

权利一词不彰显善和正何以可能^{*}

唐晓晴^{**} 唐铭泽^{***}

摘要:英文“right(s)”从罗马法概念尤斯(IUS)中继承了善良与正义,但前者的中文译词“权利”在中国传统语境中并不包含善和正的意思。即便如此,译词在创设后面临多次改译选择,却仍被法律学者用之如故。究其原因,权利一词的翻译是一个视域融合的过程,也是法律技术与时代精神发展的过程。“权利”译词在翻译过程中即与其背后的法学理论暗合,而在流传至日本后便得到了专业化的洗礼,至清末回传至国内成为专业的法律用语,最终在使用中形成惯性而确立下来。于是,虽然汉语权利一词本身并不彰显善和正,但善和正的理念可以通过观察制度和回溯观念史而获得。

关键词:权利;权利理论;时代精神;意志论;利益论

How is a Quanli Without a Sense of Good and Just Possible?

Tang Xiaoqing Tang Mingze

Abstract: In English the word “right(s)” has the connotation of goodness and

* 文章 DOI:10.3966/615471682022040033002。

本文的写作分工为:唐晓晴提出论题,设计文章的整体框架,拟定出文章大纲和部分初稿,并在每次修改过程中理顺内容;唐铭泽在原稿基础上对各部分的文献资料进行充实查证,撰写了第二部分与第三部分的初稿,并负责全文的格式调整。感谢澳门大学苏基朗教授、华东政法大学黄涛教授、澳门大学法学院吴奇琦教授、广东工业大学王华教授、澳门城市大学法学院陈怡教授、澳门大学法学院梁静姮老师、王星博士、卢跃峰、施思、文稳和曹开栋提出的许多修改建议。

** 唐晓晴,男,1972年生,广东中山人,法学博士,澳门大学法学院院长,研究方向:民法学。电子邮箱:ictong@um.edu.mo。

*** 唐铭泽,男,1998年生,江苏丰县人,澳门大学法学院硕士研究生,研究方向:民法学。电子邮箱:mingzetang@foxmail.com。

justice, which is originated from the old Roman Law concept, IUS. However, the classical Chinese word for right(s), Quanli, has nothing to do with such implications. Many Chinese jurists have attempted to coin a more proper Chinese term for right(s), to replace Quanli, but their suggestions were all dismissed. The reason is that the exact meaning of the Chinese word, Quanli, is influenced by fusion of horizons, as well as interaction with the legal techniques and zeitgeist. The Japanese borrowed Quanli from classical Chinese, established it as the formal translation of right(s), and endowed it with the current meaning in modern Chinese. Therefore, although the classical Chinese term Quanli does not imply goodness and justice, the ideology of goodness and justice implied in modern Chinese can be deduced from its evolution.

Key Words: Rights; Rights Theories; Zeitgeist; Will Theory; Interest Theory

一、引论

汉语权利一词是英语“right(s)”的中译,而后者的源头是罗马法之概念尤斯(IUS)。自罗马法后古典时期以来,尤斯一词便频繁地与善、公正、正义等概念联结起来。经过中世纪古典自然法的发展(以阿奎那为巅峰),善良、正义、理性等具有正向价值的概念直接被视为尤斯的内涵意义。^①《学说汇编》最开篇即开宗明义地提出“尤斯乃善良公正的技艺”(ius est ars boni et aequi),奥古斯丁则在《论自由意志》中断言“恶法非法”(Lex iniusta non est lex)。以上两句拉丁谚语所折射出的自然法思想早已深植于现代人(尤其是法律人)的背景性共识中。当拉丁语中的尤斯(IUS)概念在西方文明中被“right(s)”和其他同系列的西方词语取代,善良正义等内容也被视为直接过户到其名下,通过语言符号的勾连,更悄然渗入观念的传播过程当中。

让人困惑的是,当这一系列观念通过翻译而引入中国,译词(权利)却似乎完全没有展现出善良正义的核心价值。更让人不解的是,这样一个充满争议的译词在一百多年的时间里虽然不断被质疑与批评,可是不仅未被改译,最后还很好地融入汉语的语境之中。所以本文将就翻译词“权利”的使用发展脉络进行梳理,并试图解答以下问题:

- 在最初的翻译过程中,为何要选择“权利”二字作为译词?
- 为何一个翻译词语没有翻出原词的核心价值,并因此饱受批评,却在多次选择后仍被保留下来?
- 将英语中的“right”、德语中的“Recht”和法语中的“droit”等词译为“权利”到底是否为恰当的选择?

^① 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——以展示相关术语使用的困惑及其理顺之建议为焦点》,载《交大法学》2020年第2期。

二、权利作为英语“right(s)”之译词的 创生背景：一次视域融合的尝试

(一) 概述

翻译作为一种解释活动的实践,从根本上就带有偶然性。这种实践并非一种证明,而只是译者提供的一项建议或一个计划(将原本语文化中明显的东西表达出来),但建议是否有说服效果则取决于读者对论据的认同。在翻译过程中,翻译者自身的视域和被译文本的文化视域有着决定性作用,都直接影响了译词的生成,翻译成品因而是一种视域融合的再造物。^① 所以如果要理性评价语词翻译的得失,必须对同一翻译过程中的不同视域有着准确把握。

这些“视域”主要由译者的知识文化背景、翻译时所处的时代背景以及被译文本所处的语境所构成。以下将从这三个方面分析“权利”这个译词的生成。

(二) 译词创造者丁韪良的个人背景

现代汉语“权利”一词的生成主要归功于一位掌握汉语的美国传教士丁韪良(William Martin)。《万国公法》一书所展现的知识在清代中国尚属于新鲜事物,丁氏之所以能在前无可鉴的情况下将之转化为一套术语体系,实与其良好的教育背景密不可分。丁韪良成长于基督教长老会的家庭,他的父亲是印第安纳颇具影响力的长老会牧师,所以他从小就受到很好的西方古典学(包括拉丁语和古希腊语)教育。至其 16 岁的时候(1843 年),丁氏开始就读于印第安纳大学(以下简称“印大”),据记载他在印大前两年有一半的时间都在学习希腊语和拉丁语,第三学年以数学和自然科学课程为主,而第四学年则主要在校长韦利(Andrew Wylie)的带领下研习哲学、基督教、宪法、政治经济学和文学批评等课程。

当时印大全校只有 115 名学生和包括校长在内的 7 名教师,在这样一个小社群内,师生关系自然是较为紧密的。时任校长韦利又对法学颇有兴趣,并刚刚于 1842 年在校内组织成立了法律系。^② 所以丁韪良本人最初虽未专门受过系统的法学教育,但对法学文献有所见闻的概率极大,同时他还有着良好的古典学与语言学功底,这些都为其未来的翻译工作提供了坚实的理论基础。

^① 参见[德]汉斯·格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》(下卷),洪汉鼎译,上海译文出版社 2004 年版,第 502~517 页。

^② See G. Wright Doyle ed., *Builders of the Chinese Church: Pioneer Protestant Missionaries and Chinese Church Leaders*, Wipf and Stock Publishers, 2015, pp.122-148. 以及印第安纳大学官方网站: Andrew Wylie papers, 1808-1858, bulk 1828-1851, http://webapp1.dlib.indiana.edu/findingaids/view?doc.view=entire_text&docId=InU-Ar-VAA2777, 最后访问时间:2020 年 9 月 28 日。

丁韪良自 1850 年到达宁波后,为了能够顺利布道,曾非常刻苦地学习汉语。根据丁氏在回忆录《花甲记忆》中的自述,他非常注重对中国经典文本的阅读,尽管繁忙也花了五年的时间仔细研读了四书五经这九本中国古典文本。^① 同时在阅读中丁韪良也非常注重文言写作的训练,他在宁波讲道期间每天早上会整理记录前一天晚上讲道过程中的讨论与思考,最后在 1854 年将 these 记录汇总出版,成为清末民初影响力最大的一本基督教教义阐释著作——《天道溯源》。英国传教士包尔腾曾将这本文言文著作翻译为官话,并夸赞其“说理透彻,行文精当,深为佩服”^②。通过上述对汉语的深入学习,丁氏在其原有的古典博雅教育背景上又增添了对中国人表达方式准确把握的能力,为其未来的翻译工作打下了良好的基础。

(三) 译词产生之际的时代背景

19 世纪 60 年代,刚刚经历过两次鸦片战争的清政府感觉到亟须学习西方的思维方式以便与列强周旋,这便给了丁韪良一个契机。这位美国人有志为古老的大清国介绍在西方形成的国际秩序,并希望能通过翻译一部国际法的著作(惠顿的《万国公法》)让中国了解和接受这套规范秩序,从而推动中国对基督教文明的皈依。^③ 正是在这部《万国公法》中,丁氏首次将“right(s)”一词译作“权利”。

根据丁韪良在其回忆录中的记载,大约 1858 年在其协助清政府协商《天津条约》之时,丁氏就在各方的支持下开始着手对惠顿的著作进行翻译,^④ 并且于 1864 年交付正式完稿。^⑤ 在这部译著中,丁氏为现代汉语创造了一系列法政用语,包括“权利”一词。

在晚清传统的汉语词库中,丁韪良显然无法从汉语中找到一个天然与 right 对应的词语。作为翻译者,其很可能会找一个能替换 right,然后又能在语境中连接得通的英语词,于是就出现如 might、power,而这些词翻成汉语,含义相通唯有“权”字。丁氏既是灵光一闪,也可谓独具匠心,巧妙地以“利”赋“权”,使用了“权利”一词来进行翻译。

权利二字的搭配并非丁氏的独创,其在古代汉语中的用法皆由“权”和“利”二字的本义延伸而来,要么理解为权势和财货,^⑥ 要么将权字作动词理解为权衡利害。^⑦ 因此批评

^① See W. A. P. Martin, *A Cycle of Cathay: Or, China, South and North, with Personal Reminiscences*, The Fleming H. Revell Company, 1896, pp.57-61.

^② 参见王文兵:《丁韪良与中国》,外语教学与研究出版社 2008 年版,第 46~50 页。

^③ 参见王文兵:《丁韪良与中国》,外语教学与研究出版社 2008 年版,第 100 页。

^④ 丁韪良在翻译《万国公法》之时得到了美国公使蒲安臣和清政府的大力支持。根据学者的相关研究,在丁氏翻译后期,恭亲王曾指示何师孟、李大文、张炜和曹景荣四位官员协助丁韪良对译文进行修饰润色,之后也有陈钦、李常华、方濬师、毛鸿图四位“章京”开展对《万国公法》的校订工作。参见孫建軍『「万国公法」の翻訳に関わった中国人』鈴木貞美=劉建輝編『東アジアにおける近代諸概念の成立=近代東亜諸概念的成立:第 26 回国際研究集会』(国際日本文化研究センター,2012 年)第 357 頁以下参照。

^⑤ See W. A. P. Martin, *A Cycle of Cathay: Or, China, South and North, with Personal Reminiscences*, The Fleming H. Revell Company, 1896, pp.220-235.

^⑥ 《荀子·劝学》:“是故权利不能倾也,群众不能移也,天下不能荡也。”

^⑦ 《商君书·算地第六》:“夫民之情,朴则生劳而易力,穷则生知而权利。”

者认为,“权利”一词在传统语境中过于鄙陋,无法完整表达出英文“right(s)”所包含的正当性价值。而丁韪良本人也已经意识到了“right(s)”的含义与晚清汉语传统语境中的“权利”仍然存在着差异,至于为何他仍然不避其讳,则必须进一步分析被翻译词所处的语境。

(四) 被译词“right(s)”所处的语境

翻译并非纯粹地重新唤起原文本作者的原始心理过程,而是对被译文本的再创造;而这种再创造将受到译者对原文本的理解以及对目标语言与文化的把握所指导。^①

从思想背景分析,丁韪良用“权利”这一译语时(1864年),即使按一些法史学者设定的形式标准,现代法所承认的权利理论均已形成并且传播了一段时间。如边沁的《道德与立法原理导论》在1789年付梓,奥斯丁的《法理学范围之确立》则已在1832年出版。如果考虑自然法传统,则霍布斯、洛克的自然权利理论更早提出;而在大陆法系,康德早已把权利视为天赋之自由的最重要产物。所以丁韪良在翻译“right(s)”时,西方的权利理论已基本成型。

《万国公法》的原作者亨利·惠顿是当时美国著名法学家与外交官,并与边沁私交不浅;惠顿被时任美国总统约翰·昆西·亚当斯派往丹麦担任临时代办,其在伦敦停留期间就被边沁邀请和他的追随者们见面。^②

以此作为理论背景,足以推断惠顿1836年在《万国公法》(英语书名为 *Elements of International Law*)内所呈现的权利观基本与现代法学家对权利的理解一致。因此丁韪良在书中读出的权利概念,也已经能够用现代权利理论的观念理解。

进入文本考察,惠顿在著作中甚至展示了一些与权利理论直接相关的内容,例如基于功利原则的国际法理论:

原文 1:“Grotius would, undoubtedly, have done better had he sought the origin of the Natural Law of Nations in the principle of utility, vaguely indicated by Leibnitz, but clearly expressed and adopted by Cumberland, and admitted by almost all subsequent writers, as the test of international morality.”(此处脚注为 Bentham's *Principles of International Law*)^③

译文:“窃思虎哥此说,尚属凭虚。莱本尼子与根不兰所言‘公法之出于利者’,则归实际,正若拨云雾而明正路。”^④

丁韪良将边沁等学者提出的国际法理论翻译为“公法之出于利者”,“利”即“utility”。

^① 参见[德]汉斯·格奥尔格·加达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》(下卷),洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第498页。

^② See Kurt H. Nadelmann, Henry Wheaton on “American Law” in the Jurist (London), *New York Law School Law Review*, 1958, Vol.4, Issue1, pp.59-80.

^③ See Henry Wheaton, *Elements of International Law*, Little, Brown and Company, 1855, p.5.

^④ 本文所涉《万国公法》文本皆引自中国政法大学出版社2003年版何勤华教授点校本。

此时丁韪良笔下的“利”字已摆脱了汉语传统语境中的道德评判,与利益论的含义相吻合。^①此外,文中所提到的两个人名——格劳秀斯(Grotius)与莱布尼茨(Leibnitz),均与著名的权利意志论有渊源。自17世纪以来,在笛卡儿和伽利略的影响下,自然科学的概念大量进入人文、社会、政法等领域的作品中。^②这一现象在斯宾诺莎、莱布尼茨和牛顿以后达到了巅峰。通过类比,学者把社会现象、政治生活、权力关系都描述为一种力,后期甚至把意志也描述为力。^③

丁韪良在译毕《万国公法》十数年后,又翻译了另一部国际法著作《公法概览》,并在“凡例”中回顾了权利一词的创造。^④在这段记录中能够得知,他将“权”与“利”二字组合,一个非常重要的原因在于传统语境中的“权”多指由统治者享有之皇权,^⑤“译者希望在读者已认可的‘有司所操之权’上,附加‘凡人理所应得之分’,扩展‘权’的意义”。^⑥

权利译词的使用恰恰是在解决私权缺失的问题,所以此时丁韪良之翻译与权利理论暗合的同时,也起到了改造传统语境的效果。据比利时语用学家维索尔伦提出的“顺应论”(theory of adaptation),语言意义的生成过程是话语和语境进行互动的过程,不同的语境会赋予话语不同的意义,而选择不同的话语也会引起语境的变化。^⑦在传统语境影响权利理解的同时,丁韪良以“利”赋“权”的翻译,实际上已经逐渐改变了“权”在传统语境中的含义。自此,“权”不再是贵族阶层专属,“私权”一词让“权”第一次归属个人。丁韪良成功地将原来仅代指“皇权”的“权”,悄悄地替换成包含平等与法治的“权利”。

^① 应当注意的是,丁韪良将“utility”翻译为“利”,不能简单基于“利义之辩”的立场将其理解成是丁氏忽视了“利”在中国传统语境中的价值内涵。在丁韪良的时代,“利”字在中国语境中的内涵和使用方式已经有所变迁。以二程朱熹为代表的理学家将义利的对立推向了巅峰,但明清时期的实学思潮却开启了对传统义利观强有力的批判反思,并且之后也得到了众多清儒的支持,兼重义利成为清代儒学的普遍价值选择。黄宗羲认为利是人之天性,提出“有生之初,人各自私也,人各自利也”(《明夷待访录·原君》)。清初实学家颜元提出“正谊便谋利,明道便计功,是欲速,是助长;全不谋利计功,是空寂,是腐儒”(《颜元集》),这从正面肯定了“谋利计功”对“正谊明道”的促进作用。清代晚期儒学家焦循也从国家治理的角度提出,“天下不能皆为君子,则舍利不可以治天下之小人”(《雕菴集》)。此外,从法律中的实际用语来看,大清律例中的“利”就是指单纯的利益,并不带有任何价值判断,如“凡私放钱债及典当财物,每月取利并不得过三分,年月虽多,不过一本一利,违者,笞四十,以馀利计赃”(《大清律例·户律·钱债·违禁取利》)。所以丁韪良在使用“利”字之时,其含义并不像后世批评者所言那般鄙陋,反而已与利益论中的“utility”相当匹配。有关中国近代权利观的兴起,相似观点可参见黄涛:《走向共同体的权利观——近代以来法理学发展的一种考察》,载《财经法学》2017年第3期。此外经苏基朗教授提醒,清代大儒戴震在《孟子字义疏证》中对“权”字也有新解,同样体现了清代反理学的实学之风。

^② 参见[美]I.伯纳德·科恩:《自然科学与社会科学的互动》,张卜天译,商务印书馆2016年版,第164~167页。

^③ 参见邓晓芒:《黑格尔〈精神现象学〉句读》(第2卷),人民出版社2018年版,第382~383页。

^④ 原文摘录如下:“公法既别为一科,则应由专用之字样。故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,亦指凡人理所应得之分。有时增一利字,如谓庶人本有之权利云云。此等字句,初见多不入目,屡见方知不得已而用之也。”

^⑤ 参见王健:《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》,中国政法大学出版社2001年版,第167页。

^⑥ 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。

^⑦ 参见杨俊峰:《语境顺应与语用翻译》,载《外语与外语教学》2005年第11期。

从文本逻辑方面分析,在《万国公法》一书中,在带有“权利”一词的大量句子中,^①如果把“权”或“权利”替换成“民直”、“应得”^②、“义理”、“义利”^③等,整个句子均会变得难以理解。

例如以下句子:

“夫国之赖以立者,须二事以成:有因众人以治己之私权归之于公,一也;有统权之君以为之制法。”^④

“论世人自然之权,并各国所认,他国人民通行之权利者,一也。”^⑤

究其原因,正是因为这些替代方案无一例外地将焦点放在一般伦理或价值层面(善或正),而句子上下文则要求其凸显更具体的结构(个人主义或公私对立)。一旦进行替换,便会导致失焦。

(五)小结

丁韪良基于个人经历与教育背景,对《万国公法》一书的语境以及中国人的表达方式都有较准确的把握,因而能切中事物的要点而形成感知,灵光一闪地创造了“权利”这个译词。这一创造本身就是一次成功的视域融合的产物;在融合过程中,他为了表达一个西方传来而在汉语文化传统中没有直接对应的概念而借用了汉语“权”一字所表达的意义结构(支配和被支配结构/主奴结构),并在特定情况下以“利”字补之,又意识到在被译文本中这种结构关系的主体超出了汉语“权”字所能容纳的主体范围,于是原本只属于“有司”的权便扩展为也属于“庶人”的权。

在整个融合过程中,善和正并不是讨论的焦点。丁氏翻译《万国公法》一书的首要目的应该是向清末士人传播一种秩序观(主要是国际秩序,但也涉及国内秩序);考虑到其传教士身份,其所欲传播的秩序观理应符合其心中某种善和正义。然而作为整个秩序支柱的善和正义是否要像脸谱一样贴在构成秩序的每一个组件上则非常可疑,下文将通过更深入的分析而试图解答。

^① 根据金观涛、刘青峰等学者的研究,“权利”一词在《万国公法》中共出现了 81 次。参见金观涛、刘青峰:《观念史研究》,法律出版社 2009 年版,第 113 页。

^② 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》2015 年第 2 期。

^③ 陈庆:《托马斯·阿奎那〈论法的本质〉章句疏证》,人民出版社 2017 年版,第 146 页。

^④ 原文 2:“It is the essence of all civil society, (civitatis) that each member thereof should have given up a part of his rights to the body of the society, and that there should exist a supreme authority capable of commanding all the members, of giving to them laws, and of punishing those who refuse to obey.” See Henry Wheaton, *Elements of international law*, Little, Brown and Company, 1855, p.11.

^⑤ 原文 3:“1. Human rights in general, and those private relations which Sovereign States recognize in respect to individuals are not subject to their authority.” See Henry Wheaton, *Elements of international law*, Little, Brown and Company, 1855, p.14.

三、个人感知如何演变成一种时代精神

(一) 概述

观念论哲学有一句著名谚语：“我就是我们，而我们就是我。”

《万国公法》的译者基于自己对中西文化和所处理文本之语境的了解，以敏锐的感知创造了“权利”这个译词。在创造“权利”这个词的时候，其思想过程所包含的丰富文化内涵本应只存在于译者的个人意识之中，直至《万国公法》译本的出版才使得文本面向受众，让其所包含的思想广泛被东亚士人所接受，并在政治文化圈获得了巨大反响。于是，“权利”中自由与民主的思想渐渐发展成一种精神，一种从西方席卷东方的时代精神。^①

(二) 一个呼唤新精神的时代

具有普遍性的“精神”乃时代之产物；“权利”一词所彰显的精神由西向东传播渗透这一现象也萍寄于一个特定的时代。

征韩论失败(1874年)之后，日本士人阶级随即改弦更张，发起自由民权运动，这一场由社会上层推动的运动在很短时间之内即蔓延到日本全国。这是一个呼唤新精神、新权威、新信仰的时代。^②

1875年，一个名为“爱国社”的政治团体在日本形成，其主张为“各伸张其自主权利，尽人类本分之义务，小则保全一身一家，大则维持天下国家”^③。可以发现此时的“权利”一词在使用中已经带有了明显的民权思想，彻底来到了庶民的手中。而在其1878年发布的纲领性文件《爱国社再兴趣意书》中，爱国社人直言：“人类因为爱身之天性，方才共同建立国家以保护自己的权利并享受幸福。”^④这已经有了十分明显的天赋人权之思想。

由此可以看出，日本19世纪末的这种精神的唤起与“权利”一词不无关系，而“权利”一词正是从《万国公法》中译本为始源向外传出的；《万国公法》中译本在1864年的大清国出版

^① 自丁韪良开始使用“权利”译词至20世纪前夕的这几十年，中国国内并没有普遍接受这一译法。如国内1880年出版的《法国律例》，每当法语“droit”可翻译为权利时，仍被译者毕利干译作“例应”。尽管“权利”一词发源于中国，但译词背后的时代精神是由日本传入中国的。

^② 参见王新生：《国民国家与近代日本宪政之路——以自由民权运动为中心》，载《中央社会主义学院学报》2019年第4期。

^③ 历史学研究会编《日本史料·4·近代》『爱国社会議書』（岩波書店，1997年）130頁，转引自王新生：《国民国家与近代日本宪政之路——以自由民权运动为中心》，载《中央社会主义学院学报》2019年第4期。

^④ 『爱国社再兴趣意書』『日本憲政基礎史料』（議會政治社，1935年）222頁。

后,次年(1865年)就传到日本且迅速成为当地的畅销书。^①仅在东京开成所,《万国公法》就分别在1865年、1868年、1875年、1881年和1886年翻刻了五次。而且在日本很快就出现了《万国公法释义》(1868年京都)、《和译万国公法》(1870年鹿儿岛藩)、《万国公法蠡管》(1876年东京府上)等多种不同样式的翻译和注释本,并皆采用了“权利”这一译法。而在明治维新以后,《万国公法》更是被日本当局奉为经典,“万国公法”在明治三年(1870年)被规定为大学法定科目,甚至在明治四年(1871年)还出现在了京都小学校的课程之中。^②所以当时的日本知识分子基本都读过这部著作,仅在短短几年间,它的译法实际上已经变成了权威参照物。

经过这一过程,“权利”一词与其他政治和文化符号一起,成了时代精神的承载物。

(三)一些引领时代的人

世界是人创造的,^③时代精神也由一些人引发。

《万国公法》的译者造了一系列法政译词,但是这种在东亚被唤起的时代精神绝对不应(甚至不可能)仅归功于一位外国翻译家,因为时代精神的唤起者只能是“我们”中的“我”,即使他们中的一些人直接采纳了丁氏的译词亦然。

在19世纪末的日本,以实践活动引领时代变迁的是明治维新的一众改革派;而在精神层面,应首推该国启蒙思想家西周(Nishi Amane)与津田真一郎等人。正是后两者于1868年将其师弗舍邻(Vissering)的讲义翻译成日语出版(即《万国公法》与《泰西国法论》),也将荷兰语“regt”一词翻译成“权”(经历史考证,此二人使用“权”或“权利”作为译词依然是受到丁氏译法的影响)。^④到1870年,维新全面推开,江藤新平任民法编纂会会长,随即让著名翻译家箕作麟祥(Mitsukuri Rinshō)在1870年翻译法国民法典,箕作氏同样把法语“droit”译为“权利”,而“droit civil”则译为“民权”。这一译语曾让编纂会“众议沸腾”,但江藤一力留之,谓“他日必有活用”。^⑤随着学者在翻译过程中的不断运用,“权利”在日本学界也成了“right(s)”等词的标准译法。^⑥

这些日本先驱可谓引领了时代,而在维新的气氛下,“权利”一词则成为承载这种时代精神的一个标志。

① 参见林来梵:《权利概念的移植交流史》,载《中外法学》2020年第2期。

② 参见[日]增田涉:《西学东渐与中国事情》,由其民、周启乾译,江苏人民出版社2010年版,第3~6页;汪向荣:《日本教习》,生活·读书·新知三联书店1988年版,第20~27页。

③ 与之相对的是不涉及价值的“地球”。

④ 参见林来梵:《权利概念的移植交流史》,载《中外法学》2020年第2期。

⑤ [日]穗积陈重:《法窗夜话》,曾玉婷、魏磊杰译,法律出版社2016年版,第180页。

⑥ 要注意的是,日本翻译家和法学家对于丁韪良译词并非一概接受的。同样是丁韪良译词,同样传到翻译家箕作麟祥之手,“万国公法”一词就不受待见;箕作氏直接将之改译为“国际法”,且在汉语圈沿用至今。参见[日]穗积陈重:《续法窗夜话》,曾玉婷、魏磊杰译,法律出版社2017年版,第151页。

(四)时代精神的传递

甲午战争之后,日本的维新为清末中国树立了榜样,而不论是康有为、梁启超等维新保皇派还是孙文、黄兴等革命党人均以权利(民权)作为其旗帜。

在这一时期,自由与民主的时代精神以“民权”的形式在中国的思想界扎根并且快速生长,形成了以人民政治权力诉求为核心的独特权利观念。“民权”思想成为康有为、梁启超、谭嗣同等知识分子进行变法运动的最重要理论武器。梁启超在《新民说》中高呼,“国家譬犹树也,权利思想譬犹根也”,在“民权”思想下构建的政治制度成为戊戌变法中的改革核心。^①

在维新的精神下,改革者关注的权利观念的核心在于平等、自由和民权(而不是善和正^②)。更直白一点说,他们要的是反对封建皇权、贵族特权;要的是争取人民的权利。所以在这样的语境下,标榜权利的目的,是凸显平民的权利以对抗皇家贵族的特权。只有平民的权(利)得到实现,它才是善和正的。于是,即使在精神层面,无论是在日本还是在清末中国,伦理最顶层的“善和正”仍然不是焦点;除非认为强调善和正就直接等于强调自由、平等和民权。

四、时代精神的客观化:权利理论对译词的定格

(一)概述

在政治革新或革命运动中高举权利的旗号固然可以占据道德高地、引领时代精神,然而在历史长河中,革命热情过后,不知多少激昂口号(精神)随即烟消云散。

只有当一种精神(尤其是塑造时代的精神)从一些人或很多人的主观意识转化为一种客观存在,其影响才能持续。“权利”一词在19世纪末以作为一种时代精神标志的方式传入东方,但是其扎根却有赖于这种精神的客观化:也就是,在法律中找到安身之地。

精神的客观化需要理论,权利在东方世界客观化为法律权利也需要权利理论的支持,而这一关键环节同样由日本人完成。

(二)时代精神客观化的日本经验:权利理论的引入与术语的专业化

对于“权利”一词为法律专业用语使用,在《日本民法典》的制定过程中起关键作用的三位法学家功不可没。三位学者在其著作中对西方的权利理论进行了详细的介绍,同时也作出了自己的阐发。早在明治二十一年(即1888年),穗积陈重(Nobushige Hozumi)就在发

^① 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。

^② 更深一层的意义是,只有体现平等、自由和民权的东西才是善和正的。

表的一篇名为《权利之感想》的论文中,回顾了“权利”一词的汉译和日译,介绍了该概念在西方的历史发展和多种含义并分析其与东方文化的冲突。^① 而被称为日本民法之父的梅谦次郎(Kenjirō Ume),则在1896年出版的《民法要义》一书中对权利概念或权利理论有着简短扼要的论述;此书的开端提到所谓权利乃是法律许可的行为范围,而权利的定义“诸说纷纷”。^② 然而,数年之后,在法政大学根据他的讲义而出版的《民法总则》一书中,梅氏对权利的定义与种类的论述就用了几十页的篇幅;尤其详细地讨论了意思说、范围说与利益说三种权利理论,并明确引用了富井政章的著作。^③

富井政章(Masaakira Tomii)也在其1903年出版的《民法原论》一书中对权利理论作了详细的介绍,兹摘录如下:

“权利为法律所承认之能力,法国学者,倡此说者颇多。虽未言明何为能力,度必以意思为要素。德国多数学者,尝以权利本质,为意思之力。哈智尔首倡导之,萨威尼、普福特、维达沙德等,皆祖述之。所谓意思主义之说,今日犹占大势力于法学界中。说明之法虽殊,要以意思为权利之要素。彼之说曰:权利之本质,即意思之力也。是无意思能力者,俱不得有权利矣。……又有一说曰:权利为法律所许之行为自由,或自由行为之范围。……与意思主义相对峙者,为利益主义,其言曰:法律以保护吾人之利益而设,受法律保护之利益,即为权利。是说起源于英国实理主义之理论,耶棱格主倡之,攻击意思主义,一时学界,翕然宗之。但其说缺点甚多,又彼所谓利益,似专指金钱上之利益而言,此等细末,兹亦无暇多辩。其说之最失当处,即混视权利之目的,及其本质是也。”^④

由此可以确认的是,起码自富井政章伊始,西方的权利理论已经系统地传入日本并得到广泛的传播。除此之外,富井氏也在书中表明了自己对权利理论的观点,即支持利益说,反对意思说。^⑤

除了学术著作,几位民法学者同样将权利理论的思想贯彻到了立法实践的过程中。根据日本学者大河纯夫的研究,在日本民法典编纂期间,梅谦次郎曾就外国人的权利这一问题和其他学者展开争论,而其内容已明显可见属于权利理论之争端。梅谦次郎作为《日本民法典》第2条的草拟者在此条草案中规定,外国人享有除法律或条约禁止以外的私权。^⑥ 梅氏首先将权利划分为公权与私权,同他对比较法的研究和相互主义原则,一起构成了本条草案

① 穗積陳重「權利の感想」穗積重遠編『穗積陳重遺文集(第二册)』(岩波書店,1932年)33~51頁參照。原文首发于1888年出版的《法学协会杂志》第55期、第56期与第57期。

② 梅謙次郎『民法要義(卷一)』(明法堂,1896年)4頁參照。感谢中国社会科学出版社王茵博士向笔者解释上述文本。

③ 梅謙次郎『民法總則』(法政大学,1907年)212~240頁參照。

④ [日]富井政章:《民法原论》(第1卷),陈海瀛、陈海超译,中国政法大学出版社2003年版,第29~30页。

⑤ “以余之见,下权利本质之定义,则必谓权利者,于人格相互关系之间,此方对于他方,能享受一定利益之法律上能力也。但兹所谓能力者,非意思能力也。夫意思非权利之内容,已述之如前。权利不问意思之有无,惟在援法律之力,俾得享受所保障之利益而已。”参见[日]富井政章:《民法原论》(第1卷),陈海瀛、陈海超译,中国政法大学出版社2003年版,第29~30页。

⑥ 草案日文原文为“外国人八法令又八条約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私権ヲ享有ス”。

的理论基础。而这一草案遭到了法学家穗积八束和众多日本政治家的强烈反对。穗积八束认为,《日本民法典》草案第2条应修改为“外国人在法律或条约批准的情况下享有私权”。^①穗积氏观点的理论基础在其明治三十年(1897年)发表的《民法修正意见》中表露无遗,他在文中提出,外国人的权利是法律赐予的,外国人必须依据民法才能和本国人同样享有权利。与此同时,穗积氏还在文中对天赋人权与自然权利理论展开了猛烈批评。作为回应,留法归来的梅谦次郎引入法国之民法理论,把私权进一步划分,将相关外国人之公权视为“政权”,对外国人享有私权之合理性进行再论证。^②可以看出,穗积氏的观点是典型的法力说,而梅氏则是自然权利思想的坚定支持者。很明显,此时围绕“权利”的争论已从表面的语义转向了背后的理论学说。

除了以上日本民法三杰以外,还有一位日本民法学者对权利理论的研究和介绍颇具代表性,此人便是冈松参太郎。冈松权利论的名声让富井政章在书中直言,如欲得论权利本质的良书,应读冈松。^③

早在1896年(即明治二十九年)东京法学院就将冈松的《民法总论》讲义出版;这份讲义总共577页,单从书的结构就可以看出作者对权利理论的重视。在总体结构上,该书以一个较概括的绪论开始,然后分为两大部分,第一部分是法律和法学的介绍(从第35页到第185页);第二部分一开始是对民法和民法学的介绍(从第186页到第260页),然后剩余的篇幅都纳入“私权论”的标题之下(即第261页到第577页),占全书大概一半的篇幅。可以说,冈松的《民法总论》除了介绍性的内容外,其余内容全部是围绕权利(即私权)展开的,其中包括权利本质、定义、要素、分类、主体、功能、得丧等内容。

在绪论部分,冈松综述了19世纪以后大陆法系与英美法系相关学科与文献的发展状况,引述了包括法国法系解经学派诸贤(Duranton, Troplong, Laurent, Marcarde, Aubry & Rau)、英国分析法学代表人物(John Austin, Erskine Holland, Markby)以及德国一众潘德克顿学者(Dernburg, Windscheid, Arndts等人)的观点。^④在私权论部分,则详细地介绍了一系列关于权利的理论(包括自由说、利益说、法力说、意思说等等)。^⑤在这份讲义之后一年,东京法学院又出版了另一部较为精简的同名讲义。

到1908年,中央大学为冈松所出版的《民法总则》更省略了过往先行对法律和民法作介绍的结构,全书均围绕私权论述,一开始就从权利的性质与要素切入。^⑥在这部著作中,作者基本上理清了权利的理论体系,更重要的是,在权利的定义上,他更清晰地表达了以法律之力和法所保护的利益作为其内容。^⑦此后,冈松还在富井祝贺文集中发表过一篇名为“权

① 草案日文原文为“外国人ハ法律又ハ條約ニ依リ特ニ認許シタル場合ニ於テ私權ヲ享有ス”。

② 大河純夫「外国人の私権と梅謙次郎(一)」立命館法学 253号(1997年)474~486頁;大河純夫「外国人の私権と梅謙次郎(二・完)」立命館法学 255号(1997年)993~1028頁参照。

③ 参见[日]富井政章:《民法原论》(第1卷),陈海瀛、陈海超译,中国政法大学出版社2003年版,第29~30页。

④ 冈松参太郎「民法総論」(東京法学院,1896年)14頁以下参照。

⑤ 冈松参太郎「民法総論」(東京法学院,1896年)263~278頁以下参照。

⑥ 冈松参太郎「民法総則」(中央大学,1908年)14~26頁以下参照。

⑦ 冈松参太郎「民法総則」(中央大学,1908年)11頁以下参照。

利主体及权利能力的概念”的论文,凡五十余页。^①

通过以上的梳理,“权利”一词在 20 世纪初重新回传到中国之前,其含义已经在日本得到了极大之丰富,词语本身已经与权利理论结合,成了固定的法律术语,也基本完成了其精神的客观化任务。清末留学日本,先取得法学学位,后再取得文学学位的胡以鲁对于日本法学何以使用权利二字作为法律专业术语有着深切的体会:

“自希腊有正义即权力之说,表面之义方含权之意,而后世定其界说,有以法益为要素者。日人遂撮此二端,译作权利,以之专为法学上用语;虽不完,犹可说也。”^②

(三)昔日师我者今为我师:时代精神与附带专业意义的术语回流

自唐代以来,日本一直师法吾国;而自甲午以来,日本维新西化之路则堪为我师。

在清末中国,甲午战争结束至 1900 年之间,“权利”一词在使用时主要讨论的仍是主权国家在政治或经济上的自主权,直至 1900 年“权利”才开始作为表达个人自主性之正当并得到大范围的使用。^③ 探究为何发生转变,其非常重要的原因是,语词“权利”在日本被赋予专业理论的含义后,跟随着留日学生或法律著作回传至国内并逐渐传播开来。1900 年《权利竞争论》(今译《为权利而斗争》)被章宗祥、张肇桐两位由日文翻译成中文,并在《译书汇编》中加以发表,即为其中极有代表性的一事。^④

日本学界的权利观念在中日两国的学术交流中传播到了中国,并对“权利”在中国使用的含义产生了重要影响。然而真正使得专业化后的“权利”译词广泛传播,将权利理论正式引入国内,还当属沈家本所主导的清末修律。正是在官方的支持下,沈家本才得以主导进行了大量高质量的外文法律与著作的翻译,并邀请了多位日本学者前来协助修律。

在沈家本主持修律之前,清政府已经翻译引进了较多的西方法律条文与著作,其中 1862 年成立的京师同文馆作出了巨大贡献。从具体翻译内容来看,清政府前期的翻译对象主要是以公法相关与法律条文为主,其中又以国际公法为重,^⑤私法与法律著作的翻译屈指可数。沈家本在主持修律期间,不仅组织翻译了各国的民法、民事诉讼法等法律法规,还翻译了众多法学著作,如《法律典论》《刑法之私法观》《亲族法论》《日本民事诉讼法注解》《继承法》《民法理由总则物权债权》等。^⑥ 除此之外,与前期的翻译相比,留洋归来学生的参与和官方的支持使得这时期翻译的质量得到了很大的提高,促进了国内法律概念与思想观念的更新。

^① 冈松参太郎「权利主体及权利能力ノ概念」杉山直治郎編『法律論文集:富井先生還曆祝賀』(有斐閣書房,1918年)521以下参照。

^② 参见胡以鲁:《国语学草创》,商务印书馆 1914 年版,第 137 页。

^③ 参见金观涛、刘青峰:《观念史研究》,法律出版社 2009 年版,第 115~120 页。

^④ 有学者认为,“如果不是《权利竞争论》的译介,权利学说及其学说之功能不可能为国人所掌握,‘权利’及其价值也不可能得到真正理解”。参见俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社 2003 年版,第 92 页。

^⑤ 根据梁启超、徐维则的统计,从 1862 至 1895 年译出的 18 种西方法律图书中,有 8 种为国际公法。参见李贵连:《中国法律近代化简论》,载《比较法研究》1991 年第 2 期。

^⑥ 参见李贵连:《沈家本传》,广西师范大学出版社 2017 年版,第 260~262 页。

而至沈家本时期,经过了长时间与外国法学界(以日本为主)在学术上的沟通,大量新的法律概念与名词传入国内,译者对法律专业之词汇有了更加准确的理解,大大提高了国内译作的翻译质量,同时高质量的译作也使得人们对“权利”等专业概念有了更加深入的认识。

沈家本在修律期间也非常注重邀请外国专家学者,在他的主持下,前后共有冈田朝太郎、松冈正义、志田甲太郎、小河滋次郎四位日本法学专家来到中国协助修律。这四名日本专家在法律馆协助修律之余,还在京师或其他政法学堂中任教。冈田朝太郎便曾在京师法律学堂中讲授“法学通论”一课,根据熊元翰当时所整理的讲义,冈田已经在课堂上非常完整地教授权利理论,如:“何为权利之实质,曰力、曰能力、曰势力、曰威力、曰为自己利益而得以钳制他人之行动之原力也。”冈田还在课上表明了自己的意见,“以吾辈之意见则谓利益不得谓之权利,利益乃权利之结果非权利之实质,惟力乃为权利”。^①与此同时,教授“民法总则”的松冈正义也在课上介绍了权利理论,提出权利理论学说“通例大别为意思说、利益说及折中说”,而他本人则支持利益说,认为“权利者乃人因享受法律利益故”。^②可见在当时京师法律学堂的课上,两位日本专家就已经带来了有关权利理论的不同见解。

在引入了新兴的法学理论后,沈家本又将这些理论应用到了立法的过程中,在众多法律文件中皆可感受到立法者对个人权利的重视。如在《大清刑事诉讼律草案》(1907年)关于被告人传唤勾摄羁押的章节,按语直言“本节专以保护被告人及一般人民之权利为主”。而在《大清民事诉讼律草案》奏疏(1910年)中,沈家本强调了诉讼法保护民众权利的重要作用,认为“窃维司法要义,本匪一端,而保护私权,实关重要。东西各国法制虽殊,然于人民私权秩序维护至周,既有民律以立其基,更有民事诉讼律以达其用。是以专断之弊绝,而明允之效彰”。沈家本还在《修订法律大臣开馆日期并拟办事章程折附章程》(1907年)中提到了他对民商法的看法,认为“民商各法意在区别凡人之权利义务,而尽纳于轨物之中”,明确了民商法对权利进行保护的立法目的。^③与之相应,《大清民律草案》既对个人权利能力有着详细的立法规定,^④同样也对个人财产权等私权进行了重点保护。^⑤

正是经过这样的努力,在清朝灭亡前夕,“权利”一词在中国也成了一种时代精神的客观定在;其不仅是蕴含着丰富理论的专业法律概念,也成了仁人志士们的价值追求,同时也是法律所重点保护的對象。法部尚书廷杰在修正刑律草案的奏折中提出:

“立宪之国,专以保护臣民权利为主。现行律中,以阶级之间,如品官制使良贱奴仆区别最深,殊不知富贵贫贱,品类不能强之使齐,第同隶巾幗,权由天畀,于法律实不

^① [日]冈田朝太郎口述:《法学通论》,熊元翰编、何勤华点校,上海人民出版社2013年版,第73~74页。

^② [日]松冈正义口述:《民法总则》(上),熊元楷、熊元襄编,何勤华点校,上海人民出版社2013年版,第102~103页。

^③ 参见《修订法律大臣开馆日期并拟办事章程折附章程》,载《政治官报》光绪三十三年(1907年)十一月十四日,第61号。

^④ 参见《大清民律草案》第5条、第6条、第49条。

^⑤ 参见《大清民律草案》第983条、第986条。

应有厚薄之殊。”^①

在此段内容中,保护个人权利成了立宪之国的主要目的,同时“权由天界”与“法律实不应有厚薄之殊”已然明显表达出了天赋人权与法律面前人人平等的思想。

尽管如此,垂垂老矣的大清国像一台老爷车,追赶时代精神毕竟太慢也太晚;这一个时代属于新一代的中国人,而他们生而具备新时代的精神。

(四)小结

在权利的客观化过程中,所引入的权利理论虽然众多,但最后基本聚焦于二说:一曰意思之力说,一曰利益说。此二说正好与权利二字无缝契合。

正是经过这个客观化的过程,“权利”二字极好地对应了法学上的权利理论,从而被永久地确定下来;其他一切异议都再也没有理论支持了。

五、结论

诚然:尤斯乃善良公正之技艺,恶法非法,滥权非权。

然则,必须注意到,理念、精神和价值俱是历史和历史人物造就的;权利之所以与善、正联结,既是历史的原因,也是一场修辞活动的结果。

人们看待世界的方式与其本身的语言文化传统相关,但这并不意味着传统会将人围困在自身的世界之中。人们可以通过进入陌生的语境而克服自身语境的偏见和界限,又可以像旅行者般带着新的经验回到自身的传统之中。^②在西方传统中,权利确实预设了善和公正的意思。权利之不论善、正,仅仅是说作为符号的权利二字没有必要像脸谱一样从字面上分分秒秒展露着善良或正义之类的预供讯息,而不是说权利可以建基于不善良、不公正的价值。

最初权利概念之引入,并不是中国人不知道什么是善和公正,而是当时的中国人不了解也不习惯这样一种权力结构和精神模式。西方人在罗马法传统语境的尤斯正是因为隐喻和修辞的力量,发生了概念上的吸收、融合或分离,从而发展至现代的权利概念。而这一概念在最初翻译传播又回传的过程中,通过隐喻和修辞的加量和实践的验证,最终达到了主观精神与客观精神的统一。

时至今日,中国人已经认真地对待了权利这个词,认真地对待了以权利观念为基础的生

^① 参见《法部、修订法律馆为修正刑律草案告成敬缮具清单折》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第471页。

^② 参见[德]汉斯·格奥尔格·加达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》(下卷),洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第581页。

活方式(公共话语领域的流行语权利以及专业领域的流行语权利^①),超乎认真地对待了被誉为权利话语巅峰的人权,^②认真地对待了权利的历史,^③近期又认真地对待了权利的理论(意志论和利益论等^④)以及权利话语的未来(新兴权利问题^⑤)。在这般语境下,虽然权利一词不明示善与正,但权利背后包含的善与正,早已成为人们普遍笃信的价值追求。

① 参见唐晓晴:《罗马法为权利论题奠定的三个传统》,载《苏州大学学报(法学版)》2019年第3期;李贵连:《话说“权利”》,载《北大法律评论》编辑委员会编:《北大法律评论》(第1卷第1辑),法律出版社1998年版,第115~129页;俞江:《近代中国民法学中的“私权”及其研究》,载《北大法律评论》编辑委员会编:《北大法律评论》(第4卷第2辑),法律出版社2002年版,第446~480页;申卫星:《溯源求本道“权利”》,载《法制与社会发展》2006年第5期。

② 参见夏勇:《人权概念起源》,中国社会科学出版社2007年版,第145页。

③ 参见方新军:《权利概念的历史》,载《法学研究》2007年第4期;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;朱晓喆:《从中世纪罗马法到近代民法的思想转型——以16世纪人文主义法学为中心》,载《中外法学》2007年第1期;杨代雄:《乡土生活场域中的集体财产:从权力到权利》,载《当代法学》2005年第4期。

④ 参见夏勇:《权利哲学的基本问题》,载《法学研究》2004年第3期;张翔:《基本权利的体系思维》,载《清华法学》2012年第4期;陈景辉:《权利的规范力:一个对利益论的批判》,载《中外法学》2019年第3期;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;方新军:《为权利的意志说正名——一个类型化的视角》,载《法制与社会发展》2010年第6期;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。

⑤ 参见姚建宗、方芳:《新兴权利研究的几个问题》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期。