

权利、义务、权力

沈宗灵*

本文论述法律的三个重要术语,即法律意义上的权利、义务和权力。首先解释这三个概念,继而阐述权利与义务的分类和关系,然后分析中国历史上和西方法律和法学中关于权利与义务关系的理解。

一、权利的概念

在我国目前使用的绝大多数法理学教材(包括本书作者以往主编的教材)中,对权利与义务概念的解释,除了在论述法律的形式特征,即法律规定人们的权利和义务外,一般集中在法律关系这一章,即将权利和义务作为法律关系的内容来论述。这种编写方式是沿用 50 年代法理学(即旧称“国家和法的理论”)的模式。

但自 70 年代末以来,我国社会主义法制和法学的迅速发展,加上市场经济和人权观念的广泛影响,权利和义务概念已越来越显示其重要性。

现代汉语中权利一词最初是从西方法律或法学中引进的。但这个词在中外文中都有较多且较不规则的释义。

从西方语言来看,首先,英语中的法律(law)一词,可作法律的广义解也可作狭义解。权利有一个专用词 right。欧洲大陆各国民族语言中,广义的法律与狭义的法律分别用两个不同的词来表达,但这两个词本身又都是一个多义词,作为广义解的词也指权利。其次,英语中的 right(权利)与 power(权力)一般也是分开的。例如,美国 1776 年的《独立宣言》全文和 1787 年宪法及其修正案中广泛地使用了“权利”(right)与“权力”(power)两个词,且含义都很明确:人民享有权利,政府行使权力。然而在一些英美法学家著作中,这两个词却往往是通用的,例如二战后英国法学家哈特(Hart)在《法律的概念》中就认为,“法即第一性规则和第二性规则的结合”;“第一类规则设定义务,第二类规则授予权力,公权力或私权力。”^[1]他显然将权力和权利两词通用,私权力即权利。再有,美国法学家霍菲尔德(W. N. Hohfeld)曾对权利、义务等基本概念进行了较系统的分析。他认为,仅就权利一词而论,它包括以下四种含义:(1)狭义的

* 北京大学法律系教授。

[1] [美]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 81 页以下,原书英文版第 77 页以下。

权利,指人们可以要求他人这样行为或不行为;(2)特权(privilege),指人们能不受他人干涉而行为或不行为;(3)权力(power),指人们通过一定行为或不行为而改变某种法律关系的能力;(4)豁免(immunity),指人们有不因其他人行为或不行为而改变特定法律关系的自由。^[2]霍菲尔德的上述分析在英美法学界虽然也不断受到批评和修正,但却长期被重视。

在现代汉语中,特别在当代中国法律、法规以至法学中,法律意义上的权利一词,一般是指对公民和作为民事关系主体的法人所享有的,但多数法理学教材中所讲的权利和义务往往又包括了国家机关在执行公务时所使用的职权、权限、权力和职责。权力一词或者是指“国家权力”,或者是职权的同义词。特权一词或者是指受法律所保护的外交特权,或者是法律上不容许的超越法律之上的现象。中国法律中所讲的“豁免”,一般是指受法律保护的外交豁免。中国也有些适用于本国公职人员的、与外国所讲的豁免相类似的现象,但在法律上称为“不受法律追究”。

总之,“权利”一词无论在外国或中国,或在中外之间,往往有不同意义。我们在研究法律或法学时应注意这一词词义的复杂性。

在论述权利含义时,还应注意这是指什么意义上的权利。一般地说,我们在日常生活中会接触到几种不同意义的权利。例如法律、道德、宗教意义上的权利;习惯上的权利;非国家组织规章中所规定的本组织成员的权利(如政党党员的权利、工会会员的权利)等等。这些不同类的权利,既然都是权利,自然有共同点,但却各有不同点。本文仅研究法律意义上的权利。

法律意义上的权利又指什么?或者说,它的含义、释义又是什么?这里不妨列出我国自80年代初至今出版的一些法学工具书和法理学教材对此的论述。

1980年上海辞书出版社出版的《法学词典》第1版中对权利一词的释义是:“法律赋予人们享有的某种权益,表现为享有权利的人有权作出一定的行为和要求他人作出相应的行为(义务)……”(第226页)该词典1989年第3版中对权利一词的释义是:“法律上关于权利主体具有一定作为或不作为的许可。”(第288页)

1984年出版的《中国大百科全书·法学》中对权利一词释义是:“法律对法律关系主体能够作出或者不作出一定行为,以及其要求他人相应作出或不作出一定行为的许可与保障。”(第485页)

1981年由北京大学出版社出版、陈守一、张宏生主编的《法学基础理论》中对权利的释义是:“法律关系的主体具有自己这样行为(或不这样行为),或要求他人这样行为或不这样行为的能力或资格。”(第350页)

1982年由法律出版社出版、孙国华主编、沈宗灵副主编的《法学基础理论》中关于权利的释义是:“法律规范所规定的、法律关系主体所享有的作出某种行为的可能性……”(第301页)

1988年由北京大学出版社出版、沈宗灵主编的《法学基础理论》的释义是:“法律关系主体依法享有的某种权能或利益……”(第412页)

1994年中国人民大学出版社出版、孙国华主编的《法理学教程》与1994年高教出版社出版、沈宗灵主编、张文显副主编的《法理学》两书中,法律关系一章均由一位教授撰稿,因此关于权利一词的词义也是相同的,即:“法律所允许的权利人为了满足自己的利益而采取的,由其他人的法律义务所保证的法律手段。”(前书第481页,后书387页)

②1994-2009 China Academic Electronic Journal Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

1993年吉林大学出版社出版张文显主编的《马克思主义法理学》对权利的释义,先评介了“中外法学中主要的权利释义”,分为以下8种:资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范说和选择说。然后提出了作者本人对权利的定义:“权利是规定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。”(第320页)

以上是8个关于权利一词的释义。请注意:近二十年来中国出版的法学工具书和法理学教材很多,以上只是其中一部分。再有,以上这些释义是有关撰稿人个人的观点。

从以上8个释义中可以看出,对权利一词的理解,有两个共识,第一,权利的主体是法律关系主体或享有权利人。一般是指个人(公民、自然人)和法人,也包括其他团体、组织以至国家。第二,权利的内容一般是指法律关系主体可以这样行为或不这样行为,或者要求其他人这样行为或不这样行为。例如以选举权而论,选举人(作为法律关系主体)有权参加选举;也有权要求主管部门将自己的姓名列入选民名单;在有人侵犯自己的选举权时,有权向主管部门提出控告,等等。

但这八个释义在一点上却有很大差别,即在解释权利的特征时,使用了不同的词语:权益、许可、许可与保障、能力或资格、可能性、权能或利益、法律手段、手段。

在这里,我们不禁想到西方有些法学家对权利释义的一些看法:分析派法学家萨蒙德(Salmond)曾讲过:“权利——义务一词已被用得太过分了。它常被用在实际上并不不同的关系中,从而造成了法律辩论中的混乱。”^[3]《牛津法律指南》中关于权利的释义也讲过,权利是“一个用得太过滥且用得过度的词。”^[4]

对法律术语释义往往有不同写法,有人写得详细些,将有关词的性质或目的也包括在内(例如讲利益与权利的关系),有人写得简单,仅讲权利的某种形式,因而就有许可、能力、资格、手段、可能性等不同提法。中国法学中关于权利的观点,除了个人的创见外,一般参考了其他国家或地区的法学作品,由于这些作品中有诸多不同的提法,因而就出现了中国法理学作品使用不同词语。如果中国法理学者能更多地研究这些释义,可能会有助于上述情况的改进。

二、义务的概念

在法律上,义务是权利的关联词或对应词,两者相辅相成,有权利即有义务,有义务即有权利。因此,以上所讲权利概念中一些论述也适用于义务的概念。义务一词在英语中,一般是duty,但它和responsibility, liability, obligation等词极易相混。义务也有法律、道德、宗教、习惯、其他规章等意义上的义务,此处仅指法律意义上的义务,即由国家规定或承认,法律关系主体应这样行为或不这样行为的一种限制或约束。这就是说,法律或者积极地规定或承认人们必须这样行为,或者消极地规定或承认人们不应这样行为。对承担义务者来说,前一情况是行为的义务,后一情况是不行为的义务。

像权利一样,义务的主体,是法律关系主体或承担义务人,一般是指个人(公民、自然人)和法人,也包括其他团体、组织以至国家。

[3] J. Salmond, *Jurisprudence*, 9th ed. p.299.

[4] D. Walker, *The Oxford Companion to Law*, (1980) p.1670.

这里应注意的是:法律意义上的义务与非法律意义上的义务之间的区别。例如某人的一定行为既违反法律,也违反道德、习惯等。在一般情况下,此人既要承担法律责任,也要承担违反道德、习惯的后果。但也可能某人的一定行为,仅违反法律(例如不合法律程序),但并不一定违反道德或习惯。或者反过来,他的行为仅违反道德或习惯,但却并不违法。在这两种情况下,此人仅承担一个方面的责任。

三、权利与义务的分类

法律权利与义务的分类是法理学作品中经常讲到的一个问题,但正如权利与义务的概念一样,这方面的观点相当复杂。其原因就在于法律上有众多的权利和义务,人们往往从不同的角度,以不同标准来说明形形色色的权利和义务。因而就有很多不同的分类法,它们之间往往有不少交错。

以下先论述权利的分类。^[5]

1. 公权利和私权利。划分的角度和标准主要是法律的不同类型:公法与私法,但具有这种权利的主体一般有国家与个人、法人之分。例如国家的公权利有立法、行政与司法等权利,个人的私权利如民法商法方面的无数权利,国家参加一般民事关系主体时,也享有私权利。

与公权利和私权利之分相似的分类是,根据宪法规定的公民的基本权利和一般法律中规定的权利之分,以及实体法权利和程序法权利之分。后两种权利也是根据不同类法律而分的。

2. 对世权和对人权。划分的角度和标准是权利的效力范围的不同。对世权是对其他任何人的权利,如所有权。对人权是对特定人的权利,例如债权,债权人仅能向债务人主张权利。

在法学中,对世权与对人权之分往往称为绝对权与相对权之分。此外,还有对物权(right in rem)和对人权(right in personam)之分,前者指对一般人的权利,后者指对特定人的权利。

3. 原权利和救济权。划分的角度与标准是权利是否独立存在。前者如所有权,后者如要求损害赔偿权。也可称为第一位权利和第二位权利,“第一位权利是指这种权利的成立不必引证已存在的权利。第二位权利的产生仅由于保护或实行第一位权利,它们也可称预防性(保护性)或救济性(赔偿性)权利。”^[6]在法学中,还有主权利和从权利之分,其含义与原权利与救济权之分或第一位权利与第二位权利之分实际上是一样的。

4. 专属权与可移转权。划分的角度与标准是这种权利可否转移。只能属于特定人所有,不能转让与他人的权利,称专属权,如个人的人格权、人身权等。可转移给他人的权利如一般物权、债权。

5. 行动权和接受权。这一划分名称来自英国政治学家拉斐尔(D. Rapheal)。他在1990年新著中讲到,美国法学家霍菲尔德曾将权利一词的含义划分为四种,其中两种在权利的非法律词语中是经常使用的,即一种是做什么的权利,另一种是接受什么的权利。霍菲尔德将前者称为自由(liberty),后者称为主张(claim)。为了避免自由一词的多种含义,所以拉斐尔将以上讲的“自由”称为行动权(right of action,因为它是做什么的权利),将“主张”称为接受权(right

[5] 对前四种权利和义务的分类,参考了袁坤祥:《法学绪论》,台湾东北大学出版社经销,1990年,第123页以下。

of recipience, 因为它是接受什么的权利)。^[7]

以上是对一般权利的分类。还有些是比较特殊的权利分类。

根据《世界人权宣言》和联合国通过的《公民权及政治权利国际公约》以及《经济、社会、文化权利国际公约》，权利分为公民、政治权利以及社会、经济、文化权利。人权是一种特殊的权利，它的分类也较复杂。本文中从略。

英国法律中有法定(legal)权利与衡平(equity)权利之分，前者指“谋求实现本人利益的权利者具有法律资格和法律救济”；后者“指只能在衡平(法)中实现的权利。”^[8]

四、义务的分类

义务与权利是关联、对应的，所以义务的分类一般可以从对权利分类的反面来理解。

1. 公法上义务与私法上义务。依法律不同而分：前者是依照公法而承担的义务，如公民应服兵役、应纳税等义务；后者是依照私法而承担的义务，如债务人清偿债务的义务，子女赡养父母的义务。这种义务分类与上面讲的公权利与私权利之分是对应的。

2. 对世义务与对人义务。依效力范围不同而分。前者是一般人都承担的不作为的义务，如法律规定不得侵犯他人的自由。后者是特定人对其他特定人作为的义务，如合同缔约人相互履行各自的合同义务。在法学上，对世义务也称绝对义务，对人义务也称相对义务。这种义务分类同对世权与对人权之分(或绝对权与相对权之分)相对称。

3. 主义务与从义务。依义务是否独立存在而分。前者又可称第一位义务，后者又可称第二位义务。这种义务分类同上面讲的原权利与救济权是相对应的。主义务的例子是法律规定人们负有不得损害国家财产的义务，从义务是某人因损害国家财产(主义务)从而负损害赔偿之责(从义务)。

4. 专属义务与可移转义务。依这种义务可否移转而定。专属义务的产生有两种情况，一种是因身分而发生的关系，如父母与子女之间、夫妻之间关系；另一种是因特别的协议，例如，某剧场与某演员约定由后者于某一天在该剧场演出，这一演员所承担的义务只能由他本人履行，不能由其他人代替，这就是说，他的义务是不能移转的。如果该剧场雇佣一个清洁工，他因病可以由别人代替，这种义务是可转移的。专属义务与可移转义务同以上讲的专属权利与可移转权利是对应的。

5. 积极义务与消极义务。依履行义务形式的不同而定，前者是承担义务人应对享有权利人积极地作出特定行为，后者是承担义务人应对享有权利人消极地不作出特定行为。这种义务分类与上面讲的对世义务与对人义务之分相似，都表现为行为与不行为之分，但对世义务与对人义务的对象分别是一般人与特定人，而积极义务与消极义务的对象可以都是同样的享有权利人。再有，积极义务与消极义务之分与上面讲的行动权和接受权之分似不能说是相应的，因为承担义务人有行为或不行为义务之分，但享有权利人的行动权与接受权都可以说是积极行为的权利。

[7] D.D.Raphael, *Problems of Political Philosophy*(1990) pp.105 - 106.

[8] *Black's Law Dictionary*, p.1190.

五、权力的概念

在本章一开始就已讲过,权利一词的复杂性之一就是权利与权力两词的关系:有时可以通用,有时又有区别。这种现象的形成可能同法律上权利这一概念的历史发展有联系。法律意义上权利这一用语最早来源于罗马法。但罗马法中讲的权利是指以财产权为中心的一般民事关系。以后到17—18世纪资产阶级反封建斗争时,那时先进的政治、法律思想家将权利这一概念不仅适用于财产权,而且也扩大到一般的公民权、政治权。19世纪法学家不仅确认法律关系主体有自然人和法人之分;法人中又分为公法人与私法人。公法人主要即指国家及国家机关。因而权利与义务的概念也同样适用于国家、国家机关、法人和个人。

在我国汉语词汇和法律规定中,权利和权力,特别是公民权利和国家权力是有严格区分的。

在国家机关参加的法律关系中,的确有一般民商事法律关系,如机关工作人员以本机关名义在商店中购买一般物品。在这种一般民商事法律关系中,国家机关(作为采购者)的法律地位与普通公民是一样的,都享有一定的民事权利并承担相应的民事义务。

但在国家机关参加的法律关系中,这种民商事法律关系的数量是微不足道的,它所参加的绝大部分法律关系是从事法定的、职权范围内的活动。它拥有职权、权限、权力,并承担相应的义务或责任。

当然,从字面上说,职权、权限、权力等词,与权利一样,也可以理解为法律关系主体具有自己这样行为或不这样行为,或要求他人应这样行为或不这样行为的能力或资格。但它们与权利有很重要的区别。

首先,在中国现行宪法中,对中央国家机关使用了职权一词,对地方国家机关使用了权限一词,对公民则使用了权利一词。

第二,权利一词通常是与个人利益相联系的,但职权一词却只能指代表国家或集体利益,决不意味行使职权者的任何个人利益。

第三,人们在讲权利指法律承认并保护法律关系主体具有从事一定行为或不行为的资格或能力时,并不意味法律要求他必须这样行为。与此不同,职权一词不仅指法律关系主体具有从事这种行为的资格或能力,而且也意味他必须从事这一行为,否则就成为失职或违法。

最后,国家机关的职权、权力是与国家的强制力密切联系的。国家机关行使职权,在多数情况下,直接或间接伴随着国家机关的强制力。与此不同,公民在其权利遭到侵犯时,一般只能要求国家机关的保护,而不能由公民自己来强制实施。

六、法律上权利与义务的相辅相成

前面在讲义务的概念时已指出,在法律上,义务是权利的关联词或对应词,两者相辅相成,有权利即有义务,有义务即有权利,互为目的互为手段。为什么两者有这种关系?以下试从几个方面来解释。

首先,从权利与义务两词的释义来看,权利是指法律关系主体可以这样行为或不这样行为,或者要求其他人这样行为或不这样行为。例如讲我有权利外出购物、散步、旅游、访友、参

观等等,所有这些活动都随之产生一定的义务,例如我去购物,在选定物品后,我必须交付出售人以价款;我要进入某一博物馆参观,入门时应购门票。在这些情况下,我作为享有权利人也同时作为承担义务人。承担义务人也可能是其他人,例如,就我所购物品的售货人而言,他应将所购物品交付给我,如果该物品质量有问题,他应包换包退,甚至赔偿我的损失。博物馆的工作人员应保持博物馆的秩序和整洁等等,这些都是他们的义务。更广泛地讲,任何人都不应侵犯我通过合法手段所取得的物品。

人们出席一个会议的权利可能由于自然条件变化(如暴风雨)或本人患病而无法行使(即不能参加会议),这是一个不幸,但并不是他的权利受到他人侵犯。

这里讲的仅是一些很简单的例子,但一般地说,人们的所有活动,在法律上都可能产生一定的权利与义务关系。就义务而言,或者是享有权利人本人应尽的义务,或者是其他人应尽的义务。

其次,从人的社会性来看,人总是在社会中生活,也就是说,人与人之间总存在相互合作(当然也可以伴随相互冲突)的关系。个人不可能孤独地生存和生活,必须和其他人一起生活。为此,必须有调整他们相互关系的行为规范和保证这种规范得以实行的形式。这种形式在法律上讲就是法律意义上的权利和义务。

再次,从当代中国现行法律、法规来看,都分别规定各自的权利和义务。1982年宪法规定了公民的基本权利和义务,并规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”(第33条第2款)“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”(第51条)宪法还将公民的劳动和受教育规定为既是权利又是义务。(第42、46条)

1986年的民法通则规定:“公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。”(第9条)“法人是具有权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”(第36条)

1993年的公司法规定:“公司从事经营活动,必须遵守法律,遵守职业道德,加强社会主义精神文明建设,接受政府和社会公众的监督。公司的合法权益受法律保护,不受侵犯。”(第14条)

1994年的消费者权益保护法更广泛地规定了消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。

当然,由于法律的不同,权利与义务的规定在比重上也有差别。一般地说,在私法中,以私权利和义务为主,在公法中,以公权利、权力以及职责等为主,但总的来说,不论哪种法律,都离不开相应的权利、义务与权力等。

以上主要是对权利与义务的概念和相互关系的一般理论,是抽象的。具体到现实社会生活中,就有不同的现象。例如,在古代奴隶制社会,奴隶根本不被认为是人,法律上毫无权利可言。在封建社会,广大农民仅有极有限的权利,封建主则拥有广泛的特权。在资本主义社会,社会成员在法律形式上,才是平等的。在社会主义社会,社会成员开始走向真实平等的漫长里程。

七、中国历史上权利与义务的观念

在中国封建社会的整个法律中,刑法一直占有主导地位。刑律是最基本的法律,民事、行政与诉讼等方面的法律都围绕刑律,甚至法即是刑。在这一点,中国与以罗马法为基础发展起来的民法法系以及以英国普通法为基础发展起来的英美法系有很大差别。一位中国法制史学家曾讲到,“在前清光绪 28 年前,历代所订颁之法典,均属刑法兼及行政法,其间虽亦有涉及户婚甚至田土钱债;惟规定甚简陋。民法既附丽于刑法,而商法更无其地位;于是民事与商事,多为相沿之礼或相沿之习惯所支配。”^{〔9〕}

正因为整个法律以刑为主,私法处于依附地位,所以,狭义的权利一词在中国封建社会的法律以及法学中,就成为罕见的甚至不存在的词了。例如,《辞海》对权利一词的释义为“权势和货利”,并举了两个例证:一个是《史记·魏其武安侯列传》:“家累数万千,食客日数百人,陂池田园,宗族宾客,为权利。”另一个是《盐铁论·禁耕》:“夫权利之处,必在深山穷泽之中,非豪民不能通其利。”^{〔10〕}但另一方面,我们也可在历史文献中看到一些与狭义的权利与义务类似的词。例如,法家商鞅讲过,“一兔走,百人逐之,非以兔可分以为百也,由名分之未定也。夫卖兔者满市,而盗不敢取,由名分已定也。”^{〔11〕}大意是:一个兔如果“名分”不定,众人就会去争夺它。反过来,很多卖兔者的兔,由于名分已定,坏人也不敢去取。在这里,他就讲到了法律的作用,即定“名分”,也即后代法律意义上权利和义务。

与“名分”相同的词也出现在古代思想家管仲所讲的:“律者所以定分之止争也。”^{〔12〕}梁启超认为,《管子》中所说的“分”,就是权利,“创设权利,必借法律,故曰定分止争也。人民之所以乐有国而赖有法者,皆在于此。”^{〔13〕}

直到 19 世纪末 20 世纪初,西方政治、法律思想大量传入中国,权利与义务等词在中国也广为传播。与此同时,清末沈家本主持的修订法律工作也对中国的传统法律的结构进行了重大改革,即打破了以刑律为主的诸法合体,转而采用了西方的诸法分立体系,逐步向公法和私法并重发展。这一变化必然促进了权利与义务等观念的兴起。

八、西方法律权利与义务学说的发展

在古代希腊,正义与权利的含义仿佛是相等的。所以,亚里士多德认为,正义意味平等,一种是分配的正义,另一种是平均的正义。古希腊思想家并不使用权利这个词,他们谈的是什么是正义的。

美国法理学家庞德认为,“在罗马法中,也没有明确的权利分类或权利概念。”^{〔14〕}因为我们现在译为权利的拉丁字“jus”,是含有多种意义的词。但总的来说,罗马法和罗马法学家使用

〔9〕 林泳荣:《中国法制史》,台湾中兴大学法律研究所经售,1976年第6版,第220页。

〔10〕 《辞海》缩印本,上海辞书出版社1979年版,第1252页。

〔11〕 《商君书注译》,中华书局1974年版,第190页。

〔12〕 《管子·七臣七主》

〔13〕 转引自宋仁主编:《梁启超政治法律思想研究》,学苑出版社1990年版,第147页。

〔14〕 庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,商务印书馆1984年版,第44页。

权利这个词的地方是相当多的。正如英国古代法制学家梅因(H. S. Maine)认为,“概括的权利是各种权利和义务的集合……概括的权利这个用语不是古典的,但法律学有这个观念,应该完全归功于罗马法。”^[15]

中世纪神学家阿奎那借用了罗马法所概括的权利与义务概念,但却用神学来加以阐释。

17—19 世纪西方先进思想家、法学家用自然法、自然权利(人权)观念,反对封建专制和神学,将权利的概念从私权利扩展为公权利。自 19 世纪初《法国民法典》制定后,私法权利也不断刷新。

前面已讲过,美国法学家霍菲尔德曾将权利概念分解为狭义的权利、特权、权力、豁免四种。庞德也曾将权利一词分解为六种含义:第一,利益;第二,广义的法律权利,即利益加上用来保障它的法律工具;第三,通过国家权力强制其他人从事或不从事一定行为的能力,这可以称为狭义的法律权利;第四,法律权力;第五,自由权,即法律不加限制的情况;第六,指什么是正义的。^[16]

以上霍菲尔德和庞德对法律权利的释义(其中也包括了权利的性质),显然有助于我们对权利(在一定意义上也包括义务)的理解。进一步,我们要了解权利的性质倒底是什么。在古代直至 19 世纪,西方思想家往往将权利的性质(或来源)归于神、理性、自然法等等,但自 19 世纪以来迄今的思想家和法学家,一般集中在两种学说:利益论和意志论。

利益论的最突出的代表是德国法学家耶林(R. Jhering)。他认为法律由人类有意识地创立以达到一定目的。根据边沁的功利主义,这种目的就是利益,但边沁强调个人利益,耶林本人则强调社会利益或个人利益与社会利益的平衡。所以他将法律权利界说为:法律上被保护的利益。

主张意志论的一般根据是:法律目的在于赋予人们以最大限度的自我主张,所以权利是人的意志的内在属性。二战后新分析派首创人哈特就持权利的意志论。他主张,有权利就是主张法律或道德在有关对象或关系上,承认某个人的意志(或选择)优于他人的意志和选择,因此,哈特又将他的权利论称为选择论。而利益论则主张权利是法律或道德上对一个人的利益的保护和促进,并对其他人设定义务。^[17]

[15] 梅因:《古代法》,商务印书馆 1959 年版,第 102 页。

[16] 前引[14],庞德书,第 46 页以下。

[17] P. Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Society and Morality*, 1977, PP. 192 - 195.