

民事“利益”独立保护之司法证成

王燕莉

(四川师范大学法学院, 成都 610066)

摘要:《民法总则》第一百二十六条明确规定“利益”为民事法律保护的独立对象,为“利益”在司法实践中的可诉性提供了具体的法律依据与新的保护路径。民事“利益”具有独立内涵,是获得独立法律保护的基础。我国当前民事“利益”司法保护有三种基本模式。对于有独立保护必要的民事“利益”,应当积极探索独立保护的司法原则及路径。

关键词:《民法总则》;民事“利益”;独立保护;司法原则

中图分类号:DF51 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2019)05-0082-08

收稿日期:2019-04-16

作者简介:王燕莉(1977—),女,重庆人,四川师范大学法学院副教授,研究方向为民法学、商法学。

为了凸显对民事权利的尊重和保护,我国《民法总则》将“民事权利”独立为第五章,构建了民事权利的保护体系。值得注意的是,该章第一百二十六条设置了兜底条款^①,并明确将“权利”与“利益”并列在法律规定中。这是我国第一次在基本法的立法层面中将“权益”一词进行分解表述,与《侵权责任法》《消费者权益保护法》等相关法律笼统地将“权益”界定为法律保护对象的做法大相径庭。对“利益”的单立门户的立法界定,为其在司法实践中的独立诉求提供了具体的法律依据,也为相关领域民事法律的进一步发展和将来权利的确立留下了空间^②。但在惯常的司法实践中,“利益”常常都是通过立法规定、司法(或法理)解释转化为某种权利而展开,鲜有将其作为独立的保护对象与可诉对象。由此,“利益”从概念到立法,并最终进入司法活动,亟待需要对其从理论到实务的法律解读。唯有如此,才能确保法律的正确适用。

一 民事“利益”的独立内涵

就本质而言,利益源于个体的需求,是一种社会存在,具有客观性;权利则是利益在法律上的确定化,是立法者主观选择的结果,并赋予其特定名称。一般地,先有生活中客观利益的呈现,然后法律规范加以确认,这是生活利益化为法律权利的基本轨迹。可见,“利益”必有其独立内涵,这是其获得独立法律保护的基础。

(一)“利益”的词源解释

在词源上,权利与利益本身就是两个词汇,在民事法律中也存在大量分开使用的情况。如《牛津法律大辞典》中,权利(right)解释为:“它表示通过法律规则授予某人以好处或收益……在古希腊哲学和罗马法中,

^①《民法总则》第一百二十六条规定:“民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益。”

^②参见:《十二届全国人大五次会议就“民法总则草案与人大立法工作”举行记者会》,中国人大网,2017年3月10日发布,2019年3月1日引用,http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201703/6ae092a807b64f0fa39ab7a9003640a7.shtml。

……由法律决定并通过法律认可和保护,有时被看作是受法律公正地承认和保护的一种利益。”^①利益(interest)解释为:“个人或者个人的集团寻求得到满足和保护的权利请求、要求、愿望或需求,……法律制度只是承认或拒绝承认特定的利益是否值得予以法律保护。”^②在此意义上,权利是为法律所确证的利益。而利益本身包括合法利益和非法利益,是一个中性概念。当然在法律语境中,由法律所确认的利益自然应理解为正当、合法的利益。

同时,权利与利益的确是具有紧密联系的概念。按照德国法学家耶林在《为权利而斗争》一书中阐释权利与利益的关系时的理解:“权利是外壳,利益是内核。”^③二者之间是一种“源”与“流”的关系,利益先于权利。《牛津法律大辞典》在解释二者的关系时也持同样的观点,认为:“如果法律制度承认某个利益,那么……表明或规定一定的人或一定的集团享有某种法律上的权利,因而可以使他们的利益得到法律的保护。”^④“法律权利的……另一个存在的基础是利益,但不是每种利益都得到法定权利的保护。”^⑤我们在立法与司法实践中也常常将权利与利益合称为一个词——“权益”。

(二)“利益”的条文解释

从法条内容的一致性、连贯性出发,第一百二十六条在逻辑上可以存在两种不同的语法结构:民事主体享有(法律规定)的(其他民事权利和利益);民事主体享有(法律规定的其他民事权利)和(利益)。

第一种语法结构的关键在于“法律规定”框定后面两种客体,即不论是其他民事权利还是利益都必须以法律规定为前提,才能获得民事法律的保护。“法律规定的其他权利”,体现了民法典总则的适应性和与其他法律的协调。但问题是如果将“利益”限定为法律规定才能为主体所享有,则存在语义上的同义反复问题,因为从一般意义上讲,获得法律规定的利益即为权利。如此,该条文内容明显重复。此外,从法律用语的表述习惯与逻辑而言,各种具体利益均是以“权利”这一概念存在于部门法中。该条文如此表述实际就变成了对其他法律所规定的权利的重申,《民法总则》在国家民事法律体系中的引领性与纲领性作用也明显降低。

第二种语法结构的关键是将利益排除在现有法律所限定的各种权利之外。这意味着承认在现实生活中存在法律尚未确认为权利,但依照常情常理却又应当为民事主体所享有的某项具体利益。这种利益或者由于立法的滞后性尚未为当时的法律所确认,或者由于对其内容在理解上尚存争议,无法将其准确归入已存的某项法律权利,或者由于该项利益尚不便于归纳为某种权利,但该项利益不仅客观存在且应当为法律所保护。如此理解,该条文才能应对实践中所出现的新类型权益的案件,而并非单纯的文字游戏或者法律的前后呼应,使民法以其开放性与适应性始终保持应对纷繁复杂社会生活的能力。笔者认为此种解释更符合法律逻辑思维方式和一般法律的认知。

(三)“利益”的体系解释

结合民法的立法目的,从《民法总则》的条文体系出发,我们也可以得出该条中的“利益”应当做独立于同条款中“民事权利”理解的结论。《民法总则》第一条阐明了民法的立法目的是“为了保护民事主体的合法权益……”,在第三条又再次重申:“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护……”。按照通常的理解,这两条中的“权益”包括“权利”与“利益”两个内容。但是,第一百二十六条并没有将权利与利益合称为权益,而将这两层含义分而列之。如果排除条文的同义反复的语法错误,对该条中的“法律规定的其他权利”与“利益”做相对独立的理解,一方面从民法规范体系上可以达成与第一条、第三条呼应之意;另一方面,从立法目的上来看,将权利与利益分开理解和运用意味着那些尚未被法律确定或无法归属于现存法律所确定的权利范畴但在生活中已经存在并为各主体所实际拥有的利益,同样也可能获得我国民法的承认与保护。这样,民法作为市民生活的“权利法案”的属性更为彰显。

①《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年,第774页。

②《牛津法律大辞典》,第454页。

③耶林《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社2012年,第23页。

④《牛津法律大辞典》,第454页。

⑤《牛津法律大辞典》,第774页。

二 当前民事“利益”司法保护的基本模式

在我国相当长时期的司法实践中,对民事利益的保护通常都是采取依附型保护模式,偶有转换型保护模式。近年,在个别案件的处理中,对某些民事利益才出现独立型保护模式。

(一)依附型保护模式

所谓依附型保护模式是通过将某一民事利益解释性适用将其依附于特定民事权利,纳入现行的民事权利体系予以保护。自然人隐私的法律保护是鲜明的体现。1986年颁布的《民法通则》在第五章民事权利中并未规定隐私权,从这个角度看隐私利益属于典型的非权利类民事利益。为了回应社会的客观需要,1988年最高人民法院在其发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则(试行)〉若干问题的意见》第一百四十四条将隐私纳入名誉权的保护范围。^①虽然隐私与名誉相关联但其本质上并不能相等同,以名誉权的名义对个人隐私予以保护,事实上是司法面对独立的民事利益需要做出的不得已的选择。2001年,最高人民法院在《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》中,明确地将隐私作为独立于名誉权的事项加以保护。^②时隔四年之后,修订的《妇女权益保护法》第四十二条明确规定隐私权为独立权利种类。^③之后,《侵权责任法》又重申了对隐私权的确认与保护。由此,隐私结束了十余年依附于名誉权保护的历史。隐私权在我国民法中的发展过程呈现出:一项未被法律所确定的客观利益从依附型保护到通过司法解释确定为某种权利,再到获得法律的最终确认成为独立民事权利演变的完整轨迹。

(二)转化型保护模式

近来民事司法实践中对民事利益的保护常用的模式,即转化型保护模式。具体来说,就是基于公序良俗,在司法裁判中将需要保护的民事利益转化为新型民事权利,而予以确认和保护。

这种现象在祭奠权的相关诉讼中体现较为全面。如2013年上海黄浦区人民法院审理的胡甲、熊某、胡乙与谢某、孙某婚姻家庭纠纷一案中,原告关于祭奠的诉求得到了法院支持。法院认为:“本案双方当事人争议的属于公民死亡后其亲属对死者之祭奠权利的范畴,法律对此并无具体、明确的条文规定,但根据公民的民事活动应当尊重社会公德的法律规定,不难看出,法律实际已经考虑到公民的祭奠权利实际是为寄托对死者的哀思,是生者对死者表达缅怀情意的方式之一,而行为的具体实施则应遵循社会普遍认可的公序良俗,也应以当地的风俗习惯为考量。”^④如果说这一裁判中对这种依照民事习惯来确认法律尚未确认的权利的做法还有些欲语还休的话,那么以2017年攀枝花市东区人民法院审结的当地首例祭奠权纠纷案的裁判为代表的作法就更为大胆。法院审理后认为,我国法律虽然没有明确规定祭奠权,但根据民法的公序良俗原则,祭奠权实质是基于传统习俗而产生的一种权利。^⑤这种依据公序良俗原则在裁判中将“祭奠”诉求界定为一种新型的“祭奠权”予以保护的对于那些尚未纳入法定民事权利中的民事利益来说则是一种可选择的路径。

(三)独立型保护模式

独立型保护模式的核心就是直接在司法裁判中确认某种利益而不再追求将其纳入某一具体民事权利或转化、“生造”为新的权利。最为典型的判例是2018年淘宝(中国)软件有限公司(以下简称淘宝公司)诉安徽美景信息科技有限公司(以下简称美景公司)涉“生意参谋”零售电商数据平台(以下简称涉案数据产品)不正当竞争一案。杭州互联网法院确认原告淘宝公司对涉案数据产品享有独立的“竞争性财产权益”,但也明确指出,鉴于我国法律目前对于数据产品的权利保护尚未作出具体规定,基于“物权法定”原则,个案审判中不

①1988年,最高人民法院在其发布《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则(试行)〉若干问题的意见》第一百四十四条规定:“以书面、口头等形式宣扬他人隐私……损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。”

②2001年,最高人民法院在《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》中再次指出:“违反社会公共利益、社会公德,侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉的,人民法院应当依法予以受理。”

③《妇女权益保护法》第四十二条规定:“妇女的名誉权、荣誉权、隐私权、肖像权等人格权受法律保护。”

④上海市黄浦区人民法院民事判决书,(2013)黄浦民一(民)初字第2743号。

⑤龚大彬《东区法院审结首例祭奠权纠纷案》,2009年3月3日发布,2019年4月1日引用,<http://www.panzhihuapeace.gov.cn/system/20180903/000620391.htm>。

宜确认网络运营者享有数据产品财产所有权。^① 在这一判决中,虽然法院对于原告淘宝公司的诉求最终以“权益”命名,但通过法院对“物权法定”原则的重申可以看出,其所确认的“竞争性财产权益”实质上是一种法律尚未做出具体规定的财产性利益,法院的这一司法实践也可以说是对非权利类民事利益实施独立司法保护的典范。

三 当前民事“利益”独立保护的必要性

我国民事司法实践发展出了依附型与转化型两种保护路径,这为符合实践发展需求且有正当性基础的民事“利益”的权利化留出了空间与通道。但是面对日益显现且无法满足的各类复杂民事利益保护需求,特别是不能或不便为“权利”的利益,确立与发展对其的独立型保护模式是一条必然之路。《民法总则》第一百二十六条将利益独立规定的立法例为这种模式的适用提供了直接的法律根据。

(一)民事“利益”复杂化、多元化的客观需求

民事“利益”的特异性,决定了其在立法和司法中都呈现出其独立的存在价值。在新时代,新的利益类型应接不暇,不断出现新的利益纠纷与保护需求,是民事法律所面临的客观环境,更是对非权利化的民事利益开展独立保护的客观基础。

在以财产关系为核心保护要素的法律中,由于利益是财产关系的本质,因此各种财产性利益本质上都有其独立的诉讼价值,而无论其是否被具体化、类型化为某种法定权利。由于现代社会交易活动、客体的复杂化,这种财产性利益的多样性日益显现。如在合同交易所涉及的期待利益、信赖利益。这两个“利益”虽未在《合同法》中以“利益”的名义出现,但其基本内容为法条所涵及^②。进入大数据时代,数据所附着的利益日益成为互联网世界各类市场主体的核心竞争力,最终催生了如前文所述的“竞争性财产利益”。如果不承认民事利益的独立保护路径而单纯囿于是否存在具体民事权利的保护前提判断,此类案件是无法得以妥当处理的。

就人身关系而言,由于社会生活的复杂性与立法者的认识局限性,任何国家、任何时代的民事法律都不可能将所有能够确认为权利的各种人身性利益都应有尽有地规定到法律中。这就决定了在社会生活中肯定存在先于民事权利存在的具体利益,例如前文所述吊唁权、祭奠权背后的人格化利益。2014年我国首例冷冻胚胎继承案更是展现出这种新类型利益的现实存在。在该案中,面对死者夫妻二人的父母对其所遗留的冷冻胚胎的继承纠纷,江苏省无锡市中级人民法院终审判决认为,在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下,胚胎是介于人与物之间的过渡存在,具有孕育成生命的潜质,比非生命体具有更高的道德地位,应受到特殊尊重与保护。在形成胚胎的父体沈某与母体刘某意外死亡后,其二人的父母不但是世界上唯一关心胚胎命运的主体,而且亦应当是胚胎之最近、最大和最密切倾向性利益的享有者。^③ 无锡中院基于公民合法权益(注意不是权利)受法律保护的民法立法目的,判决沈某、刘某父母四人共同享有涉案胚胎的监管权和处置权,这在事实上确定了死者父母对该胚胎享有某种正当的利益。

同时,基于国家主权原则,包括民法在内的各种法律都具有地域性。但随着全球化、国际化的加剧和我国改革开放的不断深化,民事利益的多元化也呈现出新的特点。如何对那些在域外已经被权利化而国内法律尚未承认的民事利益给予保护,开始成为我国民事法律面临的新问题。2015年12月,被称为首例“被遗忘权”案(任某与北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷上诉案)在北京市第一中级人民法院作出终审判决。该案的核心是,对于域外法律(欧盟一般数据条例 GDPR)已经确认为具体权利的特定利益,在我国法律尚未

^①《全国首例大数据产品不正当竞争纠纷案今日宣判——淘宝 vs 美景谁胜谁负》,2018年8月22日发布,2019年2月17日引用,http://biaotianxia.com/article/5202.html。

^②《合同法》第一百一十三条当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。《合同法》第四十二条当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚实信用原则的行为。

^③江苏无锡冷冻胚胎纠纷案二审判决书,(2014)锡民终字第01235号。

确认的情况下,是否给予保护。本案的二审法院认为:被遗忘权是欧盟法院通过判决正式确立的概念,虽然我国学术界对被遗忘权的本土化问题进行过探讨,但我国现行法律中并无对“被遗忘权”的法律规定,亦无“被遗忘权”的权利类型。任某依据一般人格权主张其被遗忘权应属一种人格利益,该人格利益若想获得保护,任某必须证明其在本案中的正当性和应予保护的必要性,但任某并不能证明上述正当性和必要性,因此对原告的请求不予支持。^①从国内法的角度而言,虽然此案的裁判并无法律上的问题,但案件中所涉及的利益却是在今天互联网时代实实在在存在的个人利益,是否保护以及如何对其进行保护,已经是我国民法绕不过的问题。试想一下,因为百度公司并非仅在我国境内开展业务,而是一家也在欧盟境内开展业务的国际化互联网企业,如果原告是一名欧盟成员国的公民在我国境内针对该利益而向我国司法机关提出保护请求,那将如何处理?能否同样简单地以我国法律尚未确认被遗忘权而否定其保护相关民事利益的请求呢?

(二)现行非独立型保护模式的缺陷

虽然非独立型保护模式(依附型与转化型模式)是我国民事法律对这种利益给予保护的惯常做法,但面对复杂化、多元化的民事利益,传统模式已经无法满足客观上多元保护的需求。

首先,随着各种新类型利益的次第出现,有限的法定权利类型在内容上已经无法容纳这些利益。如果强行将其纳入某一法定民事权利中,势必明显破坏法律的逻辑统一性。我国民法有关对侵害死者名誉行为的处理思路事实上就反映了这种传统模式的缺陷。对于死者的名誉问题,因《民法通则》以及司法解释中对此均未提及,所以早期司法活动无法应对保护诉求。随着时代的发展,司法实践为了回应相关的利益保护诉求,通过司法判例确认死者的名誉权可以获得保护。1989年,最高人民法院针对天津市高级人民法院处理的“荷花女名誉权纠纷案”的《关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》和1990年《关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯法师名誉权一案有关诉讼程序问题的复函》均认为,吉文贞(艺名荷花女)、海灯死亡后,其名誉权应依法保护,其亲属亦有权向人民法院提起诉讼,但在理论界却引起较大的争论。之所以出现这种质疑,是因为任何个体的名誉权本质上必须以权利主体现实存在为客观前提,由于自然人的消亡,死者从逻辑上不可能再享有名誉权。而所谓的死者名誉利益其实并非是死者的利益而是生者的特定利益,而这一利益又不能直接归属于生者的名誉权,将这种利益纳入死者或者生者的名誉权保护其实都有悖于基本的法律逻辑。最终,2001年3月10日,《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》确认:“死者没有名誉权。如果其家属认为对死者的侵权诋毁的行为,严重伤害了家属的情感,可以以近亲属的名义诉讼。”并将其扩大到自然人的其他人格要素,包括姓名、肖像、荣誉、隐私以及死者的遗体、遗骨等。这就明确了所谓死者的“名誉利益”本质上是对生者(即死者亲属)的利益而非对死者的利益,其真正的目的应是保护生者的某种人格利益、精神利益。同样,《民法总则》第一百八十五条“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任”的规定,事实从立法上明确了损害英雄烈士名誉行为的可诉性应当从公共利益而非特定的名誉权角度来处理。上述司法解释与立法规定中的共同思路,就是将有关侵犯死者名誉所涉及的利益保护作为一种独立的民事利益来保护。

其次,虽然非独立型保护模式的优点在于,“权利相对于利益具有更强的正当性标示效果,可能会产生一种‘保护诉求权利化’的诱导”,进而减轻当事人及裁判者在诉请正当性方面的论证负担^②,但其缺陷也是明显的。以依附于其他法定权利或直接创设新类型权利的方式给予利益保护还面临“合法性”的质疑,因为这两种方式都将利益保护诉诸某种具体的民事权利,而所求之权利或者根本无法吸纳相关利益(如前述有关死者名誉利益保护)或者根本不属于法律规定的具体权利种类(如祭奠权、吊唁权等),最终可能陷入无法律依据或错误适用法律的枉法裁判之嫌疑中,也无法为同类型案件提供充足的裁判指导。南京法院也曾审结过一起类似前述攀枝花市东区法院处理过的“祭奠权”纠纷案,但最终法院则以法律无明文规定、不属于法院管

^①北京市第一中级人民法院民事判决书,(2015)一中民终字第09558号。

^②张家勇《权益保护与规范指引》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第138页。

辖驳回原告起诉。^①有律师也认为：“吊唁权、祭奠权在我国现行法律中并无明文规定，如果单纯依据民法通则的概括性规定认定侵权比较勉强。”^②此外，如果大量采用转化型保护模式还可能造就一大批法律并未规定的新型权利，形成“权利泛化”现象。近年来不断涌现的所谓“吊唁权”“祭奠权”“遗体告别瞻仰权”“生活安宁权”甚至“亲吻权”等形形色色的权利，皆是这一现象的具体体现。这种“权利的泛化”不仅会过度膨胀具体权利类型，甚至导致权利的“庸俗化”，更对原有的法定民事权利体系的稳定性、逻辑性造成冲击，影响法的安定性与可预测性。

（三）法官不得拒绝裁判原则的妥当实现

“法官不得拒绝裁判”，是一句古老的法谚。该法谚在1804年《法国民法典》中被外化为第四条的规定：“审判员借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者，得依拒绝审判罪追诉之。”^③这就是说，即使在没有法律规定，或者法律规定不明确不完备的情况下，法官也不得拒绝受理案件、拒绝作出裁判，否则，“得依拒绝审判罪追诉之”。据此，我们可以把“不得拒绝裁判”的涵义界定为：法官不得因为没有法律规定，或法律规定不明确不完备而拒绝受理案件并拒绝作出裁判。至于说如何裁判，18世纪，法国法学家孟德斯鸠在其《论法的精神》一书中提出：“法律明确时，法官遵循法律；法律不明确时，法官则探求法律的精神。”^④人类之所以确立“法官不得拒绝裁判”原则，是因为在人类的法治发展史上，明确的法律本身是来源于不成文的习惯法。在法律产生之前，人们同样要裁判是非、明确责任。即便是在有了明确的法律规定之后，人们的民事活动也从来没有脱离不成文的习惯法、价值理念的约束。由于民事活动的复杂性、变动性，任何民事法律不能够穷尽生活中的一切情形，哪些行为规则需要制定（上升）为法律，哪些利益需要法律确定为具体的权利，是根据不同历史时期的不同社会需求和不同民族习惯来具体考量的。将所有的规则都规定出来，将所有的利益均权利化，不仅民事法律本身做不到，事实上也没有必要。在这种情况下，要求司法者根据法律精神、立法目的与社会习惯对尚未确定为权利的利益予以承认和保护，对利益争执予以定纷止争，是法治的应有之义。

我国现行民事诉讼法在废除了立案审查制后所确立的立案登记制，从某种意义上说也是对“法官不得拒绝裁判”原则的沿袭。对于普通民众而言，大量民事诉讼的启动，是源于对某一事件公正解决的直观需求。纵令法律中无具体的权利类型相对应或者法律无明确规定，也不会影响当事人基于对自身合法权益受侵害的价值判断而提出诉求。近年来，涌现的所谓“吊唁权”“祭奠权”以及“被遗忘权”的案件正是如此。即或在《民法通则》的语境下，保护合法权益，解决民事纠纷也是当然之义。不过，对于需要做出具体裁判的司法者而言，面对这种情况，最终的解决则要落实到司法者对法律的专业解读和发挥专业智慧，在法律规则与法理间寻找合理解释，因为司法者必须在裁判中选择最妥当的路径处理类似的利益保护需求。以没有对应的权利类型和法律明确规定而驳回起诉（如前述南京法院驳回“祭奠权”保护请求），固然是一种错误的机械的教条主义。《民法总则》第一百二十六条对民事利益的独立化规定，为司法者面对众多的非权利化利益的保护提供了广泛的适用解释空间，也克服了具体权利需要法定化的障碍，为司法活动的开展提供了直接法律依据，恰好为没有具体权利对应的利益保护诉求提供了起诉、立案受理的依据，是利益可诉性的直接法律规定，这使古老的“法官不得拒绝裁判”原则在中国民事司法中得以妥当实现，具有重要的实践价值。

四 民事“利益”独立保护的司法原则

虽然《民法总则》第一百二十六条中的“利益”应当做独立于同条款中“民事权利”的理解，但并非任何一种利益都可以适用该条，否则同样会出现“保护利益膨胀”或“保护利益泛化”的现象，也就是说，可以得到法律保护的“利益”必须要具备相应的条件。

在首例“被遗忘权案”中，法院认为，任某依据一般人格权主张其被遗忘权应属一种人格利益，该人格利

^①参见：《祭奠权：期待法律“给个说法”》，《文摘报》2013年4月4日，第3版。

^②杨东付《浅议济南两例吊唁权、祭奠权案例中的几个问题》，2016年4月6日发布，2019年2月11日引用，<http://blog.sina.com.cn/sdzscq>。

^③《拿破仑法典（法国民法典）》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆1979年，第5页。

^④孟德斯鸠《论法的精神》，许明龙译，商务印书馆2012年，第45页。

益若想获得保护,任某必须证明其在本案中的正当性和应予保护的必要性。但任某并不能证明上述正当性和必要性,因此对原告的请求不予支持。这事实上提出了一个新的问题,即“利益”可诉的边界。该案的二审判决认为,不具有正当性是由于不同个人对企业商誉的评价往往是一种主观判断,而企业客观上的商誉也会随着经营状况的好坏而发生动态变化,因此不宜抽象地评价商誉好坏及商誉产生后果的因果联系;不受法律保护必要性是因为这些信息的保留对于包括任甲玉所谓潜在客户或学生在内的公众知悉任甲玉的相关情况具有客观的必要性,任某在与陶氏相关企业从事教育业务合作时并非未成年人或限制行为能力人、无行为能力人,其并不存在法律上对特殊人群予以特殊保护的法理基础。^①纵令作出如此详尽的阐述,法院仍然认为,“利益”必须要以此为标准则缺乏足够的说服力。其直接原因在于当下理论界与实务界还没有深刻地思考“利益”的确认原则。

根据我国的司法实践,基于社会生活中民事利益的复杂化与多元化的特征,又由于“利益”一词文字含义上的开放性与模糊性,为民事利益的独立保护设置具体的条件是不现实的。但是可以尝试采用“以消极原则为兜底,以积极原则为限定”的方式。

(一)不为法律规范所“涵摄”

司法裁判是认定事实与适用法律的活动。就法律方法论而言,法律适用最重要的方法就是涵摄。将事实涵摄于法律规范,就是检验事实是否满足法律规范的事实构成并因此产生规范所规定的法律后果。这是将具体的案例事实置于法律规范的要件之下,以获得一定结论的思维过程,易言之,即认定某特定事实是否该当于法律规范的要件,而发生一定的权利义务关系。

随着立法技术的不断提高和法律内容的不断完善,社会生活中大量的利益都有具体法律权利可对应。同时,在许多民事法律中,立法者在具体规则之外,为了防止挂一漏万,还常常设置有一般性的规定。典型的如《民法总则》第一百〇九条关于一般人格权的规定和《建立世界知识产权组织公约》第二条第(八)项有关知识产权的规定。^②这种一般性权利规定相对于具体权利规定具有更大的内涵容量。但是,社会生活的复杂性与法律的滞后性决定了任何具体的法律规则都不可能涵摄所有的客观利益,当一种利益既不能纳入到具体权利条款也不能为一般性权利条款所涵摄时,才能够考虑适用第一百二十六条对该利益予以确认。

(二)不为法律所禁止

如果依循“法无禁止即可为之”的民法原则,判断尚未权利化的利益是否应受到法律保护,可以法律是否禁止为标准。凡是未被法律禁止的民事利益,即为合法利益。反之,不能适用第一百二十六条。

例如,由于我国卫生部发布的《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生殖技术规范》中,都明确禁止开展人类辅助生殖技术的医疗机构实施代孕技术,也禁止买卖精子、卵子和胚胎,这意味着在未来一定时期内,代孕行为仍将处于法律禁止状态。然而,由于辅助生育技术的开展,民间代孕活动事实上已不鲜见,当事双方在代孕活动中存在相关利益,已经是一个客观事实。那么在代孕活动中,各主体之间是否存在合法利益诉求,一旦发生纠纷能否诉讼呢?笔者认为,基于民事行为应当不违反法律禁止规定的原则,即便其存在某种利益,该利益也不能适用第一百二十六条获得法律的保护。

(三)不与公序良俗所对立

对于尚未法定权利化的“利益”,还需要考虑该利益是否与公序良俗所对立,而不能一概适用《民法总则》第一百二十六条的规定。公序良俗原则实质上是要求主体的民事行为应当符合社会的一般认知和情感,才能获得法律的认可与保护。如果一项利益违反社会普通民众的情理、违背公序良俗,即或法律对此无明确禁止,均无法视为正当的利益。反之,如果一项利益在不为法律涵摄也不为法律禁止的前提下,还不违背公序良俗,那么可以认定为正当利益,从而为法律所保护。关于这一原则,我们可以同居者之间获得扶助的利益

^①北京市海淀区人民法院民事判决书,(2015)海民初字第17417号。

^②该项在列举了“文学、艺术和科学作品的权利”等7项具体的知识产权类型后还概括性规定了一条——“在工业、科学、文学和艺术领域内由于智力活动而产生成果的一切其他权利”。

能否获得保护为例进一步予以说明。

狭义的同居关系,是被赋予了特定含义的同居,是两个异性者以性和爱为基础而较长时期共同生活、居住而形成的关系。这种同居关系存在两种情况:一是至少有一方有配偶的情况下的同居;二是双方均无配偶情况下的同居关系。前者既违反法律又违背公序良俗,其同居关系所形成的扶助利益,并不能获得法律的承认与保护。而事实上,由于观念的进步与社会宽容度的增加,不构成重婚且也不属于玩弄异性的后一种同居行为已经为我国社会的大多数人所容忍,也不再被视为违反风化的行为。但是,由于我国婚姻法不承认事实婚姻,也没有像西方发达国家(如法国)那样在法律中对同居关系予以确认,因此这种关系所形成的受扶助的利益也就无法对应具体的法律权利。譬如在以夫妻名义的长期同居生活中,一方患病或生活出现重大变故时,其应当具有获得另一方扶助的利益。这种利益没有对应的法律权利,但其不仅不违反法律的禁止规定,也并不违背公序良俗。相反,法律认可并保护这种同居者之间获得相互扶助的利益对于塑造社会中相互扶助的风气有一定的正面作用。这种利益就应当适用《民法总则》一百二十六条予以承认和保护。

(四)为法律保护的必要性

有学者认为:“诉请保护的利益具有正当性通常只确立了受保护的可能性,损害的确定性与严重性才是确立启动诉讼机制特别是损害赔偿机制加以保护的必要性。”^①如果说前述三个消极原则是对正当性的理解,那么笔者认为可以从利益保护的重要性的不可替代性这两个方面来理解必要性。所谓利益保护的重要性是指,如果该利益不能得以保护,最终将导致利益主体的人身、财产或其他法定权利产生明显的、可预见的损失;所谓利益保护的不可替代性则意味着除了对该利益给予独立的法律保护以外,没有其他的民事法律途径实现其保护目的。譬如在首例冷冻胚胎继承案中,如果不保护二死者的父母对胚胎的利益,那么其精神利益和延续后代的利益会产生严重的不可弥补的损害;在淘宝诉美景一案中,法院不确认竞争性财产权益,淘宝对网络大数据所付出的劳动将无法得到回报,而不正当竞争行为会更加猖狂。

反之,当泛人格利益以权利之名蜂拥而至时,法律和社会将难以承受其重,结果将可能是法律秩序的破坏。如果一些不符合法律、道德的利益诉求甚或不正当利益以“权利”的名义得到包装从而得到司法的确认,那么社会上不切实际的期盼和不负责任的行为将会增加,“在权利被不良地理解的地方,他们就能不负责任的行为”^②。最为典型的是“亲吻权”一案。2001年6月,被告吴某驾车将原告陶女士撞伤,造成其上嘴唇裂伤,严重影响其与丈夫亲吻和感情交流。陶某遂向法院起诉,认为吴某行为侵害了她的亲吻权。法院认为:“纵观我国现有的法律、行政法规,均无亲吻权之规定,故亲吻权的提出于法无据。被告认为亲吻是人体组织某种功能,法律上身体权和健康权的保护已将其涵盖的抗辩,本院也不予支持……作为健康权客体的健康,仅指生理健康。如将心理健康置于健康概念中,将会导致健康权的泛化,与其他人格权或人格利益混淆。……利益并非都能得到司法救济。”^③一言蔽之,亲吻权的主张是毫无必要的。这是因为一方面其损害已经通过身体权和健康权的保护得以弥补,另一方面于法无据的利益会导致健康权的泛化,不宜得到司法救济。

当然,司法原则天然的抽象性决定了在具体的司法活动中,其准确的适用依赖于法官的专业能力与生活经验。正如霍姆斯法官所言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”由是,民事“利益”的独立保护,源于立法确认,成于司法裁量。

[责任编辑:苏雪梅]

①张家勇《权益保护与规范指引》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第138页。

②徐钝《论新型人格权司法证成的基本准则》,《法商研究》2018年第3期。

③四川省广汉市人民法院民事判决书,(2001)广汉民初字第832号。