

正义的尺度： 自由裁量与司法公正

郭卫华 主编

湖北省汉江中级人民法院 编

THE MEASURE OF JUSTICE:

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

正义的尺度： 自由裁量与司法公正

郭卫华 主编

湖北省汉江中级人民法院 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

正义的尺度：自由裁量与司法公正/郭卫华主编；
湖北省汉江中级人民法院编. —北京：中国法制出版社，
2012. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3425 - 6

I. ①正… II. ①郭… ②湖… III. ①司法 - 工作 -
中国 - 文集 IV. ①D926 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 279134 号

策划编辑：戴蕊

封面设计：周黎明

正义的尺度——自由裁量与司法公正

ZHENGYI DE CHIDU——ZIYOU CAILIANG YU SIFA GONGZHENG

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2012 年 2 月第 1 版

印张/8 字数/166 千

2012 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3425 - 6

定价：25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66065921

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

序

党的十七届六中全会明确提出要深化文化体制改革，推动社会主义文化大发展大繁荣。文化建设是中国特色社会主义事业总体布局的重要组成部分，没有文化繁荣发展，就没有社会主义现代化。王胜俊院长指出，法院文化是社会主义先进文化的重要组成部分，是司法事业发展进步的力量源泉，是法院干警共同的精神家园。法院文化建设的加强，有利于提升队伍素质、审判质量和司法公信力，能够为司法事业发展和法院队伍建设提供坚强的思想保证、强大的精神动力、有力的舆论支持和良好的文化环境。开展和创新法院文化建设，已经是各级人民法院政治生活中的一件大事。

汉江中级人民法院自建院以来坚持“文化立院”方针，高度重视以文化建设促进法官素质、能力的提升，通过在制度中植入法官良知、修养、责任等文化基因，创新审判管理、完善审务管理、丰富学习制度，充分发挥制度的导向作用。围绕执法办案第一要务，创建实施“1231金凤凰育人工程”，全方位提高干警的思想政治素养、职业道德水平和综合司法能力，致力于打造复合型法官队伍。依托审判实践，丰富学习形式，拓展学习平台，积极组织干警与全国各地法官和专家学者研讨、交流，先后举办了“网络舆论与法院审判”研讨会和“法官品质与司法公信力”研讨会。今年，该院再次与最高人民法院应用法学研究所、人民法

院报社、中国审判杂志社联合举办“自由裁量与司法正义”研讨会，深入探讨了自由裁量与司法正义之间的紧密关系。

“法律游离于现实，但现实远比法律丰富”。在依法治国方略的指导下，司法领域的各项改革与时俱进。虽然路径不同，各有侧重，但司法改革归根结底是以法官的审判活动为中心，而法官的自由裁量权问题又是法官审判活动中最能引起社会关注的问题之一，因为法官自由裁量权的正确运用与审慎行使直接涉及到司法的公正、公平与合理。在法律缺位、法律规定模糊、严格适用法律得出的裁判结果明显背离公众朴素认知的情况下，法官通过自由裁量的运用，能动司法以实现个案的正义就成为一种必然。汉江中院顺应时代要求，提出以“自由裁量与司法正义”为主题举办专题研讨会，选题针对性强，很有价值。《正义的尺度——自由裁量与司法公正》一书正是此次研讨会成果的结晶。入选的论文，逻辑严谨，体系周延，观点鲜明，论证有力，具有较高的理论性和实用性。文章的作者，大部分来自于审判一线法官，他们结合审判实际所思所感所悟，对如何发挥自由裁量的能动作用、完善自由裁量的规范措施、优化自由裁量的行使机制、延伸自由裁量的公正效果作了深入浅出的分析论证，对如何合理地行使自由裁量权，使自由裁量的结果能更好地被群众接受进行了有益的探索，对于各级法院更好地发挥司法职能作用，维护人民权益具有积极的借鉴意义。

学习型法院的创建工作永无止境，法院队伍的建设工作永无止境。汉江中院郭卫华院长作为法学博士后和首届全国审判业务专家，他所带领的团队一直重视法院文化建设，强调以文化塑造人、引导人、培育人，以他为首的汉江中院党组勇于创新，制订实施了“1231”金凤凰育人工程，信息化建设“千里马”工程，廉政文化“清风”工程，培育精品案件“琢玉”工程，以文化建

设作为全面深入推进各项工作的重要抓手，其举措之独到，理念之创新，观点之鲜明，值得各级法院借鉴。我由衷地希望全国各级法院在创建学习型法院的道路上，不断推出新举措，不断创造新经验，努力开创法院文化建设的新局面，增强法院队伍的思想政治素质、法律业务素质和职业道德素质，为推动中国法治进程做出新的更大的贡献。

是为序。



目 录

- 序 沈德咏 / 1
- 民事法官自由裁量权问题研究
——以树立正确审判理念为视角的规制路径寻求 陈祥华 / 1
- 正义之剑导航下的自由之路
——自由裁量应在司法正义的引力下行进 车志平 / 19
- 创造性司法：法官自由裁量权之合理规制 蔡鸿铭 / 33
- 自由裁量权：提升司法公信力的杠杆
——兼论自由裁量权的规制 余敬海 / 50
- 自由裁量：在宽容与约束中寻找平衡
——兼以案例指导的时间和空间效力为视角 夏 敏 / 65
- 自由与规范
——论法官自由心证的行使与规制 王同明 / 79
- 社会效果视野下法官自由裁量权规制研究 刘 旭 / 97
- 论规范法官自由裁量权的行使 谢 明 / 112

■ 法官在刑事举证责任分配中的 自由裁量权	汪家乾 李治国 / 125
■ 司法正义下的自由裁量 ——从民事案例同案同判角度分析	余德厚 袁 晶 / 139
■ 民事审判中自由裁量权的规制 ——从构建“理性人”标准的微观角度出发	马丽莎 / 151
■ 司法的精神磁石：法官的良知	李清河 / 167
■ 正义维度内的张弛之道 ——成文法局限性下法律适用自由 裁量权之边界	卢 伟 聂志军 / 179
■ 官民博弈过程中的非制度化参与 ——以能动司法为视角	谢锐勤 / 196
■ 在事实与法律之间：司法能动主义之追求 ——疑难案件事实认定之司法哲学	郭建标 / 213
■ 在情感与理性之间 ——和谐社会语境下刑事司法的 人性化裁判	汪海鹏 林筱发 / 227
■ 后记	/ 246

民事法官自由裁量权问题研究

——以树立正确审判理念为视角的规制路径寻求

陈祥华*

即使有完美的……制度，有彻底的法学之研究，然若受外界的引诱，物欲之蒙蔽，舞文弄墨，徇私枉法，则反而以其法学知识为其作奸犯科之工具，有如为虎附翼，助纣为虐，是以法学修养虽为重要，而品格修养尤为重要。

——史尚宽

引 言

民事法官自由裁量权是法官在民事诉讼中的一项重要职权，国际诉讼法协会 2000 年年会的总报告中表明，尽管存在着法律结构与法律文化的差异，但是在当代各国的民事诉讼中不仅存在法官自由裁量权这一现象，而且在世界各国的民事诉讼领域还有一种扩大司法灵活性和自由裁量权的趋势。^① 民事法官自由裁量

* 上海市金山区人民法院。

① Prof. Dr. Burkhard Hess, *Judicial Discretion—General Co-Report the Gent Conference 2000*. 转引自王克楠：《论法官对民事诉讼程序的自由裁量权》，载中国期刊网。



权是在民事案件的法律适用过程中，伴随着民事法律规范的相对滞后性以及成文法在周延性、应变性、具体性上的不足而产生的，系指在民事案件审理中，由于缺乏明确的法律、法规、司法解释及其相关的法律原则、有关政策等裁判依据，从而要求法官直接面对证据，通过庭审固定的事实，依据自身累积的司法良知、法学素养、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。其受到学者和司法实践部门的广泛关注。

一、“西方”语境下民事法官 自由裁量权的比较考察

（一）大陆法系关于民事法官“自由裁量权”的基本模式

大陆法系中，对于法官是否应当享有和行使自由裁量权存在一定的争论，主要有三种不同的模式。

1. 主张法官拥有绝对的自由裁量权

这种观点认为，“法律是永远追不上社会生活的发展的，它一制定出来便即时过时；法律也永远概括不了社会生活的各个方面，它从一开始就是片面的。”^②在这种理念支配之下，成文法公布之前的秘密法时期，法官拥有几乎不受任何限制的自由裁量权。

2. 主张限制、消除法官自由裁量权

这种观点认为，首先，在一个法治的社会中运行的法律应当

^② 罗马法编写组：《罗马法》，群众出版社1983年版，第30-38页。

是具体和确定的，除非有例外情况，否则不能以法律行为发生之后的规则来规制之前的行为，也不能以尚未向社会公众公开颁布的法律来进行规制。其次，法官对案件行使自由裁量权时，外界难以评价其合法或违法、公正或偏颇，并对之进行有效之监督，而实践经验表明，“任何拥有权力的人都倾向于滥用权力，这是一个万古不变的经验……不受制约的权力必将走向腐败。”^③ 再次，立法者可以制定完美的法典，涵盖一切民事法律关系而完全排斥法官在司法过程中的自由裁量权，法官只需要机械地执行法律的规定。因此，这种观点主张应当限制、消除法官行使自由裁量权。以这样的理念为先导，19世纪，欧洲大陆进入绝对严格规则主义时代，欧洲大陆各国相继制定出一批法典，立法者们“试图对各种特殊而细微的情况列出各种具体、实际的解决办法，最终目的是想有效地为法官提供一个完整的办案依据，以便法官在审理任何案件时都能得心应手地引律据典。”^④

3. 主张法官拥有主导地位的自由裁量权

持这种态度的人认为，立法者并不可能依据其理性制定完备无缺的法典，“法律的生命不在于逻辑而在于经验”，由于法律规则本身的稳定性、滞后性、抽象性等特点，它难以满足对复杂多变的具体案件的审理，而法官作为法律适用过程中最接近案件事实的主体，应赋予其拥有自由裁量权，使得其以自身的价值理念、法律素养来克服僵硬的法律规则的不足，弥补法律漏洞，实现对复杂多样的个案的公正裁量。

③ 【法】孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第154页。

④ 【美】梅里曼：《大陆法系》，西南政法学院法制史研究室、编译室1983年编译，第42页。



（二）英美法系关于民事法官“自由裁量权”的基本模式

在英美法系，法官拥有自由裁量权是其传统的固有权力，但是各国之间在理念上有所差异。

1. 主张法官应具有完全的自由裁量权

英美法系主张法律的生命在于经验而非理性，认为法律存在于法官的审判活动中，法官具有完全的自由裁量权，为了实现公平正义的法律价值目标，可以不受法律和先例的约束，利用衡平正义和解释法律的方法推翻前例创造法律，以使法律做出能够适应社会发展变化的解释。在这种理念支配之下，在英美法系“法律远不仅仅是立法，立法只是法律的一部分，司法过程亦是其重要的一部分，它起着使法律潜移默化地演变的作用。”^⑤

2. 英美法系各国之间在行使自由裁量权的理念上存在差异

以英、美两国为例，相对来说，当现有的法律规则与正义的价值标准之间有某种脱节时，“英国的法官倾向于严格固守现有的规则，以维护法律的权威，尽管这种对规则的严格遵守在个案中可能导致不公甚至是荒谬的结果；美国的法官则倾向于运用自由裁量，宁愿改变现存的法律规则，以避免出现严格适用法律所造成的不公或荒谬，以实现法律的正义价值。”^⑥

3. 对自由裁量权的理念发生部分调整

“司法裁量权概念是一块空地或黑箱，……无论你把裁量权

^⑤ 徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1992年版，第227页。

^⑥ 崔林林：《严格规则与自由裁量之间——英美司法风格差异及其成因的比较研究》，北京大学出版社2003年版，第5页。

想象得多好，裁量权都会令法律职业者不安。”^⑦“自由裁量权恰如面包圈中间的那个洞，如果没有周围一圈的限制，它只是一片空白，本身就不会存在。”^⑧随着社会的发展，滥用自由裁量权的现象时有发生，英美法系各国正在从完全自由裁量向有限自由裁量转变。

从“西方”语境下法官自由裁量权的基本模式看，始终存在支持和反对两种观点，这可从各国的立法和司法实践中对其所采取的不同态度中充分反映出来。法官拥有绝对的自由裁量权，易造成法官滥用权力，使人民失去安全，并破坏法治的统一；绝对地排除法官自由裁量权，则使法官对法律的适用陷入僵化而不能适应不断发展变化的社会关系，难以实现个案的正义。因此，在肯定法官行使自由裁量权的正当性的同时，应对自由裁量权的行使进行规制，引导其正确行使自由裁量权。

二、“当代中国”语境下民事法官自由裁量权的正当性论证

（一）我国民事法官自由裁量权的规范现状

1. 立法未直接规定法官具有自由裁量权

我国受大陆法系成文法的影响颇深，由于成文法自身局限性的影响以及处理现代社会纷繁复杂的法律关系的需要，民事法官

^⑦ 【美】理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第27页。

^⑧ 【美】罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第51-52页。



自由裁量权在中国司法实践中是一个客观存在的事实。^⑨但是无论在民事实体法中，还是在民事程序法中，均未就自由裁量权进行具体、明确的规定。

2. 现行法律解释体制赋予最高人民法院行使司法解释的权力

1981年全国人大通过了《关于加强司法解释工作的决议》，该决议第二条规定：“凡属于法院审判工作或者检察工作中具体应用法律法令的问题，分别由最高人民法院和最高人民检察院进行解释，两院解释如有原则分歧，报请全国人大常委会解释或决定。”该条规定实际上在一定范围内赋予了最高人民法院（下文简称：最高院）在案件审理中解释法律冲突的权力。当然这种权力是有限制的，根据《立法法》的规定，最高院的这一权力一般仅限于案件审理中遇到的新旧法律规范之间的冲突。不同位阶或同一位阶之间的法律规范的冲突，则须通过全国人大常委会、国务院等有权机关进行裁决。

（二）部分高院就民事法官自由裁量权之规制进行“试水性探索”

1. 浙江省高级人民法院的探索

2007年7月13日浙江省高级人民法院审判委员会第1973次会议讨论通过《浙江省高级人民法院关于规范民事审判自由裁量权的指导意见（试行）》（下文简称：浙江省高院指导意见），该意见强调民事审判中的自由裁量权是在民事诉讼过程中，法官或审判组织在法律规定范围内、法律规定不全面或者在法律没有明

^⑨ 例如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》关于举证责任的分配；《合同法》第一百一十四条关于违约金约定是否过高等，实际上均赋予法官自由裁量的权力。

确规定的情况下，遵循公平、合理的价值目标，结合立法精神、法律原则、民事政策、法学原理以及民事习惯，运用司法理念和审判经验，对案件的裁量做出理性判断的权力。该意见第二条规定：“（一）在法定几种处理方案中选择适用的；（二）在法定范围限度内进行裁量的；（三）无法依据法律适用的一般原则选择适用法律规范的；……”该条第一、三款明显赋予法官在法定几种处理方案中以及无法依据法律适用的一般原则选择适用法律规范的情况下具有自由裁量的权力，使其实质上具有了解释法律的权力。

2. 广东省高级人民法院的探索

广东省高级人民法院于2009年3月23日开始施行《关于规范民商事审判自由裁量权的意见（试行）》（下文简称：广东省高院规范意见），该意见强调，民商事审判的自由裁量权，是指人民法院审理民商事案件，在法律规定范围内，法律规定不具体或在法律没有规定的情况下，对具体案件的程序和实体问题，酌情作出裁判的权力。该意见第二条第二、四款规定：“（二）法律规定由法院从几种法定情形中选择其一裁量的；……（四）法律规定不具体或法律没有明确规定的；……”这赋予法官在法定几种处理方案中以及法律规定不具体或法律没有明确规定时具有自由裁量权力。

3. 上海市高级人民法院的探索

上海市高级人民法院民二庭于2009年7月14日制定了《关于规范法官自由裁量权行使的指导意见》（下文简称：上海高院民二庭指导意见），该意见明确，案件审理中涉及实体法律条文有不同理解的；涉及法律规定由法官行使自由裁量权的；涉及有关案件事实认定的证据规则把握的；涉及程序法律规定把握的，



法官应及时报告审判长或庭长，必要时，案件应提交审判长联席会议讨论或报请审判委员会讨论决定。该意见强调涉及自由裁量权的行使时，法官应及时报告审判长或庭长，并在必要时提交审委会等讨论决定，体现了审慎行使自由裁量权的态度。

部分高院对民事法官自由裁量权之规制所进行的“试水性”探索，表明了其试图从体制、机制上规制自由裁量权行使的意图，但是各自出台的规范存在较大差异，有的对自由裁量权的行使采取了大胆的探索，例如广东省高院规范意见第二条第二、四款和浙江省高院指导意见第二条第一、三款，实际上赋予法官在法定几种处理方案中以及法律规定不具体或法律没有明确规定时具有解释法律的权力。有的则采取了相对审慎的态度。从某种意义上讲，这种分歧反映了审判理念上的差异。

（三）赋予民事法官自由裁量权的现实价值

1. 补正成文法的局限性

成文法具有模糊性、滞后性、抽象性、不周延性等局限性。法律规则适用的普遍性，使得立法者制定法律时注重适用对象的一般性，而个案则具有其特殊性，立法机关在立法时不可能预见到所有可能遇到的问题，由此，成文法本身难以避免存在漏洞，需要法官行使自由裁量权平衡一般正义和个别正义的矛盾；法律具有相对稳定性，而社会则是不断发展变化，法律的相对稳定性和社会的发展变化之间会产生一定的脱节，如果通过立法解释和司法解释的形式对法律进行修改，则面临程序相对复杂、周期相对较长的困难，难以满足个案审理的需要，因此需要法官发挥自由裁量权的功能进行有效补正。

2. 克服客观真实的不可回复性

诉讼中争议的事实都是发生在过去的事实，当事人自己亲身经历了争议的过程，法官并没有亲眼目睹该事实，法官只能通过证据以及证据规则所展现出来的法律真实进行裁判，这就需要法官行使自由裁量权，通过自由心证实现法律真实和客观真实之间的平衡，克服客观真实的不可回复性。

3. 适应民事审判工作的需要

民事法律关系涉及社会生活的方方面面，呈现出复杂性和多变性的特点，而民事法律规范本身具有一定稳定性，故为保持民事法律规范较强的弹性和灵活性，以适应不断变化的社会发展实际，需要发挥自由裁量权的作用。同时，民事法律追求平等、公正、效率、私法自治等多种价值，在个案中适用这些价值有可能会产生价值之间的冲突，需要依靠法官行使自由裁量权来协调各种价值之间的矛盾。

三、民事法官自由裁量权运行实效评估

针对民事法官自由裁量权运行实效情况，笔者曾在法官群体中作过一项专门问卷调查，调查共收到有效答卷 68 份，现结合本标题下的问题，对相关的答卷内容作一下介绍与评价。

（一）对自由裁量权的理念认识不一

从行使自由裁量权所秉持的理念来看，法官群体的认识存在一定差异，并没有达成统一立场，34 名法官选择了“法律效果”，25 名法官选择了“社会效果”，9 名法官选择了“以案件审结为主”。