

保护规范理论的展开与问题

——联立公司诉北京市东城区人民政府行政复议案评析

赵 宏*

目次

一、基本案情与核心争点	(一) 全面查找根据规范的要求
(一) 基本案情	(二) 未明示当事人的概括
(二) 核心争点	(三) 从考虑义务、公法上不利后果到考 虑要求
二、法院说理与论证逻辑	四、论证局限与未尽问题
(一) 如何确定根据规范?	(一) 全面查找根据规范是否仍有限制?
(二) 如何判定未明示当事人的法律 地位?	(二) 如何界分行政诉讼/民事诉讼?
(三) 第三人是否均具有行政诉讼权?	(三) 如何在请求权审查框架下提取主 观公权利?
(四) 从公法上的不利后果中如何推导 出主观公权利?	(四) 如何调和事实与规范之间的矛盾?
三、核心论点与裁判意义	五、结语

摘要 “联立公司案”是“刘广明案”后最高人民法院另一起对保护规范理论予以详尽阐释的裁判案例。通过对全面查找根据规范的要求、对未明示当事人的归纳以及对考虑要求的纳入,本案裁判对保护规范理论进行了大幅扩展,也在一定程度上纠正了行政审判对此理论的适用偏差。但因为涉及分配行政下如何界定公法权利/私法权利,进而界定行政诉讼/民事诉讼,以及如何弥合事实影响和规范要素等复杂难题,本案裁判也存在一定论证局限并提示出诸多未尽问题。

关键词 保护规范理论 主观公权利 根据规范 未明示当事人 考虑要求

自 2017 年“刘广明案”始,保护规范理论纳入我国行政审判已有一段时日。尽管学界争议不少,却未影响其在司法实践中获得广泛推广。在“刘广明案”后,最高人民法院 2019 年的“北京市

* 中国政法大学法学院教授、法学博士。本文受到“中国政法大学青年教师学术支持计划”(20CXTD01)资助。

东城区人民政府与北京市联立房地产开发有限责任公司其他复议纠纷再审案”〔1〕(以下简称“联立公司案”),同样对保护规范理论进行了详尽阐释。与“刘广明案”一样,“联立公司案”在裁判做出后即陷入争议漩涡。反对保护规范理论的学者认为,该案反映的是这一理论适用的“渐变”,是对“实际影响”标准的回归,而这种渐变恰恰证明这一理论并不能为原告资格判定带来稳定的、客观化的框架。〔2〕保护规范理论的支持者对“联立公司案”裁判同样态度不一。基于这一背景,本文尝试对该案进行细致剖析,并由此来判断该案裁判究竟是向“前保护规范理论阶段”的回归,抑或是在原有脉络上对保护规范理论的再展开。

一、基本案情与核心争点

“联立公司案”的案情虽然相对复杂,却与此前诸多引发原告资格判断争议的案件一样:诉讼均由利害关系人(第三人)提起,主张也都是认为行政机关向他人(相对人)颁发许可影响到自身的合法权益,因此要求撤销该许可。此类诉讼属于现代行政诉讼中典型的第三人之诉(Drittklage),案件争议核心又都凝结为:第三人是否具有诉请撤销行政机关向他人颁发的许可的原告资格。

(一) 基本案情

本案的基本事实为:原告联立公司于2005年、2006年、2008年分别取得了包括涉案房屋在内的建设工程的建设用地规划许可证、建筑工程施工许可证、建设工程规划许可证以及消防验收意见书。2014年7月,联立公司取得原北京市规划委员会核发的建设工程规划核验(验收)意见,但未办理房屋登记手续。2006年9月,联立公司与案外人北京开泰房地产开发有限公司签订合同书,约定共同开发包括涉案房屋在内的房地产项目。2011年开泰公司又与北京市友和投资有限公司签订房屋租赁协议,将涉案房屋出租给友和公司。2012年10月,友和公司又与张敬签订房屋租赁协议,将涉案房屋转租给张敬用于开办幼儿园。

2015年3月,张敬向北京市东城区教育委员会提交申请开办青青藤幼儿园。东城区教委在审查后于2015年4月向张敬颁发《民办学校办学许可证》,允许其在涉案房屋内开办幼儿园。2017年4月,联立公司向东城区政府提出行政复议申请,请求撤销东城区教委做出的涉案办学许可。东城区政府以“被复议的办学许可行为系赋予第三人青青藤幼儿园民办学校的办学权利,并未产生减损联立公司行政法律权利或增加申请人行政法律义务的法律后果。联立公司主张的相关权益亦不在行政复议被申请人东城区教委做出行政许可行为时应考量的范围之内。被复议许可行为对联立公司合法权益明显不产生实际影响。因此,联立公司与被复议许可行为不具有利害关系”为由,驳回了联立公司的行政复议申请。联立公司不服,向北京市四中院提起诉讼,请求撤销被诉复议决定,并责令东城区政府受理其复议申请。

一审法院认为,“根据办学许可条件的相关规定,房屋产权是审查事项之一。同时根据本案现有的相关证据证明,原告是涉案房屋的建设单位,至2016年8月22日,涉案房屋未办理房屋登记,而东城区教委做出的涉案办学许可,涉及了涉案房屋的产权,对原告联立公司的合法权益产生了

〔1〕北京联立房地产开发有限责任公司诉北京市东城区人民政府行政复议案,最高人民法院行政裁定书(2019)最高法行申293号。

〔2〕参见陈无风:《我国行政诉讼中“保护规范理论”的渐变和修正》,载《浙江学刊》2020年第6期,第152—159页。

相应影响,联立公司与涉案办学许可之间存在利害关系”〔3〕。因此一审法院判决撤销东城区政府的被诉复议决定,并责令其对联立公司的行政复议申请重新做出处理。东城区政府不服一审判决,又向北京市高级人民法院提起上诉。二审法院以“复议机关对利害关系的审查系对申请人主体资格的考量,应结合具体案件情况进行全面分析判断,除明显不具有利害关系的情形外,应保障申请人提出复议申请的程序性权利……联立公司作为开办涉案幼儿园地址建筑的法律主体,不符合属于明显与被复议行政行为不具有利害关系的情形”〔4〕为由,驳回上诉维持原判。东城区政府不服二审判决,申请再审。

(二) 核心争点

本案自申请复议时起,核心争点就是联立公司与北京市东城区教委向第三人颁发办学许可行为之间是否有利害关系,其是否有权主张撤销东城区教委的办学许可。因为《行政复议法》对申请复议资格的规定与《行政诉讼法》对原告资格的规定完全一致,本案中复议申请资格的认定,最终也都凝结为对“利害关系”的理解。

尽管聚焦于“利害关系”问题,但自行政复议至再审,复议机关和法院对此问题的判断却不尽一致。复议决定尽管只是简单说理,但其论证已有保护规范理论的适用,“联立公司主张的相关权益亦不在行政复议被申请人东城区教委做出行政许可行为时应考量的范围之内”。一审裁判的说理部分虽然同样概略,但其从房屋产权是教育部门颁发许可时的审查事项出发,认为教委做出的涉案办学许可既然涉及涉案房屋的产权,就会对联立公司的合法权益产生相应影响,这一判断过程其实同样有保护规范理论的影响。因为从考虑事项延伸到保护要求同样是现代保护规范理论的思考定式。〔5〕有意思的是,尽管都参酌了保护规范理论,一审裁判却得出了与复议决定完全相反的判断。二审法院则脱逸出复议决定和一审法院的思路,从尽可能保障当事人的复议申请权和诉权出发,认为只要不属于“明显不具有利害关系的情形”,就应广泛承认当事人的申请资格和原告资格。但二审法院在做此论断前,同样认为既然相关法律规范要求办学场所应该具备“房屋产权清楚、适合办园,无安全隐患”等条件,教育行政机关就应对开办幼儿园的房屋权属是否清晰、场所设施是否安全达标等进行审查。这一点是对一审审查思路的认可。由此,本案不仅核心争点清晰,矛盾也在此突显:既然复议机关和一审、二审法院都在不同程度上适用了保护规范理论,却又得出不同判断,那么这一理论究竟应如何在本案中被正确展开?这一点成为再审裁判的论证重点,合理揣测其同样是再审裁判在“刘广明案”后再次对保护规范理论予以详尽阐释的背后动因。〔6〕

二、法院说理与论证逻辑

再审裁判在历数一审和二审的裁判要点后,首先指明“本案争议焦点在于行政复议申请人资

〔3〕 北京联立房地产开发有限责任公司诉北京市东城区人民政府行政复议案,北京市第四中级人民法院行政判决书(2017)京04行初754号。

〔4〕 北京联立房地产开发有限责任公司诉北京市东城区人民政府行政复议案,北京市高级人民法院行政判决书(2018)京行终901号。

〔5〕 参见王贵松:《行政法上利害关系的判断基准——黄陆军等人不服金华市工商局工商登记行政复议案评析》,载《交大法学》2016年第3期。

〔6〕 “刘广明案”与“联立公司案”的主审法官均为耿宝建法官。本案裁判在展开对保护规范理论的详尽阐释之前也说明,“不论是东城区政府主张不具有利害关系,还是联立公司、一审判决尤其是二审判决认为具有利害关系,其论证过程均在一定程度上体现了保护规范理论”。见前注〔1〕。

格、行政诉讼原告资格问题”。对于原告资格的判定,裁判认为应以“刘广明案”中引入的保护规范理论为指导。^{〔7〕}由此,本案说理就在保护规范理论的思考框架下展开,而这种直接引入方式,不仅是对复议决定和一审二审裁判适用保护规范理论的回音,也包裹了最高人民法院欲通过本案进一步澄清和发展这一理论的考虑。

(一) 如何确定根据规范?

相较“刘广明案”裁判,“联立公司案”在适用保护规范理论时显然更加熟稔。裁判首先指出,“准确理解并正确适用保护规范理论的前提,是准确、全面查找并参酌行政行为应当适用的保护规范,即行政机关做出行政行为时所应当依据的法律、法规、规章以及规范性文件”^{〔8〕}。确认根据规范的确是保护规范理论适用的首要步骤。裁判不仅提出了“准确、全面查找和参酌”的要求,还将根据规范的范围扩张至“行政机关做出行政行为时应当依据的法律、法规、规章以及规范性文件”的整体。

在此思路下,裁判首先指明了被告教育行政机关在决定是否颁发办园许可时的直接根据规范,即《幼儿园管理条例》和《北京市民办中小学、幼儿园管理暂行规定》以及相关的实施细则。这些直接根据规范均要求申请办园的园舍应当具备“房屋产权清楚、无安全隐患、符合法定标准、适合办园、有合法且期限适当的租用协议”的要求。上述说明是为房屋产权属于教育行政部门做出系争决定时的考虑事项进行铺垫。但仅有这样的铺垫在说理上显然并不充分。正如一审裁判所展示的,从“办学许可涉及涉案房屋的产权”这一事实,就径直得出涉案办学许可“会对联立公司的合法权益产生相应影响”的判断,其实是较为武断的。其原因在于,现代行政的复杂已使其作用效果不可避免地不断扩散。仅凭“系争决定会对自身合法权益产生影响”,并不足以作为行政诉讼的原告资格提供证明,因为权益影响完全可能是因为民事关联而产生,因此更宜通过民事诉讼获得救济。由此,裁判的论证焦点进一步具体化为,原告联立公司何以具有公法请求权,何以能够向行政机关请求的问题。为证明这一问题,再审裁判就需在上述直接依据规范之外,再寻找其他的根据规范。

(二) 如何判定未明示当事人的法律地位?

在展开联立公司是否具有主观公权利的论证前,本案裁判还插入了有关“未明示当事人”的讨论。对“未明示当事人”的讨论其实是针对二审裁判而作。二审裁判在回应有关联立公司的法律地位问题时认为,“联立公司是涉案房屋前期建设工程规划许可、建设工程规划验收意见等具备法律效力文件的行政相对人,并且不动产登记查询证明及开泰公司要求联立公司办理涉案房屋所有权首次登记的民事诉讼等能够证明涉案房屋尚未办理房屋产权登记,故联立公司属涉案房屋的法律主体”^{〔9〕}。但这一论断在最高人民法院看来,既不清晰也无助于原告资格问题的澄清。

对于联立公司的法律地位,再审裁判创新性地使用了“未明示当事人”予以概括。所谓“未明示当事人”,依据裁判就是形式上并非行政决定的直接相对人,相关法律规范也未通过程序权益和参与权益规定允许其参与到行政程序中,但其却通过民事合同等其他方式实质性地参与至系争行为做出过程的当事人。^{〔10〕}具体至本案,联立公司作为房屋所有人,在承租人利用涉案房屋申请办

〔7〕 见前注〔1〕。

〔8〕 同上注。

〔9〕 见前注〔4〕。

〔10〕 见前注〔1〕。

园许可时,从形式来看既非教育许可直接针对的对象,亦非许可规范明确要求行政机关保护、考虑和听取意见的对象。但裁判却认为,既然行政机关在颁发许可时要求承租人提供房屋所有权证和房屋租赁协议,房屋所有人就“已经以提交房屋所有权证和签订租赁协议等法律文件的方式参与到行政许可程序”,因此在实质上属于“未明示当事人”。此处的“未明示当事人”内涵大体相当于受系争行为影响的第三人(或曰利害关系人)。对于未明示当事人的法律地位,裁判认为“其与许可行为也应存在利害关系,也应具有行政复议申请人资格”^{〔11〕}。

裁判认为除直接相对人和通过程序规范和参与规范参与至行政程序的当事人外,还存在“未明示当事人”,主张其权益也应被考虑,这点其实是关注到了因现代行政作用的扩散所产生的权利扩张需求,但其认为“未明示当事人”均与系争决定存在利害关系,也理应具有复议申请人资格和诉讼原告资格,却与保护规范理论的思路颇为抵牾,因为后者强调唯有“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,要求行政机关考虑、尊重和保护原告诉讼请求保护的权利或法律上的利益时,才确认其存在公法上的利害关系”^{〔12〕}。

因为这一论断的偏离,为使整体论证逻辑融贯,裁判又在下文引出,“与行政行为有利害关系的第三人,具有申请复议的申请人资格或提起诉讼的原告资格;但并不意味着复议机关或者人民法院就必须受理其复议申请或起诉。原告(申请人)资格问题、诉权问题以及受理条件问题,既有联系也有区别”。这种区别在法院看来在于,“具有原告资格的当事人起诉要获得法院受理,还必须具有提起行政诉讼的必要性和实效性,即具备诉的利益”^{〔13〕}。此处的诉的利益,应该是指狭义的诉的利益,或曰诉的利益的客观方面。但这一论证却很容易让人得出第三人皆有行政诉权,法院若未受理只是因其不具备诉的利益的结论,而这显然与“刘广明案”的逻辑不一,也与下文的论证不符。

(三) 第三人是否均具有行政诉权?

在民事关系和行政关系叠加时,当事人并不必然拥有公法请求权,并非均可通过向行政机关主张而获得权利救济。这一点是公法权利/私法权利以及行政诉讼/民事诉讼相互区分的结果。因为在分配行政格局下,现代行政关系已在很大程度上由此前的双边关系转为“行政—相对人—第三人”组成的三边关系。此时如果仅因行政对于民事关系的广泛介入,就普遍承认第三人的主观公权利和行政诉讼原告资格,民事诉讼和行政诉讼的分工就会被打破,民事争议也可能为行政诉讼所吞噬。

也是为澄清上述问题,本案裁判在说明联立公司作为“未明示当事人”的法律地位后,又接着写道,“联立公司作为出租房屋的实际所有权人,并不当然具有请求复议机关或者人民法院受理其撤销行政许可的权利”,因为既然“所有权人已经通过民事租赁协议方式处分了其房屋的使用权能。如其不同意承租方使用租赁房屋的方式”,就完全“可以解除协议或者提起民事诉讼,而无通过行政诉讼请求撤销行政许可的必要性”^{〔14〕}。这段论述其实比上文认为未明示当事人“与许可行为也应存在利害关系,也应具有行政复议申请人资格”更加准确,也更清晰地指出:第三人原告资格判定问题的核心,并不在于第三人的权益是否受到系争行为影响,而在于此种权益影响究竟是应通过民事诉讼解决,还是能够直接向行政机关主张。

〔11〕 见前注〔1〕。

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

〔13〕 见前注〔1〕。

〔14〕 见前注〔1〕。

由此,要证明本案中联立公司具有行政诉讼的原告资格,就必须首先说明其与一般的被行政决定所处分出租房屋的房屋所有人不同。而这也是本案裁判接下来花较多篇幅论证本案特殊性的原因。在裁判看来,与其他房屋已经竣工验收,无安全隐患,房屋产权清楚且有期限适当的租赁协议不同,“申请作为园舍的房屋未经竣工验收备案本不应投入使用,房屋安全性能是否符合办园条件尚需专业认定,申请许可时所依据的房屋所有权证显系伪造,联立公司在相关合同中有关房屋所有权证取得前开泰公司不得出租的约定未得到尊重”,据此,在本案中断然否定作为房屋所有人的联立公司的行政诉权并不合适,因为其权利并无法通过民事诉讼获得较好解决。这段论述在裁判结尾处又被再次强调,“开办幼儿园安全条件未经有权机关认定、涉案房屋安全性存有疑问且相关民事诉讼均未能解决纠纷的情况下,认可联立公司有权申请行政复议,具有合法性与正当性”^[15]。这几段论述都旨在突出本案的特殊性,在论及其特殊性时又都辅以案件具有“诉的利益”作为说明,意旨都在于为联立公司具有原告资格进行铺垫。

(四) 从公法上的不利后果中如何推导出主观公权利?

但仅从本案的特殊性出发就认为联立公司作为房屋所有人拥有行政诉权,论证同样不够充分。因为所谓“诉的利益”的说明仍旧仅局限于客观方面,此处还是欠缺对联立公司在本案中具有主观公权利,可直接向行政机关请求的充分说理。裁判由此进入最核心部分,即从公法上的不利后果中推导出第三人的主观公权利。

如上文所述,裁判在说理之初就指明,保护规范理论的适用,应“准确、全面查找并参酌行政行为应当适用的保护规范”。此处的“参酌”已表明,根据规范并不仅限于直接依据规范,还应包括间接适用规范。如果说此前裁判提及的《幼儿园管理条例》《北京市民办中小学、幼儿园管理暂行规定》属于直接适用的根据规范,那么裁判接下来用以证明联立公司具有主观公权利的关键规范——《北京市房屋租赁管理若干规定》就是“应间接适用的、潜在适用的规范”。

《北京市房屋租赁管理若干规定》之所以应为教育行政部门参考和援引,在于上述直接规范要求教育行政部门在颁发办园许可时,必须确保园舍“房屋产权清楚、无安全隐患、符合法定标准、适合办园,有合法且期限适当的租用协议”。既然本案中用以办园的涉案房屋系通过出租方式获得,教育部门在审查房屋产权是否明晰时,就同样需要参酌房屋租赁领域的规范。借由这一论证,作为本案关键规范的《北京市房屋租赁管理若干规定》被纳入参考视野。该规定第 24 条的内容为:“公安、工商行政管理、民防、卫生、文化、新闻出版、教育等行政部门在办理相关行政许可时依法应当审查活动场所的,应当审查租赁房屋的使用用途是否符合规划设计用途,是否符合法律、法规、规章有关活动场所的规定……”该条可以说是再次申明了教育行政部门在办理行政许可时对租赁房屋的审查义务。由该条出发,裁判又将规范考察视线投射至该规定第 16 条、第 17 条以及与之相关的责任条款:第 35 条和第 36 条。第 16 条和第 17 条规定,^[16]房屋所有人应对出租房屋的安全性负责,而第 35 条和第 36 条则申明,^[17]若出租房屋存在安全隐患,可由公安机关、建设(房屋)行

[15] 见前注[1]。

[16] 《北京市房屋租赁管理若干规定》第 16 条,“出租房屋的安全由房屋所有人负责”;第 17 条,“出租房屋的建筑结构和设备设施,应当符合建筑、消防、治安、卫生等方面的安全条件,不得危及人身安全。禁止将违法建筑和其他依法不得出租的房屋出租”。

[17] 《北京市房屋租赁管理若干规定》第 35 条,“对违反本规定的下列行为,由公安机关按照下列规定处罚:……(二)违反本规定第十七条规定,出租的房屋存在治安、消防安全隐患的,责令改正,并可处 1 000 元以上 3 万元以下罚款”;第 36 条,“对违反本规定的下列行为,由建设(房屋)行政部门按照下列规定处罚:(一)违反本规定第十七条规定,出租的房屋存在建筑安全隐患的,责令改正,并可处 1 000 元以上 3 万元以下罚款”。

政部门对房屋所有人进行行政处罚。上述规定在最高人民法院看来,明确了“联立公司作为房屋实际所有人对出租存在建筑安全隐患,未经竣工验收备案的房屋用于开办幼儿园要承担的公法上的不利后果”。本案裁判由此得出了用以证明联立公司原告资格的最核心论断,“如果相关联的法律规范要求行政机关在做出决定时对某一要素予以考虑,行政机关若不予考虑,又会使第三人具体且特别地受到行政决定影响时,即可认为第三人属于规范保护范围。易言之,在行政许可涉及多个主体权益的情形下,许可机关应对许可可能涉及的各方利益予以综合考虑,并避免因未予考虑而给第三方造成严重损害”〔18〕。

经此论证,法院最终其实是从公法上的不利后果出发,肯定了联立公司的行政诉讼原告资格。而此前的扩大根据规范的查找范围,确定行政机关的考虑义务等都是为说明不予考虑可能会引发的不利后果进行铺垫。本案裁判由此得出最终判断,“联立公司担心其所有的涉案房屋用于幼儿园园舍不符合国家卫生标准、安全标准,可能妨害幼儿身体健康或者威胁幼儿生命安全,其将承担《北京市房屋租赁管理若干规定》等法律规范所规定的不利后果,在请求东城区教委解决未果后,向东城区政府申请行政复议,具备行政复议申请人资格、具有行政复议申请权”〔19〕。

三、核心论点与裁判意义

“联立公司案”可说是“刘广明案”后对保护规范理论的再度详尽阐释,也因此对这一域外理论的本土内化和适用提升具有积极意义。这种意义又大致可概括为如下方面:

(一) 全面查找根据规范的要求

“联立公司案”再审裁定在展开之初即申明,“准确理解并正确适用保护规范理论的前提,是准确、全面查找并参酌行政行为应当适用的保护规范,即行政机关做出行政行为时所应当依据的法律、法规、规章以及规范性文件”。相比“刘广明案”只是简单提示,对保护法益的判断“可参酌整个行政实体法律规范体系”,“联立公司案”已将根据规范扩张至“行政机关做出行政行为时所应依据的法律、法规、规章以及规范性文件”。裁判结尾处对于如何全面查找根据规范更是做了详尽列举,“既要参酌本行政管理领域的直接适用的法律规范,也要参酌相关领域的间接适用、潜在适用的法律规范;既要参酌法律规范的正面规定,也要参酌法律规范的负面规定;既要参酌保护当事人权益的法律规范,又要参酌制裁当事人行为的法律规范;既要看法律规范保障的权利(实体权利、程序权利、参与权利等),也要看违反法律规范要承担的法律后果;既要看法律规范保护的权益,也要看违反法律规范可能招致的不利益;既要看法律规范保护的权益,也要看行政行为的实施是否必然会对当事人造成不利影响”〔20〕。

主观公权利的析出依赖于实体法解释,所以在适用保护规范时,“准确、全面查找并参酌行政行为应当适用的保护规范”是其首要步骤。保护规范的查找范围被扩大,那么析出主观公权利的可能性也会被大幅提高。从这个意义上,这一要求的提出可说是对此前诸多地方法院适用保护规范理论时,根据规范模糊、碎片以及范围褊狭的纠偏。〔21〕

〔18〕 见前注〔1〕。

〔19〕 见前注〔1〕。

〔20〕 见前注〔1〕。

〔21〕 参见赵宏:《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。

（二）未明示当事人的概括

本案的另一意义还在于对所谓“未明示当事人”的概括。《行政诉讼法》第 25 条将行政诉讼的原告大致区分为两类：相对人与利害关系人。^[22] 利害关系人的出现源于现代行政作用的放射。日本学者小早川光郎曾对此进行过精确描述，“行政作用所施加的不利，从所有权的剥夺到轻微的限制，从施加于身体的有形拘束到无形或精神上的不利，几乎可以区分为无数的内容。这种倾向随着行政任务及其实现手段的多样化，会变得愈加显著”^[23]。但行政作用无限扩散带来的却是“权利可界定性”的丧失。这也是近年来有关行政诉讼原告资格的争论均聚焦于利害关系人的原因。对利害关系人应受公法保护的权利的承认，虽然回应了行政作用扩散所产生的扩大权利保护的需求，但也同样引发诉权识别的难题。这一问题又具体表现为：究竟应将多大范围内的“利害关系”纳入行政诉讼的保护范围；对利害关系的判断究竟应依赖何种标准。

“联立公司案”裁判延续了“刘广明案”的判断思路，将保护规范理论作为判断是否存在公法上利害关系的标准，也基于这一标准，裁判在说明“未明示当事人”前提示，利害关系人并非所有权利义务受到系争行为影响的人，而是实体法规范要求行政机关予以保护、考虑和听取意见的对象。而需要行政机关予以保护的权益又涵括实体权益、程序权益与参与权益，申言之，有关实体权益、程序权益和参与权益的规范均可成为支持利害关系人具有主观公权利的保护规范。^[24] 从这个意义上说，所谓“利害关系”的判断仍旧需以规范为联结，而非仅仅凭借事实影响。但裁判又认为，除这些可通过规范规定予以识别的当事人外，有些当事人虽从表面上看未参与到行政程序中，但因为行政机关在审查许可时要求承租人提供房屋所有权证明和租赁协议，行政机关也是基于上述文件判断所有权人同意使用房屋的意见，据此，房屋所有权人已实质性地参与到行政程序的做出过程，是实质意义上的“未明示当事人”。

在裁判下文，这种“未明示当事人”被直接等同于“与行政行为有利害关系的第三人”。^[25] 第三人(Dritt)的称谓来自德国法，用以标明与相对人(Adressat)相并列的，权利同样受系争行为影响的人(Betroffenen)。德国通说认为，相对人可通过行政作用的“干预目的性”^[26]标准予以识

^[22] 《行政诉讼法》第 25 条：“行政行为的相对人依据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。”

^[23] [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 17 页。

^[24] “出租房屋的所有权人在承租人利用房屋申请行政许可程序中，并非许可机关的直接相对人，也非设立许可的法律规范需要保护、考虑和听取意见的对象，房屋所有权人自身似乎无任何实体权益、程序权益甚至参与权益需要保护。”见前注[1]。

^[25] “联立公司案”裁判在上文写道，“房屋所有权人虽从形式上并非行政许可相对人，但实质上仍属未明示当事人，其与许可行为也应存在利害关系，也应具有行政复议申请人资格”。下文紧接着写，“与行政行为有利害关系的第三人，具有申请复议的申请人资格或提起诉讼的原告资格”。这就说明，裁判是将“未明示当事人”与“与行政行为有利害关系的第三人”等同并置。

^[26] 所谓“干预目的性”，即如果行政作用是以某人的利益剥夺或限制为目的，即可断定他就是该行政作用的相对人。这种“干预目的说”因为强调行政行为对基本权利损害的直接性、目的性和强制性，因此被总结为传统标准。而在此基础上由德国学者(Ulrich Rammsauer)发展出的“规范目的说”，则扩展了侵害的范围，但也指明基本权利的防御范围取决于基本权利的保护目的。Ulrich Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, Berlin 1980, S.161 ff.

别,其实体权利和行政诉权也可直接诉诸基本权利。^[27]但第三人的判断却颇为困难。第三人的出现在很大程度上源于分配行政的背景,即在现代国家,私人间的利益分配已不再只是通过私法手段,而更多是通过行政决定来完成。行政实际上是处于三边或多边法律关系下,以公共性为媒介对相互冲突的私益予以分配和权衡,而第三人的权利也是在此关系框架下被确定和提取。^[28]这里涉及宪法的权力分配秩序、立法的价值确定特权,涉及基本权利对于一般法的作用,亦涉及公法权利/私法权利以及行政诉讼/民事诉讼的分工等。^[29]正因为问题复杂交错,现代公权理论的重心基本都转移至第三人的界别问题,而现代保护规范理论所欲证成和廓清的也是第三人的主观公权利。依据保护规范理论,第三人主观公权利的存立有无在于,行政机关做出系争行为时所依据的实体法是否要求其考虑、尊重和保护的第三人的权利。这一点同样在本案裁判中被不断提及。也正是通过这种强调,相较“刘广明案”,本案裁判对主观公权利概念和保护规范理论的意涵目的做了更清楚的提示:就是为了解决因为行政作用效果的扩散所导致的利害相关人的识别难题。

值得注意的是,本案裁判用“未明示当事人”来指代第三人,但其归纳的未明示当事人的范围却明显超出了行政第三人的范围:房屋所有权人这些明显因为私法规范和民事关系,而间接参与至承租人与行政机关许可过程中的当事人也被纳入其中,裁判还认为其与系争的许可行为均存在利害关系,均具有行政复议申请人和行政诉讼原告资格。这就与裁判下文申明的,“通常情况下,……不宜承认房屋所有权人对涉出租房屋行政许可的复议申请权或者诉权”存在逻辑上的断裂。

(三) 从考虑义务、公法上不利后果到考虑要求

联立公司案的核心判断在于,法院是从教育行政部门在颁发办学许可时需审查园舍“产权清晰、符合安全标准”出发,推导出其对于房屋所有权人的考虑义务,又以行政机关未尽考虑义务会使房屋所有权人遭遇公法上的不利后果为据,导出了房屋所有权人的主观公权利。此处的经典论述,“如果相关联的法律规范要求行政机关在做出决定时对某一要素予以考虑,行政机关若不予考虑,又会使第三人具体且特别地受到行政决定影响时,即可认为第三人属于规范保护范围。易言之,在行政许可涉及多个主体权益的情形下,许可机关应对许可可能涉及的各方利益予以综合考虑,并避免因未予考虑而给第三方造成严重损害”,与德国法上的“考虑要求”的内容阐释几近一致。从这个意义上说,“联立公司案”的另一意义还在于,作为保护规范理论最新发展的“考虑要求”(Ruecknahmesgebot)被间接纳入我国的行政审判。

在德国,“考虑要求”的提出是为克服传统保护规范理论因特别强调客观法规范明确的“私益保护性”,所导致的权利保护不足。“考虑要求”强调,即使客观法规范并未以特别的方式对行政应予保护的第三人的范围进行划定,“而只是以一般形式规定要求行政机关在做出决定时予以顾及或考虑”,这一“客观考虑要求”就可成为肯定第三人主观公权利的依据。以典型的作为“考虑要求”的德国《建筑法》第34条第1款为例,法律要求拟兴建的建筑物“必须与其周边环境

[27] 我国学者中也有“实质相对人”和“形式相对人”的区分,认为实质相对人是行政行为法律文中所指明的设定权利义务的对象。对其识别要借助于行政行为的目标性指向。这一点其实与德国法上“相对人”的判定思路一致。参见陈鹏:《行政诉讼原告资格的多层次构造》,载《中外法学》2017年第5期;黄宇骅:《行政诉讼受案范围与原告资格关系之辩》,载《政治与法律》2021年第2期。

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

[29] 见前注[21],赵宏文。

特性互相适应且应确保项目开发的安全。健康居住和工作条件的要求也应获得保障。地区风貌也不得受不利影响”。从语词表述来看,此规范要求行政机关考虑的似乎仍旧是公共利益,但联邦行政法院却从“健康居住”“工作条件”“地区风貌”中读取出了行政机关对邻人(Nachbar)的考虑义务,并认为如行政机关未尽考虑义务会导致邻人权利受损,邻人就有权要求行政机关撤销该许可。在此,客观的“考虑要求”替代了此前的“私益保护性”,起到了具体化、主观化和权利化的提示作用。^[30]

“考虑要求”欲解决的本质问题是,在权利识别必须借由规范来确认时,又如何将那些显见的、超出一般承受范围的事实影响,通过找到新的规范联结点,而纳入法律保护范围。对于行政诉讼原告资格的认定一直都存在事实影响和规范要素之间的撕扯。如果仅倚赖事实影响就认可原告资格,当然会扩大行政救济的范畴,却无法化解权利边界不可划定的难题,还很容易就会将行政诉讼拖入民众诉讼。而强调权利的证成必须有规范基础属于保护规范理论的思路,其会确保法秩序的安定,但也时刻面临着如何将更多的需要法律保护的利益纳入法律保护范围的难题。“考虑要求”在此背景下被提出,也提供了较好地化解事实影响与规范要素间张力的方法:即在维持规范性的基础上,通过将客观法规范中的行政考虑义务作为规范联结点,来实现客观法的主观化。这种方式既维持了主观公权利与实体法之间的依存关系,也有效地扩张了权利保障的范围,因此在德国被称为“公权理论的再次拓展”^[31]。从这个意义上说,“联立公司案”提及公法上不利后果,并由此导出行政诉讼的原告资格,并非如陈无风老师所认为的,是“保护规范理论的渐变”,而是在保护规范理论的框架下,将事实影响借由新的规范联结点纳入实定法的保护范围。

“考虑要求”其实在此前我国的规范和判决中亦有端倪。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》[以下简称《行政诉讼司法解释(2018)》]第13条规定,“债权人以行政机关对债务人所作的行政行为损害债权实现为由提起行政诉讼的,人民法院应当告知其就民事争议提起民事诉讼,但行政机关作出行政行为时依法应予保护或者应予考虑的除外”。此处的“应予考虑”已包含从考虑义务中推导出原告资格的意味。典型的,“黄陆军等人不服金华市工商局工商登记行政复议案裁定”中,同样从“登记机关没有对涉诉公司作为市场主体的民事侵权行为进行审查的法定义务”出发,否认了当事人的原告资格。王贵松教授在评析此案时,还参酌日本行政诉讼中的“考虑事项”,归纳出“行政机关的审查义务=实体法上的行为要件=适用行为要件的考虑事项=行政法上的利害关系”的等式。“联立公司案”的判断思路也颇与这一等式相符合。“联立公司案”中,法官也是将行政的客观审查义务等同于“应予考虑的权益”,并结合“不予考虑可能产生的不利后果”的责任条款来证成原告资格。

但日本法上的“考虑事项”又与“考虑要求”存在一定差异。“考虑事项”为日本在2004年《行政事件诉讼法》修改时提出。尽管法律仍坚持原告主张权益应为“法律所保护的利益”,但为明晰“法律上的利益”,又纳入了“考虑事项”的要求:“法院对处分或者裁决相对一方以外的人判断其是否具有前项规定的法律上的利益时,不能仅根据该处分或者裁决所依据的法令规定的文本,还应当对该法令的宗旨和目的以及应当在该处分中进行考虑的利益的内容和性质进行考虑。对该法

^[30] Gerhard Roller, Drittschutz im Atom- und Immissionschutzrecht; Bestandsaufnahme und aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung, NVwZ 2010(990), S. 991.

^[31] Gerhard Roller, Drittschutz im Atom- und Immissionschutzrecht; Bestandsaufnahme und aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung, NVwZ 2010(990), S. 991.

令的宗旨和目的进行考虑时,存在与该法令目的共通的相关法令的,还应当对该相关法令的宗旨和目的加以参酌;对该利益的内容和性质进行考虑时,还应当对该处分或者裁决违反其所依据的法令做出时受到侵害的利益的内容和性质以及该利益受到侵害的样态和程度加以斟酌。”^[32]考虑事项的提出并不意味着完全转向“事实影响”,彻底摆脱与实体法的依存关系。^[33]其仍旧要求行政机关所应考虑的事项须有实体法基础,只是实体法规范不再限于行为的直接依据规范,还包括了目的规范以及与依据规范目的相同的其他规范。也正是在此意义上,日本学者也还是将“考虑事项”放在保护规范理论之下予以理解,并指出,“考虑事项在保护目的与原告资格之间扮演着中间概念的角色,让保护目的的判断不再过于抽象化。相对高位的保护目的经过考虑事项的具体化之后,才能对具体的制度发挥控制的功能”^[34]。

但仔细斟酌就会发现,日本法上的“考虑事项”所提示的,更接近于法院在判断是否存在“法律所保护的权益”时,应当考虑和适用的规范范畴,它将抽象的保护目的通过适用条款和考虑事项的具体化而进一步具象化。“考虑事项”中同时包含了法解释的基本方针,即“整体性的解释指针”^[35]。而德国的“考虑要求”本质上要求考虑的是第三人“值得保护的权益”,“考虑要求”本身虽然不是主观权利,却提供了“从行政解决不同法律地位间冲突并履行保护第三人义务中推导出第三人权利的公式”。但二者本质上解决的都是如何将“实际影响”予以主观转化,如何在破坏法的安定性和可预期性基础上,将第三人“值得保护的利益”借由请求权框架转译为“法律所保护的利益”的问题,因此也都是保护规范理论思考的发展和延伸。

四、论证局限与未尽问题

如果放在保护规范理论本土适用的发展延长线上观察,“联立公司案”无疑具有重要意义。裁判提出的全面查找根据规范的要求、对“未明示当事人”及其诉权的概括、对“考虑要求”的纳入以及对程序规范和参与规范同样可作为保护规范的提示,都对此前地方法院在适用这一理论时的问题予以了有效纠偏,因此也有助于这一理论本土适用的优化与提升。但“联立公司案”的论证也并非完全无可指摘,其虽对中国式保护规范理论进行了重要拓展,但也提示出诸多问题需要在法律上进行更细致的讨论。

(一) 全面查找根据规范是否仍有限制?

“联立公司案”提出了全面查找根据规范的要求,大幅扩展了根据规范的范围,也极大提升了导出主观公权利的可能,但其将根据规范扩张至涵括“相关领域间接适用、潜在适用的法律规范”在内的,“行政机关做出行政行为时所应依据的法律、法规、规章以及规范性文件”的整体,又不可避免地会造成根据规范的弥散,进而导致解释对象的“过分外溢”^[36]。

[32] 见前注[5],王贵松文;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114页;王贵松:《风险规制行政诉讼的原告资格》,载《环球法律评论》2020年第6期。

[33] 陈无风教授在论证联立公司案是对实际影响的回归时,曾引日本法上的“考虑事项”为证,却忽视了“考虑事项”事实上是保护规范论的发展,属于规范性的思考延伸。见前注[2],陈无风文。

[34] 芝池義一「行政決定における考慮事項」法学論叢 116 卷 1~6 号(1985年3月)576—579 頁。转引自前注[5],王贵松文。

[35] 见前注[32],朱芒文。

[36] 见前注[2],陈无风文,第156—157页。

具体到本案中,裁判最终用以确定联立公司原告资格的规范在于《北京市房屋租赁管理若干规定》。此项规范正是裁判要旨所提示的“相关领域的间接适用、潜在适用的法律规范”“负面法律规定”“制裁当事人行为的法律规范”“规定了当事人法律责任和不利益的责任规范”。但这一规范是否属于教育行政部门在核发教育许可时应予参酌的规范却争议颇大。

裁决其实观察到了这一问题,因此提示对其他规范的援引要注意“领域的相关性”,即所谓“也要参酌相关领域的间接适用、潜在适用的法律规范”。在证明《北京市房屋租赁管理若干规定》属于相关领域的规范时,其论证逻辑大体如下:教育部门在颁发办学许可时对办学场地有特殊要求,其中就包含场地的产权明晰以及租赁场所适宜作为教育场所。法院认为这一要求指向了教育部门对申请人所提供的房屋租赁合同的审查,而这一审查义务又同样为《北京市房屋租赁管理若干规定》所确认。因为这一关联,《北京市房屋租赁管理若干规定》进入裁判的规范查找范围。从审查义务条款出发,裁判又将考察视线投射至这一规定中的责任条款,最终从责任条款中导出了房屋所有人的原告资格。

但这一解释过程招致的批评不少,陈无风教授就认为,法院在本案中考量的实体法已经远远超出行政机关实际适用的法律,由此也造成了解释对象的外溢。在其看来,“隐含的、潜在的法律依据应与被诉行为的明示依据有内在实质性联系,且只作为明示依据目的解释的辅助而存在。当某个潜在的法律依据既不是被告承认的行为依据,又不是原告据以主张权益的依据时,法院应保持审慎。只有充分说理表明,潜在依据与明示依据在调整对象、法体系内的关联等要素上有内在联系时,才可证立其共同构成一个适用规范,可一并用于解释行政立法的保护目的”^{〔37〕}。这一认识中包含了一项值得商榷的判断,即法院在审查系争行为时所参考的实体法范围,应与被告行政机关在做出该行为时考察的规范范围大体相当。这一判断混淆了法院的法律适用与行政的法律适用间的目的差异,也不符合自“刘广明案”起就强调的,“参酌整个行政实体法律规范体系,……以便能够承认更多的值得保护且需要保护的利益”的解释规则,属于对规范相关性过高的要求。

尽管要求不能过于严苛,但在确保“准确、全面查找并参酌保护规范”时,又的确存在需避免参考对象过分外溢的问题。申言之,即使将根据规范扩展为“行政机关做出行政行为所应当依据的法律、法规、规章以及规范性文件”的规范整体,其范围也还是应有限制。

这种限制首先在于:根据规范原则上应局限于公法规范,而并不包含私法规范。既然主观公权利是个人向国家请求,那么其基础就应是公法规范,私法规范不应被涵括在内。公法规范作为主观公权利导出的根据规范,同样确保了公权利/私权利以及行政诉讼/民事诉讼之间的区分。

查找根据规范的另一重限制在于“领域相关性”。但如上文所述,“相关性”的要求尽管有宽严之分,但过分弥散以至于无法捉摸也会丧失保护规范理论所追求的法安定性。对于关联性的判断,日本在2004年修订《行政案件诉讼法》时的补充规定值得借鉴。在列举判断相关人是否具有“法律上的利益”时,该法强调应考虑“该法令的宗旨、目的以及在做出处分时应当考虑的利益的内容及性质”。此外,“有与该法令有共同目的的相关法令的,应当参酌该相关法令的宗旨及目的”^{〔38〕}。日本法在此所提示的“关联性规范”的标准在于,其与直接依据规范有“共同目的”。即,共同目的成为规范关联性的判断依据。以此为标尺,《幼儿园管理条例》《北京市民办中小学、幼儿

〔37〕 见前注〔2〕,陈无风文,第157页。

〔38〕 见前注〔32〕,朱芒文,第114页。

园管理暂行规定》及其实施细则、《北京市幼儿园、托儿所办园、所条件、标准(试行)》，这些本案直接适用的规范显然具有共同目的，都是教育行政机关在核发许可时应予以考虑的范畴。但《北京市房屋租赁管理若干规定》是否与上述教育行政规范具有“共同目的”却值得推敲。本案裁判凭借教育行政部门在审查许可时应确保房屋产权明晰，就认为其应审查房屋租赁合同，应适用房屋租赁管理规范，如此的目的联结有些牵强。

(二) 如何界分行政诉讼/民事诉讼？

现代保护规范理论最重要的适用场域在于第三人主观公权利的判定和第三人诉讼，而其之于行政审判的重要意义也在于，借由对公权利和私权利的区分进而区分行政诉讼与民事诉讼。正因如此，目前适用保护规范理论来判定原告资格的案例大多存在民事关系与行政关系的交叠，而案件的核心又都聚焦于，受系争行为间接影响的第三人究竟应向行政机关主张，还是应通过民事诉讼向民事主体主张。具体到本案，联立公司所拥有的房屋通过双重转租的方式为许可相对人张敬所使用，并被张敬用于申请幼儿园的办园许可。教育行政部门向张敬颁发办园许可的确会涉及联立公司的房屋所有权，但这种权益影响是否能担保联立公司具有行政诉讼的原告资格，进而可以诉请撤销教育部门向房屋承租人颁发的办园许可才是案件的关键。

本案裁判在论证中也申明，“通常情况下，之所以不宜承认房屋所有权人对涉出租房屋行政许可的复议申请权或者诉权，是因为所有权人已经通过民事租赁协议方式处分了其房屋的使用权能。如其不同意承租方使用租赁房屋的方式，可以解除协议或者提起民事诉讼，而无通过行政诉讼请求撤销许可的必要性。因为行政机关的许可行为一般并不会侵犯房屋所有权和使用权”。上述判定清晰指明了区分行政诉讼/民事诉讼的必要。但裁判转而又认为，本案不属于上述通常情形，具体原因有二：第一，案件的特殊性所产生的诉的利益，即“申请作为园舍的房屋未经竣工验收备案本不应投入使用，房屋安全性能是否符合办园条件尚需专业认定，申请许可时所依据的房屋所有权证显系伪造，联立公司在相关合同中有关房屋所有权证取得前开泰公司不得转租的约定未获尊重”，此外，裁判也提及，联立公司已经通过民事诉讼向开泰公司和张敬主张权利，但争议在民事诉讼中并未获得较好解决。^[39] 第二，公法上不利后果的规定。本案中，房屋承租人将涉案房屋用于开办幼儿园，而相关法律都对园舍的安全性能和产权状况有明确要求。安全要求无疑是为了确保入园儿童的人身安全，而产权状况明晰则是出于对儿童受教育和看护的稳定性考虑。法院裁判认为这两项要求使联立公司较其他房屋所有人，负担了更多的公法义务。而其所属的未经竣工验收备案的房屋被用于开办幼儿园，可能会导致其被行政机关处罚的“不利后果”，更使其拥有行政诉讼权具有合法性和正当性。

据此，对于行政关系与民事关系套叠缠绕，究竟应诉诸何种方式予以救济的问题，本案提供的一般思路可归纳为：原则上应优先通过民事诉讼解决，唯有具有特殊的诉的利益，或者民事主体承担的不利影响已经不再局限于私法范畴而弥散至公法领域时，^[40]才应承认当事人的行政诉讼权。

[39] 据本案裁判，2017年开泰公司以联立公司为被告向北京市东城区人民法院提起民事诉讼，要求法院判令联立公司履行合同义务办理涉案房屋的竣工备案手续，并判令联立公司对涉案房屋所有权进行首次登记；同年，联立公司又起诉开泰公司、友和公司、张敬及青青藤幼儿园，请求判令腾退涉案房屋。但为何联立公司无法通过民事诉讼较好地解决其纠纷，法院在此并未阐明。见前注[1]。

[40] 本案被告东城区政府在再审时就认为，“许可行为不具有对联立公司设定将房屋交由幼儿园占有并用于开办幼儿园的义务，从而影响其房屋产权等权利的法律效力”，这一质疑意见的内涵在于其认为，许可对联立公司的不利影响只是局限在私法范围内，并不会扩散至公法范围。

这种观点颇符合《行政诉讼司法解释(2018)》第13条^[41]的规范意旨,也代表了公法关系和私法关系套叠时私法优先的意见。此处的私法优先并非忽视公法的作用,而是不希望仅因行政的介入就将所有的私法关系纳入公法范畴,进而造成公法对私法的吞噬和权力分立的破坏。

在“联立公司案”后,最高人民法院另有一起“王小琳诉北京市海淀区政府案”(以下简称“王小琳案”)^[42],案情与“联立公司案”颇为相似。在该案中,房屋所有人王小琳将房屋租赁给北京自由空间酒店管理有限公司,双方约定租赁房屋用途为配套办公。而自由空间酒店管理公司随后在北京市工商行政管理局海淀分局处进行了变更登记,变更内容涉及将涉案房屋用于开办快捷酒店。王小琳认为变更登记影响其房屋所有权,而提起行政诉讼要求法院予以撤销。裁判最终结论认为王小琳与涉案工商登记行为之间并无利害关系,但法院在此仅进行了简单说理,“在自由空间酒店管理公司申请变更登记时,相关民事争议不属于行政机关应审查的内容”^[43]。虽然结论不同,但这起案件其实与联立公司案在逻辑上基本一致,都认为第三人的不利影响应优先通过民事诉讼解决,而非直接提起行政诉讼。与联立公司案不同的是,本案中原告完全可主张房屋租赁人超出租赁范围、违背租赁目的使用租赁房屋,并以解除合同或是要求违约赔偿的方式获得救济,原告在此并未表现出明显的行政诉讼“诉的利益”。此外,因为涉案房屋已经过完整的竣工验收手续,租赁合同也是双方合意,原告的所有权即使可能因为房屋租赁人变更使用用途遭受不利,这种不利也仅局限于私法范围,而未扩散至公法领域。因此,此案可说是相较“联立公司案”更典型的可用以说明如何界分行政诉讼/民事诉讼的裁判。

再回到“联立公司案”,裁判用以证明房屋所有人遭遇的不利已不限于私法领域,因而与教育许可存在“公法上利害关系”的主要依据在于,联立公司会因出租房屋具有安全隐患而遭遇“公法上的不利后果”。但仔细推敲也会发现,本案中提及的“不利后果”只是或然的、可能的,而非直接的、必然的。行政处罚作为不利后果的出现有赖于租赁房屋的确不合规划标准,存在治安、消防等安全隐患。但仅从联立公司尚未申请办理房屋产权登记这点来看似乎并无法得出租赁房屋不合规划标准的结论。又从处罚的责任要件看,因为涉案房屋并非由房屋所有人联立公司直接租给教育许可申请人,而是通过双重转租,因此即使引发处罚,房屋所有人似乎也可以嗣后的房屋租赁合同违背其真实意思表示为由予以抗辩,从而摆脱公法上的不利后果。从这个意义上说,法院裁判的确为联立公司与教育许可之间存在公法上的利害关系找到了公法规范作为联结点,但上述联结却未能充分排除联立公司所受影响仍主要是由民事关系造成,通过私法方式也更宜达到诉讼目的疑虑。

“联立公司案”在论证上的疑虑其实反映的正是现代分配行政下区分行政诉讼/民事诉讼的困难。对此问题的思考大致包含两个层级:第一个层级在于,在分配行政格局下,第三人何时具有可直接向行政机关请求的主观公权利。此类请求权的具体内容在第三人诉讼中又大多表现为请求撤销行政机关向相对人颁发的许可,或是要求行政机关对相对人予以干预(处罚)。德国法称之为“第三人公权”^[44]。对第三人公权的判定须借助保护规范理论,第三人亦须借由公法规范的联结

[41] 《行政诉讼司法解释(2018)》第13条:“债权人以行政机关对债务人所作的行政行为损害债权实现为由提起行政诉讼的,人民法院应当告知其就民事争议提起民事诉讼,但行政机关做出行政行为时依法应予保护或考虑的除外。”

[42] 王小琳诉北京市海淀区政府行政复议案,最高人民法院行政裁定书(2019)最高法行申13352号。

[43] 同上注。

[44] 日本法中又将第三人要求行政对相对人予以干预的公权利称为“介入请求权”。

点来证明自己与相对人一样,同样被涵括在公法的保护范围之内。但当第三人公权获得确认,第三人可同时通过私法和公法方式获得救济时,又会出现适用上的冲突。^[45]此时就会进入思考这一问题的第二个层级,即第三人是否有不同救济方式的选择自由?^[46]对此,德国法也曾出现三种不同观点,分别为私法优先、公法优先和公法私法双轨制。私法优先适用于传统建筑领域,“联立公司案”和“王小琳案”其实都属于这一领域。在此行政的影响是通过房屋所有人和租赁人之间的房屋租赁关系产生的,行政介入也不涉及城市空间利益的分配,或是不可量物侵害的预防等问题。公法优先的主张建立在“现代相邻利益的平衡早已不是只能通过私法规范来实现”的认知基础上。但公法优先又必须以建筑规范完全适当,行政对所有相关人的利益都予以了适宜权衡为前提。德国目前的通行观点是相对的双轨制,即只要法律未明确规定公法或私法规范优先,两种救济方式就都是允许的。“联立公司案”汇聚了上述两个层级的问题,但论证细节也提示出这一问题的复杂性,未来还需要在具体领域下进一步深挖。

(三) 如何在请求权审查框架下提取主观公权利?

与此前的“刘广明案”“关卯春案”“陈百勤案”等案件相同,“联立公司案”也是在处理利害关系人原告资格的问题上,牵扯出如何区分行政诉讼和民事诉讼的问题。但对此问题的洞察和解决又在一定程度上依赖于行政诉讼审查模式从客观合法性审查到请求权审查的转换。这一点其实早在“刘广明案”裁判中就已现端倪。

在保护规范理论被明确纳入行政审判之前,针对原告诉请保护的权益,法院也须考察其是否属于法律保护的利益,但这种规范考察却不是具体的请求权框架下,去斟酌原告是否具有向行政请求的规范基础(Anspruchsnormengrundlage),即法院在此适用的并非民法中的请求权审查模式。^[47]思考方式的差异使法院在行政审判时更习惯于甄别原告权益的具体类型,进而判断其是否属于《行政诉讼法》明确规定要保护的人身权、财产权,而不再追问这种人身权、财产权损害究竟应向行政机关主张,还是应向民事主体主张。即使原告诉请保护的是人身权、财产权以外的其他权益,法院考虑的也多是这种权益在法律上是否需要保护,而并非在具体个案中其是否应为行政所考虑和保护。^[48]

上述思维方式产生的原因有二:其一是传统《行政诉讼法》列举式的规范方式。《行政诉讼法》在修订前对保护权益一直采取明确列举的方式,人身权、财产权之外的其他权益要诉诸司法救济,必须要有特别法依据。^[49]这种列举主义方式意味着个人在行政实体法上的权利并非都具有诉讼

[45] 例如当第三人的公法相邻权获得承认,这也意味着其同时拥有公法相邻权和私法相邻权。这种相邻权既可通过行政诉讼获得实现,也可通过民事诉讼获得实现。

[46] 例如德国联邦最高法院在1983年的网球案判决中就指出:与私人网球场相邻的住宅所有人针对该球场产生的噪声,究竟是应依据《民法典》的规定向民事法院主张,还是基于公法请求权向行政机关主张,抑或提起行政诉讼要求撤销兴建网球场的许可。

[47] [德]迪特尔·梅迪库斯:《请求权基础》,陈卫佐、田土永、王洪亮、张双根译,法律出版社2012年版,第127页。

[48] 例如在此前的“念泗三村28幢居民35人诉扬州市规划局行政许可行为侵权案”(载《最高人民法院公报》2004年第11期)以及“李百勤与郑州市二七区人民政府再审审查与审判监督案”[最高人民法院行政裁定书(2018)最高法行申2975号]中,法院集中讨论的都是“景观权”和“环境权”这些新兴权益是否需要法律保护,而非行政机关在做出系争行为时是否需要考虑。

[49] 我国《行政诉讼法》对受案范围的列举一向采取“行为+权利”的方式。修正前《行政诉讼法》第12条的兜底为“(十一)认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。除前款规定外,人民法院受理法律、法规规定可以提起行政诉讼的其他行政案件”。

可能,这就使法院倾向于根据权利类型,而非行政实体法来判断原告资格,实体法和诉讼法也因此处于隔阂和断裂状态。其二正是审判模式的影响。传统行政审判以行政行为为单元,审查内容是行政行为是否合法,因此本质上属于一种客观性审查。这种审查并不依托请求权框架,法官也不是像民事诉讼一样在具体个案下分析个人请求权的有无。上述因素使行政诉讼原告资格判断常常被简化为如下步骤:第一,判定原告主张的权益是否属于《行政诉讼法》明确列举需要保护的权益类型;第二,此类权益是否真的受到影响或有被影响之虞。在第二步中法院往往还会考虑原告的权益损害与系争行为间是否有因果关联。

但上述步骤在应对分配行政时却凸显出缺陷,因为在民事关系和行政关系交叠时,即使原告诉请保护的权益属于法律保护的范畴,也须继续区分其应向行政机关还是民事主体主张,应通过行政诉讼还是民事诉讼解决。最高人民法院观察到了这一问题,也尝试在“关卯春案”裁判中予以澄清,该判决特意指出,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。只有当起诉人诉请保护的权益,恰好落入行政机关做出行政行为时所依据的行政实体法律规范的保护范围时,起诉人的原告主体资格才能被承认。”^[50]裁判在此处强调的其实是,即使原告诉请保护的权益属于法律保护的范畴,也还要分析其是否可向行政机关请求。这种界定已将行政诉讼原告资格的有无引入具体请求权框架,查找保护规范的问题也因此转化为探求第三人请求权规范基础的问题。

正是因为第三人权利有无的问题被放置于具体的请求权框架下处理,规范要素才会真正取代事实影响成为原告资格判定的核心基准。此处的规范要素与此前法院只是考察原告诉请的权益是否属于《行政诉讼法》的保护范围不同,它强调的是以“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、尊重和保护原告诉请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”,这就预示着只要是当事人在行政实体法上的权利都拥有了诉讼可能,对原告资格问题的判定不再局限于诉讼法,而回归至行政实体法;这也意味着实体法和诉讼法之间的区隔被打破,二者开始建立对照关联。这也正是保护规范理论在行政审判中适用的真正意涵。

(四) 如何调和事实与规范之间的矛盾?

以规范要素而非事实影响作为原告资格的判定基准,虽然会确保法的安定性,但在建筑法、环境法等一些新兴领域,如果过于苛求明确的规范提示,要求客观法规范必须包含明确的个人利益保护意旨,而忽视个人所遭受的事实影响,又会造成限缩原告资格的问题。事实性与规范性之间的矛盾张力由此凸显。

“联立公司案”所总结的公法上的不利后果和“考虑要求”为上述冲突的解决提供了启发。而“考虑要求”在德国法上被提出,也是为克服传统保护规范理论过度强调规范的“私益保护性”所产生的利益保护褊狭问题。“考虑要求”引入的目的,是在法律缺乏明确的保护目的,而第三人又会因系争行为而遭受“个别且特定的”损害时,将其权益纳入规范保护范围。但“考虑要求”并未使原告资格的析出彻底摆脱与实体法的依存关系,其仍旧强调客观法规范依据,只是作为客观法依据的不再是明确的保护规范,而是行政机关的客观考虑义务规范。但值得关注的是,“考虑要求”在德国最初是在建筑法领域被提出,也是在建筑法、环境法等新兴领域获得广泛适用。而“联立公司案”则是传统的教育行政领域。也因此,在被适用于“联立公司案”后,“考虑要求”的中国表达与德式版本之间又有一定距离。“考虑要求”的本质,是通过客观法的主观化,而对处于一般公益和典

[50] 关卯春与浙江省住房和城乡建设厅城乡建设复议纠纷再审案,(2017)最高法行申 4361号。

型私益之间的中间地带进行识别并予以保护,其产生的原因在于系争行为的效果扩散。但这种效果扩散应是由系争行为直接造成的,是可以直接溯源至系争行为的。但在“联立公司案”中,始终无法排除的一个疑虑是,联立公司作为第三人,其与作为系争行为的教育许可之间的关联并未完全局限在公法范围内,而是由民事租赁合同以及民事法律关系作为链接。也因此,联立公司究竟应向民事主体主张还是教育行政部门主张成为本案最具争议的地方。

五、结 语

“联立公司案”在结果上与“刘广明案”并不相同,其最终适用保护规范理论肯定了原告主体资格,但这并非就意味着是对“前保护规范理论阶段”的回归。经由全面查找根据规范的要求、未明示当事人的归纳以及“考虑要求”的纳入,本案裁判对于保护规范理论进行了大幅扩展,对于优化和提升这一理论在我国行政审判中的适用具有积极意义。但将保护规范理论的适用和思考引向纵深的同时,“联立公司案”同样提示出如何限定查找规范的范围、如何区分民事诉讼/行政诉讼、如何实现从适法性审查至请求权审查的模式转变、如何弥合事实影响和规范要素等需要进一步讨论的关键问题。而本案裁判在论证中所出现的龃龉也与上述问题的复杂性有关。

Abstract “Lian-Li company case” is another judgment of the Supreme People’s Court after “Liu Guangming case” to elaborate the theory of protection norms. Through the comprehensive search according to the requirements of the norms, the induction of the parties not explicitly stated and the inclusion of the consideration requirements, the judgment of this case has greatly expanded the theory of protection norms, and corrected the deviation of the application of this theory in the administrative trial. However, due to the complicated problems such as how to distinguish public law rights from civil rights, how to distinguish administrative litigation from civil litigation, and how to bridge the influence of facts and normative elements under the distributive administration, the judgment of this case also highlighted certain limitations in the argument, and pointed out a lot of unfinished problems.

Keywords The Theory of Protection Norms, Subjective Public Rights, Standard Norms, The Consideration Requirements, The Parties not Explicitly Stated

(责任编辑:黄宇骁)