

法官自由裁量权寻租与危害分析

曹飞

(浙江大学经济学院, 浙江杭州, 310027)

摘要:在阐释法官自由裁量权及其规制蕴含意义的基础上, 首先分析了其应然性: 法律的概括性与普遍性、法律的滞后性与局限性、司法的判断性都要求一定程度的自由裁量权; 接着分析了寻租理论适用于自由裁量权的逻辑与路径, 指出司法的专门性是自由裁量权寻租的前提条件, 而委托代理理论是权力寻租的重要原因。最后论述了法官自由裁量权滥用的危害: 租的耗散、社会风气与道德的滑坡、社会矛盾的激化、司法公信力的丧失。

关键词: 自由裁量权; 寻租; 租的耗散

中图分类号: D916.2

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2007)02-0170-04

一、法官自由裁量权的涵义

法官自由裁量权的定义在学界分歧很大。英国法学家戴维·M.沃克认为:“自由裁量权,指酌情做出决定的权力,并且这种决定在当时情况下应是正义、公正、公平和合理的。法律经常授予法官以权力和责任,使其在某种情况下可以行使自由裁量权,有时是根据情势所需,有时则仅仅是在规定的限度内行使这种权力。”^[1]另一英国法学家 K.C.Davis 认为自由裁量权是:“法律对公共官员的权力施以有限限制的同时保留给官员在行动和不行动以及如何行动的多种可能做法中做出自由选择的权力。”^[2]而美国法学教授约翰·亨利·梅里曼认为:“审判上的自由权,是指能够根据案件事实决定其法律后果,为了实现真正的公正,可以不拘泥于法律,还能够不断地解释法律使之更合乎社会的变化。”^[3]

自由裁量权的本质含义是有关主体依据自己的意志对某事做出判决。这里就蕴含着自由裁量权被滥用的可能,正如“任何有权力的人使用权力都要到边界时才停止,没有边界的权力便是一种无休止的任意性的权力,必然弊害无穷。”^[4]由此,英国法学家^[5]戴西认为行政自由裁量权与英国的法治原则是不相容的,法治要求行为的确定性和可预测性,但自由裁量权是一种专断的权力。“但是这种武断的观点在今天是不能接受的,确实它并不含什么道理。法治所要求的并不

是消除广泛的自由裁量权,而是法律该控制它的行使。”^[6]为“防止法官自由裁量权的滥用,应当逐步完善立法,进一步加强立法控制,在立法时就要考虑给法官确定一个合适的度”^[7]。自由裁量权若要在司法实践中发挥最大效用,就必须对它进行指导和监控。

虽然法学家们对自由裁量权的理解各不相同,但他们之间有一个共同点,即认为自由裁量权应受到法律的控制,体现公平、公正、合理的价值。由此,笔者认为:法官自由裁量权就是指法律在对法官的裁决权施以有限限制的同时保留给法官在判决和不判决以及如何判决的可能中做出自由选择的权力。

二、自由裁量权存在的必要性和必然性

(一) 法律具有普遍性与概括性

法律在内容上具有概括性、一般性,“法律总是强调对象的一般性,而拒绝过分的因人而异。”^[8]法律规范从概括性、一般性、抽象性中派生出僵化的一面。当面对具体个案时,它就有可能成为非正义、僵化的规则。张维迎在《法律的信誉基础》中指出“法律规则过于含糊,也是中国司法腐败的重要原因。用法律管理执法者是重要的,但是不够的。再健全的法律也得给执法者留下一定的自由空间。正如买卖双方难以在事前预期到未来所有的可能状态一样,立法者也不

可能在事前预料到所有可能出现的情况。法律一定是不完备的，法律的空白要在事后由执法者填补。”^[9]显然，法律的规范性规定必然赋予了法官很大的自由裁量权，法官对自由裁量权的行使本身要求法官不仅具有深厚的法律造诣，更要求法官具有很高的职业道德。

(二) 法律会存在稳定性、滞后性与漏洞

法律的稳定性与灵活性始终存在矛盾。在兼顾法律的稳定性和灵活性的复杂过程中，立法者的认知能力受到自身素质的限制，不可能完全预料到社会生活中可能发生的事情，因此，法律总会存在滞后性或者漏洞。此外，基于立法成本的考虑，制定一部无所不包的法律花费的成本将是巨大的。也由此，立法的滞后是必然的。而在立法滞后的情况下，对于已然发生的问题的法律处理当然离不开依靠法官的职业思维与业务知识进行处理，也就必须赋予法官一定的自由裁量的空间。

(三) 司法权具有判断性

司法权与行政权有实质性差别，司法是一种判断，而行政是一种管理。古今中外，司法都被作为判断权。如中国民间历来称法官为推事、判官，英语则称法官为 *judge*，此词作名词解，又称评判人，指具有判断功过能力的人。美国著名法学家德沃金曾经说过：“法院是法律帝国的首都，法官是法律帝国的王侯。”^[10]“英美法系国家，由于判例是法律的重要渊源，法官具有一定的造法功能，法官在司法过程中常常是通过一定的价值判断来行使司法权、判断具体案件的，对此不难理解。在制定法国家，司法程序中法官运用价值判断的机会大大减少，法官更多地被限定为运用‘三段论演绎推理’方法去实现立法所体现的价值而不是法官个人的价值观。”^[11]“但即便如此，仍然不能完全排除法官的价值判断和选择，在法律不明确或依法律条文的字句进行逻辑推论无法解决案件的时候，法官也得‘依事实与法条进行对照并做出价值判断’。”^[12]既然司法权是一种判断权，就必须承认法官的自由裁量权。

(四) 中国刑法的自由裁量权之分析

首先，我国刑法对罪状的表述主要采用“叙明罪状”的方式，“引证罪状”和“空白罪状”很少。但不管是哪种罪状，最终的定罪量刑都需要法官的审判。因为罪状的表述只是对同一类犯罪的高度概括与提炼，而从案件事实到判决的结果，这个中间环节缺少不了法官的一定程度的自由裁量。其次，我国的刑罚主要是“相对确定的法定刑”，一般来说对某一类犯罪规定一个量刑的幅度，法官根据量刑的情节对(被告人)

定罪量刑，这种量刑幅度就是法官自由裁量的范围。再次，从量刑情节来看，可分为法定情节和酌定情节。法定情节的适用一般具有明确性和固定性，法官必须适用而且必须按照法律的明确规定适用；酌定情节，又称裁判情节或审定情节，是指法律没有明文规定而由审判机关酌情掌握的情节，是人民法院根据立法精神和审判实践抽象概括出来的。虽然酌定情节不是法律明文规定的，但这些情节足以影响犯罪对社会的危害程度，从而影响处刑轻重。对于酌定情节的适用相对于法定情节来说，要灵活得多，弹性很大。因为对于“犯罪的动机”“犯罪的手段”“犯罪人的一贯表现”“犯罪后的态度”等酌定情节的认定是有一定难度的，因此，法官很可能利用这些酌定情节“寻租”。而在民法或者经济法中也存在类似问题，如法官对于“重大误解”或者“显示公平”“情势变更”的认定，对于“根本违反合同”“不可抗力”的认定等。

三、自由裁量权的权力寻租

(一) 法官自由裁量权寻租的理论剖析

如果没有自由裁量权，从理论上讲法官寻租的机会就会大大减少。既然自由裁量权是难以消除的技术障碍，那么我们应该探讨的是法官如何利用手中的自由裁量权去“寻租”的。在发生案件的情况下，对于一个业务水平很好的法官来说，判决的结果从理论上来说是既定的，而既定的判决对当事人和国家来说意味着一种既定的权利义务分配的状态。而当事人拉关系、走后门和行贿的行为就是企图改变既定的权利义务结构，是一种寻租，其目的是获得有利于自己的判决。如果每个法官都清廉的话，寻租就难以发生。另一方面，如果每个当事人都不采取行贿或者其他影响司法公正的行为，寻租也不会发生。总之，如果没有法官与当事人的“合谋”，那么自由裁量权也很难找到“租用的人”。但悲哀的是，司法实践中还很难杜绝这种情况的发生。对于既定的案件来说，在一般情况下，其权利义务的局面是既定的（也可以理解为既定的利益结构是固定的），而对于这个利益格局分配的权力在一定的限度内法官是自由的。原告得到的，必然是被告失去的，绝对不会由法官给他们补齐。从这种意义上说，当事人双方除了浪费大量的人力、物力、财力外，并没有创造物质财富和精神财富，只会使司法腐败愈演愈烈。

(二) 司法的专门性——权力寻租的条件与路径

法律的专业性和职业的专门性是法治社会的重要

标志,是司法独立和司法公正的必要前提,同时也是法官自由裁量权权力寻租的条件与前提。虽然仲裁与调解也是我国处理纠纷的主要途径,但仲裁和调解的执行在很大程度上依赖于司法机关的强制执行。在司法实践中,很多人“怕打官司”而选择其他“私力救济”的方式本身就反映了一定程度的司法腐败。对大多数刑事案件和行政案件来说,进入司法程序是无可替代的选择。法官自由裁量权的寻租正是这种司法垄断造成的。

(三) 委托代理的异化

在现代公共领域与私人领域日益分化的条件下,司法机关的法官、检察官以及警察作为公民和司法人员身份的统一,必须同时实现最大化司法公共复兴与自身私人利益的双重目标,因此现实中的司法人员总是具有谋取内部私益的动机的。委托代理的框架有助于我们理解掌握权力的国家司法人员(包括法官)的行为。法院以及法官委托代理的链条是:选民选举—产生全国人大和地方各级人大—全国人大(全国人大常委会)和地方各级人大(地方各级人大常委会)选举(任免)产生人民法院组成人员—审判机关委托法官审判案件(这种委托是经济意义上的委托代理,而不是法律意义上的委托代理)。然而,法院有可能背离立法机关和选举机关的目标而谋取法院系统的好处(本文对此不予分析);另外,法官也有可能背离法院的目标。就法官的自由裁量权来说,法官就有可能背离立法精神和法院的审判原则,在自由裁量权的范围内寻租来追求自身的实惠。

四、法官自由裁量权滥用的危害

(一) 租的耗散

由于司法权力的垄断性和专门性,当事人为了获得最有利于自己的判决,就会走后门、拉关系。最近报道的司法腐败案件一次又一次地揭露了权钱交易的内幕和过程。我们这里对已经暴露的司法腐败案件进行逻辑逆推。为了简化思路,我们假设是甲乙两个当事人面对同一个案件博弈,且假设这个法官的业务素质很高但是贪财,并且他的判决结果受到当事人行贿活动的显著影响。当事人行贿的目的是希望法官在其自由裁量权的范围内向着己方倾斜,或者抵消对方当事人的行贿给己方带来的不利判决。如果双方都不行贿,则判决的结果是公正的(0,0);如果一个行贿,另一个不行贿,则行贿的一方会获得超过公平度(0,即不偏不倚)10的收益,而不行贿的一方会获得低于公平度-5的收益;如果同时行贿,则公平度不变,但是每个人都要付出-3的行贿成本。由此可见,行贿是每个当事人的上策。

从法律的角度来说,权力具有不可交易性和不可分割性。司法权力寻租行为恰恰是司法人员利用手中的公权力,为谋取自己的私人利益而在社会中对资源进行扭曲的配置。寻租行为在法律上的具体表现有贪污、受贿,根据司法实践,大部分案件一旦发生审判公正问题,就必然与有关的司法人员的贪污受贿有关系。权力可能会在经济生活中形成连锁反应,造成社会资源的更大浪费。因此,从社会整体来讲,寻租行为是损失大于收益的“负和游戏”。寻租者与抗租者的抗衡,仅仅会造成社会经济的内耗、资源的浪费,这就是寻租理论家们所说的“租的消散”。

(二) 租的耗散的成本分析

首先是物质成本。在上述当事人的行贿中,每个人所行贿的3个单位的物质成本可能是金钱,也可能是走后门拉关系的物质开销,具体包括贿赂金、跑腿费、住宿费、交通费等。其次是体制成本。对于当事人的行贿或者拉关系、走后门的行为,对于正直的法官来说,他们的拒收和劝阻的时间和精力是很大的;对于违法违纪的法官来说,检察机关和法院内部的监督成本是非常巨大的;最后是社会风气与道德成本。当人们对司法的信仰从打官司变为“打关系”以后,当事人会把打官司变为“打关系”的“锦标赛”。谁的关系硬,谁的“租金”重,谁就会得到有利的判决。由于法律的专业性与自由裁量权的幅度性,有的当事人即使面对不利的判决也会误解为这是法官的照顾。

(三) 诉讼成本

如上所述,当事人寻租的结果一般是两败俱伤。本来比较小的矛盾扩大了,本来是为了经济地解决问题,变成了“为出一口气,输了十亩地”的结局。更有甚者,“一口气”没有出,却输了“十亩地”。由于矛盾得不到及时解决,上访、申诉、上诉又导致新的“诉累”。诉讼成本的函数可以表示为 $C=f(F,T)$, 收益函数为 $R=f(J,P,H)$ 。这里 C 代表诉讼的成本函数, F 代表诉讼费用(包括案件受理费、司法鉴定费用、申请执行的费用和人民法院规定的其他费用、以及律师费用和对法官行贿的费用等的总称)。 T 代表诉讼的周期(包括案件决定是否受理、判决或者裁定作出的期间)。显然,诉讼成本与诉讼费用、诉讼周期成正比,即诉讼费用越小、诉讼周期越短,诉讼的成本越小。 R 代表判决的收益, J 代表判决结果的公平程度, P 代表判决胜诉的概率, H 代表判决赔偿的数额。原告胜诉的概率以及获得的赔偿数额受到以下几个方面的影响:证据的充分性、法官自由裁量权大小、法官的业务素质、思想素质、对方的拉关系走后门活动。那么,当事人的预期纯收益(可以认为是起诉的利润,用 π 表示)为 $\pi=R-C=f(J,P,H)-f(F,T)$ 。随着诉讼费用的上升、诉讼周期的延长和判决结果的不确定性,再

加上胜诉概率和赔偿数额的不确定性，往往是赢了官司输了钱。由于巨大的诉讼成本，使得当事人在执行判决以后的净得很少。

(四) 司法公信力的丧失

司法是解决社会纠纷的最后一道防线。市场经济从某种意义上说是信用和契约经济，而诚信是对信用和契约的履行和维护。没有诚信机制就不可能有完善的市场经济。通过司法解决纠纷是当事人起诉的期望，然而，如果面对不公正的判决，那么国家司法诚信在人民心中的地位就会降低，由此所带来的后果是司法活动也会因此而降低效率。司法的本质在于公正，司法制度的目的就是公正地解决纠纷。纠纷的公正处理就是司法的收益，而一次不公正的司法，则是负收益。正如最高人民法院院长肖扬在“公正与效率世纪主体论坛”上的讲话所说：“司法的核心是公正。没有公正，司法就失去了赖以生存之基、安身立命之本。”

参考文献：

[1] 戴维·M·沃克. 牛津法律大辞典[M]. 北京：光明出版社,1988: 261.

- [2] K·C·Davis. Discretionary justice[M]. Connecticut: Green-wood Press, 1969: 4.
- [3] 约翰·亨利, 梅里曼. 大陆法系[M]. 重庆: 西南政法学院出版社, 1983: 57.
- [4] 孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 北京: 商务印书馆, 1961: 154.
- [5] 应松年, 袁曙宏. 走向法治政府[M]. 北京: 法律出版社, 2001: 24.
- [6] 威廉·韦德. 行政法[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 55.
- [7] 杨志德. 论法官自由裁量权滥用的控制[J]. 湖南社会科学, 1999(4): 61-63.
- [8] 苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 190.
- [9] 张维迎. 法律制度的信誉基础[J]. 经济研究, 2002(1): 12.
- [10] 李常青. 法律帝国[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996: 361.
- [11] 秦策. 法律价值目标的冲突[J]. 法律科学, 1998, (3): 39-45.
- [12] 川岛武宜. 现代化与法制[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 245.
- [13] 肖扬. 我们的理想: 实现司法公正与效率[J]. 人民司法, 2002, (1): 1.

On the rent-seeking and harm of discretion of the judge

CAO Fei

(School of Economics, Zhejiang University, Hangzhou 310027, China)

Abstract: Based on elucidating the definition of discretion of Judge and its regulation meaning, the author firstly analyzed the necessity of discretion of the judge: the recapitulation and universality of law, the lag and limit of law, the judgement of judicature, all requiring discretion to some extent; then the author analyzed the logic and path from which the rent-seeking applied to the discretion of the judge, and pointed out that the technicality of justice was the premise of rent-seeking for the discretion of judge while Principal-Agent theory was an important cause for rent-seeking. At last, the author illustrated the harm of the discretion of the judge when it had been abused: decrement of rent, the degeneration of social ethos and morality, deterioration of social conflict, the loss of judicative credit.

Key words: the discretion of the judge; rent-seeking; decrement of rent

[编辑：苏慧]