



法治建设与法学理论研究
部级科研项目成果

民事权利体系研究

李永军 主编



中国政法大学出版社

D913.04/98

2008



法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

民事权利体系研究

主 编 李永军

撰稿人 朱庆育 席志国

郑永宽 魏 潜

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事权利体系研究/李永军主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-5620-3133-8

I. 民... II. 李... III. 民法-研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 187717 号

书 名 民事权利体系研究
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 787×960 16 开本 24 印张 490 千字
版 本 2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3133-8/D·3093
定 价 39.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序 言

权利在本质上是主观的还是客观的?对此,学者之间存在争议,并由此形成了权利主观主义理论与客观主义理论。权利主观主义理论认为,权利是民事主体的个体权利,权利源于人性本身,必须承认权利相对于法律的独立性及其优势地位。而权利客观主义则认为:权利只是社会规则的个体结果,权利是法律规则的副产品。个人只能在客观法划定的范围内享有主观权利。主观权利不能借助自身就能存在,他们不是从虚无中自发产生的,不是“天赋”的权利,主观权利只存在于不同法律规则所划定的范围内、所制定的条件下。虽然说从大陆法系与英美法系的法律运行过程看,都在奉行“权利客观主义”理论,但大陆法系的民法典却是以主观权利的存在为前提的。因为,如果不是“权利本位”的作用,就不可能出现所谓的绝对权、相对权、债权、物权、人身权等权利,也就没有违约责任与侵权责任的划分。而权利本位就是以主观权利为理论基础的。这似乎是大陆法系理论、立法与司法实践的一个悖论。因此,我们在考察民事权利体系时,首先必须对权利的性质进行考察。我们认为,权利应当是主观而非客观的,否则,就真的如凯尔森所言,只有规范而无权利。那么,法典化也就无从谈起。

除此之外,在大陆法系,绝对权与相对权、债权与物权的二元划分使违约责任与侵权责任的责任二元体系得以形成;物权与债权的划分使支配权与请求权的划分得以完成;使取得时效与诉讼时效负担不同的使命;处分行为与负担行为(物权行为与债权行为)必然发生。而行为能力的构造使理性统一了人们的行为,使意思自治的原则得以在支配权与请求权之间彻底贯彻。当然,绝

对权与相对权、债权与物权的二元划分对民法体系构建的影响绝不止如此。在两种抽象规范的划分之间出现了某种连带的模糊地带,即所谓违约责任与侵权责任、绝对权保护与相对权保护的竞合现象。其中,最为明显的是在违约中出现了非财产性损害的契约性救济,我国《合同法》第122条就是著例。另外,“加害给付”、“债权的不可侵性”的出现,也是现实生活给抽象的规范提出的挑战。

人格权与物权的问题,因我国《物权法》已经通过、民法典已经雏形具备而显得特别引人注目,故在研究民事权利体系中也不得不提。在人格权问题上,学者关注的问题是:①人格权是自然法上的权利还是实证法上的权利?②是宪法上的权利还是民法上的权利?③人格权与权利能力关系如何?④人格权在中国未来民法典上是否应当独立成编?无论学者之间如何争论,不争的事实是:大陆法系迄今为止的民法典没有将人格权独立成编的先例。人格权当然也不仅仅是民法上的权利,德国的宪法法院就曾经就死后人格权的保护进行过裁判。同时,令我们发生疑问的是:德国的民法典已经进行过多次修改,其债法在几年前刚刚进行过现代化,而人格权为什么不进行修改而成编或者详细化?为什么还是以判例的方式存在,而且其判例是以基本法与民法典的第823条为基础?其后的《瑞士民法典》与刚刚施行的《荷兰民法典》也没有将其独立成编?因此,人格权独立成编之利弊仍然是有讨论余地的。一个国家的民法典中人格权是否独立成编,与一个国家人格权的具体状况并不是一个成正比的问题。

《物权法》虽然已经通过,但现在《物权法》所规范的问题与中国目前对《物权法》所期待完成的使命之间仍然存在距离。法律是传统的产物,如何在法律中贯彻一个民族的精神与传统,使其具有本土化从而具有顽强的生命力,是每一代法律工作者的使命。物权法距离这样的使命还是具有相当的差距

的。

本书虽然是对民事权利体系的研究,但仅仅是对这一问题研究的开始,因为这一题目具有相当的难度。因此,本书中有许多观点尚需要完善。同时,希望学术界同仁给予批评指正。在本书的完成过程中,得到了许多同志与朋友的支持,特别是中国政法大学出版社的支持和帮助。编者在此对为本书的协作与出版给予帮助与支持的人表示衷心感谢。

编 者

2007年1月2日于北京

作者简介与分工

李永军 男,1964年生。民商法博士、博士后,现为中国政法大学法律系民商法教研室教授,博士生导师,从事民商法研究与教学。中国法学会民法学会理事,中央司法警官学院兼职教授。主要作品有:《合同法》,法律出版社2006年版;《民法总论》,法律出版社2006年版;《海域使用权研究》,中国政法大学出版社2006年版;《商法学》,主编,中国政法大学出版社2004年版;《民法学》,副主编,中国政法大学出版社2000年版。

朱庆育 男,民商法学博士、中国政法大学副教授,曾在《读书》、《比较法研究》、《政法论坛》、《中外法学》等刊物发表文章20余篇,著有《意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论》等。主要负责本书第一编第一章的写作。

席志国 男,汉族,1975年3月生,内蒙人。中国政法大学民商法学博士,北京工业大学实验学院法学专业负责人。发表过《国家司法考试名家专题》等多本专著,“让与担保妥当性研究”、“动产抵押制度重构”等多篇学术论文。负责本书第四编的写作。

郑永宽 男,福建漳浦县人,1978年生。民商法学博士、现为厦门大学法学院教师。其代表作为:《德国私法上意思表示错误理论之批判检讨》、《法人人格否认论》、《一般人格权的确立与适用》。主要负责第二编的写作。

魏潜 男,湖南隆回人,1972年生。1997年获得中国政法大学民商法学博士学位,发表过多篇学术论文。负责第三编与第五编的写作。

目 录

第一编 权利总论

1	第一章 权利的理念——以客观权利理论的检讨为线索
1	第一节 导 言
3	第二节 权利理论史略
6	第三节 权利的非伦理化:客观权利论之理论推衍
21	第四节 逾淮为枳:客观权利理论在中国的命运
30	第五节 结 语
33	第二章 民事权利体系通论
33	第一节 权利的性质认识及其对权利体系的影响
36	第二节 民事权利的体系分类
45	第三节 请求权体系
49	第三章 权利的结构
49	第一节 关于权利结构的传统理论
51	第二节 民事主体及其理性基础
68	第三节 权利能力的本质

第二编 私法体系中的人格权

80	第一章	人格与人格权概念历史变迁
80	第一节	人格的历史演变及价值变迁
85	第二节	权利能力概念及其与人格关系简析
88	第三节	人格权概念历史回顾
90	第二章	人格权的结构解析
91	第一节	人格权主体
107	第二节	人格权客体
115	第三节	人格权内容
117	第三章	一般人格权的确立及其适用
117	第一节	导 论
118	第二节	人格权性质解析
119	第三节	一般人格权制度的确立
129	第四节	一般人格权的法律适用
135	第五节	结语

第三编 论物债二分对民法典体系及其制度建构的影响

136	引 言
136	第一章 罗马法的物债二分及其相应的制度与体系建构
136	第一节 罗马法“物”的高度抽象性与所有权的绝对性
140	第二节 债的内在统一性与债法的相对体系化
145	第三节 罗马法物债二分法律思想及其相应的制度建构
153	第四节 对物之诉与对人之诉及诉权作为民法系统化的结构性要素
158	第二章 中世纪与近代理性自然法时期的物债二分
158	第一节 不动产土地分割与多元的“所有权”形态及其典型特征

162	第二节	占有的权利化与所有权的相对化
165	第三节	近代理性法时期的合意契约理论与民法法典化
170	第三章	物债二分理论与《德国民法典》体系的建立
170	第一节	德国法学实证主义的认识论与方法论基础
174	第二节	萨维尼物债二分与物权行为理论的体系意义
179	第三节	请求权基础上的绝对权/相对权作为德国民法典 体系结构的基础
189	第四章	物债二分结构下民法典相应制度与体系建构分析
189	第一节	物债二分对财产法与债法内部体系和制度建构的影响
194	第二节	德国法物权保护二元机制的体系结构与物上请求权制度
205	第三节	善意取得和取得时效的制度建构与体系关联
219	第五章	对我国物权法的简要评析及我国民事立法的思考
219	第一节	对我国物权法的简要评析
224	第二节	对我国民事立法与民法法典化的思考

第四编 物权体系中的问题与反思

234	第一章	物权的种类及规范体系
234	第一节	物权法定原则及其反思
239	第二节	物权法定原则下的物权类型化及其规范体系
244	第二章	物权之变动
244	第一节	我国法律对待物权变动的态度
246	第二节	物权变动公示论(一)——不动产登记制度之完善
258	第三节	物权变动公示论(二)——动产的占有
265	第三章	所有权体系反思
265	第一节	所有权的意义
266	第二节	对我国物权法上的所有权体系化之基石——所有制的反思
269	第四章	用益物权体系论

270	第一节	比较法视角下的用益物权
276	第二节	我国《物权法》上的用益物权概览
277	第三节	《物权法》之用益物权体系的进步及其不足
281	第四节	用益物权体系之重构

第五编 从债权优越论看现代私法的变迁 兼论我妻荣《债权在近代法中的优越地位》

289	引言
289	第一章 我妻荣的论证方法和主要观点简述
290	第一节 所有权的支配作用与债权色彩的递增
291	第二节 债权的财产化与财产的债权化
297	第二章 对我妻荣的方法论与观点的质疑
297	第一节 私法中的财产与权利
302	第二节 我妻荣的方法论与观点存在的主要误区
329	第三章 从法哲学的视角对现代私法危机的原因分析
329	第一节 现代私法危机及其原因透视
336	第二节 事实与规范:对法社会学方法论的考察
343	第三节 法社会学方法论存在的主要误区
349	第四节 对法社会学认识论基础的法哲学透视
357	第五节 后现代法学:虚无还是超越?
365	第六节 哈贝马斯的第三条道路:对现代法学的重构与超越?

➡ 第一编 权利总论

第一章 权利的理念 ——以客观权利理论的检讨为线索

第一节 导 言

一、问题意识

法学研究中,讨论权利的概念往往在探究权利本质的名义下进行。这种方法应当说是颇为有效的,因为,人们对权利本质的抽象代表了他们对权利理念的整体认识,而权利的概念表述则是这种认识的凝练表达。在此意义上我们可以认为,如何把握权利理念是权利的理论研究中无法回避的问题。由于权利首先涉及的是个人之间的关系,其内在性质主要由私法理论所表现,^{〔1〕}故私法研究对“权利理念”问题予以关注便显得尤其重要。

在西方法学史上,权利概念占据私法的核心地位长达一个多世纪之久。^{〔2〕}其间所积累的研究成果到现在亦已蔚为壮观,诸多私法研究者将其进行了类型化整理,归纳出有关权利本质的“意思说”、“利益说”、“法力说”、“自由说”、“资格说”等各种学说。虽然尚不能断言既有学说已穷尽了一切可能,但它们毕竟形成了相当的知识积累,为我们提供了对这一问题继续施以关注并进行对话的平台。

与作为“主观说”的“意思说”相对应,学者多将“利益说”称为“客观说”,而“法力说”则似乎构成另外一种学说,但观其内容,它有如“利益说”,同样认为权利概念包括“利益”与“法力”两客观要素,差别仅仅在于各自的侧重点不同而已,因此,我将其二者以“客观权利理论”之名一并称之。由“利益说”与“法力说”共同构成的客观权利理论迄今为止一直主导着我国对权利理念的诠释,自私法角度观之,其影响是全方位的,

〔1〕 [葡]叶士朋:《欧洲法学史导论》,吕平义、苏健译,中国政法大学出版社1998年版,第157页。

〔2〕 “在上个世纪以及在本世纪的很长时间内,权利是私法的无可争辩的核心概念。”[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。

所以,本文对权利理念的检讨,以客观权利理论为基础而展开。

拉伦茨指出,“理论之建构、批评及防卫乃是法学的主要工作,也总是涉及体系的构成。”^{〔3〕}而对于“学术理论”,德莱尔(Ralf Dreier)则将之定义为“由多数——彼此具有推论关系,而此关系本身又可满足起码的一致性及可检验性的要求之——陈述所构成的体系。”^{〔4〕}这意味着,任何能称为“理论”的知识系统皆无例外地有其自身相对完整的理论逻辑。因此,研究者们在选择各自所认可的理论时,欲使其选择至少具有最低限度的合理性,最大限度地理解该理论自身脉络理应成为不可或缺的前导性工作。关于客观权利理论,我们需要面对的问题主要是:客观权利理论是如何出现的?其理论支援是什么?在其理论支援之下,它又将呈现何种理论推衍?客观权利理论是如何进入中国的?中国如何对它进行理论改造?改造的目的何在?改造的理论支援又是什么?显然,对这些问题全面而详尽的回答将构成一个庞大的理论体系。本文的工作仅仅在于对这些问题提供一个基础性的初步研究。通过对西方客观权利理论的简单检讨,本文试图指出:客观权利理论以功利主义与实证主义为理论支援;受“利益”与“法力”两要素制约,其理论推衍将表现为权利的可量化性与权利的法定性;而权利在走向客观化的过程之中,权利的非伦理化亦相伴而生。^{〔5〕}本文同时意欲表明,权利的非伦理化将有利于国家权力对个人权利的扩张。中国在接受客观权利理论时则根据自己的需要对之作了某种程度的重新诠释。

二、论证理路

对于权利的本质,我既无力在既有学说之外形成自己有创意的新学说,且对再添加类似学说之必要性尚持怀疑态度。本文用意毋宁在于,依循客观权利理论之脉络对其相关论证作出检讨。罗马法上有过“法律理由停止之处,法律本身也停止(cessante ratione legis cessat lex ipsa)”的法谚,由此可见法律理由对于法律的重要性。与之相应,若是不避邯郸学步之讥,那么在法学理论领域中,比照上述罗马法谚,称“法学论证停止之处,法学本身也停止”或亦可接受。同时,拉伦茨的研究成果表明,法学的特点之一在于,“不管是在实践(=‘法适用’)的领域,或是在理论(=‘教义学’)的范围,

〔3〕 [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台北五南图书出版有限公司1996年版,第367页。

〔4〕 Ralf Dreier, *Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz in: Recht - Moral - Ideologie*, 1981. 转引自拉伦茨,同上注,第367页。

〔5〕 此处所称“伦理”有别于我国传统的“伦理”。其间区别在于:后者是一种“家族伦理”,代表的是群体主义观念;前者则为个人本位的伦理,反映个人主义理念。因此当我们说“中国古代法律是伦理化的法律”并力图避免时,它所指的应该是家族伦理化的法律。关于中国传统与西方理论观念的差别以及中国法律伦理化,可参阅梁漱溟:《中国文化要义》,学林出版社1987年版,尤其是其中第五章(“中国是伦理本位的社会”);瞿同祖:《中国法律之儒家化》,载氏著《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第328~346页。

法学涉及的主要是‘价值导向’的思考方式。”〔6〕而主要采取定律论模型(nomological models)与演绎模型(deductive models)的科学推理却以价值中立为前提。〔7〕为考察价值无涉的逻辑推理与价值判断之间的关系,佩雷尔曼(Chaim Perelman)提出是否有价值判断的逻辑,价值判断能否通过推理加以证明等问题。虽然经过数年的研究,佩氏得出的结论是否定的,但他却因此而发现了与形式逻辑分析推理一样、亦源于亚里士多德的另一种推理工具——辩证推理。为了与黑格尔和马克思的“辩证法”相区别,佩雷尔曼称之为“论辩推理(argumentative reasoning)”。与逻辑的分析推理以“证明”为目标不同,论辩推理是一种旨在“说服”对方的推理工具。二者的区别之一在于“证明是在一个封闭的单义性的系统内展开的”,“系统内一个命题的真是客观的;并且根据不矛盾律,它不能与其他任何命题不相容”,证明目的在于通过消除任何引起争议的东西来达到证明对象的无可争议性或自明性;而“论辩涉及一批假定得到承认的命题,这些命题是不确定的和多义的,倘若需要,对他们所包含的每个成分都可进一步提出疑问。”〔8〕基于对法学领域中是否包含“无可争议”或“自明”之命题的怀疑,我以为,在法学研究中采取论辩式推理或不失为有效的论证方式,因此,本文力图依循这一进路而寻求与客观权利理论的对话。

第二节 权利理论史略

一、客观权利理论之源:意思说

西方中世纪晚期,宗教改革与伴随着市民阶级运动的文艺复兴导致教会威信逐渐衰落,个人主义得到前所未有的发展,而科学的兴盛又使得人的理性得以伸张,其结果是,崇尚人的理性的主观主义取代了“神”的观念,在世俗社会居于统治地位。在政治学说中,社会契约论与“天赋权利”理论被用来反对皇权与教会权力、确立个人权利在世俗社会中的正当地位。哲学家与法学家们基于相同的目的亦普遍采纳了“天赋权利”理论。为批判中世纪神学自然法,以人的理性为核心的近代“古典自然法”遂粉墨登场。古典自然法理论认为,法律分为自然法与实定法(意定法),后者由人的世俗理性以前者为基础而制定。既然实定法本身即来源于人的理性,那么,法律权利在本质

〔6〕〔德〕拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,台北五南图书出版有限公司1996年版,第106页。

〔7〕〔美〕S. 摩根贝塞:《科学解释》,鲁旭东译,载《哲学译丛》1987年第6期,第48~52页。

〔8〕〔比〕Ch. 佩雷尔曼:《逻辑学与修辞学》,许毅力译、张赵梅校,载《哲学译丛》1988年第4期,第58~61页。致力于“在现代科学范围内抵制对科学方法的普遍要求”(第17页)的加达默尔亦对古希腊“一切通过提问的认识的过道”(第466页)这一问答式辩证法论辩予以强调,认为它是“进行某种真正谈话的艺术”(第471页),并断言,“精神科学的逻辑是一种关于问题的逻辑”(第475页)。关于古希腊“辩证法”的具体论述请参见〔德〕加达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第465~486页。

上自然就表现为一种基于人的理性的“意志权力”。〔9〕这就是所谓的权利本质的“意思说”。该学说因其将权利与主体意思结合起来分析,故又被称为“主观说”。“意思说”对于西方法学理论的发展,对于作为实定法典型的法典编纂起到了实际的推动与指导作用,并牢固地在人们心目中确立了人格平等、意思自治等法律观念,有其不可抹杀的历史意义。

然而,任何思想皆不可能脱离具体的历史境域。随着历史的演进,“意思说”的说服力日益衰弱,其原因主要在于该理论及其所依托的哲学、政治学说是被用来反对“君权神授”与教会权力世俗化的。某种批判学说的意义主要在于以质疑的方式来补正或推翻在先理论,因此,一旦它所针对的目标消失,该学说亦将面临修正甚或被取代的危险,而这一过程亦是在新的批判理论的推动下完成的。19世纪,君权与教权的问题在西方已基本得到解决,理论家们的研究导向因此而发生了转变。这在根本上动摇了理性主义主观权利学说的地位。

二、客观权利理论之本:利益说

随着法学作为一门独立学科的发展,法律和哲学观念、政治学说与道德规范的区分越来越显得必要。在法学理论的层面上,主观权利理论不仅难以解释个人内在理性何以能够产生客观的权利以及意在保护这些权利的法律制度本身,而且在面对“为什么人会产生这样的意思,以至于它导致了权利与法律的出现?”这些类似的追问时,它更是显得一筹莫展。当然,这一追问颇具本质主义意味,但古典自然法理论同样带有浓厚的本质主义色彩,如此设问,可谓是“以子之矛,攻子之盾”,它往往是致命的。

〔9〕 关于个人主义的理性哲学与自然法、主观权利之间的关系及其发展历程,可参阅:[美]E. 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第三章;叶土朋,注2,第4章。另外,将权利归结为“意思权力”同时也是历史法学派的主张,只不过历史法学派是从“历史传统”、而非抽象理性的角度得出这一结论。该主张的来源之一是18世纪末的思想家柏克(Edmund Burke),在其《法国革命论》中,柏克认为:“自然乃是不假思索而又超乎思索之上的智慧。……根据一项按照自然的模式而运作的宪法政策,我们就接受了,我们就掌握了,我们就传递了我们的政府和我们的特权,其方式正如我们享受并传递我们的财产和我们的生命一样。”“政府并不是由于天然权利而建立的,天然权利可以,而且确实是完全独立于它而存在的”。[英]柏克:《法国革命论》,何兆武、许振洲、彭刚译,商务印书馆1998年版,第44、78页。关于历史学派的相关资料介绍以及它与以卢梭为代表的“自然权利”观念的对照,可参考何兆武:《天赋人权与人赋人权》,载氏著:《苇草集》,三联书店1999年版,第422~438页。相应地,在德国持“意志权力”说的最重要的代表皆隶属于历史法学派,如萨维尼与其追随者普赫塔、温德沙伊德等。其中萨维尼为最具代表性的人物。萨氏深受反对启蒙理性精神的浪漫主义运动影响,斥自然法学说为“哲学的一种无根的傲慢”,其早期的法学理论接近法律实证主义。然而,萨氏后期不再主张制定法的优先性,而认为“民族的共同法律信念”即“民族精神”方为最重要的法源,试图从传统资源中为法律寻找根基,转而反对实证法学并创立历史法学。这样,历史法学派借助“历史传统”而达到了理性主义自然法的结论。相关论述请参见林端:《德国历史法学派——兼论其与法律信实论、法律史和法律社会学的关系》,载《台大法学论丛》第22卷第2期(1993年6月),第39~71页。

主观权利理论最著名的批判者是德国法学家耶林。在社会进化论的影响下,耶林首先将原本被认为适用于客观世界的“因果律”导入主观意志领域:

根据“充足理由律”(“Principle of Sufficient Reason”),没有任何东西能够自我产生,这意味着任何事物的产生、世界上任何有意义的变化皆为此前另一变化所导致的结果,没有先前事件的发动就没有事后的结果。这一事实是我们的思想假定,同时它又为经验所证实,如众所知,我们将其冠以“因果律”(Law of Causality)之名。

因果律在意志领域同样有效。欠缺充足原因的意志活动与缺乏充足原因的物质运动都是不可想象的。而如果说在没有外在推动原因的情况下意志能够自我产生,那么所谓意志自由,将无异于一个人能够抓住自己的头发将自己从泥沼中拔出来的哲学神话(Münchhausen of philosophy)。^[10]

该论证暗示,对于上述问题,主观权利理论所提供的解释必将陷入循环论证。耶林进而指出,对于一个人而言,他有意识地实施某项行为,不是因为“无它,唯想去实施耳”,而是因为他想获得某种东西。易言之,目的乃引发行为之根源所在,是所谓“无目的即无行为(no action, without purpose)”。^[11]因此,对于法律来说,更重要的不在于“意思(意志)”本身,而在于借以产生该意思的目的。那么,该“目的”指向什么?耶林将之归结为“利益”。他认为,在人的自主行为中,“利益是每一行为不可或缺的条件——无利益的行为正如无目的的行为一样荒唐,它在心理上是是不可能的。”^[12]这一认识促使耶林从权利的主观论(right in the subjective sense)向权利的客观论(right in the objective sense)转化,并明确地提出“利益说”,将权利的本质归结为受法律保护的客观利益。^[13]

然而,耶林并非首次将权利归结为利益之人。在此之前,强烈反对自然法理论的边沁即已得出相似的结论。边沁建立了以快乐(pleasure)与痛苦(pain)作为衡量道德与立法标准的功利主义学派,在其《立法理论》(The Theory of Legislation)中,他将“权利”与“义务”确定为市民法(civil law)两个最基本的概念,其中权利对应快乐,义务则意味着痛苦,而快乐的大小又以主体所享有利益的多少为标志。故边沁以为,“权利在本质上是其享有者的便利与利益。”^[14]

[10] Rodulf von Jhering, *Law as a means to an end*, English translated by Isaac Husik, New York: The Macmillan Company, 1924, pp. 1 ~ 2.

[11] *ibid.* p. 2.

[12] *ibid.* p. 40.

[13] 在1865年的《罗马法精神》(*Geist des roemischen Rechts*)中,耶林沿袭了历史法学派的“意思说”观点,只不过于其权利定义中加入了“利益”的因素。到1877年的《法律:作为实现目的的一种手段》(*law as a means to an end*)时他已完全放弃了“主观说”,而改宗客观的“利益说”。*ibid.*, author's preface, p. liii.

[14] Jeremy Bentham, *The theory of Legislation*, edited by C. K. Ogden, English translated from the French of Etienne Dumont by Richard Hildreth, London: Kegan Paul, Trench, Trubner, and Co. LTD, 1931, pp. 89, 93.

三、客观权利理论之流：法力说

启蒙运动除把“人性”从“神性”中解脱出来外，它还使得自然科学飞速发展，这一巨大成就又诱发了人们以自然科学模式来统一各学科的倾向。法学当然亦难逃此运。19世纪，欧洲社会开始出现了新的转向：哲学上，法国哲学家孔德（Auguste Comte）创立了实证主义哲学，宣称“所有的思辨，无论是个人的或是群体的，都不可避免地先后经历三个不同的理论阶段，通常称之为神学阶段、形而上学阶段和实证阶段。”^{〔15〕}并认为，其中实证阶段是最高阶段；政治上，民族国家纷纷建立，国家的世俗权力得到空前强化；法律上，欧陆各国基本上都已制定出或将要制定出自己的法典，其法律体系日趋完备。这些成果共同促成了法学研究中实证主义取代此前自然法理论的趋向。

与国家主义思想相结合的法律实证主义重视国家实证法的效力，表现在对权利概念的解释上就是突出权利的“法律强制性”因素。法律实证主义认为，仅仅是“利益”本身并不能令其成为法律上的权利，某种利益上升为实证法上的权利，并因此而区别于其他利益的根本在于法律对之加以规定并提供保护。易言之，权利的本质在于法律所提供的强制保障力。这一主张被称为权利的“法力说”。“法力说”似乎补正了“利益说”指涉过于宽泛的缺漏，然而，在提出“利益说”时，耶林所谓的“利益”已由“受法律保护”所限定，并且将法律定义为“由以外部强制为手段的国家力量来确保的最广泛的社会生活条件的总和”。^{〔16〕}但由于他的客观权利说是在批判主观权利说的基础上产生的，其论述重点在于与主观“意思”相区别的客观“利益”之上，故其中的“法律保护”因素并未得到特别突出。因此，事实上，“法力说”只是在“利益说”的基础上，通过改变强调重点（从“利益”转向“法力”）而形成的，究其实质，它对权利概念的解释同样由“利益”与“法律之力”两客观要素构成。这表明，与“利益说”相较，“法力说”并无太大的理论突破，只不过是客观权利理论的另外一种表现形式而已。

第三节 权利的非伦理化：客观权利论之理论推衍

从历史上看，自然法理论最重要的倡导者，如霍布斯（Thomas Hobbes）、洛克等人并不是专业的法学家，他们的自然法理论是作为其哲学思想与政治学说的组成部分而得到阐发的。易言之，当他们借助自然法理论，将人的理性“意志”作为权利的核心、并进而以此作为法律的正当化理由之时，其目的并不在于提出一种法学理论，而是在于表达相关哲学与政治主张——虽然在客观上有利于法学理论的发展，他们的研究兴趣亦基本上集中于与实定法相对应的“自然法”。因此，严格而论，依附于自然法学的主观权利论并非纯粹的法学理论，它更多的是由当时的道德哲学观念与政治学说直接

〔15〕 [法]奥古斯特·孔德：《论实证精神》，黄建华译，商务印书馆1996年版，第1页。

〔16〕 Jhering, *supra* n. 10, p. 380.