

推荐文章

- 大卫·皮亚肖德：反思中...
- 青萍：创建“美德网络...
- 高桥进：论现代日本的...
- 李景源等：论生态文明
- 易钢：道德回报理论初...
- 周全德：网络不良信息对...
- 王琴：“网婚”现象告...
- 王淑芹：市场经济道德性...
- 衡孝庆：关于城市伦理的...
- 翁世平：政治文明与道德...
- 韩东屏：道德的基础不是...
- 卢风：论应用伦理学之...
- 孙君等：领导干部“人...

热门文章

- 大卫·皮亚肖德：反思中...
- 中国伦理学会第六届理事...
- 《中国应用伦理学2003—...
- 衡孝庆：关于城市伦理的...
- 李伦：自由软件运动与...
- 林桂榛：性行为伦理限制...
- 王淑芹：市场经济道德性...
- 王琴：“网婚”现象告...
- 衡孝庆：西方传统伦理思...
- 易钢：道德回报理论初...
- 高桥进：论现代日本的...
- 卢风：论应用伦理学之...
- 翮人：史论纵横通古今...
- 翁世平：政治文明与道德...
- 中韩第十三次伦理讨论会...

首页 → 应用伦理 → 社会和政治伦理 | 应用伦理

刘曙光：什么样的公共利益才是合法的？——三论私权优先原则

作者：刘曙光 阅读：191次 时间：2006-3-2 来源：中国选举与治理网

什么样的公共利益才是合法的？——三论私权优先原则

刘曙光

内容提要：一切没有边界的存在都是不合法的存在。公共利益的合法性边界取决于三个条件规定：内容的公共性、范围的确定性、程序的正当性。公共利益相对于私权优先，是可以，不是必须。

关键词：公共性、确定性、正当性

要坚决克服在现实生活中存在的各种侵害群众利益的现象。——胡锦涛 转引自《求是》杂志2005年第1期

在现实生活中，公权机关或者其官员侵害群众利益的事情常有发生，但再没有比滥用公共利益之名侵害群众合法权益的事情更让人沮丧和伤心的了。在这种情况下，许多被侵害的人失去了所有正常的救济途径，因而显得那么无奈和无助。许多著名法学家，对此也深感无能为力。因为，在我们的法律词典里，没有任何一个法律概念比“公共利益”这个词更加模糊，更少受到限制，以至于许多汉语词典拒绝将其列作一个词汇加以解释（例如上海辞书出版社1999年出版的《辞海》四卷彩图本）。而我们的法律、法规却又在大量使用这一概念，仅法律就不少于60部。

我也想回避这一课题。因为探讨公共利益合法性边界是一件很困难的事，而且可能是费力不讨好。但我在“二论私权优先”一文（《燕南学术网》，2005年3月21日）里，为私权优先原则设定了唯一例外：就是私权和公权发生冲突时，如果公权的行使是为了维护公共利益，那么应当实行公共利益优先。让我感到不踏实的是，如果这一例外处理不好，足以颠覆私权优先的原则或者使其成为一句空话。因此，我必须试一试。好在已经有不少学友做过不少有益的尝试。我也就站在他们肩膀上，论述一下为什么“公共利益”会被滥用的根源，以及怎样确定公共利益合法性边界。

一、“公共利益”之名容易被滥用的原因

也许，许多人会觉得：滥用公共利益之名侵害私人的基本权利，是由于某些掌握公共权力的官员为满足其个人私利所至。其实也未必。有些滥用者还真以为是为群众办好事，办实事。因此，我想探究更深层的原因：

（一）“公共利益”的意义被不适当地拔高，被神化了，其真实属性被掩盖了

公共利益是在个人利益发展中，需要相关的其他个体给予帮助时发生的，是以个人利益为出发点和终点的。没有个人利益的地方，也就不存在公共利益。这本来是不难理解的。但自从维护公共利益成为一种特殊的职业之后，也就是国家机器产生之后，统治者为了说明其统治的合法性，为了说明其特权的合法性，将本来源自个人利益、服务于个

人利益的公共利益无限拔高，直到被描述成为个人利益的源泉和目的（正好颠倒过来了）。

公共利益被披上神圣的外衣之后，就被赋予了完美无缺的外表和不受质疑的特权。只要人们祭起“公共利益”的大旗，他们的所作所为也就被赋予了正当性，至少他们自己这么认为，也有相当多的人会这么认为，甚至还有一些被侵害的人也这么认为。正义的天平就已经倾斜了。

我并不否认公共利益存在的合法性。即使是最强烈主张优先保护个人权利的各种学说以及立法，都不得不为“公共利益”让出一条通道。著名的《法国人权宣言》（1789年）第十七条庄严宣告，人的财产权利是神圣不可侵犯的，但同时也不得不承认：如果确系合法认定的公共利益的需要，并经过公平和预先补偿的条件下除外。联合国宪章、许多发达国家宪法都有保护公共利益的有关规定。

人类从野蛮社会进入文明社会开始，就非常关注部落、氏族和国家整体公共安全等公共利益。在生产力不发达的情况下，人类有组织的集体活动成为生存的基本方式，整体的生存安全经常要求个体利益作出牺牲。宗法制度、封建专制制度也正是在这一基础上得以产生和发展。从目前到可以预测的遥远将来，看不出人类可以完全脱离整体而以个体的方式独立生存。因此，人类个体对整体的依赖只是程度问题；公共利益的存在也只是范围和方式问题。

我要提请各位注意的是：人类个体对整体的依赖程度与生产力发展水平是成反比的。人类文明程度越高，个体对整体的依赖程度就越低，公共利益的内涵和外延以及存在的方式也会相应发生改变。

（二）“公共利益”概念没有法定边界

一切存在都有边界，连我们所在的宇宙也是有边界的，没有边界的存在是不合法的存在。在自然界如此，在人类社会生活中也应当如此。如果一个概念没有明确的边界，要想不被滥用是不可能的。一切以特定事物为研究对象的科学，其首要的任务就是研究该事物存在的边界。

公共利益本来是有边界的，问题是我们的法律没有进行规定。我使用《人民网》的网络搜索系统查询了一下，我国法律、法规、规章和规范性文件使用了这一概念达共有1259件（次），其中宪法2次，法律72件（次），国务院行政法规87件（次），规章、地方性法规及其他其他规范性文件1098件（次）。由于同一部法律使用“公共利益”一般只出现一次，最多两次，因此，可以理解为我国现行法律除宪法外有60多部法律、80余部行政法规使用了“公共利益”概念。但是，没有一部法律或者行政法规对什么是公共利益作出了解释。只有极少数法律、法规试图指出“公共利益”的范围，也是点到为止。例如《测绘法》第三十一条规定：测绘成果实行有偿使用，但有关国家机关“因防灾、减灾、国防建设等公共利益的需要，可以无偿使用”。在这里，法律将“公共利益”的主要范围界定为防灾、减灾和国防建设。当然，后面还有一个“等”字。

除此之外，我国法律使用“公共利益”概念基本上有以下三种情况：

1. 大多数法律是要求有关行为不得损害“公共利益”，或者说不得违背“公共利益”，属于义务性规范，例如《合同法》第六条规定：当事人订立、履行合同，不得损害社会公共利益；

2. 也有不少法律是授权公共权力机关为了“公共利益”可以对私人权利进行适当的限制甚至剥夺，我国宪法仅有的两处关于“公共利益”的明文规定（第十条第三款、第十三条第三款）和《城市房地产管理法》等近20部法律就属于这一类；

3. 还有一些法律是为了说明立法的宗旨，或者规定国家机关及其工作人员的职责，前者如《行政许可法》第一条规定：“为了……维护公共利益和社会秩序，……根据宪法，制定本法”，后者如《法官法》第七条、《检察官法》第八条。

如果法律对“公共利益”规定表述基本一致也罢了。问题是许多法律将“公共利益”和“国家安全”、“国家利益”、“集体利益”、“社会公德”等本属于公共利益范畴以内的概念并列使用，使得“公共利益”的含义更加扑朔迷离。

还有一个更大的法律问题。比起它来，上面讲的都显得不那么重要了。

请看这样的法律规定：

“不得违反宪法和法律，不得损害公共利益”（《著作权法》第四条）；“违反法律、行政法规或者损害社会公共利益”的行为无效（《信托法》第十一条）。

这些法律规定暗含这样一个规定：即使你的行为符合全部的法律、法规要求，但如果违反“公共利益”，也是不合法的。这相当于刑法上的类推和国际私法的“公共秩序保留”。但刑法上类推也好，国际私法中的“公共秩序保留”也好，其适用是有非常严格的限制的。由于类推制度的种种弊端，我国新刑法已经取消了类推。

我不反对公法上保留“公共利益”作为具体法律规定的补充，但应当是在非常特定的场合使用，并需要作出非常严格的限制。

（三）公权机关单方面垄断了关于“公共利益”的话语权

公共利益的名义被滥用，除了上述原因之外，还有一个重要原因，就是国家公权机关单方面垄断了关于公共利益的话语权。

其实法律上并没有明确授权国家公权机关解释什么是公共利益和如何补偿。但由于许多人受公权本位观念的影响，认为对公权机关来说，法律不禁止就是授权。也就是说，什么是公共利益，以及如何保障公共利益实现，对为实现公共利益做出牺牲的当事人如何进行补偿，应当由国家公权机关说了算。而国家公权机关，特别是国家行政机关，实行的是首长负责制，即个人说了算。因此，如果行政首长，特别是基层公共机构（如乡镇政权机关、村委会等）负责人，有意或者无意地滥用“公共利益”的名义侵害群众的利益，在法律程序上并没有太大的障碍。

小结：滥用公共利益之名损害私人基本权利，不管是有意的还是无意的，在政治伦理上，都是一种恶行。

二、如何界定公共利益的合法性

许多学者提出了界定公共利益合法性的不同方案。例如韩大元提出了“六性”：公益性、个体性、目标性、合理性、制约性、补偿性；①莫于川也提出“六性”：合理性、受益性、补偿性、参与性、制约性、权责统一性；②袁曙宏也提出了“四性”：公共性、合理性、正当性、公平性。③还有其他一些论述，在这里不一一提及。

上述意见基本上是将所有特征放在同一个维度里论述，可能让人感到不十分明晰。因此，我把公共利益的合法性划分为三个维度：内涵的合法性、外延的合法性和具体发生程序的合法性。

（一）公共利益内容的公共性

公共利益一词由“公共”和“利益”两部分组成。“利益”比较好理解，它的核心内容是使人受益。这种“受益”，可以是财产方面的，也可以是精神方面的，也可以是其他方面的。对“公共”的理解就费劲一些了。一般理解为“公众”。就一个小的范围而言，公共利益也通常被理解为“公众利益”。学术界有许多观点，胡锦涛、王锴在“我国宪法上公共利益的界定”一文中比较有详细介绍。^④

我认为，在公法上谈“公共”一词的含义，应当注意与私法衔接。换句话说，就是凡私法可以界定的法律关系，通过私法去解决。只有通过私法无法界定的受益人的共同利益，才纳入公法中的“公共利益”的范围。例如，在城市建设中，一栋新的楼房太高，对附近房屋业主利益（如采光、通风等）造成了一定的损害，如果可以通过民法上相邻关系进行民事诉讼，那么，这就属于私法的范畴。尽管受影响的人可能比较多，也不构成公共利益，公权机关不宜以公共利益的名义进行干预。但如果新楼对附近较多的邻居产生的危害（如交通不便利、与其他楼宇功能相冲突等）无法通过普通民事诉讼解决，就要考虑通过城市规划等公法渠道协调解决。

如果这样说还不是很清晰的话，我想换个说法。即公共利益的受益人应当是不特定的人。公共利益中“公共”或者“公众”应当是一个开放的群体，而不是特定的群体。例如城市基础设施的受益者是不特定的，受益群体是开放的，不是封闭的。如果受益人是特定的，属于私法范围。例如在某一块地上建一个大型商场，其直接受益者是商场业主和经营者，是特定的，因此不是公共利益。有人说，建商场方便群众购物，顾客也受益，而顾客也是不特定的，为什么建商场就不是公共利益呢？道理很简单，顾客和商场经营者的关系是普通民事关系，顾客对商场的使用也是民事法律行为，可以也应当通过私法调整。这同公众使用公共基础设施的性质是不同的。这里用得上我国著名民法学家梁慧星说的一句话：私权所至，公权所止。^⑤

如果还不十分清晰，我再换个说法。即依法应当由政府提供的公共服务，可以纳入公共利益范畴，例如改善治安、环境、公共基础教育、基本社会保障等。政府是面向不特定的人群提供公共服务的，或者是提供与商业服务性质不同的服务。之所以说“可以纳入”，而说不应当纳入，是因为政府提供的公共服务有许多可以通过向私人购买提供，如政府补助的公共设施特许经营；也可以直接授权私人以商业经营方式提供，如建设收费高速公路。这些行为应不应当纳入公共利益的范围加以特别保护，可能要具体情况具体分析。

至于有些公共机构对某些人群有所偏好，有意无意地为其提供法律规定以外的特殊服务，包括为公共机构职员谋取特殊利益，那当然就超出了“公共利益”的范围，不属于本文研究的问题。

（二）公共利益范围的确定性

如果我们假定公共利益就是能让很多不特定的人受益的利益，那么，其范围仍然是过于宽泛而不具有可操作性，仍然难以避免公共权力的滥用。因此必须要通过法律明确规定它的具体范围。只有在法律明确规定范围内的“公共利益”才是合法的公共利益。

公共利益的外延是随着经济和社会的发展而发展的。传统的公共利益重点是国家安全、抗击自然灾害和公共基础设施建设。因此，关于国防建设、军事行动、防灾减灾、市政建设、公共基础教育等工作成为公共利益的重要内容。

但随着经济和社会的发展，人们在满足上述利益要求的前提下，又有新的共同利益要求。最重要的例如环境保护、安全生产、公共卫生、残疾人保障等，都关乎广大人民群众切身利益，被提到各级政府工作的重要议事日程。

也许，由于自然条件和经济发展水平的不同，一个国家的不同地区，其“公共利益”的外延也会有所区别，至少是需要给予关注的程度不同。例如在干旱地区，公共饮水是

重要的公共利益，有序的引黄（引黄河之水）灌溉也是公共利益。在经济发达地区，保障居民就业是公共利益，扶持高新技术产业发展也是公共利益，旧城改造也有公共利益在其中。在对外经济贸易领域，依法保护民族工业也是公共利益。

因此，通过国家法律具体界定公共利益的范围就显得十分必要。否则，你说是公共利益，他说不是公共利益，问题就复杂了。

但是，为了防止公共利益外延不适当地扩大到不必要的领域，界定公共利益范围的权力只能到国家法律为止。其他法规、规章、规范性文件都不应当被授予解释公共利益具体范围的权力。

建议修改《立法法》，对解释“公共利益”具体范围的权力作出规定。

（三）公共利益实现程序的正当性

有学者提出：其实公共利益的范围并不重要，重要的是由谁、通过什么程序决定那些属于公共利益，以及如何合理补偿。而我认为两者都重要。

公共决策正当程序的重要性怎么讲都不过分。这也正是经济学公共选择理论试图阐述的。在许多领域，结果是什么也许并不重要，重要的是：结果是怎样产生的。换句话说，无论目的是多么正当、合法，如果不通过正当程序产生的结果，仍然是不正当、不合法的。这也是我为什么特别强调，实现程序的正当性是公共利益合法性的三个必要条件之一。

我在前面引用过《法国人权宣言》第十七条。其全文是“财产是神圣不可侵犯的权利，除非当合法认定的公共利益所显然必需时，且在公平而预先赔偿的条件下，任何人的财产不得受到剥夺”。其中有两个非常关键的词语，就是“经合法认定”、和“公平而预先赔偿”。这里讲的就是公共利益实现的基本程序要求，它包括公共利益的认定和预先赔偿两个基本环节。

1. 公共利益的认定。法律规定的公共利益的范围仍然是抽象的。在具体发生的事件里，是否属于法律规定的“公共利益”，还有一个具体认定的问题。例如某居民区小学学位不足，需要新盖一所学校，是不是公共利益？建设经营性的高速公路是不是公共利益？搞经济开发区是不是公共利益？显然这里都有个认定的问题。

授权什么机构、通过什么程序认定所发生的需要是不是公共利益，是我国公共利益保护法律制度没有解决好的一个问题。宪法没有要求，法律也没有规定。目前我国关于公共利益认定程序主要散见于各种突发事件应急预案。

一般说来，公共利益的认定属于公共行政决策的范围。现代科学决策理论强调公共决策一般应当经过三个环节：征求公众意见（包括当事人的意见）、技术论证和公共权力机构决定。后一项以前两项为重要依据。

完善公共利益认定的程序，许多人首先想到的也许是成立一个委员会，有专家、有民意代表，有行政长官，大家共同决策；也有的提出提交本级人民代表大会审议决定。这些意见我都赞成。但我想说的是，要尽可能让公众直接参与。如果不是突发事件，又不是纯粹的技术问题，让公众参与公共利益的认定，甚至直接交付公众决定，包括“是”与“不是”的认定，和“需要”与“不需要”的认定，更加具有十分重要的意义。但即使是对突发事件的处理，在可能的条件下征求公众意见也是十分必要的。正如俗语所讲的：鞋合不合脚，脚最清楚。

2. 对私权造成损害的赔偿问题。对因服从公共利益需要作出的牺牲进行赔偿，是公

公共利益实现的重要环节。我国宪法也有关于必须给予补偿的明确规定。可惜对如何补偿没有提出具体要求。许多滥用公共利益之名侵害群众利益的事情之所以酿成悲剧，主要原因就是赔偿（在这里与补偿同义）问题没有处理好。

我认为《法国人权宣言》第十七条基本上讲清楚了：公平和预先的赔偿。公平赔偿是指足以弥补其所遭受的经济损失，包括私法上规定各种损失（直接的和间接的损失，物质的和精神的损失等），其计算标准原则上是同期市场价格。预先的赔偿是指在实际损害发生之前给予赔偿。但这里的预先，我理解主要指约定的预先，而不一定是实际支付的预先。如果情况紧急，可以约定在前，实际支付在后。

3. 因公共利益发生的合法损失只能是财产权益和其他非人身利益。人的生命、肢体和心智的健全、作为人的基本尊严，不能为任何公共利益所牺牲，至少法律上不能允许。

小结：公共利益的实现和个人权利之间发生冲突的范围大小和激烈程度，与一个国家或者一个地区的经济发展水平和政治文明程度成反比。

三、实现公共利益并不是必然要牺牲私人合法利益

现实公共利益的最终目的，仍然是保障和促进具体人的个人利益。如果在实现公共利益的过程中伤害个人利益，第一原则是避让，第二原则才是补偿。

我的一个朋友是主管市政工程设计。他给我讲过一个实例：一条市政道路改造原图纸上是直线，要经过某大楼。如果机械执行，就要拆除该大楼。但拆除该大楼会产生许多问题，补偿问题是大问题，还有这么多企业的经营问题，员工的就业问题等。最后他决定绕过这座楼，将市政道路转了个弯。多花的钱比起补偿费用和其他利益损失，还是值得的。

我倒觉得，经济上合算不合算还不是最重要的问题。充分尊重私权的观念更有价值。如果每一个公权机关在作出任何决定之前，先认真考虑一下如何充分维护私人的基本权利（尽管结果不一定每次都能像我的朋友所做的那样绕过冲突）这样的政府还能不受人民拥护吗？还有什么问题不能解决的呢？

其实我国宪法第十三条也包含了这一层意思。它的第三款是这样说的：“国家为了公共利益需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。这里讲的是“可以”，不是“应当”。也就是说，实现公共利益不一定要牺牲私人利益，如果可以牺牲，就不能牺牲。

可以不牺牲而让公民的利益受到了牺牲，就是公共利益名义的滥用。

小结：公共利益对于个人利益的优先权是可以，不是必须，更不是必然。

在文章结束之前，我举一个许多成年人不愿意回答的问题反证公共利益的边界问题。说的是在一个飞行中的热气球上载有5个人，有医生、教授、科学家、诗人、商人各1名，因为故障承受不了这么大的重量，需要推下去一个人才能保证其他4个人的生命。原来的问题是：应当把谁推下去？得奖的回答来自一个儿童。他的回答是：把最胖的人推下去。

但在政治伦理和在法律理论上，这都是一个无法回答的问题，因为它超出了政治学和法学的研究范围。你也可以问：其他4个人的生命是公共利益吗？我也不知道。

但我可以回答的是：在法律理论上，即使是在这种极端的情况下，任何一个人或几个人将他人推下去，都是不合法的。

亲爱的官员，尊敬的公民，请您对不合法的“公共利益”说“不”！

注：

①参阅韩大元“宪法文本中公共利益的规范分析”，《法学论坛》2005年第1期

②参阅莫于川“判断公共利益的六条标准”《法制日报》2004年5月27日）

③袁曙宏“公共利益”如何界定？转引自《中国农村研究网》2004年8月11日

④文载《中国法学》2005年第1期

⑤转引自《中国法学网》易继明“学问人生与人生的学问——访著名民法学家梁慧星教授”一文

文章来源：<http://www.chinaelections.org/readnews.asp?newsid={9BC651ED-A800-401D-BE5B-342A442E4B8B}>

上一篇：张千帆：“公共利益”的构成——对行政法的目标以及“平衡”的意义之探讨

下一篇：李林：马克思主义人权观

责任编辑：cnecn

[查看评论\(0\)](#)

[打印本文](#)

[Email给朋友](#)

[返回顶部](#)

相关文章

没有相关文章

>

发表评论(限255个字符)

姓名： 共0字

内容：