

作为技术的权利与权利的技术化

——基于法治的立场

王茂庆

(山东科技大学 文法学院, 山东 青岛 266590)

摘要:在法的技术意义上,为保护法益,法律先定义务。对违反义务规范的行为,立法者设定了两种启动制裁的技术:权利与权力。权利的技术化旨在畅通权利启动制裁,包括权利立法,以及便利、帮助、鼓励权利主张的制度和措施。权利技术化蕴含着丰富的法治逻辑,诸如防止权力膨胀,张扬人民的主体性,推进合宪性审查,实现法治体系的转型,培育法治的理性文化等。权利立法是权利技术化的核心,为权利主张提供法律依据。律师制度、法律援助、损害赔偿等对帮助、激励权利主张发挥了积极作用,但需要创新和发展。推进权利的技术化,还需要克服法律文化层面的障碍。

关键词:权利;权利的技术化;法治

中图分类号:D920.0

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2022)05-0030-08

民事责任优先作为一项法律原则,在我国现行立法中得到了普遍确立。^①该原则表明,责任主体的财产不足以支付赔偿、罚款、罚金和没收财产时,应当优先用于承担民事责任。学界一般认为,该原则体现了私权优先的理念,有利于保护当事人的合法权益。但是,代表个人利益的民事赔偿为何优先于体现公共利益的罚款、罚金和没收财产?其背后蕴含的逻辑是什么?学界未能作出进一步的阐释。我们认为,立法之所以确立民事责任优先原则,其真实目的在于调动受害人制止不法行为、维护社会利益的积极性。正如违约行为既是对合同相对方利益的侵害,也是对诚实守信社会秩序的侵害,任何一项不法行为必然同时侵害个体利益和社会利益。事实上,启动对不法行为的制裁,立法者有两种技术手段可供选择:一是赋权政府,由政府行使权力对不法行为进行制裁,维护社会利益,进而保护个体利益;二是赋权个体,由个体诉诸权利,要求不法行为者承担民事责任,进而保护社会利益。当然,立法者也可以以“组合拳”的方式同时赋权政府、个体,保护被侵害的法益。

现行法律虽然确立了民事责任优先原则,但相对于权力技术来说,权利技术的运用尚有巨大的提升空间。近年来,国家发改委、市场监督管理总局调查处理的反垄断案件呈现上升趋势,反垄断罚款金额屡创新高,^②但民事主体启动的赔偿案件寥落晨星。因此,运用权利技术启动制裁、保护法益的私人执行效果并不好。赋权个体诉诸权利实现救济并保障其优先地位,不单是为了调动受害人诉诸权利维护自身合法权益的积极性,其中也蕴含着深刻的法治逻辑。因此,本文将从法治的立场出发,在阐明作为技术的权

收稿日期:2022-06-14

作者简介:王茂庆(1968—),男,山东泰安人,山东科技大学文法学院教授、硕士研究生导师,法学博士。

^① 该原则主要体现在《民法典》第187条中,该条规定:“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的,承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任;民事主体的财产不足以支付的,优先用于承担民事责任。”另外,《刑法》第36条第2款、《反不正当竞争法》第27条、《公司法》第214条、《合伙企业法》第106条、《产品质量法》第64条、《消费者权益保护法》第58条、《食品安全法》第147条、《证券法》第232条、《证券投资基金法》第151条分别作出了具体规定。

^② 参见王健:《追寻反垄断罚款的确定性——基于我国反垄断典型罚款案例的分析》,《法学》2016年第12期。另见李可愚:《违反〈反垄断法〉多个互联网巨头遭罚》,载《每日经济新闻》2021年11月22日。

利的内涵基础上,揭示权利技术化的法治意涵,进而对权利技术化的实践进行考察,意图在于改变我国过分依赖权力技术而对权利技术不够重视的现状,努力实现权利的技术化,积极推进全面依法治国进程。

一、法益赋权:作为技术的权利

在国内,法益概念最早出自刑法学,法益保护原则是刑事立法的基本指导原理。^[1]法益保护原则对于刑事司法也具有规范和指导意义。^[2]法益概念后被引入民法、经济法等领域,成为一个渐趋普遍的法理范畴。广义的法益是指法应当保护的利益,狭义的法益是指法所确认保护的利益。法益是由宪法和各部门法共同提供保护的,各部门法之间的保护法益可以重叠、交叉和独立。^[3]¹⁰⁵那么,法律对法益的保护在逻辑上是如何展开的?不论是前现代法还是现代法,都是首先设定共同体成员的义务,即通过不得或者必须的义务规范引导人们的行为来保护法益。“法律义务是每一法律秩序中每一法律规范的主要功能,而法律权利只不过是特殊法律制度的一个特定因素”。^[4]¹⁰⁰在凯尔森看来,义务才是法律制度中真正的基本概念。义务是法益最直接、最有力的表达,基于其不可放弃性、强行性,是保护法益的最有效手段。“法作为社会控制、规范手段,主要通过义务性规范来实现自己试图达到的目的。”^[5]张恒山提出的“义务重心说”,不是构思一种理想的法律模式,而是与法的技术问题相关,实质上是谋求法益保护的可操作性。义务被普遍遵守,是法益实现的最理想状态。但是,如果义务被违反,如何保障义务的履行?答案就是法益赋权。法益赋权是指为保护法益,既可以通过设定权力,也可以通过赋予权利,作为启动制裁以保证义务履行的方法。

第一种方法是运用权力的技术。行政法、刑法等公法领域是权力技术运用的典型。对于侵害法益的行为,赋权公权力启动制裁。权力即国家权力,具有强制力的垄断性、普遍的约束力、主权性等特点。特别是行政权力,基于其公定力、确定力、拘束力和执行力,对于违反义务规范的行为,直接予以查处、制裁,以保护被侵害的法益。因此,权力的技术在保证义务规范的实现上具有天然的优势。当然,为防止权力滥用,必须确立法治原则、比例原则以及信赖保护原则等。

第二种方法是运用权利的技术。民法、经济法等领域是权利技术运用的典型。违反义务规范的行为,例如债务人不履行债务,不仅对债权人造成损害,而且对整个法律秩序也是一种侵害,然而,立法者“使制裁的执行有赖于某个人(原告)提起诉讼、授予技术意义上的‘权利’”。^[4]⁹⁴何谓作为技术的权利?霍菲尔德认为,“为权利这一术语在其狭义、本义上寻找一个同义词的话,则‘请求权’(claim)最为相宜”。^[6]庞德称之为“狭义的法律权利”,即“一种通过政治组织社会的强力(保障各种被承认的利益的工具的一部分),来强制另一个人或所有其他人去从事某一行为或不从事某一行为的能力。”^[7]在这种情况下,立法者之所以放弃权力,而采用权利的技术,是因为“在一个以私人资本主义原则为基础的法律秩序中,民法技术是由以下事实决定的:立法者忽视在规范适用中的集体利益并将真正的重要意义只归诸于特定人的利益”。^[3]⁹⁵丹尼斯·罗伊德也指出:“权利是否伴随义务,则取决于这个制度是否愿意某些个人‘决定应否利用法律制度展开行动以强制实现义务’的一种权利。”^[8]当然,“法律规范使某人负有对某一别人作一定方式行为的事实,并不自然就意味着后者有对前者的这种行为的权利,即要求他履行其义务的法律权利。”^[4]⁸⁷例如,《老年人权益保障法》第18条第2款规定了与老年人分开居住的家庭成员应当经常看望或者问候老年人的义务,并不意味着老年人拥有向与其分开居住的家庭成员主张“常回家看看”的权利。

两种技术手段在启动制裁侵害法益、保证义务履行上所遵从的逻辑明显不同。看似是对个体利益的侵害,本质上也是对社会利益的损害。同理,对社会利益乃至国家利益的侵害,最终也是对个体利益的损害,但是立法者在启动制裁的立法技术上还是作出了选择。立法者之所以选择运用权力的技术,是由于将个体利益的保护寓于社会利益、国家利益的保护之中,遵从强制逻辑,直接诉诸公权力以保证义务的履行。同理,立法者之所以选择运用权利的技术手段,则是将社会利益寓于个体利益中,遵从自治逻辑,通过个体诉诸权利来保证义务的实现。当然,为了更好地保护法益,运用权力的技术并不排斥权利技术的

使用。例如,在刑事诉讼中,检察机关行使公诉权以追究被告人的刑事责任,受害人也有权提起刑事附带民事诉讼;在劳动法、环境法、消费者权益保护法、竞争法等社会法领域,权力与权利往往也是相互补充、耦合运用。另外,对于违约等失信行为,立法者本来运用权利的技术,由债权人提起诉讼的方式启动制裁,保护债权人的利益,乃至恢复社会信用,但在当下失信严重、社会信用体系建设的阶段,适度运用权力的技术,对失信行为进行惩戒,也具有积极意义。^①

相较而言,权力的技术因其强制性、不可放弃性,对法益的保护、义务的履行更为简单、直接、有效,而权利的技术因其可能性、可放弃性,对法益的保护、义务的履行似乎没有什么“优势”。而且,现实中,民众对权力往往抱有更多的期待,习惯于大事小事找政府。例如,债权人因债务人欠债不还经常会到公安机关报案,公安机关只能以经济纠纷为由拒之门外。立法者为何不把违约行为对社会利益的侵害置于突出地位,直接诉诸效率更高的权力技术?一方面,启动制裁保证义务履行,当然是有成本的,特别是权力技术的运用直接消耗财政资金,过度使用必然加重纳税人的负担,甚至超出社会的承受力;另一方面,权力技术的过度运用,会带来权力的扩张,容易导致权力滥用,出现权力寻租等腐败现象,而且会侵蚀个体的自治空间,与法治原则相悖。

二、权利技术化的法治逻辑

在法益保护上,两种技术相比较,尽管权利的技术存在一些“劣势”,但由于作为技术的权利蕴含的法治逻辑,被法治国家普遍重视。权利的技术化就是在法益赋权基础上,使权利的立法更具体、明确、可操作,使权利更易于主张、更具有积极性,以谋求权利启动制裁、保证义务履行的便利、畅通。只有揭示权利技术化的法治逻辑,才能在工具理性的意义上推进权利的技术化。

第一,权利的技术化有助于舒缓权力启动制裁、保护法益的压力,对防止权力膨胀具有“釜底抽薪”之效。例如,修订后的《反不正当竞争法》于2018年1月1日起施行,它的一个突出特点就是行政处罚权力的扩张。在“法律责任”部分中,多个条款关于罚款数额的上限达到300万元,下限规定一般为10万元,而之前大多在1万元以上、10万元或者20万元以下。罚款数额的涨幅非常高,而且罚款幅度特别大,给行政权力巨大的裁量空间,这使法治原则面临巨大的困难和挑战。再如,《反垄断法》对于“达成并实施垄断协议的”垄断行为,在罚款基数、罚款裁量、罚款和没收违法所得的关系上均存在很大的不确定性,也遭遇了落实法治原则的难题。^②当然,强化权力的技术,扩大处罚权力,对制止不正当竞争和垄断行为,保护经营者和消费者的合法权益,具有正面的积极作用,但是,法治面临的挑战是不容否认的。尽管权力扩张并不必然导致法治受损,因为可以诉诸职权法定原则、比例原则、信赖保护原则等以及具体的法律规则,来防止权力的恣意和滥用,但是,在权力过分强大、法治不甚发达的现实背景下,过度信赖甚至一味扩张行政权力往往导致法治的价值和理想渐行渐远。我们应该注意到,权利的技术化,因其对启动惩罚、保护法益所具有的重要作用,对权力技术的运用有一定的“替代”意义。例如,受损害的经营者的不正当竞争行为、垄断行为的权利主张乃至诉讼,同样可以制止不正当竞争行为和垄断行为,保护公平竞争。但

^① 国务院于2014年6月14日发布了《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》,其中规定:“守信激励和失信惩戒机制直接作用于各个社会主体信用行为,是社会信用体系运行的核心机制”。2016年1月20日,国家发展改革委、最高人民法院、人民银行等44个部门联合签署了《关于对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》,提出55项惩戒措施,对失信被执行人设立金融类机构、从事民事商业行为、享受优惠政策、担任重要职务等方面全面进行限制,更大范围惩戒失信被执行人。2020年12月,国务院办公厅发布了《关于进一步完善失信约束制度构建诚信建设长效机制的指导意见》,明确强调“按照依法依规、保护权益、审慎适度、清单管理的总体思路,进一步规范和健全失信行为认定、记录、归集、共享、公开、惩戒”等机制。

^② 简单梳理一下近年来影响比较大的几起反垄断处罚案件,不难发现,罚款基数的比例差异非常大。2021年4月10日,市场监管总局对阿里巴巴集团控股有限公司滥用市场支配地位按照市场销售额的4%罚款182.28亿元;2015年2月,国家发改委对美国高通公司滥用市场支配地位案按照市场销售额8%罚款60.88亿元;2013年2月23日,国家发改委对茅台公司、五粮液公司纵向垄断协议案按照上一年度市场销售额的1%,分别开出2.47亿和2.02亿的罚单。

是,《反不正当竞争法》仅用第 17 条、《反垄断法》仅用第 50 条,对权利启动制裁、保护法益的技术作出了非常简单、粗略的规定,根本无法与权力技术的规定“同日而语”。形成鲜明对照的是,作为美国反垄断的基本准则,《谢尔曼法》虽然仅有 8 条,但第 7 条对运用权利技术来反垄断做出了非常明确、具体的规定:“凡任何人或个体因他人违反此法案的禁令而在资产和贸易上受到损失,被告将被要求在被告所居住的州的美利坚合众国的区域法院进行审问,并且被告将支付给原告三倍的赔偿金,以及诉讼费用。”特别是惩罚性赔偿的规定,对于调动个体启动制裁、保护法益的积极性具有重要意义。事实上,作为启动制裁、保护法益的两种技术手段,权利与权力之间存在此消彼长的关系。权力技术扩张,权利技术必然萎缩。重视运用权利技术,则可以消解权力扩张给法治带来的挑战和风险。

第二,权利的技术化有助于张扬人民的主体性,人民在具体案件中获得正义,法治才会变成活生生的实践。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《依法治国重大决定》)明确了“坚持人民主体地位”的原则,提出“人民是依法治国的主体和力量源泉”。习近平总书记在党的十九大报告中再次强调“坚持以人民为中心,人民是历史的创造者,是决定党和国家前途命运的根本力量,必须坚持人民主体地位”。“人民主体地位是习近平治国理政思想核心理念”。^[9]落实人民主体地位原则,关键是要人民群众参与全面依法治国。权利的技术化及其实践,是人民群众参与全面依法治国的具体可行的途径。从根本上看,人民的主体地位与权利的技术化是一致的。坚持人民的主体地位,必然相信人民群众完全有能力通过行使权利维护个体利益、实现社会利益。只有相信人民群众,坚持人民的主体地位,才有可能真正推进权利的技术化。因此,坚持人民的主体地位,不是空洞的教条,而应该是活生生的实践。总之,在个案中感受公平正义,人民才能逐渐建立起法治的信仰,法治才能变成活生生的实践。

第三,权利的技术化是宪法基本权利落实为法律权利的自然延伸,是推进合宪性审查的必然要求。坚持依法治国首先要坚持依宪治国,依宪治国是依法治国的基础和前提。能不能积极推进依宪治国,是检验是否真正全面依法治国的“试金石”。为进一步推进依宪治国,党的十九大报告作出一个非常重大的决定,就是“推进合宪性审查工作”。合宪性审查就是依据宪法对宪法以下的法律文件是否符合宪法而进行的审查,其作为依宪治国最重要、最关键的制度安排,已经提上了全面依法治国的议事日程。不容否认的是,现行的合宪性审查制度的运行效果并不理想,已经成为我国推进依宪治国的“瓶颈”。推进合宪性审查工作,首先依赖合宪性审查启动程序的设计。程序不能有效启动,再好的制度设计也是枉然。根据《立法法》第 99 条,国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院和省级人大常委会对行政法规和地方性法规是否合宪有审查“提起权”,而“社会团体、企业事业组织以及公民”只有相应的审查“建议权”,实践中这种情况正在发生变化,民间的建议权在长期“冷冻”后终于出现了“化解”迹象。^[10]因具体争议引发的针对法律文本的合宪性审查,本质上是法律权利能否回溯到基本权利的过程,是基本权利的再实现过程。因此,合宪性审查是基本权利到法律权利的具体化、技术化的过程中,实现自身的保障机制。没有权利的技术化,就不会有诉讼案件的发生,法律权利不能回溯到基本权利,就不可能有合宪性审查程序。因此,权利的技术化既是基本权利实现自身的延伸,也是合宪性审查之所以可能的前提。

第四,权利的技术化有助于推动社会主义法律体系向社会主义法治体系的转型。从“中国特色社会主义法律体系已经形成”,到《依法治国重大决定》提出“建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家”,中国人民对于治道的探索和认识发生了根本性转变和提升。^[11]从法律体系到法治体系,是从静态的法律制度到动态的法治实践的发展过程。社会主义法律体系基本形成之后,中国特色社会主义制度建设就从以“立法”为中心转移到以“法律实施”为核心,实现从“法律体系”向“法治体系”的实践跨越。^[12]那么,如何由“静”到“动”,由“纸面”到“实践”?国家层面自上而下的建构式的主导、推动非常重

要,^①但是,如果没有自下而上渐进式的响应、配合,法治体系建设就是“空中楼阁”。因此,权利的技术化及其实践是自下而上推动法治体系建设的重要驱动力。权利的技术化使权利能够被主张,使法律具有“生命力”。权利能够被主张,法律才能被信赖,法治才能被信仰。

第五,权利的技术化及其实践有利于培养和提高人们的法治素养,培育法治的理性文化基础。党的十九大报告提出要“提高全民族法治素养”,这是一个新提法、新要求。公权力的享有者和行使者的法治素养体现在运用法治思维和法治方式的能力上,民众的法治素养不仅仅体现在知法守法,更重要的是用法,在于能够积极主张权利,特别是行使民主监督权利。权利的技术化能够便利、帮助、激励民众主张权利,为培养民众的法治素养提供了最有效的途径。特别是在诉讼过程中,案件当事人行使平等、自主的程序权利,进行法庭辩论,参与司法判决的形成,张扬主体性。权利的技术化及其实践,本质上是人权、正义等价值理性借助法律规则、逻辑推理等形式理性的具体实现过程。西方理性主义文化的形成与法庭对社会的熏陶、塑造有密切的关系。有学者生动地描述道:在十九世纪的美国,“在收音机和电视机时代以前,公众鉴赏好的法庭审判和好的法庭演说。在巡回区,当巡回法庭来到县城的时候,开庭日是一个壮观场面;审判和法庭事务打破了千篇一律的生活。在相当无聊的社交界,大使、国会议员、政客夫人蜂拥进最高法院旁听席聆听律师界巨人的滔滔辩论。”^[13]因此,公开、公正、论辩的法庭,是法治理性文化的“孵化地”。总之,权利的技术化及其实践,对于提高全民族的法治素养,培育法治的理性文化基础具有奠基意义。

三、权利技术化的现实审思

实现权利技术化所蕴含的法治逻辑,依赖于权利技术化的充分展开。权利的技术化主要包括权利立法以及便利、帮助、鼓励权利主张的一整套制度和措施。权利立法构成了权利技术化的核心,为权利主张提供法律依据;律师制度、法律援助、损害赔偿等为权利主张提供便利、帮助和激励,构成了权利技术化的配套制度和措施。

为便于对权利技术化的立法现状进行考察,依据权利应答者即义务主体的不同,可以把权利分为公权利和私权利。公权利是个体由公法获得的要求国家机关特别是行政机关履行义务的权利;私权利是个体由私法获得的要求私法主体履行义务的权利。公权利主要包括自由权、参与权、财产权和生存权等。^[14]私权利主要包括人格权、物权、债权、继承权、知识产权等。首先,私权利启动制裁的技术在我国已经获得了长足进步,但仍有很大的发展空间。《民法典》的颁行将权利立法推向了一个新阶段。现实中,民事诉讼爆炸式增长,法院甚至不堪重负。运用私权利的技术保护法益,逐渐成为人们的自觉行为,私权利技术的立法和实践已经取得了很大成就。但是,在经济法领域,针对不正当竞争行为、垄断行为的权利立法尚处在起步阶段,还需要作出更具体、可操作的规定。^②其次,我国已经颁行了行政诉讼法、国家赔偿法等法律,初步形成了针对公权机关的公权利体系,公权利启动制裁的立法虽取得了一定成就,但发展相对滞后。从法理上讲,公权利是个体对国家机关提出的,虽然出于保护个体法益,但直接服务于法治、善治等法益目标,因此,公权利的立法和实践更为重要,更应该得到充分重视。《行政诉讼法》自1989年4月4日通过,至今已30余年,但行政诉讼案件总体上还比较少,原告胜诉率也很低。另外,在经济法领域,针对国家的宏观调控行为还不能提出权利主张。总体上看,公权利的应答者范围还比较窄,能够主张的范围也有限,获得的救济还很不够,公权利启动制裁、保护法益的功能还没得到充分发挥。

^① 有学者指出,总体来讲,国家主义在我国法治建构进程中居于主导地位,我们应该承认国家主义在历史或当下法治建构中的积极作用。参见于浩:《共和国法治建构中的国家主义立场》,载《法制与社会发展》2014年第5期,第183页。

^② 《反垄断法》关于权利技术的规定只有1条,即第50条,该条规定:“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。”尽管最高人民法院于2012年1月30日发布了《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》,但是还远远没有发展形成反垄断法私人执行的规则体系,而且相关的诉讼案件不多,权利的法益保护功能还未得到很好的发挥。

律师制度是一个国家法律制度的重要组成部分,是法治文明进步的重要标志。^[15]发挥权利技术的法益保护功能,律师提供的帮助、支持至关重要。新中国成立以来,律师业经历了一个曲折的发展过程。曾经在很长一个时期内,律师制度被说成“资产阶级的专利”,律师被视为“专为坏人说话”的政治上的“失节者”,在意识形态和制度实践上遭到排拒。^[16]党的十一届三中全会以来,特别是被誉为中国的“权利宣言”的《民法通则》于1986年4月12日通过之后,中国律师才真正拥有了施展本领的舞台,中国律师业快速步入了职业化、专业化、社会化的发展时期。我国律师业已经取得了长足的发展,目前律师队伍人数已有50余万人。尽管律师业发展中还面临不少问题,诸如对律师执业权利的保障还不够充分,律师会见难、阅卷难、调查取证难、发问难、质证难、辩论难等在一定程度上还普遍存在,对律师甚至存在偏见和歧视,律师独立更是一个未竟的课题,但是中国已经步入“权利的时代”,律师必将成为权利保障、乃至法治建设的“主角”。^[17]

从20世纪90年代初的法律援助试点,1996年《律师法》规定律师、律师事务所的“法律援助义务”,到2003年的《法律援助条例》颁布实施,再到2022年1月1日开始实施的《法律援助法》,在短短的几十年里,我国确立了政府主导的“政府责任、律师义务、社会参与”模式的法律援助制度。由于有限的财政经费投入与不断扩张的法律援助需求之间的矛盾比较突出,《依法治国重大决定》明确提出“完善法律援助制度,扩大援助范围”。法律援助应该超越针对弱者的社会救助,不能局限于救助“经济困难的公民”,而应该在扶持个体主张权利上得到创新、发展。主要理由有二:一是作为技术的权利及其技术化蕴含着丰富的法治价值;二是主张权利在经济学上应该属于典型的正外部性行为,因为权利主张者付出大量的诉讼成本,但维护了社会正义,使整个社会、他人受益。为此,《法律援助法》将法律援助对象规定为“经济困难公民和符合法定条件的其他当事人”,相比过去扩大了援助范围。正如有学者指出的,“法律援助立法作为我国推进覆盖城乡居民的公共法律服务体系建设的重要内容,是社会公平正义的重要保障,是利国利民的重大法治工程,其所设立的‘应援尽援、能援多援’的宗旨,正努力打通服务群众法律需求的‘最后一公里’,从而满足人民群众日益增长的法律服务需求”。^[18]

权利主张的直接目的主要在于赔偿。赔偿是否公正、充分,会反射、影响到权利启动制裁技术的激励上。在私权利的立法上,合同法、侵权法均确立了完全赔偿原则,以对受害人的利益实行全面、充分的保护。根据《民法典》第1183条,侵害自然人人身权益造成严重精神损害的,被侵权人有权请求精神损害赔偿。另外,《民法典》第1185条、第1207条、第1232条,《消费者权益保护法》第55条,《食品安全法》第148条第2款,确立了惩罚性赔偿。尽管存在刑事诉讼中当事人不得对于精神损害提起附带民事诉讼之类的“死角”,但总体上看,损害赔偿的立法相对比较完善,能够较为有效地激励民事主体提起权利主张。相比而言,虽然公权利比私权利更贴近法治、善治等法益目标,但是对公权利主张的激励还很不够。以财产征收补偿为例,现行宪法第10条第2款、第13条第3款,对国家为了公共利益的需要,依照法律对土地、公民的私有财产征收或者征用,只规定了“给予补偿”,《土地管理法》作出了相同的规定,显然对补偿的权利主张缺乏激励;《国有土地上房屋征收与补偿条例》第2条规定“给予公平补偿”,算是进了一步,对房屋征收补偿的权利主张算是一个激励。^①

四、结语

亚当·斯密发现,市场是一个神奇、精巧的装置,个人在经济生活中只考虑自己的利益,受“看不见的手”驱使,但“他追求自己的利益,往往能比在真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益”,^[19]市场能将个人自私自利的行为转换为对社会有益的结果。当市场主体对利益的追求遇到阻碍或侵害时,法律

^① 近年来,全国一审法院受理的房屋征收补偿类案件逐年攀升,与最高人民法院2014年8月29日通过发布征收拆迁十大案例进一步确认公平补偿原则有密切的关系。在“孔庆丰诉泗水县人民政府房屋征收决定案”的“典型意义”部分,最高人民法院明确“《国有土地上房屋征收补偿条例》第二条规定的对被征收人给予公平补偿原则,应贯穿于房屋征收与补偿全过程”。

通过权利的技术设计赋权市场主体,让其通过诉诸权利来打通阻碍,惩罚侵害。因此,权利启动惩罚的技术本质上是市场逻辑的延续,是“看不见的手”续写神奇必不可少的保障手段,这也为作为技术的权利能实现社会利益提供了经济学的证明。党十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出,“紧紧围绕使市场在资源配置中起决定性作用深化经济体制改革”,为作为技术的权利立法和权利的技术化提供了现实的经济基础,但从法律文化的视角看,要推进权利的技术化,尚有诸多难题需要解决。

在我国,由权力启动制裁侵害法益,显然重于权利技术的运用。即便在日本,“与基于国家机关主导权的刑罚或行政手段相比,基于私人主导权的可利用的其他强制性手段被严重忽视。”^[20]一方面,这与儒家文化圈普遍存在的“厌讼”传统有关。“以和为贵”“为讼有害”的儒家思想影响深远。孔子教导说:“君子喻于义,小人喻于利。”在古代精英看来,民众兴讼是道德败坏的标志,而作为诉讼代理人的讼师更被视为社会稳定的敌人,讼师在中国传统社会长期受到打压和排挤。“无讼”是古代精英不懈追求的社会理想。^[21]在这样的文化背景下,权利的技术因缺乏“群众基础”,而难被立法者重视。我们应该充分重视耶林的论断,他在《为权利而斗争》的演讲中指出:“主张受侵害的权利是一种自我维护人格的行为,因此,是权利者对自己的义务”,“主张权利同时是一种对集体的义务”。^[22]权利的主张与主体性的张扬密不可分。全面依法治国,尚需一场权利的启蒙,实现与传统的诀别。另一方面,对国家权力的过分依赖也是权利技术不发达的重要原因。在古代中国,“君权神授使君权获得了神圣性而免受合法性追问,家国同构则使国家权力具备了伦理性而易受百姓的情感认同”。^[23]因此,在中国传统文化里,民众不但不国家设防,而且易于对国家形成依赖。在计划经济时代,经济、政治、社会、文化等各项事业都由国家通过计划统揽,国家权力无处不在、无时不有。可以说,新中国建立后民众对国家的依赖得到了空前强化,权利从根本上失去了其存在的法律基础。结果就是,权利的立法及其技术化因国家权力的膨胀和扩张而被挤压,个体的自由空间也渐被侵蚀。因此,正确对待国家、国家权力,逐渐摆脱运用权力技术的路径依赖,不仅是作为技术的权利立法及其技术化的需要,也是法治建设始终无法绕开的话题。

参考文献:

- [1]张明楷.论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定[J].法学家,2021(1):80-96.
- [2]杨春然.从现实到虚拟:计算机侵入禁止规范的构成与适用——兼论计算机同意[J].法学论坛,2021(1):138-152.
- [3]刘芝祥.法益概念辨识[J].政法论坛,2008(4).
- [4]凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵,译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [5]张恒山.义务先定论[M].济南:山东人民出版社,1999:11.
- [6]霍菲尔德.基本法律概念[M].张书友,编译.北京:中国法制出版社,2009:32.
- [7]罗科斯·庞德.通过法律的社会控制[M].沈宗灵,译.商务印书馆,2008:43.
- [8]丹尼斯·罗伊德.法律的理念[M].张茂柏,译.北京:新星出版社,2005:255.
- [9]肖贵清,田桥.人民主体地位的四个维度[N].大众日报,2016-12-28(9).
- [10]马岭.我国的合宪性审查制度及其文化审视[J].法学杂志,2021(5):11.
- [11]魏治勋.从法律体系到法治体系——论党的十八大对中国特色社会主义法治体系的基本建构[J].北京行政学院学报,2013(1):7.
- [12]莫纪宏.论中国特色社会主义法律体系、法治体系与制度体系的有机统一[J].法学杂志,2020(5):18.
- [13]劳伦斯·M·弗里德曼.美国法律史[M].苏彦新,等译.北京:中国社会科学出版社,2007:331.
- [14]陈新民.中国行政法学原理[M].北京:中国政法大学出版社,2002:61-62.
- [15]岳琴舫.保障律师执业权利,促进法治文明进步[N].检察日报,2020-11-6(3).
- [16]张志铭.回眸和展望:百年中国律师的发展轨迹[J].国家检察官学院学报,2013(1):133.
- [17]王茂庆.人权制度化与法制转型问题研究[M].北京:中国政法大学出版社,2012:8.

- [18]冀祥德.论法律援助制度的中国特色[J].政治与法律,2022(6):158.
- [19]亚当·斯密.国民财富的性质和原因的研究(下卷)[M].王亚南,等译.北京:商务印书馆,1983:27.
- [20]田中英夫,竹内昭夫.私人在法实现中的作用[M].李薇,译.北京:法律出版社,2006:5.
- [21]郭星华.无讼、厌讼与抑讼——对中国传统诉讼文化的法社会学分析[J].学术月刊,2014(9):88.
- [22]鲁道夫·冯·耶林.为权利而斗争[J].郑永流,译.北京:法律出版社,2007:25.
- [23]王茂庆,亢霖.法治思维与控权文化[J].时代法学,2016(6):18.

Technological Rights and the Technicalization of Rights: A Perspective of Rule of Law

WANG Maoqing

(College of Humanities and Law, Shandong University of Science and Technology,
Qingdao, Shandong 266590, China)

Abstract: In the technical sense of law, law predetermines obligatory norms in order to protect legal interests. For violation of obligatory norms, law sets two kinds of techniques to start sanctions, namely rights and power. The technicalization of rights aims at initiating sanctions, which mainly includes legislation of rights, as well as systems and measures to facilitate, assist and encourage claims of rights. The technicalization of rights embraces abundant logic of rule of law, such as preventing power expansion, promoting subjectivity of the people, advancing constitutional review, achieving transformation of legal system, and cultivating the foundation of rationalistic culture. As the core of the technicalization of rights, legislation of rights provides the foundation for legal claims. The attorney system, legal assistance, compensation for damages and so on play a positive role in assisting and inspiring claims, however, they also need to be innovated. Obstacles from legal culture remain to be solved to advance the technicalization of rights.

Key words: rights; technicalization of rights; rule of law

(责任编辑:董兴佩)