



公共利益法律问题研究

——以结构功能主义为分析路径

陈 芳

摘 要：公共利益是指在民主宪政条件下，一定范围内不特定多数人 can 取得的经济、伦理与制度需求。公共利益具有普遍性与整体性特点，应与个人利益并重。公共利益具有保障社会公平、限制违反善良风俗的“私法自治”与规范制度秩序之功能，该功能可通过自力、他力与他主三种方式加以实现。

关键词：公共利益；本位；本性；功能

一、公共利益的概念

（一）公共利益的前提是民主宪政

1. 公共利益存在客观条件。人具有社会性。然而，人与动物的本质区别在于人是有意识的，每个人都有自觉的认知能力，也即，人又具有独立性。因为人同时具有社会性和独立性，所以，每个人的利益实现必须关照到个人不能独享的经济利益、伦理利益与制度利益的可持续性。应该说，无论我们是否意识到，这种利益的关怀是客观存在的，哪怕是极其专制的奴隶社会与封建社会也会具有这种关怀的形式。

从历史角度看，社会生产力发展必然带来劳动剩余；有了剩余就有了分工；有了分工，就出现了因利益差异引起的冲突；而国家就是冲突不可解决的产物。从形式上讲，国家确实是公共利益的代表，但在中国长期君主专制社会里，国家利益与个人利益始终处于紧张状态，国家利益本质成为君主私利；从实质意义上看，公共利益因为君主私利而荡然无存。只有到了近现代，由于民主宪政的产生而要求君主还政于民。于是，君主由国家利益的独享者变为公民成为公共利益之共享者，国家的存在是为了保障公民不断增长的个人利益的实现。从此，公共利益才有了实质的内涵。

由此可见，公共利益的存在确实需要特定的前提条件，那就是民主宪政。

2. 公共利益具有主观见之于客观性。从哲学角度看，利益表现为某个特定的（精神或者物质）客体对主体具有的意义，并且为主体自己或者其他评价者直接认为、合理地假定或者承认对有关主体的存在有价值（有用、必要、值得追求）^①。因此，利益是人们在生活中对客观事实进行的价值判断，从而决定取、舍、趋、避等态度或行为的一种主观认识，其不能离开具体的利益主体而独立存在。进而有人看到利益的这种主观见之于客观的特征，将其分为主观利益与客观利益。所谓主观利益，就是主体本身所感受到的或所认为存在的利益，强调利益的主体性；所谓客观利益，是指主体本身可能没有感受到或认为不存

^① 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》第1卷，商务印书馆2002年，第324页。

在,但实际上存在并对主体有意义的利益,是强调利益的客观性。这种分类预示了主体对利益认识的不完整性和对利益进行法律评价的必要性^①。公共利益也是利益,因此也不例外。

(二) 公共利益的内容是“三位一体”

对于公共利益之内容,学界有器物利益说,有器物利益与伦理利益说。笔者认为,除此外,制度利益也应该被包括在内。下面分别探讨。

1. 经济利益说。该说认为,个人本性是追求个人利益最大化的,而政府通过提供公共物质产品,以满足社会需要,而这种公共产品就是“公共利益”。社会公共利益就是以自由竞争为基础的经济秩序本身。妨碍这种经济秩序的事态,就是直接违反公共利益^②。

2. 伦理利益说。在某种意义上,利己主义是不可避免的,即使有人希望他人幸福,也是因为他人幸福对他来说是非无关紧要的或者说推进他人幸福和减轻他人痛苦对他来说是一种使他满足和得到安慰的源泉。”^③。由此,伦理学通过对道德人的假设,把公共利益作为美德标准看待,追求伦理道德就是增进公共利益。

3. 制度利益说。该说从法律人的视角,认为公序良俗包含公共秩序与善良风俗^④。公共秩序特指公共利益,善良风俗则指社会道德^⑤。二者有时并不一致^⑥。公序良俗是外制,诚信是内修^⑦。由此可见,公共利益就是公共秩序的化身。

上述各学者分别从不同角度为我们描述了公共利益的样态。这种独特而深刻的视角为我们认知公共利益内涵提供了不同的向度思考。但笔者认为,作为内涵完整的公共利益概念,不应忽视其中的必要元素,而应完整地包括经济利益、伦理利益与制度利益三个方面。其中,经济利益是公共利益的物质基础,伦理利益是公共利益的精神目标,而制度利益则是公共利益的法律保证。公共利益之经济、伦理与制度三要素构成三位一体。但这并不意味着我们在判断所有公共利益时均要对三要素进行通盘考虑、等量齐观,而是在个案中会有所侧重。如房屋拆迁要对被拆迁人进行补偿与异地安置,因此其主要涉及到公共经济利益;公媳结婚则与中国传统人伦与善良风俗相背,其更多侵害的是公共伦理利益;破坏选举、危害公共安全等侵害对象主要为公共制度利益。

(三) 公共利益及其载体

既然利益是一种主观价值判断,那么,它必须附加于一定的载体上,方可外化。虽然法律规定得很明确,但诸多学者则将利益与其载体混为一谈,即将公共财产等同于公共利益。依此逻辑,《物权法》第42条“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”就可解读为:“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收(集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产)公共利益。”无论从形式上讲,还是从实质上看,都是错误的。实务中,有时个人财产上也可以被附加上公共利益,如当通信电缆必须被嫁接在某个人住宅处时,该个人财产——住宅就被附加上公共利益。破坏该住宅财产,有可能涉嫌侵害公共利益。从法律后果看,破坏正在使用中的电缆,从财产价值看,可能很小,但由于其损害了财产上附加的公共利益,因此法律将给予较重的否定评价;反之,破坏尚未投入使用或者已经停用的公共财产,法律否定性评价往往仅限于公共财产本身的价值,因为此时公共财产上的公共利益尚未发挥效用。

综合上述分析,笔者认为公共利益可以如下界定:在民主宪政条件下,一定范围内不特定多数人可以获得的经济、伦理与制度的需求。

① 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》第1卷,第324页。

② 丹宗昭信、厚谷襄儿:《现代经济法入门》,群众出版社1985年,第91页。

③ F. 包尔生:《伦理学体系》,中国社会科学出版社1988年,第211页。

④ 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2005年,第43页。

⑤ 马俊驹、余延满:《民法原论》,第43页。

⑥ 马俊驹、余延满:《民法原论》,第44页。

⑦ 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年,第41页。

二、法律体系下的公共利益结构

大陆法系常将法律划分为公法和私法。“利益说”是其划分标准中最为直接与明确的一种。而利益有个人利益与公共利益之分。私法规范个人利益,以公共利益为界,公法保护公共利益,而不得侵害私人利益。由此看,私法与公法均涉及到公共利益。那么,公共利益在公私法体系中或在与个人利益比较时,具有怎样的法律地位呢?其本身的法律性质是什么呢?这些关涉到公共利益作为一个结构体应该具有怎样的外部关系与内在规定问题。下面就此问题展开讨论。

(一) 公共利益之法律地位

1. 公共利益优位说。该说理由主要有两点:第一,受到集体主义的意识形态影响。认为,当个人利益与集体利益发生冲突时,我们应该无条件地服从集体利益。第二是公法的新发展——公共服务(这里与公共利益同义)。狄骥甚至认为公共服务与主权一起共同构成公法的基础。从公民角度来看公共服务,这恰是一种人权,所以最终可归根于人权与主权的权利关系问题。主权保障人权,人权在主权范围内行使。公共服务就是那些政府有义务实施的行为,其内容始终是多种多样和处于流变状态之中的。唯一能够确定的是,随着文明的发展,与公共需求相关的政治活动呈数量上升趋势,而这样所带来的一个后果是公共服务的数量在不断增加,随之政府干预社会生活也就变得习以为常了。除此外,还有诸多学者将公共利益置于更高阶位。

2. 公共利益劣位说。该说通过对公私法内涵的考察,认为公共利益与个人利益比处于劣位。公法之设在于保障私权;公民私权神圣,非有重大正当事由,不受限制和剥夺,所以,与个人利益比,公共利益处于劣位^①。“这可能是处于大变革时期的中国在法律精神上所不可或缺的一场革命!”^②

3. 公私利益并重说。从根本上说,公法与私法、公共利益与个人利益之间并不存在冲突。我们知道,公法之法的核心是行政法,而行政法的原则是依法行政,这恰又是依法治国的核心。其中公共服务为公法的新发展,更倾向于为个人利益提供更多、更好的公共产品;私法则主张权利能力平等、私有财产受法律保护 and 契约自由。但现代民法也有新的发展,如从资源配置角度出发,现代民法更注意物的利用,而不再以确定归属作为所有权制度的本位;买卖不破租赁被写入合同法,使债权物权化,等等。所有这一切说明了私法的自由、自治原则已被相对化。在此情况下,我们再强调公法本位或私法本位已经不可思议。当我们强调尊重公法时,我们就要尊重民权,如选举权、罢免权、知情权等,我们的私权就有保障;当我们强调尊重私法时,我们就要诚实守信,我们的公权也得到了最高体现。比如签订了一个加工承揽合同,如果双方均能真实、诚实地履行合同,国家决不会插手干预,因为国家对这种诚实履行合同的行为给予了肯定评价。这时,公法与私法达到了高度统一,否则公法将对私法给予干预,如判决继续履行、赔偿损失等,以消极方式使非诚实履行达到与诚实履行同样的效果。

笔者赞成公私利益并重论。从某种意义上讲,公共利益优位或个人利益优位只表述了一种政治家的热情或法学家的情感。在日益复杂的现代社会,我们只能就个案进行利益取舍的判断。如果单以个人或者公共利益一个方面,我们很难想象为了一间茅房的个人经济利益而阻止整个世纪工程的建设,更难设想为了公共利益而视个人经济利益于不顾;对于伦理利益,我们很难论证为了个人情感或执著而大办“公媳结婚”(如前注所述)宴席的合理性,我们更难评价“妻子没有性能力,丈夫在外包二奶”的是与非;对于制度利益,我们在制定法律时也要充分考虑秩序与自由,公平与效率一系列问题等等。所有这些现实问题都要求公私利益应该等量齐观,不可厚此薄彼。

(二) 公共利益之法律本性

笔者否认公法优位或私法优位并不意味着怀疑私法本性或公法本性,而是说二者均为国家法律,只有效力阶,而无法律公私本位之说,因为从法律规制看,二者同时规范着个人利益与公共利益,只是利

^① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年,第29页。

^② 郭道晖、李步云、郝铁川:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社1998年,第479页。

益调整方式不同而已。

首先从私法本性看。现学界通说认为,诚信原则为民法之“帝王条款”。依此推知,平等、自由原则就成了“儿”条款或“孙”条款。这显然混淆了民法地位与民法本性之区别。民法本位是从比较的角度权衡其与他法地位高低、优劣问题;而民法本性是讲民法到底具有何种区别于他法的质的规定性的问题。我们说,民法具有区别于他法的质的规定性的仍然是私法自治。个人利益的取得要受公共利益的限制或干预,但这并不意味着个人利益就变成了公共利益。这恰如我们对“渗水的酒”和“渗酒的水”进行判断,其前提是我们对水与酒有质的把握。因此,笔者以为,如果说民法有帝王条款的话,也应该是私法自治或者自由原则。诚信原则是先由一般恶意抗辩条款发展到债法范围,再延伸到整个民法领域,最后也被诸如行政法等公法所承认,从而成为法律的基本条款。这样就有一个问题,如果将诚信原则作为“帝王条款”,那么就必然导致整个民法本性之丧失。这是任何一个法治国家之善良学者最不愿意看到的!因此,我们说,诚信原则只是对私法自治的限制,是辅助性的。在宪政条件下,只有帝王才应该被监督,因为他有太大、太高的权威。

其次,笔者通过对私法本性之探讨,可反照公共利益之本性。公共利益主体是公众,即公共社会,其具有普遍性和整体性特点(即本性)。具体包括:经济秩序的健康、安全及效率化,社会资源与机会的合理保存与利用,社会弱者利益(如市场竞争社会中的消费者利益、劳动者利益等等)的保障;公共秩序的和平与安全;公共道德的维护(这在任何市场经济国家及其任何发展阶段都显得特别突出),人类朝文明方向发展的条件(如公共教育、卫生事业的发展)等^①。这是对公共利益种类的正面归纳。

然而,我们若要全面把握一个事物特性,必须对其进行正反研究。有时这种反向观察会更加深刻、更加具有实践意义。对于公共利益的把握也是如此。我们知道,当公共利益事件(也即公共事件)发生后,其会涉及到不同利益主体的利益冲突。结果是合法利益的实现受到阻碍或被侵害,因此公共权力必须介入,否则会因渎职而对公共利益造成消极侵害。只有公共权力介入公共利益时,公共事件才被赋予了现实意义。在公共事件中,公共权力者由于掌握了公共权力,完全有可能滥用职权或消极地不作为。其结果,要么公共利益成为“侵害者”,如房屋拆迁事件、老鼠、苍蝇等公害事件等;要么公共利益成为“受害者”,如损害公共设施、名人题字、“包二奶”、危害公共安全等等。

总之,我们通过上述正反考察,可以看出,公共利益在社会属性上,与追求自我价值与自由品质的个人利益比,显然具有利益主体之普遍性与利益内容之整体性特点。

三、公共利益的功能及其实现

如前所述,公共利益在内容上,应该包括经济、伦理与制度三个方面。作为公共利益的整体,与个人利益比,其法律地位应该被受到同等看待。笔者下面即以结构内容为纬度,以与个人利益为参照,探讨公共利益所具有的法律效用,以及这种效用的实现。

(一) 公共利益的功能

1. 从经济纬度看,公共利益具有逆转与抑制社会不公平之效能。首先,市场经济具有瓦解整体性社会,突出个人利益之作用。市场经济把人假设为追逐个人利益最大化的合理经济人。这种利益最大化是通过自由竞争来实现的。而竞争之后果导致社会财富的两极分化,从而造成社会的不公平。其次,我国目前的经济体制是建立在土地使用权和部分生产资料归个人所有的基础之上的。市场经济强调独立的生产要素间的相互协作,促使拥有这些生产要素的个人在经济利益的驱动下自愿分工和合作,而非象以往那样依靠国家强制力硬性地捏合在一起。市场经济的发展瓦解了传统社会(国家本位主义),但其又以利益为纽带,形成了一定范围内不特定多数人的利益关系。这种利益关系即为公共利益。其由于具有非竞争性与共享性的特质,因此可以有效抑制市场经济的非理性竞争,从而最大限度地缓和了因自由竞争所产生的社会不公平。最后,这种公共利益的形成是以利益为纽带,就意味着国家不得以强权方

^①王 轶:《正确理解公共利益,切实维护私人权利》,载《今日中国论坛》2007年第4期,第21页。

式对个人利益的过分干预,否则,不仅不会实现社会公平,反而会制造更大的不公平;不仅不会促进“效率”,反而会降低效率^①。

2. 从伦理方面看,公共利益对违反善良风俗之“私法自治”进行必要的限制。首先,在私法自治原则下,当事人只有在公序良俗(公共利益之一个方面)范围内创设法律关系,这个创设自由才能发生法律效力,否则无效。作为一种原则或义务性规范,公共利益具有强制性与实质性。据此,前面提及的“公媳婚姻”若从形式上判断,当事人并没有违反任何法律规则,即,很难被认定为无效;但若从公共利益的实质性上看,我们可以看出,其行为却与一个理性人伦理生活相违背,因此可以被直接认定为婚姻无效。由此看,我们进行个案探讨,必须要同时考虑到公共利益的强制性与实质性。这正如有学者所言:善良风俗目的在于不使法律行为成为违反伦理之工具,而使违反法律本身价值体系或违反伦理者在法律上具有强制性^②。

3. 从制度层面看,公共利益作为一个原则或规范可有效规制除社会经济秩序、伦理秩序以外的,如政治秩序、宗教秩序与法律秩序等。如果按照学术通说,公共利益包括经济与伦理利益,则当事人越狱、背叛国家、散布反动言论、破坏选举等行为就很难被进行归类。特别随着政府职能转向公共服务,更应该强调公共利益的制度层面。

(二) 公共利益功能之实现

公共利益之功能可有多种实现方式,主要有自力、他力与他主三种方式。

1. 自力方式——指公共主体通过行使公共行为,直接实现公共利益。如具有国家高度安全性的项目研发,必须由国家直接进行,而不能通过授权或者委托其他私主体实施。这是公共利益实现的常态,当然也是一种传统形态。

2. 他力方式——指公共主体对于规模巨大、条件复杂的,不涉及安全因素的,并且又不适合自力完成的公共事业,往往通过委托或者授权等方式去实现。如国家可将公共事业通过承包、租赁方式委托给商家经营,来实现公共利益;国家也可以授权没有公共职能的机构去从事公共事业。这是公共利益实现的即时形态。然而,商家为营利目的参与公共事业,并不意味着公共事业的性质转变,而是更好地保证公共利益的实现。实践中,我们不能因为某项工程由商人承包,就否认其公共利益性。商人以营利为目的的承包公共事业,丝毫没有改变利益的公共性。

3. 他主方式——指公共主体为了维护社会公平,谋取不特定多数人之利益,往往通过财政支持、反垄断免责等制度措施,促进、鼓励社会公众他主设立合作社等组织,以实现公共利益的最大化。这是包括我国在内的世界很多国家的一贯做法,应该说是公共利益实现的持续形态。

综合全文,本文已对公共利益的概念、结构与功能进行了“三位一体”的探讨。在文中,笔者提出了公共利益宪政前提说、内容三要素说、并重说与本性说、社会公平功能说等概念,并进行了相应的论证。但是,公共利益作为一种公共需求,已经渗入政治、经济、公共行政等各个领域,并已被深入地研究。而笔者仅从民商法视角对其作出管窥式的考察,不免偏见与肤浅,因此,恳请同仁予以拓展与深入,以推进公益话题的进一步研究。

■ 作者简介:陈 芳,武汉大学法学院博士生,上海海事大学法学院副教授;湖北 武汉 430072。

■ 基金项目:上海海事大学校基金项目(A2010023062G)

■ 责任编辑:车 英

^① 孙笑侠:《论法律与社会利益》,载《中国法学》1995年第4期,第58~59页。

^② 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2005年,第47页,第289页。