



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

论文精粹

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

发表于：2010-12-08 12:49 点击：325

一、引言

德国《基本法》第20条第1款确认：“德意志联邦共和国是民主的、社会的联邦国家。”第28条第1款又进一步规范：“各州的宪法秩序必须符合基本法的共和、民主及社会的法治国原则。”自此，社会国与传统的民主国、法治国以及联邦国一起成为德国宪法中的“国家目标条款”（Staatsbestimmungen）。{1}

作为宪法价值秩序的重要组成，社会国已经成为德国国家发展的主轴之一。事实上，英美国家也在相同或类似的意义上实践着这一国家目标，差别仅是名称不同。德国的社会国对应的正是英美国家的福利国。正如语词表述所传达的，社会国（Sozialstaat）在市民社会与政治国家这对传统自由主义理念下彼此对立的范畴之间建立起结构性连接，带来了现代国家目标设定的重大变革。这种变革亦深刻地影响了作为自由主义国家重要支撑的基本权理论。因为社会国元素的注入，基本权的功能由传统的防御扩张到要求国家提供积极的社会给付。二者的结合亦在传统自由权之外蕴生出公民的社会基本权。本文所要探讨的正是社会国的产生与发展对于传统基本权构造的重要影响，以及在此基础上产生的社会基本权的范围和界限。对于社会国与公民社会基本权的内涵型塑与相互关联，德国法为我们提供了非常成熟的理论与实践参考，因此，本文的研究思路和分析框架亦主要以德国法为借鉴。

二、作为背景的社会国

（一）社会国的产生

对社会国的理解，首先应回溯到自由法治国到社会法治国的历史演变。“自由法治国”脱胎于“夜警国家”。在夜警国家之下，国家的任务非常单一，仅限于作为夜警，四处巡逻以维护社会治安。同时，作为“立宪主义的前阶段”，这一时期的统治权仍旧普遍游离于法律控制之外。{2}从夜警国家到法治国，国家权力应受法律的约束，国家与人民的关系应由法律来确定，这些“法治国”观念经由一系列的宪政革命，而从政治思想贯彻为国家现实。饱受专制统治之苦的人民对于法治国的最初构想，首要的就是对个人自由的保障，方式则是对国家与市民社会进行严格区分。在他们看来，只有严格限制国家作用的范围，才能为个人自由保留最大的空间，“自由”成为在这一时期法治国最重要的特征与价值目标，也正因为如此，这一时期的法治国亦被称为“自由法治国”（liberaler Rechtsstaat）。{3}在自由法治国时期，国家的作用十分有限。因被禁止干预非属国家事务的社会领域，其职能与在夜警国家下一样，仍旧只是维护治安，保障秩序。与此相对，社会相对于国家保持封闭和自治，人民在社会中自由竞争，自主地经营自己的生活。

但上述关于国家与社会互相独立、两不相涉的美好构想，很快因工业革命的到来而幻灭。工业革命引发了社会的急剧动荡，人们贫富悬殊，矛盾丛生。而自由法治国在面对这些社会重大变革时，也凸现出严重缺口。由于自由法治国的主题在于对公民自由权利的保障，因此，这一时期的国家无不在宪法中明确罗列公民的诸项自由。然而，尽管宪法作了这些美好规定，但由于许多个体能力有限，而国家又奉行不予干预的政策，致使他们仍因自由所需的实质要件得不到保障，而无法实现自由。“宪法保障的自由因此沦为弱者实质的不自由。”{4}复杂的社会现实要求国家必须改变传统的消极做法，积极地介入社会生活，承担更多的职能与任务。这些要求的引入，遂在自由法治国的基础上，逐渐型塑出今日的社会法治国（Sozialer Rechtsstaat）。{5}

很多学者最初认为，社会国与法治国之间相互冲突、彼此悖反，两者存在无法弥合的内在矛盾。因为法治要求的是对静态的、现有状态的维护，国家权力只有具备授权依据时始能发动，而社会国则从动态的维度，要求国家对社会进行主动的、积极的调整。{6}社会国概念的倡导者，德国著名公法学者福斯特霍夫（Ernst Forsthoff）就持这种见解。他在1953年关于国家法的一份报告中指出，社会国并非一个法律概念，因此，社会国与法治国在宪法上根本无法相互融

合。{7}但今天，社会国与法治国都已成为德国宪法的基本规定，两者之间紧密关联，这一点完全可以通过《基本法》的语词表述得到确定：《基本法》第20条将“社会”作为“法治国”的修饰语，“社会”与“法治”由此在宪法上建立起结构性联结。

（二）社会国的内涵与范畴

相对于“民主”、“法治”、“联邦”等用语，德国法上的“社会国”并不容易理解。无论是《基本法》第20条抑或第28条在确认“社会国”作为国家目标时，都将其作为“法治”或是“联邦”的修饰语，这种表述不禁让人联想，社会国是否并不具有独立内涵。此外，《基本法》中关于落实“民主”、“法治”与“联邦”的具体规范俯拾皆是，惟独关于“社会国”的条款非常鲜见。非常明显地属于对于社会国的落实的宪法规范仅包括：《基本法》第6条第4款中的母亲要求共同体提供保护与照顾的请求权，以及《基本法》第14条中的财产的社会义务。也就是说，立宪者虽然确定社会国是重要的国家目标，但对于社会国的内涵型塑却采取了闪烁其词的含混态度，这些无疑为我们理解社会国增加了很多困难。

因为缺乏宪法规范的明确提示，我们只能求助于相关的学理认识。德国学理对于“社会国”的理解，大致有三种：第一种见解是将它理解为“市民社会的”（*gesellschaftlich*）或是“与市民社会有关的”（*gesellschaftsbezogen*），在这种意义下，社会国意味着国家对于社会负有相当的责任，而社会也不再是绝对的自治。第二种见解从现代国家下的个体并非孤立的个人，而是在社会群体中生活的，与共同体存在强烈关联的个人出发，认为社会国强调的是个人对于共同体以及他人承担的责任。第三种见解着眼于国家职能与目标的变革，认为社会国意味着国家应扶助弱者，致力于每个人合尊严的生存保障，并根据正义原则分配经济资源。第三种见解因将国家对社会应履行的任务，与个人应受的共同体拘束相结合，而成为迄今为止最具说服力的阐释。{8}社会国的核心内涵也据此被总结为：国家对社会正义、公共福祉与社会安全负有广泛的责任，换言之，社会国就是致力于或是应当致力于社会任务的国家{9}。

同样因为宪法规范的缺失，社会国原则在德国的实际作用，也主要由立法者通过规范形成予以明确。这些始于1969年的社会立法活动起初并不系统，亦没有清晰规划，但随着时间累积却逐步形成了今天呈现于我们面前的、架构完整的德国社会法典（*Sozialgesetzbuch*），其内容包括总论、劳动者的基本保障、工作条件、医疗保险、租赁保险以及儿童与青少年的保护等。{10}作为社会国法典化的象征和代表，德国社会法典所勾勒出的社会国的典型作用范畴包括：{11}

第一，社会形成（*Sozialgestaltung*）。社会形成要求国家更积极主动地介入社会和经济领域，通过持续性地经济干预和对弱势群体的扶助，来完成社会塑造的作用。这一点显然与19世纪自由法治国时期，国家在经济层面所采取的放任自流的态度有了很大区别。但与此前相比，国家对经济的调控和对弱势群体的救助，已经较少采用诫命或强制的方式，而更常使用税收、资金补助和提供基本需求措施的手段{12}。

第二，社会安全（*Sozialsicherheit*）。所谓社会安全，是指公民面临年老、疾病、残障、失业等困境时，国家必须提供积极帮助，以保障公民享有合乎人性尊严的生存条件。社会安全可以总结为国家对于个体的生存照顾义务（*Daseinvorsorge*）。{13}社会安全的内容首先包括公民在面临年老、疾病、残障或其他困境时，国家提供的社会救助；其次包括公民生存所需的必要物资，例如：水、电、煤气、通讯、交通设施等；再次还包括社会与文化方面的基础设施，例如学校、高等院校、运动设施、医院、养老院、剧院与休闲等设施的设立与维护，这些设施虽然超过了最低生存所必需，但对于现代社会下公民社会与文化生活也已经非常重要。{14}

第三，社会正义（*Sozialgerechtigkeit*）与社会衡平（*Sozialausgleich*）。所谓社会正义，是强调国家必须努力调和因权力分配、贫穷、教育程度、性别等差异所产生的对立与矛盾，并竭力谋求社会平等。{15}社会正义必须通过社会衡平，即国家对不同群体之间的进行比较和均衡，尤其要在法律上为弱者提供保护的方式达成。这种衡平任务，并非追求平均化，而是对现实差异的回应和调整。而且，国家进行的社会衡平也并非在相关的群体之间直接作用，而是凭借某种复杂的供需系统，即一方面对富裕的人群征税，另一方面则对贫困的人群提供救助。从这个意义上说，现代国家已经变成分配国家，更准确而言是再分配国家。此外，国家的社会衡平任务，不仅包括财政上的再分配，还包括机会平等的重建，即消除先天的不平等，尽可能使公民在教育、职业选择以及财产投资中，站在同一起跑线上{16}。

三、社会国下国家的社会义务与公民的社会基本权

（一）社会国规范的宪法效力与国家的社会义务

如上所述，社会国与民主、法治、联邦是德国《基本法》确认的四项“国家目标条款”（*Staatszielbestimmungen*）。所谓国家目标条款的含义在于：这些规范不仅是现有国家的重要属性与本质特征，同样也是面向未来、持续作用的、国家得以存续与发展的建构性要素。《基本法》更通过第79条第3款的“禁止修改与废弃”的诫命规定，强调国家目标条款与公民基本权利规范，即便修宪也不能触动。{17}据此，这四项目标条款对于德国的重要意义，犹如房屋的四根基柱一般不可动摇。

国家目标条款使民主、法治、社会、联邦这些为人们普遍认同的政治要求，因为被写入宪法而获得了宪法规范的位

阶，具有了宪法的拘束力。它们拘束所有的国家公权力，是所有国家行为应当遵循的方向。因此，从这些宪法规范中，我们自然能够引申出相应的国家义务——“国家活动必须持续地尊重与满足这些实质上已经为宪法付诸明文的任务”。

{18}

社会国原则与其他目标条款一样，首先是针对立法者。立法者负有义务通过规范形成，落实与开展社会国的具体要求。而且，社会国与法治在宪法中的结构性连接，亦要求国家必须通过“法律的方式”对社会国予以落实。{19}也就是说，上述社会形成、社会安全、社会正义与社会衡平的目标，绝不能完全交由行政机关的政策，甚至是具体行政决定，而必须通过社会法的制定来达成。如上所述，德国社会国目标的落实首先应归功于德国历时20年之久的社会立法，其成果亦主要体现为今天呈现于我们面前的社会法典。但立法者对于社会国的贯彻落实不能仅局限于社会法领域，还应扩张至包括私法、程序法、刑法、刑事诉讼法、教育法以及税法等在内的所有法律领域。{20}

其次，社会国亦拘束行政和司法。对于行政而言，社会国原则并不构成它干预公民权利的授权依据。行政对于社会国的落实仍旧应在法治的框架内，尤其是在保障公民基本权的前提下进行。行政的职能主要在于具体落实立法，因此，社会国原则在行政领域的落实主要也是通过法律执行而进行的，但这并不意味着，在无法律规定，或是行政在解释立法中的不确定法律概念和进行行政裁量时，就没有社会国原则的适用。相反，社会国原则应被作为宪法中的一般性原则在所有的行政活动中加以考量。对于司法而言，社会国原则同样是法律解释和法律适用的标尺。同时，相对于渊源更久，因而内涵也更明确的法治、民主与联邦原则，社会国更依赖于司法的具体解释。因此，法官一方面在法律解释中受社会国原则的拘束，另一方面亦通过解释活动而逐渐明晰社会国的范畴与界限。

（二）社会国对于公民自由权的影响与公民的社会基本权

社会国不仅作为国家目标条款，约束所有国家权力，亦与公民基本权利紧密相关，并对基本权的理论与实践产生了重要影响。

在基本权的发展历史中，公民的自由权历史最悠久。它的理论基础在于，国家承认个人拥有一个完全自由的、不受侵犯的私领域，而划定这一领域界限的标尺就是公民的自由权利。典型的自由权包括人们耳熟能详的生命权、身体健康权、宗教信仰自由、言论自由、私有财产权等等。因其目标主要在于通过对国家与人民间的基本关系的确定，来限制和排除国家对于社会和私人领域作用的可能，这些自由权天然带着强烈的“防御性”特征，亦发挥着抵御国家侵犯私人领域的重要功能。

但从属性而言，这些传统自由权本质上只是一种“形式上的自由”（formale Freiheit），或者说只是“法律上的自由”（rechtliche Freiheit），它与人们理想中的“实质自由”（reale Freiheit）还有着相当的距离。形式自由在法律上肯定了公民的行动可能，并且禁止国家对此予以干预。但这种由法律所保障的自由的实现，在现实中会受到各种要素的制约，诸如个人能力、财产状况、教育程度等等。这些现实要件并不属于传统自由权的保护领域，也就是说，国家传统上仅负有义务对公民的自由领域不予干涉和侵犯，并没有义务为公民自由的实现创设物质条件；从公民角度而言，公民也仅有权要求国家免于干预，并无权要求国家采取积极行动，促成其自由的真正落实。正因如此，德国法学家耶林内克（George Jellinek）将这种自由权称为公民居于消极地位的基本权（der negative Status），{21}意在强调它只是一种于国家之外的自由（Freiheit vom Staat），其功能也仅仅是消极地对抗国家强制。

而如前所述，自发端时起，社会国即着眼于通过国家对社会的积极作用，来保障公民自由得以实现的前提要件，也就是说，社会国原则导入的首要目的，就是通过保障自由实现所需的社会条件，来使法律上的形式自由上升为实质自由，因此，社会国的产生无疑是对传统自由权的补充和强化。但社会国对传统自由权的影响又并非单向，而是展现出相互关联又相互悖反的两个方面：一方面，社会国有扩张自由权的作用。对那些事实上没有可能利用自由权的人而言，宪法关于自由权的规定无疑是空洞无用的。例如，德国《基本法》第12条第1项保障了公民对教育场所的选择自由，可这项权利对于那些根本无钱就学的公民而言，只是写在纸面的形式宣示而已。因此，对于弱势群体，其自由的获得不能仅依赖于国家消极的不干预，还必须通过社会国的介入，由国家积极地创造相应的社会条件。从这一意义上说，社会国对自由权起到了重要的扩张作用。但另一方面，社会国也会产生限制自由权的效果。无论是国家对于经济领域的积极介入，还是对不同社会群体进行社会衡平和资源的再分配，都为公民传统的不受干预的自由引入了社会限制。“当国家用一只手为社会给付时，早已由另一只手，从人民身上征收税款。”{22}这方面的典型范例即《基本法》第14条规定的私有财产权的社会义务。而且，社会国的理论基础亦在于，个体并非孤立的个人，而是在社会群体中生活的、与共同体存在强烈关联的个人，因此个人对于共同体以及他人当然须承担责任。从这个意义上说，社会国无疑也对传统的自由起到了限制作用。综合这两个方面，社会国与自由权的结合，既避免了自由权流于形式，使其更具体、有效，也更具防御力。同时，藉由对社会责任之强调，社会国也避免了自由权走向绝对，并最终蜕变成少数强者的自由。

但社会国对基本权的影响并非仅限于此。除对自由权进行补充和加强外，社会国亦通过扩张基本权的传统保护领域，重新塑造了基本权的功能和体系。如上所述，传统自由权只是关系到公民的私人领域免受国家侵害，它的要求也仅限于国家消极的不作为；但社会国将自由实现所需的先决条件亦纳入基本权的保护领域，强调这些物质条件同样要受保

国家提供积极给付，而基本权的内容也从公民相对于国家的自由（Freiheit vom Staat），扩展到了经由国家而实现的自由（Freiheit durch Staat）。{23} 公民要求国家为积极给付，最初只是作为自由权原始防御功能的补充，但伴随社会国与基本权理论的发展，这种要求逐渐演变为公民独立于传统自由权之外的另一类基本权。因其突出的社会功能和社会国渊源，这类权利在德国的基本权理论中，被称作公民的“社会基本权”（soziale Grundrechte）。{24} 与公民居于消极地位的自由权不同，社会基本权是公民居于积极地位（der positive Status），要求国家为积极给付的权利，是基本权的积极面向。{25} 经由这样的解释，公民的基本权就同时包含了自由权和社会权两个方面。作为基本权消极面向的自由权，旨在保障公民免受国家侵害、最大程度的自我实现的自由，从自由权中衍生出的是公民面临国家侵犯时，要求国家停止侵害、排除妨害的请求权，而作为积极面向的社会基本权则保障自由赖以实现的先决条件，它是以国家为相对人的，要求国家提供利益、改善个人境况、确立更好的生活关系、分配社会产品，以及共享社会资源的给付请求权{26}。从自由权到社会权，从消极防御到积极给付，基本权的体系内容与功能建构在社会国背景下得到极大丰富与发展。

（三）国家的社会义务与公民的社会基本权

从国家的社会义务到公民的社会基本权，这样的递进和引申，对于基本权的充分实现与社会国的落实都具有重要影响。社会国对国家公权力设置了义务，它们必须在权力行使中积极实践社会国目标。但如果社会国原则的适用只是停留在这一层面，而没有从中衍生出公民直接有效的、以国家为义务人的给付请求权，它对于公民权利的保障仍旧十分有限。对于这一问题的理解，我们可以回溯到德国法中有关主观权利与客观规则的分类。

德国法将法律规范区分为主观权利与客观规则。所有的法律规范都是客观规则，也因此都是国家权力应履行的客观义务，但并非所有的法律规范都赋予了公民主观权利。在德国法中，惟有客观规则同时构成公民的主观权利，公民才能在权利受损或是无法得到实现时，要求义务机关履行义务，或是诉诸有权机关进行救济。也就是说，对公民而言，其利益是否能够获得保障，最直接和最重要的方式就是看他对于国家是否有直接的请求权。而这一请求权的基础又在于：这些值得保护的利益是否同时被确认为法律上的“主观权利”（subjektives Rechts）。{27} 对于《基本法》中规定的传统自由权，德国学理普遍认为它们兼具主观权利与客观价值（或客观义务）的双重属性。客观价值属性强调基本权对于整体的法秩序均有约束力，在法律的制定、解释和适用过程中，都应被作为应予尊重的客观价值决定。而主观权利属性则使公民一跃成为独立于国家的宪法规范的主体，可以基于这些基本权规定，主动要求国家对其自由予以尊重，并在国家干预其私人领域时诉诸司法进行救济{28}。这两种属性对于基本权的功能发挥而言同等重要、缺一不可。同理，如果法律只是要求国家承担社会义务，并没有确认公民拥有社会主观权利，公民还是只能等待和依赖国家的积极行动，而不能主动要求国家为特定给付，惟有国家的社会义务同时也构成了公民主观的社会权利，公民才能够真正成为权利的主体。从这一意义上说，社会基本权的产生就是对国家的社会义务的发展和延伸。它们之间的关联与自由权的主客观属性一样不能互相替代，而是犹如一个硬币的两面，相互补充、相互强化，共同构成了社会国的内涵型塑。

四、社会基本权的范围与界限

（一）社会基本权的规定现状与界定困难

如上，社会基本权的核心在于保障自由所需的社会条件，它的提出无疑是对基本权的传统体系与功能的丰富与发展。也正因为应合了福利国家的理想，社会基本权的理论受到很多激进学者的追捧，并在世界各国尤其是贫穷的第三世界国家引起巨大反响。但在德国，与经典的自由权不同，社会基本权的推而广之，无论是在学理上还是实践中都遭遇了很多障碍。德国《基本法》的立法者，虽然将“社会国”作为国家目标条款之一，但却谨慎地放弃了社会基本权的规定。《基本法》“基本权利”一章中明确承认的公民的给付请求权，仅限于第6条第4款母亲的保护与照顾请求。但这一立法例显然是为了应合德国生育人口日渐减少的现实，并不具有普遍意义{29}。在1994年两德统一后的宪法改革中，亦有提案主张确认公民的社会基本权，但最终也被否定{30}。在国际法层面，德国与众多欧洲国家共同签署的《经济、社会与文化权利公约》虽然也规定了公民的工作权、社会安全保障、社会与文化发展权、要求适宜的社会生活条件等典型的社会权利，但这些权利亦无法与出现在《欧洲人权公约》中的传统自由权同日而语，因为它们并不具有“自我执行性”（self-executing），也就是说，它们并不构成公民的主观权利，而只是对国家施加的社会义务。{31} 这些规定现状无疑让我们看到社会基本权在具体落实时所遭遇的严重困难。确认国家的社会义务，却不愿旗帜鲜明地肯定公民的社会基本权，立法者谨慎态度的背后，实质上是对社会权内容及范畴的极度不确定。

既然宪法中明确肯定的社会基本权少之又少，很多德国左派学者转而尝试通过对宪法中规定的自由权进行重新解释，来为社会基本权的存在提供支持。如上所述，传统的自由只是一种形式上的自由，而社会国的导入目的就是使这种形式自由逐步迈向实质自由。因此，如果我们理解，在社会国维度下，宪法中所规定的自由并不仅是形式自由，而是一种实质自由，那么自由所需的事实要件当然也属于其保护领域，公民完全可以直接基于这些自由权的规定，要求国家为其自由的实现提供积极给付。如此推演，宪法中规定的每项自由权都包含了社会权的内容，也就都可以直接转化为社会基本权。{32} 持这种见解的学者显然是将社会基本权的概念回溯至自由与实现自由的能力之间的现实关联。他们为此提

出的有力论据在于：较之从前，现代工业社会下的个人更依赖于国家给付，而且，通过日臻完美的分配与再分配系统，现代社会国家亦不断强化着这种依赖性，鉴于此，国家就应保障自由所需的社会条件，而作为自由权的基本权也应同时被理解为社会权，尤其是在那些国家对于基本权实现的前提要件拥有实际垄断权的领域，例如学校教育，国家更应承担保障这些要件存在的责任。{33}

从个体对国家的依赖性中，我们的确能够导出国家应保障与改善自由得以实现的现实条件的社会义务，而且，作为德国的国家目标条款，“社会国”也的确赋予了国家权力相关的社会义务。但这种客观义务是否就直接对应公民的主观社会权利，自由权是否真能如上所述直接转换为社会权利，这一点在逻辑上很值得推敲。事实上，社会权的范围到底有多大，是否仅限于宪法明确列举的“给付请求权”？这些社会权是否与自由权一样兼具主观权利与客观义务的属性？自由权是否真如学者所构想，可以直接转化为社会权？这些问题自社会基本权的概念诞生时起，就在学理上存在严重分歧，亦成为基本权理论中的难解之题。而这也正是社会基本权的规范现状如此模糊不清、无据可循的真实成因。

（二）社会基本权遭遇的现实与学理障碍

相较那些主张普遍肯定和扩张社会权的激进意见，大部分德国学者还是选择谨慎地限定社会基本权的范围，尤其是反对将自由权直接转换为社会权。这些反对意见因更具说服力，因此也占据了主流。德国联邦宪法法院在有关社会权的 *Numerus-clausus* 判决中，{34} 对这些反对意见进行了总结，而它们也正反映出社会基本权在具体落实时所遭遇的现实与学理障碍：

第一，国家财政能力的有限。社会基本权扩张了基本权的传统保护领域，将自由行使所需的物质条件亦纳入其中。作为直接有效的给付请求权，公民可以基于社会基本权，要求国家积极作为，为其权利和自由的实现提供必需的社会先决条件。然而，在现实中，国家是否能够提供社会给付，以及能够在多大范围内提供社会给付，在很大程度上都依赖于国家的财政能力。也就是说，社会基本权的保障，最终取决于可支配的国家财政手段。在国家财政能力与公民的社会基本权之间存在着无法回避的紧张关系，而国家财力的有限性，也因此构成了社会基本权的必然界限。{35} 正因为考虑到社会权可能给国家财政带来的不可预估的困难，《基本法》的立法者没有将其写入宪法，而宪法中的基本权也被认为是在“理性的、客观的精神”主导下所作的现实性规定{36}。联邦宪法法院据此认为，既然立宪者已经意识到这一问题，就不能违背立法原意，对宪法中规定的自由权进行扩张解释。

第二，对个人自治的侵犯与极权国家产生的潜在危险。“消极的”、防御性的自由权旨在为个体的自我确定 (*Selbstbestimmung*) 与自我开展 (*Selbstentfaltung*)。{37} 保留最大的空间与可能，个体可在法律的框架内，通过自由的行为选择，在内容上充分实现这种由法律所保障的权利，也就是说，消极自由在内容上是保持开放的，通过何种方式达成完全属于个人自治的范畴。但如果我们将这种“消极自由”转化为“积极自由”，这种内容的开放性就会不复存在，而个人自治也会因此受到影响。同时，如果对积极自由不加限制，它就极有可能演变为“要求一切的权利” (*Recht auf Alles*)。基于好逸恶劳的天性，很多个体会因此放弃个人努力，更加依赖于国家给付，而这又会给极权国家的产生提供温床。{38}

第三，社会权自身的不确定性。尽管作为基本权的自由权在很多时候，因内容不够明确也需要法律解释，但如果将自由权直接转化为社会权，无疑会在新的维度上加深这种内容的不确定性，而这种不确定性又无法通过法律方法，甚至是法律解释的技术获得解决。例如，如果我们认为从“住宅不受侵犯的自由”中可以直接推导出公民要求国家提供住宅的权利，难题就会接踵而来：一个三口之家到底可向国家请求包含多少房间的、位于何处的、价值多少的住宅？同时，社会权的内容和范围会随着社会政治、经济、文化等条件的发展而变化，其弹性和多样性远远大于传统的自由权。据此，由于社会权不可避免的不确定性，如果将这一问题完全放置在基本权的框架下，交由基本权的解释来完成，基本权的整体建构将面临无法克服的困难。

第四，对宪法整体分配秩序的影响。除了担忧普遍承认社会基本权给国家财政造成的冲击与压力，很多学者从宪法的系统性出发，认为过度扩张基本权的社会权功能，还会逾越宪法解释的界限。试想，如果承认每项基本权中都包含社会权的属性，则公民可基于所有基本权的规定，要求国家提供积极给付。而国家是否以及在多大范围内能够为公民提供社会给付，这些原本属于国家财政预算范畴内的决定，就都会因为它们与公民基本权的关联，而最终交由作为公民基本权“保护人”的德国联邦宪法法院来决定。但是，宪法既然已经设计出一套完整的分配体系，就不应当允许再将国家财政预算决定，当作宪法解释的对象，由联邦宪法法院控制，进而破坏权力分立和民主政治。{39} 事实上，社会国所欲达成的基本功能—社会正义与社会平衡，带有很强的政治性，在各国的宪法实践中，它们都是专属于议会在宪法界限内履行的政治任务，即议会的立法裁量范畴{40}。因此，出于对宪法整体分配秩序的维护，社会基本权也无法像防御权一样，获得强有力的主观权利保障。

第五，对宪法权威性与可信赖性的挑战。宪法规范应具有权威性和可信赖性，这一点毋庸置疑。因此，若从《宪法》规定的每一项基本权利中，都可以导出公民向国家主动请求给付的权利，那么每个失业的人都可要求国家提供就业，每个无住房的人也都可要求国家提供住房，而国家亦有义务提供这些给付。此时，国家如果因为财政能力的有限，

而无法达到这些目标，基本权的规范性，以及宪法的权威性和可信赖性都会遭到严重破坏。{41}

出于这些原因，联邦宪法法院在此判决中，态度坚决地反对将自由权直接转化为社会权，而且认为，即便是那些典型的社会基本权，也不可能享有与自由权一样的主观权利保障。联邦宪法法院甚至为此提出例证：《基本法》在规定经典的自由权时，语词表述均是“每个人（或所有的德国人）均有权……”，而在规定社会权时，用语却为“国家有义务……”，因此，社会基本权被称为“基本权”事实上“名不符实”，因为“它们只是强调了国家权力的客观义务，并不构成公民的主观权利”。{42}

（三）社会基本权的可能出口

综上，社会基本权的立意虽好，但却因为遭遇重重现实与学理障碍，而无法在宪法上获得与自由权同等程度的承认。然而，无论是激进者的普遍肯定，抑或保守者的绝对否定，都不是对待这一基本权难题的应有态度。为使“社会国”的目标得以真正落实，作为国家社会义务对应面的公民的社会基本权当然应得到肯定，但这种肯定又应建立在理性取舍的立场之上。事实上，一如对待其他问题一样，在著名的Numerus-clausus判决之后，联邦宪法法院对社会基本权也并非一以贯之地否定到底。从逐渐松动到保持开放，在吸纳了学理的更新发展后，联邦宪法法院此后的态度转变也让我们得以窥见社会基本权的可能出口。

出口之一：共享权与给付请求权的区分

既然社会权的内容表现为以国家为义务人的给付请求权，很多学者遂根据这些给付请求权的来源对社会基本权进行区分，并希望通过这种区分和差异性处理，来保留社会基本权的有用功能，由此就衍生出所谓的共享权与给付请求权。

如上所述，社会基本权的具体保障，取决于可供支配的国家财政资源，国家经济财政的匮乏和不足，是社会基本权不可逾越的现实界限。但是如果国家的财政资源已经存在，也就是说，国家对公民提供社会给付是可能的，则所有公民对这些资源和给付当然都有权要求共享。公民的这种要求共享国家已有资源的请求权，在德国法中被称为“共享权”（Teilhabanspruch）。{43}基于这种共享权，如果国家为了落实公民的权利，已经提供了某种给付，或创建了某些公共设施，但由于受益者的范围区分，导致有些人可以享受到这些给付，而另一些无法享受到这些给付，没有得到给付的公民就可以向国家主张共享这些给付。

共享权的存在、内容以及范围都建立在国家现有的财政可能的基础上，因此克服了社会基本权的现实障碍，获得了学界与实务界的普遍认同。{44}但从理论来源上看，共享权并非直接源于单项的基本权，而是间接地从《基本法》第3条第1款规定的“平等权”中衍生出来的。既然国家已经主动提供给付，如果分配不公，就会侵害公民的平等权，那些没有得到给付的公民，就可根据平等权主张共享这些资源，或要求国家给予同等的给付。正因为共享权与平等权的这种衍生关系，这种给付请求权又被称作“衍生给付请求权”（de-riivative Leitungsansprueche）。{45}联邦宪法法院认可了从平等权中衍生出的共享请求权，同时也强调，并非只要国家为某些人提供了给付，而没有为另一些人提供，就可以导出未获给付者的共享权。只有在国家未提供给付时是恣意的（willkuerlich），或者违反了宪法特定的区别禁止时，才会导出公民的衍生给付请求权。而且，这种请求权也并非针对特定给付内容，而是要求获得同等的共享给付的机会{46}。

与这种“衍生给付请求权”相对的，是直接源于基本权的“原始给付请求权”

（originare Leitungsansprueche）。{47}原始给付请求权是从某项基本权中直接导出的，因此是“原始的”。《基本法》第12条规定，每个德国公民均有选择就业、职业培训的地点的自由。如果承认这项基本权中也同样包含了原始的给付请求权，那么失业的人就可直接根据这一条要求国家为其提供工作。原始给付请求权使每一项基本权利都成为公民可以直接要求国家为一定给付的法律基础，其前提正在于认为每项自由权中都包含了社会权的内容，也就可直接转换为社会权。但如前文所述，对自由权的泛化会带来诸多危险，因此，相对于作为衍生给付请求权的共享权，大部分学者都反对原始给付请求权的存在。

出口之二：符合人性尊严的最低限度的生存保障

如上所述，大部分学者认为，原则上不能直接由某项基本权直接导出对国家的给付请求权，这种见解同样得到德国联邦宪法法院的支持。但联邦宪法法院亦容许这一原则具有例外，这一例外即国家必须保障公民维持“符合人性尊严的最低限度”的生活（Minimal-garantie）。{48}这一例外亦成为社会基本权获得承认的另一出口。

“符合人性尊严的最低限度”的标准显然是将《基本法》第1条中的“人性尊严”（Menschenwuerde）条款与社会国原则相结合导出的结论。对人性尊严的理解应追溯到康德的法哲学思想。康德认为，每个人在道德上都和其他人具有同等重要的价值，应被予以同等地尊重。而人性尊严就是个体在理性主导之下的自我确定。{49}将人性尊严引入宪法，就会得出如下关于国家与公民关系的结论：“国家是为个人存在，而不是个人为国家而存在”，“个体应在社会共同体下自由开展其人格，并获得道德上的同等尊重。”{50}德国《基本法》将对“人性尊严”的保障视作宪法的最高价值，以及所有基本权利的核心与出发点。{51}既然人性尊严如此重要，联邦宪法法院遂在判决中提出：当人民的生活无法达到维持人性尊严的最低标准时，就可以直接依据基本权的规定向国家请求。

相比较前文中的普遍肯定抑或完全否定，最低限度的生存保障显然是一种“妥协方案”。它虽然承认了公民在宪法

上拥有积极的给付请求权，但将其限定在基本权的实现所必需的范围之内。也就是说，其范围的确定并非按照社会正义与社会衡平得以实现的最优方案的标准，而是“个人基本权的实现所必需的、最低限度的标准”。{52}所谓“最低限度”，联邦宪法法院认为，只有具备某些前提要件，基本权的规定才不会完全被空置，或者彻底失去功能和价值时，公民才对这些要件拥有给付请求权。{53}

但很多学者认为，所谓“最低限度”的生存保障并非一个相对闭合的概念，仍需立法的逐步发展与明确。也就是说，立法者对此保有确定的裁量空间。此外，“最低限度”的标准会随社会经济条件的变化而变化，甚至会存在地区性的差异。这些都使这一原则的适用，依赖于立法者在考量多种经济与社会因素的基础上予以明确。{54}联邦宪法法院在接下来的一系列案件中，对这一标准的适用表现出一定的宽松态度。例如，联邦宪法法院曾在判例中肯定了从《基本法》第12条第1款规定的“职业地点与教育地点选择自由”中推导出的，公民要求进入高等学校学习，甚至扩大学校培训容量的请求，但它也同时要求，这种请求权必须建立在“个体在现实中因经济等原因确无可能进入学校学习，也就是说应为个体保留能够理性地向社会提出请求的可能”；{55}在另一判例中，联邦宪法法院亦承认了私立学校以《基本法》第7条中的“私立学校成立自由”为基础，要求国家提供财政资助的请求权。{56}但在宽松态度的背后，联邦宪法法院亦在不断重申，这些都只能作为例外来理解，原则上，作为基本权的自由权并不能一概地转化为给付请求权。{57}

出口之三：可能性的保留 (Vorbehalt des Moeglichen)

如上所述，所有的社会给付请求权都旨在要求分享社会资源。如果理性地考量和权衡社会资源的有限与公民权利的保障需求，宪法对社会基本权的承认就应当是在合理的限度内。也就是说，一方面，宪法不应无视社会资源的有限而激进地扩张社会基本权的范围；另一方面，宪法亦应为社会基本权留存必要的空间。在这种思路下，很多学者提出“可能性的保留”(Vorbehalt des Moeglichen)的主张，而这种主张随后也被联邦宪法法院在判决中多次引用。{58}所谓“可能性的保留”包含两方面的内涵：其一，对公民原始的给付请求权的承认必须是在穷尽所有可能的前提下。也就是说，要求国家提供给付只能作为公民实现自由的最后一种可能；其二，公民对国家的给付请求必须建立在国家支付能力的“可能”基础上。也就是说，给付请求权的对象只能是在可能与适宜的范围内得到保障。{59}

事实上，从具体内涵而言，“可能性的保留”观点与其说是为社会基本权打开了一个出口，不如说是对社会基本权设置了“实现可能”的限制。在此观点下，如果还有人会认为“工作权”就是个体可以直接向国家主张的，要求国家提供与其能力、教育背景和个人旨趣相符的工作机会的权利，无疑逾越了上述“实现可能”的限制。因此，赞成者认为这种观点终于使社会基本权褪去了它的“乌托邦”的外衣，而缩减为国家在客观法上应履行的义务。{60}

五、结语

综上，社会国的产生打破了国家与社会的传统分隔，在引发现代国家目标与功能巨大变革的同时，亦对基本权理论产生了深刻影响。社会国与基本权的结合，使基本权在传统自由权的基础上，又发展出公民的社会基本权的概念。然而，虽然对基本权的功能体系进行了极大丰富与重塑，社会基本权却在具体落实时遭遇重重现实和学理障碍。面对这些无法回避的困难，德国学者努力尝试在保留社会基本权的有用功能，又尽量不逾越和破坏既定宪法秩序，并兼顾国家现实能力的基础上，理性地为社会基本权的确认提供出口。虽然这些见解同样遭遇质疑和批评，但在这些意见交锋和碰撞中，我们却看到了一个内容丰富的社会基本权。它的复杂多样使我们无法从概念上对其予以简单归纳和把握，它的社会条件限定性也使它总是处于变动不居中，而无法在学理上定格。但也正因如此，它永远保持开放，会随着社会国的不断演进而不断呈现出新的面向。从这一意义上说，社会基本权的复杂多样和社会条件限定性也许正是它不断更新展开的建构型要素。

【参考文献】{1} [德]哈特穆特·毛雷尔：《国家法》[Hartmut Maurer, Staatsrechtl Verlag C. H. Beck Muenchen (2003), S. 174.]。

{2}翁岳生主编：《行政法》，中国法制出版社2002年版，第48页。

{3} [德]齐佩里乌斯/符滕伯格：《德国国家法》(Zippelius / Wuertenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Auflage, C. HBeck, S. 95)。

{4}许育典：《宪法》，台湾元照出版社2008年版，第74页。

{5}同注3引书，第95页。

{6} [德]萨克斯：《基本法评论》(Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage, C. H. Beck, S. 743.)。

{7}同注1引书，第248页。

{8} [德]巴杜哈/彼得：《国家法》(Badura, Peter, Staatsrecht, C. H. Beck, Muenchen, 1996, S. 77.)。

{9}许育典：“社会国”，载《月旦法学杂志》第12期。

{10}同注3引书，第120页。

{11} 同注1引书, 第245 - 248页。

{12} 同注4引书, 第78页。

{13} “生存照顾”的观念最早也是由德国公法学者福斯特霍夫在其1938年发表的“作为给付主体的行政”(Die Verwaltung als Leistungsträger)一文中提出。他主张在社会国家之下, 国家必须以公平、均富、和谐、克服困窘为新的行政理念, 积极为人民提供合乎尊严的“生存照顾”。参阅翁岳生: “行政法的概念、起源与体系”, 载翁岳生编: 《行政法》, 中国法制出版社2002年版, 第56页; 陈新民: “服务行政与生存照顾概念的原始面貌”, 载《公法学札记》, 中国政法大学出版社2001年版, 第22-40页。

{14} 同注1引书, 第248页。

{15} 法治斌 / 董保城: 《宪法新论》, 台湾元照出版社2005年版, 第79页。

{16} 同注1引书, 第247页。

{17} 《基本法》第79条第3款规定, “基本法的修改, 如果涉及联邦与州的区分, 各州对于立法的参与或是第1条和第20条规定的基本原则的, 不予准许”, 这一条规定遂成为修宪的限制。

{18} 同注8引书, 第263页。

{19} 同注3引书, 第119页。

{20} 同注1引书, 第243页。

{21} 德国宪法学者耶林内克根据公民与国家的地位关系, 而将基本权划分为四种类型: (1) 被动地位 (der passive Status), 即公民居于应当服从统治权的地位, 此时产生的是公民对于国家的义务; (2) 消极地位 (der negative Status), 即公民居于消极的地位, 获得国家承认, 而不受公权力干涉的自由, 之所以称为消极, 含义在于这种基本权只是消极地用以对抗国家的侵犯; (3) 积极地位 (der positive Status), 即公民可以积极请求国家为特定给付的权利; (4) 主动地位 (der aktive Status), 即公民处于主动地位积极参与国家意志形成的自由。这种基于公民地位而进行的基本权分类, 被称为地位理论 (Statustheorie), 在德国具有相当影响, 被沿用至今。参见[德]萨克斯: 《基本法评论》(Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage, C. H. Beck, A4 Rn. 38ff.)。

{22} 蔡维音: 《社会国之法理基础》, 台北正典出版社2001年版, 第99页。

{23} 同注1引书, 第276页。

{24} 同注4引书, 第109页。

{25} 同注6引书 (Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage, C. H. Beck, A4 Rn. 38ff.)。

{26} [德]伊森什 / 凯尔希霍夫: 《国家法手册》(Josef Isensee & Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1992, S. 254.)。

{27} 有关“主观权利”与“客观规则”的划分, 参见[德]哈特穆特·毛雷尔: 《行政法》(Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Verlag C. H. Beck, S. 152.)。

{28} 同注1引书, 第269页。

{29} 同注6引书, 第406页。

{30} 同注1引书, 第155页。

{31} 同注26引书, 第263页。

{32} 同注26引书, 第278页。

{33} [德]赫伯特·贝特, “国家法理论的现实问题” [Herbert Bethge, Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 24(1985), S. 351.]。

{34} 《联邦宪法法院判例集》(BverfGE 33, 303.)。

{35} [德]伊普森 / 乔恩: 《国家法》[Ipsen, Joern (2006), Staatsrecht II Neuwied; Luchterhand, S. 98.]。

{36} 同注26引书, 第263页。

{37} 在德国法中, “自我确定”与“自我开展”被认为是基本权的本质和人性尊严的核心。其渊源可追溯至康德的法哲学。参见[德]齐佩里乌斯: 《国家理论史》[Zippelius, Geschichte der Staatsideen (2003), Kap. 4b, 16b.]。

{38} [德]伊森什 / 凯尔希霍夫: 《国家法手册》(Josef Isensee & Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1992, S. 281.)。

{39} 同注4引书, 第110页。

{40} 同注35引书, 第101页。

{41} 同注6引书, 第409页。

{42} 同注26引书, 第266页。

{43} 许育典：同注4引书，第110页。在德国，对“共享权”概念的理解和运用也存在一定差异，很多学者将共享权区分为广义共享权与狭义共享权。广义共享权的范畴类似于参与权（Mitwirkungsrechte），包括了公民对政治意志形成过程的参与，对程序和结构的共享，甚至是国家保护的共享，而狭义的共享权则与社会国相连，是公民社会基本权的下位概念。参见同注26引书，第247 - 249页。

{44} 同注26引书，第247页。

{45} 同注1引书，第277页。

{46} 同注6引书，第749页。

{47} [德]凯茨 / 阿弗尔德：《国家法》[Katz, Afeld (2005), Staatsrecht, Heidelberg: Mueller, S. 581.]。

{48} 同注1引书，第276页。

{49} 同注3引书，第201页。

{50} 《联邦宪法法院判例集》（BVerfGE 7, 198, 205; 45, 187, 227.）。

{51} 同注3引书，第200页。

{52} 同注26引书，第284页。

{53} 《联邦宪法法院判例集》（BVerfGE 32, 222.）。

{54} 同注26引书，第285页。

{55} 《联邦宪法法院判例集》（BVerfGE 33, 303, 332f.）。

{56} 《联邦宪法法院判例集》（BVerfGE 75, 40, 63ff; 90, 107, 115.）

{57} 同注1引书，第276页。

{58} 同注26引书，第267页。

{59} 《联邦宪法法院判例集》（BVerfGE 77, 84.）。

{60} （德）克里提安·史达克，“国家机构与国家财政资助作为基本权实现的辅助方式？”（Christian Starck, Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen? in: FG-BverfGE, 5. 480.）。

原载于《比较法研究》2010年第5期

