

# 利害调整模式下公权利理论的革新

王世杰\*

## 目次

- |                       |                     |
|-----------------------|---------------------|
| 一、引言                  | 四、利害调整模式中的公权利及其规范基础 |
| 二、多元行政法律关系对传统公权利理论的冲击 | 五、公权利理论脉络中的利害调整模式   |
| 三、利害调整模式的理论基点与基本结构    | 六、利害调整模式对我国的镜鉴      |
|                       | 七、结语                |

**摘要** 随着多元行政法律关系的产生,具有二元构造特征的传统公权利理论出现危机。以自由等价和人格主义为基础,以水平私益冲突为核心,普罗伊斯建构了多元行政法律关系中判断公权利的利害调整模式。通过区分权利分配与请求权指向这两个维度,利害调整模式实现了私人间水平关系与国家和私人之间垂直关系的整合。在多元行政法律关系中,不仅公权利的内涵有所不同,而且法律之于公权利证成的作用得以凸显。利害调整模式立足于行政法律关系理论,优化了公权利的判断方法,推动了公权利理论的发展。面对多元行政法律关系中的复杂利益结构,我国也可以借鉴利害调整模式,完善冲突利益的协调机制,实现无漏洞的权利保护。

**关键词** 行政法律关系 公权利理论 利害调整模式

## 一、引言

公权利<sup>[1]</sup>是行政法体系的结构要素:如果说法律明确了国家的功能秩序,是利益协调的基

\* 中央财经大学法学院讲师、法学博士。本文系 2022 年度国家社会科学基金青年项目“法典化时代行政法的请求权构造”(项目批准号: 22CFX010)、中国博士后科学基金资助项目“法典化时代行政法的请求权构造研究”(2022M713657)的阶段成果。

[1] 关于公权利,学说上有“公权利”“公法权利”“主观公权利”“主体公权利”“行政法权利”“行政法上的权利”以及“行政法上的公法权利”等不同表述。虽然德语原词“subjektives öffentliches Recht”可直译为“主观公权利”,但主客观的用法是部分欧陆语言用以区分“法”与“权利”的前缀。对于中文而言,法与权利缺少借助该前缀进行区分的实益,也有可能增加理解上的困难。因此,本文并不沿用“主观公权利”,而是使用“公权利”这一表达。

本决定,那么公权利则为法规范所承认的私人利益的范围,权利主体据此可以要求行政机关为特定行为。<sup>〔2〕</sup>在行政诉讼中,公权利与行政诉权的判断密切相关。特别是第三人是否享有公权利,能否提起诉讼,向来是理论和实践的关注重点。德国行政法主要借助保护规范理论识别第三人的公权利,即第三人是否享有公权利取决于行政法规范的私益保护目的。在我国,自2017年刘广明诉张家港市政府行政复议案(以下简称“刘广明案”)以来,最高人民法院引入公权利和保护规范理论,解决第三人的行政诉讼原告资格问题。<sup>〔3〕</sup>无论是公权利的概念、范围还是判断方法,我国法院的裁判大体上延续了新保护规范理论的基本立场。<sup>〔4〕</sup>然而,保护规范理论在中德两国的行政诉讼实践中均引发了较大争议,如何判断第三人的公权利和原告资格,也都陷入了理论争议的漩涡。<sup>〔5〕</sup>若要回应相关质疑,我们不应仅着眼于中国版本的保护规范理论,而且也要关注作为公权利理论原产地的德国的学说与实践动向。

德国的传统公权利理论肇始于自由防御型的行政法,立基于公私益二元论。但当行政法从自由防御转向利害调整时,<sup>〔6〕</sup>国家与私人之间的关系结构发生了变化。如何在多元的利益结构和法律规范中识别公权利,传统公权利理论力有未逮。自20世纪60年代开始,为了适应利害调整型行政法中多元行政法律关系的复杂情境,德国学者开始反思传统公权利理论,并形成了较为丰富的公权利学说。但我国现有文献和司法裁判关注的,主要是奥特玛·布勒、奥托·巴霍夫以及施密特·阿斯曼等人的公权利理论。对于晚近德国有关多元行政法律关系中公权利理论的进一步发展,学界关注较少。<sup>〔7〕</sup>特别是没有关注到马蒂亚斯·施密特-普罗伊斯(Matthias Schmidt-Preuß)(以下简称“普罗伊斯”)提出的利害调整模式,其将法律作为多元行政法律关系中公权利的基准,把公权利的识别还原到行政法律关系的真实情境。普罗伊斯的学说对德国公权利的理论 and 实践产生了重要影响,值得学界关注。<sup>〔8〕</sup>本文主要探讨,面对多元行政法律关系对传统公权利理论的冲击与挑战,利害调整模式如何回应并对公权利理论进行了何种调适?这种调适的效果如何?通过回答这些问题,本文希冀为我国公权利理论的发展以及行政法上第三人保护的完善提供镜鉴。

## 二、多元行政法律关系对传统公权利理论的冲击

19世纪后半叶,随着公私法的区分、国家法人理念的形成以及个体从臣民到公民的转变,传统

〔2〕 基于这种功能,公权利在德国公法中具有关键性和支柱性的地位。参见[德]施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第73页;[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第1卷),商务印书馆2002年版,第502页。

〔3〕 参见最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申字第169号。

〔4〕 参见赵宏:《中国式保护规范理论的内核与扩展——以最高人民法院裁判为观察视角》,载《当代法学》2021年第5期,第86—98页。

〔5〕 我国学者对保护规范理论的批评,参见成协中:《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。德国法中对保护规范理论的批评,参见Johannes Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Duncker & Humblot, 1997, S. 111 ff., 194 ff.

〔6〕 有关自由防御型行政法与利害调整型行政法的概念及其特征,参见王贵松:《作为利害调整法的行政法》,载《中国法学》2019年第2期,第90—109页。

〔7〕 相关文献,主要可参见赵宏:《主观公权利的历史嬗变与当代价值》,载《中外法学》2019年第3期,第648—667页;鲁鹏宇:《德国公权理论评介》,载《法制与社会发展》2010年第5期,第38—47页。

〔8〕 我国台湾地区学者詹镇荣对于普罗伊斯的公权利理论有一定介绍。参见詹镇荣:《保护规范理论在第三人提起课予义务诉愿之应用》,载詹镇荣:《行政法总论之变迁与续造》,元照出版公司2016年版,第503—515页。

公权利理论得以形成。<sup>〔9〕</sup>

#### （一）传统公权利理论的二元构造

传统公权利理论产生于德国晚期立宪主义时期。其时的自由法治国以国家社会二元论为基础,将法律划分为公法和私法。<sup>〔10〕</sup>公法以公共利益为出发点,调整客观的公益秩序。私益冲突交由私人自主解决,由此形成私法规范。<sup>〔11〕</sup>作为二元关系两极的国家(行政机关)和私人分别代表公益和私益,传统保护规范理论立基于国家与私人、公益与私益的对立,根据法规范的私益保护目的识别公权利,承认私人为了自身利益可以援用维护公益的行政法规范。公权利既以公私益的区分为基础,也是连接公益和私益的纽带。因此,传统公权利理论是国家与私人之间二元关系的体现。<sup>〔12〕</sup>

在判断第三人公权利时,这种二元构造特征表现得尤为明显。由于传统行政法仅以国家与私人之间的二元垂直关系为中心,所以在判断第三人的法律地位时,行政法理论分别观察两个独立的二元行政法律关系:“国家-相对人”以及“国家-第三人”之间的关系。<sup>〔13〕</sup>前者为行政行为的法律效果统摄,后者则落入事实效果的范畴。在此类分立的行政法律关系中,水平层面的利益关联不为法律关注,第三人依据与相对人相同的法规范向行政机关主张权利。在判断第三人是否具有公权利时,除依据规范保护目的外,往往还需要限定公权利的主体范围。这就是可区分性(Abgrenzbarkeit)标准,即能否对第三人进行保护取决于:第三人是否属于与一般公众相区分、可明确划定的受益人。司法实践中,德国法院经常借助数量、距离、空间等事实要素确定公权利的主体范围。<sup>〔14〕</sup>

#### （二）多元行政法律关系的挑战

当行政法从自由防御转向利害调整时,行政权的作用与功能发生了变迁,行政法律关系也从二元拓展为多元,从而对传统公权利理论提出了挑战。

##### 1. 从二元到多元:行政法律关系的嬗变

以国家与私人之间的二元关系为前提,传统行政法旨在拘束国家,取向于个人利益的维护。但工业化导致社会现实急剧转变,随着行政任务的扩张和行政活动的日益复杂化,行政法在建设、环境、核能、规划以及经济行政等诸多领域面临多元行政法律关系的考验:一方面,公私益的交错和社会关联性的增强使得行政活动不仅具有规范效果,而且也经常影响到相对人以外的其他私人;另一方面,与以往公私法的截然对立不同,行政机关有时也介入和调停私人纠纷。特别是在资源有限的条件下,如何在竞争的不同私人之间选择合适的受益人更是行政机关必须要面对的现实。此时,行政机关并非仅是公共利益的代表和维护者,而且也要根据法律对冲突的私人利益进

〔9〕 Vgl. Ingo Kraft, Die Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts nach deutschem Recht, in: Winfried Kluth/Klaus Rennert (Hrsg.), Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht, UVHW, 2008, S. 13(14); Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Duncker & Humblot, 1986, S. 43 ff.

〔10〕 Vgl. Peter M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Mohr Siebeck, 1991, S. 153.

〔11〕 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,元照出版公司2003年版,第21页。

〔12〕 Vgl. Matthias Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Duncker & Humblot, 2. Aufl., 2005, S.193.

〔13〕 这就是所谓的“分立原则”。参见龙非:《行政诉讼中“受害者”原告资格之反思——以德国法作为比较》,载《法律适用(司法案例)》2017年第22期,第115页。

〔14〕 BVerwGE 27, 29; 52, 122.

行协调。行政机关的分配责任日益增长,其有义务对所有可能受影响的私人利益进行全面客观地考量。如何权衡和调整冲突的私人利益,并对相关利害进行合理分配成为行政机关的重要任务。于此背景下,行政法律关系逐渐从二元转向多元,古典的干预行政也衍生出分配行政的理念,从而对传统行政法的概念与体系提出了挑战。<sup>[15]</sup> 行政法律关系的转变不仅要求行政法关注冲突交错的不同形态利益,而且也必须具有分析多元利益结构的概念与机制。

## 2. 传统公权利理论的危机

在多元行政法律关系的冲击下,以二元关系为基础的传统公权利理论能否应对复杂的利益关系面临质疑。20世纪50年代,巴霍夫最早对布勒的公权利理论进行系统修正。立足于新的宪法秩序,巴霍夫原则上肯定了法上的力(Rechtsmacht),认为从法规范的私益保护目的就可以推导出第三人的公权利,这就是所谓的自由推定公式。<sup>[16]</sup> 尽管经过巴霍夫的调适,传统公权利理论初步适应了德国宪法秩序的转变,但无论是在理论还是实践中,传统公权利理论仍然无法有效解决诸多问题,而适用的不确定更是冲击了法的安定性,由此引发了传统公权利理论的危机。<sup>[17]</sup>

这种危机主要表现为私益保护目的判断方式的固化。以公益与私益的二分为基础,公权利判断的传统模式是针对二元行政法律关系的识别基准。不同于二元行政法律关系中相对清晰的公私益对立结构,多元行政法律关系中存在私人利益、集体利益、公共利益等多种类型的利益。特别是当私人之间存在利益冲突时,法秩序对一方利益的保护原则上以贬损另一方利益为代价,由此需要对冲突私益进行平衡。<sup>[18]</sup> 利益结构的变化使得传统公权利理论出现罅隙:其一,传统公权利理论原则上忽视第三人的地位,区分对待相对人和第三人。多元行政法律关系通常包括三方甚至多方主体,受国家与私人之间二元关系的影响,传统公权利理论先验地将利益冲突的另一方私人(第三人)置于观察视野之外。作为介入和协调私人利益的行政机关,仅因为和相对人的提前接触就忽视第三人的利益,明显构成不平等对待。<sup>[19]</sup> 其二,复杂多元的利益结构也使规范适用者难以判断,具有私益保护目的的法规范究竟保护的是哪一方私人的利益。<sup>[20]</sup> 如若私人之间存在利益冲突,那么对某一利益保护指向的承认经常意味着对其他私人施以负担。运用巴霍夫的自由推定公式所引起的一方法律地位的增强导致另一方法律地位遭受负担,而利益对立者同样也可以基于这一理由证立其权利。<sup>[21]</sup> 以上情形表明,在多元行政法律关系中,不仅要具体判断不同利害关系与利益结构的特征,而且应着眼于水平的利益冲突,缺乏对冲突私人利益的协调会造成平等私益的不平等保护。<sup>[22]</sup>

### (三) 回应挑战的不同路径及不足

有鉴于传统公权利理论无法充分应对多元行政法律关系的复杂情势,不同学者尝试为公权利

[15] Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 95. EL Juli 2021, Art. 19 Abs. 4 Rn. 22. 关于分配行政,也可参见王天华:《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》,载《中国法律评论》2020年第6期;王世杰:《行政法上第三人保护的的权利基础》,载《法制与社会发展》2022年第2期,第83—86页。

[16] 参见[德]奥托·巴霍夫:《公法中的反射作用以及主观权利》,载[德]埃贝哈德·施密特-阿斯曼等编:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第304—311页。

[17] Vgl. Hartmut Bauer (Fn. 9), S. 148 ff.

[18] Vgl. Huber (Fn. 10), S. 170.

[19] Vgl. Joachim Martens, Der Bürger als Verwaltungsuntertan? KritV 1986, S. 104 (122 ff.).

[20] 见前注[8],詹镇荣书,第506页。

[21] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 425.

[22] Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Grundgesetz (Fn. 15), Art. 19 Abs. 4 Rn. 144 f.

寻找新的判断方式。其中较有影响力的学说当属新保护规范理论和行政法律关系理论。

### 1. 新保护规范理论

早在 20 世纪 70 年代,阿斯曼就已经认识到行政法律关系与行政权功能的变化,并注意到传统公权利理论在应对多元行政法律关系时的窘状。阿斯曼的新保护规范理论堪称公权利理论在二战后的最大变化。在他看来,保护规范理论是规范解释方法与解释规则的集合概念,借此,可以从法规范中推导出公权利。为了克服公权利理论的诸多不足,阿斯曼为保护规范理论提供了一整套新的解释规则。新保护规范理论的特征在于:首先,公权利的规范基础应优先定位在法律而非宪法,探寻规范保护目的不再主要诉诸立法者意志。其次,法规范的保护目的并非仅从个别规范,而且也要从整体的规范结构与“制度性的框架条件”中查明。最后,在确定规范保护目的时,基本权利可以通过规范内效力和规范外效力的方式发挥明确价值与体系化的作用。<sup>[23]</sup>

与传统的保护规范理论相比,阿斯曼的新保护规范理论立足于分配行政的时代背景,从法规范的整体结构出发确定公权利。阿斯曼对规范结构和制度性框架条件的重视增加了识别公权利的可能性,顺应了权利救济扩张的趋势。面对多元行政法律关系的冲击,新保护规范理论要求规范适用者对复杂利益情形“寄居”的规范结构予以整体把握。唯有如此,才不至于遗漏其他可能的法律关系和法律地位。但是,新保护规范理论只是一般性地主张要关注法规范的整体结构,至于法规范的范围为何,以及如何从规范的具体构造中查明权利等仍然并不明确。不同法院在解释同一规范时,得出相反见解的可能性完全存在。<sup>[24]</sup>也就是说,新保护规范理论的适用面临着不确定和恣意的风险。<sup>[25]</sup>究其根本,新保护规范理论并未充分识别复杂的利益结构,也没有提出变革性的应对策略。本质上,新保护规范理论关注的是规范解释方法的转变,未能有效解决多元行政法律关系背景下公权利的判断问题。

### 2. 行政法律关系理论

行政法律关系是指两个以上的法律主体之间,依据行政法成立的法律关系。行政法律关系理论不限于国家与私人之间的二元关系,而是将视野拓展及于不同主体相互间关系在内的整体法律关系结构。行政法律关系“不仅包括私人和行政之间的公法关系,同样包含私人之间的私法关联”,它“通过将各方主体都放置在一种整体关联下予以平等关照,纠正了传统行政方式法教义学视角偏狭的缺陷”。<sup>[26]</sup>

与公权利理论相结合是行政法律关系理论的自然逻辑结果。行政法律关系是公权利的基础和前提,应该在整体的法律关系中把握权利。<sup>[27]</sup>在理论抱负上,行政法律关系理论试图取代保护规范理论,并将公权利的探求置于法律关系的整体结构中。较早尝试系统运用行政法律关系理论系统解决公权利判断问题的,要属哈特穆特·鲍尔。鲍尔认为,应借助行政法律关系理论重新审视公权利。在确定公权利时,既要综合考虑行政法特别是宪法(基本权利)的规定,还应兼顾不同

[23] 有关新保护规范理论的介绍,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101—103页;或见前注[7],赵宏文,第657—658页。

[24] 在我国也是如此,例如在韶关市浈江区东联精工电线厂诉广东省住房和城乡建设厅城乡建设行政管理再审案中,一审、二审和再审法院选取不同的规范依据,就原告是否适格,不同法院得出的结论并不相同。

[25] 见前注[23],鲍尔文,第103—112页。

[26] 赵宏:《法律关系取代行政行为的可能与困局》,载《法学家》2015年第3期,第44页。

[27] Vgl. Wilhelm Henke, Das subjektive Recht im Rahmen des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, S. 621 (623).

领域的事实结构。<sup>[28]</sup>

鲍尔的思考同样无法避免对法规范和法解释的借力,同时也被指摘只有学理价值,并无实践意义。<sup>[29]</sup>但无可否认,鲍尔在行政法律关系和公权利理论之间建立了关联,其努力回溯至法律关系的原初面貌,进而主张在法律关系中探寻公权利。在实际效果上,这种关联和回溯拓宽了观察公权利视野。更为重要的是,鲍尔关注到传统二元行政法律关系的弊端,指出了多元行政法律关系中公权利的特殊性和复杂性,并特别重视基本权利和事实结构在发现公权利过程中的作用。虽然鲍尔并未对其中复杂的法律关系进行理论上的抽象和统合,但是他提出要根据行政法律关系理论对于水平关系进行观察并主张对冲突的私人利益进行协调。

总的来看,虽然行政法律关系理论关注到了行政法律关系的变化并试图对公权利理论进行调试,但诸多学者只是指出了公权利理论的适用问题,多元行政法律关系中公权利的具体判断与理论建构尚未完成。<sup>[30]</sup>真正对多元利益关系予以完整理论应对的,实际上是普罗伊斯提出的利害调整模式。

### 三、利害调整模式的理论基点与基本结构

普罗伊斯于20世纪90年代初运用利害调整模式应对多元行政法律关系的挑战。<sup>[31]</sup>在他看来,理解多元行政法律关系中公权利的关键是水平层面私人之间的冲突利害关系,而证成公权利应回溯至立法者及其制定的行政法规范。如果行政法规范对于冲突的私人利益进行评价、限定和衡量,并且私人一方利益的实现以牺牲另一方利益为代价,那么包含上述内容的行政法规范就是利害调整方案(Konfliktschlichtungsprogramm)。而被利害调整方案所涵盖的、处于冲突关系的私人具有公权利。从而,公权利的判断方式可化约为“行政法规范→利害调整方案→公权利”的三阶段结构。

#### (一) 利害调整模式的理论基点

与传统公权利理论的二元构造相比,利害调整模式以自由等价和人格主义为前提,以私人间的冲突利害关系为核心架构了公权利理论。

##### 1. 自由等价与人格主义

利害调整模式的正当性基础在于,利益冲突的不同私人具有平等地位,任何一方都不能主张更高位阶的自由,这就是自由等价原则。在多元行政法律关系中,立法者必须就私人间的利益冲突做出调整决定。但这一决定并非“全有全无式的”,其毋宁以冲突私益的协调和妥协为基础,且须保障各自由的核心领域,故而立法者需要依据实践调和原则对利益冲突进行适当权衡。法益权衡应合乎比例,并使各冲突利益达致“最受保护”状态的平衡。换言之,立法者须划定使冲突利益

[28] 见前注[23],鲍尔文,第114—126页。

[29] Schmidt-Kötters, in: Herbert Posser/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 2017, § 42 Rn. 164.

[30] Vgl. Huber (Fn. 10), S. 171 f.

[31] 普罗伊斯首次系统性的阐述是在他1992年出版的教授资格论文《行政法中冲突的私益:多元行政法律关系中的公权利》(Matthias Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Duncker & Humblot, 1992)中。该书于2005年再版(Matthias Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Duncker & Humblot, 2. Aufl., 2005),但主体内容没有变动,只是附加了后记。除另有说明外,本文主要引用第2版。

可以协调统一、发挥最佳功效的界线,这才是自由等价的真正意旨。从这一角度来看,多元利益冲突情形中的利害调整是为了最大可能地实现相互冲突的私人利益。

这种以自由等价原则为底色的利害调整模式立足于人格主义(Personalism)的人的图像——一个人“不是与世隔绝、至高无上的个体,而是在共同体关联性与共同体紧张性的意义下,决定了个人与团体间的紧张性”,“自由不是毫无界限的恣意妄为,自由与责任彼此间具有互补关系”。<sup>[32]</sup>此种意义上的人的图像既非个人主义,也非集体主义,而是处于二者之间的人格主义。个人在实现其利益的同时必须考虑他人的自由,既不允许强势个体以弱势个体的利益为代价完全实现其利益,也禁止国家全能式地对冲突进行调控。

## 2. 私益冲突的核心地位

以自由等价和人格主义为基础,利害调整模式将复杂利益关系还原为私益之间的冲突。传统公权利理论仅关注国家与私人间的二元垂直关系,第三人的法律地位也被置于二元关系结构中进行把握。但利害调整模式认为,在现代分配行政中,居于核心地位的并非行政与私人之间的二元垂直关系,而是私人之间的水平关系。第三人遭受侵害不仅是第三人和国家之间的冲突,而且也要将私人之间的关系纳入。

在对多元行政法律关系进行抽象时,普罗伊斯将私人间利益关系区分为五种类型:第三人防御、第三人请求作为、形成作为、形成防御和准入性请求作为。<sup>[33]</sup>具体而言,第三人防御是指第三人为维护既存利益,请求行政机关废除使其遭受负担而使他人受益的行为。例如,市场经营者请求行政机关撤销颁发给其他主体的市场准入许可。第三人请求作为是指第三人为维护其受到他人侵扰的既存利益,请求行政机关对侵扰者采取一定作为,如临街住户请求行政机关关停制造噪声的商铺或命令其采取防护措施。形成作为描述的是,相对人向行政机关请求给付以实现其形成利益,但行政机关以保护第三人的既存利益为由拒绝,如相对人申请建设许可,但是行政机关为保护相邻人的采光或通风而拒绝申请。形成防御是指获得形成利益的相对人,请求废除具有保护第三人利益目的的负担,如补贴受益人请求行政机关废除有利于第三人的负担性附款。准入性请求作为则意味着,因资源容量的限定性,竞争者请求行政机关废除给予其他竞争者的分配决定,并且改以自己作为授益相对人,例如有关自然资源的特许、公务员招录以及高校招生中的职位竞争。

这五种利害关系共同点在于:一方利益的实现以另一方利益为代价,行政机关必须要对这些冲突的私人利益进行协调。<sup>[34]</sup>以上情形可归结为对立性利害关系(Kehrseitigkeit)和互换性利害关系(Wechselbezüglichkeit)。<sup>[35]</sup>前者是指主动的形成利益和被动的保全利益或既存利益相冲突的情形,形成利益和保全利益是对立相向的异质利益。形成利益者请求行政机关采取行为保护或满足自身利益,而保全利益者则要防御行政机关对自身利益的减损行为。行政机关为满足一方需求,必然要牺牲另一方的部分利益。但对于一方利益的保护不能使受到不利影响的另一方利益

[32] [德] Hans-Jürgen Papier:《当代法治国图像》,蔡宗珍、李建良译,元照出版公司2014年版,第118—119页。

[33] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 9 ff.

[34] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 30 ff.

[35] 国内的相关介绍,见前注[15],王世杰文,第96页。有学者称之为相反利害关系和互换利害关系,并进一步具体化。参见黄宇晓:《行政法上的客观法与主观法》,载《环球法律评论》2022年第1期,第141—144页。此外,利害调整模式也仅限于私益之间的关系,公益被排除在外。这与黄宇晓和日本学者山本隆司主张的利害关系有所不同。

被完全剥夺,而应在保有部分利益的基础上,通过实体或程序机制进行调控。例如在行政许可领域,行政机关往往要对被许可人和第三人之间的利益进行平衡,并通过行政程序对双方利益状态进行审查与具体化。颁布建筑许可是对被许可人行为自由的拘束性确认,被许可人对于许可产生应予保护的信赖,但这种信赖以限缩相邻人的利益为代价。

而互换性利害关系是针对同一准入利益产生的冲突,不同私人的准入利益是同质的。行政机关应依据竞争机会平等原则分配有限容量,而私人则可以期待,他的机会未违法或不平等地受到排挤。互换性利害关系的核心是特定的利益如何在不同主体之间进行排他性配置,特别是有关公务员职位与有限经济资源的配置,例如行政机关对于天然气独家经营权的授予。<sup>[36]</sup> 由于主体间法律地位的彻底变更会导致实体利益分配的极化,加之维系法律状态稳定性例如市场秩序或公共职位稳定等法定性,所以程序利益与程序保障尤为关键,立法者需要通过强化程序利益的配置以弥补实体利益的不均衡分配。

## (二) 利害调整模式的基本结构: 水平关系和垂直关系的统合

根据利害调整模式,若要肯定公权利的存在,需要区分水平层面的权利分配和垂直层面的请求权指向这两个维度。

首先,水平层面的权利分配维度。以私人间利益冲突为基点,多元行政法律关系中公权利判断的核心是受行政活动影响的私人之间是否存在“间接的法律关系”以及如何将其嵌入到公权利的利害调整结构之中。在水平层面的权利分配维度,应由行政法规范来决定,是否以及在何种程度上,处于水平关系的私人一方能够以另一方的利益为代价实现其利益。行政法规范的利害调整方案为冲突的私人分配“自由的可为”(freies Dürfen)。在利害调整模式中,水平关系具有成立请求权、形成请求权标准之功用。<sup>[37]</sup>

其次,垂直层面的请求权指向维度。承认水平层面存在间接的法律关系,并不意味着私人之间互负行政法上的权利义务,如容忍义务和防御请求权。<sup>[38]</sup> 利害调整模式中的水平层面私人之间的“义务”本质上只是国家职权的镜像。<sup>[39]</sup> 否则公权利和私权利相互混淆,公私法区分的基础也溃然坍塌。但问题在于,如果水平维度的私人之间不存在直接的请求权,那么私人如何实现法规范分配的自由的可为呢? 利害调整模式认为,国家一直以义务主体的形态出现,其必须通过具体的行政决定转化实施法规范的权利分配。通过将国家明确为恒定的义务主体,利害调整模式中的请求权指向要求,私人一方仅可通过能为(Können)向作为义务主体的国家请求实现自由的可为。

利害调整模式大体上借鉴了格奥格·耶利内克对于可为与能为的区分。耶利内克认为,可为是法秩序允许私人意志在特定方面行使其可触及他人领域的、涉法的自然自由。能为是法秩序对自然自由的拓展,是指法秩序赋予私人以涉法的行为能力,私人据此可依自身的利益要求国家的认可和作为。私人面向其他个人的可为应该和面向国家的能为相互区分。<sup>[40]</sup> 可为不必以能为为前提。一旦私人利益之间的冲突由公法进行调整和规范,私人之间就只有可为。如果私人要拒绝其他私人的可为,则其所直接面对的主体只能是国家,只有依据法律规范一方私人才能

[36] 参见益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案,最高人民法院行政判决书(2004)行终字第6号。

[37] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S.130 ff., 141 f.

[38] Vgl. Dietmar Mampel, Kein Verwaltungsrechtsschutz zwischen Privaten, NVwZ 1999, S. 385 ff.

[39] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 137 ff.

[40] 参见[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42—44页。



间接地面对他人。唯有当能为与可为相连接时,能为才能间接地对平等地位的人产生法律上的后果。<sup>〔41〕</sup>

以上观点也为利害调整模式提供了基础:处于水平关系的私人间只有自由的可为,而权利分配旨在划定私人可为之间的界限;对于垂直关系,私人只可以依据能为请求国家实现其权利。与二元的国家-私人关系相比,利害调整模式将二元垂直行政法律关系扩张为涵盖水平要素的国家-私人-私人的三方行政法律关系。<sup>〔42〕</sup>如图1所示,经由权利分配和请求权指向两个维度,水平关系和垂直关系得以区分;而运用针对私人的可为与针对国家的能为这一组概念,利害调整模式在三方关系中原本孤立的两个端点之间建立了行政法上的关联,使得原本割裂的水平关系和垂直关系又有机地结合在一起。

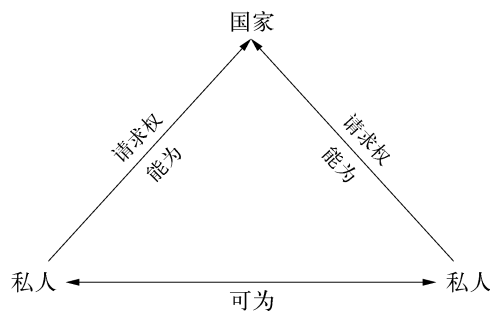


图1 利害调整模式

#### 四、利害调整模式中的公权利及其规范基础

立足于上述理论基点与基本结构,利害调整模式重构了公权利的概念并将调整利害的行政法规规范作为公权利的基础。

##### (一) 利害调整模式中的公权利

传统行政法多从私人和国家之间的二元关系出发,将公权利界定为私人基于行政法而具有的请求国家为特定行为的权利。但根据利害调整模式,多元行政法律关系中的公权利是私人具有的法律上的能力,借此他能够以冲突对立的私人利益为代价实现自身利益,并且可以向国家要求实现该利益。<sup>〔43〕</sup>这一定义既包含了水平关系的可为与垂直关系的能为这两个维度,也体现了多元行政法律关系中国家与冲突私人之间的关联。

如果作为义务主体的国家违反法规范,不履行其实现私人利益的义务,公权利主体如何确保自身利益实现?这属于公权利的侵害后果或瑕疵矫正层面的问题。普罗伊斯认为,若作为义务主体的国家不履行义务,公权利主体具有请求国家为一定作为、不作为或容忍的请求权。借由这一请求权,私人可以保障他所拥有的形成、保全或者准入利益的实现。<sup>〔44〕</sup>此处所谓的请求权是从实定法或受侵害的权利中产生的“反应请求权”(Reaktionsanspruch),它是一种辅助性和救济性的权利,旨在排除公权利主体遭受的不利:在撤销诉讼中即为撤销请求权,是法规范的不成文内容;<sup>〔45〕</sup>在课予义务诉讼中,则为作为请求权。直至侵害后果层面,才可以完整识别公权利的全部要素:一

〔41〕 见前注〔40〕,耶利内克书,第45—47页。

〔42〕 Vgl. Thorsten Ingo Schmidt, Besprechung: Matthias Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, AöR 131 (2006), S. 668.

〔43〕 Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 187.

〔44〕 Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 442.

〔45〕 Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 447 ff. 与亨克理论相似,利害调整模式中请求权的生成方式也是源自行政的行为规范。有关亨克的公权利理论,vgl. Wilhelm Henke, Das Subjektive Öffentliche Recht, Mohr Siebeck, 1968, S. 98 f.也可参见〔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176—183页。

是构成要件层面的可为;二为法律后果层面的(能为意义上的)请求权。只有通过法律上的能为即撤销请求权的行使才可以保障水平关系中法律上的可为。也唯有如此,法规范中的可为与能为才完全实现。

在将上述公权利理论运用于行政诉讼时,行政诉权的认定也应按照利害调整模式重新理解,以达致平衡的冲突解决与风险分担的目的。利害调整模式将诉权区分为两个要素:一是规范要素,原告必须以行政法规范为依据,主张其具有经由利害调整公式得出的、包含可为与能为的公权利;二为事实要素,即原告须提出事实来证明其权利可能受到侵害。具体而言,就是行政行为违法的可能性以及原告属于利害调整方案中利益冲突的私人一方的可能性。<sup>[46]</sup>

## (二) 利害调整模式中公权利的规范基础

利害调整模式也要求公权利具有规范性,即公权利或者直接源自基本权利,或者要以法律规范为依据,二者统称为利害调整模式的规范基础。但利害调整模式更强调法律规范的优先地位。

### 1. 法律的优先地位与基本权利的功能

利害调整模式特别重视立法者和行政机关在公权利识别中的作用。在有关公权利双重依赖性的讨论中,<sup>[47]</sup>利害调整模式尤为肯定公权利对法律而非基本权利的依赖性。其理由在于,具有直接民主正当性的立法者对于冲突调整原则上具有优先权,它可以自由选择主观权利或者客观法的方式来协调私人间的利益冲突。<sup>[48]</sup>立法者通过一般、抽象的方式对利害进行调整,“创造了必要的规范性的利益评价和利益分配,其充分明确的轮廓有利于法律实务上防御或给付请求权的行使”。<sup>[49]</sup>以此为前提,法律具有不同的功能:行政机关必须严格根据法规范的规定,被授权且有义务通过行政行为协调冲突的私人利益。从这一角度看,法律对行政机关而言既是义务规范也是行为规范。于私人冲突者而言,法律就是私人的请求权基础。<sup>[50]</sup>

当然,立法者和法律也不得恣意行使冲突调整权限,其要受到宪法特别是基本权利最低保护限度的拘束。例外情形下,当法律无法满足最低保护要求时,法院可直接援用基本权利。作为利害调整根本基准的基本权利可以通过规范内或规范外效力的方式发挥作用:一方面,基本权利为法律的利害调整提供支持,在对法律进行解释时,规范适用者要考虑基本权利的要求;另一方面,如果缺少法律或者法律未达到基本权利要求的最低保护限度,那么基本权利也可以成为公权利的直接基础。<sup>[51]</sup>要言之,利害调整模式虽然倾向于将法律作为公权利的基础,但是也承认公权利对基本权利的双重依赖性,肯定基本权利之于利害调整的兜底功能。<sup>[52]</sup>

[46] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 555 ff.

[47] Vgl. Rainer Wahl, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl 1996, S. 641 ff.

[48] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 41, 719 f.; Ingo Kraft, Entwicklungslinien im baurechtlichen Nachbarschutz, VerwArch, 89 (1998), S. 264 (279).

[49] 见前注[2],阿斯曼书,第75页。

[50] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 213.

[51] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß, Multipolarität und subjektives öffentliches Recht, in: Otto Depenheuer u. a. (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, C.F.Müller, 2007, S. 597 (602 f.).

[52] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß, Die Konfliktschlichtungsformel. Zur Neubegründung des subjektiven öffentlichen Rechts, in: Peter Baumeister/Wolfgang Roth/Josef Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, 2011, S. 1167 (1175).

## 2. 法律的利害调整方案

如前所述,公权利取决于行政法规范中存在对于对立且交织的冲突私益进行评价、限定和权衡的利害调整方案。其中,利益的对立意味着同向的利益冲突被排除在外;交织包括了对立性与互换性利益冲突;评价涉及法规范对冲突利益的地位或重要性的判断;限定意味着,任一冲突对立私人无法完全实现其利益;权衡表示,水平层面任何一方利益的实现仅能通过协调来进行。<sup>[53]</sup> 正因如此,利害调整模式具有妥协的特征:为了达成合理的解决方案,所有的利益冲突者必须舍弃其部分自由。如果冲突的私人利益处于这样一种关系秩序中,则该行政法规范具有保护第三人的性质,处于上述冲突中的利益主体能够要求国家实施法律规定的利害调整方案。

但抽象的行政法规范仅能一般性地把握冲突的私人利益。如果类型化的冲突私益恰好是行政法规范的调整对象,则无论私人究竟是作为个体还是作为总体的一部分,相关法规范都能够一般性地被主观化。至于冲突双方在何种程度上能够以他人的利益为代价实现自己的利益,也只有从法规范中方可得出。<sup>[54]</sup>

## 3. 利害调整方案的解释与实施

利害调整方案的结构要素主要包括利害调整的标准和行为方式,分别对应权利分配和请求权指向。<sup>[55]</sup> 从立法技术的角度来看,部分法规范可能直接包含利害调整模式的全部要素,其也有可能仅规定了行政的行为方式和实体义务,而利害调整方案则从外部规范加以引致,并与之结合成为公权利的规范基础。

由于利害调整方案通常并不包含明确的规定,所以需要对比法规范进行解释。解释时,规范适用机关应考虑立法宗旨、利害对立方的权利、双方的基本权利及其他条款。虽然立法宗旨通常会宣示法律所要保护的特定群体,但是即便缺少立法宗旨,也可以承认第三人保护。也就是说,立法宗旨并非公权利存在的必要条件。此外,一方私人的公权利也可以经由另一方私人的权利而被限缩,这是自由等价原则的必然推论。可以看出,对法律规范的解释应将包括立法宗旨、利害对立方的权利以及基本权利在内的所有规范内容考虑在内。

与民法的冲突调整方式不同,行政法领域的利害调整通常需要中介性的行政机关。行政法规范并未“绝对地”决定了利害调整,行政机关也被授权根据法规范进行权衡。对于立法者的利害调整方案,行政机关被授权且有义务,将规范的冲突解决规定转化实施。在个案中,毋宁是由行政机关来判断,哪一利害调整方案对于冲突利益的各方主体而言,是合理正当的。也正是通过行政机关的具体化行为,利害调整模式对于私益冲突的调停功能才得以完整显现。<sup>[56]</sup>

# 五、公权利理论脉络中的利害调整模式

利害调整模式是为了应对多元行政法律关系而产生的判断公权利存否的理论模型。在借鉴法律关系理论的基础上,利害调整模式促进了公权利理论和保护规范理论的完善。

[53] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 247 f.

[54] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 52), S. 1167 (1177).

[55] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß (Fn. 12), S. 218.

[56] Vgl. Thorsten Ingo Schmidt (Fn. 42), S. 668 (669).

### （一）利害调整模式对行政法律关系理论的发展

利害调整模式建立在对行政法律关系理论批判性继承的基础之上。早在产生之初,行政法律关系理论就已经消解了传统行政法教义学中的威权因素,将法律关系当作包括内部关系在内的整体法秩序的结构要素。例如,深受纯粹法理论影响的鲁普(Rupp)和阿赫滕贝格(Achterberg)挣脱了传统国家法人理论的桎梏,将法律关系延伸至行政组织内部。基于权利能力和权利主体性的相对化,他们认为法律关系主体不限于法人(终局归属端点),也包括机关、机关成员等中间归属节点。<sup>[57]</sup>虽然阿赫滕贝格认识到,只有承认多元法律关系,才能够把握高度复杂的社会结构,避免对现实的碎片化观察,<sup>[58]</sup>但他的法律关系理论太过抽象,与行政法教义学和实定法之间仍有一定距离。<sup>[59]</sup>更为关键的是,阿赫滕贝格认为,在行政法律关系中的公权之外,公权利纯属多余,这就剥离了行政法律关系和公权利之间的关联。<sup>[60]</sup>此后,部分学者(如鲍尔)试图用行政法律关系理论来重构公权利,以告别保护规范理论。然而他们的法律关系理论并不直接解决水平关系的利益冲突,所谓多元行政法律关系本质上也只是多个二元垂直关系的组合而已。在实际的分析效果上,行政法律关系理论确实有助于理解部分规范结构,但从中却并未得出富有说服力的新的认识。

相形之下,利害调整模式明确了行政法律关系理论对水平关系和垂直关系的区分,<sup>[61]</sup>主张在类型化的行政法律关系中具体探讨公权利,使行政法律关系和公权利相结合,实现了公权利认知的视角转换。利害调整模式将多元行政法律关系视作自身思考的起点,并在传统二元关系中被忽视的两个终端结点之间建立起关联。在思考框架上,普罗伊斯将现代的行政法律关系理解为水平的私人关系和垂直的国家-私人关系。在批判传统公权利理论只重视二元关系的基础上,通过承认私人之间具有行政法上的关系并将垂直关系的孤立端点相联结,普罗伊斯从冲突的私人利益中提炼了利害调整模式。与以往的行政法律关系理论相比,利害调整模式特别注重私人间水平关系之于公权利判断的意义。如果说行政法的公共化建构功能将最初多样化的水平层面的冲突转化为垂直方向的冲突,将原本平等私人间的对立转化为个人与国家的对立,那么利害调整模式对水平关系的重视无疑把被掩盖在行政法垂直关系结构背后的私人间水平关系直接纳入视野,将在二元行政法律关系中被忽视的“第三人”置于与相对人同等的地位,依据法规范对利害进行直接分配,并最终借助国家实现权利与义务。简言之,根据利害调整模式,私人借由对水平关系的主观化来独立维护其利益,并可通过行政诉讼机制审查行政机关对其利益的考虑是否妥当。<sup>[62]</sup>

实际上,在利害调整模式产生之前,水平关系和水平冲突就已经被理论和实践所关注。例

[57] Vgl. Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Mohr Siebeck, 1. Aufl., 1965, S. 19 ff.; Norbert Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, Duncker & Humblot, 1982, S. 31 ff.

[58] Vgl. Norbert Achterberg (Fn. 57), S. 74, 99 f.

[59] Vgl. Hartmut Bauer, Lehren vom Verwaltungsrechtsverhältnis, Mohr Siebeck, 2022, S. 30.

[60] Vgl. Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, C.F. Müller, 2. Aufl., 1986, § 20 Rn. 68.

[61] 鲁鹏宇和赖恒盈在各自的研究中都认为哈特穆特·鲍尔已经区分了垂直关系和水平关系,并对二者进行整合。见前注[7],鲁鹏宇文,第41—42页;前注[11],赖恒盈书,第113—116页。但是,可能由于日文转译的原因,这两位学者都将莱纳·瓦尔(Rainer Wahl)的观点误归为哈特穆特·鲍尔。

[62] Vgl. Rainer Wahl, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Werkstand: 39. EL Juli 2020, Vorbemerkung, § 42 Abs. 2 Rn. 61 ff.

如德国建筑法领域的考虑要求(Rücksichtnahmegebot)就强调水平关系之于第三人公权利判断的作用。<sup>[63]</sup> 考虑要求承认私人间冲突的维度,把期待可能性作为第三人保护的重要因素,并将其置于建筑法领域第三人保护的核心。但考虑要求最主要的问题在于,其试图在脱离法规及其构成要件的前提下,提炼出第三人公权利判断的一般性方法。<sup>[64]</sup> 而利害调整模式则为水平冲突的协调提供了规范依据,凸显了水平关系之于第三人公权利判断的一般意义。通过对水平关系和垂直关系的区分与复合,利害调整模式重新还原了多元行政法律关系中多方主体之间权利义务的分配与运作方式。正因如此,自20世纪90年代之后,德国建筑法领域的司法裁判已逐渐摒弃了考虑要求原则,转而采取利害调整模式。<sup>[65]</sup>

## (二) 利害调整模式与保护规范理论的融合

虽然现今德国通说仍然延续着保护规范理论,但是理论和实务界吸收了利害调整模式的理念,越来越关注多元行政法律关系中水平维度的私人间关系。

通过实践检验,利害调整模式得到了德国司法实务界的肯认。在诉讼实践中,德国法院对传统保护规范理论进行修正性地适用,并开始考虑利害调整模式提供的新方案,特别是关注行政法规是否含有对于私益冲突的调整性规定。例如,联邦行政法院曾在裁判中直接援引普罗伊斯的著作指出,立法者的任务是要“在平等利益的水平层面协调对立的私人利益”,其应“公正协调利益冲突所有参与者的需要保护的利益”。<sup>[66]</sup> “只有下述规定才具有第三人保护的目地:即通过解释,其中内含有兼顾到受影响的第三人利益的决定方案的规定。”<sup>[67]</sup> 在建筑法领域,一旦多元行政法律关系中的法规范已产生规范评价的结果,则其原则上均具有保护第三人的性质。判断第三人公权利的关键应该是冲突的私人利益,而非可区分的利益与利益主体范围。“建筑法的相邻人保护植基于交互的互换关系,在这种关系中,相邻的利益冲突是通过相邻用途的分配、兼容和协调来进行调整和平衡的。”<sup>[68]</sup> 于此情形下,“德国联邦行政法院目前改变过去的见解,对于保护第三人的法规范必须在法规范中明白确定一个可以限制范围的当事人,不再采取相同的标准看法”。<sup>[69]</sup>

利害调整模式也被诸多学者接受,并逐渐与保护规范理论相互融合。在《联邦行政法院法》的权威评注中,莱纳·瓦尔就全面接受了利害调整模式的核心主张。瓦尔从私人间利益冲突与冲突公共化的角度解释现代公法的生成及其基本功能。在他看来,虽然公权利既依赖基本权利,也依赖法律,但后者原则上具有优先性。在多元行政法律关系中,首先应由立法者对多元行政法律关

[63] 对考虑要求的介绍,参见赵宏:《中国式保护规范理论的内核与扩展——以最高人民法院裁判为观察视角》,载《当代法学》2021年第5期,第92—93页;李泠焯:《原告资格判定中“保护规范说”和“实际影响说”的混用与厘清——兼评东联电线厂案再审判决》,载《交大法学》2022年第2期,第107页;赵宏:《公法邻人保护中的“考虑要求”》,载《法学家》2023年第1期。

[64] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß, Wendepunkt des Drittschutzes: Das Wannsee-Urteil des BVerwG, in: Klaus Ferdinand Gärditz/Karen Keller/André Niesler (Hrsg.), Der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Liber Amicorum für Max-Jürgen Seibert, Duncker & Humblot, 2020, S. 329 (335).

[65] Vgl. Andrea Edenharter, Interessenschutz und Konfliktschlichtungsformel, in: Wolfgang Kahl/Markus Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. IV, 2022, § 95, Rn. 37 ff.

[66] BVerwG, NVwZ 1997, 384; BVerwGE 101, 364 (376 f.).

[67] BVerwG, NJW 1995, 1628.

[68] BVerwG, NVwZ 2018, 1808.

[69] [德] Wolfgang Kahl:《德国与欧盟行政法上主观公法上权利之现况、演变及其展望》,林明锵译,载《台大法学论丛》第40卷第2期(2011年),第888页。

系统中的私益冲突进行调整。如果法律中含有对主动形成利益以及被动保全利益或者共同申请者的准入利益进行权衡和协调的决定方案,那么这一决定方案原则上是主观化的,从而处于冲突关系中的私人具有公权利。<sup>〔70〕</sup>

而阿斯曼更是直接指出,巴霍夫式的推定规则在多元行政法律关系中难以维系。阿斯曼认为,利害调整模式实际上是一种体系性-结构化的解释方法,提供了一套与多元行政法律关系相适应的解释规则。<sup>〔71〕</sup>因为利害调整模式定位于包含利害调整方案的法律规范,然后将规范目的、规范框架和周围的规范结构进行具体化,并要求在解释规范时关注立法宗旨、基本权利等要素,同时也不排斥抽象的解释规则。利害调整模式主要关注冲突私益间的关系结构,而保护规范理论则可用于调整私人之间存在同向利害关系的情形,所以可以将利害调整模式与保护规范理论结合使用。具体而言,保护规范理论是全面的解释指南。对于涉及第三人保护的情形,要适用利害调整公式,除此之外的其他情形则要考虑保护规范理论。<sup>〔72〕</sup>按照目前的主流观点,利害调整模式并未取代保护规范理论,而是成为保护规范理论之下判断多元行政法律关系中公权利的重要工具。<sup>〔73〕</sup>

## 六、利害调整模式对我国的镜鉴

我国同样面临多元行政法律关系的挑战,法律和行政机关也要对不同的利益进行权衡。宪法和法律如何承认、保护第三人公权利是公法学者必须面对理论和现实课题。在多元行政法律关系的背景下,普罗伊斯的利害调整模式可以优化公权利的判断方法,为第三人公权利的证成提供了新的可能性。

### (一) 我国第三人公权利判断的现状与问题

虽然我国学者较早研究公权利,<sup>〔74〕</sup>但自刘广明案之后,我国法院才将《行政诉讼法》第2条第1款的“合法权益”解释为公权利,将第25条第1款的“利害关系”置换为原告的公权利受到侵害,并运用保护规范理论判断第三人的公权利和原告资格。

迄今,我国司法裁判大致确定了有关公权利理论的下述规则:(1)只有公权利遭受侵害时,才能承认当事人与行政行为具有行政法上的利害关系,进而肯定其原告资格;(2)可采用保护规范理论,对相关行政法规范进行解释来认定行政法上的利害关系和第三人的公权利;(3)在对行政法规范进行解释时,应不限于根据规范,还要参酌整个行政法规范体系、立法宗旨以及行政行为的目的、内容和性质等综合进行判断。<sup>〔75〕</sup>为了扩张权利保护,我国法院还经常放宽保护规范的认定范

〔70〕 Vgl. Rainer Wahl, in: Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 62), Vorbemerkung § 42 Abs. 2, Rn. 55 ff.

〔71〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Mohr Siebeck, 2013, S. 110 f., Anm. 430; Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Grundgesetz (Fn. 15), Art. 19 Abs. 4 Rn. 139 ff.

〔72〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Grundgesetz (Fn. 15), Art. 19 Abs. 4 Rn. 136.

〔73〕 Vgl. Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, 16. Aufl., 2019, Rn. 498; Winfried Kluth, in: Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., 2017, § 43 Rn. 17, 26. 而2022年出版的《行政法手册》第四卷专章介绍了普罗伊斯的利害调整公式,并将其与保护规范理论(利益保护公式)并称为行政法上两种基础的利益保护模式。Vgl. Andrea Edenharter (Fn. 65), § 95.

〔74〕 代表性研究,参见徐以祥:《行政法上请求权的理论构造》,载《法学研究》2010年第6期;王锴:《行政法上请求权的体系及功能研究》,载《现代法学》2012年第5期。

〔75〕 参见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;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。

围,这也使得保护规范理论以及公权利的识别有时会陷入恣意。

以实践需求为导向,我国学理相对完整地引入了德国的公权利理论。既有研究多集中于公权利理论的阐述和第三人公权利判断方法特别是保护规范理论的优化。例如已有学者主张通过类型化适用、私益保护性标准的松动等方式缓和保护规范理论的适用困境,<sup>[76]</sup>也有学者关注保护规范的范围以及事实影响与保护规范理论的互动,<sup>[77]</sup>等等。整体上看,对于如何“考虑”或“保护”第三人利益,理论和裁判鲜少关注水平利益状态,往往片面地诉诸二元垂直关系,笼统地从行政机关和第三人之间二元垂直关系的角度判断第三人的公权利。<sup>[78]</sup>这尤其表现为,行政诉讼实践原则上承认相邻权人和公平竞争权人具有公权利,<sup>[79]</sup>但哪些主体具有相邻权或公平竞争权,恰恰是有待判断的问题。这使得冲突利害关系无法进入法院视野,行政机关和第三人之间的二元垂直关系反而成为保护规范理论适用的主导情形。

总的来看,目前我国的理论与实践割裂了多元行政法律关系的完整结构:它不仅不能确定,到底应该依据何种标准确定和分配权利,而且也无法明确,利益冲突的第三人和相对人究竟享有何种法律地位,具有何种权利。

## (二) 利害调整模式的调试与适用

有鉴于上述问题,本文认为可以运用利害调整模式对第三人公权利的判断方法进行优化。首先需要指出的是,我国同样存在适用利害调整模式的前提:一方面,我国宪法并没有明确规定基本权利的位阶,<sup>[80]</sup>社会主义和平等的自由理念等都是自由等价原则存在的依据;另一方面,民主原则同样可以证成立法者与法律对于利害调整具有优先性。<sup>[81]</sup>以此为前提,对多元行政法律关系中公权利的识别取决于调整私人利益冲突的法律规范是否存在,同时也要关注冲突私人的基本权利。

在运用利害调整模式时,基于我国法秩序的特殊性和利害调整模式的特征,应该进行适度调试。首先,利害调整模式仅关注冲突的私人关系,同向的利害关系不在观察之列,但后者在我国的行政诉讼实践中反而是经常出现的情形。为完善行政法上的第三人保护,利害调整模式可以和保护规范理论相结合,分别适用不同类型的水平关系。其次,利害调整模式强调公权利对法律的依赖性,这在德国等规范密度较高的国家中或许具有可操作性。但是在我国,部分领域的法律规制常常付之阙如,反而由行政法规、规章等进行调整。有时即便存在行政法规,其也多从管理者的角度出发,围绕二元垂直关系建构。这无疑加剧了法律适用难度,对法院说理论证提出了较高要求。因此可以考虑适度放宽相关行政法规的范围,<sup>[82]</sup>特别是在冲突的利害关系中,凡是有关调整私人冲突的行政法规、规章和规范性文件等都属于保护规范。

就判断第三人公权利的具体方法而言,应该从私人间的水平关系出发,针对差异化的行政法律关系与利益结构适用不同的判断方法:

[76] 参见何源:《保护规范理论的适用困境及其纾解》,载《法商研究》2022年第3期。

[77] 见前注[7],赵宏文;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;见前注[63],李泠烨文。

[78] 近来,也有学者对水平关系进行分析。见前注[35],黄宇晓文。

[79] 《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》(法释[2018]1号)第12条第1款。

[80] 参见张翔:《基本权利的规范建构》(增订版),法律出版社2017年版,第302页。

[81] 参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,载《中国法律评论》2019年第1期,第27—29页;韩大元:《论我国现行宪法的人民民主原则》,载《中国法学》2023年第1期,第38页。

[82] 见前注[4],赵宏文,第91页。

第一,如果私人之间并不存在利益冲突,那么只能在与行政机关之间的二元垂直关系中确定第三人的法律地位。在投诉举报案件中,若投诉举报人只是请求行政机关处理他人的违法事宜,但自身与该私人无利益冲突,就属于这种情形。此时,应根据法规范的保护目的判断第三人的公权利是否存在。保护目的可以通过行政决定的考虑事项加以识别,<sup>[83]</sup>为此特别要关注行政机关对第三人利益造成损害是否具有预见可能性。

第二,如果私人之间存在利益冲突,那么应进一步判断到底是民法还是行政法提供了利益冲突的解决方案。典型的例子就是举报投诉人请求行政机关处理其与被举报人之间的冲突。在只有民法对私益冲突进行调整的情形中,不存在承认公权利的可能。例如在第三人请求撤销行政登记案件中,虽然第三人主张和被登记人之间存在利益冲突,但是如果行政登记规范并不存在相应的利害调整方案,而是将其交由私法解决,那么应否认第三人的公权利。<sup>[84]</sup>反之,如果行政法对冲突利益进行调整,则可承认处于冲突结构的第三人具有公权利。<sup>[85]</sup>特别是当民法无法或者不适宜进行调整时,为避免第三人保护出现漏洞,不妨宽泛承认保护规范的范围。例如在联立公司诉北京市东城区人民政府行政复议案中,最高人民法院就认为,在相关民事诉讼无法较好解决争议的背景下,应强化行政诉讼对于私人利益的保护。<sup>[86]</sup>

## 七、结 语

面对现代社会中行政对个人利益的广泛介入与调整,利害调整模式对包括立法权、行政权与司法权在内的所有国家权力提出了系统要求:其一,对于公权利的识别而言,为了确保公权利的规范性,关键是具有民主正当性的立法者通过法律对不同的私人利益加以分配与调整,尤其是要协调不同主体间的基本权利冲突。立法机关应关注行政活动可能涉及的各种利益,就冲突私益的具体情形设置权利保护制度,为可能的冲突方提供公开的论争平台与公平的程序参与可能性。程序设计应注重利益协调与风险分担,审慎避免对一方私益的全然否弃。<sup>[87]</sup>其二,在适用法律解决具体争端时,具有利益协调义务的行政机关同样应兼顾不同利益间的冲突。在做出行政决定时,行政机关须注重其他主体的程序参与,如许可中其他主体的异议程序。而在限定或者保护一方利益时,行政机关必须依据法律而且论证充分,这就课予了行政机关以较高的说明理由义务。其三,法院在解释保护规范时,要关注处于水平维度的私人利益乃至基本权利之间的冲突,积极转换基本权利的价值内容。当法律并无利害调整方案的具体安排时,法院更应参酌相关规范的立法宗旨,尤其要考虑基本权利对第三人的保护要求。

现代行政法应关注复杂的制度现实与利益结构,立足于基本权利辐射下的法秩序与权利保护制度,进而为多元行政法律关系中的公权利确立合理的判别基准。利害调整模式并非要全面否定传统自由防御型的行政法律制度,而是对于传统二元行政法律关系下的制度设计是否可以因应多元

<sup>[83]</sup> 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,第168—176页。

<sup>[84]</sup> 参见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案,《最高人民法院公报》2012年第5期,第44—48页;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)最高法行申字第169号。

<sup>[85]</sup> 见前注〔8〕,詹镇荣书,第516—521页。

<sup>[86]</sup> 参见最高人民法院行政裁定书,(2019)最高法行申293号。

<sup>[87]</sup> Vgl. Matthias Schmidt-Preuß, Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts, NVwZ 2005, S. 489 ff.



行政法律关系进行重新审视,强调多元行政法律关系中的权利保护应对相关私益进行合理的衡量与分配。通过关注水平层面的私人间法律关系,利害调整模式意在形塑包括水平关系在内的现代式的整全公法关系。虽然在利害调整模式中,立法者、特别是行政机关对于私益冲突的解决作用明显,但利害调整模式并非主张全能式的国家调控,其毋宁是认识到私人领域自我调控的功能边界。借由利害调整模式规范性地设定国家的调控职权,<sup>[88]</sup>足以彰显多元行政法律关系中公权利之于个人自由的独特意义。

---

**Abstract** With the emergence of multilateral administrative legal relationships, the crisis of the traditional theory of subjective public right with the characteristics of bilateral structure has emerged. Based on the concepts of equivalence of freedom and personality, and with the horizontal private interest conflict as the core, Matthias Schmidt-Preuß has constructed a conflict coordination pattern for judging subjective public rights in multilateral administrative legal relationships. The conflict coordination pattern distinguishes between the two dimensions of right-distribution and claims. As a result, the horizontal relations between private individuals and the vertical relations between the state and the citizens are consolidated. In the multilateral administrative legal relationships, not only the content of subjective public right is different, but also the normative role of law and fundamental rights has been emphasized. Based on the theory of administrative legal relationship, the conflict coordination pattern realizes the optimization of the interpretation of legal norms and thus promotes the development of the traditional theory of subjective public right. Faced with the complicated interest structure in the multilateral administrative legal relationship, China can also learn from the conflict coordination pattern and improve the coordination mechanism of conflicting interests, so as to realize the complete protection of rights.

**Keywords** Administrative Legal Relationship, Theory of Subjective Public Right, Conflict Coordination Pattern

---

(责任编辑:黄宇骁)

---

[88] Vgl. Matthias Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1977), S. 160 (172 ff.).