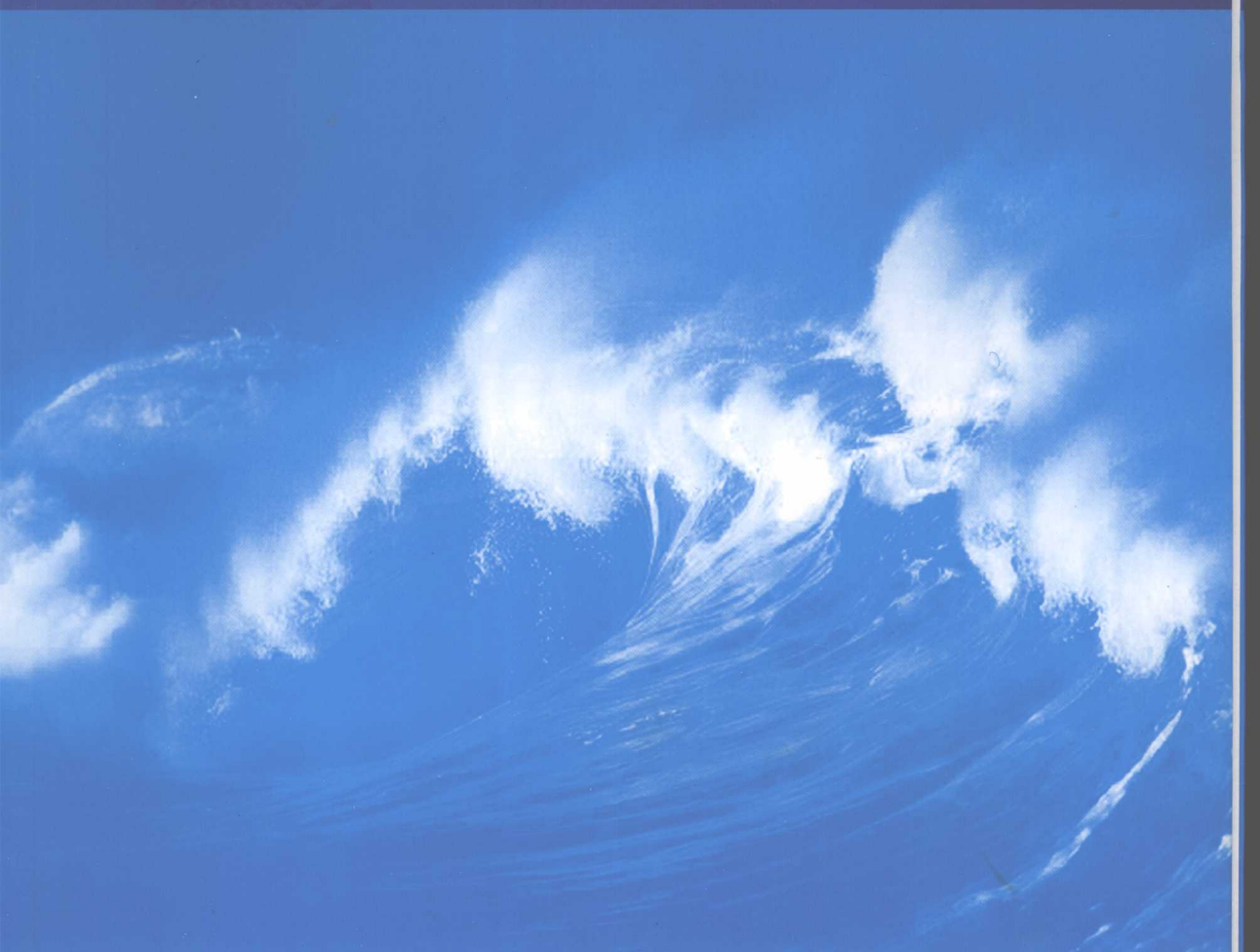


三元法学文丛

张平华 / 著

私法视野里的权利冲突导论



科学出版社

www.sciencep.com

三元法学文丛

私法视野里的权利冲突导论

张平华 著

科学出版社

北 京

内 容 简 介

权利冲突是法学研究的重要课题,指因为权利边界的模糊性、交叉性等而产生的两个或两个以上的主体间的权利矛盾关系,或者因行使权利而导致他人受到侵害的行为。权利冲突关系揭示了社会关系中矛盾冲突的一面,可分为结构性权利冲突与非结构性权利冲突。权利冲突行为的损害所具有的相互性,损害的可补救性、行为的违法性均难以确定。权利位阶是化解权利冲突的有效手段,指不同权利依效力强弱或依价值轻重排列形成的次序,可分为权利位阶规则和权利位阶原则。本书主要包括权利冲突辨、权利冲突的必然性、权利冲突关系论、权利冲突行为论和权利位阶论等内容。

本书可供法学专业本科生、研究生以及法学、伦理学研究者参考阅读。

图书在版编目(CIP)数据

私法视野里的权利冲突导论/张平华著. —北京:科学出版社,2008
(三元法学文丛)

ISBN 978-7-03-021156-9

I. 私… II. 张… III. ①私法-研究-中国②权利-研究-中国
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 027391 号

责任编辑:徐蕊/责任校对:郑金红

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

铭浩彩色印装有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2008年5月第 一 版 开本:B5(720×1000)

2008年5月第一次印刷 印张:14 1/2

印数:1—2 500 字数:380 000

定价:32.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈环伟〉)

献给我的导师：郭明瑞教授

编委会名单

编委会主任 郭明瑞 房绍坤

组成人员 (按拼音顺序排序)

房绍坤	郭明瑞	胡华强	金福海	潘维大
汤 唯	唐广良	汪建成	杨立新	

编委会秘书长 张平华 徐 蕊



丛书序

为拥有自己的文库，打造学术品牌，在科学出版社的鼎力支持下，烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名？盖因烟台大学校园中心有一湖，名曰“三元湖”。“三元”者含义有三：一者古有连中三元之说；二者，烟台大学为地方出资，北京大学、清华大学援建而成；三者湖面一分为三。三元湖中，三个圆形湖面，心心相连；湖心有岛，湖上横跨小桥，四周翠柳环绕。春来鸟语花香，闲观鱼翔浅底；冬去冰雪沉卧，平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声，徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风，感受到的是远离尘嚣的寂静，读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中，始设于1984年的烟台大学法学专业，已走过了23个年头。期间，三元湖见证了烟台大学法学的风雨历程，分享着烟台大学法律人的喜悦和失意；见证着办学规模由起初的不足百人而至今日的上千人，送走了一批批朝气蓬勃的学子；见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼，期待着法学院的日新月异。变幻的是时空，但不变的是烟台大学法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证！

三元湖懂得感恩，三元湖水或涌于地下，或来自天上，涓涓溪流滋养着她，滂沱大雨浇灌着她，三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑，记载下了北京大学、清华大学、烟台市及各方力量创办烟台大学、建设烟台大学的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达，他们的进步凝聚着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字，借此公告世人、报恩于世人？

三元湖是俊秀的，但她懂得领略东门外一望无际的黄海；三元湖是安静的，但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟台大学法律人不要在湖光山色中沉醉，不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身

后的路标，它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了我国法学界十余名知名学者组成编委会，掌管文丛方略大计；我们将以质量为文丛之生命，以学术性为追求指标，坚持“宁缺毋滥”的原则；我们期望烟台大学法律人（文丛的作者包括了烟台大学法学院现任、专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师，烟台大学法学院的校友等）能在这舞台上自信地展示自己，哪怕所展示的还不值得称道；真诚地奉献自己，哪怕所奉献的成果还显青涩；要勇敢地在舞台上走下去，哪怕不知道路在哪里。

本文丛有如下特点：

（1）“广”。文丛内容涉及民、商、刑、法理、诉讼法等诸领域，研究范围广泛，信息量大；同时，最大限度地展现各专业领域最新研究进展和成果，为广大读者献上内容全面而丰富的学术大餐。

（2）“精”。文丛内容“广”而不乏“精”，内容翔实而不乏力度。突出重点，力求在“面”的基础上使每个“点”的论证更加精道；抓住事物本质，解决问题根本；关注难点、热点、疑点和争点，排忧解难。

（3）“时”。文丛内容博、深而具前沿性、前瞻性。以深厚的法学理论为积淀，植根法学研究，紧随现实动态、捕捉学术讯息，探讨时事热点，服务中国法治建设。

法学理论博大精深，法学研究之路历程艰辛。我们在奋进前行的过程中难免彷徨或焦躁，在自我展示中也恐错误纰漏浮然。若蒙读者不吝指正，我们将不胜感激！

郭明瑞

2007年8月26日

目 录

丛书序

引言.....	1
第一章 权利冲突辨.....	5
第一节 权利冲突是真命题吗?	5
第二节 权利冲突定义初论.....	8
第三节 权利冲突定义再论——从权利冲突原因角度的考察	15
第二章 权利冲突的必然性	24
第一节 权利边界的识别难题	24
第二节 权利冲突的必然性之一：主体角度的考察	35
第三节 权利冲突的必然性之二：客体角度的考察	39
第四节 权利冲突的必然性之三：权能角度的考察	43
第三章 权利冲突关系论	50
第一节 权利冲突关系辨	50
第二节 权利冲突关系的要素	71
第三节 权利冲突关系的类型	77
第四节 义务冲突论	86
第四章 权利冲突行为论	93
第一节 权利冲突行为的法律性质	94
第二节 权利冲突行为中的损害问题	99
第三节 权利冲突行为中的违法性问题.....	115
第五章 权利位阶论.....	141
第一节 权利位阶的基本含义.....	141
第二节 权利位阶的客观必然性.....	147
第三节 权利位阶规则.....	155
第四节 权利位阶原则.....	180
结语：权利冲突与社会共识.....	204
参考文献.....	209
后记.....	219

能够在体验冲突时又意识到冲突，尽管这可能叫人痛苦，却可谓一种宝贵的才能。我们愈是正视冲突并寻找解决方法，我们就愈能获得更多的内心的自由和更大的力量。

——美国心理学专家卡伦·霍妮

引 言

和谐是事物的本质要求，不和谐的法律也难以维持普遍的效力。^① 和谐是秩序的象征，无良好秩序的社会也难谓“和谐社会”。然而，和谐与冲突总是相伴而生，并共同维持着社会秩序的“阴阳平衡”。因此，和谐社会不能回避利益冲突，需要对冲突采取宽容的态度，并使冲突化解机制制度化，避免冲突失控或产生破坏性的后果。^②

和谐社会依赖市场经济、民主政治、法制国家等基本手段而实现。几乎所有的利益冲突均需通过权利机制来实现，其中完备的私法体系更以对权利冲突之有效预防与化解而见长。在漫长的农耕社会里，中国有“差序结构”而无平等的市民关系，有“长老统治”而无民主法制。在灭“利”存“义”等主流价值标准的驱使下，^③ 代表着“争权夺利”的“权利”更为君子所不齿。几千年因循相传的“礼法”也就成为维持“和谐社会”的主要工具。勒内·达维德指出，中国人一般是在不用法的情况下生活的。他们对于法律制定些什么不感兴趣，也不愿站到法官面前。他们处理与别人的关系以是否合乎情理为准则。他们不要求什么权利，要的是和睦相处^④。

① [美] 罗斯科·庞德：《法理学》（第一卷），邓正来译，中国政法大学出版社，2004年，第28页。

② 张曙光：《经济学（家）如何讲道德》，生活·读书·新知三联书店，2001年，第27页。

③ 《论语·里仁》：君子喻于义，小人喻于利。更有甚者，“仁”、“义”可超过生命的价值。例如，《论语·卫灵公》：志士仁人，无求生以害仁，有杀身以成仁。《孟子·告子》：生亦我所欲也，义亦我所欲也，二者不可得兼，舍生而取义者也。

④ [法] 勒内·达维德：《当代主要的法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社，1984年。

历史已经证明,不将利益争斗转化为权利冲突,不将权利冲突消弭于完备的法律制度中,单靠内心的觉醒与道德谴责,和谐社会无法获得长足的生命力。

中华人民共和国成立以后长期将计划作为利益分配的基本手段,以调整私利冲突为己任的民法也成为公法。法治建设的严重滞后一度造成肆意践踏人权的恶果。“国家利益至上”非但未化权利冲突于无形,反而造就“以阶级斗争为纲”的荒唐方略,引发了“文化大革命”等激烈的社会冲突。

从计划经济转轨到市场经济是重建利益格局、完善权利机制的过程。市场经济必定为法制经济,一定意义上,“为利益而竞争”也就是“为权利而斗争”——自由竞争无不通过权利冲突而实现。市场带来了人的解放与造成对人的奴役;市场经济带来了社会财富,也生产出环境污染、道德失范等副产品。权利冲突显然既具有推动经济社会发展的积极功能,也具有使社会走向无序的消极功能。掌握权利冲突的控制与化解之道,实现和谐社会的发展目标,这的确是一个值得举党、举国深思的问题,“提高构建和谐社会的能力”确应成为强化执政能力的重要任务^①。

权利冲突是贯穿整个法律体系的根本问题。宪法的中心问题是协调公益与私益的紧张关系,维持二者的平衡态势。^②“对抗制”审判方式也以平等对待双方当事人作为特征,以创造化解相互冲突的权利主张的程序机制为己任。而作为“权利本位”发祥地的民法,如仅确认权利而无化解权利冲突的机制,权利的安全、可靠性必会下降,由此反而会削弱权利的中心地位。因此,民法理应是权利冲突的生长点,民法学也应走在权利冲突研究的前列。

长期以来,权利冲突问题一直是中国法学界关注的焦点问题。中国的权利冲突问题研究可分如下几个阶段。

1. 产生阶段(1986~1996)。权利冲突问题发端于实务上的困惑,因学者对当事人各执一端、权利打架的疑难案件的理论思索而起。在此阶段中,《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)、《最高人民法院关于审理名誉侵权若干问题的解答》等法律文件的出台,将中国带入权利意识兴盛的时代。一时间,名人发动名誉权诉讼颇为时髦,新闻单位或记者纷纷走向被告席,大有“新闻监督止于诉讼”的趋势。此一问题引起了侵权行为法权威学者王利明、杨立新、张新宝等教授的关注。例如,王利明教授、杨立新教授在研究新闻侵权时,发现保护了自然人的隐私权就会阻碍新闻监督的良性发展这一矛盾现象,进而认

^① 参见《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》(2004年9月19日中国共产党第十六届中央委员会第四次全体会议通过)。

^② 何子伦:《宪法上利益衡量之研究》, <http://www.law-thinker.com/show.asp?id=1819>。

为隐私权与新闻自由权或知情权存在冲突^①。张新宝教授在研究名誉权、隐私权侵权问题时,对于如何平衡言论自由与名誉权、隐私权的关系提出了系统化的主张^②。新闻学专家魏永征教授等也从新闻规律角度对此进行了有意义的研究。总体而言,处于产生阶段的权利冲突研究体现为“问题-对策”式研究模式,研究群体主要是民法学家、新闻专家,他们着眼于现实问题,将权利冲突作为某类案件的代名词,而研究的目的是为新闻侵权等案件的司法裁判提供对策。

2. 反思阶段(1996~2000)。在此阶段,学者对于“问题-对策”式研究进行了认真反思,并希望为权利冲突对策寻找合理的依据。苏力教授在《〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》^③一文中提出,权利的相互性是权利冲突的原因。该文利用功利主义原则(最大多数人的最大幸福),本着权利的制度化配置之视角,得出当言论自由与肖像权冲突时,法律应优先保护言论自由的结论。此论受到关今华教授的批判,其认为权利是平等的,冲突的权利应被均衡而非优先保护某项权利^④。王涌博士从分析法学的角度提出权利冲突的原因是规范冲突、原则冲突,并试图为权利冲突的化解提出全面完整的方略。^⑤总之,这一阶段的研究模式是“反思-批判”的结合,学者们认真探讨了权利冲突的原因、对策,研究群体也从民法学者、实务专家为主扩展到法理学者、民法学者兼具,其中民法学者与法理学者进行了颇有意义的学术争鸣。

3. 深化阶段(2000年至今)。这一阶段是对前两个阶段的集中回应,权利冲突研究更为深入、全面。具体而言,研究课题涉及权利冲突的本体,并直接叩问“法律上是否存在权利冲突”这一根本问题,学术交锋更为激烈。例如,刘作翔教授提出“权利冲突是一个值得重视的问题”,^⑥而郝铁川教授则称权利冲突是一个不成问题的“伪命题”^⑦。研究更具系统性,如刘作翔教授发表了系列论文,对权利冲突的现象、原因、本质、对策等进行了较为全面的研究^⑧。部分硕士、博士学位论文也以“权利冲突”为题,如中国社会科学院2002届法理学专业博士生葛明珍的《权利冲突论》、西南政法大学2002届硕士生姜敏的《权利冲突的法理分析》。也有的学者推出以“权利冲突”为题目的专著,如朱兴文先生的

① 王利明,杨立新:《人格权与新闻侵权》,中国方正出版社,1995年。

② 张新宝:《名誉权的法律保护》,中国政法大学出版社,1997年,第90、91页。

③ 苏力:《〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》,《法学研究》,1996年第3期。

④ 关今华:《权利冲突的制约、均衡和言论自由优先配置质疑》,《法学研究》,2000年第3期。

⑤ 王涌:《私权的分析与建构》,中国政法大学1999年博士学位论文。

⑥ 刘作翔:《权利冲突的几个理论问题》,《中国法学》,2002年第2期。

⑦ 郝铁川:《权利冲突:一个不成问题的问题》,《法学》,2004年第9期。

⑧ 刘作翔:《权利冲突:一个应该重视的法律现象》,《法学》,2002年第3期;刘作翔:《权利冲突的几个理论问题》,《中国法学》,2002年第2期。

《权利冲突论》。^① 由王利明教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》也明确规定了人格权冲突问题。^②

尽管我国权利冲突研究已经取得了可喜的成就，并为进一步的研究奠定了良好的基础，但是我们必须清楚当前的权利冲突研究仍存在下列缺陷：其一，抽象的理论与具体层面的研究脱节。如民法学长期关注知识产权冲突、担保物权冲突、新闻自由权与名誉权冲突等具体问题，缺乏对权利冲突一般理论的抽象研究。而一般理论研究的欠缺导致人们缺乏辨析、控制、化解权利冲突的能力。其二，研究进路不足。多数学者注意到权利冲突是一个十分复杂的法律问题，在主张采用多种研究方法的同时，特别青睐法律经济学分析。权利无疑应以经济为基础，但权利问题绝不等于经济问题。权利冲突研究不应仅专注于经济分析而跳不出来。

本书以对权利冲突一般理论的抽象研究为中心，密切注意理论与具体实务的结合；努力综合各家之说，以扬长避短。本书认为权利冲突虽形式上表现为权利、权利间的矛盾冲突，实际上却是以权利为媒介的人与人之间的冲突。权利冲突离不开对主体间关系的考察，也离不开对主体行为的关注。这是民法坚持以（法律）行为、（法律）关系为基本分析范畴的必然结果。因此，本书以权利冲突行为、权利冲突关系为两个基本研究进路，努力在权利冲突与传统大陆法系民法理论之间构筑桥梁，但愿这一近似“新酒装旧瓶”的作业能给私法上的权利冲突开辟新的视野。

^① 朱兴文：《权利冲突论》，中国法制出版社，2004年。

^② 该建议稿第300条规定，不同种类的人格权在行使时发生冲突的，应当以更符合人的基本价值及公共利益为标准确定优先保护顺序。人格权与财产权、身份权、著作权、社员权等其他权利在行使时发生冲突的，人格权应当受到优先保护，但法律另有规定或者依据具体情形显失公平的除外。

第一章 权利冲突辨

权利冲突辨以权利冲突的定义为中心而展开,涉及权利冲突命题真伪、权利冲突的原因等基本命题。给权利冲突下定义绝非易事,因为,在社会经验层面,人们将性质各异的案件称为“权利冲突”型纠纷,这些纠纷涉及相邻关系法、知识产权法、侵权法等诸多法域。在理论上,权利冲突是由“权利”、“冲突”两词组合而成,而这两个词无不以含义复杂见长。尤其是,“冲突”一词不属于民法上人们习用的法律行为、侵权行为、法律关系等基本范畴,也一直不是正规的民法术语。这就大大降低了权利冲突与传统民法的亲合力,增加了在传统民法视野里开展权利冲突研究的难度。迄今为止,人们对权利冲突问题尚未达成最为基本的共识,尚缺乏一个基本的话语平台,甚至对“权利冲突是否为真命题”——这一研究前提也无定论。

第一节 权利冲突是真命题吗?

权利冲突是真命题吗?如果其是伪命题,则研究权利冲突岂非痴人说梦?长期以来,此属一个聚讼纷纭、莫衷一是的领域。

1. 权利冲突否定论

有的学者从权利的绝对性出发,认为权利是容不得他人侵犯的,故只要己方权利不完满,他方的行为必定为侵权而非行使权利行为。权利的绝对性决定了双方不可能同时有合法的权利,故权利冲突也是不存在的。^①有的学者从权利边界的清晰性、可确定性角度出发,认为“之所以会有权利冲突问题是因为大家都忽略了任何权利都有自己特定的边界,只要人们找到了边界,不越过边界,根本就不会发生所谓的权利冲突”。“守望权利边界,何来权利冲突”,权利冲突是“一个不成问题的问题”,是“伪命题”^②。有的学者从权利的法律基础出发,认为道德权利之间可能存在冲突,但法定权利之间不可能冲突,因为实在法不允许它们

① 葛明珍:《权利冲突论》,中国社会科学院2002年博士学位论文。

② 郝铁川:《权利冲突是个伪问题》,《法制日报》2004年8月5日;郝铁川:《权利冲突:一个不成问题的问题》,《法学》,2004年第9期;郑成思:《私权、知识产权与物权的限制》,《法学》,2004年第9期。

之间发生冲突。“所有的法定权利要服从于司法的界定和解释，并且由法院决定特定的法定权利，授权权利主体享有什么。”换言之，尽管当事人对于什么是法定权利或者法定权利的范围，谁享有法定权利可能存在争执，但只需“一份支持一方反对另一方的司法判决，便消除了各方法定权利冲突的可能性”。^① 有的学者认为，权利冲突与义务冲突是一个问题的两个方面，义务冲突是不真实的，故权利冲突也是不存在的。例如，康德认为义务或责任之间的冲突是不可能的，因为势必是一种义务或责任较强或占上风，从而导致另一方的义务或责任不再是义务。^② 德国刑法学家兹奥尔（Sauer）也认为，冲突只会发生在利益与利益之间，在权利与权利、义务与义务之间不存在冲突。在义务冲突中，实际上只存在一个义务，两个义务中由法律秩序评价为更重要者才是真正的义务。^③

2. 权利冲突肯定论

有的学者从权利相对性角度立说，认为任何权利在特定时空背景下都应忍受来自他人的合法“侵犯”，而因双方都主张权利构成的权利冲突是客观存在的。^④ 有的学者认为在承认社会资源稀缺的前提下，权利具有冲突性或相互性：一个权利的实现必定意味着另一个权利的不可实现。既然任何一方权利的实现必构成对他人权利的侵犯，承认权利的相互性就必须承认权利冲突的普遍存在。^⑤ 有的学者认为权利冲突是由于权利边界具有模糊性所致，在两个或者两个以上都具有法律依据的权利之间，由于法律未对它们的相互关系作出明确界定而导致的权利边界的不确定性和模糊性，进而引发它们之间不和谐、矛盾的状态就可称为权利冲突。^⑥ 因立法上的原因导致权利边界模糊性是不可避免的，因为“对每一个权利之于清晰的边界也超出人类的认识能力”。或者说，“清晰的权利边界是不存在的，除非人们武断地认为存在这样一个界限”。^⑦ 针对司法判决可否定冲突的“权利”或“义务”之一，进而否定权利冲突的论断，有的学者则指出在司法未解决之前并不能否认法定权利冲突的存在。^⑧

① [英] 米尔恩：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社，1996年，第145~148页。

② [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，第27页。

③ 冯军：《刑事责任论》，法律出版社，1996年，第72、73页。

④ 葛明珍：《权利冲突论》，中国社会科学院2002年博士学位论文。

⑤ 苏力：《〈秋菊打官司〉案、邱氏鼠药案和言论自由》，《法学研究》，1996年第3期；王肃元：《论权利冲突及其配置》，《兰州大学学报》（社会科学版），1999年第1期。

⑥ 王克金：《权利冲突的概念、原因及解决——一个法律实证主义的分析》，《法制与社会发展》，2004年第2期；姜敏：《权利冲突的法理分析》，西南政法大学2002年硕士学位论文，第11页。

⑦ 姜敏：《权利冲突的法理分析》，西南政法大学2002年硕士学位论文，第1页。

⑧ 范忠信，侯猛：《法律冲突问题的法理认识》，《江苏社会科学》，2000年第4期。

我们赞成权利冲突肯定论。我们认为,权利冲突是真命题而不是伪命题,权利冲突否定论是不能成立的或其论证是有欠缺的。权利绝对性论者认为权利应绝对受保护,并将权利侵害等同于侵权,既为侵权行为就不可能属于权利冲突,其中隐含着两个前提:权利侵害等于侵权;侵权行为不是权利冲突,而这两个前提都不完全准确。众所周知,就一般侵权而言,只有符合损害、行为的违法性、因果关系、过错等要件的行为才能构成侵权。权利侵害仅仅符合“行为的违法性”这一要件,并不一定构成侵权。侵权行为与权利冲突也难以泾渭分明,因为激烈的冲突本身可能就属于一种侵权行为。依常识而论,以新闻机构实施的侵害自然人名誉权行为为例,我们既可称之为侵权行为,也可以说在两个当事人间存在新闻自由权与名誉权的冲突。权利绝对论者未对以上前提作出准确界定,就断言否定权利冲突之存在,其结论是欠缺说服力的。持权利边界清晰性、可确定性论者认为,“任何权利都有自己特定的边界,只要人们找到了边界,不越过边界,根本就不会发生所谓的权利冲突”。然而,谨依上说,我们却不能得出“权利冲突是一个伪命题”的结论:逻辑学认为命题与逆否命题是等价的,即“命题真,则逆否命题也真”。上述观点的真命题可表达为“守望权利边界,就没有权利冲突”,逆否命题为“之所以有权利冲突,是因为没有守望住权利边界”。该逆否命题清楚地告诉我们,论者并不否认权利冲突之存在,而只是希望指出权利冲突的原因是“人们未遵守权利的边界”而已。其目的与其说是宣告“权利冲突是一个伪命题”,不如说是提醒人们注意:权利冲突是一个客观的问题,是一个值得认真对待的问题。从权利的法律基础、义务冲突、法院裁判结果的唯一性等角度否定权利冲突的学者,他们实际上也是以权利冲突是真实存在为前提的,而所谓“由法律秩序评价其中一项权利或义务,进而仅支持其中一项权利或义务,或者由法院最终判决肯定其中一项权利”云云,无不以承认权利冲突为前提而非否定权利冲突,其关注的问题是权利冲突的解决方案,而非权利冲突之有无。

必须指出,权利冲突命题之真伪涉及:权利是绝对的还是相对的;权利边界是清晰的、可确定的,还是模糊的、不可确定的;法律是准确的还是模糊的、裁判或法律解释的结果是唯一的还是多元的等复杂问题。不对这些问题认真研究,仅限于上述简单的分析,所作批驳同样乏力。尤其是,因为论者分析角度不同,对权利冲突的定义也就不同,关于权利冲突命题真伪的结论自然大相径庭。例如,有的学者将权利冲突限定为司法裁判前的当事人间的状态,有的学者则从司法裁判后的结果角度考察权利冲突是否存在。如将权利冲突作为“状态”,则论者很容易承认权利冲突;反之,如将权利冲突作为“结果”,则容易得出权利冲突否定论。因为经法律秩序对相互冲突事物作出评价,对冲突事物常常作出唯一的选择,而一定意义上,司法裁判确实也是以消灭冲突为目的。以上缺陷导致权利冲突肯定论、否定论难以形成真正的对立,学术争鸣总难免“关公战秦琼”之

嫌。因此,欲深入研究权利冲突问题,真正辨析权利冲突命题之真伪,就必须研究权利冲突的定义。

第二节 权利冲突定义初论

一、权利冲突定义诸说述评

在“权利”、“冲突”两词中,人们对前者耳熟能详,对后者则略显陌生,而后者却决定了“权利冲突”的基本属性,诚如杨立新教授所言,欲清楚权利冲突的定义必须从对冲突的概念分析入手。^①按此进路形成的权利冲突定义有民事纠纷说、权利不能并存说、权利主张相互对立说、状态或过程说等。

(一) 民事纠纷说

该说认为权利冲突是民事纠纷,研究法律纠纷问题就是研究权利冲突问题。^②社会纠纷也就是社会冲突,而社会冲突是一种反社会性的现象。^③

我们以为,权利冲突确属民事纠纷,但民事纠纷并非皆为权利冲突。民事纠纷案由繁多^④,能归入权利冲突之列者仅有相邻关系案由、部分损害赔偿或侵权案由等,其他案由多难以与权利冲突关联。诉的种类主要包括给付之诉、确认之诉、形成之诉等,其中最为常见的是损害赔偿之诉(给付之诉),损害赔偿之诉又包括违约损害赔偿之诉、侵权损害赔偿之诉、缔约过失损害赔偿之诉等。各种诉的诉讼请求、诉讼理由千差万别。所有的诉讼固然均可称为权利纠纷,但我们却难以将这些异质性强的诉讼都称为权利冲突。如果将权利冲突等于民事纠纷,则权利冲突不可成为独立的问题。将二者混为一谈,不仅无法研究权利冲突问题,也不利于研究民事纠纷问题。同样的道理,权利冲突也不等于社会冲突,社会冲突有的体现为权利冲突,有的则未必。权利冲突也不全属“反社会现象”,例如,为充分利用物的交换价值而产生的担保物权冲突制度,无疑具有积极功能。

(二) 权利不能并存说

该说认为权利冲突指不同权利不能并存的状态,^⑤或者指因为不同权利难以

① 杨立新:《权利的冲突与协调——侵权行为法的价值选择基准》,见:杨立新主编,《侵权司法对策》,吉林人民出版社,2002年第1辑。

② 孙万胜:《司法视野中的纠纷》,《当代法学》,2001年第6期。

③ 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》(修订版),法律出版社,2004年,第17页。

④ 最高人民法院《民事案件案由规定(试行)》(2001年1月1日生效)将民事诉讼的案由归纳为300种。

⑤ 葛明珍:《权利冲突论》,中国社会科学院2002年博士学位论文,第13页。

并存而引发的权利“不相容使用”状态。^①

我们认为,用否定词下定义是采用排除法对事物外延的描述,而非对事物内涵或本质的把握。为此,定义者须保证外延清楚,以使之不存在与被定义项相反的事物。比如,欲定义“中国人”,我们就必须说“中国人是世界上除了日本、英国、美国……(所有非中国的国家)外的人”。如认为权利不能并存的情形就是权利冲突,就必须先准确界定何者属于权利能并存的情形。不同权利的并存是民法上的普遍现象。就单一民事主体而言,任何人均可同时享有人身权、物权、债权、知识产权、继承权等,这些权利能够在同一主体上并存,如否定这种并存现象就等于否定主体制度。反之,不同的权利在同一个主体上也不能并存。比如,主体不可能对一个标的物既享有所有权,又享有担保物权、用益物权,因为前者会将后者吸收;也不能既享有所有权又享有债权,因为两者相互否定。同一主体上权利不能并存的现象并非权利冲突,而是依权利性质配置权利的必然结果,是当事人能否取得权利的问题,而不属于主体间的权益纠纷,也不属于权利冲突问题。就多个民事主体而言,当事人间可以用合同的方式规定权利并存,也可以依照法律各自享有绝对权利,如双方分别享有名誉权、言论自由权。当权利尚未被行使状态,不同主体间的权利可以并存,但一旦各自行使权利,其又可能不能并存。这表明“权利不能并存”问题存在多个观察层面,在不同层面上权利能否并存的判断标准也并不一致:静态上权利不能并存涉及权利的归属或配置问题,动态上权利不能并存涉及权利行使与权利实现问题。静态上可以并存的权利,在动态上可能不能并存;反之亦然。所以欲研究权利的不能并存问题必须指出研究的层面或角度,否则会得出自相矛盾的结论,如名誉权与言论自由权可以在静态上并存,因而不存在权利冲突;但在行使言论自由权时,二者又不能并存,此时又会存在权利冲突。还须指出的是,“权利不能并存”论强调权利冲突以两权利间存在“非此即彼”式的矛盾为特征,而此种形式的矛盾应属于权利冲突程度最激烈的形态,不能涵盖权利冲突样态之全部:权利冲突既可以表现为“非此即彼”式的选择,例如,在所有权与债权冲突中,此时,法律一般只保留所有权而否定债权;也可以表现为法律分别对两项权利进行限制,或者在诉讼中两主体互相退让一步,从而最大限度地同时实现两项权利。例如,相邻建筑物所有人,一方主张打麻将的权利(可称为娱乐权),另一方则希望排除噪声干扰,安静地休息(可称为休息权)。在此项权利冲突关系中,娱乐权人可以在室内增

^① 王启富,马志刚:《权利的成本-效益分析》,《政法论坛》,1999年第4期。