

公益法文丛

On the Road
to Social Justice:

Theoretical
Study of
Public Interest
Litigation

通向 社会正义 之路

公益诉讼
理论研究

徐卉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国政法大学
政法理论研究所
政法理论研究所
政法理论研究所

通向 社会正义 之路

政法理论研究所
理论研究所

政法理论研究所

通向 社会正义 之路

公益诉讼
理论研究

徐卉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

通向社会正义之路:公益诉讼理论研究 / 徐卉著. —北京:
法律出版社, 2008. 12
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9052 - 5

I. 通… II. 徐… III. 诉讼法—研究—中国 IV. D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 186274 号
© 法律出版社·中国

通向社会正义之路
——公益诉讼理论研究

徐卉 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 乔智炜

开本 A5
版本 2009 年 1 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.25 字数 315 千
印次 2009 年 1 月第 1 次印刷
编辑统筹 法学学术出版社
经销 新华书店
责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9052 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言 为什么公益诉讼？

——市场社会、分配正义与公益诉讼

公益诉讼是时下中国法学理论界与实务界的热

点问题，不仅被提上了《民事诉讼法》和《行政诉

讼法》的修改议程，而且不断有人大代表、政协委员提

出关于在中国建立公益诉讼制度的提案、议案，检察

院、公益组织和公益律师更是在现有的制度空间和

架构内外为公益诉讼实践而孜孜探索。但是，一个

非常基础性的问题是：为什么公益诉讼？

这个问题的提出不禁令我想起 5 年前中国第一

家公益律师事务所成立时的情形。

那是 2003 年 8 月，在中国社会科学院法学研究

所古朴的院落里，我们隆重举行了首期“公益诉讼论

坛”。这个论坛的标准称谓是“东方公益法律援助律

师事务所揭牌仪式暨公益诉讼与法律援助研讨会”。

在这里，来自全国人大、最高人民法院、最高人民检

察院、司法部、中国法学会、中华全国律协、北京市检

察院、北京市司法局、福特基金会及在京各大法学教

育科研机构的代表们见证了一个新型律师事务所的

诞生：一个以“积万众之私、成天下之公”为己任的律师事务所，一个挑战社会制度的正当性、合法性的律师事务所，一个非营利的律师事务所。

古人云：“天下熙熙，皆为利来。天下攘攘，皆为利往。”赚钱已成为市场参与者的终极目标。经济学“理性人”的第一要义，便是人的自利性和利益的最大化。因此，当时就有论坛的参加者提出：一个不赚钱的公益律师事务所如何可能呢？对于这个颇有元伦理学指向的问题，我们不妨先用科顿·马瑟牧师的一句话来作个简单的回答：“如果有人问，一个人为什么必须做好事？我的回答是，这个问题就不像是好人提的。”

当然，公益律师事务所与公益诉讼远非简单的作好人好事。它是基于对社会制度正当性、合法性的深刻思考和理论分析，通过打抱不平，直接指向整个社会的公平正义。

哲学家说，公平正义作为道德公理，可以自证其身。然而，这个公理在理性的实践过程中却不断需要解释和证明。这就好比，如果你有3个孩子，你都带他们出去看电影，这不需要解释。但是，如果你把其中的一个留在家里，那你就必须给予解释。

走向市场经济和市场社会（market society），可谓中国“千年未有之变局”。人们对市场的浪漫情愫似乎远远甚于当年的土改、大跃进。改革之初，市场制度给我们的未来描绘了一幅极其美妙的图景：在自由竞争的市场中，主体间通过理性选择，各取所需，自主交换，这样的交换是一个双赢游戏，其结果是达成帕累托改进，交易双方的福利同时增大；市场制度保障个人自由并发挥个人的积极性、创造性，它使人们能最自由、最有效地利用经济、政治和社会资源，分享劳动分工和专业化的好处，并在“看不见的手”的指导下，达到全社会的最大福利。

在这个美妙图景的昭示下，举国上下齐动员。及至20世纪后期，中国市场经济的基本框架已经形成，我们也步入了一个以交易为主导的市场社会。但是，人们先前期待的美景并未如期而至，相反，却出现了越来越严重的社会失范，如贫富差距巨大、严重的社会不平等和腐败问题等。市场制度怎么了？何以在西方国家运行得好好的市场，一到中国就不灵

了,莫非真就应了《围城》中人物说的话:“中国文化真厉害,西洋的好东西来一样毁一样”?

对此,经济学家们解释说,社会失范是经济起飞过程中难以避免的阶段性阵痛,当前中国的腐败、不公正等弊端的主要症结在于市场制度的不充分发展;市场天生是要建立公平的秩序,并与官僚主义和腐败相对立。只要市场交易真正发挥作用,“看不见的手”就将有效地铲平水准差,使个人利益和社会公共利益都能够得到同步增长,因为市场制度更合乎自然的公平正义原则,马克思也说过:“市场是天生的平等派。”

然而,一个显见的问题是,市场从来就无法解决分配的正义。市场存在的前提在于,人们拿到市场上交换的财产(注:这里的财产是洛克意义上的广义财产,即除土地、物品外,还包括自由、人的能力和劳动成果等),不仅为其个人所持有,而且持有人必须对该财产享有权利。因此,在进入市场交换之前,至少应当存在一套最初的关于个人对于财产享有权利的授权机制,而这恰恰是市场自身无法设定的。经济学家们只是假定人们被授予了最初的所有权,然后他们对分配的理性选择作出说明,对如何通过每个人都接受交易而生成的权利关系和交易制度作出说明,可是,所有这些说明都不能回答初始交易权的正当性问题,不能因为这是人们的理性决定、存在一致同意和帕累托改进以及对于自由选择和效率价值的强调,就必然使其所言说的内容正当化。资源固然是通过市场交易实现了最优配置,但任何一种形式的资源配置,无论其是否公平,都是有效用、有效率的,它们并不能授予分配的正当性。一言以蔽之,市场无法给自己提供前提。

市场只给出了交换的正义,设定财产权的法律制度是其存在的前提和基础。要确定通过自由的市场交换获得的分配是否公正,必须考虑进入市场的起点。按照诺齐克的说法,就是“获取正义原则”。只有当一个所有者最初财产的来源是正当的、合法的,其后的每次财产增值又都来自于公正的自由交易,没有任何欺诈和强取,当下的持有才是公正的持有。而只要某一持有链条上的一个环节是不正义的,如通过盗窃、欺骗、奴役

别人获取的,这后面的各所有环节就都不能说是正义的,即使后面的各环节相互间是通过正当途径转让形成的,因为不能用后一个正义环节证明前面的不正义的正当性,相应地,应依据“矫正正义原则”,对非正义的持有予以矫正。

可是,这种“获取正义原则”和“矫正正义原则”究竟在多大程度上能够通过授权性的法律机制得以实现,却是令人怀疑的。只要稍一触及市场关系和社会关系的现实便可看到,持有链条历经无数的人与事,何从确定最初的“获取正义”?又如何证明持有链条中的每一环节都是公正的?更何况,法治的原则之一即是立法不溯及既往,因此,即使是不正义的获取,也不可能对之实现完全的矫正。但是,社会现状作为分配的结果,深受初始分配的影响。关于正义与否的评判必然要考虑现状的由来,如果人们对于进入市场的起点存有异议,也必然对其终点存有异议。这些异议,既不能被交换过程中的理性决定和一致同意所淹没,也没有理由认为人们应当永远对之保持沉默。正如马基雅维里在《君主论》中所言:“丧父之痛易忘,夺财之恨难消。”

的确,我们既不能割断历史,又无法回到交易的“原初状态”;我们既要让人们为市场的理性与效率而欢呼,又要提醒人们看到市场前提虚设的荒谬,这实在是一种真正的两难。面对社会中一部分人已经获得了充裕的供给,而另一部分人却在生活的最底层挣扎;一部分人连基本的生存需要都无法获得保障,而另一部分人的奢华的欲望却在不断膨胀。我们知道,这样的状况必须改变,但是,我们又应从何改变以及怎样改变呢?

对此,公益诉讼提供了一个改变的途径。通过代表社会中弱势群体的诉求,公益诉讼旨在对社会中不平等的资源分配予以调整,从而实现分配正义。作为一种有目的的活动,公益诉讼基于以下认识:在社会中处境最差、被边缘化的团体很可能是那些最多地遭受了不正义侵害的人或其后裔,公益律师通过代理社会弱势群体,运用法律手段展开诉讼,要求在历史与社会现实之间建立一种联结机制,即让法律制度对社会弱势群体的现实状况给予解释和矫正。

公益诉讼并不是一种单独的诉讼形式或制度，而是一个以被代理对象和诉讼目的为基准确定的审视和改变现今社会制度的视角和进路，通过公益律师代理那些无人代理的个人或团体展开诉讼。公益诉讼要求法律制度对于贫困和弱势族群具有更多的回应性，并使法律的解释和实施对贫困和弱势族群更加敏感，帮助他们实现法律授权，从而解决因不公平的机会分配和授权分配而产生的社会、经济问题。

财产的分配是法律制度运行的结果，公益律师相信，公平正义作为法律制度的基础，它们造就了法律制度的基本结构创造，并且保证了人们能够运用该制度作为一种改变社会财产再分配的手段，从而确保社会能够成为自由平等的成员之间世代相袭的、公平合作的体系。

万事开头难，做下去更难。有的时候，一件事于不知不觉间已经开头了，而做下去，用你一辈子的气力犹嫌不够。也许前路上的跋涉总是苍苍茫茫山重水复，但是我们深信，“诚心正义”这个今天我们为之努力、为之奋斗的充盈在我们心中的信念应当是我们未来孩子头顶上的天空。

这便是开章，这便是行程。

请与我们同行。

目 录

前言 为什么公益诉讼？——市场社会、分配正义与公益诉讼 / 1

第一章 导论：公益法与公益诉讼 / 1

第二章 学说发展：公益诉讼的理论源流 / 11

一、概述 / 12

二、理论基础 / 15

(一) 古典主义法律思想 / 15

(二) 进步主义法律思想 / 19

(三) 法律现实主义 / 25

(四) 法律程序主义 / 29

三、反贫困法、民权与公民自由运动 / 36

(一) 反贫困法 / 37

(二) 民权与公民自由运动 / 40

第三章 建构公共利益的代表机制：公益诉讼的政治学 / 46

一、国家利益、政府利益与公共利益：利益代表机制的纵向比较 / 47

- (一) 国家利益、公共利益与政府利益的意涵 / 48
- (二) 国家利益与公共利益的关系 / 53
- (三) 政府利益与公共利益的关系 / 55
- 二、权力精英与自上而下的政策制定:现代社会的图景 / 57
 - (一) 精英对政策的影响 / 58
 - (二) 精英主义并不是民主的悖论 / 61
 - (三) 精英与社会不平等 / 63
- 三、自下而上:公益诉讼与公民社会的建构 / 65
 - (一) 公共领域与公民社会的功能 / 66
 - (二) 公民社会的公共利益代表机制 / 69
 - (三) 公益诉讼:公民社会的法律实践 / 73

第四章 通过诉讼实现社会正义:公益诉讼的路径选择 / 80

- 一、塑造一种新的诉讼模式 / 81
 - (一) 传统的私法裁判模式 / 82
 - (二) 新型诉讼模式的兴起 / 84
 - (三) 公益诉讼模式 / 86
- 二、布朗诉教育委员会案:公益诉讼的里程碑 / 93
 - (一) 背景 / 93
 - (二) 诉讼策略 / 96
 - (三) 胜诉后的持续努力 / 98
- 三、诉讼与社会变革 / 103
 - (一) 执行法律 / 104
 - (二) 适用并解释法律 / 104
 - (三) 改革公共机构 / 105
 - (四) 激发社会与政治变革 / 107
- 四、小结 / 111

第五章 消费者权益保护、集团诉讼与试验案件 / 114

- 一、消费者权益保护与消费者诉讼 / 116
 - (一) 作为弱势群体的消费者 / 116

(二) 消费者运动的发展历程 / 117

(三) 消费者诉讼 / 119

二、集团诉讼:构造、问题与趋向 / 125

(一) 概述 / 125

(二) 集团诉讼的构造 / 126

(三) 当前的问题与趋向 / 129

(四) 团体诉讼:比较法视野下的考察 / 133

三、试验案件 / 137

(一) 概述 / 137

(二) 策略与方法 / 138

(三) 试验案件与消费者权益保护 / 140

附录 荒凉山庄之 1968:一份关于消费者实验案件的报告 / 141

第六章 通过私人诉讼实现社会利益:后民权时代的检察官 / 164

一、地位与权力:检察官制度的历史回顾 / 166

二、总检察长:活跃在民事诉讼中的美国检察官 / 169

(一) 民庭商务诉讼处 / 170

(二) 消费者诉讼办公室 / 174

(三) 民权庭 / 174

(四) 环境与自然资源庭 / 180

三、私人总检察长与法庭之友:类型与方式的多样化 / 181

(一) 私人总检察长 / 181

(二) 法庭之友 / 184

四、中国:理论的困境与实务中的盲区 / 186

(一) 我国民事检察监督的制度和理论 / 186

(二) 学说争鸣:检察机关提起民事诉讼的理论依据 / 190

(三) 实践中的困境与盲区 / 196

(四) 总结与讨论 / 197

第七章 挑战公—私领域的二分法:旨在保护妇女权益的公益诉讼 / 199

一、妇女权益保护公益诉讼的历史进程 / 200

(一)发端:美国的妇女权益保护公益诉讼 / 201

(二)世界范围内的扩展 / 203

二、挑战公—私领域的二分法:妇女权益保护公益诉讼的目的与方法论 / 204

(一)诉讼目的 / 204

(二)典型案件 / 206

(三)妇女权益保护诉讼的方法论 / 210

三、公益法律组织与公益律师的地位和作用 / 211

(一)公益法律组织和公益律师的主体地位 / 211

(二)公益法律组织和公益律师的主导作用 / 213

四、妇女权益 vs. 公共利益:什么是公益诉讼——一个比较法视野下的总结 / 216

(一)界定公益诉讼 / 217

(二)定义公益法律组织与公益律师 / 219

(三)小结 / 222

第八章 建立一种制度性底线秩序:公司、人权与公益诉讼 / 223

一、全球化、跨国公司与人权 / 224

(一)回顾历史:跨国公司与人权 / 224

(二)当今中国的问题 / 229

二、民营企业、国企改制与人权 / 233

三、公司、消费者与人权 / 235

四、建立一个外部性机制 / 237

(一)政府干预 / 238

(二)市场自行调解与法治 / 238

(三)权利导向与结果导向 / 239

五、公益诉讼:一个可能的解决之道 / 240

第九章 公益诉讼与法律职业的发展:律师与社会公益 / 243

一、重新认识法律职业:作为公共物品的法律服务 / 244

(一)作为经济人的律师 / 244

(二)作为公共物品的法律服务 / 246

(三)公共物品的供给机制与律师职业的社会化运作方式 / 249

二、社会公益与律师无偿公益服务 / 250

(一)概述 / 250

(二)律师无偿公益服务的域外模式 / 251

(三)相关国际准则 / 254

三、体制和组织架构的转变:公益诉讼与法律职业的发展 / 256

(一)公益法律组织的发展 / 256

(二)律师无偿公益服务的制度化 / 260

第十章 社会正义与公共利益:公益诉讼在世界范围内的发展 / 268

一、获得司法正义权利的宪法化与国际化 / 269

(一)“获得司法正义的权利”运动:从公益诉讼到社会正义 / 269

(二)获得司法正义权利的宪法化 / 271

(三)获得司法正义权利的国际化 / 273

二、公益诉讼的本土化 / 275

(一)概述 / 275

(二)转型国家的公益诉讼实践 / 278

(三)来自南亚的经验 / 283

三、面对变化中的世界 / 286

结语 走向再造:中国公益诉讼发展进程的回顾与前瞻 / 290

主要参考文献 / 339

索引 / 363

第一章 导论：公益法与公益诉讼

是有意识的活动，而不是有目的的谋划创造了人类历史。

——吉登斯^①

公益法与公益诉讼是 20 世纪 50~60 年代美国在经历剧烈的社会变革后广泛使用的术语。当时的众多社会制度均面临挑战，因而出现了各种尝试改革的方案，设立了众多的公益法律机构及类似的倡导制度，它们都是为了环境、消费者、女性、有色人种、未成年人及类似的诸多利益而展开活动。在这方面，代表人物是路易斯·布兰代斯（Louise Brandies）。在一次演讲中，布兰代斯对目前的法律职业发出了责难，他指责“能干的律师在很大程度上把他们自己变成了大公司的附庸，因而忽略他们应

^① A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford University Press, 1984, p. 27.

尽的义务,即为保护人民而使用他们的权力。”^①布兰代斯在担任美国最高法院大法官之前,首创了将大众利益纳入其辩护实务的做法。布兰代斯的辩论摘要不仅包含法律辩论和引证,而且包含与案件相关的社会及经济方面的信息与数据。他在穆勒诉俄勒冈(Muller v. Oregon)一案中,^②首次向美国最高法院提交了这类包含公众利益的辩论摘要,从而说服最高法院维持关于妇女1日最多的工作时间为10小时的制定法。

但是,公益法并不是一个法律部门或法律领域,使用这一术语旨在描述公益律师所服务的对象。与布兰代斯所称的作为强大经济利益代表的传统律师不同,公益律师选择代理那些无人代理的个人或团体。由此产生的一个重大结果是法律援助制度的建立。当然,公益法这一术语本身也是在不断发展变化的,它包含了一个宽泛的律师和非律师的活动领域,涉及民权、公民自由、妇女权利、消费者权利、环境保护等。但是,通常关于公益律师的界定仍然保留了其最初的为弱势人而战的含义,即代理无人代理的和易受伤害的社会部分。

20世纪50~60年代兴起的公益法运动造就了为社会正义而奋斗的新一代律师。在此期间,成百上千的律师、法学院的学生和法律工作者们到美国南部作自愿者,为非洲裔美国人提供法律帮助,帮助那些为获得与白人平等的权利而被监禁、被殴打的非裔美国人。此后,言论自由运动在伯克利展开,学生们抗议越战,在20世纪60年代后期和70年代,很多美国的法学院毕业生开始寻求在他们的工作中创造出对社会问题具有影响力的价值,他们把自己命名为公益律师,以示与布兰代斯所称的“公司的附庸”的区别。

这些新型的公益律师是那些为社会变革而工作的人们,他们同时承担由这些社会变革而在法律领域中所带来的挑战。在水门事件中,政府官员的权力滥用也促动了新一代律师的成长,他们是“另类律师”,是具有

① Louise Bradies, *The Opportunity in the Law*, 39 American Law Review 559, 1905.

② Muller v. Oregon, 208 U. S. 412, 1908.

社会良知的律师。

新型律师的出现以及在此期间发生的政治权利分散导致了法律援助和公共辩护人遍布全美。此外，这一阶段也出现了新型私人公益律师事务所，他们抵制传统的公司法律事务，充分调动他们的技能以便创造出更人性的、更多的社会正义。在此阶段也出现了很多的实验形式。

自20世纪70年代以后，在美国和欧洲都有一个显著的动向，就是筹备一些官方或民办的机构来保护消费者、环境保护主义者或者以前没有给予权利主张机会的其他团体的利益，包括为贫困者谋求整体利益，如公共辩护人项目、法律援助制度。

到了20世纪80年代和90年代，公益法这一术语在很多其他国家中得到了适用。南非有着强大的公益法团体，他们构成了反对种族隔离运动的一部分。在世界各地都有很多公益法中心、社群、网络，遍布英国、印度、斯里兰卡、菲律宾、澳大利亚、智利和阿根廷。虽然其名称、背景各异，但是，公益法所包含的一整套原则体系、价值和目标仍与布兰代斯的倡导相一致。它依托于社会正义的概念以及视法律为社会变革工具的心愿。

今天，在美国，公益法这一概念已经通过公益诉讼和公益律师得以制度化。在美国，那些为促进和保护人权而工作的非政府组织，为环境保护而奋战，为维护消费者利益而努力的组织都称自己为公共利益组织。也有相当多的律师从事公益事务，包括免费的法律帮助，诊所法律教育，为法学院的学生提供实践法律的机会，处理涉及复杂的公共利益问题，诸如妇女权利、反歧视法、宪法权利和环境保护等。某些法学院设立公共利益法律中心，帮助那些有兴趣致力于公共利益服务的学生，并为商业律师提供机会，使他们可以为公益活动贡献时间。

在大陆法国家，公益法的概念立基于哈贝马斯所说的“公共领域”这一前提，或者由黑格尔所使用的“公民社会”（civil society）这一概念，指社会包括了广泛的正式和非正式的、内在联系的、自我组织的社团，他们在某种程度与私人和公共领域相关，这些私人组织应当在公共话题中承担