

许玉镇◎著

BILYUANZEDEFALYANJIU

比例原则的法理研究

中国社会科学出版社

吉
林
大
学
政
治
学
丛
书

Political Science
Books

本书是国家社会科学基金项目：
和谐社会中的政府诚信问题研究（项目号为05CFX025）的成果之一

许玉镇◎著

BILYUANZEDEFALYANJIU

比例原则的法理研究

——私人权益控制政府权力的法律维度

中国社会科学出版社

吉

林

大

学

政

治

学

丛

书

图书在版编目 (CIP) 数据

比例原则的法理研究/许玉镇著. —北京: 中国社会科学出版社, 2009. 9

ISBN 978 - 7 - 5004 - 8081 - 5

I. 比… II. 许… III. 法理学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 148151 号

责任编辑 王 曦
特邀编辑 刘超英
责任校对 周 昊
封面设计 李尘工作室
技术编辑 戴 宽

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450(邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 华审印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2009 年 9 月第 1 版

印 次 2009 年 9 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 13.75

字 数 230 千字

定 价 25.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序

许玉镇博士的学位论文经过修改即将出版，作为她的指导教师，我们极为高兴。

许玉镇博士出身于教师家庭，自小受到良好的文化熏陶，养成勤奋好学的习惯。1992年她从辽宁省实验中学被保送进入吉林大学法学院学习。读本科时，我们就给她上过课，那时她总是早早来到教室，占据前排位置，以便听得清楚，并方便向老师提问。入学第一年期末考试，她就取得了全班第一名的成绩。1996年，她被保送到法学理论专业攻读法学硕士学位，其间逐渐显现出勤于钻研、善于思考的优秀素质。1999年考取吉林大学法学院法学理论专业，攻读博士学位。同年，留在吉林大学行政学院任教。攻读博士学位期间，她较早地确定了研究方向，并进行了博士学位论文开题报告。在论文的最后写作阶段，她一边在北京进修意大利语，一边进行论文撰写，自然十分辛苦。她以坚强的意志完成了博士论文的写作，并顺利地通过了论文答辩。同年，又顺利地赴意大利深造。

她的博士学位论文主题是公法上的比例原则。比例原则当时是公法、尤其是行政法学领域比较前沿的一个课题，国内外资料偏少，可以借鉴的研究成果更是寥寥无几，写作难度很大，她因其有良好的法理学理论素养，并善于把法理学原理与公法的基本原则融为一体，毅然攻下了这块硬骨头。比例原则的核心是调整公共利益、国家利益与私人利益的关系。依照比例原则的精神，在一般情况下，公共利益与私人利益应该得到国家的平等保护，但当两者发生冲突而不能两全时，应当进行公正权衡，如果采取的行政措施对公民利益的损害明显大于社会的公共利益，则不能为之；

即使因重大公共利益需要暂时牺牲私人利益时，也要遵守法律保留、信赖保护等原则给予合理补偿。其核心是行政权力的行使除了有法律依据这一前提外，行政主体必须选择对公民侵害最小的方式，且必须进行公共利益与私人利益的比较权衡。其目的主要是规范、制约行政自由裁量权。这些内容无疑对我国的法治建设有积极的借鉴意义。

比例原则在一些大陆法系国家被称为公法中的“帝王条款”，目前大部分国家的行政法中都规定了该原则，而我国法学界对比例原则的研究并不深入，与其在公法中应有的地位很不相符。许玉镇博士选择“比例原则”作为博士论文的主题和科学研究的主要方向，表明作者对学术前沿的敏锐把握，对社会主义法治建设和政治文明发展怀有自觉意识和责任感。

今年是改革开放30周年，这30年是中国法治建设重新起步和快速发展的30年。改革开放与法治建设息息相关、相辅相成：一方面，改革开放的伟大实践产生了对法律和法治的迫切需求，推动了法治的建设和发展，也给中国的法学工作者提供了前所未有的发展机遇，使个人的发展与国家的需要密切结合；另一方面，法治建设回应和适应了改革开放的需要，立法、执法、司法、普法等法治工作为改革开放创造了良好的法治环境。改革开放以来，我国社会主义法治建设最具有重大现实意义和深远历史意义的标志性成果有两项：一是依法治国基本方略的形成和发展，二是依法行政基本方式的形成和发展。具体讲我国在宪政建设、民主科学立法、依法行政、和谐公正司法等方面取得了巨大成就。但是我们也要看到，行政垄断、行政越位、行政缺位、行政违法、行政侵权等现象仍然大量存在，与法治政府的目标相去甚远。我们相信在深入研究的基础上，科学地引入比例原则必将对我国法治政府的建设产生深远影响。

许玉镇博士的这部专著从探究比例原则的历史沿革着手，深入剖析了比例原则的内涵界定、理念基础、法律定位与价值功能，论证了比例原则对我国法治建设的借鉴意义，堪称该领域的难得力作。该书有较强的思想性和学术性，逻辑严谨，研究规范，论点鲜明，论据充实，论理有力。我想每一位细心的读者都会发现这些评价绝非虚夸。

我们既是她学业上的导师，也是她生活中的朋友和同事。十多年来，

我们一起分享了许多学术和生活中的快乐，也一起排除了许多困难。在其第一本学术专著付梓之际，我们谨以此序表达祝贺，并祝愿她学术上再接再厉，生活上幸福美满。

张文显 崔卓兰

2008年9月

目 录

导论(一) 私人利益对政府权力法律规制的可能 ——政府诚信的一种解读	(1)
导论(二) 私人利益对政府权力法律规制的实践 ——意大利行政法的示范	(34)
第一章 比例原则的概况与内涵界定	(51)
一 比例原则的概况	(51)
二 比例原则的内涵界定	(54)
(一) 妥当性原则	(54)
(二) 必要性原则	(59)
(三) 狭义比例原则	(68)
第二章 比例原则的历史沿革与发展现状	(76)
一 比例原则的历史沿革——理论与实践之分析	(76)
(一) 比例原则在理论上的起源与发展	(76)
(二) 比例原则在实践中的起源与发展	(77)
二 比例原则在当今各国发展之比较	(80)
(一) 比例原则在法国的发展	(80)
(二) 比例原则在英国的发展	(84)
(三) 比例原则在美国的发展	(88)

第三章 比例原则的基础理念与法律定位	(95)
一 比例原则的基础理念	(95)
(一) 正义的理念	(95)
(二) 平等的理念	(100)
(三) 人权的理念	(104)
二 比例原则在我国法律体系中的定位	(109)
(一) 比例原则在我国法律体系中的地位	(109)
(二) 比例原则应该作为我国行政法的基本原则	(130)
第四章 比例原则的价值与功能	(143)
一 比例原则的价值	(143)
(一) 公共利益与私人利益的双赢	(143)
(二) 确立以非强制性行政行为为主导的权力行使模式	(150)
二 比例原则的功能	(166)
(一) 妥当性原则要求政府干预能够达到弥补 市场缺陷的目的	(169)
(二) 必要性原则要求政府尽量采取对市场 主体干预较小的手段	(173)
(三) 狭义比例原则要求政府干预遵循 “成本—效益”的分析方法	(180)
第五章 比例原则对我国“入世”后依法行政建构之意义	(187)
一 WTO 对依法行政的要求	(187)
(一) 推进经济市场化程度,保护国际贸易自由, 促进公平竞争	(187)
(二) 规则导向型取代权力导向型	(189)
(三) 以服务导向代替传统的命令模式	(193)
(四) 加强宏观调控和微观保护	(195)
二 WTO 要求的行政司法审查	(197)
(一) WTO 规则对我国现行的行政司法审查的 标准提出了更高更严的要求	(197)

(二)对部分抽象行政行为可以进行司法审查 (198)

(三)对政府的终局性行政决定可以进行行政司法审查 ... (198)

参考文献 (200)

后记 (210)

导论(一)

私人利益对政府权力法律规制的可能

——政府诚信的一种解读

一 私人利益是否可以限制政府权力

私人权利神圣不可侵犯,它为政府权力的行使划定界限、设置范围,各国法律都对此予以承认并加以制度性保障。但是私人权利不同于私人利益,仅凭私人利益可否对政府权力说“不”呢?

在法学领域中,以利益法学派为代表的许多法学家深刻揭示了权利与利益的关系,耶林指出:“权利的基础是利益”,“利益之于权利就像烛光之于蜡烛”,的确,在权利的诸多因素中,必不可少的一个因素是利益,离开了利益,权利就失去了存在的目的。但是权利和利益是两个不同的概念。权利的概念,我们更多的是在法学领域,把他作为法学的基本范畴来使用,而把他与日常用语中的权利区别开来,日常用语中的权利是以力与利为基调的,法学领域中的权利是以正当性和合理性为其基本语义的。^①

^① 据考证,是美国传教士丁韪良首先在1864年于其汉译本《万国公法》中使用“权利”一词来对译英文中的Right。其后,日本亦曾于明治维新运动中使用汉字的“权理”和“权利”来对译Right,但最后选择了权利。从学术角度观之,此种翻译似有不当之处。在文义上,它突出了力与利的因素,而排除了直与正、理与义的蕴意。这种以力与利为基调的权利概念,不易于唤起公众尊重权利的意识,以至今日仍有人把权利与一己私利和以力服人等量齐观,对权利神圣的观念疑虑重重。其实,用“权理”(有权且合理)或“义权”(合义之权,与义务相对)来表达Right的概念也许更为确切。然而,约定俗成之用语习惯非人力可改变,翻译的不当也只能通过对理解的正确引导来弥补了(参见郑成良《现代法理学》,吉林大学出版社1999年版,第89页)。

尽管学术界对权利的含义争议很多，但他作为法学的基本范畴还是得到了学界的共识。而利益的概念则不然，他不仅仅甚至更主要的不是法学的概念，社会学、管理学中它都是重要的概念。从功能角度看，权利是获得利益的一种手段，而不是利益本身，那么，为什么权利是获得利益的手段呢？这是因为利益作为一种主体希望的好处，利益的冲突是生活的常态，为了将利益的冲突控制在秩序的范围，出现了权利，没有利益的冲突，就没有“定纷止争”的权利。所以在矛盾重重的利益之争中，法律通过权利表明哪种利益是法律支持的，哪种利益是法律所不保护的。因此，那些只被个人奉为珍宝，他人漠不关心，从而绝无被侵犯可能的利益不会上升为权利。权利不仅划定了个人之间利益冲突的界限，也划定了国家干预个人利益的界限，严格说来，即使是以国家的名义，权利是不能被侵害和平衡的，可以平衡的只能是利益，因为权利存在的意义就是划定个人利益不容侵犯的界限。

那么为什么一国法律特别是成文法国家不可能将所有的公民的合法利益上升为权利规定呢？这是因为国家在立法的时候不可能对所有的存在于社会生活中的私人利益都认识清楚，利益本身也是随时代发展而不断变化；即使对认识到的利益，由于权利的严格性，立法时也难以对所有的利益作出适当的制度性安排。新制度经济学的理论认为，如果个人的利益关系能够通过权利的法律规范得到完全充分地界定，所谓公共利益原本是不存在的。但在实践中，权利界定的法律规范本身需要巨大的成本，经济学视野中的个人权利不可能得到完整的界定。从各国法律制度的实际情况看，的确如此，总有部分对个人有价值的利益资源未被界定而处于公共领域中。^①

这在公法中就出现了一个问题：权力的界限止于权利还是利益？公民是否可以因为利益而不是权利受到侵害而提起行政诉讼呢？

我国现行《行政诉讼法》第2条规定：公民、法人或其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。这里使用了一个含义不清的“权益”的概念，在受案范围的第11条则明确将受案范围界定在“人身权、财产权”受到

^① 参见[美]巴泽尔《产权的经济分析》，上海三联书店1997年版，第3、5、17页。

侵犯,排除了利益受到侵犯的受案范围。在实践中,公民利益受到侵犯时往往因为找不到具体法律规定的权利而无法起诉,即使起诉,法院也不会受理。例如,2002年8月12日,北京、天津、杭州、深圳作为第一批试点城市,率先启用了2002式机动车牌号,车主可以根据自己的意愿自由选择英文字母和阿拉伯数字编排车牌号。社会上—时好评如潮。然而,8月23日,继北京暂停发放个性化车牌后,深圳、天津、杭州3个试点城市亦相继因“系统故障”暂停发放新式车牌。“个性化车牌”从轰轰烈烈推出到草草收场历时仅十余天。政府规定从2002年8月12日起4个城市的车主可以在上车牌时自由选择字母和数字编排。这样,作为车主的公民便因政府的行为获得了一种利益,只要你不否认有选择比没有选择好,你就不能否认这是一种实实在在的利益。然而,也是由于政府的行为,一部分车主(在车牌暂停发放通知执行以前领到新车牌的车主)获得了自由选择的机会,享有了这一利益;而另一部分车主(8月23日后根据公安部有关规定新车上号牌仍发放1992式号牌)则无法享有这一自由选择的利益。但是,无法享有自由选择利益的车主如果起诉,目前我国的法院是不会受理的。此外,还有如要求环境保护的利益、妇女利益、消费者团体利益、竞争者利益等,目前都不能成为行政诉讼的保护对象。

立法上、实践中的这种做法是与行政法的发展趋势相违背的,也与其他行政法发达国家的做法不同。在美国,“权利”(Rights)在很长时间里都是受到严格限定的概念。权利意味着一种正当有效的要求权,即当公民的权利受到侵害,向国家寻求救济时,国家应承担对公民的法律保护义务。与此同时,当事人在普通法以外从政府获取的利益,依照传统理论则不是权利,而是特权(Privilege)。这种利益出于政府的赐赠,不构成个人的既得权利,得不到与权利一样的法律保护。但随着福利国家的来临,“特权”与“权利”之间的区别遭遇了严重挑战,其法律意义也发生了深刻变化。美国传统行政法特权与权利的区分主要是为了划定正当程序条款适用的范围。但在福利国家时期,“权利—特权”划分已变成司法审查中原告资格的判断标准。法院通过扩大“权利”的司法解释范围对“权利—特权”的划分进行更正,使更多从政府处获取的利益受到司法的救济。在具有重大历史意义戈德伯格诉凯利案中,联邦最高法院宣布“本法庭现在否决那种认为宪法权利的给予与否取决于政府的利益是属于

‘权利’还是‘特权’的概念”。法院适应现实的需要，通过扩大“权利”领域的司法救济范围，使以往归于“特权”的利益被纳入“权利”的范畴，相应地缩小“特权”的领域来实现公正的需求。由此，美国行政法完成了从单纯的“权利”救济模型向“权利—利益”救济模型的转变。^①

日本行政法理对“反射性利益”与“法律规定的权利（利益）”的解释范围也在发生变化。依照传统理论，反射性利益是不受司法保护的。第二次世界大战以前，对法律上权利的范围的解释是有严格限制的。但随着行政作用的日渐重要，特别是国民对行政依存度的增大及权利意识的提高，判例的解释态度也逐渐缓和。现在，判例基本上将行政与其相对人的关系，包括给付行政领域的关系，看作权利义务的关系来把握；在对第三人的关系上，将从前被认为是反射性利益的事项，尽量解释为法律保护的利益。并且，在原告资格问题上，也不再以具有法律上的利益为限，只要该人就行政处分的争讼具有实质利益，不管该利益是法律保护的利益还是事实上的利益，都应该广泛承认其起诉的资格。

进入20世纪以后，随着公共服务的社会功能概念和法律状态的概念取代主体权利的概念，法国的客观性行政诉讼已从数量上压倒了主观性的行政诉讼。任何利害关系人，哪怕只是同这种行为之间有一种道德性的、间接的关系，都可以向行政法院提出起诉。这种诉讼的目的不仅仅是保护公民个人的主观权利，而是针对客观性的法律问题。法国经历的从主观性行政诉讼向客观性行政诉讼偏重的过程，标志着行政法理念的变化。传统的行政法观念在受理行政案件前要对公民权利进行甄别，对符合法律规定的权利才进行保护；而今，行政诉讼是以行政行为的客观结果作为是否受理的判断标准，任何公民，无论是其法律上的权利受损还是法律规定之外的利益受损，只要行政行为的目的有悖于公共服务的社会功能，都有资格提起行政诉讼。

实际上，国内学术界对现行行政诉讼法受案范围过于狭窄不利于保护相对方的利益已达成共识，借鉴以上国外的制度设计，我们认为应该赋予合法利益在规制政府权力中的应有地位，以此拓宽行政诉讼的受案范围。

^① 刘艺：《认真对待利益》，《社会科学家》2004年第5期。

二 私人利益控制政府权力的途径——私人利益与公共利益的衡量

虽然本书主张私人利益应该与私人权利一样,可以构成对公共权力限制的理由,但这种限制本身并不是无限制的,正如王利明教授所认为的:“权利和利益是不一样的,权利是具有公示性的,权利人和义务人都知道权利的范围,并且由法律界定行为的标准。但是合法利益本身没有法律上确定的标准,行为人在从事某种行为的时候并不知道哪种行为受到保护,什么利益是合法的,什么利益不受保护,常常是法官在个案中才能作出的评价。如果合法利益太过于宽泛,则行为自由就会受到限制。因此,在保护个人的合法利益时,也要充分保护个人合法范围内的行为自由。侵害合法利益,在侵权的构成要件上应当有严格限制。”^①在公法领域私人利益和私人权利对公共权力的限制途径是不同的,私人权利严格意义上讲,是不能衡量与妥协的,利益上升为权利就已经是衡量与妥协的结果,通常情况下,私人权利应该受到绝对的保护,特别是它与公共权力发生冲突的时候。而私人利益则不然,且不说私人利益本身有合法与非法的区分,即使是合法的私人利益,在很多情况下,也会让位于公共利益,让位于公共利益的代表者——政府权力,所以私人利益如果要对政府权力说“不”,前提之一是私人利益与公共利益衡量后的优势。

(一) 法学视界中的“公共利益”

公共利益是一个含义非常广泛的词组,并非专门的法学概念,在政治学、社会学、管理学、哲学等许多学科中,公共利益都是非常重要的概念。例如有的学者按层次将公共利益分为四类:其一是全人类的公共利益,是所有居住在地球上的人能共同分享的利益,具体表现为人类共同的文明成果和良好的生存发展环境。其二是国民公共利益,是一国所有国民能分享的共同利益,具体表现为国家提供的公共设施、公益事业等公共产品给国民带来的福利。其三是区域公共利益,是一定区域(包括经济区域、行政区域、民族区域)中所有人能分享到的共同利益,即特定区域

^① 王利明:《我国侵权行为有七大发展趋势》,《检察日报》2004年8月5日。

内的公共产品给本区域带来的实惠。其四是基层社会公共利益，指城乡中的街道、乡村及生活小区的公共设施和公益事业给特定的基层社区中的每个人带来的福利和好处。^① 在每一个纵向分类中，都有物质和精神两个层面，广义上的法律是公共利益的其中一部分，如反毒品的国际条约既是为了全人类的公共利益，其本身也是一项公共利益。一国的基本法律体现了国民公共利益，地方性法规、规章则是一种区域公共利益。从最广泛意义上讲，法律只是公共利益的一部分，但是这样一种公共利益的概念由于其含义过于广泛，在法学中就失去了存在的价值。

法学领域的公共利益也有广狭之分，立法、行政、司法无不体现公共利益。从立法上看，从广义角度，所有立法，不论立法中是否出现“公共利益”的字样，都是公共利益的体现，否则立法失去了合理依据。从狭义上看，我国立法中多处直接出现“公共利益”字样。我国《宪法》第10条规定：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。第13条规定：国家为了公共利益的需要，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。我国《土地管理法》第2条规定：国家为公共利益的需要，可以依法对集体所有的土地实行征用。第58条规定：有下列情形之一的，……可以收回国有土地使用权：（一）为公共利益需要使用土地的……我国《城市房地产管理法》第20条规定：国家对土地使用者依法取得的在出让合同约定的使用年限届满前不收回；在特殊情况下，根据土地使用者使用土地实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。我国《商业银行法》第8条规定：商业银行开展业务，应当遵守法律、行政法规的有关规定，不得损害国家利益、社会公共利益。我国《中外合资经营企业法》第2条规定：国家对合营企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对合营企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应补偿。我国《中外合作经营企业法》第3条规定：合作企业必须遵守中国的法律、法规，不得损害中国的社会公共利益。我国《外资企业法》第4条规定：外资企业必须遵守中国的法律、法规，不得损害中国的社会公共利益。第5条规定：国家对外

^① 参见李俊彪《构建社会主义公共利益机制》，《经济纵横》2000年第8期。



资企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对外资企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应补偿。我国《专利法》第5条规定：违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造，不授予专利。第49条规定：在国家出现紧急状态或非常情况时，或者为了公共利益的目的，专利局可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。我国《著作权法》第4条规定：著作人行使著作权，不得违反宪法和法律，不得损害公共利益。我国《保险法》第11条规定：投保人和保险人订立保险合同，应当遵循公平互利、协商一致、自愿订立的原则，不得损害社会公共利益。我国《对外贸易法》第16条规定：对某些货物或技术，为了维护国家安全或者社会公共利益，国家可以限制或者禁止进口或出口。我国《行政许可法》第8条规定：行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。第69条规定：依照前两款的规定撤销行政许可，可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销。公共利益在私法领域较少提及。我国《民法通则》第7条规定：民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。第55条规定：民事法律行为不违反法律或者公共利益。第58条规定：违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。我国《合同法》第7条规定：当事人订立、履行合同应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。第52条规定：损害社会公共利益的合同无效。第127条规定：工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规的规定，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

从司法角度看，广义上，所有司法活动都是为了公共利益。狭义上，公共利益在司法中体现为司法机关在诉讼活动中对“公共利益”的解释和适用，这涉及立法、行政、司法三机关之间的关系和法官的自由裁量权，本书主要探讨的是公共行政领域中的“公共利益”，司法领域中的“公共利益”与此有较大区别，我们将另行撰文探讨。

（二）行政法学视界中的公共利益与私人利益

“公共利益”的理念和概念在公共行政领域尤显重要。从理念上看，行政机关存在的依据和目的都是公共利益，从遥远的古希腊时期，已将公益作为衡量统治正当性的一个标准。苏格拉底认为，真正的统治者追求的并不是自己的利益，而是老百姓的利益……统治者要求报酬的理由也是他们任公职是为了被统治者的利益，而不是他们自己的利益。^① 亚里士多德则直接将是否照顾公共利益作为判断合法政体的标准，即凡照顾到公共利益的各种政体都是正当的或正宗的政体，而那些只照顾统治者的利益的政体就是错误的政体或正宗政体的变态。^② 二百年后，西塞罗给国家下了一个著名的定义：“国家乃人们之事业，但人民不是人们某种随意聚合的集合体，而是许多人基于法的一致性和利益的共同而结合起来的集合体。”^③ 中世纪时期，著名政治哲学家阿奎那认为：如果一个自由人的社会是在为公众谋福利的统治者的治理之下，这种政治就是正义的，是适合于自由人的。相反的，如果那个社会的一切设施服从于统治者的私人利益而不是服从于公共福利，这就是政治上的倒行逆施，也就不再是正义的了。^④ 近代以来，各国都认识到公共利益在行政法的形成和内容上的重要意义。私人权利可以自由处分，公共权力却只能为了公共利益的目的，行政法上的行政必须以公益为目的。“一个人可以订立遗嘱按照自己的意愿处理自己的财产，只要保证了被赡养人和被抚养人的利益就行。他的遗嘱可以出于恶意或报复心理，但在法律上，这并不影响他行使他的权利。同样，个人有绝对的权利允许他喜欢的人使用其土地，赦免债务人，或在法律允许时驱逐房客，不考虑其动机。这是无约束的自由裁量权。但公共权力机关就不能做其中的任何事情，它只能合理地、诚实地行事，只能为了公共利益的合法目的行事”。^⑤

① [古希腊] 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆 1986 年版，第 28、31 页。

② [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、134 页。

③ [古罗马] 西塞罗：《论共和国·论法律》，王焕生译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 39 页。

④ 《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆 1963 年版，第 46 页。

⑤ [英] 威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 69 页。