

# 论利益衡量理论 在民事立法中的运用

◆ 以侵权立法为例 ◆

李璐◎著

THE USE OF THE THEORY OF BALANCING  
OF INTERESTS IN CIVIL LAW  
—TAKE THE TORT LAW LEGISLATION AS EXAMPLE



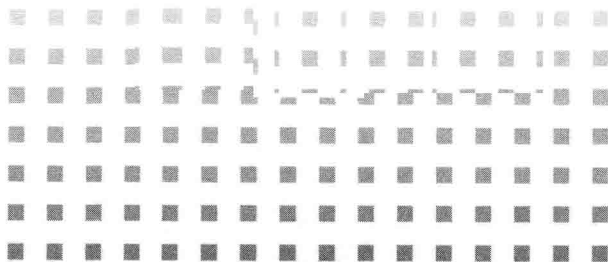
中国政法大学出版社

# 论利益衡量理论 在民事立法中的运用

◆ 以侵权立法为例 ◆

李 璐◎著

THE USE OF THE THEORY OF BALANCING  
OF INTERESTS IN CIVIL LAW  
—TAKE THE TORT LAW LEGISLATION AS EXAMPLE



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（CIP）数据

论利益衡量理论在民事立法中的运用/李璐著. —北京：中国政法大学出版社，2015.7

ISBN 978-7-5620-6038-3

I. ①论… II. ①李… III. ①民法—立法—研究 IV. ①D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第134390号



- 
- 出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088  
网 址 <http://www.cuplpublish.com> (网络实名：中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 8.5  
字 数 205千字  
版 次 2015年8月第1版  
印 次 2015年8月第1次印刷  
定 价 32.00元

## 序 / Preface

---

《侵权责任法》在保护受害人民事权益，预防、制裁侵权行为，维护社会公共秩序方面具有十分重要的作用。但是，其中个别条款仍不甚完美，甚至会带来负面效果，或导致当事人双方权益保护失衡，或在不特定第三人的合法利益带来损害。侵权立法的根本目的是为了现实民事权益和行为自由、个人权益和社会公益的利益平衡。如何对民事权益和行为自由、个人利益与社会公益这两对利益进行衡量？怎样才能通过侵权立法中的利益衡量和制度设计来实现这两对利益的平衡？要解决上述问题，必须深入探讨利益衡量理论，研究利益衡量理论能否适用于立法，以及如何在立法中得以运用。

在以往的研究中，利益衡量理论多以一种克服成文法局限性的理论工具出现。学者们多将其作为一种司法方法论予以运用和研究。即

使存在个别将利益衡量理论运用到立法中的现象，亦未真正将利益衡量理论作为一种立法方法论进行研究，更缺乏将利益衡量理论作为一种立法方法论进行侵权立法适用的研究成果。本书以《论利益衡量理论在民事立法中的运用——以侵权立法为例》为题，通过对利益衡量理论发展脉络的纵向考察梳理，对利益衡量理论不同学说的横向比较分析，在承认利益衡量理论司法适用普遍性的基础上，对利益衡量理论立法适用的必要性和可能性进行探寻，充分论证了利益衡量理论不仅是一种司法方法论，更是一种立法方法论。在此基础上，本书结合民事立法（特别是侵权立法），对利益衡量理论立法适用的基本原则、考量对象和主要方法进行了论证。值得一提的是，在对考量对象的考察中，除民事权益与行为自由的考量外，作者提出对个人利益和社会公益的考量是较为新颖的视角。本书在对作为立法方法论的利益衡量理论深入研究的基础上，结合《侵权责任法》的具体条款，针对因利益失衡导致侵权立法缺陷的法律规范，采用利益衡量的方法进行矫正，使其恢复到民事权益和行为自由、个人利益和社会公益的平衡状态，并据此提出了相应的完善建议。

本书是李璐在其博士论文基础上修改而成。李璐在读博士期间对侵权法的研究有很高的热情，《侵权责任法》颁布后，她认真阅读每一个条款，并能从中发现一些问题。当我建议她从利益衡量的视角去研究这些问题时，她非常有兴趣，并愿意为之努力。从查找资料、修订大纲到内容整合，再到

语法修辞，可以说，论文中的每一个细节都倾注了她的大量心血。正是这种刻苦钻研的学习态度，使得她不仅顺利完成了博士论文，而且在答辩中得到了优秀的成绩。如今，李璐已走上教师岗位，希望她能继续保持认真勤奋的态度和不畏艰难的意志，在今后的教学科研中取得更多的成绩。

是为序。

郑州大学法学院教授、博士生导师 田土城

2015年3月12日

## 内容摘要 / Abstract

---

我国《侵权责任法》致力于全面解决各种类型的侵权纠纷，以保护民事主体合法权益，预防、制裁侵权行为，促进社会和谐为立法目的，对推进我国民事立法的发展具有里程碑意义。但是理论界和司法界仍对个别条款存有异议，这些条款存在的共同问题是其在法律适用中可能会导致受害人和行为人的权益保护不公。为了解决这些问题，使侵权法能够真正实现其立法目的，就需要借助某项理论工具，以使侵权立法能够对受害人和行为人的权益进行平等、公正地保护。于此，最恰当的莫过于利益衡量理论。利益衡量理论以协调冲突利益为手段，实现利益平衡为宗旨，是近年来受到广为关注的一种法学方法论。立法的过程就是对冲突利益进行协调、整合、选择、平衡的过程。立法本身就是一种利益平衡机制。正因如此，利益

衡量理论对于立法的形成具有极其重要的价值。然而，目前学界对利益衡量理论的研究多停留在司法领域，忽视了立法领域利益衡量理论的重要性。当现行法的不当规定可能会导致双方利益主体的权益分配不公，就需要对利益关系重新分配，用利益衡量的方法矫正失衡的利益，对现行法作出修订，建立起新的利益平衡。所以，本书研究的目的就在于如何采用利益衡量理论的方法来解决侵权立法中的利益失衡问题。通过对侵权立法的利益衡量，构建出一个能够在侵权法律关系中实现各方利益平衡的侵权责任法律制度。基于上述研究目的，本书分五部分对利益衡量理论视野下的侵权立法问题进行研究。

第一部分是利益衡量理论的纵向考察梳理。文章通过对利益衡量理论产生的背景、原因及过程的宏观脉络分析，来论证利益衡量理论最早是基于对概念法学的批判而提出的一种司法方法论。利益衡量理论的产生源于对概念法学形式主义的克服，在自由法运动的背景下，在边沁（Jeremy Bentham）的功利法学和耶林（Rudolph von Jhering）的目的法学的影响下，赫克（Philipp Heck）创立了以利益衡量为核心思想的利益法学派。赫克将“利益”作为研究起点，认为利益冲突是法律规范形成的基础，也是利益衡量的内在原因。随后，结合本国社会背景，利益衡量论相继在美国、日本发展壮大。美国社会法学派创始人庞德（Roscoe Pound）在对利益阐释、详尽分类的基础上，论述了利益冲突的成因以及如



何协调利益冲突，其可以视为美国社会法学的利益衡量理论。日本的利益衡量论则是为了解决作为舶来品的西方法律与日本传统思想、意识的巨大冲突，理论与实践严重脱节的现状而形成的。它是日本民法解释学极具特色的一种方法论，对于指导司法实践具有重要价值。本部分通过对利益衡量理论形成发展脉络的梳理，对理论现状的思考及对未来发展趋势的预测，认为利益衡量论不仅是一种司法方法论，最终必将发展成为一种立法方法论；作为利益衡量理论的考量对象，其利益学说也会日臻完善；利益衡量的方法也会越来越科学。

第二部分是对利益衡量理论的横向比较分析。这包括对核心概念利益的界定、对利益衡量的界定、对利益衡量理论本质的探寻，以及对利益衡量理论价值功能的思考。本部分通过对利益本质的探寻，对利益与法益、利益与权利、利益与价值的辨析，使利益的概念更加清晰；通过对利益衡量基本特征的概括，利益衡量与价值衡量、法益衡量的对比，使利益衡量的内涵更加明确；通过对利益衡量理论本质的不同理论观点的分析、比较、评价，不仅得出了利益衡量理论的本质是冲突解决的结论，而且进一步明确了该理论的适用范围：既包括司法领域，又包括立法领域。本部分对利益衡量理论价值功能的研究，是对其内涵研究的延伸，对清晰界定利益衡量的适用范围起到了铺垫作用。

第三部分是对利益衡量理论立法适用的必要性和可能性的研究。传统的利益衡量理论都是在司法层面上的探讨，多

是在面临司法个案中的疑难问题时，通过对案件中各方利益的衡量得出一个妥当的判决结论。但是，利益衡量理论的立法适用价值也不容忽视，甚至可以说立法上的利益衡量是司法利益衡量的基础。本部分首先从适用主体、适用对象、适用前提、适用过程、适用性质五个方面肯定了利益衡量理论司法适用的普遍性，接着，又从利益衡量理论司法适用的局限性、现代社会利益主体的多元性、利益资源的稀缺性和利益关系的冲突性四个方面说明了利益衡量理论立法适用的必要性。以此证明，利益衡量理论不仅适用于司法，更应适用于立法。最后，通过民事立法中的权利配置，以及侵权法中归责原则、构成要件、抗辩事由的调整机制等四个方面，论证了利益衡量理论立法适用的可能性。

第四部分是对利益衡量理论民法立法适用基本方法的研究。在这一部分，文章分别从利益衡量理论立法适用的基本原则、考量对象和主要方法等角度进行了论证分析。其中，由于本书研究的落脚点是侵权立法，所以基本原则更多以私法上的基本原则呈现出来。具体而言，利益衡量理论立法适用的基本原则包括平等对待原则、私法自治原则、诚实信用原则、公序良俗原则及正当激励原则。考量对象指的是民事权益和行为自由，以及个人利益和社会公共利益这两组利益关系。民事权益和行为自由是侵权法领域中最突出的一对矛盾，反映了受害人一方和行为人一方的利益冲突；之所以在私法领域要对个人利益和社会公共利益进行衡量，是因为随

着个人本位向社会本位过渡，社会公共利益在私法领域的地位也日益凸显，在民事法律关系中表现为与基本法律价值相关的不特定第三人的利益。在对民事权益和行为自由进行平衡保护的同时，要防止损害不特定第三人的利益。最后是对利益衡量主要方法的考察，包括利益法学的方法、法经济学的方法和法价值论的方法。这三种法学方法有助于我们在利用利益衡量方法进行立法时达到真正的利益平衡。

第五部分是利益衡量理论下的侵权立法研究。这部分是对绪论中提出的《侵权责任法》存在问题的回应。本部分对《侵权责任法》中明显导致利益失衡的五个相关条款进行了分析，并采用利益衡量的方法予以论证，得出修改意见，力求使其切实符合利益衡量理论的基本要求，依法建立起相应的利益平衡关系。这五处需要进行利益衡量的规定包括对侵权立法调整对象的规定（《侵权责任法》第2条、第6条）、精神损害赔偿范围的规定（《侵权责任法》第22条）、雇主责任的相关规定（《侵权责任法》第34条、第35条）、医疗损害责任制度的相关规定（《侵权责任法》第55条、第56条、第62条）以及高空抛物侵权责任的规定（《侵权责任法》第87条）。首先，通过对侵权立法调整对象的利益衡量，建议其适用范围包括绝对权和法益，并且对相对权予以一定条件下的限制保护；从保护程度上讲，对于故意和过失侵害他人绝对权并造成损害的行为，对于故意侵害他人相对权和法益并造成损害的行为都应承担民事责任。其次，通过对精

精神损害赔偿范围主体和客体的利益衡量，认为精神损害赔偿范围应适度扩展：主体除了被侵权人，还应扩大到侵权致人死亡的情况下，对死亡赔偿金当中死者精神损害赔偿部分拥有请求权的死者近亲属；客体除了包括人身权益，还应将具有人格利益的特定财产包含在内。再次，通过对雇主责任三方利益的衡量，建议在雇主责任的外部承担上，明确规定对雇员在执行雇佣任务中对受害人因过失造成的损害，由雇主和雇员承担连带赔偿责任；在雇主责任的内部分配上，当雇主对受害人进行全部赔偿后，有权向有过错的雇员追偿。复次，通过对医疗损害责任制度的利益衡量，建议对患者知情权予以适当限制，对患者隐私权予以相对性保护。最后，通过对高空抛物侵权责任的利益衡量，建议区分规定抛掷物与坠落物致害责任，同时，对于难以确定加害人的高空抛物侵权行为，应由物业管理者依据安保义务承担民事责任。

## 目 录 / Contents

---

序 ..... 1

内容摘要 ..... 4

绪 论 ..... 1

一、问题发端 / 1

二、文献综述 / 9

三、研究进路 / 15

四、研究意义 / 17

第一章 | 利益衡量理论的考察梳理 ..... 20

第一节 利益衡量理论的产生渊源 ..... 20

一、利益衡量理论的产生原因 / 20

二、利益衡量理论的产生背景 / 24

三、利益衡量理论的产生过程 / 26

第二节 利益衡量理论的不同学说 .....	32
一、赫克利益法学的利益衡量论 / 32	
二、庞德社会法学的利益衡量论 / 39	
三、日本民法解释学的利益衡量论 / 45	
第三节 利益衡量理论的发展趋势 .....	50
一、从司法方法论到立法方法论 / 52	
二、利益衡量对象的研究逐步完善 / 53	
三、利益衡量方法的研究逐渐科学 / 54	

## **第二章 | 利益衡量理论的本质功能 .....** 56

第一节 利益衡量理论中的利益界定 .....	56
一、利益的本质 / 56	
二、利益与法益 / 62	
三、利益与权利 / 63	
四、利益与价值 / 65	
第二节 利益衡量理论中的利益衡量 .....	67
一、利益衡量的基本特征 / 67	
二、利益衡量与价值衡量 / 70	
三、利益衡量与法益衡量 / 72	
第三节 利益衡量理论的本质探讨 .....	74
一、各种不同的理论观点 / 74	
二、利益衡量的本质分析 / 82	
三、利益衡量理论的本质界定 / 86	

第四节 利益衡量理论的价值分析 .....	87
一、克服机械主义 / 87	
二、补充法律漏洞 / 89	
三、解决利益冲突 / 91	
四、检验裁判结果 / 92	
<b>第三章   利益衡量理论的适用范围 .....</b>	<b>95</b>
第一节 利益衡量理论司法适用的普遍性 .....	95
一、适用主体是审判机关 / 95	
二、适用对象是合法利益 / 97	
三、适用前提是利益冲突 / 99	
四、适用过程是价值判断 / 101	
五、适用性质是司法方法 / 103	
第二节 利益衡量理论立法适用的必要性 .....	105
一、司法适用的局限性 / 106	
二、利益主体的多元性 / 109	
三、利益资源的稀缺性 / 111	
四、利益关系的冲突性 / 114	
第三节 利益衡量理论立法适用的可能性 .....	116
一、民事立法的权利配置 / 117	
二、归责原则的调整机制 / 122	
三、构成要件的调整机制 / 131	
四、抗辩事由的调整机制 / 139	

<b>第四章</b>	<b>利益衡量理论的民法立法适用</b>	141
第一节	利益衡量理论立法适用的基本原则	141
一、	平等对待原则	141
二、	私法自治原则	147
三、	诚实信用原则	150
四、	公序良俗原则	154
五、	正当激励原则	158
第二节	利益衡量理论立法适用的考量对象	160
一、	权利保护和行为自由的考量	160
二、	个人权益和社会公益的考量	165
第三节	利益衡量理论立法适用的主要方法	172
一、	利益法学的方法	172
二、	法经济学的方法	179
三、	法价值论的方法	184
<b>第五章</b>	<b>利益衡量理论下的侵权立法</b>	191
第一节	侵权立法调整对象的利益衡量	191
一、	适用范围的利益衡量	192
二、	保护程度的利益衡量	196
第二节	精神损害赔偿范围的适度扩展	199
一、	精神损害赔偿范围的主体扩展	200
二、	精神损害赔偿范围的客体扩展	202



第三节 雇主责任中三方利益的重新分配 .....	205
一、雇主责任的立法检讨 / 205	
二、雇主责任的外部承担 / 206	
三、雇主责任的内部分配 / 211	
第四节 医疗损害责任制度的平衡架构 .....	212
一、患者知情权的限制性保护 / 213	
二、患者隐私权的相对性保护 / 219	
第五节 高空抛物侵权责任的归责衡量 .....	225
一、区分规定抛掷物与坠落物致害责任 / 226	
二、高空抛物侵权责任的承担 / 229	

<b>结 论</b> .....	236
------------------	-----

<b>参考文献</b> .....	238
-------------------	-----

<b>致 谢</b> .....	251
------------------	-----