



民法法益基本范畴研究

李岩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受辽宁省高等学校一流特色学科资助



民事法益基本范畴研究

李岩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事法益基本范畴研究 / 李岩著. —北京: 法律出版社, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8715 - 3

I. ①民… II. ①李… III. ①民法—研究 IV.
①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 272514 号

民事法益基本范畴研究

李岩著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 15 字数 400 千

版本 2016 年 1 月第 1 版

印次 2016 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

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 - 8715 - 3

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)

目 录

引言 / 1

上篇 民事法益基础理论篇

第一章 民事法益生成论 / 9

第一节 潘德克吞立法技术下的民事权利体系 / 9

第二节 民事权利体系的弊端(一):有限理性下的原始立法漏洞 / 16

第三节 民事权利体系的弊端(二):利益生长性下的法律空缺 / 23

第四节 民事权利体系的弊端(三):唯权利化导致的权利泛化 / 25

第五节 民事权利体系弊端之克服:民事法益概念的提出 / 29

第二章 民事法益本体论 / 44

第一节 民事法益的语境确定 / 44

第二节 民事法益的特征 / 56

第三节 民事法益在利益保护体系中的定位 / 68

第四节 民事利益体系构成之间的转化 / 82

第三章 民事法益识别论 / 93

第一节 侵权法基本理念考量下的民事法益识别 / 93

第二节 民事法益的识别标准 / 96

第三节 民事法益的具体识别路径 / 104

第四章 民事法益保护论 / 131

第一节 侵权法保护对象的扩展——从权利到法益 / 131

第二节 权益一体保护抑或区别保护 / 137

第三节 民事法益的事前法律规则设定保护 / 149

第四节 民事法益事后的一般条款保护 / 154

下篇 民事法益类型化研究篇

第五章 类型化及民事法益的类型化应用 / 176

第一节 类型化基本理论 / 176

第二节 民事法益类型化的价值 / 181

第三节 民事法益的分类 / 186

第六章 保护性法益(一)人格法益 / 195

第一节 一般人格权法益性质的界定 / 195

第二节 法益性质定位下我国一般人格权的法律反思 / 203

第三节 一般人格权类型化研究 / 213

第七章 保护性法益(二)一般性财产法益 / 243

第一节 占有 / 243

第二节 自然债 / 271

第三节 承诺利益 / 288

第四节 纯粹经济损失 / 302

第五节 虚拟财产 / 322

第八章 保护性法益(三) 智力成果法益 / 354

第一节 知识产权法定主义抑或非法定主义 / 354

第二节 商品条形码 / 361

第三节 合理使用 / 368

第四节 体育赛事转播权 / 374

第五节 电视节目预告表 / 381

第六节 违禁作品 / 386

第九章 主体性法益 / 408

第一节 胎儿法益 / 408

第二节 死者法益 / 429

结 语 / 441

参考文献 / 443

引言

一、民事法益的研究现状

民事法益是民法调整权利之外利益的一种形式,它游离于权利之外,地位上低于权利,但却受到法律的保护。民事法益的上位概念是“法益”。以中国期刊网为数据来源,在“关键词”一栏输入“法益”得到目前的研究成果,其中刑法学 1114 篇,民商法学 146 篇,行政法及地方法制 53 篇,法理、法史 50 篇,诉讼法与司法制度 49 篇,经济法 18 篇,环境科学与资源利用 17 篇,宪法学 8 篇,国际法 3 篇,医药卫生方针政策与法律法规研究 3 篇。

从上述研究可知学界对法益的研究相对集中在刑法领域。除了一千余篇论文外,还产生了诸多的刑法学专著,代表的有张明楷所著《法益初论》、丁后盾所著《刑法法益原理》、台湾地区学者陈志龙所著《法益与刑事立法》。

相对刑法来说,民法领域对法益的研究成果并不丰厚,100 余篇的论文与民法法益的重要地位并不相称。另外在笔者可查范围内无一本民事法益的专著,仅个别学者在民法学教材中谈及权利之时随便提及法益。其中,以曾世雄所著《民法总则之现在与未来》一书对法益阐述最为细致,且不过寥寥数语而止。总体来说,民事法益的研究还处于开垦阶段,对民事法益本身的认识还不够明确。对民事法益讨论如此之少,分析原因有以下几个方面:

第一,“行为本位作祟之结果。行为本位下,出发点为行为人行

为之规范,而非利益之享有,利益之享有只不过为行为人为规范之附随效果而已。而法益则几全属利益享有之问题。因而,从行为论述法益,有如隔衣抓痒,显得格格难行,遂至论著远而避之”。^① 行为本位模式下,法律是从行为开始的,权利是通过行为体现出来的,行为也是取得权利的手段。对此,庞德说过:“法律是以允准救济开始的,也是允准行为开始。我们及时地从这些行为引出一般性结论并发觉隐藏在这些行为和救济后面的权利。但是,由于行为是再取得权利的手段,因此,权利是法律授予的并得到法律所承认的权利的手段。”^② 第二,正如 Manuel da Costa Andrade 教授所言,“法益就好像天上的星星,在不同时代都有不同的星星照得特别光亮”。^③ 法益纷繁复杂,不具有法律明确规定的公示性,无法如同权利一样类型化从而构成一个系统,所以要进行清晰的学理研究就很困难。第三,有学者认为从探讨法保护的利益出发发展和研究法律只是浪费时间而已,因为这个问题的答案出现在案件审理的最后阶段而不是开始。这种分类(对法律保护利益的分类),除了作为介绍他国法律的资料外,它可能使法律实施者面临更多的问题,而不是有助于解决问题。^④

将一切形式的利益不加以区别均冠以权利保护,既模糊了利益调整的种类,阻碍了人们对权利的本质和功能的认识,也损害了法律意义上的自由。改变用唯一的权利模式去思考、解决问题的思维,对解决权利思维下概念法学的一些理论困境,认识到民法在利益保护上的多重机制有重要意义。这也有利于研究如何完善利益的保护层次,构建民法的利益保护层次体系。

① 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第61页。

② [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏、廖湘文、高雪原译,法律出版社2001年版,第144页。

③ 郭婉雯:《电脑网络犯罪》,载 <http://www.mp.gov.mo/ebook1/ebook1-2-4.html>, 2007年1月25日访问。

④ JF Clerk, Margaret Brazier, WHB Lindsell, *Clerk & lindsell on Torts*, London Press, 1982, pp. 1-15.

二、范畴基本理论

范畴是古希腊文的意思译,中文来源于《尚书·洪范》九畴的意思。在古希腊,范畴一词原本是法律用语,表明一般的告发或专指在法庭上对某一个人的控告和起诉。其对应的动词有显示、暴露、证明、表明、宣告等意思。^①但后来范畴一词从法学用语发展到了哲学用语,亚里士多德是始作俑者,它用范畴一词来指代判断中论述任何事情所用的基本的、最一般的谓词。简单来说,范畴就是各门科学使用的最基本的概念,如哲学范畴就是哲学以及各门具体科学共同使用的最普遍、最基本的概念。^②也就是说,“范畴”和“概念”并没有本质的区别,它们的区别在于,“范畴是人类在认识客体的过程中形成的基本概念”。^③其相对概念来说是在内容上更为抽象、概括性更大的概念。^④

总结前人对范畴的研究可以得知,对范畴应从以下几个方面去认识:

第一,经典范畴理论的基础是根据特征进行概括的,从特征可以将某些不同的东西纳入不同的范畴,这也是亚里士多德构建的特征范畴论。虽然现代范畴理论的发展早已经突破了特征论,但从识别基本事物角度出发特征论仍然具有积极的辨识意义。这种理论具有以下假定:(1)特征是两分的,某一范畴具有或没有某一特征泾渭分明;(2)范畴之间有明确的边界;(3)同一范畴内的成员地位相等。这种根据共有特征而概括出来的范畴就是特征范畴。^⑤

第二,范畴是认知和思考的根本方式。“范畴不仅是人类通过对客观世界进行分类所获得的各种范畴标记的意义,而且也是人类

① 李武林等主编:《欧洲哲学范畴简史》,山东人民出版社1986年版,第1页。

② 李武林等主编:《欧洲哲学范畴简史》,山东人民出版社1986年版,第1页。

③ 张文显:《法哲学基本范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第2页。

④ 高清海:《高清海哲学文存》(第2卷),吉林人民出版社1997年版,第285页

⑤ 王政勋:《范畴理论与刑法解释立场》,载《法律科学》2009年第6期。

认知和思考的根本方式。”^①范畴是人的思维对客观世界中的一切事物最一般和最本质的特征、方面和关系的概括和反映。认识的规律总是遵循着从个别到一般,从特殊到普遍的过程。在具体科学中,形成一类事物的普遍概念,从而掌握这一类事物运动变化的规律,一般来说也就达到了目的。^②

第三,范畴的认识与实践密不可分,丰富的实践是产生范畴的基础和前提,随着实践活动能力和认识水平的提高,范畴不断地形成和确立。“实践作为范畴的载体和基础,还对范畴起检验的作用。”^③

第四,范畴之间是相互联系的。某一个或某一对范畴只能反映某一方面事务的最本质的特征、方面或关系。相互联系的范畴构成了范畴体系。同时各种范畴之间的关系也具有多重性:如主从关系,例如物质与意识;如整体与部分的关系,例如意识和思维;如尚未被认识和已经被认识的关系,例如必然与自由。对各种范畴之间的关系认识,才能揭示出其科学的内涵,也能正确认识客观事物之间的相互联系。^④

第五,范畴的确立标志着学科理论系统的建立。“理性认识的发生和发展是一个形成概念范畴,并将概念范畴序列化、体系化的过程,同时也是理论和理论体系形成和发展的过程。”^⑤基本概念的清晰和明确是学科发展和学科确立的前提,只有在明确概念作为体系构建的基础上,学科的发展才能有坚实的基础。

上述学界对范畴的基本认识可以作为法学研究的指导,本书力图用范畴的理论对民法学上的基本概念“法益”进行尝试性的研究,将从以下几个方面进行分析:第一,从实践案例出发对法益的基本特征进行总结,以对法益、权利和一般法外利益进行区划。第二,确立

① 吴世雄、陈维振:《范畴理论的发展及其对认知语言学的贡献》,载《外国语》2004年第4期。

② 李武林等主编:《欧洲哲学范畴简史》,山东人民出版社1986年版,第2页。

③ 张文显:《法哲学基本范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第3页。

④ 李武林等主编:《欧洲哲学范畴简史》,山东人民出版社1986年版,第4页。

⑤ 张文显:《法哲学基本范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第4页。

法益这一概念的基本内涵,在此基础上明确法益在民事利益体系当中的地位。第三,明确法益范畴和利益范畴及一般法外利益之间转化关系,以此更为深入地揭示法益的内涵。第四,对法益范畴产生的历史性原因进行总结,以期对其本体的认识更为深入。第五,对法益在民法具体部分的表现形式进行总结,并深入分析每种表现形式的特征、具体的保护方式,具象地对范畴进行实践性的填充。第六,对法益的具体保护方式进行研究,选择适合我国立法运作的保护方式。上述几个方面可总结为:民事法益界定论、民事法益生成论、民事法益类型论、民事法益保护论。

上篇 民事法益基础理论篇

第一章 民事法益生成论

第一节 潘德克吞立法技术下的 民事权利体系

一、潘德克吞立法体例的生成

潘德克吞立法体系可追溯到公元 161 年的罗马法学家盖尤斯整理的《法学阶梯》，这也成为现代概念法学的前身。后来 Wolff 的论文中认为这种方式可以转借到实证法上，^①而被称为概念法学的精神之父。康德哲学主张的从抽象价值形式归导出整体法律的理论成为概念法学发展的重要因素，他认为“使立法简单化的秘密在于运用归纳的原则”。^②萨维尼的“历史法学派”是概念法学的首要推手，其将“历史的方法”与“体系的方法”相连接成为 19 世纪法学的主要特点。所谓“体系的方法”，就是要求法律规范整体理解为一个关联的整体。历史法学延续这样的体系思想，成为概念法学在法学上的立足点。^③Puchta 则完全让概念法学成为德国的学说汇纂法学的方法论原则。至 Windscheid 则完全转向学说汇纂法学。“透过学说汇纂法学对概念运用的方式，编织出一幅完整之仿佛制定法般的法秩

① 吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学》，中国法制出版社 2011 年版，第 32 页。

② 吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学》，中国法制出版社 2011 年版，第 33 页。

③ 吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学》，中国法制出版社 2011 年版，第 34 页。

序图像。”^①

潘德克吞体系典型的特征就是通过概念金字塔的方式来构建民法体系。概念的运用和操作成为学说汇纂法学者的工具。按照概念法学,金字塔最顶端的是最普遍的概念,可以包摄所有其他概念,我们可以从金字塔底部的每一点出发,透过一连串中间分支攀达到金字塔的最顶端,逻辑演绎体系的理想因此完成。^② 概念法学的得名也在于对抽象概念的尊崇和依赖,这也是大陆法系和英美法系国家的主要差别之一。民法中诸多的抽象概念构成了金字塔形结构,如法律行为、物权、债权、权利等概念。以法律行为为例,法律行为概念被创造出来之后,就成为金字塔顶尖的普遍概念存在,在金字塔底部则有了物权行为和债权行为等下位概念。物权概念被创造出来后,也成为金字塔顶尖的普遍概念,在金字塔的底部则由自物权和他物权构成,而他物权又在本身的概念下形成了另外一个金字塔。权利则作为金字塔顶尖的基础性概念,底部则由具体的民事权利:物权、债权、知识产权等构成。

潘德克吞立法体系具有的逻辑性、体系性和概念性也成为许多国家仿效的理由。在逻辑性上,借由金字塔式概念体系的构建,民法形成了抽象——具体的逻辑机构,在保障法律安定性的同时,也为法律的适用带来了方便,透过金字塔的体系运用逻辑直接可以得出结论。总分式“提取公因式”^③方法构建的体系,逻辑上清晰明了,为法律的适用提供了极大的便利。在概念性上,立法和实践都以基本概念为工具。立法上基本概念成为立法体系构建的出发点和基石,立法者运用抽象概念——具体概念搭建了民法的框架。实践中法官运用基本概念进行找法的工作,分析过程中基本概念是有效的分析工

① 吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学》,中国法制出版社2011年版,第37页。

② 吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学》,中国法制出版社2011年版,第35页。

③ [德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2004年版,第220页。

具。在体系化上,抽象的总则和具体的分则,以及各编的总分结构,先抽象后具体,先一般后特殊的结构整体上形成了严密的体系。就理论角度而言,这有利于对民法典整体的认识;就实践角度而言,则有利于纠纷的及时解决。^①

《德国民法典》创制的潘德克吞立法体系为我国所继受,其经典的五编成为我国《民法通则》的框架支撑。

二、潘德克吞体系的“完美”作品——民事权利体系的构建

确定性是任何法律制度都追求的一个目标,“但‘确定’在大陆法系国家获得了至高无上的价值,它已成为毋庸置疑的信条,是最为基本的目标”。^②在立法上最为突出的表现,就是对概念法学的遵从。“我们今天有这样一个灿烂的世界,不得不归功于概念逻辑,而一切科学能有今天的成就,更是概念逻辑之赐。”^③概念法学在其深层理念上是对法律确定性的追寻,而最为基本的一个特征就是系统化、体系化。

在哲学上,“体系”一词指由若干事物构成的一个相互联系的有机整体,它和静态意义上的“系统”概念相似。^④从哲学层面上来看,由于具体的概念处于普遍联系之中,相互影响、相互渗透,因此一个具体的概念实质上总是展开为一个辩证的概念体系和范畴体系。事实上,任何一门科学成熟的标志,总是表现为将已获得的理性知识成果——概念、范畴、定律和原理系统化,构成一个科学的理论体系。这种理论体系不是零碎知识的汇集,也不是一些定律的简单拼凑,更不是许多科学事实的机械凑合,而是有其一定内部结构的、相对完整

^① 李少伟:《潘德克吞立法模式的当代价值与我国民法典的模式选择》,载《河北法学》2009年第5期。

^② [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第48页。

^③ 王伯琦:《论概念法学》,载王伯琦:《近代法学思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版。

^④ 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第78页。