

公共利益 法律化研究

倪斐/著

ON THE LEGALIZATION
OF PUBLIC INTEREST

公共利益法律化的根本目的是满足多元时代背景下社会整合的需要；
公共利益法律化的主要内容是寻求公共利益的确定法律内涵；公共利益法律化的现实路径在于建立
一种基于规范目的的法律界定模式。



人民出版社

公共利益 法律化研究

倪斐/著

ON THE LEGALIZATION
OF PUBLIC INTEREST



人民出版社

责任编辑:李媛媛

封面设计:石笑梦

责任校对:孙寒霜

图书在版编目(CIP)数据

公共利益法律化研究/倪斐 著. —北京:人民出版社,2017.12

ISBN 978-7-01-018622-1

I. ①公… II. ①倪… III. ①公共管理-行政法-研究-中国

IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 292674 号

公共利益法律化研究

GONGGONG LIYI FALÜHUA YANJIU

倪 斐 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京盛通印刷股份有限公司印刷 新华书店经销

2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:19

字数:213 千字

ISBN 978-7-01-018622-1 定价:63.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序

刘作翔^{*}

转型期的中国,经济的快速发展带来城市化进程的加快,大量地方政府违法征地拆迁已成为一个突出的社会问题。立法上对于公共利益目的的宽泛规定,也导致在实践中难以对地方政府的财产征收权力进行有效制约。由此,公共利益的法律化引发了国内学者们的广泛讨论。倪斐博士在其博士论文基础上补充完善的学术专著《公共利益法律化研究》集中讨论了这一重要的理论和实践问题。

在财产征收领域公共利益的法律化问题上,与以往的相关研究相比,倪斐博士的研究有两个独特的分析视角:一是宏观理论视角。本书一开始就分析了公共利益从一般政治学、哲学理念到法律价值和法律概念转向的演进过程。转向的动因是中西方社会利益主体的多元化和社会阶层的分化,公共利益法律化是整合社会多元利益的需要;转向的路径是从公共利益的宪法化到部门法律化。二是具体制度视角。公共利益法律化不仅是公共利益概念的立法具体化,还

^{*} 上海师范大学法治与人权研究所所长,光启学者特聘教授,中国法理学研究会副会长,中国法律社会学专业委员会副会长。

有赖于行政和司法等环节对公共利益法律内涵的合理解释和裁量,需要一套行之有效的法律制度体系作为支撑。

在这两个分析视角下,财产征收领域的公共利益法律化问题一方面要考虑转型期中国经济社会发展所处的历史阶段和公共政策导向,在公共利益的法律化过程中尽可能地平衡国家、地方政府、开发商和被征收人等各方主体之间的利益,尤其是要防范代表公共利益的公权力被开发商私人利益所“俘获”而滥用,成为侵犯普通公民财产权利的工具;另一方面公共利益法律化的制度建构,要考虑我国现行体制下立法、行政和司法三种权力,在公共利益法律化的具体路径和制度设计上尽可能契合目前权力体制,才具有现实可行性。

作为倪斐博士的导师,我很欣喜地看到倪斐博士对于公共利益法律化的研究,突破了以往学者们研究中较为常见的公法视角,在研究方法和研究内容上都有一定的创新。在研究方法上,作者立足于中西方公共利益思想的历史演变,分析法律文本中公共利益的规范表达,探讨国内外公共利益法律化的典型案例,采用历史分析、规范分析、比较分析等方法的交叉运用,表现出作者开阔的学术视野和扎实的理论功底。在研究内容上,作者开创性地提出规范目的标准,对公共利益展开了法律类型化分析,在此基础上系统阐述四种不同类型公共利益的法律化思路,这一理论观点对于拓宽公共利益法律化的理论空间和实践路径无疑具有重要价值。

2016年11月4日,中共中央、国务院印发了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》,其中第八部分“完善财产征收征用制度”提出,要“合理界定征收征用适用的公共利益范围,不将公共利

益扩大化”。在这一政策背景下,本书的出版必定能引发学术界对于公共利益法律化问题的进一步深入研究。也期待倪斐博士能够再接再厉,将更多优秀的理论成果奉献给大家。

目 录

导 言 公共利益的现代法律转向	1
第一章 公共利益概念的不确定性及其法律化实践问题	19
第一节 公共利益法律概念的不确定性	19
一、公共利益的不确定性分析	20
二、公共利益不确定性可能带来的法律后果	21
第二节 我国法律实践中面临的公共利益法律化难题	22
一、行政执法实践中的公共利益法律化难题	22
二、立法实践中的公共利益法律化难题	24
三、司法实践中的公共利益法律化难题	29
第三节 公共利益概念法律具体化的必要性与可行性分析 ..	32
一、公共利益概念法律具体化的必要性分析	32
二、公共利益概念法律具体化的可能性分析	43
第二章 公共利益概念法律具体化的理论观点与 方法选择	47

第一节 公共利益的实体法律化观点	47
一、“公共利益”拆分分析法	48
二、确立公共利益的法律判断标准法	54
三、对公共利益的实体界定法律化思路中 方法的反思	58
第二节 公共利益的程序法律化观点	62
一、由界定主体形成公共利益的方式	63
二、由程序达致共识形成公共利益的方式	65
三、对公共利益程序法律化观点的反思	67
第三节 公共利益法律化的方法选择	71
一、区分作为法律概念与非法律概念的公共利益	73
二、从利益与权利、利益与权力的转化到公共 利益的法律化	76
三、作为法律概念的公共利益——基于规范 目的的分析模式	79
 第三章 公共利益的立法表达	 82
第一节 公共利益的公法表达	83
一、宪法文本中的“公共利益”	83
二、财产征收法中的公共利益	90
三、刑法中的“公共利益”	99
第二节 公共利益的私法表达	101
一、民法总则中的“公共利益”	101
二、合同法中的“公共利益”	104

三、隐私权保护法中的“公共利益”	105
四、商事立法中的公共利益	106
第三节 公共利益的社会法表达	107
一、竞争法中的公共利益	108
二、公益事业立法中的“公共利益”	110
 第四章 公共利益的法律类型化	111
——规范目的标准的提出与展开	
第一节 公共利益法律类型化及已有观点评介	111
一、以公共利益的性质作为类型化标准	113
二、以公共利益的形式作为类型化标准	114
三、以公共利益的内容作为类型化标准	115
四、以公共利益的层次性作为类型化标准	116
五、以公共利益在立法中的功能作为类型化标准	117
第二节 以规范目的作为公共利益类型化标准的 理论基础	119
一、语言分析哲学中的语境原则	120
二、法解释学中的文义解释、体系解释和目的 解释方法	122
三、规范、语境与法律解释	124
第三节 基于规范目的标准的公共利益法律类型	128
一、公共利益的四种法律类型	128
二、不同法律类型公共利益的特点	132
三、不同法律类型公共利益之间的转化关系	138

四、规范目的标准的合理性及其对公共利益	
法律化的重要意义·····	141
第四节 不同类型公共利益的法律化思考 ·····	145
一、立法目的型公共利益的具体化·····	147
二、权力依据型公共利益的具体化·····	149
三、权利界限型公共利益的具体化·····	152
四、法律客体型公共利益的具体化·····	156
 第五章 公共利益法律化典型案例分析(一):美国财产	
征收公共利益要件含义的演变与限定 ·····	160
第一节 从狭义到扩张解释:公共利益含义演进的	
基本趋势 ·····	163
一、早期财产征收案件中对公共利益的狭义解释·····	165
二、Berman v. Parker 案——公共利益含义的	
扩张性转变 ·····	166
三、Poletown 案和 Midkiff 案——公共利益	
概念的扩张·····	169
四、County of Wayne v. Hathcock 案——州层面	
的反思·····	174
第二节 公共利益含义的进一步扩张——Kelo v. City	
of New London 案 ·····	176
一、基本案情·····	176
二、多数意见·····	178
三、反对意见·····	181

第三节 Kelo 案后对经济发展目的财产征收公共	
利益性质的反思与限定	183
一、学者们对 Kelo 案的评论	184
二、Kelo 案后美国联邦和州层面对经济发展	
目的征收权的立法限定	188
三、Kelo 案后美国州层面对经济发展目的	
征收权的司法限定	191
第六章 公共利益法律化的典型案例分析(二):我国	
财产征收中公共利益与商业利益的区分	194
第一节 典型案例:重庆“钉子户”拆迁案与广州小谷围	
拆迁案	195
一、重庆“钉子户”案件中的“公共利益”争议	195
二、广州小谷围拆迁案——当“艺术村”遇到	
“大学城”	198
第二节 原因性公共利益与结果性公共利益	202
一、原因性公共利益	203
二、结果性公共利益	205
三、两种类型公共利益与商业利益的区分	209
第三节 重庆“钉子户”案件和广州小谷围案评析	214
一、重庆“钉子户”案件评析:拆迁行为是为了	
商业利益还是公共利益?	214
二、广州小谷围案件评析:“大学城”是商业	
利益还是公共利益?	217

第七章 公共利益法律化的制度完善	223
——基于我国财产征收立法、行政执法与司法整体框架的思考	
第一节 公共利益法律化的立法完善	224
一、2011 年《国有土地上房屋征收与补偿条 例》中的“公共利益”界定评析	224
二、财产征收中公共利益的立法完善建议	228
第二节 公共利益法律化的行政执法机制完善	236
一、公共利益法律化的行政实体正当性考量	236
二、公共利益法律化的行政程序正当性考量	241
第三节 财产征收中公共利益法律化的司法制度完善	253
一、立法机关决定模式下公共利益的司法审查	254
二、行政机关决定模式下公共利益的司法审查	257
三、我国财产征收中公共利益目的司法审查 制度完善	261
结语:寻求公共利益的法律确定	270
参考文献	274
索引	286
后记	288

导言 公共利益的现代法律转向

公共利益概念起源于古希腊,于17世纪至18世纪开始兴起,最初是指开明君主在他们的外交和经济政策中所应当追寻的国家安全和繁荣等目标,后来成为一个更加概括的集体目标概念,即任何合法政府成立都应当促进的目标。^① 公共利益概念兴起的背景是资产阶级为主体的市民社会的发展。市民社会既是“个人私利的战场”,也是“私人利益跟特殊公共事务冲突的舞台”^②,是“一个神圣的和世俗权力所管不到的领域和一个依附于君主利益的领域”^③,而国家作为普遍利益的代表者受到挑战。

中国传统社会没有发展出独立于国家的市民社会阶层,也没有产生严格意义上独立于国家利益的公共利益概念。但这并非意味着古代中国公共利益思想的缺失,只不过在表现形式和思想的体系化程度上有别于西方。无论是儒家的民本思想,还是墨家的“兼相

① Bruce Jennings, Daniel Callahan, Susan M. Wolf, “The Professions: Public Interest and Common Good”, *Hastings Center Report*, Vol. 17, No. 1. (Feb., 1987), pp. 3-10.

② [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆1961年版,第197—198页。

③ [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第57页。

爱”,以及近代革命家提出的“三民主义”“天下为公”等思想中,都蕴含了丰富的公共利益观念。

一、法律外在视角下的西方传统公共利益思想

在西方传统公共利益思想中,公共利益等同于政治共同体的整体善,作为政治哲学概念,相关论述主要集中在公共利益与政体的正当性以及公共利益与个人利益之间的关系。

(一) 公共利益与国家政体的正当性

在西方传统公共利益思想中,考量国家政体的正当性有三个不同角度:

一是将公共利益作为国家政权正义与否的衡量标准。例如古希腊思想家柏拉图在《理想国》中将正义视为理想国的基本原则,而区分国家正义与否的标准之一就是统治者是否维护公共利益。他认为一个正义的国家不是为少数人谋幸福的国家,而是一个整体幸福的国家。^①阿奎那也认为,判断一种政体或政权正义与否的重要标准,就是其是否致力于追求公共利益。“如果一个自由人的社会是在为公众谋幸福的统治者的治理下,这种政治就是正义的,是适合于自由人的。相反地,如果那个社会的一切设施服从于统治者的私人利益

^① 参见[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133页。

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。”他强调指出“国王的职责就在于殚精竭虑地增进公共福利”,^①要求国王们要“特别专心致力地领导他所支配的社会走向幸福”。18世纪法国哲学家爱尔维修和霍尔巴赫认为,权力的真正基础是公道,它的使命是把人们的利益统一起来,促进人们的共同利益;“政权只在它能够保障社会福利的时候才是合法的。对政权的服从只有在这种服从能够保障社会幸福的时候才是合乎理性的和合乎道德的。”^②

二是将公共利益作为具体国家政体形式优劣的评判标准。古希腊另一位代表性思想家亚里士多德在《政治学》中开篇即言明,城邦以善业为目的,即应当照顾到城邦全体公民的利益。是否照顾到公共利益,是亚里士多德区分正宗政体与变态政体的标准。他认为,“种种政体都应以公共利益为着眼点,正确的政体会以单纯的正义原则为依据,而仅仅着眼于统治者的利益的政体全部都是错误的或是正确政体的蜕变。”^③以此为标准,君主政体和共和政体都是正宗政体;僭主政体、寡头政体和平民政体都是变态政体。英国启蒙思想家托马斯·霍布斯根据国家的代表者不同,将国家分为三类:君主制国家、平民国家和贵族国家。他认为,君主政体和另外两种政体相比,可以看出,在君主制国家中,公共利益和私人利益融为一体,而公

① [意]阿奎那:《阿奎那政治著作选》,马清槐译,商务印书馆1982年版,第46、50、70页。

② [法]霍尔巴赫:《自然政治论》,陈太先、睦茂译,商务印书馆1994年版,第41—45页。

③ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,颜一、秦典华译,中国人民大学出版社2003年版,第84页。

私利益结合得最紧密的地方,公共利益所得到的推进也最大。而在平民政体或贵族政体中,往往由于贪污腐化和野心者的私人幸运而不能推进公共利益。^①

三是将公共利益作为国家政体合理存续的目的标准。英国哲学家约翰·洛克从政府与人民的利益关联角度分析认为,国家应当保护公共利益的根本原因在于“不论是哪一种情况使当初统治权属于一人,可以肯定说,它之所以交付给某一个人,只是为了公众的福利和安全;而在国家的幼年时代,享有统治权的人通常都是为了这些目的而行使统治权的。除非他们这样做,年轻的社会就不可能存在下去,如果没有这种保姆式的父亲关心和审慎安排公共福利,一切政府都会因为它们幼年时代的孱弱而消亡,而君主和人民不久就会同归于尽”。^② 法国思想家卢梭以社会契约论为基础阐述了公意与公益的关系。他认为,人们一旦缔结了社会契约,建立了共同体“国家”,这种“合意”或“公意”便具有了独立地位,也就形成了共同利益,进而在政治生活中演变为“公共利益”。在卢梭看来,“公意”是永远公正的,它只是着眼于公共利益而非所有人的利益。他说:“惟有公意才能够按照国家创制的目的,即公共幸福,来指导国家的各种力量;因为,如果说个别利益的对立使得社会的建立成为必要,那么,就正是这些个别利益的一致才使得社会的建立成为可能。”^③

① 参见[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第144页。

② [英]洛克:《政府论》(下),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1985年版,第69页。

③ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第35页。

（二）公共利益与个人利益的关系

在公共利益和个人利益的关系上,西方传统思想家们的观点不尽一致,大体上有以下几种不同观点:

一是认为公共利益绝对优先于个人利益。柏拉图把社会整体视为唯一目的,认为个人是为整体服务的工具,个人没有任何独立的价值和意义,他的价值只能是作为整体的有机组成部分。古罗马斯多葛学派认为“理性要求我们把公共福利、共同的善置于个人利益之上,我们于必要时要为它而牺牲自己,因为实现共同的善,就是完成了我们真正的任务,保全了真正的自我”。^① 卢梭借助公意和个人意志的关系,进行了阐述。他认为,个人固有的意志,它仅只倾向于个人的特殊利益;人民的意志或主权的意志是公意。在一个完美的立法之下,个别的或个人的意志应该是毫无地位的,公意或者主权的意志永远应该是主导的,并且是其他一切意志的唯一规范。^②

二是认为公共利益优先于个人利益,但是是相对的和有条件的。法国哲学家霍尔巴赫认为,人们联合起来组成社会,是为了满足本身的利益;社会只有一个目的,就是让人们能够比较充分地利用大自然的恩惠来增进自己的体力和智力。因此,如果说人对社会赋有义务,那么,社会对人也承担着一些明确的义务:保障公民的物质福利和安全、帮助他享用他有权享用的一切。如果人生活在社会里什么好处

^① [美]梯利:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆 2003 年版,第 122 页。

^② 参见[美]麦克里兰:《西方政治思想史》,彭淮栋译,海南出版社 2003 年版,第 307 页。