

制度利益衡量的逻辑

梁上上*

内容提要 司法审判特别是疑难案件审判往往需要进行利益衡量,其中制度利益的衡量极为关键。制度利益具有现实性、具体性、广泛性等特性。与法律制度构造的类型化相适应,制度利益需要区分内部不同的具体类型进行衡量。在利益衡量时,需要对潜藏于法律制度背后的制度利益作深入剖析,可分为两个步骤:一是理清核心利益;二是以制度涉及的社会广泛性为依据,对制度所涉具体利益作广泛的铺陈与罗列。应当与社会公共利益相协调是制度利益衡量的基准,它提出两个要求:第一,在复数制度中选择妥当制度,避免误入歧途;第二,结合法律情境探寻制度利益,避免利益误判。从功能上讲,制度利益衡量既是牵引法律制度演进的内在动力,又是判断法律制度效力的实质依据。

关键词 利益衡量 制度利益 社会利益 制度进化 效力裁量

在司法审判活动中,特别是疑难案件的审判,往往需要进行利益衡量。如何进行利益衡量,以避免法官在利益衡量中的主观恣意,是该理论在实践中遇到的最大困扰。^①针对日本加藤一郎等学者提出的利益衡量理论^②存在的不足,有人提出了利益的层次结构的构想,并阐述了利益衡量的具体展开方法与步骤。在一个具体的待决疑难案件中,应当解析当事人具体利益、群体利益、制度利益和社会公共利益等四个不同层次的利益构成。这种利益构成要求法官层层深入,有步骤地分析、比对不同利益,经过综合性的利益衡量,最终得出妥当的裁判结果。这一分析过程实际扮演的是程序法的角色。^③需要强调的是,制度利益直接联结当事人利益与社会公共利益,它的衡量是利益衡量的核心所在。^④关于制度利益,国内外许多学者作了研究。例如,有人指出,人们赋予法的制度(如婚姻)以一种超越其实定法规定范围的价值已经是一种事实。^⑤又如,有人认为,实在的法或法律体系所体现和保护的价值是制度化价值(即制度利益)^⑥,它具有外在性与客观性。^⑦还有人认为,经过各方博弈达致平衡的利益关系凝固于具体的法律制度中,一旦凝固于具体法律制度中,定型化的利益也就成为该法律制度一个不可分割的属性。^⑧此外,其他学者也有类似见解。^⑨但是,这些研究对利益衡量的核心概念——制度利益的描述与分析还不够具体。制度利益作为一客观存在,如何才能变得具体而可以被感知?在司法活动中可以什么方式恰当地展现到世人面前?在法律制度的社会变迁中扮演什么角色?如何与社会利益相协调?这些都需要进一步研究。

* 浙江大学光华法学院教授,博士生导师。本文研究获得“新世纪优秀人才支持计划”、“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

① 关于利益衡量的研究,并不局限于日本。英国功利主义学者 Bentham 在《民事与刑事的立法原则》一书中对利益做了研究,它所采取的广义利益观深刻影响了德国学者 Rudolf von Jhering。参见吴从周《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 9 页)。德国以 Rudolf von Jhering, Philipp Heck, Karl Larenz 等为代表的学者对利益衡量理论做出了重要贡献。以庞德为代表的美国学者对利益衡量理论的研究也成绩斐然,特别在司法实践中积累了丰富经验。

② 参见[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 1995 年版。

③ 参见梁上上,《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。

④ 参见前引③,梁上上文。

⑤ 参见[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 56 页。

⑥ 参见舒国滢,《法哲学沉思录》,北京大学出版社 2010 年版,第 257 页。

⑦ 参见前引⑥,舒国滢书,第 258 页。

⑧ 参见张新宝《侵权责任法立法的利益衡量》,载《中国法学》2009 年第 4 期。

⑨ 参见王书成《论比例原则中的利益衡量》,载《甘肃政法学院学报》2008 年第 3 期。

一、制度利益的解构与铺陈

从社会实践看,权利与法律制度是密切相关的。权利存在于法律制度中,权利不能离开法律制度而单独存在。某一权利的制度属性深刻地影响着权利的归属与性格。^⑩所以,需要在具体的案件裁判中把制度利益这一“黑匣子”打开,把它精致的内核暴露在灿烂的阳光下。这对利益衡量在司法实践中的妥当适用帮助很大。

(一) 制度利益的性格

法律制度是理性构建的产物,也是利益平衡的产物。“法律是社会各种利益冲突的表现,是人们对各种冲突的利益进行评价后制定出来的,实际上是利益的安排和平衡。”^⑪某一法律制度本身所追求的或者所凝固的制度利益是其核心价值,深刻地影响着该制度的生存与发展。这是制度利益的根本属性的体现。我认为,制度利益的根本属性是其社会性。这是因为它深深地植根于社会,是在与社会政治、经济、文化等现象紧密结合中、频繁而深刻地互动中产生发展起来的。从制度利益的社会性出发,制度利益的具体特征可以体现为:其一,制度利益既是历史的又是现实的。制度利益总是与社会发展状况相联系。制度利益不是人们头脑中凭空产生的抽象概念,而是随着社会产生而产生、随着社会而发展的。在不同的历史条件下,人们对制度利益的认识是不同的。例如,我国封建社会婚姻的制度利益体现为“父母之命、媒妁之言”等。这一婚姻制度在当时是符合社会现实的,是合理的。但它已经不符合现代社会的实际情况了,现代社会婚姻的制度利益凝固为“婚姻自愿、一夫一妻”了。这说明,制度利益是一种历史现象,在不同的历史时期,人们对法律制度有着不同的衡量标准,制度利益也呈现出不同的内涵。所以,看待制度利益问题,须将其放到一定的历史条件下、结合具体的历史背景来分析。其二,制度利益既是抽象的又是具体的。确实,制度利益看上去是抽象的、难以捉摸的,但它总是与具体的法律制度联系在一起。这意味着,只需要注意与具体的法律制度联系起来,是可以铺陈、列举该制度的具体利益样态的。如果不注意具体领域、具体人群、具体问题的区别,简单套用抽象的制度利益概念,往往容易导致认识上的偏差。其三,制度利益既是广泛的又是有限的。法律必须对所有重要(社会典型的)生活实践和利益冲突进行调整。法不可避免地反映着社会制度的复杂性。^⑫社会经济、民众生活的方方面面似乎都可以成为制度利益的规范对象,但是对于某一具体的法律制度而言,涉及到的制度利益是有限的、特定的、有章可循的。

(二) 制度利益的解构:类型化与利益细分

某一法律制度总是存在制度利益。正是这一共同的制度利益与理念形塑某一法律制度,使它具有与其他法律制度不一样的性格与特征。然而,法律制度的构造是复杂的,还需要对其内部进行解构。最好的解构工具是类型化。类型化可以使法律制度的构造更有条理、更为清晰,使法律制度不同类型的特色得以保持与伸张,增进立法的科学性与法律适用的妥当性。与法律制度构造的类型化相适应,制度利益的衡量也需要区分内部不同的具体类型进行衡量。从类型化的一般规律看,可以从两个方面展开:

1. 从种属关系看,可以分辨一般制度与具体制度各自所固有的制度利益。这有两种途径:一是利用枝分方式由上而下进行类型化。一个一般制度可以在其可能的范围内向下枝分以获得下位制度,这些下位制度又可以一再地往下枝分,从而获得所需制度的制度利益。二是利用总结方式由下而上进行类型化,其过程与前一程序刚好相反。像我国《合同法》表明的那样,所有的合同类型总体上都具有一般合同的共同特征,但是,不同类型的合同还具有各自的具体特征,其体现的制度利益也不同。例如,作为买卖合同的买方如果为了生活消费而购买商品,其就是消费者,他的权利受到消费者权益法律制度的

^⑩ 参见梁上上《利益衡量的界碑》,载《政法论坛》2006年第5期。

^⑪ Philipp Heck语。参见何勤华《西方法律思想史》,复旦大学出版社2005年版,第255页。

^⑫ 参见[德]伯恩·魏德士《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第22页。

调整与规范。这与一般商品买卖合同中作为平等主体的买方权利是不同的。此时,我们关注的是消费者权益法律制度所固有的制度利益及其对消费者权利的影响。

2. 从平行关系看,可以分辨两个或两个以上并列制度所固有的特殊制度利益。这主要基于认识活动的对比能力而获取,是对极思考的一种体现。当然,对极的构成基于一定标准,以满足特定的类型化上的目的:或者用来说明,或者用来作为针对下位类型的特征,给予必要的分别对待的基础。^⑬例如,在合同法中,租赁是一种单独的合同类型。但其内部又可以分为生活租赁(公寓)与商事租赁,它们各自有不同的制度利益。

从美国的 Hilder v. St. Peter^⑭案可以看出生活租赁的制度利益之所在。1974年10月,原告 Hilder 租用了被告 Peter 的公寓。原告按租赁协议支付了所有租金及押金。搬进公寓后,原告发现厨房玻璃损坏,卫生间马桶堵塞、灯与排气口不能使用,厨房与后卧室漏水等许多问题,并为此花钱修理。被告认为,租赁关系受承租人自行小心规则(Caveat Lessee)的调整。出租人没有义务保证房屋的可居住性,除非合同明确规定了维修义务。Vermont 最高法院判决原告胜诉,理由是:不论书面合同还是口头协议,房屋可居住性的默示担保(the Implied Warranty of Habitability)在整个生活租赁期间始终存在,出租人有义务移转占有和维护出租房的干净、安全和适合居住。而且,可居住性默示担保责任涵盖房屋基本设施明显的、潜在的缺陷。这意味着,即使订立合同的承租人知道房屋基本设施存在缺陷,也不能假设为自冒风险而失去可居住性担保责任的保护,这种担保也不能通过合同条款或者口头协议而被免除。

相反,美国的 Kendall v. Ernest Pestana, Inc.^⑮一案则很好地说明了商事租赁的制度利益。Kendall 案的事实^⑯是:1981年, Bixler 计划把机库(Hangar Space)转租给上诉人 Kendall。租赁合同规定,合同转租前应当获得出租人的书面同意,否则出租人可以解除分租合同。为此, Kendall 请求出租人 Pestana 予以同意,但遭到了拒绝。为此, Kendall 请求法院判决其拒绝同意是对自由转租的非法限制,并赔偿损失。本案的重大争议是,在合同没有明文规定出租人不能不合理拒绝的情况下,出租人是否可以不随意地拒绝转租。^⑰法院认为,出租人的拒绝同意不能是无条件的、专断的,应当具有合理的商业上理由。在本案中,如何判断出租人的拒绝是否构成“合理拒绝”?加州最高法院始终把“营业场所租赁”放置在商事租赁的制度框架中加以处理。判断商事上合理拒绝的主要要素有:第三人的资金状况,对特定财产使用的妥适性,财产使用的合法性,是否需要改变建筑物的用途,占用方式的性质(如作为办公室、工厂、医院)等。此外,仅仅建立在个人偏好、方便或者鉴赏力之上的拒绝也不具有商事上的合理性。同时,为了获得更高租金也不能成为合理理由而拒绝转租。事实上,与 Bixler 相比, Kendall 资金状况更好,净资产更多。这样, Pestana 没有商业上的合理理由加以拒绝,加州最高法院判决 Kendall 胜诉。

比较 Hilder 案与 Kendall 案可以看出,即使都属于租赁法律制度,但还可以生活租赁与商事租赁继续类型化。商事租赁与生活租赁属于不同类型,具有不同的特征。商事租赁着眼于“商事”,以“营利性”作为构建制度利益的起点与终点,只要能获得切实的商业上利益,就可以较为灵活地处理。但在生活租赁中,房屋的可居住性就成为首要问题,一切其他问题都是以此为中心展开。为此,不但房屋在租赁开始时要具有可居住性,而且在整个租赁期间,出租人也有义务维持房屋的可居住性。^⑱

^⑬ 参见黄茂荣《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第477页。

^⑭ Hilder v. St. Peter, 478 A. 2d 202 (Supreme Court of Vermont, 1984).

^⑮ Supreme Court of California, 709 P. 2d 837 (1985).

^⑯ 本案案情较为复杂,还涉及美国法的 Assignment 与 Sublease 的区别。Assignment 是剩余期间的完全转租。Sublease 是只转租剩余期间的部分时间段,或者权利义务范围可能比原租赁合同规定的要小。在不影响本文分析的基础上,本文对本案情节做了简化,对 Assignment 与 Sublease 也基本不做区分,把它们作为同义词处理。

^⑰ 其实,在租赁合同的转租行为中,许多国家的物权(财产)法、合同法都规定承租人在转租前应当获得出租人的同意。承租人未经出租人同意转租的,出租人可以解除合同。我国《合同法》第224条有相同规定。

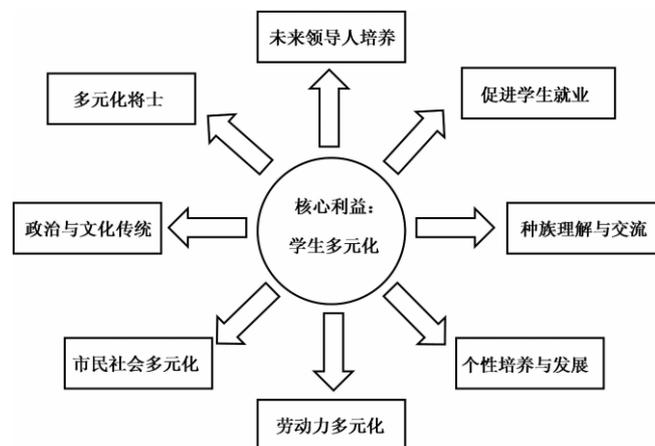
^⑱ 与美国法在财产法中对租赁加以规定不同,我国是在《合同法》中规定的。此外,我国合同法没有区分商事租赁与生活租赁,它的适用相同法律条款。这将会造成司法裁判中的困难。

(三) 制度利益的铺陈

那么,使用什么方法可以使具体待决案件所涉及的某一法律制度的制度利益展现出来呢?可以 Grutter 案为例进行分析。在 Grutter 案^①中,Grutter 是一个密歇根的白种人。1996 年,她以 GPA3.8 分和 LSAT161 分的成绩申请密歇根大学法学院,但没有被录取。她认为,其申请被拒绝是因为法学院把“种族”作为决定性因素,给予特定种族足够多的机会。为此,她起诉了密歇根大学、法学院及招生人员,声称他们的招生政策建立在种族歧视之上,违反了宪法第 14 次修正案和 1964 年的民权法案第 6 条。

美国联邦最高法院多数法官认为,学校对学生多元化具有强制性国家利益(Compelling State Interest^②)。多元化是教育制度的基本属性。在宪法所载明的限度内,应当尊重大学的学术决定权。Powell 法官指出,一个大学的自由决定权包括选择学生的自由,即有权选择最有利于促进思想交流的学生。这对实现教育使命是最为重要的。法学院招生政策具有强制性国家利益(社会公共利益)^③的主张获得法庭之友^④的支持。大量证据表明,学生的多元化提高了学习效果,面对不断提高的劳动力多元化和社会多元化,学生有更好的准备。在全球化浪潮中,美国的主要公司需要具有多元化思维的员工。美国国防也需要多元化将士。学生多元化对学生将来就业、成为美国市民极端重要,对保持美国的政治传统与文化传统具有重要意义。教育是一个市民具有良好素质的最重要基础。为此,通过接受高等教育的方式来传播知识、获得机会,对每个人都是相同的,无关民族或者种族。这是政府的首要目标。特别有意思的是,法院指出大学特别是法学院扮演着为美国培养大量领导人的重要角色。在美国,持有法律学位的人占据着大约一半的州长位置、超过一半的联邦参议员位置、超过三分之一的联邦众议院位置。对顶尖的法学院而言,这一现象更为突出。一小部分法学院占据 100 个联邦参议员中的 25 个,74 个上诉法院法官,600 多个地方法院法官中的近 200 个。就培养一批具有法律意识的领导人而言,成为领导人的道路对于每一个种族、民族的具有天赋的人都是开放的、看得见的。最高法院的结论是,在学生多元化上的强制性国家利益在法学院各种任务中居于核心地位。为了组建具有卓越的学术能力和学生多元化的班级,法学院可以寻求“关键性数量(Critical Mass)”的少数族群。

以上列举的利益可以用下表展示出来:



从本案可以看出,需要强制保护的国家利益的立论基础在于学生的多元化。学生多元化是高等教

^① Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003).

^② Compelling - State - Interest test 是宪法上的术语,是判断某一法律是否合宪的一种方法。See Compelling - State - Interest test, Black's Law Dictionary, 9th ed, 2009, p. 321.

^③ 我认为,国家利益与社会公共利益虽然称谓不同,但是在大多数情况下两者存在“交集”。当然,当国家作为一个实体时,国家利益与社会公共利益是不同的。在本文所涉及范围内,可以把两者作为同一概念来处理。

^④ 关于法庭之友,参见翁国民《法庭之友制度与司法改革》,法律出版社 2006 年版。

育的根本性利益,是该法律的制度利益。围绕该制度的核心利益又生长出广泛的其他利益。这些利益不是理论上的抽象利益,而是实实在在的具体利益。它不但涉及到学生的学习生活,还涉及到学生将来的就业。它不但涉及学生个性的培养、还涉及到军队、商界领袖的培养。它不但涉及一般市民素质的培养,更涉及国家未来领导人(如总统)的培养。

(四) 小结

以上分析启示我们,在利益衡量时需要对潜藏于法律制度背后的制度利益作深入剖析。其可以分为两个步骤:

1. 理清核心利益。如 Grutter 案中的核心利益是学生多元化。实际上,法律制度所蕴含的利益可以划分为核心利益与非核心利益。核心利益是该法律制度所固定的能体现该制度本质属性的制度利益。该利益往往通过一些具体的利益体现出来,如婚姻制度中的“一夫一妻”、法律婚主义。一般意义上的制度利益指的就是核心利益。核心利益处于主导地位,非核心利益从属于核心利益。一般而言,核心利益较为明确,容易判断;而非核心利益有时可能较为模糊,给利益衡量带来困难。当非核心利益与核心利益相冲突时,应当保护核心利益,围绕核心利益对非核心利益进行分析衡量、作出取舍。

2. 以该制度涉及的社会广泛性为依据,对所涉及该制度的具体利益作广泛的“铺陈”与“罗列”,以便作出妥当的利益衡量。^{②③} 不管核心利益的厘清还是其他利益的分解,都是利益衡量得以妥当展开的基础。遗憾的是,我国一些法院判决在涉及利益衡量方法的运用时,不仅不在判决书中详细阐明利益衡量的具体过程,更缺少对制度利益及相关利益的深入剖析。这一过程的缺失极易造成利益衡量的滥用或不当。

二、制度利益衡量的规则

(一) 制度利益衡量的基准

众所周知,给予法律制度生命和活力的是外面的精彩世界。法律制度不是隔绝的、孤立的,它完全依靠外界的输入。一般而言,司法制度的职能是分配与维护社会认为是正确的价值的分派。^④ 制度利益要与社会公共利益相一致,这是社会对法律制度的要求。这是对某一法律制度是否“合意”的一种价值评判。其实质是要求在社会成员之间合理分配各种权利,每个人都能得到其所应得的;各种义务由社会成员合理承担,每个人都应承担其所应承担的。这一要求既体现为一种价值理念,也体现为一种制度安排;既可视作为一种原则和标准,也可视为一种状态和结果。特别是法官对具体问题进行利益衡量时,要注意到该具体问题的价值判断不应当与基本的法律价值相矛盾。为什么这么说?因为每一个具体的价值判断若不与体系保持统一性,那么具体的价值判断的最终结果就会导致否定根本的或重要的法律价值。

在美国,许多判例表明了制度利益与社会利益之间的互动关系。例如,在 1886 年的一个案件中,一个采矿公司用本公司的汇单来支付矿工工资。这一行为遭到了立法机关的禁止。立法机关不但禁止这类行为,并且命令超过雇佣一定数量雇员的雇主们用现金支付工资。审理该案的法院立足于采矿工个人与矿主个人之间的抽象关系,认为这个限制构成了对合同自由的限制,是对一种自然权利的不正当干涉。^⑤ 但是,庞德对此提出了批评。他认为,如果从个人道德和社会生活中的社会利益来考虑,规定矿主只能用金钱来支付雇员工资并没有侵犯其人格尊严,也没有极力干涉矿主生活,只是通过强加这样一个限制来达到一些冲突的化解,保护矿工的人格尊严并使他们能够过上一种文明社会的人类生活。^⑥

^{②③} 从利益法学的发展看,自英国学者 Bentham 开始,德国 Jhering, Heck 等学者都对利益采取广义说。

^④ 参见[美]弗里德曼《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 17 页。

^⑤ 参见[美]罗斯科·庞德《普通法的精神》,唐前宏、廖湘文、高雪原译,法律出版社 2001 年版,第 140 页。

^⑥ 参见前引^⑤,罗斯科·庞德书。

庞德的批评是合理的。矿工与矿主的合同关系并不属于真正的平等关系,矿工已经成为一个特殊的群体,需要构建特殊的制度——劳动法律制度来分析解决纠纷。在这个劳动法律制度中,对矿主的不当支付工资的行为加以限制是妥当的,其维护弱势群体的制度利益是与社会公共利益相一致的。

在我国司法审判中曾出现与此不同的情形,也很能说明问题。最高人民法院1995年3月6日颁布实施的一则批复²⁷规定:未经对方当事人同意私自录制其谈话,系不合法行为,以这种手段取得的录音资料,不能作为证据使用。但是,这一规定给司法实践带来了困扰。例如,1995年,华南某中级人民法院受理的一起借款合同纠纷。²⁸该案原告告诉被告返还欠款30万元,并以借条为据。被告辩称已还20万元,只欠10万元,并称还款时已经在借条下方注明“还款20万元”。后来双方关系恶化,原告将借条下方注明“还款20万元”的部分裁剪了。借条下方确实也有被裁剪的痕迹。庭审中,被告向法院提供一份录音材料,录音内容与被告所述相符。在此,该录音资料是关键证据,但批复规定不能作为证据使用。这造成被告利益无法保护,抱怨法律不公。可见,最高人民法院的批复显然没有把握好制度利益的恰当内涵,对录音的法律规范失当。应该说,“未经对方同意即构成不合法录音行为”的规定并不科学。其实,“证据取得必须合法”的制度利益在于防止适用不正当手段获取证据,损害对方人身等合法权益。该批复所确定的制度利益超越了必要限度,并不符合社会公共利益。所以,2002年颁发的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第68条规定,以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。这是对原批复的修正,私自录音材料只要不违反第68条规定,便可以作为证据使用。

此后,北大方正公司、红楼研究所诉高术天力公司、高术公司计算机软件著作权侵权纠纷案²⁹是关于民事诉讼非法证据排除规则的一个标志性案件。最高人民法院在再审判决书的裁判摘要中指出:“尽管法律对于违法行为作出了较多的明文规定,但由于社会关系的广泛性和利益关系的复杂性,除另有明文规定外,法律对于违法行为不采取穷尽式的列举规定,而是确定法律原则,由法官根据利益衡量、价值取向做出判断。”这一裁判要旨对于今后正确适用这一规则具有指导意义。³⁰该裁判摘要还强调:“鉴于计算机软件著作权侵权行为具有隐蔽性较强,调查取证难度较大,被侵权人通过公证方式取证,其目的并无不正当性,其行为并未损害社会公共利益和他人合法权益,同时该取证方式也有利于解决此类案件取证难度问题,起到威慑和遏制侵权行为,有利于加强知识产权的保护,故其公证取证的方式应认定为合法有效,所获得的证据亦应作为认定案件事实的依据。”从这一案例中可以看出,“制度利益是否与社会公共利益相一致”在进行利益衡量时必须仔细权衡。

美国法官卡多佐曾说,当法官“奉命去确定在多大程度上延伸或限制现行规则,他们必须根据社会利益(Social Welfare)确定路径、方向和远近”³¹。这与我所说的“制度利益应当与社会利益相协调”是一致的。

(二) 制度利益衡量的两大支撑

1. 在复数制度中选择妥当制度,避免误入歧途

事实上,人类的集体生活需要不同秩序,不同的人类群体在长期的共同生活中发展出了不同的秩序范式,这些秩序范式的不同在于其中蕴含着不同的规则。从深层次说,不同的规则背后隐藏着不同的价值。正是这些不同的规则和不同的价值形成了不同性质的法律制度。可以说,法律制度是事实、逻辑与

²⁷ 1995年3月6日颁布实施的《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》的规定。

²⁸ 参见徐昕《司法过程的性质》,载《清华法学》2010年第2期,第99页。

²⁹ 参见《北大方正公司、红楼研究所与高术天力公司、高术公司计算机软件著作权侵权纠纷案(最高人民法院民事判决书(2006)民三提字第1号)》,载《最高人民法院公报》2006年第11期,第25-32页。

³⁰ 参见李浩《利益衡量的杰作:裁判方法的典范》,载《人民法院报》2007年03月26日。

³¹ 参见[美]A. L. 考夫曼《卡多佐》,张守东译,法律出版社2001年版,第216-217页。

价值的结合体。^②但从法律适用的角度看,法律制度的这种构造意味着选择不同的制度可能会导致不同的法律结果。这要求我们在适用法律时应当仔细分析法律制度的内在制度利益,把该法律制度所蕴含的价值贯彻到具体的司法裁判中去。但事实上,我们的审判活动强调更多的是逻辑推理的方法。而逻辑推理本身是一种无价值分析的过程,与该法的制度利益无涉。这样,如果过分强调逻辑而忽视价值等因素的考量,就可能会发生不当的裁判结果。所以,应当选择妥当的法律制度作为裁判的制度框架。这从 Hynes 案可以看出来。

在 Hynes v. New York Cent. R. CO. 一案中,被告拥有铁路,铁路上竖有电线杆、横杆等,铁路一侧紧靠 Harlem 河,一块木板从铁路隔墙伸到河面上方。1916 年 7 月 8 日,16 岁的 Harvey Hynes 站在木板上准备跳水时,刚好被被告土地上倒塌的电线杆不幸击中,落水身亡。二审法院^③认为,因为木板是被告的财产,与其不动产紧密相连,已经成为其不动产的一部分。Hynes 进入铁路,站到木板上准备跳水的行为就是侵权行为,Hynes 属于不法侵入者。所以,如果电线杆的倒塌不是被告故意或者恶意侵害行为造成的,其对死者就没有责任。

Hynes 母亲不服,上诉到终审法院。^④卡多佐法官代表终审法院发表了意见。^⑤其认为,我们过于把注意力集中于木板的所有权上,而忽视了水体上下的公共所有权。发生灾难那天,Harlem 河航道中的普通游泳者依法享有从被告的电线杆倒塌中获得合理保护的權利。同样,Hynes 不能因为使用跳板而失去了游泳者的权利。使用木板,仅仅是实现其主要目的——在河道中享受游泳权利的次要方面、辅助行为。卡多佐指出,二审判决是概念法学的典型例子,是无视结果的逻辑推理的极端。现行法律应当进行重新调整以适应社会现实。本案中,被告主张在每一个事件中附着物的所有权与土地所有权是同一的,但事实上有许多重要方面是不同的。被告主张的是高度技术化的规则,即站在跳板一端的跳水人是附着物的侵入者。而原告主张的规则是,他可以在公共水道中行使公共权利。在行人经过临近的公用道路的场所,土地所有人存在控制其行为的义务,其免责只能是一种例外。从法律制度的视角看,这其实是两种完全不同的制度。一是规范“侵入者”的法律制度,一是规范“过路人”的法律制度。两者的制度构成不同,凝固于其上的制度利益也各不相同。如果 Hynes 是不动产的不法侵入者,被告无须对其承担责任。如果是经过航道的人,不论他是在游泳还是乘坐船具通过水道,被告应当对此承担责任。被告对这两种不同的人承担不同的责任。法律必须对被告是否适用这一规则或者那一规则进行选择,以适应社会现实。基于公共政策、社会正义等考虑,应当把被告从免责的例外中排除出去,而赋予其义务与责任。

应该说,卡多佐的说理是透彻的、可信的,它获得了美国社会的认可,成为美国侵权法上的经典案例。虽然该案的一审与二审法院对于法律的逻辑推理都没有问题,但是判决的结果却是不公平的,不能为社会接受。终审法院也利用逻辑推理来分析问题,但认为除了以法律逻辑推理得到判决结果外,应该考虑其他相关的因素,找出可以为社会所接受的最恰当判决。究其实质,是使用了利益衡量的方法,比较了原告与被告的行为、双方的利益,分析了不同法律制度背后的利益,然后把不同的制度利益与整个社会观念等社会利益进行对比,作出了合乎社会公正的判决。所以,每一法律制度都包含特殊的制度利益,每一法律制度也都存在“合理边界”,选择合理的制度框架进行制度利益衡量是十分重要的。

2. 结合法律情境探寻制度利益,避免利益误判

从法律存在方式看,法律规则是抽象的,其赖以存在的载体——法律语言也是抽象的。一般而言,立法者在制定法律时往往会对纷繁复杂的具体案件事实进行取舍,形成所谓的典型案件,并以该典型案

^② 参见[日]北川善太郎《日本民法体系》,李毅多、仇京春译,科学出版社1995年版,第3-4页。

^③ Hynes v. New York Cent. R. CO., 176 N. Y. S. 795 (Supreme Court, Appellate Division, Second Department, 1919).

^④ 纽约州法院系统的称呼较为特殊。该州的一审叫“Supreme Court”,二审叫“The Appellate Division of New York”,终审法院叫“Court of Appeals”。

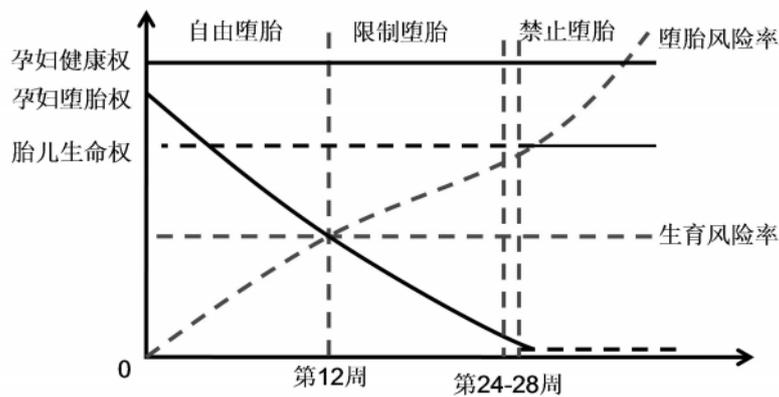
^⑤ Hynes v. New York Cent. R. CO., 231 N. Y. 229, 131 N. E. 898, 17 A. L. R. 803 (Court of Appeals of New York, May 31, 1921).

件为模型结合法律原理、规则等进行立法。从某种意义上讲,这种立法方式裁剪了法律事实的丰富性、多样性与复杂性,也使法律变得刻板、僵硬,甚至冷冰冰。但从法律适用的过程看,法院所面对的案件事实是具体的、多变的、复杂的。这要把抽象的法律条文还原到具体的案件事实中去。在这种具体——抽象——具体的循环反复中,很容易发生法律适用上的不当或偏差。为了弥合或者减少两者之间的冲突,需要从情境出发对该法律的制度利益进行恰当调适。这可以从 Roe V. wade^⑤案得到启示。

1969年,一位名叫 Roe 的女子向德州刑法提起了挑战。德州刑法规定,除了依照医嘱而为挽救母亲生命进行堕胎外,其他一切堕胎行为都构成刑事犯罪。原告 Roe 诉称,她遭受强奸导致怀孕却不能堕胎,德州禁止堕胎的法律侵害了她的隐私权,该法律违宪。^⑥

在承认妇女堕胎权为宪法所保护的个人隐私权^⑦的同时,美国联邦最高法院 Blackmun 法官代表多数意见指出:决定堕胎与否的个人隐私并不是绝对自由,存在两种“重要而正当”的国家利益(社会效益)政府为实现这两种利益可以制定限制堕胎的法律。一是保护孕妇生命健康,二是保护胎儿潜在生命。这两种利益在妊娠期间分别存在,各自在某一时段内成为需要强制保护的国家利益。其中,存活性是划分保护胎儿潜在生命的国家利益和妇女堕胎选择权的一条基本界线。所谓存活性,就是胎儿脱离母体后能够借助人工辅助技术生存下来。法院认为,德州法律对堕胎进行了广泛的限制:没有区分妊娠早期与晚期的堕胎;将抢救母亲生命作为允许堕胎的唯一理由,而排除堕胎所涉及的其他利益。因此,德州法律违反了宪法第 14 修正案的正当程序条款。

为了进一步明确孕妇隐私权(堕胎权)和孕妇健康权、胎儿潜在生命权两种需要强制保护的国家利益的界线,Blackmun 法官将妊娠期划分为三个阶段:(1)妊娠的最初 3 月,即第 1 周至第 12 周之间,堕胎危险性小于正常分娩风险,政府没有必要为了保护孕妇的健康而限制堕胎,医生与孕妇协商后,可以自行决定是否堕胎,不受法律限制。(2)妊娠头 3 月之后到胎儿获得母体外存活性(第 24 / 28 周)之前,即第 13 周至第 24 / 28 周之间,堕胎危险性增加,已经超过正常分娩风险,政府可以保护孕妇健康为目的而限制堕胎,但是限制措施只能以保护孕妇健康为必要。(3)在胎儿获得母体外存活性之后到分娩之前,即第 24 / 28 周至分娩之前,政府可以为了保护潜在生命或者孕妇健康而采取包括禁止堕胎在内的措施,除非堕胎是为了挽救孕妇生命。这可以用下图表达出来:



以情境区分为基础而引申出不同的规则,这正是法律的智慧,也是制度利益衡量中应当体现的精

^⑤ Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).

^⑥ 需要说明的是,本文仅仅在利益衡量的方法论意义或相关的法律问题上来使用该案例。因为关于堕胎权、胎儿保护等问题涉及到美国的政治、法律、宗教等不同领域的问题,关系错综复杂。这种情况在德国等西方国家同样存在。参见[德]N·霍恩《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第289页。

^⑦ 美国的隐私权与中国的隐私权并不完全一一对应。在 Roe 案中,法院以堕胎权主要涉及私生活,属于隐私权范畴。其概念的外延似乎比我国更宽。

神。例如,就环境保护中的利益衡量而言,不同的情境会有不同的结果。在日本,存在“环境忍受论”与“环境权论”的争论。哪一种观点较为妥当?日本学者大须贺明认为,这需要将其放到不同的阶段分别进行利益衡量。第一阶段是环境破坏能够通过自然的净化能力自行治愈的阶段,而第二阶段则是环境破坏已经无法靠自然的净化能力自行治愈、破坏了自然循环的阶段。可以说,“忍受限度论”者所持的利益衡量论,是第一阶段的妥当理论;而“环境权论”所持的利益衡量论,属于第二阶段为基础形成的理论。^③

其实,制度利益需要与具体情境相联系是普遍存在的规律。合同自由原则是以双方当事人经济实力相当为基本社会条件的。这里的双方当事人是抽象的人,并不考虑当事人之间的具体差异。当社会发生重大变化,出现严重两极分化,贫穷的劳工已经丧失了与富裕的雇主自由缔约的可能性时,就不应当再盲目坚持合同自由。19世纪末20世纪初,美国联邦最高法院不顾社会情境的变迁而一味地保障合同自由,从根本上失去了社会正义。对不同情境的案件作相同处理也破坏了“相同案件相同处理、不同案件不同处理”的基本原则。^④所以,劳动法、消费者权益保护法等从传统的民法中独立出来,形成了蕴含独特制度利益的法律制度。总之,制度利益衡量与法律情境相结合是应当遵循的原则。

三、制度利益衡量的动态性功能:牵引法律制度演进的内在动力

(一) 制度利益衡量推动现存法律制度向前进化

众所周知,法律制度是社会制度的一环。人们需要不断地从周围环境中吸收新鲜空气,与其生存的环境不断地进行交流。法律同样需要从社会环境中吸收营养,进行新陈代谢,随社会的进步而进步,变化而变化。法律必须稳定,却不能静止不变。^⑤我国的“荷花女”案^⑥很好地说明了这一点。在该案中,体现了制度利益应当随着社会的发展作适当调整,从而牵引名誉权制度向前进化的功能。

该案事实是,被告魏锡林所著小说《荷花女》使用了原告陈秀琴之女吉文贞(艺名荷花女)的真实姓名及艺名,虚构了“荷花女”与不同男人之间违反婚姻伦理的故事。原告陈秀琴认为这是对吉文贞及自己的污辱侵权。本案的争议焦点是,荷花女死亡后,其名誉权是否应依法保护?《民法通则》第101条规定,公民享有名誉权。而《民法通则》第9条则规定,公民从出生时起到死亡时止,具有民事行为能力,依法享有民事权利,承担民事义务。根据这一规定,死者荷花女没有名誉权,无法获得法律保护。但是,这样的观点与社会公众所持的通行观念是相冲突的。社会主流的观念是,名誉是社会对某一特定人员的社会评价,体现对人的尊重,对社会的尊重。名誉并不随着生命的消亡而消失。相反,死者名誉在相当长的时间内依旧存在,并对一定范围内的亲属、朋友产生精神影响。应该说,小说情节是允许虚构的,但是以真人真名来随意加以虚构并涉及个人隐私则是法律、道德所不允许的。可见,我国对名誉权法律制度的设置上不尽完善,不符合社会利益。

审理该案的天津市中级人民法院认为,公民死亡只是丧失了民事行为能力,其在生前已经取得的具体民事权利仍应受到法律保护。比如我们对在历次政治运动中遭受迫害致死的人,通过适当方式为死者平反昭雪、恢复名誉即是对死者名誉权的保护;而被处决的死刑罪犯,刑法明确规定剥夺政治权利终身,也从另一个方面说明公民死亡后其生前的民事权利受法律保护。当死者名誉权受到侵犯时,可参照文化部颁发的《图书、期刊版权保护试行条例》第11条的规定,“荷花女”之母陈秀琴有权提起诉讼。被告魏锡林以虚构事实、散布隐私等方式毁损死者吉文贞的人格,构成侵犯名誉权,故应承担民事责任。最高人民法院做出了《关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》(1988民他字第52号)的批复,同意天津市中级人民法院的意见。在该案中,由于法律没有对死者名誉保护问题做出规定,名誉权制度并不完

^③ 参见[日]大须贺明《生存权论》林浩译,法律出版社2001年版,第203-207页。

^④ 参见陆宇峰《美国法律现实主义:内容、兴衰及其影响》,载《清华法学》2010年第6期。

^⑤ Roscoe Pound, Interpretation of Legal History, p1. 参见[美]本杰明·N·卡多佐《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。

^⑥ 参见最高人民法院《关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》(1988民他字第52号)。

整,其制度利益还存在缺失,与社会公共利益还不完全匹配。天津市中级人民法院在法律技术上采取类推适用方法弥补了名誉权制度在法律供给上的不足,把名誉权的保护期限从公民一生扩展到了死后,并肯定一定范围内亲属的停止侵害请求权。这对死者名誉进行保护是可取的。^⑬在这里,法院的判决弥补了立法对死者名誉缺乏保护的疏漏。1993年8月发布的《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》对此进一步确认:死者名誉受到损害的,其近亲属有权向人民法院起诉。2001年2月公布的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条作了更为详细的规定。这是名誉权制度的进化过程。从本案中可以看出“制度利益”随着社会的变迁而变化,法律制度随着制度利益的变化而进化。

综合以上分析,就一般的制度利益衡量与法律制度进化的关系而言,无论我们沿着这条路线还是那条路线来遵循一个原则、规则或先例的指导力量,都必须明白该原则、规则或先例如何发挥作用,我们需要达到的目的是什么。^⑭在这种情况下,法院应当仔细分析隐藏于法律制度背后的制度利益,提出切实可行的措施,使制度利益与社会公共利益相协调,把法律的精神“技术性”地融入裁判,牵引法律制度不断完善,向前发展。

(二) 制度利益衡量与法律制度创设的关系

如果说荷花女案是运用新的社会视角来审视既存法律制度的演化。那么,当我们面对的是全新的现实问题时,法院应当如何处理?如何创设一种新的法律制度呢?以什么来判断这种新创设的制度的妥当性呢?

1. 欲建法律的制度利益违背社会利益的,不应创设

美国加州最高法院判决的 Moore v. Regents of the University of California^⑮ 是很能说明问题的例子。

1976年,原告 Moore 因患白血病去加州大学医疗中心就诊,并做了脾脏切除,医院取走了脾脏。Moore 的细胞非常独特。医院对其细胞等开展研究,建立了细胞系(Cell Lines),申请到了专利,获得了高额利润。1984年,Moore 知道这些情况后,将医生与医院起诉到法院,请求法院判决被告侵占财产(Conversion)。但该案面临的难题是:根据美国加州的法律规定,被告行为不构成侵占财产,是否应当扩大侵占财产的范围?加州最高法院认为,需要进行制度利益衡量。在相关的政策考虑中,两个最为重要。首先是保护患者在医疗上的自主决定权。这一权利建立在长期以来获得广泛认可的受义务和知情同意权的原则之上。其次是不能用不健全的民事责任去威胁从事对社会有用活动的无过错人(主要指其他研究人员)。在这些政策考量之间获得适当的平衡是极为重要的。

侵占是一种严格责任,它对所有的侵占人科以责任。把侵占法扩展到这一领域,将严格限制研究人员获得必要的原始材料,必将妨碍医学研究。在人类组织库(Tissue Repository)中,已经存在成千上万的人类细胞系。目前,以实验为目的的人类细胞系通常被免费复制并被分发到其他研究人员手中。这种研究材料的交换方式依然是相对自由与高效的。如果每一种细胞样本都包含潜在的法律诉讼,那么这种交换方式将会变得很复杂。^⑯侵占责任扩展到这个领域还有更大的影响。美国众议院科学与技术委员会发现,虽然不是全部,但大多数人类治疗产品都源自于人类组织与细胞,或者人类细胞系或克隆基因。^⑰法院认为,在决定是否创设新的侵权责任时,要考虑它对社会非常重要的活动(研究活动)的影响。如果判决 Moore 胜诉,将破坏从事医学研究的经济激励机制。有没有迫切的需要,在司法上去创设

^⑬ 参见王泽鉴《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第57页。

^⑭ 参见前引^⑪本杰明·N·卡多佐书,第45页。

^⑮ Moore v. Regents of the University of California, 793 P. 2d 479 (Supreme Court of California, 1990), cert. denied, 499 U. S. 936 (1991).

^⑯ 法院引用资料:美国技术评估办公室在提交给国会的报告中强调,“……对由标本所产生的权利主张,不但会影响获得原始标本的研究人员,也可能影响其他研究人员。生物材料通常会分散到以实验为目的的其他研究人员手中。……而且,这种不确定性也会象影响研究一样影响产品开发(Product Development)。……”

^⑰ Moore v. Regents of the University of California (Supreme Court of California, 1990), 793 P. 2d 479, cert. denied, 499 U. S. 936 (1991).

一种严格责任? 法院认为,信息披露对患者权利保护已经足够。最后,法院判决让侵权人承担侵占责任是不合适的。

2. 欲建法律的制度利益符合社会利益的,应该创设

法律制度的构建应当与社会利益相一致的另一个适例是 Metro - Goldwyn - Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.^{④⑧} 案。MGM 公司诉称,被告 Grokster 公司与 StreamCast Network 公司向公众分发了免费软件产品,用户使用它们的软件下载电子文件侵犯了其著作权,两公司应当对此承担责任。被告则认为不应当由其承担责任,应由用户承担。但是,终审法院判决原告胜诉。法院认为 MGM 公司的证据表明存在大规模侵犯著作权的行为。而且, Grokster 公司与 StreamCast Network 公司分发免费软件时,都清楚表达了它们的意图,领用人可以用此下载受著作权保护的作品,并采取积极措施鼓励它们侵权。虽然两公司并没有直接从用户手中获得好处,但是它们通过出售广告获得收益。也就是说,用户越多,广告机会就越多越有价值。

终审法院认为,两种价值的冲突是本案的主题。一种价值是通过著作权来保护支持作品创新的追求;另一种价值是限制侵犯著作权来促进研发新的通讯技术。受著作权保护的作品的电子化分发方式对著作权持有人的威胁前所未有。考虑到每天大量存在的使用两公司软件而产生的下载行为,对被告科以间接责任的主张是有说服力的。当可以广泛分享的服务或产品被用来从事侵权行为时,以规制直接侵权人——用户来保护著作权的方法来实现著作权价值,已经不可能。这促成了公众对著作权保护的蔑视。唯一的现实选择是通过次位责任(Secondary Liability, or Indirect Infringement)来规范分发商。次位责任是间接侵权责任,是基于共同侵权或者替代侵权理论(a theory of contributory or vicarious infringement)产生的。^{④⑨} 在本案中,被告通过明确表述或者其他激励措施来激发侵权。所以,法院判决被告销售以促使侵犯著作权为目的的产品时,应当对第三人的侵权行为负责。

3. 小结

从制度利益衡量的角度看,当出现一个新的法律现象时,可以分两个步骤来处理:一是分析在既有法律框架内能否处理这个法律问题;二是当现行法律制度不能提供法律救济时,是否需要创设新的法律制度来规范新出现的法律问题。换言之,在这些案件中,法院需要考虑的是:(1) 创设新的法律制度应当具有必要性。为此,需要对现有法律中的其他救济方式进行评估。是否存在其他救济方式? 如果存在其他救济方式,该救济方式对受害人的保护是否足够? 如在 Moore 案中,除了争议的侵占责任外,还存在知情同意等其他保护措施。这些措施对受害人的救济已经足够,扩大侵占责任就没有必要了。(2) 创设新的法律制度应当具有妥当性。当我们讨论引进新的救济途径或者扩大现有救济途径的范围时,需要对新创制度的社会影响进行评估。新创法律制度的社会影响是正面的还是负面的? 其影响范围有多大? 涉及面有多广? 如果评估结果是正面的或者制度利益应当朝这一方向发展,就可以创设新的制度。否则,就不能贸然创设。用卡多佐法官的话说,分析各种社会利益及其相对重要性,是律师与法官在解决问题时必须利用的线索之一。^{⑤①} 这需要对制度利益的衡量,正是通过这种途径来判断是否需要产生新的法律。

总之,法官应当结合现实,对法律作出符合当下社会需求的解释。“现代法学之使命,端在促进吾人之社会生活。”^{⑤②} 这是历史上智慧的立法者在移位于今天后也同样会做出的选择,因而必须以立法者出于当下社会所应有的意思来进行解释。利益衡量的最终目的在于完善法律,使法律更契合社会、伦理、经济的发展与变迁。

^{④⑧} 参见前引④⑤

^{④⑨} 根据美国侵权法,侵害人通过引诱、教唆产生直接侵权的,构成共同侵权。侵害人通过从直接侵权中获取利益,但怠于行使阻止、限制直接侵权行为的,构成替代责任。

^{⑤①} 参见前引④①,本杰明·N·卡多佐书,第33页。

^{⑤②} 参见杨仁寿《法学方法论》,台湾三民书局1986年版,第88页。

四、制度利益衡量的静态性功能:判断法律制度效力的实质准据

(一) 违宪审查的实质是制度利益衡量^②

在现代社会,宪法是根本大法,具有最高法律效力,法律法规应当与宪法保持一致。这不但是宪法权威问题,也是宪法实施问题。宪法的权威通过宪法的实施体现出来。许多国家或地区都把各自的宪法变成可以裁判的法律。“违宪无效”并不是一句空话,是有实实在在内容的。法律的违宪审查不仅是法官在个案审判时适用法律过程的一部分,而且是法官在个案审判时所不可或缺、必须行使的权力与法律论证过程。^③由于宪法确立了基本的法律价值,规定了该国或地区某一阶段的社会共同利益,它是当前社会共同生活的基础。某一法律是否合宪,表面逻辑是某一法律规范是否符合宪法规定。但实质是,该法律制度所确认或试图实现或保护的制度利益是否符合社会公共利益。所以,某一法律制度是否合宪的命题就转换成了该法律的制度利益是否符合社会公共利益的衡量。

那么,如何进行违宪审查呢?由于法律制度千差万别,不同内容的法律法规所包含权利属性不同、内在的制度利益与社会公共利益的关联程度不同,导致制度利益衡量的方法会有所不同。美国在这方面的许多经验可以启示我们。美国针对不同内容的法律法规有不同的审查标准,这些标准都与利益衡量密切相关。具体看,分三种不同的情况来处理。

1. 严格审查(Strict Scrutiny,或 Strict Scrutiny Test)。这一审查标准主要适用于对种族歧视等可疑类别(Suspect Classifications)的平等保护的审查和对投票权等基本权利(Fundamental rights)的正当程序的审查。^④根据严格审查规则,政府必须对争议法律建立起需要强制保护的利益(Compelling State Interest)^⑤。如果这个强制性利益对争议法律是合法的、必要的,那么该法律就是合宪的。严格审查一词由美国最高法院大法官 William O. Douglas 于 1942 年在一起案件中首次使用。尽管先前对该标准多有歧见,但近年来美国最高法院对其表达渐趋一致。^⑥

我们可以 Croson^⑦案为例进行分析。Richmond 市政委员会实施了少数族群商业利用计划(Minority Business Utilization Plan)。该计划要求该市建设项目的主要承包人将不少于合同金额 30% 的项目转包给一个或更多的少数族群工商企业。但是,以种族为基础的分类具有造成耻辱性伤害的危险。除非它们被严格限于补偿性措施,否则可能促进劣等种族观念和导致种族敌对政治。所以,法院需要对基于这一可疑分类的政府行为进行严格审查,除非该行为对实现需强制保护的国家利益(社会公共利益)是必要的。

最高联邦法院认为,这个地区、州乃至全国的建筑业过去确实存在着种族歧视,但是如果立法机构选择使用一个可疑分类,就不能依靠“该分类与立法目的相关”这样的一般性观点,而应当对具体歧视现象进行分析。从证据上看,该市当前并不存在种族歧视,政府对可疑分类并不存在需要强制保护的国家利益。最高联邦法院最后判决,由于 Richmond 政府不能证明在公共建筑承包中采取纠偏措施(af-

^② 一般认为利益衡量方法是所有法律领域都可以运用的方法,并不局限于民商法领域。但是,法域不同,利益衡量的方法会有相当大的差异。参见前引②,加藤一郎文,第 79 页。

^③ 参见黄昭元《司法违宪审查的制度选择与司法院定位》,载社团法人台湾法学会主编《台湾法学新课题(一)》,元照出版公司 2003 年初版,第 46 页。

^④ See strict scrutiny, Black's Law Dictionary, 9th ed, 2009, p. 68.

^⑤ Compelling State Interest, 是指国家必须保护的、较个人权利更为重要的利益。当国家为保护这种利益而采取的国家行为因侵犯了公民所享有的受平等保护或者宪法第一修正案赋予的权利而受到攻击时,该国家行为应予支持。参见《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 268 页; Compelling - state - interest test. Black's Law Dictionary, 7th ed, 1999, p. 277.

关于 Compelling - state - interest 的翻译,有的把它译为“必要的国家利益”,有的译为“不可抗拒的国家利益”,有的译为“令人信服的国家利益”。本文把它译为“需要强制保护的国家利益”,有时简称为“强制性国家利益”或“强制性政府利益”等。

^⑥ Strict Scrutiny Test 词条,载《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 1298 页。

^⑦ City of Richmond v. J. S. Croson Co., 488 U. S. 469 (1989).

firmative action) 的必要性,它以种族为基础对待其市民违反了平等保护条款,该法律关于 30% 的预留条款是无效的。

2. 中度审查(Intermediate Scrutiny)。这是一种介于严格审查与合理基础审查之间的违宪审查。如果某一法律含有准可疑类别(如性别、子女合法地位),那么它对实现重要的政府目的必须具有实质性关联。⁵⁸ 如果这样,这一法律就是合宪的。

在 Graig 案⁵⁹中,联邦最高法院以绝对多数票确立了中度审查标准。Graig 案采取了这样的一个分析框架:推定以性别为基础作出的政府行为是违宪的。要使以性别分类为基础的政府行为合宪,政府必须证明使用性别标准与实现政府的重要目标存在实质性关联。在 Graig 案中,俄克拉何马州的法律允许 18-21 岁的女孩购买淡啤(near-beer),但不允许 18-21 岁的男孩购买。一个年轻男人主张该法律违反平等保护原则。最高联邦法院支持了他的请求。其理由是政府所提供的不同性别在醉驾中的比例差异的证据不能充分证明基于性别不同而制定的管制方案是合法的。Graig 案突出了法院对基于群体得出的一般性结论应用到个体上的怀疑。但在合理基础审查中,法院通常允许政府基于一般性结论对不同群体进行利益与负担的分配。⁶⁰ 这一中度审查标准在 Graig 案的采用,使之与严格审查标准得以并列。

3. 合理基础审查(Rational-Basis Scrutiny)。如果某一法律对达到政府的合法利益存在合理关联,那么法院会基于平等保护原则支持这一法律是有效的。⁶¹ 这一审查标准适用于政府对人们及其活动的大多数分类基础,例如财产(或无财产)等经济和社会因素。它往往不涉及基本权利、可疑类别或准可疑类别问题。需要指出的是,法院在确定被诉法律或者政府行为的有效性时,必须集中在政府目的之上,而不仅仅是政府的行为结果。

这三种审查标准可以列表如下:

审查类别	审查对象	利益状态与审查标准		审查结果
严格审查	可疑类别: 平等权利、基本权利	实现强制性国家利益是否必要	是 - 合宪	否 - 违宪
中度审查	准可疑类别	与实现政府合法利益是否具有实质性关联	是 - 合宪	否 - 违宪
合理审查	其他一般分类	与实现政府合法利益是否具有合理关联	是 - 合宪	否 - 违宪

(二) 比例原则是制度利益衡量的另一种表达⁶²

在以德国为代表的宪法、行政法中,比例原则的适用与法律制度的利益衡量紧密地联系在一起。⁶³ 比例原则旨在强调国家进行行政干预时,不得为达目的而不择手段。⁶⁴ 其分为三个子原则,即妥当性原

⁵⁸ Also termed Middle-level Scrutiny, Mid-level Scrutiny, Heightened Scrutiny. See intermediate scrutiny, Black's Law Dictionary, 9th ed., 2009, p. 890.

⁵⁹ Graig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

⁶⁰ Paul Brest, Sanford Levinson, Jack M. Balkin, Akhil Reed Amar, Reva B. Siegel, Processes of Constitutional Decision making: Cases and Materials, fifth ed., Aspen Publishers, p. 1214.

⁶¹ Also termed Rational-purpose Test, Rational-relationship Test, Minimal Scrutiny, Minimum Scrutiny. See rational-basis scrutiny, Black's Law Dictionary, 9th ed., 2009, p. 1376.

⁶² 美国似乎没有使用“比例原则”一词,有时会用 End and Means 来表述。但利益衡量在其司法实践中的广泛适用正是比例原则的生动体现。

⁶³ 在我国,通常以德国的比例原则为样本进行论述。但也有学者指出该原则最早出现于 1215 年 6 月 10 日的英国《大宪章》。目前,许多国家和地区都认可该原则在宪法与行政法上的地位。事实上,目的与手段之间应当相互平衡的思想在刑法、民法等许多领域都以某种方式存在。当然,在规则的表达与适用上会有相当不同。

⁶⁴ 参见李惠宗《案例式法学方法论》,新学林出版股份有限公司 2009 年版,第 149-152 页。

则、必要性原则和狭义比例原则。⁶⁵ 妥当性原则指所采取的措施必须能实现行政目的或至少有助于目的的达成。必要性原则要求“妥当性”原则获得肯定后,在能达成法律目的的各种方式中,应当选择对人民权利侵害最小的方式。狭义比例原则是指所选择的手段,虽然是达成目的所必要的,但在此必须进一步考虑,是否所欲达成目的与采取该手段对人民所造成的负担明显不合比例。⁶⁶ 其实,一项法律制度由两部分构成:一是立法欲实现的目的,是制度利益之所在;二是实现该目的欲使用的手段。目的与手段之间应当有妥适的配合,制度利益的获取应当采取适当的手段。所以,手段不当不但会直接影响制度利益的实现,甚至直接影响该制度的法律效力。这是因为手段不当不仅会损害当事人的利益,也会损害与此有联系的社会公共利益。可见,比例原则的本质正是从“制度利益与社会公共利益”的互动中对法律制度进行利益衡量。

在我国台湾地区有许多实例。例如,台湾地区“大法官释字第584号”对有关限制有犯罪前科的人从事计程车驾驶业是否妥当作了解释。《道路交通管理处罚条例》第37条第1项规定:曾犯故意杀人、抢劫、抢夺、强盗、恐吓取财、掠人勒索或“刑法”第221条至第229条妨碍性自由之罪,经判决罪刑确定者,不准办理营业小客车驾驶人执业登记。乃基于营业小客车营运及其驾驶人工作之特性,就驾驶人个人应具备之主观条件,对人民职业选择自由所为之限制,旨在保障乘客之安全,确保社会之治安,及增进营业小客车之职业信赖,与首开“宪法”意旨相符,与“宪法”第23条之规定,尚无抵触。营业小客车营运之管理,因各国国情与治安状况而有不同。相关机构审酌曾犯上述之罪者,其累再犯比例偏高,及其对乘客安全可能之威胁,衡量乘客生命、身体安全等重要公益之维护,与人民选择职业应具备主观条件之限制,而就其选择职业之自由为合理之不同规定,与“宪法”第7条之平等原则,亦属无违。

在我国大陆的法律制度中也存在类似情形。2005年北京市人大常委会对《烟花爆竹安全管理规定》做了修订,将京城自1993年以来的“全面禁放”烟花爆竹修改为“局部限放”。该规定第12条规定,“本市五环路以内的地区为限制燃放烟花爆竹地区,农历除夕至正月初一,正月初二至十五每日的七时至二十四时,可以燃放烟花爆竹,其他时间不得燃放烟花爆竹。五环路以外地区,区、县人民政府可以根据维护公共安全和公共利益的需要划定限制燃放烟花爆竹的区域。国家、本市在庆典活动和其他节日期间,需要在限制燃放烟花爆竹地区内燃放烟花爆竹的,由市人民政府决定并予以公告。”这一规定使被禁止12年的烟花爆竹重新回到京城百姓的节日生活。的确,燃放烟花爆竹可能会造成人员伤亡、引发火灾、增加环境噪声等问题,特别是五环以内,文物保护单位众多,燃放还可能使文物受损,对社会危害更大。禁止燃放当然可以很好地避免这些危害,给市民提供安宁的环境。但是,燃放烟花爆竹作为中国传统民俗不可分割的一部分,没了鞭炮似乎也没了年味,鞭炮在民俗中的地位不是一个安全问题就可抵消的,禁而不止更成为法律的尴尬。所以,禁止燃放烟花爆竹从法律目的上是妥当的,但在控制措施上过于严厉,直接影响了百姓的节日生活,“禁而不止”更损害了法律目的的实现,出现了目的与手段之间的失衡。北京市修改了这一规定。在放弃禁止燃放的同时,对燃放时间、地点、范围等多方面做了限制。这种有限制的燃放是社会可以容忍的,也是应该容忍的。应该说,这一措施不但使公共安全等社会期待获得最大限度保护,也使百姓燃放烟花爆竹权利获得一定程度的实现。可见,这一修改符合比例原则,使目的与手段之间达到了恰当平衡。究其实质,是通过在不同主体之间的相互冲突的利益达成平衡从而构建恰当的制度利益。所以,这一制度利益的设置是可取的。

五、结 语

我们知道,任何一个法律都有一个确定的立法目的,有明确需要法律保护的制度利益。同时,法律制度不仅与其生存环境、社会状况紧密联系在一起,而且与社会公共利益存在紧密关联。社会公共利益

⁶⁵ 有的学者以“禁止过度原则”代替“狭义比例原则”,参见前引⁶⁴李惠宗书,第149-152页。

⁶⁶ 参见城仲模《行政法之一般法律原则(一)》,台湾三民书局出版有限公司1997年版,第106页。

对法律制度发展具有重要的引领作用。社会公共利益就像一座灯塔,引领着法律制度的发展方向。而且,社会公共利益是法律制度发展的最强动力,牵引着法律制度沿着符合社会公共利益的道路向前演进。但是,制度利益与社会公共利益的矛盾、脱节问题是“法律成长中的烦恼”,它们之间矛盾的深度与广度还可能直接影响着这一法律本身的效力裁量。若不能妥善解决,就会极大阻碍法律的“成长”与“成熟”。我们强调理性看待制度利益与社会公共利益的关系问题,目的就是为了妥善解决法律制度的生存和发展中出现的问题,以更好地促进法律与社会的协调发展,实现这一法律的制度利益。

Abstract: Interests need to be weighed in justice, especially the trial on hard case, weighing system interests of which is great significance. The system interests have the characteristics of actuality, concreteness, broadness, etc.. The system interests need to be weighed based on the concrete different types which are classified according to their internal contents in order to adapt to the categorization of legal system construction. Weighing interests needs to deeply analyze the system interests behind legal system and the following two steps can be adopted: one is to clarify the essential interests; the other is to elaborate extensively and list the concrete interests involved in the system on the basis of the system concerned social broadness so as to weigh interests appropriately. The criteria of weighing system interests are to be coordinated with public interests, which claim two demands: one is to choose an appropriate system in plural systems to avoid going astray; the other is to explore system interests combining with legal context to avoid erroneous judgment of interests. According to their functions, weighing system interests is the internal motive for leading the development of legal system and also the substantial standard of judging legal system effect.

(责任编辑:朱广新)