

●中国政法大学出版社

●中国政法大学中青年教师及学生

优秀论文选集

●本书编辑组

中国政法大学青年教师及学生

优秀论文选集

本书编辑组

中国政法大学出版社

(京)新登字 185 号

中国政法大学中青年教师及学生
优秀论文选集

*

中国政法大学出版社出版
北京语言学院出版社印刷厂印刷
新华书店经销

*

850×1168 毫米 32 开本 17 印张 435 千字
1995 年 8 月第 1 版 1995 年 8 月第 1 次印刷

ISBN7-5620-1381-0/D·1341

印数:1,500 定价:22.50 元

序 言

为推进科研工作,进一步活跃校园学术气氛,我校于1994年12月举办了中青年教师学术研讨会学生学术研讨会。回顾以往,我校以中青年教师和学生为主体举办全校性的学术研讨会,实属首次,带有创新的性质。这次研讨会特点是,提交论文数量多,参加人员广泛,涉及学科较全。其中,经各院、系、部、所等推荐到学校的学生论文达150篇,教师论文38篇;论文内容涉及宪法、民法、经济法、民诉法、刑法、刑诉法、行政法、法制史、国际法等诸多学科。广大中青年教师及学生围绕“市场经济与法制建设”这一主题,对我国立法和司法实践中遇到的新问题,进行了广泛深入探讨,提出了完善立法和改进司法的建议,不少建议对实际部门具有参考借鉴意义。它在一定程度上反映了我校中青年教师及学生的研究水平和最新研究成果,不仅具有较高学术价值,也颇具实践意义。

本论文集所收录的43篇论文,是以各院、系、部、所等单位推荐的论文为基础,经编辑组全体成员的认真评定,征得有关方面的同意,最后确定的。本论文集的出版,期望能在我校洞开一个学术窗口,用以展示中青年教师及学生的科研成果,以及勇攀科研高峰的精神风貌。希望每年一度的中青年教师 and 学生的学术研讨会的召开,及优秀论文集的出版,能够激发师生研究学术的积极性,有更多的高质量的科研成果问世,为促进教学、科研水平进一步提高,跨入“211工程”创造有利条件。

陶璠

1995年3月

目 录

上篇 教师论文

权利的法学思考	舒国滢 (3)
浅论传统法律文化	陆 昕 (19)
从中国古代法律看女性地位	张志京 (31)
唐代行政法概论	王宏治 (49)
宋代国家藏书事业的发展及图书整理和 著录特点	姚广宜 (62)
漫谈我国封建社会后期的对外政策	郎佩娟 (74)
论美国宪法中的“贸易条款”	曾尔恕 (83)
论罗马继承法中的“财产合算”制度及其对后 世民法的影响	费安玲 (93)
论显失公平合同的主观要件	隋彭生 (107)
完善中国夫妻财产制度的法律思考	夏吟兰 (118)
独资企业立法研究	赵旭东 (131)
论环境保护自卫权	王灿发 (143)
建立现代企业制度是领导体制的革命	辛 锋 (150)
独具特色的管理构架——对蚌埠卷烟厂管理构 架的初步探析	孙选中 (160)
论刑法中的类推解释	薛瑞麟 (174)
破产犯罪的比较研究	李永军 (184)
有组织犯罪与侦查对策	郭晓光 (205)
论行政诉讼证据规则	高家伟 (214)
联合国与南北关系的改善	孙洁琬 (236)

欧洲货币体系运行十五年回顾与展望	卫 灵 (244)
中国商业发射卫星中的若干责任问题	凌 岩 (253)

下篇 学生论文

政治文化对传统氛围的现实性突破和前瞻性

开拓——兼论政治思维的重塑	周健波 (269)
---------------------	-----------

试论我国国家形式对中央立法的地域效力的

影响	詹 炳 (277)
----------	-----------

✓ 一国两制下大陆与香港的区际法律冲突	田 妮 (288)
△ 论罗马法传统与中国民法法典化	刘辅华 (298)

从传统法律文化与民事诉讼谈现行诉讼模式

及完善	杨秀清 (312)
-----------	-----------

关于中央银行法律地位的几点思考	董常青 (324)
-----------------------	-----------

论市场经济中的所有权	吴 海 (334)
------------------	-----------

论健全我国市场体制下的他物权制度势在必行

.....	周兴复 (354)
-------	-----------

△ 论违约责任	陈建军 (364)
---------------	-----------

房屋“有限产权”问题初探	陈 健 (384)
--------------------	-----------

由一起期货纠纷看我国目前期货市场及其立法

.....	张 健 (394)
-------	-----------

现代公司董事的地位和义务透视	梅慎实 (403)
----------------------	-----------

试论船舶优先权 (Maritime Liens) 的债权性质

——兼与海商法学界诸前辈商榷	吴运浩 (419)
----------------------	-----------

公正：刑法的首要价值追求	蔡道通 (430)
--------------------	-----------

加强刑事、行政立法反对贪污贿赂	褚松燕 (443)
-----------------------	-----------

共同犯罪的中止	程行仑 (455)
---------------	-----------

贪污罪的误区	王 伟 (464)
--------------	-----------

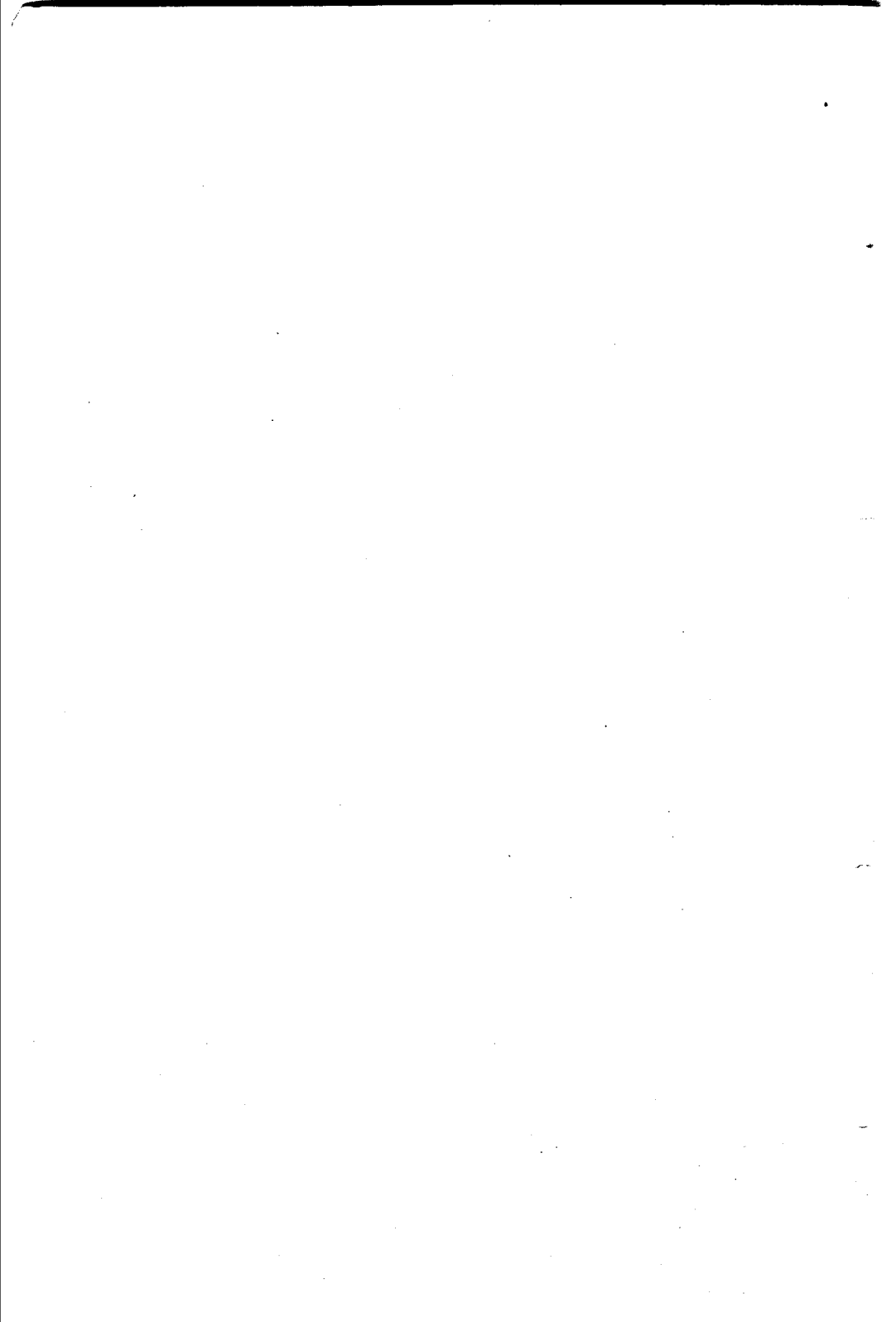
论诈骗罪的几个问题	刘 军 (476)
-----------------	-----------

浅议交通肇事罪的几个问题	郑万和 (489)
--------------------	-----------

三大诉讼原则的确立与我国刑事

- 审判方式的改革 李文健 (501)
- 美国反倾销法的新发展及其对中国的影响 胡盛涛 (516)
- EDI 的应用与国际货物买卖合同 冉瑞雪 (526)

上 篇 教师论文



权利的法哲学思考

舒国滢

一、引 论

权利是贯穿于法的运动过程的法律现象，是最核心的法律要素。法的运动，无论其具体形态多么复杂，但终究不过是围绕权利这一核心要素而展开的：权利既属“客观法”范畴，又属“主观法”领域。在客观法阶段，“权利”被规定为“能为”的行为模式，确认人们“能够（可以）做出一定的行为”。在主观法阶段，“能为”的行为模式表现为“法律人”的每一个具体的行为，构成法律人的现实权利本身。权利，既是法律人（主体）利益和要求的落实，又是法律人取得“法律优势”（advantage），获致法律保护的根据。

从更为广深的角度看，权利自古以来又是人类所追求的社会价值之一。人类在意识、意志和财产诸方面出现分化之后，在社会成员之间就有了“你的”和“我的”之类的观念和原则，产生了最早的权利意识和习惯权利。而法律对权利的确认和保护，最终使之成为法律人构成的标志。国家承认法律人的权利，赋予法律人维护自己合法利益的力量，这是社会发展的必然要求。权利体现了人类对自然的认识与超越，体现了人类个体对群体的抗争与和谐一致，体现了人类整体对个体生存价值的体认与尊重。法律权利的合理界限的确立，取决于国家的社会制度、经济制度和阶级力量的对比状态，也取决于一个社会、民族的文化、历史传统和信念。在人类历史上，权利的斗争一直没有间断。这种斗争，促进了生产力的巨大发展和商品经济的繁荣发达。但人类也曾为

此付出过沉重的代价。在专制时代，权利的斗争往往不过是暴力统治的牺牲品。只要有人类的不平等，只要有不同的人类集团和群体利益差别，就一定存在着权利分配的冲突。权利斗争，构成了人类种群竞争的主题之一。

在法学上，权利是基本的法学范畴，是建构法学体系的逻辑起点。在这个意义上，有人称法学为“权利之学”。从微观处看，权利范畴，与“义务”、“责任”、“制裁”诸基本范畴相推论；而从宏观处看，这一范畴又是解构法律规范、法律关系、法律体系、法律秩序、法制等法律现象的“文本”(Text)。因此，从权利这一法学逻辑原点出发，考察诸种法律现象及其相互关系，就可以推演出各个层次的法律概念和原则，并在概念演化的同时，逐步形成法学范畴(概念)的逻辑体系。可以想见，具有这种逻辑体系的法学，达到一定的理论清晰度，为建立法学的公理体系就铺平了道路。重新确立“权利”的核心范畴地位，对于法学不啻具有方法论的意义，而且有更新传统法学体系的理论价值。

二、“权利”的语义分析

在汉语中，“权利”二字，最初是分开使用的。两者各有其不同的含义。

据《广雅·释器》释义：“锤谓之权。”可见，所谓“权”，本意乃指秤锤之衡器。《汉书·律历志上》称：“权者，铢、两、斤、钧、石也，所以称物平施，知轻重也。”基此，汉语又衍生“权衡”、“权宜”、“权变”诸词。《公羊传·桓公十一年》：“权者何？权者反于经然后有善者也。”这里的“权”，指衡量是非轻重，以因事制宜，与“经”(至当不移的道理)相对称。因“权”与物之重量相关联，喻政治势力时，乃有“权势”、“权柄”、“权贵”称谓。

利，则指“利益”，与“弊”、“害”相对称。《论语·宪问》：“见利思义。”此谓利益、功用，后衍“有利”、“利润”、“利害”诸

义。

权利二字通用，见于典籍，指权势和货利。《史记·魏其武安侯列传》：“家累数千万，食客日数百人，陂池田园，宗族宾客，为权利，横于颖川。”《盐铁论·禁耕》：“夫权利之处，必在深山穷泽之中，非豪民不能通其利。”足见，此种意义上的“权利”与近代的权利概念大有差异。在中国旧立法中，“权利”也不是一个法律用语。

汉字“分”乃隐含权利之意。《淮南子·本经训》：“各守其分，不得相侵。”此处“分”即名分、职分，指人们应当行为的界限。战国时期的慎到曾提出“定分止争”思想，可以看作是较早的权利学说。但总体上看，这一思想与人文主义的权利论还有相当的区别。不能从人性本身思考权利存在的基础，这是中国古代权利论不甚发达的原因之一。中国人一向重德操、义务，且构成中国传统法律文化的精神内蕴。

有人考证，汉语中近代意义的“权利”一词传自日本。日语则译自法语 *Le droit*，法语 *droit* 衍行于拉丁语 *directum*，而 *directum* 则是古典拉丁语 *rectum* 及 *jus* 的通俗用语。*rectum* 本意指“真实”、“正当”、“正确”等，它是英语 *right*，德语 *Recht* 等词的语源。*jus* 一词自 *justitia* 变化而来，构成法语和英语 *Justice* 的词根。由此可见，在西方，“权利”一词的起源，是与人们自我独立意识的觉醒及对正义、良善、平等、自由等道德理想的追求密切相关的。哲人们在正义与善的思辩中，找到了个体存在的道德基础，即个体人格的独立性、人格尊严的平等性、个人选择的自由性、行为的自主性以及个人完善发展的可能性，等等。重视有生命的个人存在和个体生命的充分发展，这就使人们模糊地认识到个人权利的重要性，并将“权利”与“法”、“正义”等相提并论。拉丁字 *Jus*，是法与权利的二元概念，它是“把正义性注入实

在法，给予伦理内容的所有内在道德原则的复合体”。^① 英国法学家梅因认为，罗马法中的权利是所谓“概括的权利”，即各种权利和义务的集合，它好比是“某一个特定的个人的法律外衣”。但这种外衣并不是把“任何”权利和“任何”义务凑合在一起而形成的。它只能是属于一个特定人的一切权利和一切义务所组成的。也就是说，我们每一个人对世界上其余人的全部法律关系，可以用一个概念来加以概括。不论这些法律关系的性质和构成是怎样的，这些法律关系在集合起来之后，就成为一个概括的权利。^② 罗斯科·庞德 (Roscoe Pound) 考释，Jus 一词在罗马法教科书中至少有 10 种以上的定义，其中有 4 种接近我们所谓的“权利”：(一) 法律上被支持的习惯的或道德的权威，例如家长的权威；(二) 权力，即一种法律上被支持的习惯或道德的权力，例如所有人出卖他所有物的权力；(三) 自由权，即一种法律上被承认的正当自由；(四) 法律地位，即法律秩序中的地位，例如 jus Latti，一个不是公民但具有合格公民身份地位的人的法律地位。^③

不过，在罗马法时代，私法的发达，事实上已促成物权及所有权观念的具化。罗马法中的物权是指个人拥有、取得、占有和管领物的权利，主要包括“对物之诉”(actio in rem) 和“对人之诉”(actio in personam) 两类。中世纪注释法学派以“对物之诉”为基础，提出“物权”概念。1900 年《德国民法典》第一次将此概念接受为正式的法律术语。所有权 (dominium) 是物权的一种，意指“统治”、“支配”、“控制”、“管领”。而占有、使用、收益、处分、要求返还则构成所有权之基本权能。所有权的确立，使人的权利真正建立在坚实的基础之上。它能够保证社会的个体率先突破“团体 (家族) 本位”的制约，以独立的法律主体参与

① Henry Campbell Black M. A, "Black's Law Dictionary", 1979, P1189.

② 梅因：《古代法》，商务印书馆 1984 年版第 102 页。

③ 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，《〈现代西方法律哲学〉选译资料》(二)，北京大学法律系编，第 45—46 页。

法律关系。所以，卢梭指出：“最初占有者的权利，虽然要比最强者的权利更真实些，但也唯有在财产权确立之后，才能成为一种真正的权利。……财产是政治社会的真正基础，是公民订约的真正保障。”^①

迨到 17 世纪，权利观念演化史上的一个显著变化，就是人们开始认真地从个体生命的角度提出法律上的权利要求。古典自然法学派的所有学者均主张人定法应承认个人的“天赋人权”。他们指出，权利是作为理性动物的人所固有的道德品质，是人们正当地做出一定行为合理期望，具有不可剥夺或转让的性质。至此，自然权利观取代权利正义观，使权利走出抽象的道德律令体系，而与财产、人格、尊严、思想的私人独占联系起来，涂抹上浓厚的个人主义色彩。从范围看，权利主张已远远超出私法领域，渗入政治、经济、文化诸方面，明显带有反封建约束的进步性质。19 世纪的“法典化”运动以法律文件的形式将权利予以确立。从此，权利不仅是人的合理期望或主张，而且是人们自由选择行为的现实可能性。权利不仅可以是个人（自然人）的，而且可以是团体（法人）的。权利主体的种类日渐增多，权利的内容亦日趋复杂。与此相适应，权利一词的内涵、外延在不断的演充和发展。于是，诸如“权力”、“职权”、“权限”、“特权”、“自由”、“豁免”之类的名词，也以专门的法律术语存在，它们在不同的层面绽示“权利”的内涵。

从“权利”的语义考察，我们看到：权利概念蕴含着深层的社会文化根基，反映出中西法律文化的差异。权利产生于商品经济发达的民主社会，与社会的进步价值（民主、自由、平等、公正等）相一致。没有自由、平等，即没有真正的民主；而没有真正的民主，就没有真正的权利。反过来，没有广泛的法律权利规定并使之实现，也影响民主政治的形成和发展。仅有纸权（Paper

① 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1982 年版第 31 页。

right) 而无“活权”(living right) 的社会, 不是真正崇尚权利的社会。在此意义上, 中国漫长的封建史上没有“权利”这一法律用语, 是不足为奇的。在欧洲国家, 权利一词的法律确认, 也经历过长期的历史演进, 由“概括的权利”(法律地位) 到“自然权利”, 再到“个人的权利”, 反映出个人主义法律文化发展的轨迹。

三、权利的本质

什么是权利? 权利存在的价值基础是什么? 如何看待权利的本质? 对以上问题, 世界各国学者曾有过不同的观点。归结起来, 其代表性学说有五种:

(1) 自由说。由英国霍布斯 (Thomas Hobbes, 1588—1679)、荷兰斯宾诺莎 (Baruch Spinoza, 1632—1677) 等首倡, 认为权利是一种免受干扰的条件。其后, 德国康德 (Kant)、黑格尔 (Hegel), 美国霍姆斯 (O. W. Holmes, 1841—1935) 又作进一步发展。康德称权利为“意志的自由行使”; 黑格尔则直接把权利、意志、法、自由相并论。霍姆斯从法学角度将权利界定为“对行使一定自然条件权力的一种允许”。

(2) 意志说。其又包括两说, 即“意志之力”(Willensmacht) 和“意志支配”。德国十九世纪法学家温德雪德 (Windscheid) 提出, 权利就是法律赋予的意志力, 即个人意志所能自由活动或个人意志所能任意支配的范围。意志是权利的唯一基础, 没有个人主张的意志力或意志支配, 则无所谓权利。

(3) 利益说。德国耶林 (Ihering)、登伯格 (Dernberg) 受功利主义学说影响, 注意权利背后的利益因素, 指出: 权利的实质在于法律所保护的利益。权利主体乃享受利益之主体。利益是权利的价值准则, 没有利益, 也就无所谓权利。

(4) 意志利益折衷说。德国伯克尔 (Bekker)、耶利内克 (Jellinek) 认为, 意志说与利益说以意志或利益作为权利之唯一基础, 均有缺失。应综合意志与利益二者说明权利概念。在此意义

上，权利是“依意志力而保护的利益”，或“为保护利益而赋予的意志力”。利益是权利之目的，意志是权利之手段。

(5) 法力说。德国默克尔 (Merkel)、雷格斯伯格 (Regelsberger) 等人论证说，权利由内容和外形两要素构成：其内容指一种特定利益，其外形则指法律上之力。特定利益即法律上的利益 (简称法益)；法律上之力，即法律赋予或认可的对抗他人的力量。

以上各说在一定程度上抓住了权利的局部特征。但它们又都有所欠缺。自由说看到了权利的不受干扰性和权利主体的自主地位，但将权利与自由混谈，忽略了两概念在不同意义上的含义和用法。意志说虽然注意到权利构成之主观状态，但片面强调主体意志，却又不能合理解释“无行为能力者权利”之特性。利益说揭示了权利存在的目的，但将权利等同于利益，混淆了权利与权利所及对象的差别。折衷说在一定程度上避免了利益说和意志说的偏颇，但将利益保护根据归结为“意志力”，却又陷入新的矛盾。法力说将权利与利益、法力相联系，比其他学说趋近全面，但它同样未阐明法力的来源及法力的范围，也未能找到权利背后的动因。

在前苏联和我国法学界，权利本质论的讨论也始终未达成一致的结论。其观点概述如下：(a) 权利是法律规范确认和保护的法律关系主体所享有的某种权能；(b) 权利是法律赋予人们享有的某种权益；(c) 权利是依据法律规范规定的能做行为，或法律关系主体所享有的做出某种行为的可能性；(d) 权利是指法律关系主体具有这样行为或要求他人这样行为或不这样行为的能力或资格；(e) 权利是法律关系参加者依据法律规范对待他人或他人对待而存在的行为的界限；(f) 权利是国家通过法律规定，对人们可以作出某种行为的许可和保障。此六点，与西方学说或有关联，但有自己的特点，均从法律主体的行为角度考察权利的实质。

笔者认为，从行为角度认识权利，是较为科学的。行为，是

任何社会主体参与社会生活的客观条件；在法律上它是衡量法律主体资格或能力有无的标志。人与人之间的法律关系，归结到底就是人与人之间的法律行为联系。没有实际的行为，就没有法律关系。法律规范调整人们的社会关系，也正是要调整人们的行为本身。其调整方式就是首先在法律上规定人们的权利和义务。法律的实施，其目的也是要实现法律上的权利义务规定。权利的实现，象法的实现一样，也是由“应然秩序”趋近“实然秩序”的过程。在此意义上，权利包括“应然权利”与“实然权利”二者。前者指“行为的可能性”，后者指“行使权利的行为”本身。只有将二者有机结合起来，才能揭示权利的实质。

传统的理论大都在“应然秩序”中描述和阐释权利。的确，撇开其实效性不谈，权利仅存在于可能性空间，表现为权利人自己做出一定行为的可能性，要求他人做出或不做出一定行为的可能性，以及诉诸国家强制力保护的可能性。“应然”的权利具有下列特征：（1）权利所规定的行为是权利人未来的行为或将要实施的行为，先是表现为法律规范的行为模式（能为模式），次则具化为当事人契约的有关条款，最后表现为权利主体的实际行为。（2）权利必须有一定的限度，符合法律的规定。权利是由国家法律赋予认可的：一方面反映个人具有独立的主体地位；另一方面反映国家、社会集团对个人权利的制约。权利的内在扩张与外在的规制之间的对立统一，是法律权利的本质所在。（3）权利的基础是权利人的合法利益。任何权利都是一定的个人利益或社会利益在法律上的反映。利益是人的活动的内在驱力，也是确立人的主体地位的直接原因。权利因其反射的利益之存在而存在。利益的合理分配是确立权利范围的内在标准。尽管如此，权利与利益尚不可完全等同。并非所有的利益都是权利的基础，法律所保护的仅仅是形成权利客体的利益，即合法利益。

“实然权利”是权利的实现状态，是权利由可能性空间向现实性空间的转换。实然权利是法的实现的主要方面，是法律关系的