

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 1250

权利冲突：制度意义上的解释

梅夏英

[摘要]权利冲突问题是民法上的难题，目前尚无一个可供讨论的可靠理论基础。本文在从制度入手，对权利冲突问题进行了较为深入的解释。作者认为，权利冲突问题与生活事实冲突之间不能简单地从概念上进行转化，权利的抽象性与解决矛盾的具体性之间存在着根本的矛盾，权利冲突应依靠制度的具体化来解决。在此基础上，作者认为，对于权利冲突进行形而上的理解无助于我们理解现当代立法模式的转变，进而会产生重视抽象权利和体系化，轻视具体行为的制度化建设的倾向。

[关键词]权利冲突 抽象性 生活事实 制度化

权利冲突是法律上面临的重要问题。在权利意识和权利理论占主流的国家，权利冲突是不可避免的，而且会造成理论上和实践中无休止的争论。尤其在民法理论和实践上，随着权利种类的扩展，以及权利的分化，新的权利冲突更是层出不穷。如何理解权利冲突现象，以及如何解决权利冲突问题，实乃一项艰巨的课题。

一、权利冲突的成因：抽象概念与生活事实的冲突

有权利存在就有权利冲突，这是论证的基础。但关于究竟权利是什么，至今仍未有明确的结论。人们在实际生活中遇到的各种冲突，如何便转化成权利冲突？比如，在相邻关系中，或新闻自由和隐私保护的纠纷中，存在的冲突属于事实上的利益冲突，这种利益冲突是客观存在的，而且需要公共机构予以解决。但在民法上，则转换成所有权之间的冲突，或者知情权和隐私权的冲突。这种转化的意义在于，通过法律上的加工制作，使现实冲突转变化法律冲突，在此基础上，我们可以利用法律理论来加以解决。但问题在于，这种转化是否具有必然性，以及权利理论是否能够真正有效地解决冲突。

生活中存在各种冲突是客观事实，人们本来就生活在一个冲突的世界中。如制度经济学派创始人美国经济学家康芒斯就说：“我不了解，任何经过这五十年参加实质工作的人怎么能不得到两项结论：利益的冲突和集体的行动。”[1]冲突在通俗意义上可以描述为“利益冲突”，但仅仅“利益”一词也并不能说明冲突的实质。因为利益也是由制度决定的，没有制度基础的利益只是虚幻的利益。如优先权和抵押权的冲突，只是表述了一件事实，即优先权人和抵押权人都具有争夺优先受偿权的欲望，但究竟利益属于谁所有，则由法律来加以判定，在此之前，双方都可以主张利益，但这种利益本身是未定的，仅是冲突而已。只有在法律进行合理分配以后，利益才能成为确定的利益。因此，笔者认为，将冲突归为利益冲突，在理论上是一种本末倒置，利益冲突并不能合理描述冲突的实质。

在此分析基础上，将民事冲突归结为“权利冲突”是否妥当呢？不然。因为权利是一抽象的概念，权利冲突更多地体现为“概念”的冲突，而不是现实生活中的冲突。就权利的内涵而言，历史上法学家们所提出的“意思说”、“利益说”、“自由说”、“资格说”、“主张说”、“规范说”等等学说，都不能科学、完整地说明权利的真正意义。其原因在于，上述学说总是假想权利背后有一个形而上学的抽象本质，这种本质能一以贯之地解释权利的根本特性，但其结果其是不容乐观的。[2]但反过来说，如果不能找出权利的本质或特性，那么这种抽象的权利也就失去了依托。就种方法就是理性法学的基本方法之一，

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

体现在概念法学上，便是抽象概念与现实生活的矛盾。

在权利本质学说的诸种理论中，只有意思说、利益说和法力说可以相互抗衡，但学说最后倾向于法力说。就意思说而言，对于人格权并不能有效解释，因为人格权并不是基于意思而赋予的。实际上，意思说是一种价值判断，用其来解决具体规则并不能行得通。而利益说认为权利是一种法律保护的利益，但既然权利是为了保护权利人的某种利益的，那么它本身就不是这种利益，只是一种法律的形式，可以依此形式主张利益。至于对法律的保护强调，利益通过法律制度以及其他方式也能得到很好的保护，而不一定要设定一个权利，如通过义务或处罚也可以对利益进行保护。拉伦茨认为，如果认为法律保护对权利来说是主要的，即权利人应自己拥有这种权利，并通过诉讼来实现法律保护，那么又会把权利和诉权相提并论，这种说法也没有涉及到权利的性质，也无助于我们把两个不同的定义结合起来。[3]而法力说则强调法律的制度保护，离权利的本质最远，而最为人所接受，充分说明了权利只能从制度上去寻找大致定义。

上述分析仅仅表明，权利的本质其实就是法律的外壳，即法律强制力。这种奇怪的结果表明了抽象概念最终在法律适用过程中，只能代表一方面的倾向，而不能决定权利的实现。但为何人们乐于从权利的角度来分析现实生活中具体的冲突，是饶有趣味的问题。笔者认为，这种思维模式是与理性主义方法分不开的。理性法学习惯于借助逻辑的力量，运用概念的推理，构建出一幅理想的生活图像。这种图像具有法学家所幻想实现的价值判断于其内，生活世界从而被涂上了一层主观价值的色彩。权利概念就具有这样的功能。它本质上是个人主义的，以个人为基点，世界围绕个人的私域而运动，一切问题也就可以归结为权利的问题。同时，这种价值观具有很大的反作用，个人因为权利的存在而被迫独立于他人和社会。

但从现实生活的复杂性和统一性来说，这种对生活的概念意义上的切割非常偏颇。因为现实生活是由诸多个人组织起来的，个人和社会犹如鱼之如水的关系，很难说个人和社会哪个更重要，哪个居于首要的考虑位置。模糊的权利观念往往带来的是，当某一冲突出现时，往往以个人为中心来考虑，根据权利的逻辑要素来论证，而忽略了社会和他人的存在。其实，当两个冲突的权利存在时，逻辑也是无法解决的，而取决于利益衡量。如优先权与抵押权孰先孰后，新闻自由权与隐私权的界限为何等，都是由立法者或法官进行判断的，这种判断本身是一种立法或司法技术，带有个人的主观因素，并非逻辑推理的问题。

关于权利冲突本身的局限性，还可以从民法本位的变迁过程得到启发。在“义务本位”时代，人们不知道权利为何物，基于社会冲突的客观存在，解决冲突也只能在义务本位的框架下进行。此时，是否社会冲突就成为“义务冲突”了呢？其实，古罗马法正是基于解决社会冲突而建立起一个独特的法律体系，虽然其时无权利观念，但并不影响其解决现实生活中的冲突，继而建立起一个完备的私法规范体系。现当代社会进入一个立法的社会本位时期，当社会冲突出现的时候，由于社会利益已取得与个人利益等同的地位，将社会冲突简化为权利冲突已不完全合乎现当代的民法理念。为此，学理上应重新重视社会冲突的解决的基本方式——制度。

二、权利和冲突解决的制度性

法律上通过制度来规制人们行为的。但民法上抽象的权利制度只关注个人的利益，而忽略了将权利放入社会范围内予以具体化。关于抽象的权利无助于彻底解决社会冲突，而必须将之通过具体化而形成制度，这一思想不乏相关的论据。

梅迪库斯则认为，权利在私法中所占的主导性地位，长期以来遮盖了传统学说考察其他思路的视线。人们将那些仅仅通过个别的命令或禁令得到保护的 legal 状态，也视作了权利。这种看法扩大了侵权法上的损害赔偿的范围。如对营业活动的保护，将不正当竞争行为禁止，但这样一种看法也会把营业资产当作所有权一样来看，如顾客资源和声望等，显然过分了，窒息了竞争和行为，只有在违背善良风俗或重大利益情况下才可以予以保护。[4]人们常常称这种权利为框架权利，以示其效力较弱。这种权利与所有权不同，行为本身并不违法，需要利益衡量才能确定。

实际上，德国著名学者诸如拉伦茨和梅迪库斯最终都没有能对权利的法律含义得出中肯的结论，只是拿出了合理的解释。因为权利在秩序中本就没有自由因素的存在，坚持自己权利的人并不是基于授予他的某种权利，而是基于他的行为和要求是合法的。作为法律上的人，他只能这样做。我们应当强调在行为的意义上使用权利，因为这种意义上的权利具有操作性，也符合我们对权利的期待，我们不至于希望自己知道享有何种名称的权利，却不知道如何做。关于这一观点，台湾学者曾世雄先生曾有较为新颖的论述，他将民法的功能分为行为本位和资源本位两种相互冲突的本位，如果行为本位体现了一定程度的个人自由的话，那么资源本位就彻底体现了国家的公权力分配，民法的分配功能越来越显著。[5]对于人格权而言，体现更为深刻的不是自由的价值，而是分配的价值。从分配的功能角度去探讨民法会激起很多人的反感，但实际上这种功能自始就存在，并且是分配意识在支配立法者，并且哺育着民法的意思自治。

上述分析容易使人产生一种权利无用论。但在批判一种分析模式时，并不能将其轻率否认，而是要正视其局限性，并在保留传统的基础上，对其予以合理运用。就笔者来看，将民法上的权利局限于法律关系当中主体的可为规则较为合适。也就是说，权利对具体法律关系中“某人可以为何行为”这种含义具有一定的浓缩意义，以省却重复的烦恼。拉伦茨认为，形而上学意义上的权利是无法界定的。某人享有一种权利，意思是说，他依法能享有什么，或者应享有什么，这只能是一种框架概念。所谓这里的什么，可以有各种情况，如对人的尊重，或所有权或请求，从而有各种不同的类型，某人依法享有什么，是一种基础关系，是规范领域内不能再引申的基础类型，即人与人之间的相互尊重关系。义务也同样服从这一基础关系。[6]但对于人格权而言，它只具有符号意义，并不能具有行为规范的功能，说某人享有人格权，实际上依赖于为他人设定义务。这种义务并不依赖于某一既定权利。

在制度层面上，应正确认识法律权利和抽象权利的区分，从而选择正确的思考方式。如概念法学上的权利在许多情况下成为抽象的应然论述，其效力模式也由人为设计。但现实生活中抽象的权利必然会融入社会，形成具体的法律关系，而具体法律关系更多地考虑到多种具体因素，不见得都服从于抽象的法则，如债权的可侵性问题在理论上就很难讲得通，但在现实生活中却不得不基于背俗侵权对其予以肯认；又如，物权的效力和债权的效力之分也并非是由物权和债权的内容决定的，而更多地取决于公示制度，而公示制度本身与抽象权利并无太大联系，是一种强制性制度。这就说明，传统概念法学的提取公因式方式具有浓厚的理想色彩，在具体制度上总要大打折扣，普遍性和特殊性之间存在着根本的紧张关系。这使我们意识到，权利的性质之争，或法律关系的性质之争正是抽象权利观在起作用，正如我们争论股权是物权还是债权一样，许多争论并没有本质意义。另外，如果一项权利带有浓厚的抽象色彩，在实践中就会引起无数争议，且没有明确结论。如所有权是从抽象的支配权上去定义的，所以关于所有权的争论历来非常激烈，尤其对于团体所有权更是没有一个明确的结论。如果所有权的概念是具体的，我们可以发现，抽象的所有权可以拆解，成为一系列具体的法律关系。从上述思路出发，民法学的完善与其从理论体系上予以完善，不如完善各项具体制度，多解决一些问题，少谈一些主义。也就是说，民法学研究要进一步服务于裁判，综合考虑多种社会因素，努力制订结构精巧、倾向实用的民法规范，淡化以个人主义和自由主义单一价值体系为核心的近代民法形而上的论证。事实上，德国兴起的请求权分析模式正是在抽象的法律关系和权利分析模式在现实生活中出现弊端以后的产物，请求权分析模式一定程度上避开了权利定性的困难，直接寻求请求权所依赖的具体规范，将实体上的权利与诉讼直接联系起来，这正是一种尊重具体制度的务实方法，值得我们在法学方法上予以借鉴。

事实上，罗马法和英美法从经验主义出发，所得出的“无救济无权利”思想，充分说明了权利的制度性本质。德沃金认为，权利是在争议中实现的，书本上的权利并不是真正的权利，只有在主张当中才能成立。[7]某种程度上，权利是由法官创造的，并由法官通过解释来实现。从这个意义上说，民法基于理论构建所形成的形式理性过分地拮取生活中的小部分因素进行考虑，并予以固定化，有时确实忽视了生活中有价值的许多因素。如民法上的人的假设过分注重人的财产，而相应地忽视了人的情感属性。契约过于注重意思自由，而忽视了订约双方的实际状况。当然，这些情形也有些缓解，如关于民法上的人在拉伦茨那里已变成了“伦理人”假设，关系契约也已开始出现，但这些并不能根本动摇民法的僵化形式理性对丰富生活的切割，所以面向裁判，通过一定判例的积累来建立公众对于法律的预期，是对于僵化形式理性的必要的弥补途径。实际上，民法上的诚实信用和公序原则根本上就是对于僵化的权利思维模式的一种纠偏，这种义务型的帝王条款不但将社会秩序灌输进民法的单一价值体系中，也为法官在裁判中突破民法上形式理性打开了一道缺口。

综上所述，权利冲突问题本质上不体现为纯粹的权利冲突，而是具体制度完善的问题，或者是立法者和法官利益平衡的问题。冲突问题的解决是建立在社会道德共识、立法和裁判过程中，其中程序的价值甚至比权利本身更重要。

三、由权利冲突引出的民法立法模式构想

权利的抽象性与制度性的矛盾，对当前民事立法模式的设计有重要启发。根据以上论述，我们可以更恰当地解释民法典和单行法、民法典和商法、民法和综合立法的关系。

关于民法典和单行法的关系，历来被认为一般法和特别法的关系。笔者认为，这一判断虽然没有不妥，但实际上没有解决根本问题。从权利角度看，可能更准确。既然民法是权利法，那么民法的宗旨就是权利的实现。但从上述权利的抽象性与具体制度之间的矛盾来看，可以发现民法典立法模式存在一个由抽象到具体的过程。既民法总则确立了基本抽象权利，而各篇、各章和各节一步步将其具体化，至单行法，则完全具体化了。在此过程中，权利的面孔由模糊到清晰，规范越来越清楚，但到了操作地步，却又无须用权利来描述，几乎就是依制度行事。比如，就债权而言，民法总则体现的债权仅是相对权等抽象特征，到了债篇，就体现为较为具体的受领权和请求权，到了合同部分，则体现为给付、抗辩、代位、撤销等技术性手段，到了合同分则，则纯粹是依合同的不同而具体到合同条款上，成为操作规则了。但实际

上,真正有操作价值的就是已经具体化的部分。至于单行法,就是受民法典指导的具体制度。笔者认为,抽象权利只有具体到技术性权利,该权利才能够实现,而技术性权利就直接体现为制度。因此,当前单行立法的膨胀,学者无须迷惘。单行立法越多,表明制度越完善,规范的作用越大,民法总则的抽象原则和抽象权利就越有保障。在此基础上,民法总则确定的抽象权利似乎给我们留下了一片空白,我们可以在此前提下,自由发挥,通过具体制度来涂画我们所需要的色彩。

关于民法和商法的关系,一直存在争论。但从权利的制度性而言,也可以有新的解释。实际上,商法拒绝抽象权利,而更看重具体制度,所以商法很难说是权利法,但却不失为真正保护了个人的利益。从商法的立法风格来看,很少权利的表述,纯粹是制度的构建,应当说,商法是最务实的法律制度。商法之所以没有民法抽象的权利理论,主要就是因为它不涉及社会基本制度的构建问题,它只解决商事领域的规则问题。正是这一特点,使商法的立法风格与民法大相径庭。由于商法没有一个先设的权利体系,所以在立法体系上,与民法很难融合在一个系统中。但我们可以正视这一特点,将商法视为民法的单行法或特别法,作为民法上抽象权利具体化的一个步骤,虽然有些勉强,但尚可自圆其说。

至于民法和综合立法的关系,也可以从制度性上找到共通点。其实,在社会本位的大前提下,社会利益和个人利益都处在一个综合考虑的位置,并通过具体制度来调和。目前,民法学不应过多地关注形式上的法律或权利分类和归类。作为制度体而言,法律和法律规范并不能严格区分为公法和私法、物法和债法、权利本位和义务本位、意思自治和国家强制等,就象不能用刀子把苹果切成两半一样。一项制度的形成是多种因素的综合,法律形式与目的、法律价值与规则都在产生影响,不可偏废。拉德布鲁赫认为,法学有双重任务,一方面是解释,另一方面是构造和体系,它暴露了经验理论和实践目的的任务之间完全不可调和的混乱。[8]现代民法已成为由传统民法典核心内容和大量单行法共同组成的大杂烩,法律分类本身就非常模糊。另外,基于社会现实的需要,现实生活中综合立法模式已成为立法发展方向,传统法律之间的严格界限一定程度上淡化了。在此前提下,纯而又纯的理想的民法在社会化的潮流下已一定程度上存在着破碎化的趋势。这象一个单纯的人走入社会必然将社会化一样,民法这种承载单一理想价值的法律规范在当代社会的熔炉里也逐步向综合体方向迈进,单一的体系化思维模式受到了巨大的挑战。

最后,笔者认为,由权利冲突问题引出的话题涉及到民法的根本理论问题,权利冲突问题不是第一性的问题,而是人为的问题,在分析法上只是概念本身的问题。我们在建构我国民法学时,应当正视我国目前的社会现实情况,正视我国的问题,合理、有限度地借鉴外国立法经验,如果把其他国家十八世纪的问题和方法当作我国的问题和方法,会浪费许多宝贵的时间,在实践当中也不一定行得通。因此在民事立法和民法方法选择上,不宜一味地唯外国人马首是瞻,我们应扩展视野,结合我国情况建构自身的民法体系和方法。

原载于《法学论坛》2006年第1期。

[参 考 文 献]

- [1] [美]康芒斯.制度经济学(上册)[M].北京:商务印书馆,1997.9.
- [2] 梅夏英.财产权构造的基础分析[M].北京:人民法院出版社,2002.136.
- [3] [德]拉伦茨.德国民法通论(上册)[M].北京:法律出版社,2002.275.
- [4] [德]梅迪库斯.德国民法总论[M].北京:法律出版社,2003.134.
- [5] 曾世雄.民法总则的过去和未来[M].北京:中国政法大学出版社,2000.65.
- [6] [德]拉伦茨.德国民法通论(上册)[M].北京:法律出版社,2002.279.
- [7] [英]德沃金.认真对待权利[M].北京:中国大百科全书出版社,1998.158.
- [8] [德]拉德布鲁赫.法学导论[M].北京:中国大百科全书出版社,1997.206.

来源:中国民商法律网

民法上抽象概念的局限与行为、制度概念在当代的意义

民法的权利分析模式及其局限

民法上人格的二元性与民法典的结构

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)