

 使用大字体察看本文

阅读次数：148

## 为什么美国宪法缺乏社会和经济权利保障？

卡斯 R·桑斯坦著，傅蔚冈译

为什么美国宪法中缺乏当代绝大多数宪法所有的社会和经济保障条款？本文考察了四个可能的答案：年代学（chronological）、文化、制度和现实主义的答案。年代学的解释强调了这样一个事实：在十八世纪晚期，社会和经济权利并未出现在制宪者的视野（viewscreen）中。这个观点当然正确，但是作为一个完整的表述，年代学的解释忽略了一个简单的事实：宪法的含义随着时代而变化发展。制度的解释强调了美国人民并不将宪法权利看作是单纯的目标或是愿望，而是视为司法执行的实用工具（pragmatic instruments for judicial enforcement）。制度解释的困境在于：社会和经济权利事实上是能够通过司法实现的。文化的解释将社会和经济权利的缺失看作是美国社会主义运动（“美国例外论”）全面失败的结果。这个解释的问题是：实际上社会和经济权利是可以和市场经济共存的。现实主义的解释将目光聚集到这样一个未得到充分认识的事实：美国最高法院在二十世纪六七十年代几近于承认宪法上的社会和经济权利。但是最高法院最终拒绝承认这些权利在很大程度上是因为1968年的总统大选，尤其是因为尼克松总统的四个关键性任命。这是和社会和经济社会权利领域内“美国例外主义”的重要渊源之一。和任何其它事物一样，这可能也是多元平衡（multiple equilibrium）的结果，但稍微有所不同的是，美国有充分的理由能平衡包括社会和经济权利在内的权利。

“对一个大街上衣不蔽体的人给与施舍并不是履行了国家的职责，国家的职责在于给每一个公民提供某种保障，让他们丰衣足食，身心健康。”

——孟德斯鸠

“我们的共和国从她诞生到成长为如今这般强大，是因为受到某些不可剥夺之权利的保护——其中有言论自由权，出版自由权，信仰自由权，由陪审团审判权，免于无理搜查权。它们是我们生活和自由的权利。

然而，在我们的工业经济膨胀的同时，我们经济的规模和地位也在不断成长——而政治权利已经不足以确保每个人追求幸福的平等权……于是我们需要第二权利法案，为所有人的福祉奠定新的基础——无关其地位，种族或信仰。

在工厂、商店、农场或国家矿山获得有酬工作之权利。

劳动报酬足以支付充分的衣食及娱乐活动之权利。

每一个农民种植并销售农产品的所得能让他和他的家人过有尊严的生活之权利。

每一个商人（无论大小）都有在一个没有垄断，公平竞争的市场中自由贸易之权利。

每一个家庭都拥有合适住所之权利。

获得充分医疗和享受健康之权利。

免于因年老、疾病、意外和失业带来的经济担忧之社会保障权利。

接受良好教育之权利。

我请求国会尽力完善此经济权利法案——因为毫无疑问，这是国会的责任。

## 一、引言

《世界人权宣言》为相当广泛的社会和经济权利提供了保障。比如说，它宣称“人人有权工作、自由选择职业、享受公正和合适的工作条件并享受免于失业的保障。”它还宣称“人人有同工同酬的权利”，“人人有为维护其利益而组织和参加工会的权利”，“每一个工作的人，有权享受公正和合适的报酬，保证使他本人和家属有一个符合人的尊严的生活条件，必要时并辅以其他方式的社会保障”的权利。更广的意义上，该宣言还赋予“每个人”一项“享受为维持他本人和家属的健康和福利所需的生活水准，包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务；在遭到失业、疾病、残废、守寡、衰老或在其他不能控制的情况下丧失谋生能力时，有权享受保障”的权利。该宣言还规定了“受教育权”和“社会保障权”。

现代许多宪法都采纳了人权宣言所创设的社会和经济权利。它们保障公民享有广泛的社会权利。当然，苏联宪法也是这么规定的。但是许多非共产主义和后共产主义（post-communist）宪法也包含了这些权利。比如罗马尼亚宪法中规定了休息权、工作权、同工同酬权，以及劳工保护和劳工安全的措施。叙利亚宪法宣布：“国家承诺给所有的公民提供工作”。挪威宪法还规定国家有责任“创造条件使得每个有劳动能力人都能通过工作维持其生活。”[1]保加利亚宪法规定了休假权、工作权、劳动安全权、社会保障权和免费医疗权。匈牙利宪法宣称：“任何生活在匈牙利共和国领土内的人民都有获得最高水准的身体健康的权利。”它还规定：“任何劳动者都有权获得与其工作的数量和质量相当的报酬。”秘鲁宪法宣告：“劳动者有权获得公平和充足的报酬，该报酬能够维持他和他的家庭过良好的物质和精神生活。”[2]

并不是每一部现代宪法都确认了此种权利；诸多当代的宪法根本没有规定这些权利。确实，许多国家承认了这些权利，但在某种程度上只是将它们看作是一个目标而非权利。比如说瑞士宪法认为“联邦和州努力确保”这些权利，包括社会保障权、必要医疗保障权等。[3]印度宪法确认了一系列的民事和政治权利，同时还提出了“政府政策的指导原则”，认为政府应该“指引其政策以确保”那些特定权利，包括充分的生活条件、男女同工同酬等。[4]爱尔兰、尼日利亚和巴布亚新几内亚也采取了这样的策略。南非宪法认可了广泛的社会和经济权利，但是同时承认了资源限制，特别责成国家负有“利用现有资源，采取合理的立法和其他措施来逐步实现”相关权利的责任。[5]此类条款模棱两可，但已被赋予了司法强制性，以责成政府履行其基本义务。[6]

行文至此我感到特别的困惑。大部分国家的宪法创设了这些社会和经济权利，而不管它们能否被实施。唯独美国宪法没有这样做。这是为什么？是什么导致美国宪法在这一点上如此独树一帜？

本文考察了四个可能的答案。在此过程中我希望能够关注到宪法的作用、文化差异以及社会经济保障。第一个解释是年代学的，它明确地指出美国宪法是当今世界上最为古老且仍然有效的宪法。第二则是制度的本性使然，它强调了社会和经济权利不能够和司法审查简单共存，而这是美国法律文化所耿耿于怀的。第三点的“美国例外主义”的标准解读是：美国缺乏特别有影响的社会主义运动。第四种解释植根于法律现实主义，它强调了二十世纪六七十年代最高法院内部的发展。最后，如将主要表明第四种解释最值得玩味甚至是正确的。所谓宪法的意义就是最高法院所赋予的意义，因而假如当初最高法院在人事上的变动不是那么剧烈，那么联邦宪法就会创设被当今许多宪法所承认的社会和经济权利。事实上，美国一些州的宪法也承认了这种权利。

在继续我们的分析之前必须指出的是：为了评价这四种解释，应当区分承认社会和经济权利是充分条件还是必要条件，这很重要。对涵义不清的宪法条款进行司法解释是一项必要条件，而非充分条件。修改语义明确的条款是一项充分条件，而非必要条件。在此我将对那些有可能导致承认社会和经济权利的努力做出考察，包括修宪的失败和司法解释的缺乏。

本文将由以下几个部分组成。第二部分作了一些概念上的准备。在这个部分我的目标是挑战这样一个主张，它认为传统的宪法权利和社会经济权利之间是水火不相容的，我将指出这两种权利都取决于政府的作为，特别是财政收入的支出。第三部分考察了年代学的解释。第四部分简要的涉及了宪法的修正程序，同时指出在新政时期，社会和经济保障获得了显著的公众注意力。第五部分考察制度性因素。第六部分对文化解释作了研究。第七部分考察了二十世纪六七十年代的发展，指出最高法院几乎就要在宪法中创设社会和经济权利，要不是由于细微的人事变动，最高法院就这样做了。第八部分是一个简短的结论。

## 二、概念的预设

社会和经济权利有特别？什么使得它们非同小可？传统的解释是：一般权利对政府施以“消极”限制，它

保护私人免受侵害，而社会和经济权利则要求政府承担“积极”义务，赋予个人获得政府帮助的权利。依此看来，消极的保障具有悠久的历史，且与（古典）自由主义传统一脉相传。积极权利则是新颖的，是新政、社会民主、或许是社会主义的产物，它们被吸收进提请公众帮助的“权利”范畴。就规范意义而言，如上所述的罗斯福提出的第二权利法案（Second Bill of Rights）确实标新立异，“它将旧权利法案中免受政府侵害的消极自由与新权利法案中通过政府实现的积极自由联系起来。”[7]

这确实是看待问题的传统方式，这也是有历史依据的。社会和经济保障，通常被描述为“第二代”权利，它确实是在传统自由权利诞生很久之后才获得承认的。但是以传统的思维理解该项权利并不可行。绝大多数所谓的消极权利都需要政府的帮助，而不是节制。如果没有公共支持，这些权利将无以为继。试想以私有财产权为例。正如边沁所言“财产权和法律是共存的。法律产生之前世上并无财产权，如果取消法律，那么所有财产权都将消灭。”自然状态下，私人财产权并不存在，至少不会像在自由社会那样存在。自然状态下，任何财产“权利”要么通过个人自助保护——这对强者有利，而对弱者不利——要么通过社会规范保护。这种形式的保护由于过于脆弱而不足以支持市场经济，或公民的基本独立权。众所周知，私有财产权由法律创立和保护；它需要广泛的政府支持。

同样的观点支持着市场经济的其他基石，也是私有财产权的近亲：契约自由。为了此种自由的存续，民事法院要有可靠的执行机制，这一点极其重要。这些机制的创立需要的是有所作为，而不是节制。我们并不能由此得出——它们依赖于公共支持——这就限制了市场经济的基石。比如说，免受酷刑和虐待的权利也许就是所谓的“消极”自由。当然，我们可以说这些权利是“消极”的保护私人领域以免受公共权力的侵犯。但作为一个实际问题，此权利要求政府机构愿意查处那些相关权利的侵犯者。假如该权利包含保护个人免遭侵害，那么它在政府节制的情况下将很难存在。如果此权利被限定为防止公权力的滥用，那么它就可因政府节制得以实现。但是在实践中，对于酷刑和虐待的节制必须得到公共机构的保障，以阻止和惩罚不当行为。很多权利都要求政府避免自身对这些权利的侵犯。假如我们综观所有这些传统个人权利，我们在每一处都会得到相同的结论。

还有一个直接涉及到社会和经济权利问题的更大问题。所有的宪法权利都有财政预算问题，所有的宪法权利都要花钱。[8]如果政府计划保护个人私有财产，它必须消耗资源以反对来自个人和公共的侵害。如果政府欲使人民免受无理的搜查和逮捕，那么它不得不消耗资源来监控和整肃警察力量。如果政府想保护言论自由，那么它至少需要采取措施来约束其工作人员，而这些措施的代价昂贵。由此可见，就代价昂贵这一点来说，社会和经济权利并非独一无二。

不过，这些权利有可能异常昂贵——（比如说）为确保人人都有自己的住宅，这样的花费自然多于确保人人免受无理搜查和逮捕所需的费用。但是任何此种对比都是经验主义的，偶然性的，它们并不能作为论证的基础。我们可以设想一个社会，它支付巨额费用以保护私有财产，但是却未能同样确保人们的基本生存。当然绝大多数的社会并不是如此这般，在大多数的社会中，社会福利系统的管理远比财产权保护体系的管理更为昂贵。而这种区别——在本质上是属于量上的而不是质上的——这可能是最主要的区别。

### 三、年代学

#### （一）第一代设计者和第一代权利

在解释美国宪法为什么会缺乏社会和经济保障时，最为自然的观点是来自年代的考虑。最简单的主张就是美国宪法是世界上现存最为古老的宪法，在她被批准的十八世纪——当时并不认为宪法需要包括社会和经济保障。[9]美国的国父们是按照英国传统来建构权利的。没有人建议过，甚至没有人想过建议《权利法案》的内容应当包含此类的保障。权利法案起草完毕之后，这种美国式的进路就成为一种标准，因此社会和经济权利的缺乏就仅仅是一个时代问题。依此看来，也就不存在美国例外主义，那么就没有困惑需要解决了。现代宪法诞生之后，国际上（对宪法）的理解就变得不同了，因此人们自然期待在（比如说）保加利亚、南非、挪威和俄罗斯的宪法中找到那些社会和经济权利。宪法是否包含第二代权利只要看看它被批准的年份。在宪法层面上谈到这些权利时，美国例外主义就成了一个神话和错觉。

#### （二）第二代权利的第一步：原则

对年代学的强调并不是想说明国父们并不关心贫困者。相反，他们的许多著作中表明他们热切于社会和经济权利，尽管并不是宪法意义上的。詹姆斯·麦迪逊，制宪时期最具影响力的人物，他为遏制“政党之恶”提出以下措施：“1、确立所有人政治上的平等；2、必须限制小部分的多余机会，以防他们利用这种机会，通过非同一般的手段，尤其是不当的手段积累财富，从而加剧财富上的不公平；3、进行不侵犯财产权的悄悄的法律运作，以削弱暴富，使之回归常态，提携赤贫，使之生活舒适。”[10]杰弗逊，虽非立宪者，但在立宪时期有着非同一般的影响力，写道，“我认识到财产的公平分配是难以实现。但是这种巨

大的不平等给人类带来如此多的灾难，立法机关不应在财产的再分配上设置太多，只应小心使再分配与人类的自然情感相一致……另外一种减少财产不平等的做法是对一定标准以下的财产免税，对超出部分征收累进税。无论何时，在任何一个国家，只要有未开垦的土地和失业的穷人，那么很显然：财产法涉及的范围过广以至于侵犯了自然权利。地球是供人们共同劳动和生活的共同财富。”[11]

有许多古典自由主义思想家对此作了相关论述，他们不但没有反对社会和经济权利，而是明确的认可它们。让我们回忆一下孟德斯鸠的主张，如前所引：“对一个大街上衣不蔽体的人给与施舍并不是履行了国家的职责，国家的职责在于给每一个公民提供某种保障，让他们丰衣足食，身心健康。”。约翰·洛克显然对美国的政治思想产生了深远的影响，他也表达了类似的主张：“正如正义给了每个人享受其诚实劳动所得果实及合法继承财产的权利，仁慈也给了每个人在他们无法生存时，有权获得他人的帮助。”

简而言之，年代学的陈述强调了一些宪法定制者赞成某种社会和经济权利，但是他们并不赞成将这些权利载入宪法之中，原因很简单，这些权利的宪法化在那个时代是一个极其异类的概念。当然，仍有必要解释第二代权利兴起的原因——为什么它们会在有些时候缺位，又会在有些时候博兴——但这对美国例外主义而言并不是一个问题。宪法权利的概念随着时间而变化，这是一个问题。

### （三）一个问题

毫无疑问，年代学的陈述具有相当的道理。但是作为一个完整的解释，它面临一个严重的问题：宪法的涵义随着时间的流逝以无数的形式发生着变化，美国宪法已经远非其作者和批准者的最初理解了。宪法的变迁部分是由明确的宪法修正案所导致的，下面讲讲这个。自内战之后，宪法当然发生了显著的变化，我们同样没有真正关注社会和经济权利。为什么没有呢？在此也许同样可以用年代学来解释：在十九世纪晚期，社会和经济权利并不为大众所知。但是在新政时期（这是更近的时代），宪法根本没有得到修改；此时根本没有任何兴趣在宪法中增加这些权利。为什么没有兴趣？在约翰逊总统的大社会（Great Society）中期，以及二十世纪后期，人们对财产、居住权利和其他类似的权利产生了广泛的兴趣，美国对于宪法的修改并没有多少认真的争议。也找不到在宪法中增加社会和经济权利的稍有影响力的讨论。而年代学的陈述并不能解释这个事实。

还有另外一个问题。宪法的变迁往往不是宪法修正案的产物，而是通过解释赋予旧条款新的理解。[12]即使十八世纪的宪法没有包含社会和经济权利，也可以通过宪法解释来包含这些权利。只要想想，在美国宪法中缺乏禁止性别歧视上，是否存在“美国例外主义”这个问题。几乎当今所有的宪法都明确禁止性别歧视，为什么美国宪法如此与众不同？年代学的解释只回答了一部分，但此解释显得可笑地不完整。平权法案本应该被批准。但没有；为什么没有？部分的原因并非是性别平等中的美国例外主义，而是关于平等保护条款的司法解释随着时间发生变化。现在的美国宪法已经被理解为相当于禁止了性别歧视，这并不是对文本的原初理解之故，而是新的司法解释使然。如果在性别平等的内容上发生了这种变化，为什么在社会和经济权利上没有发生同样的变化？年代学的陈述没有给出任何回答。

## 四、绕道而行：修正案和新政

### （一）程序难题

年代学的陈述可通过强调这样一个简单的事实而得到巩固：对宪法进行修改并非易事，即使修正案有广泛的支持。宪法几乎拒绝变化——不是通过使改变变得不可能，而是使改变极其困难。美国公众普遍支持平权法案（ERA）的修正案，但是即使如此它还是未被通过。因为宪法对修正案设置了实际障碍，只有民众的支持并不足以确保平权法案的批准。即使社会和经济权利得到公众足够多的支持，但是它们还是难以在宪法中找到自己的容身之地。

此论点本身很难解释创设社会和经济权利的失败，因为并没有做过任何认真的修宪努力。在这种情况下，就很难用修宪的困难性来解释这种状况了。但是缺乏认真的修宪努力并不应该被误读。修宪困难性有一种强大的威慑力，也许这种努力会以不同宪法组织表现出来。因为很难推测与事实相悖的历史，所以此种可能性不能被排除。但是仍然有足够的理由认为，即使是有一个更为简便的修宪程序，现在宪法中也不会有社会和经济保障。

### （二）新政中的第二代权利

介绍一下新政时期的情况，就能够将这种观点阐释清楚。这是美国历史上最为看重社会和经济保障的一段时期——并不仅仅是将目光投向宪法修改，而是以一种严肃和自觉的方式。确实，新政对宪法框架作了大范围的革新，在某种程度上是第二次独立革命。[13]此次革新涉及到宪政结构的三大基石：联邦主

义、权力制衡和个人权利。众所周知，在此期间联邦政府的权力获得了空前的加强，大量职权被集中。不为众人所知的是，新政更新法律权利之原初观念的本质。在新政以前，美国法律文化很大程度上是根据十八世纪普通法的范畴来界定“权利”，因此契约自由和私有财产权是权利不受政府侵犯的突出例证。

新政执政者认为普通法的内容有失偏颇。他们论证的很大篇幅在于普通法的去自然化（denaturalize）。在他们看来，契约自由权和私有财产权都必须依赖于法律设置（legal apparatus）而存在，它们并非自然，而是政府干涉私人事务的结果。因此罗斯福主张，“我们必须承认这个事实，经济法不是自然形成的，而是人为的。”此种主张并不意味着契约自由和私有财产权是恶的理念。但是它确实意味着：权利必须能被实证评估，评价标准是它们为人类贡献了什么。在此思路之下，新政支持对许多普通法权益做出重新调整。比如说，在劳务市场中受政府保护的权力，以及贫困者的利益，危险食品和药品的消费者，老年人，证券市场的交易者以及不公平贸易的受害者一样，都不足以根据普通法得到保护。

新政宪政中最基本也是最为核心的问题，在罗斯福的总统任期表现地一览无遗。比如，1936年罗斯福在其就职演说中指出，尽管国父们只关注政治权利，但是新环境需要对经济权利做出重新认识，因为“自由并不能被对半分。”对此权利修正最有影响的陈述乃是罗斯福总统1944年的国情咨文，在那次讲演中他提出了本文序言所引用的“第二权利法案”。

在罗斯福的建议中，有必要强调三点。首先需要急切增加相关权利，包括《世界人权宣言》和当今宪法中能够找到的绝大部分权利。其次，罗斯福坚决主张的相关权利已经被“接受了”，后新政时代——在1944年它们已经体现为政府的信条，因此并不代表着革新。第三，罗斯福并没有要求修改宪法，也没有司法的介入，但是要求国会“考察实现此经济权利法案的意义”。有必要指出的是在各州的层面上，宪法修正案确实被批准了，将第二权利法案作为宪法性法律予以签署。实际上，大约有十二个州已经有社会和经济权利了。我们以纽约州宪法为例，“帮助、关心和支持穷困者是公共事务，州和州的各机构也应根据立法随时决定的态度和方式对其予以关注。”大范围的美例外主义的主张作为一种文化问题已经变得复杂了，不仅因为罗斯福总统对第二权利法案的呼吁，还因为各州相当可观的宪法革新的事实——顺便说一下，这种行为并没有在多大程度上改善贫困者的生活。

但最关键的一点是新政的推行者并没有追求宪法改革。他们在此的路径与他们的总体策略完全一致，即避免彻底的行政变革，而是通过政治手段和宪法解释来达到他们所追求的目标。[14]采取该策略的一个原因乃是通过宪法修正案是件极为困难之事，另一原因乃是他们对保守的司法持有极大的怀疑。对于有志于创设第二权利法案的人来说，宪法修改并不是一个诱人的选择，因为事实是：任何一个宪法修正案的通过都会增强法官的权威。而这种观点就和第二种解释有直接联系，现在让我们开始下一个解释。

## 五、作为实用工具的宪法

制度的解释表明在美国文化中，宪法被视为实用工具——不仅适合于也少不了司法活动。事实上它确实很有用，在区分宪法观念的实用性和理想性时显得尤为关键。当我们展示一条被提议的宪法条款时，美国人通常会问：“这个条款究竟想干什么？事实上法院将如何解释它？”

在有关平权法案的争论中，这些问题扮演很重要的角色——有助于提出对修正案的质疑，甚至包括对性别平等的承诺。[15]但是另外一些人，并不仅仅是东欧人民，他们倾向于认为宪法是一种字面宣言——一种对国家最深沉希望和最高理想的表达。他们喜欢问：“这个条款原则上肯定了什么价值？”他们将宪法看作是一种宣言，很有可能并不意味着司法活动，也并不意味着在现实世界中要依它行事。依此类推，《独立宣言》甚至是《世界人权宣言》，在它们被争论和签署时，没有对司法执行这一问题给予任何关注，司法执行当然也不是他们所预期的。在此必须强调的是许多宪法中的社会和经济权利仅仅是从世界人权宣言“借”来的。还有必要指出：我们确实怀疑这么多包含社会和经济权利的宪法是否真的造成了任何影响——换句话说，我们确实应该怀疑这些权利是否真的给贫困者提供了更多的金钱、食物和住所。

如果我们采取实用主义的进路，我们将会发出这样的疑问：社会和经济权利能否成为可执行宪法的合理组成部分，而且该宪法包含了重要的司法审查制度。宪法应当创设一种“公平和令人满意的报酬权”吗？应当使其家庭达到“足够健康和休闲的水准”，“包括衣、食、住和医疗保健以及必要的社会保障”的权利吗？应当创设“休息和娱乐”的权利吗？这些条款具体意味着什么？在一个贫穷和拥有高失业率，没有足够卫生和住房条件的国家，它们意味着什么？在一个像美国或法国这样的富裕国家，它们的具体涵义又是什么？如果说一个国家不能够保护这些权利，法院是否有权干涉——像其他权利受侵犯时法院经常做的那样？

如果说这些问题很难回答，那么我们可以从制度角度来解释美国例外主义，以回应作为实用手段的宪法权利概念。我们会阐释当今世界的普遍做法，即将这些权利归结为一种观念的产物，此观念认为一旦涉

及到实践，这些权利并不需要有多大意义。无论是在国内还是在国际上，这些权利和符号并无两样，它们并不具有法律的可操作性。如此看来，不应该认为美国人从原则上质疑社会和经济保障，即便是里根都承诺要建立一个社会安全网络。他们怀疑的真正根源是宪法到底是何种规范，哪一种类型的权利应该包含在宪法文件中。

这种解释无疑具有很大的说服力。美国法院之所以不愿意承认社会和经济权利部分的是由于他们相信施行和保护这些权利将会束缚司法的手脚。即使是那些有志于帮助贫困者的政治活动家，他们都对在实践中经常被忽视的宪法条款所可能产生的效力持怀疑态度。除了美国，还有印度和南非也对潜在的困难持警惕态度，它们通过削弱司法职权来严厉限制这些权利的宪法地位。正如我所指出的，在许多承认社会和经济权利的国家中，这些权利也仅仅是作为愿望而存在，显然没有任何现实作用。很难证明，当国家确实想帮助贫困者时，是因为宪法条文的敦促。

但是制度性的说明并不能回答全部。理由是那些希望将宪法作为实用工具的人也没有必要拒绝社会和经济权利的理念。那美国而言，州一级的宪法保护了这些权利，并且一些法院愿意在某种程度上执行这些条款。[16]南非已经跨出了艰难的第一步，但并不是针对福利制度的司法审查，也不是针对确保每个人都有合适的住所和食物，而是针对确保政府至少应设立方案以使基本需求得到最低程度的关注。[17]说社会和经济权利可能束缚司法机关的手脚看来丝毫不为过。无论是在穷国还是富国，法院肯定没有能力确保每个人享有体面的衣食、卫生和住房。[18]但是那些承诺了这些权利的人，原则上会敦促法院采取措施来确保这些基本需求得到立法优先权，如此明显的疏漏会得到纠正。于是，制度性的解释就有了致命的缺陷。

## 六、文化的解释

现在我们转向那个可能是最具诱惑力的解释，即美国例外主义。社会主义从未在美国成为过强势力量。美国被称为例外是因为“在此没有发生过”：[19]从未有一股强大的力量迫使美国转向社会主义或者社会民主的方向。如此看来，通过美国政治甚至美国文化就可以解释社会和经济权利的缺位。从来没有一个对这些权利感兴趣的集团强大到足以获得这些权利的地步。在关于《世界人权宣言》的争论中，社会主义和共产主义国家最热衷于社会和经济保障，而这恰恰是资本主义国家所深深怀疑的。简而言之，这可能是美国宪法没有社会和经济保障的最好解释。宪法内容是政治的产物，而美国政治就是如此的别具一格。

确实有许多著作对美国例外主义做过大概的介绍，它们观点不一。有些人指出，美国工人已经拥有或者认为自己拥有了较好的向上发展机会，这就减弱了他们对任何特定现状的不满。也有人认为封建主义是社会主义必要的前奏，而美国恰好缺乏封建的历史，社会主义就必然失败。还有人指出，美国由两个政党主导并辅以分权制衡的选举制度，使得社会主义在其他地区的成就到了美国就无用武之地。另外还有人认为强大的私人利益集团能够在社会主义运动稍有苗头的时候就予以快速镇压。就这个主题而言，没有必要在这些不同观点中做出选择。真正重要的是社会主义在美国本质上的软弱。

文化解释确实很有道理：一国宪法中社会和经济权利的存在确实和该国社会主义或左翼的力量有很大关联。[20]在美国，如果有强大的社会主义运动，那他们肯定会要求一个宪法修正案或者导致一场产生新解释的政治变革。正如我们会看到的，一个更为左倾的政治秩序将会产生一个更左的最高法院，而这样的法院将很可能会通过解释宪法来承认社会和经济权利（参见下文论述）。基于这个理由，这些权利在美国宪法中的缺位，就很好理解了，而且这也有助于说明美国为什么缺乏很有影响的社会主义运动。但是作为对这种状况的全面描述，文化的解释依然不充分。理由是强势的社会主义运动并非社会和经济权利的必要或充分条件。我们很容易想象一个国家有着强势的社会主义运动，但是并不认为它有助于宪法中这些条款的规定。比如说加拿大，以色列和英格兰，这些国家都有过强烈的社会主义运动，但是却都缺乏社会和经济权利。

同样很容易想象一个国家并没有经历过强烈的社会主义运动，但却有数量众多的社会和经济权利。确实有一些这样的国家存在着。罗斯福并不是社会主义者，事实上他还是资本主义制度的坚定信徒；但他却承诺“需求的自由”，正如我们所知的，他还寻求国会对这些自由的保护。不难想像一个稍微不同的罗斯福，他同样有坚定的信念，但是同时认为走宪政之路乃是正确的选择。为什么这个罗斯福不是美国的罗斯福？答案并不在于美国缺乏强势的社会主义运动。如果美国总统能够在议会通过第二权利法案，那么他也能够让第二权利法案出现在宪法性文件中。美国对该类宪法化兴趣的缺乏绝非只是文化因素而已。在最低限度上，它必须包含上文所提到的制度性因素。

## 七、现实主义者的解释

我已经强调过，美国宪法含义的变迁是由于新的宪法解释。如果宪法所涉及到的各个方面的意义都是它的最初含义，那么美国的宪法权利会非常单薄。很多关键的权利保护条款已经远远超出了它们最初的意

义。比如说，宪法中并未禁止政府种族歧视，但是禁止未经法律正当程序剥夺自由的宪法第五修正案，就被用来禁止国家层面上的种族歧视。历史的最好解读就是宪法第一修正案允许国会对许多言论进行管制；但是司法解释，尤其是二十世纪晚期的司法解释，却产生了强大的言论自由原则，而这远非是第一修正案的作者和批准者所能想像的。我所提及的第十四修正案，它根本没有禁止性别歧视，但是现在美国宪法却被认为是禁止绝大部分形式的性别歧视，它所包含的内容非常多，远远超过了大多数直接在宪法中禁止性别歧视的国家。

如果美国宪法的含义没有改变，那么这个国家就有好多解释要做——而社会和经济权利的缺位将会成为在宪法层面上美国例外主义最不显著的形式之一。现在做一个假设：对第十四修正案做出要求保护社会和经济权利的解释，实际上就是一系列文件，并不比被美国宪法视为当然的那些解释多些什么。在此我不能为此假设作辩护；因为这样做就有必要花大量篇幅说明宪法解释负担了什么。但我相信我的论断是基于常识。

这一切相对比较抽象。对美国实践的现实主义的解释就具体多了。此解释强调美国宪法在很大程度上是一种普通法，建立在演绎推理的基础上。[21]这表明美国的宪法性法律将会很容易认可社会和经济权利。此解释认为最关键的发展是1968年尼克松总统当选，从而产生了最高法院的四个任命，这导致了关键多数的大法官拒绝主张社会和经济权利成为宪法的一部分。如此说来，现实主义的解释对我而言似乎完全合理。

要理解这个观点，有必要去看看在20世纪六七十年代，宪法在创设社会和经济保障方面所作的一些认真且部分成功的尝试。法院在某些判例中走的很远，它要求政府必须资助特定领域的贫困者。比如说在Griffin v. Illinois案中，[22]法院认为平等保护条款要求州政府必须给刑事上诉的贫困者提供判决书的副本或者相关物。在Douglas v. California案中，[23]法院扩展了此规则，认为必须为在刑案一审的贫困者提供辩护律师。当法院取消人头税的时候，[24]这也就有效规定了各州必须提供免费投票——尽管举行一场选举相当昂贵。

这些判决都有力的认可了社会和经济权利，他们指出政府必须为特定领域内的贫困人口提供财政资助。因此我们不能简单地认为美国宪法没有意识到要创设社会和经济权利。但是这些判决的适用范围被限定为——贫困已经害及部分公民权（投票权和刑事辩护）的环境中。然而，在其他案件中，法院走得更远。在Shapiro v. Thompson案中，[25]法院判决加州政府不能对该州移民在获得福利前施以六个月的等候期，因为这是违法宪法的。法院依据的是宪法中的迁移权，但这也是人民对一些特殊要求的呼声，法院主张加州政府否认了“福利救助取决于每个家庭获得生存物的能力，包括食物、住所和其他的生活的必需品。”如果迁移权已经包含了上述内容，那么这个建议就显得没有意义了。

确实，法院给福利事业提供了程序上的保障，重要的是在正当程序条款之下，政府不能在未举行听证会的情况下就收走这些权益。[26]在最初的判决书中，法院强调了福利的特殊性质：“福利，通过满足最基本的生存需求，来帮助贫困者拥有与这个社会其他人同等的机遇。而[公众]资助，并不仅是慈善，而是一种‘促进整体福利，确保主给予我们和我们的后代自由’的方法。”基于对宪法突出的援引，法院似乎表明愿意考虑某些宪法条文赋予穷人生存权的可能性。事实上，许多重要的学术论著指出：法院正朝着此方向前进。[27]

直到七十年代，还不能明确法院不会最终承认一系列社会和经济权利。回顾历史，最关键的事件莫过于尼克松在1968年大选中胜出之后，任命了四位大法官：1969年任命的沃伦·伯格，1970年的哈利·布莱克门，1972年的路易斯·鲍威尔和威廉·伦奎斯特。这些任命被证明是决定性的，通过一系列决议和迅速的继任，限制了沃伦法院判决的影响，最终明确：除了几个特定领域，社会和经济权利不拥有宪法地位。1970年至1973年，最高法院切断了新兴权利的发展。以下是一个简要的回顾。

在Dandridge v. Williams案中，[28]法院驳回了一项针对州法律违宪的诉讼，该州法律对它的福利计划授予的规模设定了一个上限，而没有考虑到家庭的规模。法院承认紧迫的生活必需品是棘手的，但又明确指出这一事实与宪法没有关联。在Lindsay v. Normet一案中，[29]法院支持一个州的简易驱逐程序。原告主张“合适住所的需要”和“个人住宅不受侵犯的权利”是基于宪法产生的最基本权益，因而只有在充分出示政府合法依据后此权利才能被侵扰。但是法院驳回了此主张，提出“宪法并没有对所有的社会和经济问题都提供司法救济。我们没有在宪法文本中发现任何对特定居住品质的宪法性保障。”在San Antonio School District v. Rodriguez一案中，[30]鲍威尔大法官为本案5：4的结果写下了重要的判决词，该判决意见支持地方对公立学校财政补贴的宪法挑战，即便地方财政补贴造成了州内每个学生支出的不等。鲍威尔大法官冗长的意见书对先前判例作最狭义的理解，包括对宪法保护利益的绝对剥夺。Rodriguez案被认为是敲响了社会和经济权利在美国的丧钟。

此纵览应该足以表明：从1970到1973年这一短暂的时期，在美国法理学中扮演了十分重要但未被充分认识的角色。尼克松的任命中止了承认一系列社会和经济权利的发展趋势。毫无疑问，如果汉弗莱得到任命，那么形势将会完全两样。当然我们无从得知法院最终会做出怎样的判决，我们也无法知道汉弗莱法院会不会提高贫困者的生活水准。但是我有理由相信，假如汉弗莱当选，社会和经济权利与美国风格的关系可能像宪法中性别平等和美国风格的关系一样：这些权利在宪法意义上几乎没有差别，尽管在宪法文本的表述上有实质性的区别。

## 八、结论

为什么美国宪法缺乏社会和经济权利？年代学的解释确实有几分道理：在十八世纪晚期，这些权利并不可能出现在制宪者的视野中。但是年代学无法解释这样一个简单的道理：宪法的意义会随着时代而变迁，而且单靠年代学并不能解释此事实——在如此多的宪法变迁中就是没有承认社会和经济权利。

制度的解释注意到许多国际性文件和宪法的制定者没有认真考虑执行问题，他们只是想设立目标和愿望而已。美国宪政已经大体上避免了这种策略，宪法的设计，尤其是宪法解释已经涉及到了司法执行的可行性。制度解释的问题在于社会和经济权利实际上也能够与司法执行共存。虽然有些困难，但并非不能克服。

有趣的是社会和经济权利的宪法地位很有可能是权力作用的结果，在许多国家中，这是社会主义运动或社会民主的结果。在某种程度上说这当然是对的，几乎是公认的真理。但是可以相信：市场经济同样有责任确保每个人过有尊严的生活。美国宪法的制订者们都不是社会主义者，但是麦迪逊，这位最重要的制宪者，强调了法律需要“努力帮助极度贫困者实现温饱。”新政的主政者并非社会主义者，但是富兰克林·D·罗斯福却支持第二权利法案，该法案的内容差不多涵盖了所有国际公约和当代宪法中的社会和经济权利。美国许多醉心于自由市场的保守主义者已经认可了社会安全体系的思想。基于这些原因，用美国例外主义来解释社会和经济权利在美国宪法中的缺位显得太武断。

现实主义的解释将目标对准了一个不受重视的事实：在二十世纪六七十年代，美国联邦最高法院几近于承认宪法下的社会和经济权利。这种步伐与最高法院在二十世纪中所做的没有什么实质性的不同。为什么最高法院最终拒绝承认相关权利？原因大部分在于1968年尼克松赢得了总统大选，特别在其任职期间的四个关键性任命：首席大法官沃伦·伯格和大法官布莱克门、鲍威尔和伦奎斯特。在七十年代早期非常短的时间内，由被任命的法官主导之下的最高法院，切断了正在兴起的社会经济权利运动。我认为，这就是在社会和经济权利领域内“美国例外主义”的真正根源。

[1] 《挪威宪法》，第110条。

[2] 《秘鲁宪法》，第24条。

[3] 第41条。

[4] 《印度宪法》，第四章，第39条。

[5] See, e.g., 第26款（住房）。

[6] See Grootboom.

[7] Doris Kearns Goodwin, *No Ordinary Times* 485(1994).

[8] 这是斯蒂芬·霍姆斯和桑斯坦合著书《权利的成本》*The Cost of Rights*(1999)的主题

[9] 当然这种观点本身还需要解释。但是任何关于此的解释都不会涉及任何种类的；美国例外主义，而这正是我所要强调的。

[10] 詹姆斯麦迪逊，《詹姆斯麦迪逊文集》（第十四卷），第197 - 98页（1983）。

[11] 托马斯杰斐逊：《托马斯杰斐逊文集》（第八卷），第681 - 83页（1953）。

[12] See David Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 *U Chi L Rev* 877(1966).

[13] 如果我们将内战计入在内，这就是第三次。

[14] See Bruce A. Ackerman, We the People Vol.1(1995).

[15] See Jane Mansbridge, Why We Lost the ERA(1994).

[16] See Tucker v. Toia.

[17] Grootboom.

[18] 与第一代权利相比较，这个表述并没有多大的区别。比如说，宪法的第四修正案现在每天都被违反。

[19] See Lipset; Foner.

[20] 但是远非完美

[21] See Straus, supra note.

[22] 351 U. S. 12 (1956).

[23] 372 U. S. 353(1963).

[24] Harper v. Virginia Bd. Of Elections, 383 U.S. 663 (1966).

[25] 394 U.S. 618 (1969).

[26] Goldberg v. Kelly.

[27] See Frank Michelman, On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment.

[28] 397 US 471 (1970).

[29] 405 US 56 (1972).

[30] 411 US 1 (1973).

来自：中国宪政网

## 发表评论

---

用户名： ( 3 - 20个字符 )

电子邮件：

用户评论：

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

[中国法律文化](#) | [About law-culture](#) | [关于我们](#)

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话：64022187 64070352 邮件：[law-culture@163.com](mailto:law-culture@163.com)  
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720