

保护规范理论反思与本土化修正

白云锋*

目次

一、引言	(一) 我国原告资格制度特定的形成背景
二、保护规范理论的判断框架及局限	(二) 我国制度与实践环境构成保护规范理论适用的限制因素
(一) 保护规范理论产生的历史背景及其判断框架	(三) 我国实践中普遍出现适用保护规范理论的乱象
(二) 公法中导出的公权利无法满足权利保障需求	四、我国适用保护规范理论之修正
(三) 作为公权利规范基础的公法与私法界分困难	(一) 确定行政诉讼原告资格标准的基本思路
(四) 反射利益的排除功能无法为其提供坚实的正当化基础	(二) 基于保护规范理论与本土适应性的判断框架修正
三、我国适用保护规范理论的问题	五、结语

摘要 保护规范理论的引入不仅关乎原告资格的确定,因为与实体法上的公权利相勾连,其如何适用直接关涉个人权利在公法中的析出路径与范围。就保护规范理论本身而言,其将权益基础限定为公法,使得主观公权利难以识别;其意在行政法内部建立独立的权利义务体系,无法有效应对公私法交织融合的现实;反射利益理论对解决滥诉有益,但也为将权利解释为利益提供了理由。出于我国行政诉讼制度产生于经济政治改革之下的权力监督背景、基本权利条款司法辐射功能缺失等原因,保护规范理论在我国的适用中产生公权利析出范围过窄等现象。批判本土标准不确定性的论者,实际上是没有对本土实践展开充分的理论塑造。我们应该在借鉴保护规范理论权益实定化路径的同时,结合本土已有的要件化判断实践,将原告资格的实定法基础拓展至私法,并增加因果关系要件作为判断辅助。

关键词 行政诉讼 原告资格 主观公权利 保护规范理论 因果关系

一、引言

自最高人民法院法官在“刘广明诉张家港市人民政府行政复议案”^{〔1〕}(以下简称“刘广明

*上海交通大学凯原法学院博士研究生。

〔1〕 参见中华人民共和国最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申169号。

案”)中运用保护规范理论来判断诉讼当事人刘广明的起诉资格问题以来,该理论的适用在我国引起广泛讨论。^{〔2〕}其间支持与反对者均有之,或有复现德国其时关于该理论大讨论的情势。^{〔3〕}

保护规范理论将对起诉人原告资格判断回溯至行政行为所依据的法规范,为行政诉讼原告资格判断提供了实定法基础。但亦应看到,保护规范理论判断框架本身存在固有的局限,我国行政诉讼有着独特的生长土壤与实践环境。并且,保护规范理论的引入不仅关乎原告资格的确定,其与实体法上的公权利理论相勾连,适用与否、如何适用实际上直接关涉个人权利在公法中的析出路径(依据规范、公法规范还是整体法规范)与范围大小(法律权益还是事实权益),因而对其展开广泛深入讨论具有基础性意义。

目前国内已有部分研究者对该理论进行了批判,^{〔4〕}但总体而言依然缺乏框架层面及我国本土实践视角的系统反思,且多关注于“我国无法适用该理论”的“破”,而缺乏关于“我国应该实行怎样的原告资格标准”的“立”。是以,本文基于对保护规范理论框架的剖析,对我国行政诉讼背景与现实的考察,揭示将德国的保护规范理论直接适用于我国行政诉讼原告资格判断的不当之处,并力图在保留其实定化优势的基础上对其进行一定程度的本土化修正。

二、保护规范理论的判断框架及局限

(一) 保护规范理论产生的历史背景及其判断框架

保护规范理论作为判断主观公权利的要件之一而产生,耶利内克在《主观公法权利体系》一书中对主观公法权利进行了全面的体系化建构,但“个人公法权利的研究首次系统地在纯国家法的视角下展开”^{〔5〕}则要追溯至更早的格贝尔。格贝尔认为,国家作为有机体天然拥有人格,而臣民只是国家统治的客体,并不具有人格。臣民所享有的利益并非基于其主体自然地位或实证法的规定,而只是服从国家统治的回赠。^{〔6〕}随后,有格贝尔“遗嘱执行人”^{〔7〕}之称的保罗·拉邦德在探讨国家性质时同样探讨了国家与个人的关系问题,其认为国家拥有人格,是法秩序的人格化,权力

〔2〕 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;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(司法案例)》2019年第2期,第46—57页;朱芒:《行政诉讼中的保护规范说——日本最高法院判例的状况》,载《法律适用》2019年第16期,第109—120页;王天华:《主观公权利的观念与保护规范理论的构造》,载《政法论坛》2020年第1期,第33—46页;赵宏:《主观公权利、行政诉权与保护规范理论——基于实体法的思考》,载《行政法学研究》2020年第2期,第19—34页;王天华:《有理由排斥保护规范理论吗?》,载《行政法学研究》2020年第2期,第35—46页;赵宏:《保护规范理论的误解澄清与本土适用》,载《中国法学》2020年第4期,第167—185页;何天文:《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》,载《交大法学》2020年第4期,第198—206页。

〔3〕 参见赵宏:《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10页。

〔4〕 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7版;白云锋:《论行政协议第三人原告资格》,载《行政法学研究》2019年第1期,第120—131页;成协中:《保护规范理论适用批判论》,载《中外法学》2020年第1期,第88—103页。

〔5〕 [德]格奥格·耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第5页。

〔6〕 参见[德]施托莱斯:《德国公法史:国家法学说和行政学(1800—1914)》,雷勇译,法律出版社2007年版,第444页。

〔7〕 同上注,第452页。

边界来自国家目的本身。^{〔8〕}但其同样认为个人相对于国家而言,不具有独立的主体地位,个人利益只是国家按其内在目的运行时的一种客观反射而已。^{〔9〕}实质上,其时关于公法中权利的探讨,很大程度上是因为探讨国家性质必须涉及国家与个人关系、个人相对于国家的地位问题,对权利的探讨很大程度上只是一种国家学中探讨国家性质时的附带描述,基本背景是国家本位,并不具有强烈的近现代权利保障色彩。^{〔10〕}

其后,个人相对于国家的权利在耶利内克时代得到了极大发展。耶利内克对主观权利的建构是从对自然法的扬弃、对法国客观法认识的批判、对格贝尔抽象理念式分析的反思开始的。^{〔11〕}耶利内克认为国家是基于个体意志的“目的统一体”,是由自我创设的法律赋予的特殊集体人格人,公民则在与国家的关系中因为国家遵守的法律而取得权利。耶利内克将个人享有的权益分为主要为了个人目的的个人利益和主要为了共同目的的个人利益两类,公民拥有双重身份,当其纯粹为了个人利益作为单独的人格人而去行为时,不能享有主观公法权利,只有当其行为亦以公共利益为目的时,即作为国家“成员”时,才能够享有公法权利。^{〔12〕}

继耶利内克之后,布勒进一步发展了公权利内涵。^{〔13〕}其提出判断公权利的三个原则:(1)强制性的法规; (2)私益的保护性; (3)救济的可能性。^{〔14〕}后来,强制性规范要件内涵扩张至包含裁量性规范,救济可能性要件则因“《基本法》对于个人权利所提供的‘完整的无漏洞的司法保护’”而无须在个案中再次被检验。^{〔15〕}该二者的权重逐渐降低,对于主观公权利的探求被聚焦到私益保护性要件上。保护规范理论(私益保护性)由此成为判断主观公权利的核心,甚至是唯一要件。

整体上,保护规范理论经过了新旧保护规范的历史流变。旧保护规范理论主张对个人保护意旨的考察主要在于立法者目的,而新保护规范理论则更加倾向于从体系上对法规范目的进行客观解释。这使得保护规范的规范渊源不止于行政行为所依据的规范,而扩张至公法规范体系。但新旧保护规范理论在根本逻辑上仍保持了一致性,即从客观公法的个人利益指向中导出主观公权利。总体而言,其基本判断框架可归纳如表1:

表1 保护规范理论判断框架

	规范类型	权益分类	权益性质 ^{〔16〕}	保护规范理论的结论
1	公法	公益中有个益指向	公权利	保护
2	公法	公益中无个益指向	反射利益	不保护
3	私法	个益	私权利	公法不保护

该框架容易被忽视的一层逻辑在于,基于公法独立性的自始考量,主观公权利仅依公法析出,

〔8〕 [日] 西村清貴「バウルラーバントの國制論——『国法講義』を中心として」早稲田法学会誌第58卷2号(2008年)431—440頁参照。

〔9〕 参见[意] 古斯塔沃·戈齐:《论法国和德国宪法史上的个人权利》,载皮特罗·科斯塔、达尼洛·佐洛主编:《法律的规则:历史、理论及其批评》,田飞龙等译,上海三联书店2015年版,第219页。

〔10〕 参见前注〔6〕,施托莱斯书,第441页。

〔11〕 参见前注〔5〕,耶利内克书,第3—6页。

〔12〕 同上注,第11、27—31、48—49、74—79页。

〔13〕 山本隆司「行政上の主観法と法關係」(有斐閣,2000年)141—147頁参照。

〔14〕 同上注,第143页。

〔15〕 参见前注〔3〕,赵宏文,第5页。

〔16〕 此处是指个人所获权益的法律性质。

并在难以识别公权利之时穷尽在公法内部的解释,而不求助于私法。私法一般不产生公权利,如果规范基础为私法,则私权利在公法中一般不被考虑或保护。至于私法内部是否会存在个人利益与公共利益交叉的情况,在保护规范理论的框架里则是未有展开的。有论者即指出:“保护规范理论总体上缺乏负荷力。这一理论的问题早已奠定在其学理基础之中。”^[17]

(二) 公法中导出的公权利无法满足权利保障需求

1. 从客观公法中导出的主观公权的有限性

耶利内克关于主观公权利的建构,虽较为全面,但并不在于对私人权利进行全方位的司法保障。耶氏时代,公法及公法中的权利尚未取得独立的地位,“公权否定说”^[18]根深蒂固。耶氏认为,自然法学派主张天赋人权,但“从此立场出发,不可能明显地区分私法权利和公法权利”,“任何主观权利都以法制的存在为前提”,“客观公法制度是主观公法权利的基础”。^[19]可以说,耶氏关于主观公权利的探讨自始以强调公权利与私权利、公法与私法的区别而展开。为了建立独立的体系化的主观公权,耶氏关于主观公权的建构发生了两个明显的转向,一是将主观公权立基于规范之上的实证主义转向,二是从公法规范中推导出主观公权的公私二元转向。

由客观公法推导出主观公权,意在于公法实体法内部建立独立的公法权利体系。但将推导出的公法权利用于判断起诉人的权利救济资格,则存在权利保障不足的问题。因为保护规范理论从法律关系一方的义务性规范直接推导出另一方的主观权利,显然借鉴了私法体系中权利、义务相互对应的思路。但被忽视的差异是,在私法领域,从客观法导出主观权并无逻辑障碍,因为“实体私法本来就是以权利概念为构成单位的”,^[20]“民法的规范构造,大体而言,系以‘谁得向谁,主张何种权利’或‘谁应向谁,负担何种义务’的方式表现,‘权利’与‘义务’之间大抵立于相对之关系,故私法权利存否的认定,通常较无异议”。^[21]

但公法规范“多系以‘人民的公法上义务’或‘行政机关的权限’为规范重心”。^[22]基于公法组织公共机构、规范公权力行为与维护公共利益的主要目的,除少量直接针对私人权益的规定之外,大量规范均为组织型规范、职权型规范。其基本规范构造为:行政机关有权力(责任)去做什么。从权利型规范中推导出起诉人的主观公权利是容易的,从关于行政机关的职权责任条款中推导出私人个体权利则是困难的。这造成的结果是,由于起诉人基础公法权利的识别困难,大量值得法律保护的利益,难以在公法权利和义务关系的框架下进行界定。^[23]

有学者在分析保护规范理论时,说明实体请求权与诉权分置的思想来源于私法,并且坦言私法的此种结构在公法中的实现颇为曲折,但其仅将原因归结于“公权理论发展的相对滞后”“公法诉讼在本质上是否应区别于私法诉讼的争议”等,^[24]并不全面。

2. 保护规范理论的内部变革无法解决矛盾

保护规范理论历经内部长期的修正过程,根本上即在于缓和公法规范结构与权利保障需求之

[17] [德] 哈特穆特·鲍尔:《新旧保护规范理论》,王世杰译,载《财经法学》2019年第1期,第124页。

[18] 参见[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14页。

[19] 见前注[5],耶利内克书,第9—10页。

[20] 见前注[18],小早川光郎书,第31页。

[21] 李建良:《公法上的权利的概念、理论与运用》,载《月旦法学教室》2011年总第99期,第21页。

[22] 同上注,第22页。

[23] 参见朱新力、徐风烈:《从经验回归逻辑:请求权理论在行政法中的扬弃——从最高人民法院第69号指导案例楔入》,载《江苏行政学院学报》2017年第1期,第119页。

[24] 参见前注[2],赵宏:《主观公权利、行政诉讼权与保护规范理论——基于实体法的思考》,第26页。

间的巨大张力。但因其并没有突破“以客观公法为基础”的基本框架的束缚，其局限性并没有得到消除，且变革本身又产生了进一步的问题。

为缓和实体法上权利来源的实定要求与程序法上权利救济的开放要求之间的张力，保护规范理论不断诉诸目的、体系等客观、整体性的解释方法，扩张规范渊源。革新后的保护规范理论彻底蜕变为一种法律解释理论。由于法解释本身的不确定性，在很多情况下人们依然难以完全界定客观公法的权益指向，从而不得不依靠案件适用者的价值判断，这无疑削弱了保护规范理论作为判断标准的稳定性价值。^[25] 质言之，保护规范理论产生了难以弥合的内部矛盾——为了保持利害关系判断上的安定性价值，必须强调规范的明确性，但公法规范无法适应权利救济需要；为了适应权利救济需要，必须诉诸包括基本规范在内的规范体系，但这又使得利害关系的判断不再安定。^[26]

（三）作为公权利规范基础的公法与私法界分困难

随着时代发展，公法与私法等其他法律部门呈现出融合的现象和趋势。将公权利的规范基础明确限定于公法，不仅因为公法本身的结构特征而导致权利识别困难，也因为公私法的交织融合而无法应对现实问题。

1. 公私法呈现交织融合状态

“自古罗马开始就有公法与私法的划分，继受了罗马法的大陆法系国家，这个区分一直保留下来，并在近代随着二元的法院系统的建立而日益凸显出来。”^[27] 但从 20 世纪初西方国家进入垄断资本主义时期开始，为调和矛盾、实现更复杂的行政目标，国家开始加强对私领域的干预，私法领域的平等、诚信等原则也开始渗透到公法领域。由此出现“私法公法化”“公法私法化”和“混合法”的现象。公私法的二元划分格局不断受到挑战，呈现融合趋势。

我国未经历 20 世纪之前的公私法演变历史，并且建国初期至 20 世纪 80 年代，受苏联法治思想影响，我国曾强调“公域”和“私域”的高度统一性，否认存在公私法划分的问题。但改革开放以来，我国借鉴大陆法系成文法路径，快速建立起现代法律体系。理论上大体存在公私法的划分，但法律制度与实践上依然存在公私法的交织融合。^[28] 以《物权法》为例，有学者统计，“在《物权法》的全部 247 个条文中，至少有 40 多条直接涉及行政机关或行政权”。^[29] 另外，由于诸多新领域的立法尚有缺口，我国也存在很多公私法之间的准用现象，典型的例子是在行政协议领域。^[30]

2. 公私二元认知混乱导致保护规范理论适用的困难

在公私法交织融合的背景下，更进一步的问题是，行政机关若侵害私法权益应如何救济，或者如有学者疑问的，基于私法可否产生公权利。^[31] 保护规范理论将利害关系解释为公法上的利害关系，有论者则认为，行政法保护的“权利的规范基础，不仅仅限于所谓的行政法，而且还

[25] 参见前注[3]，赵宏文，第 9 页。

[26] 参见前注[4]，白云锋文，第 124 页。

[27] [日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 8 页。

[28] 参见杨小军：《行政机关作为职责与不作为行为法律研究》，国家行政学院出版社 2013 年版，第 93 页。

[29] 应松年：《行政权与物权之关系研究——主要以〈物权法〉文本为分析对象》，载《中国法学》2007 年第 5 期，第 66 页。

[30] 如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 14 条即规定“人民法院审查行政机关是否依法履行、按照约定履行协议或者单方变更、解除协议是否合法，在适用行政法律规范的同时，可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范”。

[31] 参见王本存：《论行政法上的公法权利》，载《现代法学》2015 年第 3 期，第 63 页。

包括宪法、物权法、知识产权法等。行政相对人所享有的权利也不仅限于行政法上的程序性公法权利,例如‘申请权、参与权、知情权’等,还有那些具有公法上效力的‘私权’——所有权、知识产权、人身权等”。^[32]

事实上,当行政机关侵害规定在民事法律中的权益时,保护规范理论并非不对此展开解释,而是其要求转换法律关系场域,在行政法律关系框架内应对这种情形。^[33]即,原告诉请权益受损,纵然其中包含着民事权益或其他权益,但在保护规范理论的框架下,此时需要分析在行政法律关系中,行政机关有无保护、有无不侵害该民事或其他权益的行政义务,以及原告有没有就其民事权益被行政机关侵害而提起诉讼的公法权利。如果有,行政机关即在行政义务上违反了其保护义务,原告即具有行政法上的利害关系。

保护规范理论本质上旨在于行政法空间内创造一个独立的权利义务分析体系,在行政法律关系框架内为原告起诉的权益(无论是行政权益还是民事权益)找到一个行政法上的权利基础。其看似在公法内部建立了完整的从公法规范基础到公法请求权的逻辑脉络,但这种努力在权利实施时其实很难实现。

首先,前文已述,由于公法规范的结构特征,公法上的这种权利基础与义务关系很难识别;其次,一些权利并未规定在公法中,但未规定在公法中并非就不是公法权利。之所以有某些权益是民事权益之理解,仅在于“民法的产生早于行政法,其规定相对成熟完备。在行政法相对独立时,民法的某些规定就被视为共通的规定,而不再规定在行政法中”。^[34]再次,在诉讼实践中,正是由于公私法大量共同的权利基础均以民事权益的形式存在,法官对于权益的民事法基础是熟悉的,对于行政法内部的权利基础及其析出方法则是陌生和困难的,其往往倾向于直接以其容易识别的民事权益作为权益基础。这导致最后呈现的状态是依然基于民事权利的框架来展开权利基础的判断,但却用保护规范理论行政法律关系的理由来进行原告资格的排除。典型案例如刘桂杰诉锦州市古塔区房屋产权监理处行政管理房屋登记案等。^[35]法官在没有完全进入保护规范理论所希冀的行政法律关系的空间下去进行公权利义务的分析,却运用其公权利的限定性排除了容易识别的民事法律体系的民事权利。

(四) 反射利益的排除功能无法为其提供坚实的正当化基础

保护规范理论持续存在的重要原因在于其对实践中排除反射利益具有积极意义。但在相对人认为受损的权益中,哪些为反射利益,其实是不易区分的。反射利益是指“特定行政法规定所设定之行政义务,如仅在于达成公共利益,个别人民虽因之而间接获得利益,则此一利益仅为所谓之‘反射利益’,而非公权利”。^[36]其基本逻辑是:以公法制度为公共利益而设为基本前提,进而认为行政机关一般为公共利益而行为,所以相对人基于该制度、行为之利益一般情况下均为公共利益之行为下的一种反射受益,而只有在制度有明确的保护个人利益的意旨之时才产生特别的公权利。但这一逻辑其实忽略了两个问题:首先,公共性并非公法、行政不证自明的前提;^[37]其次,原

[32] 见前注[31],王本存文,第57—58页。

[33] 参见原田尚彦:《诉的利益》,石龙潭译,中国政法大学出版社2014年版,第293页。

[34] 王贵松:《民法规范在行政法中的适用》,载《法学家》2012年第4期,第45页。

[35] 参见刘桂杰诉锦州市古塔区房屋产权监理处行政管理房屋登记案,辽宁省锦州市中级人民法院(2018)辽07行终65号行政裁定书。

[36] 陈敏:《行政法总论》,新学林出版有限公司2016年版,第259页。

[37] 参见鲁鹏宇:《论行政法的观念革新——以公私法二元论的批判为视角》,载《当代法学》2010年第5期,第57页。

告起诉的权利形态多样,保护规范理论无法兼容所有诉讼形态。

1. 公共利益与个人利益之间关系具有复杂性

保护规范理论以“‘公益’与‘私益’的区分为基础”,但“保护规范理论的支持者大多对此也并未加以考虑”。^[38] 一般认为在个人利益与公共利益的关系中,个人利益是个体的,公共利益是群体的、整体的,公益具有一般意义上的优先性。^[39] 需要说明的是,这是抽象层面的价值预设,实际适用时仍需要进行不同层面的具体分析。有学者即指出,“对传统公共利益优先原则予以修正和完善,已经是现代行政法学所面临的一个重要研究课题”。^[40] 本质上,关于个人利益与公共利益的探讨,必须在一般与具体两个层面展开。

一方面,实体理论上所探讨的个人利益与公共利益,并非存在个体化与整体化的区别,基于理论的抽象、概括性,二者都是一般化的。实体上的公共利益因是群体的共识利益而具有整体性特征,实体上的个人利益则因其指向的是所有人的个人利益而具有整体性特征。公共利益是整体共识利益的抽象化,个人利益则是无数个体的个人利益的一般化。人们很难在这个层面上论断个人利益的次要性。

另一方面,在诉讼中探讨个人利益与公共利益也很难套用“公益优先”理念。集合意义上的个人利益概念和抽象意义的公共利益概念,经由行政机关行为、起诉人起诉行为的连接,在诉讼场景之下同步发生了具体化转向:集合化的个人利益被具体化为起诉人的个体利益,一般性的公共利益则被具体化为行政机关及其执法者所代表与维护的具体利益。同集合化的个人利益不应再被简单地默认为个体利益一样,具体化的公共利益也不能被简单地视作整体利益。

进言之,执法者是公共利益的维护者,却并非公共利益的直接享有者。和其他个体一样,其仅拥有维护公共利益结果的间接利益。如查验过期食品带来的食品安全利益,其和其他个体一样作为消费者而享有。制度要保证、激励执法者积极作为,只能通过职务保障、晋升机会、权力监督等激励、督促手段。这意味着,在行政机关所执行之具体公共利益之外,还存在作为机关主体本身和执法者个人的个体利益。诉讼场景下,行政机关一方在为公共利益辩护时也难免在为自身的绩效等个体利益博弈。而这部分个体化利益在保护规范理论的分析框架中并未被强调。这意味着在保护规范理论“公共利益与个体利益”二分的框架下,存在借由公共利益之名维护个体利益的风险。

因此,我们不应将执法者维护的利益简单等同于公共利益,在两造对垒时前提性认为执法者仅是为公共利益而辩护,而忽视执法者所主张利益的层次化分析,认为凡难以从公法规范中解释出个体权利的,个体受影响的权益只是执行公共利益时的反射,因而以此排除原告权益救济资格。

2. 反射利益理论可能成为将权利解释为利益的理由

保护规范理论将原告所诉权益区分为主观公权利和反射利益。但关于反射利益被忽视的在于,“反射利益”概念本质上指向的其实是一种利益,即无论是否构成权利,其性质上是一种受益。^[41] 具体而言,是一种基于行政制度或行为的受益。如防治大气污染是行政机关职责,公民可

[38] 见前注[17],鲍尔文,第103、105页。

[39] 叶必丰:《论公共利益与个人利益的辩证关系》,载《上海社会科学院学术季刊》1997年第1期,第116、118—119页。

[40] 杨建顺:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社2007年版,第165页。

[41] 参见前注[5],耶利内克书,第64页;前注[36],陈敏书,第259页。

否因行政机关不作为而起诉要求其履责;再如饭店老板因规划行为带来饭店客流增长,当规划变更之后客流减少,饭店老板可否就此受益减损提起诉讼等。前例是期待的受益未获得,后例是获得的受益被减损或灭失,均是基于行政受益的损失。可以说,以反射利益为工具判断原告资格,主要适用于原被告基于行政受益而产生的纠纷中。

但除直接基于行政受益(不得或受损)的起诉外,原告也会因为自身原本拥有的权益受到侵害而提起诉讼。此时,原告提起诉讼是因其认为行政机关的行为侵害了其既有权益。如在“赵彦良诉察布查尔锡伯自治县国土资源局土地行政行为并行政赔偿案”中,原告起诉被告行政机关解除与案外人之间的协议的行为侵害了其通过合同取得的债权,^[42]再如在“中国建设银行沈阳皇姑支行诉沈阳市和平区土地房屋征收管理办公室等履行补偿职责违法并赔偿案”中,原告起诉被告将其存在抵押权的房屋拆迁,并将补偿款发放给案外人的行为侵害了其登记的抵押权等。^[43]这些基于既有权利被侵害的起诉与基于行政受益的起诉逻辑并不完全相同。^[44]

据前述,依据保护规范理论的分析框架,其时要去判断该受损的既有权益(民事权益或其他权益)是否属于行政机关行为时应考虑保护的范畴,即保护该权益的行政利益是属于相对人的主观公权利还是反射利益。但,原告权益受损,逻辑上的考量重点却从“侵害”与否转向“保护”与否——行政机关有没有保护该权益的义务,而非事实上有没有实施侵害行为——这显然并不是一个能对应的逻辑。

问题在于,人们无法避免实际上权利受损但规范却没有规定或难以解释保护该权益义务的情况。首先,这过于依赖制定法的作用,相信其能预见并能合理分配和调整双边和多边法律关系中的权利义务;其次,这过于信任司法者态度,相信其能在难以识别公权的公法中穷尽解释可能,探寻个人权利;再次,这是在潜在地设定行政机关的公正执法者角色。其以公共利益和个人利益二分为前提,认为公法主要在于维护公共利益,且认为任何情况下行政机关都将合法、合理地去执行公共利益。其暗含的逻辑是:相对人之所以认为权益受到侵害,是因为法律没有赋予行政机关保护(不侵害)的义务,而非行政机关事实上违法行政。

以上问题,本质上是因为事实与理论、制度之间存在的张力,即事物真实存在的逻辑样态总是复杂于理论和制度推演的形态而形成的。在事实与法律(事实侵害与法律保护)范畴的转换之间,会由于这种不对应性产生无法集合的错位空间,这种错位空间即法律对权利的保护漏洞。而在保护规范理论之下,这个漏洞被正当地解释成了反射利益(而不被保护),但实际上这个漏洞也包含着没有规定的、难以被解释的主观公权利。

哈特穆特·鲍尔指出,在保护规范理论的实践中,“规范的解释问题变得非常重要。而以保护规范思维的理论基础作为主题的情形则十分罕见。如果对其进行考察就会发现,新旧保护规范理论都以存疑的原理为基础,而这些原理几乎必然会导致适用上极大的不确定”。^[45]以上的考察中,保护规范理论将权利判断基础限定为公法,将判断框架建立于公私二元基础上,并将判断前提设定为公益优先——公民所受行政机关行为之利益一般为反射利益,有明确个人利益指向者方为

[42] 参见赵彦良诉察布查尔锡伯自治县国土资源局土地行政行为并行政赔偿案,新疆维吾尔自治区高级人民法院(2016)新行终字第181号行政裁定书。

[43] 参见中国建设银行沈阳皇姑支行诉沈阳市和平区土地房屋征收管理办公室等履行补偿职责违法并赔偿案,沈阳市中级人民法院(2016)辽01行终字第347号行政裁定书。

[44] 参见前注[33],原田尚彦书,第299—330页。

[45] 见前注[17],鲍尔文,第103页。

主观权利。但本文的分析表明,作为权利推导基础的公法难以析出完整的权利体系,作为判断框架建立基础的公私二元结构正在崩塌并发生融合,而作为权利排除基础的公益优先原则也并不稳固。

三、我国适用保护规范理论的问题

(一) 我国原告资格制度特定的形成背景

建国初期我国并未建立行政诉讼制度,其时人们认为“党在领导人民经过艰苦卓绝的斗争以后建立的人民政府,是为人民服务和保护人民利益的,和人民利益是完全一致的,不可能发生政府侵犯人民权利的事”。^{〔46〕}但其后随着行政实践的深入,人们逐渐认识到“政府手中有着庞大的行政权力”,“人民政府因故意或过失侵犯人民权益是不可避免的”。^{〔47〕}所以行政诉讼制度最早在1982年《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(以下简称《民事诉讼法(试行)》)中初步被建立,该法第3条第2款规定,“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定”。应当说,“该规定是我国法制史上一次意义重大的突破,对我国民主和法制建设起了积极作用”。^{〔48〕}

但随着国家的急剧变革与社会的发展,《民事诉讼法(试行)》的相关规定逐渐无法适应实践的需要。我国政治经济体制改革的深化需要进一步调动人民的积极性,有效地保护人民的合法权益则需要对行政机关进行更为全面的监督。其时,行政实体法体系尚未建立。“按照《民事诉讼法(试行)》的规定,单行法律、法规规定了可以起诉的行政案件,人民法院才能受理,反之,就不能受理”,“人民法院在很多情况下因为法律法规没有规定,只有‘爱莫能助’”。^{〔49〕}因此,根据改革的需要,制定了行政诉讼法,在《民事诉讼法(试行)》基础上扩大对人民诉权和各种实体权利的保护,扩大对行政机关的监督范围。

可见,我国行政诉讼法产生的基本背景是整个国家体制改革的需要,基本面向是改革开放背景下行政权力监督与公民权利保障。不可否认,其兼具主观诉讼和客观诉讼的双重面向。但整体上,从行政诉讼法的产生背景、立法目的、^{〔50〕}贯穿其中的合法性审查原则和行政诉讼判决种类来看,“合法性监督”面向依然是我国行政诉讼主要的制度目标。立足于主观诉讼制度之上的保护规范理论与我国行政诉讼的实际状态及规范状态存在一定程度的错位,这无疑将削弱该理论在我国本土的兼容性。

而且,民事诉讼法无法满足行政诉讼中权利救济的需要,是因为其将原告的救济资格委诸单行法的规定,这其实与保护规范理论解决原告资格问题的逻辑存在同构性。正因为其时基于《民事诉讼法(试行)》的规定,行政诉讼救济资格需要单行法明确的授权依据,所以无法满足权利保障和权力监督的需要。虽然现在的行政单行法的法制体系相对于当时更加完备,但主要的意义是为行政机关提供更详细的执法依据。由于规范结构特征难以推导出完整的公权利,其对于公民权利

〔46〕 胡康生主编:《中华人民共和国行政诉讼法:(中华人民共和国行政诉讼法)讲话》,中国民主法制出版社1989年版,第61页。

〔47〕 同上注,第62页。

〔48〕 同上注,第63页。

〔49〕 同上注,第65页。

〔50〕 在行政诉讼法的起草过程中,时任行政立法研究组顾问的王名扬曾撰文指出“保障国家的法律得到遵守”,“是行政诉讼所追求的客观效益,是行政诉讼的主要目的”,“满足公民保护本身权利的主观愿望,是行政诉讼的次要目的”。王名扬:《我国行政诉讼立法的几个问题》,载《法学杂志》1989年第1期,第3页。

的保障并无彻底改善。当下在行政诉讼原告资格问题上借鉴保护规范理论,无疑在逻辑上重回《民事诉讼法(试行)》阶段的判断框架,该逻辑的局限性也随之重现。

(二) 我国制度与实践环境构成保护规范理论适用的限制因素

1. 基本权利条款司法辐射功能阙如

在德国,规范保护目的的探询越来越客观化,倾向于在一个规整的规范体系内进行解释,尤其是考虑德国宪法基本权利的约束性,往往会采用有利于相对人的从宽解释。^[51]“《基本法》生效后,人们长期以来致力于通过确立一种宪法上的推断以证成主观权利。在联邦宪法法院所认可的表述中,这种推断是指‘从——主要由《基本法》第19条第4款所塑造的——个人与国家关系的基本法的整体出发,在有疑问时,承认公民享有法律请求权的解释具有优先性’。依此,宪法为所有的疑难情形准备了一条解释规则:存疑时,选择承认公民主观公权利的解释。”^[52]可见,随着权利保障需求与公权利规范基础局限性之间的张力增加,基本权利的辐射作用在保护规范理论的司法适用中占有越来越重要的地位。

而在我国,宪法并没有司法适用性。“未有宪法适用的司法实践,实际上阻隔了宪法基本权利在私主体主观公权判断上的规范效力。”^[53]如章剑生虽然主张引入保护规范理论,但也认为,“在行政诉讼中引入的保护规范理论,若无具有‘放射效力’的基本权利可以悬挂,那么,保护规范理论能够发挥其应有的功能可能有限”。^[54]

2. 法官的法解释技术与独立性不足

公法规范的结构特征之下,公法中权利识别困难。这一方面使理论的适用“依赖于细腻成熟的法律解释与推导技术”,^[55]给法官的解释技术提出了更大的挑战;另一方面也使得解释空间扩大,给法官提供了较大的司法裁量余地。对于德国而言,一方面,其作为大陆法系法制的先发国家,法教义学发达,其审判人员整体上拥有更精湛的法解释技术、积累了更丰富的司法经验。另一方面,法官的独立性更强。^[56]德国拥有独立的行政法院系统,其制度保障法官拥有独立审判案件的能力。在保护规范理论发展的过程中,为了削减公权利难以析出情况下可能对原告权益造成的保护不足,“如果对如何解释这一个关系有所疑问,则支持公民享有请求权的解释为优先解释”。^[57]

而反观我国,应该承认,法官整体的法解释经验、水平与德国相比还有差距。^[58]另外,保护规范理论要求从公法规范中解释出个人保护意旨。理论上,需在法体系中穷尽解释可能,仍没有个

[51] 参见前注[31],王本存文,第65页。

[52] 见前注[17],鲍尔文,第107—108页。

[53] 丁国民、马芝钦:《行政诉讼中原告“利害关系”的司法审查新标准——以“保护规范理论”的规范化适用为中心》,载《河北工业大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第4页。

[54] 章剑生:《行政诉讼原告资格中“利害关系”的判断结构》,载《中国法学》2019年第4期,第264页。另外,一国行政诉讼的主客观制度性质也将影响保护规范理论的兼容性,关于此点亦有学者进行过论述,本文基本赞成,不再赘述。参见前注[4],成协中文,第91页。

[55] 参见赵宏:《诉讼权能与审查密度》,载高祥主编:《当代法律交往与法律融合——第一届比较法学与世界共同法国际研讨会论文集》,中国政法大学出版社2013年版,第159页。

[56] 参见前注[33],原田尚彦书,第303页。

[57] 参见前注[3],赵宏文,第9页。

[58] 章剑生指出:“中国法官整体素质与保护规范理论适用所需要的专业知识尚有一定距离,如法律解释技术尤其是体系、目的解释技能明显不足,即使在文意解释方法上,也常常显得僵硬、刻板。”见前注[54],章剑生文,第263页。

人保护意旨时,才有充分理由得出原告不存在主观公权利的结论。这就要求法官从法目的、法体系等角度进行具有充分深度的解释学作业。但已有研究表明,独立性的不足与法解释上的裁量空间相结合,会导致在对“利害关系”的解释态势上呈现出与保护规范理论所需条件相反的方向——尽量避免对个人保护意旨进行具有充分深度的分析判断,而止步于浅层次的公权利的否定理由。^[59]

保护规范理论在德国和日本判例中的发展其实表明,保护规范理论是一个基本框架固定但外延开放的理论。^[60] 晚近,为适应不断扩张的权利保障需求,在解释规则上甚至出现了公权推定论,即只要没有相反规定,即推定公权利的存在。^[61] 但我国的“刘广明案”并没有充分释放、各地法院也没有完全接受和理解保护规范理论一直处于变化中的重要信号。其中深层次的问题更在于,若借用保护规范理论最初的框架与解释思路,则显然不足以适应时代需求;而借用演变之后的体系化的解释思路,则又仰赖于宪法适用、法官素质等充分的外部条件。保护规范理论在我国的适用陷入了悖论。

(三) 我国实践中普遍出现适用保护规范理论的乱象

自最高人民法院法官在“刘广明案”中采用“保护规范理论”判断原告起诉资格问题之后,全国各地法院开始大量在裁判中援用此理论以解决原告资格争议。实践适用情况是域外理论本土化过程中的重要参考指标,为进一步考察“保护规范理论”的本土适应性,本文对相关裁判进行了梳理与考察。^[62] 总体来看,裁判中的实际应用情况并不尽如人意,存在认识不清、机械套用、混用、规避论证等情形。

1. 对“保护规范理论”认识不清

实践中大量关于“保护规范理论”的阐述皆引用最高人民法院在“刘广明案”中的判词,但从判词中可以看到各地法官关于“主观公权利”“保护规范理论”的认识并不完全准确。

首先,大量裁判未出现准据规范或体系规范。除了拥有主观公权利方具备原告资格的教义,保护规范理论不可忽视之重要内涵还在于,从准据法及相关法体系中析出公权利。在“刘广明案”裁判中,这是非常重要的一部分。但其后实践中的大量裁判却均未出现所谓的行政行为的准据规范或体系规范,诸多裁判对于保护规范理论的阐述均叙述一半,即认为只有具备主观公权利的原告才具备原告资格,但并未叙述其后半部分——主观公权利应从行政行为依据及其规范体系中判断、推导。这种认识或适用上的不全面,导致法官并未去发现行政行为的准据法或相关法并进一步考察其中有无保护个人权益的意图,而往往直接以主观公权利、反射利益、公法上利害关系、保护规范等理论概念否定了原告资格。^[63]

其次,裁判中关于主观公权利是否包括私法关系的认识并不统一。在耶利内克以及后来发

^[59] 整体上行政诉讼中存在“对待利害关系人原告资格的消极态度”,“呈现出一种尽量压缩利害关系人凭借利害关系条款进入行政诉讼的态势”。白云锋:《论行政诉讼原告资格的审慎审查——基于行政协议第三人诉讼的省思》,载《西南政法大学学报》2019年第3期,第50页。

^[60] 参见前注[33],原田尚彦书,第313—330页;前注[17],鲍尔文,第110页。

^[61] 同上注,鲍尔文,第107—108页。

^[62] 检索方式:以“主观公权利”为裁判理由关键词,搜索“行政案由”案件,得裁判文书138份。检索日期:2019年5月18日。

^[63] 参见罗建清诉邵阳县公路管理局不履行法定职责及主张行政赔偿案,湖南省邵阳县人民法院(2017)湘0523行初11号行政裁定书;顾江诉徐州市铜山区人民政府等其他行政行为案,江苏省高级人民法院(2017)苏行终1041号行政裁定书。

展的新旧保护规范理论中,学者们都坚持其“从客观公法推导出主观公权”的基本框架。但正如前述分析,基于政府活动方式的多样性与公私法之间的准用等背景,公私法越来越难以完全区分。裁判中,大量关于保护规范理论的阐释中均表述为“法律上的利害关系,一般也仅指公法上的利害关系,而不包括私法上的利害关系”。^{〔64〕}但部分裁判却认为,法律上的利害关系,“除特殊情形或法律另有规定”,方“不包括私法关系”。^{〔65〕}如此,引发的问题是:“保护规范理论”中关于主观公权利的认知到底包不包括私法、应不应该包括私法;如果包括,“特殊情形”除外,那么特殊情形是指哪些;特殊情形是私法还是规定在私法中的公法;如果是后者,又应如何区分二者。

2. 存在机械套用、不加论证的现象

严格来说,“保护规范理论”在我国的适用并不是实践经验积累、理论助推的结果,而是基于最高人民法院法官在判决中应用的引领作用,而各地的适用未有充足的准备。这除了导致前述认识不清的现象之外,还导致了机械套用不加论证的问题。机械套用的主要表现是,法官在对主观公权利进行基本类似“刘广明案”中判词的叙述之后,不经过任何如本案中从理论到个案的涵摄与分析,而直接下最后的结论。

首先,各地法院对主观公权利理论上的分析阐述千篇一律,几乎是将最高人民法院判决的判词原文照搬。如果其对理论的核心要义理解一致,当然无可责难。但如前述,在核心问题上,诸多裁判却又存在理解上的不一致。其次,理论是现象背后规律的一般性抽象,在理论阐述之后,必然要将理论适用于本案法律关系的“一般到特殊”的过程呈现出来。但大量裁判均在一段千篇一律的理论阐述之后,不加任何本案中特殊性的论证,直接得出起诉人“不具有原告主体资格”的结论。典型如“刘涛诉荣经县严道镇人民政府其他行政行为案”等。^{〔66〕}

3. 提及保护规范理论,但具体分析依然采用本土理论

本现象主要表现为,保护规范理论与本土理论的混用,在阐述完毕“保护规范理论”的含义之后,却不用保护规范理论来分析与解决问题,而是在其后接上本土理论来对原告资格获得与否进

〔64〕 参见许彪等诉莆田市涵江区人民政府其他行政管理案,福建省高级人民法院(2018)闽行终 628 号行政裁定书;李小平诉中国证券监督管理委员会行政复议决定案,北京市高级人民法院(2018)京行终 6161 号行政判决书。

〔65〕 参见冯玉青诉安徽省当涂县人民政府行政赔偿案,安徽省高级人民法院(2018)皖行赔终 155 号行政赔偿裁定书;叶彩云因程克勤诉宁国市人民政府土地登记案,安徽省高级人民法院(2018)皖行终 277 号行政裁定书。

〔66〕 如在“刘涛诉荣经县严道镇人民政府其他行政行为案”中,原告诉称,被告侵占原告承包地实施棚户区改造行为不合法,原告与该行为具有法律上利害关系。如该案适用保护规范理论来解决原告资格问题,则按照保护规范理论的逻辑,法院需具体基于原告的诉请,去判断行政机关行政行为的依据中是否有保护原告个人诉请利益的指向,如果没有则说明原告没有主观公权利进而没有原告资格,如果有则结论相反。但法院的判决理由却在叙述“只有主观公权利受到损害,才有资格提起行政诉讼。即公法领域权利和利益,受到行政行为影响,存在受到损害可能性的当事人,才与行政行为具有法律上的利害关系”。完毕之后,直接得出结论:“本案原告与项目建设不具有利害关系,也不具有行政法上的权利义务关系,其并不具有原告主体资格。”显然,虽然部分裁判引用了主观公权利理论,却没有任何关于主观公权利适用个案的具体论证说理,呈现的是一个并不完整的法律推理过程。参见四川省雅安市雨城区人民法院行政裁定书,(2018)川 1802 行初 92 号。类似裁判参见王丙兴诉荣经县严道镇人民政府其他行政行为案,四川省雅安市雨城区人民法院(2018)川 1802 行初 74 号行政裁定书;孙泽辉诉荣经县严道镇人民政府其他行政行为案,四川省雅安市雨城区人民法院(2018)川 1802 行初 98 号行政裁定书。

行说理。这些后续采用的本土理论有实际影响理论、^[67]特殊利益理论、^[68]因果关系理论^[69]等。

如在“蒙健春诉南宁市国土局土地行政管理案”中，^[70]上诉人蒙健春诉称，市国土局将其还持有土地使用证和房屋产权证的土地出让给了市建房地产综合开发公司，该行为违法。人民法院在判决理由前部分引述了“保护规范理论”，但其后人民法院并未对出让行为的行为依据展开个人利益指向的分析，而是转而论述到本案当中“涉案土地因被征收，阻断了原审起诉人蒙健春与涉案土地被征收后的土地使用权出让行为之间的利害关系，符合相关法律规定”，一审人民法院确认原告与所诉行政行为“没有行政诉讼法上的利害关系，并无不当”。即，虽然裁判前半部分是关于“保护规范理论”的叙述，但关于本案利害关系的判断却并未沿着出让行为的规范依据是否为“保护规范”（是否有个人权益保护意旨）展开。其中，因征收行为阻断了原告与出让行为的利害关系，本质上适用的是法官更为熟练的“因果关系”理论。再如在“许彪等诉莆田市涵江区人民政府其他行政管理案”中，人民法院在叙述保护规范理论之后即论述到起诉人“并未说明其存在与普通公众不同的独特的权益，且该种权益受行政实体法律规范所保护，并存在被诉行政行为侵害的可能性，故不具有原告主体资格”，^[71]这显然是保护规范理论与特殊利益理论的混用。

实践乱象的背后反映的是理论本身以及其中国本土的适应性问题。有论者指出，“刘广明案”中，“最高人民法院在引入保护规范理论时认为要将司法体制、法治状况和公民意识等纳入考量之中，显然，最高人民法院已经意识到了域外法理论引入时必须考虑我们自己特殊的制度性因素与法治发展的阶段性需求”。^[72]但“刘广明案”本身并没有建立基于本土适应性考量的明确的判断框架。而之于各地人民法院而言，相对于结合我国诉讼特征进行本土框架的能动改造，其更多的反而是走向了“机械适用”这一反方向。

四、我国适用保护规范理论之修正

（一）确定行政诉讼原告资格标准的基本思路

1. 原告资格判断基础的实定化

虽然将权利基础限定于公法有严格化原告资格标准的倾向，但不宜贸然将原告资格权益基础扩张至事实上的权益标准。以往对于我国行政诉讼原告资格本土理论的诟病多在于认为“利益”“影响”等标准过于主观化，保护规范理论诉诸实定法的框架恰好弥补了这一缺陷。所以，原告资格标准的实定化仍是应吸收和坚持的基本思路之一。

在原告资格的判断上，围绕“权益”“合法权益”“利害关系”“法律上利害关系”等概念展开的纠

^[67] 参见杨金柱诉被告南京市人力资源和社会保障局等劳动和社会保障行政管理及行政复议案，南京铁路运输法院(2018)苏 8602 行初 633 号行政裁定书；郭某与平凉市崆峒区人民政府行政征收案，甘肃省平凉市中级人民法院(2014)平中行初字第 7-2 号行政裁定书。

^[68] 参见许彪等诉莆田市涵江区人民政府其他行政管理案，福建省高级人民法院(2018)闽行终 628 号行政裁定书。

^[69] 类似裁判参见南京市高淳区夕阳红居家养老服务中心诉南京市高淳区阳江镇人民政府行政强制案，南京铁路运输法院(2018)苏 8602 行初 831 号行政裁定书；大连市企业信用担保有限公司等诉庄河市国土资源局登记案，庄河市中级人民法院(2017)辽 0283 行初 72 号行政裁定书。

^[70] 参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院行政裁定书，(2018)桂 01 行终 128 号。

^[71] 参见许彪等诉莆田市涵江区人民政府其他行政管理案，福建省高级人民法院(2018)闽行终 628 号行政裁定书。

^[72] 见前注[54]，章剑生文，第 263 页。

缠,其背后的分歧是关于事实权益与法律权益的关系问题。^[73]将利害关系限定于法律上利害关系能使判断相对稳定,但实践中对法律上利害关系进行的限缩适用与原告权益保障诉求相互冲突。如此,规范用利害关系来缓和张力,力图为某些确实应该保障的事实权益提供保护空间,但这又使得利害关系的判断不甚稳定。

需要明确的是,一方面,坚持实定法化的权利基础,并非是不保护事实上的权益,而是要求无论什么权益都必须通过实定法的解释路径进入,看其是否能被导入法律权益的范畴而予以保护。那些完全无法通过解释导入的权益,方不保护。其中目的解释和体系解释等为权益判断提供更其实质性的解释基准,反射利益和滥诉等情形能在其下被识别和剥离。如此,事实或法律的关系问题其实转向法律解释的问题,权益保护的判断在很大程度上具有了更加稳定的标准。

但另一方面,坚持权利基础的实定法化并不等于将权利的规范基础限定为公法。保护规范理论的局限很大程度上是公法作为请求权基础存在的局限。权利规范基础如何变化,正是修正保护规范理论的重要一环。我国裁判中适用保护规范理论常用的论述是利害关系“仅限于法律上的利害关系,且行政诉讼乃公法上之诉讼,故法律上的利害关系,一般也仅指公法上的利害关系”,^[74]进而将权利基础限定为公法,所以公民对基于民事权益的起诉无原告资格。但这里面实际上存在逻辑转换之间的概念误认。

公法上利害关系并不等于以公法文本为基础的利害关系,它在更实质意义上指的是公民与行政机关基于行政管理活动而产生的法律关系类型,是基于双方身份地位的特定形态而形成的与私主体之间平等关系不同的关系类型。行政机关在行政管理过程中也可能侵犯公民的民事权益。在这种主体身份关系不变的框架下,基于其他法律也可能产生公法上的利害关系。

2. 判断方法上的要件化

保护规范理论将原告资格判断的基础奠定于实在法,所以其判断方法也由此进入,主要着眼于法解释方案的探索。有学者认为“保护规范理论的不确定性归根到底是法律解释的不确定性,这不是保护规范理论本身的问题”。^[75]这并不具有说服力。保护规范理论发展过程中之所以会特别纠缠于解释的问题,主要是其意图从个人保护意旨不明显的公法规范中解释出个人保护意旨。正是因为法解释的对象(公法)难以轻易达至解释目的(权利),所以其只有在法解释方法上不断苛求,或者说现有的法解释方法根本难以完成其要求的效果。

而另一方面,以往倡导保护规范理论者对本土理论的批判多只聚焦于权益、利益的不确定性面向,^[76]却忽略了本土理论的内在优势。本土理论生成于我国法官判案的实践中,天然具有契合认识规律和判断方法的基因。相对于德国的理性主义模式,具有经验主义的浓厚色彩。其中最重要的一点是,基于实践适用的需求,本土的判断早已开始进入要件化的作业。在第三人型原告“利害关系”的判断中,要件化的判断思路已然初步呈现。如在“顾金花诉博兴县人民政府行政协议案”中,原告与案外人有债权债务关系,原告认为行政机关与案外人之间的行政行为侵害了其债权

^[73] 日本行政诉讼中关于法律上被保护的利益与值得法律保护的利益的纷争实际上也体现为关于事实权益与法律权益的纷争。参见前注[2],朱芒文,第119—120页;[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第242—243页。

^[74] 参见周婵琼诉上海市人民政府行政复议不予受理决定案,中华人民共和国最高人民法院(2017)最高法行申4298号行政裁定书;王福民等诉漳浦县自然资源局等行政登记案,福建省漳州市中级人民法院行政裁定书(2019)闽06行终7号。

^[75] 王心禾:《保护规范理论:学术、司法的互动与接纳》,载《检察日报》2019年8月14日,第3版。

^[76] 参见前注[54],章剑生文,第256、263页。

的实现,此时人民法院并未以原告的权益为民事权益为由否定原告资格,而是从“权益性质”和“权益时间”两个方面对原告的起诉资格进行了判断。^[77]再如实践中行政机关将土地征收并出让之后,原土地权益人往往对出让协议提出诉讼。人民法院此时多以土地在出让之前“被征收为国有”为由否定原告起诉资格,这实际上是因果关系要件的运用。^[78]而以“行政案由”在判决“理由”部分检索“因果关系”,可以发现我国司法中大量裁判均用“因果关系”来进行“利害关系”的说理。^[79]但理论界关于因果关系要件的研究却十分薄弱。

整体上,本土诉讼中的这种要件化实践,并未完全被重视进而展开其理论塑造。对于本土理论的批判,也正是因为本土理论未在要件上展开进一步的精细化分析和确定。如以往将直接利害关系、法律上利害关系等标准混在一起使用、对比和讨论,即是因为没有要件化思维而导致的误会。本质上,法律上利害关系指的是利害关系的基础是实定法,而直接或间接利害关系指的是利害关系中的因与果的连接紧密度。一个表达的是权利基础,另一个表达的是一种权利与诉争标的之间的关系。二者看似相近,其实并不是同一个逻辑层面的标准。对本土实践的要件化作业进行进一步的精细化分析和确定,显然是接下来本土关于行政诉讼制度研究要进一步展开的工作。

(二) 基于保护规范理论与本土适应性的判断框架修正

原告资格判断框架修正之关键在于:如何融合德国规范主义的理性价值与本土经验模式的实践优势。基于实定化和要件化的基本思路,需要回答的是:实定法的范围以及要件化的要件构成。本文的基本观点是,不从形式上区分公私法,将私法规范也纳入保护规范范畴,为事实上权益被解释进法律权益提供更大空间;同时加入因果关系要件以控制权益基础扩大之后的利害关系过宽、滥诉等问题。

1. 将私法规范解释入保护规范

固守公私法的抽象概念区分与封闭的体系思维,也许可以确保法律论证的简捷性,但却无法有效因应复杂多变的社会利益关系状况。^[80]公私法交融背景下,如要坚持从公法中导出公权利,势必要厘清公私法模糊地带的划分标准,但这在实践操作上难以完成。有论者即指出,关于物权的思考即有力地表明,寻找针对行政机关的公法权利的关键并不是首先将私法排除在法渊源之外。私法权利具有两个面向:一个面对平等的主体,一个面对不平等的国家权力。当私法权利对行政机关具有约束力时,私法权利就转化成为行政法上的公法权利。^[81]

哈特穆特·鲍尔在批判保护规范理论从行政行为的准据法中推导出主观权利框架的诸多缺陷后,主张从行政法律关系视角析出主观公权利,从“调整具体法律关系的全部规范材料中推导出具体权利”。但在具体权利基础上,其主张优先将宪法等作为主观权利的析出基础。^[82]但如前文所述,此进路在我国并不可行。

^[77] 参见山东省高级人民法院行政裁定书,(2016)鲁行终 863 号。

^[78] 参见广西壮族自治区灵川县人民法院行政裁定书,(2016)桂 0323 行初 13 号;前注[59],白云锋文,第 44、49 页。

^[79] 以“案由:行政案由*理由:因果关系*关键词:利害关系”进行检索可得相关裁判 1 714 份;以“案由:行政案由*理由:因果关系*关键词:第三人”进行检索可得裁判文书 1 442 份。数据来源于中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>),最后检索日期:2019 年 5 月 15 日。

^[80] 参见前注[37],鲁鹏宇文,第 52 页。

^[81] 参见前注[31],王本存文,第 64 页。

^[82] 参见前注[17],鲍尔文,第 114—124 页。

主观公权利理论、保护规范理论意在建立公法内部的独立的请求权体系,但笔者恰恰认为,建构公法内部的独立的公权利体系实则是在削弱公法的独立性,以被动姿态等待私法的扩展。因此,有必要根据需要开放规范基础,以更加主动开放的态度顺应公私法融合趋势,以公法内的私法规范适用实践,还原公法实质内涵、范围在实践、制度中的存在。

因此,本文认为,不应在权利规范基础上做事先限定,而应将私法规范纳入保护规范范畴。^{〔83〕}但需要注意的是,在适用顺序上,应先基于行政行为准据规范判断是否存有个人保护意旨。如果难以判断的,则在公法体系内部寻找规范基础,如果仍然难以判断是否存有个人保护意旨的,则进一步拓展至私法规范体系,也即私法规范基础是一种存疑时的补充性适用。

2. 补充因果关系作为判断要件

厘清原告资格的概念内涵是分析要件构成的前提。关于原告资格的内涵,理论上并没有统一、清晰的界定,有观点认为原告资格是指当事人为获得某一纠纷的司法解决而在该司法争端中所具有的充分利益,^{〔84〕}有人认为“原告资格意味着行政诉讼的起诉人可以成为原告的限制条件”。^{〔85〕}总的来看,本文认为原告资格本质上表达的是一种利益充分性与行为关联性,即权益本身的性质以及原告权益与特定诉争标的之间的关联关系。以往如“特殊利益”标准实际上表达的是这种关联关系区别于普通大众关联关系的横向对比度;“实际影响”标准则是表达了这种关联性的纵向紧密度。它们都从不同侧面说明着这种关联关系。

对于目前行政诉讼原告资格的具体判断而言,一方面,保护规范理论虽有实定法基础的优势,但这使其过于关注法解释而忽视了在判断方法上的细化作业。其实际上将权益充分性与关联性吸收于一个标准之中,呈现出将其他要件全部吸收于权益要件之势,但实践表明这给标准本身形成了过大的判断负荷,使权益要件承担了过重的压力。另一方面,本土虽然没有类似保护规范等理论色彩浓厚的标准产生,但是因为基于实践催生的要件化判断方法具有认识复杂事务的便宜性,在方法论上显然具有便利操作的优势。

把复杂事物分解为简单要素分别加以研究,这种认识事物的方法是分析方法。无论是犯罪构成还是侵权责任,都基于要件化的分析路径展开,而使问题更加清晰。由此,有必要将权益充分性与关联性分离开来进行要件化处理。保护规范理论负责析出权益本身,而对于权益与诉争标的关联关系,基于已有实践操作,应该在理论上赋予因果关系以独立的判断要件地位。其可以增强法官实践中判断原告资格的可操作性,也可以控制权益基础扩大之后的滥诉等问题。

五、结 语

毋庸置疑,保护规范理论有实定化权利基础、防止滥诉、建构行政法内部的公权利体系等积极作用,但其自身也存在难以克服的固有局限以及引入我国后的不适应症。以往倡导保护规范理论

〔83〕 前已述,主观公权利理论、保护规范理论自始是以公私法的区分、建立公法独立性为旨趣的,在其本身的框架内一般是不对私法予以考量的。在联立公司诉北京市东城区人民政府行政复议案中,法院认为关于复议申请人资格“除应参酌有关幼儿园设立许可领域法律规范,还应参酌房屋租赁领域法律规范”,恰恰说明,保护规范理论本身的建构基础的不稳定性。实践的特殊做法非反证理论本身的周延性,反而为理论的修正提供了理由。参见联立公司诉北京市东城区人民政府行政复议案,中华人民共和国最高人民法院(2019)最高法行申293号行政裁定书。

〔84〕 See *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., 1979, p.1260.

〔85〕 杨寅:《行政诉讼原告资格新说》,载《法学》2002年第5期,第14页。

者主要在于说明其收益,否定论断者则主要在于强调其损益。但实际上,问题的重心并不仅仅在于保护规范理论本身的优劣,更在于中国是否适用保护规范理论的问题。另外,现有研究或着眼于理论上的引介、演绎,或基于微观上典型个案解剖,比较缺乏关于中国法适用现状的实证探查。这种探查的结果决定了人们对于理论引介、法律移植的本土适应性的基本态度,对于最终判断结果起着关键作用。基于全文的分析,本文认为,如果中国行政诉讼中法官的独立性问题得不到结构性加强,宪法无法作为保护规范的规范来源,在中国适用德国原版保护规范理论,会导致进一步限缩相对人诉权的局面。或者说,本文并不完全否认保护规范理论的实定化等价值,但是基于全文分析,笔者的基本判断是其导致的限缩权利的损失将高于其实定化价值带来的收益,所以必须予以反思与修正。

Abstract The introduction of the theory of protection norms affects the determination of plaintiff's qualification. Connected with the subjective public rights in the substantive law, its application also directly relates to the identification way and scope of subjective public rights in the public law. As far as the theory of protection norms is concerned, it limits the basis of rights and interests to public law, which makes it difficult to identify the subjective public rights; it aims to establish an independent system of rights and obligations within the administrative law, but it cannot cope with the reality of the interwoven integration of public and private laws; the theory of reflecting interests is beneficial to solve the abuse of litigation, and also provides a reason for interpreting rights as interests. If the theory of protection norms is applied to our country, the background of subjective and objective litigation in our administrative litigation system, the lack of the radiation function of the basic rights of the Constitution, etc. will lead to improper restriction of rights and other chaos in the application. In fact, the critics who criticize the uncertainty of local standards do not fully theoretically shape the local practice. Based on this, we should learn from the path of the realization of the rights and interests of the theory of protection norms, and combine with the existing elements of local judgment practice, expand the basis of the rights and interests of the plaintiff's qualification to private law, and add causality as the judgment elements.

Keywords Administrative Litigation, Plaintiff's Qualification, Subjective Public Rights, Theory of Protection Norms, Causality

(责任编辑:蒋红珍)