

公益募捐法律规制研究

Gongyi Mujuan Falü Guizhi Yanjiu

杨道波 李永军 著

中国社会科学出版社

中国博士后基金面上资助项目（资助编号20080430174）
聊城大学学术出版基金资助出版项目

公益募捐法律规制研究

Gongyi Mujuan Falü Guizhi Yanjiu

杨道波 李永军 著

图书在版编目 (CIP) 数据

公益募捐法律规制研究 / 杨道波, 李永军著. —北京: 中国社会科学出版社, 2011. 4

ISBN 978 - 7 - 5004 - 9773 - 8

I. ①公… II. ①杨…②李… III. ①公益事业捐赠法 - 法制史 - 研究 - 中国 IV. ①D922.182.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 075058 号

出版策划 任 明
特约编辑 李晓丽
责任校对 刘晓红
技术编辑 李 建

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 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2011 年 4 月第 1 版

印 次 2011 年 4 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 14.5

插 页 2

字 数 228 千字

定 价 35.00 元

目 录

第一章 公益、公益募捐与公益募捐规制原理	(1)
一 理论中的公益	(1)
(一) 利益之解	(1)
(二) 利益分野——公益与私益	(2)
(三) 公益的理论阐释	(5)
(四) 公益与私人利益(个人利益)、国家利益、社会利益之辨 ...	(7)
二 立法上的公益	(10)
(一) 公法、私法上的公益	(11)
(二) 社会法上的公益	(12)
(三) 公益与慈善之间的关系	(18)
三 公益募捐——公益的无偿供给	(22)
(一) 募捐	(22)
(二) 公益募捐	(24)
(三) 公益募捐与其他相关概念之辨	(26)
(四) 公益募捐法律关系	(31)
四 公益募捐法律规制	(33)
(一) 规制与法律规制:理论解读	(33)
(二) 公益募捐法律规制的理由	(35)
第二章 我国古代、近代公益募捐法律规制审视	(38)
一 我国古代公益募捐法律规制回眸	(38)

(一) 我国公益募捐法律规制的几点说明	(38)
(二) 我国古代公益募捐规制的历史发展趋向	(42)
(三) 我国古代公益募捐法律规制对象	(43)
(四) 我国古代公益募捐法律规制的主要内容	(62)
(五) 我国古代公益募捐法律规制的特点	(63)
二 我国近代公益募捐法律规制审视	(69)
(一) 近代公益募捐法律规制发展的社会背景	(69)
(二) 近代公益募捐规制立法成就	(72)
(三) 近代公益募捐法律规制的特点	(75)
第三章 新中国公益募捐法律规制的历史与实践	(79)
一 新中国成立初期公益募捐法律规制的星火	(79)
(一) 新中国成立初期公益募捐法律规制	(79)
(二) 新中国成立初期公益募捐法律规制的 特点与原因分析	(82)
二 “文革”至改革开放前公益募捐法律规制的停滞	(83)
(一) 未能磨灭：公益募捐思想	(83)
(二) 停滞不前：公益募捐规制立法	(84)
三 20 世纪 80 年代初至世纪末公益募捐法律规制的生长	(85)
(一) 20 世纪 80 年代初至世纪末公益募捐法律概览	(85)
(二) 20 世纪 80 年代初至世纪末公益 募捐规制立法的特点与不足	(93)
四 21 世纪初我国公益募捐规制立法的的全面推进	(95)
(一) 21 世纪初我国公益募捐规制立法发展的社会背景	(95)
(二) 21 世纪初我国公益募捐规制立法发展的政策与 法律基础	(100)
(三) 21 世纪初我国公益募捐规制国家立法的发展	(101)
(四) 21 世纪初我国公益募捐规制地方立法之发展	(112)
第四章 国外及我国港台地区公益募捐法律规制之考察	(120)
一 国外及我国港台地区公益募捐规制立法	(120)

(一) 英国、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰公益募捐 规制立法	(120)
(二) 德国、法国等公益募捐规制立法	(124)
(三) 日本、新加坡、我国港台地区以及俄罗斯公益募捐 规制立法	(125)
二 国外及我国港台地区公益募捐规制模式	(129)
(一) 司法部门/行政部门——税务部门模式	(129)
(二) 慈善委员会规制模式	(132)
(三) 行政规制模式	(135)
(四) 总结与评价	(136)
三 国外及我国港台地区公益募捐主体与准入制度	(139)
(一) 公益募捐主体制度	(139)
(二) 公益募捐主体准入制度	(144)
四 国外及我国港台地区公益募捐行为规范制度	(151)
(一) 对募捐主体募捐行为的一般要求	(151)
(二) 对职业募捐人、职业劝募人以及募捐商业合作伙伴 行为的特殊规制	(156)
(三) 比较与评价	(160)
五 国外及我国港台地区公益募捐信息披露制度	(160)
(一) 募捐宣传中的信息披露制度	(160)
(二) 公益募捐进行和结束后的报告制度	(162)
(三) 总结与评价	(167)
六 国外及我国港台地区公益募捐资财使用及其后续处理 制度	(168)
(一) 公益募捐资财的使用	(168)
(二) 公益募捐资财剩余或者按既定目的使用 不能等情形的处理	(168)
(三) 总结与评价	(170)
七 国外及我国港台地区公益募捐法律责任制度	(171)
(一) 几个国家和地区立法的主要规定	(171)
(二) 总结与评价	(173)

第五章 我国公益募捐法律规制制度之变迁	(174)
一 当前我国公益募捐法律规制制度的评估	(174)
(一) 公益募捐主体及其准入制度之评估	(175)
(二) 公益募捐行为规范化制度之评估	(176)
(三) 公益募捐信息披露制度之评估	(181)
(四) 公益募捐资财使用及其后续处理制度之评估	(182)
(五) 公益募捐法律责任制度之评估	(184)
二 我国公益募捐法律规制制度变迁的价值考量	(184)
(一) 秩序需求与制度变迁	(184)
(二) 制度变迁中的秩序与自由	(187)
(三) 制度变迁中的公平与效率	(189)
三 我国公益募捐法律规制制度变迁的思路与体例	(192)
(一) 公益募捐法律规制制度变迁的思路	(192)
(二) 公益募捐法律规制制度变迁的立法体例	(196)
四 我国公益募捐法律规制制度变革的基本要点	(201)
(一) 公益募捐规制模式变迁	(201)
(二) 公益募捐主体及其准入制度之变迁	(203)
(三) 公益募捐行为规范制度之变迁	(206)
(四) 公益募捐信息披露制度之变迁	(208)
(五) 公益募捐资财使用及其后续处理制度之变迁	(210)
(六) 公益募捐法律责任制度之变迁	(211)
参考文献	(213)
一 著作类	(213)
二 论文类	(218)
三 外文类	(220)
四 网络资源类	(221)
后记	(224)

第一章

公益、公益募捐与公益募捐规制原理

一 理论中的公益

（一）利益之解

“任何社会科学研究都有一群符合同一定义的现象。因此，社会科学家的第一步工作应该是界定他所研究的事物，以使自己和他人知道他在研究什么。这是一些论证和检验最不可缺少的首要条件。”^① 因而，对于利益、公益的内涵作出界定是公益募捐法律规制研究面对的首要任务。但如同对任何事物的任何定义一样，我们的诠释同样可能存在主观性和局限性。

从词源学上看，利益一般被解释为“好处”。这是就利益自身所作的客观判断。然更多学者则围绕着“需要”去解释利益这一概念。概括之，对利益之内涵的认识总体上可以归纳为两类：一类是需要；另一类是需要的满足，即所谓的“好处”、“需要主体与需要对象之间矛盾的克服”以及“快乐或幸福”等多种表达形式。^② 笔者认为，无论是需要，还是需要的满足，均将利益置于作为主体的人类与作为社会资源的

① [法] E. 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆 1995 年版，第 54 页。

② 有学者认为利益是需要主体以一定的社会关系为中介，以社会实践为手段，使需要主体与需要对象之间的矛盾状态得以克服，即需要的满足（王伟光、郭宝平：《社会利益论》，人民出版社 1988 年版，第 68 页），这是就客体满足主体需要角度而言；也有学者认为利益单纯地表现为主体的某种需要。如庞德认为，“人们个别地或通过集团、联合或亲属关系，谋求满足的一种需求或愿望……”（[美] 罗·庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，商务印书馆 1984 年版，第 22 页）；然在某些西方学者眼里，利益则更多地表现为能够带给人们快乐或者幸福的东西，如霍尔巴赫认为，“利益就是我们每个人看做是对自己的幸福所不可缺少的东西”（[法] 霍尔巴赫：《自然的体系》（上卷），商务印书馆 1999 年版，第 259—260 页）；德国学者耶律内克等也将利益视为被主体所肯定或者得到的一种较为积极价值（详见陈新民《德国公法学基础理论》，山东人民出版社 2001 年版，第 182 页）。

客体之间的关系中去理解,这不仅符合历史唯物主义的观点,而且符合社会客观现实、人类最基本的特质以及人类生存的最基本条件。但从利益自身的本质看,利益既不是带给人好处或者快乐的东西(利益客体),也不是简单的“快乐或者幸福”(主观评价),更不是需要得到满足之后的状态,而是通过一定的社会生产关系体现出了需要,是需要自身。

既然利益表现为人们的“需要”,那么,基于不同的利益主体、不同的利益需求、不同时代的需求等多种客观语境的考量,利益就具有主体差异性、多样性、社会性以及历史性等特征。其主体差异性表现为不同的主体对于利益的内容、重要程度、实现途径等均会存在不同认识,由此不同主体在不同社会关系中对于不同利益客体甚至相同的利益客体会有不同的利益;其多样性主要表现为由利益客体的多元性和利益主体的主观性所决定的利益内容的多样性;其社会性主要表现为利益的主体认知、利益内容以及利益实现均受到一定社会条件制约的状态和现实;其作为一定社会条件下的需要总会随历史条件的发展变化而变迁,曾经的利益主体、利益内容、利益实现方式在当今乃至今后的历史条件下,总会发生角色和地位的削减、灭失或者增强,这便是利益的历史性。

(二) 利益分野——公益与私益

任何人既可以作为单独的个体存在,同时又属于不同的阶层、地域或者领域,因而,作为人们的某种需要的利益形态就自然会表现为不同的形式。早在古罗马时期,以乌尔比安为首的法学家就注意到了利益存在形式的差别。它们视有关政府的组织、公共财产管理、宗教祭仪和官吏选任等事务为公共利益的行为;而将家庭、婚姻、物权、债权、债务和继承关系等事务视为私人利益的行为。^①

18世纪法国学者爱尔维修在论证其教育理论时,将个人主义的基础——个人利益和公共利益共同作为其学说的两个重要范畴,并坚持认为,个人利益不应当违背或者侵犯公共利益,二者的统一应成为二者关系的理想状态。18世纪末和19世纪初期的英国伟大的功利主义学者边沁将个人私

^① 参见周枬《罗马法原论》(全二册),商务印书馆1994年版,第83页。

利和公共利益视为两个独立的概念范畴,并认为公共利益是众多的私人利益之和,个人利益是具体的利益,而公共利益是抽象的利益。立法者的主要职责就在于协调这两种利益关系,并通过增进私人利益,实现公共利益。

真正对利益划分有着划时代意义的则是 19 世纪末 20 世纪初期的利益法学派。该学派可以追溯到德国伟大的法学家鲁道夫·冯·耶林的目的法学。耶林一反盛行一时的概念法学,认为法律的核心概念是目的,目的是法律规则创造者,每一条法律规则均产生于特定的目的或者实际的动机。人类行为的目的就在于维护人们的生活条件,即以“真”、“善”、“美”为主要表现形式的利益。这种利益可以被区分为“个人私利”和“社会利益”。“耶林之所以被认为是社会功利主义者,在于他改变了以‘个人利益’为原点的传统功利主义,而走向了对区别于‘个人利益’的‘社会利益’的重视,也就是维系社会群体并使其发挥作用的主张。”^①其学说为利益法学的产生奠定了坚实基础,成为利益法学的先声。1905 年,德国著名法学家和历史学家菲利普·赫克在他的《利益法学与对法律的忠实》一文中首次提出了“利益法学”这一概念。经过马克斯·吕梅林等其他几位学者的发展,该学派初具规模,并产生了非常重要的影响。利益法学认为,利益是人们社会生活中的各种欲求以及包含欲求的各种倾向,它是法律产生、存在和发展的根源。这种利益具有广泛性。“既包括私人利益,也包括群体利益、社会团体利益、公众利益和人类利益等公共利益,物质利益以及精神利益,如道德的、伦理的和宗教的利益,公平、正义的利益等。”^②同样,利益法学认为,立法、执法和司法的基本目的在于确认、平衡包括个人私利和公共利益之间的矛盾和冲突。

社会学法学学派重要代表人物罗斯科·庞德继承了利益法学学派的关于利益之于法律制度的核心地位,在耶林学说的基础上,将利益划分为个人利益、公共利益和社会利益。个人私利是基于个人的生活以个人之名义所提出的需要,它具体可以包括人格利益、家庭利益、物质利益等;公共利益则是政治组织的正常秩序与活动之需要,它包括国家作为

① 苏胜利:《社会学法理学是如何建构起来的·解读庞德〈法理学〉(第一卷)第一部分》,《研究生法学》2009 年第 3 期。

② 杜江、邹国勇:《德国“利益法学”思潮述评》,《法学论坛》2003 年第 6 期。

法人的利益以及国家作为社会利益捍卫者的利益；社会利益则是“文明社会中以社会生活的名义提出的每一个人的自由都能获得保障的需要”^①，具体包括一般安全利益、社会组织安全利益、一般道德利益、保护社会资源利益以及一般进步利益和个人生活方面的利益等^②。在此之前，关于利益划分的模式主要是将利益划分为“个人利益”和“公共利益”的“二元论”，而庞德的利益理论则标志着利益划分“三元论”的正式诞生。应该说，个人利益与公共利益和社会利益存在较大的不同，对于二者区分的讨论并无必要；但庞德这里的公共利益，从本质上看，应当与国家利益属于同一范畴。尽管法律制度的主要任务仍旧在于对于上述各种利益实施协调与平衡，但庞德在此基础上却更加强调法律社会化问题，他像耶林那样，更加重视社会利益和公共利益。这是历史进入20世纪以后国家与社会关系、政府与市场关系发展转变的重要反映，也是20世纪法律发展的重要价值取向和基本特征之一。尽管在经济理论上曾经经历了国家干预主义和新自由主义、新干预主义，在政治理论上又经历了保守主义、自由主义以及激进主义，但法律制度的历史发展至今，法律社会化以及源于此的社会公共利益地位凸显，一直得以延续和发展。

反观我国历史，自从夏朝以来几千年的封建社会以及半殖民地半封建社会，以其严厉的家庭至上、中央集权等集体主义和国家主义思想观念，残酷地侵蚀了个人人格、个人地位以及个人利益，导致了私的观念、利益和价值在我国历史上的残缺和歧视，从而铸就了国家利益、社会利益、公共利益在我国历史上的优先地位。新中国成立后，由于采用了中央相对集权的政治体制以及计划经济体制，故而在我国私的观念、利益和价值并没有得到张扬，恰恰相反，是受到了一定程度的抑制。直至改革开放，这一局面才有了开始扭转的机遇。中国三十多年的改革开放历程，从根本上看，是国家与社会、政府与市场关系逐渐调整的历史。在此过程中，政府向企业和市场逐渐下放权力、国家向社会逐渐下放权力、中央向地方逐渐下放权力，国家与社会、政府与市场逐渐在横

① [美] 庞德：《通过法律的社会控制——法律的任务》，商务印书馆1984年版，第41页。

② 沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社1992年版，第291—295页。

向上实现分离,市场与社会的自治能力逐渐提高、自治空间逐渐扩大、自治实践逐渐增多。

这一切,均归因于并表现于我国利益结构的深刻变化。总的来看,目前,国家在维护国家利益的前提下,对私人利益的价值更加关注,对社会利益、公共利益的价值更加推崇。可以说,改革开放的历程,是私人利益不断张扬、不断受到尊重的过程,也是国家利益、社会利益和公共利益与私人利益之关系、地位不断调整的过程。这一社会变革,也十分积极地反映在我国法学理论研究之中。利益多元化推动了我国法律部门不断分化和重组,传统私法、公法法律部门不断强化,以社会法为代表的新兴法律部门不断出现和发展。

(三) 公益的理论阐释

公共利益这一概念,历来是困扰经济学、政治学、法学等学科学者的一个“斯芬克斯之谜”。而谜的诱惑就在于使人们对它的探讨和追求也不断陷于痴迷。在公共利益的诞生地——古希腊那里,公共利益被视为全体社会成员的共同目标,这是与其整体国家观和城邦民主制相适应的一种公共利益观念和实践。而边沁认为,公共利益就是组成共同体的若干成员的个人利益之和,而一个社会的共同利益则是社会全体成员的个人利益之和,也是国家存在的最高目的所在。^①马克思则认为公共利益作为彼此分工的个人之间相互依存关系存在于现实之中,而非“普遍的东西”之简单抽象。^②

而在中国对于公共利益的界定,可谓是汗牛充栋,仁者见仁,智者见智。^③公共利益概念的复杂性在根本上表现在且源于“公共”二字的不确定性。我国学者胡建森等曾提出质疑:“若把公共视为一个与私人相对的

① [英] 边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第58页。

② 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1960年版,第37页。

③ 有学者从公共利益与政府利益的关系角度出发,认为公共利益是在一定条件下由不特定多数人享有的不具有排他性、竞争性和营利性的共同利益(余敏江、梁莹:《政府利益·公共利益·公共管理》,《求索》2006年第1期);有的学者从规范和经验两个方面的含义出发,认为公共利益即是一定的社会群体存在和发展所必需的、并能为他们中不确定多数人认可和享有的内容广泛的价值体(王太高:《公共利益范畴研究》,《法学研究》2005年第7期),或

概念来解释,那么,公共概念的内涵仍不清晰,因为公共是许多私人的集合体,一个公共需求由多少的私人来组成?”^①对此问题,有一些学者做了近似的探讨。德国学者洛厚德提出了地域基础理论、纽曼提出了不确定多数人理论等标准来确定公共的主体。我们说,地域基础理论本身存在诸多的不足——即有些利益无法以地域划分来享有,更有些利益是可以跨地域去享受的,因而它在厘定公共的边界问题上的能力是不够的。为了克服这一缺陷,更有学者提出了“利益效果之所及”作为公共地域边界划分的标准。这一标准尽管打破了以地域分界界定公共的不足,但利益效果之所及标准并没有说明公共范围内的具体人数,而现实情况往往可能有些利益仅仅及于一个团体范围内容,团体利益却并不是所谓公共利益。

“公共”二字的边界在理论上的界定所面临的困难可见一斑。因此,尽管对于公共利益的探讨如此之多,但对于公共利益的认识却无法一致。我们对于公共利益的界定,还是回到“不确定多数人的利益”这个极具包容性又可以具体化的认知里吧。至于这个不确定多数人到底有多少,要视具体情况作出具体分析。除了受益对象的多数性和不特定性,公益还具有主体、内容上的广泛性、分享上的相对排他性、地位上的层次性以及变动性等特点。

者是一个特定社会群体存在和发展所必需的,该社会群体中不确定的个人都可以享有的社会价值(麻宝斌:《公共利益与公共悖论》,《江苏社会科学》2002年第1期);有学者从公共利益与个体利益的关系角度出发,认为公共利益为社会生活中客观存在且与公众有关,为满足社会全体成员的需要而对个人利益的综合和抽象,它为公众所享有,更多的是整体、长远和本根性的利益(齐明山、李彦姬:《公共行政价值、公共利益与公共责任》,《学术界》2006年第6期);有些学者从功利主义出发,认为公共利益并非是简单的理论抽象,其根本要旨在于“公共”二字,“公共”二字是实实在在的诸个体利益、私人利益之和,这个由众多私人所构成的利益之和的最大化,就是法律的最基本目的(张千帆:《“公共利益”是什么?——社会功利主义的定义及其宪法上的局限性》,《法学论坛》2005年第5期);更有学认为公共利益是符合社会全体或大多数成员需要,体现他们的共同意志,让他们共同受益的那类利益(周义程:《公共利益、公共事务和公共事业的概念界》,《南京社会科学》2007年第1期)。

^① 胡建森、邢益精:《公共利益概念透析》,《法学》2004年第10期。

(四) 公益与私人利益(个人利益)、国家利益、社会利益之辨

1. 与私人利益(个人利益)

正如上文所论,公共利益在性质上归属于不确定多数人的利益,而私人利益(个人利益)则属于个体或者确定团体的利益。因而,公共利益相对于私人利益的界限是清晰的。

2. 与国家利益

法学者鲜有对国家利益及其与其他利益之别作出论述的。但在古希腊、古罗马,国家利益的问题实际上就已经存在。罗马法上将公法规范的利益关系称之为公共利益,在当时这一概念与国家利益实际上并无明确的区分。“有关政府的组织、公共财产管理、宗教祭仪和官吏选任”等利益关系,均属于国家利益的范畴。尽管在古罗马对私人利益的保护非常重视,而且建立起来了非常庞大的私法体系,但在18世纪法国学者爱尔维修、18世纪末19世纪初英国功利主义学者边沁、20世纪德国法学家鲁道夫·冯·耶林以及利益法学派那里,社会利益的内涵里面隐藏着国家利益的成分,国家利益隐于社会利益的帐篷之下。西方国家将国家利益包容于社会利益或者公共利益的理论现实在我国也同样存在,我国有相当一批学者在论及公共利益以及社会利益时,将国家利益与社会公共利益混同。例如,认为“公共利益表现为社会利益或国家利益,私人利益即每一位社会成员的利益”^①。又有学者认为,“公共利益往往表现为国家利益,政府常常成为公共利益的代表,实际上也就成了国家利益”^②。尽管这些认识目前已经不占多数,但在学术界仍有一定影响。

诚然,国家利益与公共利益具有相对一致性。按照马克思主义观点,国家利益是私人利益和公共利益矛盾冲突的产物。当社会分工所导致的私人利益单元过度膨胀,而社会资源无法满足不同利益单元之需求时,私人利益与私人利益之间、私人利益与多数人的共同利益之间就不可避免产生矛盾。而当这些矛盾一旦激化,由此所导致的阶级冲突、阶层冲突就会不可避免地经常发生。这一残酷现实也会促使冲突双方去寻

^① 赵震江:《法律社会学》,北京大学出版社1998年版,第255页。

^② 董保华:《社会法原论》,中国政法大学出版社2001年版,第4页。

求一种妥协的解决方案。于是，国家利益便产生了。无论在形式还是在内容上，国家利益在很多情况下与公共利益交叉重合。从实际意义上看，对于一个国家来说，无论其政权掌握在哪个阶级手中，经济发展、社会秩序稳定、文化进步、科技发达、基础设施良好、资源保护和生态环境优美、国防建设稳固以及社会公平公正和整体和谐，均是统治阶级统治之维持、社会公众生存之发展所不可或缺的重要基础和保障。“在这方面，国家利益与公共利益有着很高的契合度，不管统治阶级掌握的国家愿意不愿意，有意识还是无意识，只有维护了这部分公共利益，国家利益也才能得到保障。”^① 此外，“除了这种‘先天生成’的一致性外，国家利益与公共利益也具有‘后天养成’的一致性，这主要指国家政体意义上的一致性”^②，即由国家国体和政体所决定的利益一致性以及统治阶级为了维护国家利益而关注社会利益所导致的一致性。不仅如此，国家利益由于具有强大的广泛性、代表性和综合性，也由于其凌驾于个人利益及集团利益之上的优越性，国家利益便经常性地以公共利益的面目出现。

但公共利益与国家利益之间却有着根本的区别。“国家利益，既不是西方现实主义政治家所说的国内各种‘冲突的政治利益的折中’，也不是理想主义者所说的‘社会的共同利益’，它实质上是掌握国家政权的统治阶级的利益。”^③ 在人类历史上，作为阶级统治的重要工具，国家利益与公共利益在不同的社会发展阶段，都存在诸多不一致的地方。首先，统治阶级基于阶级统治所享有的利益并非公共利益；其次，国家利益尽管也表现在经济利益方面，但“国家也有商业利益，所以不能把国家财产权的行使都认为是社会公共利益”。比较而言，在国家执行的文化社会功能方面具有更加强烈的公共利益成分，但文化社会职能里面，也掺杂了国家利益的本质要素，即统治阶级自身的利益。应该说，不管任何类型的国家，统治阶级的利益均是国家利益形成的基础，但公共利益形成的基础，则不取决于统治阶级的利益，而是不确定的绝大多数人的利益。在社会主义国家，其国家性质决定了国家利益与社会公共

① 熊庆年、朱照定：《现代大学教育》2005年第2期。

② 同上。

③ 俞可平：《权利政治与公益政治》，社会科学文献出版社2005年版，第163页。

利益具有显著的一致性,但在人类的历史上,国家利益有悖于公共利益的时期和情形则是经常发生的。因此,国家利益尽管可能在很多情况下表现为公共利益,在一定的范畴条件下,二者是重合交叉的,但国家利益的公共利益成分和可能表现,并不能抹杀国家利益中阶级利益这一“私利”成分。正如学者薛克鹏所指出的:“公共利益和国家利益是两个既有联系又不相同的范畴,国家利益就是国家利益,不等于公共利益或社会公共利益。它既表现为某些社会集团的利益,是社会利益总和中的组成成分,又表现为一定程度的社会公共利益;既有客观性,又有主观性;既有与社会公共利益相一致的一面,也有相冲突的一面;既有正当性,又有非正当的可能。”^①

3. 与社会利益

德国法学家耶林认为,人类行为的目的不外乎两种:一是个人目的,二是社会目的。据此,他将利益区分为“个人私利”和“社会利益”。同样,美国法学家庞德也将利益作“个人利益”、“公共利益”和“社会利益”三类划分。在耶林那里,社会利益是公共利益的代名词。而在庞德那里,则明确区分公共利益和社会利益。从庞德公共利益的界定看,这里的公共利益主要指国家利益,另一部分“作为社会利益捍卫者的利益”则属于社会利益;而其社会利益则是纯粹意义的社会利益之内容。在这一部分,庞德像门捷列夫列出的化学元素周期表一样,较为详细地罗列了社会利益的主要内容。从这些内容看,应该与我们今天理论和现实中的公共利益具有高度的契合性。不仅如此,在我国当今的理论研究、现实生活中,将二者作为同一概念使用的场合也比比皆是,不胜枚举。要么认为公共利益包含了社会利益,要么认为公共利益等同于社会利益。^②甚至在立法中,“社会公共利益”或者“社会利益”比

^① 薛克鹏:《经济法的定义——社会公共利益论》,中国法制出版社2003年版,第205页。

^② 前者如“社会有两个领域,市民社会和政治国家。特殊的私人利益关系总和构成市民社会,普遍的公共利益总和构成政治国家。公共利益表现为社会利益或国家利益”(赵震江:《法律社会学》,北京大学出版社1998年版,第253页);又如“社会利益与国家利益分别代表不同的利益领域,但都从属于公共利益”(甘小虎:《公共利益的历史研究》,《法制与社会》2009年4月(上),第188页);后者如认为“广义的公共利益应该包括国家的、社会的利益,狭义的公共利益主要是指社会利益,但公共利益不应包括集体利益”(马岭:《国家的、社会的、集体的利益与“公共利益”》,《民主与科学》2007年第2期)。

“公共利益”的使用频率并不低。我国《宪法》第10条“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用”，而其第51条在规规定权利行使原则时就转变为社会的利益。《民法通则》第7条和第58条则直接使用了“社会公共利益”。可见，“社会利益”、“公共利益”以及“社会公共利益”三个概念之间的同质性是必然的。

但是，公共利益与社会利益这两个概念之间的区别还是存在的。这主要是指这两个概念的具体语境和相对性的差别。一般来说，国家、个人与社会相对，因而，社会利益主要从利益的主体归属方面来讨论利益，以之区别于国家利益和个人利益；而公共与私人相对，因而公共利益主要是从利益性质角度来对利益实施界分。尽管有很多场合对于二者交叉或者替代使用，甚至产生了“社会公共利益”等概念，但不能说，社会利益和公共利益在任何场合下都可以相互替代。

二 立法上的公益

理论形态的公共利益之简单化，恰恰又表明了立法、执法和司法中界定公共利益的必要性和必然性。从比较来看，立法对于公益的界定也同样存在相当程度的困难和无奈，但立法在整个法治中所具有的至高地位，决定了通过其确认公益问题是无法回避的。自国家诞生以来的任何历史时期，公共利益都是法律保护的重要利益单元。即便是将私人利益和个人权利视为神圣不可侵犯的自由资本主义时期，也丝毫没有降低公共利益通过国家立法实施保护的力度与可能。

从法律分工角度看，私法主要是调整和保护私人利益的法，而公法则主要是调整和保护公共利益的法。然而，由于私人利益和公共利益的具体性和抽象性之关系以及公共利益的现实性，更由于现代公法、私法之间不断融合交叉，对于公共利益的调整和保护并不仅仅局限于公法的领地，在公法之外的私法中，也不断充斥着公共利益调整和保护立法条款和规范。这就是我们通常所谓的“私法公法化”或者“法律社会化”。伴随“私法公法化”或者“法律社会化”运动，原来的二元立法体系逐渐发展为“公法”、“私法”以及“社会法”三元体系。而社会法，遂成为公益关系存在的最重要的法域。著名学者凯尔森先生甚至认