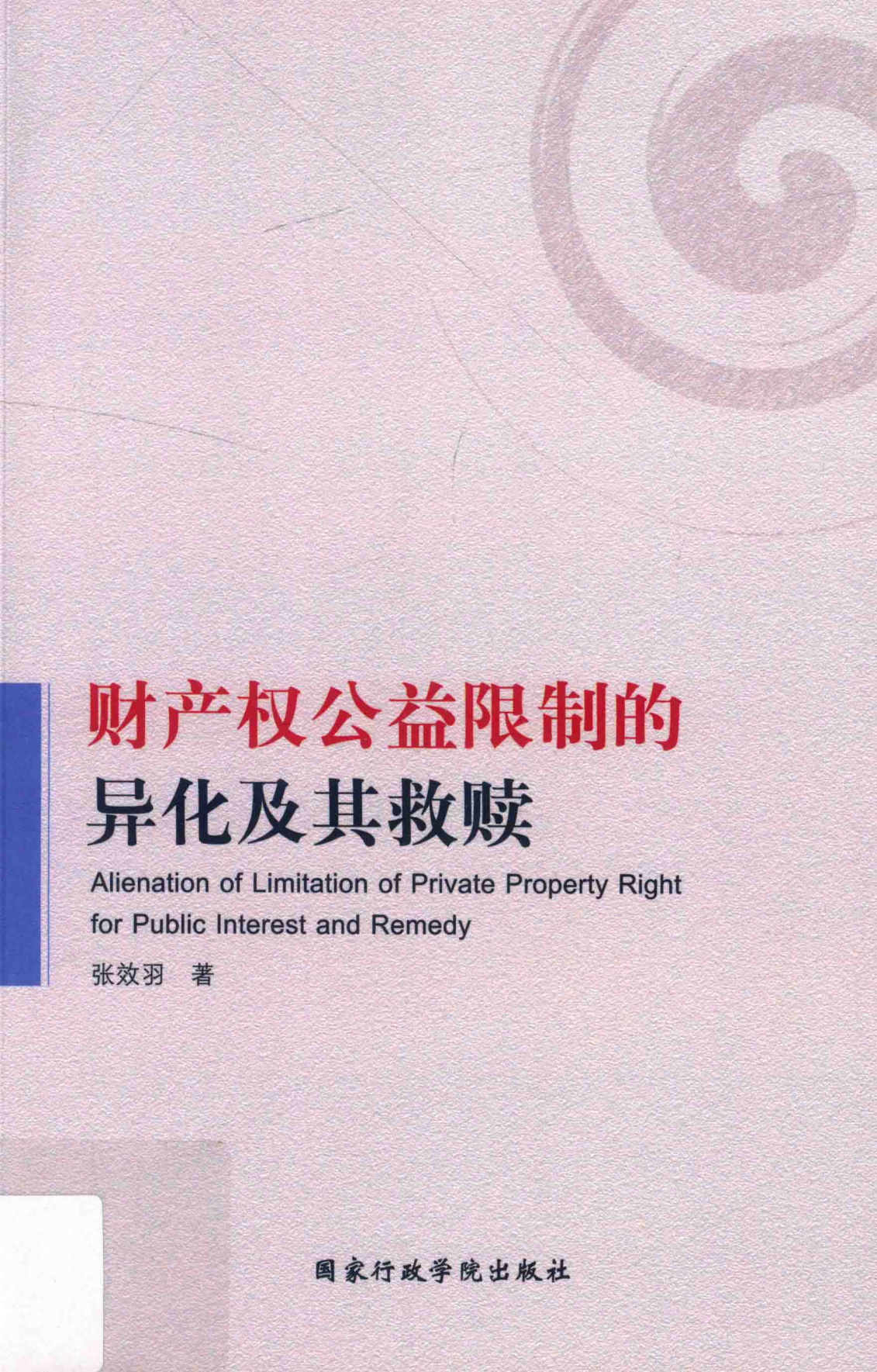




财产权公益限制的 异化及其救赎

Alienation of Limitation of Private Property Right
for Public Interest and Remedy

张效羽 著

国家行政学院出版社

国家行政学院中欧公共管理项目二期资助

财产权公益限制的 异化及其救赎

Alienation of Limitation of Private Property Right
for Public Interest and Remedy

张效羽 著

国家行政学院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

财产权公益限制的异化及其救赎/张效羽著. —北京: 国家行政学院出版社,
2014. 7

ISBN 978-7-5150-1238-4

I. ①财… II. ①张… III. ①财产权-研究 IV. ①D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 165648 号

- 书 名 财产权公益限制的异化及其救赎
作 者 张效羽
责任编辑 陈 科
出版发行 国家行政学院出版社
(北京市海淀区长春桥路 6 号 100089)
(010) 68920640 68929037
[http: //cbs. nsa. gov. cn](http://cbs.nsa.gov.cn)
经 销 新华书店
印 刷 虎彩印艺股份有限公司
版 次 2014 年 7 月北京第 1 版
印 次 2014 年 7 月北京第 1 次印刷
开 本 787 毫米×1092 毫米 16 开
印 张 14.25
字 数 219 千字
书 号 ISBN 978-7-5150-1238-4
定 价 43.00 元

本书如有印装质量问题, 可随时调换。联系电话: (010) 68929022

目 录

第一章 绪论	1
第一节 何为公益限制?	1
一、公益限制是对私有财产权行使的限制	1
二、公益限制是行政主体依法对财产权行使施加的限制	8
三、公益限制与公益征收、征用辨析	11
四、公益限制的特征	12
第二节 为何要研究公益限制?	15
一、“限时代”的中国社会	15
二、公益限制的理论误区	16
三、为沉默大多数的权利呼喊	17
第三节 当前对公益限制的研究状况	17
一、私法角度的研究	18
二、行政法角度的研究综述	21
三、宪法角度的研究综述	30
第四节 本文的所欲解决的问题、路径与方法	31
一、本文所欲解决的问题	31
二、研究路径	32
三、研究方法	32
第二章 原初状态：排除损害	34
第一节 原初状态	34
一、逻辑在先的财产权利	35
二、政府的起源与使命	36
三、市场经济	37
四、财产权自由行使止于造成损害	39
五、国家使命在于排除损害	40
第二节 私害、公害与民事司法救济	41

一、私害的民事司法救济	41
二、公害的民事司法救济	46
三、民事司法救济的弊端	49
第三节 公益限制对民事司法救济的补充	56
一、公益限制的优势	56
二、为何说公益限制只是司法救济的补充?	59
三、原初状态下公益限制的边界	60
 第三章 公益限制的扩展：风险防范	63
第一节 私法侵权法中的危险责任	63
一、危险责任的理论基础	64
二、危险责任的要件	66
三、私法危险责任在风险防范中面临的困难	67
第二节 风险社会下公益限制的进一步扩展（风险规制）	69
一、现代风险社会的新情况	70
二、“有组织的不负责任”与有组织的风险规制	72
第三节 公益限制在风险防范中的积极作用	74
一、从警察国家到警戒国家	75
二、公益限制在防范风险方面的主要形式	76
三、公益限制在防范风险时代的特点	80
 第四章 公益限制的扩展：反权利滥用	82
第一节 禁止权利滥用的逻辑	82
一、违反法律隐含意图说	84
二、权利外在限制说	86
三、恶意说	89
四、天赋人权、权利社会化与禁止权利滥用	90
第二节 财产权社会化	93
一、财产权绝对	93
二、财产权绝对的弊端	94
三、财产权社会化的兴起	97

第三节 反权利滥用时代的公益限制新领域	99
一、价格管制	99
二、反垄断	101
三、反不正当竞争	103
第五章 异化：从公共利益到公共需要	104
第一节 何为异化？	104
一、异化问题在近代的起源	104
二、马克思的异化理论	108
三、异化的特点	110
第二节 公共利益、公共需要与特别牺牲	111
一、消极公共利益与积极公共利益	111
二、积极公共利益与公共需要	113
三、公共需求与公益限制的异化	115
第三节 公益限制异化的路径	116
一、消极公共利益状态下的公益限制	116
二、风险防范的过度	117
三、“反权利滥用”的滥用	119
第四节 公益限制异化的成因和救赎	120
一、行政权的扩张与公益限制异化	120
二、公益限制补偿欠缺与公益限制的异化	121
三、公益限制异化的救赎	123
第六章 异化之果：公益限制补偿问题	125
第一节 公益限制补偿在美国的发展	126
一、公益限制补偿问题的美国话语	126
二、公益限制不予补偿的时代	129
三、宾夕法尼亚煤矿公司案：起源	132
四、佩恩中央交通公司案：新的衡量框架	139
五、卢卡斯案：绝对规则	142
六、林戈尔案：公共利益的衰落	149

第二节 公益限制补偿在德国的发展	155
一、德意志帝国时代：古典征收概念的扩张	156
二、魏玛共和国时代：征收概念掩护下的公益限制	156
三、战后德国联邦最高法院的立场	157
四、德国联邦宪法法院的新思维	160
第三节 公益限制补偿的泥潭	164
一、美、德在公益限制补偿问题上差异	164
二、美、德在公益限制补偿方面的共通之处	165
三、公益限制补偿问题之惑	167
 第七章 救赎：公益限制补偿的重构	171
第一节 补偿判定的独立性	171
一、财产权的自由与价值	171
二、比例原则之误	172
三、财产权社会义务之误	173
第二节 重申损害原则	174
一、损害原则的必要性	175
二、“损害”的学理界限	178
三、损害判定的私法基础	180
第三节 公益限制补偿的司法救济程序	181
一、传统行政诉讼程序在应对补偿争讼上的不足	181
二、公益限制补偿司法救济程序的特点	183
三、公益限制补偿司法救济程序的重构	183
 第八章 结论	185
 附录 美国有关管制征收的法律、法规	187
 参考文献	210

第一章 绪 论

第一节 何为公益限制？

名不正则言不顺，本文研究所面临的第一个严重困惑就是公益限制的界定。因为这个概念在国内甚至在比较法上都是一个比较罕见的法学概念^①。公益限制是本文研究问题主要所指，如果对于“公益限制”没有一个较为清晰的认知，本文的研究就很难让人理解。

一、公益限制是对私有财产权行使的限制

从字面含义上看，公益限制无所不包，涉及对人身自由的公益限制、对财产权的公益限制等。本文的研究对象，不涉及对于人身自由的公益限制，只涉及对私有财产权行使的公益限制，具言之，是对私有财产权行使的公益限制。

1. 公益限制所指财产权的标的必须为财产

作为公益限制对象的私有财产权，必须以财产为标的。当前，由于财产权的放射性，几乎一切自由权都可以在某种意义上被理解为财产权，对人身自由的限制在特定条件、特定角度之下也可以视为对财产权行使的限制。因此，对于私有财产权到底包括何种内容仍需要澄清。具言之，本文所指的财产权，是指以财产为标的的排他的权利，其内容首先以财产指向性为限。所谓财产，应当具有如下特征：

^① 根据笔者的搜索，国内只有顾治青在其硕士学位论文《公益限制及其补偿》中使用“公益限制”的概念，其余未见有学者使用这个概念，其在该硕士论文中也认为“公益限制”是其首创的概念。顾治青将公益限制界定为：“行政主体在法定情形下，为满足特定的公益目的，在公民、法人或其他组织的特定财产权上设置以强制力保证实施的特殊限制，并给予公平补偿的行为。”本文的界定与其基本保持一致。

(1) 稀缺性。凡是能够无限供给的物品不能构成财富，也不能成为财产。休谟指出：“所有权的基础是稀缺性，若是一种东西预期会非常丰裕，人人都可以取得，不必请求任何人或者政府同意，它就不能成为任何人的财产。”^① 比如，一般地，周边环境中存在的空气是人人都可获得的，因此不能成为财产。但是，随着技术的进步和环境污染的加重，如果有些工厂将一般的空气加工成无污染的清洁空气，则需要购买方可享有，在这种意义上讲，清洁空气属于财产。

(2) 价值性。所谓价值，是人对于客体满足自己需要的一种判断。我们说一个事物是有价值的，是指它是我们可欲的。价值并非限于使用价值，对于很多人而言黄金白银没有任何使用价值，但出于投资或者投机的需要，黄金白银也是财产。人类文明发展的一个特点就是越来越多原来认为没有价值的事物被人类挖掘出了价值，大多数人认为没有价值的事物被少数人发觉了价值，从这个角度上看财产的价值永远处于不确定的状态，是一个因人而异、因时而异的标准。

(3) 可排他性。又称可确定性，即财产本身具有排除他人干涉的可能性。“权利所指向的对象，也即权利人对之有权的客体，必须是十分确定的，权利人必须可以排除他人对这个特定事物的使用，权利人可以处分这个特定物，或者根据法律可以要求某个特定的人履行特定的给付。”^② 财产毕竟是以建立产权为目的的，而实施产权意味着排除他人使用相关稀缺资源。这就意味着财产本身在其物理特性中应当可以以耗费一定成本的前提下度量 and 描述，并且可以耗费相应成本保证实现所有者权利。比如，太阳的光辉是很难排除人类共享的，因此太阳的光辉不能算是财产。但是，在特定的地点，如果大厦影响了对面住户的采光权，在这种情况下太阳的光辉被高大的建筑所“隔断”，因此在特定的地点就成为财产权的争议标的。

(4) 可交换性。即财产必须是可以用来交换的事物，如果某种事物不能用来交换，则很难称之为财产。财产的可交换性并非意味着有人愿意与其交换，而是一种交换的可能性。一般而言，只要法律未禁止交易的事物

① 转引自康芒斯著：《制度经济学》，于树生译，商务印书馆 1997 年版，第 298 页。

② [德] 卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 280 页。

或者能被人所控制的事物，都是可以进行交换的。比如毒品是法律禁止交换的，就不具有可交换性，而火星的尘土是无法被人们控制的，也不具备可交换性。

2. 公益限制针对的是财产权的行使而非财产本身

由于财产和财产权在英语中都是 Property，因此，财产与财产权经常被混淆。实际上，财产与财产权之间有着不可逾越的鸿沟，两者是完全不同的两类事物。财产是一个实然现象，而财产权是一种应然主张，其最原初的就是主张财产是“我的”。对此，康德指出：“任何东西根据权利是我的，或者公正地是我的，由于它和我的关系如此密切，如果任何他人未曾得到我的同意而使用它，他就是对我的损害或侵犯……可见，一个外在物是我的，只有当这个外在物事实上不在我的占有中，如果别人动他时，我可以认为这是对我的侵害，至此，这个外在物才是我的。”^①由此可见，这种主张财产是“我的”的财产权，与权利人是否占有财产无关，而与权利人与他人之间的关系有关。财产权，在任何意义上都不是指对财产的占有，而是对人与人之间特定关系的占有，即宣称某种财产是“我的”而产生的人与人之间受法律保护的关系，这种关系的内容就是权利人之外的人不得干涉权利人行使自己的权利。

因此，“产权的本质是排他性的权力”^②，在财产法律关系中，财产权的权利人拥有在所拥有的财产之上排除他人一切干涉的权利。“它并不是指一般的物质实体，而是指由人们对物的使用所引起的相互认可的行为关系，它用来界定人们在经济活动中如何受益、如何受损，以及他们如何进行补偿的规则。”^③“财产权是法律的一个创造，财产权并不来源于价值，虽然价值是可以交换的，但许多可交换价值在有意损害后却得不到补偿，财产权其实就是法律赋予对他人干涉的排除。”^④

① [德] 康德著：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，第 54 页。

② [美] 道格拉斯·C. 诺斯著：《经济史上的结构与变革》，厉以平译，商务印书馆 1992 年 10 月版，第 26 页。

③ [美] 科斯等著：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度经济学派译文集》，刘守英等译，上海三联书店 1997 年版，第 6 页。

④ [美] 肯尼斯·万德威尔德：《十九世纪的新财产：现代财产概念的发展》，王占强译，载《经济与社会体制比较》1995 年第 1 期，第 34 页。

总之，财产权是围绕财产所发生的人与人之间的关系，是人基于财产而享有的行为自由，因此，当我们说公益限制是对财产权限制时，是指对于以财产运用为内容的行为自由的限制，是对人的行为的限制。

3. 本文所称财产权不限于所有权

在人类财产权历史发展的不发达阶段，财产权主要是指物权，而非债权。因为所有权是最能保护对财产绝对支配的权利，因此在商品经济不发达阶段，所有权是财产权的最佳代表。但是，随着商品经济的发展，尤其是资本主义的发展，财产权的主要作用已经从保护财产权权利人对财产的绝对支配转向保护财产在市场经济条件下交易和增值的可能与安全。“在资本主义的经济组织中，所有权最重要的作用已经不是利用物质客体，而是将其作为资本，利用资本获得利益……然而，要想把所有权作为资本并以此支配他人，就必须与各种债权契约相结合，在资本主义经济组织下，所有权如果不和债权相结合，就不能发挥其重要的作用。”^① 这是因为，资本主义的商品生产，几乎全部都是为了使其进入交易和增值的渠道，而非个人使用。正是资本主义这种以财产交易和增值为目的的经济，促使着所有权人不能将其所占有、支配的财产仅仅用于个人使用，而要将其分割交给最能够利用财产增值的人使用，自己则凭借所有权收取租金或者直接将财产变现。既然财产的价值重心已经不在于个人的占有、使用，而是为了进入交易和租赁市场，则所有权债权化成为一种不可阻挡的趋势。在所有权债权化的时代，“拥有”合同，即债权，就是拥有财产，并且大多数人所“拥有”的财产，并非对某物的实实在在占有，而是拥有他人对你的给付义务，即债权。^② 这正如劳森教授所言：“如果合同所创设的权利可以转让，法律就将其作为一种财产来对待，其实，在英国法中就将其称为‘物’，虽然它使用的是古老的法语‘诉体物（chosein action）’这一术语。”^③

① [日] 我妻荣著：《债权在近代法中的优越地位》，王书江、张雷、谢怀栻等译，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 8 页。

② 一个非常通俗的例子，当我们说我们拥有存款若干时，其实并非我们占有了这些钱，而是银行欠我们这些钱，其根本是一个建立在存款合同之上的债权——作者注。

③ [英] 劳森、拉登著：《财产法》，施天涛、梅慎实、孔祥俊译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 3~4 页。

在所有权债权化的同时,所有权也在逐渐价值化。所谓所有权的价值化,是指所有权逐渐从对财产的占有,转移到对价值的占有。“只有通过在社会成员间相互划分对特定资源的使用的排他权,才会产生适当的激励……这一原则适用于任何有价值的资源。”^①即任何有价值的资源都可以而且应当为私人所拥有。按照霍布豪斯的说法:“在发达的社会中,某个人的财产不只是他控制和享用的东西,不只是他可作为劳动之基础和有序活动之载体的东西,而是他能够用以控制别人、使它成为别人劳动和他自己所命令之行为的载体的东西……一方面,财产是恒定、有序、有目的和自我指导之活动的物质基础……另一方面,财产权是一种社会组织形式,藉此,那些不拥有它的人的劳动,受到拥有它的人的享受的指引,并且是为了满足后者之享受的。”^②

当物权已经扩大到对几乎一切价值的占有的时候,物权也就零散化了,促使“物”的概念原有的地位不得不为“财产”的概念所取代,而“财产”概念的范围既包括物也包括权利。到了这个阶段,物权与财产权就完全可以区分了:财产权不仅包括物权,还包括一切以有关物之权利为对象的权利。“财产是一组权利,这些权利描述一个人对其所有的资源可能占用、使用、改变、馈赠、转让或阻止他人侵犯。”^③财产权既包括物权,也包括债权,还包括知识产权,以及其他以财产为标的的权利。

4. 本文所称财产权不包括“新财产权”

现代社会,财产权的来源有很多种,总体上可以分为私有财产权和公有财产权。对于国家所有财产的限制,受到国有财产相关法律的制约,并非在本文的探讨之列。本文在此需要澄清的,只是所谓“新财产权”问题。

所谓“新财产权”,又称“New Property”。新财产权的概念是美国的赖希教授提出的。1964年,赖希教授在《耶鲁大学法律评论》上发表了一

① [美] 理查德·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第40~41页。

② [英] 霍布豪斯:《财产权的历史演化:现实的和事实的》,翟小波译,载《公法评论》, <http://www.gongfa.com/caichanquanhuobuhaosi.htm>。

③ [美] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,史晋川等译,上海人民出版社、上海三联书店1994年版,第136页。

篇题为“*The New Property*”的论文。在这篇文章中，他认为，美国近些年来最重要的发展之一就是政府开始成为财富的主要源泉，不断释放出如救济金、专营权及特许权之类的财富，“政府就是一个巨大的虹吸管，它吸入税收和权力，喷出财富、金钱、利益、服务、合同、特权和执照”^①。尽管这些财富表现形式多种多样，“但它们都有一个共同的特性，它们正在逐步取代传统形式的财富——作为私有财产被占有的财富形式，社会保险取代了储蓄，政府成了商业的主要顾客。越来越多的美国人的财富取决于与政府的关系，美国人越来越依赖于政府的赐予——由政府分配，按照政府的条件，接受者基于所谓的公共利益而占有这些物品”^②。对于一个退休者而言，政府的养老金可能是其维持生存的唯一支柱；对于很多企业而言，政府合同是其赖以存在的基础。在这种情况下，再将这些分配视为恩赐是不合适的，“它们是必不可少的，完全应该得到的，而且绝不是施舍……简而言之，现在把各种各样的福利权，看成是财产而不是恩赐可能是现实的”^③。

赖希教授“新财产权”概念的提出是美国法治史上的一个创举，并且已经得到了美国最高法院在具体判例中的支持。在 *Goldberg v. Kelly* 一案中，美国联邦最高法院认可了政府福利是财产权的一种类型，应当适用正当程序条款予以保护；在 *Board of Regents of state Colleges Et. Al. v. Roth* 一案中，法院坚持了这一观点。

其实，所谓新财产权的问题实际上就是行政给付中涉及福利权的保护问题。19 世纪末 20 世纪初，随着经济社会发展和社会主义思想的流传，近代那种政府干涉财富分配、不直接促进福利民生的夜警国家已经失去了民心。资本主义的加速发展带来的是社会系统性经济风险的增加，经济危机、失业、滞胀等经济社会问题的出现需要政府更加积极地介入经济生活，民主政治的发展尤其是投票权向无产阶级的普及也使得经济上的弱势群体要求并且有能力要求政府为其提供基本的经济保障以维持体面的生

① Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964), p733, 转引自 [美] 克利贝特等著：《财产法：案例与材料》，齐东祥、陈刚译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 57 页。

② Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964), p734, 转引自 [美] 克利贝特等著：《财产法：案例与材料》，齐东祥、陈刚译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 57 页。

③ Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964), p735, 转引自 [美] 克利贝特等著：《财产法：案例与材料》，齐东祥、陈刚译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 57 页。

活；在这种情况下，一种政府应当积极介入经济的二次分配、增加税收提供福利的呼声开始兴起。顺应这种发展和变化，德国行政法学家恩斯特·福斯特夫最早对“给付行政”进行了系统阐述。他在1938年发表的《作为给付主体的行政》中创造了“生存照顾”和“给付行政”理论，认为给付行政和干预行政都是政府的重要职能，得到政府的给付和服务是公民的法律权利，因此，给付行政应当成为行政法的重要组成部分。20世纪50年代，恩斯特·福斯特夫的被称为现代德国行政法之代表作的《行政法教科书》，就是以研究给付行政和福利行政为重要特征的。^①

但现在的问题就是，这种基于行政给付所产生的权利，到底是不是财产权？如果是财产权的话，对这种权利的限制就成为公益限制；反之，则不纳入公益限制视野的考察。笔者在此主张，无论从财产权的定义还是新财产权提出的意图分析，这里的给予行政给付所产生的权利都不应当被纳入财产权的行列。

首先，这种所谓的“新财产权”并非对于财产的所有，而是对于权利的所有，而这种权利是无法转让的。财产权并不排斥对于权利的拥有，比如财产权显然包含了债权，但作为财产权的客体的权利必须是依法可以转让的。只有可以依法转让的事物（物或者权利），才能够称之为财产。显然，领取退休金的福利权是不可转让的，因为领取退休金的权利实际上是一种法定的资格，这种资格的取得只能依法确定，并且具有很强的人身依附性。这就使得这种福利权无法成为财产权的客体。推而广之，这种基于政府再分配所产生的权利，从性质上看都是不可转让的。因为政府的给付行为从根本上看是依法进行的，只有符合法律条件的公民、法人和其他组织方可成为适格的给付收益主体。因此，这种机遇行政给付产生的权利，都是于受益人具体的个人情况紧密相连的，不能被视为一种财产。

其次，从“新财产权”这个概念产生的意图看，其完全可以通过信赖利益保护原则或者行政合法性原则来实现，无须将其纳入财产权的轨道。赖希教授作为新财产概念的创始人，在其之后的论文《个人权利与社会福利：正在出现的法律问题》中对新财产应得以建立的理由说得很清楚：

^① 于安著：《德国行政法》，清华大学出版社1999年版，第23～24页。

“简而言之，现在把这些各种各样的权利，包括福利权，看成是财产而不是赏赐可能是现实的。”^① 这种新财产权的创立，目的就在于使得事关公众切身利益甚至生存保障的行政给付不因行政主体的意志任意而为，这本质上是一个受益人对政府的信赖利益保护问题，而无须将本来就不能归于财产的事物归到财产之下。

综上所述，笔者在本文中所指的私有财产权，并不包括因为行政给付所产生的“新财产权”。

二、公益限制是行政主体依法对财产权行使施加的限制

广义的财产权限制包括给私有财产权主体施加的一切作为或者不作为义务，比如墨西哥学者古铁雷斯在《财产》一书中曾对限制作了如下定义：“限制是特定时期的立法者强加给某权利主体的积极负担或不作为义务，以使权利的行使不违背他人或者整体利益。”^② 《简明不列颠百科全书》在财产法词条中对于财产所有权的限制概括如下。第一，对财产所有权客体的限制：（1）人本身不能成为财产权的客体，但允许对本人身体的一部分器官做适当处理；（2）大气、水流、公海等也不能成为财产权的客体，因为他们在物质形态上不得为人们所拥有，或者法律规定不得为人们所拥有；（3）国家可以并且常常将许多财产宣布为国有，不允许私人所有，比如海岸、大陆架等。第二，对财产使用权的限制。^③ 可见，在《简明不列颠百科全书》中财产权限制的概念是十分广泛的，包括了对财产权的所有法律限制，甚至包括了征收和国有化。但是，在本文，对私有财产权公益限制是一个相对狭义的概念。在本文的语境中，公益限制只是针对财产权法律限制的一个部分，并且不同于公益征收、公益征用，只是行政主体依法对私有财产权的行使施加约束的手段。

财产权并非一个存在于真空中的概念，其行使处处受到法律的限制，比如物权法相邻关系的规定，合同法对于违约责任的规定，知识产权法关

^① Reich, *Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues*, 74 YALE L.J. 1245 (1965).

^② 转引自高富平著：《物权法论》，中国法制出版社2001年版，第1021页。

^③ 《简明不列颠百科全书》第15卷，中国大百科全书出版社1986年版，第67～68页。

于专利转让限制的规定等。但在法律施加给私有财产权的诸多限制中，有一种限制是可以由行政主体依据诉请或者直接依法实施的限制，而另一种限制是只有经受害者或者其他利害相关者诉请司法审判方可实施的权利。在本文中，前者被称为对私有财产权的公益限制，而后者则被视为财产权的民事司法限制。笔者之所以对公益限制做如此界分，有如下原因：

第一，公益限制不能被简单地理解为基于公共利益的限制。一般而言，所谓对私有财产权的公益限制，自然是指基于公共利益对私有财产权行使所施加的限制。但实际上，由于公共利益概念自身的模糊性，使得这种从公共利益概念出发的界定方法是无效的。当我们说公益限制是基于公共利益的限制时，也就承认了一种为了维护私人利益的法律限制，也就是将私人利益与公共利益分开探讨。实际上，两者是分离不开的。比如，大陆法系常常以公益和私益二分法来划分公法和私法，对此，哈耶克就批评道：“那种认为唯有公法服务于普遍利益、私法只保护个人私利的观点，乃是对是非的完全颠倒，因为那种以为只有为那些以刻意的方式实现共同目的的行动才有助于公共需求的观点，实是一种错误的观点，事实的真相毋宁是，对每个人来说，从而也是对于普遍利益来说，自生自发的社会秩序为我们所提供的东西，要比政府组织所能提供的大多数特定服务更重要……事实毋宁是，作为政府组织之法律的公法要求它所适用于的那些人以刻意的方式为公共利益服务，而私法则允许人们去追求他们各自的目的。”^①实际上，当政府运用警察权制止街头针对特定个体的暴力活动时，我们很难说这仅仅是为了被害者的“私人利益”。公益和私益都是社会得以正常运转的普遍利益基础，这种普遍利益包括每个人的私有财产的安全，也包括不特定多数人的私有财产安全，这两个方面似一个硬币的两个侧面。此外，从一个更为广义的角度看，现代社会根本不存在基于维护私人利益的立法，所有的法律都被认为是维护公共利益而制定的。那么既然所有的针对私有财产权的法律限制都被假定地认为是基于公共利益，基于非公共利益的财产权限制只是属于非法的或者不法的范畴，而本文并非探

^① [英] 哈耶克著：《法律、立法与自由》（第一卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第209～210页。

讨公益限制的合法性问题而是公益限制在其合法的前提下仍然存在的异化问题，所以本文并不采用公共利益概念界定的方法来界定公益限制。换句话说，不能将本文所称的公益限制简单地理解为基于公共利益的限制，在笔者的语境中，公共利益在此是一个没有实际含义的词汇。

第二，公益限制区别于其他财产权限制在于其实现方式，即公益限制是行政主体可以主动加以实现的财产权限制。在现代社会，对财产权行使的合法限制均出于公共利益的考虑，但是这种合法的限制并非均以一种方式实现。一般而言，当公民、法人或者其他组织认为他人财产权的行使侵犯到自己的合法权益需要加以限制时，其有两种法律途径：一种是向司法机关提出起诉，要求司法机关判决私有财产权的不当使用者承担某种作为或者不作为的义务，以实现对其财产权行使的限制；另一种就是向行政机关提出申请，或者向行政机关举报，要求行政机关根据其职权采取行动对相关财产权的行使进行限制，以维护公民、法人和其他组织的合法权益。在这两种情况下，司法机关一般是被动地行使司法权力，因为相关诉请被认为主要是解决有关财产权行使导致的民事纠纷，并非完全出于维护公共利益（针对民事诉讼收取诉讼费以弥补部分成本也是基于此考虑）；相反，如果行政机关应公民、法人和其他组织的申请、举报采取行动或者依职权发现私有财产有害行使而对私有财产权的行使施加限制，则被认为是完全基于公共利益的行动，而非基于维护特定个人私人利益的举动，尽管这种源于行政权力的财产权限制在客观上注定是维护了特定个体的私人利益。可见，本文所称的公益限制，只能从限制的实现方式来区分，即公益限制属于行政权力依法施加于私有财产权行使之上的限制。

第三，所谓“立法限制”问题。由于对私有财产权的限制绝大多数均有相关的法律依据，因此除了司法机关通过判决及其履行对私有财产权行使的限制以及行政机关行使行政权对私有财产权行使的限制之外，从“三权分立”的逻辑上看似乎存在一种“立法限制”，即立法机关制定限制私有财产权行使的主体、内容、程序等方式对私有财产权施加的限制。但根据笔者的考察，这种所谓的“立法限制”仅仅在逻辑上存在，在研究中是不存在的。这是因为，无论是司法机关通过判决的方式对私有财产权的行使施加限制，还是行政主体运用行政权施加的限制，其都应当有法律上的