

新时代发展权救济的法理审思

□ 蒋银华

广州大学 法学院 广东 广州 510006

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,中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。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。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,凝练出中国发展权法律救济的基本模式。

1. 发展权法律救济的可能性。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。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。在涉及发展权的主体、内容以及实现途径时,中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。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。发展权的综合性集中表现在权利范围和权利实现方式两个方面。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。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。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。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,即效力上的不确定、内容上的不确定和时空上的不确定。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。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,就成为新时代中国发展权从权利倡导时代走向权利救济时代的必然趋势。

2. 发展权法律救济的基本模式。根据权利救济理论以及发展权自身的特点,中国发展权的法律救济路径有三类,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。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”。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,该模式是对发展权法律救济做出的一种柔化处理。实际上违反了权利与救济之间的逻辑关系,而且也很难将“发展权”作为一种实体意义上的公民权利来对待。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被救济的场景。鉴于司法在权利保障方面所具有的无与伦比的优势,合宪性审查是实现发展权法律救济最为直接和最为有力的方式之一。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,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。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。然而,在新时代,申诉模式在中国的具体应用上存在着明显的缺陷:(1)设置专门的发

展权申诉机构的必要性存疑。(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, 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。

3. 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。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, 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”。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。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。

4. 发展权一体化法律救济的制度构建。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。笔者从实体和程序两方面入手, 完成发展权法律救济制度的构建。第一, 实体性制度。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。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。(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。(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。(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。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。第二, 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。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。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”。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: 一是根据发展权四层级的内容划分, 参照相关权利的判定方法和标准予以确定。二是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。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认; 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; 履行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, 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。

■ 《中国法学》2018年第5期, 约21000字