

关键词丛书

主编 / 张一兵

KEYWORD SERIES

法哲学关键词

KEYS OF LEGAL PHILOSOPHY

◆ 夏锦文 主编

 江苏人民出版社

关键词
丛书

主编 / 张一兵

KEYWORD SERIES

法哲学关键词

KEYS OF LEGAL PHILOSOPHY

◆ 夏锦文 主编

 江苏人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法哲学关键词/夏锦文主编. —南京: 江苏人民出版社, 2012.12

(关键词丛书)

ISBN 978-7-214-09031-7

I. ①法… II. ①夏… III. ①法哲学—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 312806 号

书 名 法哲学关键词

主 编 夏锦文

责任编辑 王 溪 戴亦梁

出版发行 凤凰出版传媒股份有限公司
江苏人民出版社

出版社地址 南京市湖南路 1 号 A 楼, 邮编: 210009

出版社网址 <http://www.jspph.com>

<http://jspph.taobao.com>

经 销 凤凰出版传媒股份有限公司

照 排 江苏凤凰制版有限公司

印 刷 江苏凤凰通达印刷有限公司

开 本 960 毫米×1 304 毫米 1/32

印 张 15.75 插页 2

字 数 420 千字

版 次 2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

标 准 书 号 ISBN 978-7-214-09031-7

定 价 42.00 元

(江苏人民出版社图书凡印装错误可向承印厂调换)

目 录

前言 1

权利(right) 1

权力(power) 26

正义(justice) 41

秩序(order) 63

正当程序(duc process) 78

法治(the rule of law) 94

自然法(natural law) 116

实在法(positive law) 140

法律规则(legal rule) 156

法律原则(legal principle) 176

法律体系(legal system) 195

立法(legislation) 216

法律效力(validity of law) 231

法律行为(legal action)	257
法律关系(legal relation)	282
法律责任(legal responsibility)	300
司法(justice)	314
法律解释(interpretation of law)	341
法律推理(legal reasoning)	363
司法审查(judicial review)	384
法律文化(legal culture)	405
法律语言(legal language)	424
法律职业(legal profession)	442
后现代法学(postmodern jurisprudence)	468

权利(right)

在法哲学领域,和正义、公平、自由等范畴一样,权利这一术语吸引中外众多思想家投入了相当多的关注和思考。这种普遍的兴趣、思考和论争,既决定于权利范畴在整个法学理论体系中的重要基石地位,又昭示了人们围绕权利问题所作阐释的复杂性和多样性。

确切地说,权利问题甚或权利这一概念是法学演进至近现代方才凸显出来的。这是法律文明对整个人类解放事业和人的主体性发展的理论与制度反映。对于复兴于上一世纪 80 年代的中国法学而言,由当时的历史背景所决定,权利理论尤其受到法学家们的青睐。学者们经过论辩最终达成了相当程度的一致:权利和义务是法的基本元素,“权利(包括义务),如同经济关系、经济学中的商品一样,在法律关系与立法中是最基本的细胞,在立法体系中最基本的元素,在法学中最基本的范畴”^①;“认识了权利也就认识了法,揭示了权利的真谛也就揭示了法的真谛”^②。在 20 世纪的最后二十年,“以权利和义务为基本范畴重构法学理论”从口号转化为行动,并且成绩斐然,有学者称之为“当代中国法学领

① 郭道晖:《论法定权利与权利立法》,载《法制现代化研究》第 1 卷,南京师范大学出版社 1995 年版,第 23 页。

② 文正邦:《有关权利问题的法哲学思考》,载《中国法学》1991 年第 2 期,第 47 页。

域最重大的事件之一”^①。在当下中国法学界,不仅权利理论是一种十分重要的学术研究范式,而且原本只具有描述、分析意义的权利范畴,已然被注入了浓厚的价值意蕴,甚至有学者直接把权利作为法的价值要素之一来看待。

权利概念的源与流

权利作为一种文化和制度现象,是与法律现象一同出现在人类社会的,正如英国学者米尔恩所论断的那样,“权利概念为社会生活所必需”^②。米尔恩指出,在古希腊时代,希腊人虽然没有能从字面上译成我们所谓“权利”的单词,但他们显然拥有对权利概念的有效理解。他从财产关系和契约关系在人类社会生活中的必然存在论证了权利观念和权利规则的必然存在:

财产制度的某种形式为社会生活所必需。没有它,社会成员就无法占有、分配、使用和维护团体和个人的生存所必需的物质资料。承诺也是必要的。没有它,社会成员就不能签订并执行协议,就不能从事制度化合作,而这种合作正是社会生活的要素之一。这些制度和做法均由规则来构成,规则必然要授予权利,而不论有没有单个的词语来表达这些权利。财产规则必定授予人们获取、转让物质资料和劳务的权利。承诺规则必定授予受约人要求守约的权利。^③

米尔恩还指出,“此外,权利概念还是社会成员资格概念的一部分。……根据成员资格,伙伴成员之间应该相互提供某种行为和不行”^④。也就是说,权利是社会成员生存于社会整体当中进行社会交往的

① 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第73页。

② [英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第9页。

③ 同上书,第8页。

④ 同上书,第8—9页。

必然产物。米尔恩的分析不但论证了权利现象与人类文明相伴而生的历史必然性,更深刻地揭示了社会经济交往活动之于权利观念的决定性本体意义。

诚然,权利和义务,“作为明确的法哲学概念(范畴),它们仅有 300 余年的历史”^①,因为“直到中世纪结束前夕,古代和中世纪语言里没有任何可以被准确地译成我们所谓‘权利’的语词”^②。英国学者梅因、哈特和美国学者庞德等人的研究表明,古希腊思想家并没有直接议论权利问题的词句,在他们的著作中根本没有出现过“权利”之词,他们的语汇中也不存在与现代法学中的“权利”等值或内涵相当的词语。^③

然而毫无疑问,尽管在古希腊哲学中没有明确的权利概念,但古希腊的思想家们从伦理学、政治学的角度所讨论的正义以及正义的标准问题,无可避免地必然触及到权利问题。在亚里士多德那里,作为“天生的政治动物”的人,一旦成为城邦的一分子(公民),就由城邦分配给予参与政治生活和参加城邦管理的资格;在斯多葛学派那里,一个人不再仅是城邦的一分子,而是整个人类中的一个完整独立单位,每个人基于不可分享的自身内心世界而获得了自我独立的人格和相互平等的地位。可见,古希腊哲学中蕴含的权利思想乃是通过对人的主体性的关注来谈论正当性或正义性的,这也就是最初的权利观念的萌芽形态。这个萌芽特别注重于从个人与城邦、个人与社会的关系角度论述“权利”问题,更是对后世的权利理论发展产生了重大的影响。^④

罗马法是人类古代法律制度的顶峰之作,在罗马法中也并没有确切的、单独的权利概念。“但是罗马人却以法律,即政治组织社会的强力的系统适用,来支持凡是正当的或正义的事情,而这就引到权利的观念上

① 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 281 页。

② [英]A.J.M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 6 页。

③ 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 282 页。

④ 杨春福:《权利法哲学研究导论》,南京大学出版社 2000 年版,第 11—12 页。

来了。”^①也就是说,罗马法已经运用具体的法律制度和技术相当程度地实现了权利的观念,确如梅因所言,“概括的权利这个用语不是古典的,但法律学有这个观念,应该完全归功于罗马法”^②。根据庞德的介绍,当今译为“一个权利”的拉丁词“Jus”在罗马法中有十余种含义,其中四种接近于我们今天所理解的“权利”:一是受到法律支持的习惯或道德的权威,例如家长的权威;二是权力,即一种受到法律支持的习惯权力或道德权力,例如所有人出卖其所有物的权力;三是自由,即一种受到法律保护的正当自由,例如一个人有在自己的土地上建造房屋的自由,而无论这所房屋多么丑陋并触犯了邻居的审美感;四是法律地位,即公民或非公民在法律秩序中的地位与人格。^③这四种含义无一不与今天的权利概念密切相关。正是因此,马克思说:“其实是罗马人最先制定了私有财产的权利、抽象权利、私人权利、抽象人格的权利。”^④

在神学思想占据绝对统治地位的中世纪,被包容在神学中的法学理论关注的是上帝统治人类的特权即神权而非人的权利,权利观念随着人的主体性泯灭在封建等级式的社会关系中而失去了生长的土壤。不过,后期的托马斯·阿奎那提出了把权利理解为“正当要求”,并从自然法理念的角度把人的某些正当要求称之为“天然权利”。中世纪末期,资本主义生产方式的发展使权利观念成为社会主体不可避免的自觉,权利理论也因之滥觞。作为“权利”的“Jus”开始明确地区别于作为“法”的“Jus”和作为“正当”的“Jus”。Jus的这三种语义开始用文字予以确定和传播。荷兰古典自然法学的代表人物格劳秀斯率先区分了“Jus”的这三种不同含义,并“把权利看作一种品质,认为权利是人作为一个理性动物所固有的

① [美]罗斯科·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44页。

② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第102页。

③ [美]罗斯科·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44—45页。

④ 马克思:《黑格尔法哲学批判》,载《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社1956年版,第382页。

一种品质。由于它是一种道德品质,就使得一个人拥有某些东西或做某些事情是正当的和正义的”^①。

至 17、18 世纪,古典自然法学派作为资产阶级革命的思想先锋在反封建、反专制的斗争中高举起了平等、自由、“自然权利”、“天赋人权”等旗帜,其代表人物霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭等人分别从不同的侧面阐发了启蒙时期的权利理论。

霍布斯认为,在充满了“每个人对每个人的战争”的自然状态中,任何个人都有利用一切可能的办法来保护自己的自然权利。所谓自然权利“就是每一个人按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己的天性——也就是保全自己的生命——的自由”^②。在这里,霍布斯用自由来解释权利,进而指出人们为了避免战争可以通过让渡或放弃权利(自由)而达成契约、实现和平。

与霍布斯相反,洛克心目中的前于国家的自然状态是一种自由、平等的“完备无缺的自由状态”,在这种自然状态中存在着体现人类理性的自然法。自然法设定了人与人之间的平等和独立关系,同时也设定了每个人与生俱来的生命、健康、自由和财产等自然权利。^③而立基于社会契约之上的政府制定并执行法律,不过是为了保障人们的自然权利。

在孟德斯鸠那里,人们在法律上的公民权利和政治权利都应是人类理性即自然法的体现。“每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”^④众所周知,孟德斯鸠通过政治权力分立并相互制衡的制度设计,实现了他在权利保障方面最伟大的理论贡献。孟德斯鸠洞见到,只有在权力相互约束的政治体制下,公民才能拥有真正的自由权利。

① [美]罗斯科·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 45 页。

② [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆 1986 年版,第 94 页。

③ [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆 1964 年版,第 5—7 页。

④ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆 1961 年版,第 6 页。

卢梭的权利思想同样建立在自然法理论基础之上,他也把权利首先看作是个人在自然状态下享有的自由、生命、财产等天赋权利。在卢梭的社会契约论中,人们在完全平等的基础上自愿联合起来建立国家,国家的主权者是作为一个整体的人民共同体,它能够通过制定法律来有效地保障公民的权利。与洛克不同,卢梭不认为结合成政治联合体的人们可以继续拥有一些不可让渡的权利。反之,他认为如果个人保留了某些权利那么联合体也就不完美了,“于是自然状态便会继续下去,而结合就必然会转变为暴政或者是空话”^①。所以,卢梭的社会契约论要求“每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体”^②。这个由公民组成的至高无上的团体将保证个人重新得到因放弃自然权利而失去的东西。^③

18至19世纪的哲理法学派是古典自然法学在德国的特殊面相。其代表人物康德在《法的形而上学原理——权利的科学》一书中集中表达了他的权利思想。“自由”是康德法哲学中的核心概念,也是康德心目中的核心权利。他明确指出:“只有一种天赋的权利,即与生俱来的自由。……它是每个人由于他的人性而具有的独一无二的、原生的、与生俱来的权利。……这是每个人生来就有的品质,根据这种品质,通过权利的概念,他应该他自己的主人。”^④所谓自由,乃是每个人独立于别人的强制意志,在自身意识支配下行动,并且同时能够和其他人的自由相

① [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年修订版,第20页。

② 同上书,第19页。

③ 在这样的理论假设下,“公意”在卢梭哲学中自然而然地成为一个核心概念。在由契约缔造的政治社会中,个人不服从其他任何人的意志而只服从“公意”,即政治共同体的意志。所以罗斯科·庞德说:“对卢梭来说,法律不是自然法或永恒的权利和正义原则的体现,而只是公意的体现。”(转引自[美]E.博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第64页注释[2]。)因为卢梭认为“并没有而且也不可能有任何一种根本法律是可以约束人民共同体的,哪怕是社会契约本身”。而且“主权者就没有,而且也不能有与他们的利益相反的任何利益;因此,主权利力就无需对于臣民提供任何保证,因为共同体不可能想要损害它的全体成员”。([法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第22—23页。)

④ [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第50页。

并存、相协调。康德的理论不仅强调了自由(权利)的主观意志性,而且强调了自由(权利)是一个主体间的关系概念。另外,康德把权利做出了两种角度的区分:其一为“自然的权利”与“实在法规定的权利”——“自然的权利以先验的纯粹理性的原则为根据;实在的或法律的权利是由立法者的意志规定的”;其二为“天赋的权利”与“获得的权利”——“天赋的权利是每个人根据自然而享有的权利,它不依赖于经验中的一切法律条例。获得的权利是以上述法律条例为根据的权利”^①。

同卢梭一样,康德的法律其实不是来自自然法的印证,而是来自人民的联合意志。也就是说,法律是主权者的联合意志的产物,而不是自然正义的产物。也同卢梭一样,康德认为人民在订立“原始契约”时无须对自然权利有所保留,因为“最高权力本来就存在于人民之中,因此,每个公民(仅仅作为臣民)的一切权利,特别是作为国家官吏的一切权利,都必须从这个最高权力中派生出来”^②。由于康德认为主权者是一切法律的渊源,它本身就不会作恶,因此作为主权者化身的国家对于臣民只有权利,没有义务。忍受立法权的滥用是人民的义务——即使他们忍无可忍。而且由于人们的自由和权利只能由立法机关多数人的意志加以保护,因此在康德那里司法机关无权决定立法的合法性与否。^③ 在有的学者看来,康德的法哲学理论显现出一种深度的“悖反”,即“其政治哲学的立论表面上是自然法的,而其在国家与法律学说的神髓则是法律实证主义的”^④。

19世纪中期以后,随着西方资本主义的发展和各民族国家的建立,由商品经济生产方式决定的法律调整系统日渐发达,法学发生了“从哲学到科学”的转向。分析法学的兴起,使得权利不再只是一个政治哲学的话语,而被作为一个法律学的基本概念总结出来,进而成为一系列技

① [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第49页。

② 同上书,第176页。

③ [美]E.博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第71—74页。

④ 刘军宁:《共和·民主·宪政——自由主义思想研究》,上海三联书店1998年版,第141页。

术化的、可操作的制度安排。换言之,权利的研究进入实证化阶段。古典自然法学的自然权利理论遭到了分析法学颠覆式的批判。英美分析法学家们主张权利是法律的产物,人的权利来自于实证法的规定;假想的法律或自然法只能产生出假想的权利,自然权利是一派胡言。边沁认为,权利这个概念应该限定在法律的范围内,因为道德上对权利提出的需求和主张本身并不是权利,正如饥饿者的需求不是面包一样。伯克说,我能理解什么是英国人的权利,但不能理解什么是人的权利(自然权利)。^①

19世纪末,以实用主义和功利主义哲学为指导的德国法学家耶林,用“利益”来界定权利概念,从而在根本上改变了自然法学派和哲理法学派的权利观念,也部分地否定了分析法学家在权利分析上的形式主义。耶林认为:“权利就是由受到法律保护的一种利益。所有的利益并不都是权利。只有为法律所承认和保障的利益才是权利。”^②耶林以利益为落脚点的权利理论,对后世特别是对以庞德为代表的社会学法学影响极大。

20世纪初期,分析法学派开始注重对权利进行具体内容和类型的研究,并把权利与义务、法律关系等概念联系起来讨论,丰富了权利理论。美国分析法学家霍菲尔德把权利和义务视作法律的“最低公分母”,以此强调对权利和义务进行分析的重要性。^③霍菲尔德认为,权利一词可能包含“特权”、“要求”、“权力”和“豁免”四种含义。其中“特权”是指权利人对任何人都不负有做某事的义务,例如某人任意打发闲暇时光的权利、随意留胡须的权利,这也就是狭义上的自由(权);“要求”是指权利人有权要求他人对自己给予积极协助或不得干预,例如老年人领取养老金的权利、要约人要求对方信守诺言的权利,这也可以理解为主张(权);

① 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第285页。

② [美]罗斯科·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页。

③ 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第285页。

“权力”是指权利人有资格或能力创设或改变某种法律关系,例如产权人出卖或赠与自己的财产、警察有权询问案件当事人;“豁免”是指权利人有免除某种责任的资格,例如国会议员不因他在国会里的发言而受法律的追究。^① 权利的这四种含义相应地会形成四种法律关系:(1) 狭义的权利—义务关系,它意味着“我主张,你必须”;(2) 特权—无权关系,它意味着“我可以,你不能限制我”;(3) 权力—责任关系,它意味着“我能够,你必须接受”;(4) 豁免—无能力关系,它意味着“我可以免除,你不能强加”。^② 显然,这些法律关系种类基本囊括了现实社会生活中的可能性,而其成功的前提即在于霍菲尔德对权利范畴的类型界定。霍菲尔德对权利和义务及由它们组合成的各种类型的法律关系的分析在英美法系各国产生了深远的影响。

20 世纪 40 年代,美国社会学法理学的代表人物庞德考察和梳理了法学史上的权利概念的多种意义,对各种权利概念进行了比较研究。他指出,权利这个词比别的任何一个词的含义都丰富,它至少在六种所指上被人们使用:^③一是指利益,是基于伦理的理由应当加以承认和保障的利益,也就是人们认为应当为政府所承认并付诸实施的各种主张或要求;二是指得到法律实际承认和界定的利益,这种法律确认连同保障该利益的法律实施,庞德称之为广义的法律权利;三是指通过政治社会的强力来强制另一个人或所有其他人去从事一定行为或不从事一定行为的能力,庞德称之为狭义的法律权利;四是指一种创立、改变或剥夺各种狭义法律权利从而创立或改变各种义务的能力,庞德称之为法律上的权力;五是指某些可以说是法律上不过问的情况,也就是某些对自然能力在法律上不加限制的情况,这就是自由权,这里同时包括在特定场合下免除对过错负责的特殊情况,即特权;六

① [英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 118 页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 1996 年版,第 492—493 页。

③ [美]罗斯科·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。

是指纯伦理意义上的正义。“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。”^①

二战以后,美国自由主义法学代表人物罗纳德·德沃金为权利理论的发展做出了杰出的贡献。权利理论是德沃金全部法学理论的核心、基调与主旋律,德沃金的法学理论体系就建立在权利理论之上。为此,德沃金的理论又被称为“权利法学”,被视为古典自然法和自然权利学说的现代版本。^② 在德沃金的权利理论中,权利既可能是由法律规定的,也可能是政治或道德上的;既可能是指实证权利,也可能是指自然权利;既是个人的道德主张,也是公民对抗政府的正当理由。与长期支配英美法哲学的法律实证主义和功利主义相反,德沃金认为权利是法律的道德权威所在,是人们对法律有信心的理由。他明确指出:“自然权利的思想并不是一个十足的玄学概念。……任何以权利为基础的理论都必然认为权利不仅仅是有目的的立法的产物,或者明确的社会习俗的产物,而是判断立法和习俗的独立根据。”^③

在德沃金的权利学说中,核心权利不是自由而是平等。他认为,在一个自由主义的平等概念所支配的国家里,每位公民都有一种受到平等关心和尊重的权利。“这一抽象的权利可以包括两种不同的权利。第一种权利是受到平等对待的权利,……第二种权利是作为平等的人受到对待的权利。”^④其中后者不是一种平等分配利益和机会的权利,而是在有关应当如何分配某些利益和机会的政治决定中受到平等关心和尊重的权利。德沃金主张“作为平等的人受到对待的权利”必须被当作自由主义平等概念的根本要素。

① [美]罗斯科·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48页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第70—71页。

③ [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第238页。

④ 同上书,第362页。

规范主义权利观之反思

“众多的法学家们绞尽脑汁提出的多种多样的关于权利的解说没有一种得到过普遍赞同的殊荣。所以,研究权利概念,给‘权利’作一定义性解说,常常被认为是一件出力不讨好的事。”^①尽管如此,学者们依然在这条艰辛的道路上孜孜以求,其结果不乏真知灼见。关于权利范畴的种种释义和界定,有学者详尽介绍、整理、并提炼了中外法学中的八种主要主张,即资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说和选择说,并中肯地评判了它们各自的理论优势和积极意义以及显在的片面性缺点。^②

权利概念的多样性充分表明了权利现象包含着多种属性、多种要素。上述八种关于权利范畴的界定都一定程度地揭示了权利的某个或某些要素、特征,有着一定的科学性、合理性。但是,它们也都同时忽略了权利属性的多样性以及这些属性的内在联系,片面地强调某一要素,导致其他要素的缺失。其中,资格说、法力说、可能说、规范说和选择说站在实证规范主义法学的立场上,将法律的规定或承认作为权利的前提,在实证法框架内描述、分析权利现象,更多地展示了权利的外部特征;主张说、自由说和利益说跳出法律审视权利,侧重于从权利的主体或者权利的本来来定义权利,显现了更为浓厚的哲学意味,洞见了权利现象的若干本质属性,如主体性、主观性、客观性等。显然,两个阵营的结论是由其各自的方法决定的。从这个意义上说,我们无法得出孰优孰劣的判断。

在我国法学界,由于长期受前苏联法学的影响,20世纪90年代之前的权利理论基本上将权利界定在法律规定或法律授予的前提之下,呈现出鲜明的规范主义的权利观;在权利与法律的逻辑关系上,认为法律乃

① 刘作翔:《法律的理想与理想的法律》,载《政治与法律》,1995年第1期。

② 张文显:《法哲学范畴研究(修订版)》,中国政法大学出版社2001年版,第300—309页。

是权利的母体,权利来自法律的赋予或认可,即权利就是法律权利(法定权利)。这种观点除了在前述“可能说”和“规范说”中能够得到鲜明的体现以外,还有许多类似的定义,举如“权利指法律对法律关系主体能够作出或不作出一定行为,以及要求他人相应作出或不作出一定行为的许可与保障”^①。又如“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一种手段”^②。再如“权利是指国家对人们依照法律规定可以自主决定作出的某种行为的许可和保障,人们通过实施这样的行为直接或间接地获取一定的利益”^③。

笔者认为,法理学(法哲学)的学科性质决定了它的任务是“跳出法律来研究法律”,“权利”作为法理学(法哲学)的基本分析工具必须有其超越实证法律的理性位置。因此,我认为上述立基于规范主义立场的权利定义有如下两点缺陷:

第一,它的规范主义态度使得权利绝对地被界定在实证法律规范之内,强调权利“是由法律规范明文规定或至少可以从法律规范的精神中推定出来的”^④。这种界定显然无法回答现实法律之外的其他社会法权要求的归属问题。马克思在《关于林木盗窃法的辩论》一文中指出,尽管贫民们捡枯枝的习惯并未得到法律的确认甚至还遭到了法律的惩罚,但是“在贫民阶级的这些习惯中存在着本能的权利感,这些习惯的根源是肯定的和合法的”^⑤。在这里马克思将贫民捡枯枝的权利称为“习惯权利”,这时候权利的表现形态是习惯。因此,人类社会的权利现象绝不能简单地归之于法定权利。虽然该观点的主张者可能意识到了定义的此

① 《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 458 页。

② 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 82 页;张文显主编:《马克思主义法理学》,吉林大学出版社 1993 年版,第 320 页。

③ 王勇飞、张贵成主编:《中国法理学研究综述与评价》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 286 页。

④ 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 82 页。

⑤ 马克思:《关于林木盗窃法的辩论》,载《马克思恩格斯全集》第一卷,人民出版社 1956 年版,第 147 页。