

社会与管理

社会抚养费制度与公民生育权的 冲突及解决途径

陈 征

【提 要】我国宪法明确了计划生育制度,法律又将社会抚养费制度作为实施计划生育制度的重要手段。但社会抚养费制度过度限制了公民所享有的宪法生育权,违背了比例原则。即使当前仍然有必要控制人口,为了满足宪法的要求,国家也只能采取较为柔性的手段,征收人口调节税并采取其他辅助措施可以替代社会抚养费制度。

【关键词】社会抚养费 生育权 计划生育 比例原则

【中图分类号】C91 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2014)04-0130-05

一、社会抚养费制度概述

在我国,计划生育在20世纪60、70年代的推行主要依靠的是政策体系,^①国家通过制定一系列计划生育政策,对人口发展进行有计划的调节,以使人口的增长同社会和经济的发展相适应。^②此后,计划生育从政策化逐渐过渡到法治化。1978年宪法第53条第3款规定:“国家提倡和推行计划生育。”计划生育被确定为基本国策之后,1982年宪法更是通过两项条款规定了计划生育的内容。其中第25条规定:“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。”第49条第2款规定:“夫妻双方有实行计划生育的义务。”这一时期,在中央的法规、政策、措施的原则性指导下,地方制定了相应详尽的计划生育政策,地方性计划生育条例逐步出台和完善。^③但是在宪法和这些行政法规、规章之间,还缺乏一个较为完善的国家立法。2002年9月1日开始实施的《人口与

计划生育法》是计划生育法治化的一个里程碑。该法第17条确认了公民有生育的权利,此外还确认了一系列相关权利,如避孕、节育措施的知情选择权、获得计划生育服务的权利等。其与2001年6月13日施行的《计划生育技术服务管理条例》、2002年8月10日施行的《社会抚养费征收管理办法》、2009年10月1日施行的《流动人口计划生育工作条例》及各地的计划生育条例,构成了当代中国计划生育法律体系的基本框架。^④

在贯彻计划生育政策的过程中,国家会采取多种手段,其中一项重要的手段就是征收社

① 湛中乐、苏宇:《计划生育制度变革与法治化》,《清华法学》2010年第2期。

② 湛中乐:《公民生育权与社会抚养费制度研究》,法律出版社2011年版,第120页。

③ 湛中乐:《公民生育权与社会抚养费制度研究》,法律出版社2011年版,第133页。

④ 湛中乐:《公民生育权与社会抚养费制度研究》,法律出版社2011年版,第134页。

会抚养费。从 20 世纪 80 年代出现在地方条例中开始，至今二十多年时间，社会抚养费的名词经历了“超生罚款”、“计划外生育费”到“社会抚养费”的历史演变。直至 2001 年颁布的《人口与计划生育法》才在第 41 条明确规定：“不符合本法第 18 条规定生育子女的公民，应当依法缴纳社会抚养费”。第 42 条规定：“按照本法第 41 条规定缴纳社会抚养费的人员，是国家工作人员的，还应当依法给予行政处分；其他人员还应当由其所在单位或者组织给予纪律处分”。这就是社会抚养费制度的法律依据。2002 年 8 月 2 日，国务院又公布了《社会抚养费征收管理办法》，对征收社会抚养费的问题作出了具体规定。依照这一管理办法，社会抚养费的征收，由县级人民政府计划生育行政部门作出书面征收决定；县级人民政府计划生育行政部门可以委托乡（镇）人民政府或者街道办事处作出书面征收决定。对于流动人口的社会抚养费的征收决定，原则上由当事人的生育行为发生地的县级人民政府计划生育行政部门作出，至于当事人的生育行为发生时，其现居住地或者户籍所在地县级人民政府计划生育行政部门均未发现的，此后由首先发现其生育行为的县级人民政府计划生育行政部门作出征收决定。

关于社会抚养费的性质，至今仍然存在较大争议。一种官方的观点认为，社会抚养费是行政收费，即不符合法定条件多生孩子给社会增加了负担，因此要缴纳社会抚养费以补偿公共投入。^①而实务中通行的观点认为社会抚养费相当于超生罚款，属于一种行政处罚。在此不能否认的是，即使我们将其性质认定为用于对社会所造成负担的一种强制经济补偿措施，征收社会抚养费的根本目的仍然是保证我国计划生育制度的有效落实，即抑制人口。

二、社会抚养费制度对生育权的限制及其正当性审查

如果那些希望进行计划外生育的公民认为社会抚养费给他们带来的负担过重，而选择放

弃生育，社会抚养费则构成对公民生育权的限制，毕竟计划生育制度的本质就是要个人按照国家的计划来生育，而不是根据夫妻的安排。虽然我们不能否认，这一限制主要构成对生育数量决定权的限制，其强度要小于禁止生育（第一胎）或者强制终止妊娠，但社会抚养费构成对生育权限制的本质却不能否认，至于限制的强度应在审查宪法正当性时予以考虑。

（一）计划生育义务的特征和宪法位阶

虽然宪法第 25 条授权国家推行计划生育，且第 49 条第 2 款又明确规定夫妻双方有实行计划生育的义务，但宪法赋予国家权力并不意味着这一权力高高在上，国家甚至可以通过任何手段实现这一目的，即使宪法义务具有正当性，实施的手段亦可能违宪。^②宪法在赋予国家权力的同时，还对其设置了前提条件并限制了其强度，下文需要探讨社会抚养费制度对生育权的限制是否超出了必要的限度，即社会抚养费制度本身是否具有实质上的合宪性。但在就这一问题进行分析之前，有必要先针对社会抚养费的宪法基础“计划生育义务”作必要讨论。虽然公民不直接受到宪法义务的约束，宪法义务必须要经过普通法律的具体化才能直接约束个人，但法律和法规上关于计划生育的规定均以这一宪法义务为基础，对其特征进行分析是探讨社会抚养费制度宪法正当性的前提条件。

我国宪法规定了若干公民义务，但这些宪法义务并不都具有相同的性质和强度。宪法第 56 条规定的依法纳税义务与第 13 条保障的私有财产权之间体现了权利与义务的一体性。^③国家不仅不得侵犯公民基本权利，还必须积极保障

① 湛中乐、伏创宇：《社会抚养费法律性质考察——从若干相关行政、司法实践而展开》，《法制与社会发展》2011 年第 1 期。

② 王贵松：《中国计划生育制度的合宪性调整》，《法商研究》2008 年第 4 期。

③ 在此权利与义务的一体性体现在同一个主体上，履行基本义务本身就是享有基本权利的过程，是实现自由的基本形式和手段，即 A 的权利与 A 的义务体现一体性，而不是 A 的权利同时是 B 的义务。参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社 2001 年版，第 251 页。

公民基本权利不受他人侵害,在此当然也包括对公民私有财产权的保护。而积极保障措施本身就需要一定程度的财政支持,因为国家至少需要创设一种用来协调和规范个人行使自由的制度,并通过公安、司法、国防等机构来贯彻和实施这一制度。较之于国家从事经济活动、私有财产国有化等手段,通过征税获得国家财政必要的收入是一种更为尊重公民私有财产权的方式。反之,宪法赋予国家以征税方式分享私有财产收益和市场交换成果的权力也意味着制宪者意在长期保障私有财产权,明确反对将一切财产国有化,毕竟保护了私有财产权就等于保护了税源。可见,纳税义务与私有财产权互为前提条件和必然结果。此外,依法纳税义务与公民的选举权和被选举权也体现了权利与义务的一体性。因此,依法纳税义务属于必然义务,强制性义务,任何宪政国家的公民都需要履行的义务,只要国家不消失,这类义务就会存在,需要限制的只是国家征税的名义和强度。

而计划生育义务与此不同,我们似乎无法找到与其体现一体性的基本权利。这类义务更多具有过渡性质,并非有国家的地方就有计划生育义务,其产生的原因更多是基于本国的国情,甚至在一定程度上还源于当年国家政策的失误。这类义务的存在当然并非不具备正当性,但相对于上述义务而言,这类义务的合理性偏弱,因此与上述强制性义务相比,这类义务应属于倡导性义务。可见,不仅基本权利有位阶,基本义务也存在位阶。^①这一理解也与被称为计划生育问题“核心条款”的《人口与计划生育法》的第18条中的“鼓励”与“提倡”两个词相符。

在明确了计划生育义务的特征后,便可以从征收社会抚养费的目的和“比例原则”层面展开分析了。如果征收的目的不被宪法所认可,或者虽然目的被认可,但征收社会抚养费违背了比例原则,那么社会抚养费制度就违反了宪法。

(二) 征收社会抚养费的目的

《社会抚养费征收管理办法》第1条规定:

“为了规范社会抚养费的征收管理,维护计划生育基本国策,保护公民的合法权益,实现人口与经济、社会、资源、环境的协调发展,根据《中华人民共和国人口与计划生育法》制定本办法。”可以这样认为,对不符合法定条件生育子女的公民征收社会抚养费的直接目的就是履行和贯彻计划生育这项公民的宪法义务,而宪法规定计划生育义务的主要目的是抑制人口过快增长,有计划开发、利用社会资源的调节作用,最终减轻人口对经济社会发展、资源利用和环境保护的压力。如果假设当前我国仍然需要控制人口,^②那么这一目标则具有宪法正当性。

(三) 比例原则

比例原则分为三个子原则,分别为适合性原则、必要性原则和狭义比例原则,国家限制基本权利的行为只有先后通过这三个子原则的审查,才可能合宪。

适合性原则要求国家所选择的手段必须有助于实现宪法目标。毫无疑问,由于一些人会因为对高昂社会抚养费的恐惧而放弃生育,因此征收社会抚养费有助于计划生育制度的有效落实和抑制人口过快增长,符合适合性原则。

必要性原则要求在同样能够实现目的的手段中,选择对基本权利限制强度最小的手段。即使实施那些宪法中的强制性义务,也要注意其界限,因为宪法权利与义务的一体性并不意味着二者具有相同的宪法价值,既然宪法规定公民义务就等于赋予国家相关权限,而国家权力的存在和行使又是为了保障和促进公民基本权利的实现,那么宪法义务与宪法权利之间同样应当是手段与目的的关系,义务蕴含于权利之中。对于倡导性义务而言则更是如此。笔者认为,在针对强制性义务适用必要性原则时,必要性原则等于将实现目的的效果确定,只是在各种适合的手段中进行选择。举例来讲,如果手段A实现目标的效果仅比手段B差一点,

^① 关于宪法基本权利的位阶可参见林来梵、张卓明:《论权利冲突中的权利位阶》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2003年第6期。

^② 这一问题在人口学等诸多学科存在巨大争议,本文仅在法学层面进行探讨。

但对基本权利限制的强度明显小于手段 B，那么严格依照必要性原则，最终未必选择手段 A。针对倡导性义务而言，笔者认为应当采取更为柔性的，更为尊重和保障公民基本权利的手段实现目标，可以适度松动对于实现目的效果的要求。在 A 和 B 两种手段可供选择的情况下，只要 A 对基本权利限制强度小于 B，即使实现目标的效果在一定程度上差于 B，也应当更多从保护公民基本权利角度考虑，优先选择 A。照此，即使我们忽略当前日益严重的人口老龄化等非法学领域的问题，征收社会抚养费也不符合必要性原则，无论社会抚养费的性质是行政收费还是行政处罚，对公民生育权的限制强度是一样的，^① 我们可以找出一系列有助于实现计划生育目标且对生育权限制强度更小的替代措施（详见下文）。更何况国家人口和计生委也承认，被征收社会抚养费主体的构成已经多元化，“超生”家庭仅是其中一部分，在低生育水平下，“二孩间隔不够”案例比重大，人口控制的效果有所减弱。^②

综上所述，我们无需再进行狭义比例原则的审查，征收社会抚养费构成了对生育权的过度限制，缺乏宪法上的正当性，应当予以否定。

三、解决冲突的建议

（一）人口调节税

笔者认为，即使在当前我国仍然有必要限制人口，社会抚养费也完全可以由对生育权等基本权利限制强度更小的“人口调节税”来替代，在此需要做四点说明：

第一，税收调节并不违背计划生育的义务属性，例如征收生态税可以促进企业使用一些更为环保的设备和技术，这类引导性税收比强制措施更具柔性，但这并不改变公民负有保护环境的义务。

第二，在一定期限内对“超生”征税具有经常性的特征，在税率不高的情况下，家庭经济负担不会过重，而社会抚养费即使可以分期支付，^③ “拖欠”的感觉也会给夫妻双方带来更多心理上的负担，税收作为一种在生活中无处

不在的政府调节杠杆，公民的可接受程度较高，征收难度较小。

第三，税收具有长期性的特征，其引导作用持续时间更长，收效更加明显。

第四，宪政国家必然是租税国家，成熟宪政国家财政收入的主要来源一定是税收，费只能作为辅助手段；较之于收费，征税在我国的实践中会较为严格地依照法律进行，在征税方式、标准和税收使用等方面，也都会受到较为严格的监管；与“税”相比，“费”属于一种预算外资金，由于在支出方面受到的监控要比税少，因此更容易导致乱收费现象发生；面对人口老龄化的趋势，国家有义务建立健全相关的保障制度，而人口调节税的收入恰可用于国家提供相关的给付。

当然，依照税收法定原则，征收人口调节税需要制定一部完善的《人口调节税法》，就人口调节税征收的整个运行过程，包括征收目的、范围、标准、主体和对象、使用 and 法律责任等问题，都要作出明确且详细的规定。在制定《人口调节税法》时会遇到一个问题：那些对于低收入群体较重的税负可能对于高收入群体而言很容易接受，在立法时是否需要随着收入的增加而提高税率？首先必须说明的是，对不同收入的群体制定相同的税率并不违背平等原则，私有财产权的本质就是保障财产所有者施展自由的经济基础，一个人拥有的财产越多，其行使自由的空间就越大，这恰是私有财产权意义的体现。在一个市场经济国家，如果在生育、消费等自由领域均实行累进税制，那么市场经济的公平基础将不复存在。或许有学者会认为，对于高收入群体，低税率无法实现“引导”的作用。但笔者认为，既然起引导作用的消费税

① 不得认为将其认定为行政收费对生育权的限制就小。

② 参见：《社会抚养费调研五大发现》，《中国财经报》2006年6月27日。

③ 《社会抚养费征收管理办法》规定：“当事人应当自收到征收决定之日起30日内一次性缴纳社会抚养费。当事人一次性缴纳社会抚养费确有实际困难的，应当自收到征收决定之日起30日内向作出征收决定的县级人民政府计划生育行政部门提出分期缴纳的书面申请，并提供有关证明材料。”

并不考虑消费者的收入,那么人口调节税应当同样如此。引导税不是再分配税,其目的不是调节收入差距,高收入群体在缴纳再分配性质的税收时已经承受了更高税率的税负,如果人口调节税也实行累进税制,高收入群体将承受双重负担,较之于低收入群体遭受了不公正的待遇。

(二) 其他辅助措施

征收人口调节税当然不是实施计划生育政策的唯一手段,国家可以同时实施若干辅助措施,甚至征收人口调节税的前提就是充分实施这些辅助措施并使其发挥最佳效果。首先在养老问题上,需要完善社会福利措施,提高养老服务的质量,这可以在很大程度上消除人们“养儿防老”的顾虑。^①其次,国家依照《人口与计划生育法》第19条和第20条,尽可能在节育措施等技术领域提供相关的专业咨询服务。最后,国家特别要在相对落后的地区加强宣传,促使公民转变生育观念。

四、结语

社会抚养费制度构成对宪法生育权的过度限制,不具备宪法上的正当性,导致社会纠纷不断出现,甚至还酿成了不少人间悲剧。在假

设我国仍需控制人口的前提下,社会抚养费制度应当被征收人口调节税等一系列更为柔性的措施取代。一方面,我国当前依然面临着人口数量带给社会、经济、环境的巨大压力;但另一方面,不断有学者指出我国人口结构在某些方面比例已经严重失调,伴随着社会和市场经济的不断发展,特别是在一些相对发达的地区,民众的生育观念已经发生了巨大变化,这就要求实施计划生育政策的手段必须随着社会发展而不断调整。无论哪种实施计划生育政策的手段,均需要经常受到宪法的检验,甚至正如文中所言,长期来看,计划生育义务只是一项过渡性的宪法义务。在一个走向权利的时代,原则上只有家庭内部成员有权决定家庭结构,国家若干干预和影响家庭的生育数量,必须经过宪法的正当性审查。

本文作者:北京师范大学法学院副教授,
德国汉堡大学法学博士
责任编辑:马光

^① 湛中乐、苏宇:《计划生育制度变革与法治化》,《清华法学》2010年第2期。

Conflict Between Social Support System and Citizen's Reproductive Rights and Its Solutions

Chen Zheng

Abstract: The constitution has confirmed the family planning institution in our country, then, the law took the social support system as an important approach to implement the family planning institution. But the social support system not only excessively limits the reproductive rights that citizens should have enjoyed by constitution, but also violates the proportionality principle. Though it's still necessary to control the population now, in order to meet the requirements of the constitution, what our government could do is taking some more flexible measures such as a population adjustment tax and other auxiliary measures to replace the social support system.

Keywords: social foster fees; reproductive rights; family planning; proportionality principle