

近代中国法律界对自由 心证的认识

李凤鸣

【摘要】自由心证是清末移植的法学新名词,近代中国法律界对其概念、制度前提及其与法定证据相较的利弊进行了深入的探讨,为其作为制度进行移植和实践提供了学理支持。在缺失自由心证传统的近代中国,这种知识体系的移植和嫁接难免存在着制度与理念的隔膜,因此,其时法律界对其概念的认知颇为模糊,也未能获得一致意见,不过,对其制度前提及利弊却有共同的认知。新中国成立后,自由心证制度出现了转折与嬗变,这种裂隙,需要我们对历史累积的认知进行认真的反省。

【关键词】自由心证 概念 制度前提 利弊

【作者简介】李凤鸣,法学博士,南京工业大学法学院副教授、硕士生导师。

【中图分类号】D929 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000—2952(2020)03—0081—11

传统中国法对法官的证据评判并没有制度性的考量,除为数寥寥的在实质上可视为法定证据的条文之外,^①官方对证据评判基本抱消极态度而呈现法官自由裁量的样态,但这种自由并不意味着自由心证。作为移植西法时转译自日本的外来词,其概念、内涵、制度前提及其利弊,究竟如何,近代中国学人曾有多方位的探讨,这些探索的思想印迹,对于我们认知历史和反省当下是难得的观照资源。由于法律实证主义有显著的工具性效应,“历史法学”总是阶段性地沉寂或者说总是倾向于必然地沉淀,这段历史经验并未引起学界足够的关注。^②鉴此,从认识史的角度进行审视,很有学术反省的意义。由于近代中国具体的专业法学知识尚未达到普及化程度,本文主要考察法律人对此问题的认识。

一、对自由心证概念的认识

因为自由心证是对西方法律概念的转译词,在传统律学中并没有可以借鉴的学术资源,故对其

① 我国古代法中也没有规定法定证据原则,除排他性效力的数条规则外,对证据如何评判,基本付诸阙如。但是,这并不能反证传统法实行的是自由心证制度。实际上,两者皆未进入官方的视野。

② 相关的研究如,何邦武:《清季现代自由心证知识体系形成考释》,《法学评论》2015年第3期,第154~162页;曾代伟、毕凌雪:《南京国民政府时期自由心证制度驳议:以民国司法档案为据》,《贵州社会科学》2013年第1期,第158~161页;李秉祥:《自由心证在民国刑事审判中的运用:以馆藏重庆司法档案为中心的考察》,西南政法大学硕士学位论文,2010年;毕凌雪:《南京国民政府时期的自由心证制度》,西南政法大学硕士学位论文,2012年;李常秀:《民国时期的自由心证制度研究》,西南政法大学硕士学位论文,2013年。

解释难免存在文化隔膜和误读，并且从清末直至整个民国时期，对其认知也未获普遍共识。综其要义，近代中国对其概念的解释，可分为统合解释与具象解释两类。

（一）统合解释

晚清对于西法的移植，较为系统的起点是从翻译西方法典开始，其时的两大重镇分别为光绪初年所译的《法国律例》和《新译日本法规大全》。其中《法国律例》中的《民律指掌》（《民事诉讼法》）第233条规定：“凡所发示谕之上应即言明某某所恃之例与所倚之情而实可执以为凭，而其余者均可置之不议。虽如此言，而该经纪等于所执以为凭者，或有不以为然者，亦可与之调停，惟其归终作何定论，则由承办此事之官自行酌定。”^① 此条中“自行酌定”虽然似乎有自由心证的意味，但毕竟还存在距离。在本丛书的《刑名定范》（《刑事诉讼法》）中，未见自由心证的语辞。

在《新译日本法规大全》中，其《民事诉讼法》第217条规定：“裁判所惟不反于民法或此法律之规定者，始应斟酌辩论之全旨趣及调查证据之结果，于事实上之主张，以自由心证，判断其真实与否。”^② 本《大全》是对日本法典的集成式译著，其中附有《法规解字》，旨在对重点法律名词进行解释，其中对心证的释义为：“判事依各种之证据，而考核其事之真伪，考核后本一己之心得而断定之，名曰心证。”^③ 近代中国往往将自由心证简称心证，这是当时对自由心证的权威解释，并且是针对法条的解释，对促进清末对本词的理解有很强的直观性。

1903年编写的辞典《新尔雅》在“释民事诉讼法”条目下也收入了本词，其解释为：“裁判官得据证调之结果，斟酌事实，决诸一心者，谓之自由判断主义。”^④ 本辞典还收入了双方审理主义、不干涉审理主义、直接审理主义等诉讼法学语辞，表明对此概念的认知具备了朴素的整体性视野。不过，其中并未收入“法定证据主义”词条，对自由心证的释义，也更侧重于案件事实和量刑，因此，与其实质内涵尚不能等而视之。当然，这是晚清对西法的初体验时代，并且是经由日本等法学翻译的再转译，其中因陋就简的缺陷是在所难免的。民国时期，往往将自由心证与法定证据对举，从比较中深化本词的内涵。如1913年译本《民事诉讼法》中的解释：前者是指“对事实不拘于证据方法而得为自由判断”，相对应的，后者是指“当事人依法律上规定之方式而立证，裁判所不可不确认其证据所系之事实之主义”。^⑤

上述解释有一个共同的特点，就是定义非常笼统。这种对概念的定义方式，虽然有很强的适应性，但其内涵模糊，缺乏可操作性。如其时东吴大学法学院所编的讲义中所言，自由心证主义，“即当事人之主张及其立证是否足采为裁判资料，凭法院自由意思定之之主义，详言之，即法院认定两造当事人主张之事实，是否真实，全凭法院之确信”。^⑥ 或言，“即法院之认定两造当事人主张之事实是否真实，全凭审判官一己之确信，不为当事人提出之证据方法所拘束”。^⑦ 上述关键词中的“主张”“立证”，并不是对证据的认定，而当事人主张的事实，应是案件事实，并不是证据。可见，此类解释混同了事实与证据，也混淆了行为与事实，是学理认知不精确的表现，表明其时研究尚未达到精细化要求。

与上述解释不同，有些定义也对内涵进行细致的列举，但范围宽泛，冲淡了定义的具体性。如：“凡法院审判时，对于辩论之趣旨，证据之取舍及其证明力之强弱，得凭学理与经验，本其所确信而为判断事实真伪者。”^⑧

① 毕利干：《民律指掌》，同文馆聚珍版，光绪刻本，第44~45页。

② 南洋公学译书院初译，商务印书馆编译所补译校订，李秀清点校：《新译日本法规大全（点校本）》第二卷，商务印书馆2007年版，第341~342页。该书初版于1907年，其翻译成稿的时间应该更早。

③ 钱恂、董鸿祯编纂，何勤华点校：《新译日本法规大全·法规解字（点校本）》，商务印书馆2007年版，第60~61页。

④ 汪荣宝、叶澜：《新尔雅》，海棋盘街文明书局光绪三十二年（1906）三版发行，第34页。

⑤ 日本普文学会：《民事诉讼法问题义解》，共和政法学会编译部1913年发行，第37页。

⑥ 东吴大学法学院编：《民事诉讼法讲义》，版本不详，华东政法大学图书馆藏，第8页。

⑦ 边守一：《民事诉讼法精义》，大东书局1933年版，第9页。

⑧ 东吴大学法学院编，吴宏耀、魏晓娜点校：《证据法学》，中国政法大学出版社2012年版，第7页。本书底本为东吴大学法学院1948年发行本。

按照这个定义，“辩论之趣旨”，内涵即不好确定，其高度的伸缩性，模糊了对自由心证的理解。不过，该书对法定证据主义的解释，却非常清楚：即法律就各种证据方法之证明力之有无或强弱，特设明文规定，法院判断证据方法之证据力时，不得受此规定之拘束。从自由心证与法定证据主义的关系来说，如果将两者两相对照进行解释，其内涵所指向的对象应当一致。本书的解释之所以出现这样的错位，是学理研究未达体系化的反映。

（二）具象解释

1. 调查取舍、证据方法与证明力

自由心证，其对象是证据，但究竟包含证据规则中的哪些内容，学界有不同的看法。如郭杏邨认为：“即关于证据的调查取舍，一任法院的自由确信，法律上对于证据方法及其证明力量，并无若何规定以拘束之。”^① 其中关键词是“调查”“取舍”“证据方法”“证明力”，内涵很宽。

2. 证据种类与证明力

有学者认为：自由心证主义，“谓法院就证据之证明力，得自由判断，不受法律何等拘束也。”^② 本句中虽然只涉及证明力，符合现代证据法学对自由心证的共识。但是，随后的追加解释又扩充了内涵：谓证据之种类及其证明力以法律规定，法院应受其拘束也。^③ 有些解释，将自由心证主义与法定证据主义综合并观，范围虽可确定，但含义模糊：即此两种主义，“均为关于一定之证据方法，有如何证明力者”。^④

3. 证明力

此种解释抓住了自由心证的精髓。即“法院就证据之证明力，得自由取舍判断，不受法律何等拘束之主义也”。^⑤ 具体言之，即：“无论何种证据，其证明力之强弱及采用与否，悉凭审判官之心理判断。”^⑥ 为起到互文见义的效果，相对应的，法定证据主义，即“法律上预以明文规定证据力之强弱，审判官对此并无自由舍弃之权”。^⑦ 此种相反相成的解释方式，使两者的意义更加明确。这种方式，在民国的诉讼法著作中几成共识。如称：自由心证主义，即“证据之证明力，由法院自由认定不受法律之拘束者”。^⑧ 而法定证据主义，即证据之证明力，均以法律规定之，法院不能自由认定者。有些解释语义欠精准，但其内涵所指的对象也是证明力。如王锡周言：自由心证，“就是无论何种证据，审判官认为可信则采之，认为不可信则舍之”。^⑨ 相对地，法定证据是指法律上先以明文规定证据力之强弱，不准自由地舍弃。

4. 其他解释

上述三类解释，是学理上认知较为普遍的类型，尤其是第一种，根据近代中国的诉讼立法及其司法解释，应是官方认同的解释。此外，还有一些含义大同小异，但用语各有特色、各有侧重的解释。梳理如下：

（1）调查结果及证明力。江镇三认为，自由心证，即“法院判断事实之真伪时，别无证据规定以拘束之之谓也。故于证据力之有无强弱及其调查结果之为采用判断资料与否，一依法院主观信为相当者而酌定”。^⑩

（2）证据方法及其种类与证明力。有学者认为，自由心证，“乃依法律定证据方法之种类，并证

① 郭杏邨：《民事诉讼法》上册，商务印书馆 1936 年版，第 9 页。

② 江镇三：《新民事诉讼法要义》，华通书局 1932 年发行，第 18~19 页。

③ 江镇三：《新民事诉讼法要义》，第 18~19 页。

④ 吴学义：《民事诉讼法要论》，正中书局 1942 年印行，第 59 页。

⑤ 江海骥：《新刑事诉讼法精义》，中华书局 1936 年印行，第 13 页。

⑥ 康焕栋、俞钟骆：《刑事诉讼法论》，法学编译社 1930 年版，第 31 页。

⑦ 康焕栋、俞钟骆：《刑事诉讼法论》，第 31 页。

⑧ 张雋青：《刑事诉讼法》，商务印书馆 1936 年版，第 11 页。

⑨ 王锡周：《现代刑事诉讼法论》，世界书局 1933 年版，第 7 页。

⑩ 江镇三：《新民事诉讼法要义》，第 221 页。

证据方法”。^①此句语意难解，但从其对法定证据的解释，可以反推其具体含义：即法律就证据方法之可否提出及其种类，与其有无证明力，或其程度之强弱，皆设明文详细规定。法院审理案件时，不得违反此项规定。

(3) 证据取舍与证明力。“所谓由法院自由判断，即言证据之取舍，及证据力之强弱，均由法院推事，以自由意见判断之也。”^②这实际上是将自由心证的对象限于证据资料与证明力。对证据资料的取舍，应是指证据资格，近代中国对此概念未形成确定语词，往往用取舍替代，不符合用语专业化的要求。

(4) 辩论内容、调查结果与事实。这种解释显得很笼统，但内涵所指对象还较明确，即：“法院斟酌当事人辩论之内容及调查证据之结果，本其所信以为确者以判断事实之真伪。”^③相对的，法定证据主义则是以法律定当事人所主张之事实应视为真实之要件，不许法院酌量取舍自由出入。

(5) 证据取舍。此种解释语义概括：“谓当事者所提出之证据，裁判官有选择其适用与否之权，而以自由心证判决之也。”^④其中可能包括对证据资格与证明力的两种判断，也可能只是对其中一种之判断。虽然没有证据资格也意味着没有证明力，但没有证明力并不表明没有证据资格。

(6) 证据方法与证明力。此种解释较为具体，语义明确：“自由心证者，不受当事人所提证据之拘束，而以自己之想像力，为主观上之判断也。”^⑤其后进一步解释为：对于当事人所提证据是否可信，及其证据力之强弱，以及应如何采用为判断，均自由决定之，而不专以调查证据之结果，为法定的判断事实之资料。故凡适用自由心证时，对于当事人陈述时之态度，与其对答之有无游移，或尚费斟酌之状态，以及证据提出之有无故意延宕推拖情形，皆足为心证之资料。此种解释，对心证之对象与方法，皆有确指，但作为对概念的定义，又有拖沓不精之弊，并且有些语义也不够精确，如“不专以调查证据之结果”究作何解？也可以有不同的解读。

(7) 证据判断与评定。此种解释语义模糊：即“证据之判断或证据之评定，一任审判官本其学识经验以为自由之确信者”。^⑥相对应，法定证据主义即审判官取舍证据之标准，惟依规定证据方法及证据力之法律而下断定之主义也。有些解释实际上就是当时法条的翻版：即法院斟酌辩论全部旨趣及证据调查之结果，认定事实之主张是否真实，一任自由之心证以为断判之原则也。^⑦

(8) 证据效力。此种解释用语明确，但语义难明，实际上其对象应仅限于证明力。如关于法定证据，即：“一切证据的取舍要顺着法定证据，拟制事实和推定事实，推事判案时须要积极的、消极的受拘束于法律上所明定的证据效力。”^⑧由此反推自由心证也应为对证据效力的自由判定。

上述解释中，有关自由心证的主体，有言法官者，有言法院者，如戴继先即主张其主体系法院。^⑨在现代法治话语中，心证的主体显然应是法官。也因如此，对于“法院”的理解，其时也有变通而加以扩张者。如江镇三言：“法院一语，有二种意义。一为行政法上之意义，指官厅之机关而言，一为诉讼法上之意义，指行审判之独任推事或合议庭而言。本法所称法院，多系诉讼法上之意

① 蒋景华：《新民事诉讼法释义》，启明书局1940年版，第84页。

② 戴修瓚：《新刑事诉讼法释义》下册，法学编译社1929年版，第85页。

③ 金绶：《民事诉讼条例详解》，中华印刷局1923年版，第290页。

④ 欧阳葆真、朱家璧：《民事诉讼法原论》，陈刚：《中国民事诉讼法百年进程（清末时期·第三卷）》，中国法制出版社2009年版，第114页。

⑤ 郭卫著，施霖修编：《民事诉讼法释义》，中国政法大学出版社2005年版，第158页。

⑥ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，中国政法大学出版社2004年版，第62页。此书底本据勘校者序，估计为1930年左右。

⑦ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第63页。

⑧ 朱采真：《刑事诉讼法新论》，世界书局1929年版，第41页。

⑨ 戴继先著，郭卫校订：《中华民国民事诉讼法释义》上册，法学书局1935年版，第106页。

义。”^① 不过，即便是如此变通，其中兼有法官个体和合议庭之义，仍嫌模糊。

综上，对于自由心证，除具象解释中的前三种较为精确外，其他解释，不是语义不精确，就是用语不规范，在概念内涵关键点上，不作明确厘清，而是以含混用语带过，这反映学界当时对此问题的研究还不够深入。当然，我们不能苛求前人。在一个法治传统缺失的旧中国，即使是简单的介绍，也难能可贵。因为这些我们今天看来非常普及性的常识，在当时却也许是人们觉得非常前沿、甚至不可理解、不可接受的知识。晚清变法，不过数年即告覆亡，而近代民国也不过三十几年，如此短暂的时限，在动荡的社会环境下，即便是介绍转译现代法学知识，也属难能可贵。

二、对自由心证制度前提的认识

自由心证绝非没有限制性条件，它必须遵守最基础的诉讼制度，如不合法的证据并不能作为心证的对象，心证的对象必须经过法定的程序方得以进入心证的视野。可见，自由心证的正当性离不开合理的制度前提。

民国学者蒋澧泉曾总结了自由心证的前提条件，即：一、证据须已经搜集或合法提出；二、须经合法调查；三、须经当事人辩论；四、须有证据原因（须由该证据方法，取得证据资料，依归纳或演绎之推理作用，足以发生及于待证事实之效力）；五、须可得心证（有确实信念，暧昧之感觉为非所许）。^② 这些成为制度，即是自由心证的制度前提，由此形成对心证恣意的制约，这些由逻辑或经验形成的前提条件逐渐累积，就构成法官心证的多重防线。

日本学者松冈义正曾言：“自由心证的基础，即系证据调查之结果，或辩论之全部旨趣。”^③ 此处的基础有其特殊意义，据松冈氏例举，如关于证据调查，涉及证人鉴定人的供述、解释及其行动，证言之拒绝及间接证据等所认知的事实等，是为心证的基础；上级审或受诉法院也得以记载于下级审或相关推事前的文书或判决中的关于证人信用的印象为自由心证的基础。关于辩论旨趣，即：凡当事人及其代理人的行为如辩明、辩明方法，或者不行为如拒绝提出证据、对于他造质问不为陈述，或者其举动如轻浮、欺瞒态度，以及当事人的人格等，皆为自由心证的基础。对于证据调查，法院有取舍权，如觉事实已经确定，则可不为调查。“由此观之，自由心证之原则，乃系判断事实真否之法则，并非决断证据之原则也明矣。”^④ 此论实际包含两个要点，即调查和辩论，不经调查和辩论的证据不得作为心证的基础，在此基础上，还须对当事人立证的行为、态度等全部情形进行通盘考虑，不得就证据论证据。这实际上包括前提条件与方法论两个问题，当然，也可将其皆视为前提条件。

自由心证的基础，实际上是指自由心证的制度前提。与诉讼相关的一切目的物如何方可作为自由心证的对象呢？显然并非一切目的物皆可当然地作为其对象，自由心证中的自由是法律上、论理上和经验法则上的自由，而不是哲学上、精神上的自由，更不是庄子超然无恃的逍遥游。“自由心证的基础，法院只能依据法律规定而搜集之，不能自由收集之。心证之判断，固许自由，而形成心证之基础，则不许自由也。”^⑤ 因此，从证据调查的结果来看，对该对象进行判断的前提是调查的合法，其结果须为言词辩论的目的物；从辩论的全部旨趣来看，其前提条件是必须遵守言词审理原则和直接审理原则。如何能够做到这些呢？松冈氏认为：

（一）调查证据应遵守法定程式。如关于人证或鉴定的调查程式，则为讯问及宣誓，法律规定须

① 江镇三：《新刑事诉讼法要义》下册，第45页。

② 蒋澧泉编著：《刑事诉讼证据法论》，中国政法大学出版社2012年版，第56页。底本为上海法学院1941年本。括号内解释参见该书第40页。

③ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第64页。

④ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第64页。

⑤ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第64页。

宣誓的证人不宣誓，其供述又未经法定的瑕疵补正的，不可作为裁判的凭证；证人如作不法之宣誓，也不可作为宣誓的供述而判断，但可作为不宣誓之供述而判断其价值。如果此前讯问的证人变更为诉讼当事人或法律上的代理人时，其宣誓不因资格改变而失效，故得以成为自由心证的对象。再如，关于书证，则重在其内容的口头供述。其他的规则，如关于证据调查须直接审理，并须进行对席调查。又如，“鉴定、勘验等须符合法定步骤，其结果方可采取。应具结之证人，漏未具结，其所为之证言，不能据以为心证等皆是”。^①可见，自由心证的前提是调查程序与方法的法定化，这些皆是经验与逻辑的理性选择，它们不一定是最佳的，但肯定是经过优选的。

(二) 按照近世证据规则，证据调查的结果，应是言词辩论的目的物。如果不经言词辩论，则不可作为自由心证的对象。因此，“法院不得预先以不信任当事人申请讯问证人为事由，排斥其申请，而且不得以不信任当事人申请讯问之证人曾于其他诉讼中已受讯问而载于文书中之供述为事由，排斥其申请”。^②法院违反此原则，当事人可以上告。辩论主义也是诉讼法的重要原则，因此，自由心证主义并不是孤立的，它须与其他原则或制度相辅相成方有其正当性。

(三) 自由心证必须斟酌法庭辩论的全部内容。例如：记载于准备书面的事项，不以之进行言词进行辩论的，不得作为裁判的基础；作为以前诉讼文书中或判决中的证人、鉴定人的供述，不得直接作为以后证人、鉴定人的讯问而为裁判凭证。^③这是言词审理主义与直接审理主义作为自由心证主义重要前提条件的要求，也就是说，各类原则共同构建的体系是缺一不可的。

(四) 自由心证要区分事实的类型。根据松冈氏的主张，自由心证是对事实的判断，诉讼中的事实林林总总，哪些才是自由心证的对象？松冈氏认为：事实上主张的真否是自由心证的目的物，而国内法则的发现，则非其目的物。在实行不干涉审理时，事实为一切有争执的事实，也就是说，自由心证不涉及无争执的事实；在进行职权调查时，自由心证的对象可以是一切事实。至于实验规则，系一般事实或生活上的规则，并非诉讼上的事实，但如对其否认，则可进行自由心证。再如，间接事实为间接证据的目的物时，亦应遵守自由心证的原则。松冈氏将事实也作为自由心证的对象，并对何种事实可以准入其中进行了细化，不论其主张是否符合通说，但对于法官心证规则的完善无疑有重要的启示作用。

(五) 自由心证必须符合一定的标准。标准的本质系指审判官本其学识经验或思考，根据客观的原因所得之确信。其本旨在于不受证据法的拘束，例如非有二人以上之证言不能采信，证人供述无宣誓者应视为不充分等。法官在调查事实时，应按一般的法则包括理论或实验的法则，以作真实的确定。松冈氏认为：凡依暧昧之感觉，或漠然之推测者，皆为法律所不许。如何才能为确信呢？“自由心证，即系具有吾人实际生活上引为确信之程度（即具有使疑惑归于沉默之确信程度，并非除尽疑惑之确信程度）。故具有除去数理上之疑惑，或有反对之可能等确信程度，均非民事诉讼法所要求之证据。然就释明言之，亦不能以仅有单纯确信之程度为已足。”^④

(六) 法官的心证还须公开。松冈氏认为，德国民事诉讼法为防止心证之自由流为任意，规定判决书必须说明法官用为心证标准的理由，以备上级审之调查。因此，仅就当事人的辩论或证据调查的结果予以一般说明者，尚欠完备，法官必须记载其心证之由来，开具单独的或综合的所得心证之理由。^⑤自由心证首先是说服法官自己，心证公开则是说服他人，如果顾忌到他人可能的监督，法官必须在判决书中体现强大的说理能力。

(七) 自由心证还须受到其他法律的限制。如在民事诉讼中，自由心证还应受到民法及其他法律

① 黑土：《自由心证主义之“自由”》，《震旦法律经济杂志》1945年第9期，第162页。

② [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第67~68页。

③ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第66~67页。

④ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第63~64页。

⑤ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第63页。

规定的限制，据松冈氏的理解，其主要规则可略述如下：

第一，法定证据规则是证据判断的规则，法官心证，还需受到法定证据的限制，这是理所当然，但须注意的是，不能将法定证据与法律上的推定混同。举例说明：如言词辩论方式的遵守专以书证证之；送达以受托官署或官吏已送达之回证证之。此皆为法定证据之法则。但是，如已受失踪之宣告得视为死亡者，属于民法之规定；运送人失火毁损或迟延之损害赔偿者，属于商法规定；公证书或已验真之私证书如非有伪造或涂改则推定为真实者，属于民事诉讼法之规定，这些皆不属于法定证据之法则。^①

第二，自由心证是绝对原则，但对此理解必须注意到如下两种情形：其一，当事人不得因其处分，排斥法官自由心证的适用。如当事人不得依其合意使法官依据自由心证法则之外的法则而为裁判。再如，关于预定不使用一定证据方法的契约或预定限制使用的契约，在民事诉讼法上无其效力。其二，刑事判决中已确定之事实得拘束民事法院，因而排斥自由心证。因此法院对于刑事判决中已确定之事实，不得为独立之判断。

三、对自由心证利弊的认识

自由心证主义相较法定证据主义是一个进步，但是它也有不可避免的弊端。总而言之，正如民国时期郭云观在《法官采证准绳》中言：“法定证据主义执一成之绳墨，律万变之物情，遂至桎梏有司之聪明，所伤滋甚，固失之泥。然而自由心证主义，太尚自由，不讲矩度，其弊也；衡证无方，骋意揣断，则矫枉过正。”^② 这里已经很概括地勾勒了其利弊之大略，由此也可以检视两者各自的适用范围。具体而言，从两者各自的利弊展开，可以分析如下：

（一）法定证据主义之利弊

1. 法定证据主义之利

据松冈义正《民事诉讼法》，所谓法定证据主义者，“法律视当事者之主张为真实时及规定其要件时，不容裁判所有所取舍之主义是也”。^③ 近世以来，法定证据主义似乎与僵化和落后相关联，因而成为证据评判原则之例外，但其也非不无一利：首先，法定证据主义，“可防推事之专横”，^④ 再者，“法定证据之原则，简单浅近，容易掌握。如‘捉奸见双’、‘拿贼拿赃’等法谚”。^⑤ 从这个层面上看，自由心证主义，不能维持法律关系之安全。“法定证据主义，无此弊害。”^⑥ 可见，在历史过程中自然形成的制度，行之既久，即使后来被证明是应被取代的，也可能不是一无是处，因为它维系着过去的社会，而社会发展是连续性的，过去的因子不可能消除殆尽，被取代的制度总有可能存在一定的施展空间。

2. 法定证据主义之弊

由于近世多崇尚自由心证主义，故法定主义之弊，论者颇多。其中最受诟病的是：“法定证据，往往不能与事实相符。若拘泥不许变通，是法律上预设一定之模型，印入审判官脑筋，使审判官认定事实时，以事实凑合模型，铸成一无形之仿造物。其去真正事实必远。”^⑦ 因此，“若法定证据存

① 为研究的便利，笔者于本文中上述皆视为法定证据规则。作者的意思是，法律上的推定是举证责任，不能视为法定证据，但在其他法律如民法中，还是有法定证据规则的。参见 [日] 松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第 71 页。

② 转引自周荣编著，吴宏耀点校：《证据法要论》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 199 页。底本为 1936 年商务印书馆本。

③ [日] 松冈义正：《民事诉讼法》，辑于陈刚主编：《中国民事诉讼法制百年进程（清末时期·第一卷）》，中国法制出版社 2004 年版，第 319 页。

④ 郭杏邨：《民事诉讼法》上册，第 9 页。

⑤ 东吴大学法学院编，吴宏耀、魏晓娜点校：《证据法学》，第 237 页。

⑥ 左德敏：《诉讼法上诸主义》，《北京大学月刊》1919 年第 1 卷第 3 期，第 94 页。

⑦ 康焕栋：《刑事诉讼法论》，法学编译社 1936 年版，第 204 页。

在,则纵令推事确信为非真实,亦不得不据以认定事实,殊有违反真实及不能斟酌裁量之弊。”^①也就是说,法官虽详察一切事实与证据于实际情形不符,也不能不依据法律之推定而为错判。^②法定证据主义,实际上有时难免两难境地:“苟审判官因法律之拘束,其依本人学识、经验不能确信之事实,亦势必不能不认为已经证明。”^③反之,已确定为真实之事实,又因不合法定条件而不得证明。

法定证据主义,察其意为保护人民,但酷吏决狱,每滥用私刑,人权不得保障。^④而且,当事人如果取得形式上的证据真实,即使其中作伪,法官也不能自主裁判,故易受当事人之欺弄。^⑤依照法定证据主义,在调查证据时,有一定的拘束,法官不能自由取舍,结果不免近于板滞,不容易得事实的真相。^⑥因为,采用法定证据主义者,其必然结果是欲得形式的真实,即由法律预定为真实,或从法律可认为其为真实。如果符合形式真实,则法官之心证,虽认为虚妄不实,而法律上不得不谓为真实也。^⑦也即是说,“依一定之准则以决定证据力之有无到底不可能,则事实之真相到底不可得而明”。^⑧因此,法定证据主义与发现真实主义不合。^⑨

之所以如此,是因为事件真相,因各事件而不同,断非抽象所能规定,虽证据法本于久积之经验,但欲与各事件均相合,当非可能。如采用法定证据主义,“适有一特别事件发生,在法定证据业已证明,审判官即明知其非真实,因受法律之拘束,不能不为违心之裁判”。^⑩法定证据主义之所以有这样的弊端,实际上与人的经验、逻辑总会有被不能涵盖的缝隙有关,也与法律和社会间的间隙有关。这些问题无法消除,裁判就离不开有自由意志的法官。

(二) 自由心证主义之利弊

1. 自由心证主义之弊

自由心证主义虽是替代法定证据主义的新生物,但并非百利无害。“自由心证,即系审判官具有学识经验或思考者,根据客观的原因所得之确信。”^⑪其本旨在于不受证据法的拘束,如非有两人以上之证言不可采信,证人未宣誓即不充分等,这些规则的本意是期待得到更能令人信服的真实,但在实际上,这些又限制了法官的自由判断。因为对证据的判断是人的判断,难免有错误,法官是人不是神,如果是神就根本不需要任何主义了。因此,自由心证主义也有弊端:

首先,难免审判官之徇私舞弊。^⑫因证据由法官自由判断,但法律不可能对所有的“自由”进行设防以确保正确,法官也不可能皆无私心,因此,自由心证不能防审判官之专横,^⑬故而难免法院之偏颇。^⑭再者,“在自由心证之下,证据方法之证据力,不能预知,其结果不能维持法律关系之安全”。^⑮也即是,如果不是被预知而供普遍理解的知识,这种自由难免有信任危机。就现实而言,自由心证

① 吴学义:《民事诉讼法要论》,第59页。

② 马世复:《对于自由心证主义之我见》,《法律周刊》1924年第32~33期,第12页。

③ 周荣编著,吴宏耀点校:《证据法要论》,第198页。

④ 东吴大学法学院编,吴宏耀、魏晓娜点校:《证据法学》,第237页。

⑤ 施霖:《民事诉讼法通义》,法学编译社、会文堂新记书局1938年版,第10页。

⑥ 施霖:《中国民事诉讼法论》,世界法政学社1933年版,第11页。

⑦ [日]高木丰三著,洪冬英勘校:《日本民事诉讼法论纲》,陈与年译,中国政法大学出版社2006年版,第271页。此书底本为1910年商务印书馆版。

⑧ 李怀亮著,章一之疏:《民事诉讼法》,辑于洪冬英、沈伟点校:《朝阳大学法科讲义》第7卷,上海人民出版社2014年版,第88页。

⑨ 郑爱淑:《刑事诉讼法集解》,世界书局1929年版,第175页。

⑩ 康焕栋、俞钟骆:《刑事诉讼法论》,第32页。

⑪ [日]松冈义正著,洪冬英勘校:《民事证据论》,张知本译,第63页。

⑫ 江镇三:《新民事诉讼法要义》,第18~19页。

⑬ 左德敏:《诉讼法上诸主义》,《北京大学月刊》1919年第1卷第3期,第94页。

⑭ 施霖:《民事诉讼法通义》,第10页。

⑮ 左德敏:《诉讼法上诸主义》,《北京大学月刊》1919年第1卷第3期,第94页。

之学理，“复杂深奥，即深谙讼事者，亦不免要津莫辩。”^①人不可能料事如神，也不可能至公大正，如果承认人不可能兼备神、善与良心，自由心证的弊端就是必然的存在。

2. 自由心证主义之利

自由心证主义被视为法制进步而自然发展的产物，故自由心证之利，所在多有。至关重要者，“其利在易得事实之真相”，^②因此，“既采实体真实发现主义，其调查证据及采取，自应以采自由心证主义为宜”。^③当然，自由心证主义，离不开法官的经验与素养，“苟审判官得其人，则自由心证主义，当较法定证据主义为优”。^④自由心证主义，利在发现真相，司法审判就在于发现真实，法律问题在事实的基础上无非是适用、解释或创制规则，这些虽也有难以定夺之处，但事实清楚，则根基已定，即有多种法律意见，也跟证明力无关，也就是说跟自由心证无关。

审判要求达到实体真实主义本是理想目标，不是每个案件都能发现实体之真实，很多时候我们得到的可能只是法律真实，但是，如果法官作为能动地认知事实的主体，则也不可以囿于形式真实主义，也正因为此种理由，要求在诉讼中以自由心证为原则，以法定证据为例外。上述解读中，虽然言及自由心证之利，但也提到法官经验与素养的重要性，这也意味着如果这些达不到要求，自由心证也可能带来很多弊端。不过，这种方向是对的，现代司法本来就要求我们具备达到这些经验和素养要求的法官。

（三）两主义利弊之交锋

有学者认为：“每有同一证据，在此人心理上已经认为真确，但在别人仍旧要怀疑。”^⑤因此，自由心证主义没有一定标准。反对者辩称：“凡事不能超越一定的范围，如果轶出常情以外，那就立可发现偏颇的所在。某种证据该有怎样的证明力，一般具备常识的人都可以兴起一种共同的心证作用。并且人类的直觉本来具有一种判断力，再加以经验和学识，那就对于事实的性情、人事进行的顺序、意志感情的趋向，都有相当的认识，也就不至于漫无标准。”^⑥因为，自由心证以达可资凭信为已足，并非要求达到自然科学的程度。自由心证的标准，系从客观之方式及一般共通法则，“就普通人日常生活见闻而为评判，若非有司者太尚自由，不讲矩度，对证据之取舍判断，决不至有多大出入也”。^⑦因为，“长短是非之差别，虽其程度不同，究不能越乎一定之范围之外；若一逾其范围，则离奇偏颇之处，即可立见”。^⑧此说谓人有同理心，即如西哲所言：人的理性是平等的，皆有类似的判断力。但是，也不可否认，专业问题需要专业的知识训练，而且人的逻辑推理和认知能力也是有差别的。不过，对这种差别也无须过虑，因为心证的主体是法官，经过专业训练的法官，其间的相应能力应该是大体相同的。即使有个体差异，也属人类无法克服的困难，不可以因噎废食。更何况现代诉讼，有律师辩论，有上级审救济，故这些都属可以容忍的差别。

因为自由心证由审判官之感觉及理解而生，这会因审判官之学识经验而不同，因之审判官之事实判断，亦不免有异，则无论何人，其认定之事实，果为真正与否，不可得而知，则确定真正事实之标的，即不可得而达。反之，法定证据主义，于一定之事实，必根据一定之证据而认定之。无论何人，在同一事实之下，不能为别异之认定，因之可得确定不动之事实。例如公证证书所载之事实、被告人自认之事实，不可不认为真实。当然，依法定证据主义则审判衙门须受证据方法之拘束，纵

① 东吴大学法学院编，吴宏耀、魏晓娜点校：《证据法学》，第237页。

② 江镇三：《新民事诉讼法要义》，第18~19页。

③ 叶在均、叶于绍：《刑事诉讼法要义》，昌明书屋1947年版，第8页。

④ 江海骥：《新刑事诉讼法精义》，第13页。

⑤ 朱采真：《刑事诉讼法新论》，第101页。

⑥ 朱采真：《刑事诉讼法新论》，第102页。

⑦ 黑土：《自由心证主义之“自由”》，《震旦法律经济杂志》1945年第9期，第162页。

⑧ 周荣编著，吴宏耀点校：《证据法要论》，第200页。

令发现真实事实，也不得依自己之确信而为裁判。例如以多数证人之一致证言，认定事实，则有资力者多买证人，则胜诉矣。以神断而定曲直，则由侥幸者胜诉矣。^①

自由心证主义既以此自由之确信，为判断证据之标准，“法院调查证据，完全本于法官自由的确信，以定何种证据应该采取，何种证据应该舍弃，法律上丝毫不受拘束。这种主义，如果遇法官学识经验丰富，道德高尚，是很妥当的”。^②也就是说，该主义要求法官有相当的学识经验与恰当的能力和品性，方能获得判断适当以致裁判正当之利益；然亦有任意判断以致裁判失当之弊害。^③反之，法定证据主义，既须审判官受此法律之拘束，以为判断证据之标准，则规定证据方法及证据力之法律适于实际上之经验时，易得判断适当以致裁判正当之利益，且能避免任意判断以致裁判失当之危险；当然，制度往往存在内在的矛盾：如果审判官因受法定证据方法及证据力之拘束，即便依其学识经验证明不能确信之事实，亦不能不认定之，则为其弊。^④

在言及各自利弊的基础上，论者结合近代中国的实际，对于这些问题又进行了进一步的交锋，这些已经撇开了单纯的法理辩论，而偏重于社会伦理的讨论。自由心证之反对者谓：

其一，自前清季世以至于今，道德堕落，礼教不足以规范人心，刑罚不足惩治不法。苞苴公行，蝇营狗苟者安享富贵，即有刚直者亦难始终如一。今之法官，能否不为恶风所化？其二，我国官官相卫习以为常。往往甲省长官舞弊，派乙省长官查办，其结果大都以“事出有因、查无实据”了结。法官能否不官官相卫？其三，回避虽可预防法官厚于所亲，四级三审虽可救济判决错误。然当事人对于法官与某人关系何由探知？纵上诉亦未能操必胜之权。是法官可以自由操纵，无往不利。^⑤

然反对者驳称：法官是否为恶风所化是教育行政问题，与法律问题无关，且法官即为恶风所化，亦其人之罪而非法律之咎，与自由心证主义无干。而官官相卫亦属其人之罪，与自由心证无涉，且刑律尚有渎职湮灭罪证之规定，检察官不难依法提起公诉，以革此弊。“至于第三点，更属回避规定及法院编制法改良之问题，尤与自由心证无涉，法官之自由操纵，亦属其人之罪而非自由心证之咎。”^⑥实际上，“无论如何完备之法制，运用不得其人，则无善良结果，果使法官得人，则以上之弊害自除”。^⑦因为，普适性的制度通常是按一般人的标准来设定的，上智与下愚皆非论证制度之合适例证，因为以特别来证伪一般，不符合社会制度运作的规律。

当然，自由心证主义虽为多数国家认同，但在法治未成熟的社会，其弊端确实引人疑虑。正如1936年的司法院令称：司法院认为刑法自由心证主义与真实发现主义，相辅而行。所许自由判断者，只证据之证明力而已。“至认定犯罪事实，应依证据则法文规定，极为明瞭。近来法官深明此旨者固多，而误解自由心证主义，仅凭臆测，率尔裁断者，亦时有所闻。”^⑧为此令法部通飭告诫，如查有此项情事，应即依照法院组织法相关规定，严予处分。

综而言之：法定证据主义之利害如何，当取决于裁判官程度之高下，裁判官之程度愈低，则法定证据主义适用之范围愈广，盖惟此主义足以救裁判官法律智识之穷也。反之，则不可以法定证据拘束之。“然今日裁判官之程度尚不足以阻止此主义之适用，故日本作为例外而采用之。”^⑨在理论上，世上所谓真实惟一者，人皆知之。而知真正之真实之难，亦与知真实之惟一无异。“或以法定主

① 左德敏：《诉讼法上诸主义》，《北京大学月刊》1919年第1卷第3期，第93~94页。

② 施霖：《中国民事诉讼法论》，第11页。

③ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第62~63页。

④ [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第62~63页。

⑤ 张骊兴：《司法官自由心证是否无弊》，《法律周刊》1924年第32~33期，第20~21页。

⑥ 马世复：《对于自由心证主义之我见》，《法律周刊》1924年第32~33期，第13页。

⑦ 左德敏：《诉讼法上诸主义》，《北京大学月刊》1919年第1卷第3期，第94页。

⑧ 《司法院令飭慎用自由心证主义》，《申报》1936年10月7日。

⑨ [日]松冈义正：《民事诉讼法》，陈刚主编：《中国民事诉讼法百年进程（清末时期·第一卷）》，第319页。

义为较当而安之，或采自由主义，而忍其危险，要之皆人力人智所不及而无可奈何也。”^①正是因此两难，近代各国，大多以采自由心证主义为原则，以兼采法定证据主义为例外者，职是故耳。^②也即是，“非并为采用，不足以收完美之效果也”。^③当然，两者兼采并不是等量齐观，既是原则，当有主从，自由心证是原则，法定证据就只能是辅助，对两者的兼采，关键在于取长补短，通过完善约束和保障机制，以避免自由心证失范，而不是回归法定证据主义。

四、结论

自清末司法改革起，中国引进了自由心证原则，并通过立法和实践，逐步建立了自由心证制度。但是，由于移植的知识未能体系化和来不及消化，人们对于自由心证的认知与其应有的深度仍有距离。依照法理，自由心证应是对证明力的判断规则，但由于未成共识，无论是学理还是实践，在这方面皆不尽如人意。虽然出于对法官滥权的疑虑，有关自由心证的制度前提和利弊的学理探讨较为深入，但仍未形成体系化的专门研究，在实践上也处于不断试错和补救的阶段。诚然，这与近代中国的时局相关，但不可忽视的是法律移植的选择或者水土改良问题。

新中国成立后，国民政府的六法全书被废止，自由心证主义也被视为资产阶级的唯心主义认识论，故缺乏科学性支持，遂未进入立法考量。直到今天，我国的三大诉讼法也没有确立自由心证原则。只不过，法律上没有确立，并不意味着实践中并不需要，为自由心证正名的思考并未停止。^④随着法学认知的深入和中国法学主体性的建立和完善，自由心证问题必将受到更理性的审视，并在中国的法制逻辑中体现其特殊的角色与功能。

(责任编辑：龚赛红)

The Understanding of Inner Conviction Among Modern Chinese Legal Scholars

Li Fengming

Abstract: “Inner conviction” is a new legal term that was introduced into China in the end of the Qing dynasty. The legal scholars of modern China had carried on thorough discussions on its concept, its institutional premise, as well as its advantages and disadvantages compared with legal evidence, which has provided theoretical support for its transplantation and practice as a system. However, modern China lacked the tradition to adopt inner conviction, so there was an inevitable gap between the system and the idea in the transference and grafting of inner conviction. Thus, at that time, legal scholars only had an indistinct understanding and achieved no consensus on the concept of inner conviction, but they had the same understanding for its system premise, as well as its advantages and disadvantages. After the founding of the PRC, there has been a transition and transmutation of inner conviction system, which has created a fracture that requires a seriously reflection on the understanding of the system accumulated through a long history.

Keywords: inner conviction; concept; institutional premise; advantages and disadvantages

① [日]高木丰三著，洪冬英勘校：《日本民事诉讼法论纲》，陈与年译，第271页。

② [日]松冈义正著，洪冬英勘校：《民事证据论》，张知本译，第62~63页。

③ 康焕栋、俞钟骆：《刑事诉讼法论》，第32页。

④ 何家弘：《为“自由心证”正名》，《法学杂志》1997年第6期，第40页。