

论作为司法能动性之核心的法官自由裁量权

——以最高人民法院《民事证据规定》为中心

张 榕¹,陈朝阳²

(1. 厦门大学 法学院,福建 厦门 361005;2. 厦门市中级人民法院,福建 厦门 361012)

摘 要: 司法能动性之核心在于法官的自由裁量权。而法官自由裁量权的制度安排往往通过证据制度来体现。因此,对作为民事诉讼制度核心内容的证据制度的研究,可以展示司法能动性的特点。最高人民法院《民事证据规定》从多角度明确肯定了法官在举证责任分配、证据的审查判断等方面的自由裁量权。司法能动性的特征与司法被动性的特征并存而且统一于整个民事诉讼过程。司法能动性必将推动社会经济的变革和法律文明的进程。

关键词: 司法能动性;民事证据;自由裁量权

中图分类号: DF72 **文献标识码:** A **文章编号:** 100223933(2005)0420090206

Discussion on Discretion which is the Core of Justice Positivity

——Focus on The Provision of Civil Evidence which is formulated by the Supreme Court

ZHANG Rong¹,CHEN Zhao2yang²

(1. Law School, Xiamen University, Xiamen 361005; 2. Intermediate People's Court of Xiamen City, Xiamen 361012 China)

Abstract: The core of justice positivity is the judge's discretion. The discretion is embodied by the system of evidence. So, study on the system of evidence which is the core of civil lawsuit can set out the specialties of justice positivity. The Provision of *Civil Evidence* which is formulated by the Supreme Court affirms the judge's discretion definitely. The specialties of the justice positivity and passivity exist in the whole process of the civil lawsuit. The positivity of justice will surely impel the change of the social economy and the course of the civilization of justice.

Key words: positivity of justice; civil evidence; discretion

一、司法能动性之内涵

毫无疑问,司法的被动性是民事诉讼的基本特征。所谓“司法权的被动性指司法权自启动开始的整个运动过程中只能根据当事人的申请包括申请行为和申请内容进行裁判,而不能主动启动司法程序或擅自变更当事人的诉请内容”^[1]。它是司法活动区别于经常带有主动性的行政活动的重要特征之一。或许是由于我们给予其较多的关注,导致对于问题的另一方面——司法能动性研究的缺失。当前,我国法学界尚未有人提出司法能动性的概念,并对其进行科学系统的理论阐释,更没有直面既生动又丰富的审判实践已经展现出的一幅幅壮丽的司法能动性画卷进而提出司法权的另一重要特征——司法权的能动性。其实,司法能动性存在于每一个诉讼过程,具有事物的普遍性,它与司

法的被动性特征并存而且统一于整个民事诉讼过程。

所谓司法权的能动性就是一种司法哲学观,是法官在司法过程中采取的一种灵活方法,秉承一定的法律价值,遵循一定法律规则,创造性地适用法律,理性地作出判断,从而不断地推动社会政治、经济、法律、文化等的变革和发展。司法能动性是对司法的本本主义、教条主义的批判。司法实践中,其主要表现在两个层次,一个是微观上,法官在个案中依照自由裁量权能动地评判证据,正确地认定事实,能动地适用法律;一个是宏观上,最高人民法院在具体适用法律过程中,能动地发挥司法解释的功能,如通过一些个案批复,对社会生活产生积极的深刻的影响。可以说,近年来最高人民法院的司法解释,在一定意义上弥补了法律的空白,成为立法的重要补充和发展。当然,作为普通法系传统下

收稿日期:2004211222

作者简介:张 榕(19642),女,福建大田人,厦门大学法学院副教授,研究方向:民事诉讼法学、证据学;

陈朝阳(19702),男,福建南安人,厦门市中级人民法院研究室副主任,研究方向:诉讼法学、证据学。

的“法官造法”现象事实上存在于大陆法系影响下中国司法审判实践的问题已经引起学界的研究兴趣^[2]。如2001年6月28日最高人民法院审判委员会通过的法释[2001]25号《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》,明确了保护公民“依据宪法规定所享有的受教育的基本权利”,尽管对该司法解释有不同的看法,但其意义是不可否认的,首先,“开创了法院保护公民依照宪法规定享有的基本权利之先河”;其次,“创造了宪法司法化”的先例;再次,“首次正式提出以民法方法保护公民在宪法上的基本权利”^[3]。类似的司法解释无不闪烁着司法能动性的光芒。殊不知在司法实践中,法官遇到此类案件,往往以“缺乏法律依据”为由予以驳回。

随着社会主义市场经济的建立和发展,依法治国进程的推进,立法机关的立法任务十分的繁重,但纠纷必须得到解决。为了适应审判实践的需要,最高人民法院没有消极等待立法机关立法,发布了大量的司法解释,尽管被学者怀疑超出了其应有的权限,但是其积极的主观能动性的司法理念值得肯定。最高人民法院审判委员会于2001年12月6日通过的《民事证据规定》,是我国第一部比较系统地就民事诉讼证据问题作出的司法解释。该司法解释以“规定”的形式创造性地确认了法官对民事证据的自由裁量权若干规则,充分发挥了司法能动性的功能作用。

二、司法能动性的核心在于法官自由裁量权

我们已在上文提出司法能动性主要表现在微观和宏观两个方面,但是大量的经常性地体现司法能动性特点的却在于个案的审理当中,而不是在于司法解释层面上。所以在这个意义上说,司法能动性的核心在于法官断案的自由裁量权。法官的自由裁量权贯穿于司法的全过程,既包括法官认定事实及作出决定中的自由裁量权,也包括适用法律中的自由裁量权^[4]。而法官自由裁量权的制度安排在民事诉讼中,往往集中但不仅仅表现为民事诉讼证据制度中的法官自由心证原则。正如有的学者指出,“在证据证明力的判断上,审判中有太多的难题,立法既定的规则是无能为力的,恰因如此,证据证明力的判断也成为了诉讼中最能体现人的智慧的阶段。司法过程中,直接面对事实的证明力判断活动给人的主观能动性的发挥留出了空间。没有自由心证,审判工作就几乎完全失去了基础”^[5]。《民事证据规定》明确和细化了举证责任分配、法院调查取证、举证时限、证明标准、非法证据判断等证据规则,从多角度明确肯定了法官在举证责任分配、证据的审查判断等方面的自由裁量权。因此,对最高人民法院《民事证据规定》中司法能动性的研究彰显出其特别重要的意义。

(一)法官自由裁量权在《民事证据规定》中理性的规范规则

关于法治是否排斥法官自由裁量权,长期以来一直是西方法学中争论最激烈的问题之一,并且存在着截然不同的观点。在19世纪末20世纪初盛行于德国的概念法学认为法典万能和立法万能,排斥司法自由裁量权;而20世纪

同样产生于德国的自由法运动则主张广泛的自由裁量权,强调审判过程中的直觉因素和情感因素,要求法官根据正义和衡平去发现法律。但是,正如庞德所指出,法律的历史表明人们始终是在推崇广泛的自由裁量权和坚持严苛详尽的规则之间来回摆动^[6]。严格执法与司法过程中的自由裁量历来是并行不悖的。我国近20多年来在立法上取得了令世界瞩目的成绩,但法律规范抽象、过于原则、可操作性差仍是其重要的特点,即便是最高人民法院的司法解释也不可能完全弥补立法的不足。正如柏拉图所说:“法律绝不可能发布一种既约束所有人同时又对每个人都真正最有利的命令。法律在任何时候都不能完全准确地给社会的每个成员作出何谓善德、何谓正确的规定。人类个性的差异,人类事务无休止的变化,使得无论是什么艺术在任何时候都不可能制定出可以绝对适用于所有问题的规则”^[7]。长期以来,虽然我国一直不愿意正视法官的自由裁量权问题,但是司法过程中的法官自由裁量权却是大量客观存在的,对此,《民事证据规定》以一种十分现实的理性态度以规范的形式肯定了民事诉讼证据中法官的自由裁量规则。

1.《民事证据规定》第7条规定:“在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”该条明确了法官在举证责任分配中缺乏法律具体规定时的自由裁量规则。由于法律规范自身的静止性与其所调整的社会经济生活的动态性之间冲突,必然产生了法律的盲区。在举证责任的分配上也一样,法律难以穷尽规定,这就给法官的自由裁量权提供了制度的空间。举证责任的负担直接影响和改变当事人对实体权利与义务的享有与承担,法官如何行使自由裁量权呢?该条司法解释提出一个规则:“根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定”举证责任的分配。举证责任分配的自由裁量权不仅获得法律的公开认可,并且得到合理的控制,其结果便是法官的司法能动性得到人们正常的期待——司法的公正,而不是可怕的主观恣意。

2.《民事证据规定》第17条第3款规定:“当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料”,可以申请人民法院调查收集证据。我国的法制发展仍处于起步阶段,当事人及诉讼代理人在调查取证时被拒绝或受阻碍的现象时有发生,而证明案件事实的必要证据如果无法取得,就会影响当事人正当民事权益的实现。但是,如何界定“客观原因”,必须由法官根据案件的特定的时空条件、当事人举证的障碍情形等因素综合判断以作出决定。法律赋予法官在个案中发挥的主观能动性更加符合实际。

3.《民事证据规定》第64条规定:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”该规定可以说是有中国特色的自由心证制度。它既强调法官审查判断证据应当遵循法定程序、依据法律的规定,

也强调法官依据法官职业道德和逻辑推理及日常生活经验对证据进行独立的判断,并公开判断的理由和结果^[8]。司法解释以巧妙的表达方式,比较完整地揭示了自由心证的几个有机联系的要素,吸收了诉讼法学的理论研究成果。

4.《民事证据规定》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。”该条确立了非法证据的排除规则,但何为“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”,司法解释并没有提供具体的标准,有待于实践中法官司法能动性权能的展示与选择。法官必须根据当事人的举证能力,并权衡不同诉讼利益的冲突作出合理的裁量。

5.《民事证据规定》第73条规定:“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认。”该条是关于证明标准的规定。由于历史的原因,我国在司法审判中一直遵循“客观真实”的证明标准,但人类对客观世界的认识常常受到一定条件的限制,民事诉讼中法官对于发生在过去的每个案件事实的主观认识不可能都绝对地反映案件事实的本来面目。该司法解释要求法官对证据的证明力作出判断,并以证据能够证明的案件事实为依据作出裁判,这一规定实际上明确了法官在评判证据时必须仰赖其主观能动性的智慧的发挥。

(二)法官自由裁量权在《民事证据规定》中理性的适用规则

我们在上文以“静”的层面就《民事证据规定》中法官自由裁量权的五个“理性的规范”规则作了阐述,当然,这些规范并不完全涵盖当中所有有关法官自由裁量权的内容,但它们是其中最为重要的组成部分,贯穿于民事诉讼的举证、质证和认证各个环节。下文以“动”的层面解读法官如何进行“理性的适用”自由裁量权的规则。

1. 关于举证责任分配的自由裁量权规则。

首先,举证责任分配的特殊规则——诚信原则和公平原则的适用。根据我国《民事诉讼法》第64条的规定,举证责任的一般规则为“谁主张,谁举证”。司法解释还规定了在特殊情况下,为了救济特定法律关系中权利人的利益,规定了举证责任倒置制度,将主要的证明事项倒置给被告。在上述的一般规定与特殊规定之外,《民事证据规定》第7条又赋予了法官在法律没有具体规定、依其他司法解释也无法确定举证责任承担时,可以根据公平原则和诚实信用原则,并综合当事人的举证能力等因素来确定举证责任的承担。我们知道,举证责任分配有形式分配标准和实质分配标准之分。形式分配标准是依据法律和司法解释的规定分配举证责任,实质分配标准是由法官根据具体案件的情况,自由裁量举证责任的分配。成文法国家一般以形式分配标准为基础,以实质分配标准为补充。《民事证据规定》考虑到实践中举证责任问题的复杂性,对在特殊情况下存

在不属于法律举证责任倒置,而依照法律和举证责任分配的一般规则又无法确定举证责任承担的情形下,法官应当以公平原则和诚实信用原则作为其分配行为的规则。这无疑是法官享有自由裁量权的依据,对克服成文法局限性有重大的意义。法官适用该规则时必须注意:双方当事人与证据距离的远近,接近证据的难易;从保护弱势群体利益的原则出发,综合、客观地考量当事人的举证能力,做到公正合理地分配举证责任。当事人举证责任的免除边界的判断也是法官主观能动性的运用。“负有举证责任的一方当事人为了支持自己的诉讼主张,必须向法官承担说服责任,只要当事人通过庭审活动中的举证、质证和辩论活动使得法官在心证上形成对该方当事人事实主张更趋采信方面的较大倾斜,那么,该方当事人的举证负担即告卸除——举证责任免除的边际^[9]。举证责任一旦免除,举证责任便发生转换。

其次,举证责任倒置的规则。我国《民事诉讼法》未就举证责任倒置作出规定,最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《适用意见》)第74条首次对举证责任倒置作出了规定,《民事证据规定》进一步细化和完善了举证责任倒置的规定。从理论上说,除法律及司法解释明确规定举证责任倒置的情形外,必须依照“谁主张,谁举证”的原则来确定举证责任的承担。而《民事证据规定》第7条事实上赋予了法官在一定条件下自由裁量举证责任分配的权力,在某些案件中就可能发生举证责任的倒置。我们认为,在适用该司法解释时应该注意:(1)先查明现有法律和司法解释对举证责任的规定,尤其是有关举证责任倒置的法律规范。举证责任倒置应以侵权法中的严格责任为依据,并且是以实现严格责任为最终的目的。严格责任作为过错责任的例外,应由法律作出规定。对此,没有法官自由裁量之余地。(2)法律与司法解释没有规定的,才可以考虑依据《民事证据规定》第7条规定自由裁量举证责任的分配。举证责任分配是基本民事法律制度,属于立法权事项。在目前立法不完善的情况下,法官的司法能动性正好可以填补法律空白,只是应严格遵循正确的适用规则。举证责任的实质是结果责任,其分配决定着不利诉讼结果的归属,其在本质上是“两栖”问题,它横跨民事实体法与民事诉讼法两大领域^[10]。因此,举证责任分配在体现民事程序法和民事实体法二者的价值时,较之纯粹某一个部门法的问题更直接地体现着法律的一般公平理念。按照法律的一般公平理念,法律可以要求主体做的是主体有能力做并应当做的事务,并在主体不能按法律要求做时,在其应当做的事务范围内使其承担不利的后果。举证义务与举证能力统一的情况虽属通常,但不绝对,在主张者缺乏举证能力的情况下,再按照举证责任一般原则确定其举证义务及责任,必然于法律的一般公正理念相悖。这就要求适当调整,由实际具有举证能力者承担举证责任^[11]。因此,《民事证据规定》第4条、第5条、第6条、第7条对特殊案件的举证责任和举证责任的倒置作出特殊的制度安排。应该说,《民事证据规定》作出这样的规定,充分考虑了我国《民

法通则》、《产品质量法》等法律对当事人归责原则的具体规定,同时,也注意到了个案中当事人举证能力、社会大生产背景下的弱者的保护等复杂因素,以及救济特殊类型案件当事人权益的正当性和妥当性。现代各国在立法及司法实践中,对于证明责任倒置的适用除了立法上的明确规定之外,一般都赋予法官享有据情裁量权。法官在适用这一特殊证明责任分配规则时,无不权衡个案的特殊情形所涉及的公平性与客观的必要性^[12]。我国正处于社会转型时期,各种新型法律关系不断涌现,一些享有垄断经营的行业可能会利用其行业优势损害相对方的利益,而处于相对弱势的一方往往陷于举证不能的境地,法律规定又相对粗疏,立法更是滞后,所以,我们认为赋予法官在举证责任分配上的自由裁量权是必要的,同时,为了使法官该项自由裁量权能够在合理的范围内行使,应要求法官在裁判文书中充分说明举证责任分配的理由。这也是近年来司法文书的重要改革内容。

2. 关于法院调查取证的自由裁量规则。现行《民事诉讼法》为了强化当事人举证义务,弱化法院的职权,在第64条规定,当事人对于自己所提出的主张,必须承担举证责任,法院只有在当事人及其代理人因客观原因不能自行收集或法院认为审理案件需要时方可主动调查收集证据。实践中,由于对上述规定理解的偏差,出现了法官过多依职权调查取证的情形。最高人民法院为厘清误区,在其后颁布的《适用意见》第73条及《关于民事经济审判方式改革的若干规定》第3条中,进一步细化了由法院负责调查收集证据的范围,试图解决法院调查取证与当事人举证的关系,但因对法院调查取证上的主动行为与被动行为的范围未作二次分配,使得人们将法院调查取证等同于法院依职权调查取证。《民事证据规定》第15条和第17条完成了法院调查收集证据范围的内部再分配,将依职权调取的范围限定于涉及公益的事项和程序事项,而把当事人因客观原因不能自行调取的证据定位为申请调取,并且设立申请调取的兜底条款,有效地弱化了法院调查权的问题,使举证责任得以真正落实^[13]。

人民法院根据当事人的申请调查收集证据,是对当事人存在客观原因不能自行收集证据的救济手段,而这种客观原因主要是指涉及档案材料和秘密材料的情形^[14]。对此,实际上并无什么争议。关键还在于上述所提及的申请调查取证的兜底条款,即《民事证据规定》第17条第3款的规定“当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料”。对于何为“客观原因”,在实际操作中仍然存在困惑,由于法官的理解不一,各法院掌握的标准也不同,导致当事人及其代理人实际享有的诉讼权利存在差别,并出现不同法院对同一或者类似情形作出不同的处理。但是出现这种差异性,就否定该司法解释兜底条款的观点,实际上是典型的形而上学哲学观。

我们认为,在法院依职权主动调查收集证据的权力已被严格限制的情况下,保留该弹性条款是十分必要的,主要

理由有:(1)我国目前尚不发达的律师代理制度及当事人的经济能力制约了当事人举证责任的承担。发达国家民事诉讼中当事人举证义务之所以能够得到很好的履行,与其发达的律师制度密切相关。其共同的特点就是律师享有调查取证权,其人数都大大超过法官的人数,民事诉讼的律师代理比例高,甚至实行强制律师代理制度,法律援助制度发达^[15]。而我国东西部差别、城乡差别悬殊,律师制度尚不发达,律师人数大大少于法官的人数,民事诉讼律师代理比例低,当事人的经济能力有限,法律援助的惠及面极其狭窄,还会在相当长的时期内影响我国当事人的举证能力。具体而言,在无律师代理的诉讼案件中,当事人一般都比较缺乏收集证据的能力以及按照法律要求提出主张和进行举证的能力。实际上,我们在审理案件中,经常会感觉到自己必须或不得不主动填补案件因无律师代理而形成的证据空白。而《民事证据规定》第17条第3款规定的前提是当事人提出调查取证的申请,第15条关于法院主动调查的情形只有两项,所以法院此时深深陷入尴尬的境界,眼睁睁地失去了实现公正的机会。可见,法律对权力的分配是把双刃剑,一方面对法官的不信任而在程序上过分的制约,另一方面企盼着欠缺程序权力的法官对案件实体作出公正裁决。由此,决定了发挥法官的司法能动性是迫切的。(2)当事人及律师取证手段匮乏且阻力重重。我国《律师法》第31条规定:“律师承办法律事务,经有关单位或者个人同意,可以向他们调查情况。”此规定直接告诉我们,我国律师在事实上并无调查取证权利。同时,政府信息公开化程度很低,政府部门以及其他非利害关系的机构与个人对律师的调查取证工作极少予以配合。即便有律师代理,在许多案件中也很难满足举证的要求^[16]。保留法院对当事人及其代理人在因客观原因无法自行收集证据时给以救济,显然是必要的。至于何为“客观原因”,虽然实务部门希望最高人民法院能够给出更为明确的答案,但由于民事案件的纷繁复杂,在此案中是一个“客观原因”,也许在彼案中就可能不是一个“客观原因”。这只能由法官根据个案的具体情况加以裁量,并不是成文法律都能解决的问题。

3. 关于审查判断证据的自由心证规则。自由心证的核心在于法律对证据的证明力及其取舍并不预先特设规定,由法官运用专业知识以及日常生活经验,通过对证据的审查判断,对案件事实形成内心确信。自由心证既建立在一定客观的基础上,亦离不开法官的主观判断,而在某些情况下,法官的主观能动的判断将起到决定性的作用。概因此,长期以来我国对自由心证制度一直采排斥态度,认为它是建立在唯心主义和不可知论的基础上的^[17]。但与此相映成趣的却是,一方面,我国法律从来不曾肯定过自由心证制度,另一方面,《民事诉讼法》中关于证据的规定非常简单,几乎没有什么具体、可操作性的证据规则来指导法官对证据进行判断和采信。证据判断的过程就是一种自由心证——因为法官是在没有证据规则约束的情况下对证据作出判断^[18]。尽管我国法律并未直接认可法官在证据的审查判断上的自由裁量权,但这种自由裁量权始终是客观存在的。

自由心证作为一项审查判断证据的制度,已为大多数国家法律所认可。事实上,现代的自由心证与传统的自由心证已有质的区别,法官的心证自由并不是绝对的,它包含三个方面的内容:(1)法官具有自由判断证据的职权,其他人无权随意干涉;(2)法官的自由裁量证据的行为受到证据规则的约束;(3)法官必须在裁判文书中表明心证形成的过程。不论是原本强调通过证据规则来规制心证的英美法系国家,或是原本强调心证绝对自由的大陆法系国家,都不约而同地赋予了自由心证的上述内涵。《民事证据规定》第73条正是借鉴现代自由心证制度的生动写照。

尽管自由心证制度得到最高人民法院司法解释的确认,但是在我国的现行条件如何呢?一则,自由心证是否符合“实事求是”审查判断证据的原则?二则,目前我国法官是否有正确心证的能力?三则,我国是否有相应的证据规则来确保心证的客观性?我们认为,自由心证制度的理论基础,现实法律条件都比较成熟。首先,尽管不论是实务界或是学术界似乎都约定俗成地将“实事求是”作为我国民事诉讼审查判断证据的制度,但我国《民事诉讼法》第6章关于证据的规定中并无该项审查判断证据制度的明文规定,只是在第64条第3款中规定:“人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据。”虽然该规定不可避免地带有追求客观真实的烙印,但即便是实行自由心证制度的国家,也要求法官应当依照法定的程序,公正无偏倚地对双方当事人所提交的证据进行审查,并作出判断。例如日本民事诉讼法第247条规定:“法院作出判决时,应当斟酌口头辩论的全部旨意和调查证据的结果,依据自由心证判断对于事实的主张是否应认定为事实。”^[19]可见,我国民事诉讼法所确立的审查判断证据原则并不排斥自由心证。其次,由于法文化传统的影响和司法体制的原因,我国法官的总体素质确尚不如人意,但是全国统一的司法考试严把法院入口关,最高人民法院也已出台法官培训条例,严抓法官继续教育,法官的素质得到应有的改观,为法官的自由心证奠定了基础。与其不承认自由心证却让法官实际享有完全不受制约的心证自由,不如明确赋予法官自由心证的权力并以相应的规则加以约束,使心证建立在一定客观的基础上。事实上,只有给予法官充分的信任,他们分析、判断证据的能力才能在实践中逐步培养起来。再次,我国民事诉讼法缺乏有关证据规则的规定,但司法解释给予了一定的补充,尤其是以《民事证据规定》第73条为核心的司法解释,对法官的心证给予合理的规制,以保证法官正确心证。

4. 关于非法证据的排除规则。我国《民事诉讼法》中并无关于非法证据排除规则的规定,在审判实务中,一般而言,只要证据对案件事实具有证明力,便可以采信,而对采证的形式则无特别的限制。在民事诉讼中首次出现非法证据的概念,源于最高人民法院的一个批复,即1995年3月6日最高人民法院在给河北省高级人民法院的批复(法复[1995]2号文)中答复称:“证据的取得必须合法,只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话,系不合法行为,以这种手段取得的录音资料,不能作为证据使用。”此后,只要是未经对方当事人同意私下录制的录音资料,法官都将其作为非法证据

予以排除。

最高人民法院作出上述批复的积极意义在于,一是强调当事人必须以合法方式收集证据,二是为了使社会上一般人免受私录私拍行为的侵扰,以加强对人权的保障^[20]。但是,该批复在执行的過程中也引起了较大的争议,并带来了一定的负面效应^[21]。它未能较周全地考虑我国市场交易习惯及保护合法权益与当事人取证手段薄弱的平衡问题,对证据的取得方式作了过分严苛的限制,使得实践中难以对口头合同等案件事实加以必要的救济,并给违背诚信原则之人予可乘之机。对此,《民事证据规定》第68条重新界定了民事诉讼中的非法证据,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,不能作为认定案件的事实。”该规定并没有就某一具体取证方式是否合法予以明示,而是为法官在民事诉讼中排除非法证据提供了两种尺度,一种尺度即以是否违反法律禁止性规定为标准,这种规定属于一种客观标准,也是一种硬性标准;另一种尺度是从立法者的角度授予法官就个案据情裁量权,即按照个案的情形以此来定夺是否已实际构成非法侵犯他人合法权益为基准,这种尺度属于一种相对主观的标准,也是一种弹性标准。这种制度的设置是基于立法者的角度,不能概莫能外地预先设定将来有可能在审判实践中会出现的所有纷繁复杂的情形,因为这涉及到法官置身于某一特定个案的场景对于法律精神与司法理念的具体掌握和实际领会^[12]。

显然,《民事证据规定》关于非法证据排除规则中的弹性标准,在审判实务中是有可能造成法官“仁者见仁,智者见智”情况的出现,例如,北大方正集团公司、北京红楼计算机科学技术研究所与北京高术天力科技有限公司、北京高术技术公司侵犯著作权纠纷案中的证据适用就出现了一、二审法院对同一种取证方式的合法性做出了完全相反的认定。但是,从对有民事诉讼非法证据排除法律规定或判例的国家进行考察,例如德国、日本等,我们发现,各国都是将其作为法官自由裁量的范畴^[22]。重要的在于,法官在进行判断时,必须平衡相互冲突的基本法律价值,例如实体公正与程序正义的冲突、目的合法与手段违法的冲突、保护自己合法权益与侵犯他人合法权益的冲突、保护合法权益与维护法律秩序的冲突等,裁量所获取的证据是否是保护更为紧要的诉的利益。

5. 关于证明标准。证明标准是对案件事实证明所要达到的最低要求。如果证据的证明力达到了证明标准,待证事实就得到证明,法官可以据此作出裁判。证明标准与举证责任问题具有密切关系。有争议的法律要件事实的举证责任一旦确定由一方当事人负担后,随之而来的问题是证据必须达到何种程度,事实的真伪不明状态才算被打破,提供证据的负担才能够解除,败诉的危险才不至于从可能转化为现实^[23]。

对于民事诉讼的证明标准,两大法系各国在学理及司法实践中都采盖然性的标准,但在具体表述上存在一定的差异。英美法系国家一般采用“盖然性占优势”标准,而大陆法系国家一般采用“高度盖然性”标准。之所以有上述的区别,与两大法系在诉讼模式上存在的一定差异有直接的关系,相比于大陆法系的法官,英美法系的法官在诉讼中处于更为超然和消极的地位,它是由当事人通过积极地提供

和展示各种证据以实现自己的诉讼主张,而负有证明责任一方当事人为了支持自己的诉讼主张,必须向法官(或陪审员)承担说服责任,只要当事人通过庭审活动中的举证、质证和辩论活动,使得法官在心证上形成对该方当事人事实主张更趋相信上的倾斜,那么,该方当事人的举证负担即告解除。但大陆法系国家在庭审活动中主要是由法官依职权进行证据调查活动,从调查的结果上构建内心确信的基础。在大陆法中,法官对事实的认定并非是完全着眼于双方当事人通过证据来加以攻击和防御,从而使一方以优势的明显效果而使事实真相自动显露出来,而主要由法官对各种证据的调查、庭审活动的开展所直接形成的一种心证,当这种心证在内心深处达到相当高度时,便促使法官对某一案件事实的认定^[12]。

事实上,大多国家在立法上并没有规定绝对的证明标准,相反而是一种相对证明标准的指导。这种证明标准的立法技术与各国在证据的审查判断上多采自由心证制度是相关联的。对此,有学者认为,立法上并不对民事案件所适用的证明标准设定相关条文,由此便引发出这样的问题,即在众多纷纭的案件中,某一特定证据的证明效力如何,由不尽相同的标准加以衡量,而不拘束于某一固定的标准规则。这是因为,一个国家的各级法院对证据的取舍、评判享有广泛的自由裁量权,从而使该问题在实际上显得并不重要^[24]。作为一种法律制度,证明标准具体尺度的确定有时也是价值选择的产物,针对证明对象社会价值的不同,法官在具体案件中可能会选择证明尺度高低不同的证明标准。例如,1966年,美国最高法院在一起驱逐出境案件中,确立了一项新的证明标准,即明确可信的证明(proof by clear and convincing evidence)。一般认为,该证明标准比优势证据的要求更高,但又低于排除合理怀疑的证明标准(刑事案件的证明标准)。对此,美国联邦最高法院阐述了以下立场:“由于该案涉及到公民的基本权利的严重剥夺,并会给相关公民的生活造成立竿见影的障碍,如果仅适用较低的盖然性优势标准,则显得有失法律的严肃性,并显得轻率,故而应当适用新的证明标准。”^[25]

我国《民事证据规定》第75条所确立的民事诉讼的证明标准与大陆法系所确立的证明标准比较接近,即“一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力”,要求必须达到较高度度的“盖然性”,当法官通过证据对案件事实的心证已达到较高的程度时,可以对案件事实作出

认定。我们认为我国可以建立以“法律真实”为目标的多元化的民事诉讼证明标准,民事诉讼的证明标准以“盖然性占优势”为主,以在一些特殊案件实行“高度盖然性”为辅;民事诉讼的证明标准比刑事诉讼的证明标准低;同一案件中不同的事实可以有不同的证明标准^[26]。该证明标准与我国当前的司法条件是相吻合的。当然,法官的心证程度是无法绝对加以量化的,民事诉讼当事人所举的证据是否达到相应的证明标准则完全仰赖于法官的自由裁量权。

三、结论

在民事诉讼中,从举证、质证、到认证,作为司法能动性核心的法官自由裁量权都无所不在,贯彻始终,其与司法被动性特征并存而且统一于整个民事诉讼过程。虽然我国法律未能直面法官的自由裁量权,但它在司法实践中的客观存在催生了《民事证据规定》的出台。《民事证据规定》首次以最务实的态度从多角度肯定了法官在民事诉讼证据上的自由裁量权,必将对民事司法制度产生极其深远的影响。作为司法能动性核心的法官自由裁量权,将对当事人的诉讼权利义务乃至实体权利义务产生直接的影响,而且将改变法官的思维方式及工作方式,变教条为能动,变本本为能动,促进法官判断案件的主观能动性的智慧的发挥。实践已经证明,司法过程本身具有的能动性特征,恰恰顺应了依法治国时代背景的召唤,推动人之所以作为人的人权的发展,推动社会经济的体制完善和制度改革,推动建设小康社会中法律文明的进步。作为司法能动性核心的法官自由裁量权的载体的法官,如何加强自身的建设,去除目前现有的不适应体质的任务摆在我们的面前。马克思对此有过精辟的论述:“法官除了法律就没有别的主上。法官的责任是当法律运用到个别场合时,根据他对法律的诚挚理解来适用法律。”^[27]法官在行使自由裁量权时,必须严格遵循法律的原则与规则,必须谨守职业道德,独立、智慧地作出判断,并公开接受必要与合理的监督。唯有如此,司法公正与效率的时代主题才能真正得以实现。

综上,我们认为有必要提出司法能动性的概念,为法官的能动司法提供理论的支撑,进一步推动法律文明的进程。司法能动性作为司法权的特征这一命题的设立,也许会让法学界感到是一种理论的叛逆,让法律界感到是一种实践的恐慌。但是,这种来源于司法实践的概括又为实践服务的理论创新,尽管可能并不成熟,但应是有益的尝试。

注释:

指最高人民法院释[2001]33号《关于民事诉讼证据的若干规定》,文中简称《民事证据规定》。

关于本案案件事实和两审法院裁判要旨可参见:北京法院:“陷阱取证”打击盗版方式并不违法。新华网(网址: <http://www.xinhuanet.com>);《法院对被侵权方采用的“陷阱取证”不予支持》,载《法制日报》,2002年7月16日。

参考文献:

- [1] 刘瑞华. 司法权的基本特征[J]. 现代法学, 2003, (3).
- [2] 田有成. 法社会学视野中的法官造法[J]. 现代法学, 2003, (3).
- [3] 黄松有. 宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个批复谈起[N]. 人民法院报, 2001 - 08 - 13.
- [4] 武文和. 法官的自由裁量权[J]. 人民司法, 2001, (5).

(下转第103页)

以便保险人正确核保及正确、公平地测算、厘定合理的费率,并且避免逆选择情形之发生,进而损害整个保险共同基金的利益^[6]。为确保该项制度的运行,保险立法针对告知义务的违反情形,规定了解除合同、拒赔、不退还保费等法律后果,以示警戒和惩罚。但是,对于投连险而言,除附加的寿险保障外,大部分的保费被分配进入投资账户进行投资,与传统保险中所缴的保费系基于保险危险的对价而来,确有不同,投资账户资产价值与危险对价并无任何关系。因此,未尽告知义务所导致的法律后果,只能适用于投连险的寿险保障部分,断不能适用于投连险的投资账户部分,投保人、被保险人无论是出于故意还是过失违反告知义务,并导致保险人解除合同的,其投资账户资产的价值都应当退还给被保险人,“不退还”或者“可以退还”(包含了不退还的可能性)投资账户资产价值都是不妥当的。这可以称之为违反告知义务的例外,当在《保险法》上明定之,以杜绝实务中出现类似不合理条款。

注释:

信托上的受益人与保险中的受益人,虽字面相同,但含义不同。在传统寿险业务中,对受益人如不加以限定或说明,仅指死亡保险金受益人,即对于因被保险人死亡而给付的保险金享有请求权。有权领取死亡保险金的人。参见秦道夫主编:《保险法论》,机械工业出版社2000年版,第66至67页。因此,在投连险中,只有在保险人身故时,死亡保险金受益人才能取得死亡保险金及投资账户资产价值,此种情形下,死亡保险金受益人才能取得信托受益人的身份。

中国保监会《投资连结保险管理暂行办法》,其内容均属监管性质,未涉及有关投连险的民商事法律规范。

参考文献:

- [1] 傅安平,朱迎. 美国的投资连结保险[EB/OL]. <http://51bx.myyice.com/bZhbXZt6.htm>.
- [2] 覃有土. 商法学[M]. 北京:高等教育出版社,2004. 753 - 754.
- [3] 张洪涛,庄作瑾. 人身保险[M]. 北京:中国人民大学出版社,2003. 468.
- [4] 刘冬姣. 人身保险[M]. 北京:中国金融出版社,2001. 345, 334.
- [5] 樊启荣. 保险契约告知义务制度论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004. 82.
- [6] 江朝国. 新世纪保险法之展望[J]. (台湾)月旦法学杂志,2003,(9).

(上接第95页)

- [5] 邵正洪,等. 自由心证支持体系构建之实证思考[N]. 人民法院报,2004 - 01 - 14.
- [6] 唐文. 从庞德的司法观谈司法自由裁量权及其规制[N]. 人民法院报,2002 - 01 - 25.
- [7] [古希腊]柏拉图. 政治家篇[A]. 西方法律思想史资料选编[M]. 北京:北京大学出版社,1983. 16.
- [8] 黄松有. 完善民事诉讼证据制度 促进司法公正与效率[N]. 人民法院报,2002 - 04 - 01.
- [9] 陈朝阳,等. 举证责任分配的一般与特殊规则研究[N]. 人民法院报,2003 - 04 - 01.
- [10] 李浩. 民事举证责任的法哲学思考[J]. 政法论坛,1996,(1).
- [11] 单国军. 民事举证责任倒置研究[J]. 法律适用,2002,(2).
- [12] 毕玉谦. 民事证据原理与实务研究[M]. 北京:人民法院出版社,2003. 70, 639 - 640, 852.
- [13] 肖建国. 对人民法院调查收集证据一文的点评[N]. 人民法院报,2003 - 05 - 06.
- [14] 宋春雨. 最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定的理解与适用[J]. 法律适用,2002,(2).
- [15] 齐树洁. 民事司法改革研究[M]. 厦门:厦门大学出版社,2000. 128 - 129.
- [16] 顾培东. 论我国民事权利司法保护的疏失[J]. 法学研究,2002,(6).
- [17] 毕玉谦. 民事证据法及其程序功能[M]. 北京:法律出版社,1997. 107 - 108.
- [18] 江伟,吴泽勇. 证据法若干基本问题的法哲学分析[J]. 中国法学,2002,(1).
- [19] 白绿铤. 日本新民事诉讼法[M]. 北京:中国法制出版社,2000. 93.
- [20] 李浩. 民事诉讼非法证据排除规则探析[J]. 法学评论,2002,(6).
- [21] 谢啸林. 论私录视听资料的排除与采信[J]. 法学,1997,(2);王谢春. 音像证据若干问题探讨[J]. 法学家,1997,(6);柴建国. 关于私自录制视听资料之证据效力及若干相关问题研究[A]. 曹建明. 诉讼证据制度研究[M]. 北京:人民法院出版社,2001. 370.
- [22] [意]莫诺·卡佩莱蒂. 徐昕译. 当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼[M]. 北京:法律出版社,2000. 59, 107.
- [23] 李浩. 民事证据的若干问题——兼评最高人民法院关于民事诉讼证据的司法解释[J]. 法学研究,2002,(3).
- [24] 刘金友. 证据理论与实务[M]. 北京:法律出版社,1992. 160.
- [25] 江伟. 证据法学[M]. 北京:法律出版社,1999. 121.
- [26] 陈朝阳. 司法公正与效率视野下的民事诉讼证明标准探讨[J]. 西南政法大学学报,2002,(1).
- [27] 马克思恩格斯全集 第1卷[M]. 北京:人民出版社,1956. 76.

(六) 保险欺诈情形下,投资账户资产价值同样归属于被保险人

我国《保险法》第28条规定,被保险人或者受益人在未发生保险事故的情况下,谎称发生了保险事故,以及投保人、被保险人或者受益人故意制造保险事故的,保险人有权解除合同,并不退还保费。但根据同法第65条的规定,投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的,保险人不承担给付保险金的责任;投保人已交足2年以上保险费的,保险人应当按照合同约定向其他享有权利的受益人退还保险单的现金价值。上述法律原则同样不能套用于投连险的投资账户资产价值,原因在于,投资账户资金与保险危险的对价平衡并无关联,不能因为保险欺诈行为而剥夺被保险人或者受益人对于投资账户资产价值的正当权益,即使在投保人等故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病,且交费期未满足2年的情形下亦同。因此,《保险法》第28条和第65条都应针对投连险设置例外条款。