

ANHUI DAXUE YANJIUSHENG LUNTAN 2007

安徽大学研究生论坛2007

法 学 卷

《安徽大学学报》编辑部 编



安徽大学出版社

安徽大学研究生论坛 2007

法 学 卷

《安徽大学学报》编辑部 编

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学研究生论坛:2007/安徽大学学报编辑部编.

—合肥:安徽大学出版社,2008.5

ISBN 978-7-81110-465-3

I. 安... II. 安... III. ①人文科学—文集②社会科学—文集

IV. C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 068584 号

安徽大学研究生论坛 2007

法学卷

《安徽大学学报》编辑部 编

出版发行 安徽大学出版社

(合肥市肥西路3号 邮编 230039)

联系电话 编辑室 0551-5107145

发行部 0551-5107784

电子信箱 ahdxchps@mail.hf.ah.cn

责任编辑 刘云

封面设计 孟献辉

经销 新华书店

印刷 中国科学技术大学印刷厂

开本 1/16 787×1092

印张 87.625

字数 2652 千

版次 2008 年 5 月第 1 版

印次 2008 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81110-465-3

定价 200.00 元(全四册)

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

目 录

【法理学】

论公共利益与个人利益的均衡	李广磊(1)
公共利益的确立与保护	龚明康(4)
民主也疯狂	
——议多数人暴政及相关价值权衡	吴允春,钟祖凤(7)
科学发展观是法理学研究的理论基础	
——党的十七大与法理学的发展	晋 瑾(10)
试论“遵循先例”原则	刘 岩(13)
“无讼”探析	聂 也(16)

【宪法与行政法】

论民主、共和与宪政的契合	李 蕾(19)
美国《权利法案》刍议	刘 朋(22)
美国宪政生成的理性思考	严 燕(25)
中国宪政历史价值的思考	余七子(28)
论我国宪法解释制度的完善	倪 慧(31)
试论宪政的基督教神学基因	钟祖凤,张 琴(34)
试论我国宪政文化发展的大众基础	贾亚琼,王 涛(36)
论竞选制度的引进与我国选举制度的民主化	刘 楠(39)
试论如何构建平衡性宪政	李二涛(42)
论宗教对西方宪政的影响	张高英,贾亚琼(45)
论我国现行行政听证制度的主要问题	王 涛,张高英(48)
深圳公开示众事件引发的行政法思考	陈鸽君(51)
试论农民工权益的行政法保护	何宗发(54)
试论我国公务员权利保障制度的完善与创新	胡 涛(57)
论我国公用征收的法律制度	孙方红(60)
试论农村学子之高等教育平等权问题	付 琴(63)

【刑 法】

未成年人犯罪及其分析	赵静美(66)
------------------	---------

试论刑法研究中的期待可能性问题	张 洁(69)
评龙勃罗梭天生犯罪人理论	王 菲(72)
试论死刑废止论的思想根源	
——从死刑与人权理念的关系出发	郭 娜(75)
巨额财产来源不明罪若干疑难问题探析	李 伟(78)
试论对向犯	虞根松(81)
试论非犯罪化概念	张 博(84)
关于加罗法洛自然犯罪与法定犯罪思想的评述	瞿兴松(87)
准强奸罪研究	李畅运(91)
试论原因自由行为理论及在我国刑法中的完善	刘绪凯(94)
贪污贿赂犯罪的心理特征与预防对策	柳芳玲, 鲍 祥(97)
试论邪教犯罪	张俊峰(100)
试论我国刑法中的持有犯罪	黄 莹(103)
危险犯的犯罪中止	包万云(107)
对我国单位犯罪惩罚机制的比较和建议	胡永生(110)
单位犯罪的认定与惩处探讨	方 方(113)
罪刑法定原则与国际刑法的结合	袁 琳(116)
论共同受贿中的“特定关系人”	王 浩(119)
单位犯罪主体论	康 宇(122)
试论死刑制度改革	李 红, 沈菊芳(125)

【诉讼法】

论我国刑事和解制度的构建	解 立(128)
沉默权的立法思考	黄静雨(131)
美国陪审制度的挑战	陈 刚(134)
试论美国陪审制度的运行及合理性	王 丽(137)
试论行政诉讼被告	龚静静(140)
行政公益诉讼的原告资格考察	陈金森(143)
行政附带民事诉讼制度探究	查宜宝(146)
公益诉讼问题探析	张 琴, 吴允春(149)
试论民事诉讼契约	段婧婧(152)
试论辩护律师在侦查阶段的有限阅卷权	刘文丽(155)
程序正义的法社会学思考	姚尚武(158)
恢复性司法之管见	王 芳(161)
构建刑事审前司法审查制度条件探析	夏 莉(164)
论程序法和实体法的关系	蒋 娟(168)
试论纳税人诉讼制度	方 琦(172)

试论人民检察院的诉前和解	刘德意, 叶光华 (175)
论陪审制度的发展历程及其典型模式	吴欣欣 (178)
关于人民监督员制度性质的思考	温后钟, 王 芳 (181)
公诉权制约机制研究	郭德峰 (184)
侦查阶段律师的权利保障	曹晓静 (187)
论恶意诉讼	沈典松 (190)
论我国刑事诉讼证明标准	张成龙 (193)
关于沉默权若干问题的思考	王晨霖 (196)
试论程序法的价值	史 炜 (199)
试论我国行政诉讼受案范围之完善	白云雷 (202)

【经济法】

建立用税监督权制度必要性研究	封 祥 (205)
论公共财政理念对构建和谐社会的作	王广元 (208)
我国一人公司立法评析	刘 俊 (211)
试论新公司法人格否认制度在一人公司中的适用	项 峰 (214)
试论洗钱罪的立法修订	宁向阳 (217)
利益平衡视角下的第二次纳税义务规则	郑玉爱 (220)
论民办教育发展中的不正当竞争行为	蔡金淋 (223)
我国上市公司治理存在的主要问题与对策	周玲玲 (225)
试论董事民事赔偿责任追究机制	刘德富, 刘吉舟 (228)
试论纳税人权利的理论依据与内容	
——兼评中国纳税人的权利现状	徐小林 (231)
上市公司股东知情权初探	江 莹 (234)
试论金融法的基本原则	张 岚 (237)
税收比例原则	龚婷婷 (240)
试论独立董事制度之完善	周 妍 (243)
欧盟竞争法中的域外适用原则	鲁晓燕 (246)
试论我国商业银行信息披露法律制度	詹子友, 贾梅英 (249)
税务代理制度研究	戴寅华, 苏 岑 (252)
合同无效, 所纳税款应否返还	
——解析实质课税原则	刑晓晓 (255)
预算听证	卞喜梅 (258)
试论公司法人人格否认制度	
——一个税法学视角	汤常荣 (261)
关于我国公司人格否认制度若干问题的探讨	高坤文 (264)

【民商法】

- 德国民法中的法律交易理论探析 姜水静(267)
- 交通事故引发的责任竞合 余志来(270)
- 留置权法定主义探析 孙爱堂(273)
- 试论共同侵权 谢文生(276)
- 论遗失物的界定及其拾得人的报酬请求权问题 张照鹏(279)
- 论担保物权存续期间制度 刘全兵(282)
- 共有人优先购买权之探析 余波(285)
- 对我国留置权效力的理解 殷东树(288)
- 论机动车交通事故责任强制保险中受害人的直接请求权
..... 机动车交通事故受害人救济问题研究课题组(291)
- 建筑工程优先受偿权法律问题研究 杜健(295)
- 人格标识商品化利用的民法保护 许晶晶(298)
- 试论盗赃、遗失物善意取得制度 许永根(301)
- 析不可抗力与商业风险 沈菊芳,李红(304)
- 论离婚后原配偶间的扶养义务 周芳(307)
- 论我国婚内侵权赔偿制度 曹凌子(310)
- 试论股东派生诉讼提起权的滥用 汪波(313)
- 论空间权可以作为一种建设用地使用权在立法中规定
——兼评《物权法》中关于空间权的规定 李翠萍(316)
- 试论我国民事时效制度及其完善 吴峥(320)
- 电子商务合同的管辖权问题研究 洪源(323)
- 房屋拆迁现行模式弊端及应然状态 高晓敏(326)
- 关于民事领域惩罚性赔偿制度的探讨 丰青青(329)
- 论不动产之善意取得 倪文娟(332)
- 可预见标准在侵权法中的作用 洪鹏程(335)
- 农村宅基地纠纷之民法解 姚立明,马立飞(338)

【国际法】

美国的民主输出制度

- 以民主与人权为视角 刘文静(341)
- 试论国际私法领域的弱者利益保护原则 张俊(344)
- 试论国际私法的法律规避效力 许丽丽(347)
- 试论国际私法保护弱者利益原则 杨习凌(350)
- 电子商务涉及的国际私法问题 加西亚(353)
- 电子商务的法律适用问题 包莉(356)

试论消费者保护的国际私法原则	刘 阳(359)
论国际航空旅客运输侵权损害赔偿之法律适用	江 群(362)
论国际私法对海事合同弱者利益的保护	陈 倩(365)
互联网对国际私法中连结点的影响	俞敬姚(368)
论船舶碰撞及其法律适用	刘丹丹(371)
涉外侵权法律适用原则的比较	徐 兵(374)
试论国家主权的来源	
——以自然法视角	李结华(377)
《联合国海洋法公约》的形成及其几个重要的相关理论问题探析	李 林(380)

【法律史】

中国传统刑法文化初探	李建华(383)
历史法学派与德国民法典	朱振辉(386)
试析中国不同历史时期法律转型对当今中国法律的启示	王树炜(389)
试论《吕刑》的审判原则和诉讼程序思想	李建国(392)
论法家的功利主义思想	张占鹏(395)
中国古代传统律学发展与反思	陈 晨(398)
清末及民国刑法典去伦理化之思考	魏 宁(401)
英国早期职业律师阶层对英国法律传统的影响	徐 园(405)
唐“六赃”的规定对我国现今惩治贿赂犯罪立法的启示	雍 磊(408)
论现代中国民法对《德国民法典》的继受	魏春明(411)

论公共利益与个人利益的均衡

李广磊

公共利益与个人利益两个概念由来已久,而在合法状况下又都是法律保护的对象。但当二者发生冲突时,如何取舍却一直存在着争论。在中国的文化传统中,利益是不值一提的词语,而个人利益更是牺牲的对象,近代以来这种观念虽然受到一定的冲击,但没有从根本上予以消除,体现在立法中就是对个人权利的保障明显薄弱。而公共利益更不受重视,基本上就是国家和政府利益的代名词。只是随着经济发展和人本主义思想的传播,个人利益的保护越来越受到重视,但公共利益仍处于模棱两可的状态,又由于它的暧昧地位而经常受到摒弃,最终的结果却又会导致个人利益的受损。

个人利益的概念属性无需多言,只是要明确“个人”并不是仅指的是作为社会个体的个人,其中也应当包括一些集体性的利益。“集体利益仍然是一种个体利益,是特定人的利益总合,如公司利益和股东利益。”^[1]而这种集体的利益与公共利益最大的区别在于其利益主体的特定性。公共利益这一问题现在仍然存在一定的争议,因此有必要对其做单独阐述。

一、公共利益简析

(一)公共利益的概念

公共利益的概念问题在法学理论界存在很多说法。“社会”在西方社会学中存在两种解释,一是“唯实派”,认为社会是真实存在的实体,在这种情况下,社会公共利益才有其存在的物质基础;另一种是“唯名派”,认为社会是空名而非实体,真实存在的只是个人,因而也不存在所谓的公共利益。^[2]从现实情况来看,人们虽然尽量回避公共利益这个说不明白的问题,但它的存在性却毋庸置疑,只是感到可意会而不可言传,因而在学界也没有权威的定义。但必须明确的一点是要把公共利益与国家政府的利益分离开来,虽然二者在利益面上有很多重合之处,但还是不应当成为等价关系。

(二)公共利益的特征

公共利益具有以下基本特征:

1. 不确定性及广泛性。公共利益的不确定性是由于公共利益主体以及内容的不确定所致的。在主体上,公共利益涉及主体当然是多人以上。具体说在横向上一定地域可以形成一定的公共利益;而在纵向上说一个行业也可形成一定的公共利益。公共利益的内容更是多种多样,可以涉及到生活中的各个方面。由于公共利益的这种特征,很难给出一个确切的令人信服的概念,因此有学者主张其本身就是一个模糊概念,不能下确切的定义。公共利益还具有广泛性的特征,如前所述,公共利益涉及主体是多人以上,而在公共利益内容不同时,涉及范围也不同,可能是一定地域也可能是某一行业;在有的相关法律中甚至涉及到一个行政村的公共利益,可见公共利益是相当广泛的。

2. 私权益性。公共利益是私权益的集合。公共利益不应成为国家利益与政府利益的代名词,公共利益应当是公权保护的对象而不应当是公权本身,在公共利益中所涉及到的利益主体地位应当是平等的。就算在公共利益中政府也是主体一方参与其中,它的地位与其他主体也应当是平等的而不是凌驾于其他主体之上。

3. 自然形成性。公共利益的形成并不是人为创制的结果,它是由私益在某一点上的集中而形成的,这种形成过程是自然的,而不是说法律规定中涉及某一公共利益则该公共利益就被法律所创制。在法律制定之前,公共利益已经存在。

4. 政府主导性。目前在国内外,涉及公共利益的问题的主导者仍然是政府。由政府主导公共利益当然非常有利于公共利益的保护,因为有公权这一强大的后盾保障。但政府在保护公共利益过程中出现的问题也相当多,例如偷换概念,利用公共利益的不可确定将政府利益也更名为公共利益予以实现;再如空喊口号,政府保护公共利益时仅仅停留在口头

上而不是落实到实际工作中等等。因此说来,由政府作为公共利益的主导者的负面效应还是很多,而欲做到公共利益的切实保护还是应当有完善的制度保障。

5. 法律的概括保护。在涉及公共利益的法条中数量较多的就是“为保护公共利益制定本××”,其次就是将公共利益作为一种原则,如“××××,不得违反社会公共利益”,而真正关涉到法律责任的条文数量不多。从总体上来看,法律对公共利益的保护还是一种概括保护,这也是由公共利益的不确定与广泛性决定的。法律要求稳定与抽象,因此立法时也难以对公共利益作具体的规定。

6. 缺乏完善保障机制。由于法律对公共利益的保护只是概括保护而政府作为公共利益的主导者的法律责任问题也没有规定,导致公共利益成为空中楼阁,广大的公共利益主体看得到却触不到,感受不到公共利益的实际保护。而在中国传统社会公共意识与主体意识淡薄的情况下,期待公共利益主体的自觉维权并不现实,在这样的条件下,公共利益的保障自然薄弱。

二、公共利益与个人利益的关系

作为利益主体的社会、国家、个人在地位上应当是平等的,承认它们各自的独立地位是分析其中的关系的基础。必须剔除被人为当作公共利益的国家或政府的利益,重点分析“较单纯的公共利益”与个人利益的关系。

(一)互相促进作用

社会是由个人组成的,个人利益的发展有助于增进社会利益;而维护社会公共利益的根本目的仍然是为了个人的发展。正如亚当·斯密所说,“一般来说,单个的个人实际上既没有增进公共利益的打算,也不知道他的行为增进了多少公共利益。但是,由于他具有支持本国产业而不是外国产业的偏好,他保护了自身的经济安全;由于他以产品价值最大化的方式来管理他的产业,他增加了自身的收入;个人在这一过程以及其他许多过程中,都是由一只看不见的手引导着并增进了社会的利益,虽然这最终的结果并非出自个人的意愿。不过,个人这种无意识的行为并不总是不利于社会的。相反,通过追逐自身的利益,他对社会利益的不断地促进作用甚至比他想这么做时更为有效。”^[3]在斯密看来,公共利益只是一种抽象的东西,是社会个体利益的简

单相加。

实际情况并非如此,现代社会的发展逐渐证明个人与社会之间的紧密联系。个人不能脱离社会而存在,根据马克思主义整体论的观点,个人只有在社会中才能充分发挥作用。而对于整个社会而言,它是由个体构成的,人们之所以能够形成社会根本目的还是为保障和促进个人的发展。由于利益主体的社会 and 个人的这种相依相生的关系,决定了公共利益和个人利益之间存在着互相依赖与促进的关系。

(二)互相侵害作用

公共利益与个人利益共存于社会之中分别由社会和个人掌握,因为利益本身具有的扩张性决定它们不可能相安无事。社会希望个人更多地处于自己控制之下而个人却希望摆脱束缚获得更多自由,个人与社会的这种对抗性无疑带来公共利益与个人利益的互相侵害。

根据斯密的观点,个人追求自己的利益处于无意识状态下也增加了社会利益,确实存在这种情况,但事实并不总是如此。权利义务具有相对性,个人出于利己的目的寻求私利是自由权利,但必须在不损害其他人利益的基础上进行。从现实情况看,个人为追求利益最大化往往会损害到社会公共利益。比如现存的环境污染、食品安全等问题都是这样造成的。此外,社会公共利益在自我保护过程中也会威胁到个人利益,尤其是在公共利益之后往往都有公权力作为其保障,这样个人更无反抗的余地。例如在2003年发生的“非典”疫情中,甚至个人的人身自由都要受到限制。

三、公共利益与个人利益的均衡

在公共利益和个人利益能够互相促进时当然皆大欢喜,然而这种促进又都有侵害的存在。每个公共利益的实现都要建立在限制私利的基础上,只是在现代社会,很多人不再承受这种限制,它的合法性受到了质疑。^[4]在这种情况下重建公共利益与个人利益之间的均衡关系十分必要。

(一)公共利益的根本目的

1. 公共利益最终实现于个人。人类结成社会的目的当然不是为了使自己受到限制,而是在这种群体状态下更有利于自己的发展,因此社会的根本目的在于保障和促进每个社会个体的发展。而为了社会能够健康、稳定、和谐的发展形成了社会所有的公共利益。公共利益的出现不是为了国家、政府或其

他一些集团,根本上还是为了每个组成社会的成员,最终公共利益都会实现在个人身上。只是人们在接受这种积极效应是也得承担它所附带的负面效应。

2. 公共利益目的的全面性。社会中的人都有阶层和社会地位之分,利益分配不尽合理。而对于公共利益来说,作为社会成员的个人是没有这些差别的,他们都应当平等且完全地享有公共利益,公共利益是私益的集合体,在这个集合体内没有地位的差别,所有人都应当是完全平等的。

(二) 个人利益造成资源浪费

在现代社会,资源的有限性越来越受到人们的重视,如果脱离公共利益的限制必然造成资源的浪费,原因是多方面的,既有客观原因也有主观原因,其中主要是主观原因:

1. 自利的本性。由于个人和家庭需要,每个人都有利己的本性。只有在个人利益被满足的基础上才会考虑到利他。正是这种利己的本性使个人的某些行为与社会公共利益发生了矛盾。

2. 利益最大化动机。自然人不仅有自利的动机,而且为了满足私欲还具有追求利益最大化的动机。这一动机决定了个人会忽视他人利益的存在,忽视资源稀缺和社会总体利益有限的事实。

3. 自发性和盲目性。为了满足个人需求,每个人都根据自己的利益决定自己的行为方向。又由于信息的不完整和自身局限性造成了个人的非理性判断,决定了个人选择的自发性和盲目性。^[5]在这种情况下自然造成资源的浪费。

(三) 实现私益最大化的最佳途径

1. 净化公共利益。对公共利益这一概念的明确界定是实现公共利益根本目的的前提。在我们现在所提到的公共利益中承载着太多的内容,而其中最明显且危害最大的就是以公益为名的一些政府的

利益和集团利益。“社会公共利益作为法律维护的对象或利益单元应该有自己的确定内容,以区别于个人利益和其它利益。否则,所谓的社会公共利益不但成为空谈,而且极易被政治国家随意利用,成为侵蚀私人利益的借口。”^[6]笔者认为应当净化公共利益,重建人们对公共利益的信心,尽量将维护公共利益的任务交给社会组织来完成,这样会更加民主,更具有说服力。

怎样对公共利益进行界定,这还是一个学界正在争论中的问题。有学者采用反向界定方法,即排除原公益概念中的非公共利益部分,从而从中提取“较为纯净的公共利益”,这一问题仍有探讨的价值。^[7]

2. 个人利益对公共利益的谦让。在公共利益得到净化的基础上,个人利益在同公共利益遭遇时,就应当自觉而主动退让。公共利益得到维护,由于它的根本属性是群体私益的集合,最终的受益者仍是个人。因而,在个人利益与公共利益发生冲突时毫无疑问地应当选择公共利益,进而在法律中重新树立个人利益服从公共利益的原则。

3. 公共利益尊重个人利益。当然,公共利益要保护,但也不应当回到摒弃私益的老路上去。当发生了需要维护公共利益的时候,就必然需要与公共利益有抵触的个人利益做出牺牲。要实现社会公共利益与个人利益的均衡需要两方面的共同努力,个人利益被迫退让,个人就要承担所带来的损失,在个人利益不是非法利益的情况下,由个人承担这种损失当然是不公平的。因此公共利益应当对个人利益进行适当补偿。而且仅仅是经济上的补偿是不够的,应当还要给出合理的理由,这不仅是简单的法律程序,它所体现出来的是对个人利益的尊重,对其合法性的承认。

参考文献:

- [1] 薛克鹏. 经济法的定义——社会公共利益论[M]. 北京:中国法制出版社,2003:197.
- [2] 顾肃,张凤阳. 西方现代社会思潮史[M]. 济南:山东教育出版社,2004:256.
- [3] 陶攀. 2004年行政法年会“公共利益的界定”之议题研讨综述[J]. 行政法学研究,2004(4):37.
- [4] 唐忠民,温泽彬. 关于“公共利益”的界定模式[J]. 现代法学,2006(5):56.
- [5] 胡建森,邢益精. 公共利益概念透析[J]. 法学,2004(10):34.
- [6] 沈桥林. 公共利益的界定与识别[J]. 行政与法,2006(1):81.
- [7] 关保英,梁玥. 论公共利益的法律限定[J]. 学术研究,2006(4):74.

作者:安徽大学法学院硕士研究生;导师:程雁雷

责任编辑:木 子

公共利益的确定与保护

龚明康

在我国,保护公共利益的规定已经相当完备,不仅宪法规定了保护公共利益的条款,而且大部分法律、法规和规章也都规定了保护公共利益的条款。这些规定虽然表述方式各不相同,却为有效保护公共利益提供了充分的法律依据。我国宪法修正案第10条明确规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”近些年来,随着城市化进程的加快,各地大型征地项目纷纷涌现,“大学城”、“经济开发区”、“高新技术开发区”等形形色色的项目都打着公共利益的旗号进行规划建设,一时间公共利益就好像一张挡箭牌,什么事项都可以说成是“为了公共利益的需要”,滥用公共利益的现象随之蔓延。因此,人们开始反思究竟什么是公共利益,公共利益问题引发了广泛的关注与讨论。结合国内外关于公共利益的不同观点,本文试图对公共利益予以确定,并力图寻求保护公共利益的有效机制。

一、何谓公共利益

(一)我国对公共利益的理解

在我国,由于倡导集体主义,强调国家利益和集体利益至上,极度轻视个人利益。在很长的一段时期里,人们一直认为国家利益就是公共利益。改革开放以来,随着“解放思想、实事求是”理论的提出,人们对公共利益的理解开始逐渐深入,公共利益与国家利益有区别的观点得到了普遍的认同。公共利益不仅作为同国家利益相并列的一个理论概念出现于教科书、专著和学术论文之中,而且作为同国家利益相并列的一个法律概念规定于法律之中。但究竟什么是公共利益,学者们并未作深入的阐明,法律上也没有为其下一个明确的定义。随着滥用公共利益现象的日趋蔓延,社会各界强烈要求对公共利益予以清晰界定。

目前,围绕着公共利益问题学者们存在着不同的观点。有学者认为公共利益根本就是一个伪问

题。经济学界认为不同的价值偏好之间不可能形成公共利益,法学界部分学者认为公共利益是政府为了调和不同的利益而生造出的一个概念——公共利益不过是政府调和竞争的利益之后所获得的佣金。我国学者赵震江认为“社会有两个领域,市民社会和政治国家。特殊的私人利益的总和构成市民社会,普遍的公共利益的总和构成政治国家。公共利益表现为社会利益或国家利益。私人利益即每一个社会成员的利益。”我国学者李昌麒教授曾从主体和时空维度对公共利益进行概括,他认为:“社会公共利益是指广大公民的利益。这里的‘广大’,一是指范围上的广大。这种‘广大’既有全国性的广大,又有地区性的广大,其外延取决于特定法律、法规的适用区域。二是指时间上的‘广大’。此种‘广大’既包括生活在地球上的当代人,也包括未来将生活于地球上的人们。”^[1]我国民法学者梁彗星教授认为所谓的“公共利益”就是指全体社会成员都可直接享受的利益。机场、公共道路交通、公共卫生、公共图书馆、灾害防治、国防、科学及文化教育事业、环境保护等等,均属于公共利益。

(二)国外对公共利益的理解

在国外,关于公共利益的理解也是众说纷纭,莫衷一是。美国学者罗纳德·德沃金认为公共利益应该属于政策而不是原则的范畴,原则用以阐述个人权利,政策则用于阐述集体福利。用于阐述个人权利的原则是刚性的,而用于阐述集体福利的政策则是柔性的、可妥协的。对一个柔性的、可妥协的概念进行定义几无可能。公共利益概念在德国被认为是公法上的典型的不确定法律概念。英国功利主义法学家边沁则宣称“个人利益是唯一现实的利益——社会公共利益只是一种抽象,它不过是个人利益的总和”。在这里,边沁实际上否认了公共利益的存在。

总之,从上述国内外关于公共利益的各种观点可以看出,公共利益的确是一个高度抽象、歧义丛生的概念,部分学者对于公共利益是否属于一种现实

的独立的利益仍然存在质疑,公共利益有被虚无化的倾向。

二、公共利益的内涵

笔者认为公共利益是一个历史的范畴,是一种现实的独立的利益。在最初的原始社会,生产力极端低下,由于没有阶级之间的对抗和压迫,只存在全社会共同的利益。随着生产力的进一步发展,出现了私有制和阶级,新的社会关系也随之产生了。在新的社会关系面前,社会自身再也无力解决这种对立的冲突了,为了不使相互冲突的阶级在残酷的斗争中同归于尽,一种凌驾于社会之上的力量——国家便产生了。随着私有制和国家的出现,原先全社会共同的利益开始逐渐分化,从中逐渐形成私人利益和国家利益,公共利益的概念在此时也逐渐被提了出来。由于公共利益的概念不同,不同的历史时期、不同的国家会有不同的理解,因而公共利益的内涵也会有所不同。例如古希腊客观唯心主义哲学家柏拉图认为:“从政治控制来看,私人利益必须服从公共利益,因为公共利益与个人的善是联系在一起的。”在那时,虽然已经形成了最初的城邦国家,但国家利益并没有伴随着国家的形成而立即产生,相反公共利益在人们的观念中却扎根很深,国家利益是包容于公共利益之中的,因而内涵十分丰富。柏拉图的学生亚里士多德认为:“凡照顾到公共利益的各种政体就是正当或正宗的政体;而那些只照顾统治者利益的政体,就是错误的政体或正宗政体的变态偏离。”从某种意义上讲,统治阶级倾向于控制整个国家政权,统治者的利益实际上代表了国家利益。在这里,公共利益与国家利益之间有了明显的界分。18世纪法国唯物主义哲学家和政治思想家爱尔维修认为“公共的利益——是最高法律”。^[2]在这里公共利益成为一种评判标准,因而涵义也是十分广泛的。公共利益的涵义也有广义和狭义两种理解,广义的公共利益包括国家利益,狭义的公共利益则不包括国家利益。我国宪法第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”在这里,宪法把社会利益与国家利益、集体利益和个人利益相并列,足以说明社会公共利益是一种独立的利益类型。在我国,公共利益的涵义较为狭窄,不包括国家利益。这不仅表现在理论中公共利益是作为同国家利益相并列的概念来

论述的,在法律中公共利益是作为同国家利益相并列的领域来规定的,更重要的是在现实生活中当问及什么是公共利益时,人们通常会认为公路、铁路、桥梁的建设和维修以及环境保护等等都属于公共利益。^[3]

三、公共利益的确定

面对当前以公共利益之名谋取私人利益、商业利益的现象,社会各界强烈要求对公共利益予以清晰界定。有学者认为应当由立法机关直接在法律中规定公共利益的种类和范围,也有学者认为应当为公共利益设定相应的判断标准。我国学者孙笑侠把公共利益理解为“公众对社会文明状态的一种愿望和需要”,包括:1. 公共秩序的和平与安全;2 经济秩序的健康、安全及效率化;3 社会资源与机会的合理保存与利用;4 社会弱者利益;5 公共道德的维护;6 人类朝文明方向发展的条件等。从中可以看出,尽管对公共利益作了尽可能的列举,仍然很抽象,内容仍然无法穷尽。公共利益是具体的,但内容却是非常丰富的,因而范围也是非常广泛的。公共利益是一种范围和种类广泛的利益形态,其受益主体具有普遍性和不特定性的显著特点,它既可能是全局的、长远的利益,也可能是局部的、现实的利益,但在具体的社会关系中,它仍然是一个特定的具体的利益形态。

同时,公共利益的范围也并非一成不变,随着时代的发展,人们对公共利益的认识也会有所发展变化,因而公共利益有时很难和国家利益严格分开,但公共利益绝对不能和国家利益完全等同。例如保护环境是大家公认的公共利益,不仅仅是个人的责任,也应当是国家和集体共同的责任,不仅关系到当代人的发展,也关系到子孙后代的发展,是一种全局的长远的利益,体现了可持续发展的理念。此时的公共利益已经超越了国界,是全人类的利益,其受益主体就具有普遍性和广泛性,其与国家利益的区别也是很明显的。又例如某城市需要拓宽道路建设也属于大家公认的公共利益,属于区域性范围的建设事项,但其受益主体却具有不特定性的特点。从某种意义上讲,城市道路拓宽建设属于国家的基础设施建设,是国家利益的体现,也属于国家利益。但是如果过分强调国家利益,则可能妨碍公共利益。因此,当法律规定中公共利益与国家利益并存的时候,应当对国家利益作狭义的理解,即国家利益主要包括国家的安全、军事、外交等方面,具有很强的对外性,

是一个国家主权的体现,主要是从政治和政策的角度来考虑的;而公共利益则主要倾向于国内的经济和文化建设等方面,很少涉及政治因素。从根本价值取向上看,公共利益与国家利益是一致的;从政治和经济的密切关系角度看,公共利益与国家利益又存在着千丝万缕的联系。公共利益与国家利益相互作用、相互影响,公共利益与国家利益两者之间存在交叉重叠的关系,但又不完全等同,因此公共利益有时很难和国家利益严格分开。由于公共利益本身是一个高度抽象的概念,就像哲学上的“物质”、政治学上的“人民”的概念一样,公共利益是一个具体的历史概念,在不同的历史时代,公共利益有着不同的涵义和内容,不宜为其下一个明确的定义。同时公共利益又具有相对确定的、永恒不变的内容,例如保护环境、修建公路、铁路等设施,因此除了立法上采用列举式的方法和使用兜底条款对公共利益的范围进行确定外,关键在于在实际过程中应当对公共利益的确定使用合理的方法。正如洛克所认为的,人民的权力是至上的,但却是隐蔽的,“因为人民的这种最高权力到政府解体时才能表现出来”。因此,可以说公共利益也是至上的,但却是隐蔽的,公共利益只有到具体的事项时才能表现出来,确定一种事项是否属于或者涉及公共利益,应当具体问题具体分析。

四、公共利益的保护

对公共利益的确定过程本身也是对公共利益的保护过程。由于政府通常被认为是为公共利益而设立的,行政机关及其工作人员对于公共利益的维护就起着至关重要的作用。我国《物权法》规定:“为了公共利益的需要,集体所有的土地和依照法律规定的权限和程序可以征收单位、个人的房屋及其他不动产。”从上述规定可以看出,公共利益的确定权主要是掌握在政府手中的,在现实的征收行为中,也

的确是这样。孟德斯鸠曾经说过:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”^[4]在缺乏权力监督的情况下,权力滥用的可能性便不可避免,以公共利益为名谋取私人利益、商业利益,滥用公共利益的现象也就随之产生了。因此,保护公共利益的有效方法就是打破政府对公共利益的绝对垄断的确认权,建立公共利益的事先审查机制。具体一点来讲就是,一个事项是否涉及或者属于公共利益,不仅仅是政府说了算,应当赋予利害相关方对此事项的知情权。如果仍然不能达成一致时,则应当采取听证会的形式,必要时邀请专家、学者进行论证。我国学者王学辉认为:“现代行政的目的,在于实现公共利益,其所追求的目标是谋求公共利益,维护公共秩序,增进公共福利”,“行政职权的公共性也称为公益性。公共利益是现代国家的存在的意义和目的。公共利益的归宿则是个体利益。维护和促进公共利益是现代国家的重要职能。”^[5]从某种意义上讲,公共利益体现了一个社会的一种价值取向,由于公共利益的受益主体具有相对不确定性的特点,对公共利益的保护最终也就是对国家、集体和个人利益的保护。由于公共利益的观念不同,不同的历史时期、不同的国家会有不同的理解,公共利益是一种内容和种类广泛的利益形态,公共利益的范围也并非一成不变,随着时代的发展,人们对公共利益的认识也会有所发展变化。因此,除了行政机关及其工作人员发挥重要作用外,立法机关和司法机关对于公共利益的保护也负有不可推卸的责任,立法机关应当尽可能地规定公共利益的新的内容,司法机关应当加强对行政机关及其工作人员的监督。总之,公共利益是一个现实而又具体的利益形态,需要每个人的共同努力,政府对于公共利益的维护具有至关重要的作用,司法是救济公共利益的最后防线。

参考文献:

- [1] 薛克鹏. 经济法的定义[M]. 北京:中国法制出版社,2003:196.
- [2] 张江河. 论利益与政治[M]. 北京:北京大学出版社,2002:43.
- [3] 曹林. 完善物权法需要界定公共利益[N]. 新京报,2006-8-24(B02).
- [4] 郭道晖. 法理学精义[M]. 长沙:湖南人民出版社,2005:154.
- [5] 王学辉,宋玉波. 行政权研究[M]. 北京:中国检察出版社,2002:138.

作者:安徽大学法学院硕士研究生;导师:程雁奋

责任编辑:木子

民主也疯狂

——议多数人暴政及相关价值权衡

吴允春,钟祖凤

民主是什么?胡适先生说得好:“民主的真意义只是一种生活的方式。”民主的本质是人民当家作主,行使管理国家、社会的权力,并在这一过程中表达自己的意志和维护自己的利益。其核心是“权力”,然而,这种区别于君主制的统治方法只解决了国家权力所有者问题,并不能当然解决权力的正当使用问题。因此,在时下各国践行民主的潮流中,如何有效规避民主的风险已成为我们不得不直面的问题。

一、剖析对民主的误读现象,警惕伪民主

在重庆“史上最牛钉子户”事件后,北京在进行老旧小区拆迁重建时采取了和过去完全不同的政策。位于北京东四环酒仙桥旧区改建,今年6月9日举行居民投票,破天荒第一次让五千多户居民以投票的方式决定自己的命运。

少数服从多数,这是我们对于“民主”的最朴素理解。然而,多数决原则也是有适用语境的:涉及公共权力范围的事,可以通过全民投票的方式解决,例如选举村长,选举市长;但是,对于房产这种属于私人财产范围的事来说,全民投票杜绝“钉子户”与多数人瓜分少数人的财产毫无二致,是对民主含义的误读。对私有财产处分意见上的少数派,其合法权利仍应是百分之百的。任何人都不得以“民主”投票方式剥夺他人私人财产权。西方国家有一句格言,对私人住宅,“风可进,雨可进,国王不可进”。而且,我们注意到,酒仙桥项目本质上属于商业开发行为,要遵循公平的原则,不能够发生强买强卖。对拆迁搞公投,实际上是将原本属于开发商与“钉子户”的矛盾,转嫁成为能否接受补偿标准的多数人与少数人的矛盾。在现代社会,我们承认民主能保护多数人的利益,它往往也赋予了公共决策的合法性,但民主不是万能的,民主必须设定合理的边界。否则,正如哈耶克所说:“如果民主不维护法治,民

主就不会存续多久。”

二、合理的怀疑,以新的视角审视民主

民主是一部分人相对于另一部分人的权利,其一般意义就是按照多数人的意志决定,即多数人比少数人更有决定的资格。然而,人由于本身的局限,一定数量聚合的人群并不能确保意志的合法性与正义性。法国政治思想家托克维尔在其名著《论美国的民主》中谈到民主的缺陷:“民主政治的本质,在于多数对政府的统治是绝对的,因为在民主制度下谁也对抗不了多数。”多数借用国家制度的力量侵害个人自由。托克维尔在《论美国的民主》中不担心地表示:“当一个人或一个党在美国受到不公正的待遇时,你想他或它能向谁去诉苦吗?向立法机关吗?但立法机关代表多数,并盲目服从多数。向行政当局吗?但行政首长是由多数选任的,是多数数的百依百顺的工具。向公安机关吗?但警察不外是多数掌握的军队。向陪审团吗?但陪审团就是拥有宣判权的多数,而且在某些州,连法官都是由多数选派的。”^{[1]290}民主虽然被认为是“人民作主”,但是多数的统治绝对不可能是全体的统治,其中少数的意志和愿望常常是被压制的,然而,真理却又往往被少数人所掌握。因此民主本身就存在一个无法解决的悖论:如何证明多数人掌握的一定是真理。在现代这样一个超大规模、多元而异质的时代,真正的全民一致其实是很难达成的,人们基于效率的考量不再通过说服对方取得一致而是选择了更为高效的多数决原则。于是,多数人的权利变成一种强制力量时它也就成为了权力,当然,它同样可能是反权利的。

卢梭在《社会契约论》中说:“公意和众意之间经常有着很大的差别。公意总是着眼于公共利益,而众意则着眼于私利,它只是个体意志的总和。”因此我们实际上无法论证多少意见的叠加是公意,一

种意见如果必须由人头数的统计来证明它的正确性,那么正确与否就没有真正的客观标准,因为民众完全可能由于具体情况包括心理上发生的变化,而在两个不同的时间地点对同类性质的问题做出完全相反的判断。^[2]人们在投票时从来就不会考虑公共利益,就像我们不能或很难通过投票方式分配奖学金一样。退一步说,即使公民有较高的道德情操,“先天下之忧而忧”,其专业技术和认知水平不可避免的局限性也极大地限制了其对公共利益的价值考量。如美国的总统大选,选民很难理解或是有兴趣关注竞选者复杂的竞选纲领,决定选民关键一票的甚至是竞选者的着装或步态。同样的理由,我们也无法证明少数人的意见总是比多数人的意见更高明。从某种意义上说,人间没有真正客观的正义,人类能够达到的正义只能是一个相对的概念。人类可以不断地努力接近正义接近真理,但真正的正义总是高于人类认知范围的领域。

三、理性的权衡,重新定位民主

关于民主容易走向多数人暴政的观点,学界也已有了较多共识,但民主无论在理论上和实践中相对于其他统治方法都更为优越。笔者不赞成某些学者对于民主因噎废食的态度,甚至消极悲观到君主优于民主!民主制有着自身的活力和适应性,通过改良,民主能够焕发新的生命力。

第一,民主能够引入共和中和自身的冲动因素。共和与民主都奉行“主权在民”原则,反对君主制和专制政治。但民主与共和还是有本质区别的。总体上看,民主热衷于平等,共和则推崇有差异的平衡;民主强调多数统治,共和要求保护少数,反对“多数专制”;民主强调本阶级对权力的所有与控制,排斥其他利益主体,而共和则容忍国家权力、公共财富的共享,主张合众、和谐。因此,共和的要义在于实行分权制衡,在于广泛代表性的民意机关,国内各阶级、各利益集团能共享政权,共同行使公共权力,共享社会财富;民主只是崇拜多数,而共和则要求同时保护少数;民主只以多数人的意志与利益为依归,以能保护多数人而不是“每个人”的人权为“正义”,而共和强调代表和兼顾所有人的权益,要求执政者处事要具有公平、公正、中立、宽容等特点,对社会各民族、种族、阶级、阶层、各利益群体的共同利益、特殊利益和个人利益,采取统筹兼顾政策,宽容宽厚的精神。^{[3]24}

第二,宪政控制一切权力,包括民主。民主存在一些无法解决的问题,而这些问题的存在最后可能毁掉民主的真诚目的,民主自身无法保护自己,它需要外在的机制来补正它的缺陷,从而更好地保护它,这种机制就是宪政。毛泽东给宪政下的定义:“宪政是什么?就是民主的政治。”^[4]而周叶中教授则认为:“宪政是以宪法为前提,以民主政治为核心,以法治为基石,以保障人权为目的的政治形态或政治过程。”并认为宪政应包含三个基本要素,即民主、法治和人权。^[5]笔者认为:民主绝不等于宪政。其一,民主不论对个人持何种态度都对人民的集体持乐观主义的态度,而宪政则以天生的猜疑和谨慎为特征。人民的集体是否比任何个人和团体更理性?广场集会式的直接民主是否是最真实和更高级的民主?对这一切宪政既不完全肯定也不完全否定,它只是怀疑,因此它要求不论用何种方式获得的权力都要予以限制,它并不关心权力的来源和获得方式,它只关心对权力的限制。^{[3]25}正如汉密尔顿指出的,即便每个雅典公民都是苏格拉底,雅典的公民大会仍将是一群暴民。其二,民主认为公共精神可以由人头的多数来决定,而宪政则对多数是否能代表公共精神持怀疑态度。即便是激进的卢梭,在他的《社会契约论》中也发出了清醒的警告:“人民是决不会堕落的,但人民往往会被蛊惑。”在集体的行动中由于个体对结果并不直接负责,个人的独立意识就被整个集体所湮灭,导致集体的无意识。这意味着“参与的个体愈多而且群体的力量愈强时,坚决离群的行为也就愈少”。^[6]因此,民主应是共和的并受到宪政的控制。

第三,间接民主削减了多数人暴政的可能性。一个好的社会政治制度应该在多数人可能形成的暴政与个体公民之间设置一个屏障性的保障制度。没有制衡力量的社会哪怕是少数人都可以形成暴政,更何况是多数人!在现代国家,全面的直接民主完全不可能实现。美国第一部成文宪法被其制定者看作是共和的宪法而非民主的宪法。麦迪逊的说法始终是“代议制共和国”,从不说“民主政体”,因为直接民主是多数人的私权,因而可能是暴政。在权力运作中,公民与权力的适度分离恰恰在某种程度上避免了多数暴政的产生。相反,多数人的权利集中体现在选举权和监督权上,自私自利的公民个人无法直接利用民主做出不利于少数的决议,而精英政治家也不得不基于自身利益考量依法使用权力,不

敢或不能滥用公权力侵害少数人利益。同时,托克维尔在考察美国政治制度时发现,在多数人权威与个体公民或者少数人之间有一个缓冲地带,这个缓冲地带由无数的公务员和法官构成,使得多数人不可能真正有能力伤害到少数人。

第四,为了保证个体的权利不受来自“众意”的侵犯和剥夺,民主制国家同时确立了司法绝对的权威性。对于防范权力僭越法律的机制,正如孟德斯鸠所言,只有“以权力约束权力”,才符合“事物的性质”。宪政实践表明,任何权力的高度集中都有绝对腐败而践踏宪法尊严的可能性,“立法、行政和司法权置于同一人之手,无论是一个人、多数人或少数人,均可公正地断定是虐政”。^[7]托克维尔说:“美国人赋予法学家的权威和任其对政府施加的影响,是美国今天防止民主偏离正轨的最坚强壁垒。”^{[1]326}必须赋予司法人员独立审判的权力,没有司法独立就没有司法正义可言。相对于一般不懂法律的民众而言,法官更加熟悉法律程序、法律规则。因此,民众作为旁观者在案件审理中不一定是被蒙蔽而认识错误,而常常是由于观念的非职业性带来的对法律事务的陌生,使得他们无法对案件做出法律上正确的判断。司法被认为是一个国家一个社会是否能够确保正义的最后一道防线,也是人民对一个国家还有没有信心的检测标尺,因此司法的权威相对于其他政府部门而言具有其固有的特殊性。正是基于此,美国领袖们认为立法和行政的权力必须来自人民,但是司法的权力不能简单地以人头数来赋予。只有

司法保持了足够的中立性同时赋予法院对法律的司法审查权,才会消除多数人暴政的存在的土壤。

第五,“日常的民主”分散了民主的风险。据统计,近年的总统大选,只有不到半数的美国人参与投票。美国人之所以对总统大选表现冷淡,乃是因为他们的权利在日常的点滴生活中能够得到很好地实现。它的民主已经丝丝入扣地渗透于一切社会、经济、文化和政治生活当中,美国民众根本不需要把全部希望寄托于几年才一度的总统大选。那样的成本极高、代价极昂。因为社会已经建立了一整套制约国家权力、保障个人自由和个人权利的政治法律体系,任何人上台都不可能为所欲为。有非常健全的文化民主、经济民主、法律民主与政治民主相呼应,人民可以及时有效地对包括上至总统下至普通官员的所有掌权者行使权力一视同仁、及时有效地监督和制约。这样一种“日常的民主”比大选时的民主重要得多,及时有效得多,成本也低得多。

第六,民主是断臂维纳斯。历史选择民主并不因为民主完美无缺,而是因为民主不是最差的制度。虽然不受制约的民主有可能演变为多数人的专政,虽然人们常常不得不承认“真理往往掌握在少数人手中”,但这毕竟是“往往”,真理大多数情况下还是掌握在多数人手中。因此,民主是至今人类创造的一种“比较好”的治国方式,但也不是最完善的方式,它只有与共和、宪政、法治结合起来,才能克服自身不可逾越的缺陷。

参考文献:

- [1][法]托克维尔.论美国的民主[M].北京:商务印书馆,1988.
- [2]萧瀚.多数人暴政的警钟[J].读书,2001(10):32.
- [3]陈颖洲,冯宝珍.民主的非至高无上性[J].中国改革,2006(1).
- [4]毛泽东.毛泽东选集:二[M].北京:人民出版社,2004:736.
- [5]周叶中.宪法[M].北京:北京大学出版社,2000:181.
- [6][奥]康罗·洛伦兹.攻击与人性[M].北京:作家出版社,1987:151.
- [7][美]汉密尔顿.联邦党人文集[M].北京:商务印书馆,1998:461.

作者:安徽大学法学院硕士研究生;导师:陈宏光

责任编辑:木 子