

行政法上的客观法与主观法

黄宇骁

内容提要:针对如何理解行政法上客观法与主观法的关系,存在三种基本立场。主客观法分离立场认为维护公益的行政法与公民个人权利形成对峙。该立场存在无法关联违法性与侵权性、抱持无视宪法的行政法观等疑问。主客观法结合立场主张从客观法中分出一部分请求权对应行政主体法定义务。该立场存在宪法与行政法平台错位、公益与私益纵向割裂等局限。主客观法统一立场将客观法当作主观法的全部集合,权利由客观法分解得来。该立场是理解行政法主客观法关系的妥当见解。在分配行政与利害调整观念下,特定或不特定复数私人主体间基于行政法律规范的各种利益与不利益冲突、对立并交织而成的利害关系网才是行政实体法律关系的本质,行政法上的实体权利应当由此导出。遵循“利害关系→合法权益”而非“合法权益→利害关系”的逻辑顺序才是判断行政诉讼原告资格的正确方法。

关键词:保护规范理论 主观公权利 行政诉讼原告资格 行政法律关系 实体请求权

黄宇骁,上海交通大学凯原法学院助理教授。

行政法律规范中难以找到权利规范的踪迹,基本由围绕公权力行使的行为规范、程序规范与组织规范三部分组成,即便有时会出现一些公民对行政主体的申辩权、批评建议权等程序权利规范,但如此实例也并不多见,更遑论实体权利规范。正因为如此,行政法学科体系中既不见“行政权利法”的分类,又少见独立的行政法权利理论。行政法的这种权利隐匿现象与民法甚至同属公法的宪法都有很大不同,“行政法权利在哪里”的问题可谓是行政法学史上的大谜团。解开这一谜团不仅关系到如何理解行政权力与公民权利、公益与私益、行政主体与行政相对人等“行政法观”的法学理论问题,而且涉及到如何理解行政诉讼原告资格、合法性与侵权性的关系等司法实践问题。如果不把行政法上法与权利的关系说清楚,学界对上述问题的看法也必然莫衷一是。

“法与权利”这对范畴在大陆法上一般被称为客观法与主观权利,但法律主体的权利、对方主体的义务、主体间的权利义务关系都应当是“subjektives Recht”指代的对象。^[1]

[1] 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣,2000年)1頁参照。

因而本文将法律规范本身称为“客观法”，将权利、义务以及权利义务关系称为“主观法”，试图正面解开行政法上客观法与主观法关系的谜团，从而为一系列行政法理论与实践难题提供基础性解决方案。

一 主客观法分离立场的质疑

严格以“法与权利的关系”为指针，可以对错综复杂的学说与裁判观点进行归类。第一类可称为“主客观法分离立场”，它认为行政法上的法律规范与权利并非同一事物。这种立场通行于法国、意大利等国，^[2]在古典德国及我国传统行政法学中也占有重要地位。

(一) 外侧理论

主客观法分离立场的主张也可称为“外侧理论”，即认为行政法是一种客观秩序构造法，是维护公共利益的规范，享有个人权利的公民与其对峙——这里所谓的公民权利是通过与行政行为依据法律规范无关的外侧规范获得的权利（外侧权利），不对应行政主体法定义务，仅仅是行政主体依法行政（内侧）时的一种限制而已。首先，法国通说认为行政主体依法行政时，不可能履行与个人权利对应的义务，不能引起“公民请求权—行政主体义务”的法律关系框架，行政主体的义务是对客观法的义务。^[3]当然，“公民没有对行政主体的请求权”不代表“公民没有权利”，这是两种不同的逻辑。越权诉讼背后没有实体请求权基础，“权益受影响”纯粹是诉权发动的原因；而当公民实体权利受行政行为侵害时，则应当提起全面管辖诉讼追究侵权责任。^[4]这里所谓的“权利”是与行政行为依据法律规范无关的，基于私人法律行为或事实而获得的，如基于创作取得的著作权。不区分公私法权利观念的背后有超实定法自然权利思想的背景。^[5]

其次，一方面，主观公权利理论发达前的德国与法国立场相像，只不过权利属性不直接为自然权利，而是法实证主义的“既得权”观念。所谓既得权，即根据时效、合同、交付等个人表意行为或出生等事实而“已合法取得的权利”，是在特定行政行为作出之前已经取得的权利，行政主体不得侵犯。随着依法行政理念的落实，法律被认为是公益的化身，因而当行政行为依法作出时，既得权已经无法与之对抗了。^[6]在学界，因为制约客观法的作用无法实现，既得权观念逐渐被公权利理论替代；但在实务中，既得权侵害一直被普鲁士法院用来理解原告资格要件（权利侵害），直到 1950 年左右。^[7]另一方面，德国公权利理论隐含着宪法（国家法）权利派与行政法权利派两种基本流派。耶利内克等承认实体公权利的学说，20 世纪 60 年代提出的一般自由权扩张说等都是宪法权利派。^[8]在宪

[2] 仲野武志「公権力の行使概念の研究」(有斐閣,2007年)205頁以下参照。

[3] 参见成协中:《行政行为概念生成的价值争论与路径选择》,《法制与社会发展》2020年第1期,第158-170页。

[4] 参见王名扬著:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第528页。

[5] 津田智成「フランス国家賠償責任法における役務のフォート認定の基準と方法(二)」北大法学論集68卷5号(2014年)17頁;水林翔「フランスにおける権利概念の展開」一橋大学15卷2号(2016年)868頁参照。

[6] 柳瀬良幹「既得権の理論——国権の一般的限界としての既得権学説の素描」同「行政法の基礎理論第2巻」(清水弘文堂書房,1967年)121頁以下参照。

[7] 参见黄宇晓:《行政诉讼原告资格判断方法的法理展开》,《法制与社会发展》2020年第6期,第97页。

[8] Vgl. Rudolf Bernhardt, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 302, 302 ff.

法权利派看来,基于公私法的区分,行政法上的权利当然不能从民法推导而来,但由于行政法至少从外观上看也没有权利规范,那么只能从同属公法并约束国家权力的宪法上推导行政法上的权利。于是,在宪法权利派眼中,行政法是维护公益的客观法,而宪法自由权就是公民用来框定行政权力边界的主观法依据。这同样是一种从外侧限制内侧的理论。

最后,我国传统行政法理论与裁判实务也持主客观法分离立场。尽管“行政法权利”从来未在我国行政法学总论中拥有独立地位,但行政法学上并非不谈权利,一般往往在概论或行政法律关系中附带谈及行政法上的权利问题。^[9]同时,如何理解行政权力与公民权利的关系本来就是行政法理论基础争论中所热议的问题,但无论是平衡论还是与平衡论进行商榷或对话的其他观点,似乎都是在外侧理论的基础上理解行政法权利。试问,传统上所说的公民权利从哪里来?无论认为它的来源是自然权利,还是行政行为作出前的既得权,抑或是宪法基本权利,这些观点从根本上说都是外侧理论——行政主体依特定行政法律规范作出行政行为、行使行政权是一回事,公民拥有某种权利要求行政权不要侵犯是另一回事,“既要合法、又要不侵权”的双重要求是主流教科书的典型表述。^[10]同样,我国过去相当多数裁判实务站在既得权观念下理解公民的合法权益。《行政诉讼法》第12条中的人身权与财产权被理解为基于民法规定要件而取得的民事权利,实务中似乎从来没有对“是不是(可以向公权力主张的)权利”加以怀疑,仅仅对“权利是否受到侵犯”进行审查而已。^[11]私法权利不受国家侵犯的既得权观念至今依然存在。^[12]

综上所述,主客观法分离立场的根本特征是认为行政法就是纯粹客观秩序法,权利需要从外侧寻找,这种外侧权利必然与依法行政形成两条独立的逻辑线,也即权力(公益)与权利(私益)之间的纵向对峙,并企图以后者来对前者的行使划定外围界限。

(二) 质疑

持主客观法分离立场的外侧理论在我国存在两大根本性法理疑难,无法有效解决,因而并不是理解行政法上主观法与客观法关系的妥当见解。

1. 违法性与侵权性的关联疑难

首要问题是,这种立场下行政行为的合法性与侵权性成了两个独立问题,互相之间如何关联不无疑问。一方面行政主体依据特定行政法律规范作出行政行为,另一方面还要考虑到保护或不侵犯公民的各种既得权利乃至基本权利——试问这两者有什么关系?

第一,如果认为合法性与侵权性不等同,那么如何处理两者关系就令人产生困惑了。要么保持目前通行体系不变,将“合法但侵权”情形全部纳入国家补偿法处理。然而,目前我国行政补偿仅局限在财产征收征用等有限领域,且都面向相对人,当第三人场合也大量出现“合法但侵权”情形时,试问如何救济被害人权利?在严重缺乏国家补偿立法与程序规范的我国恐怕成了一种空想。除此以外,能否如同法国行政法那样,将行政诉讼(越权诉讼)与国家赔偿诉讼(完全管辖诉讼)分离,前者纯粹处理客观违法问题,后者单独处理侵权问题?然而,与法国法上通过单一违法与单一过错标准区分合法性与侵权性

[9] 相关代表性文献参见方世荣著:《论行政相对人》,中国政法大学出版社2000年版,第58-121页。

[10] 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2019年版,第72页。

[11] 相关判例总结参见章剑生:《行政诉讼原告资格中“利害关系”的判断结构》,《中国法学》2019年第4期,第251页。

[12] 参见程琥:《行政法上请求权与行政诉讼原告资格判定》,《中国法律评论》2018年第11期,第21页。

不同,^[13]我国国家赔偿责任采用的是违法性标准(违法=侵权),要使得合法性与侵权性分离,就必然要分裂行政法上的合法性概念。主观违法与客观违法是国家赔偿法上至今纠缠不清的难题,^[14]如果同一行政行为在行政诉讼与国家赔偿中分别适用客观违法与主观违法,违法性认定在前后两种程序中极有可能产生分裂,恐怕使得问题更加复杂化。

第二,如果认为行政行为“合法”概念不仅包括合行政法,而且包括不得侵犯公民的各种外侧权利,侵权也要被评价为违法,如此一来,行政诉讼、国家赔偿、国家补偿三者关系倒是不存在重构必要,然而势必又会引起抵触成文法主义的疑难——难道行政主体行使行政权时,光遵守行政行为依据的法律规范还不够,还必须在守法的基础上不侵犯各种依法行政框架外权利才属于真正的合法?一方面,如果将这种权利理解为民事权利,那么意味着此时合法与侵权不仅需要分开考虑,且同时满足行为合法(符合依据规范)与结果合法(没有侵权)两个条件才能在行政诉讼中认定没有违法——相当于在成文合法性要件之上再给行政主体施加不成文合法性要件。这恐怕不仅让正常依法履行公共职能的行政主体背上了额外包袱,而且也过分抑制了行政行为相对人的权利。另一方面,如果将这种权利理解为宪法权利,那么“行政主体不可侵犯公民基本权利”这样的观念在原则上当然成立。以现代基本权利原理来说,行政行为相对人受到行政行为法律效果拘束,属于防御权侵害(如行政处罚加害人);行政行为第三人要求国家作为或不作为来保护自己免于遭到相对人侵害,构成国家保护义务(如行政处罚受害人)。^[15]在宪法上寻求权利就意味着必须在“行政主体—相对人防御权”与“行政主体—第三人国家保护义务”之间进行合宪调整方可真正做到不侵犯任何一方的权利。然而,如此一来,试问行政主体到底要依据行政法来行政,还是要依据宪法来行政?法律(行政法)作为国家与公民之间的一道屏障,起到了最基本的法的安定性与预测可能性作用,如果行政主体跳过法律这道保护屏障直接“依宪行政”,那么直接适用高度抽象的基本权利规范会在“相对人—第三人”关系中产生巨大的不确定性和不稳定性。行政主体当然也要依宪行政,但必须透过依法行政(合宪性解释),直接适用基本权利会破坏法治国家中宪法、法律、行政立法、行政行为四者(法制定与法执行)之间的上下游等级序列。^[16]

2. 无视宪法的行政法观

外侧理论更为严重的疑难是持“无视宪法的行政法观”,纯粹秩序构造的行政法观念使得同属狭义公法的宪法与行政法之间产生了根本性分歧。

其一,既然外侧理论认为行政法是维护公共利益、规范行政权行使的客观法,试问这种立场下宪法与行政法到底是什么关系?行政法是维护公益的客观秩序法,而宪法基本权利规范却是保护公民权利不受公权力侵害的权利法——宪法与行政法竟然成了对立的关系。除非重新建构宪法(基本权利部分)与行政法互相孤立的公法观,否则纯粹客观秩序构造的行政法观是不可取的。上述法国行政法的客观主义立场与宪法上长期不承认人

[13] 参见王名扬著:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第570页。

[14] 参见沈岿著:《国家赔偿法:原理与案例》,北京大学出版社2017年版,第82-91页。

[15] 参见张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,《法学家》2008年第1期,第136页;陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期,第51-60页。

[16] 参见黄宇晓:《立法与行政的权限分配》,《法学家》2020年第1期,第47-63页。

权宣言的主观法性质有关。在认可宪法权利以及欧洲人权条约的当下,法国行政法权利理论也活跃了起来。^[17]

其二,如果认可行政法是宪法的具体化或者至少要以宪法为基础,那么作为宪法重要组成部分的基本权利规范与行政法的交互融合一定是需要的。在我国宪法中,宪法基本权利以公民为基本逻辑起点,尽管个人权利的行使不得损害国家、社会乃至集体利益,但这不过是个人权利限制的当然原理,无论如何不可能以此认为宪法基本权利规范是纯粹客观秩序构造法。既然如此,以个人权利为起点的宪法基本权利具体化到行政法上如何就成了纯粹维护公共利益的客观秩序构造法了?公法学是以制度、秩序、团体为逻辑起点,还是以个人为逻辑起点?回答这个问题是思考行政法上主客观法关系的根本前提。^[18]

二 主客观法结合立场的局限

看待行政法上客观法与主观法关系的第二种立场可以被称为“主客观法结合立场”,所谓“结合”意味着行政法客观法至少可以导出一部分主观权利,因而客观法与主观法分离状态部分消解。这种立场是目前德国通说,在我国也引发了论争。

(一) 混合理论

随着最高人民法院裁判实务的导入,保护规范理论已引起我国学界关注,相关论著日渐丰富,该理论的根本特点在于行政法上主观法与客观法的“部分结合”。

首先,请求权观念使得行政主体的依法行政义务与不侵权义务得到了统一(合法 = 不侵权,违法 = 侵权)。但有两点需要注意的地方。其一,保护规范理论中的权利仅仅指涉案行政行为依据法律规范所保护的利益,而不指公民在行政行为作出之前获得的行政法上的既得权——如特许经营权获得者被依法吊销许可时,合法性与侵权性依然是分裂的。其二,行政行为本来就是一种目的性侵权行为,从定义上就具有影响相对人权利义务的法律效果,对相对人而言,“合法但侵权”的逻辑与保护规范理论不符。

其次,行政主体依法侵害相对人自由与财产本来就是自迈耶提出侵害保留原则以来的思路,这里所谓的自由与财产指的就是宪法上保护的所有自由权。根据经典基本权利教义学,基本权利侵害(目的性、直接性)对象只能是遭到行政行为法律效果侵害的相对人,因而诉诸基本权利导出请求权,要求行政主体首先依法行政(法律保留),其次在依法行政的前提下可以继续质疑违宪的问题。^[19]

最后,行政法实体请求权理论是一种外侧与内侧的混合理论。相对人主观权利从外侧寻找,通过基本权利侵害与法律保留原则将合法性与侵权性关联;第三人主观权利从内侧寻找,通过保护规范理论将合法性与侵权性合一。第三人权利纳入依法行政框架,避免了行政机关越过法律直接执行宪法的问题,同时巧妙地将“行政主体依法行政义务”与“行政主体不侵权义务”合二为一,不再给行政主体施加成文合法性要件之外的负担。

[17] 参见[日]山本隆司:《客观法与主观权利》,王贵松译,《财经法学》2020年第6期,第108页。

[18] 原田大树『公共制度設計の基礎理論』(弘文堂,2014年)255頁参照。

[19] 参见黄宇晓:《行政诉讼原告资格判断方法的法理展开》,《法制与社会发展》2020年第6期,第108-109页。

(二) 局限

采主客观法结合立场的行政法实体请求权理论存在两点局限,不是一个自洽的体系,同样不是理解行政法上主观法与客观法关系的妥当见解。

1. 宪法与行政法的平台错位

“从行政法本身导出权利”的保护规范理论尽管成功将第三人权利全部纳入行政法客观法,但却始终无法有效解决相对人问题,此点根本上应当归因于实体请求权本身。^[20]与民法上“甲物权→乙侵害甲物权→甲有物权请求权→乙有排除妨碍义务”完全不同,行政行为相对人是“甲物权→乙依授权侵害甲物权→乙没有排除妨碍义务”的结构。^[21]如上文所说,行政行为法律效果理论本身就是一种依法侵权的逻辑,如果一定要使用实体请求权概念来定义相对人受侵犯权利,则必然产生矛盾。在相对人场合,要使得行政主体的客观法义务与请求权义务统一,就只能诉诸宪法基本权利了。此时,如果行政主体依据了宪法,那么就不侵犯相对人基本权利——合法(宪)就是不侵权;如果行政主体违反了宪法,那么就侵犯了相对人的基本权利——违法(宪)就是侵权。相反,行政行为第三人遭到的侵害是行政行为事实效果导致的结果侵害,因而需要一种方法切断无限拉长的因果链条从而限定行政主体的责任范围。对此,保护规范理论通过规范目的来限定责任范围——行政法律规范保护的那部分利益(有请求权)受侵害构成侵权,不保护的那部分利益(无请求权)即便事实上受侵害也不构成侵权。

然而,这种内外侧混合理论势必引起相对人与第三人之间地位不均衡的问题。“相对人受宪法基本权利保护,第三人仅受行政法保护”的做法均等吗?当然,现代基本权利教义学对此采用“缓和基本权利侵害要件”或“国家保护义务理论”来补偿第三人宪法地位的弱化。^[22]然而,即便找到了相对人与第三人各自的宪法地位,但双方依然是不均衡的,因为存在平台错位——相对人在行政法客观法中无法导出权利,直接诉诸宪法;相反,第三人却首先在行政法客观法中有主观权利,然后再诉诸宪法。

最终,唯一的解决方案无非是究问宪法基本权利与行政法权利之间的关系,让相对人权利也首先在行政法层面导出,与第三人共同接受行政法调整,然后才可一同诉诸宪法,只有如此方能使得在行政法与宪法两个层面彻底均衡所有利害关系人的地位。

2. 公益与私益的纵向割裂

实体请求权运用的更重大问题在于:行政法客观法中只存在一部分主观法的看法使得公益(公权力)与私益(个人权利)之间的关系依旧模糊不清,这也导致了保护规范理论最为人诟病的“行政法律规范中哪里有私益保护规范”的不确定性问题。实体请求权式的权利观念使得行政法客观法中“割出”一部分进行主客观法结合(私益规范),其余的客观法部分则属于纯粹客观法(纯公益规范)——公益与私益的纵向割裂由此产生。同一个行政法律规范割裂为“甲公益规范、乙私益规范、丙私益规范……”等若干个部分,其中

[20] 布勒理论中的请求权不是真正的请求权,而是自由权本身,因而可以纳入相对人。参见[日]小早川光郎著:《行政诉讼的构造分析》,王天华译,中国政法大学出版社2014年版,第65-70页。

[21] 神橋一彦「行政訴訟と基本権保護——『訴訟法の留保』は解消されるか」ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力と行政』(信山社,2017年)116頁以下参照。

[22] 参见张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,《法学家》2008年第1期,第137页。

行政主体依乙、丙私益规范行政就是履行主观法义务,而行政主体依甲公益规范行政则是纯粹履行客观法义务。试问:甲公益规范与乙、丙私益规范是什么关系?乙、丙私益规范之间又是什么关系?

可见,实体请求权理论不仅将同一个行政法律规范割裂为一个个单独的请求权,使得这些请求权群内部如何关联不无疑问,而且使得纯公益规范与请求权群之间的关系不甚清晰。行政机关执行一个行政法律规范、作出一个行政行为居然被割裂成无数个请求权义务履行以及与此无关的纯粹公益规范执行,依法行政被完全割裂化与分散化。

三 主客观法统一立场的概述

看待行政法上客观法与主观法关系的第三种立场可以被称为“主客观法统一立场”,所谓“统一”意味着行政法客观法不再与主观法分裂,客观法可以全部分解为主观法,而主观法的集合就是客观法本身。第三种立场解决与克服了上述两立场中的疑难与局限,应当能够对中国行政法学的理论与实践产生重大变革意义。

(一) 内侧理论

20世纪80年代,“分配行政”的观念在德国被提倡用来理解行政法上各种制度、作用、行为的本质,后来逐渐成为理解行政法上客观法与主观法关系的尖端理论。^[23]在我国,由王贵松率先提出的“作为利害调整法的行政法”以及王天华近期利用分配行政研究民事权益的做法也表明这种理论引发了重视。^[24]本文将这一系列理论群称为“分配行政与利害调整”,下文将对此立足中国问题进行展开。

1. 行政法学总论的盲点

外侧理论和混合理论都无法跳出纵向结构——行政主体(权力、公益)与公民(权利、私益)的对峙关系,这种垂直的行政法构造恰恰遮蔽了真正的实体法问题,是对行政法权利乃至行政诉讼原告资格“雾里看花”的根本原因。

一方面,迈耶倡导“行政的司法化”,类比法院司法判决创造了行政行为的概念。^[25]后世除狭义行政行为外,还总结了其他各种行政行为形式。但即便如此,就像司法上存在判决、裁定、决定、司法解释等多种司法行为形式一样,行政上当然也存在裁决、协议、指导、规范性文件等多种行为形式。后世对迈耶狭义行政行为概念的扩充并没有跳出“行政类比司法”的方法。^[26]以行政行为为核心的总论体系使得行政法学对行政活动的考察模仿了诉讼法学对司法活动的考察。以狭义行政行为为例,依法行政原则的原型是依法审判原则,行政行为效力原型是司法判决效力,行政行为撤销、变更与复议原型是司法判决的撤销、变更与上诉,“行政主体—相对人”权利义务关系仿佛是“法院—当事人”权利义务关系的再现,命令行为、形成行为与确认行为三分法又是给付判决、形成判决与确认

[23] 参见赵宏:《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》,《法学家》2019年第3期,第7页。

[24] 参见王贵松:《作为利害调整法的行政法》,《中国法学》2019年第2期,第90-109页;王天华:《分配行政与民事权益——关于公法私法二元论之射程的一个序论性考察》,《中国法律评论》2020年第6期,第83-96页。

[25] 参见成协中:《行政行为概念生成的价值争论与路径选择》,《法制与社会发展》2020年第1期,第156-157页。

[26] 参见黄宇晓:《行政法学总论阿基米德支点的选择》,《法制与社会发展》2019年第6期,第147页。

判决三分法的套用——围绕行政行为的法教义都可以从围绕司法判决的法教义中找到原型,但问题也就在于此:试问“围绕司法判决的法教义”难道不是诉讼法学吗?民事或刑事诉讼法作为程序法其背后对应的实体法是民法或刑法,可是作为模仿诉讼法学而建立的行政法学总论到底研究的是行政程序法还是行政实体法?恐怕模仿司法过程建立的庞大行政行为法教义体系依然是一种程序法体系,真正的行政实体法学从来没有被建立起来。

另一方面,细究传统上称为行政程序法的内容——申辩、听证、说明理由、期限等,不就是诉讼法学上关注的判决或裁定作出前后的辩论、开庭、判决理由、诉讼期限等一系列程序问题吗?换言之,通说行政程序所关注的内容无非就是大程序中的小程序问题,丝毫不改变行政行为理论本质上是程序法理论的结论。行政行为法是宏观行政程序法,传统行政程序法是微观行政程序法。^[27]

2. 行政实体法阐明

什么是行政实体法?分配行政与利害调整观念下,复数公民间关系才是真正的行政实体法。传统观念几乎都把行政法理解为一种公益与私益的冲突法,冲突的一方是维护公益的行政主体,另一方是拥有权利的行政相对方。分配行政观念则彻底将行政法理解为一种私益与私益、权利与权利、私人与私人的冲突法。

首先,行政主体对相对人作出或不作出行政行为从外观上看确实是纵向关系框架,但这不是问题的实质,因为行政主体是基于调整相对人与他人的横向关系而行使行政权,只不过这里的“他人”有可能是个人,也有可能是不特定公众。

其次,基于行政作用本质的分析,行政法其实就是行政主体作为仲裁者、分配者对社会各种资源与利益进行调整与分配的分配法。行政权力的行使实质是对社会资源与利益的分配权行使,行使对象一律是横向的社会公众,可能发生在个人与个人、个人与公众甚至公众与公众之间,但总而言之是横向关系,不可能是行政主体与公民的纵向关系。传统的纵向对立结构不是实体法,横向对立结构才是真正的行政实体法。尽管同样是横向关系,但行政法比民法增加了“行政主体”这样一个凌驾横向关系的分配主体,依法对横向关系间的资源乃至财产进行管理。因此,传统的公私法区分论,即私法调整横向关系而公法调整纵向关系的看法是不准确的,没有理解行政法的实质。

最后,“分配行政”用语更多地形容了行政法客观法本身,对主观法来说“利害调整”则是更为精确的描述。分配行政投射到主观法角度无非就是一种利害调整,即行政主体对公民横向间各种相互冲突的利益与不利益进行调整,行政法上实体主观法的本质是公民之间复杂的利害关系,而不是过去所理解的行政机关与公民之间的权利义务关系。

3. 实体请求权批判

正统保护规范理论以实体请求权来理解行政法上的实体权利,然而从民法而来的实体请求权套用于行政法形式上可以成立,实质上却南辕北辙。一方面,民法中甲与乙是可以自由置换的,行政法中却不可以。民法中无论是乙侵犯了甲的权利,还是甲侵犯了乙的权利,请求权皆可成立——因为民事主体甲与民事主体乙都是私法权利的享有者,他们之间在法律地位上是平等的。然而行政法是这样的吗?“公民乙侵犯行政主体甲的权利”

[27] 山本隆司「行政法の法典化」ジュリスト1304号(2006年)87頁以下参照。

这样的命题根本不存在,行政法实体请求权仅仅是对民法的部分模仿,且这种部分模仿也不恰当——在行政法上公民一方才是自由的享有主体,相反,行政机关不仅不是基本权利的享有者,而且行政机关的自由总是被公法规范所拘束,服从法律保留原理,完全依据法律实现维护公共利益的职能。因此,这种模仿显然是公法对私法生搬硬套的结果。

另一方面,尽管起初行政行为是通过“行政类比司法”的方法产生的,但后续德国法学却又将民法学中的“实体请求权——义务”框架套在了法院(行政主体)和当事人(公民)之间,使得一切发生了扭曲。民法学上的“实体请求权——义务”关系只能在平等民事主体之间发生,一方公民根据这种实体权利派生的诉讼请求权(权利保护请求权)要求法院实现实体权利。然而,传统行政法学通过模仿诉讼法学创造出的行政行为概念却忽视了诉讼法本质是一种程序法,反而将行政行为作出后行政主体与公民之间的纵向关系理解为了实体权利义务关系。这种套用形式上是可以成立的,但与现实行政活动相去甚远——基于分配行政观念,就像法院作出判决背后的实体法问题是横向公民关系一样,行政主体作出行政行为背后还存在一层公民之间的法律关系。运用保护规范理论时产生“公益规范中哪里有私益规范”的疑惑从根本上讲是忽视横向法律关系导致的,传统行政法学对行政相对方互相之间的主观法问题完全失语。就行政诉讼整体理解来说,实体请求权思考将行政诉讼理解为公民与行政主体之间的权利义务之诉。相对地,分配行政将行政诉讼理解为公民对行政主体调整其与其他公民之间的权利义务关系的行政行为的不服之诉。

(二)行政法主观法的全貌

上文对主客观法统一立场进行了基本阐述,下文以此为基础彻底说明行政法的主观法世界。从总体上说,行政法主观法的全貌呈现利害调整的审级构造特征,这种构造必须用多层级行政法律关系的概念工具来描述。

1. 利害调整的基础——基本权利与行政法的关系

在行政法不违反宪法的前提下,基本权利不可以直接适用,只能起到加强理解与辅助分析的作用。只要行政法利害调整是恰当的,那么就没有基本权利出场的余地;在行政法上直接主张基本权利实则是搅乱了立法者制定的一张均衡的利害关系网。具体来说,首先,行政法具有宪法从属性。一方面,行政主体侵犯公民基本权利不仅要依法(客观形式法治国家),而且必须赋予公民获得权利救济的途径(主观形式法治国家)。另一方面,行政法作为下位公法规范必须以公民基本权利作为出发点,不仅不能低于宪法保护的最低水平,而且应当依据基本权利构筑合宪的行政法客观法(客观实质法治国家)。

其次,行政法具有相对于宪法的独立性。宪法权利之所以被称为“基本权利”是因为它仅仅是一种抽象大纲式的“原始主观法”,虽一律平等保障每个人,但却如同未加工的原材料一样,缺乏多样性与差异性。与此不同,丰富多彩的行政法世界却是基于各种行政任务而形成的法律关系世界,其中不仅包括个体私益,而且包括复数特定个人的共通利益(法人利益)、个人利益高度集合的集体利益、不特定多数人分散于全社会的所谓公共利益;不仅包括积极的利益,而且包括消极的不利益(损害)等等。^[28] 尽管从根本上说是依据宪法制定行政法,但是基于民主正当性,国家有权力也有义务根据各种行政任务或目

[28] 山本隆司「現代における行政法学の体系」岡田正則ほか編『現代行政法の基礎理論』(日本評論社,2016年)43頁参照。

的,对应现实不同状况调整、均衡、差异化基本权利,使得宪法平等保障的个人权利变形为行政法上各种利益与不利益交织的利害关系网(主观实质法治国家)。^[29]

最后,法治国家原理与人民民主原理是我们理解“基本权利→行政法客观法→行政法主观法”的根本出发点。行政法客观法的本质是立法者基于民主正当性,根据现实生活中不同的行政任务与目标,通过调整、均衡乃至分化基本权利构筑而成,作为主观法“原材料”的基本权利尽管确实是行政法主观法的源泉,但已经通过各种立法活动的加工,变形为一张利害关系网。当我们行政法客观法分解为主观法时,基本权利起到的是帮助理解、辅助分析的作用(辐射效果或合宪性解释),不可以直接适用。

2. 利害调整的三级结构——行政法上的实体权利与程序权利

第一,行政实体法律关系是多层级行政法律关系中的第一层,同时也是行政法上利害调整的对象。后续其他层级法律关系都是以这一层法律关系为根本目的而派生的。行政实体法律关系是一张复杂的利害关系网,在这张网上既存在法律保护的利益,又存在法律损害(限制)的利益,各种利益与不利益交织构成了行政实体主观法。传统保护规范理论要求从个别条文中寻找蛛丝马迹导出实体权利,这种方法是主客观法形式结合的产物。行政法客观法本来就可以一一分解为主观法,两者实际是一枚硬币的不同侧面,因而不是孤立地从个别立法字句中寻找蛛丝马迹,而是要通过对整个行政法客观法制度的理解、分解才能认识实体主观法。至于如何将客观法分解为实体主观法,并从中认定实体权利人的问题则涉及到“谁拥有程序权或诉权”的重大实践问题,下文会另行阐述。

第二,行政程序法律关系是行政法主观法的第二层,同时是利害调整的初审。一方面,围绕作出或不作出行政行为所形成的行政主体与相对人之间的纵向法律关系就是行政程序法律关系。只有行政程序法律关系中才会区分相对人与第三人,如同诉讼法上才会区分当事人与第三人一样。实体法上的利害关系人在程序法中地位如下:实体权利人都可以对行政主体主张宏观行政程序参与权与权利保护请求权,如同司法上的程序诉权(起诉权)与实体诉权(诉讼请求权)那样。宏观行政程序参与权是要求行政主体作出或不作出行政行为的权利,所有实体权利人都享有该权利;权利保护请求权是要求行政主体保护实体权利的请求权,该权利是否满足依赖于行政法是否予以保护。另一方面,正统保护规范理论的错误就在于混淆了实体权利与程序权利,在实体法上寻求行政行为第三人权利的同时却又在程序法上说明行政行为相对人权利,导致了错位。这就好比司法判决中“法院对甲作出不利判决”与“法院判决处理甲与乙实体问题”:前者即行政行为法律效果侵害,这种程序法意义的侵权当然存在依法还是违法侵权的问题;后者才相当于行政行为处理实体权利义务,此时行政行为合法当然意味着不侵权,违法就意味着侵权。

当然,行政行为相对人直接受到程序法约束(法律效果),侵犯基本权利因而必须首先要依法作出(法律保留),且相对人享有申辩等微观行政程序参与权(正当程序);但只要行政行为作出有法律依据,相对人基本权利就已经融进了行政法主观法中,应当与其他利害关系人一样,回到作为基本权利变形加工产物的利害关系网上主张权利,其权利保护请求权是否满足依赖于法律到底是要保护还是要损害他的利益。^[30]

[29] 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣,2000年)242頁以下参照。

[30] 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣,2000年)445頁参照。

第三,行政救济法律关系是行政法主观法的第三层,同时也是利害调整的复审。一方面,行政救济法律关系上的救济程序参与权(申请复议权、起诉权)与权利保护请求权(复议请求权、诉讼请求权)应当根据第一层行政实体法律关系来认定,而不是从第二层行政程序法律关系来认定。过去,正是由于从程序法层面(行政行为影响了谁)认定诉权而使问题变得扑朔迷离。当然,在复审时既可以审理第一层的实体法问题(内容),又可以审理第二层的程序法问题(主体、微观程序、权限)。另一方面,只有厘清行政行为背后处理的利害关系才能从中辨别“谁有权利”进而认定行政诉讼原告资格,《行政诉讼法》第2条第1款“合法权益”与第25条第1款“利害关系”的逻辑顺序应当与过去的理解正好相反,即应当从利害关系导出合法权益,而不是从合法权益导出利害关系。

四 行政实体法律关系的展开

行政实体法律关系通过分解行政法客观法上规定的行为、制度或作用得来,基本权利在分解过程中起辅助分析作用,其有三种基本类型:作为自由权产物的相反利害关系、作为平等权产物的互换利害关系、作为受益权产物的共同利害关系,下文论述前两者。^[31]

(一) 相反利害关系与实体权利

行政法上利害关系的第一种类型可以称为“相反利害关系”。所谓“相反”意味着利害关系中对立双方利益处于相反方向,两者互相颠倒。客观法为了保护一方主体的利益而对另一方主体施加义务,一方之所以受到或可能受到的不利益是另一方被法律保护的利益造成的。相反利害关系本质上是宪法自由权在行政法上“加工变形”的产物。首先,以下客观法可以典型分解为相反利害关系。其一,规定行政处罚、征收、强制等侵害性作用的客观法。行政法律规范为了保护一方的利益而对另一方施加义务(不利益),双方围绕侵害是否低于法定限度产生对立。其二,一部分规定行政许可、审批等授益性作用的客观法。行政法律规范对一方赋予利益的同时也给另一方施加了忍受义务,双方围绕侵害是否超过法定限度产生对立。

其次,将客观法分解为相反利害关系后,尚不能认定具体权利人,需要进行实体权利认定工作。下面分三个步骤叙述。第一,确定利益的可分性。分解客观法就好比自然科学上光谱分解一样,在这张分解得来的光谱(利害关系网)中,利益的集合程度从特定个体利益开始不断升高,直到演变为不特定多数个人利益的高度集合体,以致难以从中区分特定个体,因而私益与公益是连续的,不存在明显区分界限,只有“可分性”的概念。所谓个人利益、集体利益、公共利益本质上是从低到高依次递减的可分性问题。运用“谁可能是”与“谁都可能是”区分标准可以首先识别出可分利益:即“谁可能是”受损害一方,行政法要求另一方不能对其实施超过法定限度的侵害(类型1),或者“谁可能是”受利益一方,行政法要求另一方对其侵害低于法定限度(类型2);“谁都有可能是”受损害一方,都

[31] 下文基本框架源自普罗伊斯和山本隆司的研究,但具体展开与其有所不同,相互差异见以下文献: Matthias Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl., 2005, S. 30 ff.; 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣, 2000年) 261頁以下参照。

有可能受到来自对方超越法律限度的侵害(类型 3),或者“谁都有可能是”受利益一方,都有可能受到来自对方超越法律限度的侵害(类型 4)。其中,类型 1、2 属于可分利益,类型 3、4 属于待定不可分利益。

第二,确定分界线划定标准。利益的可分与不可分是对客观法的抽象分析,即便抽象观念上认可某群体可以从社会一般公众利益中“分割”出来,但依然没有解决具体运用什么标准在该群体与一般公众之间划出分界线。该步骤应当按照行政法律规范的不同领域进行标准分类,例如,在以城乡规划法、建筑法、港口法、城市房地产管理法、水法等为代表的土地建设领域,分界线划定标准应当是成为问题的建筑物与周边居民建筑物之间的相邻关系,或者划定同一标的物空间位置范围。

第三,划定具体范围。该步骤是确定实体权利人的最后一步,如土地建设领域确定分界线划定标准是空间位置关系后,具体划定周边多少米就是本步骤工作,一旦某公民落在这一范围中,就是实体权利人。该步骤不再是法律解释问题,而是事实认定问题,应当依据不同行政法领域在个案中通过事实认定“锁定可能的被害人”来划定具体范围。

最后,待定不可分利益并非不保障权利,下面分三个类型进行论述。第一,之所以称为“待定”,是因为有些情况下无法作出清晰的“谁都可能是”还是“谁可能是”的判断。从利益集合度角度说确实是高度集合的利益,但这种高度集合却是可预测的类型化集合,很难说不可以从社会一般公众利益中分离出来,可称为“类型化利益”。类型化利益不能一概归类为可分利益或不可分利益,它处于整条光谱的中间地带,需要具体场合柔软判断。

第二,有些情况尽管属于类型化利益,但无法通过第二、第三步骤确定权利人,无法具体分割。例如城市水费价格规制中,涨价受损人尽管观念上是“某市利用自来水的居民”,可以从全社会扩散利益中分割,但却涉及庞大不特定人群,无法划定具体分界线,这种情况就属于个人权利保护方式的极限了(滥诉问题)。然而,程序法上并不是不对类型化不可分利益人群的权利进行保护。类型化利益本身是单一利益的高度集合,不存在利益杂糅。在第二层行政程序法律关系中,近十几年来讨论热烈的公众参与就是保障类型化不可分利益的有力手段,公众参与不仅是民主正当性的贯彻,^[32]而且是实质法治国家原理的体现。在第三层行政救济法律关系上,类型化的单一利益集合体通过利益代表团体保障自己的实体权利也是《宪法》第 35 条结社权的体现,因而我国迫切需要建立如消费者权益保护协会、医师协会等各种单一利益代表团体提起行政公益诉讼的制度。

第三,如果是完全不可分的扩散到社会一般公众的利益(如社会保险事项调整等),也并非不对其进行权利保护,此时《宪法》保障的参政权、选举权与知情权就是基本武器。扩散到全社会的不可分利益正是通过选举、参政的形式最终以各种各样的立法乃至国家官员来对不可分利益进行形塑和保护,这也是立法者之所以可以对基本权利进行“加工变形”的民主正当性原理所期待的。

(二) 互换利害关系

利害关系的第二种类型可以称为“互换利害关系”。互换利害关系中双方主体虽然也处于冲突或对立状态,但双方各自的“利”与“害”是可以相互置换的。产生对立的原因

[32] 参见王锡铨:《当代行政的“民主赤字”及其克服》,《法商研究》2009 年第 1 期,第 42-52 页。

有可能是由相互争夺、相互竞争或相互维护等引起。互换利害关系是宪法平等权在行政法上“加工变形”的产物。

第一,地位分配型互换利害关系。私人公民相互争夺行政法上某种有限的资格、资源或特权等地位的分配归属,获得分配人与未获得分配人之间因地位归属问题产生对立而形成互换利害关系。此时,如果甲获得了地位,那么乙就没有获得,反之亦然,两者的利与害可以互换。可分解为地位分配型互换利害关系的客观法作用如竞争性行政许可、没有许可前置的有限地位分配行政协议、其他有限地位分配行政行为(公务员录用、义务教育学区划分等)。地位分配型互换利害关系中一般不存在利益可分性问题(主体有限制),较难理解的是“为什么所有竞争者都要认定权利”。究其原因,互换利害关系是宪法平等权的产物,所有对立主体享有法律面前一律平等的地位,如果一些竞争者有权利,一些却没有权利,恐怕会引起基本权利在行政法上的失衡。

第二,市场竞争型互换利害关系。当市场同类型竞争者都处于某一市场行政规制或调控制度之下,但行政主体分别对这些竞争者给予差别待遇时,受到优待者(利)与未受到优待者(害)之间围绕公平竞争产生对立而形成互换利害关系。该类型可分利益的分界线划定标准是“市场同类型竞争者”,可借鉴经济法学研究积累“锁定可能的被害人”。

第三,地位组合型互换利害关系。复数私人公民因行政法客观法而形成“地位共同体”,这种地位共同体之所以得以维系是由于共同体成员都遵守了法定义务而组合形成,如果某成员破坏了这种共同义务,那么其他成员必定受到不公平差别待遇,共同体成员基于是否遵守共同义务产生对立进而形成互换利害关系。地位组合型互换利害关系大量出现在规划法和公私合作治理等领域。地位组合型互换利害关系中存在利益的可分性问题。互换利害关系本质上都是类型化利益,但依然存在可分与不可分问题。地位共同体的利益集合度可大可小,小到某一街区,大到某城市总体规划、某市教师共同体等。因此,地位组合型互换利害关系需要与相反利害关系一样进行三步骤的实体权利认定工作。

(三)利害关系的复合

同一客观法可以分解为复数利害关系,它们之间互相复合从而形成一张利害关系“网”。大致有如下四种类型。第一,相反利害关系的垂直复合。同一客观法规定如果分解为两个及两个以上的相反利害关系,它们之间呈现“手段—目的”关系时,因为手段目的因果链锁关系呈现自上而下垂直顺序,那么就可称为相反利害关系的垂直复合。例如《互联网信息服务管理办法》第15条、第16条要求互联网信息服务提供者一旦发现平台用户传播某些内容信息时必须停止传输处理,并且第23条规定了违反法定义务对互联网信息服务提供者的处罚制度。此时,法律赋予互联网信息服务提供者停止用户传输权限的“利”与网络平台用户被监管的“害”形成一级相反利害关系,法律对互联网信息服务提供者施加监管义务的“害”与社会公共秩序、良好风尚维护的“利”形成二级相反利害关系,二级关系是目的,一级关系是手段,两者构成垂直复合。既然是“复合”,那么利害关系网中任一拥有实体权利的主体都可以在整个利害关系网上主张全部权利保护,例如互联网信息服务提供者被行政处罚后(二级关系),一级关系中的网络平台用户也应当可以对此提起行政诉讼质疑处罚的合法性。因为如果将一方主体仅当作行政手段而非目的从而否定其权利是对人的尊严的挑战,严重违反基本权利。

第二,相反利害关系的水平复合。同一客观法分解为复数利益与一方损害或者复数损害与一方利益的相反利害关系,此时复数不同种类的“利”或“害”都处于同一层级(不存在目的与手段关系)同一方向上,因而可以称为“水平复合”。水平复合形成的相反利害关系网往往出现在某些大型设施(机场、高架等)建设规划或工程许可情形中。大型设施投资建设主体获得的“利”与周边居民的“害”形成相反利害关系。但周边居民利益类型却是多种多样的——有的可能因排气污染或噪音导致健康利益受损,有的可能因设施建设导致通行、采光、管道排线等相邻权益受损,有的也可能因设施开设导致商业经济利益受损,周边不同受损利益与同一建设许可人形成一个个不同的相反利害关系,但所有受损利益都是同方向上的,与建设许可人的利益方向相反,因此组成水平复合的相反利害关系网。水平复合中同一方向上各种利益复合在一起,互相之间有共同的冲突目标,且是同一个客观法制度分解的主观法。因此,任何一个实体权利人在整张利害关系网上拥有权利,可以质疑整个利害调整过程的合法性,而不仅仅限于自己的那部分利益。

第三,相反利害关系与互换利害关系的复合。同一客观法制度或作用当然也可能分解为相反利害关系与互换利害关系复合的主观法。例如,出租车经营权许可制度中,竞争业者(投标人)之间围绕出租车经营权产生地位分配型互换利害关系,但同时新加入业者(中标人)必然会和既存业者(早前已获得经营许可的企业)之间因经营利益的损益而形成相反利害关系,两者复合成一张利害关系网。

第四,复数客观法(不同的规范)也可能因时间线推进、分步连环实施行政作用的机制而形成有主观法意义的阶梯复合。如我国城乡规划法律体系规定的从城市总体规划纲要直到修建性详细规划乃至后续征收、许可、出让,这种意义上复数客观法分解的实体权利体系对后续程序权利认定的影响是巨大的。^[33]

最终,行政法律规范可能分解为一张由同种利害关系垂直、水平、阶梯复合以及不同种利害关系交织组成的利害关系网。“作为利害调整法的行政法”也正得以体现——行政主体正应当是在综合考虑、衡量这张利害关系网上所有利益与损害后才作出判断决定。

五 结 语

以分配行政与利害调整观念为基础的多层级行政法律关系从根本上说与保护规范理论立场一致——保护与损害何种利益需要从行政行为依据规范中解释,但最大不同在于其清楚地(在没有权利规范的行政法中)划出了公益与私益的关系框架,提供了从公益中抽出私益的方法工具(私益性判断),并否定了实体请求权式的权利理解。这种“利害关系→合法权益”而不是“合法权益→利害关系”的逻辑顺序对我国司法实务判断行政诉讼原告资格的帮助是巨大的。同时,它对宪法与行政法之间根本关系的解释,不仅使得行政行为相对人与第三人的权利分裂得到统一,而且使宪法学与行政法学的交互与融合成为可能。

[本文为作者主持的 2021 年度上海市晨光计划项目“行政法权利理论审视:以行政诉讼原告资格为切入点”(20CG16)的研究成果。]

[33] 参见黄宇晓:《行政诉讼受案范围与原告资格关系之辨》,《政治与法律》2021 年第 2 期,第 119-124 页。

[**Abstract**] There are three basic positions on how to understand the relationship between objective law and subjective law in administrative law. The position of separation of subjective and objective laws holds that administrative law is an objective order construction law aimed at upholding public welfare. Citizens' personal rights come from sources other than the legal norms on which administrative acts are based and are in a relationship of confrontation with administrative law. This position has the problems of inability to relate illegality and infringement and confusing the relationship between power and rights. In addition, this position also regards the constitution and administrative law, which belong to the same narrow public law domain, as two separate disciplines. The position of combination of subjective and objective laws, which advocates that a part of the claim right should be separated from the objective law to correspond to the legal obligations of administrative subjects, appears in the form of the mixture of the protection norm theory and the fundamental rights theory. Although this position solves the problem of lack of correlation between legitimacy and infringement, it has its own limitations, such as the dislocation of the platform for the application of the constitution and administrative law to the rights of the party subject to administrative act and the rights of the third party, respectively, and the artificial separation of public welfare-upholding administration and private interest-upholding administration. The position of unity of subjective and objective laws regards objective law as the whole set of subjective laws, rights as the results of the decomposition of the objective law, and the objective law and subjective law of administrative law as the two different sides of the same coin. This position is an appropriate view to understand the relationship between subjective and objective laws of administrative law. Under the concept of distributive administration and interest adjustment, the network of various conflicting, opposing and intertwining interests and damaged interests formed between specific or unspecified plural private subjects resulting from administrative legal norms is the true face of the substantive legal relationship, and the substantive rights in administrative law should be uniformly derived from this interest network. Among these relationships, the two most basic types are the opposite interest relationship as the product of transformation of constitutional freedom rights in administrative law and the interchange interest relationship as the product of transformation of constitutional equality rights in administrative law. The correct way to judge the plaintiff qualification in administrative litigation is to appropriately deal with the relationship between paragraph 1 of Article 2 and paragraph 1 of Article 25 of the Administrative Procedure Law and adopt the method of deducing the legal interpretation of "infringement of legitimate rights and interests" from the legal interpretation of "interest relationship", rather than the reverse method of deriving "interest relationship" from "infringement of legitimate rights and interests".
