

下卷

陈桂明教授法学文选



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

随理性与理想前行

陈桂明



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

陈桂明教授法学文选/陈桂明著. —北京:中国法制出版社, 2011. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2733 - 3

I. ①陈… II. ①陈… III. ①陈桂明(1961 ~ 2010) - 纪念文集
IV. ①K825. 19 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 038327 号

策划编辑 冯雨春

封面设计 沈仙卫

彩插设计 李 宁

陈桂明教授法学文选

CHENGUIMING JIAOSHOU FAXUE WENXUAN

著者/陈桂明

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2011 年 8 月第 1 版

总印张/68.75 总字数/906 千

2011 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2733 - 3

总定价:298.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66010405

市场营销部电话:66017726

邮购部电话:66033288

目 录

证 据 制 度

法官自由裁量权的类型化分析	
——以民事证据法为视角	517
证据制度改革中的几个基本问题	538
论证明标准	555
论推定	573
民事举证时限制度初探	583
民事非法证据排除问题初探	
——兼评《关于民事诉讼证据的若干规定》第 68 条	593
民事诉讼证据合法性的重新解读	609
美国证据法中的保密特权原则及其对我国证据立法的启示	618

民 事 诉 讼 法 修 改 与 综 述

中国民事诉讼法的现在与未来	
——立法、实务与理念的发展	633
民事诉讼中法院职权的弱化及其效应	
——兼对新旧民事诉讼法典中几项制度的比较研究	651
民事诉讼法内容的增删改	661

民事诉讼法修改的目标及其实现路径

——权利法哲学角度的思考 668

民事诉讼提速的几项制度改革 682

关于完善几项民事诉讼制度的意见 688

民事诉讼法学的发展维度

——一个时段性分析 692

试论民事诉讼法学的进路

——以 2006 年研究成果为对象的总结与分析 717

讲座与会议发言

民事检察监督制度及其立法完善 741

一切为了公平正义

——社会主义法治的价值追求 754

公正司法与维护社会公平正义 766

民事诉讼中的权利（力）配置 773

民事诉讼法修改的几个基本问题 782

民事诉讼法修改中的若干重大理论问题 799

千淘万漉虽辛苦，吹尽狂沙始到金

——民事诉讼法学研究会 2009 年年会开幕辞 823

公证在国家法治建设中发挥着巨大作用

——在《公证法》颁布两周年座谈会上的发言 827

开拓、进取再铸辉煌

——民事诉讼法学研究会 2007 年年会开幕词 829

求实探索 改革创新

——《中国法学》杂志社年度工作汇报 833

继往开来 再续辉煌

——2006 年诉讼法学会换届演讲 837

访谈与报道

法学高地的坚守者

——记《中国法学》杂志社总编辑、中国人民大学博导陈桂明教授 841

法院受理案件是公正司法基础 845

与法官决斗：闹剧还是警示？ 850

关注民生，司法不能放弃公正底线 852

灾区恢复重建过程中应当重视对灾民的引导教育工作 853

民事执行法律监督刻不容缓 856

陈桂明：角色决定责任 859

三位专家谈私制判决带来的四个问题 862

物权立法引入公证制度 864

理论上有所缺陷实践中又管用 866

随理性与理想前行 867

是否“先刑后民”要酌情而定 870

完善民事诉讼程序的若干设计与构想

——2002 年“中外民事诉讼比较研究国际研讨会”证据专题综述 875

陈光中教授、陈桂明教授被最高人民检察院聘为检察机关高层次
人才培养导师 880

学术研究要为社会服务

——访中国政法大学国际教育学院院长陈桂明 881

科学理念是构建合理程序的前提

——评陈桂明教授著《程序理念与程序规则》 882

访陈桂明教授 890

心高志远叙情怀	
——访中国政法大学博士生导师陈桂明	892
公开审判并不是越公开越好	894
迎接 21 世纪教育国际化的挑战	
——中国政法大学国际教育学院成立	897
陈桂明教授入选教育部“跨世纪优秀人才计划”	899
陈桂明等荣获霍英东教育基金会青年教师奖和青年教师基金	901
民事审判方式改革：热潮中的冷思考	902
最年轻的教授——陈桂明	909
陈桂明：通幽不止步	911
辛普森案访谈	913

附 录

附录 I 无限追思	917
唁电选录	917
唁电单位与个人名单	926
敬献花圈的单位与个人名单	933
悼念文章	941
亲 属	941
媒 体	945
老师、领导	961
同学、友人	962
学 生	982
同 事	1043

附录 II 陈桂明教授指导的博士、博士后、硕士名单 1050

附录 III 陈桂明教授科研成果目录 1056

结 语

为了永恒的纪念 1069

证据制度



法官自由裁量权的类型化分析

——以民事证据法为视角

一、证据制度中的自由裁量权及其类型化

梅因曾言：“社会的需要和社会的意见常常是或多或少走在‘法律’前面的。我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处，但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的；而我们所谈到的社会是进步的，人民幸福的或大或小，完全决定于缺口缩小的快慢程度。”^① 那么，应当如何使法律与社会发展相协调呢？自由裁量权的存在无疑有利于缩短立法与司法的距离，弥补立法滞后的不足。

“自由裁量权”的萌芽出现在亚里士多德关于法治的思想中。亚里士多德在对人治与法治进行比较后得出结论：“不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的人们较为优良。法律恰正是完全没有感情的。”^② 在承认法治优越于人治的同时，亚里士多德同时认为，规则也是有缺点的：“所有规约总不能概括世事的万变，个人的权力或若干人联合组成的权力，只应在法律有所不及的时候，方才应用他来发号施令，作为补助。”^③ 从以上论述中可以看出，亚里士多德虽然没有明确提出自由裁量的概念，但是他以隐晦的方式承认了个人在法律规定以外的“发号施令”的权力，这种权力已经具有的现代意义上的自由裁量权的显著特征——制定而不是简单地遵循规则。

按照当今学界的理解，法官的自由裁量是指酌情作出决定的权力，并且这种决定在当时的情况下是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法

① [英] 梅因著，沈景一译：《古代法》，商务出版社 1956 年版，第 15 页。

② [古希腊] 亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务出版社 1965 年版，第 142 页。

③ 同上注，第 147 页。

官以权力或者责任,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。^①

本文对自由裁量权的研究将限定于在证据法领域,众所周知,证据制度存在的意义即规范法官认定案件事实的行为和过程。自由裁量权的存在使诉讼证明不仅仅是一个探知的过程,更成为一个解读和评价的过程。在此过程中,事实被裁减、塑造,司法证明也因此而区别于科学证明。类型化是学者们在理论研究过程中常使用的方法。在证据法学领域,对自由裁量权的类型化研究多见于英美法系国家学者的著作中。比如,美国学者 Waltz 将美国《联邦证据规则》中的自由裁量权分为指引型裁量权和非指引型裁量权两种类型,其中指引型自由裁量权指法官虽然在作出决定时有一定灵活处理的余地和选择的权力,但是,他在行使权力的时候必须受到一定的规则和标准的制约,上级法院对下级法院自由裁量权的行使将加以严密的监督,对下级法院有滥用裁量权的行为将予以纠正;与此对应,非指引型裁量权指法院在行使该权力的时候不受既定的规则或标准的制约,上级法院对下级法院行使非指引型自由裁量权的行为也不会加以监督。^② 美国另外一名学者 Mengler 则将证据法上的自由裁量权分为 6 种形态,包括:由立法目的决定的自由裁量权、以原则性规定授予的自由裁量权、利益平衡型的自由裁量权、以“口袋条款”的形式存在的自由裁量权、提供多种选择方案的自由裁量权、允许一定范围内的错误的自由裁量权。^③ 可以看出,现有的关于证据制度中法官自由裁量权的类型化研究主要侧重于从法律规定出发,以裁量权的效力或形式作为分类的标准。这种研究思路对揭示赋予自由裁量权的不同立法形式以及不同自由裁量权在法律上的效力具有十分重要的理论及实践意义。

本文对自由裁量权的类型化研究将从权力的行使对证据制度的意义这一视角,将自由裁量权划分为开放型裁量和封闭型裁量两种类型。

开放性裁量是一种级别较高的裁量,它通常是立法者刻意规定于证据制度之中的,它的发达程度与一国司法机关在社会生活中表现出的能动性成正比。

① 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1989 年版,第 261 页。

② Jon R. Waltz: Judicial Discretion in the Admission of Evidence under the Federal of Evidence, 79 Nw. U. L. Rev. 1097 (1984)。

③ Thomas M. Mengler: The Theory of Discretion in the Federal Rules of Evidence, 74 Iowa L. Rev. 413 (1989)。

所谓开放型裁量指法官在行使该种自由裁量权时，必须全面考虑诉讼内外的各种因素，比如，采纳该证据所要消耗的司法资源、采纳该证据是否可能导致偏见，是否违背了民事诉讼中的诚信原则，是否可能导致对社会价值观产生误导等方面，并在综合考量的基础上决定是否采纳该证据。开放型裁量之所以是“开放”的，原因在于它没有将发现事实真相作为诉讼证明的唯一目的，通过多种价值观念的引入，开放型自由裁量权的存在使诉讼证明成为一个开放的体系，而不仅仅是探知案件事实的简单过程。

与开放型裁量相对应的是封闭型裁量，它指法官在行使法律所赋予的自由裁量权时，不需要综合考虑诉讼证明以外的其他因素，仅需要在几种备选方案中进行选择或澄清法律规定的模糊之处。封闭型裁量是一种级别较低的裁量，它普遍地存在于一切证据制度之中。开放型裁量与封闭型裁量在证据制度中的关系勾勒出一国证据制度的基本特征，同时影响着诉讼证明的程序和证明结果的合法化等若干方面。本文将以此种类型化方法为视角对自由裁量权与证据制度的关系加以考察。

二、开放型自由裁量权的分类及特征

如前所述，开放型裁量是自由裁量权中最俱活力的组成部分。在这种自由裁量权的范围内还可以根据法律授权的方法细分为三种基本类型：

其一，为绝对的自由裁量权。该种自由裁量权的主要特征是裁量者在行使权力时不受任何既定的原则和规则的限制，事后也不会受到任何的监督。可见，绝对自由裁量权与现代国家所崇尚的法治观念存在某种程度的紧张关系，因此在证据制度中是比较罕见的。英美法系国家在诉讼中采行陪审制，陪审团单独负责事实的认定，陪审团对于认定的结果不负有解释的责任，该结果也几乎不会受任何监督，在这种情况下，可以认为陪审团享有绝对的裁量权。^①此外，各国最高级别的法院在认定案件事实过程中行使的自由裁量权，由于级别

^① 虽然按照英美法系国家法律的规定，实际法院认为陪审团对于事实的认定显然荒谬或理性的人不会作出这样的认定时，有权撤销陪审团的裁决。但是，鉴于理性是现代证据制度的原有之意，违反人类理性原则而作出的裁决不是现代证据制度中的“理性的裁决”，因此本文不认为撤销缺乏理性基础的裁决属于真正意义上的对于自由裁量权的行使的监督。

的原因,也不会受到监督,因此同样属于绝对的自由裁量。

绝对的自由裁量权虽然在行使的过程中不受规则的约束,事后不受上级机关的监督,但是,这并不意味着该种类型的自由裁量权就没有正当化的必要。在古代社会,绝对自由裁量权的正当化主要是通过裁量主体的神圣化和权威化来实现的。比如在成文法发展的早期阶段,判决常由公认的“智者”或“精通法律的人”作出。^①裁量主体由于被赋予了优越于普通人的崇高地位,因此,他的决定任何人都不能质疑。在证据制度发展的理性阶段,对于个人或神的崇拜已经不能给绝对自由裁量权披上合法的外衣,以陪审团为例,它对事实的认定之所以被尊重,原因之一就在于,陪审制的一个基本功能在于宏扬司法民主,由普通民众组成的陪审团对事实所作的认定被视为民意的体现,^②这种民意是不能被审查和否定的。

严格的程序性要求是绝对自由裁量权正当化的另一重要途径。这一程序性要求被韦伯描述为“严格的形式主义”,韦伯在早期的程序形式主义中,发现了形式意义的“证据法”,但是与现代意义的证据法不同,古老的“证据法”的目的不在于证实所说的事实“真假”与否,而仅在于说明被裁决的特定问题“一直是以这种特定方式处理的;或者,它必须指明神的力量已命令,应该在这一案件或以后所有类似案件中,均以这一方式加以处理。”^③这种以程序的合法化证明其裁量结果的正当性的方法对陪审团也同样适用,法律对陪审团的组成以及参与民事诉讼的程序有着严格的规定,这种程序上的严格约束塑造了陪审团裁决的正当性外观。

其二,原则指引型自由裁量权。与绝对裁量权相比,法官在行使原则指引型自由裁量权时,不再是天马行空式的自由,而是必须受到法律原则的约束,尽管原则本身可能是相当模糊的。比如,英国《民事诉讼规则与诉讼指引》第32.13条规定,法院可以基于司法利益和公共利益的考虑,签发禁止查阅证人证言的命令。^④美国联邦证据规定第102条指引法官:“解释本证据规则应注意到确保执法的公正,消除不合理的费用与拖延,促进证据法的成长与发展,以

① [美] 孟罗·斯密著,姚梅镇译:《欧陆法律发达史》,中国政法大学出版社1999年版,第41~43页。

② Cleary, Preliminary Note on Reading the Rules of Evidence, 57NEB. L. REV. 908, 914 (1978)。

③ 同上。

④ 何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译(上卷)》,人民法院出版社2000年版,第153页。

实现确定事实真相，公正处理诉讼。”^① 美国许多学者对证据法中类似的规定给予了较高的评价，认为第 102 条的价值体现在两个方面：一方面，在法律没有明确规定或规定含糊不清时，它给法官的判断提供了依据；另一方面，该原则性规定的存在使证据规则成为一个开放的体系，可以随着实践的发展不断充实、完善。^②

然而，原则指引型自由裁量权的缺点也是不容忽视的，由于没有给审理者提供具体、明确的行为指引，这类自由裁量权的适用就必然缺乏确定性和可预见性，同时还会增加审理者作出决定的成本。因为按照学者的理解“与规则适用相比，标准适用要求裁断者有更多的信息。这一事实意味着法律标准相对于法律规则越少，法院处理信息的成本就越低。”^③ 当然，上述理解也同时提示我们，欲保证法官裁量结果的公正性，当事人与法官之间充分的信息沟通是必不可少的。

原则指引型自由裁量权与绝对自由裁量权相比，虽然缩小了法院自由行为的空间，但是同样需要以一定的方式使裁量的结果正当化。与绝对自由裁量权的正当化途径不同，现代社会的原则指引型自由裁量权的正当化不能通过主体的神圣化和权威化实现，而必须依靠严格的程序规范与裁决理由的公开机制。程序保障对自由裁量权的正当化有两个方面的意义：一方面，程序严密规范了决策者的决策过程，增强了自由裁量权行使的理性色彩减少非理性因素对裁量结果的影响；另一方面，程序有效控制了各种价值观对决策过程的影响，因为“在公正的程序中，当事人的主张或异议都可以得到充分的表达，相互竞争的各种层次上的价值或利益都可以得到综合考虑和权衡。”^④

公开裁决理由是现代法治的基本要求，许多国家的民事诉讼法都明确将公开判决理由作为法官的一项基本义务。比如，法国《新民事诉讼法》第 451 条、458 条规定，关于争讼案件的判决，应当公开宣告，否则判决无效。^⑤ 英美法系国家更是在判例法发展的过程中形成了公开判决理由的传统。裁决理由说明了法官在法律允许的多种解决方案或多种价值之间是如何进行权衡和取舍

① 何家弘、张卫平主编：《外国证据法选译（下卷）》，人民法院出版社 2000 年版，第 566 页。

② Thomas M. Mengler: The Theory of Discretion in the Federal Rules of Evidence, 74 Iowa L. Rev. 413 (1989).

③ [美] 理查德·A·波斯纳著、苏力译：《法理学问题》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 57～59 页。

④ 季卫东著：《法秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 53～54 页。

⑤ 罗结珍译：《法国新民事诉讼法典》，中国法制出版社 1999 年版。

的。此外,对于原则指引型自由裁量权而言,裁决理由的公开还具有特殊重要的意义。由于法官在行使原则指引型自由裁量权时是没有具体、明确的规则可以依据,因此,判决理由实际上起到了将抽象、模糊的原则转化为具体、明确的法律规则的作用。公开判决的理由就意味着公开自由裁量权行使的“直接”依据,它使法官的裁决结果更容易被检验。

其三,利益平衡型自由裁量权。众所周知,证据制度的首要目的在于帮助发现事实真相,促进判决的实体公正。但是,实体公正的实现与其他诉讼价值或社会价值之间的关系不总是协调一致的,有可能存在冲突和矛盾。此时就必须在不同的价值之间进行衡量和取舍。利益平衡型自由裁量权就是要求法官在采纳某一证据时,综合考虑该证据的采纳可能对其他诉讼价值或社会价值产生的负面影响,当采纳该证据给诉讼公正带来的收益小于该证据给其他价值造成的损害时,就应当排除该证据。《美国联邦证据规定》第403条即是利益平衡型自由裁量权的典型例证,它规定:“虽然证据具有关联性,但是若其证明价值实际上被下列因素超过,即导致不公正、偏见、混淆争议或误导陪审团的危险、或者考虑到不适当拖延、浪费时间或不必要的出示重复证据,则仍然可以排除该证据。”^①美国《加州证据法典》第352条也有类似的规定。

与前面两种类型的自由裁量权相比较,利益平衡型自由裁量权的决策过程更加复杂,它不仅仅是要求决策者寻找正确的、具体的裁决依据,而是首先要求裁决者判断采纳该证据可能给诉讼带来的利益,其次,裁决者要判断采纳该证据给与之相关的利益造成的损害。最后裁决者要在不同的利益之间进行抉择和取舍,决定是否采纳某证据。

法官行使利益平衡型自由裁量权的裁量结果同样需要严格的程序性规范和裁量理由的公开机制作为其正当化的途径。但是,与标准指引型裁量相比,利益平衡型自由裁量权的行使更容易受到裁量者主观因素的影响,因此,法律应对其正当化的提出更高的要求,集中体现为法官在裁量的过程中应当赋予当事人充分的陈述意见、参与决策的机会,法官对裁决理由的论证应当更加深入、透彻,因为毕竟法官将排除的是一个依据法律规定本应当采纳的证据,只有理由充分才能够说服当事人和上级法院。

^① 何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译(下卷)》,人民法院出版社2000年版,第598页。

综上所述，我们可以总结出开放型自由裁量权的一些基本特征：

1. 法官在行使开放型的自由裁量权时，往往要综合考虑多种诉讼内、外的价值和因素，使实体公正与其他诉讼内、外的价值和谐共存、有序发展。这使得法院对案件事实的认定不再是一个封闭的过程，而成为一个开放的空间。在诉讼证明的过程中，事实不仅仅是被认识，也是在被剪裁、被选择、被权衡。

2. 由于必须综合考虑多种价值，因此，依据“开放型的自由裁量权”对案件事实的认定过程，与其说是法官的认识过程，不如说是评价的过程。评价与认识的区别在于认识是以客体的本质和规律为对象的，评价的对象则是客体的价值属性或客体对主体需要的关系。^① 将评价因素引入事实认定的过程中使诉讼证明具有了区别于日常生活中的“自然”证明的明显特征。

3. 由于“价值”概念的引入，因此在开放性自由裁量权发挥作用的领域，韦伯所主张的“价值无涉”的理念是不存在的。“价值无涉”即主张在社会科学研究领域应当剔除价值判断，所谓价值判断就是对“受到我们影响的现象是卑下的或正当的评价”。^② 它与经验判断相对应，后者要解决的不是“应当”而是“存在”的问题。由于价值判断往往是因人而异的，所以开放型自由裁量权的行使没有“唯一正确的”结果。行使裁量权的最终目的不是为了寻找唯一正确的答案，而是寻找最“合理”的解决方案。这就决定了上级法院对行使开放型裁量权的审查应当重点放在裁量结论的“合理性”方面。

4. 由于很难从实质上检验和判断裁量结果的正确与否，因此，开放型自由裁量权的正当性主要来自于裁量程序的正当化和裁决结果的公开机制。特别是要求程序为当事人与法官以及当事人之间的对话和交流提供充分的可能。这就决定了在现代证据制度中，开放型自由裁量权与司法程序有着天然的紧密的依赖关系，而且，自由裁量的空间越大，这种依赖关系表现得越明显。这一特征使得在民事诉讼中，法官不是居于绝对的支配地位，“裁判事实不是由法官独白式的陈述形成的；毋宁是当事人、律师以及法官三方通过对话机制合作完成的。”^③

① 李连科著：《价值哲学引论》，商务印书馆1999年版，第112～113页。

② [德] 马克斯·韦伯著，韩水法、莫茜译：《社会科学方法论》，中央编译出版社2002年版，第136页。

③ 冯文生著：《推理与诠释：民事司法技术范式研究》，法律出版社2005年版，第70页。