

论“公共利益”与“公共使用”

楼 利 明

(浙江大学 法学院, 浙江 杭州 310028)

[作者简介] 楼利明(1968-), 男, 浙江杭州人, 浙江大学法学院博士生, 主要从事行政法学、教育学等研究。

[摘 要] 行政征收条款中关于“公共利益”的判断是长期困扰学界和法律实务界的难题, 对这一概念模糊的界定导致了許多行政征收行为的偏差。在我国现行众多包含“公共利益”的法律文本中, 其立法意图上存在着明显对公权力的授权和对私权利的限制倾向, 这种状态甚至达到了近乎被滥用的趋势。美英法律实践中对“公共利益”和“公共使用”差别含义作出的厘定, 以及它们采用的“逐例”(case by case)原则下的“公共利益”评判标准, 对我们准确把握“公共利益”有着十分有益的启发。

[关键词] 公共利益; 公共使用; 判断标准

[中图分类号] DF01 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2006)05-0613-06

—

行政征收、征用中关于“公共利益”判断是个长期困扰学术和法律实务界的难题。当今法律界众多学者都在试图找寻一种相对科学的判断方法, 以期在何种情况下对私人财产征收和征用进行合理性解释, 但很难有一种比较令人满意的理想方法。而宪法意义上的公用征收补偿条款却已经为世人普遍接受, 立法者也在各类法律文本中广泛应用“公共利益”一词。以我国法律条款为例, 据笔者初步统计, 涉及到“公共利益”一词的法律条款多达 49 部 78 条^①。从各类不同条款的比较中, 我们可以明显得出这样的结论: (1) 公共利益在法律上是一个尚且模糊而没有定论的概念, 在因公共利益对私权利进行限定的有关规定中, 显得过于宽泛而随意, 很难做出相对明确的界定; (2) 这个概念已经被广泛应用, 从某种程度上讲似乎有一种被滥用的趋势, 同时, 概念本身也有不同的表述方式, 有时在法律条款中被“国家公共利益”或“社会公共利益”所替代, 而在“公共利益”前面以国家或社会为定语, 显然有画蛇添足之嫌。从另外一个角度讲, 当前立法者在对待“公共利益”这一“政治的”、“管理的”、“法律的”概念的时候, 有时还缺乏严谨、科学的立法态度; (3) 法律条款中关于公共利益的规定明显表现为两种不同的立法倾向: 在公法中, “公共利益”的定位明显倾向赋予行政更多权力, 属于一种对权力的授权性立法, 这种授权有时甚至达到了无限的程度, 同时, 也对私权利进行适当的限制。如《中华人民共和国行政许可法》第八条第二款和第六十七条第一款的规定明显体现了这种特点: “行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止, 或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的, 为了公共利益的需要, 行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的, 行政机关应当依法给予补偿。”“取得直接关系公共利益的特定行业的市场准入行政许可的被许可人, 应当按照国家规定的服务标准、资费标准和行政机关依法规定的条件, 向用户提供安全、方便、稳定和价格合理的服务, 并履

行普遍服务的义务;未经作出行政许可决定的行政机关批准,不得擅自停业、歇业。”又如《中华人民共和国土地管理法》第二条规定,“国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。”《中华人民共和国城市房地产管理法》第十九条规定,“国家对土地使用者依法取得的土地使用权,在出让合同约定的使用年限届满前不收回;在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,可以依照法律程序提前收回,并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿”。上述这些规定均具有相当明显的对行政主体的授权倾向。因此,从这个角度讲,“公共利益”一词在公法中出现的频率越高就意味着行政主体拥有的权力越大,这与创建“有限政府”和“服务型政府”的法治国家目标是背道而驰的。而“公共利益”一词在私法中则表现为对私权利更多的限制,有时限制到可以剥夺某种私权利行使的地步。如《中华人民共和国民法通则》第七条明确规定,“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序”;《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十七条、第二百六十条、第二百六十二条、第二百六十八条等条款中都做出了“人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的,裁定不予执行”的相关规定。由此可见,在与公共利益交锋的过程中,私权利永远处于一种相对弱势的地位,有时甚至可以忽略不计。但是,试问这种完全超越私人利益的公共利益真的存在吗?如果任何私人的利益在公共利益面前得不到法律的保障,那么,保护所谓的公共利益又有什么现实的意义?正是因为公共利益界限的不明确性和争议性,导致了目前在具体的行政征收、征用行为中出现了许多偏差。以土地征用为例,当前,中国众多利益集团利用公共利益的这种争议而通过合法途径征用土地已经成为不争的事实,导致失地农民得不到合理补偿、用地性质被随意变更等诸多问题,埋下了许多不稳定因素,随着时间的推移,许多原先打着公共利益旗号征用的土地慢慢地暴露出了私人利益化的实质,继而引发了许多群体性事件,严重影响了社会稳定。因此,如何最大限度地限制公共利益概念和解释的异化,即如何科学把握它的使用尺度,最大限度降低为私人利益服务而进行行政征收、征用的可能性,避免一些利益集团利用公共利益概念的不确定而肆意践踏司法公正,是摆在我们面前的一项十分重要而有意义的课题。

二

财产征收条款大多源于宪法,美国关于“公共使用”和“公共利益”在征收中的运用即为例证。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”^②,这项条款同时也被除了北卡罗来纳州以外的各州广泛应用^③。

该项条款有两个主要着眼点:(1)财产征收仅限于“公用”(public use);(2)被征用的财产必须有“公正补偿”(just compensation)。但一直以来,人们对于“公用”概念还是缺乏相对统一的认识,这一漏洞在不同的判决案例中呈现出不同的结果。从联邦法院的诸多判例中我们可以清晰地看到,公共利益的评判内涵有一种逐步扩大的趋势,掌握的尺度也由最初严格按照公用要求执行,渐渐发展到通过“合理补偿”就可实现征用。但有一种倾向似乎具有趋同的特征,即法院在描绘宽泛意义的公用标准时经常受到一些强有力的政治或利益集团的影响而偏差地使用他们手中拥有的权力!例如,美国密歇根高级法院支持政府为了建立通用汽车基地而利用其征收权征收德切特(Detroit)所有地区,可见财团的非凡影响力。我们可以延用波斯纳“一个制定法就是一个交易”^[1](第 441-489 页)的法律经济分析方法来判断。作为解释和应用法律的法院来讲,虽然其具有司法的独立性,可以避免受到立法权、行政权的侵犯,但解释法律本身的背后也同样可能存在某种交易,交易的结果或维持原立法机关的交易,或做出较为灵活的解释,或彻底推翻前人的交易。如果是这样的话,那么公共利益概念的模糊性将为这种交易的存在提供充分的机会。从美国现有司法体系的角度观察,从本质上看,司法机构在执行公用条款上难以扮演一种导引角色,公用这一概念只是立法者和法官做出的一种看似合理的自我解释罢了,并没有十分严格的标准和约束。很多时候,立法者和法官可以根据需要以一种十分隐秘的方式将征收权或

其判断权出让给某个特殊的利益群体,而在一个开放的公平竞争市场规则下,这些利益集团根本无法以相同低廉的代价轻易得到同样的利益。权力寻租便是市场经济状态下派生出来的一种较为常见、影响公平市场秩序、游离于当今社会法律规范之外的一种权力和利益的典型交易方式,它更多的是采用一种预期收益的方式进行,因此很难实现法律的即时约束效应。立法者只有拓宽视野,使得成文法不但规范一种行为本身,而且规范因该行为导致的远期后果,简言之,必须对行为进行全程监控,才能实现法律对行政控制的最大化,从根本上保障公共利益的真正实现。

从美国宪法立法的角度考究,征收条款具有两个特征:(1)它是一种保护私有财产的价值观的充分体现。我们从征收条款的字面上体会到了一种私人财产保护极端重要性的法的精神。“宪法的构架主要是试图创立一种有限权力政府,以实现保护私人财产的基本目的。”^[2](第29页)首先,保护财产权是所有其他自由的基础,美国最高法院在1972年的判例中就指出:“财产本身并没有权利,但人有权利。人们拥有财产的权利不能被非法剥夺……其实在财产权和自由权之间有一种本质的内部依赖性,没有了其中的一种权利,另一种权利也失去了它的应有的意义。财产权是公民的一项基本权利”^④。其次,强有力的财产保护系统可以提高社会效率。在“私人利益”得到保护的同时,“公共利益”也得到了强有力的保障,因为公共利益毕竟是构筑在个人利益之上的利益,正如布莱克斯通(Blackstone)指出的,“离开保护每个私人权利谈公共利益是毫无意义的”^[3](第139页)。从这个角度讲,保护私有财产是个人利益和公共利益得到共同保障的根本。再次,私人财产的保护极大地刺激了人们的创造力,同时也鼓励人们的投资热情。征收条款从宪法高度“保护了人们确信私人投入的安全性”^⑤,推动了社会经济的发展和繁荣。最后,财产保护也促进了交换,交换的频繁也是经济得以繁荣的一个重要因素。因此,亚当·斯密在其经济学宏著中指出,“通过人们追逐个人利益来经常性地推动社会发展比他们意识到要推动它更为高效。”^[4](第397页)这充分体现了个人利益和公共利益的辩证统一。从世界各国的现状看,一般来讲,“强有力地保障财产权的国家是一个有较强经济实力的国家”^[5](第36-37页)。我国对财产权保护的认识较以前有质的飞跃,2004年宪法修正案规定了相当完备的征收补偿条款,法律界对财产权本质和重要性的认识也非常到位,部分规范宪法学的倡导者把“社会经济作为宪法规范的价值核心”,“而在所有的经济权利中,财产权居于最为核心的地位”^[6](第177-228页)。(2)创建有限责任政府,控制政府权力超越个人自由和权利,防止公权对私权的侵害。詹姆斯·麦迪逊(James Madison)曾强调,“如果人都是天使,就不需要任何政府了。如果天使统治人就不需要对政府有任何外来的和内在的控制了。在组织一个人统治人的政府时,最大的困难在于必须首先使政府管理被统治者,然后再使政府管理自身。”^[7](第264页)这一观点在征收条款中的具体体现便是,政府被赋予了因为公用而进行行政征收、征用的强大权力,这对控制被统治者是有必要的,但是,政府也有责任对因为该项行为导致的财产所有权人的损失进行公正补偿,同时必须严格把自己的征收、征用行为约束在公用的范畴之内。

从本质上剖析“公用”(public use)真实内涵可以很好地帮助我们正确把握“公共利益”和“公共使用”之间的界限。首先,限制这一概念的是“公共”(public),18世纪字典中对于该词的定义为“属于一个州或国家;不是个人的……一般地,不是个人的利益,而是社区的利益”,因此,“公共”(public)意味着群体的共同利益,而不是排斥其他人的特定个人或小集团的特殊利益。“use”也是允许征收的狭义性概念,它的内涵可以被“purpose”(目的)、“interest”(利益)、“rational”(合理性)、“reason”(原因)、“benefit”(利益)或者其他相关词汇所覆盖。例如:“use”已经含有“执行一种目的”的意义,选择较为狭义的“use”内涵,使得行政行为的合法性判断更为明了。行政部门在使用“公用”征收时必须谨慎处置,尽量处于“公平、公正”的立场,因为征收以后财产的使用结果最后将公诸于众。因此,它既抽象地满足立法者的立法目的,同时也兼备了满足这种目的的具体执行行为,从而可以兼备双重标准判断其合法性。在美国,“公用”这一概念明显限制了政府从事除了公共功能以外的许多行为,一旦政府试图行使宪法赋予的权力之外的某些行为,为了非“公用”目的而行使征收权,将是一种十分冒险的违法行为。

通过上述“公共使用”的文意分析,可以抽象出以下三个具体标准来把握这个概念:一是该概念的目

的和结果应该相统一,意味着因该征用行为产生的利益或利润必须为全体被征用对象或社会所共享,而并非归属社会上的一个确定的、具体的实体;二是以公共使用目的征收、征用财产时,必须以正当的程序,提供满足全体人员权利的办法,才能得以实施;三是必须而且确有必要性,以防止非“公用”目的的征用。由此可见,政府在实行征收行为时,不能将任何个人的利益排除在保护之外,司法系统在满足这一要求时也肩负相同的责任,力求通过保护每个个人的利益从而达到保护全体人员利益的目的。因为所有的公民都是“公共”的有机组成部分,他们的权利在财产征收中必须得以充分保证。如果征收的程序和办法对某个政治利益团体缺乏限制,那么利用“公共”概念实行征收有可能成为对私权肆意践踏的挡箭牌!同时,作为控制行政权的法律,有必要规范政府行为并使其合法。而“公正补偿”原则恰好将财产的拥有者置于优势的地位,确保对他的侵害不能发生。“公正补偿”的立法意图是为了阻止政府迫使一些个体独自承担公共的负担,从公正和公平的角度出发,承担这种损失的应该是整个公共团体,因此,从许多案例中我们可以看出,“公正补偿的真正含义是既不能损害公共利益而有利于特定的个人或团体,也不能为了公共利益而牺牲个人的利益。”^⑥这种分担损失的观点反映了这样一个本质:即公共社会必须将从财产征收过程中获得的利益补偿给实施这种行为而导致的损失。那么何种程度的补偿才是公正的呢?笔者认为,公正补偿既不能简单等同于“完全补偿”,也有别于“公平市场价值”,因为“完全补偿”和“公平市场价值”均是一种深受自由经济观念影响的调节模式,主要依靠“无形的手”的作用,无需一种强有力的外力影响,很多时候可以通过市场调节得以完成。而征收条款的确立却赋予行政特别的权力,这种权力是一种十分强势的外在强制权,因此在行使征收行为下产生的“公正补偿”肯定在很多时候偏离“完全补偿”和“公平市场价值”的要求,甚至在涉及国计民生等重大问题或非常时期,为了公共利益可以对财产进行政府管制或无偿征收。所以,这是对同一问题两种截然相反的认识路径,最后很难得到统一的答案。“公正补偿”必须在考察该征收行为带来的合法收益的基础上,结合该行为导致的实际损失,按照政府只提供服务不获取收益、受益人分担损失的办法来实施,或许能解决现实生活中有关土地、财产征收、征用过程中的许多矛盾纠纷。

“公共使用”概念在美国并非一成不变,随着时间的推移,其范畴日益拓展,判别标准日趋模糊,甚至连当初立法的本意也已越来越淡化。正如萨斯汀(Sunstein)指出,“从传统意义上讲,‘公用’意味着被征收的财产确实为公共所使用,但慢慢扩大成似乎有公共正当性理由便可以了,这就是说,它已经被非强制力所侵入。”^⑦正是由于认识上的不同,关于政府征收权的争议一直争论不休。1875年,联邦法院有了首例相关的判例(科赫V联邦政府案)^⑧之后,人们对“公用”概念的认识逐渐深入。在讨论征收权的公正性时,各路专家意见不一,众说纷纭。其中科勒(Cooley)的观点极具代表性,他认为,“不直接服务于公共利益的私人团体不能满足公用的要求”^[8](第585-586页)。他进一步指出,如果土地使用后的利益不能超出私人利用的水平,那么使用征收权是不公正的。到了19世纪中叶,法院开始区别对公共有益的目的和植根于公共的目的,但马上意识到这种判断并非想象的那么简单,在具体的操作过程中,很难形成统一的教条,只好基于“逐例”(case by case)分析并进行判断。在何种情况下实施征收权和比例原则如何合理应用这两个问题的争论越来越突出,“公用”标准和界限由于其意义的不断延伸而使人们越来越困惑。在密苏里太平洋铁路公司诉内布拉斯加州案中,联邦法院最后宣布:内布拉斯加州利用“公用”概念实行征收无效,因为内布拉斯加州立法机构具有明显的“寻租”倾向,其中的利益转移是一种“私对私”的行为。^⑨这个案例表明,联邦法院在“公共利益”难以明确鉴别的情况下,通过征收行为最后受益结果的“公”与“私”的性质分析来做出最后判决。

英国的多数学者对利益的判断也明显存在一种复杂、含糊的倾向。许多组织和个体对政府征收行为中“公共利益”的判断常常持有不同的甚至是截然相反的意见。在布朗姆案例(Bromley Case)中,地方政府决定扩大交通主干道的分支系统,结果导致该地区社会福利下降,而税收却增加了。围绕究竟是谁从中得益这个问题,当地居民产生了巨大的分歧:一种意见认为得益的仅仅是公共交通的使用者,另一种意见却认为是地方纳税人,因为公共交通从长远的角度可以增加地方收入从而相对降低税收标准。

但是事实却并非如此简单,因为人的利益取向是多元化,纳税人可能因为这种行为导致短期提高税收而投反对票;环境保护者则因该行为损害环境而表示不赞成;而住在城市中央的住户则认为他们被剥夺了使用新增系统的权利,因为他们压根儿不可能去使用新增线路等等,利益的多样化使得法院在把握公共利益这一概念时变得非常复杂和困难。如果按照美国学者斯特沃特(R. Stewart)把关于个人经济或生理性幸福的“物质性利益”和认同道德价值观的“意识性利益”区别开来的观点^[9](第1667页)应用到布朗姆案例中,我们可以发现,从最后的结果看,物质性利益得失是非常明显的,为了个人幸福而做出的一些限制性的行政规定有可能导致一些人直接的经济损失。因此,对保护各种可能存在的利益的法院来说,以千篇一律的教条来进行利益的判断显然有背事实。

三

我们从美英两国征收条款中关于公共使用、公共利益的分析厘定中可以得出以下结论:首先,从征收条款制定过程中,我们可以窥视出立法者的基本意图无外乎两种:一是通过条款的制定,进一步强化对私有财产的保护,确保私有财产免遭不必要的侵犯,即使为了“公共利益”而做出征收行政行为时,也得充分考虑对私产损失进行合理补偿;二是通过立法,最大限度地对行政权进行法律的控制,防止滥用行政权。从这个意义讲,征收条款的制定无疑具有相当积极的意义。其次,“公共利益”的判断要从利益多样化的角度,通过对具体案例所涉及的不同利益进行事实分析的基础上,才能做出相对公平的判断。简单地、教条式地划分明显存在太多的偏差。国内许多学者几乎清一色通过列举法或归纳法的方法来判断公共利益,或认为公共利益具备若干判断标准,并可以作为判断的一般规律,或力图穷尽公共利益的全部内涵,罗列大量公共利益的具体表现形式等。依笔者看,这两种基本的研究思路很难从根本上彻底解决公共利益判断的难题,最后仍然陷入认识模糊的泥潭。部分学者认为“权利本位与社会公共利益政策两者是可以通过公理与政策关系的原理加以协调和平衡的”,“强调公共利益的保护只是为了政策纠偏”^[10](第65-85页),却为公共利益的判断留下了很大的空间。公共利益的判断不是一成不变的,有时甚至是动态的。例如,从形式的角度讲,诸如造公路或学校等公共设施无可厚非被列入公共利益的范畴,迄今为止,人们没有对此提出任何异议,但从事实的角度讲,公路或学校的建造还有一个必要性和合理性的问题,在我们的现实生活中,学校布局的不合理、道路建设规划的混乱、甚至为了保护小集体或个人的利益滥用规划权也屡见不鲜,盲目以公共利益为幌子征收、征用私人财产乱建、乱造公路和学校显然不是“公共利益”的真实体现,因此,以形式标准去判断生动的个案存在显失公正的倾向。我们可以从英国 *Gregory v Camden London Borough Council* 案中看出法院在利益判断中应当具备的具体问题具体分析(案案分析(case by case))的科学唯物观。再次,公共利益的判断要实现程序上的公正性,确保立法意图的最大化实现。利益判断上比例原则的使用也不能以牺牲部分个体利益为代价,这种公共选择的实现在很大程度上依赖于法院在具体案例中对利益判断进行综合平衡后得出的结果。最后,目前我国众多行政机关在具体实施行政行为过程中,滥用公共利益以扩大行政职权的现象较为普遍,除了进一步利用听证等程序规范手段以外,狭义公共利益的范畴为公共使用或许是一种比较好的选择。如把土地使用的最终结果作为判断公共利益的实质性标准,或许可以缓解目前公共利益被泛化甚至滥用的不良局面,从根本上消除土地征用过程中的许多社会矛盾。

注 释:

① 本统计不仅涉及我国基本的法律、法规,也涉及部门规章和单行条例,不仅有实体法,也有程序法。

② 参见 U.S. CONST. Amend. V. <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05>。

③ 参见 J. L. Sackman, Nichol's. *The Law of Eminent Domain* 1.3, at 1-91, New York, M. Bender, 1985. 在北卡罗来那州,把这种财产征收的限制条款看做是一种“自然法”(natural law)。

- ④ 参见 United States Supreme Court, *Lynch v. Household Fin. Corp.*, 405 U.S. 538, 552 (1972).
- ⑤ 参见 United States Supreme Court, *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 1035 (1992).
- ⑥ 参见 Michigan State Highway Commission v. Cronenwett, 52 Mich. App. 109, 144, 216 N.W.2d 597, 600 (1974).
- ⑦ 参见 Cass R. Sunstein, *Lochner's legacy*, 87 Colum. L. REV. 873, 891 (1987).
- ⑧ 参见 United States Supreme Court, *Kohl v. United States*, 91 U.S. 367 (1875).
- ⑨ 参见 U.S. Supreme Court, *Missouri Pac. Ry. Co. v. State Of Nebraska*, 164 U.S. 403 (1896).

[参 考 文 献]

- [1] [美] 理查德·波斯纳. 法理学问题[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [2] Epstein, R A. *Takings: Private Property Under The Power of Eminent Domain*[M]. Massachusetts: Harvard University Press, 1985.
- [3] Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*[M]. Oxford: Clarendon Press, 1783.
- [4] Smith, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*[M]. New York: Random House, Inc., 1776.
- [5] Johnson, Bryan T. & Thomas P. Sheehy. 1996 Index of Economic Freedom[M]. Washington D.C.: Dow Jones & Co., 1995.
- [6] 林来梵. 规范宪法学的一种前言——从宪法规范到规范宪法[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [7] 汉密尔顿, 杰伊, 麦迪逊. 联邦党人文集[C]. 北京: 商务印书馆, 1995.
- [8] Cooley, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union* 586-6[M]. Boston: Little, Brown and Co., 1871.
- [9] Stewart, R. *The Reformation of American Administrative Law*[J]. Harvard Law Review, 1975, 88.
- [10] 孙笑侠. 法的现象与观念[M]. 济南: 山东人民出版社, 2003.
- [11] Johnson, Samuel. *A Dictionary of the English Language*[M]. London: W. Strahan, 1955.

(责任编辑 叶娟丽)

On Public Interest and Public Use

LOU Liming

(Zhejiang University Law School, Hangzhou 310028, Zhejiang, China)

Biography: LOU Liming (1968-), male, Doctoral candidate, Zhejiang University Law School, majoring in administrative law.

Abstract: The judgment upon “Public Interest” in the administrative taking clause has long been a conundrum to academies and juridical bodies. It is the blurry definition of the concept “Public Interest” that leads to the deviation of many administrative taking behaviors. In many laws of our country, “Public Interest”, analyzed from the purpose of legislation, has obvious authorization to the public power and tendency to the restriction of private right; moreover, it is undertaking a tendency more and more of being abused. We could grasp the different connotations of “Public Interest” and “Public Use” by studying the juridical principles and cases on these two of Great Britain and the United States and find out that the criteria for judgment of “Public Interest” is based upon the “Case by Case” Principle. It could help us out of the falsehood of judgment of “Public Interest”; meanwhile, it also provides us with profitable inspiration to grasp the true meaning of “Public Interest”.

Key words: public interest; public use; criterion of judgment