

- 民商法前沿问题研究
- 理论与实践紧密结合
- 供法律专业人士阅读

Legal

The Essential Compilation

法苑撷英



首都经济贸易大学出版社
Capital University of Economics and Business Press



Legal

The Essential Compilation

法苑撷英

主编

任小平 张明 宋倩



首都经济贸易大学出版社
Capital University of Economics and Business Press

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

法苑撷英/任小平,张明,宋倩主编. —北京:首都经济贸易大学出版社, 2011.4

ISBN 978 - 7 - 5638 - 1892 - 1

I. ①法… II. ①任… ②张… ③宋… III. ①法律—中国—文集 IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 256065 号

法苑撷英

任小平 张 明 宋 倩 主编

出版发行 首都经济贸易大学出版社

地 址 北京市朝阳区红庙(邮编 100026)

电 话 (010)65976483 65065761 65071505(传真)

网 址 <http://www.sjmcb.com>

E-mail publish@cueb.edu.cn

经 销 全国新华书店

照 排 首都经济贸易大学出版社激光照排服务部

印 刷 廊坊市佰利得彩印制版有限公司

开 本 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数 297 千字

印 张 11.625

版 次 2011 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5638 - 1892 - 1/D · 120

定 价 28.00 元

图书印装若有质量问题,本社负责调换

版权所有 侵权必究

序言

本书的作者们是我在人大法学院民商法专业在职研究生班的学生,记得我授课时,他们把整个大教室坐得满满当当,居然还有人站着听课,聚精会神,孜孜以求,给我留下了深刻的印象。课后迫着我不断提问,更使我不得喘息。

近日读了他们的这本书稿,既感欣慰又略吃惊。这些学生都已工作,多数也已结婚成家,工作和生活的压力都很大,能在繁忙的工作生活之余研习法律,笔耕不辍,并且集结成册,以飨读者,实属难能可贵。

法律不是坐而论道,需要躬身践行,实践的广阔天地是法律之树常青的不竭源泉。这些学生大都工作在律师事务所、公司法务部或政法系统等法律第一线,他们从自身的工作实际出发,发现问题,思考问题,把法律实务与理论探讨结合起来,行成于思,学思兼行,这正是法律人应当发扬的精神。

这本书涉猎领域宽广,遍及民商法的一些基本问题和前沿问题,是作者们在实际工作中的一些思考和探索,部分文章还配有相关的案例分析,充分体现了作者们学以致用、不断探索的工作作风,彰显了理论与实践紧密结合的重要特色,虽然有些观点还值得商榷,但我作为师者已足感欣喜。

2010年9月,胡锦涛总书记视察人大法学院并参观法学院60年成果展览,希望人大法学院全体师生在建设社会主义法治国家的进程中再立新功。这个目标的实现离不开法律人的艰苦努力,

“雄关漫道真如铁 而今迈步从头越”，我希望这些作者们能一如既往地发扬理论与实践相结合的治学精神，把这本书作为一个新起点，弘扬法治，服务社会，取得更多的成果。我期待着这一天。

是以为序，以资共勉。

张其成

CONTENTS

目 录

■ 民 法

- 3 权利与权力 (文/宋 倩)
- 12 论将精神损害赔偿纳入刑事附带民事诉讼的正当性 (文/赵军峰)
- 22 浅谈我国非法人团体民事主体法律制度构建的必要性
(文/赵玲霞)
- 31 表见代理制度浅析 (文/郭安安)
- 42 两岸物权法基本原则初探 (文/黄 珊)
- 53 农村集体所有建设用地使用权流转的法律探析 (文/任小平)
- 64 “飞单”行为的侵犯商业秘密性及举证责任分配 (文/陈 杰)
- 74 浅析违约责任的一般理论 (文/张可嘉)
- 84 浅析《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》
(文/孟 岩)
- 100 论道路交通参与者的利益平衡 (文/李 凡)
- 112 浅谈法制新闻存在的法律问题及解决对策 (文/裴晓兰)
- 121 浅谈网络时代下的网络侵权行为 (文/秦 晶)
- 131 浅议夫妻财产制 (文/金 鑫)

■ 商法与经济法

- 143 再议有限责任公司中小股东权益的保护 (文/张 明)
- 155 论我国经济法的时代精神——经济法基本精神中的和谐内涵
(文/张金瑞)
- 165 无单放货的法律属性及诉因的选择 (文/安庆生)
- 176 我国反倾销立法之思考 (文/马 珣)
- 187 谈加强海关聘用合同制员工的制度管理 (文/李 智)
- 195 经济性裁员的法律规范与适用探析 (文/许 蓓)
- 204 金融机构行政撤销清算与破产清算的程序与衔接问题
(文/荣家鑫)
- 215 外资型 BOT 项目中的风险分担 (文/李子达)

■ 知识产权法

- 233 方法专利侵权诉讼的举证责任分配 (文/卿高山)
- 246 论现有技术抗辩中现有技术的界定问题 (文/张 炜)
- 255 由美国最高法院对 Bilski 的判决引发的思考 (文/马景辉)
- 265 PCT 制度简析 (文/王 崇)

■ 其 他

- 279 浅谈无独立请求权第三人制度 (文/刘伟良)
- 289 试论我国法院民事调解制度的完善 (文/金全意)
- 303 浅析同案被告人口供的证据属性 (文/贺 然)
- 311 浅谈加工贸易走私犯罪的构成和预防 (文/白雪莲)
- 322 恶法亦法理论对当代中国法治的价值及其修正 (文/曾小三)
- 333 诚信原则的法律考量 (文/蔡 菲)
- 343 浅述春秋决狱的历史原因 (文/张 祥)
- 353 浅谈中美就专利权侵害救济中损害赔偿额计算方法之区别
(文/陈 旻)



民 法

权利与权力

□文 / 宋 倩

摘 要:“权力”与“权利”是法学研究中的一般概念,也是许多理论分析的逻辑起点。目前,将“权力”界定为国家权力,将“权利”界定为一般民众权利的思维定式是理论界普遍的观点。这种观点正确合理与否,需要认真地予以反思。无论是国家还是一般民众,其依法获得的支配性力量都属于法律权利。权力与权利的关系是我国宪政发展的重要基础,这个基本的理论框架可以检视中国宪政建设之得失与成败,力图达致窥斑见豹,以求真正植根于中国情境之中的宪政事业的成功。

关键词:权力 权利 合法性

日常生活中,我们经常自然而然、不假思索地使用“权力”和“权利”这两个词语,并没有感到它们有什么难以理解之处。然而在法学研究中,权力和权利这两个概念范畴的界定却是一个非常棘手的问题,无论我们持有何种自己视之极为神圣不可动摇的观点,都是我们无法回避的理论挑战。理论的价值就在于我们可以支持它、反对它,但无法漠视它。因为它们不仅被广泛使用,还是许多理论分析与论证的逻辑起点与前提。如何说明这两个概念的内容与特性,将影响整个后继性的分析过程。故此,不能不对权力



和权利的相关理论表现出一种高度的敏感与强烈的关切。权力与权利在法理学中的重要地位也是近几年来学界讨论颇多的一个问题,甚至有学者提出,法律上最重要的现象是权力和权利,最基本的矛盾是权力与权利的矛盾。

一、权力和权利的内在关联

目前,在我国法学界的相关研究中存在这样一种思维定式:“权力”指的是“国家权力”,而“权利”则指的是民众的权利;有关权力的法律关系是一种隶属性的“支配—服从”关系,而有关权利的法律关系则是一种平等的“权利—义务”关系。但是,此界定并非不存在任何问题:这种界定不仅不能适当地说明国际法的法律关系和国内不同国家机关之间法律关系的特征,而且即使对国家和人民之间的法律关系,这种界定也会引起误解。

(一) 权力的基本含义

权力是人类社会发展到一定阶段的特殊现象,人们对它的认识经历了一个由表及里、由具体到抽象的过程。“权力”一词在英语中通常用做能力。关于权力的含义,至今为止还没有一个统一的界说。就学者们对权力的定义来看,大致可以归纳为以下四种:一是重视力量说,二是重视能力说,三是重视控制说,四是关系说^①。这些对权力的不同定义对正确认识权力具有启发作用。权力有广义和狭义之分:广义的权力是指某种影响力和支配力,它分为社会权力和国家权力两大类;狭义的权力则是指国家权力,即统治阶级为实现其阶级利益和建立一定的统治秩序而具有的一种组织性支配

^①丹尼斯·朗. 权力论[M]. 陆震纶,郑明哲,译. 北京:中国社会科学出版社, 2001.

力。从权力的表现方式来看,它既包括权力主体自我发展的行动权,也包括权力主体束缚权力对象的控制权。行动权与控制权表现为同一权力的两个方面,权力主体总是通过有效地制约权力对象的选择自由来实现自己的意志。权力是阶级社会中的一种客观现象,它伴随着国家的产生而出现,并伴随着社会的发展而呈现出复杂的形态。每一历史类型社会的更替都表现为权力的争夺。国家作为维系社会有序运转的公共组织,需要一种强力来矫正各种对社会秩序进行破坏的行为。古往今来,权力既给人类带来了福祉,也给人类带来过巨大的灾难。当现实的权力难以驾驭社会时,就预示着新的权力的诞生。正因如此,权力构成了政治学的基本概念,是政治社会中特有的客观现象。

(二)权利的基本含义

“权利”是法学中的一个重要概念,除了技术性规范外,大部分法律规范都直接或间接地涉及当事人的权利。在中外法学论著中,有关权利的含义众说纷纭,归纳起来主要有五种主张:利益说、自由说、资格说、可能说和法力说^①。但终究什么是“权利”呢?权利是指法律关系主体在法律规定的范围内为了满足其特定的利益而自主决定采取的一种手段。权利是国家通过法律规定的,得到国家强制力的确认和保障,应有相应的法律根据,有的直接规定在法律中,有的则要从法律条文中推定。权利只有规定在法律中才能获得法律的保障,从而在权利受到侵害时能得到国家强制力的恢复。权利是为实现特定的利益而设定的手段,权力与利益存在密切的联系,权利人要实现的特定利益是权利的内容,而权力是这一内容的法律形式。权利是国家承认和保护的一种利益,国家通过对权利的设定,目的在于建立稳定的法律秩序。对任何一个社

^①王利明.民法[M].北京:中国法制出版社,2002.



会而言,这种秩序是社会各个成员共同安全的需要。因为在一个缺乏由国家强制力保护利益的社会,利益的冲突由于缺乏裁判的标准而混乱,从而导致暴力冲突的普遍产生。在这样的环境中,任何个人或组织都对自己的利益甚至包括生存都无法预测。因此,无论是古代法还是现代法,都是以权利作为其重要内容,离开权利就不能称之为法。

(三) 权力与权利的内在联系

前面对权力和权利作了大概了解,那么,到底权力与权利的关系如何呢?权力与权利同属于上层建筑,取决于一定的社会经济基础,二者之间存在密切的关系。值得注意的是,权力的表现方式与权利的表现方式是十分相似的:权利同样是权利主体行动自由与其对义务主体进行控制的统一体。研究者往往只注意到权力概念中的“自由”要件而忽略了“控制”要件。其实,“控制”要件对一项权利的成立是至关重要的。那么,权力和权利之间的区别在哪里?与一般的权力不同,权利的控制力来自于人们对权利的普遍承认以及对履行义务的普遍要求。而权力则意味着“一个人或一些人在社会行动中甚至不顾他人反对也能贯彻自己意志的任何机会”,同时“不管这种机会是建立在什么基础之上”^①。换句话说,权力概念强调的是权力主体意志的优越性和有效性,而权利概念不仅强调权利主体意志的优越性和有效性,而且强调这一意志具有正当性基础。从这个角度来看,所谓权利,就是一种被修正了的力量,一种被认为正当的权力^②。当然,现实社会生活中存在大量“被公认应当服从”的权力类型。这种权力所引起的关系并不是单纯的“支配—服从”关系,相反,它有一个引人注意的矛盾特征:

① 马克斯·韦伯. 经济与社会(上卷)[M]. 林荣远,译. 北京:商务印书馆,1997.

② 王莉君,孙国华. 论权力与权利的一般关系[J]. 法学家,2003.

一方面,权力对象对一项权力的行使表示“同意”,对他的服从是“自愿的”;另一方面,这种自愿服从又不是出于服从者本身的意志,而是“奉命行事”。权力主体的意志对服从者来说仍然具有强制性的支配力。我们会发现,无论是国家机关、社会团体,还是公民个人,他们作为法律主体依法所享有的行动自由——法律权利——都是一种在法律上被认为正当的权力。法律权利是权利的一种特殊类型,从形式上看,法律权利与权力一样,都是发生于一定的关系中、由一方主体约束另一方主体的能力;它们一样都表现为一方主体(权利主体/权力主体)的某种行动自由以及其对另一方主体(义务主体/权力对象)行动的有效约束^①。就法律权利而言,这种行动自由首先意味着权利主体可以不受他人约束并根据自己的意志进行某种活动;其次,他也意味着权利主体可以要求他人配合自己的意志进行某种活动或者不进行某种活动;再次,他意味着权利主体的选择优先:一旦权利主体作出选择,相应的义务主体就必须接受这种选择对自己产生的效果;最后,他还意味着没有人有权干预权利主体行使权力的活动。缺少任何一个要素,权利人的行动自由都难以实现。另外,法律权利与一般意义上的权力的不同之处在于,权利主体约束义务主体的能力具有法律上的正当性,并以法律的强制力作为根本保障。换句话说,法律权利的实用性与有效性是由他人的法律义务与国家的强制力来保障的。

在法学中,我们经常只是将权力仅限于国家权力,即国家凭借国家掌握的社会资源,对一般公民所具有的实现自身意志的能力和影响。这个意义上的权力与权利就有很大的区别,这个时候权力通常只是作为一个事实性概念,即权力只是指它凭借其掌握的社会资源而拥有支配性力量,它本身即可能是正当的,也可能是不正当的;而权利则是一个规范性的概念,即权利背后都有一个规范

^①哈特. 法律的概念[M]. 张文显等,译. 北京:中国大百科全书出版社,1996.



性的依据,凭借这个依据,权利就是一种“正当性”要求、自由、权力或豁免。

总之,法律权利既应当具有正当性,也应当具有现实性与有效性。从这个意义上讲,法律权利就是一种在法律上被认为正当的权力。这一概念既适用于法律上的“公民权利”,也适用于法律上的“国家权力”。因为,从二者最一般的特征来看,它们在性质上具有同样的“法律上的正当性”,即“合法性”在结构上同样表现为行动权与控制权的统一,它们的实现也同样要有他人的义务与国家的强制力来保障。

二、中国特色社会主义法治社会中权利与权力的关系

(一)法治的基本含义

法治源起于西方社会,于资产阶级革命成功以后确立,是现代社会的基本特征。法治是与人治、德治相对照的治国方式,是社会控制方式,也是社会生活方式和人的思维方式。法治社会的基本标志是:主要的社会关系和社会生活受法律规制,公民在法律面前一律平等;政府受治于法;宪法具有最高权威;人的权利和尊严受到充分尊重等。法治是市场经济的内在需要和必然要求,法治与现代民主政治的内涵相通,现代民主政治的法律形式就是宪政,主权在民的观念蕴涵于宪政之中,宪政的要义就是人民的权利神圣,公共权力源于宪法。

我国法制现代化的基本目标就是实行社会主义法治。中国的社会整体转型已取得了一定的成就,市场经济、民主政治和精神文明在过去百年,尤其是近20年中已有了长足的发展,这为法治的生成奠定了坚实的社会基础。

（二）扩展民众权利与约束政府权力相结合

法治化进程中的所有问题都是围绕着权力与权利的关系展开的,这组关系中蕴含着法治的基本价值取向。

法治是大众的事业,应当广泛动员民众,使之主动地行动起来,参与到推动法治的事业中来。公众法律参与程度本身就是法治化水平的一个重要指标。通过制度创新,扩展民众权利,使民众能够更广泛、更有力地追求和实现其合法权益,这是动员民众、提高其积极性和创造力的最好办法。当然,动员民众进行法律参与,确立法律至上观念,最终也是使人民大众更好地实现其权利和利益,真正成为社会和国家的主人。民众权利扩展有两方面的后果:一是参与国家公共生活,监督政府权力;二是参与社会公共生活,扩大社会自治,壮大社会力量,这是从另一侧面制约政府权力。

对国家权力的有效约束是法治的基本功能和基本使命之一。法治化进程中主要是通过设定权力的具体范围、建立权力行使的程序化机制、建立权力的分工监督制约机制等方式来直接约束政府权力,确立真正高效的责任政治。通过法治,可以求得国家权力的受制与其权威之间以及权力和责任之间的平衡。

法治发展进程可以把扩展权利和约束权力二者结合起来,把个人积极性与国家权力的有效性结合起来,并以此作为法治化的突破口。社会主义现代化事业的进展将为实现这种结合创造最有利的条件。法治秩序中应当建立这样的个人与国家之间关系:个人有权利,国家有权威;个人不是屈从于国家的管理,而是基于对法律的信仰和对国家权威的认同而自觉服从之;个人没有因为服从国家而丧失自由和权利,而是因此获得更多的发展机会;国家将自己的权力看做个人发展的手段,认识到自己的权威性和合法性来自民众的认同和支持,来自权力的自我约束而非来自暴力。

综上所述,中国的法治化是一个需要几代人为之奋斗的长期



过程,而不是一朝一夕所能成就的事业。从外部因素来看,法治化与社会主义经济、政治和文化建设的进程大体一致并受其制约,它不能超出社会的经济、政治结构和文化状况而单独发展。就此而言,法治及其相应的秩序甚至具有某种滞后性。从内部因素来看,法治化制度的完善、观念培育、机制运作的协调、价值观念的现实化等都必须有一个长期的过程,甚至是自发的过程,不可能一蹴而就。从事法治化事业,必须坚持党的正确领导,以邓小平理论和“三个代表”重要思想为根本指导,就可以少走弯路,少犯错误;从事法治化事业,既要有紧迫感和忧患意识,又要有耐心;要循序渐进而不能急于求成;要有创新的大智大勇,又要有承受挫折和法治代价的毅力。

三、结 语

权力与权利的关系是法理学中的一个最深刻的基本问题之一,其深刻性主要体现在:这个问题实质上是一个如何认识现代社会中个体与整体之间关系的问题,是一个如何解决个体与整体之间矛盾的问题。因此,它既是现代法理学的普遍问题,又是面临改革开放、走向现代化的中国法理学的特殊问题。可以说,是否能够解决这个问题,对中国法理学是至关重要的。

作为一种调整人际关系的规范,法律不同于那些描述自然事物因果规律的自然法则,它反映了人们根据自身需要而作出的价值选择。“万有引力法则是以完全的客观性起作用的,是无法阻挡的。一块从建筑物的上楣松动的石头在其行为上比一个酒醉的司机更无偏私,它立即掉了下来,而不管谁在下面,也不考虑不顾一切地掉在熙熙攘攘的大街上是否合乎道德,或者它所砸到的那个人是否活该。与科学法则不同,法律的法则是为了人类的目的而制定出来