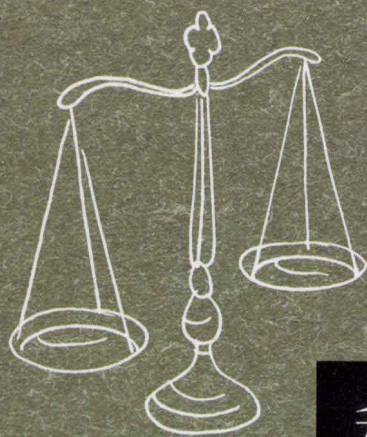


| 法 | 治 | 前 | 沿 | 论 | 丛 |



Balance of Interests
and
Judicial Justice

利益平衡与司法公正

——第二届法院院长论坛论文集

黄祥青 郑少华 主编

图书在版编目(CIP)数据

利益平衡与司法公正:第二届法院院长论坛论文集/黄祥青,郑少华
主编. —上海:上海财经大学出版社,2011.9

(法治前沿论丛)

ISBN 978-7-5642-1024-3/F·1024

I. ①利… II. ①黄…②郑… III. ①长江三角洲-司法制度-文集
IV. ①D927.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 058969 号

☐ 责任编辑 李嘉毅
☐ 封面设计 张克瑶
☐ 责任校对 卓妍 赵伟

LIYI PINGHENG YU SIFA GONGZHENG

利 益 平 衡 与 司 法 公 正

——第二届法院院长论坛论文集

黄祥青 郑少华 主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海叶大印务发展有限公司印刷装订
2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

787mm×1092mm 1/16 16 印张 268 千字

定价:35.00 元

编委会名单

编委会主任 孙建国

编委会副主任 周仲飞

编委会委员

孙建国 黄祥青 周赞华

倪金龙 王 珊 周仲飞

郑少华 周杰普

目 录

利益平衡的司法价值与规范/1

王育君(浙江省绍兴市中级人民法院院长)

司法过程中的利益衡量/10

潘福仁(上海市第一中级人民法院院长)

利益平衡原则的规范运作/21

帅巧芳(江苏省镇江市中级人民法院院长)

论利益衡量在司法实践中的运用/29

周晖国(江苏省南京市中级人民法院院长)

金融危机背景下利益平衡原则在司法执行中的运用/41

姜洪鲁(江苏省常州市中级人民法院院长)

金融危机背景下利益平衡原则的司法运用与发展/51

金民安(浙江省湖州市中级人民法院院长)

利益平衡视角下的劳动争议案件审理

——以和谐劳资关系之构建为基点/61

褚红军(江苏省无锡市中级人民法院院长)

论知识产权司法的规范化进路

——着眼于利益平衡原则的考察/75

马志相(江苏省南通市中级人民法院院长)

论利益衡量游走的制度界域

——基于不动产纠纷案件的具体司法运作/89

徐清宇(江苏省盐城市中级人民法院院长)

农村征地补偿费分配案件中利益平衡原则的规范化应用/100

何鑑伟(浙江省舟山市中级人民法院院长)

现代衡平思维与司法裁判

——论法官在构建和谐社会中的求进之路/112

蒋剑巍(浙江省宁波市中级人民法院院长)

论民事诉讼中利益衡量的适用与规制/125

时永才(江苏省扬州市中级人民法院院长)

论司法活动中利益衡量的实践及规范/140

丁寿兴(上海市浦东新区人民法院院长)

利益衡量的运用与规制

——以夫妻分居期间一方举债之债务主体认定为例如/148

王秋良(上海市卢湾区人民法院院长)

司法过程中利益平衡的基本方法/159

席建声(上海市奉贤区人民法院院长)

行政诉讼中公益与私益的平衡

——以回应型司法的构建为视角/168

张斌(上海市金山区人民法院院长)

在公正中践行和谐:司法过程中利益平衡的价值

——以农村集体耕地租赁纠纷的审判实践为例如/174

汤黎明(上海市松江区人民法院院长)

试论合同案件裁判中的利益衡量/187

谭勇(上海市第一中级人民法院民四庭)

论司法过程中的利益平衡/196

严励 高志刚(上海政法学院)

第二届法院院长论坛暨“利益平衡与司法公正”研讨会(会议纪要)/203

第二届法院院长论坛暨“利益平衡与司法公正”研讨会综述/246

利益平衡的司法价值与规范

◆ 浙江省绍兴市中级人民法院院长 王育君

利益严重失衡必将导致社会冲突,冲突不断升级必将危及社会稳定,社会不稳定就谈不上社会和谐和社会发展。建设和谐社会必是在不断化解、缓和社会冲突,达到各种利益动态平衡的努力中实现的。司法作为社会矛盾冲突的减压器和化解器,在以社会和谐观为标尺的视野下,法院(法官)该如何平衡个案中的各种价值元素、平衡各方利益、实现各利益主体效益的最大化,从而化解与缓和社会冲突、促进社会和谐,正是本文要探索的关于“利益平衡之下的司法”这一课题。

一、利益平衡在构建和谐社会中的意义

和谐社会并不是没有利益冲突的社会,而是一个有能力解决利益矛盾和化解利益冲突,实现利益关系趋于平衡的社会。在建设和谐社会的进程中,要着重关注社会转型引起利益关系变动而产生的矛盾和冲突,正视而非绕道,运用利益平衡方法协调利益关系,缓解社会矛盾,促进社会和谐。

(一)利益平衡的含义

人类社会的发展证明:利益是社会生活的基础,是社会生活中唯一的、普遍起作用的社会发展动力和社会矛盾的根源。马克思曾经论断:“利益就其本性来说是盲目的、无止境的、片面的。一句话,它具有不法的本能。”因此,在不同利益之间需要用国家、政府的有形的手通过一定

的形式来进行平衡。

利益平衡,是在一定的利益格局和体系下出现的利益体系相对和平共处、相对均势的状态,也是一个提供正当性方法论的原则。在法律领域,利益平衡既是一项立法原则,也是一项司法原则。利益平衡的合理性体现在它是协调冲突性利益的基础性原则。

在我国古代司法中广泛存在利益平衡的思想及传统。儒家的代表性书籍《礼记·王制》云:“凡听五刑之讼,必原父子之亲立君臣之义以权之。”西汉董仲舒发展了以《春秋》经义作为判案依据的观点,强调“论心定罪”。主张“法治”的法家进一步论述了法律的“公”、“平”、“衡”、“正”等客观属性。《慎子》佚文:“法者,非从天下,非从地也,发乎人间,合乎人心而已。”《韩非子·八经》更明确地说:“凡治天下,必因人情”,“法通乎人情,关乎治理”。讲求自然、和谐境界的道家更是将形式正义与实质正义的合作作为理想法的终极目标。有学者评论:“(道家以为)天理就是天道,法律要顺应天理、人情,才能渐次向理想目标靠近。”^①可见,平衡司法是一种本土化的法律文化现象,“司法官在天理、国法、人情以及社会习俗等的支配和综合作用下,对案件作出合于现实理性需要的适当性处理,是司法官在以儒家伦理为主流的多元思想、意识指导下,受到诉讼的特定语境和技术制约之下,对于裁判方案的合情、合理、合法性反复权衡与最终确定的选择过程”^②。

(二)构建和谐社会必须平衡各方利益

人类社会发展的历史表明,利益结构被看作是社会结构的基础性元素,利益关系是社会生活中普遍存在的一种根本关系。在转型期的当今中国,由利益关系调整所产生的矛盾和冲突是建设和谐社会不可回避的问题。利益无处不在,冲突无处不在,在建设和谐社会的进程中,我们不可能采用回避“矛盾”和压制“冲突”来谋求多元利益趋向一致,而只有通过建立一种协调和平衡各种利益的新制度或机制,才能使社会进一步增加包容性和协调性,从而不断提高社会的和谐程度。

在建设和谐社会的进程中,我们要努力创建一种能够协调和平衡各方利益的制度与机制:一是要充分尊重各社会阶层、各市场主体的正当利益需求,调节利益结构,将各种矛盾置于可控制、可容忍的范围之内;二是倡导现代利益价值观,引导不同的社会阶层、不同的利益主体在分歧中求协调、在差异中求一致、在对立中求妥协、在冲突中求共存,

^① 龙大轩:《道与中国法律传统》,山东人民出版社2004年版,第48页。

^② 顾元:《衡平司法与中国传统法律秩序——兼与英国衡平法相比较》,中国政法大学出版社2006年版,第13页。

力求获得共同发展的效果；三是以法治手段调节再分配，以平衡各方利益。通过对法律规范的运用来调整人的行为，用制度保障机制平衡各方利益。

利益平衡机制的作用就是在不同的利益群体中寻求利益的平衡点，使矛盾冲突趋向缓和、利益关系趋向和谐，也就实现了实质意义上的社会公平正义。而社会公平正义是构建社会主义和谐社会的根本基石和重要目标，它涉及社会生活的各个领域，直接触及各种社会矛盾的焦点，影响构建和谐社会的各个方面。胡锦涛同志指出：“公平正义就是社会各方面的利益关系得到妥善协调，人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理，社会公平和正义得到切实维护和实现。”在这里，“公平正义”包含了“妥善协调利益”、“正确处理矛盾”、“切实维护和实现公平正义”三个方面的内容，这是对“公平正义”内涵的精准、全面的阐明。如果对此再作进一步的解读，就能领悟到，这三个方面的背后都有一个共同的东西，那就是“利益平衡”。因此，维护和实现公平正义，构建社会主义和谐社会，必须从妥善协调社会各方面的利益入手，抓住了这一点就抓住了“牛鼻子”，抓住了解决问题的关键。

（三）统筹兼顾的实质就是平衡利益

实践科学发展观的根本方法是统筹兼顾。通过统筹协调，妥善考量、处理各方面的利益关系，平衡各种矛盾与利益冲突，将各种利益关系有效掌控在法律秩序的框架内，这无论是在立法领域，还是在司法领域，都是利益平衡的一种重要表征。从立法上讲，法律是为解决社会现实中发生的纷争而确定的基准，从某种意义上说是各种利益协调、妥协的产物，发挥着社会利益平衡器的功能，具有通过其运行而对其他事物发生影响的客观能力。它以社会公平正义为价值导向，以其规范性和强制性来调整社会关系、平衡社会利益、整合社会资源、维护社会秩序。从司法上讲，司法的过程是法官在进行法律推理与适用的过程中，对案件当事人双方对立的利益进行评估、界定、衡量，通过诉讼机制解决利益冲突，对利益进行再分配的过程。也就是说，“法官在作出判决过程中，应该不断地通过解释在结论的衡平性与法律适用的严肃性之间进行反馈，尽可能地获得符合实际并对双方当事人有说服力的解决已成为一般认识。”^①司法对利益的衡平性还集中体现在实现法律效果与社会效果之间的统一上。可以这样说，“司法的根本目的并不在于搞清楚

^① [日]棚濑孝雄著，王亚新译：《纠纷的解决与审判制度》，中国政法大学出版社1994年版，第132页。

文字的含义是什么,而在于判定什么样的决定是比较好的,是社会可以接受的”^①,要顾及各方面的利益。

二、利益平衡的司法价值

英国著名法学家戴西说过:“法治的社会是规则而不是人在进行治理。”但规则仅仅是实现理性治理的前提,只有加入人的因素才能使法律得到正确实施。在追求法律的普遍性、确定性和客观性的同时,只要没有放弃追求妥当性、公正性和合理性,法治视野中的规则制约就不可避免地伴随着主体的利益平衡。正是利益平衡的存在才弥补了形式逻辑的不足,使相互冲突的社会利益重新归于平衡与协调。

早在两千年以前,亚里士多德就对法律与平衡之间的关系做了经典性的表述:“衡平是为缓和法律的严酷性所必需的”,因此,“衡平就像勒波斯建筑师的铅尺”,测量时可以绕着石头弯曲,而严格的法律则像一根不能弯曲的铁尺。当代著名法学家维拉曼特里将平衡的司法功能概括为三大类:使一般规则适用于特殊情况,弥补法律漏洞和纠正法律规则的严酷后果。

(一)一种裁判思维:利益平衡原则

现代社会日益增强的流动性和复杂性,以及法律文本自身的特性,在向和谐、稳定的社会状态趋同的情景之下,如严格按照条文规定来处理具体案件中的问题,有时结果难尽人意。对此,现代法官应综合考虑法律规范、立法意图、社会目标、社会环境等要素,在相互冲突的利益之间进行适当的筛选和取舍,以寻求对利益的平衡。一种全新的司法裁判方法——利益平衡原则被放置于案头。利益平衡原则(又称利益衡量、利益考量原则),是在对概念法学批判的基础上发展起来的,是适应社会发展而呈现的法学方法,是“法学方法中的一种黄金方法,它自身既是一种独立的方法,同时又贯穿于其他方法之中”^②。利益平衡原则作为一种彰显实体本位主义的理论,主张在处理不同利益的冲突时,运用实质性判断的方法进行取舍和衡平。其具有以下特征:

1. 实现正义是司法贯彻利益平衡原则的终结追求

由于社会生活复杂多变,法律不可能穷尽一切社会关系,加上法律

^① 苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,《法律解释问题》,法律出版社1999年版,第58页。

^② 李秀群:《司法过程中的利益衡量》,《法律方法》(第2卷),山东人民出版社2003年版,第310页。

不确定性的客观存在,使得传统的形式主义司法与现实产生了巨大差距,法官再也不能顺当地“精确复述法律已经明确宣布之规则”,很难继续“把案件事实从上面放进去,从下面取出判决”^①;反之,法官应当在遵循一般原则和法律目的的基础上对个案进行利益平衡和价值判断,从而妥善协调当事人之间的利益,实现法律正义。

2. 法律精神是司法贯彻利益平衡原则的根本依据

在法律条文无法到达的不确定领域,法官不能通过形式化的规则演算就得出妥当的结论。对法律条文周边的模糊地带和法律条文没有规定或无法规定的空缺地带等,法官必须根据法律的内在精神,秉承实质合理性标准,充分衡量双方当事人的利益,在探求法律的目的和原则的基础上,综合情、理等多种价值元素作出判断。

3. 案结事了是司法贯彻利益平衡原则的直接使命

诉争的实质是利益彼此排斥、相互冲突的表现。法律制度的基本功能和重要使命就是按照一定的程序规则和实体规则协调现实生活中的利益冲突,从而使不同社会主体之间的利益达到调和,实现立法者所期望的谋求利益的秩序。所以,司法裁判的过程实质上就是重新调整和确认不同利益关系,各方对平衡后的利益予以认可,达到化解争议、冲突的目的,进而维护社会的运转秩序。

(二)司法要平衡的利益

在对各种冲突的利益进行衡量时,首先要对各种利益进行合理的价值判断。通常按利益主体的不同,把利益区分为国家利益、社会利益和个人利益;或者按利益性质的不同,把利益区分为人身利益、财产利益和其他利益。一般而言,国家利益重于社会利益,社会利益重于个人利益;人身利益重于财产利益,财产利益重于其他利益。人身利益中,生命利益最重要,健康利益次之,其他人身利益又次之。此外,还有关于当事人的具体利益、群体利益、制度利益(法律制度的利益)和社会公共利益的分类。当制度利益存在缺陷但仍能较好地反映社会公共利益的要求时,在不损害制度根本利益的前提下,可以对制度进行漏洞补充和价值补充,以弥补制度本身存在的缺陷,全面完善和维护制度利益。当制度利益违背社会公共利益,对当事人的具体利益进行衡量时,就应该大胆地抛弃或者冲破落后法律制度的束缚。^②

然而,我们还必须充分注意到,各种利益的位次并不是一成不变

^① [美]罗斯科·庞德:《普通法精神》,法律出版社2001年版,第119~120页。

^② 梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》,《法学研究》2002年第1期。

的,而要根据社会的形势作适时的调整;同时,即使在某一具体的矛盾纠纷中,各种利益的位次有时也会发生变动甚至相互转化,有时统一,有时对立,有时此方面占主导地位,有时彼方面占主导地位。所以,我们必须根据具体案件和实际情况作出具体分析。如在公平正义为第一价位追求时,我们的价值取向是要更多地倾向于对人的权利保障和对弱势群体的救济;而在效率为第一价位追求时,我们的价值取向是要更多地倾向于维护社会秩序或有利于促进效率的相关利益的保障。特别是在应对金融危机的今天,我们面对纷杂多面的各类利益,要根据非常时期的危机现状,适时调整一些价值取向,及时、准确地判定相关利益的价位顺序,在平衡中有选择地取舍,在取舍中尽可能地平衡。

(三)司法进行利益平衡的价值

法律不可能是解决所有纠纷的灵丹妙药,法律之外的道德、情理、习俗等也是影响司法的不可忽略的因素。对正义执着追求的“理想主义”可能在一定程度上必须让位于解决纠纷的“现实主义”。法官的判决必须考虑社会稳定、经济发展等问题,而不应为了追求一个法律价值而不顾其他的社会价值。法官在司法过程中必须统筹考虑,权衡利弊得失,在原则性与灵活性之间寻求有机的平衡。因此,进行恰当的利益平衡不仅是一种现实的需要,而且具有重大、深远的意义。

1. 填补法律漏洞,促进法律发展

法律漏洞是指法律“违反计划的不圆满性”。为使法律能依其意义、其根本的规整计划及其内在的评价来适用,法官必须填补漏洞。法官要用利益平衡的方法,在正视制定法缺陷的基础上,既考虑社会公众的需求和价值,又权衡具体的社会情形和变化,进行漏洞修补。法官应站在立法者的角度来对待社会的各种价值,审视、平衡各方利益,依法理或良知,采取类推方法或目的限缩、目的扩张等方法进行裁判,形成裁判例,完善法律的内涵,拓展法律的外延。

2. 防止法律僵化,提高办案质量

当简单适用制定法的后果与社会正义有冲突时,当立法原意难以明释的时候,为了正当的社会效果,可以采取法律精神诠释、法律推理和法律论证的方法避免法律适用的僵硬化。在利益平衡理论的指导下,可以对冲突的各种利益进行综合评估、分析并作出价值判断,并对滞后的法条进行诠释、运用,从而实现法律效果与社会效果的有机统一。

3. 矫正形式主义,实现实质正义

“程序是法律的中心,法律秩序的首要目的和主要效能是规则性和公平,正当程序和公平是法院的自信和信用的主要渊源,实质正义则是

无懈可击的程序的一种意料之中的派生物或副产品。”^①但程序正义并不意味着实体正义,如果过分要求僵死地遵守程序规则,而所得出的结论确是实质非正义的权利要求,作为形式正义的公平就会变得虚伪和专横,就会产生多数人的暴政或程序暴政。^②对此,法官应对形式主义法所具有的局限性进行基于平衡考虑之后的矫正,直至得出妥当的判决。

三、司法利益平衡的控制与规范

司法实践中,利益平衡的实质性和结果性往往容易脱离程序合法性的指引和限制,也就会不可避免地加剧司法擅断、法官恣意以及裁判结果难以预期的风险。因此,在利益平衡的过程中,应该妥善理顺法的安定性和结果的妥当性之间的关系,进而实现司法裁判形式正义和实质正义的双重价值目标。

(一)以法治精神培育良好的利益平衡理念

法治社会作为人类社会共同的一种境界追求,往往以其强于其他治国手段的普遍性、明确性、稳定性、公开性以及可预期性等形式特点而成为保障近现代国家稳定和谐的重要手段。对司法机关及其司法人员运用法律处理案件的专门活动,“法治”的基本要求是司法机关及其司法人员必须按照法定职权、法定程序,正确地运用法律裁判诉争纠纷,即要求司法裁判必须以法律为依据,尊重法律,肯定法律的先决地位。考虑到成文规则的局限,“法治社会”又通过立法确定公平和诚实信用原则等特殊条款的方式,赋予法官自由选择司法裁量的职权,以克服和弥补成文规则的不足,妥善平衡各方利益,实现司法的实质正义。

司法的利益平衡方法,本质上也是一种自由裁量方法。当遇到法律没有规定,规定不明确、不具体,严格适用法律将导致非公平正义结果产生时,进行利益平衡能妥善化解争议。但是,司法自由裁量权并非可以任意裁量,而应在“法治”精神的指引下,受到立法本意、立法目的及其他法律原则的约束,即运用司法自由裁量权进行利益平衡时应依法律精神进行,遵循法律的基本原则而不得与之相悖,遵守诉讼程序的规定,以程序公正确保实体上自由裁量的公正,裁量的结果应符合法律内在价值的要求。

^① [美]诺内特·塞尔兹克著,张志铭译:《转变中法律与社会》,中国政法大学出版社1994年版,第74页。

^② [美]罗伯托·昂格尔著,吴玉章、周汉华译:《现代社会中的法律》,中国政法大学出版社1994年版,第181页。

(二)以社会公共道德作为利益平衡的重要准则

法治不仅仅意味着法律秩序和相关的操作技术,也不仅仅意味着有更多的社会关系由法律调整。对法治价值的实体性理解还应着眼于法治本身所包含的道德原则和法治所要达成的社会目标。^①我们知道,法律和现实毕竟存有距离,法律不能包罗万象,法律也不是万能的。因此,片面强调以法律为依据,机械司法裁判,而忽视社会伦理道德对法律适用、司法裁判效果的巨大影响,必然会使法律的缺陷与不足得以放大,给当事人留下难以弥合的“硬伤”,造成“案结事不了”、遭受社会公众反对的被动局面,并滋生可能引发社会不安定的隐患。因此,在法律适用和利益平衡的过程中,法官要在“良知之光”的照耀下,克服法律的机械,在允许的边际内,在利益的标尺上能动地定位平衡的准星,放下一切法律技巧,以社会伦理道德的视角再去审视这种平衡,达到法律视角与社会伦理道德视角下相一致的平衡。

有鉴于此,在司法利益平衡时,既要强调遵循法的精神,又要符合社会公共伦理道德规范。司法利益平衡的“弹性”和裁判结果的或然性赋予了社会伦理道德在裁判中的极其重要的地位。成文规则体现了立法者在利益分配上的价值倾向,而司法自由裁量权的行使体现了法官在利益平衡或利益再分配上的价值判断过程,后者应当与社会的主流道德价值相契合,这样司法裁判才能达致法律效果与社会效果的有机统一。因此,进行司法利益平衡,要以主流的社会伦理道德标准作为依据,也即符合主流社会伦理道德标准的司法利益平衡才是真正依法的自由裁量。

(三)以强化监督保障利益平衡的实质公正

司法实践中,利益平衡的实质性和结果性特性往往容易使法官的自由裁量行为脱离程序合法性的指引和限制,容易产生超越合理限度而引发的司法擅断、法官恣意等问题。因此,有必要切实强化对法官平衡利益的自由裁量行为进行监督的力度。一方面,要有针对性地制定一整套规范性制度,对适用利益平衡的案件范围、条件、原则、基本处理程序等作出相应规定。通过采用公开、透明的运作方式,加强对利益平衡原则运用的控制,防止法官僭越法律。另一方面,要结合案件质量监督管理的相关措施,充分发挥院、庭长对审判执行权运行的事中监督作用,防止自由裁量权显失实质公正。要在特定的时空范围内统一裁判尺度,对同类型案件利益平衡的价值取向和裁量幅度进行制度性限定,

^① 夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,《中国社会科学》1999年第4期。

防止“同案不同判”情况的出现。我们正在开展的量刑规范化就是这方面的有益探索。

如何判断利益平衡后所得出的结果是否为最佳方案?对此,我们认为,没有一个具体、明确的评判标准,但大体可确定以下原则性的技术标准:一是达到利益的总效益最大化。利益平衡的最终结果应最大限度地满足各方面的利益主张,通过司法活动,最大化整合相关利益,实现各方的共赢。二是使受损利益降到最低。把必须作出的让位利益控制在最小限度内,或者在所维护利益和牺牲利益之间寻求并接近最佳的平衡点。三是符合社会的朴素价值观,使司法结果为一般社会价值理念和道德水平所接受和认可。从另一个角度讲,人民群众的接受程度也是我们司法所要平衡利益的重要一极。四是遵循诚信原则。当今社会的诚信原则已覆盖实体法和诉讼法两大领域,“作为法律原则之一的诚信原则必将对诉讼法律关系主体的诉讼行为起到规制效力”^①。法官作为诉讼活动的重要主体,实体裁判甚至于诉讼程序(诉讼程序对裁判结果影响很大,如证明责任的分配等)的安排都要遵循诚信原则。在诚信原则的规制下,法官应更加重视双方当事人利益之间和当事人利益与社会利益这两重利益关系的平衡。

(四)以注重保护弱者彰显利益平衡的人文精神

在社会转型的过程中,利益调整以及由此带来的阶层分化已经成为不争的事实。在社会强势群体间,不仅形成了稳定和牢固的利益同盟关系,而且还积聚了相当的社会能量,他们对利益决策及其相关的制度供给产生着不可低估的影响。而弱势群体在追求自己的利益、表达自己的利益诉求上,显然处于较为软弱的状态。因此,在调整利益格局、促进社会和谐的过程中,应向弱势方倾斜,建立起顺畅而有效的利益表达和利益平衡机制。

体现在司法过程中,要以社会稳定为司法底线,依法维护弱势群体的正当权益,加大对困难群众的保护,促进利益平衡。特别是在当前国际金融危机波及实体经济发展的严峻形势下,司法要积极应对,自觉服务“保增长、保民生、保稳定”的大局,在现行法律和政策允许的范围内,要充分发挥司法对社会各种利益关系所具有的规范、引导、调节和保障作用,妥善平衡不同利益之间的强弱差别,有效化解强势群体与弱势群体之间的利益冲突,防止可能引发的群体性、突发性和恶性事件,切实做到解决争议、理顺关系、平衡利益、维护秩序。

^① 张显伟:《诚信原则的诉求》,《法律适用》2009年第5期,第31页。

司法过程中的利益衡量

◆ 上海市第一中级人民法院院长 潘福仁

在司法过程中,法官可以用许多方法来解释法律、适用法律,其中有一种方法被视为法官能否作出正确司法判决的关键所在,也被法学家称为“黄金方法”、“利益衡量”或“价值衡量”。我国台湾著名学者杨仁寿先生在其《法学方法论》一书中对“利益衡量”一词曾作过这样的解说:“法官在阐释法律时,应摆脱逻辑的机械规则之束缚,而探求立法者于制定法律时衡量各种利益所为之取舍,设立法者本身对各种利益业已衡量,而加取舍,则法义甚明,只有一种解释之可能性,自须尊重法条之文字。若有许多解释可能性时,法官自须衡量现行环境及各种利益之变化,以探求立法者处于今日立法时,所可能表示之意思,而加取舍。斯即利益衡量。换言之,利益衡量乃在发现立法者对各种问题或利害冲突,表现在法律秩序内,由法律秩序可观察而得知立法者的价值判断。发现之本身,亦系一种价值判断。”^①由此可见,利益衡量的主体是审理具体案件的法官,利益衡量的客体是法官在对具体案件行使审判权时所涉及的各种各样的、相互发生冲突的利益关系,而利益衡量的内容则是对各种利益重要性的评价和选择。利益衡量作为一种法院判案的思考方法,与传统的概念法学和形式主义法学的三段论式思考方法不同,它不是进行简单的法条对照,而是对法条背后的利益进行评估、衡量。

^① 杨仁寿:《法学方法论》,法律出版社1999年版,第175页。

如何看待利益衡量在司法过程中的作用？法官在事实上如何适用法律呢？

一、利益衡量与司法功能的实现

（一）利益衡量的历史

1. 大陆法系中利益法学的出现

现代西方法律制度定型于 19 世纪初期。欧洲大陆各国在告别了自然法之后，制定了民族化的法典。根据孟德斯鸠的三权分立学说，立法权专属于立法者，法官只能忠实地执行法律而不能有所创造。理想的法官应当像自动售货机一样，一头输入各种事实材料，另一头自动跳出判决结果。法国民法典的缔造者拿破仑说：“将法律简化成简单的几何公式是完全可能的，因此，任何一个能识字的并能将两个思想联结在一起的人，就能做出法律上的裁决。”^①与此相适应，法学界亦为概念法学所控制。概念法学仅仅承认实在法，认为法典一旦制定出来，其体系即具有逻辑自足性，即使法律规则规定得不完整，也可以通过形式逻辑的推演来得出相应的结论。不论社会生活中发生何种纠纷，均可依据适当的逻辑推理，从成文法中获得解决，不承认法律存在漏洞。而法官仅为适用法律的机械，只对立法者制定的法律作三段论的逻辑操作。即使遇有疑义，法官也应探求立法者的意思，以立法者的意思为准，完全否认法官的司法活动有造法的功能。概念法学将法律概念绝对化，认为法律概念是法律规则的基础，法律秩序是完整的法律概念体系，是由逻辑分析构成的体系，从一般的概念中可以推导出特殊的概念，从逻辑演绎中可以推导出适用于一般案件的法律规则。在这种思维方式的指导下，法官在案件审理过程中的主要任务是认识法律规则，并通过逻辑方法将这些规则运用到具体案件之中。

19 世纪中期至 20 世纪初，西方各国处于从自由资本主义向垄断资本主义过渡的阶段。社会发生了巨大而深刻的变化，僵化的概念法学已不能满足社会变化的要求。在 19 世纪中期，德国先是出现了目的法学。目的法学的代表人物耶林认为，法律的目的在于谋求社会利益，法官适用法律时首先应当考虑的是立法者的目的。在目的法学的基础

^① 转引自沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 329 页。

上,20 世纪初,德国法学家菲利普·赫克^①创立了利益法学派。它以强调法官应该注意各种“利益”为核心的思想而成名。利益法学认为,利益是法律产生的根源;现代的法官永远不可能成为适用法律的机器;主张“法官对立法者疏未虑及之处,应运用其智慧,自动审查各种利益,加以衡量”;承认创造法律是法官的功能之一,主张扩大法官的司法裁量权。

菲利普·赫克认为,“利益法学从两个着眼点出发。第一个着眼点是,在法律制度存在的背景下,法官必然要受现行法律的约束。法官必然要调整各种利益,并且循着立法者的路子来调整各种利益冲突。当事人之间的争议使法官面对着各种利益冲突。但是法官对人们利益冲突所作的判决要受立法者在既定法律中所体现出来的对人们利益冲突所做出的评价的限制。利益法学的第二个着眼点在于,法律是不健全的,甚至在处理人们日常生活所产生的冲突时还表现出相当的矛盾性。现代立法者对法律的这种不健全性可谓耳熟能详,因此,他们并不希望法官仅仅在字面上遵循法律的规定,更重要的是法官应该熟谙法律中所包含的利益,并且在处理案件时,尽量使自己所作的利益判断能够与立法者在法律中所表现出来的利益保持一致。法官不仅仅在法律规则的框架内对案件的事实进行判断,而且还应该在法律规则出现空白的地方构建新的法律规则,以弥补法律规则的不足。换言之,法官不仅应当运用一些法律命令,而且他还必须保护那些立法者认为值得保护的一般利益。”

利益法学是为适应法律的实际目的而创设的一种方法。其目标是发现法官在处理案件过程中应该遵循的原则。法官的工作是在既定法律秩序的范围内,使各种利益协调起来。

利益法学并不认为法官可以随心所欲地理解法律并进而作出相应的判决,而是主张法官在尊重利益的前提下,可以具有相当程度的自由裁量权。这种观点在某种程度上适应了社会的需要,对司法界产生了巨大影响。由于利益法学只是从客体方面强调利益在司法过程中的重要性,而未强调作为主体的法官对利益的判断取舍,因而,在第二次世界大战后,利益法学演变为评价法学,认为司法过程是法官对各种利益的评价和选择过程。正如德国学者罗伯特·霍恩所言,诉讼中法官的主要任务就在于“权衡当事人的利益,并通过个别案件的判决或对一

^① 菲利普·赫克,1858 年出生于德国,1902 年成为图宾根大学的法学教授,是利益法学的创始人,其主要作品有:《法律解释与利益法学》(1914)、《概念学与利益法学》(1932)、《法哲学与利益法学》(1937)等。