

第60卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW VOL. 60

◆ 梁慧星 / 主编

本卷要目

专题研究

【瞿灵敏】

权利泛化背景下民事利益权利化的要件及其路径

【辛巧巧】

自己不动产役权探析

【于轲珩】

信赖利益在违约损害赔偿中的适用：以亏本合同为例

【叶锋】

审视与构建：论不完全行为能力人的民法保护

【姜海洋】

论角色商品化的法律保护

【朱涛】

论抵押财产的范围

【杨遂全 文 项 李 娟】

亲属生存保障与代位继承和代位赡养

【朱芸阳】

股东派生诉讼的困境与出路

慈善法

【李 芳 黎颖露】

论我国慈善立法中慈善组织认定制度的建立

判解研究

【党海娟】

论建设工程施工合同无效时承包人的不当得利请求权

【潘诗韵】

对保险条款中非保险术语的再认识

【靳 羽】

名誉侵权“过错”要件考察

【蔡国伟】

论实现担保物权特别程序与诉讼程序的关系

【王金根】

我国信用证欺诈例外构成要件研究

体育法

【董金鑫】

析《体育仲裁法典》晚近修订的特色及发展方向

域外法

【王远胜】

资产证券化风险留存监管制度的构建

【夏昊晗】

医疗合同：《德国民法典》的新成员

【王 栋】

美国不当得利返还责任的正当性基础研究及启示

【李 宁】

混合法律体系视野下的路易斯安那州法

【李 宇】

国际合同法最新发展：比较法视野下的《国际商事合同通则》新修正

【〔德〕施米特 著 朱晓峰 译】

欧洲法学的境况

非洲法

【〔美〕德尔文·A.罗伊 著 朱伟东 译】

全球企业社会责任实践发展趋势：撒哈拉以南非洲的情况

【〔尼日利亚〕欧鲁费米·O.阿毛 著 毛啊兰 朱伟东 译】

尼日利亚的企业社会责任、跨国公司和法律：在东道国对跨国公司进行控制

【〔英〕卜清秀 著 钟 霄 朱伟东 译】

中国在刚果履行企业社会责任的新方式：杠杆转向中国了吗？



第60卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 60

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。
任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先
获得主编和法律出版社的书面许可。

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛(第60卷)/梁慧星主编. —北京:法律出版社,2016.2

ISBN 978-7-5118-8669-9

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—研究—文集②商法—研究—文集 IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第258941号

民商法论丛(第60卷)

梁慧星 主编

责任编辑 李峰沅
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 22.125 字数 653千

版本 2016年2月第1版

印次 2016年2月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8669-9

定价:78.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

【专题研究】

- 权利泛化背景下民事利益权利化的要件及其路径
 - 基于权利和利益区分保护的视角 瞿灵敏(1)
- 自己不动产役权探析 辛巧巧(31)
- 信赖利益在违约损害赔偿中的适用:以亏本合同为例
 - 于韞珩(46)
- 审视与构建:论不完全行为能力人的民法保护
 - 以民事能力为分析视角 叶 锋(69)
- 论角色商品化的法律保护 姜海洋(84)
- 论抵押财产的范围 朱 涛(112)
- 亲属生存保障与代位继承和代位赡养
 - 杨遂全 文 瑛 李 娟(144)
- 股东派生诉讼的困境与出路
 - 以非营利组织为主导的新型激励机制为鉴
 - 朱芸阳(157)

【慈善法】

- 论我国慈善立法中慈善组织认定制度的建立
 - 李 芳 黎颖露(173)

【判解研究】

- 论建设工程施工合同无效时承包人的不当得利请求权
 - 以请求权性规范基础为视角 党海娟(211)
- 对保险条款中非保险术语的再认识 潘诗韵(231)

名誉侵权“过错”要件考察

——基于台湾地区“最高法院”典型判例的分析

..... 靳 羽(241)

论实现担保物权特别程序与诉讼程序的关系

——兼评《民事诉讼法解释》第三百六十五条 ... 蔡国伟(260)

我国信用证欺诈例外构成要件研究

——基于司法解释与法院案例的分析 王金根(276)

【体育法】

析《体育仲裁法典》晚近修订的特色及发展方向 董金鑫(320)

【域外法】

资产证券化风险留存监管制度的构建

——以美、欧实践为视角 王远胜(333)

医疗合同:《德国民法典》的新成员 夏昊晗(355)

美国不当得利返还责任的正当性基础研究及启示

..... 王 栋(366)

混合法律体系视野下的路易斯安那州法 李 宁(381)

国际合同法最新发展:比较法视野下的《国际商事合同

通则》新修正 李 宇(426)

欧洲法学的境况 [德]施米特 著 朱晓峰 译(443)

【非洲法】

全球企业社会责任实践发展趋势:撒哈拉以南非洲的情

况 [美]德尔文·A.罗伊 著 朱伟东 译(496)

尼日利亚的企业社会责任、跨国公司和法律:在东道国对

跨国公司进行控制

[尼日利亚]欧鲁费米·O.阿毛 著 毛阿兰 朱伟东 译(514)

中国在刚果履行企业社会责任的新方式:杠杆转向中国

了吗? [英]卜清秀 著 钟 霄 朱伟东 译(542)

【硕士学位论文】

反向刺破公司面纱的构成要件研究 胡 兵(568)

论美国《统一商法典》中出卖人的补救权 李付雷(628)

专题研究

权利泛化背景下民事利益 权利化的要件及其路径

——基于权利和利益区分保护的视角

瞿灵敏

目 次

- 一、导言：新型民事利益的涌现与权利主张的泛化
- 二、民法上利益和权利的界分
- 三、民事利益权利化的要件
- 四、利益权利化的路径
- 五、结语

一、导言：新型民事利益的涌现与权利主张的泛化

“经济社会的发展不仅导致产生了许多新鲜事物，而且使得加强对个人的保护成为必要。主观权利成为从法律角度考虑这一现实的便利手段。”^①以民法领域为例，科技的发展与社会的变迁催生了很多新的利益，这些新的利益迅速转化为各种新的权利主张，一时间各种新的

^① [法]雅克·盖斯坦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏、张丽娟等译，法律出版社2004年版，第126页。

权利诉讼不断涌现。一方面我们很欣慰地看到近年来在司法实践中,法院对当事人所主张的死者人格利益、人格要素中的财产利益、个体对自身信息的支配利益、自然人对死亡亲属的祭奠利益等新的民事利益进行了保护;另一方面理论上也有学者对商品化人格权、祭奠权、个人信息权等新兴权利进行了深入的研究,逐渐形成了理论与实务合力助推新型权利的现实图景。这说明在过去三十多年里,我国法治建设经历了由权利虚无到权利繁荣的变迁,可以说,“我们的时代是一个迈向权利的时代,是一个权利备受关注和尊重的时代,是一个权利话语越来越彰显和张扬的时代。我们越来越习惯于从权利的角度来理解法律问题,思考和解决社会问题。我们这个世界的权利正成几何级数的速度增长”。^②另外我们也看到司法实务中一些所谓的“性福权”、“养狗权”、“接吻权”、“心情愉悦权”、“同居权”等各式各样的主张被冠以权利之名进入诉讼之中。这也警示我们:权利话语的日益普及也潜藏着权利泛化的危机,而“权利的神圣性与严肃性在这种普及性的权利话语的言说中有意无意地被消解或媚俗化”。^③“通货膨胀会使货币贬值,降低购买力。权利要求的扩大也会使权利贬值,降低权利的论争力”,^④而这扩大集中地体现在权利语言的歪曲和滥用上。因此也可以说我们正处在一个权利空前繁荣的时代,同时也是一个权利主张空前泛化的时代。

面对这种现实,我们一方面要通过恰当的方式将那些具有权利品性的利益转化为权利,使其享有权利的保护;另一方面又要防止一些不具有权利品性的权利主张被泛化为权利,窃取权利之名,使这些新的权利沦为权利泛化的产物,最终导致权利的虚无。这实际上就是要探讨利益权利化的要件及其路径问题,申言之,就是探讨利益和权利在实证法,特别是本文所探讨的民法中是如何被界分的?哪些利益能够上升为权利,其要件是什么?符合权利品性的利益上升为权利的路径有哪

② 张文显、姚建宗:《权利时代的理论景象》,载《法治与社会发展》2005年第5期。

③ 姚建宗:《新型权利论纲》,载《法治与社会发展》2010年第2期。

④ [加]L. W. 萨姆纳:《权利的道德基础》,李茂森译,中国人民大学出版社2011年版,第14页。

些? 笔者不揣浅陋, 拟尝试对上述问题做一个回答, 以求教于方家。

二、民法上利益和权利的界分

(一) 法学理论对利益和权利的界分

权利和利益的界分可以从理论上关于法益的定义中窥知一二。史尚宽先生认为:“法益乃法律间接保护之个人利益。”^⑤曾世雄也认为:“法益者, 法律上主体得以享有经法律消极承认之特定生活资源。”^⑥内地有学者认为:“所谓法益, 是指于法定权利之外, 一切合乎价值判断, 具有可保护性的民事利益。”^⑦也有学者认为:“权利仅限于指称名义上被称为权利者, 属于广义法益的核心部分, 其余民法上的法益均称为其他法益。”^⑧可见, 上述关于法益的定义主要是从狭义和广义两个角度进行的: 狭义上的定义认为法益是法定权利之外, 受法律所间接保护的利益, 认为权利和法益属于两个不同的范畴; 而广义的法益定义认为权利在本质上也属于法益, 只不过它是法益的核心部分, 广义法益中权利之外的部分属于狭义的法益。不难发现, 无论是狭义说还是广义说实际上都对权利与(狭义的)利益进行了界分: 狭义说认为权利是法律直接保护的利益, 而法益则是法律间接保护或消极保护的利益, 法律对二者的保护程度不同, 对权利的保护力度要强于对法益的保护; 广义说认为权利和(狭义的)法益均属于法律所保护的利益, 不过二者的结构地位不同, 权利处于广义法益的核心位置, 而法益处于广义法益的外围。因此, 无论是广义说还是狭义说事实上都承认了权利和法益的界分。

实际上, 有关利益和权利关系的问题早在耶林时代就有过激烈的争论, 至今这种争论仍未停止。耶林所代表的利益法学派认为“权利即利益”, 然而关于权利本质的利益说遭到了广泛的批判。其中最有力的一个批判即利益说混淆了权利的本质与权利的目的: 利益只是权利的目的而非权利本身, 权利本身并非利益, 权利的行使可能带来利益

⑤ 史尚宽:《债法总论》, 三民书局 1983 年版, 第 127 页。

⑥ 曾世雄:《民法总则之现在与未来》, 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 62 页。

⑦ 张驰、韩强:《民事权利类型及其保护》, 载《法学》2001 年第 12 期。

⑧ 龙卫球:《民法总论》, 中国法制出版社 2002 年版, 第 121 页。

也可能带来不利益;因此,权利即利益说也很难令人信服。实际上,耶林有关权利本质利益说的观点在德国民法学界并未成为主流学说,实证法上,《德国民法典》对利益和权利进行了明确的界分。

(二)实证法上利益与权利的界分

《德国民法典》对利益和权利的界分主要体现在侵权行为的相关规定中。最终正式颁布的《德国民法典》在侵权行为部分放弃了库贝尔草案所建议的法国式的“统一一般条款”的立法模式,而是采用利益与权利区分保护的“三阶层”条款。^⑨其中第823条第1款规定了侵害绝对权的构成,第2款规定了违反保护他人为目的之法律的侵权构成,第826条规定了故意违背善良风俗造成损害的侵权责任,以上三个条款构成了《德国民法典》侵权行为的基础。德国学者对此的解释是:“民法典对权利和利益的保护标准并不相同。第823条第1款规定了只要因故意或过失损害他人的权利即构成侵权,但是对于尚未达到权利属性密度的利益而言,仅仅是因故意或过失造成损害并不必然被评价为侵权,只有以特别应该受谴责的方法损害受保护的利益的行为才被评价为侵权。所谓‘特别应受谴责的方法’包含在第823条第2款和第826条当中。第823条第2款规定违反保护他人的法律给他人造成损害的构成侵权,第826条规定以故意违反善良风俗的行为损害他人的构成侵权。”^⑩至于立法者为何会对第823条第1款的权利与除此之外的利益在法律保护力度上作如此区分,该学者认为,“在第823条第1款受保护的权利中,权利人被赋予追求和实现特定利益的权能的排他性程度如此之高,以至于只要是因故意或过失所致的对此种利益的损害本身就足以构成侵权行为,与此相反,其他利益则只针对特定的损害方式才受保护”。^⑪拉伦茨和卡纳里斯进一步解释了第823条第1款中所列权利的保护力度要强于其他利益的原因。他们认为该款所列

^⑨ 有关《德国民法典》侵权行为部分采用三个小条款而非统一一般条款的立法史介绍可参见于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第80~86页。

^⑩ [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第191页。

^⑪ 同上书,第192页。

的权利之所以受到更严格的保护是因为这些权利具有与所有权的亲近性即在特征上的归属效能、排他效能和社会典型公开性的特征。^⑫可见利益与权利的界分在《德国民法典》上主要是通过利益和权利的侵权构成上设置不同的要件体现的。

实际上,不仅德国“三阶层”的侵权构成条款体现了权利与利益的界分,即便是在法国这样采取统一侵权法条款的国家,司法实践中利益和权利也被予以不同的保护。形式上,《法国民法典》第1382条采用了“大一般条款”的形式规定侵权构成:以损害而非权益作为侵权的构成要件,从而将所有损害都纳入侵权法的保护范围之内。因此,权利和利益在《法国民法典》的“大一般条款”的侵权法立法模式之下并未进行区分,权利和利益被同等地对待。然而在法国的司法层面却并未严格地遵循法典所确立的对利益和权利不加区分的保护模式。司法实践中法院通过“不断转换过错概念”,“对可赔偿损害进行限制”,以及通过因果关系作为限制因素,实现了对权利和利益在侵权法保护上的事实上的界分。^⑬比如,在文意上包含在第1382条的纯粹经济利益损失的问题上,司法实务中并未将其与人身伤害与财产损害同等对待,对于纯粹经济利益损失法国司法实务中并未采取“原则上赔,例外不赔”,而是以不赔作为起点,将大量的纯粹经济利益损失排除在侵权法的保护范围之外。^⑭

我国学界对《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)是否采纳了权利与利益区分保护的立法模式存在不同的看法。从侵权法第2条的规定来看,该条第1款采取了“不完全列举”+“兜底条款”的立法模式。具体而言:该款首先列举了18种具体的绝对权,然后又采用了“等人身、财产权益”的兜底规定。从文义上看该款的规

^⑫ 参见于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第55~63页。

^⑬ 参见张民安、林泰松:《我国〈侵权责任法〉对他人民事利益的保护》,载《暨南大学学报》(哲学社会科学版)2010年第3期;葛云松:《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为为条款》,载《中外法学》2009年第5期。

^⑭ 曹险峰:《我国侵权责任法的侵权构成模式——以“民事利益”的定位和功能分析为中心》,载《法学研究》2013年第6期。

定一方面似乎想对权利和利益进行界分,因为兜底条款并未采用“等人身、财产权利”而是采用“等人身、财产权益”的规定,这表明《侵权责任法》不仅保护权利,也保护权利之外的利益。另一方面,从第6条的规定中又未能发现在侵权构成要件上立法者对权利和利益的侵权构成进行了类似于德国式的区分。如此一来,《侵权责任法》给人的印象就是一方面对权利和利益进行了区分,另一方面又并未基于此种区分在侵权构成等方面体现法律对权利和利益保护力度的差异。正如学者所说的那样,在《侵权责任法》的立法问题上“立法者至少已经意识到这里是存在权利与利益两个保护对象的,只是它们被无差异的纳入《侵权责任法》第6条第1款的保护范围,并未做保护程度和保护要件上的区分”。^⑮

对于《侵权责任法》的这种设计,学者们并不满意。其实早在《侵权责任法》出台之前学界就已经就权利和利益进行区分保护达成了广泛的共识。王利明教授认为:“民事权利与民事利益在民法中享有不同的地位,较之于对民事权利的保护,对民事利益的保护应该受到严格的限制。”^⑯他还主张,这种差异可以在侵权法的一般条款的设计上体现,对于权利而言,行为人侵害他人权利就需要承担民事责任;而对于民事利益而言,行为人只有因故意或违背善良风俗侵害他人合法利益时才承担民事责任。^⑰葛云松教授也认为不应该给予绝对权与纯粹经济利益同等的保护。^⑱还有学者认为侵权构成中的违法性要件因所侵害的客体不同而有程度上的差异,属于绝对权覆盖的利益受保护的力度最强,而像纯粹经济利益这类利益受到法律保护的力度却很弱。^⑲

^⑮ 于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第12~13页。

^⑯ 王利明:《我国侵权责任法的体系构建——以救济法为中心的思考》,载《中国法学》2008年第4期。

^⑰ 参见王利明:《我国侵权责任法的体系构建——以救济法为中心的思考》,载《中国法学》2008年第4期。

^⑱ 葛云松:《纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款》,载《中外法学》2009年第5期。

^⑲ 参见叶金强:《侵权构成中违法性要件的定位》,载《法律科学》2007年第1期。

实际上在《侵权责任法》出台之前,司法实务中也已经在一定程度上确立了权利和利益区分保护的理念,最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条就已经体现出了这种区分。该条第1款规定的是侵害人格权的精神损害赔偿,第2款规定的是侵害人格利益的精神损害赔偿。在构成要件上第1款并未对侵害人格权的构成要件进行特别规定,但第2款在侵害人格利益的构成要件上却特别指出需要以“违反社会公共利益、社会公德”为侵权要件。此外,在该解释第3条中也明确规定侵害死者人格利益必须有“违反公共利益、社会公德”的构成要件。因此,可以说在《侵权责任法》出台之前理论界和实务界已经在利益和权利区分保护上达成了共识。

但遗憾的是,《侵权责任法》颁布前理论界和实务上所形成的将利益与权利区分保护的共识并未能够在《侵权责任法》中得到完全的体现,《侵权责任法》第2条第1款对权利和利益所进行的区分也因第6条第1款在构成要件上对权利和利益的同等对待而失去实际价值。《侵权责任法》颁布以后一些学者对这种“倒退”进行了批判。有学者认为该法第6条第1款的解释“应当借鉴德国模式的做法:对于侵害绝对权的行为,根据其损害结果认定违法责任;而对于侵害绝对权以外的利益的行为,则根据行为本身来认定违法性。根据侵害对象的不同,采用不同的标准来认定侵害行为的违法性,其实就是在保护程度上区分对待权利与权利以外的利益”。^② 最高人民法院的相关负责人也表示,侵权法所保护的是绝对权,对于绝对权之外的债权和利益则不能获得与绝对权同等的保护,以免压缩个体行为自由的空间。因此只有在第三人故意侵害债权时才构成对债权的侵害,其他利益也需要考虑侵权人的主观过错形态进行判断。^③

利益和权利的这种界分在民法中主要体现在侵权法对利益和权利保护的立法模式上。《德国民法典》采取“三阶层”的侵权构造对权利和利益的保护在侵权构成上进行了严格的区分;而即便是《法国民法

^② 李承亮:《侵权行为违法性的判断标准》,载《法学评论》2011年第2期。

^③ 参见奚晓明主编:《中华人民共和国侵权责任法条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第20页。

典》这类侵权法立法上采取“统一一般大条款”的国家,虽然立法将利益和权利同等对待,但是司法实践中法院仍然通过对“损害”进行区分,从而间接体现了对利益和权利的区分。我国《侵权责任法》第2条第1款隐约地对利益和权利进行了区分,但这种区分因为第6条第1款所采取的统一构成要件模式失去了实质意义。虽然我国尚未制定民法典,实务中最高人民法院在一些司法解释中所确立的利益与权利区别保护的做法仍然并行不悖,而且学说上也积极主张依据德国模式对第6条第1款进行解释,以实现《侵权责任法》对权利和利益的区分保护。因此,无论是在法学理论层面还是实证法的层面,利益和权利都被区别对待。

三、民事利益权利化的要件

既然权利与利益的界分在理论层面和实证法层面都能获得支持,那么当一些新的利益涌现出来或者一些新的权利主张被提出来之后,我们就有必要对其进行利益和权利的界分,将一些具备权利品性的利益上升为权利以确保对其依照权利的保护标准进行保护。要实现这一目的,必须对这些利益和权利主张进行权利验证,这一验证标准同时也构成了利益权利化的要件。笔者认为,利益权利化的要件实际上就是要确立哪些利益能够上升为权利,它的条件又是什么。因此利益权利化的要件可以从两个层面考察:其一是权利的层面,既然只有那些具有权利品性的利益才能上升为权利,那么我们就必须明白权利的验证标准是什么即符合什么样的标准才能称为一项权利;其二是利益自身的层面,既然一种利益要升格为权利,那就必须证明将其上升为权利的必要性。这两个层面构成了利益或权利主张权利化的两种控制即内部控制与外部控制:内部控制验证的是利益权利化的正当性问题;外部控制验证的是利益权利化的必要性问题。

(一)利益权利化的内部控制要件——权利的验证标准

权利具有内容、范围和力度这三个维度。权利的内容包括所有的权利要求。权利的范围包括权利规定的事物类别。这一类别包括了权利的主体和客体,主体是拥有权利的人,客体是权利针对的对象。权利的力度是指权利具有抗衡其他对手(权利或其他因素)的能力,如果一

项权利不能与其他一个或多个对手抗衡,就不值得人们认真考虑。^②权利的上述三个维度构成了验证权利真实性的标准。也就是说,如果一项权利的内容、范围和力度都能够确定,那么这个权利就是真实存在的。一项利益或权利主张要想上升为权利,就必满足权利在这三个维度上的确定性。权利的三个维度为权利的证成提供了一个内在的理由,这种内在的理由是以一种统一的、超语境的、类似于规则的方式运行的,对权利的证成起着决定性作用。^③

1. 权利条件验证的内容维度

权利的内容是权利的所有权能,它构成了权利人所有的权利要求。一项利益要上升为权利首先必须满足内容上的明确性,所有的经典权利都具有明确的内容,以所有权为例:它包含了占有、适用、收益和处分四项权能,在上述权能的行使受到妨碍时还享有排除妨碍、返还原物的物权请求权。如果一项利益或权利主张不具有实质性的要求而仅仅是一种道德话语的宣示,或者虽有一定的要求但这种要求模糊不清,并不具体,那么这样的利益或者权利主张就不符合权利验证标准在内容维度上的要求。

在司法实践中,一些被泛化为权利主张的利益诉求并不满足权利验证标准在内容维度上的要求。以四川发生的亲吻权一案为例,^④原告因被告的侵权行为导致嘴唇受到伤害,进而主张亲吻权受到侵害,要求被告赔偿精神损失。此处原告身体权、健康权遭受侵害,如果身体功能受到损害致使其遭受到精神痛苦,自然可以依据身体权和健康权受到侵害主张损害赔偿。但是原告所提出的亲吻权却纯属一个不具有明确权利内容的“权利”,如果说存在这样一个“亲吻权”,那么该权利的

^② 参见[加]L. W. 萨姆纳:《权利的道德基础》,李茂森译,中国人民大学出版社2011年版,第10~11页。

^③ Alon Harel, “What Demands Are Rights? An Investigation into the Relation between Rights and Reasons”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 17, No. 1 (1997), p. 111.

^④ 四川省广安市人民法院(2001)广汉民初字第832号民事判决书。继此案之后全国又发生了多起“亲吻权”的诉讼。另参见《女子车祸被撞唇裂起诉索要“亲吻权”》,载《深圳晚报》2013年2月8日A24版。

内容是什么呢?是享有和他人亲吻的权利?还是请求他人亲吻自己的权利?还是其他什么样的权利?可见亲吻权只不过是一个没有具体权利内容的“空权利”,它根本不是什么权利,只不过是在权利泛化背景下对既有的身体权、健康权受到损害时的赔偿请求权的一种重复主张而已。再如,有学者所提出的“相互尊重权利”,^⑤在笔者看来这一权利根本不具有什么实质性的权利内容,它只不过是主张者的一种道德宣示,是对权利行使的道德要求,因为没有具体的权利内容所以即便这种所谓的“相互尊重权”受到侵害也无从认定更无法提供救济。

实际上这种不具有具体权利内容的“空权利”主要有两种:其一为当事人将法定权利的某一权能作为一项“新权利”进行主张,由于在同一诉讼中该“新权利”的内容已经被法定权利的内容完全覆盖,结果使这种“新权利”成为没有内容的“空权利”。前述的“亲吻权”即属于此类情形。现实中导致这种“空权利”产生的原因有很多;其中最主要原因是律师或当事人想借机炒作或者因为法定权利的救济不能够对受害人的损害进行完全的填补,因此权利人想通过创造一个不具有实质内容的“新权利”对法定权利的内容进行重复主张。其二为当事人将一项道德主张冠以权利之名进行主张。由于道德的话语并非一种权利义务的话语,道德的诉求经常是漫无边际的,因此将道德主张冠以权利之名,必然会导致此等“权利”不具有实质性的内容。前述“相互尊重权”即属于这种情况,其产生的原因主要是由于处于转型时期的中国社会道德、伦理、习俗等非正式规范对人们行为调整功能的式微,使人们只得将一些道德诉求转化为权利话语的言说,创造出一些实为道德宣示的“权利”。

2. 权利条件验证的范围维度

权利的范围包括权利规定的事物类别,而这一类别又可分为两个

^⑤ “相互尊重权”这一概念是饶世权博士在“新兴(新型)权利与法治中国”学术研讨会提交的论文中提出的。参见饶世权:《论私法视阈中的“相互尊重权利”及其实现机制》,载《“新兴(新型)权利与法治中国”学术研讨会论文集》,第13~23页。

子类即权利的主体与客体。^{②6} 一项利益或者权利主张要上升为权利,除了具有明确的内容外,还需要有确定的主体与客体。权利的主体解决的是谁享有权利的问题,权利的客体解决的是权利的对象问题。

就主体而言,民法上的权利主体必须是民事主体,也就是说,主体必须是确定的个体,包括自然人和法人。这一方面排除了人之外的其他生命和非生命存在,如动物、胚胎以及已经死亡的自然人;另一方面私法上的权利主体要求是个体,因此全人类、人民这类集合概念不能成为权利的主体。实践中一些利益或者权利主张正是因为欠缺权利的主体要件而无法上升为权利。

以死者人格利益为例,自然人死后其作为民事主体的资格灭失,正所谓“当逝者归去的时候,他们或许长留于我们的记忆中,但却不得不从法律的视野中消失”。^{②7} 但实际上即便因民法的现世性,死者不得不从主体的视野里消失,但是自然人死后有关死者人格利益的保护却超越了生死而得以延伸到死后。^{②8} 死者生前所积累的良好声誉并不会因主体身份的消亡而不再受到保护,实证法上各国均对自然人死后的人格利益进行保护,但几乎所有的国家都因主体要件的缺失未将此等利益上升为权利而是将其作为受法律保护的一种利益对待。这一点从我国最高人民法院在死者人格利益保护的立场演变上即可看出。

最高人民法院在给天津市高级人民法院关于“荷花女案”的复函中指出:“吉文贞(艺名‘荷花女’)死后其名誉权应依法保护,其母陈秀琴亦有权向人民法院提起诉讼。”^{②9}可见复函认为人死后仍然享有名誉权,死者母亲只是代替死者行使诉权。最高人民法院的这一态度在后来的“海登律师案”中得到延续,在关于“海登案”有关诉讼程序的复函中,最高人民法院认为:“海登死后,其名誉应该依法保护,范应莲(海

^{②6} 参见[加]L. W. 萨姆纳:《权利的道德基础》,李茂森译,中国人民大学出版社2011年版,第10页。

^{②7} 葛云松:《死者生前人格利益的民法保护》,载《比较法研究》2002年第4期。

^{②8} 参见税兵:《超越民法的生死机理》,载《中国社会科学》2011年第6期。

^{②9} 转引自[1998]民他字第52号最高人民法院《关于死亡人的名誉权应依法保护的复函》。

登养子)有权向人们法院提起诉讼。”^⑩但后来最高人民法院放弃了死者名誉权这一态度,转而认为死者并不享有名誉权,对死者人格利益的侵害如果损害死者近亲属的名誉权,近亲属可以提起诉讼。这一转变在最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》中已经体现出来,该司法解释第5条规定:“死者名誉受到侵害的,其近亲属有权向人民法院提起诉讼”,从文字表述上来看,解释一改此前“死者名誉权”的提法,而采用“死者名誉”,可以认为最高人民法院关于此前死者享有人格权的态度有所转变,认为死者不是权利的主体不享有人格权。后来出台的最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》将这态度再次重申,第3条规定:自然人死后其近亲属因下列行为遭受精神痛苦向人们法院起诉请求精神损害赔偿的,人民法院应当依法予以受理。尽管有学者认为两个司法解释在死者人格利益上采取了“混合说”与“间接说”两种不同的观念。^⑪但笔者看来无论是“混合说”还是“间接说”实质上都没有承认死者人格利益能够上升为权利。“混合说”一方面认为死者自身享有人格利益,另一方面也认为对死者人格利益的侵害可能构成对近亲属人格权的侵害;“间接说”却直接认为对死者人格利益的侵害只是对近亲属人格权侵害的一种侵权手段或方式,死者自身并未遭受任何侵害。事实上除了死者人格利益以外,动物权利、胚胎生命权均因为欠缺权利的主体要件而不能够上升为权利,但是需要指出的是不能上升为权利并不意味着这种利益不受保护如胚胎虽不享有生命权,但是胚胎生命作为一种法益仍然受到公序良俗的保护,只是这些利益不能享有和生命权同等的保护力度。

3. 权利条件验证的力度维度

衡量权利的最终尺度是权利的力度。^⑫如果个体将一项利益转化为权利主张提出,相对人也可以效仿其提出相同的权利主张或者能够

^⑩ 最高人民法院1990年12月27日发布的《关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯法师名誉一案有关诉讼程序的复函》。

^⑪ 参见张红:《死者人格精神利益保护:案例比较与法官造法》,载《法商研究》2010年第4期。

^⑫ [加]L. W. 萨姆纳:《权利的道德基础》,李茂森译,中国人民大学出版社2011年版,第194页。