

论南非健康权的救济^{*}

郑智航

内容提要 健康权是一项基本人权。从世界范围看，对健康权进行救济存在外部救济与内部救济两种模式。南非在健康权的救济方面走在世界前列，它主要采取内部救济的模式，即通过将政府与国家侵犯健康权的行为提请相关的宪法法院或者专门法院，以宪法诉讼方式维护公民的健康权。南非政府在健康权中有直接提供合理医疗、逐步实现和尊重与确保 3 种类型的义务。在具体救济中，宪法法院遵循功利主义和能动主义两项基本原则。但是，在健康权救济模式的选择、政府在健康权中承担的义务，甚至在救济的原则等方面，目前，南非仍存在不少问题。

关键词 南非 健康权 救济模式 政府义务

作者简介 郑智航，吉林大学理论法学研究中心法学理论专业博士生（长春 130012）。

经济和社会权利的救济问题愈来愈为人权理论与实践所关注。受制于传统的“人权代论”的影响，人们往往将公民的政治权利视为第一代人权，而将经济、社会和文化权利视为第二代人权。¹ 第一代人权与第二代人权最为核心的区别在于前者具有可裁决性（*judiciability*），即当第一代人权受到非法侵害时，公民可以借助一定的司法进行救济，而第二代人权则没有这样的属性。因此，在这种意义上，后者更具有一种“宣示性的意义”。随着福利权利的扩大化和正当化，以及福利国家理念的增强，人们越来越重视经济和社会权利在公民日常生活中的重要性。无论在理论界，还是在实务界，经济和社会权利的可救济性都已成为热门话题。就具体的人权实践而言，南非在经济和社会权利的救济方面，特别是在健康权方面，走在世界的前列。这无疑对于其他国家的人权实践具有重要借鉴意义。本文将集中探讨南非健康权救济的模式、健康权中政府的义务，以及健康权救济的基本原则等内容，进而揭示南非在健康权救济中存在的一些

问题。

健康权救济模式概述

所谓健康权，即人人享有达到最高标准的身体健康和精神健康的权利。它并非意味着获得健康的权利，而是包含自身健康免受干涉的自由和获得卫生保健与健康基本前提条件的权利。健康权的核心内容包括：（1）卫生保健，如母婴保健、对主要传染病的免疫、治疗及药物提供等；（2）健康的基本前提条件，如食物供应和适当营养计划、安全用水等。² 健康权的救济模式主要有外部救济与内部救济两种。

^{*} 本文为姚建宗教授主持的教育部人文社科重点研究基地重大项目“新兴权利研究”的阶段性成果。

¹ See Christophe Swinarski *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* Dordrecht Martinus Nijhoff Publishers 1984 p. 837.

² 参见姚建宗著：《法理学：一般法律科学》中国政法大学出版社，2006年版，第168页。

（一）健康权的外部救济

健康权的外部救济主要是通过有关国际组织下的报告程序来实现的。包括健康权在内的经济、社会和文化权利的实施情况主要由联合国经济、社会和文化权利委员会来监督与促进。根据《联合国宪章》的宗旨和原则，该委员会在人权领域进行专题研究、提出建议和起草国际人权文书，并提交联合国大会；就有关国家的人权问题进行公开或秘密的审议，其中包括调查有关侵犯人权的指控，处理有关侵犯人权的来文，就有关国家的人权局势发表意见并通过决议；负责审议各缔约国定期向联合国提交的关于该国促进和保护经济、社会和文化权利所采取的步骤，以及在享受人权方面所取得进展的报告。经济、社会和文化权利委员会要求报告国提供下列信息：（1）要求缔约国提供健康权方面的相关信息；（2）要求缔约国提供该国的贫困线，以及贫困人口每年的收入状况等相关信息；（3）要求报告国基于现实生活水平说明某一时期内健康水平是否有所提高，等等。¹ 该委员会根据这些报告和联合国专门机构送来的其他报告的研究情况，向经济和社会理事会提出一般性建议，以帮助缔约国完成其执行公约的义务；提请缔约国注意其提交报告中的不足之处，建议改进报告程序的方法；促进缔约国、各国际组织和联合国各专门机构加快采取行动，从而使人们充分享有经济、社会和文化的权利。²

（二）健康权的内部救济

所谓健康权的内部救济，主要是将政府与国家侵犯健康权的行为提请宪法法院或者专门法院，通过宪法诉讼方式维护公民健康权的一种救济方式。根据夏立安先生的研究，由于各国对于《经济、社会和文化权利公约》（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）的不同态度，因此在健康权的内部救济上也有差异。例如在荷兰，对国际法的适用采用一元论方式，即国际条约一旦经荷兰政府批准，就自动成为其国内法的一部分，公民可以依据该国际公约进行司法救济。荷兰签署并批准了《经济、社会和文化权利公约》，因此，其中有关健康权的规定在荷兰国内司法救济中具有直接效力。而印度对国际法的适用坚持二元论方式，即国际法必

须成为国内法的一部分后才能为国内司法所适用。由于印度宪法并没有关于健康权的规定，因此在印度关于健康权的宪法诉讼中，印度宪法法院只能引用其宪法第二十一条中关于生命权的规定作为司法判决的依据。但从某些具体案例中可以看出，印度法官显然可以用国际法中的健康权为依托，来解释其宪法中的生命权。”

南非健康权救济 的基本模式

南非健康权的救济主要采取内部救济模式，即通过宪法诉讼方式维护公民的健康权。南非之所以采取这种救济模式，主要有以下几方面的原因：

首先，南非虽然在1994年就签署了《经济、社会和文化权利公约》，但是至今也未获得立法机构批准。南非是发展中国家之一，经济发展相对落后，《经济、社会和文化权利公约》规定的一系列标准对南非而言有一定的难度。因为在该公约制定过程中，西方发达国家占有支配性地位。对于它们而言，这些标准本身就是依这些国家自身的实际情况而制定的，对于发展中国家的实际情况重视不够或者是有意忽视。因此，发展中国家要想达到这些标准确实不太现实。按照著名社会学家齐美尔（Georg Simmel）的理论，在社会互动的情势中，优位之势对劣位之势具有影响、决定、控制的能力和机会。这势必会造成发达国家对于发展中国家“具有结构性或强制性的支配”³。英国当代著名的人权哲学家米尔恩（A. J. M. Milne）在其名著《人的权利与人的多样性》一书中更是直截了当地指出，《世界人权宣言》从第二十二条至第三十条所列举的经济和社会权利，均体现了众所周知的作为“福利国家”特征的价值和制度。换句话说，包括

¹ See Janusz Symonides, *Human Rights Concept and Standards*, Ashgate Publishing Company 2000, pp. 128-129.

² 参见夏立安：《经济和社会权利的可裁决性》，载《法制与社会发展》，2008年第2期，第82页。

³ 同上。

⁴ 邓正来：《迈向全球结构中的中国法学》，载《吉林大学社会科学学报》，2004年第3期，第12页。

“适当生活水准权”在内的这些经济和社会权利标准体现了自由主义民主工业社会的价值和制度，其含蓄地号召世界各国都变成自由主义民主工业社会，要求世界处于相对落后的国家必须努力采取“国内、国际的渐进措施”朝西方社会的目标发展。正是在这种认识的基础上，南非立法机构一直没有批准《经济、社会和文化权利公约》。所以，南非健康权的救济也就无法通过外部途径，即经济、社会和文化权利委员会下的报告程序来实现。

其次，长期以来，南非的人权状况不尽如人意，这直接影响到该国经济发展。其实，南非地理风光优美，自然与人力资源丰富，存在诸多有利于经济发展的因素。但是由于历史上种族隔离政策的存在，导致政府侵犯公民人权的现象较为普遍，这制约了南非经济的发展。¹ 这些现象在很大程度上源于行政权的过度膨胀。面对这种情况，南非公民开始借助于司法权来制衡行政权，司法也被要求判断一些较为复杂的社会经济政策方面的问题。因此，新南非第一个经济和社会建设宏伟纲领《重建和发展计划》(Reconstruction and Development Programme, RDP) 对司法制度的改革提出了六大政策目标：(1) 保证对所有人民的公正；(2) 促进社会的和平与安全；(3) 保护基本人权；(4) 在种族和性别上更具有代表性；(5) 促进尊重法律；(6) 促进可信赖性、可接近性和恢复合法性。该计划特别强调，新南非致力于建设一种可以信赖的、合法的司法制度。为此，南非需要建立能有效行使其职能和权力，并培育人权思想的司法行政机制。² 从世界司法经验来看，宪法诉讼是保障公民权利最有效的方式之一。

再次，南非法律传统在一定程度上决定了健康权进行内部救济的可能性。南非白人最早来自荷兰。荷兰属于大陆法系，但又有自身的特点，实施罗马-荷兰法律制度。1652年，荷属东印度公司将罗马-荷兰法带到开普，在荷兰人独占南非时代，成为开普的普通法。英国人于1806年统治开普后，由于英国普通法规定“被征服者国家的法律在征服者将其改变之前继续有效”，从而保留了罗马-荷兰法。但是，在英国人的统治下，南非法律制度不可避免地受到英国

法的影响，渗入了英国法律制度的成分。至今，南非现代法律仍然以罗马-荷兰法的原则为基础，并加入英国法律在立法和判例法方面的影响。”这种兼具大陆法系和英美法系的法律传统一方面能够通过宪法诉讼保障公民的权利；另一方面，它承认最高法院的判决具有法律约束力，从而消除了大陆法系滞后性、封闭性的弱点。1996年发生的苏布拉莫尼诉卫生部部长一案 (Soobramoney v. Minister of Health)，拉开了南非包括健康权在内的经济、社会和文化权利进行内部救济的序幕。该案具有下列两个方面的重要意义：一方面，该案判决确定了健康权进行国内救济的现实可行性；另一方面，该案的最后判决具有法律约束力，从而为以后实行健康权国内救济提供了法律依据。

最后，南非国内居民的健康现状要求政府在健康权救济问题上有所作为。南非属发展中国家，长期受殖民主义和种族主义的影响，经济发展并不发达，尽管拥有一些现代诊治技术，但主要集中在经济发展较好的城市，而社会经济欠发展地区的诊治技术则比较落后。³ 此外，南非还是一个艾滋病感染率惊人增长的国家。因此，在健康问题上，个人有时显得无能为力，不得不希望政府在这方面加大财政投入，提高医疗研发和救治能力。这也就在一定程度上明确了政府在健康权方面负有基本义务，从而为健康权进行内部救济提供了操作的可能性。

南非政府在健康权中的义务

(一) 南非宪法对健康权的规定

尽管南非至今尚未批准《经济、社会和文化权利公约》，但是，1996年南非新宪法对公民

¹ See Solomon R. Benatar, Ethics, Medicine, and Health in South Africa, *The Hastings Center Report*, 1988 (4).

² 参见夏吉生：《新南非司法制度初探》，载《西亚非洲》，1997年第2期，第49页。

³ 同上，第50页。

⁴ See Solomon R. Benatar, H. C. J. van Rensburg, Health Care Services in a New South Africa, *The Hastings Center Report* 1995, (4).

健康权的规定相当完备。宪法第二十七条第一款规定：“每个人都有获得健康医疗服务的权利，包括生殖保健的权利”；第二十七条第三款规定：“任何人不得被拒绝进行紧急医疗”；第二十八条第一款规定：“每个儿童自出生起就具有享有姓名和国籍的权利；具有享有家庭照护或父母照护的权利；具有享有基本的营养、住所、基本健康医疗服务和社会服务的权利，等等”。除了规定以上这些权利外，南非宪法还规定了被拘留人和罪犯的医疗救治权，“每个被拘留的人，甚至包括被判刑的犯人都有权利获得符合人的尊严的拘留或囚禁条件的权利，这些场所至少需要提供相应锻炼机会，并且以合适的价格提供适当的食宿、营养、阅读材料以及医疗救治……”

（二）政府的义务

根据现行的人权理论，人权的权利主体与义务主体是分离的。就前者而言，主要指一国内部的普通公民。就后者而言，主要是公权力的行使者，在很大程度上即为政府。健康权作为人的一项基本人权所指向的义务主体也即政府。它要求政府采取一定作为的方式来确保人人享有达到最高标准的身体健康和精神健康。南非政府在公民健康权方面负有下列义务：

1. 直接提供合理医疗的义务。从南非有关经济、社会和文化权利方面的宪法判例来看，公民享有两种权利，即合理的政策请求权与合理的、直接的生存资料请求权。前者“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”¹。所谓后者，即个人在生存状况受到威胁时，向政府直接请求生存资料的权利。倘若政府不提供，个人有权向宪法法院提起诉讼。在2001年南非政府等诉格鲁特布姆案（Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom）中，宪法法院否定了个人具有可以直接根据相关条款获得住房的请求权，但是承认宪法赋予个人合理的政策请求权。²但从1996年苏布拉莫尼诉卫生部部长一案可以推断，

公民个人在健康权方面享有合理医疗的请求权。”因此，南非政府负有直接提供合理医疗的义务。

2. 逐步实现的义务。南非在经济和社会发展纲领中逐步吸收了《经济、社会和文化权利公约》第十二条第二款有关健康权实现步骤的规定，即，（1）降低死胎率和婴儿死亡率，使儿童得到健康的发展；（2）改善环境卫生和工业卫生；（3）预防、治疗和控制传染病、风土病、职业病，以及其他疾病；（4）创造保证病人在患病时能够得到医疗照顾的条件。考虑到实现健康权的这些步骤受制于国内经济的发展，因此，这些义务只能循序渐进、逐步实现。

3. 尊重与确保义务。南非政府在借鉴经济、社会和文化权利委员会发布的关于《经济、社会和文化权利公约》的“一般评论第14号”规定的基础上，认为政府在健康权方面有这样的义务，即尊重平等获得可得到的健康服务的义务，以及不得妨碍个人或群体获得可利用服务的义务；不得采取损害人民健康的行为（如造成环境污染的活动）³；政府应该采取必要步骤，防止其他人带来的权利侵害，如制止健康领域中的歧视现象。⁴

南非健康权救济的原则

前已述及，南非在健康权方面采取国内救济的模式，即宪法诉讼的模式，并且南非宪法法院作出的判决具有法律约束力，是重要的法律渊源之一。因此，笔者将在下文中通过分析健康权宪法诉讼方面的两个典型案例来揭示南非健康权救济所遵循的基本原则。

（一）南非健康权方面的两个典型案例

¹ 黄金荣：《司法保障经济和社会权利的可能性与限度》载《环球法律评论》，2006年第1期，第67页。

² See Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom, 2001 (1) SA 46 (CC), para 41.

³ See Soobramoney v. Minister of Health, 1997 (12) BCLR 1696 (SA).

⁴ See Initial report of Belgium, UN Doc. E/1990/5/Add 15.

⁵ See Initial report of Lebanon, UN Doc. E/1990/5/Add 16.

1. 1996年“苏布拉莫尼诉卫生部部长”案。¹ 该案基本情形如下：苏布拉莫尼患有糖尿病、心脏病、心血管病等诸多种疾病。1996年他又患上了永久性肾衰竭，且由于各方面原因不能进行肾移植。他向位于德班的一家国立医院寻求透析治疗，但遭到院方拒绝，其理由是医院只给那些能够治愈的病人或者那些等待肾移植的病人做透析，本案当事人因所患病症不能治愈，所以不符合做透析和肾移植的资格。于是，苏布拉莫尼根据宪法第二十七条第三款关于任何人不得被拒绝进行紧急医疗的规定，以及第十一条有关每个人都享有生命权的规定，向宪法法院提起了宪法诉讼，认为国立医院的行为侵犯了宪法赋予的健康权。宪法法院最终拒绝了苏布拉莫尼的诉讼请求。

2. 2001年8月“治疗行动运动诉卫生部”一案 (Treatment Action Campaign v. Minister of Health)。² 在该案中，奈韦拉平 (Nevirapine) 是一种控制艾滋病的新药品，但是南非卫生部一直拒绝推广使用。南非防治艾滋病的非政府组织——“治疗行动运动”以卫生部拒将奈韦拉平推广使用的行为违反宪法的相关规定为名，向比勒陀利亚高等法院提起宪法诉讼。同年12月，该高等法院作出判决，指令南非卫生部部长在拥有诊断设备的所有公立医院和诊所提供奈韦拉平，同时指令该部长制定防治和减少艾滋病病毒母婴垂直传播的综合项目，并将这一项目纲要报告法院。随后卫生部不服判决，并上诉到南非宪法法院。2002年7月，南非宪法法院作出了支持比勒陀利亚高等法院的判决，认为卫生部有推广使用奈韦拉平的义务。

(二) 健康权救济的原则

通过对南非健康权的两个案例的大致介绍，我们可以发现，尽管在“苏布拉莫尼诉卫生部部长”一案中宪法法院最终拒绝了苏布拉莫尼有关健康权的诉讼请求，而在“治疗行动运动诉卫生部”一案中，有关法院支持了“治疗行动运动”有关健康权方面的诉讼请求，但是在整体上南非法院还是承认健康权的可诉性，并且这两个判决一生效就具有了法律效力，这也就为以后有关健康权方面的诉讼提供了有力依据。因此，深入分析这两个案例及其判决，我们能够分析出南非法

院在健康权上遵循了下列两个基本原则：

1. 功利主义原则。所谓功利主义原则，亦即满足最大多数人的最大幸福或利益的原则。”根据该原则，政策的某项决策或行动是为了满足最大多数人的幸福，从而实现社会利益的最大化。在“苏布拉莫尼诉卫生部部长”案中，苏布拉莫尼的生命健康受到了极大威胁，但是宪法法院最终还是拒绝了他的诉讼请求。因为苏布拉莫尼患的是不治之症，对他进行透析治疗，并不能挽救他的生命；而且，透析作为一种维持生存的资源，如果用在苏布拉莫尼身上，就不能再用在其他人身上。所以，从这个意义上讲，给苏布拉莫尼做透析也就意味着剥夺了其他有望继续生存患者的生存机会。从整个社会利益的角度来看，对苏布拉莫尼提供透析治疗本身并没有实现社会利益的最大化。因此，法院认为，公民平等获得卫生保健的权利必须受到政府资源优先配置的制约，医院拒绝给苏布拉莫尼做肾病透析的决定是合理的。³

2. 能动主义原则。在“治疗行动运动诉卫生部”一案中，法院认为政府禁止奈韦拉平在公立医院使用的行为不合理的原因有两点：其一，该政策不灵活，没有考虑特定弱势群体的需求；其二，涉及奈韦拉平的限制，政府采取的政策过于机械，从而严重影响了预防艾滋病的整体计划。由于受制于南非国内经济发展的现实，法院又不得不考虑政府的财政预算情况，进行灵活处理。换言之，法院不得不在政治，以及立法权限与司法权限之间寻找某种平衡。这也在客观上要求法院充分发挥其能动性，通过灵活地解释宪法和政府的政策来确定政府行为是否“合理”的相关标准。具体而言，法院必须基于对健康权相关的宪法文本的解释、发展历史，以及意义作出解释，通过个案分析的方式对保障方式、政府

¹ See Soobramoney v. Minister of Health, 1997 (12) BCLR 1696 (SA).

² See Treatment Action Campaign v. Minister of Health, 2002 (4) BCLR356 (T).

³ 参见 [英国] 边沁著；时殷弘译：《道德与立法原理导论》，商务印书馆，2005年版，第27页。

⁴ See Soobramoney v. Minister of Health, 1997 (12) BCLR 1696 (SA).

行为合理性的标准等问题作出具体判断,¹ 从而一方面保障政府在经济、社会和文化领域发展的主导性地位, 另一方面又能有效捍卫公民的个人权利。

对南非健康权救济 的评析

南非在健康权救济方面确立了以宪法诉讼为核心的内部救济模式, 对于提高国内民众的健康水平无疑具有重大意义。然而, 无论在健康权救济模式的选择, 还是政府在健康权中承担的义务, 甚至在救济的原则等方面都存在一定的问題。它们在事实上对南非公民健康权的实现形成制约。

首先, 南非采取健康权内部救济模式, 而忽视了外部救济——国际组织下的报告程序——对于健康权救济的重要意义。笔者在前面已提到南非虽然签署了《经济、社会和文化权利公约》但是至今也没有获得国内立法机构的批准。因此, 南非无义务向经济、社会和文化权利委员会提交与健康权发展相关的报告。这种以国际组织下的报告程序为核心的外部救济的缺失势必会造成下列两个后果: (1) 健康权发展与实现的国际维度的缺失。尽管经济、社会和文化权利委员会不具有对那些侵犯公民健康权的国家和政府进行直接制裁的权力, 但是缔约国向该委员会提交的相关报告可能引起单个国家、区域性组织, 甚至联合国安理会对该缔约国实行经济制裁。² 因此, 经济、社会和文化权利委员会下的报告程序在一定程度上起到了对健康权进行救济的作用。(2) 国际舆论对健康权发展与实现的

间接作用的缺失。根据联合国有关规定, 缔约国须在公约对该国生效后两年内向该委员会提交第一次报告, 此后的报告为每五年提交一次。该委员会成员将对缔约国提交的报告进行评议, 评议的结果直接涉及一国政府在国际上的形象, 从而形成巨大的国际舆论压力。在这种国际舆论下, 政府不得不努力提升该国公民的健康水平。

其次, 南非政府在健康权中承担的义务具有一定的笼统性。尽管南非政府在健康权中具有直接提供合理医疗、逐步实现和尊重与确保 3 种类型的义务, 但是并未明确政府通过履行这些义务最终达到的具体目标。除此之外, 政府缺乏实现健康权所必需的财政安排。因此, 这种笼统性的义务规定无疑增加了公民健康权救济的难度。

最后, 南非遵循的功利主义原则容易造成对个人权利的忽视。功利主义原则虽然强调社会利益的最大化, 但是对满足的总量如何在个人之间进行分配则漠不关心, 这也在事实上不可能从根本上保障弱势群体的利益。例如, 南非法院一再强调对苏布拉莫尼提供透析治疗本身并没有实现社会利益的最大化。这也意味着以社会利益最大化为核心的目的论的理论逻辑中, 个人的生命权本身成为了“善”的手段, 而为了获得大量的“善”, 个人权利是可以牺牲的, 这从根本上违背了个人权利神圣不可侵犯的原则。

(责任编辑: 詹世明 责任校对: 樊小红)

¹ 参见胡敏洁:《论社会权的可裁判性》,载《法律科学》,2006年第5期,第30页。

² 参见刘海年主编:《经济、社会和文化权利国际公约》研究,中国法制出版社,2000年版,第221页。