

判案论法丛书

总主编 王信芳

商事审判法官 自由裁量权研究

主编 王信芳 副主编 高长久 阮忠良

判案论法丛书

总主编 王信芳

C13066233

D925.118.24
14

商事审判法官 自由裁量权研究

主编 王信芳 副主编 高长久 阮忠良



D925.118.24
14

上海人民出版社



北航

C1673893

图书在版编目 (CIP) 数据

商事审判法官自由裁量权研究/王信芳主编. —上海: 上海人民出版社, 2013
(判案论法丛书/王信芳主编)
ISBN 978-7-208-11266-7

I. ①商… II. ①王… III. ①经济纠纷—民事诉讼—审判—研究—中国 IV. ①D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 033088 号

责任编辑 于力平
封面装帧 陈楠

· 判案论法丛书 ·

商事审判法官自由裁量权研究

总主编 王信芳

主 编 王信芳 副主编 高长久 阮忠良

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 889×1194 1/32 印张 19.25 插页 3 字数 437,000

2013 年 5 月第 1 版 2013 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11266-7/D·2227

定价 40.00 元

编 委 会

主 任:王信芳

副主任:高长久 阮忠良 陈亚娟 周芝国 汪鸣强 耿辉东

委 员:李景华 贺平凡 傅 佐 马全耀 澹台仁毅 何 斌

忻贤麟 芮文彪 王朝晖 林晓镍 潘云波 段守亮

唐龙生 徐 军 蔡安康 张 铮 王 坚 翟国强

序

在典型的成文法国度,将普适性法律规则运用于具体个案的司法裁判过程中,无法回避法官的自由裁量权问题,这是由法律文本和司法制度本身的特性所决定的。法官自由裁量权的存在与行使状况往往意义重大,从宏观上看,它关乎一个国家立法与司法之间的关系;从微观上看,它直接关系到当事人的程序权利和实体权利的保障。从总体上看,我国的法律体系虽已形成,但其在精细化方面尚有欠缺,许多制度虽已确立,但具体规定相对原则。从常理上说,法律上没有作出规定,就应属法官自由裁量权的范围。然而,就司法的效果而言,法官自由裁量权是一把双刃剑,行使得好,可以弥补成文法的不足并适应经济社会的发展需求,公平、妥善地化解当事人之间的纠纷,维持法治之下的良性秩序;行使不当,则很可能侵害当事人的合法权益,损害司法权威,影响社会和谐。鉴于此,最高人民法院在第三个五年改革纲要中指出,要规范法官的自由裁量权。王胜俊院长也多次指出,统一民商事案件的裁判尺度,提高司法公信力,是当前人民法院建设公正、高效、权威的社会主义司法制度的重要任务。

当前,我国正处于转型时期,各种经济纠纷呈多发状态,并以案件的形式大量进入诉讼渠道。商事审判工作与国家经济建设联系最为密切,在很大程度上影响着社会经济主体的利益格局,在构建良性竞争秩序、指引经济主体正当行为方面具有重要

意义。但是目前我国商事审判法官自由裁量权的行使还存在一些问题,影响了商事审判工作的整体效果。特别是由于我国地域辽阔,人口众多,各地区经济、社会、文化发展不平衡,法官的能力水平差异极大,使得这种状况日显突出。实践中,对于商事审判法官自由裁量权的行使尚缺乏层次分明的规范体系,因法官自由裁量权行使不当而导致的同案不同判现象仍然在一定程度上存在,影响了司法公信力,亟须建立起全方位的商事审判法官自由裁量权规范体系。

最高人民法院在2010年将“民商事审判自由裁量权的正当性标准及其规制”确定为年度重点调研课题,希望通过广泛的调查研究,深入探讨商事审判法官自由裁量权的规范理念、路径及方法。在此基础上,最高人民法院颁布了《关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》。作为规范各项审判工作自由裁量权的一般规定,该意见从宏观上确立了自由裁量权行使的原则、方法等。由于自由裁量权存在于不同类型的案件中,无法通过一般性规定予以统一规范,具体案件中自由裁量权的规范方式,仍需在审判实践中进一步探索。

上海市第二中级人民法院是“民商事审判自由裁量权的正当性标准及其规制”重点调研课题的主持单位之一。在承担该课题后,他们很好地总结了国内外关于法官自由裁量权的研究成果,对我国自由裁量权的行使状况进行了实证调查分析,并对审判实践中存在的问题提出了针对性的解决方案,提交了一份高质量的调研报告。非常难得的是,在提交完调研报告后,他们仍然继续关注自由裁量权问题,对商事审判中具体自由裁量权的规范方式进行研究。他们根据审判实践,对商事合同纠纷、公司纠纷以及金融纠纷中的自由裁量权存在的主要环节进行梳

理,并从裁量理念、规范指引、案例展示等不同角度探讨具体自由裁量权的规范和指引体系,并编著了这本《商事审判法官自由裁量权研究》,为我们进一步规范自由裁量权提供了很好的思路。这本书集中展示了他们承担的“民商事审判自由裁量权的正当性标准及其规制”重点调研课题的研究成果。全书既有对相关理论成果的梳理,又有对司法实践的调查分析和经验总结;既能为决策层进行制度设计提供理论参考,又能为普通商事法官的自由裁量实践给予有益指引,具有很强的现实针对性和实际应用性。

法官自由裁量权的灵活性,决定了其行使效果的提升在很大程度上仍将依赖于法官自身素质的全面提升。我很高兴看到上海市第二中级人民法院的法官在繁重的审判工作之余,能够对商事审判法官自由裁量权进行如此深入的思考,并在全面总结司法经验的基础上对我国商事审判法官应当如何正确行使自由裁量权进行了富有成效的尝试。我相信,这种刻苦钻研、持续探索的精神,必将带来法官司法能力的不断改善,也终将促成法官自由裁量权规范行使的良好局面。

最高人民法院副院长

奚晓明

2012年9月21日

目 录

序.....	1
导言.....	1
第一章 法官自由裁量权基础理论研究.....	4
第一节 法官自由裁量权的定义梳理.....	4
第二节 法官自由裁量权的历史脉络与当代面貌	13
第三节 法官自由裁量权的特性与正当性分析	31
第四节 法官自由裁量权的分类	43
第五节 正确对待法官自由裁量权	46
第二章 我国商事审判法官自由裁量权实证研究	52
第一节 我国商事审判法官对自由裁量权的认知	
状况	53
第二节 我国商事审判法官自由裁量权的实际行使	
情况调查	67
第三节 核心问题归纳与规范路径选择.....	106
第三章 商事审判法官自由裁量权规范体系研究.....	109
第一节 规范思路概述.....	109

第二节	商事审判法官自由裁量权的范围限定·····	113
第三节	商事审判法官自由裁量权行使的程序控制···	127
第四节	商事审判法官自由裁量权的统一机制·····	139
第四章	商事审判法官自由裁量权行使理念研究·····	151
第一节	裁量理念研究的必要性与裁量基本模式的 确立·····	151
第二节	传统商事合同类案件的自由裁量理念·····	157
第三节	公司类案件的自由裁量理念·····	165
第四节	金融相关案件的自由裁量理念·····	187
第五章	商事审判法官自由裁量权要点解析·····	200
第一节	合同法中的裁量要点解析·····	200
第二节	公司法中的裁量要点解析·····	272
第三节	金融法中的裁量要点解析·····	308
第六章	商事审判法官自由裁量权典型案例展示·····	343
第一节	合同类典型案例展示·····	343
第二节	公司类典型案例展示·····	411
第三节	金融类典型案例展示·····	505
附录	·····	564
一、商事审判法官自由裁量权的行使现状及问题分析	·····	564
二、商事审判法官自由裁量权尺度及规制研讨会会议		

综述	577
三、赴外省市考察调研报告	583
跋	595
后记	596

Contents

Preface	1
Introduction	1
Part One: Basic Theories of Judicial Discretion	4
I. Conception	4
II. Judicial Discretion in the Past and Present	13
III. Characteristic and Justification of Judicial Discretion	31
IV. Classification of Judicial Discretion	43
V. Proper Attitude to Judicial Discretion	46
Part Two: Empirical Study on Judicial Discretion in Commercial Trail in China	52
I. Awareness of Judicial Discretion in Commercial Trail in China	53
II. Investigation on the Current Practice of Judicial Discretion in Commercial Trail	67
III. Core Issues and Paths to Standardization	106

Part Three: System of Standardizing Judicial Discretion in

Commercial Trial	109
I. Way of Standardizing	109
II. Confining the Scope of Judicial Discretion in Commercial Trial	113
III. Directing Due Process of Judicial Discretion in Commercial Trial	127
IV. Unification of Judicial Discretion in Commercial Trial	139

Part Four: Study on Judicial Concept of Discretion in

Commercial Trial	151
I. Necessity of Judicial Concept and Establishing the Basic Mode	151
II. Idea of Judicial Discretion in Traditional Contract Cases	157
III. Idea of Judicial Discretion in Corporate cases ...	165
IV. Idea of Judicial Discretion in Financial cases ...	187

Part Five: Essentials of Judicial Discretion in Commercial

Trail	200
I. Essentials of Discretion Regarding the Contract Law	200
II. Essentials of Discretion Regarding the Company Law	272
III. Essentials of Discretion Regarding the Financial Law	308

Part Six: Typical Cases in Commercial Trail	343
I. Typical Contract Cases	343
II. Typical Corporate Cases	411
III. Typical Financial Cases	505
 Appendix	564
A. Practice of Discretion in Commercial Trail and the Problems; a Review	564
B. Review of Symposium on Restriction and Stand- ardization of Judicial Discretion in Commercial Trail	577
C. Report on Investigation of Discretion in Commer- cial Trail in other Provinces	583
 Postscript	595
Afterword	596

导 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。规范法官自由裁量权,统一执法尺度,是全面、深入推进三项重点工作的积极探索,是实现公正廉洁执法的重要途径。在人民法院的各项审判职能中,商事审判工作与国家经济建设联系最为紧密。商事审判工作关系着国家经济发展的大局,必须致力于通过审理商事纠纷案件,使商事主体的合法权益得到维护,使受损害的交易秩序得以修复,使各种矛盾尽快平息。目前我国商事审判工作的整体运行状况较好,但仍存在一些问题,其中因商事审判法官自由裁量权行使不当而导致的法律适用不统一问题,在较大程度上影响了商事审判的效果。因此,对商事审判法官的自由裁量权问题必须引起相当的重视,加大研究力度,给出科学、系统的规范及指引。

法官自由裁量权问题是一个经久不衰的法哲学命题。目前,关于法官自由裁量权的理论研究已经取得了丰硕的成果,但对法官自由裁量权实际行使具有指导意义的实证型研究仍然鲜见。针对我国商事审判法官自由裁量权行使状况尚欠规范的现实,加强对法官自由裁量权行使现状及规范法官自由裁量权具体路径的实证研究已是当务之急。鉴于此,本书对我国商事审判法官自由裁量权行使及规范状况进行了大量的实证研究,先

后运用问卷调查、走访座谈、案件抽查、数据统计分析等实证研究方法进行了广泛而深入的考察。2010年7月至11月,本书课题组指定专人对所在法院近三年(2007—2009)的商事二审改判、发回案件(共359件)进行专项统计分析,通过逐一阅卷,重点考察其中涉及自由裁量权的案件,从个案中发现法官自由裁量权的实际行使状况,查摆自由裁量失当的原因,探寻一、二审法官认识不一致或裁判结果不一致的深层次问题所在,为实证分析提供了第一手资料;2010年9月,本书课题组召开上海地区“商事审判法官自由裁量权尺度及规制”研讨会,上海高、中级法院和基层法院的代表分别从各自的视角论及对法官自由裁量权的基本看法、法官自由裁量权的范围宽窄、规范法官自由裁量权的指导思想、具体做法与完善建议,等等;2010年10月,本书课题组先后派出两个外调小组,赴广州、深圳、海口、成都、昆明等地进行实地调查,在各地中级法院的大力支持下,组织当地商事审判条线法官举行民商事审判法官自由裁量权相关问题座谈会,在全国范围内获得不同区域的实证样本;2010年7月至11月,本书课题组制作了商事审判法官自由裁量权相关问题调查问卷(法官卷、律师/法学院教授卷),向北京、天津、上海、重庆、南京、成都、东营、廊坊、潍坊、宁波、杭州、厦门、广州、河南等14个国内具有一定代表性的省市高级、中级、基层法院(涉及法院上百家)发放调查问卷共计2250份;通过上海市律师协会在上海律师界进行网络问卷调查;并委托上海零点指标信息咨询有限公司采用频数分析、多重应答等描述性统计分析方法形成了数据翔实、可靠的问卷技术分析报告。上述一系列实证调查工作较为系统、详实地揭示了我国商事审判法官自由裁量权的认知状况和实际行使状况,基本反映了法官、律师/法学院教授群体对规范法官自由裁量权行使的建议等情况。

本书的基本思路是,通过对我国商事审判法官自由裁量权实际行使状况的调查,分析商事审判法官自由裁量权行使中存在的突出问题,并针对现存的问题探索规范及指引法官自由裁量权恰当行使的具体路径。我们认为,就我国当前的实际情况而言,商事审判法官自由裁量权行使质量提升将有赖于程序性规制与实体性指引的共同推进。即一方面是要从程序方面搭建商事审判法官自由裁量权的规范框架,确保裁量权在基本面上的良性运作;另一方面则是要从实体上探索引导法官自由裁量权正确行使的方法,通过统一裁量思维、裁量方法来达成统一执法的目标。

第一章 法官自由裁量权 基础理论研究

第一节 法官自由裁量权的定义梳理

“Discretion”是个英文词汇,由于中文中没有对应含义的词汇,就被翻译为“法官自由裁量权”,望文生义引起了社会各界人士不少口诛笔伐,至今争议仍不绝于耳。为了让读者们更深入地理解法官自由裁量权,避免不必要的分歧,我们认为需要从“Discretion”的含义开始分析。Discre-这个词根包含了分离的、各别的、有差异的意思。Discretion,则在本身词根的基础上添加了一份主观色彩,其本意是辨别力和判断力,但这种判断力却不是与生俱来的,而是随着年龄的增长以及生活经验的积累而来,更重要的是行使这种辨别力和判断力还需附带相对应的责任。例如 the age of discretion 的意思就是解事责任年龄,即能够明辨是非的年龄。由此引申出的词义为谨慎、斟酌决定的自由和处理权,更进一步引申为法官审判案件中行使的裁量权。从上述词义的分析可以看出,法官自由裁量权似乎与自由无关^①,而是与谨

① 因为法律下的自由(Freedom under the law)是指:“每一个守法的公民在合法的时候不受任何其他他人干涉,想其所愿想、说其所愿说、去其所愿去的自由。”见[英]丹宁勋爵:《家庭故事》,刘庸安、张文镇译,法律出版社 2011 年版,第 179 页。