

# 证据制度中 法官自由裁量权的类型化分析

陈桂明 纪格非\*

---

**内容提要：**法官的自由裁量权是现代证据制度的必要组成部分。这种裁量权可以分为开放型与封闭型两种基本类别。开放型裁量将价值判断引入司法证明的过程中，使诉讼证明区别于纯粹的科学证明。封闭型裁量则以维护立法在逻辑上的一致性为目标，追求司法证明的确定性和可预见性。对两种自由裁量之间关系的不同处理，导致了司法证明在灵活性、判决结果的合法化等方面的差异。我国应当将“以开放的体系追求证据制度在逻辑上的统一”作为证据制度的发展目标，以此确保诉讼证明的和谐性与确定性之间的统一。

**关键词：**自由裁量权 类型化 司法证明

---

## 一、证据制度中的自由裁量权及其类型化

按照学界的理解，法官的自由裁量是指法官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。法律常常赋予法官以权力或者责任，使他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。<sup>〔1〕</sup>证据制度存在的意义是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，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。<sup>〔2〕</sup>美国另外一名学者Mengler则将证据法

---

\* 陈桂明，中国人民大学法学院教授；纪格非，中国政法大学副教授。

〔1〕 参见《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).

上的自由裁量权分为六种形态：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。<sup>〔3〕</sup>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与实践意义。

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，将自由裁量划分为开放型裁量和封闭型裁量两种类型。

开放型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。这种裁量指法官在行使自由裁量权时，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，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为视角对自由裁量权与证据制度的关系加以考察。

## 一、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具活力的组成部分。在这种自由裁量权的范围内还可以根据法律授权的方式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。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，因此在证据制度中比较罕见。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。<sup>〔4〕</sup>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，事后也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。<sup>〔5〕</sup>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

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

〔4〕 按照英美法系国家法律的规定，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同时，有权撤销陪审团的裁决。但是，鉴于理性是现代证据制度的应有之意，违反人类理性原则而作出的裁决不是现代证据制度中“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自由裁量权行使的监督。

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

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是弘扬司法民主，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，〔6〕而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，其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”。〔7〕这种以程序的合法化证明裁量结果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。〔8〕美国联邦证据规则第 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，以实现确定事实真相，公正处理诉讼。”〔9〕美国许多学者对证据法中类似的规定给予较高的评价，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。〔10〕

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”。〔11〕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，在现代社会，原则指引型自由裁量权的正当化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，减少了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”。〔12〕

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。〔13〕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

〔6〕 Cleary, *Preliminary Note on Reading the Rules of Evidence*, 57 Neb. L. Rev. 908, 914 (1978).

〔7〕 同上文。

〔8〕 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。

〔9〕 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。

〔10〕 前引〔3〕，Thomas M. Mengler 文。

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

〔12〕 季卫东：《法秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 53 页。

〔13〕 《法国新民事诉讼法典》，罗结珍译，中国法制出版社 1999 年版。

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的重要意义。由于法官在行使原则指引型自由裁量权时没有具体、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。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,实体公正与其他诉讼价值或社会价值之间并不总是协调一致的,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给其他诉讼价值或社会价值带来的负面影响,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。美国联邦证据规则第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”。<sup>[14]</sup>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。裁决者首先要判断采纳该证据可能给诉讼带来的利益,其次要判断采纳该证据给与之相关的利益造成的损害,最后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途径。但是,与原则指引型裁量相比,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,法律应对其正当化提出更高的要求。这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,因为法官将排除的毕竟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。

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。

第一,法官在行使开放型自由裁量权时,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。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。

第二,由于必须综合考虑多种价值,因此,依据开放型自由裁量权认定案件事实的过程,与其说是法官的认识过程,不如说是评价过程。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。<sup>[15]</sup>将评价因素引入事实认定的过程使诉讼证明具有了区别于日常生活中“自然”证明的明显特征。

第三,由于引入了“价值”概念,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”理念是不存在的。“价值无涉”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”。<sup>[16]</sup>价值判断与经验判断相对应,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

[14] 前引〔9〕,何家弘等主编书,第598页。

[15] 参见李连科:《价值哲学引论》,商务印书馆1999年版,第112页。

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

理性方面。

第四，由于很难从实质上检验和判断裁量结果正确与否，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”。<sup>[17]</sup>

## 二、封闭型自由裁量权的分类及特征

封闭型自由裁量权之所以有存在的必要，是由法律语言的不精确性和不周延性决定的。哈特就曾指出，任何被用来传递行为标准的工具——判例或立法，无论它们怎样顺利地适用于大多数普通案件，都会在某一点上发生适用上的问题，表现出规则的不确定性，即法律的空缺结构。<sup>[18]</sup>由此可见，立法的确定性并不能避免法律中存在模糊的概念。这是以概念为基础构建的法律体系普遍面临的问题：人类语言的有限性与事物的无限复杂性决定了任何概念都不可能完美无缺、完整无误地表述它要描述的对象。因而概念只能被视为一个相对确定的分析工具，它的中心含义也许是清楚和明确的，但当我们离开这一中心时它就趋于模糊不清了。<sup>[19]</sup>

为了解决这一问题，司法者就必须对概念重新加以解释以恢复法律的确定性，在这一过程中，自由裁量权的存在就不可避免了。当然，对法律的解释应当限于追寻并尊重立法者的本意，而不是创设出新的规则。在解释的过程中，司法人员无须过多地考虑法律条文以外的诸多价值因素，解释的过程和结果都具有明显的封闭性，因此，本文将这种自由裁量称为“封闭型”的自由裁量。值得注意的是，这里的“封闭”仅具有相对的意义，并非意味着法官在行使这一自由裁量权时，完全不受主观因素的影响。正如学者所言：“依据规则作出的决定并不必定比依据标准作出的决定更为客观……在确定法律权利义务时，规则只是掩盖了，而不是排除，甚至也不能减少主观的作用和政治的作用。”<sup>[20]</sup>即便如此，不能否认的是，在存在具体行为规范的情况下，虽然语言的模糊性给法官行使自由裁量权留下了一定的空间，但是，法律的确定性仍然是矛盾的主要方面，不确定性则处于从属地位。这种确定性维系了事实认定的理性色彩，确保了事实认定结果的客观性和可预测性。

封闭型自由裁量权可以进一步划分为选择型裁量、固有型裁量和概括型裁量三类。

选择型裁量指法律为法官的行为提供了两种以上的选择，法官可以酌情适用其一。选择性裁量权更多地存在于英美法系国家的证据制度中。在普通法国家，证据规则是由判例法发展而来的，经过数百年的积累，许多判例在观点上难免存在矛盾，在证据规则成文化的过程中，立法者发现很难在各种观点之间进行取舍，于是就选择保持沉默，将判断的权力交给法官。比如，按照美国联邦证据规则第702条的规定，如果科学技术或其他专业知识有助于事实审理者理解证据或裁决争议事实，则可以在诉讼中使用专家证人。该规定为法官在诉讼中使用专家意见证据提供了一个概括性标准。但是在司法实践中，自1923年Frye案后，采纳专家证言的标准是“专家得出的结论所依据的科学原则必须是在其所属领域中已得到充分证明并被广泛接受的”。<sup>[21]</sup>在1993年联邦最高法院审理的Daubert v. Merrell Down Pharmaceuticals, Inc.案中，法官具体而严格地列举了法庭在采纳某

[17] 冯文生：《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。

[18] 参见[英]哈特：《法律的概念》，张文显、郑成良等译，中国大百科全书出版社1996年版，第127页。

[19] 转引自[美]博登海默：《法理学 法哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第496页。

[20] 前引[11]，波斯纳书，第60页。

[21] <http://www.lexisnexis.com/cn>。

一专家证言时应考虑的因素,包括结论依据的科学原则是否已经证实,技术已知或潜在的错误率,原理或技术在其所处领域被接受的程度等。1999年联邦最高法院进一步对美国联邦证据规则第702条作出解释,认为初审法院决定是否采纳某一专家证言时应全面考虑第702条所列举的科学、技术或其他专业知识并且可以自由选择。在Daubert案判决中所列举标准的一项或数项。这样的规定实际上回避了判例法中关于专家意见证据采纳标准上的分歧,将选择标准的权力交给了法官。此外,选择性裁量还指立法只明确规定对某一问题的若干种处理方案,由法官根据具体情况择一适用。比如,英国民事诉讼规则与诉讼指引第34.10条明确规定了当证人拒绝出庭时,法院可以采取的对策:要求该证人出庭,或者宣誓,或者回答任何问题,或者出示任何书证。<sup>[22]</sup>德国民事诉讼法第380条第1款规定,经合法传唤而不到场的证人,可以不经申请而命其负担因不到场而产生的费用,同时可以对他处以违警罚款,不纳罚款时,对他课以违警拘留。<sup>[23]</sup>显然,按照该规定,法官可以根据案件的具体情况自由选择法律规定的几种对策之一。

固有型裁量是指由于法律条文用语的模糊性而导致存在的自由裁量权。由于此类裁量权不是立法者刻意安排在法律规则中,而是因法律语言的固有特点而存在的,因此本文称之为固有型裁量权。法官在行使固有型裁量权时,应当将自己的视界置于立法者的视界之内,并始终将注意力集中于尊重和寻找立法的原意上。在证据制度中,固有型自由裁量权的例子比比皆是。比如,我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第48条规定,涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据,不得在开庭时公开质证。在这一规定中,国家秘密、商业秘密和个人隐私显然是处于基础性地位的概念,对它们的涵义的界定决定了该规则的适用范围。但是,这三个概念却必须通过法官的解释才可以建立起与具体事实之间的联系,而这种解释就是法官行使自由裁量权的一种具体形式。

概括型裁量是指通过立法中的弹性条款,概括性地将法律适用的前提加以类型化,并由法官判断某一具体的法律情形是否属于该种类型。概括型裁量的价值在于,立法者无法预测所有可能出现的应当由某一规范调整的社会关系,为了避免遗漏,尽量扩展现行法律适用的范围,使用笼统的语言概括出规范适用对象的共性特征。比如,1997年12月美国联邦立法委员会新增加了一条对传闻证据使用的例外规定,根据该规定,法官可以采纳传闻证据的条件为:(1)该陈述是作为一项重要事实的证据而提供的;(2)该陈述在所证明的问题上,比建议者通过合理的努力能获得的证据具有更强的证明力;(3)如果该证据作为证据采纳,则本规则的宗旨将得到最佳效果。<sup>[24]</sup>与以往的规定不同,新规定仅用概括的方法规定采纳传闻证据的条件,笼统地将特定情况下采纳传闻证据的权力赋予了法官,从而极大地提高了法官采纳传闻证据的可能性。

综上所述,封闭型自由裁量权与开放型自由裁量权相比,具有以下几个方面的特征。

第一,法官在行使封闭型自由裁量权时,主要任务在于寻找立法的本意,这就意味着法官只是在解释法律而不是在创设新的规则。在解释的过程中,法官主要使用逻辑分析的方法,力求维护规则内容的确定性和体系的完整性。当然,作为人的一种思维活动,解释结果必然会受到诸如经验、信仰、情感等因素的影响。但法官在行使封闭型裁量权时应当将追求法律的确定性、可预见性作为自己的首要任务,法官的价值判断必须受到限制。

第二,由于价值判断受到限制,所以封闭型自由裁量权有效地恢复和维护了法律的形式合理性,法律规范的确定性和可预见性得到了充分的体现。法律作为调整社会关系的行为规范,确定性是其不可或缺的特征。但是,在法律实现的过程中,司法人员的主观因素必然会对法律的运行结果

[22] 前引〔8〕,何家弘等主编书,第163页。

[23] 《德意志联邦共和国民事诉讼法》,谢怀栻译,中国法制出版社2001年版,第94页。

[24] 前引〔9〕,何家弘等主编书,第849页。

产生影响,并由此产生了应然法与实然法之间的矛盾。封闭型自由裁量权的存在澄清了法律中的模糊概念,消除了法律的不确定因素,从而恢复了事实认定规范的形式理性特征。

第三,价值评价的因素被剔除后,法官行使封闭型自由裁量权的目的就在于对事实认定或法律适用作出“唯一正确”的决定。因此,上级法院对于封闭型自由裁量权的监督就不仅限于形式方面的审查,而且必然涉及对判决结果的实质性审查。审查的范围扩大了,审查的严格程度也随之加强。

第四,作为自由裁量权的一种具体类型,封闭型自由裁量权的正当化途径同样离不开严格的程序性要求以及判决理由的公开制度,但是与开放型自由裁量权相比,在行使封闭型裁量权时,法官对裁决结果的论证主要使用形式推理而不是实质推理的方法。二者的主要区别在于,形式推理是一种形式逻辑思维,要求推理结果具有确定性、稳定性和可预测性;实质推理是非形式逻辑思维,要根据一定的价值观作出判断,具有一定的灵活性。<sup>〔25〕</sup>

由上可见,开放型裁量与封闭型裁量具有不同的特征和价值。封闭型裁量使法律的确定性、体系的完整性和形式合理性得以恢复。开放型裁量则在于实现法律的实质合理性,使法律得以不断地进步和发展,也使法官的事实认定不再是一个封闭的认识过程,而成为一个开放的评价体系。

### 三、不同类型的自由裁量权对证据制度的价值与意义

#### (一) 封闭型裁量权与证据制度的认识功能

证据制度自产生以来,认识功能一直被视为其首要功能。如何设置科学严谨的证明程序并通过证据规则排除可能导致错误认识的证据,成为各国证据法学者普遍关注的问题。为了提高认识结果的精确程度,各国证据制度均将“事实认定”与“法律适用”的区分作为其重要内容。

法律适用的过程以实现立法者的意图为要旨。然而由于法律的滞后性以及语言的模糊性等多种原因,立法者的原意往往隐晦于法律条文中,司法者的任务即在于发现、解读法律的原意并将其适用于现实的事件中。在这一过程中,逻辑的作用受到抑制,某些非理性因素不可避免地发挥着作用。正如卡多佐所言:“历史或者习惯、社会效用或某些逼人的社会情感,有时甚至是对渗透在我们法律中的精神的半直觉性领悟,必定要来援救焦虑不安的法官,并告诉他向何方前进。”<sup>〔26〕</sup>虽然在如何避免或减少法律适用的不确定性方面许多学者作了有益的探索,但是现有的研究成果尚无法解决这一问题。相反,越来越多的研究者不得不承认,法律解释过程中的主观因素是必然会存在的,所以我们最好学会和它“友好相处”。

与法律的适用过程不同,事实认定以精确性为首要任务。在绝大多数立法或司法者的眼中,事实认定是一个“认识”而非“评价”的过程。两者的区别即在于“认识”以客观性为特征,追求认识结果的“真”,为了实现“真”就必须剔除认识主体对客体的主观价值评价。而“评价”却不能把主体的需要与价值观念排除在外。如果说法律的解释与适用过程更倾向于一个“评价”的过程,那么事实的认定过程则被视为一个纯粹的“认识”过程,这一过程只有在理性的指引下才能实现结果的精确性。

但是,事实认定过程中理性的统治地位却经常受到非理性因素的侵袭。认识主体的心理因素、判断、鉴别能力等因素都会对认识结果的精确性与确定性产生影响。同样的证据,仅仅由于审理者在主观方面的差异,就可能产生不同的事实认定结果。由此可见,即使在事实认定的领域,法官的自由裁量权仍然不可避免地存在着,司法证明的确定性受到了挑战。证据制度欲在此领域有所作

〔25〕 参见沈宗灵:《法理学》,北京大学出版社2000年版,第447页。

〔26〕 [美] 本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第22页。

为,就必须认真对待法官的自由裁量权。通过为法官提供备选方案、提供决策原则或依据的方式,证据制度介入到自由裁量权行使的过程中,将这一权力的行使界定在有限的范围内,同时通过比较严格的程序及形式要求提高裁量权行使的可视化程度,最终达到恢复司法证明的确定性目的。

## (二) 开放型裁量与证据制度的协调功能

提高认识结果的精确程度是证据法发展的最初动力。然而,随着社会的发展与制度的变迁,证据法的功能日趋复杂化。虽然我们都承认,司法证明作为一种特殊的认识活动,以实现认识结果的确定性为首要目标,但是,事实认定的确定性与诉讼法追求的其他价值之间却不总是协调一致的。以公正与效率的关系为例,在一般情况下,严谨的证明程序有利于形成正确的认识,但是却要支付更高的司法成本。风行世界各地的简化诉讼程序的趋势虽然降低了司法证明的成本,却被怀疑是否有利于实现司法证明结果的公正。对于公正与效率关系的协调,两大法系国家采取了不同的策略。英美法系国家的证据收集与提供由当事人负责并最终被律师掌控,为了增加胜诉筹码,律师总是竭尽全力收集一切证据,哪怕其价值极其微弱。以当事人主义为基础的证明程序虽然有利于真相的发现,但是往往要支付高额的诉讼成本。为了解决这一矛盾,美国联邦证据规则第402条规定,有关联性的证据可采纳,无关联性的证据不可采纳。其中有关联性证据指具有下述盖然性的证据:任何一项对诉讼裁判结果有影响的事实存在时,有此证据比缺乏此证据时更为可能或更无可能。同时该规则第403条规定,法官可以证据易导致偏见、混淆、浪费时间为由排除证据。<sup>[27]</sup>美国学者波斯纳认为上述规定确认了证据可采性的一个明确的成本——效益方式,具有重要的经济学意义,它可以在保障司法公正的前提下抑制当事人过度投资于无意义的证据收集的冲动,并进而有效平衡了公正与效率之间的关系。<sup>[28]</sup>在大陆法系国家,法官在收集证据过程中拥有更多的权力,因此法官能够比较好地控制证据收集方面的成本投入。在民事诉讼中,当收集到的证据所形成的证据体系可以盖然性地证明某一方的主张时,法官就会停止收集有利于这一方当事人的证据。这样可以减少由于过度的证据收集所造成的司法资源的浪费。并且,法官也比当事人更容易预见到哪些证据与证据能力规范的要求不符,从而可以大大增加证据收集的针对性,减少不必要的成本支出,这一切都使证据收集行为本身更加高效。但是,由于法官缺少收集证据的利益激励,因而从理论上讲,不会像当事人那样竭尽全力,这使人们对法官收集证据的质量及凭借这些证据作出的事实认定的质量有所怀疑。所以,大陆法系国家各国基本上都采用三审制,以保证事实认定的公正性。不同的公正与效率的平衡模式背后,起决定性作用的是特定国家的法律传统与司法制度的现实状况。因此,很难对不同模式的优劣作出概括性评价,一般而言,适合的就是最好的。

更为主要的是,全球范围内“福利国家”的出现也使得证据制度的认识功能被弱化,证据制度的协调功能日益受到重视。从政治经济学的角度看,“福利国家”是一种国家形态,它的主要特征是强化现代国家的社会功能,这些国家通过立法及行政和经济政策干预私有制经济、改善贫困者的社会处境,为公民提供广泛的社会保障,维护社会平等。<sup>[29]</sup>福利国家的出现促进了司法推理从形式性推理或规范实施型推理向政策实施型推理或目的性推理的转变,这一转变被学者们称为法律的“实质化”倾向。按照昂格尔的理解,当仅仅乞灵于规则,并从规则推导出结论被认为足以进行每一个权威的法律选择时,法律推理就是形式主义的。当如何适用规则依赖于如何才能有效地促进规则所要达到的目的时,这种推理就是目的性的,即实质性的。<sup>[30]</sup>在政策实施型推理中,事实真相的意义远不及它在形式性推理中的意义重大。因为后者以严格地在现实生活中重现法律为目的,所

[27] 前引[9],何家弘等主编书,第598页。

[28] 参见[美]理查德·A·波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昉译,中国法制出版社2001年版,第123页。

[29] 参见顾俊礼主编:《福利国家论析》,经济管理出版社2002年版,第68页。

[30] 参见[美]R·M·昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第187页。

以必须在事实与法律之间形成准确的一一对应关系。而在政策实施型推理过程中，作为裁决依据的往往不是具有高度确定性的规范，而是相对灵活和可变的“政策”或“价值观”，所以，事实的意义被淡化，事实审理者所关心的并不是过去究竟发生了什么，而是过去发生的事实对今天的社会将会产生怎样的影响。因此，在福利国家的背景下，在越来越多案件中裁判者的主要任务是笼统地对当事人的行为是否“合适”或“恰当”作出个案性的判断，这使得追求真相的取向被弱化，证据法的认识功能也受到抑制。即使在一些尚无法用“福利国家”描述的国家中，司法证明的实质化趋势同样明显。以我国为例，“能调则调、当判则判”、“案结事了”等司法政策的提出也体现了纠纷解决的政策性，同样带有明显的实质化色彩。

总之，司法推理的“实质化”趋势使得民事案件的处理不再是一个纯粹的认定事实并适用法律的决策过程，而是一个为了实现特定社会政策的交涉过程，通过交涉协调各种价值的关系，实现事实认定结果的精确性与各种诉讼内、外价值的和谐统一。这无疑为当代证据制度提出了一个更复杂且艰巨的历史使命。这一使命可以概括为，在维系司法证明的确定性的基础上，调和司法证明的公正与效率、确定性与灵活性的关系。在这一领域，开放型裁量权的存在发挥着至关重要的作用，它使证据法成为一个开放的、可以不断发展的法律体系，使司法证明活动成为沟通立法者意图与社会现实需求的桥梁与纽带。

#### 四、自由裁量权与两大法系国家的证据制度

许多学者在描述两大法系国家的证据制度的特征时，习惯于笼统地认为，大陆法系国家是以自由心证为特征的，法官在证据的采纳、排除以及证据力的评价方面享有广泛的自由裁量权。相反，英美法系国家的证据制度则比较严格，法官要更多地服从于规则。但是，笔者认为，这样的比较是不准确的，自由心证作为对法定证据制度的直接否定，普遍适用于对两大法系国家证据制度的描述，英美法系国家的证据制度也是以自由心证为特征的，而大陆法系国家法官在诉讼中的证明活动也要受到来自于程序性规则的规范，这些规则同样会对证据的采纳产生影响。因此，两大法系国家证据制度的特征不能通过“自由心证”的标签加以区别。

笔者认为，两大法系国家在证据制度上的主要区别表现为，二者在处理开放型裁量与封闭型裁量的关系时，采用了不同的思路。

司法证明发展到理性阶段以后，证据制度可以分为裁量型与规范型两种基本类型。裁量型证据制度的基本特征在于，法律对司法证明活动只作原则性规定，证据的使用、采纳以及司法证明的过程较少受到证据规则或诉讼程序的制约，诉讼中的事实认定主要依靠法官的智慧。这种类型的证据制度主要存在于自由心证制度发展的早期阶段以及当今某些法制不健全的国家。规范型的证据制度是当今各国证据制度的主要形态，它的主要特征是国家通过单独的立法或通过程序法的相关规定对证据采纳、排除以及当事人在诉讼中的证明活动作出具体、明确的规定，证据在诉讼中的使用应当受制于这些规则，法官不能任意改变或放弃规则，规范型的证据制度是司法证明发展到较高阶段的产物。按照上述分类方法，历史上曾经出现的法定证据制度以及当今两大法系国家的证据制度基本上都属于规范型。将英美法系国家的证据制度纳入此种类型下应当会得到多数学者的赞同，但是将大陆法系国家也划入此范围之内则可能受到质疑。因为学界通常的观点是，大陆法系国家由于没有单独的证据立法，所以法官在采纳或排除证据时很少受到既定规则的制约。但是，笔者认为，有无单独的证据立法并不是评价一个国家的法官在处理证据问题上是否或在多大程度上遵循规则的标准。大陆法系国家没有单独的证据立法，但不能因此认为在这些国家不存在证据规则，只不过大陆法系各国更强调通过对诉讼程序的规范和设计来制约法官采纳或排除证据的权力。这些程序规则对证据的使用起着至关重要的指示作用，甚至可以说，它们就是大陆法系国家证据制度的脊梁。比

如,在大陆法系国家,与证据的使用密切相关的程序规则有非法证据排除规则、直接言词原则、辩论原则和举证时限制度等。基于此,笔者认为,在大陆法系国家诉讼证明同样要受制于规则,不同之处仅在于,这些规则是以动态的程序性语言表达的,而不是专门针对证据的静态规则。

同属于规范型的证据制度,不同的国家或不同的历史时期,立法者对自由裁量权的不同态度以及在设计自由裁量权时,不同类型的自由裁量权所占的比重变化,都可能导致证据制度表现形态的进一步分化。

在欧洲中世纪的法定证据制度中,法官在使用证据方面的自由裁量权是不被承认的。法官在司法过程中的作用仅限于对现有规则的机械适用。当然从理论上说,在法定证据制度下,客观上法官仍有自由裁量的空间,但是当时占统治地位的观点认为,法官行使司法权的目的在于维护法律体系在逻辑上的完整性和严密性,因为“法官是立法者的喉舌,他不过是在重复法律的语言”。<sup>[31]</sup>

在英美法系国家证据制度发展的早期阶段,证据规则纷繁复杂,许多判例之间存在明显的矛盾,法官在适用这些规则时必须仔细甄别并作出选择。此阶段英美法系国家证据制度中的自由裁量权是以封闭型的裁量为主,法官行使裁量权的主要任务就在于恢复证据规则的有序状态。

在证据制度发展到成文法阶段,英美法系国家证据规则的系统性大大加强,立法对法官采纳和排除证据作了比较严格的限制,此点与法定证据制度有相似之处,但是二者有本质区别。在英美法系国家,法官在司法证明方面的自由裁量权是被立法明确认可并尊重的,这大大缓和了证据规则的严苛性。更重要的是,在当今英美法系国家的证据制度中,开放型自由裁量权占据了重要的地位,这对于维护法律价值的和谐、促进证据制度的健康发展具有重要的意义。

大陆法系国家主要依靠程序规则形成证据制度,法律承认法官在司法过程中享有一定程度的裁量权,但是这种裁量权主要是以封闭的形态存在的,法官在事实认定过程中的能动性表现得不明显。立法中关于开放型裁量的规定不多,特别是缺少利益平衡型裁量。这与大陆法系国家在历史上一贯重视立法在逻辑和体系上的严谨性这一法律传统有关。

笔者认为,在对司法证明加以规范方面,大陆法系与英美法系本质的区别在于,英美法系国家以开放型自由裁量权为其证据制度的标志性特征,而大陆法系国家在赋予法官自由裁量权时则以封闭型裁量为主。两大法系证据制度形成了鲜明的对比:英美法系国家的证据立法以开放的体系追求诉讼证明的和谐,大陆法系则是以一种保守的姿态维护立法在逻辑上的严谨。

两大法系国家在自由裁量权方面出现差异的原因可以从政治体制、法院结构和历史传统等方面加以分析。<sup>[32]</sup>也就是说,差异的产生不是偶然的,而是有其必然性。但是,值得强调的是,我们不能绝对地说在大陆法系国家开放性裁量完全没有存在的可能。制度的发展和变迁恰恰证明了一向以保守著称的大陆法系国家在法官自由裁量权这个敏感问题上正发生着微妙的变化。典型的例子就是意大利民法典第2698条的规定,当举证责任倒置或加重举证责任的约款涉及双方不能处分的权利,或者导致一方当事人行使权利极度困难时,该约款无效。<sup>[33]</sup>这一规定实际赋予了法官在分配举证责任方面的开放型裁量权。

总之,在当今世界范围内,自由裁量权正在被越来越多的立法所接受,一些学者将这一变化称为“对形式主义的反叛”,并认为产生这一变化的原因在于现代福利社会中法律和政府作用的急剧转变。<sup>[34]</sup>无论怎样,这一变化告诉我们,政治体制、法治传统等因素对自由裁量权的影响不是绝对的,这对自由裁量权在我国证据制度中的确立和完善具有非常重要的意义。

[31] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第163页。

[32] 参见[意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕、王奕译,清华大学出版社2005年版,第63页以下。

[33] 《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第720页。

[34] 前引[32],莫诺书,第11页以下。

## 五、我国的证据制度及法官的自由裁量权

我国证据制度正处于发展过程中，应当按照何种思路完善我国的证据制度，特别是应当如何处理证据制度中法定与裁量的关系，是当前必须认真思考的问题。对此，笔者认为，我国的证据制度没有经历过充分的积淀和发展，无论是理论研究还是实践经验的积累都明显不足。因此对于我们而言，一部汲取各国立法先进经验、体系完整、逻辑严谨的证据立法是必需的。但是，在制定严密证据规则的同时，必须为法官的自由裁量权留有必要的空间，以此缓和证据制度的严苛性，并使证据立法成为一个可以自我发展、自我完善的开放体系。否则，证据制度就必然会因缺少灵活性而陷入僵化。我国的证据立法应致力于以开放的体系追求立法在逻辑上的严谨性。不仅应当明确赋予法官在事实认定过程中的自由裁量权，而且应当使开放型裁量权在证据制度中占有一席之地。为此，还应做以下努力。

首先，应当协调好立法的确定性与法官自由裁量权之间的关系，重视证据法的协调功能。毫无疑问，我国证据制度的发展应当充分借鉴其他国家立法的经验，注意立法语言、概念的严谨性，在语言上力求精练，尽量不使用晦涩难懂的概念和术语，以避免立法与大众的疏离，同时也应当注意不能使立法成为一个固步自封的体系，而是应当追求逻辑性与开放性的统一，赋予法官在事实认定方面的自由裁量权。我国目前的证据制度在这方面尚有需要改进之处。

一方面，证据制度在处理开放型裁量与封闭型裁量之间的关系时，明显倚重于封闭型裁量，没有为开放型裁量留下必要的空间，这使得我国证据制度的协调功能明显不足，并进一步导致我国的证据制度与其他社会制度或法律制度追求的价值观难以融合。比如，当某一证据的采纳将导致诉讼的拖延或司法资源的过度浪费或给社会价值观造成误导时，法官却没有权力排除这样的证据。再比如，由于忽视了法治的社会基础和伦理基础，证人作证的义务在任何情况下都无法被免除，而如果允许法官根据个案的情况在证人作证给司法证明带来的利益与给社会关系造成的不当影响之间进行权衡，在特定情况下豁免证人的作证义务，则不仅有利于实现各种社会关系的和谐发展，而且有利于实现司法的人性化，协调诉讼所追求的公正价值与社会伦理之间的关系。

另一方面，在开放型裁量方面，明显缺乏利益衡量型自由裁量权的规定。事实上，通过开放型裁量权特别是利益平衡型裁量权的规定，可以帮助我们更好地解决证据制度中的某些具体问题。比如，在对待民事诉讼的非法证据的问题上，英美法系国家普遍采用了利益衡量的方法。在英国的民事诉讼中，在决定非法取得的证据的可采性时，由法官根据实际情况，综合考虑证据的性质、使用该证据的目的、取得该证据的方式、采纳该证据是否会对被取证方造成不公正以及该证据的采纳是否会对法院查明事实作出公正的判决有所帮助等方面的因素作出裁决。<sup>[35]</sup> 美国对待普通公民通过违法手段取得的证据也并不绝对禁止，除非该证据的取得方式使证据的可靠性受到影响。<sup>[36]</sup> 在同一问题上，我国《证据规定》第68条规定，以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。该规定使用了“合法权益”和“法律禁止性规定”两个有待进一步界定的法律用语，属于典型的封闭型裁量权的立法例。但是，在遇到诸如离婚案件的一方当事人私自调取的音像证据的可采性问题时，对方当事人往往以该证据侵犯了其隐私权为由主张排除。如果严格从概念上分析，隐私权确属“合法权益”的范围，但是，法官如果在此种情况下

[35] 该原则体现在1963年的Duke of Argyll v. Duchess of Argyll案中。审理该案的法官认为：“这里没有绝对的规则，应当根据每个案件的特定情况决定是否采纳某一用非法手段取得的证据，这些应当考虑的具体情况包括：相关证据的性质、使用该证据的目的、取得该证据的方式、采纳该证据是否会对被取证方造成不公正以及该证据的采纳是否会对法院查明事实作出公正的判决有所帮助。”

[36] 参见周叔厚：《证据法论》，台湾三民书局股份有限公司1995年版，第883页以下。

一律排除这样的证据则很可能造成对取证方明显不公的结果。显然，英美法系国家以赋予法官利益平衡型自由裁量权的方法解决这一问题具有更明显的合理性。

其次，应当加强诉讼程序的可参与性，使当事人有机会对法官行使自由裁量权的结果施加影响。富乐曾指出，“使审判程序区别于其他秩序形成原理的内在特征在于承认审判所做决定将对之产生直接影响的人能够通过一种特殊的形式参加审判，即承认他们为了得到对自己有利的决定而提出证据进行理性的说服和辩论。”<sup>〔37〕</sup>程序的参与性是自由裁量权正当化的重要方式。对此我国民事证据制度应从两个方面加以改进。一方面，应当切实落实和保障当事人及其律师的取证权，为当事人参与诉讼程序提供方便和可能。另一方面，应当规范当事人与法官之间的信息沟通方式，当事人对法官的自由裁量结果施加影响必须通过规范的诉讼程序实现。比如，应使庭审成为法官认定案件事实的主要场所，减少法官在庭下与当事人的非正式交流。同时应当在民事诉讼中规定辩论原则，使法官对于案件事实的认定限于当事人主张的范围。

再次，我们没有西方经数百年发展而形成的高度同质化的知识共同体，属于法官职业共同体的统一的知识体系和价值观尚未形成。在这种情况下，开放型裁量极易导致司法不统一的现象。因此，对法官进行职业化所必须的专业、技术和价值观的教化，是自由裁量权（特别是开放型裁量）健康发展的必备条件。其中对法官道德修养的培养尤为重要。史尚宽先生曾言：“虽有完美的保障审判独立之制度，有彻底的法学之研究，然若受外界之引诱，物欲之蒙蔽，舞文弄墨，拘私枉法，则反而以其法学知识为其作奸犯科之工具，有如为虎附翼，助封为虐，是以法学修养虽为切要，而品格修养尤为重要。”<sup>〔38〕</sup>法官职业道德的提高显然有助于抑制自由裁量权行使过程中的个性化因素。

最后，应当对自由裁量权的行使进行必要的监督和控制。在赋予法官自由裁量权的同时必须对该权力的行使加以监督，否则绝对的权力必然导致腐败。对于自由裁量权的监督必须根据不同类型的裁量权制定不同的监督策略。对于开放型裁量权的监督应当侧重于对裁量权行使的程序进行审查，至于裁决的结果，只要没有明显违反法律基本原则，就不应当予以撤销。因为法官在行使开放型裁量权时，不可避免地要进行价值判断，不同法官的价值判断结果有可能存在差异，只要这一差异没有对法律的基本价值造成损害，就应当承认其正当性，上级法院不能随意否定。对于封闭型的自由裁量权，则应当从形式与实质两个方面加以监督，因为法官行使封闭型自由裁量权的目的在于维护法律的统一性和确定性，这就决定了司法人员必须对法律作出精确的解释，不能偏离立法者的原意，并始终将维护司法的统一作为自己的首要目标，由此决定了对该自由裁量权的监督必然是全面和严格的。

〔37〕 [日] 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第256页。

〔38〕 史尚宽：《宪法论丛》，台湾荣泰印书馆1973年版，第335页。