

保护规范理论的引入抑或误用

——刘广明诉张家港市人民政府行政复议案再检讨

何天文*

目次

一、刘广明案利害关系判断的两种思路	(三) 保护规范理论的具体操作
(一) 基本案情	三、刘广明案适用保护规范理论存在的问题
(二) 争议焦点	(一) 本案有无适用保护规范理论的必要
(三) 本案法院对利害关系的判断	(二) 本案的症结
二、保护规范理论的功能与适用	(三) 本案关于保护规范理论适用见解
(一) 保护规范理论下主观公权利的要件 的延伸	四、结语
(二) 私益保护指向的查明方法	

摘要 刘广明案引入保护规范理论,为原告资格的利害关系判断标准提供了新思路,但也反映出最高人民法院对保护规范理论的适用前提和作用范围仍不明确。在利害关系的判断层次中,保护规范理论用于查明主观公权利以排除反射利益,而不用于确定被诉行政行为对既存权益的侵害可能性;前者关注私益保护指向的规范解释,后者关注因果关系确定性与紧迫性的事实判断。当起诉人诉请保护的合法权益已获得法律规范或司法实践的承认,则保护规范理论无适用必要。

关键词 刘广明案 保护规范理论 主观公权利 利害关系

刘广明诉张家港市人民政府行政复议案(以下简称“刘广明案”),首次引入并系统阐释保护规范理论,为原告资格的利害关系判断标准提供了新思路,对扩大行政诉讼权益救济范围、充分保障当事人诉权有着积极意义。但是,刘广明案也反映出,保护规范理论的理解与适用存在一些需要澄清的问题,值得我们重视。

*南开大学法学院博士研究生。

一、刘广明案利害关系判断的两种思路

（一）基本案情

张家港市发改委向江苏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”)。刘广明认为,该通知将其拥有承包经营权的土地纳入其中,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。张家港市政府以刘广明与823号通知不具有利害关系为由,驳回其复议申请。刘广明不服,提起本案诉讼。^{〔1〕}

（二）争议焦点

本案的争议焦点是,刘广明是否与被诉通知具有利害关系?根据《行政诉讼法》第25条的规定,具有原告资格的当事人分为两种类型,即行政行为的相对人和利害关系人。但是,自1999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》提出“法律上利害关系”的概念以来,我国司法实践对“利害关系”的判断并无统一标准。

（三）本案法院对利害关系的判断

本案一、二审法院与最高人民法院虽然均认为刘广明与被诉通知没有利害关系,但是判断标准却截然不同。

1. 一、二审法院:合法权益受到直接影响

根据一、二审法院的意见,利害关系是指起诉人的合法权益受到被诉行政行为的直接影响,这种直接影响一般针对行政行为的相对人。在第三人起诉的情形,直接影响意味着合法权益立即受到被诉行政行为侵害,影响该权益的行政手续已经确定完成。本案金沙洲公司仅凭823号通知不能实施开发建设,还必须依法办理土地、环保、规划等各方面的手续。换言之,尽管刘广明享有承包经营权的土地被纳入该通知,但该通知并不授权金沙洲公司立即开工建设,因而不能直接侵犯其土地权益,真正能够影响刘广明土地权益的行政决定还远未到来。所以刘广明与823号通知没有利害关系。^{〔2〕}

2. 最高人民法院:保护规范理论

最高人民法院将“利害关系”的内涵限定为:(1)法律上的利害关系,不包括反射利益受影响的情形;(2)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。经此限定,最高人民法院将“主观公权利”作为利害关系的核心要素,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”,才与行政行为具有利害关系。

就如何查明主观公权利并判断公法上利害关系的有无,最高人民法院首次引入了保护规范理论:“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、尊重和保护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。”根据保护规范理论形成的判断标准,最高人民法院考察了有关投资项目的一系列规定,认为发展改革部门对企业投资项目的核准和备案行为,主要考量因素是经济安全、资源利用、生态环保等公共利益,而非项目用地范围内土地使用权人的权益保障问题,因此类似于刘广明等个人的土地承包经营权与项目审批行为不具有利害关系。^{〔3〕}

赵宏教授对刘广明案引入主观公权利和保护规范理论给予充分肯定,认为这是我国行政审判

〔1〕 刘广明诉张家港市人民政府行政复议案,最高人民法院(2017)最高法行申169号行政裁定书。

〔2〕 刘广明诉张家港市人民政府行政复议案,最高人民法院(2017)最高法行申169号行政裁定书。

〔3〕 刘广明诉张家港市人民政府行政复议案,最高人民法院(2017)最高法行申169号行政裁定书。

在原告资格领域的重大迈进,促成原告资格由传统的“不利影响”标准到“主观公权利”标准的转变,使“行政诉讼原告资格的判定有了相对清晰的分析框架和推导步骤”〔4〕,并且为权衡保护诉权与防堵滥诉的冲突提供了法教义基础与法技术手段。〔5〕李年清博士也认为,保护规范理论的引入意义重大,有利于平衡权利保障与遏制诉权滥用,明确司法分工,提高审判效率,兼顾提高行政效率和保障行政责任。〔6〕本文不再重述保护规范理论的积极影响,而是检讨保护规范理论在本案中的适用是否恰当,尤其是最高人民法院对该理论的适用前提和作用范围是否形成了清晰的认识。而且,最高人民法院并未说明本案利害关系判断的两种思路有何实质差别,两种思路究竟是何关系、可否相融。为此,本文尝试探明保护规范理论究竟解决何种问题以及具体解决方法,在此基础上重整利害关系标准的分析思路。

二、保护规范理论的功能与适用

(一) 保护规范理论下主观公权利的要件

在采取主观诉讼模式的行政诉讼制度下,法院的主要功能在于权益救济,而非监督行政。这意味着原告资格的获得应以其公法上的权利或利益受到侵害为必要条件,而不能“把自己变成公共利益的卫士”〔7〕。公法上的权利或利益即主观公权利,是“公法赋予个人为实现其权益而要求国家为或者不为特定行为的权能”〔8〕。

作为主观公权利的判定基准之一,保护规范理论将可诉请司法救济的主观权益与客观法规范相联结,即主观公权利以公法实体规范为依据。〔9〕依据保护规范理论,“要承认公法上权利,必须满足下述前提要件:(1)公法的法规范课以行政机关为特定行为的义务(行政机关的法定义务);(2)此项法规范必须至少也是为保护(满足)个人利益为目的,而非专门为实现公共利益而加以规定(个人利益);(3)此项法规范赋予关系人得对于义务人实现该项法规范所保护利益的法律上之力(可实现性),亦即该项公权利可以经由法律救济的程序,获得实现”〔10〕。为了适应个人权利完整而无漏洞司法保护的宪法要求,第三要件无须在个案中进行特别的检验与说明。〔11〕除非法律明确排除了某种权益的司法保护,否则推定“实现此项利益的法律上之力也被赋予”〔12〕。

据此,保护规范理论的基本内涵可归结为:(1)法规范的私益保护指向是主观公权利存否的关键。如果客观法规范不仅保护公共利益,而且具有保护个人利益的目的,就可以承认该规范赋予了一项主观公权利。(2)保护规范的查明依赖法律解释。当法规范明确规定保护特定人的利益时,主观公权利不难发现;但是具有私益保护指向的明确规范经常不存在,法律解释就成为查明保

〔4〕 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,第12页。

〔5〕 参见赵宏:《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》,载《交大法学》2019年第2期,第179—192页。

〔6〕 参见李年清:《主观公权利、保护规范理论与行政诉讼中原告资格的判定——基于(2017)最高法行申169号刘广明案的分析》,载《法律适用》2019年第2期,第46—57页。

〔7〕 [德] 弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第241—242页。

〔8〕 [德] 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第152页。

〔9〕 见前注〔4〕,赵宏文,第2—4页。

〔10〕 陈清秀:《行政诉讼法》,元照出版有限公司2013年版,第257页。相同观点参见陈敏:《行政法总论》,新学林出版有限公司2016年版,第264—266页。

〔11〕 见前注〔4〕,赵宏文,第5页。

〔12〕 见前注〔10〕,陈清秀书,第258页。

护规范的必然选择。

（二）私益保护指向的查明方法

以第二次世界大战为分界，保护规范理论分为新旧两种学说，它们对私益保护指向的查明方法不同。目前新保护规范理论仍不失为判断主观公权利的有效方案之一，为日本和我国台湾地区的行政审判实践所借鉴。以下就新保护规范理论如何探求公法规范的私益保护指向，略做说明。

1. 客观主义的解释取向

旧保护规范理论把立法者意志置于首要地位，因而在解释上倚重历史解释和立法意图的探求；新保护规范理论则主张规范的保护目的不仅仅、甚至不优先从规范制定者的意志解释出来，而强调规范客观目的的探求。客观解释一则避免了立法者意图经常含糊不清而无法获得确定解释结论的弊端，二则有利于因应社会发展和吸纳时代精神，避免解释结论的僵化和滞后。

最高人民法院在本案中指出，受法律保护之权益的解释，应该综合语义解释、体系解释、历史解释、立法意图解释和法理解释等方法，但并非强调立法意图解释的优先地位。^{〔13〕}这与新保护规范理论的解释取向是一致的。

2. 体系化的解释思路

新保护规范理论既采客观主义的解释取向，则注重私益保护指向的探求在相关规范体系中进行。如果解释对象只局限于被诉行政行为据以做出的个别规范，则承认主观公权利的机会将大大减少，这也是旧保护规范理论备受诟病的重要原因。在刘广明案中，最高人民法院也强调对保护规范应作体系化解释，不宜限于个别条文，且当解释存有歧义时，“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”，为主观公权利的承认创造更多的可能性。

3. 基本权利条款的内部解释效力

旧保护规范理论认为保护公民人身权和财产权的基本权利条款无疑是保护规范，因而可直接援引作为主观公权利的依据；新保护规范理论原则上赋予基本权利以规范内的效力，用于补充和明确一般法律的保护目的，因而强调主观公权利的根据从一般法律优先的原则出发。^{〔14〕}其实，旧保护规范理论强调的是基本权利的防御功能，人民当然可以据此排除行政权任何形态的违法侵害，而不必诉诸法律的具体规定。新保护规范理论则不仅关注基本权利的防御功能和外部效力，而且强调基本权利的给付功能和国家的保障义务，因事涉国家财政能力的运用、社会资源的分配、公私利益的平衡及基本权利冲突的调和，除基本权利的最低限度保障之外，由立法机关透过法律予以具体化最具适当性。^{〔15〕}

（三）保护规范理论的具体操作

在个案中运用保护规范理论查明利害关系的有无，应该遵循以下步骤：第一，根据原告的诉讼请求，明确被诉行政行为所违反的法律规范，或者原告请求给付的法律基础；第二，解释相关法律规范，判断其是否除保护公共利益外，还保护特定范围或可确定范围的个人利益；第三，判断原告是否为该法律规范的保护对象，即原告是否落入利益所属之特定成员的范围；第四，得出主观公权利及利害关系是否存在的结论。

以我国建筑法上的相邻诉讼为例。甲申请获得了在其土地内建设住宅的许可，邻居乙认为住

〔13〕 刘广明诉张家港市人民政府行政复议案，最高人民法院（2017）最高法行申169号行政裁定书。

〔14〕 参见[德]哈特穆特·鲍尔：《新旧保护规范论》，王世杰译，载《财经法学》2019年第1期，第102页。

〔15〕 参见李建良：《保护规范理论之思维与应用——行政法院裁判若干问题举隅》，载《“2010行政管制与行政争讼”学术研讨会系列之二》，第7—10页。

宅间距不符法律规定,使其住宅的日照和采光受到不利影响,提起许可证撤销之诉。乙具有原告资格的关键在于,日照和采光是否作为一种法律上的利益。根据乙的诉讼请求,建设许可违反了《住宅建筑规范》第4条的规定,即“住宅间距,应以满足日照要求为基础,综合考虑采光、通风、消防、防灾、管线埋设、视觉卫生等要求确定”。该“住宅间距”条款除维护建筑秩序的公共利益外,也具有保护相邻住户的目的,且乙作为邻居正处于该规范的保护范围,因而对乙来说,日照和通风已不再是一种反射利益,而成为主观公权利,其与建筑许可的利害关系得以确定。

三、刘广明案适用保护规范理论存在的问题

刘广明案运用保护规范理论,否定了原告与被告823号通知的利害关系。这难免使人困惑:适用保护规范理论,连行政机关在做出项目审批行为时对土地承包经营权予以考量的义务都被免除,那么该解释论岂非脱离了“常识”?^[16]赵宏教授认为,本案运用保护规范理论,反而否定了早已获得司法解释保护的土地承包权,将原告诉权置于更加不利的境地,实因规范目的的解释过于关注立法者意图。^[17]在笔者看来,本案结论并非保护规范理论本身脱离常识,也不完全是法律解释方法的问题,而是未注意该理论的适用前提和作用范围。

(一) 本案有无适用保护规范理论的必要

1. 保护规范理论的适用前提是权益性质不明

在保护规范理论适用的情形,原告诉请保护的利益本身是有疑问的。起诉人因被诉行政行为而遭受了某种不利益,此时需要判断该利益到底属于法律上的利益抑或反射利益。保护规范理论的功能就是解决这一问题。如果公法规范明文承认一项个人权利,或者长期的司法实践已认可了某种个人权利或法律上利益,则不宜多此一举适用保护规范理论。判断公法权利的传统观念是,该权利必须由行政法律规范明文规定。在近三十年来的行政审判实践中,可诉请保护的合法权益主要是已明确受法律保障的各类人身权和财产权,以及司法实践中予以承认的劳动权、受教育权等。保护规范理论作为查明主观公权利的新路径,其特色在于,合法权益的探求不再以直接授予公民权利的规范为限,而是扩张到课予行政机关义务的整个公法规范体系,合法权益不必是明文规定、“一望即知”的,而是可经由各类法律解释方法间接推导出来的。就此而言,在主观公权利的查明方法上,保护规范理论是对传统工具的重要补充而非否定。

我国台湾地区行政诉讼亦采取主观诉讼模式,要求原告起诉必须主张“权利或法律上利益”受损,因而保护规范理论也为其行政审判实践接纳。兹举一判例,该判例在行政法律关系的三方性、被诉行政行为的规划性、涉案法律规范的公益性、诉请保护权益的模糊性等方面都与刘广明案相似,可以此明确保护规范理论的适用前提。基本案情是,台中市政府变更都市计划中部分住宅区为医疗专用区,毗邻住户认为变更计划涉及容积率、停车空间及建筑基地退缩距离等,影响其权益。我国台湾地区“最高行政法院”认为,“都市计划法”立法目的在“改善居民生活环境,并促进市、镇、乡街有计划之均衡发展”,针对“一定地区内有关都市生活之经济、交通、卫生、保安、国防、文教、康乐等重要设施,做有计划之发展及合理规划土地”,可知这一规范的目的在于“维护整体都市居民生活环境之公益,而非保护特定个人之利益”,因而都市计划个别变更范围外之人民无法律上利益被侵害。^[18]“司法院”大法官推翻了这一结论:“都市计划个别变更范围外之人民,如因都

[16] 参见杨建顺:《适用“保护规范理论”应当慎重》,载《检察日报》2019年4月24日,第07版。

[17] 见前注[5],赵宏文,第179—192页。

[18] 我国台湾地区“最高行政法院”2014年度判字第114号判决。

市计划个别变更致其权利或法律上利益受侵害”，应许其提起行政诉讼以资救济；“至有无权利或法律上利益受侵害，应依个案具体判断”。〔19〕

罗昌发大法官发表协同意见认为，根据建筑技术规范，日照已成为法律上利益而非单纯事实上利益；而噪声造成对居家宁静的侵扰，除有“噪音管制法”的规范外，在民事侵权行为制度上也已承认噪声足以侵害居住安宁之人格利益。都市计划个别变更之外的人民，如果此等权益受到损害，就可构成法律上利害关系。若以“都市计划法”是否仅系保护公益为判断标准，则整部“都市计划法”系在保护公益而非保护个人利益，则不仅第三人无受保护之权益，连相对人法律上利益也难以获得承认，这将导致保护规范理论的实质意义丧失。所以，“都市计划个别变更范围外之人民，就法令上已经明示或默示承认之权利或利益，因都市计划个别变更而受侵害时，均应得提起行政争讼，而不受都市计划法保护法益之限制”〔20〕。简言之，保护规范理论只是查明主观公权利的一种方式，当原告权益可通过法律明文予以确定时，该理论的强行运用可能会适得其反。

在刘广明案中，最高人民法院虽然否认相关规范具有个别土地承包经营权保障的目的，但又明确指出，如果刘广明认为项目后续的土地征收补偿等行为侵犯其合法权益，仍可提起行政诉讼。〔21〕这说明，最高人民法院从未否认刘广明土地使用权益的存在。

事实上，土地承包经营权是物权法上重要的用益物权，也早已获得土地管理法保护，行政审判实践对之予以救济更是司空见惯。因而，土地承包经营权作为我国公民享有的典型公权利，既有规范依据，又有实践基础，在本案中应该是不成问题的，不必大费周折运用保护规范理论予以查明。

2. 保护规范理论重在排除反射利益

就最高人民法院的裁判意见来看，刘广明诉请保护的既存“权益”之所以还需运用保护规范理论加以检验，似乎是基于私法权益和习惯法权益应严格区分于公法权益的认识。因为民事权益只有受到相关行政法律规范的保护，才能形成主观公权利，否则，只宜通过民事诉讼或起诉直接对其设定权利义务的行政行为的方式来保护。〔22〕

由此可见，最高人民法院强调行政诉讼所保护权益的公法属性，旨在确立行政诉讼与民事诉讼的分野，避免当事人借助行政诉讼来辐射保护民事权益。尽管行政机关在依法行政、保护和实现公共利益的同时，会促成一种规范的社会秩序和良好的市场环境，公民个人的民事权益在这种优势条件下能够免于第三人违法行为的侵害，或者可为该民事权益的充分实现创造更多机会。但一般情况下，民事权益所处的有利形势只是当事人的一种反射利益，而不能构成主观公权利。换言之，究竟何种民事权益可能同时成为主观公权利，仍有待立法的个别考量。最高人民法院正是恪守“行政诉讼旨在救济公法权利”的基本理念，将保护规范理论用作排除纯粹民事权益的重要方法。

当然，随着公法制度的健全和权利保障精神的发展，私法权益同受公法保护的情形在增多，或者至少可以依据宪法保障财产权和人身权的规定、无法律依据不得侵犯私人权利的一般原则加以保障。〔23〕我国台湾地区学者吴庚也注意到，现代行政中公权力大量介入私经济领域，早已出现一类形成私法关系的行政处分，而且诸如与职业活动或财产收益有关的私法权利，一旦提升到工作权及财产权的宪法层面，便不只是单纯私权争执的问题。〔24〕

〔19〕 我国台湾地区“司法院”释字第 774 号解释文及理由书。

〔20〕 我国台湾地区“司法院”释字第 774 号，罗昌发大法官协同意见书。

〔21〕 刘广明诉张家港市人民政府行政复议案，最高人民法院（2017）最高法行申 169 号行政裁定书。

〔22〕 刘广明诉张家港市人民政府行政复议案，最高人民法院（2017）最高法行申 169 号行政裁定书。

〔23〕 见前注〔10〕，陈清秀书，第 259 页。

〔24〕 参见吴庚：《行政争讼法》，元照出版有限公司 2018 年版，第 305 页。

其实,在公法制度相对健全的今天,私法“权益”作为主观公权利并无太大问题,这一点尤其适用于具有对世性的物权和人身权。有问题的是尚未明确受任何法律保障的“反射利益”。反射利益可能表现为纯粹环境上的舒适性、纯粹经济或政治上的机遇、纯地理或基础设施上的情况优势等,^[25]但这些纯粹利益本身也不受私法的保护。总之,需要与主观公权利进行区分的主要不是私法权益本身,而是因私法权益所处优势条件而形成的反射利益。至于“权益本身”与“权益所处优势条件而形成的反射利益”的区分,应以该权益受限制的程度或可容忍性为判准。本案 823 号通知导致原告土地承包经营权被剥夺而非受到轻微限制,这种不利益显然构成权利的丧失,不可能是反射利益的问题。反射利益的损失与公共利益的实现相比,尚存在应否容忍的问题,而土地使用权的丧失,明显不生可否容忍的问题。

3. 保护规范理论适用的典型领域

从保护规范理论适用的争议领域来说,德国和我国台湾地区审判实践中的典型案件包括:建筑法上的邻人诉讼、经济法上的竞业诉讼、公务员法上的竞争诉讼和环境法上的第三人诉讼。不难看出,这些纠纷就本质而言都涉及行政行为对私人利益与负担的分配,且私人之间形成利益相悖的牵连关系:相对人因行政机关的授益行政行为而获利,第三人因负相应的作为或容忍义务,在利益分配中的份额相应减少。行政机关对建设项目土地使用情况的审批,不同于日照、通风、采光等相邻权冲突的调整,因为承包经营权所涉地块与建设项目所涉地块在地理上可以被清楚区隔,只要权属明确,通常不会出现私益冲突。金沙洲公司进行项目建设也不需要刘广明享有承包经营权的土地承担任何义务,二者本不具有利益牵连关系。因而,本案并非保护规范理论适用的典型领域。

(二) 本案的症结

尽管行政审判实践对利害关系标准的内涵尚未形成统一见解,但从我国行政诉讼法第 2 条的规范意旨出发,利害关系本质上不外乎三个要素:存在一项权利;该权利归属于原告;该权利具有受到被诉行政行为侵害的可能性。^[26] 据此,利害关系的认定不仅要求存在一项归属于原告自身的主观公权利,还要求被诉行政行为与该公权利侵害之间具有因果关系。在保护规范理论适用的情形,原告对一个违法行政行为提起诉讼,一般情况下都是遭受了某种不利益,而后才有该种利益究为主观公权利抑或反射利益的争议,所以被诉行政行为与权益侵害之间的因果关系通常不成问题。但在主观公权利存在而保护规范理论无适用必要的情形,因果关系就成为利害关系判断的关键。

最高人民法院运用保护规范理论检验原告主张的既存权益是否与被诉 823 号通知据以做出的相关公法规范保护的利益相一致,实质上并非主观公权利的查明问题,而是主观公权利的侵害可能性问题。然而,前者属于规范解释的问题,后者属于事实判断的问题。两个性质截然不同的问题,其考查重点和判断依据自然不同。在主观公权利不成问题的本案中,正是被诉备案通知与刘广明土地权益侵害之间因果关系的缺乏,导致其不具有原告资格,但这与保护规范理论关注的问题和考量的重点显然不同。

被诉行政行为与公权利侵害之间的因果关系尽管在原告资格审查阶段采取“可能性”标准,^[27]但仍

[25] 见前注〔7〕,胡芬书,第 246—247 页。

[26] 臧金凤与安徽省宿州市砀山县人民政府等土地登记纠纷再审案,最高人民法院(2016)最高法行申 2560 号行政裁定书。

[27] 德国行政法院只要求“侵权的可能性”。见前注〔7〕,胡芬书,第 276—279 页。我国最高人民法院也认为:“公民、法人或者其他组织提起行政诉讼,其原告资格中的利害关系应当以‘可能性’为标准,只要原告的主张与被诉行政行为存在利害关系的可能性即具有利害关系。至于是否事实上存在利害关系则不属于原告资格的审查范畴,而是实体审查的范畴。”徐闻县迈陈镇迈陈村讨墩经济合作社诉徐闻县迈陈镇迈陈村潭板经济合作社等登记再审案,最高人民法院(2017)最高法行再 41 号行政裁定书。

然要求此种权益侵害满足最低限度的确定性和紧迫性。在被诉行政行为是临时决定或部分许可的情形，“如果该决定产生了带有法律上、事实上或者地理上之必然性的后续决定”，那么该决定的侵权可能性得到肯定。^{〔28〕} 美国司法审查在原告资格的认定上，也要求行政行为与损害的联系不可过分疏远或难以确定，否则行政行为与原告损害之间的因果关系就有疑问。^{〔29〕} 在刘广明案中，旅游观光项目的备案通知只是后续征地决定的准备活动，做出最后的征地决定还须经过一系列的行政程序，行政机关在此还有广泛裁量权，因而征地决定是否做出以及其具体内容如何尚属未知，刘广明的土地权益是否将遭受确定、紧迫的侵害，不无疑问。本案一、二审法院正是从这一角度否定了利害关系的存在，可惜未充分说理。如果出于尊重行政机关裁量权和行政过程完整性的考虑，避免司法审查过早介入而违背国家权力分工的宪法原则，否定刘广明与被诉备案通知的利害关系并非明显不可接受。当然，从扩大权益救济、放宽原告资格的角度考虑，仍然不乏承认本案利害关系的余地。但不管结论如何，刘广明案利害关系判断的关键，显然不是土地权益的存在与否，所以保护规范理论没有适用余地。

（三）本案关于保护规范理论适用见解的延伸

受刘广明案的影响，最高人民法院在后续案件中运用保护规范理论时，都将其作为被诉行政行为与权益侵害之间因果关系的判断基准，检验原告诉请保护的既存权益是否落入相关行政法律规范的保护范围。

在“王春等与中华人民共和国环境保护部环境保护行政纠纷再审案”中，原告诉请保护的是土地使用权益。此案中，最高人民法院认为，建设项目所占土地的征收补偿问题，并不属于环境影响评价范围；《环评法》和《建设项目环境保护管理条例》也没有特别规定环评批复必须考虑建设项目占地范围内土地使用者的权益，因而起诉人与被诉环评批复并无利害关系。^{〔30〕}

在“关卯春等 193 人诉浙江省住房和城乡建设厅城建其他行政行为、中华人民共和国住房和城乡建设部城建行政复议案”中，最高人民法院依据保护规范理论，将影响原告主体资格是否成立的因素分为两种：一是起诉人诉请保护的权益类型，二是行政实体法律规范的规定。只有前者恰好落入后者的保护范围时，起诉人的原告主体资格才能被承认。反之，如果起诉人的权益确实存在，但并非被诉行政行为的考虑因素，则其仍不具有原告资格。^{〔31〕}

笔者认为，在原告资格的利害关系标准中运用保护规范理论所要解决的问题是起诉人诉请保护的权益是否为受法律保护的权利或利益，而非被诉行政行为所涉法律规范保护何种利益的问题——这两个问题的侧重点并不相同。刘广明案及以上两案例恰恰表明，最高人民法院运用保护规范理论时，是以被诉行政行为所需考量的权益否定原告诉求保护的个人权益。对于主观公权利是否存在的判断，是以原告诉求内容为出发点，而不是以被诉行政行为为出发点，这样才能真正做到回应原告诉求，而不是单纯监督行政机关依法行使职权。如果诉请保护的权益受法律保护，但并未落入被诉行政行为依据的法律规范，则只是因果关系不具备或诉讼对象不恰当，但这些都不是保护规范理论所欲解决的问题。

〔28〕 见前注〔7〕，胡芬书，第 276—278 页。

〔29〕 参见王名扬：《美国行政法》，北京大学出版社 2016 年版，第 470—472 页。

〔30〕 王春等与中华人民共和国环境保护部环境保护行政纠纷再审案，最高人民法院（2016）最高法行申 172 号行政裁定书。

〔31〕 卯春等 193 人诉浙江省住房和城乡建设厅城建其他行政行为、中华人民共和国住房和城乡建设部城建行政复议案，最高人民法院（2017）最高法行申 4361 号行政裁定书。

四、结 语

刘广明案引入保护规范理论,适应了我国行政诉讼法扩大权益保障的修法宗旨,为原告资格的利害关系判断标准提供了分析框架。然而,最高人民法院未准确把握住本案症结,对保护规范理论的适用前提和作用范围尚不明确,以致该理论的适用结果差强人意。根据物权法、土地管理法和相关司法实践,本案起诉人刘广明享有土地承包经营权确定无疑,并无适用保护规范理论查明主观公权利的必要,一、二审法院从合法权益侵害的直接性着眼,才是判断本案利害关系有无的关键。

保护规范理论的提出,并没有否定先前司法实践已经形成的利害关系判断标准,而是对其内涵的一种重要补充和完善。事实上,不论“实际影响”“不利影响”还是“直接影响”标准,都是聚焦于利害关系判断的第二层次,即既存主观公权利是否可能受到被诉行政行为侵害的问题。保护规范理论则指出,在诸多情况下,对于起诉人是否存在一项受法律保护的主观公权利这一问题本身就有疑问,这是属于利害关系判断第一层次的问题,也是一个先决问题。因而,超越刘广明案的具体案情,保护规范理论的适用有两点亟须明确:(1) 保护规范理论是判定主观公权利存否的方法之一,只有当原告诉请保护的利益究为法律上利益或反射利益不明时,保护规范理论才有适用余地;(2) 保护规范理论只用于查明主观公权利,不能用于判断被诉行政行为与既存权益侵害之间的因果关系。据此,在运用保护规范理论判定第三人的原告资格时,应该遵循以下步骤:

第一,根据法律规定或者司法实践,确定起诉人是否存在一项合法权益。如果合法权益明确存在,应进一步考虑该权益是否可能受到被诉行政行为的直接侵犯,即被诉行政行为与权益侵害之间是否满足最基本的确定性和紧迫性,保护规范理论在此并无适用余地。

第二,当起诉人是否拥有一项主观公权利不明确,即某一利益的获得究竟属于行政机关执行法规或保护公共利益的反射效果,还是构成一种法律上的利益存疑时,则可以适用保护规范理论予以查明。当课予行政机关一定义务的法律规范在保护公共利益的同时,兼有保护起诉人个人利益的目的,则肯定主观公权利和原告资格的存在。

Abstract Liu Guangming's case introduces the theory of protection norms, which provides a new idea for the judgment criteria of the plaintiff's qualifications, but it also reflects the problem of this theory's application. The theory is used to distinguish between public rights and reflective interests but does not solve the problem that existing rights may be infringed by the administrative actions being sued. The former focuses on the objective of the protection of individual interests through the interpretation of norms, while the latter emphasizes the certainty and urgency of causality through the determination of fact. When the prosecutor claims rights and interests that have been recognized by law or judicial practice, the theory is not applicable.

Keywords Liu Guangming's Case, the Theory of Protection Norms, Subjective Rights, Stakes

(责任编辑:蒋红珍)