

新兴权利渐进入法的路径探析

王庆廷

【摘要】在新兴权利的法治化建构中,大致有两类路径:激进式入法路径与渐进式入法路径。在法治实践中,一个极具特色的中国路径正在逐渐成形,这就是以司法续造为基础的渐进式入法路径,具体表现为依次递进的“三部曲”:第一步是个案裁判的特殊化救济,第二步是司法解释的规范化续造,第三步是法律规定的普遍化建构。其中,个案裁判的司法续造处于基础地位,可分为三种模式:从既有权利到将来权利的嫁接模式、从一般权利到特定权利的涵摄模式以及从法外权利到法内权利的创设模式。司法解释的规范化续造处于过渡阶段,需要特殊的运作技艺,即解释载体的多样化应对、解释方式的诉讼化续造以及解释程序的民主化补强。至于某项新兴权利是否最终明确入法,则取决于三个方面的考量因素:以立法谦抑为重点的必要性考量、以社会共识为中心的重要性考量以及以权利成本为核心的可行性考量。

【关键词】新兴权利;渐进入法;演进理性;司法续造

【作者简介】王庆廷,苏州大学王健法学院博士研究生、苏州大学公法研究中心研究人员。

【原文出处】《法商研究》(武汉),2018.1.30~41

在社会转型和经济转轨的大背景下,我们面前日益呈现出一派“权利时代”的景象:权利问题备受关注,权利意识越发高涨,权利话语愈加张扬,权利主张不断出现,“权利正在泛化为一种现代的生活或生存方式”。^①其中,新兴权利问题业已引起学界关注,成为一个新的学术增长点。成果已然不少,但总体呈现出三点不足:一是研究对象的局部性,多偏好某一具体或某一类型的新兴权利,缺乏整体性研究;二是研究内容的静态性,偏好关注新兴权利的构成要素、比较借鉴等应然内容,缺乏对新兴权利的实证分析等动态性研究;三是研究层面的部门性,多是偏部门法层面的研究,法理层面的研究偏少,理论的统摄力偏弱。在笔者看来,一项新兴权利要成为真正的权利,仅仅被人主张或论证是远远不够的,必须要经过法治化的建构,被法律权利家族接纳,进而获得认可、救济和保障。否则,新兴权利就只能是理论上的学术修辞抑或实践中的话语表达,实际意义不

大。在新兴权利的法治化建构中,入法路径可谓核心问题,然而既有研究少有明确涉及和深入讨论,尤其是缺乏整体性、动态性、法理性的论述。其实,入法路径远非将新兴权利写入法律条文那么简单,而是蕴含着丰富的内容和复杂的问题,需要深入研究。

一、渐进入法路径的中国模式

所谓新兴权利的入法路径,概而言之,就是指一项新兴权利通过何种方式、依循何种原则以及按照何种节奏进入法治体系。

在法治实践中,新兴权利的入法方式大致有三种:一是司法方式,即通过法院裁判对主张新兴权利的当事人进行救济,或通过司法解释直接赋予当事人某项新兴权利;二是立法方式,即通过立法活动直接将某一新兴权利纳入法律条文,转变为法定权利;三是执法方式,即通过行政执法的柔性处理或变通执行等方式对某一新兴权利予以宽容支持。三种方式各有特点。就法治化程度而言,立法方式无疑最

彻底,司法方式的保护力度不如立法路径全面,而执法方式的保护或多或少“逆法而行”,欠缺法治的正统性。基于此,根据新兴权利是否可以直接而快速地入法,可以将入法路径分为两类:一是激进式入法路径,即新兴权利被直接写入法律条文,疾速完成身份转变,进入法治体系,其间往往夹杂着政治决策的授意、民意裹挟的压力、功利论证的支持等外部因素;二是渐进式入法路径,即新兴权利通过自然演进的方式,平和而缓慢地进入法治体系,完成身份转变。两种入法路径的背后都有人类理性的影子。不同之处在于,激进式入法路径更多倚重建构理性,渐进式入法路径更多倚重演进理性。建构理性是一种无限理性,崇尚人为设计。演进理性是一种有限理性,崇尚自然演进。激进式入法路径更加侧重保障的及时性,渐进式入法路径更加侧重结果的稳妥性。激进式入法路径虽然能够对新兴权利做出快速回应但会有考虑不周之虞,实际效果可能事与愿违。^②相对来说,渐进式入法路径虽然回应效果往往更为稳妥,负面影响更少,但在入法节奏上较为缓慢。^③

我国新兴权利的入法状况也呈现出多样化的景象:既有历经艰辛成功入法的新兴权利,如2009年通过的《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第2条首次明确规定“隐私权”,从而终结其“非法身份”;也有比较轻松直接入法的新兴权利,如2007年通过的《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第156条首次明确规定“地役权”,尽管在世界范围内这是一项古老的权利;还有几经权衡由司法解释予以支持的新兴权利,如《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第3条首次确认了食品药品领域的“职业打假权”,向社会表明支持职业打假的司法态度;更有根据具体案件情况由法院裁判认可的新兴权利,如“性权利”^④“眺望权”^⑤“网络虚拟财产权”^⑥等,当然,还有一些新兴权利正在入法的路上,如同性恋者的婚姻权。^⑦纵然新兴权利的入法图景比较繁杂,有成功也有失败,有激进也有渐进,但在繁杂图景的背后我们

可以发现一个逐渐成形且极具特色的中国模式,笔者将其提炼总结为“以司法续造为基础的渐进式入法路径”。作为一种典型的渐进式路径,大致可以描述为依次递进的“三部曲”:个案裁判的特殊化救济(第一步)→司法解释的规范化续造(第二步)→法律规定的普遍化建构(第三步)。该路径不仅与我国的法律权力架构和法治运行实践十分吻合,而且能够在结果稳妥性与保障及时性之间达致平衡。

1. 第一步:个案裁判的特殊化救济

将个案裁判作为新兴权利入法的第一步,源于其独特优势。具而言之,其一,回应门槛较低。通过诉讼活动,当事人直接提出新兴权利主张请求法院救济,而“法官不得拒绝裁判”的法谚则要求法官必须做出司法回应。特别是我国自2015年5月1日起施行立案登记制以来,立案门槛大幅降低,免除了对“诉的利益”的实质审查程序。只要符合形式要件,依附于具体案件的新兴权利就可进入司法程序,迈过了司法救济的第一关。其二,回应速度及时。诉讼期限大都有明确规定,相关各方必须严格遵守,以确保诉讼效率。相比之下,立法期限没有明确规定,主要取决于立法规划和民主议程,往往历时漫长。其三,回应形式灵活。例如,判决、调解、促成和解、动员撤诉、委托调解、司法确认、邀请第三人参与处理以及其他各类诉讼与非诉讼方式的衔接,启动成本低,便捷高效。其四,试错成本低廉。个案裁判作为一种特殊化救济,即使出现错误,也往往拘泥于个案,波及面小,并且有二审终审、审判监督等补救机制,不会对法治体系造成重大冲击。其五,回应效果较好。个案裁判的特殊化救济可以起到双重效果,在微观层面上可以结合具体案情为新兴权利提供针对性救济,同时可以溢出个案效果,在宏观层面上为新兴权利后续入法提供鲜活丰富的实践素材。基于个案之间的情节差异、法官之间的水平参差以及自由裁量的尺度拿捏等因素,对于同一新兴权利主张,不同法官的裁判意见会出现相同、相近、相左乃至相反等情形。正是在各类裁判情形的重复、对比和竞争中,新兴权利逐渐完成由碎片化向整体性的复原,

逐步实现由片面化向全面化的展示,隐藏其中的问题不断呈现,可能发生的风险不断削减,需要规范的因素不断明晰。尤其在强调司法能动性的环境下,当缺乏明确的法律依据而又需要对新兴权利予以救济时,法官的司法创制活动就不可避免,这使得个案裁判不仅是一个面向当事人的“私人产品”,而且是一个面向社会的“公共产品”。

2. 第二步:司法解释的规范化续造

在我国法律语境下,司法解释大致有两类:一类是抽象解释,即最高人民法院发布的与法律适用相关的指导文件;一类是具体解释,即法官审理具体案件时就适用法律做出的解释。^⑧本文的司法解释主要指抽象解释,既包括正式的司法解释,即《最高人民法院关于司法解释工作的规定》中规定的四种发文,包括“解释”“规定”“批复”“决定”,还包括非正式的司法解释,即虽然没有套用明确的司法解释发文,但在一定程度上会起到司法解释的效力,主要包括最高人民法院及其下属部门以及各高级人民法院发布的“意见”“解答”“会议纪要”“研讨综述”“领导讲话”等。此外,最高人民法院发布的“指导性案例”“公报案例”等案例、最高人民法院下属部门刊登在《人民法院案例选》《刑事审判参考》《商事审判指导》《行政执法与行政审判》《民事审判指导与参考》等刊物上的案例以及各高级人民法院发布的“参考性案例”亦可纳入广义的司法解释范围,因为这些案例载体中大都从具体案件中提炼出来的特定规则“裁判要旨”与司法解释中创设的抽象规则相差无几,^⑨而在司法实践中,真正能对法官裁判起到参考作用的部分主要是“裁判要旨”。虽然司法解释的合法性时常遭受质疑和批判,^⑩但经过数十年的司法实践,司法解释已经成为中国法制体系的重要组成部分,司法解释的这种矛盾身份使其成为新兴权利入法第二步的载体,担负起“承上启下”的中介作用。

就“承上”而言,第二步是对第一步的升华,即在总结个案审判经验和整合司法实践资源的基础上,将新兴权利由单纯的个案层面上升到以个案为依托

的规范层面,保障力度大大增强:涵盖案件更多,由某一具体案件上升至某一类型案件;涉及人员更多,由单纯的个案当事人扩展到所有可能参与此类案件的潜在当事人;效力范围更广,由个案效力扩展至类案效力;可预测性更强,在第一步中需要一案一议,具体结果取决于法官的个案裁判,不确定性较强,而在第二步中,虽然也需要通过个案最终来实现,但根据司法解释可以有个大致预判,确定性明显增强。就“启下”而言,第二步是对第三步的缓冲,以进一步预留试错空间,估量实践效果,促进立法的稳妥性。首先,在效力范围上,虽然司法解释将新兴权利的保障上升到规范层面,但仍局限于诉讼范围,远窄于立法面对的社会公众。如此一来,可以持续观察规模化的实践效果,更有效地防控风险,为后续成熟立法提供司法素材;其次,在启动程序上,相比于立法程序民主化的漫长进程,司法解释程序更偏重行政化,立改废更频繁,注重效率。司法解释的数量可以数倍于立法文件,^⑪能够更广泛地对新兴权利做出规范性回应,更及时地对各类负面影响做出规范性补救。

3. 第三步:法律规定的普遍化建构

如果条件允许,待到时机成熟,新兴权利就会自然迈向第三步,进入立法程序,变为法律权利,获得全面有力的立法保障。新兴权利最终入法并不是简单的立法背书,而是蕴含着丰富的内容:在入法形式上,有直接入法与间接入法之分,前者是指直接将新兴权利的名称或内容写入法律,后者是指采用设定义务或责任等方式对新兴权利进行反向设定;在入法内容上,有抽象规定与具体规定之分,前者是指采用一般条款对新兴权利做出概括描述,后者是指通过具体列举的方式对新兴权利予以细化;在入法数量上,有单一入法与多元入法之分,前者是指新兴权利进入一部法律,后者是指新兴权利进入多部法律;在入法力度上,有宣誓保护与救济保护之分,前者是指仅对新兴权利表态支持,后者是指提供切实可行的救济手段对新兴权利提供保护。值得注意的是,新兴权利入法也是一个循序渐进的过程,并非一劳永逸,随着时空条件的变化还会继续完善。

4. 实例演示:精神损害赔偿请求权的入法历史梳理

精神损害赔偿请求权已是司空见惯,但从时间历史来看,仍是年轻的新兴权利。20世纪80年代末,精神损害赔偿开始成为社会热点,但在当时中国法制体系中几乎没有立足之地。^⑫正是一系列个案推动了精神损害赔偿请求权的入法进程:在“中国精神损害赔偿第一案”^⑬中,原告贾国宇的女儿在饭店用餐时被炸伤毁容,北京市海淀区人民法院首次将《中华人民共和国消费者权益保护法》中抚慰金赔偿的内容扩大到精神损害赔偿,判决赔偿精神损失费10万元;1998年底“东方神鹿”王军霞因为其奥运领奖照片与香烟广告捆绑而起诉昆明卷烟厂,要求赔偿精神损失费1000万元,一审驳回诉请,二审判决支持80万元;^⑭1998年发生在上海市的屈臣氏非法搜身案中,一审判决赔偿精神损失费25万元,二审则改判为1万元;^⑮1999年发生在广东省佛山市的李新故意伤害罪一案,被害人提出的精神损害赔偿被法院驳回,理由是刑事附带民事诉讼的赔偿范围仅限于“物质损失”。^⑯在这一系列案件中,关于精神损害赔偿请求权,有的得到支持,有的被驳回,有的支持得多,有的支持得少,看似凌乱混杂,但正是这些个案实践的累积、试验与碰撞,才使得精神损害赔偿请求权逐渐得到明晰而全面的呈现,及时回应了社会需求,弥补了当时法律的不足,也为后续入法积累了宝贵而丰富的实践素材。在总结审判经验和广泛征求意见的基础上,最高人民法院2001年发布了《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《精神损害赔偿司法解释》),对精神损害赔偿问题做出系统规定:赔偿范围上拓展至人格利益、特殊身份权利以及与精神利益有关的特定财产权利;诉讼主体上延伸至特定范围内的间接受害人;还明确了赔偿责任的构成要件与赔偿数额的确定因素,并为刑事附带民事诉讼中的精神损害赔偿提供了支持。在个案审理实践和司法解释规范的基础上,经过立法的民主审议程序,精神损害赔偿请求权进入国家法律体系已是水到渠成:先是进入2009年《侵权

责任法》第22条,后又进入2010年修正的《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)第35条。从私法领域的《侵权责任法》到公法领域的《国家赔偿法》,精神损害赔偿请求权的法律权利地位不断得到巩固和拓展。

二、个案救济的类型化分析

在新兴权利的渐进式入法路径中,第一步是基础,地位重要,情形复杂。面对层出不穷、千差万别的新兴权利主张,如何在个案处理中进行特殊救济,实际上就是一个对新兴权利予以司法续造的问题,即通过一定的方式或使其迈过法律权利门槛,或将其纳入法律权利家族,以便享受法律的荫庇。对此问题进行一种类型化研究,既可以使司法实践中纷纭芜杂的救济手段条理化,也可以为新兴权利的司法续造提供方法论上的指引。当然,这种类型化主要是理论上的划分,实践中不同类型往往有所交叉。

(一)嫁接:从既有权利到将来权利

在这一类型中,新兴权利与既有法律权利是交叉关系。在当事人提出某一新兴权利主张请求法院予以保护时,该新兴权利的部分内容与既有某一法律权利的部分内容有重合,但两者仅仅是部分重合,而不是完全匹配。此时法官的解决方案是嫁接,即充分利用既有权利资源,以既有权利的名义来保护将来的新兴权利的内容。此一类型中的法官扮演的是一个保守者角色,严格遵循司法克制精神,恪守法律权利边界,将对新兴权利的保护限定于既有法律权利体系内。由于既有法律权利与新兴权利只是交叉关系,因此如果严格按照既有法律权利予以保护,那么相对于新兴权利而言只能是一种部分性、折扣性的保护。

为了最大限度地保护新兴权利,法官可以采用若干方法:(1)寻找最大的交叉面,即某一新兴权利可能与既有权利家族中的若干权利有交叉,法官可以在几种既有权利中进行比对,最后选择与新兴权利交叉面积最大的既有权利予以嫁接。以“个人信息权”^⑰为例,司法实践中,有的法官采用“隐私权”来保护,如在“孙伟国诉中国联通上海市分公司隐私权纠

纷案”^⑧中,被告将获悉的原告个人资料擅自提供给案外人进行商业推销活动。在审理过程中,法院首先将个人信息纳入隐私范畴,认为“私人信息是隐私权益的主要内容”,其次又将侵犯“个人信息权”嫁接为侵犯隐私权,认为“只要有未经许可向第三人披露他人个人信息的事实存在即可构成侵害……足以构成对原告隐私权的侵犯”。有的法官则采用“一般人格权”来保护,如在“石某某与上海银行股份有限公司一般人格权纠纷案”^⑨中,被告因工作失误,将案外人的身份证号码登记在原告名下,致其产生不良信用记录。在审理过程中,法院将此类侵犯“个人信息权”的行为嫁接为侵犯一般人格权,判决指出:“公民的人格权受到侵害的……可以要求赔偿损失”。(2)嫁接若干既有法律权利,如果某一新兴权利与若干既有法律权利都有所交叉,且交叉部分并不重合或重合度不高,则可以选择其中几项既有法律权利组成“权利集群”进行保护。仍以“个人信息权”为例,大规模恶意散播公民个人的病例信息资料,不仅会侵犯病人的隐私权,而且有可能侵犯病人的姓名权、肖像权、名誉权等法律权利,此时就可以将这几类法律权利予以统合,以实现“个人信息权”的最大救济。(3)动用司法自由裁量权,在既有法律权利的幅度内采取顶格式保护或“拆东墙补西墙”。例如,在精神损害赔偿还没有被刑事附带民事诉讼吸纳时,法官可以通过对物质损害赔偿数额的宽松认定来填补精神损害赔偿的缺位。

至于嫁接方法,大致可以分为两类。(1)形式嫁接,即主要关注新兴权利与既有法律权利形式要件上的相似性,形式相似是嫁接的决定性考量因素,因而两者基本属于同一权利家族,具有家族类似的特征。例如,前面提到的以隐私权嫁接“个人信息权”;又如,“隐私权”还未进入《侵权责任法》之前,司法实践中一般采用名誉权嫁接“隐私权”的做法。^⑩而名誉权、隐私权、“个人信息权”都属于人格权范畴,形式要件上有较大的相似性。(2)内容嫁接,即主要关注新兴权利与既有法律权利实际效果上的接近度,效果接近是嫁接的决定性考量因素,因而两者可能

分属于不同的权利家族。例如,在首例“冷冻胚胎继承案”^⑪中,针对当事人提出的“冷冻胚胎继承权”主张,江苏省无锡市中级人民法院就绕开了“冷冻胚胎”的属性难题以及能否继承的法律障碍,最终赋予当事人对于“冷冻胚胎的监管权和处置权”。“冷冻胚胎继承权”与“冷冻胚胎的监管权和处置权”显然不属于同一权利家族,但在实际效果上同样达到了当事人的期望。

(二)涵摄:从一般权利到特定权利

在这一类型中,新兴权利与既有法律权利是包含关系,或曰种属关系。在当事人提出某一新兴权利主张请求法院予以保护时,该新兴权利的内容实际上已经包含于既有法律权利的范围之内。在某种程度上,法律权利都是抽象、概括、笼统、模糊的,对于宪法和基本法律中的法律权利而言尤其如此。在此情形下,法官的解决方案是涵摄,即采取“法律解释方法”^⑫将新兴权利涵摄归入既有法律权利的外延之下。相比于嫁接类型中法官的保守者角色,此类型中的法官依然认同司法克制精神,尊重法律权利边界,但司法能动的色彩更浓,自由裁量的空间更大。因为大多数时候既有法律权利的一般性与新兴权利的特殊性之间的包含关系并非一目了然,所以就需法官秉持司法能动的立场,行使自由裁量的权力,做一些填补性、联结性、创造性工作,使两者间的关系明朗化、清晰化、具体化,完成从一般权利到特定权利的涵摄。

根据涵摄起点的不同,可以将其分为两类。(1)显性涵摄,即直接以基本权利、一般权利、剩余权利、空白权利等既有法律权利为起点的涵摄。其中,基本权利是指由宪法规定的公民享有的主要的、必不可少的权利。具体到我国主要是指《中华人民共和国宪法》第二章“公民的基本权利和义务”中规定的权利。一般权利是指由基本权利统摄或派生,主要由基本法律和一般法律规定的各项权利。一般权利是个相对概念,理论上任何一项法律权利只要有足够的涵盖面和辐射力,就都有可能成为一般权利。例如,相对于知识产权,著作权不是一般权利,而相对

于发表权,著作权则是一般权利。剩余权利是指宪法和法律除具体明列某些权利外,还概括地规定可以保留其他未列出的应有权利。例如,1791年《美国权利法案》第9条规定:“宪法中列举的某些权利,不得被解释为否认或轻视人民所拥有的其他权利”。空白权利是指宪法和法律未能一一列举,而以“等”“其他”等语词概括的权利,一般出现在例示规定中。显性涵摄是权利归入的常态,梳理一下司法实践中五花八门的新兴权利主张,就会发现很多可以涵摄归入既有法律权利之中。以“陶莉萍诉被告吴曦道路交通事故人身损害赔偿纠纷一案”^②为例,在这起被称为全国首例“亲吻权”索赔案中,原告因车祸致使上唇裂伤和门牙折断,以不能感受与爱人亲吻的醉人甜蜜以及与女儿亲吻的天伦亲情为由提起“亲吻权”主张,索赔1万元,法院虽然驳回诉请,但在判决中也承认“原告主张的亲吻权属人格权中细化的一种独立的权利”,之所以驳回是因为“目前我国现有的法律、行政法规,均无亲吻权之规定,故亲吻权的提出于法无据”。其实,法官完全可以在判决中以涵摄方式说理论证,而不必如此生硬拒绝,可以论证“亲吻权”有一定道理,但没有必要成为一项独立的法律权利,因为“亲吻权”所承载的利益完全可以由其上位的一般权利“身体权”和“健康权”所涵摄,法律已经给予充分的权利救济。而法院最后在判决中实际上也采用了上位权利予以救济,认为被告“侵犯了原告的身体权、健康权,给原告造成肉体和精神痛苦,应给付500元的精神损害赔偿金”。(2)隐性涵摄,即以法律原则、基本义务、国家职责等非法律权利为起点的涵摄,此类起点虽然不是法律权利,但与之有密切关系,如根据2012年修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》),犯罪嫌疑人有没有“沉默权”?有学者认为“沉默权”可以涵摄于两个义务条款,已得到法律默示,因为《刑事诉讼法》第50条明确规定:“审判人员、检察人员、侦查人员……不得强迫任何人证实自己有罪”,至于《刑事诉讼法》第118条规定“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答”可以解释为:“犯罪嫌疑人对侦查

人员的提问,可以选择回答,也可以选择沉默,但如果选择回答,那就要如实陈述。换言之,犯罪嫌疑人有沉默权,但是没有说谎权”。^③

(三)创设:从法外权利到法内权利

在这一类型中,新兴权利与既有法律权利是游离关系。在当事人提出某一新兴权利主张请求法院予以保护时,该新兴权利的内容与既有法律权利之间没有任何交集,完全无法匹配。虽然法律已经成为现代社会的首要控制手段,占据主导地位,但为确保国家安定与社会和谐,仅有法律是不够的,还有国家政策、道德伦理、宗教礼仪、风俗习惯、村规民约等非法律规范也起着重要作用。就调控范围而言,法律规范与其他规范既有部分重叠的领域,相互作用;也有相对独立的领域,互不干涉。随着时空转换和情势变迁,两者之间的调控领域也会出现变化。当有人以其他规范下拥有的权利向法院提出主张请求救济,且该主张属于其他规范的独立调控领域而法官又认为确实需要司法救济时,就会产生法外权利向法内权利转化的问题。在此情形下,法官的解决方案是创设,即采取法的续造的方法对新兴权利予以创制设定,使其完成从法外权利到法内权利的转化,进而获得法律的尊重、认可和救济。其中,法的续造既包括“法律内的法律续造”,对具体法律没有规定但属于法律计划内的事项进行“漏洞补充”,也包括“超越法律的法的续造”,对超越法律计划但属于法伦理性原则统摄下的事项进行“法官造法”。^④此一类型中的法官发挥着一个能动者的角色,不再拘泥于具体的法律条文,而是从法律原则甚至法律精神出发,运用社会正义、衡平理念、法学原理等进行“法的续造”,可以逾越既有法律权利边界,创制新的法律权利项目。

由于非法律规范类型众多,因此附带产生的权利类型也很多。在权利意识高涨的今天,每种类型的权利都有可能进入司法领域,日渐呈现出多元化趋势。考察近年来的新兴权利的发展历史以及结合我国的特殊国情,可以发现法外权利向法内权利的转化主要表现为三大类型:(1)自然权利向法律权利

的转化。自然权利是指人之为人自然享有的权利,与生俱来,不可剥夺,先于国家和法律而存在。以“男性生育权”为例,在2002年《中华人民共和国人口与计划生育法》施行之前,从没有一部法律对此予以明确规定,^⑧如果此前有人提起该项权利主张,那么法官完全可以对此予以创设,论证生育权是一项自然权利,不因立法没有规定而不受司法保护。(2)道德权利向法律权利的转化。道德权利是指“道德主体基于一定的道德原则、道德理想而享有的能使其利益得到维护的地位、自由和要求”。^⑨与法律权利的强制性救济相比,道德权利的救济更多呈现出非强制性,往往只能凭借舆论力量和内心自律来实现。当时空环境发生重大变化以致道德力量陷于疲弱而难以确保道德权利实现时,就需要法律力量施以援手。以近年来司法实践中的“祭奠权”为例,这显然是一项具有深厚伦理韵味的道德权利,之所以诉诸法院,显然是因为原有的道德救济手段已经捉襟见肘,此时法官完全可以将其创设为一项法律权利,填补道德亏空。(3)习惯权利向法律权利的转化。习惯权利是指“一定社区内的社会主体根据包括社会习俗在内的民间规范而享有的自己为或不为,或者对抗(请求)他人作为或不为一定行为的社会资格”。^⑩与法律权利的国家赋予性和救济强制性相比,习惯权利主要是通过社会交往的相互博弈而自发长成的,其保障机制往往出于人们对民间规范的自觉依赖。一般情形下,如果习惯权利与法律规定

没有重大冲突,那么法律应该予以尊重,这既是维护自生自发社会秩序的需要,也体现了国家法与民间法的良性互动,减少了因为规范冲突而导致的成本内耗和行为混乱。以近年来发生的因公民拾捡“乌木”“狗头金”等引发所有权纠纷为例,^⑪实际上就涉及长久以来形成的一个“无主物先占者所有”的习惯权利:对于诸如河流里的玉石、大山上的草药等无主物,谁先占谁所有。因此在此类案件中,除非法律明确规定所有权归属,否则法官应该尊重已经形成的习惯权利,将其由社会中的习惯权利创设为个案中的法律权利,予以司法认可。

三、司法解释的运作技艺

在新兴权利渐进入法“三部曲”中,司法解释的规范化续造虽然处于过渡阶段,但实际作用不可或缺且作用形式复杂异常:首先,风险后果更加复杂。司法解释属于过渡阶段,新兴权利存在更多的不确定因素,社会共识没有达到很高的程度,周边因素的考虑没有完全成熟,配套机制的建设亦不很完善,风险后果的出现概率会更大,一旦造成负面影响,波及面会更广,并且没有很好的补救机制。其次,价值导向更讲平衡。既要顾及个案裁判的及时救济,也要顾及立法规定的稳妥回应,不能顾此失彼。最后,角色定位更为混合。司法解释的主体是最高人民法院及其下属部门,其角色定位则带有混合的性质,既要具备司法者的处理技术,承担解决具体纠纷的司法职责,也要具备立法者的全局眼光,参与宏观公共政

三种司法续造模式比较简表

	嫁接模式	涵摄模式	创设模式
总体思路	从既有权利到将来权利	从一般权利到特定权利	从法外权利到法内权利
主要方法	司法三段论	法律解释方法	法的续造方法
法官角色	忠实的“法律仆人”	不安分的“法律仆人”	司法造法者
裁判理念	司法克制主义	克制立场下的能动	司法能动主义
自由裁量权	低度	中度	高度
法理论证的要求	较低	适中	较高
对新兴权利的认可力度	较弱	中度	较强
对既有法律权利边界的态度	恪守	尊重	超越
对新兴权利入法的导向作用	较小	中度	较大
法律权利与新兴权利的关系	交叉	包含	游离

策的形成过程。以上几点表明,在新兴权利渐进入法的过程中,司法解释具有独特的运作方式,内蕴丰富的技术含量。

(一)解释载体的多样化应对

名目众多的解释载体可以划分为不同类别:依是否依附个案,可分为具体解释和抽象解释。前者指立足个案情景,提供类案指导的司法解释,最高人民法院发布的公报案例、指导性案例等各类案例即属典型;后者指脱离个案情景,提供普遍指导的司法解释,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民事诉讼法司法解释》)等各类“立法性”解释即属典型。依法律效力的强弱,可分为倡导解释和强制解释。前者对于法官审理案件仅具有参考性、指导性、辅助性作用,是否必须严格适用取决于法官结合个案情况的自由裁量,后者对于法官审理案件具有强制性、约束性、决定性作用,只要满足相应条件,法官就必须严格适用。以各类案例载体为例,最高人民法院发布的指导性案例即属强制解释,而最高人民法院各业务部门发布的调研案例则属于倡导解释。依发布主体层级的高低,可分为高层解释和低层解释。前者的发布主体是最高人民法院,后者的发布主体是最高人民法院下属部门及各高级人民法院。值得注意的是,解释的层级与效力并没有必然关联,如最高人民法院发布的“领导讲话”一般仅具有倡导性的效力。

面对类型各异的新兴权利,司法解释也要运用多样化的应对策略:(1)类型化策略,即针对不同类型的新兴权利采用不同形式的解释载体。按照新兴权利独立性的程度差异,大致可以分为具象化的权利和抽象化的权利,前者独立性程度较低,往往与特定时空条件密切关联,需要特定化理解方能把握其准确含义。后者独立性程度较高,与特定时空条件关联不大,比较容易获得一般化理解。具象化的新兴权利比较适合依附个案的具体解释,如最高人民法院曾通过公报案例确立了一项“婚内协议可以突破产权登记”的权利,即在不涉及第三人的情况下,对于房屋产权归属的认定,夫妻协议的效力优于产权

登记。对此只能结合具体案情才能准确把握其中含义,否则极易导致宽泛解读。^③抽象化的新兴权利比较适合脱离个案的抽象解释,如《民事诉讼法司法解释》就对当事人的诉讼权利做了许多新的甚至是突破性的规定,如扩大了诉讼参加人的范围、增加了再审案件中关于变更诉讼请求的规定,而这些属于程序性权利,独立性较强,通过字面含义即可理解其中意思。(2)阶段化策略,即针对新兴权利的不同发展阶段采用对应的解释载体。对应渐进入法的“三部曲”,新兴权利大致可以分为兴起、发展、成熟三个阶段,而处于第二步的发展阶段,程度上也有高低之别。对于发展程度低的新兴权利,可以适用倡导解释、低层解释和具体解释,以便形成不同观点的交锋和不同载体的竞争,使关注趋向广泛,论证走向深入,加速权利成长。对于发展程度高的新兴权利,可以适用强制解释、高层解释和抽象解释,以便进一步扩大社会共识面和公众认可度,为权利的成熟入法做好铺垫。如果发展程度与司法解释载体不相匹配,新兴权利的发展就会受到阻碍,司法解释的效力也会大打折扣。^④(3)综合化策略,即因应社会情势和时代变迁,对于意义重大、公众亟须、共识广泛的新兴权利,可以综合采用不同解释载体,形成规范合力。例如,针对“个人信息权”这一备受关注又屡遭侵犯的新兴权利,最高人民法院除了发布《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》之外,还公布了“徐大雯与宋祖德、刘信达侵害名誉权民事纠纷案”^⑤等8起利用信息网络侵害人身权益的典型案例,取得了积极效果。

(二)解释方式的诉讼化续造

司法解释对新兴权利的规范也属于司法续造,本质上应该是一种诉讼化续造。大致可以分解为三个方面:(1)在新兴权利的肯认范围上,要守住司法边界。无论是最高人民法院,还是其下属各部门以及各高级人民法院,首要角色是司法者,从事的是司法活动,而非立法活动或其他。因此,司法解释在肯认新兴权利时,要严格限制在司法范围,特别是诉讼活动中。这也符合法律的授权范围,无论是依《全国人

民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》(1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过)第2条,还是依2015年修正的《中华人民共和国立法法》第104条,司法解释的对象都是“审判工作中具体应用法律的问题”,也即司法实践中的法律适用问题。(2)在新兴权利的话语表述上,要采用诉讼语言。概而言之,大致可以采用“当事人诉请(新兴权利主张)+法院态度(肯定、否定或视情裁量)”的公式描述。例如,最高人民法院发布的第23号指导案例实际上肯认了食品领域的“职业打假权”,其裁判要点即符合前述公式:“消费者购买到不符合食品安全标准的食物,要求销售者或者生产者依照食品安全法规定支付价款10倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准赔偿的,不论其购买时是否明知食品不符合安全标准,人民法院都应予以支持”。(3)在新兴权利的论证方法上,要进行上下结合。司法解释要充当勾连法律规定与司法案例的纽带,上要对法律规定进行细化、解释和补充,下要对各类司法案例进行总结、梳理和提炼,最终交汇于司法解释。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第26条确立的“情势变更合同解除权”就是上下结合的例证,对上可以说是对《中华人民共和国合同法》的补充,遵循了民法中的公平原则,回应了实践中的复杂情况,填补了不可抗力与商业风险之间的空白,对下则是对一些典型案例的总结升华,^⑧虽然有学者对该权利表示质疑,^⑨但其确有存在的必要。试举一例,一对年轻夫妻辛苦打拼终于攒够了购房首付款,不料签订买房合同后突遇政府调控,房贷无法获批,如此情形很难一概归于不可抗力——贷款毕竟不是筹集房款的唯一渠道,也很难一律说是商业风险——国家调控毕竟不是纯粹的市场行为,因而交由法官根据案件具体情况来决定是否赋予当事人“情势变更合同解除权”就显得尤为必要。

(三)解释程序的民主化补强

宏观而言,民主化大致可以从两个方面开展:一是民主化的横向铺开,即在司法解释的制定过程中,

除了最高人民法院的人员外,还可以视情吸纳下级人民法院和法院外部的人员参与进来,成立联合起草小组,召开专家论证会,以便集思广益;二是民主化的纵向延伸,即在司法解释制定前要广泛征求意见,制定中要开展深入讨论,制定后还要开通反馈渠道。事实上,最高人民法院也做出了一些值得称道的努力,如在《最高人民法院关于司法解释工作的规定》中专门设置了“公民动议司法解释立项”和“向社会公开征求意见”机制,“从而在‘民主化’的话语描述下,为其履行通过解释发展法律的政治功能增强了民意合法性,也使其能在进行中国式司法解释(尤其是抽象司法解释)过程中广泛吸纳信息或知识”。^⑩另外,要特别注意借力立法机关的资源,事前要汇报,事中要沟通,事后要备案,必要时要取得立法机关的授权,以补强司法解释的合法性。

四、立法建构的考量因素

在“权利时代”,权利话语的泛滥极易出现,似乎一切个人主张、愿望和要求都可以被贴上“权利”标签而变得正当化,导致“‘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被有意无意地消解或者媚俗化”,^⑪进而背离权利设定的初衷,制约权利功能的发挥。为此,面对形形色色、数不胜数的新兴权利主张,在法治建构中必须严格条件、周全考量、审慎抉择。而就现实情况来看,虽然随着立案登记制的实行,新兴权利主张进入司法的门槛大幅降低,但在经过渐进式入法路径的步步过滤后,最终能够明确入法而成为独立法律权利的也屈指可数。易言之,某项新兴权利最终是否可以明确入法,必须具备相应的条件,符合立法的考量。

(一)必要性考量:立法谦抑

所谓立法谦抑,也称立法克制,即只有在通过立法之外的方式难以对新兴权利提供足够保障时,才可以考虑将新兴权利予以明确规定。具而言之有三:

1. 法律规范对其他规范的谦抑。对于其他规范调控领域内产生的新兴权利,在其他规范足以调整或法律规范难以调整时,法律规范一般保持中立,不

加干涉。例如,对于夫妻之间就谁做饭谁洗碗提出的权利主张,法律就不宜干涉,而是交由夫妻家人协商或邻里朋友劝导更加合适。

2.立法对司法的谦抑。对于发生情形不够普遍或具体情形千差万别的新兴权利,通过个案审理是更好的选择,而不必入法。例如,就老年人是否有权要求他人让座而言,就会涉及大量细节——让座的场合(公交车、剧院、公园等)、座位的属性(是否老人专座)、他人的体质(生病、身孕、劳累等)、老人的体质(矫健或羸弱)、时间的长短(让座10分钟与3小时差别巨大)、让座的程序(如让座前需主动提起,让座后需明确致谢)、要求的方式(言语、眼神、肢体动作等)、冲突的处理(外人可否干涉)等,大量细节难以抽象为统一的法律规范,即使勉强可以抽象也会导致法律条文过于繁杂,丧失对社会生活的统摄力,因而交由法官根据案件情况予以具体分析无疑更加合适。

3.权利对法益的谦抑。法律对利益的保护大致有两个层次:高级层次是权利,即特定的、明确的、类型化的、有具体权利形态的利益;低级层次是(狭义的)法益,即“一个社会的法观念认为应予保护的利益,但这种受法律保护的利益乃是一种概括的、不确定的利益,不具有具体的权利形态”。^⑤法律对两种利益采取各有侧重的保护方式:对权利侧重保护力度,着眼于提供确定的请求权规范和清晰的构成要件;对法益侧重保护密度,着眼于提供多个可能的请求权基础规范,但均缺少清晰的构成要件。^⑥这种差别保护设置,既表明了对权利与法益的重视程度差异,也实现了重点保护与全面保护之间的平衡,提升了法律对社会生活的调控力。因此,新兴权利如果需要法律保护但是可以纳入法益范围,进而由法官依据法律原则和一般条款等载体,借助自由裁量和利益平衡等手段即可提供足够保护时,那么也不必明确入法而成为法律权利。以“祭奠权”为例,有学者认为现行法秩序已经提供了《中华人民共和国民法通则》第7条“公序良俗”、《侵权责任法》第2条“人身、财产权益”、《精神损害赔偿司法解释》第1条“其他人格利益”等三种概括式保护路径,^⑦因此可

以暂时纳入法益保护,而不必立即上升为明确的法律权利。

(二)重要性考量:社会共识

一项新兴权利能否上升为明确的法律权利,仅有必要性是不够的,还必须具备相当的重要性,而是否重要以及重要到何种程度的核心考量因素就是社会共识。因为在一定意义上权利本身就是一种群体性和社会性的观念存在,“从本质上看,‘权利’存在于社会共识之中,即只有人们就权利是否存在形成一致肯定意见,权利才能存在”。^⑧因此,当一种新兴权利在当时社会条件的制约下并未表现出足够的重要性或者社会公众对其重要性并未予以高度重视时,就缺乏上升为独立而明确的法律权利的主观条件。

社会共识具有一定时空内的稳定性,因此可以保证一个国家法律权利体系的大致稳定。但社会共识也会随着世易时移而缓慢变化,进而引发权利家族成员的变化。以“常回家看看”为例,这在新中国成立以来相当长的时间内都不是问题,无论“父母在,不远游,游必有方”的古训,还是社会基本面的封闭禁锢状态,都保证了父母与子女之间的常态联系。而改革开放以来社会结构的巨大变迁,社会关系的日益松散,人口流动的日益增强,计划生育国策的执行,以及社会老龄化程度的加深,因缺少与子女联系而产生的“空巢”综合征,已成为不容忽视的社会问题。^⑨在此背景下,虽然“常回家看看”可以涵摄在“赡养”的可能字义范围内,如可以将赡养扩大解释为物质赡养和精神“赡养”(慰藉),但是由于其重要性日益凸显,已经成为普遍的社会共识,亟须通过法律的刻意强调以彰显其重要性,因此得以入法成为老年人的一项独立的法律权利。

新兴权利之所以被称为“新兴”权利,一个重要特征就是最初提出权利主张的总归是社会中的“少数人”,而社会共识的形成就是一个从“少数人主张”到“多数人认同”的过程。“无论是何种具体的新兴权利主张与诉求,其基础的生成与铸就始终是从少数主体甚至单独个体的人基于自身的需要与狭隘的私

利而开始的,随后在一定的时间段与空间中得到越来越多的主体的呼应与认同,以产生足够的社会重要性价值,从而产生出权利化的证成需求。”^②通常而言,社会共识的形成往往是缓慢、迟钝甚至是曲折反复的,因为人们对新生事物的接受总归有个过程。就某项新兴权利而言,最终也不一定都会达成社会共识,因为很多不合时宜的权利主张缺乏普遍化的条件。在此方面,以司法续造为基础的渐进式入法路径正好为少数主张的权利预留了发展空间,为社会共识的形成提供了充分条件。对于个别的、零星的合乎法理的新兴权利主张,先通过个案裁判予以特殊化救济,如果该类主张随后达成一定程度的群体共识则将其纳入司法解释予以规范化续造;如果该类主张的共识面继续扩大,最终达成整个社会的共识则将其纳入法律规定予以普遍化建构;如果其间达不成足够的社会共识,则将其拒于法律权利门外,如果个别主张根本不合法理,则直接拒绝提供司法救济。

(三)可行性考量:权利成本

一项新兴权利要成为真正意义上的法律权利,必要性与重要性只是说明了权利的“可欲性”,是否具有现实的“可行性”才是实质所在,而这从根本上取决于权利的成本。“从法社会学的立场出发,所谓的权利体现了人们交往行为中的利益结构关系。法律规范中对权利的界定,理应是社会结构中利益关系的法律表达。”^③由此可见,任何权利虽然表面上是个“私人物品”,但实际上都具有“公共产品”的性质,因为权利设定实际上体现了利益结构的调整,发生在人与人之间的关系中。任何权利的实现都需要一定的成本,表面上依赖于人与人之间的社会合作,包括他人的不加干涉或积极协助,实际上则依赖于国家为维系和促进社会合作而做出的各种努力,如制定法律规范、建立国家机关、派发社会福利等,而这一切最终都会指向公共财政,需要公共资源的大量投入和国家机关的积极行动。^④因此一项新兴权利能否最终入法,还需要科学评估国家为其支付的成本,综合考虑其现实可行性。

任何权利或多或少都具备三个方面的基本功能,也对应着国家的三类基本义务。一是防御功能,是指要求他人对权利予以尊重、不得侵犯的功能,如果受到侵犯,那么权利主体可以请求停止侵害,具体表现为“不作为请求权”或“侵害停止请求权”。^⑤其对应的国家义务是消极义务,即要求国家不得以任何方式侵犯公民权利。例如,行政机关不得滥用职权,司法机关不得枉法裁判。二是受益功能,即要求他人积极协助,进而使权利主体享受一定利益的功能,具体表现为“积极作为请求权”或“利益获取请求权”。^⑥其对应的国家义务是积极义务,即国家的给付义务,也就是国家积极创造条件,提供权利实现所需的物质、程序或者服务,如提供失业救济、免费教育或职业培训。^⑦三是救济功能,是指基于权利的防御功能和受益功能而向侵权者主张权利恢复、损害赔偿和利益惩处,并可以请求公权力主体对此提供强制保障的功能,^⑧具体表现为“责任承担请求权”或“公力救济请求权”。其对应的国家义务是积极义务,即国家的保护义务,如提供公正高效的司法裁判体系,维系公检法司等国家强力机构的运转。其中最重要的是司法救助义务,即案件的及时受理、公正裁判和强制执行。前述三类国家义务中,除了消极义务需要国家保持克制,成本较小外,国家的给付义务和保护义务都属于积极义务,需要耗费巨大的公共财政,须以社会财富的整体增加和国家经济的持久繁荣为后盾。如果不顾实际条件,使大量新兴权利夹杂着正义激情盲目入法,不只会遭遇权利实现的难题,甚至会引发严重的政治危机。德国《魏玛宪法》就是一个反例,“当时的社会民主党主导的联合政府将大量社会权——诸如健康权、受教育权、工作权、住宅权、社会保障权等——写入宪法,但又无法提供充足的财政保障和有效的司法救济,并抑制了立法机构对此类事项的审议和决策权力,其引发的宪法危机加剧了魏玛政府的垮台”。^⑨还需注意的是,国家的积极义务与消极义务之间存在一定的紧张关系,积极义务的扩张势必会侵蚀消极义务的边界,削弱权利的防御功能,戕害权利的自由价值,因

此两者之间需要保持一个动态均衡。如果新兴权利不计成本大量入法就会破坏这种平衡,全面强化国家的积极义务,导致国家权力不受任何约束,最终将使公民陷入一个“有了福利,没了自由”的悖论中。

显而易见,成本越小,新兴权利的可行性越大,反之亦然。在可能的情况下,应该尽可能减少不必要的成本支出,特别是人为的成本冗余。这主要取决于两个因素:一是权利体系的和谐性。“一种特定的法益被确认为法定的权利后,只有与整个权利体系相协调,才可能发挥其应有的作用。”^⑨如果一项新兴权利与既有法律权利体系在性质上难以调和或在逻辑上难以衔接,那么其可行性将会大打折扣。二是权利设置的科学性。任何权利都不能随心所欲,科学设置权利体系,明确划分权利边界,能最大限度地减少权利冲突,避免权利“乌龙”,增加新兴权利的可行性。

五、结语:依然开放的入法路径问题

行文至此,可以发现“以司法续造为基础的渐进式入法路径”具有三个特点:第一个特点是“兼顾”。整体而言,它是一种渐进式入法路径,偏重结果稳妥,符合演进理性,但其中的司法续造又能发挥及时保障的功效,符合建构理性。第二个特点是“互动”。其中又可分解为两点:一是理论与实践的互动。该路径并非纯粹的理论推演,亦非简单的实践总结,而是在实践提炼基础上的理论升华,既是发现的,又是创制的;二是法治与生活的互动。该路径的另一表述是“生活→司法→立法”,即由当事人启动的新兴权利主张出发,经由基层法官的裁判和高层法官的解释,最终到达立法者的文案。其间展示了人世生活与法治世界的互动,穿插着普通百姓与法律人士的对话。第三个特点是“中国”。不同于西方化的标签,该路径体现了浓郁的中国元素:既有诸多具体的中国实例予以佐证,又给中国特色的司法解释安排了恰当的角色,同时在“法治中国”的宏大目标下也对各级人民法院法官赋予更大的责任。当然,新兴权利的入法路径有且应该有不止一种样态,“以司法续造为基础的渐进式入法路径”只是其中的

一条,它难以应对所有的复杂情势,也不会适合所有的新兴权利,因此新兴权利的入法路径仍是一个开放的、未结的、需要争鸣的问题。

注释:

①汪太贤:《权利泛化与现代人的权利生存》,《法学研究》2014年第1期。

②例如,美国的“罗伊诉韦德案”所确立的“堕胎权”在美国社会引起了广泛争论和持久对立。参见方流芳:《罗伊判例:关于司法和政治分界的争辩——堕胎和美国宪法第14修正案的司法解释》,《比较法研究》1998年第1期。

③隐私权在美国的入法历程即为适例。参见马特:《隐私权的谱系学考察——兼论我国的法典化构建》,《湖南社会科学》2014年第3期。

④参见曹峰峻:《中国首例“性权利”官司审理始末》,《法治与社会》2003年第8期。

⑤参见李京华:《因广告牌挡住视线告上法院房主讨回眺望权》,《南方日报》2004年4月19日。

⑥参见李金红:《国内首例虚拟财产失窃案终审宣判》,《通信业与经济市场》2004年第12期。

⑦参见曾妍:《长沙“男同”申请结婚登记被拒状告民政局法院一审判决驳回诉讼请求》,《人民法院报》2016年4月14日。

⑧参见陈春龙:《中国司法解释的地位与功能》,《中国法学》2003年第1期。

⑨不同案例载体的称谓有细微差别,如“裁判要点”(指导性案例)、“裁判摘要”(公报案例)、“裁判要旨”(人民法院案例选),但所指内容基本相同。

⑩参见袁明圣:《司法解释“立法化”现象探微》,《法商研究》2003年第2期。

⑪笔者于2016年10月2日登录国务院法制办公室主办的“法律法规全文检索系统”(http://search.chinalaw.gov.cn/search.html)进行查阅,其中“法律库”有500余件,“司法解释库”则有近2500件(不包括数量庞大的各类非正式的司法解释及指导类案例)。

⑫只有《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》(1993年)有所涉及:“公民因名誉权受到侵害……提出精神损害赔偿要求的,人民法院可根据……等情况酌定。”但是保护力度相当之弱:(1)该“解答”并非正式的司法解释,位阶较低;(2)仅是象征性表态,将其完全交由法官自由裁量;三、仅针对名誉权,其他权利的精神损害赔偿无从谈起。

⑬参见《贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司、龙口市厨房

配套设备用具厂、北京市海淀区春海餐厅人身损害赔偿案》，《最高人民法院公报》1997年第2期。

⑭参见辽宁省高级人民法院(2001)辽民终字第162号民事判决书。

⑮参见上海市第二中级人民法院(1998)沪二中民终字第2300号民事判决书。

⑯参见广东省佛山市禅城区人民法院(1998)佛城法刑初字第130号刑事附带民事判决书。

⑰参见李延舜：《个人信息权保护的法学经济学分析及其限制》，《法学论坛》2015年第3期。

⑱参见上海市浦东新区人民法院(2009)浦民一民初字第9737号民事判决书。

⑲参见上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民一(民)终字第716号民事判决书。

⑳《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(1988年)第140条：以书面、口头等形式宣扬他人隐私……应当认定为侵害公民名誉权的行为。

㉑参见江苏省无锡市中级人民法院(2014)锡民终字第01235号民事判决书。

㉒关于“法律解释方法”，参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第193-228页；梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第213-214页。

㉓参见四川省广汉市人民法院(2001)广汉民初字第832号民事判决书。

㉔李奋飞：《中国确立沉默权了吗》，《检察日报》2014年5月14日。

㉕参见[德]拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第229-300页。

㉖参见孙燕：《男性的生育权该如何保护》，《河南法制报》2007年12月19日；朱振：《妊娠女性的生育权及其行使的限度——以〈婚姻法〉司法解释(三)第9条为主线的分析》，《法商研究》2016年第6期。

㉗余涌：《道德权利研究》，中央编译出版社2001年版，第30页。

㉘谢晖：《民间规范与习惯权利》，《现代法学》2005年第2期。

㉙参见金可可：《论“狗头金”、野生植物及陨石之所有权归属——再论自然资源国家所有权及其限度》，《东方法学》2015年第4期。

㉚参见《唐某诉李某某、唐某乙法定继承纠纷案》，《最高人民法院公报》2014年第12期。

㉛参见李友根：《指导性案例为何没有约束力——以无名氏因交通肇事致死案件中的原告资格为研究对象》，《法制与

社会发展》2010年第4期。

㉜参见《利用信息网络侵害人身权益典型案例》，《人民法院报》2014年10月10日。

㉝参见《武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表装配线技术转让合同、煤气表散件购销合同违约纠纷案》，《最高人民法院公报》1996年第2期；《成都鹏伟实业有限公司与江西省永修县人民政府等采矿权纠纷上诉案》，最高人民法院(2008)民二终字第91号民事判决书。

㉞参见王成：《最高法院司法解释效力研究》，《中外法学》2016年第1期。

㉟沈岍：《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》，《中国社会科学》2008年第1期。

㊱姚建宗：《新兴权利论纲》，《法制与社会发展》2010年第2期。

㊲熊谓龙：《权利，抑或法益？——一般人格权本质的再讨论》，《比较法研究》2005年第2期。

㊳参见瞿灵敏：《司法裁判视野中的祭奠权：性质、行使与法律保护》，《求是学刊》2016年第3期。

㊴参见瞿灵敏：《司法裁判视野中的祭奠权：性质、行使与法律保护》，《求是学刊》2016年第3期。

㊵[美]科尔曼：《社会理论的基础》，邓方译，社会科学文献出版社1999年版，第65页。

㊶参见张秀芬、曹顺仙：《我国“空巢”老人养老问题与对策研究综述》，《社会工作》2009年第12期。

㊷姚建宗、方芳：《新兴权利研究的几个问题》，《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期。

㊸谢晖：《论新型权利生成的习惯基础》，《法商研究》2015年第1期。

㊹参见[美]霍尔姆斯、桑斯坦：《权利的成本——为什么自由依赖于税》，毕竟悦译，北京大学出版社2004年版，第26页。

㊺参见营从进：《权利的防御权能与立法机关的消极义务》，《内蒙古社会科学》2008年第5期。

㊻参见营从进：《论基本权利的受益权能及其主要指向》，《广西社会科学》2008年第10期。

㊼参见张翔：《基本权利的受益权能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》，《中国法学》2006年第1期。

㊽参见营从进：《权利的救济权能与公权主体的救助性义务》，《学海》2008年第3期。

㊾姜峰：《权利宪法化的隐忧——以社会权为中心的思》，《清华法学》2010年第5期。

㊿李友根：《论经济法权利的生成——以知情权为例》，《法制与社会发展》2008年第6期。