

“主观权利”概念的重构

陈帮锋

摘 要 “主观权利”概念有两个面向，一个是主观意识意义上的，另一个则是技术性的。前者使主观权利被界定为自由、意思力等较具心理学意味的事物，而后者则体现为主观权利被主要用来整理私法规则、构建私法体系。主观权利在狄骥、凯尔森等实证主义学者的批判下曾趋于式微，也因学者们意识到该概念本身的局限性而催生了“无主体权利”这个让人困扰的问题，但它已经成为一种习惯性话语和法律人的一种思维定式，而只能抱残守缺。主观权利与客观法并不重叠，主观权利话语并不能完全覆盖客观法，仍留出了一片开阔地，而这片开阔地应由客观法话语来填补。

关键词 主观权利 客观法 无主体权利 狄骥 凯尔森

作者陈帮锋，法学博士，厦门大学法学院副教授。

引 言

毫无疑问，“权利话语是当代最流行的法律话语”。^①但是，关于权利的疑难问题也是最为棘手的。正如康德（Immanuel Kant）所说的那样，“问一位法学家‘什么是权利’就像问一位逻辑学家一个众所周知的问题‘什么是真理’同样使他感到为难”。^②笔者曾撰文对主观权利概念进行理论检讨，认为主观权利概念具有局限性，它对人的生前死后利益保护问题缺乏解释力，这种场合应当以约束状态概念加以解说，并指出在民法理论中形成了客观法与主观权利两套话语体系。^③囿于篇幅，该文未能对主观权利与客观法展开深入探讨，是为憾事。近年来，关于主观权利与客观法，我国学界已经积累了一些研究成果。学者们对主观权利与客观法的认识分歧较大，有必要在总结现有研究文献的基础上加以辩明。因此，笔者尝试在私法视角下对主观权利、客观法以及它们之间的关系做一番理论梳理。

* 本文系国家社科基金一般项目“合同法中的免责事由研究”（20BFX115）的阶段性研究成果。

① 高鸿钧：“权利源于主体间商谈——哈贝马斯的权利理论解析”，《清华法学》2008年第2期，第6页。

② [德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，林荣远校，商务印书馆1991年版，第39页。

③ 参见陈帮锋：“主观权利概念之理论检讨——以胎儿的民事权利能力问题为中心”，《法学研究》2021年第5期，第44页。

一、“主观权利”概念的由来

在我国,“主观权利”概念仅在一些学者翻译外国著述时才被采用。^④在我国学者自己的著述中,往往会使用“权利”这一概念,而不会使用“主观权利”概念。“主观权利”概念的使用,只是为了对译欧陆学者使用的“*diritto soggettivo*”(意大利语)、“*subjektives Recht*”(德语)、“*droit subjectif*”(法语),在此种情境当中,“主观权利”其实就是“权利”。正如雷磊所言,“主观权利”这一中文译法似有叠合之嫌,就像“红色的艳阳”这种表述那般。^⑤然而在欧陆的语言当中,主观的“*diritto*”“*Recht*”“*droit*”则另具深意。这些语词同时有“法”和“权利”之义,当它们加上“主观”这一限定语时,指的是“权利”,从而避免被误解为“法”。据说,这种做法是从萨维尼(Friedrich Karl von Savigny)、普赫塔(Georg Friedrich Puchta)、温德莎伊德(Josef Hubert Bernhard Windscheid)等人那里传开的,^⑥而且也曾受到康德的影响。^⑦

19世纪的德国法学家之所以用加上形容词的方式来区分“权利”与“法”,是因为人们对“*ius*”有了主观化的理解之后,便对起初仅被用来对译客观意义的“*ius*”的“*diritto*”“*Recht*”“*droit*”等民族语言,也开始有了主观化理解。可见,在欧陆国家,以加上形容词的方式来区分“权利”与“法”,是在权利观念产生后的应对措施。权利观念的出现是政治哲学史上的重大事件。12世纪的教会法学家对《教会法汇要》中的“*ius naturale*”(自然法)作主观意义上的理解,自然法被界定为内在于人自身的力量或能力。^⑧这种自然法观念关注的是人的理性,而不是神的安排。正如美国学者赫伯特(Gary B. Herbert)所言,“主观权利”概念是在人被认为是作为个体之后才产生的。^⑨其言下之意是,权利观念与个人主义思潮紧密相联。无论是理性主义,还是个人主义,其最终的落脚点都是强调对人的尊重。

在这种政治哲学之影响下,“主观权利”概念被界定得尽可能得“主观”。16世纪人文主义法学的代表人物雨果·多诺(Hugues Doneau)将主观权利描述为“根据法律所被赋予的能力和权力”。^⑩在启蒙运动时期,人们以人格自由为着眼点来理解主观权利。^⑪主观权利或被理解为自由,或被界定为道德品性。例如,格劳秀斯(Hugo Grotius)认为,“*ius*”是一个人的道德属性,它使个人能够合法地拥有某项财产或者实施某种行为。^⑫霍布斯(Thomas Hobbes)则认为,“*ius*”是“每个人按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己的本性的自由”。^⑬之后,康德更是以自由为着

④ 据说,在“文革”之前,中国法学界曾对“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”,即把“subjective”略去不译。参见唐晓晴、文稳:“中国语境下的权利论题与罗马法尤斯(IUS)传统的变异——以展示相关术语的困惑及其理顺之建议为焦点”,《交大法学》2020年第2期,第8页。

⑤ 参见雷磊:“法律权利的逻辑分析:结构与类型”,《法制与社会发展》2014年第3期,第54页。

⑥ 参见李中原:“*Ius*和*right*的词义变迁:谈两大法系权利概念的历史演进”,《中外法学》2008年第4期,第539页。

⑦ 参见方新军:“权利概念的历史”,《法学研究》2007年第4期,第93页。

⑧ 参见注⑦,第75、77页。

⑨ 参见[美]加里·B.赫伯特:《权利哲学史》,黄涛、王涛译,华东师范大学出版社2020年版,第12页。

⑩ 参见[德]赫尔穆特·科殷:“论‘主观权利’概念的历史”,纪海龙译,高鸿钧主编:《清华法治论衡》(第15辑),清华大学出版社2012年版,第404页。

⑪ 参见注⑩,第404页。

⑫ 参见[荷]格劳秀斯:《战争与和平法》(第1卷),[美]弗朗西斯·W.凯尔西等英译,马呈元汉译,中国政法大学出版社2015年版,第33页。

⑬ [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,杨昌裕校,商务印书馆1985年版,第97页。

眼点来理解主观权利。他认为,主观权利是被用来调节“外在的你我关系”的自由意志。^⑭ 康德说:“权利的普遍法则可以表达为‘外在地要这样去行动,你的意思的自由行使,根据一条普遍法则,能够和其他人的自由并存’。”^⑮ 也就是说,主观权利仅适用于人与人之间的外部关系,其主要作用是维持主体间自由的共存。这种思想影响了后世的法学家。例如,萨维尼就汲取了上述理解,主张为了协调主体间的自由意志,应当划分出领域或界限,主观权利就是意思支配的领域。^⑯ 他说:“生物人(Mensch)与他人接触是自由的,需要相互支持而不是相互阻碍各自的发展。这就需要承认存在一条看不见的边界,边界内的个人有一个安全、自由的空间。确定这条边界的规则就是 Recht。”^⑰ 普赫塔也认为,任何权利都是意思与客体的联系,这种联系其实是对客体的统治。^⑱ 有学者指出,在潘德克吞(Pandekten)法学家那里,一切权利都表征着权利主体与客体之间的意思支配关系。^⑲ 当代德国最重要的哲学家哈贝马斯(Jürgen Habermas)也有类似的表达,认为“主体权利确定了这样的界限,在这个界限内,主体对其意志的自由行使是正当的”。^⑳ 这种主观化的理解,实质上是将权利归入主观意识的范畴。

除了具有主观意识面向外,主观权利还有技术性面向,即主观权利被用来构建法教义学体系。最早以主观权利为抓手来整理私法规则的是雨果·多诺。他认为,“法律科学的任务在于确定每个个体应当享有的主观权利”。^㉑ 为此,雨果·多诺构建出一个私权体系。他将“我们的”分为“确定是我们的”和“欠我们的”。而“确定是我们的”又分为“对于自我个人”和“对于外部的物”;后者再分为“基于合同等”和“基于不法行为等”。^㉒ 赫尔穆特·科殷(Helmut Coing)认为,雨果·多诺的体系在17、18世纪产生了重大影响,对格劳秀斯的主观权利学说也起了决定性的作用。^㉓ 雨果·多诺是萨维尼所认为的在其基础性著作中值得引用的为数不多的作者之一。相反,按照当时的社会需要将罗马法重新整理而形成《自然秩序中的市民法》一书的让·多马(Jean Domat),却不被萨维尼看好。萨维尼说让·多马“经常显得很无知”。^㉔ 也许正是因为让·多马未能以主观权利为抓手来做这项学术工作,才被萨维尼如此贬低。

在科学化观念的指引下,潘德克吞法学的私法体系化运动,实际上就是要以主观权利作为抓手来整理私法规则。其体系化工作的最主要内容,是将对人权(persönliche Rechte)与对物权(dingliche Rechte)重新定义、分类、组合。^㉕ 对此,杨代雄的如下总结颇为精辟:“自此,权利成为德国民法学家分析民法问题的基本工具、表述私人利益的基本符号、整理民法素材从而构建民法

^⑭ 参见王晓升:“重新理解权利——哈贝马斯对自主主义、共和主义和程序主义的权利概念分析”,《学术研究》2007年第6期,第14页。

^⑮ 参见注②,第41页。另参见[德]康德:《历史理性批判文集》,何兆武译,商务印书馆1990年版,第189页。

^⑯ 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:“萨维尼论法律关系”,田士永译,郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(第7卷),中国政法大学出版社2005年版,第2页。

^⑰ 参见注⑯,第3页。

^⑱ 参见金可可:“论支配权概念——以德国民法学为背景”,《中国法学》2006年第2期,第71页。

^⑲ 参见注⑱,第72页。

^⑳ [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第103页。

^㉑ [法]米歇尔·维莱:“主观权利理论与罗马法体系”,巢志雄译,《苏州大学学报(法学版)》2021年第2期,第146页。

^㉒ 参见注⑩,第405页。

^㉓ 参见注⑩,第406页。

^㉔ 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼、雅各布·格林:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,胡晓静校,法律出版社2008年版,第52页。

^㉕ 参见注⑱,第70页。

体系的基本线索。”^{②⑥}

主观权利还被用来体系化地整理公法规则。德国公法学家耶利内克（Georg Jellinek）将私法学中的“主观权利”概念引入公法学中来，以主观权利来分析国家与个人、国家与国家之间的关系，^{②⑦}将主观权利从客观法中剥离，主张个人相对于国家的独立地位和独立权利，从而使主观公权利成为理解公法的全新线索，绵延百年的德国公法秩序的主观化由此展开。^{②⑧}之后，在奥托·迈耶（Otto Mayer）等学者的推动下，主观权利与客观法成为公民基本权利的两个面向，“引发了公法的哥白尼式转向”。^{②⑨}有学者还指出，法国政治哲学家让·布丹（Jean Bodin）首先提出了主权学说，将公共权力视为一种特殊的主观权利即主权，使公法与私法具有了一个共同的基础——主观权利，从而形成了公私法法律思维方法以及逻辑起点的统一。^{③⑩}

二、“主观权利”概念的沉浮

从康德所处的那个时代开始，便有批判“主观权利”概念的声音。例如边沁（Jeremy Bentham）认为，权利、义务这些概念本身具有误导性，它们是在逻辑上虚构出来的，无法通过参照存在于感官经验中的物体或事件来界定它们。^{③⑪}马克思（Karl Marx）则谴责主观权利具有内在的剥削性，他拒绝康德式的意志本体论，即某人通过意志与意志的关系来认识自己。马克思认为，康德式个体所享有的自由是异化的自由。^{③⑫}

对“主观权利”概念批判得最“狠”的是狄骥（Léon Duguit）。他用来否定主观权利的理由，既有主观意识层面上的，也有技术层面上的。在主观意识层面上，狄骥认为，“所有的意志都有同等效力，不存在意志之间的等级关系”，^{③⑬}因此，不存在以一个意志去支配另一个意志的主观权利。^{③⑭}用来表示主观权利的意志的本质、意志的力量都是无法验证的，不具有科学性，应当被排除出去。^{③⑮}狄骥的这个评论无疑是中肯的。在技术层面上，狄骥指出，主观权利仅在两个人之间才存在，这便会出现“无主体权利”的逻辑困境。^{③⑯}他认为，按照《拿破仑法典》第 906 条第 2 款的规定，立遗嘱人死亡时尚未受胎或尚未设立的法人是不能依遗嘱取得遗产的，因为在这些场合并无主体存在。^{③⑰}狄骥对主观权利的批判，可谓切中肯綮。

在上世纪 80 年代的西方学术界，权利话语受到更为严厉的批判，尤其是批判法学的权利批判理论“大有将权利话语置之死地而后快之意”。^{③⑱}当时的一些人认为主观权利有害无益，认为这种观念宣扬个人主义价值观，使人孤立起来、封闭起来，妨碍社会团结、影响人际关系。另一方面，

②⑥ 杨代雄：“民法学体系化思维模式的谱系”，《江海学刊》2010 年第 1 期，第 146 页。

②⑦ 参见〔德〕格奥格·耶利内克：《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，中国政法大学出版社 2012 年版，第 11 页。

②⑧ 参见赵宏：“主观公权利的历史嬗变与当代价值”，《中外法学》2019 年第 3 期，第 651、661 页。

②⑨ 参见注②⑧，第 666 页；张翔：“基本权利的双重性质”，《法学研究》2005 年第 3 期，第 22 页。

③⑩ 参见李昕：“公法人概念缘起的法哲学思考”，《哲学动态》2008 年第 12 期，第 38 页。

③⑪ 参见注②⑧，第 361 页。

③⑫ 参见注②⑧，第 382、384 页。

③⑬ 参见〔法〕狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，商务印书馆 2013 年版，第 7 页。

③⑭ 参见〔法〕狄骥：《〈拿破仑法典〉以来私法的普通变迁》，徐砥平译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 12 页。

③⑮ 参见〔法〕狄骥：《宪法学》（上册），张明时译，台湾商务印书馆 1975 年版，三版原序，第 1 页。

③⑯ 参见注③⑮，第 99、102 页。

③⑰ 参见注③⑮，第 100 页。

③⑱ 参见陆幸福：“权利话语的批判与反批判——围绕批判法学展开”，《法制与社会发展》2014 年第 4 期，第 78 页。

主观权利概念处于抽象思辨层面,被认为并不能为案件的处理提供任何答案。^{③⑨} 法国法学家米歇尔·维莱 (Michel Villey) 说:“个人利己主义趋向于自身利益而采用歪曲手段来截取本来只是为公正和公共利益而建立的事物,同时趋向于将关系变质为单方权力。”^{④⑩} 美国哲学家范伯格 (Joel Feinberg) 也直陈,“主观权利”概念是一个不可分析的原始概念,给它下定义只会徒增烦扰。^{④⑪} 这些问题都是主观权利的主观意识面向导致的困扰。不仅如此,它还会导致“权利爆炸”。正如薛军所说的那样,“权利有日益沦为具有高度主观性、个人性的利益欲求的理论包装之滥用危险”。^{④⑫} 鲁楠的分析与此殊途同归。他以卢曼 (Niklas Luhmann) 的结构耦合学说,来分析法律与经济、政治、心理系统的结构耦合问题。鲁楠认为,主观权利是法律系统与心理系统的结构耦合;通过“主观权利”概念使得法律系统只关注心理系统中的个体意识,而漠视其他意识,其结果必然会出现“权利爆炸”的现象。^{④⑬}

尽管自边沁以来,主观权利受到了无数的批评,但是,这些意见“并没有真正地影响到绝大多数法学家对主观权利概念的认同,这个概念成功地抵抗着对它的批评”。^{④⑭} 据一些学者的研究,在上世纪 40 年代的西方学术界,人们对权利哲学的研究甚至又重新盛行起来。^{④⑮} 其原因主要存在于如下两个层面上。

在主观权利的主观意识层面上,“自由意志无法验证”这种狄骥式的批驳理由是实证主义的,但实证主义并不能一统天下。人们无法完全脱离形而上学,因为若在应当说明为什么时但却只回答怎么样,则势必不得要领。况且,仅仅局限于对社会现实本身的考察,而不力图从中总结出公平的东西,这也就意味着人们仅面向过去,而不展望未来。^{④⑯} 只不过,时过境迁,古典自然法那种形而上学的政治哲学也早已式微。因此,将主观权利归结于人的本质和道德属性的说法,也逐渐丧失说服力。“为什么”这种形而上学思维,在主观权利中体现为主观权利作为一种道德良心词汇发挥作用,主观权利仅存在于语言用法中。^{④⑰} 美国学者赫伯特指出,“在 19 世纪晚期和 20 世纪早期,权利概念的哲学力量已经被消耗殆尽,几十年以来,权利不再是政治哲学的重要词汇。”^{④⑱} 在语言习惯上,但凡符合“我可以做什么”这种思维模式的,都会以“权利”来表达,往往会被表达为“我有权做什么”;似乎以“权利”代入进去,就会显得更顺口、更简洁、更有力量。

在法律思维的层面上,我们习惯于以权利、法律关系这些范畴去分析法律问题,这些范畴已经成为法教义学的基石。因此,就像一些学者所指出的那样,“在试图介绍我们的私法时,如果不借助主观权利概念很难令人理解我们的法”,^{④⑲} “我们已经被迫接受‘主观权利’概念并深受其影响”。^{⑤①}

^{③⑨} 参见高中:“后现代法学与批判法学关于‘权利话语’论争的启示”,《上海政法学院学报》2005 年第 1 期,第 30 页。

^{④⑩} [法] 雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,谢汉琪审校,法律出版社 2004 年版,第 123 页。

^{④⑪} 参见[美] 乔尔·范伯格:《自由、权利和社会正义——现代社会哲学》,王守昌、戴树译,吴福临、陈维政校,贵州人民出版社 1998 年版,第 91-92 页。

^{④⑫} 薛军:“权利的道德基础与现代权利理论的困境”,《法学研究》2009 年第 4 期,第 188 页。

^{④⑬} 参见鲁楠:“结构耦合:一种法律关系论的新视角”,《荆楚法学》2022 年第 3 期,第 98 页。

^{④⑭} 参见注⑩,第 126 页。

^{④⑮} 参见注⑨,第 8 页。

^{④⑯} 参见注⑩,第 22 页。

^{④⑰} 参见注⑨,第 8 页。

^{④⑱} 参见注⑨,第 399 页。

^{④⑲} 参见注⑩,第 126 页。

^{⑤①} 参见注②①,第 147 页。

三、主观权利与客观法的关系

在欧陆民族的语言中，“主观权利”与“客观法”这两个概念的出现，是为了明示兼有两种意思的同一词汇（*ius*、*Recht*、*diritto* 等等）何时指“权利”、何时指“法”。这看似一个语言现象，但却体现出价值观念和思维方式的变化。

正因为价值观念和思维方式的变化，主观权利与客观法之间的关系又成为一个较具争议性的问题。这点从有的学者将“主观权利理论”界定为“区分客观法与主观法或主观权利并以此为工具分析和探索法律与权利现象的学说”中，^⑤ 便可见一斑。关于这两个概念之间的关系，学者们的看法可被区分为一元论和二元论。所谓一元论，是指在主观权利与客观法当中认为某一个基础的理论。再进一步对此进行细分，那种认为主观权利是基础的观点可被称为主观权利一元论，而那种认为客观法是基础的观点则可被称为客观法一元论。所谓二元论，是指认为主观权利与客观法是相互独立、不完全重叠的理论。

（一）一元论

古典自然法学家都主张主观权利一元论，认为客观法来自主观权利。此主观权利其实是自然权利。客观法存在，被认为是为了保护自然权利、落实自然权利。因此，客观法应忠实地反映自然权利。这种论断其实是关于自然法与实证法之关系的理论的翻版。霍布斯、格劳秀斯所持的就是主观权利一元论。如今，这种理论的追随者已是寥寥无几。

随着实证主义的兴起，客观法一元论大行其道。当代德国法理学家魏德士（Bernd Rüthers）就明言，主观权利与客观法是“从不同视角来描写一枚奖章的两面”，^⑥ 其本意上是客观法决定主观权利，主观权利来自客观法。在客观法一元论中，最具代表性的是凯尔森和狄骥的观点。

狄骥旗帜鲜明地指出，主观权利仅存在于以个人主义为基础的立法当中（例如《法国民法典》《人权宣言》），在现代法中存在的是社会职能（*Fonction Sociale*），而社会职能来源于客观法。^⑦ 其言下之意是，所谓的“主观权利”其实是社会职能，现代私法建立在社会职能之上。^⑧ 狄骥所说的“社会职能”，其实是指人对社会应尽的职责。他说，人只负义务，而无权利，^⑨ 权利是索取、义务是奉献。^⑩ 某人拥有财产或处于某种地位，是他承担了社会职能，他用好他的财产、维持好他的地位，就是在执行他的社会职能。^⑪ 甚至，在狄骥看来，就连人自身也都是社会的财富。^⑫ 客观法是最高形式的社会规范，社会规范分为经济规范、道德规范和法律规范。^⑬ 经济规范和道德规范在“群众思想上认为它们对社会生活异常重要”而应当维持它们时，才上升为法律规范。^⑭ 此“法律

^⑤ 参见马俊驹：“论我国国家公共财产权制度体系的建构——从‘主观权利’理论和域外立法实践中得到的启示”，《法学评论》2023 年第 1 期，第 23 页。

^⑥ 参见〔德〕魏德士：《法理学》，吴越、丁晓春译，法律出版社 2005 年版，第 32 页。

^⑦ 参见注④，第 7 页。

^⑧ 参见注③，第 50 页。

^⑨ 参见注④，第 20 页。

^⑩ 参见注③，第 230 页。

^⑪ 参见注④，第 21 页。

^⑫ 参见注④，第 39 页。

^⑬ 参见于浩：“客观法是什么？——读狄骥《客观法》”，《政法论坛》2017 年第 4 期，第 178 页；王名扬：“谈谈狄骥的实证主义社会学”，《法国研究》1986 年第 2 期，第 61 页；注⑤，第 104 页。

^⑭ 参见注⑤，第 108 页。

规范”就是客观法。狄骥还将法律规则区分为规范性法律规则与构成性法律规则（或称技术性法律规则），^①其中的规范性法律规则才属于他所说的“客观法”。规范性法律规则是“迫令生活于社会上的一切人们作为某某行为或不得作为某某行为的规则”，^②而构成性法律规则或技术性法律规则是规范性法律规则的“保证规则”。^③构成性法律规则依附于规范性法律规则，是推行前者的手段。规范性法律规则极为精简，而构成性法律规则较为杂多。在《法国民法典》中，只有契约自由、尊重私人财产、过失责任这三项规则才是规范性法律规则，其他的都是技术性法律规则。^④狄骥还认为，社会规范、客观法、规范性法律规则都来自社会事实，^⑤但技术性法律规则却“是国家实证法的产品”。^⑥他所说的“社会事实”，其实就是我们所熟知的社会协作（Solidarité Sociale）。^⑦社会协作是社会生活中自然而然地形成的人际关系，因为人既有共同的需求、也有不同的需求，前者导致相似的联系（即机械的社会协作），后者导致分工的联络（即有机的社会协作）。^⑧可见，狄骥的法概念体系是：社会协作—客观法—客观法的保证规则—社会职能。

凯尔森（Hans Kelsen）认为，狄骥的客观法“具有实在法背后的真正法律的二元论特色”，是自然法的变种，批判自然法的理由也能被用来批判狄骥的观点。^⑨凯尔森的纯粹法理论，就是要排除权利与法律、自然法与实证法、国家与法律的二元论，突显其一元论的特色。凯尔森明确指出，“主观权利就是法律”，^⑩“主观权利”这一概念是多余的。^⑪凯尔森上述论点的关键之处，在于认为义务概念是核心，主观权利是义务的反射，而义务都是法律所规定的。^⑫在他看来，“主观权利”概念虽然更方便于阐释法律事实，但并不能科学地描述法律现象。^⑬这是因为法律规范的内容是人的行为（即相对于他人应当做或不做的特定行为），^⑭这种行为本身是义务，但当以对方当事人为着眼点时，便是可以要求某人相对于自己做或不做特定行为，而这就可以被理解为主观权利。因此，凯尔森将主观权利视为义务的反射，即反射性权利。之所以说这种反射性权利不能科学地描述法律现象，是因为并非所有的场合都可以被描述为“某人可以要求什么”，有时往往找不出这个“某人”。^⑮除了这种反射性权利之外，还有技术性权利。技术性权利存在于三种场合：一是义务被违反时，基于规范本身所赋予的请求力而提起诉讼时享有的主观权利；^⑯二是通过私法行为创设法

① 于浩认为，这两种规则都是客观法。参见注⑤，于浩文，第178页。

② 参见注⑤，第124页。

③ 参见注⑤，第133页。

④ 参见注⑤，第128页。

⑤ 参见注⑤，第134页。

⑥ 参见注⑤，第124页。

⑦ 我国学者有时将“Solidarité Sociale”理解为“社会团结”，有时指称其为“社会连带”，早期还将其翻译为“社会联立”。有学者指出，日本学者以“连带”来翻译“Solidarité”是恰当的，因为日语里面的“连带”是相互帮助、团结、协作的意思，但在汉语当中应以“协作”来对译才能达意，“团结”在涂尔干、狄骥及其追随者们的理论当中，仅是次要的、从属的内涵，“协作”才是出发点。参见龚永芳：“‘社会连带主义’之谬”，《理论界》2011年第4期，第85-87页。王名扬也将其翻译为“社会协作”。本文采信此观点。参见注⑤，王名扬文，第61页。

⑧ 参见注④，第27页。

⑨ 参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2013年版，第197页。

⑩ 参见注⑨，第134页。

⑪ 参见[奥]汉斯·凯尔森：《纯粹法学说（第二版）》，[德]马蒂亚斯·耶施泰特编，雷磊译，法律出版社2021年版，第209页。

⑫ 凯尔森说，“法律权利是由法律所承认的意志或法律所授予的权力”。参见注⑨，第135页。

⑬ 参见注⑪，第165页。

⑭ 凯尔森认为，法律规范的内容不是人与人的关系（即法律关系），而是人的行为。参见注⑪，第209页。

⑮ 参见注⑪，第165页。

⑯ 参见注⑪，第173页。

律关系的主观权利；三是通过行使选举权来参与创设法律规范的权力。^⑦ 尽管如此，在凯尔森看来，“主观权利”概念仍是多余的，因为反射性权利是义务的辅助性概念，而技术性权利也“只不过是法律构架在上级规范授权的范围内向个体规则的特殊延伸而已。例如，合同即是在上级规范（法律）的允许下产生个别效力”。^⑧ 此外，凯尔森认为，“主观权利”概念的使用会导致理论上的逻辑矛盾，因为主观权利的核心理念是自由、是自治，而客观法的核心理念是他治，于是两者的共存和对立便形成了矛盾。^⑨

其实，马克斯·韦伯（Max Weber）也认为主观权利是客观法的反射。^⑩ 而德国公法学家耶利内克也持类似的观点，即认为主观权利和客观法的反射难以区分开来。^⑪

（二）二元论

二元论属于较为折中的观点，是当今学界在此问题上的主流观点。这也许是由于学者们普遍认识到，“主观权利”概念自身固有的价值以及权利话语已被内化到人们的话语习惯中，才守持此论。

大多数的二元论都具有较浓的实证主义意味，都认为主观权利来自客观法的规定。只不过，持此论者并不像凯尔森那样重义务而轻权利。例如，日本学者山本隆司认为，客观法的主要部分是主观权利的规定。^⑫ 德国法学家卡泽尔（Max Kaser）、耶林都认为，客观法指法秩序和构成法秩序的因素，而主观权利指法秩序所赋予的具体的权限。^⑬ 在这种前提下，持此论者无不认为客观法与主观权利相对独立，并试图将这种独立性放置在主观权利上。例如，马俊驹通过强调主观权利为权利人留下自由的空间，以展示主观权利与客观法的不同。^⑭ 沈建峰则注意到权利人的意思在规范内容实现过程中的作用，即客观法依靠权利人的意思才能成为主观权利（即规范内容的实现）。^⑮ 刘召成也认为，权利人“自主决定的意思力”是主观权利区别于客观法的根本特性。^⑯ 法国也有学者认为，主观权利的意思力，使主观权利成为个体间一种合法的不平等。^⑰

这些观点都有意凸显主观权利的重要性，强调主观权利给主体留出自由空间。此种处理方式，似乎跟前述凯尔森的一元论观点也仅是稍有偏离而已。这些二元论观点都是以主观权利源自客观法作为前提，此点与前述凯尔森的一元论并无差别。二元论通过强调主观权利的“可能性”特性、强调主体的自由意志，以拉开主观权利与客观法的距离。其实，凯尔森也意识到这两点。他认为，“主观权利只是展示了客观法的一种可能但并非必要的内容塑造”，^⑱ 主观权利是违反义务时主体基于法律规范提出的请求，这也是一种“意思力”。只不过，凯尔森觉得这些都只是旁枝末节。

在二元论的持论者当中，真正能够与凯尔森的一元论形成鲜明对比的是哈贝马斯（Jürgen Habermas）。哈贝马斯也强调主观权利对自由意志的重要性。他认为，“主观权利”概念对应的是主

^⑦ 参见注①，第189页。

^⑧ 参见注⑩，第18页。

^⑨ 参见注①，第214页。

^⑩ 参见〔德〕马克斯·韦伯：《法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2010年版，第4页。

^⑪ 参见注②，第65页。

^⑫ 参见〔日〕山本隆司：“客观法与主观权利”，王贵松译，《财经法学》2020年第6期，第98页。

^⑬ 参见〔德〕鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，胡宝海译，梁慧星主编：《民商法论丛》（第2卷），法律出版社1994年版，第14页；注⑩，第397页。

^⑭ 参见注⑤，第23、24页。

^⑮ 参见沈建峰：“论具体人格权建构的一般方法”，《国家检察官学院学报》2013年第4期，第162页。

^⑯ 参见刘召成：“民事权利的双重属性：人格权权利地位的法理证成”，《政治与法律》2016年第3期，第107页。

^⑰ 参见注⑩，第141页。

^⑱ 参见注①，第175页。

观的行动自由的概念，主观权利为主体自由行使其意志确定了一个界限。^⑧但是，哈贝马斯又认为，主观权利与客观法都源自主体间的相互承认，甚至作为法律秩序的客观法是在捍卫主观权利时从主观权利中引绎出来的。^⑨“公民相互承认的权利体系只有通过法律才得到诠释和展开。”^⑩这种主体间的相互承认是构成性的，因为主体之间必须协作、沟通、理解以及协商。按照高鸿钧的理解，在哈贝马斯那里，主观权利对应的是私人领域，而客观法对应的是公共领域。哈贝马斯所说的公共领域，应是指观点、意见得以交流的网络和沟通活动中所形成的社会空间，包括建制化的公共领域（即代表民意的立法机构）和非建制化的公共领域。^⑪

（三）主观权利与客观法是两套话语

毫无疑问，二元论必然成为当前在此问题上的通说。

狄骥的一元论是以福利国家为背景的。在20世纪初，资本主义社会进入垄断阶段，国家开始积极介入社会生活。狄骥看到了法国在1916年至1919年间颁布了许多干预不动产权利行使的法律。其中，1916年10月6日颁布的法律在第1条第1款规定，未耕作的农地权利人在收到县长寄来的询问信件之日起15日内，未能证明存有必须放弃耕作的事由时，县长有权征收该农地并交与组织农务的县委员会。1918年5月4日颁布的法律也规定了类似的情形，其处理模式是将该农地征收后交与县长所选定的农民加以开垦，对阻挠种植者处以严厉的刑罚。1919年10月23日颁布的法律对非法投机以提高房租的行为处以刑罚。该法律规定，法官有权决定房租的高低。市政府可以设立管理居住事务的公共机关，凡属空置的房屋，都应该标明价格，并将价格向该机关汇报。^⑫狄骥认为，以后必然会出现越来越多这样的法律。然而，他所预测的这种趋势并未出现。其实，自由主义经过20世纪上半叶的低迷之后，在哈耶克（Friedrich August Hayek）等人的影响下，人们重拾对自由主义的信心，新自由主义思潮由此兴起。狄骥在1912年初次出版《拿破仑法典以来私法的普通变迁》这本书时，他的同事就提出质疑：“即便承认法律发展的趋势是以‘所有权—职务’为基础的法律制度，但法国还没有前进到这一步。”^⑬在民法理论中，有学者将这类情形归纳为强制缔约。众所周知，强制缔约的存在并不能否定合同自由原则。不过，瑕不掩瑜，狄骥上述所持一元论的价值在于让我们看到，“主观权利”概念并不能包打天下，其自身存在无法克服的缺陷。

凯尔森的一元论重义务而轻权利，将权利作为义务的辅助性概念。在他看来，权利是通过和义务做反向解释而得来的。这种观点并没有太多的追随者。哈特（Herbert L. A. Hart）就明确地表示不赞同用权利概念去表达义务概念的做法。他指出，有时权利的表述并不能清晰地表达义务的内容，例如，将“每个人都有义务不去伤害他人或窃取他人财物”改为“每个人都畏惧被伤害或被窃取财物”或“当一个人被谋杀时他不被杀害的权利受到了侵犯”，只会导致混乱。^⑭有义务必有权利、权利与义务“相对出”这样的结论，难以被一以贯之。甚至，义务概念也难以周延地表述所有法律规范的内容，因为有时法律虽有规定，但无法确定义务人是谁，便无法表述为义务。民法中的“绝对权”概念耳熟能详，许多学者都说它的权利人是特定人、它的义务人是一切人。但稍加琢磨，

^⑧ 参见注②，第103页。

^⑨ 参见注②，第111页。

^⑩ 参见注②，第209页。

^⑪ 参见注①，第7页；注②，第444页。

^⑫ 参见注③，二版引言，第4-7页。

^⑬ 参见注③，勘校者导言，第25页。

^⑭ 参见 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, pp. 181-182, 转引自张恒山：“论具体权利概念的结构”，《中国法学》2021年第6期，第117页。

便仍觉此种说法有些牵强，因为你是物权人，你用你的物，与他人何干？民法理论非得说其他人都是义务人，负有不干涉你使用此物的义务。所有权人若将此话说出，必招致邻人侧目、嘲讽。他人仅在妨害到物的支配时，才跟所有权人产生联系，此时才用得上权利义务来解释两人之间的关系。难道非得将妨害之前解释为“负有不干涉的义务”，才能让妨害后义务的产生取得逻辑前提？此逻辑前提放置在妨害行为上，同样也说得通，何须拟制出这种不干涉义务？

哈贝马斯的二元论较具哲学意味，他对主观权利和客观法的来源的解释，是与他对于后现代的合法性危机的解释紧密相联的。他将主观权利与客观法分别对应于私人领域与公共领域，这似乎跟民法理论对不上。

从民法教义学角度来看，将客观法界定为法秩序，而强调主观权利给主体留出自由空间，这样的理解较有理论意义。本文所持的二元论，是认为主观权利来自客观法，客观法的主要内容是主观权利，但主观权利与客观法并不重叠。客观法与主观权利形成两种不同的话语体系。正如意大利学者弗洛西尼（Vittorio Frosini）所说的那样，“主观权利话语是第一人称的，客观法话语是第三人称的”。^⑥ 易言之，在主观权利话语之下，常有“我可以做什么”这样的表述；而在客观法话语当中，则常常表述为“法律规定了什么”。

四、客观法话语助力主观权利话语

“主观权利”概念并不能解释客观法的所有内容，其本身的解释力是有限的。由于现在的民法教义学以主观权利为核心，主观权利也成为法律人的习惯性话语。在对主观权利抱残守缺之余，我们应当重新审视如何处理那些未能为主观权利所解释的情形。在这个问题上，本文的处理方式是以客观法话语来填补此空隙。

（一）那些无法被归入主观权利的情形

民法当中就存在多种无法用主观权利来加以解释的情形。其一，规定胎儿利益保护问题的法律规范，并不能被解释为主观权利。按照我国《民法典》第 16 条的规定，胎儿在继承、赠与等场合中的利益是受到保护的。然而，当我们将此等客观法规范转换成主观权利话语时，得到的命题“胎儿对被继承人的遗产、赠与人给予的财产享有主观权利”，却因为《民法典》第 13 条规定的自然人权利能力始于出生、终于死亡这一规则而遭到质疑。既然胎儿未出生，不具有权利能力，又怎能享有主观权利？因此，尽管我国《民法典》第 16 条规定，“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力”，但仍有很多学者认为胎儿不具有权利能力。^⑦ 其二，规定死者利益保护问题的法律规范，难以被解释为主观权利。实践中，死者的名誉、遗体受到侵害的情形常有发生，因此，《民法典》第 994 条规定，死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体等受到侵害的，其近亲属有权请求行为人承担民事责任。如果死者是英雄烈士，那么还可适用《民法典》第 185 条的规定。“死去元知万事空”，权利能力止于死亡，死者既然已无权利能力，又怎能将此种情

^⑥ Cfr. Antonio Azara, Ernesto Eula, a cura di, *Novissimo Digesto Italiano* (3), Torino, Unione Tipografica, 1957, p. 1047.

^⑦ 参见郑晓剑：“论胎儿的民法地位及其保护机理——兼析《民法典》第 16 条解释论之基础”，《吉林大学社会科学学报》2023 年第 4 期，第 35 页；李永军：“我国《民法总则》第 16 条关于胎儿利益保护的质疑——基于规范的实证分析与理论研究”，《法律科学》2019 年第 2 期，第 101 页；谭启平：“论民法典第 16 条的限缩解释——以胎儿不能成为征地补偿对象而展开”，《东方法学》2020 年第 4 期，第 187 页。

形表述为“死者的姓名、肖像等权利受到侵害”“《民法典》第994条保护死者的权利”？在这个问题上，学者们之间有诸多争论，已形成了多种不同的学说。^⑧其三，在设立法人的过程中，因发起人从事的设立行为而产生的利益，应当归属于成功设立的法人，然而，这能够被表述为“设立中的法人对此利益享有主观权利”吗？就营利法人而言，未经登记，即未能取得法人资格，设立中的公司便不能成为权利主体。我国《公司法》第44条第1款“有限责任公司设立时的股东为设立公司从事的民事活动，其法律后果由公司承受”，便很难为主观权利所解释。其四，被抛弃的无记名证券、演出入场券、食堂餐券也被认为是无法归入主观权利的情形。^⑨无记名证券、演出入场券、食堂餐券原本是权利，而不是有体物，此等权利被抛弃后，便出现主体缺位的情形。此时若仍强行以“主观权利”概念叙述之，则便显牵强。

上述情形都是因为权利主体的缺位导致主观权利因受保护的利益无安身之所而无法成立，这个问题是主观权利话语体系所固有的。主观权利、权利主体以及权利能力在逻辑上环环相扣，缺少其中的任何一环，都会导致“主观权利”概念丧失解释力。对于这一问题，早有学者已经注意到。例如，沈建峰认为，“权利能力制度在现代民法中还面临着另外一个尴尬的问题，那就是没有权利能力的事物，包括无权利能力社团、合伙以及未出生的胎儿越来越多地被认为可以成为特定权利的主体。于是我们不得不回答没有‘权利和义务载体能力’的事物为何可以成为权利的载体这样一个问题”。^⑩冯珏指出，“在现代民法学的权利理论看来，对于利益的最好保障就是赋予相应的权利，为了保护理性不足者的利益，承认他们能够享有权利就是必要的。在主观权利体系下，若没有权利，利益即无所依归，所以不得不扩大权利主体以为应对”。^⑪

除了前述几种情形外，那些纯粹以保护物为目的的法律规范，更是难以被归入主观权利当中来。例如，法律禁止杀害动物、采摘花草、砍伐树木、摧毁某些重要的历史性建筑或古迹，但我们不能因此说动物、植物、历史性建筑或古迹享有主体权利。^⑫其实，在罗马法中也有非常多类似这种难以表述为主观权利的情形，像神法物（*res divini iuris*）、一切人共有的物（*res communes omnium*）、公有物（*res publicae*）、团体物（*res universitatis*）都是不能交易、不能占为己有的财货，但仍在法律保护之下，此等情形便说不上是主观权利。维莱也认为盖尤斯《法学阶梯》中的无体物（*res incorporales*）是客观的事实状态，而不是现代学者所说的除了所有权之外的其他权利。甚至，维莱认为，盖尤斯所称的“债权（*ius obligationis*）”并不是指针对一项债的权利，而是指作为“无体物”的债。这是一种客观事物，是债权人可资受益的一种价值或一种财产。在维莱看来，盖尤斯所称的“继承权（*ius secessionis*）”也是指遗产继承的抽象表达。^⑬这些规范都“无法用主观权利理论来解释，它是纯粹的客观法秩序”。^⑭

（二）客观法话语的提出

面对这些难以用“主观权利”概念来加以解释的情形，若强行以主观权利这套话语来加以分

^⑧ 这些不同的学说具体包括死者权利保护说、死者法益保护说、人格利益继承说、家庭利益说、人身权利延伸保护说、近亲属权利保护说、法律拟制说、间接保护说。对这些学说的评述，参见葛云松：“死者生前人格利益的民法保护”，《比较法研究》2002年第4期，第23-24页；张善斌：“死者人格利益保护的理论基础和立法选择”，《江汉论坛》2016年第12期，第133页；税兵：“身后损害的法律拟制——穿越生死线的民法机理”，《中国社会科学》2011年第6期，第100页。

^⑨ 参见〔葡〕Carlos Alberto da Mota Pinto：《民法总论》，澳门翻译公司等译，澳门法律翻译办公室、澳门大学法学院1999年版，第102页。

^⑩ 参见沈建峰：“权利能力概念的形成和变迁”，《北方法学》2011年第3期，第59页。

^⑪ 参见冯珏：“自然人与法人的权利能力：对于法人本质特征的追问”，《中外法学》2021年第2期，第356页。

^⑫ 参见注①，第165页。

^⑬ 参见注②，第154页。

^⑭ 参见注②，第150页。

析、叙述，便只好通过各种技术予以处理，或是扩张，或是拟制，其结果必然是众说纷纭、相持不下。最终，一般规则在众多例外情形的冲击下千疮百孔，民法理论体系的自洽性反而遭到破坏。只要我们意识到主观权利无法与客观法的内容相重叠，会有一部分内容无法被归入主观权利，那么就应当自觉地在这些场合中放弃主观权利话语的使用，以免徒增烦扰。

主观权利话语和客观法话语是两套不同的概念体系。主观权利话语是一套以人为中心的概念体系，这种话语着眼于谁可以做什么。权利、权利能力、权利主体以及法律关系等概念都属于此套话语。上述几个概念之间的关联，体现为有权利能力者才是权利主体，才能取得权利，而法律关系的内容是权利与义务。在前述无法被归入主观权利的场合中，这些概念都无法适用，故而不能以这些概念来思考、分析前述问题。而客观法话语则是一套以秩序为中心的概念体系，这种话语所要表达的是法律对某种情形有调整、有规制，而并不想描述出谁可以做什么或谁应当为谁做什么。

应当指出的是，客观法与客观法话语并不是同一层面的事物。客观法是指法秩序，而客观法话语则是用来解释、思考客观法的概念或命题。客观法是事物本身，而客观法话语则是理解事物的工具。根据狄骥的介绍，法国法学家惹尼（François Gény）区分了天然物与人造物。法律的天然物是指自然存在的社会现实，是仅由事物本性所产生的全部法律规则。^⑩而思考这些法律规则的概念是人造物，是思想的产品。^⑪按照惹尼所区分的这对范畴，在客观法与客观法话语的关系中，前者是天然物，而后者是人造物。不过，客观法话语并不像主观权利话语那样有着成熟的概念体系。从 19 世纪德国潘德克吞法学家围绕“无主体权利”问题的争论来看，由耶林提出并由葡萄牙法学家安德拉德（M. Andrade）加以改造的约束状态（*stato di vincolo*）概念适合作为客观法话语。^⑫耶林为妥善解释主体缺位但仍有利益应受保护这种场合，将权利区分为权力关系与约束状态。前者必须有主体存在，而后者允许主体缺位。^⑬之后，安德拉德将约束状态界定为未形成法律关系的法律约束。^⑭也就是说，法律对这种场合有规定（有调整），但并未形成主体之间的以权利义务为内容的法律关系。凡是法律有所调整，都形成法律约束，但是，并非所有的法律约束都能被归入主观权利、属于法律关系。正如前文的分析所示，不管是在现代法还是罗马法当中，都有诸多无法被归入主观权利的情形，主观权利与客观法并不重叠。因此，当以法律约束来指称法律对生活的调整，当被调整的对象是人际关系，便能被归入主观权利、属于法律关系，否则便属于约束状态。这样一来，法律约束包含法律关系与约束状态。约束状态这一概念被耶林用来指称主观权利的一种，而后又由安德拉德将其改造成主观权利之外的法律有所保护的情形，这多少体现出理论传承或理论变迁的意味。然而，“法律约束”这一概念却未被其他众多学者所关注，因而缺少理论意味，似乎这个概念很“直白”，也许是安德拉德一时“词穷”而只好使用一个较为生活化的用语来指称有法律调整的情形。不过，这个概念正好从事实状态层面上提示出主观权利与客观法的不同。

结 语

总而言之，“主观权利”概念自身存在的缺陷是结构性的，主观权利、权利能力以及法律关系

^⑩ 参见注⑤，第 38 页。

^⑪ 参见注④，第 41 页。

^⑫ 参见注③，第 54 页。

^⑬ Cfr. Riccardo Orestano, “Diritti Soggettivi e Diritti Senza Soggetto: Linee di una Vicenda Concettuale”, in *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, 1960, Anno XI (Fasc. II), p. 156.

^⑭ 参见 [葡] 曼努埃尔·德·安德拉德：《法律关系总论》（第 1 卷），吴奇琦译，法律出版社 2015 年版，第 40 页。

这套话语体系需要重构。一直以来，在民法教义学中，主观权利话语体系一统天下，言必称权利，所有场合都以主观权利加以叙述。若发现明显出现逻辑困境，则便以拟制、扩张或类推等名目加以敷衍、搪塞，长此以往，规则的一般性将难以为继。因此，本文提出的重构方案如下：其一，严守主观权利话语体系的逻辑，只有享有权利能力的现世的主体才享有权利，那些利益保护具有正当性但主体仍未出现的情形，不符合主观权利话语的逻辑，不应以主观权利予以指称；其二，对于那些不能被归入主观权利的情形，不妨以约束状态加以解释。约束状态属于客观法话语，仅表示某种情形受到法律的调整，有法律拘束力，但并未形成权利或法律关系；其三，主观权利话语与客观法话语是两套不同的话语体系。在民法教义学中，应当以主观权利话语为主而以客观法话语为辅。虽然主观权利由客观法所规定，来自客观法，但是主观权利与客观法并不重叠。以权利的功能为着眼点，主观权利可区分为支配权、请求权、抗辩权、形成权。而请求权的来源有法定和意定两种。唯有意定的请求权以意思自治为由未为客观法所明定，大有溢出客观法之势，其他权利都处于客观法明定之列。除了这些能够将客观法规范转化为主观权利的情形，其他客观法规范完全裸露于主观权利之外。

也许有学者会觉得，不管是客观法话语，还是约束状态，抑或法律约束，都只是表示法律对某种情形有规定，在前述场合中，若主观权利话语让位于客观法话语，则意味着放弃解释。因为主观权利话语是对法律规范内容的解释（即把法律规范的内容“翻译”成主观权利话语），而客观法话语仅表明法律对某种情形有规定、有调整，以客观法话语来解释主观权利话语所不能解释的情形，其实是放弃解释、放弃理论建构。学者当以理论建构为自己的分内事，任何时候都不应当放弃理论创造、放弃思考。只不过，以法律约束、约束状态来指称法律有调整的情形，本身就是解释。从诠释学来看，理解即解释，所有的事物都成为被解释的文本，都逃离不了被解释的宿命。按照休谟（David Hume）的说法，心灵的全部知觉按照其强烈和活泼程度分为印象和观念，概念是较为清晰的观念。^⑩ 印象和观念都是在对文本进行解释后才形成的，仅是印象时没办法形成概念，唯有形成概念才有理论建构的可能。就像有学者所说的那样，“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”。^⑪ 法律约束、约束状态等概念的提出，就是要对这种情形予以单独命名，将之标记出来，避免其重新跌入思想的大海。

本文写作的主要目的在于指出可能存在的误区。一直以来，权利、权利能力以及法律关系都是分析民法问题的惯用工具，在这种惯性思维的影响下，一切场合都不自觉地被归入这套主观权利话语中来。本文试图“泼冷水”，提醒大家应当警惕惯性思维、前见的影响。若学者动辄以扩张某概念、某规则的方式来解决主观权利话语所无法周延解释的问题，则恐怕民法这个大布袋将会破烂不堪。另外，在建构中国法学自主知识体系的当下，认清概念体系存在的问题、提出合理的话语体系，不失为一项有意义的学术工作。

（责任编辑：尤陈俊）

^⑩ 参见〔英〕休谟：《人性论》（上册），关文运译，郑之骧校，商务印书馆1980年版，第110页。

^⑪ 参见注④，第10页。