

司法裁判中法官利益衡量的展开

——普通法系下的实践及其启示

王虹霞

内容提要:在普通法系国家的司法裁判中,法官利益衡量的展开颇具特色,有具体的操作规范和特定的标准,绝非法官的恣意妄为。依据法律所要实现的价值和目标,普通法系法官在司法裁判中所要衡量的利益可以类分为由法律的确定性所服务于的社会利益和由正义所服务于的社会利益。这两种社会利益之间如何进行衡量,两者之中何者具有优先性,法官的判断需要遵循特定的标准,包括以遵循法律为内容的法律之内的标准和以法律的社会目的为考量的法律之外的标准。普通法系法官的利益衡量展开过程在“雅各布诉肯特案”中得到了很好的体现。我们从中可以得出关于司法裁判中法官如何更好地展开利益衡量这一问题的启示。

关键词:普通法系 利益衡量 确定性 正义 社会目的

王虹霞,中南财经政法大学《法商研究》编辑部编辑。

利益衡量问题是法律方法研究中颇受学者关注的问题。自20世纪90年代起,我国学者就开始了对利益衡量问题的研究,经过多年的发展,学者的研究已扩展到方方面面,呈现出日益繁荣的态势。不过,由于利益衡量问题极具复杂性,因此学者在利益的类型、利益衡量的方法和标准等问题上仍存在争议。在司法实践中,法官利益衡量的展开亦可能出现恣意。那么,在司法裁判中法官如何妥当地展开利益衡量?通过深入检读既有的国内研究文献我们发现,由于利益衡量在我国最早是作为一种民法解释的一般方法被民法学者引入国内的,而我国的民法基础理论研究受到德国、日本等大陆法系国家的影响较深,加之大陆法系国家利益衡量理论的体系性强,因此大陆法系国家的利益衡量理论较受我国学者的青睐。而相应的,对普通法系法官的利益衡量展开问题关注不够,即使有也主要是对庞德、波斯纳等观点的介绍,^[1]缺乏一种整体的、动态性的对普通法系法官利益衡

[1] 参见徐继强:《衡量的法理——各种利益衡量论述评》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第9卷),山东人民出版社2009年版,第331-349页。

量展开过程的研究。实际上,“普通法国家中,法院在确定判决时考虑相冲突的社会利益已有数百年的历史”。〔2〕并且,基于普通法系由法官推进法律成长的特点,普通法系法官利益衡量的展开也颇具特色。在这一过程中,法官积极的创造性作用能够得以发挥,其主观恣意也能得到有效制约,使得普通法在继承传统的同时保有开放性,很好地回应社会的发展。这意味着在普通法传统下,法官利益衡量的展开绝非恣意妄为,或有学者所提出的“法权感的一个高级形态”。〔3〕因此,尽管我国的法律传统与普通法传统具有较大区别,从表面上看似似乎并无关注和引介普通法系下法官利益衡量的必要,但是从司法权深层次的本质看,法官作为行使司法判断权的主体、利益衡量作为体现法官实践理性的活动无论在何种法律传统下都不可避免地具有主观性且可能造成恣意裁判的结果。因而,通过对普通法系下法官利益衡量如何展开的探究,我们可以在运用利益衡量方法的问题上得到一种普通法系下的启示。

既然如此,那么在普通法系国家的司法裁判中,法官的利益衡量是一种什么意义上的利益衡量?法官都在哪些类型的利益之间进行衡量?如何衡量某一种利益优先于另一种利益而得到保护?法官如何在利益衡量的过程中熟练地运用其所具备的良好的司法技巧、丰厚的学识和丰富的司法审判经验,并做出与社会、群体和行业的经验、社会良好风气和道德等要求相一致的判断且避免陷入个人的恣意擅断?对普通法系法官司法裁判中的利益衡量的展开进行研究能够对我们研究利益衡量问题提供哪些启示?在本文中,笔者拟对上述问题进行探究,以期为我们深入认识和妥当运用利益衡量提供一种来自普通法系的参照。需要指出的是,由于普通法传统源远流长,要在一篇论文中对之进行全面的探究既不可能也不可欲,因此笔者在本文中仅以在普通法系国家享有崇高声望的法官典范卡多佐的法律理论为核心进行考察,以免研究流于泛泛,并能增强论述的典型性。

一 普通法系法官所衡量之利益的类型化分析

法官在司法裁判中进行利益衡量,首先需明确的是要在哪些利益之间进行衡量。在学理上,利益是一个极具模糊性和复杂性的概念,对于利益所指涉的内容,基于标准的不同可进行不同的分类。例如,以主体数量、具体内容、时间性、法体系归属、形式和实质、正当性与否、重要性程度等不同标准,利益可被划分为不同的类型。〔4〕就法官而言,由于他在司法裁判过程中面对的是特定的个案,因此他要以解决案件争议为第一要务。在普通法系下,尽管法官需要在双方当事人何者的利益进行优先保护的问题上做出最终评判,但是法官的利益衡量并非仅仅限于具体双方当事人不同利益之间的比较。因为,经常地,尤其是在较为疑难的案件中,法官无法从这种单纯的具体利益的比较中得出对何者进行优先保护的结论。在这种情况下,普通法系法官开始寻求对具体当事人利益背后的社会利

〔2〕 [美]詹姆斯·安修著:《美国宪法解释与判例》,黎建飞译,中国政法大学出版社1994年版,第145页。

〔3〕 参见陈林林:《方法论上之盲目飞行——利益法学方法之评析》,《浙江社会科学》2004年第5期,第70页。

〔4〕 参见蔡琳:《论“利益”的解析与“衡量”的展开》,《法制与社会发展》2015年第1期,第142-143页。

益进行权衡。在卡多佐看来,根据法律要实现的价值和目标,法官所要权衡的社会利益主要有以下两种类型。

(一) 由法律的确定性所服务于的社会利益

在司法裁判过程中,遵循先例是普通法系国家法官需要遵循的基本司法原则。^[5]与此相对应,普通法系法官首先要考虑到的是由法律的确定性所服务于的社会利益。确定性是法律所要实现的一种重要目的、一种重要的善。与确定性相类似的表述还有统一性、秩序、连贯性、理性一致性、法律结构的对称性、规律性等,无论何种表述,由法律的确定性所服务于的社会利益都是普通法系法官在利益衡量过程中所要衡量的一种重要的利益类型。为什么在普通法传统下由法律的确定性所服务于的社会利益如此重要?对此,正如卡多佐所指出的那样,“对连贯一致性、确定性、计划和结构的统一性的渴望扎根于人们心智对一种更大的、更具包容性的统一体的渴望,在这统一体中,所有的不同都将得到调和,所有的反常现象都将消失”,^[6]这意味着,从根本上讲,对确定性的寻求根植于每个人的内心深处,只有保障最基本层面上的确定性,有序的社会生活才能得以继续。这在普通法系其他法哲学家那里也能得到类似的解释。“显然,在社会生活中存有某种秩序、某种一致性和某种恒久性。如果社会生活中不存在这样一种有序性的东西,那么任何人都不可能有能力做好自己的事情或满足自己最基本的需求。”^[7]“确定性的寻求是寻求可靠的和平,是寻求一个没有危险,没有由动作所产生的恐惧阴影的对象。因为人们所不喜欢的不是不确定性的本身而是由于不确定性使我们陷入恶果的危险。如果不确定性只影响着经验中的后果的细节,而这些后果又确能保证使人感到愉快,这种不确定性便不会刺痛人们。它会使人乐愿冒险,增添新奇”。^[8]法律作为调整社会关系的一种基本形式,保有基本的确定性是其内在道德之一。^[9]

尽管如此,在普通法系下,确定性却不是法律所要实现的唯一目的、唯一的善。这一点将卡多佐对普通法系司法过程的认识与美国当时法律理论界占据主导地位的法律形式主义者的认识区别开来。以兰代尔为代表的法律形式主义者认为,法律是一门科学,根据这一科学的方法,法律体系是具有全面性、完整性、形式性、法律概念与原则呈逻辑一致性序列的体系,因此在司法判决中,从一般的原则和概念所推出的具体的原则和概念中能够直接推导出待决案件唯一、正确的判决结果。^[10]案件判决的过程是机械的、演绎的法律推理过程,在这一过程中,概念和逻辑已经提供了足够的方法和工具,在追求体系之严密性的过程中甚至走向了极端,形成对逻辑的极端崇拜而忽视了影响司法过程的其他因素。

[5] 参见林喜芬:《美国法院遵循先例的运行机制及启示》,《比较法研究》2015年第2期,第70-73页;叶温平:《遵循先例原则与英国法官的审判思维和方法》,《比较法研究》2015年第1期,第16-33页。

[6] Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 125.

[7] [英]弗里德利希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第54页。

[8] [美]约翰·杜威著:《确定性的寻求——关于知行关系的研究》,傅统先译,上海人民出版社2005年版,第5页。

[9] 参见[美]富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第55-107页。

[10] See Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 *University of Pittsburgh Law Review* 1, 6-11 (1983).

依此法律形式主义者的理论定位和追求,法律的确性能够得到较好的保证,法律能够稳定且持久地留存下来。对应于这一理论建构,在普通法系现实的司法裁判过程中,为了实现法律的确性,法官们要做的只是遵循先例即可,而不论已决案件是否会在后来被认为没有适当地依据原则而做出,先例拘束力的准则已经对司法裁判过程做出了完整的、最终的总结。

从表面上看,法律形式主义者所主张的法律的确性能够实现,尤其是在普通法系遵循先例的原则下似乎更是如此。然而,正如约翰·杜威所指出的那样,“完全确定性的寻求只能在纯认知活动中才得实现”,^[11]这也可以解释以下现象,即何以从“把法理学理论奠基于从法律实践视角出发”^[12]的霍姆斯开始的法律理论家会对法律形式主义者的法律确定性观点进行批判。霍姆斯指出“确定性不过是一种幻象、非人类命定的固有状态”。^[13]而作为继承霍姆斯理论的法律现实主义者沿着霍姆斯的法律怀疑论道路走得更远,卢埃林认为由于法官对规则或先例能够做出合法的但相互冲突的解释,因此仅从“纸面规则”或先例并不能得出确定的案件判决结果。^[14]弗兰克对法律确定性的批判则更为彻底,他将传统法律观念所主张的法律具有确定性和稳定性的看法斥为超出人们可以获得之必要限度的、非理性的、脱离现实的幻想或神话,是一种儿童渴求安宁、舒适等不成熟心理状态的反应,只有确定的法律才能提供类似父亲的替代品。^[15]

尽管在某种意义上,“法律的不确定性像法律本身一样古老”,^[16]但是某些法律现实主义者极端夸大法律不确定性的看法并没有反映出司法过程的真实情况,而是将司法过程置于完全不可知的境地。在卡多佐看来,普通法系中的法律确定性是法官非常真实的价值和目标,但应当区分两种类型的法律的确性,一种是仅从法律人的角度看到的法律的确性,另一种则是从外行人角度看到的法律的确性。前者体现的是一种内在视角,而后者体现的则是一种外在视角。法律形式主义者关于法律确定性的前述认识就是一种仅从内在视角出发而得到的一种极端的观点,但是由于逻辑只能从规则推出进一步的规则,而不能解释将具体个案涵摄于一般法律范畴的过程,因此,尽管逻辑方法对于普通法系法官而言确实能够起到很重要的作用,卡多佐对于法律形式主义者所认为的仅通过逻辑的方法就能实现法律的确性却持不同的态度,他反对“逻辑万能主义”和立足于其上的对逻辑作用的过分推崇,尤其反对在司法过程中将某一种逻辑推到极端的做法,认为“盲目地坚持体系性和一致性的优点可能要付出过高的代价,法律只是实现目的的一种手段,法律与人们实际的、真实的信念和行为保持一致要比有时候法官为了解释和理性化

[11] [美]约翰·杜威著:《确定性的寻求——关于知行关系的研究》,傅统先译,上海人民出版社2005年版,第5页。

[12] Thomas C. Grey, *Holmes and Legal Pragmatism*, 41 *Stanford Law Review* 787, 864 (1989).

[13] Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law after One Hundred Years: The Path of the Law*, 110 *Harvard Law Review* 991, 998 (1997).

[14] 参见周国兴:《法律不确定性命题——一个问题史的考察》,《环球法律评论》2010年第6期,第30页。

[15] 参见于晓艺著:《最忠诚的反叛者——弗兰克法律现实主义思想研究》,中央编译出版社2014年版,第37-60页。

[16] [德]贡塔·托依布纳著:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第113页。

自己的行为而与所表述的言辞相一致更为重要”。^[17] 因此,根据卡多佐的观点,真正的法律确定性是从外行人角度出发得到的法律确定性,即外行人并不特别关心法律结构和体系是否完美,而是更为关注制定出来的法律是否符合其合理的预期、是否与时代的道德规范和观念相一致。^[18] 这意味着,如果类似的情况能够根据符合普通社会公众合理预期的法律得到类似处理,那么法律就能够为人们提供确定性。可见,在普通法系下,法官在司法裁判中所珍视的由法律的确定性所服务于的社会利益不仅仅要求法律在一定范围内保持稳定不变以及逻辑在得出法律判决过程中的基础性作用,更要符合普通社会公众的合理预期。

(二) 由正义所服务于的社会利益

如上所述,普通法系法官虽然认为由法律的确定性所服务于的社会利益很重要,但是在普通法发展过程中,对法律确定性的寻求永远都不是唯一目标,因为“对确定性的过分强调将可能导致我们崇拜一种无法容忍的刻板教条”。^[19] “如果产生人们无法接受的结果,那么逻辑一致性就不是一个固有的美德。”^[20] 尤其是,法律和特定的先例存在一定的滞后性,任何法律和先例都是特定历史条件下的产物,与特定的时代背景相联系,它要解答的是特定时空下的具体问题。当社会条件发生剧烈的变化时,当旧有的法律不能适应新的时代要求时,占支配地位的社会利益就相应地发生变化,这就是由正义所服务于的社会利益。

正义问题是法理学研究中的永恒的基本问题。一进入正义问题的领域,我们便如同进入疑惑丛生、歧见遍布的迷宫,“为了正义的问题……不知有多少杰出的思想家,从柏拉图到康德,绞尽了脑汁;可是现在和过去一样,问题依然未获解决”,^[21] 因为“正义有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常、随时可呈不同形状,并具有极不同的面貌”。^[22] 卡多佐并没有泛泛而谈正义问题,他始终关注的都是法律所追求的正义,在他那里,正义本来就是具有较强道德意味的概念。这种正义首先是合法律性意义上的正义,是一种已法律化的道德,即人们在其权利和义务已经由法律确定下来时所接受的正义。这意味着,在司法过程中当制定法和先例给出了解决问题的方案时,遵循制定法和先例中的逻辑当然是实现正义的应有之意。不过,卡多佐的这一观点内在地隐含了与亚里士多德“人们所服从的法律本身是制定得优良得体的法律”^[23] 相同的意义,即法律保持了相对道德来说具有客观性的外表,“被作为一种法律规范的正义……是法律思想认为的可以在法律制裁的威慑下,得到明智而有效地施行的那些道德”。^[24]

[17] Benjamin N. Cardozo, *Jurisprudence*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 15.

[18] See Benjamin N. Cardozo, *Jurisprudence*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 29.

[19] [美]卡多佐著:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第4页。

[20] David Luban, What's Pragmatic about Legal Pragmatism, 18 *Cardozo Law Review* 43, 45 (1996).

[21] [奥]凯尔逊:《什么是正义》,耿淡如摘译,《现代外国哲学社会科学文摘》1961年第8期,第6页。

[22] [美]E. 博登海默著:《法理学:法哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第252页。

[23] 颜一编:《亚里士多德选集 政治学卷》,中国人民大学出版社1999年版,第139页。

[24] Benjamin N. Cardozo, *Paradoxes of Legal Science*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 273.

然而,合法律性意义上的正义只是法律所追求的最基本意义上的正义,因为当把制定法或先例中的某一种逻辑推向极致时,就会出现如莎士比亚名著《威尼斯商人》中夏洛克“割一磅肉”的请求得到法官支持的裁判结果,或者得出遗嘱继承案件中谋杀祖父的罪犯可以得到遗产等荒谬后果,因此当制定法和先例缺失或者不清晰时,抑或当法律的规定已经不符合社会发展的要求时,何为正义以及如何实现正义才是普通法系法官在考虑由正义所服务于的社会利益时尤为关注的面向。在法官进行利益衡量时,此种意义上的由正义所服务于的社会利益才是足以与由法律确定性所服务于的社会利益相对应的社会利益。与此种意义上的正义相类似的说法还有衡平、公道、公正等,主要是指符合良知或与社会上通行的关于正当行为的标准以及人们心中普遍的正义情感相一致等。例如,任何从自己的不当或不法行为中获利的行为都是违背正义的。^[25] 对于普通法系法官而言,应该做到的是“无论多么严格地解释法律规范,实际上不能失去悲悯情怀”,因此“将宽厚善意作为一种义务,正义再次得到实现”。^[26] 这意味着,正义要求法官不能仅仅把眼光停留在法律规范本身,而是要有整体的社会关怀和人的关怀。因为正如卡多佐所指出的那样,正义不仅是前述的已法律化的道德,而且是可法律化的道德,即当社会思想和惯例发生变化时道德要求也随之发生变化,为顺应道德的急迫要求,将特定时代的思想 and 惯例所认为的赋予法律惩戒力量比较恰当的那部分道德不断地囊括进法律的范围之内,使特定的社会行为在得到社会舆论救济的同时能够得到以法律为代表的社会力量的救济,以实现正义的要求。^[27] 尤其是当社会条件发生变化时,在普通法系下,法官对正义以及由正义所服务之社会利益的判断甚至是引领法律革新和推动社会发展的一股重要的力量。

不过,我们也能够注意到,无论正义指的是符合良知还是符合社会上通行的关于正当行为的标准抑或符合人们心中普遍的正义情感等,关于正义判断的主观性都显而易见,继而由正义所服务于的社会利益的判定以及整个司法裁判中的利益衡量过程也都具有较强的主观性。但这并不是说,在普通法系下法官的利益衡量就可以完全随意地按照其个人的政治和道德信条、多变的情绪和特殊偏好、其本人所持有的关于便利或其认为合适的看法来展开。卡多佐明确反对如某些极端法律现实主义者那样主张司法过程的个别性,即极端强调法官的主观性和案件的个别性,而是明确指出:“不受约束与规范的自由裁量权将通向专制与腐败”。^[28] 这意味着,普通法系法官利益衡量的展开受到诸多条件的约束和规范,其中最重要的是利益衡量的展开需要遵循特定的标准。

[25] See *Riggs v. Palmer* (1889), 115 N. Y. 506.

[26] Benjamin N. Cardozo, *Paradoxes of Legal Science*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 277.

[27] See Benjamin N. Cardozo, *Paradoxes of Legal Science*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 277.

[28] Benjamin N. Cardozo, *Jurisprudence*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 23.

二 普通法系法官利益衡量展开的标准阐述

以上述法律所欲实现的价值和目标为分类标准,我们可知普通法系法官在司法裁判中所衡量的利益包括由法律的确定性所服务于的社会利益和由正义所服务于的社会利益两种类型。与此同时从逻辑的角度看,这在更深的层次上也提出了下述问题,即依据什么样的标准来判断其中一种利益比另一种利益更为所欲或更具有实现的优先性,尤其是在两种利益相互冲突时,法官要依据什么样的标准展开不同利益的取舍?在卡多佐那里,暂不论具体的操作性技术和方法,总体而言,普通法系法官利益衡量的标准主要体现在以下两个方面。

(一) 法律之内的标准

与日本学者加藤一郎所指出的“要求法官在面对纠纷的时候,首先要把法律法规排除在意识之外,在一种近乎‘白纸状态下’,直面案件事实本身,对纠缠于其中的诸冲突利益进行实质的利益衡量”^[29]不同,普通法系法官在司法过程中对不同利益进行衡量时,并没有一开始就将法律排除在意识之外,且实际上法官也做不到将之排除在外,而是在展开利益衡量时必须首先参照既有的法律。这从普通法系遵循先例这一最基本的司法原则中也能明确地看出来。并且,法律本身的作用也并没有局限在为经过利益衡量得出的初步结论提供事后的正当化说明上面,而是事前就必须遵循的标准。卡多佐一再强调法律本身就是立法机关在立法过程中进行利益衡量的结果,即立法机关已经用制定法的形式确立起了法官进行利益衡量的初步的价值标准。^[30]因此,法律本身就构成法官进行利益衡量的基础性标准,笔者称之为法律之内的标准,那么如何理解普通法系中的法律本身就成为此处首先要探究的问题。

与大陆法系国家强调由立法机关所制定的成文法不同的是,虽然普通法系国家也承认立法的作用,但是普通法是通过法官的创造性释法发展起来的。在普通法系国家,判例法也是法律,因此,普通法系法官在司法裁判中被要求“遵循先例”,但法律并非仅仅由单个判决所形成的规则,而是从一系列判决中体现出来的,即从某一特定案件判决中抽取出来的一项原则、规则或概念,当其被承认并越来越多地被用于规范后来案件的事实时,曾经只具有说服力作用的内容就变成了具有规范性功能的法律。甚至在卡多佐那里,从外行人视角出发,能够提供一种具有合理确定性预期的规范性内容都可被视为法律,当它们的权威受到挑战时,它们将得到法院的支持。^[31]这种具有合理确定性预期的法律的外延很广,包括先例、原则、规则、习俗、惯例、道德等。这里,采取一种外行人的视角将法律视为一种预期很显然受到霍姆斯所理解的法律的影响。霍姆斯指出,法律并非一种神秘莫

[29] 转引自夏晨旭、张利春:《利益衡量论研究的回顾与反思》,《山东社会科学》2010年第1期,第73页。

[30] Benjamin N. Cardozo, *Paradoxes of Legal Science*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 284.

[31] See Benjamin N. Cardozo, *Jurisprudence*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 18.

测的事物而是一项众所周知的职业,是从坏人的视角出发对法院事实上将会如何做的预测,而非什么公理或演绎等宏大的东西。^[32]而卡多佐所指出的法律外延的广泛性也很容易使人联想到庞德所提出的“法律被认为是包括规则、原则、概念和标准等律令要素在内的体系”^[33]的观点。不过,在外行人的视角之外,卡多佐又强调普通法系法官应将法律置于一个动态的、发展的实践过程中进行理解。

卡多佐认为,法律应当得到遵守,在普通法系司法裁判中,当法官对相关的社会利益进行衡量时,法律本身就是具有基础重要性的标准。可以说,“法官除了法律之外没有别的主司”。^[34]但是,法律本身并非僵死的、不可变易的教条,一旦制定出来就固定不变。他多次引用布兰代斯的观点:“一项规则发展中的纳入与排除过程不意味着规则一经阐述出来就完全形成,其后判决中的表述将受到后来发生的、不可预见的事实的影响”,^[35]主张法律本身具有临时的假说特性,^[36]这一特性的揭示意味着,法律规则、原则等对判决结果的作用不像法律形式主义者所主张的那样,能够自动地从规则、原则中得出判决结果;但又不像极端法律现实主义者那样,秉持怀疑主义的立场,怀疑规则、原则对判决结果的做出所具有的意义。也正是法律本身的这一临时的假说特性,使得普通法系法官的利益衡量本身得以成立。“法哲学必须接受法官所做出的判决具有某种临时性的特征,否则他就得承认他未能在法律的命令与适宜和公正的命令之间建立起一种适当的协调”。^[37]

不过,卡多佐很注意避免将这种关于法律的动态性理解推向极端,如果将法律具有临时性特征推向极端,那么可能会带来溯及既往的变化、给人一种无所适从的感觉,甚至造成善意当事人的合理预期落空。为了避免这些后果,卡多佐明确提出法律应当避免溯及既往。在他看来,普通法系法律的这种临时的假说特性,只是意味着制定出来的法律并非终极意义上的,而是指法律的意义受制于法官对其的解释。但是法官的解释并非可以任意进行,法律一旦制定出来就在相当长的时段之内具有较强的稳定性,具有较为明确的内容,在大多数情况下,训练有素的普通法系法官能够据此展开初步的衡量过程。

(二) 法律之外的标准

利益衡量本身作为实质的判断,仅仅根据法律之内的标准展开将面临重重困难。当法官无法通过诉诸法律本身得出利益衡量的结论时,法官就需要跳出具体的对法律文义的直接理解,转而探寻法律之外的标准。不过需要特别注意的是,诉诸法律之外的标准并

[32] See Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law after One Hundred Years: The Path of the Law*, 110 *Harvard Law Review* 991, 991 (1997).

[33] [美]罗斯科·庞德著:《法理学》(第2卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第13页。

[34] 马克思:《第六届莱茵议会的辩论(第一篇论文)》,载《马克思恩格斯全集》(第1卷),中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译,人民出版社1956年版,第76页。

[35] *Jaybird Mining Co. v. Weir* (1926), 271 U. S. 609.

[36] 卡多佐这里所指的法律的临时的假说特性,与哈特所提出的规则的边界的不确定性具有某种程度的相似性。哈特指出:“当我们遇到未能预见的案件时,我们能够在法律的边界不确定性所容许的空间之中,确认判决中相关的议题,因而能够合理地加以解决,最后在充分考量相关资讯与议题后做成司法判决”。参见[英]H. L. A 哈特著:《法律的概念》(第2版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,“后记”第233页。

[37] Benjamin N. Cardozo, *Jurisprudence*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 34.

非等于要法官随意进行判断,而是要寻求相关法律所意图实现的目的,此法律的目的构成普通法系法官进行利益衡量时的实质性标准。

既然法律的目的问题作为利益衡量展开的标准如此重要,甚至“除非我们知道某一道路将通向何方,否则我们对该道路的选择就是不明智的”,^[38]那么我们如何理解普通法下法律的目的?作为应当具有社会关怀和人的关怀的普通法法官,关于法律的目的亦应被置于更广大的社会背景下加以理解。在这一问题上,卡多佐受到耶林和庞德有关法律目的思想的影响较大,并且由于卡多佐对法律的理解采取的是一种广义的认识,因此他认为普通法系中法律的目的主要是指法律的社会目的而并不仅仅是立法的目的。并且,此种目的并不具有唯一性,而是需要法官在特定时空下进行具体把握,如有些法律部门需要通过明确的方法获得确定性和有序性、要求严格乃至在某种意义上机械地行使司法权;而有些法律部门则需要适用灵活的准则以适应变化环境中的不同需求。但是法律目的的非唯一性并不意味着法官可以按照自己的情绪、好恶等偶然性因素和主观情感因素擅加判断,进而随意展开利益衡量。尽管做出实质判断的过程极为错综复杂,卡多佐对此也多次表达出语词上的含混,如他多次指出:“在我们目前的知识状态下,面对两个或更多相互冲突的社会利益,法官同立法者一样,将根据糅合多种因素的判断来评价它们的相对价值。这种评价取决于法官一生的经历,取决于他对有关正义与道德的通行标准的理解,取决于他对社会科学的研究,最后,某些时候取决于他的直觉、臆测甚至于他的无知和偏见”^[39],但是这并不是说利益衡量的判断过程只需要运用一般性的政治、道德和社会性主张来取代详细的说理过程。卡多佐提出的法官要在其心中保持这种目的论式的理解为我们提供了一把理解普通法系法官利益衡量展开过程的钥匙。在特定情况下,为了很好地判定法律的社会目的,我们需要结合卡多佐所阐述的“社会观念”来理解。

卡多佐对“社会观念”的理解受到霍姆斯的影响,他认为“社会观念”指的是社会中强有力的、占优势地位的观念,是社会中兴行的为人们所接受的概念,具有将人们的愿望和欲求转化为法律的能力。由于“社会观念”是社会共同生活的产物,其形成受到外在客观压力的型塑,因此“社会观念”这一标准是一种外在的、相对客观的标准。并且,在特定情形下普通法系法官以法律的社会目的为标准进行利益衡量时,所参照的社会观念并非社会观念的全部,而是其中智慧的、善良的人们的道德原则和习惯,这需要法官能够将智慧的、善良的人们的道德原则和习惯从整体社会观念中分辨出来,而非不加识别地予以运用。

(三)利益衡量标准的选择和运用

通过对法律之内的标准和法律之外的标准的参照,普通法系法官能够以一种较为客观的态度和立场来展开利益衡量的过程,而非有学者所认为的“价值判断和选择的做出

[38] Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 150.

[39] Benjamin N. Cardozo, *Growth of the Law*, in Margaret E. Hall (ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 223.

仅仅是情感表达的结果”。^[40] 不过,尽管由法律的确定性所服务于的社会利益与由正义所服务于的社会利益这两种利益类型中无法确定何种利益具有较高的位阶或较重要的优先性,并且,从哲学上看建立一套价值等级秩序表也不可能,但是由法律的确定性所服务于的社会利益仍然是具有初步优先性的利益,这也构成普通法系法官利益衡量的基础。只有这种初步的优先性在后续的利益衡量过程中无法维持其自身的正当性时,才要考虑由正义、衡平或公道所服务于的社会利益的优先性。正如卡多佐所指出的,“当A的自由将对B造成伤害时,是否应为了保护B的自由不受伤害而对A的自由进行限制?为了解决这一问题,我们必须衡量一下所涉及的社会利益。我们关注到确定性的社会利益。先例和类推的力量会使我们拒绝一种本来也许会同意的扩展解释。如果这些指引沉默不语或者无法得出结论,我们将注意正义或便利带来的提示,从对最重要的价值的考虑,到仅仅是便利性的考虑都包括在内。”^[41]

然而,这种排序或衡量步骤并不是机械的,两种标准最终如何选择和适用,最根本的仍是要看由法律的确定性所服务于的社会利益与由正义所服务于的社会利益何者对社会的价值更大、更加能够以最小的牺牲和阻碍实现更大的社会需要,更加能够满足当下人们生活于其中的社会的现实需求,即与活的现实需要而非固定的文字、死板的教条相一致。在这过程中,毫无疑问,法官的个人情感等主观因素将会起作用,但是要尽可能将这一作用限制在一个非常有限的空间内,使这种判断和选择首先遵循合法律性的要求,其次符合根据社会中智慧的、善良的人们的道德原则和习惯所确认的法律的社会目的。最终的利益衡量结果往往是某种妥协的结果、是根据法律的社会目的对不同价值进行评估后的协调。当法官必须参照自己的价值论时,他也必须尽其所能地深入他人的心灵和精神,做出受到社会共同体文化模式和道德传统影响下的个体判断,而非如某些极端现实主义者所揭示的那样,“肚子痛”、“早上吃了什么早餐”等因素都能成为影响法官做出裁判的决定性因素。

三 普通法系法官利益衡量展开的案例解析

普通法系法官具体的利益衡量过程如何展开,上述的理论概括仍显抽象,如何更为直观地理解这一展开过程,案例解析是一个很好的途径。在此笔者主要围绕普通法系合同法领域也是卡多佐最著名的司法意见书之一的“雅各布诉肯特案”^[42](以下简称“雅各布案”)展开。之所以选择该司法意见书,不仅仅是因为该司法意见书获得了较高的声誉,^[43]更重要的是,通过解读和分析该司法意见书,我们可以在很大程度上深入地理解普

[40] [英]R.卡尔纳普著:《哲学和逻辑句法》,上海人民出版社1962年版,第10页。

[41] Benjamin N. Cardozo, Paradoxes of Legal Science, in Margaret E. Hall(ed.), *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Law Book Company, 1947, p. 333.

[42] Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent(1921), 230 N. Y. 239.

[43] “雅各布诉肯特案”迄今仍为美国绝大多数法学院合同法教科书所收集,且被学者进行深入研究。See Lawrence A. Cunningham, Cardozo and Posner: A Study in Contracts, 36 *William and Mary Law Review* 1379(1995), p. 1459. Richard A. Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, The University of Chicago Press, 1990, pp. 106-108.

通法系法官利益衡量的具体运用,甚至可以说,该司法意见书的说理是我们理解和把握普通法系法官利益衡量展开过程的绝佳范例。

该案主要涉及如下事实:原告花费高达 77,000 美元为被告建造了一所房屋,现在原告起诉被告要求其偿还 3,483.46 美元的未支付款项。被告在房屋完工后即入住,且在数月内未提出合同履行有缺陷的问题。关于合同中的管道铺设事项,其中一条明确规定“所有熟铁管道必须镀锌、焊接良好,且使用人们熟知的雷丁公司制造的‘标准管道’搭建”。后来被告得知某些管道并非由雷丁公司而是其他公司制造,继而要求被告重新铺设合同中约定的管道。但那时,管道设备除了少部分露在墙外剩余的大部分都嵌在墙内,如果按照被告要求的那样做的话,那么要做的就不仅仅是简单替换非雷丁公司制造的管道,而是要以巨大的代价毁坏已经建造完成的相当大的一部分房屋结构。原告并未按此要求做,而是要求被告开具最后一笔款项到期的证明,遭拒绝后起诉。^[44]

通过案件事实的简要勾勒,我们可以看出,原告与被告作为具有平等地位的合同双方当事人,所提出的均是从自身角度出发合法的利益诉求,并且从表面上看我们也无法简单地断定某一方的利益应受保护,另一方的利益则否,那么应当优先保护原告还是被告的利益诉求?根据案件事实可知,原告的利益在于获得未支付款项,被告的利益在于获得依合同而建造的无瑕疵的房屋。只有原告做到了实质履行合同,那么双方的利益才得满足。但是如何判断原告是否构成实质履行合同,如果其没有实质履行,那么是否必然无法实现其利益?从这里我们可以看出,双方争议的实质在于,原告对合同的履行是否属于实质履行。从表面上看,该案并不属于疑难、复杂案件,因为在普通法传统中,无论是遵循先例还是依据一般的法律原则,订立合同的人都需要尽到完全履行的义务。如果严格根据这一点进行判断的话,由于本案中的原告并没有严格按照合同约定的“使用人们熟知的雷丁公司制造的‘标准管道’搭建”,而是如麦考林法官在异议中所指出的那样:“除了 70 英尺管道外,其余所有管道都不是雷丁公司而是其他公司制造的……甚至有些管道压根儿没有生产商的商标”,^[45]据此得出的判断是原告没能做到实质履行合同,因此其利益不能得到保护。而被告应当得到依约建造且无瑕疵的房屋,因此其利益应当受到保护。这一说理所得出的利益衡量结果实际上反映的是法官对被告利益背后的“合同应当遵守”的确定性所服务于的社会利益的肯定。

卡多佐从来没有否认“合同应当遵守”的法律原则,无论是在其著作还是在所作出的判决意见书中他都多次明确表达了对合同的严谨态度。正如有研究者所指出的那样,“行为正直,履行义务,承担责任,信守诺言——这是卡多佐的衡平法、侵权法、合同法意见书中的重要主题”。^[46]在本案中,卡多佐也明确指出“法院从来没有说过订立合同的人不用完全履行其应尽的合同义务”,^[47]由此可知,与其理论主张相同,他在个案的司法意见书中,在对具体当事人利益背后的社会利益进行衡量时,首先考虑到的是由法律的确

[44] See *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent* (1921), 230 N. Y. 240 - 241.

[45] See *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent*(1921), 230 N. Y. 246.

[46] [美]考夫曼著:《卡多佐》,张守东译,法律出版社 2001 年版,第 363 页。

[47] *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent* (1921), 230 N. Y. 241.

性所服务于的社会利益。但是,卡多佐为什么没有在该案中坚持他对合同所持有的一贯的严谨态度,并且在存在“一般而言,房屋建造人不被允许随意安装任何他所认为的与合同约定一样好的东西”^[48]这一先例原则的支持下,一定要保护原告而非被告的利益呢?这是因为如上文所述,由法律的确定性所服务于的社会利益需要在后续的利益衡量过程中经得起验证,因此卡多佐在本案中的利益衡量过程并没有止步于此。

在该案中,卡多佐的后续衡量过程从援引先例开始,这体现了法官利益衡量的法律之内标准的运用。他引用了下述先例原则,即“一个轻微的、非故意的疏忽大意,尽管有时造成了巨大的损害后果,却不总是违反被处罚的条件”^[49]。不过,如何判定是否符合“轻微和非故意的疏忽大意”、是否“违反被处罚的条件”,我们仍然无法直接从这一先例原则中找到答案,卡多佐在该案中的后续利益衡量可以分为下述两个过程:(1)在理论上阐述了利益衡量的理由。他诉诸依赖允诺与独立允诺之间的区分,着重回答这一问题,即如实际履行合同的每一个条款是不是获得给付的条件?对此,他指出构成实质违反与轻微违反需要根据不同事务类型的不同复杂程度进行判断。但由于“分类的界线是如此摇摆不定和模糊不清”,^[50]因此法官不仅需要考虑到能够提出一种支持更为严格的标准的一致性和确定性利益,而且需要考虑到如何实际运用法律规则、原则才能得到公正的结果,并且“法院对一致性和确定性这样的考虑与公平、公正这样的考虑进行衡量,发现后者更具有分量”,^[51]他指出这种自由的观点如今已成为被多个法院逐渐接受的观点,成为实现正义的工具。那么,如何判定才符合正义,卡多佐认为需要根据合同和法律所要实现的目的来定。他指出:“相同物品的替换在艺术领域与在仅仅讲求实用的领域具有相当不同的意义。不过,如果对履行物的变动太过明显以致在实质意义上无法实现合同的目的,那么就不容许随意对合同进行变动……我们必须要对将要达到的目的、所要实现的愿望、偏离合同字面意义的理由,以及强制履行的严苛性进行衡量”^[52]。通过这种综合性的利益衡量,“如果过错的程度与惩罚的严酷性严重地不成比例,那么法律就不要那么快地推定有此目的存在”^[53]。在他看来,违法者必须接受对其违法行为的惩罚,但是如果他的过错并非故意造成且比较轻微时,如果他能对该违法行为进行赔偿,那么他就有望获得宽恕。(2)结合案件事实进行判断。卡多佐指出,如果仅替换露在墙体之外的管道,那么所花的费用或许并不大,但是被告方所要求替换的并非外露部分管道,而是将整栋建筑的管道作为一个整体进行替换,此时就不仅仅需要考虑替换费用的不同,而是价值的不同。卡多佐认同被初审法院排除的证据,即“未使用约定品牌的管道既非出于欺诈也非出于故意,而是由于忽略了原告的承包商。雷丁牌管道与科亨斯以及其他品牌管道的区别之处,仅仅在于标示于其上的生产商的名称,区别仅在毫厘之间,因为甚至被告的房屋设计师在

[48] See *Easthampton L. & C. Co., Ltd., v. Worthington*, 186 N. Y. 407, 412.

[49] See *Spence v. Ham*(1900), 163 N. Y. 220; *Woodward v. Fuller*(1880), 80 N. Y. 312; *Gladius v. Black*(1876), 67 N. Y. 563, 566; *Bowen v. Kimbell*(1909), 203 Mass. 364, 370.

[50] *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent* (1921), 230 N. Y. 242 - 243.

[51] *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent* (1921), 230 N. Y. 243.

[52] *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent* (1921), 230 N. Y. 243.

[53] *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent* (1921), 230 N. Y. 244 - 245.

该管道到货进行检查时,也未注意到此差异。原告尽力表明,所安装的管道尽管是由其他生产商制造,但是在质量、外观、市场价值和花费方面都与合同所约定的品牌相同,即它们是同样的事物”。^[54] 考虑到不同品牌管道价值方面差别的微乎其微,虽然原告方存在过失,但是综合考虑到使用非雷丁公司生产的管道并不影响房屋在使用和其他方面的价值,即不影响合同目的和法律目的的实现,因此卡多佐最终并没有按照一种严苛的标准进行衡量,而是认同“哈代诉布里斯案”^[55]的观点,阐发了一种“在实质履行案件中对轻微的、不重要的缺陷给予损害赔偿的救济”规则,并认为这一规则能够实现正义,本案中“价值方面的不同”这一标准能够服务于实现同样的目的。

值得提出的是,本案的异议法官麦考林在阐述其反对意见时,反复强调的理由是:原告没能履行合同、其没能根据合同约定进行实质履行,因此不能获得报酬。^[56] 从表面上看,麦考林法官的理由似乎也相对比较充分,不过他依据的是已经被上诉法院推翻的法律意见书,因此并不能代表法律发展的趋势和方向。尽管如此,麦考林法官的推理却是比较能体现法律确定性的推理,而卡多佐的推理似乎是在鼓励法律的不确定性。但是情况并非如此,因为如果法律的确切性过于苛刻以致无法充分地体现衡平正义,那么卡多佐的衡量结果将倾向于判定由正义所服务于的社会利益更具有分量。不过如卡多佐的司法意见书中所体现出来的那样,他的利益衡量过程是审慎的、是依据法律本身和法律的社会目的为标准进行充分说理的,因此他的意图不是要通过该案完全丢弃合同规则,而是通过调和遵循规则与满足正义来完善合同的基本履行规则,如果合同当事人肆意违背合同规定致使合同目的和正义无法实现,那么他会毫不迟疑地要求实质履行合同。^[57] 判决意见书中所体现出的妥当的理由使得卡多佐的利益衡量过程具备了较强的明确性和客观性。

四 普通法系法官利益衡量展开过程的启示

在司法裁判中,普通法系法官的利益衡量是一种广义的利益衡量,这种利益衡量并没有严格规定利益衡量适用的场合和领域,可以说,“利益衡量与司法活动相伴生,司法责任本身就包含对不同利益的确认与合理分配”,^[58] 甚至在某种程度上,整个司法裁判过程都可被视为利益的衡量过程。但是,从卡多佐多次强调的普通法系司法与立法之间的关系的观点,我们也能够看出普通法系法官的利益衡量是有限度、有节制地展开的,而非任意展开、恣意妄为。普通法系法官通过诉诸由“社会观念”所确认的智慧的、善良的人们的道德原则和习惯进行实质判断,而这种实质判断之所以能够做出是因为特定时空下的社会道德能够具备一定程度的同质性,这一基本的共同价值和道德传统与“‘人类本质存

[54] See *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent* (1921), 230 N. Y. 241.

[55] *Handy v. Bliss* (1909), 204 Mass. 513.

[56] See *Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent* (1921), 230 N. Y. 246 – 248.

[57] See *The Sun Printing and Publishing Association v. Remington Pater and Power Company, Inc.* (1923), 235 N. Y. 338.

[58] 胡玉鸿:《关于“利益衡量”的几个法理问题》,《现代法学》2001年第4期,第34页。

在’之‘共通善’或‘正义’”^[59]不相违背。否则,无论是诉诸法律文化自身、还是其他法律之外的规范,可能都无法在利益衡量过程中选择取舍,也无法得出一个明显正确的答案。

尽管如此,利益衡量与生俱来的主观性导致其仍然容易被恣意滥用,如果存在一个利益衡量确定的、完整的“指南”或者清晰的“图表”,那么利益衡量的展开过程就将避免较多的批判。但是这样的“指南”或“图表”并不存在,即使设计出来也难免会受到理性狂妄、缺乏实效的指摘。经过对普通法系法官利益衡量展开过程的研究,我们可以看出,在普通法系法官的司法裁判中,法官手边亦并不存在一张清晰的“利益衡量图表”,并且无论是法律的确定性、还是其所谓的衡平或公道或正义、抑或法律的目的,都是极具抽象性的概念且外延并不清晰,这导致不同利益之间的界限较为模糊,相互之间的内容会相互重叠,具体的利益衡量实践也很难完全按照这些抽象性的概念进行操作,因而很难据此得出某一种利益绝对地具有较重的分量。在这个意义上,凯尔森所提出的“利益衡量仅是提供了一种衡量的形式而据此并不能得出什么确定结果”^[60]的观点道出了任何试图为利益衡量理论提供具体步骤的做法的无奈。但是,通过在司法意见书中进行充分、透彻的说理,可以将利益衡量的展开过程客观地展现出来,进而降低利益衡量过程的主观恣意性。普通法系国家尤其是美国特别注重案件司法判决书的说理,法官在说理过程中将利益衡量时所衡量的诸因素、标准、理由等明确地表达在司法意见书中,使人们据此能够认知法官利益衡量展开的过程。因此,如果我们寻求的不是直接照搬某种做法而是不断地深化对利益衡量本身及其运用的认识,那么通过本文的探究,作为一种来自普通法系下的参照,在司法裁判过程中为了最大限度地避免恣意擅断,法官展开利益衡量时应该尤为注意如下方面的问题。

第一,总体上要把握好司法裁判中法官利益衡量运用的“度”。在我国司法实践中,关于利益衡量的运用存在两个极端,一种表现是法官遇到少数疑难的、社会影响性较大的案件时习惯于向上级人民法院寻求批复和解释,而很少运用利益衡量以防越“雷池”半步;另一种截然相反的表现则是滥用利益衡量,致使案件的实质正义无法实现。前者无视利益衡量的内在价值,放弃了法官独立做出判断的权力;后者则过于夸大运用利益衡量时的主观性,忽视了节制的必要性。这两种表现的共同点是都没能把握好司法裁判中法官运用利益衡量时的“度”。之所以如此强调利益衡量运用的“度”,最根本的是因为法官展开利益衡量的过程实际上也是其行使司法权的过程,而司法权作为公权力的一种,其行使内在地存在着被滥用的危险,容易导致司法裁判过程过于不确定、类似个案无法获得类似裁判。而所谓“度”,即法官要明确利益衡量运用时的边界。尽管普通法系法官司法裁判中的利益衡量是一种广义的利益衡量,我们却也能够看到其仍强调要保持立法机关的优先性地位,这对不同于普通法系下的我们也有启发。法官在司法裁判中不能放弃对利益衡量的运用,但由于具体的法律规定是立法者在先进行立法利益衡量的结果,因此在法律有相应规定的情况下,法官所进行的利益衡量必须要与立法者的在先利益衡量保持一致,

[59] 杨仁寿著:《法学方法论》(第2版),中国政法大学出版社2013年版,第11页。

[60] 转引自蔡琳:《论“利益”的解析与“衡量”的展开》,《法制与社会发展》2015年第1期,第148页。

而不能抛开立法者的明确规定肆意为之。这意味着利益衡量并非在任何场合、任何条件下都可以直接加以运用。^[61] 并且,法官在进行利益衡量时尽管更自由、空间更大,也必然会加入其个人的价值判断,但是利益衡量运用时的“度”要始终铭记在心中,利益衡量并不能当然地为诸多价值判断和法官个人性因素的加入提供正当性理由。

第二,在衡量不同利益时要注重对具体当事人背后更深层的社会利益的把握。法官在司法裁判中展开具体的利益衡量时,从表面上看衡量的是某两方或几方具体的利益,如不同当事人之间的具体利益,但实际上,很难简单地断定在相互冲突的具体利益中如何取舍,继而很难在不同当事人的利益之间做出何者妥协的结论,因而需要注意结合具体的不同当事人的利益背后所要实现的更深层次的社会利益进行判断。这一点我国有的法官在进行利益衡量时就没有充分地予以考虑。例如,在为我们所熟知的“彭宇案”的司法判决中,我们暂且不论“彭宇案”一审判决书中所存在的诸多逻辑谬误,^[62]单就法官所援引的“日常生活经验”、“常理”、“社会情理”以及所引用的对判决结论的得出至关重要的“公平原则”,再结合该案一审判决结论,我们就很容易推知,法官在进行利益衡量时,仅仅局限于双方当事人的个体利益进行衡量,而忽略了当事人背后更深层次的社会利益,即良好的道德环境和社会风气。很明显,判决原告利益优先于被告利益得到保护很可能导致社会整体道德水平急剧下降、社会中人与人之间关系的冷漠进一步被加剧等后果,而在现实中由于该案判决的影响,这样的后果已经显现出来了,如老人跌倒无人敢扶、小孩被撞无人敢救等。由此我们可以看出,由司法裁判过程中不当的利益衡量而造成的整个社会要负担的代价是沉重的,我们要注重对当事人具体利益背后所反映的更深层次的社会利益的分析 and 比较,进而得出更符合法律的社会目的和精神因而也更容易为人们所接受的判决结果。也就是说,“衡量并不是张三和李四之间具体当事人利益之间的衡量和比较,也不是利益的排序,而是这些利益背后的那些理由的衡量。这些理由有时候表现为一种原则,有时候表现为一种价值,甚至有时候也会采用某种抽象的利益表述。因此,在这种情况下,利益‘衡量’并不再是可见的物质利益之间的比较,而是二阶的可普遍化的那些利益——原则、价值、或是‘理想’利益之间的‘衡量’。”^[63]

第三,在利益衡量与法律规范之间的关系上要注意利益衡量的运用须以合法性为前提。这一点极易遭到忽视,尤其是利益衡量本身的主观性太强,加之不同的关于利益衡量的主张者对此的观点并不一致,因此很容易给人造成一种印象,即利益衡量与法律规范是相对立的。实际在这一点上,具有判例法传统的普通法系国家也并非如此。英美法理学的发展经历了严格法阶段,^[64]尽管英美法理学界曾经对法律形式主义进行过诸多批判,但是严格遵循法律、形式法治的观念已经深入人心,并不会因为实质判断的加入而肆

[61] 有学者详细分析了不应进行利益衡量的具体情形。参见梁上上著:《利益衡量论》,法律出版社2013年版,第177-194页。

[62] 对此,张继成教授进行了非常精彩的分析。参见张继成:《小案件大影响——对南京“彭宇案”一审判决的法逻辑分析》,《中国政法大学学报》2008年第2期,第103-116页。

[63] 蔡琳:《论“利益”的解析与“衡量”的展开》,《法制与社会发展》2015年第1期,第148页。

[64] 参见[美]罗斯科·庞德著:《法理学》(第1卷),邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第387-413页。

意地摧毁这些法治价值。司法裁判中利益衡量的运用亦如此。利益衡量的展开并非如有学者所指出的那样,“强调制定法外的价值标准,才是法官续造法律的指导因素,也是修正制定法规范的唯一准则。”^[65] 强调利益衡量的运用首先要具备合法律性,就是要将法律本身作为利益衡量展开的具有初步优先性的根据和标准,即要在既定的法律制度框架下进行利益衡量,不能违反法律的明确规定而危及法律秩序的安定性,损及形式法治的根本。

第四,在做出利益衡量的实质判断时要掌握好立法和法律的社会目的、正确把握社会的公平正义导向。尽管有中国特色社会主义法律体系已经建成,但是随着改革的持续推进,新型案件的不断涌现,既有立法不可能对社会生活的方方面面领域做出详细规定。当法律没有规定或法律虽然有规定但不明确或相互冲突时,司法裁判中法官如何合理、妥当地进行利益衡量,充分保护当事人的合法权益,就要恰当地把握好立法和法律的目的、践行法律的基本精神。如有学者所指出的那样,“确定利益位阶实际上就是在探究立法的目的”^[66] 不过,法律的精神和目的不止一种且并非一成不变,对目的的选择和认识也存在诸多争议,因此要根据特定时空下的社会条件综合进行判断。法官在进行判断的过程中,对于社会关注度较高的案件,会出现来自报刊、网络等媒体和社会大众各方面的关注、评论,甚至会形成颇具倾向性的意见,成为对法官产生实际影响力的民意。在面对民意压力的情况下,法官在具体案件的利益衡量过程中要避免对民意的一味逢迎,而是要能够区分和鉴别出其中理性的、善意的意见,把握好社会的公平正义导向,使人民群众在每一个案件中都感受到公平正义,切不能以社会利益之名肆意侵害个体的正当利益。

第五,要注重案件判决书说理,保障法官的利益衡量过程以公开、可论辩的方式进行。在展开利益衡量过程时,尤其是法官在对法律的目的、衡平正义等进行实质判断时会加入其个体的价值判断,并且正义这一术语具有语义上的开放性,对其的评判缺乏终极根据,因此我们要避免法官利益衡量过程的封闭性和随意性,这就要求我们进一步加强司法判决书的说理过程。正如前述卡多佐的司法判决书所呈现出来的那样,普通法系法官的判决书本身甚至就是一篇完整、严谨的论文,它整体地记录了法官对案件的思考、推理和讨论过程,从而使人们能够据此对判决书进行查询和评价。并且,法官在司法判决书中的理由表达得越充分,法官利益衡量的妥当性理据就越充分。受多种条件所限,我们不可能要求我国法官的判决书写作以普通法系国家的司法意见书为标准,不过我们可以从以下两个方面来完善我国司法判决书的说理:一方面,司法判决的说理过程应该公开,即法官的利益衡量过程需要外在的表达以证明其过程和结果的正当性;另一方面,司法判决的说理过程应该合理。尽管可以肯定的是我们的法官不会给出像“盲人看不见法官的服饰”、“毕达哥拉斯‘数论’”、“国王的王冠是圆的”等为孟德斯鸠所批判的荒谬的理由,^[67] 并且在我国成文法传统下判决说理过程中所给出的合理的、可接受的理由也要与法律条文相结合,我们却也要尽量避免在司法判决书中仅给出“某某法”第几条规定就得出判决结

[65] 吴从周著:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版,第414页。

[66] 王利明:《民法上的利益位阶及其考量》,《法学家》2014年第1期,第81页。

[67] 参见[法]孟德斯鸠著:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1995年版,第298-299页。

论,而是要运用一般性的合理理由来实现最终利益衡量结果的正当化,尽量进行充分说理,将法官对相互冲突的利益之间所做的实质的判断、评估和取舍过程完整地展现出来。即使法官最后是根据他自己的信念和价值作出的判断,也要对何以能够做出此种价值取舍给出可接受的理由。

五 结 语

在司法裁判过程中,利益衡量作为兼顾司法统一性与个案正义性的黄金方法,如何妥当地加以运用以避免法官的主观恣意一直深受人们的关注。通过本文的探究,我们得到了一种来自普通法系下的参照和启示,这能够使我们在研究利益衡量的相关问题时一方面并不仅仅局限于来自大陆法系国家的理论资源,另一方面更注重利益衡量动态的展开过程而非仅着眼于对需要衡量的利益的位阶的确定,进而使我们能够在动态的利益衡量过程中不断地完善其运用,更好地实现司法正义。同时,通过探究我们也发现了值得进一步思考的问题。尤其是,当无法确定哪一方当事人利益背后体现的是由法律的确定性所服务于的利益,哪一方当事人利益背后体现的是由正义所服务于的社会利益时,或者双方当事人利益背后体现的均为由正义所服务于的社会利益,那么如何判定哪一种正义优先?又如,在当下剧烈的社会转型时期,呈现出利益多元化的局面。在这种情况下,在影响力上不处于优势地位的少数人的利益在利益衡量过程中如何得到较好的保障?这些都需要我们持续深入地进行探究。

[本文为作者主持的2015年中国法理学研究会青年专项课题“利益衡量的客观化与司法的确定性”(2015@FL007)的研究成果。]

[Abstract] In countries of the common law tradition, the judge's balance of interests is by no means arbitrary, but must follow concrete operational norms and specific standards. According to the social values and objectives to be achieved by law, the interests balanced by judges in the administration of justice in common law countries can be divided into two categories: social interests served by the determinacy of law and social interests served by justice. To balance these two categories of social interests and determine the priority between them, judges need to follow particular standards, including the inner-law standards, which emphasize the observance of law, and the outer-law standards, which stress the consideration of the social objectives to be achieved by law. The process of the judge's balancing of interests in common law countries is embodied quite well in the case of "Jacobs & Youngs, Incorporated v. Kent". Chinese scholars and judges can draw some inspirations from the experience of common law countries when balancing different interests in the administration of justice.
