中国语境下的权利论题与罗马法尤斯(IUS)传统的变异

——以展示相关术语使用的困惑及其理顺之建议为焦点

唐晓晴* 文 稳**

目次

一、引言
二、场景设定：从权利论题的梅氏困境开始
（一）梅氏困境
（二）梅氏困境的延伸："权利"还是"主观权利"之争
（三）梅氏困境之延伸：权与法之争
（四）困惑的只是我们吗？出路何在？
三、有凤来仪：权利论题的中国语境形成与发展进路
（一）语义前史
（二）流行之路：权利论题首次进入中国及其在公共话语层面的泛滥
（三）专业之路：权利一词再次进入及其作为法律术语的扎根
（四）小结
四、万法一宗：尤斯传统的主观化道路与术语的变异轨迹
（一）概述(尤斯传统及其主观化)
（二）尤斯传统主观化之伦理(价值)基础的奠定与发展

* 澳门大学法学院教授、法学博士。本文的初稿是在澳门大学2018年11月9日举办的"权利的本质研讨会"上发表的文章《权利概念与分类理论演化的重要节点——罗马法传统的裂变与时代价值的渗入》的第二部分，原计划仅探讨罗马法尤斯传统的裂变情况以及各种价值之渗入，但在修改时发现中国语境下的权利论题在术语使用上时有矛盾，且有关矛盾必须追溯到源头方可解决，故以本文一并论述。由于文章所涉范围甚广，故部分内容由博士生文稳协助完成。整理后形成的新文章于2019年11月15日下午在华东政法大学进行题为"权利论题的流变"讲座时以口头发表，蒙该校李秀清教授、孙维飞教授、金可可教授和张长绵博士及一众华政学子热情评议，特此致谢。会后参考了评议意见而对文章作进一步修改并形成较成熟之版本，又蒙石佳友教授、娄爱华教授和姚远教授的协助，将初稿的电子版挂于几个微信群上，乞求学友赐评。娄爱华教授和姚远教授均迅速给予意见，让文章得以改善，在此一并致谢。2019年圣诞节前，夏勇教授向笔者提示了几点非常重要的意见，故又引发一轮修改；圣诞节刚过，文稿的完整修订版又发给好友中山大学王禹教授，门下梁静姮博士、吴奇琦博士、王华博士、马哲、王星、陈怡、卢跃峰、施思、朱琳琳，都在阅后立刻提出大量修改和纠错意见，文章正是在吸纳了这些意见后定稿投出。

** 澳门大学法学院博士研究生。

（三）尤斯传统主观化的教义应用与制度建立
（四）尤斯主观化进程中引致术语分裂的两个重要时刻
（五）尤斯(IUS)如何转化为狄莱克图姆(directum)
（六）小结
五、结论

摘要　本文把中国语境下权利论题所遇到的困惑与矛盾统称为“梅氏困境”(Mei's Dilemma)。中西方文化差异虽然是造成“梅氏困境”及其延伸问题的其中一个原因，但在没有这种差异的英美甚至一些欧陆国家处理相关论题时也在不同程度上有类似的困难。近现代“权利”一词及其概念并非中国古已有之，而是在 19 世纪通过美传教士自英语“right(s)”一词翻译而来，并在公共话语领域逐渐流行；随后东渡日本，在法学领域成为通行译法，复又传回中国。欧陆法学和英美法学虽同样继受了罗马法的尤斯(IUS)传统，并在不同的历史时期经历了尤斯主观化道路，但是在术语的使用上，英语世界基本实现了权法分离，而欧陆世界则因为直接继受罗马法的制度和制度名称，最终无法实现分离而以主观客观之分替代。本文认为，在非法律术语领域翻译时应把英语词 right 译成汉语词“权利”。在法律术语的范畴，当翻译单独出现的德语词 Recht 时，视语境译为“法”或“权”，而遇有疑问时均应译为“法权”；subjektives Recht 应译为“主观法权”，objektives Recht 应译为“客观法权”。古罗马文献中的 IUS 应音译为“尤斯”，或根据其语境按意义译出。

关键词　梅氏困境　尤斯　权利　主观法权　客观法权

一、引　　言

自近现代以来，英语“right(s)”一词逐渐进入了公共话语的核心区域。它不仅在日常话语(尤其法政论题)中长居要津，而且在哲学、语言学、社会学甚至经济学等人文社科领域获得长久而广泛的关注；[1]在法学领域，围绕相关论题而发表的论文专著也浩瀚如海，有的作品更是超越地域和语言，持续影响不同国家地区的几代人。[2]

从权利论题所涉及的生活事实以及从术语的变化过程看，毫无疑问可以认为，现代人文社科关于权利的讨论是罗马法若干传统论题的延伸。[3] 然而，在这个长达千年的历史发展过程中，虽然生活事实依附于文本而得以描述，但一些重要术语又在不同时期吸收新的思想而发生裂变或聚变。再者，因为文明更迭，思想经过不同语言媒介的转折(翻译)而传播，内容时有流失或添加。因此，权利论题的说理很容易失去焦点，概念问题、概念背后的价值观问题、论题的历史问题、术语使用的逻辑问题、翻译的词语选择问题等被混为一谈。于是，权利话语时而含糊其词、时而时空倒错、时而逻辑混乱，莫衷一是。

不可否认的是，这些论题进入中文世界的时间较晚，[4]但是却非常迅速地在学界形成潮流。[5]

〔1〕 例如法学史上几次著名的自然法运动中产生的大量文献，作者包括 Hobbes、Locke、Grotius、Domat、Puffendorf、Wolff、Thomasius、Finnis、Tierney 等。

〔2〕 例如德沃金的《认真对待权利》；米歇尔·维利(Michel Villey)的一系列关于自然权利的论文和著作。

〔3〕 参见唐晓晴：《罗马法为权利理论奠定的三个传统》，载《苏州大学学报(法学版)》2019 年第 3 期，第 77—88 页。

〔4〕 中国法学界对权利论题的深入研究要到 20 世纪末才出现，具体而言，是从夏勇先生的《人权概念的起源》一书开始的。

〔5〕 尤其进入 21 世纪以后，法学界关于权利理论的译著专著和论文如雨后春笋，呈现出一发不可收拾之势(方新军、李中原、杨代雄、朱晓喆、彭诚信、陈景辉、雷磊等学者发表了大量有价值的研究，让权利论题生长得根叶茂盛)。

尽管如此，中文世界在论及权利论题时的很多细节（尤其是在概念和术语使用方面）却仍有待廓清。自19世纪从西方引入权利论题以来，作为术语的权利与一些相似概念的使用便经常使从事法律翻译的人感到困惑，更进而影响法哲学或部门法教义说理的融贯性。[6] 到21世纪的今天，这一情况不仅没有得到大的改善，更因权利论题的不断发酵而有所加剧。

关键之处在于，权利话语不仅仅是日常生活中的茶余饭后之言，更是法律文本经常使用的重要术语和法学的一个核心概念；基于其技术用语的特征，法学对其意义范围与使用方式有更为严格的要求。为了讨论的方便，也为了展示与检验本文所设想的术语使用方式是否能达到减少矛盾的效果，在展开后续论证前，笔者根据自己的理解，将与权利论题相关并容易引起争议的主要术语作一对应表，以作参照：

表1　术语对应表

IUS	尤斯（善/正当/法权/法/权利/制度/关系）
right	权利
Recht/droit	法权/法/权利
subjektives Recht/droit subjectif/subjective right	主观法权
objektives Recht	客观法权

下面的论述将围绕对应表所列各术语之使用状况（尤其从汉语学界权利话语中一些容易引起误解的文本出发）展开讨论，并以解释及消除这些话语的含混为目标。

二、场景设定：从权利论题的梅氏困境开始

（一）梅氏困境

自梅仲协先生《民法要义》一书于1998年重印以来，书中关于权利概念的一段经典论述一直被有志于相关论题的学者频繁引用，[7]兹转录如下：

> 权利（拉 ius　德 subjektives Recht　法 droit subjectif　英 right）云者，法律赋予特定人，以享受其利益之权力也。……按现代法律学上所谓权利一语，系欧陆学者所创设，日本从而迻译之。清季变法，权利二字，复自东瀛，输入中土，数十年来，习为口头禅。[8]

这一段话的讯息量很大，但是引起的疑惑也不少。

首先，他是在为权利下定义。他径自把汉语“权利”一词直接对应拉丁语的IUS、德语的subjektives Recht、法语的droit subjectif和英语的right；这意味着权利、IUS、subjektives Recht、droit subjectif以及right是同一个概念在不同语言中的表达吗？若然，又是否意味着有一个超越语言、先验且普适于四海的“权利”概念？如果有，这个“东西”在语言之前是如何表达的？其二，梅氏又云现代法学上“权利”一语为欧陆学者所创，可是“权利”一语却分明是汉语词，难道欧陆学者创了个中文词语吗？其三，即使将“权利”一语按梅氏先前设定替换成西方语言，那么究竟是现代哪位欧陆学者所创？既然是现代所创，将“权利”与罗马法的IUS并列又如何可能？其四，既然为

---

〔6〕 相关问题例如：权利和人权的关系；权利、法权、主观权利、主体权利、民事权利、私权等术语的取舍和使用；权利的根据、分类标准；等等。这些问题的发生，有时被归咎于翻译，有时又被归咎于对法学理论的理解不够透彻，有时又被认为是东方文明缺乏主体意识，或与西方文明无法共融。

〔7〕 如李贵连、申卫星、朱庆育、何勤华、俞江等学者。

〔8〕 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版（1943年原版），第32页。

欧陆学者所创，梅氏所列德法两词均带定语“主观”（subjektiv；subjectif），为何英语的对应词“right”与汉语的对应词“权利”却可以不带“主观”？其五，日本究竟是将西方（据其所述应为欧陆语，又考虑到日本明治维新期间曾师法德而变法，那么应该就是指法语或德语）哪一种语言的哪一个词（组）译为“权利”？其六，清季变法，“权利”二字如何自日本输入中土，而后来又如何变成“口头禅”？

以上种种均为权利论题的探究提出了严格而复杂的要求；它牵扯出的论题千丝万缕（至少涉及法史、词源、法移植、术语翻译、语言逻辑、流行语的展现方式等各方面），研究者必须做大量查明工作方能理清一些脉络，判别其中一些论断是否属实、是否有理。梅氏所言虽短短数行，但文字表面所呈现的矛盾却不少；基于上述，本文且将这段论述所带出的各种疑惑称为“权利论题的梅仲协困境”（Mei ZX's Dilemma）或简称“梅氏困境”（Mei's Dilemma），以便于援引。

之所以称为“梅氏困境”，并非贬低梅先生或将疑惑归咎于他（相反，本文认为他短短一段文字就将权利论题在历史、语言、法理等不同维度的复杂性揭露出来，贡献巨大），而仅是因为他的以上论述涵盖的内容甚广，对相关论题在汉语学界的讨论产生的影响力极大，因此特别有代表性而已。其实，类似的很多疑惑在各种相关文献中均有所展现。例如，与梅仲协同代的民国法学家史尚宽对权利概念的以下描述同样让人费解：“有谓法律与权利同时存在，谓法律为客观的权利（objektives Recht），权利为主观的法律（subjektives Recht）。”[9]

简而言之，本文所称之“梅氏困境”其实泛指在中国语境下权利论题所遇到的困惑与矛盾。自“权利”一词传入中国起，围绕其相关术语使用以及价值前设等问题一直争议不断，以下兹举数例以示其情。

（二）梅氏困境的延伸：“权利”还是“主观权利”之争

从梅仲协先生的论述可见，“权利”一词对应欧陆法的术语是 subjektives Recht 或 droit subjectif，于是很容易让人联想到，译者是否漏译了定语？

对于这一现象，争论至今不息，总括而言，有以下两种代表性意见：

第一种意见认为：汉语“权利”一词不带“主观”是译者妄自删除了“主观”。21世纪初，我国一些史学家曾认为，中文的“权利”一词是法学界受苏联的影响，将 subjective right 这个英语词组中的 subjective 一词略去不译的结果，见原文如下：

> 是因为以往在国内学术界话语中，“主体权利”一词几乎是缺位的，极少有人使用和提及。据说，“文革”前，法学界曾对 subjective right 一词的译法有过讨论，结果是采取了苏联法学界的做法，将其简单地译为“权利”，也就是说将 subjective 略去不译。“主体”缺失，“主体权利”何以完整、准确地显现？我们的讨论以及所引证的资料证明，subjective right 一词，有着深厚的历史渊源和丰富、独特的内涵，不可随意省略和替代。[10]

依此推论，译者应补上定语，称“主体权利”（但法学界更习惯称“主观权利”）。

第二种意见认为：主观权利是一种同义叠合的表述。这一派意见的代表为法理学界的雷磊，他的原话是这样的：“主观权利”的表述“似有叠合之嫌，就如‘红色的艳阳’一般。”[11]

换言之，“权利”一词是自带“主观”之义的。倘若权利一词是汉语原生词，而且又被给定了自带主观之义，上述论断自然是正确的；又或者，汉语权利一词由始至终只对应于英语的 right(s)，则在特定情境下，上述论断也可能是正确的。问题是，权利一词并非汉语原生词，而主观权利这一表

---

〔9〕 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第18页。

〔10〕 侯建新：《主体权利与西欧中古社会演进》，载《历史教学问题》2004年第1期，第37页。

〔11〕 雷磊：《法律权利的逻辑分析：结构与类型》，载《法制与社会发展》2014年第3期，第54页。

述在一般情况下也并不是用在翻译英语，而是翻译德、法、西等欧陆术语。

（三）梅氏困境之延伸：权与法之争

梅氏认为，权利一语乃欧陆所创，对应德语的 subjektives Recht。问题是，汉语权利二字并无任何符号与德语的 subjektiv 对应。

那么是否可以反过来认为，即使德语将该定语去掉，其所表达的意义仍然是权利呢？对于这个问题，我国的一些汉译德语著作经常摇摆不定，例如：

1. 耶林为什么而斗争？

从清末至 21 世纪，耶林(Jhering)的 *Der Kampf ums Recht* 一书在中国多达八个译本，单就书名的译法便众说纷纭。该书的引进最初译自日文译本，对 Recht 的译法照搬了日文译本的“权利”。流传最广的译名除了《权利竞争论》以外，还有《为权利而斗争》(该译名得到了不少学者的赞同)。[12] 然而，Recht 在德文中包含了主观方面的意义(权利)和客观方面的意义(法)，从内容反推书名，会发现两义兼存(尽管更侧重于主观方面的含义)。但若因此采用“权利”来翻译 Recht，将会掩盖题目想要表达的另一意义(使得“法”这一意义从题目中消失)。与此同时，英文版也出现了“法律(law)的斗争”与“权利(right)的斗争”之争，[13]这说明，在其本国语言已经将“法(law)”和“权利(right)”分开的国家，对于具有双重含义的 Recht 如何翻译的问题，确实存在争议。对此，我国学者们也想出了一些解决方法，[14]但这些译法都没有得到广泛认同和传播。

2.《哥达纲领批判》中的特权是什么？

1965 年，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局(通常简称“中共中央编译局”)出版的马克思和恩格斯所著《哥达纲领批判》(*Kritik des Gothaer Programms*，也称《德国劳动党纲领栏外批判》)[15]译本，所依据的文本为德文原文和俄文译本。书中有一个非常重要的概念“Das Bürgerliche Recht”，译者将其翻译为“资产阶级法权”，即其中的 Recht 译为“法权”。[16] 该词曾经一

---

〔12〕 杜如益认为该书整体使用 Recht 的重点还是在主观权利上，即该书题目的含义偏重“为权利而斗争”的意思，故书名中的 Recht 翻译为“权利”更为恰当。但他同时也表示：“该书书名中的 Recht 同时具有这两层意思，所以译本的题目中最好也包含这两层意思。”参见杜如益：《“法律的斗争”抑或“为权利而斗争”——耶林本意的探求与百年汉译论争考辩》，载《中国政法大学学报》2018 年第 2 期，第 175、188、193 页。雷磊认为，“为权利而斗争就是为法律而斗争”，《为权利而斗争》主要指为主观意义上的权利而斗争，也没有放弃论证客观意义上的法律的本质也在于斗争。书名中的 Recht 的确具有两重含义，但是，“主观权利相对于客观法具有优先性”。并且，“从后文的论述看，他是从为权利而斗争自然推导出为法律而斗争的”。因而，“《为权利而斗争》没有错”。参见雷磊：《“为权利而斗争”：从话语到理论》，载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 2 期，第 58 页。

〔13〕 参见前注〔12〕，杜如益文，第 180 页。

〔14〕 例如，蔡震荣、郑善印 1993 年所翻译的 *Der Kampf ums Recht* 把标题译为《法(权利)的抗争》，把 Recht 译作“法(权利)”保留了德文中 Recht 的一词两义，但也存在不符合中文习惯的问题。再如，郑永流 2007 年的译本《为权利而斗争》中使用了“法权”一词(虽然题目的翻译没有使用该词)，也能突出 Recht 的两重含义。

〔15〕 该书最早由熊得山于 1922 年译出；此外，李达也有一个译本于 1923 年发表于湖南自修大学校刊《新时代》1923 年第 1 卷第 1 期。

〔16〕 在该文献中，马克思提道：“所以，在这里平等的权利按照原则仍然是资产阶级的法权，虽然原则和实践在这里已不再互相矛盾，而在商品交换中，等价物的交换只存在于平均数中，并不是存在于每个个别场合。虽然有这种进步，但这个平等的权利仍然被限制在一个资产阶级的框框里。生产者的权利是和他们提供的劳动成比例的；平等就在于以同一的尺度——劳动——来计量。但是，一个人在体力或智力上胜过另一个人，因此在同一时间内提供较多的劳动，或者能够劳动较长的时间；而劳动，为了要使它能够成为一种尺度，就必须按照它的时间或强度来确定，不然它就不成其为尺度了。这种平等的权利，对不同等的劳动来说是不平等的权利。它不承认任何阶级差别，因为每个人都像其他人一样只是劳动者；但是它默认不同等的个人天赋，因而也就默认不同等的工作能力是天然特权。所以就它的内容来讲，它像一切权利一样是一种不平等的权利。”

度流行,“资产阶级法权”成了一个固定搭配,并广泛被用于批判。但是,这个译法在 1977 年 12 月 12 日被中共中央编译局宣布废止,改译为“资产阶级权利”。[17] 也许正是出于这个原因,有学者认为“法权”一词有“资产阶级法权”这个固定搭配,具有特定含义(在马克思的原文语境中,“资产阶级法权”中的 Recht 有“特权”之意),并曾广受批判,因此使用该词可能带来政治风险,并且会引发困惑。[18]

(四) 困惑的只是我们吗? 出路何在?

我国比较法泰斗沈宗灵先生 1995 年翻译出版汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)所著《法与国家的一般理论》时以“主观意义的 Recht”“客观意义的 Recht”[19]来分别作为 subjektives Recht 与 objektives Recht 的译文。此外,不少学者使用“主观权利”和“客观法”来翻译 subjektives Recht 与 objektives Recht。[20]

由此可见,虽然权利一词传入我国已经有百余年,法学与其他学科对其语义进行专门研究也有数十年,但在这么多人的努力探究下,问题看起来还远远未能理清,其复杂程度可见一斑。

如果说这些问题仅仅是因为权利论题是舶来物而引起的,那么我们自行调节即可,可是为何日本、英美,甚至一些欧陆国家也会遇到类似的困难,并且在 20 世纪还在孜孜不倦地深挖源头?[21]

张翔敏锐地指出:“‘主观权利’和‘客观法’的区分最初只是一种语言现象。”[22]确实如此(不仅最初是,而且一直都是一种语言现象),但语言的变化所反映的是认知过程的变化,而且很多时候更是价值观念转变的结果;因此,作为一种语言现象却并不表示它不复杂或内涵不丰富。语言是思维的映现,思想世界的事物比自然界的事物更复杂。从思维到语言的转化过程中,没有单独被命名的事物就没有被标记,没有被标记的分类就会重新跌入思想的大海。

为了消解上述的语言含混状况,本文将继续将船划回源头,看能否在三江之源找到活水。

三、有凤来仪:权利论题的中国语境形成与发展进路

(一) 语义前史

自鸦片战争以来,清政府面对外侮内乱疲于奔命,连年的战争也让百姓处于水深火热,社会矛

---

[17] 1977 年 12 月 12 日,中共中央编译局在《人民日报》上发表《“资产阶级法权”应改译“资产阶级权利”》,认为“资产阶级法权”这个译法不准确。编译局认为:德文 Recht、俄文 право 是多义词,分别指“法”和“权利”,在不同场合有不同用法,而中、英、日文中没有与之对应的词语,而“法权”一词“意思含混,不能起到多义词的作用”,故应根据它在文中的具体含义翻译为“法”或者“权利”;书中如“平等的权利”一类的表达便是将 Recht 翻译成了“权利”,且 Das Bürgerliche Recht 中的 Recht 也是在“权利”的意义上使用的,因此翻译成“权利”可以避免概念的混乱;“法权”一词容易使人误解为“法定权利”“合法权利”“合制度规定的权利”;在查阅了英译本和日译本后,发现 Das Bürgerliche Recht 分别被翻译为 bourgeois right 和ブルヅヨァ的权利。综合考虑,编译局决定将《哥达纲领批判》和《国家与革命》两书中的 Das Bürgerliche Recht 改译为“资产阶级权利”。参见中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局:《“资产阶级法权”应改译“资产阶级权利”》,载《人民日报》1977 年 12 月 12 日。

[18] 参见前注[12],杜如益文,第 182 页。

[19] 参见[奥] 汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国百科全书出版社 1995 年版,第 88 页。

[20] 例如张翔:《基本权利的双重性质》,载《法学研究》2005 年第 3 期,第 21—36 页;彭诚信:《现代权利视域中利益理论的更新与发展》,载《东方法学》2018 年第 1 期,第 100—116 页;李中原:《Ius 和 right 的词义变迁——谈两大法系权利概念的历史演进》,载《中外法学》2008 年第 4 期,第 533—551 页;方新军:《权利概念的历史》,载《法学研究》2007 年第 4 期,第 69—95 页;杨代雄:《民法学体系化思维模式的谱系》,载《江海学刊》2010 年第 1 期,第 143—149 页;杨天江:《主观权利的发明》,载《中国社会科学报》2019 年 11 月 15 日,第 6 版;等等。

[21] 日文版和英文版 *Der Kampf ums Recht* 一书也对于使用“权利”还是“法”“right”还是“law”有过摇摆。参见前注[12],杜如益文,第 175—176、193 页。

[22] 见前注[20],张翔文,第 22 页。

盾到了不可调和的地步。在这样的局势下，有识之士开始反思社会，取经于西方先进国家。

权利论题正是在这一背景下于19世纪后期从西方被引入中国。它的引入固然对传统中华文化和儒家思想带来巨大冲击，但对于当时的新一代有识之士而言，却可谓芳香馥郁。

现代汉语权利一词在19世纪末才渐渐流行起来，而且是从英语法律词汇 right 翻译过来的。[23]在此之前，古汉语文献既没有与 right 对应的词语，也没有与该英语词汇之前身 IUS 对应的词语。将一系列涉及地位、关系以及制度等事物概括为 IUS 是古代罗马法特有的语言文化传统，[24]这个传统后为近现代西方文明所继承。

然而，在中国古代并没有与该传统相对应的单一概念。在中国古代文化里，当涉及地位，与之最接近的抽象概念应为“名”或“分”；当涉及人与人之间的关系，与之最接近的抽象概念可能是“礼”或“义”；当涉及制度或组织，与之较接近的抽象概念为“宗法”或“制”。

对于熟识中国古代文化和典籍的人而言，“权”和“利”两个字结合在一起使用鲜有其例，[25]因而使人感觉有点怪异。在国人的印象中，单独一个“权”字更多用于表达一种优势地位(正是在这种意义上才组成权位、权势、权臣等词语[26])，“利”字则更多用于表达利益、财利等意义。古代汉语中的“权”大致可以对应英语的 power，而“利”则大致对应英语的 interest，将这两个词组合而成的“权利”，其含义便是中国古代文化中为君子所不愿提及的“权势及货财”。[27] 正是在这种意义上，梅仲协先生才认为古籍中的“权利”一词，“其含义鄙陋，大率为士大夫所不取”，与 IUS 和 right 的含义完全不同。[28]

西方权利论题向中国迁移所产生的意义巨大：首先，在公共话语的层面，它引入的不仅仅是一个词，而是一种文化、一种不同的观念；[29]其次，社会实践层面，它逐渐唤醒了国人的自主意识，并演变成社会诉求；最后，在法律技术的层面，它伴随西方法律而来，并内藏着一整套制度的价值、结构和方法。

观乎历史，权利论题进入中国的两个重要节点又正好与该词在上述两个层面的意义遥相呼应，兹简述如下。

(二) 流行之路：权利论题首次进入中国及其在公共话语层面的泛滥

1. 美教士传经送宝

将汉语“权”和“利”二字组成“权利”一词，使之与英语 right(s)一词对应的乃是一位曾经于

---

[23] 关于这一点，李贵连做了详细的考证，基本上已经明晰。参见李贵连：《话说“权利”》，载《北大法律评论》1998年第5期，第118—119页。

[24] 参见前注[3]，唐晓晴文，第77—83页。

[25] 诚然，学者早就考证出汉语古籍中有权和利两个字连用的例子。如桓宽的《盐铁论》：“或尚仁义，或务权利”；荀悦言，“连党类，立虚鉴，以为权利者，谓之游行”。然而这里的权利只是“权”和“利”两字意义的相加，并没有因组合而添加或转换为新的概念。参见前注[8]，梅仲协书，第32页；申卫星：《溯源求本道“权利”》，载《法制与社会发展》2006年第5期，第80页。

[26] 例如唐宋八大家之一柳宗元一句“凭权位，张爪牙，残民以自肥者何也?”无人不知。更远者，如成书于战国的《晏子春秋·谏上十》：“今有车百乘之家，此一国之权臣也。”又例如唐代刘知几《史通·疑古》：“亦犹近者魏司马文王害权臣，黜少帝，坐加九锡，行驾六马。”明朝陈与郊《义犬》第一出：“我受本朝顾托，亲见权臣，将谋不轨，安能剪此仇雠。”宋周密《齐东野语·诛韩本末》：“且吾自诛权奸耳，而函首以遗之。”明朝叶子奇《草木子·杂制》：“嗟乎！世祖设是官，本以防权奸胶固、党与盘结之患，使之有所防范，击刺以正国势。”清朝王士禛《池北偶谈·谈故三·结衔》：“古来权奸，如出一辙。”

[27] 参见前注[23]，李贵连文，第116页。

[28] 参见前注[8]，梅仲协书，第32页；前注[25]，申卫星文，第80页。

[29] 梁治平认为，汉语很难翻译出 jus 的真实含义；中国人想要透彻理解西方文化中法(即 IUS 的另一层含义)的意蕴并不容易，这所表现出来的是文化上的语言不通。参见梁治平：《“法”辨》，载《中国社会科学》1986年第4期，第87页。本文认为 IUS 中“权利”的意蕴亦同理。

19 世纪来华生活的美国传教士丁韪良(William Martin)。

虽然早在 1839 年，美国传教士伯驾(Parker)和袁德辉在摘译滑达尔(Emerich de Vettal)的《国际法》时首次尝试将“right”译成中文，但当时并未将“right”译为权利，而是以“当”“应有”“应”“权”来表述。[30]第一个将“right”翻译成“权利”的人是美国传教士丁韪良；他在 1864 年翻译惠顿(Wheaton)所著之《万国公法》(译自 International Law)时，将 right(s)译为权、权利，甚至私权。[31]在论述国家主权对内行使统治权时，《万国公法》译本如此表述：“自主之国，莫不有内治之权，皆可制律，以限定人民之权利、分位等事，有权可管辖疆内之人。无论本国之民，及外国之民，并审罚其所犯之罪案，此常例也。”[32]其后，丁韪良主持的同文馆所翻译的“right”一词，皆为“权利”。

2. 洋务先贤竞论权

《万国公法》中译本诞生一段时间后，权利一词始见于华人翰墨；最先和应近代西方权利话语的当属洋务运动的早期思想家马建忠、王韬、薛福成等人。[33] 据考证，马建忠于 1881 年前后就在一些书信、文章以及其未出版的著作《法律探源》中多处使用权利一词。[34] 王韬 1882 年在香港出版的洋务政论集《弢园文录外编》收录了其《除额外权利》一文，表达了其对权利一词的理解；薛福成 1892 年在《论中国在公法外之害·庸庵海外文编》卷三中写道：“自是以后，西人辄谓中国为公法外之国，公法内应享之权利，阙然无与。”

3. 李中堂越洋讨权

李鸿章于 1896 年出访美国，并在出访过程中接受了《纽约时报》(The New York Times)的专访，当被问及对排华法案(Chinese Exclusion Act)与格利法(Geary Law)的看法，以及为何不愿经过美国西部各州时，李鸿章答道，他曾经听到很多来自加州华侨的抱怨，这些抱怨表明中国人在西部各州并没有得到应得的权利，而格利法不仅没有赋予他们作为美国移民的平等权利，反而否认了他们的正当权益。[35]

---

〔30〕 参见董长春：《近代西方“权利”概念的中国化》，载《学习与探索》2008 年第 6 期，第 123 页。

〔31〕 英语 right 一词进入中国可追溯到 1839 年，但当时对该词的译法并没有太大讲究，也未引起注意；此外，英语的 right 一词也是多义词，并不必然译为权或权利。对于 right 一词如何定译成权利的历史与翻译策略研究，可参见杨焯：《从有司到庶人：“right”在万国公法中的翻译》，载《编译论丛》2014 年第 1 期，第 213—234 页。

〔32〕 参见[美] 惠顿：《万国公法》，[美] 丁韪良译，何勤华点校，中国政法大学出版社 2003 年版，第 84—85 页。

〔33〕 国史一般称之为早期改良主义思想者。参见夏勇：《飘忽的法治——清末民初中国的变法思想与法治》，载《比较法研究》2005 年第 2 期，第 4 页。

〔34〕 参见俞江：《“法律”：语词一元化与概念无意义？——以〈法律探源〉中的“法”、“律”分立结构为立场》，载《政法论坛》2009 年第 5 期，第 4—7 页；正文所指之书信和文章均收录在《香港续上李星使书稿》《马眉升观察洋务留稿》《适可斋记言》等文集。

〔35〕 “I have two reasons for not going through your Western States. First: While I was High Commissioner of the Northern Ports of China I received complaints of the treatment of the Chinese who came into your country through California. These complaints set forth that the Chinese were not accorded their rights, and they have applied to me to aid them in securing the full recognition of their rights as immigrants to America. Now, by your Geary law, instead of granting them equal rights with other immigrants, you have denied them their just privileges. I should not like, therefore, to go through the States that have treated the Chinese in this way, nor to have to receive delegations of China-men who would present to me petitions pleading for a recognition of their rights in the Western States.” See The New York Times, September 3, 1896, p.10. 当然，李鸿章在接受采访时是用汉语作答然后经翻译转为英语的；我们已无法考证当年李鸿章在访谈中原话是否真的说了“权利”一词，但结合全文语境来看，李鸿章所表达的意思基本就是现代意义上的“权利”，而翻译人员用“right”这个词来表达应该是符合李鸿章原意的。

4. 严又陵翻天演译权利

严复(字又陵)所译的赫胥黎《天演论》(出版于 1898 年)中也使用了“权利”一词；[36]他将“权利”与“自由”联系在一起，并且指自由是“生人所不可不由之公理”。[37] 可见，西学的引入，也带来了具有自然法色彩的“权利”概念。此外，严复在 1905 年发表的《论国家于未立宪以前有可以行必宜行之要政》一文中提到治外法权时认为：“案‘治外法权’四字名词，始于日本。其云治外，犹云化外；其云法权，即权利也。”

5. 梁任公新民说权

梁启超(别号任公)1902 年在《新民说》中发表的《论权利思想》用日本作为例子来表达自己的权利观：“故权利之薰浴于血风肉雨而来者，既得之后，而永不可复失焉。谓余不信，请观日本人民拥护宪法之能力，与英、美人民之能力相比较，其强弱之率何如矣？若是乎专言仁政者，果不足以语于立国之道。而人民之望仁政以得一支半节之权利者，实含有亡国民之根性明矣。”

6. 中山秋瑾革命图权

孙中山在 1904 年为批判满清政府而发表的讲话中，就提到“他们把我们作为被征服的种族来对待，不给我们平等的权利和特权；……他们不依照适当的法律程序而剥夺我们的各种权利”。[38] 稍后，中山先生于 1905 年创立中国同盟会时所提出的十六字纲领的后两阙(创立民国、平均地权)显然也是从权利的意思理解地权的。这一纲领迅速流行全国，得到一众知识分子(例如秋瑾[39])的和应。

(三) 专业之路：权利一词再次进入及其作为法律术语的扎根

1. 万国公法渡东瀛

据论，《万国公法》译毕后不久便远渡东洋，在日本广为流传。日本在明治维新以前一直传承汉唐文化，而且知识阶层均习汉字；只是尔后受到西方文明的冲击而萌发脱亚入欧之志。但是在引进西方文化的过程中，日本的学者发现有时只有词汇更为丰富的汉字方能表达这些新学问的深厚内涵，于是翻译便采取了新造词语、“借”中国的西方学术译本已形成的译法，以及从古汉语词汇中借用已有字词，赋予新的现代内涵等手段。根据大槻文彦在《箕作麟祥君传》中所述，《万国公法》东渡日本后，日本学者从中借用了“权利”一词。[40] 其后，该词在日本得以广泛运用和发扬。

2. 章张旅日译耶林

甲午战争后，大量西方著作开始经由日本转译至中国。彼时，日本法学复又传回中国，不少中

---

〔36〕 参见[英] 赫胥黎：《天演论》，严复译，载《严复全集》卷一，福建教育出版社 2014 年版，第 102 页，导言十一(蜂群)：“其为群也，动于天机之自然，各趣其功，于以相养，各有其职分之所当为，而未尝争其权利之所应享。”第 214 页，论十七(进化)：“其道在听人人自由，而无强以损己为群之公职，立为应有权利之说，以饰其自营为己之深私。”

〔37〕 严氏所译之《天演论》对 20 世纪初的中国法律人(尤其吴经熊、居正等人)产生重大影响，有关内容参见苏基朗：《有法无天？严复译天演论对 20 世纪初中国法律的影响》，载《清华法学》2012 年第 5 期，第 1—24 页。

〔38〕 转引自前注〔33〕，夏勇文，第 13 页。

〔39〕 1905 年 8 月，留日学生在日本东京建立了中国同盟会，明确规定以“驱除鞑虏，恢复中华，创立民国，平均地权”为宗旨。留日学生中张继、刘揆一、汪精卫、邓家彦、陈天华、朱执信、吴玉章、秋瑾、胡瑛、廖仲恺等人都是同盟会本部最早的领导骨干。参见万建兰、滕明政：《清末民初留日学生群体的历史地位评析》，载《湖北省社会主义学院学报》2014 年第 4 期，第 48 页。

〔40〕 参见前注〔23〕，李贵连文，第 122 页。

国学者将日本学者取自汉语中的具有现代内涵的词语直接“拿来”，其中即包括“权利”一词。[41] 1900年，留学日本的章宗祥和张肇桐将耶林（Jhering）的《权利竞争论》（即 *Der Kampf ums Recht*，也译作《为权利而斗争》）译成中文。[42] 受其影响，清朝1903年颁布的《公司律》将“权利”写入法律文本。自此，“权利”一词在中国得以广为流传，“权利”及其价值始为国人所理解和掌握。[43]

3. 沈寄簃变法留青史

1902年，直隶总督袁世凯、两江总督刘坤一、湖广总督张之洞联名会保刑部左侍郎沈家本（别号寄簃）、出使美国大臣伍廷芳主持修订法律以回应先前慈禧的下诏变法，在短短两年内（1904年），“修订法律馆”即开馆作业。1904年至1910年，在沈家本主持下，修订法律馆开始大量地翻译西方尤其是日本的民法学著作和法典。[44] 其翻译的日本法学著作如富井政章的《民法原论》、梅谦次郎的《民法讲义》、志田钾太郎的《民法总则》等，[45]介绍了包括权利主体、权利能力、权利客体、权利与义务、权利的得丧等概念在内的私权体系。由此，日本法学思想以及其中的“权利”概念在国内得到了更大范围的传播，并深刻地影响了清末修法。由于这段时间是我国接受西方法律科学的一个关键时期，而日本法学又在这一时期发挥了重大作用，所以梅仲协说“权利二字，复自东瀛，输入中土”也不是没有理由的。

4. 律成清灭，民国延法统

1907年至1911年，随着《大清商律草案》与《大清民律草案》的起草完成，“权利”一词作为法律术语基本定格。[46] 虽然大清王朝在1911年即灭亡，但是清末变法与法律现代化的成果却被稍后成立的中华民国接收；权利一词作为重要法律术语以及对应之事物作为法学上最基础之范畴的地位更加稳固。20世纪30年代，吴经熊[47]、史尚宽[48]等法学家在使用权利这一术语时，已经毫无外来语的感觉。

（四）小结

权利论题进入中国的最重要意义是一种价值观的传入（西方自启蒙以来频繁且直白地将自由、平等、个人尊严等价值理念纳入社会话语各个领域的修辞活动也开始感染中国知识分子，渐渐

---

〔41〕 参见前注〔25〕，申卫星文，第82页。

〔42〕 该译本依据宇都宫五郎1894年的日文译本《权利竞争论》和P. A. Ashworth出版于1883年的英文译本 *The Battle for Right* 翻译而成，参见前注〔12〕，杜如益文，第175页。

〔43〕 参见前注〔25〕，申卫星文，第82页。

〔44〕 翻译完成的包括《德意志刑法》《德意志裁判法》《俄罗斯刑法》《日本现行刑法》《日本改正刑法》《日本陆军刑法》《日本海军刑法》《日本刑事诉讼法》《日本监狱法》《日本裁判所构成法》《日本刑法义解》《法兰西刑法》《荷兰刑法》《意大利刑法》《法兰西印刷律》（一名《法兰西印件律》）《德国民事诉讼法》《日本刑法论》《普鲁士司法制度》《日本监狱访问录》《日本新刑法草案》。此外，还有尚未译完的十数种，包括《德意志民法》《德意志旧民事诉讼法》《比利时刑法》《比利时监狱则》《比利时刑事诉讼法》《美国刑法》《美国刑事诉讼法》《瑞士刑法》《芬兰刑法》以及《刑法之私法观》《法典论》《监狱学》《狱事谭》《日本裁判所编制立法记》等。参见田涛：《清末翻译外国法学书籍评述》，载《中外法学》2000年第3期，第355—371页。

〔45〕 参见何勤华：《中国近代民商法学的诞生与成长》，载《法商研究》2004年第1期，第119页。

〔46〕 参见前注〔30〕，董长春文，第127页。

〔47〕 吴氏曾于1934年发表《宪法中人民之权利及义务》一文。关于该文以及吴经熊对权利一词的使用以及其隐含的思想脉络，参见苏基朗、苏寿富美：《吴经熊的宪法自然主义——兼论其与加藤夕之的异同》，载许章润等主编：《国家建构与法律文明》，法律出版社2016年版，第268—276页。

〔48〕 例如史尚宽于1934年出版《劳动法原论》、1936年出版《民法总则释义》。

渗入老百姓的茶余饭后)；这种价值观的进入直接或间接地改变了中国人的生活方式。[49] 可是必须注意到，价值观的传播是以语言为媒介的，而语言并不是一种绝对稳定的媒介。众所周知，词的意义会因使用而变化，而外来语的翻译词的变化则更为复杂。权利一词作为外语 right(s)的中译词，其意义既受来源词的意义影响，也受该词形成后的使用环境影响。在使用过程中，权利一词由于作用领域的不同而形成了语义发展的两条进路(即流行进路与专业进路)；这两条进路并非互不相干，也不是按时间先后此生彼灭，而是在大致重叠的时间段内互相交织，但纹理分明。

在引入之初，其来源词的出处(无论是瓦特尔的《国际法》还是惠顿的《万国公法》)均为法律著作。由此可见，“权利”一词之进入中文世界，其源头在法律范畴，但其影响面远超法律。随着洋务运动的开展，这两本译著被越来越多的文人士大夫读到，权利一词很快就进入了公共话语领域，成为清末知识分子中一个“新潮”的流行用语。在政治、经济和社会等各个公共话语领域，权利话语更是随着中国知识界与西方舆论的接触增多而流行得更快。不仅传教士和翻译家说权利，维新派(梁启超)说权利、保皇派(李鸿章)说权利，而且革命党(孙中山、秋瑾)的纲领也谈权利，所以这就解释了为什么梅仲协在 20 世纪 40 年代说权利一词已变成“口头禅”。

在分析汉语“权利”一词的语义时，有以下几点值得我们注意：首先，最初引进西方学术著作时，不论是伯驾、丁韪良还是严复，其翻译之著作的原著均为英文，其中“权利”一词基本上都是从英语的 right 一词翻译而来；其次，在这个阶段中，“权利”一词虽然通过翻译法律著作引入，但是在这个阶段，西方法律尚未大举流入中国，法律的专业领地尚未形成；再次，使这个词逐渐流行起来而进入公众视野并引发观念改变的，是公共话语领域对它的使用。正是由于在公共话语领域，词的使用并不像法律术语那样有严格的要求，所以权和利这一组合词有时旧义新义容易混杂在一起。[50] 即使是这样，这一汉语新词已经从英语 right(s)那里获得其“初始意义设定”。

随着清末变法的展开，作为法律用语的“权利”一词随着大量西方立法和法学著作的汉译而泛滥，而且表面上与该词的初始意义设定无缝契合。然而必须注意的是，权利一词这一次主要是经日本传入的。清末被引进翻译的法典和法学著作底稿或所依据的译本首先是日文文本，然后才是德法等大陆法系国家的法律文本。正是由于日文书面语中使用了很多汉字(包括“权利”在内的很多技术概念和词语可以直接拿来)，所以清末变法之外国法汉译工作才能在如此短期内实现。然而，由于此时翻译的外来法规与著作绝大部分属大陆法系国家(德、法、意、荷、瑞士等国)之文献，因而在这些技术文本中，初始意义设定源于英语词“right(s)”的“权利”一词现在被使用来翻译大陆法系文献中看来相同或相似术语(简言之，“权利”一词被直接用来翻译德语的 recht 和法语的 droit 等)。

在这一个领域的使用中[即以权利一词分别翻译的英语的 right(s)与欧陆语的 Recht 与 droit]，权利一词的初始意义设定因使用者对其来源流变考究未详且不察其节者有间，欲解之如技经肯綮(也就是在无意中陷入梅氏困境)。假如西方法律科学四海一家，或如我国各地虽方言各异而所书同文，则这样的概念转译自然不会产生大的矛盾；又假设西方法律科学各不相干，那么其各

---

[49] 参见陈宏霞：《传统中国文化视域中当代权利观念的反思与重构》，载《人权研究》2018 年第 2 期，第 120—122 页。

[50] 例如郑观应曾说：“重税以遏来源。收我权利，富我商民，酌盈剂虚，莫要于此。”在这段话中，权利一词的用法既可按汉语原义理解，也可按西方新义理解。又如《西游记》：“争名夺利几时休，早起迟眠不自由。”而到了郭沫若则在《蔡文姬》中将争名夺利化为：争权夺利，草菅人命。在这个表达中，权与利虽然聚在一起，但是其意义仍然是汉语原义。

自术语体系甚至不会交集，继受者择优而从，则不会有同一术语对应不同概念的问题。问题是，所谓的西方法律科学整体上虽属希腊罗马文明之传承，但经千年发展，与其各国不同文化和哲学思想竞合而在不同关隘分流，以至于在法文化以及法的表达方式上既有相似又各有侧重；西方不同法文化在很多概念与术语的使用上形似而神异。汉语上的同一个字符（权利）却分别用来指代英语的 right(s)、德语的 Recht/subjektives Recht 和拉丁语的 IUS，这样的处理怎能不上下矛盾、时空倒错？

综上所述，欲真正解决中国语境下权利论题之语义矛盾，则必须再捅一个更大的马蜂窝，也就是理顺作为法律术语的汉语“权利”一词所指代的各个西方术语的关系。

四、万法一宗：尤斯传统的主观化道路与术语的变异轨迹

（一）概述（尤斯传统及其主观化）

中国的权利论题源于西方（英、美、近现代欧陆、古罗马），而西方的权利论题一概溯源到罗马法的尤斯（IUS）传统，故云万法一宗。然而，即使单就西方而论，从尤斯传统发展成现代权利论题不仅过程曲折，中间更可能隐含解开现代权利话语混沌的钥匙，故必须细究。

尤斯传统的主观化（Sviluppi della soggetivazione）[51]是指罗马法核心概念尤斯（作为一个覆盖面极广的概念）如何从内部发展出以实现个人意志自由为重心的现代权利概念的整个过程。尤斯传统主观化的价值基础可追溯到古希腊哲学传统中的自由意志理论；但只有在中世纪后期的文艺复兴与宗教改革大背景下，才使该古典思想发展壮大为席卷整个欧洲文明的社会思潮。[52] 所以说，尤斯传统的主观化是欧洲中世纪后期[53]的个人主义、人文主义、意志主义和理性主义思想在法学领域具体化的部分内容。[54]

尤斯传统主观化是一场有意识的修辞运动。尽管自帝国后期以来，在罗马法原始文献中尤斯以善[55]和正义[56]作为价值前设已经深入法学家的骨髓，但如何系统地将正义和善与自由、意志、个人的尊严、财产的保护等概念联结起来却是在主观化的过程中实现的。从语言变化（因为可将尤斯的主观化视作一种语言现象[57]）的角度来看，这场修辞运动的主要表现形式为：将承载罗马法核心概念的术语尤斯一词的意义范围按特定价值目标限缩，或将之与其他罗马法术语以及新的

---

〔51〕 此处标示意大利语对应词是因为主观化这个术语是笔者从意大利学者斯福尔扎（Sforza）的著作中获得启发而来，但本文对主观化的意义与范围设定与该意大利学者不尽相同。See Widar Cesarini Sforza, Diritto Soggettivo, in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, 1964, p.668 - 669.

〔52〕 关于自由意志传统（法学上更多表达为意志论）在法学领域的发展，参见唐晓晴：《从合意契约到私法自治——意志论征服民法理论的道路》，载陈小君主编：《私法研究》（第 20 卷），法律出版社 2016 年版，第 13—43 页。

〔53〕 这一过程涵盖了历史上著名的文艺复兴时期、宗教改革时期与启蒙时期。

〔54〕 梁治平指出，IUS 中的抽象含义（权利、正义）与具体含义（法）的分化是社会发展的必然趋势。参见前注〔29〕，梁治平文，第 77 页。

〔55〕 《学说汇编》开篇第一卷第一题可谓开宗明义；D. 1. 1. 1pr. ULPIANUS libro primo institutionum: Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.（“致力于尤斯的研究的人首先应该知道尤斯这个称呼从何而来。尤斯其实来自正义：实际上，就像塞尔苏斯非常优雅地定义的那样，尤斯是善良与公正的技艺。”）

〔56〕 《优士丁尼法学阶梯》开篇第一题也有相关表述：I. 1. 1pr.: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.（“正义是分给每个人以其尤斯的稳定的、普遍的态度。”）

〔57〕 参见前注〔20〕，张翔文，第 21—36 页。

生活情境融合(主要是以尤斯为中心吸收其他符合主观化价值的术语)。[58]

尤斯传统主观化的前提是尤斯一词在罗马法中的核心性、多义性以及其在发展过程中与其他概念形成的巨大网络。[59] 罗马帝国后期法学家保罗(Julius Paulus)对尤斯一词的界定最有代表性,将该片段转录更有助于接下来的分析与论述:

> 人们在多个意义上使用尤斯一词:其一,用尤斯表示永恒善良与公正的事物,例如自然法(ius naturale);其二,用尤斯表示对某个城邦中的所有人或多数人有益的事物,例如市民法(ius civile);荣誉法(ius honoranum)在我们的城邦中被称为尤斯也不无道理。即使裁判官做出不公正的决定,人们也说他们在执掌尤斯。当然,这里的意思不是指裁判官已经如何裁决,而是指他们应该如何裁决。此外,尤斯还可以指裁决的地方,这样命名缘于在裁决之地所进行的活动。我们可以这样定义这个地方:只要裁判官维护自身治权的尊严和尊重我们祖先的习惯,他在哪里裁决,哪里就可以被恰当地称为尤斯。[60]

(二) 尤斯传统主观化之伦理(价值)基础的奠定与发展

1. 基督教正义观作为尤斯传统主观化伦理基础的起点

从罗马时代开始一直到近现代(即罗马法仍然作为欧洲的共同法,立法权尚未完全集中到主权国家手中之前),法学家都倾向于认为,尤斯因为正当的事物或公正获得其特性,所以也表示正当的事物本身。[61] 尤斯概念的这一种在价值上的初始设定究竟是如何发生的?本文认为这一问题的解答依然可以(而且也应该)从文本开始。

早在罗马帝国早期,法学家就已经将尤斯一词与善良与公正联结在一起(D. 1. 1. 1pr);[62]帝国后期的保罗、[63]乌尔比安、[64]弗罗伦丁[65]等大批法学家也留下了很多关于尤斯与正义之关系的论述。这些论述很多被认为与古希腊哲学(尤其是亚里士多德的正义观)有关。[66]

到优士丁尼时期,情况发生重大变化。正义与尤斯的关系被提升到法学论题的首要位置,其

---

〔58〕 其中最重要的一步是 actio 与 ius 的融合,对于其融合前的状况,笔者称之为"权诉合一传统"。参见前注〔3〕,唐晓晴文,第 80—81 页。对于其具体融合过程和结果,则因为篇幅问题无法在此详述。

〔59〕 尤斯一词在罗马法原始文献中出现的次数超过五千次。对于罗马法传统的尤斯传统对现代权利论题产生何种影响,笔者已有专文论述。参见前注〔3〕,唐晓晴文,第 77—83 页。

〔60〕 D.1.1.11:"Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur."

〔61〕 参见黎晓平:《司法活动和法制发展》,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》(第二辑),清华大学出版社 2001 年版,第 47 页。

〔62〕 在这个片段中,乌尔比安引述了帝国初期法学家塞尔苏斯(Celsus)对尤斯一词的以下定义:"尤斯是善良与公正的技艺(ius est ars boni et aequi)。"

〔63〕 D.1.1.10.1.

〔64〕 D.1.1.11.

〔65〕 D.1.1.3.

〔66〕 参见徐国栋:《优士丁尼法学阶梯评注》,北京大学出版社 2011 年版,第 30 页。虽然该书评的是优士丁尼的《法学阶梯》,但由于《法学阶梯》的内容很多都是直引古典罗马法学家的言论,所以评此即评彼。

《法学阶梯》开卷第一题即宣告："正义是分给每个人以其尤斯的不懈的、永恒的意志。"[67]接着又解释了法学的定义："法学是对神和人的事务的认识、关于正义和不正义的科学。"[68]随后阐述了法律应该如何进行分配的三戒条(此三大戒条被认为是集合了古希腊哲学与斯多亚哲学中关于善和公正理念)[69]："法律的戒条是这些：诚实生活，毋害他人，分给各人属于他的。"[70]

优帝主导的《学说汇编》与《法学阶梯》均将正义与法作为其开卷第一章(题)；在这个标题之下，集中地展示了大量关于尤斯与正义之关系的片段。与更早出现的盖尤斯《法学阶梯》对比一下即可发现，优帝予以极大重视的"正义与尤斯"并没有以独立标题的方式出现在盖尤斯的同名著作中。将一系列片段聚集起来放入一个特定标题内，可见编排者找到了这些片段的"共相"。这一处理方式的价值效应与体系效应可谓极之巨大；在这些片段中，尤斯(IUS)一词频密地与善(boni)、公正(aequi)、正义(Iusti)、意志(voluntas)、分配(tribuens)、诚实(honeste)等带有正向伦理价值的词一起出现，汇编者实际是以直观的体系安排向读者暗示(甚至可以说明示)了尤斯与上述符号所代表之价值有密切关系。

罗马帝国后期与优士丁尼时期的法学家频繁而且有系统地讨论尤斯与正义的关系不是无缘无故的；这是罗马帝国后期基督教成为国教、教父哲学(尤其是奥古斯丁)的神圣意志伦理观与罗马法结合的结果。在神圣意志论的框架下，正义的主观化基础在于，符合神圣意志的行动就是正确的或正义的，而且是当然地或直接地就是正义的；[71]中世纪后期日耳曼世俗法的一些场合以及17世纪法律国家化以后各国以directum一词及其变体作为尤斯的替代，就是以上述伦理基础为根据的。

优士丁尼汇编奠定的这一传统为尤斯的正当论题建立了深厚的根基，但在这一基础上对尤斯进行解读并将之引向自然法与自然权利论题的重要里程碑是托玛斯·阿奎那(Thomas Aqainas)。阿奎那首先回顾了古典时期的罗马法学家及奥古斯丁等早期教父眼中的尤斯与理性善关系；尤其奥古斯丁在《论自由意志》中强调的恶法非法理念。他又援引依西多罗(Isodorus de Seville)的言论指出：尤斯之所以被称为尤斯，是因为它本身是正当的(iustum)，而公正这一概念正是自然法的题中之义。结合亚里士多德伦理学，他充分展示了正义、理性与正当的关系："……所谓合于正义或正义的(iustum)，是因为它合于理性之规则而为正当的。"[72]

正义又表示平等，而平等是人们彼此间行为的参照。[73] 同时，当一个人所做的事被称为正当的，也意味着它与平等有关。不仅如此，阿奎那在《神学大全》第五十八题当中讨论作为美德的正义时，还指出所谓美德是由理性的良好行为来定义的，而理性正是规范人类行为的方式。因此，由于正义能够引向善的行为，因此正义也是一种美德。[74] 理性(包含自愿行为)指向正义，而正义指向美德；既然尤斯必然合于正义，则尤斯与个人意志的联系其实在阿奎那这里已经萌芽。

---

〔67〕 I.1,1pr.

〔68〕 I.1,1,1.

〔69〕 参见徐国栋：《优士丁尼〈法学阶梯〉中的希腊哲学》，载《财经法学》2019年第3期，第18—20页。

〔70〕 I.1,1,3.

〔71〕 相关论述可见于 Widar Cesarini Sforza, *Ius e Directum — Note sull' Origine Storica dell' Idea di Diritto*, Bologna, 1930, p.59-61；关于奥古斯丁部分，可参见柯岚：《托玛斯·阿奎那与古典自然法的巅峰》，载《苏州大学学报(法学版)》2015年第2期，第47—48页。

〔72〕 译文引自[意]圣多玛斯·阿奎那：《神学大全》(第六册)，周克勤等译，中华明道会/碧岳学社2008年版，第53页。

〔73〕 Summa Theologiae, II^{a}-IIae q. 57.a. 1 s. c.

〔74〕 Summa Theologiae, II^{a}-IIae q. 58 a.1 co.

另一方面，阿奎那的美德观与奥古斯汀所理解的略有不同。阿奎那认为对神之爱也包含了对邻人之爱，神之给予也包括向每个人赐予他所应得的。[75] 这一理解与现代人权理论所提倡的推己及人思想暗合。[76]

除此之外，阿奎那在《神学大全》中对法的分类使用的术语也具有重大意义；他将法分为四类：lex aeterna(永恒法)，lex naturalis(自然法)，lex humana(人法)，lex divina(神法)。[77] 表面上，这一分类并无明显的特别之处；但是将这一分类与罗马法的分类[78]进行比较即可发现，在同一意义上，罗马法用 IUS 来表示"法"的地方阿奎那用了 Lex。

2. 个人主义的理论范式与尤斯传统主观化的突进

意志自由的论题从古希腊一直延续到近现代，而且逐渐确立其作为法的最终根据的地位。[79] 在这个漫长的发展过程中，个人主义思想的渗入是一个重要节点，而这一节点同时也是尤斯传统主观化的转折点。普遍认为，个人主义理论范式虽然与意志自由的论题骨肉相连，但其最直接的谱系源头应为经院哲学家司各脱(Duns Scottus)和奥卡姆(William of Ockham)。[80]

早期意志论强调的是神圣意志，但奥卡姆将意志的做出者从神替换为人。于是，个人主义就与传统的自由意志论题合流，尤斯与个人意志自由的关系也得以确定。因此，18 世纪到 19 世纪盛行的权利意志论确实应该追溯到奥卡姆。例如，教会的传统观点认为，由于私人财产已然存在于伊甸园中，故而人类拥有对财产的自然权利。奥卡姆据此认为，神将物赐予人类共同使用，伊甸园中的支配(dominium)便是理性地支配一切物(包括动物)的权力。既然神的给予包括向每一个人赐予他所应得的，那么根据《创世记》，神赋予了先祖对动物的支配(dominium)，如果说这就意味着"所有权"(ownership)，那么便是神自己为人类创设了所有权。[81] 奥卡姆与其后的唯名论者让·格尔森(Jean Gerson)因此而主张所有权(dominium)是一种以自然法下的共同使用为先导，建立在天赋权力之上的制度。这种思想被他们的后继者[如康拉德·苏门哈特(Conrad Summenhart)、加布里埃尔·比尔(Gabriel Biel)]进行了系统化整理和发展。

也许还可以从一种类似天启的视角且带有特定的修辞目的去看奥卡姆关于尤斯的论述，从而认为他是所谓"主观权利"思想意识或理论的创造者。[82]

奥卡姆的确是个人主义和个人意志自由思想的承前启后式人物，但是他所关注的焦点不是所谓的"主观权利"(即本文所称的尤斯传统主观化)，甚至与尤斯传统主观化道路有关的很多节点也

---

〔75〕 Summa Theologiae, II^{a}-IIae q. 58 a.1 ad. 6.

〔76〕 在 20 世纪，一些新托玛斯主义者[指马里旦(Maritain)与菲尼斯]认为现代意义上的自然权利雏形要么隐含在阿奎那的自然法教义中，要么实际上可以被认为就建立在他的自然法教义之上。而菲尼斯甚至进一步推论，阿奎那在 13 世纪时所理解的权利就已经是义务的基础，而且由他的权利概念甚至可以推出"放之四海而皆准"的人权(human rights)。See Jacques Maritain, *On Knowledge of Connaturality*, 4 The Review of Metaphysics 473 - 481 (1951); John Finnis, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, p.170 - 176.

〔77〕 参见前注〔72〕，阿奎那书，第 8 页。

〔78〕 I.1,1,4. 即 ius civile(市民法)，ius gentium(万民法)，ius naturale(自然法)。

〔79〕 参见前注〔52〕，唐晓晴文，第 13—43 页。

〔80〕 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 1988 年版，第 52—53 页。

〔81〕 Renton B. D., *William of Ockham and the Origin of Natural Rights*, 14 Kingston Law Review 129 (1984).

〔82〕 持这种观点的人不少，最著名的是维利(M. Villey)，而我国最近发表的文章也有这一论调的支持者。参见李璐：《论奥卡姆的唯名论作为权利观念的起源》，载《世界哲学》2019 年第 2 期，第 91—103 页。

不是他提出的。且看以下事实：第一，个人意志自由其实是古老的自由意志论题的延续；第二，尤斯的主客观之分不是由他提出的；第三，把支配（dominium）理解为尤斯也是注释者的成果；第四，从尤斯中读出 potesta、facultas 等意义也并非奥卡姆首创；[83]最后也最重要的是，他既未为这个概念重新命名，也未系统整理其类型，更未建立起一套关于权利的理论。

3. 权利的启蒙（尤斯传统主观化价值基础的建成）

尤斯传统主观化的价值基础以及主要概念的界定其实是由启蒙诸贤（霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭）建立完成的；[84]现代立法奉为原则的权利与生俱来、人有生来平等的权利、自由与财产作为自然权利、政府以保护权利为己任等，均来自启蒙思想家的贡献。实际上，只有在这个时期，权利话语才真正成为潮流。

在这个重要的历史转折期（17世纪上半叶），霍布斯（Hobbes）（1588—1679）对权利论题的发展绝对是一个举足轻重的人物，无论在精神价值方面还是在术语使用方面，他均有开创性的贡献，而且对同代人与后来者影响深远。霍布斯率先以不同的词表达权与法，并在这个基础上确立了个人的自然权利（即主观 IUS）优位原则。[85] 霍布斯以契约作为整个实证法秩序的渊源，无论是家庭、继承、侵权以至最抽象的正义均可溯源于契约。据此，法律秩序的唯一法则是不违反契约，而这一法则又进一步脱胎自个人自然权利的优位。[86] 按其自然法观念，权利始于人的动机和与生俱来的需求。[87] 个人主义思潮从这时起通过自然法而与实证法无缝对接。由此可见，哈贝马斯（Habermas）将现代权利论题的源头指向霍布斯并不是没有理由的。[88]

洛克（Locke）（1632—1704）的自然权利思想显然受到霍布斯以及其他更早期的思想家的影响，但是他依据个人主义而构建的政治理论（political individualism）以及他对于自然权利和财产权的阐释有重大价值，而且对于权利的法制建制有非常重大的影响。[89] 洛克及其继承者明确地指

---

〔83〕 12世纪，注释学派将 ius 与 dominium 联结起来，随后，一些教会法著作（例如 Enrique Gante、Johannes Monachus）将 potesta 和 facultas 等一大串概念也顺理成章地勾连进来。1324年，帕多瓦的马西利乌斯（Marsilius）在《和平保卫者》（*Defensor Pacis*）一书中清晰地阐述了 ius、dominium 和 potesta 三者的关系。有学者（如 Brian Tierny）在论述自然法与主观权利概念的渊源时对马西利乌斯给予极高的评价，方新军教授在《权利概念的历史》一文中直接称他为“主观权利之父”。但本文认为，按上述标准，奥卡姆和马西利乌斯都不能称为“主观权利之父”；如果他们两者共同或其中之一作为“主观权利之父”，则这两个父亲肯定是连为儿子改名字都忘了。实际上，不一定要为所谓的“主观权利”找父亲或发明人，因为从尤斯到现代权利其实是一个渐变的过程。

〔84〕 启蒙运动前夕，格老秀斯（Grotius）（1583—1645）与其同时代的约翰·塞尔登（John Selden）（1584—1654）关于所有权的理论在英国学术圈的巨大影响为启蒙运动的政治/法律理论创造了土壤。参见唐晓晴：《所有权的起源及其制度存续的正当性——一个民法人对〈澳门基本法〉保护私有财产制度的诠释》，载《“一国两制”研究》2010年总第4期，第60页。

〔85〕 Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno*, tradução Claudia Berliner, Martins Fontes, 2005, p.704.

〔86〕 Ibid., p.705.

〔87〕 Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law, 1150 - 1625*, Wm. B. Eerdmans Publishing, 2001, p.52.

〔88〕 Ibid., p.44.

〔89〕 布赖恩·蒂尔尼（Brian Tierney）认为，在洛克之前与洛克之后，权利论题的面貌大有不同，而美、法两部重要的人权法案均受洛克思想的影响。Brian Tierney, *Historical Roots of Modern Rights — Before Locke and after*, in Bruce P. Frohnen & Kenneth L. Grasso eds., Rethinking Rights-Historical, Political, and Philosophical Perspectives, University of Missouri Press, 2009, p.34 - 57.

出，自然权利是人与生俱来的权利，而财产权也是一种自然权利。[90] 他更广为人知的是其关于财产权或所有权正当性的论述(即著名的劳动产生所有权理论)。他将劳动设为取得所有权的基础：经过人对物的劳动改造以后，物发生了质变；经劳动改造以后的“物”被某种东西“附着”，正是这一“东西”(实际上是劳动本身)的混入而排斥他人对物进行共享的权利。这一理论几乎颠覆了自罗马法以来的单纯先占或先占加上同意取得所有权理论。劳动不是单纯的意思或意思的表示，劳动也不是对物的偶然改善；[91]劳动是有意图的。另外，一个人为确立所有权而进行劳动，总是比“仅仅获得某物或贴上‘这是我的’的标签，有更大的道德影响”。[92]

卢梭(Rousseau)(1712—1778)的《社会契约论》当然也受到了霍布斯契约论的影响，但他的作品极具感染力；他提出的一系列宣言(在法律面前人人平等、君主不高于法律、私有财产不可侵犯、保护自然权利是政府合法性的来源)更是成了近现代权利理论与一些立法(尤其《法国民法典》)的价值前设。

正是在这些启蒙先哲的影响下，权利论题才越发流行，而其形成的话语体系也因为有这些思想家的背书而充满说服力。

(三) 尤斯传统主观化的教义应用与制度建立

1. 教义应用与制度建立的视角

尤斯传统主观化的前提是这一传统在罗马法中以制度的形态的存在。在这个前提下，覆盖面极广的罗马法尤斯传统必须有主观化的苗头(也就是部分挂靠在尤斯名下的制度呈现出后来之主观化思想所需的特征，本文称之为“尤斯传统主观化的制度基础”)。这些苗头(例如用益权制度、使用权制度、地役权制度、权诉合一传统等[93])已经在前文或笔者所发表的其他文章中有较详细的介绍。如果没有上述制度基础，现代权利论题根本不可能产生。[94] 尤斯传统主观化进程开始后，其成果也会反映在法律制度的变化上，所以本论题必须紧盯制度以及术语的变化。

伦理价值观的改变确实是制度改变的催化剂，但只有当这些价值观被转化成法学教义，进而影响制度(制度的建立与解释)，才能印证本文所设的命题(尤斯传统主观化)。在欧洲法律文明的历史上，一直到立法权集中到主权者手中之前，法学教义(尤其是被赐予解释权的罗马法学家以及中世纪注释学派与评注学派学者的法律诠释作品)甚至被视为法律，所以这些文献的意义重大。

这一观察角度的目的在于，将从宏观角度思考社会的思想家与法律制度的建构者或解释者(也就是以法理、法学为终生志业之人)粗略区分，突显法学的本体(尽管在很多情况下，思想家与法学家的界限其实并不十分明确)。

2. 从注释与评注者到格老秀斯

制度必然以人的思想为核心，而制度与思想又总是互动的；中世纪注释学派学者工匠一般的工作方式也很好地体现了制度与思想的这种紧密关系。

尤斯一词在罗马法的传统语境中意义广泛，可以有弹性地概括其他在经验上有直接对应或意

---

[90] J. Donnelly, *Human Rights as Natural Rights*, 4 Human Rights Quarterly 391 (1982).

[91] Lawrence Becker, *The Labor Theory of Property Acquisition*, 73 The Journal of Philosophy (Seventy-Third Annual Meeting American Philosophical Association, Eastern Division) 654 (1976).

[92] [美] 克里斯特曼：《财产的神话：走向平等主义的所有权理论》，张绍宗译，广西师范大学出版社2004年版，第84页。

[93] 参见前注[3]，唐晓晴文，第77—83页。

[94] 历史上不继受罗马法传统的文明确实没有产生所谓的权利论题。

义稍稍更为狭窄的范畴,非常适合作为抽象概念使用。所以到了中世纪注释学派兴起之时,尤斯这个概念就伴随注释者的阅读与联想(隐喻的发现)而发生了概念吸收、融合或分离。正是这种思考模式让注释学派开创者伊内留斯(Irnerius)在11到12世纪初就提出,同样有深厚罗马法传统的术语支配(dominium)[95]是尤斯(IUS)的一种。[96]

究竟是哲人的思想引领社会向前还是社会变革的环境造就了思想家,其实不容易判别;以奥卡姆作为权利之主观理论之父的论者应注意以下事实:当注释学派学者正在埋头训诂之际,与他们若即若离的英伦岛国却发生了一起大事:在13世纪的第二个十年,英国王室、贵族与教会发生了权力斗争,而斗争的结果就是1215年《大宪章》(Magna Carta)的制定。这份由贵族群体起草后由朗顿(Stephen Langton)主教修订的法案很可能间接或直接地影响了罗马法尤斯传统主观化的轨迹。首先,必须注意的是被誉为对权利理论有重大贡献的唯名论者奥卡姆其实是英国人,大约出生于1284年,即《大宪章》制定后的数十年,而到了1297年(即奥卡姆约十三四岁的时候),英王爱德华一世又将《大宪章》用英文重新颁布一次。从此观之,奥卡姆的权利思想很有可能受到当时英国的社会氛围或直接受到《大宪章》的影响。其次(霍布斯对权利一词的用法与之相近),《大宪章》的用语堪称近代权利话语的范例:当中除了直接使用权利(rights)一词外,洛克所使用的"与生俱来"、卢梭所强调的"不受侵犯"等都可在大宪章中找到对应。假设我们将《大宪章》中的贵族和教会替换成平民,那么《大宪章》就已经是一部很超前甚至穿越的权利法案了。因此,与其说某某是权利之父,还不如说《大宪章》才是权利的祖宗。

将镜头拉回中世纪的欧洲大陆,注释学派从尤斯中读出支配或者将支配读入尤斯的想法可谓影响深远;自此以后,尤斯(IUS)与支配(dominium)的联系就再没有被割断过。无论是在作为其延续的后注释学派学者巴托鲁斯(Bartolus),巴尔都斯(Baldus)、教会法学者那塔利斯(Natalis),还是在更宏观层面观察法律的哲学家与思想家们,如马西利乌斯(Marsilius)、奥卡姆(Ockham)、司各脱(Scotus)、苏尔雷兹(Suarez)的著作中,两者的关系都已经被永久地确立。[97]

更为重要的是,由于尤斯(IUS)与支配(dominium)各自在罗马法传统语境中都有庞大的概念勾连,两者一旦建立联结,整个网络增长通过隐喻思维方式发展的空间顿时按级数增长。例如在罗马法原始文献中,支配(dominus)与力量(potesta)是一对紧密关联的术语,《民法大全》内的很多片段[98]都提到这两个概念的关系。研究罗马法经典的注释学者与研究教会法的学者本来就同气连枝,所以这些成果很快就波及教会法;当注释者将尤斯(IUS)与支配(dominium)联结起来后,一些教会法著作,例如恩里克·甘特(Enrique Gante)、约翰内·莫纳(Johannes Monachus),也就顺藤摸瓜地将力量(potesta)和权能(facultas)等概念也勾连进来。在这个过程中,马西利乌斯与奥卡姆的名字引起教会法史家(指维利和蒂尔尼)的特别注意。前者在《和平保卫者》(*Defensor Pacis*)一书中

---

[95] 汉语文献一般将其译为所有权。

[96] 参见前注[20],方新军文,第81页,脚注66。对注释者而言,这种联想不可能破空而出。在罗马法原始文献中,盖尤斯早已将使用、收益、地役等称为尤斯(IUS),而后古典时期以来,对人之诉产生于债(obligatio),对物之诉产生于支配(dominium)的思想已颇为清晰。伊内留斯的范式转换自然也顺理成章。

[97] 当然,中世纪也有一部分论著将IUS与dominium视为同义词,或将之并列使用。本文认为,IUS与dominium的种关系究竟是等同还是包含,在本文的语境中差别不大,因为这都是IUS从传统意义中分裂变化的不同尝试。

[98] 参见Gai. 2. 62:"Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit."这一片段很清晰地表达了转移dominus需要有potestas alienandi;另参见Ulpianus 8 de off. Procons:"Si dominus in servos saevierit vel ad impudicitiam turpemque violationem (转下页)

分解了尤斯的意义，从中读出了“强制”“意志”“利益”和“对物的使用”；最重要的是，他较同代人更清晰地阐述了尤斯、支配与力量三者之间的关系。[99]后者将使用法权(ius utendi)与力量(potesta)联结。[100] 据信，这一用法“使尤斯的客观意义失去了任何存在的空间”。[101]

对 potesta 的讨论又引出 facultas，因为后者在罗马法文献中曾被视为前者的同义词(尽管罗马法学界的主流意见曾认为 facultas 一般并非作为一个技术用语使用，并且认为它的含义比较散乱)；[102]而 facultas 又引出 libertas，因为在罗马法古典文献中发现，自由(libertas)与权能(facultas)也曾被放在一起讨论。[103] 将尤斯理解为 facultas 的最重要传播者是西班牙自然法学派的弗朗西斯科·苏尔雷兹(Francisco Suarez)以及路易斯·莫利纳(Luis Molina)，他们认为尤斯就是每个人对自己财产和应有事物的一种道德权力。[104] 这些中世纪法学家把尤斯理解为正义或道德权力的观点无疑源自阿奎那，而后者只是继承和发展了亚里士多德的自由与正义观。[105]

进入 16 世纪，在评注者巴托鲁斯的作品中，尤斯与其他罗马法固有制度串联的情况更为普

(接上页) compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi pii ad aelium marcianum proconsulem baeticae manifestabitur. cuius rescripti verba haec sunt: ‘dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi; sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegetur his qui iuste deprecantur. ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia iulii sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infami iniuria affectos cognoveris, veniri iube ita, ut in potestate domini non revertantur. qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius exsecuturum.’ divus etiam hadrianus umbriciam quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset.” 乌尔比安论支配时也提到其与力量的关系(D.1.6.2)；另参见《学说汇编》: Dig.41.4.7.6 Iulianus 44 dig. “Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut te damno adficeret, ignorante emptore, dubitari non oportet, quin emptor longo tempore capiat; nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio. quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit, quo vilius mercaretur, non intellegetur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet; et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram esse.”

[99] Brian Tierney, *Marsilius on Rights*, 52 Journal of the History of Ideas 3, 14 (1991): “... non omnis rei temporalis aut eius usus potestas licita, seu de iure primo aut secondo modo dicto vel utroque, sit dominium, quamuis econverso dominium omne licitum secundum iam dictos tres modos legales ... sit potestas licita seu de iure iam dicto.”

[100] Michel Villey, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d' Occam*, in Archives de Philosophie de Droit, Vol. IX, 1964, p.97. 受到维利的影响，20 世纪不少学者认同主观权利概念形成的起点是奥卡姆在 Opus Nonaginta Dierum 内关于 ius 的论述，具体而言他将 ius 解释为 potesta。E.g., Jocobo B. Mateo Sanz: *El Retracto Convencional: Relación Jurídica y Derecho Subjetivo*, Dykinson, 2000, p.116. 但是剑桥学者理查德·塔克(Richard Tuck)指出，奥卡姆对权利概念发展的影响可能并没有想象中那么大，因为早在注释学派时期，ius 一般是与 dominium 相通的，而将 dominium 与 potesta 联系起来，也早就在注释学派的作品中看到。See Richard Tuck, *Natural Rights Theories — Their Origin and Development*, Cambridge University Press, 1979, p.23.

[101] 见前注[20]，方新军文，第 83 页。

[102] Alessandro Anastasi, *Facoltà e Diritti Facoltativi*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Giuffrè, 1967, p.208.

[103] D.1,5,4,1. “Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere liber, nisi si quid vi aut iure prohibetur.”

[104] Helmut Coing, *Derecho privado europeo: Derecho común más antiguo : (1500 - 1800)*, Tomo I, Traducción por Antonio Pérez Martin, Fundacion Cultural del Notariado, 1996, p. 226. Molina: “Facultas aliquid faciendi, sive abtinendi aut in eo insistendi vel aliquo modo habendi, cui ei sine legitima causa contraveniatur, iniuria fi team habenti.”

[105] 参见前注[71]，柯岚文，第 47 页。

遍,而且连接得更自然;例如他曾说 usufructus 会让一方当事人享有 ius ususfructus,[106]而 habitatio 产生 ius habitaionis。[107] 另外,人文主义法学代表性人物多诺(Hugues Doneau)在解读法律分配的三戒条(即 I,1,1,3)时,已然将 IUS 往主观方向理解,认为这三个命题包含了权利的概念,可概括为"正当地生活"的命题,而正当地生活就是给予每个人其权利。[108] 此外,他还为物权的体系化迈出了重要一步(列了一个清单)。

现代之际,格老秀斯在 *De Jure Belli ac Pacis*(1625)中把 facultas、potestas、dominium 和 debitum 这些概念进行了统合解释。他指出"facultas"主要包含三层含义:一是权力(potestas),即对自己的权力(也即自由:libertas),或是对他人的权力(如父权:patria potestas);二是所有权(dominium);三是债权,与之相应的就是债(debitum)。[109] 这样,IUS 便通过 facultas 和 potesta、dominium、libertas 建立了联结,从而实现了完美的整合。

在奥卡姆、苏尔雷兹、格老秀斯看来,IUS 在本质上是某人享有的某种东西,而这种东西首先是自由或权力,[110]进一步来说,这种对自己的道德权力[111]就是自由。这样,IUS 便有了很深的主观化和人文主义色彩。[112]

3. 从《权利法案》到《德国民法典》

启蒙思想家对个人、社会与国家的思考不久就反映在制度的建设上。在"光荣革命"后,作为权利立法史上里程碑的英国 1689 年《权利法案》(Bill of Rights)便深受这种自然权利与人权思想的影响,并成为 1776 年美国《独立宣言》(The unanimous Declaration of the thirteen united States of America)和 1789 年法国《人权与公民权利宣言》(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)的模板。至此,罗马法上涵盖极广的尤斯传统不仅在理论上、教义上完成主观化,而且还在立法层面得到贯彻。

欧美的这几部人权法案主要是在宪制层面确立公民的政治权利,但在启蒙思想家以及法律的注释评注者眼中,则无论是主观化前的尤斯还是主观化后的尤斯,其所涉及的范围都不仅仅是政治权利。实际上,罗马法尤斯传统更多涉及的是市民社会人与人之间的关系。在尤斯主观化过程中,这一大堆处理个人生活关系的概念和制度依然随着罗马法延续下来;而在欧洲大陆,承载这些制度的载体主要是民法典。只不过,在尤斯传统实现主观化后,法律工作者迎来一次工程浩大的观念转变与范式转换。

法典化运动仍然与启蒙思想家关系密切,只不过,对法典化运动而言,贡献更大的应是德意志思想家莱布尼兹(Leibniz)、托马修斯(Thomasius)、沃尔夫(Wolff),甚至康德(例如 1756 年《巴伐

---

[106] Ad D. 33.2.38 num. 2: "Iuxta praedicta quaero: quid si testator diceret sic, relinquo Titio fructus qui percipientur, e percipi poterunt ex tali fundo: an videtur relinquere ius ususfructus."

[107] Ad C. 3.33.13 num. 1: "Habitatio est ius per se, et qui eam habet potest locare"; ad D. 13.6.1.1 num. 1: "Habitatio dicitur commodari ab eo, qui habet solum ius habitationis."

[108] 参见前注[66],徐国栋文,第 34 页。

[109] 格老秀斯认为 facultas 具有三个基本含义:potestas、dominium 和 debitum,而 potestas 包含对自己的 potestas 和对他人的 potestas,其中对自己的 potestas 便是自由(libertas)。See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, p.207.

[110] 参见夏勇:《人权概念起源——权利的历史哲学》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 147 页。

[111] 17 世纪早期,出现了将 jus 解释为个人在财产及相关方面的 moral power(道德上的权力)的说法。大约 1625 年,格老秀斯在《战争与和平法》中完善了这种观念,认为 jus 是作为理性动物的人所固有的"道德资格(moral quality)",个人正是基于这种"资格"可以正当地占有某种东西或做出某种事情,这一解释使原先只具有"法"和"正当"两层意义的 jus 一词获得再分解。俞江据此认为,这是近代法学中"权利"概念之先声。参见俞江:《近代中国民法学的私权理论》,北京大学出版社 2003 年版。

[112] 必须指出的是,一直到近现代 17 世纪,罗马法的 IUS 权法合一传统依然没有断裂。

利亚民法典》、1801 年《法国民法典》、1811 年《奥地利民法典》和 1900 年《德国民法典》，等等）。然而，法学史在研究与回顾私法上的权利论题时，很少将焦点再集中于这些思想家身上，因为当更早期的注释者与启蒙思想家完成了尤斯主观化进程后，推进法典化的法学家在适当的概念框架下进行范式转换，就在延续罗马法尤斯传统的同时又将其引导向主观意义的方向。

（四）尤斯主观化进程中引致术语分裂的两个重要时刻

13 至 18 世纪，尤斯(IUS)的概念发生了重大转变，成为权利概念发展史上非常重要的一个节点：罗马法尤斯传统中的“权”和“法”的分道扬镳。这一分离既发生在英美法系，也发生在大陆法系，且有着相似的背景和相似的目的。尽管如此，两个法系的权法分离所使用的概念工具却是不一样的。只有弄清楚这一点，才有可能消除相关概念使用的矛盾。

从罗马人征服地中海开始，拉丁语逐渐取代古希腊语，成为西方知识传播的共同语，并一直持续到 17 世纪末。直至自然法运动发生前，法律人对“权利”“法律”等概念的讨论，都是在罗马法的语境下围绕着拉丁文的尤斯(IUS)一词展开。尽管不少学者认为权利概念起源于中世纪或者现代法；[113]然而，在法典化的语境下，他们将无法避免这样一个难题：倘若现代的权利(right)概念与罗马法的尤斯无关，何以在现代被视为民事权利的用益权、[114]使用权和居住权、[115]债权、[116]继承权[117]等概念都可以在罗马法中找到对应词以及对应制度？以上问题涉及尤斯传统主观化的一个重要细节：术语的分裂时间与分裂方式。正是因为这个细节的不同，才有了我国晚清时期继受西方权利概念时引起的一堆困难。

1. 英语世界：霍布斯的一刀两断

法为永恒之善的古典意义一直为法学家所传承，包括教会哲学家阿奎那。[118] 可是在 13 世纪，阿奎那对于 IUS 与 Lex 两个词的用法成为罗马法法权合一传统转向分裂的一个转折点。如前所述，在《神学大全》中，他将法分为四类：lex aeterna(永恒法)，lex naturalis(自然法)，lex humana(人法)，lex divina(神法)。[119] 将这一分类与罗马法的 ius civile(市民法)，ius gentium(万民法)，ius naturale(自然法)[120]进行比较，可发现在同一意义上，罗马法用 IUS 来表示“法”的地方，阿奎那用了 Lex。霍布斯发展了阿奎那对 Lex 的这种用法。在区分被混用的 IUS 和 Lex 时，霍布斯把“法”的含义从 IUS 中分离出来，并形成了英语中的 right 和 law。霍布斯在 1651 年出版的《利维坦》(Leviathan)中有以下一段关于自然法与自然权利的经典论述：

> For, though they that speak of this subject, use to confound Jus and Lex, Right and Law; yet they ought to be distinguished, because RIGHT, consisteth in liberty to do, or to forbeare; Whereas LAW, determineth, and bindeth to one of them: so that

---

[113] Michel Villey, *supra* note [100], at 97；见前注[20]，方新军文，第 79—82 页；Helmut Coing, *Derecho Privado Europeu — Derecho Comúm más Antiguo (1500 -1800)*, Tomo I, Traducción por Antonio Pérez Martin, Fundacion Cultural del Notariado, 1996, p.225.

[114] I.2.4pr. — I.2.4.4.

[115] I.2.5pr. — I.2.5.6.

[116] I.3.13pr. — I.3.29.4.

[117] I.3.1pr. — I.3.12.1.

[118] “阿奎那秉承了希腊哲学的这一传统，认为人的思辨理性和实践理性都是指向善生活的目的。……自然法的最高和基本规范是一个简单自明的箴规：善即当行，恶即不当为……法律的第一戒条就是，当实践和推进善，当避免恶。”参见前注[71]，柯岚文，第 47—48 页。

[119] 见前注[72]，阿奎那书，第 8 页。

[120] I.1，1，4.

Law, and Right, differ as much, as Obligation, and Liberty; which in one and the same matter are inconsistent.[121]

在这里,作为一个英国人的霍布斯对英语 right 一词的用法很容易让人联想到爱德华一世在1297年重新颁布的英文版《大宪章》中 right 的用法:用 rights 来翻译拉丁文 iura(ius 的复数形式)。由此,法学家与哲学家对罗马法中尤斯这个概念的处理出现了重大转折:从此以后,在英语世界中,尤斯被一分为二——权利(right)与法(law),ius(naturale)对应(natural)right(自然权利),lex(naturale)对应(natural)law(自然法)。在霍布斯这里拉丁语 IUS 仅仅表示权利,lex 用来表示法(律),至此,权利和法在英文中不再因为使用同一个术语而产生混淆了。[122]

霍布斯的影响力之大,使得"自然权利"成为政治哲学的基础,而近代政治哲学将"权利"视为出发点,因此霍布斯被认为是近代政治哲学之父。[123] 在 right 和 law(Lex)发生区分之后,很多同时代的思想家和立法者都受到了影响。霍布斯的区分不仅仅在英语世界得到认同,也影响了一众大陆法系的自然法学者。[124]

2. 欧陆世界:尤斯剪不断,理之方寸乱

欧陆法系的法学家在意识到尤斯传统主观化的趋势并且直接接触到启蒙思想家的概念转变后,却没有采取霍布斯的方案而与罗马法的尤斯传统一刀两断。这是因为,欧陆国家在很长一段时间内都以罗马法及其注释作品作为其共同法,一旦将尤斯传统割断,法律工作者将面对非常多的概念矛盾。于是,德国法学家与思想家(依然是启蒙思想家或其学生)发展出一个不同的方案:将罗马法的尤斯区分为主观与客观。其过程大致如下:

德语 subjektives Recht 中的定语 subjektiv 有深厚的经院哲学传统,而且其意义变化极大。[125] 该词的拉丁语词源 subiectum 在16世纪很多学术著作中出现,在康拉德·苏门哈特、路易斯·莫利纳[126]等人的著述中,subiectum 的含义大致等于"要素"。将 subiectum 等同于 persona(于是逐渐演化成为现代法所说的主体)的思想始于莱布尼兹(Gottfried W. Leibniz)。[127] 这种思想被沃尔

---

[121] "谈论这一问题的人虽然往往把权与律混为一谈,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之一。所以律与权的区别就像义务与自由的区别一样,两者在同一事物中是不相一致的。"译文参见[英] 霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1996年版,第97页。

[122] 当然,对于 law 一词的意义范围,还是未能完全与罗马法传统中 IUS 的客观意义("法")相等同。

[123] 参见前注[20],方新军文,第90页。

[124] 例如,德国自然法学家普芬道夫(Pufendorf)及其弟子沃尔夫(Wolff)与霍布斯一样,严格区分 ius 和 lex 的用途。参见前注[20],李中原文,第543—544页。

[125] 例如以笔者熟识的葡萄牙法为例,现代法学中的主体(对应葡语 sujeito)、主观法权(对应葡语 direito subjectivo)、屈从(sujeição)均为源自同一哲学传统而发展出来的不同脉络。

[126] Luis de Molina, *Relectio de dominio* (Domingo de Soto & Jaime Brufau Prats eds., Granada, 1964), proemium, lín. 51 - 59 (p.72): "(...) quattuor intendimus isputare quibus totum negotium de rerum doninio opinamur comprehendi. Primum est circa quidditatem dominii: quid sit dominium et quot genera dominiorum. Secundum circa eius obiectum, nempe quibus conveniat habere dominium. Tertium circa eius obiectum, videlicet quarum rerum possit quis habere dominium. Quartum denique circa eius traslationem, quomodo slicet transferantur rerum dominia ...."

[127] G. W. Leibniz, *Elementa juris civilis*, in El mismo ed., Sämtliche Schriften und Briefe, Deutschen Akademie der Wissenschaften, 1971, p.36 - 39: "Qualitas moralis/... est potestas vel impotentia moralis. Potestas moralis faciendi vel non faciendi patiendive dicitur ius, impotentia moralis dicitur obligatio./Subjectum/Subjectum qualitatis moralis est persona, seu substantia rationalis. Persona est Deus, Angelus, Mortuus, Homo, Universitas./... Subjectum juris non est haereticus, apostata, etc., reus laesae majestatis./Subjectum obigationis non est pupillus. sine tutoris aucoritate./... Ojiectum ... Causa ..."

夫(Christian Wolff)继承，并且将主体的范围限定为人。[128]

沃尔夫的学生鲍姆嘉通(Baumgarten)在其著作 *Metaphysica*(1739)一书中，首先构建了主客对立的构式，将 fides sacra subiective sumta 与 obietive sumta 对立起来。在这个基础上，翌年(1740)，同样作为沃尔夫的学生，J·乔治·达耶斯(J. Georg Darjes)做了一个漂亮的范式转换，将主客对立的概念移植到对 ius 的论述，实现了 ius subiective sumtum 与 ius obiective sumtum 这一区分。[129]

这个两分法后来不仅被内特尔布拉特和 Gottfried Achenwall 等法学家采纳，更被一代哲学巨人康德(Immanuel Kant)认可。康德在《道德形而上学》(*Metaphysik der Sitten*)一书中构建起一套主客对立体系，在整个哲学史上影响深远。[130] 康德的加持自然让这个区分方法更具热度，进入19世纪，这一区分在德国法学家的著作中流行起来，包括穆伦布鲁赫(Mülenbruch)、萨维尼(Savigny)以及后来的《学说汇编》学派(Windscheid、Dernburg、Bekker 等人)都采纳了这一区分，[131]主观的尤斯与自由意志的关系在萨维尼、温德沙伊德(Windscheid)的著作内得到充分的表达，[132]萨维尼和温德沙伊德的请求权(Rechtsanspruch)作为主观法权(subjektives Recht)的一种，成为尤斯主观化的终极表现。

然而，法学家在使用主观与客观对尤斯进行限定时，其意义与哲学家(尤其是康德哲学)的用法不是完全相同的：法学界定主观的尤斯时，其实保留了更多中世纪人文主义的传统，即把主观与主体挂勾，而后来则部分吸收了康德哲学，将主观与个人的意志自由挂钩。

虽然自然法运动横跨欧陆与英语世界，而霍布斯、洛克等人的著作也为欧陆国家所熟知，但是稍后的法典化使得罗马法的制度束缚对两大法系有了不同程度的影响力。17 世纪以后，欧洲大陆各国都实现了本土化，产生了自己的语言，转而放弃了拉丁语。与英语世界不同的是，大陆法系语境下并没有(或者说是无法)像英美法系那样将 IUS 一刀两断，分裂出两个词语分别代表“权利”与“法”。其主要原因在于，大陆法系无论是在共同法时代还是在法典化时代都是直接继受罗马法的制度和规则，这样一种继受模式决定了它不能放弃被罗马法定格的术语。[133] 于是，拉丁词语 IUS

---

[128] Christian Wolff, *Jus naturae método scientifica pertractatum* (Halae, 1740 - 1748, reimp. Aalen, Scientia, 1968), párr. 70: “Homo moralis est subjectum obligationum atque jurium. Lo cual est sustancialmente repetido en sus Institutiones: ‘Homo persona moralis est, quatenus spectatur tanquam subjectum certarum obligationum atque jurium certorum..’”.

[129] Georg Darjes, Institutiones jurisprudentiae universalis, in quibus omnia juris naturae socialis et gentium capita in usum auditorii sui methodo scientifica explanantur. Jena 1740. Cfr. Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la Denominación del Derecho-Facultad como Subjectivo*, in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXV, Valparaíso, 2003, p.434.

[130] 在哲学史上，主观客观对立的理论可以上溯到与古典希腊哲学的感性认知和理性认知分裂。在理性主义思潮的影响下，“主观”一词被赋予感性、特殊、偶然、偏倚、谬误等意义，而客观则被视为理性、普遍、必然、中立、真理等意义。哲学上的这一理论建构在康德与西季威克(H. Sedgewick)那里得到淋漓尽致的发展，并且一直延续到 21 世纪的今天。关于这一论题，参见刘清平：《“主观”何以变成了“客观”？——矫正被西方主流哲学扭曲的概念》，载《南国学术》2017 年总第 7 期，第 15—18 页。

[131] Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la Denominación del Derecho-Facultad como Subjectivo*, in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXV, Valparaíso, 2003, p.422 - 426.

[132] 参见赵宏：《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》，载《法学家》2019 年第 2 期，注释 7。

[133] 例如 ius utendi(用益权)、ius sucessionis(继承权)、ius obligationis(债权)等在大陆法系国家的民法典中都有体现：如德国民法典中有债权(Recht der Schuldverhältnisse, BGB §241 - §853)、役权(Dienstbarkeiten, BGB § 1018 - § 1093)、用益权(Nießbrauch, BGB § 1030 - § 1089)、继承权(Erbrecht, BGB §1922 - §2385)等制度。

就被直接翻译成Recht、droit、diritto、derecho、direito等，其中的含义基本不变。但是主客对立体系、主观化和人文主义的影响使得人们必须对IUS的含义进行区分，所以IUS（Recht、droit、diritto、derecho、direito等）依然被作为根概念，加上定语，成为“主观的IUS”和“客观的IUS”。[134]

（五）尤斯（IUS）如何转化为狄莱克图姆（directum）

有人会感到奇怪：拉丁语IUS一词为何会转变成以directum为词源的欧洲本国语呢？[135]这一转变在尤斯传统裂聚变的过程中有什么特殊的含义吗？

答案是没有特殊含义。确实，与IUS相比，directum与现代欧洲语droit、derecho、diritto甚至Recht和right都更接近，而且这些词都带有“正、直、对”等正面价值意义，似乎能够更好地展示权利论题的内含价值。但在中世纪后期（大约在公元8世纪以后）的一些日耳曼国家的法律汇编中所显示的情况是，Iustitia与directum基本是混着使用的，后者不过是前者的世俗版。[136] 然而，从论题的延续性可知，狄莱克图姆（directum）一词其实并没有发挥这样的作用。真实的情况是，在欧陆各国形成主权观念并以本国语取代拉丁语之前，尤斯的裂聚变基本还是以拉丁语完成的。除此之外，还要注意的是，不仅directum的语义包含正当，自后古典时期以来尤斯本身的意义集也包含善和公正之义，而且这一层意义更是其最原始意义。

德国法学一直到18世纪才实现了尤斯传统的主观和客观区分，然而有关区分并非在德语作品中完成的，而是在德国人写的拉丁语著作中完成的；到19世纪的第一个十年，才开始有德语法学著作以objektives Recht与subjektives Recht[137]或Recht in objektives bedeutung和Recht in subjektives bedeutung[138]对应（实际是翻译）达耶斯的拉丁语表述。

在意大利，主观法权（diritto soggettivo）作为术语出现是18世纪以后的事，尤其是德国法学在《学说汇编现代应用》向意大利扩散以后。但是在吸收了德国法学的思想后，一些意大利法学家却

---

[134] Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil Vol.1* Tomo 1, Max Limonad, 1955, p.52 - 53. “7. Direito Objectivo e Suas Relacoes Com o Direito Subjectivo. -Já vimos atrás que a norma jurídica é essencialmente bilateral, isto é, que, ao mesmo tempo, impõe a uma pessoa uma certa obrigação e a outra confere a correla-tiva faculdade ou pretensão. Por exemplo, a norma que atribui a alguém o direito de propriedade sujeita tôdas as outras pessoas a respeitar ou a não violar êsse direito. Re-sulta daíque o direito pode ser considerado sob dois aspectos ou em dois momentos. Enquanto impõe deveres e atribui faculdades é o direito no sentido objectivo, -norma agendi. O exercício dessas faculdades ou o poder garantido pelo direito objectivo ou pela lei é o direito no sentido subjectivo,- facultas agendi. Poderá contestar-se o rigor terminológico destas palavras: objectivo e subjectivo, -adjectivos necessários nos paí-ses cuja linguagem jurídica não contém têrmos distintos para cada espécie de direito, como a língua inglesa, que designa o primeiro por law e chama right ao segundo; mas é inegável que esta distinção é fundamental. -O direito subjectivo pressupõe necessàriamente o direito objectivo ou a lei; pois, sem esta, aquêle nada valeria. Não se pode conceber um direito subjectivo ao qual não corresponda uma norma do direito objectivo; assim como não é fácil existir uma norma de direito objectivo a que não correstpondam um ou mais direitos subjectivos.”

[135] 这一疑问是张长绵博士在2019年11月15日华东政法大学的讲座中向第一作者提出的，正是基于他提出的问题才补充了本节的论述。长绵博士一个月后向我提供了以下重要文献：Widar Cesarini Sforza, *Ius e Directum: Note sull' Origine Storica dell' Idea di Diritto*, Bologna, 1930.

[136] Widar Cesarini Sforza, *Diritto (principio e concetto)*, in Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, 1964, p.644.

[137] 据考证，最早在法律著作使用这对德语词的人是《奥地利民法典》之父Franz von Zeiller，在其1808年出版的*Das Natüliche Privatrecht*一书中。Cfr. Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la Denominación del Derecho-Facultad como Subjectivo*, in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXV, Valparaíso, 2003, p.423.

[138] 这一用法最早出现于Carl Friedrich Wenk于1810年出版的著作*Lehbuch der Encyclöpadie und Methodologie de Rechtswissenschaft*一书中；Cfr. Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la Denominación del Derecho- Facultad como Subjectivo*, in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXV, Valparaíso, 2003, p.424.

很快就将其转化为本国语言，尽管拉丁语在意大利法学与法律实践中的应用更要到19世纪中期才逐渐被意大利语取代。[139]

（六）小结

综上可见，尽管欧陆法学和英美法学均同样继受了罗马法的尤斯传统，而且也在不同的历史时期因为文艺复兴和启蒙而导致尤斯主观化道路；但是在术语的使用上，英语世界基本实现了权法分离，而欧陆世界则因为直接继受罗马法的制度和制度名称，最终无法实现分离而以主观客观之分替代。

结　　论

本文以展示汉语文献对权利以及相关术语使用的混乱状况为起点；在该起点上，以探求造成困境的原因以及解决困境的方案作为研究目标。经长时间的思考、考证与研究后，本文做出了以下贡献：

首先，从方法上，为了更形象化地展示权利论题在中国语境下的困难，本文定义了“梅氏困境”并将其作为理论切入点。其次，本文发现，权利论题的困境并不是汉语使用者才会遇到的特殊现象，而是继受尤斯传统的法律文明均会遇到的普遍现象（区别仅在于，不同继受路径让术语使用面对不同程度的困难）。这一结论与过去很多汉语文献所认为的汉语权利论题之困难主要是中西方文化差异的论调略有不同。本文认为，中西方文化差异是造成困难的其中一个原因，但即使在没有这种差异的西方国家，处理相关论题时同样有困难。要彻底解开疑问，绝不能将追问止于汉语继受权利论题这一特定时刻以及其后续变化上，而是要更深入追问到西方权利论题的起点：罗马法的尤斯传统及其后来的分裂聚合。其三，在深入探究西方尤斯传统的过程中，本文清晰地区分了该传统在英美法系与大陆法系的不同变异路线；过程中，本文反驳了大量在我国流行的观点。其四，在源流考证上，本文首次（在汉语学界）明确地指出主观法权这一表达方式的出处与流行路径。

在这些研究成果的基础上，本文为权利论题的困境提出以下解释及优化方案：

现代汉语权利一词的初始意义设定取决于 right 一词在19世纪英语世界的流行用法。彼时，英语世界的权（right）与法（law）两分传统已经形成超过两百年，英语文化人基本不会将两个概念混为一谈。基于这一传统继承，自19世纪起，汉语权利一词在日常用语、公共话语以及非法律术语的各领域基本都不会引起混淆或误解。因此，在翻译时把英语词 right 翻成汉语词“权利”早就是约定俗成，不作他选。[140] 推而论之，将英语词 right 译成“主观权利”或“主体权利”，无异画蛇添足。

然而，在法律术语的范畴，中国在19世纪继受外国法律文化却以大陆法系国家为重。原来译自英语词 right 的权利又转而被用来贴在其他欧洲语的类似概念（尤其德语的 Recht 与法语的 droit，以及后来意大利语的 diritto）之上。对于这些欧陆术语（暂以德法语为例，但其他欧陆语言的

---

[139] 据现代学者的考证，意大利人 Muratori 早在1742年就在其著作中使用了 diritto soggettivo 这个术语。See Widar Cesarini Sforza, *supra* note [51], at 671.

[140] 对于权利是否一个适当的词语，最初的译者丁韪良以及稍后的严复都曾反复斟酌；在概念引入之初，这样的斟酌甚有意义，但随着词的使用而形成路径，替换的成本将比效益高得多。一些建议即使纯粹从语义看也不过顾此失彼。

情况类同)而言,由于未能撇清罗马法的尤斯传统,其表面上与英语词 right 对应的 Recht 本身至少兼具法(制度)与权(利)两种意思,所以不添加定语以资区别便会造成混淆。当欧陆法律术语要表达如英语词 right 一样的意义时,则必须加上一个定语(例如德词的 subjektives Recht/法语的 droit subjectif)才算清晰。由此可见,在法律术语层面,德语的 Recht 和法语的 droit 并不等同于英语的 right;否则,德国人讲 subjektives Recht 或法国人讲 droit subjectif 便属同义叠加、自寻烦恼。显然,欧陆语言本身并没有同义叠加。

虽然英语词 right 因霍布斯而与罗马法尤斯传统断裂,不需要添加定语就可表达出权利的意思,但是不妨碍英语著作在介绍或描述欧陆法律概念时,以 subjective right 对应德语的 subjektives Recht 或法语的 droit subjectif;[141]此时,right 这个符号犹如重新回到霍布斯以前的混沌世界。当汉译者遇到这种情况,则应将之作为欧陆法律术语看待。

基于汉语权利一词的初始意义设定与英语 right 相同,把作为法律术语的德语词 Recht 翻译为权利,自然也不妥当,因为这样会人为地限缩了该德语词的意义范围。更麻烦的是,当遇到德语在 Recht 后面添加定语以区分其两种意义时,翻译者就会左右为难。汉语"权利"本来就自带主观属性,所以将 subjektives Recht 译成主观权利显然也是部分地同义重叠,而与之对应的另一术语 objektives Recht 将更难处理,因为这里的 Recht 并没有权利的意思,硬译为客观权利则一方面扭曲了汉语权利(因为权利已经有了预设意义)一词,也无故砍断原词的原义(法)与其背后的文化。反过来,如果一概将 Recht 译为法,则有关术语(subjektives Recht)与权利之关系无从彰显,而且为法添加定语主观或客观均显莫名其妙。

显然,德语(其他欧陆语类同)将 Recht 分为主观客观是一种两分法,其背后的意思是:Recht 一词有两种意义;带主观者对应现代英语的 right,带客观者对应现代英语的 law。化而论之,则 Recht 既有 right 的意义,也有 law 的意义。可是,如果立刻将 Recht 理解为 right 加 law,也是有问题的。因为在大多数情况下,Recht 要么是 right,要么是 law(如果德语使用者偷懒不添加定语主观或客观,也可以按语境区分其为权或法);在其他情况下,Recht 也可以是 right 加 law。所以这里的 Recht 更像一只薛定谔的猫,要加上定语或置入语境后才知道究竟是权、法还是法权的意思。德语(其他欧陆语类同)在有关术语上的构词方式(以及其背后的文化内涵)在译成汉语时显然是无法找到完美对应的,所以对有关术语的处理一直是法学家和翻译家的墓碑,铭记着被葬送了的几许青春才智。

在没有完美对应的前提下,最符合语言逻辑的做法应该是这样的:

第一,汉语作品在不牵扯过去而独立讨论权利论题时,无论是在公共话语领域还是在法律技术领域,都应该直接使用权利一词而不加定语;

第二,当汉语作品是在翻译英语作品而遇到 right(s)一词时,仍然应以权利一词作直接对应;

第三,当汉语作品翻译的是德语 Recht,而后者又单独出现时,视乎语境翻为法或权,而遇有疑问时均应翻为法权;

第四,翻译德语作品遇到 subjektives Recht 应翻为主观法权,而 objektives Recht 应翻为"客观法权"。[142] 这样,既能分清其意义之所指,又能与词背后的文化连接;

---

[141] 英语世界面对这种情况时的更清晰表达方式是:权利的主观理论(the subjective theory of rights);See Knud Haakonssen, *Natural Law and Moral Philosophy: From Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge University Press, 1995, p.311 - 314.

[142] 对于将 Recht 甚至 IUS 译为法权而可能遇到的困难,本文碍于篇幅未能展开论述;但是在带定语的情况下,由于定语是两分的,而其两分所对应的义项就是"法"和"权",因此只有译为法权才不会有逻辑矛盾。

最后，还要指出的是，虽然罗马法 IUS 是权利论题的前身，与 right、law、Recht、droit、diritto、derecho、direito 等术语有直接的亲缘关系，但由于该词的含义更多，而汉语一般由两个单字组成，所以 IUS 无法(或不适宜)与任何单一的汉语词对应。因此，在古罗马文献中遇到 IUS 时，只能音译为尤斯；又或者，如果从语境能明确推断其意义，则直接按该意义译出。[143]

Abstract　We collectively refer to the confusions and contradictions encountered in the topics of right(s) in the Chinese context as "Mei's Dilemma". The cultural differences between China and the West are parts of the reasons for the "Mei's Dilemma" and its extension problems, however, similar difficulties can also be found in the UK, the United States and even some continental European countries that do not have such cultural differences. The Chinese word "权利" (quan li) and its modern concept cannot be found in ancient China. This word was translated from the English word "right(s)" by American missionaries in the 19th century, and gradually got popularized in the field of public discourse. Soon after that, such a translation method became popular in the field of jurisprudence in Japan, and then it was transmitted back to China again. Both European jurisprudence and English jurisprudence have inherited the IUS traditions of Roman Law, and have experienced the subjectification path of IUS in different historical periods. However, the terminological use in the English world has basically separated the concepts of "right" and "law", while the continental European world has directly inherited the institutions and the institution names of Roman Law that such terminological separation could not be achieved. As an alternative, the words "subjective" and "objective" were used to refer to such separation. We insist that when translating in the field of non-legal terms, the English word "right(s)" should be translated into the Chinese word "权利". In terms of legal terminology, the German word "Recht" which appears separately should be translated as "法" (fa) or "权" (quan) according to its context, while in cases of doubt, it should be translated as "法权" (fa quan); the word "subjektives Recht" should be translated as "主观法权"(zhu guan fa quan), and the word "objektives Recht" should be translated as "客观法权" (ke guan fa quan). The word "IUS" in Ancient Roman documents should be transliterated as "尤斯" (you si), or translated according to its context and its meaning.

Keywords　Mei's Dilemma, IUS, right(s), subjektives Recht, objektives Recht

(责任编辑：肖俊)

[143] 新近有意见认为 IUS 更应译为"应得"，本文认为依然属顾此失彼。参见宋旭明：《罗马法中的权利抑或应得：拉丁语词 IUS 之含义与汉译问题的文本、逻辑及语言学分析》，载《苏州大学学报(法学版)》2015 年第 2 期，第 65—84 页。