

论权利之功能

张恒山*

内容提要：权利本体、权利载体和权利之功能是权利概念的三个基本要素。权利本体是权利性行为的正当性，标示的是社会群体成员普遍对该行为表示的赞同性意见或态度。权利载体是正当性所指向的行为，包括自为行为、对物行为、对人行为、令他行为。权利之功能是社会群体的赞同性评判态度对于主体行为的功能，是在权利概念系统内权利本体对权利载体的作用。权利之功能具体包括认可、示善、示选、排他、禁侵、示助六种，六种功能相互关联，缺少其一就不足以构成权利概念。权利之功能的重点在于，向社会其他主体表达权利性行为的“不受侵犯性”和“可获帮助性”。在权利本体概念的基础上阐释权利之功能，有助于澄清有关权利概念的诸种误解，型构当代中国法学关于权利阐释的理论话语。

关键词：权利本体 权利载体 权利之功能 权利理论

一、问题的提出

在18世纪之前，西方学者们试图以权利之外的概念去解释“权利”。在17、18世纪，占主导地位的自然法学理论用来解释权利的主要概念是“自由”。例如，霍布斯所说的，在自然状态下自我决定做任何事的自然自由和在文明社会中不能转让给国家的自由；^{〔1〕}洛克所说的，在自然状态中受自然法约束的自由以及在政治社会中立法规定的约束之外的自由和法律承认的自由；^{〔2〕}卢梭所说的，自然状态中仅以个人力量为其界限的自然自由以及社会契约之后被公意所约束的社会自由；^{〔3〕}康德所说的，在理性的普遍法则约束下的天赋自由和文明社会中由通过立法来表现的联合的公共意志所确定和保障的自由。^{〔4〕}虽然这些解释不那么准确，但它们毕竟体现了对权利作本体性解释的努力。

到18世纪后期，边沁认为自然法学道德原理都出于杜撰、虚构，他提出一套功利主义

* 天津大学法学院教授。

〔1〕 参见〔英〕霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆1985年版，第97页，第169页。

〔2〕 参见〔英〕洛克：《政府论》下篇，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第16页。

〔3〕 参见〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第30页。

〔4〕 参见〔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页以下。

道德原理与自然法道德原理相对抗。不过，在试图全面地以功利主义道德原理为引领阐释立法问题时，因为摈弃自然法学思路，他深感对以权利为代表的法学基本概念解释的困难，于是，主张放弃以定义的方式去解释“权利”。〔5〕他认为，“权力不是一种实物，权利也不是一种实物。实际上它们都不具有任何范围更广的属类。它们连同责任、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”。〔6〕

边沁提出以“显示它们同真实体的关系”的方法来解释权利概念：“你具有权利要我去做的事情（指政治权利），如果我不去做，凭着以你的名义提出的要求，根据法律，我就应受到惩罚。”〔7〕边沁的这一解释，涉及一些非常复杂的要素，但简单概括他的意思就是：权利意味着可以要求他人做某事，如果他人不做，权利人可以提出要求使之受到法律惩罚。显然，边沁是在“一方拥有权利，另一方承担义务”这一基本模式设定下，用“权利可以被用来做什么”“权利可以引发什么后果”之类的阐释来代替对权利本体的解释。这种解释实际上就是对权利之功能的解释。在后来出现的一些著名学者关于权利的解说中，都可以看到边沁对权利解释的思路之魅影。例如，奥斯汀的针对他人实施的功能说，〔8〕温德海得的能够实施法律允许的强制说，〔9〕凯尔森的他人承担义务说，〔10〕米尔恩的针对他人的侵权行为说，〔11〕哈特的控制他人义务的选择说，〔12〕霍菲尔德的法律所承认或保障的请求说，〔13〕等等。当代西方学界以对权利的解释负有盛名的拉兹也将权利理解为，因权利方的福利（利益）使他人承担义务，这还是“一方拥有权利，另一方承担义务”的阐释模式。〔14〕

在“一方拥有权利，另一方承担义务”的背景模式设定下，用对权利之功能的解说代替对权利本体的解说，不仅没有解决权利本体的含义问题，还进一步弄混了权利之功能问题。从边沁、奥斯汀、温德海得、凯尔森、米尔恩、哈特等人的解说可以看出，他们都是抓住权利的某一特定功能去解说权利，由于这些功能各不相同，他们对权利的解释也是各不相同的，以至对于中国法律实务界和学习法学的中国学子来说，读了这些名师大家的著作，既弄不懂什么是权利，也弄不清什么是权利之功能。

要澄清对权利概念认知的模糊、混乱，在解释权利自身是什么之外，有必要对权利之功能作专门阐释。阐释权利之功能，就是要解释人类发明了权利这一概念、使用权利概念究竟是用来干什么的，它对人们的社会交往实践发挥着什么样的功能性作用。

阐释权利之功能，在法学理论上将使我们弄清权利本体与权利之功能是两个不同的概

〔5〕 参见〔英〕边沁：《政府片论》，沈叔平等译，商务印书馆1995年版，第229页注1。

〔6〕 〔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。

〔7〕 前引〔5〕，边沁书，第229页注1。

〔8〕 See John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, edited by Wilfrid E. Rumble, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 236.

〔9〕 参见〔法〕雅克·盖斯旦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第133页。

〔10〕 参见〔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85页。

〔11〕 参见〔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111页以下。

〔12〕 See H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, pp. 183 - 184.

〔13〕 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32页及注2。

〔14〕 See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1988, pp. 123, 135.

念,其各自指称不同的现象,从而避免重蹈西方一些学者普遍陷入的思维陷阱——以权利之特定功能作为对权利本体的解释,型构当代中国法学关于权利阐释的话语。在立法实践中,在对权利本体阐释的基础上进一步阐释“权利之功能”,有助于立法机关正确地运用权利概念、适当地设定权利;在司法实践中,有助于司法机关正确地辨识权利,适当地判归、支持、援助权利性行为。

二、权利之功能研究的逻辑与前提

依照思维逻辑,对权利之功能的研究必须先行解决三个前提性问题:(1)权利本体是什么?(2)权利的载体是什么?(3)权利之功能与权利之作用的区别何在?

(一)权利本体之界定

就边沁倡导的权利解释方法而言,其思维的逻辑顺序是颠倒的。正确的思维逻辑是,在阐释权利之功能前,首先要阐释权利本体。“权利本体”是具有一般性、抽象性的权利概念,而不是与某种实体事物、实体行为连在一起的特定的、具体的权利概念。

尽管边沁关于对权利无法作定义性解释的看法有着广泛的影响,但笔者认为,权利并非不可以作定义性解释,关键在于思路和方法要适当,尤其是对阐释权利的社会背景模式的设定要适当。就边沁提出的、由西方其他众多学者遵循的、用于解释权利的关系模式——一方拥有权利,另一方承担义务——而言,其本身是有严重缺陷的。

首先,这一关系模式中只有权利人和义务人两方,是一个典型的“两人社会”模式。在两人社会模式中是不可能产生“权利—义务”关系的。如果两人体力、智力不平等,其中只能产生一方强迫、另一方服从的关系。这不是权利义务关系。假设两人体力、智力绝对平等,并且双方通过协议产生权利、义务,那么,这种权利—义务关系绝不是单向度的一方有权利而另一方只有义务的关系,而是每一方都有义务也都有权利的关系,每一方的权利都以自己承诺、履行的义务为保证前提。解释这一关系背景下的权利,就不能仅仅解释权利人的单方意志可以支配另一方做些什么,必须还要解释:权利人凭什么获得这种对另一方的支配能力?如此一来,就要解释权利人对自我义务的承诺和履行,以及这种承诺和履行对自我权利获取的保障性和基础性作用。这就不能把权利解释为权利人根据一己意志支配义务人行为的现象。

其次,边沁以“一方拥有权利,另一方承担义务”为既定法律关系模式来解释权利,充其量能够分解性地解释权利人能够要求义务人做些什么,却不能解释权利人一方能够要求义务人做什么的理由。这种理由才是权利的本义的最重要内容。即使按照边沁的解释,这种权利来自于法律的规定或者立法者的授予,他也不能解释法律或者立法者根据什么授予一方主体以权利,而给另一方主体强加义务。在边沁的论述中,权利人一方的权利是因为法律强加义务给另一方,特别是强加惩罚给违反义务的一方才得以成立的,而这种强加都出于掌握着惩罚权力、政治上占优势者的意志。^[15]所以,边沁的权利概念没有公正、正当的内涵,只有强迫的内涵。

[15] 参见前引[6],边沁书,第268页;前引[5],边沁书,第229页注1,第230页注1。

再次，在预设一方有权利、另一方有义务的情况下，把权利的内容解释成权利方能够要求义务方做些什么，就必然导致精神世界现象与物质世界现象的混淆。

我们讨论法学问题时必须遵循的一个基本前提，是相对严格地区分物质世界的现象和精神世界的现象。物质世界的现象，包括山川河流、动物、植物等一切可以由人类的五官去观察、感觉到的现象。人类的每一个成员都属于物质的现象。人类的每个成员的行为、活动也是可以由人的五官去观察、感觉到的现象，也属于物质世界的现象。所谓精神世界的现象，是人作为主体的内在的欲望、冲动、情感、感受、观念、知识、思考等以思维器官为主所进行的活动现象。这些现象是不可能用五官去直接感知的。

权利概念指称的是人的精神世界的现象。当边沁称权利为“虚构体”时，他应该已经意识到权利是具有非物质性的精神世界现象了。但是，在他设定的一方拥有权利、另一方承担义务的模式中，他将权利之内容解释为权利主体可以要求义务主体做些什么，这里的“要求”就是人的行为之一种，“做什么”也是特定内容的行为。这一解释就是用物质世界的现象去解释精神世界的现象，就是把权利这一本意上表达精神性、观念性现象的概念曲解成表达物质性、物理性的人的行为之概念。所以，边沁关于权利释义的现实关系模式的设定必然导致谬误。

人类社会中人與人交往的法律关系的社会背景模式实际上是“三人社会”。这种“三人社会”模式是指，人们在社会交往活动中，任何两个人的行为发生相互作用、影响时，都有另外一个第三方作为旁观者——该社会中除了当事人双方之外所有的成员——对该行为进行观察、评判。^[16] 社会群体成员各自依据自己的天赋的良知、理性，对各种行为做出反对、要求或赞同的评判，这种评判用语分别是“不应当（应当不）”“应当”“正当（可以）”。^[17] 这些评判就是我们最初在道德上、后来在法律上的义务和权利的本源及其实质内涵。当一个主体的某种行为对他人不具有损害性作用和影响时，社会群体的评价是“可以（正当）”，这就是作权利判定。国家的立法对权利的确定，从根本上来说不能违背社会群体成员的评判，而是基本上来自于这种评判。

在三人社会模式的背景下，纯粹抽象的、本体意义上的权利可以被理解为某种行为所具有的正当之特性，是社会群体成员普遍对该行为表示的赞同性意见、态度。这种意见、态度的形成根据，是社会群体成员认为该行为对他人无害。^[18] 它是属于精神活动的现象。以此作为权利本体的确定性内容，才有可能进一步探索权利之功能问题。

（二）权利载体之界定

在确定权利本体的基础上，更进一步的问题是：作为权利的“正当”所针对的对象是什么？“正当”所评判的对象是实体，可以称其为“权利载体”。所谓权利载体，是指承担或受到正当评判的具象的实体。权利载体属于物质、物理世界的现象。

能够和权利连接在一起作为权利载体并具有法律实践意义的，只有表达人的行为现象的诸种概念，如劳动、休息、迁徙、表达、请求、控告、起诉等。这些概念在独立使用时，仅表示人的行为，表达人在物质世界的特定的活动。当这些概念分别同“权利”连接在一

[16] 参见张恒山：《法理要论》，北京大学出版社2009年版，第90页。

[17] 同上书，第92页以下。

[18] 参见张恒山：《论权利本体》，《中国法学》2018年第6期，第71页。

起时,就构成劳动权、休息权、迁徙权、表达权、请求权、控告权、起诉权,它们表达的就不再是人们在物质世界的活动内容本身,而是人们的这些活动各自具有正当性——这些就成为指称精神世界现象的概念。

正当意义上的权利只能针对人的行为而言才有意义,从而,权利之功能只能是针对人的行为而言的功能,或者说,权利之功能只有针对人的行为而言才能得以体现。作为权利载体的人的各种行为可以分为四类:自为行为、对物行为、对人行为、令他行为。只有确定权利载体,才能弄清权利是针对什么现象发挥功能作用的。

(三) 功能和作用的区别

严格意义上讲,一个事物的功能不同于该事物的作用。只有当一个事物由其自身构造所决定的本质特性独立地、必然地会导致某个结果或某种状况发生时,才能说导致该结果或该状况的发生是该事物的功能。至于人们对该事物的功能加以运用以期达到某种效果或客观上达成某种效果,这是该事物的作用。例如,步枪的构造决定了它的本质特性是发射弹丸,如果有人说步枪的功能就是杀人,这就是用步枪的作用去解释步枪功能。再如,瓷瓶的功能是容纳,但它的作用却是多样的,如用来镇纸、插花或作为艺术品展示。

在一个不太严格的意义上讲,功能可以被归入作用的范畴,即作用概念包括着功能但不限于功能的含义。我们所要研究的“权利之功能”是权利受其自身本质特性决定而必然地对权利名义下的行为所具有的影响、功用。

三、权利之功能的具体展开

(一) 何谓权利之功能

以社会群体的赞同性评判态度为权利本体去探讨权利之功能,实际上是探讨这种“社会群体的赞同性评判态度”所具备的功能。正因为权利是社会群体以第三方身份对特定行为做出评判形成的观念,其功能也就在于表达社会群体对该行为的态度、看法,并在此基础上对实践中人们的行为加以引导、指示。

由于“社会群体的赞同性评判态度”是针对主体的某种行为而言的,这种“社会群体的赞同性评判态度”的功能就是该态度对主体某种行为的功能。由于这种态度是社会群体的精神活动现象,这种功能也只能是精神层面的现象。它对于行为这种实体性的现象的功能只能限制在精神层面上,只能限制在表达、宣示社会群体对主体的某种行为的态度、看法上。由于主体的行为会引起他人相应的行为或者他人会对主体的行为有选择地作出相应的行为,社会群体对主体的某种行为的态度、看法,就会拓展、延伸到对他人相应行为上,就会包括对他人相应行为的态度、看法。所以,权利之功能,就是表达、宣示社会群体对于权利主体的行为以及与该行为相关的其他主体相应行为的态度、看法。

仔细分析就会发现,权利概念至少宣示了社会群体对某行为的“认可”“示善”“示选”“排他”“禁侵”“示助”六种看法:该行为可以做——认可;该行为具有最低限度的善良特征——示善;行为人对该行为可以做也可以不做——示选;该行为专属于权利人实施——排他;行为人无论选择做还是不做该行为,其他人都不应当对行为人所选择的做法加以侵犯、抗拒、阻碍——禁侵;无论行为人选择做或不做该行为而受到其他主体的侵犯或抗

拒、阻碍时，行为人可以向拥有社会公共力量的权威机关求助——示助。权利所表达的社会群体的这六种看法是一个相互关联的观念系统，缺少一种就不足以构成权利概念。

（二）权利之具体功能

假定有一条小路，从旧石器时代至今都没有变化。从旧石器时代直至现代都有人在这条小路上散步。在旧石器时代，原始人散步就是散步，他们并无权利观念，无论散步者本人还是旁观者都不曾也不会考虑这种散步是不是权利的问题。现代人在同样的小路上散步，无论是散步者本人还是旁观者都可能在心中抱有这样一种看法：“我（或者他）拥有散步的权利。”这就是说，现代人在散步行为上罩上了一个权利光环。我们以此为例来尝试说明：这个“光环”有什么意义？它对现代人的散步发挥什么样的功能作用？

1. 权利的认可功能

这是权利的首要功能或者说最基本功能。权利传递着这样一种信息：与散步人同在的社会群体其他成员对散步人的散步行为表示认可。我们通常所说的某人“拥有做某事的权利”，就意味着该主体做某事处于被社会群体其他成员认可、赞同的状态中。

有些学者把权利说成是一种“资格”，说“一个人有权做某事”就意味着“一个人有资格做某事”。^[19]“资格”有点相似于这里所说的权利认可功能，但又有着微妙的不同。“资格说”是把资格等同于权利，是对权利本体的解说。认可是以正当为权利本体的权利诸种功能之一。“资格”隐含着这样的意思：人们本来不能做某行为，但由于被某个权威授予“资格”，以至可以做该行为。“认可”的隐含意思类似于“确认”：人们原本就自主地做某种行为，社会其他成员根据某种标准评判该行为，认为该行为是可以接受的。所以，不能把权利功能意义上的“认可”混同于权利本体解说意义上的“资格”。

权利认可功能的意义在于，它明确地标示了社会群体成员对某行为的赞同，使权利人从事该行为时充满自信，使其他人明白对该行为应予以尊重。

2. 权利的示善功能

权利被冠之于散步行为时所传递的信息是，该散步行为是一种善行，或者说该散步行为具有善良、善意的特征。权利传递的这一看法，实际上是社会群体成员对散步行为持认可、赞同态度的基础、理由。

根据三人社会模式，人类社会群体成员以第三方的身份，根据自己的良心、理性协同评判他人的行为，形成一系列以“不应当”“可以（正当）”“应当”等评价性概念为核心的规则，其中的底线规则是以“不得杀人”“不得盗窃”“不得抢劫”等具体规则构成的“禁止损他”类的规则。在这类规则中使用的“不得”“禁止”“不应当”等词汇标示着人类社会群体成员的一个共识：对此类行为强烈反对。在不做由此类规则所禁止的行为的前提下，社会成员中任何人做的任何行为都得到社会群体成员的接受、认可。^[20]

权利标示的善性，不是高层次道德意义上的利他之善，而是低层次道德上“不损他”之善。这就是普芬道夫所说的，我们在很大程度上希望他人只要履行最基本的义务——不伤害我——即可。^[21]社会群体成员无需因一个行为对他人有利才表示认可、接受该行为，而

[19] 前引〔11〕，米尔恩书，第111页。

[20] 参见前引〔16〕，张恒山书，第110页以下。

[21] 参见〔德〕塞缪尔·普芬道夫：《人和公民的自然法义务》，鞠成伟译，商务印书馆2009年版，第79页。

是只要该行为对他人无害就予以认可、接受。

社会群体成员对一个行为表示认可、接受，也不是因为它将对行为人自己有利。如果一个行为对行为人自己有利，但造成对他人的损害，会遭到社会群体成员的反对。相反，如果一个企业为处理污水而增加设施导致成本增加或出现亏损，这种对该企业不利的行为，对社会群体其他成员来说却是可以认可、接受的行为。可见，社会群体成员对一个行为表示认可、接受的理由，与该行为对行为人本人是否有利无关，只是与该行为无害于他人有关。只要无害他人，就足以使社会群体成员认为该行为具有权利之特性。所以，将权利定义为“有利于权利人的法律手段”“保证权利人利益实现的法律手段”“是为了实现权利人的利益”的，是将权利的标准设定得过高，不符合客观社会实践中人们评判一个行为是权利所依据的实际标准。

尤其需要警惕的是对权利的如下解释：权利是保障权利人的利益实现并给相对义务人施加不利负担的手段。这一解释的实际意思就是，权利的功能是在损害义务人的基础上有利于权利人。这一解释严重有违人类使用权利概念的本意。如果权利以对他人（义务人）不利为手段来有利于权利人，这种所谓的“权利”很难被认为具有正当性。

权利的示善功能意味着，在一个国家的法律中被标示为权利的行为，在社会群体成员以及国家立法者看来具有无害性，即具有最低限度的善性。由于国家法律表达着社会群体成员的意见，认为该行为对他人无害，任何其他人也不应当反对该行为的实施。权利的示善功能更进一步的含义是，由于对他人无害是某行为被社会群体成员认定其为权利的理由、依据，权利人行使权利也要受到“无害性”的限制，即必须始终谨慎地将该权利性行为控制在不损害他人的范围、限度之内。

3. 权利的示选功能

以上述“散步权”为例，权利在这里传递的信息是，社会群体成员认为该散步行为是一种可选择的行为。行为人在散步、不散步之间做任意选择，都将得到社会群体成员的赞同、支持。“示选”意味着社会群体成员对标示为权利的行为并不强求其做或者不做。当我们说某主体有做某行为的权利时，意指他不做该行为也是可以的；反过来，当我们说某主体有不做某行为的权利时，也意指他做该行为也是可以的。

赞同、支持权利主体对权利名义下的行为选择做或选择不做，体现了社会群体成员对主体的行为自主意志的尊重、不干涉。实际上，在社会群体成员没有对任何行为作权利标示的情况下，在没有政治国家的立法者对任何行为作权利规定的情况下，每个人对任何行为都可以在做或者不做之间作选择。

人的行为驱动思维机制分为感性思维机制和理性思维机制。康德认为，人作行为选择可能仅仅出于因感官冲动或刺激所决定的爱好，也可能出于遵循着纯粹理性的绝对命令要求——选择那种能够与他人自由共存（相协调）的行为——的实践理性，后者又称为“意志”。^[22] 当人的行为选择纯粹由快乐、爱好这种感官感觉决定时，这只是非理性的兽性的选择；^[23] 只有那种在实践理性（意志）支配下作出的行为选择才体现了人类的意志自由，

[22] 参见前引〔4〕，康德书，第12页以下。

[23] 同上书，第13页。

即摆脱了纯粹受感官、欲望支配的兽类的行为选择状态。当人们遵循绝对理性的绝对命令，选择了那种能够和他人自由共存的行为时，选择这种行为的意志就带有善性。当然，这种“善”是最低标准的善，是那种避免损害他人，以保证和他人自由共存的善。^[24] 仅此善性，已经足以获取他人尊重，足以获得社会群体成员普遍尊重。

当一个人在理性支配下选择行为时，已经遵循了纯粹理性的要求：使所选行为能够和他人自由共存，这就必然排除了行为的损他性。而这种不具有损他性的行为，无论做还是不做，都同样不具有损他性。也就是说，权利标示下的行为，行为主体既可以选择做，也可以选择不做，这并非出于社会群体成员的准许，更不是出于国家这种有组织的暴力机关的授予，而是因为其本身就出于“善”的意志，从而获得社会群体成员的尊重。社会成员用权利这一概念表达自己对行为主体的理性自由意志的尊重，以及在这一意志支配下任意地作做或不做之选择的尊重。把权利视为拥有权力的国家机构授予或准许的，实际上否定了社会成员个体以意志自由、意志自律为主要内容的个人尊严。

权利的示选功能常常诱使人们把权利理解为“自由”。在既有的法学理论中，把权利理解为“自由”或者“使人自由”是相当普遍的现象。霍布斯率先用“自由”解释权利，认为权利就是自由地去做或不做。^[25] 在将权利与权利之功能混淆不清的背景下，霍菲尔德、贝勒斯都认为权利的四种含义之一就是“自由”。不过，他们所说的“自由”不同于霍布斯所说的“可以做也可以不做”意义上的自由，而是“不负担某种义务”意义上的自由。^[26] 这一意义上的自由是西方法学领域非主流的自由释义。

在权利主体可以就权利性行为作自主选择这一意义上，权利似乎真的赋予权利主体以自由。但是，在社会实践中，一个主体对某个行为自主地作做或不做的选择，取决于行为人自我的意志，而并非取决于权利之规定。这种对行为作做或不做的选择，在原始社会就是每天都在每个人身上反复发生的事。一个没有获得任何授权的原始人在决定和实施散步或不散步这个问题上是自由的。当代社会，这种由主体自我决定、选择一件事的做或不做仍然是反复出现的事实状态，无论这个主体是否知道以及社会群体或者法律是否承认做该事是权利。就一个散步行为而言，行为主体可能受惑于晴好的天气、清新的空气、繁茂的花草林木而决定散步，也可能考虑到自我健康的需要而散步，而不大可能因为自己确信本人有这项权利而散步。反过来，即使法律没有明确给该主体授权去散步，该主体可能因为身体不适而决定不去散步，可能因为小路周边环境被污染而决定不去散步，但就是不大可能因为法律没有明确规定该主体有散步的权利而不去散步。所以，是否存在法律授权对行为人实施某行为的自由并无什么影响。这种自由是自有人类以来的一种事实性存在。正由

[24] 参见 [德] 伊曼努尔·康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，世纪出版集团、上海人民出版社 2012 年版，第 9 页。

[25] See Thomas Hobbes of Malmesbury, *Leviathan*, London: printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651, p. 79.

[26] 霍菲尔德认为，“某甲拥有令他人——即某乙——不得进入其土地的权利或请求权；而其本人则享有进入该土地之特权，换言之，某甲不负担不进入该土地的义务”（参见前引 [13]，霍菲尔德书，第 33 页）。贝勒斯根据霍菲尔德对“权利”的四种用法之含义的分析，对“自由”或“特权”进一步阐释：“一项权利可以是作为或不作为的自由或特权，与其对应的是他人无权请求此人作为或不作为，其相反的概念则是作为或不作为的义务。” [美] 迈克尔·D. 贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 97 页。

于这种自由并非因权利而出现、存在，而是天然地、自发地出现、存在，所以，并不是权利赋予主体这种自由。

4. 权利的排他功能

所谓权利的排他功能，是指社会群体和国家通过权利概念表达着对某行为排他地、专属地由该主体实施的认定。当社会群体和国家认定某主体作某行为是权利时，不仅是对该主体从事某行为的认可，还蕴含着“只有该主体可以从事该行为”的意思，以至权利概念内含着“将该行为排他地、专属地派归于该主体”的意思。

权利的这种排他功能意味着，当特定的主体从事或有待从事的特定行为获得社会群体和国家以“这是权利”来表达的赞同、认可后，他人未经主体同意不能插手该主体所从事或有待从事的该特定行为。对这种排他性的认可，意味着在社会群体的观念中把该特定行为与该特定主体加以联结：只有该特定主体可以排他地、专属地从事该行为。这在外界看来，似乎是社会群体将一个行为分配、派归给某个主体，使该行为排他地、专属地归属于该主体。

在对人行为权利中，这一涵义体现非常明显。例如，一对夫妇领养一个孩子，他们对该养子有抚养权，这个抚养权中的权利的含义，不仅仅标示着他们对其养子的抚养行为得到社会群体进而得到国家机构的认可，同时意味着，他们对其养子的抚养行为的排他性、专属性得到社会群体进而得到国家机构的认定，而他人不能同时实施抚养该养子的行为。

在对物行为权利中，这种得到社会群体和国家的认可的特定主体对特定行为的排他性、专属性表现最为突出。当社会群体和国家承认某人对某块土地拥有所有权时，就意味着：（1）他能够施加、作用于这块土地的行为（包括对土地的占有、使用、收益、处分等），都得到社会群体和国家的认可、赞同；（2）社会群体和国家认可、赞同所有施加于这块土地的行为都排他地专属于他本人。如果其他人未经该土地所有人的同意而对该土地实施占有行为或使用行为的话，社会群体和国家都将认为这构成对土地所有人的排他性、专属性行为的侵犯。

这一点对知识产权的保护尤其重要。知识产权最突出的功能就是以社会群体和国家的名义——以法律来表现——确认特定主体对特定知识的拥有、运用之行为的排他性、专属性。知识作为无体物通常以文字、符号、图形、数据等方式体现其存在，以这种形式存在的“物”一旦公之于众就很容易被他人复制、运用。所以，知识产权的设定，是社会群体和国家通过法律表达只认可知识的创造者对其创造的知识的所有和运用等行为，同时反对其他任何人未经该创造者的许可而运用该知识的行为。

在令他行为权利中，这种得到社会群体和国家认可的特定主体对特定行为的排他性、专属性同样表现突出。一个出借人要求借款人归还欠款，社会群体和国家承认该出借人向借款人提出的要求是权利，这就意味着：（1）社会群体认可、赞同该出借人的要求行为；（2）社会群体认可、赞同的该要求行为只能由出借人排他地、专属地行使。

表面上看来，在自为行为权利中权利的这种排他功能似乎不明显，实际上，这里同样存在着社会群体和国家对特定行为专属于特定主体的认定。以前述散步行为为例，当一个主体的散步行为被确认为权利性行为时，就意味着，社会群体和国家都认为，该主体的散步活动只能由该主体自我意志支配，他人不得强使该主体散步，也不得强使该主体不散步。在这一意义上，该主体所拥有的散步权意味着他的散步活动在社会群体和国家看来具有仅

属于他的特性。

权利的这种排他功能，尤其是对物行为权利表达的权利主体对特定物的行为的排他性、专属性内涵，使经济分析法学家认识到权利的经济价值。在权利得到确认的情况下，理性人有一个安全预期，就可以按照自己的意志为使自我利益最大化而处置被社会认为归属于自己名下的物；当全社会成员普遍地在权利得到确认的制度背景下活动时，社会经济资源就可以得到最优化配置和运用。反之，即使一个人占有一块土地，在他未能确信社会群体其他成员和国家组织认可他排他地、专属地占有并随意利用这块土地之前，他不会精心地翻耕这块地，不会在这块地上精心地播种、施肥、除草，不会创造性地改进耕作技术以增加农作物产量、质量，因为他有一个不安全预期，即其精力、资金的投入所产生的成果很可能将会被别人夺取。^[27] 这一认识成为法学理论和经济学理论得以沟通的桥梁之一。不过，这是权利在社会经济活动中的客观效果或作用，而不是权利自身的功能。

5. 权利的禁侵功能

通常，当人们说“我有某项权利”时，突出地想表达的是，“我做该事是不可侵犯的”。这是由权利的禁侵功能表达的内涵。禁侵功能是权利的一个最为突出、最被人们关注的功能。

所谓权利之禁侵功能，是指社会群体和国家通过权利概念表达、宣示对任何其他主体侵犯（阻止、妨碍、抗拒）权利主体从事的“权利名义下的行为”的反对态度。禁侵是与权利的认可功能并在的镜像性功能。社会群体和国家使用权利概念的正面表达是“赞同、认可、支持”，其反面表达就是对于可能发生的、对被认定为权利的行为加以侵犯（阻止、妨碍、抗拒）的反对。

一个拥有“散步权”的现代人某甲一般不用担心他人对自己的散步行为的阻碍。从理论上讲，与其共同生活的社会群体其他成员在其获得“散步权”的过程中，就站在第三方的立场上根据良知和理性形成了自己的评判态度：因为该散步行为对他人无害，我们对此行为表示赞同。一个人对某行为的赞同，意味着同时给自己设定一个义务：我不应当对此行为加以侵犯（阻止、妨碍）。如果在现实生活中确实有人无视自己理论上的自设义务，意图对某甲的散步行为加以侵犯（阻止、妨碍）的话，那么，社会群体成员就通过某甲拥有的“散步权”中的“权利”这一概念，向每一个意图侵犯或者潜在的侵犯者发出警告：我们反对对该散步行为的侵犯（阻止、妨碍）。

权利的禁侵功能在面对不同的权利载体时有着不尽相同的含义。当权利载体是自为行为、对物行为、对人行为时，权利的禁侵功能表达着对权利主体之外的其他人的禁止：不得干涉、阻碍权利主体所从事的此类行为。当权利载体是令他行为时，权利的禁侵功能具有两方面的含义。首先是对被令者做抗拒命令行为的禁止，如债权的意思包含着对债务人抗拒履行债权人的关于清偿欠债的命令的禁止；其次是对权利主体和直接被要求者之外的其他人的禁止：不得干涉、阻碍权利主体所实施的此类行为，如向债务人提出清偿欠债的命令行为。也就是说，当一个令他行为被社会群体、国家认定为权利时，这一认定包含两

[27] 参见 [美] 理查德·A. 波斯纳：《法律的经济分析》上册，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 40 页。

个禁侵设定：（1）对直接被令者的禁侵设定——不得抗拒；（2）对其他各主体的禁侵设定——不得干涉或阻碍。

权利具有禁侵功能，并不意味着把一个行为作权利设定就可以使该行为不受侵犯。权利的禁侵功能只是说，权利概念传递着这样一种信息：社会群体成员对权利名义下的行为遭到的侵犯（阻止、妨碍、抗拒）持反对态度。权利是精神形态的现象，如果有人一定要以自己的行为侵犯（阻止、妨碍、抗拒）权利名义下的行为，那么仅权利概念自身无力阻止这种侵权行为。

6. 权利的示助功能

与权利禁侵功能紧密相关的是权利的示助功能。所谓权利之示助功能，是指社会群体成员和国家通过权利这一概念表达着一种承诺：无论行为人选择做或是不做权利名义下的行为，当其受到其他主体的侵犯（干涉、阻碍、抗拒）时，都可以向受社会群体成员委托的特定国家权威机关求助，而国家权威机关将会根据权利这一标示和行为人的请求，给行为人实施的权利名义下的行为提供帮助，这种帮助包括制止侵犯者的干涉、排除其阻碍、强迫其服从，以及对其强加制裁。

弗里德曼认识到权利本身并不能直接制止、排除他人对“权利名义下的行为”的阻止、妨碍之行为，但是能够通过权利主体的“要求”来启动公权去制止、排除他人的阻止、妨碍之行为。^[28] 弗里德曼虽然未能正确地区分权利本体和权利之功能之含义，以至把权利视为对国家的要求，^[29] 但是他正确地看到，权利有向国家提请帮助并很可能获得国家帮助的功能。

国家机关拥有的公权是一种权力，是人类进入文明时代以后组织起来的强力。公权的本源是参加一个政治组织体的人民群众共同同意对特定的组织机构的授权：允许其专属地、独断地行使组织性的强力。在现代文明社会，公权的使用要遵循一定的规则。这些规则是加入这个文明社会的全体成员共同同意的关于如何行使这种有组织的强力的约定，它是社会全体成员的共同意志，它在现实社会表现为宪法、法律。公权机构必须按照表现为宪法、法律的社会全体成员的共同意志去行动，意味着它们（他们）要承诺并履行法定义务。

当社会全体成员通过宪法、法律确认某种行为是权利时，隐含着给国家公权机构设定两个义务：（1）当某权利主体实施被视为权利的该项行为时，国家公权机构和其他社会主体一样负有不得阻止、不得妨碍的义务；（2）当某权利主体实施被视为权利的行为且遭到其他主体的侵犯（阻止、妨碍、抗拒）时，该权利主体就由那个初始性权利引申出一个派生权利——要求国家公权机构提供帮助的权利。该主体根据这一派生权利去行动，即向国家公权机构提出提供帮助的要求时，国家公权机构有义务响应该权利主体的要求，向其提供帮助。简单地说，对一项行为作权利设定就意味着给国家公权机构设定两个义务：一是不侵犯的义务；二是提供帮助的义务。

英美国分析法学学者中流行的法律权利“主张说”，将权利解释为“一个法律上可主

[28] 参见 [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼：《法律制度——从社会科学角度观察》，李琼英等译，中国政法大学出版社1994年版，第267页。

[29] 同上书，第266页。

张的权利要求”“一种能够在法庭上得到支持的主张”，^[30]其中蕴含着国家权威机关对权利提供帮助的意思。但是，将权利解释为“……的主张”或者“……的要求”，就是用“主张”“要求”去定义“权利”，这是混淆了物质世界的现象和精神世界的现象。无论主张还是要求，都是人的行为，是人通过语言或其他可被他人理解的方式来表达自我意志、愿望的行为。人的行为属于物质世界的现象，而权利属于精神世界的现象，不能用物质世界的现象去定义精神世界的现象。无论主张还是要求，都可以具有权利的性质，但它们本身不能等同于权利。^[31]

结 语

我们将“权利之功能”界定为社会群体通过权利这一概念表达、宣示对主体的某种行为以及与该行为相关的其他主体的相应行为的态度、看法，其依据前提就是对权利本体——行为之正当性——的界定。这一界定决定了权利之功能只能是人的精神活动领域的现象。这一界定和理解根本区别于边沁设定、西方众多法学家们追随的权利解释思路——在权利本体尚不清晰的情况下就去解释权利之功能，再用对权利的某种功能之解释充作对权利本体的理解。按照边沁设定的权利解释思路走下去，很容易导致把物质世界现象与精神世界现象混淆的问题，如用“请求”“强制”“利益”等物质世界的现象去解释本体上属于精神世界现象的权利。

这一界定和理解也根本区别于自边沁以来功利主义法学和分析实证主义法学对权利和权利功能的解释所依据的社会背景模式设想。边沁开创、设定的权利分析背景模式是二人社会模式——“一方拥有权利，另一方承担义务”，依此分析有权利方对承担义务方可以做什么。^[32]本文设定的权利分析社会背景模式是三人社会模式——社会群体成员在第三方的立场上，对某个体做出的或待做的影响到其他个体的行为加以观察、评判，权利是社会群体成员表达的对该行为的赞同性评判态度。

这一界定和理解也根本区别于边沁设定的权利之道德内涵。边沁强调权利就是权利人的利益，^[33]其有赖于法律强加于他人的义务负担得以保证。^[34]本文强调权利的基础是个人的行为对他人不具有损害性，这是一种初步的善，或者说是最低限度的善，仅此就具有正当性，就是权利。

这一界定和理解也根本区别于边沁对权利与法律之关系的设想。边沁认为权利就是法律规定的，或者是国家主权者作为立法者规定的。^[35]本文认为权利作为社会群体成员的看法、观念，是先于国家、先于法律形成的，国家立法对某行为的规定只能来自于社会群体

[30] [美] 罗斯科·庞德：《法理学》第4卷，王保民等译，法律出版社2007年版，第55页以下。

[31] 参见前引〔18〕，张恒山文。

[32] 前引〔5〕，边沁书，第229页注1。

[33] See Jeremy Bentham, *The Civil Code*, in John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 1, Bristol: Thoemmes Press, 1995, p. 301.

[34] 同上。

[35] See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 1, New York: Russell & Russell Inc, 1962, p. 106.

成员对该行为的看法、观念——尽管国家立法的规定在某些地方不同于社会群体成员的看法、观念，但从一个法律中的规则体系来看，其中的绝大部分，尤其是最基本规则部分，是不能违背社会群体成员在既定的社会生活中已经形成的看法、观念的。

这一界定和理解也根本区别于边沁对权利之功能的看法。边沁认为权利之功能就在于使权利人能够迫使义务人按其意志行动，并可以使违反其意志者受到惩罚。^[36] 本文认为，权利之功能是表达社会群体对权利主体的行为的六种看法：认可、示善、示选、排他、禁侵、示助。其重点在于，向社会其他主体表达该行为不应被侵犯和可获帮助性。

权利只是一种群体性看法，拥有一项权利既不等于必然实现某项利益，也不等于该权利性行为实际上不会受到侵犯。当权利性行为在现实生活中受到侵犯时，就要看国家权威机关是否能够认真对待权利以至真正地提供帮助。如果国家权威机关漫不经心地对待权利人的权利，或者拒绝对受到侵犯的权利人的请求提供帮助，甚至自己就随意侵犯权利，那么，法律规定的这种权利只不过是镜中月、水中花。

Abstract: The ontology of rights, the carriers of rights and the function of rights are the three basic elements of the concept of rights. The ontology of right is the justification of rights behavior. It expresses a general approving opinion or attitude of the members of the social group towards a certain behavior. The carriers of rights are the behaviors directed by justification, including self-directed behaviors, behaviors directed to things, behaviors directed to other persons, and behaviors of commanding others. The function of rights is the function of the approving attitude of the social group towards the subject behavior, and it is also the effect of the ontology of rights on the carriers of rights within the framework of the concept of rights. The function of rights can be divided into six related specific types, namely acceptance, show of goodwill, show of selection, exclusion, prohibition of infringement, and show of help. The concept of rights cannot be constructed if anyone of them is missing. The emphasis of the function of rights is on the expression of “the inviolability” and “the availability of help” of the rights behavior to other social subjects. The interpretation on the functions of rights based on the ontology of rights is conducive to the elimination of the misunderstandings on the the concepts of rights and the construction of the theory on rights interpretations in Chinese jurisprudence.

Key Words: ontology of rights, carrier of rights, function of rights, theory of rights

[36] 前引 [5], 边沁书, 第229页注1。