

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1738

## 试论民事审判中的利益衡量

肖杰

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

**【内容提要】**利益衡量,是指法官在对当事人双方的利益进行估量后,考虑应置重于哪一方利益的判断和选择。民事案件审判中的利益衡量,就是要求法官在“审”的诉讼环节,判的处理过程,对涉及权利冲突的协调,应充分体现“法”的“公理”精神,“审”的“公正”原则,“判”的“公平”结果,“利”的“平衡”保护,最大限度地维护社会和谐稳定。本文主要通过对利益衡量理论的阐述,特别是对民事案件利益衡量必要性的认识,从利益衡量的原则内容的过程,利益衡量的界限、方法和途径等方面来进行分析探讨。

**【关键词】**民事 审判 利益 衡量

### 一、引言

近年来,随着改革开放的逐步深入,我国的政治、经济体制发生了深刻的变革,各种利益主体的矛盾越来越多,就法院近几年来说,受理的各类案件居高不下,而尤以民事案件所占比例最大。2003年全国法院受理的各类民事案件占全部一审案件的86%,2004年受理的民事案件占全部一审案件的85.41%;而涉法申诉、上访案件也在逐年增多,2003年全国法院受理申诉、申请再审案件107701件,比2002年同比上升0.34%<sup>①</sup>,2004年全国法院受理申诉、申请再审案件131088件,比2003年又同比上升21.71%<sup>②</sup>,这已引起最高决策层的高度关注。

肖扬院长2004年10月在美国耶鲁大学演讲时曾指出:法律不可能成为解决所有纠纷的灵丹妙药,法律以外的因素如道德、情理也是司法过程中所不可忽略的。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<sup>③</sup>。确实,在我国法院,我们从上个世纪80年代末的审判方式改革中,由于过份引进概念法学的“理想主义”法的精神,现已品尝到了不注重调解而带来的苦果。因我们从对法院裁判不断申诉上访的案件中,我们看到了法律权威的缺失。虽然依法治国的方略已经写进了宪法,但这只是一张法治的图纸,并不是法治的现实。党的十六大,党中央又提出构建和谐社会的目标和任务,这对我们坚持以人为本,树立全面、协调、可持续发展观,重新审视19世纪末欧洲兴起的自由法学运动提出的打破概念法学的禁锢,重视利益衡量理论提供了全新的操作平台。

在法律领域,利益衡量作为一种法律解释或适用的方法,是国外法官和学者通过法律实践与理论研究创造出来的。其目的之一在于批判传统的概念法学或形式主义法学所信奉的法律思考方法。因为根据概念法学的观点,“法官在进行判决时只考虑适用法律规则”<sup>④</sup>,法官只需把客观的、严密的法律规则不加任何个人判断地、逻辑一致地运用于一定事实中,就可以公正地完成司法职责。因而,任何的法律适用过程实际上是一种按照严格的形式逻辑三段论法进行判断的思维过程,即以法律规则为大前提,以与该法律规则相对应的具体事实为小前提,然后依三段论法机械地得出结论。以上机械的思维方式缺陷在于:限制了法官在法律不可避免的漏缺或模糊不清或滞后于社会发展的情况下,积极、能动地解释和适用法律,使得法律面对纷繁复杂、变动不居的社会可能陷于僵化和保守。况且,更为重大的缺陷是,这种主张实际上掩

盖了法官对法律或多或少进行自由解释的事实,不利于更为贴近现实地去研究法律的运作以及任何法律适用过程中必然蕴涵的价值判断。针对以上问题的考量,本文通过利益衡量理论的概述,特别是对民事案件审理中对利益衡量的必要性的认识,主要从民事裁判中利益衡量的原则内容的过程,利益衡量的界限、方法和途径等方面来进行分析探讨。

## 二、利益衡量理论概述

关于利益衡量,我国台湾学者杨仁寿曾作过这样的阐述:“法官在阐释法律时,应摆脱逻辑的机械规则之束缚,而探求立法者与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”<sup>⑤</sup>。我们从以上涵义中看出,所谓利益衡量,是指法官在审理案件时,在查明案情事实并对当事人双方的利益进行估量评价后,综合把握案件的实质,结合社会环境、经济状况和价值观念等,通过法律选择和适用,考虑应置重于哪一方利益的判断和选择。

利益衡量理论的产生不是突兀的、没有根源的,它同其他任何一种法学理论一样,是某种法哲学思潮影响的产物。美国社会学法学的一代宗师罗斯科·庞德从法律实际的社会功能角度出发,指出法律是为了维持社会秩序,保持社会文明而进行“社会控制”的工具,因而一切法律都围绕着社会的目的而展开<sup>⑥</sup>。这样,庞德改变了传统法学的形式主义、概念主义,确定评价法律的终极标准就是法律所保护的社会利益。利益衡量作为一种司法衡平的方法,自19世纪末20世纪初始就为美国实用主义法学家和法官们所普遍运用,美国著名大法官霍姆斯就称“社会利益的责任是一个法官不可回避的责任,为达到这一点,就要承认司法判决中存在不关联性,甚至不可认识性”,“应从法律之外……法律后面的社会利益来解决实际的法律问题”。同时,欧洲目的法学、自由法学等学派亦开始关注法律在现实生活应用中的实际效果,德国法学家耶林就称要“把法律从孤立的地位中搬出来,而把他放在生活的洪流中”,“法律的目的就是社会利益”,这些学说及相关的司法实践都是对当时盛极一时的以唯理主义为理念,以德国潘德克顿法学派为代表,以《德国民法典》为成果标榜的概念法学的强烈批判。

利益衡量理论在方法论上的提出,则始于日本学者加藤一郎,他发表的《法解释的理论与利益衡量》一文,首次提出了有关利益衡量的主张。在此文中,他强调在现代社会中应该采取的是自由法学的解释方法,主张法官在裁判案件时应当更自由、更弹性地考虑当事人的实际利益,即进行实质判断。加藤一郎说,“法学乃是以控制人的行为、预先规范人的生活法为根据的,裁判中加入实质的判断,是无论如何也难以避免的自然之理”,而问题在于采取什么样的形式。他形象地比喻道,“假如将法律条文用一个图形来表示,这是一个中心部分非常浓厚,愈接近周边愈益稀薄的圆形。在其中心部分,应严格按照条文的原意予以适用,不应变动。如果说中心部分通常可以直接依条文决定的话,则周边部分可能出现甲乙两种结论,难有定论的情形。因此,适用法律时当然要考虑各种各样实质的妥当性,即进行利益衡量”<sup>⑦</sup>。根据加藤一郎的利益衡量理论,在现代许多国家的立法过程中,已开始重视对已经获得或正在迫切要求得到法律承认并保障的各种利益主张进行权衡,立法者也不再像过去那样执着于比较单一的、呆板的利益估价原则,而是根据现实情况灵活、机动地在各种法律价值准则中选择适用。对我国法院来说,近两年也提出了“审判的法律效果与社会效果的有机统一”问题<sup>⑧</sup>。因此,利益衡量的实际意义在于建立一种利益筛选机制,使得社会当中发生的种种纠纷经过法官的价值衡量或法官在执行法律时进行的边缘性思考,使法官依据法律和个人良知筛选之后有选择地纳入到公力救济的范围之内,最大限度实行多元保护。

我们从上述利益衡量理念可以看出,利益衡量的主体必须是唯一的,即对具体案件进行审理的法官;利益衡量的客体也非其它,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;利益衡量的内容,则是对各利益重要性之评价及利益的选择和取舍。而这种选择和取舍,必须要求是公平正义和效率的。利益衡量的功能主要表现在对各种利益主体的权利作出衡量和估价,以及为协调利益冲突提供恰当的标准。利益衡量的实质,就是通过司法审判来保护隐在法律关系背后的生产力关系。也正是从上述的考量,利益衡量理论要求法官在司法风格上更加关注实体结果,在司法效果上努力追求当事人不上诉。因此,在当今各种利益主体更趋多元化,社会均衡化的格局也在不断被新的利益主体所打破的情况下,在这种立法尚不完备,法律漏洞较多的现实面前,对于法官和理论工作者来说,如何用利益衡量理论来指导实践,来协调各种复杂的利益主体冲突,来保护隐在法律关系背后的生产力关系,为构建一个公平与正义的和谐社会作出努力,是一个需要认真思考的问题。

## 三、从民事审判的角度审视利益衡量

严格依法裁判,实现司法公正,是对人民法院审判工作的基本要求。但如果我们把“依法裁判”仅仅

理解为“以法律条文裁判”，则不免会陷入误区。在法律规定得较为原则，或根本就没有规定、或规定不明确，或者法律规定本身就有冲突的情况下，法官如何依法进行裁判？这就需要法官进行利益衡量<sup>⑨</sup>。而按照加藤一郎的观点，法院法官审判民事案件，多数情形取决于法官的实质判断。我们从近两年我国二审案件来看，2003年全国中级以上法院共审结各类二审民事案件370770件，其中改判和发回重审96615件，占26.1%<sup>⑩</sup>；2004年全国法院共审结各类二审民事案件378631件，其中改判和发回重审93130件，占24.6%<sup>⑪</sup>。从以上数据中就可看出，即使再高明的法官，所作判断亦有分歧。由于有这样的争执，其判决的结论，多数情形并非取决于对法律条文作形式逻辑推论，而是取决于实质的判断，即对当事人双方利益及当事人与社会利益所作的利益衡量<sup>⑫</sup>。也正是基于上述原因，才出现第一审判决原告胜诉，第二审颠倒过来判决被告胜诉，或推翻原判发回重审的情形。

毋庸讳言，近年来涉法上访申诉案件有增无减，而尤其以民事上访案件居多，这除开社会、政治、经济等方面的因素外，单就从司法裁判层面来说，法院一、二审裁判不一致或再审改判较多是一个重要的因素，但这不是主要的因素，主要因素既有司法体制和司法理念方面的原因，又有立法制作方面的缺陷和瑕疵，更有法官素质这一重要因素。因现今的上访人或二审案件当事人往往表现出对法院法官的不信任而对法律法规中的个别条文的过分崇拜，对上层领导者批文的过份依赖。而现实情况又是，自上个世纪80年代末的审判方式改革后，我国法院的“裁判官自己并不进行判断，而是规规矩矩地接受法规的拘束，并不加入自己个人的价值判断或者利益衡量，仅仅从立法者所决定的法规引出唯一的正确结论”<sup>⑬</sup>。在这种“理想主义”司法理念模式指导下，过份地追求法律价值的实现，一味要求法官严格“依法裁决”或当庭质证和裁判，机械地适用法律，就难以得出妥当的结论和恰当的判决，必然导致利益主体的矛盾不能得到及时地协调和缓解，造成涉法上访案件越来越多的恶性循环。

英国法学家戴维·M·沃克认为：“法律常常授予法官权力或责任，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<sup>⑭</sup>”。自由裁量权来源于法律，但不是按已有的法律的明确规定决定案件，而是由法官据情自由决定；行使自由裁量权的方式是运用法律和解释法律。而利益衡量则要求这种自由裁量应是正义、公正、公平和效率的，它要求法官立足于社会需求作出符合基本正义的衡平。可在现今中国的法治环境下，如果我们过多地追求西方的法的精神，把司法公正作为评价人民法院审判活动的唯一标准，简单地援引法律条文进行判决，就必然会导致理想与现实的脱节。从这一层面来说，我们用利益衡量理论来指导和解决民事裁判中的“上访多”问题就显得尤为重要。

坦率地说，“审判的法律效果与社会效果的有机统一”，这一重要理念的提出，为法官利用利益衡量理论来构建平安和谐社会提供了理论支撑。2005年初，中央中央在全党开展的新时期保持共产党员先进性教育活动中推出的“时代先锋”——女法官宋鱼水，就是一个在社会主义价值判断和取向下，构建新型的和谐人际关系和社会关系，精心关注处于利益冲突双方当事人的法律诉求，积极寻找和把握双方利益的平衡点和共同点<sup>⑮</sup>，被当事人称赞为“辩法析理、胜败皆服”，努力以利益衡量理念来解决诉争的先进典型。如果我们的法官都能象宋鱼水那样，也许会减少许多无谓的上访缠诉案件发生。因此，我们在民事审判中引进利益衡量理论，就是对法官的司法行为是否“公平正义”、执法过程、执法结果是否符合“公正与效率”的价值判断和检验；法官利用利益衡量理论来指导民事审判，既有利于协调各种权利冲突，又有利于实现“法律效果和社会效果统一”的价值目标，这也是构建和谐社会的必然选择。

#### 四、民事审判中利益衡量的原则内容和过程。

法律对利益关系的协调，对利益冲突的平衡一般是通过某些基本原则规定和制度设计来体现。利益衡量通过对当事人利益的协调和调整来实现对社会和经济关系的衡平。作为法官来说，在民事审判中应通过利益衡量原则来实现利益最大化。所谓利益衡量原则是指法官在审理民事案件的过程中，应当着重衡量原理性权利，社会价值观念、社会效果、公众舆论等与价值相关的因素，全面核实有关当事人提交的证据，调查有关当事人的权利利益关系，进行合理的选择和判断，确保各方当事人利益得到最大化实现和保障。因此，利益衡量的原则内容就是要实现实质公平正义的法律方法，它一般分为利益调查、利益分析和利益协调等过程。利益衡量原则内容的过程，学理上有“三阶段说”和“两阶段说”，具体如下：

1、调查当事人的利益。法官在作出利益评估决定之前进行的调查不仅是一个案件事实证据的收集和整理过程，而且是一个利益的发现过程。收取权利主体证据过程实质上就是发现利益的过程，收集的证据材料越是充分，利益发现得就越全面、客观。在调查过程中，法官需要筛选法律和总结法律关系问题，然后根据法律问题的概念和事实要件对发现的利益进行归类整理，从而对号入座，做到有的放矢。实际上，法官进行利益衡量不仅仅是在事实查明之后，法官对很多事实的认定过程本身就是通过利益衡量作出的价值判断，如对事实的推定，对举证责任的分配等<sup>⑯</sup>。

2、分析当事人的利益。法官在调查当事人的利益权利后，可能发现权利主体的利益主张不计其数，



类型也各种各样。有些利益可能微不足道，在本案中不具重要性，提出这方面要求只会分散法官的注意力；有些利益是不正当的要求，也就是说不具有正当性，其目的只会拖延诉讼或者扰乱程序；有些利益与本案无关，也就是与本案不具有关联性，不应当纳入法官考虑和平衡的范围。在这种情况下，法官在利益分析阶段的主要任务就是大浪淘沙，去伪存真，筛选出重要的、值得考虑的利益，必要时予以排序，寻找不同利益之间的共同点或者冲突。法官在进行利益分析时的目的应当明确，在具体分析时要做到客观、中立、公正。

3、评估当事人的利益。均衡性和实现利益的最大化是利益衡量的最基本要求。凡被纳入评估权衡范围的权利利益都应具有正当性，权衡的目的是实现各方利益的最大化，但我们要重点把握的是，在利益衡量时只存在协调，而不存在绝对的牺牲。不能为了一方的一个利益而绝对地牺牲或者放弃另外一方的另一个利益。总之，利益衡量的评估过程应当开放、透明、合乎法理；利益衡量的评估原则应当遵循公开、公正、公平和正义；利益衡量的评估理由和结论必须明确、具体、兼顾各方的利益。

## 五、民事审判中利益衡量的界线

尽管利益衡量方法覆盖的领域相当广泛，但在民事审判当中，法官对主体利益的判定所体现出来的利益衡量主要在两个不同层面上进行，其一是在原告与法院之间；其二是在原告与被告之间。法官通过法律规定对当事人行为的调整和规范，是基于一定的价值判断为解决纷争定立妥当的基准。法官在考虑是否对某一特定的争议作出司法判断时，必然涉及到对各种利益进行衡平，而后在此基础上来决定权利人的申请事由是否属于可裁判事项。但当法律规范、地方性规范等均难以适时解决案件时，就可能适用法律的最大基本原则，例如诚实信用原则，公平原则等。在运用一般冲突规范处理案件难以得出合理结论时，基本法律的最大原则是案件得到正确、及时处理的最佳方案<sup>(7)</sup>。因此，利益衡量并不是抛弃规则的协调和衡平，也不是无边无际判断和裁判。

1、利益衡量具有节制性。法官在审理民事案件的时候，对于对立双方当事人的利益进行估量和衡平，必须充分考虑妥当的解释的场合，必须充分把握协调和衡平的度，因为利益衡量不应是毫无节制的恣意的，这也是利益衡量首要的界限。此种考虑，也可以说是一种广义的利益衡量。例如，是否有利于法的安定性，或者仅此而言虽说可以，还必须考虑此后的裁判中是否要有所节制等<sup>(8)</sup>。

2、利益衡量具有约束性。利益衡量应受实用的可能性的约束。即对于某个案例虽然可以依利益衡量得出妥当的结论，但纵览全体，考虑到与其他案例的横向或纵向的关系，则应认为并不妥当。法官在进行判断时，应充分考虑所采用的条理与其他制度和规定的整合性，即纵的、横的关系，应考虑作为一般原则是否适当。这种利益衡量，它不是自己任意的解释，要具有合理性，具有说服力。

3、利益衡量具有论理性。也就是说，利益衡量必须与法律条文相结合。因为利益衡量要有说服力，就不能丢掉论理。作为论理，使结论与法律条文相结合，即这一结论可以从形式上结合条文予以说明，否则仍旧是任意的和恣意的判断。“利益衡量论中，有不少过分任意的或可能是过分任意的判断。不认真学习注重论理的概念法学的思考方法，就难以超越概念法学。不讲论理，只是买弄利益衡量，是非常危险的<sup>(9)</sup>”。所以，何处引入利益衡量、进行实质的判断，应该归入说服力或可接受性的问题。要想通过利益衡量的方法实现目的，不能过分轻率地议论，应有充分的理由，即实质的理由和形式的理由，这两者无论如何都是非常必要的。

## 六、民事审判中利益衡量的方法和途径

作为利益衡量的方法，只能在民事审判个案和具体的情形中得以体现，任何企图周全地列出或设定“放置四海皆准”的利益衡量方法的统一规范模式，只能是一种建造空中楼阁式的徒劳。但同时也应看到，利益衡量在民事审判中的运用有着理论无法也不应概括的各种特殊情状，它依然需要遵循一些基本的原则和方法，这也正是理论对其进行归纳的现实基础所在。因而，它是一种非常具体的、可操作性很强的方法。笔者认为，利益衡量的主要方法和途径有利益衡平、价值衡平、法律衡平、调解衡平等。

1、利益衡平。利益衡平是从目的和手段的角度确定进行利益衡量方法。利益衡平也可归类为成本估量。只有在进行成本估量的基础上进行利益分配，才能把握利益衡量的方向。在目的已经确定而手段的正当性难以确定时，确认并考虑所有相关的利益主张，排除一切不应考虑的因素，在同一层面上考虑各种相关的利益。也就是应用经济学的均衡、最大化、边际效用、效率等原理，对权衡结论进行成本收益分析后，将冲突的利益按照目的和手段之间的具体关系归类，进行目的（利益）和手段（成本）之间权衡。但这种协调与平衡分配实现的利益必须大于放弃或者牺牲的利益。也就是结合利益调查、利益分析、利益评估所获取的信息，法官作出的判断与衡平的边际效用大于边际成本。在市场经济条件下，要贯彻法律的精神，实现社会的公平和正义，就应该在确保整体利益发展的前提下，对个体权利义务进行平衡。具体说

来,就是不以地方、部门利益代替国家利益,要坚持可持续发展,不以眼前短期利益损害长远利益;要注重协调,坚持司法独立、保护个体利益和促进社会改革整体推进之间的平衡,以司法裁判来保护隐在法律关系背后的生产力关系。

2、价值衡平。利益衡量的目标在于实现相关利益的最大化。价值衡平不仅是价值论的范畴,也是目的论的范畴。在进行价值衡平时,社会的主流价值倾向、道德感、公共政策、公众舆论、社会效果、传媒与司法等等这些标识着社会需求的因素都影响着法官的价值判断与衡量。但根据实际情况确定利益衡量的价值准则,是法官在民事审判中应遵循的原则。也就是说,法官在进行价值衡量平衡价值冲突时,不应拘泥于某种固定的单一的价值准则。但是,这并非意味着具体情形或个案中的利益衡量不需要某个或某些特定的价值准则。这就要求法官既不存在绝对的放弃或者牺牲,又要使公正与效率、程序正义与实质正义等法律价值之间的冲突,或客观真实的目的与特定的法律价值或者社会价值之间的冲突最小化,否则,所谓的协调或平衡只能纸上谈兵。因此,利益衡量主张在公共利益和个人利益的关系上法官不能拘泥于某种严格的“法律条文”规定,不能绝对地、先验地认定公共利益优先或者个人利益优先,并以此来决定具体事实中哪个利益应得到保护、哪个利益应作出牺牲,而是应以使彼此冲突的利益得到最大限度的实现,并将其中的牺牲和摩擦降低到最小限度。也就是说,法官可以在某些利益主张之间给出一定的位阶或等级,根据实际情况确定利益衡量的价值准则,进行价值衡平。

3、法律衡平。法官审理案件必须进行利益衡量,但利益衡量并不能直接成为法院法官裁判案件的根据。利益衡量方法在致力于一定程度地保证法律形式合理性的同时,还要追求法律的实质合理性目标。也就是说,法官在考量了实质的妥当性之后,还必须进行法律考量,选择法律上的出处或者离法律条文“圆形中心”最接近部分,亦即通过法律衡平来使利益衡量得出的结论与法律条文相结合,从而在法律逻辑上使该结论正当化。因此,法律衡平实质上是依据有关法律规范对案件的具体事实进行评价,并依法作出结论。法律的利益平衡功能表现为,对各种利益重要性作出估价或衡量,以及为协调利益冲突提供标准。法律衡平的方法有:文义衡平,体系衡平,法意衡平,扩张衡平,限缩衡平,合宪性衡平,比较法衡平等。但对具体审理民事案件的法官而言:一是要正确认定案件纠纷的性质。正确认定纠纷性质,主要审查双方争议的焦点,审查民事行为的主体、效力等。二是要确定援引法律的效力。法律的效力分为实质效力和形式效力。审查法律的形式效力主要把握法律规范的生效时间,法律规范的失效时间,法律规范的溯及力等。审查法律的实质效力主要把握法律的层次、期间、地域效力三个方面。三是要准确运用法律“参照”。在审理案件中,因我国法律渊源形式的多样性,在适用时有“依照”和“参照”之分。在适用法律、行政法规、地方性法规、国家政策、司法解释时是“依照”执行,而在适用规章时是“参照”执行。总之,利益衡量方法追求法律在现实运作中的衡平和实质上的合理性,这也是法官在民事案件裁判中必须考虑的最为重要的因素,因此,援引的法律条文与案件事实和性质要基本一致,也就是选择离法律条文“圆形中心”最接近部分。

4、调解衡平。利益衡量的一种有效方法是让各方当事人的诉讼过程中自主协商,讨价还价,达成协议,法官仅作为中立的协调人,其职能是主持协调程序、进行合法性判断和审查,督促当事人执行和解和调解协议。而民事案件的平衡机制若要达到比较合理的衡量结论,调解衡平也是一条重要的途径。而通过调解制度的构建和完善来保障对利益冲突作出合理的判断和衡平,也是我国当前完善民事审判机制所应包括的重要内容。但近年来学术界和司法实务界对如何构建民事调解衡平机制仍存不同观点。一种观点认为,应建立调解人员与审判人员分离机制。这种观点认为,采取调审结合模式容易影响结果的公正性。而将调解放在庭前准备程序,采取调审分离制度,主要是鉴于我国法官队伍人数众多,素质参差不齐的实际情况,庭前准备程序的内容对法官素质要求相对较低,因此将庭审法官与庭前法官分而设立,可让有限的高素质法官专门从事庭审程序中的审判工作,将其从日益增多的诉讼中解脱出来,以真正实现民事案件利益衡量中的“精英裁判”。另一观点认为,要建立法官主导和当事人协商相融合的调解机制。在坚持依法公正、居中、及时、自愿原则的前提下,要建立庭前、庭审、庭后调解衡平机制。也就是法官在案件立案后,案件庭审调查后至宣判前,庭审结束后的三个阶段,都应注重调解。这样既可提高办案效率,减少诉讼成本;又可达到胜败皆服、案结事了的目的。笔者认为,在目前中国东西南北经济环境、法官素质等还有较大差距的情况下,不能说哪种观点绝对正确,但只要在法定范围内,利益衡量的结论由当事人各方在讨价还价的妥协过程中自主形成,合意性即正当性。这种主体高度自治的利益衡量方法,是调解衡平中经济正义的最佳表现。

## 七、结语

实际上,利益衡量理念和方法,在我国民事审判的司法实践中已多有所用。如法官在民事审判中对公平原则、诚实信用原则的引用,对一些事实的推定过程等都是通过利益衡量作出的价值判断。可从严格意义上讲,我国现有民事法律和民事诉讼法律当中还无法找到利益衡量的具体标准。更加具体、规范和生动的利益衡量标准还需要在实践中不但总结和归纳。但没有具体标准并不等于说法官不解决社会矛盾纠纷,法院不受理新类型案件。在新的历史时期,面对瞬息万变的社会政治经济形势与社会利益矛盾,在立

法尚在建立健全之中，现有法律如《民法通则》又过分简略，在法律无法选择确认每一主体的每一项利益，但法院又必须对形形色色的新型案件纳入法律规范的视野，法官必须对各种利益冲突加以平衡，作出合理、妥当的裁判的现实情况下，我们要贯彻法律的精神，实现全社会的公平和正义，构建和谐社会，这就要求法院不断提高司法能力，法官要善干充任立法者的助手，熟练掌握运用法解释学的各种方法，注重协调，弹性地解释和运用法律，以利益衡量来弥补法律政策调整的缺漏，来保护个体利益和促进社会改革整体推进之间的平衡协调，使当事人合法权益得到最大利益的实现。

以上是本文对民事案件审判中的利益衡量所作理论上的一番思考，可仍留下未尽解决的问题。比如在现实的中国国情下，如何通过利益衡量来构建法律监督与权利救济相结合的运行机制等等。但不管怎样，笔者只是想通过理论上的一些探索，使之在一定程度上对司法实践有所裨益，旨在起到一个抛砖引玉的作用。总而言之，尽管法官是在民事法律漏缺或司法解释模糊的情况下进行利益衡量的，并拥有较大的自由裁量余地，但是，法官在追求实质合理性的同时，利益衡量仍旧应当以宪法、民事法律规范为依据和理由，保证法律的形式合理性。否则，利益衡量极易陷入一种人治的极端倾向。而且，实质判断的结论以宪法、法律为形式上的理由，可以增强结论的说服力<sup>⑩</sup>。因此，本文所追求的利益衡量理念，就是要求法官在“审”的诉讼环节，判的处理过程，对涉及权利冲突的协调，应充分体现“法”的“公理”精神，“审”的“公正”原则，“判”的“公平”结果，“利”的“平衡”保护，最大限度地保持社会和谐稳定。

### 【注释】

① 《2003年全国法院司法统计公报》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第3期，第19页。

② 《2004年全国法院司法统计公报》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第3期，第18页。

③ 肖扬：《中国司法：挑战与改革》，《人民司法》2005年第1期，第6页。

④ 朱景文主编：《对西方法律传统的挑战》，中国检察出版社1996年版，第150-157页。

⑤ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第175-176页。

⑥ 朱晓喆：《社会学法学的先驱》，《人民法院报》2005年4月1日第四版。

⑦ [日]加藤一郎：《民法的解释与利益衡量》（梁慧星译），载梁慧星主编：《民商法论丛》（第2卷），法律出版社1994年版，第77-78页。

⑧ 肖扬：《中国司法：挑战与改革》，《人民司法》2005年第1期，第6页。

⑨ 刘瑞川：《浅论司法能力》，《人民司法》2005年第2期，第36页。

⑩ 《2003年全国法院司法统计公报》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第3期，第18页。

⑪ 《2004年全国法院司法统计公报》，《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第3期，第16页。

⑫ 梁慧星：《民法学说判例与立法研究》（二），国家行政学院出版社1999年版，第211页。

⑬ [日]加藤一郎：《民法的解释与利益衡量》（梁慧星译），载梁慧星主编：《民商法论丛》（第2卷），法律出版社1994年版，第75页。

⑭ 单长宗等主编：《中国现代法学论丛与审判案例要览》，中国言实出版社2001年版，第2041页。

⑮ 龚言：《争做“时代先锋”》，《人民司法》2005年第1期，第1页。

⑯ 刘瑞川：《浅论司法能力》，《人民司法》2005年第2期，第34页。

(17) 吴庆宝：《裁判规范的理解与适用》，《人民法院报》2005年4月13日第B3版。

(18) 参见[日]加藤一郎：《民法的解释与利益衡量》（梁慧星译），载梁慧星主编：《民商法论丛》（第2卷），法律出版社1994年版，第90页。

(19) 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第338页。

(20) 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第319页。

作者单位：湖北省宜昌市夷陵区人民法院

---

### 相关文章：

---

[行政征用制度若干问题研究——以可持续发展与构建和谐社会为视角](#)

[关于民事诉讼简易程序若干问题的调查思考](#)

[论现代司法理念与执法为民](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)

---