

论社会、经济权利的可诉性——国际法与宪法视角透析*

龚向和

内容提要:社会、经济权利的可诉性是人权领域争论激烈的重大理论问题。不可诉理论宣称,社会、经济权利不是法律权利,社会、经济权利概念模糊不清,社会、经济权利仅是积极权利,社会、经济权利实施昂贵且相互冲突,司法裁决社会、经济权利违反分权原则,因而社会、经济权利不具可诉性。不可诉理论有其特定历史根源且具有一定的合理性和合法性。但是,这种自由主义权利观随着经济、政治、文化以及人权本身的巨大发展早已不合时宜,社会、经济权利的可诉性是社会、经济权利发展的必然结果。

关键词:社会、经济权利 可诉性 公民和政治权利 积极权利

龚向和,东南大学法学院副院长、教授、博士生导师,宪政与人权法研究所执行所长。

社会、经济权利的可诉性是人权领域争议最大、影响最广的重大理论与实践问题。在人权问题成为国际国内政治、经济和社会发展主要议程的当代,社会、经济权利的可诉性既受到越来越多的关注又面临令人可怕的挑战。关于社会、经济权利可诉性的争论已经从纯粹法律领域转移到无序的国际政治竞技场共同关注的问题,如发展权、全球化的人权维度。^[1]然而,由西方自由主义传统主导的当今国际人权理论,却否定了社会、经济权利的可诉性这一权利的核心特性。各国宪法、哲学及政治理论也在怀疑、否定社会、经济权利的司法保护。其中,美国最为突出,当代主流英美政治哲学中几乎没有一个人考虑社会、经济权利的宪法保护;^[2]对大多数美国法律人来说,将社会、经济权利入宪几乎是不可想象的。^[3]不可诉理论宣称,公民和政治权利与社会、经济权利之间存在明显的区别,关键一点是,公民和政治权利具有可诉性,而社会、经济权利没有可诉性。实质上,不可诉理论这一观点是武断的,社会、经济权利同样具有可诉性。下文将从国际法与国内宪法两个视角,试图对支持不可诉理论的五个理论假设进行分析与批判,进而为社会、经济权利亦具可诉性进行论证与申辩。

一 社会、经济权利是否是法律权利?

这是社会、经济权利是否具有可诉性的前提之一。不可诉理论否认社会、经济权利的法律权利性质,甚至否认其人权地位,进而否定其可诉性。英国哲学家与政治科学家格拉斯顿(Cranston)以人权的

* 本文系作者所主持的国家社科基金项目《社会权的可诉性及其程度研究》(07CFX010)的阶段性研究成果。

[1] Kitty Arambulo, Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights: A Continuing Struggle, 3 *Human Rights and Human Welfare*, 111, 114 (2003).

[2] Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life* (New York: Oxford University Press, 2000), p. 4.

[3] Herman Schwartz, Do Economic and Social Rights Belong in a Constitution? *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y*, 1233, 1235 (summer 1995).

道德性程度和人权的四个要求为人权标准,得出社会、经济权利不是人权的结论。^[4] 荷兰学者费尔多格(Vierdag)通过对权利的概念及《经济、社会和文化权利国际公约》中权利的分析,非常遗憾地指出,该公约使用“权利”的标题是用词不当,因为社会、经济权利是与传统国际法和实践中的个人权利概念不同的一类权利,常在道德和政治意义上使用,不能视为国际法中真正的权利。^[5] 因而不可诉论者认为,尽管社会、经济权利作为一种道德或政治理想是值得称赞的,从道德或政治角度看它们在国家政策制定中也发挥重要作用,它们还是不能像公民和政治权利那样构成具有强制力的法律权利。即使承认社会、经济权利是法律权利,也只在这样的层面上承认:它们“促成自治个人的形成,使其能够在市场经济中平等竞争。”^[6]

很明显,不可诉理论通过否定社会、经济权利的法律属性进而否定其可诉性。该理论渊源于近代自由主义权利观盛行的时代:民族国家的兴起,以及其伴随物——个人、市民的兴起,长期界定他们社会关系的家庭、阶级和地位的纽带被挣断,原子似的个人出现了。自由主义权利观认为,权利是免于国家干预的自由,权利的实现只要求国家履行消极不作为义务即可,反对国家采取任何积极行动。

深受不可诉理论的影响,不管是西方还是中国,都曾将社会、经济权利视为只是国家的立法指示、纲领方针,国家对其公民承担的只是道德义务或政治义务。但是,20 世纪以来人权理论与法治实践的发展早已突破了否定社会、经济权利法律地位的人权观念,顽固坚守自由主义权利观是傲慢与偏见在新世纪的具体表现。随着社会、经济权利的法律化,社会、经济权利不仅要求法律义务的履行,而且具有明确的法律义务主体。

首先,社会、经济权利对应的义务不只是道德或政治义务,还可是法律义务。对社会、经济权利相对应的国家义务的务实理解,挪威著名人权学家 A·埃德的观点全面而中肯。他认为,国家至少负有三种义务,即尊重、保护和实现的义务。尊重的义务要求政府不得对社会、经济权利的享有进行干涉;保护的义务要求政府防止第三方对这些权利的侵犯;而实现的义务要求政府采取适当的立法、行政、预算、司法和其他措施以确保这些权利的充分实现。^[7] 大多数社会、经济权利只能逐渐地加以实现这一事实——实际上这一点也适用于大多数公民权利和政治权利——并没有改变政府所承担的法律义务的性质。^[8]

其次,社会、经济权利对应的法律义务主体是国家,具体由立法、行政和司法机关承担。人权是个人对其所在社会提出的要求,法定人权是对个人所在国家提出的要求。作为法律权利的社会、经济权利则是指个人依法享有的要求国家对其经济、社会和文化生活积极促成及提供相应服务的权利,其义务主体必定是国家,具体由立法、行政和司法机关承担。

二 社会、经济权利概念是否模糊不清?

不可诉理论的第二个假设是,社会、经济权利内容太含糊、太复杂并涉及许多经济和社会政策,因而法院或其他类似机构没有能力对社会、经济权利做出裁决。

很多学者对此进行了阐述和论证。有学者提出,社会、经济权利的内涵与外延难以界定,国与国之

[4] M. Cranston, *What Are Human Rights?* (London: The Bodley Head, 1973), pp. 65 - 68. 作者认为社会、经济权利不具有道德强制性,而是乌托邦的理想。同时提出检验是否属于人权的四个标准:可行性、立法保障、真正普遍性和特别重要性。

[5] E. Vierdag, *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Political Rights*, *IX Netherlands Yearbook of International Law*, 67, 103 (1978).

[6] William Felice, *Taking Suffering Seriously: The Importance of Collective Human Rights* (New York: State University of New York Press, 1996), p. 125.

[7] Asbjorn Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", in Asbjorn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, eds, *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), p. 23.

[8] 参见[挪]A. 埃德:《国际人权法中的充足生活水准权》,载于刘海年主编:《〈经济、社会和文化权利国际公约〉研究》,中国法制出版社 2000 年版,第 220 页。

间及一国之内都互不相同。这一问题在一个国家不同地区因不同的福利、社会和经济项目而加剧。^[9]这种社会、经济权利由于需要国家采取积极行动,不可避免地会定义不清,以致分辨诸如什么是公正与适当的工作条件都极其困难,即使能在目标的准确细节方面达成一致,其执行需要经常监督,迫使司法权功能产生史无前例的变化。^[10]

然而,不可诉理论遭到了越来越多的批判。从立法角度看,大量的社会、经济权利已经精炼、明确到能够进入宪法或法律中,如最低工资、平等就业机会、受教育、家庭保护等权利;^[11]同时,国际人权公约本身及监督实施机构的一般性意见也对明确社会、经济权利的概念作出了突出贡献。^[12]从司法实践层面来看,不可诉理论忽视了司法专家在宪法解释方面所做的有价值的工作。许多法院日复一日地应用确定的解释原则去界定宪法规范。解释方法包括分析条款的文字、考察立法历史和起草者的意图、考虑共同体的历史与习惯、分析条款与相关规范的关系,使法院能够实现宪法保障的核心价值。法院同样有能力应用这些方法发展社会、经济权利理论。没有司法审查,这些权利将永远保持在不发达状态。^[13]至于社会、经济权利内容的不确定性,同样适用于公民和政治权利,因为政治和公民权利也不是静止不变的。^[14]许多公民权利和政治权利也概念模糊,比如,免受不人道待遇的权利。

事实上,国际人权机构和法院在裁决公民和政治权利时,习惯于在复杂的政策和诸如犯罪或系统歧视问题的情况下考虑权利要求。借助这一解释技巧,他们在帮助缔约国解释社会、经济权利方面能够承担同样重要的角色。例如,人权事务委员会采用“综合的办法”、通过设在《公民与政治权利国际公约》中的申诉程序来保护社会权,即通过公约明确规定的保护自由权的任务而考虑保护社会权的可能性。^[15]在国家层面,各国法院经常判决对社会、经济权利的救济,不断展示它们通过适当计划和政策来监督这些权利逐步实现的能力。^[16]国际与国内层面对社会、经济权利司法保护的实践表明,社会、经济权利的概念日益明确,司法机关有能力对社会、经济权利案件做出裁决。

三 社会、经济权利是否仅是积极权利?

不可诉理论的第三个假设是,社会、经济权利是积极权利,公民和政治权利是消极权利,而积极权利是不可诉的,因而社会、经济权利不具可诉性。这一假设将社会、经济权利与公民和政治权利之间的关系等同于积极权利与消极权利之间的关系。然而,这是对社会、经济权利性质的简单化、直觉化理解,混淆了两种不同的区分,即将积极权利与消极权利之间的区分和社会、经济权利与公民和政治权利之间的区分合二为一。实际上,积极权利与消极权利之间的区别根本不同于社会、经济权利与公民和政治权利之间的区别。将这两种区别看作为同一事物,只是一个人云亦云的假设。公民和政治权利中有积极权

[9] Bertus De Villiers, *Social and Economic Rights*, in David van Wyk and John Dugard (Eds): *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Clarendon Press, 1995), p. 607.

[10] Jaconelli, *Enacting a Bill of Rights: The Legal Problem* (Clarendon Press, 1980), p. 101.

[11] Bertus De Villiers, *Social and Economic Rights*, in David van Wyk and John Dugard (Eds): *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Clarendon Press, 1995), p. 606.

[12] 《经济、社会和文化权利国际公约》中权利的规范内容已被经济、社会和文化权利委员会定期发布的一般性意见具体化。参见 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 4, Annex III, UN Doc. E/1992/23 (1991) (recognizing the human right to adequate housing)。

[13] Jeanne M. Woods, *Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm*, 38 *Texas International Law Journal*, 763, 773 (2003 Summer).

[14] 例如,美国宪法权利理论的发展拓展了公民权利的新领域,如罗伊诉韦德案[Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)]判决中,联邦最高法院确认了隐私权。

[15] Martin Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", in Asbjorn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, eds, *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), p. 32.

[16] 透视世界各国宪法判例,可以清晰观察到社会权救济以三种方法走向司法化趋势,即视社会权为公法权利的直接司法救济、通过适用正当程序和同等保护规范的间接司法救济和视社会权为国家政策指导原则的间接司法救济。参见龚向和:“通过司法实现宪法社会权——对各国宪法判例的透视”,《法商研究》2005年第4期。

利,社会、经济权利也有消极权利。

首先,不是所有传统的公民权利与政治权利都是消极权利,因为不是所有权利只对国家或他人课加了一个不干涉享有者的义务。积极权利与消极权利的一个重要的区别是相对人承担的义务性质。积极权利的实现要靠国家的积极作为义务的履行,要么促成要么提供,是有成本的;消极权利的实现只需国家消极不作为,不需要靠国家提供资源,是没有成本的。很明显,获得陪审团审判和律师帮助的权利就不是消极权利,因为它需要国家建立完备的国家制度,即建立司法制度、支付法官工资、指定陪审团等。同样,被人权宣言确认为公民权利的接受公正审判的权利也不是消极权利,而是积极权利。因为它迫使国家依法履行行使司法权的积极义务,要求国家为穷人和其他需要帮助的人提供法律援助,并建立监督整个司法体系运作的机制。否则,这个权利便毫无意义。在所有传统的公民权利中,那些调整个人与法院之间关系的权利都是积极权利。^[17]

与不可诉理论相反,许多社会、经济权利还具有消极权利的性质。正如埃德(A·Eide)对国家所承担的保障社会、经济权利的义务所做的分析那样,国家至少负有三种义务,其中第一义务就是尊重的义务,即国家必须尊重个人拥有的资源、他或者她根据其自愿选择工作的自由、采取必要行动单独地或者与其他人一起使用必要资源的自由,以满足他或者她的个人需要。^[18] 这里的“尊重”义务首先是指国家不得干预、妨害个人自由的消极不作为义务,保障的是个人的消极权利。举例来说,受教育权是社会、经济权利家族主要成员之一,它既是积极权利又是消极权利。但首先必须保障作为消极权利的受教育权,即要求国家不得侵害并尊重公民受教育权的享有,与要求国家不作为的“不作为请求权”相对应。这种性质的受教育权是一种防止国家干预的防御权,国家的义务是消极的不侵害,因而是一种消极权利。

因此,大部分权利并非排他性地只对应于积极义务或消极义务,甚至可以说,不管是社会、经济权利还是公民和政治权利,没有哪一项权利非常准确地只对应于积极义务或消极义务。用杰米·沃德伦(Jeremy Waldron)的话说,社会、经济权利和公民和政治权利都与一組组义务相联系,包括消极义务和积极义务,它们既要求某种行为的容忍,也要求提供和分配资源。^[19] 这种例子随处可见。例如生存权,它当然要求国家保护我们的生活资料,促成借以实现生存权的各种机会,并在我们无法照顾自己生活的时候给我们提供食物;但它也禁止国家作出某种行为威胁到我们的生存手段。因此,所有的权利既要求国家的积极行为,也要求对国家予以限制。

当然,批判当前关于社会、经济权利与公民和政治权利关系的错误理论并不意味着二者对应的义务没有任何区别。例如,一个明显的区别就是,社会、经济权利是主要由国家积极义务保障实现的权利,而公民和政治权利则是主要由国家消极义务保障实现的权利。

四 社会、经济权利的实施是否昂贵且相互冲突?

不可诉理论的第四个假设是,社会、经济权利的实现需要国家积极促成和提供福利而受制于现有资源,而一个国家一定时期现有资源总量的恒定性,又决定了社会、经济权利之间存在相互冲突,因而不具可诉性。

国际社会从起草国际人权公约时起就对公民和政治权利与社会、经济权利之间的差别扩大化,直到现在一直在被重复的观点是:公民和政治权利具有“绝对性”、“直接性”,因为公民和政治权利主要内容是设定国家负有不得干涉个人的完善和自由的义务,这些权利的实现用不着花费很多钱,是“免费”的,

[17] Fabre, Cecile, *Constitutionalizing Social Rights*, 6 *Journal of Political Philosophy*, 263, 268(1998).

[18] Asbjorn Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", in Asbjorn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, eds, *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), p. 23.

[19] Jeremy Waldron, *Liberal Rights, Collected Papers 1981-1991* (Cambridge University Press, 1993), pp. 203, 214.

因而可以很容易地被法院和类似法院的司法机关所适用,具有立即司法效力即“可诉性”;而社会、经济权利则被认为具有“过程性”、“渐进性”,因为社会、经济权利被理解为国家有义务向个人提供福利,是“昂贵”的,受到国家现有资源制约,社会、经济权利只是国家逐渐实现的目标,而不能由法院强制执行即不具有“可诉性”。〔20〕

任何权利都具有相对性,而不是绝对的。所有权利的实现都需借助国家的保障,都需国家作出积极的行动,坚持公民和政治权利的“免费”无异于否认政府的存在。公民和政治权利的实现同样受制于国家现有资源。基于现有资源缺乏而否定社会、经济权利的可诉性,也必然得出公民和政治权利不具可诉性的结论。当然,社会、经济权利对经济发展的依赖更加直接,甚至要求国家提供诸如住房、食物、工作、教育等稀缺资源,其完全实现确实存在一些困难。但也不能由此从性质上对全部社会、经济权利作出“不可诉”的单一认定,不能否定社会、经济权利在一定范围和程度上具有可诉性,〔21〕而且这种可诉性还在进一步扩大与加强。

另一方面,不可诉理论声称,社会、经济权利不可避免要主张社会资源,而社会资源是有限的,因而其实现是渐进的并且各种权利互相冲突;公民和政治权利是以禁止方式表现的不干预的权利,没有像社会、经济权利那样受到自然的不可避免的限制,尊重所有的公民和政治权利是可能的,因而公民和政治权利能立即实现并能共存。〔22〕权利冲突被视为排除社会、经济权利可诉性的有力论据,其理由是司法权缺乏裁决社会、经济权利的能力。〔23〕然而,正如可诉性理论对社会、经济权利是积极权利的误解那样,关于社会、经济权利与公民和政治权利关系的冲突区别也是虚构的,明显地与社会、经济权利一样,公民和政治权利之间也存在相互冲突。

首先,从一般意义上说,权利冲突是一种非常普遍的法律现象,所有权利都可能相互冲突,特别是以利益为基础的权利。〔24〕在西方权利理论中,有一种比较新且影响较大的理论即利益论。该理论认为,权利的不可缺少的要素是,法律保护或促进一个人的利益,使之免受他人或社会的侵犯,办法是为后者设定对权利主体的义务或责任。但只有在某人的利益本身被认为足以证明别人有义务以某种形式促进这种利益时,才可以说他拥有这种权利。〔25〕根据该理论,权利冲突必定会或多或少地不可避免。〔26〕实际上,权利冲突作为一种社会现象和法律现象早已存在,例如,在中国的法治进程中,权利冲突已经成为一个非常普遍的法律现象并广泛地存在于法制的各个环节之中,尤其是存在于司法审判和日常生活中。〔27〕

其次,具体到公民和政治权利领域,权利冲突也明显地具有普遍性。从理论上说,既然所有的权利都

〔20〕 Asbjorn Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause, and Allan Rosas, eds, *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001), p. 10.

〔21〕 权利的内涵和外延是丰富的,每种权利都有一定的范围和程度。国家有责任承担对每种社会权最低限度的核心义务,确保至少使每种权利的实现达到一个最基本的水平。这些最低限度的核心义务为社会权最基本水平的实现所必须,应该由最有效力的司法机关来保障。例如, Kitty Arambulo 博士让人信服地批评了反对社会权的可诉性及反对给社会权公约设立个人申诉程序的观点,她重申所有人权的互相依赖和不可分割,证明了社会核心权利和核心义务的可诉性。参见 Kitty Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects* (Antwerpen, Groningen, Oxford: Intersentia, Hart Publishers, 1999), pp. 53 - 169. Toebes 博士也论述了健康权中某些核心权利和义务的可诉性,参见 Brigit C. A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, (Antwerpen, Groningen, Oxford: Intersentia, Hart Publishers, 1999), pp. 167 - 240.

〔22〕 Charles Fried, *Right and Wrong* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978), p. 110.

〔23〕 例如, Frank I. Michelman 在论证社会权的宪法化时指出了这种反对意见,即所谓的“机构上的反对”。持此反对意见的人认为,司法机关裁决社会权使其过于扩张,而且由于法官专业知识范围的限制而不熟悉他们所处理的事务,他们担心法院不能准确地判断政府是否履行了对社会权的保障义务,在发现未履行时也不能做出适当而灵活的补救命令。Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 13, 13, 15 (2003).

〔24〕 但有些反对利益论权利观的学者认为,权利永不冲突。参见 R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (Oxford: Basil Blackwell, 1974), pp. 28 - 29.

〔25〕 Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (London: Clarendon Press, 1986), p. 166.

〔26〕 Jeremy Waldron, *Rights in Conflict*, 99 *Ethics*, 503, 503 (1989).

〔27〕 参见刘作翔:“权利冲突的几个问题”,《中国法学》2002年第2期;“权利冲突:一个应该重视的法律现象”,《法学》2002年第3期。

会发生冲突,那当然也包括公民和政治权利在内。实际上,正如美国政治学家弗里德利希所言,“不同公民和政治权利之间存在并且一直都有原则冲突。”^[28]例如,保护个人借助于广播的表达(言论)自由的规章条款,可能会妨害广播设施拥有者的私有财产权,其他如出版自由与隐私权相冲突,与公正获得审判的权利以及其他权利相抵触,等等,这样的例证还很多。^[29]中国也不乏此类案例。如言论自由与人身权冲突案、公民休息权与公民娱乐权冲突案、生命权与隐私权冲突案、生命权、人身安全权与车辆通行权冲突案、政治权利与荣誉权冲突案、记者采访权与公民隐私权冲突案。^[30]

因此,所有权利的保护和实现最终都需国家的强制力保障,都依赖于国家的积极行动,认可社会、经济权利的相互冲突性和经济代价性,就必须承认公民和政治权利也具有相同的特征。“在权利的维护和实现依赖于政治秩序这种意义上,所有的权利都是政治的。”^[31]不管保护什么权利都必须依赖由公共财政支撑的警察、检察、法院、监狱等国家机构,因此,所有的权利都是积极权利,权利是有代价的。^[32]所谓的社会、经济权利相互冲突而公民和政治权利能够共存的观点是人为的和虚构的。

五 社会、经济权利的可诉性是否违反分权原则?

分权原则是民主法治政府一个重要的宪法原则。其本质是没有哪一个国家机关拥有太大的权力,以防止独裁。根据分权原则,国家资源的经济分配完全属于民选代表的权力,属于立法权的范围。非被选举的机构不能代替立法机关对国家资源进行分配,也不能做出强迫立法机关如何花钱的裁决,否则就是不民主的,最终导致权力分立宪法原则的破坏。

据此,不可诉理论的第五个假设是,由司法裁决社会、经济权利违反了宪法的分权原则。^[33]社会、经济权利本质上是纲领性的,属于立法机关管辖的政策事项,让司法机关介入社会、经济权利将违背权力分立原则。^[34]公民和政治权利是自动执行的,而社会、经济权利需要立法和其他国家机构的积极措施。如果社会、经济权利载入宪法,法院将过多地卷入诸如社会保障项目之类本质上属于政治的事务。社会、经济权利充其量只能作为宪法中无强制力的“华丽装饰”,从坏的方面看,它们将降低宪法的民主合法性和公共支持,很可能导致不民主。^[35]因为资源分配典型地被视作立法机关的领域,而立法机关具有民选机构的政治合法性,以及衡量与调和公共支出方面相互对立要求的制度能力。司法机关对社会、经济权利的司法审查权使非选举的司法官处于否决多数决定的地位。^[36]这种司法裁决表明了法官取代了履行分配公共费用政治责任的政府和国会。^[37]

[28] [美]卡尔·J. 弗里德利希:《超验正义——宪政的宗教之维》,周勇、王丽芝译,三联书店 1997 年版,第 94 页。

[29] [美]卡尔·J. 弗里德利希:《超验正义——宪政的宗教之维》,周勇、王丽芝译,三联书店 1997 年版,第 106 页。

[30] 参见苏力:“秋菊打官司案、邱氏鼠药案与言论自由”,《法学研究》1996 年第 3 期;关今华:“权利冲突的制约均衡和言论自由优先配置质疑”,《法学研究》2000 年第 3 期。

[31] [美]卡尔·J. 弗里德利希:《超验正义——宪政的宗教之维》,周勇、王丽芝译,三联书店 1997 年版,第 100 页。

[32] 例如,Stephen Holmes and Cass A. Sunstein 指出,因为权利的救济是有代价的,因而权利是有代价的。用税收来支持基本权利使我们清楚地看到,权利是公共产品:纳税人支付、政府管理社会服务以促进集体和个人的福利。所有权利都是积极权利。参见 Stephen Holmes, Cass A. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (New York, London: W. W. Norton & Company, 1999), pp. 43, 48.

[33] 一些学者甚至认为,社会、经济权利的可诉性问题主要归结为权力分立问题。参见 Frank I. Michelman, *The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification*, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 13, 15 (2003).

[34] 例如,斯达克 (Stark) 指出:“对社会、经济权利确认的结果,不仅使法院通过认可社会和文化权利要求而影响国家预算的形成,而且赋予法院给这些权利的实际目标提出更接近的定义,而这也许又会对国家权力分立造成决定性的影响。”Stark, *Europe's Fundamental Rights in the Newest Grab*, *Human Rights Law Journal* (1982), p. 116.

[35] Amy K. Makinen, *Social Rights and Social Security: The Legal and Political Effects of Constitutional Rights to Social Assistance*, Bell & Howell Information and Learning Company (2000), p. 6.

[36] Jeanne M. Woods, *Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm*, 38 *Texas International Law Journal*, 772 (2003 Summer).

[37] Rodolfo Arandgo, *Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy*, 16 *Ratio Juris*, 141, 142 (2003).

事实上,严格的权力分立之下,包括公民权利如公正审判权的大多数权利都不能被保障,因为它们都需要司法对立法机关财政开支的审查。实际上我们已经在通过司法来实现公平审判权。权力分立原则已经为许多公民权利和政治权利所抛弃,但对社会、经济权利却并非如此。因而两者之间的区分是武断的和政治性的。

一个具有司法强制力的权利法案的概念本身是反多数主义的。当谈及公民与政治权利时,我们已经学会与这一民主的矛盾共存,因为它们是保护少数人基本利益免遭多数人侵犯的盾牌。由于洛克权利范式融合财产和自由,我们对法官公开作出影响财政政策的决定感到更加不舒服。然而总是存在司法解释的立法维度,法院以种种方式影响资源的分配,例如通过侵权政策分配风险。因此,对集体权利立法的司法执行没有产生与经典司法作用的重要分歧。^[38]

值得注意的是,现代分权原则的显著发展变化,促使所有国家机关包括司法机关必须关注社会、经济权利,并通过诉讼保障社会、经济权利的实现。作为西方宪政灵魂和核心的“三权分立”原则,由洛克、孟德斯鸠倡导完成后,逐渐为美法等资产阶级革命的先行者所接受。分权理论是一种以消极的方式防止权力滥用的理论,为防止封建专制提供了一种方案。分权学说随着资产阶级国家建立已有 200 多年的实际运用历史,在这期间,资本主义世界发生了很大的变化,三权分立学会说的应用也发生了重大变化。特别是行政权力的不断扩大和政党政治的影响,破坏了三权分立与制衡的关系。^[39] 原来意义上的“阶级分权”变为资产阶级独享政权前提下的内部分工,“制衡”也由原来对王权的制约转变为资产阶级内部集团、各党派间运用自己权力牵制对方,从而使各自的政治地位和权力各得其所。^[40]

对社会、经济权利可诉性的争议由来已久。不可诉理论有其特定的历史根源,并具有一定的历史合理性与合法性。当人类历史跨入 21 世纪的今天,无视社会发展的巨大变化而顽固坚守陈旧的人权观念,漠视社会、经济权利逐渐成熟的现实,否定社会、经济权利的可诉性,是一种自欺欺人的傲慢与偏见。社会、经济权利的立法与司法实践早已将这些理论争论抛至脑后,国际与国内层次社会、经济权利保障实践已经在不断证明社会、经济权利的可诉性。人类社会经济、政治和文化发展的历史规律将继续表明:社会、经济权利的可诉性是社会、经济权利发展的必然结果。当然,认可社会、经济权利的可诉性并不是忽视社会、经济权利实施的困难,并不意味着所有的社会经济理想和目标都能立即转化为具有可诉性的法律权利。

[Abstract] The justiciability of social and economic rights has been a hotly-debated issue in the human rights field. The theory arguing against their justiciability has claimed that social and economic rights are not legal rights, for their definitions are vague; they are positive rights; their implementation is costly and in conflict with each other; and their adjudication violates the principle of the separation of powers. The theory arguing against their justiciability bases itself within a specific historical context. However, that theory, based on a liberal rights discourse, has become outdated in the light of dramatic changes and developments in the economic, political, cultural fields and in the concept of human rights itself. The justiciability of social and economic rights is the inevitable outcome of the development of social and economic rights.

(责任编辑:支振锋)

[38] Jeanne M. Woods, *Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm*, 38 *Texas International Law Journal*, 772 (2003 Summer).

[39] 即使是被公认为权力分立原则实施典范的美国,几乎从建国开始,建国之父们理解的和现代宪法延续理解的分权就不存在。强大的政党将强调一党控制与两党分治的政府之间的差别,使作为单一、静止的分权制度的宪法概念更加问题重重。或者说,现在所说的分权是指政党之间的分权,而不是国家机关之间的分权。参见 Daryl J. Levinson, Richard H. Pildes, *Separation of Parties, not Powers*, 119 *Harv. L. Rev.* 2311, 2185 (2006).

[40] 参见倪保志:“三权分立原则之我见”,《山东大学学报(哲学社会科学版)》1996年第2期。