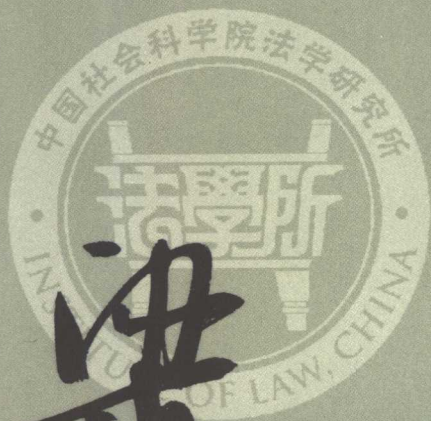


梁慧星 著

中
国
社
会
科
学
院
法
学
精
萃



梁慧星

文选



法律出版社
LAW PRESS



中国社会科学院
法学精萃

梁慧星
文选

梁慧星 著



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

梁慧星文选/梁慧星著. —北京:法律出版社,2003.10
(中国社会科学院法学精萃)
ISBN 7-5036-4553-9

I. 梁… II. 梁… III. ①梁慧星—文集②法学—文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 091344 号

法律出版社·中国

责任编辑/思 实

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/21.375 字数/628千

版本/2003年10月第1版

印次/2003年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939687

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-66193110

书号:ISBN 7-5036-4553-9/D·4271 定价:45.00元

目 录

学术小传	1
------------	---

第一部分 法学方法论

法解释方法论基本问题	3
论法律解释方法	21
法律漏洞及其补充方法	49
诚实信用原则与漏洞补充	86

第二部分 专题研究

论企业法人与企业法人所有权	101
试论侵权行为法	112
论我国合同法律制度的计划原则与合同自由原则	122
所有权形式论	132
民法时效研究	144
合同法上的情事变更问题	155
关于实际履行原则的研究	177
人身权研究	189
代理论	217
我国民法是否承认物权行为	241
论产品制造者、销售者的严格责任	252
论制定道路交通事故赔偿法	270

论出卖人的瑕疵担保责任·····	289
融资性租赁法律问题研究·····	319
市场经济与公序良俗原则·····	370
原始回归,真的可能吗? ——读《权利相对论——权利和(或)义务价值模式的历史 建构及现代选择》一文的思考·····	388

第三部分 立法问题

中国民法:立法史·现状·民法典的制定·····	413
中国对外国民法的继受·····	427
松散式、汇编式的民法典不适合中国国情·····	441
当前关于民法典编纂的三条思路·····	452
是制定“物权法”还是制定“财产法” ——郑成思教授的建议引发的思考·····	464
制定中国物权法的若干问题·····	513
日本现代担保法制及其对我国制定担保法的启示·····	539
从“三足鼎立”走向统一的合同法·····	562

第四部分 判例研究

雇主承包厂房拆除工程违章施工致雇工受伤感染死亡案评释·····	577
道路管理瑕疵的赔偿责任 ——大风吹断路旁护路树砸死行人案评释·····	590
电视节目预告表的法律保护与利益衡量·····	602
谁是“神奇长江源探险录像”的作者·····	616
最高人民法院关于侵犯受教育权案的法释 [2001]25号批复评析·····	627

第五部分 经济法研究

西方经济法与国家干预经济·····	639
试论经济行政法·····	652
学术作品目录 ·····	667



第一部分 法学方法论

法解释方法论基本问题*

引 言

欲了解什么是法解释方法论,须先了解什么是法解释学。法解释学是从圣经解释及哲学的解释学衍生出来的一门古老的学问。但在历史上,法解释学长期依附于民法学。研究法解释方法属于民法学者的附带工作。晚近法解释学已有发展成为独立的学问领域之趋势。

关于什么是法解释学,有种种定义和解释。一般将法解释学定义为,确定现行法规范的意义内容,构筑规范体系的学问。^①我国学者史尚宽先生认为,所谓法解释学,乃是运用解释方法阐明成文法规范意义,理论上使其调和,组成体系的科学。^②上述解释,着重于法解释学阐释成文法规范意义及构筑规范体系的功能,似乎法的解释活动仅在于对成文法的认识理解,并未摆脱概念法学的影响。

法学是以法律现象为研究对象的学问。一般社会科学乃以社会现

* 本文原载于《中外法学》1993年第1期。

① 矶村哲编:《现代法学讲义》,有斐阁选书,第44页。

② 史尚宽:《民法总论》,第36页。

象之实态为研究对象。除研究对象不同外,二者的差异还在于:一般社会科学仅限于对社会现象之实态的考察,及认识发现其规律性,此外并不担负其他任务。而法学则不同,一方面以现行法为研究对象,同时以构成对人类社会生活有效的规范体系为其任务。为了使现行法适合于法的目的,担当着对现行法进行解释的工作。进行这种解释工作的法学,被称为法解释学。日本学者尾高潮雄指出,法解释学的作用不仅在于理解法,而且常常起着造法的作用。在这个意义上说,法解释学与作为理论科学的一般社会科学有很大的差异,属于一种独特的实践科学。^①

法学已经分化为三类:其一为经验的理论法学,如法社会学、比较法学、法史学;其二为思辨的理论法学,如法哲学;其三为实用法学,即法解释学。^②所谓实用法学,是以为立法及法律解释等法律实务提供必要技术为目的的学问。法解释学作为科学的实用法学,并不以法律解释本身作为目的,而是以裁判的先例为素材,以预见将来的裁判为目的。日本学者川岛武宜指出,法解释学的任务在于究明规定法官裁判活动的诸要因,即裁判活动的经验法则。^③石田穰进一步指出,法解释学以构成裁判的具体判断规准,并将其向法官传达,以制御法官的价值判断为主要目的。^④

关于法解释学与法解释方法论的关系,德国学者和日本学者的解释有差异。德国学者将法解释学归结为一种方法论,认为法学方法论是对法律解释适用的方法论,与法解释学为同义语。但在日本,法解释学的内容比较广泛。^⑤按照石田穰的见解,法解释学的内容包含下述三种作业:第一,明确成为裁判的大前提的法命题的作业,即法源论;第二,明确从作为裁判大前提的法命题,构成具体判断规准的方法的作业,即法解释方法论;第三,依法解释方法的规则,从裁判的大前提构成

① 尾高潮雄:《法》,动草书房 1983 年版,第 81—82 页。

② 加藤一郎编:《民法学的历史与课题》,东京大学出版会 1982 年版,第 32 页。

③ 川岛武宜:《市民的实用法学的方法与课题》,转引自《民法学的历史与课题》,第 8—9 页。

④ 石田穰:《法解释学的方法》,青林书院新社 1980 年版,第 75—76 页。

⑤ 加藤一郎编:《民法学的历史与课题》,第 4 页。

具体判断规准的作业,即法的构成。^① 无论依何种解释,强调法解释方法论为法解释学之基本内容,应不为过。

所谓法解释方法论,可以理解为以什么样的方法构成裁判的具体判断规准更好的议论,简而言之,即关于法解释方法的理论。^② 法解释方法论不具有发现认识客观存在的经验科学的性质。因为用什么样的方法构成裁判的具体判断规准最为妥当,属于政策问题,属于价值判断问题。因此,法解释方法论,具有实践性和政策性。

一、法适用与法解释

关于法律之适用,法解释学上所使用的基本概念为 Subsum-tion。所谓 Subsumtion,通常译为归摄或涵摄,指将待决案件事实置诸于法律规范构成要件之下,以获得特定结论的一种逻辑思维过程。若以法律规范(T)为大前提,以待决案件事实(S)为小前提,以特定法律效果之发生为其结论,则此法律适用的逻辑结构可表示如下:

$T \rightarrow R$ (具备 T 构成要件者应适用 R 法律效果)

$S = T$ (待决案件事实符合于 T 构成要件)

$S \rightarrow R$ (该待决案件事实应适用 R 法律效果)^③

概括言之,所谓法律的适用,指将法律规范适用于具体案件以获得判决的全过程。按照概念法学的理解,法适用过程为通过三段论法的逻辑推论获得判决的过程。法官须严格按照三段论法作逻辑推演,遇有法律条文意义不明,只能探求立法者明示的或可推知的意思。法律以外的因素如经济、政治、伦理等的考虑,均属于“邪念”应一概予以排除。将法官视为适用法律的机械,判决之获得犹如文件复印。^④

实际上,法律的适用并非简单的三段论推理。在能够作三段论逻辑推理之前,首先须探寻可得适用之法律规范,即所谓“找法”。找法的

① 石田穰:《法解释学的方法》,第76页。

② 石田穰:《法解释学的方法》,第81页。

③ 王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,1981年版,第116—117页。

④ 加藤一郎:《民法的理论与利益衡量》,有斐阁1974年版,第5页。

结果有三种可能:其一,有可得适用的法律规范;其二,没有可适用的法律规范,这种情形即存在法律漏洞;其三,虽有规定,却因过于抽象,须加以具体化。若出现第一种可能,即存在可适用的法律规范,则应进行下述作业:通过各种解释方法,确定该法律规范的意义内容;将该法律规范区分为构成要件及法律效果;再将构成要件区分为若干具体要素;审查待决案件事实是否符合该法律规范构成要件之全部要素,若符合,方可依 Subsumtion 得出判决。若出现第二种可能,即存在法律漏洞的情形,则应进行漏洞补充。若出现第三种可能,即属于不确定法律概念或一般条款,则应进行价值补充。待漏洞补充或价值补充得到可适用法律规范之后,方能继续进行区分构成要件及法律效果等作业。^①

从法律规范的探寻即找法开始,直到可依 Subsumtion 进行三段论推演之前的整个活动过程,属于广义法律解释。而确定法律规范意义的作业,则属于狭义法律解释。换言之,广义法律解释包括狭义法律解释、漏洞补充和价值补充。为了解决具体的案件,必须获得作为大前提的法律规范。这种获得作为判决大前提的法律规范的作业,亦即广义的法律解释。^②

由上可知,法律解释乃是法适用之不可欠缺的前提,要得到妥当的法适用,必须要有妥当的法律解释。^③ 关于法律解释的必要性,我国台湾著名学者王泽鉴先生指出,凡法律均须解释,盖法律用语多取诸日常生活,须加阐明;不确定之法律概念,须加具体化;法规之冲突,更须加以调和。因此,法律之解释乃成为法律适用之基本问题。法律必须经由解释,始能适用。^④

法律解释以解释者身份的不同,可区分为三种:(1)裁判的解释,指法官于裁判案件时所作解释;(2)学说的解释,指学者在学术著作、论文及教科书中所作解释;(3)当事人的解释,指具体诉讼案件当事人及其

① 王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,第116—120页;杨仁寿:《法学方法论》,1987年修订版,第119—121页。

② 矶村哲:《现代法学讲义》,第85页;杨仁寿:《法学方法论》,第119页。

③ 矶村哲:《现代法学讲义》,第89页。

④ 王泽鉴:《民法实例研习·基本理论》,第125页。

代理人所作解释。其中,裁判解释和学说解释为法解释学上所说的典型的法律解释。须说明的是,裁判的解释对于所裁判的案件当事人来说,具有法律的效力;而学说解释即使是通说或多数说,亦不具有法律的效力。^①

裁判解释有下述特点:(1)法律的拘束较强。法官于裁判时,负有严格遵守法律的义务,非如学者解释法律那样自由。按照概念法学的理解,即便是“恶法”,法官亦应适用,因为判断某项法律之属于恶法或良法,并非法官的职权。但在实际上,法官亦往往通过种种手法,回避“恶法”之适用。(2)紧迫感。法官面对的是具体待决案件,无论其性质及难易,均不容回避,且有时限的限制,非如学者解释针对想象的事实关系,有充分的自由。(3)便宜性。法官所作解释不必列举详细理由,重要的是结论之妥当性;而学说解释,毫无疑问须有详细的理由。相比之下,裁判解释具有便宜性。^②

比较起来,学说解释有如下特点:(1)抽象性。学术著作、论文和教科书中所展开的解释论,针对具体事例的较少,大都属于抽象的一般性的议论。(2)理论性。学说解释往往展开充分的论述,更着重于解释的理由即理论构成。(3)相对自由性。学说解释当然不能无视法规、背离条文,但与法官的解释相比,有相对的自由。学者往往藉解释批评现行法的缺失,批评判例的失当,并为法律修改提供建议。正因为如此,学说解释担负着对现行法令、判例进行整理,对现行法状态作批判检讨,提出应有法的建议,及指导判例的任务。^③实际上,法官解释往往直接采纳学者的解释。

德国法学家萨维尼(Savigny)曾对法律解释以高度评价,他说:“解释法律,系法律学之开端,并为其基础,系一项科学性之工作,但又为一种艺术。”^④

① 山田卓生:“法解释的主观性”,载《民法学的历史与课题》,第100—103页。

② 山田卓生:“法解释的主观性”,载《民法学的历史与课题》,第100—102页。

③ 山田卓生:“法解释的主观性”,载《民法学的历史与课题》,第102—104页。

④ 转引自王泽鉴:《民法实例研习·基础理论》,第125页。

二、法解释的创造性

所谓法解释的创造性,是指法律解释具有造法的作用。法律解释并非单纯对法的理解活动,也有造法的作用,具有立法的延长的性质。^①

在罗马法时代,若干权威学者被授予解答法律问题的资格,称为解答权。拥有解答权的学者对法律的解释,具有法律效力。这一时期,学说解释成为法源之一,被称为学说法。^② 通过解释造法的例子极多。例如十二表法规定,家父三次出卖家子,该家子即从家父权下获得自由。该规定之本意在对家父以惩罚,使之丧失家父权。后经解释,家父欲使家子获得解放,可依该规定,由一值得信赖的友人做买受人,以要式行为假装三次出卖,成为一种解放方式。同时又对“家子”作限制解释,对于家女、孙男只需出卖一次。这样,通过解释,使十二表法原来的规定变成一项崭新的制度。^③ 因此,罗马法被称为法学者创造的法。

人类历史进入 19 世纪,随着欧洲各国的法典编纂,导致法律实证主义的勃兴和自然法学的衰微。法律实证主义发展到极端,沦为概念法学,在法、德、日本等大陆法国家占据支配地位,对英美普通法国家亦有影响。概念法学极力否认法律解释的创造性。按照概念法学观点,法官适用法律须严格依三段论法,仅能作机械的逻辑推演;遇有疑义时,则探求立法者主观意思,一切解释均应以立法者意思为依归;法律之外的一切因素,包括政治、经济、社会、道德及当事人利害关系,均属“邪念”应一概予以排除,不允许有任何利益衡量和价值判断。^④

概念法学否认法解释的创造性,主要原因在于:(1)整个 19 世纪是欧洲主要国家资本主义稳定发展时期,资本主义市场经济要求可预见

① 尾高潮雄:《法》,第 95 页。

② 柴田光藏:《罗马法学》,碧海纯一等编:《法学史》,东京大学出版会 1981 年版,第 38—39 页。

③ 柴田光藏:“罗马法学”,载《法学史》,第 55—56 页。

④ 山口俊夫:“法兰西法学”,载《法学史》,第 198 页;加藤一郎:《民法的论理与利益衡量》,第 5 页。

性和可计划性,要求具有尽可能高的确定性和安全性的法律秩序。概念法学以法律的安全性为最高价值,为了确保这一安全性价值,不惜牺牲妥当性价值,不容许法官藉法律解释以变更或增减法律规定,这正反映了处在稳定发展时期资本主义的本质要求。(2)受孟德斯鸠等启蒙思想家的影响,“三权分立”被奉为绝对准则,立法属于立法者的专职,严格禁止法官创造法律。在“三权分立”理论支配之下,法官被视为适用法律之机械,判决犹如复印,仅能靠逻辑推论。法律解释的功能仅限于探求立法者明示的或可推知的意思。如果以法律解释之名增减或变更法律规定,即属“逾份”,应严加禁止。(3)由于欧陆各国相继制定法典,使法律实证主义发展到极端,形成“成文法至上;”、“法典之外无法源”、“法律体系逻辑自足性”等观念,使法解释学陷入僵化,风行法典崇拜和法律逻辑崇拜,迷信成文法完美无缺,认为仅靠对法律概念作逻辑推演,即可能解决一切案型。^①

相对于19世纪来说,20世纪是一个剧烈动荡和变革的世纪。人类社会经历了世界性的严重经济危机,两次世界大战,及科学技术的飞速发展,机械化电气化工业交通事业的勃兴,大型企业及跨国企业的出现,伴随而来的是严重的交通事故、产品缺陷致损、医疗事故、环境污染公害及核子损害等层出不穷的新问题。这就要求承认成文法的局限性,要求赋予法官较大的裁量权,要求弹性解释法律,要求承认法解释的创造性,要求法解释学自身的变革。因此,20世纪形成了对概念法学展开猛烈批判的所谓“自由法学运动”。如德国学者耶林(Rudolf Von Jhering)将概念法学讥为“法学游戏”,并提倡目的论法学。在耶林的影响下,爱尔里希(Eugen Ehrlich)和康托罗维其(Hermann Kantorowicz)倡导自由法学,认为法律每因立法者之疏忽而未预见,或情势变更而发生许多漏洞,此时法官应自由地去探求活的法律,以资因应;主张法官有法律变更权能,应进行法的自由发现。法国科学学派的首倡者惹尼(Francois Geny)和撒莱(Raymond Saleilles)认为,人类创造

^① 主要参考碧海纯一等编:《法学史》,第140—150、192—200页;加藤一郎:《民法的论理与实践》,第5—16页;杨仁寿:《法学方法论》,第63—75、85—90页;徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第156—160页。

的实证私法,难期尽善尽美,必然有许多漏洞,绝不应像概念法学那样仅作逻辑推演,而应从法律之外去发现“活生生的法律”加以补充。认为法律应与社会并行进化。法律的安定性价值和适应性价值同等重要,法律解释必须调和二者。^①

自由法学运动的贡献在于,承认法律有漏洞,承认法律解释的创造性,将法解释学从陷于极端僵化、保守的概念法学的禁锢中解放出来并推进到一个新的境界。但自由法学因矫枉过正,从一个极端走向另一个极端,因主张法官自由发现法律及极度轻视法典的权威,而必然损及法律的安定性,且法官亦为常人而非神,亦有其缺点和能力的局限,若任其自由发现所谓活法,亦恐难确保判决的妥当性。

值得特别重视的是德国学者赫克(Philipp Heck)所首倡的利益法学。利益法学同自由法学一样,承认即使最好的法律也存在漏洞。赫克将概念法学派斥为保守分子,因为概念法学把法官的工作局限于论理的作业,无法律规定的事项被视为立法者不予保护的诸利益因而落入“法空虚的空间”,导致法律公正性丧失,使须受保护的得不到保护。同时,赫克亦不赞成自由法学所主张的任由法官自由发现法律即由法官自由裁量补充法律漏洞。因为法官亦为常人,限于自己的经验及人生观,不可能为生活所要求的安定性提供保障。按照利益法学的观点,法官有补充法律漏洞的权限,但不能仅凭法官自己的价值判断,而应受立法者各种意图的拘束。利益法学认为,法官绝非一种自动机械,他们应是所适用的法律规范的一个创造者,是立法者的“助手”。法官通过“从属的命令补充”方式补充法律漏洞,并对法律多数委托授权及白地委任规定为价值认定,通过解释确定其妥当界限,而且在一定条件下可对现存法律规定予以订正。^② 利益法学企图兼顾法律的安定性价值和妥当性价值,属于一种折衷的立场,其充分肯定法律解释的创造性,同时以立法者价值判断拘束法官的自由裁量,指明了法解释学的发展方

^① 主要参考碧海纯一等编:《法学史》,第169—170、201—204页;尾高潮雄:《法》,第84—85页;杨仁寿:《法学方法论》,第77—90页。

^② 津田利治译:《利益法学》,庆应义塾大学法学研究会丛书,第13—15、32—34、97—99页。

向。因此,第二次世界大战后,利益法学及其发展形态的价值法学对实务和理论产生了很大影响,几乎成为当代法解释学的主流。

依现今通说,立法机关之立法权性质,已由过去的专属立法权转变为优先的立法权,而司法因而取得对立法机关所制定法律之补充权,亦即在法律补充意义上的候补立法权。这种司法机关的候补立法权,具有两个特征,即候补性和针对个案性。^①按照日本学者末弘严太郎的解释,立法机关制定法的“外围”而由法院决定其“内容”。^②美国的卡图佐法官(Cardozo)在比较法官与立法者在法形成上的作用之后说,实际上,法官与立法者一样,同样在被许可的范围内进行立法活动。当然,与许可立法者的范围相比,法官被许可的范围较小。法官只在填补法的间隙的程度内进行立法,其次在全无法律规定的场合进行补充。^③日本学者山田卓生将法解释的创造性概括为三种情形:其一,法律漏洞的补充;其二,恶法的回避;其三,不明确法律规定及一般条款的价值补充。^④

笔者在此转引美国学者弗兰克(J. Frank)最爱引用的一句名言,作为关于法解释的创造性的小结:谁对于法律的解释具有绝对的权威,则不论从何种意义上说,他都是真正的立法者,而写下或口述该法律的人则非是。^⑤

三、法解释的特性

关于法律解释的特性或特征,我国台湾学者黄茂荣曾作专门论述。按照他的解释,法律解释有六项特征:(1)法律解释对具体案件之关联性;(2)法律解释的价值取向性;(3)法律解释之文义范围性;(4)法律解释之解释循环性;(5)法律解释之历史性;(6)法律解释之合宪性。^⑥而

① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台大法学丛书1982年版,第380页。

② 转引自加藤一郎编:《民法学的历史与课题》,第106页。

③ 转引自加藤一郎编:《民法学的历史与课题》,第106—107页。

④ 山田卓生:“法解释的主观性”,载《民法学的历史与课题》,第107—108页。

⑤ 山田卓生:“法解释的主观性”,载《民法学的历史与课题》,第108页。

⑥ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,第257—272页。