

原告资格从“不利影响”到 “主观公权利”的转向与影响

——刘广明诉张家港市人民政府行政复议案评析

赵 宏*

目次

引言

一、基本案情与核心争点

(一) 基本案情

(二) 核心争点

二、论证过程与法院说理

三、核心理论与纳入意义

(一) 核心理论

(二) 纳入意义

四、适用不当与未尽问题

(一) 适用不当

(二) 未尽问题

结语

摘要 2017年的“刘广明诉张家港市人民政府行政复议案”再审裁定中,法院首次使用德国法上的主观公权利和保护规范理论,释解作为我国行政原告资格基准的“利害关系”。从此前的“不利影响”到“主观公权利”,刘案对域外学理的吸收,对我国行政诉讼原告资格的判定发挥了重要的推进作用。除引发我们重新认识行政诉讼原告资格问题外,主观公权利和保护规范理论对于重新考量行政实体法与行政诉讼法的关联、原告资格与诉讼的整体定位关联,以及如何寻获权衡“诉权保障/防堵滥诉”的教义学基础都有重要的启发意义。但刘案裁定对上述理论的适用仍旧存在值得商榷的不当之处,案件未尽问题也不在少数。

关键词 原告资格 利害关系 不利影响 主观公权利 保护规范

引 言

原告资格的判定一直以来都是我国行政诉讼最具争议的问题。自1989年《行政诉讼法》颁

* 中国政法大学法学院教授、法学博士。本文为“中国政法大学优秀中青年教师培养支持计划”的项目成果。

行至今,立法在此问题上几经修改,理论界也为此付出了可观的学术努力,但迄今仍未形成获得普遍确信的判定步骤和思考框架。实务界在此问题上的最新推进是2017年的“刘广明诉张家港市人民政府行政复议案”^{〔1〕}。在本案再审裁定中,法院首次援引德国法上的“主观公权利”概念和“保护规范”理论来释解作为原告资格基准的“利害关系”。因为刘案的示范效应,法院在此后诸多判决中都开始适用保护规范理论、主观公权利以及与其相关的“反射利益”等概念来框定我国的原告资格。我国在原告资格的判定问题上开始发生重要转向。主观公权利和保护规范都是德国公法中的核心装置,相较此前的“不利影响”标准,这些理论的纳入会在多大程度上提升我们对于原告资格问题的思考,其启发意义又是否仅局限于原告资格领域,是本文尝试对刘案裁定及其背后所涉及的核心学理进行阐释分析的首要原因。但因为仅是初步尝试,所以刘案对保护规范理论的适用并非毫无问题。此外,主观公权利代表了德国在实证主义法学思想下塑成的公法权利观,具有自成一脉的独特性格,也依赖于自身法秩序的其他条件,这些是否会构成我们效仿和借鉴的障碍,刘案未有涉及,因此本文也尝试对刘案的适用不当与未尽问题予以探讨。

一、基本案情与核心争点

刘案历经行政复议、行政诉讼一审、二审和再审的整体过程,其基本案情内容如下。

(一) 基本案情

2015年11月24日,张家港市发展和改革委员会(以下简称“张家港市发改委”)向江苏金沙洲旅游投资发展有限公司(以下简称“金沙洲公司”)做出张发改许备〔2015〕823号《关于江苏金沙洲旅游投资发展有限公司金沙洲生态农业旅游观光项目备案的通知》(以下简称“823号通知”)。该通知内容涉及项目名称、主要功能及建设内容、项目选址、项目总投资及资金筹措、有效期等五个方面。刘广明于2016年1月通过信息公开的方式取得了上述通知,认为该通知将其位于江苏省张家港市锦丰镇福利村悦丰片一、二组拥有承包经营权的土地纳入其中,存在重大违法情形,遂向张家港市政府提起行政复议,要求确认违法并予以撤销。张家港市政府经审查认为,刘广明与823号通知不具有利害关系,遂于2016年3月21日做出〔2016〕张行复第2号驳回行政复议申请决定,并于2016年3月22日送达刘广明。刘广明不服,向一审法院提起行政诉讼。一审法院以被告做出驳回行政复议申请符合法律规定为由,裁判驳回刘广明的诉讼请求。在二审法院以同样理由驳回其上诉、维持原判后,刘广明向最高人民法院申请再审。

(二) 核心争点

本案的核心争点即复议申请人刘广明与张家港市发改委所作的《关于金沙洲旅游投资发展有限公司金沙洲生态农业旅游观光项目备案的通知》之间是否有“利害关系”。与被申请的行政行为之间是否具有利害关系,是权衡当事人是否具有复议申请资格的核心要件。而《行政复议法》及其实施条例对此问题的规定,又与《行政诉讼法》对原告资格的规定完全一致。因此,无论是复议申请资格还是诉讼的原告资格问题,最终都凝结为如何对“利害关系”予以理解。

本案的一审判决和二审判决均以刘广明与823号通知“没有利害关系”为由,驳回了刘的诉讼请求。对此,一审法院给出的理由是,“本案中的823号通知系对建设项目的备案行为,是职权机关就申请人申请备案的项目是否符合项目备案条件依法进行审查后做出的行政行为,该行为产生

〔1〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申169号。

实体影响的利害关系人是备案申请人金沙洲公司,对其他人的合法权益并不产生直接影响。金沙洲公司仅凭该通知是不能实施开发建设的,还必须依法办理土地、环保、规划等各方面的手续后方可开工建设。故刘广明与 823 号通知并不具有利害关系”〔2〕。

“利害关系”成为衡量我国行政诉讼原告资格的核心基准历经一定时间,其内涵外延也有一定变化。“利害关系”成为我国原告资格的判定基准始自 2000 年的行政诉讼司法解释,但其同样添加了“与具体行政行为有法律上的利害关系”作为限定。这一规定为 2014 年《行政诉讼法》修法所吸收。但为进一步扩宽原告资格,修法时又将原来的“法律上的利害关系”扩张为“利害关系”。我国关于行政诉讼原告资格的法律规定也因此明确为,“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织,有权提起诉讼”。据此,行政诉讼的原告类型区分为行政相对人和利害关系人,而行政相对人的原告资格获得普遍承认,唯有在判断相对人之外的相关人,或说是第三人时,才需要借助“利害关系”的标准。

二、论证过程与法院说理

本案的核心争点是刘广明与张家港市发改委的 823 号通知之间是否有利害关系,而再审裁定也围绕这一问题展开。对这一问题的阐释,再审裁定又依照如下层次逐次展开。

1. 何为“利害关系”?

既然判定相关人原告资格的基准在于“利害关系”,那么本案裁定首先对何为“利害关系”进行解释。尽管 2014 年《行政诉讼法》修法时用“利害关系”取代了“法律上的利害关系”,并尝试借此释放出原告资格应放宽解释的讯息,但本案裁定在解释“利害关系”时,仍旧认为所谓利害关系,“仍应限于法律上的利害关系”,“不能扩大理解为所有直接或间接受行政行为影响的公民、法人或其他组织”,同时,“因为行政诉讼乃公法上的诉讼”,因此,“法律上的利害关系,一般也仅指公法上的利害关系”。〔3〕在进行上述铺陈后,法院在裁定开篇即明确指出,“只有主观公权利,即公法领域权利和利益,受到行政行为影响,存在受到损害的可能性的当事人,才与行政行为具有法律上的利害关系,才形成了行政法上权利义务关系,才具有原告主体资格,才有资格提起行政诉讼”。〔4〕与之前诸多判决,包括本案一审、二审判决借由“不利影响”或“直接影响”来释解不同“利害关系”不同,本案裁判首次适用了“主观公权利”概念,并将其作为释解原告资格的全新学理。

对于主观公权利,本案裁定尽管只是简单地将其界定为“公法领域权利和利益”,但仍旧尝试从两个方面对其轮廓予以基本澄清:首先,主观公权利区别于反射利益,后者并不属于公法上的利害关系,因此也就不能诉请司法保护;其次,主观公权利一般仅指公法上的利害关系,除特殊情形或法律另有规定,一般不包括私法上的利害关系。裁定还举例说明,“举凡债务人夫妻的离婚登记行为、债务人的非抵押房屋转移登记行为、抵押人的公司股东变更登记行为,虽有可能影响民事债权人或者抵押权人债权或抵押权的实现,债权人或者抵押权人因而与上述行政登记行为有了一定的利害关系,但因此种利害关系并非公法上的利害关系,也就不宜承认债权人或者抵押权人在行政诉讼中的原告主体资格。上述债权人的普通债权和抵押权人的抵押权等民事权益,首先应考虑

〔2〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申 169 号。

〔3〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申 169 号。

〔4〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申 169 号。

选择民事诉讼途径解决”〔5〕。

2. 为何是主观公权利?

本案裁定将“利害关系”释解为“主观公权利”，并将其作为判定我国行政诉讼原告资格的全新基准，就会引出如下问题：司法裁判为何选择“主观公权利”这一域外概念释解我国行政诉讼的原告资格，其理由和依据何在。刘案裁定接下来解释，这一纳入又与我国行政诉讼制度的整体功能定位有关：“行政诉讼的立法宗旨，体现了权利保护和权力监督的统一。”“但行政诉讼虽有一定的公益性，却显然不能将原告主体资格范围无限扩大，将行政诉讼变相成为公益诉讼。现行行政诉讼法在确定原告主体资格问题上，总体坚持主观诉讼而非客观诉讼理念，行政诉讼首要以救济原告权利为目的，因此有权提起诉讼的原告，一般宜限定为主张保护其主观公权利而非主张保护其反射性利益的当事人。”既然行政诉讼的功能主要在于个人权益的保护，那么将原告资格限定为主观权利，强调“原告本人需要提供证据证明其存在与普通公众不同的独特的权益，且这种权益受行政实体法律规范所保护，并存在为被诉行政行为侵害的可能性”〔6〕，也就显得合乎逻辑。

3. 如何判定主观公权利?

在将原告资格中的“利害关系”释解为主观公权利后，对如何判定主观公权利的问题，刘案裁定当然地吸收了德国法的一般思路，即诉诸“保护规范理论”。“保护规范理论”或“保护规范标准”，是“以行政机关做出行政行为时所依据的行政实体法和所适用的行政实体法律规范体系，是否要求行政机关考虑、尊重和原告请求保护的权益或法律上的利益（以下统称权益），作为判断是否存在公法上利害关系的重要标准”。据此，从本质而言，保护规范理论是借由对实体法规范是否具有“个人利益保护指向”，来判定个人主观公权利的存立。在裁判者看来，诉诸保护规范来判定主观公权利，不仅将“法律规范保护的权益与请求权基础相结合，具有较强的实践指导价值”，而且也与我国《行政诉讼法》规定的“行政行为合法性审查原则”相互契合：“法院对行政行为合法性的评判，除了依据行政诉讼法等行政基本法，更要依据行政机关所主管的行政实体法；在实体问题上的判断，更多是依据行政实体法律、法规、规章甚至规范性文件。如果原告请求保护的权益，并不是行政机关做出行政行为时需要考虑和保护的法律上的权益，即使法院认可其原告主体资格，但在对行政行为合法性进行实体审查时，仍然不会将行政机关未考虑原告请求保护权益之情形，作为认定行政行为违法的标准”〔7〕。

4. 如何适用保护规范理论?

保护规范理论将主观公权利的存立系于对实体法规范的“个别利益指向”的探求，其本质仍旧是法律解释问题。由此，在如何适用保护规范理论问题上，尤其是如何解释行政法规范的“私益保护性”问题上，刘案裁定同样给出了相应的指针，“对行政实体法某一法条或者数个法条保护的权益范围的界定，不宜单纯以法条规定的文意为限，以免孤立、割裂地只见树木不见森林，而应坚持从整体进行判断，强调‘适用一个法条，就是在运用整部法典’。在依据法条判断是否具有利害关系存有歧义时，可参酌整个行政实体法律规范体系、行政实体法的立法宗旨以及做出被诉行政行为的目的、内容和性质进行判断，以便能够承认更多的值得保护且需要保护的利益，属于法律保护的利益，从而认可当事人与行政行为存在法律上的利害关系，并承认其原告主体资格，以更大程度

〔5〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书，(2017)最高法行申 169 号。

〔6〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书，(2017)最高法行申 169 号。

〔7〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书，(2017)最高法行申 169 号。

地监督行政机关依法行政”。为避免法官在解释过程中的褊狭，刘案裁定也特别强调在解释法规规范的利益指向时，应从整体出发，“参酌整个行政实体法律规范体系、行政实体法的立法宗旨以及做出被诉行政行为的目的、内容和性质”，但这种体系化解释同样有其界限，基于司法能力和司法资源的限制，“将行政实体规范未明确需要保护、但又的确值得保护且需要保护的权益，扩张解释为法律上保护的权益，仍应限于通过语义解释法、体系解释法、历史解释法、立法意图解释法和法理解释法等法律解释方法能够扩张的范围为宜”〔8〕。

5. 刘某在本案中是否有主观公权利受损？

在将行政诉讼的原告资格界定为主观公权利，并将其判定方法回溯至保护规范理论后，本案对原告刘广明原告资格的判定，即转化为探求张家港市发改委在做出 823 号通知时，所依据的实体法规范是否要求其考虑、尊重和保护刘广明的个人权益。法院在此首先列数了市发改委做出通知所依据的实体法规范，包括“《国务院关于投资体制改革的决定》（国发〔2004〕20 号）、《中央预算内直接投资项目管理暂行办法》、《政府核准投资项目管理暂行办法》、《江苏省企业投资项目备案暂行办法》等规定”。法院在解释上述规范的“利益保护指向”时认为，它们所保护的只是“维护经济安全、合理开发利用资源、保护生态环境、优化重大布局、保障公共利益、防止出现垄断等”公共利益，这些条文“并未要求发展改革部门必须保护或者考量项目用地范围内的土地承包经营权的保障问题”。既然条文内容并不包含对刘广明等土地承包经营权人的个人利益保护指向，那么“项目建设涉及的土地使用权人或房屋所有权人与项目审批行为不具有利害关系，也不具有行政法上的权利义务关系，其以项目审批行为侵犯其土地使用权或者房屋所有权为由，申请行政复议或者提起行政诉讼，并不具有申请人或者原告主体资格”。经由上述分析，本案裁定最终确认，“即使张家港市发改委做出 823 号通知涉及刘广明依法使用的土地，刘广明也不能仅以影响其土地承包经营权为由申请行政复议”〔9〕。在适用了主观公权利和保护规范理论之后，法院仍旧确认，刘广明并不具备行政复议的申请人资格和行政诉讼的原告资格。

三、核心理论与纳入意义

刘广明案事实并不复杂、争点也相对单一，而一审、二审和再审的实质内容都基本相同，都否定了刘广明的原告资格。但刘案的再审裁定之所以成为典型，并在行政审判中影响重大，核心原因就在于它借由域外理论对我国行政诉讼的原告资格予以了重新界定。在此前较长的时期内，我国司法审判对于“利害关系”的界定标准一直都是“不利影响”或是“实际影响”。刘案的一审与二审判决显然也是沿用这一传统思路。将利害关系等同于不利影响，或是实际影响，显然是基于对《行政诉讼法》以及相关司法解释的系统解释而得。〔10〕而这一点同样曾获最高人民法院肯定，“‘法律上的利害关系’是被诉行为对自然人和组织的权利义务已经或将会产生实际影响，这种利害关系，包括不利的关系和有利的关系，但必须是一种已经或必将形成的关系”〔11〕。

〔8〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书，(2017)最高法行申 169 号。

〔9〕 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书，(2017)最高法行申 169 号。

〔10〕 自 2000 年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》就将“对公民、法人或其他组织权利义务不产生实际影响的行为”排除在受案范围之外，2018 年新的司法解释同样沿用这一规定。学者和实务界都倾向于将是否产生实际影响同时作为权衡受案范围和原告资格的基准。

〔11〕 最高人民法院行政审判庭编：《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》，中国城市出版社 2000 年版，第 26~27 页。

但在刘案的再审裁定中,法院对于“利害关系”的解读却发生重大转向:法院对原告资格的判定,不再关注个人权益“是否受到损害”或者“是否有受到损害的现实可能性”,而是着重考察其是否存在行政实体法上的主观公权利。主观公权利和保护规范理论也因此取代“不利影响”,成为判定行政诉讼原告资格的全新基准。在挖掘这种标准替代的启发意义之前,我们有必要对裁定中涉及的两项核心理论进行简要梳理。

(一) 核心理论

主观公权利和保护规范理论均源自德国。德国法同样用其以判定行政诉讼原告诉讼权能(Klagebefugnis),而德国法上的诉讼权能与我国行政诉讼的原告资格基本相当,鉴于我国行政法与欧陆法系在理论与制度上的亲缘性,这一点也成为德国学理为我国行政审判所借鉴的重要原因。

1. 主观公权利

在德国现代公法中,主观公权利(subjektives Recht)被定义为“个人在根据公法规范所享有的,为自身利益而向国家要求为一定行为、不为一定行为或承担一定容忍义务的权能(Rechtmacht)”^[12]。从历史渊源而言,公权理论是19世纪法学发展的产物,其系统建构可追溯至耶利内克。耶氏根据“地位理论”(Statustheorie)^[13]对公民的主观公权利予以体系化归纳,并以此彻底破除了绝对主义主权观念下的“公权否定说”^[14]。自此,公法尤其是行政法不再只是客观法秩序,而是与私法一样的个人请求权体系;个人也不再是国家作用的“客体”,而一跃成为向国家拥有权能的“主体”。在耶利内克之后,布勒(Otto Buehler)又对主观公权利理论进行了重要发展,他不仅提出了迄今仍在沿用的主观公权利的经典概念和判定公式,而且摒弃了耶氏公权理论中的“自然法”意味,使这一概念彻底转向实证法的框架下。^[15]

主观公权利理论的本质是确立和界明个人相对于国家的法地位(Rechtsstellung)^[16]。因为这一概念的提出,个人与国家的关系不复是绝对主权国家之下的权力作用关系,而是被重塑为相对对等、彼此独立、权利义务交互往来的法律关系。但因为实证主义法学观的影响,主观公权利又与英美法传统下的“自由观”截然不同。其中的差异或者说主观公权利的核心要义又表现为如下几点:其一,主观公权利概念建立在客观法(Objectives Recht)与主观权利(subjektives Recht)相互区分的基础上。公法不仅是客观法秩序,同样也是个人的主观权利体系,这一点是对此前一度甚嚣的“公权否定说”的否定,德国法也因此将由耶利内克发启的公权运动称为“公法秩序的主观化”(Subjektivierung der oeffentlich-rechtlichen Rechtsordnung)^[17];其二,主观公权利的产生依赖于客观法,即“权利法定”^[18]。公权学说并不承认个人相对于行政的“先于法律”或是“先于国家”的

[12] Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 8. Rn. 2.

[13] [德] 格奥格·耶利内克:《主观公权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第6页。

[14] “公权否定说”与“绝对国家主权观”相关,认为个人只是国家这个理想整体的部分,这个整体被认为在更高纬度上消弭了一般与个别的冲突,因此也就不可能存在个人相对于国家的权利。Wilhelm Henke, Das subjektives oeffentliches Recht, 1968, Tuebingen, S. 11.

[15] Otmar Buehler, Die Subjektiven oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, 1914, Berlin, S. 36.

[16] Wilhelm Henke, Das subjektives oeffentliches Recht, 1968, Tuebingen, S. 17.

[17] A. Vosskueler / A.-B. Kaiser, Grundwissen-Offentliches Recht: Das subjektive-oeffentliche Recht, JuS 2009, 16(17).

[18] [日] 小早川光郎:《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234页。

概观的、抽象的一般自由的存在，相反认为个人针对行政的请求权由具体的实定法来确定，而个人的法律地位也由这些从实定法而来的具体的、个别的单项请求权所塑造；其三，客观法与主观权利并非一一对应，即并非所有的客观法都会构成公民的主观权利，某些公法规范只是设定了行政执行法律的义务，但与这些公法规范对应的却只是个人的反射利益(Rechtreflex)。换言之，与客观公法对应的空间是由“主观公权利+反射利益”共同填满的。^[19] 由此，尽管个人在公法上的权利可被称为“法律执行请求权”(Gesetzesvollziehungsanspruch)，但德国法却否定个人概括的“法律执行请求权”，认为公法请求权应是具体、个别的。^[20] 至于何种公法规范会生成主观公权利，就会涉及保护规范的适用。

公权理论在德国法中历经复杂流变。最初的公权理论认为，个人的主观公权利涵盖了“个体相对于国家的所有法律地位”^[21]，其范畴既包含行政法上的主观公权，也包含了国家法上的主观公权，尤其是公民的基本权利。但伴随基本权利法教义学的形塑完成，德国出现基本权利和行政法上的主观公权的理论二分(Lehrendualismus)^[22]，主观公权利的重心也转入行政法领域，并成为判断公民在行政法上的请求权的专属概念。在行政法领域，因为基本权利理论的影响，行政相对人的主观权利获得普遍承认：只要诉讼原告是行政措施的相对人(Adressat)，基于一般自由权中包含的“个人免受国家不当干预和违法负担”的要求，就足以证明其主观权利受损，而无须再寻求一般法依据。^[23] 主观公权利的判定问题也因此就集中于第三人(Dritt)或是利害关系人(Betroffene)领域。^[24] 而对第三人主观权利的判定，德国法依据的就是保护规范理论，即基于对“行政规范的私益保护性”的解释。

2. 保护规范理论

保护规范理论(Schutznormtheorie)一直以来都是主观公权利理论的固定构成。在布勒提出的主观公权利的三项判定要素中，保护规范理论就居其一。除保护规范理论外，另外两项要件还包括：强制性法律规范(Zwingender Rechtssatz)以及法律权能(Rechtsmacht)，或者说是诉讼可能(Klagebefugnis)。^[25] 但在嗣后发展过程中，强制性法律规范和诉讼权能要件分别伴随裁量理论的发展以及行政诉权的普遍化而被破除，主观公权的探求和检验就逐渐凝结为：“客观法规范在保护公共利益的同时，至少同样服务于某个特定的人或人群的私人利益。”^[26] 即产生主观权利的客观法规范必须包含“个人利益的保护指向”(Individualinteresserichtung)。

保护规范理论要求，公法规范在保护公共利益的同时，至少要同样服务于特定的私人利益，始能确认主观公权利的存在，而这就使主观公权利的存立系于实定法规范的“私益保护性”上。

[19] A. Vosskuiler /A.-B Kaiser, Grundwissen-Offentliches Recht; Das subjective-oeffentliche Recht, JuS 2009,16(17).

[20] Wilhelm Henke, Das subjective oeffentliche Recht, Tuebingen; Mohr, 1968, S.23.

[21] Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven oeffentlichen Recht, Berlin, 1986, S.11.

[22] Hartmut Bauer, Subjektive oeffentliche Recht des Staates, DVBL. 1986, S.212.

[23] 这也是德国法上的相对人理论(die Adressatentheorie)。Ulrich Ramsauer, Die Dogmatik der subjektiven oeffentlichen Rechte, Juristische Schulung, 2012, S.34.

[24] Ulrich Ramsauer, Die Dogmatik der subjektiven oeffentlichen Rechte, Juristische Schulung, 2012, S.34.

[25] Otto Buehler, Die Subjektive oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, Berlin; Springer, 1914, S.36.

[26] O. Buehler, Die Subjektive oeffentlichen Rechte, 1914, S.1.ff.

“私益”要素显然是对私法权利理论的吸收,但其在公法中却意义重大。因为所有的公法规范都旨在保护公共利益,而要求其必须兼具“私益保护性”才能生成主观公权利,再次使主观公权利与客观法规范之间的一一对应关系被截断。由此,保护规范理论也因此成为区分主观公权利和反射利益的核心基准。

而对客观法规范的“私益保护性”问题的判断,在本质上又属于法解释的范畴。针对客观法规范的解释基准,保护规范理论也同样经历了从严苛到缓和的发展。在布勒的时代,人们对客观法“个人利益指向”的探求,会格外地倚重立法者的主观意图;但“二战”后新的保护规范理论则要求,法规范的保护目的并非绝对地,或是首要地、排他地、一次性地从规范制定者的主观意图中探求,而是客观地综合文义解释、体系解释、合宪性解释等解释方法,借此来判断系争规范是否为保护规范。^[27]此外,因为基本权利法教义学的发展,新保护规范理论也更强调在解释一般法规范时,基本权利所发挥的“价值明晰、体系定位”作用,即基本权利的精神和价值,可以通过法解释方法,渗透至一般法的保护旨向的解释上。^[28]保护规范理论在解释基准上的放缓,显然是为了迎合现代行政下不断扩张的公法权利保护需求。但即便如此,保护规范理论所主张的“私益保护性”的框架一直沿用至今。这也使公权理论在面对不断出现的新利益类型时,都必须回溯至请求权的解释框架下。

(二) 纳入意义

主观公权利和保护规范都是域外理论,但行政诉讼对上述理论的纳入却对我国行政诉讼原告资格的判定乃至整体的行政诉讼都影响重大。

1. 行政诉讼权与实体请求权的对照与连接

我国在较长时间内将“利害关系”等同于“不利影响”,但“利害关系”与“不利影响”几乎是同义置换,有关“不利影响”的讨论最后大多将问题凝结为,“当事人的权益是否受到损害或是有受到损害的现实可能性”,以及“当事人的权益与行政行为之间是否有因果关系”^[29],上述解读对于我们识别何种权益受到影响始能起诉,以及影响程度如何决定“权利”的边界和射程而言,几乎没有太多助益,更不用说在原告资格问题上为审判实践提供清晰的思考框架和稳定的判定步骤。

也基于这一影响,对于个人的何种权益应为行政诉讼所保护,无论是学界还是实务界此前一直都依赖于《行政诉讼法》以及司法解释对保护权益的列举。《行政诉讼法》最初保障的权利类型是人身权和财产权,《司法解释》又补充了相邻权与公平竞争权、企业经营自主权,而受教育权和就业权等权利则是在审判实践中被慢慢纳入。^[30]但这种“点数硬币”式的做法显然无法应对个人不断扩张的公法权利保护需求,它也使行政诉讼为公法权利所提供的保护注定是滞后的和僵化的。而且,认为“行政诉讼对公法权利的保障限于《行政诉讼法》和司法解释明确列举”的思考方式,反映的是将行政实体法和诉讼法分别处理的观念:实体法所确认的个体权利并不都能通过诉讼获得救济,某种权益是否具有诉讼可能还必须依赖于《行政诉讼法》的认可。其本质仍旧是“行政诉讼列举主义”的立场,即“实体法上的权利只有在被具体地、例外地赋予诉讼可能时才能获得贯彻”^[31]。而这一观念和做法不仅会持续加剧实体法与诉讼法之间的区隔与断裂,也会极大限制公

[27] Schmidt-Assmann, in: Maunz, Duerig u. a., Grundgesetz, Kommentar, Lieferung: 1985, Rndr. 128ff. zu Art.19 Abs.4GG.

[28] Hartmut Bauer, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, Archiv des oeffentlichen Rechts, S.589.ff.

[29] 黄陆军等人不服金华市工商行政管理局工商登记行政复议二审行政判决。

[30] 参见江必新主编:《新行政诉讼专题讲座》,中国法制出版社2015年版,第112页。

[31] 前注[18],小早川光郎书,第47页。

法权利的司法保障。

从这个意义上说,主观公权利和保护规范的纳入不仅为我国行政诉讼原告资格的判定提供了具有法教义支持的操作步骤,更重要的是,它打破了传统行政审判有关“原告主张权益应属诉讼法明确列举”的认识窠臼,使对当事人的行政诉权探求转向对被诉行为所涉及的实体法规范的解释,通过判断“行政机关做出行政行为时所依据的行政实体法和所适用的行政实体法律规范体系,是否要求行政机关考虑、尊重和保护原告诉请保护的权益或法律上的利益”^[32],作为判定其是否存在主观公权利,继而判断其是否具有诉权的依据,行政实体法和诉讼法因此得以打破区隔,并建立起真正联结。

将行政诉权的依据诉诸当事人在实体法上的请求权,不仅为我国的公法权利保护提供了全新的认识论和方法论基础,同样也有助于破除我国一直奉行的“行政诉权列举主义”,使之逐渐迈向“行政诉权概括主义”。既然对当事人行政诉讼的探求应诉诸其在行政实体法上的请求权,那么接下来,个人在实体法上获得承认的针对行政的所有权利,也都应被赋予一般的诉讼可能,换言之,只要原告所主张的是自己的实体请求权,就应认为其拥有诉权,诉权也因此为实体法上的请求权所吸收。^[33] 刘案裁定同样表达了上述立场,只要“原告本人需要提供证据证明其存在与普通公众不同的独特的权益,且这种权益受行政实体法律规范所保护,并存在为被诉行政行为侵害的可能性”^[34],即实体请求权不再为诉权所捆绑,否则公民在实体法上的主观公权就仍旧是司法保障的例外。

2. 行政诉权与诉讼功能定位的对照与联结

行政诉讼的原告资格的确定,涉及公法权益的保障范围及其限度,但对此问题的确定,除应考虑权利保护需要和司法的承载能力外,还特别需要顾及行政诉讼的整体功能定位以及在整体功能定位下各个制度之间的相互匹配与彼此均衡。而刘案裁定对主观公权利的引入,以及将纳入理由回溯至诉讼整体功能定位的阐释,“现行行政诉讼法在确定原告主体资格问题上,总体坚持主观诉讼而非客观诉讼理念,行政诉讼首要以救济原告权利为目的,因此有权提起诉讼的原告,一般宜限定为主张保护其主观公权利而非主张保护其反射性利益的当事人”^[35],同样再次提示我们,原告资格的判定与行政诉讼的整体功能定位密切相关。与此相对,在既往有关原告资格制度的学理研究和制度推进上,我们较少将其放置在诉讼的整体定位和统一框架下思考,而更多是选择参酌各种现实影响要素。受这种思维方式的影响,“放宽原告资格、降低起诉门槛”一直都是我们在讨论原告资格问题时的基本论调。这一立场也阻碍了我们去探求确定原告资格的法教义学基础,以及忽略了一味扩张原告资格可能带来的诉讼结构的整体失衡。从这个意义上说,刘案裁定回溯到行政诉讼的整体功能定位去探求原告资格的做法,可说是行政审判在此领域的重大迈进。

主观公权利和主观诉讼的相互关联主要表现为:主观诉讼的目标是为个人提供司法保护,反映在原告制度上就意味着,只有个人权利因行政权受损,才具有启动行政诉讼的适法性;而与之相对的客观诉讼的目标是为了客观法秩序的维护,或者说是为了对“依法行政”的控制。在客观诉讼之下,原告并非在诉讼中对具体的法律关系下的相对方主张其实体权利,因此其法地位也只

[32] 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申 169 号。

[33] 参见前注[18],小早川光郎书,第 54 页。

[34] 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申 169 号。

[35] 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申 169 号。

是被简单地理解为起诉资格,其在行政诉讼中充其量只是“形式当事人”,并不具备如民事诉讼中“实质当事人”^[36]一样的实体性权利。从这个意义上说,在客观诉讼之下,诉讼是由权益受损的公民提起还是由公益代表提起并无差异。^[37]相应地,对于原告资格和诉讼权能的探求,客观诉讼也不会诉诸实体法所规定的公法请求权,而主要来自组织法或是司法本身的现实承载力限制。与之相反,主观诉讼强调行政诉讼与民事诉讼的目的无异,都是在纠纷解决的框架下,对具体法律关系下个人得以向行政所主张的权能及其界限予以判定。因此,对于原告的诉讼权能及其界限的判定,也都应回溯至实体法上的请求权体系,换言之,回溯至主观公权的框架体系之下。

将主观公权与主观诉讼,或者说将原告资格与诉讼整体功能相互关联的阐释和适用,同样会对我国行政诉讼功能定位的厘清与纯化发挥积极影响。主观诉讼或是客观诉讼是欧陆国家对于行政诉讼主体功能的选择,两者各有优劣,并无法概观地予以简单评价。但行政诉讼制度运行地较为成功的国家基本都是择定一种模式,并在此核心功能支配之下,具体安排每项制度的内容,由此在逻辑自洽的基础上实现行政诉讼制度的整体均衡。但我国行政诉讼的功能设定却长期都在“保护公民权利”和“监督依法行政”之间摇摆,这也导致在整体的制度设置上,主观和客观部分斑驳混杂,无法明辨,各种制度之间也因此相互龃龉、效力互抵。因此,未来的行政诉讼发展,要求我们必须要在“主观/客观”的功能定位上进行选择;也只有在择定了诉讼的主要功能后,各项制度才能够在核心目标引导下被重新确定,且彼此协调、互相配合,最终形成一套体系均衡的行政诉讼制度。

3. 权衡“保护诉权与防堵滥诉”冲突的法教义基础与法技术手段

原告资格确认问题的困难还在于,它必须要在保护当事人诉权与防堵滥诉这两项冲突价值之间进行仔细权衡。而这一问题在现代行政下更趋复杂。在现代国家之下,行政被要求更积极地形成社会秩序、介入社会生活,其活动样态日渐复杂,相应的,其作用效果也开始无限发散。这也使得传统个人自由的轮廓变得日渐模糊、无法识别。这一问题反映到行政诉讼上,就是法律所保护的权利的“射程”和边界的日渐消弭:当事人轻易就可证明自己受到某项行政决定的不利影响,或是与某项行政决定产生关联,原告资格的标准轻松就能达到,滥诉问题也因此大量滋生。

为应对上述问题,行政诉讼实践的典型做法就是通过“点数硬币”的方式将个人在法律上值得保护的利益逐项纳入诉权范围。我国此前的实践即遵循了这种思路。但如前文所述,这种思路的弊端在于,它对于权利保障而言永远具有滞后性。此外,即便确定某类权利值得保护,但这与在具体行政个案中,当事人是否可向行政主张其此项权利也并不相同。^[38]除对值得保护的权益进行“点数硬币”式的归纳外,我国在原告资格判定上还尝试辅以“因果关系”标准,即通过强调被诉行为与原告权益受损之间的因果关系而界明保护边界。但“因果关系”本身的抽象性对于在复杂行政之下确定“权利”的射程几乎毫无助益。另一极端做法则是不去具体识别权利类型,而是将相对于行政合法的空间都观念为个人抽象的、一般的自由。这种做法在现代行政下或可容纳个人权利

[36] 前注[18],小早川光郎书,第17页。

[37] *Kopp/Schenke*, *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, C.H. Beck, 2005, 14. Aufl. § 42. Rn.27.

[38] 行政诉讼与民事诉讼的区别在此处也需要考虑。如果当事人的权益受损是因为与第三人的民事纠纷所直接导致,就应首先通过民事救济途径获得解决,当事人寄望于通过行政诉讼来辐射和解决民事争议的做法,会使民事诉讼与行政诉讼之间的必要分工遭到破坏。

的不断扩张,但其所带来的“个人自由”的无轮廓性和不确定性,却会给司法带来难以想象的巨大挑战。

而如何权衡诉权保障与防堵滥诉的问题,在我们将此前的立案审查制修改为立案登记制,行政诉讼变得“几无门槛”后,显得更为突出。刘案裁定同样表达了对防堵滥诉的考虑,而近年来我国原告资格的一度收紧事实上也是对上述法律修改的实践回应。但防堵滥诉不应该仅从司法现实承载力上予以考量,这种目标也应该通过一种稳定的、明确的法技术手段和法教义学工具来达成,由此,对“诉权保障/防止滥诉”的冲突权衡才不至沦为司法的恣意判断或是法政策的简单选择。从这个意义上说,保护规范理论所扮演的恰恰就是这种“法教义工具”的角色。这一理论强调行政的客观法义务与公民的主观公权之间的区别,强调将个案中主观公权的判定诉诸客观法规范的“个别利益保护指向”的探求。经由上述步骤,保护规范理论也最终将对复杂行政下个人“权利射程”的确定转化为法解释问题。这种在实定法框架下的“法技术”操作,能够有效框定法官对“法益”探求的思考步骤,使这一问题不致成为斑驳芜杂的个案创造;而它将对个体权利“射程”的探求,通过法解释技术,通过诉诸实体法上请求权而牢固地系于实体法上的做法,也为在复杂行政下的个人法地位的确定提供了“确定的、超越情境式考量的坚实基础”^[39]。

四、适用不当与未尽问题

尽管刘案对于主观公权利和保护规范理论的纳入,对我国行政诉讼原告资格的判定、诉讼功能定位的纯化以及诉讼法和实体法之间的对照连接均产生了相当积极的影响,但刘案对保护规范理论的适用却并非毫无问题。这种适用不当在一定程度上影响了主观公权利和保护规范理论效能的发挥,甚至引发学者对保护规范理论本身的不当评价。此外,刘案对于主观公权利和保护规范理论的吸纳,在我国行政审判尚属开端,也因此存在诸多未尽问题。

(一) 适用不当

如上文所述,保护规范理论在其发展过程中不断呈现缓和的趋势,反映在法解释方法上,现代的保护规范理论已不再主要从立法者的主观意图中推导规范的保护目的,而更多地依赖于对利益的客观评价,依赖于规范适用时的现实效果。在刘案中,尽管法院强调在解释行政实体法时,“不宜单纯以法条规定的文意为限”,“而应坚持从整体进行判断”,“参酌整个行政实体法律规范体系、行政实体法的立法宗旨以及做出被诉行政行为的目的、内容和性质进行判断”^[40]。但事实却是,在刘广明案以及后续的诸多相邻权案中,法院对法律的解释却相对严苛。其对案件涉及的实体法的保护意旨的解释基本还是从立法者的主观意图出发,认为这些规范所保护的主要是“维护经济安全、合理开发利用资源、保护生态环境、优化重大布局、保障公共利益、防止出现垄断”,“并无任何条文要求发展改革部门必须保护或者考量项目用地范围内的土地使用权人权益保障问题,相关立法宗旨也不可能要求必须考虑类似于刘广明等个人的土地承包经营权的保障问题”^[41]。

解释方法的相对严苛,也使保护规范的纳入和适用非但没有成为扩张我国主观公权的工具,反而成为限定原告资格的“正当理由”。其显见的后果是,原本经司法解释而被纳入诉权范围的

[39] 前注[18],小早川光郎书,第4页。

[40] 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申169号。

[41] 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申169号。

“土地承包权”“相邻权”等权益,其保护基础反而在适用保护规范理论后开始坍塌。因为刘案的示范作用,在后续诸多涉及“相邻权”和“土地承包权”的案件中,法院均以实体规范未包含“私益”保护意旨为由否定了当事人的利害关系,这也使保护规范理论在被纳入我国行政审判实践后,就开始背负限缩原告资格的不当骂名。

客观而言,适用保护规范理论或许会在某种程度上使我国的原告资格呈现收紧的态势,但对比之前毫无理由地开放原告资格,适度收紧会有助于诉讼制度的整体均衡,以及与其他诉讼制度之间的协调匹配。但本案对原告资格的限缩,在很大程度上却是因为对保护规范理论的不当适用,尤其是严苛适用所致。

相邻权人、土地用益权人等这些行政第三人的主观公权利判定问题,在德国法中同样是保护规范理论最重要的适用场域,且都被归入邻人保护(Nachbarschutz)的范畴之下。德国法最初在此问题上同样适用严苛解释的方式,认为邻人因建筑规划决定受到影响只是一种“反射利益”,如果允许其针对规划机关提起公法诉讼,就会混淆公法/私法的界限,邻人因建筑行政决定而利益受损,也因此只能针对规划决定的相对方(Adressat)提起民事诉讼。^[42]但德国法的立场此后发生了显著变化。这种变化的缘由首先来自行政在建筑、环保等领域角色的转变。在这些行政领域,单纯的行政与相对方的双边关系已经相对化,行政所面对的是更复杂和更多元的利益格局,行政也从之前的“高权主体”,渐渐衍变为一个“相互限定的行为进行交换往来和连接互动的平台”^[43]。行政角色的变化也使这些领域的公法规范不再只是被理解为针对行政以特定人为对象的干预的授权与限制,同样也被视为是对行政所涉及的所有关系人的利益均予以考虑和保护的命令。^[44]作为邻人的第三人也因此在此领域完全可要求行政在做出建筑规划决定时,对各种相互冲突利益都予以适当考量,并最终做出无瑕疵的裁量决定。对于邻人主观公权的描述,德国法上曾有不同的尝试,例如将其视为宪法所有权的延伸,或是将其观念为一种“计划遵守请求权”。^[45]这些尝试中无疑都包含了对邻人在建筑法、环保法下独立的公法地位的承认。

上述观念反映到保护规范理论的适用问题,对于建筑法规范的“私益保护性”的解释,德国法目前适用的是“照顾诫命”(Das Gebot der Ruecksichtnahme),即“只要邻人的不动产经由某种有关建筑措施和决定受到明确的、个体化的影响时,其利益就应予考虑”^[46]。据此,邻人与建筑物的事实关联或是事实上的利害关系(tatsaechliche Betroffenheit),就能够成为其利益应从一般大众中区别出来予以保护的的确据。也因此,即使实体法规范没有明确要求对邻人的利益予以考虑,但邻人与建筑规划之间只要存在事实关联,对第三人的权益予以照顾和考虑就是建筑法规范的应有之义,而司法也确认这些实体法规范隐含了这种“照顾要求”。这种解释方法在很大程度上缓和了传统保护规范理论的褊狭和不当,应合了不断扩张的公法权利保障需求。

综上,保护规范理论将主观公权的判定回溯到客观法规范的“个人利益指向”,其本质仍旧是法律规范的解释问题。但在解释的过程中,如何在遵守既定框架的基础上,使法解释保持一定的

[42] Karl Heinrich Friauf, Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtssprechung, JurA 1969, 3. ff.

[43] Ernst-Hasso Ritter, Der cooperative Staat, AoeR104(1979), S.393.

[44] 参见前注[18],小早川光郎书,第130页。

[45] Wilhelm Henke, Das subjective Recht im oeffentlichen Rechts; Ergaenzungen und Korrekturen, DOEV 1980, S.621ff.

[46] BVerwGE 72, 300/315. VG Berlin NVwZ-RR 1994, 150.

开放性,并为主观公权利的扩展留下适度空间就成为关键问题。从德国法的经验来看,保护规范理论的解释基准和规范一直保持着相当的弹性和开放性,这也使得主观公权利的确定得以与客观现实和价值导向的转变相互适应。^[47] 据此,我国的行政审判通过纳入保护规范理论,来平衡保护诉权和防堵滥诉的冲突和矛盾,但如何适用这一理论,除了要对其发展脉络以及解释基准、规则进行整体性了解外,恐怕还要根据不同的行政领域、根据不同行政作用的特性,而对两种价值进行具体权衡,并由此对保护规范理论适用的宽严进行能动调试。

(二) 未尽问题

除适用不当外,因为对主观公权利和保护规范理论的纳入尚处端倪,刘案裁定也因此还是有很多未尽问题需要未来持续的学理探讨和实践磨砺。

其一,无论是主观公权利还是保护规范理论,它们所代表的都是德国在实证主义思想影响下的独特的“公法权利观”。这种权利观的本质就是“权利法定主义”,这种认知显然与自然法所主张的权利的“先国家性”和“先法律性”不相吻合。^[48] 我国公法是否要继受这种公法权利观,并将其作为公法领域权利保障的教义基础,学界可能会有不同意见。

其二,主观公权利和保护规范理论在德国法上的展开表现出自成一脉的独特性,也在很大程度上倚赖于一些外部条件,而这些都会对我们的效仿和移植树立起一定门槛。例如德国战后的公权理论和保护规范都强调基本权利对于解释一般行政法规范时的“价值明晰、体系定位”作用,其目的就在于通过基本权利的“先国家性”与“先法律性”来发挥制动器的作用,防止主观公权利因强调权利对客观法的依赖,而最终沦为立法处置的对象。^[49] 但我国宪法上的基本权利显然缺乏如德国法基本权利一样的,对于整体法秩序的“放射性效果”。基本权利放射性效果的缺失会使我们在判定行政法规范的私益保护性时,更可能趋向传统的严苛标准,如何克服便成为问题。而因为这些外部条件的阙如,尽管主观公权利和保护规范的纳入具有积极意义,但它们在在我国现有法秩序框架下能够发挥效用的空间,也会确定地受到限制。

其三,主观公权利和保护规范理论都与行政诉讼的主观模式紧密相连。选择适用主观公权利和保护规范理论来确定原告资格,也意味着我国行政诉讼的整体定位是以个人主观权利的保护为主,但这一结论可能与德国法上的“公法权利观”一样,也并不能为所有人接受和认同。正因如此,本案裁定也是相当克制地写道,“现行行政诉讼法在确定原告主体资格问题上,总体坚持主观诉讼而非客观诉讼理念”^[50],而并未将这一定位扩散至整体诉讼制度。但如果只是在原告资格判定上趋向“主观化”,而其他关联制度,例如审查限度、判决理由等仍旧继续主客观规范的混杂交错的格局,同样会影响这些域外理论的效力发挥。

结 语

因为对域外理论的吸收,刘广明案裁定对我国行政诉讼原告资格的判定发挥了重要的推进作用:“主观公权利”自此取代“不利影响”,成为行政审判释解原告资格的全新标准,而原告资格的判

[47] 赵宏:《保护规范理论的历史嬗变与司法适用》,载《法学家》2019年第2期。

[48] Ulrich Ramsauer, Die Dogmatik der subjektiven öffentlichen Rechte, JuS 2012, S.5.

[49] Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Berlin: Duncker & Humblot, 1986, S.129.

[50] 刘广明与张家港市人民政府再审行政裁定书,(2017)最高法行申169号。

定也因为保护规范理论的纳入,而有了相对清晰的分析框架和相对确定的推导步骤。刘案对这些域外学理的吸收所产生的积极意义,又并不限于这些学理对于我们认识行政诉讼原告资格问题所带来的知识增量。它对于重新考量行政实体法与行政诉讼法、原告资格与诉讼的整体定位,以及如何为权衡“诉权保障/防堵滥诉”的教义学基础都产生相当的启发意义。但刘案裁定对上述理论的适用仍旧存在可商榷的不当之处,案件未尽问题也不在少数,这些都有待嗣后的学理研究和审判实践进一步澄清和探讨。

Abstract In the retrial ruling of “*Case Liu Guangming v. Zhangjiagang Government*” in 2017, the court first used the theory of subjective public rights and protection norms in German law as the interpretation of “interest relationship”, which is the qualification of administrative plaintiff in China. From the previous “adverse effects” to “subjective public rights”, the absorption of extraterritorial doctrine in Liu case has played an important role in promoting the determination of plaintiff qualification in administrative litigation in China. In addition to triggering us to re-recognize the issue of plaintiff qualification in administrative litigation, the theory of subjective public rights and protection norms have important enlightenmental significance for us to reconsider the relationship between administrative substantive law and administrative litigation law, the relationship between plaintiff qualification and the overall positioning of litigation, and how to find the dogmatic basis for weighing the “protection of litigation rights/prevention of indiscriminate litigation”. However, the application of Liu’s ruling to the above-mentioned theory is still questionable, and there are also a few problems that have not been solved.

Keywords The Qualification of Administrative Plaintiff, Interest Relationship, Subjective Public Rights, The Protection Norms Theory

(责任编辑:蒋红珍)