

行政裁量的界限与公共利益

刘春萍

(浙江大学 法学院, 杭州 310028)

摘要: 公共利益是贯穿于整个公法领域的重要法律概念, 为所有国家行为提供合法性理由。但由于公共利益概念的不确定性, 在解释其内容时往往要诉诸于行政裁量。当今宪政国家要求行政裁量行为遵守内外界限, 而此种界限映射到公共利益上即表现为法定性以及合理性和程序性。

关键词: 公共利益; 行政裁量; 比例原则; 正当程序原则

中图分类号: D12.1

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2006)06-0014-04

一、行政裁量行为之界限

就法治主义的立场而言, 当法律授权行政主体行为之际, 若能将所有行政活动的要件与效果均以明确概念规定, 固属理想状态。然而社会事物的复杂多样, 使得将行政过程全部加以明确拘束成为不可能。因此, 法律允许行政主体在授权范围内有决定与选择的自由, 即裁量的余地, 此即为“行政裁量”存在之理由。

“裁量”虽意味着在法律所未及之范围内, 行政享有某种程度的决定空间, 但仍应受法律的约束。而所谓“法律”, 乃指由各种形式的法律规范所构建形成的统一法秩序。当今宪政国家普遍要求行政裁量行为行使时应遵守其内外界限。在外部界限上, 不得逾越裁量权, 亦不得有其他违反法律之情形。在内部界限上, 不得滥用裁量权, 或有裁量不足、考虑不周或权衡不当之情形。故裁量并非行政的任意与恣意, 而必须是“合义务”之裁量或“受法约制”之裁量。^[1]进入福利国家之后, 随着政府职能的日益扩大, 现代行政中行政裁量行为占据了越来越重要的地位。与此同时, 其也正成为行政滥权的“最好”借口。因此行政法学家史华兹才会感慨, 行政法如果不是控制自由裁量的法, 那它又是什么呢?

二、行政裁量行为与公共利益之间的关系

裁量并非恣意, 在裁量的过程中行政主体尤须顾及公共利益之考量。因为在以依法行政为核心的现

代法治国家中, 法律的指定、执行和公权力的行使都以公共利益的实现为其终极目标, 公益事实上是贯穿于整个公法领域的重要的法律概念。德国公法学大师凯尔森(Hans.Kelsen)曾说:“整个法律制度不过是公益之明文规定。”^[2]此即公共利益概念之意义体现。“由最高位阶的宪法以降, 所有国家之行为——立法、行政、司法, 皆广泛使用公益作为其行为‘合法性’的理由以及行为之动机”。^[3]由于现代行政法中行政裁量行为地位的上升, 公共利益原则的上述意义即主要体现在对该种行为的法律限制上。行政主体行使自由裁量权必须遵循公共利益原则, 必须以是否为公共利益所需要, 是否有利于促进公共利益的实现, 作为是否行使自由裁量权以及如何行使自由裁量权的根本标准; 尤其是公共利益与私人利益发生矛盾、需要对私人利益作出限制时, 行政主体应当将真正的公共利益摆在优先位置, 只有这样, 才能保证行政权力的效能和效率, 才能最终促进私人利益。

反之, 公共利益概念具有歧义性和不确定性, 即使在法治健全的国家, 公共利益也被视为“最不确定的概念”。虽然一些国家在相关法律中对公共利益做了列举式规定, 但是作为一个动态概念, 公共利益之内容会随着国家任务范围之扩充, 以及民主理念、基本人权保障等之实践, 而改变旧有的内涵, 形成新的内容。因此必须以一个变迁中的社会之各种因素作为考量的价值标准, 而这种公益的价值标准之取舍又只能在个案中确定。故在实际操作中, 确

收稿日期: 2006-05-09

作者简介: 刘春萍(1981—), 女, 辽宁沈阳人, 宪法学与行政法学04级博士研究生, E-mail: sylcp@zju.edu.cn

如日本的《土地收用法》第3条列举了35项共49种可予以行政征用的具有公共利益性的事业。韩国《土地征收法》第二条也列举式规定, 公益事业指(1)有关国防、军事事业;(2)铁路、公路、河川、港口、上下水道、电气、燃气、广播、气象观测等建设事业;(3)国家或地方共同团体设立的办公场所、工厂、研究所、公园、市场等建设事业;(4)国家或地方公共团体指派的建设者, 由他们所进行的住宅建设事业或住宅用地事业;(5)根据其他法律可以征收或使用土地的事业。

之所以必须采取“在个案中之法益衡量”的方法, 如前所述, 正因为缺乏一个由所有法益及法价值构成的确定阶层秩序, 由此可以像读图表一样获得结论。参见拉伦兹著, 陈爱娥译:《法学方法论》, 台湾五南图书出版社1996年版, 第313页。

定公共利益的过程本身恰恰是一种裁量的过程。对此,有学者认为公共利益是法定的利益,不是行政自由裁量的利益。[4]前半句无可厚非,体现了公共利益的法定性,但后半句却似乎不是很妥帖。不能因为实践中存在“恶意地扩大或缩小相应不确定用语的内涵和外延”之现象,就否定解释公共利益过程中的裁量。“法定性”与“裁量性”并不矛盾,它只是发生在不同阶段。而承认实践中行政主体的裁量,也恰恰可以更好地对其加以规范。

因此,我们得出结论:行政裁量行为受到公共利益原则的约束;确定公共利益原则的过程本身又是一种行政裁量。

三、借助行政裁量行为的内外界限来界定公共利益

公共利益的内容必须弹性地由社会、国家法秩序的价值概念来决定,其没有一个放之四海而皆准的内涵。而由于公共利益被普遍运用为限制人民基本权利之理由,因此这种不确定性具有相当危险,往往会成为行政主体滥用权力,侵犯人民权利之口实。既然行政主体使用公共利益概念、确定公共利益内容的过程很大程度上是裁量的过程,那么我们不妨用行政裁量行为的内外界限来界定公共利益。

(一) 由谁来规定公共利益

从外部界限上看,行政裁量行为不得逾越裁量权,亦不得有其他违反法律的情形。这就提出了一个问题:由谁来规定公共利益?虽然行政主体在运用公共利益概念时可以有一定程度的裁量,但是公共利益本身必须只能由法律予以规定。行政主体必须在法律规定的授权范围内对公共利益作出解释,不得越权。

1.由哪个主体来规定公共利益,这一问题可以称为公共利益要件的“形式标准”——按照这一标准,在确认公共利益时,应当以宪政框架下的民主决策程序限制权力的恣意行使。因此,公共利益,作为科以相对人义务的行政行为的合法性依据,应该由立法机关通过代议民主程序进行界定,而这也正是民主立宪之精神所在。

要避免利用公共利益这一不确定的概念侵犯个人权利、损害公共利益本身,对于立法者,应该促使公益概念法制化,遵从宪法所确认之价值决定,积极

地以法律来达成之,这乃是公益内容具体化之最寻常及有效的方式。^①宪法所保障的人民之自由权利,若需限制或要赋予义务,都需要经人民选出的民意代表以合意的方式同意。因此,宪法通常规定只有立法机关通过立法的方式来界定公共利益才具有合法性和正当性。只有立法机关通过法律才能够设定公益条款来限制公民的基本权利,此谓之法律保留。

2.立法机关应该如何规定公共利益,这是一个界定方式的问题。概括地说,立法机关在界定公共利益时应当注意以下三点:

第一,取直接设定与间接设定相结合之方式。所谓直接设定,是指法律直接设定公共利益。即前面所述列举的方法。然而现实生活的纷繁复杂,使得上述列举方法永远不会穷尽。况且“公共利益”作为一个规范性概念而非描述性概念,在运用过程中总是需要评价。因此其本来的含义,只有适用到一个具体案件中时,才能发现。故而,除了立法机关对公共利益内容的实体规定之外,适用此一概念的机关也必须有所规范。因此还要有间接设定。所谓间接设定,是指法律不便直接设定公共利益,而是为行政机关判断公共利益设定标准,授权行政机关依照这些法定标准判断公共利益。

第二,应当实体与程序并重。一方面,就公共利益的范围和种类等实体问题,立法应当加以尽可能明确的设定;另一方面,由于公共利益的实体问题十分复杂,实体规定难以穷尽,因此立法可以通过规定公共利益的界定标准或者应当遵循的正当程序等方式,保证公众广泛参与立法过程和行政过程,通过程序理性来实现实体正义,弥补实体法规定的不足。

第三,注重授权与控权平衡。立法要在授权行政机关采取合法、合理的方式实现公共利益的同时,建立健全行政权力监督和公民权利救济的机制,以防止和纠正行政机关借口公共利益侵犯公民、法人和其他组织的合法权益。

(二) 如何来实施“公共利益”

从内部界限来看,行政裁量行为不得滥用裁量权,或有裁量不足、考虑不周或权衡不当之情形。这就要求行政主体在使用“公共利益”概念作为其行为合法性理由之时,必须遵守如下原则:比例原则与正当程序原则。

1.要有合理性,即应当遵循比例性原则。^②由于

^①我国学者在将公共利益内容法律化方面也正在做积极的努力。以梁慧星教授为首起草的《物权法草案》中即提到:“所谓公共利益,指公共道路交通、公共卫生、灾害防治、科学及文化教育事业、环境保护、文物古迹及风景名胜区的保护、公共水源及引水排水用地区域的保护、森林保护事业,以及国家法律规定的其他公共利益。”

^②除行政主体应当遵循该原则外,法院在审查“公共利益”的时候,也应该用比例原则进行衡量。在德国宪法法院进行法益衡量之时,比例原则就得到了淋漓尽致地运用。如涉及职业选择自由与公众健康的“药房案”,及涉及言论自由与工商活动利益的“路特案”。详见拉伦兹著,陈爱娥译:《法学方法论》,台湾五南图书出版社1996年版,第314-316页。

一种公共利益的实现经常是以其他公共利益和私人利益的减损作为代价的,因此行政主体在实践中就要对局部公共利益与整体公共利益、短期公共利益与长期公共利益加以权衡;对可能减损的私人利益与可能增长的公共利益加以权衡;对实现公共利益的不同方式加以权衡。而在诸种利益之间进行衡量之时,遵循比例性原则将使恣意得到限制。一般意义上所言的“比例原则”,通说认为包括妥当性原则、必要性原则以及狭义比例原则。妥当性原则要求手段可达到目的。必要性原则是指在前面的妥当性原则已获肯定之后,在所有能够达成立法目的之方式中,必须选择对公民权利最少侵害的方法。狭义的比例原则,或称均衡原则,则要求一个措施虽然是达成目的所必要的,但是,不可以给公民造成过度负担。^[3]因此在运用公共利益作为限制公民权利的理由之时,行政主体首先应当判断采用该种手段(如征收、征用)之后,是否能够满足被选择、并被确定为优位的公益;其次该种手段对私益的侵害是否属于诸多手段中的最小;最后是通过该种手段获得的公益是否大于(不能等于)其所带来的损害。^[4]

2.具有正当性,即重视正当程序原则。从实体的角度来看一种利益是否具有公共性,以及该种公共利益与其他利益之间何者为优,这些过程都是一种利益衡量过程。而衡量所具有的相对性使得不同的主体之间要达致完全相同的结论几乎是不可能,因此我们需要程序之正当性来予以弥补。此外,公共利益的界定事关广泛的公众利益,故广泛听取、充分尊重公众意见,保证公共利益界定基于广泛的民意之上也完全是题中应有之意。所以,遵循正当法律程序——在程序中形成公共利益,是对不确定性的最好限制。从完整意义上讲,公共利益的确认程序可以包括立法、行政以及司法三个方面。根据外国征用土地的经验,一般首先都是征用者与被征用者的协商程序和听证程序。如果协商不成,还有对征用者的起诉程序,以充分保证被征用者的合法权益。例如法国,其公益征收的复杂程序令人注目。法国行政法上将征收的程序分为行政程序和司法程序两个阶段。行政程序主要为了解决两个问题:一是审批征收的目的,二是确定可以转让的不动产。而对于行政机关

的决定,相对人及利害关系人不服都可以向行政诉讼法院提起诉讼。行政诉讼通过审查公用征收的目的是否符合公共利益的需要,形成了许多有关公共利益含义的判例,对于明确公共利益的范围起了重要作用。^[6]

四、司法机关的作用

行政裁量行为与行政羁束行为的不同之一,在于前者接受行政审查和司法审查时,范围上受到限制。但是现代宪政理念要求,有权力侵犯权利的地方,就要有司法救济。自魏玛宪法以降,司法机关在限制行政权利、维护个人权利方面的作用已被大多数现代法治国家所认可。逐渐扩大对自由裁量行政行为的司法审查范围,已经是当今各国行政法发展的趋势。尤其在解决公共利益内涵这样具有争论性的问题时,更应该由司法权力作为最终的解释第三方。公共利益概念虽属于行政主体自由裁量之范畴,其必须接受司法审查。当法律或行政行为对权利进行限制时,由法院通过综合地比较和权衡该限制的目的、必要性、内容、其所限制的权利种类、性质以及限制的程序等多方面的要素,来判断该限制是否符合“公共利益”,是公民权利保障的最后也是最有效的一道防线。

当下我国,违宪审查机制没有确立,行政行为的合理性又不可以提起行政诉讼。在此种情形下,大量“不合理”的自由裁量行政行为对公民之基本权利造成侵害,而公民的救济途径却十分有限。例如行政机关利用公益作为理由限制甚至侵犯权利之时,相对人和其他利益相关人对“公共性”的质疑就无法提起诉讼。公共利益概念虽属于行政主体自由裁量的范畴,但是其应当接受司法审查。当法律或行政行为对权利进行限制时,由法院通过综合地比较和权衡该限制的目的、必要性、内容、其所限制的权利种类、性质以及限制的程序等多方面的要素,来判断该限制是否符合“公共利益”,是公民权利保障的最后也是最有效的一道防线。

我国现行宪法和法律关于“公共利益”的规定有:《宪法》第十条:“国家为了公共利益的需要,可以

程序性保护最为有效的莫过于美国。美国的公用征收概念最初源于宪法第5修正案,规定“任何人不得未经正当法律程序被剥夺生命、自由或财产,私人财产非经公平补偿不得加以征收作公共使用。”随着时代的变化,这种将征收的目的限定在“公共使用”已不能满足现代福利国家的需求,美国联邦最高法院通过一系列的判例,将“公共使用”扩张解释为“公共利益”、“公共福祉”、“公共目的”、“公共需要”等。然而在正当程序、公平补偿以及完善的诉讼机制的保护下,公民个人权利并没有因此而肆意侵害。

各国对于公共利益这一不确定性法律概念是否接受司法审查的态度随着时代的变迁而有所变化。这一点从德国联邦行政法院对公共利益概念不享有审查权到有限审查、再到全面审查的变化即可看出。

其实在实践中老百姓更关心的是事后补偿是否合理。例如行政征用中,如果征用补偿令人满意,则基本不用出现什么纠纷。而对补偿金数额有异议的,根据相关法律可以使用司法手段解决。即便如此,实践中相对人对征地安置存在异议,却往往是寻求上访或其他途径。有学者在论文中提到,查阅1992—2001年的《中国审判案例要览》,没有发现一例有关被征地农民对征地安置发生的争议。详见凌维慈:《我国土地征用中的生存权补偿——以乙村为研究对象》,《行政法论丛》第7卷,法律出版社2004年版,第184-222页。

依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。《宪法》第十三条：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”《土地管理法》第二条：“国家为公共利益的需要，可以依法对集体所有的土地实行征用。”《土地管理法》第五十八条：“有下列情形之一的，……可以收回国有土地使用权：（一）为公共利益需要使用土地的；……”以及《城市房地产管理法》第十九条：“国家对土地使用者依法取得的土地使用权，……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，……”可见“公共利益”概念的运用基本体现在行政征收和行政征用之中。因此以行政征用为例，根据我国目前的法律规定，司法机关无权对土地征用的目的进行司法审查，对征用行为的目的审查只存在于行政审批程序中，行政主体审查征用的目的是否具有公共性时，主要依据是申请者提供的建设项目计划任务书和可行性研究报告，这种审查缺乏公开性和透明性，其可信度较

低，也因此容易引发行政主体与被征用者的冲突。对此，我国应该借鉴其他国家经验，赋予司法机关一定的权力，对土地征用目的之公共性进行审查。当事人因对公用目的发生争议，不服批准决定的，可以向法院提起诉讼，法院如认为该征用行为能够促进与公民生存和发展所必需的利益的增长，则认定符合公共利益原则，否则判决征用行为违法，依法撤销该征用决定。

五、结语

如果说公共利益这个不确定性概念的判断标准存在客观性的话，那么所谓“客观”即指由大多数人之评价而产生，在现代民主法治国家中，此客观标准即为法律秩序。因此无论是比例原则、正当程序原则亦或司法审查原则，真正对行政主体解释公共利益这一行政裁量行为构成限制的，乃是宪法统辖下所形成之法秩序。

参考文献：

- [1] 城仲模.行政法之一般法律原则[M].台北:三民书局,1997:169.
- [2] 林腾鹞.行政法总论[M].台北:三民书局,1998:81.
- [3] 陈新民.德国公法学基础理论[M].济南:山东人民出版社,2001:182.
- [4] 张武扬.公共利益界定的实践性思考[J].法学,2004,10:21
- [5] 朱新力,黄金富.论公共利益[J].浙江工商大学学报,2004,5:45.
- [6] 王名扬.法国行政法[M].北京:中国政法大学出版社,1989:354-382.

The Limits of Administrative Discretion and Public Interests

LIU Chun-ping

(School of Law, Zhejiang University, HangZhou 310028)

Abstract: Public interests run through important legal concepts in the whole public law field, and it offers legitimate reasons for behavioral patterns. Because of the uncertainty of the public interests concept, it often appeals to administrative discretion when explaining its content. At present constitutional government requires the behavior of administrative discretion observe internal and external demarcation lines, and the demarcation lines of public interests show as getting legal and rationality and procedural.

Key words: Public interests; administrative discretion; principle of proportionality; principle of due procedure

[责任编辑:箫姚]

在法国和美国,对土地征用的目的均可以进行司法审查。