

|天
Borderless

|下

法學新經典

利益衡量論

—
梁上上 著
—

第二版

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

利益衡量论

第二版

— 梁上上 著 —

| 天

Borderless

| 下

法學新經典

图书在版编目(CIP)数据

利益衡量论 / 梁上上著. —2版. —北京: 法律出版社, 2016.9
ISBN 978-7-5118-9883-8

I. ①利… II. ①梁… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.118.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第203188号

利益衡量论(第二版)

梁上上 著

责任编辑 高山 汤子君

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016年9月第2版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 9.625 字数 224千

印次 2016年9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 978-7-5118-9883-8 定价: 48.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

第二版序

本书第一版于2013年出版。在重印之际,结合最新研究,做了修订。

在利益衡量的理论建构中,异质利益(不同性质的利益)之间如何衡量?似乎存在着公度性(通约性)难题。它涉及不同利益之间衡量的可能性,是建构利益衡量理论必须面对的基础性问题。但我认为,异质利益衡量的实质是相符性(匹配性)问题,而不是公度性(通约性)问题。我将这一问题的详细研究增为本书第四章,使利益衡量理论的基础更为扎实,体系更为完善。同时,我对本书的结构做了整理,使其脉络更加清晰。此外,删除了原版“附录一 利益衡量的典型案例研究”,并修订了原版中的个别文字。

梁上上

清华大学法学院

2016年6月

自序

《利益衡量论》总算写完了,好像走过漫漫长路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学位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,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,我在美国哥伦比亚大学(Columbia University)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、赫克与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中来。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。“附录”全文收录了最高人民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人民法院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

浙江大学法学院

2013年3月

在所有的改变中,方法的改变才是最大的进步。

——鲁麦林

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。

——诺伯特·霍恩

目 录

上篇 源流

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、对利益衡量的简要评论 046

中篇 重构

第三章 利益衡量的必然 051

一、法律存在漏洞 052

(一) 法律漏洞的原因 052

(二) 法律漏洞的类型 055

二、司法性立法 057

(一) 立法机构:由单一走向多元 058

(二) 法官职权变异:司法性立法 059

三、法律适用:从三段论到三角论 062

四、利益衡量的价值 065

(一) 赫克的侄女继承案 065

(二) 加藤一郎的飞机事故案 068

(三) 利益衡量与法律漏洞填补方法的关系 070

五、结语 072

第四章 异质利益衡量的可能 073

一、问题的缘起:异质利益衡量的公度性难题 074

二、异质利益衡量的求解路径:从抽象命题到具体情境 078

(一) 异质利益衡量需要澄清的误解 078

(二) 求解难题的两种路径 080

(三) 求解难题的路径转换:从抽象命题到具体案件 082

(四) 小结:异质利益衡量的公度性难题存在求解路径 084

三、异质利益衡量的价值基础:存在基本的社会共识 085

(一) 基本价值的社会共识 086

- (二)利益位阶的社会共识 087
- (三)行为规范的社会共识 092
- (四)小结:利益衡量需要的是社会共识,不是公度性 097
- 四、异质利益衡量的规则基础:存在具体的制度共识 097
- (一)法律制度允许以公度性为基础的利​​益衡量 098
- (二)法律制度不允许以公度性为基础的利​​益衡量 099
- (三)小结:利益衡量需要的是制度共识,不是公度性 103
- 五、异质利益衡量的程序:优势利益的制度性选择机制 104
- (一)诉讼程序是异质利益的选择机制 104
- (二)当事人之间的利益表达与利益竞争机制 105
- (三)法官的利益选择机制 106
- (四)裁判文书中的利益衡量披露机制 109
- (五)小结:程序为利益衡量提供制度理性 111
- 六、结论:异质利益衡量的公度性难题是可解的 112

第五章 利益衡量的重构:基于利益的层次结构 113

- 一、利益衡量可能导致恣意:以加藤一郎的“骈居妻”为例 114
- 二、利益的层次结构 118
- (一)利益及其层次结构 119
- (二)利益层次结构的术语解释 123
- (三)利益层次结构的法理再解析 131
- 三、利益层次结构的生成 136
- (一)利益层次结构的生成 136
- (二)当事人利益与制度利益的关系 140
- (三)制度利益与社会变迁 143
- 四、利益衡量的展开:法律适用中的利益衡量 144

- (一)制度利益无缺陷时的衡量:以“姘居妻”案为例 146
 - (二)制度利益存在缺陷时的衡量:以“玻璃幕墙”事件为例 150
 - (三)制度利益违背社会公共利益时的衡量:以医疗事故为例 153
- 五、结语 160

下篇 阐释

第六章 制度利益的衡量 163

- 一、制度利益的解构与铺陈 164
 - (一)制度利益的性格 165
 - (二)制度利益的解构:类型化与利益细分 166
 - (三)制度利益的铺陈 170
 - (四)小结:制度利益可分两步骤剖析 173
- 二、制度利益衡量的规则 174
 - (一)制度利益衡量的基准:应当与社会公共利益相协调 174
 - (二)制度利益衡量的三大支撑 178
- 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 188
 - (一)制度利益衡量推动现存法律制度向前进化 188
 - (二)制度利益衡量与法律制度创设的关系 191
- 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 197
 - (一)违宪审查的实质是制度利益衡量 197
 - (二)比例原则是制度利益衡量的另一种表达 202
- 五、结语 205

第七章 利益衡量的界碑 206

一、利益衡量的滥用及其原因 207

二、利益衡量滥用的主要样态 209

(一)因缺少对利益结构的整体衡量而导致的滥用 209

(二)因超越利益衡量的边界而导致的滥用 211

三、利益衡量的界碑与法律制度的选择 213

(一)利益衡量的基础:权利存在于法律制度中 214

(二)利益衡量的界碑与法律制度的选择 216

(三)小结 220

四、利益衡量的具体界碑 220

(一)“法外空间”不应进行利益衡量 220

(二)应在妥当的法律制度中进行利益衡量 222

(三)应在同一法律关系中进行利益衡量 226

(四)妥当的文义存在于法律制度中 230

(五)选择妥当的法律规范作为衡量的依据 232

(六)法律救济不能的案件不应进行利益衡量 234

五、结论:利益衡量存在界碑 237

结 论 238**附录 利益衡量的经典裁判文书****判决书一 北大方正公司案 249**

判决书二 重庆索特盐化公司案 265

参考文献 283

后 记 291

上篇 源流

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。德国著名法学家诺伯特·霍恩(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,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。