



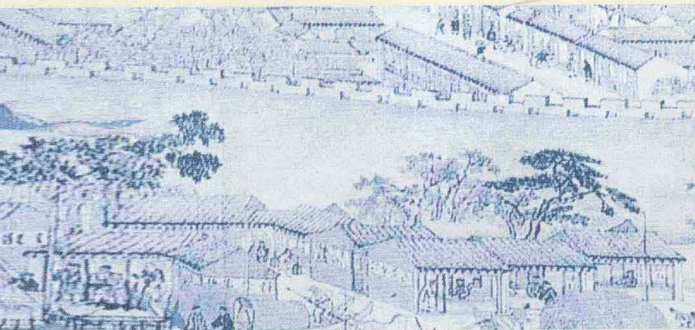
中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

# 日本民法解释学中的 利益衡量理论研究

张利春 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

# 日本民法解释学中的 利益衡量理论研究

张利春 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

日本民法解释学中的利益衡量理论研究/张利春著.  
—北京:法律出版社,2013.7  
(中国民商法专题研究丛书)  
ISBN 978-7-5118-5202-1

I. ①日… II. ①张… III. ①民法—利益—法律解释  
—研究—日本 IV. ①D931.33

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第175952号

中国民商法  
专题研究丛书

日本民法解释学中的  
利益衡量理论研究

张利春 著

责任编辑 刘文科  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013年9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 固安华明印刷厂

印张 17.625 字数 457千

印次 2013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 978-7-5118-5202-1

定价:55.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

献给我的父亲张成祥先生

## 致 谢

原本想终老象牙塔,熟料此文写毕,我竟投笔从“公”(政府公职人员),5年后重阅此文,感慨万千。这里面既有对人生“阴差阳错”的感叹,更有对老师、同学以及家人的感激:感谢我的论文指导老师梁慧星教授;感谢我在日本东京大学的指导教师大村敦志教授以及促成我赴日留学并给了我莫大帮助的东京大学名誉教授星野英一先生、中国社会科学院法学研究所研究员渠涛先生;感谢给了我十年教诲与帮助的山东大学的各位老师、同学;感谢给了我生命、希望和永远支持的家人。

# 略 目 次

## 导论(代序言) / 1

### 第一章 利益衡量论产生的背景 / 26

#### 第一节 法典背景 / 26

#### 第二节 社会背景 / 64

#### 第三节 知识背景 / 89

### 第二章 利益衡量论的内容 / 190

#### 第一节 加藤一郎的利益衡量论 / 191

#### 第二节 星野英一的利益考量论 / 221

#### 第三节 加藤说和星野说的比较 / 254

#### 第四节 与相近法解释论的比较 / 262

#### 第五节 利益衡量论的意义 / 278

### 第三章 利益衡量论的影响 / 294

#### 第一节 学界对利益衡量论的讨论 / 295

#### 第二节 对民法学研究的影响 / 368

#### 第三节 对司法实务的影响 / 397

#### 第四节 利益衡量论的现状 / 410



**第四章 利益衡量论的再评价 / 428**

**第一节 法律思维——再评价的工具 / 429**

**第二节 法律思维视野下的利益衡量论 / 520**

**结束语 / 531**

**参考文献 / 535**

# 细目次

## 导论(代序言) / 1

### 一、本书选题的意义 / 1

(一)为什么是民法解释学 / 1

(二)为什么是日本 / 6

(三)为什么是利益衡量论 / 8

(四)小结 / 9

### 二、国内相关研究的现状 / 10

(一)概说 / 10

(二)研究成果的具体分析 / 13

(三)小结:利益衡量论在中国的位相 / 23

### 三、本书写作的内容、结构与方法 / 24

(一)内容与结构 / 24

(二)写作的方法 / 25

## 第一章 利益衡量论产生的背景 / 26

### 第一节 法典背景 / 26

#### 一、《日本民法典》的编纂 / 26

(一)法典编纂的目的 / 27

(二)编纂过程中对西方法律的认知 / 29

(三)对本国传统习惯的态度 / 47

(四)社会各界对法典编纂的态度 / 53

(五)小结:作为政治产物的民法典 / 55
二、《日本民法典》的修正 / 57
(一)修正概观 / 58
(二)美国法的兴起 / 61
(三)小结:《日本民法典》的再生 / 63
第二节 社会背景 / 64
一、传统的日本社会 / 65
(一)日本传统的社会构造 / 65
(二)日本传统的社会规范 / 68
(三)日本人传统的法意识——以契约意识为例 / 71
(四)小结:社会规范的二元结构 / 78
二、急速发展的日本社会 / 79
(一)社会的剧变 / 79
(二)法学的应对 / 80
(三)小结:日本法学的再构成 / 88
第三节 知识背景 / 89
一、来自日本法学的 / 90
(一)末弘严太郎 / 90
(二)我妻荣 / 100
(三)来栖三郎 / 114
(四)川岛武宜 / 132
(五)其他 / 150
(六)小结:日本法解释论的主流 / 167
二、来自外国法学的 / 172
(一)自由法学 / 172
(二)美国现实主义法学 / 180
(三)利益法学 / 184
(四)小结:与德国概念法学的决裂 / 188

## 第二章 利益衡量论的内容 / 190

### 第一节 加藤一郎的利益衡量论 / 191

一、加藤说的形成 / 192
(一)加藤的问题意识 / 192
(二)加藤说的知识来源 / 195
(三)加藤说的形成过程 / 197
二、加藤说的内容 / 199
(一)对概念法学的批判 / 199
(二)现代法解释中的逻辑和利益衡量 / 209
三、小结:以自由法论为基础的利益衡量 / 219
第二节 星野英一的利益考量论 / 221
一、星野说的形成 / 223
(一)助手时代的困惑 / 223
(二)利益考量论的萌芽 / 224
(三)利益考量论的形成 / 225
二、星野说的内容 / 229
(一)理论基础 / 229
(二)利益考量论的具体方法 / 237
三、小结:作为法条解释的利益考量论 / 251
第三节 加藤说和星野说的比较 / 254
一、不同点 / 254
(一)讨论对象的不同 / 254
(二)具体操作的不同 / 255
(三)哲学立场的不同 / 256
(四)知识来源的不同 / 257
二、相同点 / 257
(一)相同的法学立场 / 257
(二)相同的社会观、裁判观 / 258
(三)相同的实益决定论的精神实质 / 259
(四)相同的轻视法律构成的倾向 / 259
(五)相同的对类型化处理的强调 / 260
(六)相同的积极的、被信赖的法官像 / 260
三、小结:利益衡量论的三种语义 / 261

#### 第四节 与相近法解释论的比较 / 262

##### 一、与德国利益法学的比较——以方法为中心 / 262

(一) 共通点 / 264

(二) 不同点 / 264

(三) 小结:关于利益衡量的两种知识 / 270

##### 二、与美国现实主义法学的比较——以理论基础为中心 / 271

(一) 共通点 / 271

(二) 不同点 / 275

(三) 小结:具有日本色彩的利益衡量论 / 276

#### 第五节 利益衡量论的意义 / 278

##### 一、何为利益衡量论 / 278

##### 二、利益衡量论的知识谱系 / 280

(一) 机能主义的流变 / 280

(二) 利益社会观、裁判观的流变 / 281

(三) 市民立场的流变 / 282

(四) 二分论的流变 / 282

(五) 类型论的流变 / 283

(六) 法官像的流变 / 284

##### 三、利益衡量论的日本特色 / 285

(一) 法治传统欠缺的产物 / 285

(二) 传统思维渗透的产物 / 288

### 第三章 利益衡量论的影响 / 294

#### 第一节 学界对利益衡量论的讨论 / 295

##### 一、第一期的讨论 / 297

(一) 对形式法律的轻视 / 297

(二) 实质判断基准的不明 / 300

(三) 对法官裁量的完全放任 / 304

(四) 对古典法体系的解体 / 307

##### 二、第二期的讨论 / 311

(一) 法政策学的提言 / 312

(二)程序视角的引入 / 317	
(三)星野英一的回应 / 321	
三、第三期的讨论 / 323	
(一)平井宜雄的批判 / 324	
(二)星野英一的回应 / 346	
(三)平井宜雄的再批判 / 358	
(四)其他学者的评价 / 361	
(五)对日本学界的影响 / 363	
四、小结:已阐明与尚残留的问题 / 365	
第二节 对民法学研究的影响 / 368	
一、利益衡量论式研究方法的形成——形式的影响 / 368	
二、对传统民法学的修正——实质影响 / 374	
(一)概说 / 374	
(二)具体的例说——以“容忍限度论”为例 / 377	
三、小结:利益衡量论式的民法研究 / 395	
第三节 对司法实务的影响 / 397	
一、影响的有限性及其原因 / 397	
(一)影响的有限性 / 397	
(二)影响有限性的原因 / 399	
二、影响的可能性及其表现 / 403	
(一)影响的可能性 / 403	
(二)影响的表现 / 406	
三、小结:法学家与实务家对话的必要性 / 409	
第四节 利益衡量论的现状 / 410	
一、学界对利益衡量论的再评价 / 410	
(一)概说 / 410	
(二)具体的例说——以大村敦志的再评价为例 / 412	
二、日本民法解释论的今日位相 / 417	
(一)与法律关联的复归 / 417	
(二)母法研究的变容 / 420	
(三)对社会像考察的重视 / 422	

三、小结:模糊了的利益衡量论 / 426

**第四章 利益衡量论的再评价 / 428**

**第一节 法律思维——再评价的工具 / 429**

一、法律思维的时间面向——一个历史的考察 / 430

(一)罗马法时期法律思维的时间面向 / 431

(二)近代法时期法律思维的时间面向 / 437

(三)现代法时期法律思维的时间面向 / 445

二、法律思维的基本构造——一个结构的分析 / 465

(一)作为问题解决方式的法律思维的构造 / 465

(二)作为言语交流方式的法律思维的构造 / 466

(三)整体上的法律思维的二阶段构造 / 466

三、法律思维的诸问题——一个基础论的阐明 / 468

(一)“全时间面向”的法律思维何以成立 / 468

(二)法律思维的合理性何以获得 / 493

四、小结:现代社会中的“全时间面向”的法律思维 / 519

**第二节 法律思维视野下的利益衡量论 / 520**

一、利益衡量论的法律思维是什么 / 520

二、利益衡量论法律思维的意义是什么 / 525

三、如何看待学界对利益衡量论的批判 / 528

四、小结:现代法律思维中的利益衡量论 / 529

**结束语 / 531**

**参考文献 / 535**

## 导论（代序言）

### 一、本书选题的意义

在国内如火如荼地进行着民法典编纂的当下，不围绕着民法典的编纂进行民法具体问题的研究，反而选择作为民法解释学的“日本民法解释学中的利益衡量论”进行研究，似乎有些“不合时宜”。但笔者却并不这么认为，原因有以下几点。

#### （一）为什么是民法解释学

在过去很长一段时间里，我们都认为中国的法治建设就是法律制度的建设，以为只要我们制定出像西方一样完备的法律，中国的法治大业就可以成就。这导致长期以来，我们总是把法学研究的重点放在了对西方实定法的研究之上。但是，“徒法不足以自行”，<sup>〔1〕</sup>这在德主刑辅的中国乃是指除了法律以外，我们还需要仁义之心作为基础或者价值指向的“善政”。在西方则意味着法治的成就还需要有适用这些实定法的法律方法。否则，法治根本无

---

〔1〕《孟子·离娄上》。



法真正建立。这首先是因为,法律是由文字写就的抽象符号,其在适用时必然会遇到法律解释的问题。其次是因为,人类受理性有限性的限制,无法制定出能够包罗世界万象的完美的法律,在将法律适用于具体、复杂的案件事实时,必须要有法律方法作为沟通二者的桥梁。

对此,国内的学者早就有深刻的认识。比如,梁慧星先生早在20世纪80年代末就展开了对民法解释学的深入研究,1995年出版了中国第一部系统研究民法解释学的学术专著——《民法解释学》。<sup>〔1〕</sup>不仅如此,梁先生还积极地把方法论的研究成果实际应用于对很多民法问题(案件)的分析中,<sup>〔2〕</sup>并且,从1994年开始多次在各种法官培训班上讲授民法解释学,<sup>〔3〕</sup>对中国的民法理论界、实务界都产生了深远的影响。陈金钊教授更是多年以来一直以法律方法论作为自己的研究中心,早已是国内这一领域研究的领军人物。尤其是他在2003年发表的题为“法学的特点与研究的转向”的文章中所提出的中国法学研究正在从立法中心主义向司法中心主义、从本体论的宏大叙事到方法论的微观考察的论断,很好地把握了当下中国法学研究的脉动。<sup>〔4〕</sup>谢晖教授则别开生面地从西方诠释学<sup>〔5〕</sup>和中国传统解释论<sup>〔6〕</sup>两个维度出发对法律解释学做了更深层次的研究,试图为中国的法律方法论提供坚实的哲学基础和一切可以利用的本土化资源。在这些学者的不断鼓吹与努力之下,法律方法的研究在今天显然已经成为了国内法学研究的一个热点、重点问题,每年与此相关的学术论文、学术著作、译作的数量,用“汗牛充栋”来

---

〔1〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版。后2000年又出版了修订版。

〔2〕 比如,梁先生就曾用利益衡量论的方法对电视节目预告表的法律保护问题进行了分析。参见梁慧星:“电视节目预告表的法律保护与利益衡量”,载《法学研究》1995年第2期。

〔3〕 这个讲稿也已经结集出版。梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版。

〔4〕 陈金钊:“法学的特点与研究的转向”,载《求是学刊》2003年第2期。

〔5〕 谢晖:《法律意义的追问——诠释学视野中的法哲学》,商务印书馆2003年版。

〔6〕 谢晖:《中国古典法律解释的哲学向度》,中国政法大学出版社2006年版。