

权利义务的发展与法治国家的建构

于立深

(吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012)

摘要: 权利义务既是分析法律问题的逻辑线索, 也是分析社会关系的基本线索。无论法治国家还是和谐社会, 均须厘定什么是公民的权利, 什么是公民的义务, 并健全权利—义务文化观念。从演化脉络上看, 公民权利已从自由权中心转向福利权保护, 公民义务已从自然义务转向社会义务。其中, 公民权利与利益的区别、权利的复杂化和过程化趋势、公民基本义务的设定理由等问题非常值得关注。只有厘定公民真正的权利和义务, 才能真正保护人权, 真正推动社会和谐发展和法治国家的建构。

关键词: 公民; 权利; 义务; 法治

中图分类号: DF02

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128(2008)03-0108-12

“一切法律问题, 说到底都是权利与义务问题。”[1] 什么是公民的权利, 什么是公民的义务, 这个问题既是法治国家的首要问题, 也是和谐社会的首要问题。本文不对权利、义务等基础概念做精细的法理分析, 而是以权利与义务为线索, 对公民权利和义务的现状以及它们对法治国家与和谐社会的意义, 做一个大致的分析。

一、公民权利从自由权到福利权

(一) 相对稳定的基本权利体系

历经几百年的风雨之后, 以自由权为轴心的基本权利体系仍具有相对稳定性。但是, 由于考量因素不同, 无论我国宪法规范还是宪法著作对基本权利体系的界定都存在很大差异, 什么是公民的基本权利, 公民基本权利的逻辑秩序是什么, 实际上都远未弄清楚。

第一个问题是基本权利的范围是什么? 就我国一百年的宪政史而言, 基本权利体系也是不固定的。秉承中华民国宪法的我国台湾地区的宪法学者, 从国家与人民统治关系角度进行考察后认为, 在现代国家人民的权利分为四种: 一是自由权, 这种权利只有消极的效果, 禁止国家的不法干涉, 即排除国家统治权的干涉; 二是受益权, 是指人民要求国家行使统治权有所作为而领受一定的利益; 三是参政权, 是保障自由权和受益权行使的手段, 人民若无参政权则一切权利皆无依存; 四是平等权, 若无平等权, 自由权、受益权、参政权也将无法保障。[2] (P150—152) 我国大陆的主流思想则认为, 公民基本权利体系是: 1. 公民参与政治生活方面的权利和自由, 包括平等权、选举权和被选举权、

收稿日期: 2007-12-20

基金项目: 国家社会科学基金重大项目“构建和谐社会的法律制度保障”(05&ZD043)

作者简介: 于立深(1969—), 男, 黑龙江讷河人, 吉林大学法学院副教授, 法学博士。

政治自由（言论、出版、结社、集会游行示威自由）以及批评、建议、申诉、控告和检举的权利；

2. 公民的人身自由和信仰自由，包括人身自由、人格尊严不受侵犯、住宅不受侵犯、通信自由和通讯秘密受法律保护、宗教信仰自由；

3. 公民的社会经济教育文化权利，包括劳动权利、劳动者的休息权利、获得物质帮助的权利、受教育权利、进行科学研究及文学艺术创作和其他文化活动的自由；

4. 特定人的权利，包括保障妇女的权利、保障退休人员和军烈属的权利、保护婚姻家庭及母亲儿童和老人的权利、关怀青少年和儿童的成长、保护华侨归侨侨眷的正当权利。[3]（P260—278）也有人认为公民基本权利体系结构是：

1. 人身人格权，包括生存权、生命权、人身安全权、人身自由权、人格尊严权；

2. 自由权，包括信息自由和知情权、表达自由、结社自由、集会游行示威自由、宗教自由、创作自由与学术自由；

3. 平等权，包括民族（种族）平等权、男女平等权、经济平等权、政治平等权；

4. 民主权，包括选举权、参政议政权、监督权、自治权；

5. 劳动权，包括就业权、劳动条件权、团结权；

6. 社会保障权，包括养老、失业、医疗、工伤社会保险的权利以及社会救助和福利权利；

7. 受教育权，包括学习机会权、学习条件权、学习成功权等；

8. 人道权，包括残疾人、灾民、罪犯的权利。[4]（P118—293）

第二个问题是基本权利确立的逻辑秩序是什么？为什么不同国度、不同时期的“基本权利”的范围有巨大的差异？原因在于赖以设定基本权利体系的考量因素本身存在巨大差异，因此需要追问如下问题：宪法上的权利是否就是基本权利？人权是否等同于基本权利？如果按照我国现行宪法来确立基本权利体系，就会像本部宪法自身一样缺乏对不同权利和自由之间的逻辑关系的梳理，就只能是对基本权利进行简单的机械排列，在公民权利的内涵上就不可避免地存在诸多交叉和重叠之处。基本权利体系的确立，绝不是进行简单的、机械的权利类别堆积，因为近代宪法所界定的基本权利体系有着自己的逻辑思考，而每一个时代也都有自己的基本权利侧重点，不能想当然地进行基本权利的编纂。基本权利与社会基本价值观也有着极其密切的关系。近代以来的人类社会在确认基本权利时，实际上是以自由竞争的价值观为基础的，表现在权利上就是以自由权为核心。从时代视角看，我国公民基本权利的发展也与世界发达国家的权利体系演化相似。诚如林纪东先生所言，公民的不同基本权利的产生次序不尽相同，由内容观之可归纳为四点，即自由权由大而小；参政权由小而大；受益权由消极而积极；平等权由形式而实质。自由权、参政权、平等权、受益权产生的先后顺序大致是：先有自由权，次有参政权，再次有平等权，而受益权之发达为最后。[5]（P60）

第三个问题是基本权利的实证样态是什么？能否清晰地描述出我国公民的法律权利样态和保护状况？我们可以通过以下几个环节考察公民基本权利体系的实证样态：一是文本与实证相结合的考察，我们会发现法学意义上的基本权利与法典意义上的基本权利有很大的差别，基本权利并非局限于宪法规范上的权利。二是应然与实然相结合的考察，我们会发现基本权利不能等同于公民权利，某个国家的基本权利体系必然带有理想成分，必然带有批判正在实施的宪法文本的色彩。三是事实和逻辑相结合的考察，我们会发现每一个时代都有自己的基本权利侧重点，不能人为地进行基本权利类型的机械排序。从历史变迁角度看，基本权利体系的内容是不固定的，基本权利体系并非局限于特定历史阶段的权利体系，基本权利体系的内容在不同时代有不同的增补或限制。四是国内与国际结合的考察，我们会发现立足于完善国内基本权利体系这一出发点，必然要将一国的基本权利体系置于全球化视野之中，考虑权利的国际标准。五是文化与制度相结合的考察，我们会发现由于基本权利体系受制于一国的意识形态，资本主义和社会主义所侧重保护的基本权利类型必然是不一样的，前者更侧重保护自由权，后者更侧重保护社会经济文化权利。

要想描述我国现阶段和预知未来的公民权利体系的状况，必须考虑以下四个问题：（1）我国人民与国家关系的样态；（2）我国社会制度和时代变迁的轨迹；（3）我国已经批准的《经济社会文化权利国际公约》、已经签署的《公民权利及政治权利国际公约》以及其他国际人权条约对我国的影响；（4）我国行政法规、行政规章、地方性法规和其他非正式规则对公民权利保护状况的影响。从

已经掌握的实证材料看, 我国的正式和非正式制度已经建立起了中国特有的权利识别、确认和保护方式。可以说, 我国公民基本权利体系的实证样态是: 1. 人的尊严与生命权, 包括人的尊严保证、生命权、人身安全权、人格权、隐私权和生存权; 2. 平等权, 包括男女平等、民族平等、地区平等、党派平等、法律平等; 3. 自由权, 包括人身自由 (居住自由即住宅不受侵犯、迁徙自由、出入境自由、获得及保留国籍权、通信自由和秘密、生活方式选择自由)、表达自由 (言论自由、出版自由、结社自由、集会游行示威自由、新闻自由、信仰和精神自由)、财产自由、工作自由 (经营自主权)、科学研究和文艺及文化创作自由; 4. 民主政治权利, 包括选举权和被选举权、担任国家公职权利、议政权利、监督权、参与立法权、人事罢免权; 5. 社会权, 包括劳动就业权、受教育权、社会保障权、环境权; 6. 救济权, 包括获得正当程序保护的权力、各种诉权、获得国家赔偿和补偿的权利、弱势群体法律援助权等。

但是, 需要说明的是, 虽然我国公民有大量的“法定权利”, 但是对这些权利的界定仍然存在明显的漏洞, 主要表现在: 特殊历史背景下制定的宪法, 决定了基本权利体系的不周延性和时代局限性; 由大量的非基本法律规定了基本权利, 由大量的非正式规则规定了法律权利, 如《出版管理条例》、公安部的新户籍规则、福利权利的行政立法, 它们深刻地影响了法律权利的走势; 与权利相关的某些宪法语言、术语和概念缺乏严密的逻辑性, 已经无法准确表意。

(二) 福利权利的扩大化和正当化

“民生”问题一直是中国社会治理的焦点。在古人看来, “中国自禹、箕子以来, 食货并重。”在今人看来, “民生”的核心就是社会经济文化权利, 也就是福利权利。福利权利是否以及为什么是一项权利, 经过了复杂的争议和证明过程。从世界范围看, 与美国相比, 欧洲政府的收入分配范围的规模更大、社会计划更慷慨、税收制度更进步、保护穷人的政府干预更深 [6], 但是, 德国在第二次世界大战之后通过的根本法并没有像魏玛共和国宪法那样将福利权利视为基本权利; 2004年版的欧盟宪法条约草案虽然规定了“福利权利”, 但是将其编入了第二部分《欧盟基本权利宪章》第4篇《团结》(Part II the Charter of Fundamental Rights of the Union, Title IV Solidarity), 并用两个条文分别规定了社会保障、社会救助和健康医疗权利。^①

在美国, 罗斯福总统于1944年就提出了以“福利权利”为基本内容的《第二部权利法案》。美国法典第42编《公共健康和福利》共有147章即147部法律及其补充立法, 涉及到的“福利权利”覆盖了公共健康服务、卫生设施和检疫、各种疾病和病毒预防、母婴福利和卫生、社会保障、暂时失业补偿计划、低收入住房供给 (Chapter 8 Low—Income Housing)、贫民窟消除、公共设施、残疾人或者死者补偿、学校午餐计划 (Chapter 13 School Lunch Programs)、儿童营养、疾病救助、火灾保护协议受益、科学研究补助、就业服务、印地安医院和设施、洪灾补贴、经济机会计划、老年人计划、毒品上瘾治疗、环境质量改善、酒精中毒治疗、地震危险重建、低收入能源补助 (Chapter 94

^① 2004年版欧盟宪法草案第二部分《欧盟基本权利宪章》的目录是: 序言; 第1篇《尊严》, 第1条人的尊严; 第2条生命权; 第3条人的完整权; 第4条禁止折磨、野蛮或者不体面的对待或惩罚; 第5条禁止奴隶和强迫劳动。第2篇《自由》, 第6条自由和安全权利; 第7条尊重隐私和家庭生活; 第8条个人数据保护; 第9条婚姻和组建家庭的权利; 第10条思想、良心和宗教自由; 第11条表达自由和信息自由; 第12条集会自由和结社自由; 第13条艺术和科学自由; 第14条教育权; 第15条择业自由和工作权; 第16条商业行为自由; 第17条财产权; 第18条庇护权; 第19条驱逐或引渡中的保护; 第3篇《平等》, 第21条法律面前平等; 第21条歧视; 第22条文化、宗教和语言的多样性; 第23条男女平等; 第24条儿童的权利; 第25条老年人的权利; 第26条残疾人联合。第4篇《团结》, 第27条工人获得企业通知和磋商的权利; 第28条集体谈判及其行动的权利; 第29条获得岗位服务的权利; 第30条不适当解雇事件中的保护; 第31条公正和适合的工作条件; 第32条禁止童工和年轻人劳动保护; 第33条家庭和职业生活; 第34条社会保障和社会救助; 第35条健康医疗; 第36条获得一般经济利益服务; 第37条环境保护; 第38条消费者保护。第5篇《权利》, 第39条欧洲议会的投票权和候选资格, 第40条地方选举中的投票权和选举资格; 第41条善政的权利; 第42条文件获得权; 第43条欧盟监察官; 第44条请愿权利; 第45条迁徙和居住; 第46条外交和领事保护。第6篇《正义》, 第47条有效救济和公平审判的权利; 第48条清白假定和防卫权; 第49条犯罪惩罚的法定原则和比例原则; 第50条不得因同一犯罪而在刑事程序中被两次审判或者惩罚。第7编《解释和适用的一般条款》, 第51条适用领域; 第52条权利、原则的范围和解释; 第53条保护水平; 第54条权利滥用禁止。

Low— Income Energy Assistance)、精神健康体系、社区服务计划、家庭暴力预防和服务、受害人补偿和救助 (Chapter112 Victim Compensation And Assistance)、流浪者救助 (Chapter119 Homeless Assistance)、毒品滥用教育和预防、艾滋病人群的房屋供给 (Chapter131. Housing Opportunities For Persons With Aids) 等范围。但是,“福利”是否是权利还存在巨大争议。虽然有人认为 1935年颁布的《社会保障法》“代表了普遍福利哲学的启程。立法者对公共援助有了一个清晰的‘权利’概念,并且为保护这些权利提供了手段”[7],但是,“半个世纪后,全世界的人仍旧对什么权利应该归入宪法而争论不休。”流行的说法是,“福利权以及其他社会和经济保障是无限制的、未有定论的,不曾有哪一种情况是完全受保护的。”[8] (P86)因此,有人说:“创造关于福利的宪法权利是不值得深究的。最后获胜的是政治,没有政策就无法获得(福利)保障。”[9] 美国最高法院直到 20世纪 60年代以后,才逐渐对某些福利给付适用正当程序条款的保护。

从来没有哪一种权利像福利权利那样,被不休止地争议其合法性。美国“新政”以来,自由主义者一直反对施舍性质的福利观念。为什么存在福利国家和福利权利?目前大体上有三种解释模式:

1. 社会控制模式 (the Social Control Model)。认为国家援助保证了社会秩序,福利被用来安抚受到剥削的穷人,可以抑制他们对现状的对抗。当穷人成为暴力者时,惊恐的资产阶级增加了援助来抑制动荡的局面。局面恢复后,援助逐渐减少。这种模式从另一个侧面揭示了为什么福利支付在 1945年以来一直摇摆不定。

2. 国家施舍模式 (The State Charity Model)。主张援助人向穷人资助,是因为他们对“贫穷的陌生人”(poor strangers)存在福利偏好,他们被怜悯、同情和利他动机所感动,从而帮助处于弱势地位的人。在这种模式下,国家不过是援助人向资助对象转移资金的一个工具。这种模式的着力点在于援助人,认为纳税人可能主动地向贫穷的陌生人提供福利,而对需要福利的受益人 (the recipients)的最有效帮助是通过国家援助。

3. 道德义务模式 (the Moral Duty Model)。认为所有公民都应该认同这样一个原则——国家有义务照顾穷人,一旦公民接受了福利是道德义务的观念,就不会再将普选权或言论自由作为福利供给的对价,也不再主张削减福利开销。[10]

国家施舍模式与道德义务模式

援助人 donor	国家施舍	道德义务
	给付贫穷的陌生人,是为了满足自己对他 人福利的偏好。	承认保障福利权利实现是政府义务的原则。
受益者 recipient	所接受的帮助是援助者的一种慷慨而非自 己的一种权利。	所接受的帮助是一种权利,而非援助者的 慷慨。
政府 government	政府是援助者到受惠者之间援助转移的有 效工具。	出于义务才给付接受者。
帮助的基础 basis for help	援助者的友爱、同情、怜悯和慷慨。	帮助的义务基于福利权——前提是所有人 都有平等的价值。

上表中的内容,清晰地反映了国家施舍模式和道德义务模式的异同。国家施舍模式是基于朴素的美德,援助人给予受益者福利是因为“慷慨解囊”,政府仅仅是从援助者向受益者转移收入的一个机构而已,并且只有通过政府援助才更符合帕累托最优配置原则。概言之,在国家施舍模式下,“贫穷的陌生人”没有权利接受帮助,只是基于援助者的友爱和同情。在道德义务模式下,援助者被要求

给付受益者，是因为受益者有资格获得帮助；帮助的义务不是基于利他主义而是基于权利行为原则，这个原则维系了援助者与受益者之间的新型关系，而权利行为的基础在于康德所谓的道德义务，不予帮助则是一种“道德错误”。受益的基础在于所有人都有平等的价值，福利权利的基础在于人性尊严的平等。概言之，对政府的福利给付是仁慈的“特权”还是具有道德本原性质的“权利”，这个争议已经有了初步的结论：帮助穷人是一种道德义务，忽视穷人是一种道德错误；政府对穷人的福利义务类似于父母照顾小孩子的义务；福利的合法性在于每个人都有过体面生活的权利，给付穷人使其幸福是一种自然义务。[11]

与西方国家一样，我国也需要从理论上解释政府对“民生”予以财政支付的理由。本文认为，“贫穷的陌生人”的福利权利源于社会制度的一种自我矫正，任何权利和义务都是社会制度（包括法律规则）所要分配的内容，一种制度确立了一种分配体制，也就意味着确立了贫富关系，有些人在某种分配制度下失去了公平的机遇和起点，甚至失去了人的尊严，所以，福利权利和福利给付义务可以被看作是一种矫正正义和再分配正义的制度形式。概言之，福利权利和福利给付义务是既有社会制度非正义的产物和对价物，向穷人给付福利并非基于怜悯或者道德义务，而是社会必须做出的、解决自身问题的一种制度安排。

二、公民义务从自然义务到社会义务

哲学家一般用下面的叙述来表达义务：这是 X 对 A 的义务（*due to*）；X 对 A 有义务（*obligation*）；X 没有对 A 履行义务（*wrong*）；X 应当（*ought to*）为 A 做某事。[12] 在法学家看来，“义务”是指对人的行为的抑制或约束，由此形成人们的一种对世责任或对人责任。从形式上看，义务是法律规定的主体必须做出一定行为或不做出一定行为，包括三种形态：为、不为、限制，如适龄公民必须服兵役、私有财产不得侵犯、迁徙自由得基于公共卫生进行限制。从内容上看，义务表现为一种关系，义务是体现在自然血缘关系、法律关系和利他社会关系之中的负担，如父母子女之间的自然义务，个人对国家的纳税义务，个人对社会的公共道德义务，企业对残疾人的利他社会义务。

（一）自然义务是最初的义务形式

自然法承认自然权利，也认为存在自然义务（*natural duty*）。罗尔斯认为自然义务具备两个特征，一是自然义务不以自愿为前提，也与社会规则和社会实践无关；二是自然义务是不依赖于任何制度的普遍道德要求。罗尔斯将“互相援助的义务”作为第一自然义务。[13]（P109—111）本文认为自然义务主要是指基于血缘、婚姻和亲属关系而产生的义务和责任，譬如日本宪法（1947年）和独联体国家宪法确认了父母对子女的抚养义务和子女对父母的赡养义务。

首先，父母与子女之间是否存在相互的自然义务？洛克认为父母对孩子具有正当的“保护、养育和教育”义务。[14]（P35）现代理念则认为，与罗马法和英格兰普通法不同，父亲对孩子有维护、保护和教育（*maintain protect and educate*）的基本义务，父亲对孩子的权利是服务和保护性质的。[15] 我国的本土资源历来强调和重视血亲和姻亲之间的自然义务，梁启超、孙中山等人将父母与子女之间的权利义务关系解释成政府与人民之间的统治权力与义务关系。梁启超在《论公德》、《论义务思想》和《论政府与人民之权限》文章里，承认和重视父兄之于子弟的教养和管制权利（力），这里不再赘述。

其次，夫妻之间的义务是否属于自然义务？夫妻之间存在相互义务是近代社会以后的事情，在传统社会里，妻子基于婚姻关系对丈夫及其家族存在“自然义务”，但是妻子并不对丈夫存在“自然权利”。现代社会承认和强调妻子的权利，也就意味着丈夫有了更多的“自然义务”，这种义务与基于血缘关系形成的自然义务不同，也与交易契约形成的契约义务不同，可以把它视为一种人类社会特有的“自然义务”[16]，这种“自然义务”表现在夫妻之间可能存在的监护义务和财产债务的连带责

任上。实际上,各个国家都非常认同夫妻之间的这种“自然义务”,如我国婚姻法律制度确认“夫妻之间有互相抚养的义务”。英国做出的一个古怪判决更说明了基于亲属关系的“自然义务”的合理性。1983年英国《精神健康法》第26条规定,“与精神病人共同生活的人应当视为该病人的丈夫或妻子。”在该判决中,法院根据此规定将一位精神病人的同性伴侣解释为该病人的“最近的亲属”,从而承担监护责任。[17] (P45)

再次,为什么遵守法律被视为自然义务?法学家也一直在探讨个人守法的自然义务问题,但是,“守法的自然义务”的理由何在,却众说纷纭。有人认为自然义务是一种因为某人是一个社会人或者社会成员而产生的义务,或者因为某人具有狭义上身份关系,如遵守诺言而产生的义务。[18]也有人认为自然义务是与“后天义务”相对的义务,后天义务常见于政治哲学,个人对国家的义务是基于同意或者因为公平对待原则而从其他人合作那里获得收益;人们守法的自然义务,是作为公平正义原则的体现,人们有义务遵守适用于自己的正当制度 (just institutions),因为它与人们的预期是基本符合的。[19]也有人认为守法的义务来源于自己在其他公民守法中的受益 [20];罗尔斯认为,公民也有“服从一种不正义法律的义务”。[13] (P322—340)

(二) 宪法义务是最基本的法律义务

概览世界各国宪法,家庭成员之间的自然义务、纳税义务、服兵役义务、守法义务、强制接受国民教育义务和保卫国家安全义务,并列为公民宪法义务的基本形式。[21]中国近代的各种宪法学说、宪法典章和草案、学者们的宪法试拟稿,也大体确认了相同的宪法义务种类和范围。[22]1954年以来的中国宪法将某些道德义务也纳入了公民基本义务范畴,如“尊重社会公德”(第53条)。需要指出的是,宪法义务作为公民的基本法律义务的一部分,并非以宪法规范为唯一的法律渊源。在判例制度国家,法院不仅通过判例创设“基本权利”,而且通过判例创设“宪法限制”和“宪法义务”。所谓宪法限制 (constitutional limitation) 包括“必须做”和“不能做”两部分,宪法义务的范围就更广泛了。例如,美国政府为了追求积极国家目标,掀起了“三十年代宪法革命”,法院肩负起人民福祉的重任,它找到诸多理由,发展出诸多制度性技术,通过司法意见中得出的抽象原则,完成了宪法义务的设定和发展。[23]当然,严格遵守实证法律的国家,仍然将宪法和法律规范作为公民基本义务或法律义务的唯一渊源。我国人民法院在阐释公民基本义务方面的作用不大,行政机关反倒在公民义务设定上占有至关重要的地位,譬如税费和财政的运行主要依赖于行政法律规范。

(三) 社会义务是新兴和新型的义务形式

如前所述,公民义务是多样性的,一种是公民对国家的义务,以纳税义务和服兵役义务为主要形式,已经基本上被公民普遍认同和接受;一种是公民对他人的义务,以契约责任、侵权责任和亲属间的特定义务为主线,也基本上被公民普遍认同和接受;另有一种较为特殊的义务是公民是否应该合理承担直接的社会义务,还没有被普遍认识和认同,这是亟需处理的问题。

个人对他人的社会义务,是通过两种渠道表现出来的,一是间接的社会义务,诸如通过缴纳税费支持了政府的再分配功能,也就完成了一个人对他人的福利给付的社会义务;二是直接的社会义务,譬如美国消除黑人白人之间“隔离但平等”的宪法判例将消除“有色宪法”(The Color-Blind Constitution)的义务加之于公立学校、公用事业组织和企业。现代国家多通过法律直接限制企业的工资、工作条件或者要求福利给付和安排残疾人就业的义务。在直接社会义务中,两性平等、族群平等、企业劳工保障等成为核心的义务内容,这些义务的设定不同于血缘关系基础之上的自然义务,也不同于根据自由竞争价值观或社群团结所设立的宪法基本义务。在我国,公民直接的社会义务在逐年增加,譬如《残疾人就业条例》(2007年)规定了用人单位的责任,“用人单位应当按照一定比例安排残疾人就业,并为其提供适当的工种、岗位。用人单位安排残疾人就业的比例不得低于本单位在职职工总数的1.5%”,否则将被处以罚款。《妇女权益保障法》(2005年)规定“保障妇女的合法权益是全社会共同责任”。显而易见,保障残疾人就业、男女平等、环境安全、强制缴纳社会保险费等义务,

都是公民、法人和其他组织必须承担的法定的新兴和新型的社会义务。

（四）法律限制变相成为一种义务

法律义务有别于法律限制，法律限制实际上变成了一种实质性的义务。法律限制可能是对权利的限制，也可能仅仅是对行为和利益的限制，它并不否认权利、利益和行为自身存在的合法性，但是对它们施加了不同程度的政府限制。本文枚举三个方面的事例，一是对契约自由的限制。庞德教授考证后认为，“契约自由”的首次转向始于1886年，将契约自由权利作为一种基本自然权利的首次扩展性解释始于1891年斯宾塞的著作《正义》[24]，对契约自由的限制条件是逐渐叠加的，直到20世纪60年代末，人们才发现和惊呼“契约死亡”了！二是对权利所附带利益的限制，如对个人存款利息的征税、对著作权之衍生权利的有限保护。三是对各种人力行为的许可证控制。1890年至1910年间，职业许可证（occupational licensing）首次在美国各州法典中立足，各州实施许可证的法律覆盖了医生、水管工人、理发师、殡葬司仪、护士、电工、马蹄铁工、牙医等从业者。这些法律中有很多引发了宪法争议案件，人们将这些法律干预称为“父权式干预”（paternal interference）。在1888年的Dent v. West Virginia案中，美国最高法院因为Dent没有“著名医学院”毕业文凭而未获许可证就进行医疗活动，被控犯罪。19世纪末期的职业许可证及其伴生的协会运动，结束了个人行为的原子化时代。[25]在我国，工作自由成为一个新的宪法问题，传统的人力行为正在被加以法律限制，人力和社会保障部、教育部、卫生部、商务部已经建立起了中国特色的人力市场准入制度，它们所设置的职业考试和资格证书制度具有两种法律效果，一种是作为强制条件的职业资格证书，如会计师证，另一种是作为任意条件的资格证书，如英语考试等级证书。

三、权利与法治国家的建构

复杂的社会只有依赖法治才能得以真正实现，只有法治国家才更可能让社会和谐。法治必然要求法律思维方式，法律思维方式的实质在于权利与义务分析。由此，对个人、法人和其他组织，对政府机构及其工作人员而言，具有健康的权利文化观念尤其重要。

（一）慎重对待福利权利

有外国学者认为中国的权利理论和制度存在缺陷：1. 没有普遍权利观念；2. 权利理论和实践都倾向于社群主义；3. 寻求和谐的理想的伦理主题，而不是个人抗辩国家和他人的最低限度的保护；4. 个人权利置于复杂的人际交往关系之中，个人对家庭、邻居和同事可存在非公民义务；5. 权利文化信奉非正式的纠纷解决办法（如调解）；6. 突出强调经济权利，人们希望获得的是经济 and 物质利益；7. 权利被视为实现和谐基本目标的政治和道德工具；8. 偏重于个人权利和集体利益之间的平衡。[26]对于上述责问我们应该谨慎地批判地对待，但也有必要检视自己文化深处的哲学基础、分析自己权利的制度障碍。以作为自由权的财产权为例，其根深蒂固的基础在于劳动至上文化观念，财产权与劳动至上价值观是互补的，只有形成普遍性的劳动信仰，才可能界定清晰的产权，才可能将劳动获得的财产权赋予不可侵犯的地位，当阶级革命恣意侵犯财产权时，自由竞争的劳动价值体系也必然崩溃。随之而来的问题是，一个国家在缺乏对自由权、平等权、民主政治权利良好保护的背景下，能否真正实现和保护福利权利？市场经济体制告诉人们，如果不能妥当地处理市场主体与政府的关系，最终可能导致经济专制，任何人也不幸福。“民生”背景下的福利权利，一方面表现为他人的福利义务，一方面表现为政府的福利管理权力，这种权利（权力）和义务已经超出了以自由价值观为基础的传统权利文化观念，如果不能妥当地处理好福利受益人和税费交纳者之间的关系，最终社会是不可能和谐的，因为权利和义务的配置实质上是一种利益的配置和人际关系的重组。

（二）辨清权利与利益的界限

随着社会的发展，我国公民的法律意识、权利意识不断提高，甚至出现了“权利泛化”现象

[27], 各种“权利”纷至沓来, 如知情权、乞讨权、眺望权、容貌权、悼念权、良好心情权、相思权、亲吻权、视觉卫生权、小便权、非婚同居权、生育权、贞操权、同性恋结婚权、变性权、养狗权、动物权、动物福利权……。[28]“权利泛化”现象有积极意义, 但也造成了权利识别和保护困难, 有些“权利”主张仅仅是个人的一种利益诉求和苦情表达, 并不是一种真正的、应该通过制度加以保障的“个人权利”, 它们混淆了权利和利益、权利和特权之间的界线, 最终使“权利泛化”现象变成了令人生畏的“权利恐怖”现象。

几百年来, 各国法学家、立法者和法官一直在努力划清权利和利益的边界。“权利”作为一个名词, 一般至少在五个意义上被使用: (1) 权利是指被法律承认和保护的利益; (2) 权利是指保护利益的法律制度; (3) 权利是指权力; (4) 权利是指获益; (5) 权利是指正当。[29] (P2-103) 进一步说, “权利”包含着四重观念: (1) 作为某人所具有的道德权力或能力; (2) 为了保护利益的目的, 法律赋予某人的权利或者能力; (3) 作为一种保护利益的权利; (4) 作为一种关系的权利。概言之, 在技术意义上权利可以指称“作为或者能力的权力”, 权利也可以指称作为法律化的利益。[29] 虽然“权利”可以包括个人的利益要求, 但绝非仅仅是个人的利益要求就可以成为权利。[30] (P2) 权利与利益有着本质界限。权利是特定时空内的政治和司法上价值很高的利益, 在法律文化里, 权利是一种特殊的利益。[8] (P75) 从真正的法律思维视角看, 权利是判断利益是否具有正当性的唯一标准。但是, 从古至今, 人们的利益诉求并不必然转化为一种权利主张, 因为利益本身不具有天然的正当性, 何种利益诉求被奉为“权利”需要法律和社会主流观念的承认, “主体普遍或大都承认和接受的正当利益在法律上表现为具体的权利。”[31] (P190) 在现代社会, 只有经过立法或者司法确认的利益诉求才可能称之为“权利”, 司法权也只保护三种利益: 法定权利、法律上的利益关系和信赖利益。

权利义务分析的当务之急是分清权利和利益的关系, 以法律思维而不是以行政思维、道德思维和经济思维来分辨、裁判哪些是权利, 哪些是利益。权利的本源有两个: 根本性渊源是自然法上的、人的道德性权利; 派生性渊源是指权利系经过法律确认过的、结果性的利益。权利始终是利益的界限和前提, 它们不仅优先于利益而且对各种利益诉求具有否定性裁判功能。然而, 我国法律文化并未辨清权利与利益的界限和差别, “权利不是利益而且高于利益的西方权利概念中的直觉并没有被中国人广泛地接受。”[32] (P115) “泛利益化”倾向在我国还有广泛的影响力, 具体表现是: 权利被淹没在利益的漩涡之中, 权利正在为利益让路, 不仅大众的日常诉求而且立法和司法活动中也充满了利益压倒权利的倾向和趋势, 权利不能成为一张具有排他性和直接请求性的“王牌” (trumps), 因此才会经常发生利益格局不断重新“洗牌”的现象!

(三) 重视权利的复杂化和过程化研究

利益是权利深处不断涌动的岩浆, 权利不可能是静止的, 权利被不断地分化和独立, 权利体系和人们对权利的认识也越来越复杂化, 越来越趋向于过程化。例如, 隐私权是晚近才被确认的权利形态, 而今它又从“自我支配权”衍生出生育权利 (procreative liberty), 而生育权利最后又被确认为法定权利和宪法权利。生育权利的复杂化表现为生育权利主体的复杂化, 不仅仅传统的妇女存在生育权利能力和行为能力的问题, 代孕妈妈 (surrogate mothers)、男人、单身人、缺陷者和罪犯的生育权都存在了伦理和法律上的争议。生育过程是分阶段的, 尤其是在现代生育技术作用之下, 生育的每个阶段都可以被独立出来, 因此生育权利表现为阶段性的、组合性的、综合性的权利。生育的阶段性导致了生育权利的多阶段性, 生育过程视角里的生育权利已经包括了避孕的权利 (control of conception)、受孕和妊娠的权利 (conception and pregnancy)、合作受孕的权利 (collaborative conception)、分娩的权利 (parturition / childbirth)、抚育的权利 (childbearing) 以及再生育的权利 (reproductive freedom)。[33] 与此同时, 在新的社会关系作用下, 生育权利也从消极性生育权利过渡到积极性生育权利。消极性生育权利是从消极权利视角解释生育权利, 是指个人对生育的自由选择以及政府的不干预, 个人

对生育干涉具有抵抗权, 强调生育自主 (Procreative autonomy), 积极性生育权利是指政府帮助实现的生育权利, 是政府给付的福利权利, 即政府在生殖技术、生殖安全和生殖资源上的帮助, 从而也出现了人口与生育计划 (birth planning) 和福利妈妈 (welfare mothers) 等新问题。

尽管我国的权利理论和权利立法还处于权利分类识别和直观确认的初级阶段, 但是, 权利的复杂化和过程化阶段已经出现, 它也必然要像民事权利那样被精细地认知和法律化保护。当契约中的权利被分解为缔约前、契约成立、契约生效和契约履行后四个阶段进行过程化保护时候, 我们发现公法领域里的基本人权也在复杂化和过程化, 例如, 仅仅认识和保护“选举权”是不够的, 必然要认知和保护选举过程中伴随的一系列选举性权利, 即衍生权利, 否则“选举权”就会被虚置和形骸化。

四、义务与法治国家的建构

有什么样的义务和为什么会有义务, 是法治国家与和谐社会首先和亟需加以辨明的重大理论及制度问题。一国文化观念的缺陷不仅仅会扭曲对权利的正确认识, 也会扭曲义务的正确理解, 而义务设定合法性的证明是一件更加困难的法律事情和文化事件。

(一) 公民义务观念的固有文化缺陷

在中国, 常识观念里的权利义务观念与法理视角里的权利义务观念是不同的, 譬如杨白劳有无能力还债与杨白劳有无义务还债经常被混淆。西方近代的契约自由、权利义务观念和理论, 是在清末传入中国的。如何评价和认识中国传统的义务观念, 梁启超先生有深刻的见解。他在《新民说》第五节《论公德》中认为, 中国人最缺乏的是公德, “人人独善其身”而未能“人人相善其群”, 未能承认和重视个人对社会、对群体的义务和责任。父母对于子女的生之、育之、保之、教之以及子女对父母的报恩, 是人人都应该尽到的自然义务。但是在权利与义务关系上, “束身寡过之善士太多, 享权利而不尽义务, 人人视其所负于群者如无有焉。人虽多, 曾不能为群之利, 而反为群之累, 夫安得不日蹙也?”在第十六节《论义务思想》中, 梁启超深刻地批判了中国义务文化的缺陷。他认为, 义务与权利应平等对待, 人人生而有应得的权利, 也就意味着人人生而有应尽的义务, 只有野蛮的世界才存在有权利无义务、有义务无权利的人。“夫权利义务, 两端平等而相应者, 其本性也。”梁启超认为中国人的国民义务思想太浅薄、太薄弱, 对纳租税和服兵役尤其存在偏见——“吾国民最畏此二事, 若以得免之为大幸者, 此最志行薄弱之征也。昔之颂君德者, 皆以免征减赋为第一仁政……。”“欧西人民对国家之义务, 不辞其重, 而必要索相当之权利以为之偿。中国人民对国家之权利不患其轻, 而惟欲逃应尽之义务以求自逸, 是何异顽劣之童, 不服庭训……。”梁启超深刻地指出:

“今吾不急养义务思想, 则虽曰言权利思想, 亦为不完全之权利思想而已。是犹顽童欲勿劳而又贪父母之养也, 是犹惰佣不力作而欲受给于主人也。吾见今之言权利者, 颇有类于是焉矣, 日歆羡他人之自由民权, 而不考其所以得此之由。他人求之而获之, 而我则望其自来; 他人以血以泪购之, 而我欲以口以舌为易。他人一国中无大、无小、无贵、无贱、无富、无贫, 而皆各自认其相当之义务。返之吾国, 若者为官吏之义务, 若者为士君子之义务, 若者为农工商之义务, 若者为军人之义务, 若者为保守党之义务, 若者为维新党之义务, 若者为温和派之义务, 若者为急激派之义务, 若者为青年之义务, 若者为少年之义务, 若者为妇女之义务。问有一人焉, 审诸自己之地位, 按诸自己之才力, 而敢自信为已尽之而无所欠缺者乎? 无有也。虽有七子之母, 而无一人顾其养焉, 虽谓之无子焉可也。虽有四万万人之国, 而无一人以国家之义务为义务, 虽谓之无民焉可也。无民之国, 何以能国?”

(二) 公民义务存在和设定须有正当理由

在研究公民的法律义务时, 通常会提到四个问题: 义务的限制 (何时有服从的义务? 何时没有服从的义务?); 主权的核心点 (有义务服从谁呢?); 合法权威与威压之间的区别 (有真正的差异吗?)

你是否真正地服从?)；义务的理由（为什么你有义务服从于合法权威?）。[34] 关于义务存在理由的追问，遍及西方法学著述，有不同的学说解释，主要理由是：公民因为同意课加义务而存在义务；共同体必须存续，人类需要经营共同生活，因此需要公民承担必要的、维护社群存续的义务；为了个人权利的实现，国家必须提供必要的公共产品和服务，因此公民“量能纳税”和适龄人士服兵役是个人权利实现必须支付的成本；人们因为法律制度而彼此获益（mutually beneficial），也因为彼此获益而应该遵守法律制度；有些权利与义务之间是相对关系，义务就是权利的边界，有些权利即使是“对世权”，权利也需要限制。

第一种解释是社会契约理论对公民的初始道德义务的解释，将同意作为义务产生、设定和承担的标志要素。社会契约论的主题是“寻求回答我们对他人的道德义务的问题；政府合法化功能的问题和我们所负义务的性质，以及收益和财富分配的正义性问题。”[35]（P1）社会契约论的一个分支演化为同意论。义务的同意理论的两个代表性人物分别是洛克和约瑟夫·图斯曼（Joseph Tussman）。洛克同意论的核心内容是“没有人有义务支持或者遵守任何政治权力，除非他已经亲自同意对自己施加权威”。[36]（P57）约瑟夫·图斯曼在《义务和政治实体》（Obligation and the Body Politic）一书中对同意理论作了新的解释，将“政府的性质”或“假设同意”（hypothetical consent）作新的解释基础，认为个人的承诺表明了承认和服从了自己的承诺的制度，个人实际上既在制度之内因而受到制度的拘束，同时亦在制度之上因而可以鉴别、评价、制定和改变制度，因此个人既超脱于也受制于自己的义务。[37] 概而言之，同意是建构义务的基础，同意界定了义务的界限以及他人的责任界限，个人因为同意服从而使政府的权力有别于纯粹的强迫性权力，因此个人守法是其个人意志的内化。西方的主流政治哲学更强调合法性，合法性的决定尺度就是同意，契约是同意的外观标志。在这一点上，法哲学家哈特也承认“义务可以是自愿产生或者创造的”。[38] 罗尔斯对自然义务和法律义务的解释也是契约论视角的，产生于社会环境下的互惠的自然义务，根源于自愿承诺。[13]（P107）但是，社会契约论的解释也存在诸多无法自圆其说的缺陷，例如，个人是真实的同意吗？是全体（或绝大多数）同意服从政府吗？是现在同意还是过去做出的同意？[34]

第二种解释是功利主义对共同体赖以存续的普遍义务的解释。功利主义包括个人功利主义和社会功利主义，前者主张按照个人的快乐和痛苦的计量关系来决定是否具有和承担义务，后者主张按照大多数人的最大幸福来设定和服从义务，凡是促进了社会福利的义务都应该遵守。立法者在立法时必须使私人利益符合公共利益，在某些场合公共福利要求个人做出牺牲。[34] 当社会功利主义把社会整体作为最大的福利函数时，也就需要公民承担必要的维护社群存续的义务。如果权利被预设为人人类社会最优先的目的的话，那么普遍的义务必然成为实现权利的必要手段，社会共同体的和谐是个人实现自身权利的基础，共同体通过义务的设定首先保障了权利者不受无政府主义导致的恶果，其次义务为权利者提供了公共资源，纳税、服兵役、守法之所以被作为公民的普遍义务，是因为它们符合功利主义对权利和义务关系的计算。

第三种解释是义务相互性理论。前苏联宪法理论认为，“苏联劳动人民的一切义务，是与他们的权利密切地联系着、统一着的，并且是由后者产生的；公民的各种义务之间是有联系的，是互相制约的。”[39]（P132）实际上，我国公民义务理论也秉承了相同的理论脉络，这种理论分析在资本主义法学家那里也有市场。没有什么人的权利不存在成本问题，人与人之间无法避免权利冲突，权利冲突的根本原因在于任何人无法不生活在共同体当中。个人权利的实现需要极高的成本，他人对其个人权利的实现承担了义务。任何一种义务背后实际上隐藏着人与人之间不同的社会关系，例如，福利权的背后是他人财富受到限制或者让渡的义务，不但权利是相互的，义务也是相互的。

（三）必要且适度的义务

在现代社会不仅仅公民权利存在泛化现象，存在权利与利益诉求混淆现象，也存在公民义务被泛化的现象。一方面，公民的道德伦理标准和社会组织内部的纪律标准被“升格”为义务；另一方面，

特定人员的义务被“升格”为普遍义务，譬如保守国家秘密应该是特定人员的义务，不是公民的普遍义务。“义务泛化”给我们提出了两个问题，一是义务设定的内在标准，二是义务设定主体的权限约束。因为义务通常是在社会资源有限的情况下为解决社会成员的两种或两种以上需要的互损性或冲突性而形成的，所以，一般来说，那种在价值上具有优先性，在群体上具有共同性的需要的满足度才是义务确定的依据，即“必要性和适度性，是评价国家法律义务的合理性的两个相关标准。”[30]（P94—197）为了抑制“义务泛化”，一个国家必须建立起宪法保留、议会保留和违宪审查制度。宪法保留和议会保留是一种特殊的分权和人权保障制度，宪法保留制度强调限制议会权力和中央政府对地方事务的干预权。议会保留制度强调限制行政权力，尤其是限制行政立法权、限制行政权力对预算的控制。议会保留即法律保留，它和授权立法、无法律即无行政原则是一致的，只有如此，才可能保证义务设定的必要且合理的界限。

五、结 语

权利义务分析是构建和谐社会和法治国家的首要问题，就像阶级革命的首要问题是分清敌友一样。自20世纪30年代以来，公民权利的重心正逐步从自由权利转向福利权利，公民义务在宪法义务的基础上也逐渐增加了各种新的社会义务形式。我国法治国家与和谐社会的目标可谓高远，似应参酌各国经验和本国各阶段的历史教训，树立健全的文化观念，正确认识权利和利益的关系、福利权利的合法性、公民义务的类型及其设定的正当理由。

参考文献：

- [1] 郑成良. 论法治理念与法律思维 [J]. 吉林大学社会科学学报, 2000 (4).
- [2] 陈水逢. 中华民国宪法论 [M]. 台北: 商务印书馆, 1970.
- [3] 周叶中. 宪法: 第一版 [M]. 北京: 高等教育出版社、北京大学出版社, 2000.
- [4] 李步云. 人权法学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2005.
- [5] 林纪东. 中华民国宪法逐条释义: 第一册第三版 [M]. 台北: 三民书局, 1986.
- [6] Alberto Alesina, Edward Glaeser, Bruce Sacerdote. Why Doesn't the United States Have a European—Style Welfare State? [J]. Brookings Papers on Economic Activity, 2001 (2).
- [7] Charles A. Reich. Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues [J]. The Yale Law Journal, 1965 (7).
- [8] [美] 史蒂芬·霍尔姆斯·凯斯·桑斯坦. 权利的成本——为什么自由依赖于税 [M]. 毕竟悦译. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [9] Amy L. Wax. Rethinking Welfare Rights: Reciprocity Norms, Reactive Attitudes [J]. Law and Contemporary Problems, 2000 (1).
- [10] Jeffrey Ober. Generosity, Duty & the Welfare State [J]. Polity, 1986 (3).
- [11] Jeffrey Ober. Moral Duty and the Welfare State [J]. the Western Political Quarterly, 1986 (2).
- [12] B. Brandt. the Concepts of Obligation and Duty: Mind [J]. New Series, 1964 (291).
- [13] [美] 罗尔斯. 正义论 [M]. 何怀宏等译. 北京: 中国社会科学出版社, 1988.
- [14] [英] 洛克. 政府论: 下篇 [M]. 叶启芳, 瞿菊农译. 北京: 商务印书馆, 1997.
- [15] Notes. The Nature of a Parent's Right in His Child [J]. Harvard Law Review, 1903 (2).
- [16] Joseph Warren. Husband's Right to Wife's Services [J]. Harvard Law Review, 1925 (2).
- [17] 何海波. 司法审查的合法性基础——英国话题 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007.
- [18] Kent Greenawalt. the Natural Duty to Obey the Law [J]. Michigan Law Review, 1985 (1).
- [19] Jeremy Waldron. Special Ties and Natural Duties [J]. Philosophy and Public Affairs, 1993 (1).
- [20] George Klosko. Political Obligation and the Natural Duties of Justice [J]. Philosophy and Public Affairs, 1994 (3).

- [21] 姜士林等. 世界宪法全书 [J]. 青岛: 青岛出版社, 1997.
- [22] 夏新华等. 近代中国宪政历程: 史料荟萃 [J]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004
- [23] Arthur Selwyn Miller. Toward a Concept of Constitutional Duty [J]. The Supreme Court Review 1968 (1968).
- [24] Roscoe Pound. Liberty of Contract [J]. The Yale Law Journal 1909 (7).
- [25] Lawrence M. Friedman. Freedom of Contract and Occupational Licensing 1890—1910: A Legal and Social Study [J]. California Law Review 1965 (2).
- [26] R. P. Peerenboom. What's Wrong with Chinese Rights [J]. The Harvard Human Rights Journal 1993 (1).
- [27] 唐先锋. 试析国内“权利泛化”现象 [J]. 人大研究, 2004 (7).
- [28] 肖爽. 权利名词莫乱造 [N]. 人民日报, 2003—05—21
- [29] Roscoe Pound. Legal Rights [J]. International Journal of Ethics 1915 (1).
- [30] 张恒山. 义务先定论 [M]. 济南: 山东人民出版社, 1999
- [31] 彭诚信. 主体性与私权制度研究——以财产、契约的历史考察为基础 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005
- [32] [美] 皮文睿. 论权利与利益及中国权利之旨趣 [A]. 张明杰译. 夏勇. 公法: 第1卷 [C]. 北京: 法律出版社, 1999
- [33] John A. Robertson. Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth [J]. Virginia Law Review 1983 (3).
- [34] Hanna Pitkin. Obligation and Consent— I [J]. The American Political Science Review 1965 (4).
- [35] David Gauthier, Robert Sugden. Rationality, Justice, and the Social Contract [M]. New York: Harvester Wheatsheaf 1993
- [36] A. John Simmons. Moral Principles and Political Obligation [M]. New Jersey: Princeton University Press 1979
- [37] Hanna Pitkin. Obligation and Consent— II [J]. The American Political Science Review 1966 (1).
- [38] H. L. A. Hart. Are There Any Natural Rights? [J]. The Philosophical Review 1955 (2).
- [39] [前苏联] 伊万诺夫. 苏联公民的基本权利和义务 [M]. 曾定之, 刘有锦译. 北京: 中国青年出版社, 1954

[责任编辑: 郑智航]

Development of Citizens' Rights— Duties and Construction of Law— Based State

YU Li— shen

(Law School, Jilin University, Changchun, Jilin 130012)

Abstract: Rights— duties is a logic clue to analyze legal issue. It is also a basis clue to analyze social relations. Law— Based State and the Harmonious Society must get to the bottom of what are citizen rights and what are citizen duties, and perfect the cultures on rights— duties. In the history perspective, citizens' rights have been transformed from the rights of freedom to the welfare rights. Citizens' duties have been transformed from natural duties to social duties. These questions are worth of attention— getting such as the difference between right and benefit, the complication and process of right and the reasons on determining citizens' basic duties. We cannot protect our human rights and cannot make the harmonious society to progress until we know what are the indeed rights and duties.

Key words: citizen; right; duty; rule of law