

学校编码:

分类号_____密级_____

学号:

UDC _____

廈門大學

碩 士 学 位 论 文

利益衡量在我国行政诉讼中的适用

The Application of Interest Evaluation in Administrative
Litigation in our Country

指导教师姓名:

专业名称: 民 商 法 学

论文提交日期: 年 月

论文答辩时间: 年 月

学位授予日期: 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

利益衡量作为一种法的解释方法,其产生可以溯源到 19 世纪末期 20 世纪初期在德国产生的自由主义法学和 20 世纪 20—30 年代在美国产生的现实主义法学。20 世纪 90 年代,我国法学家将此方法引入法学研究领域。随着利益衡量方法在化解利益冲突方面表现出的合理性、妥当性及灵活性,利益衡量在我国行政诉讼中得以确认,并日益显露其对实现司法公正和人权保障的价值。当然,利益衡量的适用作为行政审判法官的一种价值判断和选择的主观行为,并不是任意和无规制的,否则将导致利益衡量的恣意适用。为此,本文分析了需要适用利益衡量的行政利益冲突范围;探寻了利益衡量只有在发生冲突的合法利益没有法律规定调整或者虽有法律规定调整但规定之间存在矛盾或者规定滞后于社会发展需要或者规定过于原则的情况下才能适用的条件;思考了利益衡量在行政诉讼事实认定、法律适用、裁判方式选择及审判服务延伸四个重要活动过程的具体适用方法;探究了利益衡量适用的程序及实体限制、法官职业规则限制等措施,实现对利益衡量恣意适用的危机防范,以期对解决利益衡量在行政诉讼适用中面对的难题——利益衡量适用的范围、条件、方法及规则限制问题和实现适用利益衡量对冲突利益选择结果的妥当性问题有所裨益,也为实现利益衡量在行政诉讼中的立法完善提供些许建议。

关键词: 利益衡量; 行政诉讼

ABSTRACT

Interest evaluation is a method of law interpretation which can be dated back to the liberal jurisprudence originated in Germany from the end of 19th century to the beginning of 20th century and the realistic jurisprudence originated in the 20s and 30s of 20th century in the U.S. Our country's jurists applied the method to legal research since the 90s of 20th century. Due to the soundness, appropriateness and flexibility it demonstrates in resolving interest conflicts, interest evaluation has been established in administrative litigation, and gradually confirms its merits to the realization of judicial fairness and protection of human rights. Of course, the application of interest evaluation, as a subjective activity of judges, is not random and without limitation. Otherwise, it will lead to arbitrary application. Thus, this essay analyzes the scope of administrative interest that needs interest evaluation; discusses the condition of the application of interest evaluation when conflicting legitimate interests is not governed by laws or is governed by conflicting laws or outdated laws; reflects on the specific application of interest evaluation in areas such as certainment of facts, law application, selection of judgment mode and extension of adjudication service; explores the measures to prevent the potential of arbitrariness such as procedural, substantive and judge profession limitations on the application of interest evaluation, expecting to be helpful to resolve difficulties in interest evaluation encountered in administrative litigation which include the scope, condition, method and limitations by rules of interest evaluation and to improve relevant legislations.

Key words: Interest Evaluation; Administrative Litigation

目录

| | |
|--|-----------|
| 第一章 行政诉讼法上的利益衡量 | 1 |
| 第一节 作为法解释方法的利益衡量 | 1 |
| 一、利益衡量的理论渊源 | 1 |
| 二、利益衡量的价值 | 4 |
| 第二节 行政诉讼法上的利益衡量 | 5 |
| 一、利益衡量在我国立法和司法解释中的体现 | 5 |
| 二、行政诉讼适用利益衡量的必要性 | 6 |
| 第二章 利益衡量的价值分析 | 8 |
| 第一节 利益衡量与司法公正 | 8 |
| 一、利益衡量在法律适用中的公正价值 | 8 |
| 二、司法公正对利益衡量适用的要求 | 9 |
| 第二节 利益衡量与人权保障 | 10 |
| 一、利益衡量对人权的保障 | 10 |
| 二、通过利益衡量对让位人权利保障的补救措施 | 11 |
| 第三章 利益衡量的适用 | 13 |
| 第一节 利益衡量的适用范围 | 13 |
| 一、国家利益、公共利益与个人利益的衡量 | 14 |
| 二、个人利益与个人利益的衡量 | 15 |
| 第二节 利益衡量的适用条件 | 15 |
| 一、利益衡量所保护的利益必须是确定的 | 15 |
| 二、利益衡量所衡量的冲突利益必须属于特定的法律关系 | 16 |
| 三、利益衡量所衡量的冲突利益必须是合法的利益 | 16 |
| 四、利益衡量必须在法律没有规定，或者虽有规定但规定之间存在矛盾或者规定滞后于社会发展需要或者规定过于原则的情况下适用 | 16 |
| 第三节 利益衡量的适用方法 | 16 |
| 一、事实认定阶段的利益衡量 | 17 |
| 二、法律适用阶段的利益衡量 | 20 |
| 三、裁判方式选择阶段的利益衡量 | 25 |
| 四、审判服务延伸阶段的利益衡量 | 27 |
| 第四节 利益衡量的适用限制 | 28 |
| 一、利益衡量适用的程序限制 | 28 |
| 二、利益衡量适用的实体限制 | 29 |
| 三、法官职业规则的限制 | 32 |
| 结论 | 33 |

附件.....34

参考文献36

厦门大学博硕士学位论文摘要库

厦门大学博硕士学位论文摘要库

CONTENTS

Chapter One Interest Evaluation in Administrative Litigation

Law1

Subchapter One Interest Evaluation as a method of law interpretation 1

Section One Theoretical Origin of Interest Evaluation..... 1

Section Two Merits of Interest Evaluation 4

Subchapter Two Interest Evaluation in Administrative Litigation Law.....5

Section One The Demonstration of Interest Evaluation in our country's
Legislation and Judicial Interpretation..... 5

Section Two The Necessity to apply Interest Evaluation in Administration
Litigation..... 6

Chapter Two Merit Analysis of Interest Evaluation.....8

Subchapter One Interest Evaluation and Judicial Fairness8

Section One The Fairness Merits of Interest Evaluation in legal Application
..... 8

Section Two The Need of Interest Evaluation to fulfill judicial fairness 9

Subchapter Two Interest Evaluation and Human Rights Protection..... 10

Section One The protection of Human Rights by Interest Evaluation..... 10
..... 11

Chapter Three The Application of Interest Evaluation.....13

Subchapter One The Application Scope of Interest Evaluation 13

Section One The Evaluation of State Interest, Public Interest and Individual
Interest..... 14

Section Two Individual Interest and Evaluation of Individual Interest 15

Subchapter Two The Conditions to Apply Interest Evaluation 15

Section One The Interest to be Protected under Interest Evaluation must be
Certain..... 15

Section Two The Conflicting Interest to be Evaluated Must be within the
Certain Legal Relationships 16

Section Three The Conflicting Interests to be Evaluated must be Legitimate
Interest..... 16

Section Four Interest Evaluation cannot be applied unless conflicting
legitimate interests is not governed by laws or is governed by
conflicting laws, outdated laws and over-general laws..... 16

| | | |
|---------------------------|--|-----------|
| Subchapter Three | The Methods to apply Interest Evaluation..... | 16 |
| Section One | Interest Evaluation in Fact Ascertainment | 17 |
| Section Two | Interest Evaluation in Law Application | 20 |
| Section Three | Interest Evaluation in the Selection of Judgment Mode | 25 |
| Section Four | Interest Evaluation in the Extension of Adjudicating Service | 27 |
| Subchapter Four | Limitations on the Application of Interest Evaluation ... | 28 |
| Section One | Procedural Limitation on Interest Evaluation..... | 28 |
| Section Two | Substantive Limitation on Interest Evaluation..... | 29 |
| Section Three | Limitation on Interest Evaluation by the Discipline of Judge Profession..... | 32 |
| Conclusion | | 33 |
| Appendix | | 34 |
| Bibliography | | 36 |

第一章 行政诉讼法上的利益衡量

利益衡量作为一种法律解释方法,是在批判传统的概念法学的法律思考方法的基础上产生的。虽然利益衡量并不是对法律的创制,只是对法律的解释,但其所展现出的合理、灵活及实用特点,使各国的法学者及司法者纷纷借鉴。

第一节 作为法解释方法的利益衡量

一、利益衡量的理论渊源

利益衡量作为一种法律解释方法,其产生可以溯源到 19 世纪末期 20 世纪初期在德国产生的自由主义法学和 20 世纪 20—30 年代在美国产生的现实主义法学,这两种法学都把概念法学作为它们共同攻击的对象。“概念主义法学是从这样一个假设出发的,即实在法律制度‘无缺陷’的,以及通过适当的逻辑分析,便能从现存的实在法制度中得出正确的判决。”^①然而,这样的认识对于自由主义法学和现实主义法学来说是不可能接受的。自由主义法学的学者认为,成文法存在着不可克服的漏洞,法官不能仅凭逻辑推理适用法律,应当在法的目的的指引下,从成文法中发现处理案件的一般规则,从而使案件处理结果符合社会发展要求。“自由法学家并不想解除法官忠实于成文法的一般义务。然而,当实在法不清楚或不明确的时候或者当立法者不可能按法律的要求审判案件的时候,那么法官就应当根据占支配地位的正义观念来审判该案件。如果连这些正义观念也无法确定,法官就应当根据个人主观的法律意识来判决。”^②“美国现实主义法学倾向于将法律看成是对社会利益进行分配的工具,社会就像一个尺寸固定的大蛋糕,社会群体都有权要求分上一片或分上一片更大的蛋糕。法律不仅指导着发蛋糕者如何分配蛋糕的大小,而且还能确保对蛋糕的切割能够按照众所周知的原则来进

^① [美]E·博登海默. 法理学—法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译, 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 150.

^② 同上, 第 153 页。

行。”^①美国现实主义法学的代表人物之一霍姆斯大法官提出两个关于法律的著名概念：“法律的生命不是逻辑而是经验。”“法律就是对法院事实上将作什么预测。”

^②对于现实主义法学来说，前一个论断是对概念法学的批判，后一个论断更是被视为现实主义法学对法律概念的表达。当然，利益衡量方法的产生也有其深层的社会背景。20世纪60年代初期，日本经济进入高速发展时期，伴随着技术革新、农村城市化，社会生活关系发生了巨大变化，当时的法律制度没有预见到的各种社会现象频繁出现，法律规范与实际社会生活的不协调日益突出。另一方面，社会生活结构层次的变化，也带来了社会意识和价值观的分裂和多样化，表现在法学界即是思想活跃、流派纷呈，其中注重社会效果的法社会学方法论被普遍接受。在此基础上，以日本的加藤一郎教授和星野英一教授为代表的学者提出了利益衡量方法。20世纪90年代，我国法学家将此方法引入法学研究领域。

关于利益衡量的涵义，我国台湾学者杨仁寿曾作过精辟阐释：“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益冲突，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，亦是一种价值判断。”^③由此可见，利益衡量仍为法律秩序范围内的平衡与调节，其结果只是形成了某种利益平衡、调节的范式和方法，而未创设新的规则，对法律规范的稳定性不会造成危害，其具体内涵可作如下分析：

（一）利益衡量的前提是具体案件中存在多个法益之间的冲突

如果案件中只存在一种法益，法官即无利益衡量的余地，而应依法作出裁判。“正是存在着多个利益，并且每一种利益在法律上均有其价值，而法律上又未确定何种价值优先，因而造成司法机关必须通过解释的方法来进行相关的利益衡

^①吕世伦. 现代西方法学流派（上卷）[M]. 北京：中国法制出版社，2000. 477.

^②沈宗灵. 现代西方法理学[M]. 北京：北京大学出版社，1992. 310.

^③杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京：中国政法大学出版社，1999. 175-176.

量。”^①也即，法律对某种法律事实缺乏明确规定或规定不够明确，是适用利益衡量的前提，只有当适用法律的一般规定有违个案公正，并影响法的公平正义价值时，利益衡量方法才可作为特殊需要而予以利用。

（二）利益衡量的实质是法官处理具体案件的思维方法

法律制度所提供的解决纠纷的规则建立在立法者预见的基础上，只是抽象意义上的可能发生的利益冲突，而不一定符合现实社会。对于法官来说，只有发生了具体的纠纷，并由案件的当事人将此纠纷提交给法院要求裁决，利益衡量才具有价值。“利益衡量方法，实际上是承办法官在复杂案件中先按照平衡各方利益的方法、以自己的内心先把握案件的总体走向，再做出具体结论，然后再寻找法律依据，以使结论正当化或合理化，其最终流程是让法律条文为结论服务而不是从法律条文中引出结论。法院的最后判决依据的不是法律条文，而是利益衡量的初步结论加找到的经过解释的法律条文。”^②

（三）利益衡量的主体是法官

从利益衡量的理论渊源我们可以得知，利益衡量方法主要是针对司法而言，因此，可以说法官是利益衡量的主体。“利益衡量方法将法官上升为社会公共利益和个人利益冲突的协调者和仲裁者。法官通过利益衡量，判断何者利益更为重要，最大可能地增进社会的整体利益。”^③法官适用利益衡量方法，不是单纯地追求法律与案件事实的简单相符，更注重成文法律适用后具体案件争议处理后所取得的社会实际效果。

（四）利益衡量的客体是具体案件中存在的各种相互冲突的利益关系

随着社会关系的复杂化、社会利益的多层化，法官在处理具体案件时，往往面临案件之中存在各种相互冲突的利益关系，主要表现为与案件有关的多种利益均受法律保护，而案件审理的结果只能择一保护，这就要求法官适用利益衡量方法，在充分考虑多方的意见及利益后，选择并决定一种利益衡量的状态。对于利

^①胡玉鸿. 关于“利益衡量”的几个理论问题[J]. 现代法学, 2001, (8): 34.

^②章剑生. 论利益衡量方法在行政诉讼确认违法判决中的适用[J]. 法学, 2004, (6): 48.

^③甘文. 行政与法律的一般原理[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002. 135.

益衡量而言，是在成文法没有规定利益冲突时法官应如何取舍的情况下，根据社会发展及宪法和法律的基本原则来确定何种利益优先或者如何达到利益平衡。

二、利益衡量的价值

利益衡量作为一种法律解释方法，是对现代社会经济发展和社会变迁在司法领域内的反映，是对司法性质及司法功能的再认识，作为一种司法方法亦具有较高的价值。

（一）利益衡量摒弃了法官机械地适用法律的思维，适应社会发展对司法的要求

利益衡量是在否定概念法学的弊端的基础上创造出来的一种法律解释方法。概念法学从其特征而言：独尊国家制定的成文法，排斥习惯法和判例；强调法律体系具有逻辑自足性，不承认法律有漏洞；注重形式逻辑的操作，即强调文义解释和体系解释；否认法官的能动作用，将法官视为适用法律的机械，只对立法者所制定法律作三段论的逻辑操作。这正如自动售货机，从上面投入事实，在其中运用预先设定的所谓法律规定，然后从下面自动出来结论。^①概念法学的机械思维方法虽然强调法官尊重成文法的义务，但也使法官受制于成文法的规定，导致判决脱离社会现实。利益衡量从技术层面提供了价值判断的方法，既立足成文法，又挣脱成文法的枷锁，关注案件各种利益之间的关系，分析各种利益的轻重缓急，找到解决纠纷的具体妥善处理方法。

（二）利益衡量是解决现代社会多种利益冲突的有效方法

首先，现代社会多层利益冲突的发生是必然的。所谓利益，“是主客体之间的一种关系，表现为社会发展规律作用于主体而产生的不同需要和满足这种需要的措施，反映着人与周围世界对其发展有意义的各种事物和现象的积极关系，它使人与世界的关系具有了目的性，构成人们行为的内在动力。”^②按照经济学的观点，各个利益主体必然追求其自身利益的最大化，而由于社会资源的有限性，利益主体不可避免地发生冲突。在利益主体多元化的时代，利益冲突在某种意义上

^①梁上上. 利益的层次结构与利益衡量的展开[J]. 法学研究, 2002, (1): 52-54.

^②马国华. 法理学教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1994. 83.

构成了社会发展的基本内容。其次，立法和司法是解决利益冲突的根本途径。在法治社会，当利益冲突出现时，国家必然要通过有效的方式予以解决，从而保障社会秩序的稳定。而利益冲突的解决途径，除了利益主体之间通过协商、调解等方式解决外，最根本的途径是立法和司法，即通过制定、修改法律及法官的裁判来对权利的冲突进行调整，确定和明晰权利的边界的过程事实上即是利益衡量和价值选择的过程。立法实质上是一个对诸多利益进行衡量、界定、分配和保护的形式，体现一定的价值选择，而司法则是实现立法的价值：“当法官在未规定案件中创制新的规范或废弃过时的规则以采纳某种适时的规则的时候，价值判断在司法过程中会发挥最大限度的作用。”^①

第二节 行政诉讼法上的利益衡量

虽然利益衡量从一开始是作为法律解释方法出现并应用于民商法领域，但由于它具有合理、实用和灵活的特点，其适用已经扩展到公法领域，在我国，利益衡量已作为行政诉讼的一种基本方法。

一、利益衡量在我国立法和司法解释中的体现

（一）行政诉讼法对诉讼中利益衡量的适用作出了原则性规定

《中华人民共和国行政诉讼法》第一条规定“为保证人民法院正确、及时审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权，根据宪法制定本法。”该规定确立了行政诉讼既要保护公民、法人和其他组织的合法权益，又要维护和监督行政机关依法行使行政职权的立法宗旨。虽然行政领域法律关系错综复杂，但最基本的是行政权力与公民权利之间的关系。这一立法宗旨，体现了现代法律兼顾公共利益和个人利益的本质要求，而要在行政审判中体现这一立法宗旨，必须做到正确的利益衡量。

（二）司法解释明确规定行政诉讼适用利益衡量方法

2000年颁布的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若

^① [美]E·博登海默. 法理学—法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译, 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 526.

干问题的解释》第五十六条、五十七条、五十八条、五十九条、六十条对法官在处理具体行政争议时以利益衡量为指导制定了明确的法律依据。这是最高人民法院对行政审判中适用利益衡量的书面规定，具有执行的法定效力。如对被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的，判决确认其违法；对判决撤销具体行政行为将给国家利益或者公共利益造成重大损失的，在判决确认其违法的同时，责令采取一定的补救措施等，这些都是利益衡量在行政诉讼中的具体表现。

二、行政诉讼适用利益衡量的必要性

行政争议系代表国家利益、公共利益的行政机关与代表个人利益的行政相对人之间的纠纷。随着社会的进步，行政争议中的利益冲突更为纷繁复杂，在多种利益只能择重保护的情况下，法官对利益的衡量取舍，不仅关系到行政争议能否妥善解决，而且涉及社会稳定发展的大局，这就使利益衡量适用于行政诉讼成为一种必要。

（一）适用利益衡量是化解社会矛盾的客观要求

马克思主义唯物辩证法认为，事物都是普遍联系的，各种利益也不是相互独立、彼此不相干的，而是错综复杂的。对于行政诉讼而言，法官处理的虽然只是行政争议各方当事人之间的纠纷，但对整个社会的某一部分或全部，都可能产生积极或消极的影响。我国当前处于社会矛盾高发期，各种复杂的利益关系有待立法和司法解决，原因主要是：一、我国仍处于社会主义初级阶段，需要用发展的眼光来衡量各种利益，处理各种纠纷；二、在改革发展的过程中，必然会出现国家、集体、个人不同利益主体之间的矛盾，也会出现多数利益与少数利益、长远利益与眼前利益、整体利益与局部利益之间的矛盾；三、虽然在依法行政原则指导下，行政执法水平不断提高，但仍存在行政违法、程序不规范等问题，引起行政相对人的不满，甚至有些行政争议到了行政诉讼阶段时已是矛盾尖锐、情绪对立。要化解如此复杂的利益纠纷，仅仅机械适用法律是难以取得较好效果的，还须在行政诉讼中深入剖析发生争议的各层利益，对各种利益进行衡量和选择，才能达到定纷止争的法律效果和社会效果。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库