

教育部人文社会科学重点研究基地重大项目  
“依法治国与律师权利保障”课题成果之二

项目主持人：卞建林

# 律师权利保障与 律师制度改革

LUSHI QUANLI BAOZHANG YU LUSHI ZHIDU GAIGE

谭世贵  
黄永锋 李建波 著



中国人民公安大学出版社

教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“依法治国与  
律师权利保障”课题成果之二

项目主持人：卞建林

# 律师权利保障与 律师制度改革

谭世贵 黄永锋 李建波 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

律师权利保障与律师制度改革/谭世贵, 黄永锋, 李建波著. — 北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 11

ISBN 978 - 7 - 81139 - 974 - 5

I. ①律… II. ①谭…②黄…③李… III. ①律师—权利—研究—中国②律师制度—体制改革—研究—中国 IV. ①D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 037788 号

### 律师权利保障与律师制度改革

LUSHI QUANLI BAOZHANG YU LUSHI ZHIDU GAIGE

谭世贵 黄永锋 李建波 著

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

---

版 次: 2010 年 11 月第 1 版

印 次: 2010 年 11 月第 1 次

印 张: 15.5

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 417 千字

印 数: 1 ~ 2000 册

---

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 974 - 5/D · 794

定 价: 48.00 元

---

网 址: [www.cppsups.com.cn](http://www.cppsups.com.cn) [www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)

电子邮箱: [zbs@cppsup.com](mailto:zbs@cppsup.com) [zbs@cppsu.edu.cn](mailto:zbs@cppsu.edu.cn)

---

营销中心电话: (010) 83903254

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

警官读者俱乐部 (网购、邮购): (010) 83903253

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905745

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像与数字出版分社电话: (010) 83905727

---

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

## 作者简介

**谭世贵** 法学博士，浙江工商大学法学院教授，博士生导师，浙江省高校人文社会科学重点研究基地——浙江工商大学诉讼法学研究中心主任，兼任中国法学会刑事诉论法学研究会副会长、浙江省高级人民法院咨询专家。先后主持、参与国家级、省部级研究项目 10 余项；出版著作、教材 30 余部，包括：《中国司法改革研究》、《中国司法改革理论与制度创新》、《司法改革的理论探索》、《司法独立问题研究》、《中国司法原理》、《刑事诉讼原理与改革》、《国际人权公约与中国法制建设》、《廉政学》、《司法腐败防治论》等；在《中国法学》、《政法论坛》、《现代法学》等学术刊物上发表论文 120 多篇。主编的《中国司法制度》、《律师法学》和副主编的《证据法学》被教育部批准为普通高等教育“十五”、“十一五”国家级规划教材。有 10 余部（篇）论著荣获省、部级优秀科研成果一、二、三等奖和优秀奖。曾获“全国十大杰出青年法学家”、“国务院政府特贴专家”，“首批新世纪百千万人才工程国家级人选”、“浙江省人民政府特聘教授（钱江学者）”等多项荣誉称号，2005 年入选《中国法学名家》名录。

**黄永锋** 法学硕士，海南大学法学院讲师，海南海大平正律师事务所兼职律师，参加编写（译）的著作主要有《美国刑事诉讼规则》、《刑事诉讼原理与改革》、《中国司法原理》等，在《法律书评》、《暨南学报》、《海南大学学报》等学术刊物上发表论文 10 余篇。

**李建波** 法学硕士，现为上海市金山区人民检察院干部，曾任浙江泽厚律师事务所专职律师，出版著作 4 部：《司法和谐与社会主义司法制度革新》、《中国法律援助制度》、《和谐社会与法治》、《通向和谐高校的法治之路》，在《中国司法》、《法治中国》、《时代法学》等学术刊物上发表论文 10 余篇。

## 项目说明

1997年9月，党的十五大报告正式提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的基本方略。1999年3月，九届全国人大二次会议通过宪法修正案，将“依法治国，建设社会主义法治国家”写入宪法，从而翻开我国民主法治建设的新篇章。依法治国，就是要求国家的各项工作都应当依照宪法和法律规定进行，实现社会主义民主的制度化、法律化。而律师制度作为民主制度的产物，是衡量一个国家民主与法治是否完善的重要标志，其发展状况与完备与否直接体现着“依法治国”这一基本方略的实现程度与水平。

我国律师制度自1979年恢复重建后到现在，所取得的成就有目共睹：律师的队伍规模不断壮大，律师的社会地位有效改善，律师的执业保障显著增强。然而，由于起步晚、基础弱以及社会偏见、观念障碍等原因，我国律师制度的整体状况依然不尽如人意，与西方发达、成熟的律师制度以及国际通行的律师准则还存在不小差距，这也日益成为我国“依法治国，建设社会主义法治国家”的制约因素并亟待予以改善。律师权利是律师制度的核心内容，是律师执业的根本保障，我国目前律师制度所存在的问题也突出表现在律师权利这一方面。不仅反映在立法规范上律师权利的授予不够充分，不够明确，在司法实务中律师依法享有的权利更是得不到贯彻和落实，缺乏尊重，缺乏保障。这些不仅严重妨碍着律师依法履行职责，妨碍着律师功能的发挥，更从整体上危及我国律师制度的

健康、有序发展，并最终妨碍“依法治国，建设社会主义法治国家”目标的实现。

基于上述考虑，我们选定“依法治国与律师权利保障”这一课题申报教育部人文社会科学重点研究基地2005年度重大项目并于2005年12月被正式批准立项，项目批准号：05JJD820016。在全体课题组成员的努力和各方领导专家的支持下，项目已实现预期的研究目标，现将最终成果分述如下：

课题成果之一为《法治社会与律师职业》。本书着重围绕“从法治到法治社会”、“从律师产生到律师职业的形成”、“法治社会与律师执业的良性互动”、“中国社会发展转型的危机和机遇”、“律师职业的本质与价值”以及“中国律师职业的现状、困境与未来”这几个重要问题进行专题研究，力图揭示法治社会与律师职业相互依赖、相互促进，良性互动的历史，阐释律师职业的固有特质与存在价值，论证律师在建设与完善法治社会中的独特地位与重要作用，以便纠正我国传统观念中对律师职业存在的偏见和误解，从而在理论上为我国现行律师职业的改革与重塑提供支持和借鉴。

课题成果之二为《律师权利保障与律师制度改革》。本书主要就“律师权利”和“律师制度”两个方面进行研究和论证。在“律师权利”方面，本书阐述了律师权利的基本概念和类型，将其与司法权予以了区分，并以律师权利保障为切入点，在合理吸收国外有益经验的前提下就我国律师权利保障的臻善之道进行了充分说明。在“律师制度”方面，本书依次对律师执业准入制度、律师执业机构、律师管理体制、公司律师制度、公职律师制度、律师收费制度、律师纳税制度、律师执业保险制度、律师法律责任制度以及律师职业道德等律师制度颇为关键的内容进行了全面论述，分析了其存在的问题以及产生的原因，并对日后的规范和完善提出了解决之道。

课题成果之三为《刑事诉讼法治化与律师的权利及其保障》。本书共分为七个部分，分别为“依法治国与刑事诉讼的法治化”、

“刑事辩护的国际标准与律师的权利及其保障”、“世界主要国家刑事诉讼中律师的权利及其保障”、“我国刑事诉讼中律师权利及其保障的历史回顾”、“我国刑事诉讼中律师权利的现状、问题及其原因”、“我国刑事诉讼中律师权利的完善”和“我国刑事诉讼中律师权利的保障”。全书以“律师权利及其保障”为核心，以刑事诉讼的法治化为视角，以国际通行的律师权利保障标准为参照，在分析考察世界主要国家刑事诉讼中律师权利及其保障的基础上深刻检讨了我国刑事诉讼中律师权利所存在的问题和成因，并对未来我国刑事诉讼中如何进一步完善和保障律师权利进行了理性思考和积极探索。

上述成果凝聚了参与课题研究的专家学者数年来所付出的艰辛努力与大量心血，体现了这些专家学者对“依法治国与律师权利保障”这一时代性话题所作出的理性思考与对策回应。当然，书中难免有疏漏、不足甚至谬误之处，一些观点和见解也可能未必恰当或失之偏颇，尚待方家与读者不吝赐教，提出批评与改进意见。本书的出版，得到中国人民公安大学出版社的大力支持，特别是孙静女士为此付出辛勤劳动，在此特致由衷的感谢。

项目主持人：卞建林

2009 年 12 月

# 目 录

|                           |         |
|---------------------------|---------|
| 第一章 律师权利概述 .....          | ( 1 )   |
| 一、权利的概念和特点 .....          | ( 1 )   |
| 二、律师权利的概念和来源 .....        | ( 11 )  |
| 三、律师权利的类型 .....           | ( 18 )  |
| 四、律师权利与司法权的区别 .....       | ( 21 )  |
| 第二章 我国律师权利保障体系及其问题 .....  | ( 35 )  |
| 一、我国律师权利的立法保障 .....       | ( 35 )  |
| 二、我国律师权利的行政保障 .....       | ( 41 )  |
| 三、我国律师权利的司法保障 .....       | ( 46 )  |
| 四、我国律师权利的行业保障 .....       | ( 64 )  |
| 五、我国律师权利保障体系存在的问题 .....   | ( 66 )  |
| 第三章 外国律师的权利保障及其启示 .....   | ( 72 )  |
| 一、外国律师的执业权利 .....         | ( 72 )  |
| 二、外国律师的保障性质权利 .....       | ( 93 )  |
| 三、外国律师权利保障的启示 .....       | ( 107 ) |
| 第四章 我国律师权利保障的基本思路 .....   | ( 115 ) |
| 一、实体保障与程序保障相结合 .....      | ( 115 ) |
| 二、国家保障与社会保障相结合 .....      | ( 117 ) |
| 三、法律保障与道德约束相结合 .....      | ( 121 ) |
| 四、律师权利与律师义务相统一 .....      | ( 124 ) |
| 五、权利保障与执业监督相结合 .....      | ( 126 ) |
| 第五章 律师权利保障相关法律的修改完善 ..... | ( 129 ) |
| 一、刑法的修改完善 .....           | ( 129 ) |

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 二、刑事诉讼法的修改完善 .....         | (138) |
| 三、民事诉讼法的修改完善 .....         | (154) |
| 四、律师法的修改完善 .....           | (156) |
| 第六章 律师执业准入制度的现状与改革 .....   | (162) |
| 一、我国内地律师执业准入制度的建立与现状 ..... | (162) |
| 二、域外律师执业准入制度及其启示 .....     | (169) |
| 三、我国律师执业准入制度的改革与完善 .....   | (180) |
| 四、构建我国法律职业共同体的思考 .....     | (192) |
| 第七章 律师执业机构的现状与改革 .....     | (207) |
| 一、关于律师执业机构性质的界定 .....      | (207) |
| 二、我国律师执业机构的现状与问题 .....     | (212) |
| 三、外国律师执业机构的考察与比较 .....     | (228) |
| 四、我国律师执业机构的改革与完善 .....     | (236) |
| 第八章 律师管理体制的现状与改革 .....     | (245) |
| 一、我国律师管理体制的历史发展 .....      | (245) |
| 二、我国律师管理体制的现状与问题 .....     | (251) |
| 三、域外律师管理体制的考察与比较 .....     | (260) |
| 四、我国律师管理体制的改革与完善 .....     | (270) |
| 第九章 公司律师制度的现状与改革 .....     | (277) |
| 一、公司律师的概念和作用 .....         | (277) |
| 二、我国公司律师制度的现状与问题 .....     | (281) |
| 三、若干国家公司律师制度的考察 .....      | (289) |
| 四、我国公司律师制度的改革与完善 .....     | (294) |
| 第十章 公职律师制度的现状与改革 .....     | (299) |
| 一、公职律师概念辨析 .....           | (299) |
| 二、我国公职律师制度的现状与问题 .....     | (302) |
| 三、域外公职律师制度及其启示 .....       | (316) |

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 四、我国公职律师制度的改革与完善 .....    | (321) |
| 第十一章 律师收费制度的现状与改革 .....   | (326) |
| 一、我国律师收费制度的建立 .....       | (326) |
| 二、我国律师收费制度的现状与问题 .....    | (332) |
| 三、外国律师收费制度及其启示 .....      | (342) |
| 四、我国律师收费制度的改革与完善 .....    | (349) |
| 第十二章 律师纳税制度的现状与改革 .....   | (356) |
| 一、我国律师纳税制度的建立 .....       | (356) |
| 二、我国律师纳税制度的现状与问题 .....    | (362) |
| 三、我国律师纳税制度的改革与完善 .....    | (371) |
| 第十三章 律师执业保险制度的现状与改革 ..... | (375) |
| 一、我国律师执业保险制度的建立 .....     | (375) |
| 二、我国律师执业保险制度的现状与问题 .....  | (383) |
| 三、外国律师执业保险制度及其启示 .....    | (394) |
| 四、我国律师执业保险制度的改革与完善 .....  | (398) |
| 第十四章 律师法律责任制度的现状与改革 ..... | (406) |
| 一、律师法律责任制度概述 .....        | (406) |
| 二、我国律师法律责任制度的现状与问题 .....  | (412) |
| 三、外国律师法律责任制度及其启示 .....    | (427) |
| 四、我国律师法律责任制度的改革与完善 .....  | (435) |
| 第十五章 律师职业道德的失范与应对 .....   | (444) |
| 一、律师职业道德的概念、内容和意义 .....   | (444) |
| 二、我国律师职业道德失范的表现与根源 .....  | (454) |
| 三、我国律师职业道德失范的应对措施 .....   | (462) |
| 主要参考文献 .....              | (480) |
| 后 记 .....                 | (483) |

# 第一章 律师权利概述

## 一、权利的概念和特点

### （一）权利概念的历史发展

权利的概念是人类社会发展到特定历史阶段的产物，它的出现与个人主义观念的兴起紧密相关，因此在很大程度上可以说，“没有关于人作为主体的观念就不会有关于权利的观念。”<sup>①</sup>

在西方法律哲学史上，虽然权利观念渊源于古希腊和古罗马时期，但古希腊和古罗马社会中并不存在我们现代人所说的一般意义上的权利概念。在古希腊社会中虽然已经有了某些个人主义的萌芽，古希腊人具有一定的个体意识，但是正如亚里士多德在《政治学》中所说：“不能认为每一位公民属于他自己，而要认为所有公民都属于城邦，每个公民都是城邦的一部分，因而对每一部分的关心应当同对整体的关心符合一致。”<sup>②</sup>以城邦制度为基础构建的古希腊社会是不可能出现权利概念的，因此厄奈斯特·巴克认为，“在希腊的政治思想中个人概念并不突出，权利概念则似乎几近于从未形成过。”<sup>③</sup>相较于古希腊，古罗马的情况有所不同，这主要是由于在古典罗马法中，当今译为“法”与“权利”的拉丁字“ius”具有10种含义，在特定情况下，其中有4种比较接近于我

① 黄明同：《陈献章评传》，南京大学出版社1998年版，第162页。

② 亚里士多德：《政治学》，颜一等译，中国人民大学出版社2003年版，第267页。

③ 厄奈斯特·巴克：《希腊政治理论——柏拉图及其前人》，卢华萍译，吉林人民出版社2003年版，第9页。



们现代人所理解的“权利”。<sup>①</sup>但是，在古罗马的政治——法律历史中，从王政到共和，到元首，再到君主制，所谓的权利依然是处于最高权威的垄断之下，“ius”可说是表达了皇帝专制意志的规则总和，它们主要由皇帝的命令构成，今天作为权利概念所具有的政治的、历史的和伦理的价值，在古罗马人的经验里并没有通过一个清晰的逻辑上的分类表现出来。

基督教成为罗马帝国的国教后，基督教教义对人们的世俗生活产生了极为普遍而深刻的影响，彰显个人价值的教义也随之被人们广泛接受并予以宣传。随着基督教会世俗化的进程，通过教会法学家和注释法学家对 *ius naturale*（自然法）的理解和阐释，孕育出现代意义上权利概念的萌芽。而在关于“使徒贫困”的讨论中，马西利乌斯在《和平的保卫者》一书中，第一次明确区分了 *ius* 的主观意义和客观意义。此后，格劳休斯在其《荷兰法学导论》一书中给出了第一次通过权利而非法则对实际法律制度作出的建构。该书成为以各种权利作为其核心的现代法典的真正始祖。之后，格劳休斯在《战争与和平法》一书中主张自然法本质上是通过对他人的权利表现出来的尊重而维护和平的命令，于是权利开始侵占自然法学说的整个领地。因此，格劳休斯被认为是现代权利理论的创始人。而权利概念经过康德的哲学说明以后，终于在法学领域扎根并在各国学者的努力推进下茁壮成长起来。<sup>②</sup>

在中国，“权利”一词在古代汉语里就有了，但大体上是消极的或贬义的，如“接之于声色、权利、忿怒、患险而观其能无离守也。”<sup>③</sup>“或尚仁义，或务权利。”<sup>④</sup>“家累数十万，食客数十百

---

① 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制法律的任务》，沈宗灵等译，商务印书馆1984版，第44页。

② 关于权利概念在西方的诞生及发展历史，具体论证及分析请参见方新军：《权利概念的历史》，载于《法学研究》2007年第4期。

③ 《荀子·君道》。

④ 桓宽：《盐铁论·杂论篇》。

人。陂池田园，宗族宾客，为权利，横于颍川”。<sup>①</sup> 只是，这种语义上的权利不是一个可以用来构造法律关系的法学概念。19 世纪中期，当美国学者丁韪良先生（W. A. P. Martin）和他的中国助手们把维顿（Wheaton）的《万国律例》（Elements of International Law）翻译成中文时，他们选择了“权利”这个古词来对译英文“rights”，并说服朝廷接受它。从此以后，“权利”在中国逐渐成了一个褒义的、至少是中性的词，并且被广泛使用。在观念上，“权利”与民相联系并以现代意义的权利和义务范畴的形式出现在法典上则是资产阶级革命时期，孙中山提倡民权主义，将民权作为他提倡的三民主义之重要组成部分，并以美国总统林肯之言解释为“民之所有，民之所治，民之所享”。<sup>②</sup> 新中国成立后，权利概念以其蕴涵的真实而现实的意义出现在宪法及其他法律之中。近几十年来，我国法学界在国外权利理论的影响与启迪下，对权利也作了许多定义。但“仁者见仁，智者见智”，迄今为止中外法学家或学者对权利所作出的诠释仍均未获得普遍的共识，而且每一种关于权利的定义都依然遭到质疑。

## （二）权利概念的学说

权利语言虽然源于西方，但权利文化现在已经成为一种全球现象。如何界定和解释“权利”一词，一方面是法理学上的一个难题，如康德在谈及权利的定义时说，问一位法学家什么是权利就像问一位逻辑学家什么是真理那样让他感到为难。<sup>③</sup> 费尔伯格也认为，给权利下一个“正规的定义”是不可能的，应该把权利看作一个“简单的、不可定义、不可分析的原初概念”。<sup>④</sup> 另一方面，这又是法理学上的一个很有意义的题目，因为权利是现代政治法律

① 《史记·魏其武安侯列传》。

② 《五权宪法》。

③ 康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，第 39 页。

④ See Joel Feinberg, “The Nature And Values of Rights”, Journal of Value Inquiry, 4 (1970), pp. 243 ~ 244.

中的一个核心概念,无论什么样的学派或学者都不可能绕过权利问题,相反,不同的学派或学者都可以通过界定和解释“权利”一词来阐发自己的主张,甚至确定其理论体系的原点。<sup>①</sup>虽然权利语言可以用来作为诉求和表达正义的方便而精巧的工具,表述实践理性要求,但由于权利语言经常被滥用也产生了许多负面影响,英国《牛津法律大辞典》的编纂者在这一条目的开头曾感慨万分地写到“权利是一个受到相当不友好对待和被使用过度的词。”由于定义权利的复杂性,以及定义者的立场取向性,以至于还没有任何一个词有这么多的含义。<sup>②</sup>下面综合国内外关于权利概念的理论,列出关于权利概念影响比较深远的几种学说加以评述。

“法力说”或“力量说”认为,权利是法律赋予权利人的一种法律上之力,权利人凭其可以实现法律允许的目的,如丘汉平在其所著的《法学通论》一书中说:“权利者,法律所确认之利益而具有排除力也。”<sup>③</sup>高维浚认为:“权利者,据法律使他人得认自己正当行为之力之谓也。”<sup>④</sup>李肇伟称:“所谓权利,同为权利主体在法律上应有之力。”<sup>⑤</sup>郑玉波也认为:“权利者,法律上之力也。”<sup>⑥</sup>该说的可取之处是认识到了权利的实现需要一定的保障,如果权利不是法律认可与保障的权利,权利就会任人宰割与蹂躏,在该意义上,可以说无保障即无权利。其缺陷在于:一是忽略了自然权利的客观存在,一些道德上的权利虽因缺乏法律上力的保障,经常处于被侵害的状态,但不能就此否认此种权利的存在。二是该说过于强

---

① 夏勇:《权利哲学的基本问题》,载于《法学研究》2004年第3期,第4页。

② 在中国,对权利的本质学说介绍较全面与系统的是《法学基本范畴研究》一书。在书中张文显先生介绍了目前国外、当然也是国内影响最为广泛、最具代表性与主导性的8种权利本质学说,即资格说、主张说、自由说、利益说、可能说、规范说、选择说。张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1998年版,第74~80页。

③ 丘汉平著:《法学通论》,商务印书馆1935年(民国二十四年)版,第91页。

④ 高维浚著:《法学通论》,国立编译馆1943年(民国三十二年)版,第89页。

⑤ 李肇伟著:《法理学》,台北东亚照相制版厂1979年版,第273页。

⑥ 郑玉波著:《法学绪论》,三民书局1981年版,第115页。

调权利背后的国家强制力的支撑作用，在某种程度上强调了权利源于国家和法律的观点，从而引申出一个比较危险的价值主张，那就是国家本位或权力本位，权利往往也会被曾经支撑其的强制力所限制甚至剥夺。

“资格说”认为，对某事享有权利就意味着有某种资格或只有对某事拥有某种资格，才能对某事享有权利。例如，英国人权学者米尔恩认为，权利概念的要旨是“资格”。说你对某事享有权利，就是说你被赋予某种资格，如选举，领取养老金，坚持自己的看法，享受隐秘的家庭生活。<sup>①</sup>我国也有法学者认为，权利就是法律关系的主体具有自己这样的行为（或不这样行为），或要求他人这样行为或不这样行为的能力或资格；<sup>②</sup>或者权利通常指个人不受别人（包括政府）干涉而自由行使正当行为的资格。<sup>③</sup>“资格说”的最大价值在于它揭示了权利主体享有权利的前提是应当具备或符合某些条件，强调了要求出自权利，而非权利出自要求。从某种意义上讲，把权利看作资格，不免有循环定义之嫌，因此许多学者质疑“资格说”时指出其最大缺陷是定义循环，此外，“资格说”无法区分同具资格的权利与义务，更无法体现权利概念内涵的正当性要义，这些也成为其主要缺陷。

“可能性说”或“规范说”认为，所谓权利是指，法律规范所规定的法律关系主体所享有的作出某种行为的可能性，认为权利是法律所保障或允许的能够做出一定行为的尺度，表现为权利人有权自己作出或要求他人作出一定的行为，与此相应，义务人必须依有权人的要求作为或不作为。这种权利的“可能性说”和义务的“必要性说”在我国社会主义法学理论中普遍沿用，如权利指法律

---

① 米尔恩著：《人权哲学》（中译本），王先恒等译，东方出版社1991年版，第165页。

② 陈守一、张宏生主编：《法学基础理论》，北京大学出版社1981年版，第350页。

③ 俞可平著：《社群主义》，中国社会科学出版社1998年版，第80页。

对法律关系主体能够作出或不作出一定行为，以及其要求他人相应作出或不作出一定行为的许可与保障；<sup>①</sup> 法律权利是指国家通过立法规定，对人们可以自主地作出一定行为和要求他人作出或不作出一定行为的许可，从广义上说，还应包括国家机关、社会组织及其公职人员依法享有的职权；<sup>②</sup> 从实质上看，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。<sup>③</sup> 该学说注意到了法律对权利与义务的分配作用，强调了权利使用的法律界限，但是将权利和义务概念明显地局限于法律规定的范围内，只注意到法定权利和法定义务，而忽略了实际生活中大量存在的实在权利和义务，这可以说是其最大的缺陷。

“要求说”或“主张说”认为，权利就是法律上有效的、正当的、合法的理由或要求。如美国学者范伯格就认为，严格意义上的权利显然不同于自由权，尤其是不同于“勉强可废除的特权”；法定的要求权必然是以其他人对权利拥有者具有义务为根据的；法定权利通常是一种针对其他个人的要求，即依据不同情况，要求他们履行一种行为，或放弃执行某些权利；它也是一种要国家加以认可和强制实施的要求。<sup>④</sup> 为将此“要求”（claims）与“要”（demand）、“请求”（ask）、“给”（give）、“想要”（request）等概念区分开来，主张要求论的学者解释说，“要求权”一词里的“要求”是诉求意义上的，而权利最重要的特性就在于其具有可要求性（claim-ability）。“一项不能被主张、被要求、或者被请求享有或行使的权利，不只是‘有缺陷的’，而且是一个空洞的规定。”<sup>⑤</sup> 继而，他们对“要求”作了进一步的解释，将它理解为“可能性

① 《中国大百科全书·法学卷》，中国大百科全书1984年版，第458页。

② 王果纯著：《现代法理学——历史与理论》，湖南出版社1995年版，第223页。

③ 刘金国、张贵成主编：《法理学》，中国政法大学出版社1995年版，第164页。

④ J. 范伯格：《自由、权利和社会正义》，王守昌、戴翔译，吴福监、陈维政校，贵州人民出版社1998年版，第82页。

⑤ S. J. Stoljar: Analysis of Rights, the Macmillan Press Ltd., 1984, p. 4.