

中国

影响性诉讼

Impact Litigation in China

2005

中国影响性诉讼 2005

吴革 主编 王振宇 执行主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Impact Litigation in China

中国影响性诉讼 2005

吴革 主编 王振宇 执行主编

图书在版编目(CIP)数据

中国影响性诉讼:2005年/吴革主编. —北京:法律

出版社,2006.10

ISBN 7-5036-6671-4

I. 中… II. 吴… III. 案例—分析—中国—2005

IV. D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第118524号

© 法律出版社·中国

中国影响性诉讼

吴 革 主编

王振宇 执行主编

责任编辑 董彦斌

装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2006年10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 16.75 字数 268 千

印次 2006年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6671-4/D·6388

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给关心法律问题的中国人和
关心中国问题的法律人



报告人

中华全国律师协会宪法与人权专业委员会
清华大学宪法与公民权利中心

支 持

中央财经大学法学院
北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院
北京市义派律师事务所
北京市中闻律师事务所
北京市律师协会宪法与人权专业委员会

学术顾问（按姓名拼音排序）

蔡定剑	邓甲明	杜刚建	甘功仁	关 怀	韩大元
江 平	刘桂明	莫纪宏	王晨光	王振民	夏 勇
信春鹰	于 宁	袁曙宏	赵秉志	张思之	朱苏力

编委会主任（按姓名拼音排序）

王振民 吴 革

编委会副主任（按姓名拼音排序）

陈武能 陈有西 李 轩 肖太福

编委 (按姓名拼音排序)

何兵 中国政法大学法学院副院长、教授
北京华一律师事务所律师
郭建梅 北京大学法学院
妇女权利研究与保障中心主任
北京隆安律师事务所律师
陈幻中 环球律师事务所合伙人
陈红 河北太平洋世纪律师事务所主任
陈启超 河南共同律师事务所律师
陈武能 广东霆天律师事务所主任
陈颖洲 安徽大学法学院副教授
安徽达安律师事务所律师
陈茵明 广东易春秋律师事务所律师
陈有西 浙江京衡律师事务所主任
陈占军 河南君信律师事务所副主任
胡明 山东德衡律师事务所律师
蒋五四 北京昌明律师事务所主任
康健 北京市方元律师事务所主任
赖晨野 广东汇俊律师事务所主任
梁克秀 安徽震一律师事务所律师
李方平 北京市中业律师事务所律师
李君友 山东法扬律师事务所副主任
李岩 北京中闻律师事务所律师
廖向琦 海南法立信律师事务所律师
李轩 中央财经大学法学院副院长
国联律师事务所兼职律师
李求铁 浙江轶雄律师事务所律师
李泽林 黑龙江金马律师事务所主任
刘锡秋 江西华兴律师事务所合伙人

刘正 山西锋卫律师事务所主任
吕良彪 北京大成律师事务所律师
李刚 公益诉讼网主编
北京市中闻律师事务所律师
李忻 福建万石律师事务所律师
莫少平 北京莫少平律师事务所主任
秦兵 北京汉卓律师事务所律师
乔占祥 北京金台律师事务所律师
任贵月 河北三和时代律师事务所合伙人
邵吕威 江苏省律师协会副会长
苏州新天伦律师事务所主任
苏向祥 北京市北人律师事务所律师
孙成霞 北京市中闻律师事务所合伙人
孙文俊 江苏致邦律师事务所主任
谭泽先 广东启仁律师事务所合伙人
涂崇禹 福建重宇合众律师事务所主任
王爱华 浙江矛盾律师事务所合伙人
王长林 江苏泰州众成信律师事务所主任
王晓林 北京市普华律师事务所主任
吴革 北京市中闻律师事务所主任
夏霖 北京市义派律师事务所执行主任
肖太福 北京泰福律师事务所主任
吴正林 安徽大别山律师事务所主任
徐晓青 上海市徐晓青律师事务所主任
杨作福 北京市中闻律师事务所律师
赵大涌 山西和胜律师事务所主任
张培义 山西元升律师事务所律师
张之永 河北张之永律师事务所主任

序

张思之

凡诉讼,都会产生影响;区别在于大小、深浅。“影响性诉讼”既从诉讼中单列,自会有其独具的概念和内涵。本书综合了2005年影响性诉讼的实践,兼及这类诉讼研究的论述。它给影响性诉讼下的定义是:“其价值超出本案当事人的诉求,能够对类似案件,对立法、司法完善和社会管理制度改进以及人们的法律意识转变,产生较大促进作用”的个案。”我们的实践也许还没来得及提供一个更为全面、严谨的科学概念,但本书的作者不仅标出了一个具有深意的、恒新的课题,而且作出了解析,为今后的研究提供了一块基石、一个阶梯,这对发展中国的律师制度和律师事业极其可贵!

粗读书中的16个案例,抛开理论层面的问题不论,这类诉讼大体上可分为两种:一是公益诉讼,一是维权诉讼。这二者其实难解难分。益中有权,益中含利,公益诉讼中自不免维权因素在。令人振奋的是,这两种诉讼,首先是维权,已日益受到律师群体的关注和重视,似乎有必要多说几句。

“律师是干什么?”多年来不断听到这种言论。它与“人生是干什么的?”问得近似,颇有哲理,一时也真的说不清楚。也明知有人把律师视为“异己、异端”,认为爱干“坏”事,依然把它当成议论而不认为那是质疑。林深鸟杂,何必在意,由他议去!不过我有一点坚信不疑,律师天生就是干维权的。不同仅仅在于,一部分人清醒,有意识,另有一些人则处于模糊的或混沌的状态之中,是不是呢?试看古往今来律师办理的哪件讼事不涉侵权与维权?“我就是为了谋生!”可以,可以。谁都无权鄙薄这种志趣。可是,您为“生”而办理讼事,如不能为您的客户维权,又靠什么手段去“谋”呢?

然而我至今尚未认同“我们处在维权时代”的论断。这个提法有助于突显维权在当代社会生活中的作用和意义;但把维权作为当今时代的标志,未必贴切。

实践中,或者说社会生活中,有两种维权,应当分清。

一种是抽象的,说直白点,是政治化的。它把行动对象往往设定在“反维权者方”而把“侵权者”置于次要位置,这有利于造势,有利于渲染,但基本上没有可操作性,鼓吹的动人口号,设定的高远目标,最终只能停滞在宣言里。

另一种是具体的,即法律层面的,说白了就是律师职业的。它通过司法渠道,解决具体利益冲突,挑战政治生活——社会秩序中的不合理因素。其特点在于:用个案、用最小代价实现人的权益,体现人的尊严,使被侵害者获得法律救济。它把行动的对象首先设定为“侵权者”。行动中会有价值判断,但取舍时,一不近视,二远功利。会有起伏,能决胜负,但一切都是实实在在地维护着人民的权益,弱者的权益,无不具有可操作性。

律师维权的性质决定着工作方法与手段,本书多有反映,值得借鉴。只想补充一点的是:坐在小屋里高呼“轮流绝食”的维权口号,吓唬对手,这种做法极不负责,很不郑重,理应摒弃。

律师维权的资源或多或缺,见仁见智。细心考察书中的16个案例,我以为能见足够“强势”的一面。除法律、法理外,至少还有道义、思辨、智慧三项。智慧最为重要,是一项似无穷尽的资源。对事物的洞察,诉求的斟酌,技巧的设计,策略的运用,乃至必要的妥协,都是这种资源的表现形式。掌握和运用,又往往体现在善于提出问题。西哲有句名言:“解答问题是死的,而提出问题是鲜活的。”这是至理!从律师维权角度出发提出问题,第一要能对古旧的问题赋予新意,第二应有针对性,第三须有批判精神,最后也是最为重要的,问题应源于或者出自“事”中的关键性环节。换个角度解析,应使人无法应对,无路可退;再说得野点,有“杀伤力”。但切忌海阔天空,漫无边际。众所周知,提出问题须以发现问题为前提,而从律师执业的角度研究,发现问题有时是透过对“细节”的观察与把握才能达到的。这决不是一般意义上的“吹毛求疵”。依我之见,研究诉讼,求疵又何妨吹毛!

律师维权有没有责任从个案的结果引出普遍性的结论?有人这样提出问题。回答是:有。本书主编讲的“研究范式”大约正是此意。我从这里受到的启示是:第一,有些诉讼,不论其“结果”,单就“过程”研究,同样能引出普遍性的结论。第二,所谓“普遍性的结论”,按一般理解无非是:提高人的精神境界;促进国家法治化的进程;推动政治体制的改革;把“博爱平等自由”的普世性理念落到实处;等等。第三,这里的从个别到一般,是由量到质的变化,是从实践到理论的飞跃。由此可见,实现上述的责任达到普遍性的结论决非轻而易举。丹麦哲学物理学家玻尔说得好:“任何一次成功都是局部性的。”这无疑是在成功的路上,应当凝聚着“积累”,艰苦的、各方面的积

累:经验的积累,道义的积累,资料的积累。在这方面,《中国影响性诉讼·2005》作出了杰出的贡献。因为有了这些积累,都有可能作系统的、深入的思考,都有可能通过实际步骤,设计出精当的谋略去动摇“侵权者”赖以存在的基础,改造它赖以滋长的土壤。这是个漫长的过程,我们个人也许不能到达那美妙的终点,但我想,我们既有志于此,就一定会在律师群体的积累之中提供点滴素材。这样,虽然我们不是为此而生,又何妨矢志为此而死,但求明道,不计其功,奋斗到底也就是了。

律师维权难免与政治、权力、邪恶势力撞车。我们无须把维权举为旗帜,但它是一面镜子,折射出某一类政治行为——例如征用农民土地——脱离了法治轨道,从而发生了与维权者的颀抗。面对这样的严酷现实,律师的最佳策略我以为是“就事论事”,不必涉及其他。能用法律智慧把坏的政治纳入正轨正规,维权也就达到了目标。诚然,这种利益的对抗有时是相当激烈的。这又为我们提出了自我保护的大题目。不要以为这是懦弱。我们一要保护多少人辛辛苦苦争得的这点“维权空间”,二要保护自身安全,决不可“出师未捷”就遭整肃无能再事“维权”!空间的占用,力量的聚集,是何等的重要,怎能掉以轻心,等闲视之?尽管这本书中的成果令人宽慰,但恰恰是这本书,又折射出我们的维权实践与丰富、多难的社会生活,与“侵权”的现实比较,是多么的不相称,有志于此的朋友们,一定要善于自我保护,好为这个“相称”多出把力!本书召唤我们“敲希望的钟”,既含诗情,又有深意,可否允许我再加一句:“希望,在我们齐向未来的脚步声里:步步朝前,永不停歇。”

回顾已逝的2005年,似乎还有一些必将载入法制史册的影响性诉讼,或因其“太过敏感”而未收,如程益中——喻华峰案。这是无可奈何的憾事。但我盼望,从2006卷始,能消除这个缺憾。

能么?

此际,又一回想起了那位1943年高中学生的习作,开篇隽永,写的是——“远远的,东方,太阳正在升起。”满纸诗意,多少神韵,给世界以生命的美感,使人充满希望……

未来属于青年,他们肩负着一切弱势群体的希望。

未来,是美的;我们都该为此而努力,岂止于影响性诉讼,岂止于维权!

2006年9月17日,于北京

目 录

序/张思之 1

影响性诉讼:一种个案到法治的实践活动和研究范式/吴革 1

●公众博弈公害

——福建千余农民环境污染侵权案/张世君 24

2002年11月7日屏南县千余农民就榕屏化工厂环境污染损害提起民事诉讼。

●公益诉讼与垄断利益

——喻山澜诉中国工商银行北京市分行和宣武支行
不当得利案/张世君 35

2005年4月19日,工商银行北京分行自行制定的100元补卡手续费成为历史。

●人权入宪与司法保障

——从佘祥林案到聂树斌案/王振宇 45

如果我们的刑事制度不能保证无辜的嫌疑人不被冤枉,那么他只能是侵犯公民权利的大棒。

①限权与越权的两重困境

——桂亚宁诉民航总局立法不作为案/王振宇

55

本案被告处于两难境地——无权“作为”也无权“不作为”。

②官员受贿扶贫的悖论

——余斌受贿案/王振宇

69

失灵的显规则催生了潜规则。

③圆明园防渗工程听证

——公众维权的鲜活例证/李瑾

87

公众参与国家公共事务管理进入制度构建的新阶段。

④共和国厌恶“卖官”

——马德、韩桂芝、田凤山连环卖官案/楚望台

102

卖官是共和国最致命的腐败。

⑤见义勇为反成被告

——罗军等诉张德军故意伤害罪并附带民事赔偿案/黄元健

114

法律遭遇道德，司法面对大众。

⑩ 个案推动司法鉴定改革

——黄静案/吴革

126

黄静案成为制度变更的突破口,凸显了个案在法典法国家中的重要作用。

⑪ 暗中执法与行政处罚的程序正义

——杜宝良案/沙建嵩

147

在执法过程中,一定要看法律的目的、原则和精神。

⑫ “传奇企业家”的落马“传奇”

——顾维军与资本市场/楚望台

158

亟待规制的资本市场。

⑬ 谁歧视了谁

——周香华诉建行平顶山支行侵犯平等权案/黄元健

166

为什么女性 55 岁必须退休?

⑭ 当中国人在美国被殴打

——赵燕案/楚望台

180

舆论中关于不要动辄以民族利益说事的态度,让我们看到理性和自信。

●解读业主与物业公司恩怨

——北京朝阳区物业费强制执行案/楚望台

190

2005年10月30日晨,朝阳法院对业主强制执行。

●有车一族与步行大众的利益平衡

——奥拓车撞人案/张世君

200

法律正是在平衡各种利益冲突的过程中实现着公正。

●坚持的力量与对日索赔的法治意义

——民间对日索赔/沙建嵩

211

从法律的角度讨论这些案件,更有利于促进中国人民和日本人民之间的相互理解。

2005年四季·综述/王振宇

224

附:“影响性诉讼”何以产生影响?

——记录2005年中国十大影响性诉讼评选活动

影响性诉讼：

一种个案到法治的实践活动 和研究范式

文/吴革

关键词 影响性诉讼 法意识 法实践 法治 研究范式

提要

所谓影响性诉讼是指那些个案案件价值超越本案当事人诉求，能够对类似案件，对立法、司法完善和社会管理制度改进以及人们的法律意识转变产生较大促进作用的个案。同时影响性诉讼研究也是一种新的研究范式，它对中国内地后法律移植时代的公众参与与法治进程的互动关系，以及个案对法治的影响，进行较为系统科学的观察、研究。影响性诉讼在我国的产生与存在是法制现代化的必然产物，其内在规定性是个案促进法制进步，影响社会变迁。作为一种新的观察法制与社会的视角，它关注法的实然状态。

产生的背景：后法律移植时代

自改革开放以来，中国社会正处于历史性的变革过程中。变革的目标是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。社会的转型带来了中国法制的现代化发

展趋势。这一时代进程的取向是坚持和实现依法治国,建设社会主义法治国家。在这样的理想激励下,我国立法创新运动取得举世瞩目的成就:从1979年至2004年2月,全国人大及其常委会通过了440多件法律、法律解释和有关法律问题的决定,其中现行有效的法律有200多件,国务院制定了960多件行政法规,地方人大及其常委会制定了8000多件地方性法规,民族自治地方制定了480多件自治条例和单行条例。^①立法的效率已使我们进入“后法律移植时代”。在法律移植取得重大成就背景下,如何运用法律来调整、规制社会,促进、实现社会变革,是当前中国政治经济运行的一个核心问题。法治国家建设,决不仅仅意味着引进先进国家的法制进行立法。只有把“纸上的法”变为现实生活中的法——法社会学者所说的“活法”(living law)——才是问题的核心。在法律与社会生活之间相互作用、相互调整过程中,影响性诉讼的出现,是我国社会生活中的新事物。影响性诉讼深刻反映了法律(规范)与社会生活(事实)之间的内在联系,是法律规制社会功能发挥程度、法律运行的影响及效果的试金石,并且它促进法律及社会变革的特质引发了法学界内外的广泛关注。对影响性诉讼的原理及机制加以总结、提炼,对其作为一种法治实践和观察法治的视角或者范式双重角色的阐述,是认识和提升、推动这一新概念、新实践的基础。

产生的原因:作为一种法律生长的媒质

在我国,影响性诉讼之所以产生并成为影响法治及社会变迁的力量,与下列因素密切相关:

1. 社会改革的推动,使法律成为治理国家、促进社会进步的重要工具

重大的法律变化随着社会变化而发生,并取决于社会变化。^②法律作为社会规制手段在我国社会控制中地位的变化,取决于十一届三中全会以来改革目标的逐步落实。除了政治、经济等领域的改革外,政府注重建设法治国家,把依法治国提高到基本治国方略的高度,导致了我国法制现代化进程的加速,^③及法律在社

① 吴邦国:“加强立法工作 提高立法质量 为形成中国特色社会主义法律体系而奋斗”,《人民日报》,2004年2月1日。

② [美]弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第314页。

③ 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第2~5页。

会生活中地位的明显提高。“现代社会进行刻意变革的主要工具乃是立法(legislation)。……一个法律系统的各个组成部分与其说是依照一种全涉性的整体观而进行彼此协调的,倒不如说是通过前后相继地把一般性原则适用于特定的问题而逐渐达到彼此协调的。”^①中国当前所处的社会和经济迅速变革的时期,带来了新的法律的巨大需求。而法律迅速发展的时期必然对维护法律的有效性提出特殊的挑战。在这样的时期内,法律发展必须要在维持现存的法律和政治实践的一致性与调整和适应由这种社会与经济的迅速变化所急剧产生的新环境之间找到一个平衡。^②换言之,被称为法的大量法律规范的存在,必然为公民提供了解权利,判断权利边界,主张权利的依据。由于法律是移植而来,公民对于法律的效力将信将疑,于是就涌现了公民通过个案诉讼测试法律的行动。这些测试性的个案诉讼,也反映了许多社会成员的心声,往往成为全社会关注的焦点。因此,影响性诉讼的出现,是国家法治化进程中的必然现象。

2. 公民法意识、权利意识的觉醒与提高

法律不能只靠国家权力来加以维持,作为法主体的公民不自觉接受并维护的法律是不可能长期有效的。“这不仅仅指当没有人要求法的救济时,民事诉讼就不得开始这一层意思,大凡市民社会的法秩序没有作为法主体的个人的守法精神是不能维持的。说个人是法主体是说个人不仅是客体,不仅是他人的手段,而且是以自己为目的的。法秩序没有法主体者积极自觉地遵守法、维护法的话,法秩序是得不到维持的。因此,为权利而斗争不仅是法秩序成员的权利而且是其道义上的义务。”^③在我国法制现代化过程中,政府有意识的倡导,法学家的理论启蒙,司法实践的确认,以及抛弃法律的沉痛教训,已使法律的权利本位理念深入人心,公民守法、用法意识普遍提高,权利意识和权利诉求高涨,甚至有人惊呼中国出现了“造权运动”的趋势,^④这是令法律人惊喜的社会现象。公民的权利要求使法律走出立法者、法学家的自我欣赏园地,成为与公众利害相关、相互影响的规则体

① [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来、张守东、李静冰译,中国大百科全书出版社2000年版,第100~101页。

② [美]罗纳德·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1998年版,第1页。

③ [日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安、栗涛等译,中国政法大学出版社1994年版,第19页。

④ 载《中国青年报》2002年5月6日。

系,成为法治的起点。有些权利诉求,其意义不仅限于具体当事人利益、权利的得失,而且涉及社会上更多人的权利与利益,这些诉讼的结果,影响多个阶层的权利保障与利益维护,从而产生了超越个案的影响与意义,更有甚者,有的个案涉及社会基本价值,更为全社会所瞩目。这些权利诉求引发的个案在法的各领域不时出现,成为中国内地法治现代化过程中的独有现象。

3. 审判机制在社会控制中的作用加强

一种机制功能的发挥情况,取决于两方面因素,一是机制本身在社会中所处的位置。二是该机制构成要素的健全与成熟。就前者而言,无论是将审判视为社会控制方式(强调其对社会成员的行为规制与违法行为制裁作用)还是纠纷解决机制(强调冲突的化解和矛盾的平息),二者仅是观察的视角不同,从法律作为一种治国方略来看,“法律是政府的社会控制”,而审判不过是法律实现社会控制的建制之一是没有疑问的。^①从法律内部来看,在后法律移植时代,审判(包含诉讼)取代立法,成为法律控制社会的重要途径。法院审判的案件种类不断增加,从原来单一的刑事、民事案件到现在刑事、民事、商事、海事海商、行政诉讼——几乎涉及社会生活的方方面面;案件数量始终呈直线上升,各级法院都承受着大量未决案件的压力,各种社会纠纷大量涌到法院,法院成为寻求权利利益保护的首选场所。从法律外部看,法律以外的其他社会控制机制或者衰落,或者萎缩,或者消亡——例如,传统的道德伦理控制的衰落,民间调解、说服机制的萎缩,计划经济时代单位对个人的严格控制松弛——导致审判成为正义分配替代途径,正如布莱克所指出的,当其他社会控制的量减少时,法律的量就会增加。^②从审判机制的构成要素看,我国经过近30年的法律职业队伍建设与培养,一支职业化的法官、检察官队伍正在形成,一个正在壮大的、高素质的律师团体正在发挥积极的社会作用,加之权利意识日益增强的社会个体,他们一起促进了审判机制在社会控制中地位的不断提升,从而使审判、诉讼成为社会力量便于利用、乐于诉诸的权利主张途径。

4. 网络时代的到来

在信息时代,除了原有的传统纸面媒体、广电媒体外,Internet带来的网络媒

① [美]布莱克:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第2页。

② 同上,第7页。