

中文法学中的“权利”概念

起源、传播和外延

童之伟*

摘要 现代中文法学的权利概念有其特有的学格特征,不是任何外文法学对应名词的简单翻译。“权利”的出现适应了19世纪中叶中国社会应对中外关系大变局的现实需要,其本身也是中西、中日法文化交流的产物。权利概念可区分为外延复合型和外延单纯型两种。外延复合型权利如果得到透彻研究,人们会发现它其实就是指称权利权力统一体的法权。外延单纯型权利起源于我国本土,与中国现行法律制度高度吻合,应确认为中文法学权利概念之正朔。为了系统、严格地区分权利和权力,宜以实质分类标准取代形式分类标准。中国法学基础性研究的重点首要应该是权利、权力和义务本身,其次才是它们之间的关系。

关键词 权利 权力 权 法权 中文法学

本文的主要研究对象是以汉语为载体的“权利”概念的本源,且基本限于讨论其外延,一般不涉及实质(或内容、本质)。20世纪之前,中国法律研究的主要成就在律学。大体成形于清末民初的近现代中文法学〔1〕继承了传统律学的相关精华,但又同后者有重要区别。“权利”一词出现在先秦,但其作为近现代中文法学的基础性概念,却是“权”字包含的特殊历史文化积淀和长期处在中西、中日法文化交流激荡的前沿得以发展演化的结果。本文拟先撇开与权利外延纠缠在一起的权利的本质和与“权力”的区别等问题,试在细节上还原或再现“权利”的起源、传播过程和法学者对其外延的认识史,并以此为基础努力正本清源。希望此举有助于推动

* 华东政法大学法治法律学院教授。

〔1〕 本文在法学与律学相区分的前提下,将以汉语为载体形成的法学论述称为中文法学,与之相对应的是外文法学。

当代中国法学界就“权利”外延取得必要共识。

一、“权利”在“权”字内的孕育、降生和传播

中国在先秦文献中就出现过“权利”一词,但它只是历史文献中较罕见的文字组合,指权势、财利,同近现代法学中的权利概念没有直接的传承关系。先秦和汉代文献中较引人注意的“权利”用法有:“夫民之情,朴则生劳而易力,穷则生知而权利。易力则轻死而乐用,权利则畏法而易苦”。〔2〕“接之以声色、权利、忿怒、患险,而观其能无离守也。”〔3〕司马迁也在权势财利的意义上说到了权利,如“以权利合者,权利尽而交疏”。〔4〕

历史地看,“权利”出现后的两千余年间,很少有文献使用,所以,不仅从《尔雅》到《康熙字典》都没记载它,17世纪初至19世纪末为数已不少的“汉—西”和“西—汉”等新型辞书也没有提到它,即使是在先秦和两汉的意义上。历史上最早的汉—西词典是产生在1700年前后的手抄本《汉字西译》(又名《汉拉字典》)。该字典的内容后来收入了1813年出版的《汉法拉大辞典》,而后的“权”字条目并没有记载“权利”或与之对应的拉丁文*ius, iustum*含义。〔5〕马礼逊《华英字典》系列共三本,其中前两本是汉英字典,第三本是英汉字典,都是历史上最早的。其中的汉英字典的“权”字条目用英汉两种语言一一作了列举,英语没提到*right*,汉语部分没提到“权利”;〔6〕而该系列中的英汉字典对*right*的汉语解释依次是应当的不错、不差、着、是、右、直,与汉语的“权”“权利”均无涉。〔7〕稍后的麦都思字典系列,对汉字权的解说和对英文*right*的解说,同样都与汉语权利一词无缘。〔8〕

后文会交代,现代中文法学的“权利”概念和汉语“权利”一词萌生于中国的1860年代,而此前和当时的有代表性文献资料都表明,对应于英文法学*right*概念的近现代中文法学里的权利一词,同先秦、两汉文献中偶尔出现过的权利二字并没有传承关系。那么,近现代中文法学里的权利一词起源于何时何地呢?根据已有的资料和已知史实,可以说,中文法学“权利”一词的出现虽与秦汉文献中的“权利”二字无关,但却同先秦沿用下来的权字有密切关系,实际上是权字吸纳外文国际法著作中*right, droit*等词的含义,让其先借居到权字之中,后来时机成

〔2〕《商君书》,石磊译注,中华书局2018年版,第58页。

〔3〕《荀子·君道》,载蔡尚思主编:《诸子百家精华》(上),湖南教育出版社1992年版,第80页。

〔4〕(汉)司马迁撰:《史记·郑世家》(二),中华书局2008年版,第938页。

〔5〕 See Chrétien-Louis de Guignes, *Dictionnaire Chinois Français Et Latin*, Press of the Imprimerie Impériale de Paris, 1813, p. 324.

〔6〕 See Robert Morrison, *A Dictionary of the Chinese Language*, Vol. I.-Part II., Macao: East India Company's Press, 1819, p. 449.

〔7〕 See Robert Morrison, *A Dictionary of the Chinese Language*, Part III., Macao: East India Company's Press, 1822, pp. 367—368.

〔8〕 See W.H. Medhurst, *A Dictionary of Hok-kèen of Dialect of the Chinese Language*, Macao: East India Company's Press, 1832, p. 415; W. H. Medhurst, *English and Chinese Dictionary*, Vol. II., Shanghai: the Mission Press, 1848, p. 1094.

熟时再从权字中剥离出来并获得名为“权利”的这一独立汉语载体的结果。下面试简要还原 right 或 droit 含义先融入权字中生长,后来从权字母体中诞下,成为近现代中文法学权利概念的历史过程。

权利作为法学名词出现在中国,是以 19 世纪中叶世界格局里中国社会生活应对中外关系大变局的现实需要为背景的。单纯从语言文字沟通的角度看,中外交往到了较深入阶段,必然有一个如何准确理解和解说 right、droit 等指称权利的外文法学名词的问题。因为,权利是西方近现代社会生活和法律体系的基础性话语,中国社会正确理解和运用权利一词,事关中外经济政治诸方面的正常交往和正当权益的维护,因而也成了汉译西文法学著作的关注焦点。从这个意义上说,当年林则徐的译员袁德辉、美国医生伯驾在《滑达尔各国律例》里对英文 right (间接地还有法文 droit) 的译法,实际上是不自觉地采用了一种解决汉译难题的方案:让权这个汉字不仅指称 power(或 authority),同时也强行让其指称 right、droit,从而在根本上刷新了权字的含义。于是,right、droit 的含义与“权”原有的权势、权柄含义相结合,转化成了在权字母体内的生命胚胎,这个胚胎成熟并在包含必然的偶然中获得“权利”作为载体后,就从母体中降生到了中文法学里。具体做法,如袁德辉,他那段译文对正文加注释共含 16 个 right(权利),6 个 power(权力)和 3 个 authority(权限)总共 25 个表述“权”的英文单词,基本只笼统地以 3 个“权”译之。〔9〕

到 1860 年代初,丁韪良汉译《万国公法》沿用袁德辉、伯驾开创的先例,大量采用“权”字同时译 power(或 authority)和 right。不过,这也是 right 在权字母体内成熟,已难以与其中的 power 含义在同一个母体内共处的标志。在权字母体内,以 right 之内容为基础逐步长成的新概念“胎儿”必须找到自己专有的载体,才能摆脱在权字的维度内混迹于 power 的状态,成为中文法学的独立概念。这是社会生活和语言协调发展不可避免地要遵循的逻辑。对丁韪良而言,他只要追求合格的译文,就不能不设法将 right 译为权字之外的名词,以便区分于指称 power 的中文名称。丁氏确实这样做了,他在一部分用以汉译 right 的权字后加了“利”字,终于诞生了“权利”一词。对此,丁氏在 1877 年对其当年的思考过程和苦衷做过描述:“原文内偶有汉文所难达之意,因之用字往往似觉勉强。即如一权字,书内不独指有司所操之权,亦指凡人理所应得之分,有时增一利字,如谓庶人本有之权利云云。此等字句初见不入目,屡见方知为不得已而用之也。”〔10〕他造出“权利”一词后,还根据不同情况进一步具体将其区分为国法权利、人民权利、国使权利、私人权利、通商之权利等等。不过,按 21 世纪法学标准属于权利的现象,他当年在大多数情况下还是以权字指称的。

丁韪良对“权利”诞生的背景和其情节的描述表明,近现代中文法学的权利一词,从其起源看就不是任何外文学名词的简单翻译,而是法学者为了与包含在汉语权字中的权力(即“有司所操之权”)区分开来而刻意创造的,专指“凡人理所应得之分”和“庶人本有之权利”。因而,近代中文法学的“权利”,是相对单纯的概念或名词,不像西语对应的概念或名词(如英语

〔9〕 See Emer De Vattel, *The Law of Nations*, an edition by Joseph Chitty, Philadelphia: Cessors to Nicklin & Johnson, 1844, p. 292; 魏源:《海国图志》百卷本,卷八十三,1876 年平庆泾固道署重刊,第 18 页。

〔10〕 (美)吴尔玺:《公法便览》,(美)丁韪良译,同文馆 1877 年刊印本之影印本,“凡例”,第 2 页。

right、法语 droit、德语的 Recht)那样,背负与“权力”“法律”含义混淆的历史包袱。法学史家一般都认为,有别于律学的中文近现代法学缺乏深厚法文化传统,但笔者以为,如果说中文法学也有一些自己的传统的话,那么,其中最值得珍视的部分之一,就是其“权利”概念在起源上完全撇清了与“权力”的关系,也不存在像多数欧洲语文中的对应名词那样同时还得为“法律”做文字载体的问题。

中文法学的权利,是在权利概念胚胎和权力概念胚胎同处权字母体的环境下,丁韪良为使前者在逻辑上区别于“权力”和“权”从而获得独立学格,不得不设法让权利先于权力从权字母体中诞生的结果。因此,中文法学的权利,有其特定的产生背景、出生时间地点、出生“家族”和“身世”等学格特征。中文法学万不可把 right 或 droit 等西文法学概念背负的历史包袱拿来放在自家“权利”的肩上。在权字后面添一利字,创制出权利一词,好像是丁韪良无奈时的权宜之举,实际上是他苦心孤诣达成的中文法学的关键性技术突破。

有学者提出,“自《公法便览》刊行,直至 19 世纪结束的近 30 年间,国人对‘权利’的认识迥无新说”。^[11] 这种估计值得商榷。《公法便览》刊行于 1877 年,从这一年到 1900 年,准确地说是 23 年。实际上,“权利”在这 23 年中在国内获得了相当有力的传播,它本身也从一个内容稀薄的干瘪名词成长为有血有肉、形象丰满的中文法学概念。

权利一词的创生结果,在来华传教的欧美汉学家那里获得了正面的回应,但他们不是直接采用将 right 译为权利的技术性安排,只是认可了将 right 一词也译为“权”的做法。1868 年罗存德主持编写的《英华字典》第一次接纳了将 right 翻译为权字的做法,并且试图把这种“权”与指代 power 的“权”字区分开来。他用 the right of citizens 这个词组作为对 right 的解说文字之一,并且照广东方言将这个短语解说为“百姓概权”“民之权”。^[12] 丁韪良则在 1877 年继续推动对权利一词的社会认同,他写道:“粤自造物降衷,人之秉性,莫不自具应享之权利,应行之责守。二者相辅而不能相离,否则无以成化。盖理义相待,而化以成矣。是以各国之制法,义与不义,祇以人性为准绳。”^[13] 这已是在一般理论层面讨论权利,超越了包括国际法在内的法学、政治学的所有具体学科,且涉及权利与义务,权利与正义、不正义,以及权利与人的生物本能之间较深刻的内部联系。

多种文献资料直接或间接地表明,19 世纪最后近 30 年间,权利一词和权利观念,在中国知识阶层乃至朝廷官员群体中都得到了比较迅速而有力的传播。只是,显然因为社会政治环境等原因,传播过程看来是潜移默化的,没有形成集中关注的热点。早在 1875 年郑观应已提出:“夫各国之权利,无论为君主,为民主,为君民共主,皆其所自有,而他人不得夺之,以性法(自然法——引者注)中决无可以夺人与甘夺于人之理也。”^[14] 1887 年成书后在官场、民间辗转多年,到 1895 年才得以正式出版的黄遵宪所撰《日本国志》,是 19 世纪末介绍和论说权利十

[11] 李贵连:“话说‘权利’”,载《北大法律评论》第 1 卷第 1 辑,法律出版社 1998 年版,第 124 页。

[12] See W. Lobscheid, *English and Chinese Dictionary*, Part II., Hong Kong: Daily Press office, 1868, p. 1499.

[13] 吴尔玺,见前注[10],正文(“公法总论”中“论公法本源”第一节)第 1 页。

[14] 郑观应:“盛世危言·公法”,载《郑观应集》上册,上海人民出版社 1982 年版,第 175 页。

分深入的著作,可以视为权利一词在中国生根的标志性文献之一。电脑查找《日本国志》中涉刑法诸卷,可见其前后8次直接写到“权利”,如“至是始有民人控官之案,权利所关,众属耳目”,“民智日开,各思所以保其权利”,“自晓其权利所在”。^[15] 黄遵宪介绍和讨论权利,有许多场合是在权字下展开的。黄氏介绍和论说权利系统而深刻的内容,更多地反映在《日本国志》第27、28卷中。这两卷详细介绍和评说了日本司法体制、刑事民事诉讼制度,广泛涉及国民、个人具体的人身权利和财产权利的程序法保障。^[16] 从现代法学角度看,这些内容都属于个人基本权利的范围,而且间接针对着中国刑事司法制度的实际,非一般学者的泛泛谈论权利。

19世纪末,薛福成、康有为、严复也都接受和认同了权利的提法和权利观念。1892年,薛福成抱怨朝廷官员不懂也不用国际公法,而“西人辄谓中国为公法外之国,公法内应享之权利,阙然无与。”^[17] 1897年康有为提出,“所谓宪法权利,即《春秋》所谓名分也”,^[18] 其讨论的对象应是个人的基本权利。严复在1896年译成后传阅于知识界上层,1898年才正式出版的《天演论》中,不仅用权利翻译 right,还论及了权利概念指代的主要现象之一——“自由”。在他看来,太平时世,“其道在人人自由,而无强以损己为群之公职,立为应有权利之说,以饰其自营为己之深私”。^[19] 晚清重臣李鸿章在1896年发表的言论,从一个侧面反映了权利一词和权利意识在19世纪末已经于潜移默化中深入世道人心的情况。1896年9月,直隶总督兼北洋大臣李鸿章在接受《纽约时报》记者采访时谈到加州排华法案时说:“清国人在那里未能获得美国宪法赋予他们的权利,他们请求我帮助他们使他们的美国移民身份得到完全承认,并享受作为美国移民所应享有的权利。”自由是权利概念指代的主要现象之一,李鸿章在谈论权利时还很自然地谈到了他对自由的理解:“你们也因你们的民主和自由而自豪,但你们的排华法案对华人来说是自由吗?这不是自由!”^[20] 从李鸿章上述言论看,他对权利个人属性及其内容构成的理解同当时欧美、日本人士相比,认识上并不落后。

还应看到,中国19世纪末的民权思潮,实际上也是一种政治与公共参与方面的权利主张。“民权”一词源于明治初年的日本。福泽谕吉说:“民权就是人民拥有的‘一分’”;民权“就是人民对于那些与自己身家有关的家外的事情当中不甚明了,带有疑问的部分进行求证的行为。”^[21] 所以,民权原本一般指基于国民身份的公共参与方面的权利和自由,大体相当于英美法学名词 liberty 和现代中文法学里的政治权利和自由,在19世纪末的中国也一样。对于民权的权利性质,清廷看得很清楚。1898年湖广总督张之洞著《劝学篇》,是经光绪帝“详加披

[15] 黄遵宪:《日本国志》,上海图书集成印书局1898年版,第125、683、702页。

[16] 同上注,第670—687页。

[17] 薛福成:“庸庵海外文编”,载《薛福成选集》,上海人民出版社1987年版,第414页。

[18] 康有为:“日本书目志”,载《康有为全集》第3集,中国人民大学出版社2007年版,第357页。

[19] (英)赫胥黎:《天演论》,严复译,商务印书馆1981年版,第93页。

[20] 郑曦原编:《帝国的回忆:〈纽约时报〉晚清观察记》,李方惠等译,三联书店2001年版,第339—341页。

[21] 福泽谕吉《通俗民权论》(庆应义塾出版社,1878年)6、9页。译文见《通俗民权论·通俗国权论》,顾宁译,辽宁人民出版社2015年版,第65、67页。

览”后,着军机处广为刊布的官方权威文献。从其序言部分阐明的宗旨包括“斥民权之乱政”和正文对民权内容严加申斥的情形看,民权观念的内容至少涉及选举权与被选举权,以及结社自由、经营自由和办学自由。^[22] 在 19 世纪最后二十多年里,上述人士都处于中国最有影响的学者或政学两栖人士行列,他们接受和使用权利一词,本身是有代表性和指标意义的。

二、“权利”在日语法学界的传播和返回式影响

文献资料表明,日本接受和使用汉字“權”的时间不晚于公元 8 世纪初。公元 681 年至 720 年完成的日本文献中有“承制天朝,執我國政,權重當世”的记叙。^[23] 19 世纪初,日本文献中在权力的意义上使用“權”字的频率比较高。如 1827 年印行的文献指某人“欲乘此時而斃之以復舊權”,“北條氏以其外家久司其權,未嘗失人望”,^[24] 其中的两个权字,都是权柄、权势或英文法学中 power 的意思。显然,在表述权势、权位方面,从 8 世纪初到 19 世纪,日本社会权字的含义和用法与同时期的中国是一样的。对于“权利”一词随汉译《万国公法》到日本,以及在日本扩大影响后因流亡日本的梁启超等人的运用而又反过来影响中国的情形,前引相关学者论文已多有考证和陈述,此处不赘述。下文只拟对权利一词在日本的传播和影响梁启超的路径等方面的情况做些补充说明。

在亚洲,现代法学权利概念的产生,是同中日两国学人接触西文著作并运用英法文法学中的 right、droit 等词相联系的。日本最早接受和使用“权利”的学者和著作,是加藤弘之。查阅加藤弘之迄 1867 年止的作品,尚未见其使用权利一词。^[25] 但他在 1868 年出版的《立宪政体略》中开始稳定地、常态化地使用“权利”,在有些页码中甚至每页出现 3 次或 3 次以上,而且他开始将权利分为公权和私权。^[26] 当时日本所说的私权,基本指民事权利,而所谓公权,虽有些法学者仅用其指称前文所说的“民权”即政治参与方面的权利和自由,但另有些法学者却把各种国家机关的公共权力也纳入了“公权”范围。这种做法传到中国使得权利一词的含义在很大程度上既脱离中国传统,又脱离中国的实在法和法律生活。

明治时代翻译家箕作麟祥是次早接受和使用新权字和“权利”一词的日本著名学者。箕作麟祥最早的法学译作是 1870 年出版的《法国刑法》,此书应该出现权利的地方不少,但译者要么避开了,要么用“權”“民權”代之,以致从头至尾没有出现一次“權利”。^[27] 但在 1871 年箕

[22] 参见张之洞:《劝学篇》,北京大学图书馆影印本,出版时间不详,卷首语、第 1—2 页、《明纲第三》第 13 页 a、《正权第六》第 21 页 a—23 页 b。

[23] 《日本書紀·卷第十·応神天皇紀》之五一随妃歸省之吉備行幸,日本書紀(原文)を全文検索,http://www.seisaku.bz/shoki_index.html,最后访问日期:2021 年 3 月 10 日。

[24] 頼山陽『日本外史 卷之四(源氏後記—北條氏)』(頼氏藏版,1885 年)1 頁 a。

[25] 主要指加藤弘之『西洋各國盛衰強弱一覽表』(中外堂,1867 年)。此书不少内容涉及相关国家政治法律制度,本应出现权利、权力这类词语,但实际上未出现。

[26] 加藤弘之『立憲政体略』(谷山楼,1868 年)10—11 頁、22 頁 a 参照。

[27] 箕作麟祥訳『仏蘭西法律書:刑法』(文部省,1870 年)参照。“權”可见于第 20 页;“民權”可见于第 4、47 页。

作麟祥出版的《法国民法》中，“權利”“權利義務”的出现次数不少。^{〔28〕}

以上援引到的出版物表明，加藤弘之、箕作麟祥两位地位崇高、政学两栖的日本学者都先后在明治初年接受和开始使用包含 right 含义的新权字和中文法学的權利一词。无论如何，这两位在日本明治时代有代表性的学者都使用新权字和权利这个术语后，它们在日本就渐渐融入了法学乃至社会生活的流行话语。或许可以这样说，新权字和权利一词形成于中国，随《万国公法》到日本，并借助日本的社会条件广泛运用和通行起来。加藤弘之等人不仅使用新权字和权利一词，“而且还比任何中国人都更为广泛地讨论了权利”，将权利分为公权和私权，并从主体角度将权利同国王、贵族初步做了隔离。^{〔29〕}应该说，这种隔离，为此后将“权”进一步区分为权力和权利奠定了一些认识上的基础。

再看权利思想自日本向中文法学的返回式影响。要评估权利一词和权利思想在 19—20 世纪之交自日本社会回过头来影响中国社会的情况，除上文已经论述过的黄遵宪等人的著作外，不能不花更多笔墨讨论梁启超的活动和思想。梁启超早在流亡日本之前就熟读且十分推崇丁韪良汉译《万国公法》，^{〔30〕}1896 年还曾为《日本国志》写了后序，^{〔31〕}因此可以肯定，他接受权利一词和包含权利内容的新权字，在他流亡日本之前多年。1898 年秋戊戌变法失败后，梁启超流亡日本 14 年之久，其间他读了不少日文法政类论著和译著，其中关于权利的论述，无疑在很大程度上充实了他头脑中原有的权利观念。梁启超到日本时，箕作麟祥已经过世，但他与加藤弘之有交往而且思想深受后者影响。^{〔32〕}

1899 年，梁启超在日本首次公开讨论权利话题，认为厘定臣民之权利及职分，皆各国宪法中之要端，如言论著作之自由，集会结社之自由，行为之自由，居住之自由，所有权，请愿权及其他重大之各权利。^{〔33〕}“职分”即后来法学所说的义务，“权利及职分”，差不多就是后来许多中国法律学者特别重视的权利与义务。1901 年梁启超撰文提出，享有权利是人之作为人须具备的两个基本条件之一。^{〔34〕}到 1904 年，梁启超还论及了法学权利本位说：“近世各国法律不取义务本位说，而取权利本位说，实罗马法之感化力致之。夫既以权利为法律之本位，则法律者，非徒以为限制人民自由之用，而实以为保障人民自由之用。”^{〔35〕}梁氏关于权利本位、义务本位的论说，应该是基于穗積陳重 1890 年所著之《法典論》之“法典の本位”部分关于“權利本位”

〔28〕 箕作麟祥訳『仏蘭西法律書：民法』(文部省，1871 年)2、4、30、33、41 頁参照。

〔29〕 参见(美)安靖如：《人权与中国思想》，黄金荣、黄斌译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 132 页。

〔30〕 梁启超 1897 年底短暂去湖南，其间他为长沙时务学堂学员开的阅读书目中第一本即《万国公法》。参见徐刚：《梁启超》，广东旅游出版社 1996 年版，第 88 页。

〔31〕 参见梁启超：“日本国志后序”，载《饮冰室合集·文集第 2 册》，中华书局 2015 年版，第 50—51 页。

〔32〕 参见王长汶：“加藤弘之与梁启超社会进化论的比较及启示”，《日本问题研究》，2015 年第 6 期，第 53 页。

〔33〕 梁启超：“各国宪法异同论”，载《饮冰室合集·文集第 2 册》，中华书局 2015 年版，第 360—361 页。

〔34〕 梁启超：“十种德性相反相成义”，载《饮冰室合集·文集第 2 册》，中华书局 2015 年版，第 429 页。

〔35〕 梁启超：“论中国成文法编制之沿革得失”，载《饮冰室合集·文集第 6 册》，中华书局 2015 年版，第 1416—1417 页。

“義務本位”和“行為本位”的论述。^[36]

梁启超在1902年2月至1906年1月间陆续发表的《新民说》中的“论权利思想”，是中文法学领域最早研究权利的长篇专论。其中，作者认为，人兽的差别在于兽只自保生命，人类保生命保权利两者相倚。关于权利的来源，他认为，权利生于强，人人欲伸张己之权利而无所厌，是人的天性。^[37]作者特别强调权利思想、权利意识对个人和国家的意义，认为：权利思想之强弱，实为其人品格之所关；国家譬犹树，权利思想譬犹根；让无权利思想之国民抵挡外患，必然像槁木遇风雨，毫不中用；一私人之权利思想，积之即为一国家之权利思想，故欲养成此思想，必自个人始。^[38]作者还在《新民说》的“论自由”部分进一步阐发了自己的权利思想。^[39]《新民说》可谓权利观念在中国开始壮大并走向大众化的标志。

由于有权利概念形成和权利观念的上述发展做基础，加之力主融通中西法律的沈家本、精通英美法的伍廷芳主持修律，中国法制体系在刚进入20世纪时就确定不移地接受了权利概念。1903年颁行的《大清商律》第37条、第41条分别规定了数人合购一股者的“权利”；公司令各股东续缴股银逾期不缴则失其股东之“权利”。另外，该律还设有“股东权利各事宜”专节。1906年颁行的《大清破产律》第53条规定了呈报破产后故意延缓不将财产、货物等一切权利及放出债项在地方官或董事处悉行呈报的法律责任。^[40]特别值得提到的是1908清廷颁布的《钦定宪法大纲》，其基本构成部分之一为“附臣民权利义务”，较具体确认了在拟议中的宪法下臣民将会享有的人身、财产和政治参与等方面的基本权利。

权利概念在清朝末年已经稳定地进入了中国法制体系。1912年的《中华民国临时约法》（临时宪法）更广泛地具体列举了“人民之权利”，^[41]实际上就是指公民基本权利。《钦定宪法大纲》等法文件体现的清末法律制度也好，《临时约法》及其法文件体现的民初法律制度也好，它们使用的“权利”，都是单纯型概念，所指称范围不包括任何法权力。

三、“权利”进入20世纪后的历程和现状

近代中文法学的权利一词是为了与权字中的权力含义实现区隔而创造出来的，其指涉对象自然不包括权力在内。但自1874年汉字“權力”一词在日文法学中开始广泛投入使用^[42]并翻译引进中文法学时起，“权利”与“权力”就既有所区分又常常纠缠不清。梁启超在1899年的文章中就曾说“天下无所谓权利，只有权力而已，权力即利也。”^[43]也就是大体从这个时候

[36] 穗積陳重『法典論』（東京哲學書院，1890年）175—177頁。

[37] 参见梁启超：“新民说”，载《饮冰室合集·专集第3册》，中华书局2015年版，直接、间接引语依次引自第5013—5014页。

[38] 同上注，依次见第5014、5021、5018、5021、5019页。

[39] 参见梁启超，见前注[37]，第5022—5027页。

[40] 参见《大清新法令（1901—1911）》第4卷，商务印书馆2011年版，第177—178、199页。

[41] 参见姜士林等主编：《世界宪法全书》，青岛出版社1997年版，第30页。

[42] 加藤弘之『國體新論』（谷山樓，1874年）15—17、22、26頁參照；该书至少8次使用“權力”。

[43] 梁启超：“论强权”，载《饮冰室合集·专集第2册》，中华书局2015年版，第4795页。

开始,权利与权力的关系就成了实际上困扰中文法学的一大难题。

有法史学者认为,由于有别于中国传统律学的近代法学是舶来品,在中国缺乏足够的传统支撑,故“就整体而言,我们近代以来的法学便是对西方学问照单全收的状态,”不论它们是“从西方直接进口或经由日本转口而来”。^[44]用这句话描述20世纪上半叶的中文法学比较符合实际情况,但此后应另当别论。而20世纪初这照单全收的学问中,包括翻译过来的以汉语为载体的各种外文学的权利概念。由此在近现代中文法学中就形成了两种权利概念的竞争:一方面是因中西文化互动产生在中国本土的“权利”,它完全不包括“有司所操之权”,专指“凡人理所应得之分”,是“庶人本有之权利”;另一方面是从以英文 right、法文 droit、德文 Recht 或受日本影响含义偏离中文传统的“權利”等名词为载体的概念翻译而来的“权利”,这类外文学的“权利”中,有一些的外延隐隐约约、或多或少包含着权力(即今日政法话语所说的公权力)。易言之,从1899年起,直接来自日本、间接来自欧美,外延隐约包含权力的权利概念在中文法学中构成了与不包含权力的中国本土型权利概念的竞争。为了表达的方便,本文将外延不包括权力的权利概念称为“外延单纯型权利”,将外延包含权力的权利概念称为“外延复合型权利”。

在权利与权力的关系方面,运用外延复合型权利概念的一大缺憾,是持这种认知倾向的学者无意严格区分权利与权力。在一部分英美法律学者那里,特别是在20世纪之前,某种程度上确实如沈宗灵先生所言:“在英美法系国家的法学作品中,权力、权利二词又往往是通用的。”^[45]在这方面,霍菲尔德的论述具有代表性,他直接将权力与要求、特权、豁免放在平行位置,都作为权利概念外延的不同组成部分看待。^[46]这可谓英美分析法学流派中一个有影响的学者的做法。但应该看到,以霍菲尔德为代表的学者所持的外延复合型权利概念,与包括欧美国宪法、法律在内的现代各主要国家法律制度的衔接状况都不好。因为,在包括英美法系国家在内的近现代大国的宪法文本中,权利与权力划分都是比较清楚的。“美国在二百年前通过的宪法中,对国家机关的行为一般使用‘权力’一词,而对公民的行为一般使用‘权利’一词。”^[47]

其实,不仅美国宪法如此,英美法国家的宪法或宪法性法律和常用著名判例、制定法也都不接受且不使用包含法权力的外延复合型权利概念。中国的法律体系和欧洲大陆、日本的法律体系,是同英美法国家法律体系一样使用权利、权力概念的。可以说,外延单纯型权利与包括中国在内的世界主要国家的实在法对权利的定位基本相同。不过,做出上述判断的同时有一点需要澄清:在民主法治国家宪法保障的公民的选举权、公投权等权利中,是包含个人作为全体“人民”的一员或主权者之一而享有的那份“权力”的,但这种“权力”只是构成权力的原初细胞而不是权力本身,而且,选举权、公投投票权在法律上同其它权利的性质一样,本身是权利

[44] 参见贺卫方:“历史与社会交错中当代法学学术史”,《云梦学刊》2005年第4期,第24页。

[45] 沈宗灵:“对霍菲尔德法律概念学说的比较研究”,《中国社会科学》1990年第1期,第77页。

[46] See Wesley N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, Vol. 23, No. 1, 1913, pp. 24-35.

[47] 沈宗灵,见前注[45],第77页。

而不是权力。

与持外延复合型权利认知倾向的学者不同,持外延单纯型权利认知倾向的学者面临的是欲严格区分权利与权力却无能为力的问题。权利与权力内容,实质相近,所以,作为法学概念,它们的外延部分客观上是相连的,如果没有合理统一的标准,确实很难做出清晰的界线划分。而问题恰恰在于中外法学界几乎从来没有就划分权利与权力的学术标准认真进行过讨论研究,更不用说达成共识。各国法学人士历来区分权利与权力的首要标准实际上是看相关行为直接强制性之有无,无直接强制性归类于权利,有直接强制性归类于权力。但直接强制性标准是柔性的,无法做到量化,很大程度依有关论者的主观感觉或理解判断而定,因而无法有理有据地解决处于典型权利与典型权力之间灰色地带的大量现象或行为的分类事宜。结果是,同一种现象或行为,在有些学者那里,在有些时候被认定为权利,在另一些学者那里,在另一些时候,却被认定为权力。如对罗马法上的家父权这同一种现象,英国法律史家梅因就时而从强制的角度将其描述为 *authority* 或 *power*,时而从享有资格的角度将其描述为 *right*。^[48] 另外,根据直接强制性对相关行为做区分,不考虑行为的主体和性质,因而对不同主体、不同性质但用相同术语表述的行为,就难以做出区分。如在英美法中,个人和国家机关官员,都享有某种 *privilege*(特权)和 *immunity*(豁免),如果按行为主体和性质划分,个人的特权、豁免应该归入权利范围,国家公职人员履行公职的特权、豁免应该归入权力范围。但若按直接强制标准,对它们做合理分类基本没有可能,所以霍菲尔德只好将它们都纳入复合型权利概念的范围,显然造成权利权力概念的混淆。

一部分法学著作还显露出另一种权利与权力分类的标准,那就是主要看相关的行为主体属公共机关还是属个人或“私”的机构,以公共机关为主体的相关行为属权力,个人等“私”主体的相关行为属权利。但这种标准的运用也会遇到难以彻底贯彻的问题。首先是私人、公共的性质区分有时难以取得共识,特别是面对一些像腾讯、谷歌、推特之类大型公司法人的管理组织。其次,相关学者运用主体标准时难免同时受传统强制性标准的影响,通常难以或不愿把显然不具任何直接强制性的国家机关或其官员的职务行为(如下文的公职特权和公职豁免)纳入权力范围。所以,在权利与权力区分问题上,中外法学界一直以来交替使用着典型的“双重标准”。其主要后果之一是,对同一类现象,不仅不同主体掌握和运用这两个有很大弹性的标准会得出完全不同的结论,即使同一个人在不同的场合运用,也难免得出相互抵牾的结论。因为,个人或“私人”有些行为的强行性大于公共机关行为,如现代民商法中法定监护人对被监护人、大公司对普通消费者或用户个人可合法拥有的权利,强行性之大有时超乎想象,强度会明显高于以公共机关为主体的行为中强行性较弱的权力。

持外延单纯型权利概念认知倾向的英文法学分析法学派早期代表性人物 J. 奥斯汀也遇到过欲严格区分权利与权力却不能的情况。奥斯汀将主权、主权者与权力挂钩,因而其话语体系中的权力概念比权利概念更基础,所以,他运用的权利概念显然属于外延单纯型,并无包含权

[48] See Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1901, pp. 130-134.

力的意味。J.奥斯汀甚至曾直接批评称,“权利是权力,或权力是权利”之类说法都是矛盾命题,属极其错误、十分荒谬的说法。但他后来在认定从每个继承者那里转让财产权是罗马法财产所有权的本质时,还是使用了权力(might, power、authority)来解说这种绝对的权利。^[49]可见对权利与权力做严格区分之困难。

在近代,西文和日文法学中,都存在外延单纯型权利和外延复合型权利两种概念并存的情况。外延复合型权利是先从欧美直接影响一部分日本法律学者,然后再通过后者影响一些中文法学论著的。进入1900年代后,中文法学经历了一个接受日本法学影响的“法学通论”时期,^[50]时长达三十余年。整个20世纪上半叶,“法学通论”的实际学科地位和功能,相当于当代中国法学教育中的“法理学”。而那半个世纪,特别是其中前三十年来,不论汉译日文著作引进的还是中国学者自己编著的,法学通论类读本介绍的大多是日本学者讲述的包括权利在内的基本概念和相关命题。

20世纪上半叶的中文法学领域,中国本土的和汉译引进的外延单纯型权利与汉译引进的外延复合型权利,总体看来处于并存和竞争状态。中日文法学“权利”形成和使用方面的历史背景、同源性和更接近各国实在法体系中的权利等情况,有利于外延单纯型权利在外延复合型权利进入的同时维持其自身的独立性。那时期外延单纯型权利强有力地存在的标志,从正面看,是与权力严格区分、不包含权力且与权力平行的权利概念的大量使用;从反面看,则是在许多场合权力一词指称的对象,显然不能被作为与其对称的权利的构成部分看待。可以这样说,只要严格按当时各国宪法、法律的规定谈论权利,这些权利的范围就不会包括权力。而这样论说外延单纯型权利的情形,在清末和整个民国时期各种版本的《法学通论》中是大量且常见的。如最早汉译自日本学者的《法学通论》在介绍德国学者学说时的话就很典型:“人民互有权利,互负当行之义务,不能互有权力也。权力及命令之词,乃属国家所专有,而人民无论何人,当服从此国家权力。故人民对人民有权利而无权力,亦无命令之力,凡有权力为命令,乃国家固有之本分也。”^[51]在20世纪上半叶的中日两国,“人民”与个人、公民等语是通用的。

外延复合型权利在20世纪上半叶中文法学中的影响,集中体现为这样一种安排:将权利区分为私权和公权,再将公权划分为个人之公权和国家之公权。在此基础上,有汉译日文书著作把国家机关的警察权、行政权、财政权、军事权放入公权的范围,^[52]有相当有代表性的中

[49] See John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Volume One, London: John Murray, 1911, pp. 284-285, 836.

[50] 1902-1911年间中国出版日译《法学通论》达34种。参见陈波:《中国近代法理学》,商务印书馆2012年版,第16-20页。

[51] (日) 矶谷幸次郎:“法学通论”,王国维译,载何勤华主编:《〈法学通论〉与〈法的本质〉》,中国政法大学出版社2006年版,第60页。

[52] 参见(日)梅谦次郎等:《法学通论》,胡挹琪编,集成书社1913年版,第117页;(日)美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,商务印书馆1941年版,第109、124页。

文法学教材、著作干脆把立法权、行政权、司法权等“五权”全部放入了公权即所谓“权利”的范围。^[53]那时期外延复合型权利的大本营在“公权”观念中。不过,尽管外延复合型权利的增长势头当时很强劲,但仍有半数左右的法学论著或基础性法学教材坚持使用着外延单纯型权利。如1930年代作为北京大学法律系教材的《法学通论》在其第二章中从“权利之行使”到“权利之保护”,前后共四节,都是在一般理论层面讨论逻辑结构上不包含任何权力的权利,^[54]故所涉皆为外延单纯型权利。更多的情况确实是同一种法学论著或入门型教材中这两种类型的权利概念共存。又如1940年代后期一本有代表性的《法学通论》,从权利主体、客体、权利之取得、权利之变丧等数章看,其所论之权利皆为外延单纯型的,但在泛论“权利本位”时使用的却是外延复合型权利。^[55]

20世纪下半叶,外延单纯型和外延复合型权利在中文法学基础性教材中继续并存和竞争。从1950年代的俄文汉译《国家与法的理论》^[56]到1980年代有代表性《法学基础理论》教材,^[57]外延单纯型权利在很大程度上一直延续到了2020年代,始终保持了其在中国起始时形成的本土传统。同时,外延复合型权利的大本营以翻译引进的汉译俄文法学著作和教材为中介,转移到了法理学教科书里狭小的“法律关系”论域中。法律关系的提法在20世纪上半叶的中日语法学中已很常见,但没有学者用外延复合型权利概念将其表述为“权利义务关系”并从主体、客体等角度对之做系统论述。对法律关系做如此表述和论述是从1950年代陆续汉译引进前苏联法理学作品开始的,比较有代表性的提法是:“每一具体法律关系的参加者之间都被一定的权利和义务相互联系着,这种权利和义务是由法律规范规定并加以保障的。”而法律关系的参加者包括公民、国家和国家组织。^[58]中国改革开放初期和后来翻译引进的前苏联的法的一般理论或俄罗斯法理学著作,也都将法律关系定位为权利义务关系的论述,其中的权利皆为外延复合型权利。^[59]

20世纪六十、七十年代差不多是中国法学的空窗期。从七十年代末法学教育和研究开始恢复时起到整个九十年代的主流倾向看,我国法理学既有自己的时代特点,也反映出上半个世纪和前苏联法学一般理论著作的影响。在权利概念运用方面,总体来说仍然呈现出外延单纯

[53] 参见夏勤、郁疑:《法学通论——朝阳大学法律科讲义》,朝阳大学出版部1919年初版,第3—13、87页;陶希圣:《法律学之基础知识》,新生命书局1929年版,第115—118页。

[54] 参见李景禧、刘子松:《法学通论》,商务印书馆1935年第2版,前者见于第245—256页;后者见于第241页。

[55] 参见欧阳谿:《法学通论》,上海会文堂新记书局1947年版,第268—290页。

[56] 前苏联法理学教材中外延单纯型权利概念出现得很少,但仍然有,如其中关于权利能力的论述,它让人感到只适合解说外延单纯型权利,不适合于外延复合型权利概念包含的权力部分。参见(前苏联)玛·巴·卡列娃:《国家和法的理论》(下),中国人民大学出版社1956年版,第445页。

[57] 如在论述权利能力和行为能力的时候,参见孙国华主编:《法学基础理论》,法律出版社1982年版,第307—309页。

[58] 参见卡列娃,见前注[56],第76、393、437—446页。

[59] 参见(前苏联)雅维茨:《法的一般理论——哲学和社会问题》,朱景文译,辽宁人民出版社1986年中文版,第151—167页;(俄)B.B.拉扎列夫主编:《法与国家的一般理论》,王哲译,法律出版社1999年版,第167—177页。

型和外延复合型并存和竞争的格局,只是后者更加显得不合时宜。1980年代我国取代上半个世纪《法学通论》地位和功能的是称为“法学基础理论”的教材,这方面,第一本全国高等法学院校统一教材可谓两种权利概念并存的典型。该教材一方面大量使用外延单纯型权利,同时又通过将法律关系定义为权利义务关系把宪法、法律规定的“国家权力”“权力”“职权”“权限”等公共权力的各种具体表现形式都纳入了权利的范围。其实,这种“权利”在中国从来不是宪法法律规定的权利,也远离中国法律生活。

在2020年代的当下,归纳中国法律制度、法学作品和汉语言学作品对“权利”的认知,可以看到人们对权利概念的使用,从体现的外延看,呈现出这样几种有差异的状况:

第一,中国现行宪法、法律和执政党涉法权威性文献使用的权利都是外延单纯型的,不包括权力。在中文法学中,权力现指现行宪法规定的“国家的权力”“职权”“权限”和法律(如《监察法》)规定的“公权力”,以及少许公职特权和公职豁免,前者如《人民警察法》第13条关于公安民警因履行职责的紧急需要,可依法优先乘坐公共交通工具规定,后者如全国人大和地方各级人大《代表法》第31条规定的代表在人大“各种会议上的发言和表决,不受法律追究”。执政党涉法权威性文献使用的权利也都是外延单纯型的,如“牢固树立有权力就有责任、有权利就有义务观念”这项要求中的“权利”。〔60〕

第二,近二十年来的法理学教科书,大多呈现出外延单纯型权利和外延复合型权利并用的格局,但后者脱离中外法律实践的缺憾日益凸显。或多或少使用外延复合型权利概念,差不多已成为20世纪初以来中文法学多数入门型教科书的传统做法,不管其载体称为“法学通论”还是“法理学”等等。此种安排影响广泛,实际上构成了一种脱离中国实在法乃至古往今来任何一国实在法的权利义务教学范式。此教学范式的有代表性的教材认定:“法所规定的权利和义务不仅指个人、组织(法人)及国家(作为普通法律主体)的权利和义务,而且包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行使的职权和责任。”〔61〕实际上,古往今来并无任何国家的法律将“包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行使的职权”规定为“权利”。至少,现行中国宪法和任何一部法律都没有规定这样的“权利”。在法学界通常关注范围内的其他国家的宪法和法律,也没见有规定这样的“权利”的情况。所以,此说表述的“法”和“权利”,并中外都无任何实在法根据。这部教材没有具体列举,但却从理论、逻辑上将我国各级各类国家机关享有和行使的“国家权力”“权力”“职权”“权限”“公权力”都被视为权利。这样的“权利”含有太多的虚幻成分,用它为基本概念之一来解说法和我国的法律、法律规则、法律治理目的、法律责任、法律关系,〔62〕难免不同程度地扭曲被解说对象的真实形象。

由于以上原因,使用外延复合型权利概念的法学读物就不能不时常用悄然“掉包”、违反逻辑同一律要求的方式处置其使用的权利概念与中国宪法、法律规定的权利大幅度错轨的难题。例如,有关法理学教材在将外延复合型权利作为其基本范畴的同时,又在同一语境下认定法治

〔60〕 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,载《人民日报》2014年10月29日,第1版。

〔61〕 本书编写组:《法理学》,人民出版社、高等教育出版社2010年版,第36页。

〔62〕 同上注,参见第36-38、40-44、88、111-122、157页。

“是一种主张依法合理配置权力和权利的治理模式”。^[63] 该教材此时实际上是在相同语境下,用外延单纯型权利“掉包”或悄然置换了先前的外延复合型权利。同类的实例也来自法理学界已熟知的上世纪九十年代关于权利本位的讨论过程中,其间有过的一种典型做法是,在以外延复合型权利为基础的权利义务法理学的框架内论述权利本位,而同时又认定权利本位也存在于权利与权力的关系中。这些都是在同一语境下讨论问题时将外延复合型权利掉包为外延单纯型权利,从而在逻辑上违反同一律要求的显例。事实上,所有将外延复合型权利作为法学基本概念使用的论著,在援引和使用本国宪法法律中的权利一词或谈论法律实践中的权利保护话题时,都不可能不偷换概念,都不可能不用外延单纯型权利掉包先前运用的、没有实在法基础的外延复合型权利。易言之,由于其运用的基础性权利概念是虚幻的,外延复合型权利概念的使用者在论及任何实在法规定的真实的权利时,都不得不选择以违反同一律要求“掉包”方式来维持自己前后言论字面上的一致,以掩盖前后概念的不同。

第三,当今不少影响广泛的法理学教材已全部或部分放弃外延复合型权利,开始全部或主要使用外延单纯型权利。沈宗灵先生当年主编、后多次再版的法理学教材,是完全放弃外延复合型权利和权利义务法理学范式,采用外延单纯型权利的典范。该教材在法学基础性范畴中增加了“权力”,形成了权利、义务、权力并行的格局,并提出“法律关系就是法律所规定的以及在调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务(权力和义务)关系。”^[64] 请注意其中“权利和义务(权力和义务)”的表达方式,它透露出如下信息:编者实际上否定了外延复合型权利在当今中国法学中的适用性。如果该教材修订者能接受指称权利和权力统一体的法权概念,将法律关系表述为“法权关系”,那将十分完美,因为,法权关系可表达权利—权力、权利—权利、权力—权力三重关系,而且实质上包含了法权与法义务、权利与义务、权力与义务的完整内容。以权利—权利关系为例,它其实是一切权利与义务关系之实质,而且必然表现为权利义务关系。同时期其它影响广泛的理论法学教材也开始在普遍的意义上使用外延单纯型权利,其突出标志是在对等、平行和一般的意义上大量使用“权利”“权力”,从而实际上在多数情况下放弃了权利义务教学范式,仅在法律关系部分留下了外延复合型权利的存在空间。^[65]

第四,20世纪上半叶中国学者在翻译引进日文学论著基础上形成的外延复合型权利,总体看来同英美法学对“right”的主流解释也相去甚远。英美法学有很多流派,同一流派在不同历史时期和处在同一时期的不同学者,对权利外延的看法很不一样。如J.奥斯丁与W.N.霍菲尔德,说起来都属于分析法学派,但实际上前者强调主权和主权者,把法律和权利看成主权者的命令或产物,把权力的地位看得比权利更高,完全不像后者那样把权力视为权利的一部分。再说,任何个别学者对权利外延的看法,都不一定代表英美法学的主流看法。要确定英美法学对权利外延的主流看法,最好还是根据有代表性的法学辞书做判断。笔者查找的结果表明,在古英语中,存在把某种power视为法学名词right指代的对象之一的情况,但此时power

[63] 参见本书编写组,见前注[61],第366页。

[64] 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2014年版,第60—64、325—327页。

[65] 如公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第195—218页;周永坤著:《法理学》,法律出版社2010年版,第209—237页。

不是一般意义上的,甚至不是尘世间的。如18世纪风靡大西洋两岸通行的一部英语词典,它在名词 right 词条后,将 power 排为其第八位的含义,而且从例句看,只是宗教意义上的,仅指属于“上帝”的最高权利。^[66]

当今有代表性的英文法学字典,虽然有的将 power 作为 right 的含义之一,但也都限于某一特定方面的表达。美国虽有法律辞典仍认定权利包含某种可称为“权力”的现象,但范围限于法律关系主体处理不动产的范围。^[67]《牛津法律指南》的“权利—义务”条目中的 right,只包含“我们签合同或选举投票时改变他人权利和义务的能力或‘权力’”。^[68]其中“权力”(power)不仅限于具体的方面,而且被打上了引号,显然表示该辞典已经不再正式承认其为权力了。而且,英国新版的权威法学词典的 right 条列举了其22种用法或含义,当中已完全没有 power 和其法学同义词的位置。^[69]

第五,从法学研究活动运用“权利”的情况看,中国法律学者现今基本只使用外延单纯型权利概念。过去二十余年,中国法学研究几乎完全摆脱了权利义务教科书范式的核心话语,这可从当今中国一部分主流法学期刊各期的论文使用的数以百计的权利,近乎全部属于外延单纯型这个基本事实中看出来。^[70]这表明中国法律学者认识到做中文法学研究近乎只能使用与权力区分开来的外延单纯型权利。或许,这既是法学研究使用的权利概念须同中国宪法、法律条款规定的权利对接的需要,也是同汉语表达传统和表达习惯接轨的需要。因为,中国最大的综合性辞典《辞海》的权字条目阐释的权利就是外延单纯型概念,不包括任何权力的含义。^[71]我国权威性法学辞书也承认,“在中国现代汉语词汇和法律规定中,权利和权力,特别是公民权利和国家权力是有严格区分的。”^[72]

四、结 论

考虑到本文主旨,基于上述文献资料、史实和相关论述,本文得出以下数点结论。

第一,在中文法学的历史上,“权利”一词在根本上虽起源于先秦的“权”字,直接地看却是

[66] See Samuel Johnson, *A Dictionary of the English Language*, Volume 2, London: Printed for A. Millar, 1766, RIG.

[67] See Bryan A. Garner, *Black Law Dictionary*, Saint Paul: West, a Thomson Business, 2004, p. 1347.

[68] See Peter Cane and Joanne Conaghan, *The New Oxford Companion to Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1026.

[69] See Danniell Greenberg, *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 2006, pp. 2413-2415.

[70] 例如,笔者逐篇浏览《中外法学》、《法学研究》2020年第4期至2021年第3期一整年发表的全部论文,“权利”使用量数以百次计,但皆为外延单纯型,无一属外延复合型,包括张恒山教授的《论权利之功能》(《法学研究》2020年第5期,第24-36页)。

[71] 参见辞海编辑委员会:《辞海》,上海辞书出版社2019年版,第3571页。

[72] 《中国大百科全书(法学卷)》,中国大百科全书出版社2006年版,第413页。

权字在 1830 年代末、1860 年代中期与西文法学对应的名词(right, droit)交流互译的产物。当年丁韪良在“权”字后加“利”形成“权利”一词的直接目的,是为了创造一个足以与包含在汉语权字中的权力(“有司所操之权”)含义区分开来、专指“凡人理所应得之分”的汉语名词,即“庶人本有之权利”。严格将自己与“权力”区分开来,是中文法学权利概念与生俱来的独特而宝贵的传统。如果进入 20 世纪后的中国法学学者尊重和延续这个传统标示的方向走下去,应该不会有到 21 世纪权利概念依然外延模糊、权利与权力仍然混淆不清的问题。显然,进入 20 世纪以后的权利研究,存在进两步退一步的情形。在传统的外延单纯型权利之外形成与其不加区分的外延复合型权利,应该被视为中文法学面对西文法学的影响出现倒退的表现。

第二,外延复合型权利说到底,不过就是作为权利权力统一体的法权,而正如后文会论及的,法权是一个必要性、正当性和合理性早已得到论证的中文法学概念。一百多年来部分中外学者眼中的所谓外延复合型权利,实指法权利与法权力之和,可从来无人直接把这个“底”向学术界和盘托出,因而始终不能让其形成一个真正的法学概念。外延复合型权利不论在日本还是在中国,其使用者对于其范围包括各种权力这种安排的缘起、必要性、正当性,从未给予必要论说。1949 年以来,中国继受和使用外延复合型权利概念的法学者同样从来没有考察过这种“权利”的起源、来历,甚至没有理论勇气正面说明这种“权利”在逻辑上包括中国宪法、法律规定的“国家权力”“权力”“职权”“权限”“公权力”公职特权和公职豁免。因为,一旦直接说明了外延复合型权利的本义,它的不合理性和虚幻性会立即暴露无遗。而且,外延复合型权利如果得到清晰、合逻辑的解说,它就不再是“权利”,而会成为早已有论文和著作用以指称权利权力统一体并记录对其认识成果的法权概念。^[73]实际上,若以法权置换外延复合型权利,法理学作为法的一般理论会显得更加和谐、自然。例如,置换后以法权作为权利和权力的共同上位概念,以“法权义务关系”或相对而言更为恰当的“法权关系”取代“权利义务关系”的表述,可谓有多利而无一弊。

有必要说明,“法权”原是日制汉字,指一国统治权尤其是立法权的覆盖范围。何为“法权”,“法权”在国内法的范围,“法权”在国际法上的内容,以及“国家法权独立”之维护等论题,都是由日本法学家矶谷幸次郎于 1896 年率先提出并予以论说的。^[74]到 20 世纪末,笔者尝试推陈出新,利用中日两国已弃用甚长时间的“法权”一词作为权利权力统一体的名称并证成了指称对象为权利权力统一体的新的法权概念。“法权”作为一个中文法学名词出现和获得论述、更新的历史,从它作为日文法学的一部分最初进入中文法学的 1902 年延续到了 2021 年。^[75]其间,出现过一知名度甚高但对学术研究而言不足为训的插曲,即“文革”期间的批判“资产阶级法权”,而这一“法权”其实只是早年翻译马恩著作出现过的一个不求甚解的误会,已获纠正并被弃用。

[73] 参见童之伟:“法权中心的猜想与证明”,《中国法学》2001 年第 6 期,第 15—18 页;Tong Zhiwei, *Right, Power, and Faquanism*, Boston: Brill Academic Publishers, 2018, pp. 35, 316—329.

[74] 磯谷幸次郎「法學通論」(日本法律學校編輯部,1896 年)182—194 頁參照。

[75] 参见矶谷幸次郎:《法学通论》,王国维译、何佳馨点校本,中国政法大学出版社 2006 年版,第 98—101 页;童之伟:“法权说对各种‘权’的基础性定位”,《学术界》2021 年第 2 期,第 111—125 页。

第三,中国法学院校的法理学教科书应彻底放弃外延复合型权利概念,改为采用外延单纯型权利。法学研究是个性化的活动,一个学者愿意使用何种权利概念,完全是自己的事情,但高校法理学教科书是全国性公共产品,其所使用的权利概念应该与本国宪法、法律规定的权利和本国社会生活中的权利用语大体衔接,其道理不言而喻。而现今的实际状况却是,中国高校法科师生在法理学课堂上教的和学的往往是本国法律制度和社会生活中并不存在的外延复合型权利,而部门法教学和国家的立法、执法、司法活动面对的“权利”,也都不是外延复合型权利而是外延单纯型权利。这种法学理论与本国法律实践脱节、法理教学与部门法学教学脱节的情况不应该继续下去。外延单纯型权利起源于中国本土,符合汉语表达传统,与中国当代法律制度和社会生活契合密切,应完全取代“身世”不清、来历不明、指称范围不确定的外延复合型权利,稳定地获得与其现实重要性相称的法学学科地位。

在细节上再现和还原了中文法学“权利”的形成史后,如果参照相关的重要指标审视和比较外延单纯型权利和外延复合型权利,法学界不难判断两者的优劣。①外延单纯型权利概念孕育和诞生在中国本土,其原初的使命就是同“有司所操之权”(即权力)相区分,专以表述“凡人理所应得之分”,其“身世”、社会的和学术的使命清楚明白,且早已形成汉语表达传统;复合型权利概念起源、来历、“身世”均不明不白,不知其产生是为了适应何种社会的或学术的需要,也不符合汉语表意传统。②外延单纯型权利概念以现行中国宪法乃至各国宪法、法律中规定的权利为基础,主体、外延和内容很清楚,包括在本文中;外延复合型权利不是任何国家的宪法、法律规定的权利,作为名词,它的指称范围从来不确定、不清晰,尤其是在中文法学里。③使用外延单纯型权利概念,严格区分权利和权力,是中国建设法治国家和做好法学研究、教学的需要;外延复合型权利易造成概念混乱。

第四,为了系统、严格地区分权利和权力,中文法学应放弃现行的对权、尤其是对权利与权力做分类的形式标准,改采实质分类标准。严格区分权利与权力是中外文法学历长期以来的共同难题。在笔者看来,权利权力难以区分的根本原因在于:两者都以归属已定之财产为依托,都是利益的法律表现形式,仅仅所属主体不同而已。私有财产、个人利益和与其对应的权利的主体是个人,公共机关财产、公共利益和与其对应的权力的主体是公共机关。在区分权利权力方面,与外文法学比起来,中文法学还有自己独特的困难,即权利权力读音完全相同。西文法学自不待言,即使是将权利、权力写成“權利”、“權力”的日文法学也没有中文法学这样的区分难度,因为日文“權利”(けんり/ken-li)、“權力”(けんりょく/ken-ryoku)的读音不同。

中文法学应该采用实质标准对权、权利、权力做分类。实质分类标准的最根本特征,是确定支撑“权”的各个组成部分的财产的主体属性,然后根据财产、利益的主体属性来判断具体的“权”属于权利、权力还是剩余权。根据以上认识,可概括出权利、权力的实质识别标准及其相应的理解和运用方式:①私人财产在社会生活中体现为法律承认和保护的个人利益,它们的法律表现是权利,不管其名称是权利、自由还是其它什么;反过来看,如果某种合法之“权”,人们难以确定它是否权利,那就看它是否为个人利益的法律体现,是否由私人财产支撑、维护,如果是,它就是权利,不论其享有者是谁,否则不是权利;②公共机关财产在社会生活中体现为法律承认和保护的公共利益,它们的法律表现是权力,不管其名称是权力、职权、权限还是其它什

么;反过来看,如果某种合法之“权”,人们不能确定它是否权力,就应看它是否体现公共利益,是否由公共机关财产支撑、维护,如果是,它就是权力,不论掌握和运用它的主体是谁。^③国家所有制并非全部表现为国家所有权,而是一部分表现为国家机关权力,另一部分表现为国家所有制主体法人的民事权利。国家机关等政权组织如果披上法人外衣直接支配不动产和动产,占有、使用以及依照法律法规处分财产,是权利行为;国家机关等政权组织如果不披法人外衣直接做出上述行为,就是行使权力。换言之,国家得通过国家机关、并披上法人外衣才能成为权利主体,而披上了法人外衣后他们就是民法上的机关法人。国家机关是与机关法人法律性质不同的组织。因此,那种认为“公共机关既拥有权力,也享有权利,既是权力主体,又是权利主体”^{〔76〕}的观点站不住脚,尽管我国《民法典》第五章有“国家所有权”的明确表述。问题在于,国家所有权是特殊的所有权,并不都表现为民事权利,它由国家机关直接行使时表现为行使职权或权力。《民法典》第246条第2款规定,“国有财产由国务院代表国家行使所有权。”显然,国务院是以行使职权即权力的方式行使国家所有权的。

第五,按照上述实质标准对权进行分类,可清晰地将中外今古的一切权都区分为法权和剩余权,然后将法权清楚明白地划分为权利、权力。如此,可做到既没有不是法权也不是剩余权的权,也没有既不是权利也不是权力的法权,更无既是权利又是权力的法权。按实质分类基准,以中国现行宪法、法律的规定为例,权利很明显地表现为如下现象:①自由,指相应方面的个人行为不受限制和阻碍,如中国《宪法》第35—37条规定的那些自由。②法权利,指法定的直接体现为个人利益的一般资格,包括两层:一是同各种自由平行意义上的权利,如中国《宪法》第34条规定的选举权、被选举权,第42、43条规定的劳动、休息的权利等,可谓种权利,二是包括自由在内的更宽泛意义上的权利,如中国《宪法》第二章的章标题中的权利一词,可谓类权利。^{〔77〕}③个人特权(personal privilege),这是英美法用以表述通过经由考试获得证照或经由申请获得许可取得的行为资格,用以区分于法律上与生俱来的right。中国法律体系中未正面采用这个名词但有大量的正当的可称为个人特权的现象。④个人豁免(personal immunity),相对于公职豁免而言,指某种一般来说属违法的甚至犯罪性质的行为,但因存在法定例外情况,依法可免于被追责的资格。^{〔78〕}个人豁免是中国法制中大量存在但此前没有专用名词加以概括的现象。

但是,以中国法律制度为基础和参照确定权利概念的外延是一个学术活动过程,包含着学者的独立判断和劳动,不是简单照抄任何实在法中相应术语的行为。因此,按学术标准,有些在宪法、法律文本上未称为权利的现象,亦应该纳入权利概念的外延,如依我国《宪法》第130

〔76〕 漆多俊:“论权力”,《法学研究》2001年第1期,第22—23页。

〔77〕 按这种区分,中国《宪法》第二章标题“公民的基本权利和义务”中的“权利”是类权利,包括自由,但同章中多数具体条款中的权利是种权利,与自由平行。种权利与类权利的区分是分析宪法文本的产物,有逻辑学意义,没有实际意义。

〔78〕 本文讨论权力和权利的时候,受到霍菲尔德将特权(privilege)和豁免(immunity)看作权利的两种存在形态的观点的启发,但本文按实质分类标准将特权、豁免都分解为两部分:个人特权、个人豁免,属权利;公职特权、公职豁免,属权力。

条规定的被告人在法院依法应获得公开审理的对待,就可理解为公民在以自己为当事人的案件有获公开审理的权利;同样按学术标准,有些根据法律相关条款的规定看起来像是应该被排除在权利概念外延之外的现象,如民法典中法人内设管理机构的“职权”,则不应一概排除在权利概念外延之外,因为不论从主体看还是从其它特征看,至少在其中的私有企业里体现的是个人利益,且直接由私有财产支撑、维护,应归类于权利。

第六,中文法学深化基础性研究的根本出路在于集中有限资源,从现象、概念两方面研究权利、权力、义务本身,其中尤其是权利本身。遗憾的是,差不多一个世纪、特别是最近三、四十年以来,中文法学都是在权利、义务概念外延基本不能确定,权利与权力界线严重混淆不清或权力缺席的状况下把研究重点片面地放在权利与义务的关系上,而很少花力气研究权利、权力、义务本身,尤其是未花足够力气研究权利本身。这就使得法学对权利与义务等关系的研究显得既片面又缺乏坚实的基础,得出的结论也往往脱离实际,对法律实践没有真实引导意义。所以,中文法学要改善其基础性研究状况,先得选准和盯住基本对象,从研究权利、权力、义务本身开始,然后才是它们之间的关系和它们与别的关系。其他一切有意义的法学问题也都值得研究,但那都不是法学的基础性问题。法理学本质上是法的一般理论,应可据以解释古今中外的全部法现象。

Abstract: The concept of rights in modern Chinese jurisprudence has its own unique characteristics, and it is not a simple translation of the corresponding word in any foreign grammatical jurisprudence. The emergence of “rights” adapted to the actual needs of Chinese society in the mid-nineteenth century to cope with the great changes in Sino-foreign relations, and it itself was also a product of cultural exchanges between China, the West, China, Japan and France. The concept of rights can be divided into two types: extended compound type and extended simple type. If the extended compound right is thoroughly studied, people will find that it is actually faquan that refers to the unity of rights and powers. The extended simple right originated in China, and it is highly consistent with China’s current legal system. It should be recognized as the classic concept of Chinese legal rights. In order to distinguish rights and powers systematically and strictly, substantive classification standards should replace formal classification standards. The focus of basic research in Chinese law should first be rights, powers and obligations themselves, and secondly the relationship between them.

Key Words: Right; Power; Quan; Faquan; Jurisprudence Written in Chinese

(责任编辑:章永乐)