



事实认定中的法官自由裁量权

——以民事诉讼为中心

张榕 著

Judicial Discretion in Fact-Finding

— Centered on Civil Procedure

School of Law

Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



厦门大学法学学术文库

张榕 著

Judicial Discretion in Fact-Finding
— *Centered on Civil Procedure*

事实认定中的法官自由裁量权

——
以民事诉讼为中心

School of Law

Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律门
Access To

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

事实认定中的法官自由裁量权:以民事诉讼为中心 /
张榕著. —北京:法律出版社, 2010. 4
(厦门大学法学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0515 - 7

I. ①事… II. ①张… III. ①民事诉讼—审判—研究—中国 IV. ①D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 035973 号

厦门大学
法学学术文库

事实认定中的法官自由裁量权
——以民事诉讼为中心

张 榕 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.5 字数 247 千

版本 2010 年 4 月第 1 版

印次 2010 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0515-7

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

厦 门 大 学 法 学 学 术 文 库 编 委 会

编委会主任

徐崇利

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

卢炯星	齐树洁	朱福惠	宋方青
陈晓明	林秀明	李兰英	徐国栋
徐雅芬	曾华群	蒋 月	廖益新

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,

下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商学院合并为法商学院。1937年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学学术文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术

论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎力推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

目 录

导 言 001

- 一、研究的背景与意义 001
- 二、研究的基本框架与内容 008
- 三、研究的基本思路与方法 012

第一章 法官自由裁量权之基础理论 014

第一节 法官自由裁量权概述 014

- 一、法官自由裁量权内涵的界定 015
- 二、法官自由裁量权的范围 017
- 三、法官自由裁量权的限度 022

第二节 法官自由裁量权行使的基础 030

- 一、法律秩序与个案正义之衡平 030
- 二、客观规则与主观判断之互补 034
- 三、社会发展与法律成长之和谐 039

第三节 我国司法中的法官自由裁量权 043

- 一、我国法官自由裁量权运行的现状 043
- 二、我国法官自由裁量权的模式选择 050

第二章 司法过程中的事实认定 057

第一节 事实认定概述 057

- 一、事实认定之于司法裁判 058
- 二、事实认定的主体与模式 061
- 三、事实认定的发展路径 068

第二节 影响事实认定的因素 074

- 一、诉讼模式 075

二、社会认知背景	079
三、诉讼成本	084
第三节 事实认定中法官自由裁量权范畴之界定	088
一、案件事实真实的理性定位	089
二、事实认定中的法官自由裁量因素	094
三、事实认定中法官自由裁量权作用的具体范畴	101
第三章 证明责任分配中的法官自由裁量权	106
第一节 证明责任分配的一般规则	107
一、证明责任分配一般规则的立法例	108
二、证明责任分配一般规则的实务运用	113
三、证明责任的倒置	119
第二节 证明责任分配的自由裁量规则	124
一、证明责任分配法官自由裁量之理性认识	125
二、法官自由裁量证明责任分配的原则	131
第三节 证明责任分配自由裁量规则的实务运用	140
一、钱某诉屈臣氏名誉权赔偿案	140
二、陈某诉建行厦门分行金尚路分理处赔偿案	144
第四章 调查取证中的法官自由裁量权	148
第一节 我国法院调查取证制度之发展进路	149
一、1982 年《民事诉讼法(试行)》所确立的法院调查取证制度	149
二、1991 年《民事诉讼法》所确立的法院调查取证制度	151
三、《民事证据规定》所确立的法院调查取证制度	155
第二节 现行法院调查取证制度运行之成效	157
一、“城市规则”在农村运用之水土不服	158
二、司法能动性的过度谦抑强化了僵化司法的现象	162
第三节 调查取证中法官自由裁量权的合理配置	167
一、调查取证中法官保有自由裁量权的现实基础	167

二、法官调查取证自由裁量权的具体配置 175

第五章 证据能力确定中的法官自由裁量权 182

第一节 证据能力规则的立法与发展 183

一、两大法系证据能力规则的立法与发展趋势 183

二、我国证据能力规则的立法与发展 187

第二节 法官自由裁量权在证据能力规则中的具体体现 194

一、关联性证据规则适用中的法官自由裁量权 195

二、传闻证据规则适用中的法官自由裁量权 198

三、举证时限规则适用中的法官自由裁量权 203

四、非法证据排除规则适用中的法官自由裁量权 207

第三节 证据能力确定中法官自由裁量权在我国之实务运用 211

一、举证时限规则中法官自由裁量权之缺失与修正 212

二、非法证据排除规则中法官自由裁量权之合理把握 219

第六章 证明力判断中的法官自由裁量权 224

第一节 证明力判断中法官之自由与限制 225

一、证明力判断中法官之自由 225

二、证明力判断中法官自由之限制 231

第二节 证明力自由评价的尺度——证明标准 236

一、民事诉讼证明标准在各国之立法与实践 236

二、证明标准判断中的法官自由裁量成分 242

第三节 证明力判断中法官自由裁量权之实务运用 246

一、“彭宇案”的案情及一审裁判要旨 246

二、对“彭宇案”的评析 250

第七章 事实认定中法官自由裁量权之制约机制 257

第一节 心证公开制度的确立 258

一、心证过程的公开 258

二、心证理由和结果的公开 264

第二节 上诉制度的完善 270

一、上诉制度对法官自由裁量权的制约功能 271

二、我国上诉制度的合理建构 275

第三节 有限判例制度的建构 283

一、我国是否需要判例? 283

二、我国案例指导制度的实践进程 288

三、我国判例机制的建构 293

结 语 299

参考文献 302

后 记 326

导 言

一、研究的背景与意义

司法过程中的法官自由裁量权体现了司法能动性。如何看待法官自由裁量权的配置问题,对于正在建构现代司法制度的我国来说也许是一个新课题,然而翻开西方法学史,我们会发现对这一课题的争论贯穿了整个西方法学史,而且构成了法理学发展的主轴之一。^{〔1〕}正如美国著名法学家、社会法学派代表人物罗斯科·庞德所指出的:“法律的历史表明,人们始终是在严格规则与自由裁量之间来回摆动,整部西方法学史就是在广泛而宽松的自由裁量和严格而详尽的具体规则之间,在无法司法和严格依法之间不断循环反复的运动过程。”^{〔2〕}一般而言,对法官在司法过程中作用的不同看法分别代表了司法能动主义和司法克制主义。司法能动主义的基本宗旨是法官应该为各种社会不公提供司法救济,并运用其手中的权

〔1〕 王在魁:《法官裁量权研究——以刑事司法为视角》,法律出版社2006年版,第2页。

〔2〕 〔美〕罗斯科·庞德著:《法律史解释》,曹玉堂等译,华夏出版社1989年版,第1页。

力,尤其是运用将抽象概括的法律保障加以具体化的权力去实现社会正义。司法克制主义则要求法官在司法过程中严谨地执行法律的意志,尽可能地不渗入法官个人的信仰与倾向。司法能动主义的维护者强调的是法官要“实现正义”的使命,从而轻视对司法权的限制,而倡导司法克制的人则倾向于强调在民主国家中对司法权所应该进行的限制,并主张通过各种方式对法官的自由裁量权进行限制。尽管对在司法过程中究竟应当坚持司法能动主义或是司法克制主义的争论从未平息过,但在现代,司法能动与司法克制的区别更多的只是一个程度不同而非性质不同的问题,是法官进行自由裁量时应享有多大的自由或者受到多大的限制的程度问题。^{〔3〕}对此,美国著名的法理学者博登海默精辟地指出:“在我们这个时代,在对司法过程的认识中,法律创造说必须被认为是一种最普遍的共识,尽管在司法立法的量与范围的问题上仍可能存在着分歧。”^{〔4〕}

“徒法不足以自行”,无论是对于法定权利的维护,还是对于违法行为的制裁,法律维系秩序和实现正义的价值和作用,都只有在司法过程中才能得到最终的、直接的、有效的实现。一方面,法律的实现主要依赖于司法过程,即使是完美无缺的法律,也必须期待司法过程,更何况任何法律都不是万能的,法律本身所固有的无法克服的缺陷,使司法过程越发显得极为重要;另一方面,法律发展也在一定程度上依赖于司法过程,因为无论法官在司法过程中能否立法,立法上需要填补的漏洞多半是在司法过程中发现的。^{〔5〕}因此,“真正的法治是法官参与其中的法治”。^{〔6〕}

〔3〕 [美]克里斯托夫·沃尔夫著:《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁》,黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,第2页。

〔4〕 [美]E·博登海默著:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第581页。

〔5〕 崔林林:《严格规则与自由裁量之间——英美司法风格差异及其成因的比较研究》,北京大学出版社2005年版,第191~192页。

〔6〕 梁迎修:《法官自由裁量权》,中国法制出版社2005年版,第2页。

法律发展的历史表明,法治的实现一般涉及两个方面的因素:一是外部法律规则的因素;二是实施法律的人的因素。应当说,法律规则体系的合理建构与完善可以在最大限度上抑制司法过程中实施法律的人的主观恣意,即尽可能地排除人为的因素及尽可能地避免法官自由裁量权的行使。人们之所以对自由裁量权如此担忧,“在于自由裁量权这个命题不仅牵涉到诸如法治、法源、法律、价值等理论课题,而且在司法实践中,法官自由裁量权直接决定着公民的生命、自由、财产和尊严”。^{〔7〕}因此,如果法官通过寻觅法律条文就可以为每一个案件提供一个唯一正确的答案,那自是法治的理想,它可以使司法过程中人为主观的因素降至最低甚或完全不发生作用。但是,这种理想从来就没有实现过。首先,法律适用的过程也是法官对法律文本的理解、对事实的理解以及对事实与规范循环理解的过程,没有理解,法官不可能发现法律,不可能正确地贯彻立法意图,并在司法裁判中叙明理由。成文法中不包括解决案件的现成答案,它必须经过法官的思维加工,哪怕是最简单的法律识别。法官在法律与事实的互动关系中重新理解法律,才能构建适用于个案的裁判规范。^{〔8〕}其次,规则的主要长处在于限制官员的自由裁量权,在于减少有关法定权利义务的不确定。然而这些优点都取决于,规则数量较少、简单、相对确定以及在表述和适用上都很清楚。但很少有法律规则能够达到。更重要的是,即使规则清楚,其数量也可能太多,以至于受规则规制的人们无法了解。^{〔9〕}在让规则符合事实的过程中,法官要作出许多决定,你可以将之描述为解释,也可以将之描述为制定特例和进行调整,但它总是包含着一定的创造性活动。

〔7〕 焦宝乾:“德沃金的司法裁量权理论与中国实践”,载张文显、李步云主编:《法理学论丛》(第3卷),法律出版社2002年版,第445页。

〔8〕 谢晖、陈金钊:《法律:诠释与应用——法律诠释学》,上海译文出版社2002年版,第87页。

〔9〕 [美]理查德·A·波斯纳著:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第61页。

对于简单的案件来说,法律也许是非常客观的,而在疑难案件上,法律的客观性可能就会被削弱。最后,法律从来都不曾想也不可能为法官的任何司法行为提供明确的准则。在司法过程中,法官所依循的法律规则往往是抽象的、含糊的,对于何为“平等”,何为“诚实信用”,何为“盖然性占优势”等,法律不曾努力对其语义及适用情形作出明确的界定,而留待法官据情裁量。因此,在司法过程中,只有规则的因素与人的因素配置至最佳的状态,才是法治的理想图景。

司法裁判过程以事实认定和法律适用为其内容,就一个案件的处理来说,其事实部分和法律部分很难截然地区分开来,事实认识与法律诠释常常交织在一起,呈现出一种互相依赖的态势。对此,有学者指出:“对于司法裁判而言,事实是法律中的事实,而要想使事实和法律对号入座,法律中就必须规定事实,法律与事实的不可分离性,告诉我们,案件的事实认定不仅仅是证据证明的问题,更是一个法律对事实的评价问题。案件事实的认定离不开法律,法律条文的选择也离不开事实”^{〔10〕}。因此,法官的自由裁量权既运行于事实认定中,也运行于法律适用中。同时,事实认定是法律适用的前提,事实认定不但应当遵循法律既定的规则,而且在相当程度上有赖于法官借助于逻辑规则和经验法则而形成的主体性认识的准确性及合理性。因为就案件事实的形成而言,事实认定的过程并不单纯,欲将一个实际发生的事件转化为案件事实,不但应当依循既有的规范,而且需要通过法官复杂的思维加工活动,案件事实是经过法官判断^{〔11〕}而建构的事实。由此,在事实认定中法官更难以把握自由裁量的合理尺度,而法律要为法官确立自由裁量

〔10〕 耿宝建:“在法律与事实之间——司法裁判中事实认定过程的法理分析”,载《河北法学》2008年第1期。

〔11〕 德国学者拉伦茨也认为:“法律适用的重心不在最终的涵摄,毋宁在于:就案件事实的个别部分,判断其是否符合构成要件中的各种要素。”参见〔德〕卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第165页。

的标准也更为困难。事实上,在事实认定过程中,从举证、质证到认证,法官的自由裁量权都贯穿始终。我们所能做的是,正视事实认定中的法官自由裁量权,探究其深厚的法理基础,厘清其行使的边界和原则,并建立合理有效的制约机制,使司法公正在契合审判规律和可以预期的前提下得以实现。

在我国,在如何看待法官自由裁量权的问题上,法律界存在截然不同的两种观点:一种观点从目前我国法官整体素质水平不高及极少数法官滥用裁量权的现状出发,认为应当严格限制法官的裁量权,树立制定法的绝对权威;另一种观点从制定法的局限性及司法追求实质公正和实现法律社会价值的需求出发,认为应当正视法官裁量权的重要价值,促使法官充分、合理地运用裁量权以更好地实现实质公正。^[12]以民事案件的证明责任分配为例,最高人民法院通过司法解释——《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)——赋予法官在法律没有具体规定、依司法解释无法确定证明责任时,可以根据公平原则和诚实信用原则自由裁量分配证明责任。赞同的观点认为,由于具体案件情形的异常繁复和千变万化,证明责任的分配是公认的法律难题,人们从来就没有找到一套能够以不变应万变的规则体系。因此,在许多情况下依法律的字面规定处理将导致不合理结果时,需要法官根据具体案情,权衡各种利益和法律价值,确定具体案件应当适用的规则。^[13]而反对的观点则认为,最高人民法院《民事证据规定》中规定的法官证明责任分配自由裁量规则,在我国目前情况下并不妥当。一方面,证明责任分配是基本民事法律制度,属于立法权事项。但在目前立法不完善的情况下,司法机关也并非不能填补这项法律空白,只是应慎

[12] 王在魁:《法官裁量权研究——以刑事司法为视角》,法律出版社2006年版,第2页。

[13] 何海波:“举证责任分配:一个价值衡量的方法”,载《中外法学》2003年第2期。

重。另一方面,考虑到目前我国法官整体素质并不是太高,允许法官可以根据公平原则和诚实信用原则实行证明责任倒置,将使法官享有极大的自由裁量的权力,使其在具体案件中可以自由分配证明责任,自由地决定倒置的内容,其结果使当事人对司法缺少了应有的可预知性,裁判的公正很难得到保障。一旦法官不适当地行使甚至滥用其自由裁量权,其后果不堪设想。^[14]事实上,在司法过程中,所有涉及证据的判断都可能引发类似的争议,完全否认法官的自由裁量权必将使许多案件陷入无法审理的境地,而给予法官过大的自由裁量权又可能使司法公正和秩序无以依托。如何在规则与自由裁量之间合理地平衡,在司法克制的前提下实现司法能动,是我国法治社会得以建立的重要基础。

应当说,在司法的过程中,法官享有必要的自由裁量权是司法审判内在规律所决定的。问题的关键不在于法官是否应当有自由裁量权,而在于法官应当有什么样的自由裁量权,以及这样的自由裁量权是否能够通过一定制度的设计被合理地制约。但我国现有的机制往往使司法能动和司法克制走向极端,一方面,与法治国家中法院往往居于社会关系调整过程中的核心地位相比,我国的法院在整个国家的权力结构中仍处于相当边缘化的地位。民事司法的功能主要在于解决纠纷而非政策制定与形成,司法权尚未获得真正意义上的独立,并不足以抗衡行政权和立法权。在强大的行政权和立法权面前,司法权只能自觉地或被迫地保持克制。同样,在个案的审理中,为规避政治风险与职业风险,法院与法官往往更倾向于关注自身职权行使的便利,而不过多地考虑社会的实质正义,进而不自觉地展示了一种机械决定论的司法立场,司法克制成为僵化司法的工具。另一方面,我国最高人民法院及地方各级人民法院和法官又享有几乎不受限制的法律解释权和主观判断

[14] 王利明:“民事证据规则司法解释若干问题研究”,载《法学》2004年第1期。