

健康权如何救济?

——基于司法介入程度的制度类型化

李广德

【摘要】按照司法介入程度进行划分,各国对健康权的救济方式大致可被归结为三种:强司法救济、弱司法救济和准司法救济。所谓“强司法救济”,是指司法机关可以“健康权之诉”的名义给予救济,而这必须以相应法域内明确而直接的健康权规范法源为前提。“弱司法救济”同样诉诸司法救济,但“健康权遭受侵害”无法成为救济理由,只能通过对其他权利原则、原理解释、转化完成对“健康利益”的实质保护。在实施“准司法救济”的法域内,司法机构并不“出场”,欧洲社会权利委员会等“准司法机构”成为主角。由“强”到“弱”再到“准”的“降阶”并非对健康权救济效果的刻画,而是寻找一种无干其价值取向的叙事框架。

【关键词】健康权;司法救济;司法介入程度;制度比较

【作者简介】李广德,中国人民大学法学院博士后研究人员,法学博士。

【原文出处】《清华法学》(京),2019.3.97~113

一、引言:现象、问题与方法

近三四十年来,通过诉诸司法为社会权提供保护和救济,逐渐成为全球范围内兴起的现象^①,以此为出发点,人权学界更发展出了系统的社会权法学(Social Rights Jurisprudence)理论。^②可以说社会权超越了其作为国际人权公约中的宣言性权利的角色,成为国内法治实践的繁荣景象。聚焦于作为社会权具体类型之一的健康权——不管是拉丁美洲的阿根廷、巴西、哥伦比亚、哥斯达黎加,还是亚洲的印度和印尼,抑或非洲的南非和尼日利亚,甚至于美国、欧盟、加拿大等传统只崇尚自由权的法治发达国家或地区——司法机关都为公民的医疗健康保障提供了不同程度或不同形式的权利性救济。

传统理论认为,健康权等社会权并不具有可司法性。^③但近三四十年以来,以上述国家为代表

的宪制实践以实用主义的态度回应了健康权司法保护的理论困境,司法救济成为保障公民健康权的时髦而显著的方式。就目前社会权司法救济的研究成果来看,总体上呈现出两种基本的研究取向:一是规范性取向的研究,主要探讨了社会权不可司法裁决性的主要内容,并从权利属性、分权架构和法院的制度能力等多个角度回应了不可司法性的难题挑战,为社会权的可诉性证成做出了理论上的探索^④;二是描述性取向的研究,即基于社会权司法诉讼现象展开实证研究。以健康权为例,学者们探索了一些国家健康权诉讼的实际效果^⑤、健康权诉讼同相应法域内医疗卫生健康保障体制的关系运作实态^⑥以及个别国家健康权诉讼的情况报告^⑦等等。

制度生发与变迁一般存在两种基本类型的理由:自衍生成和人为设计。^⑧司法作为一种正式的

制度资源介入健康权的保护之中,它是如何突破民主和分权理论的话语正当性以及司法制度能力的质疑?是自发的还是有意地设计出健康权的司法保护制度?从规范性层面而言,此问题可落入可诉性理论关涉的范畴之中,对此学术界已经有了诸多探讨。^⑨若同样以实用主义的态度来对待,那么,如何基于制度现象本身的解释与澄清,即一种描述性视角的研究,就显得重要而迫切。而前述所提及的描述性研究,存在视域过窄的问题,即主要聚焦在拉美、南非等可直接依据健康权作为公法请求权进行诉讼的国家。从逻辑上讲,健康权司法救济的命题除了直接基于健康权作为请求权基础诉诸司法救济的直接方式之外,还至少包括若干间接司法保护(通过其他请求理由间接实现对健康权的保护)和准司法保护(通过其他司法拟制程序实现对健康权的保护)的情况。此外,在研究进路上,以往的研究偏重于基于国别的个案分析^⑩,恰恰欠缺对制度本身的结构性的描述以及制度运作的素描,难以在借鉴的意义上发挥价值。故而,对健康权司法救济命题的展开,应当对上述三种不同类型的制度现象进行结构性地剖析。本文就是对此的一个尝试。

在研究思路上,本文在对现象进行“前理解”^⑪以及吸收以往研究成果的基础上,根据司法介入程度的标准,将全球范围内通过司法救济公民健康权的模式区分为三种类型:强司法救济、弱司法救济以及准司法救济。若以健康权和司法保护两个要素作为界定的参照物,可以简单将三种模式界定如下:“强司法救济”是指公民可以能直接以健康权的相关法源请求司法机关提供救济的制度类型;“弱司法救济”是指司法机关因适用平等保护和正当程序机制等法治基本原则而间接为公民的健康权益提供救济的制度类型;而“准司法救济”则是指通过设计和适用一套准司法程序为公民健康权提供救济的制度类型。^⑫

文章的旨趣是描述性的,旨在陈述和刻画三

种健康权司法救济类型的制度景象,尤其是其各自的内在结构或运作形态。笔者无法从上述分类中提取出某种普适的制度解释框架,继而进行移植操作,更多的只是对三种模式类型的制度素描。总的来看,无论是划定范畴的标准也好、命名的规则也罢,主要考虑的都是介绍的便宜性。但这种清晰的描述恰恰是就此议题继续推进的前提,也是当前研究所欠缺的,更是本研究的主要意义所在。

二、健康权的强司法救济

强司法救济的施行必须以两个条件为前提:一方面,存在明确的健康权规范,或者说健康权能够直接构成诉讼请求的法律渊源;另一方面,法院可以直接为这种权利提供司法救济,即法院具有受理健康权诉讼的制度资格。^⑬全球范围内司法能够为健康权提供强司法救济的国家主要有阿根廷、巴西、哥伦比亚、南非、印度、哥斯达黎加等。^⑭在这些国家中,健康权作为法律渊源有两种类型:一是在其宪法、健康照护法或医疗保险法等法律中明确规定了健康权,如巴西和南非的宪法明确规定了一项可诉的健康权;二是直接适用或吸收其批准生效的国际人权条约中的健康权规范,如阿根廷和印度等国就是在参照国际人权公约中的健康权规范的基础上,扩大解释其他宪法基本权利(如生命权、生命尊严权等),使其包含健康权,并最终通过判例的方式完成了对健康权法源规范的确定。对于法院介入健康权的制度能力问题,则取决于该国家的司法制度,同时也决定了各国在司法救济和保护的对象、司法组织程序的类型和司法救济的效果等方面的差异。为了有效聚焦于强介入救济模式的制度景象,又限于研究的篇幅,本文采取举偶式的方式进行分析,并随机选择了阿根廷^⑮作为分析对象。在展开的思路,主要聚焦在以下三个制度要素方面。

(一)法律渊源

在阿根廷,健康权的宪法渊源是根据一系列

相关条款进行扩大解释所建构(constructed)出来的。这些跟健康权相关的阿根廷宪法规范包括:保护“有益于人类发展的健康、平衡的环境”的集体权利(collective right)(第41条)以及消费者“健康、安全与经济利益受到保护”的权利(第43条)。第75条还规定了授权国会以立法来维持社会正义的议程要求,这其中包括需要提供诸多具体健康保障的法律义务。于是,在联邦层面,一系列成文法直接为健康权建构了法律框架。^⑩这套规制框架同时被二十四四个州宪法和各州健康法的相关规章所补充和进一步发展。自1984年起,有十二个州的宪法修正案明确承认了健康权,并且发展出了详尽的原则和规则以监管当地的卫生保健体系。^⑪而最终通过阿根廷联邦和各省法院的先例,健康权的宪法地位得到确认。^⑫有学者对阿根廷最高法院在21世纪前后十年左右时间内做出的健康权诉讼案件进行过实证研究,为阿根廷健康权诉讼的具体裁判展开了细致的分析。^⑬例如,法院通过判例确立了国家对健康权所负有的消极义务和积极义务,消极义务如禁止健康保险公司单方面终止健康服务^⑭,积极义务如国家保证公民可以获得治疗的义务^⑮,并确立了联邦在省级公共卫生和保险事务中的附属担保人(subsidiary guarantor)的义务。^⑯

(二)诉讼两造

理论上,在阿根廷的健康权诉讼中,向法院寻求健康权救济的既可以是个人也可以是集体,后者主要包括监察专员(ombudspersons)和社会团体(如人权组织、消费者权益组织、医师专业协会和病人团体),但实际的数据显示,提起诉讼的主体绝大部分还是个人,这个比例高达88%。^⑰直到20世纪90年代,NGO组织才提起了第一起关于健康权的诉讼,社会组织等集体当事人除了在艾滋病相关问题上较为活跃外,鲜有其他身影。这可能与阿根廷社会组织本身的不成熟密切相关。学者们初步的实证数据还显示了一个有趣的现象:

大部分诉讼原告来自平均收入相对比较高的地区,且数据还显示,阿根廷南部地区(平均家庭收入最低的地区)的居民几乎没有提起过诉讼。这表明了一种可能性,即最需要帮助的人不一定能够诉诸诉讼。^⑱这就涉及诉讼的门槛问题。司法是有成本的,高昂的诉讼费用使很多人没有办法享受司法的保障。阿根廷的经验表明,司法对健康权的救济,受益范围其实很有限。^⑲

健康权诉讼的被告则是多元的,既包括公共的主体(主要指国家和地方层面的政府职能部门),也包括社会的主体,还包括私人卫生保健的部分提供者,其中最普遍的是社会保险公司,以及卫生保健服务的提供者、医疗保险提供者、保险协会以及制药公司等。^⑳这种格局的形成是阿根廷卫生保健体制作用的结果。从生发原理来看,健康权诉讼的被告是根据健康法律体系所确定的应当履行医疗保障义务的主体,这种义务既包括消极的尊重义务(如禁止任意取消保险合同),也包括积极的给付义务(如提供药品和治疗服务)。而阿根廷的医疗保障体制被分为了三个部分:联邦保障的部分、省级保障的部分以及市级保障的部分,三个系统之间是平行分布的,各自负责一部分,且这三部分的又各自包括公共的(原则上覆盖至每一个人)、社会的/半公共的(主要包括劳动医疗保障、退休医疗保障等)、私营的(自愿购买的商业保险)。^㉑换句话说,在健康权的框架下,除了负有保障职责的公权力机关,相关社会主体甚至私主体都被健康权义务所涵盖。此外,法院可以审查任何对健康权产生影响的政策,推翻任何影响健康权实施的政府行为,尽管这种裁判并不是创设新的公共政策,而是依据司法审查的标准做出的(如合理性标准、公平标准、充分性标准等),但法院可以要求其他机构遵守这些标准。^㉒

(三)诉求类型

当公民以其健康权作为基础请求法院提供救济时,需要确定一个可以请求的范围类型,这是因

为医疗服务本身是个体化的事务,但绝非任何一种健康需求都能够得到满足。从逻辑上讲,健康权保障的都是有限的部分,这部分可以称之为基本医疗需求,并通过基本药物目录制度等手段实现对资源有限性的控制。^②据学者们的总结和观察,公民所诉求的实质性重点主要是医疗服务的提供,其诉讼请求的类型主要包括四类:一是请求获得医疗服务和药物;二是请求对公共卫生政策和设施进行改革;三是请求获得与个人自主性权利、生育权利等特定健康权内容有关的司法授权;四是其他诉求。

具体而言,健康权诉讼的请求内容和范围是由医疗体制的制度框架所确定的,也就是阿根廷的“PMO 制度”。所谓“PMO”,是英文“Plan Médico Obligatorio”的简称,意指阿根廷的强制医疗计划,又称“医疗保险计划”(Obligatory Medical Plan),与我国的基本医疗可谓异曲同工。作为制定基本卫生计划的规则和程序的集合,PMO 是国会和行政部门用来确定保险覆盖范围要求并规定优先次序的关键性机制。通俗理解,PMO 就是阿根廷公费医疗的制度设计和政策框架,构成健康权的法定内容和边界,同时也是健康权国家义务的确认基础和审查依据。阿根廷法院所审理的健康权案件大多数是关于 PMO 中的强制性保障规则的覆盖范围争议,换句话说,即所诉事由是否为阿根廷公共卫生系统的普遍保障范围之内。即使法庭判决并不总是清楚地说明原告所寻求的医疗服务是否被 PMO 规则所涵盖,但大多数的索赔和判决最终都解读为了被 PMO 规则所覆盖,这种解读其实是开放的,具有很大的裁量性。所以阿根廷健康权诉讼的诉求类型,其实就是 PMO 规则引起的诉讼类型。^③

总之,在强司法救济模式下,健康权的内容可以概括为公民基于国家基本医疗保障体系的规范基础所主张的行政给付。健康权本身是行政诉讼或者宪法诉讼的直接请求权基础,医疗保障体系

构成健康权内容的实质参考坐标系,国家是健康权当然的直接义务主体,也同时包括了社会组织甚至其他个人等相关义务主体,而请求的具体事项内容则指向医疗服务和药品。无疑,在这种模式下,健康权诉讼体现出法院对医疗资源介入和保重公民健康权益的积极抱负,抛开此种抱负所面临的合法性和正当性的挑战,司法判决能否得到立法和行政机关的尊重,同样也是一个值得关注的问题。

三、健康权的弱司法救济

在对健康权施行弱司法救济的法域内,并不存在一个名义上的“健康权”,但法院可以通过转介适用、扩大解释等手段,依据宪法相关文本和基本权利保护的程序机制对公民健康权进行实质保护。^④由于弱司法保护不以健康权作为直接的法律渊源和请求权基础,因此只能诉诸于司法的程序性条款间接实现对健康权益的保护。具体来看,存在两种比较典型的弱司法救济机制,即分别诉诸平等权保护条款(形式平等的标准)和诉诸正当程序条款的机制。平等保护和正当程序保护原本是西方国家司法审查的两条基本原则,是构成西方法治的灵魂机制之一,也是西方国家在三权分立框架下通过司法保护社会权的主要机制。^⑤具体到健康权的救济上,本文分别选择加拿大和美国的有关实践作为分析对象。两个国家都通过上述两种机制在客观上为公民的健康权益进行了保障,只是在分布上,加拿大更多采用的是平等保护原则,而美国则以正当程序原则为主。

(一)借由平等权保护条款提供弱司法救济的加拿大经验

尽管加拿大有一部专门的《加拿大健康法》(Canada Health Act,简称CHA),但这部法律主要是用来处理联邦和各省的医疗资源分配和卫生融资方式的,并非保障公民健康权益的法案,而是国家机构之间的关系法和国家医疗保险方面的组织法。加拿大是联邦制政治结构,联邦和各省两级

政府都分担对卫生保健的监管和资金筹措的责任。根据加拿大《宪法》的规定,各省被赋予了对公民健康最大份额的责任,而联邦政府则利用其广泛的财政支出权力促使各省参与国家医疗保险计划。

加拿大《宪法》第一编《权利和自由宪章》是加拿大《宪法》中的基本权利编,但其中并没有包括健康或者类似权利的直接表达。《权利和自由宪章》第7条规定:“人人享有生命、自由以及人身安全权,除了根据基本正义的原则以外,任何人都享有不被剥夺的权利。”这条是正当程序权利条款。然而,如果对这一条进行扩张解释,它可以被解释为赋予公民实质性的权利——要么禁止国家在某些基本生活方面干涉公民(消极权利),要么要求国家积极协助公民保障安全、自主生活的需要(积极权利)。法院在大多数情况下都不愿意将实质性的权利写入第7条的适用和解释中,特别是积极的权利。迄今为止,根据加拿大《权利和自由宪章》第7条所取得的大多数成功的案件都只是涉及消极权利。不过,在理论上可以从该条中解读出政府的积极义务,以确保加拿大人能够获得安全和自主生活的必需品,例如最低收入保障或基本医疗保健。到目前为止,法院一直不愿意以这种方式来解释和适用第7条,尽管理论上他们仍然对这种可能性持开放态度。在Gosselin案^③中,加拿大最高法院就第7条是否包含积极的社会经济权利进行了激烈的争论。法院的多数意见认为,第7条原则上可以被纳入经济社会权利的范畴,然而,判决结果却并没有赋予案件当事人实现这种权利的实施机制。从此以后,加拿大的法院就将Gosselin案作为类似提议的权威依据加以引用,尽管在理论上可以依据第7条对政府规定积极的责任,但法院一贯驳回了以第7条为基础的积极权利的请求。由此可知,加拿大通过正当法律程序原则对健康权实施弱司法救济也仅仅限于承认政府对此负有积极的义务和责任,却拒绝通

过司法途径对其予以救济。这在医疗保健方面虽取得了一些突破性的实践,但尺度和效果并不大。^④

除了依据第7条的正当法律原则之外,加拿大公民寻求获得医疗服务的另外一个途径是可以主张和声称国家有关法律侵犯了《权利和自由宪章》第15条的平等权利。该条第1款规定:“每个人在法律面前和法律之下一律平等,并且享有平等的保护和平等的权益,不受歧视,特别是不受种族、民族出身或者肤色、宗教、性别、年龄或者身心缺陷的歧视。”这就是加拿大宪法中的平等权条款(Equality Rights)。有关医疗资源的分配可能会违反第15条的平等保护规定。如当医疗资源是可提供的,但拒绝给某一类特定的人群使用,从而侵犯了他们所应享有的尊严,或者相反,表面上提供了一般可使用的医疗资源但却没有考虑到少数特殊人群的特别需求而导致所谓的不利影响歧视。这些都可能引发平等权案件。在Eldridge v. British Columbia案^⑤中,原告是一名失聪患者,他诉称医院未能在其就诊过程中为其提供手语翻译,侵犯了宪法第15条。加拿大最高法院在判决中一致认为原告的平等权利确实受到了侵犯,这种做法将弱势群体排除在了正常医疗服务对象范围之外,侵犯了聋哑患者在就医方面的平等保护权。这在《权利和自由宪章》第1条所保证的自由民主社会是不证自明的。人们可能希望Eldridge案能够在全国范围内引发热潮,然而,到目前为止,仍然只有不列颠哥伦比亚省和安大略省认可这项裁决。有法律家指出:“这是一项重大的法院突破,但其影响一直很弱,因为政府从未履行过自己的义务。”^⑥

(二)借由立法宣示和正当程序条款等提供弱司法救济的美国经验

关于美国宪法中的健康权,一个普遍的共识在于,美国宪法上并不存在健康权。“美国宪法并没有明确规定医疗保健的权利。在宪法文本中,

‘健康’(health)或‘医疗保健’(medical care)这些词没有在任何地方出现过。《宪法》的规定表明,制宪者更关心的是保障政府的自由,而不是为诸如卫生保健等政府服务提供具体的权利。”^⑧然而,有人提议将医疗保健的具体权利作为美国宪法的修正案。例如,1944年富兰克林·罗斯福总统的国情咨文中提出了“第二项权利法案”,其中包括“他有权获得足够的医疗保健和实现和享受良好健康的机会”。^⑨在2007年,美国著名黑人运动领袖、众议院议员杰西·杰克逊(Jesse Jackson)提出一项美国宪法修订法案以形成一项美国宪法上的“健康照护权”(right to health care)^⑩但有学者指出:“除了善意的提议之外,联邦宪法修正案将健康视为一项权利的可能性几乎是不可想象的。”^⑪

但另外一个近乎事实的共识在于:尽管美国联邦宪法中不存在健康权规范^⑫,但健康权可以获得美国宪法的保护。这是因为美国联邦宪法对健康的保护可以从平等条款和正当程序条款中获得。不过,对这一机制也不能过于乐观和积极地评价,就平等保护的机制而言,平等保护权要获得成功的机会,很大程度上取决于司法审查的水平。如果没有种族歧视或其他类似的可疑理由,仅指控歧视性地提供服务很可能只会得到最低水平的合理基础审查。^⑬任何正当程序要求,如同任何平等的保护主张一样,只有在政府自愿承诺提供卫生保健的情况下才可行,就像联邦医疗保险(Medicare)^⑭和医疗补助计划(Medicaid)。^⑮即便如此,建立政府服务的规约或法规也必须建立合法的权利要求。此外,只有当政府不公正地剥夺了卫生保健服务或利益时,政府才会承担相应的责任。^⑯正当程序等条款在健康权益保护上的运用,主要体现在由《平价医疗法》(ACA)引起的案件、对妇女等的生殖健康保障以及囚犯的健康权益的案件等三个方面。

2015年,美国联邦最高法院在 King v. Burwell 中明确地支持了健康照护权(right to health care)。

这个案件是由《平价医疗法》引起的三个著名案件之一。^⑰《平价医疗法》规定,个人可以在美国健康保险交易所购买价格有竞争力的健康保险,这些保险可以由州或联邦政府运营,也可以是指定的商业组织运营。它还为在交易所购买保险的中低收入者个人提供联邦税收抵免。美国国税局(IRS)发布了一项规定,确认所有符合经济条件的美国人都可以享受联邦税收抵免,无论他们是否在国营或认可的交易所购买保险。原告 King 在美国弗吉尼亚州东区法院提起诉讼,诉求称根据《平价医疗法》的字面规定,只有那些在国营的交易所购买保险的个人才能够获得税收抵免。法院认为,应该以“与其他法律相协调”的体系解释的方式进行解释,从而否认了原告的这种字面解释。法院站在理性立法者的立场,认为补贴的缺失将会造成健康保险市场的严重不稳定性,并有可能导致人们陷入死亡的漩涡,这一结果并不是国会所想要看到的。法庭的意见确认了为联邦健康保险交易提供补贴的合法性,为健康照护权提供了明确的支持。首席大法官约翰·罗伯茨(John Roberts)在判决中写道:“这些税收抵免是联邦政府与州际交换机构合作的必要条件,也是为了避免国会本来有意要去避免的灾难性结果。”^⑱因此,大法官支持了 ACA 法案,并明确表达了对公民健康照护权的支持。此外,联邦最高法院通过法律解释方法的运用化解了政治性司法纠纷的难题,将司法智慧和司法技能的运用平衡社会争议和社会分歧,这在客观上也为健康权在美国的弱救济提供了良好的基础。

对妇女生殖健康权的保障,最早可以追溯到 1965 年的 Griswold v. Connecticut 案^⑲中。该案 Griswold 是一名计划生育协会的工作人员,他为已婚夫妇提供了节育指导和避孕药,而当时的康涅狄格州法律禁止他的这种做法,他因此受到法律的处罚而提起上诉。最高法院认为避孕是夫妻婚姻隐私权的重要内容,从而支持了夫妻使用避孕

药的请求并废除了禁止使用避孕剂的州法律。在该案中,联邦最高法院认为“隐私权”应被视作公众不可剥夺的宪法权利,不经“正当法律程序”,州政府不得侵犯。“根据这一推理,最高法院裁定,自由节育权是公民的隐私权不可分割的组成部分,是否节育和怀孕完全是公民个人的私事,只要未损害社会的公共利益,政府根本无权干涉。”^④在这个案件中,尽管联邦最高法院保护的是隐私权,但毫无疑问,该案同时也在客观上间接地保护了公民生殖健康权(Reproductive Health)。类似的案件还有1973年发生的著名的罗伊诉韦德案(Roe v. Wade)^⑤和1992年的宾夕法尼亚东南部计划生育委员会诉凯西案(Planned Parenthood v. Casey)。^⑥在罗伊诉韦德案中,联邦最高法院在正当程序条款中发现了妇女拥有堕胎的权利,这是妇女所应该享有的自主决定权和隐私权的重要内容。^⑦该案的主审法官和裁判文书的撰写者布莱克门在判决书中所表达的支持妇女拥有自主堕胎的逻辑和论据之一在于:“州不给孕妇做出这个选择给她带来的伤害是显而易见的。可能涉及甚至在妊娠初期医学上即可诊断出来的直接伤害。母亲的身份或多余的孩子会将悲惨的生活和未来强加在妇女身上。心理上的伤害可能迫在眉睫。照顾孩子可能影响她的身心健康。另外还会给所有相关的人带来与这个多余的孩子联系在一起的痛苦,以及把一个孩子带进一个在心理上和其他方面无法照顾他的家庭所产生的问题。”^⑧在1992年的Casey案中,联邦最高法院部分地支持了宾州的一项管制堕胎的法律,该法律允许各州对堕胎服务进行监管,只要这些规定不给妇女堕胎服务带来不必要的负担,同时该法律规定18岁以下的孕妇在堕胎之前必须征得父母的同意,而且他们必须在咨询过有关机构24小时后,才能进行堕胎。这样,在生殖健康领域,最高法院保护了某些有限的生殖保健权利。不过,法院一直否认政府有义务为生殖保健支付费用。^⑨

美国联邦宪法除了上述为妇女的生殖健康权提供间接保护之外,还为囚犯的健康照护权(Health Care For Prisoners)提供了保护。不过这并不是通过正当法律程序条款,而是根据美国宪法第八修正案的“禁止实施残酷和不寻常的惩罚”^⑩所解释出来的权利。在1976年的埃斯特尔诉甘布尔(Estelle v. Gamble)案^⑪中,甘布尔是德克萨斯州狱政部门的一名囚犯,在监狱里,他被分配从事从卡车上装卸棉花包的劳动任务。1973年11月因棉花包落在他身上而导致背部受伤。在接下来的三个月里,他不停抱怨自己背部和胸部疼痛而不能工作,但狱警却因其拒绝工作而对他进行了行政隔离,最终导致心律不齐等疾病。1974年甘布尔开始发起诉讼,最终美国联邦最高法院判定监狱管理局因疏忽大意(inadvertent)导致甘布尔未能获得适当的医疗照顾。该案件确立了一项原则,即监狱管理部门在处理犯人的健康照护需求时,会因故意或过失而构成对美国宪法第八修正案所禁止的“残酷和不寻常的惩罚”之侵犯。法院认为故意漠视囚犯严重的医疗需求会造成囚犯“不必要的痛苦。”^⑫类似的案例还有1993年的赫林诉麦金尼(Helling v. McKinney)案^⑬以及2011年的布朗诉普拉塔(Brown v. Plata)案。^⑭

这些案子如果放在一起看,美国鼓吹健康保健权的学者和实务者们认为这意味着在很大程度上,美国人被赋予了一种他们所关心的权利。“宪法本身并没有规定医疗保健的一般权利,但随着时间的推移,对健康保障的某些方面的权利通过宪法和成文法拼凑起来了。”^⑮而完成这种“拼凑”的主要机制则是通过法院的判例来实现的,换句话说,美国的法院通过正当程序、平等保护等法治工具和司法经验智慧,实质上为公民的健康权益提供了救济和保护。

不难看出,与强救济模式下健康权的积极行政给付请求不同,弱司法救济模式下的健康权则突出了其自由权的内核和面向,即客观上对健康

的平等保护和正当程序保护,而在义务的内容上首先强调了国家和社会对健康的消极尊重,同时也兼顾了基于平等保护要求的政府给付内容,尽管在理论上后者既可能是医疗服务给付,也可能是药品给付,但实践表明只存在有限的甚至是极其边缘的(如为患者提供手语服务)医疗服务给付。弱司法救济下的健康权,与其说是在保护健康权,还不如说是因为适用平等保护和正当程序等宪法原则和法治机制而在客观上为公民的健康带来了权利的保障。弱司法救济体现出健康权作为一种社会权与司法的民主和制度能力之间的合理平衡。

四、健康权的准司法救济

从制度形态上看,所谓“准司法”(quasi-judicial)的救济模式,是指由具备准司法性质的机构依据准司法程序,为健康权提供准司法救济。准司法机构在正式司法机构的建制之外履行“类似”司法的职能,而不在实态上占用国家司法资源,仅与其共享某些之于公信力的心理基础。以“准”字指称的关窍亦在于“类似性”上,主要体现在两个方面:一是程序构造和组织构造上的类似性。即准司法机构对所受争议的审查过程需要经过类似于司法的程序,其受理审查的组织也具有类似于司法组织的结构;二是裁决效力上的类似性。即准司法机构发布的裁决可能产生类似于法院判决的准终局性效力,或者构成司法裁判的前置程序。

(一)准司法救济模式

准司法机构在国内外其实早已有了诸多实践。如在美国,根据其宪法第三条的规定,司法权属于最高法院以及由国会随时下令设立的各级法院。因此,根据宪法第三条建立的司法机构称之为 Article III Court,这是美国正式的司法机构和司法体制。然而,美国除了 Article III Court 之外,还有 Article I Court, Article II Court 和 Article IV Court 等三种准司法的机构。Article I Court 顾名思义指根据美国宪法第一条(即国会条款)所设立

的法院,又称之为 Article I Tribunal, Legislative Court 等,它是根据美国宪法第一条设置的行政机关(Administrative Agencies),主要包括美国税收法院、美国破产法院、美国联邦诉求法院(主要审理跟联邦政府的货币纠纷的法院)、美国退伍军人诉求法院、军事委员会审查法院、美国军队诉求法院等。^④国会有关设立 Article I Court 并赋予他们裁决属于宪法第3条管辖范围内争端的权力。^⑤美国的 Article II Court,即行政法院,又称之为总统法院,指在战争或内乱期间,在美国军队占领的领土上开展裁判的法院。这些行政法院(executive courts)在美国的历史上不时形成,毫无疑问,它是非正常宪法秩序下的异常设置。^⑥美国的 Article IV Court 也是由国会根据美国宪法第四条(the Territorial Clause)设立的专门负责处理领土的法院(territorial court),美国绝大多数领土法院都处于休眠状态,目前还在运转的只有三个地区的领土法院。^⑦而在中国也存在准司法的机构设置,比较为大家所熟悉的是中国的劳动仲裁以及社会上的仲裁机构等,都是一种准司法性质的建制。

准司法程序的介入,是社会权保护的主要机制,也是国际人权法上社会权救济的创新。《经济、社会和文化权利国际公约》规定的个人来文程序、国家间指控程序和调查程序以及《欧洲社会宪章》中规定的集体申诉制度都具有准司法救济机制的性质。这些制度设置有专门的机构,如权利委员会,规定专门的操作程序,提供具有司法性质的救济内容,只因其没有司法机关的名分但行使着司法的实权,因此称之为准司法程序模式。有关《经济、社会和文化权利国际公约》中的准司法救济的研究,国内外的成果已经颇为丰富^⑧,而欧盟的集体申诉制度所受到的关注不多,且因其在健康权救济上已有相关实践,制度设计和实践运转都相对良好,因此,在健康权的准司法救济模式中,主要以欧盟的集体申诉制度及其相关案例为对象来阐释这种模式的制度景象。^⑨

《欧洲社会宪章》(European Social Charter,以下简称“《宪章》”)与《欧洲人权公约》(European Convention on Human Rights)共同构成欧洲两大权利公约文件。但与以自由权为主的《欧洲人权公约》(又称之为《人权和基本自由欧洲公约》)所设置的救济制度^⑥相比,《宪章》仅仅规定了各成员国的报告制度,即每两年将本国履行《宪章》的情况报告欧洲社会权利委员会(European Committee on Social Rights,简称为ECSR),委员会审议之后若发现成员国存在未遵守《宪章》的情况,则可以(也可以)向其提出建议。^⑦报告制度除了效率慢之外,最大的问题在于没有赋予权利主体主动请求救济的制度能力,从而也就在实质上否认了社会权的权利属性。而随着人权二分法(即人权被人为地划分为自由权和社会权)理论的不断消解,国际社会逐渐承认社会权和公民权利与政治权利之间的不可分割性^⑧,而两种权利围绕是否具有可诉性的争论所建构起来的实施机制却使得两者之间的鸿沟难以消解。欧盟一方面认为健康权等社会权利并不具有可诉性,却又承认社会权的系属^⑨,即作出了保护健康权等社会权的正当性承诺,便由此陷入了两难选择。最终,欧盟其采取了一个折中的方略:建立准司法救济的集体申诉制度(Collective Complaints System)。^⑩

于是,欧盟宪章委员会下的部长会议委员会于1995年通过了《关于〈欧洲社会宪章〉集体申诉制度的附加议定书》(即 Collective Complaints Protocol,以下简称“《议定书》”)^⑪并于1998年7月1日正式生效。《议定书》允许某些集体组织可以向欧洲社会权利委员会申诉签约国政府未遵守《宪章》,由委员会决定是否受理这项集体申诉。根据欧盟官方的介绍,集体申诉制度是与《欧洲人权公约》的司法保护制度相平行的制度设计。^⑫

集体申诉制度的设置是为了提高仅仅依靠政府提交报告这一监管机制的效率,以改善《宪章》所保障的社会权利之有效执行,并加强社会组织

对社会权利保护的参与。^⑬欧盟作为超国家组织,以统一机制展开对健康权等社会权利的准司法性救济,具有二次救济的兜底性功能。因为集体申诉的制度内容在于审查欧盟各成员国国内立法、判决是否违反《宪章》规定而有损公民社会权的实现。这种“二次救济”的显著特性植基于欧洲特殊的“双层法制结构”,甚至可说,欧盟的准司法救济模式恰恰建立在欧洲各国对社会权不同程度的司法救济之上。面对相当多样的社会权保护思路、参差的健康权保障水平,欧盟层面的立法考量与制度设计自然应观照全局而顾及成员国共同的利益诉求,折中的、通过准司法型机制实现的救济模式便是很好的选择,也只有欧盟法域包含“超国家法”的双层结构^⑭才能给予这种救济模式以深厚的扎根土壤和广阔的运作空间。

(二)集体申诉程序的准司法结构

《宪章》的集体申诉机制具有准司法的制度结构特征,主要表现在它的程序性构造上,这里分别从申诉主体、申诉程序、受诉审理以及决定的效力与执行四个方面展开。^⑮

第一,提出申诉的主体。集体申诉制度之所以称之为集体,是因为排除了个人作为申诉主体的可能性,也就是否定了《经济、文化和社会权利国际公约》中的个人来文程序。此外,之所以设立申诉机制而没有采纳诸如经社文权利公约中的国家间控诉制度,“可能是因为其他人权条约中的此类程序并没有得到广泛利用。”^⑯因此,集体申诉制度的主体只可能是某种组织,而不能由个人或国家提出。《议定书》的第一条和第二条规定了有权提出集体申诉的组织有四类,包括有关雇主和工会的国际组织、某些经过官方资质认定的非政府组织、被申诉国家内的雇主组织和工会组织以及其他有代表性的非政府组织。^⑰

第二,申诉的提出与受理程序。集体申诉应当以书面形式提出,且国际组织的申请以欧洲委员会的官方语言(英文或法文)起草,各缔约国国内

的工会和非政府组织则可以用其国内的官方语言提出。申诉必须针对接受集体申诉制度的国家提出^⑨,且申诉的内容须跟《宪章》的一项或多项条款有关。^⑩申诉需要说明该国未能执行和适用《宪章》的程度。特别是,申诉必须指出有关国家未遵守或未充分执行《宪章》的理由,并提供证据、相关论据以及证明文件。例如,申诉可以指出有关国家未能为执行《宪章》建立应有的法律框架,或者现有的法律框架不符合《宪章》。此外,集体申诉制度只受理一般性问题的申诉,而不受理个别性问题,例如只能申诉该国的某项法律规范不符合健康权的基本要求,而不能因为某一个具体公民的健康保障未受到保障而提出申诉。

受理申诉申请的机构是欧洲社会权利委员会。当接到申诉组织的申请后,由委员会主席任命一名成员为报告员。报告员的任务是起草关于申诉可否受理的决定,并向各方以及议定书缔约国发出书面通知予以公布。欧洲社会权利委员会根据准备审查的顺序处理所收到的申诉。然而,它可能会决定优先处理某项特定的申诉。在欧洲社会权利委员会决定可否受理之前,主席可以在其决定的期限内要求被申诉国和申诉组织提出申诉是否可受理的书面意见。如果委员会主席认为适当,为确保申诉在合理时间内得到处理,可以根据报告员的提案,要求被申诉国就案件的案情提出书面意见。主席也可以要求提出申诉的组织在相同的条件下回应被申诉国的意见。在此程序阶段转交的案件文件将在欧洲理事会网站上公布。欧洲社会权利委员会也有可能在没有邀请有关政府提交意见的情况下宣布任何申诉可以受理或不可受理,只要被认为已经明显符合或不符合受理条件。

第三,申诉的审查与裁决。如果申诉被宣布可以受理,欧洲社会权利委员会则会要求被申诉国在其规定的时限内就申诉的问题提出书面意见。同时委员会可以邀请其他《议定书》的缔约国

和其他组织也提出相关意见,但只有接受集体申诉制度的国家才能就涉他国的申诉提出意见。同时,根据报告员的提议,欧洲社会权利委员会主席可以邀请任何组织、机构或个人提交意见。委员会收到的任何意见均被转交给被申诉国和提出申诉的组织。书面提交的材料、答复和意见以及在此阶段产生的任何其他案件文件也会在欧洲理事会网站上公布。欧洲社会权利委员会主席在当他认为适当的时候并与报告员协商后,可以决定书面程序已经结束。在作出此项决定之后,当事方只有在具备充分理由的情况下才能提交新的文件。在审查申诉过程中,欧洲社会权利委员会可以根据当事方之一或自己的提议组织听证会。除非主席另有决定,否则听证会是公开的。除各方之外,已表示愿意介入支持申诉或拒绝申诉的国家和组织均应提交意见或参加听证会。经过审议后,欧洲社会权利委员会就申诉的案情作出其是否违反《宪章》的决定。欧洲社会权利委员会就申诉的案情作出决定需要阐明理由,并由主席、报告员和执行秘书签署,异议均附在委员会的决定之后。欧洲社会权利委员会向欧洲委员会各方和部长委员会转交一份载有其决定的报告。

第四,裁决的效果与执行。在通过关于集体申诉可否受理的决定之后,或在通过关于案情的决定之前或之后的诉讼期间的任何其他时间,委员会可应当事一方的要求或主动向各方表明立即采取措施的必要性,避免严重损害的风险并确保有效尊重《宪章》所承认的权利。在申诉机构提出立即采取措施的请求时,须说明其原因,以及若不获批准,可能产生的后果和所要求的措施。请求书的副本随即转交给被申诉国。欧洲社会权利委员会主席确定被申诉国就立即采取措施的要求提出书面意见的日期。委员会就关于立即采取措施的决定阐明理由,由主席、报告员和执行秘书签署,通知各当事方。欧洲社会权利委员会可要求各方提供关于措施执行情况的材料。但欧盟社会

权利委员会做出的被申诉国家之法律或惯例是否符合《宪章》有关规定的决定在国内法律体系中是无法强制执行的。这意味着当欧洲社会权利委员会裁定一国的情况不符合《宪章》时,提出申诉的组织无法要求在国内法中强制执行委员会的该决定,而有关国家法院的裁判也无法适用该决定作出有关裁判。^④

(三)集体申诉制度下的健康权救济

根据欧盟社会权利委员会 HUDOC-ESC 数据库^⑤的数据显示,有关《宪章》第 11 条的健康保护(Right to Protection of Health)^⑥的申诉案件,共有 96 条记录。其中一般性的案件 44 件,第 11 条第一项“尽可能消除健康的不良原因”义务方面的有 26 件,第二项“提供健康教育和咨询”义务方面的有 14 件,第三项“尽可能防止不良疾病、地方疾病和其他疾病”义务方面的有 12 件。当然,这些记录并不代表有这么多案件经过申诉程序,大部分都被欧洲社会权利委员会拒绝受理。据笔者的大致统计,经过完整的申诉程序且裁定有关成员国侵犯了第 11 条的健康保护权条款的案件大概在 10 件左右。其中发生在希腊的健康权申诉案件比较具有代表性,因为希腊是第一次适用第 11 条被提起申诉的,也是案件数相对较多的国家(初步统计至少有 4 件)。

2005 年,欧洲第一例健康权的申诉案件是 Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece^⑦案。作为欧盟第二大褐煤生产国、世界第五大褐煤生产国的希腊被马兰戈普洛斯人权基金会(公益组织)诉至欧洲社会权利委员会。委员会受理并审理之后,确定了希腊对治理空气污染所负有的义务,并认为希腊因为没有履行国家义务而侵犯了公民的健康权。欧洲人权委员会根据集体申诉程序机制裁判认为,希腊没有遵守该条规定的积极义务,因为在开采褐煤的主要地区,没有采取适当措施,也没有制定合适的法律标准来防范公共卫生风险。在委员会的裁判中

明确承认了健康环境权作为健康权的一种类型,并与《欧洲人权公约》(European Convention of Human Rights)中的生命权进行了关联。委员会还认为,由于希腊没有对空气污染采取任何防范和整治措施而侵犯了这一权利。在申诉审查的依据上,委员会依赖的是国际公认的环境标准,如《联合国气候变化框架公约》《京都议定书》以及欧盟的有关“规定”和“指令”。鉴于欧盟成员国的城市空气污染水平常常超标(所有这些都受到欧洲委员会社会宪章的约束),而且许多国家都远远落后于《京都议定书》的承诺,因此,这一决定应该被视为欧洲各国政府的警钟。委员会认可健康环境权可能会成为国家宪法权利解释的途径。^⑧该案是迄今为止欧洲社会权利委员会所作的最重要的决定之一。它不仅应社会健康权之所急,还澄清了委员会在处理《宪章》所规定的积极义务时的“属时管辖权”(jurisdiction *ratione temporis*)。最重要的是,它赋予了作为健康权内容之一的“健康环境权”以社会权利的人权地位,这在某种意义上,可以说是通过准判例的方式确立了健康权的内容,并确立了健康环境权在欧洲人权法上的地位。

又如国际人权联合会(The International Federation for Human Rights, 简称为 FIDH)针对希腊政府的不作为向欧洲社会权利委员会提出的申诉案^⑨中,FIDH 诉称,因大规模环境污染对生活在 Asopos 河流域以及雅典以北 50 公里 Oinofyta 工业区附近的居民之健康造成了有害影响,而希腊政府并没有采取足够的措施来消除或减少这些有害影响,以确保人们充分享有保护健康的权利。欧洲社会权利委员会受理并最终裁定:希腊政府未能履行《欧洲社会宪章》第 11 条规定的义务,并建议希腊当局采取并实施有效的预防措施进行改善,所有措施须在 2011 年年底之前生效,并确保通过适当的监督机制来适当地适用环境标准等。再如,国际保护儿童组织向欧洲权利委员会提出申诉^⑩,控告比利时未能给予非法移民进来的儿童

适当的健康等权利保障。DCI 声称,非法存在或寻求庇护的举目无亲的外国未成年人以及非法居留的举目无亲的外国未成年人在比利时被剥夺了充分发展、社会、健康、法律与经济保护、社会和医疗援助以及消除贫困的权利,这违反了《欧洲社会宪章》第7条、第10、11、13、16条等基本权利。尽管这些未成年人在理论上可以获得比利时法律上社会援助的权利,但他们在实际上被拒绝接受这种援助。欧洲社会权利委员会审理后,对DCI的诉求逐条审查,最后以13票对1票裁定比利时政府违反《欧洲社会宪章》第11条第1和第3款。

从欧盟对健康权准司法救济的实践来看,健康权被作为直接的(准)请求权规范基础而得到适用,欧洲社会权利委员会通过集体申诉的准司法机制对《欧洲社会宪章》成员国的行为和法律是否违反健康权进行审查,其基本的作用机制在于肯定国家作为保障健康权的直接义务主体。在健康权的内容上,既包括尊重健康的消极权利的面向,即委员会可以审查一国政府的行为是否违反了健康权;又包括提供健康保障的积极权利的面向,即委员会审查一国政府是否及时有效地采取了措施保护公民的健康权,但也并不直接提供健康服务和给付,从而避免了法院直接介入政府资源分配的合法性挑战。

五、结语

本文的核心任务是详细介绍当前可供实现健康权救济效果的诸种制度景象。文章依照“司法介入程度”的区分,在制度现象上理出一条关于健康权救济方式的强弱谱系,即“强司法救济”“弱司法救济”和“准司法救济”,并分别介绍它们的基本制度结构或运行样态。之所以选择这一标准,原因在于,我们很可能局促于某种叠加的重复划分而陷入逻辑困境:如果以是否存在明确、直接的“健康权”规范表达为标准,则强司法与弱司法所涵摄的救济模式将被混同,但它们除了表象相似,并无甚关联,甚至存在救济权力性质的根本差别;

如果以是否能够就“健康权”规则进行直接司法适用为标准,则准司法救济便无法“出场”;如果以健康权救济的效果为标准,则我们很难理出强弱高低的次序。也正因此,必须强调,本文的强、弱、准并非是对救济效果的评价,而是对救济作用力的区分。这是因为,毫无理由因“弱救济”的归类而指摘美国、加拿大等国家公民健康权保护能效弱于阿根廷、印度;更没有任何根据评判,司法在借由“平等权”诉讼保护健康权时,对“平等权”之诉的介入程度弱于“强救济”国家的健康权情形。事实上,从各国国民健康保障的实践状况来看,弱势的司法介入反而“事半功倍”。本文通过制度结构分析和案例梳理的思路对三种救济模式进行了介绍说明,毫无疑问,本文的工作仍停留在“制度比较”的初阶,但又是“功能比较”和“制度移植”等作业所必不可少的前置步骤,既为铺垫,又作引玉之故。

特别感谢《清华法学》匿名评审专家对本文的审稿意见,作者文责自负。

注释:

① See Bertrand G. Ramcharan ed., JUDICIAL PROTECTION OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: CASES AND MATERIALS, Martinus Nijhoff Publishers, 2005; Daphne Barak-Erez & Aeyal Gross eds., EXPLORING SOCIAL RIGHTS: BETWEEN THEORY AND PRACTICE, Hart Publishing, 2007; Varun Gauri & Daniel M. Brinks eds., COURTING SOCIAL JUSTICE: JUDICIAL ENFORCEMENT OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS IN THE DEVELOPING WORLD, Cambridge University Press, 2008.

② See Malcolm Langford ed., SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW. Cambridge University Press, 2008.

③ 参见胡敏洁:《论社会权的可裁判性》,《法律科学》2006

年第5期,第26-27页;陈新民:《德国公法学基础理论》,法律出版社2010年,第430-453页。

④秦前红、涂云新:《经济、社会、文化权利的可司法性研究——从比较宪法的视角介入》,《法学评论》2012年第4期,第3-14页。

⑤See Alicia Ely Yamin & Siri Gloppen eds, LITIGATING HEALTH RIGHTS: CAN COURTS BRING MORE JUSTICE TO HEALTH?, Harvard University Press, 2011.

⑥See Colleen M. Flood & Aeyal Gross eds., THE RIGHT TO HEALTH AT THE PUBLIC/PRIVATE DIVIDE: A GLOBAL COMPARATIVE STUDY, Cambridge University Press, 2014.

⑦See Andrew Rosser, LITIGATING THE RIGHT TO HEALTH: COURTS, POLITICS, AND JUSTICE IN INDONESIA, The East-West Center, 2017.

⑧[美]杰克·奈特:《制度与社会冲突》,周伟林译,上海人民出版社2017年,第88页。

⑨龚向和:《社会权司法救济之宪政分析》,《现代法学》2005年第5期,第9-15页;夏立安:《经济和社会权力的可裁决性——从健康权展开》,《法制与社会发展》2008年第2期,第76-86页;龚向和:《论社会、经济权利的可诉性——国际法与宪法视角透析》,《环球法律评论》2008年第3期,第85-91页;袁立:《论社会权可诉性的几个基本理论问题》,《宁夏大学学报(社会科学版)》2010年第6期,第75-79页;等等。国外的代表性讨论,同前注②, Malcolm Langford 书,第3-45页。

⑩如龚向和:《通过司法实现宪法社会权——对各国宪法判例的透视》,《法商研究》2005年第4期,第131-137页;黄金荣:《司法保障经济和社会权的可能性与限度——南非宪法法院格鲁特布姆案评析》,《环球法律评论》2006年第1期,第61-69页;以及 See Malcolm Langford, Cesar Rodriguez-Garavito & Julita Rossi eds., SOCIAL RIGHTS JUDGMENTS AND THE POLITICS OF COMPLIANCE, Cambridge University Press, 2017。

⑪根据伽达默尔的视域融合理论,“前理解”是理解必不可少的组成部分和重要基础,人类的认识活动都是包含意义追求的活动,因此,立场先行其实是人文社会科学研究的一种基本思路。[德]伽达默尔:《诠释学1:真理与方法》,洪汉鼎译,商务印书馆2013年,第424-425页。

⑫需要说明的是,本文选取“司法介入程度”的标准对健康权救济模式作类型化分析,其实会面临着“平行结构”(parallel structure)的性能质疑。一般而言,类型化分析往往基于类比思维展开,这便意味着,可作类型化分析的诸对象间除了共

享区分标准外,一定还具有相似的观念形态并在内容上存在结构耦合。但事实上,一方面,强、弱、准彼此间并不存在类型化思维所要求的逻辑反对关系,而仅仅是在不考虑“他者”的情形下就各自范畴作出的独立概括。强和弱的所指乃是司法救济的不同方式,其实以“直接救济”与“间接救济”分别表述之更为精准、妥帖,但碍于“准司法”这一类型的存在,“直接—间接”的反对关系只能被废弃,因为不可能选取“直接—间接—准”这一毫无逻辑可言的荒谬框架展开作业。本文仅仅是在“叙述的比较法”的层次上,有效率地将现存诸法域内的健康权保护模式作以清晰描述,以为其他后续的相关研究提供经验质料,这便是“倒逼”选取“司法介入程度”作为线索的根本原因。

⑬在英美司法审查的语境下,也存在类似于“强司法救济”的称谓,即图什奈特的强形式的司法审查(strong-form judicial review),但它只是相对于司法保守中立的消极作为而言,总体上还是在间接的弱司法救济意义上展开的,与本文的界定存在根本不同。See Mark Tushnet, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, Princeton University Press, 2008, at 33-34;聂鑫:《宪法社会权及其司法救济——比较法的视角》,《法律科学》2009年第4期,第28-29页。

⑭一批学者对阿根廷、巴西、哥伦比亚、哥斯达黎加、印度和南非的健康权诉讼进行了详细的实证分析,同前注⑤, Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen 书。

⑮在阿根廷作为选择对象的代表性理论的论述上,笔者首先坦诚这是一种随机选择。若非要论述理论,阿根廷的基本医疗保险体制与我国存在非常类似的结构特征,而我国在国家医疗保障上的司法救济是缺失的,随着《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》对健康权的明确规定,阿根廷的诉讼制度能够为我国未来健康权的行政法救济提供一定的智识参考。

⑯阿根廷联邦层面的健康权法律体系包括:18610号法案(关于社会健康保险的法律)、23660和23661号法案(关于建立国家卫生体制的法律)、24754号法案(关于强制医疗保险计划的法律,即PMO)、24901号法案(关于残疾人福利保障的法律)、25649号法案(关于非专利药使用的法律)以及一系列特殊健康项目的法律,如抗击HIV/AIDS的23798号法案。

⑰同前注⑤, Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen 书,第45页。

⑱同上注,第45-46页。

^{①⑨}See Victor Abramovich & Laura Pautassi, Judicial Activism in the Argentine Health System: Recent Trends, 10 HEALTH AND HUMAN RIGHTS: AN INTERNATIONAL JOURNAL 53, 65(2008).

^{②⑩}Campodónico de Beviacqua, A. C. v. Ministerio de Salud y Acción Social.

^{③⑪}Asociación Benghalensis y Otros v. Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional.

^{④⑫}See e.g., N., L.M.y Otra v. Swiss Medical Group S.A.; Martín, S.G.y Otros v. Fuerza Aérea Argentina. 以上案例都转引自前注^⑤, Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen 书, 第72页。

^{⑤⑬}See Verónica Gotlieb, Natalia Yavich & Ernesto Báscolo, Litigation and the Right to Health in Argentina, 32 CADERNOS DE SAUDE PUBLICA 1, 12(2016).

^{⑥⑭}前注^⑤, Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen 书, 第54-55页。

^{⑦⑮}阿根廷政府也意识到了这个问题, 进而提出一项称之为 beneficio de litigar sin gastos(免费诉讼利益)的制度, 即原告在索赔失败的情况下, 法院为其提供诉讼费用减免。这一直鼓励私人律师在结果不确定的情况下免费工作。此外, 巴西、哥伦比亚都有类似于公益律师、免收诉讼费用等制度的支持。

^{⑧⑯}前注^⑤, Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen 书, 第54页。

^{⑨⑰}See Mabel Blanco et, HUMAN RIGHTS AND ACCESS TO TREATMENT FOR HIV/AIDS, Laccaso Press, 1999, at 6-8.

^{⑩⑱}See Verónica Gotlieb, Natalia Yavich & Ernesto Báscolo, supra note 23, at 121-122.

^{⑪⑲}基本药物制度经历从集体权利到个体权利的发展逻辑, 是健康权司法保护的重要阈值。参见宋玉萍、王晨光:《从权利救济到权利请求——基本药物制度的法理学分析》,《比较法研究》2013年第3期, 第62页。

^{⑫⑳}See Siri Gloppen, Legal Enforcement of Social Rights: Enabling Conditions and Impact Assessment, 2 ERASMUS LAW REWIEW 465, 480(2009).

^{⑬㉑}可能有学者会质疑, 司法官通过解释技术进行“漏洞填补”式的权利救济, 相较于只带“镣铐”的直接适用, 更可以被界定为一种“强介入”的出场方式。但在笔者看来, 描述司法介入的程度, 不仅要看“深度”, 还要看“广度”。能够借由转化、扩张发生“意义形变”进而灌注入“健康权”概念射程的权利原则、原理毕竟在少数, 就发挥空间而言, 自然不及有明确“健康权”之规范表达可供依凭的场合。再者, “强弱”介入的分野中蕴含了国家能力的立法考量与权利救济的司法考量间

的力量博弈, 孰胜孰负的不同表现可见一斑。

^{⑭㉒}例如欧洲很多国家都是通过适用正当程序或不歧视条款以及通过公共行政法中的合理性和相称性原则, 在国内司法管辖区内实现对社会经济权利的保护。欧洲人权法院近年来也越来越多地采取这种方式对包括健康权在内的社会权提供弱司法的保护。See Ellie Palmer, JUDICIAL REVIEW, SOCIO-ECONOMIC RIGHTS AND THE HUMAN RIGHTS ACT, Hart Publishing, 2007, at 1-47.

^{⑮㉓}这个案子主要起诉一项魁北克省的政策, 即在30岁以下的人拒绝参加工作培训计划的情况下会大幅减少社会援助。See Gosselin v. Quebec, 4 S.C.R.429(2002).

^{⑯㉔}同前注^⑥, Colleen M. Flood and Aeyal Gross 书, 第87页。

^{⑰㉕}Eldridge v British Columbia(AG), [1997] 3 SCR 624.

^{⑱㉖}Allison Cross, Phone Service Lures Away Deaf Interpreters, THE VANCOUVER SUN, May 9, 2008, at B5.

^{㉒㉗}Kathleen S. Swendiman, Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers, Library of Congress, 2010, https://www.everycrsreport.com/files/20120323_R40846_af4754a64287ce5e71b548006bc83e12ad7e5e09.pdf, 2018年12月31日访问。

^{㉓㉘}[美]凯斯·桑斯坦:《罗斯福宪法:第二权利法案的历史与未来》, 毕竞悦、高瞰译, 中国政法大学出版社出版2016年, 第9页。

^{㉔㉙}来源于 <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.J.RES.30>, 2018年12月31日访问。

^{㉕㉚}rank I. Michelman, Socioeconomic Rights in Constitutional Law: Explaining America Away, INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW, Vol.6, No.3, 2008, p.663.

^{㉖㉛}但需指出的是, 有学者对美国各州的宪法进行了调查, 结果显示美国有13个州的宪法中存在跟健康有关的规定, 并且其中六个州的宪法被法院所适用和解释, 并且其历史也十分悠久, 最早的可以追溯到1869年, 而最新承认健康权的是1978年的夏威夷宪法。这些规定中, 有的是司法适用的权利, 而有的则是一种重要的宣示性的价值, 表达了公众的关注和渴求。See Elizabeth Weeks Leonard, State Constitutionalism and The Right to Health Care, 12 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 1325, 1401, (2010).

^{㉗㉜}美国联邦最高法院会根据分类或公民自由的性质采用不同的宪法审查层级。审查层级意味着法院将会在个案中平衡各种利益, 也意味着法院审查的审慎度, 或换言之, 意味着

法院对立法机关或有关部门的尊重(deference)程度。审查的层级越低,合宪性的推定则越大。按照遵从宪法的程度从最大到最小排列,违宪审查的三个正式层级分别是:合理基础审查(rational basis)(也即最低限度的合理性 minimum rationality),中级审查(intermediate review),有时也可换用“提高层级审查(heightened scrutiny)以及严格审查(strict scrutiny)。有关公共健康司法审查的理论和实践,可参见Gostin教授的论述。See Lawrence O. Gostin and Lindsay F. Wiley, PUBLIC HEALTH LAW: POWER, DUTY, RESTRAINT, University of California Press, 2015, at 146-149.

④ Medicare, 联邦医疗保险计划,指美国国家老年人医疗保险制度,即美国联邦政府为65岁或以上老年人,不足65岁但有长期残障的人士或者是永久性肾脏衰竭患者提供的政府医疗保险。它由联邦政府管理,在各个州实行统一政策。See Siri Goloppen, Litigation as a Strategy to Hold Governments Accountable for Implementing the Right to Health, 10 HEALTH AND HUMAN RIGHTS 28,(2008).

④ Medicaid, 医疗补助计划,其实质是贫困者“医疗补助”,是为低收入群体提供的医疗保险,它由各州政府管理的项目,其审核的主要标准是收入,低于各州设定的标准线就可申请。同上注,第29-30页。

④ 同前注④, Elizabeth Weeks Leonard 文, 第1394页。

④ 另外两个案件分别是2012年的NFIB v. Sebelius案和2014年的Bulwell v. Hobby Lobby Stores, INC. 案。

④ 576 U.S. (2015).

④ 381 U.S.479(1965).

④ 任东来、陈伟、白雪峰:《美国宪政历程:影响美国的25个司法大案》,中国法制出版社2013年,第286-287页。

④ 410 U.S.113(1973).

④ 505 U.S.833(1992).

④ 此外,原告当事人的律师指出如果改名提起诉讼的妇女无法在德克萨斯州脱胎,往往可以到那些允许堕胎的州或海外,但花费不薄。这就意味着,富人可以自由选择堕胎,但贫女却没有选择。因此,德克萨斯禁止妇女堕胎的法律没有保证穷人得到与富人相同的权利,违反了第十四修正案的“平等法律保护”条款。由此可见,罗案也在一定程序上使用了平等保护条款。

④ [美]斯坦利·I.库特勒:《最高法院与宪法——美国宪法史上重要判例选读》,朱曾文、林铮译,商务印书馆2006年,第600-601页。

④ 最新关于德克萨斯州堕胎服务和相关法律争议的案件还可参见Whole Women's Health v. Cole(2015)。

④ 美国第八修正案是1791年《权利法案》的一条,第八修正案规定:禁止过高的罚款与过高的保释金,及禁止施予残酷且不寻常的惩罚。

④ 429 U.S.97(1976).

④ See Michael L. Wells & Thomas A. Eaton, CONSTITUTIONAL REMEDIES: A REFERENCE GUIDE TO THE UNITED STATES CONSTITUTION, Greenwood Publishing Group, 2002, at 84-85.

④ Helling v. McKinney, 509 U.S.25(1993).

④ Brown v. Plata, 563 U.S.493(2011).

④ Gregory Curfman, King v. Burwell and a Right to Health Care, HEALTH AFFAIRS, <https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hblog20150626.048913/fu11/>, 2018年12月31日访问。

④ See James E Pfande, ONE SUPREME COURT: SUPREMACY, INFERIORITY, AND THE JUDICIAL DEPARTMENT OF THE UNITED STATES, Oxford University Press, 2009.

④ See James E Pfande, Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States, 118 HARVARD LAW REVIEW 643, 776(2004).

④ 关于美国法上的“第二条法院”的产生、运转以及法理问题的详细论述, See David J. Bederman, Article II Courts, 44 MERCER LAW REVIEW 825, 880(1993)。

④ 这三个还在运转的领土法院分别是:北马里亚纳群岛地区法院(District Court for the Northern Mariana Islands);关岛地区法院(District Court of Guam)和维尔京群岛地区法院(District Court of the Virgin Islands)。

④ 万鄂湘、毛俊响:《经济、社会和文化权利保护领域的重大突破:〈经济、社会和文化权利国际公约任择议定书〉草案述评》,《法律适用》2008年第11期,第29-33页;何海岚:《〈经济、社会和文化权利国际公约〉实施问题研究》,《政法论坛》2012年第1期,第67-81页;孙萌:《经济、社会和文化权利的国际可诉性》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2013年第5期,第18-25页;郭曰君:《国际人权法中的准司法程序与中国》,《广东大学学报(社会科学版)》2015年第3期,第17-23页。

④ 对《宪章》所设计集体申诉机制的准司法程序性质的之全面分析,可参见。Holly Cullen, The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights, 9 HUMAN RIGHTS

LAW REVIEW 61, 93(2009)。

⑥即通过欧洲人权法院按照直接司法救济的方式加以保护。关于欧洲人权法院对基本权利救济的基本审查模式,一个样本性的论述可参见张志铭:《欧洲人权法院判例法中的表达自由》,《外国法译评》2000年第4期,第38-69页。

⑧See David Harris & Jack Darcy, THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER, Martinus Nijhoff, 2001, at 293-354.

⑨1993年在维也纳召开的第二次世界人权大会文件中申明“一切人权和基本自由都是普遍、不可分割、相互依存、相互关联的”,从而人权理论的二元论和二分法为“相互依存理论”所代替。

⑩See Exter D. Hermans, Constitutional Rights to Health Care: The Consequences of Placing Limits on the Right to Health Care in Several Western and Eastern European Countries, 5 EUROPEAN JOURNAL OF HEALTH LAW 261, 289(1998).

⑪当然,这并不意味着欧盟在保护包括健康权在内的社会权就不存在其他模式的可能,实际上,如同前注⑩所释,欧盟各成员国通过平等保护等弱介入的方式也会为社会权提供保护。欧洲人权法院有权裁定成员国遵守欧共同法律规定的义务,这些义务会涉及到职业健康等问题,从而为健康权等救济提供了国际性的司法保护和执行机制。

⑫Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Nov.9, 1995, 158 E.T.S., <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/158.htm>.

⑬来源于 <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/collective-complaints-procedure1>。

⑭《议定书》的序言。

⑮史国普:《“超国家法”与“国家法”——欧盟法与欧盟成员国国内法的关系》,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2007年第1期,第87-92页。

⑯See Robin R. Churchill & Urfan Khaliq, The The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights? 12 EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 417, 456(2004).

⑰同上注,第424页。

⑱如在希腊,正在申诉过程中的有欧洲女子大学诉希腊政府的例子。See University Women of Europe(UWE) v. Greece (Complaint No.131/2016).

⑲《议定书》规定集体申诉制度需经各成员国接受和承认方可对其生效,截至2013年3月1日,接受《议定书》的国家包括:比利时、保加利亚、克罗地亚、塞浦路斯、捷克共和国、芬兰、法国、希腊、爱尔兰、意大利、荷兰、挪威、葡萄牙、斯洛文尼亚和瑞典。

⑳可以被申请的条款包括修订后的《宪章》第二部分第1至31条和第五部分第E条;“健康照护权”即《宪章》第二部分的第11条,该条是The right to protection of health条款。

㉑这一点跟《宪章》的另外一种实施机制——报告制度完全不同,欧洲社会权利委员会根据报告制度通过的结论相当于是制定了法律。有关国家当局必须采取措施,根据国内法赋予它们效力。如果委员会裁定它不符合《宪章》,国内法院可以宣布无效或撤销国内立法。

㉒HUDOC数据库是欧洲委员会官方文件的便捷访问系统,而HUDOC-ESC则是欧洲社会权利委员会所有官方文件的数据库,提供所有欧洲社会权利委员会的决定和结论的访问和下载。网址:<https://hudoc.esc.coe.int>。

㉓《宪章》第11条的原文如下:第11条—保护健康的权利为确保有效行使保护健康权,缔约国直接或与公共或私营组织合作,采取适当措施解决如下问题:①尽可能消除健康不良的原因;②提供咨询和教育设施,以促进健康和鼓励个人在健康方面的责任;③尽可能防止流行病,地方病和其他疾病。

㉔Marangopoulos Foundation for Human Rights(MFHR) v. Greece, Complaint No.30/2005.

㉕See Mirja Trilsch, European Committee of Social Rights: The Right to a Healthy Environment, 7 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 529, 538(2009).

㉖International Federation for Human Rights(FIDH) v. Greece, Complaint No.72/2011.

㉗Defence for Children International(DCI) v. Belgium(Complaint No.69/2011).