



西南法理学博士文丛

丛书主编 付子堂

法官自由裁量权及其限制

——以法律方法为主要分析视角

庄晓华 著



中国政法大学出版社



西南法理学博士文丛

丛书主编 付子堂

法官自由裁量权及其限制

——以法律方法为主要分析视角

庄晓华 著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目(CIP)数据

法官自由裁量权及其限制 / 庄晓华著. -- 北京 : 中国政法大学出版社, 2013.8

ISBN 978-7-5620-4994-4

I. ①法… II. ①庄… III. ①刑事诉讼—审判—研究—中国 IV. ①D925.218.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第206984号

书 名	法官自由裁量权及其限制 FAGUAN ZIYOUCAILIANGQUAN JIQI XIANZHI
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088 邮箱 zhengfadch@126.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	650mm×980mm 16开本 13.25印张 190千字
版 本	2013年9月第1版 2013年9月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4994-4/D·4954
定 价	36.00元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

《西南法理学博士文丛》

编 委 会

主 任：付子堂

委 员：张永和 宋玉波 陈 锐 周祖成
雷 勇 程志敏 朱学平 林国华
林国荣 郑文龙 郭 忠 赵树坤
陆幸福 王 恒 庄晓华 刘 颖
周尚君 胡兴建 朱 颖



总 序

西南政法大学法学理论学科于1979年经国务院学位委员会批准获得硕士学位授予权，属于全国最早一批设立硕士学位授予点的二级学科。本学科于1992年被确定为校级重点学科，2000年被确定为重庆市重点学科，2003年被批准为博士学位授权点，2004年开始招收博士研究生。2007年，本学科负责的“法理学”被教育部评为国家级精品课程。2008年，本学科开始招收博士后研究人员。

西南政法大学历来重视基础学科建设中的学术积累与学术传承。我校的法学理论学科点在卢云教授、黎国智教授、王明三教授、钮传诚教授、王方仲教授、李权教授和吴光辉教授等老一辈学者的创建、经营、带动和培养下，师承相继，薪火相传，生生不息。经过多年的辛勤劳作，本学科点造就了一批又一批优秀的教学科研人才，并持续保持着一支年龄结构合理、理论功底扎实、具有探索精神的学术梯队，在现代法理学、马克思主义法律思想研究、法哲学、法律社会学、立法学、比较法学和西方法理学等领域作出了重要贡献，形成了自己的学术特色和传统优势。

然而，传统要“传”才能拥有活力，才能发扬光大。老一辈学者已经为此付出了艰辛的劳作，作出了卓越的贡献。现在，传统的“薪火”已交给我们，让我们将其光大。任务相同，都为建设法理学科；背景相似，都身处转型之大背景。然而，情势却有所区别。今天，“转型中国”之“转型”愈益明显，各种问题层出不穷，各种理论日新月异，给我们提出了新要求、新挑战，也给我们创造了新

的机会。为此，我们提出“深入经典，关注现实；海纳百川，有容乃大”的学科发展思路。

经典是人类思想的结晶，是伟大思想家、立法者给人类留下的一座座思想“富矿”，是人类不断获得启发的源泉。思想巨人总是以其高超的智慧体察人类的情欲，洞悉复杂而深邃的人性。他们时刻关注着人类的幸福，他们提出的问题总是人需要面对的根本问题。面对经典，即面对人自身；阅读经典，即认识人自己。这是思想、学术原初的冲动。深入经典，学术才有宽厚基础；借助伟人的眼光，我们才能看得更远。经典之于学术，犹如大地之于树木，只有深深扎根大地，才能长成参天大树。

现实是人类生存的当下处境，是人类感知的直接对象，是催生人类思想之花的“生活之树”。人并非生活于真空之中，总在鲜活的现实中悲喜哀乐。法学前贤已区别了“书本上的法”和“生活中的法”。“书本上的法”内容明确、逻辑一致，却缺乏应有的灵活，甚至僵化停滞。只有调之以“生活中的法”，“书本上的法”才能被赋予其应有的活力和热度。关注现实，学术才有正确指向；体悟生活，思想才能打动人心。

在现代学科知识体系中，任何一门学科都不能拒绝其他学科的成果。法理学更是如此。如果过分专注于法律本身，我们可能会迷失其中而“不识庐山真面目”。正若要认识故乡，就必须离开故乡，到更广阔的天地中去；要认识地球，必须离开地球，到更浩瀚的宇宙空间中去。认识法律，研究法理也是这样。只有容纳并认真汲取其他学科的新成果，我们才能找到认识法律的新视角，发现进入法理的新路径。这即是“法之理在法外”。

为了贯彻上述宗旨，我们建设了“西南法理学重点学科建设项目书系”，以期创建一个学术交流的平台，展示我们在法理学研究上所做的不懈努力。在此书系下面，现已出版发行的丛书包括《法理学讲演录》、《经典中的法理》、《社会中的法理》等。而“西南法理学博士文丛”主要收入了西南政法大学法理学科博士研究生的优秀学位论文及博士后出站研究报告等。

我们深知，发扬光大“西南法理”是一项长期的事业，离不开坚持不懈的努力，希望在学界同仁的大力支持下，积极追踪时代主题，为传承“西南法理”作出自己的贡献。

付子堂

2012年5月于重庆两江新区



内容摘要

法官自由裁量权目前在国内国外都是一个热点理论问题，对它的研究绝不仅仅只具有实践意义，也蕴涵着丰富的理论价值，因为法理学对法官自由裁量权问题的关注是由其对法律确定性价值的关注所引发的。对该问题的回答，意味着对科学与伦理、事实与价值、实证与唯理的表态，意味着对何为法律、法律的效力依据以及认识与研究法律的方法论的关注，而这些问题，是法理学领域的经典问题。在法理学历史上，尤其是20世纪以来，对法官自由裁量权的研究有所涉及的学者不少，但经典学者通常并不着意于法官自由裁量权研究本身，因此还鲜有以此问题为研究焦点的体系化的研究成果表述。本书主要选择了法律方法的视角对法官自由裁量权及其限制进行分析研究。

本书除了引论和结束语，文章主体部分由四章构成。

引论在本书中起到的是引出问题和揭示探讨该问题之宏观理论背景的作用。在引论部分，首先通过一起著名案件，指出法律适用的现实必然导致对法官自由裁量权的探讨：法官是否享有自由裁量权？其正当性依据是什么？法官自由裁量权与法律的确定性存在一种什么样的紧张关系？法官自由裁量权是一个随着法治理论提出以来就一直困扰着人们的古老难题，引论随后即以自亚里士多德以来的“衡平”理论和实践为线索，对法官自由裁量权理论进行了历史溯源。19世纪以来，围绕法官自由裁量权与法律的确定性之间的紧张关系，形成了法官无自由裁量权、部分享有自由裁量权和不受任

何限制的法官恣意三类观点，陷入了旷日持久的争论之中。本书对法官自由裁量权的探讨就是在这样的大背景中进行的，力图基于法律方法的独特研究视角，在对法官自由裁量权进行深入和清晰的理论认识之基础上，对法官自由裁量权的发生场景、成因和限制作出独特的回答。

第一章首先通过清理和比较不同的中外学者对法官自由裁量权所赋予的不同含义，指出他们之间的主要分歧和就此所引发的疑问：法官自由裁量权是造法权还是选择权？法官自由裁量权的行使有无限制？限制法官自由裁量权的标准是合理还是合法？随后以哈特和德沃金之争为线索，对法官自由裁量权的争执焦点进行了剖析。为了阐述和解析哈特与德沃金之争，首先围绕法官自由裁量权，对哈特和德沃金的相关理论进行了较为系统的梳理，涉及他们各自对疑难案件、法官自由裁量权的界定，他们各自的法律本体理论等相关内容。在对两位学者的理论进行梳理的基础上，将两人的争执划分为性质相异的两类：真实的冲突和伪冲突。两位学者之间真实的冲突是关于法律本体问题的，在这一真实冲突导致的二人言说的不同语境下，围绕法官自由裁量权的冲突严格说来应该是一个虚假冲突。两人关于法官自由裁量权的争论，其实质就是法律命题有无唯一正确答案的争论。争论发生的根本原因，在于两者研究视角与方法的差异：德沃金是站在他所谓的竞争着的答案的“参与者”的角度，而哈特则站在中立的“观察者”的立场上。最终，德沃金的法律命题有唯一正确答案的结论并没有能够说服众人，而哈特借助现代语言哲学的研究成果成功地证成了法官自由裁量权的存在：法官自由裁量权是由法律规范的开放结构所必然引发的一种特殊权力。

第二章在第一章所奠定的基础上，力求深入、细致地解析法官自由裁量权，以为下两章打下法官自由裁量权的本体理论基础。为了回答法官自由裁量权的性质（造法权还是选择权），需要先进行法律本体论立场的表态。由于分析实证主义的法律本体立场有助于区分法定价值与法官带有主观因素的价值选择，有助于维护法律的确定性，有助于疑难案件中分歧者的价值准则间的平等论辩，所以本

书的法律本体立场是分析实证主义的——法律是指能够通过某种准则被识别出来的特殊规范。在这样的法律本体论立场下，本书认为法官自由裁量权是指法官面对疑难案件时，在多种可能的备选答案中进行的，以价值评价为核心的合法并合理选择的权力。首先，法官自由裁量权在性质上既是选择权，又是造法权；其次，法官自由裁量权既要受合法性限制，又要受合理性限制。本章并通过分析和实例说明，合法性与合理性的限制都无法根本消除法官在疑难案件中的价值评价。法官自由裁量权的实质，就是其在疑难案件中进行的，在一定条件限制下的价值衡量和选择。在此基础上，本章最后致力于对法官自由裁量权的发生场景进行合理的分类和细致的描述。

第三章以司法逻辑和法律方法为分析线索，对法官自由裁量权的成因进行探讨。由于法官自由裁量权总是与疑难案件联系在一起，因此本章就从疑难案件和简单案件的区分说起。简单案件与疑难案件的区分是英美法系的产物，要把它们作为一般理论建构的基础性概念，需要对其去语境化。本书通过对两大法系司法逻辑的研究，认定演绎推理同为两大法系主要的法律适用推理逻辑，因此，借助麦考密克的一次证明和二次证明理论，以作为演绎推理逻辑大前提的法律规范适用于待决案件是否存在有争议为判断标准，两大法系都可以将提交到法院的案件区分为简单案件与疑难案件：在简单案件中，法官对作为演绎推理逻辑大前提的法律规范无争议，案件判决结果的有效性只需建立在逻辑演绎的证立上；疑难案件是指在法律适用的演绎推理过程中，对作为逻辑大前提的法律规范存在争议或根本就没有法律规范存在，需要法官根据自己的价值评判创设新规则。简单案件与疑难案件的区分显示，法官自由裁量权是只在疑难案件的审理中运用的特殊权力。第一章已经根据语言哲学的研究成果说明了疑难案件产生的原因，这也是法官自由裁量权存在的原因：语言指引的有限性，而法律解释学对法律解释方法的研究，其初衷就是试图获得解释语言的方法和规则，以消除语言的指引不明，限制甚至消灭法官自由裁量权。但是，我们通过对法律解释方法的性质和种类的分析，发现法律解释学的研究结果在一定程度上背离了

其初衷，而起到的的是对法官自由裁量权的进一步证成作用。先例识别技术的研究是判例法为限制法官自由裁量权，维护普通法的确定性而引发的，但是，本书通过对普通法中处理政教分离案件的权威性先例识别技术——莱蒙检验规则——的实例分析，可以认定先例识别技术和遵循先例原则并不能从根本上解决疑难案件中法官自由裁量权的运用及其限度的难题。

第四章聚焦于法官自由裁量权的限制研究。在第二、三章对法官自由裁量权本质——法官在疑难案件中的有条件价值评价——揭示和证成的基础上，要评判法官自由裁量权行使的正确与否，必然涉及对法官价值判断和选择之正确性的思考。本书以法律论证方法作为限制法官自由裁量权研究的视角，这一视角选择的理论基础是价值相对主义及其二元方法论。在完成了本章所选视角的理论证成以后，分别从实体法律论证方法和程序法律论证方法两个方面对法官自由裁量权的限制进行了探讨。在实体法律论证限制方面，主要以麦考密克的法律论证理论与方法为线索，而程序法律论证限制则选择了阿列克西的理论与方法。同时，本章也从限制法官自由裁量权的目的出发，分别对上述法律论证限制路径进行了反思：其价值在于可以摒弃主体价值判断的主观随意性，增强合理性；而其局限在于它们仍然不能为疑难案件提供唯一正确答案。

本书最后一部分是结束语。尽管本书属于一般理论研究，但是本书选题的问题意识却源自中国大陆的司法裁判现状。因此，在结束语部分运用本书研究获得的一般理论对中国问题进行了简要的讨论，力图为中国法官自由裁量权研究创设一定的理论基础。本部分以阐述和分析中国当下矛盾的司法现状——法官机械司法与滥用自由裁量权现象并存——为切入点，在此基础上，分析了中国学术界针对法官自由裁量权出现的两种截然相反的观点：一种认为，受现行相关制度的制约，中国法官没有或几乎没有自由裁量权；另一种观点则认为中国法官不仅享有自由裁量权，而且还滥用自由裁量权。通过运用一般理论的分析，本书得出结论：首先，中国法官必然也必须享有自由裁量权；其次，中国法官的确存在滥用自由裁量权的

立法者不是因其权威首先使法律被制定出来的人，而是因其权威使法律继续成为法律的人。

—— [英] 托马斯·霍布斯

我们必须传播福音，我们必须传播没有福音能够把我们从每一步选择的痛苦中拯救出来的福音。

—— [美] 本杰明·N. 卡多佐

现象。针对上述情况，运用一般理论的指导，结语最后指出：提高法官素质是中国法官正确行使自由裁量权最根本的出路，而法官高素质的养成，要依赖于以司法独立为目标的司法体制改革以及相关的政治体制改革。

Contents

目 录

总 序	(1)
-----------	-------

内容摘要	(4)
------------	-------

引 论	(1)
-----------	-------

- 一、问题的提出和研究的意义 // 1
- 二、法官自由裁量权的理论溯源 // 6
- 三、研究综述 // 11
- 四、本书的分析视角与理论主线 // 21

第一章 法官自由裁量权的含义之争

——以哈特和德沃金之争为主线 (25)

第一节 众说纷纭的法官自由裁量权 / 26

- 一、西方学者的解释 // 26
- 二、我国学者的主张 // 30
- 三、诸多观点的重合与分歧引发的疑问 // 30

第二节 法官自由裁量权的争执焦点剖析 / 32

- 一、哈特的受限制的法官自由裁量权及其理论基础 // 32
- 二、德沃金的“唯一正确答案”及其理论依据 // 42
- 三、哈特与德沃金争论焦点的解析 // 53
- 四、小结 // 62

第二章 法官自由裁量权的性质和发生场景解析 (64)

第一节 法官自由裁量权的性质界定 / 64

一、法官自由裁量权的法律本体论背景 // 64

二、法官自由裁量权的含义和特征 // 68

第二节 法官自由裁量权发生场景的分类研究 / 85

一、法律规则与法律原则 // 85

二、法官自由裁量权发生场景的分类 // 89

第三章 法官自由裁量权的成因

——以司法逻辑和方法分析为线索 (104)

第一节 简单案件和疑难案件 / 105

一、两大法系司法逻辑的共性 // 105

二、疑难案件和二次证明 // 113

第二节 法官自由裁量权的成因分析 / 116

一、法律解释方法的性质和局限 // 117

二、先例识别技术的不足 // 132

第四章 法官自由裁量权的限制探析 (138)

第一节 价值相对主义与其二元方法论

——研究视角选择的原因说明 / 138

一、法官自由裁量权与法律的价值选择间关系认识的
几种观点 // 139

二、价值相对主义立场的正当性说明 // 142

三、价值的“不可公度性” // 145

第二节 实体性法律论证方法的限制

——以麦考密克的理论为线索 / 148

一、后果主义论辩 // 148

二、“融贯性”和“一致性”要求 // 155

三、一起典型案例的分析	// 158
四、实体性法律论证方法限制的反思	// 161
第三节 程序性法律论证方法的限制	
——以阿列克西的理论为线索	/ 164
一、内部证成对限制法官自由裁量权的意义	// 165
二、外部证成对法官自由裁量权的限制	// 168
结束语：中国法官自由裁量权的理论预期	(181)
参考文献	(190)



引 论

一、问题的提出和研究的意义

当我们站立在法学殿堂的门口仰望法律之神圣高贵时，被反复告知的是：确定性^{〔1〕}是法律的基本特征之一。但是，随着法学知

〔1〕 作为一种极为重要的人类社会生活规则，法律被认为具有规则的一般特性，即确定性，它给人们设定了特定条件下行为的特定模式，使人们得以明确知晓什么情况下应该如何行为，以及其是否遵守该规则而带来的相应评价和后果。在这样的条件下，人们才可能得以安排自己的生活，创建社会关系以及预测自己行为的后果，所以法律的确定性和它的普遍规范性、反复性、稳定性、可预测性等在内涵上具有非常紧密的联系。过去人们更多把确定性作为法律的一个特征，认为它是法律所天然具备的，但是，随着法学研究的深入，学者发现法律的确定性其实在某种意义上也只是人们的一种愿望或者说一种价值追求，作为一种重要的社会规范，法律具有确定性只是相对的。因为在人类历史上确实出现了法律朝令夕改、法律漏洞、法律语言指示不明、司法裁判中相似案件得不到相似裁决等等法律现象。于是，“法律的确定性”在当下的研究领域划分中，被越来越多的学者划到了法律价值研究的领域，较为常见的是被表述为法律的秩序价值。如英国学者斯坦和香德就把“秩序”与“公平、个人自由”三种基本价值作为一个整体进行研究。（在他们看来，秩序价值是与法律永远相伴随的基本价值，人类有一种过规则生活的本能愿望，规则的存在可以使人避免产生不安全的感觉得，因此在早期的人类那里，有着对改变规则的近乎迷信般的厌恶。这使得后来在相当长的时间内，对法律的改进总是在“法律一成不变”的虚构之下隐秘地进行——〔英〕彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国法制出版社2004年版，第45～75页）。“法律的确定性”或者说“法律的秩序价值”在不同的学者那里有不同的命名。拉德布鲁赫称其为“法的安定性”（在他的《法哲学》一书中，他这样写道：“正义和合目的性是法律的第二大任务，而第一大任务是所有人共同认可的法的安定性，也就是秩序与安宁”——〔德〕拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第74页）。卡多佐将其称为“法律确定性”（他明确宣称“在一个发达的法律制度中，法律确定性的价值毋庸置疑”——〔美〕卡多佐：《法律的成长、法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社2002年版，第4页）。对法律的确定性问题（或者宽泛一点说是规则的确定性问题）的关注，如同香德等所言，