

正法学文库

生存权保障 ——一种体系化路径

张扩振◎著



中国政法大学出版社



政法法学文库

生存权保障 一种体系化路径

SHENG CUN QUAN BAO ZHANG
YI ZHONG TI XI HUA LU JING



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

生存权保障：一种体系化路径/张扩振著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 11

ISBN 978-7-5620-7138-9

I. ①生… II. ①张… III. ①社会保障—研究—中国 IV. ①D632. 1

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第269864号

- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮 箱 fadapress@163.com
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 8.75
- 字 数 227 千字
- 版 次 2016 年 11 月第 1 版
- 印 次 2016 年 11 月第 1 次印刷
- 定 价 36.00 元

本书由

江西师范大学省卓越法律人才教育培养基地建设经费
资助出版

正大法学文库编委会

编委会主任：聂 剑

编委会成员：（以姓氏笔画为序）

王满生 刘延林 沈桥林

宗志翔 聂 剑 蒋九寓

熊时升 熊春泉 颜三忠

总 主 编：沈桥林

副 总 主 编：熊时升 熊春泉

总 序

在党的十八届四中全会精神指引下，江西师范大学把加快法学专业发展列入了发展战略规划。2015年10月，学校决定，组建以法学专业为主体的新政法学院。此前，政法学院也通过了一项卓越法律人才基地建设经费资助科研计划。恰逢此时，中国政法大学出版社又向我们伸出了热情的双手，愿意对我们倾力相助。缘此种种天时地利人和，新政法学院决定，利用江西省普通高校卓越法律人才培养基地建设经费，组织出版正大法学文库，尝试以此进一步激活教师们的学术细胞和科研情愫，提高科研热情，营造学术氛围。同时，也可以集中展示法学专业教师的最新研究成果，助力学科建设。

之所以定名“正大法学文库”，既取江西师范大学前身中正大学之简称，又采法律“大公至正”之精神，可谓前承历史，彰显法意。

江西师范大学源于1940年创办的国立中正大学。那时的法学专业在国内声名远播、群英荟萃。新中国成立后，学校更名为南昌大学。20世纪50年代院系调整，法学专业整建制调出。学校也只剩下师范部，遂更名为江西师范学院。此后，又几经周折，几经迁址。

现在的法学专业，始于1993年的经济法专科，1996年开始招收本科生。2003年，获批“宪法学与行政法学”硕士点。2004年6月，法学专业遴选为江西省品牌专业。2007年，获批法律硕士专业学位授权。2013年，获批江西省普通高校卓越法律人才教育培

养基地。这一时期，学院也从政教系发展到政法系、政法学院，再到新政法学院。

对法学专业而言，过去那段历史虽已尘封，现在的法学专业办学和师资与那时的法学专业也几乎没有承继关系，但那毕竟是我们的真实历史，不妨存入我们的记忆，化作我们的憧憬。

过去的辉煌给我们以信心！前辈的成就激励我们去追随！今天的我们任重而道远！我们必须坚定地走在由理想与现实共同铺就的发展之路上，头顶蓝天，脚踩大地，牵引专业奔向未来！

出版正大法学文库在我们法学专业办学史上是第一次，但肯定不会是最后一次。

对于文库，我们秉持开放态度。第一批选题，绝大部分来自现在学院的青年教师博士论文。我们的想法是，在已有经费渠道和资助标准基础上，先做起来。日后逐渐扩大资源渠道，开拓研究选题，坚持持久连续。待具备一定影响之后，再考虑面向校内外专家学者征集选题，把文库做成我们的品牌，期盼赢得学界的赞许！

愿正大法学文库未来辉煌！愿我们的法学专业越办越好！

聂剑

2016年7月6日于瑶湖之畔

自序

进入了21世纪的中国，经济快速发展，人民的生活水平逐步提高，对多数人而言维持基本的温饱和生存已经没有太多问题，作为基本权利的生存权似乎应该逐步淡出研究者的视野。但这仅是对生存权没有进行深入分析而得出的结论。实际上生存权是生活贫困的公民和发展中国家所拥有的一项个体人权和集体权利，这项权利从内容上包括生命、尊严、安全等内涵，从客体上讲是国家和国际社会与这类公民和国家的权利义务关系。因此生存权的内容非常丰富，既有社会无法消除的贫困公民的基本生存权，又有一般公民所拥有的扩展生存权。同时生存权是一项单独的权利，有着单独的权域范围，而非各种权利的集合。公民生存权的保障可以分为两条线和三个层次。其中，两条线分别是最低生活水准线和最低生存水准线。在这两条线的基础上，生存权保障又可以分为三个层次：生命之维持、基础生活物质保障、社会福利保障。

社会福利保障为最高层次的生存权保障，这里主要对社会福利保障问题做些分析，权作序言。

如何保障社会福利为世界各国所关注，并在宪法上形成了“社会权保障模式”和“社会国保障模式”两种类型。

在宪法基本权利中明确规定了社会权的一部分或者全部，要求国家尊重、保护、促进、实现这些权利的，均为社会福利的社会权保障模式。此模式除了在基本权利中规定社会权外，有些国家还规定了社会国家的原则。例如《法国宪法》第1条规定，“法兰西是一个不可分割、世俗、民主、社会的共和国”。世界上多数国家实

行这种模式。据统计,在 107 部宪法中,有 74 部宪法或多或少地规定了社会权利的一种或多种,占 69.2%。^[1]这些国家均可认为采取的是此种模式。^[2]

在宪法基本权利中没有社会权的内容,只是在宪法序言或者其他条款中有“社会国”“社会福利”“全民福利”等表述,则可以称之为社会国保障模式。其代表国家有美国、德国等。这一模式的特点是:首先,把有关社会福利的宪法规定视为一种宪法委托,或者方针条款,或者客观价值秩序。宪法要求立法者根据社会经济发展状况落实有关社会福利,宪法审查机构一般不加以干涉或者严格审查。其次,社会权利不是宪法的公民基本权利。

社会权与自由权的实现有着极大的不同。由于拥有权力的人总是倾向于扩大和滥用权力,国家侵害公民自由权的危险始终存在,公民自由的扩展有着难以逾越的权力屏障,宪法能够保持现有的公民自由已然非常不易。宪法审查机构需要对各种侵害公民自由的立法进行审查,以免侵害自由之法网愈发紧密。因此自由权扩张不易,保持原有的自由则需要宪法审查机构对立法的制约。

社会权由多数民众不断发展、推动,立法者尊重、保障、促进、实现宪法中的社会权可以获得民众的支持,并且还可以扩大国家的权力。立法者的约束主要来自财政的压力,但社会福利一旦确立就很难废除。立法者可以通过扩大对某些群体的税收来缓解财政压力,而不是设法取消已经设立的社会福利。一旦社会权成为宪法权利或者社会基本权,宪法审查机构将很难作出不维护此项权利的

[1] 王惠玲:《成文宪法的比较研究——以 107 部宪法文本为研究对象》,对外经济贸易大学出版社 2010 年版,第 88 页。

[2] 另外根据《公民权利与义务:世界各国宪法的规定》中 64 个国家的统计数据,有 48 个国家规定了社会权实行这种模式,占 75%。参见孙谦、韩大元主编:《公民权利与义务:世界各国宪法的规定》,中国检察出版社 2013 年版。

决定, 它会同立法者一起成为社会权扩展的推动者。因此社会权的扩张容易获得支持, 立法的限缩则动力有限, 这就容易使得社会权无限扩张, 而自由权不断萎缩。

在社会国保障模式下, 社会福利不是一种社会基本权, 宪法审查机构作出的决定就可以更为灵活, 不必作出较为严格的审查。行政机关作为社会政策的执行者, 如果其预算有严格的限制, 会倾向于在预算范围内作出一些对社会福利的限制, 宪法审查机构会倾向于尊重行政机关的判断。相比之下, 社会权保障模式下宪法审查机构的这种灵活性因权利的可救济属性而大大降低。^[1]对比以下两个案例可以得出这个结论。虽然这两个案例具有一定的片面性, 但实际上社会国和社会权这两种保障模式是背后的民众心理区别的产物, 是自由主义与社会民主主义的分歧所致, 宪法审查机构的做法就变得具有典型性了。

一个是南非的“格鲁特布姆等案”。南非是典型的社会权保障模式, 它在宪法中规定了诸如住房、医疗、食物、社会保险等一系列的社会权。这个案子主要涉及格鲁特布姆等 900 人被驱逐出临时住所而无家可归。他们要求政府履行《南非宪法》第 26 条规定的“任何人都都有权获得适足的住房”, “在申请人及其孩子获得永久住所前为他们及其孩子提供适足的基本临时性住处或住房”。^[2]虽然

[1] 香港终审法院的做法颇能说明这个问题。《香港特别行政区基本法》第三章“居民的基本权利和义务”第 36 条规定, “香港居民有依法享受社会福利的权利”。在孔允明案中, 香港终审法院一方面认为此条的社会福利非公民基本权利, “福利权的达成本质上依赖政府制定的政策以确定申请资格与福利水平”, “涉及稀缺社会资源的分配”, 法院应保持对立法与行政的尊重; 另一方面终审法院却在此案中判决香港政府败诉, 这同一系列的居留权案一样, 终审法院起到了保障和扩大社会福利受益群体的作用。参见秦静: “突破与保守: 香港终审法院涉福利权案的审理思路及其新进展”, 载《比较法研究》2015 年第 6 期。

[2] The Government of South Africa v Irene Grootboom and Others, Case CCT11/00, judgment of 4 October 2000, para. 4.

《南非宪法》第26条也规定了“国家必须在其可利用资源的范围内采取合理的立法和其他措施逐渐达到这项权利的实现”，但宪法法院面对宪法中明文规定的住房权，无法不采取行动来维护此项权利。宪法法院指出，在目前条件下，“履行这些义务对于国家而言是一项极其困难的义务”，尽管如此，“这些仍都是权利，宪法赋予了国家实现这些权利的义务。这是一种法院可以实施的义务，在适当情形下还是法院必须实施的义务”。^{〔1〕}所以，法院认为发布一项宣示性命令是必要的，根据这项命令，国家必须“为履行《宪法》第26条第2款施加的义务采取行动，包括有义务设计、资助、实施并且监督旨在为那些具有极度需要的人提供救济的措施”。^{〔2〕}

另一个是德国的“政府援助希腊案”。德国从俾斯麦时期已经开始了社会福利制度的建设，到了20世纪70年代，德国已经成为一个高福利的国家，社会福利支出已经占到了国家财政收入的50%左右。^{〔3〕}高福利对德国的发展带来了一系列的问题，对其的改革也就提上了日程，以期逐步削减社会福利支出。在这一过程中，德国宪法法院基本上支持了对福利的削减，“大学名额案”的判决就是其中之一。2010年德国进一步压缩了社会福利支出，并提出用2730亿欧元援助希腊^{〔4〕}，要求希腊也采取相应的财政紧缩和福利削减政策。对此5名学者和1名议员提出政府的这一行为侵害了德国公民的财产权。2011年9月宪法法院的判决支持了政府的行为，

〔1〕 The Government of South Africa v Irene Grootboom and Others, Case CCT11/00, judgment of 4 October 2000, para. 94.

〔2〕 The Government of South Africa v Irene Grootboom and Others, Case CCT11/00, judgment of 4 October 2000, para. 96.

〔3〕 王云龙、陈界、胡鹏：《福利国家：欧洲再现代化的经历与经验》，北京大学出版社2010年版，第90页。

〔4〕 “德国宪法法院裁定德国救援希腊行动合法”，<http://money.163.com/11/0907/17/7DC69A51002533TM.html>，2016年5月21日访问。

为德国政府在可能影响本国公民福利待遇的情况下，出资参与对希腊等国的救助开辟了道路。^[1]这一决定看似针对财产权保护问题，实际还是基于社会国原则的灵活性——宪法法院不必一定保护这种类似财产权的福利权。

与之对比的希腊宪法则有社会权的规定，负责宪法审查的特别最高法院则无法具有德国的这种灵活性。希腊在民众的压力下不断扩大社会福利的范围，“据欧洲央行的统计，2011年希腊有29%的劳动力为公共部门服务，连一些出租车司机都是政府公务员。他们退休后享受非常优厚的待遇，可以提前退休，并且享有和工作时一样甚至更高的薪水待遇”。^[2]没有机构可以制约社会福利的扩张，导致希腊发生了严重的债务危机，人民生活水平下降。

我国宪法的社会福利保障模式是什么呢？从宪法中寻找有关社会福利的规定并不困难。我国宪法除了在公民基本权利中规定了一些社会权之外，还在序言和总纲中规定了一些纲领性条款。例如序言中有关社会主义的规定，总纲中有关医疗卫生、社会保障、环境保护的规定。从这些条款看，我国似乎是社会权保障模式，但现有的宪法审查机制能不能为社会权提供全面的保障呢？

宪法审查机制对社会权提供的保障有两种：首先，宪法审查为公民已经被法律化的社会权之实现消除阻碍提供救济，这是消极保障或称维持保障，例如日本的朝日诉讼。我国宪法审查机关可以用“规章的规定被认为不适当”“违背法定程序”等《立法法》的规定审查规范性文件对社会权实现的不合宪规定，例如最低生活保障过度严苛的申请条件、过度繁杂的申请程序等。其次，对没有被法律化或者处于法律的模糊地带的社会权予以确认，要求行政、立法

[1] 翟翌：“‘社会保障权’对‘福利权及’弱势群体权利‘的超越’”，载《理论月刊》2012年第3期。

[2] 于晓华：“德国为什么突然决定放弃希腊”，<http://opinion.caixin.com/2015-01-06/100771321.html>，2016年5月24日访问。

机关通过积极作为予以保障,这是积极保障或称扩展保障,例如香港的居留权案。这种情况往往需要由公民在面临法律困境时提出,我国宪法审查中的公民审查建议权和有权机关要求审查权可以满足此项。然而事实上我国的宪法审查机关在这两个方面均很少作为,这使得我国社会福利保障的宪法保障模式向社会国保障模式靠近,而不是社会权保障模式。

制度是社会心理的产物,反过来制度也在形塑社会心理,这样的交互强化使两种模式趋向分离。另一方面,人类社会发明的市场作为一种扩展秩序,为人与人的相互学习畅通了渠道,为知识的增量发展带来有效机制,这种扩展秩序为两种模式在彼此修正中靠近打下了基础。我国的社会福利保障模式就是以社会权保障模式的表象向社会国保障模式靠拢。

社会国保障模式并不排斥社会权。社会权可以分为公法意义上的社会权和私法意义上的社会权。社会权基于社会之互助,是单个公民对社会提出的要求。虽然通过政府的居间努力实现有着整体性、全面性、前瞻性等优点,可以更好地实现公法意义上的社会权,但也不能忽视社会力量的直接实施。民间慈善、赈灾、互助、公司的公益行为等方式都是社会权实现的应有之意。在公私法日趋交叉、国家与社会之间的界限变得模糊的当下,国家不应仅仅设定政府直接实现社会权的义务,还应放松管制,放手让民间力量参与到社会权的保障之中,让社会能够保障私法意义上的社会权,这才符合社会权的真意。

总体而言,社会福利的实现有赖两个方面的支持:其一,社会财富的增加。这一方面要求国家维护公民的私有财产权,公民私有财产的扩展是国家财富转移的基础;另一方面要求全民投资的企业应当限制在一定的领域,以防止对社会财富的过分侵夺。其二,国家给付制度、权利救济制度的完善。

就生存权的实现而论，国家的物质给付虽然重要，但仅仅起补充作用，更重要的是需要国家通过提供各种制度供给为生存权构建体系性保障构架。这一构架以社会保障制度为主体，以保护公民财产权为重点，以维护公民的经济和社会权利为两翼，以维护公民的自由为原则，以有尊严、重健康的生存为目标。

作者

2016年7月20日

目录 | contents

导 言	1
第一章 生存权的意涵与保障历史	9
第一节 生存权的法哲学基础	9
第二节 生存权的法释义学解读	13
第三节 生存权保障的历史	26
第二章 生存权保障的体系建构	66
第一节 生存权保障体系化的立论基础	66
第二节 我国生存权保障的体系化构架	97
第三章 生存权保障的基础性制度	106
第一节 财政税收制度是生存权保障的前提	106
第二节 社会保障制度是生存权保障的核心	117
第三节 农村土地制度是生存权保障的基础	131
第四章 生存权保障的关联性权利	146
第一节 关联性经济权利	146
第二节 关联性社会权利	160
第三节 关联性政治权利	169

第五章 生存权保障的救济体系	187
第一节 生存权的行政救济	187
第二节 生存权的司法救济	192
第三节 生存权的其他救济方式	221
结 语 政策还是法律?	226
参考文献	242
致 谢	261

导 言

一、我们是否还需要保障生存权

随着经济的发展，我国的经济总量已经跃居世界第二，公民的物质生活质量有了大幅的提高。这是否意味着我国多数公民的生存权都得到较好的保障了昵？回答是否定的。

1. 我们需要关注的是贫困人口。大量的贫困人口的存在是中国不可忽视的问题。对中国有多少贫困人口，官方的答案是农村有大约 3597 万。且不论这个数字是否精确，但它排除了农民工和城市贫困人口。有人做了估算，中国城市贫困人口在 2140 万左右，农民工贫困人口在 4000 万左右。加上官方的农村贫困人口，最保守的估计中国的贫困人口也在 1 亿左右。尽管对贫困的标准和贫困人口的数量存在激烈的争议，但是我国存在相当数量的贫困人口乃是不争的事实。这些贫困人群大多数每天仅仅为吃饭而奋斗，我国生存权保障的艰巨性可想而知。

2. 关注一下农民工的生存状况。据国家统计局发布的《2009 年农民工监测调查报告》的数据，2009 年我国 2.3 亿农民工中，80% 以上从事制造业、建筑业和服务业等较为艰苦的行业，而且工作时间很长，每周工作时间近 60 小时，同劳动法规定的 40 小时相比高出 50%。^{〔1〕}也就是说，2.3 亿农民工的生存质量存在严重的问题，很大程度上他们成了资本的奴隶。

〔1〕 国家统计局农村司：“2009 年农民工监测调查报告”，http://www.stats.gov.cn/tjfx/fxbg/t20100319_402628281.htm，2010 年 10 月 20 日访问。