

发展权全球法治机制构建的新思路

汪习根

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

摘要:发展权法治机制的构建是一个国际难题,国际社会流行的“基于权利的方法”(Rights based approach)具有不可克服的缺陷,适应不了实现发展权的需要,应当转变到“发展权利的方法”(Right to development approach)上来。在理念上,树立以人为本发展的法治原则;在内容上,确立可持续发展权、区域发展权新概念,并将发展权细化为经济发展权、社会发展权、文化发展权和政治发展权。在法治机制和路径依赖上,摒弃国际上现有的激进主义和保守主义这两种做法,奉行发展权法治的“双轨制”新思路。

关键词:发展权;全球法治机制;发展权利的方法

中图分类号: D90-051 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-4403(2008)05-0017-05

发展是当今世界的最大主题。在以人权价值观审视发展难题的过程中,发展权应运而生。值得庆幸的是,国际社会持之以恒的努力催生了1986年联合国《发展权利宣言》这一全球性法律文件,使发展权登入现代人权的大雅之堂。但是,自发展权在1972年横空出世至今^{[1] 505-534},由于它挑战着以公民政治权为内容的第一代人权和以经济社会文化权为内容的第二代人权而饱受批判。联大专门成立的发展权不限成员名额工作组^[2]及其核心智囊——发展权高级别专家组^[3],为实现发展权奔走号呼、倾注了巨大的热情和心血。然而,发展权依然像富人对穷人施舍一样,建立在道德自觉的软基之上,缺乏规范保障和硬法效力,发展权法律制度始终未能如愿建成。究其根源,关键是在发展权的法哲学基础、方法论和法治实践三大层面尚未求同存异、获得理性的沟通之道。为此,本文从法理的高度来揭示在全球化背景下发展权法治机制的理念选优、内容更新和规范路径问题。

一、发展权法治构建现存方法的缺陷

对发展权实践态度的迥然不同,导源于对人

权与发展关系的不同定位。围绕发展与人权的关系,国际学术界和实践领域可谓观点纷呈、莫衷一是,主要有七种主张:一是“整体的方法”(the holistic approach),二是“基于权利的方法”(the human rights based approach),三是“社会正义的方法”(the social justice approach),四是“能力方法”(the capabilities approach),五是“发展权方法”(the right to development approach),六是“责任方法”(the responsibilities approach),七是“人权教育方法”(the human rights education approach)^{[4] 23-60}。尽管这些见解侧重点各不相同,但从发展的全球视角和人权基础上来分析,可在总体上归结为两大理论模型:“基于权利的发展”(rights-based development)观和“发展的权利”(right to development)观。

“基于权利的发展”(rights-based development)作为西方将发展与人权连接起来进行考虑的最常见的一种理论,是指应当“以一种人权的方式”推进发展、人权必须“被融合到可持续的人类发展之中”^{[4] 23-60},不过是“发展援助的人权方法”的简称,重点关注“在发展合作、世界人权宣言和国际人权

收稿日期:2008-07-30

作者简介:汪习根(1965—),男,武汉大学法学院教授,博士生导师。

The Human Rights Council of Australia, Inc., The Rights Way to Development: A Human Rights Approach to Development Assistance, Sydney, Australia, 1995. Also See André Frankovits and Patrick Earle, The Rights Way to Development: Manual for a Human Rights Approach to Development Assistance, Marrickvill, Australia, 1998.

文件之间的关联性”^[5]¹⁸。其基本要点是“在规范上立基于国际人权标准、在操作上指向促进和保护人权。在本质上,基于人权的方法将国际人权制度中的规范、标准和原则整合到发展政策、计划和进程之中”,包含的要素为“完全链接到权利、责任、赋权、参与、不歧视和关注弱势群体”^[6]。

该观点虽然具有一定的实践合理性,如对发展中国家援助、减贫、债务危机缓解等在客观上或多或少地有所助益,但是,它依然是一种传统人权观的现实翻版,在实质上并没有将发展直接作为一项人权,并不承认发展权是一项人权,更不愿将发展权置于人权系统中基本人权的地位,只不过把发展权当做一个工具或手段。因此,不仅不利于发展权法律机制的整体构建,而且有可能在终极意义上否定发展权而回到传统人权的老路。因为:

从背景上分析,它是发达国家或有关国际组织在解决南北问题时提出的用以支援不发达国家或地区的一种措施。将发展援助同食物、水、医疗、住房、教育等基本人权结合起来,并且严格局限在现有的国际人权公约和文件范围来实施,而非要在此之外创设一种新的发展权利保护法律机制。

从本体论看,“基于人权的发展”观虽已裹上了一层发展的现代甚至是“后现代”的外衣,但它仍然不过是一件“皇帝的新装”。其法哲学根基依旧是古典自然法学派的个人主义人权观。其所欲追求的核心还是公民个人对抗政府意义上的传统人权,这与当今人类社会关系模式的优化已大异其趣。

从方法论看,“基于人权的发展”并非一个基于意思自治的平等互动沟通模式。援助者和受援者之间是不平等的,也是难以“沟通”(communication)的,仅仅停留在一种“交往”(commerce)的层面。因此,无法还原生活世界的真实面目以实现社会正义,在方法论上不是一种基于协商、对话形成共识的“合意”范式。归结到一点,古典或改良了的个人主义人权观是导致“基于人权的发展”具有不可避免的历史与现实缺陷的根源。

如果听任“基于人权发展”观自由扩张,势必会将发展与人权的关系异化为以人权来评价发展援助:凡符合援助者和捐赠方所持人权标准的就给予发展援助,凡不符援助者和捐赠方所持人权标准的就不予援助。所以,“基于人权发展”观具有浓厚的工具主义色彩,这种工具主义人权价值对于发展的意义较之于发展权对发展的意义大为逊色。

二、发展权全球法治机制的理念优化

因此,在构建发展权全球法治机制时,人权理念的选择是一个至为关键的前提。对如何选择合理的最佳价值理念,我认为必须实现从“基于权利的发展”(rights-based development)观向“发展的权利”(right to development)观的根本转变,以“发展的权利”观而非“基于权利的发展”观来建构发展权全球法治机制。为此,首先必须解决方法论的问题,从对立与对抗的激进主义方法论过渡到既对立又对话、协作,基于人的交往理性和社会连带性、在多元人权文化的互动与沟通中寻求价值共识与资源重组。发展权的沟通理性不仅在于它有助于推进处于贫困化、边缘化地位的主体享有平等发展的机会,同时,还能够通过缓解甚至解构紧张与对峙的国际政治经济关系而应对发达主体的“合法性危机”^[7],防止“生活世界的殖民化”^[8]³⁰¹⁻³⁰⁸。在一个复杂的全球世界,由于共享的生活世界和普适性知识日渐削弱,“如果互动关系不能仅仅基于以成功为导向的行动者施于他者的相互影响而得到稳定,那么,说到底社会必须通过沟通行动而得到整合”^[9]²⁶。这必然要求全球公共领域的构建、培育公众的批判和沟通力以及创造“意义”的能力,而其基本前提在于公共参与、自由辩论和理性交往与沟通。而“发展权”则以人类正义和参与发展的机会均等为内核,在平等沟通的方法引导下寻求着形式理性向实质理性的根本飞跃。

发展权法治机制的理念优化以沟通理性为理论始点,致力于以下五大方面的整合:第一,在主体上,实现个体与集体的沟通。发展权是被当作一项民族、国家尤其是发展中国家的集体人权而提出的,通过反复沟通与开发,现在它的个体性以及个体与集体的关联性已得到公认。对此,《发展权利宣言》明确宣称:发展权是“全体人类和所有个人”共享的权利。在国际层面,发展权的享有者国家既是一个个体,也是一个整体;而在国内层面,作为整体的国家对作为个体的每一个公民都有确

“沟通”在哈贝马斯看来,是指“至少两个有言说能力和行为能力的主体之间的互动,这些主体(使用语言或语言以外的手段)建立人际关系。为了以一致(agreement)的方式协调其行动,这些行动者寻求达到一种有关行动情境及其行动计划的理解(understanding)”。(Jürgen Habermas, The Theory of Communicative Action: Vol.1, Reason and the Rationalization of Society. Boston: Beacon Press, 1984.86)

保实现该权利的义务。第二,在客体上,实现人类中心主义与宇宙中心主义的互动。发展权所指称的客体——“发展”已彻底超越了单纯的经济增长范式,要求在人与人的维度以及人与人的对象性世界的维度进行双向沟通,导之以全面、协调与可持续发展的科学发展观。第三,在内容上,实现古典人权与现代人权的勾连。正如《发展权宣言》所指出:发展权是“经济、社会、文化和政治发展”的权利(第1条);“对实施、增进和保护公民、政治、经济、社会和文化权利应予以同等重视和紧急考虑。”(第9条)。发展不仅关注公民政治权利,而且强调经济、社会与文化权利,更为重要的是将这两类人类有机地融合成为一个不可分割的整体,提升到了一个新的境界,从而在政治发展权、经济发展权、社会发展权和文化发展权的分化与整合中实现人的全面发展。第四,在程序上,实现参与发展、促进发展并享受发展的统一。发展权以参与发展的机会均等为起点,以发展规则与过程公平为中介,致力于发展成果公平分享这一实质正义,从而将起点公平、过程公平与结果公平连为一体。正如《发展权利宣言》所言,发展权旨在“参与、促进并享受”发展(第1条)。第五,在时空上,实现中心与边缘的对话。现代化的过程被解释是中心与边缘日益分化的过程。边缘主体的碎片化是发展权的最大障碍,也是发展权诞生的直接诱因。而边缘主体谋求平等话语权以打破中心主体的话语霸权,正是消解现代性的负面影响以实现发展权的基本前提。

总之,发展权应超越纯粹的个人本位人权观和单一的社团本位人权观,从传统人权与现代人权理论的紧张关系中释放出包容、理性与和谐的强大能量,对发展权全球保护法治进行制度重构与规范创新、为发展权法治战略选择提供一个崭新的而非囿于现有国际人权文件的框架与平台。

三、发展权利宣言的拓展与完善

由于发展权是一项新型人权、加之《发展权利宣言》在法律属性和效力层级上的影响,它便存在着一定的历史局限与现实缺陷。“《宣言》被预言为对未来人权战略具有最为重要的导向作用,但是,作为一个法律文件,它具有极大的弱点”^[10]。^[26]“在事实上,发展权正处于被概念化和现实化的过程之中。《宣言》是重要的一步但不是最终的结果”^[11]。^[36]然而,对发展权及其《宣言》的不足,人们往往仅从它的法律效力疲弱方面加以分析,基本上没能从理

念与内容上提出完善意见。为了保持其旺盛的生命力,本人认为应当在如下方面对发展权及其法律文件加以完善与拓展:

第一,确立人本发展法律原则。在发展权全球法治的理论基点上,引入以人为本的发展原则,将以人为本作为发展权法律原则置于其首位。从历史序列看,人类经过了中世纪“神本”发展观到近代“物本”发展观再到现代“社本”发展观的演变。只有当代的“人本”发展观才是符合发展规律的科学发展观。《发展权利宣言》在序言第四段宣称“忆及联合国及其各专门机构关于个人的全面发展”、并确认“人是发展的主体”(第2条第1款),这虽然不是对以人为本发展观的明确肯定、也难以就此断言其所奉行的就是以人为本的新理念,但是,至少由此可以作为一个文本依据,推演出人本发展观应当是发展权价值优化的制度表现。所以,在创制发展权法律文本时,有必要对此予以明确规范,引领整个发展权法律制度的运行。

第二,提炼出“可持续发展权”新概念。《宣言》规定发展权是“经济、社会、文化和政治发展”的权利(第1条)也强调各国对“自然资源和财富行使不可剥夺的完全主权”(第2条)。但是,其中的发展依然很难以说是“可持续”的,并没有将发展权所指称的发展提升到可持续发展的高度。这是由宣言通过时所处的客观历史条件决定的,当时,可持续发展还没有被人类认识到,作为一个概念进入到联合国系统也是在宣言通过以后的事情。同时,即使提出这一概念后,它也总是被当成为人类的义务、责任而非一项权利;人类一直被当成是破坏可持续发展的恶魔而非可持续发展的成果享有者。如此一来,人类不仅不能作为可持续发展的受益者而只是被追究者,而且一旦发生侵犯可持续发展的现象时,由于人不是权利主体、没有权利的主张者而使对侵权的追究必然流于形式。因此,应当以权利而非单纯的义务看待可持续发展,创设“可持续发展权”新概念;考虑将宣言第1条中的“经济、社会、文化和政治发展”修改为:“经济、社会、文化、政治发展,以及人与自然的可持续发展”。当然,也有人认为“采用‘可持续发展权’这一新的措辞。无须为此正式修改决议案文”。本人认为,为达成共识,关键是在理论上应该强化研究,科学地揭

示可持续发展权的主体、客体、内容与权利义务关系模式以及法律规范的构成要素,在今后的发展权全球法律规范中加以明文规定。

第三,确认“区域发展权”新概念。发展权是个人人权与集体人权的统一,就集体人权而言,国家和民族是发展权的主体,体现在宣言第2条和第5条之中。但是,国内的区域发展不均衡是发展的一个不可忽视的重要障碍,在国家范围内,与国际社会一样,存在着发达区域与不发达区域的巨大差异。为此,对不发达区域的开发成为实现发展权的重大举措。所以,有必要在国家层面提升出“区域发展权”这一发展权的新概念,并通过立法予以确认。

第四,细化发展权的子权利形式。将发展权从一个浓缩性的母体人权加以分解,离析出内涵于其中的子权利形式。这些具体权利形式包括五个方面:经济发展权、社会发展权、文化发展权、政治发展权和可持续发展权。在发展权立法中应该对这五种子权利分别进行明确的规范,确定它们的权利内涵与外延,便于保护的可操作化,以克服将发展权当成是各种人权的大杂烩的观点。

四、发展权法治机制的构建

对如何构建发展权全球法律制度,存在两种截然相反的主张:一是保守主义。认为发展权的法律保护只能建立在没有什么法律约束力的软法的基础上,诸如宣言、决议或声明之类。因为试图通过强行法来强制命令发达主体对不发达者履行法定义务是不合理、不现实的。正如经社理事会在一份报告中指出的“关于发展权是否可置于一个具有法律约束力的框架之内的问题,法律专家们的意见早已显示出巨大的差别。认为人权文书只解决国家对于其公民的义务而不解决国家之间的义务的观点似乎处于上升趋势”。二是激进主义。要求必须创制“具有法律约束力的发展权文件”和“法律约束力性质的国际法律标准”,尤其是呼吁通过一个“具有法律效力的发展权国际公约”,以法律效力确保发展权的实现。

尽管对发展权利宣言的法律效力有不同解释,但可以肯定,“第41/128号决议迄今为止采用的是独立专家机制和欠正规的、间接的纳入主流的方法。这自然是不够的”。无论上述哪一种观点,都有其一定的现实基础与根据。前者建立在关于法律渊源和法律效力的传统经典理论之上、侧重从法律

的事前引导功能看待法律效力,后者则从法律后果上看待法律效力、关注发展权的救济与责任追究问题。其间的差异在于发展权法律制度究竟是应该立足于现行的软法还是要创制硬法。本人认为,对发展权法治方案的选择不能简单地一概而论、以一种观点否定另一种观点,应当始终秉持世界和谐发展理念、在宣言第10条的基础上,对如何保护发展权进行全面系统的规划,设计出一套战略体系,可称之为“发展权法治战略系统”,由以下两个“双轨制”组成:

(一)机制选择。发展权法治机制的构建既要立足现实更要放眼未来,实现现实法律架构与未来发展要求、发达国家与不发达国家的双向互动。为此,应当将发展权法治机制分解为软性机制和硬性机制两个大类。其中,软性机制包括发展权的对话机制、援助机制和赋权机制;硬性机制包括法律效力意义上的宣告机制、规范机制、监督机制和评价机制以及救济机制。应当建立发展权的准司法模式和司法模式,当法律规范上的权利与义务实现不能或不力时,即可寻求权利的法律救济,为实现发展权构筑最后一道防线。

(二)路径依赖。在发展权法治路径上,联合国大会深感困惑的是:“将决议变成条约,采取申诉或来文司法或准司法程序,或者对违约者实行制裁,将必然要求国家作出同意的进一步表示”,而这显然是极为困难的。在此,本人提出一个行之有效的方法来解决这一问题:既不简单地将发展权等同于经济社会文化权利和公民政治权利,也不排斥发展权与这些权利的不可分割性。基于此,发展权的法治路径应当在谋求发展权与其他人权互动而非互相取代的基础上,采取“两条腿”走路的总

E/CN.4/Sub.2/2005/23

Commission on Human Rights Resolution 2003/83, adopted on 25 August 2003 by a vote of 47 in favor and 3 against, with 3 abstentions.

A/HRC/8/WG.2/TF/2. 31 January 2008

“关于发展权的决议即第41/128号决议,和所有其他此种宣言或决议一样,处在如一些国际法学家所认为的恰好在‘软法律’...之上的位置,但其位置却在‘硬法律’...之下”。(E/CN.4/Sub.2/2004/16, p11, paragraph 48)

E/CN.4/Sub.2/2004/16

《宣言》第10条指出:“应采取步骤以确保充分行使和逐步增进发展权利,包括拟定、通过和实施国家一级和国际一级的政策、立法、行政及其他措施。”

E/CN.4/Sub.2/2004/16

体方案：一方面，充分利用现有国际人权公约的硬法规范，将发展权与公约巧妙地加以链接，使发展权通过向现有人权公约的过渡而具有强制法律效力，并依据这一硬法机制强制实施。如宣言列举的自主选择发展模式权就可以与人权两公约第1条对接，自由参与发展权、男女平等发展权少数者平等发展权可分别与《公民政治权利国际公约》的第25条、第3条和第27条相对应。当然，由于发展权与现有公约内容的差异，这一方法的作用毕竟是有限的。另一方面，由于上述方法不能穷尽发展权的全部甚至还只是权宜之计，所以，在条件成熟后应不失时机地在人权公约之外创制专门的发展权法律规范体系，建立能够包容发展权全部内容的具有法律效力的专设性发展权国际公约。尽管发展权法治

之路漫漫其修远兮，但我们不能被横亘于发展权面前的障碍所折服，也不能一味迁就现实。试想：从1948年世界人权大会提出创制一部国际人权公约时起到1966年公约的诞生，其间的挑战与艰辛是何等的令人难以想象。同样，我们有理由坚信：发展权工作组、专家组以及向往和平与发展的人类在今天所作的点滴努力必将汇聚成为法治的长河，为发展权谱写美好的明天！

（本文系根据作者于2008年1月应邀在联合国发展权大会上的发言整理而成）

本人早在10年前就提出此一思路，并集中体现在拙著《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7章。

参考文献：

- [1] M'Baye , Kéba. Le droit au développement comme un droit de l'home[J]. Human Rights Journal , 1972(2-3).
- [2] Cf. Commission on Human Rights Resolution 1998/72 & Economic and Social Council Decision 1998/269.
- [3] Cf. Commission on Human Rights Resolution 2004/7. See Chap. VII. - E/2004/23 - E/CN.4/2004/127.
- [4] Marks , Stephen P. The Human Rights Framework for Development: Seven Approaches[M]//In Basu , Mushumi , Archana Negi and Arjun K. Sengupta(eds.) , Reflections on the Right to Development. New Delhi: Sage Publications , 2005.
- [5] OECD. The Development Dimension: Integrating Human Rights into Development-Donor Approaches , Experiences and Challenges[M]. Paris: OECD Publishing , 2006.
- [6] <http://www.unhcr.ch/development/approaches-04.html>.
- [7] 哈贝马斯. 合法化危机[M]. 刘北成 , 曹卫东译. 上海 : 上海人民出版社 , 2000.
- [8] Habermas Jürgen. The Theory of Communicative Action , Volume 2 , System and Lifeworld: A Critique of Functionalist Reason[M]. MA , Boston : Beacon Press , 1987.
- [9] Habermas Jürgen. Between Facts and Norms[M]. Cambridge: Polity Press , 1996.
- [10] Asbjørn Eide. National Sovereignty and International Efforts to Realize Human Rights[M]//In Asbjørn Eide and Bernt Hagtvet (eds.) , Human Rights in Perspective. A Global Assessment , Blackwell , Oxford , 1992.
- [11] Thiis , Øyvind W. Norwegian Development Assistance and the Right to Development[M]//In Peter Baehr , Lalaine Sadiwa and Jaqueline Smith(eds.) , Human Rights in Developing Countries Yearbook 1996. Kluwer Law International , 1996.

（责任编辑：康敬奎）

A New Idea of Constructing the Global Legal Mechanism of the Right to Development

Wang Xi-gen

Abstract: It remains an international problem to construct the global legal mechanism of the right to development(RTD). The popular way in international society named“ rights-based approach ”should be changed to“ right to development approach ”. People-oriented Development is the essential legal principle for the RTD at the level of idea.“ Right to sustainable ”,“ right to regional development ” as the new concepts should be contained in the RTD and the legal documents. It is necessary to divide the RTD as a holistic concept into four aspects named“ right to economic development ”,“ right to social development ”,“ right to cultural development ”and“ right to political development ”. From the perspective of legal mechanism and route , a new consideration is to integrate the soft law about the RTD into hard law such as the two Conventions on Human Rights , and explore a new Convention on the RTD.

Key words: right to development; globalization; rule of law; mechanism