

Public Interest:
Definition, Implementation and Regulation

公共利益： 界定、实现及规制

高志宏◎著



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

本书由中央高校基本科研业务费专项资金资助(项目编号 NR2014075)

公共利益：界定、实现及规制

高志宏 著



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

• 南京 •

图书在版编目(CIP)数据

公共利益:界定、实现及规制 / 高志宏主编. —南京:
东南大学出版社, 2015. 1

ISBN 978-7-5641-5312-0

I. ①公… II. ①高… III. ①利益—研究
IV. ①D0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 266248 号

公共利益:界定、实现及规制

出版发行 东南大学出版社
出 版 人 江建中
社 址 南京市四牌楼 2 号(邮编:210096)
网 址 <http://www.seupress.com>
责任编辑 孙松茜(E-mail:ssq19972002@aliyun.com)
经 销 全国各地新华书店
印 刷 南京玉河印刷厂
开 本 700mm×1000mm 1/16
印 张 15.75
字 数 318 千字
版 次 2015 年 1 月第 1 版
印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5641-5312-0
定 价 39.80 元

(本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话:025-83791830)

序

凡是能够说的,都能够说清楚;凡是不能说的,就应该保持沉默。

——维特根斯坦

公共利益是古今中外的理论界广泛关注的问题之一。但事实上,公共利益命题一直受到质疑,很多理论家都否认了公共利益的客观存在,包括边沁、哈耶克、亚当·斯密、熊彼特、阿罗等,阿罗甚至提出过著名的(公共利益)“不可能定理”。那么,公共利益真是一个伪命题吗?公共利益是抽象的(虚幻的)还是现实的(具体的)?也即,世上存在公共利益吗?如果存在,公共利益究竟是什么呢?如果不存在,那么就要探究公共利益为什么不存在,是超验的、绝对化的公共利益不存在,还是公共利益本身就不存在。思考并试图回答这些问题是本书的出发点,也是本书的立意所在。

公共利益问题近年来引起了我国社会的广泛关注和学界的激烈争论。之所以如此,大致有以下两个原因:其一,自2004年3月宪法修正案(第十条第三款、第十三条第三款)通过以来,公共利益越来越广泛地出现在《物权法》(第四十二条)、《城市房地产管理法》(第六条)等法律法规之中。公共利益在法律法规中的频繁出现,必然会引起学界的高度重视。其二,伴随着我国“城区规划”、“旧城改造”、“园区开发”等城市化建设的浪潮,全国各地发生了一系列影响重大的“公共利益”事件,譬如江苏“铁本”事件、重庆“最牛钉子户”事件、三鹿奶粉事件、山西疫苗事件等。众多“公共利益”事件或假借“公共利益”进行商业拆迁,或盗用“公共利益”进行权力寻租,其背后凸显的是公共利益内涵的模糊不清、公共权力行使者权力界限的不明。人们难免追问:到底什么是公共利益?是否实现公共利益必须使一部分人利益受损?一些地方政府为什么会如此热衷于实现“公共利益”呢?这些社会实然层面暴露的问题要求进一步思考与探究公共利益的理论内涵与法律边界。总之,公共利益事件的频发促使我们从理论层面和制度层面进一步界定、规范公共利益。

可以说,我国“公共利益”正处在一种尴尬的境地,一方面,公共利益在社会生活的方方面面发挥着不可替代的作用;另一方面,公共利益又几乎是所有法律概念当中最为模糊的一个,在理论上很难被界定,在实务中运用也很困难。有些学者甚至认为,“公共利益本质上的确是一个不确定而且无法定义的对象,这一点在学界也是被认同

的,可是在明知这一前提的情况下学界依旧致力于研究和确定公共利益的定义和标准,这与一心一意研究和发明永动机似乎没有多大区别。”^①“事实上社会公共利益作为一种法益是一种可以证伪的观念。”^②难道“公共利益”真是一个伪命题吗?“公共利益”事件的频繁发生值得我们对现有的理论及立法进行反思,有必要结合中国的现实国情,构建我国的公共利益保护制度。

根据我国法律规定,“公共利益”是对土地和公民私有财产实行征收或征用的合法性前提。然而,如此重要的概念并没有通过任何法律法规得到明确而具体的解释,而只是以一种抽象原则的形式出现在我国的宪法和法律文本中。同时,囿于理论上学理解释自身的缺陷,对公共利益的阐释和适用成了行政机关自由裁量的权力范围。如此一来,对公共利益的保护和限制也就有了形同虚设的危险。所以,公共利益概念在学理上的混乱和在立法上的缺失,使得公共利益的边界模糊不清,极易成为侵蚀个人利益的工具,怀疑公共利益是否真的存在也就自然而然了。要回答公共利益是否是个伪命题,必须回答以下诸问题:

- (1) 如何界定“公共利益”,即什么是公共利益?
- (2) 公共利益如何得以存在,即公共利益存在的必要性和合理性是什么?
- (3) 超验的、绝对化的“公共利益”是否存在,即公共利益与其他利益的关系是什么?
- (4) 公共利益的界定主体是谁,即谁有权判断一个利益是否属于公共利益?
- (5) 公共利益的内容是什么,即公共利益的边界在哪里?
- (6) 公共利益的表达主体是谁,即谁有权代表公众实现公共利益?
- (7) 公共利益的实现程序是什么,即如何实现公共利益?
- (8) 如何认定公共利益,即认定公共利益的原则、标准和方法是什么?
- (9) 公共利益如何救济,即公共利益的保障机制是什么?
- (10) 如何规制公共利益,即如何警惕公共利益“霉变”?

笔者之所以选择“公共利益”这一问题作为研究对象,是因为笔者认为该课题的研究意义重大,不仅是厘清理论误区的迫切需要,而且是解决现实问题的迫切需要。

从理论上讲,首先,公共利益是一个普遍使用但相当模糊的重要概念,需要理论上进一步阐释。公共利益是一个历史悠久的概念,在古希腊时期就诞生了公共利益思想雏形。随后,“公共利益”在法学、政治学、社会学等学科中都被普遍使用,一直是论证社会、国家存在的必要性与合理性的重要范畴。在各国现行法律文本中,“公共利益”也反复出现。在现实生活中,公共利益被广泛使用于诸多领域,公共利益的倡导与维护,既是现代国家的任务,也是政府行为的价值目标和核心理念。但同时,由于公共利

^①戴涛:《公共利益悖论及其解构》,载《法治论丛》2005年第2期。

^②张霞:《对社会公共利益概念的质疑——社会公共利益作为一种法益的修正》,载《云南行政学院学报》2008年第3期。

益自身的抽象性、概括性和变动性,有着一张“普洛透斯似的脸”,在理论上被称之为“不确定的法律概念”^①,甚至是一个神秘的概念,至今仍没有一个明确的、权威的解释。台湾学者陈锐雄指出:“何谓公共利益,因非常抽象,可能言人人殊。”^②甚至被有些学者认为是不可能定义的一个概念。“公共利益”的概念,内容复杂且变化多端,如若寻求一恒定不变之概念以定义之,实属不能。^③现行法律亦没有对“公共利益”这一概念作出明确的界定,对其采取了“回避”和“放任”的态度。这就需要对公共利益进行深入系统研究,从理论上阐释公共利益。其次,对公共利益进行深入系统研究是厘清理论误区的需要。公共利益是近年来我国最热门的话题之一,尤其是随着我国《物权法》的颁布实施,使公共利益限制财产权的问题又一次引起法学界的高度关注。^④学术界对公共利益相关问题的研究利益社会各界关于公共利益的讨论连篇累牍,但观点却众说纷纭,莫衷一是,甚至存在一定误区。尤其是法学界,对“公共利益”进行了诸多研究,取得了丰硕成果,但对其相关问题并没有充分地开展深入系统研究,包括公共利益的独立性、界定主体、认定标准、实现程序等。比如,大多数学者对于将公共利益作为一种重要的法益进行保护不持异议,但对于什么是公共利益、如何判定公共利益、谁能够代表社会公共利益研究不够。正如有学者指出的那样,当前学界对公共利益的研究陷入了一种盲目热衷的怪圈,公共利益及其研究本身面临着一些无法解决的悖论抑或矛盾,这种研究在一定程度上是逆事物本质、反研究方法并自我封闭的。^⑤因此,需要对公共利益进行深入系统研究,以消除理论上的认识误区。再次,对公共利益进行深入系统研究是厘清社会对其认识误区的需要。当今世界各国立法日益重视公共利益,“公共利益”在我国的现行法律中也是常见的法律范畴。表面上看,法律上业已对公共利益作出了规定,但人们在认识“公共利益”的过程中,存在诸多误区。比如,把公共利益简单地等同于“大家的利益”,混淆公共利益与共同利益,无限放大公共利益,把公共利益当作一个筐,什么东西都往里面装。公共利益是一个可以而且应当界定的概念,从理论及实证两方面对公共利益进行深入的研究,具有重要的理论价值。最后,对公共利益进行深入系统研究是促使公共利益从道德诉求走向制度建设的需要。公共利益的实现和保护,依靠的不是空洞的口号,也不是简单的道德说辞,而是制度建设。自20世纪90年代以来,我国一直处于快速的城市化进程之中,房屋拆迁、土地征用等公共利益问题,已经成为公众高度关注的社会问题,各级政府为此也采取了一些解决

①夏民:《公共利益的法理学思考》,载《江苏大学学报》(社会科学版)2007年第6期。

②陈锐雄:《民法总则新论》,三民书局1982年版,第913页。

③刘莘,陶攀:《公共利益的意义初探》,载《修宪之后的中国行政法》,中国政法大学出版社2005年版,第468页。

④江必新,杨科雄:《公共利益的语境分析》,载《浙江学刊》2007年第6期。

⑤当前关于公共利益的研究中,在公共利益立法诉求与理论特性、公共利益与行政权、公共利益与法律、公共利益与公众心理以及公共利益研究目的与研究结果的关系中都存在着悖论。参见戴涛:《公共利益悖论及其解构》,载《法治论丛》2005年第2期。

问题的措施。但是,要从根本上解决房屋拆迁及其引发的各种问题,需要从制度上反思,需要标本兼治。如果不能从制度源头上处理公共利益与个人利益之间的关系,房屋拆迁引发的社会矛盾和冲突将会进一步加剧,也必将严重影响我国改革发展的进程。正如有学者所言,无论我们的学者对公共利益的研究是从何种理论出发,有一点必须肯定的是,最终关于公共利益的界定只能由法律来完成,或者说只有法律语言表现出来的公共利益才能为公众所信服和接受,只有法律才是公共利益最合适的表达形式和最忠实的保护神,公共利益是法律的基础,也是最高的法律。^①“在不同民族中存在的那些看似野蛮和奇怪的风俗和法律,都是以公共幸福的实际利益或表面利益为基础的”^②。虽然“公共利益内涵的法律界定处于理论困惑与实践需求的矛盾之中”^③,然而,正确认识和理解公共利益对于法治建设的重要性是不言而喻的,现实的需要促使人们唯有正确认识和全面揭示公共利益的应有之意,才能明确立法、准确司法、规制政府行为,增进、保护和规制公共利益。“一切立法行为都必须基于公共利益,法律的正当性、权威性也都是建立在追求公共利益的前提下。可见,对公共利益内涵与外延的界定,不仅是一个抽象的理论问题,而且直接影响着相关法律制度的设计与司法实践的发展。”^④法学的基本理论告诉我们,确定性、可行性、可预测性、可救济性是法律制度生成的必备要素。我国法律虽然在总体上规定了“公共利益”,但对于公共利益制度的诸多要素方面都存在问题。因此,我国关于公共利益法律的出台并不能终结理论的探索和对细节制定的争议,我们有必要梳理现有理论学说,澄清认识误区,为公共利益具体规则的设计提供可行的理论支持。

从现实上看,近年来,在我国各地发生的一系列具有典型意义的“公共利益”事件,有的发生在国内经济发展中,有的发生在国际贸易中,但大都社会影响巨大,甚至造成了严重后果。2003年,南京市民翁彪的自杀身亡和安徽农民朱正亮的天安门自焚事件震动了全国,被称之为“以异常惨烈的表达方式掀开了野蛮拆迁的盖子”;“中国最牛钉子户”事件更是恰恰发生在对公民财产权具有直接保障意义的《物权法》出台前后,该案既折射出了公民私人财产权利的保护问题,也折射出了社会公共利益对公民合法财产权利的限制问题。难怪有人将杨氏夫妇看作捍卫自身物权的维权“英雄”,也有人将其看作滥用权利的“刁民”。^⑤ 该案虽然最终以双方握手言和而圆满结束,却给法学界和社会各界留下了长久的思考:(1)为什么所谓“为了公共利益和国家需要”而征地、毁田、强制拆迁等的报道常常见诸报端,甚至还引发了恶性事件?(2)商业利益是

①戴涛:《公共利益悖论及其解构》,载《法治论丛》2005年第2期。

②杨通进:《爱尔维修与霍尔巴赫论个人利益与社会利益》,载《中国青年政治学院学报》1998年第4期。

③胡鸿高:《论公共利益的法律界定——从要素解释的路径》,载《中国法学》2008年第4期。

④王太高:《公共利益范畴研究》,载《南京社会科学》2005年第7期。

⑤徐海燕:《公共利益与拆迁补偿:从重庆最牛“钉子户”案看〈物权法〉第42条的解释》,载《法学评论》2007年第4期。

否就一定不是公共利益？二者是否是对立的？（3）物权神圣与公共利益之间究竟有何关联？（4）政府收回土地使用权是否基于公共利益，如何界定公共利益？（5）杨氏夫妇应否被强制拆迁，强制拆迁后的财产补偿应当贯彻实际损失补偿原则，还是贯彻成本补偿原则？（6）个体权利为什么执拗？公共利益如何安慰执拗的权利？所以，公共利益的特点和现今社会的历史背景决定了公益问题在理论研究以及法治实践中占有很特殊的地位。任何成熟的法律制度都是以成熟的理论为基础进行构建的，只有“公共利益”理论日渐完善，才能与实践良好地结合，最终成为维护法律秩序良性运行的有力手段之一。^①从现实的角度而言，研究公共利益问题，具有以下意义：首先，研究“公共利益”是防止“公共利益”弱化、虚化，是保护“公共利益”的需要。有人类文明的地方就有“公共利益”的存在，公共利益对个人利益的合理限制是维持社会秩序的基本需要。社会公正说到底是在多大程度上维护公共利益，衡量公共权力是否公正运作的权威标准也是看公共权力的代管者在执掌权力时是否真正维护公共利益，公权只有维护了公共利益才有公正可言。^②因此，在现代文明社会，“公共利益”往往是作为法律保留条款或者说是法律限制条款而存在，其本质是对个人和部分利益的限制，对全民或整体利益的维护和偏袒。在市场经济体制下，利益格局多元化，但公共利益具有相对优位性。然而，现实生活中，由于公共利益代表机制和实现机制的模糊，公共利益弱化、虚化的现象非常普遍。研究“公共利益”有利于防止“公共利益”弱化、虚化，从而实现公共利益最大化。其次，研究“公共利益”是防止“公共利益”滥化、泛化，是保护“个人利益”的需要。公共利益是限制个人利益的条件，是国家公权侵犯公民私权的合法理由。然而，公共利益在法律上是极为模糊的概括条款或者弹性条款，甚至成为法律领域的“帝王条款”，只要有需要，什么都可以冠上“为保护公共利益”或“出于公共利益需要”的名号而得到特殊处理和对待。于是，“公共利益”成了金字招牌，被当作尚方宝剑，其内涵被随意解释、随意扩大，甚至出现“公共利益是个‘筐’，什么东西都能装”的情形，^③成了某些主体肆意侵犯他人权利、谋求自身利益的工具。^④如果不对公共利益进行界定，国家公权就可以以“公共利益”为理由“合法”地剥夺公民权利，宪法本来用以保障公民权利的条款在实际中就可能演化成剥夺公民权利的借口，公共利益也就演化为侵犯公民权利的“危险源”。在我国现实中，扛着公共利益的大旗，行损害群众利益之实，并非个别地方的发明专利，而是已经成为少数地方官员攫取政绩惯用的伎俩。少数官员把形象工程、政绩工程冠名为公共利益。“公共利益”的滥化、泛化，貌似对“公共利益”的扩张，实则对“公共利益”的保护有害无益，还会造成对个人利益等其

① 褚清清：《“公共利益”问题话要》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2006年第3期。

② 郑俊田，本洪波：《公共利益研究论纲——社会公正的本体考察》，载《理论探讨》2005年第6期。

③ 莫于川：《公共利益是一个混乱且无法丢弃的筐》，载《现代物业》2007年第12期。

④ 黄有丽：《“公共利益”的法律界定》，载《学术交流》2008年第4期。

他合法权益侵害的恶果。因此,研究“公共利益”是有效防止公共利益“霉变”,防止“公共利益”滥化、泛化,保护“个人利益”的需要。再次,研究公共利益是转变政府职能,限制政府滥用权力的需要。公共利益与行政存在天然的联系,公共利益主要靠行政来实现,政府是公共利益的主要代表;同时公共性是现代行政的本质属性,公共利益是公共政策的基本价值取向。从应然角度上讲,公共政策的目标导向在于公共利益的实现,公共利益是公共政策的逻辑起点、本质归属和最终目的,也是政府行政行为合法性的主要依据,^①但是,如果法律对公共利益没有做出明确的界定,也没有规定界定的程序,那么对公共利益的界定以及执行,就属于行政机关自由裁量权的范围。同时,由于行政权力具有的自利性、扩张性、直接性,如果不对行政机关的自由裁量权加以限制,完全凭行政机关来判断公共利益,就会不可避免地扩大行政权的恣意。因此,在公共利益的实现过程中,由于政府的趋利性,外部约束缺失、角色混同,再加上政府对公共利益的独家阐释、自由裁量,很容易使得公共利益发生异化,行政机关借“公共利益”之名肆意剥夺公民权利的空间,捞取部门利益甚至个人利益。更为严重的是,一个公民损害另一个公民的权利的力量是有限的,因为公民之间基本可以互相抗衡;而政府却掌握强制力量,公民没有与公权力相抗衡的足够的力量,在政府与公民发生冲突时,公民往往是失利者。^②这必然会纵容政府的权力性寻租行为。从我国的现实情况看,地方政府假借公共利益的名义损害了行政相对人的合法权益的社会现象以及损害公共利益的现象很多。诸多项目开工前,公共利益是侵害和牺牲公民权益的挡箭牌;问题败露后,公共利益又成了掩饰政府错误的遮羞布,严重影响了国家和政府的公信力。我国提出的改革政治体制、转变政府职能、建设高效廉洁政府的目标,是建立在成熟的市场经济之上的。政府必须成为公共利益的代表者、保护者和捍卫者,成为社会公正、正义的化身。因此,如果对公共利益进行明确的界定,它就可以成为行政权的恣意的法律限制,反之,公共利益则可能成为政府侵犯公民权利的利器。而我国法律对公共利益规制的不足,恰恰说明研究公共利益,进而完善相关法律,限制政府滥权的空间,促进政府转型,具有重要意义。最后,研究社会公共利益是防止“公共利益”异化,构建和谐社会的需要。党的十六大提出了要“全面建设小康社会”的宏伟蓝图,建设社会主义和谐社会的伟大目标。这就需要发挥公共利益的标尺功能,处理、兼顾好各个利益群体的关系。改革开放三十多年带来了我国经济的迅速发展,也带来了利益格局的巨大变化。在社会利益的分化、整合和分配过程中,社会各个团体、各个基层之间的利益冲突不可避免。如果任由个人私利膨胀,必然会蚕食、消弭社会发展成果,耗竭社会财富,甚至会引发社会冲突和动荡。此时,需要形成以公共利益为中心的法律、道德底线和价值取向,协调社会利益冲突,维护社会公正。从我国现实情况看,利益分配不均衡

①刘伟忠:《论公共政策之公共利益实现的困境》,载《中国行政管理》2007年第8期。

②曾祥华:《必要、困难与前提:也谈公共利益的界定》,载《江南大学学报》(人文社科版)2009年第1期。

已经成为诱发群体事件、影响社会稳定、阻碍社会和谐的重要因素之一。构建和谐社会的一个重要环节就是形成合理的利益协调机制,具体包括利益表达机制、利益分配机制、利益博弈机制以及利益冲突解决机制。因此,研究公共利益,有助于对公共利益的具体内容、界定程序做出细致规定,有助于构建和谐社会。

总之,公共利益不是一个伪命题。在任何社会中,都有公共利益的存在空间。在当代中国,利益多元化是一种客观趋势,在利益结果变迁过程中,如何界定、实现公共利益以及如何权衡公共利益与其他利益的矛盾和冲突是不可回避的重要问题。

本课题属于一项宏观理论分析和实证分析相结合的研究课题,实证研究方法与公共利益的实践导向相吻合,也是本书采用的首要研究方法。逻辑实证主义的创始人,德国哲学家摩里兹·石里克曾说过:“一个命题的意义,就在于它的证实方法。”“据这个可证实原则来说,我们要了解一个命题的意义,必须了解什么才能使它成为真的,就是说,我们能够说明它是通过什么被证实是真的。如果我们对一个命题的证实条件有了了解,那么我们就能确定它之为真为假了,因而也能了解它的意义。”^①公共利益是以实践为导向的,实证能够为理论提供适当的实践资源。本书不仅从理论上研究公共利益保护的规律和实现机制,而且从实务上探讨公共利益规制的实际措施,提出若干具体的政策性建议。首先从公共利益保护入手进行系统科学角度的微观分析,再上升到宏观角度对公共利益的立法机制和执法机制进行分析。公共利益的法律规制是一个综合性问题,并且中国正处在转型时期,一种新制度的构建要放到一定的“政治结构”、“社会结构”中来思考,对这个问题的研究需要多种方法协同合作。因此,为了更好地研究实现公共利益的有效配置,构建适合中国国情的公共利益制度,本书尽可能地在详细研读所收集的各种资料的基础上运用文献研究、比较、案例等等多种方法,并力求这些方法能够相互契合,表达本书的研究思想和内容。在实证研究方法的前提下,本书的材料取得主要运用文献分析、调查统计、个案研究等科学研究方法。

笔者经过整理资料,确立了以下四个方面作为本书研究的重点,亦是本书研究的难点:

1. 什么是公共利益?

“公共利益”在理论中有不同表述,在法律文本中也有不同称谓。但“公共利益”的内涵界定是本书研究的起点,也是公共利益制度构建的起点。所以,本书首先从公共利益的各种要素出发,进一步研究公共利益的特征以及与其他利益的关系。当然,公共利益内涵的界定绝非仅仅为了理论误区的澄清,更重要的在于实践中公共利益外延的界定,这是保护公共利益的前提,也是规范公共利益的必需。同时,该问题必然会涉及公共利益的实体界定问题,包括公共利益的界定标准、界定原则、界定方法等等。

^①洪谦:《论逻辑经验主义》,商务印书馆2005年版,第11页、第89页。

2. 谁来表达公共利益？

无论公共利益的理论界定多么完美，但是在实践中公共利益总是丰富多彩、变化多端的，这就需要结合具体的个案来进一步界定是否属于公共利益。这就会产生另外一个重要问题：谁来表达公共利益？政府与公共利益是代表还是代替？如果是代表，应当赋予政府多大的、什么样的行政权限？当公众和政府就什么是公共利益及其需要发生争议时，谁是最终的裁决者？换句话说，在增进、实现和保护公共利益的过程中，公共利益的供给主体、界定主体、代表主体是什么？

3. 如何实现公共利益？

如果在理论上廓清了公共利益的内涵和外延问题，那么就需要研究如何将这种研究成果转化为制度构建以及制度实施问题，这即是公共利益的实现机制问题。公共利益的实现机制包括立法机制、行政机制和司法机制。其中立法机制是基础，行政机制是关键，司法机制是保障。这是本书研究的重中之重。其中最核心的问题是公共利益的程序认定规则是什么，如何立法过程中保障公民公共利益的表达机制，如何克服我国公共利益行政实现过程中的障碍，如何构建我国特色的公益诉讼机制。

4. 如何规制公共利益？

公共利益是个人利益让渡的结果，具有相对优位性。公共利益与个人利益具有可转化性，个人利益的实现以肯定公共利益为前提，公共利益的实现以保障个人利益为目的。但是，现实中公共利益与个人利益的冲突问题非常普遍。尤其是在我国转型时期，个人利益、政府利益与公共利益偏离问题日益突出，公共利益“霉变”现象严重。所以，如何规制公共利益非常重要。比如，如何构建公共利益与其他利益的协调机制，应当赋予社会个人何种救济权利等等。

本书以公共利益立法梳理和学术反思为切入点，提出公共利益界定的必要性、难点及前提，探讨公共利益理论界定的新思路，重点讨论了立法机关、行政机关、司法机关在公共利益增进过程中的角色地位和职能分工，最后运用实证研究的方法分析了土地征收中的公共利益问题以及经济法的公共利益本位问题，试图厘清公共利益认识中的诸多误区，为增进我国公共利益和保护公民合法权益有所裨益。

是为序。

高志宏

2013年6月30日于南大和园

目 录

导论 “公共利益”:立法梳理与学术反思·····	1
第一章 公共利益界定的必要性、难点及前提·····	13
第一节 公共利益界定之阐释·····	13
第二节 公共利益界定之必要性与可能性·····	17
第三节 公共利益界定之前提与难点·····	22
第二章 公共利益的理论界定·····	28
第一节 公共利益界定方法及评析·····	28
第二节 不特定多数人:公共利益的主体要素·····	36
第三节 公共物品(服务):公共利益的客体要素·····	47
第四节 公共利益权利义务:公共利益的内容要素·····	49
第三章 公共利益的立法界定及其表达·····	56
第一节 公共利益的界定模式与界定主体·····	56
第二节 公共利益立法的指标、内容及形式·····	70
第三节 公共利益的类型·····	76
第四节 公共利益内容范围的立法例(立法模式)·····	83
第五节 公共利益的立法程序·····	91
第四章 公共利益的行政实现及其规制·····	95
第一节 公共利益的代表主体·····	95
第二节 公共利益行政实现的实体规则·····	99
第三节 公共利益行政实现的程序规则·····	115

第五章 公共利益的司法维护机制及其构建	122
第一节 公共利益的监督保障机制	122
第二节 我国建立公益诉讼的必要性、基础和障碍	128
第三节 我国建立公益诉讼的对策建议	141
第六章 公共利益与其他利益的博弈与均衡——以土地征收为例	150
第一节 土地征收案件争议焦点及相关立法	150
第二节 土地征收中公共利益的界定	157
第三节 土地征收中的利益博弈与冲突解决	162
第四节 土地征收程序与补偿	177
第七章 公共利益的法律规制——以社会法、经济法为视角	191
第一节 经济法和社会法关系的几个基本理论问题	191
第二节 经济法的社会本位	198
第三节 公共利益违宪审查	207
第四节 公共利益人大个案监督	221
参考文献	229
作者前期相关研究成果	235
后记	236

导论 “公共利益”:立法梳理与学术反思

近年来,我国各地发生了一系列具有典型意义的“公共利益”事件,比如“嘉禾拆迁株连政策”事件,“美国对华彩电反倾销案”、“瓮安”群体性事件、重庆“的哥”罢运风波、“唐福珍自焚悲剧”、“辽宁本溪居民捅死暴力拆迁人员”事件,等等。这些事件有的发生在国内经济发展中,有的发生在国际贸易往来中,但大都影响巨大,甚至造成了严重后果,并引起了社会的广泛关注和学界的激烈争论。实际上,在《宪法》、《物权法》等诸多法律法规中,都屡屡提及公共利益,但为什么公共利益问题在我国还如此突出?可见,我国虽然已经通过《宪法》、《物权法》在总体上规定了公共利益问题,但其并没有终结公共利益问题的争议,也没有终结对公共利益议题的探索。相反,我们更应该深入分析公共利益相关问题,梳理既有理论学说,评析立法现状,设计制定更为具体完善的法律规则。

一、国内公共利益研究成就及其存在的问题

(一) 国内研究公共利益成果统计

公共利益是近年来我国学界讨论最为激烈的问题之一,无论是理论界还是实务界,无不在什么是公共利益以及如何规范公共利益等问题上冥思苦想、殚精竭虑。

笔者于2012年1月1日,通过CNKI知识网络服务平台,以“公共利益”为检索词,以“主题”为检索项,检索结果为:共有21 013篇论文;以“关键词”为检索项,检索结果为:共有14 655篇论文;以“篇名”为检索项,检索结果为:共有1 794篇论文。通过万方数据知识服务平台,以“公共利益”为检索词,检索结果为:学术论文12 555篇,期刊论文8 169篇,学位论文4 084篇,会议论文300篇。

通过具体分析以上统计数据,笔者得出以下几点结论:(1)公共利益是学界研究的一个热点,并取得了丰硕成果,无论是期刊报纸上刊载的文章,还是学位论文、会议论文,都有大量涉及公共利益的研究,并且层次较高。(2)从学科领域来看,政治、法律学科是研究公共利益的主要领域。(3)从时间跨度来看,2000年以后是研究公共利益的最热时期,研究成果骤增。从2004年的宪法修正案到2007年《物权法》的通过

并实施,这一时期学界对公共利益的讨论更加白热化。

(二) 公共利益研究热的背景

从上述统计结果可以看出,公共利益无论是在法学、政治学还是在经济学中都是一个热门概念。那么,公共利益研究热的背景和原因是什么呢?理论来源于现实,公共利益研究热是我国经济结构、社会结构的变化在理论上的必然要求和具体体现。

传统上,我国是一个家国同构的社会,强调国家利益、集体利益,忽视甚至漠视个人利益。在新中国成立后很长的一段时间里甚至强化了这种高度的整体性,形成了一元化利益结构,国家利益、集体利益等公共的利益(不同于公共利益)占绝对主导地位。十一届三中全会之后,我国开启了以市场为取向的经济体制改革,社会结构发生了重大变迁,社会逐渐成为一个与国家相并列、相对独立的提供资源和机会的源泉,“国家—社会—个人”格局轮廓渐清,而且利益结构的变动又加速了社会阶层的分化,^①公共领域相对独立,多元化利益结构已成事实,公共利益逐步成为国家利益、个人利益之外的独立利益单元。“现代市场经济中,以社会、国家和个人为利益主体的三元利益逐渐确立起来。人们可以清晰地洞见个人利益、国家利益、社会公共利益三者的分立。”^②可以说,市场经济造就了公共生活领域的扩大和成熟,^③以及公共利益的独立和扩展。因此,公共利益引起学界的关注是我国市场经济发展的必然结果。

法学界对公共利益的研究日益深入,则更是我国法治变革的结果。其一,2004年3月14日十届全国人大三次会议通过了《宪法》第4次修正案。该修正案在加大对公民个人合法私有财产保护力度的同时,确定了个人利益、集体利益与公共利益关系的宪法原则。修改后的《宪法》第10条和第13条规定:“国家为了公共利益的需要”,“可以依照法律规定”对土地和公民的私有财产“实行征收或者征用并给予补偿”。这一原则引发了学界对宪法文本中公共利益的诠释。其二,2007年3月16日十届全国人大五次会议通过的《物权法》以“物权法无法承受公共利益界定之重”回避了对公共利益的界定,这使得学界在《物权法》制定过程中满怀希望地界定公共利益的迫切愿望没有实现。然而,正确认识和理解公共利益对于法治建设的重要性是不言而喻的,社会实然层面暴露出的诸多公共利益问题,必然会引发学界对公共利益的进一步思考与探究。可以预见,随着法律中“公共利益”概念的使用范围越来越广以及现实中公共利益问题的日益突出,公共利益仍然是今后一段时间内学界尤其是法学界研究的重点课题。

①冯宪芬:《社会公共利益的法律思考》,载《西安交通大学学报》(社会科学版)2009年第4期。

②吕忠梅,廖华:《论社会利益及其法律调控——对经济法基础的再认识》,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2003年第1期。

③郑俊田,本洪波:《公共利益研究论纲——社会公正的本体考察》,载《理论探讨》2005年第6期。

(三) 公共利益研究存在的主要问题

公共利益问题庞杂,但学界仍孜孜以求,并取得了重大理论成果。比如,学界大都承认公共利益是一种独立的利益形态,并对公共利益的相关范畴作了深入探讨。但不可否认,目前国内学界关于公共利益的研究仍存在诸多问题,主要有以下几个方面:

其一,从研究范围来看,目前学界关于公共利益的研究偏重于公共利益的概念、特征,以及公共利益与个人利益、政府利益、国家利益的关系等方面,并且大都是简单的重复性研究,而在公共利益的界定主体、认定标准、增进方式、实现程序等方面关注不够,这在某种程度上导致了我国公共利益理论研究的滞后,并极大浪费了学术资源。

其二,从研究方法来看,忽视实证研究。我国学界关于公共利益的理论研究与社会实践脱节严重,存在“两张皮”的现象。理论研究人员忽视社会实践的需要,研究结论往往很难付诸实施;很多实践部门的研究人员忽视对基础理论的探讨,将自身的经验当成真理而且付诸实施,研究结论的普适性不够。

其三,从研究深度看,关于公共利益的系统研究不够。对此,我国学者范文舟有着中肯的评价:自2004年修宪以来,我国讨论“公共利益”的文章纷至沓来,一时间是几乎见诸所有法律类的报纸杂志,一些非法律类的期刊报纸也竞相刊发,而且还大有绵延不断之势。但是,这些讨论要么是纸上谈兵,要么是蜻蜓点水,体现在:第一,大谈特谈“公共利益”的词源性含义,即所谈乃语言学意义上的或哲学意义上的含义,而非法学意义上的含义。第二,大量引经据典,而所引又都是外国之“典”,对中国的相关实际问题视而不见。第三,对中国相关问题有所涉猎者,也大多大谈特谈如何防止因公共利益伤害个人利益,以及在此情况下如何进行补救等等,即立法早已明确的问题;而很少谈及现实生活中大量存在的以公共利益之名损害公共利益和个人利益的问题。第四,公共利益本身的保护问题,尤其是公共利益的公法保护问题,更是无人问津。^①

其四,从研究结论看,可操作性的措施不多。只有建立在大量的数据分析基础之上的结论才具有合理性、可操作性,目前学界关于公共利益的研究忽略了数据统计、案例分析等研究方法,对我国公共利益保护和规制背后的原因分析不够,不能找出种种公共利益现象背后的普遍性和一般性的问题,如何克服夸夸其谈式的坐而论道,是我国学界值得反思的。

二、公共利益的立法梳理

(一) 公共利益在我国的立法表达

公共利益的立法表达就是“公共利益”在现行法律法规中的体现。公共利益是现代

^①范文舟:《论公共利益的公法保护》,载《汕头大学学报》(人文社会科学版),2006年第5期。

世界各国法律中普遍出现的一个概念,也是我国法律法规中出现频率极高的一个术语。

从形式上看,“公共利益”作为一个法律用语,在不同法律部门不同层次的法律中均有所体现。^①据笔者于2011年12月20日在北大法律信息网统计,我国法律法规规章司法解释中出现“公共利益”的有1500部,并且在大部分法律法规中多次出现,司法案例中出现“公共利益”的民事案例有4629条,刑事案例64446条,行政案例有19424条,当然这只是我国众多涉及公共利益案件中极少的一部分。

从内容上看,公共利益是一个使用极其广泛的重要法律概念。除了2004宪法修正案明确规定了“公共利益”是征收和征用的前提条件外,在《城市房地产管理法》、《土地管理法》、《行政许可法》等行政法中的运用也非常广泛;在《商业银行法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《对外贸易法》等经济法中的运用更加广泛,这是经济法以公共利益为本位使然。相应地,囿于私法以保护个人自由、维护私人利益为宗旨,公共利益在私法领域虽然也普遍出现,如《民法通则》、《合同法》、《专利法》、《著作权法》中普遍出现,但大都基于“公共利益”与“个人利益”的关系而言,侧重公共利益限制、优先于个人利益的基本规则。

从“公共利益”条款的性质来看,现行法律法规中“公共利益”条款可以分为两类:一类是积极性的条款,即将增进、实现和保护公共利益作为国家机关的职责或者任务;一类是消极性的条款,即将公共利益作为限制个人行为、个人利益的理由或条件。从“公共利益”条款在法律法规中所起的作用来看,现行法律法规中“公共利益”条款也可以分为两类:一类是总则性“公共利益”条款,大都规定在法律法规的总则部分,例如《著作权法》第四条、《专利法》第五条都属于这一类;一类是非总则性“公共利益”条款,大都规定在法律法规总则以外的其他条文当中。总则性“公共利益”条款内容较为抽象,政策宣示的作用较浓,也不构成具体法律规范;非总则性“公共利益”条款内容较为具体,属于具体法律规范的构成部分。

公共利益在我国法律法规中的具体内容示例可见表0-1。

表0-1 公共利益在我国部门法中的内容体现

法律部门	代表法律	体现条款	内容示例
宪法	《中华人民共和国宪法》(2004修正)	第十条第三款、第十三条第三款等	第十三条第三款: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。

^①关于法律部门的划分,学界有不同的观点。2001年3月9日,李鹏委员长在第九届全国人大四次会议上所作的《全国人大常委会工作报告》中指出:“根据立法工作的实际需要,初步将有中国特色社会主义法律体系划分为七个法律部门,即宪法及宪法相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。”这是官方文件中对法律部门的分类,本文的法律部门分类亦遵循此原则。