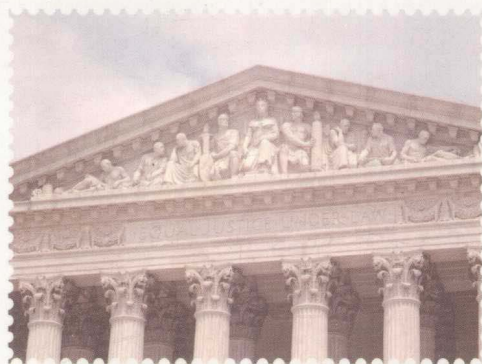


楼利明  
著



# 法律对公共利益判断的控制

—— 一种原则与规则并重的程序控制方法

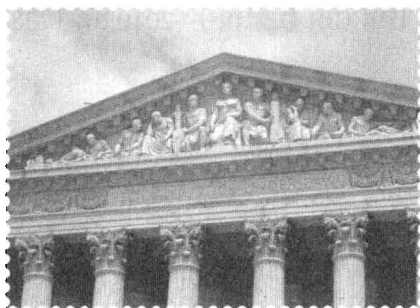
Legal Control on the Judgment of Public Interests

— A Process Control Approach Integrating Principles and Rules



浙江工商大学出版社  
Zhejiang Gongshang University Press

楼利明  
著



# 法律对公共利益判断的控制

—— 一种原则与规则并重的程序控制方法

Legal Control on the Judgment of Public Interests

— A Process Control Approach Integrating Principles and Rules

## 图书在版编目(CIP)数据

法律对公共利益判断的控制/楼利明著.—杭州:浙江工商大学出版社,2010.9

ISBN 978-7-81140-192-9

I. ①法… II. ①楼… III. ①法律—研究—中国  
IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 173834 号

# 法律对公共利益判断的控制

——一种原则与规则并重的程序控制方法

楼利明 著

---

责任编辑 郦 晶

封面设计 刘 韵

责任印制 汪 俊

出版发行 浙江工商大学出版社

(杭州市教工路 198 号 邮政编码 310012)

(Email:zjgsupress@163.com)

(网址: <http://www.zjgsupress.com>)

电话:0571-88904980,88831806(传真)

排 版 杭州兴邦电子印务有限公司

印 刷 杭州广育多莉印刷有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 11.25

字 数 159 千字

版 次 2010 年 9 月第 1 版 2010 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-81140-192-9

定 价 29.00 元

---

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江工商大学出版社营销部邮购电话 0571-88804227

# 目录

MULU

## 导论:天然的对抗

——财产权保护与公益征收 ..... 1

## 一 公共利益的实质

——一种哲学路径 ..... 10

(一) 理论溯源 ..... 10

(二) 公共、利益的内涵 ..... 14

(三) 公共利益的实质

——一种哲学式诠释 ..... 16

## 二 公共利益与公共使用

——一种法律实践路径 ..... 24

(一) 现状的困惑 ..... 24

(二) 来自英美的法律实践 ..... 26

(三) 结论 ..... 37

## 三 公共利益与公共选择

——一种经济学路径 ..... 40

(一) 公共选择与公共利益的 ..... 40

(二) 寻租现象及其控制 ..... 44

(三) 行政权的转移与腐败 ..... 47

(四) 传统公共利益理论面临的挑战 ..... 49

(五) 对征收权与警察权的限制

——来自美国的实践 ..... 50

(六) 结论 ..... 61

## 四 公共利益判断基本方法及其局限性 ..... 63

(一) 定义法 ..... 64

(二) 逐例原则 ..... 66

(三) 比例原则 ..... 68

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| (四) 列举式 .....                      | 71  |
| (五) 列举与逐例相结合的方法 .....              | 71  |
| (六) 国内主要观点 .....                   | 74  |
| <b>五 一种非正式程序的控制方法</b>              |     |
| ——走出法律实证主义的困境 .....                | 78  |
| (一) 必要原则和派生规则                      |     |
| ——事前控制公益征收目的 .....                 | 84  |
| (二) 开放原则及其派生规则                     |     |
| ——市场对公共利益的控制 .....                 | 90  |
| (三) 机会均等原则和派生规则                    |     |
| ——控制征收主体准入资格 .....                 | 99  |
| (四) 公共服务原则                         |     |
| ——削减公权力对私权利侵犯的可能 .....             | 105 |
| (五) 公正补偿原则                         |     |
| ——事后抑制公共利益转移 .....                 | 115 |
| <b>六 对公共利益控制的应用性分析</b> .....       | 123 |
| (一) 原则、规则并重的程序控制方法的基本要素 .....      | 123 |
| (二) 案例一 .....                      | 125 |
| (三) 案例二 .....                      | 127 |
| <b>七 余论: 规制与征收的界限(以美国为例)</b> ..... | 131 |
| <b>附录: 美国行政征收经典判例评析</b> .....      | 137 |
| (一) 伯曼诉帕克案 .....                   | 137 |
| (二) 安德鲁诉阿拉德案 .....                 | 140 |
| (三) 阿金斯诉蒂伯龙市案 .....                | 141 |
| (四) 夏威夷房屋管理局诉米德基夫案 .....           | 144 |
| (五) 卢卡斯诉南卡罗来纳州海岸委员会案 .....         | 148 |
| (六) 杜兰诉泰格德市案 .....                 | 151 |
| (七) 维尼县诉汉斯考克案 .....                | 152 |
| (八) 方秉权等诉圣荷西市案 .....               | 156 |
| (九) 林戈尔诉美国雪佛龙有限公司案 .....           | 157 |
| <b>参考文献</b> .....                  | 163 |
| <b>后 记</b> .....                   | 172 |

# 导论:天然的对抗

## ——财产权保护与公益征收

居于现代社会经济权利核心地位的财产权泛指一切财产上的权利,内涵上远远超越单纯以所有权为核心的边际,它不仅包括物权,也包括债权、知识产权、继承权等传统私法上所创设的权利,同时还包括具有财产权性质的公物使用权(如国有土地使用权、水利权)。许多外国学者认为,它甚至还包括合同的自由。<sup>①</sup> 作为市场经济孪生兄弟的财产权及其变更是一切市场交易行为得以形成的出发点,也是推动市场经济有序发展的基石,因而,经济学家从稀缺资源合理配置的角度,对财产权作出了一种经济学的定论,如哈罗德·德姆瑟茨(Harold Demsetz)认为:财产权是一种社会上可接受的使用,这种权利的持有者可以利用属于该权利的稀缺资源。这要求权利的运用不受他人的干涉。没有被使用者对财产权的占有赋予合法性的资源的使用,根据财产权的定义是非法的或者是在财产权意义上的一种创新。当然,对于资源的允许使用和不允许使用的范围从来就不是完全确定的,因此,一个权利的界定和冲突解决机构,如法院体系、立法机构,或一些社会权力,不可避免地成为财产权体系的一个部分。<sup>②</sup> 由此可以抽象出财产权三个最为基本的特征,其一,财产权具有排他性的使用权、处分权;其二,没有绝对的财产权,它是可以创新的;其三,有关财产权合法或非法的界定从来不是固定的,这种动态的变化不仅来源于财产权的界定主体本身

---

① 林来梵:《规范宪法学的一种前言——从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第184页。

② [美]皮特·纽曼:《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》(第3卷),法律出版社2003年版,第166页。

可能也成为财产权体系的一个部分,有点不识庐山真面目的嫌疑,同时,也因为人们对财产权认识也随着社会、道德、经济、公共责任观念、法律等的变化而发展。从美国对财产权认识的演变轨迹可见一斑,19世纪初的美国法院提到财产,使用了过去在布莱克斯通笔下表达过的用语“独有的和专断的支配权”,财产同契约一样,是以一种意志理论为基础的,财产变成了自由的一种必然结果,没有它,法律本身是不可思议的。20世纪初,在有关财产的观念中,一种完整的 *jus utendi* (使用权) 和 *jus disponendi* (处分权) 是必不可少的因素。但是如果财产被用于以伤害别人为目的时,法律可以进行干预。<sup>①</sup> 因此,财产权的社会责任逐步被强化。

追溯财产权的理论缘起,“光荣革命的产儿”<sup>②</sup>洛克可谓是近代财产权理论的开山鼻祖。虽然洛克关于自然状态和自然法的思想深受胡克尔的影响,胡克尔在其《宗教政治》一书中关于人类基于自然平等基础上建构起来的种种责任和义务,以及在遵循自然法前提之下联合起来形成政治社会的观点几乎成了洛克关于自然状态和自然法论证的理论基础。而且,早在古典时期,希腊经典哲学家们对私人财产在人类社会中的角色和自然属性展开了深入探讨。到17世纪,格劳秀斯、普芬道夫等已经提出了私人财产在国家主权的理念下可以被征收的观点,并就主权与私人财产之间的关系作了十分精辟的诠释,为后来有关财

---

① [美]伯纳德·施瓦茨著,王军等译:《美国法律史》,中国政法大学出版社1990年版,第142—147页。

② “光荣革命”是英国资产阶级革命成功的标志。洛克(1632—1704)主要活动于斯图亚特王朝复辟和光荣革命以后,他倡导社会契约、保护私有财产、君主立宪和分权理论,提出了一种有限权力的国家学说,忠实地反映了“光荣革命”的精髓。恩格斯曾说:洛克是1688年阶级妥协的产儿。见恩格斯:《致康·施米特1890年10月27日》,《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1995年版第485页。

产权的整体认识奠定了良好的理论基础。<sup>①</sup> 但就完整的近代意义上有关财产权的系统论述,洛克可谓是第一人。洛克在自然状态、自然法与财产权、人身自由之间建立了紧密的逻辑关系,从而构建了以财产权为基础的人的自由对抗君权神授的有力法宝。洛克假定在人间的一切政治之先,有一个他所谓的“自然状态”并由此说起。在这个状态中有一种“自然法”,但是自然法系由一些神命组成,并不是人间的哪个立法者加给人的。在洛克看来,人们遵循理性共同生活在一起,那是一种完整的自由状态,他们在自然法的范围之内,通过他们认为合适的办法,决定他们的行动和处理他们的人身和财产,不需要得到任何人的许可或听命于任何人的意志。尽管这是一种自由的状态,却不是一种放任的状态,自然状态受一种为人人所应遵守的自然法的支配;理性,即自然法,教导着愿意服从理性的全人类:人们是独立和平等的,任何人不得侵害他人的健康、生命、财产或自由。<sup>②</sup> 所以,只要他使任何东西脱离自然所提供的原初状态,就已经加进了他的劳动,即在此基础上加入了他自己所有的某些东西,由此它就成了他的财产。既然是他使这件东西脱离自然所赋予给它的常态,那么在此基础上就由他的劳动加上了一些东西,因而排斥了别人的共同权利。<sup>③</sup> 关于自然状态与自然法的论述其实在中世纪早见思想端倪,难怪伟大哲学家罗素认为,洛克关于自然状态及自然法的观点并不新颖,只不过是中世纪经院派学说的旧调重

① 柏拉图描绘了理想的“乌托邦”蓝图,该城邦的目的是为了全体人民的好处,而不是为了一个阶级的幸福。财富和贫穷都是有害的,在他的城邦里两者都是不存在的。亚里士多德却提出了相反的观点,认为财产应该是私有的,但是应该以仁爱来这样教导人民,从而使得财产的使用大部分成为公共的。仁爱与慷慨都是德行,但是没有私有制,它们便是不可能的。(参见[英]罗素著,马元德译:《西方哲学史》上卷,商务印书馆1976年版,第150、244页)17世纪有“国际法之父”美誉的格劳秀斯(Grotius)在总结当代有关财产权观点的基础上,提出国家可以为了公共目的规制私人财产。这位天才的荷兰人同时又提出了任何财产权利在被惩罚或征收权行使情况下均可以被剥夺,但是征收权的行使必须满足公共使用的条件,如果有可能,公共社区应该对个人因征收导致的财产权利损失进行补偿。普芬道夫(Pufendorf)进一步论证了国家主权与私人财产的关系,认为主权可以通过法律影响私人财产并使之符合国家利益;主权国家可以征收部分私人财产,比如税收;国家可以为了公共目的征收超越税收的私人财产。(参见Gerard J. Mangone: *Private Property Rights: The Development of Taking in the United States*, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Vol. 17, No2, P. 195—197.)

② [英]约翰·洛克著,张羽译:《政府论》,京华出版社2000年版,第132—133页。

③ 同②,第144—145页。

弹,他引用阿奎那“人制定的每一宗法律,有几成出于自然法,便恰带有几成法律性质。但是它若在哪一点上与自然法抵触,它立即不成其为法律;那纯粹是对法律的歪曲”的观点来证明他的见解。<sup>①</sup>然而,洛克对于私人财产的所有权或持有权和劳动价值说的倡导却令罗素费解,在罗素看来,向来倡导劳动价值说,通常是出于某个被看成掠夺性的阶级的敌意。如李嘉图主张它,反对地主;马克思主张它,反对的是资本家。而洛克似乎对任何阶级不抱敌意,是在一种真空中主张这种理论的。罗素这种彷徨的评判恰好印证了洛克作为阶级妥协产物的一种折射。由财产自由显示出来的自然自由观是洛克手中用来对抗君权的有力武器,人天生具有保护自然自由的本能,任何人放弃他的自然自由且接受公民社会的各种限制的唯一途径,是以谋求他们彼此间的舒适、安全与和平的生活,因此与别人协议联合组成一个共同体,从而可以安心享受他们的财产同时有更大的保障来防止共同体之外任何人的侵犯。任何一个共同体既然只能根据它的每个成员的同意而作出行动,而它作为一个整体又必须行动一致,这就必须使整体的行动遵循较大力量的意向,所谓较大的力量就是大多数人的同意。若非如此,它就无法作为一个整体、一个共同体而有所行动或继续存在。根据自然和理性的法则,大多数享有全体的权力,从而大多数的行为被视为是全体的行为,当然也就有决定权了。<sup>②</sup>此外,洛克对公私利益也有自己独到的见解,按照洛克的意见,自我利益和全体利益一致只是就长远而言,所以要紧的是人应该尽可能以自己的长远利益为指南。也就是说,人当有远虑。远虑是仍待倡导的唯一美德,因为一切失德都是失于远虑。强调远虑和公私利益的调和这种信念,是自由主义的特色。<sup>③</sup>正是这种在自然状态下对生命、自由、财产等有共同的安全需求,为达成私人利益之根本,乃至形成一种共同利益,促使人们放弃部分私人的权力,转而寻求一种更强大的保护,为了自保他也应该基于社会的幸福、繁荣和安全的需要,尽可能

① [英]罗素著,马元德译:《西方哲学史》(下卷),商务印书馆1976年版,第155页。

② [英]约翰·洛克著,张羽译:《政府论》,京华出版社2000年版,第180页。

③ 同①,第145页。

放弃其自然权利，<sup>①</sup>这也是政治社会政府形成的目的所在。

洛克所创设的财产权理论对后人产生了巨大、久远的影响力，甚至成为资产阶级革命的有力武器，几乎占据了那个时代的统治地位，连法学集大成者布莱克斯通的《英国法释义》也基本沿袭了洛克财产理论的基本精髓<sup>②</sup>。然而科技的进步、社会的发展、经济的变迁导致人们价值观、道德观以及政府职能均发生了重大的变化，它必然注定人们对财产权的认识有个不断演进、提高的过程，也决定了洛克的财产权理论只是近代财产权的起点，而非现代财产权的终极理论。20 世纪以来特别是 70 年代以来，人们对于财产权的内涵的认识和观念已经有了本质的变化。内容上从狭义的所有权逐步扩张到一切财产的权利，前述有关财产权定义的论述中可见端倪。1789 年《人权宣言》仅将所有权列入人与生俱来的、作为人所必需的自然权利之中。“人生就并且始终是自由的且享有平等的权利……这些权利包括……所有权”，“财产是神圣不可侵犯的权利，除非当合法认定的公共需要所显然必需时，且在公平的预先赔偿的条件下，任何人的财产不得受到剥夺”。<sup>③</sup> 1791 年法国宪法几乎有同样的规定，“所有权不受侵犯，或当合法认定的公共需要显然必须作出牺牲时，保证公平的预先赔偿”<sup>④</sup>。由此可见，早期的财产权仅仅是一种所有权而已，并未涉及其他可以表达为财产权利的领域。从财产观念上更多是一种拥有财产的权利，鲜有提到财产权伴随的社会责任，而且这种所有权是一种“神圣权利”，是不可被侵犯更不可被剥夺的，除非是非常特殊的个案。在一个著名的判例中，法官坎登（Canden）先生认为，私有财产的“神圣权利”只能因“某些保护全体人民的公法”而被剥夺，否认政府可以借口国家需要以某人涉嫌犯罪而没收其财产。如果没有明确的法律提供依据，这样的没收无论是在普通法还是成文法中都是一种非法的侵权行为，“如果不能发现或提出这样的理由，法

① [英]约翰·洛克著，张羽译：《政府论》，京华出版社 2000 年版，第 194—197 页。

② William Blackstone: *Commentaries On the Laws of England* (1765—1769), Vol. II, *Of the Right of Things* 1766, The University of Chicago Press, 1979.

③ 1789 年《人权宣言》，第一条、第二条、第十七条。

④ 1791 年法国宪法，第一篇，第四节。

无明文就是对抗被告的权威依据”<sup>①</sup>。20 世纪以来,财产的社会责任越来越被提到新的认识高度,甚至在某种程度上远远超越其权利的重要性。“在美国法上,财产所有者的权利如此广泛,以致科恩在 1927 年专门写了一篇名为《财产和主权》的文章。时至今日,文章内容完全过时了。20 世纪法律发展的整个进程,早就不强调财产权了。如果说在上世纪与本世纪之交,财产还意味着权力,那么到本世纪 70 年代中期以后,财产在法律上却意味着责任。”“一个人实际上绝对地随心所欲地使用土地的权利,正在让位于根据有关当局规定合理地使用土地的首要原则……城市区划及类似的条例更加普遍,不断限制着财产的使用。此外,财产法中又形成了生态限制的内容。”“几乎到当代为止,美国法对私人财产权的作用很大程度上还是保护它不受他人侵犯。在不损害他人所有权的前提下使用你的财产的范围内,所有者享有最广泛的使用和处分财产的权利。现在,这一格言已被完全改变了。法律上发生了一种财产概念的社会变化。”<sup>②</sup>正如几年前,一位现代最伟大的法理学家在阐述这一情况时说,“过去,财产价值高,人的价值低。现在,财产价值低了,而人的价值提高了”<sup>③</sup>。因为,当代社会的基本目标是,保证每个人在社会中都能过上一种人类应有的生活——即使不能满足个人的所有需要,至少也要在合情合理的可能的范围内满足个人最低限度的需要。因此,法律对利益的保护,必须在实现上述目标的过程中找到最终的理由。虽然伟大的经济学家约翰·亚当斯断言:没有财产权,自由就没有存在的可能。历来对财产权的重视,在今天看来,放置的地位过高了。在今日的法律价值等级中,财产权已降为较低的等级。然而,我们不应当忽视:社会利益最终是存在于个人生活之中的利益,同时,没有私人财产的保护,要实现这一利益也是不可能的。<sup>④</sup>

财产权保护与行政征收权的规范几乎是同一问题两种不同的财产

① Entick 诉 Carrington, 转引自[美]皮特·纽曼:《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》(第 3 卷),法律出版社 2003 年版,第 420 页。

② [美]伯纳德·施瓦茨著,王军等译:《美国法律史》,中国政法大学出版社 1990 年版,第 306—307 页。

③ 同②,第 213 页。

④ 同②,第 308 页。

权认识路径。财产权内容的不断拓展,其社会责任日益凸现的过程,正是行政征收权逐步扩张,私权利与公权力对抗不断增强、调和、平衡的过程,两者具有天然的对抗性并显现此消彼长的互动关系,强调了人对财产拥有的权利,从另一侧面限制了公权对财产的侵入,而张扬了财产为了公共利益的社会责任,则间接意味着人对财产拥有的排他性权利的逐步减弱。上述财产权保护与征收征用之间的关系也反映出古典征收理论逐步向征收扩张理论演变的轨迹,从历史的角度观察,主要存在以下五个方面的变化:第一,作为征收对象的财产权内容不断延伸,从单纯对有形物(动产或不动产)的所有权逐步延伸到涵盖债券、继承权、知识产权、公物使用权、合同自由、生活权等一切具有财产价值的权利;第二,政府因公共利益行使征收权变得日益强势,财产由最初的“神圣”地位渐渐退化到重视公共利益,适度限制私人财产权,乃至为了公共利益可以完全剥夺财产权的地步;第三,由简单行政处分手段强行转移所有权的方式渐渐扩大到以直接法律规定征收;第四,作为征收目的的公共利益的概念,由严格意义上的公共使用,逐步泛化为公共目的,甚至为了经济发展目的进行征收在许多情况下也符合公共利益的要求,征收主体也由单一的公主体的限制扩大到在特定情况下,私主体在接受公主体委托的情况下也可代为行使征收权;第五,财产权保障的宪法规范结构也由单一逐步走向三重结构,即由单一的不可侵犯条款(或保障条款)演变为不可侵犯条款(或保障条款)、制约条款(或限制条款)和征用补偿条款(或损失补偿条款)三重结构。<sup>①</sup>从上述变化可以窥见,征收权、征收行为、征收手段、征收目的、征收主体和财产权保障体系等均存在由简单到复杂、由单一到多元、由粗犷到精细的发展历程,恰好反映出财产权逐步受到规制,征收权不断扩张并始终受到规范的痕迹。

综观世界各国宪法,财产权保护的三重结构条款基本确立,如德国《魏玛宪法》第一百五十三条第二款“收用,只是为了公共的福利,并且

<sup>①</sup> 林来梵:《规范宪法学的一种前言——从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版,第191页。

基于法律才能进行。只要法律上没有特别规定,其应该与相当的补偿相交换而进行”;美国宪法第五修正案关于征收条款明确规定“私人财产非因公用目的、没有正当补偿不得征收”;《日本国宪法》第二十九条第三款损失补偿条款也成为宪法上的制度,1901年的《土地收用法》中设置了收用时的补偿条款(第四十七条)将关于对此的争议规定为普通法院的管辖事项(第八十二条);我国宪法2004年修正案第十条第三款明确规定,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。这些条款的制定并不意味着财产权保护的日益强势,恰恰相反,是在日益强化追求公共利益的现代社会中,对财产权的弱势地位提供的一种救济和保护。从各国宪法条文的语意及其内涵角度分析,以下三个问题在征收条款的执行和应用上必须明确解答。(1)征收行为如何形成?即私人财产受到何种程度规制的情况下才导致征收行为的产生,特别是行政管制与征收之间的界限必须清晰明了,它将直接影响到财产的价值、财产所有人是否应该得到补偿及补偿的多少。(2)征收目的是否出于满足诸如德国的“公共的福利”、美国的“公用”、中国的“公共利益”等的需要,符合这些条文规定的判断标准是哪些?(3)征收行为发生以后进行何种补偿才能达到既实现了公共利益的最大化,同时又合理地保护了私人财产的根本目的?“完全补偿”“适当补偿”“公正补偿”“相当补偿”抑或我国笼统的“给予补偿”的表述的尺度如何把握?其中,回答后两个问题的关键在于解决法律对公共利益这一征收目的的判断和控制。迄今为止,各国成文法或相关经典判例均尚未对公共利益提出明确的界定标准,在判断财产征收是否符合公共利益这一根本目的时,很大程度上还仰仗法官的良知和判断力,具有较大的自由裁量空间。因此,控制公共利益在财产征收领域的滥用以及防止行政权过大导致的随意性具有相当重要的理论意义和现实意义,实乃当务之急。

当然,所谓法律本身所具备的一些规律性的东西或许多经典判例结论本身的稳定性也仅仅只是相对的,世间没有亘古不变、放之四海而皆准的行为规范,一切法律规范随着历史的变迁、社会的变革而发生动态的变化,或多或少,有些是在原有基础上的逐步改良,有些则是对历

史法律秩序一种彻底的反叛。诚如庞德所言,“法律秩序就必须既稳定又灵活,人们必须根据法律应予调整的实际生活的各种变化,不断对法律进行检查和修正。如果我们探索原则,那么我们必须既探索稳定的原则,又探索变化的原则”<sup>①</sup>。虽然,我们不可能在现实世界中完全摒弃历史所传承下来的观念、思维方式、生活习惯等影响构建社会法律秩序的种种因素,在历史发展基础上的逐步的递进式变革看上去似乎是稳健的象征,然而法律规范有时更需要一些超前的意识,只要认准了社会发展的大趋势,我们有时需要做的不仅仅是符合普通思维的渐进性改良。当今中国,经济发展业已驶入快车道,千年以来以农耕经济为主导的发展模式正逐步被多重产业结构协调发展的市场经济模式所替代,伴随着社会经济发展、工业繁荣和城市化进程的日益加快,由于行政征收征用行为引发的一系列矛盾不断凸现出来,大规模土地征用、房屋拆迁、城市规划调整、环境保护等行政行为从不同程度损害了相对人的部分抑或全部财产权,由此产生的上访和群体性事件已经成为社会矛盾的重要组成部分。在构建社会主义和谐社会的大历史背景下,深入探讨行政征收征用问题,尤其是控制公共利益判断权的判断权,既重国际经验,又重中国实际,无论成功与否,无疑具有十分重要的现实意义并对今后的研究有所裨益。

<sup>①</sup> [美]罗斯科·庞德著,邓正来译:《法律史解释》,中国法制出版社2002年版,第2页。

# 一 公共利益的实质

## ——一种哲学路径

### (一) 理论溯源

“公共利益”简称为“公益”。英文为 public benefits、public use、public purpose,是与征用权关联密切的一个词语,其内涵的界定须追溯至 eminent domain,即征用权。与该概念相似的用语有公共福利、公众利益、社会福祉、大众福祉等,从史学的脉络看,公共利益的最早使用可追溯至公元前 6—前 5 世纪的古希腊的城邦制度——一种较为理想,具有追逐公共利益趋向的古典民主的典范。极富代表意义的是斯巴达的政治体制原型:政府除了两个王、长老会议、公民大会以外还有五个监察官。监察官在宪法里是一个民主的成分,显然是为了平衡王权设置的。民主的政体激发了人们的想象,希腊神话便是这段历史的浓缩。伟大的思想家罗素在概括斯巴达对希腊的伟大贡献时指出,“斯巴达对希腊思想起过双重的作用:一方面是通过现实,一方面是通过神话;而两者都是重要的。现实曾使斯巴达人在战争中打败了雅典,神话则影响了柏拉图以及后来无数作家的政治学说”<sup>①</sup>。纵观哲学史,柏拉图和亚里士多德是古代、中古和近代一切哲学家中最具影响的人物,其中柏拉图对于后代所起的影响尤甚。受到乃师苏格拉底的影响,柏拉图更加关注伦理学,企图为世界寻找目的论的解释而不是机械论解释的思维定势,结果导致他对善的关注程度远胜于乃师,而且,从某种角度讲,柏拉图对善的诠释形成了其政治哲学的基础,继而引发出对幸福的深刻理解。他指出,“‘善’与‘实在’都是没有时间性的,最好的国家就是那种

---

<sup>①</sup> [英]罗素著,马元德译:《西方哲学史》(上卷),商务印书馆 1976 年版,第 131 页。

由于具有最低限度的变动与最大限度的静止的完美,从而也就最能模仿天上的样本的那种国家,而它的统治者则应该是最能理解永恒的‘善’的人”<sup>①</sup>。柏拉图提出“善”的理念是一种超越真理、知识和一切现实存在的东西,它的存在是一种最高境界之美。“这个给予知识的对象以真理,给予知识的主体以认识能力的东西,就是善的理念。它乃是知识和认识中的真理的原因。真理和知识都是美的,但善的理念比这两者更美。”<sup>②</sup>在柏拉图看来,一般的真理和知识只能看成好像善,宛如光和视觉看成好像太阳而不是太阳一样,善是更可敬得多的东西。因而,他提出灵魂有四种状态:最高部分是理性,其次是理智,再次是信念,最低部分是想象。<sup>③</sup>由此可以推测,柏拉图的善=理性,属于灵魂深处说不清、道不明,但却是真实存在的,支配真理、知识以及人之一切行为的准则。对理性的高度抽象导致柏拉图的政府观更倾向于一种“公共”状态,追求一种大多数人的幸福。他曾说,“我们建立这个国家的目标并不是为了某一个阶级的单独突出的幸福,而是为了全体公民的最大幸福;因为我们认为在这样的城邦里最有可能找到正义”,“我们的首要任务乃是铸造出一个幸福国家的模型来,但不是支离破碎地铸造一个为了少数人幸福的国家,而是铸造一个整体的幸福国家”。<sup>④</sup>故大多数人能把个人的利益与公共利益有机统一起来就能实现国家的最好管理。“一个国家最大多数的人,对同样的东西,能够同样地说‘我的’、‘非我的’,这个国家就是管理得最好的国家;当一个国家最最像一个人的时候,它是管理得最好的国家。”<sup>⑤</sup>

诸如对善、理性、多数人的幸福、好政府的认识,在亚里士多德那里有了明显的提高,虽然,亚里士多德对哲学和神学的贡献显然比柏拉图逊色,不仅因其学说本身就是柏拉图的产儿,更为重要的是,“基督教的神学和哲学,至少直迄13世纪为止,始终更其是柏拉图式的而非亚里

① [英]罗素著,马元德译:《西方哲学史》(上卷),商务印书馆1976年版,第145页。

② [古希腊]柏拉图著,郭斌和等译:《理想国》,商务印书馆2002年版,第267页。

③ 同②,第271页。

④ 同②,第133页。

⑤ 同②,第197页。

士多德式的”<sup>①</sup>。亚里士多德把国家看作是最高的集体,以至善为目的,这种至善在现实社会的物化形式即公共利益,并把它作为划分政体及其好坏的主要标准。他认为依绝对公正的原则来判断,凡照顾到公共利益的各种整体就都是正当或正宗的政体;而那些只照顾统治者们的利益的政体就都是错误的政体或正宗政体的变态(偏离)。<sup>②</sup>由此推断出,当一个政府的目的在于整个集体的好处时,它就是一个好政府;当它只顾及自身时,它就是一个坏政府<sup>③</sup>的结论,同时把政府追求“最高的善”作为其存在的一项必然的使命,认为政治社会的存在是为了高贵的行为,而不是仅仅为了单纯的共同相处。<sup>④</sup>

近代法国思想家卢梭认为,公意永远是公正的,而且永远以公共利益为依归<sup>⑤</sup>,在卢梭眼中,公意绝非所有个人利益的总和,公共利益与私人利益之和还是有天壤之别的,把所有个人利益集中起来充其量不过是“众意”罢了,两者的着眼点有着根本的不同。“公意只着眼于公共的利益,而众意则着眼于私人的利益,众意只是个别意志的总和,但是,除掉这些个别意志间正负相抵消的部分而外,则剩下的总和仍然是公意。”<sup>⑥</sup>由此可见,公意在某种程度上有与个人利益总和相统一的一面,但它仅仅只是代表了个人利益与公共利益实质性交叉的部分,并不包括符合纯粹个人意志的利益,即便是已经征得大多数个人的同意。个人利益的多样化、各种利益的调和、对公共利益的追求等是政治社会赖以存在的前提和基础,正如阿冉松所言:“每种利益都具有不同的原则,两种个别的利益的一致是由于与第三种利益相对立而形成的,全体的利益一致是由于每个人的利益相对立而形成的。如果完全没有不同的利益,那么,那种永远都碰不到障碍的共同利益,也就很难被人感觉到;

① [英]罗素著,马元德译:《西方哲学史》(上卷),商务印书馆1976年版,第143页。

② [古希腊]亚里士多德著:《政治学》,商务印书馆1965年版,第132页。

③ 同①,第245页。

④ 同①,第241页。

⑤ [法]卢梭著,何兆武译:《社会契约论》,商务印书馆2003年版,第35页。

⑥ 同⑤,第35页。