

新时代发展权救济的法理审思

蒋银华^{*}

内容提要 发展权附随性、综合性、不确定性的典型特征,不但是其法律救济功能发挥的瓶颈,也是法律保障的主要理论障碍。然而,上述特征本质上并不必然导致司法对发展权的排斥。以经济、社会和文化权利的司法化原理和经验为依托,发展权的法律救济不仅具有合理性,更具有可能性。鉴于发展权的基本特性以及现实需求,附带性审查模式、合宪性审查模式和非诉讼的申诉模式均存在可行性不强、制度成本过高等流弊。为此,我国应当建构一体化救济路径,即通过现有权利实施机制对发展权利进行整合性法律救济,并在此基础上进一步建构实体性和程序性制度。前者根据发展权同其他权利的关系形态,以平等为基本原则和切入点,将发展权的内容划分为四个层级;后者从救济权利主体、救济义务主体和救济方式三方面厘清救济过程中涉及的技术性事项。

关键词 发展权 法律救济 一体化救济 国家义务

引言

随着社会运行速率的不断加快、生活水平的不断提升,人们一方面正在经受着空前的社会压力(市场竞争、食物紧缺、优胜劣汰等),另一方面对美好生活的追求正在从基本的物质生存扩展至更高层次(精神满足),并逐步寻求一个能够实现自我发展、群体提升与社会进步之间相互平衡的发展结构。在这种对立状态下,人们基于个体自我发展的偏好,通过网络虚拟空间和物理空间等多种形式,形成个体、群体、社会的聚合,甚至受移动互联技术与政治全球化的影响,主张实现“人类命运共同体”的共同发展。这种个体、群体、社会以及人类命运共同体的发展,在1986年联合国通过的《发展权利宣言》中被正式确立为全体人民和所有个人的基本人权——“发展权”。

作为一种基本人权,发展权是现代社会对全体人民和所有个人的尊重和保护。我国发展权在保障机制上,既承袭《发展权利宣言》的内在精神,又立足于中国发展权保护的具体实践。2016年12月,国务院新闻办公室在《发展权:中国的理念、实践与贡献》

^{*} 广州大学法学院教授,硕士生导师。本文系2014年度国家社科基金项目“宪法视角下人权司法保障研究”(项目编号:14BFX023)阶段性成果。

白皮书(以下简称《发展权白皮书》)中,将生存权和发展权视为首要的基本人权。2017年,联合国人权理事会第35次会议通过了中国提出的“发展对享有所有人权的贡献”决议,将“发展促进人权”“人类命运共同体”引入到国际人权体系中,并明确认可了发展对于享有所有人权的贡献。而党的十九大报告更是将“平等发展权利得到充分保障”作为建设社会主义现代化国家新征程第一阶段的重要目标。显然,在新时代,作为基本人权的发展权已然得到普遍认可,而如何做到充分保障发展权开始成为这一阶段的核心问题。

在“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展”这一社会主要矛盾发生变化的情况下,我国新时代发展权的保障,正面临着一种不同于以往的障碍——新时代的发展权既要重视权利的本质,又要正视发展的平衡与充分。换句话说,发展权不再作为一种政治“宣言”和人权“口号”,而是要迈过人道主义的倡议,回归到一种法治的实体性保障中来。然而,由于发展权自身的权利属性问题,它同现行法律保障机制之间尚未建立起专门性的救济机制。这对于我国全面贯彻落实党的十九大精神、充分保障平等发展权利而言,无疑是一种阻碍。有鉴于此,本文从现代人权发展谱系的视角出发,观测发展权与法律救济的内在逻辑关系与法治结构。在此基础上,文章将探讨我国发展权法律救济的理论可能性,总结、归纳现代司法体系对发展权保障的倾向、态度与路径,从而凝练出我国发展权法律救济的基本模式。对于一个法治国家而言,发展权法律救济模式的挖掘、凝练不会主动满足国家治理的需要,发展权法律救济模式必须从一种无所不包又缺乏实施机制的总体纲领转化为具有实质内容且可被救济的具体诉讼类型,才能切实实现我国发展权的法律保障。

一、发展权法律救济的理论溯源

自17世纪以来,人权体系经历了四个多世纪的发展,已经形成了一个包括三代人权观念的现代权利谱系。^①联合国通过系列文件的形式将三代人权概括为以下类型:^②(1)公民政治、经济、社会和文化权利;(2)民族自决权;(3)发展权。这种独特的人权构筑方式受到了现代法治国家“立法赋权”“人权保障”等政治逻辑的支配,并逐渐扩大了国家(和国际)的义务范围,甚至改变了传统的法律保障与救济机制,同时也面临着更多的诘问与质疑。

(一)“权利二分法”与法律救济

第一代人权已经成长为支撑现代国家治理体系的基础。无论是信仰自由权、言论

^① 沈宗灵、黄树森《西方人权学说》(下册)四川人民出版社1994年版,第282页。

^② 这些文件包括《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会及文化权利国际公约》《世界人权宣言》《给予殖民地国家和人民独立宣言》《自然资源永久主权》《社会进步和发展宣言》《建立新的国际经济秩序宣言》《各国经济权利和义务宪章》等。

和出版自由权,还是生命安全权和财产权,其核心都是“无须国家通过积极的作为提供帮助,只要(国家)消极地不去侵犯,就可以使之达成”^③。这也意味着,在第一代人权的法律保障上,国家天然具有自我防范的义务与责任。尤其是在一个社群力量羸弱、公共责任意识缺乏的社会中,第一代人权对国家自我防范之要求,实际上反映出公民对自身政治、经济、社会和文化权利的自我保护与法治期待。申言之,当面对一种“弱肉强食”的不平等状态时,国家救济机制缺位下的自我保护不仅预示着一种自私化的生存本能,更体现为公民自我尊重、自我发展的期望。而在国家救济机制充分发挥作用的法治社会,法治期待转变为人权受到侵犯后的规范式纠正和普适性惩罚机制。在此,自我保护是救济机制的起点,法治期待才是权利救济的最终归宿,这是现代人权谱系下公民政治、经济、社会和文化权利与法律救济之间相结合的内在基础。

正是因此,即便第二代人权在现代立法实践中已取得重大突破,成为了各国法律体系的重要组成部分,其中的可诉性问题仍然缺乏定论——第二代人权主张的经济与社会权利致力于保证社会成员能够过上尊严的生活,并要求国家以积极的方式来完成这一目标,这就与既往的国家消极义务理论产生了张力,并导致经济、社会和文化权利概念甫一提出,关于是否适用司法救济的争论就连绵不休。然而也正是在连续性的争持过程中,有关于经济、社会和文化权利司法救济的认知不断深化:一方面,作为拒斥第二代人权进入救济程序的基础性理论,“权利二分法”^④受到了越来越多的质疑,权利成本论、义务层次论等观点拆解了不可诉论断的学理前提^⑤;“最低限度的可诉性”和“权利规范类型化”等理论则尝试找寻第二代人权进入司法救济体系的可行路径,前者旨在以经济、社会和文化权利对应的消极义务为切入点进行突破,后者强调根据权利的性质与重要程度进行分类,以减少此类权利的模糊性。^⑥另一方面,在广大发展中国家,还形成了诸多具有行之有效的实践经验,如南非、印度等国,通过设立专门委员会、扩大公益诉讼制度适用范围等方式,逐步确立了对经济、社会和文化权利的司法保障,并实现了“法院有能力对本来可能由于制度上的能力缺陷而不可诉的事项作出裁判”^⑦。总之,虽然第二代人权在具体实现方式上依然缺乏可诉性,但上述理论与实践却折射出了

③ 王广辉主编《比较宪法学》,武汉大学出版社2010年版,第87页。

④ 不少学者将人权分为公民和政治权利与经济、社会和文化权利,二者处于截然对立的两面。相关对比可参见 Craig Scott, *The Interdependence and Permeability of Human Rights Norm: Towards a Partial Fusion of International Covenant on Human Rights* 27(4) Osgoods Hall Law Journal 833(1989)。

⑤ 权利成本论强调所有的权利本质上都是积极权利,无论哪种权利,都需要支付昂贵的成本。详见[美]史蒂芬·霍尔姆斯·凯斯·桑斯坦《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竟悦译,北京大学出版社2011年版,第3页;义务层次论认为所有权利都包含着不同的义务层次。参见 Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1996 pp. 37-63。

⑥ 参见黄金荣《司法保障人权的限度:经济和社会权利的可诉性问题研究》,社会科学文献出版社2009年版,第364-371页。

⑦ Paul Hunt, *Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1996 p. 167.

权利概念的相对性,即权利的属性通常“取决于特定的历史环境(时间、空间等)”^⑧,第二代人权的宪法化以及法律化,也实质性地加深了国家对公民的救济义务程度^⑨。

(二) 发展权与法律救济

在第三代人权的形成过程中,国家对公民个人发展的回应更为热烈——“中国有13亿多人口,是世界上最大的发展中国家,必须把发展作为解决所有问题的关键,通过保障发展权促进其他各项人权的实现。”^⑩一般说来,发展权作为基本人权的存在形式之一,同经济、社会和文化权利之间表现出更多的“家族相似性”(如积极性、不确定性、复杂性等共同特征),发展权分散于公民的经济、社会、文化权利中,二者是权利本质与权利存在的对应关系,这种观点在司法实践中获得了大量印证,却引发了学术界的较大争议。其中最主要的争议就是发展权的救济取向问题:其具有的基本人权的特性决定了赋予发展权以法律救济是充满阻碍和争论的,但我们无法据此否认法律救济之于权利保障的重要意义。尤其是在法治的理想图景中,“没有救济就没有权利”已然成为价值共识,法律赋能、法律援助、法律诊所等新兴事物不仅表明了发展权救济的独有进路,也昭示出一种寻求发展权具体化法律救济路径的努力,甚至要求政府——国家的实体性表现形式——主动地完成法律救济路径建构。

而纵观现代人权谱系与法律救济之间的关系变迁,基本人权之间的相互影响亦决定了发展权与法律救济的不可分割性。正所谓人们总是倾向于从“有效实现权利保障的权利理想类型出发来看待权利的性质和权利的发展”^⑪,作为联合国始终宣扬的一项原则,救济与人权的结合强调不同种类的基本人权对于保障和促进人的尊严具有同等重要的作用。正是在这一理论共识之下,发展权与法律救济的关系得以深植于三代人权体系内部:(1)在不同代际的人权体系中,权利重叠的现象始终存在。不论是第二代人权或第三代人权,都或多或少包含着第一代人权的“自由主义”色彩。依凭权利重叠,发展权中的一些内容即可链接到前两代人权的范畴之中。(2)前两代人权之中实际包含了一些贴近于发展权的“发展”要素。权利本身也是一个主观解释不断更迭和客观秩序逐步演进的过程,故而随着价值理念和社会情势的变更,传统的权利法案可以解读出“发展”的新意,并通过法律解释赋予其更为广阔的救济空间。(3)发展权是对公民和政治权利以及经济、社会和文化权利的补充与扩张。发展权的一个显著特征在于交互性,即在受到其他权利因素影响的同时,也作用于其他权利。例如我国目前大力推行“精准扶贫”行动,就是在谋求人民的生存权与经济、社会和文化权利的基础上,进一步谋求“个人发展”的一项事业。特别是在“人类命运共同体”这一全球价值观的指引下,“为了使得全球穷人能够真正过上一种有保障的生活,我们在全世界正义的人权分析路径

⑧ [美]杰克·唐纳利《普遍人权的理论与实践》,王浦劬等译,中国社会科学出版社2001年版,第32-33页。

⑨ 参见夏泽祥主编《宪法学》,山东人民出版社2011年版,第160页。

⑩ 常健《以发展权为核心重构人权话语体系》,载《求是》2017年第14期。

⑪ 何志鹏《发展权与欧盟的法律体制》,吉林大学出版社2007年版,第85页。

中除了坚持强调生存权以外,还应该不断申述发展权的重要地位”。^⑫这说明发展权的实现正在深刻地影响着其他权利的社会功能。据此,在发展权无法直接诉诸于法律救济时,其价值内核就有可能影响其他基本权利的实质保障,从而限制或影响其他基本人权的实现、救济。

(三) 中国发展权救济的理论困境

在我国学界,相比于日渐兴盛的发展权理念和发展权话语研究,以及我国成效卓著的落实发展权行动,发展权法律救济的研究始终属于薄弱环节,发展权的司法问题鲜被学者们提及,甚至被认为是一个“可望不可及的虚幻梦想”^⑬:目前对发展权法律救济的研究基本还停留在必要性论证的阶段,着重于研商法律救济的正当性基础。具体而言,一是从人权的整体性理论推导发展权司法救济的必要性,毕竟对人权的拆分与细化更多地具有工具理性色彩,人权的统一性与完整性才是“人之所以为人”的真谛,于是对发展权等新形式人权可司法性的否定,明显将违背人权整体性这一基本属性;二是从发展权的固有价值出发,呼吁发展权纳入司法框架的紧迫性。以上两方面的必要性阐论构成了发展权法律救济研究的起点,但近十年间,相关研究却未见更进一步,延展到实质性的救济机制。而在这一裹足不前的研究现象背后,则隐含着我国发展权救济的理论困境。

第一,人权理论体系的自治性难题。站在历史发展的高度,具体人权内容实际是一个不断扩充的过程——“在欲望的驱使下,人成为了永不知足的权利收藏家”。^⑭然而,这种“激进”的权利扩张向司法领域的传导通常是极为迟滞的,司法维度的“权利肯定”并不完全取决于立法指令,司法的秉性始终影响着人权理论体系,由是司法机制与新型权利的不匹配就促生了自治性难题:现有的司法理念和运行原理奠基自由主义大行其道的时代,正是为了与第一代人权相呼应,权利救济的基本理论与制度架构逐渐形成并日臻完善,其根基乃是权利的消极性,适用场景和作用机制都是以消极性权利为预设的,并由此将司法界定为一项被动性、谦抑性的法律适用活动。与此同时,相对于权利内容的变动不居,司法机理更加稳定,所以后续“生成”的各类人权无论形态如何,在付诸于法律实践时,皆要接受既有救济理论和制度的制约、识别与甄选,当新兴权利无法展现出足够的契合度时,就会被排除在司法救济体系之外。

第二,中国的实践语境差异。从历史发展脉络来看,发展权这一概念首先来自发展中国家^⑮,正是因此,发展权往往被误解为发展中国家向发达国家挑战的产物,是为“在经济、政治上向发达国家讨价还价的一个借口”^⑯。基于这一偏见,法律救济机制相对成

^⑫ 高景柱《论全球正义理论的人权分析路径》,载《哲学研究》2017年第1期。

^⑬ 汪习根《论发展权的法律救济机制》,载《现代法学》2007年第6期。

^⑭ [英]科斯塔斯·杜纳兹《“人权的终结”六论》,江兴景译,载《法学家》2009年第2期。

^⑮ 关于发展权的发展历程,学界已做了详尽的阐释,具体可参见连保君、孟鸣岐《论人权中的发展权问题》,载《北京师范大学学报(社会科学版)》1992年第3期、朱炎生《发展权概念探析》,载《政治学研究》2001年第3期等文献。

^⑯ 汪习根、涂少彬《发展权的后现代法学解读》,载《法制与社会发展》2005年第6期。

熟的欧美诸国对发展权的关注相对有限,法律救济的理论和实践同样不足,这就使得我国在面对发展权救济问题时,于正反两方面缺少了可直接借鉴与参照的研究成果和域外经验。而在我国建设中国特色社会主义的进程中,“发展”具有特殊的地位,因此对发展权的保障和落实主要体现在各类经济性政策上,法律救济问题就被有意无意地置于次要位置。

总之,中国发展权救济理论的困境缘于学理和实践的双重特殊性,惟有在整个人权体系中准确把握发展权的特有属性,根植于基本国情和现有司法体制,方有可能在必要性论证的基础上,建构起严整的法律救济机制。

二、发展权法律救济的可能性

无论是在西方还是中国,对三代人权都持一种厚此薄彼的态度,三代人权在获得法律救济的方式上展现出明显的差异:公民和政治权利的法律保障理论与实践最为完备,经济和社会权利是否具有可诉性依然处于争议之中,而作为“第三代人权”的核心组成部分,发展权在法律救济层面获得的支持几乎处于空白状态。也就是说,赋予发展权以法律救济机制,已经成为保障发展权利有效实现的基础性问题。而在必要性之上,首要障碍就在于发展权特性同既有司法体制的矛盾,故而在探讨具体制度之前,还宜通过可能性论析,消除横亘于二者之间的理论鸿沟。

(一) 发展权的依附性

依附性作为发展权的显著特性,凸显了个人获致发展权利的模糊性。“发展权”本质上是“广大发展中国家在争取建立国际经济新秩序斗争中提出的一个新的人权概念”^{①⑦},具有浓厚的集体人权色彩。基于这一历史成因,在涉及发展权的主体、内容以及实现途径时,我国司法机关面对实质关涉个人发展权的案件,往往倾向于沿袭既有的权利理论进路加以推演,更加强调权利的集体性及对平等社会秩序的维护。由此,我国司法实践实际上淡化了发展权的可救济性,转而以其他法定权利的名义来息讼止争。这就意味着,现行法律体系的权利保障制度实则是对“第一代人权”“第二代人权”的制度性回应,是以公民和政治权利、经济、社会和文化权利为权利基础和救济对象而建立起来的。所以当发展权受到侵害,需要获得司法救济时,制度设计上的缺陷以及救济机制的匮乏,势必使得司法救济倒向迥异的救济路径。

但是,发展权的依附性只是相对于现实而言的,其本身并不构成其拒绝适用救济程序的绝对标准,况且发展权的依附色彩集中体现在个体对美好未来的追求上,依然是“集体中个体的权利”^{①⑧}。更为重要的是,“发展权可以而且首先是作为个人的权利予以

^{①⑦} 董国辉《发展权概念的经济理论渊源》,载《南开学报》(哲学社会科学版)2014年第5期。

^{①⑧} [美]爱因·兰德《新个体主义伦理观》,秦裕译,上海三联书店1993年版,第100页。

认可和实现的”^{①⑨}抛开集体主义援助层面的论争,我国将发展权纳入个人权利救济范畴,完全具有可行性。习近平总书记2013年在中央政治局第四次集体学习时明确提出,“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”就是要求司法机关以个人权利的实质性救济为中心,重点解决影响司法公正和制约司法能力的个案公平正义问题。从发展的角度来看,公平与正义的衡量标准建基于法官主观层面的判断,而维护权利之间的平衡又不等于放弃权利成长背后所掩藏的“发展性利益衡量”。同理,承认发展权的法治价值并将其纳入到特定权利状态的考量之下,也不等于说发展权得到了程序法与实体法的救济。或许在发展权纳入到国内法律体系之前,承认发展权的法治价值并将其纳入到特定权利状态的考量之下,不失为发展权获得法律救济的折中策略。

(二) 发展权的综合性

毋庸置疑,发展权具有综合属性,而确定“发展”的内核则是公民法定权利的自然延伸。从司法实践来看,发展权的综合属性集中表现在权利范围和权利实现方式两个方面。按照学界的一般观点,发展权的范围是指“人的个体和人的集合体参与、促进并享受其相互之间在不同时空限度内得以协调、均衡、持续地发展”^{②①},它既涵盖了国家、集体和个人三类权利主体,还因为“发展”这一概念的整合性而囊括了诸多法定或非法定权利,抑或某些因时代变迁所衍生的权利类型。例如在诸多民事争议中^{②②},发展权作为劳动权、抚养权等法定权利的自然延伸,成为上述案件的一项重要主张。在发展权实现方式上,《发展权利宣言》与《发展权白皮书》均提出,发展权的实现既表现在经济、文化、社会、环境权利的实现之中,又表现在公民权利与政治权利的获得之中,本质上是一个具有综合性的人权概念,是“所有或至少基本权利的组合”^{②③},所以许多可归类为发展权的权利已经被纳入到了既有的法律体系当中予以保障,故对发展权进行专门性的法律救济并不多见。

然而,发展权的综合性同样要求实现其专门救济。目前来看,发展权所关涉的部分权利事项确实可以纳入到已有的各类权利保障机制当中,但发展权的实现不单单是相关权利在形式上的简单叠加,更重要的是实质发展精神上的契合。我国司法机关不应当将涉及“发展”的相关权利“随机性”或不加审查地纳入到既有法律救济体系之中。因为这些相关权利不是以发展权理念作为价值指引的,它们各自有其内在的权利脉络。这样,在各类权利进行救济时,发展权极有可能被置于一种边缘地位。例如:基于受教育权之上的教育发展权以及基于特定群体的儿童发展权、妇女发展权、残疾人发展权、少数民族发展权等诸多发展权,尚未纳入到法律救济的渠道,而是分解到既有的权利体

^{①⑨} 参见前引①,何志鹏书,第69页。

^{②①} 汪习根《法治社会的基本人权——发展权法律制度研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第60页。

^{②②} 相关案例如“陈世跃与重庆市北碚区人民政府朝阳街道办事处、重庆市北碚区朝阳建筑工程队建设工程合同纠纷案”[(2016)渝01民终7562号]、“林某甲与被告周某甲离婚纠纷案”[(2015)周民初字第817号]、“陈某某与陈某某抚养费纠纷案”[(2014)乌中少民终字第4号]。

^{②③} [伊朗]穆罕默德·R·卡比《制定发展权公约的前景及其意义》,载《人权》2015年第6期。

系中加以保护,由此导致针对发展权的法律救济缺乏实质意义,还掩盖了发展权的内在意涵。因此,发展权的综合性呼唤一种微观性的发展权救济理念或模式,发展权理论体系的日臻完善也为此提供了基础性理论条件。

(三) 发展权的不确定性

与综合属性相对应,发展权在内容上呈现出较强的不确定性,主要包括以下三方面:(1)效力上的不确定。在国际法体系中,《发展权利宣言》也不是具有法律约束力的条约,这就导致有关发展权的倡议和要求难以成为具有较强适用性的法律渊源,从而消减了法律救济的正当性。(2)内容上的不确定。如果依照积极权利和消极权利的划分标准,发展权无疑更接近于一项积极权利。但在现行法律体系之下,我国无法将积极权利法律救济的手段加以详尽规定。相应地,这种规范的不确定性也为发展权的法律救济带来了制度性难题。后者不仅要面临法律适用的争议,也需要承担繁复的法律解释压力。此外,现有司法能力的不足也在一定程度上制约了发展权的法律救济,毕竟司法适用主体以及司法诉讼主体对特定权利的认知乃是权利救济的重要因素。(3)时空上的不确定。发展权以“发展”作为核心价值,无形中延展了权利的时间维度和空间维度,^{②③}并形塑了一种开放性的权利结构。发展权的内容将会伴随着时间的推移和发展形势而不断变迁,并展现出地域性以及民族性的差异,也影响了发展权在不同时代的确定性。

发展权的不确定性虽然模糊了法律救济的对象,但司法体系从来就不是僵化的。在我国,法院系统的司法哲学近些年已经发生了某些变化,比如强调能动司法、规范自由裁量权、统一司法适用等。尤其是在我国司法机关承载着更多的社会功能的情况下,统一司法适用与规范自由裁量权正在塑造一种程式化、套路化的裁判方式与规则。然而,无论是由于相似案件之间的要素差异还是案件的区域性差异,这种规范主义司法哲学似乎并未形成一种制度性力量——在某种程度上而言,这种转变未必符合现代司法的基本规律——特别是在发展权法律救济问题上,司法机关常常为司法规律(如中立性、被动性、形式性等)所束缚,这也导致某些规范主义裁判缺乏现实社会的合理性根基。为此,任强认为,我国“法官必须努力考量和平衡各种价值和竞争性的利益,依据司法可能产生的效果从中作出正义的、理智的选择”。^{②④}按照这一逻辑,法官行使裁判权的过程中,必须慎重考虑包括法律、政策、社会后果、民意等要素在内的各种价值,其本身就是将法律系统的确定性引向社会系统的不确定性,并根据后者作出裁判。因此,即便发展权本身具有不确定性特征,司法的能动性也有足够经验来消解此种不确定。

客观而言,发展权的特性,以及“前代”人权的法律救济机制,构成了发展权引入法律救济程序的阻碍因素,但这并非决定性因素。任何权利大抵都要经历一种从理念到

^{②③} 需要澄清的是,尽管“发展”是“发展权”的核心词语,但也不可将二者混为一谈,发展本质上是一个哲学概念,涉及政治、经济、法律、社会、文化、国际关系等方方面面,发展权则是一个法学概念。

^{②④} 任强《司法方法在裁判中的运用——法条至上、原则裁判与后果权衡》,载《中国社会科学》2017年第6期。

制度再到实践的过程,发展权概莫能外,其法律救济的制度化一样需要经历一个逐渐发展的过程。具体至我国,实践可能性集中体现在难得的历史机遇:历经十余年的摸索,发展权已经形成较为齐备的权利体系,整体框架日渐明晰。特别是在党的十八届五中全会提出的“以人民为中心”的发展思想,创新、协调、绿色、开放、共享五大发展理念,以及党的十九大提出“充分保障发展权”之后,进一步加强发展权的保障机制建设,完善发展权的救济措施,就成为新时代我国发展权从权利倡导时代走向权利救济时代的必然趋势。当下,我国社会主要矛盾已经转化为“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”,其背后暗含着发展权的内在逻辑,即个人发展权的实现是以满足新时代的美好生活需要为目标的,其实现路径则表现为发展的平衡性、充分性,而实现目标与实现路径之间的矛盾性则展现出法律救济的必要性。为此,“无救济即无权利”成为新时代发展权不可规避的一种写照,而法律救济的缺位极有可能引发人们对发展权之权利性质和保障力度的怀疑。与此同时,发展权的法律救济既是“完善人权司法保障”的题中之义和重要组成部分,也可为“人权司法保障”这一宏大议题提供多元视角和有益借鉴。所以,对发展权予以法律救济既具有理论上的可能性和现实中的紧迫性,还具有历史维度的必然性。我国应当在习近平新时代中国特色社会主义思想的指导下,从广泛的司法实践中提取发展权的救济方式与救济路径,形成中国特色社会主义发展权救济模式。

三、发展权法律救济的基本模式

对于发展权的法律救济而言,理论上的可能性更多代表着制度上的可行性。建构一种微观、可操作的发展权法律救济模式,不仅应当依托于我国的经济社会发展现实情况,还需要尊重发展权的基本特性,寻求一条合乎规律与现实的路径。目前来看,我国发展权的法律救济被归类为基本权利法律保障的组成部分,后者通常关注的是权利“是否适合通过司法程序进行裁定、是否将一种可执行的权利授予个人、是否适合于国家承担足够具体的义务”^⑤。因此,根据权利救济理论以及发展权自身的特点,我国的发展权法律救济路径可以归纳为三类,^⑥即附带救济模式、合宪性审查模式和非诉讼性质的申诉模式。

(一) 附带救济模式及其困境

伴随着发展权的条约化,我国现行法律体系一方面接纳发展权作为公民基本权利的约定;另一方面将发展权同较为成熟的权利体系相衔接,使得发展权成为现行公民权

^⑤ F. G. Jacobs, *The Extension of European Convention on Human Rights to Include Economic, Social and Culture Rights* 3(1) Human Rights 172(1978).

^⑥ 实际上,如若将法律救济进行广义理解,也可以从运行论角度将法律救济分为立法救济、司法救济和行政救济,但对于发展权而言,这一界分既不符合其现状,也不利于集中行文,因此笔者在此将法律救济进行狭义化理解,限定为一种司法或准司法性质的救济手段。

利的一种当然性要求。这种现象在劳动争议纠纷、离婚案件以及人身权益纠纷中得到了明显体现。这样,人们关于发展权的救济要求,自然地回归到现行权利体系的法律救济路径上来,即“发展权贯穿于其他各项人权之中,其他人权为人的发展和发展权的实现创造条件”^{②7}。这种发展权的法律救济模式被称为“发展权附带救济模式”。质言之,它是通过权利扩张与传统法律保障机制相结合所实现的发展权救济模式,其原初结构表面上看来是个人对法定权利的积极扩张与国家对公民发展意愿的肯定,但实质上蕴含着国家对个人权利救济的三类观测标准:一是该法定权利是否构成一个闭合的权利空间。从权利发展史和当下的司法实践可知,无论是应然人权还是法定权利,权利的构成从来都不是僵化不变的,这也导致权利救济的对象也在应时代的需求而改变;二是法律是否允许公民就扩张权益主张救济。严格来讲,立法者制定法律的同时已经限定了法律保障的范围,那么公民基于扩张权益所主张的救济势必会提升国家司法机关的履职压力。目前来看,以现有权力体系消解发展权(非法定权利)的救济困境,既是司法机关对公民发展性权益的承认,也是现有司法体制的掣肘之处;三是国家有无义务履行法定权利之外的救济义务。按照现代公共性理论,“国家的目的就是社会的目的,也是个人的目的——实现最美好的生活。基于公民与国家之间的宪法逻辑,国家义务就是创设并满足有利于公民实现最美好生活的条件,履行相应的义务,恪尽相应的责任。”^{②8}在此意义上,国家有义务对公民的自我发展加以救济。

从法律救济的效果来看,该模式是对发展权法律救济做出的一种柔化处理。众所周知,“无救济则无权利”使得权利与救济之间形成一种单向性保障机制。救济是为了保障权利实现而存在的,但并不等于说权利实现是完全依赖于救济机制的。因此,“附带救济模式”对发展权救济的隐性处理,实际上违反了权利与救济之间的逻辑关系,而且它也很难将“发展权”作为一种实体意义上的公民权利来对待。由于“附带救济模式”聚焦于法律救济的实际效果,而非明示一种传统意义上“权利不可侵犯”的法治精神,导致公民发展权受到侵害时所获得的救济力度大不相同,甚至可能削弱法律中发展权的权利价值。所以,附带救济模式虽然能够满足司法机关对裁判效果的追求,却难以以为整个法律体系提供一种全新的、进化的权利框架,更无须说侵权行为发生后的“眼见着”被救济的场景。在此意义上,附带救济模式对发展权的隐性处理,只能是权利法制化之前的折中方案,而非最优方案。

需要强调的是,“附带救济模式”下的法律救济,总是对应着不特定的法律权利。例如:离婚案件中未成年子女的抚养权争议,往往注重离婚双方的财产状况,并实质性地考虑哪一方能够给未成年子女提供更好的未来发展,这种司法裁判倾向是将发展权纳入抚养权救济的重要体现。而在劳动争议案件中,发展权又被劳动者作为技能培训权、身体健康权等权利的扩张,进而导致劳动权吸收发展权的后果。“只要一项利益成为了

^{②7} 国务院办公厅《发展权:中国的理念、实践与贡献》白皮书。

^{②8} 蒋银华《论国家义务的理论渊源:现代公共性理论》,载《法学评论》2010年第2期。

‘法益’这就意味着国家必须为之提供相应的法律救济,即如果受到侵犯就会产生相应的法律责任。反过来说,只要国家为一项利益提供了明确的救济方式,规定了明确的法律责任,就意味着这一利益构成了法益。”^{②9}在此意义上,法定权利(如继承权、财产权、生命权等)与发展权并未置于相同的法律地位。前者属于一种独立的法律权利,享有明确的法律救济方式;而后者仅属于一种附随性利益,绝非法益,因为我国并未对此设立一种独立的法律救济机制。于是,“附带救济模式”不仅难以回应发展权的权利诉求,更无法在法律救济层面确立一个制度保障框架。

(二) 合宪性审查模式及其困境

一般而言,合宪性审查是一种宪法解释方法,其意指“为宪法解释提供合宪性推定原则的判断依据与技巧”。^{③0}而依照审查对象的不同,又可分为针对法律的审查和针对法规的审查。本质上,合宪性审查的理念和制度要素“发轫于立法机关制定的法律要服从更高的法律以及权力要受到法律制约的历史性观念”。^{③1}在西方国家,合宪性审查被“司法审查”所替代,往往被视为宪法实施的一部分,成为基本权利救济的最重要方式,即当个人权利遭遇公权力肆意侵犯时,^{③2}得依据宪法或宪法性文件寻求法律救济。具体至发展权的法律救济,合宪性审查模式意味着将发展权作为一项基本权利,纳入到宪法与司法的保障中来,并以适用宪法与司法程序为依托,对侵害发展权的行为、事件予以审查,“以维护法秩序统一为目的,以维护法律体系的一致性、有序性和严谨性为价值取向”。^{③3}在我国,党的十九大提出了“加强宪法监督与实施,推进合宪性审查工作,维护宪法权威”,也为发展权的合宪性审查模式提供了良好的时代契机。正所谓“注意于救济侵权行为的损害,胜似宣示人的权利”^{③4}。鉴于司法在权利保障方面所具有的无与伦比的优势,^{③5}合宪性审查可谓是实现发展权法律救济最为直接和最为有力的方式之一。如若能像保障生命权、劳动权、受教育权一般,对发展权益纠纷进行合宪性审查,至少将会在应然层面极大推进发展权的法律保障进程。

然而,由于发展权综合性与不确定性的特征,并考虑目前我国发展权的现状,合宪性审查模式更像是一种“乌托邦”。它既缺乏现实可行的基础,也存在诸多有待进一步商榷和化解的争议。具体理由如下:

第一,发展权内容的模糊性构成了合宪性审查模式的重大障碍。尽管近年来关于发展权的理论研究方兴未艾,并就国内发展权的主体、客体以及构成要件等达成了一定

^{②9} 凌斌《法律救济的规则选择:财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》,载《中国法学》2012年第6期。

^{③0} 参见韩大元《关于推进合宪性审查工作的几点思考》,载《法律科学》2018年第1期。

^{③1} 季金华《历史与逻辑:司法审查的制度化机理》,载《法律科学》2010年第4期。

^{③2} 需要说明的是,在抽象的权利层面谈论法律救济问题时,一般针对的是,公权力主体对私权利主体的权利侵害,而将平等私主体之间的民事争议排除在外。

^{③3} 祝捷《论合宪性审查的政治决断和制度推进——基于党的十九大报告的解读》,载《法学杂志》2017年第12期。

^{③4} [英]戴雪《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第242页。

^{③5} 相关论述可参见韩大元《完善人权司法保障制度》,载《法商研究》2014年第3期;汪习根《论人权司法保障制度的完善》,载《法制与社会发展》2014年第1期。

共识,但对于如何划定发展权的内涵和外延,依然未见具有说服力的定论。学术界和实务界一般倾向于以“发展”作为关键词来理解发展权,这就间接造成了发展权无所不包而又缺少思想核心,也导致司法机关难以在纷繁驳杂的权利谱系中发现发展权的独有基因。国内发展权以个体或类群体作为权利主体,就更加容易使得发展权的法律救济流于形式、止于口号。例如:在“精准扶贫”项目中,我们常常将生存权同发展权并列加以论述,^{③⑥}此时发展权虽然在名义上被视为生存权的一个“进阶”,但却似乎远不如生存权首要和紧迫,所以对于发展权的促进更多是以不断提高生存标准的形式予以实现,而很难在实践中脱离生存权的语境单独采取具体的推进措施。此外,在某些情形下,发展权在其体系内部也常常会出现内容上的矛盾,尤其是发展权在时间(代际发展权)、空间(区域发展权)以及主体维度(如儿童发展权、妇女发展权、农村发展权等类主体的发展权)的“无节制”蔓延,使得我们在厘定发展权内容时,不时遭遇到审查对象难以确定的困境。

第二,我国的理论和实践状况决定了合宪性审查模式的不可行。一方面,发展权法律规范的缺失将会直接导致合宪性审查模式的僵局。与内容上的模糊性对应,目前我国尚未制定出直接性或排他性的发展权保障规范。无论是国际上的《发展权利宣言》抑或我国的《发展权白皮书》,均无法作为正式的法律渊源而成为法律救济的依据。从这一层面来看,对于一项权利的救济固然受限于所需支配和耗费的资源,但更关键之处在于法律规范的缺失。为此,合宪性审查模式套用至发展权会引发三个难题:(1)义务主体的模糊。发展权作为一种积极属性的基本权利,常常面临公权力机关的不作为的现实障碍。在缺乏明确强制性规范的情况下,司法机关既不能辨识义务主体,也不能直接对不作为行为进行认定;(2)救济标准的模糊。在发展权内容不确定的背景下,认定发展权受到侵害的标准变得更加困难。有学者尝试通过经济指标评价机制来确定发展权的救济标准,但这种救济标准的评定更多停留在了宏观层面,无法形成有效的制度架构或实践细则,^{③⑦}且在现实中的可操作性较差;(3)权利发展规律的制约。从权利发展史来看,一项权利的制度化过程,大抵可以分为“理念层次的论证—制度层次的设计(立法)—实践层次的救济(司法)”三个阶段。但目前我国关于发展权法律保障的理论与实践均比较薄弱,强行将其纳入合宪性审查模式之下,显然违反了权利演进和发展的基本规律。况且在全球范围内,发展权合宪性审查案例和经验相对匮乏,采取合宪性审查模式对国内发展权予以救济,更应当慎之又慎。

^{③⑥} 参见宋才发:《民族地区精准扶贫基本方略的实施及法治保障探讨》,载《中央民族大学学报》(哲学社会科学版)2017年第1期。

^{③⑦} 汪习根教授指出,“一国立法不能有效提供或提供不能,则构成法律尤其是宪法上的侵权;一国行政机关没有基于宪法等法律规定而采取必要的行政措施如财政、信贷、税收诸方面的具体政策来满足国民发展的权利要求,这便更是一种可诉的行为”。并提出可以将“人均消费指数与人均收入的比例、人均食品开支与家庭平均收入的比例(“恩格尔定律”“恩格尔系数”)、同一国家不同区域恩格尔系数的比较、儿童识字率、妇女识字率及其他成人识字率的比较、婴儿死亡率的比较”作为判定发展权是否遭受到实际侵害的客观依据。详见汪习根:《论发展权的法律救济机制》,载《现代法学》2007年第6期。

第三,我国的合宪性审查模式旨在理顺宪法与其他规范性法律文件的关系,而非加强司法机关的法律审查功能。西方国家将“合宪性审查”视为司法机关与立法机关相制衡的一种制度设计,其目的在于通过司法机关对正义、公平、平等法治理念的判断,来纠正立法程序、立法结果的非理性后果。而我国的合宪性审查,并未同司法审判建立直接的联系,甚至有意识地规避司法机关适用合宪性审查制度。从党的十九届二中全会报告可知,我国建立合宪性审查制度是为了强化宪法的实施,维护宪法权威。合宪性审查“毕竟是在借鉴德国和美国的相关理论基础上形成的,中国与相关国家的宪法实践的实际情况并不相同,法院不享有违宪审查权,不能简单套用,否则就会出现‘泛化’的危险”。^{③⑧}而且,按照我国《立法法》第99条第2款之规定,各类规范性法律文件同宪法或法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会提出书面审查的要求或建议。这就意味着,我国的合宪性审查模式在很大程度上属于一种“纠错”机制,而非一种保障机制。加之全国人大常委会并无职能来管辖、解决个案化的发展权益纠纷,因此,合宪性审查模式在发展权的法律救济方面,无法成为有效的解决方案。

(三) 非诉讼性质的申诉模式

申诉模式即以专门的申诉机关代替司法机关成为发展权法律救济的主要部门,申诉模式源于申诉制度在世界范围内的蓬勃发展,并渐渐演进为一种具有普遍性的非诉讼救济机制——替代性纠纷解决(ADR, Alternative Dispute Resolution),显示出“新的社会治理模式对现代传统体制、理念、程序和技术等多方面的超越与发展”^{③⑨}。对于发展权而言,申诉模式意味着以类似于专业委员会的专业机构作为救济部门,对发展权的权利主体、义务主体、核心内容、克减情形等加以判定。在实施方面,既可以置于司法机关之下,也可以成为立法机关的一个分支,并根据实际需要,在具体操作时考虑赋予其“建议性权力”或“终局性权力”。

学理上,申诉模式实际来自对法律救济的广义化理解。若将法律救济进行一种司法主义(judicialism)的理解,即意味着诉诸于法院诉讼,但就可救济的权利而言,它们并不必然通过司法程序解决,而是强调“当某项权利已经被侵犯或者可能被侵犯时,人们有能力在一个独立且公平的机构面向提出救济主张”^{④⑩}。据此,申诉模式最大的优点在于专业性与灵活性,专门的申诉机关无疑对发展权有着更为深刻的认知,也得以采用更为机动的方式促进实质正义的实现,这不仅贴合发展权综合性、不确定性的特征,更有利于在实践中不断明晰发展权的内涵,反过来推进理论研究。而各国的申诉制度实践以及人权委员会运转也为申诉模式提供了经验支持。^{④⑪}

然而,在新时代,申诉模式在我国的具体应用上存在着明显的缺陷:(1)设置专门的

^{③⑧} 参见夏正林《“合宪性解释”理论辨析及其可能前景》,载《中国法学》2017年第1期。

^{③⑨} 范愉《申诉机制的救济功能与信访制度改革》,载《中国法学》2014年第4期。

^{④⑩} 杨春福主编《经济、社会和文化权利的法理学研究》,法律出版社2014年版,第136页。

^{④⑪} 关于各国的申诉制度概况,参见林莉红、陈菲主编《外国申诉专员法律选编》,武汉大学出版社2016年版;关于各国专门性官方人权机构的概况,参见董云虎主编《国家人权机构总览》,团结出版社2011年版。

发展权申诉机构的必要性存疑。申诉模式必然指向专业的申诉机构,尽管可以将这一机关并入专门性的权利保障机构以减小制度创立和运行的成本,但仍旧无法消除关于其正当性的疑虑。终究相对于发展权,其他基本权利似乎更有“资格”进入专门申诉机构的视野。(2)设置专门的发展权申诉机构,则有可能陷入两种极端:一是将发展权过分“肢解”为对相关权利或临近权利的保护,如生存权、环境权、健康权、受教育权等,从而冲淡了发展权应有的意涵;二是由于发展权本身的抽象性和模糊性,在实践中逐渐被虚置,沦为一种有名无实的机制。(3)设置专门的发展权申诉机构的成本较大。对于发展权的法律保障需要经常性地以宪法为依据,所以创立专门的救济机构势必关涉宪法体制调整,且其本身还面临着合宪性的问题,由此极大增加了制度创立的成本,不光需要在理论上进行更为精细的论证,还需要统摄全局加以考量,继而进一步削弱了申诉模式的可操作性。

四、超越与整合:发展权的一体化救济模式

无论是附带审查模式、合宪性审查模式还是申诉模式,皆存在可行性不强、制度成本过高等流弊。这也从侧面证明了——至少在目前的制度条件下——发展权尚未做好融入现有的法律体系、获得法律救济的准备。更重要之处在于,现阶段的附带审查模式、合宪性审查模式和申诉模式似乎并不能对发展权的显著特性进行有效回应。因此,与其削足适履,违背法律救济的运行规律和发展权的一般规律,莫不如转换视角,打破发展权单独救济的“幻象”,顺应发展权的自有法则,转而致力于一种“一体化救济”模式。

所谓一体化救济模式,即将发展权的理念贯穿于现有的权利体系,通过现有的公民经济、社会和文化权利实施机制,对发展权利进行整合性的法律救济,从而借助于具有可诉性的各种消极权利或积极权利,为缺乏救济途径的发展权开辟出一条具有实效性的“中间道路”。从权利所对应的义务范畴出发,发展权所包含的义务层次和内容均具有一致性。以此为基础,发展权不仅可以消弭各类权利之间的鸿沟,也为发展权的一体化救济提供了理论支撑。具体而言,发展权所对应的义务一致性,主要是从义务层次理论立证而来的,即各类权利的实现都有赖于不同层次义务的履行,消极权利中也包含着国家积极作为的义务。因此,发展权与各类权利在义务层次上不具有任何差异。按照亨利·舒(Henry Shue)的观点,任何一项权利都不会仅仅与一种特定义务相对,而是需要多种义务的履行才得以充分实现,即每一基本权利都包含着三层级的义务:避免剥夺的义务/保护个人不受剥夺的义务/帮助被剥夺者的义务。^⑫在此基础上,越来越多学者通过义务层次论证明权利救济的一体性,如阿斯比约恩·艾德(Asbjorn Eide)将国家的权利保护义务分为“尊重(respect)权利者之自由、自主的义务;通过立法和提供有效的

^⑫ See Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1996, pp. 52-53.

救济 (protect) 权利持有者免受其他主体之侵犯的义务;帮助每个人以完成 (assist and fulfill) 获得一切可能的资源来建立更好的生活以及直接获得基本生活需要的义务”。^⑬ 范·霍夫 (G. J. H. Van Hoot) 则将权利保障义务分为尊重、保护、保证和促进。^⑭ 沿此进路,国家对发展权的尊重和救济义务也是相互联系和互动的整体性义务,可以划分成“避免剥夺发展权的义务”“保护发展权不受剥夺的义务”“帮助发展权被剥夺者的义务”三个层面,每一层面的义务不仅在内部具有相互性和传导性,^⑮也与其他义务的相应层次具有连带性,如以“禁止歧视”为连接点,“避免剥夺发展权的义务”可以同劳动权、受教育权关联。总之,在“义务层次论”的视域下,各层次义务在属性上并没有排斥性,“尽管义务程度有所差异,但都是权利的一个侧面,而国家负有针对这些侧面采取措施的全面性义务。”^⑯发展权具备一体化救济的可能,义务层次的划分则进一步化解了司法确定性同发展权内容不确定性之间的矛盾,增强了一体化救济路径的合理性。

必须说明的是,一体化救济模式并不是要将发展权依附于其他法定权利,而是强调法定权利的桥梁作用,将其与不同类型的发展权利融会贯通,推动发展权理念进入各项法定权利的内核,其中发展权的内部合理分类是前提,价值观念和实质内容注入是关键,最终形成实质多于形式的发展权救济格局。遵照这一设想,一体化救济旨在跳出孤立的权利保障思维,搁置发展权边界不确定性争议,通过对既有权利救济机制的解释,来扩大其救济范围。目前,我国正在通过制定经济、文化、社会和环境等方面的专项行动计划(如精准扶贫、鼓励创业、科技创新、区域发展等行动计划)来落实发展权。我国还通过制定专项规划落实特殊群体(如妇女、儿童、老年人、残疾人)和少数民族的发展权,针对不同群体的发展权问题,精准发力,促使特殊群体同步发展。可以说,一体化救济模式兼顾了发展权法律救济的理想性与现实性,是为建基于发展权本质特征之上的救济模式。尤其是国务院在2016年12月发表的《发展权:中国的理念、实践与贡献》白皮书中,我国明确了建立发展权的立法、战略、规划、计划、司法救济一体化制度体系架构。就一体化制度体系中的法律救济而言,发展权的综合性和不确定性,均要求司法救济从消极的权利扩张视野中跳脱出来,转而强调发展权免遭侵犯的积极自由保障。易言之,发展权的一体化救济要求国家不实施某些阻碍公民(或群体)发展,或积极推动某类公民和群体发展的行为,而司法机关的任务就在于,面对可能涉及发展权问题的案件时,及时识别并将发展权的诸项原则吸纳到既有的司法观念世界,基于司法权保障国家行政权有所作为,关注形形色色的侵犯发展权行为。在此,社会成员通过不断强化发展

^⑬ Ashbjorn Eide, *Economic, Social and Culture Rights as Human Rights*, In Ashbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, eds. *Economic, Social and Culture Rights: A Textbook*, Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 1995, pp. 35-40.

^⑭ See G. J. H. Van Hoot, *The Legal Nature of Economic, Social and Culture Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*, In Philip Alston, Katarina Tomasevski (eds) *The Right to Food*, 1984, pp. 106-107.

^⑮ 具体而言,当避免义务未能实现时,保护义务的必要性就会凸显,而当保护义务难以履行时,帮助义务的重要性就不言而喻。

^⑯ [日]大沼保昭《人权、国家与文明》,王志安译,生活·读书·新知三联书店2014年版,第220页。

权的权利意识和侵权责任,得以从外部增强一体化救济的效率——利用发展权的综合性,社会成员能够获致更加多元的救济事由,从而有效地维持权利秩序,实现权利正义。与之相应,国家(主要是司法机关)既需要承担主动维护公民发展权的积极职能,又需要担负起因发展权冲突所造成纠纷解决义务,国家职能与国家义务的履行,主要目的就在于防止发展权的不确定性,抑制潜在的发展权泛化危机。

在一体化救济模式下,发展权进入国内立法体系的论争被搁置,但发展权不确定性的特征——在某种程度上,这也可以看作发展权本身的一个弊端——使得国家职能与义务的履行必须负担过高成本(如确定权利边界的论证成本、担负救济责任的司法成本以及公民滥用此种权利的矫正成本),而且一体化救济也会强化发展权同其他法定权利之间的冲突,甚至有可能发生其他权利吸收发展权或发展权吸收其他权利的现象。因此,建构发展权的一体化救济模式应当坚守以下原则:(1)在价值理念层面,坚持公平公正原则。尽管“社会中的公民总是倾向于不平等”^{④7},然权利的存在、实现与救济不仅在于满足个人或部分群体的需要,而是要在整个社会中形成一种无差别、基础性的法律状态:人人得以生而平等,并公平公正地享有社会地位,获得发展机会。故此,一体化救济模式面对发展权与其他权利之间的冲突问题,也应当坚持以无差别、公平公正的原则进行解决,在聚焦发展权时避免对发展权的过度崇拜。(2)在制度实施层面,坚持整体性原则。所有人权和基本自由都是不可分割且相互依存的,发展权的实现虽然在具体内容上有先有后,但是发展权的最终实现必须是“所有人权和基本自由全部实现”^{④8}。因此,一体化救济模式对发展权的保障,也应当综合考察发展权与其他权利的关系,置于人权司法化的整体语境之中,形成相互关联、各有侧重保护机制。(3)在实践操作层面,坚持独立救济与整合救济相结合原则。发展权被侵害的现象有可能单独发生,也有可能伴随着其他权利侵害事实一并发。因此,一体化救济模式应当演化出发展权救济的实体性规则与程序性制度,确保能够同其他权利的救济途径相衔接。所以在上述原则的指导下,我国还需要建立更为精细的一体化救济机制,以实现发展权和法律救济之间的可操作性。

五、发展权一体化法律救济的制度建构

一体化救济模式为发展权的实现搭建了基本框架,但仍需要在提高可操作性的同时维系发展权的核心意涵,并建构起更为细致的制度机制,以此来形成自洽的权利保障与救济体系。为此,笔者拟从实体和程序两方面着手,完成发展权法律救济制度的构建。

(一) 实体性制度

^{④7} [美]德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社2008年版,第320页。

^{④8} 杨建军《国家治理、生存权发展权改进与人类命运共同体的构建》,载《法学论坛》2018年第1期。

所谓实体性制度,即将发展权法律救济所指涉的实体对象作为救济重点,以一体化路径和义务层次理论为基点,框定发展权的实质内容。易言之,按照一体化救济的策略,有必要找寻发展权同其他基本权利的“连接点”,确立核心规范。

根据发展权同其他权利的关系形态,进行一种层次划分,以增加一体化救济的可操作性。具体而言,发展权的分类标准聚讼纷纭,但立足于一体化救济模式的要旨以及法律救济的可行性,同既有法定权利的紧密程度构成了区分的关键,也反映出不同发展权利实现法律救济的难易程度——毕竟从现实出发,某种权利进入司法救济的主要因素不在于权利的积极或消极属性,而在于付诸实践的难度与成本。据此,笔者将发展权分解为以下四个层级的内容,以便于施以一体化救济:(1)对于具有自由权利性质的发展权,可以依照相应的自由权利规范予以保障,发展权体现着“人类社会从必然王国向自由王国的飞跃”,^{④9}所以许多权利分支内含了较为明显的自由要素,例如在劳动权利体系中,发展权可能与自主择业权紧密相关,在论及居住权时,发展权又可能涉及到迁徙自由权。(2)对于发展权当中具有消极意义的“子权利”,参照其他权利中的禁止性规定,赋予其规范效力。如禁止通过歧视性规定阻碍个体实现更高生活质量的权,禁止通过非正义分配减损享受较高物质和精神健康标准的权利。在面对具体的发展权救济问题时,可以和提取出的消极权利因素进行类比,进而确定适用规范。(3)对于某些特别重要且易于界定义务主体和义务内容的发展权利,可以对现有的相关权利规定加以扩充,将发展权要素加入其中加以强调。例如在处理最低生活保障权问题时,随着时代变迁,就不应当仅仅满足于生存层面的需要,而应当适度考虑发展权需求。受教育权以及基本医疗权利同样面临着类似的问题,即伴随着我国社会主要矛盾的转化,“人民追求美好生活的权利”被反复提及,这也催生着权利观念的变革,显示出发展权进入的必要性。(4)对于某些难以进行范围界定或义务客体界定的发展权利,可暂时进行概括式的开放性规定,如“在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每一项权利的实现”。^{⑤0}总体来看,四类发展权内容呈现出层层递进的关系,前两类发展权属于国家的消极义务范围,后两者对国家积极作为的要求也有一个由易到难的过程,不仅为发展权的一体化法律救济提供了良好的规范基础,也彰显了发展权法律救济的时间向度。

上述层次划分旨在解决发展权救济内容模糊的问题,但如若一类型或某种情形下发展权无法链接到既有的法定权利,就会显现出这一模式的局限。因此,还需要一种兜底性质的基本原则,致力于为救济过程提供一种纲领性的指引,即如何有效链接发展权和其他权利,完成一体化救济的设想。在此,我国应当将“平等”作为发展权一体化救济的基本原则,其主要考虑有以下三点:(1)平等既是一种价值,也是一项原则,还是一类

^{④9} 汪习根:《论发展权的本质》,载《社会科学战线》1998年第2期。

^{⑤0} 参见《南非宪法》第26条、第27条。

权利。在权利语境下,平等“同时具有客观法规范与主观公权利性质”^{⑤1},不仅具有拘束国家权力的功用,也代表着一种具有基础性的基本权利,一般须与其他基本权利竞合为“复数基本权”方得发挥作用。这一秉性意味着,平等具有广泛的适用性和伸缩性,能够作为联结各类权利的“最大公约数”。加之世界范围内,关于平等保护的理论与司法实践早已汗牛充栋,在面对新兴权利救济问题时,可借鉴的智识资源相对丰富。(2)平等构成了发展权的重要内容。按照习近平总书记关于“以人民为中心的发展思想”,发展的最终目的是为了人民,应着眼于保障人民平等参与、平等发展的权利,^{⑤2}人民“不是抽象的符号,而是一个一个具体的人的集合”^{⑤3}。以此为指导,发展权可以解读为“发展机会均等的权利”,即“实质上是一种平等权,亦即在发展问题上的平等权”^{⑤4}。而以平等作为发展权的重要内容,有助于防止发展权概念的无限制蔓延——如果将发展与发展权混为一谈,则会把个人权利的方方面面囊括在发展权的概念范围之内,使得发展权失去自身存在的价值意义。(3)本质上,平等天然地带有发展的意蕴。当我们谈论平等时,一般预设的都是一种“发展的平等”,而不是落后或停滞的“平等”,由是平等在发展语境下不只是一项消极权利,更具有了积极的意义。沿此进路,发展权所内含的程序主义与结果主义恰好分别对应于形式平等与实质平等,反对不合理的差别而承认合理的差别,构成了一种相反相成,互为一体的关系。^{⑤5}法律意义上平等救济与政策取向上发展不平衡之间的张力因之得到缓解:一方面在处理发展权争议时,平等诉求聚焦于发展过程平等,而非平均主义,藉此可以圈定发展权救济的合理范围,致力于发展机会平等,排除对发展不平衡结果的司法救济,转而将其诉诸于国家的再分配政策。另一方面,出于经济、社会等因素的考虑,国家往往会采取不均衡的发展策略,此时的平等诉求就表现出实质平等的倾向,以实质性标准审视不均衡发展策略的正当性,也避免了“平等权不管是在量的还是质的方面,都被限制在狭小的范围内”^{⑤6}。

作为一体化救济的基本原则,平等还构成了发展权救济的切入点和标准,即通过平等审查,判定有无进行法律救济的必要。在此过程中,判定标准显得尤为重要:关于平等发展的诉求有时源于客观后果的不平衡,有时来自主观意念中的不对等,究竟某一行为(包括抽象行为)是否有碍于发展权利的实现,还宜采纳“客观过程论”的标准,通过对行为过程的比较、查究予以判定——仅以客观结果为判断基准,极有可能伤及其他权利,挫伤社会成员的能动性和积极性,减少发展动力;仅以救济人的主观意念为标准,则会进一步增加发展权救济的不确定性。按照“客观过程论”,审查程序的重心在于“差别待遇”,至少包括以下几个步骤:(1)判定系争议的发展权问题究竟有没有存在差别

⑤1 李惠宗:《宪法要义》,元照出版有限公司2001年版,第124页。

⑤2 参见施成杰、侯永志:《深入认识以人民为中心的发展思想》,载《人民日报》2017年6月22日第7版。

⑤3 习近平:《在中国文联十大、中国作协九大开幕式上的讲话》,载《人民日报》2016年12月1日第1版。

⑤4 李步云:《论人权》,社会科学文献出版社2010年版,第290页。

⑤5 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法:规范宪法学的一种前言》,商务印书馆2007年版,第125页。

⑤6 [日]大须贺明:《生存权论》,林浩译,法律出版社2001年版,第36页。

待遇的问题,差别待遇意味着,对具有“可相提并论性”的人和社会生活事实在规范上作不相同处理,而“可相提并论性”则指规范上受到不同处理的人或社会生活事实,共同具有一个他人或其他生活事实所具有的特征。^{⑤7} (2) 确定差别发展权待遇的目的,判断其究系追求、实现“不等者不等之”的实质平等目的,还是无涉平等的政策目的。(3) 对于以追求实质平等发展权为目的的差别待遇,则应审查差别待遇是否涉及敏感的差别待遇的禁止事项;对于无关实质平等发展权的政策目的,则可适用比例原则进行审查。

(二) 程序性制度

所谓程序性制度,即探讨发展权法律救济所对应的程序,以实体性理论为前提,确定实际运行中可能涉及的主要技术性事项,具体包括权利救济主体、救济义务主体和救济方式。

首先,权利救济主体方面。一般而言,发展权主体都应当具有救济资格,享有救济权利,这也符合前述的平等原则,即任何平等发展权受到损害的主体均可成为救济主体——“没有给予所有人的所谓‘权利’,就没有权利的道德地位”,^{⑤8}而在现实中,笔者认为应遵循实质平等观,首先采取一种更加务实的策略,即将弱势群体作为最主要的救济对象加以特别注意,并细分为两类群体:一是发展权利业已遭受到了实质性的侵害,导致权利主体难以公平占有或便利地使用促进其全面发展的各类资源,且这一后果并非基于权利主体自身的主观原因,其中最为典型的代表就是弱势群体,不过弱势群体作为一个广义概念,并不是没有限度的,而是应被严格限定,以避免反向歧视,导致弱势群体成为一种新的“特权”身份;二是处于弱势群体边缘的潜在救济主体,即最易遭受打击的社会成员,虽然其发展权利尚未遭到侵害或阻碍,但若缺乏及时的救助措施,就有可能出现不利于发展权实现的局面。此外,作为一项连带人权,发展权时常会关涉到群体乃至社会的利益,此时对于权利主体的救济资格问题,还应当根据关涉的法益设立特别性的诉讼制度,如集体申诉制度和公益诉讼制度——包括发展权在内的第三代权利,在多数情形下都是对影响某一社会阶层或地域而不是个人的不公正行为的反映,因而也具有了适用公益诉讼的正当性。^{⑤9}

其次,救济义务主体在宏观层面表现为国家机关,但个案中如何确定具体的义务承担者却相对复杂。一般而言,包括确认“义务主体救济义务”之存在以及“义务主体违反义务”之存在,前者既可以表现为一种具体规定的法律义务,也可能来自于法律原则,甚至缘于公共政策,判定过程中还应以“行为效力”为着眼点:在作为侵害中,将产生实质效力或结果的行为机构确定为义务主体;在不作为侵害中,为有职责或有能力做出相应行为的主体。后者则需重点考察因果关系,判定准则主要有二:(1) 根据发展权四层

^{⑤7} 参见许宗力《从大法官解释看平等原则与违宪审查》,载李建良、简资修主编《宪法解释之理论与实务》(第2辑),中研院中山人文社会科学研究所2000年版,第121页。

^{⑤8} [美]贝恩·J. 辛格《实用主义、权利和民主》,王守昌译,法律出版社2001年版,第439页。

^{⑤9} 关于具体的适用机制,可参见[英]吉尔·科特《第三代权利和公益诉讼》,载[南非]阿德尔曼等《第三世界国家的法律与危机》,邓宏光等译,法律出版社2006年版,第111-138页。

级的内容划分,参照相关权利的判定方法和标准予以确定,例如与受教育权有涉的发展权争议,理念上突出“发展”,方法上参照既有的研判方法即可。申言之,权利体系作为一个法治体系的重要组成部分,同救济体系之间已经形成了较为稳固的“权利—救济”关系。而发展权作为权利体系的新兴力量,应当遵循“权利—救济”机制的内在逻辑,并以融入现行“权利—救济”关系为主,创建新型救济路径为辅。(2)根据平等原则进行平等性审查,在确定是否违反平等义务的前提下,判定义务承担者是否负有救济义务。也就是说,平等性审查原理适用于发展权,有助于确保发展权得到质性衡量,迅速辨明义务主体和行为。当然在此过程中,还是应当注重客观结果与主观感受相统一,确定“就现有目的而言,何时有关情况应被视为同类,什么差异是有意义的”^⑩,防止矫正过程中通过差异性政策人为制造新的发展不平等。

再者,在国家—侵害者—受害者的“三角关系”上,采取何种形式对发展权主体进行救济关乎法律救济的效果,也是发展权法律救济的最后环节。依照惯常的救济理论,救济方式包括确认、撤销、变更以及履行四类:确认既可能是对发展权利的确认,也可能是对公权力侵权行为违法或无效的确证;撤销或变更主要指涉的是对侵犯或阻碍发展权行为的撤销和变更,其中又可能涉及行政权与司法权的关系——对于某些诉诸于行政诉讼的发展权救济案件,司法机关能否直接变更行政行为取决于行政机关的裁量权大小;履行则是督促义务承担者采取行动为救济主体发展权利的实现提供保障措施或便利条件。此外,基于发展权主要对应于积极义务的特征,救济方式还可以分为给付性保护措施和干预性保护措施两类。给付性措施的紧要问题在于资源的公平分配,在实施过程中,须特别关注给付目的、给付要件与顺序、给付方式与限度等事项,既要消减“给付不足”,也要顾及“过度保护”或“不合理保护”;干预性措施则意味着以限制其他利益的方式,来达到保护目的,因而在适用时必须严守比例原则,救济机关此刻要受到不足禁止原则的拘束,亦需接受过度禁止原则的制约。

结 语

鉴于发展权所具有的综合属性、生成背景以及权利演进的一般规律,发展权救济机制乃至救济理论的贫乏在某种程度上也是一种必然。但至少在国内立法层面,发展权面对社会主要矛盾悄然转变的事实以及习近平新时代中国特色社会主义思想的要求,理当获得更多实质上的关注。诚然,相对于既有的公民权利和政治权利、经济、社会和文化权利,发展权内容的流动性构成了对其救济的现实障碍——或许发展权定义“本身就是斗争的场所,而不仅仅是学术理论的争论”^⑪——但这种不确定恰恰赋予了发展权

^⑩ [英]哈特《法律的概念》张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第157页。

^⑪ [南非]萨米·阿德尔曼、[英]阿布杜勒·帕力瓦拉《法律与发展危机》,载[南非]阿德尔曼等《第三世界国家的法律与危机》,邓宏光等译,法律出版社2006年版,第10页。

更大的灵活性和更多的可能性,从而为扩展权利保障范围、实现人的全面发展奠定理论基础。回顾过往,权利总是伴随着社会变迁而不断扩充,或许在不远的将来,发展即会同平等、自由、正义一样,成为法律的基本精神。据此,本文提出了一体化救济模式,而这一设想轨迹,亦构成了行文的整体思路,在此层面上,笔者更愿意将本文视为发展权法律救济研究的起点,诸多至关重要的细节性问题还留待进一步的论争与研商。

Abstract: The typical characteristics of the dependence, comprehensiveness and uncertainty of the right to development are not only the bottleneck of its legal relief function, but also the main theoretical obstacles of the legal protection; however, the above characteristics do not necessarily lead to the exclusion of legal protection of the right to development by judiciary. Based on the principle and experiences of judicialization of social, economic and cultural rights, legal remedies of the right to development are not only reasonable but also possible. In view of the basic characteristics of the right to development and the practical needs, incidental review, judicial review through litigation and appeal model with non-lawsuit all have the weak points of lack of practicability and high costs. It is necessary to construct an integrated remedy system, i.e., making use of the existing rights implementation mechanism to set up an integrated comprehensive remedy system for the right to development and furthermore, to build substantive and procedural systems respectively. The former emphasizes the forms of relation of development right and other rights, and categorizes them into four levels by the contents on the view of the principle of equality; while the latter clarifies the technical issues in the process of relief from the three aspects of the subject of the right, the subject of obligation and the way of relief.

(责任编辑: 李小明)