

晚近美国福利权的学理与实践

——2006—2016 年之评述

胡敏洁*

目次

- 一、问题的提出
- 二、证成福利权的新努力
 - (一) 社会运动视角下的福利权
 - (二) 将福利权视为一种可进行“弱司法审查”的权利
 - (三) 借助他国经验反思本国福利权的未来
- 三、晚近美国福利权实现的新课题
 - (一) 个案中的福利权：“凯利案”之后福利权的正当程序保障
 - (二) 中央和地方关系下的福利权：州层面的福利权实践
 - (三) 公与私实现路径下的福利权：国家强制抑或民营化
- 四、结语

摘要 作为福利权“例外主义”的美国，并不积极承认并确保福利权的实现。晚近以来，美国福利权的理论探讨继续围绕福利权的性质、司法审查问题展开，但是已开始日渐带有鲜明的路径色彩，例如女权主义等。实践中，自福利改革之后，美国福利权的实现也面临着新的问题。通过这些学理、实践进展的梳理，可对相关研究和实践问题有所裨益。

关键词 福利权 司法审查 福利改革 争议

一、问题的提出

在美国福利权^{〔1〕}和福利制度发展的历史长河里，20世纪六七十年代堪称黄金时代。在福利

* 浙江大学光华法学院教授、法学博士。本文系国家2011计划司法文明协同创新中心研究成果。

〔1〕 美国福利权的早期论争可参见：胡敏洁、宋华琳：《美国宪法上的福利权论争》，载《政治与法律》2004年第3期。

权运动的汹涌浪潮下,米奇尔曼(Michelman)教授的“通过第十四修正案保障穷人”(On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment)^{〔2〕}和瑞克(Reich)教授的“新财产权”(New Property)^{〔3〕}理论被誉为美国福利权、福利法研究的经典论著。然而,当历史的车轮迈入1996年,克林顿政府开始进行福利改革时,美国政府开始日渐强调“工作福利制”,这在一定程度上颠覆了先前福利权讨论的场域,即“戈德伯格诉凯利案”(Goldberg v. Kelly)中所提及的“失依儿童家庭救助计划(AFDC)”项目。同时,美国政府也更为关注和强调个人自治、向州分权等。因此,发展到当下,特别是晚近十年以来,美国福利权理论证成的努力与尝试是否已经终结?在福利改革后的近十年来,福利权实践又发生了哪些值得关注和思考的问题?这正是本文写作之缘由。由此,笔者选取了2006—2016年美国法上发表的围绕该主题的期刊论文、案例以及主要的实践发展为探讨对象,试图对晚近十年来的福利权理论与实践进行回顾和反思。

行文之前先要对几个基本的概念加以说明,本文重点分析的是Heionline上以“福利权”(Welfare Rights)为标题的论文。但这必然会忽略了大量以“社会权”(Social Rights)或“社会经济文化权利”(Social, Economic and Cultural Rights)为标题的论文。然而,后面两个用语与福利权之间具有千丝万缕的关联。当谈及德国法、欧洲法时多采用社会权的说法,具体包括教育权、住房权、社会保障权等。而福利权则更多的是指与社会福利制度相关联的一系列权利。当然,由于“福利”语词的不确定性,它的内容也不确定。有些学者认为,教育权属于福利权的范围,但此时会将重点集中于获得最低、核心教育的权利。而社会经济文化权利,则更多地被用于国际人权法的范围和语境下,是一种国际人权法上探讨和认可的权利。^{〔4〕}因此,本文重点探讨的是福利权的相关理论与实践。以此为线索和内容,当然在涉及其他权利用语时也会给予必要的关照。

二、证成福利权的新努力

美国福利权和福利体系向来被认为“例外主义”,也就是说,美国是发达国家里少有的不将福利权视为宪法权利的国家。长期以来,美国也拒绝加入《经济、社会、文化权利国际公约》。这不得不让我们思考,为何如此?经典的文献,如森斯坦的论文认为,基于年代学(chronological)、文化、制度和现实主义等方面的原因,此类权利一直在美国不被承认。同时,也有很多学者认为,此类权利缺乏司法可裁判性,所以也不应将其视为宪法权利。

那么,发展到当下,这些理论是否有变化或被推翻?对此,通过相关的文献考察,我们可以发现,晚近十年来,仍有学者在对这一问题进行着探讨。但是,正如弗伯斯(William Forbath)教授的早年论断,福利权观念像“班柯的鬼魂”一样,从未消亡,亦从不存在。关于它的争论鲜见新意。^{〔5〕}表面看起来,围绕该主题发表的论文仅仅只有40篇。但是围绕社会权或者社会经济文化权利的则多达362篇。仅从数量来看,福利权的研究看起来停滞不前。其原因依然是既有文化、制度和

〔2〕 Frank I. Michelman, “The Supreme Court, 1968 Term—Foreword: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment”, 83 Harv. L. Rev. 7 (1969); Frank I. Michelman, “In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls’ Theory of Justice”, 121 U. PA. L. Rev. 962 (1973).

〔3〕 Charles A. Reich, “Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues”, 74 Yale L.J. 1245, 1255(1965). Reich, “The New Property”, 73 Yale L. J. 733 (1964).

〔4〕 可参见胡敏洁:《福利权研究》,法律出版社2008年版,第8~10页。

〔5〕 William E. Forbath, “Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction”, 69 Fordham L. Rev. (2001).班柯的鬼魂是莎士比亚戏剧《麦克白》里的形象,并不真实存在,却时时会出现。

现实主义的影响,使得美国人很难接受福利权的观念。但是,这并不意味着,福利权的研究并未推进。关于福利权的研究视角相当繁多,又经常和其他相关理论勾连在一起,如福利三角理论、福利多元主义、社会需求理论、福利体制理论、第三条道路理论、女性主义等。^{〔6〕}因此,本部分仅仅是针对以此为主题的论文进行梳理,并未穷尽著作或未收录于 Heionline 的论文。通过对其中典型代表作的梳理,我们可以发现这样几个相对集中的理论推进点。

(一) 社会运动视角下的福利权

20世纪60年代的福利权运动在一定意义上催生了福利权。因此,社会运动视角下的福利权也常常会引起学者的关注并成为重要的学术视角之一。其中,女权主义就是一种典型代表。女权主义(Feminism)是指为结束男性至上主义(Sexism)、性剥削(Sexual Exploitation)、性歧视和性压迫(Sexual Oppression),促进性阶层平等而创立和发起的社会理论与政治运动。早在20世纪六七十年代福利权运动盛行时期,女性便在其中发挥了重要的推动作用。长期以来,“女权主义”也一直是福利权研究的重要视角,原因在于“失依儿童家庭救助计划(AFDC)”项目在较长一段时间里一直是美国福利制度的重要制度之一,但却在帮助儿童、年轻人和父母方面收效甚微。由此,其在1996年也被废除。但这并未改变妇女、儿童一直是福利项目主要受益者的现实。这点甚至成为美国福利制度发展的特色之一,即美国不像其他国家一样,推行某种父爱主义的福利制度,而是采用了母爱主义的方式,对妇女、儿童等基于男女平等下的福利制度给予了更多的关照。^{〔7〕}女性为获得独立的经济、政治地位,也会积极投身于各种社会运动之中。社会运动本是集体行为的一种形态,也是一群人共同参与并推动某一目标或想法的活动。社会运动涉及有组织的行为,而且企求改变现状,其后果可说是社会变迁。对此,很多学者对于女性、儿童在美国福利制度中的地位进行了研究。辛西娅·艾德蒙斯-凯蒂(Cynthia Edmonds-Cady)^{〔8〕}对福利权运动时期的女性参与者展开了访谈,最后得出这样的结论,即阶层、种族的不同对女性参与者有影响。因此,社会运动工作主要蕴涵的是一种试图理解并揭示不同人群参与基础的学问。

艾斯特林·戈尔曼(Estrin Gilman)教授则从更为具体的层面,即女性福利受益者的隐私权角度展开了探讨。实际上,在美国,很多贫困妇女为了获得福利救助,总是需要进行药物测试,需要面对政府官员诸多未通知的家庭检查、指纹测试,并且对生育选择加以限制。此外,还需要参加很多面谈。^{〔9〕}之所以如此,在于长期以来,美国福利制度关注与保障的重点在于“值得帮助的穷人”,因此福利对象多为儿童、妇女、残疾人。那些可以自食其力的成年人是“不值得帮助”的人。这也造成了“福利依赖”现象的普遍存在。米德(Mead)教授多年前的一项调查结果便揭示了这一现象,即1952年所有贫困户中户主有全职工作的占32%,没有工作的占31%,其中22%是老年人或无法工作者;但是到了1984年,仅有17%的贫困户户主有全职工作,51%则没有工作,其中10%属于老年人或无法工作者。不工作人群主要由依赖福利的单亲母亲、失业或没有固定工作的男性组成。^{〔10〕}因此,女

〔6〕 *The Oxford handbook of the Welfare State*, Edited by Francis G. Castles, Stephan Leibfried, Jane Lewis, Herbert Obinger and Christopher Pierson.

〔7〕 Theda Skocpol, *Protecting Soldiers and Mothers: The Political Origins of Social Policy in the United States* (the Belknap Press of Harvard University Press, 1993).

〔8〕 Cynthia Edmonds-Cady, “Getting to the Grassroots: Feminist Standpoints Within the Welfare Rights Movement”, 36 *J. Soc. & Soc. Welfare* (2009).

〔9〕 Michele, “Welfare, Privacy and Feminism”, 39 *U. Balt. Law Forum* 1 (2009).

〔10〕 Lawrence M. Mead, “The Logic of Workfare: The Underclass and Work Policy”, in W.J. Wilson (ed.), *The Ghetto Underclass* (SAGE Publications Inc, 1993).

性、儿童以及残疾人常常会成为美国福利制度里格外需要被关照的人群。如果妇女申请 TNAF 项目,她可能会遭遇信息、疾病等各方面隐私缺失的风险。当然,基于很多考虑,例如福利欺诈,这些隐私权的侵扰在一定程度上是可以被接受的。通过对三次女权主义运动的回顾,^[11]他认为第二波女权主义运动之所以未能减少对隐私的侵扰,原因在于第二波女权主义运动在“权利”语词是否能作为实现正义的工具时,并不一致。同时,许多女权主义者感受到为权利而斗争,例如隐私权迫使女性进入了一个男权视角下的框架思考。女权主义者实际上并非将贫穷的母亲视为“我们”,即其成员的一部分。

可以看出,在女权主义的视角下,福利权的理论会与各种社会运动结合在一起,更为强调福利权的政治标语功能,关注权利语境对运动目标的推进功能。实际上,在福利权的历史发展过程中,其向来与妇女、儿童、人权等标语型的社会运动密切关联。这一方面使得福利权很容易在政治变革、动荡中作为改革目标被提出,无论是从罗斯福新政还是到奥巴马政府执政时期,作为稳定底层人民生活的一种手段,这种权利始终与政治有密切关联。另一方面,这种关联就会使该权利沦为“标语”。例如,艾斯特林·戈尔曼教授所谈及的女权运动失败,一旦被视为标语的权利,就很可能只是一时斗争的旗帜,而缺乏长久、系统的卫护。上述的两篇文章也是各自从具体个案、特殊群体的角度分析这一问题。对于其中社会运动、福利权和福利制度的关联则缺乏更多的关照。对于这些问题的讨论,则交给了美国历史学者、政治学者。^[12]

(二) 将福利权视为一种可进行“弱司法审查”的权利

正如行文开始便提及的,作为福利权研究的代表性学者,米奇尔曼教授的学说长久以来被推崇并作为确保福利权可以获得司法保障的一种有效学说。此外,便是瑞克教授的新财产权理论。在其 1990 年的论文《新财产权对自由的影响》(The Liberty Impact of The New Property)中,^[13]他的观点同 25 年前基本一致。然而,对于这两位学者的观点,一直存在着批评和不同见解。

晚近以来,学者们对此展开了不同程度的探讨。对于米奇尔曼的学说而言,古德温·刘(Goodwin Liu)教授对此进行了最为系统的反思。在他看来,米奇尔曼的学说具有三个前提条件:(1)任何福利权的存在都取决于共有的“民主例示”(democratic instantiation),法院不能作为建构福利权的“首倡者”;(2)福利权的司法认知不必完全以复杂道德理论为基础;(3)最终是因为既定社会共识在于重视和推进民主,司法介入并不能时时确定这种“共同理解”的存在,或对福利权给予及时回应。就此,米奇尔曼教授的主张实际上是附有条件的,即他所谈及的“富有可裁判性的福利权”可以回应的仅仅是“废止”行为的“可裁判性”,但不针对歧视行为。当福利权被视为一种最低限度的保护主张时,会比将其看作是一种“针对财富的歧视”时更有可裁判性。

对于瑞克教授,不得不提及早在 1990 年的爱泼斯坦(Epstein)教授的论文,在他看来,根本不存在什么“新财产权”,因为福利权既不允许任何形式的财富分配,也不能促进财富的有效运行。^[14]这与一般意义的财产权不同。

尽管这是两种不同路径下的争议,但是我们可以看出,福利权之所以备受争议,究其原因还在于,这种权利究竟是何种意义上的权利?在米奇尔曼的世界里,福利权的保护在于促进社会民主;在瑞克

[11] 自美国女性政治觉醒掀起女权主义运动之日起,美国历史上共出现了三次女权主义浪潮,其时段与西方其他国家的女权主义浪潮大体一致。具体而言,第一次浪潮始于 19 世纪 40 年代末,终于 20 世纪 20 年代;第二次浪潮起于 20 世纪 60 年代,止于 20 世纪 80 年代末;第三次浪潮发端于 20 世纪 90 年代初,持续至今。

[12] 前注[8]便是典型代表著作之一。Theda Skocpol, *supra* note [5].

[13] Charles A. Reich, “The Bill of Rights at 200 Years: Bicentennial Perspective The Liberty Impact of The New Property”, 31 *Wm and Mary L. Rev.* 295(1990).

[14] Richard A. Epstein, “No New Property”, 56 *Brook. L. Rev.* 747 (1990—1991).

教授那里,对于“新财产权”的程序保障是防止个人自由受国家权力过分侵蚀的有效路径之一。然而,需要意识到,无论是“自由”“财产”都并非“福利权”本身,民主也亦然。福利权只是在某些层面与之相关或对其有所促进,这恐怕是美国福利权研究中应当去认真思考的问题。也就是说,无论学者们将其论证为自由权抑或财产权,福利权本身所具有的社会权属性无法改变。既然无法改变,则就意味着争议已久的老问题,即社会权、福利权的可裁判性究竟何在?法院究竟可以在何种空间里发挥作用?对于奉行实用主义哲学的美国法学而言,不给这一问题找出路径,任何权利都只是镜中之月。

对此,刘教授认为,米奇尔曼教授的学说并未给予解答。因为即使法院采取最为谦逊的态度来对待福利权,但是这种谦逊是否足以应对?再或者相对于更具有管理色彩的废止行为而言,缩减福利获取中“不平等的鸿沟”又应置于何地?因此,在他看来,法院可以通过对立法审慎目的的强调、民主正当性的强调来实现对“福利分配”这一社会问题的解释。这类似于马克·图施耐特(Mark Tushnet)教授的“弱司法审查理论”。“弱司法审查理论”的提出,也是晚近以来福利权司法保障理论的重要推进。加拿大、英国、南非等国在保留议会至上的前提下所发展出的司法审查模式被称为“弱司法审查”模式。^[15]因此,鉴于比较法的考量,社会经济权利存在宣誓性的、弱实体性的、强实体性的三个不同层面。由此,对应不同的司法审查强度。三种层次和意义上的社会经济权利或者福利权,在于其在所在国家的宪法文本中的不同地位。尽管这并不能改变福利权本身在美国宪法中的地位 and 命运,但是却有助于其司法保障的切实展开。

(三) 借助他国经验反思本国福利权的未来

美国法在相当长久的时间里对于域外经验和做法并不推崇和看重。但是,晚近十年来,在福利权研究中开始出现这样的现象,即对南非、德国等典型的承认福利权、社会权抑或社会保障权的国家给予了关注。早前,国内的一些研究中,已经对南非的社会权^[16]问题给予了关注。作为转型的后发达国家,南非新宪法对于经济、社会和文化权利、环境权等都给予了规定并明确规定了与这些权利相配套的义务。同时,在可裁判性方面,南非也是最为积极的国家。这些都使得在诸如福利权、社会权的研究之中,南非往往容易被关注。开始关注他国经验和做法,也恰恰说明在福利权、福利制度的问题上,美国法具有的特殊性,即始终作为西方国家的“例外”,未正面加以承认福利权确有始终存在着的各种争议。

例如,查尔斯·曼加福拜德(Charles M. Fombad)教授^[17]探讨了社会保障权的性质,认为获得社会保障是一种资格而非恩赐;国家具有确认、保障的义务;国际人权规则应当适用于社会保障权。就此,他对非洲国家的相关宪法中关于社会保障权的规定进行了研究。例如,埃塞俄比亚、尼日利亚、乌干达尽管列举了大量社会权利,但是缺乏国家强制执行的义务。就此,社会保障权的可裁判性具有两种模式:直接明确且清晰地将社会经济权视为不可裁判的权利,例如莱索托、尼日利亚、坦桑尼亚等,这些国家将社会经济权视为一种基本目标或者国家政策原则,法院不能对其进行裁判和执行。如果发生争议,则由类似于“宪法委员会”的机构执行;第二种模式则是赋予社会经济权可裁判性,例如南非宪法,新肯尼亚宪法等。在他看来,权利基础的模式更为有效,可以督促该国遵守国际公约并促进权利保障。

[15] Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton University Press, 2008).

[16] 针对南非,依然采用社会经济权利的术语,出于对该国语言的尊重。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》,社会科学文献出版社2009年版,第80页。

[17] Charles Fombad, “An Overview of the Constitutional Framework of the Right to Social Security with Special Reference to South Africa”, 21 *Afr. J. Int'l & Comp.L.* 1(2013).

综合上述三个不同的角度,可以看出,福利权的研究依然围绕两个最为核心的问题,即(1)美国福利权的性质及其基础为何?(2)福利权的司法保障路径为何?这两个问题始终是萦绕于美国法中的两大核心问题。

对于第一个问题,即美国福利权的性质及其基础为何,学者们借助了不同的路径和角度,例如共和主义、女权主义乃至“治愈性文化”为其寻求不同角度的理论基石。对于美国法而言,福利权是一种略显疏离的权利。其大体是由美国长久以来视福利为个人应负的责任,国家在其中发挥的作用应是有限的观念所致。对于少数弱势群体——包括黑人、妇女、儿童——来说,虽然他们的福利资格更容易被认可,但是受到这一观念影响,即使是对于这些特殊人群而言,福利制度本质上也并不强调其“全民性”。因此,在美国,福利权在实践中更多地表现为一种“资格”;抑或是一种社会运动的政治口号和标语。

福利权的司法保障路径为何?这与第一个问题相关,由于福利权的地位飘忽不定,司法裁判的保障也众说纷纭。下文还将继续对此加以说明,学者们从宪法条款的不同内容中——包括平等保护条款、正当程序条款、隐私权条款等——对福利权给予了不同的阐释。

可以说,美国福利权依然深处幽暗的隧道之中,制度、文化、司法裁判等各方面因素的制约,使得在美国法上对于这一问题的探讨道路依旧艰难。总体上,奉行实用主义的美国法,更为强调和关注的依然是该权利的切实保障与执行。因此,让我们将目光继续转向美国福利权的具体实施和执行过程。

三、晚近美国福利权实现的新课题

上述学理探讨在一定意义上是实践问题的折射。自1996年以后,美国的福利制度开始朝向工作福利制,这构成了福利制度的结构性变革。《个人责任和工作机会协调法案》(*Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act*)的颁布,意在探索由联邦向州,由政府向私人的分权,以更为市场化的进路,以企业家精神来对福利行政进行全方位改革。此后,一些原有理论问题的实践基础开始改变,最为典型的是“戈德博格诉凯利案”(*Goldberg v. Kelly*)中所确定的正当程序标准,是否还会适用于其他福利案件?同时,作为福利改革中的一项,地方分权,在这样的制度影响下,州宪层面的福利权执行情况又是如何呢?更为宏观的制度性变革,即福利究竟应当是民营化,还是国家强制?也是重要的实践问题之一。整体上,实践中问题的论述围绕个案中的福利权、中央与地方关系下的福利权以及公私实现路径下的福利权展开。

(一) 个案中的福利权:“凯利案”之后福利权的正当程序保障

发生在20世纪70年代的“戈德博格诉凯利”案,不仅改变了美国传统中福利权利是“特权”而非“权利”的观念,同时也开启了美国正当程序革命的大门。对该案的理解,不仅需要判决书本身进行分析,更要对判决背后的社会和政治图景,予以关注和考量。以凯利案为分水岭,美国联邦最高法院在此后诸多判决中,对福利权益给予了程序性的保障和关注,而将“福利”视为一种“新财产权”(New Property)的学说,也改变了美国传统法律视野中关于财产权的范围认定。^[18]

然而,1996年福利改革之后,基层社会工作者被赋予了更多裁量权,例如申请者的需求判断,已经不再是简单的资格认定问题,而带有更为复杂的个人特性。因此,很难划定清晰的界限,也缺乏可以评估的决定。能够施加更多惩戒,也提高了一线决定者的权力,更多的福利案件受制于工作规则与惩戒。^[19]

[18] Reich, “The New Property”, 73 Yale L. J. 733 (1964).

[19] Julie A. Nice, “Forty Years of Welfare Policy Experimentation: No Acres, No Mule, No Politics, No Rights”, 4 Nw. J. L. & Soc. Pol’y 1 (2009).

然而,改革并未减少美国福利制度的不公平现象,对此很多学者加以诟病。例如,可能造成反向俘获。社会学家罗杰斯·狄龙(Rogers Dillon)认为州福利政策或者由联邦政治争论所塑形;又或者由先前坚持改变的福利制度结构所改变。^[20]对福利领受者而言,福利制度看似知晓一切容易侵扰隐私且缺乏透明度。^[21]

而从数量上来看,OTCA(Office of Temporary and Disability Assistance)每年大概收到200 000份的申请,大约有140位听证官员来组织听证。以2016年1—9月的数据为例,基本上,每月申请TANF的数量都在递减。^[22]那么,听证是否可以对申请人的权利保障有所助益呢?对此,学者们也有不同的观点。迪勒(Diller)教授认为听证实则是一种微弱的工具,裁量权被扩展,平等对待不再被确保,许多隐藏在视野之中的决定逃避了审查。在另一篇文章中,斯蒂芬·罗福莱杜(Stephen Loffredo)与丹·弗里德曼(Don Friedman)将视野集中在了福利听证里的辩护人制度。^[23]通过对纽约州的个案讨论,他们认为,实际上,很多福利申请人没有能力、体力等知晓并运用法律程序。在大卫·苏波(David Super)看来,对抗式听证制度则更为有效,它为福利制度提供了一个对话场域。就此,通过对不同州的听证实践研究,维基·伦斯(Vicki Lens)教授认为,福利官员正在经历巨大的改变,但是有些州的行政法官将其视为一种司法任务,有些州则将其行政化。^[24]

正如经济学家弗里德曼所言:大多数现行的福利计划,当初就根本不应该制定。在他看来,在确保履行当前各种义务的同时,应当逐渐弱化社会保障制度,要求人们自己为退休后的生活做出安排。^[25]福利改革的实践并未对福利权的实际享有或执行带来春风雨露,只是在客观上改变了福利权的实践基础,并为其带来了新的问题与挑战。^[26]

(二) 中央和地方关系下的福利权:州层面的福利权实践

作为联邦制的美国,州的福利问题一直也为学者所关注。早在美国学者赫希考芙(Hershkoff)1999年的研究中,便指出了这一现象。^[27]当然,早期的研究中,也有学者认为,实际上,23个州宪都对穷人的权利给予了明示或者间接的保障。^[28]从权利的实效性出发,很多学者由此对福利权入宪问题持怀疑态度。而福利改革之后,伴随着放松规制的强化,各州在福利政策上也多有不同。

以州法院为例,总体上,各州法院并不愿意扛起积极权利的大旗,对于宪法福利条款的解释相当罕见。各州法院适用较为谦逊的合理审查标准,使福利立法实际上很难基于宪法条款被审查。这其

[20] Julie A. Nice, "Welfare Servitude", 1 Geo. J. on Fighting Poverty (1994).

[21] Greg J. Duncan, Hans Bos, Lisa A. Gennetian & Heather Hill, "New Hope: A Thoughtful and Effective Approach to 'Make Work Pay'", 4 Nw. J. L. & Soc. POL'Y 101 (2009).

[22] OTCA的官网上,每年会按月公布听证案件的数量。参见: <https://otda.ny.gov/>.

[23] Stephen Loffredo, Don Friedman, "Gideon Meets Goldberg: The Case for a Qualified Right to Counsel in Welfare Hearings", 25 Touro L. Rev. 273 (2009).

[24] Vicki Lens, "Revisiting the Promise of Kelly v. Goldberg in the Era of Welfare Reform", 21 Geo. J. on Poverty L. & Pol'y 43 (2013-2014).

[25] [美] 弗里德曼:《自由选择》,张琦译,机械工业出版社2008年版,第116页。

[26] Marianne Bitler, Hilary W. Hoynes, *The State of the Social Safety Net in the Post-Welfare Reform Era*, Brookings Papers on Economic Activity 2, Fall 2010, pp.71-127.

[27] Helen Hershkoff, "Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review", 112 Harv. L. Rev. (1999). 赫希考芙指出,在州宪中对积极权利予以明文规定的9个州,即阿尔巴马、阿拉斯加、加利福尼亚、堪萨斯、密西根、密苏里、蒙大纳、北卡罗来纳以及怀俄明州,与其他在州宪中没有对积极权利予以规定的州相比,其福利状况并无显著差异。有积极权利规定的州,并没有能治愈它的贫穷问题,甚或都没有什么显著改观。

[28] William C. Rava, "State Constitutional Protections for the Poor", 71 Temp. L. Rev. 543, 551 (1998).

中,纽约州法院是个例外,它更为频繁地接受了州负有积极“照顾需求者”的义务。自1938年以来,其宪法条款被州法院援引次数约计为140次,另外被纽约联邦法院(New York Federal Courts)援引30次。由此,伊丽莎白·帕斯卡尔(Elizabeth Pascal)对相关的州实践进行了研究,并认为尽管福利权等积极权利因为缺乏可裁判性而被忽略,但是福利权依赖于其他制度也可以实现。^[29] 马克·图斯纳特(Mark Tushnet)认为美国州法院如果可以更好地利用平等保护条款来保障福利权,可以实施得更为美好。^[30]

(三) 公与私实现路径下的福利权: 国家强制抑或民营化

这是一个更为复杂的问题。福利权的实现其实会依赖于各种具体的福利制度。然而,福利制度的设计会在不同时期、不同国家具有不同的特点。同时,由于福利制度内容的多样性、繁杂性,我们很难说究竟应当采取国家强制再或者民营化的方式来提供福利服务。

迄今为止,美国福利民营化已大体具备了以下几种不同的类型:(1) 外包(contracting out),即将社会福利服务通过订立合同的方式委托给民间盈利或非盈利机构,由他们来提供社会福利服务。如密歇根州颁布了《就业培训合作法》(JTPA)之后,允许福利工作项目补助金项目和州投资的职业项目相互竞争。此外,威斯康星州的W-2计划等都属于这种方式。(2) 补助制度。政府通过一定的补助制度以减轻公民的服务费用。如美国的医疗机构一般长期接受政府的财政补助,以便让较低收入的公民也可以享受医疗保障。(3) 抵用券制度。通过发放带有现金性质的兑换券,让接受公共服务的人在限定金额内获得所需要的服务。如食品券和教育券制度。(4) 自助服务和自愿服务,这主要是由一些社会慈善团体来提供的。^[31] 《个人责任和工作机会协调法案》通过后的五年,很多原先的福利制度,也发生了基础性的改变,例如食品券,也强调以工作为基础的发放。无论是联邦抑或州层面,都强调民营化和契约的形式来提供福利,大概有49个州以及哥伦比亚特区与私人组织缔结了契约。^[32] 小布什政府上台之后,则通过了充满争议的处方药改革方案,一定程度推动了医疗改革,却与此同时实行了巨额的减税计划使得美国政府债务不断激增,社会保险资金不断被借用于弥补联邦财政开支漏洞。这期间,围绕福利民营化的争议不绝于耳。例如,民营化公共服务不可避免地创设了责任赤字。私人缔约者不直接向民选官员负责,甚至很少对服务使用者负责。公权力限制的很多条款并不适用于私人主体。最后,公私要素的功能也与社会保障目标的规范理解密切相关。社会保障的市场化不仅对恩赐和社会福利的互助观念具有明显影响,而且也与现代福利国家的发展价值相冲突。正如乔治·S.加洛格(George S. Katrougalos)的观点,公私分野并非二元制对立的关系,而是公私的结合体,但是这其中公与私的地位是不均衡的,这种不均衡将会给公民权利的实现构成侵扰。^[33]

一边是民营化的长久历史背景和动因,而另一边,2010年,美国国会通过了由奥巴马提议的医疗改革法案,在新法案下,美国医保覆盖率将从85%提升至95%,接近全民医保,这看起来使得美国走向了类似于欧洲的福利制度,也被共和党人讥讽为Obamacare。针对奥巴马医保法案,26个州、部分个人以及全美独立企业联合会等先后向联邦地区法院提起诉讼,称个人强制医保和扩大

[29] Elizabeth Pascal, "Welfare Rights in State Constitutions", 39 Rutgers L. J. 863 (2007-2008).

[30] Mark Tushnet, "Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review", 82 Tex. L. Rev. 1895-1896 (2004). 他将美国的福利权与欧洲、南非比较之后认为,欧洲国家福利权具有宪法的规范基础。而美国则不同,并不存在责任的法定要求。因此,州层面也更多的是,将福利权的实现转为立法机关的职责。

[31] 胡敏洁:《公法学视野下的美国福利民营化》,载《公法研究》第4卷,中国政法大学出版社2005年版。

[32] U.S. GEN. Accounting Office, GAO-02-245, *Welfare Reform: Interim Report of Potential Ways to Strengthen Federal Oversight of State and Local Contracting U.S.*(2002).

[33] George S. Katrougalos, "Constitutional Limitations of Social Security Privatization: A Human Rights Approach", 12 Eur. J. Soc. Sec. 16 (2010).

医疗补助计划可能违宪。地区法院的判决认为,国会缺乏宪法的授权强制个人购买医保,同时认为个人医保义务的条款不能脱离法案的剩余条款,整个法案都应该被推翻。但美国第十一巡回上诉法院认为扩大医疗补助符合宪法的消费条款,个人强制医保则缺乏宪法授权。2012年6月, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*^[34] 案中,美国联邦最高法院就“奥巴马医改违宪案”做出判决,认定该法案并不违宪。9名大法官的投票结果为5:4,首席大法官罗伯茨的关键一票最终让该法案逃过一劫。围绕该案,美国学界展开了激烈的讨论。例如,该法案是否违反了州际贸易条款,是否违反了征税权的要求,等等。《纽约时报》更是将案例视为新政以来最著名的联邦主义裁判。此外,法院在裁判中也认为,政府试图用贸易条款“拯救”医保法案走得太远,其抗辩逻辑将导致通过强制个人购买去解决任何问题。罗伯茨法官认为,这意味着给予国会同样的权力去规制美国人还没有做的事情,而这已经彻底地改变了公民和联邦之间的关系。由此,美国联邦最高法院裁定,贸易条款不能成为强制个人购买医保的合宪理由。

奥巴马医改看起来和民营化背道而驰,但这恰恰进一步说明,在美国法上,尽管未必认可福利权,但是,与实现福利权相关的福利改革在未来的政治活动中,地位将更加重要,选择何种导向对于整个制度设计具有致命性的影响,其背后也是国家、政府、市场和社会的再博弈。

四、结 语

如上文所述,晚近十年来,美国福利权的理论进展依然秉承了先前的研究进路,更为关注福利权的“裁判性”和司法保障,试图通过更为具体和切实的保障路径,例如正当程序条款、平等保护条款等给予福利权切实的保障。在具体的福利领域之中,即使在州层面,福利权的实践也以1996年福利改革为分水岭,经历着一轮又一轮的制度变革,直到奥巴马医改案为止,美国人的福利制度并未因此得到更好的改善,总是处于政治改革、经济改革的漩涡之中。亦如狄更斯所言:“这是信仰的时期,也是怀疑的时期;这是光明的季节,也是黑暗的季节。”福利制度在不断的撕裂、争论之中究竟走向何方?恐怕一时间难见分晓。

唯一可以发现的未变因素是福利权、福利制度依然是美国不同于西方国家的特征之一。特别是不断强化的福利制度中的资格审查、收入核查制度,这实际上决定了不同人群获得福利待遇的享受情况。因此,我们并不能像理解欧洲国家一样,将美国视为普遍主义的福利国家,而更关注其基于市场经济、个人主义所产生的福利制度体系及框架。

这虽然与我国大不相同,中国宪法中明确确立了国家的义务和公民权利两个方面与福利相关的内容,因此并不存在诸如美国所讨论的福利权的证成问题。但是,其实践中出现的问题却具有共通之处。例如,福利行政实践里的裁量大量存在;私主体如何在福利提供中发挥更积极的作用;如何发挥社会保障制度的兜底功能;如何设计合理的资格调查制度;如何完善福利权保障的程序制度;等等,都具有某种程度上的类似性。

通过对美国法的细微观察,或者可以对我们有所助益。这类权利始终会是不同国家之间政治制度差异的标志之一。因此,必须谨慎地给予切实关照,并设计科学的财政运行机制。之所以“谨慎”,也恰恰是从美国“例外主义”中我们可以借鉴到的态度,即防止出现对于福利制度的过度依赖以及相关的财政危机,建构多主体、多层面的福利制度。

(责任编辑:蒋红珍)

[34] *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012).