

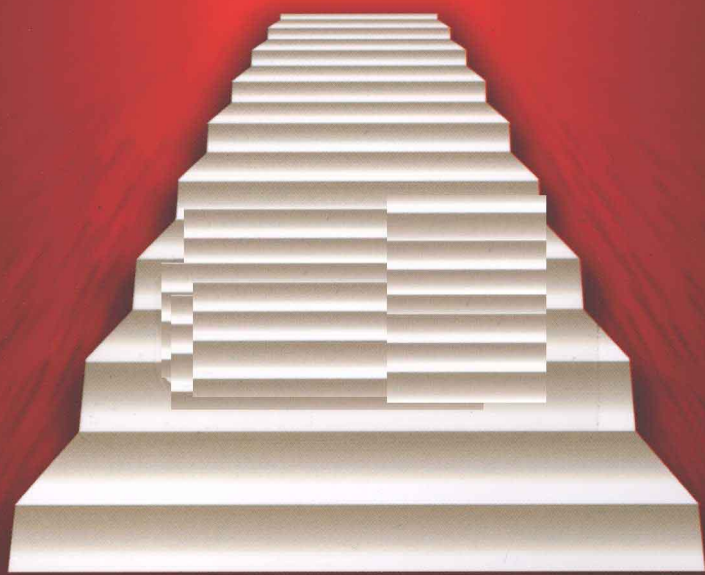


西安交通大学 学术文库

社会公共利益的经济法保障研究

research on economic-law protection of social public interests

冯宪芬 著



西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

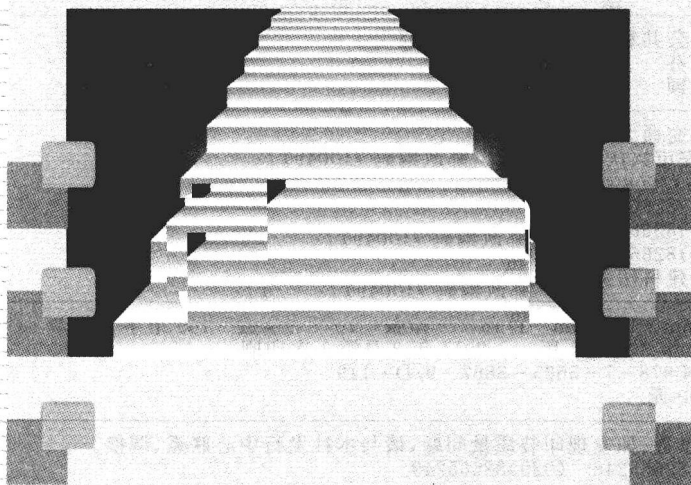


西安交通大学 学术文库

社会公共利益的经济法保障研究

research on economic-law protection of social public interests

冯宪芬 著



西安交通大学出版社

XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

· 西安 ·

内容简介

综合应用法学、社会学、经济学和政治学等理论和比较法、实证分析等研究方法对经济法保障社会公共利益的正当性、科学性进行论证,并在此基础上进一步探讨了经济法中社会公共利益的内涵、保障方式及内容等一般理论,最后对经济法中社会公共利益的实体保障和程序保障制度进行了探析,指出社会公共利益的独立是经济法产生的根本原因。明确提出经济法保障社会公共利益的基本原则是社会本位原则、经济民主原则、平衡协调原则和权责利统一原则。全面揭示了经济法中社会公共利益的特有内容是国民经济的整体安全、社会经济秩序、实质正义和社会性责任四个方面的有机结合等观点。其中关于经济法保障社会公共利益的理论基础和主要内容的论述,富有开拓性和探索精神。

本书可作为高等学校法学、经济学、管理学等专业学习经济法的专著,也可以作为国家机关、企事业单位人员从事经济、法律工作的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

社会公共利益的经济法保障研究/冯宪芬著. —西安:
西安交通大学出版社,2011.3
ISBN 978-7-5605-3867-9

I. ①社… II. ①冯… III. ①经济法-研究
IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 034759 号

书 名	社会公共利益的经济法保障研究
著 者	冯宪芬
责任编辑	孟 颖

出版发行	西安交通大学出版社 (西安市兴庆南路 10 号 邮政编码 710049)
网 址	http://www.xjtupress.com
电 话	(029)82668357 82667874(发行中心) (029)82668315 82669096(总编办)
传 真	(029)82668280
印 刷	西安建科印务有限责任公司

开 本	787mm×1092mm 1/16	印 张	10	字 数	169 千字
版次	2011 年 3 月第 1 版		2011 年 3 月第 1 次印刷		
书 号	ISBN 978-7-5605-3867-9/D·119				
定 价	25.00 元				

读者购书、书店添货、如发现印装质量问题,请与本社发行中心联系、调换。

订购热线:(029)82665248 (029)82665249

投稿热线:(029)82668133

读者信箱:xj_rwjg@126.com

版权所有 侵权必究

序

冯宪芬的博士论文被出版基金资助出版了,这是一件值得祝贺之事。想想经济法学发展的历史,作为本学科的一员,看到学界任何成就都值得恭敬和赞叹。冯宪芬博士能在实用主义法学“称霸”天下的今天,潜心对经济法学的基本理论问题进行思考,并将其与制度建设连接起来,既称得上是学术研究,也并非为学术而学术的研究,其意义和价值值得称道!

19世纪末20世纪初,随着社会学法学派的兴起,法哲学整体的社会化,不同于个人利益和国家利益的社会公共利益成为法学家们关注的焦点。经济法正是由于在社会发展中出现了这种传统法律制度所不能调整的新的利益形态而得以产生和发展。而我国经济法则伴随着国家从计划经济体制到市场经济体制改革的“社会转型”产生和发展起来的。这一过程恰恰是中国从传统社会向现代社会急剧变化的时期,也是社会整体性历史变迁的过程。其中“利益结构”的稳定变革既是中国经济法学发展的基础,也是推动中国社会进步的原动力。尽管关于社会公共利益的研究成果不少,但呼应中国改革开放之经济法学所调整的法益定位,学界始终没有取得实质性的理论突破。由于中国的历史传统,我们一直强调“家国一体”,国家、集体利益高于一切,个人利益被整体淹没,“社会”更是一个不曾被看到的领域。而今随着社会主义市场经济的发展,社会公共利益作为一个独立的利益形态被立法所肯定。但是在经济利益的驱动下,我们又逐渐走向了另一个极端,只重视个人利益、部门利益、地区利益而忽视社会公共利益,造成了整个社会信用缺失、竞争环境恶化、生态失衡等严重的社会“公益”危机。因此,保障社会公共利益,已成为当前社会各界的共识。但是在经济法中社会公共利益的形成机制、实现机制和救济机制如何实现,没有形成共识。冯宪芬博士正是为了回应这一社会和学术之要求,选择这一领域尝试耕耘,以期收获。作者应用政治学、社会学、经济学及法哲学等理论工具,比较法、实证分析等具体方法,从法学理论、经济法一般理论和具体制度方面,进行了系统研究,博士论文得到一致好评。并在博士论文基础进一步发展专著《社会公共利益的经济法保障研究》,可谓收获颇丰,概括起来,主要的成果有以下几个方面:

第一,揭示了“社会公共利益的独立是经济法产生的根本原由”的命题。从政治国家与市民社会互动的视角,通过对中外法律中社会公共利益的立法考察及我国经济转轨中利益分化带来的社会分层及公民社会崛起的实证分析,探求了利益

结构变革以及社会公共利益分化产生的思想基础和经济基础,并从社会公共利益法律保护的诉求方面阐述了经济法保障社会公共利益的必要性和必然性。该观点的重要性是回答了经济法的“本分”,具有较大的理论意义。

第二,应用经济学、社会学、政治学等多学科的理论系统论证了经济法保障社会公共利益的科学性,对经济法学在法学学科体系中的地位问题做了合理论证。当前的研究一般采用概念演绎方法对经济法中社会公共利益进行分析,探究社会公共利益的主体、内容和界定标准,而忽略了对经济法保障社会公共利益的科学性。该书主张经济法作为国家适度干预经济之法,是法由个人本位向社会本位的转化,实质在于平衡协调。这种对国家经济管理职能的重新认识,提供了经济法保障社会公共利益的政治基础,也打破了中国经济、社会变革中政治理论困境,使得经济法学建立的必要性依据进一步充实。

第三,将社会本位原则作为经济法保障社会公共利益的基本原则,意义重大。学界当前普遍认同公平原则和权责利统一原则,以社会公共利益为法益的经济法不同于以国家为本位的行政法,也有别于以个人为本位的民商法,将社会本位作为经济法保障社会公益的基本原则的主要价值在于确立了社会作为独立利益主体的法律地位。只有确立了“社会”的法律主体资格,才能维护公平竞争的社会经济秩序,平衡协调多元主体的利益,也正是明确了“社会”的独立主体地位,才能强调市场主体的社会责任,为国家适度干预社会、经济创造了条件,这对中国的经济法制建设具有一定的指导意义。

第四,该书对经济法中社会公共利益的内容进行了有益的探析。这些内容尽管还有待于进一步深入研究,但在理论上扩展了社会公共利益理论和经济法原理,在实践中促进了经济法律的实施。

纵观全书,作者具有扎实的理论功底和较为严密的逻辑思维及论证技巧,但是社会公共利益的研究涉及多学科理论知识,社会公共利益的确认和保障应置于整个法律体系中进行论证,尤其是社会公共利益的实体保障制度更应从经济法不同的亚部门法中体现,作者仅以土地管理法中的社会公共利益为例,略显不足。同时社会公共利益的实现方式也有待进一步研究。作为导师,希望作者在已有研究的基础上,进一步完善论证体系,为经济法理论的发展做出这个时代学者应有的贡献。

马治国

2010年12月10日

目 录

第 1 章 导论	(1)
1.1 研究缘起	(1)
1.2 研究现状	(5)
1.3 研究框架	(14)
1.4 研究方法	(16)
第 2 章 社会公共利益的法律保障诉求	(17)
2.1 社会公共利益的一般涵义	(17)
2.1.1 社会公共利益的基本语义	(17)
2.1.2 社会公共利益与相关概念的辨析	(21)
2.2 社会公共利益的独立性探析	(29)
2.2.1 国外社会公共利益独立的实证分析	(29)
2.2.2 我国社会公共利益独立的实证分析	(31)
2.3 社会公共利益的法律制度化要求	(34)
2.4 小结	(37)
第 3 章 经济法保障社会公共利益的必然性	(38)
3.1 私法对社会公共利益的保障缺陷	(38)
3.2 公法对社会公共利益的保障缺陷	(41)
3.3 社会公共利益的独立是经济法产生的根本原由	(43)
3.4 小结	(49)
第 4 章 经济法保障社会公共利益的理论基础	(50)
4.1 国家职能理论为经济法保障社会公共利益奠定了政治学基础	(50)
4.2 三元社会模式为经济法保障社会公共利益奠定了社会学基础	(55)
4.3 公共利益规制理论为经济法保障社会公共利益奠定了经济学基础	(57)
4.4 社会法学派理论为经济法保障社会公共利益奠定了法哲学基础	(60)
4.5 小结	(63)
第 5 章 经济法保障社会公共利益的独特性	(64)
5.1 经济法中社会公共利益的界定	(64)

5.1.1	经济法中社会公共利益的特有涵义·····	(64)
5.1.2	经济法中社会公共利益的特征·····	(68)
5.2	经济法保障社会公共利益的基本原则·····	(72)
5.2.1	社会本位原则·····	(73)
5.2.2	经济民主原则·····	(74)
5.2.3	平衡协调原则·····	(74)
5.2.4	权责利统一原则·····	(75)
5.3	经济法保障社会公共利益的独特方式·····	(76)
5.3.1	经济法保障社会公共利益的直接主动性·····	(77)
5.3.2	经济法保障社会公共利益的整合性·····	(79)
5.4	小结·····	(82)
第6章	经济法对社会公共利益的实体保障 ·····	(84)
6.1	经济法中社会公共利益的实体内容·····	(84)
6.1.1	国民经济的整体安全·····	(88)
6.1.2	社会经济秩序·····	(90)
6.1.3	实质正义·····	(91)
6.1.4	社会性责任·····	(92)
6.2	经济法保障社会公共利益的制度设计——以土地征收中社会公共利益的保障为例证·····	(96)
6.2.1	我国土地征收中社会公共利益界定存在的问题·····	(98)
6.2.2	国外土地征收中社会公共利益界定的比较与借鉴·····	(101)
6.2.3	完善我国土地征收中社会公共利益界定的建议·····	(103)
6.3	小结·····	(108)
第7章	经济法对社会公共利益的程序保障 ·····	(110)
7.1	经济公益诉讼的厘定·····	(110)
7.1.1	经济公益诉讼的概念·····	(110)
7.1.2	经济公益诉讼的特征·····	(112)
7.2	经济法与经济公益诉讼·····	(113)
7.2.1	经济法责任理论·····	(113)
7.2.2	经济法的可诉性·····	(115)
7.3	经济公益诉讼的理论基础·····	(116)
7.3.1	诉权理论的发展·····	(116)
7.3.2	当事人理论的发展·····	(117)
7.3.3	诉的利益理论的发展·····	(118)

7.4 国外经济公益诉讼制度的比较与借鉴	(118)
7.4.1 国外公益诉讼制度的比较	(118)
7.4.2 国外公益诉讼制度的借鉴	(122)
7.5 构建我国经济公益诉讼的建议	(123)
7.5.1 完善经济法的法律责任制度,弥补经济法的可诉性	(123)
7.5.2 建立适应我国国情的经济公益诉讼制度	(127)
7.6 小结	(132)
第8章 结论	(133)
8.1 基本结论	(133)
8.2 进一步研究的问题	(135)
参考文献	(138)
后记	(150)

第1章 导论

1.1 研究缘起

如何看待和处理保护私有财产与维护社会公共利益的关系问题,是近几年学术界及社会各界广为关注的热点话题。2004年我国《宪法》第四次修正案加大了对公民合法私有财产的保护力度,并正式确立了社会公共利益应当依法界定的基本原则,确认了兼顾社会公共利益与私人利益的宪法精神。2008年我国《物权法》第42、44条明确了社会公共利益成为划分国家公共权力与个人财产权利的界线。社会公共利益作为公权介入私权的依据及政府权力正当行使的法律范畴,对法治国家的构建有着重要的理论价值和实践意义。但由于社会公共利益本身的模糊性,对于社会公共利益这样一个重要概念,法学界并没有一个公认的定义。有学者做过检索统计,中国法律、法规、规章和规范性文件使用了公共利益这一概念的共有1259件(次),其中宪法2件(次),法律72件(次),国务院行政法规87件(次),规章、地方性法规及其他规范性文件1098件(次)。但是,尚没有一部法律或者行政法规对什么是公共利益作出解释^①。这种状况直接影响了社会公共利益的法律保障。可见厘清社会公共利益成为目前法学研究与实践中的一个迫切需要解决的问题。公法学界首先对社会公共利益的保障展开研究,但研究的角度偏重于逻辑分析和价值判断,仅仅停留在一般理论的探讨上,未能对实践中凸显的社会公共利益问题进行制度安排。而经济法作为直接以社会公共利益为法益的部门法,对社会公共利益的界定和具体内容的研究却并不多见,使得经济法对市场的干预和国民经济的协调缺乏必要的依据。因而社会公共利益的经济法保障制度研究是经济法理论完善和发展的核心和基础,也是马克思主义利益理论进一步发展的内在要求。其研究价值表现为:

^① 刘曙光. 什么样的公共利益才是合法的[EB/OL]. [2009-3-28]. <http://www.tecn.cn/data/6235.html>.

社会公共利益的经济法保障研究

1. 深入研究社会公共利益是马克思主义利益观进一步发展的要求,凸显经济法中社会公共利益的保障是经济法理论进一步发展的需要

利益是马克思主义唯物史观中重要的理论范畴。马克思曾说过,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质方式所产生的利益和需要的表现。马克思主义法学认为,在阶级对立的社会中,法律是统治阶级意志的体现,是社会共同利益和需要的表现。法律通过权利义务的规定来调整人们相互之间的利益关系,协调不同主体之间的利益矛盾,优先保护一种性质的利益,形成其特定的利益观。

社会公共利益作为所有法律部门追求的一个基本原则和目标,其内容是非常丰富的。但是,各个部门法由于调整的具体利益关系不同,社会公共利益在其中的具体内容也就有所不同。所以,我们应当结合部门法来认识社会公共利益内容。这对把握不同法律部门的功能及其本质有着不可忽视的意义。私法调整的是个人与个人之间的利益关系,是以“个人利益”为本位的法;公法调整的是涉及政治国家内部的关系,是以“国家利益”为本位的法。传统法律是立足于国家与个人的两分法,或是以国家利益为核心,或是以个人权利的保护为己任。生产的社会化带来了利益的多元化,社会成为国家与个人之外的又一利益主体。而社会公共利益作为一种独立的利益形态的出现要求法律给予调整。这便产生了新的法律部门——经济法。经济法是适应社会化大生产的需要,弥补民法、行政法等传统法律部门对社会经济关系调整的“不足”应运而生的。经济法的出现正是源于市场经济固有的弊端所引发的社会利益保护问题。庞德认为“利益有三种:个人利益、国家利益和社会利益。社会利益是适应在文明社会中并基于这种生活的地位而提出的各种需求、需要和愿望,具体包含经济秩序、社会公德和社会平衡三个方面,是社会妥当性法律价值观的体现。同时庞德还指出 19 世纪法律的历史主要是承认个人利益——这些权利通常被看作是自然和绝对的权利。但 19 世纪末期情况有所变化,人们开始关注社会利益,他指出 20 世纪人们应更多地考虑社会利益,应以社会利益重写法律历史”^①。同时目的法学派的创始人耶林指出,“法律的目的就是社会利益,社会利益是法律的创造者,是法律的唯一根源,所有的法律都是为了社会利益的目的而产生”^②。这种理论构成了法律中的社会利益观念,这种新的观念直接导致法律对新的价值即社会公共利益的追求。于是,一个与以往法律部门都不同的新兴法律部门——经济法便应运而生了。从本质上说,经济法是在市民社会和政治国家对立存在的前提下,为弥补市民法在市民社会中基础调整作用的局限性,借国家之手干预市民社会之经济活动以满足整个社会协调发展和可持续性发展的

① 沈宗灵.现代西方法理学[M].北京:北京大学出版社,1992:292-294.

② 张宏生,谷春德.西方法律思想史[M].北京:北京大学出版社,1990:349.

要求而制定的法律规范的总称。经济法的社会本位性在于它以社会公共利益为核心,实现国家、社会和个人利益的内在协调。经济法通过预算安排、计划实施、财政转移性支付、政府控制价格等方式进行社会资源的分配与安排,使经济力的配置符合社会公共利益的要求。

目前法学界对社会公共利益的保障研究主要从传统公法领域展开,这为我们从经济法视角研究社会公共利益的保障制度提供了参考。尽管经济法学界对经济法中的社会公共利益予以关注,但系统研究社会公共利益的内容及其实现机制却并不多见。而且已有的研究成果缺乏实证分析和系统论证。社会公共利益是经济法制度设计的起点和归宿,经济法是维护社会公共利益的法,它以社会公共利益为本位。“社会公共利益是经济法一项十分重要的内容。它作为一条贯穿始终的红线,所渗透出的社会性、公共性型构了经济法各项制度的基本框架与整体轮廓,给出了现代社会国家干预经济的目标指向与利益诉求。”^①经济法是通过保障社会公共利益的方式来实现经济与社会的发展,对经济法中社会公共利益保障制度研究必将进一步推动马克思主义利益观的发展,同时也是经济法学进一步发展的理论基础。

2. 深入研究社会公共利益的经济法保障是中国特色的社会主义市场经济持续发展、构建和谐社会的现实回应

我国的市场经济目前正处于改革深化的转轨过程中。中国的改革实质上是一个利益调整的过程,在利益调整的过程中不可避免地面对利益的分化、矛盾甚至冲突。阶层差别、区域差别和城乡差别日益成为社会关注的焦点。国家、社会和个体的利益关系如何安排和协调,成为市场经济发展的关键。社会转型时期利益结构的变迁及引发的社会公共利益的保障,是法学界亟需回答的重大现实问题,更是经济法学界亟待深入探讨的领域。

然而,由于中国的历史传统,在改革开放前的各个历史时期,我们一直强调“家国一体”,国家、集体利益高于一切,个人被整体淹没,“社会”更是一个不曾出现的领域。而今随着社会主义市场经济的发展,社会公共利益进入人们的视野,并且在立法中作为一种独立的利益被肯定下来。但是在经济利益的驱动下,我们又逐渐走向了另一个极端,只重视个人利益、部门利益、地区利益而忽视社会公共利益,造成了整个社会信用缺失、竞争环境恶化、生态失衡等严重的经济和社会危机。因此,重视社会公共利益,已成为当前社会各界的共识。以社会公共利益作为法益的经济法更应对此作出积极回应。

党的十七大再次重申了构建和谐社会和科学发展观的重要性,明确指出:“科学发展观,第一要义是发展,核心是以人为本,基本要求是全面协调可持续,根本方法是统筹兼顾。”党的十七大报告在论述以人为本时,强调要把最广大人民的根本

^① 李昌麒,陈治. 经济法的社会利益考辨[J]. 现代法学, 2005(5): 16.

利益作为一切工作的出发点和落脚点,“做到发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享”。科学发展观是坚持以人为本为核心,以全面、协调、可持续发展为内容,以经济社会和人的全面发展为目标,符合客观规律要求的发展理念。其基本内涵包括:①以以人为本为核心;②以全面、协调、可持续发展为内容;③以经济社会和人的全面发展为目标;④符合客观规律的要求^①。和谐社会和科学发展观要求经济与社会、社会与自然的可持续发展。所谓可持续发展是指“人类赖以生存发展的资源环境不仅需要满足当代人的需要,而且还应该为子孙后代的持续发展创造必要的条件。其基本内涵,可归纳为三个方面:第一,人类有通过与自然相和谐的方式追求幸福、美好生活的权利;第二,当代人在创造与追求自己的发展时,应注意代际公平和代内公平;第三,人类在发展经济的同时,为了今世和后代的利益,应注重环境资源的合理利用。可持续发展的价值观要求全面把握人类与自然的关系,肯定人类的主体性,承认人类实践活动的最终目的是为了人的全面发展”^②。经济法的目的和使命决定了它与可持续发展战略有着天然的联系。经济法是20世纪出现的一个新兴法律部门,它是国家因素介入经济活动的法。经济法一经产生就肩负着弥补市场机制的不足,通过国家(政府)依法规制和协调国民经济运行,引导整体经济健康发展的使命,这和可持续发展的使命是一致的。而且经济法以社会为本位,追求社会正义,维护社会公共利益,又与可持续发展的价值观是相对应的。经济法是国家规制和协调国民经济活动的基本法律形式,因此,经济法与可持续发展战略的结合是历史的必然,经济法应该以实现可持续发展为目标和价值追求。经济法作为一个部门法和其他部门法一样,其最终目的在于实现人的全面发展。但是,和其他部门法相比,经济法能够有助于实现人的全面发展。民法是调整平等主体之间的财产关系、人身关系的法律规范的总称。民法主要保护人的财产权和人身权。作为现代社会的人应该享有的不应仅限于这两项权利,比如发展权、环境权、政治参与权等都被视为基本人权,而这些权利在民法的视野里很难找到踪影或不能得到应有的保护。行政法旨在提高行政效率、控制公权对私权的侵犯。但是,在行政法领域,公民被作为相对人和行政主体的关系是不平等的,往往会遭到公权的侵犯。另外,面对贫富差距的扩大、生态环境的恶化、城乡发展的不平衡等问题,行政法不会发挥有效的作用,而这些问题直接阻碍着人类的发展。经济法是对民法和行政法的弥补和超越,协调着个人、社会、生态三者间关系,全面地促进人的发展。但近年来在土地征收中凸现的社会公共利益问题引起了人们的广泛关注,最典型的事例是2003年发生在江苏的“铁本事件”、2004年发生在湖南的

① 杨紫煊.论科学发展观与中国经济法的理念[EB/OL].[2007-5-12].http://www.cel.cn/show.asp?c_id=99&c_upid=97&c_grade=3&a_id=8609

② 程信和,李肇萍.可持续发展——经济法的理念更新和制度创新[J].学术研究,2001(2):67-68.

“嘉禾事件”和2007年重庆“钉子户”事件及引发的2009年“北大五学者就拆迁条例上书案”。同时在经济竞争中不断出现的知识产权滥用案例,如“思科诉华为”、“温州打火机案件”及“王致和海外维权”案以及在社会保障中出现的“农民工”等弱势群体的利益保护等问题,严重影响了和谐社会目标的实现。而这一目标的实现与经济法中社会公共利益的保障密不可分。它要求经济法作为以社会公共利益为法益的部门法必须对此进行规制,在经济法的具体制度中应有所体现。土地管理法作为经济法的重要内容必须回答在土地征收中凸现的社会公共利益问题。同时竞争法作为经济法的核心内容,理应对知识经济中知识产权滥用问题作出理论解释。社会保障法作为经济法不可或缺的内容,理应对弱势群体作出特别的制度安排。可以说社会公共利益的经济法保障研究是和谐社会、科学发展观在经济法上的具体体现和要求。

1.2 研究现状

1.2.1 国外研究现状

1. 利益的研究

国外学者对于利益的研究,主要有一元论、二元论和三元论等不同观点。

一元论只承认个人利益,否认独立的社会公共利益,因而认为不存在社会公共利益概念问题。英国功利主义法学家边沁认为:“个人利益是唯一现实的利益——社会公共利益只是一种抽象,它不过是个人利益的总和。”^①这种观点有失偏颇,未能揭示不同利益团体的需求。

二元论是承认个人利益之外还存在超个人利益的利益。德国法学家耶林是将社会利益与个人利益最早结合,而且着重强调社会利益的人。这种观点虽然较一元论有所进步,但忽略了社会团体的利益需要。

三元论是指将利益分为个人利益、公共利益(或国家利益)和社会利益三种。社会法学派的代表人庞德将社会利益与公共利益和个人利益并列,并认为社会利益是包含在文明社会的社会生活中并基于这种生活的地位而提出的各种要求、需要或愿望^②。这种观点比较客观地反映了不同集团的利益诉求,并把社会利益作为一种独立的利益形态,具有一定的借鉴价值。

① [英]边沁.道德与立法原理导论[M].时殷弘,译.北京:商务印书馆,2000:58.

② [美]庞德.通过法律的社会控制——法律的任务[M].沈宗灵,董忠,译.北京:商务印书馆,1984:41.

2. 社会公共利益的研究

国外对社会公共利益的研究源于古希腊时期。那时,社会公共利益被视为全体社会成员的共同目标,具有整体性和一致性特征。亚里士多德曾把国家看作是最高的社团,其目的是实现最高的善。这种最高的善在现实社会中的物化形式就是公共利益。卢梭的重要贡献是为近代政治生活奠定了合法性的基石——公意和公共利益^①。而孟德斯鸠则认为公共利益绝不是用政治性的法律或法规去剥夺个人的财产,或是削减哪怕是它最微小的一部分^②。

到了近代,学界开始普遍关注社会公共利益但英美法系国家和大陆法系国家的学者研究视角不同,各有特色。

英美国学者的研究主要集中在“社会公共利益的概念和判断标准”方面。其中不同的学者对社会公共利益的理解也有区别。主要分为两种:一种认为公共利益是可以定义的,我们不妨称为“肯定说”;另一种观点认为公共利益是不可定义的,我们称为“否定说”。

肯定说基本上都是从法理层面探讨社会公共利益,比较抽象。其代表人物及观点主要有:

美国社会法学家庞德认为,利益即是人们个别的或通过集团、联合或亲属关系,谋求满足的一种需求或愿望。利益可以分为个人利益、公共利益和社会利益。公共利益(public interests)是指“涉及政治组织社会的生活并以政治组织社会名义提出的主张、要求或愿望”;社会利益(social interests)是指“涉及文明社会的社会生活并以这种生活的名义提出的主张、要求或愿望”^③。美国博登海默为了获得社会公共利益的概念,借助了文明的概念,认为文明建设的伟大事业,不仅包括人类文化中的物质成分、技术成分、知识和艺术成分,还包括以宗教或世俗形式表现出来的人类生活的伦理方面。对于文明事业的追求使个人能够过丰富满意的生活,吸引个人做出贡献,社会公共利益就是实现这种文明的社会生活的基础和条件。同时认为,公共利益(common good)这个概念意味着“在分配和行使个人权利时绝不可以超越的外部界限”^④。他虽然没有明确社会公共利益的内涵,但指出了社会公共利益与政府代表的国家利益不同,同时也不是个人利益的简单加总。社会公共利益的出现是对个人权利及个人利益的限制。美国亨廷顿在研究公共利益时指出,“传统上,探索公共利益有三种方法:一是把公共利益等同于某些抽象的、

① [法]卢梭. 社会契约论[M]. 北京:商务印书馆,1980:35.

② [法]孟德斯鸠. 论法的精神(下)[M]. 北京:商务印书馆,1963:190.

③ [美]庞德. 通过法律的社会控制——法律的任务[M]. 沈宗灵,董忠,译. 北京:商务印书馆,1984:37.

④ [美]博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:325-329、317. 转引自丁延龄. 社会公共利益的法理学探析[D]. 南京师范大学硕士学位论文,2006:4.

重要的、理想化的价值和规范；二是把公共利益看做某个特定群体(阶级)或者多数人的利益；三是把公共利益视为个人之间或群体之间竞争的结果。这些方法目的是给公共利益下一个具体、普遍的定义。但遗憾的是，在绝大多数情况下，或有具体性而无普遍性，或有普遍性而无具体性。部分地解决这个问题的办法是从统治机构的具体方面着眼来给公共利益下定义。公共利益是公共机构的利益。它是政府组织制度化创造和带来的东西。在一个复杂的政治体系中，政府的各种组织和程序代表着公共利益的不同侧面。复杂社会的公共利益是件复杂的事情”^①。这种观点指出了社会公共利益的抽象性和复杂性。但把社会公共利益等同于政府利益的观点是值得商榷的。

英国学者约翰·贝尔(John Bell)认为：“公共利益”凸显一个社会的基本价值，这些价值可以进行归纳——尽管无法穷尽。”^②米尔恩教授(A J M Milne)在题为“公共利益、政治悖论及其判断”(The Public Interest, Political Controversy and the Judges)一文中指出：“公共利益根本就是一个政治悖论。”^③这种观点指出了社会公共利益的价值性特征，但未能揭示社会公共利益的内涵。

否定说主要从经济学、政治学的角度揭示了社会公共利益的模糊性，其代表人物及观点主要有：

英国功利主义法学家边沁认为，共同体的利益是道德术语中所能有的最笼统的术语之一，因而它往往失去意义^④。英国哈耶克将社会公共利益称为普遍利益(a general interest)，在他看来，普遍利益是由那些被我们认为是法律规则的目的的东西构成，亦即整体的抽象秩序^⑤。美国学者帕森斯指出，“应该注意，‘公共利益’这个词组有些模棱两可。一方面，可用来指与有关情境的系统价值一致的社会利益……公共利益的另一种含义是专指政治方面”^⑥。安德森指出，“包括政治科学家在内的许多人，都认为不可能对这个概念进行一个普遍接受的和客观的界定”^⑦。黛博拉·斯通认为，“在什么是公共利益的问题上，永远不能达成一个广泛

① [美]亨廷顿. 变革社会中的政治秩序[M]. 北京:三联书店, 1989:23.

② John Bell. Public Interest: Policy or Principle, Roger Browns worded. Law and The Public Interest [M]. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993: 27 - 34.

③ A J M Milne. The Public Interest, Political Controversy, and the Judges, Roger Brownsworded. Law and The Public Interest [M]. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1993: 39.

④ [英]边沁. 道德与立法原理导论[M]. 时殷弘, 译. 北京: 商务印书馆, 2000: 59.

⑤ [英]哈耶克. 经济、科学与政治——哈耶克思想精粹[M]. 冯克利, 译. 南京: 江苏人民出版社, 2000: 390.

⑥ [美]帕森斯. 现代社会的结构与过程[M]. 梁向阳, 译. 北京: 光明日报出版社, 1988: 152.

⑦ James E. Anderson. Public Policy making: An Introdtion [M]. Orlando: Houghton Mifflin Company, 2003: 134.

的共识”^①。布坎南从个人主义方法论出发,认为个人偏好只有个人知道,不存在所谓的普遍愿望或公共利益^②。德沃金认为,“公共利益应该属于政策而不是原则的范畴,对其进行定义几无可能”^③。约瑟夫指出“公共利益根本就是一个伪问题:经济学界认为不同的价值偏好之间不可能形成公共利益”^④。他们主要从经济学、政治学的角度揭示了社会公共利益的模糊性,进而得出社会公共利益不能界定的结论,笔者认为是不可取的。

在大陆法系国家,与“公共利益”相关的概念是公共秩序,也被称为“公序良俗”。在德国,最常被使用的是 *offentliches Interesse*(公益)和 *Gemeinwohl*(民众福祉)这两个词。但二者是否为相同的概念,学者们的观点各异。在德国,公法学者汉斯·来弗尔(Hans Ryffel)认为,公益与民众福祉的内涵与外延不相同。卡尔·海曼·尤尔(Carl Herman Ule)则强调,民众福祉与公益是否同义,常常会因着重不同而结果相异^⑤。而且大陆法系的学者大多数对社会公共利益持肯定态度,在此基础上对社会公共利益的界定标准进行了有益的探索。

德国公法学者洛厚德(C. E. Leuthold)于 1884 年发表的《公共利益与行政法的公共诉讼》一文中,将“公共利益”界定为“一个相关空间内关系人数的大多数人的利益”,提出以“地域基础”作为界定人群的标准,即一定地域内的大多数人的利益就得以形成公共利益^⑥。纽曼·斯克奴(Roman Schnur)1886 年在洛厚德观点的基础上去掉了地域性因素,将公共利益界定为“一个不确定之多数成员所涉及的利益”,即“不确定多数理论”。纽曼还将“公益”分为“主观的公益”和“客观的公益”。在当今德国最有影响的解释“公共利益”的理论是“量广”、“质高”理论。所谓“量广”即指“受益人的数量最多,尽可能地使最大多数人能均沾福利”;“质高”指利益的根本性,“以对受益人生活需要的强度而定,凡是对满足受益人生活愈需要的,即是‘质最高’的标准”^⑦。马克思则指出了:“公共利益的实质——公共利益不是仅仅作为一种普遍的东西存在于观念中,而是首先作为彼此分工的个人之间的相

① Deborah Stone, *Policy Paradox: The art of Political Decision Making*[M]. New York: W. W. Norton Company, Inc., 2001: 2.

② [美]杰弗瑞·布伦南,詹姆斯·布坎南. 宪政经济学[C]. 冯克利,等,译. 北京:中国社会科学出版社, 2004: 43.

③ [美]罗纳德·德沃金. 认真对待权利[M]. 信春鹰,吴玉章,译. 北京:中国大百科全书出版社,1998: 41.

④ [美]肯尼思·约瑟夫. 社会选择——个性与多准则[M]. 钱晓敏,孟岳良,译. 北京:首都经济贸易大学出版社,2000: 16.

⑤ [台]李建良. 从公法学之观点论公益之概念与原则[D]. 台湾中兴大学法律研究所硕士论文,1986.

⑥ 陈新民. 德国公法学理论基础(上册)[M]. 济南:山东人民出版社,2001: 18.

⑦ 陈新民. 德国公法学理论基础(上册)[M]. 济南:山东人民出版社,2001: 203.

互依存关系存在于现实中。”^①日本的宫泽俊义认为,日本宪法中的公共利益包括自由国家公共利益和社会国家公共利益两个侧面^②。日本学术界的基本观点,公共利益(或公共福利)应是个人利益之集合,它是调整人权相互间冲突的实质性公平原理^③。

3. 社会公共利益与个人利益关系的研究

就社会公共利益与个体利益的关系而言,存在以下几种观点:

(1)自然相通说。认为社会利益与个体利益自然通约,即社会利益可完全经由个体自主追求自身利益而自然达致。这一观点的典型代表是亚当·斯密的“看不见的手”的自由放任理论。这种观点混淆了社会公共利益与个人利益的区别。

(2)不承认社会利益说。即认为社会利益只会被干预者当作实现其个别特殊利益的“敲门砖”。这一观点的典型代表是前述哈耶克的自生自发的秩序理论。这种观点否认了社会公共利益的客观性和独立性。

(3)个体利益之总和说。即认为个体利益之总和构成社会利益。持这一观点的是功利主义学派的代表人物边沁。这种观点具有机械性。社会公共利益并不是个人利益的简单加总。

(4)社会公共利益优位说。认为社会公共利益是优先于个体的、自我的利益。持这一观点主要有社群主义者。这种观点过分强调社会公共利益,具有片面性^④。

综上所述,英美法系与大陆法系大部分学者对社会公共利益可否界定都持肯定态度。但由于研究视角不同,英美法系学者主要从法理和法哲学层面对社会公共利益进行研究,对社会公共利益的属性提出了可借鉴的结论。而大陆法系主要从宪法、行政法等公法视角对社会公共利益的界定标准、具体内容及实质进行研究,为我们从部门法层面进一步研究社会公共利益提供了理论依据,其中德国学者的地域说和人数说对我国影响较大,值得我们借鉴。但从经济法的视角研究社会公共利益基本是空白。

1.2.2 国内研究现状

同国外相比,我国学者对社会公共利益的关注较晚,但学界对社会公共利益的研究成果较多。研究焦点主要集中在社会公共利益的概念、特征、内容、界定标准及方式和定义方式方面,以及经济法与社会公共利益的关系方面。

① 马克思,恩格斯.马克思恩格斯全集(第3卷)[M].北京:人民出版社,1960:37.

② [日]宫泽俊义.日本国宪法精解[M].董奥,译.北京:中国民主法制出版社,1990:171.

③ 韩大元.宪法文本中“公共利益”的规范分析[J].法学论坛,2005(1):6.

④ 以上学说,参见丁延龄,社会公共利益的法理学探析,2006年南京师范大学硕士学位论文,第3-4页;胡朝阳,公共利益研究——基于政治哲学视角的分析,2009年中共中央党校博士论文,第4页。在此基础上,笔者进行综合而成。