

利益衡量的困境及其消解进路

——对法官思考方式的探究

◆刘宗翰

(扬州大学电气与能源动力工程学院, 江苏 扬州 225009)

【摘要】利益衡量常被看作是法官思维的基本方式, 但将利益一词引入法律裁判领域, 并且要求法官做实质的利益考察, 面临着无法解决的理念上的道德困境与方法上的不可公度困境。良好的裁判模式必须是能够在最大程度地尊重法的安定性的同时, 有效地解决疑难案件, 坚持法律追寻正义的目的, 从而消解利益衡量带来的问题和困境。

【关键词】利益; 利益衡量; 法官思维; 困境消解

“利益”这一概念引入法学领域的做法是从 20 世纪赫克创立利益法学开始流行的, 自此之后利益一词不断被提及。比较典型的有关利益的知识主要有两种, 一种是以赫克为代表的德国利益法学, 另一种则是以加藤一郎和星野英一为代表的利益衡量学说。宏观上去考察, 德国的利益法学更加侧重于在法理学领域去考量利益, 而日本的利益衡量学说则侧重于民法学领域。我国自 20 世纪 90 年代梁慧星先生引入加藤一郎的利益衡量学说之后, 对日本的利益衡量观研究颇多, 肯定者有之, 否定的也颇多。本文对于利益一词的引入以及利益衡量的方法是持否定态度的, 理由是利益衡量具有双重困境: 利益的道德困境以及利益的不可公度性难题。由此认为, 法官的思考方式绝非一个利益的考量, 而是一个包含了多种要素的综合思考过程。本文试图破除利益衡量这种简单的法官思考模式, 进而还原并建立最有可能接近正义的法官思考方式。

一、利益法学及利益衡量

(一) 德国的利益法学

19 世纪的西方法学流行的做法是努力只根据法律本身且只从法律本身的方面出发建构一种法律科学, 当时主要的三大法学流派, 包括分析法学、历史法学、哲理法学, 尽管主张各不相同, 但是都明显地具有这一特征。尤其是由分析法学发展而来的概念法学更是将这种特征发挥到了极致, 他们的理论中包含有两个信条: 一是法官不许造法, 二是法官也不许在法律上沉默, 即禁止造法和禁止法律沉默。而这在逻辑上必然以第三种信条为前提, 即制定法律的秩序是一个封闭的无漏洞之整体。这种做法必然导致法律与现实生活的脱节, 让法律成为一个毫无生命力的符号系统, 而赫克的利益法学就是在这种背景下产生的。

赫克首先将“利益”的概念引入到法学领域, 他把法律看成所有法律共同体中相互对峙且为得到承认而互相争斗的

物质、民族和伦理等方面的利益的合力, 把法律规范理解为立法对需要调整的生活关系和利益冲突所进行的规范化的、具有约束力的利益评价。赫克的利益法学的运用主要体现在其漏洞补缺的方法上。他认为, 补充法律漏洞的最好方法是从属的命令补充, 具体说来就是允许法官补充法律漏洞, 但不能依法官自己的价值判断, 而应受到立法者各种意图的拘束。在利益法学中立法者的意图就是, 立法者所认为的哪一种利益应当受到优先的保护。也就是说, 法官在断案过程中不仅要受到法律文本的约束, 而且还要从法律文本出发去探寻立法者对利益层次的判断, 然后再将此种判断运用于具体的案件。利益法学派所主张的利益衡量基本上是一种作为补充法律漏洞的方法, 其具体操作是透过现行法探寻立法者对利益取舍的评价。以此为标准来衡量当下案件中相互冲突的诸多利益, 在尽可能不损及法的安定性的前提下, 来谋求具体裁判的妥当性。由此, 可以得出结论, 赫克的利益法学在法律裁判中的运用主要体现在法律漏洞的填补, 这点与日本的利益衡量学说, 尤其是加藤一郎的利益衡量观差别十分明显。

(二) 日本的利益衡量学说

日本利益衡量学说也是在概念法学甚嚣尘上的背景下产生的, 利益衡量学说背负着冲破概念法学禁锢的重要使命。其核心思想是认为民法解释的决定者只应该考虑利益衡量, 也就是说, 在对某个问题有 A、B 两种解释的场合, 既存法规或者法律构成并不能起到基准作用, 决定解释者做出选择的只有利益衡量。日本这种利益衡量学说的主要代表者是加藤一郎和星野英一。

加藤一郎受到美国的现实法理学的深刻影响, 他在判决的过程中, 始终主张判决的本质决定, 并不在于法律的构成, 而在于其他的实质要素。他主张在作出判决的同时, 不管是对法的理解, 还是对法的判决, 都要与法条、法规、

法的构成(理论构成)、法的原则分开来。并根据特定的情况,对当前的利益进行权衡,或是对当前的价值做出评判。他着重于在“白纸状态”下进行思维,“按照立法机构的意图或者其他原因,将一项法律条文的应用予以剔除,再将该法律的空白处,以适当的条理说明”的方法,即站在一个常人的角度,站在一个脱离现有法律的角度,按照超出现有法律的判断,对比和权衡案例中的各种矛盾利益,并做出一个初步的判断。之后再将这种判断回归现有的法律和法规,从而找到更多的证据,增强自己的判断,同时也是利用现有的法律和规章来检验自己所做出的判断,在二者的反复尝试中,得出尽可能合理和合法的结果。

二、利益衡量的双重困境

(一)理念上的道德困境

将利益一词引入法律裁判领域,并且要求法官做实质的利益考察,其实面临着无法解决的道德难题。第一,概念的非道德性。从社会学的意义上可以给利益下一个定义,利益是指人们用来满足自身欲望的一系列物质、精神需求的产品,某种程度上来说,包括金钱、权势、荣誉、名气、地位、领土乃至帮助他人所带来的快感,但凡能满足人们欲望的事物,均可称为利益。由此可知,利益实际上是与欲望紧密相连的一个概念,欲望本身并非一个贬义词,但是欲望确实是可变性极大的一个概念,是一种缺乏理性的状态。这一点实际上是与法律追寻正义的目的相背离的,可以说利益的概念极易将法律变成一个没有品德和理想的工具。第二,工具的非道德性。论及利益,很自然会牵涉到一个“谁之利益”的问题。这种概念的使用本来就赋予了法律可被扭曲、可被利用的缝隙,而利益衡量尤其是日本利益衡量论过分强调实质判断的做法更是加大了这种缝隙,给了人们可乘之机。第三,对应然法的背离。从实然的角度去考量,在某些案件中,法官确实做了某些有关利益的实质考量,法律也确实具有工具性的价值,但是绝非意味着利益衡量成为法律裁判的圣经,法律空白状态下利用利益的实质考量是对应然法的背离,而实际上在法律空白的裁判领域首先应该做的是道德的考量,而非利益衡量。只有这样,法律才能避免沦为单纯工具的命运,保证其追寻正义的道德本性。

(二)方法上的不可公度困境

所谓利益衡量,简单来说就是将特定案件所牵涉的利益进行对比,并且选择保护最重要或者最应当保护的利益,实际上关于利益衡量的方法,无论是赫克的利益法学抑或加藤一郎的利益衡量观均未提出较为具体的操作手法。目前影响比较大的操作手法是建立在利益层次的理论之上的。这种将各种利益划分层次的做法受到了选项不可公度性的挑战。

不可公度是指因为缺乏公认的标准或尺度,使得不同的选项很难进行比较和评估。因为没有共同的衡量标准,所以人们只能按照某些方面或因素来进行比较,但这种比较方式不一定客观,也不一定是最好的。因此,人们很难在选择时达成一致的结论或决策。这是因为每个人的观点和标准可能不同,而且没有一种被广泛认同的、适用于所有人的标准。

这种不可公度的理论对利益衡量操作方法的打击是直接的,因为利益是一个复杂的概念,看似一元实际之中包含着多元的价值,利益可以分为各种利益比如个人利益、集体利益、物质利益、精神利益等。这些利益的标准、尺度和理论基点实际更不相同,实际上多数情况下人们是无法得出某种利益高于另一种利益的结论的。从这一角度而言这种利益衡量的方法并没有给法官的实际操作带来多少的助益,反而可能让裁判陷入混乱。

三、利益衡量困境的消解进路

从以上的论证中可以知道利益衡量不仅在理念上,而且在方法上都存在着严重缺陷,有必要去探寻一种合理的法官思考方式。良好的裁判模式必须是能够在最大程度地尊重法的安定性的同时,有效地解决疑难案件,坚持法律追寻正义的目的。秉持着这种理念,提出以下法官思考方式的四个要点。

(一)尊重实体法

法律一经制定出来就具有安定性,安定性可以说是法律的一项前提性的价值。只有法律具有足够的安定性,才能实现诸如正义、公平、效率等其他价值。这种思考方式,顾名思义就是要求法官有法必依,在有明确法律文本依据之时,应当首先依照法律文本去判断,原则上应当排斥法官自身的实质判断。深受现实主义法学影响的日本利益衡量观,其实忽略了法律文本的意义,将文本的作用设定为事后检验的功能,而否定了其对案件的指导意义。这种过分强调法官实质判断的做法,实际上损害了法律的安定性价值,极易导致法官恣意现象的发生。

(二)重视程序的力量

严格来说,程序法也应当是属于法律文本的内容,集中表现在诉讼法之中,但是本文是从法理意义上强调程序的意义以阐明程序在方法论意义上的价值,以及他在何种程度上克服利益衡量的不可公度困境的。

从上文可以得出结论,由于选项的不可公度性,导致以利益层次理论为基础的利益衡量方法在多数情况下陷入事实的不可比状态。程序的价值在于它可以巧妙地规避这一只能由“上帝”回答的问题,将裁判结果的获得转化为一个纯粹的方法问题。也许无法得到一个正确的答案,但这种正确答案却可以成为一个“可望的结果”在应然领域真实的存

在,由此可以得到一个结论。但在多数情况下无法从实体领域去论证这一结论的正确性,但是却可以去探寻一种最有可能接近正确的方法或者程序,无需论证结论的正确性,因为藉由公正程序引导出的答案可以默认为最佳的答案。

这种以程序替代实质判断的做法,至少具有三点意义:第一,最大程度地消除了过分依赖实质判断所导致的裁断不一致性;第二,有效地规避了不可公度的难题;第三,程序性规则可以认定为经由公众同意,经由程序的裁断可以有效地避免舆论的冲击,也可以成为法官保证自身独立裁判的一项武器。程序性规则比实体性规则更具抽象性,也因此更容易平息败诉方的抱怨和公众的质疑。

(三)依循常人思维——法不强人所难

传统法学认为法律关系就是一种人与人之间的关系,后来出现的“调整论”认为应当将人与自然的关系补充进法律关系,也有学者认为人与自然的关系实质就是涉及生态的人与人的关系。但是不管如何,其都是以人为核心的,这里的人是多指常人,是指拥有理性的人,当然法律文本中也存在不少有关弱者保护的条款。这涉及法律道德性的内容此处不再赘述,但不得不承认的是法律是人理性的产物,是人智慧的结晶。正是由于他贯穿着可以被理解的常人思维,才能够具有普遍的效力。这种特征其实就决定了法官思考方式的一个重要特点,即“不强人所难”,就是意味着法官不能以高于常人的标准去要求当事人。如果在正常情况下多数人都会采取相同的行动,达到情有可原的程度,法官应当适当减轻或者不判罚。

(四)秉承法律最低限度的道德——人的尊严价值

一项良法应当是具有道德性的,但是这并不意味着法官在做裁判之时就必须做实质的道德判断。实际上,法律也并不具有引导人们过有道德生活的功效,因为法律适用的普遍性要求法律的制定必定是以整个社会的平均道德水平为基准的,法律并不能要求每个人成为圣人。这里所指的法律的道德性是防止法律的工具性对人尊严侵害的防卫性道德,也是限制当权者对法律滥用的一项思想工具。因此,一项真正的法律并非一个单纯的工具,而是每个阶层去使用它都能保卫人的尊严价值,能够维护最低限度的正义。

参考文献:

- [1]焦宝乾.法律论证理论研究[D].济南:山东大学,2005.
- [2]陈雨栋.利益衡量在司法裁判中的应用及其困境研究[D].重庆:西南政法大学,2020.
- [3]张利春.关于利益衡量的两种知识——兼行比较德国、日本的民法解释学[J].法制与社会发展,2006(05):110-117.
- [4]王婷.论我国环境司法中的利益衡量[D].武汉:武汉大学,2011.
- [5]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[J].法学研究,2002(01):52-65.
- [6]林来梵,王晖.法律上的“唯一正解”——从德沃金的学说谈起[J].学术月刊,2004(10):43-51.

作者简介:

刘宗翰(2004—),男,汉族,江苏盐城人,大学本科,研究方向:法学。