

经济、社会、文化权利的 保障路径及其选择

——在立法裁量与司法救济之间

秦前红*
涂云新**

目次

前言

一、经济、社会、文化权利的概念探析

二、经济、社会、文化权利保障的必要性

三、立法裁量及其掣肘

（一）立法裁量的作用领域

（二）经济、社会、文化权利的立法保障

（三）经济、社会、文化权利立法保障的掣肘

四、司法救济及其反思

（一）可司法性问题

（二）经济、社会、文化权利的司法救济

（三）对司法救济模式的反思

五、立法裁量模式与司法救济模式的相互关系

（一）保障范围与保障程度

（二）两种保障模式的关系

（三）两种保障模式的选择

六、结论

关键词 经济、社会、文化权利 立法裁量 司法救济

* 武汉大学法学院教授、法学博士。

** 武汉大学法学院宪法学博士研究生。

前 言

经济、社会、文化权利进入到宪法规范中的事实不仅昭示着宪法保障人权的积极价值,而且也凸显出当代宪政已经冲破了传统的以公民权利、政治权利为重心的基本权利保障框架。由于宪法中基本权利的保障是关系到宪法实施的一个系统的法治工程,故对于其保障路径的探索就成为了一个不可回避的重大问题。经济、社会、文化权利可以藉由立法保障、行政保障和司法保障三种模式予以宪法上的贯彻,而其中关于立法保障和司法保障模式的争论一直以来是法学理论界关注的焦点之一。^[1] 本文参考了中外相关判例和法理,努力阐明的核心问题在于通过对立法裁量保障模式和司法救济保障模式的比较做一个系统的比较法意义上的分析以期探求经济、社会、文化权利保障在当下中国的路径选择。

本文的第一部分将首先从比较宪法和国际人权法的角度界定经济、社会、文化权利的法律涵义,第二部分说明经济、社会、文化权利受到宪法保障的必要性,在此基础上,第三部分阐述了藉由立法裁量的方式保障经济、社会、文化权利的方式、特征和该种保障模式的利弊,进而本文在第四部分将从司法救济人权的角度探讨经济、社会、文化权利的可司法性问题以及建立在这种可司法性基础上的司法保障模式的优劣。文章第五部分剖析了立法裁量模式和司法救济模式在保障经济、社会、文化权利方面的关系,最后本文得出结论并检讨了中国语境下经济、社会、文化权利保障的路径选择。

一、经济、社会、文化权利的概念探析

关于经济、社会、文化权利的概念,国际和国内宪法学界在用法和称谓上都存在较大的差异。^[2] 在国际人权法学界,大多数学者遵照 1966 年《经济、社会、文化权利国际公约》的称谓和用法将公约所指涉的诸如工作权(劳动权)、受教育权、社会保障权、适足生活水准权、健康权、住房权、文化活动权统称为“经济、社会、文化权利”(Economic, Social and Cultural Rights),简称为“经社文权利”(ESCRs),^[3]也有的称之为“经济和社会权利”(Economic and Social Rights)、“社会经

[1] Jeff King, *Judging Social Rights* (Cambridge University Press, 2012), pp. 57-58.

[2] 在我国,许崇德、韩大元、林来梵、郑贤君、董和平、李树忠等学者采用的是“社会经济权利”的称谓并认为这个宪法阐释学上的复合术语是指宪法所保障的有关经济活动或经济利益的自由权利。参见韩大元、林来梵、郑贤君:《宪法学专题研究》(第二版),中国人民大学出版社 2008 年版,第 396 页。龚向和先生使用“社会权”这一称谓并认为社会权是公民要求国家对其物质和文化生活积极促成以及提供相应服务的权利。参见龚向和:《作为人权的“社会权”》,人民出版社 2007 年版,第 8~15 页。黄金荣先生使用的是“经济和社会权利”。参见黄金荣:《司法保障人权的限度:经济和社会权利可诉性问题研究》,科学文献出版社 2009 年版,第 18~25 页。胡敏洁女士亦使用社会权的用法并且把“福利权”并作为社会权的一个下位概念。参见胡敏洁:《一种双重面向的权利:论福利权的法律性质》,载《河北法学》2007 年第 10 期;胡敏洁:《福利权研究》,法律出版社 2008 年版。谢瑞智、林纪东等台湾学者则使用的是“受益权”的表述并指涉那些要求国家行使统治权积极予以保障的特定权利。参见谢瑞智:《宪法大辞典》,台湾千华出版社 1993 年版,第 245 页;林纪东:《比较宪法》,台湾五南图书出版公司 1980 年版,第 247~257 页。日本学者和一部分中国学者(包括台湾学者)采用“生存权”(英文翻译为 the right to subsistence)的语词。参见[日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社 2001 年版。

[3] 参见柳华文:《论国家在〈经济、社会和文化权利国际公约〉下义务的不对称性》,北京大学出版社 2005 年版;柳华文主编:《经济、社会和文化权利可诉性研究》,中国社会科学出版社 2008 年版;杨松才等:《〈经济、社会和文化权利国际公约〉若干问题研究》,湖南人民出版社 2009 年版;Stephen P. Marks, “The Past and Future of the Separation of Human Rights into Categories”, 24 Md. J. Int'l L., 209; Kitty Arambulo, “Drafting an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Can an Ideal Become Reality?” 2 U. C. Davis J. Int'l L. & Pol'y, 111.

济人权”(Social-Economic Human Rights)或者“社会权”(Social Rights)。^[4] 本文基于权利术语的规范性和严格性采“经济、社会、文化权利”的用语,它指称的是我国宪法第42条至第49条所规定的诸如劳动权、受教育权、获得物质帮助权、社会保障权、文化活动权等具有共通性特征的一组“权利群”。

经济、社会、文化权利作为一组“权利群”存在一些共性和相似的法律特征。之所以把诸如受教育权、适足生活水准权、健康权、适当住房权、文化活动权等归为一个“权利群”是相对于那些不具有经济、社会、文化面向的“公民权利和政治权利”而言的。从权利的要求上看,经济、社会、文化权利是侧重于要求国家承担“作为义务”的“权利群”,公民权利和政治权利则是侧重于要求国家承担“不作为”义务的“权利群”。这种差别体现在权利属性的重心不同。^[5] 在宪法规范的层面,两组“权利群”一般规定在一国宪法的“基本权利”或者“权利法案”之中,二者并无明显的隔离和区分。然而,在国际人权法的层面,两组“权利群”却存在着归属的不同。这些差别体现在国际公约上就是《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》分别集中规定了上述两组“权利群”^[6]。

为了通过比较宪法的方法论阐释经济、社会、文化权利的内容和结构,本文选取1982年《中华人民共和国宪法》、1996年《南非共和国宪法》^[7]与《经济、社会、文化权利国际公约》^[8]进行比对然后得出结论。

表1 经济、社会、文化权利之规范对比

比较	《南非共和国宪法》	《中华人民共和国宪法》	《经济、社会、文化权利国际公约》
工作权 (劳动权)	第22条 职业自由权 第23条 工会、结社自由、罢工权、工会自主权、工会集体谈判权	第42条 劳动权 第43条 劳动者的休息权	第6条 工作权 第7条 报酬权、休息权、适当工作条件权 第8条 工会权、罢工权
社会保障权	第27条 社会保障权	第14条(4)社会保障制度 第44条 退休人员权利 第45条 弱者获得社会帮助权	第9条 社会保障权

[4] Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (Cambridge University Press, 2009); Asbjørn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2nd revised Edition (The Hague: Martinus Nijhoff Publisher, 2001); Asbjørn Eide, “Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach”, 10 *Human Rights Law Journal* (1989) (No. 1-2), 35.

[5] 以国家的“作为义务”和“不作为义务”来区分两组“权利群”并非绝对,只是二者重心不同,明显的反证则是经济、社会、文化“权利群”中的权利也有需要国家“不干涉”的方面,而公民、政治“权利群”中的权利也有要求国家“积极作为”的因素。

[6] 关于为何要用两个国际公约来分别规定两组“权利群”,参见 Office of the High Commissioner for Human Rights in Cooperation with the International Bar Association, *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Chapter 14, United Nations, New York and Geneva, 2003.

[7] Constitution of the Republic of South Africa, 1996 South African Government Information, <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>. Constitutional Court of South Africa, <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/index.html>.

[8] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G. A. res. 2200A (X XI), 21 U. N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U. N. Doc. A/6316 (1966), 993 U. N. T. S. 3, entered into force Jan. 3, 1976.

(续表)

比较	《南非共和国宪法》	《中华人民共和国宪法》	《经济、社会、文化权利国际公约》
家庭权利	第 28 条 儿童权利(一系列)	第 48 条 妇女权利、妇女平等权、妇女权益特别保护 第 49 条 婚姻家庭权利	第 10 条 家庭权利、母亲权利、儿童权利
适足生活水准权	第 26 条 住房权、适足住房权、免于驱逐权 第 27 条 食物权、饮水权		第 11 条 适足生活水准权、食物权、住房权、饮水权
健康权	第 24 条 环境权 第 27 条 健康权	第 21 条 医疗、卫生、体育事业	第 12 条 健康权、受教育权
受教育权	第 29 条 受教育权、普遍基础教育权、母语教育权、创办教育机构权	第 19 条 教育事业宪法制度、义务教育、教育设施创设 第 46 条 受教育权	第 13、14 条 受教育权 平等和无歧视接受教育、自由选择权
文化权	第 30 条 语言权利、文化活动权 第 31 条 文化、宗教、语言共同体参与权利 第 32 条 信息获得权	第 20 条 科技事业 第 22 条 文化事业 第 23 条 知识分子 第 24 条 精神文明 第 47 条 文化活动权	第 15 条 文化权利、参与权、受益权、文化活动自由权

由此可见,经济、社会、文化权利是一个包括工作权、社会保障权、家庭权利、适足生活水准权、健康权、受教育权、文化活动权等涉及公民生活、身体、知识发展的“权利群”。它是一种宪法加以确认的公民要求国家采取必要措施实现其在经济、社会、文化诸方面合法诉求的请求权,国家则负有积极履行若干职责助其实现的义务。

经济、社会、文化权利在性质上有别于传统以防御国家干预为主要诉求之自由权的个别基本权利类型,在分析主轴上摒除“透过传统自由权之功能展开而来的社会权面向”的讨论。^[9] 对于宪法中的经济、社会、文化权利条款,自德国魏玛宪法以降各国曾有“方针规定说”(经济、社会、文化权利条款本质为国家政治目标和政策的规定)、“客观权利说”(经济、社会、文化权利是一种客观权利^[10])和“主观权利说”(经济、社会、文化权利是主观权利^[11])三类主要的学说。从晚近德国宪法法院和我国台湾地区的司法院大法官释法的解释上看,大陆法系国家都有肯定“主观权利说”的趋势。然而,采取“主观权利说”并不意味着公民可以直接依据宪法请求国家生活保障的给付,这是因为经济、社会、文化权利的保障路径不同,其权利实现的途径也不同。本文所探讨的经济、社会、文化权利是指宪法为了确保个人生活合乎人性尊严所赋予公民诸如工作权、社会保障权、健康权、受教育权、文化活动权等主观权利。

[9] 黄舒芄:《社会权在我国宪法中的保障》,载《中原财经法学》2006年第16期。

[10] 根据维基百科(wikipedia)的解释,客观的法(权利)(Das objective Recht)是指一个国家法律秩序中的全部法律规定的整体,也即宪法、法律和法规中的规定。公民并不能直接从这种客观权利中产生一个请求权基础。(Das objektive Recht ist die Gesamtheit aller Rechtsvorschriften einer staatlichen Rechtsordnung, also die Bestimmungen in der Verfassung, in den Gesetzen und Verordnungen.)(http://de.wikipedia.org/wiki/Objektives_Recht)德国法学家耶林把权利的本质归结为法律所保护的客观利益,参见 Rodulf von Jhring, *Law as a Means to an End*, translated by Isaac Husik (New York: The Macmillan Company, 1924), p. 1.

[11] 主观权利会使得公民产生一个直接的请求权基础。

二、经济、社会、文化权利保障的必要性

经济、社会、文化权利已然被写入现代宪政国家的宪法文本中,其保障的必要性似乎自不待言,但这样的说法究竟笼统。具体而言,经济、社会、文化权利在现代国家需要保障的理由可以归结为以下几个方面。

权利理念和价值无不存在于现代法治社会中,然而这些理念和价值尚须经过一个法定化和实定化的过程才可直接作用于人民生活的实际并约束其行为。在一国宪法中经济、社会、文化权利的规定实际上是法律价值实定化在宪法层面上的表达,其核心要旨在于:保障人民符合人性尊严的最低生存条件、维护社会安全、采取社会保险制度及促成社会正义等积极任务。^[12] 宪法规范正好承载了经济、社会、文化权利保障的价值,这种宪法价值要真正实现在公民共同体生活中必须经由权利保障的具体路径予以贯彻。

经济、社会、文化权利属于基本权利的范畴,基本权利的宪法地位应然地决定了其在权利体系中的根本性。倘若这种带有根本性或者是本源性的权利流于其“至上”的名号,那么“权利法案”不过是一张徒具文字记载的纸。从这个意义上讲,基本权利的保障才是其存在和得以彰显的生命所在。

我国宪法分别规定了公民的劳动权(第42条)、劳动者的休息权(第43条)、退休人员社会保障权(第44条)、公民获得物质帮助权(第45条第1款规定了社会保险权、社会救济权;第2款规定了社会优抚权;第3款规定了特殊主体公民的获得物质帮助权)、受教育权(第46条)、文化活动权(第47条)、妇女的平等权(第48条)、家庭权利(第49条)。这些宪法规范都可以统归为公民的经济、社会、文化权利。惟待这些权利的保障确实实现于公民生活当中,宪法第二章所规定的公民基本权利才可以得到完整的保障,且经济、社会、文化权利的保障可以推动宪法第33条至41条所规定的公民的政治权利和自由向纵深方向完善。^[13]

民生问题实为人类生活相伴始终的问题,经济、社会、文化权利的宪法化和国际保障体现的正是现代宪法和人权法对公民在共同体中生活状态的深层次关照。经济、社会、文化权利之下的劳动权(工作权)、社会保障权、家庭权利、适足生活水准权、住房权、健康权、受教育权、文化活动权无一不触及公民日常生活的方方面面。孙中山先生在20世纪初期就对民生问题有着深刻的洞见,他认为“民生就是人民的生活——社会的生存,国民的生计,群众的生命”^[14]所在。在孙中山所奉行的“三民主义”中,民生主义(平均地权、节制资本)上升到了与民族主义、民权主义等同的高度,这也可以解释为什么依据“三民主义”原则所制定的《中华民国训政时期约法》第五章第33条至第46条系统规定了“国民生计”。循此路径,台湾地区现行“宪法”第15条明文宣示:“人民之生存权、工作权及财产权,应予保障。”民生问题也主导着我国现行国家政治生活,自21世纪初以来,历届总理在其所做的《政府工作报告》中都无一例外地强调教育、医疗、社保、住房、文化等民生问题。^[15]

[12] 詹镇荣:《社会国原则——起源、内涵及规范效力》,载《月旦法学教室》2006年第41期。

[13] 公民的政治权利和自由可以视为在横向上对公民基本权利的保障,它关注的是自由和秩序在公民和社会中普遍地实现,而经济、社会、文化权利由于深入关照公民之民生、身心发展可以视为在纵深方向发掘实质平等在国民生活中的实现。

[14] 孙中山:《孙中山选集》,北京人民出版社1981年版,第802页。

[15] 参见历年国务院《政府工作报告》,中华人民共和国中央人民政府网站,http://www.gov.cn/test/2006-02/16/content_200719.htm(2012年10月29日最后访问)。

然而,民生问题的解决在现代民主国家又必须寻求一个法治化的解决方案。也正如学者所言:“民生问题与法治息息相关,法治乃解决民生问题的必由之路。”^[16]对于民生问题,诉诸宪法中经济、社会、文化权利的保障无疑是一个最佳选择。

经济、社会、文化权利还属于基本人权,1948年《世界人权宣言》和1966年《经济、社会、文化权利国际公约》都对经济、社会、文化权利予以确认,《世界人权宣言》第22条至第28条,《经济、社会、文化权利国际公约》第6条至第15条都明确列举了公民应该享有的经济、社会、文化权利和国家应当负担的国际义务。国际法上,关于国际公约的效力是否及于个人有着热烈的探讨。传统国际法认为国际公约以国家和国家实体为其规制对象不对个人发生效力,原则上只有国家加入并经过一国宪政程序批准国际公约后,国际公约方可转换为国内法约束全体国民。^[17]然而,晚近国际法的发展尤其是国际人权对国内宪政的渗透在实质上又深深影响着一国公民基本权利的保障。^[18]

由于全国人民代表大会已于2001年批准了《经济、社会、文化权利国际公约》,^[19]我国当受其约束。惟该公约在国内法层面上是否取得“法律渊源”的地位并由司法机关据以裁判推理还有待进一步探讨,然而,这又进一步确认和证明了经济、社会、文化权利保障的必要性。

三、立法裁量及其掣肘

立法裁量是指立法者关于法律内容(立法内容之裁量)具有决定权或立法者关于是否立法的决定权(立法制定之裁量)。前者系指立法作为之内容是否妥适的问题,学说称为狭义的立法裁量;后者系指立法不作为之决定是否妥适的问题。若前者与后者合并,学说称为广义的立法裁量。^[20]在台湾,立法裁量的概念为“司法院”大法官会议解释所率先引用,包括释字第204号、释字第228号、释字第246号、释字第302号、释字第318号、释字第369号等均明确使用该用语。也有学者称之为“立法形成自由”^[21]。举例言之,释字第204号解释明文宣示:“‘票据法’第一百四十一条第二项有关刑罚之规定,旨在防止发票人滥行签发支票,确保支票之流通与支付功能,施行以

[16] 盛清才:《法治视野下的民生建设研究》,载《前沿》2011年第3期。

[17] Antonio Cassese, *International Law*, 2nd Edition (Oxford University Press, 2005), p. 9.

[18] 例如欧洲人权法院(European Court of Human Rights, ECtHR)对欧洲人权公约缔约国宪法权利保障的渗透和影响已经非常明显。

[19] 1997年10月27日,时任中国常驻联合国代表正式签署了《经济、社会、文化权利国际公约》。2001年2月28日,第九届全国人大常委会第二十次会议做出了批准《经济、社会、文化国际权利公约》的决定。参见秦前红:《宪法变迁论》,武汉大学出版社2002年版,第215页。2003年6月27日,中国如期向经社文权利委员会提交执行《经济、社会、文化国际权利公约》情况的首次报告。2005年4月27日至29日,委员会正式审议中国履约报告。参见Leila Choukroun, “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights’ Review of China’s First Periodic Report on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 19 Colum. J. Asian L., 30.

[20] 李惠宗:《立法裁量类型化试论》,载《宪政时代》1990年第1期。关于立法裁量的涵义还可以参考A. Hamann, *Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung*, 8 NJW 969(1955);黄昭元:《立法裁量与司法审查:以审查标准为中心》,载《宪政时代》2000年第2期;汤德宗:《立法裁量之司法审查的宪法依据:违宪审查正当性理论初探》,载《宪政时代》2000年第2期;苏永钦:《立法裁量与司法审查》,载苏永钦:《走入新世纪的宪政主义》,台湾元照出版有限公司2002年版;黄国益:《立法裁量与违宪审查》,国立政治大学1998年硕士论文。

[21] 杨建顺:《公共选择理论与司法权的界限》,载《法学论坛》2003年第3期;林子仪:《大法官解释之整理及评析:以宪法及行政法为中心从大法官解释论违宪审查与立法形成自由》,http://ntur.lib.ntu.edu.tw/bitstream/246246/12811/1/892414H002048.pdf(2011年8月3日最后访问)。

来,已有被利用以不当扩张信用之缺失,唯仅系该项规定是否妥善问题,仍未逾立法裁量之范围,与‘宪法’第十五条及第二十二條尚无抵触。”^[22]在此,立法裁量的概念被明确提出,其意义已经非常鲜明,立法机关享有就其认为适于立法的事项的自由裁量权,而在上述大法官解释中,作为司法机关的“立法院”大法官会议实际上也给予了立法机关的立法裁量以相当的认可和尊重。

(一) 立法裁量的作用领域

1. 宪法授权性条款

宪法为一国根本大法,宪法规范直接设定了国家权力的配置的根本原则和基本方法。从这个意义上讲,立法机关的权限必须由宪法赋予,而这种赋予的过程和结果必然决定了立法裁量的作用领域。换言之,立法裁量即是将宪法规范的具体化权限委任给立法机关,从而赋予立法权一定的价值选择、制度设计等的裁量空间。立法机关因此而取得专属的立法权(Parlamentarisches Rechtsetzungsmopol),这一点可以由德国基本法第77条得到印证。^[23]

我国《宪法》第62条第3款和第67条第2款实质上规定了我国全国人大及其常委会专属的立法权,而《立法法》第7条则进一步确认了“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权”。如果将我国《宪法》第62条第3款和第67条第2款在各自的条文内和两个条文间做一个体系化的阐释和理解,我们可以发现宪法不但赋予了我国立法机构专属立法权,而且赋予了立法机关相当广泛的立法裁量空间。这种立法裁量的空间集中体现在以下的法律用语中:“应当由全国人民代表大会制定的法律”、“除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的法律”、“其它基本法律”。

2. 基本国策条款

基本国策是国家一切政策所应遵循之基本政策,它是国家赖以生存发展的基本原则和保障。^[24]宪法学意义上的基本国策是指国家为谋整体经济与社会发展,依据宪法相关规定而制定出的总体性与长期性经济社会政策。^[25]现代国家宪法中规定基本国策条款的并不罕见,我国的基本国策有以下七项:计划生育(《宪法》第25条),保护环境(《宪法》第26条),对外开放,节约资源(《宪法》第9条第2款),十分珍惜、合理利用土地和切实保护耕地(《宪法》第10条第5款),男女平等(《宪法》第33、48条),水土保持。^[26]关于基本国策条款的效力,公法学界主要有“方针条款说”、“宪法委托说”、“直接效力说”等几种。^[27]本文认为从立法裁量的角度来看待基本国策条款,把基本国策仅仅视为方针条款(Programmsätze)漠视了这些宪法规范在法规范学上的效力,而把基本国策视为具有直接请求权依据的条款又忽视了这些条款本身的效力范围而将之与具有直接拘束力的宪法条款混为一谈。基于此,本文认为基本国策条款可以被恰当地视为是宪法委托(Der

[22] 台湾地区“司法院”大法官书记处编:《司法院大法官会议解释续编》(三),第99页;台湾地区“司法院”秘书处编:《司法院公报》第28卷第5期,第1~5页。

[23] Hasso Hofmann, Verfassungsrechtliche Perspektiven: Aufsätze aus den Jahren 1980-1994, Mohr Siebeck, 1995, S. 129.《德国联邦基本法》第77条规定了“通过法律的决议,联邦参议院的参与”事项。

[24] 政策是指一定阶级、政党、国家或者其他社会主体,为达一定目的,依据自己的长远目标,并结合当前情况或历史条件,所制定的实际行动准则。基本国策(或简称国策),是其他政策的基础,并在宪法中反映出来。参见刘东亮、郑春燕:《宪法基本国策研究》,载《西南政法大学学报》2000年第1期。

[25] 谢荣堂:《社会救助之宪法保障与实践》,载《社区发展季刊》2009年第124期。

[26] 苏杨、杨文庄:《对我国基本国策若干基本问题的分析和建议》,载《经济研究参考》2008年第15期;苏杨、尹德挺:《我国基本国策的实施机制:面临问题及政策建议》,载《改革》2008年第2期。

[27] 参见张义清:《基本国策的宪法效力研究》,载《社会主义研究》2008年第6期。

Verfassungsauftrag)。

3. 保留事项

法律保留原则乃是 19 世纪德国“法治国”(Rechtsstaat)思想下的产物,是法治国“透过国会法律来对抗并限制彼时君主主权”之理念的具体实践。^[28] 为了说明保留理论,德国学者克勒普弗(Kloepfer)将之区分为法条保留(Rechtssatz-vorbehalt)与国会保留(Parlamentsvorbehalt)。他认为,法条保留之意旨不仅在于排除恣意的特权或歧视以确保正义,而且在于使削减自由、侵害平等的措施,随其对外效力而强制适用于一般人,特别是平等适用于社会上或政治上有权势的族群……而国会保留的意旨在于确保国会在宪法规定之权力区分架构中的决议权限所具有之民主机能。^[29]

(1) 国会保留(Parlamentsvorbehalt)事项

国会保留,亦可称为议会保留或立法保留,其意涵系指国会对于国家“重要事项”享有不受行政权干涉、司法权审查的固有权限之谓,并藉由法律制定、议决等方式予以规范。其典型的为诸如以下的事项:代议机关决议之做出、国家预算的通过以及军事战争事宜。在这里必须提及的是国会自律(Parlamentsautonomie)的问题亦属于国会保留的应有之义。

从德国联邦宪法法院的裁判来看,有关社会保险中鰥夫年金之给付条件,联邦宪法法院未做出违宪与否之裁决,而要求立法机关本于宪法意旨,寻求解决方案;^[30]有关营业税法的案件中,决定在立法机关已开始进行的修法程序未完成之前,不做出违宪宣告。^[31] 这些都体现了国会保留原则的具体宪法实践。

(2) 法条保留(Rechtssatz-vorbehalt)^[32]事项

法条保留抑或称之为狭义的法律保留,最典型的体现在于刑法中的罪刑法定主义,这个原则来源于古老的罗马法罪刑法定的原则,具体包括法无明文规定不为罪、溯及既往之法律的禁止、法律需合理并且确定、禁止类推适用。罪刑法定主义之所以能够最为完全地呈现“法条保留”,其缘由就在于刑罚权是国家公权力对人民基本权利最为深刻的介入,其运用的恰当与得当与否直接关系到人民最基本的生命权与自由权。在宪法的层面上,法条保留原则为德国基本法第七章所肯认。在我国,法条保留原则体现在《立法法》中,根据该法第 8 条,有十类事项只能制定法律,这其实是用明确的法条规定了“法律保留”的事项。

(二) 经济、社会、文化权利的立法保障

1. 宪法规范具体化

宪法规范具有原则性和概括性为国内公法学界所肯认和共识。^[33] 然而舍弃这种对国家和公民生活中法律问题之概括与涵摄(die Subsumtion),要将宪法所意欲背负的价值凝成国家的基本法又难免挂一漏万、顾此失彼,不能够关照到公民基本权利的具体保障,故宪法规范的具体化遂成为近代宪政国家以来宪法实施的重要通道。

[28] 黄舒芄:《法律保留原则在德国法秩序下的意涵与特征》,载《中原财经法学》2004 年第 13 期。

[29] Michael Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, in: JZ 1984, S. 685 ff.

[30] BVerfGE 39, 169.

[31] BVerfGE 21, 12.

[32] Rechtssatz-vorbehalt 其完整的德文应为“Vorbehalt des Gesetzes”,其范围在此处比 Gesetzesvorbehalt (法律保留)要小。

[33] 许崇德主编:《中国宪法》(修订本),中国人民大学出版社 1996 年版,第 31~33 页;朱福惠主编:《宪法学原理》,中信出版社 2005 年版,第 7~8 页;魏定仁主编:《宪法学》,北京大学出版社 1989 年版,第 18~20 页;吴杰主编:《宪法学教程》,法律出版社 1987 年版,第 10~14 页。

宪法规范的具体化最为直接和有力的途径当属立法机关根据宪法条文的规定和宪法原则的指引进行立法。举例言之,《宪法》第41条第3款规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。”该条款实际上是《国家赔偿法》的宪法依据。1994年颁布的《国家赔偿法》第2条“国家机关和国家机关工作人员行使职权,有本法规定的侵犯公民、法人和其它组织合法权益的情形,造成损害的,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利”则是《宪法》第41条第3款的进一步具体化和落实。

经济、社会、文化权利的立法保障有赖于立法机关根据宪法规范在宪法精神和宪法价值的指引下逐级、逐步地予以实现(progressive realization)。以劳动权为例,^[34]公民基本权利的保障路径之一便是通过国家保护义务使得基本权利具体化,即立法机关通过对基本权利的具体化立法和阐释来积极地实施基本权利。我国《宪法》第42条和第43条分别规定了公民的劳动权和休息权,但是为了确保国家对基本权利的保护义务,立法者还需要藉由立法机关的具体化立法来实现。我国对于劳动权的立法措施包括了全国人大常委会制定的《劳动法》、《劳动合同法》和《就业促进法》,这三部法律从保障劳动者的合法权益、完善劳动合同制度、促进就业三个方面落实了宪法所确认的作为经济、社会、文化权利的重要组成部分的劳动权。

2. 社会保障法体系和民生立法

社会保障体系已经是现代福利国家中普遍存在的制度构建,其目的则在于对国民生活生、老、病、死各个方面的关照。我国社会保障制度构建的必要性已经得到宪法的认同。2004年《宪法修正案》规定,“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”。该条款是经济、社会、文化权利保障的一个制度性约束的条款。2010年《社会保险法》可以视为落实2004年《宪法修正案》关于建立社会保障制度的立法实践。该法第2条明确规定:“国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度,保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。”社会保障体系的构建是一个从宪法规范走向具体部门法立法的系统过程,在这个过程中民生方面的立法也发挥着极为重要的作用。教育乃民生之基、就业乃民生之本、分配乃民生之源、社保乃民生之依、稳定乃民生之盾已成为社会之共识。^[35]民生立法主要可以分为以下七大类:(1)教育、文化、体育类立法;(2)公共卫生类立法;(3)公共服务类立法;(4)社会保障类立法;(5)劳动保障类立法;(6)人口综合管理类立法;(7)特殊群体保护类立法。^[36]以地方民生立法为例,根据《宪法》和《立法法》的规定,地方民生立法可以从以下三个方面展开:一是对宪法、法律和行政法规中有关民生的事务做出细化规定,使之便于具体执行。二是不可能由中央立法来规定的纯地方性事务,如地方自主管理的涉及民生的经济、社会事务和民族事务等。三是属于中央立法职权之外,但国家又尚未制定法律、行政法规的民生事项,地方可以先行立法。^[37]在社会保障权体系逐步构建下,那些关系国民生活琐碎细节而国家公权力又有渗透的领域,民生立法的确可以起到补充的作用。经济、社会、文化权利保障所要求的民生立法还依赖于立法机关的立法工作展开或者立法机关授权行政机关制定行政法规。

[34] 有学者认为劳动权兼具自由权与社会权双重性格,参见周婧:《试论宪法劳动权的双重性格》,载《南京农业大学学报》(社会科学版)2006年第2卷第2期;参见王旭:《劳动、政治承认与国家伦理——对我国〈宪法〉劳动权规范的一种阐释》,载《中国法学》2010年第3期。此处本文是从基本权利的受益权功能和国家给付义务上面来考察劳动权的社会权属性的。参见张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第78页。

[35] 盛清才:《法治视野下的民生建设研究》,载《前沿》2011年第3期。

[36] 刘平、王松林、韩冰、王天品:《民生立法的性质与范围》,载《上海人大月刊》2011年第1期。

[37] 龚向和、左权:《地方民生立法审思》,载《河南省政法管理干部学院学报》2011年第2期。

(三) 经济、社会、文化权利立法保障的掣肘

经济、社会、文化权利保障在路径选择上固然可以在相当的程度上依赖于立法机关功能的发挥。籍由此,行政机关在其行政活动中必然受到民生立法的拘束和指引从而做到依法行政,同时司法机关可根据立法机关之具体化立法做到依法裁判。然而,在纯粹立法裁量主义模式下,公民的经济、社会、文化权利的保障也必然会受到该模式本身的掣肘而不能达于比较圆满的状态。这些掣肘主要体现在以下方面:

1. 立法机关的经验、技术不足

在立法过程中,立法机关在很大程度上是依靠它本身的经验、技术来将那些它认为必要的事项进行规范化。在现代法治国家,这个过程实际上是非常系统而庞大的。立法机关在其以往的立法经验上实际上积累了一整套有关立法预测、立法调查、立法规划、立法决策、立法协调、立法表达、立法监督等技术性的知识。不过再高明的立法者也存在“理性有限”(Bounded rationality)^[38]的制约。由此可见,立法活动在很大程度上是立法者根据当时的情景对亟需规范的法律事项所做的一个最优化选择。

经济、社会、文化权利的立法保障也毫无例外地会受到立法机关经验、技术局限的阻碍。这种障碍不仅指的是那些一般的立法经验、技术的局限,比如,立法者在技术上不及或在细节上疏忽。这种障碍也表现为经济、社会、文化情势的变更往往使立法者难以静态地通过一部法律而一劳永逸地解决问题。

2. 立法滞后的可能

立法程序的启动往往是在立法机关认为社会有强烈需求时才得以开始,且立法过程的长短又取决于民主决议的过程。漫长的立法过程不仅可能造成人民经济、社会、文化权利保障的空白,而且最终出台的立法可能无法面对全新的社会情势。照此逻辑,立法者可能一直处于一个疲于追赶而永远不能达致人民权利保障的状态。因此在现实的立法过程中,立法者绝不能停留在它起先所能认识的高度,而是应该动态地达到人民所期望的高度。

3. 立法漏洞

立法漏洞是一种难以避免的现象。无论立法者运用多么高明的立法技术,法律规范的不及或者太过都可以产生漏洞。立法漏洞有时可能是立法者的疏忽大意所造成,有时候由于逻辑的不圆满造成。这些都是立法裁量模式所不可避免的缺陷,制约着立法裁量模式的理想运作。

经济、社会、文化权利的立法保障中立法者思考的不周全或者情况的变更都可能导致权利保障的空白或权利保障的程度不足。

在我国当下的经济、社会、文化权利保障中,立法漏洞的情形既表现为法律规范本身可能含有的漏洞也表现为相关法律体系之下更大的立法缺位或者立法不作为。

四、司法救济及其反思

司法救济,又被称为司法机关的救济或者诉讼救济,指的是人民法院在权利人权利受到侵害而依法提起诉讼后依其职权按照一定的程序对权利人的权利进行补救。与司法救济概念相关的

[38] Herbert Simon, "Bounded Rationality and Organizational Learning", 1 *Organization Science* (1991), 125-134; G. Gigerenzer, R. Selten (eds.), *Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox* (MIT Press, 2002), p. 13.

一个概念为司法审查(Judicial Review),从严格意义上讲,司法审查指的就是我国公法学界通常所适用的违宪审查。根据美国乔治城大学法学院教授路易斯·迈克尔·塞德曼(Louis Michael Seidman)的观点,司法审查指的是相对独立的国际机构基于宪法规范使得其他国家机构的行为归于无效的一种权力,这个定义使得司法审查成为了宪政主义得以实现的一个方式而非宪政主义本身。^[39] 本文认为,司法救济有广义和狭义之分,广义的司法救济还包括违宪审查、宪法诉愿(Verfassungsbeschwerde)等制度,本文是在广义的一般意义上谈论司法救济对经济、社会、文化权利的保障。

经济、社会、文化权利的司法救济意味着司法机关在权利请求人的相关权利遭到侵犯或者威胁时,依照其职权为权利请求人的权利进行补救。一旦在宪法上承认了经济、社会、文化权利,但现实中却无法实现或不能完全兑现是否会破坏整个宪法的尊严?在宪法中规定的社会权只是一种伪善(sham),抑或表达一种期望(aspiration),还是庄严的承诺(pre-commitment)?这个问题的核心便在于宪法社会权的司法救济。^[40]

(一) 可司法性问题

可司法性(justiciability)的概念通常被理解成关于司法限度的划分问题。^[41] 英国宪法学家杰弗里·马歇尔(Geoffrey Marshall)从事实陈述(fact-stating)和规范指向(prescriptive)两个维度来澄清和解释了关于“可司法性”的意涵。^[42] 他认为从事实陈述的层面上看,一个诉求可能在程序上不能得到满足和实现则表明这个问题不具有可司法性,例如在英国宪政实践中,即使有人对议会决策的过程提出了诉讼,而英国法院也会拒绝通过司法程序对之加以审查。从规范指向的层面上看,可司法性意味着一个问题适合于司法解决的法律属性。而对于从规范指向的角度看待可司法性问题,很多公法学家又进一步推进了杰弗里·马歇尔的认识,其中,罗恩·索辛(Lorne Sossin)将规范指向层面的可司法性又分解成了制度能力(institutional capacity)和制度正当性(institutional legitimacy)两个方面,前者指争议问题得以司法解决的限度和标准,后者指司法机构作为争端解决机构在权力分立体制下职权的正当性。^[43]

经济、社会、文化权利的可司法性问题支配和主导了关于这些权利本身的辩论。^[44] 故从学理上探讨经济、社会、文化权利的司法救济首先要解决的问题便是这些权利的可司法性问题。传统宪法理论认为,公民的经济、社会、文化权利是不可以付诸司法救济的,其理由在于:(1)司法机构不能够裁决社会经济政策问题;(2)司法机构不能够救济积极权利;(3)司法机构救济经济、社会、文化权利违背权力分立的原则;(4)经济、社会、文化权利具有模糊性;(5)经济、社会、文化权利与政治权利、公民权利冲突。^[45] 随着经济、社会、文化权利被越来越多的国家承认为基本权利,《经

[39] See Louis Michael Seidman, "A Contextual Judicial Review", 32 Cardozo L. Rev. (2012-2011), 1143, 1157.

[40] 聂鑫:《宪法社会权及其司法救济:比较法的视角》,载《法律科学》2009年第4期。

[41] Jeff King, *Judging Social Rights* (Cambridge University Press, 2012), p. 129.

[42] Geoffrey Marshall, "Justiciability", in A. G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford University Press, 1961), pp. 265-268.

[43] Lorne Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (Toronto: Carswell, 1999), p. 233.

[44] Herry J. Steiner & Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals* (Oxford and New York: Oxford University Press), p. 298. 转引自黄金荣:《司法保障人权的限度——经济和社会权利可诉性问题研究》,社会科学文献出版社2009年版,第7页。

[45] Supra note [41], Jeff king, p. 4-5.

济、社会、文化权利国际公约》被越来越多的国家批准,经济、社会、文化权利的可司法性逐渐在学理上获得了认可和支持。经济、社会、文化权利作为司法保障的必要性在于法院对于基本权利所受的伤害予以补救和恢复是一种司法救济义务,国家履行此项义务的方式是对基本权利案件进行审判,如果国家不承担此项义务,拒绝对公民基本权利案件进行审判,公民的基本权利的实现就缺乏一个有效的保障。^[46]经济、社会、文化权利的可司法性得以证立的理由在于:(1)对于任何形式的人权而言,国家的义务都有尊重的义务(the obligation to respect)、保护的义务(the obligation to protect)、实现的义务(the obligation to fulfill)三个层次,不可把经济、社会、文化权利与公民权利、政治权利截然二分;(2)经济、社会、文化权利从规范指向的层面保障人民最低生活水准的生存权,并非完全的社会经济政策的问题;(3)经济、社会、文化权利的司法救济是法院救济人权义务的一种体现,司法机构与立法、行政机构协力保障宪法中的基本权利并不违背权力分立的宪政原则,而是法院解释宪法中的基本权利有利于宪法中核心理念的实证化;(4)经济、社会、文化权利的模糊性并非该种权利的独占属性,法律的明确性追求总是在司法经验累积的基础上逐步达到的,且经济、社会、文化权利的模糊性并不能否认该种权利“最低限度核心”^[47](minimum core)内容的存在;(5)经济、社会、文化权利的保障分享了公民权利、政治权利等传统自由权的实现机理,两种类型的权利保障可以藉由业已建立的法律原则、竞合规则加以协调。

(二) 经济、社会、文化权利的司法救济

接下来的问题便是:诸如劳动权、受教育权、住房权、社会保障权、文化活动权等经济、社会、文化权利的侵权是否属于司法救济的作用领域呢?答案显然是肯定的。经济、社会、文化权利的法定化(进入实证法)意味着,这些实定化了的经、社、文条款一方面是约束国家行政机关的依法行政,一方面在遭受可能侵权时可以成为司法机关依法裁判的依据和准则。从这个意义上讲,实定化了的经济、社会、文化权利条款事实上既是行为规范(Verhaltensnormen)又是裁判规范(Entscheidungsnormen)还是请求权基础(Anspruchsgrundlage)。

1. 经济、社会、文化权利救济的案例探讨

(1) 案情简介

本文选取的王泽隆案^[48]是涉及公民社会保障权的一个典型的案例。该案中,原告王泽隆是一名在青海因公致残的退伍军人,经本人申请和组织批准,王泽隆退休回到了四川省合江县原籍生活,并由合江县民政局接收管理。从2000年起,王泽隆要求合江县民政局按“人退发[1993]1号文件”^[49]规定提高护理费并按“人退发[1993]3号文件”^[50]“各地调整护理费标准的时候,统一为每年的七月份。对符合规定条件的因公致残人员,根据省、自治区、直辖市人事厅(局)的通知,从调整当月按新的标准发给护理费。社会平均工资出现负增长时,护理费标准不作调整”的规定对其护理费标准每年进行调整,合江县民政局认为王泽隆未按规定评定伤残等级,不符合享受一级伤残人员护理费的条件而不予办理,王泽隆不服,向合江县人民法院提起诉讼。法院最终判决被告四川合江县民政局以原告王泽隆不属于革命伤残人员,没有按规定评定的伤残等级,不能享受“人退

[46] 张翔:《基本权利的规范建构》,高等教育出版社2008年版,第84~86页。

[47] Katharine Young, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, 1 Yale Journal of International Law (2008).

[48] 四川省泸州市中级人民法院(2003)泸民终字4月23日判决书。

[49] 《人事部、财政部关于调整国家机关、事业单位因公致残人员护理费标准的通知》。

[50] 《人事部、财政部、国家统计局关于国家机关、事业单位因公致残人员护理费问题的补充通知》。

发[1993]1号文件”提高护理费标准的理由不能成立。原告属异地安置的退休干部,由被告接管并对其提供抚恤金是其法定职责。

(2) 案件评析

该案中的法律问题争议点在于:第一,因公致残的劳动者是否可以请求劳动社会保障部门为其提供因公致残人员抚恤金。第二,国家劳动社会保障部门是否有积极的法定义务为王泽隆发放因公致残抚恤金。

对于第一个问题,笔者认为因公致残的劳动者可以请求劳动社会保障部门为其提供抚恤金以保障这类劳动者的经济、社会、文化权利。其原因在于劳动者在因公致残的情况下获得了一个相对于国家的积极的请求权即请求国家为其提供物质帮助。《中华人民共和国宪法》第45条第2款规定:“国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。”这是残疾军人受到宪法保障的“获得物质帮助权”,而《军人抚恤条例》^[51]是《宪法》第45条所保障的经济、社会、文化权利的细化和具体化。法院可以根据法律的明确规定和当事人的请求权基础径行做出裁判。

对于第二个问题,公民的社会保障权如果没有国家的积极作为义务,那么这种权利本身的核心内容就会被国家的消极作为所掏空,从而构成了对宪法基本权利规范的违犯。究其原因,在相关的基本权利规范被立法机关具体化之后,经济、社会、文化权利的未保障状态实际上是由于国家行政机关的消极不作为所致。公民既然享有法律上的经济、社会、文化权利的请求权,那么人民法院就可以根据原告的诉由决定是否对可能遭受的权利侵犯提供司法救济。在本案中,法院在针对特殊的优抚主体上,重点放在了经济、社会、文化权利的相对人即国家行政机关的法定职责之上,尤其是国家机关履行登记和办理证件的职责,这其实是国家机关承担的积极义务,对这种积极义务的违犯无疑是侵犯了公民的经济、社会、文化权利的。

2. 国家政策接受司法审查的可能性

经济、社会、文化权利的保障有时被明白宣示在一国的宪法之中,这种宣示有时带有很强的国家政策倾向。此处所讨论的问题在于能够经由类似违宪审查的方法来实现经济、社会、文化权利的保障。例如,我国《宪法》第19条第2款关于教育的规定:“国家举办各种学校,普及初等义务教育,发展中等教育、职业教育和高等教育,并且发展学前教育。”又如,日本宪法第25条规定“全体国民享有健康且有最低限度文化之生活之权利”、“国家必须致力于提升及增进所有生活层面之社会福祉、社会保障及公共卫生”。德国公法学家赫穆特·卡尔克布伦纳(Helmut Kalkbrenner)认为宪法中的基本国策条款从严格意义上不能够被法院直接予以适用,它属于立法裁量的领域,若法院要适用这些极具政策性的条款裁断个案尚须等到立法机关的立法具体化成果结束之后。^[52]国家政策条款属于一种“宪法委托”,构成国家对于人民的一种宪法承诺,而这些政策条款的落实和实施首先是立法机构的任务。司法机构是否就可以因此而漠视基本国策条款的宪法效力了呢?其实不然,在建立违宪审查的大陆法系国家或地区,宪法中的政策条款又可以被引为违宪审查主体据以断定下位法或行政机关抽象行政行为是否与宪法抵触的依据。此处仅举一例说明,台湾地区“司法院”大法官会议在处理“三七五减租条例”违宪问题时就曾提及基本国策条款在保障经济、社会、文化权利方面的作用。大法官会议认为,基本国策中关于社会福利等许多规定往往需要国家财政支出;或者国家自己在财政上不支出,而以限制人民财产权的方式将富人的财产转移给穷

[51] 1988年《军人抚恤优待条例》于1988年6月28日经国务院第十一次常务会议通过,自1988年8月1日起施行。1988年法规已被2004年《军人抚恤优待条例》废止。

[52] Helmut Kalkbrenner, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DÖV 1963, S. 41-51.

人,进行财富重分配。此时,基本权中的财产权,就很容易与基本国策中的一些社会福利规定产生冲突。根据释字 580 号解释,大法官会议认为“三七五减租条例”虽然是为了推动基本国策,但却过度限制了地主的财产权,而宣告其违宪。^[53]所以当经济、社会、文化权利的相关规范被视为一种宪法上所保障的国家政策的时候,司法审查的可能性不能够一概被否定,尤其是在建立违宪审查的国家或者地区,应当承认司法对于相关国家政策的可审查性。

3. 司法解释和法律漏洞之填充

从绝对意义上看,任何法律都需经过解释而适用。在法解释学上,法律解释可以是对具体个案而为之,也可以脱离个案针对法律规范本身而为之。法律解释需要考虑文义因素、目的因素、体系因素及合宪性因素等,^[54]其目的都在于探寻法律的意旨,满足人民在法律生活中的种种客观需求。法律解释可以徘徊于规范条文应有的涵义和可能的涵义之间,然当法律解释突破了法律规范的可能的涵义时,此种解释活动旋即可能改变了其原本的性质而转为法律补充,从学理的角度来讲这种由于法律漏洞而导致法律解释之不及必须经由一个填充的过程。司法机关的法律解释活动和法律漏洞的填充其性质上虽然主体合一、过程连续实则是两种不同性质的活动。其中法院的后一种填充活动可以称之为造法活动。

在我国,法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(二)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。这属于我们通常意义上所讲的立法解释。除此之外,还有司法解释。根据《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》第 2 条,最高人民法院和最高人民检察院可以在具体法律适用活动中解释法律。

纵观实践,最高人民法院的司法解释虽然针对个案而做出的,如“齐玉苓案”批复,^[55]然而其总体上已然超越了个案的意义,主要是为了满足成千上万的审判活动中司法适用的有法可依从而达到同案同判、司法统一的效果。故我国的司法解释兼具法律解释和法律漏洞填充两方面的功能。在经济、社会、文化权利的司法保障中,由于相关的法律规范还处于零星破碎的状态,司法解释活动或者可能的法律漏洞的填充活动必定会起着举足轻重的人权保障作用。

(三) 对司法救济模式的反思

1. 司法直接分配经济、社会、文化资源的合理性不足

因为社会福利问题可以说是广义上的社会问题之一,而法院也不是公民个人争取社会权的理想场所,因而也有观点认为社会权不应通过司法救济方式实现。在美国,联邦最高法院在案例法中宣示了其非常保守的观点:公共福利政策所带来的棘手的经济、社会甚至是理念问题并非本法院的职责。^[56]而一旦我们釜底抽薪、排除了直接司法救济的可能,不将其作为宪法社会权成立的必要条件,也就不能因司法强制手段的缺乏而否定宪法社会权的正当性。通过司法的克制与妥协,我们实际上解放了宪法社会权。通过政治而非司法手段,由立法和行政机关根据实际情况将宪法关于社会权的规定予以具体实现,才能真正地使其成为令广大人民受益的“强权利”。这也是

[53] 《司法周刊》第 1193 期;《司法院公报》第 46 卷第 8 期,第 1~70 页;《法令月刊》第 55 卷第 8 期,第 97~101 页;《月旦法学杂志》第 112 期,第 246~250 页;《总统府公报》第 6592 号,第 33~120 页。

[54] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,第 333 页。

[55] 最高人民法院于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复,法释[2001]25 号。该批复已被最高人民法院 2008 年 12 月 8 日通过的《关于废止 2007 年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》废止。

[56] Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471, 484 (1970).

有着“强司法审查”倾向的德国联邦宪法法院在社会权保障问题上如此克制的原因所在。然而,在另一方面,宪法性文件(基本法)规定得如此笼统,宪法审查又如此克制的德国,实际上却是世界上提供社会福利最多的国家之一,这是值得我们深思的。^[57]

2. 司法机关本身的能力和限度

司法机关在救济经济、社会、文化权利时,还受制于司法本身的限度。在政策中心主义(polycentricism)的领域内,法院并不能够去解决政策上的争端来直接达到保障宪法上经济、社会、文化权利的目的。^[58] 权利请求人在“苏布拉姆案”^[59](Soobramoney case)中败诉,南非宪法法院的裁判理由在于:当政治决策机构诚实善意地进行理性决策时,法院由于没有相应的信息、技术、资源,因而不能够去单纯基于一个抽象的原则“二度揣测”(Second Guessing)那些政治决策的合理性。^[60] 南非宪法法院的判例也表明了司法在保障经济、社会、文化权利时也面临着诸多的自身能力的限制。这些限制包括:(1)法院缺乏处理和裁决经济、社会、文化权利的信息资源;(2)司法机构缺乏相应的专家、技术或者相关的经验去衡量在何种程度上保障经济、社会、文化权利;(3)法院本身不能直接解决资源分配不平等的问题;(4)法院缺乏强制性力量去有效地保障经济、社会、文化权利。^[61]

五、立法裁量模式与司法救济模式的相互关系

(一) 保障范围与保障程度

保障范围(Schutzbereich)是德国宪法理论中关于基本权利保障的一个理论。^[62] 在具体的案件的情境中基本权利的保障范围是否被涉及,这也是一个案件在联邦宪法法院是否具有可接受性的前提问题。保障范围一般又分为主体范围(Persönlicher Schutzbereich)和实体范围(Sachlicher Schutzbereich),主体范围解决基本权利保障对何者适用的问题,例如对于德国公民、法人等。实体范围解决基本权利保障中那些实体上触及公民基本权利的事项。^[63] 与保障范围相关的另一概念

[57] 聂鑫:《宪法社会权及其司法救济:比较法的视角》,载《法律科学》2009年第4期。

[58] Supra note [41], Jeff King, p. 189.

[59] 上诉人苏布拉姆是41岁的失业男性,他是一个患有心肌缺氧和脑血栓的糖尿病患者。1996年他的肾脏功能也出了问题,更加糟糕的是他的身体状况已不可恢复,他正处于慢性肾脏病的晚期。苏布拉姆尝试通过位于夸祖鲁-纳塔尔省德班市的阿廷顿医院来获得肾脏透析治疗。但是,这家医院只能对非常有限的患者提供这种治疗,最终医院拒绝了苏布拉姆的治疗请求。苏布拉姆认为根据南非1996年宪法阿廷顿医院无权拒绝对他的治疗,于是于1997年7月向高等法院德班分院提出紧急的申请要求法院发布一个命令使阿廷顿医院接受对他的治疗。高等法院驳回了苏布拉姆的请求后,苏布拉姆上诉至南非宪法法院。

[60] *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* (CCT32/97) [1997] ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (27 November 1997), para. 29.

[61] 秦前红、涂云新:《经济、社会、文化权利的可司法性研究——从比较宪法的视角介入》,载《法学评论》2012年第4期。

[62] *Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte*, Verlag C. H. Beck, München, 2007,在这本教科书中Friedhelm Hufen也使用了诸如Schutzgehalt(保障内容)、Grundrechtstatbestand(基本权利法律事实)和Gewährleistungsbereich(保障领域)三个类似的法律概念。

[63] 例如德国基本法第8条第1款规定:所有德国人均享有不携带武器进行和平集会的权利。其中“不携带武器集会”还涉及他人生命权的保障的潜在问题,这就涉及基本法第2条第1款规定(人人享有个性自由发展的权利,但不得侵害他人权利,不得违反宪法秩序或道德规范)是否适用所引起的诸多争议,而联邦宪法法院给予了肯定的回答。

为保障程度(Schutzebene),若保障范围为横向上谈权利保护,那么保障程度则是从纵向上言之。在美国,也有学者主张区分基本权利的涵盖范围和保护程度。^[64]保障范围(涵盖范围)相当于权利保障的宽度,保障程度(保护程度)实际上相当于权利保障的深度,二者的区分必要即在于以更加精准的视角探知基本权利的保障模式选择。

经济、社会、文化权利保障路径的选择实际上就是在保障宽度和深度两个维度上展开的。权利的要旨在于保障其实现,而权利的实现又不得受制于政治经济结构下的有限资源。^[65]因此应当承认在特定时空条件下权利的保障水平相对恒定的社会现实。与人民生活密切相关的经济、社会、文化权利也应该放在一定时空条件下的权利保障水平中来进行考察。本文基于此认为:立法裁量模式与司法救济模式在权利的保障范围和保障程度上存在此消彼长的关系。图示如下:

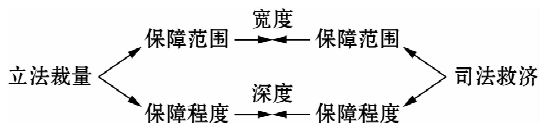


图1 立法裁量模式与司法救济模式的关系

基于此图,以立法和司法两种路径保障经济、社会、文化权利,其直观的关系体现为:

在立法保障越稠密的民生领域,司法救济需要主动介入的领域就越稀少。在立法保障介入越深刻的民生制度构建中,司法救济中法官自由裁量的余地就越为限缩。

(二) 两种保障模式的关系

经济、社会、文化权利保障模式在立法裁量和司法救济之间的关系是相互关联却又此消彼长的。首先是在保障范围上展开的,其次是在保障深度上进行的。一方面,立法裁量和司法救济的共同作用才是现实法律生活的运行之道,这一点可以从人们的直观生活经验上加以佐证。宪法中的经济、社会、文化权利若不借助立法加以保障则会使宪法变得苍白无力,同时这些权利若不付诸司法机关的实践也将成为一纸空文。另一方面,立法保障的水平又会反作用于司法保障的宽度、深度。两种保障模式其实是在一个交互往复的过程中使得宪法所负载的价值追求实现在公民的民生生活领域。须指出的是,两种路径其实并非彼此割裂而是为了竞相达到权利保障的“理想状态”。

如果把单纯的立法裁量保障模式推向极端,那么经济、社会、文化权利的各个方面和各个角落必然已经有了详尽的法律规定,这种立法的详尽程度已经达到司法机关不需要释法、造法等活动就能圆满保障的境界,即“法官是自动售货机,投进去的是诉状和诉讼费,吐出来的是判决和从法

[64] Frederick Schauer, “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”, 117 Harv. L. Rev. (2004), 1765, 1769. The philosophical and jurisprudential literature on rules refers to the conditions of a rule’s application in various ways. See, e.g., Gidon Gottlieb, *The Logic of Choice: an investigation of the concepts of rule and rationality* (Allen and Unwin, 1968), p. 39, pp. 43-47 (protasis of a rule); Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Clarendon Press, 1978), p. 43, 45 (operative facts); Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Clarendon Press 1991), pp. 23-24 (factual predicate); William Twining & David Miers, *How To Do Things with Rules* (2d ed.) (Weidenfeld & Nicholson, 1982), pp. 137-40 (“Any rule... can be analyzed and restated as a compound conditional statement...”)我国学者论述请参考杜强强:《基本权利的规范领域和保护程度:对我国宪法第35条和第41条的规范比较》,载《法学研究》2011年第1期。

[65] 正如卡尔·马克思在《哥达纲领批判》中指出的那样:“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社会的文化发展。”参见[德]马克思:《马克思恩格斯全集》第19卷,人民出版社1963年版,第22页。

典上抄下来的理由”。^[66] 法官根本无自由裁量可言。显而易见,这是一种极为理想的模式,在现实生活中,没有任何一个国家的立法体制可以做到这一点。

如果把纯粹的司法救济模式推向极端,那么经济、社会、文化权利的保障仅有宪法条文的规范做指南,而没有任何具体化的法律作为裁判的依据。要使得经济、社会、文化权利真正得以保障,司法机关别无选择,仅能适用宪法,那么法官的释法和造法活动将会代替立法裁量的所有功能,经济、社会、文化权利的保障仅仅依靠一部宪法就足够了。再反观各国司法体制,这种孤立的司法救济模式即使在纯粹的判例法国家也无法找到它的踪影,而且即使在一个司法能动完全主导的国家,司法救济也不可能代替国会的立法裁量。

(三) 两种保障模式的选择

哈佛大学马克·图什内特(Mark Tushnet)教授认为,世界范围内宪法的实践正在促使美国的宪法学者重新审视宪法中的经济、社会、文化权利,现代宪法以三种方式认可了这类基本权利:首先是不具有司法审查性或者仅具有宣告性的权利(nonjusticiable or declaratory rights),其次是弱实体权利(weak substantive rights),第三是强实体权利(strong substantive rights)。^[67] 与此相对应,经济、社会、文化权利的保障方式可以大致划分为三种类型:第一,宣告型保障模式,这种模式下经济、社会、文化权利因为不具有司法审查性而不能付诸司法救济。例如爱尔兰最高法院在 T. D. v. Minister for Education 一案中,当事人主张爱尔兰教育行政部门没有积极为精神病儿童提供充足的教育违反了爱尔兰宪法第 42 条关于儿童权利保障的条款。爱尔兰最高法院最终驳回了当事人的请求,认为司法机关无权对该事项进行裁判。^[68] 第二,立法裁量主导型的模式,在这种模式下宪法认可经济、社会、文化权利但却给立法机关提供了广阔的空间去保障这类权利。例如,在 San Antonio Independent School District v. Rodriguez 一案中,联邦最高法院在处理德克萨斯财政支持公共教育事业是否违反宪法第十四修正案平等保护条款时,法院认为:美国宪法仅要求立法机关的选择满足最低限度的合理性(a standard of minimum rationality)。^[69] 第三,司法救济主导模式,在这种模式下,在 Grootboom 一案中,南非宪法法院审查了政府的住房政策是否违反了南非宪法第 26 条所保障的适足住房权,最终法院认为南非政府的住房政策不符合合理性标准。南非政府采取的住房政策只是关注了中期和长期的住房需求,在这个范围内可以说是合理的,但是它没有关照到那些“处于最不利地位的弱势群体”的“极度需要”的住房需求。从这个角度看,政府并没有在其资源可利用的范围内,帮助和保障那些开普敦市区没有土地、没有住房且生活极其贫困的公民。故南非的住房政策违反了南非宪法第 26 条第 2 款之规定。^[70]

笔者认为,对于经济、社会、文化权利保障模式的选择,从世界宪政发展的趋势看将会摒弃那种宣告式保障的模式,接下来的问题就是在立法裁量主导的模式和司法救济主导的模式两者间进行选择。事实上,经济、社会、文化权利的保障路径选择应该是在立法裁量和司法救济两种模式之间选择合适的平衡点。司法救济模式的作用方式会随着立法裁量保障范围和保障程度的变化而发生相应的变化。立法裁量模式对经济、社会、文化权利的保障发挥作用的的速度要小于司法救济

[66] [德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 6 页。

[67] Mark Tushnet, “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, 82 TEX. L. REV. (2003), pp. 1898-1908.

[68] T. D. v. Minister for Education [2001] 4 I.R. 259 (Ir. S.C.).

[69] San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

[70] Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others, (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169; (2000).

发生作用的速度。亦即,经济、社会、文化权利的保障对公民生活最为直接的影响并非抽象地体现在立法裁量模式主导下的立法推动而是十分具体地体现在司法救济模式主导下大面积的司法裁判中。当立法裁量和司法救济达到理想的“平衡状态”时,两者在经济、社会、文化权利的保障上相得益彰。换言之,当司法救济的作用范围在“司法不作为和平衡状态”之间时,要达到经济、社会、文化权利的有效和等效保护,司法机关需要更加积极的作为。当立法裁量的作用范围在平衡状态和立法不作为之间时,司法机关需要更加积极的作为。立法机关越是消极,那么司法机关需要积极作为的速度必须越来越快,而司法救济越是积极,立法机关仍然需要积极作为,只不过这种积极作为的速率比前者小一些而已,但是这并不意味着立法机关可以放缓或者放弃其积极作为的义务。

六、结论

经济、社会、文化权利的保障路径实际上是在立法裁量和司法救济的双向互动的过程中臻于圆满的。一方面,宪法法定化了经济、社会、文化权利,但人民原则上尚无法仅依据这些宪法规定直接向国家请求具体的给付,须待国家制定相关法令设定受益条件与给付内容之后,人民方能依照该实践宪法的法令产生具体的权利而能对国家请求。另一方面,无论经济、社会、文化权利的规范多么完美至善,司法机关的救济都具有不可替代的功能,司法救济人权的本质要求司法机关在经济、社会、文化权利侵权案件中不仅依法裁判而且在宪法价值的指引下保障当事人经济、社会、文化方面的合法权益。

我国经济、社会、文化权利保障在回应民生问题法治化需求的道路上显得尤为任重道远。在立法裁量领域,虽然已有劳动法、教育法、社会保险法等法治成果,但是体系化、精确化、具体化的基本权利立法还远未完全贯彻宪法第42条至第49条所指引的经济、社会、文化权利必须保障的应然要求。在司法救济领域,经济、社会、文化的保障既未充分利用已有之法律资源,又未发展出类似刑法、民法那样较为全面的司法解释。最高人民法院和各级人民法院实际上是作为一个整体的司法适用机关在我国法律实施和发展中扮演重要的角色的,然而,经济、社会、文化权利的案件的拒绝受理抑或大面积败诉又使得人民在民生领域寻求党政机关的法外救济,一旦政治机关的个案处理或抽象性政策规定归于无效时,人民对遭受的经济、社会、文化权利方面的侵权就只能听之任之,久而久之,经济、社会、文化权利的宪法实施期待只能化为幻影。

经济、社会、文化权利的保障在立法裁量和司法救济两个路径上实际上殊途同归,在两者间的权衡取舍既不意味着立法机关裁量不立法或司法机关裁判“不救济”,而是意味着,当司法救济不济时,立法机关自然需要延伸其保障范围和保障深度,反之,当立法裁量不及时抑或不作为的情况下,司法机关也需在保障范围和保障深度上渐渐推进。也是基于这种中国现实的考虑,有学者指出未来的制度变革应更多地重视司法机关自生自发的制度变革经验,采取一种司法机关改革试验先行、立法机关将成熟的改革经验上升为法律的法律发展模式。^[71]

(责任编辑:林彦)

[71] 陈瑞华:《制度变革中的立法推动主义:以律师法实施问题为例的分析》,载《政法论坛》2010年第1期。