

法官智库丛书

A Series of Judicial Wisdom



Theory and Practice of Discretion

法官自由裁量精义



主 编：沈志先

副主编：黄祥青

林晓镡



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

法官智库丛书
A Series of Judicial Wisdom

Theory and Practice of Discretion

法官自由裁量精义

主 编：沈志先
副主编：黄祥青
林晓霖



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法官自由裁量精义 / 沈志先主编. —北京:法律出版社, 2011. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1497 - 5

I. ①法… II. ①沈… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 223937 号

法官自由裁量精义
主编 沈志先

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 韦钦平
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京中科印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 28.5
字数 517千
版本 2011 年 1 月第 1 版
印次 2011 年 1 月第 1 次印刷

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1497 - 5

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

古往今来,公正是人类的永恒追求和司法的永恒主题。依法独立公正行使审判权,维护人民群众的合法权益,维护我国宪法和法律的尊严和权威,为推进依法治国基本方略、建设社会主义法治国家而努力,是新时期人民法院的神圣职责。随着我国经济社会的转型和利益格局的调整,社会矛盾纠纷呈现出主体多元、数量多发、诉求多样的发展态势,越来越多的权利义务关系和矛盾纠纷,以案件的形式进入司法领域,社会对司法的需求及对公正的期待日益增强。

司法公正应该是程序公正、实体公正、形象公正的有机统一,政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。我们既要注重司法的实践性,即通过对每一个具体的案件明是非、断责任、解纠纷,来实现司法的基本功能;还要注重司法的思辨性,即立足审判实践,加强理性思考,使每一个司法个案的解决,既符合政治方向又符合法律规定,既体现法律精神又体现社情民意。这就要求新时期的人民法官应当是具备社会主义法治理念、娴熟的司法能力和精湛的法律素养,能够不断适应司法新形势,解决司法新问题,善于思考、善于总结、充满睿智的群体。

早在2004年前,上海法院就曾编写了《法官素养与能力培训读本》,作为全市三级法院法官集中系统轮训的教材,该书为提高上海法官的司法能力、规范司法行为发挥了重要作用。今天,新的形势和任务需要人民法院在实现司法公正、构建和谐社会方面,有新的思考和新的作为。上海市高级人民法院在借鉴《法官素养与能力培训读本》编写经验的基础上,组织编纂《法官智库丛书》,其编纂出版的过程,是法官智慧集聚和传承的过程,是法官的法学素养、司法技能与司法经验自我总结提高的过程,也是法官的知识储备自我更新的过程。“丛书”的出版将有利于法官群体互相学习、互相借鉴、共同提高,以造就一支适应时代发展要求的法官队伍。

《法官智库丛书》这一名称,标志着这是一套实践型、开放性的学术著作。所谓实践型,是指该“丛书”由上海三级法院审判经验较为丰富的资深法官编写,选择驾驭庭审、诉讼调解、法律适用、证据规则、自由裁量、知产审判、文书制作等系列性的实践主题进行总结,凸显了立足法官审判需求,回应维护社会公平正义、构建社会主义和谐社会发展要求的实践特色。所谓开放性,是指该“丛书”坚持司法观点的与时俱进以及主题内容的与日俱增,首批出版的这七本书,只是阶段性成果,随着司法实践的不断深入,“丛书”的内容将不断扩充,它将长期编纂下去。所谓学术性,则是指“丛书”素材虽多取自于上海法院审判之实践,研究视野却不囿于上海之一域;目标虽着眼于服务司法实践之需求,研究内容却不局限于实证之分析,而具有一定的法学理论深度和理论研究成果价值。

《法官智库丛书》的出版也为人民法院加强民意沟通,开展学术交流提供了新的渠道。“丛书”的特色之一就是由法官编写,写法官的工作,把法官的思维方式、审判心路历程、法官对应用法学的研究,通过“丛书”向社会公开,为法律工作者、法律院校师生、人民调解员等提供了解法官思维的路径、研究法学课题的素材、解决法律争议的方法、评判法律问题的尺度。“丛书”的出版还能让社会公众看到法官是如何依法明断,定纷止争,知晓裁判背后的法律原理和法律精神。这既为提高公民的法治意识提供了帮助,也有助于保障公民对司法工作的知情权、参与权、表达权和监督权,从而实现人民法院在民意沟通质量和效果上的进一步提升。

“丛书”的编纂出版凝聚着上海三级法院法官的心血,我衷心期待上海法院有更多的法官,在繁忙的断案之余,润泽笔墨,利用该“丛书”的平台,积极奉献自己的司法智慧,为把人民法院建设成为最讲理、最文明、最公正的司法场所而共同努力。

上海市高级人民法院院长、大法官



二〇〇九年十月十六日

前 言

司法裁判离不开法官的自由裁量权,法官正确地行使自由裁量权,是确保司法公正的重要前提。因此,加强对法官行使自由裁量权的范围、原则及方法的研究,进而予以合理规制,实现裁判标准的相对统一,乃是当前审判理论与实务界面临的重要任务之一。

近年来,关于法官自由裁量权的理论著述相继问世,有些法院也相应制定了规范法官自由裁量权的指导性意见。但是,立足于司法实务,将相关法理与具体实务问题结合起来进行系统研究的成果,尚不多见。本书旨在抛砖引玉,从法官的视角出发,既从宏观层面梳理法官自由裁量权的基础理论,又从中观层面提炼不同审判领域法官行使自由裁量权的原则、限度及方法,还从微观层面具体展开法官自由裁量疑难问题的讨论,以期为审判实务提供理论依据、裁量指引及参考规范。

全书体例大体分为总论与分论两大部分。总论为第一编,主要厘清法官自由裁量权的内涵、价值、适用范围,梳理法官自由裁量权问题在国内外的历史与现状,明确其行使应遵循的原则,提出规范其行使的相应制度与规则。分论为第二、三、四编,分别从刑事、民商事和行政三大审判领域展开论述。分论每一编重点选取相应审判领域中需要法官自由裁量的典型实例及具体问题,着重阐释审判思路,提炼裁判规则,归纳裁量方法。由于分论每编的第一章均为相应审判领域法官自由裁量权的基础理论阐述,因此这些章节又具有各编总论的意味,带有“中论”的色彩。从这个意义上说,全书体例也可谓由总论、中论和分论三部分架构而成。

在写作体例上,总论、中论主要采用论理的论述方式,分论则统一采取案例研讨模式。每个具体问题都从典型实例切入,但并不局限于案例本身,而是着力阐发一类问题的裁量步骤、方法和规则。每个案例均隐去当事人的真实名称,案情根据写作需要作了适度裁剪,所有改编以透视、阐明问题为依归。总之,本书期待通过

汇集、解剖典型案例,梳理、检讨常见问题与分歧,演绎、展示自由裁量的过程及其规律性,以便凝聚共识,达成前述合理规制的目的。

考虑到知识产权审判、金融商事审判、海事审判、少年综合审判将在《法官智库丛书》中有专著出版,故本书不再论及其自由裁量问题。尽管本书构思涵摄面广,架构点面铺陈,论说尽量周全,但远非统摄法官自由裁量权的复杂经脉,不少问题只能是择其要点而言之,故取名《法官自由裁量精义》。

由于本书作者学力不逮,加之写作时间有限,书中错误、疏漏在所难免,敬请读者批评指正。

编 者

二〇一〇年十月

目 录

第一编 总 论

- 第一章 法官自由裁量权概述 / 3
 - 第一节 法官自由裁量权的内涵 / 3
 - 第二节 法官自由裁量权的价值 / 6
 - 第三节 法官自由裁量权的适用范围 / 8
- 第二章 法官自由裁量权的历史与现状 / 15
 - 第一节 国外法官自由裁量权的历史与现状 / 15
 - 第二节 我国法官自由裁量权的历史与现状 / 19
- 第三章 法官行使自由裁量权应遵循的基本原则 / 23
 - 第一节 合法性原则 / 23
 - 第二节 合目的性原则 / 24
 - 第三节 合程序性原则 / 26
 - 第四节 合理性原则 / 27
- 第四章 法官自由裁量权的规范 / 30
 - 第一节 法官自由裁量权的组织规范 / 31
 - 第二节 法官自由裁量权的过程规范 / 35
 - 第三节 法官自由裁量权的公开规范 / 37
 - 第四节 法官自由裁量权的监督规范 / 42
 - 第五节 法官自由裁量权的规范与案例指导制度 / 46

第二编 刑事审判的自由裁量

- 第一章 刑事审判自由裁量概述 / 55
 - 第一节 刑事审判事实认定的自由裁量 / 55

- 第二节 定罪的自由裁量 / 76
- 第三节 量刑的自由裁量 / 90
- 第二章 定罪的自由裁量实例分析 / 104
- 第一节 定罪中形式与实质判断的运用 / 104
- 第二节 罪质分析法与转换定罪规则的运用 / 109
- 第三节 目的性限缩方法的运用 / 119
- 第四节 《刑法》第十三条“但书”的适用 / 123
- 第五节 同类不同种数额的认定 / 128
- 第六节 “排除合理怀疑”标准的运用 / 134
- 第七节 毒品犯罪目的的认定 / 140
- 第八节 职务侵财犯罪主观故意的认定 / 146
- 第九节 轻微暴力致人死亡案件的认定 / 151
- 第十节 涉虚拟财产犯罪案件的认定 / 158
- 第三章 量刑的自由裁量实例分析 / 164
- 第一节 减轻处罚情节的适用 / 164
- 第二节 酌定量刑情节的适用 / 170
- 第三节 逆向量刑情节的适用 / 178
- 第四节 对外国人的刑罚适用 / 181
- 第五节 死刑标准的把握 / 184

第三编 民商事审判的自由裁量

- 第一章 民商事审判自由裁量概述 / 193
- 第一节 民商事审判事实认定的自由裁量 / 193
- 第二节 民商事审判法律适用的自由裁量 / 205
- 第二章 民法基本原则自由裁量实例分析 / 224
- 第一节 诚实信用原则在自由裁量中的运用 / 224
- 第二节 禁止权利滥用原则在自由裁量中的运用 / 228
- 第三节 公平原则在自由裁量中的运用 / 232
- 第三章 物权及房地产纠纷自由裁量实例分析 / 235
- 第一节 共有物分割的裁量 / 235
- 第二节 相邻纠纷的裁量 / 239
- 第三节 房屋确权的裁量 / 241

第四节	善意取得的认定 / 243
第四章	合同纠纷自由裁量实例分析 / 250
第一节	交易对象的认定 / 250
第二节	交易习惯的认定 / 253
第三节	显失公平的认定 / 257
第四节	附随义务的认定 / 260
第五节	缔约过失责任范围的裁量 / 269
第六节	表见代理的认定 / 273
第七节	根本违约的认定 / 278
第八节	可预见性规则的运用 / 282
第九节	违约金调整的裁量 / 285
第十节	可得利益的认定规则 / 289
第五章	侵权纠纷自由裁量实例分析 / 295
第一节	过错的确定 / 295
第二节	因果关系的判断 / 299
第三节	公平责任原则的适用 / 302
第四节	名誉权侵权中的利益衡量 / 306
第五节	财产损害赔偿的确定 / 311
第六节	精神损害赔偿的裁量 / 313
第六章	劳动合同纠纷自由裁量实例分析 / 316
第一节	未签订书面劳动合同的双倍工资纠纷的裁量 / 316
第二节	加班工资纠纷的裁量 / 321
第三节	劳动关系的界定 / 326
第七章	婚姻家庭继承纠纷自由裁量实例分析 / 332
第一节	夫妻感情是否破裂的判断 / 332
第二节	非婚生子女亲子关系的自由裁量 / 337
第三节	房屋增值部分的分割 / 340
第四节	有限责任公司的股权继承 / 344
第八章	公司法纠纷自由裁量实例分析 / 354
第一节	股权份额认定的裁量 / 354
第二节	公司对外担保法律效力的裁量 / 358
第三节	公司章程条款是否侵害股东权益的裁量 / 364
第四节	有限责任公司股东知情权范围的裁量 / 370

第五节 股东与公司之间人格混同的认定 / 378

第四编 行政审判的自由裁量

第一章 行政审判自由裁量概述 / 387

第一节 行政审判事实认定的自由裁量 / 387

第二节 行政审判法律适用的自由裁量 / 393

第二章 行政诉讼程序问题的自由裁量实例分析 / 404

第一节 受案范围的裁量 / 404

第二节 原告资格的裁量 / 408

第三节 行政诉讼裁判方式的选择 / 414

第三章 行政诉讼实体问题的自由裁量实例分析 / 419

第一节 行政处罚案件违法情节的认定和处理 / 419

第二节 行政处罚显失公正的认定和处理 / 422

第三节 工伤认定行政案件中的裁量 / 427

第四节 政府信息公开行政案件中的裁量 / 431

第五节 划定物业管理区域行政案件中的裁量 / 437

后记 / 443

第一编 总 论

第一章 法官自由裁量权概述

第一节 法官自由裁量权的内涵

裁量(discretion),在汉语中的本意是指行为主体有一定的自由来安排取舍,作出决断。法官自由裁量权的概念是研究法官自由裁量权理论的基本范畴,是其理论、实践研究的逻辑起点。

一、国外对法官自由裁量权概念的界定

根据《牛津法律大辞典》的解释:“自由裁量权,指酌情做出决定的权力,并且这种规定在当时情况下应是正义、公平和合理的。法律常常授予法官以权力或责任,确保其在某种情况下可以行使自由裁量权。有时是根据情势所需,有时则仅仅是在规定的限度内行使这种权力。”^①依《布莱克法律词典》的界定,自由裁量权也称司法自由裁量权,是指法院或法官自由斟酌的行为,意味着法官或法庭对法律规定或原则的界限予以厘定。^②根据《美国法律辞典》的解释,自由裁量权是指官员所拥有的基于自己的判断而行使的权力。自由裁量权给予官员某些决策方面的选择,但是这种选择并非漫无边际。实际上,自由裁量权通常要受到某些规则和原则的制约,而且不能被独断地行使。^③

英国学者 R. 帕滕顿(R. Pattenden)把自由裁量权归纳为六种用法:1. 指一种

① [英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所编译,光明日报出版社1988年版,第261页。

② Black's Law Dictionary(5th ed.), West Publishing Co. 1997, p. 419; [美]彼得·G. 伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第56页。

③ [美]彼得·G. 伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第103页。

思维性质(mental quality),一种审慎的、思虑周详的态度。这个用法没有特别的法律意义。2. 表示法官并非依据硬性的法律规则(如果条件 A 满足,法官必须做 B)来决定问题,而是享有选择权,可以根据案件事实作出决定(如果条件 A 满足,法官可以做 B)。3. 指法官在某硬性规则诸要素已满足的情况下,必须自觉地按某特定方式行事。但该规则含有一个或若干比较模糊的标准,如“合理”、“相关”、“公平”等,要求法官对具体情况作出个人判断和选择。4. 指法官在决定下列初步性事实问题时行使的判断权:某孩子是否有能力发誓举证?证人的精神状态是否适于作证?等等。在这里,既没有规则也没有标准可赖以指导,法官必须依靠证人举证给他的印象:如提供证据是否自我矛盾、冲突等。这种“事实自由裁量权”与第二种用法的区别是:虽然法官对事实的认定很难说与事实真相一致,但法院通常相信,事实问题有客观的、正确的答案;而行使第二种意义的自由裁量权所找到的答案只可说其合理或不合理,不能评论其是正确还是错误。5. 指法官裁判权的终局性,即对其裁决不得上诉。6. 指具有立法意义的裁判权。由于法律语言的开放性、立法者模糊立法目的、相对地忽视事实以及判例制度的不确定性,就会产生没有规则可以适用的情形。这时,法官就行使了立法性自由裁量权。一旦作出了选择,根据遵循先例原则,法官就不大可能再重新判断了。这与第二种用法不同,后者的自由裁量权力明确地受制于法律,并可反复适用。^①

二、国内对法官自由裁量权概念的定义

我国也有很多学者对法官自由裁量权问题进行了研究,除对西方国家法学者的定义引进和介绍外,也从一些角度对其含义作了一些界定或者描述。例如:柴发邦在其主编的《诉讼法学大辞典》里是这样描述法官自由裁量权的:法官自由裁量权是英美法系国家赋予法官在某种情况下所行使的一种权力。在审判中,法官行使自由裁量权不被证据所左右,也不屈从于权力和各种争执,只是依据公平正义和理智的道德来决定争讼……法官行使这一权力,目的是使法官能对各种特殊的情况灵活处理,法官若失去了这种权力,法律就会更经常地受到苛刻、不公正的指责。法官自由裁量权是“在法律没有规定或规定有缺陷时,法官根据法律授予的职权,在有限范围内按照公正原则处理案件的权力。”^②孙国华在其主编的《中华法学大辞典》对自由裁量权作了如下的定义:法官自由裁量权是指法官根据正义、公平、正确和合理的原则,对案件酌情做出决定的权力。西方国家法律中往往规定授予

① 信春鹰主编:《公法》(第3卷),法律出版社2002年版,第449页。

② 柴发邦主编:《诉讼法学大辞典》,四川人民出版社1989年版,第326页。

法官在某些情况下享有自由裁量权……事实上,在不违背立法精神的条件下,赋予法官适当的自由裁量权可能有利于真正贯彻正义、公平的原则;但是,允许法官违背立法精神行使法官自由裁量权,则不免要为法官的司法专横和破坏法治提供口实。当然,正义、公平原则是有阶级性的,不能抽象地理解。^①

武树臣认为,“法官裁量”即法官裁判之量度,是法官在审判活动中,发挥主观能动作用,选择、适用法律和司法解释对具体案件作出评价判断,并作出处分的裁判自由度。“法官裁量”与法官自由裁量权既有联系又有区别。简言之,两者都是法官基于法律规定,在专业实践活动中表现出来的主观素质。法官的自由裁量权是“法官裁量”的基础,“法官裁量”是法官自由权的具体体现和度量界限。“法官裁量”在审判活动中具体表现为:法官对案件事实、性质、情节作出评价,对行为人为行为责任、承担责任的方式,和当事人作出具体处分的选择范围和限度,换言之,法官有权在多大范围内作出这样而非那样的裁决。^②此外,有些学者还从一些具体学科中引发对法官自由裁量权含义的界定,如屈学武认为:“自由裁量权包括刑事实体法上的自由裁量权和刑事程序法上的自由裁量权,统称审判(trial)自由裁量权。量刑(sentence)自由裁量权则是其中实体法权利之一(编者注:实体部分还应包括应否承担刑事责任方面的自由裁量权,如对未成年人、精神病人等实施的危害社会行为的弹性规范的裁量),指法官在法律规定的范围内,对业已定罪的犯罪分子是否判处刑罚以及判处什么样的刑罚的酌情裁决权。”^③

由此可见,虽然学术界或司法界对法官自由裁量权还没有形成一个权威统一的定义,但综观国内外学者对法官自由裁量权含义的理解,我们可以发现法官自由裁量权有一些基本特征:(1)法官自由裁量权体现了某种自由。法官自由裁量权是一种应该受到制约的司法权力,但是它同时体现了某种自由。(2)法官自由裁量权产生于诉讼过程中。法官自由裁量权产生于诉讼过程,贯彻于诉讼的起点及至其结果。对于诉讼过程之前或之后的事件,无所谓法官自由裁量权。(3)法官自由裁量权是一种司法权。司法权通常有广义和狭义之分,广义的司法权是指司法机关在审判、检察、侦查、执行等司法活动中行使的权力,包括审判权、检察权、侦查权和执行权等。狭义上的司法权通常仅指法院和检察院在进行审判、检察活动时行使的审判权和检察权。在本书中的司法权一般是指狭义的范围,且法官自

① 孙国华主编:《中华法学大辞典》(法理学卷),中国检察出版社1997年版,第542页。

② 武树臣:“法律涵量、法官裁量和裁判自律”,载《判例制度研究》(下),人民法院出版社2004年版,第789页。

③ 屈学武:“量刑自由裁量权述论”,载《中国刑事法杂志》1999年第6期,第16页。

由裁量权的权力归属于法院,行使的主体是法院的法官。(4)法官自由裁量权的行使是立足于事实和法律的基础之上,也就是说法官自由裁量权是一种应受制约的权力。(5)价值取向性。法官自由裁量权的行使是一种法律行为。法律行为的价值取向性在于:它是基于行为人对该行为的评价而做出的,一个行为只有当它被认为有价值时,才能由行为人实施,法律行为是以需要为机制的,由行为人的需要所推动或引发,它是一种对象性实践活动,体现了主体与客体的关系。从认识论上看,法律行为是对客体的认识和改造,是对客观规律的认识和运用。从目的上看,行为者之所以要认识和改造对象,则是为了满足某种需要,实现某种利益。因此,法律行为是一定社会价值的载体。法官自由裁量权的行使必须尊重人们的价值取向和人格尊严,必须坚持公平正义,以合宪合法为标准,不得违反社会公共利益和公序良俗,以促进司法的公正,化解社会矛盾,促进社会和谐。(6)逻辑推理性。法官自由裁量权的行使是一项逻辑推理活动。自由裁量权的行使必须符合人们思考问题遵循的逻辑规则的要求,法官对案件事实的裁判必须要有可靠准确的根据和合理的理由。自由裁量权贯穿于法官处理案件的全过程,是一种符合现有法律规则或原则的逻辑推理活动,故而具有逻辑推理性。其目的是使法律规则或原则与案件事实相结合,达到实现社会正义之目的。

综上所述,我们可以这样来定义法官自由裁量权的概念:法官自由裁量权是指法官或审判组织在处理案件的过程中,根据法律的原则、规则,运用自身的经验和法律良知,充分发挥主观能动性进行逻辑推理,对案件事实进行相对自由的判断,并对法律进行相对自由的选择,从而做出合理准确的判决的权力,其目的是化解社会矛盾,实现公平和正义。

第二节 法官自由裁量权的价值

对于法官自由裁量权的价值,理论界和司法实务中存在不同的认识。遵循严格的法定主义者认为,在目前状况下,承认或鼓励法官自由裁量权可能导致自由裁量权的滥用,催生冤假错案,滋生司法腐败,主张取消法官自由裁量权,法官只能严格依法作出裁决。自由裁量权的行使意味着没有实体标准,而法律传统要求裁决的作出必须是依照特定的标准,公正地进行的。如果任由个体的命运取决于法官在某个时候的偶然心情,是十分不可靠的。因此,他们主张进一步通过提高成文法地位,以尽可能削弱法官自由裁量权。而对此持相反观点的肯定论者认为,抽象的法律规则并不能涵盖社会生活的全部,面对纷繁复杂的各种纠纷,运用三段论手段