

“十二五”国家重点规划出版图书



中国法学学术丛书

社会权的 可诉性及其 程度研究

龚向和 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学学术丛书

社会权的 可诉性及其 程度研究

龚向和 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会权的可诉性及其程度研究 / 龚向和著. —北京:
法律出版社, 2012. 7

(中国法学学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3760 - 8

I. ①社… II. ①龚… III. ①宪法—权利—研究
IV. ①D911. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 166591 号

中国法学学术丛书	社会权的可诉性 及其程度研究	龚向和 著	责任编辑 贾 菲 董 飞 装帧设计 李 瞻
----------	-------------------	-------	--------------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.75 字数 323 千

版本 2012 年 8 月第 1 版

印次 2012 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3760-8

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们这套丛书出好。

目 录

引 言 / 1

第一编 社会权的可诉性及其程度： 理念探究 / 7

第一章 可诉性概念 / 9

第一节 狭义的可诉性 / 10

第二节 广义的可诉性 / 14

第三节 两个层面、两个维度的可诉性 / 18

第二章 社会权的可诉性程度：权利理论 侧面 / 22

第一节 消极权利与积极权利侧面 / 22

第二节 社会权的司法效力侧面 / 36

第三节 社会权保护方法侧面：权利的 “一体化方法” / 51

第三章 社会权的可诉性程度:国家义务层次理论视角 / 59

第一节 国家义务之于公民权利之价值 / 60

第二节 社会权的国家义务内容体系 / 70

第三节 社会权的国家义务可诉性程度 / 84

第二编 社会权的可诉性及其程度:制度分析 / 99

第四章 社会权的可诉性及其程度:全球层面立法实践分析 / 101

第一节 联合国决议的认可 / 102

第二节 一般性国际人权公约的确认 / 106

第三节 特定国际人权公约的确认 / 131

第五章 社会权的可诉性及其程度:区域层面立法实践分析 / 140

第一节 欧洲立法实践分析 / 140

第二节 美洲立法实践分析 / 151

第三节 非洲立法实践分析 / 160

第六章 社会权的可诉性及其程度:国家层面立法实践分析 / 168

第一节 宪法规定了社会权,并确认其可诉性 / 171

第二节 宪法没有规定社会权,但确立了司法审查 / 176

第三节 宪法规定了社会权,但只作为国家政策指导原则 / 182

第四节 普通立法对社会权可诉性的规定 / 187

第三编 社会权的可诉性及其程度:运作分析 / 195

第七章 社会权的可诉性及其程度:国际层面司法实践分析 / 197

第一节 人权事务委员会的司法实践 / 198

第二节 其他国际人权监督机构的司法实践 / 212

第三节 国际层面社会权司法保护的限度 / 220

第八章 社会权的可诉性及其程度：区域层面司法实践分析 / 223

第一节 欧洲司法实践分析 / 223

第二节 美洲司法实践分析 / 235

第三节 非洲司法实践分析 / 240

第九章 社会权的可诉性及其程度：国家层面司法实践分析 / 245

第一节 视社会权为主观权利的直接司法保护 / 246

第二节 通过适用正当程序或平等保护规范的间接司法保护 / 263

第三节 视社会权为客观权利的间接司法保护 / 280

第四编 中国社会权的可诉性及其程度：比较与借鉴 / 291

第十章 中国社会权的可诉性及其程度：现状分析 / 293

第一节 立法现状分析 / 293

第二节 司法现状分析 / 309

第十一章 中国社会权的可诉性及其程度：中外比较分析 / 337

第一节 中外社会权理论比较 / 338

第二节 中外社会权立法实践比较 / 344

第三节 中外司法实践比较 / 357

第十二章 中国社会权的司法保护之路：借鉴与展望 / 366

第一节 中国社会权司法保护的总策略 / 367

第二节 中国社会权的民事诉讼保护路径 / 380

第三节 中国社会权的行政诉讼保护路径 / 395

第四节 中国社会权的宪法诉讼保护路径 / 400

主要参考文献 / 413

后 记 / 427

引 言

本书中的“社会权”是指主要依赖国家积极义务保障的包括劳动权、生存权和受教育权的一组权利,大致相当于《经济、社会和文化权利国际公约》(以下简称《社会权公约》)规定的权利。^{〔1〕}与社会权相对应的概念是自由权,大致相当于《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《自由权公约》)规定的权利。^{〔2〕}国际社会从 20 世纪 50 年代制定世界人权公约始就展开对社会权可诉性问题的争论,但由西方自由主义传统主

〔1〕 关于“社会权”术语,不同学科存在不同的表述,如“经济(和)社会权利”、“社会经济权利”、“社会权利”和“经济、社会和文化权利”等。本书主要依据宪法学界的约定俗成使用“社会权”这一最简洁的术语。如无特别说明,本书均在同一意义上使用上述术语。

〔2〕 也有部分学者为阐述方便、简洁,把联合国两大人权公约简称为《社会权公约》和《自由权公约》,且用社会权与自由权分别指代两个人权公约规定的权利。〔日〕大沼保昭:《人权、国家与文明》,王志安译,三联书店 2003 年版。

导的国际人权理论,虽然承认社会权的人权地位和法律性质,却否定其可诉性。自1990年联合国经济、社会和文化权利委员会开始讨论起草《社会权公约任择议定书》时起,社会权可诉性问题再次成为国际人权学界关注的焦点,主流理论逐渐被否定。同时,国际、区域和国家层面的司法实践,逐步确认了社会权的可诉性。国外的研究出现了一批学术著作和论文,主要从以下几个方面论证社会权的可诉性:

一是从两代人权关系角度,如从正面通过对两代人權的共性比较、从反面通过批驳主流人权理论关于两代人权间的区别、从两代人权不可分割与相互依存的联系以及从人的完整性、人的尊严与体面生活角度等。二是对国际公约特别是《社会权公约》有关条款、经济、社会和文化权利委员会一般性意见及该公约任择议定书的研究,论证了国家核心义务和社会权最低水平的司法保护。同时,通过对主要国际人权监督机构,如人权事务委员会、消除种族歧视委员会以及反对酷刑委员会的个别裁决研究,论证社会权的可诉性。三是对区域人权条约和判例的研究,特别是欧洲社会宪章、欧洲人权公约、欧洲基本权利宪章以及欧洲人权法院和欧洲正义法院判例。如欧洲人权法院对欧洲人权公约所保护的權利进行扩大性解释,将公约的保护范围扩大到社会权领域。美洲国家间人权法院和美洲国家间人权委员会的裁决也有一部分涉及对社会权的保障。四是宪法学界对宪法学理论与宪法判例研究,通过对宪法效力、宪法权利、宪法解释、违宪审查等的理论探讨,辅以各国出现的社会权宪法判例,主张宪法社会权的可诉性,形成了比较完备的宪法权利可诉性理论。

国内的研究远远落后于国外。直到中国政府1997年签署《社会权公约》,特别是2001年全国人大常委会批准该公约,才有部分学者涉足这方面的研究。近年来,我国法学界越来越多的学者对社会权可诉性问题产生了兴趣。包括国际法学、宪法学及法

理学等专业在内的学者还出版了社会权可诉性问题的著作,其中个别学者的研究还深入到社会权可诉性程度问题。^{〔1〕}

上述研究现状分析表明,社会权的可诉性及其程度研究在国外受到宪法学、国际法学及法理学的青睐,他们从理论与实践的角度,从单个权利到整类权利,在国际、区域及国家宪法层次,分析论证了社会权具有的可由司法保护的性质,形成了比较成熟的权利理论,积累了丰富的司法实践经验。但是,国外研究也存在一些缺陷。首先,由西方自由主义主导的当今国际人权理论仍然质疑甚至否定社会权的可诉性。其次,热衷于定性研究即是否具有可诉性,极少进行定量研究即探讨可诉性程度。最后,没有出现融合宪法学、国际法学及法理学等多学科从国际、区域和国家层次进行系统研究的社会权可诉性问题著作。

社会权可诉性及其程度是人权保障领域的重大理论与实践问题。从理念、制度与运作三个层面全面分析论证社会权的可诉性及其程度,在人权理论方面填补了空白,有助于社会权理论的成熟和人权理论的全面发展;在立法方面有助于社会权司法保护的制度化、规范化;在司法方面可以为司法机关提供更为明确、稳定的标准,从而有助于减少社会权争议及加快有关争议的处理。对中国而言还有更深刻的意义。中国是一个高度重视人权理论与人权制度保障,不断发展人权事业的社会主义国家,对社会权的优先保障使之成为中国人最基本的人权。改革开放 30 多年

〔1〕 比较全面研究社会权可诉性问题的著作有:黄金荣在其 2004 年博士学位论文“经济和社会权利的可诉性问题”基础上出版的《司法保障人权的限度——经济和社会权利的可诉性问题研究》(社科文献出版社 2009 年版);柳华文在 2008 年联合国人权事务高级专员和中国社科院法学所共同举办的国际研讨会会议论文基础上编辑的《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);夏正林出版的《社会权规范研究》(山东人民出版社 2007 年版);郑贤君出版的《基本权利研究》(中国民主法制出版社 2007 年版)。

来,中国人的法治观念、权利意识显著增强,对权利的需求越来越大,特别是对社会权的需求。中国已经批准了《社会权公约》、《儿童权利公约》等10多个国际公约,通过司法实现这些公约中的社会权是国家不可推卸的责任和保障社会权最有效的方式。十六届六中全会决定指出,当前影响我国社会和谐的一个重要矛盾是“就业、社会保障、收入分配、教育、医疗、住房、安全生产、社会治安等方面关系群众切身利益的问题比较突出”,这些利益在法律上的表现就是社会权。通过司法保障每个公民享有最低限度的社会权,是化解这一矛盾、促进社会和谐的有力措施。

因此,本书研究内容分为以下四编:

第一编,社会权的可诉性及其程度:理念探究。社会权的可诉性逐渐被学界认可,但是其可诉性程度却因不同权利理论以及权利相对应的国家义务理论而表现出巨大差异。因而需从有关社会权理论与其相对应的国家义务理论去探析各种情形下的可诉性程度,如积极权利与消极权利理论、社会权效力理论、社会权保护方法理论及国家义务层次理论等,从而提出社会权可诉性程度的一般理论。

第二编,社会权的可诉性及其程度:制度分析。这是对社会权可诉性及其程度的立法实践研究,主要对国际、区域和国家三个层次的立法进行考察,分析社会权可诉性及其程度的法律依据和现有立法的缺陷,探寻相应的完善措施。

第三编,社会权的可诉性及其程度:运作分析。这是对社会权可诉性及其程度的司法实践研究,通过对国际、区域和国家三个层次的司法机关作出的判例进行研究,归纳权利保护的广度和深度,并对照立法比较分析司法机关对立法保护程度的发展。

第四编,中国社会权的可诉性及其程度:比较与借鉴。通过比较分析中国与国外在人权理念、制度与运作方面的差异及原因,根据中国政治、经济、社会和文化发展特点,吸收国外有益经

验,提出切实可行的可诉性理论和制度设想。

本书基本思路:以马克思主义为指导,以全球视角分别对国际、区域、国家宪法三层次进行宏观的横向系统研究,同时也对各层次进行微观的纵向对比定量分析研究,批判继承国外有益经验,尊重和保障人权,完善我国的社会权司法救济制度。

第一编

社会权的可诉性及其程度： 理念探究

社会权的可诉性虽然逐渐被理论界认可,但争议仍然存在。如果说国际社会基本确立了社会权的可诉性即定性问题的话,那么社会权的可诉性程度问题即定量问题还是一个尚处于初步探索的新问题。社会权的可诉性程度,一方面表现在横向方面的广度即可诉社会权的范围和种类,另一方面表现在纵深方向的深度即可诉社会权对应的各个层次的义务。^{〔1〕}理论界在已有的法治框架和政治体制下通过纷繁复杂的社会权纠纷,对社会权的可诉性程度进行了尝试性的理论研究,以求解决社会权可诉性的广度与深度问题。社会权的可诉性程度因不同权利理论以及权利相对应的国家义务理论而表现出巨大差异,因而需从有关社会权理论与其相对应的国家义务理论去探析各种情形下的可诉性程度,提出社会权可诉性程度的一般理论。为此,本编第一章对社会权可诉性概念进行分析,第二、三章试图对这一正在热议的社会权可诉性程度问题分别从权利与义务两个方面进行梳理,从法学理论侧面展示当今社会权在多大程度上具有可诉性。

〔1〕 龚向和:“理想与现实:基本权利可诉性程度初探”,载《法商研究》2009年第4期。

第一章 可诉性概念

在人权的可诉性讨论中,因概念理解的分歧从而使对某一问题所持观点并不矛盾的人们争论不休,概念纷争成为学界相互交流、理解与容忍的障碍。在这类概念中,除“社会权”之外,“可诉性”是其中容易引起争议的重要概念。“可诉性”,英语中通常表达为“justiciability”,有时还用“suability”或“actionability”。我国对“justiciability”的中文翻译多样,如“可诉性”、“可司法性”、“可审判性”及“可受法院审判性”等,其中,使用最频繁的是“可诉性”。^{〔1〕} 由于人权可诉性在过去的半个世纪里一直是国际法学和国内法学特别是宪法学关注的热点问题,可诉性成为一个不确定的法律概念,“不仅在不同语境中是不同的,而且其内容还随着时间

〔1〕 在中国期刊网全文数据库中,论文名称中使用“可诉性”论文的数量远远多于名称中含有“可司法性”、“可审判性”或“可受法院审判性”的论文数量。

的变化而变化”〔1〕从概念界定的路径来看,可诉性有两个基本的维度,即从权利人出发和从审查裁决者出发,但多从审查裁决者出发来界定。根据审查裁决者的不同,形成了国内法与国际法层面对可诉性的两种最基本的理解,即狭义与广义的可诉性。本章将重点剖析学界关注较多的狭义与广义可诉性,同时考察这两种理解对权利人维度的界定。

第一节 狭义的可诉性

在国内法中,可诉性是一个常用概念,且通常从被诉标的的角度使用,如行为特别是行政行为的可诉性、法的可诉性、纠纷可诉性及权利的可诉性等。而受理诉的机关通常是指作为司法机关的法院。因而可诉性的“基本含义是,某一事项或规范可以被司法机关进行裁判的属性”〔2〕这是对可诉性的狭义理解,即某一事项或规范只由作为司法机关的法院受理并裁决的属性。作为直接指向法院系统的可诉性概念也被称为司法主义(“judicialism”)〔3〕

在行政法学(包括行政诉讼法学)中,关于行政行为的可诉性研究是其重要内容,具体行政行为和抽象行政行为的划分与这种可诉性理论关系密切。而在所有关于行政行为的可诉性研究中,

〔1〕 Craig Scott & Patrick Macklem, Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution, 141 U. Pa. L. Rev. 1, 17(1992).

〔2〕 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16页。

〔3〕 See Jackbeth K. Mapulanga-Hulston, Examining justiciability of Economic, Social and Cultural Rights, The International Journal of Human Rights, Vol. 6, No. 4 (Winter 2002), p. 36.