



论作为基本权利的健康权

焦洪昌 摘自:《中国政法大学学报》2010年第1期

发表时间:2011年12月29日

摘要:对于“基本权利”,应该理解为经宪法实定化后的人权,即宪法保障的权利。但不能认为只有宪法上予以确认的权利才是基本权利,宪法对于基本权利的明确确认与否只能产生宪法解释学上的区别。除了宪法文本以外,宪法实践特别是司法实践也是判断一项权利是不是基本权利的重要参考标准。健康权是一项基本权利,在司法实践当中也正逐步得到各国的确认。我国宪法上有多个条款可以作为健康权的依据,其规范内涵是:公民健康不受侵犯(第33条第3款,第36条第3款);公民在患病时有权从国家和社会获得医疗照护、物质给付和其他服务(第33条第3款,第45条第1款);国家应发展医疗卫生事业、体育事业,保护生活和生态环境,从而保护和促进公民健康(宪法第21条、第26条第1款)。

关键词:健康权;基本权利

一、引言

健康对于人类的重要性不言而喻。然而,健康作为一项权利——健康权,为人类认知却是晚近的事。第二次世界大战以来,人权出现了国际化趋势,纷纷签订国际性和区域性的人权文件。许多文件中规定了健康权,关于健康权的研究在各国纷纷展开。尽管联合国《经济、社会和文化权利国际公约》明确规定了健康权,许多国家的宪法也以不同的方式规定了健康权的相关内容,但是,对于健康权是否为一项基本权利的问题,学者们并没有一致的认识。受传统思维的影响,很多学者甚至不认为健康可以作为一项权利。{1}这种现象固然与学界对于社会权利研究的薄弱有关,但从另一个角度看,也反映出对于究竟如何认定一项权利是否为基本权利的问题,学界缺乏公认的标准。本文就试图从基本权利与相关概念的区分入手,探讨认定一项基本权利的方法,进而论证健康权是一项基本权利,最后分析健康权在我国宪法上的依据及其规范内涵。

二、相关概念的区分

关于人权、基本人权、基本权利和宪法权利几个概念的区别,学界众说纷纭,并无一致意见。在日本宪法学上,多数学者认为基本人权与人权同义,是指“人作为构成社会之自律性质的个人,为确保其自由与生存,维护其尊严性,因而作为前提而得到承认的、人为此当然所固有的一定必要之权利。而宪法则是将这些被认为宪法之前就已经成立的权利确认为实定性法意义上的权利。”{2}而基本权利(可简称为“基本权”)则是指“实定宪法上保障的权利”。{3}前者是后者的基础,且在范围上大于后者。也有少部分学者认为,宪法保障之主观利益,应总称为“基本人权”或“基本权”,只有自由权才得以称为“人权”。{4}而在德国,基本权的概念也具有多义性,从历史上看,或将基本权理解为超实证法的自然权利,或理解为国法所赋予的权利。许多学者宁愿从基本权各种面向从事描述,而不轻易加以界定,以免有欠周全。{5}在我国宪法学中,学者对于以上概念的使用也无一致意见。对于“人权”与“基本权利”的关系,有学者认为前者是人按照其本质而必然享有的权利,是一种道德权利,而后者则是人权的实定化和法律化。{6}而对于“基本权利”与“宪法权利”,有的学者将二者等同,认为“无论使用那种说法,均是指某种重要的权利”。{7}有的学者则在“基本权利”与“宪法权利”中做出区分,但这种区分并不成功。{8}至于宪法权利与人权的区别,有的学者认为:“宪法权利是对作为价值意义上的人权在宪法规范上的逻辑构造,与人权价值并不直接同一。人权是宪法学研究的假设,或者说,人权在宪法学中,对宪法学理论的建构具有价值假设的前提性基础的意义,是宪法权利分析的逻辑起点。”{9}

基于以上认识,笔者认为,对于“基本权利”,应该理解为经宪法实定化后的人权,即宪法保障的权利。基本权利与宪法权利无实质性差别,都区别于人权概念,指人权价值在宪法中的实定化。不过,由于这几个概念各自的文本依据、内涵外延以及使用语境因国别、历史等因素的不同而呈现纷繁复杂、模糊混乱的局面,对其进行清晰的界定与甄别是非常困难的。致力于在通盘考虑世界各国宪法学基础上,确定一个共通的基本权利概念几乎是徒劳的。即使前述工作是可能的,对于宪法学的研究也并无太大的意义。因为无论如何界定这些概念,宪法学

的核心依然是人权的保障。与其在讨论基本权利概念上下功夫，不如致力于探讨具体基本权利保障的问题。

尽管如此，作为宪法学研究的一项重要课题和重要方法，基本权利和宪法文本的关系却是要讨论的。因为，宪法学研究本质上是法学研究，法学的根本是以法律文本为出发点的“法解释学”，{10}宪法学的研究应以文本为基础，其概念的使用也应来自宪法的文本而非学者的主观。{11}宪法当中规定的基本权利应是一国对于人权的实定化确认。但并不能基于此认为只有宪法上予以确认的权利才是基本权利，宪法对于基本权利的明确确认与否只能产生宪法解释学上的区别。除了宪法文本以外，宪法实践特别是司法实践也是判断一项权利是不是基本权利的重要参考标准。因为宪法解释往往是法官在具体案件的裁判中做出的。接下来，笔者就试图从立法和司法两个角度来论证健康权是一项基本权利。

三、健康权的立法基础

(一) 健康权的国际人权法基础

自从二战以来，随着《世界人权宣言》以及两大人权公约的签订，人权的发展出现了国际化趋势。表现在两个方面：一方面，这些国际人权法的内容大多来自于战前已经相当成熟发展之宪政民主国家宪法关于基本权利的规定；另一方面，大量国家在战后制定和修改宪法时，将国际人权法的内容纳入进去。由此，宪法与国际人权法逐渐汇流，在一些国家，国际人权法成为宪法的一项重要渊源。宪法与国际人权法的汇流方式主要有两种：宪法模式和释宪模式。{12}所以，对于一项权利是否基本权利的研究，离不开对国际人权法规定的考察。

现有国际人权文件中，规定健康权条款的主要是以下一些文件：

《世界卫生组织宪章》序言规定：享受最高而能获致之健康标准，为人人基本权利之一。不因种族、宗教、政治信仰、经济或社会情境各异，而分轩轻。

《世界人权宣言》第25条规定：人人有权享受为维持他本人和家属的健康和福利所需的生活水准，包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务；在遭到失业、疾病、残废、守寡、衰老或在其他不能控制的情况下丧失谋生能力时，有权享受保障。

《经济、社会和文化权利国际公约》第12条规定：

一、本公约缔约各国承认人人有权享有能达到的最高的体质和心理健康的标准。

二、本公约缔约各国为充分实现这一权利而采取的步骤应包括为达到下列目标所需的步骤：

(甲) 降低死胎率和婴儿死亡率，使儿童得到健康的发育；

(乙) 改善环境卫生和工业卫生的各个方面；

(丙) 预防、治疗和控制传染病、风土病、职业病以及其他的疾病；

(丁) 创造保证人人在患病时能得到医疗照顾的条件。

《儿童权利公约》第24条规定：缔约国确认儿童有权享有可达到的最高标准的健康，并享有医疗和康复设施。缔约国应努力确保没有任何儿童被剥夺获得这种保健服务的权利。缔约国应致力充分实现这权利，特别是应采取适当措施，以(A)降低婴幼儿死亡率；(B)确保向所有儿童提供必要的医疗援助和保健，侧重发展初级保健；(C)消除疾病和营养不良现象，包括在初级保健范围内利用现有可得的技术和提供充足的营养食品和清洁饮水，要考虑到环境污染的危险和风险；(D)确保母亲得到适当的产前和产后保健；(E)确保向社会各阶层、特别是向父母和儿童介绍有关儿童保健和营养、母乳喂养优点、个人卫生和环境卫生及防止意外事故的基本知识，使他们得到这方面的教育并帮助他们应用这种基本知识；(F)开展预防保健对父母的指导以及计划生育教育和服务。第25条规定：缔约国确认在有关当局为照料、保护或治疗儿童身心健康的目的下受到安置的儿童，有权获得对给予的治疗以及与所受安置有关的所有其他情况进行定期审查。

《消除对妇女一切形式歧视公约》第12条规定：缔约各国应采取一切适当措施，消除在保健方面对妇女的歧视，以保证她们在男女平等的基础上取得各种保健服务，包括有关计划生育的保健服务。尽管有上面第1款的规定，缔约各国应保证为妇女提供有关怀孕、分娩和产后期间的适当服务，于必要时给予免费服务，并保证在怀孕和哺乳期间得到充分营养。

除此之外，一些区域性人权文件例如《欧洲社会宪章》第11条，《美洲人权公约任择议定书》（即“圣萨尔瓦多议定书”）第10条，《非洲人权宪章》第16条也都规定有健康权条款。

（二）健康权的宪法基础

根据Eleanor D. Kinney和Brain Alexander Clark两位教授对二战后世界各国宪法条款的研究，当今世界上世界上67.5%的国家宪法中都规定了健康权相关内容。根据规定方式的不同，大约可以分为五类：{ 13 }

1. 目标型(aspiration)规定：在公民健康方面设定目标。如荷兰宪法第22条规定：“政府应采取措施促进人民之健康。”

2. 权利型(entitlement)规定：规定公民享有健康权(right to health)、健康照护权(right to health care)或获得公共健康服务权(right to public health services)。如莫桑比克宪法第94条规定：“所有公民在法律规定范围内享有医疗和健康照护(medical and health care)的权利，同时负有促进并保持健康的义务。”

3. 义务型(duty)规定：课以国家提供健康照护或者公共健康服务的义务。如乌拉圭宪法第44条规定：“国家应在与公共健康和卫生相关的领域制定法律，努力促进国内所有居民的身体、道德和社会生活的改善。同在生病时接受治疗一样，所有居民有义务维护自己的健康。国家为穷人和缺乏足够的渠道的人提供疾病预防和治疗渠道。”

4. 方针型(programmatic)规定。规定健康照护以及公共健康服务的提供、经费及规范等方面的具体方式。如保加利亚宪法第52条规定：“根据法律规定的条件和程序，公民有权获得医疗保障。该权利保证他们获得有支付能力的医疗救护并享有免费医疗服务。公民的医疗费用依据法律规定的条件和程序由国家预算、雇主个人和集体社会保障费等提供。国家保护公民健康并促进体育和旅游事业的发展。任何人不能被强迫接受治疗或医疗措施，除非是法律规定的情形。国家监督所有的医疗机构及药品、生物制品和医疗设备的生产及销售。”

5. 指示型(referential)规定。通过专门规定将国际或区域性人权条约纳入内国法。如捷克宪法第10条规定：“经议会批准国际条约，捷克共和国有义务遵守，并且成为法律秩序的一部分。如果国际条约包含与法律不同的内容，应适用国际条约。”

这五种分类带有相对性，有些国家的宪法可能同时含有两种或两种以上性质的规定，如以上所提到的保加利亚宪法，就同时含有权利型规定。

四、司法实践中的健康权考察

健康权是一项基本权利，在司法实践当中正逐步得到各国的确认，笔者打算撷取一些国家和地区的典型的司法解释及判例来说明这一点。

（一）我国台湾地区

我国台湾地区“宪法”并没有规定健康权，但“司法院大法官会议”却做出了多个有关健康权的解释，如在第414号解释中提到维护国民健康，在第476号解释中提到维护国民身心健康，在第472、550号解释中提到增进民族健康，在第577号解释中提到增进国民健康。{ 14 } 另外，许多学者也认为健康权为人民之基本权利。{ 15 }

（二）印度

印度宪法中也没有规定健康权，但印度最高法院在一些判例中，通过印度宪法中的生命权条款（印度宪法第21条）以及国际人权法的规定解释出了健康权。最典型的案例是1992年的C. E.S. C. Limited v. Subbash Chandra Bose一案。在该案中，加尔各答供电公司与其承包经营商就工人健康与职业安全责任的承担产生争议。该案判决书写道，“《经济、社会和文化权利公约》第7 (b)条确认了人人享有获得公正和舒适的工作环境的权利，尤其是确保安全与健康的工作环境。”“宪法第39 (e)条要求国家以保障工人的健康和活力为指导制定其相关政策。社会公正权是一项基本权利。生存权来自于宪法第22条规定的生命权(right to life),”“健康是一种身体、精神和社会的完好状态，不仅仅是疾病和羸弱之消除。根据《世界人权宣言》第22到第25条，《经济、社会和文化权利国际公约》以及我国宪法规定了社会经济正义(social-economic justice)，健康权(right to health)是工的一项基本人权。”{ 16 }

（三）美国

在美国，本来不存在宪法上或国际人权法意义上的健康权。美国宪法不包括社会权条款，美国也没有批准《经济、社会和文化权利公约》。但法院的态度正在改变，一些法院试图利用程序规则、平等保护条款以及迁徙自由等条款推导出健康权。

1. Choose v. Byrne { 17 }

在新泽西州最高法院判决的一个案子中，一部法律禁止“公共医疗补助”(Medicaid)给与堕胎者补助，除非堕胎是基于医学上保存妇女生命的需要，这部法律受到质疑。最初，原告诉称拒绝给与公共医疗补助基金，侵犯了新泽西州宪法和美国宪法规定的正当程序和平等保护条款所保护的权利。衡平法院认为，这项法律侵犯了美国宪法和新泽西州宪法所保护的健康基本权(fundamental right to health)。

2. Memorial Hospital v. Maricopa County { 18 }

在最高法院判决的Memorial Hospital v. Maricopa County一案的判决中，法官根据迁徙权解释出了“穷人享受非紧急医疗的权利”(a right to non-emergency care for a poor person)。上诉人是一个慢性哮喘和支气管炎患者而且家境贫困。在经历了严重的呼吸困难以后，他被送往“纪念医院”(Memorial Hospital)，一家非营利性私人社区医院。这家医院请求Maricopa县委员会(亚利桑那州)将病人转入县公立医院并补偿该病人在纪念医院的花费。Maricopa县拒绝了这一请求，因为上诉人在上一年不是该县的居民。亚利桑那州为穷人提供免费医疗，但是要求其应在该州居住满一年。最高法院判决亚利桑那州对于免费医疗所规定的居住持续一定期限才能享受免费的非紧急医疗的限制否定了新居民生活的基本需求，侵犯了其“州际迁徙的权利”(theright of interstate travel)。

(四) 菲律宾

在一个环境案件中，即Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environmental and National Resources (DENR) 一案。{ 19 }由于过度砍伐造成了森林破坏，原告努力促使撤销伐木者的砍伐许可证。原告诉称这种过度砍伐给当前和未来一代人造成了不可挽回的损失，侵犯了他们的健康环境权(right to a healthy environment)，并引用了1987年宪法中“原则与国家政策宣示”一部分的第二章的第15、16条。第15条规定：“国家应保护和促进人民的健康并逐步培养其健康观念。”第16条规定：“国家应保护和促进人民享有与自然保持和谐与融洽的健康与平衡的生态的权利(the right of the people to a balanced and healthful ecology in accord with the rhythm and harmony of nature)”案件最终到达最高法院，最高法院认为：“尽管‘享有平衡与健康的生态的权利’(the right to a balanced and healthy ecology)规定在‘原则与国家政策宣示’中而未规定在权利法案中，不能因此认为它就没有后者列举的公民权利和政治权利重要。事实上，这些基本权利甚至并不需要写入宪法，因为他们被设想为从人类一诞生就存在。”“所有的砍伐许可证都应该由行政行为予以撤销或废除。因此，法院判决国家负有保护原告享有健康环境权(the right to a healthy environment)的义务。”

五、健康权在我国宪法上的依据及其规范内涵

如上所述，健康权纳入宪法保障的范围已是大势所趋。我国宪法上公民基本权利与义务一章并没有规定健康权，是否可由此断定健康权在我国不是一项宪法保障的基本权利？笔者认为答案是否定的。一项权利在一国是否属于宪法保障的基本权利，除了宪法对该项权利进行明确列举以外，还可以由释宪机关通过各种宪法解释的方法推导出对该权利的保障。以我国台湾地区为例，“司法院大法官会议”曾经采取以下方式，达到保障宪法未明文列举权利的目的：第一，利用“宪法”已列举之自由权利，推衍出相关自由。第二，以基本国策之规定，作为保障宪法未列举权利之依据。第三，以“宪法”之人权保障概括条款作为依据。第四，在解释中直接指出某项宪法未明定权利应予保障。{ 20 }这几种解释宪法的方法值得我们参考。

笔者认为，在我国宪法中，有可能作为健康权依据的条款有：

(一) 第33条第3款：“国家尊重和保障人权”。

(二) 第21条：“国家发展医疗卫生事业，发展现代医药和我国传统医药，鼓励和支持农村集体经济组织、国家企业事业组织和街道组织举办各种医疗卫生设施，开展群众性的卫生活动，保护人民健康。国家发展体育事业，开展群众性的体育活动，增强人民体质。”

(三) 第26条第1款：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。”

(四) 第36条第3款：“国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。”

(五) 第45条第1款：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”

根据我国台湾地区学者李震山的分类，人民的权利可以分为三个层次：固有权层次、宪法基本权利层次和一般法律层次。{21}固有权又称为原权，是人之为而自然应该享有的权利。这种权利就算宪法没有明确加以规定，也应属于宪法保障的权利。我国宪法第33条第3款规定的“国家尊重和保障人权”中的“人权”其实就是指的这种固有权。生命权、健康权、人身自由、平等权等权利都属于固有权利的范围。而且健康权作为一项人权已为世界多数国家所公认。我国已经签署并批准了《经济、社会和文化权利国际公约》，保障公民享有健康权是不可推卸的国家义务。不过固有权意义上的健康权仅指健康不受侵犯的消极面，并不包括要求国家提供健康照护和健康前提条件的积极面。但根据宪法第33条第3款中“保障”的用语可知，健康权尚有积极的一面，即要求国家提供一定的物质给付。至于具体内容为何，当借助于其他条款的分析。

宪法第45条第1款的规定，一般被视为是公民的“物质帮助权”，即公民因失去劳动能力或者暂时失去劳动能力而不能获得必要的物质生活资料时，有从国家和社会获得物质保障、享受集体福利的权利。{22}但该条未尝不能视为健康权的依据。该条规定，“公民在……患病……的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利”，“国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业”。前一句表明，公民在患病时有权从国家和社会得到“物质帮助”，结合后一句的规定，这里的物质帮助应该理解为公民在患病时有权从国家和社会得到一定的给付，这种给付不仅包括医疗照护服务，而且包括作为健康前提条件的一些物质给付和其他服务。公民得到这些给付的方式是社会保险和社会救济。这正是健康权的积极面的内容。

需要探讨的另一个问题是，宪法规定的提供物质帮助的主体是“国家和社会”，这是否意味着二者都负有提供物质帮助的义务？国家可否因社会组织已提供了相应的给付而免除义务？笔者认为，公民基本权利对应的原本是国家的义务，即国家应为公民基本权利的实现承担首要义务，包括不侵犯、提供保障促使其实现等等。这里把社会也列为提供物质帮助的主体是为了“鼓励社会组织也为社会保障承担义务”。{23}所以，只有国家才负有提供物质帮助的义务，国家并不能因为社会组织提供了一定的给付而免除自身的义务。有学者认为，“从宪法的精神上看，社会没有为公民提供社会保障的义务，所以它的作用不一定要写入宪法。”{24}笔者赞同这种观点。

宪法第36条原本是关于宗教信仰自由的界限的规定。这条规定提到的“公民身体健康”是作为公民宗教活动的界限而提到的。但从健康权的角度看，可以从中解读出两个内涵：第一，公民的身体健康不受宗教活动侵害；第二，在宗教信仰自由与健康权发生冲突的时候，健康权具有优先实现的效力。

宪法第21条、第26条第1款的规定属于国策条款。所谓国策条款，是指“宪法对国家之政策性指示，而国家依其能力负有义务去实践此一具有拘束性之指示者。”{25}国策条款虽然不同于基本权利条款具有强效力，但国家也对此承担一定的义务。这两条规定明确了国家在发展医疗卫生事业、保护生活和生态环境、发展体育事业等方面的政策和任务，可以作为宪法解释之依据，配合“国家尊重和保障人权”，起到补强健康基本权的作用，即为国家针对公民享有的健康权应履行的义务提供具体的指示。

综合以上分析，可以得出健康权在我国宪法上的依据及其规范内涵：

第一，公民健康不受侵犯。（第33条第3款，第36条第3款）

第二，公民在患病时有权从国家和社会获得医疗照护、物质给付和其他服务。（第33条第3款，第45条第1款）

第三，国家应发展医疗卫生事业、体育事业、保护生活和生态环境，从而保护和促进公民健康。（宪法第21条、第26条第1款）

【注释】

{1}See Roger A. Ritvo, Edward A. Mckinney, Pranab Chatterjee, Health Care as a Human Right, 10 Case W. Res. J. Int'l L. 1978; Steven D. Jamar, The International Human Right To Health, 22S. U. L. Rev. 1994-1995.

{2}芦部信喜著：《宪法》，林来梵、凌维慈、龙绚丽译，北京大学出版社2006年版，第71页。

{3}萧淑芬：《基本权之概念》，载萧淑芬著：《基本权基础理论之继受与展望—台日比较》，元照出版公司2005年版，第32-36页。

{4}樋口阳一编：《讲座宪法学3—权利的保障》，有斐阁1994年版，第15-16页。转引自萧淑芬：《基本权之概念》，第35页。

{5}吴庚著：《宪法的解释与适用》，三民书局2003年9月修订版，第85-89页。

{6}韩大元主编：《宪法学》，高等教育出版社2006年版，第135页。

{7}林来梵著：《从宪法规范到规范宪法—规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年5月版，第75页。

{8}韩大元主编：《比较宪法学》，高等教育出版社2003年版，第145-147页。

{9}夏正林著：《社会权规范研究》，山东人民出版社2007年版，第69页。

{10}关于法学、法解释学，杨仁寿认为，“法解释学亦称为法学”；“法解释学之主要任务，在于阐释法律；与法社会学、法史学等属‘法律的经验学科’，端在就法律社会现象，或法律的历史现象，为经验科学方面的观察研究，透过法律以实现社会统制，不可同日而语。”参见杨仁寿著：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第一章。德国法学家拉伦茨将法学理解为：“以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学，质言之，其主要想探讨规范的意义”；“法学主要在理解语言表达及其规范性意义”，“解释是一种媒介行为，解释者借之以理解本有疑义之文字的意义”。拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第77、85页。

