



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

现代权利理论研究

彭诚信 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

现代权利理论研究

——基于“意志理论”与“利益理论”的评析

彭诚信 著

图书在版编目(CIP)数据

现代权利理论研究:基于“意志理论”与“利益理论”的评析 / 彭诚信著. —北京:法律出版社, 2017.3

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0667 - 8

I. ①现… II. ①彭… III. ①权利—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 047888 号

XIANDAI QUANLI LILUN YANJIU

现代权利理论研究

©法律出版社·中国

策划编辑 / 吕丽丽

责任编辑 / 吕丽丽

装帧设计 / 肖辉 李瞻

出版 / 法律出版社

总发行 / 中国法律图书有限公司

责任校对 / 杨锦华

印刷 / 北京盛通印刷股份有限公司

编辑统筹 / 市场研发部

经销 / 新华书店

责任印制 / 吕亚莉

开本 / 720 毫米 × 960 毫米 1/16

版本 / 2017 年 3 月第 1 版

印张 / 28.25 字数 / 405 千

印次 / 2017 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071010/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0667 - 8

定价: 90.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介

彭诚信 男，1973年生，山东省嘉祥县人，吉林大学法学学士、民法学硕士、法学理论博士。1994年起任教于吉林大学法学院，2004年任教授，2005年任博士生导师，2007年至2010年任宁波大学“甬江学者计划”特聘教授。曾在英国牛津大学法律系从事博士后研究，在伦敦政治经济学院（LSE）、哈佛大学法学院做研究学者，在日本北海道大学大学院法学研究科任教以及在台湾中央研究院法律学研究所做访问教授。现为上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师、民商法学学科带头人。代表性作品有《主体性与私权制度研究——以财产、契约的历史考察为基础》《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》。

《国家哲学社会科学成果文库》

出版说明

为充分发挥哲学社会科学研究优秀成果和优秀人才的示范带动作用，促进我国哲学社会科学繁荣发展，全国哲学社会科学规划领导小组决定自2010年始，设立《国家哲学社会科学成果文库》，每年评审一次。入选成果经过了同行专家严格评审，代表当前相关领域学术研究的前沿水平，体现我国哲学社会科学界的学术创造力，按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版。

全国哲学社会科学规划办公室

2011年3月

作者声明

1. 本书上编几乎是全新的内容，下编则不同程度地借鉴了先前已发表的研究成果。主要有：《主体性与私权制度研究——以财产、契约的历史考察为基础》（中国人民大学出版社 2005 年版）；《透过概念的迷雾看民法典编纂——对人格、人格权、主体资格等概念的法理澄明》（《光明日报》“理论周刊·学术” 2016 年 3 月 2 日）；《“人格”澄明对“人格权”立法之争的调和》《论征收制度中认定公共利益的程序性设计》（《吉林大学社会科学学报》 2016 年第 3 期、2009 年第 1 期）；《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》（《法学研究》 2014 年第 4 期）；《损失补偿之债：一种新型法定之债——〈侵权责任法〉第八十七条评析》[《中国海洋大学学报（社会科学版）》] 2010 年第 6 期；《私权的层次划分与体系建构》《从利益到权利——以正义为中介与内核》《民事责任现代归责原则的确立》《论民事主体》（《法制与社会发展》 2009 年第 1 期、2004 年第 5 期、2001 年第 2 期以及 1997 年第 3 期）；《义务观念的现代理解》（《学习与探索》 2005 年第 5 期）。在此谨对上述出版社、报社、期刊及杂志社表示衷心感谢！

2. 关于学人称谓。本书无论正文还是注释（后记除外）中引用、介绍古今中外众多学者的学术观点时，一般都直呼其名，前没有“著名某某家、某某学者、某某教授”等称谓，后没有“先生”“老师”“教授”等敬语，这绝无半点不敬重之意。事实上，只要文中涉及的学术观点，无论赞成还是反对，其作者都是我的“先生”“老师”。在此谨对文中所有引用、谈及的学者深表敬意与谢意！

目 录

引 论	(1)
-----------	-------

上 编 权利的程序理论的提出

第一章 权利研究缘何始于意志理论和利益理论	(9)
第一节 系统权利理论的提出	(9)
第二节 两大理论的生命力体现	(14)
第二章 意志理论的起始与发展脉络	(20)
第一节 萨维尼的意志理论	(22)
第二节 哈特的选择理论	(26)
第三节 卡尔·韦尔曼的意志理论	(36)
第四节 斯坦纳的意志理论	(44)
第三章 利益理论的起始与发展脉络	(56)
第一节 边沁的利益理论	(56)
第二节 耶林的利益理论	(65)
第三节 麦考密克的利益理论	(75)
第四节 大卫·里昂斯的有限利益理论	(80)
第五节 拉兹的利益理论	(83)
第六节 克雷默的利益理论	(92)

第四章 两种传统理论的优点与缺陷	(101)
第一节 意志理论的优点与缺陷	(101)
第二节 利益理论的优点与缺陷	(108)
第五章 两种传统理论的异同	(121)
第一节 两种传统理论的相同点	(121)
第二节 两种传统理论的不同点	(121)
第三节 两种理论克服自身局限的共同途径	(124)
第六章 试图超越两种传统理论的努力	(130)
第一节 超越两种传统理论的开始	(130)
第二节 斯尼瓦森的混合理论	(133)
第三节 威纳的多功能理论	(155)
第四节 斯佩克特的“权利的最低含义”理论	(166)
第七章 两种传统理论的主要症结	(169)
第一节 权利核心概念的理解模糊	(169)
第二节 认定权利程序的缺失	(175)
第三节 混淆具体法律关系分析权利	(177)
第四节 两种权利理论本质的界限模糊	(179)
第五节 哲学依据或哲学目标存有局限	(183)
第八章 现代权利理论的研究起点	(185)
第一节 权利的程序理论的提出	(185)
第二节 构建权利的程序理论的基本设想	(192)

下 编 权利的程序理论的建构

第一章 权利的主体性条件	(209)
第一节 主体承认的历史脉络	(209)

第二节	人格与主体资格的法律承认	(212)
第三节	主体资格与私法理念	(229)
第四节	主体制度的价值	(235)
第二章	权利的内核	(239)
第一节	利益的基本内涵	(239)
第二节	个人利益的基本形态	(245)
第三节	利益与权利制度	(250)
第三章	从利益到权利的程序	(256)
第一节	确立正当性标准(正义原则)的基点	(257)
第二节	正当性标准(正义原则)的确立方法和局限	(270)
第三节	正当性标准(正义原则)的具体要求和体现	(275)
第四章	权利的抽象内容	(283)
第一节	个人正当利益	(283)
第二节	社会公共利益——普遍正当利益的制度化	(287)
第三节	利益走向权利的桥梁——正义	(291)
第五章	权利的生成过程	(296)
第一节	权利的本质	(296)
第二节	权利的特性	(315)
第三节	权利的法律效力	(320)
第四节	权利的价值与发展	(327)
第六章	权利的层次与体系	(334)
第一节	基础性权利	(335)
第二节	辅助性权利	(342)
第三节	救济性权利	(356)

第七章 权利的对对应范畴——义务	(367)
第一节 义务的内涵与本质	(367)
第二节 自觉、自愿作为义务本质性特点的具体理由	(373)
第三节 义务自愿性定性的法律意义	(378)
第八章 权利的实体法终点	(384)
第一节 私法责任的内涵	(384)
第二节 私法归责原则的历史演进及简要评价	(387)
第三节 传统过错原则的主要价值与缺陷	(392)
第四节 现代意义私法责任归责理念的确立	(398)
第五节 私权的救济方式	(409)
结 语	(416)
主要参考文献	(417)
后 记	(434)

Contents

Introduction	(1)
---------------------------	-------

Part I Rise of the Procedure Theory of Right

Chapter I The Reasons to Study Right Based on Will Theory and Interest Theory	(9)
--	-------

Section 1 The Rise of Systematic Theories of Right	(9)
Section 2 The Vitality of the Two Right Theories	(14)

Chapter II Origination and Development of the Will Theory	(20)
--	--------

Section 1 The Will Theory of Friedrich C. von Savigny	(22)
Section 2 The Choice Theory of H. L. A. Hart	(26)
Section 3 The Will Theory of Carl Wellman	(36)
Section 4 The Will Theory of Hillel Steiner	(44)

Chapter III Origination and Development of Interest Theory	(56)
---	--------

Section 1 The Interest Theory of Jeremy Bentham	(56)
Section 2 The Interest Theory of Rudolf von Jhering	(65)
Section 3 The Interest Theory of Neil MacCormick	(75)
Section 4 The Qualified Beneficiary Theory of David Lyons	(80)
Section 5 The Interest Theory of Joseph Raz	(83)

Section 6	The Interest Theory of Matthew H. Kramer	(92)
Chapter IV	Strengths and Weaknesses of the Two Theories	(101)
Section 1	Strengths and Weaknesses of Will Theory	(101)
Section 2	Strengths and Weaknesses of Interest Theory	(108)
Chapter V	Similarities and Differences	
	between the Two Traditional Theories	(121)
Section 1	Similarities between the Two Traditional Theories	(121)
Section 2	Differences between the Two Traditional Theories	(121)
Section 3	The Common Approaches for the Two Theories Overcoming Limitations	(124)
Chapter VI	Attempts to Develop the Two Traditional Theories	(130)
Section 1	The Beginning to Develop the Two Traditional Theories	(130)
Section 2	Gopal Sreenivasan's Hybrid Theory	(133)
Section 3	Leif Wenar's Several-Functions Theory	(155)
Section 4	Horacion Spector's Theory of the Minimal Meaning of Rights	(166)
Chapter VII	Main Cruxes of the Two Traditional Theories	(169)
Section 1	The Ambiguity to Key Concept of Right	(169)
Section 2	The Overlooking to the Procedure of Defining Rights	(175)
Section 3	The Confusion of Specific Legal Relationships to Study Right	(177)
Section 4	The Fuzzy Boundaries in the Nature of the Two Theories	(179)
Section 5	The Limitations in Philosophical Foundation of the	

Two Theories	(183)
Chapter VIII The Starting-Point of Studies on Contemporary	
Theory of Right	(185)
Section 1 The Rise of the Procedure Theory of Right	(185)
Section 2 Basic Ideas to Establish the Procedure Theory of Right	(192)
Part II Establishment of the Procedure Theory of Right	
Chapter I The Subjective Condition of Rights	(209)
Section 1 The Historical Context of Subject Recognition	(209)
Section 2 The Legal Recognition of Personality and Subject Qualifications	(212)
Section 3 Subject Qualifications and the Ideas of Private Law	(229)
Section 4 The Values of the Subject System	(235)
Chapter II Core of Right	(239)
Section 1 The Fundamental Connotation of Interests	(239)
Section 2 Main Forms of Personal Interests	(245)
Section 3 Interests and Rights	(250)
Chapter III Procedure from Interests to Rights	(256)
Section 1 The Basic Point to Establish the Standard of Legitimacy	(257)
Section 2 The Establish Methods and Limitations of the Standard of Legitimacy	(270)
Section 3 Specific Requirements and Reflections of the Standard of Legitimacy	(275)

Chapter IV Abstract Contents of Rights	(283)
Section 1 Legitimate Interests of Individuals	(283)
Section 2 Public Interests; the Systematization of General Legitimate Interests	(287)
Section 3 The Path from Interests to Rights; Justice	(291)
Chapter V The Generation Process of Right	(296)
Section 1 The Nature of Right	(296)
Section 2 Characteristics of Right	(315)
Section 3 Legal Effects of Right	(320)
Section 4 Values and Improvements of Right	(327)
Chapter VI Levels and System of Rights	(334)
Section 1 Fundamental Rights	(335)
Section 2 Subsidiary Rights	(342)
Section 3 Remedial Rights	(356)
Chapter VII The Correlatives of Right: Obligation	(367)
Section 1 The Connotation and Nature of Obligation	(367)
Section 2 Specific Reasons to Redefine the Nature of Obligation	(373)
Section 3 The Legal Significance of the Voluntariness of Obligation	(378)
Chapter VIII The End of Right in Substantial Law	(384)
Section 1 The Connotation of Liability in Private Law	(384)
Section 2 Historical Evolution and a Brief Comments of Private Liability	(387)
Section 3 Main Values and Defects of the Traditional Fault Liability	(392)

Section 4	The Establishment of Contemporary Liability Ideas of Private Liability	(398)
Section 5	Remedies of Rights	(409)
Conclusions	(416)
Bibliography	(417)
Postscript	(434)

引 论

法律权利^①是一个古老而常新的重要法学范畴，与之相关的新案例、新问题、新理论的不断出现，时刻推动着权利理论的发展与完善。

一、传统权利理论面临新兴权利的挑战

在理论上，有不少学者已开始讨论新兴或新型权利问题。汤德宗曾指出：“我主张确认‘政府资讯公开请求权’作为一项新兴基本权，基本上是为了因应时代变迁。”^② 萧淑芬也认为，“‘新兴人权’应系指宪法所未规定之新型态人权而言。”其所列举的“新兴人权”的例子包括：人格权、名誉权、姓名权、环境权、日照权、景观权、海滩权、隐私权、资讯权、自我决定权、知的权利、接近使用煤炭权、学习权、健康权、嫌烟权、臭氧权、和平生存权等。当然这其中有的已被承认为宪法上的权利，如人格权（含名誉权、姓名权、隐私权）等，但“仅止于学术论述，尚未被承认者亦不在少数，有些甚至很难认定其具有宪法上权利之性质者”。^③ 姚建宗亦著专文讨论新兴权利，并提出以时间、空间为核心的形式标准以及以主体、客体、内容与情景为核心的实质标准来判断新兴权利之“新”。^④

① 本书试图仅在法律权利的意义研究“权利”理论。由于众多学者均在同时涵盖法律权利与道德权利的意义使用“权利”一词，本书使用的“权利”概念有时也难免会包含道德权利。如果没有特殊说明，本书主要是在法律权利的意义使用“权利”概念。

② 汤德宗：《政府资讯公开请求权入宪之研究》，见汤德宗、廖福特主编《宪法解释之理论与实务》（第5辑），中央研究院法律学研究所（筹备处）2007年版，第272页。

③ 萧淑芬：《“新兴人权”之保障与发展初探》，《中研院法学期刊》2009年第4期，第213、214页。

④ 姚建宗：《新兴权利论纲》，《法制与社会发展》2010年第2期，第6—9页。

有关新兴权利的民事案件在现实生活中亦可谓层出不穷，如“亲吻权案”^①“祭奠（悼念）权案”^②“恋爱权案”^③“性福权案”^④“民族自尊心案”^⑤“生

① 参见四川省广汉市人民法院（2001）广汉民初字第832号民事判决书。简要案情为，陶姓女士被酒后驾驶奥拓车的吴某撞伤，医生诊断为“车祸造成上唇裂伤、全身多处软组织挫伤、牙折、脑震荡”。交警队作出的认定是，肇事者吴某负本次事故的全部责任，陶某不负责任。原告陶某基于“上唇裂伤和门牙折断，使我不能感受与爱人亲吻的醉人甜蜜，不能感受与女儿亲吻的天伦亲情”，而主张被告吴某的行为侵害了其“身体权、健康权、亲吻权、财产权”。法院判决尽管没有支持其亲吻权的主张，但有针对性地进行了较为详细的论证。

② 参见上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民一（民）终字第971号民事判决书。简要案情为，本案例原告严某某、史某一、史某二，被告史某三，其中严某某是史某一、史某二、史某三的母亲。严某的老伴死亡后，史某三将寄存于宝兴殡仪馆的其父骨灰擅自取走，原告于是诉被告妨碍其对亲人的悼念。在判决书中，有被告“擅自取走骨灰的行为侵犯了其他亲属对×××的祭奠权利”语句。类似案件还有北京市宣武区人民法院（2001）宣民初字第3520号民事判决书、上海市徐汇区人民法院（2009）徐民一（民）初字第2189号民事判决书、北京市丰台区人民法院（2007）丰民初字第08923号民事判决书、河南省新乡市牧野区人民法院（2004）牧民一初字第346号民事判决书、上海市普陀区人民法院（2009）普民一（民）初字第1946号民事判决书、上海市徐汇区人民法院（2013）徐民一（民）初字第2549号民事判决书等。

③ 新疆乌鲁木齐市某职高女生吴某的父母不允许其谈恋爱，为让女儿完成学业，将她送到另一家中学。其后，吴某以父母侵犯其恋爱权为由诉至乌鲁木齐市新市区法院。参见大洋网：<http://club.dayoo.com/read-viewpoint-58969.htm>，最后访问日期：2011年1月16日。

④ 简要案情为：一场车祸不仅导致河南省荥阳市徐女士的丈夫两处4级伤残、一处10级伤残，而且还致其完全丧失了性功能。在其丈夫通过诉讼得到相应伤残赔偿和精神赔偿后，徐女士再次提起诉讼，要求肇事方赔偿其本人损失的“性福权”，并在一审被驳回后再次提出上诉。郑州市中级人民法院作出终审裁决，驳回了徐女士的诉讼请求。参见网易新闻：<http://news.163.com/10/1209/00/6NE1DOMT00014AED.html>，最后访问日期：2017年2月17日。类似案例还可参见上海市第一中级人民法院（2005）沪一中民一（民）终字第1814号民事判决书；“张某、王某诉南京市建邺区环境卫生管理所人身损害赔偿案”，参见高圣平、管洪彦：《侵权责任法典型判例研究》，中国法制出版社2010年版，第1—14页。

⑤ 简要案情是，原告徐某在被告北京燕莎中心有限公司所属的凯宾斯基饭店（五星级）用餐时，被拒绝在该饭店的附属设施东花园休息而主张侵犯了其人格尊严与人身自由；原告认为该花园只以中文写的“酒店范围，仅供住店客人使用”的告示牌，侵犯了其民族自尊心。参见北京市朝阳区人民法院（2000）朝民初字第120号民事判决书。