

天下的法

公益法的实践理性与
社会正义

A STUDY ON THE PRACTICE OF PUBLIC INTEREST
LAW IN CHINA

PRO BONO PUBLICO :

贺海仁 黄金荣 朱晓飞 / 著

公益法实践是一种善的实践，却不同于传统的道德实践。公益法实践强调在私人利益和国家利益之外公共利益的独立价值，主张通过对个案的关注最终达致公共的善。公益法实践是根据和为了权利的公益之举，通过诉讼或公益上书等法律手段谋求制度的变革，它体现了公民通过自我救济的权利促进社会正义这样一种现代权利救济观念。概而言之，公益法实践乃是通过法律的方法寻求体现全体人利益的公共之善、制度之善和法律之善。



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

贺海仁 黄金荣 朱晓飞

公益法的实践理性与
社会正义
PRO BONO PUBLICO :
A STUDY ON THE PRACTICE OF PUBLIC INTEREST
LAW IN CHINA

图书在版编目(CIP)数据

天下的法：公益法的实践理性与社会正义/贺海仁，黄金荣，朱晓飞著.
—北京：社会科学文献出版社，2012.4
ISBN 978-7-5097-3145-1

I. ①天… II. ①贺… ②黄… ③朱… III. ①慈善事业-法律-研究-中国 ②法律援助-研究-中国 IV. ①D922.182.04 ②D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第023247号

天下的法：公益法的实践理性与社会正义

著 者 / 贺海仁 黄金荣 朱晓飞

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲29号院3号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156

责任编辑 / 刘 飞 关晶焱

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

责任校对 / 刘晓静

项目统筹 / 刘骁军

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 16.5

版 次 / 2012年4月第1版

字 数 / 240千字

印 次 / 2012年4月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-3145-1

定 价 / 48.00元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究

积万众之私 成天下之公

——题记

序

公益法：维权时代法的公共性实践

对许多人来说，公益法是个陌生的概念。这并不奇怪。因为就是法律中人，若非有专门研究，对这个概念多半也是一知半解。这也不奇怪。因为所谓公益法，并非传统上可以归于公法或私法的任何一个法律部门，毋宁说，它是跨越多个法律领域的一种法律实践，而且，作为特定时代的产物，它的历史并不算长。然而，也因为如此，这个在概念上让我们感觉陌生的“法”，在生活中离我们并不遥远。

几年前的孙志刚案件，人们都耳熟能详。在那个事件中，三位法学博士以公民身份公开致函全国人大常委会，要求对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的合法性予以审查。在中国语境中，这一举动被视为具有示范性的公益法事例。一些针对社会歧视、消费者权益侵犯和环境污染而提出的诉讼，也是公益法的典型事例。这些事例具有一个共同特点，它们都是“以公益之名推动制度和变革，并倡导公民对公共事务的参与”（本书第一章）。

像其他许多法律制度和概念一样，公益法之名最初是译自英文 public interest law。不过，中国的公益法实践，并不能用这个英文词来简单地说明。就像另外一些传来的制度和概念，公益法终能在中国的社会土壤中扎根生长，根本原因还在于，它能够被生活在这里的人们用来解决自己的问题，而这意味着，它的动力和能量，它所利用的资源，它聚集力量的方式，主要都出自这个社会，这个

时代。

自 20 世纪 80 年代以来，中国的法律发展经历了不同的阶段。着眼于法律与社会的互动，我们今天所处的阶段或者可以被称为“维权的时代”。关于这个时代的特点，我曾在其他地方述及：

首先，法律日益深入到民众日常生活之中，越来越多的普通人开始运用法律实现其主张，保护其利益，在此过程中，他们不但激活了法律，也参与和创造了法律。这种参与打破了以往官方对法律的垄断，同时拓展了法律的疆域，丰富了法律的内容，使法律成为社会中不同个人、群体和组织均可利用的竞胜场所。法律话语正日益成为不同利益的表达方式，也成为社会互动的一个重要渠道。

其次，维权并非革命性诉求，而是现行体制架构内的行动。尽管如此，这种行动对于推动变革、改善制度仍有重要意义。这是因为，中国当代的政治、法律制度，作为百年来内外压力下的一系列革命、运动和制度移植的结果，并非单一、严密的封闭体，而是内在地包含了诸多矛盾和紧张，这就为维权行动提供了可观的开放性空间。这同时也意味着，中国的法治运动具有某种开放的可能性（更详细的论述，参见拙著《法治十年观察》序）。

中国公益法的兴起，放在维权时代的背景下看得最清楚。实际上，公益法实践就是一种维权，只不过，这种维权行动的目标，主要不在个人利益，而是更加广泛的公共福祉。而且，可称为公益法实践的维权行动，具有更严格的法律行为特征。其行动者，无论个人还是组织，对所采取的行动及其方法和目标，也具有更强的自觉意识。前面提到的孙志刚案中的公民法律行动，就是出于法律人的精心策划。其目标甚至不只是一部法律的存废，而是合宪性审查制度的建立。那些针对比如垄断行为、不合理制度和政策的诉讼，具有同样特征，它们因此被称为公益诉讼。因为公益法的这种性质，法律人在这种法律实践中就扮演了重要作用。当然，只有那些具有较强公益意识的法律人才会投身于这一事业。

本书书名中的“天下的法”这四个字，让人想到黄宗羲在《明夷待访录》中的一段议论：

三代以上有法，三代以下无法。……此三代以上之法也，因未尝为一己而立也。后之人主，既得天下，唯恐其祚命之不长也，子孙之不能保有也，思患于未然以为之法，一家之法，而非天下之法也。……此其法何曾有一毫为天下之心哉！而亦可谓之法乎？

以法为天下之法，视一家之法为非法，这是中国古时的传统。然而在 20 世纪的革命当中，这一伟大传统却被颠覆和抛弃。结果是，一党之法取代天下之法，法之阶级性压倒和取代了法的公共性。经此改造之后，法不复为天下公器，而只是一党专政的工具。如今，公益法实践者所做的，正是要利用数十年来法律与社会变迁带来的契机，在新的社会条件下，重新赋予法律以公共性，让法律恢复其大公的性质。

本书的三位作者，贺海仁、黄金荣和朱晓飞，既是法律学者，更是公益法的实践者和研究者。他们合著的这本公益法实践研究报告，对在中国兴起的公益法运动，有深入的观察和分析。透过他们的观察和分析，我们对中国公益法运动的动因、性质、主要形式及特点，相关制度背景以及其中各方的行动逻辑，推动公益法实践所面对的困境，以及中国公益法运动的前景等问题，会有一个基本的了解，对中国公益法实践者的追求、努力及个中甘苦，也会有一点真切的体味。法律人向以公平、正义的追求者自许，但在现实中，尤其是在当下的中国社会，要维护法律的这些基本价值，人们经常要付出高昂代价。正因为如此，我对本书这几位作者，还有他们所代表的那个群体（我认为这个群体比报告中写到的更大），一直深怀敬意。在我看来，他们所从事的事业虽不足以代表法律的全体，但却涉及法的根本，且为我们的时代和社会所急需。而他们以法律为公共事务的想法，他们执著于公共利益的精神，还有他们通过法律服务于大公的理想，所有这些，也都恒具价值，令人肃然起敬。

我期盼着，本书的出版，能让更多人注意到中国的公益法事业，进而吸引更多的人，以适合自己的方式，直接或间接地参与到这一事

天下的法：公益法的实践理性与社会正义

业中去。广泛的公众参与，原本就是公益法实践的一个目标和特点。天下之法，人人得而言之。也只有当天下人皆视法为己务之时，天下之法才能够变成现实。

梁治平

2011年6月28日写于西山忘言庐

引言

在依法治国的时代背景之下，我国公益法实践在 21 世纪初方兴未艾，并逐渐呈现良好发展的势头。大致而言，公益法实践的意义主要体现在下面几个方面：①建构正义的社会制度的需要。公益诉讼以公共利益为名并且为了公共利益，在私人利益和国家利益之外，还有一个较为独立的公共利益，而打造以平等和公正为价值趋向的社会制度是保障公共利益的重要维度。②从街头政治走向法庭政治的需要。在群体性事件不断显现的当代社会，公益诉讼是将事件案件化、政治法律化、对抗理性化的科学方法。③锻造司法力量的需要。在公益诉讼中提升救济公共利益的司法地位，探索司法在依法治国方略中的应有功能。④建立合法性审查制度的需要。通过公益上书等形式可以提高公民参与立法效果评估的能力，寻找消除恶法的有效途径，推动法律体系内部的和谐和稳定。

公益诉讼的价值和诉求深刻反映了后改革开放时期人们对平等的时代诉求以及理性解决纠纷的自觉体认，对此有必要进行认真的观察、严肃的体认和不遗余力的总结。然而，作为新生事物，公益诉讼在中国从一开始就面临双重困境：一是在一个深受儒家文化“和为贵”观念浸染的中国社会谈论诉讼是异常困难的，即使权利已经逐渐成为中国社会的主流话语，通过司法实现公共利益的实践依然步履维艰。二是为公共利益而战的口号可能触发人们对“大公无私”时

代所导致恶果的恐惧心理，担心公共利益随时沦为借以实现某种私利的精美工具。为此，公益诉讼不仅要完成传统价值观念现代化的转换任务，提升自身形象，阐明其活动边界并证明其存在的正当性，而且还要在实践中与形形色色的反公共利益行为作斗争。

公共利益只有在公共领域才有存在的理由，在承认价值差异和利益多元的时代，即便最极端的自由主义者也没有排斥公共领域的存在。公共领域既指与国家利益和私人利益相对的第三领域，也指在公众面前进行的公开活动和仪式。换句话说，知识、价值和思想在变为公共文化组成部分的同时，也被带到公共广场上并接受公众的批评和争论。在程序法则的引导下，走向法院——而不是走上大街或走入山林——这一特殊公共领域既要为公众展示什么是合法或不合法的、什么是正当或不正当的、什么是正义或非正义的，也要在此过程中接受来自公众的审视、讨论乃至质疑。在这个意义上，虽然公益诉讼也期待公正无私的法官，但恐怕不是坐堂问案的法官而是公众才是公益诉讼案件的最终裁决者。

公益诉讼的前提和条件是公共利益，如何认识公共利益始终是研究者绕不过的难题，这取决于研究者不同的立场、方法和价值取向。从中国文化的内在理路看，公者，天下也。公共利益是指天下人的天下利益，关乎一切人的一切利益，在这个意义上，“天下兴亡，匹夫有责”不仅蕴涵着古老的文化理念，也具有强烈的时代气息，在走向权利时代的现代社会，这一理念又可被进一步表述为“积万众之私，成天下之公”。事实上，在和谐社会的大历史背景下，以非暴力方法解决社会冲突和矛盾已经成为人们的共识，然而，和谐社会不是自然形成的社会成果而是斗争出来的理性结果，斗争的方法不是革命、起义或其他暴力性手段，而是包括公益诉讼在内的理性的纠纷解决方法。可以认为，公益诉讼在维护公共利益方面为社会提供了与权力、资本和社会惰性进行规范斗争的方法，开辟了与民主政治相辅相成但又独具特色的公共话语空间，通过公开辩论的话语力量而不是力量的逻辑，为社会提供激浊扬清的动力。

在实践中发现问题，并对所发现的问题给予理论上的思考，这是

我们近些年来一直遵循的治学原则。我们希望从实践引发出的问题中寻找适合自己的表达方式。2005年前后是我们一方面从事公益法律研究工作，另一方面开展公益诉讼实践活动的开端。作为观察者和参与者的双重身份，使我们得以穿行于“理论”与“实践”之间。然而，这种在“理论”和“实践”中的穿越并不轻松，其困难不在于用不同的身份在相应的场域中发言，而在于思维转换过程中的困惑。作为观察者自不待言，我们都是以学术为职业的学者，考察和了解法律国情可以最大程度地减少闭门造车的尴尬，以法律人特有的方式接触地气；而作为参与者让我们又看到了实践的魅力和窘迫。

北京市东方公益法律援助律师事务所（下简称“东方所”）是我国最早一家专门从事法律援助和公益诉讼的律师事务所，它的成立为我们从事公益诉讼活动提供了必要的组织形式。自东方所2003年成立以来，我们和其他同事（对外我们均自称为“志愿者”）磕磕绊绊地办理了不少案件，较为著名的有黄金荣诉北京铁路局、中国保险监督管理委员会铁路旅客强制保险费案，殷子宏、徐志鸣、崔小华诉扬州市政府国企改制案，马婧诉教育部、财政部等义务教育不作为案，梁丽莘诉国家图书馆歧视案，廖齐诉北京市盐业总公司行政垄断案，朱晓飞诉北京市工商行政管理局对违法烟草广告不作为案，新探健康发展研究中心诉国家工商总局商标评审委员会行政不作为案等。这种走向法庭的实践让我们再一次感觉到法律人应该在哪里寻找著书立说所需的问题意识和中国意识，这与社会学家确立某个乡村作为田野调查的对象以及经济学家把活生生的企业作为主战场有异曲同工之妙。不过，几场公益诉讼打下来，首先让我们认识到一个残酷的现实，那就是法院不提倡甚至不赞成公益诉讼，公益诉讼在多数情况下被拒之门外。倘若公益诉讼的案件进不了法院的大门，如同卡夫卡《法律之门》中的那个乡下人总是被法院拒之门外一样，那么公益诉讼是否还能被称为诉讼都会成为问题，这是当前我国公益诉讼的尴尬之处，这也从一个侧面凸显了当代我国司法体制改革的困境以及主流政治文化对待公益法实践的消极态度。

对于很多公益诉讼，公益律师们的确面临着明知不可为而为之的

制度困境，这也是许多公益法律人被误解为“法律刁民”或“麻烦制造者”的一个重要因素。然而，公益律师们并没有在法院的大门前静静地等待，期盼法院的大门有一天向他们敞开。在一次次向法院提起公益诉讼的同时，公益法律人创造性地以公益上书的形式拓展和发展了公益诉讼的活动空间和领域。在东方所成立之前，国内的一些组织或个人就已经开始依据《宪法》、《立法法》等法律向全国人大常委会或国务院提出这样或那样的建议书，东方所秉承了这种风气，并将公益上书行动不断发扬光大。略为统计一下，以东方所名义向全国人大常委会和国务院正式提交的建议书已经有16件，其中包括：电动自行车上路权上书案（2005年8月），人身损害赔偿“同命不同价”上书案（2006年9月），宁夏回族自治区、福建省关于农村义务教育经费的规定违法审查上书案（2006年9月），铁路旅客意外伤害强制保险条例上书案（2007年4月），合肥市优化投资环境条例合法性审查上书案（2007年7月），上海房屋租赁办法违法审查上书案（2007年11月），卫星接收器管理规定违法审查上书案（2008年4月），社团登记管理条例合法性审查上书案（2008年5月），图书出版管理规定合法性审查上书案（2008年5月），劳动教养法规合法性审查上书案（2008年7月），食盐专营办法合法性审查上书案（2008年10月），北京市养犬管理规定合法性审查上书案（2009年6月），徐州市计算机信息系统安全保护条例合法性审查上书案（2010年10月），最高人民法院非法行医罪司法解释合法性审查上书案（2010年12月），北京、上海、重庆“试点”开征住房房产税的决定合法性审查上书案（2011年7月），住房和城乡建设部商品房屋租赁管理办法合法性审查上书案（2011年7月），北京市小客车数量调控暂行规定及其实施细则合法性审查上书案（2011年7月），北京市限制购买商品房政策合法性审查上书案（2011年7月）等。公益上书开启了民间社会合法性审查的民主实践，为我国法律体系的和谐和完善提供了新的方法。

在公益法实践的缓慢发展过程中，我们欣喜地看到公益诉讼活动正在被国家和社会所接受。在2005年国务院的一份文件中首次从正

面角度出现了“环境公益诉讼”的字样；国家社会科学基金会已经把公益诉讼的研究作为国家级项目予以招标并给予资助，公益诉讼理论逐渐成为国家社会科学研究关注的前沿理论，本书的主要成果就是在国家社科基金的资助下完成的，这令我们感到十分欣慰。值得一提的是，2009年9月最高人民法院副院长江必新在《人民法院报》上发表了题为《公益诉讼的价值及其建构》的长篇文章，这篇文章之所以弥足珍贵，是因为它有助于唤醒法官对公益诉讼的理解和支持。在任何时候，如果缺乏司法的支持和理解，公益诉讼将会失去赖以存在的重要路径。2009年5月中华环保联合会作为原告提起的两起公益诉讼被认为是公益诉讼的里程碑事件。一个是诉江苏省江阴港集装箱有限公司环境污染侵权纠纷案，另一个是诉贵州省清镇市国土资源局环保行政管理一案。在这两起案件中，法官重新解释了《民事诉讼法》和《行政诉讼法》中对原告应当具有直接利害关系者资格的规定，首次赋予非政府组织以原告主体资格。近年来，有许多公益诉讼案件因为原告主体身份问题不被法院受理，为此不断有人呼吁通过修改法律或专门建立公益诉讼法律来解决这一难题。通过这两起案件可以看到，在不修改法律的情况下由人民法院通过解释的方法也可以完成对公共利益的司法保护，这一点也提示我们，立法固然重要，但最大限度地发挥司法的能动作用也是不可忽略的一个方面。以上种种都增强了公益法律人行为的正当性，并且为公益诉讼在我国的发展提供了前进的动力。

近几年来，我们与其他公益法实践的志愿者、参与者一样，一边实践，一边思考公益法学的相关问题，并陆续写下了一些文章，本书的大部分内容就是对这些文章系统化整理的初步结果。章节的安排大致以公益法理论研究、公益诉讼、公益上书等顺序进行，期间也讨论了公益律师和公益游说的作用与价值。但出于各种原因，全书各个章节之间难免会有一些重复的内容，希望读者能够见谅。我们愿意相信，随着人们对公益法、公益律师、公益诉讼、公益法律组织等概念认识的深化，一门可以称为“公益法学”的学科或许会由此诞生，希望本书能起到该学科助产士的作用。

目 录

序 公益法：维权时代法的公共性实践	梁治平 / 1
引 言	1
第一章 公益法研究的现状	1
一 公益法研究的兴起	2
二 公益法研究的主要问题	4
三 公益法研究的转向与局限	9
第二章 公共利益与公益法	17
一 公共利益的概念之争	18
二 公益法实践的前提要件	22
三 公益诉讼中的公共利益悖论	26
四 公益法实践与大众参与	32
第三章 公益诉讼的时代困境及其价值	39
一 弱者与人的困境	40
二 公益诉讼的科学之维	43
三 公益诉讼的内在价值	46
四 公益诉讼的域外经验	49

第四章 公益诉讼与人权保障	56
一 人权诉讼与公益诉讼	56
二 国际人权法与公益诉讼	59
三 宪法性权利公益诉讼	66
四 我国宪法权利诉讼面临的障碍	73
五 实验性人权诉讼	77
第五章 公益诉讼与实验性案件	82
一 作为社会实验工程的公益诉讼	82
二 依法试法：公益案件与政治事件	84
三 社会契约之诉	88
四 公益诉讼与善	90
第六章 公益诉讼的方法与前景	95
一 为了公共利益的诉讼	96
二 通过诉讼实现公共利益	99
三 法院视野中的公益诉讼	105
四 公益诉讼的主流化与常态化	110
第七章 公益律师与权利斗争	116
一 公益目的与道德困境	117
二 律师的技术价值和正义价值	118
三 为法律而生存的律师	122
四 公益律师的性质和策略	124
五 在法制框架内的权利斗争	128
第八章 公益游说	131
一 公益游说的由来	132

二 公益游说的性质、形式及特征·····	135
三 公益游说与公益诉讼·····	139
四 公益游说与公益上书·····	141
五 公益游说的困境及建构·····	145
第九章 公益上书与合法性审查·····	150
一 上书、上疏与公益上书·····	151
二 公益上书的性质和根据·····	154
三 “红头文件”与规范性文件·····	158
四 公益上书的技术规范问题·····	163
五 公益上书与制度创新·····	166
第十章 公益上书的行动逻辑·····	171
一 公益上书与法制变革·····	171
二 上书者的行动策略·····	178
三 中央审查机关的行为逻辑·····	183
四 地方审查机关的先行变革·····	190
第十一章 公益法实践的阶段性总结·····	196
一 多样化的公益诉讼类型·····	197
二 作为权利运动的公益法实践·····	213
三 公益法实践的多重效果·····	219
四 公益法实践的策略与方法·····	224
参考文献·····	231
致 谢·····	241

第一章

公益法研究的现状

【提要】我国公益法研究发展至今已有十余年历史，大体可分为译介、公益诉讼研究和多元化公益法策略研究三个方面。通过对我国公益法研究焦点论题的梳理总结，可以归纳出某些基本的共识与特色，这为公益法研究与深入探讨奠定了良好的基础。尽管如此，我国公益法研究远未受到与其应有地位相称的学术关注，这项研究还存在着若干需克服的缺陷，比如对某些基本概念和理论的理解分歧；论题、研究角度与方法的单调等。因此，要探究一种适合中国现实行之有效的公益法模式，尚需要付出更多的努力。

十多年前，公益法这个名词对国人来说还相当陌生。近些年来，伴随着一些先行者的积极实践和媒体的广泛报道，公益法律活动已日渐为法律界及普通公众所熟知。纵观国内公益法研究文献，不难发现学界对此的研究已渐丰富，其中不乏真知灼见之作。概因理论和实践起步未久，多数论者纠缠于对一些基本理论问题的争论，欠缺深度见解和共识，易于滑向自说自话和人云亦云两个极端。另一方面，经验性的研究相对贫乏，对我国特定背景下的复杂问题关注不够，妨碍了我们去探索一套结合特定语境的公益法理论。在此，我们首先需要通过回顾十多年来我国公益法律研究的发展动态，尽可能完整地把握我国公益法律研究的轨迹，以澄清一些似是而非的理论争议。