

论对社会权的宪法保护

莫纪宏

(中国社会科学院法学研究所,北京 100121)

摘要:社会权在传统宪法学上与经济权利在权利内涵和外延方面都没有得到有效的区分,而学界一般在定义社会权的概念时,通常是以国家责任和政府责任为前提,将社会权限制在社会保障权的范围。社会权不仅应当以国家责任和政府责任的保障为基础,也需要包括家庭、学校和社会组织等全社会承担相应的保障义务为前提。为此,根据个人实现社会化的需要,社会权应当包括婚姻和家庭方面的权利、受教育权、劳动权、社会保障权、公民资格权、生存权、发展权和环境权等一系列相互联系的基本权利。

关键词:社会权;国家责任;政府义务;社会责任;社会化

中图分类号:D921 **文献标识码:**A **文章编号:**1008 - 6951(2008)03 - 0001 - 14

一、社会权的概念和性质

社会权,是传统宪法学很少涉及的权利,因此,迄今为止,不论在理论上,还是在实践中,对社会权的概念和性质的理解仍然存在着巨大的分歧,社会权是一个需要加以认真建构的权利概念,社会权法律保障制度也是各国宪法和法律需要进一步加以健全的权利制度。

(一)中外学者有关社会权概念和性质的探讨

1. 国外学者对社会权概念和性质的讨论

社会权的观念最早可追溯到1919年德国魏玛宪法时期的“社会国家”(Sozialstaat, Sozialer Staat)的概念。而作为魏玛宪法的理论基础,将社会权作为一项独立的基本权利与人身权、平等权等放在同等的位置来加以探讨,最早可以见诸卡尔·施密特(Carl Schmitt, 1888~1985)关于“基本权利体系”的分类。施密特将基本权利划分为三大领域,即“自由权”、“政治权利”以及“社会主义的权利”。在此,所谓的“社会主义的权利”其实质内涵就是我们今天所讲的“社会权”(参见表1)^[1]。

日本宪法学者宫泽俊义主张,宪法中所规定的基本权利的发展是沿着“自由主义下的自由权”——“民主主义下的参政权”——“社会国家下

的社会权”方向发展的,社会权属于“国民与国法之间的积极的受益关系”(见表2)^[2]。

表1 施密特“个人基本权利”的分类

自由之个人主义的 自由主义的保障		民主政治的 政治的权利	社会主义的 权利
孤立个人的自由权	与他人结合的个人之自由权	作为公民的个人之权利	请求国家给付的个人权利
良心自由	言论、出版自由	法之前的平等	劳动的权利
人身自由	礼拜自由	请愿权、投票权	受生活照顾、扶助的权利
私的所有	集会、结社自由	得平等就任公职	受教育权
住宅的不可侵犯			

表2 宫泽俊义的“基本人权”类型

国民与国法的关系	利益的种类
无关系的关系	不受法的规制之“自由”
消极的受益关系	宪法上受保障的“自由权”
积极的受益关系	社会权(但不包括具体的请求权)
主动的受益关系	国务请求权(受益请求权)+参政权
(被动的关系)	(义务)

日本宪法学者长谷部恭男在其新作《宪法》一书中将“社会权”作为宪法上的一种“基本权利”,并认为社会权主要包括了“生存权”、“受教育权”和“劳动权”。长谷部教授认为,所谓社会权,实际上

* 收稿日期:2008-01-10

作者简介:莫纪宏(1965—),男,江苏靖江人,中国社会科学院法学研究所研究员,博士生导师,中国法学会宪法学研究会常务副会长。



是“要求国家履行积极给付义务的权利,是为了实现在法律之下的人人平等所必需的作为人的最低限度的条件”^[3]。

韩国宪法学者成乐寅在其著作《宪法学》一书中认为,“社会权”是社会的基本权,属于生存权性质的基本权。社会权的主要内容包括作为人一样生活的权利、社会保障受益权、教育权和教育自由、劳动基本权、环境权、婚姻家庭权利和保健的权利等^[4]。

韩国籍学者李星燕指出,社会权在韩国主要就是生存权,在立法者消极不作为的情形下,国民是有抵抗权的,其可以通过选举的形式对立法者进行监督,督促立法者积极履行宪法义务^[5]。

总之,在国外宪法学的著作中,社会权主要是以国家向公民个人履行积极的保障义务为基础的公民个人的受益权,其性质是生存权,是每一个个人作为“社会的人”所必须具有的最低限度的“基本权利”。社会权与传统的“自由权”、“平等权”、“参政权”和“请求权”相对应,解决的是个人与国家之间的最基本的权利义务关系。

2. 我国学者对社会权概念和性质的探讨

对社会权概念和性质进行系统性的研究,在我国,只是近年来的事情,而且主要是法理学者和社会法学者在做这方面的学术努力,传统的宪法学基本上很少涉及社会权问题,只有与社会权相近似的“社会保障权”的基本权利概念。

我国著名法理学者林喆教授认为,社会权又称生存权或受益权,它是指公民从社会获得基本生活条件的权利,主要包括经济权、受教育权和环境权三类。

社会权概念有两层含义,一是公民有依法从社会获得其基本生活条件的权利;二是在这些条件不具备的情况下,公民有依法向国家要求提供这些生活条件的权利。与自由权、人身权等权利不同,社会权的实现更依赖于国家的积极作为。由于公民在实现这一权利时不仅需要及时排除非法侵害,而且有权要求国家提供其实现的条件,这就否定了在公民权利实现过程中的国家绝对不干涉主义,它表明,对于公民的某些权利,唯有国家积极参与,它们才能顺利实现^[6]。

著名社会法学研究专家刘俊海教授认为,“社会权”一语可以由不同的人,为了不同目的,从不同的角度,被使用于不同的场合并被赋予不同的含义。即使在法学领域,法学家和律师仍然不能对此达成共识。对法律文件中所使用的不同概念所做的比较分析表明,“社会权”一语可以作为一个狭义的技术

性名词予以使用,也可以作为广义的社会正义的同义语去理解。刘俊海指出,作为一个高度浓缩的概念,社会权指属于人权与基本自由范畴的各类体现社会正义的经济、社会、文化权利。这里所说的“经济、社会、文化权利”,十分广泛。既包括《经济、社会和文化权利国际公约》中列举的10项权利,也包括其他具有经济与社会权利特点的权利,如吃饭权、消费者权利、环境权和发展权。按照权利的性质而不是不同的法律文件对人权进行分类,似乎更加科学。

创设与保护社会权的理论根据有四:(1)人类对生存与发展的要求;(2)自然威胁与社会威胁(含市场机制和竞争机制)导致的人类生存条件的脆弱性;(3)资源和权利的稀缺性;(4)道德与理性对人类需要的表达和实现将是一个长期的历史过程。社会权本身并不是目标,而是追求更高理想目标(即人格、尊严与价值全面发展)的重要手段。其实,所有的人权与自由都服务于一个更高的目标:完善人,帮助他完善自己的世界,包括民主化与人道主义化。因此,社会权并不仅仅服务于确保政治的安定和市场机制的顺利运转,而且更重要的是,服务于成全人的最高价值。从这个角度上看,社会权的重要性不能削弱,只能增强^[7]。

关于社会权的性质,由于对社会权概念的定义方法存在差异,所以,其性质的认定也存在一定差异,目前还没有形成通说,但大致上以社会权的“保障”性质和国家责任为背景。例如,郑贤君教授^[8]就认为,社会权,又称社会权利,无论在价值立意、社会基础、国家权力的作用方式及实在化方面都不同于传统的自由权。社会权具体包括工作权,享受公正和良好的工作条件权,组织和参加工会权,社会保障权(包括社会保险,家庭、母亲、儿童和少年受广泛保护和协助权),获得相当的生活水准权,达到最高的生理和心理健康的标准权,人人有受教育权,参加文化活动、享受科学进步及其应用所产生的利益等各种经济、社会、文化权利。一般认为,传统或古典基本权利包括公民权利和政治权利,是自由价值与自由资本主义时期权利内容的宪法体现,从属于自由权体系,该权利以国家与社会分离作为其社会基础,承认财产权的绝对私有与保障,要求国家以消极的夜警身份出现。“所谓自由权,实际是一种旨在保障委任于个人自治的领域而使其不受国家权力侵害的权利,是要求国家权力在所有的国民自由领域中不作为的权利”,“自由权主要是要求国家权力不予干预,对国家权力划定不能介入的范围”^[9]。社会权与自由权不同,是平等价值的集中体现,也是

国家与社会融合与渗透的产物,社会权所具有的非自力实现而需要通过他助的性质,客观上要求国家以积极能动身份促成这类权利的实现。社会权与自由权的这些差异深刻影响了该类权利的实现方式,故保障社会权实现的责任主体主要是国家。因此,占支配地位的被动的自由主义国家观或主动或被动地受到不同程度的修正,国家一反其消极立场,出面干预社会和经济,由被动消极的守夜人转变为积极能动国家,开始承担其促进福利即社会权利实现的中心责任。二战以后的各国不同程度地采纳和接受了这一点,在宪法中采用大量篇幅规定国家的义务和责任,并制定了一系列社会立法,形成了促成这类权利实现的宪法和法律上的实在法规范保障体系,而《人权 A 公约》的制定则使对该权利的保护由国内扩展到国际层面。

郑贤君教授关于社会权的权利性质的上述分析观点可以说是宪法学界比较有代表性的观点。依据胡锦涛教授主编的《宪法学原理与案例教程》一书的最新观点,社会权的性质是“免于匮乏的自由”,而传统的自由权是“免于束缚的自由”,自由权与社会权是依据基本权利与国家权力的保障责任的关系所作出的对应性的分类。这一观点对于认识社会权的性质也是有参考价值的^[10]。

总的来说,目前关于社会权的定义,大致上都将社会权局限于“社会保障权”的意义上,也就是说,所谓的社会权,在狭义上,与社会保障权是基本等涵的。正如林来梵教授指出的那样:“所谓社会权利,即通过国家对经济社会的积极介入而保障的所有人的社会生活或经济生活的权利。”^[11]

社会保障权是世界各国宪法所确认的公民的一项基本权利,从基本权利所保障的个人利益类型角度来看,社会保障权属于由政府对公民承担绝对保障责任的“受益权”,同时依据社会保障权涉及的社会生活领域,其性质具有“经济权利”与“社会权利”的双重属性。目前关于社会保障权的研究,主要有两个方面的学术共同体:一是以国内宪法所规定的社会保障权为对象的国内法学界对社会保障权的研究,这一学术团体涉及宪法学者、国内人权学者以及经济法学和社会法学者,在此层意义上主要是研究社会保障权作为一项公民的基本权利,政府应当承担什么样的保障责任以及公民应当享有什么样的社会保障。社会保障权所保障的合法权益涉及医疗、养老、保险、救助、扶贫等领域,重点是医疗和养老方面如何保障公民的权利。二是以国际人权宪章为依据,从国际人权法的角度来研究社会保障权如何作为一项基本人权来加以保护,涉及此类研究的学者

主要是国际人权法学者、国际法学者以及一些国内法学者。在此意义上研究社会保障权,主要是从生存权的人权意义出发,将获得最基本的社会保障作为一项最基本的人权,并要求缔约国政府通过批准《经济、社会和文化权利国际公约》,正确履行该公约下的缔约国义务的方式来对社会保障权实施保障。在国际人权宪章下的社会保障权涉及生存权、教育权、社会救济和帮助权、家庭和儿童受帮助等各项基本人权。

对社会保障权的专门学术研究成果也很丰富,从国内法的角度,特别是从宪法学的角度来专门研究社会保障权的专著、博士论文都已经问世(如中国政法大学教授薛小建的博士论文就是《社会保障权的宪法保护》);从国际法角度来研究社会保障权的中外专著也很多,比较有影响的如挪威人权研究所所长埃德主编的《经济、社会和文化权利》(中国社会科学出版社出版),社科院法学所出版的《经济、社会和文化权利国际公约研究》等等。总之,不论是国际法学者,还是国内法学者,对社会保障权的研究的基本角度开始立足于比较研究、系统研究以及整体研究,以社会保障权为专门研究对象的专著不断问世。

(二) 作者的观点

关于社会权的概念,虽然人云亦云,但是,如果考察基本权利产生的历史背景以及基本权利的性质,那么,对社会权是可以作一个比较恰当的定义的。从基本权利发展的历史来看,社会权是基本权利发展到一定历史阶段出现的历史现象,它的存在实际上是为了解决每一个个体在现代社会中的“社会性”,也就是说,社会权需要解决的问题是每一个个体如何社会化以及如何作为社会的人在社会中有效生存和生活的问题,当然,社会权并不以解决个体的经济问题作为唯一目标,社会权以个体的社会化为目标,其中,经济权是社会权的重要内容。因此,从宪法学理论上来看,所谓的社会权是与个人自由权相对应的概念。个人自由权解决的是每一个个体如何能够充分地表达自己的个人意愿,特别是在与他人或是社会无关的事项方面,个人拥有绝对的自己决定权;社会权同样也是以个人作为权利主体的,它需要解决的问题是个体如何有效地与他人交往,如何在社会中有效生存和生活。在传统的宪法学理论中,仅仅依靠个人自由权很难解决个体在他人交往、个体在社会中存在和生活的各种制度保障问题,个人要成为一个合格的社会关系的主体,就必须获得完全社会化的条件以及作为社会交往主体必要的存在条件,这些都需要依靠个人之外的力量来

加以保障,特别是需要国家和政府来给予必要的帮助。所以,从实质上来说,社会权是个人获得完全社会化以及作为社会交往的主体生存和发展所必需的基本权利,它的实现以社会保障责任与国家和政府保障责任为前提。

二、社会权的历史发展及主要内容

最早使社会权作为公民基本权利进入宪法且加以详细规定的是1919年德国的《魏玛宪法》。该法第二编在规定德国人民的基本权利和义务时,以专章规定了国民的受教育权和经济权(主要是指所有权、劳动权、著作权、发明权、美术权和继承权等),并明确规定了国家为保障之应积极作为的要求,其第162条还规定:“关于工作条件之国际法规,其足使世界全体劳动阶级得最低限度之社会权利者,联邦应赞助之。”

二战后不少国家的宪法对社会权都给予特别的规定,但对于社会权范围的理解有所区别,如1975年《希腊共和国宪法》第2编“个人权利和社会权利”将社会权理解为作为社会成员的人的权利,包括和平集会权、非盈利性结社权、学术自由权、讲授自由权、受义务教育权、劳动权、罢工权、环境权和居住权等,规定国家机关必须保障它们的行使而使其不受妨碍。而1982年《葡萄牙共和国宪法》在第3章第2节专门规定了“社会方面的权利与义务”,它们涉及社会保障权、健康保护权、住宅权、生活环境权、家庭权,以及父母、未成年人、残疾人、老年人的权利,该法对国家保障这些权利的职责任也作了相应的规定。

值得注意的是,尽管社会权作为基本权利在宪法文件中出现得比较早,但是,长期以来,并没有作为一个整体性的权利概念出现在宪法和法律文本中,所以,社会权的具体内容在制度上一直是千差万别的。社会权真正作为明确的基本权利的“类概念”出现在宪法文本中,是在联合国通过的《经济、社会和文化权利国际公约》生效之后,为了正确地履行该公约下的缔约国义务,许多国家都在制定宪法或者修改宪法时,对宪法中所规定的基本权利做了包含了“社会权”的重新分类,但这种分类方法仍然没有完全区分社会权与经济权之间的关系。如1991年制定的《乌兹别克斯坦共和国宪法》第9章就规定“经济和社会权利”。

在2002年11月于北京举行的国际宪法学协会圆桌会议“市场经济与宪政建设”国际研讨会上,与会代表对于《经济、社会和文化权利国际公约》中的“经济权利”与“社会权利”之间的区分也没有作出太多的学术努力,基本上在法理上将“社会权”纳入

了“经济权利”的范围来加以讨论,所谓的经济权利的内容也就成为了“社会权”的内容。

在此次研讨会上,关于经济权利或社会权的宪法保护,中外学者在此问题上的看法不完全一样,特别是对经济权利的性质、种类以及通过宪法获得保护的方式等问题上,有许多不同看法。

英国学者认为,对经济权利加以明确定义是非常困难的。不同国家对经济权利的理解是不同的。如美国宪法学者主流的观念将财产权视为经济权利的核心,当然交换自由和契约自由一般也被视为经济权利的内容。在欧洲,基于对16部宪法的统计,经济权利分为6类,包括:财产权、商业自由权、选择工作的权利、劳动者受保护的權利、获得公平以及充分工资的权利、罢工的权利。对经济权利的定义和分类,比较可行的办法是参照《经济、社会和文化权利国际公约》的规定。虽然该公约没有明确什么是经济权利,但是,从该公约对权利的排列顺序来推论,经济权利大致上有:工作的权利(第6条)、享受适当的工作条件的权利(第7条)、成立工会并自由活动的权利、罢工的权利(第8条)、享受社会保障的权利(第9条)等等。

关于宪法是否应当规定经济权利以及经济权利通过什么方式获得宪法的保护,英国学者主张,经济权利能否获得宪法保护,并不一定要在宪法中明文规定某种经济权利,实践证明,即使是在宪法中明文规定了许多经济权利,如果没有与之相配套的保护机制,也不可能获得有效的宪法保护。从将经济权利视为自由经济秩序隐含的权利(财产权、商业自由权、自由选择工作的权利)与强调集体主义、社会主义保护色彩的权利(提高劳动者的利益、公平合理的工资、罢工的权利)之间寻找平衡的角度来单独分析每部宪法,可以把宪法分为三类。实质保护类(丹麦、法国、德国、荷兰、挪威、斯洛文尼亚等)、明确表示相对受保护的權利、自由具有优先性。从具体的保护机制来看,“自由”性质的经济权利更重视各项立法政策的作用,也就是说,通过立法来保证“自由”性质的经济权利获得良好实现环境;受“保护”的经济权利更注重政府的保障责任,也就是说,政府采取了哪些行之有效的措施来使得宪法上所规定的经济权利得到实现。

中国学者认为,经济权利的内容应当包括财产权,该权利作为法律资格的基础,是独立的基础,自由的基础,但是,传统意义上的财产权还不可能被所有人平等地享有,因此,财产权至少还需要其他两项权利补充,一是劳动权,该权利提供人们获得财产的途径,二是社会保障权,该权利可以补充并且在必要

的情况下全部提供从财产或工作中获得的不充分的收入。由此构成一个逻辑上完整的经济权利,即公民通过劳动权(工作权)获得财产,对合法获得的财产享有处置权并不受他人侵犯,从而获得良好的生活水平,但是,在由于公民自身的弱势地位或者外部经济地位的差别导致了公民无法获得良好的生活水平时,国家有给予财产上的补助的义务。

经济权利如何通过宪法来保障?中国学者指出,经济权利中既包含有传统的排除国家干预的不作为的自由权,如财产权,也包含有要求国家一定作为的社会权,如劳动权和社会保障权。因此,对于这两类性质不同的权利,宪法上的保障也不相同。对于前者,公民显然可以作为一项不作为请求权来行使,这已为过去的宪法实践所承认,而后者是否也相应地视为一项作为请求权?正如任何社会都不能离开经济这个物质基础而存在一样,任何人都不能离开经济权益而生存。一定经济利益的取得是人得以生存的前提。要取得经济利益,必须有经济权利作为保障。由传统的经济自由发展到现代的经济权利,是人权保障深入的反映。传统的经济自由是在国民的自由范围内要求国家不作为的权利,而现代的经济权利不仅继承了这一点,更将带有社会权性质的劳动权和社会保障权吸收进来,要求国家对社会上的经济弱者进行积极的保护和帮助,这种二重构造使现代经济权利比传统经济自由具有更加丰富的内涵,也更加接近保护公民独立的经济地位的目标。

有的中国学者还指出,随着经济全球化趋势的形成,一些在传统意义上由民族国家宪法来保护的经济权利,受到国际条约的影响越来越大,最明显地表现在WTO规则领域,加入WTO的成员国必须按照WTO规则的要求来保护本国公民的经济权利。所以,在经济权利实现手段上,应当看到这种现象的存在。

美国学者指出,分析经济权利的性质以及作用,最关键的是要将经济权利与政治权利区分开来。经济权利的实现应当更关注一些现实的问题,受到来自法律上的更多的限制。

在“经济权利的宪法保护”问题上,最大的争论是经济权利的性质和种类,各国学者主张持两种看法,一种是经济权利的性质是经济自由,因此,财产权是主要内容;一种是经济权利是与社会保障相联系的,所以,政府的保障责任是经济权利的法律基础。在经济权利的宪法保护方式上,大多数代表同意,经济权利的宪法保护不限于狭义上的宪法对经济权利的规定,更重要的是应当建立保护经济权利

实现的宪法制度。

总之,社会权在基本权利意义上使用,迄今为止,还没有完全从经济权利的内容中分离出来,有关社会权的权利理论还很不成熟。不过,为了突出社会权作为基本权利的“类”的特性,社会权应当从经济权利中分离出来,特别是应当以国家和政府的广泛的积极保障责任为前提,应当以保证个体的社会化为目标,应当在内容上涵盖经济权利等基本权利的内容。正如林喆教授指出的那样,社会权的存在清晰地表现出个人对于社会的依赖程度,以及国家在公民权利实现过程中的重要作用。从实践中看,国家权力的现实支持是公民社会权实现的保证。由于公民经济权、受教育权和环境权的实现过程需要借助一定的社会资源,这就势必触动各种利益者,带动利益的再分配,并在公民个人与国家、群体和其他公民之间引发新的矛盾冲突,而缺乏权威组织的支持,公民个人动用社会资源的行为,以及协调各种矛盾冲突的努力是不可能完成的。现代宪政对于社会权的承认,对于协调公民与社会、公民与国家、人与自然之间的关系具有重要的意义。社会权的核心部分是经济权。经济权是指公民依法实现个人经济利益的权利。在我国宪法中,经济权主要包括劳动权、休息权、社会保障权、物质帮助权、社会保险权、社会救济权、医疗卫生权、合法财产不受侵犯权(包括合法收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有受保护权)、土地使用转让权、农村自留地(或自留山、家庭副业、饲养自留畜)经营权、参与企业管理权等^[12]。

作者认为,要在法理上比较清晰地勾画出社会权的基本权利体系,最重要的一点就是要抓住社会权的权利特性,尤其是应当从社会权的权利功能出发,以社会权在保障个体社会化中的作用为基础来全面认识社会权在不同领域所表现出的不同的权利内涵。由于社会权是为了解决个体完全社会化、有效社会化和继续社会化的问题,所以,个体需要通过权利制度加以保护的领域就涉及以下几个方面:

1. 婚姻、家庭中的权利。每一个个体在社会中生存,首先是以婚姻和家庭作为存在的条件,因此,个人在婚姻和家庭中的权利是保障个体实现社会化的重要条件,如果个体不能获得婚姻和家庭的有效保护,那么,就无法实现完全和有效的社会化,就会影响个人的社会人格的健康发展。作为社会权在婚姻和家庭中的表现形式,儿童的权利、母亲的权利、夫妻双方的权利、子女的权利、父母的权利、生育的权利等都属于发展个体的社会人格所必需的,是个体通过婚姻和家庭这样的“初级社会群体”来实现

社会化的必要措施。家庭成员、政府和国家都有保障婚姻、家庭中的权利的义务。

2. 受教育权。在现代社会中,一个个体要获得完全的社会化,除了依靠家庭成员的帮助之外,通过学校来接受间接的社会化知识,从而培养自身的社会化能力是非常必要的。所以,受教育权对于每一个个体发展独立的社会人格,成为一个合格的社会交往的主体是至关重要的。没有受教育权的保障,个体很难完成完全社会化的任务,继而就会影响整个社会关系的构成,不利于社会关系的和谐发展。与教育自由的权利性质不同的是,教育自由强调了个人在接受教育方面的自主性,属于个人自由权的范围,不属于社会权的领域,只有家庭和政府承担保障责任的受教育权才属于社会权。受教育权实践的领域包括各类正规形式的基础教育、中等教育、高等教育,也包括各种形式的社会教育。个体通过受教育权的保护,可以在各种教育机构这样的“次级社会群体”中获得完全社会化所必需的知识技能。

3. 劳动权。个体在社会中要有效生存,必须获得必要的生活资料,而生活资料的获得依赖于社会分工,因此,通过劳动来获得满足自身有效生存的生活资料,是保证个体作为社会的人的必要条件。所以,给予每个个体以必要的劳动权以及与劳动相关的各种权利,有利于个体以一个合格的社会人的身份有效地生存,国家和政府必须承担这种保障责任。

4. 社会保障权。个体在社会中要能够以合格的社会人身份来独立地从事各种社会交往活动,必须具备一定的社会交往能力和行为能力,对于缺少必要的社会交往能力和行为能力的个体,国家和政府必须给予必要的物质、心理等多方面的帮助和服务,因此,对于社会弱势群体的帮助权、对于失去劳动能力的人的救助权、对于可能遇到生存和生活风险的社会保险权、对于保持高效的劳动能力的休息权、对于老年人的物质帮助权、对于各种特殊的需要予以无条件救助的群体的社会保障权等等,构成了社会保障权的重要内容。

5. 公民资格权。在现代社会中,任何一个个体都生活在特定的地域范围内,受到特定地域空间的限制和约束,因此,在特定地域范围生活和工作的个体其作为社会人的合法身份必须得到对特定地域享有领土管辖权的国家的有效保护。能否成为一个合格、合法的公民,是每一个个体作为社会人,作为社会交往主体生存和发展的必要条件。所以,以国籍为标志的公民资格权构成了个体社会化的必要制度条件,是社会权的最重要的内涵。

6. 生存权、发展权和环境权等。一个合格的社

会人,在一个特定社会中,必须获得最低限度的生存可能性、继续社会化的可能性以及种的延续的可能性等,所以,作为一个特定社会中整体的社会公众为受益对象的生存权、发展权和环境权,是现代社会对个人所具有的社会权的权利内容的丰富和发展。生存权、发展权和环境权具有集体人权的性质,但是又可以通过个体的社会化能力体现出来,是社会权不可分割的一部分。

总之,所谓的社会权,顾名思义,是个人享有完全社会化、有效社会化和继续社会化的资格和条件的保障权,该基本权利是以国家和政府履行积极的保障责任作为权利实现的重要条件,也以整个社会的努力作为权利实现的社会基础,是现代社会自身存在和发展的需要,是个人与国家、社会之间互动的产物,属于现代法治国家和法治政府必须加以保护的基本权利。社会权的具体内容是非常丰富的,它可以根据作为一个合格的社会人所必须予以保证的社会化条件的不同而有所不同,并且随着社会文明的发展而不断发生变化,社会权是一个不断发展和开放的基本权利,具有未来权利的特性。社会权是一个以保证个体社会化为核心的基本权利体系(参见图1)。

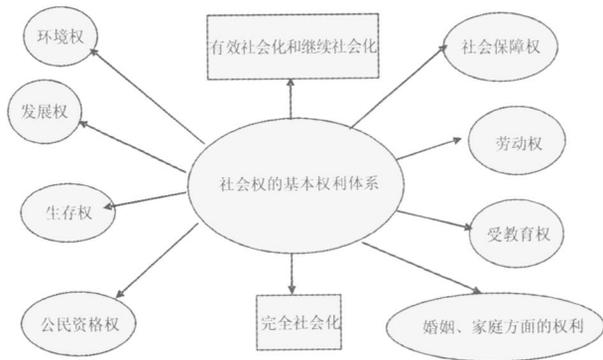


图1 社会权的基本权利体系

三、社会权宪法保护的特征

宪法上所规定的基本权利,是通过宪法所确立的救济方式来加以保护的,这是基本权利区别于非基本权利的法律特征所在。宪法上对基本权利的救济方法种类很多,在日本学者阿部照哉等人所著的《宪法·基本人权篇》一书中,总共列出了六种方法,包括司法上的救济,法律的违宪、无效,行政处分的撤销,给付判决,不作为的违宪确认以及国家赔偿^[13]。韩国学者成乐寅在其著作《宪法学》中认为,宪法上的基本权利的保护是以作为基本权利的“请求权”来实现的,具体说包括请愿权、审判请求权、国家赔偿请求权、损失补偿请求权以及刑事受害人请求权等内容^[14]。但是,就基本权利受到宪法保护

的方式来说,应当是受到宪法价值全方位的保护和肯定,而不仅仅限于事后的救济程序或者是宪法上的补救手段。从总体上来说,基本权利的宪法保护还没有形成非常系统和完善的法理,需要加以认真地构建。

(一)社会权的宪法保护方式

社会权的宪法保护与宪法在保障公民基本权利方面的作用密切相关,也与宪法的基本法律特征有关。因此,考察社会权的宪法保护必须首先弄清权利的宪法保护的内涵。从宪法学理论出发,结合各国宪法制度的规定,权利的宪法保护主要有以下几个特征:

1. 宪法对权利的确认

由于宪法在法理上其基本特性是一种价值法,而宪法规范的内容是基于人民之间的政治契约产生的,所以,凡是在宪法中所确立的公民权利,都不得被国家机关运用自身所掌握的国家权力予以剥夺,宪法权利具有对抗国家权力的功能。相对于由国家机关通过行使国家权力来加以保护的权力来说,宪法权利不受国家机关的随意限制。

由于宪法权利本身具有很高的法律地位,所以,能够作为宪法权利存在的一般包括两类:一类是作为人不得不享有的基本人权;另一类是作为一个国家公民基于其公民身份而享有的最低的社会福利,也就是说,作为公民的基本权利。目前,这两类权利在宪法上很少加以明确地区分,只是依据宪法发展的历史经验和保护人权的实践要求来加以确定。

一项具体的权利在法定化的过程中,能否受到宪法的保护,特别是能否具有对抗国家权力的功能,首先应当在宪法条文中得到明确的肯定,也就是说,只有宪法条文明确加以规定的权利,才能基于其宪法权利的法律地位获得宪法的保护。不能在宪法中被宪法条文明确加以规定的权利,一般情况下,不受宪法保护,但是,可以基于具体的情况由普通的法律、法规来加以保护。当然,在有些国家,宪法中没有明确规定的权利,但是,基于宪法原理应当属于宪法权利的权利,在实践中,也经常通过宪法解释的方式获得宪法的保护。如在挪威,宪法并没有规定组织政党的权利,但是,这种权利由于其构成了宪法制度的政治基础,所以,在挪威的最高法院的判例中仍然被视为一种宪法权利^[15]。

2. 宪法要求立法机关制定法律来保障宪法权利的实现

凡是宪法权利,一般情况下,都具有自由的特性,也就是说,宪法权利原则上是可以由公民来自由行使的。但是,基于公共利益的要求和维护公共秩

序、保护他人权利实现的需要,宪法权利在具体实现过程中,必须受到一定的法律限制。因此,宪法权利通常是一种主观性质的权利,必须要依赖于具体立法的规定才能客观化,成为公民可以行使的实在的法定权利。在法律没有规定宪法权利具体实现方式的情况下,宪法权利在实践中很容易受到各种非法的侵害,但却难以获得有效的法律救济。不过,从宪法权利的基本特性来看,立法机关制定法律来实现宪法权利,其基本的合法性界限在于任何旨在使宪法权利具有实现可能性的法律都不得在事实上导致宪法权利在实际中的实现成为不可能。法律可以限制宪法权利的实现方式,但是,却不能随意剥夺宪法权利。

3. 政府具有保障宪法权利实现的宪法职责

宪法权利就其性质来说是一种契约性质的权利,它们是宪法制定的主体——人民通过宪法这一契约形式来肯定的政治国家必须向公民承诺的最低限度的权利和福利保证。政府作为政治国家中行使国家权力的组织是基于人民委托而存在的,政府存在的宗旨就是尽最大的努力来保证公民所享有的宪法权利的实现,这也是政治国家对公民所应当承担的最基本的国家责任。这种国家责任在具体承担形式上表现为宪法所确立的国家机关的宪法职责。因此,在宪法权利与政府权力之间,存在着手段与目的的辩证关系。政府所掌握的国家权力就其性质来说是保障公民宪法权利得以实现的一种手段,这也是公民权利宪法保护最重要的法律基础。政府在保证宪法权利实现的过程中,既有消极的不作为的责任,也有积极的作为责任。在政府的不作为责任中,政府主要是应当最大限度地保证宪法权利中的自由权的内容得以实现;在政府的作为责任中,既包括政府有责任来排除各种妨碍宪法权利实现的阻碍因素,同时也包括政府积极地创造条件来促使宪法权利的实现。

4. 公民基于实体宪法权利而产生的请求权

宪法权利由于以政府的保障责任作为实现的前提,因此,相对于一般法律、法规所规定的权利而言,公民的宪法权利受到侵犯,就会产生对政府的请求权。而一般法律、法规所规定的权利受到侵犯,受害者可以向包括政府在内的组织和个人行使请求权,要求恢复和补偿受到侵犯的权利。

对于普通公民侵犯了宪法权利的行为,政府仍然是受害者行使请求权的对象。因为政府的责任就是通过立法、行政和司法等手段来阻止公民宪法权利被侵犯行为的发生,这里侵权的主体不仅是政府本身,也可以是其他公民。如果是其他公民,政府有

责任通过法律规定的形式来予以制止。只有在政府放任不管的情况下,受害者才能向政府提出请求,要求政府积极地履行宪法所赋予的保障公民宪法权利的基本职责。

公民基于实体宪法权利而产生的请求权来自于宪法权利的国家承诺,也就是说,宪法权利是政治国家向公民承诺的权利,因此,当公民的宪法权利受到侵犯的时候,公民当然有权利向代表政治国家行使国家权力的政府提出保护宪法权利的请求。宪法权利请求权对象的专一性是公民权利宪法保护的最重要的特色。

5. 宪法权利获得宪法诉讼或者宪法监督的救济

宪法权利与一般法律权利不同的地方就是,宪法权利在被侵犯之后,可以获得宪法诉讼或宪法监督的救济,而一般的法律权利,很难上升到宪法诉讼或宪法监督的途径来加以救济。如一般的民事权利被侵犯之后,往往可以通过民事审判来加以解决;行政法上的权利受到侵犯之后,一般可以通过行政诉讼途径加以解决。相对于一般法律权利来说,宪法权利被侵犯之后,受害者可以对最高司法机关作出的判决提出异议,并将有关的异议提交专门的宪法法院来解决,而宪法法院在审理公民宪法权利案件时,除了要考虑合法性、合理性等要素之外,政治性的决策往往也起到很大程度的影响作用。与一般民事权利不同的是,宪法上的侵权责任的认定以及侵权责任的承担方式都是比较复杂的。有时需要作出政治判断才能加以解决。此外,通过宪法监督主体对宪法实施所进行的监督也可以有效地保护宪法权利,与宪法诉讼不同的是,通过宪法监督获得保护的宪法权利不是通过受害者行使宪法上的请求权来实现的,而是通过宪法监督主体履行监督职能来主动加以保护的。

社会权与政治权利、文化权利等一样,要获得宪法保护,也必须遵循上述五个基本要件。当然,在不同的国家,由于宪法的法律特征有所差别,因此,社会权获得宪法保护的方式、水平是有所不同的。其中,大多数国家宪法能够做到对社会权做最大限度的确认,也就是说,使各种社会权成为宪法权利,从而获得宪法上的地位。在许多国家,在宪法上获得肯定的社会权,还可以直接获得宪法手段的救济,也就是说,公民可以依据宪法关于社会权的规定来直接请求司法救济。

(二) 目前社会权在宪法中获得保护的情况

从世界各国宪法的具体规定来看,社会权通过宪法条文明确加以规定不仅具体的权利内容比较广

泛,而且各国对相关社会权的确认率也比较高。根据荷兰学者亨利·范·马尔赛文等的统计,在总共142部成文宪法中,宪法规定了结婚权利的共5部,占3.5%,没有规定的137部,占96.5%;宪法规定了建立家庭的权利的4部,占2.8%,没有规定的138部,占97.2%;宪法涉及家庭的有86部,占60.6%,没有涉及的56部,占39.4%;宪法规定了受教育权的73部,占51.4%,没有规定的69部,占48.6%;宪法规定了劳动权的共78部,占55%,没有规定的只有64部,占45%;宪法规定了公正和优惠的报酬或平等的工资的有46部,占32.4%,没有规定的有96部,占67.6%;宪法规定了组织和参加工会的自由和权利的有84部,占59.2%,没有规定的有58部,占40.8%;宪法规定了罢工权利的有36部,占25.4%,没有规定的有106部,占74.6%;宪法规定了国家救济和社会保险的有95部,占66.9%,没有规定的47部,占33.1%;宪法规定了社会保险或社会救济的权利的有62部,占43.7%,没有规定的80部,占56.3%;宪法规定了休息和休假的权利的有46部,占32.4%,没有规定的96部,占67.6%;宪法规定享受宽裕或合理的生活标准的权利的有33部,占23.2%,没有规定的有109部,占76.8%;宪法规定了国籍权的有4部,占2.8%,没有规定的138部,占97.2%;宪法涉及到国籍条款的有103部,占72.5%,没有规定的39部,占27.5%;宪法规定了生存权的有64部,占45.1%,没有规定的78部,占54.9%^[16]。

从上述各项统计数据可以看出社会权在各国宪法中得到规定,以及相关的权利内容得到不同程度的宪法保护的情况(参见表3、表4)。

表3 社会权得到各国宪法规定的情况

社会权的具体权利名称	宪法中有明确规定的数量	占总数的比例
婚姻权	5	3.5%
家庭权	4	2.8%
受教育权	73	51.4%
劳动权	78	55%
公平报酬权	46	32.4%
组织和参加工会权	84	59.2%
罢工权	36	25.4%
国家救济权	95	66.9%
社会保险权	62	43.7%
休息和休假权	46	32.4%
生活水准权	33	23.2%
国籍权	4	2.8%
生存权	64	45.1%

表 4 社会权的具体权利内容在各国宪法中得到肯定的程度

重要性 顺序	社会权的具体权利名称	宪法中有明确规定的数量	占总数的比例
1	国家救济权	95	66.9%
2	组织和参加工会权	84	59.2%
3	劳动权	78	55%
4	受教育权	73	51.4%
5	生存权	64	45.1%
6	社会保险权	62	43.7%
7	公平报酬权	46	32.4%
8	休息和休假权	46	32.4%
9	罢工权	36	25.4%
10	生活水准权	33	23.2%
11	婚姻权	5	3.5%
12	家庭权	4	2.8%
13	国籍权	4	2.8%

由上述统计资料可以知道,在各国宪法中所确认的社会权,其具体的权利内容主要集中在社会保障权、劳动权和受教育权三个领域,而像婚姻和家庭方面的权利、国籍权等作为社会权的权利内容并没有受到广泛的关注,但是,作为受到传统宪法学理论比较关注的生存权,在各国宪法中也得到了比较多的关注。因此,从社会权在宪法条文中得到实际肯定的情况可以看到,以国家和政府保障责任为基础的社会保障权、劳动权和受教育权是得到普遍公认的基本权利,属于社会权的核心权利内涵。

值得注意的是,环境权近年来也成为世界各国宪法所确立的基本权利制度关注的非常重要的权利。各国立法对环境问题的关注同样也是伴随着环境危机的产生而产生的,是环境危机的产物。只是由于各国发展水平、传统观念、文化意识、国际交流水平等方面的不同,它们在时间、方式以及范围等方面对环境问题的关注也存在很大的差异。瑞士是世界上最早将环境保护问题写进宪法的,它在 1874 年的宪法中规定:“联邦可制订关于保护人及其自然环境不受损害和妨碍的法规。联邦特别反对空气污染和噪音。而在二战后诞生的社会主义国家,主要从保护公有财产的角度提出了对自然资源进行保护的概念。如 1952 年《波兰社会主义共和国宪法》第 12 条就规定,全民财产,包括地下蕴藏、基本能源、水利和森林等,应受国家和公民的特殊关心和保护。1960 年《捷克斯洛伐克社会主义共和国宪法》第 15 条第 2 款规定:“国家关怀美化自然和全面保护自然,保护祖国的自然美景,以便为人民的美好生活创造日益丰富的源泉,为劳动人民的健康及其休息造成合适的环境。但是,大规模的环境立法则是在斯

德哥尔摩大会之后。至今为止,大多数国家都已经在宪法中涉及到有关环境保护的相关内容。

纵观各国宪法的发展,可以发现,早期的各国宪法一般都是将环境保护作为国家的一项管理权力或责任,是政府的一种主动行为,并没有提及公民在其中享有什么样的权利。只是到了 20 世纪中叶之后,随着环境公害事件的频发,公众对环境问题的日益关注,政府的管理渐显乏力。在日渐脆弱的生态环境和巨大的环境压力面前,一方面需要国家在环境事务中发挥更大作用;另一方面,国家在环境事务管理中存在的很多内在缺陷,如理性不足、中立有限、资源有限、管理成本过高等问题也凸显出来。正是在这种政府管理已经无法满足日益迫切的环境保护需要,现有的法律保护又不足以形成对公民的环境利益的有效保护的情况下,传统意义上所认为的公民在国家环境管理中享有的环境利益只是一种反射性利益的观点受到越来越多的抨击,显示出与时代发展的不适应性。由于传统的权利范畴不足以保护公民的环境利益,公民开始以侵害人权为由提起环境诉讼,要求政府在环境保护中采取积极态度,并要求参与到环境事务中去,而不只是被作为国家行政管理和监督的对象。与这种趋势相适应,“环境权”概念逐渐频繁地出现在公众、媒体和国家立法者的讨论中,并最终表现在某些国家的法律文件中。例如在日本,由于环境权讨论的触发,促使全国各地出现了很多基于环境权的诉求,尽管法院对公民的环境权的私权性质持谨慎态度,但是环境权被视为日本 1947 年施行的《日本国宪法》第 25 条规定的“任何国民均享有最低限度的健康与文化生活的权利”的应有之义已经得到了广泛承认。尤其是在 1972 年《斯德哥尔摩宣言》确立了基本人权与环境保护之间的联系之后,在斯德哥尔摩会议精神的指引下,各国也开始了以公民环境权为核心的环境保护立法。各国纷纷在各自的宪法中增加了公民环境权的相关内容。例如,在 70 年代之后制定宪法或通过宪法修正案的国家大都在其中承认了公民享有的环境权。例如,1986 年《菲律宾共和国宪法》第 2 章“关于原则和国家政策的宣告”第 16 条规定:“国家保障和促进人民根据自然规律及和谐的要求,享有平衡和健康的生态环境的权利。”1980 年《智利共和国政治宪法》第 19 条第 8 款规定:“保证所有个人……有在无污染的环境中生活的权利。国家有义务注意使这种权利不受到影响并对自然保护实施监督。”1974 年《南斯拉夫社会主义共和国宪法》第 192 条规定:“公民拥有健康的生活环境的权利……而一些在《里约宣言》之后颁布的宪法中,则

不仅在一般意义上规定了公民的环境权,而且还特别涉及了环境知情权和环境参与权的内容,如:1993年《俄罗斯联邦宪法》第42条规定:“每个人都有享受良好的环境和了解环境状况的可靠信息以及要求赔偿因破坏生态所造成的健康或财产损失的权利。”1996年南非宪法,将“享有一个健康的环境作为一项基本的人权予以承认”,并鼓励公众和社区行使此项权利以促进该权利的实现。各国宪法对环境权立法的如火如荼正是它们对环境时代到来的积极回应。环境权作为社会权的一项重要权利内容,其作为基本权利存在的重要性越来越突出。

发展权也是近年来在人权保障实践中出现的具有社会权性质的基本人权。发展权的理念最早体现在联合国大会于1969年12月11日第2542(XXIV)号决议宣布的《社会进步和发展宣言》。该宣言第9条规定:社会进步和发展是国际社会共同关心的事务,国际社会应以一致的国际行动补充国家提高人民生活水准的努力。在1986年12月4日联合国大会第41/128号决议通过的《发展权利宣言》正式地将发展权利作为一项独立的基本人权对待。该宣言第1条第1款规定:发展权利是一项不可剥夺的人权,由于这种权利,每个人和所有各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会、文化和政治发展,在这种发展中,所有人权和基本自由都能获得充分实现。第2条第1款又规定:人是发展的主体,因此,人应成为发展权利的积极参与者和受益者。关于国家在保障发展权方面的义务和责任,该宣言第8条明确规定:各国应在国家一级采取一切必要措施实现发展权利,并确保除其他事项外,所有人在获得基本资源、教育、保健服务、粮食、住房、就业、收入水平分配等方面机会均等。应采取有效措施确保妇女在发展过程中发挥积极作用。应进行适当的经济和社会改革以根除所有的社会不公正现象。各国应鼓励民众在各个领域的参与,这是发展和充分实现所有人权的重要因素。受联合国《发展权利宣言》的影响,发展权也逐渐进入国内宪法的立法领域,成为宪法上所保护的基本权利。例如,1995年8月24日通过的《格鲁吉亚共和国宪法》第16条就规定:人人拥有自由发展其个性的权利。1996年6月28日通过的《乌克兰宪法》第23条也规定:每个人都有在不侵犯他人自由与权利的情况下自由发展其个性的权利,都对保证其个性自由而全面发展的社会负有义务。可见,发展权也正在逐渐成为社会权的重要权利内容。

总之,社会权作为保障个人实现社会化为宗旨的基本权利,它的产生、存在、内容等都是随着社会的不断发展而逐渐向前发展的,它既是一项新型的基本人

权,也是一项具有比较确定的具体权利内涵的成熟的基本权利,是当今世界各国人权理论和人权保护必须予以高度重视的问题。

(三)社会权在我国宪法中获得保护的情况

社会权在我国现行宪法中也得到了比较充分和全面的肯定,其中社会保障权、劳动权和受教育权是我国现行宪法所保障的“公民的基本权利”,构成了宪法上所确立的社会权的核心权利。

关于社会保障权,现行宪法第四十四条规定:国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。第四十五条又规定:中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。

关于劳动的权利,我国现行宪法第四十二条将该项权利明确作为一项宪法权利加以确认,但是,又具有自身的特点。宪法第四十二条在规定中华人民共和国公民有劳动的权利的同时,又规定中华人民共和国公民有劳动的义务。就劳动作为一项宪法权利来说,根据现行宪法第四十二条第二款的规定,它可以获得的宪法保证是“国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇”。第四十二条第四款也规定:“国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练”。与宪法中关于劳动权利的规定相对应,国家立法机关也制定了相应的劳动法,来全面落实宪法关于劳动权利的保护规定。《中华人民共和国劳动法》(1994年7月5日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过)第三条将宪法第四十二条所规定的劳动权利进一步具体化,规定劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。另外《劳动法》第七条规定,劳动者有权依法参加和组织工会。第八条规定:劳动者依照法律规定,通过职工大会、职工代表大会或者其他形式,参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。应当说,劳动权在我国是受到宪法保护最完整、最全面的经济权利,既有宪法的直接确认,又有立法机关的进一步具体化,属于比较完整的宪法权利。此外,值得

注意的是,在司法实践中,宪法中所规定的劳动权利还在人民法院的审判实践中被引用作为保障公民劳动权利的直接的法律依据。在“张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿纠纷案”中,天津市塘沽区人民法院在作出的判决中指出,雇主在招工登记表中注明“工伤概不负责”,这是违反宪法和有关劳动法规的,也严重违反了社会主义公德,属于无效民事行为。很显然,雇主在招工登记表中注明“工伤概不负责”,如果按照“合同自由”的原则,是受到保护的。但是,“工伤概不负责”此项合同内容明显地违反了现行宪法第四十二条所规定的国家“加强劳动保护,改善劳动条件”的规定,因此,天津市塘沽区人民法院法官对该招工登记表中“工伤概不负责”的合同作出了无效的判决,实际上是依照宪法的规定,正确地行使了自身的司法职权^[17]。

关于受教育的权利,我国现行宪法第四十六条规定:中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。为了切实保障公民的受教育权,现行宪法还在第十九条具体规定了国家在保障受教育权实现方面的义务和责任。该条明确规定:国家发展社会主义的教育事业,提高全国人民的科学文化水平。国家举办各种学校,普及初等义务教育,发展中等教育、职业教育和高等教育,并且发展学前教育。国家发展各种教育设施,扫除文盲,对工人、农民、国家工作人员和其他劳动者进行政治、文化、科学、技术、业务的教育,鼓励自学成才。国家鼓励集体经济组织、国家企业事业组织和其他社会力量依照法律规定举办各种教育事业。国家推广全国通用的普通话。

关于组织和参加工会的权利,在“公民的基本权利和义务”中没有加以明确,因此,也不属于宪法所明确肯定的社会权,但是,组织和参加工会的权利在现行宪法中也能够通过宪法解释的方式来找到其受到一定程度的宪法保护。现行宪法中的相关条文主要有三条,即第二条、第十六条和第三十五条。第二条第三款规定:“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”第十六条第二款规定:“国有企业依照法律规定,通过职工代表大会和其他形式,实行民主管理。”第三十五条规定,中华人民共和国公民有结社的自由。从宪法的上述规定来看,虽然没有明确肯定“组织工会的权利”和“参加工会的权利”,但是,这两项权利实际上是受到宪法保护的。首先,宪法第三十五条的“结社自由”一项重要内容是组织工会的自由,因为工会组织是一种社团。宪法第三十五条关于结社自由的规定,不可能排除组织工会

的权利。其次,宪法第二条第三款肯定了“组织工会的权利”和“参加工会的权利”的合法性。再次,宪法第十六条第二款实际上允许“工会组织”的存在以及作为民主管理的一种手段。虽然组织和参加工会的权利没有得到宪法的明确确认,但是,却在立法上得到了立法机关的高度关注。《中华人民共和国工会法》是根据宪法制定的具体规定组织和参加工会权利的法律。《中华人民共和国工会法》第三条规定:“在中国境内的企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者,不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度,都有依法参加和组织工会的权利。任何组织和个人不得阻挠和限制。很显然,工会法的上述规定明确肯定了两种权利,即“组织工会的权利”和“参加工会的权利”。《中华人民共和国劳动法》第七条规定:“劳动者有权依法参加和组织工会。工会代表和维护劳动者的合法权益,依法独立自主地开展活动。”该条规定也明确肯定了“组织和参加工会的权利”,但是,根据一般法服从特别法的原则,组织工会的方式仍然要遵守《中华人民共和国工会法》的规定。所以,从严格意义上来说,可以将组织和参加工会的权利视为一种广义上的受到宪法保护的权利。

除了社会保障权、劳动权、受教育权、组织和参加工会的权利之外,我国现行宪法还对其他一些社会权予以明确肯定,主要包括婚姻家庭方面的权利,例如,现行宪法第四十九条规定:婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。夫妻双方有实行计划生育的义务。父母有抚养教育未成年子女的义务,成年子女有赡养扶助父母的义务。禁止破坏婚姻自由,禁止虐待老人、妇女和儿童。另外,现行宪法第四十三条规定的劳动者的休息权、第三十三条规定的公民资格权也属于社会权的一种具体权利,也构成了我国现行宪法所规定的社会权的一部分权利内容。

总的来说,社会权是我国现行宪法所保障的“公民的基本权利”的重要权利类型之一,它与公民个人自由权、平等权等一同构成了我国宪法所确立的公民的基本权利体系。但是,无论从社会权作为具有“类”的特征而存在的基本权利的性质,还是社会权中的必要的具体权利内容,在我国现行的宪法学理论和宪法制度下表现得都是不充分的,需要在加强对社会权理论深入研究的基础上,通过推动社会权的宪法保护实践的发展,来从整体上提升我国宪法学界对社会权的理论研究水平,促进社会权在宪法实施中的具体实现。

四、社会权宪法保护的新发展

社会权通过宪法规范加以明确规定,并且以相

应的国家保障责任为前提,使得社会权的宪法保护获得了立法的保障。当然,在传统意义上,社会权的宪法保护主要集中在宪法关于社会权的规定对立法机关的立法的约束上。例如,李建锋就主张:社会权的保障,核心是立法机关积极按照宪法的指示履行立法义务,以为社会弱者实现适当之生活条件。而在立法懈怠的情形下,国家是否应当赋予人民权利直接援引宪法的社会权条款进行救济,在学术界存在着肯定论与否定论两种截然对立的观点。在分析现有理论的基础上,李建锋指出社会权作为人民的基本权利,首先在整体上应当具有客观法上的面向,人民尽管没有主观请求的权利,但是立法者仍有主动遵守的义务;同时,在某些方面,社会权同样可以具有主观权利的性质,例如权利享有的无歧视原则和一定程度的程序保障、社会权所具有的自由权层面、实定法保障程度的意义等方面,并且,其实现途径应当随着社会的发展而不断完善^[18]。

近年来,社会权的宪法保护已经从约束立法机关逐渐发展到可以通过司法途径的方式来保障社会权,也就是说,社会权作为一种宪法上所规定的公民的基本权利,具有了请求权的法律特征。二战后,一些国家宪法明确规定了社会权,并建立了违宪审查制度。在实践中,对于公权力侵害社会权的行为,甚至在私人领域侵害社会权的行为,宪法法院或其他法院直接援引宪法条款进行裁决。这其实是将社会权视为主观权利而直接适用司法程序。这类国家包括德国、法国、希腊、爱尔兰、意大利、日本、西班牙、葡萄牙、瑞典、南非、芬兰、匈牙利以及俄罗斯和其他独联体国家等,其中最突出的是德国、南非和芬兰。

以南非为例,1996年《南非共和国宪法》规定了广泛的社会权,并赋予其与自由权平等的地位。南非法院正在发展社会权法理学,推进对社会权的保护。“根据已发展的判例法基础,业已能够识别出一些法院保障这些权利的方法。首先,对社会权固有的尊重义务(消极禁止的义务),法院应当予以实施。例如,南非开普省高等法院根据《南非共和国宪法》第26条第3款禁止武断驱逐房客的规定,不仅要求房主证明他是所有权人以及被告为非法占有,而且还要求房主证明将被告驱逐出住房的命令具有正当合理性,从而使脆弱和处于不利地位的群体得到更多的保障。其次,法院也愿意履行宪法基本权利所规定的积极义务。例如,向每一个人提供基本教育的义务;给艾滋病菌阳性原告提供处方抗病毒药物,使其享有由国家负担和提供的适当医疗治疗权。南非对社会权司法救济的著名判例是“Grootboom案”。此案关涉《南非共和国宪法》第26

条以及第28条第1款第3项下的国家义务,前者授予每个人充足住房权,后者规定了国家给儿童提供庇护所的义务。很明显,该案提出了社会权的可诉性问题。

Grootboom是由510名小孩和390名成人组成的团体中的一名成员,该团体生活在一个非正式住所。他们非法占用附近用于建造低价房的土地,但是均被驱逐出去。在驱逐过程中,他们的房子被烧毁,财物被损坏。先前的住房被占用后,他们绝望地在那一地区的一个运动场地搭起了帐篷,并且向开普省高等法院提起诉讼,诉称《南非共和国宪法》第26条规定的获得适当住房权以及第28条第1款第3项规定的儿童获得庇护所的权利受到了侵犯。开普省高等法院作出判决:儿童以及他们的父母有权获得《南非共和国宪法》第28条第1款第3项规定的庇护所,国家有关机构或部门有责任立即向他们提供帐篷、活动厕所和定期供应水。被告不服,向宪法法院提出上诉。宪法法院一致的裁决指出,宪法要求政府积极行动改善成千上万处于困境中的人民。政府必须提供住房、医疗保健、充足的食物和水以及社会保障给那些不能维持生存的人。法院强调所有宪法权利是互相联系和互相支持的。实现社会经济权利以确保人民享受权利法案中的其他权利,也是促进种族、性别平等和社会发展的关键。没有食物、衣服或住所就没有人的尊严、自由和平等。因此,不能孤立看待充足住房权。政府必须创造条件保障公民在平等基础上获得房屋,宪法并不强迫政府在现有资源之外或立即实现这些权利。然而,政府必须赋予这些权利以效力,法院在适当情况下能够且必须执行这些义务。问题是政府采取的实现第26条规定的权利的措施是否合理。要做到合理,就不能不考虑权利受到剥夺的程度和范围。对于那些需求最为紧迫、享有权利能力但受到极度侵害的人,在制定各种旨在实现权利的措施时,决不应有任何的忽略。法院强调,虽然近年来政府采取了全面的住房计划并建立了大量住宅,但是政府没有在其可获得的资源条件下,为开普地区的那些没有土地、没有住房、生活在难以忍受的境况中的人提供合理的支持。因此,国家的住房计划不合情理,国家没有履行其逐步实现社会权的义务。于是,宪法法院向市政当局发出命令,要求其限期向被上诉人提供基本服务^[19]。

除以上针对国家权力侵害社会权的案件外,法院还在实践中发展了社会权在私主体之间的适用方法,即社会权的横向适用性或第三人效力。例如,20世纪50~60年代,德国联邦劳工法院在劳资关

系中直接适用宪法基本权利条款,保障工人的劳动权。早在 1954 年的判例中,劳工法院就判决私人企业的雇员有权利利用宪法保护的言论自由权抗衡雇主的压制措施。在 1955 年和 1957 年的两个判例中,有些集体工资协议规定女性工人的薪水低于类似工种男性工人,这些协议被劳工法院判决无效。1957 年的判例还确立了婚姻与男女平等权利,并禁止私人企业制定合同以开除结婚雇员^[20]。

“第三者效力理论 在日本的违宪审查实践中,也曾得到低级法院的支持。在著名的“私人的人权保障——三菱树脂案件”中^[21],”第三者效力理论 得到了较充分的探讨。事情起源于三菱树脂公司组织的职员录用考试。

当事人 X 通过了三菱树脂公司组织的职员录用考试,大学毕业后即在附有 3 个月使用期间的条件下到该公司工作。但是,在试用期届满之前,公司通知 X 试用期满后拒绝录用他,其理由是,X 曾在大学中作为学生自治会的委员参加了各种违法的学生运动,并且担任过生活协同互助组织的理事;但是在考试时,X 却做了隐瞒或者虚假的陈述,没有在调查书上写明这些事实,在面试中,同样作了虚假的回答,称并未参加过学生运动。所以,公司认为 X 的这种行为属于欺诈,不适宜担任公司的管理职员。于是,X 以公司为被告提起诉讼,要求法院确认其在雇佣合同上的权利并请求支付被解雇后的佣金。

一审法院认为 X 对在校期间的活动确实有说明不实的倾向,而且对于参加学生运动也有回避回答的情形。但是,并不能因此认为其有“虚假”或者“恶意”,公司判定 X 不适合担任管理职员的工作,并解除雇佣合同的行为属于滥用解雇权,不应当产生效力。因此,法院确认 X 享有雇佣合同上的权利,基本上支持了其请求。

二审法院从宪法上寻找理由,同样判定 X 胜诉。法院的理由是:人的思想、信条本应当是自由的,这从宪法第 19 条上看也是应当加以保障的。企业不应当在雇佣劳动者时,由于本身居于优越的地位,而违反对方当事人的意志侵犯其基本权利。宪法第 14 条、劳动基准法第 3 条 都禁止依据信条歧视他人,一般的商业性公司与报社等的行业不同,雇佣持有一定信条和思想的劳动者并不会影响其正常的工作。因此在考试时要求应试者说明有关的政治思想、信条等,违反了公序良俗,而应试者隐

瞒不报也并不会对公司造成任何的损失,所以公司要求应试者说明自己的信条等的行为本身是违法的,同时解除雇佣合同的行为也违反了劳动基准法第 3 条的规定,是无效的。

值得注意的是,近年来,随着人权保护的深入发展,在联合国层面也逐渐确认了个人、社会组织在尊重和保障基本人权方面的义务和责任,这就为社会权的实现提供了更加坚实和可靠的社会基础和制度基础。1998 年联合国大会第 53/144 号决议通过的《个人、群体和社会机构在促进和保护普遍公认的人权和基本自由方面的权利和义务宣言》对于个人、群体和社会机构在人权保障方面的义务和责任作了充分的宣示,该宣言第 18 条明确规定:(1)人人对社会并在社会内负有义务,因为只有在社会之内人的个性才能得到自由和充分的发展。(2)个人、群体、机构和非政府组织可发挥重要作用,并负有责任保障民主,促进人权和基本自由,为促进民主社会、民主体制和民主进程的进步作出贡献。(3)个人、群体、机构和非政府组织也可发挥重要作用,并负有责任视情况作出贡献促进人人有权享有能充分实现《世界人权宣言》和其他人权文书所列人权和自由的社会和国际秩序。

从社会权的性质来看,个人要能够在社会中有有效生存和获得充分发展,除了国家和政府履行必要的保障责任之外,与个人实现社会化密切相关的家庭、学校和社会组织都有责任来为个人完全社会化、有效社会化和继续社会化提供必要的实现条件。社会权的实现,不仅需要国家和政府来履行必要的保障责任,同时,也需要全社会作出共同努力,使得个人在社会中能够获得有效生存和充分发展的条件和机会。所以,社会权理论的出现和社会权宪法保护制度的完善,必然会给传统的基本权利理论和实践带来巨大的挑战,个人的基本权利不再是仅仅通过对抗国家权力来获得有效的制度保障,而且还可以通过社会交往的必要条件和作为社会人的最低生存和生活标准,来对全体社会成员提出相互尊重和保护的要求。社会权的存在使得人权理论真正地成为人作为社会的人生存和发展的伦理道德基础,成为未来社会文明发展和进步的制度推动力。

总之,社会权作为宪法上所保障的公民的基本权利,其法律内涵正在不断得到丰富和充实,其权利

日本宪法第 19 条规定:思想以及良心的自由不受侵犯。

日本宪法第 14 条规定:所有国民在法律之下一律平等,不因人种、信条、性别、社会性身份或者门第不同而在政治性、经济性或者社会性关系中受到歧视。

该条规定:雇主不得以劳动者的国籍、信条或者社会性身份为理由,在佣金、劳动时间以及其他劳动条件上给予劳动者歧视性待遇。

效力也正在获得立法和司法的日益肯定,社会权已经成为与自由权明确相对应的一种最重要的宪法上的“类权利”,是现代法治社会基本人权体系中重要组成部分,对社会权的权利性质、权利的价值基础、权利构成、权利内涵、权利功能、权利效力和权利的实现方式等一系列理论问题的深入探讨,必然会从整体上推动社会权的权利理论的构建,在实践中推动和促进社会权的权利制度的健全和完善。

参考文献:

- [1][2][13][日]阿部照哉,等.宪法·基本人权篇(下册)[M].周宗宪译.北京:中国政法大学出版社,2006.37,38,246-248.
- [3][日]长谷部恭男.宪法[M].北京:新世纪出版社,2001.273.
- [4][14][韩]成乐寅.宪法学[M].巴黎:法文社,2005.489-542,578.
- [5]<http://blog.dahe.cn/user1/5027/archives/2006/31360.htm>,2007年7月12日11点访问.
- [6]<http://www.china.org.cn/chinese/zhuanti/xxsb/591185.htm>,2007年7月12日11点访问.
- [7]http://www.69law.com/Article/LAW_art/126802.htm,2007年7月12日访问.
- [8]http://www.word.org.cn/n3/s/200611/119404_4.html,2007年7月12日20点访问.
- [9][日]大须贺明.生存权论[M].北京:法律出版社,2001.16.
- [10]胡锦涛.宪法学原理与案例教程[M].北京:中国人民大学出版社,2006.287-288.
- [11]韩大元,林来梵,郑贤君.宪法学专题研究[M].北京:中国人民大学出版社,2004.340.
- [12]<http://www.china.org.cn/chinese/zhuanti/xxsb/591185.htm>,2007年7月12日11点访问.
- [15]莫纪宏.表达自由的法律界限[M].北京:中国人民公安大学出版社,1998.
- [16][荷]亨利·范·马尔赛文,格尔·范·德·唐.成文宪法的比较研究[M].陈云生译.北京:华夏出版社,1987.118-171.
- [17]王振民.试论我国宪法可否进入诉讼[A].夏勇.公法(第2卷)[C].北京:法律出版社,2000.231-232.
- [18]<http://blog.dahe.cn/user1/5027/archives/2006/31360.htm>,2007年7月12日11点访问.
- [19]龚向和.通过司法实现宪法社会权——对各国宪法判例的透视[J].法商研究,2005,(4).
- [20]张千帆.西方宪政体系(下册)[M].北京:中国政法大学出版社,2001.450.
- [21]最高法院1973年12月12日大法庭判决,民集27卷11号1536页.

责任编辑:邵东华

Analyzing the Protection of Social Rights in Constitution

Mo Jihong

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Science, Beijing 100121)

Abstract: In the traditional study of constitution, social right, no matter in connotation and extension of right, shares no clear differences with economical right. Social rights have always been academically definite based on obligation of nation and government, limited in the area of legal aid from society. Social rights should be maintained not only based on the duty of nation and government, but also based on protection from family, school and social entity as a whole. For the need of self-socialization of people, social rights should be considered as a basic right which is contributed by series of rights, such as rights in marriage and family, rights of receiving education, working, getting social aid, being titled as a citizen, survival, development, and environment protection. They have been influenced by each other.

Key words: social right; duty of nation; duty of government; responsibility of society; socialization