

“十二五”国家重点规划出版图书



中国法学学术丛书

利益衡量论

梁上上 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本研究
“中央高
“浙江
“浙江



中国法学学术丛书

利益衡量论

梁上上 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

利益衡量论 / 梁上上著. —北京:法律出版社,
2013.6

(中国法学学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4938 - 0

I. ①利… II. ①梁… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第095486号



中国法学学术丛书

利益衡量论

梁上上 著

责任编辑 高山 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10 字数 236 千

版本 2013年6月第1版

印次 2013年6月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4938 - 0

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们把这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社

自序

《利益衡量论》总算写完了,好像走过漫漫长途终于可以坐下休息了,我感到轻松了许多。对于利益衡量,我已经花费了很多时间与精力,边写边思考,边思考边写,她已经陪伴我度过了近 20 个春夏秋冬。

最早接触到利益衡量理论是在中国社会科学院研究生院的课堂上。那时,梁慧星老师利用在党校学习的间隙,给我们讲民法解释学的一些问题。利益衡量是其中之一,它深深吸引了我,成为我持续研究的课题。在这期间,我认真读了梁老师的专著《民法解释学》,以及他的关于利益衡量的一些文章,还读了他翻译的日本东京大学教授加藤一郎的论文《民法的解释与利益衡量》。就加藤的论文而言,我读后颇受启发,获益良多,认为该方法可以在我国的司法实践中加以应用,能够解决许多法律上的难题。但是,该利益衡量方法并不完美,过于讲究实质的价值判断也存在一些问题,特别是缺少约束机制,容易导致利益衡量的恣意。当时,我很快就写出了 8000 字左右的初

稿,但是这一稿子还不够成熟,就搁置了下来,但一直没有停止对这一问题的思考。

1997年7月研究生毕业后,我回到了母校杭州大学法律系任教,继续思考这一问题,对已经搁置很久的初稿进行不断地修改、补充与完善,到2000年底终于定稿,最后以《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理论》为题发表于《法学研究》2002年第1期。该文20000多字,提出了我自己的利益衡量思想——利益衡量的层次结构的理论。这也是本书的核心思想。该文发表后,获得了较高的评价,在法学理论界的许多学者(特别是法学方法论学者)对该文展开了详细研究,例如浙江大学陈林林博士、山东大学郑金虎博士都把它作为博士论文的一部分加以研究。同样,在民商法学界等学科也获得了较为广泛的影响与较高的评价。这给我很大的信心与鼓励。

但我很快发现,随着利益衡量在实践中的流行,也逐渐暴露出一些滥用该方法的问题。于是,我收集资料做进一步思考,写成了《利益衡量的界碑》一文,并发表于《政法论坛》2006年第5期。该文提出了利益衡量的六大具体界碑,试图防止人们滥用利益衡量方法。制度利益是利益衡量的层次结构理论中的核心问题,但随着时间的推移,我体会到2002年的论文对此表达得不够详细、充分,有进一步深入研究的必要,把它更清晰地展现出来。但是,由于我国这方面的判例较少,研究进展缓慢。2008年9月~2010年6月,我在美国Columbia University(哥伦比亚大学)做访问学者,惊喜地发现美国这方面的案例很多,已经积累了较为丰富的经验。回国后,一边思考一边写作,完成了《制度利益衡量的逻辑》一文,并发表于《中国法学》2012年第4期。这样,我自己的关于利益衡量的观点基本完整了。

其实,早在2007年,法律出版社的编辑高山先生曾经来到杭州,在办公室与我作了深入的交流,他希望我在法律出版社出一本书。当时,

我就与高老师提到,想就“利益衡量”为主题出一本论文集。高老师认为,这一主题很好,但不能是论文集,应该有自己的理论体系。我对此深表认同,也成为我的情结,一直思考如何架构出该书的理论框架。随着这3篇论文的陆续发表,研究工作的不断进展,著作的基本架构也慢慢地浮出水面了。

说实话,到2011年9月之前,我对利益衡量的知识主要还是来源于日本学者加藤一郎,以及访美期间所收集的一些判例。可能恰恰是自己知识储备的不足,脑袋中有更多的留白或者说更少的条条框框,再加上少年气盛,才使我有机会得以提出属于自己的利益衡量理论。于2011年9月决定开始写书后,才开始认真研究德国耶林、赫克、美国庞德等学者的论述。通过对他们的研究,我进一步认识到:利益衡量理论源远流长,它是从反对概念法学的基础上兴起的,需要经由概念法学,才能超越概念法学。只有经由概念法学,才能发展利益法学。为此,我需要把时间维度拉长,从概念法学开始写起,对德国、美国、日本等国的利益法学代表人物的法学思想进行研究,最后汇集到我自己的利益衡量理论。这样,就形成了本书的完整体系了。当然,本书的核心思想依然是我在2002年发表在《法学研究》的论文。我虽然在本书中对利益衡量的基本理论问题都做了回答,但是可能还有一些问题值得进一步思考,不过这已经属于以后的工作内容了。

我在“附录一”中收入了三则典型案例分析,借此可以说明利益衡量在法律适用中的重要性,也试图展示如何进行利益衡量的具体步骤与方法。此外,我“附录二”全文收录了最高法院孔祥俊法官与陈现杰法官的两例经典裁判文书,原原本本地呈现出法院裁判中的有关利益衡量的精彩裁判思路,具有示范意义。

本想在附录中加入我与贝金欣合作的论文《抵押物转让中的利益衡量与制度设计》(发表于《法学研究》2005年第4期),以体现“利益衡

量与制度设计”这一立法论上的主题。这是因为,虽然利益衡量理论主要应用于“法律适用”之中,但是该理论在“法律制度设计”之中同样重要,或者说利益衡量在立法论上也同样重要。“立法”与“法律适用”本来就是首尾相连、紧密相关的。我早在 2002 年的论文中也已经分析过这一问题。而且,该文观点与附录中收录的最高法院 2009 年的一则经典判决的结论是一致的,可以互为呼应。这种理论与实践的互动也是具有重要意义的。但考虑到本书主题的统一性与单纯性,以及陈现杰法官的判决书已经把裁判思路分析得极为出色,没有必要再多说什么,最后决定放弃收录该文。读者如果把该文与陈现杰法官的判决书对比阅读,相信会取得更好效果。

祝您阅读愉快。

梁上上
2013 年 3 月

今日在法学及法律事务中所使用的法律适用的方法,都是由利益法学所形塑而成的。

——Norbert Horn

在所有的改变中,方法的改变才是最大的进步。

——Rümelin

目 录

第一章 概念法学 003

- 一、法国的概念法学 004
- 二、德国的概念法学 010
- 三、概念法学的主要特征 016

第二章 利益衡量的兴起 019

- 一、德国的利益法学派:对概念法学的批判 019
 - (一)耶林的目的法学对概念法学的批判 020
 - (二)赫克为代表的利益法学对概念法学的批判 024
- 二、美国庞德的利益法学 030
 - (一)社会工程与法律利益 031
 - (二)利益学说与利益纲目 032
 - (三)利益衡量与价值判断 034
 - (四)法律漏洞与非依法裁判 036
- 三、日本的利益衡量论 038
 - (一)加藤一郎的利益衡量论 040
 - (二)星野英一的利益考量论 043
- 四、对利益衡量的基本评论 046

第三章 利益衡量的必然 049

一、法律存在漏洞 050

(一) 法律漏洞的原因 050

(二) 法律漏洞的类型 053

二、司法性立法 055

(一) 立法机构:由单一走向多元 056

(二) 法官职权变异:司法性立法 057

三、法律适用:从三段论到三角论 060

四、利益衡量的价值 063

(一) 赫克的侄女继承案 064

(二) 加藤一郎的飞机事故案 067

(三) 利益衡量与法律漏洞填补方法的关系 068

五、结语 070

第四章 利益衡量的重构:基于利益的层次结构 071

一、利益衡量可能导致恣意:以加藤一郎的“姘居妻”为例 072

二、利益的层次结构 076

(一) 利益及其层次结构 077

(二) 利益层次结构的术语解释 081

(三) 利益层次结构的法理再解析 089

三、利益层次结构的生成 094

(一) 利益层次结构的生成 094

(二) 当事人利益与制度利益的关系 098

(三) 制度利益与社会变迁 100

四、利益衡量的展开:法律适用中的利益衡量 102

(一) 制度利益无缺陷时的衡量:以“姘居妻”案为例 104

- (二) 制度利益存在缺陷时的衡量:以“玻璃幕墙”事件为例 107
- (三) 制度利益违背社会公共利益时的衡量:以医疗事故为例 110
- 五、结语 117

第五章 制度利益的衡量 119

- 一、制度利益的解构与铺陈 120
 - (一) 制度利益的性格 121
 - (二) 制度利益的解构:类型化与利益细分 122
 - (三) 制度利益的铺陈 126
 - (四) 小结:制度利益可分两步骤剖析 129
- 二、制度利益衡量的规则 130
 - (一) 制度利益衡量的基准:应当与社会公共利益相协调 130
 - (二) 制度利益衡量的三大支撑 134
- 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 144
 - (一) 制度利益衡量推动现存法律制度向前进化 144
 - (二) 制度利益衡量与法律制度创设的关系 147
- 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 153
 - (一) 违宪审查的实质是制度利益衡量 153
 - (二) 比例原则是制度利益衡量的另一种表达 158
- 五、结语 161

第六章 利益衡量的界碑 163

- 一、利益衡量的滥用及其原因 164

二、利益衡量滥用的主要样态	166
(一)因缺少对利益结构的整体衡量而导致的滥用	166
(二)因超越利益衡量的边界而导致的滥用	168
三、利益衡量的界碑与法律制度的选择	170
(一)利益衡量的基础:权利存在于法律制度中	171
(二)利益衡量的界碑与法律制度的选择	173
(三)小结	177
四、利益衡量的具体界碑	177
(一)“法外空间”不应进行利益衡量	177
(二)应在妥当的法律制度中进行利益衡量	179
(三)应在同一法律关系中进行利益衡量	183
(四)妥当的文义存在于法律制度中	187
(五)选择妥当的法律规范作为衡量的依据	189
(六)法律救济不能的案件不应进行利益衡量	191
五、结论:利益衡量存在界碑	194

结论 195

附录一 利益衡量的典型案例研究

案例一 控股股东侵权案的法律障碍与制度创新	203
-----------------------	-----

案例二 公司僵局案的法律困境与路径选择	221
---------------------	-----

案例三 “五月花”案的疑问与利益衡量的界碑	237
-----------------------	-----

附录二 利益衡量的经典裁判文书

判决书一 北大方正公司案 259

判决书二 重庆索特盐化公司案 275

参考文献 293

后记 301

我们今天的利益法学(利益衡量)可以追溯到耶林的目的法学。在德国,以赫克为代表的学者把它推向成熟,并建立了利益法学理论,20世纪60年代后更发展成为评价法学。在美国,以庞德为代表的法学家深受耶林的影响,创建了社会学法学派(利益法学)。在日本,受本土法学理论与美国现实主义法学的影响,利益衡量理论20世纪60年代由学者加藤一郎和星野英一提出后,在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,我国民法学家梁慧星等教授把日本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。德国著名法学家 Norbert Horn 认为:“今日在法学及法律事务中所使用的法律适用的方法,都是由利益法学所形塑而成的。”

利益衡量理论是符合社会发展需求的,是符合法学进步方向的,是可取的。但仔细分析,也会发现:一方面,利益衡量理论本身存在问题,容易导致恣意;另一方面,我国对利益衡量理论还有一些误解。为此,基于中国本土的法律理论与司法实践,借鉴世界各国的理论发展与实践经验,我们需要提出属于自己的全新的理论框架——利益衡量的层次结构理论。但是,利益法学在其发展脉络上,都是从批判僵硬的概念法学开始的。为此,深入地认识与理解利益法学存在的问题,恰当地提出这些问题的解决方法,进而创新利益衡量的理论框架,都需要我们追溯到概念法学。我们只有经由概念法学,才能超越概念法学;我们只有经由概念法学,才能发展利益法学。

第一章

概念法学

经由罗马法,超越罗马法。

——耶林

1804年《法国民法典》的颁布是世界法制史上的重大事件,不但影响了许多国家的立法进展,也对民法学理论产生了重大影响。同样,1896年《德国民法典》的颁布也具有世界性影响,支撑其立法体系的潘德克顿法学同样居功至伟。在这样的历史背景下,起源于法国注释法学派与德国潘德克吞法学的概念法学产生了,但到19世纪后期,已经成为大陆法系国家的共同现象,而且对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。