

权利概念的历史

方新军*

内容提要：权利的概念是人类社会发展到特定历史阶段的产物，它的出现与个人主义观念的兴起紧密相关。古希腊和古罗马社会中不存在一般意义上的权利概念。斯多亚哲学和基督教理论中所蕴含的个人主义观念还不足以导致权利概念的出现。十二世纪出现了世俗个人主义和权利概念的萌芽。十四世纪出现了对拉丁文 *ius* 的主观意义和客观意义的双重理解。四个世纪之后，康德的哲学理论为上述理解提供了完美的说明。当世俗个人主义和自由意志主义成为权利概念的理论基础的时候，也就是现代权利概念诞生的时候。

关键词：法 权利 客观法 主观法 个人主义

一、问题的由来

汉语中，权利和法是两个截然不同的词汇，这与英语中的 *right* 和 *law* 恰好是相互对应的，这种相互对应的关系实际上说明了汉语中现代意义上的权利一词是在对英语文献的翻译中出现的。^{〔1〕}但是英语中的这种用法遮蔽了权利和法这两个词的内在联系，同时也使我们无法真正地理解权利概念的起源问题。

如果将眼光转向传统大陆法系国家的语言，我们将会发现他们在表述权利和法这两个词时要复杂得多。以意大利语为例，一方面他们可以用 *diritto* 和 *legge* 分别表示权利和法，但是另一方面 *diritto* 本身也有法的意思，例如 *diritto publico*——公法、*diritto privato*——私法等。因此，在与 *legge* 相对应使用时，*diritto* 表示的就是权利的意思，但是当 *diritto* 孤立地使用时，它究竟表示的是权利还是法就不太容易确定。意大利语的解决办法是增加形容词，他们通过在 *diritto* 一词后增加“*soggettivo*（主观的）”和“*oggettivo*（客观的）”这两个形容词分别表示权利和法。“*diritto sogget-*

* 苏州大学法学院讲师。

苏州大学法学院 2006 级法理学研究生许小亮君为本文的写作助益良多，在此特致谢意。

〔1〕这并不是说古汉语中不存在权利这个词，而是在用这个词翻译 *right* 之前，它所蕴含的意思与现代的理解是不一样的。古汉语中的“权利”表示的是“权势和货财”的意思。据考证，1864 年美国传教士丁韪良（W. A. P. Martin）在翻译《万国公法》时首次借用古汉语中的“权利”一词作为英语中“*right*”的对应词。据丁韪良本人的说法：“公法既别为一科，则应有专用的字样。故原文内偶有汉文所难达之意，因之用字往往似觉勉强。即如一权字，书内不独指有司所操之权，亦指凡人理所应得之分，有时增一利字，如谓庶人本有之权利云云。此等字句，初见多不入目，屡见方知为不得已而用之也。”参见李贵连：《话说“权利”》，载《北大法律评论》第 1 卷第 1 辑，法律出版社 1998 年版，第 116 页以下。另可参见〔美〕金勇义：《中国与西方的法律观念》，陈国平等译，辽宁人民出版社 1989 年版，第 108 页以下。

tivo”表示的是权利的意思，我们一般将其译为主观权利；“diritto oggettivo”表示的是法的意思，我们一般将其译为法。上述复杂的状况在德语和法语中同样存在。^{〔2〕}传统大陆法系国家中之所以会出现上述情况，是因为他们语言中的法这个字（diritto、Recht、droit等）开始均是对罗马法中拉丁文 ius 一词的翻译，而 ius 的本义就是法的意思。^{〔3〕}只是由于后来理论背景的变化，主要是个人主义，尤其是世俗个人主义的兴起，开始出现了从主观意义上理解 ius 一词的理论，而这种从客观意义上理解法到从主观意义上理解法的转变实际上就蕴涵了权利概念的萌芽。^{〔4〕}一旦 ius 出现主观和客观的双重含义，那么民族语言为了反映这种变化就采取了增加形容词的办法，这就是大陆法系中主观权利和客观法的区分的由来。但是在英语世界中上述区分却并不存在，在现代英语中名词 right 变成了权利的专名，它不再有任何法的意思。^{〔5〕}实际上 right 这个词同样是对 ius 的翻译，与大陆法系的相应词语一样，作为形容词的 right 的本义同样是“笔直的、恰当的、右边的”，它的转义同样是“正义的、正当的”。英国法学家约翰·奥斯丁（John Austin）特别指出，拉丁语 ius、意大利语 diritto、法语 droit 和德语 Recht 均可以既表示法，又表示权利，这种不精确的词语使用，时常使最为活跃而又谨慎缜密的思考裹足不前。尤其是大陆法语言中的“客观意义上的法”和“主

〔2〕 德语中的 Recht 和 Gesetz 分别表示权利和法，但是 Recht 同样有法的意思，例如 öffentliche Recht——公法、Privatrecht——私法等，因此在 Recht 孤立使用时德语也采取加形容词的办法来确定它究竟是权利还是法。“subjektive Recht”表示的是权利的意思，“objektive Recht”表示的是法的意思。法语中的情况也是一样，droit 和 loi 对应的是权利和法，但是 droit 同样具有法的意思，例如 droit public——公法、droit privé——私法等，因此在 droit 孤立使用时法语也采取加形容词的办法解决，“droit subjectif”表示的是权利的意思，“droit objectif”表示的是法的意思。

〔3〕 在 ius 的主观意义出现之前，在罗马法中，ius 和 lex 表示的都是法的意思（更好的译法是将前者译为法，将后者译为律），直到共和晚期，甚至到元首制时期，上述两个词都是在相对立的意义上使用的。Ius 代表一种自然形成的法；lex 则是由人制定和颁布的律。随着 ius 的世俗化进程，lex 逐渐成了 ius 的来源之一。参见〔意〕朱塞佩·格罗索：《罗马法史》，黄风译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 95 页以下。另可参见 Mario Talamana, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 54-57; E. C. Clark, *History of Roman Private Law*, Volume 1, Cambridge University Press, 1913, p. 300. 西罗马帝国灭亡之后，欧洲的民族语言开始成熟起来，“在基督纪元的第一个千年的后半段，欧洲的文化遗产中出现了这样一种观念，即必须用 diritto（作名词用的形容词）一词来表达（ius），尽管这个新词从词源学的角度来讲根深蒂固地来自于拉丁语。”Widar Cersarini Sforza, *Diritto Soggettivo. Enciclopedia del Diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1962, p. 666. 意大利语 diritto（包括法语 droit、西班牙语 derecho 和葡萄牙语 direito）源自于中世纪拉丁语 directum（动词 dirigere——“指导，导向”的过去分词），其本义是“直的、笔直的、垂直的、右边的”，它的转义是“公正的、正直的”。这种术语的转变在德语和荷兰-弗兰芒语中同样存在。See Matteo Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, G. B. Palumbo C. Editore S. p. A. 1989, pp. 24-25.

〔4〕 所谓客观意义上的法，是指将 ius 理解为外在于主体的，客观存在的习俗和法，这是 ius 这个词的原初意思。所谓主观意义上的法，是指将 ius 理解为单个人的意志行为，而且是以自己的方式行使 ius，也就是说当法从主观的意义上被理解为被某个具体的人拥有时，这个具体的法就变成了这个人的权利。鲁道夫·冯·耶林（Rudolf von Jhering）在其名篇《为权利而斗争》的第十版中作出了这样的解释：“众所周知，Recht 这个词是在双重意义上被使用的，即客观意义和主观意义。客观意义的法是由国家执行的法律规则的总和，即生活的制定法秩序，主观意义上的法是抽象规则具体化为个人的具体权利。”〔德〕鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社 2007 年版，第 87 页。（译文有改动）汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）对权利的解释更加贴切地说明了权利和法之间的关系，尽管他对权利的概念充满了敌意：“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，一个主观意义上的法律，这就是‘权利’。”〔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 92 页。关于主观法和客观法之间的关系，另可参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春等译，法律出版社 2005 年版，第 32 页以下。

〔5〕 参见〔英〕约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2002 年版，第 309 页。另可参见 Salmond, *Jurisprudence*. Twelfth Edition, ed. by P. J. Fitzgerald, London: Sweet and Maxwell, 1966, p. 48.

观意义上的法”的区分使得语词的不精确使用所产生的混乱越发不可收拾。^[6]从语词使用的精确性上讲,奥斯丁对大陆法系的批评是有道理的,事实上大陆法系的语言也并非没有办法解决这个问题。大陆法中关于“客观意义上的法”和“主观意义上的法”的区分实际上是历史传统的影响造成的,正是在这种区分中我们可以看到权利概念的历史。如果我们弄清楚了下面几个问题,那么权利概念的历史也就弄清楚了:第一,什么时候、为什么*ius*这个词开始出现主观意义上的理解?第二,什么时候、为什么大陆法系用客观法表示法律,而用主观法表示权利?第三,为什么在英语世界中不存在主观权利和客观法的区分,从什么时候开始源自对拉丁语*ius*翻译的*right*这个词变成了权利的专名?

二、古希腊、古罗马社会中不存在主观权利的概念

意大利学者威达·切萨里尼·斯福扎(Widar Cersarini Sforza)曾经这样说到:“如果我们撇开主观意义和客观意义的区分不考虑,那么定义‘法(*diritto*)’这一术语就是不可能的,这是思考‘法(*diritto*)’这个词的条件。”^[7]但是这种区分性的思考并不是一开始就存在的,恰恰相反,从客观意义上理解法更加符合古代社会的思维方式。

古希腊社会不存在主观权利的概念。如果说个人主义的兴起是主观权利概念起源的前提,那么我们确实无法否认在古希腊社会中已经有了一定程度上的个人主义的萌芽。因为,古希腊人已经开始把自己设想为独立自主的某种存在,他们大胆地把自己和经验区分开,并在判断中站在它的对立面。普罗泰哥拉的名言“人是万物的尺度”就是这种观念的最好说明。这种对立意味深远,因为一切政治思想产生的先决条件就是必须认识到个人与国家的对立。^[8]尽管厄奈斯特·巴克(Ernest Barker)对古希腊人所具有的个人价值的意识评价甚高,但是同时他还是承认:“在希腊的政治思想中个人概念并不突出,权利概念则似乎几近于从未形成过。”^[9]这是因为,尽管古希腊人已经有了一定的个体意识,但是古希腊社会仍然是个整体主义的社会。^[10]亚里士多德在《政治学》中的一段话就是这种整体主义社会的最好写照:“不能认为每一位公民属于他自己,而要认为所有公

[6] 由于在现代英语中*right*变成了权利的专名,所以英美人在翻译大陆法系的相应术语时就遇到了困难,因为单义的*right*无法准确地表达诸如*Recht*, *diritto*, *droit*这些词的双义性。例如美国学者B. P. 弗罗斯特(Bryan - Paul Frost)在翻译俄裔学者亚历山大·科耶夫(Alexander Kojève)用法文写作的《权利现象学概论》(*Esquisse d'une phénoménologie du Droit*)时就特意加了一个翻译说明:“译文中最明显,或者是最引人注目的特征就是*droit*这个词从头至尾都没有翻译。因为*droit*既可以表示‘权利(*right*)’,也可以表示‘法(*law*)’,而科耶夫就是在上述两种意义上使用这个词的,因此我们决定让读者自己去判断科耶夫赋予这个关键词的意义。”(Alexander Kojève, *Outline of a Phenomenology of Right*, translated by Bryan - Paul Frost and Robert Howse, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. 1992, xiii.)上述翻译的难题同样出现在汉语世界对康德的《法的形而上学原理——权利的科学》和耶林的《为权利而斗争》的翻译中,参见沈叔平为康德书写的“译者的话”和郑永流为耶林书所写的译后记。[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2页;前引[4],耶林书,第88页。关于英语中*right*的单义性所导致的权利和法之间联系的断裂,另可参见[英]巴里·尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第14页;前引[4],凯尔森书,第88页;[意]丹瑞欧·康波斯塔:《道德哲学与社会伦理》,李磊等译,黑龙江人民出版社2005年版,第63页以下。

[7] 前引[3], Widar Cersarini Sforza书,第659页。

[8] 参见[英]厄奈斯特·巴克:《希腊政治理论——柏拉图及其前人》,卢华萍译,吉林人民出版社2003年版,第2页。

[9] 同上书,第9页。

[10] 整体主义社会是在与个体主义社会相对立的意义上使用的,前者的最高价值存在于整体社会中,后者的最高价值存在于个体中。参见[法]路易·迪蒙:《论个体主义——对现代意识形态的人类学观点》,谷方译,上海人民出版社2003年版,第22页。类似观点另可参见[法]库朗日:《古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究》,谭立铸等译,华东师范大学出版社2006年版,第211页以下;[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第146页;[法]邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文等译,商务印书馆1999年版,第305页。

民都属于城邦，每个公民都是城邦的一部分，因而对每一部分的关心应当同对整体的关心符合一致。”^[11]而在这样一个整体主义的社会中是不可能出现主观权利概念的。

有人可能会指出晚期希腊哲学中的斯多亚学派在批判城邦制度的基础上强调个人是自足的个体。乔治·霍兰·萨拜因（George Holland Sabine）对此评价甚高：“在政治哲学史中，公元前322年亚里士多德的逝世标志着—个时代的结束，正如他那比他早死一年的伟大的学生—生标志着政治学和欧洲文明史上—个新的时代的开始。”“作为政治动物，作为城邦或自治的城市国家—分子的人已经同亚里士多德—道完结了；作为—个人的人则是同亚历山大—道开始的。”^[12]这种作为—个人的观念的出现确实是斯多亚哲学的贡献。如果说主观权利的出现是与个人主义的观念紧密相关的话，那么斯多亚哲学中的个人主义观念不是恰好可以提供理论基础吗？事实并非如此，因为在斯多亚的哲学理论中存在—个矛盾，即个人主义观念和宿命论的矛盾。斯多亚哲学的宿命论源自于形而上学上的决定论，在—这一点上他们和亚里士多德没有本质的区别。“斯多亚派认为，宇宙历史中的每—件事无一例外都有—个原因。”^[13]“全宇宙形成—连绵不断的因果链条，没有任何东西是偶然发生的，一切都必然地来自—个初始因或第—推动者。”^[14]人作为—个小宇宙，他的命运必定也存在于—种因果关系中，而决定人的命运的则是理性、逻辑斯或者是宇宙的力量。于是矛盾就产生了，—方面作为个人的人是自由的，另—方面人的命运又是预定的。斯多亚哲学解决上述矛盾的办法就是所谓的“不动心”，也就是说人的命运是预定的，—这一点是无法改变的，但是人可以做到不受预定命运的影响，保持内心的平静，而这正是幸福的来源，同时也是人的自由的表现。这导致斯多亚哲学的个人主义变成—种出世的个人主义，因为他们对现实—般采取回避的态度。伯特兰·罗素（Bertrand Russell）干脆将斯多亚哲学的上述观点称之为“酸葡萄”情结，^[15]而路易·迪蒙（Louis Dumont）则将斯多亚主义者称之为“弃绝者”，“弃绝者是自足的，他关心的只是自己。他的思想与现代个体主义相似，但有—个基本的差异：我们生活在社会世界里，而他生活在社会世界之外。”^[16]这样—种出世的个人主义还不足以导致主观权利概念的出现，恰恰相反，由于斯多亚哲学强调对预定命运的服从，从他们的理论中反而导出—个客观的义务体系来。^[17]如果斯多亚哲学的个人主义观点能够催生出主观权利的概念，那么晚期斯多亚哲学的集大成者西塞罗（Marcus Tullius Cicero）写出来的恐怕就不是《论义务》而是《论权利》了。尽管斯多亚哲学的出世个人主义不足以催生出主观权利的概念，但它毕竟是后世个人主义思潮的源头，在—这一点上斯多亚哲学功不可没，但它要想对主观权利的概念产生影响，首先还得穿上基督教的外衣。

古罗马的情况开始出现—些改变，因为罗马法中的“ius”—词在某些情况下具有现代意义上的主观权利的含义。罗斯科·庞德（Roscoe Pound）曾经指出，罗马法中的 ius 具有十种含义，其中有四种比较接近于我们现代人所理解的“权利”。^[18]我们暂且不管罗马法中的 ius 是否只有十种含义，庞德指出的四种含义是否真的接近于现代意义上的权利，问题是即便罗马法中的 ius 在特定情况下具有主观权利的含义，我们是否能够断然地肯定罗马法中已经存在现代意义上的主观权利的概念呢？

[11] [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，颜—等译，中国人民大学出版社2003年版，第267页以下。伯利克里在阵亡将士葬礼上的演讲自始至终表达了与亚里士多德同样的价值观——是雅典人为城邦而生，不是城邦为雅典人。参见[古希腊] 修昔底德：《伯罗奔尼撒战争史》，谢德风译，商务印书馆1960年版，第129页以下。

[12] [美] 乔治·霍兰·萨拜因：《政治学说史》上册，盛葵阳等译，商务印书馆1986年版，第178页。

[13] [美] 大卫·福莱主编：《从亚里士多德到奥古斯丁》，冯俊译，中国人民大学出版社2004年版，第281页。

[14] [美] 梯利：《西方哲学史》，葛力译，商务印书馆1995年版，第117页。

[15] 参见[英] 罗素：《西方哲学史》上卷，何兆武等译，商务印书馆1963年版，第340页。

[16] 前引[10]，路易·迪蒙书，第23页。

[17] 参见[德] 黑格尔：《哲学史讲演录》第三卷，贺麟等译，商务印书馆1978年版，第46页。

[18] 参见[美] 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制——法律的任务》，沈宗灵等译，商务印书馆1984年版，第44页以下。

持肯定意见的人主要基于以下几个理由：第一，现代的罗马法教科书中到处充斥着主观权利的表达，很多罗马法教科书就是根据权利的体系来编写的，以至于人们想当然地认为罗马法中事实上就存在主观权利的概念。尽管由于理解的需要，我们不得不用现代的术语去诠释和翻译古代的罗马法，但是我们不能就此认为罗马人与我们共享一套术语体系，这是罗马法研究中应该时刻具有的历史意识。^[19]意大利学者皮朗杰罗·卡塔兰诺（Pierangelo Catalano）更是直截了当地指出，所谓主观权利这样的抽象概念是作为“罗马人没有在技术意义上予以表述的重要概念被偷运进（古代罗马法）的”，而“二十世纪的罗马法学家们正顽固地灌输着他们的‘客观法’与‘主观权利’的概念丝毫不是罗马式的”。它们事实上妨碍了我们对罗马法作纯正的理解。^[20]

第二，有人认为乌尔比安（Ulpianus）关于正义的著名定义：“正义是将 ius 分给每个人的稳定而永恒的意志”，^[21]实际上蕴涵了现代意义上的主观权利的意思。但是在罗马法中上述分配给个人的 ius 是根据每个人的地位而不同的，它事实上包括了有利的和不利的 ius，例如“ius parricidium（弑亲）”的结果是被塞进一个有蝰蛇的袋子里，然后扔进台伯河。此处的 ius 就无法被理解为是一种权利。^[22]卡塔兰诺通过对 D. 1. 1. 1. 12 这个片断^[23]的分析同样否认了在罗马法中存在主观权利的论断。卡塔兰诺认为此处的 ius 明显指的是人与人之间的关系，它不仅可能包括权利，同时也可能包括对其不利的义务，而主观论很可能使人无法理解罗马法中的 ius 与处于不利地位的人之间的关系。^[24]

更能体现罗马人是在客观意义上理解 ius 的是收集在《学说汇纂》中的罗马法学家保罗（Paulus）的一段话：“ius 有多种说法。一种是人们把任何时候都公正和善良的事物称为 ius，比如人们说自然法；另一种说法是指某个城邦的所有人或多数人有利的事物，如人们讲的市民法。在我们的城邦，‘荣誉法’也不无理由地被称为 ius。裁判官是在执掌 ius，即使当他做不公正的裁判时人们也这样说。当然这里指的是裁判官应该如何裁决，而不是他已经如何裁决。从另一个意义上讲，ius 这个词指执法的地点，其依据来自于人们在执法地所做的事。我们可以用此说法确定这个地点：无论裁判官决定在什么地方执法，只要他们保持自己权力的尊严并遵守祖先的习俗，这个地点都有理由被称为 ius。”^[25]从上面这段话中，我们看不出 ius 这个词有一点主观的意义。

因此，即使现代人在运用自己的概念体系对罗马法原始文献进行对照时发现 ius 是在客观意义

[19] See Fritz Schulz, *I Principii del Diritto Romano*, Casa Editrice le Lettere, Firenze, 1995, pp. 1-4.

[20] Pierangelo Catalano, *Diritto, Soggetti, Oggetti: un Contributo alla Pulizia Concettuale Sulla Base di D. 1. 1. 12. Studi in Onore di Mario Talamona*, III, Giuffrè, Milano, 1999, p. 228, 240. 如果罗马法中已经存在主观权利的概念，那么盖尤斯和优士丁尼的《法学阶梯》都将重新得到编写。《法学阶梯》的“人、物、讼”的三分体系恰恰是在没有权利概念的前提下进行体系建构的结果，一旦权利的概念被抽象出来并逐步发展成熟，《法学阶梯》的三分体系也就开始解体。参见方新军：《盖尤斯无体物概念的建构与分解》，《法学研究》2006年第4期。

[21] D. 1. 1. 10pr., *The Digest of Justinian*, Latin Text Edited by Theodor Mommsen, English Translation Edited by Alan Watson, Vol. I, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 2.

[22] See Michel Villey, *Suum jus cuique tribuens*, In *Studi in onore di Pietro de Francisci*, VI, Giuffrè, Milano, 1956, p. 364.

[23] 马西阿努斯（Marcianus）：“有时候我们用 ius 这个词表示亲属关系，比如我和某人或他人有血亲关系或姻亲关系。”前引 [21] 书，第 3 页。

[24] 前引 [20]，Pierangelo Catalano 书，第 232 页。梅因特别指出要从一个整体的意义上来理解罗马法中的 ius，即 universitas juris。“只要我们仔细记着，在这个用语中不但应该包括权利并且也应该包括义务，则我们对这个观念就很少有误解的危险。”前引 [10]，梅因书，第 146 页。另可参见 [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 122 页以下。

[25] [意] 桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选译·正义和法》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 40 页。

和主观意义的两重性上使用的, 我们也不能认为在罗马法中存在主观权利的概念。^[26]“今天作为主观权利概念的有力象征的, 其所具有的政治的、历史的和伦理的价值, 在罗马人的经验里毫无疑问并不是未知的。但是在罗马人将 *ius* 作为主观意义上使用时, 上述价值并没有通过一个清晰的逻辑上的分类体现在罗马人的经验里……在罗马人那里作为主观意义上的 *ius* 有一个十分广泛的使用范围, 而这并不存在于我们目前的词语中。”^[27]

罗马法中之所以没有出现权利的概念, 关键在于古罗马仍然是一个整体主义的社会, 古罗马人还没有真正意义上的个人主义的诉求。尽管罗马的斯多亚主义者开始强调个体对社会的适应, 甚至于他们中的一些人开始在世俗社会中担任要职, 但是斯多亚主义所宣扬的超然的生活态度并没有改变。因此, “真正的自由, 个人之权利以及对个性的尊重, 在希腊和罗马的文化里无处可寻。”^[28]应该说在基督教出现之前, 整个人类社会没有伦理意义上的个人主义, 即相对于社会或国家的独立自主的个体。因此, “在古代社会和前基督教社会中上述二元性(法的客观性和主观性)是被忽略的, 在他们那里基督教世界中法的主观化问题是未知的。”^[29]

三、权利概念的萌芽: 教会法学家和注释法学家对 *ius* 的理解

如果说个人主义的核心意义就是强调单个的人具有至高无上的内在价值和尊严, 那么这种观念确实是在基督教义中得到最初的表达的。较之个人从属于国家的希腊罗马文化, 基督教从一开始就坚持把个人的价值置于突出的地位。^[30]“我们一定不能忘记人权肇源于基督教信仰。在基督教里, 每一个人, 无论是男是女, 患病的或康健的, 聪明的或愚拙的, 美丽的或丑陋的, 都被他的创造者所深爱, 正如福音书告诉我们的, 他的头发都被神数算过。”^[31]确实, 在基督教成为罗马帝国的国教之后, 开始出现了“对皇帝的法律是所有法律渊源的质疑, 因为上帝的法律已经存在并生效了。结果产生了这样一种新的感觉, 即将个人的行为纳入想要做什么的个人意志中, 这种感觉的根据是个人的意志不再隶属于皇帝的支配权, 而是隶属于上帝的法律, 只要人的意志和上帝的意志是一致的, 他的行为就具有正当性。”^[32]但是上述观念并没有从根本上改变 *ius* 的客观意义, 这只不过将 *ius* 的客观性从皇帝那里移转到了上帝那里, 因此在很长的一段时间里, 关于 *ius* 的客观理解仍然居于主导地位, 这一状况直到十二世纪之前没有根本的改变。

这是因为, 尽管基督教义开始彰显个人的价值, 但是基督教的个人主义仍然是一种出世的个人主义。当时人们的生活可以通过两个同心圆来表示, 大圆代表与上帝相连的个体主义, 小圆代表接

[26] 虽然在古典罗马法中, *ius* 在特定情况下具有主观权利的含义, 但是到了罗马帝国时期, 由于皇帝权力的不断扩大, *ius* 的客观意义反而得到了进一步的加强。“在罗马的政治——法律历史中, 从王政到共和, 到元首, 再到君主制, 恰好可以看到这样一个发展过程, 即唯一的最高权威对 *ius* 的垄断, 同时可以概括出这样一个结论, 即 *ius* 已经变得与其原初的古典形式非常不同, 变成了特定的客观方面, 或者说是表达了皇帝专制意志的规则总和, 它们由皇帝的命令构成。”前引 [3], Widar Cersarini Sforza 书, 第 666 页。

[27] B. Albanese, *Premesse allo Studio del Diritto Romano*, Palermo, 1978, pp. 75-76.

[28] [美] 施密特:《基督教对文明的影响》, 汪晓丹等译, 北京大学出版社 2004 年版, 第 239 页。

[29] 前引 [3], Widar Cersarini Sforza 书, 第 663 页。

[30] 在早期犹太教中上帝关心的是以色列民族, 而不是单个的人, 但是在《新约》中民族和其他的社会范畴都只具有次要的道德意义, 由于耶稣基督的降临, “在此并不分希利尼人、犹太人、受割礼的、未受割礼的。化外人、西古提人、为奴的、自主的。惟有基督是包括一切, 又住在各人之中。”(《新约·哥罗西书》第 3 章)《圣经》, 中国基督教协会 1996 年版, 第 229 页。因此, 根据基督教的教义, 区分人的唯一标准就是是否信仰基督, 而人的特定社会身份被略去了, 剩下的就是抽象的和一般的人, 这正是“人权理论的核心预设”。参见丛日云:《在上帝与恺撒之间——基督教二元政治观与近代自由主义》, 生活·读书·新知三联书店 2003 年版, 第 95 页。

[31] 前引 [28], 施密特书, 第 240 页。

[32] 前引 [3], Widar Cersarini Sforza 书, 第 666 页。另可参见 [德] 特洛尔奇:《基督教理论与现代》, 朱雁冰译, 华夏出版社 2004 年版, 第 73 页。

受世俗世界的必要性、责任和服从，即进入社会，先是异教社会，后是基督教社会，但这个社会始终是整体主义的。^[33]因此单纯的基督教个人主义还不足以导致权利概念的产生。但是与希腊晚期哲学思想中的个人主义只能影响到特定的精英阶层不同，基督教在成为国教之后，它成了人们的一种生活方式，因此它的影响是普遍的。随着基督教对世俗生活的影响，“俗世生活将逐年被出世因素所传染，直到最后世界的异质完全消失。于是整个场地将归于一统，整体主义将从表象中消失，世上生活将完全符合最高价值，出世的个体成为现代的入世的个体。”^[34]但是上述过程并不是一个直线发展的过程，在一个特定的历史阶段中基督教会自身的变化甚至成了个人主义进一步发展的障碍，而这就是基督教会逐步世俗化的结果。

基督教会世俗化的理论根据来自奥古斯丁 (Aurelius Augustinus)，他认为教会代表着上帝之城，尽管后者不能与教会相等，但是上帝拯救人类的计划要通过教会来实现，这样他就赋予了教会以现实性和力量，从此教会开始走上入世的道路。基督教会的世俗化是一柄双刃剑，一方面使得基督教对世俗社会的控制加深，使得基督教的个人主义得到进一步的强化，另一方面也使得教会本身逐渐成为一个整体主义的结构，等级越来越森严，基督徒与上帝之间的联系也越来越间接，这也可以说是整体主义的世俗社会对教会的影响。但是与基督教会越来越走向整体主义相反，世俗社会却开始逐步走向个人主义的社会，这一方面是由于基督教义的存在，另一方面也是由于社会经济生活的变化所导致的。世俗生活的变化使得基督教的个人主义得到进一步的发展，并最终使其从出世的个人主义变为入世的个人主义，而这种世俗个人主义的出现恰恰导致了权利概念的萌芽。

西罗马帝国灭亡之后，由于蛮族和伊斯兰教徒的相继入侵，西欧已退回到一种纯粹的农业状态。到了11世纪晚期和12世纪时情况开始出现转变，由于社会的相对稳定和技术的进步，西欧的农业生产开始迅速提高，这一方面使得人口出现大幅度的增长，另一方面也使得农产品出现剩余，贸易开始重新出现，而这种状况所导致的最直接的结果就是城市的出现。伴随着城市出现的就是市民阶级的壮大，而市民阶级最不可缺少的就是个人自由，没有自由也就没有行动、营业与销售货物的权利，尽管他们要求自由是为了获得自由之后的利益。“历史指出：市民为了争取他们所要求的‘权利’会不择手段来进行暴动；……他们的口号是：‘如属可能的话以和平的手段争取，必要的话就使用暴力争取’。”^[35]因此整个12世纪可以说是一个为权利而斗争的世纪，这其中既有市民为城市权利的斗争，也有市民为自身权利的斗争，同时还存在教会与世俗国家之间关于“授职权”的斗争。之所以出现上述状况，关键的原因是12世纪也是世俗个人主义觉醒的世纪，“个体意识的觉醒在西方出现在12世纪，这时个人意识到自己是一种‘新’人，发现自己是沉思和研究的对象。”^[36]也正是在这一世纪里，关于*ius*的主观意义的讨论开始浮出水面。

根据美国学者布赖恩·提耳内 (Brain Tierney) 的观点，12世纪的教会法学家在对格兰西 (Gratian) 的《教会法汇要》(Decretum) 中的自然法 (*ius naturale*) 概念进行注释的时候出现了

[33] 前引 [10]，路易·迪蒙书，第28页。

[34] 同上书。

[35] [美] 汤普逊：《中世纪经济社会史》下册，耿淡如译，商务印书馆1963年版，第425页。

[36] Aron Gurevich, *The Origins of European Individualism*, Cambridge: Blackwell Publishers Inc., p. 10. 转自前引 [30]，丛日云书，第103页以下。

ius 的主观意义上的理解。^[37]实际上, 格兰西本人是在客观意义上使用 ius 一词的, 在《教会法汇要》的第一段, 格兰西写到: “人类受两种法律所统治, 一种是自然法, 一种是习俗。自然法是包含在旧约和新约中的东西, 它要求己所不欲, 毋施于人。”^[38] 格兰西为了给他的定义寻找更多的理论支撑, 他引用了塞维利亚的伊西多 (Isidore of Seville, 出生于 6 世纪的后半叶, 死于 636 年左右)《词源学》(Etymologiae) 中的一段话: “自然法对所有人来说都是共同的法, 它是基于自然的本能, 而不是基于制定法: 例如, 男女之间的结合, 生养子女, 对物的共同占有和针对物的自由, 从空中、陆地和海洋中获取物; 归还他人寄存的物或者从他人那里借贷的钱, 力量与力量之间的相互排斥。”^[39] 实际上这段话与格兰西本人的自然法定义是不相同的, 因为伊西多的定义只是罗马法学家乌尔比安的自然法定义的翻版, 它只是指出了自然法与行为本能的关系, 并没有包括构成格兰西自然法定义的基督教的“金律”。^[40]

尽管格兰西本人没有意识到上述矛盾的存在, 但是后来的教会法学家却无法绕过这个矛盾。教会法学家们发现, 格兰西《教会法汇要》中之所以出现上述矛盾, 关键是自然法一词具有多种含义, 为了消除上述矛盾只有对自然法一词进行精确地界定。到了 1160 年, 斯台菲努斯 (Stephanus) 已经提出了“自然法”一词的 5 种含义, 稍后不久一位英国的教会法学家就提出了“自然法”的 9 种含义, 其中影响最大的是鲁菲卢斯 (Rufinus) 于 1160 年提出的“自然法”的定义: “自然法是一种特定的力量, 它使每个人具有趋利避害的本能。自然法存在于下列三种状况, 要求、禁止和指示 (demonstrationibus) ……有时一种情况不能被认为是对要求和禁令的减损……但是可以被认为是一种指示, 这种自然不是一种要求和禁止, 但是它表明了什么是善的, 这特别表现在针对所有公共财产的自由上, 就目前而言, 依据市民法, 这个奴隶是我的, 这块地是我的。”^[41] 在上段引文中鲁菲卢斯使用了拉丁文 “demonstrationibus” 来说明没有被自然法要求和禁止的, 但却是被允许的行为。鲁菲卢斯的自然法定义取得了巨大的成功, 被其他教会法学家广泛接受。对格兰西《教会法汇要》的注释工作在 1188 年达到顶点, 在这一年胡果乔 (Huguccio) 完成了《敕令汇编》(Decretum Summe)。根据他的定义, “自然法就是理性, 它表现为一种心灵的力量……。”同时他认为上述理解是自然法的首要的和正确的意义, 只是在第二种意义上, 自然法才用来表明通过理性认识的道德法, 而这可以归结为圣经中的规则“己所不欲, 毋施于人。”这是一个重大的转向, 因为胡果乔尖锐地指出了格兰西的自然法定义, 也即第二种意义上的自然法, 是一种不正确的理解。他说: “我们应该说道德戒律是自然法的效果, 或者说它们源自于自然法而不是它们是自然法。”^[42] 根据提耳内的看法, 胡果乔清晰地区分了自然法的主观意义和客观意义, 同时胡果乔坚持自然法的

[37] 格兰西的这本书大约出现于 1140 年, 据说是受到优士丁尼的《民法大全》的影响, 欲编撰普世教会所需的法典, 它后来成为《教会法大全》的基础。德国神学家恩斯特·特洛尔奇 (Ernst Troeltsch) 认为, 基督教正式采纳斯多亚学派的自然法才第一次拥有了一套一般的国家和社会学说。同时基督教对自然法的采纳成为世界历史上至关重要的事件之一, 它不仅对于基督教的社会伦理和教会的实践具有决定意义, 而且对于保存和发展各种自然法概念也意义重大。实际上, 基督教对自然法的正式采纳是在格兰西的《教会法汇要》中完成的, 在此之前的十一世纪, 著述家们基本上不使用自然法这个概念。参见陈思贤:《西洋政治思想史》中世纪篇, 五南图书出版公司 2004 年版, 第 17 页; 前引 [32], 特洛尔奇书, 第 242 页。Walter Ullmann, *Medieval Political Thought*, Harmondsworth: Penguin Books, 1965, p. 171.

[38] Brain Tierney, *The Idea of Natural Rights, in Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150 - 1625*, Scholars Press for Emory University, 1997, p. 58.

[39] 同上书, 第 59 页。

[40] “金律”就是《圣经·新约》“马太福音”中的一句话: “无论何事, 己所不欲, 毋施于人。”

[41] 前引 [38], Brain Tierney 书, 第 62 页。鲁菲卢斯特别强调他的自然法概念与古代罗马法学家的自然法概念的不同: “古代的立法者在非常宽泛的意义上使用这个概念, 用它来指称一切动物所共有的某种东西, 而教会法学家则把这一概念限定在人类的范围之内。”R. W. Carlyle, A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West*, New York: Barnes & Noble, Inc., Volume two, 1903, p. 104. 转引自黄颂:《西方自然法观念》, 华中师范大学出版社 2005 年版, 第 96 页。

[42] 参见前引 [38], Brain Tierney 书, 第 64 页。

主观意义具有首要的地位，对于胡果乔来说，自然法的首要意义是归属于个人的东西，一种心灵的力量，它与人的理性相联系。尽管斯多亚的哲学理论和深受斯多亚哲学影响的西塞罗都将自然法界定为一种最高的理性，但对于他们而言，人只是通过理性去认识弥漫在整个宇宙中的客观的自然法，而对于12世纪的教会法学家来讲，自然法本身被界定为内在于人之中的力量或能力。因此当斯多亚哲学家或者西塞罗写到“自然法”一词时，他们主要想到的是宇宙的决定性，而教会法学家们想到的则更多的是人的自由选择。也正因为如此，“斯多亚哲学家们的思考没有导向自然权利的理论，而教会法学家们的思考则做到了这一点，而且非常迅速。”〔43〕

尽管在12世纪的教会法学家的论述中开始出现对*ius*的主观理解，但是我们并不能够得出在这一时期已经出现了主观权利概念的结论。

首先，尽管鲁菲卢斯使用了拉丁文“*demonstrationibus*”来说明没有被自然法要求和禁止的，但却是被允许的行为。根据提耳内的看法，这种“指示”的界定使得*ius*一词具有了主观的意义，但是这种理解在罗马法学家那里已经存在了，例如莫德斯汀（Modestinus）就认为：“法律的功能在于：命令、禁止、允许（*permittere*）和惩罚。”〔44〕尽管莫德斯汀使用的是拉丁文“*permittere*”，但表达的意思确实是同样的，我们并不能因此说在罗马法中已经存在主观权利的概念。其次，提耳内自己也承认，尽管在12世纪的教会法学家那里已经出现了*ius*的主观含义和客观含义的区分，但是在他们的讨论中*ius*一词确实是在这两种含义中来回摇摆的。〔45〕同时，即使是被认为在*ius*的主观意义上具有突出贡献的胡果乔事实上也没有区分*ius*和*lex*这两个概念，他和他同时代的其他教会法学家一样在相互替换的意义上使用上述两个词。〔46〕

尽管我们不能说在12世纪已经出现主观权利的概念，但是在这个时期确实出现了主观权利概念的萌芽。如果说在罗马帝国晚期之后，*ius*越来越被从客观的角度进行理解，那么这一状况确实是从12世纪开始出现转变的。而且这种转变并非只出现在教会法学家那里，在同时期的罗马法注释法学家那里也出现了同样的转变，这突出地表现为他们从罗马法中的“对物之诉”中抽象出“*ius in re*”的概念。与教会法学家们不同的是，注释法学家们的转变更多地具有法技术上的意义，他们很少关注思想层面的问题。当时的注释法学家们已经意识到，权利人所拥有的权利与起诉他人的能力之间的显著不同。他们被赋予做某些事的权利而不是去提起诉讼，这些权利保证他们能够不受到任何其他人的干涉，于是这些权利被称之为“*ius in re*”。应该说此时已经出现了“主观权利”概念的萌芽，因为他们已经开始从主观的角度考虑“*ius*”的问题，但是还没有在一般的层面上抽象出“主观权利”的概念。同时从技术意义上看，注释法学家们也没有在与“对人权（*ius in personam*）”相对立的意义上使用“对物权（*ius in re*）”这个词。对于他们而言“对物权”并不是“对物之诉”的原因，因此他们更愿意在宽泛和模糊的意义上使用“*dominium*”这个词。〔47〕尽管在12世纪的罗马法注释法学家那里“*dominium*”确实是作为一种可以主张的，或者是针对所有其他人的权利来理解的，但是他们更多地是从一个消极的角度进行理解。〔48〕因此注释法学家们的作品在

〔43〕 前引〔38〕，Brain Tierney书，第66页。

〔44〕 D. 1. 3. 7. 前引〔21〕书，第12页。

〔45〕 前引〔38〕，Brain Tierney书，第61页以下。

〔46〕 同上书，第65页。

〔47〕 See Robert Feenstra, *Dominium and Ius In Re Aliena: The Origins of a Civil Law Distinction*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property: Essays for Barry Nicholas*, Edited by Peter Birks, Clarendon Press Oxford, 1989, p. 112. 持同样看法的还有法国学者米歇尔·维莱（Michel Villey），他认为：“只有*ius in re*成为诉讼的原因，它才具有物权的性质，但是对于注释法学家们来说，能够成为诉讼原因的只是*dominium*。”Giovanni Pugliese, *Diritti Reali*, *Enciclopedia del Diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1962, p. 760.

〔48〕 Richard Tuck, *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge, 1979, pp. 13-14.

主观权利问题上“充满了矛盾和迟疑，同时也是不结果实的”。〔49〕

四、权利概念的出现：关于“使徒贫困”的讨论

（一）权利概念起源的导火索——“使徒贫困”争论的爆发

到了13世纪，关于*ius*的主观意义的阐释似乎沉寂下来，由于西方渐渐开始了解亚里士多德的著作，原先以神启为中心的自然法观念开始让位于诉诸人类理性的自然法观念，因此哲学家和法学家将更多的精力放在讨论自然法与人的理性之间的关系问题上。〔50〕这种状况在14世纪开始出现转变，基督教世界中爆发的关于“使徒贫困”问题的争论，是重新讨论*ius*的主观意义的导火索。

在芳济各会的领袖阿西西·弗朗西斯（Assisi Francis）去世后不久，关于他所创立的“使徒贫困”原则是否应该继续被遵守开始产生争议。〔51〕为了平息争论，教皇格里高利九世（Gregory IX）、英诺森四世（Innocent IV）和尼古拉三世（Nicholas III）均颁布敕令支持弗朗西斯的“使徒贫困”原则，尼古拉三世更是在《牧者出发》（*Exiit qui seminat*, 1279）这一文告中明确指出，基督以他的言教导并以他的榜样强调：放弃任何财产，不论对于个人还是群体而言，这都是一条走向完美之路。同时他还在文告的结尾处宣布不准对他的敕令进行任何评论和注释。1322年情况出现了转变，教皇约翰二十二世（John XXII）开始挑战“使徒贫困”原则。1322年3月6日，他在一个教会法庭上公开邀请神学家和教会法学家讨论“使徒贫困”原则是否是一种异端。为了回应他的挑战，芳济各会的成员在圣灵降临节期间（1322年6月4日至6日），在其领袖米歇尔·切塞纳（Michael Cesena）的召集下在佩鲁贾（Perugia）召开了大会，并且宣布约翰二十二世没有权力变更他的前任们所确立的规则。但是约翰二十二世坚持在对物进行消费性的使用时，使用本身与所有权无法分离，因为根据法律，使用权是在保持物的本体的前提下对物的使用。因此当一名基督徒吃下一块面包时，人们却说他对该块面包没有权利，这是荒谬的，因为只有所有权人才能毁灭他的财产。最终约翰二十二世得出了这样一个结论，因为芳济各会的成员为了生存必须消耗物品，因此他们不可能放弃所有的权利。〔52〕至此关于“使徒贫困”问题的争论正式爆发。

随着辩论的升级，讨论的范围扩大，各种各样的权利问题都被卷了进来，例如所有权的取得问

〔49〕 Michel Villey, *Le "jus in re" du droit romain classique au droit moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de droit romain*, Paris, 1950, p. 225. 转自前引〔38〕, Brain Tierney书, 第57页。

〔50〕 由于13世纪的托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas）曾在《神学大全》中在主观的意义上使用过*ius*一词，例如“*ius domini*”，“*ius possidendi*”等，因此西班牙后经院学派的神学——法学家弗朗西斯科·德·维多利亚（Francisco de Vitoria）认为阿奎那提出了主观权利的理论。实际上阿奎那偶尔提及的*ius*的主观用法，与一般意义上的主观权利概念是完全不同的。尽管阿奎那强调人的理性的作用，在他那里自然法变成了人通过自己的理性参与上帝的永恒法的结果，这被认为是一种“基督教的人文主义”观念。但是在阿奎那的自然法体系中还欠缺近代理性主义那种自高自大的精神，他并未主张人是自足的，并未视个体为一切法律与一切准则之终极根源而坚持其自主性。因此阿奎那的理论体系总是预先假定了一个正义的客观准则，他所强调的是自然法，而不是自然权利。他所强调的，与其说是个体的权利，毋宁说是国家的义务。而且从细节上看，阿奎那也确实是在客观意义上理解*ius*这个词的，阿奎那在《神学大全》中对正义进行分析时，以对*ius*的分析作为序言。他认为*ius*这个词的最基本的意思时“正义事情的本身”，其次的意思是“某人用于了解或确定什么是正义的艺术”、“用以裁定正义的场所”，最后是“法官的审判——法官的职责就是施行正义”。从上述引文中明显可以看出罗马法学家保罗对阿奎那的影响。前引〔38〕, Brain Tierney书, 第75页；A. P. D'Entreves: *《自然法——法律哲学导论》*, 李日章译, 联经出版事业公司1985年版, 第42页以下；John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 1980, p. 206；前引〔24〕, 雅克·盖斯旦、吉勒·古博书, 第123页。

〔51〕 1209年弗朗西斯创立芳济各会，提倡过安贫、节欲的生活，他认为基督徒为了追求纯粹的精神生活不应该拥有任何财产。参见〔美〕马克·加利：《圣法兰西斯和他的世界》，周明译，北京大学出版社2005年版，第67页以下；〔美〕布鲁斯·雪莱：《基督教教会史》，刘平译，北京大学出版社2004年版，第227页以下。

〔52〕 参见前引〔38〕, Brain Tierney书, 第94页以下。另可参见〔德〕于尔根·米特凯：《奥卡姆的政治理论》，朱雁冰译，载王晓朝、杨熙楠主编：《信仰与社会》，广西师范大学出版社2006年版，第189页以下。

题，建立政府的权力问题以及限制政府权力的问题，与世俗权利相区分的自然权利问题，可让与的自然权利问题与不可让与的自然权利问题等，这实际上涉及了后世西方政治理论的核心问题。随着讨论的深入，辩论的双方都发现应该对 *ius* 的具体含义进行界定，否则辩论无法继续深入下去。因此相对于 12 世纪的教会法学家的理论，14 世纪的讨论更加深入，也更加细致，同时也正是在这场讨论中主观权利的概念正式出现了。^[53]

（二）主观权利之父——帕多瓦的马西利乌斯（Marsilius de Padua）

在西方政治思想史上，马西利乌斯占据着非常重要的地位，这尤其表现在他对世俗和教会统治者正当权力范围的论述上。但是他对主观权利理论所做的贡献被太多人遗忘了，研究政治理论的人似乎并不太关注他的主观权利理论，而研究权利理论的学者似乎又不太关注马西利乌斯这个人。事实上，正是在《和平的保卫者》（大卷）（*Defensor pacis*）这本书中，^[54] 马西利乌斯第一次明确区分了 *ius* 的主观意义和客观意义。

在《和平的保卫者》（大卷）中，马西利乌斯指出：“我们首先应该区分 *ius* 的不同意义，因为只有将这个词的不同意义区分和界定清楚了，我们才不至于陷入自相矛盾中。在第一种意义上 *ius* 与我们在第一部分第十章中已经讨论过的 *lex* 的第三种和第四种含义是一样的。它们可以被进一步地区分为神法和人法。”^[55] “*lex* 的第三种意义是包含在训诫中的针对自由人的行为准则，根据它人在将来的世界中相应地赋予荣耀或者惩罚。……第四种，同时也是最熟悉的意义，*lex* 意味着民事审判的科学、原理或者一般的判决，以及利益或者反对意见。在上述最后一种意义中，*lex* 应该在两种方式上被理解。在第一种方式上应该从其自身来理解，即其仅仅表明公正或者不公正，有利或者有害；在这个意义上它被称之为 *juris* 的科学或者原理。在另外一种方式上，*lex* 应该在被遵守的意义上理解，也就是通过在现实世界中分配惩罚或者奖赏而给出强制性的要求。”^[56] “无论人们同意也好，不同意也好，……*lex* 就是对处于人的意志控制之下的行为的要求（*preceptum*）、禁止（*prohibicio*）或者允许（*permissio*）。”^[57]

将法律界定为要求、禁止或者允许并没有什么新意，因为 12 世纪的教会法学家已经做到了这一点。马西利乌斯的独特之处在于他对上述三个词作出的说明。他首先指出：“‘要求’这个词，在积极的和一般的意义上，意味着立法者的命令或者法规，无论是肯定的，还是否定的，它都将对违反者施以惩罚。但是这个词的现代用法指的只是肯定性的法规。而且这种用法并没有一个属于自己的特别名称，因此它占用了‘要求’这个一般的名称；但是否定性的法规有自己的特别名称，也就是‘禁止’。”^[58] 不过，要求性的和禁止性的法规并不能涵盖法规的全部，因为有一部分法规在人们实施或者违反法律规定的时候并不对其施以惩罚，例如慷慨的行为。这种法规就是“允许性的 *lex*”，而一个被允许的行为就是一个不应该被施以惩罚的行为。但是大部分允许性的 *lex* 在法律，尤其是人法中并没有被表述出来，因为这种允许性法规的数量太大了，因此只要有一个一般性的法

[53] 美国学者 A. 麦金太尔曾经指出：“在中世纪邻近结束之前的任何古代或中世纪的语言中，都没有可以准确地用我们的‘权利’（a right）一词来翻译的表达式。这就是说，大约在公元 1400 年前，古典的或中古的希伯来语、拉丁语或阿拉伯语，更不用说古英语了，都缺乏任何恰当的方式来表达这一概念。”但是他并没有明确地说明权利概念究竟是怎样产生的。参见 [美] A. 麦金太尔：《追寻美德——伦理理论研究》，宋继杰译，译林出版社 2003 年版，第 88 页。

[54] 马西利乌斯的《和平的保卫者》分别有大小两卷，大卷完成于 1324 年，小卷完成于 1341 年。小卷是对大卷的缩写和改写，由于写作背景的变化，大卷中关于 *ius* 的分析在小卷中基本上都被删掉了。参见帕多瓦的马西利乌斯：《和平的保卫者》小卷，殷冬水等译，吉林人民出版社 2004 年版。

[55] Marsilius of Padua, *Defensor Pacis*, University of Toronto Press, 1980, p. 187. 由于我引用的是英文本，因此在对上述引文进行翻译的时候，我也尽可能地参考和核对了前引 [38], Brain Tierney 书中所附的拉丁文，后文不再一一说明。

[56] 同上书，第 35 页以下。

[57] 同上书，第 188 页。

[58] 前引 [55], Marsilius of Padua 书。

规就足够了。因为任何事情只要是不被法律所要求或者禁止的，就应该被理解为是被允许的。因此允许性的 *lex* 就是不使任何人受到惩罚的立法者的命令，它不强迫或禁止任何人的行为，它只是限定一个人合法地根据自己的意志进行自由选择的范围。^[59] 同时马西利乌斯还进一步指出，“要求、禁止和允许”这三个词可以在积极和消极这两个意义上来理解，以“要求”这个词为例，在积极的意义上它指的是要求者的命令（法令），在这个意义上我们说拥有权力的国王或者其他制定规则者的意志的表达就是要求；在消极的意义上，“要求”指的是要求者的命令所意愿的东西，在这个意义上我们说一个奴隶完成了主人的要求，但这并不是说这个奴隶完成了主人的命令，而是说他完成了主人的命令或者要求所意愿的东西。依此类推，禁止的积极意义就是禁止者的命令，禁止的消极意义就是禁止者的命令所意愿的东西；允许的积极意义就是允许者的命令，允许的消极意义就是允许者的命令所意愿的东西。^[60]

马西利乌斯的上述分析具有重要的意义。一方面，这种分析可以将神法和人法区分开来，因为在消极的层面上神法和人法没有区别，但是在积极的层面上因为立法者或者要求者的不同，两者才能区分开来。这种分析为“使徒贫困”原则找到了第一个根据，因为一个人可以抛弃人法上的所有权，而保留神法的所有权。^[61] 另一方面，没有上述分析，马西利乌斯将无法合乎逻辑地说明 *ius* 的主观意义从何而来。因为他在指出 *ius* 的第一种含义之后，紧接着指出：“在第二种意义上 *ius* 指的是人们自愿的行为、力量或生成的习惯，无论它们是内在的，还是外在的，永久的，还是暂时的，也无论它们是针对外在物实施的，还是属于这些物的，例如外在物的使用或者用益、取得、持有、保存或者交换等等，只要它们是与第一种意义上的 *ius* 的意义相一致。”^[62] 也正因为如此，“当某人在与第一种意义的 *ius* 相一致的前提下，想要或者实际使用某物时，我们通常说‘这是某人的 *ius*’。上述愿望和处分之所以被称为 *ius*，是因为它们与 *ius* 的要求、禁止或者允许相符合；……第二种意义上的 *ius* 不是别的，它就是立法者积极的要求、禁止或者允许所意愿的东西，这也就是我们在前文所谈及的上述三个词的消极意义。”^[63] 至此，在后世大陆法理论中随处可见的关于主观法和客观法的区分第一次得到了清晰的表达，只是他还没有用主观法和客观法这样的术语。马西利乌斯可以当之无愧地被称为“主观权利之父”。^[64]

马西利乌斯不仅在宏观的层面上区分了 *ius* 的主观意义和客观意义，还运用自己的理论分析了 *dominium*（所有权）的概念。这种分析对“使徒贫困”的争论意义重大，因为单单指出一个人可以抛弃人法上的所有权而保留神法上的所有权是不够的，还必须指出一个人凭什么可以抛弃人法上的所有权。正是在这种分析中马西利乌斯将 *ius* 和人的意志紧密联系起来，这为后世主观权利本质的“意志说”奠定了基础。他首先指出：“在严格的意义上，*dominium* 是指在与 *lex* 相一致的前提下某人主张某物的首要的能力（*potestas*），它排除任何其他他人对该物的能力。这种能力被称为 *ius* 是因为它与第一种意义的 *ius* 相一致。”^[65] 但是马西利乌斯并不认为 *ius* 和 *dominium* 是等同的概念。因为在此之前，马西利乌斯已经将 *ius* 界定为是与 *lex* 相一致的任何能力，而 *dominium* 只是与 *lex* 相一致的主张某物的能力，因此 *dominium* 只是 *ius* 的一种。同时，尽管 *dominium* 包含了合法的 *potestas* 和 *ius*，但并不是每一个 *potestas* 和 *ius* 都包含了 *dominium*。*ius* 和 *dominium* 并不是同一的

[59] 前引 [55]，Brain Tierney 书，第 189 页。另可参见前引 [38]，Brain Tierney 书，第 112 页。

[60] 前引 [55]，Marsilius of Padua 书，第 188 页以下。

[61] 参见前引 [55]，Marsilius of Padua 书，第 198 页以下。

[62] 前引 [55]，Marsilius of Padua 书，第 191 页。

[63] 前引 [55]，Marsilius of Padua 书，第 191 页以下。

[64] 如果用现代的理论分析，马西利乌斯的上述分析还存在逻辑上不严密的地方。因为要求性和禁止性的法规的消极意义应该是义务，只有允许性的法规的消极意义才是权利。但是这对于生活在 700 年前的马西利乌斯来讲要求太高了。

[65] 前引 [55]，Marsilius of Padua 书，第 192 页。

概念, dominium 只是 ius 的一种。为了进一步说明一个人可以抛弃自己的所有权, 他指出 dominium 不是别的东西, 他是一个人合法地获得某物的实际的和惯常的意志。^[66] 正因为所有权表现为当事人的一种意志, 因此法律允许一个人根据自己的意志, 在不与法律相违背的情况下, 以各种方式取得所有权; 同时法律也允许当事人基于自己的意志放弃所有权。因此, “任何人都可以根据人法, 以自己的意思放弃自己的 ius, 如果一个人不愿意, 任何利益都不能授予他。”^[67]

虽然马西利乌斯第一个在明确的意义上区分了 ius 的主观和客观的两种含义, 但是在后世的权利理论中, 在很长一段时间里似乎都看不见他的影子。这一方面是因为马西利乌斯不是一个唯名论者, 而是一个亚里士多德主义者。对于将唯名论与主观权利概念的源起相联系的学者们而言, 他们并不关注马西利乌斯。另一方面, 现代的新亚里士多德主义者则对以主观权利为基础的道德或者政治理论怀有敌意。因此, 尽管马西利乌斯关于 ius 的解读在随后的学说理论中产生了明显的回响, 但是要证明他的直接影响是非常困难的, 因为天主教的作家们只是在批判马西利乌斯时才提及他的名字, 如果是借用他的观点, 一般都不提及这个被约翰二十二世谴责为“地狱之子与诽谤之源”的人的名字。^[68] 经过几百年时间以后, 马西利乌斯在主观权利理论上的贡献被逐渐地淹没在历史的长河中, 以至于很多现代学者在讨论主观权利概念的起源时也基本上不提及马西利乌斯。例如理查德·塔克在《自然权利理论——起源与发展》一书中指出, 正是“使徒贫困”的争论导致了激进的自然权利理论的出现, 但是在整本书中根本没有出现马西利乌斯的名字,^[69] 反而认为是让·格尔森 (Jean Gerson) 第一个发明了主观权利的理论。在 1402 年的《论人类的精神生活》(De vita spirituali animae) 中, 格尔森将 ius 界定为“根据正当理性的指示属于某人的处分权能 (facultas) 或力量”。塔克认为格尔森第一个将 ius 和 facultas 联系起来的观点具有重要的意义, 因为这使得 ius 有了一种积极的意义。^[70] 这实际上有点夸大其词, 因为 12 世纪的教会法学家已经将 ius 和 facultas 联系起来了,^[71] 而且在马西利乌斯那里 ius 的积极意义也已经昭然若揭。同时从微观层面上看, 格尔森也没有马西利乌斯清澈, 因为在格尔森那里 ius 和 dominium 并没有被区分开来, 他仍然在

[66] 前引 [55], Marsilius of Padua 书, 第 192、201 页。公正地看, 将 dominium 视为 ius 的一种的观点并不是马西利乌斯的首创, 因为生活于 11 世纪晚期至 12 世纪初的注释法学派的奠基人伊内留斯 (Irnerius) 已经明确提出 dominium 是 ius 的一种, 但是他的观点并没有产生什么影响。因为直到马西利乌斯的时代, 将 ius 和 dominium 相等同的观点在中世纪的教会法学家和注释法学家那里仍然占据主导地位。例如马西利乌斯的辩论对手, 积极支持约翰二十二世的多明我会的领袖海维乌斯·纳塔利斯 (Harvaeus Natalis) 就经常通过连字符号将 “ius” 和 “dominium” 连在一起——“ius-dominium” 使用。之所以存在上述状况, 关键是主观意义的 ius, 也就是权利的概念没有出现。没有权利的概念, 也就不存在将法律尤其是将私法建构为一个分层清楚, 逻辑严密的权利体系的需要。一旦权利概念出现并有体系建构的需要时, 将 dominium 视为 ius 的一种是权利分层的第一步, 然后再从 dominium 中逐步分解出债权、继承权和他物权时, 建构权利体系的工具就基本上具备了。当然后面的步骤纯属技术层面的发展, 这并不是作为神学家和政治学家的马西利乌斯所能完成的, 它们还需要评注学派、人文主义学派和潘德克吞学派的众多法学家的持久努力, 但是基本的理论工具——权利的概念是马西利乌斯提供的, 正是在这个意义上马西利乌斯的贡献是无与伦比的。参见前引 [48], Richard Tuck 书, 第 13 页; 前引 [38], Brain Tierney 书, 第 106 页。

[67] 前引 [55], Marsilius of Padua 书, 第 193 页。

[68] 参见赵敦华:《基督教哲学 1500 年》, 人民出版社 1994 年版, 第 535 页。

[69] 约翰·菲尼斯在《自然法与自然权利》, 列奥·斯特劳森在《自然权利与历史》中均没有提及马西利乌斯这个人。就我目前的阅读范围而言, 只有美国学者提耳内和意大利学者斯福扎给予马西利乌斯特别的重视。斯福扎认为马西利乌斯一方面将 ius 理解为法 (lex) 或命令 (praecceptum), 另一方面他也将 ius 理解为单个人的意志行为, 它们创造了与立法命令相一致的特定的法律情势, 而且是以自己的方式行使 ius。这可能就是客观法的主观化的现代理论的雏形。斯福扎同时认为马西利乌斯以奥卡姆的“唯名论”为基础发展出主观权利理论的, 这似乎受到了维莱的影响, 但是现代的理论已经基本排除了马西利乌斯的理论受到奥卡姆影响的可能性。参见前引 [3], Widar Cersarini Sforza 书, 第 671 页以下; [美] 卡尔·J·弗里德里希:《超验正义——宪政的宗教之维》, 周勇等译, 三联书店 1997 年版, 第 40 页。

[70] 参见前引 [48], Richard Tuck 书, 第 26 页以下。

[71] 参见前引 [38], Brain Tierney 书, 第 64 页。

同等的意义上使用它们。^[72] 昆廷·斯金纳 (Quentin Skinner) 对格尔森的评价要更加客观一些, 他显然知道塔克对格尔森的评价, 但是他认为格尔森只是发挥了主观权利学说, 他的贡献在于使威廉·奥卡姆 (Guillelmus de Ockham) 的观点成为后期经院哲学政治理论的主流。斯金纳此言不假, 作为唯名论的忠实信徒, 格尔森关于 *ius* 的界定确实受到了奥卡姆的影响, 格尔森对奥卡姆的发展在于他明确区分了 *ius* 和 *lex*。在 1416 年的《论教会的权力》(De potestate ecclesiastica) 中, 格尔森将 *lex* 界定为“是与正当理性相一致的规则”。^[73] 但是格尔森并没有指出 *ius* 和 *lex* 之间的联系, 在他那里 *ius* 和 *lex* 是截然两分的, 由此我们终于看到后世英语世界中 *right* 和 *law* 的截然两分的源头。当然这种截然两分的观点在英语世界中最终沉淀下来还需要托马斯·霍布斯的推动, 关于这一点我们在后文再作讨论。尽管斯金纳对格尔森的评价比较客观, 但是他并没有指出马西利乌斯在主观权利理论上的贡献, 他明确引用维莱的观点——“关于从行动自由的角度对权利进行‘主观’分析的做法是从奥卡姆开始的”。^[74] 那我们就来看一看奥卡姆对于主观权利的理论究竟做出了怎样的贡献。

(三) 主观权利概念影响的扩大——威廉·奥卡姆的贡献

维莱在上个世纪 50 年代左右写了一系列关于主观权利的论文和专著并对整个西方学界产生了广泛的影响。^[75] 他认为第一个提出具有内在一致性的主观权利概念的是奥卡姆, 他在“使徒贫困”问题的辩论中开创了“主观权利历史的决定性时刻”, 因为他将 *ius* 界定为“合法的能力 (*potestas*)”。这样奥卡姆就将 *ius* 和 *potestas* 这两个词牢牢地捆绑在一起, 从而使得 *ius* 的客观意义失去了任何存在的空间, 因此他应该被称为“主观权利之父”。同时维莱还认为奥卡姆提出主观权利的概念与他的“唯名论”思想分不开, 因此“唯名论”是“主观权利之母”。维莱还使用了“语义学的革命”和“法学史上的哥白尼时刻”这样的表述来形容奥卡姆的贡献。^[76]

实际上, 在“使徒贫困”的争论爆发时, 奥卡姆在牛津大学一边等待博士论文的答辩, 一边教授神学, 他并没有参加到这场讨论中来。由于被牛津大学的校长指控为持异端观点, 奥卡姆奉命赴阿维农说明其神学观点, 在逗留的 4 年期间里, 在同样被召至阿维农受审的芳济各会的领袖切塞纳的要求下, 作为芳济各会成员的奥卡姆开始阅读关于“使徒贫困”争论的文献。1328 年 3 月 26 日, 为了逃避即将到来的迫害, 他随同切塞纳逃往意大利的比萨, 接受驻扎在那里的神圣罗马帝国皇帝巴伐利亚的路德维希的庇护, 期间在罗马停留了三个月, 并写了一本批评教皇的书, 名为《九十天之作》(*Opus nonaginta dierum*)。正是从这本书开始奥卡姆加入到“使徒贫困”问题的讨论, 也正是在这一本书中, 奥卡姆表述了自己对 *ius* 的理解。

[72] 参见前引 [48], Richard Tuck 书, 第 27 页以下。

[73] 参见前引 [38], Brain Tierney 书, 第 210 页。

[74] 参见 [英] 昆廷·斯金纳:《近代政治思想的基础》下卷, 奚瑞森等译, 商务印书馆 2002 年版, 第 162 页以下。

[75] 美国的提耳内、英国的塔克和意大利的焦瓦尼·普利埃塞 (Giovanni Pugliese) 均是在和维莱论战的基础上讨论主观权利概念的起源和罗马法中是否存在主观权利等问题的。而英国的昆廷·斯金纳、约翰·菲尼斯、法国的路易·迪蒙、美国的科斯塔斯·杜兹纳 (Costas Douzinas) 以及奥地利的弗里德里希·希尔 (Friedrich Heer) 则照搬了维莱的观点, 意大利的斯福扎和爱尔兰的 J·M·凯利则不同程度地受到维莱的影响。See Giovanni Pugliese, *Res corporales, Res Incorporales e il Problema del Diritto Soggettivo, Studi in Onore di Vincenzo - Ruiz*, Nel XIV Anno del suo Insegnamento, III, Editore Jovene, Napoli, 1957; 前引 [74], 昆廷·斯金纳书, 第 165 页; 前引 [50], John Finnis 书, 第 228 页; 前引 [10], 路易·迪蒙书, 第 95 页; [美] 科斯塔斯·杜兹纳:《人权的终结》, 郭春发译, 江苏人民出版社 2002 年版, 第 64 页; 前引 [3], Widar Cersarini Sforza 书, 第 672 页; [爱尔兰] J·M·凯利:《西方法律思想简史》, 王笑红译, 法律出版社 2002 年版, 第 217 页以下; [奥地利] 弗里德里希·希尔:《欧洲思想史》, 赵复三译, 广西师范大学出版社 2007 年版, 第 176 页。

[76] See Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, p. 227. 261; Michel Villey, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d' Occam*, Archives de philosophie de droit 9, 1964, p. 98. 126. 转引自前引 [38], Brain Tierney 书, 第 14、28、30、105 页。

首先需要明确的是，尽管奥卡姆和马西利乌斯都为“使徒贫困”问题辩护，但是论证的途径是不一样的。奥卡姆在整个辩论过程中从来没有对 *ius* 的主观意义和客观意义进行区分，他感兴趣的是自然权利和实证权利的区分，而这种区分又是以自然法和实证法的区分为前提的。奥卡姆首先指出，“*ius* 这个名词有时指世俗法 (*ius fori*)，有时指神法 (*ius poli*)。这种区分源自于奥古斯丁。”同时，“*ius* 要么是自然法或神法，要么是实证法或世俗法。”^[77] 这样他就将自然法和神法、实证法与世俗法分别等同起来。但是与奥古斯丁在纯粹客观意义上作出上述区分不同，奥卡姆几乎在未作任何说明的情况下就滑向了 *ius* 的主观意义。因为奥卡姆紧接着又对 *ius poli* 和 *ius fori* 作出了另外一种界定：“*ius poli* 不是别的，它是在无须任何约定的情况下与正当理性相一致的能力 (*potestas*)；*ius fori* 则是源自于约定的能力 (*potestas*)，它们有时候与正当理性相一致，有时候又不一致。”^[78] 如果用现代的语言来翻译上述句子中的 *ius*，我们是无论如何不能将其译为法了，我们只能将 *ius poli* 译为自然权利，而将 *ius fori* 译为实证权利。上述滑动对于奥卡姆来讲是非常重要的，否则他将无法针锋相对地反驳约翰二十二世的观点。正因为有了上述滑动，奥卡姆就可以顺其自然地得出下列结论：“任何一种使用权利 (*ius utendi*) 或者是自然法上的，或者是实证法上的。”^[79] “(实证的) 使用权利是相对于外物的合法的能力 (*potestas*)，这种能力不应该违背某人的意志而被剥夺，除非基于过错或者其他正当原因，否则他可以到法院主张自己的权利。”^[80] 而自然的使用权利则是属于所有人的，它不是源自于人法，而是源自于自然。这种 *ius* 永远不能被抛弃，因为实际地使用物是维持生命所必需的。^[81] 这样奥卡姆就得出了下述结论，即基督徒可以抛弃实证的使用物的权利，而保留对物的自然的使用权利，这与使徒宣誓贫困是不矛盾的。而维莱正是认为奥卡姆在界定实证的使用权利时，第一次将 *ius* 和 *potestas* 紧密地联系在一起，从而使得 *ius* 的客观意义失去了任何存在的空间。

不能完全肯定奥卡姆对 *ius* 的主观意义的理解源自于马西利乌斯，因为我们不清楚奥卡姆在写作《九十天之作》时是否已经读过马西利乌斯的《和平的保卫者》，但是从常理来判断奥卡姆应该了解这本书。因为 1324 年马西利乌斯在巴黎匿名出版了《和平的保卫者》之后，由于身份暴露，他也被召至阿维农接受调查，在此之前他已经结识了切塞纳，因此在阿维农期间奥卡姆和马西利乌斯肯定是有交往的。在 1328 年的那次逃亡中，马西利乌斯也是其中一员，应该说奥卡姆和马西利乌斯曾经是同一战壕里的战友。而且在逃跑成功以后，他们两人在很长一段时间里都是巴伐利亚的路德维希的幕僚，因此奥卡姆不至于不知道马西利乌斯的观点。^[82] 但是奥卡姆似乎对 *ius* 的主观意义和客观意义的区分不感兴趣，这对一个词项逻辑学家来讲是非常奇怪的，也许奥卡姆认为这个问题马西利乌斯已经说得很清楚了，他就没有必要再说了。尽管我们无法明确地肯定奥卡姆对 *ius* 的主观意义的理解受到了马西利乌斯的影响，但是从时间上看，奥卡姆的《九十天之作》也比马西利乌斯的《和平的保卫者》(大卷)晚 4 年。

其次，*ius* 的主观意义的出现与奥卡姆的唯名论没有必然的联系。后世学者将主观权利概念的起源与唯名论联系起来实际上表达了一种良好的愿望，当后世的学说将主观权利概念的起源与世俗个人主义的兴起紧密联系起来，确实没有比奥卡姆的唯名论更好的理论来解释这种现象了。因为奥

[77] 前引 [38]，Brain Tierney 书，第 126 页以下。

[78] 前引 [38]，Brain Tierney 书，第 128 页。

[79] 前引 [38]，Brain Tierney 书，第 121 页。

[80] 前引 [50]，John Finnis 书，第 228 页。

[81] 参见前引 [38]，Brain Tierney 书，第 122 页。

[82] 参见前引 [68]，赵敦华书，第 534 页以下。米特凯则指出在奥卡姆创作于 1334—1342 年之间的《对话》一书中大段引用了马西利乌斯的著作，只是没有注明出处。参见前引 [52]，于尔根·米特凯书，第 209 页。伯特兰·罗素也曾指出奥卡姆在政治思想方面受到过马西利乌斯的影响。参见前引 [15]，罗素书，第 570 页。

卡姆的唯名论为世俗个人主义奠定了哲学基础。奥卡姆在系统阐述其唯名论思想的《逻辑大全》中说到：“任何普遍存在的东西都不是存在于心外的实体”，“普遍的东西是一种能够谓述许多东西的心灵的意向”，“任何实体都绝不会谓述任何东西”，总之，“普遍的东西并不是一种存在于特殊的东西之中但不同于特殊的东西的心外的实体”。^[83]如果用一句通俗的话来说，就是人这样一个普遍的概念不是实体，只有奥卡姆这样一个特殊的人才是实体。奥卡姆在“使徒贫困”的争论中甚至说到，所谓芳济各会是不存在的，存在的只是分散在欧洲各处的芳济各会修士。^[84]因此，在奥卡姆那里，在自然界和社会中真实存在的只有个体，这是一种彻头彻尾的个人主义观点。但是逻辑的自洽不能代替历史的事实，因为将 ius 和 potestas 紧密联系起来与唯名论没有必然的关系，在奥卡姆之前将 ius 和 potestas 联系起来的海维乌斯就是一个“伴随着对托马斯的狂热而成长起来的人”，^[85]而托马斯主义者都是一些唯实论者；“主观权利之父”马西利乌斯则是一个亚里士多德主义者，尽管他在很多方面都背离了亚里士多德，但他从来都不是一个唯名论者。^[86]因此，尽管世俗个人主义的兴起是 ius 的主观意义出现的真正动因，而奥卡姆的唯名论又恰好能够成为世俗个人主义的哲学基础，但是世俗个人主义的兴起和主观权利概念的出现并不是以唯名论为前提的，唯名论只是对世俗个人主义和主观权利概念的发展提供了助力而已。

尽管作出了上述分析，我们还不能说已经彻底反驳了唯名论是“主观权利之母”的观点。因为维莱是在唯名论和意志主义相关联的角度上指出奥卡姆是“主观权利之母”的，他认为奥康将 ius 和 potestas 紧密地联系在一起，是现代权利理论中的“意志论”或“选择论”的雏形。同样，深受维莱影响的斯福扎也认为，作为唯名论的创始人之一的奥卡姆从直觉上明白了权利的主观性，他脱离了同时代的观念，并以一种确定的方式超越了它，因为他在独立和原初的意义上强调个人意志因素的价值。^[87]确实，奥卡姆的唯名论是与意志主义紧密相关的，关于这一点文德尔班看得很清楚：“唯名论在中世纪第二阶段时期所经历的胜利的发展依赖于种种不同思想因素的极端独特的组合。在这发展的激流深处占优势的是奥古斯丁主义的感情契机，它力图保证个人人格得到它（应有的）形而上学价值。”^[88]而奥古斯丁力图保证个人得到它应有的形而上学价值的理论工具就是对人的自由意志的强调。奥古斯丁不仅是第一个基督教哲学家，同时也是最早的意志哲学家。他是在讨论恶的原因时指出人有自由意志的。尽管人是上帝创造的，但是人经常作恶，而恶总是有原因的，否则恶就不可能存在。但是上帝不能是恶的原因，因为上帝是善。因此有人就提出了这样的疑问：“我怀疑自由意志……是否必然是由创造我们的上帝给予我们的。因为如果没有自由意志的话，我们就不可能作恶。令人感到担忧的是，上帝将以这种方式表现为是我们的恶行的原因。”^[89]奥古斯丁作出了如下回答：“不是有意做的事既不是恶，也不是善，因此，如果人没有自由意志，则将不会有公正的惩罚和奖赏。但是，奖赏的公正来自上帝的善，它必然存在。因此，上帝必然赋予人以自由的意志。”^[90]奥古斯丁进一步指出，尽管人的自由意志是上帝赋予的，但是上帝不是恶的原因。因为上帝赋予人自由意志，但是并不决定这种自由意志的行使，人通过行使自己的自由意志作出决定，并对这种决定的后果负责。而上帝正是在对以自由意志为基础的人的行为的奖善罚恶上，体现

[83] [英] 奥卡姆：《逻辑大全》，王路译，商务印书馆 2006 年版，第 40 页以下。

[84] 前引 [10]，路易·迪蒙书，第 62 页。

[85] 前引 [38]，Brain Tierney 书，第 105 页。

[86] 参见 [美] 列奥·施特劳斯，约瑟夫·克罗波西：《政治哲学史》上，李天然等译，河北人民出版社 1993 年版，第 298 页以下；[英] 约翰·麦克里兰：《西方政治思想史》，彭淮栋译，海南出版社 2003 年版，第 162 页。

[87] 参见前引 [3]，Widar Cersarini Sforza 书，第 671 页以下。

[88] [德] 文德尔班：《哲学史教程》上卷，罗达仁译，商务印书馆 1987 年版，第 457 页以下。

[89] [美] 汉娜·阿伦特：《精神生活·意志》，姜志辉译，江苏教育出版社 2006 年版，第 95 页。

[90] 赵敦华：《西方哲学简史》，北京大学出版社 2001 年版，第 115 页。

自己的善。^[91]也正因为人能通过自己的自由意志决定自己的行为，个体性的差异就体现在意志中。

实际上，意志主义的发展史是与个人主义的发展史暗合的。如果说在基督教出现之前，整个人类社会不存在伦理意义上的个人主义，那么同样在基督教出现之前，意志这个概念也是闻所未闻的。^[92]古希腊哲学家就从来没有使用过意志这个概念，“柏拉图和亚里士多德在他们多次细究灵魂的本性和行为的动机时从未提到过意志活动，并不是由于他们反常地忽视了日常生活中众所周知的组成部分，而是由于历史环境：他们并不了解这样一种专门的假说……。”^[93]例外的是斯多亚哲学家，如果说在斯多亚的哲学理论中已经出现个人主义的萌芽，那么同样在他们的学说中出现了意志主义的萌芽，这恰恰说明了个人主义和意志主义的紧密关联性。晚期的罗马斯多亚哲学家爱比克泰德（Epictetus）曾经这样说到：“想一想你是谁。首先，你是一个人；也就是说，是一个不具有比自由意志更高权威的能力的人，你让所有的其他事物都从属于自由意志，而自由意志本身不受任何束缚，也不屈服于任何事物。”^[94]但是爱比克泰德所说的自由意志和奥古斯丁所说的自由意志还存在根本的区别。爱比克泰德使用的是“proairesis”，而奥古斯丁使用的是“liberum arbitrium”。“proairesis”是亚里士多德杜撰的一个新词，它由“pro”（在先）和“hairesis”（取得）这两个词组成，意味着取得必须先进行思考，直译就是“预先考虑”。^[95]亚里士多德创造的这个词确实为人类的自由意志提供了空间，因为人的行为以预先考虑为起点，而预先考虑则纯属价值判断，“因为，不论好行为还是坏行为，都是思考和习惯相结合的产物。”^[96]但是亚里士多德为人类的自由意志提供的空间是极其有限的，因为理性（逻格斯）是预先考虑的起点，预先考虑的目的是由理性决定的，人不能选择目的。正是在这个意义上，阿伦特说亚里士多德的预先考虑只是自由意志的先导概念。^[97]作为一个斯多亚哲学家爱比克泰德同样摆脱不了决定论（宿命论）的观点，这种宿命论的观点又导致斯多亚哲学的个人主义只能是一种出世的个人主义。奥古斯丁则明确地将斯多亚哲学家认为的当人还活在世界上的时候，就能离开世界的观点斥责为骗人的把戏。同时他还通过对古代哲学家时间循环论的反驳，赋予了人在现世的独特地位。因为宿命论与时间循环论是紧密相关的，正因为时间是循环的，所以人的命运是预定的。但是奥古斯丁认为，新事物不可能在循环中产生，如果有新事物，那么必须有一个起点。因此每一个人在被单独创造出来的时候，他就因出生而有一个新的起点。这样他就为人的自由意志争取到了更大的空间。^[98]从此以后，在整个基督教的文明史上，意志问题开始成为一个中心问题。

随着讨论的深入，基督教哲学内部很快就划分为两大阵营：一派主张理性高于意志，以阿奎纳为代表；一派主张意志高于理性，以邓斯·司各脱（Johannes Duns Scotus）为代表。这种对立实际上也表现为基督教会内部多名我会和芳济各会的对立，阿奎纳是多名我会的代表，而司各脱则是芳济各会的代表。^[99]这样我们也可以大致了解为什么在芳济各会成员的理论中比较容易推导出主观权利的概念，而在多名我会成员的哲学理论中则要困难得多。但是司各脱的理论还存在一个矛盾，他一方面主张意志高于理性，另一方面又是一个温和的唯实论者。在奥卡姆那里唯名论与意志主义完美地结合起来，因此，奥卡姆的哲学理论被称之为“新方法”，而阿奎纳的哲学理论被称之为

[91] 参见唐逸：《理性与信仰——西方中世纪哲学思想》，广西师范大学出版社2005年版，第27页以下。

[92] 参见前引[89]，汉娜·阿伦特书，第1页。

[93] [英] 吉尔伯特·赖尔：《心的概念》，徐大建译，商务印书馆1992年版，第66页。

[94] [古罗马] 爱比克泰德：《哲学谈话录》，吴欲波等译，中国社会科学出版社2004年版，第110页。

[95] 参见前引[89]，汉娜·阿伦特书，第65页。另可参见苗力田为《尼各马科伦理学》所写的译序，[古希腊] 亚里士多德：《尼各马科伦理学》，苗力田译，中国社会科学出版社1999年版，第7页。

[96] 同上引，亚里士多德书，第123页。

[97] 参见前引[89]，汉娜·阿伦特书，第59页以下。

[98] 参见前引[89]，汉娜·阿伦特书，第102页以下。

[99] 参见前引[88]，文德尔班书，第441页。

“老方法”。当主观权利的概念在现代社会取得全面的胜利并被界定为是主体意志的时候，还有什么理论能比奥卡姆的唯名论和意志主义对此作出更好的解释呢？但是，逻辑的自洽不能代替历史的事实。关于这一点罗素看得很清楚，他这样说到：“哲学史家往往有一种以后人的眼光去解释前人的倾向。然而一般来说这却是一个错误”，因为“近代哲学史家为了试图找出一个从经院哲学通向近代哲学的逐渐的过渡，而使得他们对奥卡姆作了不恰当的解释；这便使得人们把近代的诸学说附会于他……”。^[100] 尽管罗素是在评价奥卡姆的纯哲学时说上述那番话的，但是上述评价同样适用于奥卡姆的主观权利理论。确实，在奥卡姆的理论体系中，理性和意志是截然区分的，意志既独立于感觉欲望，也独立于理性乃至上帝的恩典。因为意志既可以拒绝理性的认识和指引，也可以拒绝感觉欲望的自然倾向。既然无论理性发出什么命令，吾人皆可不愿之，可见在理性之外，人有自由意志。但是奥卡姆同时又指出只有符合正确理性的意志方为正确意志，这使得他的学说中存在一个难以自圆其说的症结。^[101] 这一症结也表现在他的主观权利理论中，尽管奥卡姆将自然权利和实证权利区分开，但是他认为两者均源自正当理性而不是人的意志。^[102]

公正的评价是奥卡姆的唯名论和意志主义是主观权利理论的推进器。如果没有奥卡姆的唯名论，主观权利的概念很难顺利地来到后世。尽管马西利乌斯第一个区分了*ius*的主观意义和客观意义，但是他的理论并没有直接影响后世。马西利乌斯在主观权利理论上的贡献被后世所遗忘，他本人也应该承担一部分的责任，因为他若干年后重新改写和缩写《和平的保卫者》时将有关*ius*的讨论悉数删掉了。主观权利理论能够顺利地来到后世确实是奥卡姆的贡献，一方面，奥卡姆的唯名论和意志主义是宗教改革的理论基础，^[103] 另一方面奥卡姆的主观权利理论首先通过影响格尔森，格尔森的理论又影响到西班牙后期经院哲学家，尤其是弗朗西斯科·德·维多利亚和弗朗西斯科·苏瓦雷斯（Francisco Suarez），^[104] 然后再通过西班牙后期经院哲学家影响到格劳休斯。^[105] 此时，宗教改革和文艺复兴已基本结束，如果说宗教改革使得个人能够摆脱整体主义的教会的控制而与上帝直接发生关联，那么文艺复兴则使得个人进一步摆脱上帝的影响而变成一个自高自大的人。^[106] 当个人主义最终脱下基督教的外衣时，个人已经不再是低眉顺眼的斯多亚哲学意义上的出世的个人，他已经变成了一个完全独立的，积极参与世俗生活的，主张自己拥有自由意志的新人。此时，现代意义上的权利概念终于快要破土而出了。

[100] 前引 [15]，罗素书，第 572 页以下。

[101] 参见前引 [91]，唐逸书，第 316 页以下。

[102] 参见前引 [38]，Brain Tierney 书，第 118 页以下。

[103] 宗教改革的发起人马丁·路德（Martin Luther）不但是个唯名论者，同时也是一个意志主义者。参见 [挪] G·希尔贝克，N·伊耶：《西方哲学史——从古希腊到 20 世纪》，童世骏等译，上海译文出版社 2004 年版，第 166 页以下。

[104] 英国法学家彼得·斯坦（Peter Stein）和约翰·香德（John Shand）认为：“虽然主观权利学说可以追溯到 14 世纪的哲学家奥卡姆，但现代的人类自然权利学说，可以说是在 16 世纪萨拉曼卡城的教授弗朗西斯科·德·维多利亚的著作之中。”因为他在提供一份关于西班牙国王的一项权力的意见中，暗含了这样一种原则：“人们之所以能够享有某种权利，就是因为他们是人，而不是因为他们属于某个政治团体或宗教派别。唯一的理由，就是他们具有人性。”（[英]彼得·斯坦，约翰·香德：《西方社会的法律价值》，中国法制出版社 2004 年版，第 17 页以下）实际上，前文已经提及维多利亚本人还认为是阿奎纳提出了主观权利的理论。而非尼斯则认为权利的历史，在阿奎纳和苏瓦雷斯之间有一个分水岭，因为后者在 1610 年的《论法律》中认为，*ius* 的严格的、准确的和适当的意思“是每个人或对自身财产所具有的或涉及到自己应有事物的一种道德能力（*facultas*）”。参见前引 [49]，John Finnis 书，第 206 页。通过前文的论述，我们知道 12 世纪的教会法学家已经将 *ius* 和 *facultas* 联系起来。因此，无论是维托利亚还是苏瓦雷斯，他们在主观权利上都没有原创性的贡献，而且从学术脉络上看，西班牙晚期经院哲学家都是亚里士多德主义者，他们不可能为主观权利的概念提供逻辑自洽的理论根据，他们只是中世纪和现代权利理论之间的媒介和桥梁。

[105] 参见前引 [38]，Brain Tierney 书，第 345 页。

[106] 关于文艺复兴对个人主义发展的影响，可参见 [瑞士] 雅各布·布克哈特：《意大利文艺复兴时期的文化》，何新译，商务印书馆 1979 年版，第 125 页以下。

五、现代权利概念的诞生

现代权利概念的诞生同样是理论上点点滴滴进步的结果，它大致经历了这样两个阶段：首先是自然法的世俗化，其次是自由意志主义和权利概念的结合。

（一）现代权利概念诞生的前提——自然法的世俗化

爱尔兰学者 J·M·凯利 (J·M·Kelley) 认为自然权利思想的真正开拓者是胡果·格劳休斯 (Hugo Grotius)，因为格劳休斯在其《荷兰法学导论》(Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid) 一书中给出了第一次通过权利而非法则对实际法律制度作出的建构。相应地，该书是所有以各种权利作为其核心的现代法典的真正始祖。从这一立场出发，格劳休斯得以在他的伟大著作《战争与和平法》中主张自然法本质上是通过对他人权利表现出来的尊重而维护和平的命令，于是权利开始侵占自然法学说的整个领地。^[107]

格劳休斯之所以被认为是现代权利理论的创始人，关键原因是两个。首先，格劳休斯被认为是近代自然法理论的建立者。这个论断可以追溯到萨缪尔·普芬多夫 (Samuel Pufendorf)，作为第一位自然法讲座教授，他称赞格劳休斯是一位无可比拟的人，因为他敢于超越各个经院所教授的东西，而把自然法理论从数百年的黑暗中解放出来。^[108] 而普芬多夫之所以作出上述论断，是因为格劳休斯在《战争与和平法》中对自然法的论述。格劳休斯关于自然法的定义并没有什么革命性的地方，他只是指出：“自然法是正当理性的命令，它指示任何与合乎本性的理性相一致的行为就是道义上公正的行为，反之，就是道义上罪恶的行为。由此可知，这种行为如果不是被作为造物主的上帝所命令的，就必然是被他所禁止的。”^[109] 上述定义只是对经院哲学中自然法定义的一个重复，格劳休斯爆炸性的论述在于他试图使自然法的效力脱离上帝的控制，尽管他是非常谨小慎微地提出了这样一个假设：“即使我们承认了不怀极恶之心即不能承认的一点，亦即承认上帝不存在，或人类事务与他无关，我们以上的话也仍然具有一定程度的效力。”^[110] 这一著名的表述被视为是完全世俗的自然法的开端。

其次，格劳休斯被认为是第一个运用权利的工具将私法建构为一个体系的人。在格劳休斯的《荷兰法学导论》中，他以主观权利为工具，按照人法、物法和债法的顺序将私法建构为一个体系。^[111] 同时在《战争与和平法》中，格劳休斯表明他对 ius 的主观意义和客观意义有了明确的认识。他首先指出 iure 这个词的第一个意思是“正义”，^[112] 但是这种意思是消极的意义多过积极的意义；iure 的第二个意思是从第一个意思推演而来，指的是个人所具有的一种道德品性，这使得人可以正当地拥有某些特殊的 iure，或者可以做某一特定的行为。^[113] 这种 iure 实际上就是权利，同时他还对权利进行了进一步的细分。“权利包括我们对自己的权利——即所谓的自由，也包括我们对他人的权力——即父亲对子女、主人对其奴隶的权力；同样，权利也包括完全所有权和不完全所有权；不完全的所有权是不具有所有权的情况下对物的使用或占有，或者是对之进行转让的权力，或者是债权人在获得清偿之前所具有的质权；权利的第三方面的含义是指要求获得其所应得的东西

[107] 参见前引 [75]，J·M·凯利书，第 217 页以下。

[108] 参见前引 [50]，A. P. D' Entreves 书，第 47 页。

[109] [荷] 格劳休斯：《战争与和平法》，何勤华等译，上海人民出版社 2005 年版，第 32 页。

[110] 参见前引 [50]，A. P. D' Entreves 书，第 49 页。

[111] Robert Feenstra, *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation, Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th - 18th Centuries*, Variorum 1996. p. 200.

[112] 格劳休斯的《战争与和平法》的原文标题是 De Iure Belli ac Pacis, iure 是 ius 的复数形式。

[113] 前引 [109]，格劳休斯书，第 29 页以下。另可参见周辅成编：《西方伦理学名著选辑》上卷，商务印书馆 1964 年版，第 579 页以下。

的权力,与之相应的,就是债务人所负的债。”^[114]另外,格劳休斯还指出了*iure*的第三个意义,“该意义同‘法’的意义完全相同。从最广泛的意义上讲,它是指责成我们作出恰当行为的道德行为规范。”^[115]

格劳休斯确实是一个了不起的人物,他是第一个在宏观和微观两个层面上讨论权利的人。他不但在宏观的层面上区分了*ius*的不同意义,还对权利进行了明确的界定,同时他还运用权利的概念作为理论工具试图将私法建构为一个体系。但是对格劳休斯的评价还是不能过高,因为无论是在宏观的层面上,还是在微观的层面上,他都没有原创性,甚至在某种程度上与先前的理论相比还有倒退。西班牙后期经院神学家苏瓦雷斯在1610年出版的《论法律》(*De Legibus*)一书中综述了天主教作家关于自然法的观点,他指出曾经有学者说过这样的话:“即使上帝不存在,或没有运用他的理性,或未能正确地判断事情,只要人类身上有这么一个理性的指引在引导他,这指示便会具有象它现在所具有的法律性质。”^[116]而格劳休斯曾经十分恭敬地引用过这本书。这说明,尽管格劳休斯是一个赞成宗教改革的新教徒,但是在学术脉络上他仍然处于中世纪晚期的经院神学的传统之中,这使得他不能达到全然解放的境界。格劳休斯的贡献在于他在自然法的理论中成功地媒介了伦理神学的传统与世俗理性法。^[117]同时,格劳休斯尽管区分了*ius*的三种意义,但是他并没有指出*ius*的第二种意义和第三种意义,即权利和法之间的关系;而且格劳休斯在对权利进行界定时,只是将权利界定为一种道德品性,这使得他将道德和法律混为一谈。^[118]

从微观层面上看,法国人文主义学派的法学家胡果·多内鲁斯(Hugo Donellus)早在1591年的《市民法评注》中已经运用权利的概念将私法建构为一个体系了,而且从逻辑上看,多内鲁斯的体系也比格劳休斯的更加严密。多内鲁斯不仅区分了物权和债权,而且在物权的内部区分了所有权和他物权。而在格劳休斯那里他物权的概念是不存在的,有的只是“完全所有权”和“不完全所有权”的区分,而“不完全所有权”实际上就是中世纪评注法学家所使用的“用益所有权”。^[119]也正因为如此,萨维尼称赞多内鲁斯的私法体系是最好的而且几乎是惟一可用的体系。^[120]事实上,也有证据证明格劳休斯曾经引用过多内鲁斯的《市民法评注》一书,但是他似乎并没有意识到多内鲁斯关于私权体系分类的价值。^[121]因此,在主观权利理论的贡献上,格劳休斯可以说是头伸进了近代,但是他的脚仍然站在中世纪。列奥·斯特劳斯(Leo Strauss)认为:“近些年,有人认为,格老休斯的权利的第二个含义是主观权利的真正现代思想的前身,这种主观权利观念认为,撇开人的某

[114] 前引[109],格劳休斯书,第30页以下。该段译文另参考了金可可的英译文,参见金可可:《对人权与对物权的区分理论的历史渊源》,载吴汉东主编:《私法研究》第四卷,中国政法大学出版社2004版,第490页。

[115] 前引[109],格劳休斯书,第31页。

[116] 前引[50],A. P. D' Entreves书,第69页。

[117] 参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥等译,上海三联书店2006年版,第290页。

[118] 格劳休斯在权利的意义上对*ius*的界定同样受到苏瓦雷斯的影响,在《论法律》一书中,苏瓦雷斯这样说到:“*ius*的正确的、严格的和适当的意思是每个人所拥有的对自身或者应该归属于他的财产的一种道德能力(*facultas*)。”参见前引[50],John Finnis书,第206页以下。

[119] 前引[47],Giovanni Pugliese书,第763页;前引[47],Robert Feenstra书,第117页以下;Peter Stein, *The Character and Influence of The Roman Civil Law, Historical Essays*, The Hambledon Press, London and Ronceverte, 1988. pp. 76-77.

[120] 参见[德]格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德:《九百年来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第118页以下。多内鲁斯能够用权利的概念建构私法的体系,这正说明以马西利乌斯为起始的对*ius*进行主观意义上的理解已经开始影响到私法。尽管多内鲁斯本人并没有对权利的概念进行一般意义上的界定。他只是从优士丁尼《法学阶梯》中的第一个片断“正义是分给每个人以其*ius*的稳定的、普遍的态度”(I. 1. 1pr.)出发,认为自己的任务就是分析法律,即在不同的情况下将属于个人的“*Ius*”分配给他们。前引[3],Widar Cersarini Sforza书,第671页以下。前引[119],Peter Stein书,第75页。

[121] 前引[47],Robert Feenstra书,第118页。

种客观属性，如统治者、父亲或土地所有者不言，人仅仅作为一个纯粹的人，就拥有天生的权利。尽管如此，却只能说格老休斯只是在朝向主观权利的完整思想的道路上迈进了一小步；主观权利思想的哲学意义上的阐述，进而对我们现代所说的个人主义的哲学意义上的阐述，始于托马斯·霍布斯。”^[122]

霍布斯在《利维坦》一书中这样写到：“自然权利（The right of natural），也就是著作家们一般称之为自然法的（Ius naturale），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”，“自然律（A law of nature, Lex naturale）是理性所发现的诫条或一般法则”。^[123]从这两段表述中，我们可以发现霍布斯将英文 right 和拉丁文 ius 等同起来，而将英文 law 和拉丁文 lex 等同起来。事实上，霍布斯并非不知道在先前的理论中 ius 具有主观和客观两种意义，但是他对这种状况不满意：“谈论这一问题的人虽然把 ius 和 lex, right（权）和 law（律）混为一谈，但却应当加以区别。因为权在于做或者不做的自由，而律则决定并约束人们采取其中一种。所以律与权的区别就象义务与自由的区别一样，两者在同一事物中是不相一致的。”^[124]在罗马法中 ius 一开始是在和 lex 相对立的意义上被使用，前者代表习俗，后者代表制定法，然后 lex 成了 ius 的来源之一，但是 ius 表示的是一种客观意义上的法的意思是没有异议的。到了马西利乌斯那里 ius 开始具有两种含义，一种是法，而另一种是权利。但是到了霍布斯那里，ius 已经没有任何法的意思，它表示的只是权利。施特劳斯认为这种将权利与法区分开来的观点构成一项创新。^[125]但是霍布斯的特别之处其实在于，他为这种区分提供了一种新的说明。尽管宗教改革和文艺复兴张扬了世俗个人主义，但是将世俗个人主义作为政治哲学的理论前提是由霍布斯完成的，而他运用的理论工具就是自然状态和社会契约理论。正是通过社会契约理论，霍布斯使得自然权利成为法的前提，这正是他与格老休斯的关键区别所在。

根据霍布斯的假定，在自然状态下，“自然赋予了每个人在所有东西和事务上的权利。也就是说，就纯粹的自然状态而言，或说是在人用彼此的协议约束他们自身以前，每个人都允许对任何人去做任何事，无论他想要什么、他能得到什么，他都可以去占有、使用和享受。”“但人拥有这种共同的权利是没有用的，因为这种权利所产生的后果与完全没有权利的情况是一样的。”因为“所有人对万物的这种权利——每个人都可以据此合法地攻击其他人，而其他人也可以合法地反击。”因此，“人在聚集成社会之前的自然状态是战争状态——不是简单的战争，而是人人相互为敌的战争。”^[126]但是因为理性发生作用，人们为了维持生存而追求和平，他们因此通过社会契约进入文明社会。“社会契约是一个框架，也是一份蓝图，对它的各种不同的解释，都有一个共同的特征：它们的起点都是个体。”^[127]这个个体必然是一个理性的存在，他可以凭借理性对周围的环境作出自己的判断，否则他不可能去签订一个社会契约，因为从形式上讲，契约是个体意志的表明。“权利的互相转让就是人们所谓的契约。”^[128]“权利的转让既要求接受者的意志，也要求有转让者的意志。

[122] 前引〔86〕，列奥·施特劳斯，约瑟夫·克罗波西书，第442页。类似观点可参见〔葡〕叶士朋：《欧洲法学史导论》，吕平义等译，中国政法大学出版社1998年版，第174页。

[123] Thomas Hobbes, *Leviathan*, Cambridge University Press, 1991, p. 91.

[124] 同上引书。在《利维坦》的中译本中，译者将有关拉丁文的表述一概略去未译，这实际上遮蔽了霍布斯讨论问题的背景。参见〔英〕霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第97页。

[125] 参见〔美〕列奥·施特劳斯：《霍布斯的政治哲学》，申彤译，译林出版社2001年版，第188页。约翰·菲尼斯则认为：“‘权利’的一般现代用语并没有完全遵循霍布斯对权利和法律之间的对比。”前引〔50〕，John Finnis书，第208页。事实上，只能说大陆法系没有接受霍布斯关于权利和法的截然两分的对比，这主要是由于康德哲学的影响，而在英美法系这种截然两分的用法已经沉淀下来了。

[126] 〔英〕霍布斯：《论公民》，应星等译，贵州人民出版社2003年版，第8页以下。

[127] 前引〔50〕，A. P. D'Entreves书，第54页。

[128] 前引〔124〕，霍布斯书，第100页。

如果缺一个,权利都无法转让。”^[129]“正是因为他(霍布斯),以一种前无古人、后无来者的清澈和明确,使得‘自然权利’,即(个人)的正当诉求,成为政治哲学的基础,而不去自相矛盾地到自然法和神法那里寻求借鉴。”^[130]因此,霍布斯被认为是近代政治哲学之父,因为“近代政治哲学将‘权利’视为它的出发点,而古典哲学则尊崇‘法’”。^[131]

但是对于霍布斯在权利理论上的贡献的评价仍然不能太高,甚至可以说在权利理论本身上霍布斯的贡献微乎其微,他的理论发展到顶点就是对权利概念的否认。对于霍布斯来讲,权利这个概念只是在自然状态下才有意义,而且只有有限的工具意义。因为在自然状态下每个人对万物都拥有自然权利,实际上就意味着每个人都没有权利,因为这使得每个人与每个人都处于一种战争状态。为了求得和平,单个的人只好将自己的自然权利转让给一个主权者,这就是国家——利维坦诞生的原因,人因此也就从自然状态进入到文明社会。但是人一旦进入文明社会,他就不再享有权利,他承担的只是义务。因为他已经将按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己天性的自由,也就是自然权利转让给主权者了。“在自由结束的地方就是义务出现的地方。”^[132]“统治(者)的权力就是通过对公民而言的双重义务而获得的。一方面的义务是对其他公民的,另一方面的义务是对统治者的。”^[133]“权利就是自由”,^[134]如果说臣民还拥有自由的话,那也只是“在法律未加规定的一切行为中,人们有自由去做自己的理性认为最有利于自己的事情”。^[135]而法律未加规定的状态,实际上就是自然状态。因此,尽管霍布斯的政治哲学是以个人主义为基础,但他只是在分析的起点上是个人主义的,而在分析的终点上则是专制主义的。尽管霍布斯强调人拥有按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己天性的自由,而自由就是权利,但是这种权利只是在一种假想状态——自然状态中才能够存在,而在现实的生活中,人只有义务而没有权利。如果说霍布斯通过社会契约理论将人们的注意力从神法和道德法转向实证法,那么恰恰在实证法领域霍布斯不承认人拥有权利。问题的症结就在于霍布斯不承认人的意志是自由的。

霍布斯是一个唯名论者,他曾经明确指出人类“最高贵和最有益处的发明却是语言”。^[136]但是语言并没有一个纯粹的实质,很多时候语言是产生荒谬学说的原因,“人们的语言愈丰富,他们就愈加比普通入聪明或癫狂”,而“自然本身是不会发生错误的”,^[137]因为“物体是不依赖于我们思想的东西”。^[138]也正因为霍布斯是一个唯名论者,“古典政治哲学与近代政治哲学之间的对立,更确切地说,柏拉图政治哲学与霍布斯政治哲学之间的对立,归结到原则上在于,前者凭借语言语词定位取向,而后者则从一开始,就拒绝这样做。”^[139]基于唯名论与意志主义的关系,霍布斯不可能否认人有意志,但是汉娜·阿伦特认为,霍布斯“承认作为一种主观感觉能力的意志的存在,只是否定意志的自由”。^[140]实际上,霍布斯并没有一概否认人的意志是自由的,首先在自然状态中人的意志是自由的,因为社会契约就是人的自由意志的表明;其次在进入文明社会后,主权者的意志也

[129] 前引[126],霍布斯书,第16页。

[130][131] 前引[125],列奥·施特劳斯书,第188页。

[132] 前引[126],霍布斯书,第19页。

[133] 前引[126],霍布斯书,第72页。

[134] 前引[124],霍布斯书,第225页。

[135] 前引[124],霍布斯书,第164页。

[136] 前引[124],霍布斯书,第18页。

[137] 前引[124],霍布斯书,第23页。

[138] 《西方哲学原著选读》上册,北京大学哲学系外国哲学史教研室编译,商务印书馆1981年版,第392页。

[139] 前引[125],列奥·施特劳斯书,第197页。关于霍布斯的政治哲学与唯名论的关系,另可参见[英]韦恩·莫里森:《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第90页以下;林国荣:《自然法传统中的霍布斯》,载《现代政治与自然》第三辑,上海人民出版社2003年版,第38页以下;前引[50],A. P. D'Entreves书,第74页。

[140] 前引[89],汉娜·阿伦特书,第23页。

是自由的，主权者制定的法律就是其自由意志的体现。霍布斯否认的是进入文明社会以后，作为臣民的人的自由意志。

霍布斯在《利维坦》“论臣民的自由”一章中这样说到：“自由一词就其本义说来，指的是没有障碍的状况，我所谓的阻碍，指的是外界的障碍。”因此，“当运动的障碍存在于事务本身的构成之中时，我们往往就不说它缺乏运动的自由，而只说它缺乏运动的力量，像静止的石头和卧病的人便是这样。”^[141]正因为自由指的是外界障碍不存在的状态，因此，“从自由意志一词的用法中，我们不能推论出意志、欲望或意向的自由，而只能推论出人的自由；这种自由就是他在从事自己具有意志、欲望或意向想要做的事情上不受阻碍。”^[142]同时自由与必然又是相容的，“比如水顺着河道往下流，非但是有自由，而且有必然性存在于其中。人们的自愿行为情形也是这样。这种行为来自人们的意志，所以便是出于自由的行为。但由于人的每一种处于意志的行为、欲望和意向都是出自某种原因，而这种原因又出自一连串原因之链中的另一原因，其第一环存在于一切原因的第一因——上帝手中，所以便是出自必然的行为。所以对于能看到这些原因的联系人说来，人们一切自愿行为的必然性就显得很清楚了。”^[143]联系到进入文明状态的臣民，正因为通过社会契约“制造了一个人为的人，这就是我们所谓的国家一样，他们也制造了称为国法的若干人为的锁链，并通过相互订立的信约将锁链的一端系在他们赋予主权的个人或议会的嘴唇上，另一端则系在自己的耳朵上。……臣民的自由只是相对于这些锁链而言的自由”。^[144]如此一来，霍布斯就为臣民只承担义务而不享有权利找到了依据。实际上真正将权利与人的自由意志联系起来，并在理论上进行圆满说明的是伊曼努尔·康德（Immanuel Kant）。

（二）现代权利概念的诞生——自由意志与权利概念的结合

康德认可社会契约理论在国家产生问题上的说明力，但与霍布斯不同，康德并不认为人通过社会契约进入文明状态后，他的自由就全部丧失了。“人民根据一项法规，把自己组成一个国家，这项法规叫做原始契约。这么称呼它之所以合适，仅仅是因为它能提出一种观念，通过此观念可以使组织这个国家的程序合法化，可以易为人们所理解。根据这种解释，人民中所有人和每个人都放弃他们的外在自由，为的是立刻又获得作为一个共和国成员的自由。从人民联合成为一个国家的角度看，这个共和国就是人民，但不能说在这个国家中的个人为了一个特殊的目标，已经牺牲了他与生俱来的一部分——外在的自由。他只是完全抛弃了那种粗野的无法律状态的自由，以此来再次获得他并未减少的全部正当的自由；只是在形式上是一种彼此相依的、受控制的社会秩序，也就是由权利的法律所调整的一种文明状态。这种彼此相依的关系，产生于他自己的那种有调整作用的立法意志。”^[145]

康德之所以能够得出与霍布斯不同的结论，关键在于他对人的自由意志的认可。康德在《实践理性批判》中确定了实践理性的三项公设，即（灵魂）不死、（意志）自由和上帝存在。之所以要将意志自由确定为公设，是因为在“这个概念上，思辨理性无法不陷于相互冲突；为了解决这种冲突，（实践）理性只能通过自由的公设，设定一个虽然可以大致设想、却不能在客观实在性方面加以证明和确定的概念”，即“必须预先认定，人是可以不受感性世界摆布的，能够按照灵明世界的规律，即自由的规律，来规定自己的意志”。^[146]正因为有了上述公设，康德才能够在《法的形而上

[141] 前引 [124]，霍布斯书，第 162 页以下。

[142] 前引 [124]，霍布斯书，第 163 页。

[143] 前引 [124]，霍布斯书，第 163 页以下。

[144] 前引 [124]，霍布斯书，第 164 页。

[145] 前引 [6]，康德书，第 143 页。

[146] 《西方哲学原著选读》下，北京大学哲学系外国哲学史教研室编译，商务印书馆 1982 年版，第 319 页。另可参见 [德] 康德：《实践理性批判》，邓晓芒译，人民出版社 2003 年版，第 180 页以下。

学原理》一书中指出：“只有一种天赋的权利，即与生俱来的自由。自由是独立于别人的强制意志，……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。”“它不依赖于经验中的一切法律条例。”^[147] 到此为止，康德的理论与霍布斯相比还不能说有什么根本的不同，因为霍布斯也承认人有自然权利（天赋权利是自然权利的另一种翻译，直译就是自然权利），同时自然权利就是一种自由。康德的不同在于，他要论证人在进入文明社会以后仍然具有自由意志，因此他享有权利，而不是只承担义务。

在《实践理性批判》的开篇，康德对“纯粹实践理性的诸原理”进行了解题：“实践的诸原理是包含有意志的一个普遍规定的那些命题，这个普遍规定统率着多个实践的规则。如果这个条件只被主体看作对他的意志有效的，这些原理就是主观的，或者是一些准则（Maxime）；但如果那个条件被认识到是客观的、即作为对每个有理性的存在者的意志都有效的，这些原理就是客观的，或者是一些实践的法则（Gesetze）。”^[148] 既然准则与法则都和人的意志相关，而准则与法则又是有区别的，那么与这两者相关的意志是否有区别呢？康德运用自己特有的概念术语体系进行了说明。在康德的哲学体系中，理性被分为纯粹理性和实践理性，前者指的是纯粹（即不依赖于任何经验内容的）认识能力，后者指的是纯粹的（即不依赖于任何经验内容的）道德意识。^[149] 而实践理性就是意志，因为“唯独有理性的东西有能力按照对法则的观念，也就是按照原则而行动，或者说，具有意志。既然使法则见之于行动必然需要理性，所以意志也就是实践理性”。^[150] 然后康德对意志又进行了进一步的区分，即将意志区分为 Wille 和 Willkür，直译就是意志和任意。Willkür 是直接和行为有关的意志，而 Wille 并不直接与行为有关，“如果这种活动兼有追求那渴望对象的行动力量的意识，它便构成一种 Willkür；如果这种意识不与选择行动发生联系，那么，这种意识活动就称为 Wille。”^[151] 因此法则来源于 Wille，准则则来源于 Willkür。^[152] 也就是说，“康德用 Wille 和 Willkür 这两个术语分别刻画统一的意愿能力的立法的机能和执行的机能”。^[153] 但是康德显然对人的 Willkür 评价更高，因为“Willkür 对人来说构成自由意志。如果意志仅仅指一种单纯的法则，那么这种意志既不能说是自由的，也不能说是不自由的，因为它与行为没有直接的关系，但它为准则提供了一种法则，因此，它就是实践理性本身。所以，这种意志作为一种能力，它本身绝对是必然的，它不服从于任何外在的强制。因此，只有在自己的有意识的活动过程中，那种选择行为才能被称为自由”。^[154] “一个人能够按照自己的表述去行动的能力，就构成这个人的生命”。^[155] 在康德那里，人的自由意志被举到了令人眩目的高度。

在康德做完上述分析以后，关于法和权利之间的关系也就迎刃而解了。天赋的权利当然是实在

[147] 前引 [6]，康德书，第 48 页以下。

[148] 前引 [146]，康德书，第 21 页。在《道德形而上学原理》中，康德对准则与法则的区别作了说明：“准则是行为的主观原则，必须和客观原则，也就是实践法则相区别。准则包括被理性规定为与主观条件相符合的实践法则，而更经常地是与主观的无知和爱好相符合，从而是主观行为所依从的基本命题。法则则是对一切有理性东西都适合的客观原则，它是行为所应该遵循的基本命题，也就是一个命令式。”[德]康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海世纪出版集团 2005 年版，第 68 页。译文有改动，苗力田将 Gesetze 译为规律。在《法的形而上学原理——权利的科学》中，康德对法则和准则的区别作了进一步的说明：“使得某种行为称为一种义务的原则，就是实践法则。一行动者依主观的理由，把一规则作为他自己的行动原则，这条规则，就叫做他的（行为）准则。”“准则就是行为的主观原则，个人把它定为自己的一项规划，作为他实际上决意怎样去行动。”前引 [6]，康德书，第 28 页以下。

[149] 参见《简明哲学辞典》，上海辞书出版社 2005 年版，第 151 页。

[150] 前引 [148]，康德书，第 30 页。

[151] 前引 [6]，康德书，第 12 页。沈叔平将此处的 Willkür 译为选择的行动，将 Wille 译为愿望。

[152] 前引 [6]，康德书，第 29 页。

[153] [美]亨利·E·阿利森：《康德的自由理论》，陈虎平译，辽宁教育出版社 2001 年版，第 189 页。另可参见李梅：《权利与正义：康德政治哲学研究》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 134 页。

[154] 前引 [6]，康德书，第 29 页。

[155] 前引 [6]，康德书，第 10 页。

法的前提，这一点他与霍布斯没有不同的地方。但是人们通过社会契约进入一个公民联合体以后，他并没有丧失权利，只是他的权利从自然权利变成了实证的权利。因为人们进入公民联合体的目的是，每个人根据法律规定，拥有那些被承认为他自己的东西。而在自然状态中，人们所拥有的东西都是暂时的，因为没有公共强制性法律所规定的外部限制。因此人们在文明状态中所制定的那些东西，正是在自然状态那些关于“我的和你的”在形式上所包含的东西，只不过，在文明状态的种种（获得的）形式中，各种（获得）条件才被制定。^[156]如果说自然权利是法的前提，那么在实证法领域法则变成了权利的前提，因为“实在的或法律的权利是由立法者的意志规定的”，^[157]而立法者的意志就表现为法律。但是在实证法领域法是权利的前提并不会导致人的自由意志的丧失。首先，“立法权，从它的理性原则来看，只能属于人民的联合意志。……如果任何一个人按照他与别人相反的观点去决定一切事情，那么，他就可能经常对别人作出不公正的事情。但是，如果由大家决定，并颁布作为他们自己的法律，就绝不会发生这种事情。俗话说：‘自己不会伤害自己。’”^[158]其次，如果说人民通过联合意志（Wille）制定客观的法律，从而“决定每一个人，取得像数学那样准确的他自己的一份”。^[159]那么，人们通过任意（Willkür），也就是自由意志去执行或运用这个法律时，这个法律就变成了主观的，也就是变成了他的法律，这就是他的权利。这样由马西利乌斯首先区分的 ius 的两种意义终于在康德这里得到了彻底的理论说明，同时也正是由于康德术语的影响，大陆法系开始使用客观法表示法律，用主观法来表示权利。^[160]而在法学领域里，这一工作是由伯恩哈德·温特沙伊德（Bernhard Windscheid）最终完成的。^[161]

事实上，在温特沙伊德之前，康德关于权利和法之间关系的理论已经开始影响到潘德克吞学派的法学家们。在康德的《法的形而上学原理——权利的科学》于1797年出版之后，仅仅过了不到40年的时间，弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）在1835年开始撰写的《当代罗马法体系》8卷本中作出了这样的论述。“如果我们考虑一下包围或者充满我们现实生活的法律状态，我们将会发现每个人都具有主观意义上的权利。”^[162]因为作为一个存在于外部世界的生物人，他必然要与那些在本质上与其相同的其他人发生接触。“要实现这一点，有一种可能的方式，那就是承认存在一条看不见的边界，该边界的存在和效果在于，边界内的个人有一个安全、自由的空间。确定这一边界并确定该自由空间的规则，就是法。”^[163]但是很多人为了发现法的概念，都是从“不法”的概念出发。所谓不法就是他人自由对某人自由的破坏，对这种破坏的防卫就是法。而

[156] 参见前引〔6〕，康德书，第137页以下。

[157] 前引〔6〕，康德书，第49页。

[158] 前引〔6〕，康德书，第140页。

[159] 前引〔6〕，康德书，第44页。

[160] 约翰·奥斯丁认为，大陆法系的法学家们“从康德哲学中借用了术语，并且错误地加以使用，从而使原有的混乱，也就是词语的不精确使用所产生的混乱，越发不可收拾。这些学者，将作为类概念的‘法权’，分为‘客观意义上的法’（recht in objective sense）和‘主观意义上的法’（recht in subjective sense）。这些表述都是不恰当的。”前引〔5〕，约翰·奥斯丁书，第309页。从上述引文中，明显可以看出奥斯丁受到了霍布斯的影响。因为霍布斯的理论是19世纪法律实证主义的一个惊人预兆，当人们讨论奥斯丁的时候，通常会想到他有一个特立独行的先导，即霍布斯。See N. Bobbio, *Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition*. University of Chicago Press, 1991, p. 114. 实际上，奥斯丁的批评是没有道理的，正是康德的理论能够完美地解释实证法领域里法和权利的关系。

[161] 德国学者卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）指出，康德创立的伦理人格主义哲学对《德国民法典》制定者精神世界产生了深刻的影响，而温特沙伊德正是该法典的主要起草人之一。康德学说的核心内涵是：人依其本质属性，有能力在给定的各种可能性的范围内，自主地和负责地决定他的存在和关系、为自己设定目标并对自己的行为加以限制。这一思想既渊源于基督教，也渊源于哲学。参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第45页以下。

[162] Federico Carlo di Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Volume Primo, Traduzione di Vittorio Scialoja, Torino 1886. p. 7.

[163] 同上书，第335页。

这种防卫之所以能够实现就是因为有一个外在的强制机构——国家。但是萨维尼认为，这些人事实上采用了将否定的方法置于首位的方法，这样处理就像是认识生活规律而从生病的状态出发一样。^[164]实际上，“国家作为一种防卫措施并不必要，而且也不像我们认为的那样美妙和牢固，对于这种防卫可以除去不用。”^[165]萨维尼实际上指出了这样一个问题，即在他所处的那个时代很多人仍然从客观的方面去理解法，因此非常强调法的强制力。但问题是个人所拥有的法（权利）遭到他人的侵害，从而需要外在的强制力量——国家予以保护并不是一种常态。在私法的层面上，生物人相互之间的接触在大多数的情况下并不需要国家的直接介入，这也是私法的精髓——意思自治的体现，因此更应该从一个主观的角度来理解法，也就是说应该从主观权利的角度来理解生物人相互之间的接触。正是因为法律规则的规定，从而确定了个人意志的范围，在该范围内，一个人的意志相对于其他人的意志居于独立的支配地位。^[166]但是萨维尼并没有在一般的意义上对权利进行界定，他只是说“法律关系的本质应该被界定为是个人意志的独立支配领域”。^[167]这是因为在萨维尼的体系建构中，法律关系的概念才是他的基本理论工具。按照他的理解权利只有在法律关系的层面上才可以被理解。“在法律关系中，任何权利只是特别的、通过排除了某些方面而描述的一种抽象，因此，关于各种权利的判决本身只有从法律关系的整体观察出发才有可能真实并且有说服力。”^[168]但是，在很多时候，萨维尼在讨论法律关系时实际上就是在讨论权利本身，因此他的理论“对后来的学说汇纂体系中主观权利这个核心概念具有决定性的意义”。^[169]

在萨维尼之后，在主观和客观的两重意义上讨论法似乎已经成为德国法学家的共识。前文已经提及，利益法学派的代表人物耶林也曾明确指出，客观意义的法是由国家执行的法律规则的总和，即生活的制定法秩序，主观意义上的法是抽象规则具体化为个人的具体权利。但是与萨维尼不同，耶林将主观法，也就是权利的本质界定为利益。而海因里希·邓伯格（Heinrich Dernburg）同样在法的客观意义和主观意义上讨论法和权利的问题，他对主观权利作了这样的界定：“主观权利就是法律规则赋予个人的对生活利益的分享；权利的本质就在于对法的拥有。”^[170]但是温特沙伊德对上述理论均不满意，他首先指出萨维尼的法律关系的概念并不总是能够被清晰地理解，因此他放弃了法律关系的概念而径直使用权利的概念作为私法的基本理论工具来建构自己的体系。^[171]其次他也指出耶林将权利的本质界定为利益是不准确的，因为权利是法律规则为了保护个人利益所赋予他的一种正当性（理由），而邓伯格所谓的“拥有法律”的表述则非常模糊。^[172]

在温特沙伊德那里，主观法和客观法的区分是讨论问题的前提，但他同时指出，作为权能（*facoltà*）的法（主观意义的法、主观法）也具有双重的意义。第一种意义的主观法指的是单个主体的特定行为，而法律（客观意义的法、客观法）是主体特定行为的基础，因为法律为主体的特定行为提供规则。当主体的特定行为遭遇外部的障碍时，他就可以主张这项法律，这时候这项法律就变成了他的法律。因此在该项法律的实现上，主体的意志具有决定性的意义。但是上述意义上的主观法是在一种非常态状况下的表现。于是温特沙伊德又指出了在常态状况下的另一种意义的主观法，例如所有权人转让自己的物，债权人转让自己的债权或者解除合同，在这种情况下，主体并没

[164] 前引 [162]，Federico Carlo di Savigny 书，第 336 页。

[165] 前引 [162]，Federico Carlo di Savigny 书。

[166] 参见前引 [162]，Federico Carlo di Savigny 书，第 337 页。

[167] 前引 [162]，Federico Carlo di Savigny 书。

[168] 前引 [162]，Federico Carlo di Savigny 书，第 7 页。

[169] 前引 [120]，格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德书，第 363 页。

[170] Bannardo Windscheid, *Diritto del Pandette*, Volume Primo, Dagli Avvocati Carlo Fadda, Paolo Emilio Bensa, Torino, 1902, p. 171.

[171] 前引 [170]，Bannardo Windscheid 书，第 172 页以下。

[172] 前引 [170]，Bannardo Windscheid 书，第 170 页以下。

有遇到外部的障碍。特定主体在实施上述行为的时候当然是以客观法为基础的，但是在实施上述行为的过程当中，特定主体的意志仍然具有决定性的意义。因此主观法，也就是主观权利可以这样来定义，即“权利是法律赋予主体的能力（potestà）或者是意志的支配力（signoria della volontà）”。^[173]至此，由马西利乌斯首先区分的 ius 的两种意义，经过康德的哲学说明以后，终于在法学领域扎下根来。同时，也正是由于德国潘德克吞法学家们的努力，以及他们所产生的广泛影响，客观法和主观权利的区分在大陆法系被普遍接受了。^[174]而在英美法系，则是由于霍布斯的影响，权利和法变成了截然两分的词汇。这就是权利概念的历史。

Abstract: The concept of Right is the product of human society developing to particular historical stage. Its appearance has much bearing on the growing of the notion of individualism. There was no general concept of Right in the societies of Antique Greece and Antique Rome. Also, the notion of individualism contained in the Stoa philosophy and Christian theory was not enough to cause the appearance of the concept of Right. Till 12th century, the secular individualism and the concept of Right sprouted. And 14th century saw the dual understanding of Latin word “ius” in the subjective and objective meaning, which was explained perfectly by Kant’s philosophy theory four centuries later. When the secular individualism and the doctrine of freedom of will had become the theoretical base of the concept of Right, modern conception of Right came into being consequently.

Keywords: law, right, objective law, subjective law, individualism

[173] 参见前引 [170]，Bennardo Windscheid 书，第 169 页以下。

[174] 斯福扎指出：“意大利语中有关主观法（diritto soggettivo）的表述出现较晚，上述术语是在潘德克吞法学家和他们的权利理论被广泛传播的过程中被认识到的。”前引 [3]，Widar Cersarini Sforza 书，第 671 页。