

《经济、社会和文化权利国际公约》实施问题研究

何海岚

摘要: 随着人权法理论和实践的发展,人们逐渐改变了否定经济、社会和文化权利作为一项法定权利的观念,开始承认经社文权利与其他权利一样具有法律约束力,并在理论上取得了令人瞩目的突破。关于义务缺位论,根据国家义务的三分论,国家履行尊重的义务不再限于消极措施,而履行保护和实现的义务,也不一定要积极作为。因此,国家对人权保护承担的义务是多层次的,且无可逃遁。关于资源耗费论,并非所有的经社文权利需要耗用资源,更多情况下,实现经社文权利的最佳途径是使个人自由免受国家干预,或者通过个人自主地调配资源。关于逐步实现论,《经济、社会和文化权利国际公约》对权利逐步实现的规定,其真正用意是要求无论缔约国贫富,都公平、有效、充分地利用资源,以一切适当方法在短期内实现权利。关于不可诉讼,一国不提供司法补救,并不意味着该项权利具有不可审理的性质。形成经社文权利不可诉讼的原因,主要是裁决机构缺乏能力和意愿。而国内法院和区域性人权法院的司法判例,可作为经社文权利可诉性的最佳例证。时至今日,可以说人们多已从经社文权利是否可诉的讨论转移到更加细致的审判和执行的问题上。一方面,通过经济、社会和文化权利委员会的工作,进一步明确了《经济、社会和文化权利国际公约》内容的规范性,和缔约国所负有的国家义务。另一方面,对于那些权利实际上不可诉的国家来讲,更重要的义务是如何使得权利可诉。

关键词: 经济、社会和文化权利; 国家义务; 资源耗费; 逐步实现; 可诉性

在当今世界人权遭遇的各种困境中,经济、社会和文化权利(以下简称“经社文权利”)遭遇的困境尤为典型。如果我们恪守严格意义上的法律权利定义,而不是在宽泛的“利益”“资格”等的意义上来界定“权利”,那么,相对于已有200多年传统的公民和政治权利,经社文权利的实现似乎更为艰难。如何使经社文权利走出实施面临的困境,关系到世界人权的发展方向和基本途径,也涉及到人权和法学领域的许多基本理论问题,值得认真探讨。本文旨在结合近年来国际人权领域的新发展,着重论述经社文权利走出困境的种种学术的和政治的努力,并希望对于推进中国有关理论和实践有所裨益。

一、困境中的权利

1966年《经济、社会和文化权利国际公约》(以下简称《公约》)充分表达了人类对于有尊严生活的追求,同《世界人权宣言》(以下简称《宣言》)和《公民权利和政治权利国际公约》一起构成“国际人权宪章”,是世界人权史上的一座丰碑。但同时,值得我们认真关注的是,经社文权利从诞生之日起就一直处在困境之中,不仅在理论上屡遭诟病,在实践中也阻碍重重,通常并不被看作是一种“真正意义上的

作者简介:何海岚,中国政法大学博士研究生。

① Manfred Nowak *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden: Martinus Nijhoff, pp. 23-24 (2003.).

② 同上, p. 173.

权利”。^①尽管多数国家承认所有人权的整体性和相互依存性,但实际上,经社文权利在法律上还没有得到相当的重视,^②只是一项“好看的权利”,犹如漂亮橱窗里的奢侈品。

经社文权利遭遇的困境,首先是由两张不同的“出生证”造成的。1948年《宣言》以一个统一文本涵括了当今国际普遍公认的人权的基本内容,为了实施宣言中所载的权利,需要制定具体的公约。这项工作本来应当由一个完整的公约来体现和实施,但是,由于东西方对人权性质的意识分歧,^③联大最终决定把基本人权划分为两类,一类是公民、政治权利,一类是经社文权利,分别由不同的公约来规定。这一决定,实际上是以一些始终未能证实的假设为基础的。那些假设的核心是,认为公民、政治权利与经社文权利是具有不同性质的两类权利,因而需要分别起草不同的条约加以规定。^④我们知道,自从古代罗马法学家发明权利概念以来,就不断出现许多权利,不同权利之间的差异是客观存在的,公民、政治权利与经社文权利之间在权利内容和特性方面当然也会存在一些差异,那么,究竟是什么样的差异导致其必须通过不同的条约来分别规定、而不能“同船共渡”呢?

从当时的人们的理解和后来的学术解释来看,^⑤人们对两项权利性质区别的假设可以归纳为以下三点。第一,认为公民、政治权利是“绝对的”(absolute),而且是要求“立即”(immediate)实现的;而经社文权利则是程序性的(programmatic),逐步实现(be realized gradually)。第二,认为公民、政治权利是可诉的(judiciable),即可以诉诸司法,得到法院或者相关司法机关的裁决;而经社文权利则“更具有政治意味”,不是真正意义上的权利。第三,认为公民、政治权利是“免费”的权利,并不需要消耗很多资源;而经社文权利则是“昂贵”的。从当时的历史文献和后来的学术解释来看,那些假设可以归纳为以下三点。第一,认为公民、政治权利是“绝对的”(absolute),而且是要求“立即”(immediate)实现的;而经社文权利则是程序性的(programmatic),逐步实现(be realized gradually)。第二,认为公民、政治权利是可诉的(judiciable),即可以诉诸司法,得到法院或者相关司法机关的裁决;而经社文权利则“更具有政治意味”,^④不是真正意义上的权利。第三,认为公民、政治权利是“免费”的权利,并不需要消耗很多资源;而经社文权利则是“昂贵”的。^⑤

过去的半个多世纪里,在这些理论假设的基础上,关于两类权利区分的一些“定见”逐渐形成了。斯科特(Craig Scott)绘制的这张表可谓典型:

在这张表里,最要害的或许是最后一项比对,即,只有公民、政治权利才是真正的权利或法定权利,经社文权利只能称为“理想或目标”。换言之,经社文权利作为“权利”的特性已经遭到否定,而仅仅是“经社文理想”、“经社文目标”。这样的“不合格的”权利会遭遇怎样的对待,便是可想而知的了。

^① 西方国家要求按照欧洲理事会的模式将《宣言》分为两项不同的条约以抵制社会主义国家对于人权不可分的观点以及经济、社会发展比民主、自由更为重要的主张。西方国家认为经济、社会和文化权利只是“纲领性的权利”,不能确立可直接执行的国际义务;而社会主义国家虽然主张人权的相互依赖且不可分割性,但在原则上拒绝任何形式的国际监督。See Manfred Nowak *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden: Martinus Nijhoff, p. 24, 79(2003). Koen Raes, *The Philosophical Basis of Social, Economic and Cultural Rights*, Peter van der Auweraert et al. *Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and international Developments*, Antwerp: Maklu, p. 43(2000).

^② Manfred Nowak *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden: Martinus Nijhoff, p. 24, 79(2003). 法国学者卡雷尔·瓦萨克(Karel·Vasak)提出的人权三代论,尽管在理论上被人们广泛接受,然而在具体人权的实现过程中,将人权分层别次的作法早已受到学界的批驳。人权的完整性和不可分割性才是当今学界的普遍共识。另参见齐延平“论普遍人权”,载于《法学论坛》2002年第3期。

^③ 根据吉奥·耶利奈克(Georg Jellinek)的性质理论以及卡雷尔·瓦萨克(Karel Vasak)的人权分代论,各国在公民权利方面只有义务不进行干预,而在经济、社会和文化权利方面则有义务提供积极的服务。只有在人权不可分割和相互依存成为显然的事实时,人们才逐渐地在原则上接受各国义务尊重、保护和实现人权。[奥]曼弗雷德·诺瓦克《国际人权制度导论》,柳华文(译),孙世彦(校),北京:北京大学出版社2010年版,第15-16页,第24、46页。

^④ Manfred Nowak *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden: Martinus Nijhoff, p. 79(2003).

^⑤ Asbjørn Eide et al. *Economic Social and Cultural Rights: A textbook*, 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, p. 10(2001).

表 1 两类权利区别(Craig Scott) ①

经济、社会和文化权利	公民权利和政治权利
积极的(Positive)	消极的(Negative)
资源密集型(Resource - Intensive)	免费的(Cost - Free)
逐步实现的(Progressive)	即刻实现的(Immediate)
模糊的(Vague)	精确的(Precise)
无法掌控地复杂(Unmanageably Complex)	可掌握的(Manageable)
具有意识形态性的/具政治性的(Ideologically Divisive/Political)	不具意识形态性的/非政治性的(Non - Ideological/Non - Political)
不具可诉性(Non - Justiciable)	可诉的(Justiciable)
理想或目标(Aspirations or Goals)	“真正”或“法定”权利("Real" or "Legal" Rights)

二、走出困境的努力

毕竟 经社文权利承载着人类对于美好生活平等而正当的期望 并载入了国际人权公约 因此 几乎从经社文权利概念在众多的质疑声中诞生时起 就开始了为摆脱困境的种种努力。经济、社会和文化权利委员会通过一般性意见对《公约》条款的解释和适用进行指导。一些权威性的声明也为国家履行经社文权利义务的要旨和性质作出了进一步解释 比如 1986 年制定的《关于实施经济、社会和文化权利国际公约的林堡原则》(The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights) ②(以下简称《林堡原则》) 和 1997 年制定的《关于侵犯经济、社会和文化权利行为的马斯特里赫特准则》(The Maastricht Guidelines on Violation of Economic Social and Cultural Rights) ③(以下简称《马斯特里赫特准则》) 针对经社文权利的实施作了详尽的解释。可以说 近三十年来 特别是近几年来 人们对经社文权利在理论上的理解已经取得了许多令人瞩目的突破。下面我们择其主要 逐一进行考察评析。

(一) 突破义务缺位论

对经社文权利的非难 通常是从义务缺位入手的。按照权利原理 一项权利之所以能够成立 乃是因为有相应的义务承担者 否则 权利就空无所有 如同空气。④ 国际人权公约所载权利指向的义务承担者首先是缔约国 对应的首先是国家义务。那么 国家对于实施经社文权利究竟承担什么样的义务

① Craig Scott, *The Interdependence and Permeability of Human Rights Norm: Towards a Partial Fusion of the International Covenant on Human Rights*, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 27, No. 4(1989) p. 833.

② 1986 年 国际上的权威学者和专家在荷兰马斯特里赫特的林堡大学召开研讨会 制定了《关于实施经济、社会和文化权利国际公约的林堡原则》。该项原则对《公约》下缔约国义务的性质和范围 经济、社会、文化权利委员会对缔约国报告的审议问题 以及《公约》第四部分之下的国际合作问题作了阐释 为理解《公约》下法律性质的标准提供了全面的构架 并作为解释这些规范的一种重要方法。参见《关于侵犯经济、社会、文化权利行为的马斯特里赫特准则》导言(一)。由于《林堡原则》先于 1990 年经济、社会和文化权利委员会关于缔约国义务的法律性质的第 3 号一般性意见而制定 因而它对委员会起草第 3 号一般性意见的影响颇深。

③ 1997 年《关于侵犯经济、社会、文化权利行为的马斯特里赫特准则》是作为《林堡原则》的补充 于 1997 年在马斯特里赫特制定的。该项指导准则讨论了经社文权利的重要意义、缔约国履行义务的形式和评估标准、通过故意和疏忽的行为对权利侵犯的含义、对侵犯所负有的责任、受害者以及其被赋予享有有效救济的权利。

④ 英国法哲学家约瑟夫·拉兹(Joseph Raz) 认为权利与义务具有关联性 权利是义务的基础。[英] 约瑟夫·拉兹《自由的道德》孙晓林等译 吉林人民出版社 2006 年版 第 172 - 173 页。美国法学家霍菲尔德(Wesley Hohfeld) 在《基本法律概念》一文里还细致描述了权利与义务对应的具体情形。Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale Law Journal(1913 - 1914) pp. 16 - 45 at p. 30. 夏勇《中国民权哲学》, 三联书店 2004 年版 第 221 - 222 页。

呢?有这样一种理论,它根据相应的义务内容,把权利分为消极权利和积极权利。^①如果承担的是消极不作为的义务,如不干涉自由等,相应的权利就是消极权利;如果承担的是积极作为的义务,如提供服务等,相应的权利就是积极权利。正是利用这一理论,经社文权利所对应的国家义务被空化了。具体说来,公民、政治权利被视为消极权利,而经社文权利被视为积极权利,那么,国家对经社文权利承担的义务,就是积极作为的义务。按照这样的理论逻辑,如果国家不具备积极作为的资源、条件或能力,经社文权利不予实施,或者只能根据现有条件来“逐步实施”,就是自然而然、情有可原的了。如此一来,便造成了经社文权利的国家义务在现实中的缺位。任何国家都能够以自己不具备积极行为的条件为由,来为自己不承担义务开脱,至少可以规避或淡化义务。^②

为了推进国际人权的实施,一些睿智的学者从权利与义务概念的深入分析入手,逐步提出了破解难题的理论方案。比如,荷兰学者范·霍夫(Van Hoof)提出了国家负有四个层次的义务,即尊重(respect)、保护(protect)、保证(ensure)和促进(promote)。^③美国学者易斯·亨金(Louis Henkin)主张,国际人权宪章要求国家在国内制度中承认(to recognize)、尊重(to respect)和保证(to ensure)人权。^④美国学者亨利·舒(Henry Shue)认为,每项权利应对应三类义务,即免于被剥夺的义务(duties to avoid depriving)、保护免受剥夺的义务(duties to protect from deprivation)、向被剥夺者提供帮助的义务(duties to aid the deprived)。挪威学者艾德(Asbjorn Eide)则将国家义务分为三个层次,即尊重(respect)、保护(protect)、实现(fulfill)。^⑤

艾德先生的国家义务三分论日后被联合国的条约机构广泛应用,除《公约》第2条第1款规定之下各种特定的义务外,即大致将经社文权利的国家义务分为尊重(respect)、保护(protect)和实现(fulfill)的义务。^⑥

“尊重”作为国家义务的第一个层面,指的是国家勿以任何方式干涉人们享有权利。这要求缔约国“不实行、推出或容忍任何作法、政策或法律措施,以至侵犯个人的品格或侵犯人们以其认为最适当的方法利用那些能够得到的材料或其他资源满足经济、社会、文化权利的自由”^⑦;这要求缔约国:首先,要尊重个人所拥有的资源,以及个人独自或与他人共同使用所需资源的必要行为;其次,应当停止限制大众参与,并作出相应的承诺;再次,努力促进或创造有助于经社文权利受益者自助行动的经济、社会、政治条件。人们在此层面的权利,除了不接受任何形式的歧视、自由权利不受国家干预外,还应当享有:比如,公民设法参与影响法律的权利,组织、集会和结社的权利、在资源和信贷上享有平等待遇的权利,以

① 社会政治理论学家伊萨克·柏林爵士(Isaiah Berlin)在其1965年的作品《论自由的四篇论文》中将自由的两个概念(two concept of liberty)分为消极的自由(negative freedom)和积极的自由(positive freedom)。Berlin, I. (1958), "Two Concepts of Liberty" in Isaiah Berlin (1969) *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press. http://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_vwl/johannes/Ankuendigung/Berlin_twoconceptsofliberty.pdf, p. 2. 最后访问日期:2011-05-19。

② 实践证明,一国之内侵犯人权的状况存在,是由于:(1)该国客观上缺乏必要的资源;(2)该国在主观上缺乏保障人权的意愿。参见班文战“人权的国际保护”,载于徐显明主编《人权法原理》,中国政法大学出版社2008年版,319-348页,第321页。关于资源缺乏一说,请参见下文。

③ G. J. H. van Hoof, *The Legal Nature of Economic Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*, in Philip Alston and Katarina Tomaževski eds., *The Right to Food*, Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff, pp. 97-110, at p. 106 (1984).

④ Louis Henkin, *A Post-Cold War Human Rights Agenda*, *Yale Journal of International Law*, p. 250 (1994).

⑤ Asbjørn Eide et al., *Economic Social and Cultural Rights: A textbook*, 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, p. 23 (2001).

⑥ 1999年经济、社会和文化权利委员会第20届会议通过的第12号一般性意见采用了艾德先生的国家义务三分法。参见经济、社会和文化权利委员会第12号一般性意见(第11条关于取得适足食物的权利)(1999),第15段,载于E/C.12/1999/5号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第64-65页。1997年《关于侵犯经济、社会、文化权利行为的马斯特里赫特准则》准则6。Asbjørn Eide et al., *Economic Social and Cultural Rights: A textbook*, 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, p. 23 (2001)。此外,联合国人权高专办事处于2005年出版的《国家人权机构手册:经济、社会和文化权利》中也应用了这一国家义务分类方法。See Office of the High Commissioner for Human Rights, *The Nature of Economic, Social and Cultural Rights*, *Economic Social and Cultural Rights Handbook for National Human Rights Institutions*. New York/Geneva: United States, pp. 15-20 (2005)。

⑦ 联合国人权高专办事处《国家人权机构手册:经济、社会和文化权利》,日内瓦:联合国出版物2004年版,第23页。

及与经社文权利有关的服务方面(如受教育、就医等)不受排斥的权利。^①

“保护”作为国家义务的第二个层面,要求缔约国及其代理采取行动,一方面确保其本身不侵犯任何人的权利;另一方面防止第三方侵犯他人的权利,保护所有人免受任何形式的歧视、骚扰或取消服务,并保障任何侵权行为的受害者获得公正的法律补救。由此可见,人权法已经不再是一个公法范畴的概念,它也包括私人领域,国家有义务确保私人行为者遵守人权,以确保所有人的个人权利得到保护。随着国家责任的理念超越传统范畴的趋势不断发展,对雇主、公司、房东、教师、医生以及任何第三方,因国家怂恿或疏忽,而导致对个人权利的侵犯,公民追究责任的情况日益增多。^②

国家义务的第三个层面是“实现”,这一层面的国家义务涉及广泛,不仅包含了“尊重”和“保护”的意思,^③还要求缔约国,在涉及到诸如公共支出、政府经济条例、提供基本公共服务和基础设施、税收和其他经济再分配措施等领域,^④以“履行(便利)”(facilitation)和“提供”(direct provision)的方式来实现个人的经社文权利。^⑤“履行(便利)”意味着国家采取积极的行动,使经社文权利能够得到充分实现。比如,国家在采取措施保障人们享有适足食物权时,“履行(便利)”可以指“充分利用科技知识、传播营养原则的知识和发展或改革土地制度以使天然资源得到最有效的开发和利用等方法,改进粮食生产、保存及分配方法”^⑥。“提供”则意味着,当个人或群体无法自行获得其权利时,国家应当提供直接或间接服务,比如,以可用的资源来满足最基本的需求,将食物或资源用作食物援助或者社会保障。^⑦这层义务的实施,涉及到社会公共政策领域,如,政府应当拨出适足的公共支出提供基础设施、水、电、卫生医疗、暖气、排污方面的公共服务;制定实现经社文权利的战略、行动计划、时间进程、预算,制定监测经社文权利状况的指标;从政治和立法方面对经社文权利给予承认;修正一切消极影响经社文权利实现的法律规范和行政指示;优先制定针对性战略,努力兑现弱势群体(老幼病残、灾区和灾害受难者、社会边缘人士)的经社文权利。^⑧

以适足住房权为例,联合国人类住区规划署(以下简称“联合国人居署”)和联合国人权事务高级专员办事处的一项重要的联合活动之一就是制定联合国住房权方案。为此,联合国人居署分别按国家全面逐步落实适足住房权的责任以及国家可能采取的行动拟订了以下的内容(HS/C/17/INF.6,表2)。^⑨尽管联合国住房权方案将促进与履行的义务作了区分,但是这并不妨碍我们将促进与履行的义务作为一个整体视为实现的义务,来更好地理解国家义务的三分论。

① 联合国人权高专办事处《国家人权机构手册:经济、社会和文化权利》,日内瓦:联合国出版物2004年版,第23页。

② 联合国人权高专办事处《国家人权机构手册:经济、社会和文化权利》,日内瓦:联合国出版物2004年版,第26-27页。在关于残疾人的第5号一般性意见中,经济、社会、文化权利委员会吁请缔约国“确保公营部门和私营部门都能在恰当限度内受规章条例的约束,以确保残疾人得到公平待遇……有必要使私人雇主、货物和服务的私人提供者以及其他非公营实体受到与残疾人相关的不歧视和平等准则的约束”。经济、社会和文化权利委员会第5号(关于残疾人的一般性意见)(1994),第11段,E/1995/22号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第25页。另外,经济、社会和文化权利委员会第12号一般性意见中,经济、社会、文化权利委员会也指出“保护的义务要求缔约国采取措施,确保企业或个人不得剥夺个人取得足够粮食的机会”。经济、社会和文化权利委员会第12号一般性意见(第11条关于取得适足食物的权利)(1999),第15段,E/1995/22号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第65页。

③ Asbjørn Eide et al. *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, p. 23(2001).

④ 联合国人权高专办事处《国家人权机构手册:经济、社会和文化权利》,日内瓦:联合国出版物2004年版,第27页。

⑤ Asbjørn Eide et al. *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, p. 23(2001).

⑥ 1966年《经济、社会和文化权利国际公约》第11条第2(a)款。

⑦ Asbjørn Eide et al. *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, p. 24(2001).

⑧ 联合国人权高专办事处《国家人权机构手册:经济、社会和文化权利》,日内瓦:联合国出版物2004年版,第28页。

⑨ UN Commission on Human Rights Settlements Activities of The United Nations Centre for Human Settlements(Habitat): Progress Report of the Executive Director - Guidelines on Practical Aspects in the Realization of the Human Right to Adequate Housing Including the Formulation of the United Nations Housing Rights Programme, 30 March 1999, HS/C/17/INF/6, Table 2: Responsibilities of States for the full and progressive realization of the human right to adequate housing and possible actions at the national and local levels. 同时,参见联合国人权高专办事处《国家人权机构手册:经济、社会和文化权利》,日内瓦:联合国出版物2004年版,第29页。

表2

	义务			
	尊重	保护	促进	履行
可采取的措施	防止非法驱逐和强迫迁出	防止侵犯住房权	保障住房占用权	消除、防止和消灭无家可归现象
	防止一切形式的歧视	国内补救和国际法的国内适用	立法审查确认住房权	增加住房公共支出并恰当确定支出对象
	防止任何倒退措施	确保所有群体权利平等	制订标志充分实现的基准	人人都有适足可居住房
	各种基于住房的自由	人人有机会获得承担得起的住房,制订承受力基准	制订国家住房权战略	制订实际住房最低标准
	隐私权和对住宅的尊重	需要特别措施扶持的处境不利群体获得住房的机会	注重脆弱群体的权利	提供一切必要的服务和基础设施
	大众参与住房决策	对住房实行居民民主管理	获得住房信息的机会	大众住房融资和储蓄计划
	尊重住房的文化标志	房租水平和私营住房部门活动的节制	确保承担得起的土地的充足供应	社会住房的建造

按照这样的理论,国家对经社文权利承担的义务是多层次的,这些义务无可逃避,因为,切实履行其中的一个层次或多个层次的义务,并不一定太昂贵或需要耗费资源,也不需要“慢慢来”。

(二) 质疑资源耗费论

经社文权利有效实施的另一个重要障碍源于资源耗费论。^①资源耗费论认为,经济、社会和文化权利不同于公民、政治权利之处在于,该项权利的实现取决于一国资源的多寡。根据传统的国际法,只有主权国家和一些政府间组织对于人权的侵犯负有责任,怎样使用一国个人财产以外的资源,^②以及在资源不足时采取怎样的解决措施无疑属于一国政府的责任事项。然而,在履行公约规定的义务时,一些缔约国可能以资源限制为由,不能有效履责,极大影响了该项权利在公约下国家义务的履行状况。

长期以来人们模糊地、臆测性地认为,经社文权利的实现取决于第三个义务层次(实现的义务),同时将公民、政治权利的实施囿于第一个义务层次上(尊重的义务)。仔细分析起来,这样的假设是建立在经社文权利资源耗费论的基础上,且是经不起推敲的。通过一些司法实践,人们逐渐发现,并非所有的经社文权利是耗用资源的,相应地,也并非所有公民、政治权利是免费的。一些公民、政治权利要求国家履行各个层次上的义务,只要有需要就应提供最为直接的援助。而更多情况下,实现经社文权利的最佳途径仅是使个人自由免受国家干预,或者通过个人自主地调配资源。^③

关于经社文权利的实现未必耗用资源的经典案例是布鲁克斯诉荷兰(S. W. M. Broeks v. The Netherlands)。^④尽管《公民权利和政治权利国际公约》第26条在可能立法规定的事项上,并没有要求缔约国履行制定有关社会保障立法的义务,然而,一旦缔约国通过此种立法,该法就必须与《公民权利和政治权利国际公约》第26条禁止歧视的原则相一致。虽然该案是以废除歧视性规定的方式提供平等的社

^① Asbjørn Eide et al. *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 26-28 (2001).

^② 相对于个人的私有财产而言。

^③ Asbjørn Eide et al. *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 24-25 (2001).

^④ S. W. M. Broeks v. The Netherlands, Communication No. 172/1984, U. N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 196 (1990).

会保障,但它雄辩地证明,在一些经济、社会权利实现的过程中,国家所遇到困难的实质未必是资源多少,更多情况下取决于是否能真正做到善意地公正。

关于证明公民、政治权利的实现未必资源免费,除了著名的“艾瑞诉爱尔兰案”(Airey v. Ireland)^①、“维拉戈兰·莫拉尔斯等诉危地马拉”(Villagran Morales et al. v. Guatemala)^②案等,还可借鉴保护生命权的例证。人权事务委员会于1982年第十六届会议通过的第6号一般性意见(第6条)指出,“对生命权的解释,常常十分狭隘。……缔约国须采取一切可能措施,减少婴儿死亡率和提高预估寿命,特别是采取措施,消灭营养不良和流行病。”^③幼儿的生命很大程度上依赖于食物的安全、饮水的充足供给以及医疗卫生服务的提供。根据联合国儿童基金会的调查,“每21分钟有约29000名不满5岁的孩子由于无可避免的原因死去。这些死亡主要发生在发展中国家,营养不良、缺少安全饮用水和卫生设施构成了这些孩子半数死亡的原因。”^④在此,国家履行保护婴幼儿生命的法律义务应当包括落实幼儿取得安全食物的权利,解决安全幼儿食品的生产、加工、分配、销售、消费,在健康、教育和社会安全方面的平衡措施,鼓励母乳喂养的立法和社会实现,协助母婴在医疗卫生和使用母乳代用品领域获得安全的服务等^⑤,这些措施不仅限于消极的不干预的行动,而是要求国家广泛地采取积极的措施,投入一定的公共资源予以援助和服务。这表明公民、政治权利的实现不仅囿于尊重,还可能包括更加积极的措施,并应用更多的资源。

(三) 澄清“逐步实现”论

《公约》规定“逐渐达到……权利的充分实现”,这里“逐渐”一词本身具有的暧昧、模糊的特点,逐步实现的权利内容经常被误解为只有达到一定的经济水平才能实现,有的国家往往以此为理由,延缓公约义务的履行。事实上这并不是本款正确的法律解释和意图,相反,它要求无论缔约国贫富,都应公平、有效、充分地利用所有可用的资源,以一切适当方法在短期内实现经社文权利。虽然,一些权利的充分实现需要逐步取得,但实现这些目标的步骤必须在《公约》对缔约国生效后短时间内采取。规定“逐步实现”,一方面反映了委员会对国家为争取充分实现经社文权利所面临困难的灵活安排,另一方面,“逐步实现”蕴含着对蓄意倒退性措施的禁止。^⑥

《林堡原则》强调:16. 所有缔约国都有义务立即着手采取步骤,充分落实《公约》所载各项权利。“逐渐实现”的短语并非指或意味着国家有权无限期推迟确保人们享受《公约》所载权利的努力。这种推迟有悖于国际法。

针对这一情况,为了提高经社文权利的实现过程中国家义务履行的可评估性和评估的科学性,行为义务和结果义务的区分论就应用而生了。按照这一理论,^⑦针对《公约》第2条规定所作的解释,说明了缔约国承担一般法律义务的性质和内容:缔约国应“尽其资源能力之所及”(to the maximum of its available resources)以“一切适当方法”实现公约所承认的一切权利。

1. 以“一切适当方法”

^① Airey v. Ireland (Application No. 6289/73), European Court of Human Rights judgment on European Court of Human Rights, October 9, 1979, para 26 and Dissenting Opinion of Judge O' Donoghue, A. General Observation.

^② Also called the case of “street children”. Inter - American Court of Human Rights judgment of 19 November 1999. Joint Concurring Opinion of Judges A. A. Can? ado Trindade and A. Abreu - Burelli, para. 2. Annex I, p. 61.

^③ 人权事务委员会第6号一般性意见(第6条关于生命权)(1982),第5段,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第127页。

^④ 联合国儿童基金会《减少儿童死亡率》,UNICEF Reduce the Child Mortality <http://www.unicef.org/mdg/childmortality.html>,最后访问日期:2008-06-15日。

^⑤ 经济、社会和文化权利委员会第12号一般性意见(第11条关于取得适足食物的权利)(1999),第25段和第30段,E/1995/22号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第67页。

^⑥ 经济、社会和文化权利委员会第3号一般性意见(第2条第1款关于缔约国义务的性质)(1990),第9段,E/1991/23号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第15页。

^⑦ 《经济、社会和文化权利国际公约》的基本条款第2条第1款。

“一切适当方法”表明缔约国为实施公约所承认的权利而采取的行动应符合国情;另一方面也表明委员会对每个缔约国“决定如何最合理地使用资源,制定国策,并决定对一些资源需求优先满足”^①之“考量幅度/决策空间”(margin of appreciation)的尊重。对于“适当方法”的理解,委员会认为选择适当的方策是国家的职责。缔约国所采取的适当措施必须包括立法措施,^②并且不仅限于司法、行政、政策、经济、社会和教育等其他必要步骤,^③还应包括“为国家的司法制度下司法范围内的权利提供司法补救”。^④

2. “尽其资源能力之所及”(to the maximum of its available resources)

怎样理解“资源”?^⑤ 1994年《人权季刊》(Human Rights Quarterly)中一篇关于讨论衡量缔约国“尽其资源能力之所及”实现经社文权利的文章认为“资源”可分人力资源、技术资源、信息资源、自然资源、财务资源。^⑥ 继而,什么是可用于实现经社文权利的资源?这里,国家的可用资源当然不是指国民生产总值,回答这样一个问题显然不宜用穷举的方式,但是至少可以这样理解:一是这些可用的资源不仅限于国内的,也是国际上的;二是可用的资源不仅指预算经费,也包括技术支持、国际合作及其他因素。^⑦ 也就是说,一国的贫富并不能代表该国可用资源的多少。笼统讲,公权力与资源相结合,决定了经社文权利的可用资源。这样的结合,除上述那些司空见惯、我们易于想到的部分外,一方面体现在私有资源在国内社会中的分配方式,另一方面体现在国家在国际事务上的决策。

对于前者,多数情况下,资源不济的实质不在于相对于私有资源政府掌握资源的多少,而在政府对国家资源怎样分配。当已经形成的分配相对均衡时,可更多地由人民自治;当分配极度不均时,便要求通过政府重新分配。诺贝尔经济学奖获得者阿玛蒂亚·森(Amartya Sen)也提出过相似的观点,认为造成饥荒的原因并不是食物短缺或者食品生产不足,而是在国内、国际或区域内未能形成将权利、财产、获得物资的服务规制成为保证满足人们基本食物需要的“赋权系统”(entitlements system)失效。^⑧ 对此,艾德先生也作了精辟的阐述:当人们的收入和机会相对均等,机会相对公平时,个人更容易满足自我需求,对国家公共开支(public expenditure)的需求相对较少;反之,倘若为了实现平等的经社文权利和获得平等的机会,国家便应通过税收和国库收入等增加公共开支。这看似矛盾,然而事实却往往是平等主义社会似乎比那些非平等的社会更乐于接受将税收用于公共支出的做法。在一个社会体系中,要改善人们贫困的境况,最佳策略是确保这些人能够通过社会机制“自给自足”。然而公平分配的改革措施往往会遭到社会权贵的奋力阻拦。在过去,公平分配往往是通过土地改革或是重新分配生产资料等方式

^① 参见经社文权利委员会声明 E/C.12/2007/1,第12段。经济、社会和文化权利委员会第3号一般性意见(第2条第1款关于缔约国义务的性质)(1990),第9段 E/1991/23号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书—各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第15页。

^② 根据《公约》第2条第1款,立法措施是必不可少的,特别当现行法律与《公约》下缔约国的义务抵触时,第2条第1款要求采取立法行动。参见《林堡原则》第18条。

^③ 经济、社会和文化权利委员会认为《公约》第2条第1款反映的主要结果义务是采取步骤。经济、社会和文化权利委员会第3号一般性意见(第2条第1款关于缔约国义务的性质)(1990),第7段和第9段 E/1991/23号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书—各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第14-15页。仅凭法律是无法确保所有人享有经济、社会和文化权利,政府制定行政、司法、政策、经济、社会和教育措施以及其他一切必要步骤。参见《林堡原则》第17条。

^④ 经济、社会和文化权利委员会第3号一般性意见(第2条第1款关于缔约国义务的性质)(1990),第5段 E/1991/23号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书—各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第14页。例如,经社文委员会注意到“不受歧视地享有公约所承认的权利可通过司法或其他有效的补救方式得到适当的促进”。另参见《林堡原则》第19条。

^⑤ 艾德先生早先便提出了这个问题,并作出论述。下文关于此问题的主要观点请参见 Asbjørn Eide et al., *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2001, p. 27.

^⑥ Robert E. Robertson, *Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the 'Maximum Available Resources' to Realizing Economic, Social and Cultural Rights*, Human Rights Quarterly, vol. 16, No. 4 (November, 1994), p. 697.

^⑦ Philip Alston & Quinn Gerard, *The Nature and Scope of States Parties Obligation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* 9 Human Rights Quarterly, p. 179 (1987). Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *An Evaluation of The Obligation to Take Steps to The 'Maximum of Available Resources' under An Optional Protocol to The Covenant* 38th session, 30 April - 18 May 2007, GENER-AL E/C.12/2007/1, 10 May 2007, para. 5.

^⑧ Amartya Sen, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford: Oxford University Press, 1982.

来实现的。在农业不再作为主导的工业时代和后工业化时代,便要求国家为那些即将处于社会边缘的人们提供平等机会,增其收入;并确保那些无法自立的人获得社会保障,使得他们能够自顾生活。^①

对于后者,政府一方面有责任为保障经社文权利的实现寻求国际援助和合作,另一方面,也应反思其国际战略的正确与否。经政府决策,相当一部分本可用于造福于民的资源无可避免地被投入于其他事项上,比如军备竞赛。^②

3. 即时执行的禁止歧视原则

值得一提的是,尽管某些权利因其性质会影响“逐渐达到权利的充分实现”的规则,但仍有许多义务必须予以立即执行,这尤其适用于非歧视条款。委员会宣布这项义务即时、全面地履行,^③不取决于资源多少。缔约国在采取步骤和措施的时候,缔约国要根据《公约》第 2 条第 2 款,遵守“不得有任何区分”的禁止歧视和平等原则,不仅要消除形式上(formal)和实质上(substantive)的歧视,^④而且任何直接(direct)和间接(indirect)形式的区别对待^⑤都应被视为歧视。^⑥对此,委员会特别鼓励各国通过具体立法来禁止歧视的一切行为,定期审查和修正允许歧视行为的法律,并为私人 and 公共各方规定责任。^⑦缔约国应设立负责处理歧视问题申诉的机构,包括法院、法庭、行政机关、国家人权机构和/或监察员。在只有政府当局或其他机构掌握全部或部分有关事实和事件的情况下,确保由政府当局或其他机构承担举证责任。这些机构应当被授权提供有效补救办法,如赔偿、补偿、康复、不再发生的保证和公开道歉。缔约国应确保每个人均不受任何歧视地获得这些机构和机制的服务,使得这些措施得到切实执行。^⑧

4. 评估的限度和原则

相对于“行为义务”(obligation of conduct),国际法委员会(the International Law Commission)更加强调整约国的“结果义务”(obligation of result)。^⑨《公约》第 2 条第 1 款要求缔约国采取措施或经由国际援助和合作“最大限度地利用资源”以便“逐渐达到权利的充分实现”。所谓的“逐渐达到权利的充分实现”并不是没有限制的,决不能解释为国家有权无限期地延缓充分落实权利的努力。相反,这项义务要求缔约国尽可能立刻采取行动,争取迅速落实相关权利,履行其根据《公约》应负的义务(《林堡原则》第 21 条)。

原则上讲,缔约国任何措施的出台,必须考虑《公约》所承认权利的完整性,并充分利用一切可用的资源,经慎重考虑并予以充分证明。^⑩将“可用资源”(availability of resources)饰以“采取步骤”(take steps),并不能改变义务的即刻性,也不能仅以资源限制为无作为来开脱。逐步实现的义务不以资源是

① Asbjørn Eide et al. *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, p. 26(2001).

② Asbjørn Eide et al. *Economic Social and Cultural Rights: A Textbook*. 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, pp. 27-28(2001).

③ 2009 年经济、社会和文化权利委员会第 20 号一般性建议(第 2 条第 2 款关于经济、社会和文化权利中的非歧视原则),第 7 节,载于 E/C.12/GC/20 号文件。另见《林堡原则》第 22 条。

④ 2009 年经济、社会和文化权利委员会第 20 号一般性建议(第 2 条第 2 款关于经济、社会和文化权利中的非歧视原则),第 8 节,载于 E/C.12/GC/20 号文件。

⑤ 2009 年经济、社会和文化权利委员会第 20 号一般性建议(第 2 条第 2 款关于经济、社会和文化权利中的非歧视原则)还列举了多种禁止歧视的理由,如种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份、残疾、年龄、婚姻和家庭状况、性取向和性别认同、健康状况、居住地点、经济和社会状况等。参见第 15-35 节,载于 E/C.12/GC/20 号文件。

⑥ 2009 年经济、社会和文化权利委员会第 20 号一般性建议(第 2 条第 2 款关于经济、社会和文化权利中的非歧视原则),第 10 节,载于 E/C.12/GC/20 号文件。

⑦ 2009 年经济、社会和文化权利委员会第 20 号一般性建议(第 2 条第 2 款关于经济、社会和文化权利中的非歧视原则),第 37 节,载于 E/C.12/GC/20 号文件。

⑧ 2009 年经济、社会和文化权利委员会第 20 号一般性建议(第 2 条第 2 款关于经济、社会和文化权利中的非歧视原则),第 40 节,载于 E/C.12/GC/20 号文件。

⑨ International Law Commission: *Yearbook of the International Law Commission 1977*, Volume II, Part One, Documents of the twenty-ninth session (excluding the report of the Commission to the General Assembly), p. 8. 此外,经济、社会和文化权利委员会也认为《公约》第 2 条第 1 款反映的主要结果义务是采取步骤。

⑩ 经济、社会和文化权利委员会第 3 号一般性意见(第 2 条第 1 款关于缔约国义务的性质)(1990),第 9 段, E/1991/23 号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第 15 页。

否增加而转移,它更加致力于要求有效利用现有资源,或者开发社会资源。^①“即使可用的资源已被证实不足,缔约国也有责任在占主导的环境条件下尽最大可能保证经社文权利。即便有严重的资源限制,缔约国也必须采用相关的低成本指标计划来保护多数弱势群体和边缘化的人们。”^②

对缔约国最低核心义务的规定,为正确理解“逐步实现”论提供了更为准确、相近的标准。根据公约的第2条第1款,以及委员会在第3号一般性评论中的第10段所示“如果不把《公约》看作是确定了此种最起码的核心义务,就等于使其基础上失去了存在的理由。缔约国如要将未履行最低核心义务归因于缺乏资源,它就必须表明已经尽了一切努力利用可得的一切资源作为优先事项履行最起码的义务。”^③断定怎样的行为或不作为构成对该权利的一项侵犯时,区分缔约国“不能”或“不愿”履行义务十分重要。倘若缔约国主张由于资源限制而导致履约失败,该国有责任证明其已将最低义务作为优先事项予以考虑,并已穷尽可支配的所有资源,包括寻求国际援助和合作,且未获成功。^④

对此,经社文委员会在评估缔约国是否用尽所有可用资源,以及所采取的措施是否合理地将《公约》规定下的所有权利审慎地纳入考虑时,会考察如下因素:

- (1) 有关实现经济、社会、文化权利的措施的审慎、具体和针对性的程度;
- (2) 缔约国是否以非歧视的、非专断的方式行使自由裁量权;
- (3) 缔约国的分配(或不分配)可利用的资源的决定是否符合国际人权标准;
- (4) 当存在数个政策选择时,缔约国是否选择了对《公约》权利限制最小的政策;
- (5) 所采取步骤的时限;
- (6) 采取步骤时,是否考虑弱势和边缘化的个人或群体岌岌可危的情况;这些步骤是否是非歧视的;以及是否优先处理严重的情况和危机。^⑤

对于缔约国是否可以以资源限制作为倒退性措施的理由,委员会将基于以下客观标准作出评定:

- (1) 国家的发展水平;
- (2) 所称违约的严重性,特别是有关《公约》最低核心内容的实现情况;
- (3) 国家当前的经济状况,特别是国家是否正在经历一段时期的经济衰退;
- (4) 其他有关缔约国有限资源的重要声明的真实性,如由于近期的自然灾害,或者近期国内或国际上的武装冲突;
- (5) 缔约国是否已作出与低成本相关的选择;以及
- (6) 缔约国是否已经寻求合作和支持,或者是否无充分理由而拒绝以实施《公约》规定为目的的国际社会的资源供应。^⑥

^① 《林堡原则》第23-24条。Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *An Evaluation of The Obligation to Take Steps to The 'Maximum of Available Resources' under An Optional Protocol to The Covenant*, 38th session, 30 April-18 May 2007, GENERAL E/C.12/2007/1, 10 May 2007, para. 4.

^② Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *An Evaluation of The Obligation to Take Steps to The 'Maximum of Available Resources' under An Optional Protocol to The Covenant*, 38th session, 30 April-18 May 2007, GENERAL E/C.12/2007/1, 10 May 2007, para. 4.

^③ 经济、社会和文化权利委员会第12号一般性意见(第11条关于取得充足食物权利)(1999),第17段,E/1995/22号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第65页。

^④ See Asbjørn Eide et al., *Economic, Social and Cultural Rights: A textbook*, 2nd Rev. Ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2001, pp. 26-27. 经济、社会和文化权利委员会第3号一般性意见(第2条第1款关于缔约国义务的性质)(1990),第10段,E/1991/23号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第15页。

^⑤ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, "An Evaluation of The Obligation to Take Steps to The 'Maximum of Available Resources' under An Optional Protocol to The Covenant", 38th session, 30 April-18 May 2007, GENERAL E/C.12/2007/1, 10 May 2007, para. 8-9. 第8段中译文转引自李万熙,余秀燕译:“‘经济、社会和文化权利国际公约’及其实施:国际标准”,载柳华文主编《经济、社会和文化权利可诉性研究》,中国社会科学出版社2008年版,19-40页,第27页。

^⑥ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *An Evaluation of The Obligation to Take Steps to The 'Maximum of Available Resources' under An Optional Protocol to The Covenant*, 38th session, 30 April-18 May 2007, GENERAL E/C.12/2007/1, 10 May 2007, para. 10.

(四) 挑战不可诉讼

在讨论可诉性问题之前,首先要澄清一个基本问题,即经社文权利的法律效力与法律适用。在经社文权利可诉性问题上,很多人往往将其法律效力和适用性混为一谈。前者是指条约一旦符合国际法和国内法条约缔结程序所规定的条件,在国内对缔约国就产生法律效力。条约对某国具有法律效力的结果是该国有义务遵守该条约,在国际和国内履行条约义务,这是个国际法问题^[1](P. 76-77)。而适用性的问题是国内法上的宪法性问题,指对该国已经产生效力的条约如何在国内履行。经社文权利是国际人权宪章规范中重要的组成部分。这些条约旨在消除歧视和保护人权,并因其为缔约国创设的法定义务而具有有效的法律效力。在一些国家,经社文权利条约还被纳入国内法,使得该项权利在国内具有正式的法律效力。因而,法律性质的有效性并不是阻碍经社文权利获得真正法律地位的原因,而是其适用性^[2](P. 25)。

对两项权利的不同定性,如上文所述的积极性和消极性、逐步实现和即刻实现、耗用资源和无需资源等,都被用来证明经社文权利的救济不能援用法律,不可被司法适用。对耗用资源的权利作出裁决并要求予以救济的举措,将会使法院僭越司法独立的角色,涉足关乎民生、资源分配的公共政策领域中,^①因此,经社文权利常常被看作是没有司法可诉性的权利。^②一些人还根据《公约》中的义务条款,由其“政治”特征得出将经社文权利归为行为义务,而非结果义务。但是,越来越多的学者和专家认为上述主张是缺乏根据的^[2](P. 26)。

可以说,近年来,挑战不可诉讼的理论和实践蓬勃发展,构成了一道推进经社文权利实施的亮丽风景线。

对于《公约》在缔约国国内法院的适用性问题,经济、社会和文化权利委员会曾表示过极大关注,在委员会第 3 号和第 9 号“一般性意见”中充分阐释了希望缔约国法院直接适用《公约》的原则和立场。^③在第 3 号一般性意见中,经济、社会和文化权利委员会表示,“除了立法之外,为根据国家法律制度可加以审理的权利提供司法补救可被视为属于适当的措施”^④。《公约》的若干条款能够由国家法律体系的司法和机构立即适用,包括:不歧视(第 2 条第 2 款)、男女权利平等(第 3 条)、公平的工资[第 7 条(a)款(i)项]、工会(第 8 条)、保护儿童和少年免受经济和社会剥削(第 10 条第 3 款)、免费和义务初等教育[第 13 条第 2 款(a)项]、宗教和私立学校(第 13 条第 3 和第 4 款)和进行科学研究和创造性活动的自由(第 15 条第 3 款)。^⑤

此外,委员会在第 9 号一般性意见第 3 段中解释:

在国内适用《公约》的问题上,必须考虑两项国际法原则。第一是《维也纳条约法公约》第 27 条所载的原则,即“[A]一当事方不得援引其国内法规定为理由而不履行条约”。换言之,国家应对国内法律秩序进行必要的修订,以履行它们的条约义务。第二项原则反映在《世界人权宣言》第 8 条中,根据

^① Craig Scott & Patrick Macklem, *Constitutional Ropes of Sand or Justifiable Guarantees? Social Rights in a New South Africa Constitution*, 141 U. Pa. L. Rev. 1(1992). p. 35.

^② Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden: Martinus Nijhoff, p. 173(2003).

^③ 经济、社会和文化权利委员会第 3 号一般性意见(第 2 条第 1 款关于缔约国义务的性质)(1990),第 5-6 段,E/1991/23 号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第 14 页。经济、社会和文化权利委员会第 9 号一般性意见(关于《公约》在国内的适用)(1998),第 8 段,E/1999/22 号文件,联合国人权高专办事处:《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第 55 页。

^④ 经济、社会和文化权利委员会第 3 号一般性意见(第 2 条第 1 款关于缔约国义务的性质)(1990),第 5 段。

^⑤ 经济、社会和文化权利委员会第 3 号一般性意见(第 2 条第 1 款关于缔约国义务的性质)(1990),第 5 段,E/1991/23 号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第 14 页。经济、社会和文化权利委员会第 9 号一般性意见(关于《公约》在国内的适用)(1998),第 10 段,E/1999/22 号文件,联合国人权高专办事处《国际人权文书-各人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,HRI/GEN/1/Rev.7,第 55-56 页。《林堡原则》第 22 条也有相似的表达:“8. 虽然充分落实《公约》确认的权利的工作须逐步加以实现,但可使某些权利的适用立即由法院裁判,而另一些权利则可以逐步成为可由法院裁判的权利。”The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Undoc. E/CN.4/1987/17. Annex, Reprinted in: Human Rights Quarterly, Vol. 9(1987), pp. 122-135 at p. 124.

这项原则,“任何人当宪法或法律所赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法院对这种侵害行为作有效的补救”。

这说明倘若一国不提供司法补救,并不意味着该项权利具有不可审理的性质。经社文权利性质的本身并不能成为其不可诉的依据,造成其不可诉论断的原因主要是裁决机构缺乏能力和意愿,对涉及该项权利的要求采取不受理、不审查和不判决。^①在实践中,从国内层面到国际层面,证明经社文权利可诉性的判例不胜枚举:

1. 国内判例实践证明经社文权利的可诉性

在司法实践当中,国内方面是通过一些法院的创新性判决,证明那些被拒绝得到经社权利服务的人们可以通过司法正义获得应有的权利。如,南非宪法法院审理的苏布拉姆尼案(*Soobramoney v. Minister of Health*)^②、格鲁特布姆案(*Government of Republic of South Africa and Others v. Grootboom*)^③、治疗行动运动案(*Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*)^④;再如,芬兰最高行政法院1997年有关住房权的判例^⑤、1997年有关获得社会援助的判例^⑥、2000年有关健康和医疗服务的判例^⑦等。^⑧其中的不少判例不仅证明了经济、社会权利的可诉性,而且还创造了一个令人振奋的人权法学研究的新领域,即“转换法学”(transformative law)^{[3][P.24]}。这些判例转换了在社会不平等境况下的社会关系,使得处于社会边缘的人们获得了寻求公平和正义的途径。

2. 区域性人权法院的判例证明经社文权利的可诉性

区域范围内,如欧洲人权法院(European Court of Human Rights, ECtHR)也有不少鼓舞人心的创举。^⑨经社文权利的可诉性除了通过《欧洲保护人权与基本自由公约》(以下简称《欧洲人权公约》)第14条的非歧视条款得到体现^⑩外,《欧洲人权公约》第6条有关程序性保障的案例也可证明经社文权利的可诉性。在爱尔兰诉爱尔兰一案(*Airey v. Ireland*)^⑪中,《欧洲人权公约》第6条第1款规定在“确定其公民权利和义务时”任何人有权在依法成立的无偏倚的法庭上被公正且公开地审判。由于对“公正审判”的解释无从统一,且它与公民权利相关,所以,当公民权利被解释为与经济、社会服务之下的福利、权利相关时,经社权利便应当受到程序上的保护^{[2][P.30]}。当相关社会福利和保障的归属被解释为第6条第1款的“公民权利”的范畴下时,它便是一项真正的公民权利,并应有一切必要的保障措施。

此外,欧洲人权法院依据第6条第1款裁定经社文权利时,经历了两个重要的转变。最初,通过菲

① 联合国人权高专办事处《国家人权机构手册:经济、社会和文化权利》,日内瓦:联合国出版物2004年版,第34页。

② *Soobramoney v. Minister of Health*(KwaZulu - Natal) ([1997] ZACC 17)。

③ *Government of Republic of South Africa and Others v. Grootboom* [2000(11) BCLR 1169 (CC)]。格鲁特布姆案在国际法人权法学界被视为里程碑式的判例。参见 Jeanne M. Woods, “Justifiable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm”, 38 *Texas International Law Journal* p. 786(2003)。

④ *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others* (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC)。

⑤ Supreme Administrative Court 2 September 1998, No. 1701. Also see Martin Scheinin, *Protection of the Right to Housing in Finland*, in: Scott Leckie, *National Perspective on Housing Rights*, Hague: Kluwer Law International, p. 248(2003)。

⑥ Administrative Court of Central Finland 26 March 1997, No. 227. Also see Economic and Social Council, Fifth Periodic Reports Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of The Covenant, Substantive session of 2006, E/C.12/FIN/5, 8 February, p. 9(2006)。

⑦ Supreme Administrative Court 27 November 2000, No. 3118. Also see Martin Scheinin, *Protection of the Right to Housing in Finland*, in: Scott Leckie, *National Perspective on Housing Rights*, Hague: Kluwer Law International, p. 246(2003)。

⑧ 芬兰除上述判例外,在经社文权利方面比较有代表性的还有:(1)有关工作权的判例:KKO 1997:141 (Yearbook of the Supreme Court 1997 No. 141);(2)有关社会服务的判例:Helsinki Court of Appeals 28 October 1999, Case No. S 98/225;(3)有关教育权的判例:Supreme Administrative Court 28 February 2000, No. 394;(4)有关社会援助的判例:Administrative Court of Häme 1 June 1999, No. 368/3;(5)有关少数人文化的权利:Supreme Administrative Court 7 April 2000, No. 686; Supreme Administrative Court 22 September 1999, No. 3181; Supreme Administrative Court 31 March 1999, Nos. 692 and 693。

⑨ 下文关于欧洲人权法院通过《欧洲人权公约》第6条来保护经社文权利的内容主要源自 Martin Scheinin “作为法定权利的经济和社会权利”,载[挪]Asbjørn Eide等主编《经济、社会和文化权利教程(修订第二版)》,中国人权研究会译,四川人民出版社2004年版,第30-33页。

⑩ *Gaygusuz v. Austria*, Reports of Judgments and Decisions 1996 - IV, No. 14。

⑪ *Airey v. Ireland* judgment of 9 October 1979, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 32。

尔德布鲁格诉荷兰案(*Feldbrugge v. the Netherlands*)^①和多姆兰德诉德国案(*Dreamland v. Germany*)^② 欧洲人权法院首次将经济、社会权利的保护范围扩大到社会福利。这里的社会福利是一项公民权利,以私法特征为主,兼具公法性质^{[2] (P.30)}。尔后,通过塞莱西诉意大利案(*Salesi v. Italy*)^③和舒勒-兹格拉根诉瑞士案(*Schuler - Zraggen v. Switzerland*)^④,欧洲人权法院又将经社权利的保护的范围,由先前的以私法特征为主导的社会福利扩大到了具有公法性质的法定的社会保障和福利^{[2] (P.31)}。无论社会保障或津贴是否有私法关系,都被视为由公法保障的权利,其分配要符合公正审判的标准。根据上述欧洲人权法院的判决,当社会保障和福利服务被视为个人的经济权利时,受《欧洲人权公约》第 6 条保护的个人的权利中的经济和社会权利,源于国际条约、国内宪法、法律和合同等因素,以及决定分配福利保障的程序和细节,将共同构成规范^{[2] (P.32 - 33)}。

倘若社会保障和社会救济可以作为法定权利予以保护和救济,那么经社文权利受《欧洲人权公约》保护的可以更加广泛。欧洲人权法院的判例也证明了这点。通过斯堡隆和隆如斯诉瑞典案(*Sporrong & Lönnroth v. Sweden*)^⑤和詹姆斯等诉英国案(*James and others v. UK*)^⑥证明了财产权的可诉性;通过耶德森等诉丹麦案(*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*)^⑦,坎贝尔和科森斯诉英国案(*Campbell and Cosans v. UK*)^⑧和比利时语案(*Belgian Linguistics v. Belgium*)^⑨展示了教育权的可诉性。

尽管欧洲人权法院的有关保护经社文权利的判例都是通过公民、政治权利的司法机制进行审理的,^⑩这种情形不但不能说明经社文权利不可诉的性质;相反它表明了:一方面,个人权利的不可分割性;另一方面,经社文权利的国际条约在国内适用方面可能走得更远。此外,《欧洲社会宪章》自 20 世纪 80 年代以来的一系列改革,如 1991 年对报告程序的改善和加强;对《欧洲社会宪章》的修订,设立评估国内法律和实践情况的欧洲社会权利委员会;以及 1995 年通过《附加议定书》设立申诉制度等都表明了欧洲理事会在实践中承认经社文权利可诉性的趋势和倾向。

3. 国际人权法及判例对经社文权利可诉性的积极回应

经社文权利不仅具有国内宪法机制,还具有国际监督机制。国际上,有相当部分的经社文权利的诉讼主要是通过《公民权利和政治权利国际公约》下非歧视原则(第 26 条)的申诉机制实现的,如兹沃德·弗里斯诉荷兰案(*F. H. Zwaan - de Vries v. the Netherlands*)^⑪、布鲁克斯诉荷兰案(*S. W. M. Brooks v. the Netherlands*)^⑫、艾薇兰纳诉秘鲁案(*Ato del Avellanal v. Peru*)^⑬以及盖耶等诉法国案(*Gueye et al v. France*)^⑭等。上述令人振奋的创举和案例不断向人们展示经社文权利可诉的方式。而近年来,随着

① *Feldbrugge v. the Netherlands* judgment of 29 May 1986, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 99.

② *Dreamland v. Germany* judgment of 29 May 1986, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 100.

③ *Salesi v. Italy* judgment of 26 February 1993, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 257 - E. 政府拒不予申请人残疾津贴,涉及社会救济而非社会保险。决定申请人残疾津贴的行政当局没有行使自由裁量权,因而欧洲人权法院裁定当局违反了《欧洲人权公约》第 6 条第 1 款。而 Salesi 女士主张这是一项经济权利,源自于宪法下有效的具体法规。

④ *Schuler - Zraggen v. Switzerland*, judgment of 24 June 1993, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 263. Schuler - Zraggen 女士主张这是一项经济权利,它源于联邦法律规定。基于 Schuler - Zraggen 女士作为有子女的已婚妇女,即使没有健康问题也不会再工作的假设,政府拒绝给予法定残疾养老金。欧洲人权法院判定缔约国违反了第 14 条和第 6 条第 1 款。

⑤ *Sporrong & Lönnroth v. Sweden*, judgment of 23 September 1982, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 52.

⑥ *James and others v. UK*, judgment of 21 February 1986, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 98.

⑦ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, judgment of 7 December 1976, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 23.

⑧ *Campbell and Cosans v. UK*, Series A judgment of 25 February 1982, Publications of the European Court of Human Rights, No. 48.

⑨ *Belgian Linguistics v. Belgium* judgment of 23 July 1968, Series A, No. 6.

⑩ 一些北欧国家逐渐形成一种趋势,即把社会保障、健康、教育、福利和社会服务作为一项个人权利来保护。参见 Martin Scheinin: “作为法定权利的经济和社会权利”载[挪]Asbjørn Eide 等主编《经济、社会和文化权利教程(修订第二版)》,中国人权研究会译,四川人民出版社 2004 年版,第 42 页。

⑪ *F. H. Zwaan - de Vries v. the Netherlands*, Communication No. 182/1984.

⑫ *S. W. M. Brooks v. the Netherlands*, Communication No. 172/1984.

⑬ *Ato del Avellanal v. Peru*, Communication No. 202/1986.

⑭ *Gueye et al v. France*, Communication No. 196/1985.

2008年12月8日《公约》任择议定书在联合国人权理事会的通过,联大把接受和审查来自个人和群体的、有关经社文权利受到侵害的申诉权限授予经社文权利委员会,国际社会最终终止了是否在国际层面将经社文权利纳入向个人或群体提供救济的机制的争论,对经社文权利的是否可裁判性作出了强有力的回应。《公约》任择议定书反映了国际申诉程序中的最前沿,不仅设立了处理个人和群体申诉的程序,还设立了大规模或情势严重地违反《公约》的调查程序,^①以及为缔约国提供专家和技术性援助的信托基金。^②

可以说,时至今日,人们多已接受了经社文权利可诉的论点,从开始的是否可诉的讨论转移到更加细致的审判和执行的问题上。承认经社文权利与其他法律一样具有法律约束力是一个很好的起点。一方面,通过委员会的工作,进一步明确了《公约》权利的规范性和缔约国所负有的国家义务。委员会在审查缔约国提交的报告时,将以“合理性”作为衡量标准,这种审查不以一个适用于所有国家的绝对标准为依据,而是要评估缔约国是否在履行《公约》下的国家义务,以及那些真正需要逐步实现的权利的要素等。另一方面,经社文权利在很多区域已经由法院来审判,但对于这些权利实际上不可诉的国家来讲,更重要的是如何使得权利可诉。

三、结论与启示

从经社文权利走出困境的种种努力和进展中,我们可以得出一些重要结论,并得到一些启发。

1. 正确理解经社文权利及其国家义务。

随着人权法的不断发展,人们应当认识到,经社文权利与公民、政治权利的区别,不能看作权利与非权利的区别,而应当看作此权利与彼权利的区别。特别是20世纪90年代中期以来,国际趋势是,经社文权利的某些“特性”开始淡化并已经遭到质疑,要求将人权作为整体对待的意识加强^{[4] (P. 41-62)}。这要求缔约国在履行《公约》下的法律义务时,一方面,消除对经济、社会和文化权利的忽视;另一方面,逐渐使得相关权利和相应的国家义务明确清楚。二者是密不可分的。尽管,通过联合国经济、社会和文化委员会的“一般性评论”对相关国际条约的解释,可以使得这些权利的内容和相应国家义务的执行标准更加详尽精确。但在法定程序下有效地确保相关权利的实现,取决于缔约国对国际法律义务的善意履行。^③国家应当首先正确地认识权利的属性,继而,要明确保障与这项权利实现相关的法规、制度、服务、计划和行动,还要结合本国的制度实际,通过改革措施,保证该项义务的切实履行。

2. 国内法的转化和适用。

如今,经社文权利的绝对渐进性和不可诉的认识在理论上已经得到了否定。与国际人权法的其他部分一样,经社文权利的国际人权标准终归要向国内法转化(transformation),并且在很大程度上由国内宪法完成。^④在现实中,抽象概括的一元论或二元论难以概括实践的全部,各国都无可避免随时面临如何处理国际法和国内法的关系,而各国对条约的态度也取决于其国内法律制度。各缔约国并非为了遵守国际人权条约一定要将条约逐字逐句地写入宪法中,更重要的是,要将国际人权法所规定的义务通过国内法予以执行。

经社文权利的国际条约被纳入国内法,或者是因为国家的一元主义,或者是由于具体条约转化的法律。多数情况下,国际人权条约经常只是在普通的法律层次上得到实施。一些国家,例如美国和德国认

^① Art. 11 of Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, The General Assembly adopted resolution A/RES/63/117 on 10 December 2008.

^② Art. 14 (3) of Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, The General Assembly adopted resolution A/RES/63/117 on 10 December 2008.

^③ 参见1969年维也纳条约法公约第26条,“凡有效之条约对其各当事国有拘束力,必须由各该国善意履行。”Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969. ‘Every treaty in force is binding upon the parties to the treaty and must be performed by them in good faith’.

^④ 从人类早期的人权史看,人权最初是作为国内宪法的一部分得以发展的。参见[奥]曼弗雷德·诺瓦克《国际人权制度导论》,柳华文译,孙世彦校,北京大学出版社2010年版,15-16页,第35页。

为其国内的人权法案已然符合了或者超越了国际人权法的要求。当人权条约与国内法不相一致时,许多国家不是改革本国的宪法性权利法案,而是诉诸国际法上的保留,从而,导致了不同的国家标准以及大量的解释性问题^{[5] [P. 15-16; 36]}。这种现象是普遍存在的,我国也不例外。

其次,在国内一些国际条约转化的基本问题还没有真正解决。条约是否是中国国内法的一部分呢?中国不存在“转化”的问题,中国制定法律与批准加入公约的程序基本相同。在适用冲突时往往规定在中华人民共和国声明保留的条款外,适用国际条约优先。^①但是,我国法律和条约没有规定适用国际习惯,或者还有许多法律没有这样的条款,不能说这是中国的一般实践^{[1] [P. 77]}。在此意义上,可以说,条约不是我国法律渊源的形式。我国法律只是规定“条约优先适用”,并且这些“优先适用”的条款只是规定在具体法律中,而不是在作为根本大法的宪法中^{[1] [P. 76]}。

结 语

从经社文权利走出困境的艰难历程中,我们可以看到,每个人生来拥有作为人的权利,这是天经地义的,并非为国家法律所创设,正是这样的人权信念,为人们通过改革恶法、创制善法将经社文权利合法化、制度化提供了强大动力。但同时,我们也要看到,只有那些具有实在法形态的权利或国家通过法律的形式承认保障的人权,才能成为可诉的、可获得救济的权利。国际人权条约机构的作用主要在于督促缔约国保障人权,一国民众权利的实现终归取决于该国政府的善意和努力。我们应该更多地关注实在法层面的操作问题,推动政府诚实地、自尊地、自觉地为国民争取权利,而不再刻意寻求规避人权条约的方法和保留。^②随着《公约》任择议定书的通过,公约实施机制的加强,国家必须越来越多地承担更强的法律义务。人权原则不应仅仅是国家空泛的道德义务和政治责任,它应当更多地为包括中国在内的世界各国的文明进步和法制发展注入道德的、社会政治的强大动力,并在此过程中得到充分的实现。

参考文献:

- [1] 白桂梅《国际法》,北京大学出版社 2006 年版。
- [2] Martin Scheinin “作为法定权利的经济和社会权利”,载[挪]Asbjørn Eide 等主编《经济、社会和文化权利教程(修订第二版)》,中国人权研究会译,四川人民出版社 2004 年版。
- [3] 李万熙,余秀燕译“‘经济、社会和文化权利国际公约’及其实施:国际标准”,载柳华文主编《经济、社会和文化权利可诉性研究》,中国社会科学出版社 2008 年版。
- [4] 柳华文“经济、社会和文化全力保护的国际新趋势”,载柳华文主编《经济、社会和文化权利可诉性研究》,中国社会科学出版社 2008 年版。
- [5] [奥]曼弗雷德·诺瓦克《国际人权制度导论》,柳华文译,孙世彦校,北京大学出版社 2010 年版。

(责任编辑 孙国栋)

① 如《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国专利法》等。

② 比如,《欧洲人权宪章》附件中的一项声明指出“《宪章》包括具有国际性质的法定义务,其适用仅受到载于第四部分内容的监督。”尽管该条款有时被理解为对《欧洲社会宪章》条款国内适用的排除,但是《欧洲社会宪章》中一些规定已经被荷兰、德国等法院适用;当芬兰议会批准《欧洲社会宪章》并通过纳入《法案》时,芬兰议会社会事务委员会特别指出:国内法院和行政机关可适用《欧洲社会宪章》的条款。Martin Scheinin “作为法定权利的经济和社会权利”,载[挪]Asbjørn Eide 等主编《经济、社会和文化权利教程(修订第二版)》,中国人权研究会译,四川人民出版社 2004 年版,第 41 页。