

经社文权利的可诉性与有效救济权利: 历史性的挑战与新机遇

Bruce Porter*

2008年3月31日北京

没有请求人的权利

自从《世界人权宣言》¹中的综合权利被拆分到两部公约中后，国际人权事业一直面临关于经济、社会、文化（简称“经社文”）权利的可诉性的争议。《公民权利和政治权利国际公约》（ICCPR）²通过³的时候，就设立了申诉程序机制，而《经济、社会、文化权利国际公约》（ICESCR）⁴通过至今已经四十多年，却从未制定过同样的申诉程序。个人或群体在这两个不同的权利体系下的申诉能力的不同，对国际人权系统的连贯性和整体性有着深远的影响。公民权利和政治权利的法理已经有一代的个案来支撑与丰富，对这些真实案件中的人物及其真实处境的细致了解，使得我们对这些权利的理解更加系统化和具体化。然而，经社文权利的规范在国际层面上的发展，在很大程度上却是缺少权利请求人的情况下进行的。

这导致了在处理经社文权利问题上的某些不平衡和对该权利的认知不足。例如，关于不同种类的政府义务的分析远远多于对于不同种类的权利诉请的分析。⁵ 经社文权利法理

* 加拿大社会权利倡导中心会长

¹ 《世界人权宣言》，G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948年12月10日生效)。

² 《公民权利和政治权利国际公约》，1966年12月19日，999 U.N.T.S. 171 (1976年3月23日生效) [ICCPR]。

³ 《经济、社会、文化权利国际公约》任择投诉程序，G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 59, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, 1976年13月23日生效。

⁴ 《经济、社会、文化权利国际公约》，1966年12月16日，993 U.N.T.S. 3 (1976年1月3日生效) [ICESCR]。

⁵ 经社文权利委员会提述了缔约国就经社文权利的三种/层义务：尊重、保护和履行。参见第13号一般性意见第46段教育权；第15号一般性意见第20段水权；第14号一般性意见第33段享受能够获得最高健康水平权

和研究在界定侵权时也往往倾向于过度强调普遍适用的标准，而忽略了只有在具体的申诉个案特定的情境下才得以考虑的历史环境。这也导致一些学者苦苦寻找量化的规范、统一的指标或国家的“最低核心义务”-- 适用时不必考虑社会权利的重要的主观方面和历史。然而，这些层面与不同文化、历史和经济背景⁶下的个人和群体的尊严及安全问题都息息相关。

尽管没有申诉程序，经社文权利委员会却依然成功地把权利请求人的视角楔入“法理”中。而且，该委员会在评估国家义务⁷时，越来越重视弱势群体和特定的群体比如妇女、残疾人和原著民。该委员会在拟备一般性意见时邀请非政府组织发表意见，以确保其所作的分析和评论涵盖由个人来文提出的可能会引起该委员会注意的那类问题。在所有条约监督机构中，经社文权利委员会最先在国别定期审议工作中起用听取国内非政府组织提交的意见的程序，因而创造了马修·克莱文所称的“非正式申诉程序”⁸。该委员会现已能熟练地审议非政府组织提交的意见、就委员会关注的事项向缔约国提问，并能恰当地判断是否应将某个问题纳入结论性意见。这种准裁判程序的结果是，在具体项目、立法以及针对政府采取必要措施等方面，委员会做出了越来越具权威性的意见和建议。经社文权利委员会的

权；第12号一般性意见第15段充足食物权。

⁶ 参见,例如,作者: Audrey R. Chapman and Sage Russell, eds., *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (《核心义务: 为经社文权利建构》), Intersentia, 2002; 作者: Stephen Hansen, *Thesaurus of Economic, Social, & Cultural Rights: Terminology and Potential Violations* (《经社文权利词典: 专门名词和潜在性的侵权行为》) (Washington, D.C.: American Association for the Advancement of Science, 1999; 作者 Robert E. Robertson, “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the ‘Maximum Available Resources’ to Realizing Economic, Social and Cultural Rights,” (《量度国家对承诺以“可动用的资源上限”体现经社文权利的遵从》) *Human Rights Quarterly* 16 (1994): 第 693-714页; 作者: Paul Hunt, “State Obligations, Indicators, Benchmarks and the Right to Education,” (为经社文权利委员会赞写的《教育权的国家义务、指标和标准》), 1998年6月; 关于我对寻找经社文权利学说和法理的“普世标准”的关注, 参见作者: B. Porter “The Crisis in ESC Rights and Strategies for Addressing It” (《经社文权利危机和解决策略》), 作编者: Bret Thiele and Malcolm Langford, eds., *Litigation of Economic, Social and Cultural Rights: The State of Play* (《经社文权利的诉讼现状》) (Sydney: University of South Wales Press, 2005)。

⁷ 参见, 例如, 第5号一般性意见 - 残疾人权利及第16号一般性意见(2005) - 关于男女平等享受所有经社文权利。

⁸ Matthew Craven, “The Domestic Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (《经济、社会、文化权利国际公约的国内应用》)”, *Netherlands International Law Review*, Vol. XL, 1993, 第389页。

结论性意见包括针对被认定与《经社文权利国际公约》相抵触的具体措施的关注和建议。这些意见不单为政府也为国内法院及其它在国内负责裁判经社文权利的机构，提供了重要的指引。

目前，经社文权利的裁判已在国家和地区范围内取得了重大进步。伴随申请人通过不同渠道向多种机构提交的权利侵害诉讼被受理的可能性不断增加，对经社文权利的法理也日渐多样化。⁹ 许多区域性组织已开始受理经社文权利的诉请，包括非洲人权委员会¹⁰、美洲人权委员会和¹¹、美洲人权法院¹²、社会权利欧洲委员会¹³和欧洲人权法院¹⁴。越来越多的国内宪法也把经社文权利列为可诉的权利，而且，国内法院也在各自不同的法律

⁹ 一系列的发展中的法理可在 <http://www.escri-net.org/caselaw>上找到。

¹⁰ 参见，例如，*Purohit and Moore v. Gambia*案，Communication 241/200.非洲委员会第33届常会上决定，15-29 May 2003(涉及精神问题病人健康权); *SERAC and CESR v. Nigeria*案，非洲人权委员会，档案号码155/96,于October 2001年10月13至27日甘比亚班竹市举行的第三十届常会的决定(涉及健康权和食物和房屋的不明言权)。关于委员会对社会经济权的处理详情，参见作者：J. Olaka-Onyanga, 'Beyond the Rhetoric: Reinvigorating the Struggle for Economic and Social Rights in Africa' (《政治辞令以外：重燃非洲的经社权的抗争》) 26 Cal. W. Int'l L.J. 1 (1995); 作者：D. Chirwa, 'African Human Rights System' in Malcolm Langford (ed.) *Social and economic Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (《经社权的法理：国际和比较法》) (Cambridge University Press, forthcoming April 2006).

¹¹ 参见，例如，*Argentina: Jehovah's Witnesses (阿根廷：耶和华见证人)*，Case 2137, Inter-Am. C.H.R. 43, OEA/ser. L/V/II.47, doc. 13 rev. 1 (1979) (Annual Report 1978) (处理教育权); *Jorge Odir Miranda Cortez et al. v. El Salvador*案，美洲人权委员会，Case 12.249, Report No. 29/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. at 284 (2000) (《涉及《美洲国家组织宪章》中永久确立的经社文标准的接纳性决定》);

¹² 参见，例如，*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*案，Inter-American Court of Human Rights Series C, No. 79, 31 August 2001 (涉及物权); *Dilcia Yean and Violeta Bosica v. Dominican Republic*案，7 December 2005 (涉及教育权和儿童权)。

¹³ *Autisme-Europe v. France* 案 Complaint No. 13/2002, 7 Nov. 2003, (处理患自闭症儿童的教育权); *FIDH v. France*案，Complaint No. 14/2003, 8 Sept. 2004

(其中涉及外国人的医疗救助权)及最近的 *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (欧洲国家无家可归者工作协会联盟，简称FEANTSA) v. France*案，Complaint No. 39/2006 (涉及得到足够房屋的权利和在处理国家无家问题上没有取得足够的进步)。

¹⁴ 有关涉及处理社会经济权的地域性机构的判决，参见 A. Nolan, M. Langford & Ors. 'Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries – Working Paper No.2' (经社文权利的重大案例：摘要 – 第二号工作文件) (Geneva; COHRE, 2005).

环境中审理经社文权利诉请。¹⁵ 鉴于经社文权利法理研究日渐增加，现在要说这些权利是不可诉的，已很难说得过去了。原来关于经社文权利**是否**可诉的辩论，现在已被经社文权利应该**如何**裁决这一新课题取而代之。这一新课题的核心问题是：在不同的政治和法律背景下，应该由什么机构来裁判这些权利；谁应该有诉讼资格；恰当的审查的标准又是什么；如何作出有效的救济来解决系统化的不仅影响起诉的个人或群体而且影响大量民众的问题。

在为经社文权利的诉请建立一个清晰连贯的法律框架过程中，我们所面对的上述这些以及其他挑战，往往超越了法律的范畴。要在更广泛的意义上把人权确立为基本价值和民主治理原则，其关键之一是要确保把人权整合于法治当中并须纳入有效救济。创立体制框架，为把经社文权利作为可诉权利来裁判提供法律的“立足点”，是将经社文权利与民主公民权和对个人尊严的尊重联系起来的关键。只有在多重治理层面上把这些权利制度化，我们才可能有能力在地方、国内地区、区域和国际层面上着手解决正在加剧的社会与经济不平等和悲惨的剥削问题，以及伴随近年经济强劲和生产力上升而来的普遍的饥饿与无家可归问题。

诺贝尔经济学奖获得者、经济学家阿马蒂亚·森在其早期有关饥荒的著作中告诉人们：造成饥饿的原因并不是食物短缺或食品生产不足，而是国内的、地区性和国际的“赋权系统 (entitlements systems)”的失效 --- 未能确保把权利、财产和用来确定人们可以获得什么物资和服务的权力的这一复杂系统设计和规制成人人有饭吃的系统。¹⁶ 与此类似，无家可归和其它形式的社会经济剥削也可被理解为人权的失灵 --- 由制度的和法律的机制构成的复杂网络确定人们应该享有哪些权利，这个网络却未能对基本人权价值作出反应并与这些价值保持一致。拒绝对被侵害的经社文权利实行有效救济，未对不同层级的“赋权体系”的权利请求人提供听审，是一种严重的人权失败、是有着良好反响的参与式治理的失败。

¹⁵ 社会经济权利被视为可裁判而且司法上执行的管辖区包括, *当中包括*, 孟加拉国、哥伦比亚、芬兰、肯尼亚、匈牙利、拉脱维亚、菲律宾、瑞士、委内瑞拉、南非、爱尔兰、印度、阿根廷和美国。各国涉及社会经济权利的可裁判性的判决详情请参见前一个注脚。

¹⁶ Amartya Sen, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation* 《贫困和饥饿：论权力和剥夺》(Oxford University Press, Oxford, 1982)

对于这个重大的人权失败，人们终于开始在国际层面上着手解决。在《世界人权宣言》发表六十周年之际，联合国大会有望通过极具历史价值的隶属《经社文权利国际公约》的申诉程序任择议定书。联合国的一个不限额工作组获授权负责草拟任择议定书草案，并应允在2008年4月向人权理事会提交一份任择议定书文本，以便人权理事会在其第八次会议上通过。¹⁷ 该文本接着会在2008年12月被提交到联合国大会。虽然这部新的议定书产生的实际影响尚需要时日方可评估，且相当程度上视乎经社文权利委员会能否建立有说服力的法理，但是，这个迟来的改革也反映出除了借助审议机制记录和审查遵从经社文权利的情况已被人们广泛接受以外，人们也已经普遍接受了这一点：即经社文权利委员会审理和裁判有关经社文权利的请求也是非常必要的。

类似的法律和人权制度改革也正在很多其它层面上进行。全世界很多地方市政府正在通过城市“宪章”，国家人权机构正在更有效地从事经社文权利工作，而国内地区和各国政府正在以立法或宪法性条款的形式来对审理和救济经社文权利作出规定。因此，现在正是借经社文权利的可诉性在国内、区域和国际层面上被日渐接受这一契机，思考与此相伴的一些实际难点的大好时机。

可诉性和救济权

一直以来，关于经社文权利的可诉性的争论的焦点，是立法机构和法院在《公民权利和政治权利国际公约》和《经社文权利国际公约》这两个公约中所创立的两种类型的人权方面各自的作用。拒绝向经社文权利请求人提供听审和裁判，是用经社文权利与公民权利和政治权利在二分法下的特性对比加以论证的，例如：积极性相对消极性；没有界定和模糊的相对清晰和明确的；前瞻性相对即时性，以及‘需要动用资源的’相对‘不涉及动用现存资源的’。这些对比都被用作论据来证明经社文权利不应由法院裁决，因为法院对积极性、前瞻性和需要动用资源的权利作出救济，将会使法院僭越立法机构在设计民生项目和资源分配方面的应有角色。¹⁸

¹⁷ 《经社文国际公约任择议定书工作组报告》，ICESCROR, 5th Sess., UN Doc. A/HRC/8/7 (2008), 人权高专办在线报告 <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/136/12/PDF/G0813612.pdf?OpenElement>>.

¹⁸ C. Scott, C., & P. Macklem, ‘Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution’ (《宪法过眼烟云或可裁判的保证？新南非宪法中社会权利》), 141 *U. Pa. L. Rev.* 1 (1992).

近年来，已有越来越多的研究都反对这种一分为二的方法，认为它将问题简单化了。¹⁹ 公民权利和政治权利本质上并非界定清楚精准。它们经常看上去更加清楚，只是因为这些权利经过诉请和审判程序而得到阐明，而经社文权利则未有此经历。²⁰ 公民权利和政治权利本身也有许多积极性义务、资源投入和前瞻性的特性在内。²¹ 实现公民权利和政治权利所需要的许多机构和积极性措施，包括司法系统、就业平等保障计划、人权机构等，都需要资源和时间来执行。这种两分法当然还可以被阐述得更加细致用来说明某些对经社文权利的质疑，但是，把需要积极措施或资源的人权请求权排除于司法裁决之外，被认为是与我们现代对人权的理解背道而驰的。

关于经社文权利与公民权利和政治权利的可诉性的传统辩论，正是围绕着这些简单化的二分对比进行的，这种辩论最成问题的是忽略了权利请求人及其视角。某人无家可归的原因是国家的**作为**（如被驱逐）还是国家的**不作为**（如没有为困难户提供房屋），对无家可归者本人而言没什么不同。没有容身之所对个人的尊严和安全的影响也是一样，并且，他对司法保护和有效救济的需求也是同等强烈的。很早之前，国际社会就已达成一个关于人权的共识，即人权必须首先由权利人的角度出发而焦点一定要落在其必须受保护的利益上。然后，我们才可去考虑对这些权利加以合理的限制。然而，关于经社文权利的可诉性的辩论却多是反过来进行的。不是首先从权利主体及其应该受保护的利益出发，并从这引伸出法院和立法机关在保护和执行该权利方面各自的责任，反而从相反的方向来推理。先对法院和立法机构的责任进行归类 and 限制，在此基础之上得出结论，确定哪些人权可诉、谁的利益可受保护。把特定群体的权利请求排除出司法保护，本应被看作是歧视性排除，但是，在前述这种对问题不恰当的表达下，却获得了一种虚假的正当性，与法治原则背道而驰。

但是，如果以权利主体及其应受保护的利益为出发点去研究经社文权利的可诉性，结

¹⁹参见《同上》，另见经社文权利委员会第9号一般性意见第十段和南非宪法法院对 *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 案的判决，1996 (10) BCLR 1253 (CC) 第 78段。

²⁰ S. Liebenberg, “Social and economic Rights” (《社会经济权》) in Chaskalson et al (eds), *Constitutional Law of South Africa* (《南非宪法》) (Cape Town; Juta, 1996) 41-11.

²¹ Liebenberg, S., ‘The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and its Implications for South Africa’ (《经社文权利国际公约》和其对南非的后果) (1995) 11 SAJHR 359 at 362.

论会截然不同。权利诉求需要国家采取积极措施保护或者制定法律条款，这一点如果从法院在与立法机关的相互关系中的角色来看，可能会被认为是更成问题的。可是，需要国家的积极措施来保障其基本权利的权利主体，往往是最弱势或最边缘化的群体，他们最需要有渠道获得法院对其人权的保护。他们是政治过程中最容易被忽略的一群人，他们最常面对歧视，其权利通过政治行为得以保护的可能性最低。如果一个法院系统急于避免侵越立法机构在财政管理方面的历史性权限领域，它也许会倾向于反对为上述群体的尊严和安全提供司法保护。但是，如果我们从权利本身和权利人的基本利益出发，则对于法院作为权利的守护者应承担什么样的责任，会得出截然相反的结论。

要从权利人的立场重新思考可诉性问题，需要转变可诉性问题的思维模式。经社文权利委员会在1998年通过的第9号一般性意见²²，很好地体现了这一点。委员会并没有围绕下述这种很成问题的方法来表述可诉性问题——即把经社文权利和公民权利和政治权利划分为两个种类，以及评估法院相对这两种权利的角色。相反，在该一般性意见中，委员会把下述原则作为其出发点：任何一种人权的权利人都必须有渠道获得有效的救济。经社文权利委员会还提醒我们，每种人权都必须得到有效的救济这一原则是由《世界人权宣言》第8条所肯定的，并适用于**所有**的人权，它是法治的根本。根据第9号一般性意见，在某些情况下，成员国可以作出决定认为法院并不是裁决某个具体的经社文权利诉求的最好的地方。他们可以开发新的行政救济程序，扩大国家人权机构的权力，或者采取其他方法保证经社文权利诉求能得到公平而有效的裁判。不过，各机构的角色的分派，必须以能为经社文权利以及公民权利和政治权利提供有效救济的方式进行。机构的角色或局限不可用来作为拒绝审理或救济的根据，也不可用来作为回避程序公平原则或自然正义的根据。经社文权利委员会指出，对经社文权利的行政救济必须是“易于得到的、负担得起的、及时的和有效的。对这类行政程序通常都提供最终司法上诉权利。”²³

把司法与准司法或行政性的救济纳入到对“可诉性”问题的分析中，对任何当代经社文权利的有效救济原则的贯彻实施都至关重要。如今，越来越多的国内法制定了各种各样的救济程序，尤其是在社会经济赋权系统方面。即使是在还未将经社文权利直接纳入国内法

²² *Draft General Comment No.9: The domestic application of the Covenant (在國內的適用問題的第9号一般性意見草案)* , CSECROR, 19th Sess., E/C.12/1998/24 (1998), 人权高专办在线报告 <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>>.

²³ 同上, 第9段.

的国家或地区，其所有决定的作出，不论是法院还是行政机关，也都必须与《经社文权利国际公约》相一致。这个“一致性”原则对于保持以人权价值和法治精神为基础的法律体系的连贯和统一非常重要。国内法的解释和应用必须尽可能有助于为经社文权利提供有效救济。法院拒绝为经社文权利提供救济，会导致该国违反其作为《经社文权利国际公约》缔约国所应承担的义务。关于人权的法律条款，比如平等保护条款，应解释为“尽最大的可能”为经社文权利提供完全的保护。正如第9号一般性意见所指出的，“法治原则包括对国际人权义务的履行，法院不积极履行此职责即与法治原则相背离”。²⁴ 经社文权利委员会在2005年对中国的结论性意见中强调了该原则。

委员会敦促缔约国，确保法律和司法培训充分考虑到《公约》所载各项权利可由法院审理的问题，鼓励将《公约》作为国内法院的一个法律渊源。委员会提请缔约国注意关于《公约》在国内适用问题的一般性意见9，并请缔约国在下次定期报告中收入有关适用《公约》的判例法资料。²⁵

在第9号一般性意见和在定期审查报告中，经社文权利委员会对救济方式的表述，在谈到可诉性问题时，是用联系具体背景的方式来讨论，而不是用抽象的或全球通用的方式。例如，加拿大或中国可能会认为，在它们特定的法律体系中，审查有关无家可归的立法或住房政策，或者对违反住房权利的情况提供救济，法院并不总是合适的一审机构。不过，国内法院和国际审理机构必须立即跟进下一个问题：“那么，声称自己的适当住房权利受到侵犯的人，到哪里去寻求审理和救济呢？”如果一个国家有能代替法院的行政程序，可以满足程序公平、及时性、渠道易获得性和有效性等多种标准，而且必要时还可以向法院起诉，那么该国就符合有效救济的要求了。

权利请求人为得到一个公平审理，有一个地方是不能被指引去的，即被指为侵权的侵权人。政府不可以光说住房政策最好是留给政府决策人作决定。政府还应提供裁决空间使得诉请可以得到审理。政府不可以提议法院应该完全抽身不管有关保障住房或其他经社文权利的职责任务。法院必须确保在作出决定的所有领域中，不论是行政决定、对法律的司法解释还是官员对自由裁量权的行使，在适用国内法的时候，《经社文权利国际公约》也得以

²⁴ 同上

²⁵ 经社文权利委员会对中国的结论性意见, E/C.12/1/Add.107. 2005年5月13日, 第42段。

遵守，所有被诉侵权都提供了有效救济。

我在其他地方常常引用儿童故事《冒烟的小火车来帮忙》²⁶来比喻各类法院对经社文权利的可诉性的一般反应。我不知道这本书有没有被译成中文，但我肯定中文里会有类似的故事教小孩子同样的道理。故事讲的是有一列火车因为发生故障而停在路边，必须依靠另一台火车头拉动才能跨越前面的高山把饥寒交迫的乘客安全地送回家。第一台路过的是台专为高速豪华旅游而设的高档火车头，它不会考虑帮助这些受困的乘客。它的反应类似于法院传统的对于经社文权利的诉请——特别是有关贫困和无家可归的权利诉请——的“正当性”的关注，就是撇下受困的乘客不管，因为处理他们的困境不是它的正当角色，那台火车头说：“要是我愿意，我是可以（帮忙），但我不（愿意）”。第二台路过的火车则持另一种态度。它从没拉过乘客过山，个人也不觉得自己有这种能耐。就像法庭面对经社文权利诉请背后复杂的社会政策问题，这台缺乏自信的火车头说：“要是我能的话我很愿意（帮忙）但我不能（没这个能力）”。

最终，第三台路过的火车头帮助乘客成功脱险。这台小货车没有老想着它是什么身份或它需要什么样的经验或专长，它只是不忍心看到乘客遭受痛苦，只想着要带他们脱险。它超越了自己对能力的怀疑，一面拉着乘客一面不断对自己说：“我想我可以，我想我可以”，最后成功地把乘客送回他们温暖的家和热饭面前。

当南非在就应否在新宪法中把经社文权利变成完全可诉的权利进行辩论的时候，克莱格·斯高特和派崔克·麦克莱姆发表了一篇极富说服力的文章。克莱格·斯高特和派崔克·麦克莱姆在这篇文章中指出，在评估法院的正当角色及法院发挥作用的能力时，很大程度上取决于法院把争讼中的利益看得有多重要。他们认为，“法院可创造自己的能力。法院的创造性之勇气，取决于法院是否确信相关的争讼价值乃是法院的正当关注。”²⁷当真正的问题是法院没有适当地对待相关争讼中的人权价值时，法院往往用对正当性或能力的顾虑作为托辞。在南非宪法通过后的十年里，宪法法院和其他法院勇于面对挑战，使南非成为当今世界上司法系统内，在处理涉及经社文权利诉请中有争议的基本人权价值方面的先行者。

²⁶ Watty Piper, *The Little Engine that Could*, (New York: Penguin Group USA, 2000).

²⁷ Craig Scott & Patrick Macklem, 'Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees?' (《宪法过眼烟云或可裁判的保证?》) 141 *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141 (1992) 1, 第35-36页。

经社文权利的可诉性被日渐接受，联合国的任择来文程序被引伸到经社文权利的领域，这一切都重申了国际和国内人权背后的基本价值。人权价值与参与权密不可分，人权价值必须保障社会上弱势和边缘群体在提出争取尊严、平等和安全的权利诉请时能够发出自己的声音，必须揭露政治过程中的非正义和被排斥的情况，必须寻求有效的救济。这才是我们在联合国和其他地方看到的在经社文权利的可诉性发展中急需解决的问题，而不是什么重新审视法院和立法机关的相互关系和角色。

随着近年来涉及经社文权利的诉讼在国内和国际区域不断增加，随着联合国人权条约监督系统内审理经社文权利的机会日益增多，我们现在可以告别关于可诉性的概念化争论，这种争论是以权利请求人的缺失为基础的，反过来又强化了权利请求人缺失这一状况。我们可以从此转向对正在发展的人权实践领域进行讨论，这些实践涉及权利请求人提出其经社文权利诉请、法院和其他审理机构做出权利是否受到侵害的判决、以及救济建议或决定的作出。

然而，这样并也不是说对可诉性的担忧都可抛诸脑后。其实，在具体诉求中或者在实践领域中都会看到这些问题及其建设性的回应。例如，对于由民选的立法机关在棘手的社会经济政策方面所做出的决定，非民选的法院或行政机构应该在多大程度上有权干预，这个问题会在对现有的民主决策过程以及法院如何能加强民主决策过程的更审慎考量中有所反映。在需要平衡利益冲突的地方，审理经社文权利诉请的机关需要确保听审应涵盖不同的选民群体。法院在救济命令的设计和执行过程中，也可以在其救济令中要求必须与有关群体协商。这样，经社文权利的诉请就可以用来推动而不是削弱民主过程。

同时，人们关注于个人申诉程序是否适合于审查复杂的社会政策和资源分配方面的决定，这样的关注使法院和裁判机构鼓励作为“法庭之友”的非政府组织和人权机构的参与，确保这些专家所提交的额外证据呈至庭上。在国内的有关程序中，当法院考量涉及政府民生项目或政策的重大的系统性的诉请时，非政府组织代表各种利益相关群体如妇女、残疾人、年轻人、新来者和少数民族积极参与诉讼，是至关重要的。²⁸

²⁸ *South Africa v. Grootboom*案是著名的案例，2001 (1) SA 46 (CC) 南非的治疗行动运动(‘*Grootboom*’) and *Treatment Action Campaign cases (supra)*，非政府组织、人权中心和人权委员会的关联干预都发挥了作用。有关的报告摘要可从 www.escr-net.org/caselaw上下传。

法律诉讼和政治倡议，究竟哪个才是边缘和弱势群体用来解决制度性不公正的最佳工具，这一问题现在可以考虑以诉讼策略和政治倡议策略混合使用的新方法来解决。现实中也有很多成功范例，例如南非艾滋病治疗的政治倡议中，经社文权利的诉请就被用于加强政治政策，并且使之更加有效。²⁹

在新的人权实践中定位经社文权利诉请

多样性和创造性是正在兴起的社会权利实践的关键特征。现时，经社文权利的诉请正以各种形式在各种各样的制度环境中涌现。在经社文权利享有明文规定的宪法保护的地方，比如南非和许多拉丁美洲国家，经社文权利就会以宪法权利被提起诉讼。而在不享有明文规定的宪法保护的地方，经社文权利则作为诸如平等权、生命权和安全权等权利的重要方面被提起诉讼。这些诉请被提起至下列机构：法院、行政机构、市政机构、地方机构、城市宪章和人权机构，以及区域性机构；在贸易和投资裁判机构和世界贸易组织的争议审议机构的案件中，也可能涉及这些权利。它们与政治行为一并提起，或者作为个人诉讼提起。它们被以针对政府提起，或针对私人主体提起，亦或针对两者的各种混合形式提起。它们由非政府组织提起、由被害人组成的非正式团体提起，或者由个人提起。虽然诉讼的体制环境不同，请求人的类型各异，但是，在人们对经社文权利的认识过程中，关于权利请求人的角色，产生了一些共同认识。

在不同体制中出现的社会权利诉求逐渐浮现出一个共同的关键特质，即个案的故事或具体情节，在推动经社文权利得到适当审理的过程中，起着非常重要的作用。每个个人主张其社会权利的个案的背后都有着动人的故事，反映着出笼统的社会指标或统计数字所不能反映的相关的尊严问题。法院和人权机构是否能够考虑特定请求人处境况下的人权价

²⁹ Mark Heywood, "Preventing Mother-to-Child HIV Transmission in South Africa; Background, Strategies and Outcomes of the Treatment Action Campaign Case against the Minister of Health" (《南非的防止HIV母子垂直感染 – 针对卫生部的治疗行动运动案件的背景、策略和结果》) *South African Journal On Human Rights* Vol. 19 No. 3 (2003) 278; Steven Friedman and Shauna Mottiar, "A Moral to the Tale: The Treatment Action Campaign and the Politics of HIV/AIDS" Centre for Policy Studies (《HIV/艾滋病的治疗行动运动和政策的教训》), University of KwaZulu-Natal (2004); Geoff Budlender, "A Paper Dog With Real Teeth: The TAC case has proved that the Constitution is a powerful people's tool" (《治疗行动运动有影响力，证明宪法是有力的工具》) *Mail and Guardian* (2002年7月12日).

值，正是这一点确保在法院的审理和采证框架中适当地体现出权利请求人的独特视角和利益。

此特征在南非的决定性案例----哥鲁特布姆案³⁰中最明显不过，该案中，宪法法院决定对与社会经济权利有关的社会政策和资源分配方面的决定，采取一套更积极的“合理性审查”标准。以前有一个案件，涉及在医疗系统中如何在彼此冲突的需要中分配资源的难题，法院在该案中采用的是甩手不问的方法。³¹ 然而，在哥鲁特布姆案件中，法院起了更为积极的作用。该案中，一些家庭因穷困以至流落街头，无家可归，法院感到这是基本的宪法权利和人权价值面临危险，感到在确保最弱势群体的需要不受忽视这一问题上，法院起着关键作用。雅克布法官在哥鲁特布姆案中指出，三百个家庭住在球场上的塑料篷布下，在冬雨的日子里，过着没有水和厕所的困苦生活。他写道：“本案清楚地说明：在现实中，宪法对人人皆有尊严人人平等的承诺，对很多人来说只是遥远的梦想”。³² 法院进行司法审查的意愿与能力不仅取决于他们对明确的宪法权利的理解，更取决于对宪法核心价值与尊严与平等原则的理解。这些价值以及政府的民生项目是否与这些价值相一致，在个案故事和具体情境中，看得最为清楚。

加拿大最高法院，在一个非常不同的情境下，采取了与哥鲁特布姆案相似的方法，依据基本人权价值来审查政府行为的合理性。在审查移民官对一名有四个加拿大孩子、长期在加拿大非法工作的妇女作出的驱逐出境的决定时，加拿大最高法院需要判断该官员是否有义务遵守《儿童权利公约》的义务。³³ 最高法院法院判定，虽然该《公约》并没有纳入加拿大的国内法，但是它体现了能引导出合理判决的“价值和原则”，（因此移民官需要遵守该公约）。³⁴ 在另一个案件中，尽管《经社文权利国际公约》所规定的工作权并未得到加拿大法律的明确承认，但法院依据《经社文权利国际公约》依然将其作为加拿大宪政民主的基本价值的组成部分。³⁵ 尽管加拿大和南非的法律环境差异明显，但各自在审查

³⁰ *South Africa v. Grootboom*案, 2001 (1) SA 46 (CC) (‘*Grootboom*’).

³¹ *Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)* 案 (CCT32/97) 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696.

³² 同上, 第2段, Yacoob J 法庭上所说。

³³ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 案, [1999] 2 S.C.R. 817.

³⁴ *Ibid.*, 第69-71段.

³⁵ *Slaight Communications Inc. v. Davidson*案, [1989] 1 SCR 1038, at 1056-7.

政府民生项目和资源分配方面的决定时，不谋而合地对“合理性”标准作出了相同的回应，以确保这些决定与经社文权利相一致。

在国内具体情况下的权利相互依赖性

正在兴起的经社文权利实践的另一重要特点是，经社文权利与公民权利和政治权利互相关联，特别是与概括表述的人的平等权、生命权和安全权。即使在没有将经社文权利直接纳入其国内法的地方，还是可以通过对国内法的合理解释、通过其他与经社文权利互相关联的权利来实现有效救济。这正是联合国人权高级专员路易丝·阿尔布尔一直致力解决的问题，不论是她以前担任加拿大最高法院法官的时候，还是后来作为人权高级专员。³⁶她近期在欧洲人权法院发言时指出，对于致力于在社会经济领域内保障人权的国内司法机构而言，理解这些权利的相互依赖性是非常重要的：

虽然《公约》所指明的权利性质属于公民权利和政治权利，但法院却毫不犹豫地利用所有权利都是互相关联的这一特质，从通常是公民权利的角度处理经济、社会和文化权利的问题。例如，在缺乏健康权的情况下，法院从保障人的安全权的角度来处理医疗问题，这说明了权利问题如何可以借助多种视角得以有效处理。这样的技巧对那些碍于宪法只列举公民权利和政治权利，但又需要以权利敏感方式处理引起广泛社会关注的问题的国家的司法机关来说，具有实用价值。³⁷

加拿大在过去十年间，经济蓬勃增长，但同时贫穷、无家可归、饥饿等社会问题也令人担忧地增加。这种经济向前发展而经社文权利的实施却倒退的现实，使得经社文权利委员会就政府在广泛范围内采取措施的问题发出前所未有的、措辞强烈的关注声明。其他联合国人权条约监督机构也重申了对贫穷和无家可归问题的担忧，并指出民生项目的影响减

³⁶ L. Arbour, “‘Freedom From Want’ – From Charity to Entitlement’ (《免于匮乏- 从慈善到所有权》), LaFontaine-Baldwin Lecture, Quebec City (2005), 第7页, 网上下载：www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/58E08B5CD49476BEC1256FBD006EC8B1?opendocument; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)* 案, [2002] 4 SCR 429, 第82-83段.

³⁷联合国人权高级专员路易丝阿尔布尔在欧洲人权法院2008年司法年度开庭仪式上的演说, 2008年1月25日于斯塔拉斯堡.

弱，贫穷问题在妇女、儿童和原著民身上尤其严重。³⁸ 在加拿大，侵犯经社文权利显然属于平等权的范畴，也可被视为是对人的生命权和安全权的侵犯。人权理事会指出，加拿大出现的大规模的无家可归可能导致疾病甚至死亡，因而需要采取积极措施来解决这个问题，从而履行它根据《公民权利和政治权利国际公约》应承担的保护生命权的义务。³⁹

《经社文权利国际公约》和其他国际人权法在加拿大并不能直接实施，而《加拿大权利与自由宪章》⁴⁰对于多数经社文权利也并未给予明确承认。不过该《宪章》对平等权、生命权、自由和安全权作了概括性的表述。历史上那些为争取对宪章中所规定的平等与安全提供广泛保障的人们，希望能够从解决折磨着加拿大社会的重要的平等、安全和尊严问题出发，来解释《宪章》所规定的这些权利。⁴¹ 加拿大最高法院认定，“应该假定宪章的保护力度至少与加拿大所批准⁴²的国际人权文件中的类似条款所提供的保护力度相同”，国际人权法律对‘解释《宪章》内的权利的范围具有决定性的影响’⁴³。正如联合国人权高级专员路易丝·阿尔布尔所指出的那样，‘给予经社文权利以宪法权利的地位，是以赋予其以法律效力的方式肯定我们加拿大价值的难得机会。’⁴⁴ 当然，在很多其他国家可能也是如此。印度最高法院在发展下述生命权的理念上发挥了领导作用：当对生命权的解释，与对经社文权利----比如享有充足食物或住房的权利----的认识相一致的时候，生命权就使得政府要承担广泛的积极性的义务去采取适当的措施解决饥饿问题。在人民的公民自由联盟

³⁸ C. Scott, ‘Canada’s International Human Rights Obligations and Disadvantaged Members of Society: Finally Into the Spotlight?’ (《加拿大的国际人权义务和社会弱势群体：终于受关注》), *Constitutional Forum*, Vol. 10, No. 4 (1999), pp. 97-111; B. Porter “Judging Poverty: Using International Human Rights Law to Refine the Scope of Charter Rights” (《判断贫穷：使用国际人权法详细阐释宪章权利范围》) *15 Journal of Law and Social Policy* (June, 2000).

³⁹ 人权理事会 *人权理事会对加拿大的结论性意见* UN Doc CCPR/C/79/Add.105 (7 April 1999). 参见 C. Scott, ‘Canada’s International Human Rights Obligations and Disadvantaged Members of Society: Finally Into the Spotlight?’ (《加拿大的国际人权义务和社会弱势群体：终于受关注》) *supra* nt. 39.

⁴⁰ (《加拿大权利与自由宪章》，《1982年宪法条例》第一部分)，纳入加拿大1982年宪法法案(UK)附表B, 1982, c.11 (‘Charter’).

⁴¹ 关于涉及宪章内平等权的“社会权利”的期望，参见 B. Porter “Expectations of Equality” (《对平等的期待》) (2006) 33 *Supreme Court Law Review* 23.

⁴² *Slaight Communications Inc. v. Davidson*案, [1989] 1 SCR 1038, at 1056-7.

⁴³ *Baker v. Canada*案 (n. 46 above), 第70段.

⁴⁴ L. Arbour, “Freedom From Want” – From Charity to Entitlement’, LaFontaine-Baldwin Lecture, Quebec City (2005), 第7页, 网上下载：

www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/58E08B5CD49476BEC1256FBD006EC8B1?opendocument

诉印度联盟 (*People's Union for Civil Liberties v. Union of India*) 案⁴⁵ 中，印度最高法院在回应因饿死而提出的诉讼请求时，作出了大量的关于增加饥荒救济资源的裁决，要求以固定价格向生活在贫困线以下的家庭提供谷物，以及逐步引进学校午餐项目。

因此，经社文权利在许多国家的可诉性问题，可能取决于这些国家对现存权利保护的解释和对法院角色的假设。其实并非只能以扩大生命权、安全权和平等权的内涵的方式将经社文权利纳入到这些权利的范畴。对于那些生活在贫困饥饿当中的人们来说，在社会享有丰富资源的情况下，平等权和安全权很明显地包括免于饥饿和露宿街头的保障。若要把这些权利从这些保障中排除的话，人们需要以直白的字面含义来理解这些词，并将它们的意思扭曲，以便出于对法院适当角色的先入之见而排除某些经验的成分。把人权分成两类，从这些权利人的角度来看，是毫无意义的。问题的关键在于对宪法权利和人权保护的内涵的理解，确保平等地赋予最脆弱、最弱勢的群体平等的起诉权，去享有概括表述下的尊严权、安全权和平等权。引用加拿大首席大法官的一句话，问题在于当法院以受到局限的角色履行职责时，穷人是否将变成“合宪的被抛弃者”。⁴⁶

弱势群体和平等权

1998年，在艾尔德瑞治⁴⁷ 一案中，加拿大最高法院要审理的是两名女性聋人提起的诉请，她们声称，因为省政府拒绝为一项为聋人在医院和其他医疗机构提供手语翻译服务的项目提供持续资助，她们根据《加拿大权利与自由宪章》所享有的平等权因而受到侵害。这两名原告，其中一位是在难产的情况下，无法与医护人员进行有效的沟通。

政府辩护人在艾尔德瑞治案中辩称，法院不应干涉政府如何分配稀缺的医疗拨款。但是，加拿大最高法院使用了与南非宪法法院在相似的资源分配案件中所使用过的几乎相同的推理，认定完全漠视聋人的需要不是一种医疗资源的合理分配。最高法院驳回了政府关于资源分配问题不应由法院裁决的辩护理由，它指出：

辩称政府为公众提供福利时，有权不必保障社会弱势群体有条件全面享

⁴⁵ No.196 of 2001, Interim Order of 2 May 2003.

⁴⁶ *R. v. Prosper*案, [1994] 3 S.C.R. 236 at 288, l'Heureux-Dubé, J.29同上 at 302, McLachlin J.

⁴⁷ *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)* 案 [1997] 3 S.C.R. 624

受这些福利，这种论点证明这是一种对第15(1) [平等权]⁴⁸的肤浅而贫乏的理解。

违反经社文权利会不可避免地影响社会上最脆弱和最边缘化的人群。通常，对经社文权利的诉请都可以用对平等权的侵害的救济诉请来表述，特别是如果禁止把贫穷或经济地位作为歧视的理由，实践中，这样的情况也越来越多。经社文权利委员会近年来在这个重要的平等的层面上，详细阐述了涉及妇女、原著民、残疾人、年长者、和许多其他群体的经社文权利。其他条约监督机构，比如消除对妇女歧视委员会和消除一切形式种族歧视委员会，也越来越多地把焦点集中在平等权和经社文权利交叠的涉及贫穷、基本住房和侵犯其他经社文权利的事项上，为经社文权利建立一个平等框架。⁴⁹新的《残疾人权利公约》对残疾人的经社文权利提供了广泛的保护，该公约还通过了一项任择议定书，提供了申诉机制。⁵⁰根据这些任择议定书程序提交的来文，将逐渐地为经社文权利委员会整合关于弱势群体的经社文权利的法理。

正如经社文权利委员会在第9号一般性意见中所指出的，鉴于这些交叠和重合，对使经社文权利在国内得以执行的不同方法进行论证，比起对公民权利和政治权利的论证来，是极其困难的。该委员会指出，宣称其中一种权利不在法院的管辖之内，将是“武断的，而且违背两组权利不可分割和相互依赖的原则”。⁵¹实际上，正是因为这两类权利不可分割的特质，使得在实践中，在法院适当角色的问题上，不可能把二分法下的角色制度化。

在一些象南非这样的地方，社会经济权利是明文列举的可诉的权利，法院从平等权的角度，来解释这些经社文权利衍生出来的义务。⁵²在问题成堆、资源匮乏的情况下，出

⁴⁸ 同上 677-78.

⁴⁹ Leilani Farha, “Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Women Claiming Economic, Social and Cultural Rights – the CEDAW Potential” (《消除对妇女歧视委员会：妇女提出经社文权利请求 - 消除对妇女歧视公约的潜质》), in *Socio-Economic Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law* (《社会经济权利的法理：比较法和国际法的发展趋势》), Cambridge University Press, (Forthcoming, 2007).

⁵⁰ 《促进和保护残疾人权利及尊严国际公约》，G.A. res. A/61/611 (2006)

⁵¹ 第9号一般性意见第10段。

⁵² Pierre de Vos. “Substantive equality after *Grootboom*: the emergence of social and economic context as guiding value in equality jurisprudence” (《*Grootboom*案后平等跃进：以社会经济情景作平等法理的指导价值》) (2001) 52 *Acta Juridica*.

于为这些权利的可诉性和有效审查建立一个基础的目的，出于为理解政府在实施这些权利的过程中应从何处着手建立一个基础的目的，经社文权利的倡导者和法院以“平等”的模式处理这些权利。例如，在南非的哥鲁特布姆和医疗行动计划（*Treatment Action Campaign*）案件中，宪法法院采取的是“合理性”标准，这一标准把采取积极措施处理最弱势群体在享受基本社会权利——比如住房和医疗权——方面之需要的义务纳入进来，并将该义务作为其核心原则。

利用国际人权解释和适用国内法，把国际人权作为审查行政决定合理性的基础

经社文权利实践的另一个重要方面是如何在某些特定问题上同时适用国内和国际程序，以便让国内法院可以以更贴近国际人权的方式来解释和适用法律。如前所述，在加拿大的贝克⁵³案中，最高法院判定在对“合理”实施自由裁量权的理解中，必须看到国际人权的价值观。

现在，《经社文权利国际公约》所有的缔约国，都被视为已自动将经社文权利作为须予以有效救济的权利。任何对国内法的解释，如果把经社文权利降低为仅仅是政策目标，则剥夺了相关选民得到有效救济的机会，这显然与《经社文权利国际公约》相抵触。在近期对香港特别行政区的审议中，该委员会对于法院在有关的判决中把公约中的权利表述为“促进性的”或“前瞻性的”，而不是可诉的人权表示明确的关切，并指出“这种观点是基于对有关公约产生的法律义务的错误理解。”该委员会促请香港特区政府停止在法庭上宣扬这种论点。⁵⁴该委员会在对加拿大审议时，也就经社文权利的司法待遇和政府法庭上提出的论据的性质这两方面提出了类似的关注。⁵⁵

经社文权利委员会近期对香港和加拿大的审议，反映了该委员会既愿意也渴望在定期审议时多着墨关注涉及有效救济的问题、经社文权利在国内法律位阶中的地位问题以及国内法的恰当解释的问题，以确保经社文权利可得到有效救济。这些审议报告也因此成为了为权利倡导者和相关选民群体在条约审查与国内裁判之间建立起一种对话的一个重要方法。在国内提出经社文权利诉请的组织，通过积极参与该委员会的定期审议，确保让委员

⁵³ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 案, [1999] 2 S.C.R. 817第69-71段

⁵⁴ 经社文权利委员会的《经社文权利委员会的结论性意见：香港特别行政区》(2001)第26-27段。

⁵⁵ 经社文权利委员会的《经社文权利委员会的结论性意见：加拿大》UN Doc E/C.12/1/Add.31 (1998年12月10日)

会得到国内为保障法律救济所做尝试的相关资料，从而可以发出与诉讼直接相关的关注或建议。另一方面，国内法院也可受益于委员会就特定情境下对国内法的解释和适用提出的特别关注和建议。

在回顾经社文权利判例法时，我们关注的焦点往往很自然就落在那些高调案件中，在这样的案件中，象哥鲁特布姆案中那些无家可归者那样的边缘化的或弱勢的群体，或者南非众多的需要得到艾滋病治疗的妇女，设法找到律师并到法院起诉争取其经社文权利。但是，这些案件并不多见，同时还必须认识到，法官、律师和其它许多做决定的人处理起经社文权利事务来，也许不过是不假思索地例行公事而已。穷人往往是被动地进入司法系统，而不是主动地提出权利请求。他们很可能没有律师为其代理案件，即使有律师，在很多的国家和地区，律师也都不熟悉国际法中的经社文权利。可是，每当一个法官或审判官在处理驱逐家庭的申请而被驱逐者没有其他地方可住时，每当一个量刑法官在考虑是否应该把一个无家可归的罪犯送进监狱因为如果判处社区服务的话没有住房让他住的时候，法庭上就存在着潜在的经社文权利诉求。上述这些以及其他每天都会出现在全世界各地法庭或裁判机构的事件，为把经社文权利用于国内法的适用提供了特别的机会。其实有许多制度和程序机制对于实施经社文权利都是非常重要的，而且它们的存在是对法院的重要角色的补充。一个正面的例子是，现在全球许多城市都正在草拟或通过人权宪章，形成一个以在城市级地方政府对经社文权利负责的新形式的国际都市网络。⁵⁶

类似的改革需要在所有的地方和区域层面进行，以保证对国际人权规范和价值的透明度和负责任，并且为听取申诉和提供救济提供更不那么正式的、更以社区为本的方法。但是，正如经社文权利委员会所指出的，这些替代性的程序，“如果得不到司法救济的加强或补充，则难以奏效。”因此，法院和国际人权机构都必须发出一个清楚的讯息——即经社文权利是基本人权，属于应得到有效救济的权利，有关的选民有平等的享有听审的权利。

⁵⁶ 参见，例如，《蒙特利尔宪章》