

评法权宪法论之法理基础

秦前红*

内容提要:法权宪法理论以利益财产分析为主要内容,论证了权力在法学理论中应有的地位,对权利、权力与利益、财产的关系提出了全新的假说,以此为基础形成了形式上进行法权分析,实质上做利益财产分析的法学基本范畴架构,是一项具有创新意义的科研成果。但法权理论的研究方法、范畴体系乃至法权概念本身的使用与提出都存有诸多不完善之处,需要改进。

关键词:宪法 法权理论 权力 利益分析

法权宪法论(其中的法理部分可称之为法权理论)是以法权(即法定之权,原来称为社会权利)概念为基本标志,以利益分析、财产分析为主要内容的一套较系统的理论观点或主张的概称。该理论是由童之伟教授在过去几年中逐步提出、论证和推广开来的,它集大成的作品是《法权与宪政》一书。法权宪法理论自提出到现在已历经八个年头,其生成过程同时也是一个学术争鸣的过程。它的一些主要理论观点到今日仍受着学界强烈的质疑,看来它的创始者仍需为它的生存和发展而继续打拼。童教授的文章给我的印象是不拾众言,见解新奇、深刻,极具个性,但文字稍显晦涩,有的重要概念前后提法不一,不同时期的观点似乎也不无相互矛盾之处。最近,笔者注意到童教授的《法权与宪政》一书。此书从目录看很像论文汇编,实际上编纂成书时已做了大量的整理工作,相关概念尤其是基本范畴,以及不同时期、不同文章中的观点也被修正得基本能够彼此协调照应了。这样做便造成了两个结果:一方面使法权论显得更加系统、严密,另一方面也让人们得以较好地把握该理论的要点。为推进宪法学研究的争鸣和发展,笔者拟就法权宪法论的法理基础做一番评论,以就教于童教授和关注这个问题的其他学者。

* 武汉大学法学院副教授。

此书已于2001年由山东人民出版社出版。

最初质疑与支持这种理论的文章主要有:赵世义、邹平学:《对用社会权利分析方法重构宪法学体系一文的质疑》,《法学研究》1995年第1期;刘茂林:《也谈宪法学体系的重构——评社会权利分析理论之争》,《法学研究》1995年第5期。

例如,最近法权理论的一个主要法学观点就受到了强有力的挑战,见刘旺洪:《权利本位的理论逻辑——与童之伟教授商榷》,《中国法学》2001年第2期。

—

中国宪法学这么多年来总体看没有大的进步,究其原因,最根本的一点是没有实现宪法学法理基础的更新。其突出表现是,时下占支配地位的权利义务法理学由于对宪法学领域极为重要的权力现象没有足够的认识和反映,在很大程度上脱离社会生活实际,无法做宪法学的法理依托,而我们又没有其他将权力摆在与其现实地位相称地位的法律学说。童教授洞悉到了这一要害,把宪法学的研究拓展到了法理层面。他在《法权与宪政》一书和其它论文中提出和证明的一些理论观点、重要命题,较之他所否定的东西来更贴近法律生活的实际。这些理论观点或命题可概括为如下几个方面:

1. 开拓性地论证了权力在法学理论中应有的地位,通过论述权力与权利的区别,剖析权力的社会经济属性及其起源和终极归属,加强了宪法学的法理基础。

权力和权利是两个最基本的宪法现象,但迄今为止的法理学完全忽视了权力的这种现实地位,在它向部门法学提供的一般分析框架(权利与义务分析框架)中基本没有权力的位置,而宪法学者却又不能不面对法律生活中几乎是无处不在的权力(表现为国家机关的职权、权限)。这种状况使得宪法学者在现有的法理学论著和教材中找不到最起码的学理支持。法权理论的提出和扩展极大地改善了这种状况。笔者相信这种新的法理学说对于所有公法学部门同样具有重要意义,因为我国所有公法学部门在对待权力的问题上或多或少都面临着同宪法学一样的窘境。不过,法权理论也并没有将权力的重要性强调到无以复加的程度,而只是说在法律层面,权力和权利同为最基本的法现象,因而在理论上它们应处于同等地位。这种提法符合法律生活的实际和法学研究的需要。童教授认为:“在当今世界,权力是并将继续是法律生活中最常见、最强有力的因素之一,体现着极其巨大的利益,只有权利可以与之相匹敌。忽视权力的法学是严重脱离社会生活实际的法学”,因此应该“不仅把权利和权力看作最基本的法现象,还把权利和权力看作法的全部内容(它们负的内容是义务),并认定权利与权力的矛盾是法律生活的基本矛盾。”这些说法从理论上肯定了权力现象在法律关系和法律生活中的应有位置,也使权利——权力的全方位关系成为宪法学研究中的显学。

2. 法权理论的创始者抽象出来的法权(法定之权)概念,引发了学界对权利——权力统一现象的深度关照。

在不少法学人士的眼里,法权是看不见摸不着的东西,它所体现的法定社会整体利益和归属已定之财产也难以把握,因而,法权这个法学范畴好像没有客观合理性之基础。但我们应该看到,法权理论实际上应被归界到一种法哲学的范畴,它继受了德国古典哲学、马克思哲学认识和把握研究对象的研究路径,即“结合法学的特点和当代中国的基本情况,在将权利和权力认定为最基本的法现象的基础上,将由黑格尔所首创,马克思加以唯物化改造的‘绝对方法’(从抽象上升到具体的方法)首次运用到法学领域以展开基础法学的范畴架构乃至整个理论体系。”(第14页)这种哲学与功利主义、实证主义和实用主义哲学相比较,其在认识和把握研究对象方面最大的差别是:前者特别重视运用思维的抽象力,后者特别重视感觉和经验。从德国古典哲学和马克思哲学的思路或逻辑看,千差万别的商品都包含着价值,价值后面还

童之伟:《法权与宪政》,山东人民出版社2001年版,第13页。以下引文凡出自本书者不再另行出注,只在正文中注出页码。

有决定着它的社会必要劳动时间(尽管黑格尔实际上没有这样说过),价值是客观存在的实实在在的东西,那是很自然的事情,决不会有人因为价值看不见、摸不着而否定其客观实在性。相反,从功利主义、实证主义和实用主义的观点看,价值是很难想象的,因为它看不见摸不着。在他们眼中,价值要么是虚构的东西,要么是主观感受。由此推而论之,法权理论所论证的权利权力统一体及其后面的利益内容和财产内容,从马克思主义哲学的观点看毫无疑问是客观的、实在的,反映这种客观现实的法权概念正是把马克思哲学创造性地运用于法学研究而获得的成果。

在法学中引入法权概念,其真实意义是将权利权力统一体作为一个分析单元或研究对象纳入了法学领域,这一点对于宪法学乃至整个法学都有革命性意义。法权是什么?依我看,从法理学角度而言,作为整体的法权就是社会生活意义上的广义权利中的法定部分或法律意义上的广义权利(即法律权利和法律权力之和)本身,从宪法学上看,法权是政治意义上的人民全部权利(国家权力只是人民全部权利的一部分,即其中由人民委托给国家机构代为行使的部分;人民权利的另一部分表现为从中扣除了权力之外的其余部分)中的宪定部分。从社会内容看,法权是一个社会或国家全部法定利益的理论反映,这个新的利益分析单元的重要性远远超过单纯由权力体现的利益或由权利体现的利益。因为,权利体现的是公民等社会个体的利益,权力体现的是国家等公共机构所代表的社会公共利益,两者所代表的利益从全社会的观点来看都只是局部的,只有法权即权力权利统一体所体现的利益才具有全局性,比权利或权力任何一方单独体现的内容都重要得多。

3. 法权理论说明了权利和权力的区别和联系,有助于解决法学史上长期未解决好的难题。

在这个问题上,其他法学理论的最大缺点是权利与权力不分,它们似乎是刻意要以权利与权力不分的方式认可它们两者之间的特殊联系。实际上这是做不到的,因为,要真正合理地说明两种法现象的特殊联系,其前提条件是真正弄清两种法现象的区别。法权理论创始者为了弄清权利与权力的区别,实实在在地地下了一番功夫,为此,他较为成功地论证了国家不是权利主体。他指出国家所有权不是一般的民事权利,在现实的法律生活中不表现为国家的权利,而是分解为国家机关的职权(权力)和相关企业组织的运营权利。董教授认为从权利的属性来看,“权利的主体是社会的个体,其中首先和主要是个人,国家机关或准公共机关只在特定的情况下才能成为权利主体。权利的范围不明确有多种表现,但最直接地看是权利主体不明确或成为权利主体的必备条件不明确。按照一以贯之地统一解释法现象的要求,可以将权利主体分为权利的基本主体和权利的兼有主体两类。权利的基本主体是权利的较单纯主体,其中首先是公民、外国人和无国籍人,其次是相对于公共机关或准公共机关而言处于个体地位即民事法律关系主体地位的企业法人和其他社会经济组织”(第177页)。他进一步论述道,“从宪法、行政法等公法部门的角度看,国家所有权在许多情况下首先和主要的是权力,如在计划经济体制和政企不分的情况下就是如此;即使在市场经济体制下,国家所有权的部分权能也不能不表现为权力,如政府对国有资产享有和行使的管理权就是典型的权力”(第177页);“在市场经济体制和政企分开的条件下,国家所有权的权利性权能属于有关企业法人等个体,表现为权利;国家所有权的权力性权能属于国家,表现为有关国家机关的职权,即权力;国家并不享有或行使国家所有权中任何属于权利性权力权能的东西,亦即不享有或行使任何权利,只享有和行使相应的权力。”(第177页)他还指出了权利与权力不分和将国家看作权利

主体必然会有现实弊害：“将国家看做某种形式的权利主体，在理论上会混淆权力和权利的性质，使区分权利和权力的努力彻底归于失败，在法治实践上则会助长权力专断地压制权利，排斥权利，摆脱权利监督控制等倾向。”（第 176 页）这些理论观点不仅具有强烈的时代感，也是符合当今中国实际情况的，而且对于促进我国民主和法治的建设极具裨益。事实上，民主和法治成长的历史亦可归纳为从权力主导到权利主导的历史，即权力不断受到规限、抑制而权利不断壮大并受到重视、扶持的历史。

合理地解决权利与权力的区别和联系问题对于宪法学来说特别重要，法权宪政论的形成适应了解决这方面问题的紧迫需要，宪法学必须在法律意义上面对权利和权力，经常地、大量地、现实地分析权利和权力的关系，以及一种权利与另一种权利，一种权力与另一种权力的关系。相对而言，法理学可以离实际的法律生活远一些，甚至可以避开权力，大谈权利和义务而一般不致遭人指责为脱离实际；私法学科部门更是名正言顺地大谈权利义务不提及权力；行政法学、刑法学、经济法学和诉讼法学等公法学部门虽然避不开权力，但比起宪法学，面对的对象毕竟微观一些，将权力说成权利或混淆权利与权力，都只涉及法律生活的局部，问题不会显得很严重。宪法学则不然，如果它不能严格区分权利和权力，没有权力概念，它的整个体系就显得特别不切实际、甚至荒唐可笑。因此，区分权利和权力，赋予权力应有的理论地位，对于宪法学极为重要和必要。

在说明权利与权力的差别方面，童教授一反传统主流的思路，依体现利益类别和财产内容的不同作为区分它们的统一的标准，基本上达到了预想的分类效果或目标。这种区分方法使得一切法律上的“权”都可区分为权利与权力两部分，没有任何一种“权”既非权利又非权力，也没有任何一种“权”既是权利又是权力。从分析方法看，法权理论是先将法律上的“权”分为权利与权力两部分，再从霍菲尔德那种意义上将权利进一步分为法律权利、自由、豁免、特权，将权力进一步分为职权、权限。这种做法吸收了霍菲尔德对广义权利进行分析的成果，同时又比霍菲尔德的做法显得更合理、更具学科实用性、更符合中国的文化传统和现实需要。

在说明权利与权力的联系方面，童教授创造性地将马克思在《资本论》中从千差万别的商品中抽象出劳动时间直至社会必要劳动时间的方法运用到法学中来，不仅发现了权利和权力后面共同的利益内容——法律承认和保护的利益（作为一个整体即法定社会整体利益），还发现了权利和权力共同的物质承担者——有关社会或国家内归属已定之财产或全部财产。权利和权力背后这两层次内容的发现，实际上使法学在处理权利与权力的矛盾、个体利益与公共利益的矛盾，以及个体所有之财产与公共机关所有之财产的矛盾时，获得了一个至为关键的平衡点。更重要的是，它证明了权利与权力在法定利益和归属已定之财产两个层面上，完全无差别，是一个统一的整体，从而揭示了权利与权力的真正联系。揭示这些联系对于宪法学研究意义重大，因为，法权理论所特别重视的权利和权力，其实际内容就是今天宪法学所特别看重的公民权利与国家权力；而揭示了权利与权力的真实联系，也就是揭示了公民权利与国家权力的真实联系。

4. 对权利、权力与利益、财产的关系提出了全新的假说，并做了有说服力的证明。

霍菲尔德把权利和义务视作法律的最低公分母，认为“分析法学的目的之一是对所有法律推理中应用的基本概念，获得准确的深入的理解”。因此，如果想深入和准确思考并以最大合理程度的精确性和明确性来表达我们的思想，我们就必须对权利义务及其他法律关系的概念进行严格的考察区别、分类。转引自沈宗灵：《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。

权利和权力具体与哪一部分利益有关系,是什么关系?权利体现的利益与权力体现的利益之间是什么关系?权力和权利是否都与财产(财富)有关系、是什么关系?等等。这些都是牵涉宪法学乃至全部法学领域的基础性问题。但对这些问题本来负有解决责任的法理学长期没有给予足够的关注,更没有做正面回答。这种状况难免影响修宪、立法、司法和执法的科学性、公正性。在此情况下,法权理论提出和证明的以下假说较好地回答了有关问题:权利以个体利益为其社会内容,以个体所有之财产为其物质承担者;权利、个体利益和个体所有之财产是同事物的三种不同存在形态,能够相互转化;权力以公共利益为社会内容,以公共机关所有之财产为物质承担者;权力、公共利益和公共机关所有财产是同一事物的三种存在形式,三者能够相互转化(第191至195页)。按这种思路观察历史的和现实的法现象,很多以往难以解释的现象都能得到合理的解释。按这些原理,我们也较容易看出我国立法中的一些缺陷和弥补这些缺陷应采取的措施。如在我国立法中,对不少权利(如生命权、健康权、选举权、被选举权等)受损害长期没有给予物质赔偿的明确规定这类事情就很能说明问题。存在这类问题,与其说是立法不周全,不如说是研究不够深入,对权利与利益、财产之间的关系缺乏应有的认识。对权力与利益、财产的关系缺乏认识的情形也是明显的,例如,行政罚款和刑罚上的罚金,其性质到底是对被侵害的权利的赔偿,还是对侵害权力者的惩罚,抑或是两种性质兼而有之,笔者就没见过有说服力的论说。这类问题按传统法理学都很难解答,但若按法权理论,则很容易顺理成章地找到答案。

5. 打破了传统的宪法学范畴架构,形成了富有生命力和具有时代感的宪法学范畴体系。

这主要指法权理论创始者从自己感知和认识的法律生活现实中抽象出的法学核心范畴和基本范畴,即权利、权力、法权、剩余权、总体权、义务和法等总共七个概念。其中,法权作为核心范畴,在整体上是社会生活中一切法律上的“权”,以及法律承认和保护的全部利益和归属已定之全部财产的统一理论反映。其所反映的对象在社会生活中的基础性地位决定了法权概念在法学范畴架构中必然处于核心地位。这些观点都是符合马克思主义的认识论法则的,而且把财产关系视为宪法关系的基本函数,亦对克服既往宪法学研究中“意志法学思维”突出、“独断论”盛行的痼疾大有裨益,从而亦使宪政与经济、宪政与国家之关系恢复了历史本来面目,为客观地界定宪法建设在社会主义法治国家建设中的地位与功能提供了一个可操作的参照。

不少学者对以法权为法学核心范畴的定位乃至法权本身能否作为一个概念表示了怀疑。对此,我的看法可概括为四点:第一,法权概念有明确的外延——法律承认和保障的各种权利和权力;也有明确的内涵(内容)——法律承认和保障的各种利益及作为其物质承担者的归属已定之财产(财富)。从马克思主义哲学和哲理法学的角度看,法权作为一个法学概念的资格无可挑剔。第二,从马克思主义哲学的思路看,将法权作为法学的核心范畴十分恰当,这一点法权理论的创始者在解说“绝对方法”或从抽象上升到具体的方法时已做了比较可信的证明(第207到209页)。第三,童教授将核心范畴设定为法权,只是他个人依据马克思主义哲学对法学核心范畴的一种理解,这种理解方式不能也不应该排斥其他理解方式,即使人们所依据的是同一种哲学。第四,单纯认定一个核心范畴并不难,难的是真正以自己所认定的那个范畴为核心形成新的、更能反映法律生活实际的理论体系。

参照以上诸点,可以认为,在迄今为止所提出的关于法学核心范畴或关键范畴、基本范畴等的各种说法中,以法权为核心的提法看来是比较有哲学根据的。尤其是,法权理论的创始

者已经以法权概念为核心建构了法理学和宪法学的基本理论构架,这个构架的确在许多方面比以权利义务为核心的体系显得更符合今天的法律生活实际或现实。其中最明显之处是,它在理论上给了权力以与其现实地位相符的理论地位,发现了法权,阐明了法权、权利、权力和义务的利益内容、财产内容,为使法学、特别是宪法学对社会进行全面的利益分析和财产分析提供了现实的可能性。

以上诸点可以说是法权理论的主要支柱。与传统法学比较,它们可以说完全是新东西,其合理性和重大的理论意义很难否定。

二

法权理论在许多方面突破或试图突破原来的法理学和宪法学框架。从现有内容看,它在取得了实质性进展的同时,也暴露出不少问题,存在着不少缺陷甚至是比较重大的缺陷。

1. 法权一词原本已用得滥,现又采用法权一词指称权利权力统一体,容易给人造成文字符号混乱的印象,不易为人们自然地接受和传播。

法权一词在汉语中最先是一个国际私法用语,指司法主权,后用以指治外法权。1949年后我国出版界又因不能准确译解马克思主义创始人著作中的有关词语而生造出含义不甚明确的法权一词。“文革”中大张旗鼓地批判所谓“资产阶级法权”,更在人们心理中造成对法权一词看法的扭曲。因此,现在再要借用法权一词表征权力权利统一体,人们心中产生莫衷一是甚至对它的抵御、排斥感是十分自然的。

2. 对义务的定位不恰当。

在这方面,法权理论创始者实际上陷入了自我矛盾:一方面,他承认与权利相应的是义务,与权力相应的也是义务;另一方面他将权利和权力都视为最重要、最常见的法现象,而把义务排斥在外。他认为“义务是标志与法权概念所指代的利益正相反对的事物的法学范畴,它的物质内容是与法权体现的财产的价格总量(这是可用一定货币量表示的)相等,但本身为负数的东西,其法律存在的形式往往因时代和国家而异,通常表现为法律上的义务或无资格。”(第215页)两相对照,按上述第一方面的意思,义务既然同时与权力和权利相对应,那就表明它的常见程度等于权利与权力之和,而超过权利与权力两者中的任何一方,既然如此,凭什么说权利、权力比义务更重要、更常见呢?这恐怕不能不说是自相矛盾。事实上,在现实生活中,权利和权力也总是有义务与它们相对应的,尽管义务与相应权利或权力有时是分离的。从这个层面看,法权理论的有关论点不符合法律生活实际。

3. 法权理论中对于权力的定位存在较严重问题。

权力在社会生活中通常被视为对外部世界产生效果的事件或动源,它几乎不可避免地带有主观评价的色彩。权力概念之所以容易混同和含糊不清,来源于三种用法,在这些用法中将概念混杂、融合或重叠成相应的词语和含义。最普遍的用法是将权力作为影响、控制、统治和支配的同义语,导致看起来权力具有这些词语的某些或全部不同色彩。另外一种用法是将权力作为个人具有的属性或品质,权力可能被视为人们追求的,甚至是人类奋斗的基本目标,因而产生了涉及人性本身性质的人类基本动机问题。还有一种用法是将权力与社会文化环境联系起来加以考察,认为既然在一切大规模的复杂的“文明”社会里,权力在群体之间分配不均,这些社会的文化就会反映和体现这种不平等。而法权理论创始者认为:“权力是一个反

映依法由公共机关及其附属组织掌握和运用的那部分法权的范畴,它反映的对象是实在法上与以公民为代表的个体相对称的一切集合体依法享有的权力,其中主要指国家机构拥有的职权或权限,但也有一部分是准公共机关依法拥有的与权利相对应的那些职权,它们是国家机构的职权的延伸。”(第510页)这样的权力概念有着诸多缺憾:

其一,这个概念并没有消除前面所提及的在社会科学理论上有关权力用语的混乱现象,同时这种权力概念还存在外延太狭窄的问题。只有法律权力,不足以适应分析社会生活的需要。因为法律不是一个封闭的空间,法学涉及的范围是远超过法律事务的。割离法律与社会现实的密切关系,忽略法学赖以生成的社会土壤,从而孤立单纯地在法律意义上谈论权力问题,难以揭示权力的真谛,也难以全面、深入地解释全部法律现象。

其二,在法权理论中,与公民相对称的一切集合体(包括准公共机关)所享有的职权、权限是权力概念所反映的主体。这种定位完全排斥了公民作为当代社会的主人掌握权力的可能性,这是否符合政治社会的现实我们暂且不论,需要追问的是一些事实上的权势者,譬如说西方那种反对派政治领袖或比尔·盖茨那种世界级豪商巨贾,他们所掌握的权力难道就不是权力吗?但是,如果以为准公共机关如宗教集团、家族集团、跨国公司,甚至一些行会组织所掌握的权力,是国家机构职权的延伸,则有把这种权力变成“用头走路的权力”的危险,因为国家和社会的区别是现代政治思想的根基。市民社会和家庭在其真实的即独立的和完全的发展中是先于国家的,它们是真正的活动者和“原动力”,是国家的前提和国家存在的方式。“家庭和市民社会本身把自己变成国家”,它们是“国家的真正的构成部分”,而国家是从作为家庭和市民社会的成员而存在的这种群体中产生出来的,“政治没有家庭的天然基础和市民社会的人为基础就不可能存在”。因此,法权理论中的权力概念只说明了权力的实在法依据,却并未反映权力的真实社会基础,更不能解释全球一体化趋势和网络技术发展所带来的权力现象逾越国界和权力在虚拟空间广泛存在的客观现实。

4. 仅把权力界定为一个依凭实在法而定的概念,亦会导致另外不良后果。

首先,以立法统合整个法律定义的那种支配性,致使人们不可能正视人们在行动中普遍遵循但却尚未阐明的规则在社会演化过程中的功用和意义,也不可能对立法行动本身所应遵循的社会秩序规则的性质以及这种行动所产生的实在法的性质进行追问,当然更不可能针对上述流行话语中所缺少的但又确实在发挥作用的现代唯理主义“意识形态”支配下的现代图式“再生产过程进行前提性的追问”。其次,导致公法对私法的逐步渗透和取代。法权理论欲以权力权利的分析框架代替传统法学上的权利义务分析框架,而又主张权力主要表现为国家和国家机关行使之职权或权限,这种权力应主要由立法者通过宪法这个载体加以规限,其必然结果便是导致公法和私法不分。正如哈耶克指出,人们绝不能因为公法是意志行为为了特定目的而刻意创制出来的规则而认为公法比私法更重要,“恰恰相反者可能更接近于真理,公法乃是组织的法律,亦即原本只是为了确保私法之实施而建立的治理上层结构的法律。正确地说,公法会变化,而私法将一直演化下去。不论治理结构会变成什么,立足于行为规则之上的社会基本结构则会长期持续下去。因此,政府的权力源于公民的臣服而且它有权要求公

参见《马克思恩格斯全集》第1卷,第248页,第251页。
同上书,第252页,第238页。
参见邓正来:《法律与立法二元观》,上海三联书店版,第3页。

民臣服,但条件是它须继续社会日常生活的运作所依凭的自生自发秩序之基础”。

政治权力架构的设计乃是以政治权力的归宿主体和政治权力的行使主体间的二元互动关系作为立基点,这种架构设计的最根本的制度形态部分即为宪政的核心内容。以往宪法学者多从控权、限权的角度来看待宪政的功能,但却不能解释为什么由于权力“形式”的扩展、分类,使它不能将权力在逻辑上作为一种特定机制来处理;不能解释社会互动过程中这种机制为什么带来其他单位、个人或集体行动的改变;不能解释为什么虽然“主权在民、权力在民”,但掌握最多选票资源的中下层阶级其实最终还是把权力交给了社会上层阶级;也不能解释具有强制色彩的权利到底与权力如何界分。法权理论以探寻国家权力演进的总规律自命,并认定“从国家权力产生并有了成熟的存在形式以后,它就处在渐进但又永不停顿的分解和再分解过程中,直至它被分解完毕;在这个过程中,国家权力既分解为不同的存在形式由不同的主体掌握和运用,又逐渐转化为社会成员的权利,由权力形态向权利形态回归,经过充分分解的国家权力最终将全部转化为社会成员的权利”(第 319 页),仍然没能很好地回答上述问题。而且,这种所谓“国家权力分解定律”是否具有逻辑与历史统一性也还有待于进一步求证。

5. 法权分析方法作为法权理论最基本的研究方法依然存有诸多不完善之处。

社会科学的一般科研规范要求学术观点有明确前提,有逻辑可循,有证据可依,研究者必须明确说明研究的预设前提,理论逻辑、资料依据,并论证结论与事实能够吻合。法权理论提出的哲理法学的思想图式,似乎过分拘泥于具体的经验或一已的生活感受,如对权利义务的现地地位、理论地位的否定和对权利权力现地地位、理论地位的肯定,都有这种痕迹。法权理论必须在宏观的生活实践层面或时空更为广大的社会生活的经验世界得到验证。否则,它只能永远是一个理论假说。此外,法权法理的范畴大厦中的许多范畴如总体权、剩余权等缺乏足够的事实依据,不知在现实中所指为何物(何种对象),在它们被作为基本范畴推导出来后,立即就消失了,从此极少出现。人们不禁要问:如此罕见、如此可有可无的概念,能否作为基本范畴存在?难道这不违反现实重要性与理论重要性相适应的原则?

6. 法权理论所主张的权利、权力都有财产内容,相互之间可以转化、还原的论点没有足够的事实依据。

是不是一切权利和权力都有财产内容,权利、权力与财产能否转化、还原,对于法学来说是个非常重要的问题。在这个问题上,法权理论的创始者看起来是彻底地唯物主义的,但实际上仍有相当大一部分权利或权力与财产的关系没有得到证明。仅仅根据人身权受到侵害依法能获得金钱赔偿,拿钱能够治病、有助于身体健康或延长生命之类现象就断定人身权都有财产内容、而且两者间能够转化、还原,未免过于大胆。同样,说政治权利有经济内容,无异于说行使政治权利就是为了捞取个人的经济好处,似乎也不可信。就说被选举权这种权利吧!人们行使被选举权,想方设法想要当选某个职务,在许多情况下应当说主要是为了实现自己的政治抱负,不是也不可能是通过这个途径使自己的钱包鼓起来。以西方政治生活为例,当年罗斯福在去世前几个月拼死拼活抱病搞竞选,争取第四次连任美国总统,你能说那仅仅是为了增加个人的进账?不久前美国民主、共和两党总统候选人在佛州计票问题上争吵得难解难分,难道能简单地认为两个候选人所争夺的实际上是为总统职务所设的那 30 多万美元的薪金?对于权力来说也是一样:在相同条件下,有关公职人员威望和能力不同,权力行使的实际强度往往有很大的不同。这种常见的情形也是对权力强度由公共机关掌控的财产多

转引自前引,邓正来书,第 52 页。

寡决定的论点的有力批驳。还须指出宪法学科基本分析方法从传统的阶级分析方法向法权分析方法转换虽然有助于实现宪法学领域的拓展和方法上的更新,但法权分析方法将利益尤其是经济利益作为解释宪法现象乃至整个宪政制度的万能之匙,则无疑是从“意志独断论”的极端走向了“利益决定论”的另一极端。从利益入手解释一切宪法现象很难行得通,至少,利益决定论无法解释这样一些问题:为什么人们社会行为的稳定性常常超越了经济利益的变动不居?为什么个体可以放弃自己的利益和权利而服从于公共利益的要求或需要?为什么宪法制度忽而超前于社会现实的要求,忽而滞后于社会现实的要求,这些违反了各种宪法关系主体的利益却又一般不致引起社会的全面崩解?

7. 宪法观念、宪政意识是维系社会整合,保持法治体系统一的重要因素,法权理论却几乎只字未提。

法律在中国为什么比较脆弱,容易被以追逐私利为动机的行为所削弱?这是因为法律在我国社会还缺少足够的公意基础,亦即在它的下面还没能形成足以促成其充分实现所必需的人们都接受的价值标准和理念取向。从宪政文化学的角度看,怎么强调宪法观念和宪法意识的作用都是不为过的。这是因为:首先,宪法制度会产生凝固性、稳定性,为宪法学各种原理的形成、确立提供基础。其次,宪政观念能塑造宪政主体的记忆和遗忘功能,它通过强化人们对某些宪政领域和宪政规则的记忆,而同时忽略其他的领域和规则,来引导人们的注意力,具体指导人们的行为取舍(有所为,有所不为),从而培育符合宪政主体利益的宪政秩序意识。法权理论中缺乏宪政观念的论述,应视为其创始者在革新中国宪法学体系的努力中的一个很重要的疏忽。

Abstract Legal - rights constitutional theory is a creative legal theory. Taking the analysis of interest property as its main content, it has demonstrated the important place of power in legal theory, put forward a brand new hypothesis on the relationship between rights, power, and interest property, and, on the basis of such hypothesis, developed a basic legal framework for the analysis of formal legal rights and substantive interest property. However, there are many shortcomings in the legal - rights theory and further improvements need to be made in its research method, its category system, even in the concept of legal right itself.
