

论奥卡姆的唯名论作为权利观念的起源

李璐

【摘要】将奥卡姆作为主观权利观念的源头是一个重要的论断,但目前国内学界对此语焉不详。在方济各会与教宗若望二十二世关于贫困问题的论战中,奥卡姆把“jus”和“potestas”结合起来,创造出个人的主观权利,以之替换罗马法中作为客观无形物的法。此举基于唯名论的主张,理由有三:第一,唯名论把一般概念视为人造的符号,可以任意约定;第二,唯名论主张唯有个别的事物是真实的存在,凸显出作为现代权利观念基础的个人主义;第三,唯名论与权利观念均体现出对意志的强调。奥卡姆的唯名论开启了以权利观念为核心的现代法律思想。然而,权利观念难以有效地指引法律实践,应被重新审视。

【关键词】主观权利;奥卡姆;唯名论;罗马法

【作者简介】李璐,中国政法大学人文学院哲学系。

【原文出处】《世界哲学》(京),2019.2.91~103

【基金项目】本文系“中国政法大学校级青年科学研究项目资助”(项目编号:253201710817343)的阶段性成果。

“权利”是现代政治法律思想的核心观念之一。但关于权利观念的起源却众说纷纭,其中颇具影响力的是20世纪法国法哲学界领军人物M.维莱(Michel Villey)的主张:奥卡姆开创了主观权利观念,唯名论在其中扮演着决定性角色。从1960年代开始,很多有威望的作品,如L.杜蒙的《个人主义论集》和I.伯林的《自由论》^①,都建立在维莱论题的基础之上。在讨论权利观念时,不管是赞成还是反对,人们都无法绕开维莱的主张。他们要么在维莱的论断下展开,要么便需说明不这样做的理由。

可惜目前国内学界关于此主张的讨论多是依据英语世界的二手资料。(参见方新军,2007;李平原,2008、2010;佟玉平,2008)^②不过B.蒂尔尼(Brian Tierney)并不同意维莱的判断,他主张主观权利的起源要早于奥卡姆。所以仅凭一个对手的说辞来表达维莱的观点,有欠妥当。而那些接受该主张的学者通常又是直接将其作为前提,并不展开说明。尽管以权利为主题的文本时常出现维莱的名字,却对其理论言之寥寥,加之维莱的诸多著作尚未译成中文,那么,维莱的判断究竟是如何得出的?

一、权利观念古已有之?

“主观权利”是欧陆的特色表述。拉丁语“jus (ius)”、法语“droit”和德语“recht”,均同时具有“law”和“right”的含义,在现代理论中,欧陆学界常以客观法和主观权利加以区分。“众所周知,Recht这个词是在双重意义上被使用的,即客观意义和主体意义。客观意义的法是由国家执行的法律规则的总体,即生活的制定法秩序,主体意义的权利是抽象规则具体化为个人的具体权利。”(耶林,2016:99)客观法指的是实证的、实在法。主观权利来自于人自身,是人所固有的一种属性。这样的限定词或许是令人费解的,缘何实在法来自特定时空下的立法机关,却冠之以“客观的”?而权利既是一种普遍的人之属性,又何以称之为“主观的”?概因主观权利强调的是权利先于实在法,它不必然需要国家的确认和保障。与之形成对照的是完全由法律创设的事物,如公司。主观权利并非实在法的产物,而是恰恰相反,客观法通常被视为建立在主观权利的基础之上。客观法以成文的形式明确规定权利的内容和行使条件,并以强制力为后盾避免权利受到他人的侵犯,或在侵犯

实际发生后进行补偿。客观法的功能是保障主观权利的完善实现,因此它才具有约束力,应当被服从。

在现代理论中,那些语言上可以区分法和权利的国家并无使用客观法与主观权利这对概念的必要。或者说,即便是在欧陆的语境中,这组概念的含义也基本等同于法与权利。但更多时候,在使用这几个字眼时,作者并不会加上限定词,需要根据大小写、单复数等形式以及语境来判断具体内涵。多重含义的存在导致对文本的解读会存在分歧,“jus”所包含的“正义”的意涵可以引申出今世的“权利”吗?换言之,现代权利理论与古典自然法^③之间是否是一脉相承的关系?对此有两种对立的观点。

J.菲尼斯和J.马利坦把自然权利看作是从一贯地符合于古典自然法的原则中推导出来的。菲尼斯在讨论“义务‘优先于’权利吗”的问题时,回顾了“权利”及其在古典文化中的前身“jus”的历史,而且他认为权利和古典自然法讨论的正义是一致的,权利提供了讨论“什么是正义”的一个特殊角度:“他人”的角度,即正义关系的受益人的角度。(参见菲尼斯,2006:165—169)马利坦在谈及自然法时指出,“自然律的观念是基督教思想与古典思想的遗产”(马利坦,1994:565),它的起源可追溯至格劳秀斯、苏亚雷斯、托马斯·阿奎那、奥古斯丁以及更早的斯多葛派。可以合理地推断,在他看来,这些人关于自然法的主张是一以贯之的。接下来,他声称:“正是自然律给予我们最基本的权利。这是因为,我们生成在宇宙的秩序、宇宙的规律与规则以及被造自然的大家庭之中(并最终在创造性智慧的秩序之中);我们在当时享有精神本性的特权,我们面对他人以及被造物的全体拥有权利”。(马利坦,1994:568)

维莱完全承认这种历史趋势:“当下主观权利的观念是根本的。它来自于一种个人的文化,我们倾向于依据个人去思考法。”(Villey, 1946:201)而且这种观点浸透到当代法与政治的全部:“如果我们离开私法的领域冒险踏入人权、公民权利以及政治权利的区域,这难道不是揭示了主观权利观念的胜利吗?我们看到有多少法国大众相信那些每个人的‘权利’!”(Villey, 1946:203)即便如此,将权利观念回溯至古典智慧,是维莱无法容忍的。他和L.施特劳

斯^④一样,强烈地否认权利理论与古典自然法之间的关联,反对将主观权利观念视为是罗马法的延续这种主张。

维莱坚称主观权利是一种全新的现代观念,扎根于14世纪唯名论哲学中。在方济各会与教宗若望二十二世关于贫困问题的论战中,奥卡姆的主张附带地创设出权利理论。

二、权利产生于“jus”与“postestas”的结合

方济各会是天主教托钵修会派别之一,其拉丁语名称为“Ordo Fratrum Minorum”——“小兄弟会”之意。因为方济各会提倡过清贫生活,互称“小兄弟”。创始人亚西西的圣方济各(François d'Assise)年轻时生活浪荡,后一再遭遇不幸,遂悔改归正。他相信唯有模仿耶稣极度贫困的生活方能脱离世俗,因此他反对财产的占有。方济各会追求贫困的初衷是为了超越法的控制领域,只关注内心世界和精神生活。于是方济各会用消极的态度对待法,将法排除出自己的生活。

但是,尘世中的人有可能完全外在于法而生活吗?亚西西的圣方济各的继任者们没能传承创始人的崇高理想,开始像教会和其他组织一样占有土地和修建教堂。不过方济各会的领袖们争辩说,他们只是使用(usus)这些财产而已,这些财产并不是他们的“jus”。为了证明这一点,后世被精确区分的术语此时已有所体现:使用、用益、“dominium”。^⑤以今天的民法理论言之,方济各派的理由是:自己享有的不是所有权,仅仅是用益物权,即非所有人对他人之物所享有的占有、使用和收益的排他性权利。对比所有权包含的占有、使用、收益和处分四项内容,用益物权缺少了处分的权能。这样的区分是相当微妙的。在中世纪,土地和房产这样的不动产是不太会进行买卖的,那么有没有处分的权能并无差别。使用也罢、用益权也罢,都可以是永久性的。而且那些消费性物品(如食物)无用益权可言,一经使用便被消耗掉。

在方济各会主张贫困的问题上,教宗们一向是比较宽容的。到了13世纪末14世纪初,罗马教廷放弃了很长时间以来的赞同态度,不再认可所谓的单纯的事实上的使用。1323年,若望二十二世(John

XXII)下达敕令,要求方济各会放弃对贫困的主张。方济各会完全违背了创始人创设的规则,对清贫的追求早已不复存在。它对教堂和土地等财产占有使用的情况已经充分表明了这些财产确实是它的“jus”,于是若望二十二世试图迫使方济各会戴上所有者的头衔。奥卡姆对此的回应是法哲学史的决定时刻。维莱指出,奥卡姆并没有经过良好的法学家的训练。但这种情况有时反而会成为优势,想打破职业的惯习进行创新,最好的方式是不曾学习过那些职业传统。(cf. Villey, 2003: 256)这样的说法在今日学科分化严重的背景下仍具有启发性,经受多年科班训练的人的思维模式难免固化,往往只会按照自己长期接受的知识体系和问题意识进行分析推理,难以想象其他可能性的存在。

在《九十日作品集》(Opus nonaginta dierum)中,奥卡姆讨论了若望二十二世对方济各会的敕令。他着手回应的出发点是对涉及的概念下定义,不过他并未采用注释学派(glossateur)的做法——遵循传统定义的常规对概念重新加以说明,而是敢于提出个人的定义,以应对新出现的问题。奥卡姆将“jus”视作一项能力(postestas),这种能力区别于人们依法享有的可以被取消的许可或授予,是人自身固有的。接下来,实在法将归属于我们的“jus”加以认可和明确,每一项“jus”应该按照能力的内容作出详细说明并归类。在没有理由或缺乏其同意的情况下,任何人的“jus”都不可被剥夺。例如,“jus utendi”是法律许可的使用特定事物的能力,在没有过错或合理理由的情况下,任何人不得违背享有该项“jus”的人的意愿剥夺该项“jus”。(cf. Ockham, 1614: 997—999; Villey, 2003: 257)

在把法的概念和能力结合起来后,奥卡姆进一步区分出两种不同的“jus”:第一种是自然权利(jus poli),源于上天、理性或是神法,第二种是实在法上的权利(jus fori),来自于约定或是人类实在法,包含了国家强制力提供的公共制裁。(cf. Ockham, 1614: chap.64; Villey, 2003: 259)占有财产的能力(potestas appropriandi)属于自然权利,这是上帝赋予人的能力。但需注意,这并非是在人堕落前的纯洁的第一阶段获得的权利。上帝在创造世界的第六天宣布人

类对动植物的共同所有(《创世记》1:28, 29),彼时尚无个人的权利,仅仅存在丈夫的或父亲的权力。这是第一个层面的权利。人类因原罪堕落之后,上帝废除了原初的共产主义,此时才规定了占有财产的能力。这一点体现在诸多《圣经》文本之中(如《申命记》8:18)。与此同时,上帝还授予人创设统治者的能力(potestas instituendi rectores)(《箴言》2)。这些是第二层面的权利。人们以约定的方式选举统治者,于是来到权利的第三个层面——实在法上的权利。首先产生的是立法的能力,然后是所有权(dominium)和用益权(ususfructus)等,它们均是来自法律的创设。实证法律(lex)划定财产的边界,并由司法机关通过对法律的适用提供救济,因此实证法律是所有权之根源。(cf. Villey, 2003: 256—257)三个层面的权利均是来自于神的绝对能力,自然权利是以直接的方式,而实在法上的权利是以间接的方式。

据此,占有财产的能力直接源于上帝,是无法被放弃的。而所有权、用益权与使用权(usus)都属于实在法上的权利,即便是之前在“所有”“用益”和“使用”之间的区分相当虚伪难以成立,现在都不构成问题了。在贫困的问题上,方济各会放弃的只是实在法上的权利,即求助于公共制裁的能力。若是有人强占了方济各会的土地,它将不会诉诸法庭,主张自己才是土地的所有者,请求侵害者恢复损害发生前之原状。它大概只好采取私力救济的方式。但无论如何,方济各会拒绝国家公权力的保护,并没有因此放弃全部的权利。换言之,奥卡姆区分开来自神的和来自人法的两种能力。实在法上的权利才是严格意义上的“jus”,它以国家强制力为后盾,是在法庭上为自己辩护的能力。^⑥方济各会放弃的只是实在法授予的能力,它依然享有自然权利。这样一来,奥卡姆成功地扭转了若望二十二世的结论,一概而论地说方济各会使用的那些财产是它的“jus”并不成立。奥卡姆证明了方济各会拥有使用各种财产的利益但却不享有保卫这些利益的能力。

在维莱看来,奥卡姆此举是肆意地在传统含义上添加新内容,他将法(jus)的概念和能力(postestas)结合起来,这是一个新颖大胆的尝试,创造出了主观权利。

罗马法是欧洲古代最发达的法律体系,维莱声称其中并无权利的踪影。在古典时期的罗马法(共和国末期至帝国初期)中,“jus”意味着对外部利益和负担的正义分配。盖尤斯把法分为人、物和行为三种,其中物又被分为有形物和无形物。无形物指的是存在于外在有型实体中的法律概念和法律属性。面对一片土地,一位农学家或地质学家会研究其自然属性,而在法律人眼中呈现出来的,则是其法律属性。在讨论法律属性时,今天的法律人习惯性地想到权利,即不同种类的权利人对土地所享有的不同类型的处分能力,如占有、使用和收益等。这是纯粹的现代观念,并不存在于罗马法时期的法律人的头脑之中。彼时,一片土地的法律属性意指这是一个人应得的份额。“jus”正是这样的无形之物,它不是一个东西之上的掌控能力,而是事物本身。(cf. Villey, 1946:210,219—220)^⑦一方面,“jus”是客观存在的事物,它总是指向一个可经验的实在——一项工作或一笔钱;另一方面,“jus”是归于每个人的正义份额,是法官通过了解该项“jus”的主体与他人关系而做出的恰当分配。

“jus”是正义的份额,是法官通过了解该项“jus”的主体与他人关系而做出的恰当分配,这是主体行使其自身能力的出发点和跳板。如果我获得一项“jus”,实际结果就是我得自由地支配某项事物。换言之,如果说所有的“jus”都指向后续的一项能力的行使或实践的话,“jus”却并不是这个能力本身。换言之,我们需要把一个事物与对一个事物的掌控区分开来。法官分配给我一块土地,这是我的“jus”;当这块地处于我的掌控之下,我可以按照自己的意愿处置它,把它种上蔬菜、盖一栋小房子,或者单纯地用栅栏围起来禁止他人进入……这些都是我个人的事,跟法无关。这样的想法显然十分朴素,在今天复杂精致的法律制度下,对我们享有的东西可以如何处置很大程度上是由法律加以规定的。物权法定是一个典型的例子,债法领域虽以“意思自治”为核心纲领,但仍会受到诚实信用、公序良俗等原则的制约。但是现在的讨论,是限定在维莱欣赏的罗马法时期,当下的精巧技术尚未出现。根据维莱的区分,法是一项事物,对事物的掌控则属于个人的自由或

能力,与法律无关。

恩格斯说过:“罗马的私人权利是私人权利的古典表现。”(恩格斯,1965:379)但在维莱看来,“欧洲现代权利观念是在罗马法的影响下演变出来的”这种观点是一种普遍的偏见。罗马法了解个人能力的观念,但是并未赋予该能力法律的性质,更不必说称这些能力为权利了。以“dominium”为例,它不是法的内容,而是前法律的或者法律之外的事实,是一种自然自由。就家长的“dominium”而言,在每个家庭内部,家长具有在这个家庭中的绝对权威,这个能力原则上是绝对的。因为罗马社会的基层单位是家庭,法律的管辖只及于家庭这一级。家长所具有的绝对能力与法的事务无关,法并不会对其加以规定并提供保障。所以说,一个人对其所掌控事物的绝对能力不是法,正相反,是法的空白。例如,事实上主人对奴隶有无限的权力,可以任意处分,但这并非来自罗马法,在罗马法的文本中找不到对所谓生杀权的规定。(cf. Villey, 2003:244—247)这些能力外在于城邦和法,存在于生活中的另一个领域——道德领域,诸如主人自由处置奴隶的能力的范围或界限,即如何行为的问题是由道德加以规范的。

奥卡姆转而把“jus”变成了附于主体身上的一种能力。这种能力是主体的固有属性,不能在无正当理由或未经主体同意的情况下被剥夺。该能力源于神的绝对的或无限的能力,因而“无限”这个属性也从神那里传递给了人。鉴于每个人同等拥有神赋予的这种无限能力,所以需要设定各能力的边界。实在法正是通过规定各种权利的具体内容来明确主体自由处分某项事物的能力的界限,并在该能力受阻时提供救济。至此,作为客观无形物的法已然消失,取而代之的是个人的主观权利。

维莱的论断首先是建立在古典时期的罗马法的研究基础之上,他坚持权利观念在古典理论中并不存在,他通过对盖尤斯和乌尔比安的学术主张进行论证来捍卫自己的解释。这是维莱权利起源主张的前提。在此基础上维莱主张,当奥卡姆将法和能力结合起来时,他第一个设想了主观权利。然而,B.蒂尔尼认为,维莱对前提的论证并不充分。“他选取了少量适合的文本,围绕这些形成一个完整的理论,然

后拒绝认真对待任何不符合他完美理论的文本。”(Tierney, 1997: 18)S.皮龙(Sylvain Piron)也认为,维莱的学生们以及其他人都忽略了维莱所选择的罗马法文本主题上的相似保留。(cf. Thomas, 1985: 31—41; Zuckert, 1989: 70—85)“一项知识渊博的历史研究的工作不可避免地会面临大量只是勉强符合或者完全不符合事先构思出的二元纲要的素材。历史学家若是认为理论相对于事实材料具有价值优越性,并以该名义宣称那些不符合的素材是毫无价值的,这种做法不可接受。”(Piron, 2008)本文的主题是维莱的论断,而非一般性地回顾权利观念的起源,亦非罗马法文本中是否包含有今日所理解之“权利”的内容,故不欲处理他人对维莱前提的质疑。

三、作为权利基础的唯名论

维莱不仅主张主观权利观念是奥卡姆的首创,他还认为这是基于奥卡姆的唯名论。

在中世纪经院哲学著名的实在论与唯名论的论战中,二者的根本分歧是:“共相”是实在还是名称。试以“苏格拉底是雅典公民”这个句子来简单说明二者的区别。实在论者认为,苏格拉底的存在是真实的,个人是直接的存在,第一实体;雅典或公民同样是真实的存在,它们是第二实体。这里遵循了亚里士多德在《范畴篇》中第一实体与第二实体的区分。(参见亚里士多德,1990: 2a15)世界不是仅由许多个别物体组成,它包含了普遍的实体。世界是有序的,具有一定的结构,那些被称为一般概念的术语正是对这些结构的反映。诚然一般概念必定是不完美的,我们对结构的认知永远都只能是近似的,但这无法否定普遍实体的存在本身。不同的是,唯名论者的世界只是由个别的存在组成——苏格拉底、色诺芬或柏拉图。当面对一般概念时,唯名论者说它们的功能只是直接地指示一个事物。我们用同一个词来指称具备一定相似性的个别事物,仅此而已。这样做是出于语言的节约。因此一般概念只是心理的和工具的存在,我们可以随意地创设它们。我们不要求一般概念是真实的,它们只需要是可操作的,能够帮助我们操作那些个别现象,进行交流推理即可。例如“杯子”这个概念,它仅仅是为了避免每次提及及时都要用“那个用来喝水的容器”的冗长表述,

于是人们约定用“杯子”指代这个特定的个别事物。只要人们愿意,他们完全可以用“杯子”来指示另外一个事物,如“用来吃饭的容器”。只要一个人提到“杯子”,在场其他人脑子里想到的就是“吃饭的容器”,这是完全没有问题的。“杯子”与“用来喝水的容器”之间并不具备唯一对应的关系。词语不过是语言的工具,所有的定义都是约定的。

唯名论主张一般概念只是人造的符号,可以被任意地运用,这便是主观权利观念来自唯名论的第一个理由。奥卡姆对事物(res)及其符号(signum)做出明确的区分:词语只是事物的符号,是经有条理的推论得出的结果,事物本质上只能是单一的、孤立的和分离的。(cf. Villey, 2003: 255)据此,根本不存在一般概念。如父亲身份,没有父亲和儿子的话不可能有所谓的父亲身份,因此只有这样的父亲、那样的儿子存在。现实存在的唯有单一的个人。对于个别存在之外的其他事物,我们只能获得一种即时的和直观的认知,我们运用各种符号来指示这样的认知,而符号不过是恰当的词语,仅此而已。在现实和现实的自然中不存在任何超越个人的东西,一般概念被彻底地否定掉了。基于上述立场,面对“jus”这个词,奥卡姆可以随意地进行含义的置换,把它从客观法变成了主观权利。

不仅如此,唯名论和主观权利之间,存在着更为紧密的关联因素:一个是个人主义,另一个是对意志的强调。个人主义和意志是权利观念的基础。其一,现代社会以个人为本位,个人是原子式的存在,而不再是天然的政治动物。个人是权利的主体,权利乃是为了维护个人与生俱来的尊严、实现个人的价值。其二,不管如何界定权利的本质,自由也好,资格也好,利益也好……权利总是意味着个人根据自己的主观意愿进行选择和行动的可能,这以意志自由为前提。^⑧而个人主义和意志论正是从唯名论中催生出来的。

根据唯名论,唯有个人是真实的存在,政府和法律皆是个人为实现自身目标创设出的人造物。所以个人主义这一点毋庸多言,那么唯名论对意志的强调又是如何体现出来的?既然只有单一个别的个体存在,这便是我们认知的唯一真实对象,我们只能认

识到个别确实的事物。终极性的存在是一个个人化的上帝。指明这一点是因为“人”这个形象才产生了意志的维度。对比斯多葛主义,“Logos”是一种泛神论意义上的神,是从观察宇宙归纳出的抽象物,这个神与世界之间没有分离,神不是世界有意识的创造者。而基督教的神有意识地自觉地创造了我们生活的这个世界。圣经中描述的上帝具有人类的某些感情,有时候妒忌、报复心很强(《约拿书》1),有时候又有着无限的怜悯(《出埃及记》34:6,7)。正是这样的个人化的存在才在理性之外引入了意志的维度。奥卡姆延续了司各特(Duns Scotus)的主张:没有任何理性和自然秩序能够制约神的绝对能力,神法的内容非由善恶而定,全凭神的意志确定。^⑨神的所有立法都公布在《圣经》之中,这个确凿存在的文本明确地表达了神的意志。然后,神将其绝对权力传递给人类,统治者制定出的法律像神法一样来自于个人意志。以往人们尝试通过运用理性观察自然秩序来获知法的内容,现在面对法这个事物,人们能认识到的只是个人意志的表达,意志的地位被极大地提升了。个人主义和对意志的强调这两方面结合起来,导致“jus”的关注点从利益和负担的分配转移到了个人自由行动的能力。

难道说,主观权利在奥卡姆之前就完全不存在,是奥卡姆生造出来的吗?

将权利的起源追溯至斯多葛主义是常见的做法。(参见程燎原、王人博,1998:75—76;夏勇,2001:95—97、104—105、228—229;何志鹏,2012:6、64—67)诚然,斯多葛主义与权利观念有着千丝万缕的联系。由于“right”所包含的“正当”和“权利”的双重含义,施特劳斯在“natural right”的主题下讨论了斯多葛派以及霍布斯和洛克,而前文提及的马利坦则直接将权利与以斯多葛为代表的自然法学派联系起来。这样的做法乍看起来是合理的:斯多葛主义摒弃公共生活,只关注个人生活,具有个人主义的色彩,且其核心主张——依照自然而生活——已体现出自由行动的能力的意味。与此同时,人们通常主张罗马法在西塞罗的努力下受到斯多葛主义的很大影响。假设斯多葛主义蕴含了权利观念,罗马法理论继承了斯多葛主义,由此得出的结论是罗马法中

存在权利观念,这与维莱的论断直接对立。但此种推论流于表面。一方面,斯多葛主义不涉入法律领域。斯多葛学派的主张属于精神层面的要求,着眼于私人生活和内心世界,没有处理人与人之间的社会关系,而后者方是法的事务。即使是承认斯多葛主义理论中产生了主观权利观念的萌芽,此种主张也尚未与作为正义分配的法产生关联。另一方面,维莱不否认斯多葛的学说在罗马法中有多处体现(自然的定义、各种义务和约定主义等),但他坚称斯多葛主义对罗马法的影响只是偶然的和肤浅的。(cf. Villey, 2003:428)这些对斯多葛智慧的反射不过是些道德口号,用以感化良知的道德话语。它们仅触及思想之事,而与法的实在无甚重要关系。乌尔比安的著名定义——法是“神事和人事的知识,正义和非正义的科学”(查士丁尼,1989:5),对法律人来说只是个过于含糊不清的用语,无法有效地指引法律人。所以特定罗马法文本对斯多葛主义学说的参照在整个罗马法理论中并不占据重要地位。

此外,不可否认基督教教义里也能找到自由行动的能力的踪迹。基督教教义允许个人将其自身直接置于神法的统治之下,不参与到政治组织之中,更注重精神生活,这样就松开了个人与尘世之间的联系。在一个政治共同体的公民身份这一个选项之外,人还可以有其他的选项。但是,与斯多葛主义的问题相同,这种根本自由只在精神领域享有,不关涉法的问题。这是明确区分并存在等级的两个领域:上层是超自然的精神生活领域和慈悲,下层是法的领域和世俗社会秩序。奥卡姆却将建立在精神生活领域的思想模式运用于法的领域,混同了两个不同的领域。

四、现代权利话语的困境

奥卡姆的唯名论开创了主观权利,现代法律思想沿此道路继续前行。首先,西班牙晚期经院哲学的前期代表人物F.维多利亚(Francisco de Vitoria)把“jus”定义为“一个人依据法律享有的能力,也就是法律赋予我使用任一事物的能力”。(Vitoria, 2013: qu.62, art.1、5)虽然奥卡姆的唯名论把“jus”和能力结合在一起,是主观权利的起源,但却是维多利亚第一个(或至少是第一批)为权利下了定义的人。权利是

主体的能力,这项能力是客观法(*lex*)留给他的自由。这与当今的法定权利的界定已经非常接近了。

其次,后期代表人物 F. 苏亚雷斯(Francisco Suárez)声称“*jus*”“严格的意思”是“每个人对自身财产或对他应得之物所具有的一种道德能力”。(Suárez, 2011:I, 25、24)苏亚雷斯深化了维多利亚的权利理论。自由不是客观法赋予我的,而是一种主观的自由权利。自由来自自然法,因为根据本性,人们生而自由,在没有合法的理由情况下不能处于奴役状态。尽管如此,自然法没有规定所有的人必须永远处于自由状态,也没有禁止人处于奴役状态,对自由状态的放弃仅仅是在一个自由意志的同意或一个公正的法律理由或合法的权力条件下才可以。这一点令人吃惊,毕竟苏亚雷斯不是生活在1789年!他明确地将自然自由作为主观自然权利,主张在没有一个相反的合法权利的情况下,不能对其做任何处置。通过这一点我们已足以感受到他在今后自然法发展中的重要性,通常认为格劳秀斯的理论深受苏亚雷斯的影响。

再次, H. 格劳秀斯(Hugo Grotius)区分出“*jus*”的三个含义,其中第二个即把“*jus*”理解为权利:“权利是个人所具有的一种道德品质,这使得他能够正当地拥有某物或者做某事”。(Grotius, 2005: 138)虽然格劳秀斯看似在一定程度上延续了圣托马斯的主张,将“*jus*”定义为“正当的事情”(aliquid iustum),但他鼓吹一种正义的否定理解:正义就是没有不正义。(cf. Grotius, 2005: 136)换言之,正义就是没有给个人主观权利带来损害。“正当理性和社会本性……并不禁止一切暴力行为,而只是禁止危害社会的暴力行为,即剥夺他人权利的暴力行为。”(Grotius, 2005: 184)可见,格劳秀斯的定义仍是一种典型的个人主义法律思想,与圣托马斯的客观自然秩序相去甚远。

最后, T. 霍布斯(Thomas Hobbes)同样把“*jus*”理解为权利,它与“*lex*”的区别在于:“*lex*”规定义务,而“*jus*”则是做或不做某事的自由。(cf. Hobbes, 1998: 86)自由指的是“外界障碍不存在的状态”。霍布斯自然法律(*lex naturalis*)中的第一条^①便同时包含了义务和权利的部分:人们有义务去实现和维护和平,相

应地,利用一切可能的办法来保卫自己则是人们的自然权利。换言之,自我保全是对每个人来说都存在的义务,它指向了“*jus*”,“*jus*”是为了保卫它并争取所有对该目的有用的利益。一来,在自然状态中,每个人对所有事物都具有自然权利。自然权利即“每一个人按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己的天性——也就是保全自己的生命——的自由。”(霍布斯, 1985: 97)二来,在国家成立之后,法不明文禁止即自由。(参见霍布斯, 1985: 164—165)也就是说,客观法中的权利是以否定的方式定义的,包含了所有不是我们的义务的内容。

霍布斯将源自奥卡姆的权利观念发挥到极致,权利是内在于主体自身的无限自由,凡是实在法没有明确规定不可以做的,皆为自由,并由国家公权力加以保障。第一,基于个人主义的立场,权利属于这个或那个独立的个人。在霍布斯的构想里,人们就像是一场大雨过后在夜间出现的蘑菇,只是在同一时间出现在一个共同的公共空间而已,彼此之间没有什么关联。既然只有单一的事物是真实存在的,那么其他的全部都是建构出来的。自然权利内在于主体自身的存在,在自然状态中的人已经拥有他的自然权利了,权利只与其主体联系在一起,它并不与其他人产生关联。权利主体不仅从隶属于客观秩序的人变成了原子式的孤立个人,霍布斯还超越了权利是能力的这种公式。一种能力可能来自于法律的特许,但是法律更可能强加一些义务而不是授予能力。可是权利作为个人的本质属性,不是法律的产物,而是相反,权利是法律留给我的自由去做任何法律没有禁止我去做的事情。

第二,权利是一种绝对的、完全的和任意的自由。在古典自然法中,每个人的“*jus*”是留待分配的社会利益或负担的份额,是有限的,而自然权利在自然状态中则是无限的。因为权利是法律留给我们加以利用的自由,是由法律承诺给我们的,而在自然状态中则不存在任何法律能够对其加以限制,每个人都对所有事物享有自然权利。虽然有自然法律建议我们按照理性对权利加以运用,但是彼时每个人都是法官,可以对自然法律的适用自由裁量,并不存在一个外部障碍,从而人的自由是完全不受影响的。

进入政治社会后,情况没有发生根本性的变化。在私法领域,自然法转而成为民法,仍是没有被实证法律限制的无限自由,只是现在自由加上了公权力的保障。在自然状态中,人享有无限的自由;在国家状态中,我们要求国家以强制力的后盾保障主观权利。在维莱看来,正是无限权利的想法衍生出现代人权的概念。

简言之,奥卡姆的唯名论是法律思想的分水岭。古代目的论视角的客观秩序不复存在,逐渐形成了以权利观念为首要基础的现代学说。现代自然法假设人们拥有共同的本性,并且追求相同的完美状态。在理想中,所有人都是自由的,人人平等,所有人应该拥有相同的权利,即人权。现代自然法理论中具有普遍性的“人性”概念正是权利观念的基础,即人与人之间无差别的同质性。在现代自然法中,权利形成了道德讨论的真实基础,自然法便只是衍生的,不过是个人权利的总和。天赋人权,自然权利是不可剥夺不证自明的;人们建立政府正是为了保护这些权利,能否实现对它们的保障是一个政府的法律的高阶评判标准……这是今日司空见惯的主流观念,更是被《美国独立宣言》和《法国人权宣言》等法律文本明确地加以规定。人们习惯了用权利话语来分析法律问题,作为客观之物的法已被彻底遗忘。但这同时让权利话语的缺陷逐渐暴露出来并愈演愈烈,其中关键的问题是权利的不确定与冲突。

当代关于权利的争论集中于意志说与利益说,二者均指向一种好处,缺少罗马法理论中负担的成分。根据罗马法传统,“jus”指的是应该归属于每个人的正义份额,分配的对象既有利益又有负担,那么每个人的法是一种既包含了益处也包含了责任的状态。例如,一块不动产上的“jura”,既包括修建房屋的“jus”,同时还包括了不得阻挡邻居光线的“jus”。据此,在一个具体案件中,当事人各自应承担什么是明确的。可是如果每个人都只是主张自己应得的好处的话,那必然会出现冲突。自由地支配自己的权利可以为巴勒斯坦人辩护,另一些人则用它为以色列人辩护,但很难同时为两方辩护。现代社会中并不存在任何毫无争议的能够确定权利内容的方法,一切普遍的理念大多在含义或范围上存在争议,例

如平等、自由、隐私、财产权、契约自由、免于酷刑的自由,等等。在特殊适用语境下,不可避免地会发生权利间的冲突。一个典型的例子是言论自由权的讨论。在拥挤的电影院里高呼“着火了”的行为不受言论自由的保护,但更多类型的言论并非如此黑白分明,例如仇恨言论、淫秽语言、网站上提供在厨房自制爆炸物的简易配方、对女性的性客体化……

更糟糕的是,人们无休止地增加着权利清单上的内容。从第一代的公民政治权利,到第二代的经济社会文化权利,再到第三代作为集体权利的民族自决权和发展权。越来越多的事情我们试图以权利之名加以解决,结果是冲突和不确定的情况也愈发多起来了。一方面,基本的生存和自由满足后,我们还需要尊严权,可“尊严”这个词具有非常大的不确定性。另一方面,个人权利和集体权利之间并不总是协调一致的。

权利冲突的根本原因在于,在现代法律思想中,法的内容变成了个人的无限能力,而且能力是作为人的资格来理解的,是主体的固有属性。人的原初自由不存在任何限制,我的与你的之间的划分仅仅是政治权威所做出的人为结果。这种观念造成的后果是,主体的能力首先是无限的,然后因为需要考虑其他人同时具有的相同能力,于是才设想各能力之间的边界,那么最终,主观权利没有任何一个确定的部分。这种观念对法律实践者无甚帮助。以健康权为例,它难以被赋予具体的法律含义。如果我们认定它是“保护健康的权利”,那么可以认为健康权包含了诸多分散规定的集合,例如工作中的卫生和安全问题,限制那些被断定为对健康有害的产品的广告宣传,定期做健康检查的机会,明确医院和医生的责任,医疗事故的赔偿权,保护环境,而且还包括流行病的监理和对生态问题的警惕,对具有潜在危害性的商品的流通或进口进行限制等一系列内容。健康权的观念包含了跨度甚广的事项,但是它掩盖了不同的问题,这些问题不是对一种基础权利的演绎适用,而是在具体的利益和负担之间如何进行分配。对受害者索要赔偿金的主张的认可和随后所进行的分配,与其说是行使健康权的结果,不如说是尝试恢复实际存在于一定的法律关系中的雇主和雇员

之间被打破的平衡。

不可否认,权利观念的绝对化开始引起批判和反思,但解决方案仍主要是在权利的理路之下展开的。或许我们可以尝试一条完全不同的路径。在维莱看来,权利主要用于律师的辩护,是为个人对抗国家或者为经济利益进行辩护者所使用的有力工具。^①可是,看待法的恰当观点是法官的视点而非律师的,法官需要听取双方律师的观点,不能仅从某一方的利益出发。对法律实践而言,权利话语无法有效地指导法律人的工作;若是着眼于利益和负担的分配,可能更清晰,也更具有可操作性。

结语

维莱声称,权利观念起源于奥卡姆的唯名论。其一,在贫困问题的论战中,奥卡姆创造性地将“法”和“能力”两个概念结合起来,改变了罗马法中作为客观无形物的法概念。此前方济各派尝试在所有权、用益和使用之间所做的区分过于虚伪,而奥卡姆则区分出关于财产的三个层面的权利:第一个是人类的所有权,存在于人堕落前的纯洁时期;第二个是占有财产的能力(*potestas appropriandi*),它属于自然权利,源于神法,无法被放弃;第三个是所有权(*dominium*)和用益权(*ususfructus*)等,它们属于实在法上的权利,来自于法律的创设,包含了国家制裁。当方济各会主张自身对贫困的坚守时,它放弃的只是第三个层面的权利而已。奥卡姆在回应教皇敕令时附带地设计了权利学说,这却成为了历史上的关键时刻。从晚期经院哲学至格劳秀斯与霍布斯,奥卡姆关于主观权利的构想得到持续地发展和完善。

其二,权利观念的诞生与奥卡姆的唯名论密不可分。首先,唯名论主张一般概念的功能仅是直接地指示一个事物,并不客观对应于实体。所有的定义都是约定的,所以奥卡姆可以随意地置换“*jus*”的含义,把它从客观法变成了主观权利。这是表层的理由,二者更深层面的交织体现在个人主义和意志论。其次,现代社会以个人为本位,客观法通常被视为建立在主观权利基础之上,客观法的功能是保障主观权利的完善实现,它因此才应当被服从。根据唯名论,唯有个人是真实的存在,政府和法律皆是个人为实现自身目标创设出的人造物。最后,权利意

味着个人根据自己的主观意愿进行选择和行动的可能,是自由行动的能力。根据唯名论,单一个别的个体是我们认知的唯一真实对象。因此面对“法”这个事物,人们能认识到的只是个人意志的表达。

澄清这个问题并非单纯基于学说史的旨趣——为权利起源问题的讨论提供素材,更重要的是,它提醒我们在当下的实践中重新审视权利这个理所当然的事物。人与人之间的冲突总是由权利理论加以解决,维莱的研究提醒我们尚其他的备选方案——返回古典。重大的哲学论题是永恒存在的。如果放弃历史进步主义的信念,古老的方案未必过时,以今日的问题意识加以利用,仍可以焕发出新的生命力。当然,论证正义的分配如何实现仍是一个艰巨的任务,这需要另文处理。

注释:

①杜蒙在《十三世纪以来的政治范畴与国家》一文中大量引用了维莱1962年版的《法哲学史教程》。(cf. Dumont, 1983)柏林在《两种自由概念》中采纳了维莱的论断,声称古代不存在个人权利的概念。(参见柏林,2011:177)他引用的是1957年的第一版。(Villey, 1951)

②李猛使用了法文和拉丁文文献,但在宏大叙述之风格和当下不同学科话语与问题意识存在重大区别的影响下,他对维莱主张的简单描述显得跳脱和晦涩。(参见李猛,2015:238—245)

③国内学界同时在两种含义上使用“古典自然法”,其一是17、18世纪以格劳秀斯和霍布斯等人为代表的法学思潮,其二是古代和基督教经院哲学的自然法,这两者已经占了西方思想的大半历史,且一个在上游,一个在中游,容易引起歧义。而在法国学界的语境中,“古典自然法”(droit naturel classique)指的是后者,它因哲学基础及方法论基础的不同而有别于现代自然法。本文仅在此种含义上使用“古典自然法”一词。

④“霍布斯用自身保存来理解自然法,而在他之前,自然法是借助于人的诸目的之等级秩序得到理解的,在这个目的等级中,自身保存所占据的位置是最低的;与此相关,自然法终于被首先理解为自身保存的正当(right),这与任何义务及职责都有分别——这个发展过程的最终结局便是用人的权利(rights)取代了自然法(人取代自然,权利取代法)。”(施特劳斯,2002:92—93)

⑤“*dominium*”当下通常被译作“所有权”,本文有意回避

“权利”的字眼,否则就与“权利起源于奥卡姆”的论断冲突了。

⑥“强制力”被很多学者视为法律的要素之一,如耶林的名言“没有强制力的法是不燃烧的火,不发光的光”。(Jhering, 1913:241)拉兹亦称:“法律的三个一般的和最重要的特点是,法律是规范的、制度化的、强制性的。……法律是强制性的,因为服从法律,以及法律的适用,最终是由国家强力提供内在保障”。(拉兹,2003:4)

⑦“jus”不等同于权利的观点另有一个佐证,来自菲尼斯。他引用了盖尤斯的法学阶梯中的一段话:“城市里的不动产(estate)的权利(jura)就是诸如修一座更高建筑物的jus,以及阻碍邻居建筑的光线的jus,以及不能修建筑物的jus,以免阻挡邻居建筑的光线……”这里把“jus”翻译成权利是非常奇怪的,什么叫做“为避免阻挡邻居建筑的光线而不能修建筑物的权利”呢?于是,他总结道:“在罗马法律思想中,jus通常是指当事人之间根据法律对正义的分配;以及在那样的分配中某个当事人的角色可能是一种负担,而非利益——更谈不上选择的权力或自由”。(菲尼斯,2006:168)

⑧“主观权利观念表现的是,个体享有的并非是实现某种社会目标的特定权能[也就是‘权限’(Kompetenzen)],而是实现自己的或好或坏主意的权能,也就是按照他自我认为的好去行动。”(科殷,2012:410)

⑨圣托马斯认为,上帝同样要服从自然和秩序,他不会想要非理性。可是到了司各特那里,情况发生了变化。上帝既然是万能的,那么十诫并非永恒的、必然的普适价值。如果在上帝之上还存在着更高的、他必须服从的东西的话,又怎么能说上帝是万能的呢?上帝是万能的意味着他是完全自由的,其意志超越了理性,上帝可以任意更改戒律的内容。上帝的万能意味着他可以创造出一个完全不同的秩序,在其中偷盗、谋杀、通奸将不再是罪恶。不过,司各特并没有否定自然法和自然法的实在论地位:对我们而言,我们生活在上帝所创造的秩序中,仍有可能根据这个秩序获知自然法的内容。尽管上帝完全可以造出另外一个截然不同的秩序,但不管是什么样的秩序,只要他造出来了,这个秩序就是一个客观的存在,其中蕴含着自然法的内容,即一种理想的法律标准,我们可以去认识它。奥卡姆则比司各特走得很远,态度也更加决绝。十诫的戒律不是真正自然的,就自身而言便是必然的,而只是因为它们的存在是现实客观的,它们由上帝制定从而成为必要的。奥卡姆并将此推向极端,他质疑整个十诫。如果说在司各特那里,十诫所禁止的行为本身确实是错误的,但是它们之所以被禁止的理由却不在于此,而是在于上帝的命令。到了奥卡姆这里,上帝所言即是对错的唯一标准,再无其他独立的判断标准可言。如“禁止杀人”的戒律,在一些时空下,杀死奴隶或自己的子女是没有错的。既然杀人的行为无所谓对错,

为什么我们要遵循禁止杀人的戒律呢?因为上帝在西奈山的山顶就是这么向摩西传达的!《出埃及记》20:13,《申命记》5:17)没有任何理性能够制约上帝的绝对能力。我们应该受制于十诫的戒律是因为它们是上帝要求的,仅此而已。(cf. Villey, 2003:205—212,231)

⑩“自然律是理性所发现的诫条或一般法则。这种诫条或一般法则禁止人们去做损毁自己的生命或剥夺保全自己生命的手段的事情,并禁止人们不去做自己认为最有利于生命保全的事情”;“以下的话就成了理性的诫条或一般法则:每一个人只要有获得和平的希望时,就应当力求和平;在不能得到平时,他就可以寻求并利用战争的一切有利条件和助力”。(霍布斯,1985:98)

⑪“显然在我们所处的历史时期人权的胜利可以很容易地加以说明。在国家的过度膨胀面前,这是律师为个人辩护的极大需求。人权形成了个人对抗国家的可用论据的宝库,而且是不管什么案件(均可利用)。但是不管是法官,还是为法官的判决提供帮助的法学家都不是律师,律师只为一方的利益服务,而忽略掉其他方的(利益)。”(Villey, 2003:171)“我不相信它(基础权利)触及了法哲学的中心,只是触及了一部分而已,是宪法的要素之一。因中央集权制尤其是技术专家治国的上升而加剧的冲突依然存在,政治或经济的权贵和公民之间的不平衡有加剧的风险,这使得公法中的这一要素显得越来越必要。”(Villey, 1989:60—61)

参考文献:

- [1]伯林,2011,《自由论》(修订本),胡传胜译,译林出版社.
- [2]查士丁尼,1989,《法学总论:法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆.
- [3]程燎原、王人博,1998,《权利及其救济》,山东人民出版社.
- [4]恩格斯,1965,《论住宅问题》,载于《马克思恩格斯全集》(第21卷),中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译,人民出版社.
- [5]方新军,2007,《权利概念的历史》,载于《法学研究》2007年第4期.
- [6]何志鹏,2012,《权利基本理论:反思与构建》,北京大学出版社.
- [7]菲尼斯,2006,《自然法与自然权利》,董娇娇等译,中国政法大学出版社.
- [8]霍布斯,1985,《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆.
- [9]科殷,2012,《论“主观权利”概念的历史》,纪海龙译,载于《清华法论衡》(第15辑),高鸿钧主编,清华大学出版社.

[10]拉兹, 2003, 《法律体系的概念》, 吴玉章译, 中国法制出版社.

[11]李猛, 2015, 《自然社会: 自然法与现代道德世界的形成》, 生活·读书·新知三联书店.

[12]李平原, 2008, 《Ius 和 right 的词义变迁——谈两大法系权利概念的历史演进》, 载于《中外法学》2008 年第 4 期.

[13]李平原, 2010, 《奥卡姆主义的自然法思想探析》, 载于《华东政法大学学报》2010 年第 1 期.

[14]马利坦, 1994, 《人权与自然法》, 载于《西方人权学说》(上), 黄树森、沈宗灵主编, 四川人民出版社.

[15]施特劳斯, 2002, 《现代性的三次浪潮》, 丁耘译, 载于《现代西方性的曲折与展开》, 贺照田主编, 吉林人民出版社.

[16]佟玉平, 2008, 《Ius 的语义转换与主体权利观念的形成》, 载于《浙江学刊》2008 年第 6 期.

[17]夏勇, 2001, 《人权概念起源: 权利的历史哲学》(修订版), 中国政法大学出版社.

[18]亚里士多德, 1990, 《范畴篇》, 秦典华译, 载于《亚里士多德全集》(第一卷), 苗力田主编, 中国人民大学出版社.

[19]耶林, 2016, 《为权利而斗争》, 郑永流译, 商务印书馆.

[20]Dumont, L., 1983, "La catégorie politique et l'état à partir du xiii^e siècle", *Essais sur l'individualisme*, Le Seuil.

[21]Grotius, H., 2005, *The Rights of War and Peace*, vol. I, Tuck, R. ed., Liberty Fund.

[22]Hobbes, T., 1998, *Leviathan*, Oxford University Press.

[23]Hutson, H. J., 1994, "The Emergence of the Modern Concept of a Right in America: The Contribution of Michel Villey", *American Journal of Jurisprudence*, vol 39.

[24]Jhering, R. V., 1913, *Law as a Means to an End*, The Boston Book Company.

[25]Ockham, 1614, *Opus nonaginta dierum, Monarchia S. Romani Imperii* (3 vols.), Goldast, M., éd., Frankfurt.

[26]Piron, S., 2008, "Congé à Villey", *L'Atelier du Centre de recherches historiques*[En ligne], mis en ligne le 18 novembre 2008, consulté le 23 juillet 2012. URL: <http://acrh.revues.org/314>; DOI: 10.4000/acrh.314.

[27]Suárez, F., 2011, *Tractatus de Legibus, ac Deo Legislatore*, Nabu Press.

[28]Thomas, Y., 1985, "Michel Villey, la romanistique et le droit romain", *Droit, nature, histoire: Michel Villey, philosophie du droit*, Garcin M. (éd.), Presses universitaires d'Aix-Marseille.

[29]Tierney, B., 1997, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150—1600*, Scholars Press.

[30]Tuck, R., 1982, *Natural Rights Theories*, Cambridge University Press.

[31]Villey, M., 1946, "La notion de droit subjectif et les systèmes du droit romain classique", *Revue historique de droit français et étranger*, série 4, vol. 24.

[32]Villey, M., 1957, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz.

[33]Villey, M., 1962, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz.

[34]Villey, M., 1989, "peut-on parler de droits fondamentaux?" *éthique et droits fondamentaux*, Lafrenc, G. éd., Les Presses de l'Université d'Ottawa.

[35]Villey, M., 2003, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Rials S., PUF(Leviathan).

[36]Vitoria, F., 2013, *De la loi: Commentaire de la Somme théologique Ia-IIae, q. 90—108*, Cerf.

[37]Zuckert, M. P., 1989, "Bringing Philosophy down from the Heavens': Natural Right in the Roman Law", *The Review of Politics*, vol 51.