

梁上上 著

民商法的转向

以利益衡量为中心展开

清華法學文叢



清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

平法學文叢

梁上上 著

商法的转向

以利益衡量为中心展开

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法的转向:以利益衡量为中心展开 / 梁上上著.
—北京:法律出版社,2015.1
ISBN 978-7-5118-7386-6

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—中国—文集②商
法—中国—文集 IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第302475号



责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16
版本 2015年8月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京中科印刷有限公司

印张 23.5 字数 363千
印次 2015年8月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7386-6

定价:60.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

梁上上

梁上上，1971年1月出生，浙江新昌人。现为清华大学法学院教授，博士生导师。曾长期在浙江大学法学院工作。主要研究民商法学、法律方法论。兼任中国商法研究会常务理事等职。

在《法学研究》、《中国法学》等权威刊物上发表多篇。代表性论文有：《利益的层次结构和利益衡量的展开》、《制度利益衡量的逻辑》、《物权法定主义：在自由与强制之间》、《论商誉与商誉权》等；代表性专著有：《论股东表决权》（2005年）、《利益衡量论》（2013年）。

1993年，获得杭州大学最高奖“竺可桢”奖学金；2003年，获得清华大学博士生最高奖“学术新秀”奖，为唯一的文科入选者。

2007年，获得“全国百篇优秀博士论文奖”，为当年法学类的唯一获得者；2008年入选教育部“新世纪优秀人才计划”；2010年入选浙江省“151人才第一层次”；2011年入选浙江省“钱江人才计划”。

学术论著多次获得浙江省、司法部、中国法学等奖励。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925),他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律,是最早一批到美国读法律的中国人,他们毕业后带着西方法治文明,回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学,法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后,1952 年全国大学院系调整,清华大学被改造为工科学府,文科专业并入其他高校。几十年里,人们对清华工科院校的形象已经固化,似乎忘记了清华本来就是综合大学,今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日,在那个秋高气爽、天高云淡的早晨,清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育,重建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上,清华大学复建法学院。20 年后,作为亲历这一过程的教师,我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来,81 位教师前后在这里全职任教,目前在职 68 位,还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来,八千多优秀法治人才从这里毕业,走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”,每一位学人的到来都有一个故事,有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校,加盟这家新式学堂,尝试新理念,探索 21 世纪的大学之道,希望人生有一个全新的开始;有的不远万里,从大洋彼岸来到北京,耕耘在这片法学新天地;有的初出茅庐,踌躇满志,从世界各地的著名学府直接走入清华园,开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”,带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

自序

这是一本自选论文集。

我给论文集确定的题目是《民商法的转向——以利益衡量为中心展开》。

民商法的转向是什么？当然是“仁者见仁智者见智”的问题。这里所说的是我自己的体会、思考与探索。

自从1993年9月在《法学研究》发表论文《论商誉和商誉权》以来，时间已经过去了整整20年。在过去的20年里，我写了一些论文，这些论文主题涉及面较为广泛，既有民商法基础理论方面的问题，又有民法学与商法学的具体制度上的问题。

这些作品以2002年1月为界限，大致可以分为两个不同的阶段。前期的作品基本都是在跟随老师学习法律的过程中写就的，论文主题较为宽泛，所采用的研究方法也相对传统。

2002年1月，《利益的层次结构与利益衡量的展开》在《法学研究》上发表。在这篇论文中，我提出了全新的利益衡量理论。这就是利益的层次结构理论。在这一理论架构中，当事人的具体利益、群体利益、制度利益与社会公共利益形成一个有机的利益层次结构，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。这些利益之间形成完整的体系，强调以制度利益为中心展开利益衡量。它不但着眼于实体法上的利益探究，还强调程序法上的衡量过程。这一理论，既不同于日本学者加藤一郎的利益衡量论、星野英一的利益衡考量论，也不同于德国学者赫克的利益法学、拉伦茨的评价法学，也不同于美国学者庞德的社会学法学。这是一种具有浓厚的“中国元素”的利益衡量理论。

新的利益衡量理论促成了我法学研究的重大转向:(1)利益衡量本身成为我法学研究的最为重要的研究对象。之后,我陆续发表了《利益衡量的界碑》、《制度利益衡量的逻辑》等论文。最近我在2014年第4期《政法论坛》上发表了《异质利益衡量的公度性难题及其求解》。这一论文的写作,不仅加深了我对民商法的理解,还全面重塑了我对法律本质的理解,是我对法律理解上的一次突破。(2)利益衡量方法成为我在法学研究中最为重要的方法。在这之前的研究没有形成自己的研究方法。(3)研究主题集中到公司法与物权法。在这些论文中,有的是讨论某一法律宏观层面的基本问题,如《物权法定主义:在自由与强制之间》、《股东表决权:公司所有与公司控制的连接点》;有的是分析微观层面的具体制度,如《论表决权信托》。(4)更加关注法律在司法实践中的具体应用,强调以裁判为中心的研究立场。基于利益衡量理论,主张运用“逻辑—事实—价值”的三角互动模式对案例作精细化分析。^①这样,案例分析的论文开始增多,希望通过经典案例的分析,与司法界共同推进法律的进步。

我国自改革开放以来,在政治、经济、社会等各方面都取得了长足的进步,呈现出日新月异的崭新面貌。法学(法律)的理论与实务是这滚滚洪流中的重要一环,已经从成长转向成熟,共同经历着社会的进步与繁荣。我从1990年进入大学开始学习法律,并以法律教学与研究为业,亲眼目睹了法学的光荣与梦想,亲身经历了法律的进步,并有幸通过论文的方式表达对法律的所思所想,作为涓涓细流汇入这伟大时代的滚滚洪流之中。

我期盼更多具有中国元素、中国气度的法学作品出现。

当然,更希望您会喜欢我在这里选择的每一篇文章。

祝您阅读愉快。

梁上上

2014年10月6日

^① 梁上上:《利益衡量论》,法律出版社2013年版,第60-63页。

目 录

一、导 论

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	003
---	-----

二、民 法 学

论商誉和商誉权	029
物权法定主义:在自由与强制之间	042
抵押物转让中的利益衡量与制度设计	065
论邻地通行与另辟通道 ——以梁某诉神农公司案为例	088
“五月花案”的疑问与利益衡量的界碑	100
论保护作品完整权和后续作品问题	116
论署名权	122

三、商 法 学

论行业协会的反竞争行为	135
股份有限公司发起人责任研究	155
股东表决权:公司所有与公司控制的连接点	218
表决权拘束协议:在双重结构中生成与展开	242
论表决权信托	264
停止请求权:董事滥权行为的制止	282

论公司担保合同的相对人审查义务

——穿梭于《公司法》第 16 条与合同法相关条款之间·····	299
控股股东侵权案的法律障碍与制度创新·····	322
自行召集的股东会议所作出的决议是否有效·····	336
公司僵局案的法律困境与路径选择·····	353
后记·····	365

一、导 论

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

目 次

- 一、利益衡量在日本的兴起及其意义
- 二、利益衡量可能导致恣意：以“姘居妻”为例
- 三、利益的层次结构及其生成
- 四、利益衡量的展开
- 五、结语
- 补记

日本的利益衡量理论在 20 世纪 60 年代由民法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,有的人持赞成意见,有的人持反对意见。但仔细分析我们会发现: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。本文试对这些问题进行探讨。

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

* 原文发表于《法学研究》2002 年第 1 期。

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为“概念法学”。^①概念法学源于德国的潘德克顿法学和法国的注释法学,到19世纪后期,概念法学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,它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的、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,如出现了30年代席卷全球的空前的经济危机、第二次世界大战、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。在这种背景下,法院面临许许多多新问题和新型案件,对于这些案件或者缺乏法律规定,或者像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

^① [日]北川善太郎著:《日本民法体系》,李毅多、仇京春译,科学出版社1995年版,第101页以下。

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。^②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”。^③1966年,加藤一郎发表了《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”。^④两者观点基本相同(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。^⑤利益衡量论于20世纪60年代被提出后,一直在日本民法学界占据主导地位。^⑥

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。^⑦利益衡量的实质是法院判案的一种思考方法。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

② 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。

③ 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第317页。

④ 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395页。

⑤ 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第317页。

⑥ 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403页以下。

⑦ 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第316页。