

论公共利益的行政保护

——法律原理与法律方法

余少祥

内容提要:公共利益的行政保护具有深刻的道德、理性和价值基础,是普遍权利的逻辑结果和必然产物,它是由政府的性质、目的和治理目标决定的,它遵循的两个基本原则是:公共利益优先原则和利益平衡原则。但公共利益对个人权利的限制是有条件的,也是有限度的。

关键词:公共利益 公共行政 基本原则 个人权利

余少祥,中国社会科学院法学研究所副教授。

大约17世纪始,公共利益即取代“共同善”成为法律和政治共同体讨论中的关键词,其主要含义:一是将它作为平衡多方利益关系、实现和平公共秩序的一种诉求;二是对个体私人利益的促进和保护,即主观为己,客观利公。^[1]英国社会学家麦基弗在《社群:一种社会学的研究》中认为,公共利益保护是人类生活之所以必要和可能的前提,是现代政治生活的基石,社群的主要特征就是公共善或公共利益,作为最复杂的社群,社会的主要特征是社会公共利益。目前,公共利益保护已广泛体现在各国法律和公共政策之中,而且正成为越来越重要的内容。在实践中,公共利益也是公共机构行使职权、司法机关作出判决的重要依据和理由。鉴于公共利益的行政保护在我国常常被滥用,本文拟对公共利益行政保护的法理、制度机理和基本原则等作一些理论上的探讨。

一 公共利益保护的法理分析

(一) 公共利益保护的道德基础

公共利益作为行政法律制度的基本原则,具有深厚的道德基础。早期功利主义者葛德文认为,道德是考虑到最大限度的普遍福利而确立的行为准则,因此,任何行政当局可以推行的唯一公正的法令必须是最符合公共利益的。^[2]杰弗逊将人的社会本性归因于一种与生俱来的道德意识,认为个人的道德意识使社会成为他的自然归宿。他说,在道德意识中,有一种由道德选择能力和对他人幸福与生俱来的同情心构成的天生的正义感,使得社会生活“既可能又有益”,因为“这种对正义的意识使得个人对他人的幸福以及他作为其中一部分的整个社会共同体感到关切”,这种固有的正义感即一个井然有序的社会的第一要素,也是个人幸福的必要成分。^[3]杰弗逊的道德意识的核心思想是知道善并选择善,同情他

[1] 郑传东:“现代行政伦理视角下的公共利益探析”,《前沿》2005年第5期。

[2] [英]葛德文:《政治正义论》第1卷,何慕李译,商务印书馆1980年版,第81页。

[3] [美]汤普森:《宪法的政治理论》,张志铭译,三联书店1997年版,第122页。

人遭受的苦难,关心整个社会的幸福,认为道德意识为人类社会提供了基础,并构成了一种公众的美德意识。但杰弗逊的公共利益概念不像多元论者所假想的那样,可以归结为所有私人利益的总和,他相信,没有一个培养人的道德能力的能动的公共领域,就不能走向自由和幸福;脱离有意义的公共生活,个人就会变成缺乏真实而理智的选择的可悲的机械物。由此,杰弗逊提出一个相对经济平等原则——即普遍给予生存资料私人所有权,认为这样可以使人们为了公共利益自由地参与公共生活,而不至于被迫一心想着个人的经济问题,从而使政治生活成为私人利益的角逐。在公共道德与人类生活问题上,米尔恩认为,满足时无不在无处不有的共同道德原则所提出的特定要求,是每一个人类成员的义务。莱兹说,不同的个人或群体处于同一社会关系和社会地位的情形下,由于客观的相互依赖关系,而有普遍的共同需求,这些共同需求便构成公共利益的基础;根据普遍道德,任何处在困境中的人都有权获得公共救助,任何可以提供帮助的人都负有这样去做的义务,普遍道德要求把诚实对待运用于全人类,包括一切陌生人和外国人,而不仅仅是邻居和国民伙伴。^[4]

(二) 公共利益保护的理性基础

从公共行政角度看,每一个社会都存在“为理性所一致同意”的行为准则,这些准则“为个人所接受并被视作不仅对于他自身,而且对于其他人都有约束力的”。^[5] 有学者提出,公共利益是“凝结着无数个自我的共同偏好的价值追求”,这种泛化的有他人的态度之所以能够形成,源于我们在社会中形成的理性,“这种社会化的理性,不仅使我们能够洞察到我们基于共同的社会背景和人类的类本质而共同珍视某些重要的价值,而且使我们明智地看到这些对于个人来说至关重要的价值目标单靠个人的努力是无法实现的”,此外,“理性的能力还赋予了我们在自身之外设计自己的能力,为了有效实现自己的要求、作出让步而适应他人的要求和社会的要求,正是这种妥协与互惠的能力使共同体的一致观点与态度能最终形成,使凝结这种一致性的社会公共利益的存在成为可能”,^[6] 这就是公共利益保护的理性基础。根据康德的观点,公共利益的理念离不开对人的价值、尊严、自由以及人们之间的平等的肯定和尊重,以人为目的,以每个有理性的公民为目的,是公共利益的价值所在。因此,作为社会生活原则,社会责任要求公权力在维持和推进共同体利益方面发挥作用。社会公共利益体现的是人类的共同价值和追求,它和人类大同理想一样,实质在于全人类的和谐,^[7] 因为自由不可能存在于那些没有稳定秩序的地方,在那里,自由有陷入混乱的危险,而秩序也不可能存在于那些没有自由的地方,在那里很容易导致残暴的强制。^[8] 正是在这个意义上,库珀说:尊重人类尊严的义务与不尊重人类尊严的可怕后果是分不开的。^[9]

(三) 公共利益保护的权利基础

在权利理论中,公共利益由普遍权利产生,或者说,公共利益保护是普遍权利的必然结果。要理解权利理论中公共利益的生成过程,需要解决相互关联的三个问题:第一,是否存在普遍权利?夏勇教授认为,罗马人在创造万民法的过程中,形成了比较成熟的人类共同权利概念,这种共同权利也就是普遍权利;英国学者米尔恩曾提出,从一种低限度道德推求普遍权利。所谓普遍权利,又称“自然权利”或“本性权利”,也就是人权,作为普遍权利,人权意味着所有的人类成员,不论在种族、阶级、信仰、肤色、财富、性别、国籍、智识、能力等方面有何差异,皆一律平等,拥有人之作为人的同等的尊严和价值。^[10] 因此,普遍权利不仅存在,而且具有一定的实体内容。第二,从普遍权利到普遍利益如何可能?根据夏勇教授的权利思想,在权利的构成里,利益是第一个要素,不论权利客体是什么,对权利人来说,它总是一

[4] 夏勇:《公法》第1卷,法律出版社1999年版,第262页。

[5] [英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞等译,三联书店1997年版,第233页。

[6] 丁延龄:“论社会公共利益概念的法律界定”,<http://www.cnki.net/index.htm>。

[7] 夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社2001年版,第180页。

[8] [德]艾哈德:《来自竞争的繁荣》,祝世康等译,商务印书馆1983年版,第215页。

[9] [美]库珀:《行政伦理学》,张秀琴译,中国人民大学出版社2002年版,第24页。

[10] 夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社2001年版,第180页。

种利益,离开利益,权利就空无所有。他认为,在资本主义商品经济里,形式上存在某种普遍利益,利益的共同性决定了利益要求或主张的某种共同性。由此,我们可以推定,权利是一种利益的反映,普遍权利就是普遍利益。第三,普遍利益如何成为公共利益?从内涵上看,普遍利益大于并覆盖公共利益,普遍利益在一定的条件下或一定空间范围内就是公共利益。比如保护人权是对普遍利益的保护,在一定程度上也是对公共利益的保护,因为人权在主张人类一律平等时,实际上已经为处理人类关系提供了一个共同的准则,而已经相互认同的人类不可能不按照某种共同的准则行事。故此,我国台湾学者陈新民说,对基本权利的保障,是国家公共利益所必需,保障人民基本权利皆可认为合乎公益之需求。^[11]总之,从普遍权利推求公共利益,不仅是可能的,而且是现实的,公共利益是普遍权利的逻辑结果和必然产物,这就是公共利益保护的权力基础。

(四) 公共利益保护的价值基础

如前所述,公共利益是表示某种“普遍利益”,即“确信有益于社会中每个人的某种价值观念”,^[12]如正义、正当等价值范畴一样,因此,调整各种利益,均衡各种需求,解决各种纠纷,创设各种机制,制定各种规范,都离不开公共利益的基本价值准则。作为一种价值标准,公共利益与人类行动尤其是公共行政的“目的合理性”和“价值合理性”密切相关。在哲学意义上,公共利益是事物和人的一种存在形态,对于社会治理体系而言,它本身就是实质。台湾学者陈新民认为,现代的民主理念,系以公益作为国家各种权力行为的合法性理由,“因此,公益是一种价值的概念,由人类纯粹喜、恶之取舍升华到为规范国家制度以及国家行为之目的所在”。^[13]不仅如此,公共利益还是一个与正义观念紧密相连的概念,正如斯蒂芬·埃尔金所说,由于对正义的关注产生了某些激情,这种激情有时使人们很难有意地计较他们自身的利益,无论这种利益可能是什么;同时,它也产生了一些热心公益的事例,因为对正义的关注也是对一般的美好事物的关注。^[14]夏勇教授认为,宪法和人权之所以能够并行相济,促进人类的进步,是因为它们蕴含着人类社会的一些基本价值,如公正、平等、自由、秩序、安全等,并因此得以增进人类正义。^[15]同理,公共利益之所以成为公共行政的基本价值准则,因为它本身就是正义。

二 公共利益保护的制度机理

(一) 政府的目的与公共利益

在英美法系中,公共利益是公共政策制定的核心内容,它是指“被立法机关和法院视为与整个国家和社会根本有关的原则和标准,该原则要求将一般公共利益与社会福祉纳入考虑的范围,从而可以使法院有理由拒绝承认当事人某些交易或其他行为的法律效力”。在大陆法系国家,与“公共政策”相关联的概念是公共秩序,也称“公序良俗”,但对于公共政策与公共利益是否为相同概念,学者观点各异。^[16]根据美国学者路易斯·亨金的表述,“共和”的古义基本相当于“公共财富”或“公共利益”,但本身并不含有政治权力之渊源或政府特征的意义。^[17]共和主义认为,政治秩序不同于市场秩序,政府健全的先决条件是“公民们愿意把他们的私利服从于公益”,其人性论基础是:人民通过讨论能够以他们作为公民的身份避开私利并从事于谋求公益。^[18]由此,休谟提出,自由政府的目的就是为公众谋利益,即政府

[11] 陈新民:《宪法基本权利之理论基础》,元照出版公司 1999 年版,第 155 页。

[12] [美]林布隆:《政策制定过程》,朱国斌译,华夏出版社 1988 年版,第 29 页。

[13] 陈新民:《德国公法学基础理论》(上),山东人民出版社 2001 年版,第 205 页。

[14] [美]斯蒂芬·埃尔金等:《宪政新论》,周叶谦译,三联书店 1997 年版,第 65 页。

[15] 夏勇:《朝夕问道——政治法律学札》,三联书店 2004 年版,第 141 页。

[16] 韩大元:“宪法文本中‘公共利益’的规范分析”,《法学论坛》2005 年第 1 期。

[17] [美]路易斯·亨金:《宪政·民主·对外事务》,邓正来译,三联书店 1996 年版,第 12 页。

[18] [美]斯蒂芬·埃尔金等:《宪政新论》,周叶谦译,三联书店 1997 年版,第 214 页。

作为公共利益的代表者,其任务是“服务和促进公共利益”。^[19] 英国学者韦德说,政府本身不是目的而是手段,政府除了人民的利益以外没有自己的利益,因此,公共行政人员必须坚持道德化价值取向,以维护公共利益而不是维护自身团体利益为己任。^[20] 从实践过程看,公共利益对一个共同体的维持具有十分重要的意义,它是一个共同体存在的基础。任何一个社会,如果没有利益的内在一致性,就失去了其存在的基本条件,无论是国家内部还是个人之间,利益的一致才是最可靠的纽带。

(二) 政府的性质与公共利益

亚里士多德说:“依绝对公正的原则来判断,凡是照顾到公共利益的各种政体就都是正当或正宗的政体,而那些只照顾统治者们的利益的政体就都是错误的政体或正宗政体的变态(偏离)。”^[21] 卢梭认为,建立于社会契约之上的国家和政府乃是一种公共人格,其活动的意志是一种“公意”,这种公意反映了全体人民的共同利益;政府应该为实现公共利益而存在,公共政策必须服务和增进公共利益,这是对政府行为最基本的约束性义务和责任。^[22] 从历史上看,公共组织及与之相联系的行政权力和行政实践都不是凭空产生的,它是由公共需要和公共利益决定的,只有依赖公共组织运用公共权力、进行公共行政实践,才能满足这种需要和利益。现代公共行政理论强调政府管理的公共性质,认为政府是公共利益的代表,政府行为的价值取向正是社会公共利益。美国学者赫林认为,公共利益是指导行政管理者执行法律时的标准,我们必须把联邦行政机构看成是一个整体,它必须发展成为执行公共利益政策和促进总的社会福利事业的机构。但公共利益不能简单归结为政府利益或国家利益,它在本质上是非人格化的利益,是不特定多数人的利益。过去,我们常常借公共利益之名追求政府利益或集团利益,甚至牺牲真正的公共利益,是十分错误的。台湾学者萧武桐说,公共行政既然多了“公共”二字,就必然涉及公共利益、平等、自由等抽象概念。他将公共行政的“公共哲学”概括为三层含义:一是在民主制下为公共利益服务,以公共意志与公共价值为行政决定的论证;二是行政裁量权的公众取向;三是为提倡公平观念的公共行政理论。^[23] 因此,从性质上分析,政府的目标只能是公共利益。

(三) 政府治理与公共利益

1. 传统治理理论中的公共利益。从洛克的《政府论》开始,到18世纪中后期,以美国联邦宪法诞生为标志,传统治理理论日渐成熟。从《联邦党人文集》可以看出,联邦党人与反联邦党人之间的分歧主要集中在公民美德、利益集团和政治压力在治理过程中所起的不同作用上。而在公共利益保护上,二者表现出明显的一致。与汉密尔顿的性恶论相对,反联邦党人有一个著名的富有生气的原则是“公民美德”或“公共幸福”,他们认为,政府的成绩要由致力于公益而不是角逐私利的公民们来决定,政府的首要任务是保证发扬必要的公益精神。他们提出,参加政府是一项积极的公益,它提供一种在其他地方找不到的幸福,因此,人们从道德上应该相信那些与人民接近的、当地选出来的代表不会违背人民的利益。麦迪逊说,健全的治理不能依赖传统的公民美德和公共利益的概念来防止党派专政,应采取最有效的措施使这些人保持其美德并继续享有公众的信任,这就是所谓“正当程序”。麦迪逊相信,如代议制等将保证“人民的代表可以自由地参加讨论和辩论的程序,公共利益将从这种程序中出现”,“一个积极的、决策型的政府如果是为公共利益服务的,它就不会是专制的”。^[24] 耶特肯定代议制在维护公共利益中的重要作用,他说,要想“有财产的人们得到自由和幸福”,只需要“人民有足够的代表”,他们“不受任何东西的制约和影响,而只受共同利益的影响”;如果组成合理的国会每年开会,就可能建立某种永久的执行机构,“因为这样的执行机构就有责任按照正义和公共利益行事”。^[25] 联邦党人和反联邦党人都

[19] [美]安德森:《公共决策》,唐亮译,华夏出版社1990年版,第222页。

[20] [英]韦德:《行政法》,楚建译,中国大百科全书出版社1997年版,第27页。

[21] [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第132页。

[22] [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1996年版,第135页。

[23] 萧武桐:《公务伦理》,智胜文化事业公司2002年版,第46页。

[24] [美]斯蒂芬·埃尔金等:《宪政新论》,周叶谦译,三联书店1997年版,第38页。

[25] [英]维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第103页。

承认,立法者的任务不是对私人压力作出反应,而是要审议和选择价值观念。正如卡斯·森斯坦所说,由于存在“决定完全根据私人压力作出”的危险,使得联邦党人和反联邦党人又不能不团结起来,因为,“在宪法理论中,政府同样必须表明,它的决定不是由于私人的压力而是由于别的什么东西作出的”。^[26]可见,在传统理论中,公共利益居于公共行政的核心地位。

2. 现代治理理论中的公共利益。在现代国家,公共利益仍是政府政策的核心。20世纪90年代以来,西方国家重新探索国家和公共事务的管理模式,打出“良好治理”的旗号,使治理理论成为目前学术界最流行的理论之一。根据现代治理理念,政府与其他组织的运行逻辑是“以谈判为基础,强调行为者之间的对话和协作以便更好地提供公共物品和服务来促进公共利益更好地实现”。^[27]因在实现公共利益方面,不仅市场会失灵,政府同样会失灵,多元化的网络管理体系会促进公共物品和服务的优质供给与公共利益的更好实现。休斯特将公民与政府的关系看成一种“委托—代理”关系,他说,公民同意推举某人以其名义进行治理,但必须满足公民的利益,因此,公民与政府形成了责任机制。按照休斯特的理论,政府必须对公民的需求作出积极的反应,并采取积极、有效、公平的措施满足公民的需求和利益,回应性越大,则善治的程度越高,公共利益得到保障的程度也越高。美国学者丹哈特提出,公共行政人员必须建立一种集体的、共同的公共利益观念,并试图将重新肯定公共利益在政府服务中的核心地位视为其理论的核心原则之一。^[28]赫林说,公共利益是指导行政管理者执行法律时的标准,它是一个词语性的符号,目的在于把统一、秩序和客观性引入行政管理之中。我国也有学者提出,如何有效地代表和实现公共利益,应取代保护公民权利和自由,成为民主治理的首要目标。^[29]

三 公共利益保护的基本原则

(一) 优先保护原则

1. 公共利益优先保护的法理。从世界范围看,大多数国家的法律都认可公共利益保护的优先性地位。法国学者迪韦尔热说,当法律或非法律得到公认的价值标准“确认双方是平等的”,而事实上一方的影响要大于另一方,那么法律就存在着脱节。^[30]特别是在一种强者愈强、弱者愈弱的权力结构中,如果没有外界的干预,一些利益集团总是试图把其成员的利益放在公共利益之上,结果强势群体吞噬了大部分的利益,而弱势群体的利益往往落空。因此,市民社会不是万能的,也并非一个自足的体系,在市场和整个市民社会原则失效的地方,就是政治国家起作用的地方。在美国,立法机关有权控制和规制对“某种公共用途”有影响的商业,即:当商业影响“某种公共利益”时,立法机关就享有类似的权力。^[31]从行政上看,公共利益是行政权力介入权利领域的唯一途径,也就是说,公权力只有以公共利益的名义才能介入私权领域,“政府作为公共利益的保证人,其作用是弥补市场经济的不足,并使各经济人所作决策的社会效应比国家干预之前更高”。^[32]目前,绝大多数国家都确定“公共利益”是土地征用制度的基本前提——只有在出于公共利益的情况下,国家才有可能发动土地征用权,这是防止公共权力无限扩大损害私人财产权益的一种关键措施。从司法上看,法院追求的乃是“最公平的、或最符合公共利益的判决”。^[33]卡多佐说,尽管宪法财产不允许受到侵害,但财产“不能不受对共同福利至关重要的法律之规制”,只要是企业“影响了某种公共用途”,法院就有这种规制的权力,并为先例判决所确定。^[34]比

[26] [美]斯蒂芬·埃尔金等:《宪政新论》,周叶谦译,三联书店1997年版,第228页。

[27] [英]格里斯托克:“作为理论的治理:五个论点”,《国际社会科学杂志》1999年第2期。

[28] [美]丹哈特:《新公共服务》,丁煌译,中国人民大学出版社2004年版,第40页。

[29] 赵成根:《民主与公共决策研究》,黑龙江人民出版社2000年版,第49页。

[30] [法]迪韦尔热:《政治社会学》,杨祖功译,华夏出版社1997年版,第112页。

[31] [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第52页。

[32] [美]波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第29页。

[33] [美]斯蒂芬·埃尔金等:《宪政新论》,周叶谦译,三联书店1997年版,第107页。

[34] [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第53页。

如,在1930年著名的布英克里案中,上诉法院认为,联邦广播委员会在对申请人许可延展是否符合公共利益问题上,是在确实无疑地行使它的权力,去关注申请人过去的行为,这并非审查制。法院因此同意委员会的见解,认为广播和公共利益休戚相关,联邦广播委员会有权对电台服务的特性和质量予以考量。1969年,联邦最高法院在瑞得·莱因案判决中正式确立广播电视中的公共利益原则,认为这是受众的权利,而非广播公司的权利,因此居于优先地位。

2. 不同观点的回应。也有学者提出,公共利益并不必然优于个人利益,公共利益优先原则的成立,必须以各种利益的均衡和比例原则的适度为前提,必须在对各种权利主张进行充分分析、考量和尊重的基础上来把握。孟德斯鸠说,公共利益不是始终处于优先地位,在财产所有权问题上,如果个人利益应该向公共利益让步,那是荒谬悖理之论,公共利益就是“每个人永恒不变地保有民法所给予的财产”,绝不能用政治性的法律去剥夺个人财产或削减哪怕是它最微小的一部分。^[35] 埃尔斯特认为,政府可能将广泛的自由裁量权用于排他主义的目的,并会仅仅“为了增进某些个人的利益而侵犯另外一些个人的权利”,且在“促进经济增长、扩大军事上的成功或达到其他受托实现的目标的过程中,可能决定要公民自由或政治自由为之让路”,但是,从通过侵犯个人权利而促进公共利益的任何数量的个案中,都不能得出这样的结论:只要出于一般利益的需要,任何一种侵犯权利的习惯做法都会产生同样的效果。^[36] 自由主义者普遍主张权利优先于权力,甚至不承认公共利益的存在。施密特说,法治国家的主要目标是保护公民的个人自由不受国家权力的侵害。他给自由主义的宪法确立了一个分配方面的原则,即:只要谈到国家,就必须以个人自由的领域的存在为先决条件,个人自由在原则上是无限的,国家权力在这个领域的干预是有限的。他说,所有对个人私人领域的国家干预都应被视为例外,在原则上是有限的、适度的,国家干预必须证明其合理性。我国学者范进学提出,在市场经济和权力分化的时代,在民法是公民私人宪法价值取向的背景下,政府的一切活动“必须优先保障公民个人的权利和利益”,“即使公共利益这种集体产品的提供或组织,也必须遵循个人权利或人权保障优先的原则”,因为“公共利益的本质和最终价值不是虚无缥缈的和虚幻的乌托邦理想,而是事实上确实能够为社会所有成员体验与感受到的一种实在益处”,“如果为了‘公共利益’可以舍弃个人权利或人权的话,那么这种公共利益的行为就颇令人怀疑,其价值则更令人反思”。^[37] 这种观点应该说是我国长期以来片面强调“公共利益”而忽视公民权利思想的反动。

(二) 利益平衡原则

利益平衡是公共利益行政法律保护的重要原则,也是法律的基本原则之一。庞德将利益作为其理论核心;认为法律的功能在于调节、调和与调解各种错杂冲突的利益;法律或法律秩序的任务在于承认、确定、实现或保障利益,并通过以下办法实现自己的目标:1) 承认某些个人的、公共的和社会的利益;2) 确定应予承认的利益,并通过司法或行政活动加以实现;3) 力求保障在划定范围内所承认的利益。因此,法律要实现社会利益平衡,必须确认利益主体的平等地位,正如查尔斯·安德森所说,“要想证明一项公共决定是合理的,要想表明我们的选择是根据公正规范而不是根据个人倾向或利益,就要认同某种自由主义纲领,认同这样一种意识形态,这种意识形态认为社会将逐渐转变为一种关于个人自主、社会效益或人类平等的假想概念。”^[38] 由此,公共利益的优先地位是有条件的,也是有限的,只有确立利益主体的相互平等,各利益主体才有相互协商、妥协的可能,这是法律的基本前提。卡多佐指出,最基本的社会利益之一是“法律应当统一并且无偏私”,^[39] 公共利益的优先性并不表明它具有无条件的、压倒一切的优越地位,它有一定的条件和限度,而“当一致性变成压迫的一致性时,一致性就不再是好东西了。这时,对称性或确定性所服务的社会利益就一定要通过平衡和公道或其他社会福利的因素所服务的社

[35] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(下),张雁深译,商务印书馆1997年版,第190页。

[36] [美]埃尔斯特等:《宪政与民主》,潘勤等译,三联书店1997年版,第5页。

[37] 范进学:“定义‘公共利益’的方法及概念诠释”,《法学论坛》2005年第1期。

[38] [美]斯蒂芬·埃尔金等:《宪政新论》,周叶谦译,三联书店1997年版,第120页。

[39] [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第69页。

会利益来保持平衡”。^[40] 从实践过程看,国家通过立法和行政手段调整各种利益诉求的“最终目的还在于保障利益平衡”,^[41] 特别是利益矛盾产生时,主体之间的自愿合作通常难以进行,这时合作就需要建立在外在的强制因素之下,法的存在正是这种外在因素的表现形式。可见,法律担当着化解矛盾冲突、促进社会和谐的基本职责,它通过行为规范的形式将公共利益和个人利益的合理分配确定下来,并通过国家强制力保证其实施,从而使二者协调一致。

四 公共利益对个人权利的限制

(一) 公共利益对个人权利的限制

公共利益与个人权利相互限制。本文认为,在二者的对立斗争中,公共利益对个人权利的限制居于矛盾的主要方面,处于原则上的优先地位。路易斯·亨金认为,“在特定的时间和特定的环境下,每项权利实际上都可能让步于某种公共利益”,^[42] 因此,“即使是宪法第一修正案所规定的自由,尽管它们是用一些表面上绝对性的术语来表达的,也可能服从于人民代表所确定的公共利益,至少要服从于那些非服从不可的公共利益。”^[43] 从实践中看,以公共利益限制个人权利是各国宪法通例,公共利益与法律保留分别构成了限制个人权利的实质要件和形式要件。根据张翔先生的研究,对于公共利益与个人权利限制的关系,有两种不同的理解:一种是把公共利益作为外在于个人权利的限制,一种是把公共利益看作个人权利的内在限制,分别称为“外在限制说”和“内在限制说”。外在限制说认为,公共利益乃是个人权利之外的对权利的制约,即宪法所保护的利益除了以基本权利为内容的个人利益之外,还包括公共利益,二者是两种不同的法益,在个人利益与公共利益发生冲突的时候,需要立法者加以协调和平衡,这在某些情况下就表现为立法者为了实现公共利益而对个人权利加以限制。内在限制说又称“本质限制说”,认为公共利益对个人权利的限制是由个人权利的性质产生的,是存在于基本权利自身之中的限制。^[44] 无论是外在限制说还是内在限制说,承认公共利益对个人权利的限制与克减乃是其理论核心。

(二) 公共利益对个人权利限制的法理

公共利益对个人权利限制的理论前提是,对个人权利的保护并不意味着可以滥用力。科斯提出了一个对个人基本权利“合理的妨害”的观点,^[45] 即在一定限度内,因社会公共利益需要而损害个人资产是合理的,因为个人利益与社会利益有一致性。博登海默认为,公共利益“意味着在分配和行使个人权利时绝不可以超越的外部界限,否则全体国民就会蒙受严重损失”,其所谓外部界限是指“赋予个人权利以实质的范围本身就是增进公共利益的一个基本条件”,突出了公共利益对公共权力的制约作用。^[46] 美国学者卡尔·弗里德里希指出,在 19 世纪的发展进程中,人们逐渐认识到有些个人权利并非是绝对的,一成不变的,而那些由进步力量大力提倡的公民的自由权,似乎常常超出个人利益。进入 20 世纪以后,公共利益的法律地位被进一步提升,包括自决权在内的公民自由权不仅要与更古老的个人权利相竞争,而且还要受到罗斯福《四大自由》公告中所提出的、战后多部宪法以及联合国《世界人权宣言》中所具体规定的自由的挑战,这些新的自由是具有经济和社会性质的权利,其特点是包含了公共利益和政府的职责,主要有:社会安全的权利、工作的权利、休息和休闲的权利、受教育的权利、达到合理的生活水准的权利、参与文化生活的权利,甚至包括诉诸一种保证这些权利的国际秩序的权利。因此,把这些社会权利和关涉公共利益的事务详尽地写进名副其实的宪法中,乃是各种团体和民众为平等自由

[40] [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆 1998 年版,第 70 页。

[41] 沈宗灵:《法理学》,上海人民出版社 1990 年版,第 61 页。

[42] [美]路易斯·亨金:《宪政·民主·对外事务》,邓正来译,三联书店 1996 年版,第 142 页。

[43] [美]路易斯·亨金等:《宪政与权利》,郑戈等译,三联书店 1996 年版,第 6 页。

[44] 张翔:“公共利益限制基本权利的逻辑”,《法学论坛》2005 年第 1 期。

[45] [英]科斯:“社会成本问题”,《法律与经济学》1960 年第 3 期。

[46] [美]博登海默:《法理学》,邓正来译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 317 页。

而长期斗争的结果。正如卡尔·弗里德里希所说,“这些权利不是‘共产主义的’,而是体现了被技术创新等事物挫伤了的人类对一种新的不同情况的反映”。^[47]但公共利益对个人权利的限制或克减是有具体条件的,并且必须保持在合理的范围内。

总之,公共利益是公共行政和法律的基本目的。我国学者张千帆说:“公共利益是包括私法在内任何法律的追求目标,因为法律作为一种由公权力产生的统治社会的‘公器’,必然以公共利益为归属”;“在现代民主国家,任何具有正当性的法律都必须是为了社会的‘公共利益’,而不是为了任何特定私人的利益而制定的。”^[48]利益法学派代表人物赫克认为,利益是法律产生之源和归宿所在,法律关系就是利益关系,法律不能考虑国家一方的利益,也不能仅仅照顾个体一方的利益,而应当同时照顾具有独立利益形式的社会公共利益,且公共利益只有通过行政法律手段才能得到最终保障。奥地利学者默克在1919年发表的《国家目的及公共利益》一文中提出,唯有用法律形式表现出来的国家目的,才属于公共利益,即只有将国家目的法制化,才完成其为公益的过程。^[49]尽管马克思和恩格斯坚持认为国家和法是阶级统治的工具,但他们并没有否认其公共管理职能。尤其是现代国家,公共行政和法律提供的既然是一种公共产品,必然要具备广泛的民主性和公益代表性,故此,作为专门法律用语,公共利益在不同国家的行政领域和不同层次的法律中均有体现。

[Abstract] Administrative protection of public interest is based on profound moral, rational and value bases, which is the logical result and necessary product of universal rights and determined by the nature, objective and administering goals of the government. It must comply with the two basic principles: priority of public interest and balance of interest. However, the restriction by public interest of on individual rights is not unlimited and must meet certain conditions.

(责任编辑:支振锋)

[47] [美]卡尔·弗里德里希:《超验正义》,周勇等译,三联书店1997年版,第96页。

[48] 张千帆:“‘公共利益’的构成”,《比较法研究》2005年第5期。

[49] 陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(上),三民书局1992年版,第138页。