

论权利本体

张恒山^{*}

内容提要 既有的关于权利的释义都倾向于用权利的作用、效用来解释权利,它们实际上都不是对权利本体的解释。权利本体是观念形态的现象,是社会对某行为的赞同性评价意见,这是国家立法确认“某行为是权利”之本源。认识权利现象,必须注意“是”动词的三种不同用法与含义。通过对权利与行为、一般权利与特定权利、权利与利益、权利与个人意志的区别和辨析,我们才能真正认识权利本体。

关键词 权利本体 权利性行为 群体意见 个人意志

一、权利本体与权利作用之区别

在法学理论中,能够和“正义”比肩、引发学者们兴趣乃至殚精竭虑地加以研究阐释却又莫衷一是的概念,一定是“权利”一语。

从罗马法的无独立“权利”概念状态,到近现代法律和法学中的逐渐独立于“法”(在英语中是“Law”,在法语中是“Droit objectif”,在德语中是“objektive Recht”)的“权利”概念(在英语中是“Right”,在法语中是“Droit subjectif”,在德语中是“subjektive Recht”),意味着人类关于法律概念的思考、认知越来越趋向于精细化、精准化——也许这正是商工文明时代人们相互交往、活动越来越自主化、个性化所带来的法学概念的显著变化之一。但正是这种精细化、精准化认知也给人们带来困惑:“权利”这个概念究竟是啥意思?人们都感到它不同于“法”,但似乎它又与“法”有着无法割舍的联系;人们感到它使人意志自由,但很难说“意志自由”就是“权利”;人们感到它和人们的利益相关,但要以“利益”定义“权利”似乎颇有不妥,……。

庞德曾经梳理了“权利”概念的产生发展的简史以及不同学派的学者们对“权利”的要点式解释,它们包括:1. 使人能够拥有或公正地做某事的道德品格(格劳秀斯 Grotius); 2. 得到法律保护的主体对客体加以支配的自由意志(黑格尔 Hegel); 3. 使主体

^{*} 中共中央党校政法部教授,博士生导师。本文系吉林大学理论法学研究中心重大课题项目“权利、法治和公共治理”(项目批准号:13JJD820005)的研究成果之一。

的要求、主张产生约束力的主观意义上的法(学说汇纂学派);4. 受法律秩序制裁和保护的关系(科勒 Kohler);5. 依据人自然能力的自由(霍布斯 Hobbes, 洛克 Locke);6. 受到保护的个人的利益(耶林 Jhering);7. 作为普遍保障社会利益的政策;8. 强制他人作为或不作为的能力或权力(奥斯汀 Ausitin);9. 法律上确认的主张(若欧 Thon);10. 在不同的法律关系中分别表现为“权利”(狭义)、“特权”、“权力”、“豁免”的复合概念体(霍菲尔德 Hohfeld)。^①

这些解释都可以归结为对权利的作用或权利行使的效果的解释,它们都不是对权利本体(自身)的解释。

之所以出现这种情况,就是因为几乎所有的学者在解释“权利”之前,都假定了一个现实世界中的“权利——义务”关系模式:一方拥有某项权利,另一方承担对应的义务。这是边沁(Jeremy Bentham)最先开创的“权利”概念解释关系模式设定。^②

边沁最先感受到对权利概念解释的艰难性。边沁认为,权利不是什么实体性的东西,而是虚构物。这种虚构物无法用“属+种差”的方式做定义性描述,而是只能用“显示它们同真实体的关系”的方式加以说明。^③边沁的这一关于“权利”概念的解释方法的确定,误导了后世众多学者们对“权利”概念的研究。在边沁指定的“权利”解释路径的引导下,后来的学者们一个接一个地解释“权利”的作用,而无法解释权利之本体。

只要在解释权利时先行地设定“一个人享有权利并运用权利”这种情况作为讨论权利的语义背景模式,就必然导致用权利的某种作用来解释权利,用权利给权利人带来的好处、效用来解释权利。显然,权利能给主体带来什么与权利自身是什么是两个不同的问题指向。对权利作用的解释不能代替对权利本体的解释。譬如说,你要给别人解释什么是“枪”,你就要解释枪的形状、质料、构造等自身特征要素,而不能仅仅用“枪是可以打死人的”这样的功能性描述作搪塞。

要全面、准确认识权利概念所代表的现象本体,必须彻底抛弃“一个人享有权利并运用权利”这种背景模式设定,依靠理性的指导,通过对权利和其他现象的区别的辨析,来达成对权利本体的理解。在这种对“权利和其它现象的区别”中,最重要的是“权利与行为的区别”“权利与利益的区别”“权利与个人意志的区别”。

^① See Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Volume IV, at 63-70 (West Publishing Co., 1959).

^② “就事物本性而言,法律如未同时将负担强加给某人,就不能把利益授予任何人。换句话说,在没有强加相应的义务给另一方之前,就不可能创设一种有利于某人的权利。在什么情况下可以说一块土地的财产权授予我呢?那就是,通过对每个人——除我而外——强加以不得染指该土地上的产物的义务。怎么才能说我获得了一项命令权呢?那就是,给一个特定的人,或一定数量的人,强加了服从于我的义务。”See Jeremy Bentham, *Principles of The Civil Code*, in John Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*. Volume 1. at 301 (Thoemmes Press, 1995).

^③ “权力不是一种实物,权利也不是一种实物。实际上他们都不具有任何范围更广的属类。他们连同责任、义务以及其他许多同类事物,是一些虚构体,其涵义除了靠显示它们同真实体的关系外,无法用任何别的办法说明。”[英]边沁《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第269页注206。

二、一般权利(抽象的、普遍适用的权利概念)与行为之区别

一个概念指称、对应着一个特定的现象(自然物体现象、人文事物现象、自然事物关系现象、人文事物关系现象、人的精神活动现象,等等)。

法理学上,对权利的研究首先关注的是一般权利概念,即,在最抽象、最一般的意义上权利这一概念所指称、对应的特定现象,这是权利这一概念对应的现象本体。一般权利研究、释义的意义在于,帮助人们在非特定权利意义上使用权利概念时,准确把握“权利”所指称的事物现象的最一般、最普遍的特征,防止因为错误解读抽象的、一般意义上的权利而带来在实践中对权利的误解和滥用。

一般权利是指所有的个别的、特定的权利所具有的共性特征。譬如,劳动权、休息权、学习权、请求权、拒绝权、知情权、沉默权等等,它们都有一个共性特征,即,是由“行为+权利”构成的。其行为部分——劳动、休息、学习、请求、拒绝、知情、沉默等等——各不相同,但它们有一个共同部分——“权利”。

所以,就像古希腊毕达哥拉斯(Pythagoras)从五个苹果、五个手指这些具体的事物数量中抽象出“五”这个数一样,我们由劳动权、休息权、学习权、请求权、拒绝权、知情权、沉默权等等具体权利中,可以抽象出它们的共同部分——“权利”——作为我们的研究对象。这就是我们要研究的一般权利概念。一般权利概念不管具体、个别的权利概念中的行为部分的特征,如劳动、休息、学习、请求、拒绝、知情、沉默等等,它只表示这些个别、具体权利的共性部分:权利。

对一般权利的理解,首先要强调的就是:权利不是行为,行为也不等同于权利。

在我们日常使用的语言中,“某人劳动(旅游、学习、经商、写作……)”或“某人将要劳动(旅游、学习、经商、写作……)”之表述与“某人有劳动(旅游、学习、经商、写作……)的权利”或“某人有权利劳动(旅游、学习、经商、写作……)”之表述有着根本性区别。

“某人劳动(旅游、学习、经商、写作……)”,表述的是一个事实:某人从事着某项行为——这些行为可以是具体的劳动、旅游、学习、经商、写作等等。“某人将要劳动(旅游、学习、经商、写作……)”,表述的是一个将要发生的事实:某人将要从事着某项行为——这些行为可以是具体的劳动、旅游、学习、经商、写作等等。

但是,如果我们说“某人有劳动(耕作、研究、经商、写作……)的权利”或“某人有权利劳动(耕作、研究、经商、写作……)”时,要表述的意思并不是该主体从事着某项行为或将要从事某项行为(耕作、研究、经商、写作……),而是要表达该主体从事劳动(耕作、研究、经商、写作……)这种行为所具有的性质——权利。即使该主体事实上确实正在从事着某种劳动,譬如,正在从事耕作、研究、经商、写作等等劳动行为,这种“有劳动(耕作、研究、经商、写作……)的权利”的表述的着眼点也不是该项行为本身,而是该项行为所具有的性质。这种“性质”——权利——不同于可以被具体观察、把握的具象的

行为、活动(耕作、研究、经商、写作……)本身,它是一种抽象的东西,是表达人的精神活动现象的概念。

由“权利不是行为”这一判断,我们可以说,凡是用行为来解释“权利”都是错的。法国民法典把所有权解释为,是“对于物有绝对无限制地使用、收益及处分的权利”。这里解释的不是“所有权”,也没有涉及“权利”,而是解释了“所有”行为,并且是以“使用”“收益”“处分”三种具体的行为来解释相对笼统的“所有”行为。这种解释就给人造成误解:所有权就是对物的“使用”“收益”“处分”。所以,法国民法典对所有权的解释是极不成功的典范。

“权利”作为表达精神活动内容的概念,与之相等义的概念是“正当”。“正当”是表达人们的评价性精神活动概念。“正当”的内涵是,人们对某主体从事某项行为(耕作、研究、经商、写作……)的评价、态度,其基本内容包含:A. 正确(评价),B. 赞同(态度)。上述基本内容之延伸内容包含:A. 对于该主体从事该行为的不反对态度;B. 对于该主体从事该行为的不强行要求的态度;C. 对于他人阻碍该主体从事该行为的反对态度;D. 对于他人强迫该主体从事该行为的反对态度;E. 如果发生他人阻碍该主体从事该行为、或者强迫该主体从事该行为的情况,就该主体向社会权威机构寻求帮助的行为的赞同态度;F. 如果发生他人阻碍该主体从事该行为、或者强迫该主体从事该行为的情况,并且该主体向社会权威机构寻求帮助而社会权威机构未能或不能提供帮助时,对于该主体依靠自己的力量排除他人的阻碍或强迫之行为的赞同态度。

简单地说,一个人从事某项行为,这只是事实;一个人对某项行为拥有“权利”,或者说该主体拥有从事某项行为的“权利”,是指该主体从事某项行为获得该社会其他成员的认可、赞同,或者说处于被社会其他成员的认可、赞同的状态中。这才是“权利”。

容易使人把“权利”与“行为”混淆的一个重要原因是汉语中常用的一种表述:“劳动是权利”或“××是权利”。在此,我们必须注意辨别“劳动是权利”或“××是权利”这一表述的真实含义。

汉语中的“是”作为系动词,至少有三种含义:

第一种情况下,人们用“是”一词来连接两个事物,意思指,该两个事物含义相等、相同,譬如,李三是李四的哥哥, $2+2$ 是4,等等;

第二种情况下,用“是”连接两个事物,意思指,前一事物归属于后一更大类别事物中,譬如,米饭是食物,人是动物,等等;

第三种情况下,用“是”连接两个事物,意思指,前一事物具有后一事物的性质、特征,譬如,玫瑰花是红色的,人是自私的,等等。

“劳动是权利”或“××是权利”这一表述不是说“劳动”或“××”等同于权利,也不是说“劳动”或“××”归属于权利,而是指“劳动”或“××”具有权利的性质、特征。

再譬如,我们常常说,“生命是权利”,这并非说“生命等同于权利”,而是说“生命(实际上是保持生命、保护生命)具有权利之性质”。

但是,当我们说“权利就是正当”时,意思是,权利=正当(或正当性);当我们说“正

当(或正当性)就是权利”时,意思指,正当(或正当性) = 权利。换言之,“权利”和“正当”(或正当性)是可以互换使用的。权利的本体就是正当(或正当性),而正当或正当性是社会群体精神意志的内容。确切地说,正当性是社会群体在评价一个行为时作出的赞同性、允许性(但并不强求)评价。边沁因为不能理解“权利”的实质性内涵,所以,把它视为虚构物。但是,“权利”并非虚构,而是表达一种实存,只不过,这是一种精神上、观念上的实存。

一个行为,作为客观存在的“行为”与作为“行为之权利”的区别如下。A. 作为某个客观行为,它就是主体作出的行为事实,无论他人是否同意、赞同,它就是客观存在的事实;作为某项行为的权利是指该行为是获得社会群体赞同、允许(但并不强求)的,无论该行为是事实存在还是尚未被作的观念存在,它都被笼罩在社会群体的赞同、允许的意见中。B. 作为某个客观行为,其出现(作)或不出现(不作)取决于行为主体个人意志,而不取决于社会群体意见,不取决于社会是否认为该行为是否是“权利”,譬如,无人认为盗窃是权利,但社会上盗窃行为从未禁绝;但某个客观行为是否具有“正当性”,是否被承认为“权利”,这不取决于行为主体个人的意见、意志,而是取决于社会群体的意见、评价——社会群体至少认为该行为对他人无害,才认可、赞同该行为,承认该行为具有“正当性”,是“权利”。譬如,一个人抱着抢劫来的珠宝,在一个秘密的小屋里高喊上一万遍“拥有这些珠宝是我的权利”,这种自我主张并不能成为“权利”。

权利的本体就是社会群体的赞同性、允许性(但并不强求)的意见内容——正当性。

由“正当”或“正当性”可以引申出以下多种含义:

(1) 由于它是社会群体赞同性、允许性意见,所以,得到这种赞同、允许的主体对被赞同、允许的该行为是可以作的——这可以说权利赋予主体作该行为的资格;

(2) 由于它是社会群体赞同性、允许性意见,所以,得到这种赞同、允许的主体在作这一被赞同、允许的行为时,他人(在社会群体看来)是不得阻碍、不得侵犯的——这表现了权利拥有者的行为自由;

(3) 由于它是社会群体赞同性、允许性意见,所以当得到这种赞同、允许的行为之内容是要要求他人作出某种行为时,得到这种赞同、允许的主体在作这一被赞同、允许的行为时,他人(在社会群体看来)必须相应地作出被要求的行为、不得拒绝——这使得主体相对于被提要求的他人处于优势、支配地位;

(4) 由于它是社会群体赞同性、允许性意见,但又不是社会群体的强求性意见,所以,无论得到这种赞同、允许的行为主体作或不作这一被赞同、允许的行为,他人(在社会群体看来)都不得阻碍、不得侵犯——这使得主体可以对该行为进行基于自主意志的选择;

(5) 由于它是社会群体赞同性、允许性意见,所以国家也要通过法律来表现自己的赞同性、允许性意见——这使得权利在形式上来自于法律规定;

(6) 由于它是社会群体赞同性、允许性意见,所以得到这种赞同、允许的主体可以出于谋取自我利益的考虑决定作或不作那种被赞同、允许的行为——这使得权利看起来

就是利益;

(7) 由于它是社会群体赞同性、允许性意见,并且国家也通过法律表现了自己的赞同性、允许性意见,所以,如果某种被赞同、允许的行为受到阻碍、侵犯或拒绝,那么,国家有义务对该行为提供保护或对阻碍、侵犯、拒绝者施加制裁——这表现了权利有着源自法律系统的强制力。

所以,关于权利的“资格说”“主张说”“法力说”“自由说”“选择说”“可能说”“利益说”“优势说”都是从“正当”这一社会评价的内容中推理出的派生性属性。而且,这些派生属性仍然是社会群体观念的内容。譬如,“主体对该行为是可以作的”,这是指在群体的观念中、认识中主体可以作该行为;“主体在作这一行为时,他人是不得阻碍、不得侵犯的”,这是指在群体的观念中、认识中主体作这一行为时他人对该行为的阻碍、侵犯是不应当的,等等。“主体对该行为是可以作的”,这一表述绝不是说该主体有能力作该行为,也不是说该主体将会去作该行为,而只是说,该主体作或不作该行为我们(社会群体)都表示赞同。“主体在作这一行为时他人不得阻碍、不得侵犯”这一表述,绝不是说该主体在作该行为时不会受到他人阻碍、侵犯——客观社会实践中一个拥有某项权利者在行使被命名为“权利”之行为时受到他人的阻碍、侵犯的情况比比皆是,这里只是说,在社会群体观念中认为当该主体作或不作该行为时其他主体阻碍、侵犯是不应当的。

我们强调“权利”是一种精神性存在物、一种社会群体的赞同性评价认识,以免把它同凭借感官可以辨识的物质性客观存在——行为——相混同。

法学上的“行为”是有着各种外在之形的表现、可被观察的人的肢体的各种活动的总称,其中包括只有淡微的外在形之表现、甚至没有外在形之表现而主要通过常识被人们认知的、人的一些特定的意愿性活动。

当我们说一个特定权利时,譬如,劳动权,其词汇构成方式是“劳动+权利”。在这里,“劳动权”强调的不是“劳动”本身,而是“劳动”处于社会群体的赞同、认可以至处于不可侵犯、阻碍的状态中。但是,劳动本身并不依赖“权利”而存在。不管人们是否给它加上“权利”的名头,“劳动”本身是指人的一种特定活动,指人的一种行为。相对于“权利”而言,“劳动”是一种独立的存在。“劳动”行为是否出现、存在,取决于主体的自我意志。这一点不同于“劳动权”。“劳动权”是否存在取决于社会群体的意志、观念。

再如“隐私权”,它实际上说的是“保持隐私权”。保持隐私是每个人内心的意愿,它虽然不表现为明显的外在肢体性行为,但我们根据常识都可以理解他人和我们自己一样,都不希望自己的一些私密的信息、活动被他人知晓。我们在法学上把这种意愿视为“行为”。社会群体认为这种意愿性“行为”具有正当性,是权利。在这里,“保持隐私”是个人意愿行为,“权利”是社会群体的意志、观念。

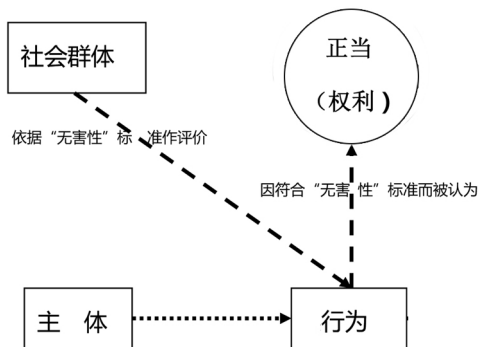
总之,权利是不同于行为的一种现象存在,权利是独立于行为的现象存在。

对于许多不太明了“权利”与“行为”之区别的学者来说,把行为与权利混在一起加

以解释,面对各种各样特定权利——与某种行为相联系的权利,譬如劳动权、表达权、要求权等等——就会感到束手无策。霍菲尔德(Wesley Newcomb Hohfeld)认识到这些特定权利表现为主体人的自我行为以及引发的他人相对应的行为各不相同,以至他把各种特定权利划分为四类,分别是权利、特权、权力、豁免。^④但他没有认识到他划分的实际上是“行为”。由于人们从事的行为内容各不相同,行为特征各不相同,所以,当霍菲尔德把行为当作“权利”作类别划分时,就找不到可以对所有“权利”现象作统一解释的权利定义。这说明霍菲尔德尚未能对“权利”现象作高度抽象的认知。实际上,尽管人类的相互交往中的行为是五花八门的,但因为“权利”这一概念是用以指称人们对各种行为的赞同性看法,所以,它可以摈弃各种行为的千差万别之现象而形成高度抽象的、统一的定义:

权利就是某种行为的正当性,就是社会成员们因为认为某行为对他人无害从而普遍对某主体欲为、或待为、或正为的该行为表示的赞同性意见、态度。

用比较直观的图示的方式来表示上述关于“权利”的定义,大体如下图。



当然,社会的赞同态度在许多情况下是通过法律得到表示的,所以,它们常常被表述为“法定权利”。但是,并不是说这种赞同态度只能通过法律得到表示。在实际生活中,存在许多未经“法律规定”或“法律宣示”的“权利”——它们表现为在实际社会生活中由社会成员对这样那样的行为表示的赞同、允许。凡是对“权利”作解释时,加上“法律规定”之类字眼的,都是剪切了实际生活中“权利”的存在空间,以至对“权利”概念作了不适当的限制性解释。这是分析实证主义法学所犯的通病。

三、特定权利与行为的区别

特定权利也可以说是具体权利,是指每一个与具体的行为相联系的权利,譬如,劳动权、休息权、学习权、请求权、拒绝权、知情权、沉默权等等。它们分别表示某项具体的、特定的行为——如劳动、休息、学习等等——得到社会群体的赞同性评价,或者说被

^④ “‘权利’这一术语易被不加区别地用以涵盖案件中的特权、权力或豁免,而非表达最严格意义上之权利。”参见[美]霍菲尔德《基本法律概念》,张书友编译,中国法制出版社2009年版,第28页。

社会群体认为具有正当性。

在英语中,一般权利与特定权利比较容易区分:“right”,不加任何冠词、定语,这是指一般权利;“a right”,指某项不特定的权利;“the right”,指某项特定的权利;“rights”,指一些特定权利,或者一个一个特定权利的群集。另外,每一个和某种特定行为相联系的权利,都是指某个特定的权利,譬如劳动权、休息权、学习权、请求权、拒绝权、知情权、沉默权等等。由于汉语中没有这种冠词用法、没有复数用法,所以,汉语研究者不习惯作这种一般权利和特定权利的区分。由此,更容易导致“权利”和“行为”的混淆。

对特定权利的阐释要分为两个部分:一是正当性,二是具体的、特定的行为内涵。这两个方面实际上是互相关联的。譬如,当我们解释“劳动权”时,一方面要解释,“劳动权”不是“劳动”,“劳动权”是指劳动具有正当性特征;另一方面,要解释,具有正当性特征的劳动本身的内涵、范围。

首先,对“劳动权”作为“权利”的解释,必须强调,这里不是指正在发生的劳动行为或将来要发生的劳动行为,而是指正在发生或将来要发生的劳动行为被社会群体认为具有正当性,以至,这一权利——劳动权——包含以下直接或间接的群体性认识内容:

1. 如果一个主体正在劳动或意图从事劳动,社会群体认为这是该主体可以作的,即社会群体对该主体的劳动行为是赞同的;2. 如果一个主体不劳动或不愿从事劳动,社会群体也认为这是该主体可以作的,即社会群体对该主体的不劳动行为也是赞同的;3. 如果一个主体正在劳动或意图从事劳动,社会群体认为,其他人对其加以阻碍或侵犯都是不应当的;4. 如果一个主体不劳动或不愿从事劳动,社会群体认为,其他人是对其加以干涉或强制都是不应当的;5. 如果一个主体正在劳动或意图从事劳动,但受到其他人的阻碍或侵犯的话,社会群体认为,国家组织排除、制止他人的阻碍、侵犯,并对阻碍者、侵犯者给予制裁是应当的;6. 如果一个主体不劳动或不愿从事劳动,但受到其他人的干涉、强制的话,社会群体认为,国家组织排除、制止他人的干涉、强制,并对干涉者或强制者给予制裁是应当的;7. 如果一个主体的劳动行为需要他人相应地作出某种行为的话,社会群体认为,他人相应地作出与该劳动行为相对应的行为是应当的;8. 如果一个主体的劳动行为需要他人相应地作出某种行为、而该相应行为人拒绝作出相对应的行为的话,社会群体认为,国家组织强迫该相应行为人作出相对应的行为是应当的。

以上是“劳动权”中关于“权利”部分的含义。其中第1项、第2项的“赞同的”是“劳动权”的基本含义,第3项至第8项的“不应当的”“应当的”是“劳动权”的延伸含义,它们都是社会群体对“劳动”的不同状态以及“劳动”受到阻碍、侵犯的不同状态的意见、态度表示。

其次,对“劳动权”中的“劳动”概念需要加以解释。

对“劳动权”中的“劳动”的解释,可以用列举的方式来说明,譬如我们可以说,耕作、开采、制造、经商、运输、管理、写作、发明、演艺等都属于“劳动权”中的“劳动”;也可以用排除法来说明,譬如抢劫、诈骗、制毒、贩毒、传销、拐卖妇女儿童等行为不属于“劳动权”中的“劳动”。但无论是列举法还是排除法,其目的都是为了说明:“劳动权”中的

“劳动”是人们从事的不具有损他性的行为活动——只有行为不具有损他性,才能被社会群体认为是可以做的、值得赞同的行为、是正当的行为。耕作、开采、制造、经商、运输、管理、写作、发明、演艺等行为都不具有损他性,所以,它们是“劳动权”中的“劳动”行为;抢劫、诈骗、制毒、贩毒、传销、拐卖妇女儿童等行为具有损他性,所以,它们不属于“劳动权”中的“劳动”行为。

所有特定权利中的“权利”要素,实际上是所有特定权利的共性要素——抽象意义、一般意义上的“权利”。在法学研究中,这种抽象、一般意义上的“权利”由法学基础理论负责研究、解释,而各个部门法学在各自阐释本部门法律中的具象、特殊权利时,在默示地认可、接受法学基础理论对“权利”的某种解释的基础上,一般不再对各个具象、特殊权利中的“权利”要素加以研究、阐释,而是专注于解释各个具象、特殊权利中的“行为”,譬如用“使用”“收益”“处分”去解释“所有权”中的“所有”行为,以至使许多法学初入门者完全弄不明白:为什么部门法学对权利的解释与法学理论对权利的解释完全不是一个套路?其实,许多部门法学研究者也不自觉地把对特定行为的解释理所当然地视为对特定权利的解释。由此导致法学界几乎普遍地认为对特定权利的解释就是对特定行为的解释,进而强化“权利”与“行为”不分的思维混乱现象。

特定权利中的“行为”要素本身只是事实。没有人们对其作评价,就无所谓权利不权利。但是,当社会对其表示赞同、支持而并不强求的态度时,社会的这种态度就构成这些行为在人们的观念领域所具有的性质——权利。这种“性质”并不是这些行为的自然属性,而是人们的观念所赋予其的属性。这些行为分别同社会所赋予其的性质——权利——相结合,就被分别称为“休息权”“所有权”“占有权”“使用权”“处分权”“收益权”“著作权”“商标权”“专利权”“抚养权”“救助权”“请求权”“接受权”“身体权”“生命权”“肢体权”“健康权”“精神感觉权”“名誉权”“隐私权”“信用权”等等。更重要的是,一旦表达行为的概念同权利概念结合起来组词,构成“休息权”等新概念,那么,这些新概念所要表达的就不是这些行为本身,而是社会对这些行为的赞同性看法。这些看法就是本文前面所述的“正当”的内涵。

值得强调的是,上述看法,只是看法,只存在于社会群体的头脑中,它们与现实发生的实际情况无关。在客观实践中,行为人的行为实际上是否发生是由该行为人自主决定的,实践中的各主体实际上是否作了“休息权”等概念所标示的各种“行为”内容,都不影响“权利”的存在,即,都不影响以“权利”概念来标示的社会意见、社会看法的存在。

同时,与权利主体相对的其他人实际上是否对上述各种“权利”标示下的行为进行了侵犯(包括干涉、阻碍或强制)行为也都是由他们自主决定的——各种权利主体的权利性行为虽然获得“权利”这一神圣标示,但它们都不过是社会性意见、看法,它们作为一种精神性的存在并不能阻止那些与权利主体相对的心怀恶意的其他人以物质性的力量驱动行为侵犯(包括干涉、阻碍或强制)权利主体的权利性行为。当然,正因为“权利”是一种精神性存在,是社会群体的意见、看法,所以,对权利性行为的侵犯(包括干

涉、阻碍或强制)虽然阻碍了权利性行为的实施,却并不能使得“权利”灭失。换句话说,虽然因为他人的侵犯(包括干涉、阻碍或强制)使得权利主体的权利性行为未能付诸实施,但这种行为的“正当性——权利”却是永存的——它存在于社会群体成员的精神活动中。

譬如,当一个人行使休息权,进行休息时,受到他人的干涉,以至其未能休息,我们通常称“此人的休息权受到侵犯”,但这种说法其实是不正确的。该人被侵犯的实际上只是休息行为,即,是在权利名义下的休息行为本身,但无论如何,该人的休息权仍然存在,即,在社会群体的意见、看法中,仍然认为该人休息行为是正当的、是权利。社会群体的这种意见、看法,不因某人的干涉行为而改变,因而,即使某人因被干涉而未能实施休息行为,但其休息行为的“正当性”——即“权利”——却是没有改变的。

再如,某人对某物享有财产所有权,但该物被盗窃,该物主失去的只是该物以及对该物的实施利用行为,却并没有丧失对该物的所有权,从理论上说,即使该物实际上处于盗贼的控制之下,该物仍然属于该物主,即,该物主仍然对该物享有权利,以至,一旦盗贼被抓获,其盗窃的物品仍然要归还失主。物主对失窃物之所以仍然享有权利,就是因为,权利作为一种“正当性”观念,其始终存在于社会群体成员的精神活动中,盗贼能够盗走的只是物件本身,而不能盗走社会群体头脑中的观念。

关于特定权利中“行为”与“权利”的区别还可以从另一个角度加以观察。

在特定权利未被付诸实施,即权利主体没有做特定权利名下的特定行为时,该权利并非意味着不存在。也就是说,权利是否存在不取决于权利主体是否作出“行为”。没有作出行为的“权利”仍然存在,其存在于社会群体的大脑中、认识中。

但是,一旦权利主体做了特定权利名下的行为,那么,社会群体由该行为引发的不同情况以及其他相应于该行为作出的相应行为会作出进一步的评价性的看法和认识,这些评价、认识就是更进一步的权利、义务内容。也就是说,一项特定权利的“行为”的付诸实施将引发更进一步的特定“义务”、特定“权利”产生。

不过,由于各种各样的特定权利所涉及的“行为”千变万化、千奇百怪,所以,社会群体对各种行为实施后所引发的更进一步的各种行为的“应当性”“正当性”的看法各不相同,即,特定权利的行为付诸实施引发的进一步的特定“义务”、特定“权利”及其所涵盖的各种特定行为各不相同。

所以,最简单、最通俗地讲,“权利”就是社会群体的意见或看法,是笼罩在“行为”头上的神圣光环。这里的“是”意味着:权利 = 社会意见。稍微完整一点讲,权利就是社会群体对某行为的赞同性评价意见,即,权利 = 社会群体对行为的赞同性评价意见。

四、权利与利益的区别

基于其功利主义哲学的理解,边沁开创了权利利益说:“权利就是权利享有者的利

益和好处”。^⑤ 延续边沁的思路,耶林主张,“主观权利是法律保护的利益。”^⑥在耶林(Rudolph von Jhering)倡导下,权利利益说一度广为流行。但后来,许多学者都发现权利概念是不同于利益的。如凯尔森(Hans Kelsen)所评论,“将法律权利界说为法律所保护的利益或法律所承认的意志,同样是不正确的。”“说一个人只是在对某个别人的某种行为具有一种实际利益时,他才有要求某个别人做这种行为的法律权利,这显然是不对的。即使你并不介意你的债务人是否向你偿还借款,或者由于某种理由,甚至还但愿他不偿还,但你还是有收回你的钱的法律权利。”^⑦“一个人可能对另一个人的一定行为具有权利却对这一行为并无利益;一个人也可能虽有利益但却并无权利。”^⑧

但同时,当代西方学者中,拉兹(Joseph Raz)主张一种释义更为复杂的以利益为基础的权利概念。拉兹认为,“×有权利是指,在其他条件相同的情况下,只有在×的某种福祉(他的利益)是使得其他人(或其他人们)处于某种义务负担之下的充分的理由时,×才拥有权利。”^⑨“为使一个人承担某项义务,其正当理由是:这种义务承担乃是服务于作为另一人的权利之基础的利益,就这一意义而言,权利是义务的根据。”^⑩将拉兹的权利释义用较为通俗的语言来表述就是,×的权利根据是(依据于)其自我利益,并且,这种利益的实现对于权利人来说极为重要以至以此可以作为充分理由要求他人(或其他人们)承担某项义务。将拉兹的复杂的权利概念加以简化就是:利益导致他人义务,他人义务存在意味着权利人拥有权利。更简单地说,拉兹认为,权利人的权利根据是其自身的足以要求他人承担义务的利益。当然,拉兹的说法存在令人困惑之处:“他人义务”是权利概念的必要因素吗?是因为他人有义务才导致一个人有权利,还是反过来,一个人有权利才导致他人有义务?一个人的自我利益就能够成为要求他人承担义务的理由吗?一个人的自我利益在什么条件下才能够成为要求他人承担义务的理由?仅因某项利益对于某个主体来说极为重要,或者说其具有终极价值,它就能够成为要求他人承担义务的充分理由吗?可以说,这些追问对于拉兹的“权利”概念的生命都是具有巨大杀伤力的。

有鉴于用利益解释权利的做法在国内还相当流行,^⑪所以,对权利和利益作进一步辨析是必要的。

理解权利和利益之联系与区别的关键仍然在于理解权利和行为的区别。在不能作

^⑤ *Supra* note 2.

^⑥ 参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫—马南《法国民法总论》，陈鹏、张丽娟、石佳友、杨燕妮、谢汉琪译，谢汉琪审校，法律出版社2004年版，第135页。

^⑦ [奥]凯尔森《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第90页。

^⑧ 前引⑦，凯尔森书，第90页。

^⑨ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, at 123 (Oxford University Press, 1988).

^⑩ *Id.*, 135.

^⑪ 在国内一些学者仍然坚持主张权利是一种利益。“一项权利之所以成立，是为了保护某种利益，是由于利在其中。在此意义上，也可以说，权利是受到保护的利益，是为道德和法律所确证的利益。”参见夏勇主编《法理讲义 关于法律的道理与学问》，北京大学出版社2010年版，第331页。

权利与行为之区分的情况下,不能确定权利本体的情况下,不仅不能从理论上说清权利与利益的区别,也不能说清权利和利益的联系。

我们首先要弄清什么叫“利益”。对利益的解释五花八门,但笔者认为如下解释相对简明、准确——利益是能对主体的需要、欲望提供满足的客观事物、社会状态、精神产品。^⑫ 相对于人的需要、欲望的多样性,利益的形态、内容也具有多样性。由于人首先具有物质的需要、欲望,提供这类需要、欲望满足的利益也必然具有物质的特性。于是,利益这一总的概念中必然首先包含物质利益的内容。简单地说,利益必然包含物质利益,而物质利益必然具有物质特性。

但是,如前所述,权利本意是指某种行为具有正当性。某种行为获得“正当”评价,当然给行为主体带来行为上的便利,譬如,不受阻碍、不受侵犯,可获保护等。但这是行为自身便利意义上的形式性利益,它不同于权利利益说中所说的权利保护或权利保障实现的实质性利益——主要是物质性利益。讲权利和利益的区别,就是要说明权利和这种实质性利益——主要是物质性利益——的区别。

权利 = 正当,作为社会群体对一种行为的评价性看法,它就是精神活动产物,它不可能是物质性的实体,不可能具有物质特性。用“利益”来解释“权利”,就隐含着“权利”可以是物质性的实体的认识。这是根本违背“权利”之本意的。

“权利”不仅不是物质性利益,其本身也不创造物质性利益,也不必然带来物质性利益。

权利是社会成员群体对个人行为的评价,是对其行为的肯定、赞同、允许性看法,所以,获得此评价的行为一旦被实施,行为的完成、实现会比较顺利,会得到保护,当人们通过行为去实现或追求某种利益时,因为该行为得到社会性允许和保护,所以,该行为所实现和追求的利益也有较大的可靠性。但是,权利并不直接给权利人带来利益,权利的作用就是保护权利人的行为,至于该行为是否有利益,是否带来利益,还要取决于该行为和利益联系状况。

也就是说,只有行为才和利益有直接联系,而行为和利益的联系状况又有不同的形态。

行为与利益相联系的形态包括:保有利益、接受利益、免于责任、追求利益、令他行为、放弃利益、给出利益、承受负担、见义勇为等等。

1. 保有利益。这是指在利益已经存在、并为行为人所具有、持有的情况下,行为人通过自己的行为对既有的利益加以保持、维护的情况。譬如给房门加锁、将余款存入银行。

2. 接受利益。这是指无需行为人主动地行动,只要被动地接受他人给予的利益的情况。譬如,获得赠予、接受救济金。

^⑫ 根据百度百科解释,利益是人类用来满足自身欲望的一系列物质、精神需求的产品,某种程度上来说,包括:金钱、权势、色欲、荣誉、名气、国家地位、领土、主权等所带来的快感,但凡是能满足自身欲望的事物,均可称为利益。

3. 免于责任。这是指在行为人使他人的利益受到损害的情况下,行为人不必付出自己的利益代价的情况。譬如,正当防卫行为、紧急避险行为。

4. 追求利益。这是指利益还并没有被行为人所现实地获得、持有,而行为人可以通过主动地做某行为去追求自己意图实现的利益的情况。譬如炒买股票、倒卖水果。

5. 令他行为。这是指行为人通过支配他人的行为、要求他人按照自己要求作出某种行为,从而实现或得到意图的利益的情况。譬如,债主向债务人提出偿还债务要求、厂主向雇员提出工作要求。

6. 放弃利益。这是指行为人拒绝他人给予的利益的情况。譬如,债权人宣布放弃对债务人索偿、受赠人拒绝接受赠物。

7. 给出利益。这是指行为人将原属于自己的利益给予他人的情况。譬如,向灾区捐赠钱款、将升迁机会让给他人。

8. 承受负担。这是指行为人为了他人利益而增加自己的劳作和经济负担的情况。譬如,自费收养走散的智障人、自费修路架桥。

9. 见义勇为。这是指行为人为了他人的生命安全或财产安全而甘冒自己生命危险给予救助的情况。譬如,救助落水者、勇斗抢劫犯。

上述九种情况下的行为人的行为都可以被社会评价为正当,都可以被称为“权利”。但由于这些行为与利益的关联状态不同,所以,不能说权利都是利益。

在第1、第2、第3种情况(保有利益、接受利益、免于责任)下,行为和利益有直接可靠的联系,于是,保障行为实现的“权利”就与利益有紧密的关联。

在第4、第5种情况(追求利益、令他行为)下,行为和利益没有直接可靠的联系。炒买股票的行为并不必然给权利人带来他所期望的股票增值的利益。实践中,行为人炒买股票却致倾家荡产的结果的情况并不少见。倒卖水果也不必然赚钱,许多人血本无归。债权人可以要求债务人偿还债务,但有时债务人身无分文,宣告破产,债权人虽做了要求,但并没有利益。这些行为本身虽然是“权利”,但它不一定能使主体得到利益。在这两种情况下,权利与利益只有间接的、松散的关联。但即使没有利益,只要行为人做上述行为,仍然被社会评价为“正当”,即权利。

在第6、第7、第8、第9种情况(放弃利益、给出利益、承受负担、见义勇为)下,行为给行为人自己带来的必然是负利益——不利。由于行为带来的是负利益——不利,所以,权利保障的也是负利益——不利。但这些行为仍然被社会评价为“正当”,是权利。

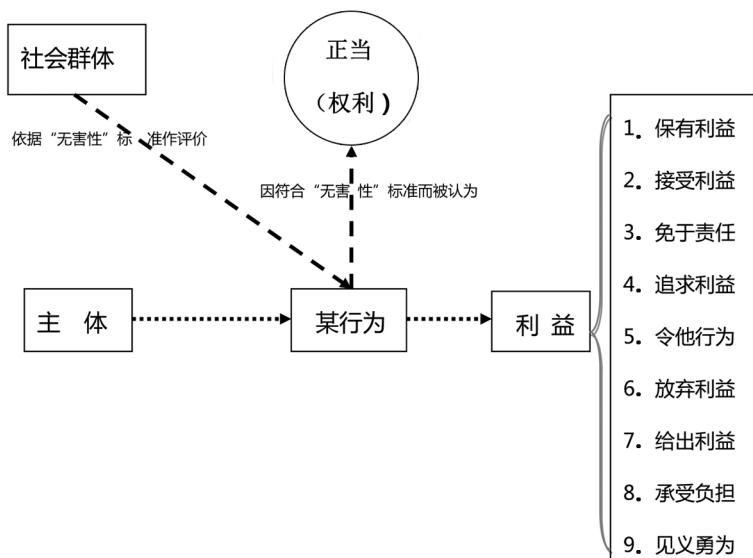
总之,利益,对于权利的成立、权利的运用而言并不是一个必要的要素。换句话说,不管有没有利益,都不影响权利的成立和权利的运用。因为归根到底,人们评价一个行为是否正当,并不关心该行为是否对行为人有利,而是看该行为是否具有损他性。^⑬

传统上功利主义法学以利益作为权利的本质要素虽然在一定意义上揭示了权利的作用,但作为权利的定义性解释,却是极不恰当的。这种解释根本问题在于,将权利的

^⑬ 参见张恒山:《法理要论》(第3版),北京大学出版社2009年版,第368-371页。

直接载体视为利益。实际上,权利作为一种评价性意见其直接针对的是人的行为,与人的行为相关联的才是利益。

我们可以用下面的图示来表示权利、行为、利益之区别:



此图清晰地表明,“权利”和“利益”大不相同。一个人可以通过某种行为去保有、接受、追求某种利益,也可以通过某种行为给出、放弃某种利益,当此人作此行为时,社会群体成员作为旁观者对该行为加以观察、评价,当该行为不损害他人利益时,社会群体就评价该行为是“正当”或“正当的”,即是“权利”。也就是说,社会群体赋予该行为以“正当—权利”之特性,并不关心该行为是否给该主体带来利益,而是关心该行为是否损害他人利益。社会群体所依据的这种“不得损害他人利益”这一标准,是一个典型的义务性标准,也就是义务规则。所以,权利的本体就是“正当”;“权利”被确认,是因为该行为符合一个先行确定的义务规则——“不得损害他人”。

五、权利与个人意志之区别

在西方学者对权利概念的阐释中,另一种颇为流行的做法是将其视为个人意志或个人意志的运用。这通常被称为“权利意志说”,更准确地说,这是权利之“个人意志说”。这也是给国内外法理学人们带来严重误导的解释。所以,本文不得不对权利“意志说”作一简要评价。

令人感到惊异的是,权利之“个人意志说”并不是某个特定的法学派别的学者们所特有关于“权利”的解释,而是由不同的法学派别的学者们在相当程度上带有某种共性的认识。以至,在哲理法学、历史法学、规范分析法学和新分析法学的学者中都可以看到企图以“个人意志”作“权利”本体之解说的努力。但是,由于这些学者们对法及其相关的基本问题持有不同的研究方法、认知思路、基本观点,所以,在“权利”这一基本概念

的解释上虽然具有某种共性,但实际上有很大的区别。黑格尔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel)、温德海得(Bernhard Windscheid)、凯尔森、哈特(Herbert Hart)是上述不同法学派别的代表性人物。所以,我们要分析的权利之“个人意志说”实际上可以分为四种:一种是黑格尔的权利意志说,一种是温德海得的权利意志说,还有凯尔森的权利意志说和哈特的权利意志说。

(一) 黑格尔的“权利意志说”分析

黑格尔的权利意志说强调的是个人的自由意志,这突出地表现在他对所有权的解说中。

黑格尔认为,人有自由意志,而物没有自由意志,人通过对物的占有,把他的意志体现在物中,从而使该物具有人所赋予的规定和灵魂,成为“为我的东西”,个人的自由意志由此得到外化和实现,就构成了所有权。^⑭ 简单地说,黑格尔认为,个人的自由意志就是个人获得权利——所有权——的依据。用一句很通俗的话来说,我把某物加以控制、占有,并自我认为“该物是我的”,于是,我就拥有对该物的所有权!

首先,黑格尔的自由意志说存在着偏向于个人主义的弊病。

黑格尔的关于人的自由意志观点,最先受到英国霍布豪斯(Hobhouse, Leonard Trelawney)的批判。霍布豪斯指出,“黑格尔研究这个题目时所用的类推法是不大适当的。说意志是自由的和说物体是有重量的意思完全一样。……但不管怎样,引力并不是物体,而是物体的一个属性,或者可以说是物体起作用的一种方式。同样,如果说意志确实是自由的,那当然不会是说自由等于意志或者意志等于自由,而是说自由是意志的一个特性或者意志起作用的一种方式的表现。但是在黑格尔看来,意志不仅等于自由,而且等于思想。”^⑮如果黑格尔的自由意志说不能成立的话,他的权利意志说当然也不能成立。

其次,黑格尔的依据自由意志说提出的权利学说也不能令人信服。说人将自己的意志体现在物中、将物据为己有是绝对权利时,这是一种非常武断的说法。一项财产所有权,不可能因某人主观意志将该物视为己有就宣告成立。如果一个人仅仅声称,我有对某物加以占有、支配的愿望,其他人不得阻碍我对该物的占有、支配,其他人是否因此就对他负有不阻碍的义务?如果另外一个人同样地声称对该物的占有、支配的愿望,对这两个愿望如何评判?从理论上说,两个愿望都是个人的自由意志的体现,两个自由意志是等值的,从自由意志论的角度如何确定哪一个愿望可以成为所有权的依据?自由

^⑭ “人有权把他的意志体现在任何物中,因而使该物成为为我的东西;人具有这种权利作为他的实体性的目的,因为物在其自身中不具有这种目的,而是从我意志中获得它的规定和灵魂的。这就是人对一切物据为己有的绝对权利。”“我把某物置于我自己外部力量的支配之下,这样就构成占有;同样,我由于自然需要、冲动和任性而把某物变为我的东西,这一特殊方面就是占有的特殊利益。但是,我作为自由意志在占有中成为我自己的对象,从而我初次成为现实的意志,这一方面则构成占有的正式而合法的因素,即构成所有权的规定。”[德]黑格尔《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第10页、第54页。

^⑮ [英]L. T. 霍布豪斯《形而上学的国家论》,汪淑钧译,商务印书馆1997年版,第135页。

意志论对这样的问题似乎束手无策。

再次,人对物谈不上是什么权利。人对物的控制只是一种事实上的强制,是人的力量优于物的表现,即,物被人的暴力所控制。如果对物的暴力控制本身就可以被称为“权利”的话,那么,当物的暴力控制住人的时候,譬如,龙卷风将人抛向空中、洪水将人裹挟在激流中,它们如果会像人这样表述,它们也会说,“这是我的权利”。如此,权利就变成了拥有武力、暴力或其他物理力量者的意志的代名词,或者说权利就成为武力、暴力、力量的代名词。这样的话,权利这一概念就因不存在道德含义而失去意义了。“权利”是人类所使用的语言,是人对人而用的概念。“权利”的要义在于表达社会群体对权利主体所从事的行为的态度——赞同,这种赞同态度的依据是权利主体所从事的行为对他人无害,而不是因为权利主体使用了暴力对物加以控制、支配。

最后,占有本身不是“权利”。黑格尔自己也觉得仅由个人自由意志就拥有财产权这种解释方式不太靠谱,所以,他又增加了一个关于财产权获得的新的要素条件——实际占有。“为了取得私有权即达到人格的定在,单是某物应属于我的这种我的内部表象或意志是不够的,此外还须取得对物的占有。通过取得占有,上述意志才获得定在,这一定在包含他人的承认在内。我所能占有的东西是无主物,这是不言而喻的消极条件,或者毋宁说,它涉及早已预想到的跟别人的关系。”^{①⑥}但是,从自由意志论的角度来看,对于形成所有权而言,先占并不是不证自明的规定。仅仅个人自己的意志,不足以阻止他人对物的占有要求,因为他人也有着将物置于自己控制下的自由意志。由于两个人的自由意志是平等的,对物的先占者并不能证明他的占有意志优于后来者的对同样的物的占有意志,所以,先占者不能证明他因先占而对该物拥有所有权。

黑格尔的所有权依据的自由意志说有价值上进步意义,它使人们认识到财产权是个人的独立、自由不可缺少的条件,从而有利于弘扬主体的自由。但人们因财产权而具有独立、自由的地位,这毕竟是财产权产生后的社会结果,它不是人们获得财产权的先行依据。我们不能倒因为果地将个人自由事实作为所有权的依据。

黑格尔的权利意志说的真正问题在于把权利主体的个人意志作为权利(所有权)的依据和本体——外化了的个人意志。实际上,“权利”的本体不是权利主体的个人意志,而是与权利主体同在的社会群体的共同意志。如前反复阐述,按照本文的观点,权利主体的个人意志能够支配其自身的行为,而行为本身不是“权利”,“权利”作为“正当”、作为社会群体的观念、意见之表现,是游离于权利主体的个人意志之外的现象,以至权利主体的个人意志并不能决定其行为是否具有“权利”之性质。

(二) 温德海得的“权利意志论”分析

在19世纪的历史法学派的形成过程中,德国的萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)与温德海得分别以个人的主观意志为本体对主观法意义上的“权利”进行阐释。其中温德海得的阐释被认为更为系统、完整。

^{①⑥} 前引^{①④},黑格尔书,第59页。

温德海得将所有权概念定义为：所有权本身是使人的意志对全部物的关系具有决定性的权利。^{①⑦} 这充分表现了温德海得对“权利”中的个人意志要素高度重视。温德海得更进一步将一般性的“权利”（主观法意义上的权利）定义为意志的力量，或者准确地说，是客观法认可的意志力量。^{①⑧} 当然，温德海得并不认为作为“权利”的主体的意志像黑格尔理解的那样自给自足、自我满足、无须借助或依附于法律规则。在温德海得看来，如果一个人为了自己的利益决定向他人实施强制、同时得到法律规范的允许，这就使该主体拥有一项主观权利。

温德海得阐释的“主观权利”实际上包含三大要素：

1. 主体的意志自由，这一自由表现就是自主决定是否行使法律赋予的特权；
2. 主体可以对权利加以处置，包括转让、变更或取消；
3. 主体的选择和决定都得到法律规范的允许和支持，并对他人造成强制。^{①⑨}

温德海得的权力解释遭到猛烈批评。反对者首先反对温德海得用“意志权力”给“主观法意义上的权利”作定义。“权力”是一种力量，其更偏重于表示物理意义上的强力。用“权力”来定义“主观权利”就把“权利”自身影影约约内含着的道义上的“正当性”完全遮蔽了，让人感觉它是一种赤裸裸的暴力。

其次，反对者指出，把“权利”定义为主体的自由意志，意味着只有具备自由意志能力者才能有权利，于是幼童或智障者等无法表达自己意愿的人就不可能享有权利了。这一隐含的推论，符合温德海得的阐释逻辑，但是令人无法接受。

另外，权利存在也并不完全取决于主体的自由意志。有时会出现这样情况，主体获得权利却并不知情，以至无法表现和行使自由意志，譬如继承人不知道被继承人去世，但并不影响他自此时起享有继承权，但在这里看不出什么主体的自由意志的力量作用。

所以，反对者认为，温德海得实际上是未能把“权利”与“权利的行使”加以区别，以至造成理解的混乱。换句话说，只有权利的行使才取决于主体的自由意志，而“权利”的成立和享有并不取决于主体的自我意志。^{②⑩}

温德海得对权利本体的思考同样地受到“一方拥有权利、另一方承担义务”这一既定语境模式的限制。在这一模式设定下，温德海得的研究思路必然是“拥有权利者对承担义务者可以做些什么”，以及“拥有权利者这么做的依据的是什么”。对前一个问题的思考结果必然是对权利拥有者可以选择的行为的一一列举；对后一个问题的思考结果必然是这些行为都是源自于个人的自由意志。

但是，一个人的自由意志只是其自我内心的一种想法，它可以驱动自我行为，在这个意义上我们可以说它是一种“力”、一种意志力，但它绝不是一种外在的物理力量，它如何能够对他人实施强制？温德海得在这里求救于客观法规范。他的解释是，这种意

^{①⑦} 参见 [奥] 尤根·埃利希《欧陆普通法律科学的历史化趋势》，马贺译，载《华东政法学院学报》2003年第5期。

^{①⑧} 参见前引⑥，雅克·盖斯坦等书，第133页。

^{①⑨} 参见前引⑥，雅克·盖斯坦等书，第133-134页。

^{②⑩} 参见前引⑥，雅克·盖斯坦等书，第134页。

志的自由行使获得法律规范的允许和支持。但是,这样一来引申出一个更麻烦的问题:法律规范的允许、支持同这种自由意志相比,哪一个才是“权利”之本体?如果“自由意志”是先存在的,法律规范只是给予其支持的一个附带性因素,那么,“权利”之本体就应当是“个人的自由意志”;如果个人的意志自由并不是先存在的,而是法律规范的允许和支持才得以成立和行使,那么,“权利”之本体从根本上说就不是个人的自由意志,而是法律规范所表现的意志——可能是国家意志,更可能是通过国家表现的社会群体意志。由于温德海得强调的是因为得到法律规范的允许所以使某主体获得一项主观权利,所以,合乎逻辑地说,温德海得所解释的“权利”之本体应当是国家意志或者社会群体意志,而不可能是个人主观意志。这可能是温德海得的“权利意志说”的根本性缺憾。

(三) 凯尔森的“权利意志说”分析

规范分析法学的创始人凯尔森的“权利意志说”有着鲜明的特色。他是在批判功利主义法学的“权利利益说”的基础上阐释他所理解的“权利意志说”。

凯尔森指出,在英国和大陆的德国、法国为代表的法学理论中都存在着把“法律”和“权利”二元化的倾向。英语中用“law”和“right”分别表示“法律”和“权利”,意味着承认两者不同。在德国和法国的法学理论中,分别用“客观意义的 Recht”“客观意义的 droit”表示“法律”,用“主观意义的 Recht”“主观意义的 droit”表示“权利”。凯尔森认为,这种二元化倾向是不对的,^{②①}所以,他试图对二者作统一解释。凯尔森认为,同样用“Recht”“droit”来表示“法律”和“权利”,这意味着两者一定存在某种联系。但是,“将客观意义上的法律、调整人的行为的规范体系或这一体系的一个规范,在某种情况下,当作是一个国民的权利、一种主观意义上的法律,其理由是什么?”^{②②}

凯尔森分析,权利作为主体的一种意志,同时又是主观意义上的法,只能在如下意义上理解:在民事法律领域,一方根据法律规范的规定,对另一方的违法(违约)行为提出诉讼,这是要求法院对违法人加以制裁的个人意志表示,进而推动了法院作出制裁不法行为人的判决,这就是个人主观意志使规定制裁的法律规范得到适用、实现,从而使个人主观意志表现为法律,这种主观意志就是“权利”。^{②③}

也就是说,凯尔森坚持分析实证主义法学的一个重要的基本观点:法的要点是对违

^{②①} 参见前引⑦,凯尔森书,第88页。

^{②②} 前引⑦,凯尔森书,第91页。

^{②③} “一个契约当事人之所以有对另一方的法律权利是因为:法律秩序使制裁的执行不仅要依据一个契约已缔结以及一方没有履行契约的事实,而且还要依靠另一方表示了应对不法行为人执行制裁的意志。一个当事人通过在法院里向另一方当事人提起诉讼来表示这样一种意志。在这样做时,原告就推动了法律的强制机器。只有通过这样一个诉讼,法院用以确定不法行为,即违约和下令制裁的程序才得以开始。这是民法的特种技术的一部分。作出制裁的条件之一就是要依靠一方已提出诉讼,这意味着一方已宣布了他认为上述程序应开始的意志。当事人有使用规定制裁的有关法律规范得以实现的法律可能性。因此,在这一意义上,这一规范就成了‘他的’法律,意思就是他的‘权利’。只有在法律规范具有这样一种关系时,只有在法律规范的适用、制裁的执行,要依靠指向这一目标的个人意志表示时,只有在法律供个人处理时,才能认为这是‘他的’法律、一个主观意义的法律,这就是指‘权利’。只有这样,权利概念中所意味着的法律的主观化、客观意义的法律规范作为个人的主观意义的权利的体现,才是有根据的。”参见前引⑦,凯尔森书,第92-93页。

法的制裁。凯尔森认为,规定制裁的是一般的法,只是在特定情况下由权利人的意志推动了法律制裁的实施,导致具体的制裁施加于某个个人,这种引发制裁的个人意志就是法——主观意义的法。

最简单地概括凯尔森的意思,对不法行为提出制裁要求、并推动法院作出制裁行为的个人的意志就是“权利”。这样,在凯尔森这里,个人意志——权利——主观的法,这三个概念的统一的问题似乎得到解决。

凯尔森对“权利”的解释重在于说明作为客观存在的法律与作为个人主观意志支配的权利的内在统一性。通过这样一种解释——由个人意志引发对违法行为的诉讼、进而推动司法机构作出具有法律效力的对违法者的制裁判决,凯尔森似乎成功地阐释了“权利就是个人主观意义上的法”这一大陆法学的传统命题。

但是,凯尔森的解释之缺憾在于以下几点。

第一,他的解释可以适用于民法,但不能适用于刑事法律。显然,在刑事诉讼领域,启动诉讼、提出判决要求的都不是个体权利人的意志作用的结果。

第二,凯尔森的权利解释注重于其可以引发诉讼、制裁的法律后果,但是,在实践中,有许多情况并不需要启动制裁程序,它只是涉及到一个主体行为做或不做的选择,人们同样把它视为“权利”。人们在日常生活中,依据“权利”作出对某种行为的做或不做(譬如对某物买或不买)的选择,或者依据他人的“权利”作出相应的行为选择(譬如不在他人的农地上放牧牛羊),这些都不引发诉讼程序,但“权利”在其中对人的行为起着引导、规范的作用,这是凯尔森的“权利”解释所不可能包含的内涵。凯尔森把启动制裁机制引入到“权利”概念的解释,实际上大大压缩了“权利”概念内涵的广泛性。

第三,凯尔森的权利概念的缺憾还在于,他首先强调的是法律的存在,有了既定的法律对违法的制裁的规定,然后个人意志能够启动这种制裁程序,就是“权利”。这种以实证法的存在为前提的“权利”,最令人生疑的是:这种“权利”的依据是什么?这个疑问的更完整的表达是,实证法是谁来制订的?制订实证法的人根据什么理由或标准赋予或不赋予一个法律主体以“权利”?这个问题更进一步的延伸是:“权利”是立法人创设的,还是先于立法而存在、只是由立法人通过立法的方式加以承认的?对这些疑问,在凯尔森的理论框架中几乎是无解的。

如果接受凯尔森的“权利”解说,就不可能有“人权”概念。因为当代大多数主张“人权”的学者都认为人权是先于国家法律而存在的东西,国家的实证法只是对既有的人权现象加以承认和保护,法律并不能创设人权。凯尔森的“权利”概念既然不能用于对“人权”理解和阐释,其适用的范围就大受限制。

实际上,“权利”在大陆一些国家与“法”同源同词,被认为是“主观意义上的法”,乃是由于人们在各自的主观意志支配下可以就“权利”名义下的行为作不同的选择,并且伴随着不同的行为选择都会产生对他人的不同的、具有法律效力的约束力,所以,对被约束人来说,“权利”似乎就是取决于“权利人”主观意志的改变而产生不同的约束义务的“法”。而作为法律规范体系的法,对于每一个受此规范体系约束的人来说,则是有

着确定的规则的定在物,其中关于在什么情况或条件下一个人应当做什么或不应当做什么的规定是不以任何个人意志而改变的,所以它是外在于每一个个人的客观定在,是一种“客观意义上的法”。循此解释,简单明了,完全不需要凯尔森为解释作为“主观意义上的法”的“权利”而引入的启动制裁的要素。

(四) 哈特的“权利意志说”分析

新分析法学的创始人哈特另辟蹊径以个人意志为主题对“权利”加以解释。

和凯尔森相似,哈特也不赞同发端于功利主义法学的权利利益论——尽管他高度赞赏边沁的法学贡献。哈特一方面限定自己的权利概念是在与另一人的义务相关意义上而言的,另一方面提出要以一种类似“主权”“主权者”的观念来看待“权利”“权利拥有者”。“抛开功利主义的利益或预期利益观念,如果我们要重新描述这种特殊的个人关系,就需要一种不同的观念。这一观念是这样:当一个人根据法律在或大或小的范围内排他性地控制另一人的义务时,在该义务所涉及的行为范围内,拥有权利的人相对于义务承担者而言就是一个小范围意义上的主权者。这种控制下的全部处置措施包括三种各不相同的方式:(1)权利拥有者可以放弃或取消该义务,或者对其不闻不问;(2)一旦出现违反义务或即将违反义务的情势时,权利拥有者可以置若罔闻,也可以通过诉讼请求赔偿或在某些案件中为制止进一步违反义务而请求法院发布禁令或强制执行令来强制义务履行;(3)权利拥有者也可以放弃或取消因义务人违反义务而导致的赔偿责任。”^{②4}权利拥有者在上述三种情况下作任何一种对他人义务的处置选择都会得到法律的尊重。

简要地概括哈特的权利概念,权利就是得到法律尊重的、权利者对与该权利相关的他人的三个层次的义务的任意处置选择。

哈特的权利解释包含几个关键要素:

1. 排他性地控制另一人的义务;
2. 在三个不同层次分别选择决定是否要求履行义务;
3. 上述任何一种对义务的处置都得到法律尊重。

哈特的权利解说之所以被归入权利意志论范列,就是因为这种对他人义务的处置选择取决于个人意志,是个人意志的表现。

哈特的权利解释的不足表现在以下两个方面。

第一,这一权利解释的适用范围有着很大的局限。哈特自己也意识到这一点。所以,哈特主动声明上述权利概念的解释不适用于刑事法律中的权利现象。“显然,并非所有的利益或期望利益与另一人的法律义务相关的人都享有这种独特的关联着义务的主权地位。仅仅就受到刑法保护的人而言,他无权免除另一人的义务,即使在英格兰,一个人在理论上被授权与其他任何公权机构成员一道控告犯罪,但无论所控告的刑事法律义务是被强制执行还是没有强制执行,他都没有那种免除被控告者的义务的独特

^{②4} H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theories*, at 183-184 (Clarendon Press, 1982).

的决定权力。”^⑤

哈特的权利解释最适合于民法中的债权、契约中的当事人的权利,它不仅不适用于哈特自己所说的刑法领域,即使对民法领域的人格权、所有权之类的权利也难以适用。

一个仅仅涉及权利人自身活动的权利,譬如说,休息权,并不明确地与某特定人的义务相关,所以,这种权利无法通过对相关义务的处置来体现。更何况,权利人自我在休息或不休息之间作选择,同样是权利可供选择的内容,而这不表现为对义务的处置,但这确实是权利人根据自我意志行使权利。

第二,如同前述批评者对温德海得的主观权利解说的批评一样,哈特围绕着对他人义务处置所做的权利解释,更准确地说是权利的行使、权利的作用的解释,而不是对“权利”自身的解释。一个人依据“权利”可以对他人的义务做排他性、独断性的控制,可以自主地对他人不同层次的义务作选择性处置,这都是因为“权利”先行存在引出的作用、结果。你不能在没有解说“权利”自身究竟是什么之前,用“权利”行使所引出的结果去说明“权利”。譬如说,你要给别人解释什么是“枪”,你就要解释枪的形状、质料、构造等自身特征要素,而不能仅仅用“枪是可以打死人的”这样的功能性描述作搪塞。人们不可能从导致人死亡的器械之作用去反推什么是“枪”。因为导致人死亡的器械还有箭、刀、矛、戈、棍等等。哈特用对义务的控制、处置来解释“权利”,显然还是没有抓住“权利”之要领。

(五) 对权利个人意志说的小结

温德海得、凯尔森、哈特,在以个人意志解说“权利”时,都没有讨论一个最重要的问题:为什么一个个人的意志能够得到法律的承认,以至可以强制另一人服从或启动法院的制裁程序。

这里最关键的是,法律为什么要支持这个人的意志?这才是权利的本源问题。

仅仅说权利是被法律承认的个人意志,权利是法律支持的个人意志选择,都是解释权利被使用而导致的结果。“一个人的意志为什么被承认”这个问题不解决,权利之本源就是不清晰的,尤其是,依据分析实证主义法学的思维,法是主权者的命令,于是,权利作为法所承认的东西,当然也是主权者的命令的结果。“权利取决于主权者的意志”这一解释让当今世界沉湎于人权解说的法学者们怎么也不能接受。

一个人的个人意志不可能对他人的意志造成约束、强制,因为他人的意志和该人的意志是平等的。所以,我作为和他人平等的主体,任何其他人以自己个人意志为根据要求我做什么、命令我做什么,我都可以不理睬他——让他的要求、命令成为无谓振动的空气。

但是,如果我生活于中的社会群体以其群体意志为根据、在某种情况下要求我做什么、命令我做什么,我不能不理睬——我必须服从这种意志要求、命令作出相应的被要求、被命令的行为。

^⑤ *Id.*, 184.

为什么我要服从群体的意志?这是一个需要另文加以详细辨析的复杂问题。在这里,笔者只能简单地解释:如果在某种情况下、社会群体对其他某人提出某种要求、命令,而我作为旁观者认为这种要求、命令是正确的、合理的、是被要求者所应当遵从、服从的,那么,社会群体在同样的情况下对我提出同样的要求、命令时,我就应当遵从、服从。

更进一步,如果社会群体并不直接向我提出要求、命令,而是委托某人向我提出要求、命令,那么,我就要遵从、服从该人向我提出的要求、命令,作出相应的行为。在这里,我服从的表面上是那个特定的个人意志,实际上,我服从的是社会群体的意志——社会群体的意志间接地通过那个特定的个人意志得到表现。所以,在这里,我服从的并不是那个个人的意志——作为平等的个人我不需要服从他的意志,而是群体的意志。

群体意志的“可恶”之处在于,它不仅委托某人向我提出要求、命令,还委托该人自主决定:不向我提出要求、命令,以至在笔者看来,实际上也包括温德海得、凯尔森、哈特等人看来,我的行为完全听命于该个人。本来我的行为是由我自己的意志决定的,但现在,我的行为由这个所谓的“权利人”来决定了,似乎该人就是决定我行为的高高在上的主宰。但实际上,这仍然是假象。真相是,群体意志伪装成个人意志决定:不向我提出要求、命令。所以,实际上,无论我是被要求、被命令,还是不被要求、不被命令都是群体意志的表现。那个具体向我提出要求、命令或者不提出要求、命令的个人,都不过是代表群体作出决定。可以认为,社会群体比较懒惰,不愿意事事作出决定,而是把一些在自己看来并不特别重要的事务委托给个人去做决定,但是,无论该个人作出什么决定——做或不做,要求、命令,或不要求、不命令——群体都把这个决定视为自己作出的决定,即群体意志的体现。

因此,表面上看来,决定我如何行为的是那个特定的个人意志,实际上,决定我如何行动的而是社会群体的意志。所以,构成对我行为约束的权利表面上是个人意志,实际上是社会群体意志。所以,权利的本质、本体是社会群体意志,而不是什么个人意志。凡是以个人意志为原点、出发点去解释“权利”的,都注定要落进迷惘、困惑的陷阱。

另外,我们从社会群体与权利主体的关系来看,社会群体是委托者,权利主体是被委托者,社会群体委托权利主体作决定:就某种行为做或不做;对相对的行为人要求、命令,或不要求、不命令,权利主体作出任何决定、选择,社会群体都对之加以赞同——如同是自己作出的决定、选择。

所以,“权利”不过是社会群体对“权利主体”作出行为决定、选择的委托承诺——社会群体承诺:你(权利主体)作出任何行为决定、选择我们都加以赞同、认可,并协助乃至保证你所决定、选择的行为得到实行。

反过来,一个人享有一项“权利”,意味着获得了社会群体颁发的、代替群体作出行为决定、选择的委托承诺——社会群体承诺:你(权利主体)作出任何行为决定、选择我们都加以赞同、认可,并协助乃至保证你所决定、选择的行为得到实行。

所以,简单地说,“权利”就是社会群体对个人(权利主体)作出某项行为决定以及相关的要求的承诺性赞同。

一个人享有某项“权利”,意味着该主体获得(或拥有)社会群体对自己作某项行为决定以及相关要求的承诺性赞同。

不过,社会群体的这种赞同性意志不是通过群体大会向每一个体宣布决定的方式来表达的,而是通过将群体意志归纳为法律规则的方式来表达的。

社会群体通过建立国家立法机构把自己的意志概括、归纳为法律规则,并将法律规则明文公之于众。法律规则规定:“在某种情况下,一个主体有作某行为的权利。”这就意味着,社会群体通过法律规则的方式向全社会宣布,在出现所规定的情况时,我们(社会群体)对该主体所作出的关于该项行为的决定(做或不做该行为)以及与该项决定相关的对他人的要求都将表示赞同、支持。在这里,法律规则表达的是社会群体将会赞同未来的“权利主体”作出行为决定、选择的承诺。这时,只是规则,只是承诺。

当在社会实践中,法律规则所规定的情况发生了,现实中的某个主体就实际上获得了、拥有了社会群体所预先承诺的赞同:该主体无论就该行为作出什么样的决定选择都处于社会群体坚定不移地赞同、支持中,换句话说,该主体无论就该行为作出什么样的决定选择都笼罩在社会群体赞同意见的光环中。

现实实践中(注意:不是在法律规定中),一个人享有或拥有某行为“权利”,就是指该主体作某项行为决定以及相关的对他人的要求都处于社会群体的赞同、支持中。

最简单地,“权利”是社会群体的赞同性意见,而绝不是个人的自我意志或要求。

在这里需要进一步强调的是,千万不要把“权利”视为一个人行为的原因或根据。许多法学著作解释“权利”时都使用这样的表达方式:“权利使人可以做(某行为)”。给人产生的误解是:因为有了权利,人们才能够做某种行为。实际上,人们做某种行为或者不做某种行为,通常和有没有权利没有什么关系。一个原始人没有什么权利意识,与他同在的氏族成员们也没有什么权利认知,他自己决定沿着风景优美的小路散步,根本不需要考虑这是不是权利。一个现代人当然有着非常“进步”、非常“现代”的“权利”观念,他完全知道自己拥有散步的“权利”。但是,当他沿着那条原始人曾经走过的小路散步时,绝不是出于“这种散步是权利”的考虑。在启动散步这种行为的时候,这个现代人与那个原始人相似,都是受小路两边优美的风景所吸引。欲望启动意志,意志启动行为——这与“权利”没有丝毫关系。同时,现代人和原始人一样,使他双腿沿着小路迈动、双眼左右扫视沿途风景的是他健康的肢体产生的物理力量,这与“权利”同样没有丝毫关系——权利并不能给他双腿迈动、双眼扫视的能力。如果这个现代人是“美盲”,完全不认为小路两边的风景有什么值得欣赏之处,完全没有去欣赏小路沿途风景的欲望,这个“散步权”对于他来说就毫无意义。同时,如果这个现代人瘫痪在床,毫无行动能力,这个“散步权”对于他同样毫无意义。但是,反过来,即使法律上从来没有规定他有散步的权利,这并不会影响或阻止他在兴之所至、且体力尚可时前去散步。“权利”并

不增加他的散步兴趣,也不提升他的散步能力。

“权利”名义下的某项行为的做或不做,表现为、取决于个人自我意志,但“权利”本身、本体只能是社会意志,是社会群体的赞同性意见。

所以,“权利”表现的是社会群体与“权利主体”之间的关系、联系,而不是——至少首先不是——权利主体与义务主体之间的关系、联系。凡是用“权利人”与“义务人”为关系背景去解释“权利”的,也都注定要落进迷惘、困惑的陷阱。

Abstract: The existing interpretations of right tend to explain right with the functions and effects of right. In fact, they are not the interpretations of the ontology of right. The ontology of right is the phenomenon of ideology, and it is the sympathetic evaluation opinion of the society for certain behavior, which is the origin of the national legislation to confirm that “a certain behavior is a right”. To recognize the phenomenon of rights, we must pay attention to the three different usages and meanings of the verb “be”. Through the distinction and analysis of right and behavior, general right and specific right, right and interest, right and individual will, we can truly understand the ontology of right.

(责任编辑:李小明)