

# 自由心证与自由裁量

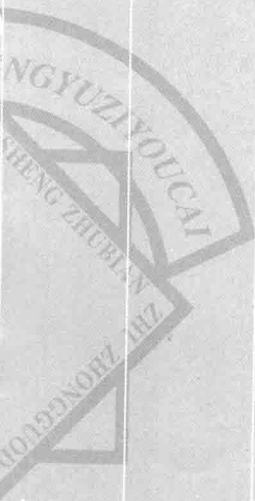
——梁慧星先生主编之

中国大陆判解研究集

中国法制出版社  
金桥文化出版社(香港)有限公司

# 自由心证与自由裁量

主 编 梁慧星



责任编辑:王淑敏

### 图书在版编目(CIP)数据

自由心证与自由裁量:梁慧星先生主编之中国大陆判解研究集/梁慧星主编. —北京:中国法制出版社,2000.9  
ISBN 7—80083—733—5

I. 自… II. 梁… III. 审判-案例-研究-中国  
IV. D926.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 63982 号

### 自由心证与自由裁量

——梁慧星先生主编之中国大陆判解研究集

ZIYOU XINZHENG YU ZIYOU CAILIANG

主编/梁慧星

策划/汪家靖

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168毫米 32

印张/6.25 字数/153千

版次/2000年9月北京第1版

2000年9月北京第1次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7—80083—733—5/D·700

(北京西单横二条2号 邮政编码 100031) 定价:12.00元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

## 目 录

### 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…………… 喻敏 (1)

### 侵害物质性人格权的精神损害赔偿之救济与目的性扩张

- 《贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司等人身损害赔偿案》评释…………… 张晓军 (13)

### 试论输血感染丙肝风险责任的法律适用

- 徐婷诉中国人民解放军 161 医院和武汉市中心  
 血站输血感染丙肝赔偿案评析…………… 麻爱民 伍治良 (43)

- 评马敏诉刘伟等共同参与行为损害赔偿纠纷案…………… 金勇军 (59)

### 评吴冠中诉上海朵云轩、香港永成古玩拍卖

- 有限公司侵权案…………… 金勇军 (75)

### 一审判决并无不当，宁电公司不应免责

- 也评海南公司诉宁电公司购销合同  
 案两审判决…………… 梁慧星 (90)

### 合同的解释规则

- 陕西省机械进出口公司与陕西省石油化工物资  
 供销公司经营部购销合同纠纷上诉案评释…………… 梁慧星 (97)

### 为商业推销目的擅自拍摄使用他人财产

- 外观形象是否构成违法…………… 王敬毅 (111)  
 谁是“神奇长江源探险录像”的作者？…………… 梁慧星 (129)

## 2 自由心证与自由裁量

---

### 悬赏广告问题研究

——李珉诉朱晋华、李绍华悬赏广告酬金纠纷

上诉案评释 ..... 张晓军 (142)

### 浅析悬赏广告

——对一则遗失物悬赏广告纠纷案的分析 ..... 姚德年 (159)

电视节目预告表的法律保护与利益衡量 ..... 梁慧星 (174)

关于中国公民李秀梅等诉日本国损害赔偿案

和中国公民刘连仁诉日本国损害赔偿案的

法律适用的意见 ..... 谢怀栻 (191)

江 平 王家福 魏振瀛

梁慧星 王利明 崔建远

# 自由心证与自由裁量<sup>\*</sup>

——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

喻 敏

## 目 次

- 一、此案事实的认定与自由心证主义
  - (一) 从司法实务的角度为自由心证主义正名
  - (二) 自由心证主义在本案判决中的运用
- 二、此案“残疾赔偿金”数额的确定与法官自由裁量权的行使
  - (一) 此案判决对陈旧的审判观念、审判习惯的突破
  - (二) 此案判决的社会意义

## 案件基本情况

(1995)新民初字第294号案：1995年6月10日，原告舒易平在其妹家中与其妹夫荣升碧、表弟李涛共进午餐，舒易平拿起一瓶蓝剑啤酒，正欲开启，啤酒瓶突然爆炸，击伤其左眼，致其左

---

\* 梁慧星主编：《民商法论丛》，第5卷，法律出版社出版。

眼失明。舒向新津县人民法院提起诉讼，请求生产者蓝剑集团公司赔偿医疗费、住院期间的护理费、误工损失、生活补助费等以及8万元的残疾赔偿金。舒起诉时，向法庭提交了破碎蓝剑啤酒瓶、新津县人民医院，华西医科大学附属第一医院的病历记录、病情证明为证。事故发生后不久，蓝剑集团曾派人到荣升碧、李涛作了调查，形成了调查笔录，诉讼中，蓝剑集团将此笔录提交给了法庭。

新津县人民法院判决被告蓝剑集团赔偿原告各项损失19.2438万元，其中残疾赔偿金8万元。

### 对此案一审判决的评析

笔者认为，此案一审判决最具开拓性意义的有两点：一是法庭对此案事实的认定——自由心证，二是法庭对“残疾赔偿金”数额的确定——自由裁量。

#### 一、此案事实的认定与自由心证主义

##### （一）从司法实务的角度为自由心证主义正名

长期以来，我们一直认为，自由心证主义的哲学基础是唯心主义，因此，与以唯物主义为哲学基础的“实事求是”的原则是根本对立的，但是，通过了长期的司法实务，笔者深刻体会到，自由心证主义不仅与“实事求是”的原则毫不矛盾，相反，它正是实事求是的原则在诉讼领域中的具体表现。

“实事求是”，是我国诉讼制度的基本原则。所谓“实事”，是指对案件事实认定的真实性，“求是”，是指判决的合法性与妥当性。民事案件（其他案件亦同），从受理到判决，无疑应当而且的确是的一个“实事求是”的过程。这一点，可以从庭审程序和法

官在审判中的思维过程中得到证明。每一案的庭审，首先进行的是法庭调查，法官通过法庭调查来认定案件事实，这一阶段可称为“事实审”，事实审追求的目标是真实性，然后进行的是法庭辩论，法官通过法庭辩论来分清是非、明确责任，这一阶段可称为“法律审”，法律审追求的目标是合法性与妥当性；法官要作出判决，首先要认定事实，然后找出规范此一事实的法律条文，继而以法条为大前提，事实为小前提进行三段论的逻辑操作，得出的结论就是判决主义。实际上，不独我国，凡大陆法系国家，其法官的审判都是从事实的认定到法律的适用这样一个“实事求是”的过程。只不过，由于我们机械地、教条主义地理解“实事求是”，在什么才是“实事”这一问题上，我们的看法与其他大多数国家截然不同。我们一直坚持说，“实事”——案件事实认定的真实性，就是认定的结论与案件发生时的原始事实绝对一致，我们自称是在追求本体论意义上的客观真实，我们以为我们的认定是“事实本来就是如此。”在审判中追求绝对的客观真实，这固然是一种美好的理想，但是，“司法是一种实践的科学，具有高度的操作性”，<sup>①</sup>由于这种理想缺乏操作性，没有任何可以付诸实践的途径，因此，只能是一种空想。首先，认定与案件发生时的原始事实是否一致，无论在逻辑上还是在经验上都无法证明。在审判中，法官要认定案件事实，就要对每一在案的证据作出评判，评判了所有在案证据（注意：不是所有的证据）之后，才能对案件事实作出判断，这是一个归纳的过程，即从“单称陈述过渡到全称陈述”<sup>②</sup>的过程，而“从逻辑的观点来看，我们从单称陈述（无论它们有多少）中

<sup>①</sup> 苏力：《关于对抗制的几点法理学和法律社会学思考》，载《法学研究》1995年第4期。

<sup>②</sup> [英]波普尔：《科学知识进化论》，纪树立编译，生活·读书·新知三联书店出版，第15页。



推论出全称陈述来，显然是不能得到证明的……”；<sup>①</sup>法官对案件事实的认定，是对过去的，已随时间的流逝永久地、不可逆转地消失了的事件、过程作出判断，在观念上予以重建，而不带任何对将来作出预测的色彩，因此，我们从未也不可能将认定与案件的原始事实相比较，借助于我们的感觉、知觉（经验）作出判断：认定的真实性如何？其次，虽然我们自称追求客观真实才是“实事求是”，但我们忽略了一个最基本的事实，那就是作为判决小前提的“事实”，是我们的认定。凡案件事实皆属过去，属于现在的惟有证据，而认定，只不过是法官根据证据所作的一种认识判断，而不是案件的原始事实本身，这正如客观存在的波长与主观感知的颜色不是同一概念一样；法官要认定案件事实，还受到主客观条件的限制，比如，法官审理案件，要受时限的限制，他不可能穷其毕生精力去追求一个案件事实的“客观”真实，法官也是常人，并不比一般人更具判断能力等等，<sup>②</sup>所以法官对事实的认定，不可能是绝对的真，而且，除了证据，我们无法对认定的真伪作出证明。

虽然，这种追求客观真实的空想从来也不可能付诸实践，但它对审判实务的、尤其是民事审判的负面影响却是显而易见的：一些案件，法官根据在案的证据，明明已经能够对事实作出认定了，但为了“保险”，仍不惜作大量的“取证”工作；对一些连当事人都已经不争的证据，法官还要作“调查”；稍微复杂一点的案件，法官总希望技术鉴定部门来代替自己对案件事实的认定，或者，不敢判决而空耗时日进行调解；如此等等。这不仅使诉讼带有明显的法定证据制度的色彩（比如对技术鉴定的盲目迷信），而且，也无端增加了当事人和法院的诉讼成本，造成效率低下，何况，低

<sup>①</sup> [英] 波普尔《科学知识进化论》，第15页。

<sup>②</sup> 参见李浩：《民事举证责任研究》，第232—233页。

下的效率并没有杜绝错案的发生。因此，笔者认为，要进行审判方式的改革，必须摒弃这种不切实际的对“客观真实”的追求而代之以实事求是的对“主观真实”的追求，也即，“真实性”，并不在于认定与案件原始事实的绝对一致（一致与否，无法检验），而在于法官对证据的运用所形成主观判断是否令一般人信服。要做到这一点，笔者认为，只有采自由心证主义。

所谓自由心证主义，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，自由形成的具体的确信的原则”。<sup>①</sup>按笔者的理解，自由心证，是一偏正结构的词组，即“自由地形成心证”。心证，是指法官对案件事实的确信，法官将这种确信以语言、文字的形式表达出来并作为判决基础，就是认定，（从心证的这个意义上讲，凡认定都是一种心证，只不过，我们心证的形成很不自由）。自由，是指法官在形成确信之前，应不受拘束地评断各种证据，尤其不能受某种固定的证据种类（在实务中，特别要打破对鉴定结论的迷信）的限制，自然地形成心证。概而言之，自由心证主义要求法官直接面临证据，通过自己在法庭上的所见、所闻自然而然地形成对作为判决基础的事实的确信，这种确信的“不同于丝毫无疑问的自然科学的证明，而是只要通常人们在日常生活上不怀疑并且达到作为其行动基础的程度就行”。<sup>②</sup>自由心证主义对认定事实的真实性的要求，不是那种根本不可能的“客观真实”，而只要求法官的心证及其形成过程应符合逻辑与常识。自由心证主义并不放纵法官的恣意妄为与翻云覆雨，它要求法官一要公平，对无论哪一方提交的、对哪一方有利的证据，法官都应给予相同的注意而

① [日]兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铉译，法律出版社出版，第107页。

② [日]兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，第101页。

不能有任何偏私和陈见；二要理智，法官应具有一定的判断能力与经验，其认定应符合逻辑与常识，法官在判决时，应具体阐明每一证据与案件事实的逻辑关系，其判断应符合通常的事理、情理和法理，使一般具有正常智力的人都能认可其认定。

### （二）自由心证主义在本案判决中的运用

在审理前述（1995）新民初字第294号案时，新津县人民法院在审判观念上具有重大突破，他们并未去追求不可得的“客观真实”，没有委托鉴定作为证据的啤酒瓶破碎原因是内爆还是外击，法官们认为，鉴定该啤酒瓶破碎时的受力方向，在理论上可能但技术上依现有条件还不可行；也没有委托鉴定啤酒瓶破碎与原告左眼受伤之间的因果关系，法官们认为，鉴定部门不可能对此作出具有排他性的鉴定；也没有回避对此案事实的认定，法庭对此案事实的认定，闪耀着自由心证主义的光芒，这尤其体现在法庭宣判前关于此案“事实与证据的说明”中：

“一、原告提交的破碎啤酒瓶，在庭审质证中，被告经辨认后承认，确系蓝剑啤酒瓶，此一证据，本庭予以采信；

二、原告左眼受伤后，立即被送往新津县人民医院，向新津县人民医院医生说明受伤原因后，医生认为伤情严重，建议转送川医附一院，两家医院的病情证明、病历记录都记载了原告当时对医生的陈述：‘患者左眼因啤酒瓶爆炸击伤’。本庭认为，原告左眼受伤后即送两家医院，前后约4小时，在如此紧急的情况下，在如此短暂的时间里，原告不可能编造谎言，而且，原告到医院就诊时，并不知道其左眼已经失明，无法医治复明，更难意识到今后会‘打官司’，他也就不能欺骗医生，误导治疗，所以，记载于前述病情证明、病历记录上的原告对医生的陈述，真实可信，本庭予以采信。

三、证人李涛、荣升碧系原告亲戚，被告对其证言的真实性提出怀疑，我们认为，根据《民事诉讼法》第70条：凡是知道案

件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。由此可见，我国法律并未禁止当事人的亲属为其作证，所以，不能仅仅从证人与当事人的关系上否认证言的真实性；而且，消费者饮用啤酒，通常也只同亲朋好友一同饮用，正如被告所承认的，蓝剑啤酒并不限于在公共场所饮用，因此，消费者如果因饮用啤酒而受到伤害必须要有毫无关系的人作证，否则就不能获得赔偿的话，不仅有悖情理，而且显失公平；更何况，李涛、荣升碧的证言，是被告向法庭提交，在庭审质证中，原告表示没有异议，对于此一双方已经不争的证据，本庭当然予以采信。

综上所述，原告主张的事实，证据确凿、充分，证据之间能相互印证而无任何矛盾，被告又无任何反证，因此，被告生产的蓝剑啤酒瓶爆炸与原告左眼受伤之间的因果关系，足以认定，被告应承担赔偿责任。”

如果以自由心证的规则——逻辑与常识来衡量上述“说明”，笔者认为，法庭的认定是难有挑剔的，法庭对在案证据的逐一评析。完全符合通常的事理、情理与法理。比如，关于原告对医生的陈述是否真实的问题，法庭就主要是基于情理上的分析，关于证人证言真伪的问题，则既有法理也有情理上的分析，特别应指出的是，此案的证人证言，虽对原告有利，却由被告提交，法庭认为，对双方不争的证据，“当然予以采信”。这也不悖于自由心证，此所谓“当然”并不意味着不争的证据是法定的证据，而在于，民事诉讼，毕竟是当事人私权之争，依私法自治原则，法庭无须干预。

## 二、此案“残疾赔偿金”数额的确定与法官自由裁量权的行使

### (一) 此案判决对陈旧的审判观念、审判习惯的突破

长期以来，法官，尤其是基层法院的法官，形成了“只惟上”的审判观念，养成了“机械化”式的审判习惯，在这种观念、习惯之下，法官要作出判决，需要的好像不是法律，而是最高人民法院的“司法解释”，上级法院的“内批”，其他法院的“先例”，所以，当学者们在津津乐道于要打破“法典崇拜”、超越“概念法学”时，法官们还在等待最高法院对法条的字、词、句作出明白无误的解释；当学者们在为法院的独立审判“鼓与呼”的时候，法官们还在请求上级法院对个案判决的“内批”；当学者们满怀关切之情，希望个案的审判能推动法律的进步时，法官们还迷恋于过去的“先例”，全然不顾此案与彼案之间不同的社会背景和法律基础。在这种观念与习惯之下，法官们总希望法律像一架自动售货机，而案件事实像硬币，法官们的工作，只是把“硬币”投入“售货机”之中，自动售出的就是判决。但是，这实际上只是一种幻想。凡法律，都是普遍的因而也是抽象的，它的适用，必须由法官在个案中予以具体化，具体化的过程，单凭三段论的逻辑操作，决难完成。法官在审判时，不仅要依照具体的法条，更要考虑政治的、经济的、伦理的等因素，才能作出妥当的判决，将抽象的立法公正转化为具体的司法公正。笔者认为，连结这两种公正之间的桥梁就是法官的自由裁量权。而法官们往往会手握自由裁量权茫然不知所措。笔者认为，新津县人民法院对此案的判决，尤其是对“残疾赔偿金”数额的确定，是对这一现状的重大突破。《消费者权益保护法》与《民法通则》及其他民事法律、法规相比，

有一个引人注目的变化，就是新增了“残疾赔偿金”这一赔偿项目，关于“残疾赔偿金”这种无形损失的赔偿标准，连以数学为工具的经济学也无能为力，<sup>①</sup>最高法院无司法解释，其他法院也没有先例，新津县人民法院在审理此案时，并无任何可以借之进行纯逻辑推演而作出判决的客观定额标准，并且，也很难有这样的标准，因为“慰抚金之基本机能在于填补损害及慰抚被害人精神或肉体之痛苦，须就个别案件，斟酌一切情事，始能实现慰抚金制度的目的，因而固定不变之定额化制度，似不足采”，<sup>②</sup>在审理中，新津县人民法院没有请求上级法院“内批”，而是独立、公正地综合考虑了此案的具体情况，行使了自己的自由裁量权，这尤其表现在法庭宣判前关于此案“法律的适用的说明”之中：

“本案系一损害赔偿案，关于赔偿项目，我国《民法通则》第119条与《消费者权益保护法》第41条均有规定，依本案事实，原告作为消费者饮用蓝剑啤酒受伤，按特别法优于普通法的原理，本案应适用《消费者权益保护法》。两法相比，《消费者权益保护法》第41条新增了“残疾赔偿金”的赔偿项目，我们认为，这是精神抚慰金，原告左眼受伤，不仅给其生活带来极大不便，更给其精神上造成巨大的终生痛苦，原告请求8万元的残疾赔偿金并不为高，应予支持……”。

从上述“说明”中可以看出，法庭在确定本案的“残疾赔偿金”数额时，并无固定的标准，而是以法官的社会正义感情，以同情弱者之心来衡量原告8万元的残疾赔偿金的请求，认为“并不为高”，故予以支持。这正是法官的自由裁量权。

<sup>①</sup> 参见 [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社出版，第458页。

<sup>②</sup> 王泽鉴：《慰抚金》，载《民法学说与判例研究》第2册。

## （二）此案判决的社会意义

法庭在确定此案“残疾赔偿金”的数额时，行使了自己的自由裁量权，自由裁量与自由心证一样，并不放纵法官的恣意妄为与翻云覆雨，自由裁量的正当与否，应接受法律规范的目的与判决的社会效果的检验，<sup>①</sup>笔者认为，此案判决，具有如下意义，这些意义，也检验了法庭自由裁量的正当性。

1. 此案判决推动了我国损害赔偿制度的进步。除《消费者权益保护法》外，我国的损害赔偿制度有两大特点。其一是平均。在涉及致人残疾的损害赔偿案中，像误工损失费、生活补助费等，一律以当地的平均生活水平、工资水平为准。在平均主义盛行的时代，平均生活水平与个人的实际生活水平大体相当，人与人之间无太大的差别，因此，“平均”的标准，有其合理性。但是，在社会主义市场经济条件下，每个人都可以充分发挥自己的能力与智慧去追求自己的幸福，生活水平的差距已显而易见。比如本案原告，自己是驾驶员，又在从事粮油经营，其收入就远远大于新津乃至成都地区的平均水平。因此，如果仍然固守这种“平均”的观念，显然有悖于民法从形式正义到实质正义的进步潮流。其二是“唯物”，即只赔偿各种有形的、能计量的物质损失。在过去，由于生产力水平低下，人们普遍生活在贫困之中，生存问题是主要问题，只要解决了这个问题，其他问题可以忽略。但在今天，我国人民的生活已有极大提高，“吃饭”已不成问题，生命的质量、生活的享受、精神的愉悦成为人们更重要的追求。一个残疾人，物质损失是次要的，精神上的痛苦是主要的，如果我们仍固守“唯物”的观念，赔偿前者而忽略后者，无异于舍本逐末，这样的立法，这样的判决，以为人生命的目的就是“吃饭”，这是对生命价值的蔑视。立法者显然意识到了这个问题，所以，《消费者权益保

<sup>①</sup> 参见梁慧星：《民法解释学》，第226页、239页。

护法》增设了“残疾赔偿金”，新津县人民法院又具体地适用了这一规定，全面地保护了消费者的合法权益，无疑从司法上推进了我国原有的损害赔偿制度。

2. 较高数额的赔偿费，无疑有助于促进经营者不断提高其产品的安全度。在我国，消费品的安全问题一直是个待解决的问题，泛滥成灾的伪劣产品自不待论，就是像蓝剑啤酒这样的正牌、名牌产品，其安全仍未能得到有效的保障，其原因固然很多，但笔者认为，产品致人损害时，经营者只支付较低的赔偿费是重要原因。在市场经济条件下，经营者无论是国有、集体还是私营，都是追求利益最大化的“合理的人”，都希望以最少的投入获得最大的产出，如果缺乏必要的外部压力，显然不能使生产者产生提高产品安全系数的内部动机，因为要提高产品的安全系数，必然要增加生产成本的投入。较低的赔偿金额，使生产者更乐于维持现状，比如，啤酒厂大量使用回收的旧酒瓶即是一例。反之，如果法院判决的赔偿费足以抵消生产者因不提高产品的安全度而节约的成本，使“维持现状”无利可图，那么，生产者为自己的利益考虑，就再也不会无动于衷了。实际上，从长远、全局的观点看，生产者为了增加产品安全度而增加生产成本，也不会减少其利润，既然是成本，最终会转化为销售价格而由消费者承担，所以，消费者只不过是用自己的金钱换取自己人身、财产的安全而已。

3. 较高的赔偿额，使我国实际运作的损害赔偿制度进一步与国际“接轨”。通常所谓的“接轨”，是互利的，而笔者所谓的“接轨”，实际上是单方面有利于我国消费者。当今，中国消费品进入外国市场，外国消费品进入中国市场已成普遍现象，如果中国消费品在外国致外国人损害，导致残疾，外国法院就会适用其本国法使受害人获得巨额赔偿，比如美国，“在近期的一些案件中，



原告得到的赔偿数额之大，足以危及整个企业的存亡”。<sup>①</sup> 如果外国消费品在我国致我国消费者残疾，我国法院适用我国法律却只要求外国经营者支付较低的赔偿金，这是不利于中国的消费者的，亦是极不公平的。当然，我国法院如果对中外经营者区别对待，显然也不公平，所以，为了从整体上更有效地保护我国的消费者，我国的赔偿数额应有大幅度的提高。

自由心证与自由裁量，是前述（1995）新民初字第 294 号判决的主要意义，当然，此案值得肯定的地方还有很多，比如，它实践了产品责任是无过错责任的学理见解，因此没有纠缠于啤酒瓶的质量问题。法官对《消费者权益保护法》中所称产品的“不合理危险”的解释也使人信服：“如果危险的发生是在产品的使用价值之内，是合理危险，比如，饮酒过量使人昏醉，是理所当然，反之，如果危险的发生是在产品的使用价值之外，就是不合理危险，比如，此案中，啤酒瓶爆炸使人受伤。”

（作者单位：四川省新津县人民法院）

---

<sup>①</sup> [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，第 458 页。