

# 公共利益与利益衡量\*

梁上上

**摘要:** 公共利益是现代法治社会的一项重要原则。公共利益是一个模糊性概念,具有很强的适应性,其内涵会随着时空背景的不同而有所不同,法院需要针对具体案件对其内涵进行阐述。公共利益原则既不同于公序良俗原则,也不同于权利滥用原则,是一项独立的法律原则。公共利益原则可以被当事人积极适用,也可以被当事人消极适用。该原则在法律适用过程中,需要借助于利益衡量方法。在利益衡量时,应该对公共利益做充分铺陈。基于公共利益的模糊性,应该灵活看待它在评价对象与评价标准、抽象利益与具体利益、未来利益与现实利益之间的关系,妥当处理它与国家利益、共同利益等不同利益之间的互相转换。导入制度利益作为过渡媒介,可以增强公共利益介入司法裁判的说服力。

**关键词:** 公共利益; 利益衡量; 公共利益原则; 公序良俗原则; 权利滥用原则

民法总则作为民法典的重要组成部分,我国正在紧张地制订。民法基本原则是民法总则中的重要内容,特别在法律充满漏洞的今天,它们在法律适用中扮演日益重要的角色。公共利益原则是宪法、民法通则、物权法、合同法等法律早已确立的基本原则,在司法实践中也已经得到广泛应用,但是仍然存在许多问题等待理论上的理清。该原则与公序良俗原则的关系如何?该原则在法律适用过程中,取得了哪些进展?存在什么问题?应该如何适用?这些问题都需要认真对待,仔细研究。

## 一、公共利益的概念与特质

### (一) 公共利益概念的厘清

公共利益一直是政治学、法学与经济学日常用语的一个重要部分,但对其内容却无统一意见<sup>[1] P.1</sup>。在法律上,公共利益一般是指不特定社会成员的利益。公共利益原则在许多国家的法律中都有明文规定。我国民法通则第7条也规定,民事活动应当遵守社会公德,不得违反社会公共利益。在普通法中,人们习惯于在“公共政策(Public Policy)”的名义下谈及社会利益<sup>[2] P.204</sup>,但其在司法实践中的含义并不是完全连贯一致的<sup>[3] P.464-465</sup>。

有人认为,公共利益是指全体社会成员的公共利益。法律保障公共利益,也就是保护人们的共同利益,保护每一个公民的自身利益<sup>[4] P.19</sup>。这一观点与公共利益的内涵有一定的差异。其实,社会公共利益涉及的是不特定多数社会成员的利益<sup>[5] P.622 [6] P.363</sup>,并不是全体社会成员的利益,也不是特定多数社会成员的利益。

也有人认为,社会公共利益由“社会”、“公共”和“利益”三个抽象模糊概念构成<sup>[7] P.102</sup>。其实,“公共利益”与“社会公共利益”在我国法律语境中基本上是以同一概念来使用的。有些法律采用“社会公共利益”一词,如民法通则第7条、合同法第7条,有些法律则采用“公共利益”一词,如物权法第7条、土地管理法第58条第1项。所以,公共利益与社会公共利益之间基本没有区别,前者是后者的方便说法。<sup>①</sup>

需要注意的是在不同的社会背景下,有的学者可能区别两者并以不同含义分别用在不同的场合。例如,美

作者简介:梁上上,法学博士,清华大学法学教授、博士生导师。

\* 本文获得司法部课题“公共利益原则的法律适用”(编号:15SFB2029),以及“清华大学自主科研计划”的资助。

① 为方便表述,本文采用“公共利益”一词,但基于忠实原文的考虑,保留了部分“社会公共利益”表述,即引用的文献或法律条文使用该词的,继续保留。

国法理学家庞德的概念体系中,“公共利益”与“社会利益”是不同的。在他的利益纲目列表中,把利益分为三类,即个人利益、公共利益与社会利益。公共利益是指从政治生活——有组织的政治社会的生活——的立场提出的请求、需求和要求。简单地说,就是国家利益<sup>[2] P. 180-182</sup>。社会利益则是事关社会维持、社会活动和社会功能的请求,是以社会生活的名义提出、从文明社会的角度看待的更为宽泛的需求与要求<sup>[2] P. 18-19</sup>。庞德的公共利益概念只存在于其特定的概念体系中,不符合中国学者的一般认知。所以,本文是在一般意义上使用公共利益的概念,不采取庞德的概念。

## (二) 公共利益概念的特质

公共利益属于不确定概念,具有以下特征:

1. 它是一个模糊性概念。在法律适用中,人们期待精确的法律概念,但也存在极为模糊的概念。德国学者黑克(Heck)把不确定概念分解为概念核与概念晕。概念核是清晰的,而出现疑惑的地方就是概念晕出现的地方。<sup>①</sup>就公共利益而言,不论是内涵还是外延都存在模糊性,属于典型的不确定性概念。我们不要期待给公共利益下一个一劳永逸的定义<sup>[1] P. 32</sup>。这既不可能,也与我们的目的相违背。因为我们需要的恰恰是其概念模糊性,以及由此而产生的广泛适应性。

2. 它是一个变动性概念。在法律社会中,我们期待同一文字有相同的含义,但相同的文字也可能有不同的含义。公共利益在不同的法律规范中也可能存在不同的表述、具有不同的内涵。例如,在我国对外贸易法第16条中,“人的健康或者安全,保护动物、植物的生命或者健康,保护环境”是与公共利益相并列的情形,不属于公共利益的范畴。而《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条则明确规定,“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要,有下列情形之一,确需征收房屋的,由市、县级人民政府作出房屋征收决定:(1)国防和外交的需要;(2)由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要;(3)由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要;(4)由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要;(5)由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要;(6)法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。”可见,在这一法规中,环境保护是公共利益的一种。但是,这些不同法律之间的差异并不是法律不完善的表现,而是法律适应社会的必然要求。同样,在不同个案的法律适用中,其内涵也很有可能是不同的。这是公共利益的不确定属性决定的。

3. 它是一个阐释性概念。美国法理学家德沃金指出,法律是阐释性概念。公共利益概念充分地体现了法律的这种特性。在法律适用中,需要把公共利益与具体的案件事实紧密地联系起来,对具体个案所涉及公共利益的内涵作出明确而详细的阐述。阐述越清晰,越有利于法官作出准确的裁判,也越有利于当事人接受法院的裁判。公共利益的概念与框架性权利相类似。框架性权利只有通过利益衡量,才能认定是否存在侵害这些权利;而在进行利益衡量时,还必须考虑到其他人之与这些权利相冲突的权利<sup>[8] P. 107</sup>。同样,公共利益的适用也应与利益衡量同步展开。

4. 它是一个适应性概念。在复杂社会中,法院将会不时面临全新的法律问题、疑难的法律案件,需要在法律适用中对法律规范作出适应性解释<sup>[9]</sup>。不确定概念的莫大优点在于其适应性。其模糊的意义空间使一般性的法律语词具有了某种与其所规范之多样性的生活状态以及法律问题,并且尤其是与整个事实情境及占主导地位的社会伦理观念的变迁相适应的能力<sup>[10] P. 67</sup>。正是公共利益的模糊性,使其内涵具有变动性,在法律适用中可以根据具体个案进行阐述,抽出出对本案最为恰当的解释。所以,公共利益的概念在法律适用中具有很强的适应性,可以根据具体案件的时空背景作出相应的调整与衡量。这是复杂社会的法律所需要的。

## 二、作为基本原则的公共利益

### (一) 公共利益的产生: 权利与网状社会

近代社会以来,自由、平等的观念深入人心,已经成为基本的行为准则。但是19世纪末和20世纪初,西方主要国家先后由自由资本主义阶段进入垄断资本主义阶段。贫富差距拉大,战争、经济危机频繁发生,各种社会

<sup>①</sup> [德]黑克《制定法解释与利益法学》第173页,以及《概念形成与利益法学》第52、60页;转引自[德]卡尔·恩吉施《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第133-134页。

矛盾突出。为缓解尖锐的社会矛盾,国家运用法律和行政手段干预经济和社会生活,采取了一系列福利政策,产生了大量劳工法、环境法等社会立法,出现了“法律的社会化(socialization of law)”现象,即法律由个人本位转向社会本位,私法也呈现出公法化趋向<sup>[11] [P.147]</sup>。在私法领域,权利的过度自由也有其弊端,不能损害社会公共利益的理念随之涌现。

20世纪80年代在美国兴起的社群主义思潮,为社会公共利益的导入提供了新的理论支持。社群主义是一种后自由主义哲学,是对主流自由主义传统的批判。<sup>①</sup>社群主义与新自由主义形成了当代西方政治哲学两相对峙的局面<sup>[12] [P.66]</sup>。它强调社区联系、环境和传统的积极价值及公共利益,致力于社群价值观与个人价值观的相互协调,力图遏止由自由主义的过分发展所带来的个人主义消极影响<sup>[13] [P.15-16]</sup>。人是合群的社会动物,绝不可能离开群体而正常生存。脱离社会关系的人是抽象的人,先于社会生活的人是超验的人,这样的人在现实生活中是不存在的。社群主义对人的认识给独立的自我划定了一个适当的范围。人的言行总是受到环境的一些限制;这些限制决定故事如何进行<sup>[14] [P.53]</sup>。自我不但现实地存在于社会的语境之中,而且自始至终依赖于这种语境。个人与社会难舍难分,他们之间会存在各种对抗,但是这些对立并非水火不容。个人权利是社会活动的产物,是历史地形成的,并不具有对各种社会价值的优先性。社群主义努力将“权利政治学”转向“公益政治学”。他们大胆地主张包括政府在内的各种社群应当在保护和促进公民的公共利益方面更加有所作为,甚至为了社群的普遍利益可以不惜牺牲个人的利益<sup>[12] [P.80-81]</sup>。可见,社群主义强调了公共利益的重要性,它改变了自由话语的结构,使“自由”变为“自由,但也必须注意公共利益。”<sup>[13] [P.22]</sup>

#### (二) 公共利益的地位: 是原则而非例外

不得损害公共利益与权利自由行使的关系是什么呢?它是权利自由行使的例外,还是与之并列的基本原则?

不得损害社会公共利益是与权利自由行使并列的基本原则,而不仅仅是后者的例外。这是因为:(1)公共利益原则是权利社会化的历史回应。在自由、平等观念引导下,传统社会奉行的是私法自治精神,权利行使的方式没有限制,存在所谓“行使自己的权利,对他人不构成侵权”的规则。到19世纪末期,出现了权利社会化与权利相对化思潮,权利不再仅仅具有“私人”的性质,还具有“公共”的性质。(2)公共利益原则是互联社会的必然要求。人类是群居动物,现代社会更是网络社会。地球上的每一个人都与别人紧密地联系在一起,而且地球上可供人类使用的资源极为有限,这需要人们互相合作、互相依赖。互联社会要求权利人在行使权利时,必须顾及其他社会成员的利益。(3)公共利益原则作为法治社会的根本理念,得到许多国家或地区立法例的支持,从宪法到部门法都确立公共利益原则的地位。我国也不例外。总之,在现代社会,权利不再局限于个人利益,不再仅仅以个人利益为最终依归。相反,行使权利应以公共利益为指导原则,尊重社会公共利益,注重个人利益与公共利益的相互调和,并且期望超越个人利益,而以公共利益为重。

#### (三) 公共利益的规范类型

由于公共利益对整个社会的和谐发展具有根本价值,不但私法将其规定为基本原则,更从宪法的高度对公共利益作出规范。所以,公共利益原则既是宪法规则,也是民法原则。

从法律对公共利益的规范方式看,可以分为两种类型:

1. 基于实现公共利益的需要限制财产权利,是公共利益原则的积极行使。例如,日本宪法第29条第2款规定,“法律可以基于公共利益限制财产权”。又如,我国台湾地区“宪法”第23条规定,以增进公共利益所必要始得限制权利。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条第3款规定,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。

除了宪法性规范外,其他法律法规中也大量出现积极性规范。例如,我国的行政许可法、土地管理法、传染病防治法、对外贸易法等法律中均有关于公共利益优先的规定。又如,我国台湾地区的“大众捷运法”、“民用航空法”、“国家公园法”、“森林法”等都有类似规定<sup>[15] [P.367-368]</sup>。

<sup>①</sup> 较为普遍的观点是社群主义对自由主义的批判是有其合理性的,但是自由主义与社群主义各有利弊,两者应该相互补充才能促进社会健康发展。

2. 基于防御公共利益受损的需要限制财产权利,是公共利益原则的消极行使。例如,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。又如,我国台湾地区宪法第22条规定,不妨害社会秩序公共利益。我国民法通则第7条、专利法第5条第1款也都是从“不得损害社会公共利益”的消极角度对公共利益进行保护。

#### (四) 增进公共利益不是私权的积极义务

增进公共利益是否为私权的积极义务?在现代社会,有些国家的宪法和民法规定,私权的行使应当增进公共利益。例如,日本民法第1条第1款规定,“私权必须适合公共福祉。”<sup>[16]</sup>又如,德国基本法第14条第2款规定,“财产权负有义务。财产权之行使应同时有益于公共福利。”

德国的实践对理解这些法律规定提供了有益的经验与启示。德国宪法的规定是宪法意义上的促进公共利益原则的宣示性规定,其地位比民法上的原则更高,适用的范围不局限于民事领域。但是,德国基本法第14条第2款是限制权利行使的极为抽象的规定。如果直接适用该条款来限制权利行使是很成问题的。就所有权负有义务而言,该条款没有规定所有权负有什么义务,也没有规定所有权对谁负有义务。就权利行使应促进公共利益而言,目标过高,不太现实<sup>[18]</sup>。为此,所有权承担的义务应该由立法机构予以具体规定<sup>[17]</sup>。德国联邦宪法法院明确指出,“《基本法》第14条第2款意义上的所有权的义务,说明了所有权的义务与限制。立法者根据其依《基本法》第14条第1款第2句取得的委托立法权,以一般的和抽象的方式,对这些义务和限制进行规定。”<sup>①</sup>可见,《基本法》第14条第2款的意义主要在于为具有相应立法权的立法者提供宪法依据,不宜作扩大化解释。换言之,增进公共利益不是私权行使时的积极义务。

### 三、公共利益为独立的法律原则

公共利益是与权利自由行使相并列的原则,具有独立的内涵与外延。在私法领域,其独立性还涉及与其他邻近法律原则之间的相互关系。

#### (一) 公共利益与公序良俗的关系

1. 公序良俗原则。公序良俗原则具有悠久的历史,在古罗马法中就早已存在。在罗马法中,基于违反善良风俗的法律行为,或是不能产生请求权,或是可以基于请求权提出恶意抗辩。<sup>②</sup>法国民法典第6条规定,任何人不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗之法律<sup>[18]</sup>。这样,法国民法典在罗马法的“善良风俗”之外增加了“公共秩序”,形成了完整的公序良俗原则。受此影响,大陆法系民法典中普遍存在公序良俗原则。例如,《德国民法典》第138条第1款规定,违反善良风俗的法律行为无效。<sup>③</sup>《日本民法典》第90条规定,以违反公共秩序或善良风俗事项为目的的法律行为,无效<sup>[16]</sup>。我国台湾地区“民法典”第72条也规定,“法律行为,有背于公共秩序或善良风俗者,无效。”我国通说认为,公序良俗包括两个方面的内容,即公共秩序与善良风俗。

2. 公共利益原则与公序良俗原则的关系。公序良俗与社会公共利益是什么关系呢?我国民法通则第7条规定,民事活动应当遵守社会公德,不得违反社会公共利益,扰乱社会经济秩序。可见,我国的表达方式与主要大陆法系国家的规定有所不同。对此,我国学者普遍认为我国民法通则第7条规定的“社会公共利益”及“社会公德”,在性质和作用上与公序良俗原则相当。<sup>④</sup>“社会公共利益”相当于“公共秩序”,而“社会公德”相当于“善良风俗”,但考虑到“社会公共利益”与“社会公德”不是规范法律用语,及与国际接轨的要求,应改采通用法律概念<sup>[19]</sup>。但笔者认为,社会公共利益原则是不同于公序良俗的独立原则<sup>[20]</sup>,主要理由为:

(1) 从我国民法通则第7条的内容构成与表达方式看,“社会公德”与“善良风俗”相当,而“公共秩序”则与

<sup>①</sup> 《联邦宪法法院裁判集》第52卷第1页、第27页以下,附有其他说明;即《新法学周报》1980年第985页。转引自[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第111页。

<sup>②</sup> 卡泽尔《罗马私法》§60 N. 26及引注;转引自[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第430页。

<sup>③</sup> 在德国,民法典第一草案第106条曾经规定,“内容违反善良风俗或公共秩序的法律行为无效。”但第二草案删除了违反“公共秩序”。其理由是,人们无法对公共秩序这一概念“进行准确无误的描述,且违反公共秩序的法律行为大多可以被视为违反法律或善良风俗的法律行为”。参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第430-431页。关于公共秩序与善良风俗的关系,可以分为包含说、并置说、排除说。参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第432-434页。

<sup>④</sup> 相关理论,参见梁慧星《民法总论》(第4版),法律出版社2011年版,第50-51页;佟柔主编《中国民法学·民法总论》,中国人民大学出版社1990年版,第21页;王利明《民法总论》,中国法制出版社2006年版,第50-51页;魏振瀛主编《民法》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2013年版,第28页;崔建远等著《民法总论》(第2版),清华大学出版社2013年版,第44页。

“社会经济秩序”属于同一类别,所以“社会公共利益”区别于“公共秩序”,应解释为独立一项。

(2) 虽然社会公共利益的内涵可能与公共秩序、善良风俗存在交叉,但是毕竟公共利益与它们的基本含义是不同的,有必要做基本的区分。“将社会公共利益条款解释为公序良俗,与文义相去甚远,强作比附,在学术上似乎多少有点自我殖民的意味。”<sup>①</sup>可见,我国通说已经完全脱离我国现行法,严重损害现行法权威,并不可取。

(3) 我国立法者无意用“公序良俗原则”来替换“社会公共利益原则”。我国在1949年至民法通则颁布前曾经有3次民法典起草,各次草案均未使用公序良俗的概念。如1957年1月15日的民法典总则篇(第4次草稿)第3条规定,民事权利的行使和民事义务的履行,不能违反法律和公共利益。1981年的民法典草案(第3稿)第124条规定,合同的内容,不得违反法律、法令和国家计划的要求,不得与社会公共利益或者社会主义道德准则相抵触<sup>[21]</sup>。我国1986年颁布的民法通则第7条并未使用“公序良俗”一词,依然使用“社会公共利益”的用法。2009年修改民法通则时,立法者并没有将“公共利益”与“公共秩序”的关系作出改变,只删除了不合事宜的“破坏国家经济计划”一语,将第7条修改为,“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,扰乱社会经济秩序。”可见,“不得损害社会公共利益”与“不得扰乱社会经济秩序”是长期坚持的两项并列的基本原则。目前,民法通则规定的这一原则在其他重要法律也得到贯彻。例如,物权法第7条规定,“物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。”又如,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。”如果将其调整为公序良俗原则,也将引起其他法律的基本原则作出修改,会造成一系列不利后果。

(4) 公共利益作为与公序良俗不同的并列原则更符合现代社会的需要。事实上,许多国家或地区同时并存这两项基本原则。例如,日本民法典第90条规定善良风俗原则,第1条第1款规定公共利益原则,即“私权必须适合公共福祉”。但最好的例证是我国台湾地区的实践。台湾地区“民法”第2条、第72条原本就有关于公序良俗的规定。<sup>②</sup>但是,1982年“民法总则”修正时在第148条第1款增加了“不得违反公共利益”的内容。<sup>③</sup>我国台湾地区这一条款的前后变化清楚地表明:公序良俗与公共利益并不是同一概念。

(5) 在中国的主要民法典建议稿中,这两项原则同时并存。例如,梁慧星教授主持的民法典草案建议稿第3条与第7条,分别规定了民事权利受社会公共利益限制原则与公序良俗原则。<sup>④</sup>又如,王利明教授主持的民法典建议稿第7条<sup>[4][P.18]</sup>与中国法学会民法典征求意见稿的第7条也都是把两者并列的。所以,公共利益原则是不同于公序良俗的独立原则。

## (二) 不得损害公共利益与禁止权利滥用的关系

### 1. 禁止权利滥用原则

德国民法典第226条明确规定,如权利行使专以加损害于他人为目的,则不得行使权利<sup>[22]</sup>。此后,为许多国家或地区民法所仿效。我国民法虽然没有使用禁止权利滥用字样,但根据现行宪法第51条的规定,采取合宪解释方法,民法存在禁止权利滥用原则<sup>[19][P.273][23][P.25]</sup>。事实上,在我国的一些重要法律中都出现了禁止权利滥用原则。例如,物权法第7条规定,物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。又如,我国公司法第20条对股东权滥用作出了明确规定。<sup>⑤</sup>

### 2. 不得损害公共利益与禁止权利滥用的关系

我国法律上存在禁止损害公共利益原则与禁止权利滥用原则。那么,他们之间是什么关系呢?有人认为损

<sup>①</sup> 朱庆育“公共利益的民法意义”载郑永流、朱庆育等著《中国法律中的公共利益》,北京大学出版社2014年版,第42页。朱庆育建议以公序良俗或善良风俗取代社会公共利益。

<sup>②</sup> 我国台湾地区“民法”第2条规定,“民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限”。第72条“法律行为,有背于公共秩序或善良风俗者,无效”。

<sup>③</sup> 我国台湾地区于1982年1月4日公布“民法总则修正案”,将第148条修改为2款。第1款规定:权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。第2款规定:行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。

<sup>④</sup> 参见梁慧星主持《中国民法典草案建议稿附理由·总则编》,法律出版社2013年版,第10、19页。

<sup>⑤</sup> 我国公司法第20条“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任”。

害公共利益是权利滥用的一种表现形式<sup>[19] P. 275-276 [23] P. 25)</sup>。我认为这种观点值得商榷,应该区别两者内涵,共同确立这两大原则。这是因为:

(1) 从文义上看,禁止损害公共利益与禁止权利滥用是不同的。禁止损害公共利益的指向对象主要是社会公共利益,而禁止权利滥用原则指向的是他人的利益。禁止违反公益原则,主要目的在调和个人利益与社会整体利益,防止个人权利的行使损害社会整体利益。禁止权利滥用原则,则侧重避免私人间私益的相互冲突,使个人权利的行使与义务的履行更为和谐合理<sup>[6] P. 361)</sup>。虽然有时公共利益与他人利益会交叉重叠在一起,但他们之间的核心内容是清晰的。区别两者的差异,有利于法律的准确适用。

(2) 两者的法理基础不同。权利滥用是权利行使同时逾越了权利的社会性与正当性,而且违反社会性较轻,违反正当性较重;禁止损害公共利益原则是权利社会化的要求,损害公共利益逾越了权利的社会性<sup>[15] P. 370)</sup>。

(3) 许多国家与地区同时采用公共利益原则与禁止权利滥用原则。例如,日本民法典第1条(基本原则)第1款规定“权利必须适合公共福祉”,同条第3款规定“权利不许滥用”。又如,德国基本法第14条规定了公共利益原则,而德国民法典第226条规定了禁止权利滥用原则。

(4) 我国台湾地区的经验表明区分两者是必要的。我国台湾地区“民法”第148条第1款原本规定“权利之行使,不得以损害他人为主要目的。”但是,台湾地区1982年“民法总则”修正后增加了“不得违反公共利益”条款。其修正的理由是,“权利人于法律限制内,虽得自由行使权利,惟不得违反公共利益,乃权利社会化之基本内涵,爰于原第148条,增列‘权利之行使,不得违反公共利益’,俾与现行民法立法原则更相吻合。”与此相适应,台湾地区学者认为,“违反公共利益”与“损害他人为主要目的”是两种不同的规范类型。两者的功能、要件与法律效果不同,应有区别的必要性<sup>[5] P. 619 [6] P. 361 [24] P. 502 [25] P. 445-446)</sup>。台湾地区这一条款的前后变化表明:在现代经济社会中,需要强调公共利益,损害公共利益原则需要从权利滥用原则中分离出来,成为独立的基本原则。

(5) 公共利益原则独立的实益还在于为公益诉讼提供了坚实的实体法基础。我国民事诉讼法在2012年修改时,增加了公益诉讼的规定。该法第55条规定,对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。与此相适应,我国的一些法律规定了非法律关系的当事人可以具有公益诉讼的原告资格。例如,我国消费者权益保护法于2013年10月修改时,增设了消费者协会提起公益诉讼的规定。该法第47条规定,对侵害众多消费者合法权益的行为,中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会,可以向人民法院提起诉讼。虽然权利滥用与损害公共利益之间可能存在交叉,但是这些规定清楚地表明典型的损害公共利益的行为与滥用权利是两种不同性质的行为。

#### 四、公共利益原则的适用

##### (一) 适用公益原则案例的分布领域

公共利益原则在我国的司法实践中得到广泛适用。北大法宝显示,涉及公共利益案件数量众多。为此,本文仅对“公报”一级的案例进行分析。<sup>①</sup>以“全文”中的“同句”出现的“公共利益”为检索词,并以“精确匹配”加以限定,对两高“公报”一级的案例进行检索,截止2016年1月31日,共有72个与民商法有关的公报案例适用了公共利益原则。经过统计分析,发现其分布领域主要为:(1)传统的民商法领域,共48个案例。由于我国民法通则、物权法、合同法等法律明确规定,民事活动不得损害社会公共利益。在民商法领域出现了大量与公共利益有关的案例,广泛分布于物权法、合同法、商事法、亲属法、侵权法等领域。最多的是合同法领域,共29个案例,约占40%,主要涉及公共利益对合同效力的影响。这与合同法第7条、第52条的明文规定有关。(2)知识产权领域,共12个案例,约占16%。(3)不正当竞争与垄断领域,共5个案例,约占7%。(4)行政法领域,共6个案例,约占8%。(5)民事诉讼法领域,共3个案例,约占4%。需要注意的是,有的案件可以同时归入不同(如合同法与民事诉讼法)的领域,会存在一定的统计误差。

##### (二) 公共利益原则的适用样态

根据适用公共利益原则的方式不同,可以分为公共利益原则的积极适用与消极适用。积极适用是当事人为

<sup>①</sup> 公报一级的案例包括:发表于《最高人民法院公报》与《最高人民检察院公报》上的全国各级法院审判的案例,最高人民法院发布的指导性案例与典型案例,发表于《最高人民法院公报》上的最高人民法院的全文判决书。

实现公共利益的需要而主动采取措施,限制其他人权益。消极适用的目的不是积极地实现公共利益,而是防止公共利益受损而被动采取的防御措施。之所以出现两种不同的适用方式,其根源在于具体案件所面对的“前置性事实”不同,也就是由不同的案件情境所决定的。

#### 1. 积极适用: 为实现公共利益而限制私人权益

公共利益原则的积极适用是,试图实现某种公共利益而积极地限制私人利益。较为常见的是为实现公共利益介入当事人的不动产权益,主要有:

(1) 征收。我国物权法第42条第1款规定,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。

(2) 征用。我国物权法第44条规定,因抢险、救灾等紧急需要,依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后,应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。

(3) 收回。根据我国土地管理法第58条的规定,为公共利益需要使用土地的,由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准,可以收回国有土地使用权。

为公共利益需要而收回土地使用权时,收回一方需要证明公共利益的存在。需要注意的是,有权机关所作的审批文件、材料本身属于具体行政行为,是双方争议所指向的对象,其不能证明收回行为符合公共利益。如果不能证明收回土地使用权是实现公共利益的需要,则不能获得法院的支持。例如,在宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案<sup>①</sup>中,衢州市柯城区人民法院认为:本案各原告均系衢州市府山中学教工住宅楼的住户,是该楼用地的合法使用者。被告国土局因建设银行衢州分行需要扩大营业用房,决定收回各原告住宅楼的国有土地使用权。在本案的诉讼中提供的衢州市发展计划委员会(2002)35号《关于同意扩建营业用房项目建设计划的批复》、《建设项目选址意见书审批表》、《第三人扩建营业用房建设用地规划红线图》等有关证据,难以说明该决定是由于“公共利益需要使用土地”或“实施城市规划进行旧城区改造需要调整使用土地”的需要,故原告主张被告的具体行为主要证据不足,理由成立,应予支持;被告主张其作出的收回各原告国有土地的具体行政行为符合土地管理法规定的辩解,不能成立。本案表明,商业银行扩大营业用房的需要并不属于公共利益,不符合土地管理法第58条的规定。

#### 2. 消极适用: 为防御公共利益而阻止私人权益

公共利益原则的消极适用是,为防止某种公共利益受到损害而阻止私人利益的实现或权利行使。典型的法律表达方式是,当事人行使权利不得损害社会公共利益。

在我国台湾地区“民法”第148条第1款对行使权利不得损害社会公共利益设有明文规定。法院在适用这一条款时,涌现了许多经典案例。例如,在拆除变电设施案中,判决指出,“设上诉人所辩系争土地上所建之变电设施,一旦拆除,高雄市都会区居民之生活将陷于瘫痪,所有生产工厂均将停顿云云,并非夸大其词,而事实上复无其他适当土地取代,则被上诉人仍本于所有权请求上诉人拆除地上变电设施,交还系争土地,其现实权利显然违反公共利益,依第148条第1款规定,应为法所不许。”<sup>②</sup>又如,在公共交通道路设施案中,判决指出,“系争土地既已成为供公众使用之公共交通道路,是否已成为公用物,不无疑义。倘为公众一般使用之物,则基于公益上的理由,虽属被上诉人所有,仍应受公众使用之限制。如果土地所有人竟主张所有权,排除公共交通道路之设施,请求交还土地,其所有权之行使,是否违反公共利益,而与第148条第1款所定权利滥用之禁止规定有违,非无斟酌余地。”<sup>③</sup>

同样,公共利益原则的消极适用在我国大陆也有类似的案例。例如,定安城东建筑装修工程公司与海南省定安县人民政府、第三人中国农业银行定安支行收回国有土地使用权及撤销土地证案<sup>④</sup>中,最高人民法院认为,

<sup>①</sup> “宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案”,载《最高人民法院公报》2004年第4期。

<sup>②</sup> “1990年台上字第2419号判决”,载我国台湾地区《司法院公报》第33卷第2期。

<sup>③</sup> “1991年台上字第2567号判决”,载我国台湾地区《最高法院民事判决书汇编》第6期。

<sup>④</sup> “定安城东建筑装修工程公司与海南省定安县人民政府、第三人中国农业银行定安支行收回国有土地使用权及撤销土地证案”(最高人民法院行政判决书(2012)行提字第26号),载《最高人民法院公报》2015年第2期。

“海南省定安县政府作出112号通知前,未听取当事人意见,违反正当程序原则,本应依法撤销,但考虑到县政府办公楼已经建成并投入使用,撤销112号通知中有偿收回涉案土地使用权决定已无实际意义,且可能会损害公共利益。”因此,最高人民法院依据《关于执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释》第58条规定,依法判决确认该行政行为违法,但未撤销该通知,而是判决定安县政府对土地使用权人应当按照作出收回土地使用权决定时的市场评估价给予补偿。

### (三) 不同原则之间的选择适用与并列适用

在同时规定不得损害公共利益原则与禁止权利滥用原则的国家或地区,这两个原则之间可能会出现冲突适用的问题。当然,最理想的方案是根据不同原则各自的核心涵义,结合不同案件的具体情形而选择适用。但由于两者的核心内涵均与权利的不当行使有关,而且都具有很大的模糊性,在针对某一具体案件时,区别适用可能会存在相当大难度,在具体的法律适用中难免会出现交错。

法院可能对两原则不做区分,含糊适用。例如,台湾地区最高法院98台上1283判决谓“系争土地经编列为文教区(嘉南大学学校用地),位于体育馆、教学暨研究大楼、图书馆、国际会议中心汇集之通道,且依都市计划法第6条规定,被上诉人收回后亦不能建屋或做其他用途,既为原审所确定之事实,且系争土地面积共3630平方公尺,又位于校园核心地带,倘由被上诉人收回,将致嘉南大学校区完整性遭受破坏,不仅不利校园安全维护,且被上诉人回收后亦无从为其他具有经济价值之利用,经比较衡量结果,难认非属被上诉人所得利益极少而嘉南大学与众多学校师生与员工所受损失甚大之情形。被上诉人行使所有人物上请求权,即有违民法第148条第1款规定而不得为之,其进而请求确认通行权,亦失所据。”这一判决的结果是妥当的。但是,就法律适用而言,应更明确表示究属“以损害他人为主要目的”,或“违背公共利益”<sup>[5]</sup> (P.621)。

在司法实践中,法院也可能把这两个原则同时适用于某一具体案件。例如,台湾地区最高法院99台上字1705判决称“查系争房屋坐落于系争土地上之权利,原为台北市政府与国民党间之使用借贷契约,依该房屋使用目的及情状,使用借贷之目的尚未达成,国民党之终止契约为不合法,而上诉人明知系争房屋系因上开使用借贷关系而坐落于系争土地上,且系争房屋向供公众使用等情,为原审合法认定之事实,则依前揭说明,原审衡量系争房屋拆除所致公共利益之损害,与上诉人因此所得受之利益后,以上诉人行使系争土地所有权而请求拆屋还地,有违公共利益,属权利滥用等情,于法洵无违背。”在本案中,法院同时适用了不得损害公共利益原则与禁止权利滥用原则。

类似地,违反公序良俗与不得损害公共利益是两个不同的原则,法院也应该尽量明确选择哪一原则适用到具体的案件中。但是违反善良风俗的行为也可能是使第三人受到威胁或伤害,或者与公共福祉明显矛盾的法律行为。<sup>①</sup>其实,诚实信用原则与权利滥用原则的关系也是如此,尽量区分适用,但并列适用也不在少数<sup>[26]</sup> (P.407-408)。可见,这是法律原则所固有的模糊性特质造成的法律适用难题。

### (四) 适用公共利益原则的法律效果

权利行使违反公共利益时,其法律效果如何?我国台湾地区学者指出,权利行使违反公共利益时,其法律效果系不得行使其权利,或其权利抛弃无效等,应就个案加以认定<sup>[5]</sup> (P.624) [6] (P.364-365)。笔者支持这一观点,但是应该从更为广阔的时空背景去理解适用公共利益原则的法律效果。当事人既可以积极适用,也可以消极适用。其既可以适用于物权领域、合同领域,也可以适用于公司领域,还可以适用于知识产权等其他广泛的领域。所以,适用公共利益原则的法律效果不会局限于这些效果。说到底,只能因具体案件而形态各异,根据具体个案而得到不同的结果。

需要强调的是,法院享有基于公共利益的需要作出自由裁量的权力。为实现最佳的利益,法院可以治愈原法律行为的瑕疵,也可以对原救济途径作出相应的调整。典型的案例是中华环保联合会诉无锡市蠡湖惠山景区管理委员会生态环境侵权案。<sup>②</sup>在该案中,江苏省无锡市滨湖区人民法院经审理认为,景区管委会在开发建设项目时尚未取得改变林地用途的审批手续,构成了占用林地的事实。改变林地用途对生态环境造成损害,应当

<sup>①</sup> BGH NJW 2005, 1490 (1491); NJW 1990, 567. 转引自[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法导论》,张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第146页。

<sup>②</sup> “中华环保联合会诉无锡市蠡湖惠山景区管理委员会生态环境侵权案”,载《最高人民法院公报》2015年第3期。



承担相应的民事侵权责任。景区改变林地用途的行为,根据法律规定,应当责令限期恢复原状。但考虑到消防水池和观光电梯同时具有逃生、急救通道的功能,是欢乐园的必要组成部分,涉及较大的社会公共利益,如直接恢复原状,可能造成对社会资源的浪费。如就地恢复确有困难,可以异地恢复,以尽量达到或超过原有的生态容量水平。对异地恢复的地点的选择,按照与原被侵权地最相密切联系、恢复方案经济可靠的原则确定。最终法院结合补植方案的可行性和苗木选择的合理性、林木养护的便利性等综合因素,判决无锡市滨湖区杨湾地块补植方案为本案恢复林地的最终方案,对被告提交的该处异地补植恢复方案予以确认与准许。可见,在本案中法院以“责令异地恢复”来取代“责令原地恢复”是对原法律关系的重大调整,是适用公共利益原则的结果,是妥当的。

### 五、公共利益在利益衡量中的展开

法律原则借助利益衡量进行判决是通行方法。例如,善良风俗是一个需要进行价值补充的概念,经常采取的方式是通过利益衡量进行价值判断<sup>[27]</sup>(P.146)。又如,诚实信用原则的具体化是在利益衡量中形成的。<sup>①</sup>再如,权利滥用原则的适用是通过利益衡量实现的。<sup>②</sup>法院适用公共利益原则也不例外,需要借助于利益衡量方法。对于公共利益具体内容的认定,目前尚无统一的标准,应就个案分别衡量判断之<sup>[5]</sup>(P.363)。所以,利益衡量方法对于公共利益原则的适用具有重要的现实意义。

#### (一) 公共利益需要充分铺陈

适用公共利益原则的妥当性需要借助利益衡量才能获得。这要求利益衡量时,需要对利益状态作详细调查,需要把各种利益充分地展示出来,对各种利益的强弱大小进行充分地比对,作出谨慎取舍,从而获得最为合理的结论。

我国大陆地区在适用公共利益进行利益衡量的实践中,许多案件对其进行了仔细铺陈,详细分析,大大增强了裁决的妥当性与可接受性。典型的案例是益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案。<sup>③</sup>在该案中,最高人民法院指出,“虽然周口市计委作出《招标方案》,发出《中标通知书》及市政府作出54号文的行为存在适用法律错误、违反法定程序之情形,且影响了上诉人益民公司的信赖利益,但是如果判决撤销上述行政行为,将使公共利益受到以下损害:一是招标活动须重新开始,如此则周口市‘西气东输’利用工作的进程必然受到延误。二是由于具有经营能力的投标人可能不止亿星公司一家,因此重新招标的结果具有不确定性,如果亿星公司不能中标,则其基于对被诉行政行为的信赖而进行的合法投入将转化为损失,该损失虽然可由政府予以弥补,但最终亦必将转化为公共利益的损失。三是亿星公司如果不能中标,其与中石油公司签订的‘照付不议’合同亦将随之作废,周口市利用天然气必须由新的中标人重新与中石油公司谈判,而谈判能否成功是不确定的,在此情况下,周口市市民及企业不仅无法及时使用天然气,甚至可能失去‘西气东输’工程在周口接口的机会,从而对周口市的经济和社会发展和社会生活造成不利影响。”最高人民法院认为,“根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第58条关于‘被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施’之规定,应当判决确认被诉具体行政行为违法,同时责令被上诉人市政府和市计委采取相应的补救措施。补救措施应当着眼于益民公司利益损失的弥补,以实现公共利益和个体利益的平衡。”在该案中,最高人民法院把系争具体行政行为背后所隐藏的公共利益充分地呈现出来,并做详细分析,大大增强了判决的说服力,是值得赞赏的。

相反,如果对公共利益仅仅做抽象、笼统、难以检验的论述,那么法院所作出的裁决就可能是不妥当的,或者

<sup>①</sup> 相关理论,参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法导论》,张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第283-284页;[德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第178页;王泽鉴《民法总则》(增订新版),兴农综合印刷有限公司2014年版,第626页;黄立《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第510-511页。

<sup>②</sup> 王泽鉴《民法总则》(增订新版),兴农综合印刷有限公司2014年版,第616-618页;施启扬《民法总则》,三民书局2005年版,第368页;黄立《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第505-506页;郑玉波《民法总则》(修订11版),黄宗乐修订,三民书局2009年版,第448页。

<sup>③</sup> “益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案”(最高人民法院行政判决书(2004)行终字第6号),载《最高人民法院公报》2005年第8期。

难以为当事人所接受。例如,我国台湾地区最高法院100台上字1719判决称“原审就上诉人因权利行使取得之利益为何、被上诉人及国家社会有何损害、上诉人如何违反公共利益,未为比较衡量,徒以上诉人行使权利具有恶意,遂认上诉人为权利滥用,据为上诉人败诉之判决,难谓无判决理由不备之违法。”<sup>①</sup>又如,最高法院101台上1106判决所称“系争建物相邻均盖满建物,共有人纵取回土地,其基地面积仅为182余平方公尺(依所附图各部分使用面积加总),如何利用?其可取得利益若干?反之,系争建物属合法建筑,现供营业及居住使用,如经拆除,造成上诉人及社会经济之损害为何?原审俱未调查审讯,比较衡量之,即认上诉人抗辩被上诉属权利滥用为不可采,遂命林○生拆屋还地,自有可议。”<sup>②</sup>

## (二) 公共利益在利益衡量中的辩证关系

### 1. 公共利益:评价客体 Vs 评价标准

在利益法学的发展进程中,耶林、黑克等利益法学代表人物都没有区分作为衡量客体的利益与作为评价标准的利益,利益所扮演的角色存在重大混乱。直到德国学者Westermann才指出作为评价客体的利益与评价标准是不同的。<sup>③</sup>该国学界认为,Westermann把当事人利益与评价标准区分开来,真正促使利益法学更名为评价法学,居功至伟。<sup>[28] P. 403</sup>。这给人的印象似乎是,利益的不同角色之间的混乱直接影响了利益衡量的科学性。

公共利益也不例外,存在多重角色的问题。它在法律适用的过程中,有时是法院评价的客体,有时又是法院对当事人利益进行评价的标准。一个摆在法官面前的待决案件,必然涉及原被告双方当事人的具体利益。如果公共利益是评价客体,那么它与原被告双方当事人利益具有一样的性质;如果它是评价标准,那么它是评价原被告双方当事人利益的“标尺”——判断当事人利益是否与公共利益相符合。显然,两者的性质与功能是不同的。

公共利益扮演的角色究竟是法院的评价客体还是评价标准?公共利益是否只能承担一个角色,这两个角色是相互排斥的吗?特别是在同一个案件中,这两种不同的角色能够相容吗?这两者角色表面上似乎是矛盾的,其实是不矛盾的,可以相容的。为什么?从本质上讲,两者只是对公共利益进行分析的角度不同。从不同的侧面对同一事物进行观察,得出的结论自然可能不同。就像一把具有刻度的“米尺”,一方面,米尺本身是具有一定长度的物体,其可以成为被测量长度的对象;但另一方面,米尺又是一种测量工具,其可以用来测量其他物品的长度。可见,米尺既可以成为测量对象,又可以成为测量标准,是完全可以统一于同一事物中的。同样,在某一具体的案件中,社会公共利益既可以是评价的客体,也可以是评价其他利益(如当事人利益、制度利益)的标准。

当公共利益成为原被告双方当事人利益是否应该获得保护的评价标准时,疑问也随之而来:当事人利益通常是具体的利益,而公共利益往往是抽象的。抽象利益可以成为具体利益的判断标准吗?就像“米尺”,其可以成为测量长度的标准是因为它具有明确而清晰的刻度,抽象利益是没有清晰的刻度的,难以成为当事人具体利益的判断标准。我认为,这样类比似乎有相当的理由,但是利益衡量与长度测量的本质是不同的,难以进行类比。在利益的层次结构中,利益衡量的本质在于当事人具体利益、制度利益与社会公共利益的“相符性”检验。这种相符性检验更多体现为说服力与可接受性,而不是所谓的数字化,其检验标尺不一定需要明确的刻度。而且,公共利益虽然经常是抽象的,但是可以感知的,可以通过“描述”把它完整地呈现出来,并加以讨论与评价。这样,社会公共利益就可以顺利地在具体与抽象之间完成转换,便于进行“相符性”检测。

公共利益可以成为法院的评价对象。典型的案例是安徽省福利彩票发行中心与北京德法利科技发展有限责任公司营销协议纠纷案。<sup>④</sup>在该案中,最高人民法院判决认为,“德法利公司从销售总额的发行费用中提取相关营销提成费用的约定应解释为其从发行费中提取相应的提成费用,符合该费用的使用目的,并未影响到福利彩票销售资金中其他两类资金的比例,不存在损害社会公共利益的情形,故安徽彩票中心关于该约定变更福利彩票销售资金各费用比例,损害了社会公共利益的答辩理由不能成立,本院不予支持。”在该案中,争议双方都

<sup>①</sup> 我国台湾地区最高法院100台上1719判决。

<sup>②</sup> 我国台湾地区最高法院101台上1106判决。

<sup>③</sup> Westermann, Wesen, S. 16. 转引自吴从周《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版,第397页。

<sup>④</sup> “安徽省福利彩票发行中心与北京德法利科技发展有限责任公司营销协议纠纷案”(最高人民法院民事判决书(2008)民提字第61号)载《最高人民法院公报》2009年第9期。

对社会公共利益作出了详细阐述,重点在于营销提成费用是否构成了对公共利益的损害。在此,公共利益扮演的主要是评价的客体。

公共利益成为当事人法律行为的评价标准也极为普遍。在合同法领域,合同法第7条、第52条明确规定,公共利益是判断合同效力的重要因素。典型的案例是无锡市掌柜无线网络技术有限公司诉无锡嘉宝置业有限公司网络服务合同纠纷案。<sup>①</sup>在该案中,无锡市南长区人民法院认为:根据原告掌柜网络公司与被告嘉宝公司签订的《短消息合作协议书》及双方陈述,双方在对所发送的电子信息的性质充分知情的情况下,无视手机用户群体是否同意接收商业广告信息的主观意愿,强行向不特定公众发送商业广告,违反网络信息保护规定、侵害不特定公众的利益,所发送的短信应认定为垃圾短信,该合同应属无效。无锡市南长区人民法院依据《中华人民共和国合同法》第7条、第52条、全国人民代表大会常务委员会《关于加强网络信息保护的決定》第7条、第11条之规定,于2014年12月11日作出判决:驳回原告掌柜网络公司的诉讼请求。在该案中,公共利益成为判断合同效力的评价标准。

## 2. 公共利益: 抽象利益 Vs 具体利益

公共利益在我们社会生活中呈现的面貌是“虚实相间”,真可谓“虚中有实,实中有虚”。“虚”的公共利益往往是抽象的,而“实”的公共利益则是具体的。换言之,公共利益不但可以具体方式出现,也可以抽象方式出现。就具体的公共利益而言,常见实例是建造公路、铁路、机场等场所带来的利益。在司法实践中,基于法律适用的明确性规则,往往需要当事人或者法院确定公共利益的具体内容。相对于具体的公共利益,抽象的公共利益则是看不见、摸不着的利益,但也是实实在在围绕于我们身边的利益。凡我国社会生活的基础、条件、环境、秩序、目标、道德准则及良好风俗习惯皆应属于公共利益的抽象范畴<sup>[29] (P. 129)</sup>。抽象的公共利益,可以表现为两个层面:其一,可以是其价值功能的承载,如公平、正义、和平等,甚至公共秩序也可以成为公共利益。有人恰当地指出,公共秩序是指政治、经济、文化等社会生活领域的基本秩序,它体现了社会全体成员的公共利益<sup>[30] (P. 46)</sup>。其二,可以是与具体法律制度所承载的抽象利益相勾连,如交通法律制度的交通安全利益、公共卫生制度的公众健康利益。<sup>②</sup>抽象的公共利益是模糊的,正是其模糊性,使其具有广泛的适应性。

社会公共利益可以是具体的利益。在司法实践中,典型的案例是朱正茂、中华环保联合会与江阴港集装箱公司环境污染责任纠纷案。<sup>③</sup>在该案中,2004年上半年,江阴港集装箱公司未经环境保护行政主管部门环境影响评价和建设行政主管部门立项审批,自行增设铁矿石(粉)货种接卸作业。在作业过程中,该公司采用露天接卸,造成了铁矿石粉尘直接侵入周边居民住宅;采用冲洗方式处理散落在港区路面和港口外道路上的红色粉尘,形成的污水直接排入到周边河道和长江水域,并在河道中积淀,造成了周边环境大气污染、水污染,严重影响了周边地区空气质量、长江水质和附近居民的生活环境。鉴于环境污染具有不可逆性、地域广阔性、潜在受害人不确定性和社会公共利益受损的广泛性,江苏省无锡市中级人民法院于2009年7月受理案件后,依职权进行现场勘验,针对正在实施的环境污染侵害行为,先行裁定污染者立即停止侵害,防止了损害扩大。可见,这里的社会公共利益涉及周边环境大气污染、水污染等方面,是非常具体的。

社会公共利益可以是抽象的利益。典型的案例是在山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案。<sup>④</sup>在该案中,最高人民法院认为,良好的竞争秩序是一种公共利益。其指出,“自由竞争将有效地优化市场资源配置、降低价格、提高质量和促进物质进步,从而使全社会受益。但是,自由竞争并非没有限度,过度的自由竞争不仅会造成竞争秩序混乱,还会损害社会公共利益,需要用公平竞争的规则来限制和校正自由竞争,引导经营者通过公平、适当、合法的竞争手段来争夺商业机会,而不得采用违法手段包括不正当竞争手段。”显然,竞争秩序所体现的公共利益是

<sup>①</sup> “无锡市掌柜无线网络技术有限公司诉无锡嘉宝置业有限公司网络服务合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2015年第3期。

<sup>②</sup> 这里所列举法律制度的制度利益与公共利益重合。其实,制度利益应该与公共利益重合,事实上绝大多数法律制度的制度利益与公共利益也是高度重合的。如果某一制度的制度利益与公共利益不一致,则意味着该制度不符合社会期待,需要修改。参见梁上上:“利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论”,载《法学研究》2002年第1期。

<sup>③</sup> “朱正茂、中华环保联合会与江阴港集装箱公司环境污染责任纠纷案”,载《最高人民法院公报》2014年第11期。

<sup>④</sup> 《山东省食品进出口公司、山东山孚日水有限公司、山东山孚集团有限公司诉青岛圣克达诚贸易有限公司、马达庆不正当竞争纠纷申请再审案》(最高人民法院民事裁定书(2009)民申字第1065号),载《最高人民法院公报》2011年第10期。

一种抽象的利益。

### 3. 公共利益: 未来目标 Vs. 现实结果

公共利益究竟是利益衡量所追求的目标还是结果? 常见的回答似乎应该是, 要么是利益衡量的未来目标, 要么是利益衡量的现实结果, 两者不可兼得。这可以分两种情形进行分析。一种情形是, 公共利益在一个案件里呈现的是目标, 在另一个案件里呈现的是结果, 两者并不矛盾。另一种情形是, 公共利益在同一个案件, 既是利益衡量追求的目标, 又是利益衡量的结果。这种情况就像违约责任所造成的损失, 既可能包括现实利益受损也可能包括可得利益受损。所以, 公共利益既可以成为目标, 也可以成为结果, 可以呈现出不同的面貌。

公共利益可以成为利益衡量所追求的未来目标。典型的案例是杨季康(笔名杨绛)与中贸圣佳国际拍卖有限公司、李国强诉前禁令案。<sup>①</sup> 该案是我国法院作出的首例涉及著作人格权的临时禁令, 也是2012年修订的民事诉讼法实施后针对侵害著作权行为作出的首例临时禁令。该案件涉及到我国已故著名作家、文学研究家钱锺书先生及我国著名作家、翻译家、外国文学研究家杨绛女士, 案件处理受到了社会的广泛关注。在社会各界对钱锺书手稿即将被大规模曝光一事高度关注的情况下, 法院充分考虑了该案对于社会公共利益可能造成的影响, 准确地作出了司法禁令(行为保全措施), 既有效保护了著作权人权利, 又避免对拍卖公司及相关公众造成影响。在该案中, 法院对各方当事人的利益进行衡量的同时, 加入了社会公共利益的重要考量。在此, 公共利益的追求成为利益衡量的关键。

公共利益也可以是利益衡量所面对的现实利益。典型的案例是中华环保联合会、贵阳公众环境教育中心与贵阳市乌当区定扒造纸厂水污染责任纠纷案。<sup>②</sup> 在该案中, 清镇法院一审认为, 定扒纸厂取得的排污许可证载明, 其能够排放的污染物仅为二氧化硫、烟尘等, 不包含废水。但定扒纸厂却采取白天储存、夜间偷排的方式, 利用溶洞向南明河排放严重超标工业废水, 从直观上、实质上都对南明河产生了污染, 严重危害了环境公共利益, 故其应当承担侵权民事责任。清镇法院于2011年1月作出判决, 判令定扒纸厂立即停止向南明河排放污水, 消除对南明河产生的危害。在该案中, 环境公共利益已经遭受现实重大损害, 是一种现实损害, 而不是未来损害。

### 4. 公共利益角色区分的相对性

不论是评价客体与评价标准的关系, 抽象利益与具体利益的关系, 还是现实利益与未来利益的关系, 都是公共利益不同内涵的呈现, 是公共利益从不同的维度呈现出来的不同现象。随着作为裁量主体的法官对公共利益的观察角度的转变, 其所获得的公共利益的概念与内容也会有所变化。只要这种变化与具体的案件事实相匹配, 裁量结果就具有的合理性。所以, 这些分类只具有相对性, 相互之间可以转化。在特定的案件事实面前, 恰恰是这种可转变性, 表现出公共利益所特有的适应性。

不要说公共利益在“虚实之间”可以转化, 就是当事人的具体利益与公共利益之间也存在勾连, 可以转化。例如, 我国土地管理法第37条第1款的规定, 禁止任何单位和个人闲置、荒芜耕地。已经办理审批手续的非农业建设占用耕地, 连续二年未使用的, 经原批准机关批准, 由县级以上人民政府无偿收回用地单位的土地使用权; 该幅土地原为农民集体所有的, 应当交由原农村集体经济组织恢复耕种。可见, 无偿收回的目的主要是防止单位和个人闲置、荒芜耕地。<sup>③</sup> 民事主体闲置、荒芜耕地的行为表面上涉及的似乎只是当事人的具体利益, 但是基于耕地对人类生存的重要性, 以及耕地资源的有限性, 耕地对国家与社会具有特别重要的意义。所以, 闲置、荒芜耕地而失去的利益不再囿于当事人具体利益, 已经由当事人具体利益转化为抽象的公共利益。正是基于公共利益的需要, 法律才明文规定可以“无偿收回”。

#### (三) 公共利益与类似利益的差异与转化

##### 1. 公共利益与共同利益的关系

公共利益不同于共同利益。两者的差异主要在于: 其一, 两者所涉及的利益对象的范围不同。公共利益所涉及的对象具有开放性, 而共同利益所涉及的对象具有封闭性。其二, 两者的性质不同。公共利益是不特定社

<sup>①</sup> “杨季康(笔名杨绛)与中贸圣佳国际拍卖有限公司、李国强诉前禁令案”, 载《最高人民法院公报》2014年第10期。

<sup>②</sup> “中华环保联合会、贵阳公众环境教育中心与贵阳市乌当区定扒造纸厂水污染责任纠纷案”, 载《最高人民法院公报》2014年第11期。

<sup>③</sup> 在我国, 土地使用权的收回可以分为有偿收回与无偿收回。

会人员的利益,而公共利益是特定范围内成员的共同体利益。例如,我国台湾地区“工业团体法”与“商业团体法”第1条都规定“增进共同利益”。<sup>①</sup>这里的共同利益是指这些团体会员的共同利益<sup>[6] P.365</sup>。其三,两者的语言使用方式不同。公共利益是法律用语,而共同利益的使用较为灵活。例如,债权人与债务人对立双方之间的临时性利益可以为共同利益。合伙人之间、夫妻之间基于共同目标产生的长期性利益也可以是共同利益。而这些不能用公共利益来表述。

随着我国城市化进程的推进,物业小区的快速发展,“共同利益”的适用在物业纠纷中大量出现,主要有两种类型:(1)在物业纠纷中,某一业主对共有部分的使用不能侵害其他业主的共有权,损害他们的共同利益。例如,南京市鼓楼区房产经营公司、钟宝强等诉江苏盛名实业有限公司房屋侵权纠纷案<sup>②</sup>中,江苏省南京市中级人民法院认为,“被上诉人盛名公司虽然是在其专有部分(为一楼室内)增建夹层,但是其增建夹层的行为利用了属于共用部分的梁、柱和地板以下的掩埋工程,使梁、柱的负载加大,地梁裸露,是对共用部分的非正常使用,影响到全体区分所有权人的共同利益。”(2)即使是业主的专有部分,业主对其进行占有、使用、收益和处分时,也不得危及建筑物的安全,不得损害其他业主的共同利益。例如,顾然地诉巨星物业排除妨碍、赔偿损失纠纷案<sup>③</sup>中,上海市静安区人民法院认定:顾然地所有的浴缸(严重超长超宽超重)注满水后的重量,超出了每平方米最大280公斤的楼板设计荷载量。长期使用这个浴缸,不仅顾然地的安全不能保证,且势必危及相邻其他区分所有权人的安全。由于建筑物的特性,决定了权利人在行使其权利时要受到一定限制。区分所有权人使用自己专有部分的建筑物时,不得违反全体区分所有权人的共同利益,不得妨碍整幢建筑物的正常使用。为此,法院判决驳回原告的诉讼请求。

需要注意的是,在具体的法律适用环境中,有的共同利益可以转化为社会公共利益。例如,住宅小区内的业主是特定的,从公共道路通往小区内的连接道路主要由小区业主使用,但该道路所涉及的利益并非只是该小区业主的共同利益。又如,在青岛中南物业管理有限公司南京分公司诉徐献太、陆素侠物业管理合同纠纷案<sup>④</sup>中,南京市江宁区人民法院认为,“业主不得违反业主公约及物业管理规定,基于个人利益擅自破坏、改造与其房屋毗邻的庭院绿地。即使业主对于该庭院绿地具有独占使用权,如果该庭院绿地属于小区绿地的组成部分,业主在使用该庭院绿地时亦应遵守业主公约、物业管理规定关于小区绿地的管理规定,不得擅自破坏该庭院绿地,损害小区其他业主的合法权益。”在该案中,共同利益与公共利益之间的界限是模糊的。

## 2. 公共利益与国家利益的关系

公共利益与国家利益的关系,类似于公共利益与共同利益之间的关系。一方面,公共利益与国家利益的核心内涵是不同的,有些法律把两者并列使用,对两者做区别处理的意图是明显的。例如,我国宪法第51条规定,行使权利不得损害国家的、社会的、集体的利益。另一方面,两者在某些场合可以转化。例如涉外民事关系法律适用法第5条规定,“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。”这里的社会公共利益在法律适用的许多场合可以指国家利益,两者可以转化。

国家利益与公共利益转化的典型案例是巴菲特投资有限公司诉上海自来水投资建设有限公司股权转让纠纷案。<sup>⑤</sup>该案中,被告上海自来水投资建设有限公司以董事会决议的方式将其持有的16985320股光大银行法人股以28365484.40元价格委托上海水务公司出让,第三人金槌公司受水务公司委托以52654492元价格将该股份拍卖给原告巴菲特投资公司,造成国有资产严重流失。上海市高级人民法院认为,根据《企业国有资产监督管理暂行条例》第13条的规定,以及根据国务院国资委、财政部制定实施的《企业国有产权转让管理暂行办法》第4条、第5条的规定,企业国有产权转让应当在依法设立的产权交易机构中公开进行,企业国有产权转让可以采取拍卖、招投标、协议转让等方式进行。企业未按照上述规定在依法设立的产权交易机构中公开进行企业国有产权转让,而是进行场外交易的,其交易行为违反公开、公平、公正的交易原则,损害社会公共利益,应依

<sup>①</sup> 我国台湾地区“工业团体法”第1条规定,工业团体,以协调同业关系,增进共同利益并谋划工业之改良推广,促进经济发展为宗旨;台湾地区“商业团体法”第1条规定,商业团体,以推广国内外贸易,促进经济发展,协调同业关系,增进共同利益为宗旨。

<sup>②</sup> “南京市鼓楼区房产经营公司、钟宝强等诉江苏盛名实业有限公司房屋侵权纠纷案”,载《最高人民法院公报》2001年第5期。

<sup>③</sup> “顾然地诉巨星物业排除妨碍、赔偿损失纠纷案”,载《最高人民法院公报》2003年第6期。

<sup>④</sup> “青岛中南物业管理有限公司南京分公司诉徐献太、陆素侠物业管理合同纠纷案”,载《最高人民法院公报》2007年第9期。

<sup>⑤</sup> “巴菲特投资有限公司诉上海自来水投资建设有限公司股权转让纠纷案”,载《最高人民法院公报》2010年卷,第487页以下。

法认定其交易行为无效。在该案中,国家利益已经转化为公共利益。

#### (四) 公共利益衡量应紧密结合具体的法律制度

公共利益原则在适用过程中,涉及原被告双方的利益,以及公共利益。原被告双方的利益较为具体、明确,而社会公共利益通常较为抽象、模糊。这两者处于事物的两端,如何把两者勾连起来呢?由于权利(核心为利益)总是存在于具体的法律制度之中的,法律制度可以扮演两者的媒介,所以应该结合该法律制度所蕴含的制度利益进行衡量<sup>[31]</sup>。

上海市弘正律师事务所诉中国船舶及海洋工程设计研究院服务合同纠纷案为此提供有益的成功经验。<sup>①</sup>上海市第二中级人民法院二审认为,“当事人在诉讼过程中自愿接受调解、和解,是对自身权益的处分,是当事人依法享有的诉讼权利。律师事务所及其律师作为法律服务者,在接受当事人委托代理诉讼事务中,应当尊重委托人关于接受调解、和解的自主选择,即使认为委托人的选择不妥,也应当出于维护委托人合法权益的考虑提供法律意见,而不能为实现自身利益的最大化,基于多收代理费的目的,通过与委托人约定相关合同条款限制委托人接受调解、和解。上述行为不仅侵犯委托人的诉讼权利,加重委托人的诉讼风险,同时也不利于促进社会和谐,违反社会公共利益,相关合同条款亦属无效。”在该案中,二审法院非常重视对所涉法律制度的分析,充分分析了律师制度的目的、委托制度的制度利益等内容。法院强调“律师的职业责任是接受当事人的委托,为当事人提供法律服务,维护当事人的合法权益,维护法律的正确实施,维护社会的公平正义。”基于这种制度利益的过渡,可以把当事人的具体利益与公共利益紧密地勾连起来,达到良好的论证效果。

#### 六、结论

现代社会是一个复杂的法治系统。法律存在漏洞已经成为常态,法院经常面临缺乏妥当法律规范解决法律纠纷的难题。法律基本原则具有模糊性与价值性强的特点,可以用来补充与修正法律规范,弥补法律漏洞。

公共利益原则是现代法治社会的一项独立的重要法律原则。长期以来,我国学者认为社会公共利益原则等同于国外的公序良俗原则。其实,该原则既不同于公序良俗原则,也不同于权利滥用原则。它不但有实证法的根据,在司法实践中也得到广泛应用。它可以被当事人积极适用,也可以被当事人消极适用。公共利益是一个模糊性概念,但具有很强的适应性,可以解决因社会变迁而产生的疑难案件。该原则在法律适用的过程中,需要借助利益衡量方法。鉴于公共利益的模糊性,法院需要针对具体案件对其内涵进行充分阐述,灵活看待公共利益在评价对象与评价标准、抽象利益与具体利益、未来利益与现实利益之间的关系,妥当处理它与国家利益、共同利益等不同利益之间的互相转换。

#### 参考文献:

- [1] [英] 迈克·费恩塔克《规制中的公共利益》戴昕译,中国人民大学出版社2014年版。
- [2] [美] 罗斯科·庞德《法理学》(第3卷) 廖德宇译,法律出版社2008年版。
- [3] [美] E·博登海默《法理学 法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版。
- [4] 王利明主持《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》,法律出版社2005年版。
- [5] 王泽鉴《民法总则》(增订新版),兴农综合印刷有限公司2014年版。
- [6] 施启扬《民法总则》,三民书局2005年版。
- [7] 熊谓龙“私法中的‘社会公共利益’”,载王利明、郭明瑞、潘维大主编《中国民法典基本理论问题研究》,人民法院出版社2004年版。
- [8] [德] 迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版。
- [9] 梁上上“未出资股东对公司债权人的补充赔偿责任”,载《中外法学》2015年第3期。
- [10] [德] 齐佩利乌斯《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版。
- [11] 夏勇主编《法理讲义——关于法律的道理与学问》(上),北京大学出版社2010年版。
- [12] 俞可平“从权利哲学到公益政治学:新自由主义之后的社群主义”,载《自由与社群》,北京三联书店1998年版。
- [13] 韩震“后自由主义的一种话语”,载《自由与社群》,

<sup>①</sup> “上海市弘正律师事务所诉中国船舶及海洋工程设计研究院服务合同纠纷案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2009年第12期,第39页以下。

- 北京三联书店 1998 年版。
- [14] 容迪 “在自我与社群中的自由主义”,载《自由与社群》,北京三联书店 1998 年版。
- [15] 姚瑞光 《民法总论》,中国政法大学出版社 2011 年版。
- [16] 《最新日本民法》,渠涛 编译,法律出版社 2006 年版。
- [17] [德]迪特尔·施瓦布 《民法导论》,郑冲 译,法律出版社 2006 年版。
- [18] 《法国民法典 民事诉讼法典》,罗结珍 译,国际文化出版公司 1997 年版。
- [19] 梁慧星 《民法总论》(第 4 版),法律出版社 2011 年版。
- [20] 梁上上 “异质利益衡量的公度性难题及其求解——以法律适用为场域展开”,载《政法论坛》2014 年第 4 期。
- [21] 梁慧星 “市场经济与公序良俗原则”,载《中国社会科学院研究生院学报》1993 年第 6 期。
- [22] 《德国民法典》(第 4 版),陈卫佐 译注,法律出版社 2015 年版。
- [23] 魏振瀛 主编 《民法》(第 5 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2013 年版。
- [24] 黄立 《民法总论》,中国政法大学出版社 2002 年版。
- [25] 郑玉波 《民法总论》(第 11 版),黄宗乐 修订,三民书局 2009 年版。
- [26] [日]山本敬三 《民法讲义 I 总则》,解亘 译,北京大学出版社 2004 年版。
- [27] [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克 《德国民法导论》,张艳 译,中国人民大学出版社 2014 年版。
- [28] 吴从周 《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社 2011 年版。
- [29] 梁慧星 《民法》,四川人民出版社 1988 年版。
- [30] 杨代雄 《民法总论专题》,清华大学出版社 2012 年版。
- [31] 梁上上 “利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论”,载《法学研究》2002 年第 1 期。

## Public Interest and the Interest Measurement Theory

*Liang Shangshang*

**Abstract:** Public interest is of vital importance for our modern society, especially for the rule of law. Even though public interest is a vague and uncertain concept, its application is flexible responding to changeable environment and thus has enough room for interpretation. Judges need to interpret definition of this concept based on specific case. Public Interest Principle is an independent principle, which is different from Public Order and Good Morals Principle and Prohibition of Abuse of Rights Principle. In practice, it could be used positively or negatively based on different situations. Furthermore, judges should clarify this principle by applying Interest Measurement Theory, and elaborate involved public interest properly during the interest measurement process. Due to uncertainty of public interest's definition, we should interpret this concept flexibly considering delicate relationships between evaluation objects and standards, abstract interest and specific interest, future interest and immediate interest. Additionally, we need to envisage and handle the transformation between public interest and national interest, common interest and the other interests. Finally, the institution interest could work as an intermediary to enhance application of public interest principle in judicial practice.

**KeyWords:** Public Interest; Interest Measurement Theory; Public Interest Principle; Public Order and Good Morals Principle; Prohibition of Abuse of Rights Principle

(责任编辑 寇 丽)