

第一章

权利政治的理论阐释

一、权利是什么

“权利”是一个普遍的、用得最频繁但歧义也最多的概念。早在 20 世纪初，新西兰的分析学派法学家萨蒙德（Salmon）即曾指出：“权利—义务”一词已被用得太过分了。它常被用在实际上并不相同的关系中，从而造成了法律辩论中的混乱。”英国学者沃克在《牛津法律大辞典》中亦表达了同样的无可奈何的感叹：“权利（Right）——这是一个受到相当不友好对待和被使用过度的词。”自古罗马人在“私法”中明确使用“权利”一词开始至今，到底有多少人给权利下过多少次定义，似乎还没有哪个有心的人作过具体

〔新西兰〕J.萨蒙德：《法理学》，英文第 9 版，第 299 页。转引自沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 146 页。

〔英〕戴维·M·沃克：《牛津法律大词典》，光明日报出版社 1988 年版，第 773 页。

或确切的统计 但就目前学界所掌握的现有资料分析 仅从国外引进的为大家所耳熟能详的、津津乐道的权利概念或定义就不下十余种。近 20 多年来 中国法学界在‘外来’权利理论的影响与启迪下，对权利所作的变种定义更是五花八门，仁者见仁，智者见智。但其中有一点可以肯定的是 无论中外哪一位思想家或法学家、学者对权利所作的定义诠释都未获得普遍的或一致的共识；而且每一种权利定义均遭到过批评或质疑。难怪有学者深有感触地说，研究权利概念 给权利下定义性解说 常常被认为是一件出力不讨好的事。为什么会出现这种现象 笔者认为 第一“，权利”现象不仅仅是法学的研究对象 它同样还是政治学、伦理学、历史学、经济学的研究对象 研究的角度不同 学科思维定式不同 给出的定义也自然带有“偏见”。第二 权利及其现象在人类社会历史的长河中始终处于不断的流动之中，其根基深植于所处社会历史时代的经济、政治、伦理、文化、传统中而不是某一个静止的不变的社会历史的特定时期、阶段。思想家、学者们对权利的研究不能不受到历史的、由其所处时代的经济、政治、传统、文化、伦理等的影响与制约 每一个时代都会产生出一种新的权利问题与现象 每一代新人亦都会面临着对新的权利问题与现象的思考，故给出的权利答案不同也即在所难免了。第三，权利及其现象是人们社会现实生活中碰到的最普遍、打交道也最多的词汇和用语，而且在法律文本中、在每一个人自己的权益生活中，权利差不多是一个不言而喻的、最基本的词语，或是最低的公分母。然而真要打破砂锅问到底 问一问权利究竟是什么 连哲学家康德也认为这‘就像问一位逻辑学家一个众所周知的问题‘什么是真理’ 同样使他感到为难。

他的回答很可能是这样 且在回答中极力避免同一语的反复 而仅仅承认这样的事实，即指出某个国家在某个时期的法律认为惟一正确的东西是什么，而不正面解答问者提出来的那个普遍性的问题”。常识、常理、常知告诉人们 愈是明白易懂、简单普通的事物 愈蕴藏着更深刻、更复杂的内容 因而亦愈难准确把握和理解其本质，这也就是为什么愈貌似简单的常识或公理愈难以证明的内在原因。

然而 其一 从认识论的角度说 对事物的认识不仅要知其然，重要的是知其所以然。只有把握事物的本质，才能更好地认识事物 利用事物。其二 从科学研究的角度说 对事物的观点与看法不同 就直接影响对事物所持的态度和观念 结果就使得学者之间无法进行沟通 若各自把权利使用在实际上并不相同的关系上 造成法律辩论中的混乱和误解就是不可避免的事了。鉴于此，美国当代著名哲学家范伯格 又译费因伯格 主张把权利这个概念当做“简单的、不可定义的、不可分析的原始概念”看待 因为要为权利下了形式的定义，都将产生使平凡的东西变得有些毫无必要的神秘莫测的效果。所以范伯格建议不要试图给“权利”下什么形式上的定义。不过 从哲学的角度 现象虽是纷繁复杂的 但只有透过现象看清本质 才是哲学家的最终使命 才是科学研究的最终使命。所以 我相信 只要努力去认识事物 不断地揭示事物 那怕仅仅从一个侧面、一个局部、一个角度向揭示事物的终极本质迈进了一小步 也不辱哲学家的使命 不辱一个学者的使命。

〔德〕康德：《法的形而上学原理》 萨蒙德：《法理学》 英文第9版 第299页。
转引自沈宗灵：《现代西方法理学》 北京大学出版社 1992年版 第146页。

〔美〕范伯格：《自由、权利和社会正义》 王守昌、戴栩译 贵州人民出版社 1998年版，第91—92页。

{ 一 权利的本质与评说

客观地说,就权利的本质理论介绍较全面与系统的还是张文显先生在 1993 年出版的《法学基本范畴研究》一书。在书中他介绍了目前国外,当然也是国内影响最为广泛、最具代表性与主导性的八种权利本质学说,这就是资格说、主张说、自由说、利益说、可能说、规范说、选择说。针对权利定义的复杂性,庞德说,还没有任何一个词有这么多的含意。因此庞德总结性地指出了作为一个名词的权利曾被用于七种意义,即:

第一,它指利益,这里权利可以解释为某一特定作者认为或感到基于伦理的理由应当加以承认或保障的东西,它也可以解释为被承认的、被划定界线和被保障的利益。

第二,指法律上得到承认和贬低划定界线的利益,加上用来保障它的法律工具,这可以称为广义的法律权利。

第三,指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。即狭义的法律权利。

第四,指一种设立、改变或剥夺各种狭义法律权利从而设立或改变各种义务的能力,最好称之为法律权利。

第五,指某些可以说是法律上不过问的情况,也就是某些对自

张文显:《法学基本范畴研究》、中国政法大学出版社 1998 年版,第 91—92 页。
同时,还可参见徐显明:《论权利》,载《文史哲》1991 年第 4 期。

在《通过法律的社会控制》中,庞德是作了六种意义的划分,即把第五种自由权与第六种特权并列作为一种意义上的权利,笔者认为自由权与特权是两个独立的、几乎不相同的权利,故笔者为更明确起见,把自由权与特权分开,单独划为一类权利,故有七种意义之分(参见庞德:《通过法律的社会控制法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆 1984 年版,第 46—48 页。)

然能力在法律上不加限制的情况即自由权。

第六，指在某些特定场合下不过问的特殊情况，这就是在特定场合下免除对过错所负的责任。这些最好称之为特权。如偏离的权利，即当公路不能通行时，无害地通过毗连地面的特权；紧急情况下的特权等。

第七，权利还被用在纯伦理意义上来指什么是正义的。

庞德特别强调指出：“利益、利益加上保障这种利益的法律工具、狭义的法律权利、权力、自由权和特权 这六者在任何细心的思考里 都需要加以区别。”细心地思考之后 会发现庞德对权利六种意义上的经典性概括实际上是对权利历史中存在过的诸种学说的归纳、总结，它包含着利益说、法力说、要求说 或主张说 自由说、规范说、选择说。上述权利学说对现当代中国法学界，尤其是法理学界之权利理论影响深远、巨大，以致中国法学界对权利本质的认识，要么是对某一学说的肯定与认同，要么是对相关学说的概括与折衷。下面列出中国法学界对权利本质的认识的主要理论以作比较与评析之素材：

第一，1980年上海图书出版社出版的《法学词典》第1版中对权利一词的释义是：“法律赋予人们享有的某种权益，表现为享有权利的人有权做出一定的行为和要求他人做出相应的行为（义务）

第二，1981年北京大学出版社出版的由陈守一、张宏生主编的《法学基础理论》对权利的释义是：“法律关系的主体具有自己这样行为 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。”

第三，1982年法律出版社出版的由孙国华主编、沈宗灵副主编的《法律基础理论》对权利的释义是：“法律规范所规定的、法律关系主体所享有的做出某种行为的可能性... ..” 1988年人民出版

社出版的郭道晖的《民主、法制、法律意识》一书对权利的释义是：“法律上的权利是指体现统治阶级意志的法律所确认和保护的法律关系的主体所具有的一种权能。”

第四，1984年出版的《中国大百科全书 法学》对权利的释义是：“法律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。”上海辞书出版社出版的《法学词典》1989年第3版对权利的释义是：“法律上关于权利主体具有一定行为或不作为的许可。”（第288页）

第五，1988年北京大学出版社出版的由沈宗灵主编的《法学基础理论》对权利的释义是：“法律关系主体依法享有的某种权能或利益。”

第六，1994年中国人民大学出版社出版的由孙国华主编的《法理学教程》与同年高等教育出版社出版的由沈宗灵主编、张文显副主编的《法理学》对权利的释义是：“法律所允许的权利人为了满足自己的利益而采取的，由他人的法律义务所保证的法律手段。”

第七，1991年群众出版社出版的由徐显明主编的《公民权利义务通论》和2000年高教出版社与北京大学出版社出版的由张文显主编、李龙等副主编的《法理学》对权利的释义是：“权利意指法律关系中的主体以相对自由地作为或不作为的法定方式获得利益的一种能动的手段。”1993年吉林大学出版社出版的张文显主编的《马克思主义法理学》和1994年张文显的《法学基本范畴研究》对权利的释义是：“权利是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的手段。”

第八，2000年法律出版社出版的周永坤著作《法理学——全球视野》对权利的释义是：“权利是为社会或法律所承认和支持的

自主行为和控制他人行为的能力，表现为权利人可以为一定行为或要求他人作为、不作为，其目的是保障一定的物质利益或精神利益。”

第九，1998年山东人民出版社出版的程燎原、王人博等著《赢得神圣——权利及其救济通论》（第2版）对权利的释义是：“权利就是由自由意志支配的，以某种利益为目的的一定的行为自由。”

第十，1999年山东人民出版社出版的张恒山的《义务先定论》一书对权利的释义是：“主体为追求或维护利益而进行选择，并因社会承认为正当而受法律和国家承认并保护的行为自由。”

尽管中国学界对权利的定义存有较大差异，即在解释权利时，用权益、许可与保障、能力或资格、可能性、权能或利益、法律手段、手段、能力、行为自由等来表示权利的本质，但总体上看，无疑都可归结为利益说、力量说、资格说、可能说、自由说。不过从中国学者对权利所下的定义看，往往不是单纯强调某一个方面或要素，而是对不同学说的调和与折衷。

在笔者看来，中外学者对权利本质所作的上述阐释均遭到质疑或批评：

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。资格说的最大价值在于注意到了主体享有权利应具备的条件，也就是有无权利的前提在于主体是否具备或符合某些条件。确实，权利主体之所以享有权利，能够行使和实现权利，即是因为权利主体具备或符合法律、道德等规定的条件。可是，这些条件并非只有权利人才具备，在很多情况下，义务人履行义务也必须具备法定条件，不是一切主体都可以成为义务人，如纳税的义务，只有义务人的合法收入符合法律规定的纳税条件即资格，才能履行纳税义务。服兵役的义务也只有具备或符合《兵役法》规定的年龄条件、生理或身体无严重缺陷

或严重残疾的条件才能有资格服兵役。显然，义务也是一种资格，换言之 在一定条件下 资格即义务 义务即资格 某人有义务 也即意味着某人有某种资格。所以把权利释义为资格，就无法在某些情况下与作为资格的义务相区别。许多学者质疑资格说时指出其最大缺陷是定义循环，有其道理；但并不是最致命的，致命的是资格说无法说清楚同具资格的权利与义务如何区分，更没有说清楚资格的来源是什么、资格是否为正当，难道不正当的资格也具有权利吗？

主张说或要求说则认为权利就是法律上有效的、正当的、合法的理由要求。拥有权利者的确可以有效地要求或主张相对义务人作或不作某种行为，从该意义上说权利就是一种有效的要求。所以主张说或要求说看到了权利与义务之间的内在联系。但是，其一，有的权利却不见得必然表现为要求，如人身权、人格权或所有权等绝对权，只要非特定义务人不去侵害、干涉，就不会以要求之形式表现出来，但并不意味着权利人不拥有绝对权利。其二，有效的要求即为权利，那么则会出现要求的有效性判断问题，如有效的根据何在？判断的主体是否合法有效？判断主体的判断有效的标准是什么？而这些都是将直接影响是否有效的问题。如果把无效的判断为有效，那么无效的要求能否就成为权利？假若原告与被告都提出了有效的要求，都有平等的权利，而当其中一方的有效要求被驳回不被承认和保护时，是否违背权利平等保护原则？其三，情况往往是有‘权利’才能要求或主张 无‘权利’则无权要求或主张，显而易见，权利是主张或要求的依据，主张或要求则是权利外在的表现形式。其四，有些权利主体不可能提出有效的要求，如婴儿或精神障碍者，但他们仍然拥有权利；有的权利主体永远不可能提出有效的要求，如死者，但他们仍依法享有某些权利如死者名誉权、著作权等。其五，有效的要求旨在说明一个人只要能够以令人信

服的证据证明他应当得到某种利益或服务，摊而事害五这并不总是构成一项权利 因为即使强有力的证据足 V “也是不充分的。例如，即使提出有力的证据，证明在饥荒年景或团热涛时期应当储备粮食或为公众提供住房，这个证据博得公众的好感，但不能仅仅因为这些证据有价值即可得出一个人有食物的权利或有住房的权利的结论。再比如，在中国城乡户籍分割制度的前提下，即使一个人有足够令人信服的理论，有效要求国家立法机关在法律上赋予公民自由迁徙的权利，也不可能得出公民享有自由迁徙的权利。其六，用要求释义权利，有循环定义之弊，这使得人们寻求权利却被指向要求，然后人们又转过头来去找权利，这种令人头晕目眩的兜圈子游戏 有的学者批评为“文章华丽 劳而无功”。范伯格断言对这种追求哲学上“形式定义”的文字游戏将会毫无结果。

自由说则把自由看作权利的本质即认为权利即自由。自由说的价值在于揭示了权利的自由价值，即权利主体的意志自由与行为自由，主体的权利行使是出于主体的自由意志与免受一切非法的干扰的行为自由，正是在此意义上，自由说才是成立的。对自由说的话问是权利并非都是自由，权利是居上位的属概念，自由则是处下位的种概念，自由说面临的最大困难是如何区分权利与自由。其实 自由与权利是不同的两个概念 主要区别在于 其一 在来源上，凡是被明确称作权利的都源于法律的明示，法律上未明示、未认可或承认的权利一般称之为自由；而自由除了法律的明示外，还来源于法律推定，即法不禁止即自由。法国《人和公民权利宣言》第 5 条规定：“凡未经法律禁止的一切行动 都不受阻碍 并且任何人都不得被迫从事未经法律命令的行动。”这里，我想指出的是，“法不禁止即自由”能否转换为“法不禁止即权利”自由者 自主也，法律不禁止的即表明法律不予干涉或强迫，故主体可自主、自由；然而这种自由、自主毕竟未受法律之限制，故极易导致自由滥

用而造成一定社会不利之后果，所以法律不是不禁止，而是视自由是否被滥用以及滥用的程度而定，因此法不禁止的自由可以被克减。但是 权利一旦赋予主体 换言之 凡法所不禁止的就是权利，那么在本质上权利只可受限制而不得被克减，而且还要求社会、国家提供积极的措施、条件以满足权利实现的需要。而自由只可要求国家不干预而不必然要求国家提供积极的行为。这也正是自由与权利的区别之二，即与权利的关系不同，自由与权力的关系总体说来是排斥性的，自由排斥国家权力的介入，凡自由的东西一旦被权力介入即意味着不自由。而权利与权力的关系既有排斥性又有互助性，权利既排斥权力的非法干预，也要求权力积极作为，为实现权利创造政治的、经济的、文化的各种条件。其三 在内容上 自由是权利的内容 即自由权。一般而言 以人的行为、思想、情感为内容而与物质利益无直接联系的权利，都表现为自由，如言论自由、出版自由、结社自由、居住自由、书信秘密自由、信仰自由、宗教自由、行为自由、身体自由、学术自由等。凡是与物质利益直接联系的都径直称之为权利 如财产权、债权、知识产权、继承权、社会权等。其四 从价值上说 自由是权利的价值 权利的享有、行使、实现都最终在于人的自由价值的实现，马克思所设想的社会就是一个自由人联合的社会，在那里，每个人的自由发展是其他人的一切自由发展的条件。可见，自由与权利是存有极大差异的。另外，一方面 在有权利的时候 并非总是自由的 如亲权、监护权 是一种权利，却更是一种责任、一种不自由。另一方面，在有自由的时候，亦并非指称为权利，如恋爱自由，男女双方不得以任何方式强迫对方接受自己的爱情，因为任何一方的情感意志与情感表达都是自由的。倘若把恋爱当作一种权利，那么对方就有义务接受对方的情感而做对方爱情的奴隶，如此一来恋爱还是自由的吗？

利益说认为权利是法律所承认和保护的利益。利益说之最大

价值，用美国著名法学家庞德的评价就是，“通过使人们注意权利背后的利益，而改变了整个的权利理论。”权利享有与行使在很多时候是基于利益之目的，利益关系上升为法律就是权利义务分配与衡平关系。许多利益在法律上可直接冠之以权利，如生命权（生命的权利）、名誉权（名誉的权利）、财产权（财产的权利）等等。然而，利益与权利也不是完全等同的，二者的区别在于：第一，从目的与手段上看，利益往往是权利的目的，权利往往是获得利益的手段，如债权，债权的设立是为了保障债权人的利益，债权本身并不是权利人所追求的目的；如诉权，其设立的目的也并非仅仅赋予当事人诉讼的权利，其目的在于利益得以实现与保障，诉权实现了即胜诉，若诉权的实现仍不能保障利益免遭损失，其诉权无异于零。然而，权利也同样是权利人所追求的目的，例如诉讼有时并非为了金钱，而是为了正义的权利维护，否则你很难解释为什么有人为几毛钱而打官司。耶林对此指出：“原告为保卫其权利免遭卑劣的蔑视而进行诉讼的目的，并不在于微不足取的标的物，而是为了主张人格本身及其法感情这一理想目的……被害人为提起诉讼而奔走呼号，不是为金钱利益，而是为蒙受不法侵害而产生的伦理痛苦。对他而言，所要求的并非单单是返还标的物——此时常常为确认诉讼动机而把标的物先捐给济贫院——为的是自己正当的权利。”第二，从价值论上看，权利具有道德价值，利益具有功利或经济价值，因而权利属于道德的范畴，利益属于经济的范畴。凡称为权利的东西如道德权利、习惯权利、宗教权利、法律权利，都具有

〔美〕罗·庞德：《通过法律的社会控制法律的任务》 沈宗灵、董世忠译 商务印书馆 118年版，第46页。

〔德〕普道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》 胡宝海译 载梁慧星主编：《民商法论丛》第2卷，法律出版社 1994年版，第21页。

道德上的正当性 而利益 则有正当利益与不正当利益之分 正当利益可以称为权利，不正当利益则永远不会被当做权利。因此权利可以被当做评判利益正当与否的尺度和标准。第三，从主体上看 权利主体并非利益主体 反之亦然。例如 债权人于法定时效期内对债务人不主张权利 即丧失权利。此时 在法律上债权人不再是权利主体而是利益主体。由此观之，权利与利益并非是一概念，二者既重叠又分离。权利即利益之利益说另一不能自圆其说之处在于 权利并不总意味着利益 也意味着利益的付出 如房地产商投资房地产业 若开发的房屋卖不出去 造成资金积压 利益必然受损。再如继承权，有时继承的可能是义务。同时，我认为 权利能带来利益 义务同样能产生利益 如购销合同 从合同依法成立时起就具有法律约束力，购销当事人既是债权人又是债务人 对双方而言 只有履行合同义务 才能各自取得预期的物质利益 这时 义务的履行就是取得利益的前提。显然义务同样会产生利益。再如 遵守交通规则之义务 获得的是交通安全之利益。故利益说仍有其不周延之弊。

如果说利益说注意到了权利背后的利益的话，那么法力说则注意到了权利背后隐含着的国家权力 即权利之所以能够享有、自由行使与实现，是因为其背后有国家强制力的支撑。法力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。从根本上说，如果权利不是法律认可与保障的权利 权利就会被任人宰割与蹂躏 在该意义上 无保障即无权利。道德的权利因缺乏法律上力的保障，所以它总处于被侵害的状态。然而法力说只强调了行使权利的意志和行为所发生的结果而不是权利本身 与其他权利学说相比 其最大的危险在于强调了权利源于国家和法律的观点 若是所有的权利都来自于国家和法律 那么所有的权利自然会被国家和法律所剥夺，从而引申出的价值主张

是国家本位和权力本位。而只有且惟有权利高于国家、权力和权利至上 才会有法治之法律至上 只有对权利的信仰 才会有法律信仰。

在哲学意义上 可能性对应于现实性 可能性是事物发展的趋势 是在事物具备了一定的根据和条件的基础上产生的 在一定条件下可以成为现实。把权利视为权利人为一定行为的可能性，或要求他人作出一定行为的可能性以及请求国家给予协助的可能、性，这种可能性说的价值在于使权利人注意到权利行使与实现的可能，隐含着敦促权利主体由权利之可能性变为现实性的要求。然而作为一种理论学说 若仅一味重视分析静态意义上的权利 而忽视动态意义上的权利，则是没有生命力的。权利的价值与意义并不在于法律文本上的客观宣告，而在于权利的主观行使与实现。权利理论的重点应当关注权利的运行实践与实现的机制，关注权利的价值与目的 当然重要的、关键的是说明权利的性质。

规范说认为权利是法律所保障或允许的能够作出一定行为的尺度。规范说旨在说明法律所保障的行为是有限度的，这与其说是给权利下定义，倒不妨说是给法律下定义。法律是对权利与义务关系的分配 因而法律规定了权利与义务的界限 故法律就是权利与义务的尺度。法律界限就是权利行使的界限，但把权利本身当做一种尺度是含糊不清的 从权利与义务关系的角度分析 权利的界限就是义务的界限 义务的界限也是权利的界限 那么二者如何区分呢？所以规范说的最大缺点就在于把权利与法律相混同，把权利和义务相混合。

可能说是从静态上看待权利，选择说是从动态上看待权利。选择说则以权利人的选择优越于义务人的选择而解说权利。选择说注意到了权利人行为选择的自由，从而强调权利的功能在于保障个人的选择自由。然而，选择行为与不选择行为毕竟是权利行

使的方式 权利人之所以能够选择 是因为他有权利而义务人无权利 故选择不选择的根据在于权利 若把权利释义为选择 那么这种“选择”是基于什么呢 这是其一。其二 有些权利可以选择 而有些权利却无法选择,如公民有人格尊严不受侵犯的权利和享受法律平等的权利,但并不意味着权利主体可以选择法律上歧视的权利。诸如此类的权利还很多。这说明选择说缺乏定义的周延性与充分性,从而影响了理论自身的深度和影响力。

至于中国学者对权利概念理论的归纳均可归结为上述八种权利学说中去。第一种、第五种观点归结为利益说 第二种观点归结为资格说 第三种观点归结为可能说 第四种、第五种、第六种观点归结为法力说或力量说、规范说 第八种观点归结为利益说、选择说或力量说 第九种、第十种观点归结为自由说、利益说。从总体上评价,权利理论至今尚未有实质性的突破性进展。如果说有进步的话,那就是权利的综合性的理论。中国多数学者已经注意到了权利的复杂性,在试图解释权利时不再片面地强调某一点而不及其余 而是尝试把权利的主体、目的、内容、形式都揉进到权利的概念中去 然而令学者们头痛的是 无论怎样理解、综合 当整合性的概念或定义作出时,其关键性词语又落入了被自己质疑过或者批评过的案臼中,从而为自己再遭质疑或批评的命运埋下了种子。所以 有的学者干脆拒绝对权利下定义 而是着重阐释权利所包含的最基本的、必不可少的要素。 这是一种比较聪明的方法 既说明了权利是什么 又免遭质疑与批评。

夏勇先生在《人权概念的起源》中把权利的五大要素归结为利益、主张、资格、权能和自由,并指出以其中一种要素为原点,以其他要素为内容,给权利下一个定义,都不为错。(参见夏勇:《人权概念的起源》,中国政法大学出版社 1992年版 第 42页。)

（二）权利本质的要素解释

对权利一词的过度解释，造成了众多关于权利的各种学说和主张，从而导致了使用与理解中的混乱，这种混乱已到了这样的地步：这个人这样理解，那个人那样理解，同一个人在不同场合下又会有不同理解，甚至同一个人在一本自己写的书中或一篇自己写的论文中使用与理解的权利各不相同，一会儿指向利益，一会儿指向自由，又一会儿指向权利或职权，或一会儿指向要求、资格或主张。为什么学者们热衷于做为权利下定义这样出力不讨好的事情呢？美国著名法学家韦斯利·霍菲尔德（Wesley Newcomb Hohfeld）认为这种原因往往来自人们这样的推定：所有法律关系都可以归结为“权利”和“义务”，而且这些范畴足以用来分析即使是最复杂的法律利益问题。为解决权利解释多歧义之难题，他认为研究广义的权利—义务概念的方法最好是对相互关联和相互对立的概念进行逻辑分析，即分析权利相关的要素，以此获得对权利问题的明确理解、透彻陈述和真正解决。于是，他提出了权利（right狭义）、无权利（no-right）、特权（privilege）、义务（duty狭义）、权力（power）、无能力（disability）、豁免（immunity）和责任（liability应当）八个基本概念作为“法律的最低公分母。”这八个基本要素用图表示如下：

沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第146—150页。

沃克在《牛津法律大辞典》中对图表的解释是：在每一方阵中，每一组垂直关系中的每一个概念，都是对角线上与其相对的那个概念之法律上的对立概念，在此对立关系中，一方概念之存在表示与其自身相对的概念之不存在。后来的研究揭示，在每个方阵中，水平方向连结的概念可以被认为是法律上的矛盾因素。在此矛盾关系中，一方的两个概念中任意一个之存在表示另一方中的矛盾因素之不存在（参见《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第774页。）

权利（狭义） 特权（自由） 权力 豁免
义务（狭义） 无权利 责任 无能力
（图一） （图二）

实际上 霍菲尔德宣称的“权利”一词包含狭义的权利即要求权、特权或自由权、权力及豁免权四种情形。霍菲尔德对“权利”一词的四种情形即要求、自由（或特权）、权力、豁免的分析，无疑是对权利要素的分析，尽管他未明确指明。霍菲尔德并非是对“权利”下定义，而是分析了权利在不同场合中所具有的不同含义，以达到解说“权利是什么”的目的。这种解释不是给“权利”下一个无所不包的概念，而是透过权利的情形或要素去诠释权利，因而笔者认为这仍是一种解释权利的方法，笔者暂且称之为要素解释或情形解释。要素解释方法在奥斯丁关于对时间的回答和康德对真理与权利的追问中已经被隐含着了，即与其给时间、真理、权利等简单地下定义，莫如找出与它们相关的各种关系或属性、要素，并尽可能地将其清单式的列举出来。

我们来看霍菲尔德关于对广义的权利所作的逻辑分析。第一，霍菲尔德的四种权利情形实则是对四种权利的描述，换言之，就是广义的权利包括狭义的权利、特权（或自由权）、权力和豁免权四种具体权利。实际上，四种具体的权利是远远未能涵盖“广义上的权利”范围的，如显而易见的、作为权利内容不可或缺的平等权就未包括在内。从实证角度看，对具体的权利关系的分析是利于帮助法院和律师发现问题所在以及有用的法律推理，而且霍菲尔德之所以提出并加以分析“司法推理中应用的基本法律概念”，是因为他认为基本法律概念并不是抽象地存在的，而是具体地应用在法院和律师日常事务的实际问题中。因而他不是出于理性思辩对权利下统一的定义，而是出于对司法实践的逻辑推理与运用分析权利的。然而，如果从法哲学的角度看，在具体权利关系或要素

的基础上分析和思考各种具体权利的共性 也许更为重要 因而缺乏理论思辨的科学 是不会有发展前途的。

第二 霍菲尔德的“广义权利”既包括了私的权利 又包括了公的权利；其“权利—义务关系”既包括了私法上的权利—义务关系，又包括了公法上的权利—权力关系。图表一实际上表明的是私法上的权利关系，图表二则表明的是公法上的权力关系。狭义的权利与狭义的义务关系，表达的是相对权利关系或相对法律关系，自由权或特权与无权利关系表达的是绝对权关系或绝对法律关系 然而 权力与责任、豁免与无能力的关系表达的是职权（公权利）与职责相统一的法律关系。权利和权力是两个不同的概念 其法律关系及其后果各自具有其不同的特征 人为地、不加区别地混同使用 就会像萨蒙德批评的那样 被用在实际上并不相同的关系中 从而造成法律辩论中的混乱。

在中国学者中用要素解释方法诠释权利的学者当首推葛洪义教授。早在 1988 年他在《论法律权利的概念》一文中就把权利的要素归纳为个体自主地位、利益、自由、权力四大要素 并以此下了一个综合性定义：法律权利是国家对个体根据自己的意志谋求自身利益的自由活动的认可与限制，目的是确保一定社会政治经济条件下的个体自主地位的实现。

但是对权利作要素解释比较经典的则是夏勇先生。他在 1992 年出版的《人权概念的起源》中指出：“如果我们将各种关于权利属性的描述结合起来 并顺着这条线索 联系权利的实际 就会得出关于权利本质的比较全面的认识。” 于是 针对一项权利的成立所必不可少的、也是最基本的要素 他归结为五大要素 这

葛洪义：《论法律权利的概念》载《法律科学》1998 年第 1 期。

夏勇：《人权概念的起源》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 42 页。