

公益法律研究

刘东华 杨晓雷 主编

第一卷
(2010年9月号)


法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北京大学
PEKING UNIVERSITY

公益法律研究

刘东华 杨晓雷 主编

第一卷

(2010年9月号)

*Public Interest
Law Journal*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公益法律研究. 第1卷 / 刘东华, 杨晓雷主编. —
北京: 法律出版社, 2010. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1213 - 1

I. ①公… II. ①刘…②杨… III. ①慈善事业—法律—研究—中国②法律援助—研究—中国 IV.
①D922. 182. 04②D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 194937 号

公益法律研究(第一卷)

刘东华 杨晓雷 主编

责任编辑 王旭坤
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 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 世纪千禧印刷(北京)有限公司印刷

印张 17 字数 236 千

印次 2010 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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 - 5118 - 1213 - 1

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

公益法律研究

第一卷

(2010年9月号)

编辑委员会

顾问委员会：（按姓氏笔划排序）

王灿发 古德丹 (Dan Guttman)

佟丽华 金锦萍

郑自文 陶传进

黄金荣 龚文东

主编：

刘东华 杨晓雷

编委：

龚文东 古德丹 (Dan Guttman)

叶明欣 路姜男

PUBLIC INTEREST LAW JOURNAL

Volume No.1

Chief Editor: Liu Donghua, Yang Xiaolei

Editorial Board Member: Gong Wendong, Dan Guttman

Ye Mingxin, Lu Jiangnan

Consultative Committee: (in Chinese stroke order)

Wang Canfa, Dan Guttman

Tong Lihua ,Jin Jingping

Zheng Ziwen, Tao Chuanjin

Huang Jinrong, Gong Wendong,

《公益法律研究》序

杨晓雷*

中国社会正处于深刻的转型阶段,经济、政治、法律等社会各领域正处于快速发展变化过程之中。人们可以从各种角度、通过各种手法来描述这些缤纷的变化,而如果从社会问题的法律视角观察并作出总结,这种变化则体现为新生的问题以及解决问题的方法和手段不断地出现。

首先是自中国开始实施改革开放政策并发展商品——市场经济开始,近三十年来,中国社会较为显著地出现了诸如行业垄断、社会歧视、公共危害、环境污染、贫富差距、农民工的利益保护等系列问题。当然,与此共生的是,这些问题的解决除了依靠惯常的国家和政府的权力职能手段外,同时也出现了一些新的解决问题的方法和方式,即随着经济发展模式的改变、公民社会的形成、法律解决社会问题作用的发挥以及法律职业的形成,为解决以上的社会问题,公益诉讼、法律援助、公益上书等公益法律社会行为和现象开始出现并开始在中国承担重要的解决问题和社会治理功能。

作为一种社会行为和现象,公益法律在美国社会较为常见并具有重要的社会意义。也可以说,美

* 杨晓雷,法学博士,北京大学诊所法律实验教学中心执行副主任。

国的公益法律行为无论是在制度上还是在文化观念上,已经深深地融入这个社会。而在一个有着国家和政府承担公共治理功能的传统中国社会中,现今的公益法律作为一种已经存在的事实和社会力量,应该获得怎样的看待和评价呢?中国要不要公益法律?中国能不能发展公益法律?如何发展公益法律?这样的行为应该如何发展才能实现其社会价值?对于这样的问题,当前除了在经验层面上实践者用行动来表达、解释、证明并给予社会和人人们的意识以冲击并不断地拓展这样的行为以外,在理论上,虽然已经有学人开始了国外的公益法律经验、知识和理论的介绍以及关于中国公益法律行为和现象的研究和探讨,但是,这样的行动无论是在广度上还是在深度上,在当前则都显得有些不够广泛和不够深入,这表现其一为当前的理论研究较少、不深,其二是,鲜有的思考在理论界和实务界又是莫衷一是。这样的关于公益法律研究的状态直接导致或者体现了一方面,当前中国公益法律的研究没有发挥出重要的研究领域所应发挥的职能和价值;另一方面,中国公益法律行为和现象的社会价值和功能仍然没有充分获得社会认同并发挥更重要的社会意义。

从一定程度上来说,一方面,当前中国公益法律研究的这种状态也是一种事物发展的常态表现,毕竟中国公益法律行为才刚刚起步,作为一种社会现象也是崭新的;但是,另一方面,我们也必须看到,一些现实的因素也的确是开展中国公益法律研究条件上的障碍或者使这种研究显得条件缺乏。比如说,从研究主题的范围划分上,当前的法学研究主要是以传统的部门法律标准划分的,因此公益法律不独属于任何一个领域,它也使更多的当前的主流法学期刊在所谓的主题或者栏目归类上不知如何放置公益法律的研究文章,因此,当前的公益法律研究缺乏有效的载体和空间;另外,从学术政治、学术行政的角度而言,公益法律研究的文章也很难进入当前的学术体制之内,很大程度上不能作为研究者职称评定的研究成果依据,也未匹配一定公益法律研究的部门、学术团队、管理体制以及资源配置。

但是,不可否认的事实是——在中国社会中,公益法律行为已经存在并开始发挥社会影响,从价值中立的角度来说,无论是好的东西还是坏的东西,只有经过全面、深入和细致的思考和研究才能下定结论,否

则开口就说它是坏的或者好的,要么显得草率,要么就会造成发展后劲不足,不利于合理、科学发展。因此,当前加强对于公益法律的研究显得尤为必要。回答并对待这样的问题具有重要的理论紧迫性和实践价值。

由此,北京大学法律诊所式(北京大学诊所式法律实验教学中心)和耶鲁大学中国法律中心开始合作,尝试为解决以上问题贡献一份力量。北京大学法律诊所是北京大学法学院以法律援助、公益诉讼等活动为素材的实践教学科研组织,耶鲁大学中国法律中心是耶鲁大学关于推动中国法律研究和发展的研究机构。双方合作的主题主要是推动公益法律的教学和研究工作的发展,主要形式是在原有的北京大学法律诊所的公益法律项目基础上由北京大学法律诊所开设公益法律课程、编写公益法律作品、举办公益法律论坛等。公益法律研究活动是这个整体合作的重要内容之一。为此,该项目广泛征集、整理当前关于公益法律的各种思考和研究,编写《公益法律研究》丛书。

《公益法律研究》将介绍、研究和阐述公益法律领域中的现象和问题,尤其是新生的中国公益法律领域中的现象和问题。本丛书的主要目的在于加强中国公益法律领域的问题研究,探索中国公益法律的发展理论和实践基础,从而合理、有效地促进公益法律行为的社会功效的良性发挥。丛书的内容将包括公益法律的理论和知识介绍,新近发生的公益法律行为与事件的观察、介绍与评价,公益法律名人访谈,公益法律论坛综述,公益法律比较研究等,从而期望丛书能够实现如下的效果:其一,在中国学术研究活动中为公益法律的研究开辟一个学术空间,能够为这种现象思考提供一个思考与反思的空间,由此对这样现象的“长短”有所全面深入思考;其二,能够在法律理论研究和实践的空间维度上搭建一个法律职业界关于公益法律的交流对话的平台,因此能够促使这样的交流对话行为处于良性的、正效应的社会发展循环之中;其三,期望由此提醒法律界的注意,即:法治没有统一的理念模式,只有经验的创造;对于正在发展的中国法治事业,不要忽略和忽视作为一种日益兴隆的社会公益法律现象,要将其作为一种法律事业的新生现象加以认真对待,积淀成果,更好地促进中国公益法律以及整个法律事业的发展进步。

最后,感谢耶鲁大学中国法律中心所给予的鼓励和资源支持,感谢法律出版社的出版支持,感谢社会各界朋友对本书的关注和关心,也恳请大家对于本书的编写工作提出批评指正。

卷首语

《公益法律研究》(PUBLIC INTEREST LAW JOURNAL)是由北京大学诊所式法律实验教学中心创办的公益法学研究丛书。

作为公益法研究的专业学术出版物,《公益法律研究》致力于公益法研究的各个领域,主要刊登公益法研究的基本理论与实践研究成果,体现公益法发展的最新动态,探讨公益诉讼中的重大疑难问题。我们以探索公益法学前沿问题为宗旨,立足公益法理论研究,紧密关注公益法实践,以及公益法与公共治理、社会政策、社会保障等多学科的融合,注重理论性、前沿性、交叉性和国际性。公益法律研究与实践是一个开创性的领域。我们所做的一切都是为这一新生事物铺石垫路、添砖加瓦。每一本书,每一篇文章,都是这条路上的一块石子,一颗珍珠。作为编者,我们希望收录出版的每篇文章对公益法律研究与实践都具有坚实而具体的意义。

第一本书总是最难、也是最凝聚心血的,我们希望它是奠基性的。它应起到引领整套丛书的作用:一方面要奠定未来丛书关注的基础,即要凝聚精华,总结以往;另一方面要奠定丛书的风格,即以稳步推进法律与制度的公益革新为出发点,尊重现实,把握潮流,瞻前顾后,兼顾宏观与微观,注重国内经验的总结与提升,引入介绍国际前端潮流。

为此,编委会在广泛征稿的基础上,特别留意

从各类与公益法律有关的会议、研究报告及博士与硕士毕业论文中选取较为成熟的研究成果,并针对特别论题向该领域的专业权威人士特约稿件。在本文稿中,绝大多数论文均来自学者与专家应编委会约请而专门创作的。全部论文分中国与国际两大板块,包括四大部分,即中国公益法律宏观研究(“中国综述”栏目)、中国公益法律特别领域聚焦(“中国发展”栏目)、国际公益法律前沿(“国际前沿”栏目)和国际公益法律研究成果精介(“国际研究成果”栏目)。

因论文风格各异,为方便读者阅读,编委会在此为每篇文章撰写了简短的介绍。除说明了编委会收录论文的出发点外,还对文章的难点、重点作了摘要,希望对读者有所帮助。但我们也有所顾虑,就是不要因我们的浅陋,使“介绍”造成了“误导”,而遮蔽了原文的光彩,阻挡了读者独立思考的智慧。这样看来,这里的“介绍”也可以作为编者的读后感,以抛砖引玉,作为引子,引发读者的积极评论与参与。

【中国综述】

从宏观的角度透视中国公益法律研究与实务的经验。本卷本栏共包括五篇文章,涉及中国公益法律研究十年述评、法律援助与公益诉讼、公益诉讼的战略、公益上书及公益法律实践的主体即公益法律组织的建设五大部分。

现代公益法律研究作为一项新兴的研究专题是公益法律实践的产物。其研究自身也构成了公益法律实践的一部分。大凡公益法律研究者也多是公益法律的实践者。对于一个研究专题的成长,十年已经初具雏形。无论是公益法研究译介,还是对公益诉讼、公益上书等公益法律行动理论与策略的研讨,中国都迅速地在全球化背景下开辟着自己的公益法律研究道路。但这还只是起步,最多也只是走出了几步。中华女子学院教师朱晓飞博士的“回顾与展望:中国公益法律研究十年发展动态述评”从学者的视角审视和评价了中国公益法律研究十年的进程,并提出了尚存的思维框架、理论模型、研究主题与研究方法等诸多基础性与深入化的问题。

司法部法律援助中心处长郑自文博士的“公益诉讼与我国法律援助制度的改革和完善”,通过对中国法律援助立法与制度建设的介绍,分析了公益诉讼与法律援助的异同,并重点针对我国现有法律援助制

度框架下如何认识与创建机构机制、援助标准、监督管理、财政运行、办案质量等问题进行了阐述,同时也向读者传达了中国法律援助制度的发展进程与方向。

北京大学法学院诊所法律教育指导教师、北京市致诚律师事务所刘东华律师的“中国公益诉讼实务战略性研究”在通过检视中国公益诉讼实务中的败诉现象,提出了中国应注重战略化的公益诉讼实务策略。文章还以“烟草对未成年人影响案”为例,从微观的视角分析了此案诉讼策略选择与具体操作的根源、效果、经验、不足及其影响。

身兼中国社会科学院法学研究所副研究员、北京市东方公益法律援助律师事务所律师黄金荣博士作为中国公益上书的行动者和研究者对公益上书有着深刻的体验与深入的思索。他的“‘公益上书’的行动逻辑”从整理我国公益上书的法律依据和实践入手,分析了上书参与者和上书受理机构在工作策略和方式方法上存在的利弊。从中,我们可以看到法律作为社会政治的一部分在当今中国的运行状态的一角;我们也看到,地方规范审查制度的创新主动地为中国政治和法制改革提供了先行的经验;我们更深切地看到了作者对社会公众从事公益上书行动的关切与成效的期待。

北京青少年法律援助与研究中心、北京市农民工法律援助工作站主任佟丽华与副主任张文娟共同撰写的“中国民间组织:公平发展的新兴力量——来自法律类民间组织的经验和思考”是“公平发展 公共治理”项目(GED)成果六份专题报告之一。该项目是由欧盟与联合国开发计划署联合资助,由全国人大法律工作委员会、最高人民法院、民政部和社会组织共同合作完成的,旨在加强全国人大、司法系统和公民社会的职能完善,特别是关注城乡平衡、性别问题和弱势群体来支持更透明和负责任的政府管理。就中国法律类民间组织的发展状况与经验,本文作者以北京青少年法律援助与研究中心和北京市农民工法律援助工作站为例,在总结两个机构如何选择和运作自身定位和发展策略模式的基础上,用大量的实例、素材与数据生动而真挚地展示了两个机构成功发展的经验。总结出界定准确的服务受众、依法创造性的操作程式、注重公益法律实践与本国政治制度和社会舆论的融合与接轨、建设专职队伍、发动志愿服务等经验和探索,都闪动着中国非政府组织

自我开创与自我拓展的智慧。

【中国发展】

这一部分关注公益法不同领域的研究成果。本卷本栏包括儿童权利和环境保护两个微观层面的具体论题。

无论在国际法还是国内法上,儿童都是得到普遍关注并应予特殊保护的群体。但在具体落实方面,国际上有一系列的措施标准。对比中国,却能发现在高标准倡导儿童权益的同时,存在大量的立法空白、法律规定之中的悖论和执行的低效益。民政部管理干部学院张雅桦博士的“中国儿童保护制度中责任主体现状分析——基于五则儿童虐待及儿童忽视案例的思考”选取以责任主体为切入点,在比较分析中外和国际有关儿童权利保护标准的基础上,用5个孩子被虐待或被忽视的真实经历,呈现出我国表面热烈的多元儿童保护机构模式运行中存在的苍白与失灵。文章指出,现阶段,我国既没有一个完善的儿童保护制度,也没有一个保护儿童的强有力的综合权利机构,执法主体不明确,没有突出政府的作用,也缺失专门的政府授权为儿童代言的非政府组织。

环境诉讼一向是公认的公益诉讼。针对环境保护非政府组织(环保NGO)在环境公益诉讼案件中的资格与地位的讨论,一直是诉讼法学界重要的论题。中国政法大学曹明德教授和西南政法大学环境资源法博士研究生王凤远共同撰写的“环保NGO环境公益诉讼的理论依据——兼论中国环保NGO环境公益诉讼的必要性及主要困境”一文,从辨析环境公益诉讼概念入手,引用公共信托理论、环境权作为新的人权理念、私人检察总长理论、正当程序理论和司法能动主义理论等,认为基于环境公益诉讼具有预防性、高成本和高技术性的特点,环保NGO作为环境公益诉讼主体是必要与可行的。同时,文章以案件为例,指出了中国环保NGO参与中国环保公益诉讼面临着缺乏明确的法律地位依据、缺乏特别的诉讼行为管理规范、环保NGO社会普遍接受度偏低、对行政机关依赖性强的困境。最后,文章认为,中国环保NGO公益诉讼工作重点应放在促使政府完善或执行环境法规上,政府的环境影响评价行为应是中国环保NGO环境公益诉讼的重要对象。

【国际前沿】

介绍公益法在其他国家与地区的发展动态。本卷本栏包括“美国公益法：职业、工具与策略”和“美国的药品调控：影响的集合”两篇文章。

由美国约翰·霍普金斯大学法学院学者、北京大学法学院法律诊所访问教授、美国律师古德丹(Dan Guttman)撰写、由北京大学法学院学生翻译了《美国公益法：职业、工具与策略》。这是北京大学法学院开设的美国公益法课程的教学纲要。该课程设在每年秋季，为期一学期，并与春季学期的“公益法诊所”相呼应。古德丹教授的课在北京大学开设了四年，已经有几百名学生选修了他的课(其中，2009年度就有92个学生选修)，我们亲昵地称呼他“丹”。课堂上，作为拥有丰富公益法律实务经验的美国律师和法学教授，丹的课贯彻着美国教学法的精神，以问题为导向，穿插电影、资料、论辩多种方式，调动课堂气氛，深入浅出地展现美国公益法发展的脉络。通过这门课，丹极力地传达出公益法在美国产生的根基：因为对自由与公平存在着意识与现实的巨大差异，在尊重的前提下，为平衡与解决这些差异与矛盾，公民、律师、国会、法院与政府均选择了运用法律这一和平手段——于20世纪早期在美国兴起了现代公益法。公益法实践的性质因时因地而异，美国的公益律师的经验和成就值得欣赏与借鉴：美国公益律师创造了许多新的职业模式(这些模式主要是关于如何在维持生存的基础上参与公益法，如原告律师模式)，也建立并验证了该领域内许多新的工具与策略。例如，他们运用普通法的相关概念提起诉讼，自下而上地推动立法过程。在本文中，作者以点睛之笔陈列了美国公益法实践的领军人物与机构，以及历史中的重大事件。文中除了分享路易斯·布兰代斯(Louis Brandeis)、美国公民自由联盟和克莱伦斯·丹诺(Clarence Darrow)、罗杰·纳什·鲍德温(Roger Nash Baldwin)、拉尔夫·纳德(Ralph Nader)等著名公益律师的光辉外，更有沃伦法官对重大案件的裁判、NGO组织从事的重大案件，如全国有色人种协进会(NAACP)与布朗诉教育局、塞拉俱乐部诉莫顿案(Sierra Club v. Morton)等著名案例与事件，便于加深中国读者对促成美国公益法的因素的认识和理解。

鲁宾·A. 格特曼(Reuben A. Guttman)律师是美国 Grant &

Eisenhofer 律师事务所的合伙人,埃默里法学院高级学者,他应编者的邀请特别为中国读者撰写了《美国的药品调控:影响的集合》。文章充分展现了英美式演绎论说的特点,乍看细碎,耐心读完全文,则有豁然开朗之感。鲁宾以点睛之笔从介绍美国药品调控法律、经济与社会保障的基本规程和运行模式入手,流畅地插入了涉及辉瑞、惠氏等知名公司和药品的安全与信息披露案,向读者展示了美国立法、司法、行政和社会公众参与药品监察的制度运行模式。文章精练地揭示了药品公司为了营利是如何利用和钻营立法与执法的空子,通过滥用品审批权、利用专家学者从事药品科研腐败、利用广告不当诱导药品推销和药品滥用、从事不正当竞争等手段,有意制造陷阱、隐瞒药品的危险性,极力扩大某种药品在处方药和非处方药的使用量和幅度,以达到通过医疗保障、特别是政府的第三方医疗保险支付渠道而获利的目的。在目前,美国可以通过立法督察、行政监察、个人提起侵权诉讼等形式对药品公司的违法与不当行为进行追查和处罚。即使药品公司的股东提起的证券诉讼案没有得到法院实体性的支持,但也起到了信息开示的效果。本文对中国正在进行的医药改革、政府通过第三方递送模式的创设与运行、以及公民和公益律师参与医疗保障监管制度的设立都有现实的借鉴意义。此外,文中大量的案件原始资料,也为中国读者真切认知相关事件提供了鲜活和有说服力的证据。

【国际研究成果】

介绍国际有关公益法领域的重要著作与论文。本卷本栏包括两部作品。一部是《法律的贵族(节选)》,另一部是《〈公益倡导:诊所教育材料〉:对作者迈克尔·梅尔茨那(Michael Meltsner)的采访》。

“法律的贵族(节选)”一文是乔治城大学法律中心罗宾·韦斯特(Robin L. West)教授对凯瑟琳·麦金农建立的修正女权主义理论的评论。凯瑟琳·麦金农是一位杰出的女权主义者、学者、教授、律师和活动家。她从耶鲁大学获得 J. D. 学位和博士学位,任职于密歇根大学法学院,致力于宪法和国际法下的性别平等研究,是目前英语世界法律学术作品引用率最高的学者之一。凯瑟琳·麦金农在反性骚扰法及其他等多个领域均作出了巨大的贡献。她最早提出“性骚扰”这一概念,指出性骚扰是性别歧视的一种,违反了美国 1964《民权法案》第七编关于

反性别歧视的规定。她将性骚扰分为交换型(不得不从事违心的性活动,否则将影响其工作)和敌意工作环境型(骚扰言辞或行为造成了难以忍受的敌意工作环境)。这些主张均为美国立法和司法实践所采纳。此外,她积极推动反色情作品立法和运动,认为色情作品也构成性别歧视和民权法的违反;其主张为加拿大最高法院所采纳。她还多次代理公益诉讼,其中 Kadic 诉 Karadzic 一案首次确立了强奸在一定条件下可构成种族灭绝。她还积极参与非政府组织的活动,在国际层面推动性别平等。“法律的贵族(节选)”一文共分五大部分:前言、修正女权主义、修正女权主义及其批判、同性恋理论和对欲望的批判以及女权主义的再修正、结论。罗宾·韦斯特教授首先在前言和第一部分重述了修正女权主义理论,指出:该理论汲取了马克思主义、自由主义、经典女权主义和法律主义的元素,强调对女性欲望的批判——父权政治和女性的附属地位已如此彻底地渗入了女性的主观思想,以至于女性的欲望,特别是女性的性欲,并不是女性自身利益、真实的愉悦或其内在价值的可靠表达。在第二部分,作者介绍了后现代评论家对修正女权主义的批评:修正女权主义和性骚扰法过于认真地对待女性对性骚扰和性暴力的抱怨,而实际上这些抱怨只不过是女性对性表白和性游戏的过度恐慌反应;修正女权主义还过度地批判了等级制度下的性活动,但女性不应怀疑,而是应拥抱性快感和性欲。在第三部分和最后,作者通过对后现代主义评论的分析,指出应当保留修正女权主义的经典女权主义元素,即对不希望得到的、不受欢迎的和违背意愿的性行为保持批判,而丢弃对欲望的过于全面的批判,后现代评论家们则应放弃批判女性对暴力的控诉,放弃批判女性“缺乏欲望”。本文最初发表于 2005 年《耶鲁法律与女权主义期刊》第二期(总第 17 期)第 385 页至 458 页。由于本书篇幅限制,编者对原文进行了节选,仅包括前言、第三部分与结论。感兴趣的读者可以关注与查阅相关内容。

《公益倡导:诊所教育材料》一书出版于 1974 年,是美国较早出版的一本诊所法律教育参考书。它的两位作者迈克尔·梅尔茨那教授(Michael Meltsner,美国东北大学法学院教授)和菲利普·施拉格教授(Philip Schrag,美国乔治城法律中心教授)均为美国诊所法律教育的创始人与开拓者。该书以公益与法律援助的视角为切入点,运用大量的

实例,针对法律实务新人的特点作出有针对性的讲解和训练,对美国诊所法律教育与公益法律实务人才的培养具有重要意义。《公益倡导:诊所教育材料——对作者迈克尔·梅尔茨那(Michael Meltsner)的采访》是美国东北大学法学院吴绮剑(Margaret Woo)教授应邀所作。它概要地介绍了诊所法律教育在美国产生和发展的历史,以及此书产生的时代背景和意义。特将此书介绍给中国读者,希望对中国公益法律实务培训有所裨益。

编委会

2010年8月