

对行政征用中的公共利益的认定

申 建 林

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

[作者简介] 申建林(1966-), 男, 湖北浠水人, 中南财经政法大学法学院副教授, 法学博士, 主要从事西方政治思想和法律思想研究。

[摘 要] 公共利益是行政征用等行政行为的合法性基础。然而, 在我国, 公共利益概念并没有得到任何法律和行政法规明确而具体的解释。从学理上说, 公共利益的内涵具有不确定性, 我们可以综合共同利益论、公众利益论和公共理性论等多种解释, 通过确立某种法定的实质标准和形式标准来认定公共利益, 从而为行政征用设置有效的限制。

[关键词] 行政征用; 合法性; 公共利益

[中图分类号] D0 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)04-0566-06

保护公民的私有财产被视为现代国家的最重要使命, 但私有财产权并不是绝对的, 许多国家的宪法在规定私有财产权不可侵犯的同时, 往往附加一个有条件的规定: 不是出于公共利益的需要, 不得取得或征用私有财产^①, 也就是说, 在公共利益面前, 个人利益将丧失自身的绝对性, 公共利益成为个人权利的限制性条件; 另一方面, 公共利益也成为行政权追求的目标和行政行为的合法性基础, 缺乏公共利益支持的行政行为被视为权力的滥用。公共利益既给行政权的合法行使划定了范围, 也为行政权与个人权利之间的紧张提供了平衡点。所以, 公共利益是公共行政和公共领域的支撑性概念, 并成为行政学和公法研究的经典问题。

但在中国, 只是在土地征用和城市房屋拆迁引发了一系列有争议的社会问题之后, 人们才意识到, 公共利益不再是简单的道德说辞和空洞的口号, 而是作为具体行政决策法律依据, 并直接影响当事人财产关系, 因而不得不从学理上进行解释的概念了。尤其是自 2004 年 3 月宪法修正案通过以来, 公共利益成为国内学术界讨论的热点问题。修改后的宪法第十条和第十三条规定: “国家为了公共利益的需要”, “可以依照法律规定”对土地和公民的私有财产“实行征收或者征用并给予补偿”。根据这些宪法条款, “公共利益”是土地和财产征用的合法性前提, 是我们判断任何行政征用是否合法的尺度。

然而, 如此重要的概念并没有通过任何法律和行政法规得到明确而具体的解释, 而只是以一种抽象原则的形式出现在我国的宪法和法律文本中, 对公共利益的解释和适用就成为行政机关自由裁量的权力了。由于缺乏关于公共利益的法定解释以及该概念学理解释本身的困难导致对行政征用的公共利益限制形同虚设。行政机关几乎可以将任何征用都解释成符合公共利益的需要, 甚至那些为开发商强行征地和为了政府自身的利益而征用的行政行为也能与公共利益建立某种联系, 因为为商家征地最终有利于发展地方经济, 扩大居民就业; 而政府既然是公共利益的主要代表者和维护者, 保障政府的需要即是维护公共利益的需要。看来, 公共利益概念在学理上的混乱和在立法上的缺失, 使公共权力的边界彻底瓦解了。本文试图探讨的是: 公共利益是一种可以明确界定的概念吗? 我们如何确立公共利益的认

定标准,从而为行政征用设置有效的法定限制?

一、对公共利益的学理探讨

学术界几乎形成了这样的共识:公共利益只能是一个抽象的价值原则,它的模糊性和不确定性使它不可定义^②，“它是没有标明英寸和英尺刻度的长度不定的码尺”^[1]（第462页），我们无法根据某一特定标准从实体上来认定一种行为或政策是否符合公共利益，而只能确立某种法定程序，通过该程序来判定行为或政策的公共利益性，但程序是不能确保特定的判断结果的。

那么，公共利益的内涵究竟是否具有确定性？我们来具体考察构成公共利益（the public interest）的两个要素：利益（interest）和公共性（public）。对于利益，边沁曾经指出：“当一事物倾向于增加一个人的快乐总量，或者按另一种意义相同的说法，倾向于减少一个人的痛苦总量时，视认为促进了这个人的利益”^[2]（第127页）。边沁将利益解释为快乐的功利主义观念不一定能让人接受，但该观念所包含的利益的主观感受性和主体需要原则却具有合理性。一事物是否能成为我们的利益，并不完全是由该事物本身决定，同时也取决于我们是否具有相应的主观需要，利益“不外是一个主体对一个客体的享有”^[3]（第182页），它反映了主体对客体的积极和肯定的价值评判。既然“利益概念无异于价值概念”^[3]（第183页），它当然具有不确定性。

不可否认，不同的人、不同的时代所认可的利益是不同的，没有绝对不变的、普适性的利益标准，但这并不意味着我们不能以任何方式对利益做出任何有意义的描述或说明。

1. 我们至少可以通过利益得以实现的方法、手段或资源来理解利益。正如美国法哲学家本迪特所说，一个人的利益是实现自己的理性期望，“而人各不同，他们期望生活中的东西也不同，……因此，对一个人利益的解释必定是完全抽象或者是因人而异的”，“但是，增加人们实现自己的愿望、保护和促进自己福利的普遍方法对多数人来说却是相同的”^[4]（第297-298页）。也就是说，人们最终的利益追求不同，但实现不同利益目标所需要的资源或手段却是相同的，我们不能断定一个人的利益所在，却可以判断哪些东西有利于一个人利益的实现。正因如此，将公共安全、大众健康、环境保护、接受教育、拥有财产等作为受到法律保护的利益内容并没有引起太大的争议。

2. 即使是主观价值也并非不可说明和概括，因为在特定的社会条件下，总是存在某些得到广泛认同的价值。也就是说，价值的主观性并不排斥价值的普遍倾向性，特定时代的普遍倾向性价值正是该时代所理解的利益的基础。正因如此，每个时代都有被普遍视之为利益的东西，人们总能对利益进行列举和分类。

3. 并非价值都缺乏确定性，因而丧失了法律上的规定性。事实上，法律作为规范性的东西，最终都体现某种价值要求，法律无非是通过公共权力强制性地普遍性地规范人们行为的价值，没有价值就没有法律，也就没有对行为的合理限制和约束。

所以，就利益与人的主观需要和价值倾向相联系而言，利益具有不确定性，它是一个永远有待解释的开放性概念。另一方面，利益概念的不确定性恰恰为人们结合自己的新的需要和特定的社会条件而做出具体解释提供了灵活的空间，相对于特定的价值观和特定的历史条件而言，利益又是确定的，正因如此，在西方古典自由主义时代，人身自由和财产自由被视为最重要的利益；而在二战后的福利主义时代，受教育的机会、过着有尊严的生活、医疗保健等被视为重要的利益；而近年来，环境保护、资源共享、世界和平与发展则被作为普遍性的利益。由此看来，特定的发展阶段和特定的价值观念总会对应着特定的利益要求，利益并不是不可解释不可判定的虚假性概念。

事实上，在行政征用的合法性判定中，引起争议的并不是被征用物是否属于利益，而是该利益是否具有公共性。若行政征用所实现的利益缺乏公共性，则该征用丧失了公共利益条件，从而也丧失了合法性基础。因此，公共性判断才是行政征收合法性认定的关键。

那么,一种利益由多少人享用,才具有公共性,因而可被称为公共利益?有代表性的解释模式有以下几种:

1. 共同利益论。美国哥伦比亚大学政治科学家和人权理论家布赖恩·巴里认为,“公共利益(public interest)是一种共同利益(common interests),也就是说,当且仅当一事物符合公众之中的每一个成员的利益时,它才是公共利益”^[4](第 295 页),而共同利益可定义为:“说两个人或更多的人具有共同利益即是说有两个政策 x 和 y,而从自己利益的角度来看,其中的每个人都选择 x 而不是 y”^[5](第 195 页)。这里值得肯定的是,那些直接有益于每个成员的利益当然属于公共利益,但如果只承认共同利益才是公共利益,则是一种理想性的公共利益观,它过于简单化而没有考虑复杂的现实社会。因为个人利益之间往往存在难以调和的冲突,能得到普遍承认的利益即使有(如国防与公共安全)但也很少,在通常情况下我们难以找到以同样的方式在同样的程序上影响所有人的“共同利益”。

2. 公众利益论。该观念认为,公共利益(the public interest)是指公众的利益(the interests of the public),决不能等同于公众中的每个人的直接个人利益。对于“公众”,加拿大达尔豪斯大学政府学教授布雷·布鲁克做了这样的解释:“具有特殊利益的个人、公司或比较小的团体是与‘公众’(the public)相对的,公众是作为这样一个团体,它向并不属于某一特定集团的任何人是开放的”^[5](第 130 页),也就是说,公共利益具有开放性(如道路和教育设施),其受益者不是封闭的特定集团,而是公众,即不确定的多数人。将一定地域范围内的“不确定的多数人的利益”^[3](第 186 页)作为公共利益的内涵,已经得到了广泛的认同。

3. 公共理性论。“公共利益”往往涉及到多数人与少数人的利益问题,但决不能说多数人的利益就必定是公共利益,“公共利益”还必须包含着价值判断。所以,美国政治学教授索拉夫指出,“公共利益的正当性并不取决于受益者的人数,而是取决于优先的理性或明智要求”^[6](第 626 页),公共利益中的公共性是指公共理性和公共价值,“它代表的是道德、效率、正义和传统”^[6](第 619 页)。多数人的利益并非具有当然的正当性,因而不一定属于公共利益。比如,当征用土地是为了大多数人的豪华休闲娱乐而置少数居无定所的贫困人口的利益于不顾时,该征用因缺乏公共理性和公共价值的支持而丧失了公共利益的性质。所以,在很多国家,将保护消费者权益、将政府为少数贫困者征地建房视为重要的公益事业,这反映了公共理性论已由公共利益的量的要求转向质的要求上,即由对不确定的多数人利益转向公民的生存权、福利、正义和尊严。

对于以上三种典型的解释,很难分辨谁是谁非。事实上,三种公共利益理论包含着三种不同的价值追求,共同利益论反映了西方古典时代强调国防与安全的警察国家理念,公众利益论体现了民主时代多数原则的要求,而公共理性论反映了二战后要求经济、社会和文化等积极权利的福利国家主张。可见,公共利益中的公共性是一个不确定的不断变化的概念。

从以上的分析可知,“利益”和“公共性”的内涵具有不确定性,因而由这两个概念所构成的“公共利益”概念也具有不确定性。但“公共利益”的不确定性是指因不同的主体需要和不同的社会发展条件而具有的多样性和可变性,而不是指在任何特定条件下都不可能获得确定性。否则,公共利益成为毫无意义的概念,并完全丧失对行政征用等行政行为的规范和限制作用。公共利益的不确定性并不是要求我们放弃公共利益判断,而是要求我们结合具体的社会经济文化条件来确定公共利益的内涵。那么,在现有的社会条件下,我们应该确立什么样的标准来认定行政征用中的公共利益?下面进行简要分析。

二、根据实质标准和形式标准认定公共利益

行政征用是行政机关以公共利益为直接目的,依法定程序强制获得他人财产或财产权利并给予补偿的行为。缺乏公共利益的征用是非法的;即使给予充分补偿,也不能取得合法性,所以,是否符合公共

利益是判定行政征用合法性的关键要件。那么如何认定公共利益?我们可以从实质标准和形式标准两个方面来判断,实质标准是指从内容上判定某一利益是否为公共利益的标准,而形式标准是指对公共利益进行认定的程序标准。

(一)根据实质标准认定公共利益

近年来,国内学术界更强调形式或程序标准而忽视实质或实体标准,似乎凡是经法定程序确认的公共利益就是真正的公共利益。但问题是,我们应该选择什么样的程序,程序本身并不能回答。不同的程序会导致不同的结果,人们对程序的选择不得不依赖于对某些特定结果的预期,即有意识地选择那些最可能导致符合某一特定实质标准的结果的程序。离开了实质标准,我们何以判断公共利益认定程序的正当性?何以证明特定程序所产生的某种结果真的符合公共利益?如果没有实质标准,我们将丧失认定公共利益的凭借,我们可以从以下方面确立公共利益认定的实质标准:

1. 以公共使用主体来认定公共利益。公共利益通常被限定为“公共使用”(美国宪法修正案第五条规定中使用的是“public use”)或“公共需要”(《法国人权宣言》第十七条规定中使用的是“public necessity”),然而,什么主体的使用和需要才是公共的使用和需要?通常有两类:一类是公共利益的代表性主体,即履行国家职能的机关或部门,如军队、政府、立法和司法机关等。这些机关是公共利益的代表者和维护者,保障这些机关存在和运转所必需的资源当然属于公共利益的需要,因此,为政府建设和国防而进行的土地或其它财产征用属公益征用。另一类是公众主体,也就是说,供众多的不确定的社会成员直接享用的利益属公共利益,如公共道路交通,公共卫生、科学文化教育及体育事业等公共设施,水利能源设施,文物古迹、风景名胜区及森林等保护事业以及其它增进不确定的社会成员福利的利益。

2. 以行政征用的直接目的认定公共利益。被征用的土地、房屋或其它财产只有直接用于公益(如直接用于国防、公共道路交通、公共卫生、科学文化教育、灾害防治和环境保护等)时,该征用才符合公共利益的条件。有两种情况需要分辨:其一,被征用物直接用于商业目的,服务于私人利益,而间接有益于公众利益,如招商引资,征用土地用于建造厂房、商业城或商品房。其二,既有直接的公共利益,也有直接的私人利益,如为电力公司、电信公司、煤气公司等公用企业的需要而征用土地或财产。第一种情况不属于符合公共利益的征用,因为任何私人的经济活动或商业性活动只要是合法的,客观上都会有益于他人或社会的利益^[3](第475页),如果为商家征用土地或财产也被视为公益征用,则私人利益与公共利益完全丧失了区别。所以,为商家的需要而征用,其征用的直接目的是为了商家盈利,公众作为消费者只是间接受益,则不属于公益征用。我们不能以扩大就业和发展经济为由而认为商业性征地也符合公共利益的条件。对于第二种情况,通常也不允许为公用企业采取行政征用手段,因为公共利益作为一种公共产品或公共服务具有非盈利性和共同福利性,非盈利性是指任何公共利益服务的提供者不得从中赚钱或获取好处。如果一项事业以盈利为目的,即使该事业客观上有助于社会公共利益的增进,也不能作为“公共利益”来认定,而只能视为商业性的盈利事业,盈利性事业只能根据平等、协商和公平原则通过市场机制来运作,而不宜采用强制性的行政征用。

3. 采用包容性和排他性列举的立法形式。有些西方国家对行政征用的公共利益要件只做了原则性的规定,并没有通过法律对公共利益做出更具体的解释和详尽的列举,但这些国家并不担心由此而带来的行政机关征用的过大自由裁量权,因为这些国家往往还存在权力制衡、司法独立和司法解释权等配套设施以抑制行政权的滥用。

但在中国权力较为集中的体制之下,对公共利益只做原则性的规定显然是不够的。但我们又很难给公共利益确定一个精确的操作性的定义,比较可行的方法就是通过立法对公共利益进行列举,列举必须具体而明确,而不可模糊而笼统。如我国过去界定一般土地征用的标准和条件为“国家进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业”,这样的规定过于笼统,无法作为征用决策的真正依据,而2004颁布的《土地管理法》则通过列举法进一步明确了土地划拨的范围,该法第54条规定:“国家机关用地和军事用地;城市基础设施用地和公益事业用地;国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地;法律、行

政法规规定的其他用地”,这种列举式立法就具有了可操作性。

对于行政征用的公共利益条件,我们也可以采用这种列举式立法的形式予以明确,尽管列举本身并不能穷尽公共利益的全部外延,但至少可以表明公共利益的主要范围和基本方向,从而在一定程度上对行政征用起着限定和规范的作用。

对公共利益的列举可采取包容性和排他性两种形式,包容性列举就是列举出所涵盖的各种对象,排他性列举就是列举出容易被误用但实际上并不属于其涵盖范围之内的对象。对公共利益进行包容性列举时,我们可以同时吸纳前面所讲的共同利益论、公众利益论和公共理性论的主张,即凡有助于所有社会成员的利益、不确定的多数公众的利益以及弱者和贫困者生存和福利需要的都属于公共利益。因此,我们可以对公共利益的内容做出这样的列举:(1)国防军事。(2)公共交通,如道路、机场、桥梁、码头等。(3)国家机关及其他公共建筑物建设。(4)公用事业,如给排水、灾害防治、环境保护、公园、公共图书馆。(5)科学、文化、教育和公共卫生。(6)对贫困者的救助和慈善事业,等等。

除以上包容性列举之外,还应该采用排他性列举,将经常被滥用的形式列举出来明确禁止。如禁止商业性征用,禁止政府为了自身的特殊利益而非履行职能的需要而进行的征用,等等。

(二)根据形式标准认定公共利益

对公共利益的认定不仅要以实体法中所规定的实质标准为根据,而且要符合程序法上的形式标准。既然行政征用所主张的公共利益是对私人利益的限制和克减,就应该通过利益当事人参与等一系列正当程序来监督这种限制和克减的正当合法性。特定的行政程序和司法程序构成了公共利益认定的形式标准。

1. 行政程序。对行政征用是否符合公共利益目的的判断并不是行政机关一方自由裁量的问题,必须确保被征用的利益当事人的知情权、参与权和异议权。为此,对公共利益的认定必须遵循如下行政程序:(1)调查与审批。只有通过监督机关的严格调查和批准才能启动行政征用。(2)通告。即预先通知当事人,使之参与征用的合法性判断。(3)价格评估。为保证赔偿标准的公平性,由利益受损当事人和政府共同指定的评估机构根据实际损失赔偿原则,进行价格评估。若双方不能形成一致意见,则由法院指定评估机构。若评估有误,评估机构应承担损害赔偿责任。(4)举行听证会。听证程序能给征收方和被征收方提供一个公平发表意见的机会,有助于规范行政行为,防止滥用征收权。听证会应当由政府、利益受损方代表和独立的第三方专家参与,政府部门和受益方代表对于征用的公共利益目的承担举证责任。对于行政征用的公益性证明必须坚持充足理由原则,如为政府大楼建设而拆迁民房时,必须证明该大楼是直接为履行政府职能的办公所用,如果以修建培训中心之名而实际上更多的是用于娱乐和商业目的,则该征用不属于公共利益所需。即使直接用于政府机关办公等公共利益的需要,也要有充分理由说明为何征用此地而不是其它地段。(5)行政复议。如果被征用方与政府在关于征用的合法性或补偿额度上存在分歧,则进入行政复议程序。

2. 司法程序。司法程序是确保财产征用的公共利益性质,从而防止行政机关滥用征用权的最后一道防线。当被征收方认为征收行为并不具备公共利益的目的性要件,或者没有得到适当的补偿时,若行政复议等行政程序仍无法解决,则被征收方有权向法院提起诉讼。法院通过对公共利益的司法解释来裁断行政解释争议。当拥有行政权的行政组织与处于弱势地位的公民之间发生争议时,作为中立的仲裁者的司法机关对公共利益享有权威性的解释权是至关重要的。司法程序对行政征用的合法性的维护表现在两个方面:(1)通过对公共利益的司法解释来裁决具体征用行为的合法性;(2)通过对公共利益的宪法解释来审查有关行政征用的法律、法规和规章的合宪性,从而使公共利益对行政征用构成有效的法律约束。

以上探讨了从实质标准和形式标准上认定公共利益,这些认定标准使公共利益的抽象宪法原则获得了具体内涵,我们应该通过《行政程序法》、《行政征收法》、《行政补偿法》等单行法律来反映这些具体内涵,从而为我们判断行政征用是否符合公共利益提供明确的法律根据。

注 释:

- ① 《法国人权宣言》第十七条规定,“财产是神圣不可侵犯的权利,除非当合法认定的公共需要显然必需时,且在公平而预先补偿的条件下,任何人的财产不得受到剥夺”。美国宪法修正案第五条规定,“非经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;非经公平赔偿,私有财产不得征为公用”。日本国宪法第二十九条规定,“财产权不得侵犯。财产权的内容,应由法律规定以期适合公共福利。私有财产在正当的补偿下得收归公用”。
- ② 台湾学者陈新民在其《德国公法学家基础理论》中(第182页)指出,公益内容的不确定性本身就是公益概念的特征,这主要表现在利益内容的不确定性和受益对象的不确定性两方面,该观点已经被众多学者广泛引用和接受。

[参 考 文 献]

- [1] Friedrich, Carl J. *Constitutional Government and Democracy* [M]. Boston: Jinn and Company, 1950.
- [2] Bentham, Jeremy. *A Fragment on Government and An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* [M]. Oxford: Wilfrid Harrison, 1960.
- [3] 陈新民. 德国公法学基础理论:上册[M]. 济南:山东人民出版社, 2001.
- [4] Benditt, Theodore M. *The Public Interest, Philosophy and Public Affairs* [J]. 1973, 2(3, Spring).
- [5] Barry, Brian. *Political Argument* [M]. New York: Humanities Press, Inc., 1965.
- [6] Sorauf, Frank J. *The Public Interest Reconsidered* [J]. *The Journal of Politics*, 1957, 19(4, Nov.).

(责任编辑 叶娟丽)

On Identification of the Public Interest in Administrative Requisition

SHEN Jianlin

(Law School, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430073, Hubei, China)

Biography: SHEN Jianlin (1966-), male, Doctor, Associate professor, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in Western political thought and legal thought.

Abstract: The public interest provides the legitimate basis for the administrative behavior such as administrative requisition. The concept of the public interest, however, has not been interpreted explicitly and specially in Chinese laws and administrative codes. In principle, the meaning of the public interest is indefinite, but we can make use of various interpretations such as the common interest, the public interest and the public reason, and make the legal essential and formal criterion for judging the public interest, thereby restrict administrative requisition effectively.

Key words: administrative requisition; legitimate; public interest