

mso-spacerun: 'yes';">（二）若不责令甲公司退还土地，国土局将承担不依法履职的责任

国土局认为，《中华人民共和国土地管理法》第七章第七十六条明确规定：“未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；对非法占用土地单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”甲公司未经批准非法占用土地的事实客观存在，按上述规定，行政管理部门只能责令其退还土地。行政处罚决定本身并不直接针对双方的《出租合同》，亦不包含任何剥夺甲公司合法的土地经营权的动机，但若以不给当事人合法权益造成损害为由而不作出责令退还土地的决定，国土局将可能因未依法行政而被追责。

根据双方的诉辩及行政与司法的实务来看，本案中有三点是明确的，一是甲公司合法取得了土地的经营权，其权利依法受到保护；二是其在该土地上的建设行为属于《土地管理法》第七十六条中规定的未经批准，非法占用土地的情形，应当按该规定进行行政处罚；三是若按上述规定责令甲公司退还土地，则其合法的土地经营权将丧失，与丙组的《出租合法》也无法继续履行（行政实务中，《土地管理法》第七十六条本身颇具争议，包括退还非法占用土地应退还给谁、如何执行等均存在不同的理解，主流观点认为，土地退还对象应为拥有土地所有权的村、组，但因缺乏相应操作细则，实践中行政管理部门作出退还决定后往往并未实际执行）。通俗地讲，是甲公司合法的土地经营权中了国土局依法行政的“躺枪”。那么，依法行政的履职行为会造成合法民事权益的损害，会导致合法有效的合同无法履行，且权益受损的行政相对人无法得到任何的补偿，这样的结论符合法治的精神和立法的本意吗？行政机关在作出损益行政行为时，面对可能因该行为而遭受损害的合法私益，是尊重克制，还是置之不管？面对该种情形，行政机关怎样依法行政才契合立法的本意？

二、以公、私法的视角聚敛域外经验

以笔者粗陋的见识，确未能更多地收集到可资借鉴的现成的域外经验，因此将损益行政行为归入公法领域，将合法的民事权益归入私法领域，从域外公、私法理论的角度来研究本文所提出的问题，成了一项较为现实的选择。

（一）尽管公、私法的发展在不同的历史阶段有所不同，但对私法权的尊重一直是支撑西方社会的重要基石

公法与私法是大陆法系国家法的基本分类，起源于古代罗马法。罗马法学家乌尔比安首次提出了公法与私法的区分。

“公法是关于罗马国家的法律；私法是关于个人利益的法律。”这是这位法学家在《学说编纂》中对公、私法所下的定义。作为简单商品经济日盛的城邦国，私法的发展远远强于公法，以致于后世所称罗马法，一般是指私法。

正如达维所言：“事实上，仅仅私法才是许多世纪以来人们认真注意的对象，公法仿佛是个徒有其名、无用的甚至是危险的对象。”

2

在此种背景下，体现到具体制度上，罗马法开始形成合法财产不受非法侵害、公平交易等原则，公法与私法之间并无过多交集，其对个人利益的尊重和维护使得罗马帝国的多元社会结构保持长期的相对稳定。

3

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84

85

86

87

88

89

90

91

92

93

94

95

96

97

98

99

100

style="font-family: 仿宋_GB2312;">风能进，雨能进，国王不能进”，这句从老威廉&mdot;皮特国会演讲中演变出来的法谚，正是这一准则最有力的注解。</p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;">20世纪前后，不断发生的经济危机重创西方世界国力，也开始推动主要的资本主义国家由自由资本主义发展到垄断资本主义。这一过程破坏了自由竞争的经济秩序遭，资源分配越来越不公平，贫富差距、劳资纠纷加剧社会矛盾。这样的背景下，政府仅作为“守夜人”的角色已经不能维持社会的正常运转，公权力对宏观经济调控成为必然，公法的触角开始伸向私法领域。到了当代，公法、私法之间不断交融，私法公法化开始成为一种较为常见的现象，公民的私益在一定条件下要服从公共利益的需要。即便如此，各国仍充分强调公权力对私有财产的足够尊重，在法律制度往往会设计两者之间的防火墙，如美国《人权法案》的第五条规定：“在任何刑事案件中不得强迫任何人自证其罪，未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。1946年11月3日颁布的《日本国宪法》规定：“财产权不得侵犯。财产权之内容应由法律规定，以期适合于公共之福祉。私有财产，在正当的补偿下得收归国家。”</p><p class="p0" style="margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;">从公、私法发展的上述三个重要时期来看，虽然两者在不同的历史阶段，所处地位不尽相同，但公权力对私益的绝对尊重始终贯穿其中，究其原因，笔者认为有以下两点：一是从经济学的角度讲，无论是原始的商品经济还是发达的市场经济，维系其运转的根本前提是财产归属的稳定性，没有这样的前提，整个国家的经济制度必然崩溃。二是从社会学的角度看，私有财产不受侵犯，是每一个独立个体的天然需求，是稳定社会秩序的基础。正因为如此，早期美国人意识到法律的首要目标便是维护财产权，甚至认为建立共和国便是为了确立财产权的最高地位，因为如果个人不享有财产权，人身权便没有实际的内容。4</p><p class="p0" style="text-align: left; margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;">（二）严格限定公权力的界限，最大程序限缩其对私益的侵蚀</p><p class="p0" style="text-align: left; margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;">罗斯科&mdot;庞德认为，社会资源的有限性决定了权利的主张和利益的需求必然会彼此重叠和相互冲突。随着当代的公、私法开始由两个独立的、界限分明的两个法律部门，逐渐呈现相互渗透、交融的发展方向，两个领域中的公益与私益也不避免地会出现交集，发生冲突。虽然西方资本主义国家去除近代宪法对私有财产权“神圣性、绝对性”的规定已成为不争的事实，但其现代宪法对私有财产权的保障制度依沿袭了近代宪法保障私有财产权的基本精神和合理内核5，公权力对私益的损害，被尽可能地压缩在有限的空间里：</p><p class="p0" style="text-align: left; margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;">首先，各国均在宪法中明确对私益的限制仅在公共利益有必需之时。而对于公共利益的界定，各国或由议会制定法律直接规定，或由法院通过判例对公共利益作出诠释，绝对杜绝公权力在该问题上的随意性。如日本在与土地征收相关的法律法规中穷尽性地列出了所有35种可以发生土地征收权的公益事业，并且几乎每种公益事业均相应有一部法律约束政府没有任意行政权，法律条款的规定中既没有但书条款，也没有保留条款。6</p><p class="p0" style="text-align: left; margin-top: 0pt; text-indent: 21pt; margin-bottom: 0pt;">其次，实施公权力时，对待私益要

有谦抑的态度。要符合利益衡量的原则，在不能得出公权力实施的公益回报远高于对私益的损害的结论时，不得为之；要给予受损私益公平的补偿，

有权利损害必有救济，

体现

现代

法治的基本精神

；要遵循正当的法律程序，保证公权力实施的公开透明，给予当事人充分的话语权和畅通的救济途径。

三、我国的法律制度要求公权力尊重合法私益

前文从公、私法的角度阐述了西方国家公权力面对私益的谦抑，作为以社会主义法治国家为发展目标的中国，虽然立法上并不存在公、私法的划分，但尚处的社会主义初级阶段的客观现状决定了我国在诸多方面依然有着与西方国家类似的土壤：首先是我国实行社会主义市场经济，具有市场经济的一般属性，财产权属的明晰与稳定同样是其正常运转的重要基石，如果允许公权力对私益的随意侵害，将会造成经济制度的严重破坏。其次，随着社会的进步，个体意识的觉醒，个人的权益在社会层面变得越来越重要，这是人类天性的必然体现。

孟子

的

无恒产者无恒心

荀子

，正印合着罗马教皇庇护十二世的

如果个人被剥夺了获取财富的希望，还能向他提供什么自然的刺激物呢？

马克思在其著作中也阐述了

人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关

的思想。

因此，维护稳定的社会秩序，构建和谐社会，同样要保证私益不受公权力的随意侵害，这一点也充分地体现在我国的法律制度中。

（一）《宪法》中的私益保护

我国

2004年《宪法修正案》将宪

法序言第七自然段中

在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论指引下

修改为

三个代表

重要思想指引下

三个代表

重要思想成为全国各族人民共同奋斗的方向指引。

三个代表

重要思想发展观的价值取向是坚持以人为本，而以人为本则要求社会的发展必须以人为核心和基础，要

保障人的安全，满足人的基本物质需要，促进人的健康。

同时，《宪法》第十三条规定：

公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。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。

该条明确了国家对合法私产的保护，其中为公共利益需要可以征收、征用的规定，与西方多数国家宪法中对私产保护条款的规定在表述上并无二致。这条规定用江平在《百年转型》电视访谈中的话来讲，就是

不涉及公共利益、也没有侵犯别人权利的情况下，私权就是神圣的。

（二）基本法律对私益保护

2007年

10月

1日起施行

的基本法律《物权法》可以说是本世纪来最受社会关注的一部法律，

也可以说是民众最期待的法律。这部法律中被人们寄予厚望的，是第四条的规定，即“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”人们希望这条规定能够成为保护自己财产权的有力武器，这也使得拆迁户手持《物权法》抗拒暴力强拆的新闻图片不时见诸于网络媒体，刺激着公众的神经，令人印象深刻。

我国经历了从计划经济过渡到社会主义市场经济的过程，在长期的计划经济时期，个人权利不被重视，强调的是服从公共利益，公权力侵犯私益的现象大量存在。随着国家经济的发展和社会的进步，人们要求个人权利得到尊重和保护的呼声越来越强烈，而将保护私产的规定引入《宪法》及《物权法》的出台，正是对这种强烈呼声在法律制度上的回应。因此，在法治理念深入人心、法律制度趋向明确的当代中国，公权力对个人权利必须保持足够的尊重，合法私益遭受公权力的损害而得不到任何救济，这已完全背离了社会的共同认知。

四、损益行政行为应履行对合法私益的克制义务

本文所探讨的损益行政行为，与授益行政行为相对应，是公权力行使的一种重要手段，是指剥夺、限制行政相对人人身、财产权益，给相对人设定了义务和负担，从而影响了相对人的人身自由、财产权利的行政行，如行政处罚、行政强制、行政征收、行政征用等。

行政机关作出损益行政行为时，面对可能因其行为而受到损害的合法私益，应秉持怎样的态度呢？

（一）尊重合法私益使其不受非法侵害，是行政机关作出损益行政行为时应当履行的法定义务

无论从西方公、私法理论的角度，还是我国《宪法》、《物权法》的规定，强调公权力对合法私益的尊重和保护是文明世界的共通之处，也是法治精神的应有之义，作为公权力重要构成的损益行政行为当然无法例外，而从我国相应部门法的规定来看，这也是法律明确规定和行政机关的义务。

需要说明的是，典型的损益行政行为包括行政强制、行政处罚、行政征收和行政征用，征收、征用行为的存在目的就是直接减损合法私益，而本文所讨论的问题在于，损益行政行为实施的目的并非减损合法私益，合法私益的损害是实施损益行政行为带来的“副作用”。鉴于此，我们对相关部门法的分析，仅限于《行政强制法》和《行政处罚法》。

《行政强制法》第一条规定：“为了规范行政强制的设定和实施，保障和监督行政机关依法履行职责，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人和其他组织的合法权益，根据宪法，制定本法。”

《行政处罚法》第一条规定：“为了规范行政处罚的设定和实施，保障和监督行政机关有效实施行政管理，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益，根据宪法，制定本法。”

两条规定的内容重合度非常高，内容上与其他法律相比也并无特殊之处，但损益行政行为是单向减损相对人权益的一种具体行政行为，在规范此类行为的法律中开宗明义地把“保护公民、法人或者其他组织的合法权益”作为立法目的，笔者认为其中仍有值得咀嚼的地方。将两部法律保护的“合法权益”理解为行政相对人享有在行政强制、处罚过程中的陈述、申辩、救济等程序权利，当然是顺理成章的一种诠释，但将这种权益仅限于此则是狭隘的。法律的基本价值是限制权力滥用，保障合法权益，这种权益既包括人身权、财产权等实体权利，也包含陈述、申辩、救济等程序权利。因此，以损害权益为目标的《行政强制法》和《行政处罚法》，同样也要将“保护公民、法人或者其他组织的合法权益”作为立法目的，行政机关在依法作出损益行政行为时，保持谨慎克制，保证合法私益不受该行为侵害，是其应当履行的法定义务。

（二）行政机关履行私益克制义务的法律适用

前文案例中提到，国土局主张其若不责令甲公司退还土地，则属未按《土地管理法》第七十六条的规定依法行政，将承担不依法履职的责任。一边是法律规定的职责，一边是保持克制的法定义务，行政机关应任何选择呢。下面笔者仍以该案为例，从法律适用的角度对这一问题进行探讨。

1、

积极履职还是消极克制，应以是否有害公共利益为标准。公权力存在的意义在于维护公共利益，设置公权力的法律均以此为立法目的。《行政处罚法》第一条规定中将“维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益”作为立法目的，因此行政处罚决定的作出，违法行为对公共利益具有有害性是前提。案例中，若国土局作出责令退还土地的处罚决定，影响的是不同的两项权利：一是甲公司对违法建设的占有使用权，二是甲公司的土地承包经营权。前者因未经批准非法用地，扰乱了国家土地的管理秩序，公共利益的有害性明显，而后者甲公司通过签订《农村土地承包经营权出租合同》并完备相关手续后合法取得，甲公司拥有或今后持续拥有该项权利，并不会对公共利益具有有害性。由于责令退还土地的决定必然导致甲公司合法土地承包经营权的消灭，意味着损益行政行为对无害于公共利益的合法私益的侵害，故该决定已不具有维护公共利益的价值，丧失了执法目的上的正当性。

2、履行克制义务符合比例原则的要求。

《行政处罚法》

第四条

第二款规定：“

设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”。

该规定体现了行政法上的比例原则，即设定与适用行政处罚，必须使处罚后果与违法行为相适应，不能重过轻罚或轻过重罚

比例原则要求行政机关“

采取的手段在各种可选择的手段中对

相对人的

权益侵害是

最小化的。案例中，若国土局适用《土地管理法》第七十六条的规定，处罚决定的内容只能是责令退还土地、限期拆除违法建设，这样的决定虽然能够达到维护公共利益、惩戒违法行为的目的，但该决定导致甲公司土地承包经营权丧失、误伤合法私益，明显不符合比例原则权益侵害最小化的要求。因此，笔者认为，该案不应适用第七十六条的规定，而应适用《行政处罚法》

第二十三条

关于“

行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为”

”

的规定，责令甲公司限拆除非法占用土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，无须再责令其退还土地。这样的处罚决定符合立法目的、法律原则和条文规定，能够达到保护公共利益、纠正违法行为的目的，对违法者也予以了足够的惩戒，同时无害于合法私益。

五、 结语

当代中国，无论是国家法律还是社会氛围，尊重“个人利益”已成为不可逆的趋势，甚而有学者认为保护重要的“个人利益”优于维护微量的“公共利益”。

10、

，这体现了法治的昌明和社会的进步。但由于国家法制本身的不够完备，依然存在诸多合法私益的维权真空，如笔者对本文所涉案例的肤浅分析，也是

p

若在该案中机械适用规范将背离社会公认的价值观、不当减损合法私益，故而作出的个案衡平。因此，将对个人权利的保护扩展到更多的细微之处，还需要立法者们付出更多的努力，将公权力的运行，规制在更加求实、审慎、克制的轨道上来。

注释：

1

周丹：《罗马法原论》（上册）商务印书馆1994年

年版，

第92页

达维：《当代世界主要法律制度》，1978年英文版，第75页。

侯宇：《试论公法与私法划分》，《新疆社会经济》，1998年，第3期。

施瓦茨：《美国法律史》，王军译，中国政法大学出版社1997年版，第24页。

林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社2001年版，第191页。

张迎新、王正立：《国外土地征用公共利益原则的界定方式》，《国土资源情报》，2003年第9期。

马克思恩格斯选集》第2卷，人民出版社1972年版，第537页。

应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社2004年版，第6页。

杨小君：《行政处罚研究》，法律出版社2002年版，第49页。

袁曙宏：《中国检察官》，2011年，第21期。