



Economic, Social and Cultural Rights

经济、社会和文化权利可诉性研究

Study on the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights

◆ 柳华文 主编 ◆

Economic, Social
and Cultural Rights

中国社会科学出版社



Economic, Social and Cultural Rights

经济、社会和文化权利可诉性研究

Study on the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights

◆ 柳华文 主编 ◆



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

经济、社会和文化权利可诉性研究/柳华文主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 12

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7468 - 5

I. 经… II. 柳… III. ①经济社会学 - 文集②文化 - 文集
IV. F069.9 - 53 G - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 196498 号

责任编辑 王半牧

责任校对 李 莉

封面设计 杨 蕾

技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 12 月第 1 版 印 次 2008 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 20 插 页 2

字 数 366 千字

定 价 32.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

序

2008年3月29—30日，由联合国人权事务高级专员办公室和中国社会科学院法学研究所联合主办的经济、社会和文化权利可诉性国际研讨会在北京举行。来自联合国人权高专办、全国人大常委会法制工作委员会、最高人民法院、外交部、北京大学、中国人民大学、中国政法大学、浙江大学、东南大学、华东政法学院、北京青少年法律援助与研究中心、北京市农民工法律援助工作站、北京大学妇女法研究中心、中国社会科学院法学研究所和国际法研究中心等机构的30余位专家和学者出席会议。本书是此次研讨会与会者提交的论文选集。

对经济、社会和文化权利的可诉性问题进行专题的国际研讨在国内尚属首次。会议是根据2005年8月联合国人权事务高级专员路易丝·阿博尔女士与我国外交部签署的人权技术合作《谅解备忘录》设计并实施的“经济、社会和文化权利可诉性”项目的一部分。我国在1997年10月27日签署，并于2001年2月28日批准了作为“国际人权宪章”组成部分、联合国“人权两公约”之一的《经济、社会和文化权利国际公约》。促进《公约》在国内的实施成为我国政府和社会各界关注的焦点，相关的国际合作也正在着力予以推进。

在立法和行政措施之外，经司法或者申诉程序，通过对违反经济、社会和文化权利的个案审查和处理，可以有效地实现权利救济，从而促进这些权利的真正实现。2004年1月26—28日，笔者曾与最高人民法院和外交部、全国律师协会的代表一起参加了联合国人权高专办与国际法律家协会在蒙古乌兰巴托召开的东北亚次区域经济、社会和文化权利的可诉性研讨会。当时，笔者就主张将国际上使用的“Justiciability”一词译为“可诉性”，原因是考虑到“可司法性”、“可审判性”等译法可能排除了国内层面上不具有司法性质的申诉机制的作用。同时在国际层面上，国际条约机构联合国经济、社会和文化权利委员会作为一个独立的专家委员会，正在努力建立的个人申诉（或者叫来文）制度其实也不具有司法性质，其审议结论只具有建议效力，并不具有法律约束力，从而在严格意义上连“准司法”的性质都不具备，所以不可以称为“司

法”或者“审判”，而只是属于申诉的范畴。所以，可诉性的译法更为适当，也越来越广泛地为国内学界接受。

有必要明确的是，国内法和国际法是两个具有不同性质和特征的法律体系。同样谈经济、社会和文化权利的可诉性问题，在国内法和国际法两种不同的语境下，焦点、思考方法和实践中遇到的困难和挑战是不同的。在国内法中，实现经济、社会和文化权利的可诉性，在理论上需要解决对这些权利法律性质、可操作性和司法机构功能与权限的认识问题；在国际法上，能否在联合国人权条约框架下建立起个人申诉制度，则还要解决主权国家为什么愿意接受由国际条约机构审议相关事项的个案，其合理性与合法性的问题。换句话说，实现人权首先依靠国内进行的努力，这方面，基于对经济、社会和文化权利可诉性的论证，可以越来越多地发挥司法救济的作用；但是，同意和支持这些权利在国内法上的可诉性，并不当然地导致对它们在国际法上具有可诉性的支持。不同的学者、机构和国际组织的关注点和切入点是有区别的，有一些学者强调经济、社会和文化权利在国内获得司法救济的必要性和可行性；也有一些学者，特别是经济、社会和文化权利领域的国际非政府组织，则大力倡导基于对所有人权的同等对待，完善《经济、社会和文化权利国际公约》的国际实施机制，在联合国层面上建立起相应的个人申诉机制。

经过十余年的努力，2008年6月18日，联合国人权理事会终于通过了《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》草案，从而完成了《公约》个人申诉机制的制度起草和设计工作，并即将在联合国大会获得审议。笔者相信，随着国际社会人权主流化的进一步发展，对经济、社会和文化权利的进一步重视和倡导，该《议定书》在联合国大会的通过并最终获得超过十个缔约国的批准，从而真正生效将是确定无疑、指日可待的。同时，鉴于经济、社会和文化权利的法律性质特别是可诉性问题在理论上存在争议，在实践中更具复杂性和挑战性，同样可以预见的是，《议定书》的缔约国数量不会很多，实现经济、社会和文化权利的可诉性还有很长的路要走。

本书通过国际上著名的经济、社会和文化权利倡导者布鲁斯·波特先生和直接目睹和参与《议定书》起草工作的联合国经济、社会和文化权利委员会秘书李万熙博士以及国内各位学者和专家的研究论文，揭示了经济、社会和文化权利可诉性问题的国际新发展、新趋势以及对相关的理论和实践问题的思考和探讨。这里是国际和国内专家的对话，同时集中了老中青学者从国际法学、法理学、宪法学、行政法学、劳动法学、环境法学等不同角度的研究成果。大家对促进《经济、社会和文化权利国际公约》在国内的实施，包括加强司法和申诉机制和作用，具有广泛而深入的共识，同时对于经济、社会和文化

化权利可诉性的认识和理解也存在差异和不同。研究的语境、视角和路径不同,甚至术语的使用都存在区别,正好反映了相关研究的现实,可以为我们进一步比较、全方位研究奠定基础。

经济、社会和文化权利可诉性的话语和课题是由国外引入国内的,在有的学者看来,这似乎不是一个出自本土的概念和话题。的确,在现阶段,我国法学研究和法律实践中的相关讨论并不丰富,相关的法律概念和法律技术并不发达。因此,外国的法律实践情况、普遍性或者区域性国际组织的实践情况和国外学者的研究成果成为我们引介的对象和讨论的基础。但是,这并不说明,相关主题与我们无关,或者说我们在促进经济、社会和文化权利的实现过程中在现在和将来不会面对可诉性的问题,相反,可诉性的讨论和实践将会有利于进一步促进这些权利在国内获得有力保障,将对我国的法学与法治发展产生有益的推动作用。

本项目的顺利开展得益于我国外交部人权事务特别代表沈永祥先生、中国社会科学院法学研究所李林所长和冯军副所长、中国社会科学院国际法研究中心陈泽宪主任、中国社会科学院荣誉学部委员刘海年研究员和国内学术界同仁和立法及司法部门官员和专家的大力支持,还有联合国人权高专办副高专康京和女士、项目官员克里斯汀·春女士、经济、社会和文化权利委员会秘书李万熙博士和翻译于秀燕女士的支持与合作;特别鸣谢法学研究所黄金荣副研究员对本项目在学术、翻译和会议筹备与组织方面提供的重要帮助,朱伟一、李长栓先生在同声传译方面的杰出工作以及法学研究所翟国强博士、科研外事处聂秀时、易玲燕女士的辛苦工作;本书的出版还获得了中国社会科学出版社任明副主编、王半牧副编审的倾力帮助,在此一并表示衷心的感谢!

因为编者水平有限,加之时间仓促,错误和疏漏之处恳请作者、读者批评、指正。

柳华文

2008年10月25日于北京

目 录

序	(1)
经济、社会和文化权利的可诉性与有效救济权利：历史性的 挑战与新机遇	布鲁斯·波特 余秀燕译 (1)
《经济、社会和文化权利国际公约》及其实施： 国际标准	李万熙 余秀燕译 (19)
《经济、社会和文化权利国际公约》下的国家义务：国际 标准与国内实施	朱晓青 (33)
经济、社会和文化权利保护的国际新趋势	柳华文 (41)
经济、社会和文化权利与国际人权申诉制度	梁晓晖 (63)
经济、社会和文化权利的可诉性：欧洲区域组织的标准与 经验	孙 萌 (85)
实现经济和社会权利可诉性：一种中国的视角	黄金荣 (95)
法院在保护经济、社会和文化权利方面的作用	黄金荣译 (115)
国际人权可诉性理论之缺失：中国人权司法保护之路	龚向和 (181)
经济和社会权利的可裁决性： 从健康权展开	夏立安 (198)
论福利权的司法救济	陈国刚 (215)
民生问题的宪法权利之维	郑 磊 (226)
试论宪法劳动权的双重性格	周 婧 (237)
我国环境公益诉讼立法存在的问题及其对策： 美国判例法的新近发展及其经验借鉴	常纪文 (247)
服务行政侵权的司法救济机制研究	蔡乐渭 (262)
工作权及其司法救济制度研究	臧 震 (275)
关于经社文权利的可诉性问题	刘海年 (288)
附录一 经济、社会和文化权利国际公约	(292)
附录二 经济、社会和文化权利国际公约任择议定书（英文版） ...	(300)

经济、社会和文化权利的可诉性与有效救济权利：历史性的挑战与新机遇

布鲁斯·波特^{*}

余秀燕 译

一、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 通过的时候，就设立了申诉程序机制^③，而《经济、社会和文化权利国际公约》（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批个案来支撑与丰富，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，经社文权利规范在国际层面上的发展，在很大程度上却是在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。

^{*} Bruce Porter 先生，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）。

③ 《公民权利和政法权利国际公约任择议定书》，G. A. res. 2200A（Ⅻ），21 U. N. GAOR Supp.（No. 16）at 59，U. N. Doc. A/6316（1966），999 U. N. T. S. 302，1976年3月23日生效。

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

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。^①经社文权利的法理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因素——然而,这些层面与不同文化、历史和经济背景^②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^③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,以确保其所做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家报告定期审议工作中启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”^④。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

① 经社文权利委员会提出了缔约国就经社文权利的三种/层义务:尊重、保护和履行。参见关于教育权的第13号一般性意见第46段;关于水权的第15号一般性意见第20段;关于享受能够获得最高水平健康权的第14号一般性意见第33段;关于充足食物权的第12号一般性意见第15段。

② 参见,例如, 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; 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; 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; Paul Hunt, “State Obligations, Indicators, Benchmarks and the Right to Education,” (为经社文权利委员会撰写的《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 B. Porter “The Crisis in ESC Rights and Strategies for Addressing It” (《经社文权利危机和解决策略》), 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况》), Sydney: University of South Wales Press, 2005。

③ 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。

④ Matthew Craven, “The Domestic Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (《经济、社会和文化权利国际公约的国内应用》)”, *Netherlands International Law Review*, Vol. XL, 1993, 第389页。

的意见和建议。经社文权利委员会的结论性意见包括针对被认定与《经济、社会和文化权利国际公约》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他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区域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申诉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。^①许多区域性组织已开始受理经社文权利的申诉，包括非洲人权委员会^②、美洲人权委员会^③、美洲人权法院^④、社会权利欧洲委员会^⑤和欧洲人权法院^⑥。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环境中审理经社文权利申诉。^⑦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

① 一系列的发展中的法理可在 <http://www.escr-net.org/caselaw> 上找到。

② 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，2003年5月15—29日（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2001年10月13—27日甘比亚班竹市举行的第30届常会的决定（涉及健康权、食物和住房权）。关于委员会对社会经济权的处理详情，参见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）；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

③ 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）。

④ 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）；*Dilecia Yean and Violeta Basica v. Dominican Republic* 案，2005年12月7日（涉及教育权和儿童权）。

⑤ *Autisme-Europe v. France* 案 Complaint No. 13/2002，2003年11月7日（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）。

⑥ 有关涉及处理社会经济权的区域性机制的判决，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）。

⑦ 社会经济权利被视为可裁判而且司法上执行的国家包括，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脚注。

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；恰当的审查标准又是什么；如何做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”，关键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。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、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、区域性和国际的“赋权系统”（entitlements systems）的失效——未能确保把权利、财产和关于获得物资和服务的权利的复杂系统设计和规制成人人有饭吃的系统。^①与此类似，无家可归和其他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做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”的权利请求人提供裁判，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。

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《经济、社会和文化权利国际公约》的申诉程序任择议定书。联合国的一个不限额工作组获得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。^②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

①: Amartya Sen, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation* (《贫困和饥饿：论权利和剥夺》), Oxford University Press, Oxford, 1982.

②: 《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://daaccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/136/12/PDF/G0813612.pdf?OpenElement>)。

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申诉也是非常必要的。

类似的法律和人权制度改革也正在其他很多层面上进行。全世界很多地方的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做出规定。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。

二、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保障《公民权利和政治权利国际公约》与《经济、社会和文化权利国际公约》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做出救济，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。^①

近年来，已有越来越多的研究反对这种一分为二的方法，认为它将问题简单化了。^② 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种经验。^③ 公民权利和政治权利本身也有许多涉及积极性义务、资源投

① 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) .

② 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。

③ 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) .

入和前瞻性的特性。^① 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，我们才可以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，并从这引申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和限制，在此基础上得出结论，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，本应被看做是歧视性排除，但是，在前述这种对问题不恰当的表述下，却获得了一种虚假的正当性，从而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，可能会被认为更具争议性。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。

① Liebenberg, S., "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and its Implications for South Africa" (《〈经济、社会和文化权利国际公约〉和其对南非的后果》) (1995 年) 11 SA-JHR 359 at 362.

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^①，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，成员国可以做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”^②。

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的国家或地区，其所有决定的做出，不论是法院还是行政机关，也都必须与《经济、社会和文化权利国际公约》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《经济、社会和文化权利国际公约》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

① *Draft General Comment No. 9: The domestic application of the Covenant* (在国内的适用问题的第9号一般性意见草案)，CESCROR, 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>)。

② 同上，第9段。

的履行,法院不积极履行此职责即与法治原则相背离”。^① 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》在国内适用问题的第9号一般性意见,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。^②

在第9号一般性意见和在定期报告审查中,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忽略的,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。法院必须确保在做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,《经济、社会和文化权利国际公约》也得以遵守,所有声称的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》^③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”

① Draft General Comment No. 9: *The domestic application of the Covenant* (在国内的适用问题的第9号一般性意见草案), C/ESCROR, 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>), 第9段。

② 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。

③ Watty Piper, *The Little Engine that Could*, New York: Penguin Group USA, 2000.

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”^①。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词。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。

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申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

① 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。

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做出。

然而,这样并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加强民主决策过程两者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,人们关注个人申诉程序是否适合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,确保由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。^①

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。^②

① *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.escri-net.org/caselaw 上上传。

② 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,证明宪法是有力量的工具》) *Mail and Guardian* (2002 年 7 月 12 日)。