

张素莲 / 著

论法官的 自由裁量权

——侧重从刑事审判的角度

AGUAN DE
ZIYOU CAILIANGQUAN

中国人民公安大学出版社

论法官的自由裁量权

——侧重从刑事审判的角度

张素莲 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

论法官的自由裁量权/张素莲著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2004.1

ISBN 7-81087-599-X

I. 论… II. 张… III. 法律适用—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 123078 号

论法官的自由裁量权

LUN FAGUAN DE ZIYOU CAILIANGQUAN

张素莲 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2004 年 1 月第 1 版

印 次: 2004 年 1 月第 1 次

印 张: 11 625

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 290 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

书 号: ISBN 7-81087-599-X/D·459

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

序

现代社会存在着法律的稳定性与现实生活千变万化之间的矛盾，法律的滞后性与社会关系的变动性、复杂性之间的矛盾，法律的普遍性与个案的特殊性之间的矛盾，在这些矛盾的诉讼解决日益占据主导地位的情况下，只能依靠法官在遵守既定的法律规则的基础上，针对个案的特殊性问题正确适用自由裁量权，这是法治原则的一个必要补充，也是当今世界各国的普遍共识。因此，法官自由裁量权既是在裁量个案中实现公正与效率的重要保障，也是法官充分发挥其主观能动性的重要保障。

法官自由裁量权是指法官在审判案件过程中，顺应时代潮流，根据法律规定的精神，结合国情，据情灵活处理案件的一种权力。自由裁量的公正与效率是审判案件最根本、最实际的追求。法官自由裁量权的正确行使，靠的是法官的素质，这是法学理论与实务界的共识。那么，法官怎样正确行使自由裁量权，如何提高法官的素质，却是一个值得研究的问题。我的研究生张素莲同志撰写的博士学位论文《论法官的自由裁量权》较好地专门研究了这个问题，我愿意向读者推荐。我认为张素莲同志的研究具有一定的参考价值，该书主要有以下特点：

1. 论述比较全面、系统。该书把法律规则与自由裁量相结合，中国与外国相结合，历史与现实相结合，深度与广度相结合，理论与实际相结合，比较全面、系统地研究了法官自由裁量权的概念、历史沿革、裁量的对象、方式、现状、存在的问题和

改革建议等问题。

2. 研究比较创新、开拓。据我了解，法官自由裁量权问题作为专著出版尚不多见。张素莲同志提出，法官要合理掌握裁量的“自由”限度，对能否保证审判公正与效率至关重要；既要适当扩张法官的自由裁量权，又要加强对法官的法律制约监督；实现在法官自由裁量与机械地适用法律之间保持平衡是诉讼制度成功的重要标志，等等研究，都有创新、开拓的意义。

3. 理论联系实际很有针对性，比较切实可行。既有理论上的概括其规律性与基本特点，又有法官运作自由裁量权的经验与不足，特别是选用了一些案例材料，有针对性的展示了法官自由裁量的实践运作。

在该书即将付梓之际，欣然为之作序。

程荣斌

二〇〇三年十二月九日

目 录

引 言	(1)
第一章 法官自由裁量权的概念	(4)
一、国内关于法官自由裁量权的概念	(4)
二、国外关于法官自由裁量权的概念	(13)
三、笔者关于法官自由裁量权的概念	(23)
第二章 法官自由裁量权的历史发展	(58)
一、国外法官自由裁量权的历史发展	(58)
二、中国法官自由裁量权的产生、发展	(76)
第三章 法官自由裁量的对象	(85)
一、法官对证据运用的裁量	(85)
二、法官对案件事实的裁量	(95)
三、法官对适用法律的裁量	(104)
第四章 法官自由裁量的方式	(117)
一、判断推理	(117)
二、法律发现	(127)
三、法律解释	(132)
四、法律论证	(140)
五、价值衡量	(144)
第五章 法官行使自由裁量权的现状、问题及改革建议	(151)
一、法官行使自由裁量权的现状	(151)

二、法官自由裁量权行使中存在的问题·····	(155)
三、法官行使自由裁量权的改革建议·····	(188)
第六章 法官自由裁量权的合理控制·····	(287)
一、法院审判监督的现状存在问题·····	(290)
二、完善对法官自由裁量权监督制约的设想·····	(307)
主要参考文献·····	(350)
后 记·····	(360)

引 言

法官是行使审判权的主体，自由裁量权是审判权的核心部分。从某种程度上说，法官能否正确运用裁量权，合理掌握裁量“自由”的限度，对能否保障审判公正与效率起着关键性作用。因为，法律是抽象的，审判实践中案件情况复杂多变，每个案件情况均需要进行综合判断与处理，法官就成为了连接法律与案件的纽带。在司法权有较大独立空间的英美法系国家，法官对于案件处理、社会发展具有特殊的重要性。因此，无论是学者还是法官，均对法官自由裁量权的研究颇深，尤其是学者，对法官自由裁量权大多从法理学的角度进行深层次研究，以其丰富的理论知识有力地保障了实践中法官行使自由裁量权的合理性和正当性。目前，我国学术界和司法界对法官能否拥有自由裁量权问题，尚有争议和分歧。主流的观点虽然认识到了法官自由裁量权的重要性，但对这一命题却缺乏系统的探讨。作为社会公正最后防线的守卫者，法官对案件的裁判，不仅能够直接决定当事人的生命、自由、人身和财产权利，而且在宏观上规范、引导社会行为，起到矫正、调整社会关系的“微调器”作用。上世纪末，随着法院各项改革的深入开展，司法界逐渐认识到法官这一人的因素在审判活动中的核心地位和作用。因此，在对审判组织、审判方式的改革中，始终以充分发挥法官的主观能动性为出发点，力图在现有法律体制框架内最大限度地实现公正与效率的改革目标。2002年7月，最高法院提出法官职业化建设的改革设想，旨在进一步提高法官整体素质，从而为将来自由裁量权的行使达到理性、成熟状态提供主体资格上的保障。可以说，当前是我国法官行使自

由裁量权前所未有的良好时期。在这一形势下，对法官自由裁量权的理论与实践运作模式进行系统深入的研究，为自由裁量权在审判活动中合理地、有效地运作提供理论支持极为必要。

研究我国法官自由裁量权问题，既要立足于中国现实国情，又要借鉴国外符合法官自由裁量权运行共性规律的成熟理论与经验，确保理论对实践指导的针对性、有效性。这需要全面了解当前我国学术界、实务界关于法官自由裁量权的各种观点和概念，并对当前这一课题研究的深度和广度有一个清醒的认识，以期围绕这一课题所进行的研究对丰富理论、推动实践有所裨益。基于理论和实践上的认识，笔者认为，法律应当赋予法官在审判实践中自由裁量的权力。因为，我国是成文法国家，即使在程序法上没有规定法官拥有自由裁量的权力，但由于案件事实的复杂性和实体法规定的内在需要，法官在审判活动中对审理程序的选择、证据审查核实、案件事实认定、裁判规范的细化均有一定的自由裁断权。

本书在探讨涉及法官自由裁量权共性问题的同时，又侧重从刑事审判的角度展示法官自由裁量权的实践运作，所选用实例大多为刑事案例，并探讨了刑事自由裁量中的一些具体问题。基于这一写作构想，笔者根据自由裁量权的原理，只对刑事案件中的法官自由裁量权概念进行界定，从中归纳出法官自由裁量权的共性特征，从不同角度分析了法官自由裁量权存在的哲学、法理基础，提出法官行使自由裁量权应当遵守的诉讼原则，并详细论证了罪刑法定原则与自由裁量的兼容关系。通过追溯国内外法官自由裁量权的历史发展，试图准确把握法官自由裁量权发展的时代脉搏，深刻认识当前我国法官自由裁量权的现状及存在问题，在此基础上提出保障法官自由裁量权合理行使的改革建议。例如，法官合理行使自由裁量权，必须以法官独立为前提。这不仅需要从宏观上创造法官独立的内外部环境，建立理性化法官制度，为

法官行使职权提供制度上的保障，而且需要培养法官自由裁量所必备的综合素质，更重要的是法官树立现代司法理念和对法律的信仰。而且，根据法官自由裁量的特点和规律，从刑事程序法的角度，对刑事审判程序、证据规则予以科学设计和规范。同时，根据权力的特性和运作原理，从诉讼制度和外部监督等方面，为对法官自由裁量权合理控制进行制度设计，并细化了各项具体措施。通过对法官自由裁量权的合理控制，实现制度他律与法官自律的双重保障，既能消除或尽可能降低法官个性化因素在裁判过程中的消极影响，又能够防止法官滥用自由裁量权。在论述法官自由裁量的对象、方式时，则重视理论与审判实践的有机结合，侧重于法官对刑事案件自由裁量的实证分析与研究。

无论从理论上，还是从审判实践的角度，法官的自由裁量权问题均可以作为一个独立的研究课题，本书所涉及的问题可能是其中很小的一部分。而且，由于主要对法官自由裁量权的共性问题进行研究，并侧重于从刑事审判的角度，限于篇幅和笔者能力水平，故基本未涉及实践中法官自由裁量权较大的民事、行政审判活动中的问题。

第一章 法官自由裁量权的概念

凡是从事过审判实践工作的人都不否认法官在判断裁量案件事实时拥有一定的自由度，只不过程度大小不同。如果让他们给法官自由裁量权下一个准确的定义，虽然能够针对实践中的做法总结、概括出自由裁量权的一般含义，但由于每一个司法者的实践经历不同，所总结出的定义也是不同的。在理论界，法理学者视野中的法官自由裁量权与部门法学者所认为的内涵也是不同的。法理学者认为，法官自由裁量权产生的背景决定法官裁量自由的大小，应当从司法权力配置的角度研究界定法官自由裁量权，法律规定明确与否及明确度将为法官在法律规定的范围内自由裁判创造不同的空间。部门法的学者则认为，法官行使国家审判权的方式与自由度大小，直接来源于该部门法规定的原则及由此产生的规则，这些法定原则在审判实践中运用得广泛与否及其操作性，是法官是否运用自由裁量权的根据。部门法规定基本原则的一个非常重要的功能就是赋予司法者在处理案件时一定的自由裁量权。

一、国内关于法官自由裁量权的概念

（一）自由裁量权的概念

1. 自行裁量权，是指英美国家赋予法官在某种情况下所行使的一种权力。审判中的自行裁量权不被证据所左右，也不屈从于权力和各种争执，而是依据公平、正义和理智的道德判断来决定争讼。法官享有自行裁量权可以追溯到 14 世纪以前，当时这种自行裁量权的行使，无疑是在个别讼案中以主持正义为目标

的。……法官们行使这一权力，目的是使法官能够对各种特殊的案件灵活处理，法官若失去了这项权力，法律就会更经常地受到苛刻、不公正的指责。^① 由此可以看出，它只是对英美法系国家法官自由裁量权进行描述性介绍，而没有涉及我国法官自由裁量权的界定。

2. 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法官在某些情况下享有自由裁量权。通常情况下，司法中的自由裁量权是为了解决未经证据确定的事实问题，而不越出实证法律规定的范围。但也有人主张，法官在某些情况下可以超越法律规定，甚至做出同法律规定相反的决定。……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、公平原则；但是，允许法官违背立法精神，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。^② 这一概念仍是倾向于介绍西方国家法律中的法官自由裁量权，同时对法官能否拥有自由裁量权予以评介。而且，在其评介中忽略了法官在证据审查判断中的裁量自由，同时否定了法官在裁量适用法律过程中的创法功能。

3. 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”。^③

4. 所谓“自由裁量”，是指由于在审理案件中，缺乏明确的法律、法规、司法解释及其相关的法律原则、审判思路、有关政

① 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。

② 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。

③ 陈兴良主编：《刑事司法研究》，中国方正出版社2000年版，第443页。

策等裁判依据,而要求法官直接面对证据,通过其在法庭上的所见所闻,结合其自身的审判经验和生活阅历,形成对作为判决基础的事实的确证,酌情对案件做出裁判的情形。^①

5. 法官自由裁量权是指法官或法庭在诉讼活动中依法自由斟酌以确定法律规则或原则的界限的一种权力。^②

6. 所谓的“自由裁量权”,是指当没有法律规定或法律条文规定得不够明确、又没有直接对应判例可以遵循时,裁判人员可以根据案件本身的事实和证据,依据职权对案件做出符合法律原则、精神和法理的公平、正义灵活裁量的权力。^③

上文第3~6的四种概念,均认为法官自由裁量权应仅限于实体法律适用的活动中,而忽视了法官在证据运用、认定事实、选择审理程序等诉讼活动中的裁量自由。

(二) 刑事自由裁量权的概念

1. 自由裁量权,是指法官在审判过程中,在法律规定的范围内对一些问题可以自行酌情做出裁决的权力。由于案件事实错综复杂,犯罪的性质、情节及危害程度各不相同,在审判过程中会遇到各种各样的问题,为了使法官针对不同情况及时地处理,做出的决定符合正义、公平的要求,法律赋予法官在解决特定具体问题时以自由裁量权。这主要是指一些情况:(1)在证据的收集上,法官对是否收集某一证据,如是否勘查检验现场等,可自行酌定;(2)在证据有何证明力的判断上,凭法官自由裁量;(3)有关定罪量刑问题,根据案件事实应如何定性,以及在法定量刑幅度内如何确定刑罚,法官有权酌定;(4)诉讼过程中发生

① 引自《北京市高级人民法院关于民商事上诉案件改判和发回重审的若干问题意见(试行)》,该意见于2002年12月23日经北京市高级人民法院审判委员会第27次会议讨论通过。

② 杨开湘:《法官自由裁量权论纲》,载《法律科学》1997年第2期,第12页。

③ 李正华:《论‘自由裁量权’》,载《当代法学》2000年第4期,第18页。

的某些问题。自由裁量权是法官具体情况具体适用的重要方式,可以使法律适用更具灵活性。^①这一概念充分考虑到了刑事自由裁量中的各种情况,将法官自由裁量的内容概括得较为全面,符合刑事审判中法官裁量的实际,突出了法官的主观能动性。

2. 法官自由裁量的权力是法律赋予法官的审判权中所固有的。法官自由裁量意见的产生过程及自由裁量权力的具体运用,却离不开案件的事实、诉辩双方的意见,甚至社会公众对案件的看法也对案件审判结果产生影响。但它只能、必然来自于对检察官的公诉意见、案件事实、证据、被告人辩解和律师辩护意见的斟酌、思考与判断。^②这一概念指出了法官自由裁量权的本质,从实践的角度概括了法官自由裁量的内容,以及法官在自由裁量过程中的各种影响因素。

3. 刑事自由裁量权,是指在刑事审判中法官在一个合理范围内对案件自由地做出主观的判断。刑事自由裁量权既是自由的(这是由司法的中立性所决定),但又不是无限制的。它是一种在“合理范围”内行使的权力,这种自由裁量权的范围大小,关键取决于各国刑事法律规定;而合理性则关键在于如何对行使自由裁量权加以限制。我国刑事自由裁量权,是指在刑事审判过程中,法官在遵循罪刑法定原则、严格遵循法定程序进行审判的前提下,不受外界影响,本着公正、合理适用刑事法的精神,对于具体审判程序中的自由证明事实当采取何种证明方式、是否发动法院的调查取证权、对于临界行为该如何定性,以及如何合理量刑等问题进行处理的权力。^③这一概念先从宏观的方面指出法官

① 周振想主编:《法学大辞典》,团结出版社1994年版;第529页。

② 张军:《法律‘自由区’的理解与适用》,载《法制日报》2001年6月17日理论版。

③ 卢宇蓉、王明达:《论刑事审判中的自由裁量权》,载《中外法学》2001年第2期,第318页。

自由裁量的决定因素,同时又对我国现行刑事法规定前提下的自由裁量权概念予以界定,指出法官自由裁量的前提及指导思想,概括了自由裁量的情形和内容。

4. 所谓自由裁量权,是指法官在刑事审判过程中在认定事实、采纳证据和定罪量刑时所拥有的具有相对灵活性的判断权。^①这一概念对法官自由裁量的情形予以总结,但忽略了当前刑事审判程序改革中,法官根据案件特点选择适当审判程序时的裁量活动。

5. 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,统称审判自由裁量权。量刑自由裁量权则是其中实体法权利之一,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。量刑自由裁量权不仅包括判刑过程中的自由裁量权,还包括定性过程中的自由裁量权。“定性”不是针对罪与非罪的裁决,而是在业已确认犯罪的基础上,针对此罪与彼罪的裁决。^②

6. 法官刑事自由裁量权,是指法官审判刑事案件过程中所拥有或行使的自由裁量权。就其本质而言,法官刑事自由裁量权是一种国家刑罚适用权,即由法院代表国家行使的裁量刑罚的权力,也就是量刑权。^③

第5、第6种概念则倾向于界定刑事审判中的量刑自由裁量权,而且认为这是刑事自由裁量中的重点,甚至第6种概念指出

① 该观点系陈瑞华教授对法官自由裁量权的定义。载最高法院刑一、刑二庭《刑事审判参考》“专题论谈”栏目,2001年第11辑,法律出版社2001年12月版。

② 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。

③ 韩克芳:《论我国法官刑事自由裁量权的合理行使》,载《法律适用》2001年第5期,第29页。类似的观点还有陈殿福:《量刑的自由裁量权及其偏差》,载中国人民大学复印资料《法学》1991年第8期,第120页。

法官刑事自由裁量权本质上就是国家刑罚适用权，忽略了法官在刑事审判中大多表现为对证据运用、案件事实认定、定性进行自由裁量这一客观事实，体现出一定的局限性和片面性。

从国内法学辞典、学者、法官对于法官自由裁量权概念较有代表性的界定中，我们可以看出法官自由裁量权的定义如同法官对案件裁量的自由，很难进行确切地把握和界定。上述 12 种概念所包含的内涵和外延各不相同，尽管从某个角度看对法官自由裁量权概念的界定较为恰当，但是从法官自由裁量的理论和实践角度看，又存在着一定的不足与偏颇。其中，法官所界定的自由裁量权概念，体现出法官对案件情况的裁量范围较大，而不仅仅限于对案件适用法律的裁量。学者则大多是从案件适用法律及其延伸的角度进行界定。出现这种差异的原因是，法官更接近自由裁量权运行的实际，对任何案件进行裁判时都离不开自由裁量权的行使。法律是抽象的、原则的，而每一个案件却是具体的，彼此之间情况又各不相同。实际上，无论是认定事实、审查判断证据，还是定罪量刑，法官都享有自由裁量权。或者说，刑事审判处处需要自由裁量，法官也总是自觉不自觉地行使着自由裁量权。^①同时，国内学者对法官裁量权的研究比较慎重。因为在很长一段时间内，司法机关甚至法官没有认识到自由裁量在实践中的重要性和决定性，对自由裁量权的实践运行缺乏考察研究，实践中的自由裁量活动有时甚至受到否定、非议，法官在实际工作中有意无意地回避自由裁量，处于一种“做了不说、心照不宣”的状态。实务界对此要求不强烈，立法上也未对自由裁量权给予足够的制度设计和规范，加上中国传统的学术研究多有禁忌，学界对法官自由裁量权理论研究不够深入也在情理之中。可喜的

^① 《法官自由裁量权》，载最高法院刑一、刑二庭《刑事审判参考》“专题论谈”栏目，2001 年第 11 辑，第 80 页。

是，已经有不少学者认识到法官在审判中拥有并行使着一定的自由裁量权，并对此进行了初步的研究。

（三）国内关于法官自由裁量权的各种观点

尽管国内学者、法官对自由裁量权概念有上述较为成熟的界定，但是国内关于法官能否拥有自由裁量权的认识却是不一致的。目前，我国法官自由裁量权的行使状态并不是很理想。很长一段时间以来，法官自由裁量权的行使没有受到足够的重视，甚至受到非议，或被封闭、回避。由于自由裁量与罪刑擅断的敏感关系，我国学者对自由裁量权的把握，十分谨小慎微。在刑事领域中对自由裁量权的探讨，也是从量刑的自由裁量权开始的。^①

1. 中国法官素质欠缺，不能胜任自由裁量

至今，一部分学者认为，中国法官素质欠缺，不能胜任自由裁量的工作，应当削弱自由裁量权，提高成文法的地位。因此，对法官拥有自由裁量权持保守态度。具体观点如下：成文法的发展体现出人类法律发展的共性，英国判例法是“人类法律发展中的一个特例，并不具有普遍性”。中国变革的突进性不同于英国变革的渐进性，加上中国深厚的制定法传统不同于英国判例法传统，中国传统的司法偏重演绎的思维方式，英国司法偏重归纳的思维方式等因素，都决定了在社会变革时期的司法改革问题上，中国不能走英国式的道路，决定了她必须通过削弱司法自由裁量权、提高成文法地位的途径，巩固新理念的权威，进而巩固改革成果。几十年后，中国社会主义市场经济制度和民主政治制度或许已比较完善，他们所赖以存在的新理念或许已获得稳固地位，安全价值或许已不如今天这么重要，法官素质或许已达到可让人民放心的水平，那时再研究扩大司法自由裁量权，乃至应否改行

^① 卢宇蓉、王明达：《论刑事审判中的自由裁量权》，载《中外法学》2001年第2期，第318页。