

## 论社会权的宪法规范基础\*

王 蕾

**内容提要:**尽管我国学界主流观点倾向于肯定社会权的宪法基本权利性质,但却只是基于“事实平等”应得到保障这样的价值追求上的理由,而未能提供一个宪法规范意义上的依据。因此,有必要通过确立“事实平等”在宪法平等规范中的地位,论证“事实平等”这项价值追求乃是宪法平等规范的应有之意,来为社会权寻得一个更为坚实的宪法规范基础。

**关键词:**社会权 基本权利 事实平等 平等规范

王蕾,黑龙江大学法学院讲师,法学博士。

社会权是否具有基本权利性质,在西方国家是一个有着广泛争议的学术问题,至今美国和德国的司法界及学术界的主流仍不承认社会权的基本权利地位。虽然我国宪法学界的多数观点倾向于肯定社会权的基本权利性质,但对于社会权作为基本权利的理由、尤其是实证的规范上的理由却缺乏仔细的推敲和论证。

社会权的宪法地位不明确的表面原因是,与其他的宪法基本权利相比,社会权并非基本权利的典型形态,它的内容更为复杂,情况又参差不齐。它一方面包括了一些诸如“国家应当保护环境、促进就业……”等通常被看作“政策宣言”或“宪法委托”的内容;<sup>[1]</sup>另一方面又包括了一些像“最低生存保障”、“基本教育”、“基本健康医疗”等被公认为宪法权利的内容。<sup>[2]</sup>社会权地位不明确的更为深层次的原因在于,社会权与传统的自由权、自由的市场经济体制以及民主治国理念之间有着内在的冲突。<sup>[3]</sup>有学者认为,国家在多大程度上可以将一部分人的财产(通过税收)分配给另一部分人使用,应当由议会通过立法的形式来加以确认,而不应通过法院以宪法权利的方式予以保障。<sup>[4]</sup>这种观点所表达的其实是一种观念层次上的隐忧:国家可以在多大程度上实现事实平等的目标?事实平等是否是一项宪法上所保护的价值?它和法律平等如何共存于宪法的框架之下?二者之间的关系如何?这一系列问题的答案对于解释社会权的宪法地位来说是至关重要的。正因为这些问题还没有得

\* 本文得到2008年度黑龙江省社科研究规划项目“和谐社会建构中平等权保障的理论与实践”的资助,特此感谢。

[1] 参见钟秉正:《社会福利之宪法保障——兼论相关宪法解释》,载汤德宗主编:《宪法解释之理论与实务》,台湾中央研究院法律研究所筹备处2006年版。

[2] 参见钟秉正:《论社会法之生存权保障功能——以社会救助制度为例》,《台北大学法学论丛》第五十四期。

[3] 参见陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(上),元照出版公司1999年版,第124-127页。

[4] 参见[英]哈耶克:《自由秩序原理》(下),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第172页。

到实证的规范意义上的解答,所以,尽管社会权的内容出现在宪法文本中已经两个多世纪,<sup>[5]</sup>当今世界各国的宪法中几乎都有相关规定,其重要性也日益受到国际社会的普遍承认,但社会权的宪法性权利地位却从未得到稳固的确立。因为纯粹的价值理由并不能证立一项法律权利的存在,一项法律权利必须以法律规范为存在的依据。

## 一 平等原则的规范结构

众所周知,平等原则的古典公式是“相同情况,相同对待;不同情况,不同对待”。平等原则是正义的形式要素,它本身并不包含任何实质性的价值判断,<sup>[6]</sup>从而可以承载完全不同的正义标准。边沁认为,依据个人对社会福利总和的贡献对待每一个人是最符合正义的。<sup>[7]</sup>诺齐克则以为,正义应当是依据个人的权利和能力对待每一个人。<sup>[8]</sup>与他们不同,罗尔斯心目中的社会正义是,依排除先天优势的个人的努力和使最少受惠者获益的原则对待每一个人。<sup>[9]</sup>这些不同的正义理论都是“平等主义者”,他们在逻辑上的共通之处,是“依据某种合理的标准对待每一个人”,也就是“相同情况,相同对待;不同情况,不同对待”。既然平等原则的内涵是纯粹形式的,那么由什么来决定应该相同对待,还是不同对待?要回答这一问题,必须着眼于平等原则的规范结构特点。

结合规则与原则的实质性区分理论,<sup>[10]</sup>平等规范的两个组成部分在性质上分别是两个“原则”,这两个子“原则”分别是“相同对待原则”和“区别对待原则”,这是从规范的适用特点上进行的归类。<sup>[11]</sup>并且,组成平等公式的是两个目标完全相反的原则,这两个目标分别指向“相同对待”和“不同对待”,这两个相互竞争的要求之所以是“原则”,主要在于,就具体个案而言,它们之间的优先顺序主要取决于“衡量”。如果“相同对待”在当前的案件中具有较高的的重要性,则其法律效果受到确定的保障,“不同对待”即被推翻,反之亦然。但是,这两个子原则并不具有相同的“初步性特征”。“相同对待原则”具有不需证明的初步的优先性,而每一个基于“区别对待原则”而提出的主张都要证明其自身的合理性。

因此,平等原则的规范内容在相当程度上是由平等规范的两个“原则”子项——“等等者等之”、“不等者不等之”——的衡量所决定的,这种“衡量”并非抽象的空想,而是在特定“目的”的指引下进行的。因此,平等规范的规范内容到底为何,首先要从其规范目的着手。

[5] 最早的社会保障权规范出现在1793年《法国宪法》第21条:“每个社会都有给予其人民工作及不能工作的人民生活资助的义务。”系统规定社会保障权的宪法是1919年《魏玛宪法》,该法第161条、第163条要求国家建立维护国民生存权的社会保险和社会福利制度:“为保持健康及工作能力保护产妇及预防因老病衰弱之生活经济不生影响起见,联邦应制定概括之保险制度”;“德国人民应有可能之机会,从事经济劳动,以维持生计。无相当劳动机会时,其必需生活应筹划及之。其详细,另以联邦单行法律规定之。”

[6] 参见[德]G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第132-133页;及[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第229页。

[7] 参见[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第16-19页。

[8] 参见Nozick Robert, *Anarchy, State, and Utopia*. Basic books, 1974. p. 1.

[9] 参见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1998年版,第302页。

[10] 有关规则与原则的实质性区分理论,参见Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978. pp. 17-44. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002. pp. 47-66.

[11] 参见王蕾:《宪法平等规范的诠释观:理念、规范与实践》,法律出版社2008年版,第86-126页。

## 二 法律平等与事实平等

从世界范围来看,19世纪以来宪法平等观念在内涵上,从单纯的“法律上”的平等转变到在追求法律平等的同时也强调“事实上”的平等。法律平等指在法律规范层面上相同的法律待遇,事实平等则是指在事实的社会经济关系层面上的均等。<sup>[12]</sup>就内容而言,法律平等与事实平等是一对有特定含义的概念,尽管二者与“自由”有着必然关联,但它们并非“自由”这个概念纯粹的逻辑推演的结果,而是特定历史场景所产生的特殊问题催生出来的。

### (一) 消极自由与法律平等

法律平等的观念产生于近代,1776年《美国独立宣言》中的“人类平等被创造乃不证自明之理”、1789年法国《人权宣言》中的“人类生而自由平等”,都可被视为法律平等观念的表现形态。就学说使命而言,法律平等观念所批判的是当时的封建身份和特权制度,反映了新兴资产阶级实现自由竞争的经济与政治诉求,其与消极自由观是相伴而生、相辅相成的。它们都来自于这样一种关于人性的预设,即每个人在本性上都具有相同的理性。二者都是建立在相同的个人与国家关系的理论图景之下——公共权力与私人生活的分离和对立。

消极自由常被表述为“免于被国家干预的自由”,这个概括过于简单化,更准确的含义应是“在公共事务上免于国家无法律依据的干预、在个人事务上免于国家直接干预的自由”。消极自由首先涉及到公共领域和私人领域的划分问题,然后依此分别确定国家与个人之间的关系样式。国家只能在公共领域内依照预先确定的标准直接地干预私人的行为,而在私人领域内只能采取有限的、间接的方式予以干预甚至是完全放任。“依法行政”与“意思自治”这两个口号是对这种关系的精当概括。

法律平等在消极自由观设定的国家与个人的关系模式之下主张,每一个站在国家面前的个人都应当被等同视之。法律平等作为一个比较性的概念,比较的不是纯粹个人之间的关系,而是每一个个人在与国家所建立的关系上是否相同,它不仅要求国家像不干涉别人那样同样地不干涉自己,还要求在国家进行干预时对所有人等同视之。

### (二) 积极自由与事实平等

消极自由与法律平等这两个理念的确立无疑促进了资本主义的发展,但在这个过程中,资本主义的诸多弊端也暴露出来,并因此导致了严重的社会冲突。这是既有体制无法解决的问题,由此人们把注意力集中到这些冲突的源头上,认识到“管得最少的政府不再是最好的政府”、“法律平等原则并不能自动排除对社会中弱势群体的压制性待遇”。<sup>[13]</sup>在这种背景下积极自由与事实平等这两个观念才得以彰显,体现在宪法层面,是所谓的第二代人权“经济社会权”的产生,在具体法律层面则是社会性立法的大规模出台。在消极自由权向经济社会权过渡的过程中,事实平等的理念则起到了中介枢纽的功能。<sup>[14]</sup>

20世纪前后被张扬的“积极自由”观念,并没有彻底替代消极自由的企图,而仅试图修正因消极自由而来的国家与个人之间的关系模式。积极自由观区分了“个人事务”的类别,

[12] 参见许志雄、蔡茂寅等:《现代宪法论》,元照出版公司1999年版,第96页。

[13] Julius Stone, *Human Law and Human Justice*, Stanford, 1965, p. 326.

[14] 参见许志雄、蔡茂寅等:《现代宪法论》,元照出版公司1999年版,第97页。

不再是一概地放手不管,对于其中那些个人面临的、无法克服的社会问题,国家要积极地予以帮助。尤其是当政府或法律体制本身对当事人“弱者”地位具有型塑作用时,国家更是负有不可推卸的责任。“我们必须坚持认为政府并非一个物体,而正是一套规则、原则和概念,它们与某种意义上的先在政治行为所构成的背景形成互动。同时我们必须把所涉及的人和事都看作非前政治性的;他们同样是由政治与法律的互动所塑造的。”〔19〕公共领域与私人领域之间不再被认为是泾渭分明的,而是出现了一个彼此融合的“社会领域”。在这个领域里坚持原有的国家与个人的关系模式就不合适了,所谓的国家由“守夜人”向“保护者”的转变,主要就发生在这个领域。与积极自由观念相对应,在其提供的新的国家与个人关系模式下,事实平等对原有的那种以“国家同等地对待每一个人”为内容的个人之间的关系模型进行了修正。它主张在特定事物上给予个人以不同的法律地位,以达到“保护”的目的,进而实现事实上的个人之间的等同。

无论是法律平等与事实平等,还是传统自由权与社会权,都不可能在宪法中处于相同的地位。“如果无视人的事实上的差异而将平等推向极端,人的自由与自律的发展就会受到破坏;反之,如果无抑制的肯认自由,则又会导致少数政治上或经济上的强者在牺牲多数弱者的基础上增大其权力与财富,出现不当的不平等。”〔15〕而“严格意义上的社会基本权,非侵害契约自由、营业自由和私有财产权即难以实现。事实上,社会基本权在任何情况下,均是对传统自由权的侵害或所加诸的某种限制。”〔16〕从经验层面上看,事实平等并没有彻底取代法律平等的地位,法律平等原则仍然广泛地作用于法律体系中的权益保障,而事实平等仅适用于对社会经济权利的保障,其适用情形主要是指,当由于偏见或其他原因所造成的歧视和由于不可归责于个人的原因所造成的贫困阻碍社会成员的人格发展和实现之时,国家负有采取必要行动解救被歧视者和贫困者的义务。〔17〕还应继续追问的是,在宪法规范的性质上,二者是否可以被同时纳入宪法平等权条款的解释当中?如果可以的话,它们各自具有怎样相同或不同的地位?由于这些问题是伴随着事实平等观念的引入而产生的,下面将以事实平等在司法审查中的证立特点作为一个切入点。

### 三 平等规范的政策面向

20世纪之后,宪法平等规范追求的规范目的,“事实平等”的加入,所导致的一个直接的后果,就是平等规范在实践领域向我们呈现出一个“政策”的面孔。这里所说的“政策”也属于“原则”的一种,与后者具有相同的适用特征,但却具有不同的内涵。由此,“原则”可分为两类,一类以“个人”为目的,而另一类以“社会”为目的,后者就被特别地称为“政策”。〔18〕

#### (一) 事实平等在平等规范中的位置:经验层面

尽管在抽象的价值层面,事实平等的正当性已经在福利国家的理念下得到了初步的支

〔15〕 [日]芦部信喜:《宪法》(3),有斐阁1998年版,第5页。转引自林来梵:《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》,法律出版社2001年版,第107页。

〔16〕 徐振东:《社会基本权理论体系的建构》,《法律科学》2006年第3期。

〔17〕 参见许志雄、蔡茂寅等:《现代宪法论》,元照出版公司1999年版,第96页。

〔18〕 这一区分借鉴了德沃金对于原则和政策的区分,由于本文对原则采用的是纯粹形式的界定方式,因此,德沃金所谓的原则与政策的区别在本文中就转化为两种在表述内容上不同的原则之间的区别。有关德沃金对原则与政策的区分,参见Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, pp. 115-130。

持,并且通过议会的多数决定以社会立法的形式得以具体化。但是,由于事实平等和法律平等之间存在着内在价值冲突,在具体的情境下,事实上的平等待遇总是以法律上的不平等对待为前提,尤其是当立法机关所推行的特殊照顾和优惠是以牺牲个别人在法律上平等的机会和权益为代价时,该项立法可能会面临违宪的嫌疑。问题的关键是,在何种条件下,旨在推进事实平等的立法可以证立其在法律上差别对待的合理性?这一问题关系到事实平等与法律平等的位阶关系,以下,将以美国的“纠偏行动”(affirmation action)为例进行分析。该行动主要通过政府在雇用、录取或交易的过程中给黑人以特殊的优待,来纠正和弥补黑人在历史上所受到的歧视。

“纠偏行动”体现了新的资源分配方式和维权观念,它对传统的机会平等和责任自负原则构成了重大的冲击,从一开始就备受争议。<sup>[19]</sup>“纠偏行动”的反对者认为,种族不应成为划分法律地位的标准,就像它不应成为黑人低人一等的理由一样,它同样不能成为黑人特权地位的理由。优待措施不但会使黑人打上低人一等的烙印,而且会伤害和剥夺与之竞争的白人的平等权,使一些对种族歧视并不负有责任的无辜的白人受到损害。但是,支持者却认为消除种族意识唯一方法就是以种族为基础的优待措施计划,只有它才可能使黑人具有和白人同样的生存和发展空间,最终兑现美国宪法“色盲”的承诺。

“纠偏行动”作为一种政治争议,正反双方可以各执一词,互不相让,那么当其进入司法系统成为法律争议时,就必须有一个最终的结论。从过程上来看,由于大法官们意见不一,“纠偏行动”所适用的审查标准呈现出阶段性的不确定性,但整体上看,将种族归类确定为嫌疑归类,对其适用严格的审查标准,是目前较为稳定的实践准则。这一标准正式确立在 1989 年 *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* 案中,法院的多数意见认为,对所有的种族归类案件都应适用严格的审查标准,由于平等保护所保障的是一种个人权利,它不能因适用的主体是黑人或白人而有所不同。对于确认所谓的“善意种族归类”,实际上并非出自种族劣等的动机或单纯的种族政治,以及它们并没有对受益者造成伤害而言,严格审查标准是必要的。通过严格审查所需要满足的条件大体上主要有两个,其一,必须存在压倒性利益证明种族归类的必要性。这又可细化为两个条件:(1)归类必须是为了纠正在某一地方政府管辖范围内确实存在种族歧视的影响,这种歧视是该地方政府自身或其管辖范围内的私人行为所致,单纯以减轻过去社会性歧视的影响为动机的措施不能被视为具有“压倒性的利益”;(2)地方政府收集的证据必须能够初步证明存在违反宪法或成文法的情况。其二,必须证明种族归类的手段是仔细制定的,具体来说,其需要满足(1)政府必须证明建立在种族归类基础上的补救手段是在所有的种族中性的补救方式被检验和证明不足后采纳的最后一招;(2)以种族作为标准不能超过必要的限度。<sup>[20]</sup>

以司法审查为手段的“纠偏行动”代表了事实平等超越法律平等的最为艰难的情况。因为一方面,以种族作为归类标准带有天生的可疑性,无论是从人类的历史教训,还是从立法实践经验来看,它总是比基于年龄、财富、智力等方面的分类更具有贬低个人人格和价值的可能性;另一方面,“纠偏行动”的实施主要是针对就业机会、大学录取资格之类有限资源的分配,黑人的获益必然以牺牲相关白人的机会和利益为代价,这使得审查必须更加严格和

[19] 参见邱小平:《法律的平等保护——美国宪法第十四修正案第一款研究》,北京大学出版社 2005 年版,第 320 页。

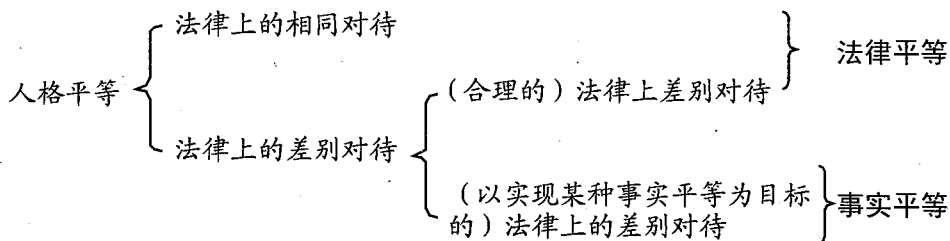
[20] 参见 Allan Ides and Christopher N. May, *Constitutional Law: Individual Rights*, Aspen Publishers, 2001, pp. 224 - 225.

谨慎。而在其他情形中,事实平等胜过法律平等的条件则无需如此苛刻。例如,法律援助就是一种在法律上根据经济能力进行的差别对待,其目的是使穷人和富人具有事实上平等的利用法律的机会。由于该目的具有十分重要的宪法价值,并且没有因此伤害到相关富人的机会和利益,因此,这种分类的合宪性甚至从来没有受过质疑。

“纠偏行动”与“法律援助”是两个较为极端的例子,其间存在着诸多程度不一的事实平等的论证情形。总体来讲,对于与法律平等原则相竞争的事实平等的证立,最高法院持相当谨慎保守的态度。事实平等虽然没有被宪法完全拒斥,并且经由宪法解释确立了其在宪法框架下的正当性,但是,不难看出,它的宪法地位仍不能与法律平等相提并论。

## (二) 事实平等在平等规范中的位置:规范层面

事实平等与法律平等之间存在着一个基本的共性,二者都承认法律上的差别对待。分殊则在于“差别对待”的理由不同。法律平等所要求的法律上的差别对待,是指那些根据机会平等和责任自负原理判断为合理的差别对待,例如根据考试成绩决定入学的资格等,这种法律上的差别对待与法律上的相同对待具有相同的价值指向。事实平等主张的法律上的差别对待,则是由保护弱者和福利国家的理念所支持的,它与机会平等和责任自负的价值原理背道而驰。这两对相悖的价值原理同时为现代法律体系所容纳,因为二者具有共同的上位价值——人性尊严。每个人都应该具有相同的价值和尊严,这个自近代以来就处于法律体系最高位阶的准则虽不曾有丝毫的动摇,但作为其具体化的下位价值原则却有所变化。法律平等自19世纪以来就被视为人格平等之法律保障最为重要的具体化形式。后来的事实平等的主要目的则是为纠正法律平等的极端化所导致的人格发展障碍和人性尊严贬损,它正是在人性尊严和人格平等的价值原则之下,与法律平等形成互补关系的子原则。因此,在现代宪法价值体系中,事实平等不但可以被宪政框架所容纳,并且在法律平等的作用违背其初衷的地带,它是人格平等和人性尊严实现的保障。



上图代表了法律平等和事实平等在宪法平等规范中的位置,以及其相互间的差别与联系。宪法平等规范表达的是人格平等的内涵,只有这样它才是一个可以囊括法律体系所有涉及平等保护问题的一般性条款。这个一般性的平等规范根据古典公式可以表述为,相同情况相同对待,不同情况不同对待。它们分别是平等“规则”的两个子“原则”,并且相同对待原则具有初步的优先性。如果我们将“相同对待”与“不同对待”理解为法律上的行为、而非事实上的“相同”与“不同”,那么一般平等规范就可以在逻辑结构上包含法律上的相同对待原则和法律上的差别对待原则。法律上的差别待遇又可以根据上文所述法律平等所允许的法律上的差别对待与以事实平等为目标的法律上的差别对待之间的差别进行进一步的区分。

### (三) 事实平等的“政策”性质

根据事实平等在宪法一般平等规范中的位置,它是一个要求在法律上差别待遇的理由,下面的分析将表明,这个理由具有“政策”的性质。

首先,事实平等是一个原则。事实平等作为一种价值目标,它的适用具有原则特有的“初步性”特征,它对于个案的效力取决于其与竞争性原则之间的“衡量”,只有在当前案件中胜出的情况下,事实平等才具有个案适用的正当性。只是,在具体个案之下,事实平等的内容可能会有很大的不同,这是因为事实平等所涉及的是行为的结果,同一个行为可以具有多个层面的结果,因此就可以具有多个层面的事实平等目标。比如以全国统一的分数线确定各高校的录取资格,这一国家行为将不只会产生根据知识水平划分被录取者和被淘汰者的结果,而且会产生与地区间教育水平高低相关性极高的录取人员分布,另外,由于富人能够支付得起更多的教育成本,录取人员中的富人孩子可能会占有更高的比例。当其中的一些结果被认为是不公平的时候,相应的就会产生特定类型的事实平等目标。内容的多样性是事实平等的重要特点之一,相对于法律平等的内容,事实平等原则具有更高的抽象性和不确定性,因此,与通常的原则较量相比,它与法律平等原则在具体情境中的竞争结果更具有无法普遍化的个案特殊性。另外,在涉及事实平等原则的个案衡量中,竞争双方——事实平等与法律平等——很少孤军作战,总会有不同的原则与它们各自相伴,增援其竞争实力和取胜机会。比如,在最低生活保障立法的论证中,与事实平等原则结盟的是作为基本人权的生存权和人性尊严,是它们的合力击败了与之竞争的法律平等和消极自由。

其次,事实平等是一个以社会目标为内容的原则。就原则的内容而言,大体上可以分为两类,以个人权利为内容的原则和以社会目标为内容的原则。前者是以个人对某种机会、资源或自由状态的取得为最佳化要求,其立基点是个人;后者是以促进或保护社会整体的某种状态为目标的最佳化要求,其立基点是社会。比如“纠偏行动”旨在实现的即是一个种族融合的社会理想,这样的社会状态被认为比那种表面上自由平等而实际上充满压迫和歧视的社会状态更加公平和正义。

## 四 以“事实平等”政策为基础的“社会权”

宪法平等规范中包含了一个基本权利,即,要求国家“平等”对待的个人权利。在事实平等理念进入宪法层面之前,法律平等可以代表“平等”的全部内涵。当宪法平等规范中包含了一层由事实平等带来的“政策”含义以后,宪法平等权的内容也发生了一定的变化——社会权的产生。

### (一) 平等权的最初形态:法律上的平等权利

作为一项宪法上的基本权利,法律上的平等权是一项要求国家在法律上平等对待每一个人的权利,具体来说,它包括三种具体的权利,要求在法律上相同对待的权利、要求在法律上差别对待时充分考虑的权利、要求在法律上差别对待的权利。

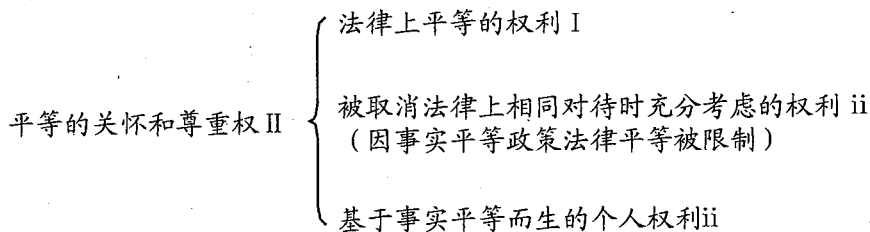
当没有一个要求在法律上区别对待的充足理由时,就产生了一个要求在法律上相同对待的权利。这是宪法平等规范下的一个具体的规则,这个规则中包含了一项确定性的权利。在平等权的违宪案件中,这类情况最为常见,基于种族、性别、身份、宗教信仰等的区别对待理由通常无法构成一个要求在法律上区别对待的充足理由,因此常常被宣布违宪。

当存在一个允许在法律上区别对待的充足理由时,相同对待的权利要求就受到了限制。这同样是宪法平等规范下的一个具体的规则,这个规则中包含的是一个确定的无权利状态。在宪法平等权案件中,被认定为合宪的立法通常符合这类状况,迫切的政府利益、国家安全的紧急需要等极为重要的利益通常可以构成一个允许对公民进行区别对待的充足理由。但是需要注意的是,此时公民虽然并不享有一项要求相同对待的权利,却仍享有一项要求在差别对待时充分考虑其所受不利的权利。这项权利表现在,公民所受到的不利的可能性越高、重要性越大、程度越严重,立法者的注意义务越多、裁量余地越小。在公民的基本权利可能受到限制的情况下,立法者的差别对待行为不但必须是基于极为重要的理由,并且必须要采用对公民造成最小不利和最少负担的方式。

当存在一个要求在法律上区别对待的理由时,就产生了一个要求在法律上差别对待的权利。这个从属于宪法平等规范的规则中所包含的也是一个确定的权利。虽然在宪法平等权案件中,提出区别对待请求的公民为数甚少,但是这种情况却并非全然不存在。比如在德国著名的1959年的“消防法”案中,<sup>[21]</sup>原告是一名残疾人,他因不满消防法不加区分地将他与普通的健康成年男性同样对待而对其征收消防代金而提起宪法诉讼,按照规定没有参加消防队的成年男性均需交纳此项费用。法院经审查发现,立法者不但不存在对原告和其他成年健康男性相同对待的理由,而且证据表明,存在一个要求在法律上对原告进行差别对待的充足理由,因此,原告有权要求此种差别对待。

## (二)平等权的衍生形态:社会权

在事实平等作为一项政策被包括进宪法平等规范之后,宪法平等权在内容上增加了被取消法律上平等时充分考虑的权利,以及因事实平等的政策而产生的要求在法律上区别对待的权利——社会权。



当存在一个因事实平等政策允许在法律上区别对待的充足理由时,在法律上要求相同对待的权利就受到了限制,此时对于个人来说,存在一个要求充分考虑其所受不利的权利。通过违宪审查的“纠偏行动”是其典型例证,其中受到损失或不利的白人虽然无权要求与黑人在法律上一样的对待,但是他们并没有被剥夺平等对待的宪法权利,只是此时他们的宪法平等权表现为一种要求给予充分关心和尊重,慎重考虑其所受不利的权利。适用于“纠偏行动”的严格审查标准所确立的条件正是这一权利所要求的对应义务的体现。

当存在一个因事实平等的政策而要求在法律上区别对待的充足理由时,就产生了一个要求在法律上区别对待的权利——社会权。各国宪法文本中所明确列举的有关社会保障的内容皆可视作某种事实平等的政策,这些政策对于国家来说,是一项抽象的义务,对于公民

[21] 《德国联邦宪法法院裁判选辑》(六),元照出版公司1999年版,第183-194页。



个人,则是一项抽象的权利。和其他的基本权利一样,这项抽象的权利不可以直接地予以主张,公民不能以政府没有发展经济、促进就业为由提起诉讼,必须在有具体的利益受损时,才可请求法院辨别是否在当前案件中存在一项应当受到保障的具体的社会权利。当然这种证立社会权的方式只适合存在宪法诉讼的国家,其司法机关证立的主要方式是根据宪法规定审查相关立法和行政措施是否符合宪法的要求,在立法机关不作为的时候,其可根据具体情况(如公民权利受损的严重程度、立法机关不作为的理由等)判断其不作为是否合宪。至于国家在多大程度上能够在现有的政治经济条件下履行宪法所赋予的责任,可留予司法机关根据具体的个案来斟酌衡量,而不应一概否认社会保障条款的可诉性。南非宪法法院在 2000 年的一个案件中强调:“社会经济权利在权利法案中得到清晰的表达,它们不能仅停留在纸面上。”<sup>[22]</sup>立法机关和行政机关也可以作为证立具体社会权的主体,它们主要是根据宪法中列举的社会保障条款或者根据自己对社会具体情况的判断,在自己的权限范围内制定法律,如有关保护某一特殊群体的法律;或采取行政措施,如行政给付。通过上述三种方式,宪法上的社会保障条款才可从“抽象的权利”落实为“具体的权利”。

就证立“具体社会权”的理由而言,由于事实平等政策(抽象社会权)至少包含了三方面的内容:第一,社会预护,即预存式的社会安全措施,常见者为社会保险制度;第二,社会扶助,用以提供人民最低的生活保障;第三,社会促进,通常为政府社会政策上的考量所左右,其目的在于达成宪法规范中的若干“方针条款”,使个人能分享社会整体资源,达成机会均等的发展条件。<sup>[23]</sup>三者之间存在较大的差异,是否可以在具体的情况下证立一项要求区别对待的权利,就无法一概而论,必须结合具体的情况作进一步的分析。

2001 年 8 月 21 日,南非一个防治艾滋病组织以违宪为名,起诉南非政府拒绝推广一种名为“Nevirapine”的抗艾滋病药物,该药被证明可以有效防止母婴之间的艾滋病毒感染。<sup>[24]</sup>南非法院在审理该案时首先对处理社会权问题所面临的限制做了强调:法院受限于制度特点,并不具备很好能力来对此类问题做出普遍的政治判断,法院也不能确定应该如何有效地使用公共税收。但是南非法院还是从以下两点出发,判决政府行为不合理:首先,政府没有考虑到特定弱势群体的需求,从而不合理地禁止该药物在公共医院使用;其次,政府不能、事实上也没有实施相应的替代推广“Nevirapine”的其他综合性计划来阻止艾滋病的蔓延。因此,政府的行为严重影响了预防艾滋病的整体计划,对数以万计的孕妇和孩子造成了巨大的伤害。而“受限资源”并不能为政府的行为开脱,因为如果该药物的效果明显的话,就没有必要在成本面前为难。最后,法院判决政府必须撤销有关禁止推广的命令,在全国的医院推广使用该种药物。

以此为参照,在衡量相同对待和差别对待的理由时,需要考虑的因素主要包括:第一,就具体情况而言,公民的社会保障权的实现所需要的资源是否在政府的能力范围之内,政府是否已根据现实的政治经济背景采取可行和必要的措施实现宪法中所规定的社会保障的义

[22] Government of the Republic of South Africa & Ors v. Grootboom & Ors [2000] ICHRL 72, 转引自胡敏洁:《论社会权的可裁判性》,《法律科学》2006 年第 5 期。

[23] 参见钟秉正:《社会福利之宪法保障——兼论相关宪法解释》,载汤德宗主编:《宪法解释之理论与实务》,台湾中央研究院法律研究所筹备处 2006 年版。

[24] Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others 2002 (5) SA 721 (CC), 2002 10 BCLR 1033, 转引自胡敏洁:《论社会权的可裁判性》,《法律科学》2006 年第 5 期。

务;第二,国家不履行或未适当履行义务对公民个人造成的损害严重程度,及国家适当履行义务对公民权益的保障程度;第三,是否涉及到有限资源的分配这类原则上应由议会决定的政治问题;第四,政府适当履行此项义务是否存在相关的利益受损人,其受到损害的程度如何;第五,是否存在其他的支持或反对此项社会保障措施的宪法价值和原则,其重要性如何;第六,是否存在其他可达到目的的手段。当然,根据社会保障政策和具体个案的差异,以上相关因素的考查重点和衡量结果皆不相同。而依据决定抽象社会保障权“具体化”程度的主体不同,衡量和比较的方式与角度又有所不同。简言之,在个案的情形下,如某种事实平等的要求具有相当重的分量时,这项明确受到保障的具体的权利才会产生。目前存在的典型例子是“最低生活保障”,“义务教育”、“基本医疗救助”等情形。

由上述论证可知,社会权其实是一种要求在法律上区别对待的权利,一种要求差别对待或特殊照顾的平等权,与其他基本权利相比,社会基本权除了在内容上更具包容性、在证立的理由上更多地涉及到特定社会的政治经济背景之外,并无实质性的不同,因而具有宪法权利的性质。而将社会权从宪法领域排除的观点必然导致缩减宪法平等权内涵的结论,这是难以为人接受的。

---

[Abstract] In recent years, greater attention has been paid by the government and the general public to social problems such as the polarization between the poor and the rich, environmental pollution and the defective social security system, and these problems have led to a heated discussion over social rights in legal community. Although the mainstream theory tends to treat social rights as basic constitutional rights, yet such theory is based on the value pursuit that “de facto equality must be guaranteed”, rather than on constitutional norms. Therefore, it is necessary to establish the position of ‘de facto equality’ as a constitutional norm on equality, so as to find a steadier basis of constitutional norms for social rights.

---

(责任编辑:支振锋)