异质利益衡量的公度性难题及其求解*

——以法律适用为场域展开

梁上上

摘　要: 从柏林提出价值多元难题以来,许多学者主张不同利益或者价值之间存在冲突,由于缺乏公度性,异质利益衡量是无解的。在复杂社会中用"价格"等公度性标尺来处理利益冲突是简单化的处理方法,是不可取的。异质利益衡量的求解路径存在于从抽象命题到具体情境的转变中,其在具体案件的法律适用层面是可解的。除了对不同利益本身的内容与形式作透彻分析之外,客观存在的基本共识为妥当的利益衡量提供了合理性论证的坚实基础。人类社会存在基本的法律共识既包括抽象层面上的价值共识,又包括具体层面上的法律制度共识。同时,诉讼程序也为妥当的利益衡量提供了理性保障。通过正当程序规范利益的竞争与选择过程,发挥法官主观能动性,可以获取为社会所接受的优势利益。

关键词: 利益衡量; 异质利益; 公度性; 社会共识; 制度共识; 诉讼程序

利益衡量的过程就是利益不断比较、权衡与取舍的过程。在这一过程中,既可能是同一性质或同一种类的利益之间的衡量,也可能是不同性质或不同种类的利益之间的衡量。就同质利益的衡量而言,可以进行数值上的量化比较,得出的结论较为精确,操作过程较为简单,也容易为大家所接受。但是,异质利益的衡量,却存在困惑: 异质利益可以衡量吗? 如果可以衡量,怎样进行衡量? 其理论基础何在? 可信度如何? 本文将对这些问题进行研究。

一、问题的缘起: 异质利益衡量的公度性难题①

自从柏拉图以来,西方思想传统中占据主导地位的基本信念是: 所有的善不仅和谐共存,而且相互包容[1]。但是,英国哲学家以赛亚·柏林(Isaiah Berlin,1909 – 1997)却提出了一种独特的价值理论。这种理论关注的焦点不是"善"与"恶"之间的不可相容性和不可公度性(Incommensurability,不可通约性),而是"善"与"善"之间的不可相容性与不可公度性。柏林把它视为当代哲学的核心难题[1]。现实中确实存在着许多价值是敌对和冲突的,柏林否认不同的价值发生冲突时总能运用合理标准解决这些冲突。人类拥有的异质而基本的"价值"在终极层面上存在难以调和的冲突。既然有些价值可能本质上是相互冲突的,那么原则上可以发现所有价值都能和谐相处的模式这样一种观念,便是建立在关于世界本质的一种错误的、先验的观念之上[2](P. 49)。选择的需要,为着一些终极价值牺牲另一些终极价值的

作者简介: 梁上上,清华大学法学院教授、博士生导师。

* 本文研究获得"新世纪优秀人才计划"、"全国优秀博士论文基金课题(批准号2007B0)"的资助。

① Incommensurability 一词,有不同的翻译,有人译为"不可公度性",有人译为"不可通约性"。本文译为"不可公度性",主要是因为 inreducible 可译为"不可通约的",而 inreducible 恰恰是 incommensurability 的含义之一。但是,本文基本上把公度性与通约性作同义词来处理。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

需要，就成为人类困境的永久特征[2](P.49)。可以说，柏林的价值多元论难题不是单纯的理论问题，而是现实世界的真实困境。柏林以价值多元难题的形式，指出人类无法逃避在价值与价值之间能做出选择，但价值与价值之间却并不存在相容性和公度性（通约性），因而如何选择，是一个无解的难题。

柏林的这一难题，①罗尔斯回应说，在各种所珍视的价值之间不得不进行选择的时候，我们面临着这些价值孰先孰后的巨大困难，也面临着其他一些困难，而这些困难看起来并没有明确的答案[3](P.342)。克劳德也认为，如果价值是完全不可比的，那么我们就将永远不会有当它们冲突时在它们中间做出决定的任何合理的基础[4](P.50)。

什么是不可公度性（Incommensurability）？有三种不同的意义：1. 利益之间缺少不可比性（incomparability），即不存在利益位阶。如果做出"某一选项比另一选项更好，更坏或者一样好"的结论是错误的，那么两个选项之间不具有可比性。② 不可比性与缺少衡量标尺紧密相关。如果某一群选项中包含一对或多对利益难以比较，按照可比价值来排序是不可能的。③ 对此，拉兹的著名例子是最为妥当的。假设对于如何消磨一个下午的时间有三种选择：一是到公园散步，二是去喝一杯苏格兰威士忌，三是喝一杯波尔多红葡萄酒，那么，就可能面临在无法比较的选项中进行选择的困境。因为，即使能够确定喝一杯苏格兰威士忌要比喝一杯波尔多红葡萄酒要好，也难以判断无论是来一杯苏格兰威士忌还是波尔多红葡萄酒，都没有比去公园散步更好或者更坏。④ 2. 利益之间缺少特定的基本标尺（a cardinal scale）来测量选项之间的具体价值，例如货币标准。这里的衡量标尺不是利益的位阶，而是利益的数值或是比例。⑤ 3. 利益之间的评估程序并不是最好的程序。⑥

的确，在利益衡量的过程中，同样面临形式各异的利益类型。有些利益性质相同，有些利益性质不同，不但存在同质利益的衡量，也存在异质利益的衡量。同质利益的衡量相对容易，可以采取量化手段进行衡量。例如，不同财产之间可以进行利益衡量。不同的 A、B 两张桌子可以进行价值比较，得出 A 的价值高还是 B 的价值高。A 与 B 之间之所以可以进行比较，是因为两者都可以通过所标明的价格体现出来，具有通约性。可见，同质利益之间不存在天然的通约障碍，衡量时比较容易找到某一标准，可以利用数量、价值等参数对它们进行权衡与取舍，最终做出具有可接受性的决断。但是，利益具有多样性与复杂性，不同利益之间呈现出来的好像是不可相容性和不可公度性。而且，同质性的利益也可能转化为异质性利益，更加剧了利益之间的"公度性困境"。

长期以来，关于异质利益衡量的不可公度性问题，研究利益衡量的学者似乎没有引起足够的重视或者仅仅像蜻蜓点水地用一两句话提及。德国学者赫克几乎没有提及这一问题。而日本学者加藤一郎认为这涉及价值判断问题，应该是各个时代的社会状况和占支配地位的价值观[5](P.80)，这可以依据常识做出判断[5](P.81)。而日本利益衡量论的另一倡导者星野英一也认为，异质利益的衡量需要由价值判断（感）作出决定，也应该从常识出发进行积极解释。⑦ 美国学者庞德对异质利益衡量有深入研究，他认为

---

① 与罗尔斯等人不同，德沃金认为司法实践中的疑难案件是存在"唯一正解"的。"唯一正解"指的是，对于司法过程中对立的主张，总有一方可以获得法律上的确断性支持，而不会出现类似没有任何一方得到支持或双方同时得到支持的僵局。该理论依据是，德沃金认为法律是一个圆满的体系，法律没有漏洞。在疑难案件中，法官如果没有明确的"规则"可资裁判，也可以凭借"原则"进行裁判，法律已经提供足以解决一切的依据。See，Ronald Dworkin，*Taking Rights Seriously*，Harvard University Press，p. 279 – 290（1978）.

笔者认为，现代社会的法律存在漏洞是必然的。由于与德沃金观点存在根本分歧，利益衡量的立论基础也就根本不同，所以关于德沃金的唯一正解学说不作论述。

针对德沃金的观点，柏林否定了其唯一正解的可能性。他认为，依靠原则来解决争端"是无效的，而且曾经（并依旧）导致理论上的荒谬与实践上的野蛮后果。"［英］以赛亚·柏林《自由论》，胡传胜译，译林出版社 2003 年版，第 53 – 54 页。

② Mathew Adler，*Law and Incommensurability: Introduction*，146 University of Pennsylvania Law Review，p. 1170.

③ Id.，p. 1171.

④ Joseph Raz，*The Morality of Freedom*，Oxford: Clarendon Press，p. 328（1986）.

⑤ Mathew Adler，*Law and Incommensurability: Introduction*，146 University of Pennsylvania Law Review，p. 1177.

⑥ Id.，pp. 1180 – 1181.

⑦ ［日］星野英一："民法解释论序说"，载星野英一著《现代民法的基本问题》，段匡、杨永庄译，上海三联书店 2012 年版，第 226 页。星野英一的利益衡量思想集中在该论文中。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

不同利益必须放在同一水平上进行比较[6](P. 247)。美国学者博登海默则强调,相互冲突的利益没有一般性的衡量尺度或衡量标准而出现差错[7](P. 398－399);人的确不可能凭据哲学方法对那些应当得到法律承认和保护的利益作一种普遍有效的权威性的位序安排[7](P. 400)。我国学者对异质利益衡量的公度性问题几乎没有涉及,而陈林林、郑金虎都认为异质利益衡量是无解的[8](P. 171)①。

可见,从柏林的多元价值难题到拉兹疑问,从利益衡量经典作家的只言片语到我国学者的语焉不详,似乎可以得出结论: 由于不同种类的利益之间缺少公度性,难以进行利益衡量。也就是说,异质利益之间进行利益衡量是无解的。

现实确实如此吗? 而我认为,该难题在哲学层面上似乎无解,但在法律适用等现实层面是可以求解的。值得庆幸的是,德国学者拉伦茨指出,法益衡量并非单纯的法感,不是一种无法作合理掌握的过程,在某种程度上是遵守若干可具体指称的原则的[9](P. 286)。他的话给异质利益衡量带来一抹曙光、一线希望,但他的简单断语实在不足以支撑异质利益衡量的大厦,需要我们继续努力。

二、异质利益衡量的求解路径: 从抽象命题到具体情境

(一) 异质利益衡量需要澄清的误解

的确,拉兹实例似乎对柏林难题作了很好的注解,具有很强冲击力。但就利益衡量而言,存在许多误解需要加以澄清。

1、法律存在的目的就在于调和各种利益冲突并提供规则支持,利益选择不可避免。现代社会存在着诸多不同性质或种类的利益,不同利益之间也常常存在冲突,某些利益在一定范围内的牺牲也是不可避免的。例如,环境保护问题就存在着诸多两难选题: 环境秩序的建立与国民安全之间、受害人的健康保护与侵害人的权利保护之间的矛盾。所以,法律的目的就在于能够梳理并确认所在社会的各种利益,明确其范围,划定其合理边界以及明确其在社会利益网络中的位置,从而确定对其是否保护、保护的范围和顺序,进而促进或限制某种利益,达到促进社会进步和发展的目的。

2. 利益冲突的性质不是逻辑矛盾,而是事物之间的价值冲突。在人类社会中,不同主体之间的不同利益追求在实现中存在矛盾,但这些矛盾并不是逻辑矛盾,而是事物之间存在的价值冲突。与逻辑矛盾不同,价值冲突存在于两个不同的事物之间,可以在实践过程中加以衡量,运用人类的实践理性对冲突的利益通过比较而加以取舍与选择。这种不同利益之间的取舍与选择,是法律科学本身得以存在的原因之一。人类社会的复杂性、多元性与共存性告诉我们,如果我们一定要用所谓的"可相容性"、"可通约性"等来进行利益衡量,必将使法律变为数学,将科学变为伪科学。换言之,法律科学不是数学,也不是物理学; 法律适用不是进行因式分解,也不是进行分子分母的简化运算。说到底,所谓的通约性问题是"科学主义"②对法律世界的野蛮入侵。

3. 人类的法律实践表明,在法律适用的过程中,对异质利益进行衡量是极为普遍的,甚至可以说,绝大部分案件都涉及不同性质或种类的利益之间进行衡量。不过,这一现象却常常被我们熟视无睹。例如,在侵权法领域,存在大量的异质利益衡量。我国侵权责任法第 31 条③规定的紧急避险就是适例。紧急避险涉及的是利害冲突的情形,是"两害相权取其轻"。这是法律对紧急避险行为承认其阻却违法的理由,这种利益衡量的思想是紧急避险法的中心思想[10](P. 367)[11](P. 523)。类似地,同属于私法范畴的合

---

① 郑金虎"司法过程中的利益衡量研究",山东大学 2010 年博士论文。

② 科学主义将数学、自然科学的方法与态度强行地推广于其他一切领域。在它看来,真理就是对事物必然性(规律)的确信和把握,偶然性意味着无能与无知,科学只接受确定性的东西而排斥不确定性。参见: 章忠民"确定性的寻求与本质主义的兴衰",载《哲学研究》2013 年第 1 期。

③ 我国侵权责任法第 31 条规定,"因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担责任。如果险情是由自然原因引起的,紧急避险人不承担责任或者给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的责任。"而我国台湾地区的"民法典"第 150 条规定,"因避免自己或他人生命、身体、自由或财产上急迫之危险所为之行为,不负损害赔偿之责。但以避免危险为必要,并未逾越危险所能之损害程度危险。前项情形,其危险之发生,如行为人有责任者,应负损害赔偿之责。"

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

同法所规范的合同效力问题，涉及的是双方当事人之间的利益衡量，但也可能涉及社会公共利益的衡量问题。同样，行政法上也存在大量的不同利益之间的衡量与取舍。这些人类社会发展过程中的实践已经为当代社会在法律适用过程中的利益衡量提供了先例、制度基础与宝贵经验。

（二）求解难题的两种路径

对于柏林与拉兹难题的解答，可以从两个不同层面进行回答。

1. 哲学层面上的回答

生活经验似乎告诉我们，如果我们要在冲突的价值之间或可能的选择项之间进行取舍，那么必须事先找出一个能够通约于不同对象之间的取舍标准，或者建立一套绝对的价值等级秩序。

在哲学层面上，构建起一套绝对的价值等级秩序是否可行呢？世界各国的一些学者在不同的领域或者范围做了尝试。其中，美国著名法学家庞德构建的价值等级秩序最具有代表性。他深受植物学的影响，建立了利益纲目列表。在该利益列表中，存在个人利益（individual interests）、公共利益（public interests）与社会利益（social interests）。个人利益是指直接与个人生活有关，而以个人生活的名义提出的要求、需要或者欲望；公共利益是与政治社会有关，而以政治团体的名义提出的要求、需要或者欲望；社会利益是与整个社会的生活有关，而以社会生活的名义提出的要求、需要或者欲望。在这些不同的利益类别下，又存在更具体的利益类型，列举这些利益类别从而形成完整的利益纲目[6](P. 20－244)。庞德认为，在解决某一具体的法律问题时，必须先将争议中相互冲突的利益视为同一类型的利益，然后加以比较。冲突中的哪一利益应该获得保障，哪一利益应该牺牲，应该根据选择何种利益的结果可以使整个利益纲目内的最多数利益获得保障[6](P. 246－251)。但是，现在普通法应该保障的利益的调查和记录的利益是否正确，对于这些利益的分门别类是否妥当，成为许多美国学者批评的目标。① 可见，从哲学层面看，要构建起一套绝对的价值等级秩序确实是不可能的。

是否可以找到一个能够通约于不同对象之间的取舍标准呢？在现代社会，不同利益之间存在冲突是极为常见的现象。事实上，竞争性的社会氛围和复杂的社会结构，造就了复杂的竞争性的价值观念与利益诉求。在这样的社会结构中，人们试图用单一标准来测量不同利益之间的大小。当然，最简单的方法就是采取“通用货币”来进行比较。但是，如果仅仅用货币来对世界上不同的利益进行衡量，就会扭曲这些利益的事物本性与现实价值。“倘用估价钱的眼光来看事物，所见的世间就只有钱的一种东西，而更无别的意义，于是一切事物的意义就被减小了。……都是足以妨碍事物的本身的存在的真意义的。”[12](P. 2) 换言之，不同类别或者性质的多元利益（或价值）的存在，正是丰富多彩的世界的本质要求，也是其实际意义之所在。仅用单一的衡量标准进行度量，会使多彩世界变得暗淡无光或者成为毫无生机的“灰色世界”。所以，采用单一的通约性标准进行利益衡量并不可取。

总之，这种试图构建一套抽象的价值等级秩序的努力还是寻找通约性标准的努力都是无法实现的。柏林对此充满深厚的悲剧性意味。② 我认为，柏林的哲学观在实践中是有害的，价值多元恰恰是人类多彩社会的体现。其实，在哲学层面上，我们并不需要绝对的确定性或者通约性。

2. 生活层面上的回答

与哲学层面上的回答不同，从生活层面来回答拉兹难题，所谓的“难题”就不能称之为“难题”了。对于这个问题的答案，笔者认为，主要取决于当时他想获得什么。如果他当时想出去舒展一下筋骨，就可以去公园散步。如果他想喝红葡萄酒，就去品尝红葡萄酒。当然，他也可以选择威士忌。

---

① W. Friedman, *Legal Theory*, 2nd Edition, London, Steven & Sons, pp. 229－234（1949）; Julius Stone, *the Province and Function of Law*, Harvard University Press, pp. 491－492（1950）. 转引自马汉宝《法律思想与社会变迁》，清华大学出版社 2008 年版，第 168－169 页。

② 豪舍尔指出：无可否认，在他（柏林）对人和人生需求的认识中，确实有一种强烈的悲剧因素：人类实现的大道，有可能彼此交汇和彼此阻碍，一个人或一个文明，为铺设一条完美的人生之路而追求的最受珍爱的价值或美，有可能陷入致命的相互冲突；结果是对立的一方被消灭和绝对无法弥补的损失。以赛亚·柏林《反潮流：观念史论文集》，冯克利译，译林出版社 2002 年版，豪舍尔《序言》第 47 页。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

这一问题可以从经济学的“效用”原理获得很好的解释。假定一个农民某年产生了五袋粮食,他要安排这五袋粮食的用途。他一定是按照重要性从大到小的顺序安排。第一袋,用于吃,这对他最要紧;第二袋,用于增强体力与精力;第三袋,用于酿酒,因为他要喝酒;第四袋,用于养家禽,因为他要吃肉,但是吃肉没有酿酒重要;第五袋,用于养鹦鹉[13](P. 17-18)。经济学把商品能够满足人的主观愿望的东西,叫效用。① 它存在边际效用递减的规律。边际效用递减是个公理,不能证明,但可以说明[13](P. 18)。从这一角度看,其实所谓的哲学上难题也是可以说明的,但是无法证明。但是,无法证明并不意味着该原理不存在,不可行。“不能证明但可以说明”恰当地指出了自然科学与社会科学的学科差异。

(三) 求解难题的路径转换: 从抽象命题到具体案件

确实,现代社会是利益多元的社会,利益衡量需要面对的利益是纷繁复杂的,既有同质利益的衡量,又有异质利益的衡量。同质利益的衡量相对简单,因为不同利益之间具有可公度性,而异质利益的衡量就较为复杂,因为没有所谓的通约性,进行利益衡量的难度较大。就利益衡量在法律适用中的应用而言,价值多元难题是否可解呢?

我认为,异质利益衡量是可解的,如果认为异质利益之间难以进行衡量的观点是错误的。从柏林价值多元难题到拉兹疑问,都存在两种不同的求解途径,得到的答案是不同的。这是因为,哲学难题与生活难题是不同的,存在于两个不同的层面上。哲学难题是抽象意义上的难题,而生活难题却是存在于具体情境之中的。一个抽象意义上的价值多元难题在哲学上似乎是冲突的、矛盾的、无解的,但是只要与具体的生活场景联系起来,却是可解的。换言之,不论是柏林还是拉兹,他们揭示的是抽象层面或者哲学层面上的价值多元与利益衡量难题。但这其实可能只是学者想象中的抽象意义上的难题。正如生活难题所揭示的那样,当这一抽象命题转化为具体命题时,可能在不经意之间已经迎刃而解了。例如,千百年来,学者之间就“先有鸡还是先有蛋”的问题争得面红耳赤,永远无法达成一致意见。但是,当我们面对一只威风凛凛的大公鸡时,或者面对一只刚产下鸡蛋还在咯咯叫的老母鸡时,“先有蛋还是先有鸡”的疑问早已经荡然无存了。其实,在实践层面上的异质利益衡量的难度并我们没有想象那么大,并不是无解而是可解的。

就异质利益的衡量而言,其发生在“法律适用”领域,我们面对的并不是抽象的世界,而是具体的案件。某一具体的案件,都是发生在一定的时间、地点的具体事件。不但如此,这一具体的事件都有具体的法律制度背景与社会情境,并受到它们的影响。例如,在近代社会,私法的典型特征是从形式上对民事主体作平等的保护,追求的是形式正义。在现代社会,私法虽依然坚持以形式正义为基础,却朝着实质正义不断进发,实质正义正发挥着越来越重要的作用。从更一般的意义而言,私法正在通过对特定群体的利益的保护,实现着其社会国家的使命。这种保护,起初是对雇员的保护,后来延伸到对房屋承租人的保护,最近涉及到对消费者的保护,目前还触及到金融消费者。就具体的案件而言,对不同的价值进行具体的判断是法官无法回避的问题,是必须加以回答的问题。所幸的是,此时的利益衡量无需解决哲学问题,只需解决实际问题。也就是说,针对具体案件,结合具体的案件背景,法官进行价值或者利益上的取舍是完全可以做到的,可以确定何种利益应该获得优先保护的。

需要注意的是,在法律适用中,随着具体案件所赖以存在的时空背景的转变,不同利益之间的位阶可能会发生一定程度的改变。例如,在通常情况下,人的生命属于最高利益。但在激烈斗争的抗日战争的正义战场上,保护国家的利益要高于敌人的生命与财产的利益。② 对此,莫言也认为“悲悯,是有条件的”[14](序言P. 4)。这种改变直接对具体案件的利益衡量产生重大影响,造成法官作出的裁判结果因时空

① 效用是从商品与人的关系中产生的,而不是商品内在的因素。这是一种主观价值,不同于客观价值。主观价值是商品与人的福利的关系,客观价值是商品与它的机械性或技术性成果的关系。边际与边际效用递减规律产生了经济学革命。

② 微音“难忘的毙敌场面”,http://www.ycwb.com/gb/content/2002-03/19/content_332622.htm。微音,原名许实,曾任《羊城晚报》总编辑,1989 年离休。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

背景的不同而有所不同。当然,这也是法律适应性的体现。

(四)小结:异质利益衡量的公度性难题存在求解路径

异质利益在抽象(哲学)层面是难以衡量的,但在现实层面却是可以衡量的。异质利益在哲学层面无法衡量,是因为哲学方法无法给出令人信服的价值排序。换言之,人的确不可能凭据"哲学方法"对那些应当得到法律承认和保护的利益作出一种普遍有效的权威性的位序安排。然而,这并不意味着法理学必须将所有的利益都视为是位于同一水平上的,亦不意味着任何质的评价都是行不通的[7](P.400)。法律适用的现实表明,异质利益之间进行衡量具有普遍性与必然性,也具有可能性与可行性。异质利益在法律适用层面可以衡量,是因为现实社会具有衡量异质利益的相应条件。

当然,妥当的利益衡量,除了对不同利益本身的内容与形式作透彻分析之外,还需要建立在:(1)基本共识之上。人类社会存在基本的法律共识,为异质利益衡量提供了合理性论证的基础。这些法律共识既有抽象层面上的价值共识,又有具体层面上的具体规则;(2)妥当的程序之中。通过正当程序,规范利益衡量的过程,选择可接受的优势利益。这样,异质利益的衡量结果是可以接受的。

三、异质利益衡量的价值基础:存在基本的社会共识

人类生活总是在社会共同体中进行的。社会共同体应该建立和维持一致内外部条件,使所有共同体成员能够给予那些确定他的成员身份的条件,尽可能好地生活,这是社会共同体的利益所在,也是伙伴关系的原则所要求的[15](P.47)。所以,虽然不能说存在绝对的固定的价值秩序,但是不同的利益或者价值之间还是存在基本的共识的。这些规律主要既包括法律适用中需要遵循的法秩序上的基本价值,也包括作为客体的利益本身的位阶秩序,还包括法律主体行使权利需要遵循的基本行为规范。这三组规律协同发展、相互制约,构成异质利益衡量的价值基础。具体论述如下:

(一)基本价值的社会共识

生活在同一时代、同一社会的人们总有某种共同的价值追求,甚至生活在不同时代、不同社会的人们也会有某种共同的价值标准[16](P.256)。法律价值是一个由多种因素构成、以多元形态存在的体系。

自由、秩序、正义与效率是法律的四大基本价值。① 每一价值都有各自不同的内容所构成。就自由而言,有积极自由与消极自由之别。积极自由就是"自己依赖自己,自己决定自己",即从事"……"的自由(be free to do …);而消极自由是不受他人的干涉和限制,即免于"……"的自由(be free from …)。而且,自由在公法上与私法有不同的内容。在公法上,防止国家对人们的自由进行干预,对抗国家干预。在私法上,除非有充分理由干预,当事人意思自治应该得到尊重。通过不规定强制性规定或者科以其他控制,以及通过不对人们的合法交易施加不必要的形式上或者程序上的限制,从而保护自由。同时,通过提高人们办事的能力,从而促进自由。就秩序而言,人类的这种(秩序)倾向乃深深地植根于整个自然结构之中,而人类生活则恰恰是该结构的一个组成部分[7](P.220)。秩序意味着在自然进程与社会进程中都存在着某种程度的一致性、连续性和确定性。相反,"无序"则意味着关系的稳定性和结构的一致性出现模糊并消失;行为的规则性和进程的连续性被打断;偶然的、不可预测的因素渗透到了社会生活之中,从而使人们失去了信心与安全感。当无序状态发生时或将要发生时,人类必须采取措施去保护受到危害的秩序。就正义而言,它具有普世性价值。法是实现正义的手段,法的价值在于实现正义。正义要求确保相同情况获得相同对待,不同情况不同对待。② 它不允许利用他人的弱点与不幸,不能从不当行为中获得好处,应当对恣意的行为负责等。就效率而言,不但要提高当事人之间从事交易获得的效率,也应当提高广泛参与公众的整体利益。它不但要求减少实质性限制,也要求减少形式性限制,还要求减少程序性限制。

① 自由、秩序、正义与效率,从不同的角度有不同的认识。有人认为是基本原则,有人认为是法律的宗旨,有人认为是法律的目标,有人认为是实现终极目标的手段。当然,从不同的角度进行解读都是值得尊重的,但本文主要是从法律价值角度对此进行分析。

② H. L. A. Hart, *the Concept of Law*, Oxford University Press, p. 155(1961).

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

需要注意的是,在具体的待决案件中,这些不同的价值之间可能存在冲突,在价值位阶上会出现上下浮动。正义,在某些情况下可能会让位于秩序。反过来,秩序的价值必须与正义观念之间保持一定的平衡。自由,尤其是合同自由,有时也会受到正义价值的限制。例如,法律可能为避免就业歧视而对合同自由作某些限制。而且,某一价值自身内部也可能存在冲突。例如,免受歧视的自由限制了他人的歧视自由。又如,正义所要求的平等对待与保护弱者之间也可能发生冲突。另外,不同价值之间也存在相互重叠的可能。许多法律规则可以在多个不同价值之下进行解释。例如,有的规则既可以在合同自由的价值之下获得解释,也可以在合同正义的价值之下进行解释。可见,价值不能绝对地、僵硬地适用。

(二) 利益位阶的社会共识

1. 不同类型利益之间的位阶

作为利益衡量对象的利益,不同利益之间的位阶存在以下基本共识①:

(1) 生命利益大于健康利益。康德说,在整个自然中,不论山河大地植物动物,没有一种事物能够有理由让人把它们看作目的,人类是地球上一切其他自然物都与之相关的"那个自然最后目的"。[17](P. 287) 自然不论安排得如何巧妙,无论符合什么样的生命目的,如果没有人类,自然就毫无意义。在这个仅仅作为道德主体的人之中,才能找到在目的上无条件的立法,因而只有这种立法才能使人有能力成为终极目的,全部自然都是在目的论上从属于这个终极目的的[17](P. 294)。生命利益是不可让与的,也是不可放弃的。生命权就是以自然人的生命安全利益为内容的人格权,以自然人的生命为客体,以自然人的生命活动延续为基本内容,其保护的对象就是生命活动能力。健康权利是附属于人的生命的,没有生命就没有健康。所以,生命利益应该大于健康利益。

(2) 健康利益大于财产利益。健康利益在法律上可以通过健康权与身体权体现出来。健康权是自然人以其机体生理机能正常运转和功能完善发挥,以维护人体生命活动的利益为主要内容的人格权。侵害健康权,会造成人体机能不能充分发挥作用。例如,致人残疾、致人身体损害等。身体权是自然人维护其身体构成部分的完整并支配其肢体、器官和其他组织的人格权。② 健康利益本身就是人身的构成部分,与人身密不可分,也与人的尊严、与人体面地健康生活联系在一起。相反,财产虽然与人身利益有密切联系,但本身并不构成人身的一部分。在法律关系中,自然人处于主体地位,而财产处于客体地位。③ 所以,"用金钱去换取健康"的生活现实告诉我们,健康利益大于财产利益。

(3) 生命利益之间不分高低。在紧急避险中,对紧急避险行为与损害威胁之间进行利益衡量时,避险行为所造成的损害不应该超过危险所致的损害。例如,甲乙两人同时遇到海难,浮板只能提供给一人使用,甲与乙抢取同一块浮板,甲抢到浮板而得救,乙却因体力衰竭而死亡。在这一"卡尼阿德斯"浮板案中,由于甲乙两人均为生命利益,不分高低,不产生紧急避险中的"利益逾越"问题。④ 在这里,因紧急

① 本文在这里的用词是"基本共识",这些共识是社会生活最基本的共识,并没有囊括所有的利益类型。本文不打算对所有的利益类型进行位阶上的排序,这既是不现实的,也是不需要的。这是因为社会生活中的利益并没有固定的位阶。但是,最为基本的共识依然是存在的,恰恰是这四个最为基本的共识为具体案件中的利益衡量提供了坚实基础。

② 侵害健康权与侵害身体权的差异在于,侵害健康权主要是指影响身体机能的发挥,侵害身体权主要是指因侵权行为影响身体完整性和肢体功能发挥。奚晓明主编《<中华人民共和国侵权责任法>条文理解与适用》,人民法院出版社 2010 年版,第 125 页。

③ 一般认为,人的身体不得成为权利的客体。随着科学技术的发展,这一观念正接受挑战,如器官移植、捐血。但是,这些不能强制执行,以维护人的价值与尊严。梁慧星《民法总论》,法律出版社 1996 年版,第 83 页。

④ 根据德国刑法第 35 条的规定,这属于紧急避险。但是,这种紧急避险行为不是一种合法事由,而只是一种宽宥事由(entschuldigt)。与此不同,不论根据德国民法典第 228 条关于防御性紧急避险的规定,还是德国民法典第 904 条关于攻击性紧急避险的规定,其避险行为都是合法行为。〔德〕迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 130 – 131 页; 黄立《民法总则》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 525 页。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

避难而实施的侵害行为，可以阻却违法，既不受刑事处罚也不承担损害赔偿责任。①

(4) 财产利益之间按照价值大小区分高低。例如，如果一颗摇摇欲坠的老树倒下有可能会砸坏邻居家的玻璃花坛，那么是否可以采取措施以避免危险呢？对这类物采取措施必须是为了防止危险才是允许的，而且由此给所有权人造成的损失不许与危险可能造成的损失“不成比例”。如果应该避免的损失较所有权人以此遭受的损失相比较小，则对物所采取措施是不允许的[10](P. 367)。总之，为使自己或他人免于遭受他人的物所引起的急迫危险而毁损或破坏他人的物的人，如果毁损或破坏为避开危险所必要，而且损害并非与危险不相当，则不构成不法行为，行为人无需对此承担赔偿责任。

2. 不同主体之间的利益位阶

在现代社会，弱者利益应该获得制度性的特别保护是正义的体现，具有越来越重要的意义。不论公法还是私法都是通过这种对特定群体的利益的保护，实现着其社会国家的使命。在公法领域，国家为生活贫困者提供最低生活保障，为残疾人提供一定的福利保障。在私法领域也是如此。例如，消费者权益保护法就为消费者利益而提供了特别保护。根据我国的法律规定，消费者是以生活消费为目的而购买商品、获得服务的人。他们与经营者相比，在资金、知识、信息获取等方面存在不足，处于弱者地位。又如，在劳动法领域，劳动者相对于企业主而言，也处于弱者地位，需要在订立劳动合同、履行劳动合同等方面给予一定的特殊设计。再如，与医院相比，病人地位也是处于弱者地位，处于易受侵害的地位，在医疗合同上需要对他们做特别保护。②

与其他国家不同，中国还涉及特殊企业的利益保护。虽然我国现行公司法是遵循“不同类型企业一体保护”的原则制定的，废止了“按照所有制区分不同地位、分别保护”的制度。但在实际生活中存在悖论，一方面，国有企业比民营企业具有更多资源优势；另一方面，国有资产的保护极为脆弱。这是由于国有企业容易成为被侵害的对象，国有资产流失成为中国特别严重的问题，需要对国有企业资产转让等方面做特别的规定。③ 这些特别规定，既包括实体方面也包括程序方面的规定。

这方面的典型案例是，巴菲特投资有限公司诉上海自来水投资建设有限公司股权转让纠纷案[18](P. 487以下)。在该案中，被告上海自来水公司以董事会决议的方式将其持有的 16 985 320 股光大银行法人股以 28 365 484.40 元价格委托上海水务公司出让，第三人金槌公司受水务公司委托以 52 654 492.00 元价格将该股份拍卖给原告巴菲特投资公司，造成国有资产严重流失(52 654 492.00 - 28 365 484.40 = 24 289 017.60 元)。上海市第二中级法院在一审判决中认为，根据《企业国有资产监督管理暂行条例》第 13 条的规定，国务院国有资产监督管理机构可以制定企业国有资产监督管理的规章、制度。根据国务院国资委、财政部制定实施的《企业国有产权转让管理暂行办法》第 4 条、第 5 条的规定，企业国有产权转让应当在依法设立的产权交易机构中公开进行，企业国有产权转让可以采取拍卖、招投标、协议转让等方式进行。上海市人民政府制定的《上海市产权交易市场管理办法》也有类似规定。法院

① 但是，杀人能否适用“减小损害”原则存在争议。提出这个问题的最著名的案例是 Regina v. Dudley & Stephens 案。在一次风暴之后，达德利、斯蒂芬斯、布鲁克斯和一位十几岁的孩子坐在一艘无蓬的救生船上漂流。20 天后，粮食断绝，达德利和斯蒂芬斯杀掉当时孤立无援的孩子。幸存者们靠吃孩子的肉而生存下来，4 天后他们被搭救出来。美国学者贝勒斯认为，有充分理由可以用“减小损害”为其辩护。减小损害原则为，如果人们合理地认为，其行为可有效地避免更大的损害、不存在损害更小的方法，以及其行为的目的是避免更大的损害，则他们不应当负刑事责任。参见，[美] 迈克尔·D·贝勒斯《法律的原则——一个规范的分析》，张文显、朱卫国、黄文艺、宋金娜译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 388 - 391 页。但是，改写于该案与 1842 年 U. S v. Holmes 案的是著名的“洞穴奇案”。针对该案，基于不同的法学流派，得出了 14 种不同的法官意见书。具体参见 [美] 彼得·萨伯《洞穴奇案》，陈福勇、张世泰译，生活·读书·新知三联书店 2012 年版。

② 例如，《欧洲示范民法典草案：欧洲私法的原则、定义和示范规则》第 4.3—8：104 条规定：(1) 医疗服务提供人具备相应的技能和注意的义务，尤其要求医疗服务提供人为患者提供一个理性的医疗服务提供人在既定情况下所应具备的技能和注意义务。(2) 医疗服务提供人缺乏以相应技能和注意为患者治疗所需要的相应经验或技能的，必须将患者转移给能够胜任的医疗服务提供人。(3) 当事人不得为损害患者的利益而排除本条规定的适用，也不得减损或变更其效力。欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著《欧洲示范民法典草案：欧洲私法的原则、定义和示范规则》，高圣平译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 262 页。

③ 其实，我国还存在着侵害私营企业利益的行为，私人企业不能获得与国有企业“一体保护”的地位。虽然我国现行公司法已经确立了这一原则，但在实际生活中却存在诸多“玻璃门”现象。由于该问题与本文主题无关，本文不予讨论。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

认为,规定企业国有产权转让应当进场交易的目的,在于通过严格规范的程序保证交易的公开、公平、公正,最大限度地防止国有资产流失,避免国家利益、社会公共利益受损[18](P. 491)。企业未按照上述规定在依法设立的产权交易机构中公开进行企业国有产权转让,而是进行场外交易的,其交易行为违反公开、公平、公正的交易原则,损害社会公共利益,应依法认定其交易行为无效。上海高院维持一审判决。

(三) 行为规范的社会共识

一般地,权利行使遵循自由行使的原则,公民和法人可以根据自己的意志实现属于他们的民事权利。① 但是,19 世纪末以来,法律的中心观念,已经由个人转向社会。法律的终极目标,不全在保护个人之自由与权利,整个社会的发展与人类之生存,也需要同时兼顾。在私法领域,随着社会的发展,对权利行使之绝对原则进行修正,认定权利行使应受一定限制,为现代民法之基本原则[19](P. 251)。现代各国法律,莫不对权利行使设有一定的限制。不过,对权利行使的限制,应当有正当理由,并且有一个合理的"度"。说到底,权利自由行使是根本性;而对其限制是外部的,只是修正性。②

对权利行使的规范,主要体现为:需要遵循诚实信用原则、权利不得滥用原则、不得违反公序良俗、不得损害社会公共利益。诚实信用是权利行使应遵循的基本原则。该原则从存在之日起,其适用范围不断扩大,不仅适用于合同履行,也适用于合同解释。③ 现在,该原则已经适用于一切权利的行使与一切义务的履行。④ 与诚实信用原则不同,禁止权利滥用要求权利行使不得以损害他人为目的。⑤ 这意味着,权利行使有一定的界限,超越正当的界限而行使权利,就可能构成权利滥用。法律行为不得违反公序良俗(即公共秩序与善良风俗)⑥、不得损害社会公共利益也是现代社会的基本行为准则。这两个原则在许多国家(地区)的法律中都有明文规定。⑦ 同样,我国民法通则第7条也规定,民事活动应当遵守社会公德,不得违反社会公共利益。

这四项基本的行为规范具有以下特点:(1) 从其存在方式看,它们都属于一般条款。一般条款具有模糊特质,一方面是它们内涵或外延不明确,给法律适用的安全性带来困扰;但另一方面,恰恰是模糊性带来了灵活性,使法官可以从容地面对不断变迁的社会现实,增强法律的适应性。(2) 从规范性质看,也从补充当事人意思的任意性规范转变为强行性规范。当事人不能以约定排斥其适用,而且法院可以直接依职权加以适用,无需当事人的援引。这是因为,该原则将道德规范与法律规范合二为一,同时具有法律调节与道德调节的双重功能,使法律条文具有很大的弹性,法院享有较大的裁量权。(3) 从内在构造看,权利自由行使是基本原则。但是,权利行使应该受到限制。从个人与个人的关系看,权利行使应该遵循诚实信用原则,而且权利不得滥用。诚实信用与禁止权利滥用构成权利行使的正反两方面限制,共同成为权利行使的原则。从个人与社会的关系看,权利行使不得违反公序良俗与损害社会公共利

---

① 一般地,权利自由行使是无需在民法典中用法律条文表达的公理性原则。但俄罗斯民法典却有明文规定。参见《俄罗斯联邦民法典》,中国大百科全书出版社,黄道秀、李永军、鄢一美译,1999 年 2 月第 9 条第 1 款,第 6 页。

② 关于权利行使的限制,有两种不同的学说:一种认为是内部限制,另一种认为是外部限制。笔者赞同外部限制说。

③ 我国合同法第 6 条规定"当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则";该法第 125 条第 1 款规定"当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。"

④ 我国民法通则第 4 条规定"民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。"

⑤ 1900 年的德国民法典第 226 条首先作出规定,其他国家民法典纷纷仿效。从此,禁止权利滥用原则在民法中获得确立。

⑥ 关于公序良俗与社会公共利益的关系,有人认为我国民法通则第 7 条规定的"社会公共利益"及"社会公德",在性质和作用上与公序良俗原则相当"社会公共利益"相对于"公共秩序",而"社会公德"相对于"善良风俗",其法律用语并不规范。参见梁慧星《民法总论》,法律出版社 1996 年版,第 45 页。但是,我认为"社会公共利益"应为独立一项,而"社会公德"却与"公序良俗"相当。从利益衡量的角度看,社会公共利益可以与公共秩序存在交叉。

⑦ 关于不得违反公序良俗原则,法国民法典第 6 条规定,任何人不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗之法律。参见《法国民法典 民事诉讼法典》,罗结珍译,国际文化出版公司 1997 年版,第 1 页;《德国民法典》第 138 条第 1 款规定,违反善良风俗的法律行为无效。参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社 2006 年版,第 47 页;《日本民法典》第 90 条规定,以违反公共秩序或善良风俗事项为目的的法律行为,无效。参见《最新日本民法》,渠涛编译,法律出版社 2006 年版,第 24 页;我国台湾地区"民法典"第 72 条:法律行为,有背于公共秩序或善良风俗者,无效。关于不得损害社会公共利益原则,日本民法典第 1 条第 1 款规定,私权必须适合公共福祉。我国台湾地区"民法典"第 148 条第 1 款规定"权利之行使,不得违反公共利益。"这是我国台湾地区 1985 年民法总则修正后所增加的条款,其修正的理由是"惟不得违反公共利益乃权利社会化之基本内涵"。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

益。但是,这两个层面不是截然分开的,权利滥用有时也会损害社会公共利益。(4)从规范具有的功能看,以诚实信用原则为例,其主要的机能有:指导当事人行使权利履行义务的功能,解释、评价和补充法律行为的功能,解释和补充法律的功能,以及修正、创设法律的功能。① 其实,这些基本原则都具有类似的功能。当然,不同的一般条款虽然具有共同性,但也有不同性。例如,禁止权利滥用的机能与诚实信用的机能是不同的。禁止权利滥用而言,结合具体案例适用时,可以使权利内容与范围更为明确,也能达到使权利行使范围缩小化的效果。② (5)在法律适用时,需要对法律实务中出现运用这些行为规范的案例进行总结,加以具体化与类型化。但是,这些行为规范的魅力恰恰是其模糊性与相对确定性、适应性。过于清晰,反而会毁损其应用价值,只要能保持相对确定性,保持其开放性是很有必要的,留给法官一定的自由裁量权是符合立法原意的。由于具体案件的复杂性,以及案件赖以存在的社会情境的复杂性,有时会出现法律适用上的两难性,既可以适用诚实信用原则,也可以适用禁止权利滥用原则。这也是正常的,既可以选择适用,也可以双重适用,只要与待决案件相协调就可以了[20](P. 407 – 408)。

需要注意的是,经常遇到的问题是当两种不同的权利冲突时,如何选择?也就是说,两种不同的"善"与"善"之间有优劣之分吗?例如,当言论自由与名誉权冲突时如何处理?笔者认为:(1)这其实只是权利的边界划分或者边界冲突问题。虽然不同的"善"与"善"会发生冲突,但并不是核心内容的冲突,而是外延、边缘上的冲突。(2)冲突是发生在权利的行使过程中,包括作为与不作为,没有行动就没有冲突。也就是说,"善与善"的选择是在运动状态中发生的,静止状态不会发生"善与善"的选择。(3)权利冲突表现为,权利方的过度行使突破了其应有的边界,造成了侵权。(4)这种权利的"不当行使"主要是权利行使的"范围"与"程度"的过度,是权利的"行使方式"使权利行使本身发生了"量变到质变",从权利行使变为侵权行为。也就是说,从"善"转化成了"恶"。所以,实际上,这已经不是"善与善"的选择而是"善与恶"的选择。

这种权利冲突可能表现为权利人构成侵权。这方面的典型例子是李海峰等诉叶集公安分局、安徽电视台等侵犯名誉权、肖像权纠纷案。该案为言论自由与隐私权(或名誉权)的冲突。法院认为,"公安机关在向新闻媒体提供侦破案件的相关资料,供新闻媒体用于新闻报道时,应尽谨慎注意义务以保护他人合法权益。未尽此义务导致他人名誉权受到侵犯的,应承担相应的民事责任。公安机关侦查行为的合法性、配合新闻媒体进行法制宣传的正当性以及新闻媒体自身在新闻报道中的过失,均不构成免除公安机关上述民事责任的法定事由。"③

另外,这种权利冲突也可以表现为权利人因权利滥用而不受保护。例如,在建筑物拆除案中,上诉法院认为,"被上诉人所有4栋楼房占有系争土地,宽仅2公尺余,长则约20公尺,有勘验笔录足凭。参诸上诉人提出之现场照片,如将该建筑物占有系争土地部分(即各10至13平方公尺地上建筑物)拆除,势沿其面向道路部分包括屋柱与隔邻之墙壁垂直切割拆除,必影响全栋建筑结构体之安全。上诉人主张,仅拆除阳台,与安全无涉,不足采信。系争土地地目为道,由上诉人收回,亦不能作为建筑用地,或作其他有经济效益之用途。被上诉人辩称,上诉人之请求为权利滥用云云,自属可取。"④显然,在本案中,法院是根据财产利益之间的大小来进行利益衡量的。由于已建成之建筑物的利益大于系争土地的所有权人的利益,致使法院认为上诉人(即土地所有权人)是滥用权利,驳回其诉讼请求。可见,在具体

① 关于修正、创设法律的功能,有两种不同的学说。肯定说认为,诚实信用原则不仅具有补充法律漏洞的功能,而且有修正现行法的功能。否定说认为,诚实信用原则仅有补充法律漏洞的功能,没有修正现行法的功能。参见梁慧星《民法总论》,法律出版社1996年版,第259页;林诚二《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社2000年版,第9 – 10页。

② 有人认为,禁止权利滥用的机能主要有侵权行为机能、权利范围明确化机能、权利范围缩小化机能以及强制调停机能。参见林诚二《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社2000年版,第10 – 12页。

③ 资料来源"李海峰等诉叶集公安分局、安徽电视台等侵犯名誉权、肖像权纠纷案",载《中华人民共和国最高人民法院公报》2007年第2期。

④ 1990年台上字第2669号,民事裁判书汇编第2期。转引自黄立《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第506页。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

案件中进行异质利益衡量时,法律价值或者利益评价机制会不断渗入。这些价值渗透往往会以行为规范或裁判规范的方式进入。也就是说,法院可以通过“禁止权利滥用”或侵权的行为规范强行介入,判决不当行为人承担相应的民事责任。

总之,权利自由行使的两面性,正如法国 1789 年的《人权宣言》第 4 条所言,“自由在于每个人都能做不伤害他人的事。”也就是说,每个人对自己自然权利的行使,仅以社会上的其他成员也能享受同等权利为界。在一个社会中,一个人的自由不能以另一个人的自由为代价,必须遵守诚实信用、权利不得滥用、不得违反公序良俗以及不得损害公共利益的基本行为规范。

(四) 小结: 利益衡量需要的是社会共识,不是公度性

利益衡量在法律适用的展开过程中,是存在法律共识的。这种共识是人类社会对法律秩序的共识,是抽象的共识,体现为自由、秩序、正义与效率等价值共识,也体现为对利益位阶的基本共识,还体现为人类基本行为规范的共识。其内在的逻辑结构是,法律调整的是人与人之间的关系,既涉及人的行为,又涉及行为指向的对象。利益位阶反映的是法律关系客体——利益之间的关系; 而行为规范反映的是法律关系内容——权利行使。利益位阶共识与行为规范共识统一于基本的价值共识之中。正是这种最基本的社会共识,而不是异质利益之间的公度性,为利益衡量提供了最坚实的基础。

四、异质利益衡量的规则基础: 存在具体的制度共识

一个法律制度由法律理念与具体规则共同组成[21]。法律理念是该制度的法律目的、社会功能、制度利益等,通常借助于一般性条款呈现出来。而具体规则是在该制度理念指引下的具体规定,如违约责任的规定、侵权责任的构成要件等。从利益衡量的角度看,立法过程的实质是不同的利益主体之间争夺利益的过程。随着立法工作的完成,不同利益群体所争夺的利益结果固定为某一具体法律制度的制度利益[21]。这一制度利益是立法者经过立法程序确立的,承载着该法律的价值与目标,法官在具体案件的裁判过程中应该加以遵守,除非该制度所体现的制度利益已经违反了社会公共利益[22]。不论是制度利益还是社会公共利益都对利益衡量产生了重要影响。

利益衡量是法律适用过程中的衡量,某一法律制度中的制度理念与具体规则自然会对其产生直接影响。本文以财产利益之间的衡量为例,根据法律制度是否允许以通约性为标准进行利益衡量,分不同情况进行讨论:

(一) 法律制度允许以公度性为基础的利益衡量

有些不同的财产利益之间,由于它们之间具有天然的公度性(通约性),可以进行利益衡量。最常见的可行办法是,通过价值的大小比较完成利益衡量。例如: 1 张桌子价值 2 000 元,1 把椅子价值 500 元,通过数值的比较发现 2 000 元 > 500 元,所以,得出结论是 1 张桌子的价值更高。

以价值通约性为基础的比较,在法律适用上的适例是共同海损。共同海损,是指在同一海上航程中,船舶、货物和其他财产遭受共同危险,为了共同安全,有意地合理地采取措施所造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。① 也就是说,当自然灾害、意外事故或者其他特殊情况危及了船舶和货物的共同安全时,若不及时采取措施,则船舶和货物就有灭失或损坏的危险,为了使船舶、货物或其他财产免遭损害而作出的物质上的特殊牺牲或者费用上的额外支出,可以列为共同海损。在共同海损中,船长可以有意地采取措施造成船舶或货物的损害。例如,当船舶遭遇触礁、搁浅等海难事故时,船长为了使船货免遭沉没危险,或为了使其重新起浮而将部分货物抛弃,则被抛弃货物的货主可以向船方和其他货方请求分摊共同海损。又如,为了避免因船舶触礁、沉没或者火灾导致更大的损失,船长有意搁浅,主动将船舶驶往浅滩或者将其凿沉在浅水区。只要这种搁浅是为了船货或者其他财产的共同安全,则由于有意搁浅所致的船货或其他财产的损失,均可以作为共同海损。但是,船长采取的措施应当是合理的,是以最小的

① 参见我国海商法第 193 条。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

牺牲换取船货安全最大效果的措施[23](P. 304)。当然,共同海损措施涉及的问题会非常复杂,不但涉及船舶,也涉及货物,不但涉及货物的重量,也涉及货物的体积,不但涉及风浪与天气变化,也涉及火灾等事故。可见,这就是一种利益衡量,以最小的损失换取最大的利益。

(二)法律制度不允许以公度性为基础的利益衡量

在同质利益的衡量中,并不一定是按照价值的数量大小来比较的。或者说,大量案件中存在的并不是简单的"量"上的比较,而是"质"的比较。也就是说,按照法律背后所蕴含的价值做出选择,这一价值选择通过制度利益体现出来。在同质利益衡量的过程中,制度利益扮演重要角色。

1. 普通同质利益的衡量

有时,需要加以衡量的利益的性质是相同的,但是法律制度不允许根据通约性来进行利益衡量。

在合同法领域,当出卖人就同一普通动产订立多重买卖合同,在买卖合同均有效的情况下,买受人均要求实际履行合同的,哪一买受人可以取得该动产的所有权?根据我国买卖合同司法解释第 9 条的规定,应当按照以下情形分别处理:(1)如果有一方已经先行受领交付该动产,则其取得所有权;(2)如果各买受人均未受领交付,则先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的,应予支持;(3)如果各买受人均未受领交付,也未支付价款,则依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的,应予支持。①

这一多重买卖合同涉及的都是债权,按照债权平等的原则,根据同质利益的通约性规则,不同买受人之间似乎应当按照其债权比例来请求交付。显然,这种方法并不可取。那么,合同法司法解释为什么采取这样的顺序呢?这里是因为涉及不同的规则基础:(1)法律已经确立的一般规则是:普通动产标的物的所有权自标的物交付时发生转移。② 所以,如果某一买受人已经受领该动产,该动产所有权已经发生了变动,出卖人失去了该物的所有权,而他取得了该标的物所有权。(2)在各买受人都没有受领交付时,该物的所有权依然为出卖人所享有,所有的买受人均未取得所有权。哪一方买受人的利益更值得法律保护呢?如果某一买受人已经支付了价款,这意味着其已经履行了买卖合同的义务,不但出卖人的利益可以获得更为坚实的保护,也符合合同法所倡导诚实信用原则,还符合法律的效率理念与价值。所以,先行支付价款的买受人可以取得该物的所有权。(3)如果各买受人均未受领交付也未支付价款,但均要求实际履行合同的,如何处理?基于债权平等原则,他们之间似乎没有先后顺序。此时,只能按照"先来后到"的时间顺序来处理。这是人世间最朴素的行事规律。所以,以成立合同的先后来确定所有权的取得顺序是妥当的。

在物权法领域也存在类似情形。当同一财产向两个以上债权人抵押,存在两个以上的抵押权时,拍卖、变卖该抵押财产所得的价款应当按照什么顺序清偿债权?根据我国物权法第 199 条的规定,应该依照下列规定清偿:(1)抵押权已登记的,按照登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿;(2)抵押权已登记的先于未登记的受偿;(3)抵押权未登记的,按照债权比例清偿。按照这一顺序清偿债权的规则基础在于抵押权的设立规则。该规则是:不动产抵押权自登记时设立;正在建造的船舶、航空器等特殊动产的抵押权自抵押合同生效时设立,但未经登记不得对抗善意第三人;企业等以动产为标的物的浮动抵押权自抵押合同生效时设立,但未经登记不得对抗善意第三人。③ 这就是说,不动产抵押权的设立必须登记才能产生法律效力,有的动产抵押权虽然已经设立,但没有登记不能产生对抗善意第三人的效力。按照公示公信原则,特殊动产的抵押权设立顺序与登记顺序不一致的,以登记顺序为准。由于抵押权登记顺序是可以确定的,所以,抵押权已登记的先于未登记的受偿。在抵押权都已经登记的情况下,按照登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿。但是,抵押权未登记的,按照债权比例

① 参见《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 9 条。
② 参见我国合同法第 133 条。
③ 参见我国物权法第 187、188、189 条。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

清偿。可见,这一清偿顺序中,公示公信原则发挥着根本性的作用,与债权的数值大小没有关系。

从这两种不同的例子看,即使是同质利益之间的衡量,其所关注的并不是具体利益的数值大小,而是其背后承载的规则利益。

2. 异化同质利益的衡量

有时,虽然两种需要衡量的利益性质上属于同类,但已经不再是原先意义上的利益,而是发生了某种程度的变异。这是异化的同质利益之间的衡量。

善意取得是这方面的妥当例子。善意取得是以日耳曼法为契机发展而来的,近代以来,大陆法系各国继承了日耳曼法的善意取得制度[24](P. 327)。根据我国物权法第 106 条的规定,无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回。但除法律规定外,如果受让人受让该不动产或者动产时是善意的,以合理的价格受让,而且转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。那么,受让人取得该不动产或者动产的所有权。当然,受让人取得所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

显然,这是利益衡量的产物,其实质是动态利益优先于静态利益。有人认为,物权是目的,债权从来只是手段。前者是静的要素,后者是动的要素。在前者占主导地位的社会里,法律社会呈静态; 在后者占主导地位的社会里,法律生活呈动态。以所有权为中心的中世纪的社会形式是静态的,今天资本主义法律形式已完全变为动态的形式。债权已不是取得对物权和对物利益的手段,它本身就是法律生活的目的。经济价值不是暂时静止地存在于物权,而是从一个债权向另一个债权不停地移动[25](P. 145 – 146)。所以,债权在近代法中占优越地位[26](P. 7)。在市场经济中,保护合同当事人的信赖利益,实际上就是保护交易安全; 一旦交易安全缺乏保障,则任何一个进入市场进行交易的人,在购买商品或者在财产上设定权利时,都需要对该财产的权属进行调查,以此来排除从无权处分人处取得财产以及相应权利的可能性。显然,这会提高交易成本,不利于市场经济的发展。从深层次看,动态利益与静态利益所承载的制度利益是不同的。在这两种不同的利益选择中,法律选择了动态利益,其目的在于保护占有或登记的公信力,保护交易安全,鼓励交易,维护商品交易的正常秩序,促进市场经济的有序发展。

可见,利益衡量所关注的并不是不同利益之间的数值大小,而是其所体现的制度利益,以及该制度利益是否与社会公共利益相一致。

(三) 小结: 利益衡量需要的是制度共识,不是公度性

法律适用中的利益衡量是建立在具体法律制度的共识之上的。具体法律制度的共识是在立法过程中,不同的利益派别在不断的利益争夺中通过民主的方式达成的,并最后公之于众,成为人们法律适用的基础。在法律适用上强调公度性(通约性)的绝对地位,不但会对利益衡量造成不必要困惑,也是一种"痴人说梦"的表现。在公度性(通约性)理论中,只看重事实上的衡量,即数量上的衡量,而忽视对法律制度背后价值基础的衡量。事实上,大多数情况下,利益衡量是基于法律制度或者法律规则,对各方当事人的利益进行衡量,并不只是进行数量上的简单比较。这是因为,规则承载着这一法律制度的制度价值,制度价值才是利益衡量的基础。

需要注意的是,法律共识其实由两个层次的内容共同构成,即具体层面上的制度共识与抽象层面上的价值共识。其实,自由、秩序、正义与效率体现的是社会基本价值秩序,是法律社会赖以存在的基础,是利益衡量的原点与根源,抽象程度最高,是抽象层面上的价值共识。相反,某一具体法律制度的制度利益和具体规则属于具体的价值秩序,其抽象程度较低,是具体层面上的制度共识。某一制度价值既要体现出公平正义等基本的价值秩序,但又要通过具体法律条文可以被清楚地感知。此时,公平正义等已经深深地隐藏在该法律制度的背后,已经让位于具体的制度利益[22]。这两种不同层次的共识要相互配合、形成协力,共同构成异质利益衡量的坚实基础。所以,利益衡量需要的是法律共识,不是公度性,也不是通约性,更不是数值上的简单比较。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

五、异质利益衡量的程序: 优势利益的制度性选择机制

(一) 诉讼程序是异质利益的选择机制

为了能够获得较为客观的结论,异质利益衡量应该在一个程序结构中发挥作用。这个程序结构能够有效地执行其最基本的任务——根据法律没有偏私地贯彻正义,推动社会公共利益的最大实现。诉讼程序正是实现这一目的的保障,其实质是双方当事人利益的选择机制。正如 N·卢曼所指出,"所谓程序,就是为了法律性决定的选择而预备的相互行为系统"。① 法律规范是抽象的,需要法官作出裁决的案件是具体的。在抽象的规范与具体的案件之间存在着鸿沟,需要有效的选择程序来充填弥合。但在现代社会中,这种选择不是任意的、无限制的。换言之,程序排斥恣意,却并不排斥选择。程序是与选择联系在一起的。可以说,程序的本质特点既不是形式性也不是实质性,而是过程性与交涉性[27](P. 20)。

民商事案件裁判的作出,需要经过相应的诉讼程序。在这一过程不断展开与推进中,争议双方当事人可以充分利用相应程序与技术来实现自己的利益最大化。从利益衡量的角度看,其实质是双方当事人不断地向法官表述自己的利益观点,试图说服法官来实现和保护自己的利益,而法官则利用这一程序对双方当事人的利益进行仔细衡量,选择值得或应当优先保护的利益。这一制度性安排其实就是利益选择机制。但是,这一选择机制是制度化的法律程序,是论证程序与权衡程序,是双方当事人可以充分施展其论辩技术的程序。所以,诉讼程序对异质利益衡量意义十分重大,它既是双方当事人的利益表达机制与竞争机制,也是法官对该案所涉及利益的选择机制与披露机制。

(二) 当事人之间的利益表达与利益竞争机制

对争议的双方当事人而言,诉讼程序就是不同利益主体进行充分地利益表达,并展开利益竞争的过程。在起诉环节中,起诉书或答辩状是争议各方的利益表达书。它既是向对方当事人提出自己的利益诉求,更是向法院提出自己的利益主张。当然,这只是一种初步的表达,可作一定范围调整或者变更。在诉讼程序的渐次展开过程中,争议双方通过辩论来强化各自的利益诉求,弱化或反驳对方的利益诉求,达到请求或说服法院来支持己方利益的目的。在这一过程中,双方还会利用一些诉讼技巧,以实现自己的利益。这些程序服务于说明对决定来说重要的事实,为参与者提供陈述其意见和利益的机会,控制决定承担者以及他们作出决定的方式和形式,以及最终使决定合法化。也就是说,使所涉及的人能够接受这一决定[28](P. 193)。

(三) 法官的利益选择机制

对法官而言,诉讼程序是对具体案件逐步形成利益共识并选择优势利益的过程。开庭审理是民事诉讼的中心环节,是法院行使审判权与当事人行使诉讼权利最集中最重要的阶段。它使当事人双方能够充分行使主张与抗辩的权利,对当事人提出的证据予以质证,明确当事人之间的争议、查明案件事实,明确权利义务关系,并最终作出裁判。在这一过程中,当事人意见,特别是律师意见具有重要的参考意义。因为双方的律师都是具有法律专业知识的行家,对案件的事实与相应的法律规范都有能力作出较为专业的分析与思考,法官可以从律师的代理词等方面取得相关的论证依据和裁量依据。法官在不断的比对、试错与论证中选择有说服力的结论。

从利益衡量的角度看,在法官的利益选择过程中,以下程序机制可以确保衡量结论的妥当性:

1. 法官中立与利益的公正选择

法官的中立原则要求法官必须在社会上和职务上都具有独立性[29](P. 123)。法官在审理案件的过程中,应当保持独立,避免受到政府内外各种权力的不当干涉。同时,也应该保持中立,对双方当事人都同等对待,不偏不倚,不能对某一方过于关照,而对另一方过于严苛。法官的中立性有利于防止法官的裁

① NiklasLuhmann,Rechtssoziologie(2,erw,Aufl.),WestdeutscherVerlag,1983,S. 141. 转引自季卫东《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 18 页。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

决受到其自己的利益、成见以及其他不客观动机的影响。换言之,法官作为中立第三方,需要倾听双方当事人的意见,对他们提出的利益主张进行分析,与既定的法律规范进行比对,对双方的利益进行反复的权衡,最后得出哪一方获胜的结论。

2. 合议庭制度与利益的正确选择

在现代社会的诉讼中,合议庭审理为原则,独任制审理为例外。独任法官缺少共同讨论与监督的合作同事,而合议庭能够比一个法官更全面和更可靠地对案情做出评价,他们的讨论、监督和团体合作为裁判的正确性提供了更高的保障。合议庭全体成员平等参与案件的审理、评议和裁判,依法履行审判职责。① 每一个合议庭都有审判长,但他并没有比其他审判员享有更多的权力[30](P. 39)。开庭审理时,合议庭全体成员应当参加审理,不得缺席、中途退庭或者从事与该庭审无关的活动。② 评议案件时,合议庭成员应当针对案件的证据采信、事实认定、法律适用、裁判结果以及诉讼程序等问题充分发表意见。③ 除提交审判委员会讨论的案件外,合议庭对评议意见一致或者形成多数意见的案件,依法作出判决或者裁定。④ 法律设置合议庭的目的就是在法官之间形成一种互相商讨机制与互相监督机制,不但避免法官偏听偏信,也是弥补单个法官裁判上的智慧不足,或者避免因考虑不周造成疏忽,作出错误的选择。

3. 陪审团机制与利益的社会价值

法官行使司法权的时候要深入地了解社会的价值,并且顺应变化着的社会需要。⑤ 在我国,通过人民陪审这个"媒介",使司法可以依法吸收社情民意,使社情民意可以正当影响司法,进而实现司法与社会的良性互动。⑥ 也就是说,引入陪审团,可以凭借陪审团成员的多元化,把社会公众的利益评价、利益倾向带到法庭,架起法院与社会沟通的桥梁,从而避免法官脱离社会现实。

美国具有较为成熟的陪审员制度,⑦但我国也有较为庞大的陪审员队伍。第一审刑事案件被告人、民事案件原告或者被告、行政案件原告都可以申请陪审员参加合议庭审判,法院也可以直接决定由陪审员与法官共同组成合议庭。⑧ 陪审员参加合议庭评议案件时,有权对事实认定、法律适用独立发表意见,并独立行使表决权。合议庭评议案件时,先由承办法官介绍案件涉及的相关法律、审查判断证据的有关规则,后由陪审员及合议庭其他成员充分发表意见,审判长最后发表意见并总结合议庭意见。⑨ 可见,通过这两个机构的利益商谈与权衡,可以通过简单多数或者绝对多数等民主决策程序,较好地遴选出应该获得法律保护的利益,也就是社会容易接受的利益,从而决定哪一方的利益应该获得保护。

(四) 裁判文书中的利益衡量披露机制

由于利益衡量过程具有较强的主观性,存在较大的自由裁量空间,所以需要法官把这一利益衡量的具体过程披露出来。也就是说,法官应当在其裁判书中披露: 涉及双方当事人的利益各有哪些,本案所涉及的群体利益是什么,该法律制度的制度利益是什么,社会公共利益是什么,当事人利益、群体利益、制度利益与社会公共利益等不同利益之间的层次关系如何,是否互相匹配[21][22]。

从利益衡量的说理机制看,需要法官能够把利益衡量的具体过程在判决书中展现出来。披露利益

---

① 《最高人民法院关于进一步加强合议庭职责的若干规定》(法释[2010]1 号) 第 1 条。

② 《最高人民法院关于进一步加强合议庭职责的若干规定》(法释[2010]1 号) 第 5 条第 1 款。

③ 《最高人民法院关于进一步加强合议庭职责的若干规定》(法释[2010]1 号) 第 6 条第 1 款。

④ 《最高人民法院关于进一步加强合议庭职责的若干规定》(法释[2010]1 号) 第 7 条第 1 款。

⑤ Benjamin N. Cardozo, *the Nature of the Judicial Process*, Feather Trail Press, p. 30(2009,). .

⑥ 杨维汉、郑良 "让普通群众协助司法、见证司法、掌理司法——最高人民法院常务副院长沈德咏谈人民陪审员制度", http://www.gov.cn/jrzg/2010-05/14/content_1606276.htm。

⑦ 西方的司法制度都与陪审团制度存在渊源,世界上曾经存在各种形式的陪审团。早在公元前 5-6 世纪,雅典就采取陪审团制度。不过,现代意义的陪审团起源于英格兰。目前,除英语国家外,奥地利等许多非英语国家也实行该制度,但是已经明显衰落。如今,英国所有进行无罪抗辩的严重刑事案件采用小陪审团审判,美国则仍然普遍流行陪审团审判。大陪审团与小陪审团的主要区别在于,前者并不决定被告是否有罪。[美] 亨利·J·亚伯拉罕《司法的过程》,第 7 版,潘伟江、宦盛奎、韩阳译,北京大学出版社,2009 年 8 月,第 117-119 页。

⑧ 《最高人民法院关于人民陪审员参加审判活动若干问题的规定》(法释[2010]2 号) 第 1 条、第 2 条第 1 款。

⑨ 《最高人民法院关于人民陪审员参加审判活动若干问题的规定》(法释[2010]2 号) 第 7 条第 1 款、第 8 条。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

衡量的具体过程，不但可以增强对当事人的说服力，使败诉方遵守判决所决定的最终结果，也可以使社会公众了解法官的裁判思路，以规划他们的社会生活，还可以使法学研究者了解法律的现实生态，与实务界一起为法律进步贡献智慧。从法律本身来看，正是通过判例的不断累积，推动法律不断向前发展。

需要注意的是，不同国家由于其历史沿革不同，所处的社会环境不同，经历的发展阶段不同，法律制度不同，法院裁判书的说理风格也有很大的不同。从世界各国最高法院的裁判书风格看，法国与美国处于两极。① 法国最高法院的判决一般都非常简短、概要，常常是寥寥数行。而美国的判决则会将争议问题作详尽讨论与论证。美国法官常常对制定法可以提出可选择的不同解读，并基于语义论点和其他解释论点在不同的解读之间做公开选择[31](P. 210)。美国的判决意见书非常完整、全面，法律专家可以凭借其内容判断其在法律适用上的正确性，而无需求助于其他文件、材料，或者其他法院和当事人都未曾提及的准用性法律。② 在德国，与联邦宪法法院所做判决不同，民事诉讼的表决情况(不写名字)不允许在判决书中揭示，法官也不允许将不同意见公开[30](P. 39－40)。我国的情况与此类似，也不允许公开法官的不同意见。这不利于利益衡量的精细化与客观化。公开是专断的天敌，说理充分的裁判书可以促进公平正义。对于疑难案件，只有把利益衡量的过程以及最后决定展示出来，才能推动法律的进步。

(五)小结：程序为利益衡量提供制度理性

法官审理案件的结果在很大程度上是由整个制度结构以及做出裁决所依据的规则决定的。应该说，当人们把程序法与实体法作为相互独立而又相互联系的两个法域时，程序正义与实体正义就同时成为人们对程序过程与实体结果的价值要求与理念[32](P. 16)。在过去，人们更多的是关注审判结果与实体法的关系。程序仅仅是实现实体正义的手段，只要审判结果符合实体法的要求，审判过程的公正性是无所谓的。实际上，程序正义是法律正义的有机组成部分，程序正义与实体正义同为法律的两个轮子，没有程序正义也就无所谓法律正义。程序正义本身具有其独立的存在价值：程序不仅具有保障实体正义实现的功能与作用，还具有使审判结果正当化，有助于消除当事人不满的功能与作用[32](P. 16)。利益衡量的结果与利益衡量的过程存在密切的联系。利益衡量的作出，按照符合法治国原则的行为规则进行。在法治国家中，所有利害关系人都应该有权参与利益衡量程序的公平机会，并从自己的利益角度出发来陈述事实、阐发利益和表达法律意见。经过法官裁判获得的利益衡量的结果，取得了价值客观化特性，也意味着获得了进入社会的通行证。总之，利益衡量只有在被社会大众所接受的司法程序结构中被解释与应用，其衡量结论才能够得到尊重，才能真正推动法律发展与社会进步。

六、结论：异质利益衡量的公度性难题是可解的

柏林认为，不同利益或者价值之间存在冲突，由于缺乏公度性(通约性)，不同的“善”与“善”之间的冲突是无解的。他的观点或许在抽象层面是正确的，但在具体的法律适用层面却是错误的。这是因为，他忽视了利益选择过程中扮演重要角色的法官的主观能动性，没有认识到人类社会存在基本的价值共识与具体的法律制度共识，没有认识到法律适用是存在于诉讼程序结构中的实践活动。

在复杂社会，利益之间存在冲突是必然的。但从整体看，不同利益、不同价值在社会这一结构中扮演着不同的角色、承担着不同的功能。多样性、丰富性、共存性与和谐性等共同构成社会特征，丰富多彩的社会生活更是人类社会所希望的生活世界。试图用“价格”等公度性(通约性)来处理复杂社会，是简单化的处理方法，与现实生活不符合。法律适用的实践表明：以价值公度性(通约性)为基础的数值比较在法律适用上的价值极为有限，或者说在法律适用的场合强调公度性是误入歧途。其实，法官的利益选择行为是有规律可循的。人类社会是存在基本的价值共识和具体法律的制度共识的。法律是有目的

① Robert S. Summers and M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, in Neil MacCormick and Robert S. Summers, ed., Interpreting Statutes: A comparative Study, Dartmouth Publishing Company Ltd., p. 490－508(1991).

② Robert S. Summers, *Statutory Interpretation in the United States*, in Neil MacCormick and Robert S. Summers, ed., Interpreting Statutes: A comparative Study, Dartmouth Publishing Company Ltd., p. 445(1991).

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的,该目的可以指导选择。异质利益的选择是与人们的需求、目的联系在一起的,不与“具有刻度的标准”相挂钩。就异质利益衡量而言,只要建立在妥当的社会共识之上,在正当的诉讼结构中对处于不同利益层次结构中的利益进行妥当衡量,是可以获得为社会所接受的解决方案的。

参考文献:

[1] 张国清 “在善与善之间: 柏林的价值多元论难题及其批判”,载《哲学研究》2004 年第 7 期。

[2] [英] 以赛亚·柏林 《自由论》,胡传胜 译,译林出版社 2003 年版。

[3] [美] 约翰·罗尔斯 《作为公平的正义: 正义新论》,姚大志 译,上海三联书店 2002 年版。

[4] [英] 乔治·克劳德 《自由主义与价值多元论》,应奇、张小玲、杨立峰、王琼 译,江苏人民出版社 2008 年版。

[5] [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。

[6] [美] 罗斯科·庞德 《法理学》(第 3 卷),廖德宇 译,法律出版社 2007 年版。

[7] [美] E·博登海默 《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来 译,中国政法大学出版社 1999 年版。

[8] 陈林林 《裁判的进路与方法》,中国政法大学出版社 2007 年版。

[9] [德] 卡尔·拉伦茨 《法学方法论》,陈爱娥 译,商务印书馆 2003 年版。

[10] [德] 卡尔·拉伦茨 《德国民法通论》,王晓晔 等译,法律出版社 2003 年版。

[11] 黄立 《民法总则》,中国政法大学出版社 2002 年版。

[12] 丰子恺 《翦网》,载丰子恺 《缘缘堂随笔》,人民文学出版社 2000 年版。

[13] 王福重 《人人都爱经济学》(第 2 版),人民邮电出版社 2010 年版。

[14] 莫言 “捍卫长篇小说的尊严”,载《蛙》,上海文艺出版社 2012 年版。

[15] [英] A. J. M. 米尔恩 《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭 译,中国大百科全书出版社 1995 年版。

[16] 张文显 《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版。

[17] [德] 康德 《判断力批判》,邓晓芒 译,人民出版社 2002 年版。

[18] “巴菲特投资有限公司诉上海自来水投资建设有限公司股权转让纠纷案”,载《最高人民法院公报》2010 年卷。

[19] 梁慧星 《民法总论》,法律出版社 1996 年版。

[20] [日] 山本敬三 《民法讲义 Ⅰ 总则》,解亘 译,北京大学出版社 2004 年版。

[21] 梁上上 “利益衡量的界碑”,载《政法论坛》2006 年第 5 期。

[22] 梁上上 “利益的层次结构与利益衡量的展开”,载《法学研究》2002 年第 1 期。

[23] 司玉琢 《海商法专论》,中国人民大学出版社 2010 年版。

[24] 黄松有 主编 《<中华人民共和国物权法>条文理解与适用》,人民法院出版社 2007 年版。

[25] [德] G·拉德布鲁赫 《法哲学》,王朴 译,法律出版社 2005 年版。

[26] [日] 我妻荣 《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷 译,中国大百科全书出版社 1999 年版。

[27] 季卫东 《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社 1999 年版。

[28] [德] 托马斯·莱塞尔 《法社会学导论》(第 5 版),高旭军 等译,上海人民出版社 2011 年版。

[29] [德] 莱因荷德·齐柏里乌斯 《法学导论》(第 4 版),金振豹 译,中国政法大学出版社 2007 年版。

[30] [德] 奥特马·尧厄尼希 《民事诉讼法》(第 27 版),周翠 译,法律出版社 2003 年版。

[31] 张志铭 《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社 1999 年版。

[32] 张卫平 《民事诉讼法》,中国人民大学出版社 2011 年版。

(责任编辑　寇　丽)

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net