

夏正林 著

法理文库

社会 权规范 研究

山东人民出版社

夏正林 著

社会权规范研究

图书在版编目(CIP)数据

社会权规范研究/夏正林著. — 济南: 山东人民出版社, 2007.3

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 978-7-209-04209-3

I. 社... II. 夏... III. 权力-研究 IV. D033

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 022830 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

社会权规范研究

夏正林 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 8.75

字 数 180 千字 插页 4

版 次 2007 年 3 月第 1 版

印 次 2007 年 3 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04209-3

定 价 19.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0633)8221365



序

欣闻正林即将出版博士论文，作为导师感到非常高兴。

正林随我学习三年，攻读博士学位，虽经磨难，但其情之真，其意之切，给我留下的印象是深刻的。正林喜欢读书，涉猎面广，能够在不同的知识体系中寻求有价值的学术命题。特别是，在专业问题的研究中，遵循学术逻辑，具有扎实的宪法学专业基础，有很强的可塑性。他曾学习过政治学专业，比较熟悉政治学、伦理学等知识体系的脉络与范畴，善于思考国内外的政治制度及其运作，关注国内外宪法学发展的状况，对基本权利保护的理论研究及其案例表现出浓厚的学术兴趣。在三年攻读博士学位期间，正林好思考，爱钻研，思维活跃，在有争议的学术问题上，能够坚持自己的“学术立场”，具有较成熟的分析问题视角。

在博士论文的写作过程中，在一些理论命题的定位和学术评价上，我和正林发生过几次“冲突”，他在学术问题上是非常‘固执’的，如不提供充分的经验和实证方面的依据，要说服正林是很难的。现在想起来，正是因为正林在学

术问题上的“固执”，师生之间建立了平等交流的平台，为导师反思一些学术命题提供了契机。

随着宪法学理论与宪法实践的发展，社会权的研究已逐渐引起国内学者的关注，而且也有几篇博士论文以及博士后出站报告专门论述。但总体上讲，我国学术界对社会权理论问题的研究还处于建构体系的过程之中，许多理论命题并没有得到合理解释。由于西方和非西方世界，在社会权问题上表现出不同的价值观和文化，使社会权命题充满着价值与事实冲突。

正林 2003 年入学后即选此题，经过三年的写作，另辟蹊径，发挥其思辨的特长，从规范法学的角度，系统分析了社会权的概念、社会权的规范结构及效力体系，并运用此理论针对性地分析了我国宪法文本中的社会权体系。在这个过程中，收获的不仅仅是对社会权本身的研究，他还注重于宪法学研究方法的创新，即书中所称的规范的研究方法，书中许多值得关注的新的观点，如对基本权利概念的阐释，多与他的这个规范的研究方法有关。他所称的规范的研究方法虽取材于凯尔森的规范法学，但他将规范作为一个研究方法，而不仅仅是作为一个研究的对象。此规范的研究方法也略不同于此前学界所称的规范宪法学方法。在对待价值研究的问题上，他强调相对论的意义，用新的研究方法说明规范包含的价值要素。尽管这种研究方法本身需要进一步的论证，但至少在社会权领域这一研究方法展现了方法论的价值。

当然，本书中还有一些有待推敲的地方。比如，基本权利与宪法权利的表述上，如何将学术传统与学术概念的价值合理地衔接起来，在稳定的话语系统中追求学术理念；在社

会权的文本研究中，如何处理价值与事实关系？价值研究中的相对性也是“相对的”，即使排除价值因素也需要特定的条件与语境；在社会权的宪法文化背景研究中，作者研究文献和经验主要来自西方社会，而对非西方社会的研究成果和实证经验则缺乏必要关注等。

此书的公开出版也正好给学界提供一个批评的机会，希望作者在今后的研究中，拓宽研究视野，关注社会权命题中蕴涵的文化价值，进一步丰富研究内容。此是我所嘱，也是我之所愿。

是为序。

韩大元

2006年11月27日

目 录

序	韩大元(1)
导言	(1)
0.1 本书的论题	(1)
0.2 社会权研究文献综述及问题	(5)
0.3 本书的基本思路与框架	(13)
第一章 关于法学的规范的分析思路	(21)
1.1 社会科学理论研究的科学性	(23)
1.2 关于法规范的法学研究	(38)
1.3 反思与继承	(43)
1.4 本文研究假设建立的认识论基础 ——个体为目的的共同体观念	(51)
本章小结	(57)
第二章 作为宪法权利的社会权	(58)
2.1 社会权的概念	(58)
2.2 作为宪法权利的社会权	(63)
2.3 与社会权相似概念的比较	(95)
本章小结	(102)

第三章 社会权的价值基础	(104)
3.1 社会权的价值基础	(104)
3.2 对社会权价值客观性的争议	(127)
本章小结	(139)
第四章 社会权规范的结构与类型	(140)
4.1 社会权规范的含义	(140)
4.2 社会权规范的结构	(146)
4.3 社会权规范的类型	(151)
本章小结	(174)
第五章 社会权规范效力结构	(176)
5.1 社会权规范效力的结构	(176)
5.2 “最低标准”的客观规范的效力 ——程序性效力	(188)
5.3 “最低标准”的主观权利效力	(206)
本章小结	(209)
第六章 我国宪法文本中的社会权规范的分析	(211)
6.1 社会权规范一般原理归纳	(211)
6.2 我国宪法文本中社会权条款的研究	(215)
6.3 存在的问题及改善的建议	(228)
本章小结	(237)

附件:各国宪法文本有关社会权条款 的统计分析	(239)
参考文献	(252)
后 记	(265)



导 言

0.1 本书的论题

本书关注的问题是在宪法文本中应该怎样叙述作为某一类基本权利——社会权，同样地，对于宪法文本中已经规定的某种社会权的条款，我们应该如何解释它。如对于我国宪法第46条有关受教育权的规定，是否应该有更好的叙述方法，或者，对于这一叙述，我们应该如何解释它？我们不得不承认，引起这个问题的直接原因是所谓的“宪法司法化第一案”的“齐玉苓案”。该案中对作为基本权利的受教育权的误用，而受教育权又是社会权的一种类型，这使我们不得不思考到底该如何理解什么是社会权。

首先，需要说明的是，本书所论述的社会权是限于宪法规范意义上的社会权，而不是国际人权公约意义上的社会权。国际人权公约中也有社会权的规定，而且与国内宪法的社会权规定也有一定的联系，如价值基础大抵相同，国际法

中的社会权规定还有可能直接成为国内法社会权规定的渊源。但一般说来,两者不是同一意义上的规范。国际人权公约的内容只有通过一定形式的国内法或国内的立法机关或司法机关的认可才具有国内法的规范效力,否则只具有道德意义上的效力。如社会权的可诉性问题,一般只有在一国国内宪法规范的意义上才存在,仅仅是在国际人权公约中的层面上,由于它并不是严格的法规范,因此还不能够讨论它的可诉性问题。

其次,本书所要论述的社会权是宪法学上对具有同一价值属性的基本权利的学理概括,并不是指宪法上所规定的社会生活方面的具体的基本权利的事实性概括。后者虽然包含社会权的价值属性,但它同时也包含其它价值属性。在宪法学上,不存在一个纯粹的自由权属性的具体的基本权利,也不存在一个纯粹的社会权属性的具体的基本权利。如认为受教育权只是一种社会权,与认为言论自由权只是一种自由权是同样错误的。言论自由权中既包括自由权的内容,也包括获得国家保护的权利的内容,而受教育权中既包含着社会权的内容,也包含着自由权的内容,当然也包括获得国家保护的权利的内容。因此,本书所论述的社会权只是一个具体形态的基本权利的权能之一。不理解这一点,就容易引起混淆。例如,对上述受教育权而言,它所包含的自由权的价值属性和社会权的价值属性是不同的,自由权侧面的受教育权是指不受侵犯的消极的价值属性,而社会权侧面的受教育权是指要求国家提供积极作为的价值属性。若不区分它的不同的价值属性,在理解受教育权规范时就会产生困难。

本书的意图在于阐述社会权的一般性原理,为规范或叙

述这一类权利提供一个框架或模式，因为它们具有相同的价值基础。承认这一类权利的价值共性是可以进行规范研究的前提，如何叙述这个共性的价值也就成了规范研究的内容，这也是目前有关社会权研究最为欠缺的。^①

或许，有人认为，这不应该是一个问题，只要研究者自己为社会权下一个定义，然后进行自圆其说就行了。因为，只要被宪法规定了，它无论如何都应当具有一定的拘束效力，写进宪法的都是有效的。本书认为，这并不是一个认真和科学地对待宪法的态度。宪法不是阿拉丁神灯，不会仅因轻轻一擦便会实现我们的愿望，更不是上帝，会主动地赐予我们想要的东西。虽然产生效力的直接原因来自于宪法文本，没有写进宪法文本的，在实定法上不能产生效力，但文本只是字面的协议，效力的实现并不完全取决于宪法本身。我们不能天真地认为一种权利只要为宪法所规定，它在事实上就会有效。如果那样，我们尽管把我们所能想到的权利全部写进宪法中就行了。权利不是宪法的结果，恰好相反，宪法是因保护权利而产生的。如果认为社会科学研究只是进行自说自话或者自圆其说的话，那么还不如没有社会科学。^②其实，任何一部宪法都是有限的，它不可能是一个什么都能装的筐。我们只能将应当装进去的东西装进去，对于将要装

① 国内也有学者研究社会权时并没有区别国际公约与一国国内宪法意义上的社会权。参见黄金荣的博士论文《经济、社会权利可诉性问题研究》，国家图书馆博士论文库2004年版。

② 当然，笔者不否认定义方法的不同对研究本身所产生的影响，正如后文所述的，对社会权定义方法的不同对社会权的研究产生了不同的影响，甚至产生了误导。但显然的是，对研究的意义而言，关键并不在于概念本身，而在于问题。

进去的内容应当进行论证,对于已经装进去的也应当以符合某种标准进行解释。否则,一部阿拉丁神灯式的宪法也可能是一个潘多拉盒子。同样地,研究者也应当受到约束,应当基于社会权本身性质来讨论它应该具有的规范效力。即使承认被宪法规定就应该具有效力,出于解释的目的,也应当对有关社会权的宪法条款的具体效力进行研究。

也有人可能认为,宪法只是一个行动的章程和纲领,并不具有裁判的效力,^① 社会权的实在效力不值研究。那么,我说,这样的宪法对于需要它的人来说,并没有什么好处,与没有它并没有什么两样,或者它只是人们的精神寄托而已。

上述两种态度实际上体现了两种极端的宪法观:无限的宪法观和虚无的宪法观。笔者认为,我们应当承认这样一个命题:一部宪法本身应该是有限的,它只能装应该有效力的东西;而装进宪法的内容应当是进行审慎考虑并具备规范效力的。否则,宪法就没有任何意义。一个没有宪法的民族是悲哀的,但一个没有问题的宪法同样是不幸的。承认这个宪法观,即有限的宪法观是我进行讨论社会权的一个自设前提。当然,宪法如何规范社会权,或者社会权是一个什么样的基本权利则应当建立在一个更广泛的假设基础或评判标准之上。

① 参见梁慧星:《最高人民法院关于侵犯受教育权案的法释〔2001〕25号批复评析》, www.calaw.cn2003-7-17。梁先生文中认为,宪法在法律本质上只是行为规则,而不具有裁判规则性质,因而,在司法实践中不能引用宪法作为判决的依据。窃以为,这实际上是对宪法规范的性质与效力的误解,但另一方面也说明了对我国宪法规范的研究还有待加强。

总之，宪法的内容应当是按照它的预设的价值基础进行取舍的结果。若要将社会权作为一个有效的规范写进宪法文本，则是需要论证的，对于已经写进宪法文本中的社会权规范的效力也需要符合预设的标准进行解释。

0.2 社会权研究文献综述及问题

社会权，在宪法学上，通常指个人要求国家提供直接的、实体性最低限度的积极作为的权利，与传统的要求国家不作为的自由权相区别。以二战为分界线，社会权的发展主要经历了两个阶段：二战前的实证阶段与二战后的建立在人格尊严基础上的先验性和发展中国家对社会权的实证需求相结合的阶段。

社会权作为一种规范性事实虽然早就出现了，但真正引起人们对社会权广泛关注的是从1919年德国魏玛宪法开始的。1919年，德国出于缓和阶级矛盾的需要，在魏玛宪法文本中规定了大量的社会权条款。这些条款主要集中于对社会、经济生活方面的权利诉求，实现这些权利往往需要国家的积极作为，与传统上要求国家不作为的自由权截然不同。与此同时，19世纪末20世纪初，在由传统的自由放任阶段向垄断阶段过渡的过程中，资本主义国家的职能发生了极大的变化，国家对社会经济领域从消极不干涉发展为积极干涉，人们对国家有了更多的期待。因此，以国家积极作为为内容的社会权问题开始真正引起了人们的重视。但是应该看到，二战前，社会权在规范中的大规模地出现主要是出于实证的需求，并没有建立在先验的基础上。这与自由权具有深

厚的先验性的自然权利基础不同,致使宪法上虽然规定了社会权,但不可能真正得到重视。魏玛宪法中即规定了大量的社会权,但并没有得到认真地实践。

二战后,出于二战期间对人格尊严的践踏之反思,许多国家在宪法文本中规定或通过宪法法院判例发展出了以保障的人格尊严为核心的包括社会经济权利在内的基本权利体系,使社会权与自由权一样具有了超实证的先验基础。但另一方面,从人权实践的国际状况看,虽然在《世界人权宣言》中确认了人的尊严的先验性的地位,但发达的资本主义国家并不重视社会经济权利,而重视政治方面的权利,只有在许多发展中国家中,社会经济权利才得到重视。因此,对社会基本权利体系的理解虽有先验的基础,但仍与实证的需求不可分离。

从理论研究的状况看,只有被赋予了先验的基础,社会权的价值才真正与自由权一样得到人们的重视。但并不因为赋予了社会权先验的基础,就不存在争议了。恰恰相反,正是因为赋予了社会权先验的基础,社会权问题才真正引起争议,就连它的先验性基础本身也成为争议的一部分。

对社会权的争议,首先是对社会权本身包含的价值是否具有先验的正当性基础的争议。对于这个争议,基本上形成了两种观点。以克来斯顿(Cranston)为主要代表的否认说认为社会权不具有人权的属性,不是每一个人都能享有的,因而不能成为人权的一部分。^① E. W. Vierdag 也认为获得食

^① See, M. Cranston, Human Rights, Real and Supposed, in D. D. Raghael (ed.), Political Theory and the Right of Man, London: Mancmillan, 1967.

物的权利并不是一种个人的权利。他认为这仅仅是由政府在经济和社会领域制定的宽泛的计划,是政府给予的“特权”。^① 这一观点的代表人物还有 Guido Pincione^②、克罗斯(Cross)^③ 以及诺贝尔经济学奖获得者米尔顿·弗里德曼^④。总体上,在美国,社会权的道德意义并没有得到肯定,其中具体原因,桑斯坦从年代学(chronological)、文化、制度和现实主义等方面进行了探讨^⑤。国内也有学者认为社会权只是一种法定权,社会权是由宪法、劳动法、社会保障法所规定,由劳动法、社会保障法、刑法所保障的权利。^⑥

根据否定说的观点,社会权不具有超法律的道德上的正当性基础,不是人权的一部分,它的正当性来自于实定法的规定,而不是相反。虽然国际人权公约规定了社会权,但它仅具有道德规范的功能,不能自动成为国内法的渊源。将社会权仅仅看成是实定法上的权利,否定了它的先验性基础,实际上贬低了社会权本身存在的重要性,不能彻底体现其针对国家的功能。因此,卡尔·威尔曼(Carl Wellman)一方

① E. W. Vierdag, *The Legal Nature of the Right Granted by the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights*, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 9 (1978), p. 73.

② See, Guido Pincione, *Market Rights and the Rule of Law: a case for procedural constitutionalism*, *Harvard of Law & Public Policy* [Vol. 26 No. 2].

③ See, Fank B. Cross, *The Error of Positive Rights*, 48 *UCLA Law Review* 857 (2001).

④ 参见[美]米尔顿·弗里德曼:《弗里德曼论文萃》(上),胡雪峰、武玉宁译,首都经济贸易大学出版社2001年版,第98~100页。

⑤ 参见[美]桑斯坦:《为什么美国宪法缺乏社会和经济权利保障》,傅蔚冈译, www.law-dimension.com, 2004-11-11。

⑥ 参见白小平:《社会权初探》,载《社科纵横》2004年第4期。

面认为社会福利权首先是一个法定权利,在美国,它主要是指《对有需要帮助的儿童的家庭援助法》(AFDC)所规定的实体权利,以及有关福利的听证权利,主要包括为保证公平对待的权利和种族平等的权利两类。但他同时也认为对社会福利权的肯定仅仅停留在法定的层面上是不够的,若认为社会权仅仅是一个法定的权利,那么政府对该权利的设定、取消与增减就享有完全的自由裁量权,个人不具有主体性的地位。当然,他也认识到,作为道德权利,社会权是有争议、不确定的,最好的办法是通过政治程序达成一项政治协议,将其变成实定法上的权利才能解决问题。^①依据这种观点,宪法中不应该规定社会权,它应该通过一般法律逐步实现。

与之相反,社会权的道德性肯定说认为社会权的正当性并不是来自实定法本身,而有先验的价值基础,国家有义务,包括通过立法等各种手段来确认和保障社会权。支持社会权有深厚的价值基础的代表学者,如美国的米歇尔曼(Michelman)^②、鲁道夫·阿兰戈(Rodolfo Arango)^③、英国的福瑞德·特瓦因(Fred Twine)^④、法布瑞(Fabre)^⑤。从

① Carl Wellman, *Welfare Rights*, Rowman and Littlefield, 1982, p. 4.

② See, Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*, Oxford University Press and New York University School of Law 2003, I. CON, Vol. 1, 2003.

③ See, Rodolfo Arango, *Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy*, *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 2 June 2003.

④ See, Fred Twine, *Citizenship and Social Rights: The Interdependence of Self and Society*, SAGE Publications, London: Sage, 1994.

⑤ See, Fabre, *Social Right under the Constitution: Government and the Decent Life*, Clarendon Press Oxford, 2000.