

作为方法的权利和权利的方法

编者按：权利可视为划定行为界限、构建伦理法律制度、解释历史发展的一种方法，而权利的概念化、体系化、制度化以及社会后果，又依赖逻辑学、伦理学、社会学、心理学、经济学、法学等不同知识体系的方法予以阐释或论证、描述或分析。20世纪90年代，继权利本位、人权理想、法治国家的讨论后，学者们宣布中国“开始迈入权利时代”。权利时代，既要实现在横向关系上的权利界定及其救济，更要完成权利方法对权力机制的塑造，让权力实践除受制于自身逻辑外还受制于权利关系，即要将权利作为达成整个社会秩序的核心方法。这当然离不开权利形成、配置、实践、反馈的具体方法的繁荣。为此，本刊第三届青年公法论坛（2013年10月12—13日）以“作为方法的权利和权利的方法”为题。本届论坛征文收稿58篇，计30位青年才俊和2位特邀专家参加了论坛。现选发部分发言稿，以飨读者。

权利理论研究的“再出发”

程燎原（重庆大学法学院教授）

我们之所以如此重视权利理论的研究，无疑是基于权利（广义上也包括“人权”）的极端重要性。权利及其法律制度是人类安排社会关系、社会秩序与个人生活的一件杰作。至少在现代的人类社会生活之中，“权利概念无处不在，它在我们的思维习惯中根深蒂固，以至于不能想象没有它会怎么样”（[美]理查德·达格尔：《权利》，载[美]特伦斯·鲍尔等编：《政治创新与概念变革》，朱进东译，译林出版社2013年版）。而它最重要的价值，就像范伯格所言，“拥有权利能使我们‘像人一样地站立起来’能够与他人直接进行对视，并且在某种根本的方面感受到每个人的平等……而所谓的‘人的尊严’可能就是人们所承认的可以主张权利的能力罢了”（转见安靖如：《人权与中国思想——一种跨文化的探索》，黄金荣、黄斌译，中国人民大学出版社2011年版，第246页）。这当然不是说，拥有权利就等于拥有“人的尊严”，而是指如果没有权利以及主张权利的能力，那将难以甚至根本不可能拥有“人的尊严”。这一点，既是权利学说与理论的出发点和归宿，也是权利之变革以及权利史延绵不绝的真正动力。

从上世纪80年代以来，“权利”问题一直是中国法学界关注的一个中心问题。在这三

十多年中,我们经历了“权利本位”之争,人权研究的大爆发(以1991年发表“人权白皮书”和2004年人权“入宪”为前后相继的两个契机),法律权利论、权利文化论的热烈讨论,以及近些年来对基本权利等重点关注,权利思想和理论的兴盛及其多种研究方法的运用,在中国的法学史上是不多见的。学者们对权利哲学(人权哲学、民权哲学)、权利的社会理论(权利社会学)、权利史学(权利的概念史、权利的思想与理论史、权利的制度史)、权利的经济分析以及权利的法学分析(如权利的法解释学)等领域反复不断的探索,卓有建树地完成了当代中国权利理论的开创与积聚。这些探索已经指明了中国权利理论展开的多个方向,并开拓出中国权利理论发展的多条通道。我们不仅可以说当代中国开始迈入“权利的时代”,更可以说当代中国法学已经迈入“权利理论的时代”。毕竟,“权利的时代”是需要“权利理论的时代”来造就和支撑的。

在这样的背景下,有必要从思想史、观念史与学术史的角度,回观和反思这三十多年权利理论的发展历程,从而在权利理论研究上有“再次的出发”。这样的“再出发”,意味着原有的研究需要深化、扩展,已经打开的方向需要拓进、延伸,而新的领域与进路需要去发现与透视。

“作为方法的权利与权利的方法”是个富有挑战性的问题。它所涵盖的论域和论题,既与过去三十多年的权利理论紧密链接,又具有新的拓展空间和深透点,或许提供了在权利理论上“再出发”的契机与可能,预示了中国式权利理论的一些努力方向。

第一,“作为方法的权利”,就是把权利作为一种方法和视角,从权利这个关键点切入需要建构与研究的对象,并根据权利自身的思维逻辑来展开其构筑与分析的工作。在这样的建构与研究中,“权利”不是探讨的对象,而是解决与权利相契合的其它各种问题的方法,包括认识社会问题、解释社会问题的方法。它是一个“概念工具”、一条思维视线和一种理论进路。把权利作为一种“概念工具”来使用,增加了重新认识与权利相关切的那些领域的可能性,同时又让权利与这些领域之间的关联性更全面、更清晰地呈现出来。

首先,经由权利来研究与建造社会关系和社会秩序。这是一种“以权利构建与促进社会”的思考方式。权利,一方面是现代文明价值的基本载体,另一方面也是实现这种价值的技术工具。特别是在以尊重和保障人的尊严为主要价值来确立社会秩序与安排个人生活的状况下,除了权利这一概念之外,“目前尚无其他什么概念能够淋漓尽致地阐述这样的观念,即,每个人,不管其社会地位如何,都是值得作为人来尊敬的”,“为权利概念做的工作愈多,……就愈可能认为人值得得到作为人的尊重”(前引,达格尔书)。所以,如何通过权利来建构让每个人都拥有尊严的社会体制与社会秩序,仍然是中国权利理论研究极为重要的任务。对此,可以从四个方面来展开。

1. 通过权利对人类行为的正当性进行论证。假定人的行为应当具有正当性,则这种正当性既需要法律上的论证,也需要道德上的论证。要展开这两个层面上的论证,必须依靠权利这个关键概念。在权利的理念及其制度之下,不仅能够使人的行为合乎伦理观念和道德意识,也能够使人的行为合乎法律规范。因此,逾越权利的行为,通常被认为是不正当、不合法的。个人如此,国家、政府尤其如此。政治合法性的重要内涵之一,就是政治或权力对权利的尊重和保障。例如,对人的尊严的尊重和维护,应当是每个人与国家、政府行为正当性的一个主要标尺,也是权利概念最根本的担当所在。在这里,个人与国家、政府

行为的正当性，尊重和维护人的尊严，与权利是融为一体的，也就是行为的正当性和人的尊严融入到权利之中了。

2. 通过权利体系建构和阐释社会的伦理、法律、制度。以法律为例。在现代社会，权利既是社会关系的核心要素，也是法律规范的核心价值与内容。正如美国法学家弗里德曼说，“权利是建造法律的基本材料”，故而，“法律学说主要是由有关权利的主张构成的”（[美] 劳伦斯·M. 弗里德曼：《法律制度——从社会科学角度观察》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第266页）。完全可以说，权利之于法律与法学，不仅是一个“阿基米德支点”，同时也是阿基米德想撬动的那个“地球”。那么，如何用权利来建造法律呢？这正是权利理论以及法律理论研究的一个重大问题。

3. 通过权利塑造权力机制，或者运用“权利的方法”来分析与构造权力关系。这一点，正是现代政治与国家的逻辑起点。权利对权力体制及其实践的塑造，是指权利的实现，要求确定权力的边界，要求捆住权力可能恣意妄为的手脚，从而形成正当、合法的权力体制与权力秩序。在这个过程中，也需要将“权利关系”视作拟制法治型权力关系的核心参照。权力上的政治关系，是否应当以及如何转变为法律关系？从法治的角度审视，国家、政府权力的法律化与规范化，其真实的内涵，就是“将权力关系转变为法律关系”。这一内涵揭示出了权力关系法治化这一现代法治之命脉的根本密码。

4. 通过权利达成一种以人的尊严、人权、民主、公正、稳定为目标的社会秩序，甚至把权利视作达成这种社会秩序的核心工具。这也是前三个方面综合而成的必然结果。任何国家、任何社会都需要秩序，但并非任何一种秩序都是正当且能够持续稳固的。在现时代，专横、强权、暴烈、特权的秩序形态，已经不具有正当性或合法性，只有通过权利来确保人的尊严、人权、民主与公正，才是正当的社会秩序。也只有这样的社会秩序，才可能长期稳定（长治久安）。例如“维稳”，其最基础性的方略，应当是要“维本”。这个“本”，就是“权利”。只有解决了“维权”这一关键问题，才可能长期、有效地“维稳”。

其次，经由权利来研究社会历史。通过权利观念、权利规范、权利实践的历史变迁现象，来描述和解释社会历史发展的过程、特征及其轨迹，把权利概念作为通向社会历史的入口和线索，亦即“以权利阐明历史”，包括阐释法律史、社会史、政治史、经济史和文化史，从而开启历史研究的新途径。这不是“权利史”，因为“权利”在这里不是对象而是方法，它解释的是“历史”而非“权利”。例如，从近现代的历史进程来看，权利不仅是社会生活和法律制度的一个核心要件，而且是革命、变革、现代化、转型、社会进步的重要力量与基本工具。如果将“权利”从这部历史中抽离出去，或者对“权利”进行遮蔽，那么就不可能真实而完整地描述和解释这部历史。所以，要把握和理解这部历史，“权利”是不可缺少的观察点和轴线。

第二，“权利的方法”，是研究权利与构造权利的方法。这是将权利作为研究与建构的对象。通过研究与建构，实现权利的概念化、体系化、制度化、法律化。而这又需要从各个方面来对权利进行探索，如运用逻辑学、伦理学、社会学、心理学、经济学、法学等不同知识体系的方法予以阐释或论证、描述或分析。由此，把握权利的基本思路，就是从多元方法的角度，梳理权利的概念与结构、分析权利的制度与规则、考察权利的实践与历史。在这样的研究思路之下，权利理论就能够百花齐放，逐步成长和健壮。

进一步而论,权利的概念化、体系化、制度化、法律化,作为权利存在的理想状态,也是权利实现的基本前提,显然是权利理论研究所要追求的一个核心目标。如果权利不能以固有的结构和方式存在,并具有至高无上的法律效力,那它必然会被虚拟化、空洞化,导致权利及其规范的无力。相关的“权利条款”,只能睡大觉,变成“僵尸条款”。以“权利的方式”或者按照权利的逻辑来研究权利、确认权利、保障权利,是“权利的方法”这一论题的核心意旨。

那么,如何达成权利的概念化、体系化、制度化、法律化呢?从学术研究的角度来看,一项基本的准备或基本的条件,就是权利理论多元方法的应用,以及其多向度的学术发展。无论是对“作为方法的权利”的研究,还是对“权利的方法”的探讨,以及对它们的贯通和整合,归根到底,是由各个不同学科、学术方向来展开和完成的。也就是说,权利理论或权利科学,不仅是以“权利”为对象和核心的理论研究,而且是一种以“问题”而非学科为中心的综合性、多学科的理论分析。包括法学在内的许多学科,如伦理学、政治学、社会学、经济学、历史学、文化学等,都会对权利展开各自的探讨。如果把权利作为一套价值与制度、规范的体系,把权利视为塑造权力关系以及解释社会、历史、文化的方法,对权利的研究就显然不可能凭哪一个学科单独完成。仅此而论,过去三十多年中国权利理论研究已经开发出来的多学科方向,如权利哲学、权利社会学、权利历史学、权利经济学与权利法学,还有进一步拓展的可能。

以上“作为方法的权利”与“权利的方法”这两大方面,其实是权利问题的一体两面。所谓“一体”,是指权利不仅构成现代社会的一个实质性要素,构成人的尊严与幸福的虽非充分但却绝对必要的条件,而且已然成为现代法律体系的灵魂与骨髓血脉。而上述的“两面”则围绕着“一体”展开,因而在“两面”之间,以及在“两面”与“一体”之间,存在着互相贯通的内在理论逻辑与实践道路。例如,当我们以权利为核心方法构想社会关系和社会秩序的图像与方案,意味着在法律上必然要实现权利的概念化、体系化、制度化、法律化;当我们通过权利来阐明历史,说明历史学已经接纳或进入了权利视野。这就能够实现从“作为方法的权利”到“权利的方法”的转换,反之亦然。这是一种应当出现也必然会出现的转换。

中国权利理论研究的“再出发”,总归起来,有一个根本的学术目标,就是建立中国的权利话语。过去三十多年的中国权利理论研究,已经在这方面作出了重大贡献。例如,一些学者对儒家人权观(思想)进行不懈的探究与宣扬,试图发现现代人权思想的中国古典资源,并以此奠定当代中国人权思想的传统基石。其中,有学者尝试打通儒家的德性伦理与现代权利的关系,从而阐明一种中国式道德论的权利观。也有学者主张,应当用中国传统的和谐思想统摄、推导新的人权理论和制度。中国的权利话语,事实上已经处于建构的过程中,而且开始发出响亮的声音。

所谓“中国的权利话语”,是指中国的权利思想与理论,不仅需要扎根于中国社会与法律的实践问题,以及中国法律与社会的文本和经验事实,包括需要在中国的古典思想中汲取营养并有所开新,而且需要将权利所蕴含、所具有的价值精神、概念体系与逻辑构造在中国的法学理论与法律体系中加以落实。建构中国的权利话语,与其说是为了表明中国权利理论的独特性、搭建中外权利对话的平台、争夺权利问题上的“话语霸权”,从而展开文

化与价值观上的斗争，毋宁说，其根本的目的，乃在于一方面更好地、更适当地通过权利来安顿每个中国人之有尊严的生活，另一方面也对权利理论的多元发展有所贡献。这应是一种权利主义与地方主义的兼顾与融合，而不是用地方主义消解与拒绝权利主义。毫无疑问，中国的权利话语应当是“中国”的，更应当是“权利”的，万不可极端化为“反中国的权利话语”或者“反权利的中国话语”。

权利泛化与现代人的权利生存

汪太贤（西南政法大学教授）

近年来，学界对中国的权利泛化现象保持着高度的警惕。有学者指出，这种现象会“动摇法学、法哲学的理论根基”，从而致使“对权利概念中某些稳固结构的怀疑，最终难免取消了权利的独立性，使其依附于诸如利益、意识形态等外在因素”（参见陈伟：《权利的交往维度：哈贝马斯法哲学语境中的权利理论》，《南京大学法律评论》2012年秋季卷）。此类担心不无道理。但是，这一现象在冲击经典的权利概念或理论之同时，也许反映了现时代的一个特征：对个体而言，权利是一种生活或生存的方式。

尽管早在19世纪末康德就已指出权利定义的难题，理论家们却还总是苦心孤诣、费尽心机去定义权利，以此建构起各自的权利理论或学说。这些定义或理论，无论是在道德层面还是法律层面，其实都只是一种看待权利的基本态度和理论上的自我认定。对个人而言，“权利是什么”似乎并不重要，重要的是权利到底能带来什么。现实生活中的人们，更愿意按照自己的愿望、根据自己的特定处境来理解和使用“权利”，把权利视为将对自己有益的事实、利益和行为予以正当化的一种方法。

在很大程度上，当今的权利泛化现象正源于这种个体的“正当化”诉求。大量“权利”被自造、被表达，一些在学者看来似乎并不那么必要或者并不那么正当的事实、利益、行为，或者资格、主张、要求等，被冠以“权利”的名号，或者包装在“权利”的魔盒里。概括而言，大致有三类：一是将与道德和法律无涉的事实、利益或行为赋予权利的名义；二是将无法依据而符合道德的事实、利益或行为赋予权利的名义；三是将道德、法律禁止的事实、利益或行为赋予权利的名义。这些做法使权利概念过度地符号化，在一定程度上超越了既有理论的框架，偏离了现行法律或者道德的准绳，显得难以规范和控制。

然而，权利泛化其实恰是权利的一种生长机制。一般而言，现代权利都是经过道德和法律认定，将其纳入制度框架之内，从而获得了正当性。但从发生学上讲，任何法律和道德都不制造权利。权利的初始形态大多是一种事实、利益或行为的存在，在人们以各种方式主张或要求之后，最终被道德和法律所接受。这可能就是权利生长的逻辑过程。在这个过程中，道德往往是权利的初审者，而法律只是权利的最终认定者。现代人所拥有的权利，都是历史上各个时代的人们“制造”出来的。权利生长的历史就是以“权利”名义表达个体诉求从而“制造权利”的历史，权利泛化是权利发展史上的普遍现象。

人类最早制造的权利，恐怕非“自然权利”莫属。尽管自然权利只是一个概念或权利类型，并不指向某一特定的权利，但不能否认它是一个权利“母体”。在这个“母体”中，

任何符合人性或人道的东西皆可生长为权利。在这个意义上,“自然权利”的出现,可谓人类最为疯狂的权利泛化行动,也是人类权利泛化的开端。近代以来,不少思想家、政治家和平民,都曾经充当过权利制造者的角色。洛克提出了三种权利,即生命权、自由权和财产权,后经杰斐逊的再造,变成了生命权、自由权和追求幸福的权利。法国大革命中的政治家制造了反抗压迫或专制的权利、任职权和就业权等。

当今认为理所当然并为法律所认可的许多权利,在历史上刚提出来的时候,往往被认为是无稽之谈,甚至斥之为荒谬。例如,在18世纪后期,英国女权主义运动的核心之一是争取男女平等权利。据记载,当时英国召开国会的时候,一些女权运动的领袖纷纷到国会大厦门前请愿、抗议,其结果是遭到嘲笑、讥讽和谩骂,她们的请愿书被撕得粉碎,一些优雅的女权领袖被围观者推入冰雪覆盖的水坑,她们所主张的权利几乎都贴上“权利泛化”的标签。又如隐私权,虽然今天已经被公认,被列入大多数国家的宪法和法律之中,但当初提出来时却遭到不少的非议和非难。在当时的反对者看来,隐私作为权利是有违道德的,隐私是不能见光、见不得人的事情,与光明正大地做人的道德旨趣极不相容。现代宪法中的很多权利,如1995年《阿塞拜疆共和国宪法》列举的“休息权”(37条)、“在良好环境中生活的权利”(39条)、“民族属性权”(44条)、“使用母语权”(45条)、“企业家活动自由的权利”(59条)等,在该国19世纪乃至20世纪初期,也多被认定为无聊或妄想。某种程度上可以说,人类进步的历史也是一部制造权利的历史。近代以来人类活动中最有价值的活动之一,就是不断制造权利。而制造权利的实质,则是人们在特定环境中建立自己所向往的政治、经济和社会的生活方式。

权利的泛化,既是权利形式化和工具化的表现,也是权利概念被创造出来之后在社会生活中发挥其功用的一种体现。也就是说,它不仅是权利观念普遍化的一种症候,也是草根性的权利观念的一种实践结果。而这种结果,极可能衍生出一种有别于传统社会的生活或生存方式,即权利化的生活或生存方式。

权利之所以能够成为现代人的生活方式,主要缘于权利的符号化特点和权利本身预设的功能。权利的符号或名义性为人们制造权利或不断宣称权利,提供了可能和方便。权利的“正当性”足以支持一种理想化的生活及其事实上的保护力。权利主要有三大功能,即防御、救济和索取。这三大功能为一个人的生活所必需,且拥有一项权利就意味着具有一种个人生活的主动性与选择性。当一些事实、利益或行为,或者一种主张、要求、资格成为权利的时候,无形间就具有了一种抗争的理由和保护力量。在权利思想张扬和权利观念普及的今天,人们已经认识到权利的诸种功用。因此,当人们要捍卫一些事实、利益或行为,或者要落实一些主张、要求或资格时,往往将其贴上“权利”的标签。对他们而言,号称为“权利”的依据是什么似乎并不重要,关键是“权利”所指向的那些事物。在这种情形下,权利的泛化无疑也是一种权利化的生活方式。

权利的泛化,其实是无规范或无约定性地制造权利,提出道德或法律上并不存在以及不允许的权利主张、要求。人们制造权利的动机或目的,并非都是相同的。有可能是针对私人的一种利益主张,有可能是针对特定社群表达的一种情绪,也有可能是对国家提出的某些要求,甚至干脆就是一种自我宣言。对权利制造者来说,权利虽然是一个符号,但它能将自己认定的事实、行为或者追求的事物,予以某种正当性的根据或可被认同的名义。

对于利用或享受权利的人而言，权利本身往往可能就是他们的目标；但对于宣称或主张权利的人来说，权利本身可能并非目的，而可能是表明他们自己的存在，也可能是引起国家对自己或一个特定的群体的关注，甚至可能是凸显一种个体的独特性。

毫无疑问，权利的有效性最终是由法律、道德和习惯来确认，但这是一个国家的立场或者公共的立场。若从国家与个体关系来看，在一个由法律、道德和习惯确认的权利体系与各个体生活的内容或意义相契合的国家或社会，依靠规范化的权利去生活并不困难，它所提供的甚至就是一种符合个体真正愿望的生活。而当公共道德和法律不足以关照人们的生活，个体在规范化的权利体系中难以找到自己适当的生活，那么“制造权利”可能就成为应对生活的方式。换句话说，如果法律与权利相互依存，权利使法律成为法律，而法律的目的和内容就是安置并保障人们追求幸福与快乐的各种权利，依法而生活就是安全的、安定的、快乐的，那么权利泛化就不大可能成为普遍化现象；反之，当法律与权利疏离，人们不能从规范体系中寻求生活的安定、保障、满足，制造权利就是一种不得已的生存方式。

现代人都被卷入了一种公共生活，即社会生活和国家生活。理论上，公共生活的最大特点是相互的依存性，不仅个体之间相互依存，个体与国家之间也相互依存。但在现实中，不同国家中公共生活的内涵往往并不相同，其依存性并非相互和对等。在国家主义的公共生活中，主要是个体对国家的依存，而非国家对个体的依存，相应地，人的尊严和利益也主要依靠国家义务或职责来实现。如果这种义务或职责未能导出相应的种种权利，那就在很大程度上依赖国家的态度，或者治者的良心与作风。此类情形下，将一种事实、利益或行为赋予“权利”的名义，虽有“包装”之嫌，却也是个体应对这种公共生活形态的一种方式，在积极意义上，或许也能督促国家义务或职责的履行。

当然，各国的权利发展阶段并不相同，面临的权利问题也不尽相同。对于权利发达国家来说，它们已经走过“拥有权利”的时代，而进入了“享有权利”的时代；而对权利发展中的国家或社会来说，它们仍然处在“拥有权利”的时代。“拥有权利”的时代面临的是争取权利的问题，“享有权利”的时代面临的是如何用权利和兑现权利的问题。正如杜威上世纪20年代在中国演讲时指出的，西方“是从权利的问题，变到用权利的机会的问题。不是争某人应该有某项权利，是怎样人人可以有权利的机会”（参见杜威：《法律与个人的权利和义务》，《新青年》1920年第8卷第1号）。所以，不妨说，权利的泛化是一种争取权利的现象，它反映了“拥有权利”的时代人们追求某种生活方式的努力。

把当今时代称作一个“权利的时代”，这可能与杰弗逊时代被称之为“权利的时代”和路易·亨金时代所称之为“权利的时代”意蕴有所不同。杰弗逊时代被称为权利的时代，证之于各种著名权利或人权的宣言和权利法案的问世，从而引发了一波世界性的权利革命浪潮。亨金时代被称之为“权利的时代”，是基于“人权是我们的时代观念，是已经得到普遍接受的唯一的政治与道德观念”。而当今时代被称为“权利的时代”，绝不仅仅凭借普遍权利观念或某些已经存在的人权事实。当今的“权利时代”，除了保存前两个“权利的时代”所遗留的东西外，最具有表征性的，是权利正在泛化为一种现代的生活或生存方式。

反思中国法治进程中的权利泛化

陈林林(浙江大学法学院教授)

现代性蕴涵了个人主义、多元主义、合理化和市场化这四个相辅相成的要素,而权利观念与其中的每一个要素都紧密相关。因此,在一个国家的现代化进程中,权利观念与权利主张的兴起,具有一种无法遏制的历史必然性。职是之故,将权利视为现代法哲学之基石范畴的“权利本位论”,在近三十年内成为中国法学界的一种主流理论。“权利本位论”将法律理论从中国传统法律的“义务本位观”和1949年之后的“阶级斗争论”中解放出来,并在制度层面谋求一种以法律权利为轴心的“社会-政治”治理模式——法治。伴随着现代化和社会主义法治建设的进程,公民权利在各级立法者“快速立法”推出的法律文本中,得到了大规模的承认和保障,中国社会也迅速迈向了一个权利的时代:一个权利观念高涨、权利主张不断张扬的时代。“一元钱索赔案”、“三毛钱厕所收费案”、“一元钱电话费案”等诉讼不断涌现,新的权利诉求屡见不鲜。这些新兴的权利诉求,包括探视权、隐私权、知情权、生育权和“常回家看看”等逐渐得到法律确认的权利,也包括亲吻权、贞操权、送葬权、悼念权等充满争议的诉求。这些权利诉求不但对既有权利体系与权利理论提出了质疑与挑战,也与既有权利体系不断地发生冲撞,以致权利冲突已成为一个日益普遍的社会现象。

权利冲突是社会冲突的表现形式之一,也是法化社会的一个必然现象。社会冲突的根源,是资源稀缺和分配不公。在资源给定的前提下,人的需求越多,权利冲突的现象越普遍;在需求固定的前提下,社会可支配资源越丰富,权利冲突的几率就越小。显然,化解权利冲突的基础性途径,是提升社会资源总量,但这不是法律所能处理的问题。然而,对于因资源分配所造成的权利冲突,例如设定权利的法律相互冲突、不恰当的权利配置和权利的倾斜性保护等等,却是法律责无旁贷的问题。权利设置是法治建构的基础形式和核心内容,“将权利作为达成整个社会秩序的核心方法,离不开一套权利形成、配置、实践、反馈的具体方法”。遗憾的是,中国的各级立法者恰恰缺少那套方法,他们似乎只关心权利的“可欲性”,而缺少“可行性”考量,甚至在不适合法律调整的领域设置权利。不严谨的权利设置带来的“权利泛化”,助长了一般意义上的、规范层面的权利冲突现象,不仅会造成“立法愈多而秩序感愈少”的悖谬,还会在权利设置的目标与实效、权利的分类保障、国家与社会、权利与道德等各个方面造成冲突。此所谓权利的“乌龙”效应,它碍于权利成为达成整个社会秩序的核心方法,也有碍于法治的实现。

《中华人民共和国老年人权益保障法》(2013年7月1日实施、2012年修订)第17条的规定,可谓一个典型。该条规定:“家庭成员应当关心老年人的精神需求,不得忽视、冷落老年人。与老年人分开居住的赡养人,应当经常看望或者问候老年人。用人单位应当按照有关规定保障赡养人探亲休假的权利。”在该法实施当天,无锡市北塘区法院对一起老年人赡养案开庭审理,当庭判决当事子女必须每两个月回一次家看望老人,否则可能被强制执行并处以拘留。从规范层面看,原告的权利主张和法院的判决显然是有法可依的,因为

立法者对“常回家看看”的内容作出了明确规定。但从权利的运作层面考虑，这种权利设定却是不严谨的，是一种典型的“权利泛化”。这种权利主张不仅会与主张人的其他权利相冲突（例如宪法规定的劳动者休息权等），也会与用人单位的经营管理权相冲突。尤其是，这种权利主张事实上无法“强制执行”。合肥市庐阳区法院在判决当事子女定期看望老人后，就遇到了当事人不执行判决的尴尬。在法官的劝导下，子女虽然同意“回家看看”，却只在门口“看看”老人。法谚云，“除非判决能够得到执行，否则就不应下判决”。那些执行不了的判决，不仅维护不了当事人的权利，反而会对司法和法律造成一种戕害。

堕胎权、福利权和死亡权等权利在特定国家之所以充满争议，根源之一就在于权利设置上的不严谨：权利确认的时机不成熟，或者根本就不适宜用权利方法来进行调整。这类处于“权利泛化”阴影下的权利，在设置目标和实际成效之间一直存有落差。以1954年美国废除公立学校种族隔离的布朗判决为例，直至判决二十年之后，有些学校仍处于种族隔离状态。至1990年代，在美国很多地方，尤其是在中西部和北部，针对黑人和拉美裔的重新隔离在增多。由于“白人逃离”，堪萨斯城学区基本成了黑人学区。随着人口分布的变化，新的自然隔离也出现了。到1990年代末，黑人学生进入白人主导学校的比例下降了13%，降到1968年以来的最低点（[美]戴维·奥布莱恩：《风暴眼：美国政治中的最高法院》，胡晓进译，上海人民出版社2010年版，第295、296页）。权利目标与实效之间的冲突，在边界宽泛的经济社会文化权利领域更易出现。在一些学者看来，这类权利是典型的“权利泛化”产物，而非真正的“权利”。以“福利权利”为例。美国上世纪60年代实施的福利计划——“反贫困战争”——开支庞大，但成效甚微、甚至适得其反。在计划实施之前的十多年里，美国贫困线以下的人数一直呈下降趋势。福利法规实施后，这一长期下降趋势却发生了逆转，需要依靠联邦政府来脱贫的人口比例大幅增加。至80年代，至少有570万人因为福利而选择生活在贫困当中。经验研究表明，与那些不依靠福利的类似家庭相比，接受福利的家庭成员发生了很大的改变。其中包括：丈夫的工作时间下降了9%，妻子下降了20%，成年男青年竟然下降了43%；丈夫的失业期长度增加了23%，妻子增加了42%，而单身家庭女性家长增加了60%；白人的离婚率增加了36%，黑人的增加了42%（[美]罗格·鲁茨：《法律的“乌龙”：公共政策的意外后果》，刘呈芸译，《经济社会体制比较》2005年第2期）。经验研究还表明，许多真正有资格领取福利的人根本没有得到福利，而实际领取福利的人中有一半并不在贫困线之下。政府机构自身是福利法规的最大受益者，许多财富被转移到了操弄体制的人手中。

这种目标与实效相背离或冲突的现象，属权利的乌龙效应之一。在经济学家眼里，强调劳动者权益保障的《中华人民共和国合同法》也在此列，尽管大多数法学家并不那么看。不过在“郭美美事件”之后，有理由推断在以“社会权利”或“民生”为名目进行资源再分配的诸领域，例如养老保险、医疗保险、失业保险、社会救助、社会福利和社会优抚等，都程度不一地存在乌龙效应。经济社会文化权利因为直接涉及资源分配，客观上对政府机构和操弄体制的人起到了一种激励作用，也诱导利益集团参与立法游说。相比之下，公民自由和政治权利非但不能给政府机构带来资源，还会对其构成制约和负担。这就诱导政府机构和体制中人“逆向选择”：消极对待作为法治国基石的第一代权利，而积极地将资源投入那些花费巨大的第二代权利工程之中。事实上，“当且仅当有预算成本存在时，

一项法律才真正存在”。没有公共财力的支持，所有权利都不可能得到保护或强制执行。享受社会福利的权利和拥有私人财产的权利，都需要公共花费；契约自由的权利所需要的公共花费，不比获得健康保健的权利的公共花费少；言论自由权的公共花费，也不比拥有适当住房的权利的公共花费少。权利最终还需要有经费保障的法院的强制执行。鉴于所有的权利都会对公共财力提出要求，那么在可支配资源给定的前提下，“权利泛化”必然在亟需保障的第一代权利和花费巨大的第二代权利之间形成冲突，并造成一种“舍本逐末”的效应。

“以权利制约权力”是权利方法的一个重要内容，但在宪法没有可诉性、第一代权利未能落实、社会组织欠缺的语境中，更多的私法权利确认或“权利泛化”，会授予政府更多而不是更少的权力，进而在国家与社会之间形成一种冲突。“无救济即无权利”，但权利救济需要国家权力为后盾，或者说，需要政府组织动员公共资源予以保障。缺乏有效的政府权力，公民将很少甚至根本享受不到法律文本中的权利，此所谓“权利与权力的共生性”。就此而言，至少在私法或社会生活领域，法律权利越多，对政府的依赖就越大，国家介入社会生活的程度就越广。共生性导致“政府被授予在广阔领域制定法律的权利，局部性差异遭到忽视，政府所建立的法规具有普遍的约束力；此外，权力延伸到了一些先前从未被置于法律和外来权威统治之下的生活领域，从而，在表面上看，权力是在一个不受约束、空旷无人的空间中驰骋，在一个无人的政治领域中运作，这里，立法者的意志不受任何约束。……权力把社会看作是一块有待殖民的荒凉土地，它在这片荒地上建立法律，选择政治模式，凝聚社会”（〔英〕齐格蒙·鲍曼：《立法者与阐释者》，洪涛译，上海人民出版社2000年版，第36页以下）。在权利保障和法治化的名义下，家庭、性别、工作、娱乐和教育正受到政府越来越强的渗入和控制，进而在治理领域形成一种“权利越多、管制越全”的乌龙效应。

社会的自我组织能力和水平，或曰公民社会的成熟程度，是法治国的一个前提。现代治理理论认为，政府不应该是唯一的权威治理主体，社会治理需要公民与社会的合作、政府与非政府的合作、公共机构与私人机构的合作。在一个日益多元、社会子系统高度分化且日趋复杂的社会中，治理首先以公民的自主权利为出发点，即自己事务自己决定。自己无法决定或解决的问题，由社会组织或社会子系统解决，而不是求助于政府。只有社会无法解决，才寻求国家或正式法律制度层面的办法。“枫桥经验”的一个内在命题就是：社会的自治能力是社会秩序的基石，若凡事求助于政府，将耗费大量的公共资源，并且效果不一定理想。这不光是因为公权力有恶的一面，还因为在复杂、繁多的社会问题面前，政府的信息掌握和决策能力始终是有欠缺的。“以权利制约权力”需要政府机构内部的制约机制配合，例如违宪审查，更需要权利发挥出改变和影响公权力关系的实效，例如选举权。缺乏制约的各级权力机构，总是不甘心于“我无为而民自治”，它们习惯于将决策权力集中在自己手里，而将决策责任分配给全社会。对此必须强调，通过法律进行权利的确认和创制时，必须尊重社会的自我治理权能，必须有社会事实或习惯为依据。即便有些诉求或利益主张已然成为习惯权利和道德权利，也可能不适宜或没必要确认为法律权利。

权利观念以尊重个体或个体主义为基础，加之法律权利与道德权利存在冲突的可能，权利可能引发道德风险的事实是不可否认的，而“权利泛化”会加剧这种风险。权利本位论者曾辩解，承认个人权利并不必然导致个体主义，因为法律赋予民权不仅是为了满足个体利益，也是为了保障和促进公共利益。这种观点可以从耶林的《为权利而斗争》中得到

支持，但仍然是一种片面的乐观。一个洞悉自己法律权利和义务的公民，明白自己“有权利”拒绝帮助那些处于危难之中的陌生人。在司法实践中，成年大学生以受教育权为依据将自己的父母告上法庭的官司已一再出现。这类诉讼彰显了权利观念，却忽略责任意识和伦理道德。事实上，以权利为基础的社会改革，赋予权利主体一种对抗他人、社群和政府的依凭，它能让秋菊这样的淳朴公民在面对强大的反对力量时，坚持并强化自己的主张。然而，这却是以损害权利运行于其间的社会、文化与制度情境为代价的，并造成“法治秩序的好处未得，而破坏礼治秩序的弊病却已发生”。确认妇女堕胎权利的罗伊判决，就不仅没有化解美国社会在堕胎问题上的分歧，反而加深和扩大分歧。它激起了经久不息的公众愤慨和暴力行为，引发了长达三十余年的政治争论，并将美国人的心灵撕扯得四分五裂。正因为此，权利观念和权利话语受到如下指责：促进了不现实的期待，加剧了社会冲突，占据了本来会导致共识、协作或至少可以发现共同基础的对话空间；漠视责任，助长无情无义的个人主义；破坏了培育公民美德的主要温床，还堵上了自我纠正的渠道。上述措辞或许过于严厉，但权利时代的社会道德体系，无疑遭受了来自权利话语和权利意识的冲击，而“权利泛化”则放大了这种冲击或乌龙效应。

认真对待法治，就要认真对待权利。历经百余年的法制现代化进程之后，当一些重要的公民权利还停留在法律文本中时，我们却迈入了一个权利冲突的时代，这未免耐人寻味。马克思曾言，权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的文化发展。认为权利是社会变革和法治建构之重要引擎的人，可能相信权利象征着实现变革、推进法治的承诺，并相信权利是承诺得以兑现的有效途径，而法律是“转述”一个特定问题的有效方式。但是，唯有得到方法、制度、观念和资源方面的支持，依托权利的法律改革和法治建构才能或多或少地获得成功。否则，那些白纸黑字的权利只能带来权利的泛化或乌龙效应，并从多个层面将我们挟带入一个冲突的时代。

权力的“助推”与权利的实现

郭春镇(厦门大学法学院副教授)

在权利论者眼中，权力具有多种面目。其中，一种面目是“恶棍”型的。在监督缺位的时候，它会迫不及待地寻找罅隙跳出来为非作歹，此时，权利论者主张要限制甚至控制权力。另一种面目是“管家”型的。管家一般都要听主人的话，但也经常把自己的利益放在优先考虑的位置。所以，这个“管家”要有所不为，让人们自行处理自己的事情，这样人们的权利就能被尊重，使诸如自我决定的权利、隐私权、言论自由等自由与权利得以实现。同时，这个“管家”也要有所为，当人们的某些权利被侵犯或囿于现实条件难以实现的时候，它要积极作为。比如，对受到侵犯的权利进行救济，对由于个人能力或社会现实导致个人底线性福利无法实现的情况，积极进行救助。

权力还有一种面目是“父爱”型的。这个时候它部分具有“管家”的特征，要为主人服务，同时还有一种类似“家长”的特征，可能会为了当事人自身的利益，限制、约束或指引当事人的自由选择。这种“家长”，有时候表现出的是严厉的面目，用“硬实力”要求

人们做某事或不做某事，比如禁止人们自愿为奴、买卖生命与器官或强制要求人们系安全带等；有时候表现出一种聪明甚至狡黠的慈爱面目，在尽可能尊重当事人选择与决定的基础上，用“巧实力”影响人们做出更为理性的判断与决定。桑斯坦将其称为“自由至上的父爱主义”，凯莫勒将其称为“保守主义者也能接受的父爱主义”。桑斯坦还把这一看起来内容自相矛盾的学术术语用“助推”这一通俗形象的言语表述出来。用权力轻轻一“推”，在极少甚至完全不限制当事人自由选择的情况下，让当事人的权利和利益得到最大化的实现。

芝加哥大学法律经济学中心主任奥莫瑞·本·沙哈讲过这样一个故事：他在妻子生日的时候，问妻子想在什么样的餐馆吃饭，来为妻子献上祝福，庆祝这一美好的夜晚。他妻子说：你来决定吧。奥莫瑞说：这是你的生日，当然由你来决定。他妻子说：还是你决定吧，我习惯由你来决定。奥莫瑞说：好吧，那就去麦当劳吧，只要五块美金就可以买到很多高脂肪的垃圾食品，可以吃得很饱很饱。他妻子说：算了，还是去吃法国大餐吧。

在这里，奥莫瑞所说的去麦当劳吃饭的建议，是一种惩罚性默认规则。所谓默认规则，又叫缺省规则，是指默认某人将按照某一规则行事，除非当事人明确拒绝这一规则并提出其他的要求。凯莫勒曾以一个真实的例子来证明默认规则对人们选择的巨大影响：新泽西和宾夕法尼亚两个州相邻，它们都通过了侵权改革立法，强制要求公司提供保险并在事故发生后享有起诉权。但是在新泽西州，法律默示地规定消费者的诉讼权利受到限制，如果消费者想要获得充分的起诉权，就必须付出额外的费用来获得；而在宾夕法尼亚州，则默认消费者享有充分的起诉权，如果他们选择有限的起诉权的话，就可以在购买时获得相应的折扣。这两个默认规则实施之后，新泽西州仅仅有20%的人选择全部的起诉权，而在宾夕法尼亚州则有75%的人保留全部的起诉权。与之相对应，这两个州花费在保险费上的差别大概是2亿美元。尽管这个例子并不能说明应该设定什么样的默认规则，但清楚地表明了默认规则所拥有的强大力量，在设定默认项时必须谨慎从事，如果适用得当，默认规则可以发挥巨大的作用。而奥莫瑞通过自己的例子表明的所谓惩罚性默认规则，是指在当事人不愿意或怠于为自己做出选择时，立法者或提议者不是向当事人提供一个自认为最好的选择，而是向其提供一个最差的、带有惩罚意味的选项，迫使对方在不得不拒绝这一选项之后，为了自己的最大利益做出选择。在奥莫瑞的例子中，作为法律经济学的他，在妻子怠于决定的时候，代替她做了一个最差的决定，同时又让她具有否决权和重新决定的权利与机会。在这种情况下，她很自然地基于自己的偏好做出了最符合她需要的决定。

类似于默认规则这样通过规则制定者的“助推”来影响当事人的决策进而影响和推进当事人福利的方式还有很多。除了默认规则，凯莫勒还勾勒出一个大体的框架：第一种是信息排列组合与信息披露。通过对一些信息进行排列组合和对特定信息的披露，可以影响人们的决策，从而使其最大利益得以满足。这些信息的处理方式有助于不理性的人们做出更好的决定，而对完全理性的人们则没有任何影响，因此很多时候其成本可以忽略不计。比如，有些银行信用卡采用混合利率（利滚利），很多人并不能充分理解这类利率对自己财政状况的影响。对此，如果能用一个清晰的曲线图表明此类混合利率实际的上升幅度和对当事人的影响，很多借贷人可能会更为审慎地行事，避免还款违约影响信誉乃至破产的境地。这对于投资保护和消费者保护都有非常积极的意义。第二种是冷却期。人们往往会受

外界环境或个人情绪的影响，做出不理性的决定。当人们处于情绪上或生理上短暂的“亢奋”状态时，有时候会做出成本极高或不能挽回的决定。在罗文斯坦看来，这些决定包括但不限于如“暴食、性乱、物质浪费和激情犯罪等”。比如，被短暂的激情所控制而“闪婚”，被短暂的低落情绪所控制而自杀，被一辆新款汽车的外表和气息所迷惑而买下一辆自己负担不起的汽车等。冷却期可以在一定程度上避免在亢奋或低迷情绪下的仓促决定，它是指规则制定者要求人们在做出某一重大决定之前，有一段时间来冷却可能过于亢奋的或低迷的情绪，在情绪稳定之后做出更为理性的决定。它有两种形式，一种是让人们有一段时间稳定自己的情绪，在做出审慎思考之后再做出决定；另一种则是让人们有一段时期能够对做出的决定进行反悔，从而让自己的最终决定更为理性。这一“助推”策略在消费者保护领域、婚姻领域、劳动领域、仲裁协议领域以至于安乐死等问题上有较大的适用空间。此外，对消费者的选择进行某些限制，也可以增加当事人的福利与权利。当然，这些限制的强度会随着具体问题的不同而不同，还有待于进一步的研究。

“助推”是运用社会科学知识来协调权利内在张力的一种方式。无论在近代社会还是现代社会，自由都是法治的基准性价值，是权利的一种样态。当然，在近代社会和现代社会，自由可以呈现出略有区别的面目。在近代社会，自由更多地意味着“自治”，意味着不受干预的、“独处”的权利，意味着免受权力或他人的干涉与介入。如果一个人偏好并践行“遗世而独立”，在无害于他人、行为不具有直接和巨大外部性的前提下，在自己的“疆域”内做任何选择，他都有足够的正当性来拒绝他人或公权力的干预，别人和公权力的义务是“有所不为”。这个时候，人是自己“疆域”内的王者与主宰，在这一范围内，他对自己的所有决定享有不受干涉的“主权”。在这个时代，只要出于当事人真实、自由的意志所做的决定，他人和公权力的干预都缺乏正当性。

在现代社会，自由在继续坚持主体自治和不受干预，以及公权力和他人的“有所不为”的同时，还主张特定的公权力和他人有义务为主体提供便利与帮助，从而使得权利主体有资格与能力做某事。此时，作为自己疆域内主宰者的主体和需要公权力与他人帮助的主体往往会出现“人格分裂”，关于什么时候公权力或他人应袖手旁观、什么时候应该积极介入这一问题，往往会因对于两种自由或权利的不同理解而发生种种纷争。比如在最近奥巴马《可负担医疗保险法》的纠纷中，共和党就认为这完全是个人的事项，公权力不应干预，民主党则认为政府有义务通过法律强制人们得到医疗照护，双方“针尖对麦芒”各不相让，直接导致了联邦政府临时“关门”，给各方面都带来了损失。

只要人类社会存在，这两种自由或权利之间的纷争恐怕永远都会进行下去，自由放任和强制性的“父爱式”规制之间的张力也会一直保持。公权力的“助推”，可以在两者之间求得最具可接受性的结果。在个人自由和政府为保护和保障个人利益和社会公益而对个人行为进行强势干预之间存在矛盾的时候，“助推”力图寻找一种近乎两全的途径。此时，公权力要有所作为，但不像以往那些采取强制要求人们一定要做某事的直接、严厉的方式，而是采用一种间接、温和的方式，把人们的行为向一个更有利于他们自身利益、也符合公共利益的方向“轻轻推一把”。如果人们本来的态度就在两可之间，那么“助推”就很自然地把人们的选择推向了有利于自己和社会的方向。如果人们的态度本来就和公权力意欲推进的方向一致，那么“助推”除了让人们的态度更积极、行动更及时，没有任何负面效果。

如果人们的态度与公权力意欲推进的方向不同,这时可能出现两种情况:一种是人们虽然有往反方向行进的意愿,但并不强烈,“助推”可以扭转这种倾向;另一种是人们往反方向行进的意愿非常强烈,“助推”无法扭转这种倾向。此时,虽然人们的决定与行为不利于其自身的利益,但只要他们的行为不过分影响到他人或社会利益,公权力也能对人们的决定保持充分的尊重,因为此时个人的选择可能确实最终符合个人利益最大化。比如,有些人不愿意交养老保险,可能他具有比政府运营保险金更强的理财能力,更能够让财富增值。当然,有些人可能仅仅是“自认”理财盈利能力更强,而实际上并非如此。而且,小笔的资金额度规避金融风险的能力也可能会更低。此时,“助推”理念认为,要尊重人们的选择,即便当事人的选择可能并不好,只要其行为的外部性不是直接且重大,公权力都尊重这种当事人“不明智”甚至“犯傻”的决定。需要说明的是,任何人的任何选择,都具有不同程度的、直接或间接的外部性,对外部性应当停止于何处并没有一种具有统治力或说服力的理论,当事人的选择必须至少要符合损害原则,即“无害于他人”,同时也要接受科斯定理的检验。

在当前社会,法治不仅意味着法律的统治,即法定的纵向权力运作直接驾驭秩序,还意味着在法律的阴影下进行治理,即公权力通过一种柔性且有节制的控制力以管理共同事务,引导和调整秩序。“助推”是在法治框架下的一种柔性治理方式,其目的在于促使当事人做出令其自身利益最大化也令公共利益最大化的行为,但对于个人的选择保持着较高的尊重。较之于以往,当前社会生活更加复杂化,技术的发展、社会的变迁、虚拟世界的产生都使得人们面临更加多样的选择和风险,面对这些新兴的事物,仅仅通过公权力和法律的强制性规定未必会有好的效果。因此,在研究行政权力直接运行的行政法领域,也出现了所谓“规制学派”。规制意味着公权力要“调整”人们的行为,而“调整”是一个意蕴丰富的词汇,不仅体现出行政领域问题的复杂化、多样化,也意味着调整方式的专业化、技术化以及权力运行的精致化和精巧化。“助推”则是调整中非常具有新意和成效的方式,值得认真对待。

如果一种规则,能够基本不限制或在极小程度上限制当事人的自由选择,却具有很高的可接受性,或当事人和社会能收获很大的利益,这种零成本或低成本却高收益的制度,自然是一个健康负责的公权力掌有者乐于做的事情。但是,如何设立这样的规则却不是一件容易的事。“助推”是一种技术活儿,制定“助推”式规则的主体,不是谁都能担任的,需要规则的制定者在社会科学方面具有很高的素养,能够娴熟地运用各种相关的社会科学乃至自然科学知识,并结合实际情况做出针对性的调整。如果把这样的规则制定者比喻为富有爱心同时尊重人们决定的“家长”的话,那么这种家长还要有丰富的科学知识和聪明的头脑,得是一位聪明的“家长”。

苏力教授认为上世纪90年代至今产生并发展了一种法学研究的新范式,即“社科法学”。这一范式强调从人文社会科学的研究资源和方法中探索和研究中国法学,不把法学话语当作一个自足的语言体系,并试图把法律话语与社会实践联系起来,考察其实际效果,试图通过对具体问题来分析和把握法律。社科法学代表了今后法学研究的一个重要领域和发展方向,不管是解释社会历史实践还是试图运用法律规范“经世致用”,在很多场合下都需要借助其他领域的知识,尤其是社会科学知识乃至自然科学知识,来探索作为社会实践

的法律行为的机理。一个成熟、可靠和聪明的“家长”，不会拒绝诸如“诠释法学”范式、“政法法学”范式，反而会以包容的心态从中获取各种滋养。这种“家长”一定更会拥抱和支持“社科法学”范式，因为角色定位决定它会从各种不同的社会科学乃至自然科学中获取有价值的信息，为设立更加合理、有效、科学的规则制造前提条件，而“助推”恰恰是最需要从不同学科中获取知识才能设立的制度。至少，从既有的“助推”规则中，我们看到了社会学、经济学、心理学等交叉学科知识对于规则制定的意义与必要性。比如，默认规则就运用了心理学“现状偏好”及其背后的“认知偏差”，“非对称父爱主义”理论的核心则是心理学和经济学的知识整合。今后，行为科学、认知科学、神经科学等学科的知识，也很有可能进入规则制定者的视野，为制定更为科学的规则提供智力支持。实际上，学界已经有了可贵的探索，有些研究已经有了初步的成果，它们通过行为经济学和认知神经科学研究如何理解公平与正义问题，进而为调整或设立相应规则奠定知识基础。这些成果对于探索和理解人们的心理状态进而为设立“助推”规范，提供了知识储备与动力。

中国的未列举基本权利

张卓明（华东政法大学法律学院副教授）

在西方宪法语境中，未列举基本权利是一种重要的观念和方法。其重要性依托于实效性的违宪审查机制，正是通过这一制度平台，一个个具体的未列举基本权利被推断出来，进而深刻影响公民与国家之间的关系。比如在美国，20世纪60年代以来，由于修宪程序的困难，以及司法能动主义的兴起，联邦最高法院在未列举基本权利的保障上，发挥了越来越重要的作用。结社自由、婚姻隐私权、堕胎权、学术自由权、平等选举权、迁徙自由权等，无不是通过宪法解释和宪法判例确立起来的。我国宪法学界对未列举基本权利的研究，重点关注的一直是西方拥有实效性违宪审查机制的国家，尤其是关注美国联邦最高法院对未列举基本权利的保障。那么，在尚未建立实效性违宪审查机制的中国宪法语境中，未列举基本权利这一概念、方法和思维，是否就没有意义？是否意味着中国宪法上就不存在未列举的基本权利？答案是否定的。

首先，与西方国家的宪法一样，未列举基本权利这一概念、方法和思维，在我国宪法上有着规范基础。宪法上列举的基本权利是人权具体化和实证化的产物。由于制宪者能力有限以及社会的变迁，宪法上列举的基本权利可能并不完美。因此，基于人权保障的立宪主义精神，某项权利未被宪法明文列举，并不意味着对该项权利的否定，也不意味着该项权利就不受宪法保障。这一点为很多国家的宪法规范所肯定和宣示。例如，美国宪法第9条修正案规定：“本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否认或轻视由人民保留的其他权利。”韩国宪法第37条第1款规定：“国民的自由和权利不因宪法没有列举而被忽视”。除此类未列举权利条款外，有一些国家的宪法规定了概括性权利条款，也给未列举基本权利提供了规范基础。比如，德国基本法第2条第1款规定：“人人享有自由发展其人格的权利”。日本宪法第13条规定了“国民对于生命、自由及追求幸福的权利”。我国2004年宪法修正案规定，“国家尊重和保障人权”（第33条第3款）。这一人权保障条款明确反映了

基本权利不限于宪法明文规定的现代宪法原理。而且，它被置于第二章“公民的基本权利和义务”之首，引领和统摄其后各列举基本权利条款。这说明它不仅是一项宪法原则，同时也是一个概括性权利条款，可以为推导未列举基本权利提供规范依据。

其次，应该承认，倘若不借助实效性的违宪审查机制明确承认某项未列举基本权利，除了像生命权这种如此重要因而不难取得共识的权利外，哪些权利是应予保障的未列举基本权利，很可能会引发争议。但是，宪法争议本身并不能否定某项未列举基本权利的存在。事实上，违宪审查机关推断出来的某项未列举基本权利，同样可能存在广泛争议。比如，在1973年的“罗伊诉韦德案”（*Roe v. Wade*）中，美国联邦最高法院推导出一项妇女的堕胎权，引发了广泛争论。尽管有权机关的宪法解释或宪法判例可以确证某项未列举基本权利的存在，但不是其存在的绝对必要条件。宪法上的相关条文、学理上的权威解释，同样可以起到确证作用。此外，已为本国接受的国际人权规范中所列举的人权，也可作为确证某项未列举基本权利存在的辅助性渊源。

那么，我国宪法中存在哪些未列举的基本权利？生命权虽未出现在我国宪法文本中，但其基本权利地位，是毋庸置疑的。未规定生命权的一个可能解释是：生命权是人之生存的必要条件，是理所当然的，没有必要通过具体宪法条文作出规定。倘若基于“实证主义”思维，必须提供规范依据，也不难在我国宪法中找到与生命权相关的法条，并通过宪法解释将其推导出来。我国宪法第37条规定“公民的人身自由不受侵犯”，第38条规定“公民的人格尊严不受侵犯”。生命乃人身与人格存在之前提，生命权可被认为蕴含在人身自由权和人格尊严权中。

隐私权也没有出现在我国宪法中，但有若干条款与其直接相关：“禁止非法搜查公民的身体”（第37条第3款）；“公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”（第39条）；“公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”（第40条）。这些条款所列举的自由和权利重叠在一起，构成了一个“隐私区域”。不过，此一“区域”并不完美，无法有效对抗类似“棱镜门”事件中政府对个人隐私的侵犯，尚需结合人格尊严权条款及人权保障条款，推导出中度抽象的隐私权。

宪法上的知情权是指公民享有知悉、获取公共信息的权利。此项权利乃人民当家作主的前提和基础。宪法第2条第1款“中华人民共和国的一切权力属于人民”的人民主权原则，第2条第3款“人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务”，第27条第2款“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持，经常保持同人民的密切联系，倾听人民的意见和建议，接受人民的监督”，第125条“人民法院审理案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行”，以及规定“选举权和被选举权”（第34条），“言论、出版、集会、结社、游行和示威的自由”（第35条），公民对国家机关及其工作人员的“批评和建议的权利”、“申诉、控告或者检举的权利”（第41条）等民主权利条款，为推导知情权提供了宪法依据。

健康权也是一项未列举基本权利，其不仅能从人身自由权和人格尊严权条款中导出，还有下列条文支持：“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国

家教育制度的活动”（第36条第3款）；“国家发展医疗卫生事业，发展现代医药和我国传统医药，鼓励和支持农村集体经济组织、国家企业事业组织和街道组织举办各种医疗卫生设施，开展群众性的卫生活动，保护人民健康。国家发展体育事业，开展群众性的体育活动，增强人民体质”（第21条）；“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害”（第26条第1款）；“公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业”（第45条第1款）。

环境权是当代人权体系中的一项新型人权，是指每个人享有健康和良好生活环境的权利。在性质上，环境权是一种社会权，与前述健康权有所交叠，却是后者无法涵盖的。今日中国，环境问题日益突出，可持续发展、人与自然之和谐已成为国家政策与社会发展之基本理念。环境权作为独立类型的基本权利，已充分具备经济、政治和社会基础。从宪法解释学角度看，我国宪法上的人权保障条款，以及第9条第2款“国家保障自然资源的合理利用，保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”和第26条“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。国家组织和鼓励植树造林，保护林木”的规定，为推导环境权提供了规范基础。

获得公正审判的权利是一项程序性权利。它不仅是保障其他实体性权利的手段，同时也具有彰显“人之尊严”的内在价值。在法治国家，它普遍被视为一项基本权利。中国宪法上的“公正审判权”，除了第5条第1款确立的法治原则可作为推导的规范基础外，尚有下列有关审判的具体条文支持：“人民法院审理案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行。被告人有权获得辩护”（第125条）；“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”（第126条）；“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作”（第127条第2款）；“各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院和人民检察院对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区，应当用当地通用的语言进行审理；起诉书、判决书、布告和其他文书应当根据实际需要使用当地通用的一种或者几种文字”（第134条）；“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律”（第135条）。

上述生命权、隐私权等权利从未在我国宪法中出现过。此外还有一类权利，它们曾被列举后又被删去，如罢工权，其是否可能属于未列举基本权利？运用历史解释的法律方法，我们可能会立即得出否定的结论，因为修宪者的删除行为，必定包含规范上的否定意义。然而，修宪者的行为，迄今已有三十余年，面对中国社会的巨大变迁，运用历史解释的方法可能有所不足，更合适的方法也许是体系解释和目的解释方法。即便运用历史解释的方法，也需具体分析和探究修宪者删除行为的规范意义，不能单凭删除行为骤下否定的结论。

我国1975年宪法规定了“罢工的自由”，1978年宪法仍予保留，1982年宪法才将其删去。对于此一删除行为，张友渔先生解释说：“1975年宪法规定的‘罢工自由’是极左思想的产物，是不符合社会主义发展的利益的，是不符合我们国家的具体情况。我们国家的企业属于人民，……罢工后停止生产，是对包括工人阶级在内的全体人民利益的一种破

坏。有人说这是对官僚主义的惩罚。不对。对付官僚主义的办法，可以通过正常的途径，如揭发、检举、控告、申诉等去求得解决，而不应该采用罢工的方式”（张友渔：《关于修改宪法的几个问题》，《法学研究》1982年第3期）。这一解释主要包括两个方面，一是强调“罢工自由”不符合当时计划经济主导、公有制经济一统天下、企业归于国家和人民所有的现实；二是强调“罢工自由”的政治性质，其作用在于反对官僚主义，以至于认为“罢工自由”是“极左”思想下的产物。

中国现代史上，罢工与工人政治运动密切相关。在中国共产党的领导下，工人罢工成为一种政治斗争和政治革命的手段。罢工自由不可避免被打上政治烙印，被视为一项政治自由权。这也反映在“七五”宪法和“七八”宪法将罢工自由与其他政治自由并列一起的规范现象中。因此，“八二”宪法修改过程中，赞成删除“罢工自由”的论者认为，“不能使用无产阶级所使用的对付资本家及其政府的那种带有暴烈行动的敌对的罢工方法去解决问题。在社会主义国家，把罢工斗争作为反对国家官僚主义的手段，这本身就不符合毛泽东同志关于正确处理人民内部矛盾的学说”（宝音：《取消罢工自由的必要性》，《前线》1982年第7期）。同样，反对论者也主要是从政治自由角度反对删除“罢工自由”：“我们许多同志总是数落罢工自由的一系列坏处，却看不到它的一条极大的好处，即：罢工自由乃是公民用以反对官僚主义、专制主义的最后的宪法武器”（钟岱：《宪法应否保留罢工自由》，《法学杂志》1981年第3期）。

从宪法解释学的角度，今日未必不能将罢工权视为一项未列举基本权利。在事实层面，随着我国经济体制从计划经济转变为市场经济，劳动关系矛盾日益突出，罢工事件逐渐增多。对于富士康员工跳楼、本田汽车工人罢工、出租车司机罢运、东航飞行员罢飞等近年来发生的劳工事件，我们还记忆犹新。在规范层面，通过几次宪法修正，现行宪法已明确规定：“国家实行社会主义市场经济”，“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分”。除了有关市场经济的这些宪法规范外，宪法第42条“公民有劳动的权利”之劳动权规范以及人权保障条款，也为推导罢工权提供了宪法根据。

当然，经由宪法解释导出的罢工权，其内涵、性质与宪法曾列举的罢工自由已有很大不同。以前，罢工被视为无产阶级团结起来，集体停止工作，反抗资本主义制度或者反抗官僚主义、专制主义的斗争武器。如今，罢工是市场经济条件下劳动者对抗雇主以维护自身经济利益的一种抗争手段。这种罢工抗争，是经济性质的，而非政治性质的。罢工权主要是一种经济社会权，而非政治自由权，具体属于劳动权的范畴。在国际人权公约中，罢工权也是规定在《经济、社会及文化权利公约》之中的。不可否认，从社会历史角度而言，罢工权作为一种人权，能够获得国内宪法和国际人权法的承认，与工人政治运动和阶级斗争分不开，但是从法理上看，罢工权之所以作为一项人权，是因为它对于劳动者维护自己的尊严不可或缺，是矫正劳资双方不平等地位，以保障劳动者“生存权”的一种有力机制。通过宪法解释推导出罢工权，并不会与修宪者删除行为的规范意义直接相抵触。

同样，迁徙权曾出现在1954年宪法中，但此后未再出现。我们也不能单凭此一历史事实就推断：宪法上根本不存在作为一种基本权利的迁徙权。经过几十年的社会发展和制度变迁，迁徙权已经可以从现行宪法中推导出来。其宪法依据除了有关市场经济体制的宪法

条文外，还包括人权保障条款、人身自由权条款、“公民在法律面前一律平等”的平等权条款。

总之，我国宪法上存在两类未列举基本权利，一是诸如生命权、隐私权、知情权、健康权等一般的未列举基本权利，二是诸如罢工权、迁徙自由等曾被删的特殊的未列举基本权利。后一类未列举权利的推定，较之于一般的未列举权利，更有难度，也更应谨慎。

既然中国宪法上存在着未列举的基本权利，那么应该如何加强对这些未列举基本权利的法律保障？修改宪法使未列举的基本权利成为列举的基本权利，当然是一种重要的法律保障方式。对于历史上曾遭删除或否定的未列举基本权利而言，更是如此。但是，如果考虑到宪法的稳定性，以及更重视宪法实践的话，立法机关、行政机关乃至司法机关，可以积极运用已有职权，在未列举基本权利的保障上做出自己的贡献，而不必坐等宪法修改。事实上，前述宪法上的未列举基本权利，通过立法和法律实施，已经获得了一定程度的法律保障。

可行能力、国家作用与权利的行使

靳文辉（重庆大学法学院副教授）

作为一个主导性的社会观念和理想，权利话语业已成为当今时代一种普遍流行的意识形态，深刻地影响着世界各国的社会实践和文明进程。权利体现着一种可能的生活方式和世界观，它既是人与人之间互为主体化的基础，也是对抗暴政、获取承认的根据。然而，被高调弘扬的同时，权利遭遇侵害的情形却普遍存在，权利在表面上的富足与实现中的赤贫并存，权利在意识层面的胜利和现实中的软弱无力形成了巨大的反差。在我国，部分社会主体在权利行使中的被限制、被排斥和被压迫等现象时有发生，权利有时甚至需要通过生命的丧失来捍卫，近几年频频发生于我国的“自杀式维权”便是典型例证。在我国“人权入宪”的背景下，是什么造成了部分主体权益的频繁被侵害？他们在行使权利的过程中为何总处于无力的状态？这和权利主体的自身能力有无关联？

为保障自然人权利的行使，在民法领域，有关于行为能力的理论和实践。“传统民法接受了社会知识尤其是生物知识，将一个人有无行为能力以及程度如何，与他的生理发育成长和精神健全情况联系起来，提出法律上类型化的判断标准”（龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第220页）。对行为能力欠缺者，民法通过监护制度扩张其参与法律关系的能力并保障其享有的权益。民法中的权利能力和行为能力制度相互关联，构筑了法律主体人格平等和人格自由的基础。当然，传统民法以人的智力、年龄等自然属性为依据，没有虑及人的社会因素来划分行为能力的做法，在现代社会确有不合理之处，现代民法也在“人的再发现或复归”的理念下，把人的形象从强而智的人转向弱而愚的人，开始对人根据社会身份和社会角色进行差异化调整（〔日〕星野英一：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社2004年版，第8页以下），但行为能力制度对行为人判断能力的强调，以及对行动中理性因素的关照，无疑具有重要的价值。作为民法权利制度的一个技术性规则，行为能力制度和其他制度一道，成就了民法的权利法属性，民法也由此在维护私人权利的

过程中取得了巨大的成功。

现实中有多种类型的权利存在,所有的权利都会涉及行使能力的问题。那么,民法提升权利人理性不足的行为能力制度,能否成为一种可利用的技术和方法,给其他类型权利的行使提供借鉴?能否以民法中的行为能力制度为方法,从最一般的角度建构权利的行使能力制度?

如果“拥有权利”和“如愿地藉由权利获得所欲产生的效果”两者并不等同,如果民法中的行为能力制度保护智虑不足者的功能确定存在,而权利理论必须回答“可为”情况下“能为”问题的话,那么就应该对上述问题作出肯定的回答。其实,在法理学界,也有学者论述了权利的行为能力问题,但由于其直接套用民法关于行为能力的概念表述而受到民法学者的质疑。事实上,民法中行为能力的初始含义,是对自然人有没有通过独立的意思表示构建法律关系的能力进行法律上的划分,确实与私法自治相关。考虑到概念的使用有含义传承和约定俗成的问题,将行为能力作为民法的独有概念似乎更为恰当。由此,笔者将一般意义上权利行使的能力用“可行能力”指称(“可行能力”由印度经济学家阿玛蒂亚·森提出,他认为一个人的可行能力指此人有可能实现的、各种可能的功能性活动的组合。参见[印度]阿玛蒂亚·森:《以自由看待发展》,任贻等译,中国人民大学出版社2002年版)。“可行能力”大致可界定为:权利主体按自己意愿行使权利并取得预期效果的各种条件及组合。可行能力为保障权利行使的实质自由而存在,它解决的是权利主体因各种因素导致的意志不自由和意思表示不真实的问题,并通过权利人能力的保障让宣示的权利变成权利主体可真实获得的好处。因此,它不仅要从形式上排除一个主体对另一主体的强制状态,还需要从实质上把握权利人的意志自由是否存在,其与权利主体在法律框架下的追求和意愿相关,应按照一个人的价值观念和目标来判断。

研究权利行使的可行能力可增强权利理论的完整性。权利理论不仅需要规划理想的图景,更需要构建可以实施的过程性行动。可行能力强调权利行使中可观察的过程和结果,要求通过权利运行的过程,来分析权利主体行使和实现权利的具体状态,在一定程度上保障了权利理论的周全和完备。从实践角度看,可行能力除了具有保障权利顺利实现的当然作用外,还可强化权利的排除功能。任何权利都具有排除他人非法侵害的功能,但由于社会主体能力的差异,某些权利类型在现实中有着更易被侵害的可能,可行能力通过对权利主体的能力补给,弱化潜在的加害人和受害人之间的能力差异,这种因双方“势均力敌”而形成的权利不能被侵害或不易被侵害状态,具有“防患于未然”的效果。可行能力理论不太注重理想社会中的完美公正,而更关注因各种原因形成的主体间的不平等和不公正。这也就决定了可行能力把研究视角从权利行使和实现中的普适性、应然性和规范性,转向了权利行使和实现的语境化、实然性、经验性。

与民法中行为能力以人的自然属性区分人的行为能力不同,可行能力理论虽不否认人的自然因素,但主要从人的社会属性出发来探讨行使权利可行能力不足的原因,并以此为根据给予能力不足者恰当的补救。“平等”只能通过主体间横向的比较才能得出,当某种利益或好处对所有主体都不可及时,探讨权利行使的可行能力或为时尚早,或缺乏实际意义。现实中造成人与人之间可行能力不平衡的原因异常繁杂,此处择取政治、经济和文化三个最主要因素予以说明。政治的核心是权力,权力可限制部分社会主体的发展机会,缩减其

选择空间，消减其权利行使的可行能力。现实中直接占有、容易接近或可以继承权力的社会主体，不仅可通过正式的制度安排扩张自己的能力，也可通过权力的直接运用，消减其他主体的权利行使能力。同时，权力还会对资源的转化能力产生影响，在权力因素作用下，社会主体即使占有的资源在量上相同，其转化为自由和能力时也会有显著差异，这在资源有限的情况下尤其是如此。经济领域中的资源禀赋、市场竞争和劳动分工，也会造成社会主体权利行使可行能力的差异。资源禀赋是主体可以支配的资源集合的函数，市场主体占有的初始资源不可能绝对均等，不同的资源决定着不同的生产可能性。竞争会使财富和贫困向社会两端积聚，形成强者愈强、弱者愈弱的非均衡局面。劳动分工会造成职业差异和信息不对称，社会主体对非属于自己职业领域的事物，常处于茫然无知的状态之中，这一切都可能使得部分社会主体行使权利的能力严重弱化。文化因素也会对人行使权利的能力产生影响。比如在我国，若干年来，尽管社会发生了翻天覆地的变化，但传统文化的“差序格局”和人伦观念形成的人与人之间的贵贱有别依然存在，“中国社会和文化的连续性并没有被中断，而只是从制度的层面上隐退了，它以一种潜在的方式继续存在着，并在实际上决定着制度层面上那些看得见的东西”（尹伊君：《社会变迁的法律解释》，商务印书馆2003年版，第16页）。传统文化中人与人的等级观念所形成的思维方式和行为习惯，借助现代社会新的社会阶层和社会结构继续发挥作用，人与人之间行使权利的可行能力也由此有了强弱之别。

国家存在的理由在于“助人民自营力所不逮”。国家并非总是一个压迫性的组织，可行能力意欲保障的是权利主体行使权利时的实质自由，属于积极自由的范畴，当然离不开国家的积极作为，这是一个获得普遍认可的理论主张。在人权和民本观念下，人不再是国家的统治对象，而应成为政府存在的目的，国家应根据社会主体的需求来调适自己的行动内容。从本质上讲，保障权利行使的可行能力是国家承担的一种给付义务，它与早期国家的“慈济”观念相关，在现代福利国家、给付行政背景下，它已经成为国家的法定义务。给付行政之国家任务，“不再限于消极保障人民不受国家过度侵害之自由，而在于要求国家必须以公平、均富、和谐、克服困境为新的行政理念，积极提供各阶层人民生活工作上之照顾”（翁岳生编：《行政法》上册，台湾元照出版公司2006年版，第43页）。上文提到的因政治、经济、文化等因素造成的部分主体行使权利的能力不足，固然可以通过非政府组织（比如消费者组织）在一定程度上予以补足，但国家无疑是保障权利行使可行能力更为关键、更需依赖的力量。

权利类型的多样性以及造成权利行使可行能力不足原因的复杂性，决定了国家保障人行使权利可行能力内容的广泛性，它几乎涉及人能力的所有方面，而且，不同的人对通过国家保障自己行使权利可行能力的需求程度也不尽相同，要对国家保障权利行使可行能力的范围作准确的界定或详细的列举，既不可能，亦无必要。此处，笔者对国家保障可行能力的基本思路和方式作简单交代：首先，和民法中的行为能力要以权利能力为前提一样，权利行使的可行能力要以权利的实际存在（法律确认）为前提，可行能力探讨的是权利人具备哪些能力，因此法律未确认的“权利”不属于可行能力的关注对象。其次，国家保障权利人行使权利的可行能力，既要以立法的方式，根据人在社会结构中的位置进行类别化保护（比如国家基于消费者的弱者地位制定消费者保护法），还应根据不同的权利主体，结合权利行使中的具体事实，通过个案认知的方法进行个别性保护，从权利主体的具体处境

入手，在权利人行使权利或意欲行使权利但能力不足时，补给其具体情势下之特定需要。毕竟，一个富可敌国的消费者和一个衣食堪忧的消费者，国家在保障其行使消费者权利之可行能力的程度和方式是不一样的。在此意义上，甚至可以认为，个案的分析方法更为关键：仅仅通过类别化保护的“权利入宪”和“权利入法”，并不能完全有效地解决权利的行使和实现问题。当然，着眼于个案并不否认国家可以以立法的方式，对可行能力保护中的组织设置、程序建构等问题通过制度化予以明确。第三，可行能力对于权利人来说是受益性的，对应着国家的给付义务，它“扶弱”不“抑强”，这就像民法中的行为能力一样，对无（限制）行为能力的主体，是通过法定代理来补足其参加民事法律关系的能力，而不是通过对相对方的抑制以达到能力相等。它增进人的行动自由而不限制自由，因此，可行能力和“法律父爱主义”尤其是“强法律父爱主义”理论也不相同。后者常通过对主体自由的限制来实现对利益的保护。第四，国家针对单个个体可行能力的保护行动，一般应通过权利人的主动申请来实施，但当有足够的事实和证据证明权利人行使权利的可行能力确有不足时，国家也可不经当事人的申请而主动为之。上述四点，都是权利实现可行能力的国家保障中必须明确的事项。

美国哲学家努斯鲍姆曾说，幸福根源于人的能力。权利能否行使和实现，同样取决于人的能力大小。当然，没有任何一种制度在保障权利的充分实现中是一劳永逸的，可行能力制度亦是。作为一种方法，民法中行为能力制度及在保障权利中的经验，值得所有权利在行使实践中加以借鉴。为了权利的充分行使而设置的能力保障方法，自然也就成了权利实现的方法。正如民法创设行为能力制度的同时，规定了对无（限制）行为能力人的法定代理人的职责一样，如何明确国家的保护职责，预防国家可能的不作为和违法作为，避免造成新的不平等，同样是可行能力理论必须回答的问题。

群体性事件的发生机理：权利视角

陈柏峰（中南财经政法大学法学院教授）

群体性事件是指，特定群体或不特定多数人聚合临时形成的耦合群体，通过没有合法依据的规模性聚集，以语言或肢体行为上的冲突来表达诉求、争取权益、发泄不满、制造影响，对社会秩序和社会稳定造成影响的事件。在新中国不同历史时期，群体性事件曾有不同的称谓：上世纪50—70年代，一般称为“群众闹事”、“聚众闹事”；80年代以来，曾先后称为“群众性治安事件”、“突发事件”、“治安突发事件”、“治安紧急事件”、“突发性治安事件”、“紧急治安事件”、“群体性治安事件”等。

很长一段时间内，官方对群体性事件的解释框架主要是“别有用心的坏分子+不明真相的群众”。上世纪50年代中后期，毛泽东在国内外新形势下提出了正确处理人民内部矛盾的问题，对敌我矛盾和人民内部矛盾两种不同性质的矛盾进行区分。群众闹事属于人民内部矛盾。“闹事的直接的原因，是有一些物质上的要求没有得到满足；而这些要求，有些是应当和可能解决的，有些是不适当的和要求过高、一时还不能解决的。但是发生闹事的更重要的因素，还是领导上的官僚主义。闹事的另一个原因是对于工人、学生缺乏思想政

治教育”，“再有一个因素，是反革命分子和坏分子的存在”。“我国广大的人民群众是拥护社会主义的，他们很守纪律，很讲道理，决不无故闹事”，“也有少数不顾公共利益、蛮不讲理、行凶犯法的人。他们可能利用和歪曲我们的方针，故意提出无理的要求来煽动群众，或者故意造谣生事，破坏社会的正常秩序”（《毛泽东选集》第5卷，人民出版社1977年版，第395页以下）。

“别有用心的坏分子+不明真相的群众”这种结构性区分，来源于“人民—敌人”二分法。人民话语成功地将阶级斗争应用到了社会主义建设时期，“一切反抗社会主义革命和敌视、破坏社会主义建设的社会势力和社会集团，都是人民的敌人”（《毛泽东选集》第5卷，人民出版社1977年版，第364页）。“人民—敌人”二分法具体化为“人民—坏分子”，从而并不局限在革命中，而延伸到了社会主义建设的日常生活中。人民中又有先进分子（积极分子）和一般群众（落后分子），因此“人民—敌人”二分法有时又被具体化为“先进分子（积极分子）—一般群众（落后分子）—坏分子”三分法。在群众闹事中，存在“坏分子（别有用心的）+落后分子（不明真相的群众）”的结构。这种结构最初的原型应该是：敌特分子为了破坏新生的人民政权，造谣生事，蛊惑群众，一些群众因不了解新政权的政策而受到蒙蔽，被坏分子利用，从而参与闹事。针对这种情况，对闹事的处理，就要将惩罚为首闹事者与解决群众实际问题分开：惩罚具体构成违法犯罪的闹事行为，针对别有用心的个别坏分子；而解决群众的诉求则体现党和政府的宽大政策，针对不明真相而需要教育的群众。

“别有用心的坏分子+不明真相的群众”这种解释框架在当代已经表现出很大局限性。虽然当代一些群体性事件背后确实有国外敌对势力的渗透，或国内打砸抢暴力分子参杂其中，但是绝大多数群体性事件应该都属于群众表达利益诉求。具体事件中的首要分子更可能是特定群体利益的代表者，即使他们有过激行为甚至涉嫌违法犯罪的行为，背后更重要的原因可能是利益表达渠道不通畅。因此，“别有用心的坏分子+不明真相的群众”很难有效解释当代的群体性事件，目前还缺乏与时俱进的主导性解释框架。

在西方，关于集体行为和社会运动的研究有着深厚的理论传统。早期以勒庞为代表的社会心理学强调集体的非理性特征和性质，而布鲁默则从集体磨合、集体兴奋和社会感染过程去理解集体行为。到上世纪60年代，相关研究逐渐社会学化，“相对剥夺感”、“挫败—反抗机制”、“概化信念”等一系列概念被用于解释群体行为。后来，又发展出资源动员理论和政治过程理论。90年代以后，相关研究更加丰富。但是，这些研究很少对类似于中国当代群体性事件中的群体行为进行微观机理的分析。缺乏事先组织、临时耦合起来的群体，其互动结构如何，如何形成共意并采取行动？这里试从权利视角加以揭示。

从法律上理解权利，就是一个人占有、使用、收益、处置某些物品、资源或控制事件进程和后果，其他人不得干涉，违者将承担法律责任。然而，社会生活中存在大量法律未加以调整的关系，这些关系中也存在非法律性的权利义务关系，其中的权利缺乏法律及其背后的国家强制力支持。在社会实践中，如果某个行动者主张这种非法律意义上的权利，必然受到社会关系中其他行动者的制约，如果其他行动者反对，权利主张者就会遇到障碍，而且得不到救济。在社会关系意义上，权利的重心不是有形的物品，而是支配和行动的权利。在法律保障范围之外的社会关系中，如果一个人打算采取某种行动，所有可能受其影

响的当事人都接受这种行动,那么这个人就有权利采取这一行动。因此可以说,社会关系中的权利,在结构上由社会系统中的行动者共同掌握,并不存在独立于行动者的所谓客观存在的权利。

在社会关系意义上,权利依赖于他人的承认。一个行动者可以要求采取某种行动的权利,但如果他人不承认其要求,权利就无法获得。行动者要求权利时,其他人在几种情况下可能承认其权利:第一,行动者的行动后果与他们无关。第二,行动后果与他们的利益密切相关,但行动者有充分的权力坚持其要求,此时其他行动者承认这种权利可以获得更大利益。第三,行动者并无权力坚持其要求,但其他行动者将其要求当作更大范围权利的一部分予以接受。比如,行政上下级关系中下级对上级在工作关系之外的权利要求予以默认,下级为上级干私活,对性骚扰默不吭声,都属于这种情况(〔美〕詹姆斯·科尔曼:《社会理论的基础》,邓方译,社会科学文献出版社1999年版,第63页)。从本质上来说,权利存在于社会共识之中,只有人们就权利是否存在形成一致的肯定意见,权利才能存在。个人并不能控制有关自己的一切权利,例如不能变身为奴,这体现了权利的社会共识特征。

权利可以分为请求权和自由权。行动权属于自由权,而控制他人行动的权利是请求权。行动权可以转让。如果一个人的行动权转让给其他行动者,这个人便失去了自由权,而接受转让的人则对他享有请求权。例如,当劳动权被用于交换工资以后,劳动者便失去了不劳动的自由或再用劳动权交换的自由,而资本家享有要求其劳动的请求权。行动的权利可以为任何不同的主体所享有,但并非个体所能完全控制,它需要社会共识。个人不能自行决定放弃对于自身行动的控制权,一个人只有同时拥有权利和对权利进行控制的权利时,他才可以放弃或转让权利。权利可以通过两种方式转手。一是如同转让某种物品,将权利转让,比如代理。其条件是行动者拥有权利,并有权对这种权利进行转让。二是社会关系中的其他人对行动者拥有的权利提出异议,一旦提出异议,无论其他人决定将权利授予另一个行动者,还是其他人对权利丧失共识,行动者都将丧失权利。

行动权转让常常存在于社会权威结构中。社会中存在各种组织和群体,其内部存在权威结构,如国家、家庭、社团、俱乐部等。它们作为统一体而行动,其基础往往就是个人行动权利向群体、组织及其领导人的转让。通常,个人拥有控制自身行动的权利,但有时也可能被他人所掌握,如儿童或奴隶的行动权利。在法律承认个人自由的领域,其他行动者没有合法利益存在于公民的各种行动中。只要行动者利益与其他大多数人对立,法律就应该保护这些人控制自己行动的权利,而不应当将权利授予其他人。这种权利分配的方式可以使行动者实行自我监督。然而,当相信某种允诺或期待个人利益最大限度地得到满足时,个人可能转让控制自身行动的权利。如果权威关系的建立不以行动控制权的自愿转让为基础,权威的施行就必须依赖强制力量,这种权威因此很容易遭到抵制。如果权威关系的建立是自愿的,转让控制权的行动一般会具有感染力,因为首先出让权利的行动者与转让前相比没有任何损失,如果其他行动者的情况大体类似,他们的理性选择就是将控制权授予同一个人。控制权一旦转让,行动者便丧失了自身行动的控制权,因为权利存在于社会共识中。在群体性事件中,临时耦合群体的行动控制权往往最终被转移到少数几个领袖人物手中。

群体性事件的行动过程是在群体心理的作用下,参与者彼此的行为产生了交互影响,

个体互动情形下通常不太可能的行动因此发生。群体性事件的发生，是由于群体成员的行为发生了复杂的交互影响。这种复杂影响的结果是，通过行动控制权的转让，建立了科尔曼所谓的“集体权利”，并由此达成了由系统中行动者相互监督执行的集体行动。将群体性事件视为非理性的认识是有偏差的，其原因在于未能完全理解集体行为的微观过程。群体性事件中，个体的所谓理性行动其实是在行动主体互动的过程中作出，不能脱离行动者所依赖的他人行动，“集体权利”也是在多人互动情景下通过理性行动逐渐建立的。

弗里德曼认为，在行动者中间，存在三种形式的依赖：结构性相互依赖、行为性相互依赖、进化性相互依赖。行为性相互依赖，是指每个行动者的行动都以其他人已经采取的行动为条件（James Friedman, *Oligopoly and the Theory of Games*, North-Holland Publishing Company, 1977, pp. 5 - 6）。在行为性相互依赖中，行动者必须对行动有复杂而周密的思考。自己当前的行动对自己的下一步行动不仅有直接影响，还有间接影响。因为他的行动影响其他人，其他人又会反过来对自己产生影响。就像下棋时一样，需要预测自己与对方的多步策略，而且要不断根据对方策略进行调整，自己如何行动依赖于对对方如何行动的预测。群体性事件的发展，就是群体成员在这种行为性相互依赖关系中的互动发展过程。这一过程有两种不同的行动：第一，撤回控制权，它起因于群体形成了关于权利的新共识，从而使原先依赖控制得以维系的制度难以继续；第二，某人或某些人的行动导致群体成员把行动控制权转让给他们。这两种行动可能由一批人完成，也可能由不同的人来完成。

在群体性事件中，聚集群众往往出于不同的原因反对特定权势者（常常是基层政府官员、警察以及激怒群众的富人），或者嘲笑他们，据此获得利益或只是为了心理平衡。在与官员的个体互动中，人们很容易把对自身行动的控制权转让给官员。如果撤回控制权，并从事反对官员的活动，就会构成违法并受到处罚。尽管有时群众会采取一些方法来表达反对，如暗地里采取破坏行动、回避、消极抵制等，但这些都以承认官员的行动控制权为基础，他们不会公开撤回控制权。当群众聚集在一起时，他们通过反对官员来获取自身利益或心理平衡就有了可能。他们从原有的官民权威结构中撤回行动控制权，并将之转让给临时耦合群体，最终转让给耦合群体中的行动指挥者。在群体性事件中，个人撤回其控制权，总是与其他众多的成员同时发生。聚集群体如果本来就存在组织结构或领导人，群体性事件就更容易发生。

行动控制权的撤回与转让，会经历一个互相测度、建立信任的过程。任何临时耦合群体从毫无组织发展到采取共同行动，都会经历一个过程。起初，每个人都对其他人的行动意向缺乏把握，群体整体上处于徘徊与彷徨状态。此时群体成员会相互测度，一方面表露自己的行动意向，另一方面获取其他人的行动倾向。在这一过程中，每个行动者都在估量他人可能采取的行动：“如果我首先采取了行动，谁将追随我？”人们还在彷徨与徘徊中寻求适当的行动方式，以便把对自身行动的控制转让给认可的领导人。逐渐地，在个人与其曾经服从的权威（比如群体性事件中作为群体对立面的官员或警察）之间，介入了某一具有崭新共识的群体。这种介入保护个人免受权威的惩罚，准许（甚至指导）个人撤回转让给权威的控制权，并把这些权利重新转让给代表群体利益的行动者。“如果只有我一个人采取行动，我将受到惩罚。如果我是众多行动者之中的一个，便可能避免受到任何制裁。”

在群体行动中，其他人的行动能够保护个人免受权威的惩罚，群体成员数量增加时，

保护作用尤其明显。行动者所得报酬与参与行动的成员数量成正比。群体成员不仅自己参与行动,而且尽力鼓动他人参与,他们还会互相鼓励。因此,个别成员首先采取的行动不仅影响他人的行动,而且通过影响他人,最终对自身的利益产生影响。在具有共识的成员数量增多时,每个成员都意识到控制自己行为的旧有规范对自己目前的行动失去控制能力,他们同时认定自己新的行为合乎规范。众多成员对某一成员行动的肯定,显然增加了其行动的勇气,并使其摆脱原有权威及规范的控制。参与行动的成员数量越多,每个成员遭受的损失越小,原有权威对每个成员的惩罚就相对减轻了。

在有些群体性事件现场,群体行动没有最终达成,出现了针对特定权势者(官员、警察、激怒群众的富人)的群体性嘲弄或者群体性混乱。没有人攻击他们,也没有人冲击其权威,但是由于众多群众的存在,大家你一言我一语的,这种不严肃就破坏了他们的权威。这些场景中,围观群众并没有形成明确的共识,也没有建立新的权利分配体系,但它破坏了旧有的权威和权利体系,从而造成了真空状态。本来在与群众的互动中,官员应当是掌握行动控制权的权威,但如果出现群体性混乱,官员就无所作为,而群众的行动控制权也没有明确转让出去。

群体性事件的前提是群体的存在,即群众可以聚集起来,而且聚集起来的群众容易指向某个共同的对立面,通常是作为社会管理者的基层政府或者处于社会强势地位的富人。这些场景不是个别行动的结果,而是很多个体行动的复杂合成。群众聚集的基础是他们在一定程度上能够具有共同的思想感情,这种思想感情以及受此驱动的行动,其背景就是社会结构阶层化和社会利益市场化。在这些场景中,导致群体性事件的具体案件、缘由被在场的围观群众映射成官民矛盾、阶层矛盾、贫富矛盾,其个案性被淡化,其代表性被张扬。群众共同的思想感情,可以对聚集群众产生决定性作用,使利益无涉的围观群众,将自己的行动控制权转让给耦合群体的领导者,从而变成群体性事件参与者。

上述解释可以为群体性事件中违法犯罪行为的惩罚提供理论基础。从行为角度看,所有的群体性事件参与者共同实施了违法犯罪行为。按照共同犯罪的要件,就要共同承担法律责任。这显然不符合化解社会矛盾、维护社会稳定的形势需要。从行动权利的视角去看,群体性事件中确实有领导者与一般群众之分。群体性事件中的一般参与者,虽然参与了集体行动,行使了行动权利,但只是在现场气氛的感染下,参与了临时形成的新权利共识,从而转让了自己的行动控制权,他们的行动受群体性事件中领导者的控制。而群体性事件的领导者有时是事先有所预谋的组织者,更多时候可能是在群体聚集现场临时产生的。他们之所以成为领导者,是因为其个人特质及现场的互动。这些领导者受让了群体成员所转让的行动控制权,行使了群众行动的“集体权利”,因此应当对群体性事件所造成的后果负主要法律责任。当然,个别行动者超出集体权利共识之外的过激行动,因未受领导者直接控制,应当自己承担责任。