

A New Approach to the Measurement of Benefits of New Rights

Dong Xia

Ningbo University, Ningbo Zhejiang
Email: 430027866@qq.com

Received: Jun. 22nd, 2020; accepted: Jul. 7th, 2020; published: Jul. 14th, 2020

Abstract

For the certification of new rights, it is very important to find the moral value within the rights. When the interests with the same moral value are in conflict with each other, the most effective legal method is an interest measurement. For judges, the balance of interests focuses on the thinking process, so it has something to do with people's mind. From this point of view, from the perspective of cognitive psychology, moral judgment may have unexpected gains. However, the traditional dual process theory cannot help people to achieve this. Fortunately, there is also subjective utilitarianism which can help people better understand moral judgment. From the perspective of subjective utilitarianism, interest measurement focuses more on people's cognitive nature. In cognition, people are based on rationality and cannot avoid the influence of emotion. This is a mechanism that people have been fixed in cognition, so they can't disobey but obey. Moreover, the philosophical dilemma between the good and the good always exists and cannot be solved theoretically, so, only from the perspective of procedure, we can get a more convincing answer in practice. Finally, there are also some additional factors that need to be examined after the balance of interests.

Keywords

New Rights, Cognitive Mechanism, Measurement of Benefits

新型权利证成的利益衡量新解

夏 栋

宁波大学, 浙江 宁波
Email: 430027866@qq.com

收稿日期: 2020年6月22日; 录用日期: 2020年7月7日; 发布日期: 2020年7月14日

摘 要

对新型权利的证成而言, 寻找其权利内部的道德价值尤为关键。而当同样拥有道德价值的利益和利益发

生冲突时，最为有效的法学方法即是利益衡量。对法官而言，利益衡量注重思考过程，因此和人们的心智有所关联。从这个角度出发，从认知心理学的角度来看待道德判断也许会有意外收获。然而传统的双重过程理论无法帮助人们完成这一点，幸而还有主观功利论可以帮助人们更好地对道德判断进行认识。主观功利论视角下利益衡量更侧重于人们的认知本质，在认知上人们以理性为基础，同时无法避免情感这一因素的影响。这是人们在认知上就已经被固定的机制，因此不能违背而只能顺从。此外，由于善与善之间的哲学困境始终存在且无法在理论上得到解答，因此只能从程序的角度出发，在实践层面得到具有较强说服力的答案。最后，同样有一些额外的因素需要在利益衡量之后予以考察。

关键词

新型权利，认知机制，利益衡量

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2014年，国内首例因争夺冷冻胚胎所引发的案件——宜兴冷冻胚胎案引起了社会各界的广泛讨论。时至今日，该案虽早已盖棺定论，但其中的一些问题仍在学界内被广泛讨论。就结果而言，负责该案二审的无锡市中级人民法院认为四位失独老人可以获得冷冻胚胎的监管权和处置权。然而值得注意的是，“监管权”和“处置权”都是第一次被宣称的新型民事权利，是在仅承认冷冻胚胎作为一种客观上的存在但绕过对其进行法律定性的前提下，所产生的两项权利内涵不明的新型权利[1]。虽然学者们对是否应该先界定冷冻胚胎的法律属性再讨论权利问题产生了一定争议，但这并非本文论题，故不进行展开。

本文的论题在于新型权利证成中的分歧，如案件审理过程中所展现的，宜兴冷冻胚胎案的一、二审判决可谓是泾渭分明：一审法官从“生育目的”出发，认为冷冻胚胎的存在是基于特定“生育目的”；二审法官则从伦理、情感和特殊利益三个角度出发，判决原告可以作为权利主体对涉案冷冻胚胎行使监管权和处置权。有学者指出，一、二审判决书在论证上并不存在高下之分，在各自的论证逻辑内它们都是合理的(即便存在着一定瑕疵)，由此产生的分歧便难以解决[2]。这种分歧的背后实质上是利益衡量(也称法益衡量)问题，在新型权利证成的相关问题上，由于缺少实在法上的相关规定，因此法律往往难以给出出现成的、妥当的答案，利益衡量作为一种法学思考方法，就成为了解决这一问题的有效手段，但这并不意味着利益衡量每次都能得到令人满意的结论，倘若无法在利益衡量中得出准确无误、一致认可的结论，新型权利的证成就难免会陷入分歧。本文所要探讨的问题就在于，在新型权利的证成过程中，如何进行利益衡量最为恰当。由于新型权利的证成往往发生在司法裁判领域，由法官作为具体的衡量主体，因此本文的出发视角将限定在庭审诉讼、两造对峙。

2. 新型权利证成中的利益衡量

本文所称的“新型权利”，是指“在国家实在法上没有规定，但在司法实践中当事人向法院诉请要求保护，法院或以推定和裁定的方式肯定之，或尽管未予肯定，但该请求得到了社会的普遍理解、默认和接受而形成的权利[3]。”当今世界日新月异，人们的权利意识也在不断增强，这就导致权利主张不停出现。虽然权利主张并不能等同于权利本身，但依然值得学者去认真对待它们，毕竟这些主张中完全有可能蕴含真正的权利主张。因而对学者而言，他们一方面要识别并证成其中真正有价值的权利主张，另

一方面则要避免权利的泛化，毕竟“当权利要求一旦出现在所有公共问题的所有方面，就可能不再会受到认真的对待，不再被当做解决问题的手段。最大的危险就是权利要求根本不再得到重视¹”。

新型权利话语引发了一个一般性的权利理论问题，即对于具体利益诉求的权利认定[4]。在司法实践的过程中，这一问题的核心就在于如何进行恰当的利益衡量。利益衡量是一种在承认主观价值判断和保持演绎思维结构的同时，通过对于各种价值判断的先后、轻重、优劣，进行科学的理由论证和交换计算来实现法律决定的客观性、正当性的尝试[5]。有别于概念法学机械的思考方式，利益衡量是一种灵活的、重视社会效果的法学思考方式。

2.1. 利益衡量的目标及实践

2.1.1. 利益衡量的目标

利益通常被认为是一种主客体之间的关系，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，构成了人们行为的内在动力[6]。在最简单的概念里，利益被理解为对人们有价值的某种需求²。需求无法被穷尽，利益也就无法被穷举。出于对不同利益的需求，一旦各方当事人的主张难以调和，诉讼就由此诞生。而对法官而言，其必须通过衡量在这些利益中进行取舍，尤其是在涉及新型权利证成的问题上，法官必须通过衡量判定当事人的权利主张是否成立。

那么，什么利益具有成为权利的价值？最简单，同时也是最容易让人接受的答案是“道德。某项利益是道德的，就意味着它应该得到保护，而如果某项利益是不道德的，那么这项利益就应该被“消灭”，就像通过赌博获得的赌资理应收没，不道德的利益绝无被上升为权利的可能性。因此具有道德价值的利益才拥有最基本的正当性，具有成为权利的价值和可能性。然而在实际的司法实践中，各方当事人所主张的利益往往都具有一定的道德价值，在这种情况下，只能两利相权取其重，法官需要在彼此冲突的利益中尽可能挑选出其中最具有道德价值的那一项。将利益的正当性视为新型权利证成的首要标准，则利益衡量的目标就是探寻相互冲突的利益中最具有正当性的那一项。

2.1.2. 利益衡量的实践

要达成这个目标并不容易。以宜兴冷冻胚胎案为分析对象，该案涉及的利益包括：① 冷冻胚胎因其所含有的遗传信息而具有的伦理利益；② 冷冻胚胎作为双方家族血族唯一载体，因而所具有的寄托哀思、精神慰藉、情感抚慰等“人格利益”；③ 冷冻胚胎拥有孕育成生命的潜质，因此拥有某种特殊利益；④ 冷冻胚胎作为客观存在，医院方对其享有的财产利益；⑤ 如果冷冻胚胎最后孕育成人(事实上当初的冷冻胚胎如今已经通过代孕成为了生命体“甜甜”)，包括亲子关系和法律身份在内的孩子的相关利益；⑥ 社会的公共利益，包括该案判决之后所带来的社会影响以及对法律体系的影响。即便知道利益衡量的目标，可要如何在这六项利益中找寻出最具正当性的那项利益，依然是一个难题，况且利益衡量也并非单纯的单项利益之间进行对比。

在进行具体的衡量之前，先对利益进行大致的分类以便接下去的论述。参照梁上上对利益的理解，利益可以被分为“当事人的具体利益”、“群体利益”、“制度利益(尤指具体的法律制度)”和“社会公共利益”四种，并指出这四项利益形成了一个从具体到抽象的层次结构[7]。笔者认为，这种分类从宏观上而言虽然全面，但在实践中其实并不需要在这四项利益都进行充分的考量，利益衡量来源于利益间的冲突，而利益冲突往往发生在各方“当事人的具体利益”之间，“社会公共利益”则作为重要因素进行考量，以免不利的社会影响产生。对于这两者，既不能因为强调“当事人的具体利益”而牺牲“社会公

¹ 参见[加]萨姆纳：《权利的道德基础》，李茂森，译，中国人民大学出版社2011年版，第8页。

² 参见[美]罗斯科·庞德，《法理学》(第3卷)，廖德宇，译，法律出版社2007年版，第18页。

共利益”，也不能将“社会公共利益”无限制地置于“当事人的具体利益”之上，至于“群体利益”和“制度利益”，对它们的考量更倾向于社会效果而非理论要求。因此后文的关注点将始终放在“当事人的具体利益”和“社会公共利益”这两类上。

很显然，对于宜兴冷冻胚胎案而言，虽然主体不同，但利益①②③④⑤都属于“当事人的具体利益”，且利益①②③都属于同一方当事人，一方当事人在其主张下拥有多重利益在我国的司法实践中并不罕见，一方面当事人可以提出多个主张，另一方面由于复杂的社会现实，利益与利益之间总是错综复杂。利益可叠加这件事表明即便利益①②③以单独的正当性而言比不上其余的利益，但它们一旦叠加价值就会相应增加，这也就意味着在利益衡量的具体过程中，应以当事人为衡量的具体单位；而利益⑥则属于“社会公共利益”。从判决结论而言，一审法官认为社会的公共利益更为重要，该案中由于夫妻双方均已去世，以当前的科学技术想要实现冷冻胚胎的生育目的，就必须采用代孕技术，而代孕在我国是不合法的，其原因在于代孕技术虽然能帮助一些有需要的家庭延续血脉，但也会带来伦理道德和血缘亲情的混乱，禁止代孕将有利于社会的和谐稳定，虽然代孕的问题和胚胎监管及处置的问题并不存在必然关系，不能作为反对的根本理由，但足以说明一审法官在利益衡量的过程中更看重社会的公共利益，不想因为自己的判决从侧面上支持了代孕而造成不好的社会影响；二审法官则从利益①②③论证将冷冻胚胎的监管权和处置权判予原告是更为道德的做法：其一，能够帮助两个家庭延续血脉，中华民族是一个重视血缘传承的民族，如果一个家族没有后代，就意味着家族历史无人传承，等同于一个家族的消逝；其二，能够宽慰老人，老年丧独子何其悲也，将冷冻胚胎的监管权和处置权判予原告无疑是宽慰原告最好的方式；其三，虽然冷冻胚胎并不能被认为是一个法律意义上的自然人，但它有着成为自然人的可能，这就为冷冻胚胎增添了某种不可忽略的特殊利益，是一种对潜在生命体的尊重。出于这三方面的考量，二审法官支持了原告的上诉请求。而对于剩余的利益④⑤，利益④的正当性显然有所不足，而利益⑤相较于其他几项利益，虽然是可预期的，但是显得并不那么急迫。很显然，两位法官都基于正当的理由完成了利益衡量，并且他们的目标都是利益的正当性，但究竟谁支持的利益更加道德？这似乎是一个见仁见智，缺乏正确答案的问题。因此人们虽然知道利益衡量的目标，却缺乏达成目标的手段，理由就在于缺少某种固定的标准来对道德价值进行具体衡量，人们知道这些利益是道德的，但无法将这些利益的道德价值数值化，也就因此难以比较。

2.2. 利益衡量困境

异质利益衡量的公度性难题

以赛亚·柏林(Isaiah Berlin)认为“善”与“善”之间也存在着不可相容性以及不可公度性，并将这一问题视为当代哲学的核心难题。“善”可以被理解为是一种社会发展方向上的追求，是最大程度的让社会朝着更道德的方向去发展，法学学科多年来的努力和追求，就是将具有“善”的利益上升为权利。由于现实中存在着许多敌对和冲突的“善”，相应的，权利和权利之间也并非完全相容，这些都表明柏林所提出的难题的确难以解决。柏林认为在不同的价值发生冲突时并不存在能够将其解决的合理标准，人类所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³。人类无法逃避在价值与价值之间做选择，因此人类的永恒困境就在于为了其中的一些价值而必须牺牲另一些价值，这就是“善”与“善”的不可相容性；而“善”与“善”的不可公度性则为这一困境增添了悲剧性色彩，人类缺少在价值间做选择的标准，也就没有人可以确保自己的选择绝对正确。利益衡量的永恒困境就是它的公度性难题。

不可公度性一共有三种不同的意义。其一是利益之间不存在位阶；其二是利益之间缺少特定的基本

³ 参见[英]以赛亚·柏林，《自由论》，胡传胜，译，译林出版本2003年版，第49页。

标尺⁴；其三是认为用以评估利益的程序并不是最好的⁵，在利益衡量的过程中，有些利益的性质相同，对它们进行价值判断就可以采用量化的手段进行衡量，用参数来体现它们的价值，最终做出具有可接受性的决断[8]，但是那些性质不同的利益就难以进行衡量，它们之间存在天然的通约障碍，在衡量时难以找到标准，即便找到了某一标准，也不具有过强的说服力。对于异质利益衡量的不可公度性问题(以下统称为利益衡量问题)，有两种比较主流的答案：其一是主张依靠社会主流的价值观和常识进行判断，加藤一郎认为价值判断问题需要依据各个时代的社会状况和占支配地位的价值观来解决⁶，星野英一也认为可以从常识出发进行积极解释⁷；其二是主张该问题无解，对于这一永恒困境，罗尔斯认为并不存在明确的答案⁸，克劳德也认为如果价值是完全不可比的，那么人们显然缺乏在价值冲突中做出决定的合理基础⁹，博登海默认为冲突的价值之间并没有一般性的衡量制度或标准，人们不可能凭借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¹⁰，在我国也有学者持这样的观点。

笔者认为，这两种观点其实并不矛盾。在理论上这个问题的确无解，没有人可以构建起一套绝对的价值等级秩序，不管他怎么尝试，最终得到的结果只是对他个人而言的。事物的价值取决于人们的价值观，而价值观的形成又受到太多因素的影响，可以说价值观是非常主观的。但同时人们也意识到，利益和利益并非完全不可比，譬如当地震发生的时候，人们会优先选择前往安全的地方确保自身安全，而不是先保护家中的值钱物品，这是绝大多数人都会做的选择，因为人们知道生命利益要高于财产利益；但同样也会有这样的情况，在温饱不愁的情况下，有人愿意为了多赚钱而身处较差的工作环境，也有人愿意为了待在较好的工作环境里而少赚一些钱。很显然，在价值当中存在着较为粗略的位阶：生命价值高于财产价值，但身体健康的价值又能和财产价值在一定程度上“掰掰手腕”，因此一切衡量最终只能在具体语境中去衡量。因此在实践层面(即具体的语境中)，利益衡量问题依然有一定的解答方案。

3. 利益衡量困境现实的解答方案及检讨

拉伦茨指出，法益衡量并非依靠单纯的法感，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]，但除非学者将轨道明确地指出来，不然所谓的“法感”是很不稳定的。对利益衡量问题而言，在意义一和意义二的层面上，由于种种条件限制，并不能给出具有普遍说服力的解决方案，在具体的个案语境中，虽然有若干客观的原则予以约束，也有个案中的具体情况需要具体分析，但依旧还是需要人们进行主观上的判断，因此如果认为利益衡量问题从某个意义上而言是有解的，那就只能是在意义三的层面上，尽可能设计出好的程序以保证利益衡量的结果客观合理。

然而以这种观点进行后续的论述不免会使读者心存疑惑：利益衡量问题难道可以仅仅靠着程序上的合理性就得到解答么？在这个问题上，必须承认，由于意义一和意义二的限制，难免给人以主观主义的印象，并为怀疑论留下遐想的空间，人们难免会认为衡量是出于不同人主观上的选择。但这种质疑是不成立的，根本原因在于误解了社会实践中“客观性”的含义¹¹，衡量是“客观的”，并不是说预设了某种正确答案必然存在于彼岸，而是说因为衡量在尽最大可能寻找对社会有利的答案而成为客观的，并且衡量的“客观性”并非永恒不变，它是一种“求真”意义上的客观，也就意味着它不会拒绝争辩，而只

⁴ See Mathew Adler, "Law and Incommensurability: Introduction", 146 University of Pennsylvania Law Review, p. 1177.

⁵ 前注 4, p. 1180-1181.

⁶ 参见[日]加藤一郎,《民法的解释与利益衡量》,梁慧星,译,《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第80-81页。

⁷ 参见[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。

⁸ 参见[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,第342页。

⁹ 参见[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,第50页。

¹⁰ 参见[美]E·博登海默,《法理学、法律哲学与法律办法》,邓正来,译,中国政法大学出版社1999年版,第398-399页。

¹¹ See Ronald Dworkin, Law's Empire, pp. 83-84.

会在争辩中成长。在此基础上，对利益衡量问题的“解答”，就是让利益衡量的结果得到尽可能多的社会认同，即是一种“说服”的过程，在难以得到“完美答案”的当下，衡量结果的“可接受性”理应成为它的核心属性，对衡量过程及结果的说明，不仅仅属于“法律的作者”，也同样属于“法律的读者”，只有当“法律的读者”接收到衡量结果并认可时，衡量才是有效的。对新型权利的证成而言，最后得到证成的那项权利要能够被社会公众所接受，就必须把权利的运用者带入法律活动当中去，这些人不仅是听众、看客、读者，更是参与者¹²，因此“说服”是非常重要的一项行为。说服是摆事实、讲道理的论证过程，如果想要获得足够有足够说服力的结果，合理的程序就是必须的，只有合理的程序才会鼓励理性评价的得出，无数历史教训表明，人类是会犯错误的，当他们受到各种偏见或是利益影响时，程序就应该努力来纠正这些因素的影响，因此人们希望能有程序来保证衡量结果不陷入那种不被人所信任的情况，设计程序的目的是要让衡量结果在社会大众间形成共识，如此一来，对利益衡量问题而言也不失为一种解决方式。

梁上上所提出的解决之道就是基于这样一种思路，梁上上认为就利益衡量而言，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。很显然，这种解决方案可以被看做是对第一种观点的精细化和具体化，只是将其中“社会主流的价值观和常识”替换成具有法律意义的价值共识，并用法律制度和诉讼程序来保证衡量结果的客观与正当。然而笔者认为，这种解决方案其实缺乏足够的意义。理由在于其依然不够精细，即便可以将这种解决方案视为对第一种观点的补充，但依然难以视为对具体利益衡量的指导：基本的社会共识有很多，而且彼此之间也并非不会发生冲突，并且诉讼程序无法指导具体的衡量过程，诉讼程序所能做到的事情只有将衡量中的具体因素以一种无偏私的方式呈现给法官。在笔者看来，梁上上所提出的解决方案更倾向于一种“阐述”而非“思考”。生活经验告诉人们，很多时候思考过程和阐述过程是不一样的，甚至很多时候人们不经过思考也能得出结论(且不论结论的正确与否)，思考的目的在于得出具有正当性的结论，而阐述的目的在于说服他人接受自己的观点，通过摆出事实、理由及其他根据来证明其正当性，因此阐述行为其实是一种策略性行为。参照宜兴冷冻胚胎案的一二审判决，在判决文书的说理部分，它们都做到了以“妥当的社会共识”为基础，在审理程序本身也是“正当的诉讼结构中”，得出的判决结论也无不妥，但是这种解决方案侧重的是阐述效果，而不是具体的衡量过程。莱特指出，“说法律是不确定的，等同于说法律的正当化来源(legitimate source)连同它的正当化的解释性与理性操作是不确定的。”¹³因此相较于阐述过程，思考过程才是笔者更关注的。在笔者看来，于柏华提出的衡量过程就因此显得更有意义和价值。

于柏华通过三个方面的比较来进行利益衡量，分别是利益抽象重要性的识别、利益受干涉程度和利益双方的特定关系，本文不会进行具体展开，但笔者认为于柏华所提出的衡量过程是有疏忽的。以祭奠权为例，由于特定关系的存在，于柏华认为这一权利得以认定是因为甲乙的近亲属关系要求乙告知甲亲人的死亡信息，即乙的告知行为是一种特定的义务，只有在这种意义上，甲主张的祭奠权才能成立^[4]。这种认知是源于于柏华对特定关系的考察，特定关系往往带来相应的权利和义务，如果偏离了相应的权利和义务，双方的利益主张就将不可避免地发生偏离原本的利益重要性。笔者并不否认特定关系会带来相应的权利和义务，事实上除了身份关系以外的特定关系，相关主体以权利和义务作为自己主张的表述是常见的，诸如合同一方的当事人有要求另一方当事人履行合同内容的权利，即另一方当事人有履行合同内容的义务，这种表述精简且有力，但权利和义务说到底仍是一种概念上的表述，这种表述有时候并不能代表人们真正的认知，毕竟即便在最宽泛的意义上使用“义务”这一术语，即违反某一行为是错误

¹² 参见谢晖，《制度修辞论》，法律出版社2017年版，第317页。

¹³ See Brian Leiter, "Legal Indeterminacy", *Legal Theory* 1, Vol.148, No.4(1995), pp. 189-190.

的，在社会生活中人们也很少会将这种对于亲人离世的告知行为视为一种义务，而更多地是视为一种亲人间的情感交流，乙没有告知甲父亲去世的消息，导致甲错过葬礼，没有见到父亲最后一面，对甲而言，是他的情感利益受到了损失，他是基于情感利益受损这件事认为乙侵害了他的祭奠权，而非是由于乙不履行义务而感到自身权利受到了侵害，倘若近亲属关系会带来这种义务，那么显然甲的近亲属肯定不止乙一个，如果对所有的近亲属都增添这一义务，无疑会给人们增添一些不必要的负担。当下社会，人与人之间的交往方式以及社会关系都在呈现新的可能，但如果身份关系以这种方式给人们增添义务，恐怕将不利于人们之间的交往。更何况对新型权利而言，对权利及义务的认定很多时候并不是那么清楚。因此笔者认为，对于特定关系，尤其是身份关系所带来的特定关系，在新型权利证成的利益衡量中，更多的是以情感利益为纽带在发挥关系。因此于柏华对于特定关系的考察并不完善，或者说他试图用特定关系所带来的权利和义务来涵盖人们的情感世界，以此让自己设计的程序显得更为理性，但这在实质上并没有尊重人们真正的认知过程，也就致使他所设计的利益衡量程序显得有些不真实，这种不真实将有可能包藏起法官在衡量过程中的恣意，而让衡量结果失去其应有的正当性，事实上如果有人主张他基于完全的理性去行为，他的这种主张本身就十分可疑。

这也为笔者接下去的论述带来了两个任务：一是要说明“情感”也能帮助人们发现利益背后的道德力量，同时要说明“情感”所支持的道德力量和“理性”所支持的道德力量不仅是不同的，而且在很多时候是冲突的，因此在程序设计时必须进行协调；二是如果认为于柏华的设计和人们真实的认知过程有所不同，就必须找到一个符合人们认知规律的理论来做利益衡量程序设计的指导，这样才能证明最终设计出来的利益衡量程序更真实，更有说服力。

4. 利益衡量中的道德力量

对法学学科而言，“情感”作为“人对客观事物是否满足自己的需要而产生的态度体验¹⁴”，和“理性”是相对的，“理性”在法学学科里被理解为是“客观认知”及“逻辑推理”，“客观的认知”就是对于客观存在的认知，是认知主体对于客体存在的一种基本判断，这种判断不可掺杂诸如偏见等带有主观色彩的因素，而“逻辑推理”就是“科学的思维”，类似于数学需要从前提一步步推导至结论，每一步都必须严谨。

这两者的冲突最初是源自康德和休谟的情理之争，这种争论不仅仅体现在伦理学领域，在新型权利证成的利益衡量问题中也有它们的影子。想证成一项新型权利，无疑是一个法哲学命题，同时由于“权利”会影响到人们的政治生活，因此这也是一个政治哲学命题，而最为关键的，由于对权利的证成会涉及到对其基本价值的论述，因此这也是一个道德哲学的命题[10]。因此不论是何种权利理论，对权利进行证成的充分条件都来自与深层的道德价值论证。新型权利证成的关键在于寻找能够支撑这一权利的深层次的道德价值和原则，而这也正是利益衡量过程中所需要考量的内容。

4.1. 权利理论中的道德力量

4.1.1. 自主性

对意志论而言，支持权利道德价值的主要有自由(freedom)、自主性(autonomy)和平等(quality)，本文选取自主性作为论证的基本依据，原因在于相较于自由和平等，自主性显得更为积极且适应社会环境和社会需求的变化，并且对权利体系能进行更融贯的解释[10]。众所周知，自主性的概念和康德伦理学密切相关，如果一个道德行动者(moral agent)的意志不为外界因素所决定，且这个行动者能够仅依据理性而应用法则于自身，那么他就是自主的(autonomous)，这种自主性被界定为一个人按照自我施加的道德法则来

¹⁴ 参见朱智贤，《心理学大辞典》，北京师范大学出版 2010 年版。

行动的能力。并且康德提出，人作为理性存在者，所具有的理性本质决定人们能够按照自己的兴趣爱好选择和追求他们认为有价值的东西，人所拥有的这种绝对的、内在的价值，即为尊严[11]，尊重人的一个最为重要的方面就是尊重他们的自主性，由此，康德得出了“绝对命令”最为重要的表述——人性公式：“你应该以这样一种方式来行动，以至于不管是在你自己的人身那里，还是在其他人的人身那里，你都要把人性总是作为一个目的来加以对待，而不仅仅是作为一个手段来加以对待[11]”。学者们从康德深刻的论述中发展出了一种道义论的权利理论：基于人性中的某些特性和价值，诸如自主性或是自由意志等，权利具有至高的地位。

以宜兴冷冻胚胎案为例，一审法官基于对“生育目的”的强调而主张夫妻对冷冻胚胎权利的专属性。冷冻胚胎由父精母血孕育而成，单以“生育目的”而言，夫妻双方对冷冻胚胎享有一种独有支配。这种独有支配意味着只有夫妻二人才能处置冷冻胚胎，即便要人工受孕也必须要有夫妻二人达成生育意愿上的一致[12]，因此虽然冷冻胚胎含有发展为生命的可能性，但是否要将这种可能性化为现实依然需要夫妻二人意愿一致，然而夫妻双方均已离世，无法询问他们的意愿为何，冷冻胚胎是否应该被孕育成生命也就不得而知。以此为基础，一审法官进一步指出，“生育目的”来自夫妻双方的“生育权”，而对于生育权的行使，要受到双重限制，其一是“我国人口和计划生育法律法规、社会伦理和道德”所带来的外部限制，其二是“生育目的”作为“生育权”唯一目的所带来的内部限制，由于“生育权”是专属于夫妻双方的人格权，不能被转让和继承，因此除了夫妻之外，其他人不得享有冷冻胚胎的继承权(这里的继承权更倾向于一种利益诉求而非法律意义上的继承权)乃至于其他权利[2]，由此，一审法官驳回了原告主张。这种依赖于自主性观念出发的论证，和意志论的进路十分相近，意志论认为权利的性质在于保护个人意志：假定 X 具有一项做 ϕ 的义务。只有在 Y 对 X 负有的义务具有一定程度的支配的条件下，Y 才拥有一项要求 X 做 ϕ 的请求权¹⁵。

4.1.2. 利益

另一方面，也有学者认为权利是证立他人义务的利益，权利的道德力量来源于为了保护或促进某项利益，而对抗特定人或一般对世的需要[10]。这种观点具有明显的功利主义色彩，而功利主义理论起源于休谟等情感主义者的理论，对这些情感主义者而言，理性是情感的奴隶，人们行为的最终目的并不能用理性来解释，应该取决于情感。¹⁶ 就像作为功利主义者的边沁相信，福利可以由“快乐”或“痛苦”的强度与持久度来测量。宜兴冷冻胚胎案的二审法官就是从利益论的角度出发对该案进行重新解释，本案中关涉的利益已在上文中提及，此处不再赘述。利益论认为权利的要旨在于保护和促进权利享有者的利益：假定 X 负有一项做 ϕ 的义务，只有在这一条件下，即 Y 处于一种从 X 做 ϕ 当中收益的被认可的地位时，Y 才拥有一项要求 X 做 ϕ 的请求权。¹⁷ 二审法官主张原告在伦理、情感和特殊利益三个方面所具有的利益，他们是基于这些利益对冷冻胚胎享有处置权和监管权。

4.2. 利益衡量的道德力量选择

很显然，不管认为权利的道德力量来源于意志论亦或是利益论，在各自的逻辑内都是成立的，然而基于不同的论证进路，利益衡量的结论是不同的，由此出发，人们好奇的问题也许是法官究竟是基于什么因素来选择新型权利证成与否时的道德力量？笔者认为这个问题缺乏足够的意义，除非法官本身是意志论亦或是利益论的忠实支持者，出于自身信念，他们会选择相应的道德力量，但大部分法官并没有如此忠实的信念，因此影响他们进行选择的因素就可能会有很多，包括法律相关的，诸如他们在法学院内

¹⁵ See Gopal Sreenivasan, “A Hybrid Theory of Claim-rights”. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.25, No.2(2005), p. 258.

¹⁶ 参见李良、李路云，《直觉还是推理，道德判断如何形成？》，《心理学探新》2019年第39期，第300页。

¹⁷ 前注15，p. 261.

受到的教育，他们对于法律职业的伦理等，然而这也将包含一些与法律无关的因素，譬如法官的心情等，因此这个问题不仅难以回答，而且答案也不会令人过于满意，但在探寻答案的过程中，另一个可能性也许显得更为重要，即当法官对新型权利进行证成时，他们或许是先得出结论，为了达到自己的结论而选择了不同的进路，由于结论的不同，因此进路也有所偏差。考虑到霍姆斯的这句名言：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，以及弗兰克(J. Frank)也基于其心理学立场所观察到，当人们做出决策时，会先形成一个模糊的结论或猜测，然后去寻找能够证实这个结论或猜测的理论。¹⁸因此这个可能性也许更有意义。法律推理有时候恰好和做数学题相反：法官们先得出了结论，再去寻找能够达成结论的道路，的确有不少法官承认，当他们做出判决时，他们是先得出结论，再寻找能够支持结论的法条。近年来法心理学方面的研究也印证了这一点[13]，法律现实主义通过建构司法直觉理论来对法律形式主义进行批判，让法学家们意识到传统法律推理中所存在的局限，虽然该主义因为主张司法完全取决于直觉且无法对直觉的相关因素做出合理解释而走向没落，但也足以引起学者的重视，这也是“情感”(或称类似于情感的非理性因素)在法学领域发挥作用的缩影之一。以人们的认知而言，似乎不难发现基于理性的利益衡量和基于情感的利益衡量有着不可调和的矛盾，尤其是当约书亚·格林(Joshua D. Greene)提出双重认知理论之后，人们更加相信关于道德价值的判断需由理性和情感双重决策过程进行互相竞争，而这种竞争就是与道德力量的选择异曲同工。

5. 利益衡量的认知机制

5.1. 双重过程理论

格林提出的双重过程理论核心观点如下：道德判断占用两个心智子系统(mental subsystem)——系统1和系统2，系统1在进化上非常古老，无意识地进行运作并且快速、毫不费力，它具备情感效价(emotional valence)但缺少明晰的考虑；系统2在进化上是晚近才出现的，一般认为它为人类所独有，它占用认知资源，同时运行缓慢、费力、要求分析，并且以情感冷淡的方式运行[14]。当人们要做出某个决断时，这两个系统都会在人的心智中得出相对应的答案，人们通过比较答案来做出最后的选择。双重过程理论的优点在于能够解释为什么在面对相同困境时，人们会做出截然不同的选择。作为一个被广泛接受的理论，双重过程理论的确很符合人们的认知过程，尤其是在那些令人难以抉择的困境中。这一理论也可以用于解释霍姆斯的那句名言，很显然，系统1和系统2是截然不同的两种信息加工系统，可以分别对应于霍姆斯所说的“经验”和“逻辑”，“经验”往往由于缺乏足够理性的理由而显得不够有说服力，当某人说自己做出某种决断是由于“经验”时，人们总归会对他的选择充满质疑，认为这是基于一种非理性的基础，如果这个人是个法官，人们就会认为他基于“经验”做出的判决无疑是在违背法律，他的所作所为是在破坏法律的公信力，人们希望法官要克服这种非理性的决断方式。然而对人类的认知机制而言，这种基于“经验”得出的结论对于双重过程理论而言是必然存在的，因为用以信息加工的系统1和系统2是同时开始工作，而系统1的运作远比系统2要快，因此相较于系统2，系统1永远会更快得到结论。在此基础上，有学者进一步指出，人类的认知加工系统存在所谓的“吝啬法则¹⁹”，相较于耗费较多心理资源的系统2，系统1能够帮助人们节约大量的心理资源，因此更得青睐，人们总归是愿意花较少的心理资源去解决实际的社会问题。因此对于霍姆斯的名言，从双重过程理论的视角而言，在法官脑中，基于“经验”的司法判决会比基于“逻辑”的司法判决早一步地出现。

¹⁸Jerome Frank, "Are Judges Human? part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behavior Like Human Beings," *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 80, no.1 (November 1931).

¹⁹See Daniel Kahneman, "A perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality," *American psychologist*, vol. 58, no. 9. (September 2003).

上文已提到,在难以选择的场景中,基于情感的衡量(系统 1)和基于理性的衡量(系统 2)得出的结论往往差别极大,为了得到最后的结论,或两者择其一,或以其中一方为基础,考量另一方做出适当让步,鉴于世界不是非黑即白,因此两者择其一未免有些过于极端,适当地调和也许对法学发展更有益处。而要想从其中选出最好的方案以进行程序的设计,无疑要先回答这样一个问题:对司法判决而言,该以何者为基础,而适当向另一边让步。这个问题并不难回答,很显然在法学学科中,应该以系统 2 为基础,而适当地向系统 1 让步。这是由法律的特性所决定的,作为一个整体,法律必须表述明确而不自相矛盾,体系内部逻辑严谨,充满客观性和正当性。法律判决想要令人信服也必须满足这两点,法官们在文书的说理部分,利用庭审中查明的事实构建真相,利用法条下达判决,以显示一种足够理性的考量,如果在说理中参入了“情感”的成分,甚至于全篇都是与情感相关的论述,则不免让人质疑判决的合理性。因此如何才能让基于理性的衡量成为程序的主导就成为关键,然而在这个问题的解答上,双重过程理论显得极为无力,对该理论而言,由于两种衡量过程相互独立,因此基于情感的衡量和基于理性的衡量会分别得出结果,将结果进行权衡后再得出最终的选择。如果以基于理性的衡量作为程序主导,那么很显然就是这样一种流程:

- 1) 基于情感的衡量→得出衡量结果(结果 1)。
- 2) 基于理性的衡量→得出衡量结果(结果 2)。
- 3) 结果 2 基于结果 1 做出适当让步,得出最终结果(结果 3)。

这种流程满足双重过程理论所揭示的认知机制,并且由于以基于理性的衡量结果为基础,也能够满足法学学科所需的客观性和正当性,并且由于向基于情感的衡量结果做出了适当的让步,因此也不会过于违背人类的认知本质。然而这一程序有一个非常大的问题:试想一下,如果想保证最终的结果 3 足够有说服力,这就要求这一结果足够正确,对应的,就必须要求结果 1 和结果 2 都是正确的,因为这两个结果中的任一出现偏差,都会导致最终结果出现偏差。即便认为结果 2 是基于理性的衡量而能确保其正确性,但结果 1 的正确性却无法得到任何保证,作为一种基于情感的衡量结果,它建立在不客观的认知上,缺乏连贯的逻辑,完全基于衡量人的主观,要论证这种结果具有正确性,是不现实的。因此对于双重过程理论而言,其前提中假定基于理性的衡量将始终产生客观且正确的道义论决策,而基于情感的衡量则将始终产生正确的后果论结论,人们才能在这两种结论中进行权衡并得出最终决策。按照这个逻辑,不管最后是哪一方取得了胜利,它都必然是正确的,这显然有点过于理想化了,无数经验表明人是会犯错的。从另一个方面而言,人们完全无法知晓在什么情况下其中一种进程会赢过另一种进程来促使人们做出抉择。因此双重过程理论虽然在某些时候能够解释一些心理学现象,但这种认知机制实在是有些和现实不符,也就无从指导人们设计出一种更好的利益衡量程序。

5.2. 主观功利论

在关于人们如何做出道德判断的问题上,科恩(Dale J. Cohen)和安(Minwoo Ahn)提出了一个全新理论——主观功利论,该理论从根本上重新构造了人们对道德判断的理解。科恩和安认为道德判断本质上是功利的,同时更是主观的。主观功利论的核心观点如下:道德判断的过程其实是人们试图识别和保存具有最大“个人价值”的竞争过程,人们会根据他们的信念、情感以及利益等来进行估值。

主观功利论认为道德判断并非是理性和情感双重决策互相竞争的过程,道德价值的判断是由倾向于后果论的成本和收益权衡导致的[15]。该理论来源于对道德困境实验结果的定量分析,主观功利论下的道德判断模型满足几乎所有道德场景分析的实验结果,因此也许主观功利论揭示了人们实际上是如何进行道德判断的。主观功利论认为人们进行判断的核心是“个人价值”,这种“个人价值”其实是一种主观的心理价值,而理性和情感是影响心理价值的两种因素,而非判断核心。心理价值以商品价值为基础,

但有时候又会突破市场规律的限制。理性的认知和判断是心理价值估算的基础，而情感则是影响心理价值的重要因素之一，正是因为对某人某物抱有或正面或负面的情感，才会影响对某人某物的价值判断。

5.3. 主观功利论下的利益衡量

在这一部分，笔者会以于柏华观点为基础进行程序设计。笔者假设较为理想的估值行为应该以客观的认知和逻辑推理为基础，再由情感来对价值进行增加或删减。

5.3.1. 理性

社会事实是芜杂的，理性和非理性的要素在其中混杂，如果要确保估值结果尽可能正确，并且满足法学学科所需的客观性和正当性，“理性”就必须成为估值行为的核心，这就要求衡量者以客观认知为估值基础，以逻辑推理来确保估值行为的合理性。

客观认知来源于对客观事实的判断。由于法律职业道德伦理的限制，法官这一角色往往是中立的、消极的，他们不可能为了探明案情而亲自去调查取证，因此当事人陈述以及各方提交的证据就成为法官了解案情的重要途径，法官以这些为素材在自己脑中构建真相，尽可能还原出真实客观的事实，这对法官而言应属于一项可通过培训获得的专业技能。倘若当事人进行虚假陈述亦或是提交了伪造的证据，那么在那些情况下，由于用以构建事实的素材遭到了别有用心之人主观上的扭曲，因此法官对于案件事实的认知难免会出现错误，此时法官的认知就无法被称为“客观”，在这种情况下，不管法官如何小心翼翼地谨慎衡量，最终的结果难免会陷入错误。诉讼程序的存在就是为了避免这种情况，因此在具体的衡量过程中，只要严格遵从诉讼程序的规定，这一点便无需担心。

逻辑推理则要求法官在进行明证性判断时，首先尊重他所认知到的客观事实，以此为基础，探寻其中的逻辑关系。如果在推理的过程中，法官所得出的结论都是基于可确证的事实，并且他所作的判断毫无偏私，如此便能满足逻辑推理的要求。但社会生活毕竟不同于数学题，一道数学题即便再难，只要它是可解的，总有人能够一步一步推理出它的答案，但在现实生活中，要求完全连贯的逻辑推理极为困难，尤其当涉及到一些不可确证的内容时，往往会出现逻辑的断裂。譬如对于当事人的意志状况，判断为直接故意，间接故意或过失都会带来量刑上的不同，但对于这一方面，由于法官无法直接探寻大脑中的真实想法，因此只能从侧面进行识别和判断，即便有一些辅助性的手段，诸如测谎技术和 fMRI 技术，来帮助法官对当事人的心理活动做进一步的了解，但这些终究都是从侧面来进行的，并且难以确证，总会留下一些质疑的空间。更进一步地说，在很多时候，人们的真实想法连他们自己都不清楚。因此在具体的衡量过程中，很难要求法官的逻辑连贯而缜密，在这些逻辑链条之间出现空白的时候，只能由情感来发挥一些恰如其分的作用。事实上这也是情感的作用之一：情感(或是另外的一些快速思维)则可以把大脑深处的、零散的认知元素充分调动起来，这些“认知元素”来源于人们所经历的一切，人们将他们的经历予以总结然后沉淀至潜意识或无意识的深处，理性思维无法调动这些元素，但情感可以帮助人们将这些元素重新组成，以一种先验的方式表现出来[16]。

5.3.2. 情感

很多时候权利主张背后蕴含着巨大的利益网络，在宜兴冷冻胚胎案中，权利主张是对于冷冻胚胎的监管权和处置权，这看似是对冷冻胚胎作为一种客体存在的“物权”主张，实则包含了伦理、情感以及特殊价值三种利益，而二审法官之所以能看清这些交错的利益，主要依靠的是情感。正是因为知道老年丧子是一件多么不幸的事情，才会让法官在判决文书中刻意指明这种悲痛“非常人所能体味”。生活经验告诉人们，人非草木孰能无情，情感反应是不可避免且无法否认的，与其自我欺骗(做出判决基于完全理性)，不如认真对待情感。“情感”这一要素在法学领域内一直都不受待见，尤其是司法裁判领域，程

序的设计者致力于排除情感在审判中带来的不利后果，希望法官在判决时不要受个人感情的影响，而仅仅是成为法律的执行者；对于英美法系的陪审团制度而言，人们也相信只要陪审团的成员们足够理性，他们就会做出公正的判决。在法学领域，情感往往被视为是一种对理性的破坏，然而随着各个学科不断发展，人们渐渐发现有些事情并不如他们一直所相信的那样，法学学科长久以来避之不及的非理性其实一直在学科领域内存在着，并且还有着重要的影响。法律现实主义的出现就是一个绝佳的例子，虽然该主义因为主张司法完全取决于直觉且无法对直觉的相关因素做出合理解释而走向没落，但也足以让法学家们意识到传统法律推理中所存在的局限。理论家们为了让法律得到人们发自内心的尊重和遵从，始终致力于追求理性思维的光辉，但不可否认的是，以情感为代表的非理性思维是难以排除的。如前所述，学者们对情感的存在持两种截然相反的态度，一方认为情理结合能让法律更有说服力，另一方则担心会因此毁坏法律的根基，这一情况有两种可能的解决方案，其一是利用人工智能技术来排除法律解释中的偶然性或主观性因素，但限于技术问题，这一方案在当下还为成熟[17]；其二是对“情感”本身进行更为细致的考察，诸如劳埃德就对“情感”进行了细致的考察，找出了情感本身所蕴含的理性，指出情感并非是不可控的，在情感中存在可以为法学推理所用的理性[18]。本文将采用第二种观点来说明情感所具有的价值，以此来让有情感参与的估值过程达到法学所需的客观性和正当性。

长久以来，人们之所以认为情感是一种非理性因素，是因为生活经验展示给人们这样一种印象：由于控制不住自己的情感，犯下了错误。即便自己没有亲身经历，但类似的事件总归是有所耳闻，越是破坏性强的情感越是如此，诸如愤怒，某人因为控制不住自己的愤怒伤害了他人，这种事情在现实生活中比比皆是。因此人们很容易认为情感是不可控的，是被关在笼子里的猛兽，一旦突破了笼子，其后果不堪设想。但生活经验也告诉人们，有的时候人们完全可以控制住自己的情感，同时这也是一种人们所追求的目标，范仲淹在《岳阳楼记》里就表明要“不以物喜，不以己悲”，要追求一种豁达淡然的心态，因此“情感是非理性的”这一看法未免过于片面。劳埃德通过考察情感的构成要素展现了情感的一种分类：情感可以分为感性(emotional)情感和理性(pensive)情感两种，两种情感的最大区别在于在笔者看来在于情感强度，对个人利益或关切越关注，情感强度就越高，就越有可能做出盲目性判断。这并不难理解，人们或多或少都作出过一些盲目性判断，回过头来看做出的这些盲目性判断，大多源于人们过于关心自身利益或关切，即所谓的“关心则乱”。过强的情感会摧毁认知，破坏逻辑推理，让结论失去客观性，因此感性情感对法学学科是“不受欢迎者”，相对的，法学学科可以容许理性情感的存在。对于这两者之间的区别，只要人们比较过一次感性情感和理性情感，就能清楚地体会到两者的区别，毕竟感性情感往往和盲目性判断有所关联，而理性情感和自明性判断有所关联，人类的知识体系建立在自明性判断的基础上，所有调查过程的终点都是基于自明性判断的明证性判断。

笔者认为，在利益衡量的具体过程中，情感强度才是最难控制和衡量的私人事件。在面对相同情况时，人们往往会有不一样的反应，这不但包含了先天的体质，也包含了后天的教育引导，因此完全不可能对个人情感强度进行量化，但这并不意味着情感强度就无法控制，毕竟估值行为只需要将情感强度控制在理性情感即可。

6. 利益衡量的具体步骤

综上所述，具体利益诉求的权利认定可依照以下步骤进行：

第一，识别诉求中的利益。包括权利主张者的利益，行为者的利益，和因此可能会受影响的公共利益。随后判断这些利益的所属类别和其背后的价值(价值并非单一，有可能在当事人的具体利益背后蕴藏了多种价值)，以当事人主体为单位，将价值分别归于主张它们的当事人，将其中重要性明显不足的利益予以剔除，然后对余下的利益进行初步衡量。

第二，考察行为对利益的干涉程度，并在初步的利益衡量结果中进行相应增减。在这一过程中，也要考虑行为本身是否恰当，是否在必要的限度内而没有造成不必要的损害，如果行为不当，则应该对行为作出纠正。

第三，对情感反应进行考察(情感反应会在第一步和第二步的过程中显现)，情感反应有强有弱，如果是较弱的情感反应可以不予考虑，如果出现了过强的情感反应，则先停止利益衡量，确保利益衡量中起作用的是理性情感，根据情感反应再对衡量结果进行增减。

第四，根据衡量结果，认定主张者利益的权利资格。

还需说明的一点是，有别于双重过程理论所主张的情感和理性必须同时进行决策并最终得出结果，主观功利论视野下的利益衡量允许其中一方不发挥作用，在法学领域内，绝不可以允许理性不发挥作用而光凭情感进行衡量，这无疑会摧毁法学学科的根基；相对的，可以允许情感不发挥作用而以完全的理性来进行衡量，但是正如前文所言，一旦涉及到个人利益或关切，情感的产生就是不可避免的，无非是强或弱的问题罢了，法学学科欢迎理性情感而拒绝感性情感就是目前最好的做法。还有一个值得探讨的问题在于，是否应该在说理时将情感相关的内容增添上去，笔者认为这也许值得一试，虽然法官可以在说理文书部分尽力呈现出一种“完全理性”，表明自己基于哪些法律条文，哪些司法解释最终得出判决，但这其实只是一种自欺欺人的假象。人脑并非电脑，人类可以接收到他人传达出的情感并加以判断，正如在宜兴冷冻胚胎案的二审判决中，二审法官就直言老年丧子是一件极其悲痛的事情，这对社会大众而言无疑是可以理解的，在此基础上，判决文书的说服力就会获得极大增强，反之，如果某种情感得不到社会大众的理解，那么说服力必然也会大大降低，正如彭宇案中，二审法官认为如果彭宇是做好事，那么按照情理，彭宇应该抓住撞向被告的人而不是好心相扶。该判决文书一出，立刻遭到骂声一片，即便在证据和事实上并无错误，在审理结果上也并无不当，但正是由于违背了社会大众的日常生活经验和情感，才落得如此骂名。

7. 结语

这样的程序所得到的结论仅仅是利益衡量的结论，同新型权利证成的结果并非是完全相等，即便对权利主张者而言，他们会认为将自己最具有个人价值的那项利益证成为权利是一件合情合理的事，但对具体个案中的法官而言，将利益证成为权利并非是一件易事，且不论将一项新型权利固定下来所需的立法过程之繁复，单从利益衡量的结果而言，要将其视为最终的结论仍需要考虑诸多因素，诸如权利的流变性以及政治选择。

毋庸置疑，权利具有流变性，因为新情况总是难以预见，因此权利的内容、对应的义务总是无法事先穷尽的。这也正是利益衡量这一手段存在的必要性之一，权利的流变性主要是由于语义的流变以及社会关系的流变。法律不可能通过法律用语的严格规范而达到准确表达，因为文字作为法律的载体，其本身的含义并非是完全清晰的。哈特指出，任何语言包括法律语言都不是精确的表意工具，每一个字、词组和命题的核心意义也许是清晰无误的，但随着由核心向边缘的扩展，意义会变得越来越模糊，在一些所谓的“边缘地带”，语义根本就是不确定的^[19]。而如今新出现的社会关系总是多变的、不确定的。如果某种社会关系总是带来法律上的纠纷，则立法者完全有可能基于司法判决的需要，而在这一社会关系完全确定下来之前就将其法定化，这就会导致这样一种不确定的社会关系被固定为一项新型权利，而随着该社会关系的流变，新型权利也将发生相应流变，社会关系趋于稳定，则权利本身也会稳定。

如果说权利的流变性是在权利的内部影响它的证成，那么政治选择就属于在外部对权利证成施加影响。当法官在做出判决的时候，无疑他会主张自己的判决是最佳的，很难想象一个法官在做完判决之后会承认自己的判决时错误的，或者说不是最好的。能为法官的判决提供正当化的依据有两种：第一种是

基于个人的内在价值,利益衡量就是这样一种方法,另一种就是基于集体目标。德沃金称前者为“权利”,后者为“政策”,并认为只有权利能够正当化法官的判决。其理由有二,其一是集体目标的达成与否充满了或然性,法官的判决并不必然促进集体目标的达成,而只是“或许”,譬如宜兴冷冻胚胎案的一审法官就认为通过自己的判决,或许能阻止代孕行为的发生,进而保护社会的公共利益,但这两者并不必然地产生联系,因此实际上不能作为支持法官一审判决的理由;其二是基于“整全性”的考量,如果法官将集体目标作为正当化自己判决的理由,那么很显然不同的法官完全有可能基于不同的理解及追求而下达不同的判决,这就会导致德沃金所谓的“棋盘式立法”,而“棋盘式立法”之所以是错的,是因为其不具有融贯性,也缺乏足够的公平和正义,政治机构不能对共同体成员一视同仁。但这并不必然意味着政治力量无法在新型权利证成的利益衡量中发挥影响。笔者认为,对集体目标的达成有两种方式,分别为“弱达成”和“强达成”,两者的区别在于法官的作为。如果法官是消极的,他达成集体目标的方式是通过划定界限,表明不准通过,他就是在做一种集体目标的“弱达成”。因为他本身并不试图去促进集体目标的达成,而只是对那些有可能损害集体目标的行为予以制止;如果法官是积极的,他就会通过对政策的个人理解来促进集体目标的达成,这就是一种对集体目标的“强达成”。很明显,“强达成”会破坏整全性,因为法官们的个人理解难以统一,但“弱达成”非但不会破坏整全性,反而是一种符合整全性的考量,因此可以作为衡量的附加题。基于对这些因素的考量,在利益衡量的结论之上,法官可以完成对新型权利的证成。

参考文献

- [1] 侯学宾,李凯文. 人体冷冻胚胎监管、处置权的辨析与批判——以霍菲尔德权利理论为分析框架[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2016, 37(4): 93-102.
- [2] 刘小平. 为何选择“利益论”?——反思“宜兴冷冻胚胎案”一、二审判决之权利论证路径[J]. 法学家, 2019(2): 148-161.
- [3] 谢晖. 论新型权利生成的习惯基础[J]. 法商研究, 2015年(1): 44-53.
- [4] 于柏华. 权利认定的利益判准[J]. 法学家, 2017(6): 1-13.
- [5] 季卫东. 法治秩序的建构[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [6] 梁上上. 利益衡量的界碑[J]. 政法论坛, 2006, 24(5): 67.
- [7] 梁上上. 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[J]. 法学研究, 2002(1): 52-65.
- [8] 梁上上. 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[J]. 政法论坛, 2014(4): 5-21.
- [9] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [10] 朱振. 权利与自主性——探寻权利优先性的一种道德基础[J]. 华东政法大学学报, 2016, 19(3): 26-35.
- [11] 徐向东. 自我、他人与道德[M]. 北京: 商务印书馆, 2007.
- [12] 朱振. 冷冻胚胎的“继承”与生育权的难题[J]. 医学与哲学, 2015(5): 33-36.
- [13] 李安. 司法过程的直觉及其偏差控制[J]. 中国社会科学, 2013(5): 142-146.
- [14] Sauer, H. (2012) Morally Irrelevant Factors: What's Left of the Dual Process-Model of Moral Cognition? *Philosophical Psychology*, **25**, 783-811. <https://doi.org/10.1080/09515089.2011.631997>
- [15] Cohen, D.J. and Ahn, M.A. (2016) Subjective Utilitarian Theory of Moral Judgment. *Journal of Experimental Psychology: General*, **145**, 1359-1381. <https://doi.org/10.1037/xge0000210>
- [16] Morewedge, C.K. and Kahneman, D. (2010) Associative Processes in Intuitive Judgment. *Trends in Cognitive Science*, **14**, 435-440. <https://doi.org/10.1016/j.tics.2010.07.004>
- [17] 季卫东. 人工智能时代的法律议论[J]. 法学研究, 2019(6): 32-34.
- [18] Lloyd, H.A. (2016-2017) Cognitive Emotion and the Law. *Law and Psychology Review*, **41**, 53-106.
- [19] [英]哈特. 法律的概念[M]. 张文显, 郑成良, 杜景义, 宋金娜, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.