

法律方法文库 陈金钊 主编

法律统一适用与 自由裁量规范问题研究

王国龙/著

非
外
借



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本专著为2014年度国家社科基金（西部）项目“法律统一适用与自由裁量的规范问题研究”（项目编号：14XFX003）的最终成果和陕西省“三秦学者”创新团队西北政法大学基层社会法律治理团队的阶段性研究成果，由国家社会科学基金项目资助

法律方法文库

陈金钊 主编

法律统一适用与 自由裁量规范问题研究

王国龙/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

北京

图书在版编目(CIP)数据

法律统一适用与自由裁量规范问题研究 / 王国龙著

—北京：法律出版社，2022

(法律方法文库/陈金钊主编)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 7439 - 4

I. ①法… II. ①王… III. ①法律适用—研究②行政
自由裁量权—研究 IV. ①D90②D912.112

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2022)第 236452 号

法律统一适用与自由裁量规范
问题研究

FALÜ TONGYI SHIYONG YU ZIYOU
CAILIANG GUIFAN WENTI YANJIU

王国龙 著

策划编辑 周丽君 张颖
责任编辑 周丽君 张颖
装帧设计 李瞻

出版发行 法律出版社

编辑统筹 法律应用出版分社

责任校对 杨锦华 裴黎

责任印制 刘晓伟

经 销 新华书店

开本 A5

印张 12.375 字数 357 千

版本 2022 年 12 月第 1 版

印次 2022 年 12 月第 1 次印刷

印刷 唐山玺诚印务有限公司

地址：北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址：www.lawpress.com.cn

投稿邮箱：info@lawpress.com.cn

举报盗版邮箱：jwbq@lawpress.com.cn

版权所有·侵权必究

销售电话：010-83938349

客服电话：010-83938350

咨询电话：010-63939796

书号：ISBN 978 - 7 - 5197 - 7439 - 4

定价：62.00 元

凡购买本社图书，如有印装错误，我社负责退换。电话：010-83938349

序

立足于法律方法论的研究视野,本书主要研究了保障法律统一适用和规范自由裁量权行使的相关司法原则、司法实践路径和具体的法律方法等问题,努力协调法律的稳定性与灵活性之间的相互关系。

导论指出,人类司法史的实践经验表明,技术性司法和自由裁量构成了司法裁判的两个基本内容,甚至自由裁量还普遍地存在于技术性司法过程的各个环节。技术性司法追求通过司法的技术或方法来努力贯彻法律统一适用的要求,以维护法律的稳定性;而自由裁量主要致力于保持法律的灵活性和追求裁量正义。导论主要对本书研究的主要背景、国内外研究现状及其评述、选题价值和研究意义、研究的未来发展趋势、主要内容、基本观点、研究思路和主要研究方法等方面做了系统的交代。

第一章强调,在当前社会转型时期,严格司法是指导我国司法改革实践不断深化的一项司法政策。为保障法律的统一适用,个案公正司法既要遵循相应的法律方法论,又要努力通过司法解释的规范适用、发挥指导性案例的“指导作用”以及

通过司法大数据和法律人工智能等途径,不断统一裁判标准。在司法实践中,自由裁量的类型主要包括酌定裁量、法定裁量、目的裁量、案件事实认定中的裁量以及针对案件具体情形的裁量等。法官对自由裁量权的规范化行使,需要遵循“合法、合理、公正和审慎”等具体的司法原则。

第二章认为,在司法实践中,“严格司法”强调法官的个案裁判,总是应该建立在充分尊重法律的理性权威和严格遵循司法的技术理性要求基础之上,努力维护国家法制的统一性。为实现司法公正,严格司法的具体展开,既需要遵循司法的规律性,坚持法治主义的内在逻辑,也需要坚持相应的法治原则、司法原则和司法责任追究原则等,普遍规范法官对自由裁量权的行使,实现裁量正义。法官对自由裁量权的行使还必须建立在相应的法律基础、价值基础和社会基础之上,努力回应社会对个案实质公正的普遍诉求。

第三章指出,在自由裁量中,只有不断提升法官自由裁量的能力和水平,才能发挥个案公正司法的溢出性社会治理效应。裁量公开是保障法官对自由裁量权规范化行使的关键,只有努力实现裁量过程的公开、裁量理由的公开、裁量标准的公开和裁量结果的公开等,才能不断发挥严格司法在自由裁量当中对规则的司法确认功能,推进我国社会发展的法治化进程。

第四章认为,在纠纷社会中,“案多人少”的困境在我国司法实践中日益凸显。为应对“案多人少”的压力,法官在审判中往往倾向于采取“调解思维”来化解矛盾、降低司法成本和应对司法风险。但在“调解思维”的支配下,法官对自由裁量权的行使容易出现各种误用、滥用甚至是“和稀泥”的现象。在司法审判中,为保障法律的统一适用,法官对自由裁量权的行使要努力不断走向规范化和精致化,通过个案公正司法来累积和引领社会公平正义,警惕审判场域“调解思维”的泛化现象的出现。

第五章指出并强调,司法权威是一种理性化的法律权威,司法权威的理性化属性决定了法官对自由裁量的规范化行使和对裁量正义

的追求,需要建立在充分的法律理由基础之上。在疑难案件的审判实践中,不同的司法哲学往往从不同的层面来建构法官对自由裁量权规范化行使的法律方法论基础。法条主义是一种捍卫法律权威性的司法审判模式,侧重于从“法律发现、法律适用和法律解释”等法律方法论来规制法官对自由裁量权行使。而后果主义则是一种侧重于从司法后果论来规制法官对自由裁量权行使的审判模式。在法律方法论上,无论是在法条主义审判模式还是在后果主义审判模式中,裁量正义的实现,总是以法官对自由裁量权的规范化行使和司法良知为根本保障的。

第六章认为,裁量理性是法官对自由裁量权规范化行使的依据和基础,合法性和合理性是法官对自由裁量权规范化行使展开的两个基本维度,以实现法律效果和社会效果之间的高度融合。在传统司法实践中,“情理”是建构裁量正义的重要内容。在个案司法裁判中,法官要努力对“情理”因素与法律因素进行综合判断,通过“司法原情”的裁量思路来努力追求裁量正义,整体提升司法的社会公信力。

第七章指出,在自由裁量中,法官必须遵循相应的司法立场,坚守相应的法治原则,努力防止自由裁量权误用、滥用甚至是“司法腐败”等情形的出现,实现裁量正义。在中国司法实践的语境中,“最大限度地取消不必要的裁量,更好地规范必要的裁量”,这是规范法官对自由裁量权的行使和追求裁量正义的一种较为中肯的规范性立场。针对各种具体情形的裁量,法官需要努力承担好针对裁量依据展开公开说理和详细法律论证的司法义务,努力在个案审判实践中通过对裁量规则的确立来发展法律。

第八章认为,司法治理是通过法院的个案公正司法来发挥其各项溢出性治理效应的社会治理方式和社会治理途径。我国不平衡不充分发展的基本格局决定了司法治理的不平衡、不充分发展,而司法治理不平衡、不充分发展的表现又是多层次和全方位的。因此,司法治理实践的具体展开,既需要通过司法的技术理性来保障法律的统一适用,也需要通过法官的规范裁量来追求个案的实质公正。

结语指出,在司法哲学的层面,法律的稳定性与灵活性构成了人类司法史上的一个永恒性主题,前者关涉法治形式主义价值的实现,后者关涉法治实质主义价值的实现。个案司法对裁量正义的追求,建立在保障法律统一适用的基础之上,而个案实质公正的实现,总是以个案形式公正的实现为前提。

目 录

导论 / 1

- 一、主要背景 / 1
- 二、国内外研究现状及其述评 / 8
- 三、理论价值和实践意义 / 20
- 四、社会效益 / 23
- 五、主要内容 / 26
- 六、基本观点 / 27
- 七、基本思路 / 29
- 八、主要方法 / 31
- 九、可能创新之处 / 32

第一章 法律统一适用的方法及其途径 / 35

- 一、法律统一适用的法律方法论基础 / 36
- 二、保障法律统一适用的主要途径 / 40
- 三、自由裁量权的主要类型及行使原则 / 50
- 四、本章小结 / 65

第二章 严格司法与自由裁量权行使的基础 / 68

- 一、严格司法是维护国家法制统一性的要求 / 69
- 二、法律统一适用背景下的严格司法 / 74
- 三、严格司法展开需要遵循的基本原则 / 82
- 四、自由裁量权行使的基础 / 89
- 五、本章小结 / 103

第三章 严格司法的规则确认功能及其法治化意义 / 106

- 一、纠纷解决与严格司法 / 107
- 二、严格司法的规则确认功能 / 113
- 三、裁量公开及裁量正义实现的程序保障 / 123
- 四、本章小结 / 140

第四章 “调解思维”支配下的审判裁量及其困境 / 144

- 一、“调解思维”的产生背景 / 146
- 二、审判当中的“调解思维” / 149
- 三、“调解思维”支配下自由裁量的司法困境 / 163
- 四、本章小结 / 173

第五章 自由裁量的法律方法论基础 / 177

- 一、疑难案件当中自由裁量的限定 / 179
- 二、法条主义审判与自由裁量的内部规制 / 192
- 三、自由裁量外部规制的后果主义导向 / 210
- 四、本章小结 / 229

第六章 裁量正义及其“情理”基础 / 232

- 一、裁量理性是提升司法公信力的基础 / 234
- 二、裁量的理性化及裁量正义 / 241
- 三、传统司法中裁量正义建构的“情理”基础 / 249

四、通过司法原情追求裁量正义 / 258

五、本章小结 / 266

第七章 自由裁量及裁量正义的实现 / 268

一、通过自由裁量实现个案公正 / 270

二、自由裁量与法律的正确实施 / 278

三、自由裁量权滥用的情形 / 287

四、裁量正义的实现及裁量规则的确立 / 300

五、本章小结 / 309

第八章 法律统一适用视野中的司法治理 / 312

一、司法治理不平衡、不充分发展的主要表现 / 314

二、保障法律的统一适用是司法治理展开的基础 / 324

三、司法的技术理性与司法治理 / 333

四、本章小结 / 342

结 语 / 345

一、法治、法律统一适用与自由裁量 / 346

二、严格司法背景下自由裁量的规范化问题 / 351

三、通过自由裁量回应社会对个案实质公正的诉求 / 355

四、回顾与展望 / 361

参考文献 / 364

一、中文译著 / 364

二、中文著作 / 373

三、中文报刊 / 377

四、英文文献 / 382

后 记 / 384

导 论

一、主要背景

如何保障法律的统一适用并实现个案司法公正尤其是个案的实质司法公正,这是司法审判实践当中所面临着的永恒性难题。其中,保障法律的统一适用主要关涉法律稳定性和法律形式公正的实现,主要是通过司法技术和法律方法论等来架构法律规则的正确适用;而实现司法的个案实质公正则关涉法律灵活性与法律实质公正的实现,主要是通过司法自由裁量权以及裁量理性等来建构个案具体的裁判规则。一般而言,在审判当中,自由裁量是法院“在充分尊重法律权威的前提下,运用科学方法对案件事实认定、法律适用、程序处理等问题进行分析和判断的一种动态性和综合性思维活动。为实现司法公正,从科学方法论的视角实现对自由裁量的建构和限定,则是保障法律的统一适用、实现对法律的正确实施、维护当事人的合法权益和提升司法公信力的关键所在,也是维护法律权威和树立司法权威的关键所在”。〔1〕

〔1〕 王国龙:《守法主义与裁量正义》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第3期。

《最高人民法院印发〈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〉的通知》(以下简称《法律统一适用指导意见》)指出,“中国特色社会主义法律体系如期形成,标志着依法治国基本方略的贯彻实施进入了一个新阶段,人民法院依法履行职责、维护法制统一、建设社会主义法治国家的责任更加重大”。尤其是在当前中国社会转型与快速发展的时代背景下,努力通过司法保障法律的统一适用并维护国家法制的统一性,增强通过国家法治力量实现对社会各种不同类型力量与资源的有效整合,凝聚社会团结,促进时代发展与进步,维护社会稳定并进一步推动社会改革,则显得尤为重要。2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,决定中对有关“保证公正司法,提高司法公信力”问题明确指出,“公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用,司法不公对社会公正具有致命破坏作用。必须完善司法管理体制和司法权力运行机制,规范司法行为,加强对司法活动的监督,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。以此为基础,以实现“严格公正司法”为旨的中国“四五司法改革”已经完成,而以“深化人民法院司法体制综合配套改革”为目标的“五五司法改革”,正在持续地推进和展开当中。在“四五司法改革”实践的基础上,《最高人民法院关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见——人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》再次将“完善法律统一适用机制”列为未来五年人民法院工作总体目标之一,并要求“准确把握审判权作为判断权的特征和中央事权属性,完善符合审判权力运行规律的配套监督和保障机制”。需要指出的是,公正司法不仅要努力维护国家法制的统一性,更需要提升个案裁量的能力与水平,努力通过对个案的公正审理来实现司法公正。司法公正是社会公正的重要类型和主要形态,只有努力通过严格公正司法才能发挥“引领、确立与点滴累计”社会公正的作用,并不断推动社会公正的整体发展和深度发展。

在西方法学理论和司法实践当中,司法自由裁量(权)问题既是一个传统的问题,也近乎是司法实践和法学研究其中的一个永恒性问题。与司法自由裁量(权)紧密相关的概念,主要包括自由裁量(权)、法律自由裁量(权)、司法裁量(权)和法官自由裁量(权)等,与行政决定和行政执法中的行政裁量(权)相区别。如果没有特别的说明或者明确语境的显示,对自由裁量(权)的讨论主要是指司法自由裁量权或者法官自由裁量权。而在中国语境中,司法自由裁量(权)有时候又称为法官自由裁量(权),既包括审判裁量(权),也包括执行裁量(权)。一般而言,在中国法学研究和司法实践当中,对自由裁量(权)的讨论,往往集中在对审判裁量(权)意义的层面,属于法官自由裁量权的重要组成部分甚至是最关键的组成部分。如果没有特别说明,本书从“如何保障法律统一适用”的司法实践视角对“自由裁量权规范问题”展开系统研究,也正是在“审判裁量权”的这种意义上来加以使用的,以努力保障法律的统一适用和正确实施。

依据《布莱克法律词典》,自由裁量(权)是指官员在特定的环境下依据个人的判断或者良心作出决定或者行动的一项权力或者权利,主要包括行政自由裁量(权)、司法自由裁量(权)和公诉自由裁量(权)三大类。^[1] 依据《牛津法律大辞典》,自由裁量是指“根据具体情况作出决定或裁定的权限”,其作出的决定应是正义、公平、公正、平等和合理的。法律规则通常授予法官在某些情况下行使自由裁量权的权力或责任,法官行使自由裁量权有时需要满足某些条件,有时则仅能在法律规定的限度内进行……将自由裁量权赋予法官是使法律适用个案化,并使其保持灵活且与实际情况相符的最常用的做法之一;如果不这样做,法律将会更多地被指责为严酷、无情和不公正等等。^[2] 而在《牛津法律理论词典》中,自由裁量是指在各种可能性之

[1] Bryan A. Garner, *Black' Law Dictionary* (Seventh Edition), West Group 1999, p. 479.

[2] 参见[英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第329页。

中进行选择的权利或权力。自由裁量权大致包括“弱”意义上的自由裁量权和“强”意义上的自由裁量权两大基本类型,“弱”意义上的自由裁量权是指在准则适用时判断者或者决策者在某个问题上所拥有的最终权威性,而“强”意义上的自由裁量权则是指决策者(完全)不受标准的约束所拥有的决策权。〔1〕

在西方法学研究当中,人们对自由裁量权的认识一直存在诸多争议,这主要是因为学者们秉持不同的法律观、司法观甚至是法治观。例如,哈特认为,如果法律要适用到具体的案件当中去,它就需要通过解释甚至是通过司法自由裁量权的行使来实现。尤其是在疑难案件的审理当中,法律的开放结构决定了法官必然会拥有很大程度的司法自由裁量权,甚至是类似于某种立法性质的权力,以实现对不同利益或者诉求之间的平衡。“法律的空缺结构意味着,存在着某些行为领域,这些领域如何规范必须由法院或官员去发展,也就是让法院或官员依据具体情况,在相竞逐的利益间取得均衡。”〔2〕布林科认为,尽管哈特强调司法自由裁量权的行使,不能以武断的态度来行使,而必须通过“公正、中立以及依原则断案的司法美德”等来行使,但是,在法律上具有不确定性的案件审理当中,法官对司法自由裁量权的行使可能会有悖于民主社会中的分权原则,也势必会导致不公平的结果,“我们会担心,既然司法自由裁量权会使得人们对当下法律性质假定是不明确的行为承担法律责任,这势必会导致不公平的后果”〔3〕。巴拉克认为,平衡和裁量乃是司法决定当中最重要的两种思维模式,平衡是对相互冲突的利益或者诉求进行判断,对不同利益的平衡必然需

〔1〕 参见[美]布赖恩·H.比克斯:《牛津法律理论词典》,邱昭继等译,法律出版社2007年版,第59页。

〔2〕 [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第130页。

〔3〕 [美]戴维·布林科:《法律解释、客观性和道德》,载[美]布赖恩·莱特:《法律和道德领域的客观性》,高中、杜红波、刘坤轮、马全芳译,中国政法大学出版社2007年版,第23页。

要法官运用司法自由裁量来决断,但这种司法自由裁量却不是绝对的,而是有限的,即“倘若法律制度没有确定解决方案,就是由法官在诸多合理选项当中作出选择……平衡的运用有时不涉及裁量,有时则要求司法裁量。”〔1〕德沃金则认为,法官从来就没有绝对意义上的自由裁量权(强的自由裁量权),而只有相对意义上的自由裁量权(弱的自由裁量权),确切地说,自由裁量权是指“某个人在通常情况下根据特定权威设定的标准而作出决定的时候”〔2〕。自由裁量权虽然包括个人对结论作出选择时的广泛自由,但在法庭上主要是指法官依据一般的原则,在考虑相关情况的基础上作出不具有个人观念的权力,但主要包括六种情形当中的自由裁量权:(1)一种审慎、考虑周详的态度;(2)一种法律规则限定的范围之内的选择权;(3)对抽象法律概念的具体化;(4)法官在事实上的判断权;(5)裁决权的终局性;(6)立法意义上的裁判权。〔3〕而 Nathan 认为,法官的自由裁量权主要是在以下几种不同意义上来使用的:(1)法官应三思而后行;(2)法院的最终裁决权,这个裁决权包括关于法律、事实或其他类型上存在的裁决权;(3)法院对没有法律因素的“事实认定”之适用的限制;(4)法院在立法或者“准立法”活动当中被法院所使用的权力;(5)在特定领域缺乏规则而需要法官裁决的情形;(6)法院在法律范围内确定这样或那样的规则的权力;(7)法官在其他特殊情形当中(如在合同、遗嘱和其他文件当中)裁决的权力。〔4〕

在大陆法系的司法传统当中,尽管法官被视为“法律机械适用者、法律规则简单操作者甚至是司法自动售货机”等,然而,正如沃克

〔1〕 参见[以]巴拉克:《民主国家的法官》,毕洪海译,法律出版社2011年版,第156页。

〔2〕 参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权力》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1998年版,第51页。

〔3〕 参见梁迎修:《法官自由裁量权》,中国法制出版社2005年版,第13~14页。

〔4〕 See Nathan Isaacs, *The Limits of Judicial Discretion*, 4 *The Yale Law Journal* 339 (1993).

指出,“自由裁量权是指根据具体情况作出决定或裁定的权限,其作出的决定应是正义、公平、公正、平等和合理的。法律规则通常授予法官在某些情况下行使自由裁量权的权力或责任,法官行使自由裁量权有时需要满足某些条件,有时则仅能在法律规定的限度内进行”〔1〕。不仅如此,法律规则当中无处不存在各种选择性决断甚至是决疑,无疑都需要法官通过行使自由裁量权来加以解决。正是在这种意义上,弗里德曼指出,尽管裁量具有多重不同的含义,但是“裁量通常是指受某种规则管辖的某人有权在几种可采取的行为中作选择”〔2〕。当然,自由裁量权也涉及法官在个案裁判当中通过确认规则甚至是创设规则来发展法律的问题。

“中国学者对‘自由裁量权’的理解,大多是将与‘自由裁量权’相联系的一组概念即羁束裁量和自由裁量相混淆的结果。这种混淆的根源,追根溯源,也许源于对英语中的‘discretion’翻译上的误差。英语discretion,本义是慎重、辨别力、考虑、处理权。作为行政法上的专有概念,译成‘行政裁量(权)’最为适宜。在‘行政裁量权’前面添加‘自由’,根本无法揭示‘行政裁量权’的丰富含义。”〔3〕需要指出的是,行政裁量(权)主要是基于行政管理及行政执法行为而延伸出的自由裁量问题,而完全不同于司法领域尤其是司法审判领域当中的司法自由裁量(权)问题。事实上,在中国法律语境中,自由裁量(权)因主体不同而呈现不同的含义,大致分为:法官自由裁量(权)、检察官自由裁量(权)和行政自由裁量(权)。显然,笔者的研究对象仅是第一类型的自由裁量(权)。江必新指出,司法自由裁量权是指法官或者审判组织根据自己的认识、经验、态度、价值观以及对法律规范的理解

〔1〕 [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第329页。

〔2〕 [美]劳伦斯·M.弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社2004年版,第36页。

〔3〕 杨建顺:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社2007年版,第502页。

解而选择司法行为和对案件作出裁判的权力……自由裁量权的行使是否必须依照法律的规定并无限定。^{〔1〕}法官自由裁量需要遵循合法、合理、公正和审慎的基本原则,其具体展开是建立在实体规范、诉讼程序规范和裁判理性基础之上的。“法官自由裁量权是司法的正当权力,依此种权力的性质,法官在司法中不仅不能任意裁量,它反而成为制约法官滥用权力的一种武器。”^{〔2〕}

依据《法律统一适用指导意见》,“自由裁量权是人民法院在审理案件过程中,根据法律规定和立法精神,秉持正确司法理念,运用科学方法,对案件事实认定、法律适用以及程序处理等问题进行分析和判断,并最终作出依法有据、公平公正、合情合理裁判的权力”。因此,尽管法官自由裁量权既包括审判当中的自由裁量权,也包括执行当中的自由裁量权,但我们更加需要关注审判当中自由裁量权的规范化行使问题,以防止法官在自由裁量当中出现恣意司法甚至是发生司法腐败的情形。季卫东指出,对审判裁量权合理控制乃是提升法官司法推理能力的关键,也是防止司法腐败的关键,也就是说,“在法治国家的框架中,在审判独立原则之下,怎样才能适当地、有效地限制审判裁量权,这对防止司法腐败、确保司法公平具有重要的意义”^{〔3〕}。不仅如此,在当前转型中国的司法实践当中,确保司法自由裁量权尤其是审判当中自由裁量权的规范化行使,是逐步提升中国司法社会公信力的关键所在,亦是避免中国司法陷入“塔西佗陷阱”的重要保障。

司法审判当中的自由裁量权主要包括“基于案件事实的认定问题”而产生的自由裁量权和“基于法律的适用问题”而产生的自由裁量权这两大基本类型。法官之所以需要行使自由裁量权,其根本原因在于,在个案审判当中,法官永远需要努力承担起将“抽象的法律规

〔1〕 参见江必新:《论司法自由裁量权》,载《法律适用》2006年第11期。

〔2〕 杨开相:《法官自由裁量权论纲》,载《法律科学(西北政法学院学报)》1997年第2期。

〔3〕 季卫东等:《中国的司法改革——制度变迁的路径依赖与顶层设计》,法律出版社2016年版,第53页。