

Why Suit for Public Interest?

Market Society,
Distribution Justice and
Public Interest Litigation

为什么公益诉讼?

——市场社会、分配正义与公益诉讼

文/徐卉

公益诉讼是时下中国法学理论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，而且也不断有人大代表、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。但是在此，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，不禁令我想起两年前，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，一个非盈利的律师事务所。

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做好人好事。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里，却不断需要解释和证明。这就好比，如果你有三个孩子，你带他们出去一起看电影，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，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

* 徐卉，中国社会科学院法学研究所研究员，教授，法学博士，中国社会科学院法学研究所法律咨询与援助中心执行主任，东方公益法律援助律师事务所执行主任，美国哥伦比亚大学法学院公益法中心研究员。



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，人们先期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，导致当前中国的腐败、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，最终，“看不见的手”将有效地铲平水准偏差，使个人利益和社会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由此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 and 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，其后的每次财产增殖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、奴役别人得到的获取，那么这后面的所有环节就不能说是正义的，即使后面的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是正当的，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,却是足可怀疑的。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,另一方面,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,那么必然也对其终点存有异议。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,而一部分人却在生活的最底层挣扎;一部分人基本的生存需要都无法获得保障,而一些人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,我们又当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,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。通过由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,因此,无论是在美国还是欧洲,公益诉讼都是伴随着公益律师、公益法团体而产生的,从最起初至今,公益诉讼的主体都是定位于公益律师和公益法团体。在这里,公益诉讼与检察官作为政府律师,出于政府履行其保护公共利益的目的而提起或参加民事诉讼,自始便是两个问题。

一国法律职业的性质及其传统影响着该国的公益诉讼事业,公益诉讼的终极目标旨在实现在公共利益方面的社会与法律改革,成功的诉讼将导致现行法律的执行或者政府履行其责任;成功的诉讼也会导致在司法实践中以及对特定法律的解释方面发生变化;成功的诉讼会带来诸如医院、学校等提供公共服务的机构的改进和重组;成功的诉讼对于立法程序或者公众意见产生影响,而这些都相当大地影响到法律和社会的改革。

用新的诉讼方式来满足新的社会要求,现在,这已经成为一种广泛的全球性现象,这不仅体现在公益诉讼在欧美等国的发展路径中,而且也为中国目前的社会现实所印证。在现代国家的发展过程中,公民社会起着非常重要的作用,它实现了以经济自由化为依托的社会自主化的进程,但长久以来,公民的作用在司法中并未得到重视,不过如今,伴随着公益诉讼在世界各地的蓬勃发展,这一现象已经发生了根本的转变。为实现公共利益可做的努力可以很多,但是,诉讼,仍然是使社会获得系统化变革的最强有力的工具。通过引入司法治理的方式推动公共利益的实现,以法治的方式推进法治,倡导并实现司法能动主义是公益诉讼的信条。公益诉讼不是在于实现国家干预,而是在于实现积极的公民主义,在于使司法获得变革社会的力量,在于通过司法实现立法活动所不能达到的社会性变革,从而帮助弱势群体分享社会转型的成果,实现正义天平的平衡,以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。⑬