

司法保障经济和社会权利的可能性与限度

——南非宪法法院格鲁特布姆案评析

黄金荣

内容提要:对经济和社会权利具有可诉性的怀疑论在人权领域内曾经长期占据主导地位,但学术界从理论上已经为证明经济和社会权利具有可诉性做出了许多努力,而南非宪法法院对格鲁特布姆(Grootboom)案的判决则第一次在实践上对这个问题做出了正面解答:它确认经济和社会权利的主体具有“合理的政策请求权”,并且确立了对经济和社会权利进行司法审查的“合理性原则”。格鲁特布姆案对于全面认识经济和社会权利的可诉性问题具有极为重要的理论和实践意义。

关键词:经济和社会权利 可诉性 格鲁特布姆案 合理政策请求权

黄金荣,中国社会科学院法学所助理研究员,法学博士。

经济和社会权利的可诉性问题一直是人权领域非常有争议的问题,但近些年来南非宪法法院从司法实践的角度对这个理论问题所作的回答非常引人注目,它在2001年判决的格鲁特布姆案现在已经被广泛视为是证明经济和社会权利具有可诉性的里程碑式案件。本文将首先介绍理论界在经济和社会权利可诉性问题上所展开的争论,然后再结合格鲁特布姆案对实现经济和社会权利可诉性的可能性和限度问题做一初步的探讨。

一 经济和社会权利的可诉性问题

经济和社会权利主要是指与保障人的基本生存条件密切相关的一系列权利,联合国《经济、社会和文化权利公约》(下文简称为《公约》)以及许多区域性人权公约都明确对这类权利做了规定。但这种世界范围的普遍确认并没有完全消除从《公约》制定以来一直就存在的、对这类权利所具有的“权利”属性的怀疑。这种怀疑论的核心就在于它认为,经济和社会权利在法律上不具有可诉性,因而不大可能通过司法进行保障;在怀疑论者看来,一项不能实现司法保障的权利能否被称为“权利”,这本身就是值得怀疑的。

这种怀疑论确实由来已久。早在20世纪联合国讨论制定国际人权宪章之时,这种怀疑论就已经普遍存在。1950年,当时的印度政府代表就明确提出,经济和社会权利尽管也非常重要,但因为它们不是一种可诉的权利,所以它们构成了与公民权利和政治权利性质迥异的权利类型,因而两者应该具有不同的实施方法并规定在两个不同的公约中。^[1]虽然这种观点曾遭到不少国家的反对,但最终还是逐渐占据了主导地位,并导致联合国制定了在规范方式和实施机制方法等方面都相差甚远的联合国两大人权

[1] E/1992 E/CN. 4/640, 1950, p. 15.

公约。

在国内法中,经济和社会权利的可诉性问题也经常成为争论的焦点。“如果有一个问题支配了对经济和社会权利的辩论,这个问题就是,那些权利在国内法的层次上是否具有可诉性。”^[2]印度、日本、新西兰、加拿大、南非和东欧各国都曾经针对这个问题开展过激烈的争论,因为这直接涉及是否应该在宪法中规定经济和社会权利,或者是否可由法院来对这些权利进行司法保障的问题。一个不容否认的事实是,长期以来,认为经济和社会权利不具可诉性的观点经常占据主导地位。例如,印度独立后,其制宪会议讨论的结果是将宪法中的权利分为截然不同的两部分,公民权利和政治权利被视为具有可诉性的“基本权利”,而经济和社会权利则只是成了“国家政策的指导性原则”。日本的情况与印度有所不同,它的《和平宪法》第 25 条直接规定了福利权条款,并且也没有明确对两类权利进行区别对待。然而,长期以来,日本的最高法院却一直拒绝承认这个条款具有直接的司法适用性。此外,新西兰对经济和社会权利的可诉性问题辩论的结果也是认为,“在一个司法上可以强制实施的法案中包括社会和经济权利存在很多困难。……让司法机关来对这类事情做出决定是不适宜的”^[3]。因此,经济和社会权利被排除在了 1987 年制定的《新西兰权利法案》之外。

那么,人们反对经济和社会权利具有可诉性的主要原因究竟是什么呢?在权利理论领域,一直存在把经济和社会权利与公民权利和政治权利截然分开的二分法。这种二分法认为,公民权利和政治权利是一种消极权利,因此一般并不需要多少资源就能获得保障,并且法律和司法机关也很容易对它们进行精确界定。也正因为如此,司法机关可以很容易实施它们。而经济和社会权利则不然,它们是一类积极权利,它们的实现需要由大量的社会资源做保证,并且它们的积极属性也决定了要对它们进行清晰的界定会很困难,要国家对这些权利立即进行保障是不现实的,因此只能逐渐予以实现。不仅如此,如果在法律没有对经济和社会权利进行清晰规定的情况下就由司法机关予以实施,那么司法机关就很容易侵犯立法机关和行政机关的职权,因为毕竟财政分配和社会决策传统上是属于政治机关的职权。因此,权利规范的模糊性问题、资源限制问题以及司法审查的可能性和合法性问题都是在实现经济和社会权利的司法保障过程中难以回避的难题。

对于这种权利二分法以及以此为依据而得出的经济和社会权利不具有可诉性的结论,一些国际人权法学者提出了反对意见,他们主要的理论依据是义务层次理论。这种理论认为,不管是经济和社会权利还是公民权利和政治权利,都包含着三个层次的义务,即尊重义务、保护义务和实现义务,^[4]因此将经济和社会权利仅仅视为积极权利是不正确的,因为它也有消极的一面。例如,住房权并不仅仅意味着政府负有为没有能力为自己提供住房的人提供住房的积极义务,而且还包括不得侵犯已有住房者的住房权的义务,包括保护其不受任意驱逐的义务。同理,政府对公民权利和政治权利也不仅仅包括消极的义务,而且也包括保护的义务,甚至实现的义务。例如,对于公民的人身权,政府不仅负有不去侵犯公民人身自由的义务,而且还包括在公民的人身权受到侵犯的场合予以积极救济的义务。在公民自身不能有效保障自己人身权的情况下,政府还负有提供积极帮助的义务(如国家有义务对人身安全受到威胁的证人提供特殊保护)。提出这种义务层次理论的目的在于证明那种以积极/消极权利的划分为由否认经济和社会权利具有可诉性的观点是不能成立的,因为如果说经济和社会权利存在诸如权利规范的模糊性问题、资源限制问题以及司法审查的可能性和合法性问题等难题,那么公民权利和政治权利也同样会存在这类问题。在这种情况下,各国既然还能对公民权利和政治权利进行有效的司法保护,为什么对经济和社会权利就不能呢?

[2] Henry J. Steiner & Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, New York: Oxford University Press, 1996, p. 298.

[3] Paul Hunt, *Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996, p. 45.

[4] Kitty Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects*, Intersentia - Hart, 1999, pp. 121 - 125.

但义务层次论并不能完全排除人们对实现经济和社会权利可诉性的疑虑,也未能从理论上完全消除人们对两类权利的区别所持有的根深蒂固的观念。正是基于此,有学者指出,两类权利都存在尊重、保护和实现三个义务层次本身并不能证明两类权利就是没有区别的,因为两者都存在三个层次的义务本身并不表明,与每一类权利相对应的义务层次的重心都是一样的。事实上:

在法律语境中,公民权利典型的重心在人权义务的前两个层次,即尊重的义务和保护的义务,而社会权利的重心则在第三个层次,即实现义务层次。^[5]

由此可见,尽管义务层次论在一定程度上修正了传统权利二分法中绝对化的错误,但是,传统二分法的理论内核仍然是成立的。也就是说,总体并且相比较而言,公民权利和政治权利仍然是一种消极权利,而经济和社会权利则是一种积极权利;即使义务层次论能够证明经济和社会权利在尊重(消极)义务层次具有可诉性,也不能否认其在实现(积极)义务层次的可诉性所要面临的困难。

对于积极义务层次的经济和社会权利,联合国经济、社会和文化权利委员会承认它们受到可利用资源的限制,也承认《公约》允许各缔约国“逐渐实现”这些权利。但同时它又认为,这种区别并不能否认缔约国对各《公约》权利的最低核心义务所负有的即刻实现义务:

每个缔约国均有责任承担最低核心义务,以确保至少使每项权利的实现达到一个最低限度的基本水平。……如果不把《公约》解释为是确立了此种最低核心义务,那就等于使其基本上失去了存在的理由。……如果一个缔约国将未履行最低核心义务归因于缺乏资源,那么它就必须证明已经尽了一切努力、利用了一切可以利用的资源优先履行了那些最低义务。^[6]

通过提出“最低核心义务”概念,委员会认为资源限制的问题应该是可以克服的。据此它推定各缔约国对此有即刻实现的义务;如果确实不能实现,那么缔约国就负有举证的义务。但传统的二分法认为,如果由法院来确定经济和社会权利的义务内容,那么就意味着把财政分配这样的政治问题交由司法机关处理,这必然会对传统三权分立的理论提出挑战。对此,委员会的回答是,尽管政府不同部门的权力分工应该受到尊重,但是也应承认,总体而言,法院早就介入了相当一部分具有很强资源分配意味的问题,如果仅仅根据对两类权利的僵硬划分就把经济和社会权利排除在法院的管辖之外,那不仅是随意的,而且还违反了两类权利不可分割的政治原则。

当然,经济、社会和文化权利委员会的回答并不是、也不可能是辩论的终结,因为经济和社会权利是否具有可诉性并不仅仅是一个理论问题,而且还是一个实践问题。长期以来,人们对经济和社会权利争论不休也跟实践的极度缺乏有很大关系。值得庆幸的是,南非宪法法院对格鲁特布姆等案的判决已经为这种实践的展开提供了一个良好的开端。

二 南非宪法与格鲁特布姆案

在国内法领域,经济和社会权利的可诉性问题主要集中在宪法性经济和社会权利上。这一点很好理解。首先作为一类基本人权,它们在价值上的至关重要性决定了它们应该成为宪法规定的对象;其次,宪法性权利的性质决定了宪法不可能像普通立法一样对经济和社会权利内容进行详细的规定,这就使得权利规范的模糊性不可避免,因而容易对司法机关的能力构成挑战;第三,司法机关对宪法性权利的解释和实施更容易涉及司法权的合法性问题。传统的权利理论认为,宪法对消极的公民权利和政治权利进行规定并由司法机关进行实施,这对司法机关的能力和合法性一般还都不至于构成多大的挑战。但对于经济和社会权利这样的积极权利,情况就完全不同了。正是因为如此,许多反对此类权利具有可诉性的人主张,要么不要在宪法中规定经济和社会权利,要么只把它们规定(或解释)为不具可诉性的

[5] Ida Elisabeth Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, No. 1, 2003, p. 27.

[6] Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3, 1990, in HRJ/GEN/I/Rev. 6, 12 May, 2003, p. 16.

宣言性权利。例如,新西兰就采用了前者,而印度和日本则选择了后者。但废除种族隔离政策后制定的南非新宪法却做出了一种全新的选择。尽管以经济和社会权利不具可诉性为由反对其入宪的曾经大有人在,但富于理想主义精神的新南非人最终不仅决定把经济和社会权利全面规定在宪法中,而且还直接确认了它们的可诉性。

(一)南非 1996年宪法

南非的新宪法无论在内容还是形式上都吸收了现代人权和宪法发展的许多新成果,具体主要体现在:1.南非宪法所确认的权利不仅包括传统的公民权利和政治权利,而且还包括了经济、社会和文化权利以及环境权。三代人权在南非宪法中都得到了比较完整的体现。2.明确规定了与《权利法案》所规定之人权相对应的国家义务。第7条第2款规定:“国家必须尊重、保护、促进和实现《权利法案》中所规定的权利”。3.第38条规定,个人和组织在《权利法案》规定之权利受到侵犯或者威胁时,都可以为了公共利益而提起诉讼。这种条款一方面确认《权利法案》规定的所有权利都可以寻求司法救济,另一方面又大大拓宽了可以提出宪法权利诉讼的当事人范围,从而使公益诉讼成为可能。

特别值得一提的是,南非宪法对于经济和社会权利的规定方式非常富有特色。南非宪法几乎囊括了《经济、社会和文化权利公约》规定的所有经济、社会和文化权利;在经济和社会权利的具体规范方式上,它既采用了一些与《公约》类似的方法,同时又有不少创新之处。南非《宪法》对经济和社会权利最典型的规范方式是第26、第27和第28条。

第26条关于住房权的条款规定:

1. 任何人都有权获得足够的住房。
2. 国家必须在其可利用资源的范围内采取合理的立法和其他措施逐渐达到这项权利的实现。
3. 任何人都不得被从其住宅中驱逐,在没有获得法院在考虑所有有关的情况后发布的命令之前,任何人都不得毁坏他人的住宅,任何法律都不得允许任意将人们从其住宅中驱逐。

第27条关于医疗保健、食物、水和社会保障的条款规定:

1. 任何人都有权获得:(1)医疗保健服务,包括生殖医疗保健;(2)充分的食物和水;(3)社会保障,包括适当的社会帮助,如果他们不能养活他们自身及其抚养人的话。
2. 国家必须在其可利用的资源范围内采取合理的立法和其他措施以逐渐达到上述每一项权利的实现。
3. 任何人都不得被拒绝紧急的医疗。

第28条有关儿童权利的条款中,第1款第3项规定:

每个儿童都有权获得……基本的营养、住处、基本的医疗保健服务和社会服务。

与《经济、社会和文化权利公约》相比,南非宪法在以下几个方面做了更加明确的规定:

首先,它对于尊重义务层次的住房权的保护做了严格的规定。虽然经济、社会和文化权利委员会曾经作如此解释,但《公约》本身并没有对此进行直接规定。

其次,它将获得紧急医疗权作为了一项需要国家立即予以保障的权利;同时,在社会保障条款中,它还特别规定了获得社会帮助权。这比《公约》规定也更进了一步。

再次,南非对儿童的经济和社会权利做了特别的规定。儿童的经济和社会权利条款并没有规定可以受可利用资源的限制,因此实际上使国家负有了即刻予以保障的义务。但毫无疑问,南非《宪法》第26条和27条第1和第2款的规定仍然是经济和社会权利最典型的规范方式,因为它允许国家“在其可利用资源的范围内采取合理的立法和其他措施逐渐达到”权利的实现。实现经济和社会权利可诉性的困难主要就体现在司法机关该如何适用这类条款上。那么南非宪法法院对此究竟会如何进行解释和适用呢?格鲁特布姆案就为它适用这类条款提供了一个很好的机会。

(二) 格鲁特布姆案的基本案情

格鲁特布姆案是南非共和国政府等诉格鲁特布姆案 (Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom) 的简称, 它的基本案情是:

一个由 390 个成年人和 510 个小孩组成的群体因为不堪忍受原居住地恶劣的条件而集体搬迁到一块由私人拥有的土地上, 一位名叫格鲁特布姆的成年人则是他们中的一员。在搬到这块土地后不久, 他们又被政府强行从这块被他们占领的土地上驱逐了出去, 于是他们又集体搬到了同一地区的一个运动场。但是, 政府又应私人土地所有者的要求命令他们离开这块土地, 并且在政府命令的最后期限期满前一天就用推土机强行铲平了这群人的临时居所。由于受到了强制性驱逐, 他们原先的窝棚不是被推土机铲平就是被放火烧掉了, 他们的许多物品也因此被损坏殆尽, 这就使这些人陷入了既不能回到原居住地, 又不能搭建新住处的悲惨境地。于是他们请求开普地区的高级法院向各级政府发布紧急命令, 要求政府立即向他们提供临时性的住处或者房子, 直到他们获得永久性的住处为止。

南非开普地区的高级法院根据南非《宪法》第 28 条第 1 款第 3 项有关儿童经济和社会权利的规定, 判决政府应该给予那些有孩子的家庭临时住处或者住房。南非三级政府 (中央、省级和地方政府) 因对判决表示不服而向南非宪法法院提出上诉。此时南非人权委员会和社会法律中心两个机构作为该案的“法庭之友”开始参与诉讼。尽管本案当事人援引的主要是第 28 条第 1 款第 3 项 (即儿童的住处权), 但“法庭之友”却将请求的根据扩大到《宪法》的第 26 条 (即获得住房权)。他们认为, 社会所有的成员, 包括没有孩子的成人都有权获得住房, 因为《宪法》第 26 条使国家担负了最低核心义务。

(三) 南非宪法法院的判决内容

在格鲁特布姆案中, 南非宪法法院一些主要观点如下:

1. 宪法法院阐述了关于经济和社会权利的可诉性问题。它认为, 问题主要不是根据宪法, 社会经济权利是不是具有可诉性的问题, “而是在具体的案件中应如何实施它们的问题”。可诉性的问题不能以抽象的方法决定, 而只能“在具体个案的基础上仔细探索”。^[7]

2. 宪法法院确认政府违反了消极保护的义务。法院认为, 政府有义务确保驱逐行为以一种符合人道主义的方式进行。但是, 政府的驱逐行动比原先通知的早了一天, 并且被告所拥有的物品和建筑材料都在驱逐过程中被毁掉或者烧掉。政府的这种行为违反了《宪法》第 26 条第 1 款承认之获得充分住房权所体现的消极义务。

3. 宪法法院拒绝接受联合国经济、社会和文化权利委员会提出的“最低核心义务”概念。宪法法院指出, 尽管“最低核心义务”概念很有启发性, 但它有很多问题, 因为为了确定任何特定情况下的最低核心义务, 就必然要求法院获得大量的有关信息。而在南非的住房要求存在地区和城乡差异的情况下, 让法院来确定获得充分住房权的最低核心内容是非常困难的。因此, 宪法法院否认《宪法》第 26 条第 1 款包含了一个国家应根据请求为权利人直接提供基本住处的最低核心义务。它认为, 第 26 条第 1 款应该和第 2 款结合起来进行理解, 即国家只是负有在其可利用的资源范围内逐渐实现的义务。^[8]

4. 宪法法院确立了审查国家是否在其可利用的资源范围内用尽了逐渐实现义务的方法——合理性标准。宪法法院认为, 判断国家是否履行了第 26 条第 2 款所施加之积极义务的“关键问题是, 国家采取的立法和其他措施是否合理”^[9]。符合合理性标准的情形包括: 采取的政策是全面而协调的; 它即使只能逐渐实现也至少能够促进权利的实现; 政策比较平衡、灵活并且没有把社会的一个重要部分排除在外; 它回应了那些处于最令人绝望情形下的人的紧急需要。

5. 宪法法院确认政府的住房政策存在不合理的地方。法院认为, 尽管政府所采取的政策满足了合理性标准的其他要求, 但它仍然是不合理的, 因为它只关注了中期和长期的住房需要, 却没有为那些“具

[7] *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), para. 20.

[8] *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), paras. 32 - 33.

[9] *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), para. 41.

有极度需要的人 提供短期的、临时性的救济措施。^[10] 因此,宪法法院宣布,国家住房政策不符合《宪法》第 26条第 2款,因为“它在其可利用的资源范围内没有为开普都市区那些没有土地、没有住房并且生活在不能忍受或者处于危机状况中的人提供合理的帮助”^[11]。法院命令政府采取行动履行第 26条第 2款所施加的义务,这些义务包括设计、资助、实施并且监督旨在为那些具有极度需要的人提供救济的措施。

三 格鲁特布姆案的理论意义

(一) 格鲁特布姆案判决解读

在格鲁特布姆案中,南非宪法法院对于可以“在其可利用资源的范围内”“逐渐实现”的住房权条款的适用问题,主要观点可以表述为以下几个方面:

首先,这种权利条款并没有产生可以直接获得住处或者住房的请求权。对于这个论断,关键的问题是,联合国经济、社会和文化权利委员会提出的“最低核心义务”是否就意味着直接赋予某些具有特殊需要的人请求权。如果确实如此,那么法院就必须划定享有优先权的特殊人群。对于这一点,南非宪法法院的态度很明确:对法院来讲,要准确划定这种可以享有这种优先权的特殊人群是很困难的,因为法院很难掌握确切的信息。但宪法法院的这种态度并不意味着政府(包括立法机关和行政机关)不可以这么做。因此,宪法法院坚持认为,根据这个宪法条款,个人并没有获得可以直接请求获得住处或住房这样完全的主观性权利。

其次,这种权利条款给国家施加了“在其可利用资源的范围内采取合理的立法和其他措施逐渐达到这项权利的实现”这样即刻的积极义务。根据南非宪法法院的观点,这种“逐渐实现”的条款并没有产生一项直接可以请求获得住房的权利,但却产生了一个要求国家在其可利用资源范围内设计一项协调一致的政策的权利。这种权利是可以根据宪法直接请求的。宪法法院的这个观点表明,国家对经济和社会权利所负的“逐渐实现”义务也具有即刻义务的内容。这就是说,实现的目标可以“逐渐实现”,但是实现这个目标所需的行动却必须立即采取。^[12] 因此,在缺乏有关保障经济和社会权利所需的立法和其他措施的情况下,法院至少可以要求或者命令立法和行政机关“采取合理的立法和其他措施”,虽然具体怎么立法以及如何设计其他措施主要是立法和行政机关的事情。

第三,对于国家所采取的立法和其他措施,法院可以根据合理性标准进行审查。南非宪法法院认为,住房政策的合理性标准要求:政策比较平衡、灵活并且没有把社会的一些重要部分排除在外;它回应了那些在最令人绝望的情形下的人的紧急需要。它认为,开普都市区的国家住房政策没有满足合理性标准的原因就在于,它没有给予“那些没有土地和住房并且生活在不能忍受或者处于危机状况中的人优先性”,这就使得社会的一个重要部分被排除在政策的保护范围之外了。在这里,法院在一定程度上也确定了享有权利(也就是保障资源优先供给)的优先性顺序。确定这个优先性顺序的主要根据就是需要的紧迫性程度。这就意味着无论如何不能把那些处于危机状况中的人排除在外。但这种优先性只是一种弱意义上的优先性,因为宪法法院只是要求政府的住房政策把这部分人包括进去。如果不包括进去,那么政府的住房政策就是违宪的。^[13] 对于政府是应该将有限的既定资源优先用于保证这部分人群

[10] *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), para. 66.

[11] *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), para. 99.

[12] 南非宪法法院的这个观点也与《林堡原则》以及经济、社会和文化权利委员会关于缔约国应采取措施的即刻义务观点相一致。《林堡原则》认为“逐渐达到权利的充分实现的义务要求缔约国尽快往实现各项权利的方向努力。在任何情况下,这都不得被解释为是暗示缔约国有权无限期地延迟确保权利充分实现的努力。相反,所有的缔约国都有义务即刻开始采取步骤以履行其《公约》规定的义务”。(The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Utrecht: SM Special No. 20, 1998, Appendix 1, para. 21.)经济、社会和文化权利委员会认为:“尽管相关权利的充分实现可以逐渐达到,但达到该目标的步骤必须在《公约》对有关缔约国生效后合理的短时间内就予以采取。”(General Comment 3, 1990, para 2)

[13] Theunis Roux, “Understanding *Grootboom*—A Response to Cass R. Sunstein”, in *Constitutional Forum* (2002) 12: 3.

然后再考虑其他的人群,还是通过增加住房政策的总体资金投入以保证新的住房政策可以实现这样的问题,法院并没有做出任何指示,而这才是一种强意义上的优先性确定问题。在这个方面,宪法法院的态度很明确:“需要采取的措施及其精确范围和主要内容主要是立法机关和行政机关决定的事项……法院在考虑合理性问题时不会询问是否还有其他更加可行或者有力的措施可以采取,或者公共资金是否可以进行更好的利用这样的问题”,^[14]从而把资源分配的困难问题交给了立法和行政机关自己处理。

(二) 格鲁特布姆案的理论启示

格鲁特布姆案使我们有对经济和社会权利进行司法保护的可能性和限度问题形成一个更为清晰的认识。

对于南非《宪法》第 26 条那样典型的经济和社会权利条款,南非宪法法院否定了个人具有可以直接根据这些条款获得住房、食物和医疗等生存资料的请求权,但承认宪法赋予了个人“合理的政策请求权”。^[15]南非宪法法院的这种解释虽然使它不能给予个人直接的救济,却给予了个人相对间接、但却同样重要的保护。“合理的政策请求权”说明,人们通常认为的经济和社会权利只是一种“政策性权利”(即需要具体立法和政策制定后才能享有的权利)这种观念并不完全正确:由于对立法和政策具有了可以即刻行使的请求权,个人在经济和社会权利的享有方面的可控性得到了很大的增强。如果没有这种政策请求权,那么这类可以“逐渐实现”权利的实现就只能寄希望于立法和行政机关的主观意愿。而这种政策请求权的存在使得此类经济和社会权利的“权利性”立即得到显著增强,并且使它们朝具有完全主观性的理想权利大大迈进了一步。

“合理的政策请求权”一般是传统的公民权利和政治权利所不具备的。但对于典型的宪法性经济和社会权利而言,它却是一个至关重要的内容,因为正是它的存在才使得经济和社会权利获得了基本的强制性保障。在传统的法治国家中,这种对于立法和政策的请求权一般只是属于政治的范围,只有通过行使个人的政治权利并通过政治程序才能得到实现,但宪法性经济和社会权利的存在使得政策也成了可以在法庭上进行请求的内容。

很显然,“合理的政策请求权”意味着,如果国家在保护某项经济和社会权利方面没有制定法律和政策,那么个人就可以在法庭上请求国家(主要包括立法机关和行政机关)“在其可利用的资源范围内采取合理的立法和其他措施”;如果认为国家采取的措施不合理,那么个人也可以要求法院予以审查。对于上述两种情况,法院所能发挥的作用是有所区别的。前一种情况属于国家完全的不作为,虽然这种情况可能比较少,但如果出现,法院也至少可以宣告国家的不作为违宪,^[16]甚至进一步要求国家采取行动。不过,法院所能做的可能也只能仅此而已,因为在政策完全空白的情况下,对于政策内容的选择,法院基于自身能力和政治合法性的考虑是很难再有所作为的。对于后一种情况,国家已经就政策内容做出了基本选择,在这种情况下,就像格鲁特布姆案和后来的 TAC 案所表明的那样,法院对国家政策合理性进行审查还是完全可行的;并且针对案件的具体情况(如法院对政策的信息了解得比较充分),法院不仅可以发布宣告性命令,而且还可以发布监督性命令和强制性命令。

就法院在审查经济和社会权利案件中所采用的法律方法和救济方式而言,它们并不是什么全新的创造。法院在保护传统公民权利和政治权利的过程中对此实际上早就进行了运用。例如,合理性原则本来就是行政法领域中一个广泛使用的基本原则:法院通过发布宣告性命令和强制性命令的方式对公民权利和政治权利进行司法救济也不乏其例。当然,形式上具有相似性并不等于在内容上没有区别。由于需要“逐渐实现”的经济和社会权利具有“积极”的特征,并且还是一种合理政策请求权,因此,司法机关在审查经济和社会权利实施情况的时候,就不仅要审查立法和行政机关作为的合理性,而且更要审

[14] *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom*, 2001 (1) SA 46 (CC), para. 41.

[15] Sibonile Khoza, “Reducing mother-to-child transmission of HIV: The Nevirapine case”, *ESR Review*, 2002, Vol. 3, No. 2.

[16] Etieane Mureinik, “Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution”, *South African Journal on Human Rights*, 1992, 8, part 4, p. 473.

查它们不作为的合理性;这也意味着,法院在许多时候仅仅宣布政府行为的违宪性并不能有效救济经济和社会权利,它有时还必须命令立法和行政机关履行“采取合理的立法和其他措施”的积极义务;并且由于立法和行政机关“采取合理的立法和其他措施”需要比较长的一段时间,这又意味着在许多时候法院还必须发布监督性命令,以便监督政府有效地执行判决。此外,经济和社会权利的“积极性”和义务主体的特定性还意味着,法院不仅要审查一般行政机关的不作为行为,而且还要审查立法机关的不作为。

很显然,在干预传统上属于立法和行政机关领地的权力这一点上,无论是从广度还是从深度而言,法院的作用在实施经济和社会权利时都要比实施公民权利和政治权利时突出得多。它的确在一定程度上突破了传统的权力分立原则,超越了司法机关传统的权力范围。这种突破和超越之所以可能,我们只能归因于宪法功能的变化。美国公法学家凯斯·森斯坦(Cass Sunstein)将宪法分为两大类:一类是“守成性宪法”,这种宪法主要寻求保持现有的实践,保证事情不会变得越来越糟,典型的就埃德蒙·伯克(Edmund Burk)所认为的英国宪法;另一种宪法是“变革性宪法”,这种宪法设定了某些理想,以此来挑战长期存在的现有实践,南非宪法就可以被看作是这种宪法的典型。^[17]如果说重在保障消极的公民权利和政治权利的传统宪法确实具有守成的性质,因而会极力维护传统的权力分立原则的话,那么宪法中具有可诉性的经济和社会权利的确立确实使它有了更多的“变革”色彩,因而这必然会导致对传统权力分立和司法审查观念进行一些修正甚至突破。

但不管这种变化有多大,法院在保护经济和社会权利时所遇到的一些障碍仍然是很难跨越的。首先一个是关于确定经济和社会权利的最低核心义务问题。南非宪法法院拒绝将南非宪法中的“逐渐实现”经济和社会权利条款解释为包含有最低核心义务,理由就在于,像充分住房权这种权利的最低核心义务是随着社会需要的变化而不断变化的,法院不可能掌握确定这些最低核心义务所需的信息。南非宪法法院的这种担心并非没有道理。最低水平的住房权应该是什么条件的房子?哪些特殊人群和个人可以直接根据宪法条款直接行使请求权?对司法机关而言,这些都不是容易界定的问题。并且在宪法没有直接确认经济和社会权利最低核心义务的情况下,法院对这些问题做出决定也就意味着直接对可能产生财政预算和政策制定效果的问题做出决定,其政治合法性问题也就非常突出。在南非宪法明确规定“国家必须在其可利用资源的范围内采取合理的立法和其他措施逐渐达到这项权利的实现”的情况下,法院如果界定了权利的最低核心义务,那就意味着对这个义务而言,“可利用的资源”就不再是构成经济和社会权利的内在限制了,因此,这就使得法院的行为具有太强的立法意味,这也是为什么南非宪法法院始终不愿界定经济和社会权利最低核心义务的重要原因。另一方面,虽然法院可以对政府所采取的经济和社会政策的合理性进行审查,但具体怎么立法以及如何设计行政措施仍然主要是立法和行政机关的事情;法院既无权力也无能力设计、实施详细的经济和社会政策。法院的作用仅仅在于在督促、监督政府制定、实施合理的政策,从而使经济和社会权利不至于受到政府的忽视。对于保护经济和社会权利而言,主要的工作仍将有待于立法和行政机关采取具体立法和行政措施,正是从这个意义上说,“只要政府承诺制定实施符合宪法要求的社会和经济计划,那种旨在将宪法性权利转化为穷人的主观性权利的诉讼就只具有有限的意义了”^[18]。

(三) 格鲁特布姆案的影响

格鲁特布姆案已经被视为证明经济和社会权利可以实现可诉性的一个里程碑式判例。^[19]对于它对实现经济和社会权利可诉性所具有的开创性意义,许多学者都给予了充分的肯定。南非学者桑德拉·利本堡(Sandra Liebenberg)认为:“格鲁特布姆案的判决第一次解释了国家在实现社会经济权利方

[17] Cass R. Sunstein, “Social and Economic Rights? Lessons From South Africa”, in *Constitutional Forum* (2001) 11: 4.

[18] Geoff Budlender, “Socio-Economic Rights in the New Millennium: The Challenges of Implementation in SA”, *ESR Review*, 1999, Vol 1, No. 4.

[19] Jeanne M. Woods, “Justiciable Social Rights as a Critique of the Liberal Paradigm”, 38 *Texas International Law Journal* (2003), p. 786.

面所负的积极义务的范围,同时也详细论述了法院在实施社会经济权利中法院的作用。^[20]联合国食物权特别报告员让·齐格勒(Jean Ziegler)在其关于食物权的报告中也谈到,在格鲁特布姆一案中,南非“宪法法院运用‘合理性’标准审查了政府在其可利用的资源范围内逐渐实现权利方面的作为或者不作为,这创立了一个重要的先例,因为宪法法院审查了为逐渐实现经济、社会和文化权利而采取的步骤”^[21]。

美国芝加哥大学教授凯斯·森斯坦对于格鲁特布姆一案的评价也很高。森斯坦认为,对法院来说,实施“逐渐实现”的经济和社会权利必须面临在两个极端的立场之间进行选择的困难问题,一个是“社会经济权利不可诉”,另一个是“社会经济权利给政府创造了一种保证对每个需要它们的人进行保护的绝对的义务”。无论是创造一个可以完全强制执行的个人权利或者认定社会经济权利完全不可诉都不是具有吸引力的路线,但从中选择一个可以避免两个极端的方法又很难。不过,南非宪法法院就似乎找到了这样一个可行的中间道路。森斯坦认为,南非宪法法院对社会经济权利的司法保护采取了一种新颖而又高度妥协的方法:

在仔细考虑到有限的财政预算的基础上,通过要求国家采取合理的政策,南非宪法法院指明了这样一种可能性,即在评估对违宪行为的主张的同时,却没有同时提出超越现有资源所许可的要求。许多人认为,对社会经济权利提供司法保护不可能是个好主意,但南非宪法法院却通过这种方法对那些主张这种从抽象角度看非常似是而非的观点进行了迄今为止最有说服力的反驳。我们现在就有理由相信,甚至是一个穷国的民主宪法也是可以保护那些权利的,并且这样做并没有给司法能力增加过重的负担。^[22]

格鲁特布姆案既然只是一种妥协的产物,它自然不可能没有缺憾。对于一些人权维护者来说,南非宪法法院没有接受“最低核心义务”的概念意味着,它只是关注抽象政策层面所反映的集体利益,而“没有将个人的利益放在中心”。^[23]并且法院发布的这个命令也主要是一种“宣告性”命令,它并没有确定行为的期限,法院也没有试图继续监督命令的执行情况。^[24]尽管如此,从总体上看,格鲁特布姆案所确立的原则和方法还是为经济和社会权利的司法保护提供了比较清晰的指引。在后来的TAC案等案件中,南非宪法法院就开始全面贯彻这些原则和方法。从格鲁特布姆案已经在国际上所产生的广泛影响看,它必然会在人权保护的发展史中留下光辉的一页。

[Abstract] Skepticism on the justiciability of economic and social rights has long been prevailing in the human rights area. Nevertheless, great efforts have been made to demonstrate that economic and social rights can be made justiciable. The decision on Grootboom case, which was rendered by the Constitutional Court of South Africa, indicates for the first time in practice how economic and social rights can be made justiciable to a large extent by empowering rights holders with “reasonable policy entitlements” and adopting the “doctrine of reasonability” as a standard of judicial review.

(责任编辑:毕小青)

[20] Sandra Liebenberg, “Making A Difference: Human Rights and Development - Reflecting on the South African Experience”, 它是 2003 年 10 月 13 日到 15 日在挪威奥斯陆举行的 “The Nobel Symposium on the Right to Development and Human Rights in Development” 会议论文, p. 11.

[21] Report by the Special Rapporteur on the Right To Food, Mr. Jean Ziegler, in E/CN. 4/2002/58.

[22] Geoff Budlender, “Socio - Economic Rights in the New Millennium: The Challenges of Implementation in SA”, *ESR Review*, 1999, Vol 1, No. 4.

[23] David Bilchitz, “Placing Basic Needs at the Centre of Social - Economic Rights Jurisprudence”, *ESR Review*, 2003, Vol. 4, No. 1.

[24] Kameshni Pillay, “Implementing Grootboom: Supervision Needed”, *ESR Review*, 2002, Vol. 3, No. 1.