

## 宪法社会权的价值属性与规范定位

陈 征

**内容提要:**宪法中一些社会权追求实质自由,一些社会权旨在实现实质平等。社会权的实现遵循“可能性保留”原则,其作为基本权利发挥效力不会影响宪法权威,也不会导致权利主体影响立法和预算。与自由权不同,宪法中不存在未列举社会权,社会权也不具有防御权和保护义务功能,宪法仅要求国家积极实现社会权,即使立法者实现社会权的程度降低,也不得套用防御权的分析框架对其进行正当性审查。界定社会权的保障范围与界定自由权的保护范围存在差异。社会权的分析框架不适用“限制的限制”原理,在确定保障范围后应直接对相互对立的原则进行权衡。虽然在解决社会权与其他原则的冲突时应优先由立法者来权衡,但宪法仍然可以在规范层面提供若干权衡依据和标准。立法实现社会权需要的财政支出越多,立法职权对预算职权的影响就越大。社会权的实现依赖于国家和社会,依据辅助性原则,应优先由非国家行为体来实现社会权。

**关键词:**社会权 基本权利 劳动权 受教育权 可能性保留

陈征,中国政法大学法学院教授。

我国宪法学界关于基本权利理论的研究日渐完善,判断公权力是否侵害自由权的分析框架已经深入人心。然而,作为一部社会主义宪法,我国宪法还规定了若干社会权,对于如何判断公权力的行为是否符合社会权规定,既有研究明显不足。产生该现象的一个重要原因是西方宪法学界对于社会权入宪普遍持谨慎态度,我国宪法学界借鉴西方社会权理论的空间较小。传统意义上的自由权主要要求国家不作为,而社会权通常要求国家积极作为,而且首先是立法者的作为,其实现往往需要大量公共财政的支持。因此,判断公权力行为是否符合社会权规定无法照搬自由权的审查模式。

一般认为,我国《宪法》第42条至46条为社会权条款。<sup>[1]</sup>当前,已有一些学者围绕

[1] 少数学者认为,我国宪法中只有劳动权、物质帮助权和受教育权属于社会权条款。参见邓炜辉著:《社会权的国家保护义务研究》,中国社会科学出版社2020年版,第32页。个别学者认为《宪法》第49条也属于社会权条款,参见谢立斌:《宪法社会权的体系性保障——以中德比较为视角》,《浙江社会科学》2014年第5期,第63页。

宪法社会权展开探讨,多集中于社会权的概念、<sup>[2]</sup>外延、<sup>[3]</sup>性质、<sup>[4]</sup>可诉性、<sup>[5]</sup>体系解释、<sup>[6]</sup>以及某一项具体社会权,<sup>[7]</sup>其中还存在一些对社会权入宪的质疑。社会权条款是我国宪法社会主义性质的重要体现,社会权被写入宪法自然意味着其不得成为“沉睡条款”。运用教义学方法论证社会权的权利属性并探寻其功能面向、效力方式和审查模式理应提上日程。

## 一 宪法社会权的价值目标

社会权是一个宽泛的概念。一般认为,社会权指那些处于相对弱势地位的社会群体在物质和精神困窘的情况下接受帮助的权利。<sup>[8]</sup>德国学者阿列克西(Alexy)认为,当存在资金匮乏或市场无法满足需求等危机情形,而消除这一情形需要国家积极作为时,则涉及社会权。<sup>[9]</sup>若社会权被写入宪法,则被称为宪法社会权。我国《宪法》第42条至46条分别规定了劳动权、休息权、退休权、特定主体的物质帮助权和受教育权,这些社会权条款分别从不同领域和视角为公民提供保障。虽然社会权已经被我国宪法明示,但仍然有必要首先探讨其价值目标,目的并非证成社会权,而是更好地理解社会权。

### (一) 追求实质自由的社会权

如果说法律自由是法律上允许做的,那么实质自由则是事实上能够做的。<sup>[10]</sup>没有实质自由,法律自由将在很大程度上失去价值。举例来讲,在公民实际上无法获得就业机会的情况下,法律保障其职业自由不被侵害并不具备太多意义。在理想状态下的市场经济中,所有人都被假设成为能够享有充分自由的主体,国家只要不对公民的自由进行干预即

[2] 参见龚向和:《社会权的概念》,《河北法学》2007年第9期,第49-52页;徐爽:《宪法上社会权的发展:传统、改革与未来》,《政法论坛》2019年第5期,第17页。

[3] 参见上官丕亮:《论宪法上的社会权》,《江苏社会科学》2010年第2期,第136-137页。

[4] 参见胡玉鸿:《论社会权的性质》,《浙江社会科学》2021年第4期,第41-49页;刘馨宇:《宪法社会权性质的教义学探析》,《中外法学》2022年第3期,第785-802页。

[5] 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,第131-136页;聂鑫:《宪法社会权及其司法救济——比较法的视角》,《法律科学(西北政法大学学报)》2009年第4期,第25-30页。

[6] 参见刘哈:《中国宪法社会权的体系解释》,《中国社会科学》2023年第3期,第168-186页。

[7] 参见郑贤君:《论公民受教育权的宪法属性——兼议社会权利的宪法地位》,《中国教育法制评论》2003年第2辑,第138-154页;王锴:《论我国宪法上的劳动权与劳动义务》,《法学家》2008年第4期,第56-64页;张步峰:《兼具社会权与自由权性质的受教育权》,《北京行政学院学报》2009年第5期,第80-83页;张震:《宪法上住宅社会权的意义及其实现》,《法学评论》2015年第1期,第31-38页;高秦伟:《论作为社会权的健康照护权》,《江汉论坛》2015年第8期,第117-125页;王旭:《劳动、政治承认与国家伦理——对我国〈宪法〉劳动权规范的一种阐释》,《中国法学》2010年第3期,第76-88页。

[8] 郑贤君:《非国家行为体与社会权——兼议社会基本权的国家保护义务》,《浙江学刊》2009年第1期,第135页。夏正林认为:社会权通常指个人要求国家提供直接的、实体性、必要的积极作为的权利,也称为积极权利。参见夏正林著:《社会权规范研究》,山东人民出版社2007年版,第63页。

[9] Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 454.

[10] Vgl. Häberle, *Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat, Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18. 7. 1972*, DÖV 1972, 729 (731); Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 7. Aufl. 2015, S. 461. 还可参见赵宏:《社会国与公民的社会基本权——基本权利在社会国下的拓展与限定》,《比较法研究》2010年第5期,第21页。

可。但在现代工业社会,公民自由的实现愈发无法掌握在自己手中,而是更多依赖于国家的协助与保障,仅确保公民的自由不受侵害已远无法满足现实需求。我国宪法明确规定社会权即意味着未将社会权实现与否和实现程度的问题完全交给立法者来决定。

社会权的价值目标不同于自由权的保护义务。具体来讲,国家保护义务产生的前提一般是公民权利受到第三人的威胁或侵害,若国家没有对公民提供必要的保护,则违反宪法。保护义务首先是立法者的义务,在本质上仍然涉及国家通过立法对双方权利和义务边界的划定,体现出法律自由的特征。<sup>[11]</sup> 例如立法者为保护企业员工而对企业所有者和经营者的行为作出的限制、为保护承租人而对出租人的行为作出的限制均涉及对弱者的保护,但这些均不涉及社会权,而是旨在保护相对弱势一方的权利不被相对强势的一方所威胁或侵害,这类落实保护义务的法律规定通常属于社会法或私法。与此不同,社会权的存在并不以存在第三人的威胁和侵害为前提,可能只是权利主体自身不具备实现特定自由的前提条件,在多数情况下需要国家积极作为并提供物质等方面的保障,进而实现实质自由。在此,是否属于“法律上能够做的”应审查权利主体自身是否处于一种“不能”的状态,例如基于年龄、身体、智力等个人原因,不包括被国家和第三人实施限制行为之后引发的“不能”。当立法者落实宪法社会权条款时,一般应落入社会法或公法领域。与此相应,国家履行保护义务并不必然持续耗费大量的公共财政,例如某些禁止性法律的执行。只有那些系统性保护方案的实施才需要大量财政支出,例如通过减少堕胎保护胎儿生命权的方案往往并不局限于单一禁止性措施,<sup>[12]</sup> 提供更多幼儿园、促进母亲再就业等手段均可以有效降低堕胎意愿,属于对胎儿生命权保护的配套方案。与此不同,宪法社会权的实现往往普遍会给公共财政带来负担。

具体到我国宪法中的社会权,劳动权、受教育权、休息权和退休权追求的是实质自由。劳动权和受教育权属于非常典型的同时具有自由权和社会权面向的基本权利。在自由权面向上,国家不得侵害公民从事劳动和接受教育的自由,同时还需要保护公民的这些自由不受第三人的威胁和侵害。在社会权面向上,当公民不具备劳动或受教育的机会时,国家应当促进公民实质自由的实现。虽然在某种意义上社会权与自由权处于对立状态,例如国家创造劳动就业机会可能会与企业的经营自由权存在冲突,但作为同一项基本权利,其自由权和社会权面向又是相辅相成的。

《宪法》第43条规定了劳动者的休息权。毫无疑问,休息权具有自由权面向,国家不得侵害劳动者的休息权,同时必须保护劳动者的休息权不受来自第三人特别是企业的威胁和侵害。但这并不意味着休息权不具有社会权属性。正如《宪法》第43条第2款中“国家发展劳动者休息和休养的设施”的规定,显然体现出促进实质自由的意涵。或

[11] 德国学者慕尔斯维克(Murswiek)将耶利内克(Jellinek)提出的地位理论中的积极地位进一步区分为自由积极地位和社会积极地位。Vgl. Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, Soziale Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 1992, § 112 Rn. 12.

[12] 参见陈征:《第二次堕胎判决》,载张翔主编《德国宪法案例选释(第一辑)——基本权利总论》,法律出版社2012年版,第170页。

许有学者认为,国家发展劳动者休息和休养的设施并非实现休息权的必要条件,任何一位劳动者休息权的实现都不依赖于国家的这些作为,国家的积极作为只是让劳动者更好地享有休息权,休息权仍然体现为自由权。但休息权的保护范围并不局限于非工作时间的静止状态,而是同时包括疗养、休闲、娱乐等活动内容。诚然,这些活动所需的设施完全可能由市场中的企业提供,国家也许只是发挥辅助作用,但这并不影响认可休息权的社会权面向,毕竟劳动机会也主要由市场中的企业提供,而劳动权同样具有社会权面向。

《宪法》第 44 条涉及退休权。表面看来,退休权属于自由权,至多具有制度性保障功能。但自由权面向上的退休不仅属于一种行为,而且属于一种状态,退休权的保护范围并不局限于退休那一刻的自由,而是包括在较长时期内维持这一状态的自由。在劳动状态下,公民可以通过劳动换取报酬,从而维持必要的生活基础,但在退休后,如果不具备相应的物质基础,根本无法维持退休状态。可见,仅有法律自由未必能够真正实现退休权,往往还需要国家保障实质自由,例如国家提供养老金、医保等制度。因此,退休权兼具自由权和社会权面向。

## (二) 追求实质平等的社会权

如果说作为社会权的劳动权、休息权、退休权和受教育权涉及实质自由,那么物质帮助权则追求实质平等。实质自由与实质平等具有明显区别,前者与法律自由相对,而后者则与形式平等相对。当社会权旨在实现实质平等时,应当与《宪法》第 33 条的平等权条款共同发挥作用。

实质自由与实质平等的关系颇为复杂。以受教育权为例,若公立高校以家庭出身为标准录取学生,必然不符合平等原则,毕竟这一标准与接受高等教育之间不存在实质关联,属于将本质上相同的群体差别对待;若以学习和考试成绩为依据录取学生,则划分标准与接受高等教育之间具有实质关联,属于将本质上不同的群体相应作出差别对待,即使最终导致一部分群体无法接受高等教育,也是实质平等的体现。然而这一实质平等状态却未满足实质自由的要求,后者要求尽可能给所有希望接受高等教育的公民提供机会,而在机会有限的情况下,实质平等恰意味着成绩低的学生不应接受高等教育。不难发现,实质平等的实现并不促进实质自由的实现。同时,实质自由的实现并不必然影响实质平等的实现,即使在理想状态下每个希望接受高等教育的公民均获得了这一机会,实质平等也要求按照学习和考试成绩等标准来决定每一位公民应接受何种质量的高等教育,实质自由并不意味着给每个公民提供质量完全相同的高等教育机会。

物质帮助权的主体局限于年老、疾病、丧失劳动能力等特殊群体,这类群体通常无法通过正常从事劳动获得相应的报酬,与其他具备完全劳动能力的群体具有本质上的不同,制宪者旨在通过物质帮助的方式来使这类群体获得一定的财产,以弥补其因无法正常付出劳动而引发的财产损失。这其实是将本质上不同的群体相应作出差别对待,涉及实质平等而非实质自由。虽然物质帮助权可以使上述群体获得行使某些自由权的物质基础,进而促进这些自由权的实现,但其本身并不对应一项自由权,与劳动权、休息权、退休权和

受教育权同时具有自由权面向完全不同,所获得的物质帮助最终被用来实现哪些自由权,完全由权利主体自己决定。换言之,在物质帮助权得以实现后,其便开始发挥财产权的作用,成为其他不特定自由权的物质基础。

## 二 宪法社会权的权利属性

虽然宪法社会权的价值目标是实质自由或实质平等,但这并不必然意味着社会权可同自由权和平等权那样作为基本权利发挥效力。社会权是否属于基本权利的一种类型并非不证自明,恰恰相反,关于社会权性质的问题在学术界争议极大。

### (一) 社会权属于基本权利

西方学者排斥社会权入宪的理由主要是社会权在现实社会中不具备实现的可能。举例来讲,如果在市场经济中无法保障每一位公民都能够获得劳动机会,那么宪法规定劳动权则会影响宪法权威。在我国,虽然社会权已经被写入宪法,但仍然有学者认为这会带来两难困境。例如有学者指出:“宪法社会权的积极保障可能会造成对自由权的侵害,反过来宪法社会权保障的不充分又会危害宪法的尊严。”<sup>[13]</sup>而更多的学者是在接受社会权入宪的前提下质疑社会权的基本权利性质。在他们看来,社会权若被视为基本权利,必然可以由公民提出请求,而社会权往往首先需要通过立法加以实现,其实现需要大量的财政支出,公民提出请求必然意味着公民个体会影响全国人大的立法和预算职权,进而影响民主制度。<sup>[14]</sup>为了解决这一问题,这些不赞同将社会权视为基本权利的学者提出各种不同的观点。

有学者认为宪法社会权条款应当被视为纲领性条款。<sup>[15]</sup>纲领性条款属于弱规范条款,主要发挥宣誓和声明的作用,并不具备法律约束力。然而这一观点不存在规范上的依据,宪法文本将有法律约束力的与无法律约束力的规范混杂在一起绝非制宪者的目的,而且这一区分不利于维护法的明确性和安定性。

有学者将宪法社会权理解为制度性保障。<sup>[16]</sup>这同样不具备合理性。社会权是动态的,要求国家不断朝着某一目标努力,而制度性保障体现为对某一静止状态的存续保障。如果将宪法社会权理解为制度性保障,那么立法者不得撤销这一制度或者改变这一制度的核心内涵,然而在事实上,宪法并不绝对禁止社会权实现程度的下降,在极端情形出现的情况下,社会权的实现程度甚至可以退缩至零。照此,立法者即使创设了实现社会权的相关制度,这一制度也可以由其作出改变甚至撤销。即使有些学者认为受教育权具有制度性保障功能,该功能也更多涉及自由权面向,与社会权面向并不存在过多关联。在此不

[13] 聂鑫:《“刚柔相济”:近代中国制宪史上的社会权规定》,《政法论坛》2016年第4期,第54页。

[14] 参见刘馨宇:《宪法社会权性质的教义学探析》,《中外法学》2022年第3期,第794页。

[15] 参见陈国栋:《作为社会权的受教育权——以高等教育领域为论域》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期,第83页。

[16] 参见邓炜辉:《论社会权的国家保护义务:起源、体系结构及类型化》,《法商研究》2015年第5期,第15页。

得将制度性保障与组织和程序保障相混淆。

还有学者将宪法社会权理解为宪法委托。<sup>[17]</sup> 一般认为,仅当国家完全不作为或者明显漠视相关规范时,才违反宪法委托。然而在特定条件下,宪法并不禁止社会权的零实现,因此将社会权理解为宪法委托同样不合理。

在最新研究中,有学者指出应将宪法社会权条款理解为国策规定。<sup>[18]</sup> 依据这一观点,虽然社会权条款处于“公民的基本权利和义务”章且多数均以主观权利的形式出现,但仅凭这些外在特征并不能断定该条款在社会权面向上具有主观权利属性。将社会权解释为国策在各国并非没有先例,在我国也并非没有历史传统。德国若干联邦州的宪法规定了社会权条款,包括劳动权、住宅权等。在司法实践中,这些条款均结合社会现实被解释为国家目标规定。例如勃兰登堡州宪法中的劳动权被解释为充分就业的国家目标,从而消除了这一规范的主观属性;巴伐利亚州宪法规定了合理的住宅请求权,同样被解释为国家目标,要求政府尽可能建设保障性住房,包括租赁性住宅,以保障公民有稳定住所。<sup>[19]</sup> 在我国,近代宪法均将社会权规定于基本权利以外的章节,通常将社会权作为“基本国策”单列一章,学者也习惯于将这些社会权条款在文义与体系上区别于自由权条款。<sup>[20]</sup> 然而这一观点忽视了国策与社会权的本质区别。国家落实国策的受益者并非某一特定个体或群体,而是不特定的公众甚至全体人民,因此国策具有公共利益关联性,通常仅作为客观规范发挥作用,不可能导出公民的主观请求权。<sup>[21]</sup> 与此相对,社会权无论从名称、条款的文本表述还是在现行宪法中所处的章节来看,理应具有直接的个体关联性。此外,如果将社会权解释为国策,会与我国宪法其他国策规定产生重叠。例如《宪法》第 19 条明确了“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”这一国策,其范围涵盖了受教育权的社会权面向,如果作为社会权的受教育权仍然发挥国策的作用,则明显不符合制宪者意图。

学者界定社会权性质的上述尝试,或者将社会权视为弱规范效力的条款,或者将其效力局限于客观规范,即不认同其为具有主观权利属性的基本权利。这些尝试均建立在一个共同认知的基础上:宪法规定的社会权通常无法(完全)实现,若认同社会权为公民可以主张的主观权利且社会权条款与其他宪法规范具有相同的效力,则必然会影响宪法权威;即便在社会权可能实现的情况下,公民主张社会权也会导致对民主立法和民主预算的干预。然而,认可社会权的基本权利性质及其规范效力并不会引发这些问题,上述界定社会权性质的尝试均源于对社会权效力方式认知的偏差。社会权的实现与否和实现程度均应以不断变化的社会现实需求和持续发展的社会福利关系为导向,公民有权提出请求并

[17] 参见邓炜辉:《论社会权的国家保护义务:起源、体系结构及类型化》,《法商研究》2015 年第 5 期,第 15 页。

[18] 参见刘馨宇:《宪法社会权性质的教义学探析》,《中外法学》2022 年第 3 期,第 786-801 页。

[19] Vgl. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 352; Hahn, Staatszielbestimmungen im integrierten Bundesstaat, 2010, S. 123, 165 f.

[20] 参见聂鑫:《宪法社会权及其司法救济——比较法的视角》,《法律科学(西北政法大学学报)》2009 年第 4 期,第 25 页。

[21] 参见陈征:《宪法中的国策及其对立法权的指引》,《中外法学》2024 年第 4 期,第 847 页。

不意味着该请求必然应当得到满足,后文将对此专门展开探讨。事实上,无论依据文义解释、目的解释抑或体系解释,均应将社会权视为基本权利的一种。认可社会权的主观权利属性在某种程度上是宪法社会主义原则的内在要求,能更好反映我国宪法的社会主义性质。

## (二)不存在未列举社会权

既然宪法并非一个封闭的体系,那么社会权条款似乎亦不例外,社会权作为一个具有开放性的概念,除了以明示条款的形式被规定在宪法中,似乎还可能以默示的形式为宪法所确认。《宪法》第33条的人权条款是兜底性基本权利条款,未被宪法明示的自由权通常可以被纳入这一条款从而受到宪法的保护。既然社会权同样属于基本权利,那么这是否同样适用于社会权?

虽然整个基本权利体系应具有开放性,但这原则上仅适用于自由权。在自由权领域,公民行使基本权利不需要提供任何理由,而国家限制基本权利则必须经过正当性论证。既然公民行使自由权具有天然正当性,那么为了适应社会和科技的发展,自由权体系的整体保护范围扩展至未明文列举的领域完全符合制宪目的。与此不同,实现社会权一方面会促进自由的真正实现,而另一方面又往往会导致国家权力的扩张,构成对自由权的限制。在实践中,社会权的实现几乎总会与诸多原则存在紧张关系,甚至经常与财政国中的原则产生冲突,因此有限度地实现社会权反而是常态。社会权所涵盖的领域并非无需经过正当性论证即可随意扩大,仅当可以通过历史解释、体系解释、目的解释等宪法解释方法推导出制宪者确实有意规定社会权而未规定时,才可以从明示的宪法规范中推导出未列举社会权。然而在我国,并不存在这类情形。<sup>[22]</sup>因此,我国《宪法》中的社会权局限于第42条至46条明文列举的这几项,并不存在未列举社会权。

## 三 宪法社会权的功能面向和效力方式

一般认为,自由权主要包含三种功能面向:防御权、保护义务和给付义务。那么同样作为基本权利的社会权,其功能面向与自由权存在哪些不同?较之于自由权,社会权的效力方式又具有哪些独特之处?这是下文探讨的问题。

### (一)社会权的功能面向

有学者依照自由权的功能体系分析社会权,将国家对社会权的义务总结为尊重、保护和实现三个方面,对应国家的不作为义务、保护义务和给付义务。<sup>[23]</sup>表面看来,社会权是宪法要求国家促进的价值,必然首先应禁止国家不正当的损害,理应在防御权功能上发挥效力。然而事实并非如此。社会权属于基本权利,涉及实质自由或实质平等,国家采取与社会权实现背道而驰的手段意味着国家消除了既有由公民个人或者社会创造的能够在

[22] 类似观点参见刘馨宇:《宪法社会权性质的教义学探析》,《中外法学》2022年第3期,第796页。

[23] 参见刘文平:《社会权实现的国家义务——以社会权的双重性质理论为视角》,《西部法学评论》2009年第1期,第33-34页;王新生:《略论社会权的国家义务及其发展趋势》,《法学评论》2012年第6期,第13页。

定程度上实现实质自由的基础性条件,这通常构成对自由权的损害,即便某些手段不具备直接性、目的性和强制性,也至少构成事实损害,<sup>[24]</sup>进而引发自由权的防御权功能,此时已不再属于社会权的效力范围。因此,社会权不可能存在防御权功能。同理,其更不可能具有保护义务功能。换言之,社会权的功能仅局限于要求国家积极促进社会权实现这一面向。

在此需要强调的是,若立法者已经采取了实现社会权的措施,此后通过法律修改降低了社会权原有的实现程度,这并不涉及防御权功能,而应被视为在积极面向上实现程度的降低。有学者倾向于将自由权的防御权功能套用于社会权实现程度降低的情形。<sup>[25]</sup>照此,应当对立法实现社会权程度的降低适用防御权的审查框架进行审查,尤其应当满足比例原则的要求。这一观点混淆了自由权和社会权在性质上的差异。比例原则等“限制的限制”理论是专门针对防御权功能而设计的,其基本思想是:自由是常态,限制是例外。若将“限制的限制”照搬到社会权中,则不符合基本权利的原理。实现社会权往往构成对某些自由权的限制,社会权实现程度的降低则通常意味着对自由权限制强度的降低,若降低对自由权的限制强度都必须经过比例原则的审查,则恰颠覆了自由权审查框架的理论基础。此外,若社会权实现程度的降低必须满足比例原则的要求,那么基于对未来财政不确定等因素的顾虑,国家为了确保未来实现社会权程度不降低,当前在可能的情况下均不愿最大限度实现社会权,这绝非制宪者的初衷。因此,立法实现社会权程度降低的正当性仅取决于对相互冲突原则的权衡结果,而不得完整适用比例原则审查其正当性。<sup>[26]</sup>在此,社会权实现程度的降低与国家履行保护义务程度的倒退具有相似性。

## (二) 社会权的效力方式

社会权的实现往往是一项不断优化的任务,例如受教育权要求国家给公民提供受教育的机会,具体包括举办各种学校并创设和维护教学、考试、专业和学位设置等相关制度,而这些手段不仅在数量上,而且在质量上都存在不断提升的空间,无法期待受教育权在某一刻彻底实现。这是社会权与自由权在效力方式上的重要区别。社会权无法持久脱离国家整体的有效运作,牺牲其他一切宪法价值而无条件促进社会权的实现绝非制宪者的本意。正如德国学者黑塞(Konrad Hesse)指出的,对宪法规范的形成和具体化仅在顾及相关现实情形的情况下才能成为可能,需要与国家形式、经济制度等其他宪法规范协调一致。<sup>[27]</sup>虽然我国是社会主义国家,社会权条款是社会主义宪法的重要特征,但社会权的实现不得违背宪法确立的社会主义市场经济制度,不得侵害私有财产权等基本权利。

### 1. 可能性保留原则

与宪法中的自由权规定一样,社会权规定同样是具有原则属性的规范。原则不同于

[24] 参见陈征:《论行政法律行为对基本权利的事实损害——基于德国法的考察》,《环球法律评论》2014年第3期,第174-175页。

[25] 参见杜强强:《自由权的受益权功能之省思——以住宅自由的功能为例》,《北方法学》2013年第4期,第32页。

[26] 类似观点参见刘馨宇:《宪法社会权性质的教义学探析》,《中外法学》2022年第3期,第796页。

[27] Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, S. 18.

规则。规则之间的冲突只能通过在一项规则中加入例外规定加以解决,否则只得宣布一项规则无效。<sup>[28]</sup>而原则之间的冲突是常态,若在具体情形中对一项原则应当优先予以考量,则另一项原则让位,但这并不意味着让位的原则无效,或者必须加入例外规定,此情形中优先的原则在其他情形中可能让位。规则是要么实现要么未实现的规范,而原则属于一种优化要求,要求在考量各种可能性的情况下尽可能最大化实现,宪法并未要求原则在任何情况下均应完全实现。<sup>[29]</sup>

较之于自由权,社会权的实现明显具有更多不确定性,更需要考量财政等各种“可能性”因素,进而更依赖于立法形成。因此,宪法社会权的实现存在于“可能性保留(Vorbehalt des Möglichen)”中。在传统意义上,可能性保留原则局限于财政领域,<sup>[30]</sup>该原则起源于德国联邦宪法法院的“大学招生名额案”。在该案中联邦宪法法院指出:虽然《基本法》第12条第1款第1句保障了公民选择教育机构的自由,但公民应理智地请求国家提供教育机会,这一主观请求权仅存在于可能性保留中。<sup>[31]</sup>由于公共财政原则上来源于税收,国家的财政支出通常会涉及纳税人的私有财产权,<sup>[32]</sup>因此可能性保留原则的宪法依据是私有财产权条款。此外,我国《宪法》第14条第4款要求社会保障制度的建立和健全应“同经济发展水平相适应”,这同样蕴含了可能性保留的思想。不难发现,可能性保留原则是法治国家与财政国家调和的结果,而宪法社会权恰介于法治国家与财政国家的中间地带。一方面,宪法明确规定了社会权条款,实现社会权是宪法的要求;另一方面,社会权的实现不仅依赖于立法形成,而且在很大程度上取决于公共财政支出的可能性。因此,立法实现社会权必定无法与可能性保留原则脱钩。

当前,可能性保留原则的适用范围至少在三个方面得到扩展。第一,适用该原则不再局限于基本权利领域,而是扩展至要求国家积极作为的全部宪法和法律规范领域,甚至在典型属于法治国家的警察法领域,都可以基于警力的有限性而适用该原则;第二,该原则不仅可以适用于原则性规范,而且可以适用于法律规则,在某一特定预算周期内,即使国家的某些义务和任务由法律规则明确规定,在财政收入无法满足所需支出的情况下,国家未履行这些义务或者未完成这些任务也未必违反法律;第三,该原则不再局限于财政领域的可能性,而是包括了基于科学认知和技术的局限、对相互冲突原则的考量等原因而引发的各种“不可能”。

鉴于此,有学者将可能性保留中的“不可能”分为“法律不可能”和“事实不可能”。<sup>[33]</sup>前者涉及将相关规范置于整个宪法秩序和规范整体中予以考量,即某一项原则的实现程

[28] Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 77.

[29] Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 71 ff., 509 ff.

[30] Vgl. Kratzmann, Verschuldungsverbot und Grundrechtsinterpretation, 2000, S. 135; Isensee, Aussprache, VVDStRL 42 1984, 269.

[31] Vgl. BVerfGE 33, 303 (333); 参见李忠夏:《大学招生名额案》,载张翔主编《德国宪法案例选释(第一辑)——基本权利总论》,法律出版社2012年版,第104页。

[32] 参见陈征:《国家征税的宪法界限——以公民私有财产权为视角》,《清华法学》2014年第3期,第26页。

[33] 这两种情形的分类可参见 Alexy, Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 100.

度取决于与其冲突原则的应实现程度,而后者则涉及将相关规范置于社会现实中予以考量。通常认为财政不可能属于事实不可能。而在笔者看来,虽然对实定法规范的适用不得脱离社会现实,而应当对文本与现实予以整合性考量,但为了避免社会实然情况排挤宪法规范效力,应优先从实定法当中探寻依据。通常被归入“事实不可能”的“财政不可能”至少涉及民主原则特别是代议机关的预算职权,同时间接涉及公民的私有财产权等相关基本权利,完全可以(优先)被视为“法律不可能”。可见,起源于财政国家的可能性保留原则完全可以被纳入法治国家当中,对于财政考量会使宪法规范相对化以及财政国家会威胁法治国家的担忧实无必要。

在可能性保留中,任何人在任何情况下都无法履行的义务,至少对于规范相对人而言在现实中无法履行的义务,为绝对不可能;在综合权衡各相关因素后,可以认定履行某项义务对相对人而言要求和期待过高进而不具备合理性,则为相对不可能。在当前,绝对不可能主要存在于立法技术、科技认知水平等方面的客观局限性当中,绝大多数“不可能”均为相对不可能。例如在社会权同与之对立的原则存在紧张关系的情况下,社会权往往并非绝对无法更多实现,只是其更多实现需要以更多牺牲其他原则为代价;即便在财政可能性领域,虽然落实社会权条款往往需要耗费公共财政,包括规制对象的复杂性导致较高的立法成本以及立法在组织、程序等方面的要求所引发的高昂执行成本,但不惜一切代价通过增加财政支出实现社会权也并非绝对不可能。因此在社会权实现的问题上,应将相对不可能纳入可能性保留当中,如果要求立法者达到绝对不可能的边界,将对宪法的框架秩序构成颠覆性威胁。

我国宪法中有两项社会权条款对应着义务性规定,即劳动义务和受教育义务。这两项义务性规定的目的方面是使公民能够在国家面前实现在物质和精神层面的独立人格,这对于公民行使其他基本权利具有重要意义,另一方面是在客观上提升国民素质和促进社会经济的不断发展。或许有学者认为,规定这些义务必然意味着宪法要求国家首先创设相应的条件,仅当公民享有劳动和受教育的机会时,才可能履行对应的义务;若国家是否创设和如何创设这些条件均存在于可能性保留之中,那么将导致宪法课以公民的这两项义务落空。然而与基本权利一样,基本义务同样属于原则性规定,同样应存在于可能性保留之中。基本义务条款并不直接对公民个人产生约束力,而是要求立法者对这些义务进行具体化,将宪法中的原则转化为法律中的规则。具体到如何转化,特别是转化的条件、程度等均由立法者决定。以劳动义务为例,仅当存在相应劳动机会的情况下,法律才可能给公民施加一定的劳动义务。可见,对应义务性规定并不能否定社会权的实现存在于可能性保留之中。

## 2. 社会权发挥效力不会影响宪法权威或干预人大职权

依据可能性保留原则,在个案中分析社会权的实现程度需要将待实现的其他宪法规范和待规制的相关社会现实纳入考量。从理论上讲,社会权的实现程度与其仅具有客观法属性还是同时具有主观权利属性并无关联。<sup>[34]</sup> 宪法并未要求社会权绝对优先于其他

[34] 参见陈征:《宪法基本权利的中国特色》,《荆楚法学》2023年第3期,第97页。

原则得以实现,附加主观权利属性也不会增加社会权的权重。认为社会权具有基本权利性质将会导致公民个人通过主张社会权干预全国人大立法进程并影响全国人大预算职权的观点,本质上是忽视了社会权的原则属性和效力特征。

事实上,自由权同样经常无法完全实现,国家对自由权的限制未必构成侵害进而违反宪法。当立法者旨在实现的目标极其重要且该目标与立法所限制的自由权之间不存在调和的可能时,自由权的零实现都不必然违反比例原则。既然宪法并未在个案中绝对要求自由权完全实现,那么当然没有理由要求更依赖于立法形成的社会权在任何情况下均应绝对实现。

### 3. 社会权存在必须实现的“核”?

有学者认为,既然社会权被明确写在宪法中,宪法至少应当课以国家某种最低程度的实现义务,或者说社会权应具有某一必须由国家实现的核心领域,若国家完全不作为,应直接认定违反宪法。<sup>[35]</sup> 然而宪法社会权条款属于具有原则属性的规范,各种原则性规范之间经常存在冲突,当实现某一项原则时,立法者必须同时考虑与其冲突的各项原则,并对各种冲突的法益和价值进行权衡。依据阿列克西提出的“权衡法则”,当两项宪法原则产生冲突时,对一项原则的非满足或者损害程度越大,则满足另一项原则的重要性就应越大。<sup>[36]</sup> 理论上讲,若一项原则的重要性极大,另一项原则完全不实现也未必违反宪法。若宪法要求国家在任何情况下均必须在一定程度上实现社会权,则往往意味着宪法要求国家在一定程度上对与社会权对立的自由权进行限制而无需正当性论证,这显然违背了基本权利原理。既然宪法未绝对禁止自由权的零实现,那么社会权则更应如此。因此,立法者不仅可以在很大程度上决定如何实现社会权,而且还可能决定何时实现社会权。当然在法律和事实均具有可能性的情况下,国家不得不作为或者仅最低限度作为。

## 四 宪法社会权的保障范围与法益权衡

宪法自由权存在保护范围。保护范围给权利主体划定了一个自由空间,国家一方面不得正当干预和介入这一空间,另一方面需要保护这一空间不被第三人侵犯。在这一空间内,公民行使自由无需提供任何理由。与法律自由一样,实质自由也相应存在自由空间,但对后者而言,不应称“保护范围”,毕竟“保护”与“防御”类似,和“干预”“介入”“侵犯”这些表述具有对应关系,而宪法社会权的实现往往需要国家通过积极创设基础性条件加以保障,因此在社会权领域称“保障范围”更为合理。当然对于追求实质平等的社会

[35] 有学者在探讨国家对母亲提供的保护时,主张立法者应在最低限度上作为。参见谢立斌:《宪法社会权的体系性保障——以中德比较为视角》,《浙江社会科学》2014年第5期,第61页。类似观点还可参见王新生:《略论社会权的国家义务及其发展趋势》,《法学评论》2012年第6期,第13-14页;高秦伟:《论作为社会权的健康照护权》,《江汉论坛》2015年第8期,第122页;崔寒玉:《论我国宪法中的国家义务理论渊源及其本位》,《甘肃政法学院学报》2016年第6期,第73页。

[36] Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 7. Aufl. 2015, S. 146.

权而言,并不存在保障范围一说。在自由权领域,在确定保护范围并认定公权力行为对自由权构成干预后,应对干预行为进行正当性审查,而在此适用的“限制的限定”理论并不能照搬至社会权领域,社会权的实现程度仅取决于相互对立原则的权衡结果。

### (一) 社会权的保障范围

或许有学者认为界定社会权的保障范围缺乏标准,但界定自由权的保护范围其实同样缺乏特定的判断标准,对其界定正是教义学的任务。在界定社会权保障范围问题上,存在所谓的“狭窄要件理论”和“宽泛要件理论”(enge und weite Tatbestandstheorie)。依据狭窄要件理论,社会权的保障范围应当以某一群体的平均水平为准进行界定。而依据宽泛要件理论,保障范围应当包括理论上可达致的最大化实现程度。<sup>[37]</sup> 这一理论明显混淆了社会权的保障范围与社会权的保障程度。以劳动权为例:是否包括要求国家创造劳动就业条件属于保障范围问题,而国家为多少公民创造了就业条件以及提供的就业机会在多大程度上与求职者的专业、能力和兴趣相吻合,则属于保障程度问题。落入保障范围是探讨保障程度的前提,若不属于保障范围,则必然不涉及保障程度。

此外,社会权在多数情况下要求国家积极作为,保障范围与保障手段也容易被混淆。举例来讲,劳动权的社会权面向要求国家创造劳动就业条件,而《宪法》第 42 条第 4 款规定国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练,这与国家创造更多就业岗位一样属于实现社会权目标的具体手段,并不应在保障范围的问题上加以讨论。社会权的保障手段在很大程度上优先由立法予以形成,被宪法明确的保障手段不再落入立法者的手段选择空间,而是立法者应当实施的。

在自由权的保护范围问题上,存在内部理论和外部理论之争。<sup>[38]</sup> 在社会权的保障范围问题上,主流观点认为不可能适用外部理论。社会权通常要求国家积极作为,认可外部理论必然会给国家带来极大的负担。<sup>[39]</sup> 据此,社会权的保障范围不宜宽泛。而支持外部理论进而认为应宽泛界定社会权保障范围的理由同样存在:社会权所能够包含的全部内容是否最终都可以实现以及在何种程度上实现,取决于各种现实情形以及与社会权相冲突原则的应实现程度,与自由权的界限类似,在此与社会权冲突的原则构成社会权的界限,因此认可外部理论不会给国家带来过重的负担,在对相互冲突的原则进行权衡之前,不应将社会权的保障范围预先进行限缩。<sup>[40]</sup>

不难发现,支持社会权适用外部理论的理由在某种程度上套用了支持自由权外部理论的论据。外部理论导致社会权的保障范围极为宽泛,虽然其产生的一系列问题或许可以通过对相互冲突的原则进行权衡得以解决,但在此仍然不得忽视社会权与自由权的区别。与上文否定未列举社会权的理由类似:防御权是基本权利的首要功能,体现出“自由

[37] Vgl. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. 2007, S. 359.

[38] 参见王锴:《基本权利保护范围的界定》,《法学研究》2020 年第 5 期,第 117-118 页;张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,《法商研究》2006 年第 4 期,第 96-97 页。

[39] Vgl. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. 2007, S. 352.

[40] Vgl. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 2. Aufl. 2007, S. 361.

是常态,限制是例外”的思想,法律保留、比例原则等“限制的限制”理论均由此而生;而社会权却完全不同,虽然社会权被宪法明文规定,但社会权保障范围的扩大在多数情况下意味着国家权力的扩张,这并非具有天然正当性,其往往会构成对自由权的限制,认同外部理论必然会在一定程度上违反上述基本权利原理。因此,除非存在宪法文本上的直接依据或者可以通过宪法解释推导出来,原则上不得宽泛界定社会权的保障范围。

虽然外部理论不具备合理性,但社会权的保障范围不得被过度限缩,从而导致其违背宪法文本,特别是违背各项社会权规定中的第1款或者第1句之后的那些被制宪者明确的内容。<sup>[41]</sup>以劳动权为例,《宪法》第42条第2至4款和第1款之间并非毫无关联,除了第3款更多涉及劳动义务,第1款的劳动权规定在逻辑关系上与第2款和第4款应当是总分的关系。第2款中的“加强劳动保护”涉及保护义务,第4款主要涉及保障手段,而第2款中的创造劳动就业条件,改善劳动条件以及提高劳动报酬和福利待遇均应直接落入劳动权的保障范围。<sup>[42]</sup>与此类似,在休息权、退休权和物质帮助权条款中,在第1款或者第1句之后规定的内容,必然应当落入该项社会权的保障范围。而在受教育权的问题上,界定保障范围略显棘手。与“劳动”不同,“教育”的概念本身就明显更为复杂。此外,宪法的相关规定并不局限于受教育权条款当中,应将受教育权置于整个宪法规范中进行定位和分析。公民无论何种出身和经济状况,均应有机会接受与个人能力相匹配的教育。虽然受教育义务主要涉及义务教育阶段,但受教育权并不与其完全对应,即保障范围不局限于义务教育阶段。依据我国宪法,教育至少应包括《宪法》第19条第2款中的学前教育、初等义务教育、中等教育、职业教育、高等教育、第3款中的职业教育和第4款中的集体经济组织、国家企业事业组织和其他社会力量举办的各种教育。一般而言,在义务教育过程中,能否接受教育主要取决于国家,在其他教育阶段或教育形式中,这一风险则更多由个人承担。《宪法》第46条第2款规定,国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展,这仅涉及对教育内容的界定,而未给受教育权的保障范围提供太多依据。既然对保障范围的界定不宜宽泛,扩大保障范围应当存在宪法依据,那么受教育权的保障范围应局限于要求国家在各阶段提供各种形式的受教育机会。

## (二) 社会权和与其对立原则的权衡

与自由权审查模式需要适用比例原则不同,在确定社会权的保障范围之后,直接进入对相互对立的原则进行权衡的环节。然而立法实现社会权有时会构成对自由权的限制,进而激活了自由权的防御权功能,此时不得直接适用权衡法则对冲突的原则进行权衡,而仍然应当适用比例原则等“限制的限制”理论对立法进行正当性分析,这并非社会权的要求,而是自由权审查模式的环节。换言之,虽然社会权被宪法明确规定,但其实现与否和

[41] 有学者认为,社会权的保障范围局限于各项社会权规定中第1款或者第1句之后的款和句。参见刘馨宇:《宪法社会权性质的教义学探析》,《中外法学》2022年第3期,第790页。

[42] 在对相互冲突的原则进行权衡后,立法者当然可以在法律层面扩大劳动权的保障范围。目前我国法律上的劳动权包含:(1)平等就业权;(2)选择职业权;(3)取得劳动报酬权;(4)休息休假权;(5)获得劳动保护权;(6)接受职业训练权;(7)享受社会保险和福利权;(8)劳动救济权;(9)法律规定的其他劳动权利。参见王锴:《论我国宪法上的劳动权与劳动义务》,《法学家》2008年第4期,第61页。

实现程度仍然取决于对自由权限制的正当性审查结果。当然在适用比例原则时,较之于立法实现其他未被宪法明确规定的目标,实现社会权应当增加权重。

由于社会权的实现往往需要耗费公共财政,因此较之于与自由权的冲突,财政负担成为制约社会权实现更为普遍的因素。财政支出与人大的预算空间和纳税人的私有财产权密切相关,当然同样具有宪法位阶。财政因素在某些情况下可能是休息权、退休权、物质帮助权和受教育权实现的唯一制约因素。虽然劳动者的休息权可能与企业的自主权存在冲突,但此处的休息权体现为自由权,涉及国家保护义务,而非社会权。与上述社会权不同,劳动权还经常同时与其他原则存在冲突。当然,与社会权相冲突原则的数量并不会影响本质,哪怕财政是唯一的制约因素,社会权的实现程度也取决于权衡的结果。下文首先针对社会权与公共财政负担之间的平衡提供两条思路。此后有必要分别对劳动权和受教育权与其他原则的权衡加以讨论。诚然,社会权往往要求国家积极作为,不作为的方式只有一种,而作为方式却多种多样,通常来讲,合宪性审查主体可以禁止公权力采取某一特定的措施,但未必总能要求公权力实施某一特定的措施。因此在解决社会权与其他原则的冲突时,应优先由立法者来权衡和具体化,这一任务不得首先由合宪性审查主体来完成,但宪法仍然可以在规范层面提供若干权衡依据和标准。

## 1. 社会权与公共财政的平衡

### (1) 辅助性原则

虽然社会权的实现往往耗费公共财政,但社会权的实现并不必然依赖于国家。社会权不仅没有规定如何实现目标,而且没有规定由谁来实现。当公民个人、企业和其他社会组织有意愿且有能力创设实现社会权的条件时,国家则不必动用公共财政成为第一责任人,完全可以仅履行必要的协助和监督职责。在此涉及宪法上的辅助性原则,即国家应当处于辅助地位履行公共任务,不得优先选择将公共任务转化为国家任务。<sup>[43]</sup>

辅助性原则的宪法依据主要存在于私有财产权条款中。国家亲自接管公共任务需要动用公共财政,对纳税人的财产权构成限制,若不需要动用公共财政可以同样甚至更好地实现宪法社会权,损害纳税人的财产权则不具备正当性。此外,《宪法》第 27 条的效率原则要求投入与产出的比例最小化,在产出相同的情况下,公共财政支出的越少则越符合效率原则,该原则同样是辅助性原则的宪法依据。在教育问题上,《宪法》第 19 条在规规定“国家发展社会主义的教育事业”“国家举办各种学校”和“国家发展各种教育设施”的同时,甚至明确规定了“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”。此外,《宪法》第 45 条第 1 款、第 2 款和第 3 款均明确规定公民可以从“国家”和“社会”两方面获取物质帮助。

由非国家行为体来实现社会权并不会给国家增加过多财政负担,社会权与私有财产权或代议机关的预算职权之间不存在太多紧张关系,各项原则均可以得到优化实现。正如有学者所述,除国家依照程序履行责任,各种非国家行为体也可以根据宪法和法律弥补

[43] 参见陈征:《公共任务与国家任务》,《学术交流》2010 年第 4 期,第 8 页。

政府职能的不足,故而在全球范围内的社会权保障问题上,出现了国家中心责任向非国家行为体转移的过程,有效节省了国家的财政支出。英国提出以“福利社会”代替“福利国家”的概念便是有力佐证。<sup>[44]</sup> 综上所述,虽然社会权在很多情况下要求国家积极作为,但在某些情形中却可能要求国家不作为,在此辅助性原则构成对立法形成自由的一个限制。

## (2) 预算职权与立法职权的平衡

全国人大的预算职权与立法职权并列,预算与给付性法律均涉及财政支出。既然社会权首先由立法来实现,那么在每个预算年度内,执行这些法律必然导致大量的财政支出,而这些已由法律确定下来的支出之外的财政空间才是真正留给年度预算的空间。全国人大通过审批预算可以确定财政任务的优先性和年度任务的重点,这与立法一样发挥着民主合法化功能。实现社会权的法律需要耗费的财政支出越多,立法职权对预算职权的影响就越大。因此在通过立法实现社会权时,应当将人大各项职权之间的协调加以考量。

## 2. 劳动权和与其对立原则的权衡

依据《宪法》第42条,劳动权条款至少要求国家通过各种途径为公民创造劳动就业条件,同时应努力改善劳动条件并提高劳动报酬和福利待遇,这些目标往往只得由国家通过介入市场得以实现。在市场经济制度中,就业机会通常掌握在企业等私主体手中,国家促进劳动权的实现可能会与企业的营业自由产生冲突。企业内部的人事聘用和薪酬福利属于自主经营权的重要内容,劳动权的实现与此同样可能存在冲突。若国家通过给企业提供资助和补贴等方式促使其扩大员工数量并提高员工的待遇和福利,则又必然会导致公共财政支出激增,不仅限制了人大的预算职权,而且增加了纳税人的负担,甚至可能侵害纳税人的平等权。

此外,宪法劳动权的主体应当包括国家机关工作人员。我国《宪法》第27条规定了效率原则,要求一切国家机关实行精简原则,这一原则同样与劳动权存在紧张关系。若国家为了实行精简原则并提高工作效率而裁撤某一机构,则会与劳动权的实现背道而驰。这些冲突都需要立法者通过权衡来解决。

无论是劳动权还是受教育权,均同时具有自由权和社会权面向,社会权的实现可能会与该条款的自由权面向产生冲突。劳动权在自由权面向上主要体现为职业自由权,保障了公民选择职业和具体职位的自由,职业自由权的实现原则上不需要国家实施太多积极措施,国家仅需要通过立法等手段保障市场经济制度的正常运行并作为最后责任人发挥作用。而社会权实现程度的提高包括数量和质量两个方面,如果提高劳动权实现的质量,国家应当努力为每一位求职者提供符合自身专业、能力和兴趣的职业,并提供符合其在待遇和福利方面期待的职位,这一实现程度的提高将在某种程度上直接影响职业自由权,毕竟职业自由首先体现为根据自身的专业、能力和兴趣以及在待遇和福利方面的期待对职

[44] 参见郑贤君:《非国家行为体与社会权——兼议社会基本权的国家保护义务》,《浙江学刊》2009年第1期,第136页。

业和职位进行选择自由。

我国宪法中的劳动权对应义务性规定。虽然对应义务性规定并不能否定宪法社会权的实现存在于可能性保留之中,毕竟宪法规定的基本义务同样属于原则性规定,但在与其他宪法原则进行权衡时,对应的义务性规定可以为社会权增加权重。除了在规范层面增加权重,劳动义务的履行还有助于实现诸多个人利益和公共利益,例如使公民能够在物质和精神领域具有独立人格,促进社会经济发展、增加国家的财政收入等,在权衡时对这些因素均应加以考量。

若社会权条款同时关联其他基本权利或者国策规定,同样应当增加权重。例如劳动权的实现往往是获得财产的前提,而私有财产又可能是生命权、健康权等基本权利实现的基础,在权衡时不得忽视这些因素。

### 3. 受教育权和与其对立原则的权衡

在宪法的这几项社会权条款中,受教育权与劳动权的可比性最强。然而与就业机会通常掌握在企业手中不同,我国的教育资源基本由国家掌控。即使是私立教育机构,其成立也须经过国家的审批,活动也须接受国家的监督,接受监督的范围和强度远大于一般企业。较之于劳动权的实现,国家对受教育权实现的前提条件拥有更为广泛的掌控力。与此相应,除了财政因素,实现受教育权往往不存在其他与其冲突的原则,不必像实现劳动权那样介入市场或限制他人权利。

与劳动权类似,宪法在規定受教育权的同时规定了受教育义务。虽然受教育义务局限于义务教育阶段,但至少意味着在义务教育阶段,国家提供受教育机会具有格外重要的宪法价值,理应增加权重。此外,接受教育可以提升国民素质,绝大部分教育形式的实施还有助于公民个人在未来获得劳动机会,甚至可以促进某些国策或其他基本权利的实现,在与节约公共财政支出这一原则进行权衡时应对此予以考量。

此外,在实现受教育权的不同手段之间可能存在冲突,例如提供更多受教育机会和提高受教育质量均可以提升受教育权的实现程度,但在财政有限的情况下,国家应当如何平衡二者之间的冲突?对于这两种手段的权衡,同样应落入立法决策空间。虽然手段之间的冲突情形也可能存在于劳动权、休息权等社会权当中,但显然不如受教育权体现得明显。

在推动宪法全面实施的过程中,宪法社会权的实施是绕不开的话题。尽管社会权条款给立法者设定了一些框架,但立法者具体应当何时出发、选择哪条路径以及前行多远的距离,均应在对各种社会现实进行考量以及各项冲突的原则进行权衡之后作出判断。社会权条款虽然在我国宪法文本中所占比例不大,但却是我国宪法社会主义性质的重要体现。随着理论和实践的发展,未来对宪法社会权的教义学研究将会不断深入,这对建构中国宪法学自主知识体系和推进合宪性审查工作具有重要意义。

[本文为作者主持的“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目”的研究成果。]

---

---

## The Value Attributes and Normative Positioning of Constitutional Social Rights

[ **Abstract** ] The majority of social rights in the Chinese Constitution are aimed at helping citizens achieve substantive freedom, rather than just protecting them from state infringement, thus often requiring active action from the state. Some social rights, such as the right to material assistance, aim to achieve substantive equality. Social rights do not have a defensive function or protection obligation function, and their function is limited to requiring the state to actively promote the realization of social rights. Even if the degree to which legislators realize social rights regresses, the analytical framework for the right of defense cannot be applied to review its legitimacy. In terms of effectiveness, the realization of social rights is a constantly optimizing task that requires consideration of possible factors such as finance. It relies more on the legislative formation and thus exists in the concept of “reservation of possibility”. The realization of social rights requires a balance with other constitutional values. Relative impossibility should be taken into consideration to ensure a reasonable boundary between a law-based state and a fiscal state. A distinction should be made between the scope and the means of social rights protection, with the former exploring whether the state should act and the latter involving how to act. The scope of protection for constitutional social rights should be reasonably defined so that its not be too broad or overly restrictive. There is a difference between defining the scope of protection for social rights and defining the scope of protection for freedom rights. Freedom rights have natural legitimacy, but social rights are different. When defining the scope of protection, strict interpretation should be carried out based on the constitutional text to avoid broad generalization caused by external theories. The Constitution does not require that social rights have a core area that must be realized under any circumstances so that the principle of fundamental rights is not overturned. “The restriction of restriction” does not apply to the analytical framework for social rights. After the scope of protection for social rights is determined, conflicting principles should be weighed directly. The addition of subjective rights attributes will not increase the weight of social rights, nor will it threaten the constitutional order. Although legislators should be given priority in balancing conflicts between social rights and other principles, the Constitution can still provide several criteria and standards for balancing at the normative level. The more fiscal expenditure is needed to realize social rights through legislation, the more obvious the phenomenon of the legislative power of the National People’s Congress squeezing the budgetary power. According to the principle of subsidiarity, priority should be given to non-state actors in the realization of social rights.

---

---

(责任编辑:田 夫)