



中国审判指导丛书

商事审判指导

奚晓明 主编

最高人民法院民事审判第二庭 编

本辑要目

〔商事审判精神与动态〕

自由裁量权正当性标准及其规制
——以民商事审判为视角

〔商事审判专论〕

民商事裁判文书写作
论保险责任开始

清算义务人的范畴及责任认定中的疑难问题
《破产法司法解释(一)》深度解读

〔商事审判调研〕

关于银行卡民事纠纷案件及诉讼实务问题的调研报告

〔商事审判案例分析〕

存款人对存款损失具有过错的,应相应减轻
储蓄机构的责任

——哈尔滨市南岗区跃进乡延兴村村民委员会与
哈尔滨城郊农村合作联社工程信用社储蓄存款
合同纠纷案

〔法官学术交流〕

关于赴日本参加第三届东亚破产重组研讨会的
考察报告

2011年·第4辑(总第28辑)



中国审判指导丛书

商事审判指导

奚晓明 主编

最高人民法院民事审判第二庭 编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商事审判指导. 2011 年. 第 4 辑: 总第 28 辑/奚晓明主编;
最高人民法院民事审判第二庭编. —北京: 人民法院出版社, 2012. 3
(中国审判指导丛书)
ISBN 978 - 7 - 5109 - 0414 - 1

I. ①商… II. ①奚… ②最… III. ①经济纠纷 - 民事
诉讼 - 审判 - 中国 - 参考资料 IV. ①D925. 118. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 036548 号

商事审判指导 2011 年第 4 辑 (总第 28 辑)

奚晓明 主编

最高人民法院民事审判第二庭 编

责任编辑 孙振宇

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550519 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 260 千字

印 张 14 5

版 次 2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0414 - 1

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

目 录

【商事审判精神与动态】

自由裁量权正当性标准及其规制

——以民商事审判为视角 宋晓明(1)

【全国法院审理企业破产案件工作座谈会专栏】

加强调研指导 及时总结经验 推动提升浙江法院企业破产案件

审判能力和工作水平 浙江省高级人民法院民二庭(17)

落实依法受理 完善审理规范 积极稳妥地推进破产审判工作

..... 北京市第一中级人民法院(29)

抓牢两个基点 搭好一个平台 合力推动破产审判

..... 浙江省绍兴市中级人民法院(36)

从群体冲突走向和谐共赢

——夏新电子股份有限公司重整案的做法和体会

..... 福建省厦门市中级人民法院(47)

树立新观念 建立新机制 促进破产审判工作新发展

..... 广东省深圳市中级人民法院(56)

“破”中求“立” 上市公司重获新生

——审理九发股份破产重整案的做法和体会

..... 山东省烟台市中级人民法院(75)

设立破产管理人报酬基金 保障企业破产工作正常开展

..... 山东省滨州市滨城区人民法院(80)

【商事审判专论】

- 民商事裁判文书写作 刘竹梅(83)
- 论保险责任开始 史卫进 孙永全(93)
- 清算义务人的范畴及责任认定中的疑难问题 ... 汤征宇 符 望(105)
- 《破产法司法解释(一)》深度解读 王欣新(114)

【商事审判调研】

- 关于银行卡民事纠纷案件及诉讼实务问题的调研报告
..... 王宪森 侯春雷(126)

【商事审判案例分析】

- 当事人恶意侵犯国有矿山资源,计算损失不应剔除开采等成本,
并应由侵权人承担反证的举证责任
——白银有色金属公司与茅德贤、成县茨坝须弥山实业
有限公司、甘肃有色地质勘查局 106 队以及成县
恒兴矿业有限公司采矿权纠纷上诉案 李京平(137)
- 存款人对存款损失具有过错的,应相应减轻储蓄机构的责任
——哈尔滨市南岗区跃进乡延兴村村民委员会与
哈尔滨城郊农村合作联社工程信用社储蓄
存款合同纠纷案 张雪樑(160)
- 关于请求指令广东省湛江市中级人民法院管辖广东中谷糖业
集团有限公司属下广西博白县中创糖业发展有限公司和
广西玉林雅桥糖业有限公司重整案的请示案 赵 柯(173)

【法官学术交流】

- 关于赴日本参加第三届东亚破产重组研讨会的考察报告
..... 刘 敏 郝 琳(177)

【商事裁判文书选登】

- 上诉人黄山长江徽杭高速公路有限责任公司、上海新华闻
投资有限公司与被上诉人招商银行股份有限公司
合肥马鞍山路支行借款担保合同纠纷案
——中华人民共和国最高人民法院民事判决书
(2011)民二终字第 113 号 (187)
- 申请再审人张家界电力广告装饰工程有限公司与被申请人
张家界市城市管理行政执法局投资合同纠纷案
——中华人民共和国最高人民法院民事判决书
(2011)民提字第 228 号 (199)
- 申请再审人曾莲英与被申请人张思坚、张琪、京山金孔雀
俱乐部有限责任公司企业出售合同纠纷案
——中华人民共和国最高人民法院民事判决书
(2011)民提字第 243 号 (210)

【商事审判精神与动态】

自由裁量权正当性标准及其规制

——以民商事审判为视角

宋晓明*

人民法院审理案件，由于刑事诉讼、行政诉讼、民事诉讼的性质、裁判的对象和范围、所适用的实体法、举证责任的分配、证明标准、结案方式以及审判所遵循的原则有所不同，在刑事、行政和民商事这三种不同类型的案件当中，法官行使自由裁量权的具体方式也存在一定的差别。本文从民商事审判的视角，谈谈对这个问题的初步认识。

民事诉讼法的修改对民商事审判中法官如何规范地行使裁判权提出了更高的要求。案件审理过程中，法官的裁量权可以说是无处不在的，裁量权的行使直接关系到当事人的程序权利和实体权利的保障，因此，如何进一步规范裁量权是当前人民法院审判实务中迫切需要解决的一个问题。一年多以前，有的观点认为“自由裁量权”不适合我国当前的国情，普通民众对这个问题可能一时无法理解；也有观点认为，不应该用“自由”这样的字眼，可以用“裁判权标准”或者叫“司法裁量权”。对于称谓问题，后来经过商议，特别是听取广大学者的呼声，最终还是使用了“自由裁量权”，包括中央政法委、最高人民法院的一些文件最后也是使用了“自由裁量权”。

民商事案件审理中，在诉讼程序、事实认定以及法律适用三方面均不同程度地存在着需要法官行使自由裁量权的诸多情形。

第一，诉讼程序中的裁量权。在诉讼程序中，法官的自由裁量权可以说随处可见，比如管辖权的转移、非必要共同诉讼案件的合并审理、无独立请求权第三人的追加、对妨碍民事诉讼行为人采取强制措施、简易程序与普通程序的选择、延期审理、中止诉讼等，都需要法官行使自由裁量权。

* 最高人民法院民二庭庭长。

第二，事实认定方面法官的自由裁量权就更加宽泛了。比如2002年4月1日起施行的《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》）就从多个角度明确肯定了法官在举证责任分配、证据的审查判断、优势证据证明标准方面的裁量权。

第三，法律适用方面的裁量权。裁量权在法律适用中主要表现在选择裁判的规范的裁量、对法律解释的裁量以及在法律缺位时的裁量。就商事案件而言，因为法官不能因为法无明文规定而拒绝裁判，所以必须根据法律原则、精神以及相应的法理对案件进行裁判。

总之，民商事审判中法官在程序的选择上、证据的认定上和法律的适用上行使裁量权是非常宽泛的。

一、自由裁量权的界定

（一）什么是自由裁量权

法官自由裁量权的范围和限度是一个颇受学者关注、亘古至今常新的法理问题。美国著名法学家庞德曾经指出，几乎所有法理学的问题都集中在一个焦点上——自由裁量权还是严格规则，整部法学历史似乎就是宽松的自由裁量和严格的具体规则、无法司法和严格司法之间不断循环反复的运动过程。马克斯·韦伯也曾经提出这样一个命题：所有政府都必须面临法律确定性的抽象形式主义与他们力图实现实体明白之间难以避免的冲突。国际诉讼协会2000年的总结报告中有这样的表述：尽管存在着法律结构与法律文化的差异，在世界各国的民事诉讼领域，正有一种扩大的司法灵活性和自由裁量权的趋势。

自由是法官自由裁量权的基本内核。哲学家康德曾经讲过，摆脱感性世界而依据理性世界法则决定自己意志的能力即所谓的自由。哲学意义上的自由是主体在理性支配下的自主选择、决定自己行为的一种状态。对于裁量，台湾地区行政法学者翁岳生先生曾经有这样的阐述：裁量，乃裁度推量之意，是人类对实物考量之内心心理意识的过程，裁量不是随意，而是有其准据和目标。因此，和毫无限制之意不同，裁量具有积极性，以追求正确性为目的，虽然这种正确性不是客观加以确定的，而是纯主观斟酌的正确性。对于自由裁量权，牛津法律大词典的权威解释是：酌情做出决定的权力，并且这种决定在当时情况下应该是正义、公正、正确、公平和合理的。

很多法官在实践中对自由裁量权都有一些模糊的认识，虽然感到自由裁量权在工作中时时存在，但是很难对它做出一个比较精确的描述。就自由裁

量权的规范问题，上海市高级人民法院和广东省高级人民法院分别出台了《上海市高级人民法院关于规范法官自由裁量权行使的指导意见》、《广东省高级人民法院关于规范民商事审判自由裁量权的意见（试行）》。其中，上海市高级人民法院对自由裁量权是这样界定的：自由裁量权，是指法官在案件审理过程中，在法律规定的范围内或法律没有明确规定但情势所需时，依据法律原则，运用法律精神、司法良知以及经验法则，对案件进行综合、理性判断的权力。

英国学者帕特顿对自由裁量权归纳了几个用法和特征：第一，法官的自由裁量权，首先是一种神圣的、思虑周详的态度；第二，法官在某硬性规则诸要素均满足的情况下，必须自觉地按某种特定方式行事，但如果规则包含有一个或若干比较模糊的标准，比如“正当”、“公平”、“诚信”、“合理”等，就要求法官针对具体情况对这些标准做出个人判断和选择；第三，法官并非在依据硬性法律规则来决定问题，而是享有选择权，可以根据案件事实做出决定；第四，法官在决定初步性事实问题，比如证人的精神状态是否适宜作证等，行使的判断权；第五，法官的这种裁判权必须要有终局性；第六，具有立法意义的裁量权可以填补法律的漏洞，即在无规则可以适用的情形下，法官就行使了立法性的自由裁量权，而做出这种判决的前提是，法官确信即使立法者面对由法官所面对的具体利益状况，也会根据社会公平的基本理念，做出与现有法律规定不同的判断。

（二）自由裁量权的历史沿革

从微观上来看，自由裁量权是法官在具体案件审理过程中酌情做出判断的权力；从宏观上看，自由裁量权的存在与行使会涉及到一国立法和司法之间的关系。因此，两大法系对法官是否应该有裁量权、如何规制自由裁量权等问题一直没有停止过争论。

第一，大陆法系对自由裁量权的争论。我们从客观判断上来讲是否存在自由裁量权。众所周知，大陆法系是以罗马法为基础逐步发展起来的，大陆法最典型的一个特征是法学家在立法，可以叫作“法学家法”，是作为专家集团的法学者或者法律工作者所创制的法，具有很强的技术性，罗马法恰恰是在这样的历史沿革中发展起来的。到了19世纪，受当时的理性主义理念的影响，很多法学家通过对人类理性的不断解读，逐渐地将理性主义运用到法学研究当中，由此也使得大陆法系的审判过程所呈现出来的画面是典型的机械活动的操作图，法官酷似一种专门的工匠，从现存的法律规定中寻找显而易见的法律后果，法官的作用仅仅在于找到适当的法律条款，把法律条款

和事实结合起来，在对法律事实和条款的结合中自动产生解决办法，并赋予一定的法律意义，即大陆法系中是法官在找法。一个案件进入诉讼程序后，当事实基本被锁定时，法官就开始了一个找法的工作，所以有人曾经把法官描绘成“自动售货机”——只要投入案件事实这一特殊的货币，该机器就能够自动产生出案件的结果——这样的情形在19世纪是非常明显的。

到了20世纪，由于经济、科技高速发展，社会剧烈变动，同时伴随着工业化，工业事故、交通事故、医疗产品缺陷、环境污染等一系列问题逐渐暴露出来，成文法的法典体系也逐渐暴露出其局限性，已经满足不了现实社会的发展需要，人们也越来越感受到大陆法自身的缺陷。在法国庆祝民法典颁布施行100周年的仪式上，法国最高法院的首席法官在演讲中宣布，当法典条文含糊不清，意思有可疑之处，当某条文加以限制和扩大即相互矛盾时，法官有广泛的解释权。不必固执地去追求法典起草人100年以前的原意，而应根据100年来法国在思想、社会等方面已发生的变化来确定这些条文在今天的含义，把这些条文合理地运用到生活的现实当中去。而20世纪的德国则明确宣布联邦宪法法院的判决对下级法院有强制性约束力；在葡萄牙，最高法院在判决中形成的法律规则与议会制定的法律具有同等权威；在阿根廷和哥伦比亚，最高法院有关宪法问题的判决具有拘束力；还有很多大陆法系的国家当时都出现了这样的发展趋势。

很有意思的是，19世纪、20世纪大陆法系国家对证据的认定则采取了与上述观点截然相反的态度。1790年，法国宪法议会提出了一个革新议案，其中总结了法国大陆法在证据规则上的一些问题，认为判断案件事实的真相有两种方法：一种是由法律预先规定何种证据可以用来确定事实；另一种方法就是周密地收集、调查一切材料，在法官面前加以阐明，再由法官进行判断，即第一次提出了“自由心证”。1791年的法国宪法会议正式废除了法定证据制度，宣布法官负有把自己的内心确信作为裁判的唯一根据的义务。1808年，法国颁布了刑事诉讼法典，明确规定了自由心证制度。应该说，现代意义上大陆法系的自由裁量权开始于自由心证制度的确立。德国学者对法国的这种做法忧心忡忡，担心如果确立了自由心证，法学还是不是一门科学或者说法律还是不是一门具有科学性的学科，担心如果确立自由心证或者自由心证被广泛采用，那么法官是不是只需要有一个“法感”就可以了。

第二，英美法对是否存在自由裁量权也有一个漫长的认识过程。英美法系从不成文习惯法发展而来，是法官们不断地在司法活动中确立起来的。英美法系最早起源于十一世纪，诺曼底入侵英国之后，首先是通过国王派官员到各地巡回审理案件，在这个过程中，逐渐建立了一批王室法院和王室的审

判制度，后来人们把这些法院称为普通法院，并且逐渐形成了一套适用全国的权威的司法判例即普通法，也形成了“遵循先例”的传统。著名的英美法学者哈特曾经讲过，“在每个法律制度中，都有宽泛的和重要的领域留待法院或其他官员行使自由裁量权，以使最初含糊的标准变得明确，解决法律的不确定性，或者扩展或者限定由有效判例粗略传达的规则。”培根也曾经讲过，最好的法律是那种最少提交给法官采掘的法律，最好的法官是那种最少使用他自己采掘的法官。功利主义者也一再强调法院只不过总是立法者的传声筒，仅仅把已创制的法律用于案件的事实。美国法学理论家卡多佐认为，“司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律；所有的怀疑和担忧、希望和畏惧都是心灵努力的组成部分，是死亡的折磨和诞生的煎熬的组成部分，在这里面，一些曾经为自己时代服务过的原则死亡了，而一些新的原则诞生了。”美国社会学者庞德认为法律必须稳定，但又不能静止不变，为了保障法律的稳定性和法律的变化性两种价值，他提出了“有法司法”和“无法司法”的概念，因为法官不能拒绝审判，有法司法，无法也得司法。卡多佐还认为，这种发现不是随意的漫游、追逐自己的美善理想的游逛，应从一些经过考验并受到尊敬的原则中吸取启示，它不得屈从于容易激动的情感，屈从于含糊不清或未加规制的仁爱之心。这就引发了一个问题——由于法官的个性不同，所以对外观刺激的感受也不同，从而使得法官行使自由裁量权的结果也不同。

第三，两大法系对自由裁量权的认识过程对我国的借鉴意义。司法裁量空间的存在是任何一个国家都无法否认的事实，不管是在大陆法系还是在英美法系，法官在案件审理中存在一定的裁量空间是大家的共识。当然，对于这种裁量空间的范围可能有不同的观点——有的认为任何案件中法官都有裁量权，有的则认为只有在法律规定不明确或者没有规定的情况下，法官才有裁量权。另外，不同国家在何种程度上承认法官享有自由裁量权有所不同，这是一个价值衡量的问题，也是一个国家的政治体制问题。从价值上来看，由于立法的局限性，法律无法对所有事物进行规范，尤其无法对尚未发生的事实进行推测，在现实生活发生变化的情况下，法律的这种滞后性就逐渐地显露了出来，这也就使得自由裁量权的存在具有了必要性和重要的意义。

（三）对自由裁量权的规制

自由裁量权的存在具有必然性，但是也必须对其进行必要的规制，防止出现裁量权的滥用。总的来讲，对自由裁量权的规制主要有以下几种思路：第一，寻找自由裁量权的客观标准，就是研究行使自由裁量权在形式上有没

有一种客观标准，这种观点主要是以德国为代表，根据标准的不同，又可以分为法律之外的裁量权标准和法律之内的裁量权标准；第二，通过利益衡量来指导自由裁量权的行使，比如，经济利益最大化、社会利益最大化等就是利益衡量上的一些标准；第三，通过合理化的说明来明确自由裁量权的行使范围；最后，就是通过外部约束来对自由裁量权进行规制。

二、我国自由裁量权的现状

（一）我国自由裁量权存在的客观原因

1. 成文法固有的局限性

我国是一个成文法国家，成文法有其固有的局限性，其表现有以下几种：

第一种是模糊性。所谓模糊性，就是法律语言本身无法十分精确、具体，比如，什么是“社会公共利益”，什么是“注意义务”，什么是“紧急情况”的状态，无论法律如何进行描述，也都可能跟现实生活有一定的差距。再比如，《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第十六条、第二十一条、第二百一十七条都谈到了公司的“实际控制人”，其中，第二百一十七条是这样界定“实际控制人”的：“实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人”，这是一种概念化的解释。又比如，《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）多处涉及了“保险利益”，该法第十二条第六款对保险利益是这样界定的：“保险利益是指投保人或者被保险人对保险标的具有的法律上承认的利益”。总之，这样的法律规定都是非常抽象的，具有一定模糊性。

第二种是不合目的性。所谓不合目的性，是指具体的法律制度的设计以及法律规则无法完全符合立法者的目的，法律要实现的调整目的和最终所能达到的调整结果之间有一定的差距。比如，为了保护未成年人，《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）第十五条第一款明确规定“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人”。但是现实生活中，有一些未满16周岁的未成年人为了生活需要通常不得不到一些用人单位去打工，这时，如果严格根据《劳动法》的这条规定进行认定，用人单位与未成年人之间的关系将不能被视为一种合法的劳动合同关系，而这样做实际上恰恰不利于保护未成年人，由此产生悖论。

第三种是不周延性。所谓不周延性，是指立法者无法将需要调整的所有

事实都纳入法律的调整范围。例如,《保险法》第三十四条第一款规定“以死亡为给付保险金条件的合同,未经被保险人同意并认可保险金额的,合同无效”,第三款规定“父母为其未成年子女投保的人身保险,不受本条第一款规定限制”。据此规定,只有未成年人的父母可以未经未成年子女同意并认可保险金额而为未成年子女投保以死亡为给付保险金条件的保险,但是在现实生活中,祖父母、外祖父母和孙子女、外孙子女之间可能也很亲近,很多孙子女、外孙子女是和祖父母、外祖父母一起生活的,在这种情况下,也应当允许祖父母、外祖父母为未成年孙子女、外孙子女订立以死亡为给付保险金条件的保险。由于现行《保险法》并没有做出这样的规定,这就在一定程度上产生了不周延性。一旦出现了这种不周延的情况,就需要法官在司法过程中进行解决。

第四种是滞后性。所谓滞后性,是指立法者不可能对未来的情况做出预测,并提前体现于当前制订的法律当中。如对于公司成立时的出资,2005年之前的旧《公司法》第二十四条规定只允许以货币、实物、工业产权、非专利技术和土地使用权进行出资,对于现实生活中可以转让的股权、债权以及劳务等没有纳入出资形式。2005年修订的《公司法》就出资形式做出了列举式加兜底条款的规定,是一个开放的规定,同时也给出了标准,即“可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产”也都可以用于出资,比之前的规定进步了许多,因为现实生活中出资的形式是非常多变的。再比如,可以出质的权利的种类,《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第二百二十三条规定“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质:(一)汇票、支票、本票;(二)债券、存款单;(三)仓单、提单;(四)可以转让的基金份额、股权;(五)可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权;(六)应收账款;(七)法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”,列举了很多,但仍然具有一定的局限性,因为在审判实践当中就出现了以人寿保险单来出质的情形。所以,有人形象地说,一部法律从颁布的那一天起就已经滞后了,这也是成文法固有的局限性。

2. 特定历史时期国情的客观要求

首先,当前中国正处在经济高速发展和社会转型的历史时期,社会转型过程中暴露出来的大量历史遗留问题逐渐以案件的形式进入了法院,在民商事领域尤为突出。比如处置不良资产的问题、企业改制的问题,资本市场中还出现了大量新类型的案件,公司诉讼中的案由不能完全满足现实发展的需要。在这样的一个历史时期,很多案件的解决就需要发挥司法的能动作用。

又比如,《保险法》第三十一条规定投保人对其配偶、子女、父母以及与其有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属具有保险利益,可以为其投保人身保险。但是随着传统人际关系发生变化,未婚同居的情况逐步出现,如果投保人为其同居者投保人身险,是不是要承认投保者对其同居者具有保险利益?这种保险合同是不是有效?现在我国已经进入了老龄社会,很多单身老人并不会再婚,而是寻找一个“伴”在一起生活,如果老人为这样共同生活的“伴”投了人身险,能不能认定有效?再比如,有的人通过遗嘱将他的全部财产遗赠给其生前同居或者姘居的人,是否应当允许?

其次,我国幅员辽阔,民族众多,东、中、西部差异较大,不同的民族、不同的区域有着不同的风俗习惯,对很多问题的看法并不一致。比如夫妻离婚时彩礼的返还问题,尽管有了相关的一些司法解释,但是在现实生活中并没有完全解决所有问题。城乡差别、区域差别在一定范围内的客观存在使法官在审判工作中必须重视各地裁判标准的问题。再如人身损害赔偿问题,现有的司法解释对城市居民和农村居民的赔偿标准不完全相同,特别是在精神损害赔偿金方面。相关司法解释规定精神损害赔偿的数额要根据以下几个因素来确定:第一,侵权人的过错程度,法律另有规定的除外;第二,侵害的手段、场合、行为方式等具体情节;第三,侵权行为所造成的后果;第四,侵权人的获利情况;第五,侵权人承担责任的经济能力;第六,受诉法院当地居民的平均生活水平。这就使得同种情形下不同地区的赔偿数额可能有一定的差别。

再次,就立法体制而言,全国人大及其常委会制定法律,国务院根据宪法和法律制定行政法规,省、自治区、直辖市人大及其常委会,省、自治区人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和其他经国务院批准的较大的市的人大及其常委会制定地方性法规,最高人民法院和最高人民检察院制定司法解释,客观上我国形成了这样的立法格局。

最后,现实生活中个别法律之间有矛盾之处。比如,《医疗事故处理条例》和《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)对类似情况在赔偿项目、赔偿标准上就有规定不一致的地方,同种情形适用《医疗事故处理条例》比适用《民法通则》赔偿得少,最典型的的就是缺少项目的死亡赔偿金,而关于人身损害赔偿的司法解释使这种差距有所扩大,二元化的法律规定会导致两种类型的医疗纠纷在案件裁判标准上有失公平——医疗行为构成医疗事故的,医院的过错比较重,但赔偿数额反而比较少;医疗行为不构成医疗事故但医院有过错的,医院的过错较轻,但赔偿数额反而多。这种调整结局会背离我们的立法初衷。

（二）法官自由裁量权的特征

自由裁量权是法官独立行使审判权的具体体现。法律规定的概括性、稳定性与案件事实具有的具体性、变动性之间存在着无法消除的张力，由法律的一般调整到个别调整是一个具体的操作过程，在此过程中需要法官行使自由裁量权。

第一，自由裁量权是司法所固有的一种权力，或者说是法官在审判案件过程中所固有的一种权力，而审判权是国家公共权力体系重要的组成部分。加力根曾经讲过，法官的司法裁量行为是一个法的吸纳过程，是一个事实识别过程，更是一个法律规定与案件事实融合的过程。自由裁量权首先是一种司法权。

第二，自由裁量权是一种豁免权。在赋予法官审判权的同时，就应当赋予他自由裁量权，而相应的豁免权也是法官的一个基本权力。如果自由裁量权不是一种豁免权，那么审判就难以独立，换句话讲，必须保证审判的独立才能够正确地对待法官的自由裁量权。在执业生涯中，只要法官对案件所做出的评判是其遵守职业操守，基于其对法律的理解和对案件事实的认定而做出，那么法官发表法律意见就享有豁免权，就不能因为其发表的意见而被追究责任。

第三，法官的自由裁量权以审判独立为前提。只有赋予审判独立的地位，才能够有审判独立的人格。如果法官在审判过程中受到来自各方面的压力和干扰，自由裁量权就只能是徒具其名，法官的责任心也难以保障。

第四，法官的自由裁量权必须以公平合理为价值取向。法官在行使自由裁量权的过程中，其意志应当是理性的、受法律的精神支配的，绝不是随心所欲。所以，沃克法官在对法官的自由裁量权进行解释时，突出强调了这种酌情做出的决定在当时情况下应是正义、正确、公平和合理的。

第五，法官的自由裁量权应当是受到法律制约的权力。英国著名的行政法学家韦德曾经说过“所有的自由裁量权都可能被滥用”，这是一句至理名言。因此，法官的自由裁量权也应该有相应的法律予以制约。

（三）民商事审判中自由裁量权的分类

1. 根据自由裁量权与法律规则的关系来划分。按照裁量权与法律规则之间的关系，可以把自由裁量权分为规则之下的裁量权、规则之外的裁量权和超越规则的裁量权三种。

规则之下的裁量权，是指法官根据法律规定在法律规则界定的范围内行

使的裁量权，不能超越相应的规则。比如，某人欠债十万元钱，其在银行有存款，法官能不能不对该笔存款做出处理而非要把债务人的房子进行拍卖，用拍卖所得价款来还债？再比如诉讼过程中需要开庭的，当事人住处同法院之间路途遥远，能不能通知他明天必须来法院开庭？在现实生活中，法官可能有多种的选择方式，哪一种是更理性的？法官在规则之下行使的裁量权，度要怎样去把握？

根据有无明确的授权，规则之下的裁量权还可以分为已经明确授权的自由裁量权和默示授权的自由裁量权。明确授权的裁量权就是法律明确规定了必须在一定的范围内酌情行使的裁量权。比如，《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第一百一十四条第二款规定：“约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”再比如，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第三十九条第一款规定：“上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件，也可以把本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理。”这些都是明确授权。默示授权的裁量权是指法律规则虽然没有明确授予法官选择权，但由于暗含一定的选择余地，这就需要法官对规则构成的标准根据案件的具体情况和特殊对象加以解释和适用。比如，《民法通则》第十二条第一款规定“十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意”，这里的“与他的年龄、智力相适应”是一个不确定的概念，这种情形下就有了一种默示授权，由法官来认定哪些民事活动是和限制民事行为能力人的年龄、智力相适应的，哪些是不适应的。《民事诉讼法》第九十三条第一款规定“利害关系人因情况紧急，不立即申请财产保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取财产保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，驳回申请”，起诉前“情况紧急”就是一种不确定的概念。再比如，《劳动法》第二十五条规定劳动者严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以解除合同，这里的“严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度”也是不确定的概念。这些情形下也需要法官行使裁量权。

规则之外的裁量权，是指法官在法律没有明确规定的情况下所享有的裁量权。比如，《公司法》第七十二条规定“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意”，“经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权”。该条规范的是有限责任公司的股权转让。有限责

任公司兼具资合和人合的性质，并且其中更重要的是其人合性。该条规定股东要向股东以外的人转让股权要征得其他股东过半数同意，并且同等条件下其他股东享有优先购买权，就是为了维护有限责任公司的人合性。但是在经济生活当中，有的股东并没有经过公司其他股东过半数同意，也没有尊重其他股东在同等条件下的优先购买权，即对外转让了他的股权，这种股权转让行为的效力如何认定？司法实践中，有的法院判决认定《公司法》该条关于转让有限公司股权的程序规定是一个强制性规定，如果违反，就应当认定这种股权转让行为是无效的；有的法院的判决则相反，认为违反法定程序的股权转让是否有效应当适用《合同法》的规定予以认定，按照合同的相对性原则，违反法定程序的股权转让行为是一种效力待定的行为——如果经公司其他股东追认，这个转让股权的合同就应当被认定为有效，这个转让股权的行为就应该被认定为有效，如果公司其他股东不予追认，就应当认定转让行为无效。可见，裁判的依据不一样，做出的裁判可能就有很大差别，而选择何种法律规定作为裁判的依据就是一种法律规则之外的自由裁量，要统一裁判尺度更主要的就是为了规范这类法律规则之外的自由裁量。

超越规则的裁量权通常出现在法律虽然对某种事实有规定，对某种调整对象有规定，但是如果遵循了这种规定，有的时候反而实现不了个案公正的情形。前面谈到的《医疗事故处理条例》的相关规定可能引发的赔偿数额不公的问题就是一个例子。

2. 按照行使对象来划分，裁量权可以分为对事实认定、法律适用和诉讼程序的裁量权。民商事审判是法官行使审判权，对照抽象的法律来认定事实，并根据认定事实的结果来判定抽象的法律能否适用于本案的活动。民商事审判的过程可以分为事实认定、法律适用和诉讼程序指挥，在这三个方面法官都有一定的裁量权。

查明事实的裁量权。案件进入诉讼程序后，相关的事实都是已经发生的，无法复制的，更不可能彩排。在这样的情况下，要对过去已经发生的不可逆转的事实进行判断，只能通过对证据的审查和认定来进行，这种审查和认定的过程就需要行使裁量权。这些裁量权有的是法律明确授权的，比如《证据规定》第七条规定，在法律没有具体规定，依据该规定或者其他司法解释无法确定举证责任的承担时，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。还有的查明事实的自由裁量是默示授权的，比如，对于人民法院主动调查收集证据的问题，《民事诉讼法》第六十四条规定“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查