

本书分为上下两篇

上篇为「社会权利的一般理论」

「社会权利概论」

「社会权利的法理基础」

「社会权利的产生和发展」

「社会权利的责任主体」

「社会权利的宪法效力」

「社会权利的司法救济」

「社会权利的未来」

下篇为「我国宪法上的社会权利」

「社会权利在中国」

「宪法上的劳动权」

「宪法休息权」

「社会保障权的规范内涵与宪法效力」

「作为宪法权利的物质帮助权」

「受教育权的宪法属性」

「宪法文化权」

社会 基本权理论

SHEHUI JIBENQUAN LILUN

郑贤君◎著



中国政法大学出版社

社会 基本权理论



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

社会基本权理论 / 郑贤君著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5620-4024-8

I. 社… II. 郑… III. 权力-研究 IV. D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第179371号

- 书 名 社会基本权理论
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 11.75 印张 270 千字
- 版 本 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4024-8/D·3984
- 定 价 34.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

前言 Preface

在很多情况下，研究依靠直觉。在我个人的阅读和学术思考过程中，“社会权”一词清晰地进入自己学术视野的时间其实不长。它的出现很大程度上改变了我对宪法的理解，而探索宪法学理论奥秘的好奇心和学术冲动，也如鬼使神差，从此一路走来，难以回头。

2000年法律出版社出版了《宪法学》一书^①，其中“基本权利与基本义务”一章用较多篇幅描述了社会权这一权利类型，并在比较的意义上与自由权作出了区别。说来有些惭愧，这是我第一次如此清晰地识别“社会权”一词。与此同时，“自由权”一词也强烈地撞击着我的神经，意识到作为两个法律概念，“自由权”与“社会权”之“名”与所对应的法律事实之“实”之间一定有很大差异，正是这些差异使它们彼此区别开来。此后，我对“社会权”一词开始变得敏感，在阅读过程中格外注意这个概念，并自觉将之置于与自由权相比较的意义上把握其涵义，社会权的真容也渐次向我展现。不仅国外宪法基本权利理论对这类权利的理念、宪法地位、规范结构、法律效力作出了详细界定，国际人权文件、区域性人权文件和各国宪法在文本形式上有明确反映，司法实务也依据不同法理对其可执行性

① 参见董和平、韩大元、李树忠：《宪法学》，法律出版社2000年版。

和规范力作出了态度和程度不同的解释,表现为有的国家法院奉行司法消极主义,不承认其法规范属性,不认为社会权可以由法院执行;有的国家法院则奉行司法能动主义,肯定社会权以一种不同于自由权的规范效力,通过向立法和行政机关发布命令的方式予以执行,尽管这样做有可能将法院自身置于违反权力分立原则的险滩。

然而同一时间,我国宪法学基本权利理论对社会权的研究几乎处于空白状态,尽管我国已于1997年和1998年分别签署了两个国际权利文件,即《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》。2001年2月28日我国全国人民代表大会常务委员会批准了后一个公约。这些文件的签署客观上引发了研究这一问题的必要,但当时国内学者多将注意力集中于分析两个公约对我国人权保障体系的影响,未及注意两公约之间的差别,存在着程度不同的对两公约不加区分予以讨论的倾向。社会权理论上的“贫困”状态严重制约和抑制了深入认识通说所持的两公约学理及实施机制上的差异等问题。虽然两公约同时于1966年签署,并于同年向世界各国开放签字,但人们在认识上一直认为二者之间存有实质差异。《公民权利和政治权利国际公约》(也称为B公约)中载明的权利是自由权的内容,也是消极权利;《经济、社会及文化权利国际公约》(也称为A公约)中载明的权利内容是社会权的内容,也是积极权利。两类权利在理念上有异,规范属性不同,法律效力泾渭分明。并且,有关个人权利的国际公约用两个文件分别签署这一事实本身也反映出国际社会两种不同意识形态的斗争,所有权利被两个权利文件分门别类地予以阐述是这一斗争过程的结果和形式反映。如果没有或者不能用基本权利理论关于自由权与社会权两个宪法概念在历史和政治斗争过程中所形成的差异

和区别去解读,就难以对两公约得出恰当和适切的正解。查阅这一时期发表的有关两公约研究的文章,可以清晰地看出这些文章缺乏社会权理论背景的支撑,其对《经济、社会及文化权利国际公约》的解读因社会权概念的缺乏而显失精确与深刻。

2002年,我承担了高等教育出版社出版的《比较宪法学》一书“基本权利比较”一编的写作。^①当时有关基本权利方面的资料极少,可资参考的只有为数不多的几本宪法学教材,那本《宪法学》再度成为主要参考书目。这次写作任务的承担对自己是一个极大的考验,而我对社会权的理解也随之加深,其后陆续发表了若干有关社会权方面的文章。这些成果只是对社会权思考的一些心得,实际的收获远不止于此。宪法学理论大厦是一个由不同概念砖石砌成的体系,与社会权相邻的一系列概念鳞次栉比,渐次展现。对社会权研究的结果除了在客观上加深了我对自由权的认识之外,作为一种副产品,基本权利整个价值体系的脉络逐渐清晰起来,宪法学基本概念的范围得以拓宽,宪法学基本理论的知识逐渐丰富。以此为机缘,我于规范意义上尝试阅读宪法文本,包括我国宪法、社会主义国家宪法、非洲国家宪法、国际人权文件和区域性人权文件,试图从这些权利在文本结构中的地位、规范表述方式、规范结构、规范效力、与其他规范之间的逻辑关系等方面把握不同规范的法属性。同时,政治哲学和法律文化等背景性资料的价值也浮现出来,构成深刻理解包括社会权在内一些宪法概念的基本参照。例如,自由与平等、个人与集体、国家与社会等关系成为思考这类权利必不可少的理论依托,而宪法学的一些基本学术术语,如政策指导原则、方针条款、宪法委托、立法裁量、立法不作为、

① 韩大元主编:《比较宪法学》,高等教育出版社2003年版。

可司法性、可执行性、公益诉讼、权利和利益、诉讼资格、司法审查基准等，也一一涌来。这些宪法概念在极大地丰富和拓宽了自己的学术视野和理论基础的同时，一个明确、清晰、坚定的宪法学学术理念渐趋成形，陆续发表了一系列有关宪法学方法论方面的文章。这些文章坚持这样一种学术信念，即作为一个学科体系，宪法学研究不能停留在哲学、政治学、经济学、社会学、历史学等学科的术语和概念中，宪法的故事必须不能假这些学科的语言讲述，它有自己独特的概念系统，须以自己的言说方式表达宪法情感。如此，宪法故事才能丰富圆满，宪法情节才能引人入胜，宪法思考才能贡献出相邻学科所不能替代的纯粹宪法学的理论洞见，其对于宪法现象和宪法问题的认识、理解和阐释才富有解释和说明力，宪法学理论才能不断成长发展，成为一个反思和开放的、具有中国特色的社会主义学术理论体系，为世界宪法学理论宝库贡献基于解决中国自身问题过程中中国学者的宪法智识。至于我自己，在持续的研读和思考过程中，除了深切感受到宪法学学术高峰似冰山险峻巍峨之外，其魅力也愈难摆脱。宪法学理论浩瀚无边，探微洞幽，各种概念之间的逻辑关系严谨科学、井然有序，且随形势变化发展。随着这一过程的展开，我也益愈深切地意识到政治家和学人的社会角色之差异，意识到“宪政”与“宪法”的不同。如果说“宪政”是一种事实上的角力过程和政治家的政治决断，凸显的是宪法的政治性的一面，“宪法”则是法律人基于法学思考之上的价值判断，凸显的是宪法的法律性的一面；认识到作为一个宪法学人，不能只是停留在对“宪政”的冲动、热情、呼唤与呐喊上，须辨识作为“法”与“规范”的宪法的学术义理，增强理性力量。这一认识也使自己更加安于静默。在不断地参拜神圣庄严的学术殿堂和与先贤大师的对话过程中，宪法

学的微言大义于冷寂中一一展现。这一切，无不得益于对社会权学理上的思考。

社会权利是一种宪法权利类型，其价值理念为实质平等，通俗地表达为“从脚的平等到头的平等”。传统法学和宪法学理论将这类权利仅归纳为平等，但在更为本质的意义上，社会权利关涉人的尊严，因而也是自由的内涵。可以想见，在一个由人组成的社会里，一个衣食无着，居无定所，既没有工作，又不能接受教育的人，连起码的生活都难以维持，其作为人的尊严又何从体现。但是，在世界宪法史和人权谱系中，作为一种区别于自由权的权利类型，社会权利在人们的认识上尚属模糊，在宪法文本和权利文件上处于不确定状态，在司法实务中不被法院强制执行。从世界范围来看，虽然法国 1793 年宪法就规定了社会救助方面的内容，并将之规定为国家责任，但是，受意识形态和社会现实的影响，这类权利一直跳荡在人们意识的边缘，在各国宪法现实中摇摆不定，未能成为一种稳定的权利类型。当今各国，无论法律传统有何差别，无一例外地承认宪法规定的各类基本权服从权利的一般属性，即“有权利必有救济”，当个人的宪法权利被国家侵犯时，个人有诉请法院予以救济的程序通路，以修补、复原或者补偿已受到的侵害。社会权利之所以不能成为稳定的权利类型，宪法化程度相对低迷，在于人们在观念上始终坚持这样一些认识：一是认为自由权是一种普遍权利，社会权利只是特定人群的利益主张，宪法只能规定所有人的普遍权利，特定群体利益主张不能为宪法所规定；二是认为这类权利无法通过法院救济，不能即刻实现，不像自由权那样诉请法院就可获得补救；三是认为如果法院强行主张，势必向立法机关和行政机关发布指令，而这又将违反权力分立原则，是司法机关过于能动和不够谦抑的表现；四是这类权利

需要国家财政拨款，受制于国家财力，国家不能总是获得足够资源救助那些需要帮助的人。

秉承社会主义宪法传统，新中国成立后历部宪法都规定了社会权利，但社会权并未成为我国学者思考基本权利时一个明确的自觉。这其中有几方面的原因。一是因为我国宪法基本权利理论落后，未能对宪法规定的各类权利属性作更为深入的研究，无法提供一种区别于自由权意义上对社会权进行观照的理论坐标和分析框架；二是因为我国宪法基本权利规定在很大程度上停留于文本形式，缺乏宪法的司法实施，无法从法官的判决中提供对两类权利性质和执行方式上的法学思考；三是因为我国传统宪法学基本权利理论将宪法权利视为需要普通法律具体化的权利，认为举凡宪法规定的基本权利都需要立法机关制定法律，其后才可以实施。在这些因素的共同作用下，宪法中的社会经济权利条款未得到应有关注，特别是在与自由权相区别的意义上，其理念、性质、规范结构、与国家权力的关系、可自动执行性、可司法性等都未在学理上得到澄清。尤为值得忧虑的是，即使在我国已经批准《经济、社会及文化权利国际公约》且已向联合国提交报告后的今天，仍有学者坚持认为宪法不应该规定社会权利。这一认识在很大程度上反映了即使是宪法学人，也未认真对待宪法文本，不将宪法文本作为规范事实来接受的倾向。这不仅是一种对社会权利法律观点的过时认识，也是对现代宪法的一种无意识，还是对社会主义宪法在宪法史上的地位没有给予应有肯定，以及对社会主义宪法理念缺乏深刻体认和对社会现实缺乏了解的表现。作为倡导平等价值优位的社会主义宪法，社会经济文化权利是这一理念在文本上的体现。我国在向社会主义市场经济转型及加入 WTO 过程中，市场化导致的边缘和弱势群体激增的社会现实尤其显示出社会

权利保障的重要性。历史上的我国从未像今天这样需要兼顾自由与平等，在激发和释放个体活力的同时关注平等，由国家伸出援助之手，帮助那些在市场化过程中依靠自力不能获取基本生活保障的群体。这是一个既关系到我国经济体制改革的成败，也涉及社会稳定和团结，还关涉人的尊严实现的问题。因之，如何诚实履行国际法上的义务，正视我国社会现实，尊重宪法文本，保障人的尊严，是我国在转型时期多方兼顾的一个重要问题。并且，通过对宪法社会权的研究，还可深化对基本权利理论的认识，克服和修正我国宪法基本权利“贫困症”的弊端，丰富基于我国宪法文本和社会现实的富有解释力的宪法学基本权利理论。

目前，随着社会发展，国际社会在关于社会权属性问题上已有了很大进展。这一倾向既表现为越来越多的国际权利文件、区域性权利文件、各国宪法在文本上肯定这类权利，也表现为各国法院开发多种方法克服传统观点认为社会权利不具有可司法性观点，对社会权利给予事实上的司法救济，还表现为一些学者重新解释人权和基本权利理论，在理念上赋予社会权利与自由权同样的普遍属性。尤为值得欣慰的进展之一是确立对两类权利彼此关联、相互支持、不可分割的法律认识，从而打破了传统观点将自由权与社会权视为不同类型的权利，并辅以不同保护方式的缺陷。这一认识和立场充分体现在 2004 年通过的《欧盟宪法条约》中。《欧盟宪法条约》将 2000 年于法国尼斯通过的《欧盟基本权利宪章》（以下简称《宪章》）并为其中的第二编。《宪章》一改联合国和欧洲社会将两类权利利用两个文件分别予以阐述的历史，将自由权和社会权统一在一个权利文件中，以共同价值而非天赋权利作为基本权利的哲学基础，使传统两分为自由权与社会权的权利内容一统于人的尊严、自由、平等、

团结等诸项价值之下。《宪章》在文本形式上赋予两类权利同等法律地位的同时，还规定两类权利具有同样的司法救济品格。虽然社会权的司法实施还有待欧洲共同体法院和各成员国法院开发不同法理和方法，且《欧盟宪法条约》被成员国批准的前景也有待观察，但《宪章》无疑以法律文件的方式向世人宣告了一种清晰的法律立场，标志着传统机械分割两类权利，认为社会权利不具有普遍性这一认识的没落。

我国在坚持中国特色社会主义道路的前提下由计划经济向市场经济转型过程中出现的问题多属于社会权利保障方面的内容。例如，失业和下岗工人的最低生活保障；劳动就业安置、劳动安全；老人妇女儿童的权益保障；医疗保障；公共卫生；教育体制改革和义务教育免费；环境保护；农民工的劳动待遇；少数民族文化多样性保护等。但是，我国的问题又具有复杂性，表现为西方不同发展阶段所面临和着重解决的问题在我国具有时间上的共时性和空间的同构性特点，效率优先、兼顾公平的价值选择在我国这样一个转型国家里注定不能片面注重自由或者平等，须同时兼顾两方面的问题。一方面，自由权的理念及法律保护依然差强人意，须不断加强；另一方面，不放弃对平等的关注意味着必须注重社会权利保障。因而，我国的问题是在加强防御性和消极性自由权保障的同时，须同时兼顾能动和积极的社会权利保障，二者不可偏废其一。这使我们难以无视我国宪法 2004 年《宪法修正案》在“总纲”第 14 条增加规定的“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”，在“公民的基本权利和义务”一章第 33 条增加规定的“国家尊重和保障人权”，第 42~49 条规定的社会经济文化权利条款，以及我国签署并批准的《经济、社会及文化权利国际公约》等法律事实，认真在理论上关注社会权利保障的理论与实践，为弥

合社会差距,谋求社会全体的幸福,提升人的物质和精神生活水平,保障人的尊严,实现一个更公平的和谐社会提供理论基础和智力支持。

本书是国家社会科学基金“公民的经济社会文化权利保护研究”(06BFX001)的结项成果。学界通常将该类权利类型化为“社会权利”,学说上也称为“社会基本权”,且由于我国《宪法》将该类权利规定在“公民的基本权利与义务”一章内,故成书以《社会基本权理论》冠之,分为上下两篇。上篇为“社会权利的一般理论”,包括“社会权利概论”、“社会权利的法理基础”、“社会权利的产生和发展”、“社会权利的责任主体”、“社会权利的宪法效力”、“社会权利的司法救济”、“社会权利的未来”。下篇为“我国宪法上的社会权利”,包括“社会权利在中国”、“论宪法上的劳动权”、“论我国宪法上的休息权”、“社会保障权的规范内涵与宪法效力”、“作为宪法权利的物质帮助权”、“论公民受教育权的宪法属性”、“论宪法上的文化权”。该部分以我国宪法文本规定的顺序为例,分别对劳动权、休息权、社会保障权、物质帮助权、受教育权、文化权从概念、规范构成、规范含义、规范效力等方面做出了分析。需要提醒读者识别的是,各章标题以及章节顺序主要是基于法律逻辑而进行的分类和排列,它是在分析社会权利概念的前提下,基于社会权利法律关系的内涵、规范地位和规范效力,对社会权利进行的一种较为纯粹的法学分析。这一立意,不仅体现在体例和篇目上,还表现在各章节分析所择取的材料及运用上。除涉及社会权利的产生和历史发展方面的少量材料外,大量资料选自法律文本。这些法律文本包括国际权利文件、区域性权利文件、各国宪法文本,以及各司法管辖区的宪法判例。其中宪法文本分析是对社会权利在宪法文本结构中的位置、不同位

置的宪法地位和宪法效力而展开的，它充分注意文本的字、词、句、义，相同语词上下文之间的关系，相同语词在同一文本结构的不同之处之间的联系和区别，同一语词在不同文本中的用法和含义等。宪法判例则提供了不同国家和地区法官为保障社会权利所开发的法理和方法，它既显示了法官在拓展社会权利保障方面的良苦用心，也展现了不同国家和地区法官对社会权利解释方法的差异，以及法官基于法律人的身份和思维所进行的法律推理。坚持文本和判例分析也是对规范分析方法的坚持，目的是试图实现权利研究方法论上的转向，将人权的哲学、历史和社会学研究转向规范的法学分析，提供基于文本的基本权利的法律实证方法，区别于那种一般社会科学的分析，凸显对作为规范的宪法文本本身的尊重，以及法学研究的独有价值。

作者尝苦于和迷惘于宪法学理论研究不能树立在法学方法的根基上。法学方法的缺失使宪法学不得不借用其他学科的概念、语言和方法，其弊端不仅不能使作为法学的宪法学与其他相邻学科区别开来，研究所得的结论往往在严格意义上也不属于法学，从而减弱了分析过程和结论本应具有的法理学上的阐释力。具体到人权和权利研究而言，长期以来，我国对人权和权利研究主要采用的是哲学方法或者社会学方法，缺少或者较少采用基于宪法文本上的基本权利的法律实证分析。权利的哲学研究是形而上，权利的社会学研究是形而下。前者将假想当作事实，后者视社会现实为事实；前者将应然命题作为分析起点，后者将实际生活状态作为实然法则。法学与这两者都有不同，它将法律规范的权利义务关系作为事实，因而法律事实不同于假想事实和生活事实，它是规范事实。规范事实以法律规范为前置命题，权利的法理学方法自然离不开对宪法文本和宪法判例的应用。宪法文本着重对规范进行纯粹逻辑分析，宪法判例则

是在规范与事实之间进行涵摄和推理。这并非是说，权利的哲学、历史学和社会学研究没有价值，毋宁是基于对我国目前权利保护和法学研究现状判断所做出的选择。数十年磨砺，法治和法学已有相当程度的复苏和发展，尤其是近十年的权利研究，已使我国初步走过了权利的普及和启蒙阶段。当下，无论是就权利保护的现实需要，还是就法学研究的专业化角度而言，都需要告别那种对规范的形而上分析，或者对规范的社会实证研究，而转向一种更为精微的法律技术和司法理性上来。因为，对人权或者基本权利的哲学分析和社会学考察无非是为了给予权利一个正当性基础，证明权利须由政府予以尊重和保护，2004年人权入宪，实际上标志着这一过程的结束，随后的问题转变为法律问题，表现为采取何种法律方法有效实现权利的法律保护。它同时意味着权利的“后启蒙时刻”的到来。

在这样一个时刻，作为一个法律人，当面对一个法律事实时，意味着须基于法律思维，使用法律语言，运用法律逻辑和推理，讲述一个关于权利的法律故事。权利的法律故事不同于权利的哲学和历史故事，它是对法律实证方法以及法学解释学或者释义学的贯彻。这一方法不去质疑规范的正当性，而是以规范的正当性和有效性为前提，进而对规范含义予以解释，而不是批判。这也是对法律人立场的坚守。因为，法律不是被嘲弄的对象，法律是法律人的圣经。虽然在这个转型时代，人们更为经常谈到的是法律的变革和发展，但在我国这样一个缺乏尊重法律传统的国度里，这种说法何尝不是对法律权威和尊严的另一种漠视？何尝不是对法律的稳定和保守品性的背叛？如果连法律人都不把法律视为法律，又如何指望其他人尊重法律？缘此，本书是作者对近年来所倡导和坚持的法学方法在有关社会权利问题上的运用。它既是对以往社会权利思考心得的一次

较为系统的整理，也是对自己学术信念的一种坚持，还是将这一信念和坚持付诸实践的尝试。至于在多大程度上实现和落实了这一初衷，则留待方家和读者诸君评判。说穿了，这只不过是一种关于自我的理解。

郑贤君

2011年7月

目录 Contents

前 言	1
-----------	---

上篇 社会权利的一般理论

第一章 社会权利概论	3
一、何谓社会权利?	3
二、社会权利的分类	8
三、社会权利的内容	17
第二章 社会权利的法理基础	43
一、平等的内涵与思想基础	43
二、形式平等的具体化及其暗影	48
三、实质平等的缺憾	52
四、尊严	55
五、尊严与平等的关系	58
第三章 社会权利的产生和发展	61
一、国家与社会融合	62
二、社会思潮	63

三、社会运动	64
四、社会宪法	65
五、国际保护	73
第四章 社会权利的责任主体	78
一、国家	78
二、私人	82
三、国际组织	85
第五章 社会权利的宪法效力	87
一、指导目标	87
二、宪法委托	90
三、司法审查	93
四、水平效力	96
第六章 社会权利的司法救济	99
一、早期的认识	100
二、传统方法	101
三、司法能动主义	105
四、合理性标准	114
五、法益平衡	128
第七章 社会权利的未来	131
一、以人中心	131
二、尊严与基本价值	134
三、同等法律地位	137
四、社会立法	142
五、司法保护	144