

# 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

梁上上\*

---

**内容提要:**日本学者加藤一郎提出的利益衡量理论揭示了法官运用法律进行判案的过程就是利益衡量的过程,有积极意义。但是也有其缺点,最根本的是它没有科学的规则体系,容易导致恣意。利益存在层次结构:当事人的具体利益、群体利益、制度利益和社会公共利益,在实践中应当区分不同的类型进行仔细地剖析和论证。

**关键词:**利益 层次结构 利益衡量 制度利益

---

利益衡量理论 60 年代由日本学者加藤一郎和星野英一提出后,在日本民法解释学理论界长期占据主导地位,影响着民法解释理论的发展和民事审判实务的开展。20 世纪 90 年代,我国梁慧星教授把利益衡量理论介绍了进来,在我国民法理论界和实务界引起了很大的反响,有的持赞成意见,有的持反对意见。但仔细分析会发现:一方面,利益衡量理论本身存在问题,极易导致恣意,另一方面,我国对利益衡量理论还有一些误解。本文试对这些问题作些探讨。

## 一、利益衡量在日本的兴起及其意义

与我国一样,日本原先并没有以个人本位为核心的民法。日本的民法是 19 世纪末从法、德两国引进的。民法学理论也是从法、德两国输入的。而在 19 世纪的欧洲,占据支配地位的民法思想也为“概念法学”。概念法学源于德国的潘克吞法学和法国的注释法学派,但到 19 世纪后期,已经成为大陆法系国家的共同现象,对于普通法系国家如英美等国也有相当影响。到了 20 世纪初,概念法学占据了支配地位。概念法学的主要特征可概括如下:其一,在民法的法源问题上,独尊国家制定的成文法,特别是民法,以成文法为唯一法源,排斥习惯法和判例。其二,关于法律是否存在漏洞,强调法律体系具有逻辑自足性,即认为社会生活中无论发

---

\* 浙江大学法学院讲师。  
〔日〕北川善太郎:《日本民法体系》,科学出版社 1995 年版,第 101 页以下。

生什么案件,均可依逻辑方法从成文法中获得解决,不承认法律有漏洞。其三,关于法律解释,概念法学注重形式逻辑的操作,即强调文义解释和体系解释,排斥解释者对具体案件的利益衡量。其四,关于法官的作用,概念法学否认法官的能动作用,将法官视为适用法律的机械,只对立法者所制定的法律作三段论的逻辑操作,遇有疑义时强调应探求立法者的意思,并以立法者的意思为准,否定法官的司法活动有造法功能。概念法学使民法思想陷于僵化保守,丧失了创造性,无法适应新的世纪的社会经济生活对法律的要求。同样,日本民法学界占支配地位的学说是概念法学,概念法学的思维方式渗透到理论界和实务界的各个方面。

应该说,以《法国民法典》和《德国民法典》为代表的近代民法和以概念法学为代表的民法理论基本适应了19世纪的社会经济生活需要。从制定《法国民法典》和《德国民法典》的背景看,他们经过资产阶级革命,各方面都获得了解放,经济上,资本主义商品经济平稳发展,政治上相对稳定,要求法律秩序的稳定,要求确保法的安定性,使市场参加者可以进行计划,预见自己行为在法律上的后果。近代民法正是反映了这种要求。而与此形成鲜明对照的是,20世纪恰好是一个极度动荡、急剧变化的、各种矛盾冲突空前激化和各种严重社会问题层出不穷的极不稳定的世纪。例如,出现了30年代席卷全球的空前的经济危机,二次世界大战,科学技术突飞猛进,规模浩大的民主运动、女权运动、消费者运动、环境保护运动等。在这种背景下,法院面临许许多多的新的问题和新型案件,对于这些案件或者缺乏法律规定,或者象过去那样机械地适用法律就无法解决问题,迫使法官、学者和立法者改变法学思想,探索解决问题的途径。这些变化最终促进了民法制度和民法思想的变迁,由近代民法发展演变为现代民法。

民法被引进日本后,获得了长足的发展。同样地,这种概念法学的思维方式很难适应日本社会经济生活发生的巨大变化。特别是,第二次世界大战以后,日本民法学界活跃起来,展开了各种论争,一时流派纷呈,获得了许多成果。其中主要的成果之一是,注重社会效果的法社会学方法论被普遍接受。到20世纪60年代,加藤一郎作为民法学者也接受了这些争论的洗礼。1962—1963年,加藤一郎第一次留学美国,更是身受现实主义法学的熏陶。照他自己的话说,“自己身上的概念法学的痕迹受到很大冲击”。1966年,发表了《法解释学的论理与利益衡量》一文,在批判概念法学的各种弊病的基础上,提出了“利益衡量”的民法解释观。但差不多与此同时,星野英一教授也提出了自己的“利益考量论”。两者观点基本相同(当然也有一些差异),所以,日本学界一致认为,利益衡量(本文不区分利益衡量和利益考量)的首倡者是这两位教授。利益衡量论于60年代提出后,一直在日本民法学界占据主导地位。

利益衡量论认为,法院进行法的解释时,不可能不进行利益衡量,强调民法解释取决于利益衡量的思考方法,即关于某问题如果有A、B两种解释的情形,解释者究竟选择哪一种解释,只能依据利益衡量决定,并在作出选择时对既存法规及所谓法律构成不应考虑。利益衡量的实质是一种法院判案的思考方法。这种思考方法和概念法学的思考方法是不同的。概念法学的思考方法是依据形式的三段论方法进行判断,即以法律规定作为大前提,以具体

段匡:《日本的民法解释学》,载梁慧星主编《民商法论丛》第6卷,法律出版社1995年版,第368页以下。

梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第317页。

前引,段匡文,第395页。

前引。

前引,段匡文,第403页以下。

前引,梁慧星书,第316页。

的事实作为小前提,然后依三段论法引出机械的、形式的结论。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。概念法学的思考方式就是这样的装置。这样的形式的论理,所起的作用就是自动售货机那样,自动引出结论,而且是唯一的、正确的结论。利益衡量方法,实际上是先有结论后找法律条文根据,以便使结论正当化或合理化,追求的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,而是利益衡量初步结论加找到的经过解释的法律条文。可见,这种思考方法和概念法学的思考方法正好相反。这有利于改变概念法学僵化的思考模式,从技术的侧面提供了价值判断的方法论,使日本民法解释学前进了一大步。应该说,这种思考方法与重视社会效果的法社会学思考方法是一致的,也与20世纪社会、经济、政治全面发展在民法理论上的一种回应基本吻合,是可取的。但是,这种思考方法得出的结论是否科学、客观呢?

## 二、利益衡量可能导致恣意:以“姘居妻”为例

“利益衡量”作为法学思考方法,60年代在日本兴起后,成为一种流行的方法。利益衡量论以价值相对主义为基础,注重甲、乙双方具体利益的比较。利益衡量论的首倡者加藤一郎教授指出,“对于具体情形,究竟应注重甲的利益,或是应注重乙的利益,进行各种各样细致的利益衡量以后,作为综合判断可能会认定甲获胜。”

如何在具体的案子中进行利益衡量,作出妥当的判决?加藤先生举了许多精当的案例加以说明。但其中的“姘居妻”的案例,又使笔者迷惑不解,以致产生对利益衡量的迷惑。这个案例是这样的:在交通事故等场合,处于重婚关系中的姘居的妻,即“二号妻”可否与配偶一样请求慰谢金?加藤一郎先生进行了利益衡量,“无论是正式的妻,或是姘居的妻,作为实质的利益状况并无不同,姘居的妻对于夫的死有同样的悲伤、痛苦,难道不应与正式的妻同样对待吗?”并认为,“认可两人(即两妻)的请求将使赔偿额过高,于加害人不利。因此,最好在慰谢金的计算上作适当调整,由两方分享,结果使姘居的妻的慰谢金请求也得到认可。这也是一种利益衡量”。

我对加藤先生就这个案件所进行的利益衡量感到疑问:1. 如果正妻获得的赔偿额一定,在有正妻、姘居的妻的场合,加害人所要支付的赔偿额相对于只有一妻的场合为高,对于加害人是否公平呢?2. 如果加害人所能赔偿的赔偿额一定,正妻又把有限的本可属于自己的赔偿额分给所谓的“二号妻”、“三号妻”,对正妻是否公平?3. 最根本的是,婚姻系采法律婚主义,只有登记才成为合法的夫妻。不经登记为非法同居,如果认可对姘居妻的赔偿,是否是对法律的践踏?这是否与一夫一妻制相违背?这种在刑法中加以禁止的重婚现象是否可以在民法中加以保护?

对本案感到惊异和疑问的同时,我想到了我国台湾省对此相类似案件的判决。几十年来,我国台湾地区“最高法院”在审理第三者插足干扰夫妻关系的案件中,采取的基本立场是:被害人就其所受之非财产上损害,可向侵害人请求相当金额的赔偿(财产损害可获赔偿自不必说)。当然,关于干扰他人婚姻关系所侵害的法益经常产生变更,有时认为是侵害一般法

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1995年版,第78页,第64页以下。  
同上文,第84页以下。

益,有时认为是侵害夫或妻的自由权,有时认为是侵害夫妻共同生活圆满、安全及幸福的权利。<sup>⑩</sup>

那么,是不是日本与我国大陆、台湾的社会观念和法律制度有着根本的不同呢?不是。从社会伦理观念上看,日本一向比较注重婚姻关系的稳固,反对离婚,更是反对第三者干扰婚姻关系<sup>⑪</sup>。从日本的婚姻法律制度看,日本民法第739条明确规定,实行法律婚主义,正式夫妻关系须登记。同法第732条规定,已有配偶者,不得重婚。日本刑法第183条规定,有配偶者重婚的,处二岁以下徒刑。可见,加藤一郎先生对本案所作的利益衡量远远背离了日本社会的伦理观念和婚姻法律制度,不能不说利益衡量存在很大的恣意。

那么,为什么会造成这种恣意呢?说到底,这是因为利益衡量是一种主观行为。因为:1. 从本质上看,利益衡量论主张法律解释应当更自由、更具弹性,解释时应当考虑具体案件当事人的实际利益,解释所强调的正是基于解释者个人的价值判断。在利益衡量论者看来,法的解释,直接了当地说,应当依个人的价值判断。价值判断本身显然是一种主观行为。2. 民法当事人之间的平等互换性地位,造成了利益衡量的艰难,增加了利益衡量的主观性。如房屋出租人和承租人双方应保护谁?由于双方的平等地位,体现在双方当事人的具体利益上往往难分仲伯。3. 从作用领域看,一般地说,利益衡量的作用领域在于:依利益衡量弥补不确定概念和一般条款;依利益衡量排除反对解释;依利益衡量来弥补法律漏洞。一句话,利益衡量的作用在于弥补法律漏洞。正由于存在法律漏洞,没有现存的法律可适用。这实际意味着需要建立一种新的法律制度来重新平衡当事人双方的关系,或者需要打破立法业已确立的关系平衡,重新建立新的平衡关系。这种从法律空白到法律的创设,极易造成主观上的恣意。4. 从学术渊源上看,加藤先生深受来栖三郎的影响,是在来栖三郎和尾部朝雄的主观说的基础上发展而来的。<sup>⑫</sup> 5. 加藤先生自己也认为,“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”。<sup>⑬</sup> 总之,利益衡量是一种主观性极强的行为。

可以说,利益衡量的主观性本质极易造成法解释的恣意。那么,如何避免这种恣意,寻求尽可能地妥当呢?加藤先生的答案是:分清利益衡量的界限,考虑“节制的必要性”、“实用的可能性”以及“应与法律条文结合”。<sup>⑭</sup> 透过加藤先生所举的例子,可以看出这些是极其空泛的,以至于他自己认为:“既然最终的决定不能不取决于裁判官司(健)全人格的判断,因此应要求裁判官负责任地判断”。<sup>⑮</sup> 可以说,加藤先生把主观说推到了极至。对主观行为的恣意用有主观思想的人来克服,来追求判决的妥当性,恐怕只能理论上成立,在实践上很难。特别在中国,法官素质的低下和判案的武断是世人皆知的,靠这些人来进行任意的无拘束的利益衡量,不知会出现什么样的结果。

我认为,加藤先生的回答不能令人满意。仔细研究加藤先生的论文发现:利益衡量作为一种法学思考方法,其本身缺乏具体的操作方法。一般地,几乎每一种法哲学流派都阐述了自己的认识论和方法论。很多新的法哲学流派往往从否定旧的认识论与方法论开始,并把所

<sup>⑩</sup> 王泽鉴:《干扰婚姻关系与非财产损害之赔偿》,载《民法学说与判例研究》第2册,台湾大学法学丛书1979年版,第291页以下。

<sup>⑪</sup> 前引,北川善太郎书,第35页以下。

<sup>⑫</sup> 前引,梁慧星书,第181页。

<sup>⑬</sup> 同上书,第338页。

<sup>⑭</sup> 同上书,第336页以下。

<sup>⑮</sup> 前引,加藤一郎文。

主张的新的认识论与方法论作为旗帜。有些法哲学流派的名称本身就带有认识论与方法论的特征。例如,纯粹法学主张从法律中排除一切意识形态和道德因素,强调纯粹的实证分析方法<sup>⑯</sup>。同样地,我认为,利益衡量论作为方法论,必须有独特的方法。如就利益衡量来说,利益衡量的基础是什么?甲、乙双方的具体利益是什么?是如何展开的?是以什么作为参照来比较双方利益的优劣的?说到底,有没有某种规则或程序?这还要从利益的层次结构说起。

### 三、利益的层次结构及其生成

#### 1. 利益及其层次结构

自从法律产生以来,就一直与利益有着极为密切的关系。从最一般的意义上讲,法是国家制定或认可的、以权利与义务为内容和形式并依国家强制力保证其实现的社会规范。权利的基础是利益。权利由两个要素构成,即权威与利益<sup>⑰</sup>。因此,法律关系实质上也是一种利益关系,是一种权威化了的利益关系。依照以公平、正义(含平等、公正、公道等意义)为核心的一定伦理道德准则保障人们应当享有的各种权利和合理地调节人们之间的各种利益关系,是隐藏在纷芸复杂的一切法律现象后面的秘密,也是立法者在制定法律时必须考虑和解决的核心问题。

利益是一个复杂的概念。有人认为,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中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。按不同的角度,可有不同的分类。<sup>⑱</sup>

根据利益衡量的需要,我把利益分为“当事人的具体利益”、“群体利益”、“制度利益”(即法律制度的利益)<sup>⑲</sup>和“社会公共利益”。而且,当事人的具体利益、群体利益、制度利益和社会公共利益形成一定的层次结构。具体地说,当事人的具体利益是案件双方当事人之间的各种利益,群体利益则是类似案件中对类似原告或类似被告作相似判决所生的利益。与它们不同,社会公共利益是一个抽象的模糊的概念。国外的学者关于社会公共利益的理解是多种多样的。马克思主义经典作家的作品中总是把个人利益与社会利益联系在一起考察。当代社会法学派代表人物庞德将社会利益与“个人利益”、“公共利益”(相当于国家利益)相对应,提

<sup>⑯</sup> 信春鹰:《当代西方法哲学的认识论和方法论》,载《外国法译评》1995年第2期。

<sup>⑰</sup> 关于权利的本质有不同的观点。中外法学中主要的权利释义分为资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说、选择说等八种。参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第73页以下。

<sup>⑱</sup> 孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第83页以下。

<sup>⑲</sup> 法律制度一词在中国的法学著作中有不同的含义。有时,法律制度指有共同调整对象从而相互联系、相互配合的若干法律规则的组合,如所有权制度、合同制度等具体制度。相当于英文稿中的legal institution。有时,法律制度的含义比上述含义大得多,它既包括(法律规则)又大于法,是一个国家整个法律上层建筑的系统,相当于英文的legal system。参见孙国华:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第112页。本文仅指具体制度。

出了著名的社会利益学说。<sup>②①</sup>也有不少人把社会公共利益与“经济秩序”联系起来考察。<sup>②②</sup>尽管如此,但有一点是共同的,这就是它是一种独立的利益存在形式,它拥有自己的特定的主体和内容。社会公共利益的主体是公众,即公共社会。社会公共利益的主体既不能与个人、集体相混淆,也不是国家所能代替的。从内容上看,社会公共利益基本上涉及经济秩序和社会公德等方面。但是,就社会公共利益而言,我们认为,仅仅把它概括为经济秩序和社会公德是不够的,它还涉及深层的公平正义等法律理念,包含着其他如热爱和平等抽象理念。同时,社会公共利益具有整体性和普遍性两大特点。换言之,社会公共利益是整体的而不是局部的利益,在内容上是普遍的而不是特殊的利益。我国宪法、民法通则等把社会公共利益与国家利益、集体利益和个人利益并列使用,可以说是“社会公共利益”独立性的法律承认。<sup>②③</sup>与社会公共利益相类似,制度利益也是一个模糊的抽象的概念。它是指一项法律制度所固有的根本性利益,如婚姻制度的一夫一妻制和禁止重婚制度所表现出来的利益,著作权所要求的作品具有独创性等制度所表现出来的利益,交通法律制度所表现出来的交通安全利益。

值得注意的是,当事人的具体利益、群体利益、制度利益和社会公共利益形成一个有机的层次结构。在这个结构中,当事人利益、群体利益、制度利益和社会公共利益是一种由具体到抽象的递进关系,也是一种包容和被包容的关系。具体地说,群体利益是联系当事人利益与制度利益、社会公共利益的桥梁。因为民事主体双方地位平等,极易陷入当事人双方的具体利益的细微衡量之中,在利益取舍上产生“保护谁的利益可以或不保护谁也可以”的境地。群体利益具有把当事人的具体利益“放大”的功能,能结合制度利益和社会公共利益作出保护与否的判断。就制度利益而言,由于法律的价值在于追求安定性和妥当性,要考虑未来类似案件的判决后果,特别是利益衡量往往因法律空白而出现,必然对未来类似案件产生影响。所以,对具体案件进行审判时,对制度利益所带来的影响进行评估是必要的。但是,不管怎样,所谓的群体利益、制度利益都是一定社会的存在物,必须放到特定的社会中去考察和评估。此时,当事人具体利益、群体利益、制度利益就与社会公共利益紧密地联系在一起了。而且,社会公共利益为利益衡量的支点和根基,离开了社会公共利益,就谈不上妥当的利益衡量。唯应注意的是,社会公共利益在每个具体案件中所指的具体利益可能不同。另外,它也是随着整个社会的进步而发展变化的,不能离开具体的社会环境而空泛地谈论社会公共利益。

总之,在利益衡量时,要克服恣意,保证案件的妥当性,必须遵循利益的层次结构的规律。这种层次结构要求法官在判案过程中遵循这样的一种思维过程:以当事人的具体利益为起点,在社会公共利益的基础上,联系群体利益和制度利益,特别是对制度利益进行综合衡量,从而得出妥当的结论,即对当事人的利益是否需要加以保护。

### 2、利益层次结构的生成

实际上,在成文法国家,立法过程也是一个利益衡量的过程。因为社会是一个矛盾的复杂体,也是一个利益的复杂体。立法的目的也就在于公平合理地分配与调节社会利益、不同群体的利益和个人利益以协调社会正常秩序,促使各种不同利益各得其所,各安其位,避免相

<sup>②①</sup> 庞德把社会利益理解为“是包含在文明社会生活中并基于这种生活的地位而提出的各种要求、需要或愿望。”参见罗·庞德:《通过法律的社会控制》,商务出版社1984年版,第37页。

<sup>②②</sup> 比如,认为“公共利益就是指包括产业利益在内的国民经济的健康发展,或指保护经济上的弱者”;有的认为是指“以自由竞争为基础的经济秩序本身。妨碍这种经济秩序的事态,就是直接地违反公共的利益”。参见[日]丹宗昭信等编:《现代经济法入门》,群众出版社1985年版,第91页以下。

<sup>②③</sup> 我国现行宪法第51条规定,公民在行使自由和权利的时候,不得损害社会的利益;第53条规定,公民必须尊重社会公德。这些是宪法原则对社会公共利益政策的概括表达。我国民法通则也对社会公共利益作了规定,该法第7条规定,“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益”。第55条规定,“不违反社会公共利益”。

互冲突,做到相互协调,从而促进社会的进步和发展。在成文法国家,法律条文不是孤立制定的,是立法者对社会上各种现存的利益和将来可能产生的利益加以综合平衡的结果,其本身就包含着一定社会整体对公平和正义的具体理解。这种经过各方平衡的利益凝固于具体法律制度之中,通过制度利益表现出来。并且,一旦凝固于具体法律制度之中,其制度利益也就成为该法律制度的一个不可分割的属性。而且,该法律制度利益就成为脱离于立法时的平衡的各种利益,成为独立存在物。

需要指出的是,在我国情况有所不同。长期以来,中国国家和社会不分,国家垄断社会一切资源,各个不同阶层、群体并未能形成具有强大社会权力的利益集团(即外国所谓的议会之外的“压力集团”),人民作为一个利益一致的主体,同对立阶级的利益相区别,人民内部利益矛盾较单纯也不突出,因此,通常立法机关并不受这些利益集团的影响。现在,由于改革开放的不断深化,人民内部出现利益分化、利益群体多元化的格局,社会各种利益要求也处于不断变动之中。今后,随着市场经济的发展,不同的利益群体乃至有组织的利益集团的形成,如企业家协会、消费者协会以及原有的工会、妇联等人民团体都能独立自主地行使自己的社团权利和社会权力,以维护其所联系的社会成员的利益,必然会向立法机关提出其利益主张,要求立法的保障,从而影响立法的决策。从这个意义上讲,立法是各种利益衡量的结果。这种结果最后就凝固在具体法律制度之中,并且通过制度利益表现出来。

#### 四、利益衡量的展开

在具体案件的利益衡量中,对当事人的具体利益进行衡量只有放置在利益的层次结构中进行衡量,才能保证利益衡量的公正和妥当。其中,妥善处理所涉及的法律制度的制度利益和社会公共利益的关系是关键。由于立法过程本身就是一个利益衡量的过程,并且各种利益经综合衡量已较好地固定在了制度利益上。因此,在现行法律中寻求公平和正义,应当成为司法活动这一特定领域的原则。由此出发,对个案的具体的利益衡量首先应该寻求现行法的根据。但是,社会总是走在前面,马车时代的法律总不能适应航空时代的需要。因此,对制度利益的处理不能僵化,要放到整个社会中去考察。当法律出现漏洞时,应当允许由法官从事漏洞补充,由法官在当前的社会背景中寻找漏洞补充和价值补充的依据,法律条文得到补充以后,再适用于具体的案件。

那么,根据什么判断该法律制度的制度利益是否值得维护呢?如何发展制度利益呢?无论我们是对既存的法律制度作出价值评判,还是对现实法律制度提出改进和完善的价值主张,都应该从维护社会公共利益的要求出发。如果放到具体的社会环境中,就可表述为:从人民大众的利益和需要出发来判断。人民大众的利益和需要并不是纯主观的产物,它导源于人民大众在特定时代和社会所处的社会物质生活条件。所以,我们评价法律制度时,要看该制度是否有利于维护和促进社会经济的发展,是否有利于维护和促进人民大众在社会的政治生活和整个精神生活中的自由和权利,是否有利于社会稳定和社会进步,即要看该制度是否仍然适应社会的发展。简言之,法官对当事人的利益衡量必须符合公平正义的要求。法律的最高价值是公平正义,法官对法律的解释以实现这一价值为目标。虽然,公平正义是模糊的,但它的基本内涵在具体的社会背景中是确定的,有着公认的准则的;法官对公平正义的理解虽然带有其主观的色彩,但并不意味法官可以任意地解释公平正义。所以,要把法律制度放到

利益的层次结构中来考察,特别要处理好制度利益与社会公共利益的关系。当制度能较好地体现社会公共利益时,该制度利益就不能破坏,只能作价值补充和漏洞补充。但是当制度利益已不能反映社会公共利益时,制度利益就不值得保护,应该大胆地打破它。正如早在 1904 年,法国最高法院院长 Ballot Beaupre 曾在纪念法国民法典颁布 100 周年时指出:“法官具有最广泛的法律解释权:他大可不必固执地试图确定 100 年前民法典起草者的原意。他倒不如自问一下,如果这一规定是在今天,在面对一个世纪以来法国在思想、习俗、制度、经济、以及社会条件方面所发生的一切变革时由他们来起草的话,他们的意图又会是什么?他必定会向自己说,正义和理性要求该条文应更广泛地合乎人情和适应现代生活的现实和要求。”<sup>②3</sup>

根据制度利益与社会公共利益的关系,利益衡量在具体案件中的展开可分为三种情形。

1. 制度利益无缺陷时的衡量:以“姘居妻”案为例

根据本文以上提出的利益衡量的层次结构,试对“姘居妻”案再进行利益衡量。在这个案件中,我们遵循这样的思路:在现今的社会环境中,该制度所体现的制度利益是否仍然需要加以保护和维持?例如,“姘居妻”案中,社会上存在的“姘居妻”的利益是否应该加以保护?如果不保护,结果怎样?如果保护,结果又怎样?如果保护,对制度利益会产生怎样的影响?对社会公共利益又会产生怎样的影响?这种利益衡量,分为三种情形。

第一种情形,假设当司机所能支付的赔偿额处于一个固定额度(如 20 万元)。此时,选择保护姘居妻与否,对其他当事人的具体利益、群体利益、制度利益和社会公共利益会产生什么影响呢?列表如下:

选择保护对象	结 果							
	当事人具体利益			群体利益			制度利益	社会公共利益
	姘居妻利益	正妻利益	司机利益	“姘居妻”群体利益	正妻群体利益	司机群体利益	如登记制、重婚制	公平、正义利益,其他利益如:法观念
保护“姘居妻”		×	0		×	0	×	×
不保护“姘居妻”	×		0	×		0		

说明:表格中的“ ”表示得到保护,“×”表示没有得到法律保护或不能得到法律保护,“0”表示没有影响。

从这个表中,可以发现,当司机的赔偿额一定时,对姘居妻保护与否,对其没有直接的影响。此时,姘居妻与正妻形成直接的冲突。如果选择保护“姘居妻”的利益,不但损害正妻的利益,还会损害制度利益和社会公共利益。如果不保护“姘居妻”的利益则不会损害正妻的利益、制度利益和社会公共利益。可见,选择保护“姘居妻”的利益,代价极为昂贵。

第二种情形是,假如正妻所能得到的赔偿额为一定(如 20 万元)。此时,司机与姘居妻之间就形成直接的利益冲突。列表如下:

<sup>②3</sup> 转引自沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社 1987 年版,第 150 页以下。

选择保护对象	结 果							
	当事人具体利益			群体利益			制度利益	社会公共利益
	姘居妻利益	正妻利益	司机利益	“姘居妻”群体利益	正妻群体利益	司机群体利益	如登记制、重婚制	公平、正义利益,其他利益如:法观念
保护“姘居妻”		0	×		0	×	×	×
不保护“姘居妻”	×	0		×	0			

说明:表格中的“ ”、“×”、“0”的意义与上表相同。

从这个表中可以发现,由于正妻得到的赔偿额一定。此时,对正妻的利益没有影响,姘居妻与司机的利益形成直接的冲突。如果保护“姘居妻”的利益,就不能保护司机的利益,同样会损害司机的群体利益、制度利益和社会公共利益。如果不保护“姘居妻”的利益,则不会损害司机的利益,也不会损害司机的群体利益、制度利益和社会公共利益。可见,不能选择保护姘居妻的利益。

与以上两种方法不同,第三种可能采取的方案是:适当减少正妻所得赔偿额,同时,适当抬高司机所给付的赔偿额,以此作为姘居妻的慰谢金。即,可用公式表示为:姘居妻所得慰谢金 = 司机所增加赔偿额(与无姘居妻相比) + 正妻所减少慰谢金的数额(与无姘居妻相比)。也可用公式表示为:姘居妻所得慰谢金 = 司机较高赔偿额(与无姘居妻相比) - 正妻所得较低慰谢金(与无姘居妻相比)。列表如下:

选择保护对象	结 果							
	当事人具体利益			群体利益			制度利益	社会公共利益
	姘居妻利益	正妻利益	司机利益	“姘居妻”群体利益	正妻群体利益	司机群体利益	如登记制、重婚制	公平、正义利益,其他利益如:法观念
保护“姘居妻”		×	×		×	×	×	×
不保护“姘居妻”	×		×	×				

说明:表格中的“ ”、“×”、“0”的意义与上表相同。

从这个表格中,可以发现,如果保护“姘居妻”的利益,则会损害其他所有利益。如果不保护“姘居妻”的利益,则不会损害其他利益。因此,不能采用保护“姘居妻”的办法。

从以上三个表格可以看出,如果保护姘居妻,不但正妻或(和)司机的利益不能得到保护,而且,具有最根本意义的社会公共利益和制度利益也受到了根本性的损害。我们知道:法律不仅要已发生的案件进行判决,解决当事人之间的纷争,同时,负载着另一个重要的使命——倡导一种社会行为,告诉人们何为正义,何为非正义,以构建和谐有序的社会环境。因此,刑法和民法有着统一的法观念,对刑法从维护社会公共利益出发加以禁止的重婚现象,民法也应加以否定。而且,作为一项法律制度,最重要的是在实际中有效实施,得到人们的尊重和拥护,不容轻视,不容破坏(除非该制度已不能反映社会公共利益,该制度利益不值得保

护),否则会降低法律的权威,导致法律信仰的危机,减损人们的法律感情。这是一项法律制度的根本利益所在。所以,不能容忍重婚现象,不能保护所谓的“二号妻”、“三号妻”。加藤先生在这里忽视了社会公共利益和制度利益等基本价值的判断,是导致利益衡量失误的原因。如能在利益的层次结构中进行衡量,就可以排除因对当事人细微的具体利益的衡量对案件公正性的干扰。

2. 制度利益存在缺陷时的衡量:以“玻璃幕墙”事件<sup>②4</sup>为例

我们认为,如果制度利益仍然能较好地反映社会公共利益的要求,但是,制度本身确实也存在一定缺陷。此时,在不损害制度根本利益的前提下,可以对制度进行漏洞补充和价值补充,以弥补制度本身存在的缺陷,全面完善和维护制度利益。在具体案件中表现为,不对制度利益造成损害的前提下,对当事人的具体利益进行衡量不但是可以,也是应该的。

前段时间,发生在杭州的“玻璃幕墙曝隐私”就是一个典型的例子。杭州市环城东路16号的居民楼住着数十户居民。距该楼10米外的一幢12层的大楼的外墙采用玻璃幕墙。正是这个玻璃幕墙公开了居民的隐私:居民睡在床上的情形出现在幕墙上了;居民在房间里换衣服的情形出现在幕墙上了;穿着裤衩悠闲地摇着扇子的大妈的情形出现在幕墙上了。此外,采光、挡风等影响生活的问题也十分突出,加上施工单位在挖地基过程中造成了部分居民家中墙体开裂。为此,双方发生了纠纷。那么,应该如何处理呢?可以用相邻关系的法律制度来处理。但是,有关相邻关系的法律问题,我国民法通则只用第83条规定,“不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神,正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害、排除妨碍、赔偿损失”。显然,该条没有直接规定“玻璃幕墙曝隐私”的行为,不在法律条文所明示的“截水、排水、通行、通风、采光”的范围内。可以说,这种行为是在制定民法通则时不能预见到的。同样,起草“中国物权法”的专家们也没有预见到这种行为。在他们起草的专家建议稿中所涉及的“不动产相邻关系”的31个条文中,对这种行为没有规定<sup>②5</sup>。可见,这是一个法律空白。那么,如果居民向法院起诉,怎么办呢?法院不能以法律没有规定为由,拒绝判决。应否保护居民的利益呢?我们可以民事相邻关系的法律制度框架内对涉及本案利益进行衡量。列表如下:

选择保护对象	结 果					
	当事人利益		群体利益		制度利益	社会公共利益
	居民利益	建筑方利益	居民群体利益	建筑方群体利益	方便生产、生活,促进相邻各方和平相处等利益	公平、正义、善良风俗等利益
保护居民利益		×		×		
不保护居民利益	×		×		×	×

说明:表格中的“ ”表示得到保护,“×”表示没有得到保护或不能得到保护。

从上表中可以看出,如果不保护,显然于情于理不合适。这明显是一种侵权行为。对这种侵权行为不加保护,不但损害了相邻关系法律制度的利益,也损害了社会公共利益。这里

<sup>②4</sup> 资料来源:《都市快报》2000年6月29、30日相关报道;“中央电视台”2台2000年7月22日的《生活》栏目。  
<sup>②5</sup> 梁慧星主持:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第114144条。

所谓的“社会公共利益”体现在我国民法通则的有关规定中,如,民事活动应当遵循公平、诚实信用的原则;民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益;公民、法人的合法的民事权利受法律保护,任何组织和个人不得侵犯等。如果保护,结果又怎样呢?这不但维护了当事人的利益,更是制度利益的内在要求。从建立相邻关系制度的目的看,之所以制定法律,是当出现纠纷时,有法可依,凡是相邻关系都应当包括在内,不能也没有必要单独排除玻璃幕墙曝隐私的行为。所以,可以在“不动产相邻关系”的法律框架内对居民隐私进行保护。从更深意义上讲,这不但促进了相邻关系法律制度的发展,还促进了社会文明的发展,提升了社会公共利益。这样,在具体的技术处理中,可以把“玻璃幕墙曝隐私的行为”纳入民法通则第 83 条的“等方面”之内,加以确认。总之,在相邻关系的法律制度内对居民的隐私行为加以保护是可以的。

需要指出的是,如果建筑方坚持认为,他们的建筑是经合法审批的,合法建筑物不存在赔偿损失的问题。此时,又应如何处理呢?与前面的妍居妻案不同,这里实际上涉及到了不同于相邻民事法律关系的行政法律关系。因此,应该在另外的制度框架内对涉及本案利益进行衡量。列表如下:

选择保护对象	结 果					
	当事人利益		群体利益		制度利益	社会公共利益
	居民利益	建筑方群体利益	建筑等审批制度利益		公平、正义、善良风俗等利益	
保护居民		x		0		
不保护居民			x		0	x

说明:表格中的“ ”表示得到保护,“x”表示没有得到保护或不能得到保护,“0”表示没有影响。

从上表中可以看出,如果保护建筑方的利益,则不但当事居民的利益得不到保护,社会公共利益也受到了损害。如果不保护建筑方的利益,则社会公共利益得到了保护。特别需要强调的是,不管保护建筑方与否,对制度利益都没有影响。这是因为,对于审批制度而言,审批所给予的仅仅是允许建筑的行政“许可权”,如何建筑则不是审批所能概括的。所以,由于建筑方具体的使用“建筑材料”的方式所造成的法律后果对于审批制度利益没有影响。就建筑方而言,其获得的仅仅是一种可以建筑房屋的权利,但是如何建设则是建筑方自身应该加以考虑的,前提是至少不能侵犯别人的利益。在本案中,建筑方使用的材料有问题,侵犯了别人的隐私,属于权利的滥用,违反了行使权利应该遵守善良风俗的原则。

综合上述分析,建筑方以该建筑是经合法审批的,不是违章建筑为由,拒绝赔偿是不允许的。其实,合法建筑仅意味着其行为不受行政机关的行政处罚。因此,在相邻关系的制度内对居民的隐私行为加以保护是妥当的。

### 3. 制度利益违背社会公共利益时的衡量

如果制度利益已不能反映社会公共利益,对社会公共利益起到阻碍作用,抑制了社会进

步和发展。此时,对当事人的具体利益进行衡量时,就应该大胆地抛弃或冲破落后法律制度的束缚。这方面,由我国《医疗事故处理办法》所建立起来的医疗事故处理制度即是明证。

在医疗事故处理方面,我国有许多案例。其中,著名的案例是湖北中级、高级人民法院在具体案件中对脑瘫双胞胎龚琦峰和龚琦凌权利的维护<sup>②6</sup>。

在这个案件中,由于被告湖北省人民医院在护理双胞胎婴儿过程中,工作严重不负责任,两次发现温箱断电,均没有采取有效措施,致使二婴儿受凉后发高热、脑内缺氧窒息,虽经抢救脱离危险,但目前,二婴儿留下了严重的脑瘫后遗症。被告的行为给二原告及其父母造成了极大的经济损失和精神损失。那么,应不应当对双胞胎患者进行赔偿呢?在此,我们可以对本案所涉及的利益进行衡量。列表如下:

选择保护对象	结 果					
	当事人利益		群体利益		制度利益	社会公共利益
	双胞胎患者利益	省人民医院利益	患者群体利益	医院群体利益	受案范围、医疗鉴定、举证责任等构成的利益	公平、正义、文明、进步、善良风俗等利益
保护双胞胎患者		×		×	×	
不保护双胞胎患者	×		×			×

说明:表格中的“ ”表示得到保护,“ × ”表示没有得到保护或不能得到保护。

从上表中可以看出,如果保护患者利益,则社会公共利益得到保护,但制度利益得不到保护;如果保护医院的利益,则社会公共利益得不到保护,而制度利益得到保护。可见,患者利益与社会公共利益是一致的,而制度利益始终与社会公共利益、患者利益相冲突。在此,分析制度利益值不值得保护是关键。

那么,以本案为代表的整个医疗事故处理中,制度利益是如何构筑起来的呢?根据现行法规,主要由以下几方面促成:(1)受案范围。必须先经过医疗事故鉴定委员会鉴定,由卫生行政部门处理。实际操作中,往往要求鉴定委员会鉴定为医疗事故并且必须是医疗单位及主管部门未作民事赔偿处理,受害人仅要求医疗单位赔偿经济损失的,法院才受理。而且,“将医疗事故的范围界定得过窄,规定医疗事故只包括医疗责任事故和医疗技术事故,将医疗差错排除在医疗事故之外。”<sup>②7</sup>就是说,如果一个医疗事故被鉴定为“医疗差错”的话,即使医生有过错,也可以不承担责任。(2)鉴定。省(自治区)成立省、地、县三级医疗事故鉴定委员会,直辖市成立两级鉴定委员会。省级鉴定为最终鉴定,为处理医疗事故的依据,其他鉴定均为无效。(3)举证责任。“谁主张谁举证”。问题是,由这些因素构成的医疗事故处理制度产生了什么社会后果呢?“某些医生作手术不是靠技术而是靠胆量”,听起来令人毛骨悚然,但这却是一些地方的事实。由于医生缺乏足够的责任心和相应的医术而导致的医疗事故在各地屡有发生,但却得不到公正的处理。受害的病人及其家属得不到应有的权利救济和经济赔偿,肇事的医生得不到应有的处罚,其他医生更不能从中汲取任何教训。为什么?一个重要的原因就是有关的法律规定不合理。1987年国务院颁布实施的《医疗事故处理办法》是法院处理医疗事故的一个专门性法律文件。这一行政法规存在严重的问题。社会各界对此反应

<sup>②6</sup> 雪源:《国内医疗赔偿第一案始末》,《南方周末》2000年6月30日。  
<sup>②7</sup> 杨立新:《尽快修订〈医疗事故处理办法〉》,《南方周末》1998年12月4日。

强烈,几乎到了民怨沸腾的地步<sup>⑳</sup>。可见,医疗事故处理制度已不能很好地反映社会公共利益。

基于制度利益显然已与社会公共利益相冲突,湖北两级法院在本案中作出了突破。判令被告应当承担赔偿责任。对此,湖北高级法院根据民法通则第98条和第119条的规定作出终审判决,判令湖北省人民医院支付龚琦峰后续治疗康复费、护理费、住院伙食补助费及精神损失费计人民币1464104.78元;支付龚琦凌后续治疗康复费、护理费、住院伙食补助费及精神损失费计人民币1442204.78元。共计人民币2906309.56元(比一审判决赔偿数额少近100万元。但在基本事实的认定与法律适用上,两次判决没有大的差异)。在本案中,它正本清源地重申了“向医疗事故技术鉴定委员会申请鉴定不是当事人提起民事诉讼的必经程序”。而且,本案判决并没有陷入医学怪圈之中,而是以法律固有的思维逻辑,采用举证责任倒置,运用法律因果关系认定的法律诉讼技巧,在不能排除温箱断电与龙凤胎患脑瘫的关联,以及医院没有证据证实龙凤胎是先天性脑瘫的情况下,依过错责任原则,判定医院对医疗差错所造成的损害后果承担民事责任,这是十分正当的。

与本案的个案突破不同,四川泸州市中级人民法院于1999年11月5日出台了《关于审理医疗损害案件的若干意见(试行)》<sup>㉑</sup>,并于1999年11月10日起执行。该《意见》直面难点、疑点,作出多个突破。主要有:医院对受害的患者要不要赔偿,不是取决于是否构成“医疗事故”,而是看医院是否“因诊疗护理造成患者人身遭受损害”(理由见后面最高法院报告);医疗损害赔偿案件不应当实行“谁主张谁举证”<sup>㉒</sup>,应当实行“举证责任倒置”,医院有过错,其过错与损害事实有无因果关系,应当由医院自己来举证;《医疗事故处理办法》不适用于医疗损害赔偿等。该《意见》的实施获得社会广泛好评。这从侧面证明了只有恰当反映社会公共利益的制度才能得到人民的拥护,该制度利益才值得维护。

令人高兴的是,在2000年末,我们看到了最高人民法院对审理医疗纠纷的损害赔偿案件的态度转变。该院指出,“在计划经济时期对这类纠纷的处理,是采取行政处理和民事赔偿诉讼相结合的办法,更多的是将损害赔偿纳入行政处理程序中。这种处理办法,已经与社会主义市场经济条件下对民事权利的保护要求不相适应。人民法院在处理这类案件时,既要注意协调冲突,缓解矛盾,又要严格正确适用法律。要把握以下几点:一要正确区分医疗事故责任与医疗过失损害赔偿责任的界限。是否构成医疗事故,构成几级医疗事故,以及对医疗事故进行处理这是卫生行政部门的职责。人民法院在审理医疗纠纷案件时,对于是否承担医疗过失损害赔偿,则应当根据民法通则的规定,按照侵权损害赔偿的构成要件,严格审查有无侵权事实、损害后果、侵权事实与损害后果是否存在因果关系以及侵权人是否存在主观过错,以此来判断侵权人是否应当承担民事损害赔偿。是否构成医疗事故,不是认定医疗过失损害赔偿责任的必要条件。二要慎重对待医疗事故鉴定。医疗事故鉴定结论只是人民法院审查认定案件事实的证据,是否作为确定医疗单位承担赔偿责任的依据,应当经过法庭质证。三要实事求是地确定赔偿数额。按照民法通则和有关司法解释的规定,根据案件的具体情况

<sup>⑳</sup> 有关这方面的报道较多,如中央电视台的《今日说法》报道的《龙凤胎与医疗事故罪》;又如《中国商法》2000年第7期所刊发的刘冬的《医疗事故:不能承受之重》。

<sup>㉑</sup> 参见《南方周末》1999年12月17日。

<sup>㉒</sup> 关于归责原则,如果受害人选择侵权责任,应当适用民法通则第106条第2款规定的过错责任原则,即以医院方有过错为条件。鉴于医疗行为的特殊性,受害人往往难以举证证明医院方面有过错。因此,由医院方面对自己是否有过错负证明责任,对医疗损害的因果关系负证明责任;同时,由患者对损害事实负证明责任。这就是举证责任倒置的方法。应该说,这是科学的、公正的和合理的。

合理确定赔偿数额,既要保护公民的合法权益,又要防止赔偿数额过高,加重医疗单位负担”。<sup>③</sup>

我们认为,现行的医疗事故处理制度已不能反映医疗损害赔偿制度的真正制度利益,与社会公共利益相违背。湖北两级法院的判决、泸州中院的《意见》和最高人民法院的报告从实际出发,基于维护社会公共利益的需要,大胆地冲破旧的法律制度的束缚,对落后的制度利益予以抛弃。在此基础上,把当事人的利益放置于一个新的经完善的制度平台上进行衡量,最后选择保护患者的利益是妥当的。他们的行为必将极大地促进社会的进步和发展。这与“妍居妻”案是完全不同的。

### 五、结 语

加藤先生的利益衡量论揭示了法官适用法律进行判案的过程实际就是利益衡量的过程,具有积极的意义。但是,利益衡量本质上是一种主观行为。正由于利益衡量的本质是一种主观行为,要增强它的妥当性和科学性,有必要从外部程序上去考察,要建立客观的科学的规则体系来完善它。正象只有实体法,没有程序法,仍然无法进行公正的判决一样,没有完善的衡量规则是难以做到客观公正的。笔者提出的四个层次的利益层次结构的构建,意在充当程序法的角色。总之,坚持遵循这样的按部就班地利益衡量规则的过程,可以避免衡量的任意,可以在法律条文语义上所产生的若干解释中,选择现在最合目的的解释。

---

**Abstract :**The Interest measurement theory put forward by the Japanese scholar Ichiro Kato has its positive significance. It reveals that the process in which a judge decides cases by applying the law is a process of interest measurement. However, this theory has its shortcomings, the most basic one being the lack of a system of scientific rules, which can easily lead to arbitrariness. Interest has a stratified structure: the specific interests of parties, group interest, institutional interest, social interest and public interest. In practice, we should distinguish different types of interest and carefully analyze and demonstrate each of them.

---

---

<sup>③</sup> 李国光:《当前民事审判工作中亟待明确的法律政策问题》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2000年第6期第185页以下。