

“汉语权利”向“和化权利”的变异和回归^{〔*〕}

童之伟

(广东财经大学 人权研究院, 广东 广州 510320)

〔摘要〕“汉语权利”指的是在中国本土形成并融入现代汉语、指称范围不包括任何公共权力的“权利”一词。“和化权利”指汉语的“权利”一词进入日语法学后发生变异、指称范围包括各种公共权力的“权利”一词,后者严格来说属于未经翻译的日语。“汉语权利”诞生于 19 世纪 60 年代的中国,随后进入日语法学并保持了 20 余年的主流地位。“和化权利”出现于日语法学的年代大体在 19 世纪 80 年代,经过与“汉语权利”的竞争,到 20 世纪初完成了定型化,同时开始返流中国。“汉语权利”与返流中国的“和化权利”也有过竞争,但毕竟势单力薄,顶不住。清末和民国时期的汉语法学全面承袭了以和化的“权利”为核心的话语体系。“和化权利”在当代汉语法学研究领域影响日渐式微,但在法学基础理论教学领域仍处在主流地位。当代汉语法学应全面回归“汉语权利”,同时吸纳“和化权利”的合理因素,形成以法权或其他本土化概念为核心的话语体系。

〔关键词〕“汉语权利”;“和化权利”;法律体系;法学基本范畴

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2023.10.001

在论及和制汉语这种日语载体时,有学者提出,词语如同江河之水总是川流不息,时而“从这个国家流入那个国家”,时而“又从那个国家流回这个国家”。^{〔1〕}在中日之间,“权利”(日语法学译为“權利”或“權利”)这个名词就是如此。但“权利”只是载体或躯壳,其指称对象一直在变化。“汉语权利”不是学术概念,只是本文为方便读者辨识而给予外延或指称对象覆盖范围仅限于个人(自然人和法人)的法的权利,不包括任何公共权力的“权利”概念(或名词)的称谓。

这种“权利”之所以被称为“汉语权利”,是因为它自 19 世纪中叶在中国本土诞生以来,经中国社会的广泛使用,不仅融入了现代汉语,还被当代中国以宪法为根本的法律体系采用,表现为各种法律文本中的“基本权利”和其他“权利”。“和化权利”也不是学术概念,同样是本文为方便读者辨识而给予外延或指称范围既包括个人权利,又包括各种公共权力的“权利”概念(或名词)的称谓。“和化权利”是“汉语权利”一词传入日语法学后,其指称范围发生了从不包含任何

作者简介:童之伟,法学博士,广东财经大学特聘教授,人权研究院、法治与经济发展研究所研究员。

〔*〕本文系 2022 年度教育部哲学社会科学研究课题重大项目“全过程人民民主的法治保障体系建设研究”(22JZD017)的阶段成果。

公共权力到包含各种公共权力的基因层面变异后的产物。“和化权利”亦可称为“和制权利”，即和制汉语中的“权利”一词，实际上属于以变异方式形成的日语名词，只是与“汉语权利”共用“权利”（“權利”）这一汉字载体而已。查明“汉语权利”与“和化权利”的联系、差别和两者间内容的流动史，让现今仍在使用中的“和化权利”全面回归“汉语权利”，同时妥善安置“和化权利”，对于当代汉语法学乃至中国法律实践都有巨大的进步意义。为说清这个道理，笔者特撰此文。本文所说的公共权力，是“每一个国家里都存在”的公共强制力，“构成这种权力的，不仅有武装的人，而且还有物质的附属物，如监狱和各种强制设施”。“为了维持这种公共权力，就需要公民缴纳费用——捐税。”^[2]

一、“汉语权利”的确立及其进入日语法学初期的主流地位

“汉语权利”，指的是在中国本土形成并在汉语中传播开来、指称范围不包括任何公共权力的“权利”一词。古汉语中原本只有“权”，后来权字先是在与西语的交流中形成并定位于“权力”（如英文 power、authority）的含义；到1842年魏源《海国图志》刊行，权这个单汉字名词开始包容“权利”（如英文 right）的含义，即兼有现代汉语意义上的权利和权力含义；1864年丁韪良汉译、刊刻《万国公法》时原则上也是用“权”同时表述权利、权力两种含义，但他觉得很不妥，于是有时在对应于 right 的“权”字后加上一个“利”字，以区别于与 power 对应的“权”字，因而在汉语中就首次出现了“权利”一词。“权利”一词在汉语中出现，其目的或初衷就是与权力相区分，因而其指称范围是完全排斥公共权力的。^[3]对此，丁韪良在1877年回忆作这个艰难选择时说得很清楚。他说，《万国公法》英文底本“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，亦指凡人理所应得分，有时增一利字，如谓庶人本有

之权利云云。此等字句初见不入目，屡见方知为不得已而用之也”。^[4]汉译《万国公法》一书使用“权利”一词达80次左右。^[5]“权利”这个汉语名词是1865年随《万国公法》一书进入日本的。这本书在1865年由东京开成所按中文版原版翻刻发行，权利一词随之在日语法学界开始传播。三年后“权利”一词进入日本著名法学家群体的话语结构，加藤弘藏（又名加藤弘之）和津田真道开始规模化使用“权利”一词。当时他们都是在地地道道的“汉语权利”意义上使用的，指称范围不包括任何公共权力。^[6]

对于“权利”作为翻译引进的汉语法学新名词，这里有必要作两点说明。（1）我国文献古籍中虽有权和利放在一起的情况，但并非一个名词，放在一起的含义也与近现代汉语、汉语法学的“权利”一词不同。如荀子说：“是故权利不能倾也，群众不能移也，天下不能荡也”。^[7]其中的权和利只是分别表述权势、利财两个单字名词的权宜性连用，并不是一个双字名词，与近现代法学的“权利”一词没有多少关系。（2）丁韪良虽出生在美国，但这种明确排除任何公共权力的“权利”概念应该算汉语、汉语法学对世界法学的贡献。丁韪良很年轻就来了中国，在中国生活了62年，去世后葬在中国。他学习中国文化，长期定居中国，担任清廷的公职，领取清廷的俸禄，可谓标准的“美裔华人”。再说，用当代中国和其他绝大多数国家的法律标准衡量，他担任清廷教育文化官员职务时翻译的《万国公法》应该算职务作品，著作权属于中国政府。更主要的是，“权利”一词是因应当时中国社会发展的需要，在中国社会经济背景和文化环境下形成的学术产品。

近现代汉语和汉语法学中的“权利”一词，是为了与“权”字中的公共权力含义相区分而生，而且一个半世纪以来在汉语中的使用，也持续、严格地与权力一词相区分。中国当今最大型的权威性汉语辞典《辞海》和最常用的《新华字典》（第11版）对“权利”的解说，都将其严格区别于权力。在这些最有代表性的汉语字典中，权

利在指称范围上完全排斥任何公共权力的具体存在形式。^[8]这是自1864年起形成的宝贵汉语传统之一,也是标准的现代汉语用法。汉语中权利与权力严格区分的使用标准可从1949年以来包括《共同纲领》这部临时宪法在内的中国历部宪法和现行法律体系的全部相关用语中得到印证:法律位阶不同的所有这些法文件都尽可能严格区分权利与权力,在平行、对称的意义上使用权利、权力,从不使用外延包括各种公共权力的权利一词。另外,笔者查阅核对多年结果显示,1949年以来通过的中国共产党历届全国代表大会报告、决议、《中国共产党章程》的全部相关用语,都严格区分权利与权力,不使用内容包括各种公共权力的权利一词。^[9]以下表述方式可谓我国法律体系在这方面的典型例证:“规范司法权力运行”“完善权力监督制约机制”“保障党员权利”“党员享有下列权利”,干部要“正确行使人民赋予的权力”,^[10]“牢固树立有权力就有责任、有权利就有义务观念”。^[11]

为了辨识方便,有必要把以上内容或指称范围不包括任何公共权力、与权力一词严格区分的权利概念称为“汉语权利”,以区别于权利一词进入日本发生基因变异后形成的、内容或指称范围包括各种公共权力的和制的权利概念,并按实事求是原则将后者以“和化权利”相称。“汉语权利”与“和化权利”虽然指称范围有部分重叠,但它们完全是两个彼此独立的概念,只不过两个不同概念共用“权利”这个汉字书写形式而已。不论从“汉语权利”角度看还是从中国法律制度角度看,“和化权利”都不是汉语所指的权利,而是汉语所指称的权利权力共同体或统一体。由于书写形式相同而产生混淆,以致在当代汉语法学中,“汉语权利”与作为清末、民国时期法学遗存的“和化权利”实际上处于并存、竞争状态,尤其在各种法学入门型教科书中。就指称范围而言,“和化权利”等同于汉语实践法学的“权”或“法权”一词。因此,“汉语权利”只是“和化权利”中或大或小的一部分,两者的比例结构,完全取决于法权结构中

权利率或权力率的高低及其变化。^[12]

和制外来语是日语词汇的重要组成部分,一般可分为和制汉语与和制西语,和制汉语是用汉字创造的日语词汇,但具有汉字本身所没有的新词义。有学者在谈到清末民初汉译引进日语法律新名词时总结道:“近代中文法律新名词多从日语翻译而来,且大多直接借用和制汉语的书写形式,其辗转形成的轨迹是西方法律词语的跨语际实践过程”;其中,“一些和制汉语法律新名词虽然今天看来是原封不动地进入了中文之中,但它们实际上曾遭到过修改或抵制,只不过这种努力最后被证明是徒劳的。”^[13]以上这段话是针对汉语引进和制汉语法律新名词而言的,也几乎在同等程度上反映了日语法学引进汉语法学名词后,被引进的汉语名词,其中特别是“权利”在日语法学中的真实境遇。就实际情况而言,汉语的“权利”一词进入日语法学后经历了由一个最初不包括任何公共权力的“权利”,演变成一个包括各种公共权力的“权利”的和化过程。这事实上是以隐蔽的方式再造一个全新的概念,所以,这个再造出来的“权利”概念实际上是“和化权利”。为避免读者望文生义产生误解,本文才将其称为“和化权利”。“和化权利”虽然也可以用以指称汉语权利,但此时它实际上是以汉语的权利和权力的共同体的逻辑身份在指称法的权利,就像它以这种身份同时指称各种公共权力一样。

近现代日语法学直接引进汉译西语法学名词的情况极其罕见,但“权利”恰好是其中之一,这在中日两国法史学界是众所周知的例子。汉语的“权利”一词1865年随《万国公法》从中国流传到日本,从日语法学角度看,它当然是一个外来词。汉语的“权利”一词进入日语法学后的最初二十余年基本上维持了它的初始含义。但到19世纪与20世纪之交,尤其到20世纪初,“汉语权利”实际上被修改得失去了“自我”,最后竟至于完全违背了它“出生”时的初衷,指称范围包括了各种公共权力,成了地地道道和制的“权利”。“汉语权利”转变为“和化权利”,经历

了二三十年时间,有一个从量变到质变的逐步积累过程。“汉语权利”向“和化权利”转变的外在标志、特征非常清楚,那就是:“汉语权利”本身是不包含任何公共权力的权利概念,但在进入日语法学的社会文化环境后,各种公共权力由少到多,逐步进入“权利”的指称范围,直到最后国家或社会的全部公共权力都进入了这种“权利”,以致它成了指称范围包括一国或一社会的各种权利和各种公共权力的名词。这种外延包括一国全部法的权利、法的权力的“权利”在理论上逻辑上与汉语的“权利”是完全不同的概念。“和化权利”把“汉语权利”一词按其“初衷”排斥在自身指称范围之外的各种法的权力,分阶段从少到多,全部招纳到了“权利”一词的外延覆盖范围内,从而在日语法学范围内彻底抹去了汉语1864年创造权利一词的学术进步意义。其实,这不仅是汉语的权利一词进入日语法学的遭遇,也是英语的 right、法语的 droit 和德语的 Recht 在被译为日语名词“权利”后的遭遇。因为,任何西语语种都没有一个指称范围包括各种公共权力和个人权利的名词,尽管在使用的历史上两者常常纠缠不清。所以,和化的“权利”是非常独特的概念,其指称范围除法的权利外还包括各种法的权力。从这个角度看,“权利”一词的和化,是相对于汉语而言的,但实际上也是相对于所有外来语的。差别只在于,和化权利似乎没出现过返流西语法学的情况,但它返流汉语法学的情势历史上曾经汹涌澎湃,而且影响深远。

现有文献资料表明,自1865年传入日语法学到整个19世纪80年代,“汉语权利”在日语法学中基本没有发生变异,维持了它自身的存在,即处于与权力概念平行并与其相对称的位置。从日语法学代表性学者在19世纪60年代后期到19世纪80年代的论著看,他们都是严守汉语意义上的权利与权力分际的。如日本著名法学家加藤弘之在1868年发表的《立宪政体略》一书,虽还没有启用“权力”一词,但实际上已经有明确的权利与权力区分意识。为了实质上区分

汉语权利与实际上存在、但当时还没有名称的未来“权力”,他在运用权利一词的同时,先后用了“大权柄”“立法权柄”“施政权柄”“司律权柄”来与汉语的“权利”形成对称。在这本书中,加藤弘之已经将权利区分为“公权”和“私权”,但公权中只有国民参与公共事务之权利,如选举权和被选举权,没有后来“和化权利”中所包括的国家对个人行使之权。^[14]这里,“权柄”与后来的“权力”在日语法学中指的都是公共权力,只不过权柄是“乳名”,“权力”是学名或正式名称而已。在稍后刊行的《国体新论》一书中,加藤弘之开始有规模地使用“权力”一词以取代“权柄”,从而形成了汉语意义的权利与权力对称使用的局面,完全不存在将任何公共权力放在权利一词指称范围之内的“和化权利”倾向。^[15]

到19世纪80年代初,对于汉语意义上的权利与权力的关系,加藤弘之提出了一种在那时以及此后的日语法学界相当有代表性的见解。按这种理解,权利与权力不仅是严格区分、相互独立的,而且权力是权利的来源和落实权利义务的保障者。此说的要点是:没有什么天赋人权,享有权力、权利的结果归根结底是生存竞争决定的;他赞成德国学者耶林的看法,即权力生于自然的生存竞争,先有权力而后来才从中派生出权利;权利是强权者为谋求自己的真正利益而对权力作自我限制、使之正中适度的产物;俗儒不懂这个道理,以为权利与权力完全对立,以为权利天授,以为权利是正物、权力是恶物,这纯属本末倒置;通常的情况是生存竞争的优胜者获得权力,然后用权力为民众设定权利义务,并且保证所设定之权利义务的落实;竞争的优胜者如果是个人,形成君主政体,如果是民众,则形成民主政体。^[16]可见加藤弘之的理论中完全没有和化权利的影子。

日本近代另一著名法政学者福泽谕吉也是在努力区分权利与权力的基础上使用“权利”一词的,没有将公共权力放进权利一词指称范围内的倾向。如福泽谕吉的《分权论》一书,虽主要

讨论“权力”“政权”“治权”的划分,但他是在权利、权力分际较清楚的情况下讨论“权利”的。^[17]在《通俗民权论》中,福泽谕吉一开篇就感慨“近年来诸如权利、权限、权力、权理、国权以及民权之类的词语频繁出现在一些著作和翻译书中”,感到在中国和日本过去很少见到的这些词语像当下那种用法,一般人很难懂。他写道,如果个人有权利,那么一村一町、一郡一县也应当有权利,郡县集中起来形成的国家应当有国家的权利。民权是人民拥有的“一分”权,国权是作为一个独立国家拥有的“一分”权。但总体来看,他是将民权作为个人权利、国权作为公共权力看待的。^[18]不过,在《通俗国权论》中,他实际上把权力视为守护家庭、国家遵从自己的意志不容许他人干涉之集体的力,故在他看来,一家有一家之权力,一国有一国之权力,如果受外力侵犯,应不客气地给予打击。^[19]这些话语表明,他在努力区分权利与权力,虽没有区分清楚,但并无将权力视为权利组成部分的定见。

一般来说,法学入门型基础性教材应该是最能反映其所使用的时代居主流地位的社会阶层基本的法观念的。笔者能查找到的19世纪80年代后期的一种日语法学基础性教材显示,那个时期“汉语权利”在日语法学中处于主流地位,“和化权利”还没有出现。这部教材给权利下的定义是:“法律上的权利是指依赖国家的承认和帮助,能够排除他人可能的钳制得以实现自己利益的能力。”^[20]显然,国家在这个定义中是处于权利主体之外的。读者可以从中看到加藤弘之守持的权力观和权利义务观的影响。从全书看,这部教材明显区分了权利与权力,权利、权力两个概念是平行使用的,即“权利”指臣民之权,“权力”指主权者、国家政权机构或官员之权;“权利”虽分公权、私权,但公权只指个人参与公共事务之权利,如选举权、被选举权等,不包括主权者、国家公共机构或官员之权力及其具体表现“职权”“权限”。该教材对权中“公权”“权力”的论述极少,似乎95%以上的篇幅论述的都是

“权利”中的私权。^[21]

以上日语法学著作和基础性教材表明,在《明治宪法》(1889年2月11日颁布,1890年11月29日施行)之前,汉语的权利一词整体上维持了它进入日语法学时的地位和影响。

二、“和化权利”在日语法学中的出现和发展定型

19世纪末20世纪初的日本,以《明治宪法》和明治维新为标志,处在一个蓬勃向上的时期,各国竞相影响日本,日本也主动学习各国先进的东西,包括法学。日本学习引进外国法学,形式上的中心是如何理解法律,内容上的中心应该是如何理解权利和权力。在这个过程中,“汉语权利”与“西语权利”(如拉丁语 *Jus* 或 *ius*、德语 *Recht*、法语 *droit*、英语 *right*),客观上处在竞争状态。综合地看,那无疑是一个“汉”弱“西”强的大背景,很不利于“汉语权利”维持其自身的存在和影响力。在不同西语语种的“法律”“权利”概念、观念的竞争中,英语法学与德语、法语法学比较,那时前者并不占优势,倒是后者略有优势。碰巧的是,在有影响的西语语种中,只有英语法学的法律(*law*)和权利(*right*)是分别由两个单词表述的,而拉丁语、德语、法语甚至还有其他至少十多个语种都是以同一个名词表述法律和权利两种现象。这些语言区分法律和权利不能靠词形,只能根据上下文。

上述拉丁语、德语、法语的背景,不仅使得这些国家的国民自身,也很自然地使得从这些语言中学习法学的人们产生这样的感觉或受到这样的提示:法律与权利是同一枚硬币的两个侧面,法律即权利,权利即法律;权力是法律授予的,包含在法律之中,是法律的一部分,因而也是权利的一部分;法学是研究法律的学问,因而也是研究权利的学问,反之亦然。19世纪末20世纪初日本有影响力的法律学者的话,可以算对这个判断提供了证据。法学教授织田万写道:“自德国大家拉伊普尼克以法学为权利之学问,于是权利之观念,遂为法律上最紧要之事”;“权利者依于

法律所许容对于他人而有之行为之限界也”；他还引用德国人莱布尼茨的观点说：“法律之学是权利之学。在西洋诸国，法律和权利大抵使用同一词语。盖法律为权利之外表，权利为法律之内容，二者有内外之别，但其本质同一。”^[22]另一位法律学者饭岛乔平也指出：“德国人莱布尼茨将法学定义为权利之学问，耶林著书《权利竞争论》，指明了应尊重权利的原因。至此，对法学的观念从正义转变成了权利。”^[23]

从笔者所能寻获的文献看，“汉语权利”向“和化权利”变异和转型，是从19世纪90年代开始的，而且是渐进的。易言之，各种公共权力是逐渐进入日语“权利”一词的指称范围，成为其所包含的两方面内容之一的。还原“汉语权利”向“和化权利”转型的过程，最好的方式不是详细剖析各种略有差别的权利定义，而是直接看权利一词的指称范围（或权利概念的外延）变化。我们不妨以19世纪末20世纪初一些有代表性的法学家编撰的基础性法学教材为主要剖析对象来作说明。

“法学通论”是19世纪末20世纪上半叶日语法学基础性教科书通常采用的名称，19世纪末的这种教科书笔者只见到很少几种，进入20世纪后种类才多了起来。除前引牧兕马太郎的之外，笔者读到的其中另一种是当年著述颇丰的法学家织田万撰写的，刊行于1894年。在内容上，织田万《法学通论》明显有别于牧兕马太郎《法学通论》的地方之一，是开始将公共权力置于权利一词的指称范围之内，虽然只是初步的，不引人注目。其具体做法，是将权利依次分为四类：对世权与对人权；人身权与财产权；第一权与第二权；公权与私权。在他论述“权利”的8页篇幅中，只有在“公权”部分有一句话提到了国家对个人的公权，即国家为了维护安宁秩序对个人行使的“正当的权力”。^[24]在这本书中，作者基本上是按“汉语权利”的标准解说权利概念的，只是这一句话是例外，但正是这句简单的话，表明作者运用权利一词开始离开“汉语权利”，走向

“和化权利”。如果没有更早例证的话，这就是日语法学告别“汉语权利”走向“和化权利”的开端和重要一步。

织田万1895年出版的《日本行政法论》一书反映了作者正在向“和化权利”大步迈进的情况。在该书的第一编第九章“官吏的权利及义务”部分，作者将国家行政机关享有的各种公共权力都放在“权利”一词的指称范围之内，通常具体称为“职权”，有些情况下，特别是讲到地方官所享有的公共权力时称“权限”。其具体表述方式是多样化的，如“国务大臣的职权”“行政上的职权”“宪法上的职权”“各省大臣的普通职权”“最高的监督权”“各省大臣的特殊职权”“内阁的职权”“各省的权限”“主任大臣的权限”“枢密院的职权”“权限”“行政裁判所的权限”，行政命令、指令、训令发布权，内阁总理大臣的“职权”，府县知事的“职权”“权限”，市町村长的“职权”，等等。^[25]从法的一般理论角度看，这就完全终结了“汉语权利”，形成了与前者完全不同的和化的“权利”。

不过，日语法学圈“汉语权利”向“和化权利”变异在步调上是不一致的。到1896年，另一种有影响的《法学通论》始终在平行意义上同时使用权利、权力概念。此书只区分了公法私法，并未专门论述权利、公权和私权，作相关讨论时未呈现将公共权力纳入权利一词指称范围的倾向。^[26]再往前追溯，富井政章此时也是这种态度，虽然他更多的时候愿意将权力称为“大权”。^[27]但稍晚京都帝国大学教授冈村司所著的《法学通论》继织田万之后将“权利”往“和化权利”方向作了明显推进。冈村司把权利分为“广义的权利”和“狭义的权利”两种，前者是体现正义的、理想意义上的权利，后者是实在法上的权利。在此基础上，他又把权利分为公权、私权和国际权，其中的公权进一步分为国家的公权和国民的公权，国家之公权包括“国家统治的权利、命令处分的权利、征兵的权利、刑罚的权利、审判的权利”等等。^[28]他在对“公权”作专论的部分，更具体地把《明治

宪法》第一章规定的由天皇总揽的各项“统治权”“大权”和第三章规定的天皇之外其他所有国家机关的权力,即立法权、行政权和司法权,统统纳入了公权进而权利的范围。^[29]

日语法学文献资料显示,到20世纪初,日语法学界似乎多数学者放弃了“汉语权利”,接受或采用了和化的“权利”,“和化权利”的概念基本实现了定型化。但“和化权利”实现定型化并不意味着它一统天下,而是指它与“汉语权利”并行但影响力较大。以织田万为例,他在1902年修订并再版了自己1894年出版的《法学通论》,新版中的“权利”概念显示作者向“和化权利”明显迈进了一步。他写道:“从来学者,每以一切之法律上关系,概以为权利关系,如赋课征收租税、科当刑罚,皆谓为国家对于个人所有之公权。虽然此说恐非至当,然国家乃为达其自立之目的,而行使其正当之权力者。”“公权之一是政权,即参与国家政治之权利的意思。政权又称为担保权。为巩固私权之存立、使每个人安宁幸福,必须有政权对之加以保护。”^[30]这里,政权是与治权相对应的,此前福泽谕吉讲得很清楚,就是全国性公共事务的管理权,是典型的公共权力;那时日语“政权”的另一面指国民个人通过行使选举权、被选举权等方式参与公共事务。因为这种“权利”包括各种公共权力,所以“权利主体”也包括“公法人”,如“国家的政治组织”“郡府县市町村”“地方团体”“公共组织”。按照这种对“权利”的解说,尽管在有些关键处讲得十分委婉,但仍然实际上将《明治宪法》确认的由天皇总揽的统治权和它的具体表现如天皇依帝国议会协赞行使的立法权,为执行法律或保持公共安宁秩序及增进臣民幸福的命令发布权,陆海军统率权,宣战媾和、缔结各项条约权,宣告戒严权,大赦、特赦、减刑及复权之权,内阁和其中各省的职权、权限,以及郡府县市町村的职权、权限等,都放进了这种“权利”概念的外延覆盖范围,形成了典型的和化的“权利”概念。

实际上,20世纪初日语法学圈在“汉语权

利”与“和化权利”两种基本概念孰优孰劣方面的认识存在很大差异。首先是相关学者自己内心觉得拿不准,甚至在步子迈进了“和化权利”后又怀疑其合理性从而萌生退意。如织田万在“汉语权利”与“和化权利”的选择上,似乎内心一直有挣扎。在1902年版《法学通论》中,织田万所言“权利”虽离开了“汉语权利”,选择了“和化权利”,但他在书中还是基于对“汉语权利”的认同讲了一些区分权利、权力关系的常理,在比较勉强地采用了将公共权力放进“权利”指称范围的同时,还是表达了“恐非至当”的顾虑。后来在此书的1908年版和1917年版中,他在关键的部分实际上又从和化权利后退了。因为,在这两个版本中,作者将本文前引1902年版《法学通论》中论述公权特别是“担保权”表述公共权力(即国家对个人之公权)的关键句子、名词删除了,使得其中的“权利”失去了明显的和化特征。^[31]或许,这正好反映了作者面对“汉语权利”“和化权利”时在合理性判断方面的艰难抉择和彷徨犹豫。

对“汉语权利”与“和化权利”孰优孰劣的不同判断,也反映在进入20世纪一二十年后仍有学者坚持使用“汉语权利”,或不太情愿接受“和化权利”。这方面有代表性的学者当推曾任明治大学校长的法学家鹈泽总明。他的《法学通论》在论述顺序上是先讲“国权与权利的关系”。他以拉丁文 Supreme Potestas(最高权力)标注“国权”,认为国权分“内政、司法、财政、军事、外务”五个方面,权利只是国权在运用过程中确认的臣民享有的利益,并不包括公共权力(日语法学通常用“担保权”一词来指称)。^[32]那时还有法官编写的同类出版物也显然不愿意将公共权力放在权利的“公权”部分。如平岛及平写道:“其一,公权者,谓直接参与国家事业之权,如自治体事务、其他公务之权利,独日本国民有之”;“其二,人权。人权者凡被统治者所有之权利,而其种类不一而足。”该书实质上讲到了担保权,但却安排到了义务部分。所以,就权利概念而言,它始终坚持使用“汉语权利”,不使用“和化权利”。

其较典型的说法是：“盖国家权力与人民权利间，有法律为之限界。人民固不可越此限界，以行其权利，而国家亦不得越之以制限人民权利。”^[33]那个时期不论中国还是日本，“人民”与“个人”“国民”通用。在继续使用“汉语权利”方面，更为著名的人物或许应该算东京大学冈田朝太郎教授。冈田朝太郎从1907年到1919年，先后编撰了五个版本的《法学通论》，都始终是努力区分权利与权力、权利主体与权力主体的。他的论著虽也将权利区分为公权私权，但其公权部分从来不包括体现公共权力的课征赋税、公共征收之权和含义特定的国家对个人的“担保权”。^[34]他曾被清政府高薪聘请担任刑律起草的顾问，著作也于清末被翻译介绍到中国。岸本辰雄《法学通论》中的做法是，虽论述到公法和权利，但基本避开了公权私权之分，因而也无所谓公权是否包括公共权力的问题。^[35]

还有一种很有意思的安排，那就是整部著作只有一句话或几个字把公共权力与“权利”挂钩，算是勉强把公共权力纳入了“权利”概念的指称范围。如饭岛乔平的《法学通论》就是这样处理的：“公权又用政权或担保权的名称，涉及整个政府，指参与政治的权利，或者是指担保权，为促进国家和人民的福祉。”^[36]只简单、抽象地提及“政权或担保权”，没有具体论述，实际上是在关键学术节点上蒙混应付。

“汉语权利”逐渐隐退，“和化权利”完全确立，如果一定要确定一个有代表性的学者和时间点作标志，20世纪初的日本法学家、政治家奥田义人和他1905年出版的《法学通论》或堪当此任。奥田义人将权利分为公权私权，公权分国家之公权与个人（臣民）之公权。国家公权包括一国与外国关系中的公权和在国内法上的公权。国内法上的公权进一步分为臣民（或个人）对国家之公权和国家对臣民之公权。国家对臣民之公权分为“国家的公权”和“国家以外的公法人的公权”，国家的公权集中表现为“统治权”，包括对个人的“租税征收权”“公用征收权”“强制

权”“命令权”。^[37]奥田义人用了全书近五分之一的篇幅全面论述了日本的“统治权”，其范围包括主权、国家的最高权力、君主的权力、对外缔结条约和宣战媾和权、立法权、行政权、司法权，以及这些“权利”主体的具体职权、权限，从而将日本的全部公共权力都纳入了“权利”概念的指称范围。^[38]易言之，奥田义人通过这本大部头著作十分牢固地确立了“和化权利”的概念和观念，在当时的日本有相当的代表性。

梅谦次郎是当时日本著名的民法学家，但他编写的通论教材中权利概念的和化特征也十分明显，因为他的权利同样分公权私权两部分，公权中不仅包括作为国际法意义的权利，也包括对个人的财产公用征收权和含义相当于行政权力的“担保权”。^[39]

到20世纪10年代，虽然发展不平衡，但总体说来，“和化权利”取代“汉语权利”的趋势在日语法学中得到了进一步强化。如中村进午撰写的《法学通论》，就直接将法律上体现主权和全部国家权力的天皇“统治权”，放在了“权利”概念外延的范围内。“天皇依帝国议会之协赞总揽统治权，这些权利是指宪法第5条至第16条规定的如下权利”：立法权（第5条）；批准法律，命其公布及执行（第6条）；召集帝国议会，命其开会、闭会、停会及解散众议院（第7条）；为保持公共之安全或避免灾厄，依紧急之需要，于帝国议会闭会期间，发布代法律之敕令（第8条）；为执行法律或保持公共安宁秩序及增进臣民之幸福，发布或使令政府发布必要之命令，但不得以命令改变法律（第9条）；规定行政部门之官制及文武官员之俸给，任免文武官员（第10条）；统率陆海军（第11条）；宣战媾和及缔结各项条约（第13条）；宣告戒严（第14条）；授予爵位、勋章及其他荣典（第15条）；命令大赦、特赦、减刑及复权（第16条）。^[40]这可谓对“和化权利”全面、直白的解说。

到20世纪30年代，东京帝国大学著名宪法学家美浓部达吉在讨论公法私法关系时所阐明的权利概念和观念，可谓更精致的“和化权利”

论述。在他的著作中,国家从中央到地方的所有公共权力都是“权利”中公权之一部分。“国家(或公共团体)和人民间的公法关系不外两种:一是国家对人民享有某种权利而人民负有相应义务的关系;另一是人民对国家享有权利而国家负有相应义务的关系。”^[41]在将权利分为公权、私权的基础上,他实际上将国家权力解说成了“公权”进而权利的一部分:“就国家对人民的权利说来,那些都是经规定为国家、社会必要的权利。”所以,执行法律的任何机关,“除法律另有特别规定者外,绝对不能舍弃。其中,租税、负担费等公法上的金钱债权,只在法律有明白规定时才能免除相应义务,不能使用行政权任意免除。至于刑罚权、警察权和军政权等,也只能依法律的规定才能放弃。”^[42]可见,在美浓部达吉那里,征税权、刑罚权、警察权和军政权等典型的国家权力都成了“权利”的一部分。

单就19世纪末20世纪初日语法学的情况看,权利与义务往往是成双成对使用的法学范畴,因此,与“汉语权利”“和化权利”相对称的义务概念,其外延或指称范围,也是不同的:与“汉语权利”对称的义务概念外延的覆盖范围,只有个人义务、责任等法现象,没有公共权力主体的义务、责任;与“和化权利”相对应的义务概念,其外延覆盖范围包括公共权力主体的义务、责任等法现象。所以,权利义务也不能不相应地区分为汉语权利义务与和化权利义务。

至此,可以作两点小结:(1)在20世纪20年代末和20世纪30年代的日语法学中,和化的“权利”已成核心、主流,虽然汉语权利仍与其并存,但日渐式微。相应地,在汉语的与和化的两种不同的权利义务概念中,主导的方面都是其中的权利一词,所以,讨论相关问题时,一般只把注意力集中在权利一词上即可。(2)在日语法学史上,围绕对“权利”一词赋予不同含义并作相应解说,事实上打造了两个不同的权利概念,形成了两个不同的法学流派:以“汉语权利”为中心的“汉语权利”学派和以“和化权利”为中心的

“和化权利”学派。这两个法学流派长期潜移默化地影响着近现代中国的法学发展。

三、“和化权利”返流汉语法学和清末、民国时期对它的全面承袭

在近现代,中国向西方学习在很大程度上是以日本为中介的,法学和其中的权利概念、权利观念也一样。“汉语权利”受日语法学影响或冲击的第一条管道是赴日留学回国人士,他们中相当一部分在日本学习、接受“和化权利”概念和观念,然后将其带回中国。1901年,为解决新政人才需求,刘坤一领衔、张之洞主稿,向清廷提出了《变通政治人才为先遵旨筹议折》和《遵旨筹议变法谨拟整顿中法十二条折》等奏折,获清廷首肯。此后中国大量派出并鼓励青少年就近留学,一度形成了留学日本的大潮。据统计,1901—1911年中国留日学生数达到21000多人。留日学生所学科目很广泛,但其中法政、师范科最热门。仅日本法政大学校长梅谦次郎博士1904年至1908年所办的5期法政速成科,中国学生就达2117名。^[43]由此可见清末民初留学日本学习法学的人数之多和回国后的影响力之大。实际上,整个民国时期,立法、司法和法学教育界的主要人物中,有留日学习法学背景的最多。甚至到1949年中华人民共和国成立后,也能看到这种影响,如法律界、法学界的头面人物董必武、沈钧儒、张友渔等,都曾留学日本学习法律。

清末“汉语权利”受日语法学影响或冲击的第二条管道是清末民初翻译引进大量日语法学教科书,尤其是其中通常以“法学通论”为标题的日语法学入门型教材中的“和化权利”论述。据统计,仅1902年至1911年间,中国汉译日语“法学通论”类教材就有三十四种之多(其中有几本或许认定为有关作者受日语法学影响编写的初级法学读本更恰当)。上文介绍的“汉语权利”与“和化权利”在日本法学中的运用状况,可基本反映在这三十来种和后续翻译引进的法学基础性教材中。这些翻译引进的汉译日语法学

基础性教材主要包括以下几种：矶谷幸次郎 1902 年出版的《法学通论》；奥田义人 1905、1906 年和其他时间点出版的三种《法学通论》；梅谦次郎 1905、1908 年出版的《法学通论讲义》和 1907、1913 年出版的两种共三个版本的《法学通论》；冈田朝太郎 1911 年出版的《法学通论讲义》《法学通论》；织田万 1907、1908 年出版的《法学通论》（对应 1902 年日语版）。^[44] 若把统计时间再往后推十多年或二十年，那就更多了，如织田万 1913、1917 年出版的两种《法学通论》和美浓部达吉的《公法与私法》等。下面简要还原“和化权利”在清末和民国时期返流汉语法学的情况。

（一）清朝末年“和化权利”返流中国和“汉语权利”的坚守

笔者看到最早采用“和化权利”的汉语版《法学通论》是由留日归国的学者戢翼翬、章宗祥牵头编写的。显然由于受日语法学教育背景影响的原因，作者显得完全没有“汉语权利”观念，因而全盘接受了“和化权利”概念、“和化权利”观念，所用相关话语与同时期日语法学入门型教材中的近乎完全相同。如其中写道：“德国奈布尼都曰，法律学者，权利学也。西洋诸国，法律、权利大抵用同一之语。盖法律为权利之外表，权利为法律之内容，就主观而言，谓之权利，就客观而言谓之法律。二者虽有内外之别，而其本质则一也，故权利为法律之精髓，无权利即无法律。”接着他完全否认“汉语权利”观念中的权利权力相区分的内容的必要性，认为“统治权（君权）选举权（民权）亲权夫权户主权所有权债权等，具可作权利论，无分为权力权利之理由也”。^[45] 他们的著作也同那个时代的多数日语法学著述一样，将权利分为公权、私权、国权三种。他们对公权的定义是：“公权者，存于统治者与被统治者间之权利也。公权中含有统治者对于被统治者之权利与被统治者对于统治者之权利两种。统治者对于被统治者之权利即为统治权，其中包含立法权、施政权、裁判权、刑罚权、征兵权、收税权等。”^[46] 这是“汉语权利”被和化后又返流汉语法

学并挤压“汉语权利”的最初表现。

笔者能读到的由国人编写的第二本《法学通论》，是留日回国的法律学者、后来成为著名清史专家的孟森撰写的。孟森在将权利划分为公权、私权两类的同时，将公权进一步分为“国或国之一部分之公权”，认定“此项公权，如征收租税、裁判权、警察权皆是”，从而直接将就内容而言最重要的公共权力都纳入了权利的范围。^[47] 在一句话的篇幅里，“和化权利”的基本特征跃然纸上。

从以上例子可以看到，“和化权利”随留日回国学者进入汉语法学是必然和顺理成章的，但正如日语法学中有坚持使用“汉语权利”的学者一样，清末留学归国法律学者中也有不接受“和化权利”而坚持使用“汉语权利”者，其中有著作传世的，当首推近代革命家杨廷栋。杨廷栋所著的《法律学》一书，系统地使用“汉语权利”概念，坚持“汉语权利”观念。其中有代表性的言论是：“个人对于国家，应服从国家之命令，故权利为个人所均有，权力则为国家所独有。因谓公法之关系为权力、为不平等，私法之关系为权利、为平等。”他认定权力“为国家所独有”，这就足以将自己使用的权利概念与“和化权利”区分开来了。杨廷栋也将权利区分为公权私权，但他使用的公权一词的指称范围不包括任何公共权力。^[48]

不过，“汉语权利”在清末乃至整个民国时期虽对“和化权利”有所抗争，但显然势单力薄，故整个 20 世纪上半叶，“和化权利”喧宾夺主，对“汉语权利”形成了压倒优势。

（二）清末民初汉译日语法学基础性读物展现的“和化权利”

本来，只要说明前述日语法学出版物汉译情况就可推想出“和化权利”回流汉语法学的情况，但这得靠联想，不如对早期汉译日语法学出版物的关键话语作些援引来得直观。20 世纪上半叶，在把权利划分为公权与私权的前提下，将立法权、行政权等公共权力纳入“权利”概念的外延，是“和化权利”基本特征在汉译法学基础性读物中的主要呈现形式。如汉译奥田义人的

《法学通论》写道：“权利之种类大别为二：(1)公权，(2)私权”；“公权一曰政权，二曰参政权，三曰担保权。”其中的政权包括“警察权”“裁判权”，“担保权”主要指“设官吏以保护人民”之权，即国家或地方政府的行政权力。^[49]又如，汉译织田万的《法学通论》对“和化权利”是从以下角度表述的：“从来学者，每以一切之法律上关系，概以为权利关系，如赋课征收租税、科当刑罚，皆谓为国家对于一个人所有之公权。虽然此说未当。夫国家乃为达其自立之目的，而行其正当之权力者，与一个人之行其权利者不同。”其中，赋课征收租税、科当刑罚是典型的公共权力。^[50]这样一来，“权利主体”自然也包括“公法人”，其中不仅有“都道府县市町村”，还有“国家”，它们享有对臣民征税等“公权”。织田万清楚地将公共权力归类于“权利”，同时承认“此说未当”，极可能是基于难以忘怀的“汉语权利”意识，但他当时还是坚持了这种“公权”的提法。^[51]

在那同一时期，梅谦次郎的汉译《法学通论》表述“和化权利”概念的方式不同于上述学者，但基本倾向是“权利”“权力”不分，将后者视为前者的一种存在形式。他说：“关于权利之定义，学说不一。以余所信为切当者，根于法律得使他人认自己之行为为正当之力，谓之权力。”然后，他在“权利之种类”部分写道：“权利大别为公权私权”。而公权除个人对国家之权利外还有国家以自身或一部之资格之权利也，“例如国家为公用征收。所谓公用征收之权利是非私人所有者也，有时国家以之与私人或社会，然就法理言之则不外乎国家之权利也，是以私立铁道会为公用微收者，亦由内阁为公告”。权利还包括“政权或参政权，又有学者谓之担保权”，“夫公权本为担保私权而设之权利也，无公权则私权无所保障”。^[52]次年汉译出版的梅谦次郎《法学通论》也说：“权利者，据法律得使他人认自己行为为正当之力也”；“公权者，在于国或国之一部，于其资格权利，及于国之构成之资格之权利也……如征收租税等项是也。盖征税有征税之资格，除国家与地方团体(即

地方政府——引者)之外，不能以私人资格征收之，故曰公权。又警察权为公权。”^[53]

稍晚，汉译美浓部达吉的著作从对公法与私法作比较的角度较前人更清楚地向汉语法学界展示了“和化权利”。他的相关汉译著作写道：“凡属国家之权利，无论是刑罚权、警察权、财政权或军政权，都不能说是单为着国家本身做的利益的。这种权利都带有须为着社会公共的利益而合法正当地去行使的拘束，所以同时是含有义务性的”；“公权”中“国家对人民所享有的权利，那权利背后带有国家的强制力”。在他的理论中，所有公共权力及其具体表现职权、权限等，都是权利。^[54]

(三)民国时期汉语法学对“和化权利”的全面承袭

“和化权利”挟在清末即已形成的对“汉语权利”的绝对优势，在民国时期继续高歌猛进。下面将民国所处的时期以“年代”为单位，依次展示各个年代的主流基础性法学教科书或其他有代表性法学出版物承袭自日语法学的“和化权利”概念乃至“和化权利”观念。

先看20世纪10年代进入民国后有代表性基础性法学教材展现的“和化权利”。笔者把那个年代这方面的出版物选定在朝阳大学的基础性法学教材，这在代表性方面应该没有多少争议。该讲义的撰写者夏勤、郁崑都是留日回国的民国著名法律学者。该讲义将权利划分为公权与私权，将公权分为国家之公权和人民之公权，而“国家之公权又分为立法权，行政权，司法权，及其他之命令权四种”。^[55]所以，这里的“权利”是典型的“和化权利”。

再看20世纪20年代不多的基础性法学教材和出版物中的“和化权利”。夏勤、郁崑的上述同名法学讲义在20世纪20年代后期新出了第二、三两个版本，其中“和化权利”依旧，故不再引证，仅增加另外两个有代表性的例证。一是杨广誉的《法学大纲》，该书写道：“无论国际的权，国家的权，个人的权，统统可以叫作‘权利’……说

‘权’和说‘权利’是一样的。”该学者将权利中的国家之公权认定为国家以团体资格享有的团体权,即国权,认为国权对外表现为主权,但在国内的活动,表现为“立法权”“行政权”“司法权”。^[56]二是民国著名学者、政治人物陶希圣的法学著作。陶希圣像部分此前的日语法律学者一样,将法分为公法、私法、社会法,同时将权利区分为公权、私权和社会权,在此基础上他将公权中的国家公权定位于五种国家机关权力。他写道:“法律为使个人行使其社会的经济的职能所赋与的能力,便是权利。”权利中的公权分为国家之公权与人民公权两种,“国家公权又称治权。治权有五:(a)立法权、(b)行政权、(c)司法权、(d)监察权、(e)考试权”。^[57]陶希圣讨论“权利”时所遵循的,完全是“和化权利”的原理、原则。其中,陶希圣说的“治权”,看起来是继承孙中山的学说,但归根结底是受福泽谕吉的影响。因为,正是福泽谕吉率先将“国权”划分为“政权”和“治权”,尽管孙中山对后两权的论述有自己的特点,但并未脱离福泽谕吉的两权区分框架。

20世纪30年代初的法学著作和教材比较丰富,但在所运用权利概念方面,“和化权利”对“汉语权利”的优势继续扩大,可谓占绝对优势。兹选三种有代表性的法学基础性论著或教科书的提法为例加以说明。它们都将权利分为公权与私权,第一种提法是:“公权里有国家对于人民所行使的公权,也有人民对于国家所行使的公权:前者如立法权,司法权,行政权,以及一切命令权等。”^[58]第二种提法设问,什么是权利中的公权呢?它首先是“国家对于人民之权利”,“计分立法权、行政权、司法权、考试权、监察权五种”,^[59]它们分别是当时五种国家机关的五种权力。第三种提法的载体是当时北京大学法学系的法学通论教材,其中写道:“通常分权利为公权与私权二者”,“国家及其他公共团体为其自身之存立上所有之权利,及其对于被治者之人民所有之权利”,“亦称曰国家公权;盖以此种公共团体,乃根于国家统治权而生,自亦享有公权,如组

织权、财政权、军政权、法政权及公企业权等是也”。^[60]这三种体现“和化权利”的提法,从行文到内容,都可在此前的日语法学基础性教科书或著述中找到相似文句。

到20世纪40年代,当时有影响的几种法学基础性教科书或著述,在权利概念的使用方面,都通过将各种公共权力纳入“权利”中国家之公权的范围而基本完成了“和化权利”在汉语法学中的全覆盖。这里不妨简单明了地列举这些教科书或著述的作者(或编写者)具体表述“和化权利”的方式。何任清将权利分为“国家的基本权利”和其他权利,而前者又分为对外对内两个方面,对内方面包括决定政体和自身的宪法的自主权、刑事立法权、刑事司法权、民事立法权和民事司法权。概言之,“国家之公权,计分立法、司法、行政等权”。^[61]欧阳谿对“权利”中公权的定位是:“公权者,公法上之权利也”;“国家对于人民之权利,是为国家之公权”;“国家之公权,计分立法权、行政权、司法权、考试权、监察权五种”。^[62]夏勤仍将其“权利”中公权之一定位于“国家之公权”,而“国家之公权,又分为立法权、行政权、司法权。在吾国更有监察及考试两权,统名为治权,由政府行使之”。^[63]朱祖贻是笔者能看到的民国时期最后一种《法学通论》的编撰者,他在此书中一如既往地“权利”中“国家以及国家以外的公共团体所享有的权利,都称之为国家公权如组织权、财政权、军政权等”。^[64]

从1900年算起的半个世纪中,“和化权利”全面返流汉语法学,以压倒性优势将“汉语权利”从总体上排挤出了汉语法学。大量法学基础性出版物显示,在这半个世纪里,最初还能见到“汉语权利”的坚守和对“和化权利”的强有力抵制。后来坚守“汉语权利”、抵制“和化权利”的声音虽未绝迹,但却明显愈来愈低微,以致今天或许只能设置研究专题去搜寻,才能找到一些。

如果“汉语权利”在科学性、合理性方面真的比不上“和化权利”,那么,“和化权利”覆盖、取代或基本覆盖、基本取代“汉语权利”,应该是

值得肯定的进步,并不值得惋惜。但是,以多方面标准衡量,真实的情况完全不是这样,这就使得问题复杂起来。对此,我们在总结部分接着讨论。

四、当代汉语法学沿用“和化权利”的情况^[65]

从20世纪50年代初俄译法学教科书可以看到,俄语法学似乎也使用外延包括各种公共权力的“权利”一词。但综合地看,俄语法学并未像“和化权利”那样有贯穿整个话语体系且基本协调一致的外延包括各种公共权力的“权利”一词,往往主要限于论述“法律关系”时才采用这种指称范围包括一些公共权力的“权利”概念。这很可能与日语法学和俄语法学在根子上同受法语法学的“法律关系”概念的影响有关。^[66]

以笔者的阅读所见,当代汉语法学沿用“和化权利”,是从20世纪80年代后期开始的。当时我国高等法学教育恢复不久,法学教学和研究都面临没有专业化的法的一般理论可用的局面,前者对后者处于渴求状态。当时身处我国法学重镇的著名法学家张光博教授等学者在法的一般理论方面发表了系列论著,其核心范畴和基础性命题都围绕着权利或权利义务。从张教授等学者受法学教育的背景、阅历看,此前和当时他们在专业方面所能阅读到的,必然主要只能是20世纪上半叶在“和化权利”主导下形成的法学基础性教科书和论著,包括汉译日语的和本土编撰出版的。所以,张教授他们接受的权利、权利义务概念和观念,几乎没有可能不是或主要不是“和化权利”“和化权利义务”,尽管他们自己没有明说。但是,无论如何,这种与清末、民国时期“和化权利”“和化权利义务”完全相同的基本范畴、核心范畴一定是有来源的,不可能是他们凭空想象出来后碰巧与“和化权利”“和化权利义务”发生了“撞车”。

实际上,20世纪八九十年代张光博教授他们的著述所传承的是很标准的“和化权利”,因为,从他们使用的“权利”中几乎看不到“汉语权利”的影子,都是清清楚楚地将各种公共权力都

包括在其外延覆盖范围内的“和化权利”。相关论著在基础性概念运用方面的明显特点是无权力概念。具体地说,这些论著中有时也出现权力二字,但为了维持指称范围包括公共权力的“权利”一词的核心范畴地位,作者通常会采用几个技术性措施:(1)尽可能隐蔽地将宪法规定的“一切权力”及其具体存在形式“职权”“权限”等都表述为“权利”或其构成因素,避免直接将立法权、行政权、审判权、检察权等纳入“权利”一词的指称范围,以免与当时我国法律体系中规定的“权利”明显抵触;(2)不将我国1982年宪法和此前几部宪法中规定的、地位极其重要的“权力”作为法学概念对待,同时把1949年以来历部宪法规定的“中华人民共和国的一切权力”及其具体存在形式,^[67]如1982年宪法第三章规定的各级各类国家机关的“职权”“权限”,都曲解进和化的“权利”的指称范围。所以,这些论著即使用到“权力”一词,也不对“权力”的指称范围或内容作哪怕一两句话的说明;(3)虽然讨论的是法的一般理论,但只在一般意义上使用权利一词,不在一般意义上用权力一词,实在不得不提到权力时就用复合名词代之,如“国家权力”。但是,就实际情况而言,“权力”在我国法律体系中实际上是常在一般意义上使用的、平行于“权利”的名词,如我国现行《宪法》第2条规定的“中华人民共和国的一切权力属于人民”,《立法法》第12条规定的“被授权机关应当严格按照授权决定行使被授予的权力”。

这里只能援引少量文字,来展示张教授等学者的著述从宏观到微观都继受“和化权利”的具体做法。张教授在法的一般理论方面的代表作是《法论》,其中他写道:“凡诸有关法的问题莫不围绕法定权利义务及其界限这个中轴进行旋转,法与其他社会现象以至于自然现象的联系,也都是通过法定权利义务及其界限在起作用。”据此他认为,法学的核心任务就是“为社会主义国家提供每一个时期法定权利义务界限的最佳方案”;法律学者“只有深入到作为统治阶级意

志的具体化的法的规范所确定的权利义务及这种权利和义务的界限中去,才能真正了解法的本质和规律,才能认识清楚法的作用和法的社会价值”。以上述认识为基础,他提出,“法是由统治阶级的物质生活条件所决定的,由国家制定或认可并强制保证执行的,反映统治阶级意志的人们行为规则,亦即人们法定权利义务的总和。”^[68]因此,所有这些涉及法的根本的论述中使用的“权利”“权利义务”,都是和化的权利、权利义务。如果将其中的“权利”理解为“汉语权利”,那就势必将他的论述完全限制在民商法学领域,而这显然不是该书作者的本意。

由于使用的是“和化权利”,所以,无论中外,不仅民商法的权利,还有宪法和所有公法中的一切权力及其具体存在形式“职权”“权限”等在张教授等学者的论著中都成了“权利”。正是从“和化权利”角度看,可以说“资本主义国家的法的一些主要部门:宪法、行政法、民法、经济法、刑法、诉讼法以及国际法等”,“反映了由一组法的规范所体现的法定权利义务的特殊性”;中国也一样,“在宪法的统率下,行政法、民法、刑法和诉讼法,每个法的部门都分别确定一组人们的法定权利义务,并有机地结合在一起而形成整个社会的法定权利义务体系,亦即法的体系”。^[69]在“和化权利”主导的话语体系概念中,法律体系就是权利义务体系,“任何法的部门都是将一定范围的社会关系固定化,使之上升为法的关系,化为人们之间的法定权利和义务”。从“和化权利”角度看,“法学研究对象所具有的矛盾的特殊性应该是法定的权利和义务。这是法的核心问题,也是法学的一对基本范畴”。^[70]但法学到底是研究什么的学问呢?答案是“不宜于把法学称为权利之学”,“还是称法学是权利义务之学恰当一些”。^[71]其实,只要“权利”是“和化权利”,日语法学历史上开启的那些讨论,不论是法学定位于权利之学、权利义务之学,权利本位还是义务本位,都是一回事,且都是日语法学开创的论题。如果从“汉语权利”的角度看,所有

这些都只不过是民商法学范围的话题。

让人迄今难以理解的是,按学术常规,张教授等学者应该对他们在专业上如此器重的“权利义务”或“权利”概念的来源作些考察,注明这些概念和相关基础性命题的出处。但可惜他们没有这样做,而是始终把和化后的“权利”和以其为重心的“权利义务”作为合理性不证自明、能够为改革开放新时期所用的法学核心范畴、基本范畴。其实,张先生他们非常清楚:“现在我们所使用的权利和义务这两个词都是从外国引进来的”,^[72]而且是清末引进的;那种和化的权利、和化的权利义务和相关基础性命题,在清末、民国时期的各种法学基础性教科书里俯拾皆是;和化的权利、权利义务与1949年以降的中国宪法、法律使用的“权利”“权利义务”完全是两回事。可惜张先生他们的著述都没有交代对于汉语法学术来说至关重要的这些背景资料 and 情况。按理,对这类纯学术概念和相关基础性命题,我们承认来自汉译日语语法学教材和民国法学基础性教科书没有什么不可以,加以改造利用很正常,而且按学术规范是不能回避、不能不说明来源的。

在很有必要对上述和化的权利、权利义务概念的起源、含义,它们与“汉语权利”、权力的联系和区别及相关基础性命题做深入研究的时候,一些当时有志于推进基础性法学进步的法理学者于1988年夏在长春召开了“法学基本范畴研讨会”。这次研讨会若主要研究讨论以上问题当善莫大焉,但可惜研讨会在以上需要研究的问题上着力甚少,而是很快重新肯定了“和化权利”,回避了“汉语权利”以及“汉语权利”与权力的区别、联系和它们的相互关系等基础性课题。在和化的“权利”概念基础上,研讨会“达成了‘法学应该是权利之学’‘以权利义务为基本范畴对法学进行重构’等共识”,以及推进“权利本位的理论”、形成“中国权利学派”的意向。^[73]在35年之后的今天回头看这次研讨会,评价自然见仁见智,但笔者感到,这次研讨会在学术上的实际作用,是将“和化权利”或和化的权利义务作为当

代汉语法学的核心范畴、基本范畴固定了下来。而实际上,承继自 20 世纪上半叶和化的权利、权利义务概念,与当代中国以宪法为核心的法律体系规定的各种权利、权利义务,根本不是一码事。例如,就“权利”而言,和化的“权利”与当代中国法律体系确认的“权利”之间从历史和现实看都没有对应性。“和化权利”不是基于后者概括、抽象出来的,也不能用以指称包括中国在内的任何国家宪法、法律中规定的权力或公共权力。所以,“和化权利”在当代中国只有汉语名词“权利”之形而无“汉语权利”之实。因为,不论从“权利”一词起源于汉语时的初始含义看,还是从现代汉语、中国法律体系看,都不存在这种包括各种公共权力的“权利”概念。由于这个原因,我国学者结合中国法律生活实际做任何法学问题研究的时候,都用不上这种“权利”概念。

但不无遗憾的是,上述完成和化过程逾百年的“权利”和以其为重心的“权利义务”,虽然与当代中国法律体系和法律实践中所使用的权利一词完全脱节,但它数十年来一直停留在我国绝大多数法的一般理论教科书中,被当作成熟的、核心的基础性理论要素向法科学生讲授。下面不妨跳过一些中间环节,直接看看 21 世纪两种法理学教科书中的“和化权利”“和化权利义务”。今天讨论这个问题,纯粹是为了发现问题,改进基础性法学教学和研究,推动法学基础性理论要素的现代化,并促使它们尽可能贴近当今中国法律体系、执政党权威性文献和现代汉语。

先看 21 世纪第一个十年中出版的一本使用范围很广的有代表性的法理学教材。这部教材像前面讨论过的《法论》一样,全书没有“汉语权利”,没有把“权力”放在法学概念位置,而是把各种公共权力都放在“权利”一词的指称范围内,全面贯彻了“和化权利”概念、“和化权利”理念。这部法理学教科书的所有基础性概念和基础性命题,都建立在和化的“权利”概念基础上。如关于什么是法和法的作用,书中写道:“法是规定权利和义务的社会规范。法是通过规定人们

的权利和义务,以权利和义务为机制,影响人们的行为动机,指引人们的行为,调整社会关系的”,“法律规则是规定法律上的权利、义务、责任的准则、标准,或是赋予某种事实状态以法律意义的指示、规定”。这里,法律规定的国家机关与个人之间的权力—权利关系,各级各类国家机关之间权力—权力关系中的权力(通常具体表现为“职权”“权限”“公权力”),都基于编者的“和化权利”概念、“和化权利”观念被扭曲成了“权利”。又如,关于法的作用,该教科书写道:“法是以权利和义务为机制调整人的行为和社会关系的。权利和义务贯穿于法律现象逻辑联系的各个环节、法律的一切部门和法律运行的全部过程”;“权利和义务贯穿于法的一切部门”。这显然都是基于“和化权利”而非“汉语权利”和我国宪法、法律的说法。按这种说法,我国各级各类国家机关等公共组织掌握的都是“权利”,不在宪法规定的“一切权力”的范围内,各种国家机关组织法中的法关系主体行使的公共权力都成了“权利”。

又如,根据我国宪法,在国内法意义上我国国家机关并不是也不能充任“权利”主体,只能充任国家的“一切权力”及其具体表现形式“职权”“权限”“公权力”等的主体。宪法和宪法相关法明确规定了我国各级各类国家机关的权力(“职权”“权限”“公权力”)的具体范围,其中不包含任何“权利”。所以,此书大量基于“和化权利”的说法实际上都是明显没有法律根据的,严格地说都是按和化的“权利”标准“修改”宪法、法律的具体规定后形成的错误说法。该教材写道,“国家权利是国家作为法律关系的主体以国家或社会的名义所享有的各种权利,如对财产的所有权、审判权、检察权、外交权等”。这里,对“国家权利”的解说是背离我国宪法的。同样,下面的论说也是以和化的“权利”概念吸纳我国宪法、法律相关条款中的权力内容后的说法:“法律关系不同于一般的社会关系,而是法所构建或调整的、以权利与义务为内容的社会关系”;“法律关系的主体是指在法律关系中享有权利和履

行义务的个人或组织。”

再看 21 世纪第二个十年中出版的一本有代表性的法理学教科书,这本书也没有使用“汉语权利”,它在一般意义上使用了“权力”一词,但仍没有将“权力”放在法学概念的位置。这部教科书的核心范畴仍然是指称范围包括各种公共权力的“和化权利”。关于什么是法、法的作用和法律规则,它写道:“法是通过规定人们的权利和义务,以权利和义务为机制,影响人们的行为动机,指引人们的行为,调节社会关系的。法所规定的权利和义务不仅指个人、组织(法人)及国家(作为普通法律主体)的权利和义务,而且包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行使的职权和职责”;法律规则“是指具体规定权利和义务以及具体法律后果的准则”。可见,在对这些基础性问题的认识和解说上,编者使用的都是指称范围包括各种公共权力的“和化权利”,而不是基于我国法律体系和现代汉语的权利概念。又如,对于法律关系,它写道:“法律关系是根据法律规范产生、以主体之间的权利与义务关系的形式表现出来的特殊的社会关系”;为了照顾“和化权利”、避免与“汉语权利”形成明显冲突,此教材讲述法律关系的所有举例都局限在私法领域,而唯一的公法(税法)方面的例子是不合格的,因为,其中“征税机关有权对他征税”那句话中的“权”按我国宪法和现代汉语标准属于权力而非“权利”,不能作为汉语“权利义务”的表现形式看待。^[74]如果一定要放入“权利义务”表达框架,那就只能是钻进和化的“权利义务”里了。

该教科书还写道:“法律关系是权利和义务的一种关联形式,权利和义务是法律关系的内容”;“权利和义务这一对范畴在不同领域有不同含义,既有法律意义上的权利和义务,也有道德意义、社会学意义上的权利和义务”;“任何法律上的权利和义务必须是法律规范所规定的,得到国家的确认和保证,权利人享受权利依赖于义务人承担义务”。^[75]这些语句中,我国宪法规定的“中华人民共和国的一切权力”、法律规定的

“权力”“公权力”和现代汉语中的权力都被解释成了“权利”,即包括各种公共权力的和化的“权利”,权力的主体国家机关也成了和化的“权利人”。而且,现代汉语中的“权”这个名词(权=法的权利+法的权力+道德意义上的权利、权力)也被按和化标准解说成了“权利”。从这些例子,我们可以清楚地看到,使用清末民国时期流入汉语法学的和化“权利”一词解说我国宪法、法律,必然会严重曲解我国宪法、法律。

当然,我们也应该看到,“和化权利”在当今汉语法学的的影响力主要限于相当大一部分法学基础理论教科书,对法学研究的影响力已日渐式微。因为,“和化权利”与现行中国法律体系、现代汉语错位严重,一旦进入具体法律问题的研究领域,它就明显无法适应。不过,研究部门法学问题时,有学者为了显示所论有理论根据,而强行对接法理学教材中的和化“权利义务”的情况也不时有之。但是,在这种情况下,研究者势必超逻辑超学术地将权力及其具体存在形式扭曲为“权利”,会显得不自然,同时也必然有违宪法关于“一切权力”的规定和现代汉语的表达习惯。^[76]好在这种情况下这些年在日益减少。

五、回归“汉语权利”,吸纳“和化权利”

“汉语权利”与“和化权利”,实际上是都使用“权利”这个汉字名词作载体的两个完全不同的法学概念。汉语的“权利”、和化的“权利”都是法学家认识相应法现象的产物,其本身都有正当性和合理性,需要讨论和比较的,只是合理性的多少和是否能够契合当代中国的基本情况。从法学角度看,中国的基本情况主要指以宪法为根本的法律体系、相应的法律实践以及现代汉语。

对于当代汉语法学来说,“汉语权利”的基本特点和优势十分明显。“汉语权利”的基本特点,在于专一指称生成自个人(自然人、法人)所有之财产、体现个人利益的法中之权,^[77]不包括任何法律意义上的公共权力。这个特点为在法现象层面严格区分权利、权力奠定了学理基础,

也为揭示权利、权力在根本上是一个统一体或共同体创造了逻辑前提。其中,“在根本上是一个统一体”是指,权利和权力都是法承认和保护的利益,都生成自归属已定的财产,两者在这种利益、财产层面是无差别的存在。汉语“权利”一词的法学优势在于:(1)它是历史上在中国本土首创的,符合汉语传统,并已融入现代汉语,属于标准的汉语表意单位;(2)它的指称范围不包括任何公共权力,这点不仅不同于和化的“权利”,也不同于在当今外语法学中最有影响,但与公共权力仍然在一定程度上纠缠不清的西语法学的对应名词,如英语的“right”,因而已成为汉语法学拥有的少数几个民族的、本土的法学基础性概念之一;(3)它抽象自当代中国以宪法为根本的法律体系、法律实践记载和确认的个人的权利、自由、个人正当特权、个人豁免,与现行法律体系、法律实践十分契合;(4)它与执政党的党章、全国代表大会报告、决议等公共权威文献高度契合。

从汉语法学的角度看,“和化权利”也有自身的特点和优势,但总体说来它完全不适用于当代中国法学。和化的“权利”概念将自身的指称范围设定于法律上的各种个人权利和各种公共权力,从法学角度反映了这样一种独到、有价值但却是朦胧的认识倾向:权利、权力是一个共同体或统一体。其中独到和有价值的方面,在于反映了一种将权利、权力两者看作相互连接的有特殊紧密关系的法律实体的认识,后起的汉语实践法学的法权说也肯定了这种认识的客观性。但之所以说这种认识是“朦胧的”,原因在于它不是以清楚区分汉语意义上的权利、权力现象并先从它们中分别抽象出权利、权力概念,再从权利、权力概念中抽象出上位概念的合理逻辑方法形成的。其中尤其不合理的是,一方面,它选用了两种被抽象对象之一(“汉语权利”)的称谓为自己的称谓;另一方面,它超逻辑地将各种公共权力强行纳入自己的指称范围,使得公共权力不能形成进入法学思维的必要形式,即妨碍“权力”成为法学概念和发挥正常学理功能。

再说,即使本文抛开在以上理论、逻辑方面的致命缺憾不谈,和化的“权利”也因为以下很现实的原因而不可能继续充任当代汉语法学的基本范畴,尤其是在它扎根甚深的基础性法学教科书体系里:(1)和化的“权利”实际上是采用了“权利”这一汉字名词,由特殊路径形成的和制汉语,是日语,不是汉语。它不可能自然融入汉语,且历经一百多年也确实没有融入现代汉语。它进入汉语法学时原本应该经历一个翻译过程,关键是应该采用“权利”之外的汉字意译日制“权利”二字,以避免对汉语法学原有的“权利”一词构成冲击,造成语义混淆。今天回头看,那时如果意译,采用法权一词可堪当此任。(2)和化的“权利”概念不是抽象自当代中国的法律体系,与中国现行宪法、各种法律和各层次法规规范性文件的用语完全脱节,与中国法律制度、法律实践完全不接轨。它也不是当代中国经济社会文化生活中正常使用的名词、术语。(3)和化的“权利”概念与中国共产党的党章、全国代表大会报告、决议等公共权威文献的用语完全脱节,或者说不兼容、不契合,今后也不可能变得与之兼容、契合。

还要看到,和化的“权利”“权利义务”和“公权”“私权”等配套概念与20世纪中叶前日本、中国的法律体系基本可兼容,但与当代日本和中国的法律体系都已不能再兼容。日本《明治宪法》、1949年前中国的宪法(包括临时宪法)中,都没有“权力”一词,但1946年通过的日本宪法和1949年后的中国历部宪法中,都不仅直接使用了“权力”一词,而且该名词处于极其重要的位置。日本现行宪法序言明确规定:“国政源于国民的严肃信托,其权威来自国民,其权力由国民的代表行使,其福利由国民享受。”“凡与此相反的一切宪法、法令和诏敕,我们均将排除之。”^[78]可见,“权力”成了日本宪法最根本原则的重要构成要素。中国1954年宪法以来的每一部宪法的第2条都是:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”“权力”也进入了中国宪法的基础

本原则之中。在两国宪法的上述“权力”条款下,任何公共权力,不论是职权、权限、公权力还是其他的名目,都在宪法“权力”一词的覆盖范围内。因此,法学上概括各种公共权力的最佳概念,只能是“权力”,若将它们放入清末民国时期引入的和化的“权利”,不仅让人莫名其妙,也不符合宪法的规定和精神。

由于和化的“权利”“权利义务”与本国法律体系已明显无法兼容,当代日语法学事实上早已基本放弃了这些概念。这方面较明显的例证,是20世纪60年代以来出版的各种日语法学入门型教科书中已很难再寻觅到它们的踪影,“权利”明显出现了向“汉语权利”折返的倾向。^[79]反观自20世纪末以来的当代汉语法学,且不说“和化权利”难以进入的研究领域,即使是在“和化权利”的大本营即各种法学入门型教科书体现的教学领域,也出现了舍弃和化的权利、义务和配套话语,回归“汉语权利”的倾向。^[80]只是,这个过程尚处于开始阶段,有待继续推进。

到了21世纪,汉语法学迫切需要民族的、立足当代世界特别是当代中国法律体系的和面向未来的话语体系。创建这种话语体系要求在学术上确立一个坚实的基础,那就是形成符合上述要求的法学基本范畴群。作为一种尝试,笔者从法律实践角度提出和论证了“5+1+1”(权利、权力、法权、剩余权、权;义务;法)基本范畴体系的构想。^[81]这个可称为实践法学基本范畴群的理论框架,在技术上是和化的“权利”回归“汉语权利”、权利与权力相区分为前提和基础构建起来的,它本身能够吸纳“和化权利”及其配套概念。“和化权利”不是一个孤立的“权利”概念,在汉语实践法学看来,它置身于其中的是这样一个话语系列:(1)和化广义“权利”,指称范围等于“法的权利+法的权力+法外之权”;(2)和化的“权利”本身,指称范围等于“法的权利+法的权力”;(3)和化的“权利”中包含的法的权利,即“汉语权利”;(4)和化的“权利”中包含的公共权力,即“权力”;(5)和化广义“权利”中的“道德权

利”和“道德权力”,即“剩余权”。间接地看,还有与它们一一相对应的义务。

本着“洋为中用”的原则,以“汉语权利”和中国法律体系为基准,用“5+1+1”基本范畴体系可轻松而自然地吸纳、替代“和化权利”,以及与其紧密相关的表达。可替代、接纳的具体理由和做法如下:(1)和化广义“权利”=权,此后直接称之为权就可以了。很多法学教材论及的广义“权利”,实际上是对汉语和中国当代法律体系中“权”这个名词的和化解说,是对权这个单汉字名词比照“和化权利”做的发挥。(2)和化的“权利”=法权。和化的“权利”实际上只是对进入法中之权(包括汉语的“权利”和权力)做的和化解读。这种解读使“汉语权利”发生了异化、名与实脱节,但启用法权一词既能促使“权利”一词回归“汉语权利”,又使得“和化权利”指称的权利权力共同体有了自己专属的名称,融入了“法权”已有的概念。(3)和化的“权利”中源于个人财产、体现个人利益的部分=“汉语权利”,即指称范围不包括任何公共权力的汉语法学的“权利”一词。在汉语法学中明确“权利”的这层含义,实即扬弃“和化权利”,回归“汉语权利”。(4)“和化权利”中源于公共财产、体现公共利益的部分=权力。权力是以“和化权利”为核心的话语体系逻辑上无法包容、客观上也有的概念,故确立“权力”是汉语法学相对于传统日语法学的概念创新。(5)和化广义“权利”中的法外部分=剩余权。“剩余权”的提法是与“法权”对应的名词,可指称基于法外规则的各种权利和权力,包括现有的“道德权利”“道德权力”。(6)随上述认识可相应改变对和化的“义务”的理解和表达。例如,基于对“汉语权利”的认同,必然导致对与“和化权利”相对应的义务作重新区分。(7)对于作为被定义项的法(或)法律,只要相应地调整定义项关键词就可以了,如将定义项关键词从“权利义务”调整为“法权”或“法权义务”。

以上构想实际上是一个以当代中国法律体

系、现代汉语为基础的汉语实践法学基本范畴群吸纳和替换以和化“权利”为核心的若干基本范畴,形成民族的、现代的和面向未来的汉语法学话语体系,尤其是其中基础性法学教学话语体系的方案。该方案依托本土法制和人文资源,能很自然地吸纳“和化权利”的合理成分,应该可以成为汉语法学话语体系从20世纪向21世纪转型升级、更新换代的选项之一。这是实现法学话语体系从以“和化权利”为核心到以法权或其他本土化概念为中心的重大学术变革。

在推进上述变革的过程中,“汉语权利”变异为“和化权利”、“和化权利”返流汉语法学并向“汉语权利”回归的漫长历程给我们提供了不少启示,其中最重要的一个是:法学话语体系的得失,关键在于形成少数几个相互关联的单纯型名词作为构成法学话语有机体的细胞。自然科学和社会科学在最根本的意义上是相通的。这里不妨借助生物学常识来理解法学话语创新在基本构成单元方面的要求和限制。基因存在于细胞中,是承载生命体全部遗传信息的DNA片段,其最基本的特征:一是能忠实复制自己、保持自己所属品种的基本特征,二是在繁衍过程中能够突变或变异,突变或变异的结果当然还是保存在改变后的细胞的DNA片段中。这个道理给法学基础性研究的应有启示是:要么“发现”新的法律实体或法学实体,形成新概念或新范畴,要么基于法律生活实践实现“基因”突变或变异(应该也包括将已经发生突变或变异的基因逆转回原型)改造原有的某个概念或范畴;无论如何,创新只能以在单个概念内形成新“基因”为根据;各种单个概念、范畴的互动如果不能形成包含新“基因”并保存在其中的新概念、新范畴,就不会在实质意义上产生新概念、新范畴。

列宁对概念很有研究,他的论述显示,能记录、存储实质性创新信息的只能是独立单一概念或范畴,不可能是概念组合或范畴组合。列宁援引黑格尔关于概念、范畴体系的话语时的总结也很有道理:“‘在这面网上,到处有牢固的纽结,

这些纽结是它的’(精神或主体的)‘生活和意识的据点和定向点’”。他设问:“如何理解这一点呢?”他接着自答道:“在人面前是自然现象之网。本能的人,即野蛮人,没有把自己同自然界区分开来。自觉的人则区分开来了,范畴是区分过程中的梯级,即认识世界的过程中的梯级,是帮助我们认识和掌握自然现象之网的网上纽结。”^[82]这就是说,“自然现象”只能一个个地“认识和掌握”,不可能超越对“自然现象”个体的新认识而同时完成对一串(不论长短)“自然现象”的新认识并把新认识记载在一串概念中;既有的概念、范畴的串联不可能取代单个的概念、范畴创新;“生活和意识的据点和定向点”归根结底只能是个体概念、范畴。

或许会有读者认为以上是类似经院哲学的问题,应该说,完全不是如此。这里讨论的是形成当代汉语法学话语体系的技术路线。只有合理地把创新对象确定为单一细胞型个体名词、概念,而不是复合型名词、概念,才能避免常见的投机取巧甚至以假乱真,如用巧立名目随时推出的漂亮口号、时髦标语取代实实在在的法学新话语体系建设。在这方面,应正视法学话语体系的核心范畴通常高度稳定的特性,而复合概念、复合范畴在性质上往往属于随国内外情势变化而变化的标语口号。在汉语法学教学话语体系方面,从清未经民国时期到20世纪下半叶,再到21世纪20年代,其核心范畴“权利义务”或“权利”一直没有变。这个事实固然表明当今汉语法学话语体系的落伍程度,但同时也再好不过地说明了法学话语体系核心范畴的高度稳定性和适应弹性,表明形成新的基本范畴面临巨大困难。“权利”这个诞生在19世纪60年代的汉语名词从汉语的“权利”概念变异为和化的“权利”概念,近数十年又向汉语的“权利”概念回归的历史,以及和化的“权利”与汉语法学中“法权”的相互认同、归一,这些影响法学全局的变化都是、也只能是在单纯型概念的内部完成,就像生物实质性的改变只能在细胞内基因水平上完成一样的道理。

明白以上道理,当代汉语法学在其话语体系创新的过程中或许能少走些弯路。

(笔者用和文汉读法无法理解日语法学文献一些关键部分时,多次得到江利红教授的帮助,特此致谢。)

注释:

[1]李玉麟:《回归中国的和制汉语词汇》,《北京第二外国语学院学报》1997年第1期。

[2]恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,《马克思恩格斯选集》第4卷,北京:人民出版社,2012年,第187、188页。

[3]童之伟:《“权”字向中文法学基础性范畴的跨越》,《法学》2021年第11期。

[4][美]吴尔奎:《公法便览》,[美]丁魁良译,北京同文馆1877年刊印本之影印本,见丁魁良在“自序”之外所写“凡例”,第2页。

[5]惠顿(ホイーントン):《万国公法》(6卷),丁魁良:《ほか漢訳》,開成所翻刻[西周訓点],京都大学附属図書館影印本,1865年。使用“权利”一词的次数系做文本转换后电脑统计的结果,显示次数为83次。

[6]加藤弘藏:《立憲政體略》,東京:谷山樓,眾議院図書館影印本,1868年,第10-11頁;津田真一郎(又名津田真道):《泰西國法論》卷一,東京:東京開成所,1868年,第2b、20a、20b頁。

[7]《荀子·君道》,蔡尚思主编:《诸子百家精华》(上),长沙:湖南教育出版社,1992年,第80页。

[8]辞海编辑委员会:《辞海》,上海:上海辞书出版社,2019年,第3571页。

[9]在现代汉语中,当人们将“人民”作国民全体理解时或与“敌人”相对称确认“人民权利”时,这种本源性权利在理论上是可以包括公共权力的,但罕见使用。

[10]依次见《中国共产党第二十次全国代表大会文件汇编》,北京:人民出版社,2022年,第35、54、101页。

[11]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/zt/qt/sb-jzsqh/2014-10/29/content_1883449_2.htm。

[12]童之伟:《权利率、权力率与法权曲线:以拉弗曲线为起点的法理探索》,《法学评论》2023年第5期。

[13]屈文生:《和制汉语法律新名词在近代中国的翻译与传播——以清末民初若干法律辞书收录的词条为例》,《学术研究》2012年第11期。

[14]加藤弘藏:《立憲政體略》,東京:谷山樓,眾議院図書館影印本,1868年,第25-27頁。

[15]加藤弘之:《國體新論》,東京:稻田佐兵衛,国立国会図書館影印本,1875年,第1-31頁。

[16]加藤弘之:《人權新說》,東京:山城屋佐兵衛,国立国会図書館影印本,1882年,第63-75頁。

[17]福沢諭吉:《分權論》,東京:慶應義塾出版社,国立国会図書館影印本,1877年,第1-111頁,重点参照第18、43、58-59、92頁。

[18]福沢諭吉:《通俗民權論》,東京:慶應義塾出版社,国立国会図書館影印本,1878年,第3、6頁,总体参照第1-117頁。

[19]福沢諭吉:《通俗國權論》,東京:慶應義塾出版社,国立国会図書館影印本,1878年,第10-12頁。

[20][21]牧兎馬太郎:《法学通論》,東京:博文館,国立国会図書館影印本,1889年,第70、67-245頁。

[22][30]織田萬:《法學通論》,東京:有斐閣,国立国会図書館影印本,1902年,第147、190、152-153、174-175頁。其引文参照了该书商务印书馆1913年汉语版刘崇佑译本的对立文字。

[23][36]飯島喬平:《法學通論》,東京:早稻田大學出版部,国立国会図書館影印本,1905年,第194、203-204頁。

[24]織田萬:《法學通論》,東京:和弘法律學校,国立国会図書館影印本,1894年,第102-109頁。

[25]織田萬:《日本行政法論》,東京:六石書房,国立国会図書館影印本,1895年,第152-176頁。

[26]磯谷幸次郎:《法学通論》,東京:日本法律學校編輯部,国立国会図書館影印本,1896年,第78-92、95-107頁。

[27]富井政章:《法学綱論》上卷,東京:時習社,国立国会図書館影印本,1887年,第51-67頁。

[28][29]岡村司:《法學通論》,東京:和佛法律學校明法堂,国立国会図書館影印本,1899年,第253-254、362-393頁。

[31]分别参照織田萬:《法學通論》,東京:寶文館,国立国会図書館影印本,1908年,第129-135頁;国立国会図書館影印本,1917年,第135-143頁。

[32]鶴沢總明:《法學通論》,東京:明治法律學校講法會,国立国会図書館影印本,1903年,第247-291頁。

[33]平島及平:《法學通論》,東京:泰東同文局,国立国会図書館影印本,1907年,第54-55、56頁。

[34]岡田朝太郎:《法學通論》五版,東京:中外印刷工業,国立国会図書館影印本,1919年,第33-40、45頁。

[35]岸本辰雄:《法學通論》,東京:明治法律學校講法會,国立国会図書館影印本,1890年,第190-270頁;《法學通論》,東京:明治大學出版部,国立国会図書館影印本,1907年,第190-263頁。

[37][38]奥田義人:《法學通論》,東京:東京法學院大學,国立国会図書館影印本,1905年,第329-337、538-714頁。

[39]梅謙次郎:《法学通論》,東京:法政大學發行,最高裁判所図書館影印本,1909年,第166-169頁。

[40]中村進午:《法学通論》,東京:巖松堂書店,国立国会図書館影印本,1913年,第176-177頁。

[41][42]《美濃部達吉論文集》第4卷(公法と私法),東京:日本評論社,国立国会図書館影印本,1935年,第109、115、116、117頁。此处参照了商务印书馆1941年汉语版冯黄明译本的对立文字。

[43]周棉、王荣国:《清末新政与留日大潮的涌起》,《江海学刊》2014年第5期。

[44]程波:《中国近代法理学(1895—1949)》,北京:商务印书馆,2012年,第17—20页。

[45]戴翼翬、章宗祥、马岛渡、宫地贯道编译:《新编法学通论》,上海:上海作新社,1903年,第45、56页。该书正文完整,封面缺失,但目录后正文第1页上书名和四位作者署名清晰。关于此书出版机构和出版时间的考证,参见范铁权、孔祥吉:《革命党人戴翼翬重要史实述考》,《历史研究》2013年第5期;陈灵海:《攻法子与“法系”概念输入中国——近代法学史上的里程碑事件》,《清华法学》2017年第6期。

[46]戴翼翬、章宗祥、马岛渡、宫地贯道编译:《新编法学通论》,上海:上海作新社,1903年,第64、77页。

[47]孟森:《新编法学通论》,上海:商务印书馆,1910年。见《孟森政法著译辑刊》(中),北京:中华书局,2008年,第436、437—438页。

[48]杨廷栋:《法律学》,上海:中国图书公司,1908年,直接引语见第9页,其他参见第49—78页。

[49][日]奥田义人等:《法学通论》,张知本编辑,东京:湖北法政编辑社,1905年,第92—94、88—100页。

[50][日]织田万:《法学通论》,刘崇佑译,上海:商务印书馆,1913年,第129、133—134页。

[51][日]织田万:《法学概论》,刘崇佑译,上海:商务印书馆,1913年,第152—154页。

[52][日]梅谦次郎:《法学通论》,陈敬第编辑,天津:丙午社,1912年,第105、112—113页。

[53][日]梅谦次郎等:《法学通论》,胡挹琪编,长沙:集成书社,1913年,第112、117页。

[54][日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,上海:商务印书馆,1941年,目次第2—5页,正文第109—124页。

[55]夏勤、郁焱编纂:《法学通论——朝阳大学法律科讲义》,北京:朝阳大学出版社,1919年,第3—4、12—13、87页。

[56]杨广誉:《法学大纲》,北京:北京颀华书局,1924年,第144、147、150—157页。

[57]陶希圣:《法律学之基础知识》,上海:新生命书局,1929年,第118页。

[58]朱采真:《现代法学通论》,上海:世界书局,1931年,第123、127页。

[59]欧阳谿:《法学通论》,上海:上海法学编译社,1933年,见中国方正出版社2004年勘校版,第163—164页。

[60]李景禧、刘子崧:《法学通论》,上海:商务印书馆,1935年第2版,第225、226页。

[61]何任清:《法学通论》,上海:商务印书馆,1946年,第105—106、122—123页。

[62]欧阳谿:《法学通论》,上海:上海会文堂新记书局,1947年,第246—247页。

[63]夏勤:《法学通论》,南京:正中书局,1946年;《夏勤法学文集》,程波等点校,北京:法律出版社,2015年,第160页。

[64]朱祖贻:《法学通论》,南京:正中书局,1948年,第55、56页。

[65]用“中国法学”指称我国21世纪的法学是可以的,但指称1949年以来中国大陆的法学还是用汉语法学合适些。当代汉语法学指1949年以来中国大陆的法学。

[66]对于日语法学从法语法学翻译引进的“法律关系”概念,梅谦次郎曾专设两页附录加以解说。参照梅谦次郎:《法学通论》,东京:法政大学发行,最高裁判所国书馆影印本,1909年,第181—182页。

[67]《中华人民共和国宪法》第2条规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”

[68][69]张光博:《法论》,长春:吉林大学出版社,1986年,第4、35、119、132页。

[70][72]张光博:《法定权利义务是法学研究的重大课题》,《当代法学》1987年第3期。

[71]张光博:《权利义务要论》,长春:吉林大学出版社,1989年,“序”,第7页。

[73]郭晔:《追寻和感悟中国法学的历史逻辑——“法学范畴与法理研究”学术研讨会述评》,《法制与社会发展》2018年第5期;徐显明:《中国法理学进步的阶梯》,《中国社会科学》2018年第11期。

[74][75]《法理学》编写组:《法理学》,北京:人民出版社、高等教育出版社,2020年,第42、46、120、123、130页。

[76]最新例证如黄先雄:《论“行政法上权利义务内容”的识别及其对协议性质的影响》,《清华法学》2023年第3期;此文全文实际上将“行政机关的权力”作为和化的“权利”处理。

[77]本文对公营或国有广义公司法人的利益、财产和相应的法权按“两权分离”原理作理解或解释。参见童之伟:《当代我国财产与权利、权力之关系——结合相关资产负债表的研究》,《政治与法律》2023年第9期。

[78]日本衆議院国会関係資料, https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_annai.nsf/html/statics/shiryo/dl-constitution.htm。

[79]这是笔者借助工具或日语法学研究者帮助浏览30余种日语法学入门型教科书后获得的鲜明感觉,尚待在研究同类其他相近专题时做更具体统计。

[80]其中最具有代表性的法学入门型教材有沈宗灵:《法理学》,北京:北京大学出版社,2014年;公丕祥:《法理学》,上海:复旦大学出版社,2002年。

[81]童之伟:《从尊重传统到反映当代法律实践——续论以法权为核心的实践法学话语体系》,《法商研究》2023年第3期。

[82][俄]弗·列宁:《哲学笔记》,《列宁全集》第55卷,北京:人民出版社,2017年,第78页。

[责任编辑:邹秋淑]