



他山之石

▶ 他山之石

▶ 国际观察

▶ 热点关注

他山之石

行政控权视野下公共利益范围的界定

2010-12-24 | 访问次数: | 编辑: rky | 【大 中 小】

[摘要]行政法乃是近代宪政政治和法治下的产物,其理念基础在于制约和控制行政权力。而作为行政权力主要对象之一的公共利益,因为我国对其范围的界定模糊,使得政府机关和法院在立法、执法以及司法活动时往往滥用自由裁量权,给我国的公共利益和公民权利造成极大的损害。文章从公共利益的不确定性入手,结合行政控权与公共利益界定的辩证关系,对公共利益范围的界定提出了一些建议。

[关键词]行政控权;公共利益;公共利益范围的界定

[作者简介]易开坤,广西创想律师事务所律师,中国政法大学民商法专业硕士在职研究生,广西南宁530022

一、公共利益不确定性的特征

“公共利益”是一个使用范围极为广泛的词语,法学各部门都有涉及,然而,一旦论及该词的概念,却是众说纷纭、莫衷一是。在国外,边沁、哈耶克、博登海默、乃至罗斯科·庞德都对“公共利益”的概念有过精彩的界定;在我国,从2004年宪法修正案颁布以来,学者对公共利益的概念界定也进行了激烈的讨论,时至今日,可以说仍然没有哪种观点能够获得普遍的认可。尽管探究公共利益的概念是非常重要的,却是十分艰难的,原因在于公共利益本身就具备了极大的不确定性。具体表现在:

第一,内容的不确定性。“公益概念的最特别之处,在于其概念内容的不确定性(是为典型的不确定法律概念)”无论公共利益的内容是如何的,或者是物质方面的或者是精神方面的,它都包含着人的主观价值判断,而人的价值判断又受各种各样因素的影响,如政治、经济、文化、知识结构、意识形态等等,而且这些因素也随时随着社会的不断发展发生变化,原有的公共利益不再是利益,新的公共利益又不断产生,所有的这一切都使得公共利益带有了明显的不确定性,人们也难能形成统一意见。

第二,受益主体的不确定性。公共利益的受益主体具有普遍性或不特定性,即受益对象的不确定性,公益是不确定多数人的利益。公共利益主体具有消费不排他性的相容性特征,任何人都可以接近,不封闭也不专为某些个人所保留,增加新的受益者并不会减少原有受益者的利益。这也就意味着“公共利益”不会被特定的主体所垄断,而应当可以由所有的社会成员享受。

第三,适用范围的不确定性。公共利益是超越于某一特定地域的,它的内容涉及到社会生活的方方面面,凡是和人们生活有关的、能够为多数人共享的领域或范围,公共利益都可能存在。比如,虽然我国宪法上的“公共利益”是专门针对征收和征用条款而言的,但是,从实际的立法来看,公共利益在普通立法上使用极为广泛,并不局限在土地、财产的征收和征用领域。公共利益既是行为人的行为依据(如民法通则第7条的规定),也是国家立法的依据(如行政处罚法第1条的规定)。同时,司法机关、行政机关在执行法律时,也可以公共利益作为执法依据(如合同法第127条的规定)。

第四,操作的不确定性。从立法可操作性角度考察分析,对公共利益的界定,我国法律法规多为原则性规定,没有哪部法律对公共利益进行了全面、系统、详细的规定,加之,判断、辨别何种利益是公共利益的复杂性和困难性,导致在实践中难以操作,法律条款在具体事件中都无法落实,具有极大的不确定性。即使对公共利益概括和简要给出基本的定义之后,公共利益的此种特性也会使我们在遇到具体实际问题时仍然难

以判断其是否为“公共利益”的范围。

二、公共利益范围界定与行政控权的辩证关系

由于我国的公共利益仅仅是宪法纲领性条款，而我国规定有公共利益这一限制性条款的其他50多部法律、法规对公共利益又没有予以明晰地界定，行政机关往往以公共利益作为“尚方宝剑”来限制甚至剥夺私人的合法权利，公然地以政府公权力谋取那些不属于公共利益的利益。因此，只有对公共利益进行法律上的界定，把什么是公共利益详尽地规定出来，行政机关就不能随时随地以公共利益为由对法律、法规进行变通地执行，而只能在法定权限和范围内行驶自由裁量权。同时，公共利益关乎行政权力的行使，其结果会直接影响到私权利的保护，影响到社会的和谐与发展，理性地规范和控制行政权力应当成为行政法贯彻实施的重要价值目标，这与公共利益的实现、私人合法权益的保障是密不可分的。正是由于要控制权力滥用，所以要界定公共利益的范围；界定了公共利益的范围，行政权在一定程度上就可能不会被滥用。基于此，在行政控权中对公共利益范围进行界定，实际上就是对行政权进行控制，实现对私权利的保障。

1. 行政控权与公共利益范围的界定有着一致的价值取向和法治目标

行政控权主要是基于行政权力本身具有的扩张性、侵害性、损害性特征，通过对行政权力进行理性的规制和约束，来排斥行政自由裁量权，其价值取向是防止行政权力因被滥用而致使行政相对人遭受巨大的损害，从而实现依法行政的法治目标。而就公共利益而言，对公共利益的范围予以立法界定，很大程度上可以说就是行政“控权”的具体表现，目的也是尽最大可能地防止行政机关扩张权力，滥用权力，实现法治目标。因此，为了避免行政权力的侵害，界定公共利益本身也需要对行政权进行必要而理性的控权。

2. 公共利益范围的界定是行政控权的本质所在

行政法经历了从无到有，从附属于私法对社会消极的维护，到完善健全对社会进行积极规制，遂成如今的行政法时代。围绕其间不变的理念是对权力的控制，其目的是维护社会最广大的人民利益和保障社会权利的自治以及促成整个社会健康有序的发展，其宗旨是如何有效控制和驾驭行政权力。

公共利益是指导行政管理者执行法律时的标准，它是一个词语性的符号，目的在于把统一、秩序和客观性引入行政管理之中。公共行政人员必须建立一种集体的、共同的公共利益观念，并试图将重新肯定公共利益在政府服务中的核心地位视为其理论的核心原则之一。

3. 公共利益范围的界定为行政控权的核心内容

多年来，我国行政体制改革的一个核心，就是在转变政府职能的基础上，以行政权力的控制为出发点，政府角色的重新定位是为了最大限度地实现社会公共利益，由各类事务的全权代表转变为指导者和协调者，政府行使公共权力，履行为社会提供公共服务的公共责任，以追求公共利益为目的。

然而，在公共利益的实现过程中，政府趋利既有其对利益渴求的内在驱动力，也存在外部约束力的缺失。政府既是公私利益分配规则的制定者，同时还会作为公共利益实现者参与到公私利益竞争过程中，这种角色的混同会使现实的政府无法承担法律赋予的角色职责。公共利益的不确定性在立法中往往被抽象化，其具体内容会由政府来界定，这种“界定”行为正是公共权力将法律授权的实现的具体形式。在很多情况下，政府完全可以根据对公共利益的独家阐释、自由裁量而得以实现最大限度的利益占有、利益寻租。此时公共利益因政府趋利而发生异化，成为政府单方面的利益，并丧失了作为独立意义上公共利益的应有内容。

因此，对公共利益的范围进行明晰，可以使得政府在公共权力行使的过程中对行政权力进行认定与管控，以合理的公共利益的发展为标准，进一步彰显公共权力的性质，为不同利益主体之间通过市场交换、满足各自要求提供一个制度环境。

4. 公共利益范围的界定是行政控权的主要目标

“公共行政的目的在于实现公共利益。国家行政活动的存在是基于公共利益的需要，因此公共行政所追求的目的是谋求公共利益，维护公共秩序，增进公共福利。”“行政的本质历来被看作是一种管理，其本意就是对于社会公共事务进行组织管理，具有公共性质。行政权力属于公权力，它不同于个体的权利(私权利)，它不是为了权力主体自身的利益，而是以社会公共利益(有时也表现为国家利益)为目的的。在有些时候也会出现行政权力谋取行政主体自身利益的现象，但这一点与行政权力设定的本意和目的不符合，是超出原定目的之外的利益，况且它相对于社会公共利益而言，也是非常次要的。”

行政法是规范行政权的法，规范行政权的目的之一就是要求政府积极实现和增进公共利益。然而，当前我国执法者的法律素质还不是很很高，涉及有关公共利益的行政自由裁量权有着易被滥用的倾向，不少人只知道机械的适用法律，在遇到类似“公共利益”这种需要自由裁量的情况时，往往不是运用法治理念，而是滥用自由裁量权，歪曲其实质，以牺牲真正的公共利益来实现个人目的。因此，明确公共利益的范围，对于行政控权有着极其重要的理念价值。

三、公共利益范围的界定原则

鉴于公共利益本身的不确定性，法学理论界在立法上对其进行界定是十分困难的，笔者认为，在具体界定时，立法机关应当从行政控权的角度来淡化和取消“公共利益”的特殊地位，剥去“公共利益”被公权力神圣化的崇高面纱，收回政府手中以公共利益为名随心所欲地滥用权力、侵害私权利的尚方宝剑，不管是基于什么样的公共利益之目的，一律都应当遵循以下几项原则科学、客观、理性地进行界定，最大限度地减少私权利的受侵害。

1. 法益平衡原则

根据德国联邦法院在裁判中归结出的“法益的衡量”解决原则冲突及规范冲突的经验，也可为公共利益范围界定所借鉴。在冲突的利益、价值之间权衡，涉及的一种法益较他种法益是否有明显的价值优越性，因而决定何种价值需要获得法律的最大保护。比如，公民的生命权相对于公民的财产权，生命权具有较高的法益。随着利益与价值日趋多元化，这种衡量在公共利益的范围界定中越来越凸显。加之，公共利益一般需要通过剥夺或者限制某种私权利作为代价或成本才能最终得以实现，因此，立法机关对公共利益进行界定时，就应当遵循法益平衡原则，对最终能够实现的公共利益与可能付出的成本予以权衡，对多数人可能普遍受益的公共利益与少数人可能遭受损减的私人利益予以权衡，对静态的公共利益与动态的公共利益予以权衡，只有如此反复不断地进行权衡，才能最大限度地实现公共权益，避免私人权利的受损。

2. 范围法定原则

公共利益范围法定原则是指公共利益的事项必须经过法条明确规定，严格区分，对号入座，不得随意变通或偷梁换柱。

首先，要对法律、法规、规章中所列举的有关涉及公共利益需要的项目进行严格的对照。其次，要对因实施这些项目所采取的行政措施进行严格的核实，不得随意超出法律规定而采取临时行政措施，从而限制或剥夺公众的自由或私有利益。再次，在审查过程中，发现有超出法定范围的项目或措施，行政机关应当坚决予以否定，对造成公众损失的，要一律按照受损财产的市场价值标准承担全部的国家赔偿责任。

3. 程序正当原则

程序正当原则是行政控权的应有之意，是指立法机关通过公示、公正、接受质询、广泛征求意见等民主程序和听证程序依法界定公共利益。“公正的法治秩序是正义的基本要求，而法治取决于一定形式的正当过程，正当过程又主要通过程序来体现。”由于立法技术的原因和公共利益本身的不确定性，立法机关通过法律客观上根本无法穷尽列举所有的公共利益的事项，因此，对于法律没有列举为公共利益的事项，当然也包括属于法律已经列举但社会争议极大、公众一时难以接受意见较大的公共利益事项，立法机关这时应该将该事项通过媒体、网络等方式在社会上公开予以公示，尤其是通过邀请人大代表提出质询、政协委员提出议案，媒体跟踪报道和监督，大众广泛参与并提出意见等民主监督形式和公开听证程序，依法按照程序正当原则来界定公共利益，防止公权力的滥用。

四、公共利益范围的界定

通说认为，公共利益的界定是一个立法问题，必须由立法机关来解决，而不能由作为法律的执行机关即行政机关来界定。“只有立法机关以立法的方式来界定公共利益才具有合法性和正当性。行政机关作为法律实施主体，只能依据现行有效的法律规定来限制或者剥夺公民权利，通过实施法律的方式来实现法定的公共利益。”由法律对公共利益作出界定，排除了法律之外的其它规范性文件肆意以公共利益为名侵犯公民权利的可能性，同时也是立法权对行政权进行制约和监督的有效途径。

在世界各国和地区中，对于公共利益范围的界定基本上包括两种，一种是以英美两国为代表的概括式规定。即在与征收、征用有关的法律中仅原则性规定限于公共利益的目的方可征收、征用土地或公民的私有财产，但对哪些事项属于公共利益范围没有明确规定。另一种是以日本为代表的列举式规定。即在与征收、征用有关的法律中详尽列出哪些事项属于出于公共利益目的方可行使征收、征用权。

总的来说，两种方式各有利弊。美国的界定模式，克服了文字界定的固有缺陷，具体实践中还可以通过判例的诠释不断适应社会发展的需要。但缺陷在于过于宽泛，无法跟上时代的讯息万变；而日本的列举法则能细致地归纳出了公共利益所能涉及各个范畴，为司法实践中的征收、征用提供了切实有效的法律依据。但此类列举法的劣势也显而易见，且不说这些列举是否真能穷尽所有的情形，即使列出的，由于语言固有的模糊性也难以在实践中准确地适用。

对于我国而言，除宪法外，目前有50多件法律使用或者涉及“公共利益”。但对于“公共利益”的含义和范围，宪法和绝大多数法律均没有明确规定，只有少数几部法律对“公共利益”、“公益事业”的范围作了列举，并规定了兜底条款。

另外，我国立法长期以来已形成了部门立法的习惯。虽然主管部门都会比较熟悉其主管的行业，但是由于立法者本身主管该行业，部门立法必定就会牵扯到其自身的利益，就可能使其借助部门立法来制定出一些

保护自己部门利益、损害其他部门或公共利益的规定来，“行政权力部门化，部门权力利益化，部门利益法制化”，更恶劣的现象可能通过立法来寻租，这就是我们经常讲的立法腐败。所以，公共利益的范围也较之难以确定。

笔者认为，对于我国公共利益的范围界定，应包括以下几个方面：

第一，应以对政府的行政权力进行规制与管控为基础，以合理的公共利益的发展为标准，超脱各种具体的部门利益，从而更好地协调社会的多元利益。

第二，明确公共利益的公共利益特性，侧重于保护广大社会成员的公众福祉；同时，注意公共利益本身的不确定性，规定宜细但不宜死。宜细，是要增强实践中的可操作性，太过宏观和抽象的规定不仅令人费解，也增加了执法人员的操作难度，造成“规不规定都一样”的局面；不宜死，是要尊重公共利益的发展性，公共利益的内容涉及政治、经济、文化、观念的各个层面，日新月异的社会变迁使公共利益的边界不断发生着变化。

第三，借鉴我国《行政诉讼法》确定行政诉讼受案范围的立法方式，通过列举加概括再加排除的方式可以较好地确定公共利益范围：

(1)列举性规定。通过列举，可以明确地界定常见的公共利益，对限制行政机关滥用权力起着重要的作用。著名学者梁慧星在《物权法草案(学者建议稿)》就用列举的方式来界定“公共利益”的范围，但是，梁慧星教授对于为各国所普遍承认的某些公共利益类型，如国防事业、公共安全、社会福利事业以及公共建筑等未加以规定。再参照日本和我国台湾地区的做法，公共利益范围应严格限制在关系国家利益和社会公众利益的公共事业，具体包括：①社会救助②国家机关用地③国防、军事设施建设④能源、交通、水利等基础设施建设⑤城市基础设施建设⑥教育、文化、体育、卫生、慈善机构等社会公用设施建设⑦环境保护、文物保护和风景名胜区保护⑧矿产、水流、森林等自然资源的保护和开发⑨农作物保护、农地改造与综合开发等农用设施⑩对气象、海象、地象、洪水及其他类似现象进行观测或进行通报用的设施。

(2)排除性规定。三种情况下不属于公共利益范围：①公共权力机关自身的经济利益，包括政府用于改善办公条件和职工福利的收入和财政收入；②假公共利益之名干预市场的商业利益，即政府为大规模城市房屋拆迁时进行市场干预行为所实现的利益；③特定利益集团的利益，指的是商业性城市房屋拆迁中所实现的特定利益集团的利益。

第四，由其他单行法律、法规进行规定。这实际上是关于概括性规定(兜底条款)的问题。不少国家都在公共利益界定范围上添加一个兜底条款，即其他符合法律规定由政府进行的以公共利益为目的的行为。但是，笔者认为，此举过于简单，有待商榷。如前所述，公共利益范围的界定，很大程度上可以说是行政控权的具体表现，目的也是尽最大可能地防止行政机关滥用权力。“其他属于公共利益的”，这种“其他”笼统的立法方式，往往会成为行政机关滥用权力的依据，无异于授权行政机关对公共利益自行界定，从而为其滥用行政裁量权找到了合法的依据。此外，鉴于公共利益的不确定性，在不同的领域和法律部门中，公共利益的内涵是有所不同，甚至是完全不同的，因此在立法难以统一作出界定，特别是无法穷尽列举的情况下，不妨规定兜底条款，由其他单行法律、行政法规对“公共利益”做出规定。

[参考文献]

[1]陈新民，德国公法学基础理论[M]，济南：山东人民出版社，2001.

[2]余少祥，论公共利益的行政保护—法律原理与法律方法——法律原理与法律方法[J]，环球法律评论，2008，(3).

[3][美]丹哈特，新公共服务[M]，丁煌，译，北京：中国人民大学出版社，2004.

[4]姜锐，公共利益与个人利益的法律调整[J]，法制与社会，2009，(4)(上).

[5]张树义，行政法与行政诉讼法学[M]，北京：高等教育出版社，2002.

[6]孙笑侠，法律对行政的控制——现代行政法的法理解释[M]，济南：山东人民出版社，1999.

[7]温泽斌，民主制度下的理性选择—北京单双限行争议之反思[A]，宪法与行政法论坛[C]，2010年第四辑，北京：法律出版社。2010.

[8][美]罗尔斯著：《正义论》(何怀宏译)，中国社会科学出版社1988年版。转引自《诉讼法学研究》(樊崇义主编)第二卷，中国检察出版社2002年版，第69页。

[9]季建全，行政活动中的公共利益判断标准[EB/OL]，中顾网，<http://news.9a8k.cn>.

[10]季建全：《行政活动中的公共利益判断标准[EB/OL]，中顾网，<http://news.9ask.cn>.

[11]陆佳，公共利益法律界定的比较研究[J]，法制与社会，2007，(12).

[12]梁雪红，如何用法律维护交通运输市场的公平秩序——中国法学会行政法研究会常务理事张树义先生访谈录[J]，综合运输，2009，(9).

[13]陆佳, 公共利益法律界定的比较研究[J], 法制与社会, 2007, (12).

作者: 易开坤 来源: 《学术论坛》 2010年11期

[>>返回](#)

相关新闻

- 人民日报连发四文聚焦国内收入差距问题 2011-02-18
- 中科院传达尹蔚民部长“关于加强人力资源社会保障科研工作座谈会上的讲话” 2011-02-17
- 公务员“凡进必考”不动摇 正确看待“公务员热” 2011-02-17
- 世界一些发达国家统筹城乡基本公共服务的经验 2011-02-17
- 罗正恩: 北京拟采取多种举措调控人口将收紧进京指标 2011-02-17
- 人社部副部长: 公务员制度改革路向何方 2011-02-16
- 新加坡营造电子政务技术的良性生态环境 2011-02-15

Copyright (c) 2010 中国人事科学研究院 版权所有

地址: 北京市朝阳区育慧里5号 邮编: 100101 院办电话: 010-84635652

科研管理处: 010-84635686、84622949

京ICP备10211434号