



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

商法的独特品格 与我国民法典编纂(下)

许中缘 著



人民出版社



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

商法的独特品格 与我国民法典编纂(下)

许中缘 著



人民出版社

责任编辑:吴焰东

封面设计:肖 辉 孙文君

版式设计:肖 辉 周方亚

图书在版编目(CIP)数据

商法的独特品格与我国民法典编纂/许中缘 著. —北京:人民出版社,2017.3
(国家哲学社会科学成果文库)

ISBN 978-7-01-017453-2

I. ①商… II. ①许… III. ①商法-研究-中国②民法-法典-研究-中国
IV. ①D923.994②D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 048891 号

商法的独特品格与我国民法典编纂

SHANGFA DE DUTE PINGE YU WOGUO MINFADIAN BIANZUAN

许中缘 著

人民出版社 出版发行
(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京中科印刷有限公司印刷 新华书店经销

2017 年 3 月第 1 版 2017 年 3 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:46.25

字数:690 千字

ISBN 978-7-01-017453-2 定价:160.00 元(上、下)

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号
人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

第五章

商事权利的独特品格与民事权利

第一节 现有民事权利体系构建的弊端

一、构建民事权利体系的意义

民法典的核心在于对民事权利的确认和保护。“民事权利体系”这一概念早在1996年就已经被谢怀栻教授确定为一个单独的术语。“民事权利的种类很多，各种权利的性质千差万别，我们必须把各种不同性质的权利加以整理分类，使之成为一个比较系统完整的体系。在这个体系里，不同的权利各得其所，各种权利的特点都能显示出来。这是建立民事权利体系的实益所在。”^①

随着时代的发展，民事权利的种类、性质与内容都在发展，对民事权利的研究工作也应随之发展，不应该停留在原来的水平上。针对众多与民事权利有关的法律规范，构建一个完整的民事权利体系不仅有利于解决诸多规范之间的价值冲突，避免它们之间的矛盾，而且有助于相关规范的适用。但自谢老提出民事权利体系这一概念以来，对民事权利体系的研究并没有取得多大进步。笔者认为，在民事权利体系这一整体概念基础上对各种民事权利进行研究的效果要优于仅对各民事权利进行孤立的研究。在民事权利体系的整

^① 谢怀栻：《论民事权利体系》，《法学研究》1996年第2期。

体框架内研究民事权利或者构建相关权利制度时，除了要考虑该权利的相关内容，还要考虑到各个权利之间的平衡，从而实现对权利的优化配置。如此一来，针对各民事权利的研究可以使彼此的冲突和矛盾转化为民事权利体系内部各个权利的相互配合。

第一，民事权利体系的具体构造直接影响到我国民法典的体例。例如，学界关于人格权在民事权利体系中地位的研究，将直接影响到将来我国民法典制定时，是否将人格权独立成编的问题。赞成人格权独立成编的学者认为人格权独立成编有助于强化人格权的保护，符合时代的精神；反对者则认为不存在与人格权相对应的人格关系，只有在其受到损害时才形成债权债务关系，并且其不适用《民法通则》中的法律行为、代理、期间、期日等制度，因此不适合将人格权独立成编。^①事实上，随着社会的发展，人格权体系已经逐渐丰满起来，具体人格权的内涵也有了发展，人格利益的类型也越发多样化。人格权独立成编也是人格权自身发展的需要。可以看出，研究民事权利体系，为民事权利在民法典中的地位提供了一些可资借鉴的意见。就财产权而言，随着财产利益形式的多样化，传统的物权、债权二元化结构已经不能完整地涵盖所有财产利益。民法典的制定也需要考虑如何对新型财产利益进行保护，这也需要我们对财产权首先进行理论上的探讨。

第二，对民事权利体系进行研究，并在此基础上研究各个类型的民事权利有利于法律体系的完善。构建民事权利体系时，既要考虑外部体系，也要考虑内在体系。外部体系主要是指该体系的结构，其针对的是某一权利在该体系中的安排，或不同权利之间的位置分配。而内在体系则主要是就体系中的实质内容而言的，主要针对不同权利之间的逻辑关系，如不同权利之间是类权利与亚类权利的关系或是并列的关系。我国现行法律关于民事权利存在一些相互矛盾的规定，也存在一些漏洞，导致实践中的民事权利在很多情况下不能获得妥善的保护。在构建民事权利体系时，可以对这些法律规定进行整合、查漏补缺，淘汰掉那些已经失去效力的规定，并及时增加、完善相关立法。如此，既可以将学者们已经取得的理论成果通过立法加以确定，又可以使相关立法能够与时俱进。

^① 参见梁慧星：《制定民法典的设想》，《现代法学》2001年第2期。

第三,民事权利体系的构建,是民法学研究的基本要求。民法学乃至整个法学学科区别于其他人文学科的重要特点,在于有一套内在的逻辑体系统领全局。它以高度抽象性与共同性为原则构建出总则的规定,再以调整不同的法律关系为依据划分各个部门法,辅以一个稳定、包容的体系归纳各种民事权利。构建民事权利体系,是民法学研究中严肃而又富有法律之美的基础性工作,其重要性不言而喻。^①

第四,完善的民事权利体系有利于法律的正确适用。完善的民事权利体系使法律在适用过程中更加方便和快捷。立法在实践中的应用离不开法律解释,法律的解释则要考虑其在整个法律体系中的地位 and 作用等因素。诸多规范所体现的价值之间的矛盾,也可以通过体系化工作得以缓解和避免。体系化工作对法律解释、法的续造助益颇大。另外,对于法律初学者而言,先认识民事权利的整体,进而对其中各个类型的权利进行学习也很有益处。可以说,用体系的形式将个别法规范、规则之间的意义脉络以概观的方式表现出来,是法学最重要的任务之一。以德国为例,在适用与合同相关的法律问题上,既要参考《民法总则》关于法律行为的规定,也要顾及债法的一般原则,最后适用合同的相关规定,在此种严密的逻辑下,法律的正确适用得到了保证。我国法官在司法实践中局限于个别法条适用的现象,也会随着民事权利体系的完善而得到纠正。^②

二、商事权利的独特性与商事权利体系

(一) 商事权利的独特性

随着商业交往愈加普遍,商事权利成为一个全新、独立,具有丰富内涵的完整概念。商事权利形成了自己特有的本质,成为与民事权利相并行的一个抽象概念。商事权利有其独立的含义及相应的体系,其与民事权利存在不同的基本目标 and 价值取向,民法重在保护私权,而商法的本质是营利法,其基本目标 and 价值取向在于保障商业利润的实现、财富的增长。此外,民事权利体系也难以涵盖商事权利,无法为商事权利提供一体化的调整和保

^① 参见王利明:《民法典体系研究》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,第409—415页。

^② 参见谢怀栻:《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

护。商事主体既享有民事权利,如物权、债权、知识产权、部分人格权等,也享有商事权利,如在商事活动中基于营利目的而设定和保护的许多权利,但这些权利都无法在传统的民事权利体系中获得“席位”。^①因此,用民法民事权利体系中的各项权利特点来解释商事主体的许多权利,都无法体现商事权利本身的特点。并且,民事权利的调整和保护方式,在诸多情形下也难以适用于商事主体行为及权利保护。商法领域只讨论商事主体与商事行为,而忽略商事主体的权利,这是商事理论体系中的一个致命性缺陷。构建商事权利体系,一方面不会对民法功能的地位产生影响,另一方面还能实现营利性商事主体权利维护的系统化、专门化和规范化,有利于保持法律适用上的一致性。具体而言,商事权利区别于民事权利的独特性,主要表现在以下几方面。

第一,权利的综合性的。我国法律对于具体商事权利的规定处于零星、分散的状态,混杂于商法单行法或者部门商法的具体制度体系之中。正如学者所言,在商法子部门或者商法单行法中对具体商事权利类型进行规定,例如公司法中的权利、证券法中的权利、票据法中的权利、保险法中的权利、破产法中的权利、海商法中的权利、信托法中的权利等。并且,商法单行法或者商法子部门制度在批判性地借鉴民事权利理论的基础上,已经形成了一些特有的商事权利理论,如商号权理论、股权理论、破产债权理论、破产抵销权理论、破产别除权理论、破产追回权理论、票据追索权理论、保险代位权理论、船舶抵押权理论、船舶优先权理论等。但是这些权利分类难以简单地归入民事权利分类的具体类型,商事权利本身呈现出综合性、复合性的特征,不能按照民法的一般理论对商事权利进行划分,主要表现在以下几个方面:商事习惯法对商事权利的确认,使得商事权利的种类具有不确定性;商事权利的专业性、技术性及其操作性,增大了对商事权利理论概括的难度;商事权利内容的复合性,如商事人格权、商号权、股权等,导致了商事权利定性和归类的困难;商事权利是一种含有公权因素的私权类型,商事权利这种权利属性的多重性和综合性,也加大了商事权利理论概括的难度。^②如作为

^① 参见刘宏渭:《商法总则基本问题研究》,华中科技大学出版社2013年版,第134页。

^② 参见李建华:《论商事权利理论体系的构建》,《吉林大学社会科学学报》2014年第5期。

营业主体的商事主体必然享有的营业权，即表现出集合性、综合性。就商事权利的本质而言，营业权是一种财产权，但它并不纯粹地指向财产本身，还包括对人的要素的支配，以及对信息的收集、筛选和控制等；在行使方式上，不同侧面的权利通常是密不可分的。例如，自主确定某人负责资金筹集等事务，既包括对人力资源的支配权，也包括对财产的支配权等。^①

第二，权利的非物性。商事权利并非物权之简单延伸，其与物权是两个完全不同的概念，传统物权概念在商事权利中基本不能适用。其一，物权不是商事主体获得商事权利的唯一依据，商事权利的取得也并非物权所能单独承受的。商事权利的取得，除需要投入一定的财物，还包括其他任何可以用货币估价并可依法转让的资源，如专利、专有技术、商标、字号、债权、股权、债券，甚至商誉、经营信息等都可以成为投资或者资本。商事主体的设立，还要符合组织机构、技术能力、经营场所等条件。而商事权利的取得，是上述因素综合作用的结果，远非物权所能单独承受的。其二，商事权利主体的资格性因素与物权主体相异。商事主体若以营利为目的从事生产经营服务，必须达到法律、法规规定的要件，必须经过核准或订立承包合同。^② 物权权利主体若不满足其“身份”要素，无法取得商事权利。通常，只要具备主体资格就具有物权资格，但并非都能以营利为目的组织生产经营服务。其三，物权与商事权利存在内容上的差异性。物权内容具有相似性，但各商事主体之商事权利的内涵却因行业或者资质的不同而存在巨大的差异。比如钢铁公司拥有炼钢、轧钢并出售钢产品的生产经营权，广告公司则只具有进行广告设计、广告制作的服务经营权。其四，商事权利的行使受较强的公法制约。物权之行使须遵循完全的私法自治原则，物权享有者只要不妨碍他人，并不需要承担过多的义务。而商事主体从事生产经营服务，其产品销售或者服务的对象涉及不特定多数人的公共利益和安全，从原料投入、生产加工、产品质量、环保能耗，到营销方式、安全规格、售后服务等全过程，商事主体必须无条件地接受行政管理机关的检查，甚至大众的监督。这与物权的行使完全不同，体现了商事权利“公”的面相。

① 参见刘宏渭：《商法总则基本问题研究》，华中科技大学出版社2013年版，第138页。

② 参见邢星：《论商事主体的商事权利》，《广西社会科学》2006年第6期。

第三,权利的营利性。“商事关系的营利性特征使它区别于一般民事关系,也已成为人们的一种共识。”^① 商法的基本目标和价值取向是保障商业利润的实现、财富的增长,营利是商事权利的本质。商事权利是由商法规范所确认和保护的商业主体为达到营利目的而基于私法自治原则,通过商事行为而享有和实现的特定的财产利益关系。对于商事权利的界定,必须考虑该种权利的基本目的或功能,商事权利的目的在于保障商法的基本目标——维护商业利润的实现和财富的增长,商事权利是基于经营目的或者经营属性而设定的,由从事经营活动的商业主体所特有的权利。^②

商事权利必然与一定的营业行为相关联。一方面,商事权利是作为商事主体所享有的基本权利,商事主体基于商事权利进行营业行为。另一方面,商事权利必须依附于营业行为而存在,没有营业行为就没有商事权利的存在空间。商事权利基于其营利性能够促进商人的营业,同时,基于营利性赋予的商事权利必然承载更多的注意义务。商事权利概念的的目的性要素,就体现在商法上的营业有主观与客观两种含义:主观上的是指“以提供特定营业目的的综合性财产组织体,即企业组织体”;客观上的是指当事人所实施的“持续性的同种营利行为”。无论在主观上还是客观上,追求财富增进的迅捷和交易效益的最大化,是商人营业的原始动机。商人在营业行为中的营利属性,决定了商法对商事权利的设计和安排应有利于实现商主体在营业、交易过程中的财富增进的需求。^③ 商事权利从法的目的来看,是一种追求财富增值的权利,营利性应是商事权利的重要特征。

第四,权利的组织性。其表现为以成员权为核心形成的一种团体性、结构性的权利,这有别于传统的个人权利。用传统的建立在个人基础上的权利来分析商事权利,注定难以得出合理的解释,犹如对于股权的讨论所持“所有权说”和“债权说”之观点,便为以“个人权利”之理论分析“团体性权利”的结果。而商事权利是建立在个人权利让渡之基础上形成的团体性权利,而非简单的个人权利。自有限责任制度建立以来,商事权利正式成为团体性权利的典型代表。以有限责任为分水岭,可将商事权利的团体性

① 王保树:《商事通则超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。

② 参见刘宏渭:《商法总则基本问题研究》,华中科技大学出版社2013年版,第129页。

③ 参见王艳华:《以营业为视角解释商法体系》,《河北法学》2010年第5期。

特征分为松散型和紧密型两种类型。前者表现在包括有限责任公司和股份有限公司在内的公司,其成员出资后即形成个人财产与公司财产的完全分离,体现出财产的高度聚合性,而出资股东基于出资或者股权享有参与决策权、利润分配请求权和剩余资产分配权;后者体现在成员承担无限责任的合伙企业,合伙人个人的财产与合伙企业的财产未完全分离,以共同共有或者按份共有的方式行使成员权。

(二) 商事权利体系

对于商事权利体系的构建,有学者提出,从商人资格认定标准等角度将商事权利作为其外在表现。其认为商人的基本权利有两项,即商事人格权与商事营业权,再将商事人格权分为一般商事人格权与具体商事人格权,前者主要包括商事人格独立、商事人格自由和商事人格平等,后者则包括商业名称权、商业名誉权、商业信誉权、商业荣誉权。而商业营业权则具体包括营业机会的平等享有权、营业资格的自由取得权、营业领域的自愿选择权、营业事项的自主设定权、营业方式的自我决定权、营业管理的独立决策权、营业请求的有效救济权。^① 还有学者主张,商事权利表现为生产经营服务权。^② 有学者将商事权利分为商业资格权利、商业信用权利和商业机会权利三类。商业资格权利主要是营业权,商业信用权利是指商誉权,商业机会权利包括商号权、商业秘密权、公平交易权。^③ 对于商事权利的具体内容,上述观点具有一定的概括性,但其间也有一定的交叉重合。笔者认为,商事权利体系的构建应满足以下三方面的要求。

第一,能够统领具体商事规范中涵盖的具体商事权利类型。有商法学者提出了“商法理论在一定程度上仅仅在于解释法律,而不在于指导、甚至创造立法”^④,商法学研究纯粹沦为法条注释或狭隘的法律解释学。这一说法并不全无道理,现有商事权利研究过于分散化、零星化、孤立化和片面化,难以形成全面、系统的商事权利体系。一方面,商法学总论中所研究的

① 参见康雷闪:《从商人资格的认定标准看商人的基本权利》,《经营管理者》2010年第18期。

② 参见邢星:《论商事主体的商事权利》,《广西社会科学》2006年第6期。

③ 参见刘宏渭:《商法总则基本问题研究》,华中科技大学出版社2013年版,第137—147页。

④ 范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》(第2版),中国人民大学出版社2007年版,第2页。

商事权利种类极少,不够全面,且对作为研究对象的商事权利种类的选择和确定具有很大的差别性、任意性,并对不同的商事权利种类的名称和定义等尚没有一致性的界定。在商法总论中,更多的是对商事人格权、商号权、商誉权、商业形象权、商业秘密权等进行各自的阐述,没有从构建商事权利理论体系的角度进行系统化地深入探讨。另一方面,在商法分论中,更多的是在研究商事单行法及其相关制度,对具体商事权利类型进行个别化、分散化的研究,如股东权、票据权、商事债权、商事留置权、破产债权等,但也没有形成商事单行法及其相关制度中的具体商事权利理论。尽管,对商事单行法及其相关制度中的商事权利进行个别化、分散化的研究是必要的,但这种研究方法导致了具体商事权利研究的零星化、孤立化、分散化和片面化,对作为研究对象的具体商事权利的选择、确定具有一定的随意性,无法实现对商事权利进行全面化、系统化的研究,也难以形成完整的商事权利体系。因为无论是商事人格权、商号权、商誉权、商业形象权、商事债权、商事留置权、破产债权等,都是商事权利的下位概念和具体类型,并不是与商事权利等同的概念。^①

第二,能够实现商主体制度和商行为制度对商事权利所提出的需求。商主体制度和商行为制度作为商法的两大支柱,其对商法提出的调整要求,都应当在商事权利体系中得到满足。商事立法无论采用何种立法体例结构,商主体制度和商行为制度都是商法的两大基本制度、两大支柱,而将二者联结起来的最适合、最有效的纽带,就是商事权利制度。^②由此决定商事权利体系应该满足商主体与商行为制度的现实需求。

第三,能够满足和涵盖商主体制度的商事实践。商法是实践中的法律。商事权利体系构建应该满足实践对商事权利保护的需求。

综上,应以营利性为核心构建商事权利体系。一方面,人格权是商事主体存在于社会的一种评价性权利,该种权利应该围绕营业而展开。换言之,商事主体的人格权只能体现为商事经营自由、经营平等与经营安全为中心而体现出的权利。另一方面,以营业权为中心构建商事财产权体系,满足商主

① 参见李建华:《论商事权利理论体系的构建》,《吉林大学社会科学学报》2014年第5期。

② 参见李建华:《论商事权利理论体系的构建》,《吉林大学社会科学学报》2014年第5期。

体长期、反复进行地以营利为目的的行为要求。因为，商行为的核心目的在于追求和实现营利，而实现营利目的的最重要的条件，是商主体实施营业行为以及享有其实施营业行为所应有的财产权。由此，财产权是最主要的商事权利，而“商法中的财产关系中，财产权是最基本的概念，下位概念依各种营业功能领域来划分”。因此，商事权利体系是以营利性为核心所构建的人格权与财产权体系。

第一，人格权体系。商事人格权体系应以经营自由、经营平等与经营安全为中心，以营业权（经营权）为主进行构建。商事人格权是商主体维系法律地位必不可少的基本权利和前提条件，强调和确立了商主体独立的法律地位及其条件，是商主体制度的核心内容。商事人格权产生的基础在于其经营性，只有从事营业行为的商事主体才具有商事人格权。商事主体的经营性，正是其商事人格利益的根本体现。商事人格权不同于自然人人格权：全部自然人都享有人格权，法人只有从事经营活动才享有人格权，而诸如事业单位法人、机关法人等自身不从事经营活动的法人不享有人格权。法人人格权与自然人人格权的产生基础也不同，如法人名誉权与自然人名誉权具有本质不同，自然人名誉权是基于社会评价对人格尊严和人格自由的影响而产生，而法人名誉权源于法人的经营自由与人格独立。^①对法人人格权的侵害，影响的是其市场主体的经营能力的下降，进而，法人是否具有人格权也应就其是否具有经营性进行判定。

第二，财产权体系，体现为以营业权为核心所构建的权利体系。商主体从事商行为的最直接、最根本的目的在于实现营利。“商法整个制度的设计都是为了满足商事主体的营利性要求。”^②“商主体身份之确定、商行为之界定、商事活动之目的以及商事立法与司法之原则，无不与营利有关。”^③而营利目的只有通过商主体的营业行为才能达到，而营业行为则是实现营利目的的最直接的、必不可少的手段，营业贯穿于商事行为或者商事活动始终。商

① 参见许中缘、颜克云：《论法人名誉权、法人人格权与我国民法典》，《法学杂志》2016年第4期。

② 赵万一：《商法基本问题研究》（第2版），法律出版社2013年版，第59页。

③ 范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》（第2版），中国人民大学出版社2007年版，第41页。

事主体从事营业行为，主要体现为商事流转，以获得财产增值收益。商主体制度以营业为中心而建立，营业也是商主体的本质体现。商事主体尽管也可能享有物权、债权、知识产权等民事权利，但这些分类远不能涵盖商事组织从事商事经营中应当受到保护的各种权利，商事主体的财产权利更多体现的是以商事流转为中心、以营业权为基础构建的商事财产权体系。

三、现有民事权利体系构建的不足

我国现行的民事、商事立法体制对民事权利的保护是值得肯定的，但受限于立法体制对民事、商事权利采取的分立、分离的保护模式。尽管对于我国民法典的立法模式是采取民商合一还是民商分立仍具有争议，但民商合一是世界民法典立法的趋势，在这种大趋势下，我国民法典需要对现有的民事权利、商事权利进行立法融合，从而构成统一的民事权利体系。我国目前对民事权利的研究还没有达到应有的深度，尤其是缺乏民商事权利的体系化，无法对立法和司法提供具有说服力的理论支撑和论证。这些主要表现在以下几个方面。

第一，民事权利体系的构建过于注重“人格权与财产权”的体系，不能体现所有的民事权利。首先，该种权利忽视了身份权的内容。根据《民法通则》第2条的规定，民法调整平等主体之间的人身关系与财产关系，但是，在演化成我国法律的既有规定上，变成人格权与财产权的内容，忽视了身份权的存在。其次，该种体系忽视了复合型的权利，如股权的内容。股权既不是一种人格权，也不是一种财产权，而是一种具有双重身份的权利。

第二，既有民事权利体系过于强调民事权利的法定性，难以实现对所有民事权益进行保护。传统立法对于民事权利体系的构建过于强调法定性，即有法律规定的民事权利才能够得到保护。例如基于人格权的法定性，并不是所有的人格权都能受到法律保护。如贞操的侵害，尽管在有些案件中得以实现赔偿，但违背了既有权利法定的事实。^①而在实践中对另一些人格权的侵

^① 参见王剑平：《“贞操权”首获民事赔偿》，《民主与法制》2007年第6期。在该案中，与男友同居并怀孕的24岁女子张某，一心打算与他结婚时，却发现其已有家室并育有两子，于是以侵犯贞操权为由将其告上法庭。东莞市人民法院在审结该案时认为，贞操权是一项男女共享的独立人格权，男方以欺骗方式侵害女方的贞操权，属于人身损害赔偿性质，因此判决被告应付给张某精神损害抚慰金2万元。

害,如吊唁权^①,法律很难对此实施保护。

第三,过于强调针对绝对权与相对权建立的体系,难以涵盖中间型权利。现有体系是以绝对权与相对权为基础建立起来的物权与债权划分的体系,但绝对权与相对权之外,存在诸多难以为该种体系所容纳的如租赁权、特许物权、期待权、成员权等内容。至此,学者认为,现代的夹于绝对权与相对权间的中间型权利不断增多,使绝对权与相对权理论的分已经只具有“认识论上的意义”^②。

第四,民事权利对传统民事权利过于关注,而忽视了传统属于商事权利的内容。在既有的民事权利立法框架下,主要是集中于民事权利的保护,商事权利在既有的权利体系下被忽视,如营业权。而且,因为忽视了商事权利的特殊性,从而使得该种商事权利难以在此种权利体系下得以容纳,如商事人格权。商事人格权的理论适用主要是在自然人人格权基础上进行的,从而得出法人人格权非人格权的理论。^③

第五,过于注重权利的民事性,不能容纳其他法律对权利内容的规定。这些主要表现为,一是不能容纳宪法中的权利侵害。宪法规定的基本权利,如何在民法中进行保护是我们所遇到的一大难题。如南京玉环燃气电器总公司武汉销售公司在其广告中将公司的联系电话“5807404”误印为武汉市民张某的家庭电话“5807407”,导致张某家的电话铃声不断,从早上六点半到晚上十一点,都有电话打进,尤其是午休时间更甚,严重干扰了张某一家的正常生活。^④该种权利是休息与安宁权受到侵害,但是在现有的民事权利体系范围内,该权利很难得到法律上的保护。二是不能容纳行政法所保护的

① 2007年4月,刘老太的儿子王某被一家承揽境外工程的建设股份公司派往国外工作,一去就是一年。2008年2月21日,王某在境外工作期间意外死亡,儿子所在单位来了两位工作人员,表示愿意支付给她补偿金10万元,但事后她多次向儿子所在单位询问儿子死亡的真相及善后处理情况,该单位推诿不予答复。刘老太不服并向法院起诉,要求确认其享有对死去儿子的遗体吊唁及殡葬的处分权和知情权。参见《遗体吊唁权》,2016年5月11日,见 http://www.lawyee.net/Case/Case_Hot_Display.asp?Lang=1&RID=199564。

② 参见冉昊:《论“中间型权利”与财产法的二元架构》,《中国法学》2005年第6期。

③ 参见尹田:《论法人人格权》,《法学研究》2004年第4期。

④ 参见《中国青年报》1995年3月7日第6版。私人的安宁生活受到打扰的情形还有很多,比如恶意拨打骚扰电话或者发送骚扰短信,利用高档小区房屋做餐饮扰邻,同一栋楼中高层用户往低层用户的花园扔杂物等。

权利。基于行政法所产生的权利,如行政给付,在行政给付所应给予的抚恤费、社会救济、福利金、社会养老保险金等,以及在征收过程中应该给予被征收人的住房安置费、征收补偿费应给付而没有给付,此时权利人只能以行政诉讼的方式进行起诉,而不能通过民事诉讼的途径。这就在权利保护上造成民事救济方式与行政救济方式的脱节,不能很好地涵盖所有需要调整的内容。

四、现有民事权利体系的弊端

基于此,笔者认为,基于权利体系的一致性,民事权利需要与这些权利进行衔接。但因现有民事权利体系所带来的不足,给我国民事权利的保护与立法带来了诸多弊病。

第一,不能在民法的角度下对既有权利提供有效保护。由于现有权利体系不能涵盖行政法等的内容,这就导致了对一些权利的侵犯难以得到法律的保护。如民政部门应该给予的养老金没有给付,就只能通过行政诉讼而不能通过民事诉讼进行调整。

第二,难以实现法律之间的有机性调整。基于权利的本质特征,应该给予权利综合、全面的保护。例如,既然有针对债的关系之外的不特定的第三人效力,那么,为何认为债权是相对权,具有相对性呢?显然,认为债权是相对权的观点实际上忽略了债权也具有涉他性效力的属性,因而具有片面性。^①

第三,不能容纳所有的民事权利内容。传统民事权利体系都以财产性与非财产性作为权利区分的基本逻辑,德国更在此基础上创造了物权与债权的区分方法。以某一种民事权利的现实客体为对象,可以实现精确性,但建立的权利体系并不具有包容性。这种论证逻辑导致的最终结果就是,无论具体的分类标准如何,学者只能以具体列举的方式描述我国的民事权利体系。其中较为经典的表述就是把民事权利体系划分为以下五个大类:人格权、亲属权、财产权、知识产权、社员权。^② 当学者们反对股权是社员权,主张股权

^① 参见刘德良、许中缘:《物权债权区分理论的质疑》,《河北法学》2007年第1期。

^② 参见谢怀栻:《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

性质是一种独立的民事权利时,^① 上述体系就存在解构的风险。社会生活的发展中不断涌现的新型权利也考验着权利的体系化,如生活安宁权、信息自主权等现代化权利必须能为现有权利体系所包容。这就要求我们改变现行的构建方法,不再以具体的权利客体精确区分民事权利,而应采用身份权、人格权、财产权等一系列包容性的上位概念构建民事权利体系。

第二节 民事权利体系构建的标准

一、民事权利体系应有的特征

法学界对民事权利的研究并不匮乏,然而将民事权利体系作为一个整体并对其进行深入研究的相关理论成果却少之又少。即使有些学者在其专著中论及民事权利体系这一概念,也只是浅尝辄止。^② 事实上,在民事权利体系这一整体的基础上对各民事权利进行研究的效果要优于仅对各民事权利进行孤立研究。若在民事权利体系的整体框架内研究民事权利或者构建相关权利制度时,除了要考虑该权利的相关内容,还会考虑到各个权利之间的平衡,从而实现对权利的优化配置。如此一来,针对各民事权利的研究造成彼此的冲突和矛盾可转化为民事权利体系内部的各个权利相互配合,从而更好地发挥其应有的权能。完整的民事权利体系应具备以下特征。

第一,内容协调完整。体系是具有一定逻辑的系统构成,一个完整的系统最基本的要求就是要有完整而协调的内容。民事权利种类繁多,法律条文关于民事权利的规定也分布在不同的部门法中,构建民事权利体系就是为了对民事权利进行整合,便于以后对民事权利的研究和学习。例如,我国现行法律把民事权利规定在不同的部门法中,不同部门之间的法律规定可能会重复,造成立法资源的浪费;也可能会彼此冲突,增加司法过程中法律适用的困难;也可能形成法律漏洞,不能更好地实现对权益的保护;有的规定在实质上已经被新的法律规定代替而失效了,这就不利于法律初学者的学习。因

^① 参见江平、孔祥俊:《论股权》,《中国法学》1994年第2期。

^② 参见王利明:《民法典体系研究》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,第410—413页。

此,在构建民事权利体系时,应结合我国目前立法的相关规定,注重其内容的完整性和协调性,并作出相关立法建议。

第二,结构完善。一个体系之所以能称为体系,皆因其有完善的结构。一个完善的结构不仅指排列整齐,更重要的是结构之间具有严密的逻辑性。在构建民事权利体系时,不仅要將各种类型的权利整齐排列出来,还要保证该排列顺序是有逻辑性的。哪些权利之间是类权利与亚类权利的关系,哪些是并列的关系,这些都是我们需要注意的。例如,有的学者提出“商事人格权”这一概念,主张“商主体”这一特殊民事主体享有的相关人格权属于“商事人格权”^①。这种提法就忽略了民事权利体系内部的逻辑性。但在我国民商合一立法模式下的民事权利体系中,所有的主体都是民事主体,其中一些民事主体因其从事经营性活动,而具有一定的特殊性。其人格权所包含的利益可能与其他主体人格权中的利益不尽相同,但这并不意味着可以不顾民事权利体系结构的逻辑性和完整性而需要新创设一种不必要存在的权利类型。

二、构建民事权利体系应坚持的原则

构建民事权利体系时,应坚持以下原则。

第一,坚持构建体系的稳定性原则。民事权利体系应当是一个稳定的结构,既不会遗漏现有的民事权利,亦不会因为新出现的民事权利而具有不兼容性。稳定性原则要求采用具有广泛性与包容性的法律概念,这些概念必须为权利的集合体,如财产权、人身权等。过分追求概念的精确性会导致个别权利与体系的不兼容。例如,有学者早期主张采用物权、债权、亲属权、人格权、知识产权、社员权的分类方法,就会在股权的归属问题上产生争议——近年来,股权性质的独立权利说逐渐占据上风,该学说认为股权不属于以上权利的任何一种,股权就是股权。^②可见,过度追求定义的精确化势必增加民事权利体系解构的风险,应当运用集合性法律概念构建民事权利体系,以维持其稳定性。

^① 参见苗延波:《商法通则立法研究》,知识产权出版社2008年版,第112—113页。

^② 参见江平、孔祥俊:《论股权》,《中国法学》1994年第2期。