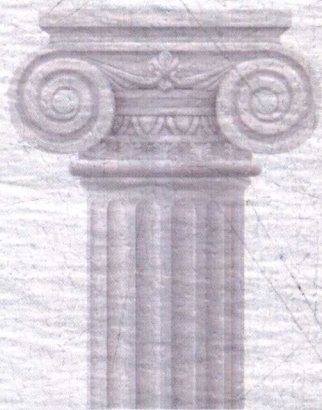


民法

解释与学说

韩强◎著

Civil Law
Annotation and Theory



中国政法大学出版社

Civil Law
Annotation and Theory

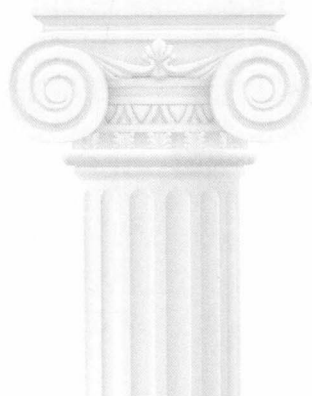
韩
强◎著

民法 解释与学说



中国政法大学出版社

2016·北京



- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民法解释与学说/韩强著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 12
ISBN 978-7-5620-7224-9

I. ①民… II. ①韩… III. ①民法—研究—中国 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第295378号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 26
字 数 450千字
版 次 2016年12月第1版
印 次 2016年12月第1次印刷
定 价 68.00元

■ 第一编 权利保护的一般问题	1
一、民事权利的类型与保护	3
二、人格权确认与构造的法律维度	46
■ 第二编 物权变动若干特殊问题	73
三、动产物权变动规则的“约定例外”	75
四、抵押物转让问题研究	88
■ 第三编 合同法若干特殊问题	103
五、预约的效力与形态	105
六、情势变更原则研究	117
七、违约金的功能定位与法律效力	144
■ 第四编 一般侵权责任构成与物件侵权责任研究	177
八、“相当因果关系”研究	179
九、对侵权责任法单独立法的批判	206
十、“流浪动物”损害责任探析	234
十一、物件保有人责任研究	247

十二、物件设置人责任研究	271
十三、抛掷物、坠落物致损责任的限制适用	286
十四、妨碍通行物品侵权责任探析	302
十五、施工人责任和地下设施责任研究	315
十六、船舶碰撞引发油污损害之侵权责任	328
■ 第五编 法学方法论与民法典	343
十七、法教义学在个案研究上的应用	345
十八、民法典的政治与政策解读	368
十九、新时代的民法与民法典	381

第一编

权利保护的一般问题

民事权利的类型与保护

◆ 目次

一、导论

- (一) 权利的历史考察
- (二) 权利与法律结合的若干问题
- (三) 权利的语文分析
- (四) 研究权利概念及类型化对权利保护的现实意义

二、民事权利的概念

- (一) 对现有权利概念学说的考证
- (二) 对现有权利概念学说的批判
- (三) 权利的可定义性研究

三、民事权利类型化

- (一) 权利类型化：与体系化传统有关
- (二) 权利类型化：制定法的产物
- (三) 权利类型化：利与弊的分析
- (四) “法益”对权利类型化弊端的弥补及其不足
- (五) 小结：类型化之外的权利——应有权利

四、民事权利保护机制的构建

- (一) 权利类型化给权利保护造成的不利影响
- (二) 权利保护不可忽视的一面：应有权利的发现和确认
- (三) 应有权利发现和确认的规则

一、导 论

毫无疑问，我们今天生活在权利时代。我们的生活充满了权利。当我们每天都在享受权利、行使权利抑或是主张权利的时候，我们是否想过我们为什么会拥

有权利？我们拥有的权利是什么？权利又给我们的生活带来了什么？我们被问及民法或者一切私法的本质属性的时候，我们都会毫不犹豫地回答：民法是权利法。的确，至少自近代以来，权利确实成为民法的核心概念，^{〔1〕}以至于我们对此习以为常，似乎都不必再去进一步追问：在如此众多的法律概念中，为什么独独这个权利最终被加冕为“民法概念之王”？

权利究竟蕴涵着什么含义？权利究竟意味着什么样的法律宿命？权利从何而来，又将向何处去？这不仅是我们对“权利”这个最杰出的法律构造物的身世命运的追问，也是对我们自身所生活的这个由无数权利构造起来的法律世界的身世命运的追问。然而，我们对权利的一系列基本问题的认识，至今仍然言人人殊、莫衷一是，或许这正是权利话题长盛不衰的魅力所在。

权利作为法律概念始于何时？回答这个问题应区分这个问题本身所蕴涵的两层含义。首先，该问题可以被理解为权利观念何时出现在法律领域中。如果按此理解，那么人类社会有权利的历史相当悠久。从最基本的史料来看，在罗马时期甚至更早的时期，明确的权利称谓就已经出现了。^{〔2〕}至于罗马法上是否存在权利概念，则至今仍未有一个统一的说法。否定者如梅因、米歇尔·维利（Michel Villey）等，肯定者则包括意大利学者乔瓦尼·布里·艾塞（Giovanni Pugliese）、罗马法学者海尔穆特·科因（Helmut Coing）等。^{〔3〕}笔者认为，罗马法中广泛出现权利的称谓，表明人类最迟在罗马时期即已经有了权利观念。易言之，权利很早就成为法律事实的构成要素，但这种具体的、直接的权利观念并不等同于我们今天所使用的高度抽象概括的权利概念。其次，该问题还可以被理解为权利作为一个独立的概念何时被人类试图进行定义。人类自觉地认识到权利概念的重要性并定义它的时间，要远远晚于权利作为法律事实构成要素出现的时间。目前比较一致的观点认为，最早也最有影响力的权利定义，始于萨维尼（Savigny）时

〔1〕 德国著名法学家安德烈亚斯·冯·图尔（Andreas von Tuhr）曾谓：“权利是私法的核心概念，同时也是对法律生活多样性的最后抽象。”参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第62页。

〔2〕 在罗马早期的《十二表法》中，就已经有权利出现了。如第四表就规定了“家长权”，第六表规定了“所有权和占有”，同时按照罗马法的固有观念，人格权是构成法律主体的必备要素，完整的人格权包括自由权、市民权和家长权。参见周相：《罗马法原论》（上册），商务印书馆2005年版，第107页。

〔3〕 参见李中原：“Ius 和 right 的词义变迁——谈两大法系权利概念的历史演进”，载《中外法学》2008年第4期，第533~551页。

代。^[4]从那时起，法学家们开始真正关注权利的性质和概念，并逐渐提升权利在民法中的地位，最终形成所谓“权利本位”的共识。^[5]于是，权利成为民法的核心概念，获得了空前的殊荣和关注。

我们不妨先从历史角度简要考察一下权利观念的发展轨迹。

（一）权利的历史考察

人类社会并非一开始即有权利之观念或者概念。结合人类认识发展的一般过程，权利观念的发展也应遵循由“权利性规范”到“权利的观念”再到“权利的概念”这样一个基本的发展路径。人类最早于何时出现权利性规范我们无法确知，但权利观念的出现似乎有据可查。从古代东西方法律文化的差异性上看，权利性观念应最早出现于古代西方社会。^[6]而我们对古代西方世界法律历史的研究一般均从古希腊开始。^[7]考察古希腊时代的法律制度，至少可以肯定那时权利观念已经存在。^[8]如柏拉图在《普罗泰戈拉篇》中对正义进行了论述：“因为一个人不可能不拥有一份正义，否则他就不是人。”^[9]从柏拉图对正义的阐述中，我

[4] 黑格尔（Hegel）、萨维尼、温德夏特（Windscheid）等主张权利本质的“意思说”或者“意志说”，该说是目前我们能了解到的最早的关于权利的定义。由于黑格尔和萨维尼等人所处的时代均早于提出“利益说”的耶林（Jhering）等人所处的时代，因此可以推知，关于权利的概念，最早出现于黑格尔、萨维尼时代。参见[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1996年版，第36页；胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第37页；郑玉波：《民法总论》，中国政法大学出版社2003年版，第60页；史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第18页。

[5] 无论是“权利本位”还是“义务本位”，自然都是后世法学家的概括和抽象。设想即使在义务本位的年代里，人们也并未觉得权利和义务对自己生活有何重要作用，即使在现实生活中，权利和义务是客观存在的。由此我们产生一种认识，即概念的存在难以对法律实践产生根本性的影响，概念的产生本身具有强烈的人为属性，有时候甚至纯粹为了满足概念体系或者逻辑上的需要，而刻意地发明创造概念。

[6] 古代东方法与西方法有着重要的区别，主要表现在古代东方法中商品经济的要素较少，而西方法则是建立在比较发达的商品经济基础之上；东方法专制色彩较浓，而西方法民主色彩较浓等等。在东方法的环境下，法律规范多为义务性规范，权利性规范较少具有生存空间。故而亦可据此推断，人类社会最早的权利性规范应出现于西方。参见何勤华主编：《外国法制史》（第4版），法律出版社2006年版，第3页。

[7] 查国内主流的外国法制史教科书，关于古代西方法律制度的部分，均从古希腊写起。

[8] 在古希腊，公元前5世纪至公元前4世纪，所有不动产（土地和房屋）和动产（牲畜、奴隶）都可以自由买卖。历届执政官就职时，都要宣誓保护每个公民的私有财产。法律也明确规定，当财产权受到侵犯时，可向司法机关提起诉讼，申请保护。由此可见，在古代希腊，权利观念已经十分重要。立法已经不再是自发地规定权利、保护权利，而是自觉地保护权利。关于古希腊法的规定，参见何勤华、李秀清主编：《外国法制史》（第2版），复旦大学出版社2011年版，第29~34页。

[9] 参见《柏拉图全集》（第1卷），王晓朝译，人民出版社2002年版，第443~444页。

们似乎可以嗅到一丝人人均普遍地拥有正义权利的思想气息。降至古罗马时代，法律走向发达与完善，权利观念则更加确定和强烈。虽然，彼时法学家尚未开展针对权利概念的讨论，但是无论是在学理上还是在实践上，都创造出了足够的权利素材。这些素材不可避免地成为后世抽象权利概念的基本考察对象。其实，在罗马时代，距离抽象的权利概念也仅有一步之遥。^[10]然而，最终实现从权利观念到权利概念的伟大转变却整整跨越了千余年的历程。至近代罗马法复兴、注释法学派产生，民法学理论才又重新获得生机。^[11]而使权利由观念变为概念的因素则有两个：一方面，受人文主义思潮的影响，权利观念不断增强；另一方面，民法学说的的发展和民法技术的进步也为权利概念的产生提供了有力的工具。^[12]自17世纪以后，权利的概念已经充分成熟，以格劳秀斯、霍布斯、普芬道夫（Pufendorf）及沃尔夫（Wolf）为代表的自然权利义务学说，对以“自然权利”为核心的近代古典自然法学说产生了广泛的影响，并开始了以主观权利为中心的私权体系化构建。^[13]及至19世纪，以萨维尼为代表的德国历史法学派开始取得统治地位，并完成了古典私权一般理论的构建。由此可见，权利概念化虽由法国人发出先声，然却由德国人最终完成。^[14]

康德（Kant）很早就提出了权利的概念，尽管这个概念还不能被理解为民事权利的概念。具言之，康德将权利理解为自由，宣称：“只有一种天赋的权利，即与生俱来的自由。”他认为：“自由是独立于别人的强制意志，根据一种普遍的法则，能够 and 所有人的自由并存，是每个人由于他的人性而独一无二的、原生的、与生俱来的权利。”^[15]这种自由体现在人自己有意识的活动过程中，在康德

[10] 得出此结论的根据在于，罗马时代具体的权利种类异常丰富，有足够的素材供抽象概括之用。并且，在罗马法最重要的法律文献——《学说汇纂》之中，已经有了关于法律与正义的初步讨论，只是囿于当时的历史条件以及罗马法学家比较崇尚实践的特点，罗马法关于权利的探讨始终没有走进抽象的层面。

[11] 参见何勤华：《西方法学史》（第2版），中国政法大学出版社2003年版，第60页。

[12] 法国在16世纪之后兴起的人文主义法学派，就秉承了文艺复兴运动的人文主义传统，将人在法律中的地位放在突出的位置。由于对人的关注程度被空前地提高了，人作为法律关系主体须臾不可或缺的权利也就日益获得理论上的重视。关于法国人文主义法学派的评述，参见前引注11，何勤华书，第100~108页。

[13] 参见前引注3，李中原文。

[14] 在这里不得不强调德国人擅长抽象、演绎思维的民族特性。

[15] [德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第50页。

看来,人具有自由意志,意志本身绝对是必然的,它不服从于任何外在的强制。人按照自由意志选择作出的行为才能被称为自由。^[16]然而,这种自由意志必须是放之四海而皆准的,亦即它必须具有普适性。由此可见,康德的权利观中对于自由的界定相当严苛,人虽然拥有意志自由,但同时须注意个人意志与他人意志之间的协调共存。康德从先验的纯粹理性出发,将自然权利归于人的自由,具有浓厚的形式主义色彩。

到了萨维尼时代,萨氏更是明确提出了权利概念的“意思说”,认为权利的本质属性即为划定人的意思所能独立支配的范围。基于此,萨氏亦被誉为“系统阐述权利概念及本质的第一人”。为行文方便,关于萨氏的权利理论我们将在下文讨论权利的本质时予以详述。至此,权利不仅在观念上存在,还在概念上存在。权利进入了概念时代,同时也为后世的权利类型化埋下了伏笔。^[17]

(二) 权利与法律结合的若干问题

权利与法律结合的一个主要问题在于权利与法律谁先发生,对这个问题的回答难免又造成先有蛋还是先有鸡式的困惑。但是,这又是一个无法回避的问题。对这个问题的不同回答,可能会造成对权利的完全不同的态度。根据郑玉波先生的总结,对于权利与法律的结合,有三种不同的观点:权利先存说,权利法律同时存在说,法律先存说。^[18]

其中权利先存说认为,有人之初即有权利,权利与人生而俱来,仅以为保护权利之目的始有法律之创设。此说乃“天赋人权”学说的重要观点,即强调无论

[16] 同上注,第29页。

[17] 权利类型化是本文论述的重点内容。但是必须明确的是,权利类型化是抽象的权利概念的产物,没有抽象的上位的权利概念,权利难以实现真正的类型化。在罗马时代的绝大部分时间里,制定法并没有处于统治地位,罗马的法律在很大程度上依靠裁判官的“告示”,法学家的解答和皇帝的敕令因此得以创造出来,这种情况很类似于后世英美法系“法官造法”的传统,因此,在罗马时代的大部分时间里,权利并没有实现类型化。只是到了东罗马帝国时期,查士丁尼皇帝进行系统的大规模的法典编纂活动,才开始比较全面、系统地整理、归纳历代立法和法律学说,但这还仅仅局限于整理和归纳,真正类型化的权利体系尚未形成。这一点,从《法学阶梯》的内容中就可以窥见端倪。《法学阶梯》以“人法”、“物法”和“诉讼法”为纲领串连整个私法的内容,属于对相关法律关系客体的直观描述,而不是用更加抽象的“人格权”、“物权”和“债权”等抽象概念来串连私法内容。至于后世罗马法教科书分门别类的介绍,都是以近代权利类型化下的观念、术语来讲解古代的法律制度,本身并不能说明在罗马时代权利已经类型化了。

[18] 参见郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第76~77页。

有法律制度，人皆有天赋的、不可剥夺的人权。任何政治结合的目的都在于保障这种权利的实现。政治结合即为国家的形式，而国家又往往通过立法的手段反过来保障人权。^[19]该学说充分强调权利之重要性和神圣性，对于反对封建专制、培育法治精神无疑具有深远之意义，但却从根本上不符合实际，或仅为法律的理想状态而已。就考察人类社会法律之历史而言，我们不难发现，立法在很多情况下并非出于保护权利的目的，而权利直接由法律或司法活动创设者亦不在少数，比如采光权的确立过程即为其著例。

所谓采光权之称谓，系英美法系国家与我国的通行用法。在德国则称之为“采光妨害”，日本与之相对应的概念为“日照妨害”。^[20]在德国，采光妨害分为“积极的采光妨害”和“消极的采光妨害”，两者分别适用作为公法规范的《德国不可量物侵害防治法》与作为私法规范的《德国民法典》第903、906条和第1004条的规定加以解决。法国和日本则通过长期的判例学说发展出“忍受限度论”，用以规范相邻采光关系，显现出较大的灵活性与开放性特点。在英美法系国家，当邻人的日照受到妨害时，受害人可依据英美法上的“安居妨害”（Nuisance）之法理要求，请求停止妨害或损害赔偿。^[21]显然，在英美法上，此种现象是以侵权行为予以规制。

采光权系日本法上极为重要的一项制度，其由日本法院判例所确立。由于日本土地资源稀缺且人口密集，日照妨害纷争在日本显得尤为突出。从1965年前后开始，日本有关日照妨害的判例急剧增加，法院不得不转变态度，加强对日照妨害的救济。其法院判例的发展与完善大致可分为三个阶段：第一阶段（1926～1967年）为权利滥用时代。在这一时期，法院采取了权利滥用理论来处理妨害日照引起的损害赔偿和排除妨害的救济问题。第二阶段（1967年末～1969年）为承认损害赔偿请求时代。该阶段对日照妨害的性质采取的是侵权行为说。在此，“违法性”问题因成为决定日照妨害诉讼胜败的关键问题而备受关注。以“忍受限度论”为基础的违法性论，只有在该损害超出了一般人通常应该忍受的限度时，才认为该妨害行为具有违法性。第三阶段（1969年以后）为承认停止侵害请求时代。这一时期的判例将妨害者的恶意、妨害行为的社会评价、地域性、境界

[19] 参见张宏生、谷春德主编：《西洋法律思想史》，汉兴书局1993年版，第173～174页。

[20] 参见陈华彬：“对我国物权立法的若干新思考——兼评2004年10月15日《中华人民共和国物权法（草案）》（委员长会议审议稿）”，载《金陵法律评论》2005年春季卷，第17页。

[21] 参见陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第386页。

关系的实情、有关基准的遵守、妨害行为的形态与程度、损害回避的可能性等作为判断忍受限度的要素。〔22〕自此，采光权经过日本法院司法活动的创设与发展，取得了相当于判例法的地位。

权利与法律同时存在说认为，权利与法律乃一事物之两面，法律依主观方面观察为权利，权利依客观方面观察为法律。此点似可从语言学角度加以证实。除英语外，在拉丁语、德语、法语中，权利与法律均使用同一词汇。〔23〕然而，仅仅以权利和法律在词汇上的混用并不能有力地证明权利和法律就是一回事。而关于客观和主观的划分就更是让人难以把握，且客观和主观的界限也难以充分厘清。〔24〕

法律先存说认为，权利乃由法律所创造，不惟有法律之前，决无权利可言。权利由法律创造，并由法律以其强制力予以担保。此说系“实证法学派”的基本观点，〔25〕进而言之，即主张“法外无权”的观念。此观点在大陆法系语境之下有其现实的说服力，即大陆法系在“万事莫先于正文”的传统之下，〔26〕确实有着强烈的权利法定的倾向和诉求。〔27〕然而，此说毕竟仅为对实然法律的如实描述而已，其消极之处显而易见。此观点无意之中为“恶法亦法”的主张提供了论据，同时也可能抑止人民为权利而斗争的积极性和实际效果。〔28〕

〔22〕 参见罗丽：“日本日照妨害救济制度研究”，载《北京理工大学学报》2005年第4期，第57～59页。

〔23〕 在拉丁文中，权利和法律皆可使用*jus*，而德语的*Recht*和法语的*droit*在客观上都可以作法律制度解，而在主观上又可以指“有权”（*Berechtigung*）。参见前引注1，梅迪库斯书，第58页。

〔24〕 即客观的权利究竟为何物？权利如有法律规定，本系客观存在之物，又何须画蛇添足般地谓之为客观的权利？而至于主观的法律就更加难以理解。法律如何存在于主观世界，主观世界中的法律又具有何种形态？关于此等问题，遍查民法教科书，均只见此中因袭的说法，却不得精辟透彻的解读。

〔25〕 分析实证主义法学的代表人物是约翰·奥斯汀。该学派主张，法学研究的对象仅限于实在法，即由立法者创制的法律，以实在法作为一切法律现象发生的根据和渊源。参见前引注19，张宏生、谷春德书，第326页。王泽鉴教授亦力主此说，其深信法律乃是权利的前提，只有法律之抽象原则存在，而后权利才会存在。参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第5页。此说也是中国大陆正统的权利观念，按照权威法学辞典的解释，权利由法律规定或确认，并由法律保护。参见《中华法学大辞典》（简明本），中国检察出版社2003年版，第537页。

〔26〕 注释法学派的经典法谚，参见郑玉波：《法谚（一）》，法律出版社2007年版，第252页。

〔27〕 此点更以法国为典型。法国封建时期，高等法院（又称巴利门）把持司法专权，任意干预立法和行政活动，有司法专横之名。法国革命后，为严格限制司法权力，革命者转而求诸法律的成文法典化，即一切法律关系均由严密制定的法律典籍进行规定，从而排除法官干预的可能。

〔28〕 参见〔德〕鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社2007年版。

（三）权利的语文分析

语言文字既是表意的符号，又是信息的载体。对权利概念在语文上进行分析研究，亦可以看出权利在其发展变化过程中的独特精神内核。在古代汉语中，“权”和“利”本为两个独立词汇，其涵义均与现代权利的涵义相去甚远。古时偶然也有权利并用的情况，表示权势和私利的意思。^[29]现代汉语中的“权利”一词，学者起初多认为其乃逐译自东洋，^[30]而日文中权利一词又系移自欧洲。最初译作“权理”，取其事理、道理之意，后译作“权利”，取其实利、利益之意。中文未加改造，便直接引用。近年来，通过学者们的多方探源考证，学界就权利一词系创自中国已几无异议。^[31]考察现有可供考据的资料，“权利”一词，来源于19世纪中期丁韪良（W. A. P. Martin）先生在主持《万国公法》（*Elements of International Law*）翻译工程时对“right”一词的中文翻译。权利一词在我国古已有之，但其涵义却偏于消极贬义，丁氏最终说服朝廷接受该翻译。自此，权利一词褪去了其消极色彩，成为法律语言中一个带有褒义色彩的词。^[32]

在西语中，权利一词可以追溯到罗马法上的*ius*。*ius*的基本词义为“正义（*iustitia*）”，最初仅指市民法（*ius civile*），此后逐渐衍生出其他意义，诸如“法”、“权利”、“亲属关系”。罗马法上还有一个词*lex*，表示“法律”。*lex*一般是指由共同体的权力机构根据法官的提议表决通过并经过元老院认可的法律规范，即“官定法律”；广义上的*lex*也包括某一权力机构依照法定程序制定和发布的规范，即“民决法律”。此外，*lex*还可以用来表示私人约款。相较于*lex*，*ius*的涵盖范围更广，包括习惯、法学理论和更广义的法。^[33]此后，在*lex*和*ius*相互渗透、相互影响的过程中，两者之间的对立被克服，市民法逐渐同城邦联系在一

[29] 比如《史记·魏其武安侯列传》：“家累数千万，食客日数百人，陂池田园，宗族宾客，为权利，横于颍川。”又如《盐铁论·禁耕》：“夫权利之处，必在深山穷泽之中，非豪民不能通其利。”这些都是中国古代关于权利的用法。

[30] 该观点主要出自我国台湾地区学者，参见梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社2004年版，第32页；王伯琦：《民法总则》，台湾编译馆1979年版，第19页；前引注25，王泽鉴书，第95页。

[31] 相关论文可参见李贵连：“话说‘权利’”，载《北大法律评论》（第1卷第1辑），北京大学出版社1998年版，第115~129页；申卫星：“溯源求本道‘权利’”，载《法制与社会发展》2006年第5期，第79~87页；夏勇：“权利哲学的基本问题”，载《法学研究》2004年第3期，第3~26页。

[32] 同上注，李贵连文。

[33] 参见黄凤：《罗马法词典》，法律出版社2002年版，第138、154页。

起,而 *lex* 也被视为 *ius* 的渊源之一。^[34]自此, *ius* 的意义变得极为广泛,被学者称为“一个词源含混的词”^[35]。可见, *ius* 在罗马法上是一个概括性的单词^[36],兼具“法”与“权利”的意义。两者均处于“正义”意义的统摄之下,尚未完全分离。因此, *ius* 的具体意义只能根据其使用的场合加以确定, *ius* 的各种含义只存在“使用上的区别”,尚没有发展出“定义上的区别”。^[37]基于此,在以权利被定义来确定权利概念的出现的学者那里, *ius* 含义的多元化也成为其否定罗马法上存在权利概念的有力证据。

欧洲各国均受到罗马法不同程度的影响,权利一词也均来源于罗马法上的 *ius*。因此,无论是德语中的权利一词——Recht,还是法语中的 *droit*、意大利语中的 *diritto*,均含有权利和法的双重意义。为区分这两种意义,各国普遍的解决办法是在这些词的前面加上形容词,以示区分。^[38]以德语中的 Recht 为例,Recht 如同其所承袭的 *ius* 一样,兼具权利与法的双重含义,为区别两者,人们以“subjectives (主观的) Recht”代表主观权利,以“objectives (客观的) Recht”代表法。Jhering 在其著作《为权利而斗争》(1872年7月初版)一书中即指出:“Recht 这个词具有双重意义——客观意义上的法 (das Rechtimobjektiven Sinn) 和主体意义上的权利 (das Rechtimsubjektiven Sinn) ……斗争是为了具体权利的实现。”^[39]此后,耶林不断修订该版本,至1891年7月,修订已达十次之多。在第十版中,其对权利和法的论述有了扩充:“众所周知,法这一概念在客观的和主观的双重意义上被应用。所谓客观意义上的法 (Recht) 是指由国家适用的法原则的总体、生活的法秩序。所谓主观意义上的法即上文所言的对抽象规则加以具体化而形成的个人的具体权利。”^[40]由此,明确了大陆法系中主观权利和客观法的区分,使得主观权利的概念得到进一步发展。

[34] [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第108页。

[35] [意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第4页。

[36] 格劳秀斯在《战争与和平法》一书中总结了 *ius* 的三种意义:一为“正义”;二为“权利”,在此意义上,是指人所具有的去拥有某物或去做某事的道德品性;三为“法律”,即“责成我们作出恰当行为的道德行为规范”。参见[荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第29页。

[37] 参见前引注3,李中原文。

[38] 参见方新军:“权利概念的历史”,载《法学研究》2007年第4期,第69~95页。

[39] Rudolf von Jhering, *Der Kampf um's Recht*, G. J. Manz'schen Verlagsbuchhandlung, Wien, 1872, S. 11~12.

[40] 参见前引注28,耶林书,第4页。

与大陆法系不同，英美法系受罗马法的影响较小，并不存在“法”与“权利”的混淆风险。值得注意的是，霍布斯区分了罗马法中 *ius* 和 *lex* 的用途，将 *ius* (natural) 对应于英语中的 (natural) right，即指自然权利，而 *lex* (natural) 则对应于英语中的 (natural) law，专指（自然）法。因此，英语中的 right 和 law 的区分相对来说比较彻底。^[41]

综上，法语、德语和拉丁语的权利一词均同时兼有法律的涵义，足见在西方权利天然与法律存在关联，此点与东方法制具有重大区别。而在英语中，权利 (right) 一词也有与正义和合法性相联系的特点。因此，从权利的文字分析我们可以看出，权利这一概念本身就具有强烈的价值判断的特征。

（四）研究权利概念及类型化对权利保护的现实意义

本文拟从研究民事权利的概念和类型化问题入手，探讨民事权利保护的有效途径。且笔者深信，此类探讨具有重要的现实意义。在以下的两个案例中，此观点应可以清楚地得到证明。

【案例1】 甲、乙两名研究生同住一个寝室，共用一台电脑。甲向美国某大学发出入学申请。一个月后，该大学以电子邮件的方式致函于甲，表示接受甲的申请，请甲以同样的方式告知是否准备入学。乙出于嫉妒，盗用甲的名义用电子邮件的方式回复该美国大学，表示拒绝其邀请。甲乙双方遂发生纠纷。^[42]

【案例2】 某出版社出版某市交通旅游地图，将其中机票销售处的电话误印成某甲家庭电话，致甲经常受到电话侵扰，无法正常生活。^[43]

在上述两例中，均存在着当事人某种民事利益受侵害的事实。当这种侵害的结果发生时，就需法律予以必要救济。但我国现行法律却未对上述利益归类于何种民事权利作明确规定。如例一，在甲与美国大学处于缔约磋商阶段时，乙以甲

[41] 参见前引注3，李中原文。

[42] 参见马利民：“首起涉及互联网的侵犯姓名权案开庭”，载《法制日报》1996年7月10日，第2版。

[43] 参见《人民法院案例选——民法卷（中）》，人民法院出版社2000年版，第925页。