关案件判决理由的构成要素及其范围是什么还完全没有定论”。^①但是在自由心证的语境中，我们可以认为判决理由是指法官根据当事人各方的主张和抗辩的取舍，认定事实和适用相应的法条，进而得出判决结论的推理过程。^②现代法治国家一般均有关于判决理由公开的相关规定，德国民事诉讼法典在第286条规定自由心证原则的同时，又补充规定“作为法官心证根据的理由，应在判决中记明”。而根据日本新民事诉讼法典第253条第1款的规定，判决书应当记载的事项包括主文、事实、理由、口头辩论的终结之日、当事人及法定代理人、法院等六项，而所谓“理由”是指根据主张和抗辩的取舍，明确在主文里引出其结论的过程部分，写明必要的事实认定和法律适用。^③法国《民事诉讼法》第455条更明确规定“判决应当写明理由”，根据1939年的法国最高法院的判决，判决要求理由必须确切、具体，理由不完整等于没有说明理由。怎样做才算充分的确切、具体？按照法国最高法院1870年的判决，凡主文的内容没有超过理由的涵义与范围时，则判决的理由

① [美] 博登海默：《法理学——法哲学与法律方法》，邓正来译，546页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② 叶自强：《民事诉讼制度的变革》，265页，北京，法律出版社，2001。

③ [日] 兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铨译，150—151页，北京，法律出版社，1995。

是足够的。^①而在英国，尽管传统上认为法官作出判决无须说明理由，但是在“遵循先例”的原则下，为使判例具备权威性，法官总是尽力使判决详尽、充实，具备说服力。

四、自由心证之中国命运

（一）我国民事证据判断原则的“不自由”与“超自由”

在对民事证据判断原则复杂的演变历史进行了一番不成熟的分析之后，笔者想回到“引言”结尾留下来的问题，即我国的民事证据立法究竟应该采取何种原则作为法官审查判断证据的标准。而要回答这个问题，显然应搞清楚在我国现实的民事司法实践中，法官采取的民事证据判断原则究竟是什么。事实上，关于我国民事证据制度（以民事证据的审查判断原则为核心）性质，理论界一直存在不同的观点，并形成了不同的学说，盖有：

1. 实事求是说。这种学说认为在办理民事案件中，法官“必须从实际出发，深入调查研究，根据确实、充分的证据，准确查明案件的真实情况。此中，即包括对证据的要求，也包括对运用证据即收集和审查判断证据的要求，还包括对证明任务的要求”。^②
2. 客观真实说。此说认为“新中国证据制度是以辩证唯物主义为其理论基础，以客观事实为其判断证据的标准，以达到案件的客观事实为其证明要求。”^③
3. 法定确认说。此说认为“司法人员必须严格按照法律规定的程序，根据自己内心形成的确定信

① 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论（下册）》，253页，北京，中信出版社，1991。

② 陈一云主编：《证据学》，94页，北京，中国人民大学出版社，1991。

③ 胡锡庆主编：《诉讼证据学通论》，49页，上海，华东理工大学出版社，1995。

念，对证据的真伪及证明力作出判断并加以确认”。^① 4. 依法确信说。所谓依法确信，是指“审判人员依照法律规定，运用自己的法律意识、知识经验，根据证据调查、审查案件所得到的全部合法的客观材料，对证据的真实性及证明力的大小，依法产生的确定信念。这是由审判人员依照法律规定，通过对证据的审查判断，从而形成的正确的信念，是主观对客观的真实反映。”^②

考察上述的四种观点，“实事求是说”与“客观真实说”虽然名称不同，但意趣显有共通之处。作为我党的基本思想方针，实事求是原则在我国的政治、经济生活等诸多领域都占有重要的地位，这自然也包括了民事证据法领域。不能否认民事诉讼活动，从案件的受理到裁判的作出都应该是一个实事求是的过程。但将作为一种世界观和方法论的实事求是直接用来界定某项特定的法律制度，则似乎有一般化之嫌。正如有的学者指出的，“实事求是是从宏观、抽象的角度来指导人们正确地认识和把握客观事物，以利于指导各种形态下的实践活动。这一原则具有抽象的、理性的、静态的属性，与各种社会实践活动所呈现出来的具体的、物质的、动态的属性形成鲜明的对照。为此实事求是原则不能简单地、机械地、笼统地直接为某一特定领域的社会实践活动（包括自然学科、社会学科）定性，冠以名称或简单地等同于某一学科或领域内的具体指导原则。”^③ 遗憾的是在长期的民事司法实践中我们一直是片面地理解实事求是，将实事求是原则直接适用甚至等同于证据制度本身，而这种对实事求是片面的理解在司法实践导致的直接问题就是“客观真实说”的产生，即认为法官对案件事实的认定必须与民事纠纷的原始真相绝对一致。但

① 廖俊常主编：《证据法学》，23—24页，北京，中国政法大学出版社，1993。

② 杨荣新、单云涛：《论诉讼证据制度》，《政法论坛》，1991（5）。

③ 毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，112页，北京，法律出版社，1997。

是伴随着民事审判方式改革的深入与诉讼理念的更新,人们已逐渐认识到在民事审判中追求绝对的客观事实既不可能也不必,法官对案件事实的认定只须达到从法律的角度认为是真实的程度(即“法律真实”),就可以认为是满足程序正当性的基本要求。因此,无论“实事求是说”还是由此衍生出的“客观真实说”都只代表了人们对法官认定事实的一种美好的理想,但并不能真正揭示我国民事证据判断原则的性质。

而所谓的“法定确认说”或“依法确信说”,我们仔细分析其内涵,不难发现他们事实上只是前苏联“内心确信”制度的一种移植。笔者赞同我国现行的民事证据制度或者说法官审查判断证据的标准类似于前苏联的“内心确信”。由于前苏联的“内心确信”本质上是一种自由心证,事实上也可以说我国民事证据判断原则是类似于自由心证原则。从立法上讲,我国《民事诉讼法》第71条第1款的规定:“人民法院对当事人的陈述,应当结合本案的其他证据,审查确定能否作为认定事实的根据”,台湾学者杨建华即认为蕴含着自由心证原则的因素。^①从司法实践上讲,由于我国一直奉行着宜粗不宜细的立法原则,现行的法律存在着诸多漏洞,这就给法官的自由裁量、自由心证创造了条件。“事实上,司法实践中有大量的法官就是在获取一定证据的基础上以其主观判断甚至主观经验作出判断。”^②这其中既存在法官滥用自由裁量权的情形,但也不乏公开运用自由心证的成功案例,如四川省新津县人民法院审结的(1995)新民初字第294号舒易平诉蓝剑集团公司产品责任损害赔偿一案,该案法官对事实

① 杨建华:《大陆民事诉讼法比较与评析》,64页,台湾三民书局,1991。

② 江波:《完善民事证据立法 推进证据制度改革》,载王利明等主编:《中国民事证据的立法研究与应用》,134页,北京,人民法院出版社,2000。

的认定就被认为“闪耀着自由心证主义的光芒。”^①但同时我们也必须注意，我国的民事证据判断原则仅仅是“类似”于自由心证原则，而非等同于传统意义上之自由心证原则。与西方国家传统的自由心证原则相比，我国法官在审查判断证据时既缺乏自由心证所内含的“自由”要素，但同时又具备了西方法官所不具备的“超自由”权限。

之所以说我国法官在证据的审查判断上缺乏自由心证所须之自由要素，存在一定程度的“不自由”，是因为传统自由心证原则中“自由”之前提，就笔者看来应逻辑地包括以下几个要素：

1. 法官知识与审判经验上之自由。也就是说法官应该具备比较丰富的法律知识与审判经验，才能够保证自己无障碍地对各种证据的证明力加以确定并进行相应的取舍，并实现民事案件在相同的情况下能得到大体相同的司法裁判。相反，如果法官缺乏必要的法律知识和审判经验，即使他内心是公正无私的，也可能因个人因素造成对案件事实的认定与纠纷真相大相径庭，进而影响民事司法的统一性。关于法官个人素质之完备，我们曾经作为公开心证的支持条件之一加以提出，而事实上即使在传统的自由心证原则下，由于法官形成内心确信要综合考虑逻辑和概率标准、自然规律标准、人类行为标准及其他普遍真理标准甚至包括复杂的证据规则，法官在法律知识与审判经验上的自由同样是不可缺少的。

2. 法官在证据判断中意志之自由。也就是说法官在运用证据和自己的主观逻辑思维判断证据时能够不受到外界的干扰，这种干扰并不局限于物质性的，如对法官切身利益损害之威

① 喻敏：《自由心证与自由裁量——对舒易平诉蓝剑集团公司产品责任损害赔偿案一审判决的评析》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第5卷，599页，北京，法律出版社，1996。

胁，还包括一切思想上之干扰。

3. 法官认定事实行为之自由。也就是说法官通过自由评断和内心确信所得出的关于案件事实的结论，能够成为最终司法裁判的基础。这一点就笔者看来应该在自由心证的“自由”要素中处于核心的地位。诚如上文所述，人们之所以关注法官审查判断证据的标准，根本原因是人们关注由此产生的司法裁判对自身直接的或间接的利益的影响，如果法官审查判断证据的标准与最终的司法裁判并无直接联系，那么讨论什么自由心证、法定证据显然都失去了其现实意义。

以上述自由心证的三大“自由”要素为参照，我国法官在审查判断民事证据时显然有其“不自由”的一面：首先，由于我国法官的整体素质不高，事实上并不具备自由心证所需的法律知识、逻辑思维和判断能力上的“自由”。其次，司法不独立在我国的民事诉讼实践中也是长期存在的现象。一方面，法院不独立。法官在审理案件中往往会受到行政机关、党组织以及各种社会团体甚至个人的干扰，法官思想之自由受到极大的干扰。另一方面，法官不独立。审判委员会的存在使审者不判，判者不审。法官即使对案件事实的认定有自己的“确信”，也可能因无法对案件的最终结果形成影响而流于形式。

但一方面，与传统自由心证原则下法官拥有的自由裁量权相比，我国的“自由心证”又具有某种“超自由”的因素，也就是说我国法官在民事诉讼中审查判断证据时具备了资产阶级法官所不具备的一些权力，这主要体现为以下两点：其一，由于我国缺少必要的证据规则，在案件事实的认定上“中国法官在事实上比公开承认法官自由裁量权的英美法国家的法官拥有更大的自由裁量权，并且滥用自由裁量权的现象十分普遍、突出。人们反映强烈的司法腐败问题，可以说，在很大程度上是法官滥用自由裁量

权的结果。”^①其二，尽管我国的《民事诉讼法》确立了辩论原则，但与资产阶级国家的辩论主义相比，我国的辩论原则“乃系赋予当事人于案件审理时有辩论之权，着眼于当事人在诉讼上之权利，与上述辩论主义系限制法院关于事实认定，应以当事人主张为准之意义尚未完全相同。”^②司法实践中法官在证据的收集、调查及采纳方面拥有极大的自由裁量权，无论当事人是否提出证据，法官往往依职权主动调查证据并将其作为认定事实之基础，传统自由心证的前提即必须根据当事人辩论的全部内容与其证据调查的结果来形成内心确信在我国已流于形式。

综上所述，笔者认为可将我国民事证据判断原则理解为以实事求是作为指导原则，以追求案件客观事实为目的（实际上并没有实现），法官在司法实践中拥有较大的自由裁量权，同时又容易受外部环境影响的一种特殊的证据制度。它既非法定证据制度，也有别于自由心证，如果非要给其一个名称的话，不妨将其称为“类自由心证原则”。

（二）确立我国自由心证原则的必要性与可能性

伴随民事司法体制改革的深入和民事证据立法的提上日程，如何确立我国民事证据的判断原则再一次成为人们关注的话题。在此问题上，近来似乎有越来越多的人支持自由心证原则的确立，而其理由主要是认为：（1）我国的审判中一直都运用着自由心证的证据审查判断方法。早在本世纪50年代就有学者提出学习苏联的证据理论，认为审判人员所持的立场、观点、方法决定了审判人员在审判实践中的内心确信。审判人员的确信就是对于证据事实和案件事实所下结论时而持有的正确性与可靠性的信

^① 屈茂辉、余佐鹏：《论法官自由裁量权》，《南京大学法律评论》1998年秋季号。

^② 杨建华：《大陆民事诉讼法比较与评析》，8页，台湾三民书局，1991。

念。这种内心确信就是自由心证。(2) 自由心证主义虽然是资本主义法制中的原则, 但可以加以改造, 并赋予马列主义的全新内容, 审判人员若能坚定地站在无产阶级的立场上, 以唯物主义的观点、辩证的方法去判断证据, 就能得出符合客观事实的正确结论。^① (3) 司法实践表明, 每一个案件的正确处理, 都离不开实际上客观存在的法官内心确信。如果不能形成这种确信, 法官对案件的处理心中无数, 难免枉法裁判。实行自由心证可以有效地保证法院的办案质量, 促使法官认真地调查案情, 收集证据, 认定事实。^②

但与此同时也有一些学者反对在我国确立自由心证原则, 其理由是: (1) 自由心证是以唯心主义和不可知论作为基础, 与我国判断证据的指导思想、原则相违背; (2) 实行自由心证原则不符合我国国情, 我国现行诉讼中的证据规则不能与历史上的法定证据制度相提并论, 我国没有自由心证产生的历史条件, 该原则不符合我国的具体国情; (3) 自由心证原则与我国人民法院作为一个整体独立进行审判的原则相冲突。片面强调审判人员的自由评断和取舍证据, 势必助长主观主义和个人主义, 不利于利用集体智慧来认识客观事物, 会给审判活动带来极大的危害。^③

对于是否应确立自由心证为我国法官审查判断证据的标准, 笔者持肯定意见。正如上述的“肯定说”所提到的, 我国法官在司法实践中实际上是运用着类似自由心证的证据审查判断方法, 尽管这种“类自由心证”与传统意义的自由心证原则有所区别, 但无疑蕴含着自由心证的因素。当然, 关于我国证据制度的这种

① 樊崇义主编:《刑事诉讼法学研究综述与评价》, 193页, 北京, 中国政法大学出版社, 1991。

② 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》, 109页, 北京, 法律出版社, 1997。

③ 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》, 108页, 北京, 法律出版社, 1997。

“实然性”分析并不能为“应然性”问题提供答案，要证明自由心证在我国确立的必要性，我们还需要寻求坚实的法理支撑与现实依据。回顾上文对证据判断原则历史性变更的叙述，笔者一再强调证据制度要受当时社会哲学思潮、认识论和程序理念的影响，并与当时的诉讼模式相适应。考察我国当前认识理论的状况与诉讼模式的转变，不难发现自由心证原则在我国的建立确有其可能性与必要性：

首先，自由心证符合我国的认识理论现状。一方面，正如上文所分析的，人们对法的不确定性的逐渐认识与接受，使自由心证已不再局限于其初始的资产阶级的人文主义形态，而获得了超越意识形态的普遍适用性。因此，自由心证原则在我国民事证据制度中的确立，有其坚实的法理支撑。另一方面，人们对我国在证据法上片面理解和运用实事求是原则的反省，已抛弃了“客观真实说”的束缚，使人们可以接受由法官依法通过内心确信形成的值得当事人信赖的事实。所谓自由心证以“唯心主义和不可知论为基础”，并不能成为否定自由心证的理由。相反，“它是通过一系列符合人类理性以及辩证唯物主义认识论的诉讼规则和制度，保障审判官员从一切与待证事实有关的证据出发，来寻求案件事实的真相，并在这个过程对案件的客观真实形成自己确信的判断，在这个基础上作出符合案件真相的裁判。这不仅不是所谓的‘主观唯心主义’，反而恰恰是地地道道的辩证唯物主义。”^①

其次，我国目前正在进行包括“深化审判方式改革、建立符合审判工作规律的审判组织方式、科学设置法院内部机构、深化法院人事管理制度改革、健全监督机制保障司法公正以及建立法院经费保障体系”^②的民事司法体制改革。从宏观上看，民事审

① 易延友：《对自由心证哲学基础的再思考》，《比较法研究》，1998（2）。

② 齐树洁主编：《民事司法改革研究》，10—11页，厦门大学出版社，2000。

判方式改革的核心在于将庭审由原来职权主义模式转变为当事人主义对抗模式。而所谓的当事人主义诉讼模式，其基本的诉讼形态正是由当事人积极举证并进行激烈的辩论，“而法官虽主持庭审，但只扮演消极听证的角色。当言词辩论终结时，在诉讼上就表现为一切证据的证明力的总结算。”^① 这就在客观上对法官运用自由心证原则提出了要求。至于建立符合审判工作规律的审判组织方式、科学设置法院内部机构、深化法院人事管理制度改革、健全监督机制、建立法院经费保障体系等措施如果得到贯彻，则将有助于提高我国法官的整体素质，真正实现司法独立，以克服我国法官认定案件事实过程中的“不自由”状态。

最后，我国目前正在进行的民事证据立法的一个重要方面是建立一套适应我国国情的民事证据规则，这既能弥补“否定说”中提到由于我国缺乏必要的证据规则因此没有自由心证产生的历史条件说法，又能克服长期以来我国法官审查判断证据的“超自由状态”，使自由心证不致成为法官的主观擅断。

值得注意的是，近来也有学者主张“我国应选择法定证据与自由心证相结合，以自由心证为主，以法定证据为辅的证据制度”，^② 即所谓的“两结合证据制度”。与单纯肯定自由心证原则有的不同，此观点虽然也承认自由心证原则的积极意义，但基于对我国法官素质偏低以及“关系诉讼”的普遍存在的担忧，因此寄希望于“用证据规则来缩减法官的自由裁量权，使法官必须按证据规则的要求合理地运用证据，对淡化关系诉讼和抑制司法不公起积极作用”。对于此观点，笔者以为尚有值得商榷之处。仔细考察“两结合证据制度”的含义及其理论依据，与其说是“法

^① 齐树洁、钟胜荣：《论民事审判方式改革对我国民事证据制度的影响》，《法学评论》，1998（4）。

^② 李浩：《民事证据立法与证据制度的选择》，《法学研究》，2001（5）。

定证据与自由心证相结合”，莫若说是“证据规则与自由心证相结合”，事实上此观点上隐含着这样一个前提：即法定证据制度等同于证据规则。而诚如上文所述，现代各国的证据规则与作为特定历史范围的法定证据有着明显的区别，将二者视为一体不能不说是一种误解。当然，笔者对所谓的“两结合证据制度”的置疑并不意味着对在我国构建自由心证+证据规则模式的证据判断原则的否定，事实上在肯定自由心证原则的基础上构建一套科学的证据规则正是适合我国国情的证据判断模式，而这种模式事实上已经有一个准确的名称，即：公开心证。

（三）我国公开心证支持体系之构建

作为诉讼制度的组成部分，任何一项证据制度或原则要想充分发挥其价值，都离不开其他诉讼制度的配合。在证明自由心证的必要性与可能性之后，“在当今中国，对于自由心证，已不再是该不该引入这一制度的问题，而是应当探讨我们法官的自由心证是什么样的一种状况，应如何进行规范以建立起合乎我国审判方式改革的自由心证制度。”^①对此，笔者认为可以从两个方面加以考虑。一方面，正如上文所指出的，我国的“类自由心证”既缺少自由心证所需之必要“自由”，但又存在西方法官所不具备之“超自由”，因此我国自由心证支持体系的构建，首先应克服这两个方面，以回复传统自由心证原则之精神。另一方面，由于传统之秘密心证已为现代化的公开心证所取代，在获得传统自由心证生存所需要之条件后，我们还必须进一步考虑如何以民事司法体制改革为契机，建立符合我国国情的公开心证制度。

针对我国法官在审查判断证据时的“不自由”，应该做到：

① 齐树洁主编：《民事司法改革研究》，195页，厦门大学出版社，2000。

(1) 建立一支高素质的法官队伍, 实现法官的“精英化”。^①这是实施自由心证所需之“人的条件”, 它不仅要求法官具有较高的法律素养、丰富的审判经验、科学严谨的态度, 还要求法官具有严格的自律精神和高尚的司法道德。我国法官整体素质不高已是不争之事实, 在现实上并不具备自由心证之条件。但与此同时我们也应该看到, 随着 2001 年《法官法》的修改与统一司法考试的出台, 国家已向社会公开表明了提高法官素质的决心与行动。我们有理由相信随着司法体制改革的深入, 法官的整体素质会有大幅度的提高。

(2) 从法律与制度上真正保障司法独立。司法独立在我国的实现就笔者看来应包括法院独立与法官独立两个方面: 为保证法官运用证据材料认定案件事实时能够不受外部各种因素的干扰, 而拥有审查判断证据之完全的意志自由, 必须从外部生存环境上保障作为法官共同体的审判机关独立于其他国家机关, 以实现法院独立。而为了保证法官之内心中确信能够真正成为司法裁判之基础, 避免使自由心证流于形式, 还可以考虑改革我国司法实践中长期存在的审判委员会制度, 加强合议庭和独任审判员的审判职能, 以实现法官独立。

而针对我国法官在运用证据、认定事实上的“超自由”权限, 为避免法官滥用自由裁量, 使相同的案件得到相同或类似的司法裁判, 就必须建立一套科学而严密的证据规则。对于如何构建我国的民事证据规则, 学者们多有著述, 由于此问题结构的庞大、内容的繁琐, 笔者无意在这里深入论述, 但必须强调的是一点是在设计证据规则的时候必须考虑到应该把它对自由心证的制约功能控制在合理的范围内, 给法官留下必要的裁量空间,

^① 汪海燕、胡常龙:《自由心证新理念探析——走出对自由心证传统认识的误区》,《法学研究》,2001(5)。

而避免如英美法国家的证据规则那样包罗万象、鉅细靡遗，否则就等同于向法定证据制度倒退了。

除了证据规则之外，还有一点是我们需要加以关注的，即我国民事诉讼辩论原则的变革。上文已经指出，我国民事诉讼辩论原则与现代法治国家的辩论主义有所区别，我国学者张卫平在分析了二者内涵之差异后将前者称为“非约束性辩论原则”，而将后者称之为“约束性辩论原则”。^①之所以将我国的辩论原则称为“非约束性辩论原则”，是因为我国现行民事诉讼法只规定当事人有权对争议问题进行辩论，却没有规定相应的法律后果。虽然现行辩论原则的一般阐释要求充分保障当事人双方辩论的权利，但由于法院的保障行为仅仅是让当事人能够实施辩论行为，而没有使当事人的辩论结果形成对法院裁判的约束，因此辩论权的相对义务只停留在被虚无化的保障行为这一层面。与我国民事诉讼的“非约束性辩论原则”相反，辩论主义不仅要求法院保障当事人进行辩论的权利，还规定了当事人的辩论结果对法官裁判的如下三点约束：（1）直接决定法律效果的必要事实须是在当事人的辩论中出现，没有在当事人辩论中出现的事实不能作为裁判的依据；（2）当事人一方提出的事实，对方当事人无争议的，法官应将其作为裁判的依据，而不能作出相反的认定，这就是在许多国家的民事诉讼中确立的自认制度；（3）法官对证据的审查只能限于当事人双方在辩论中提出的证据。如果从自由心证角度出发，辩论主义的上述“约束性”要素可以视为对法官自由心证的必要限制。以之反思我国之“非约束性辩论原则”，则恰恰为法官的超职权行为提供了条件。因此，为保障法官的自由裁量权的合理范围，有必要变革我国的辩论原则，使其实现由“非约束

^① 张卫平：《我国民事诉讼辩论原则重述》，《法学研究》，第18卷第6期（总第107期）。

性”向“约束性”的转变。这种转变落实到具体的证据制度上一方面要求严格限制法院调查证据的范围，另一方面就是要确立适合我国国情的自认规则。

关于限制法院证据调查范围的问题，是一个问题的两个方面：一方面，针对现行民事诉讼法对于我国法官证据调查权范围的界定，即“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要，人民法院应当调查收集。”（第46条第2款）笔者以为应取消以“人民法院认为审理案件需要”作为法官主动调查证据的理由，而只在“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集证据”时法官始得调查证据。另外，对于判断当事人及其诉讼代理人不能自行收集证据的“客观原因”，也只能以当事人的申请作为标准，而不能凭法官的自由裁量权主动加以决断。

另一方面，如果法院的证据调查权能够得到严格限制，辩论主义得以确立，民事诉讼当事人及其诉讼代理人的举证活动不可避免地就要成为民事诉讼证据主要甚至惟一的来源。负有举证责任的当事人如果不能提供证据以支持其主张，就极有可能要承担败诉的风险，也就是说当事人的诉讼责任在无形中增加了。基于权利义务一致性的基本法理，诉讼责任的增加同时也必须要求诉讼权利的强化，因此就必须重视从程序上保障当事人收集证据的权限和途径，使当事人能够通过证据的调查收集对法官的自由心证形成有效的制约。我国现行的民事诉讼法虽然也规定当事人有权收集证据，但在审前准备程序中并没有相应的程序予以配合，“当事人的调查取证权实际上还是一种游离于诉讼程序之外的抽

象性权利。”^①这就使民事诉讼实践中出现法院消极裁判，不予调查取证，而当事人及其诉讼代理人却无充分可靠的程序保障去收集证据，从而造成举证不能的悖论。为使当事人的收集证据的权利具体化，使民事审判方式改革就强化当事人举证责任各种措施真正得到落实，也使我们就弱化法院证据调查权的建议不致产生诉讼结构失衡，笔者觉得有必要借鉴美国与日本的立法，通过完善我国的审前准备程序为当事人收集证据提供程序保障。这里面有两个要点：其一，鉴于美国的发现程序在长期的诉讼实践中已经发展了一套有助于当事人收集证据的规则，我们完全可以借鉴日本民事诉讼改革的思路，对美国发现程序中规定的五种证据收集手段采取拿来主义，经过国情化的加工，为我所用；其二，考虑到我国的国情（如民事司法实践中大量存在的证人拒证现象），如果要使法院在当事人收集证据活动中处于超然地位，而让当事人及其律师直接行使证据调查权，对我国来说恐怕也并不现实。因此我们应该同时借鉴大陆法的“文书提出命令制度”，保留法院被动的证据调查权，在经当事人申请的前提下由法院向当事人或诉讼外第三人调查证据，并对那些无故拒证或提供虚假证据的关系人采取相应的法律制裁。

而所谓的自认（Admission），是指一方当事人在诉讼中向法庭承认对方当事人所主张的不利于己的事实。正确地制定和适用自认规则“既可以保障当事人的诉讼主体地位和明确争点，又可以缩小证明对象，提高诉讼效率”，^②从而使法官心证的范围在当事人的诉讼行为下得到有益的控制。自认规则包括一系列的问

^① 汤维建：《论美国民事诉讼中的证据调查与证据交换——兼与我国作简单比较》，载王利明等主编：《中国民事证据的立法研究与应用》，1049页，北京，人民法院出版社，2000。

^② 章武生等：《司法现代化与民事诉讼制度的建构》，255页，北京，法律出版社，2000。

题，如自认的对象、自认与诉讼请求的区别、自认的效力、自认的撤销、法院是否受自认约束等。我国《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75条第1款虽然规定一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的，当事人无需举证。但这一规定过于简单，而且其着眼点在于举证责任的一种例外规定，无论从立法宗旨还是制度设计上都与自认的价值取向有一定的距离。为此，我们有必要尽快研究与制定我国的自认规则，特别是必须明确规定自认规则对法院审查判断证据的制约效力。

关于公开心证所须之基本条件，上文已从主客观两个方面加以阐述，以之反思我国现行的民事诉讼制度，要建立适合我国国情的公开心证制度，在回复传统自由心证之精神后，还应该考虑：

(1) 建立完善的心证监督机制。这种监督机制应该包括法院外部的监督与法院内部的监督。法院外部监督除了我们常说的人大监督、舆论监督和群众监督，最基本的制度形态就是贯彻审判公开原则，实现自由旁听制度，“使法院的审判过程充分暴露在社会公众的视听之下，避免‘黑箱作业’”。^①至于法院内部的监督，除了最为常态的民事再审程序以外，更为重要的是应该建立统一、科学的错案追究制度，使法官以自由心证为名行枉法裁判之实的行为得到有效的控制与制裁。

(2) 贯彻裁决文书改革，建立判决书公开制度。作为法官内心确信的最终产品，裁判文书的内容与质量直接决定着法官的心证是否真正公开。一般说来，如果法官能够在裁判文书中展开其心证过程，当事人就能基本了解法官审查判断证据的思维过程，从而增加对司法裁判的信赖感，同时也能迫使法官在审查证据时

^① 叶自强：《民事证据研究》，496页，北京，法律出版社，1999。

能尽到其应有之注意，以实现公开心证之宗旨。相反，如果法官在裁判文书中含糊其词，并不说明裁决之理由，即便有完善的心证监督机制，也很难发挥其功效。在我国长期的司法实践中，“裁判文书往往写得极为武断，在列出双方当事人的诉辩主张后，接下来就用‘经本院审理查明’写出法院所认定的案件事实，并用‘以上事实有书证、物证、证人证言……证明’来表明法院对事实的认定是有根据的。然而从法院的裁判文书中既看不出法院是运用哪些证据来认定案件事实，也看不出对存有争议的材料，法院是如何评价、如何采信。”^①有鉴于此，要真正在我国确立公开心证制度，就必须对裁判文书进行改革，规定法官必须在其裁判文书中公开其自由心证的过程。而对于怎样才能裁判文书中展开法官心证形成的过程，学者们见仁见智，提出了不同的意见，如有的学者认为裁判文书要做到证据列举与证据分析相结合、正面论证与反面驳论相结合、一般展开论证与特殊展开论证相结合、证据说明与事实认定分析相结合等。^②

值得注意的是，在裁判文书的改革方面，我国有些地方法院在践行心证公开方面已作出相当有益的尝试。据《南方周末》报载，广州海事法院在改革后的裁判文书中根据案件审理的不同情况采取了不同的表述形式：在合议制的情况下，通常由3名法官组成合议庭，如果3名法官意见一致，在判决书上的表述是“合议庭成员一致认为……”；意见不一致时，分别表述每一法官的意见：“审判员×××认为……”最后以少数服从多数的原则，根据多数意见作出判决；独任审判时，是以“本审判员认为……”的形式进行说理和作出结论。而无论采用哪种方式，均不

① 李浩：《我国民事证据制度的问题与成因》，载王利明等主编：《中国民事证据的立法研究与应用》，153页，北京，人民法院出版社，2000。

② 周斌：《判决书应展开法官心证形成过程》，《中国律师》，2000（6）。

再冠以“本院认为……”的帽子。^①

另外，由于裁判文书通常只有当事人才能获取，法官心证公开范围有限。为了扩大法官心证接受监督之范围，除了裁决文书改革外，还应该考虑建立裁判文书公开制度，以便于社会公众知悉案件审判的结果及法官心证形成之过程。

(3) 以上诉制度救济心证错误。紧接着上文所述的判决理由公开制度的一个问题是：如果法官在判决书里拒绝开示其心证之理由或开示得并不充分，当事人是否可以此作为上诉的理由之一？我国台湾学者邱联恭认为“在心证开示之践行系为促进诉讼所必要，法院却予忽略，终为本案判决之情形，如其虽未能满足促进诉讼（追求程序利益）之要求，但尚不能认其违反发现真实之要求时，则对该判决（违反心证开示义务所示之判决），应无遵循上诉程序所得救济之权利可言。盖以：肇因于法院未开示心证之劳费支出，可能反因上诉程序进行而更增加。”^② 笔者以为不然。判决理由公开制度从直观与直接的层面指向当事人的诉讼权利，从抽象与最终的意义上指向社会公众的整体利益，没有救济的权利不是真正的权利，如果单凭诉讼效益（如诉讼费用的增加）就剥夺当事人纠正心证错误（法官拒绝公开心证可以推定心证存在错误）的救济权利恐与心证公开程序的主旨背道而驰。事实上就上诉制度在保证法官公开心证方面的功能而言，其意义并不仅仅局限于“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”，^③ 更为重要的是法官在拒绝公开其心证或心证存在错误时，当事人

① 郭国松：《为司法公正建立制度屏障——与广州海事法院院长的对话》，载《南方周末》2001年10月25日第7版。

② 邱联恭：《心证公开之理论与实践（四）》，台湾《月旦法学》杂志第22期。

③ 汪海燕、胡常龙：《自由心证新理念探析——走出对自由心证传统认识的误区》，《法学研究》，2001（5）。

得以积极能动地纠正心证之错误，以救济自己的合法权利。因此笔者建议我国将来在修改民事诉讼法和上诉制度时应考虑以判决理由不充分作为上诉的理由之一。