

主观公权利的历史嬗变与当代价值

赵 宏*

摘 要 主观公权利是德国现代公法的核心设置,其核心是在法治国框架下重新构建个人相对于国家独立的法地位,它的提出亦使权利成为理解和整序公法的全新线索。主观公权利在德国法上历经复杂嬗变,这也使其意涵相当复杂多样。我国对这一理论的吸收目前还局限于行政诉讼原告资格的判定。但这一传统学理的当代价值更在于:其对个人权利的探求是在实证法中找到连接点,并借助请求权的解释框架和教义,有效避免因为现代行政作用效果不断扩散所导致的个人自由的无轮廓和无边界,个人权利也因此获得稳定清晰的实证法基础。德国公法在主观公权利支配下所形成的公民实体请求权与诉权的相互对照,揭示了一种体系化的公法权利观对于整体公法所产生的统摄和影响作用。

关键词 主观公权利 保护规范理论 统一公法权利观

序 言

“主观公权利”(das subjective oeffentliche Recht)^{〔1〕}概念可以说是德国公法有关个体权利的独特标识,极富德国特色,也代表了与英美古典自由主义权利观迥异的另一种权利认识。这一概念进入我国学者视野较为晚近,但影响却日渐增强。最初引入这一概念的为宪法学者。^{〔2〕}行

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

〔1〕 “das subjective oeffentliche Recht”又常常被译为“公法权利”,或简称“公权”。事实上,因为“Recht”一词在德文中具有双义性,既指客观法,也指权利,在“Recht”前加上前缀“subjektive”并非表明权利有主观/客观之分,只是说明此处的 Recht 应作“权利”解,从这个意义上说,“公法权利”的译法最接近德文本义,但因为我国司法审判已经使用了“主观公权利”的译法,且为突出本文讨论的德国法背景,因此本文仍使用“主观公权利”的译法。

〔2〕 宪法学者对主观公权利概念的译介主要集中于基本权利兼具主观权利和客观价值双重属性的理论。参见张翔:“基本权利的双重属性”,《法学研究》2005年第3期,第21-36页。

政法学者对这一概念的青睐源于有关行政诉讼功能定位的争议,伴随“主观诉讼/客观诉讼”的区分为人们所熟知,针对主观公权利的研究也开始兴起。^{〔3〕}至2017年“刘广明诉张家港市政府再审行政案”,^{〔4〕}主观公权利以及与之密切相连的保护规范理论正式进入我国行政审判实务并获广泛推广。受其影响,我国行政诉讼所保护的“个人合法权益”也开始出现为主观公权利所替换的趋势。

作为绵延百年的传统学理,主观公权利在德国法上历经复杂嬗变,也与其他概念和制度形成错综关联。但这一概念的丰富意涵和法学价值却尚未为我们所充分体察。这就导致主观公权利虽然被纳入我国行政审判,但其内容却常常被直接简化为行政诉权,其在我国的效用发挥也因此仅限于原告资格的判定问题。鉴于此,本文首先尝试对主观公权利的历史嬗变进行脉络化整理,进而对其涉及的核心问题予以分析阐释,而对其历史嬗变和核心问题的归纳都旨在揭示这一传统学理背后所蕴含的深邃法学思考。这些思考并未随时间演进有所减损,反而在现代行政下更凸显其珍贵价值。

此外,主观公权利本质上处理的是个人相对于国家的法地位问题,其背后所代表的是一种统一的公法权利观,这种权利观也因此对包括实体法和诉讼法在内的整体公法制度都会产生统摄和影响。在德国公法中,主观公权利首先表现为公民在公法尤其是行政法上的实体请求权,实体请求权投射于诉讼程序中又表现为诉权;对诉权的判定须回溯至实体请求权,但实体请求权的实现又有赖于诉权。行政实体法和诉讼法也因此相互对照、彼此呼应,并被塑造为融贯自洽的整体。反观我国,虽然行政诉讼制度一向强调个体权利保障的重要性,但对个人公法权利的识别和保障,却始终缺乏一种一以贯之的实体教义为其提供稳定的论证和说明。申言之,我国公法尤其是行政法迄今也都未形成清晰明确的“权利观”。这就导致我们虽然在相关的行政诉讼问题上,例如功能定位、原告资格、审查限度、判决事由等方面付出了可观的学术努力,但却始终难以寻获背后真正支配这些诉讼法问题的实体法元素。明确的“公法权利观”之阙如,也使我国的行政实体法和诉讼法之间在很大程度上仍旧断裂和隔阂。从这个意义上说,对德国主观公权利的深入挖掘同样意在提示我们一种统一的公法权利观对于包含行政诉讼在内的整体公法制度所产生的统摄和影响,并启发我们未来对诉讼法上的权利救济问题进行一种涵括实体法的融贯性思考,通过诉诸行政实体请求权教义的塑成,来避免诉讼法上的权利救济问题被委于“凌乱的司法判断”。^{〔5〕}

一、主观公权利的理论开端

现代主观公权利理论是19世纪法学发展的产物。此前弥漫于公法领域的是立足于“绝对

〔3〕 薛刚凌、杨欣:“论我国行政诉讼构造:主观诉讼抑或客观诉讼?”,《行政法学研究》2013年第4期,第29—37页;梁风云:“行政诉讼法修改的若干理论前提:从主观诉讼与客观诉讼的角度”,《法律适用》2006年第2期,第72—75页。

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

〔5〕 (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295页。

主义国家主权”观念的“公权否定说”，这种观念不仅与嗣后发展出的“主观公权利”形成鲜明对照，也是我们把握主观公权说的重要参照。

(一)绝对主义国家主权与公权否定说

主观公权利回答的是个人针对国家拥有何种权利以及如何实现这些权利的问题，这一问题很早就被提出，但此前的答案却并非主观权利。在主观公权利的概念产生之前，“客观法与主观权利、公法与私法之间的区别尚不为人所知……统治与被统治的关系也与私人相互间的关系没有质的区别……。”〔6〕尽管如此，在中世纪仍旧出现了“既得权”（Das wohlervorbene Recht）的提法。〔7〕基于既得权，个人不仅可针对其他臣民起诉，同样可针对君主提起司法救济。鉴于此，既得权也一直被德国学者视为主观公权利的前身。〔8〕

但在“既得权”中稍露端倪的“统治者与被统治者是由对等权利所确立的关系”的思想，却被之后的绝对国家主权观（absolute Souveranität）彻底排除。“拥有主权的君主被认为拥有了所有的处置权，统治权被统合为一种绝对的权力，臣民对其不再能够行使权利，过去臣民所拥有的权利（Recht）相对于主权而言被归于无。”〔9〕绝对主权并非意味着君主的权力就不再受限，而是意味着“其限制不再存在于主观的对等权利中，而是存在于客观的自然法中”。换言之，在绝对国家主权观念之下，仅有客观法而不存在主观权利，主权因此成为主观权利的“对立物”。〔10〕在绝对主权观念下，法律也不再是邦君主的首要权利，而被认为是拥有了“客观法”的属性，它将“公共福祉和臣民自由的对立转化为客观法，并在一个更高维度上加以扬弃和统合”，〔11〕“权利、统治和特权的冲突矛盾均因此而消弭”。因此，“在合法律性（Gesetzmaessigkeit）之外不再有合权利性（Rechtmaessigkeit），在违反法律性（Gesetzwidrigkeit）之外不再有违反权利性（Rechtwidrigkeit），总之，在法律之外不再有权利。”〔12〕个人相对于国家的权利根基由此被彻底拔除。在公权否定说作用下，公法被认为只是客观法秩序，这一点集中表现于学者格奈斯特（R. Gneist）常被引述的一句名言中，“行政法是客观法秩序，即便没有当事人的申请，也必须为公共之法和公共福祉而运用。”〔13〕

(二)耶利内克对主观公权利的体系化塑造

但从19世纪中期开始，德国学理研究发生重要转向。“法院裁决所有权利侵害（Rechts

〔6〕 Wilhelm Henke, *Das subjektives oeffentliches Recht*, 1968, Tuebingen, S.9.

〔7〕 如果邦君主侵犯了臣民的权利，臣民同样能够向帝国法院诉请救济，正因针对他人的权利侵害和针对邦君主的权利侵害的救济几乎差别。Henke, 见前注〔6〕，第9页。

〔8〕 也有另一种说法认为，主观公权的前身是抵抗权（Widerstandsrecht）。Wilhelm Henke, *Das subjective Recht im System des oeffentlichen Rechts: Ergaenzungen und Korrekturen*, DOEV 1980, S.621ff.

〔9〕 Henke, 见前注〔6〕，第13页。

〔10〕 Henke, 见前注〔6〕，第11页。

〔11〕 Henke, 见前注〔6〕，第13页。

〔12〕 Henke, 见前注〔6〕，第14页。

〔13〕 Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2. Aufl. (1879), Darmstadt, S.270.

verletzung),行政也不例外”^[14]成为全新观念,而客观法是将个人与国家统合在一种更高秩序之下的理论,也因为法实证主义的兴起而被“除魅”。^[15]这一转向激发学者尝试在法学上把握公法权利,其标志就是格贝尔等人发起的公权研究。这一工作的最终完成当属耶利内克1892年出版的《主观公法权利体系》一书。在该书中,耶利内克根据“地位理论”(Statustheorie)对公民的主观公权利予以体系化归纳,主观公权利成为理解公法的全新线索,而绵延百年的德国“公法秩序的主观化”^[16]也由此展开。

1. 个人的独立人格与地位理论

耶氏的公权思想以“国家和个人都具人格,因此也是法律关系下互负权利与义务的主体”^[17]这一认知为开端。借由国家的自课义务和自我限制的命题的提出,耶氏成功破解“公权否定说”所提出的“国家是公法制度的唯一缔造者,并不受任何更高权力支配的”^[18]的公权证立难题。在耶氏看来,个人享有公法权利的基础正在于其独立的人格。而人格又是“个人与国家之间的关系,在法律上是一种身份,一种地位”,^[19]在其基础之上附着各种权利。耶氏对个人公法权利的体系架构也是从个人相对于国家的地位出发:被动地位标示个人处于义务状态,消极地位对应个人的自由权,积极地位对应个人的受益权,而主动地位则对应个人的参政权。耶氏的“地位理论”(Statustheorie)也因此而来。它不仅对个人的公法权利进行了近乎完美的图标式的教义化归纳,其对国家自课义务以及对个人独立人格的强调,也使“主观公权利”概念本身具备了现代权利的精神内核。^[20]

2. 自然法和实证法的杂糅与问题

从思想来源和论证逻辑看,耶氏的公权论可以说是杂糅了自然法和实证主义法学的方法,而这两点对嗣后德国公法权利观的塑造都影响甚巨。在其对个人消极地位的描述中,我们能够明确读取其中的自然法趋向“国家在自己与服从人格之间划定了界限,承认了从国家而言自由的,即原则上免于国家统治的个人领域”,个人所拥有的自由也因此不再是“法律对国家权力课以限制的单纯的反射性效果”,而是先于国家与法的先验存在。而耶氏所主张的“一切自由都是免受违法强制的自由”“个人不应被国家强加任何违法的义务”等认识,更是完全与彼时在德国居于主流的法实证主义权利观迥异。作为思想开端,上述自然法趋向同样为公权理论后来

[14] Martin Bullinger, *Oeffentliches Recht und Privatrecht*, 1968, Stuttgart, S.52.f.

[15] (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2页。

[16] Kaiser Vosskuhle, *Grundwissen-oeffentliches Recht: Das subjektiveoeffentliche Recht*, JuS 2009, S.16(17).

[17] 耶利内克,见前注[15],第11页。

[18] 耶利内克,见前注[15],第11页。

[19] 耶利内克,见前注[15],第77页。

[20] Ulrich Ramsauer, *Die Dogmatik der subjektiven oeffentlichen Rechte*, Jus 2012, S.124.

的发展埋下了古典自由主义的种子。^{〔21〕}

但耶利内克在此方向上并未走得太远。虽然以自然法权利观作为证成个人自由的思想基础,但他还是迅速又回到了实证法“任何主观公权都以法制的存在为前提,主观公权利被法制所创设、承认,并被法制或强或弱地加以保护。”^{〔22〕}据此,尽管个人权利可以被理解为先于国家存在,但规定主观公权利并对其予以保护的法律规定,仍旧来自于公法制度,而并非源于自然法。虽然转向了法律实证主义的立场,但耶氏在这个方向上对公权理论的发展却不充分。这一点尤其表现在论述主观公权与反射利益的区别时,耶利内克一方面强调两者的差异就在于该利益是否为“法秩序明示或是默示地加以承认”,但另一方面又认为“公法中的权利,即使缺少法院的保护,也会通过行政机关的合义务活动、审级制、合议制、上级机关的监督以及诉愿等方式获得保护。”换言之,权利的概念并不当然地伴随着裁判上的保障。上述相互矛盾的认知甚至令迈耶都质疑:若果真如此,“对一定的关系给予其为公权的承认又有什么价值呢?”因此,耶氏的主观公权利“作为实定法概念的性格仍旧是稀薄的”。^{〔23〕}耶利内克在其公权理论中,似乎在努力调和自然法和实证主义法有关权利理解的矛盾,但这种调和却触发了权利的实质概念和形式概念之间的紧张。而其关于“只有具备诉讼可能性,实体上的主观公权才会获得承认”的观点,也为后世学者在主观公权利概念中添加“司法的救济可能”要素埋下伏笔。

二、主观公权利的范围缩减与概念转向

耶氏对公民主观公权利的体系化归纳,深刻影响了后世学者对此问题的思考。但公权理论在嗣后发展中却逐渐与之偏离:其范畴的限缩使其不再涵盖国家与个人的整体权利;其概念意涵也逐渐褪去了自然法意味,而彻底转向实证主义。

(一)主观公权利的范围缩减

耶利内克将国家与个人重新置于法律关系下理解,因此其所持的公权观是一种同时包含了个体公权与国家主观公权的“整体公权观”,^{〔24〕}主观公权利也并非仅局限于个人相对于国家的法律地位,而是同样涵盖了国家的主观公权利。这种整体公权观并非耶氏独创,在耶氏之前的公权著述中,“国家的主观公权”就已被当作公权理论的重要议题。但这种对主观公权利予以整体性观察的方法,却在之后发生重大变化。国家的主观公权利的提法嗣后被从公权理论中删除,主观公权也逐渐缩减为个人的法律地位,而对此变化起核心助推作用的当属奥托·迈耶。

在国家拥有的是“权利”还是“权力”的问题上,迈耶与耶利内克存在根本分歧。迈耶在《行

〔21〕 尽管现代公权理论体现的基本是实证主义的性格,但在诸多片断上却仍旧是“古典自由权的延长或重构”。例如,后来支配着撤销诉讼中实体请求权的教义学构成就是古典的自由权。小早川光郎,见前注〔5〕,第86页。

〔22〕 耶利内克,见前注〔15〕,第10页。

〔23〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第49页。

〔24〕 Hartmut Bauer, Subjektive oeffentliche Recht des Staates, DVBL. 1986, S.209.

政法总论》“公法上的权利”一章中首先引用经典的私法定义来界定“权利”，认为权利是“个人为其利益而相对于他人所拥有的有限的意志力”。之后他马上指出，将此概念适用于公法中会遇到重大难题：此处的法律关系是公权力自身也参与其中的关系，而公权力在此又不可否认地具备法律上的优势，处于行政关系两端的国家与臣民也“完全不同”，因此平等并置地讨论“国家的主观公权利”和“臣民的主观公权利”并不妥当。^{〔25〕}

迈耶反对“国家的主观权利”的主要原因有二：其一，国家权力的优势性和首位性。既然国家在法律制定之前就已经潜在地拥有了一切主权，之后才通过制定法律规定权利，那么国家就必然居于法律秩序之上，除国家发布的法律外，不可能再存在其它的法律来源。由此，国家是首位的，而权利是次位的，国家权力当然不能被置换为“权利”。其二，主观权利都是有限的，而国家权力却具有某种无限性，将无限的国家权力通过主观公权利予以归纳，“这种点数硬币的方式对于正确理解国家在法律上的无限权力却是一种障碍。”^{〔26〕}

对于迈耶不接受国家公法权利的做法，耶利内克评价其是“只看到了国家和臣民之间赤裸裸的权力事实”。^{〔27〕} 迈耶对国家主权的至上性、原初性和无限性的维护，无疑是对彼时德国强烈的国家主义诉求的回应。除迈耶这种明显带有“威权国家”烙印的观点外，其它反对将国家及其下设机构所拥有的权能/权力确定为主观公权的理由还在于：第一，从概念模型来看，主观公权利是以私法权利为模板，也因此更应被理解是为了实现权利主体的个人利益的制度设置，应被理解为个人个体化的权利地位。^{〔28〕} 第二，从实现条件来看，国家所拥有的是至上的主权，这种主权并不需要特别的司法保护。但在最初的公权理论中，公权与司法保护以及诉讼可能之间的关联仍旧被作为公权的重要识别标志，这也阻碍了将“国家权能”在观念上理解为“权利”。^{〔29〕} 第三，从操作技术上看，主观公权利最终都会外化为针对某一法律主体的请求权，但国家却不存在也不需要任何请求权对象，因为国家自己就可通过强制行为实现其请求权。^{〔30〕}

综上，国家公权利最终从公权利体系中被彻底排除，主观公权利概念也被仅用以描述个人的法律地位。与此相对，与公民主观公权利相对的并非国家的主观公权利，而是国家的权限、义务和责任，公法是“权力/权利”的对峙，而非权利/权利之间的互动往来被固化为“一般认知”。^{〔31〕} 从历史观之，这种对公权利单方指向的确认，在某种程度上的确突显且实践了其保障个人自由免受国家干预的伦理属性和目的趋向，但从法技术而言，它也使公法并未被塑造为

〔25〕 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, Berlin, S. 104.

〔26〕 Mayer, 见前注〔25〕, 第 105 页。

〔27〕 耶利内克, 见前注〔15〕, 第 27 页。

〔28〕 Henke, 见前注〔8〕, 第 625 页。

〔29〕 Henke, 见前注〔8〕, 第 627 页。

〔30〕 Wolff-Rüdiger Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979, S. 233; Albert Bleckmann, Subjektive öffentliche Rechte des Staates. Erwiderung auf den gleichnamigen Aufsatz von Hartmut Bauer, DVBl. 1986, S. 208.

〔31〕 Bauer, 见前注〔24〕, 第 211 页。

“在所有环节上都是由相互交织的主观权利连接而成”的“整体性构造”。〔32〕

(二)主观公权利的概念固化与实证化转向

公权概念的单方指向同样为布勒(Ottmar Buehler)所承继,在其提供的获得广泛认可且沿用至今的经典概念中,主观公权利同样仅用以指称个人的法律地位:“主观公权利是臣民相对于国家所拥有的,以法律行为或是以保护个体利益为目标的强制性法律规范为基础的,向行政或国家提出要求,要求其为一一定行为的法律地位(rechtliche Stellung)。”〔33〕因为布勒的公权概念在公法理论中发挥着关键作用,主观公权利仅用以指称个人的法律地位自此被彻底固化。

在范围缩减的同时,在布勒关于主观公权的经典定义中,我们同样能够看到这一概念彻底的实证化转向。如上文所述,尽管对公民的主观公权利作了近乎完美的教义学归纳,耶氏对个人主观公权利的证立却是诉诸个人相对于国家的消极地位和一般自由来完成,个人的“一切自由都是免受违法强制的自由”,〔34〕这种自由并非依赖于限制性法律,而是一般的自由权规定。相比耶利内克在自然法和实证主义观念之间的摇摆,布勒对实证主义的贯彻则更彻底。在布勒看来,天然自由本身在法律上并无意义,只有国家对个人的天然自由经由法律予以规范并施以一定限制时,私人才获得了法律所保护的不受国家违法限制的自由。布勒对主观公权利的实证化定义,也使耶林关于“权利是一种法律上所保护的利益”(rechtlich geschuetzte Interesse)的观点被原封未动地纳入公法。为进一步推进其观点,布勒又将个体概括性的自由权在实定法上的连接点,直接系于依法律行政、法律保留或是侵害保留原则中“……个人如何以及基于何种原因可向国家主张权利,其答案就在于依法律行政原则(Gesetzmaessigkeit)以及由此产生的不作为权利(Unterlassungsrecht)……依据依法律行政原则,行政唯有有法律的授权依据时,才能通过命令或强制,通过下命性或是禁止性的干预侵入个人自由的自我确定,才能要求个人为一定作为或是进行财产处置。”〔35〕据此,在耶利内克那里只是通过自然法而获得证立的一般自由,在布勒处经由依法律行政、法律保留而获得实证法上的基础和保障。而布勒的论证也使作为现代行政法核心的“依法律行政原则”展露出主观化面向。

三、主观公权利的经典要件及其缓和

在布勒有关主观公权利的经典概念中,同样包含了布勒用以判定主观公权的三项要件。借由这三项要件,布勒不仅希望清楚界分主观公权与反射利益提供基准,同样也尝试完成“公

〔32〕 Otto Bachof, Reflexwirkungen und subjective Rechte in oeffentlichen Recht, in: Otto Bachof, Martin Drath, Otto Goennenwein, Ernst Waz, Forschungen und Berichte aus dem oeffentlichen Recht, Gedachtnisschrift fuer Walter Jellinek, Muenchen 1955, S.287.ff.

〔33〕 Ottmar Buehler, Die Subjektiven oeffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungssprechung, 1914, Berlin, S.36.

〔34〕 耶利内克,见前注〔15〕,第134页。

〔35〕 Buehler,见前注〔33〕,第73页。

权概念与行政诉讼制度间的解释论整合”。〔36〕

(一)传统的公权三要件

与同时代的公法学者一样,布勒对公权要素的归纳很大程度上来自于对私法权利理论的借鉴。19世纪前,私法权利理论的核心要点可归纳为三个问题:其一,主观权利应从客观法中探求;其二,主观权利的意义在于“意志力”或是“法律意志”;其三,作为“受法律所保护的利益”的主观权利与司法保护之间存在紧密关联。〔37〕而布勒所提炼出的公权三要件也正是对上述三个问题的反映。

1.强制性的客观法规范(zwingender Rechtssatz)

强制性的客观法规范作为主观公权的概念要素,首先表明了主观公权利对于客观法规范的依赖性。“所有的主观权利都是客观法秩序的产物”“客观法是原初的,而主观权利是次生的”“只有通过客观法赋予、规定或保障时,主观权利才是可能的”。〔38〕因为这一要件的纳入,主观公权利与作为其思想渊源的古典自由权等自然权利之间的关联也被彻底截断。但布勒在客观法规范之前又附上“强制性”的要求,使大量裁量规范生成主观公权的可能被排除,也在客观效果上使诸多的行政作用领域超脱出司法控制的范围。

2.私益保护性与保护规范(Schutznorm)

主观公权的第二项要素为规范的私益保护性。根据这一基准,客观法能够产生主观权利还在基于,“这一规范在服务于公共利益时,应同时服务于私人利益”,“这一规范至少有益于某个特定的人或人群”。〔39〕这一基准即至今都在发挥作用的“保护规范”理论(或称“保护目的理论”)。保护规范要件本质上是布勒对私权中的“个人利益保护意旨”的吸纳,但将这一要件纳入公法却引发了“显著的后果”。〔40〕因为规范结构的差异,在公法中强调将规范的“个别利益保护”指向作为公权利的识别基础,使行政的客观守法义务相对应的空间并不只是个人的主观公权利,同时也包含了所有人均沾的“反射利益”,客观法和主观权利之间的一一对应也因此被切断。公民是因客观法规范而享有主观公权利,抑或只是获得因行政为追求公益而附带产生的反射利益,区分的关键就取决于客观法规范的“个人利益保护指向”。

3.援引可能性或法律权能(Rechtsmacht)

主观公权的第三项要件即援引可能性,这项要件又被称为主观公权的“意志力”要素。所谓“援引可能性”,按照布勒的界定就是“利害关系人可以对法规范加以援用,据此要求行政机关采取特定行为的效果”。〔41〕如果说保护规范纳入的是私权中的“利益”要素,那么援引可能吸收的就是私权中的“意志力”(Willensmacht)要素。

〔36〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第65页。

〔37〕 Hartmut Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven oeffentlichen Recht*, Berlin, S.99.

〔38〕 Buehler,见前注〔33〕,第21页。

〔39〕 Buehler,见前注〔33〕,第21页。

〔40〕 Henke,见前注〔6〕,第23页。

〔41〕 Buehler,见前注〔33〕,第48页。

客观法规范是否包含个别利益保护指向,还可以通过法律解释获得解答,但“援引可能性”,却在很多情况下根本无法通过法规范本身获得验证。对“法律权能”的探寻,布勒放弃了从权利本质介入的传统方式,而将其与更现实的诉讼权能或是司法保护问题直接相连。在这点上,布勒显然是受到耶利内克的影响。耶氏认为,“没有办法通过司法方式获得实现的请求权只是一种反射利益。”〔42〕布勒同样主张,主观权利仅存在于“针对国家的请求权能够通过某种结构化的救济方式存在之处。”〔43〕这也意味着,通过司法裁判而获得的实现可能被作为公法权利识别的一项重要要素,主观公权成立的前提仍旧是其诉讼可能性。这一点在后来托马有关“真正/非真正的主观公权”的区分中表达得更清楚明确:“尽管所有的法律权能都能称作权利,但真正的主观公权利只能是那些能够向法院请求保护的法律权能。”〔44〕

但在同时期的私法理论中,“司法保护”作为私权的判定要素早已被排除,私权一般的“诉讼可能”也已获普遍认可,实体法上的权利范围也因此不再为“诉讼可能”所左右。而被私法所排除的主观权利的司法保护性却在此处被公法所“召回”。〔45〕在布勒的时代,行政诉讼在诉讼权能上仍旧采用的是列举主义,即实体法上的权利只有在被具体地、例外地赋予诉讼可能时才能获得贯彻。因此,“诉讼可能”作为主观公权的概念要素的添加,也被评价为是向“诉讼法思考的倒退”。〔46〕

(二)传统三要件的缓和

布勒对主观公权利要件的提炼,都是其实证主义权利观的延伸,其目的是通过诉诸实定法,来明晰和巩固个人针对国家的法地位。但因为对客观法规范强制性的强调,因为将诉讼可能添加为公权要素以及在解释法规范“私益保护性”上的严苛,传统的公权三要件却在相当程度上削减了个人公权的范围。二战后,因为权利保护需求的扩张,上述三要件的严苛性都逐渐缓和,公权理论也因此获得新的发展。

1.规范强制性要求的破除

在布勒的公权理论中,唯有强制性的客观法规范才会生成公民的主观公权,而裁量性规范并不存在个人请求权的存立空间。但战后由巴霍夫等人发展出的裁量理论却确认,即使是赋予行政机关裁量权的规范,同样具有设定个人法律地位的属性,这种法律地位在逻辑上也同样能够被观念化为一种私人权利,此即“无瑕疵裁量请求权”。无瑕疵裁量请求权所要维护的是个人“不受违法裁量行政侵害的法地位”。〔47〕因此,行政在享有裁量空间时,须谨守裁量界限、符合裁量目的,保证其裁量决定不致罹患违法瑕疵。这不仅是客观法的要求,同样也是对

〔42〕 耶利内克,见前注〔15〕,第73页。

〔43〕 Buehler,见前注〔33〕,第57页。

〔44〕 Richard Thoma, Das System der Subjektiven Öffentlichen Rechte und Pflichten, HdbDStR 11, 1932, S. 607 ff.

〔45〕 Bauer,见前注〔37〕,第78页。

〔46〕 Bachof,见前注〔32〕,第287页。

〔47〕 Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30(1972), S.193.ff.

个人主观权利的维护。对无瑕疵裁量请求权的确认,不仅使主观公权利与强制性规范之间的关联被破除,也使传统公权体系中又添加了全新的权利类型。

2. 诉权概括主义

布勒将诉讼可能添加为主观公权的概念要素,其观念也被评价为“不过是在可以在裁判上诉求之物之上盖上了权利的名字”。^[48]而公权理论向诉讼法的倒退又因为行政诉讼的列举主义而更趋强化:主观公权利只有在“能够获得法律救济的情形下”才获承认,公权也因此成为一种例外现象。

但二战后德国“无漏洞司法保护”理论的提出,使“公权的例外性”最终为公权的一般、概括的诉讼可能所替代。^[49]《德国基本法》第19条第4款的规定:“任何人其基本权利受到公权力侵犯,司法保护之门就是敞开的。”据此,对诉请行政救济的个人而言,已经无需再追问其是否在具体情形下被赋予了个别的诉权,只要有权利保护的必要,司法救济大门就是敞开的。“无漏洞的司法保护”观念所主张的,是一种与列举主义相区分的概括主义的诉权原则,即个人在实体公法上被承认的所有权利,都被赋予了一般的诉讼可能。只要原告所主张的是自己的请求权,那么其诉讼可能就己为实体法上的请求权所吸收,而无需再作为诉讼问题予以检验,公权理论由此从诉讼法思考中解放出来。

3. “个别利益指向”的放宽

主观公权与强制性法律规范以及诉讼可能之间关联性的破除,使传统公权三要件中的两项要件的判定权重逐渐丧失,主观公权利的探求和检验也逐渐凝结为:“客观法规范在保护公共利益的同时,至少同样服务于某个特定的人或人群的私人利益。”^[50]事实上,主观公权利的经典要素中迄今保留下来的也只剩“保护规范”。

但即使是保护规范理论,同样历经从严苛到缓和的发展过程。这一趋向从德国学者对保护规范所作的新旧两个阶段的粗略划分及其差异对比中即可读取:旧保护规范以布勒为代表,其典型特征是在解释客观法的“个人利益指向”时,倚重对立法者主观意图的探求,而新保护规范理论则主张,法规范的保护目的并非绝对地,或是首要地、排他地、一次性地从规范制定者的主观意图中探求,而是从“整体的规范构造以及制度性的框架条件下获得”。^[51]此外,因为基本权利法教义学的发展,新保护规范理论也更强调在解释一般法规范时,基本权利所发挥的“价值明晰、体系定位”作用。即当对一般法利益指向的解释发生疑义时,必须通过合基本权解释,使一般法和宪法的价值方向相互统一。^[52]综上,尽管保护规范理论的核心框架迄今未

[48] Ernst Rudolf Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR, NF Bd.55(1936), S. 57f. 转引自小早川光郎,见前注[5],第121页。

[49] 小早川光郎,见前注[5],第54页。

[50] Buehler,见前注[33],第1页。

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

[52] 有关保护规范理论的发展演变以及新旧保护规范理论的差异可参阅赵宏:“保护规范理论的历史嬗变与司法适用”,《法学家》2019年第2期,第1—14页。

变,即都是通过诉诸客观法规范的利益保护指向,又即诉诸法律解释来探求主观公权,但相比布勒时代的解释规则,新保护规范对于客观法规范“个人利益保护指向”的判定已经大大缓和,这也为权利保障需求的扩张提供基础。

四、基本权利/主观公权利的二分与主观公权利的重心转移

除传统要件的严苛性因为权利保护需求而渐趋缓和外,公权理论的嗣后发展还着重表现为基本权与行政法主观公权的二分(Lehrendualismus),^[53]以及主观公权在行政法领域内的重心转移。在迈耶之后,尽管主观公权的概念范畴仅余“公民的法律地位”,但却涵盖“个体相对于国家的所有法律地位”,^[54]其范畴既包含了行政法上的主观公权利,也包含了国家法上的主观公权利,这其中尤其包含基本权利。但自魏玛时代起,上述认识开始松动,并最终瓦解。在宪法领域,德国自魏玛时代起就历经深层变革。但宪法的剧变并未波及行政法,公法中的核心部分,尤其是公权理论几乎都为行政法所完整继承。二者间的对照恰如迈耶的经典名言——“宪法消逝,行政法长存。”^[55]

(一)作为主观公权的基本权利以及基本权利教义学

在传统公权理论中,基本权利属于主观权利的观念早就获得广泛确认。耶利内克的公权论本质上就是对公民基本权利的教义化总结,而布勒同样将基本权利作为主观公权利的经典和“原型”。^[56]尽管认同基本权利属于主观权利,但自魏玛时代起,宪法处理问题的差异却开始使基本权学说与传统公权理论逐渐偏离。

为克服因对实证主义方法的沉溺而导致的“立法全能”,^[57]在此后的较长时间里,宪法的争点都凝结于立法与基本权的关系问题,凝结于立法权是否以及在多大程度上受制于基本权利。二战后,《德国基本法》则是直接规定基本权利作为直接有效的法约束包括立法在内的所有国家权力,立法者对基本权的处置权,因此受到极大抑制。上述发展极大丰富甚至改变了基本权利的存立基础。迄今,宪法早已拒绝将基本权视为由客观法所赋予和保障的、为实现个人利益,而为个人所拥有的“意志力”和“法律权能”。相反,基本权的“先国家性”“不依赖于国家”的属性得到极大彰显。基本权在此已经与经典公权概念出现认知分野。而“基本权理论”(Grundrechtslehre),或称为“基本权教义学”的型塑完成,更加剧了此前个体“统一的、整体性

[53] Konrad Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., Heiderlberg 1984, S.130.

[54] (德)奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第118页。

[55] 这也是鲍尔(Bauer)教授在其《主观公权利理论的历史基础》一书开篇所言。Bauer,见前注[37],第11页。

[56] Buehler,见前注[33],第61页。

[57] 这一观点认为,立法者不仅能够赋予和保障公民权利,在必要时甚至可中止和取消公民的基本权利。这就使个人“针对规范形成和规范塑造的立法者”时,本质上已不再拥有主观权利。Friedrich Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl., Berlin 1931, S.242.

的公法权利的持续性的断裂”。〔58〕从本质内容看,基本权理论已与传统的公权理论呈现重大差异:基本权教义学已经绝非仅是依照私权模式所搭建的请求权体系,而同样是一种“价值与功能”体系。基本权也不再限于要求国家作为或不作为的“请求权”,同样作为客观价值渗透至国家组织机构和程序以及私人生活领域。〔59〕理论的分化使基本权学说所处理的早已不是传统公权所关注的,诸如主观公权和反射利益之间的区别、主观公权与诉讼权能的关联、公共利益以及私人利益的区分等问题,而被传统公权作为核心基准的保护规范理论,同样在基本权学说中消失遁形。

(二)主观公权利在行政法领域的问题移转

基本权利理论的自成一体带来的一个显见后果就是主观公权理论在宪法中被逐渐排挤。统一的主观公权概念也渐渐缩减为行政法上的主观公权利。主观公权利的重心也因此发生转移。〔60〕

在行政法领域,布勒的公权概念以及判定标准似乎“未受中断地被承继下来”。〔61〕尽管核心要义未变,在被移转至行政法领域后,公权学说的适用场域却发生偏移。〔62〕行政法上对主观公权利的探求原本既针对行政行为的相对人(Adressaten),也针对非相对人(Nichtadressaten)。但在今日的行政法中,人们只有在探求相对人以外的第三人或称利害关系人时才会诉诸保护规范理论。对于相对人,行政法学理早已确认其就是主观公权利的拥有者,而几乎不再追问客观法规范的利益指向。〔63〕

对相对人主观权利的普遍确认,又可直接归因于基本权理论的影响。〔64〕基本权的防御权功能赋予了相对人免受包括行政在内的国家权力的不当干预、或被施与违法负担的请求权,这种请求权的存在已无需再诉诸一般法规范。〔65〕与此相应,基本权教义中的“干预目的性”理论,即如果行政作用以某人的利益剥夺或限制为目的,就可断定他是该行政作用的相对人,也在很大程度上弥补了由一般自由权导出防御权时,所产生的保护领域无轮廓性的问题。〔66〕除防御权外,相对人针对行政的给付请求权也获得原则性肯定。上述内容构成了德国法中的“相对人理论”(die Adressatentheorie)。〔67〕

对相对人主观权利的普遍确认,使主观公权利的判定问题的适用场域逐渐移转至第三人

〔58〕 Bauer, 见前注〔24〕,第 212 页。

〔59〕 张翔:“基本权利的体系思维”,《清华法学》2012 年第 4 期,第 15 页。

〔60〕 Bauer, 见前注〔24〕,第 212 页。

〔61〕 Bauer, 见前注〔37〕,第 215 页。

〔62〕 Bauer, 见前注〔37〕,第 136 页。

〔63〕 Bauer, 见前注〔24〕,第 212 页。

〔64〕 Bauer, 见前注〔24〕,第 212 页。

〔65〕 Vgl. BVerfGE 9, 83(88); BVerfGE 19, 206(215); 29, 402(408); BVerfGE 30, 190(198).

〔66〕 Peter Lerche, Uebermass und Verfassungsrecht, 1961, Muenchen, S. 106. 但这种干预必须具有明确的“目的性”的要求之后也放缓,德国基本权教义中确认,即使国家权力没有明确的“干预目的”,只要造成了事实后果,也构成了对公民基本权利的“干预”。

〔67〕 Ulrich Ramsauer, Die Dogmatik der subjektiven oeffentlichen Rechte, JuS 9/2012, S. 773.

保护,尤其是“第三人诉讼”〔68〕问题。如果说对相对人主观公权利的普遍肯定,仍旧主要是基于一般自由权所产生的“排除妨害请求权”的衍伸,那么对因行政行为附随性效果而蒙受不利的第三人的法律地位的承认,德国法则是基于对“行政规范的私益保护性”的解释,即依赖于传统公权理论中的保护规范基准。尽管在判定第三人权利时,司法实务偶尔也会显露“宪法启蒙”〔69〕的趋向,即行政行为对于第三人所产生的不利,会以基本权利为媒介被塑造为第三人值得保护的法定地位,典型的例如邻人诉讼中,邻人基于建筑物所获得的利益被认为包裹在基本法的“所有权”中。〔70〕但上述做法却被认为在很大程度上解构了“客观法规范的私益保护性”要件,判定权利的基准衍变为诉诸法规范背后的自然权利,而非实证法本身,因此最终都被否定。〔71〕迄今,主流观点仍旧反对普遍的“由基本权利所直接导出的第三人权利”。〔72〕相反,在第三人权利上,德国法遵循的是“一般法优先”(Vorrang des einfachen Rechts)〔73〕原则。其原因在于,行政的首要目的是追求公益,这一点毋庸置疑,但行政在作用是否要顾及特定私益,以及在复杂交错的私益纠葛中,何种私益更值得保护,这一问题本质上属于具有高度价值性的判断。又根据权力分立和功能最适原则,立法者拥有“价值判断和冲突解决的优先权”,因此其对冲突法益的裁量也应获尊重。〔74〕因为上述差异,德国法上也因此出现了在解释行政诉讼的诉讼权能时,将一般自由权的请求权(相对人权利)与基于私益保护规范的请求权(第三人权利)分别处理的格局。

(三)基本权利对于行政法上的主观公权利的影响

尽管在理论上已经出现二分,但基本权利对于主观公权利的影响却不容忽视。这种影响具体表现为两个方面:首先,基本权的规范内部效力(Norminterne Wirkung der Grundrechte),即在确定一般法的利益指向时发挥着价值辐射和系统定位的功能。具体而言,这是在解释一般法条款时,为个人权利保障提供宪法理由和连接点,而由此为一般法进行主观权利的“加值”(Aufladen)。〔75〕事实上,强调基本权利在解释一般法时的价值辐射作用,其中也包含着对客观法的“制动志向”。〔76〕如前文所述,对第三人法定地位的判定,德国法原则上诉诸一般法的“个别利益保护指向”,而这很容易就使第三人的主观权利沦为立法者的处置对象。此时诉诸基本权利,承认某种先于客观法的法定地位的存在,也就“可以成为一种制动器,防止基于

〔68〕 Karl Heinrich Friauf, Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtssprechung, JurA 1969, 3.ff.

〔69〕 Henke,见前注〔8〕,第625页。

〔70〕 BVerfG, NVwZ 1992,165.

〔71〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第142页。

〔72〕 Ramsauer,见前注〔67〕,第4页。

〔73〕 E.Schmidt-Assmann,见前注〔5〕1, Art.19 Abs.4 Rn.119f.

〔74〕 Grego Kirchhof, Der rechtliche Schutz vor Feinstaub; subjective öffentliche Rechte zu Lasten Vierter?, AoER 135(2010), 29(59f.).

〔75〕 Ramsauer,见前注〔67〕,第5页。

〔76〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第136页。

私益保护规范的公权理论委于立法者的裁量。”〔77〕其次,基本权的规范外部效力(Normexterne Wirkung der Grundrechte),即通过直接诉诸基本权规范而获致公民的公法请求权。在此情形下,基本权本身就是主观公权利,也因此能够成为诉讼权能的直接基础。但外部效力相对于内部效力只是一种例外,德国通说也认为其仅适用于“某一法律规范欠缺宪法上基本权最低保障,并且也无合宪性解释的可能时。”〔78〕

五、主观公权利的核心问题与法学价值

在公权理论历经上述复杂流变的过程中,主观公权利与现代公法的几乎所有的重要主题都产生关联,并因此牢牢地嵌入现代公法,成为其核心部分。尽管针对公权理论的批评经久不息,但这一学理却还是存立至今,甚至不断呈现新的发展趋向。〔79〕这些事实都说明:作为引发公法“哥白尼式转向”的重要理论,主观公权利的法学价值并不容轻易否定和忽视。而对其法学价值的挖掘和理解,又须回溯这一理论的核心命题。

(一)作为公民权利/请求权体系的公法

公权理论的发端在于主观公权利从客观法中的区分与剥离,而要认识这种区分和剥离的价值,最好回到此前的状态,即二者并无区分、互相混同的状态。如前文所述,在主观权利未从客观法中剥离之前,国家与个人间关系为“绝对主义国家观”所主宰。这种观念否认个人相对于国家的独立地位和独立权利,认为“个体已经被整合入一个融洽和谐的整体。”〔80〕最初这个整体被称为“客观精神”“群众意志”或是“国家意志”,之后则为“法律”或称为“客观法”所替代。客观法的出现使之前具有宗教意味的“整体秩序”被世俗化、唯物化和政治化,但其精神内核却没有根本改变。

这种同一性和一体性的构想同样渗透至行政领域。19世纪德国公法的整体努力就是使行政臣服于法律,行政是否符合正义(Recht),只取决于其是否合法(Gesetzmaessigkeit)。〔81〕因为法律制定和法律执行是否同一(Einheit),同样属于理想国家是否同一的问题。据此,如果行政违反了法律,并非意味着对公民权利的侵犯,只是国家的内部事务,而法治国也已于行政行为配备了合法的内部控制机制。相应地,控制机制对违法行政的纠正也只是为了重构法制定与法执行之间的同一性。从这个意义上说,即使公民彼时同样被赋予了提起行政诉讼的

〔77〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第138页。

〔78〕 Jost, Pietzcker, Die Schutznormlehre: Verstaendnisse und Missverstaendnisse, in: O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt/P. Axer (Hrsg.), Staat im Wort, 2007, S. 577 (579).

〔79〕 德国法新近对公权理论的发展除了表现在基本权的影响方面,还表现于欧盟法对于主观公权利的“加值”。例如,欧盟法要求成员国的内国法必须为欧盟法的落实提供“必要的诉讼可能”,如果这种可能恰恰依赖于对某项主观公权的认可,那么成员国就必须承认公民的此项主观公权。Ramsauer, 见前注〔67〕,第7页。

〔80〕 Henke, 见前注〔6〕,第21页。

〔81〕 Henke, 见前注〔6〕,第21页。

权利,其通过行政诉讼所承担的却只是“维护理想的同一性”的工具性作用。

但公权否定说所描画的国家理想显然并非政治现实。现实国家绝无可能将个体的自由和权利予以统合,也无法将所有的不法和压制予以消弭。现实法律也不可能拥有理想的品质,“这一点不仅适用于那些暴政所制定的法律,而是适用于所有由人所制定的法律。”〔82〕因此,尝试建构一个国家与个体、整体与部分的同一“几近一种空想”。〔83〕区别于上述整体主义国家观,公权理论建立在如下认知基础上:“个人不仅是国家的成员,而是能够与其相互对立,拥有针对国家的抵抗性权利(Widerstandsrecht)的独立个体。”〔84〕在这种国家/个人相互对立的格局下,法治国和公法规范不仅具有内部面向,同样包含外部面向。从内部而言,法律是对行政的命令,行政的适法性也由内部的控制机制所保障;但从外部而言,公法规范与私法规范一样,又都是对行政与公民间法律关系的规定,是对个体权利的设定。由此出发,“当法律所塑造的个人权利与公共福祉的更高同一,因为行政而遭到破坏时,公民就会由国家成员转化为私人主体,基于对其个人事务的维护,作为一个对立的当事人,而非整体的一个分支与行政相互对峙”,也因此,“在行政违反法律之处,会确定地产生主观权利。”〔85〕

从宪政或伦理角度而言,在行政的客观适法性之外强调公民的主观公权利,毋宁是对个人相对于国家的独立地位的宣告,其彻底挑破了个人权利能够与公共福祉在更高秩序中获得同一的幻梦,并在理性国家观主导下,重塑了公民与国家在法律关系下的互动往来甚至是对立对峙。个人独立于国家或行政的法地位,因为公权理论获得法律上的清晰轮廓,而不再只是行政适法性的反射效果。〔86〕从法技术层面而言,公权理论的提出,也使“权利”同样成为整序公法的结构单元,公法得以如私法一般被理解为一套公民权利/请求权体系。相应地,以迈耶为代表的,有关“关于行政的法秩序绝不像私法那般本质性地以权利为中心转动”〔87〕的传统观点也受到强烈震撼。

(二)主观公权利对于客观法的依赖性与系属性

尽管公权理论发端于客观法/主观权利的区分,但始终未走向自然法所主张的“权利优位于客观法,并不受制于客观法的”的那一端。个人的法地位由客观法所具体塑造,个人主观公权利的存立依赖于客观法,一直是公权理论的一般性结论,而如何区分主观权利与反射利益也一直是公权理论中的恒久命题。德国学者因此总结,主观公权利的本质就是“个人在法律中的基本位置,以及对于这些法律地位的实证法把握。”〔88〕

公权理论所包含的“权利法定主义”〔89〕立场自耶利内克发端,又经布勒等学者在实证主

〔82〕 Henke,见前注〔6〕,第27页。

〔83〕 Henke,见前注〔6〕,第25页。

〔84〕 Henke,见前注〔6〕,第37页。

〔85〕 Henke,见前注〔6〕,第41页。

〔86〕 Henke,见前注〔8〕,第627页。

〔87〕 Mayer,见前注〔25〕,第122页。

〔88〕 耶利内克,见前注〔15〕,第118页。

〔89〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第234页。

义方向上不断锤炼而被固化。在公权理论下,既然个人与行政间的关系不再通过某种先于法律的、抽象的自由与权利,而是由具体的实定法来确定,那么个人就不存在普遍意义上的主观公权利,即不存在普遍的“法律执行请求权”,^[90]存在的只是基于具体的法规范所产生的单项请求权,而个人的法律地位也由这些具体的、个别的单项请求权所塑造和勾勒。^[91]这一点正如亨克所言,公权理论强调的是“客观法的再主观化”(Resubjektivierung),而“这种再主观化同样意味着个别化”(Individualisierung)。^[92]与这种对权利属性的实证主义认知相一致,在对权利的具体判定上,公权理论诉诸于保护规范。而保护规范又将主观公权利的存立系于客观法规范的“个别利益保护指向”,其本质仍旧是对客观法意旨的解释。因此,无论是权利的属性认知还是具体的判定方式,公权理论所代表的都是一种实证主义的公法权利观。

但强调主观权利对于客观法的依赖性和隶属性,又必然会引出如下问题:它使个人公权的存立不可避免地受制于立法者的意愿,这一点也是公权理论最常被攻击的原因。此外,因为主观权利与客观法的分离,使“在行政应按照行政秩序规范追求其目标价值”,与“私人被作为权利予以保障的利益”之间并非完全重合,它们之间必定存在一定的场域并不能为私人权利所覆盖,这一场域在公权理论看来属于无法诉诸司法的反射利益。但主观公权利/反射利益的界分又使公权理论不断遭遇限缩权利保障的批评。

事实上,德国公权理论并非对上述问题毫无觉察。但其始终坚持“权利法定主义”的基本立场,其背后原因与其说是使权利受制于立法,毋宁是为个人的法地位和权利寻获确定的、稳固的、可准确探知的法律基础。亨克同样对此进行过细致描述:“今天在对行政的关系中,为个体创造一种原则性的、抽象的自由位置,其实并不重要。重要的是,将这种关系设定为稳固的法律关系,这种法律关系下会产生出个体特定的消极或积极权利。”^[93]自然法将个体权利诉诸抽象的、一般的、理想的自由,“自由与财产”(Freiheit und Eigentum)观念即是这种抽象自由的代表。但在公权论者看来,这种自由毫无轮廓可言,因此也根本无从把握。这一问题在行政作用和影响日益多样化的今天表现得更为突出,“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……结果,以‘自由与财产’一词为象征的先行于行政秩序规范的个人的法地位,最终是一个‘没有轮廓’的概念。这种‘无轮廓性’在社会关系和行政的作用形式已经复杂多样化的今天,更会因为单纯的附随性不利的大量出现而无限扩散。”^[94]当权利的轮廓和“射程”再无法准确确定时,“行政与私人间各种有法律意义的利益对立,就再无可能在实体法上被观念为一种实体权利。”^[95]而扩张到极限的一般自由权,其本质也与格奈斯特(Gneist)所持的公权否定说几

[90] 因主观权利的核心功能即为权利人提供“请求权基础”,因为公法中的主观权利对应的就是公权机关执行法律的义务,因此主观公权利又被称为“法律执行请求权”(Gesetzesvollziehungsanspruch)。

[91] Henke,见前注[6],第57页。

[92] Henke,见前注[6],第45页。

[93] Henke,见前注[8],第621页。

[94] 小早川光郎,见前注[5],第112页。

[95] 小早川光郎,见前注[5],第129页。

无差异,其最终带来的也许并非自由的扩张和保障,更可能是自由的自我否定。

“在法治国下,个人的主观公权利是其所拥有的合宪的法治国地位,它是必要的,可能的,但也同样需要更准确地获得发展。”^{〔96〕}为使其获得“更准确的发展”,个人的法地位不应被理解为抽象的、理想的、舍弃了具体内容的“不受违法侵害的自由”,^{〔97〕}它总要通过某种“连接点”(Anhaltspunkte)^{〔98〕}在客观法规范中寻获栖身之所。而对客观法的依赖性和系属性,又反过来为个人法地位的确定提供了稳定清晰的“超越情境式考量的坚实基础”。^{〔99〕}与此相应,为坚守这种“权利法定主义”的立场,公权理论在面临新的权利保护需求和新的利益类型时,都是回溯至请求权的解释框架下,“将行政作用现实中值得保护的利益翻译成实体法的语言。”^{〔100〕}尽管将个体权利的判定付诸于某种体系化的法教义时,会不可避免地会落入如下“宿命”：“受制于旧体系,而忽视了新纠纷类型值得以法解决;或者说虽然承认特定利益值得保护,但因为找不到适合于体系的构成而不得不否定权利保护”,^{〔101〕}但这种系于实证法、系于法律解释的权利判定方法,却使公法对个体值得法律所保护的权利的判定,不会随波于行政统制的现实或是不断扩张的权利保障需求。而且从德国法上个人主观权利不断扩张的趋向中,我们同样能够清晰地看到公权理论为克服自身问题所进行的努力。例如,保护规范理论要件的渐趋缓和开放,对基本权利在解释客观法规范时的价值定位作用的强调等等,这些努力也使公权理论始终处于一项持续发展的、开放性的法律创设之中。

(三)主观公权利与诉权:实体法与诉讼法的对置

如果说主观权利是对公民在实体法上的法地位的归纳的话,那么诉权就是其诉讼法上的投射。两者之间的关联性早已为私权理论所揭示:主观权利首先表现为实体的法律请求权,实体请求权的存立并不依赖于诉讼法的确认,诉权只是实体请求权的结果。申言之,实体请求权是核心,而诉权只是次生的、程序法上的设置。诉权和实体请求权上述关系的确认,又与现代法秩序从诉讼秩序彻底转向立法秩序有关。诉讼法秩序源自罗马法,在这种思考框架下,个人权利主要表现为纯粹的诉讼权能,并没有实体法上的请求权面向。^{〔102〕}但在整体法秩序转为立法秩序后,主观权利同样转化为法律所保障的权能,即实体法上的请求权。实体法上的请求权填充了诉讼权能中缺失的实质内容,而个体的法地位也因此收敛于具体的法律请求权中。此外,如上文所述,实体请求权和诉权在公法上对应格局的形成,又倚赖于诉权从“列举主义”转向“概括主义”:在概括主义模式下,私人针对行政应获承认的所有实体权利都被赋予了一般的诉讼可能,这就使诉讼权能最终为实体法上的请求权所吸收,私人对行政的法律关系也得以被整体理解为具有一般诉讼可能的实体请求权体系。

〔96〕 Henke,见前注〔6〕,第55页。

〔97〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第123页。

〔98〕 Bauer,见前注〔24〕,第775页。

〔99〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第4页。

〔100〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第105页。

〔101〕 小早川光郎,见前注〔5〕,第106页。

〔102〕 Henke,见前注〔8〕,第620页。

因实体请求权和诉权的上述关联,对于行政诉讼原告告诉权的判定,德国法同样是借由保护规范理论的适用,而将其回溯至实体法上的公权体系。在诉讼中,实体法以“当事人请求权要件的面目”出现;行政诉权的存立本身,包括其界限的确定都须诉诸个人与行政之间的实体性法律关系以及实体权利。由此,行政实体法和诉讼法彼此对应,且“最终都收敛于实体请求权的概念中。”^[103]而主观公权利作为横跨实体法和诉讼法的结构性概念,其对整体公法的统摄也在此展露无遗。也因为这种统一公法权利观的影响,不仅行政诉权被作为实体请求权的投射,连带德国整体的行政诉讼都被塑造为以保护公民主观权利为首要要义的主观诉讼。主观诉讼强调的是行政诉讼与民事诉讼的目的无异,都是在纠纷解决的框架下,对具体法律关系下个人得以向行政所主张的权能及其界限予以判定。由此,行政诉讼给予私人的保护不再是“行政本身为客观法拘束的反射”,而是客观法适用于行政与私人时的“主观化”结果。

但这种实体请求权与行政诉权之间因一种统一的公法权利观而形成的对照与关联,在与主观诉讼相对的客观诉讼中却无法看到。与主观诉讼将行政诉讼的对象聚焦于“当事人之间的权利或法律关系的存在与否”不同,客观诉讼的审查核心在于行政行为是否存在客观违法性。^[104]在此模式下,原告在诉讼中并非对具体法律关系下的相对方主张其实体权利,诉讼本质也只是为保障行政合法性而进行的国家内部控制。既然个人起诉只是为了服务于规制行政权的整体目标,那么原告地位在客观诉讼下也就只能被简单理解为起诉资格,其基础并非个人在实体法上的独立权利。相应地,客观诉讼对原告告诉权的界限也不是从实体请求权中获得,而更多是来自于司法的现实承载力和国家权力的内部划分。^[105]例如典型的实行客观诉讼的法国,为避免行政诉讼彻底滑向民众诉讼而同样以“是否具有利害关系”作为能否提起行政诉讼的限定,但其对“利害关系”的判定却并不回溯至实体请求权之下。因为并不严格要求原告拥有请求权基础,客观诉讼的确在相当程度上展现了“扩大救济的志向”,^[106]而且同样会产生“个人权利保护”的效果,但这种效果却只是“客观合法性监督”的反射,它并未给个人的主观公权利留下位置,因此体现的只是亨克所说的“法治国的内部面向”。

六、余论:统一公法权利观及其实现条件

公权理论曾被评价为是德国“法治国概念和现代公法体系的拱心石”“宪法和行政法中的结构性概念”“现代公法秩序构造中的核心设置”。^[107]这一理论对个人相对于国家独立法地

[103] 小早川光郎,见前注[5],第105页。

[104] Kopp/Schenke, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2005, Muenchen, 14. Aufl. § 42. Rn.27.

[105] Henke,见前注[8],第621页。

[106] 小早川光郎,见前注[5],第17页。

[107] Otto Bachof, Reflexwirkungen und subjective Rechte in oeffentlichen Recht, in: Otto Bachof/Martin Drath/Otto Goennenwein, Forschungen und Berichte aus dem oeffentlichen Recht, Gedaechnisschrift fuer Walter Jellinek, Muenchen,1955, S.289 ff.

位的确认,不仅饱含明确的立宪主义趋向,还引发了公法的哥白尼式转向。因为其本质上处理的是个人在法秩序之下的“基本位置”问题,所反映的是“个人之于国家的关系”。^[108] 主观公权利也因此并非是绝对确定的,“而是根据不同的有效法来塑造的可塑性的学理”。这种可变性也使这一理论成为“始终处于持续的发展过程中”“不断进行概念转型的法律创设”。^[109] 尽管不断遭遇苛责,但主观公权利存续至今,且始终居于德国公法的关键,这在相当程度证明这一概念所蕴含的深刻法学价值。这些价值非但未随时间流逝而消减,反而在现代行政下更显珍贵。尤其在现代行政作用效果不断扩散的背景下,公权理论通过在实证法中寻找连结点,并借由教义化的解释框架,来对公民法地位进行实证化把握方式,极大程度上避免了因个人自由的扩张所导致的自由的无轮廓和无边界,也避免了对个人权利的认定随波于斑驳芜杂的司法创造,或是不断膨胀的权利保护需要。

此外,主观公权利背后所代表的统一公法权利观,以及这种权利观对包括行政实体法和程序法在内的整体公法的统摄和影响,同样贡献了一种体系化的、教义化的公法权利思考和判定方式。如序言所述,我国司法审判对于公权理论以及与之紧密相连的保护规范的借鉴尚处开端,其意义也首先体现于:它借由一种稳定的教义学体系,为我国行政诉讼原告资格的判定提供了更清晰的分析框架。但公权理论的意义又绝不仅限于在行政诉权判定上为我们提供知识增量,主观公权利和保护规范理论所倡导的,将个人公法权利的判定引向“行政机关作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”^[110]的做法,在很大程度上改变了我们对于行政诉讼的权利保护仅局限于诉讼法领域的思考方式,进而启发我们转向行政实证法,借由实证法中的连接点,为个人法地位的确认和界限寻获更明确稳固的基础。从这个意义上说,德国公权理论对我国的借鉴意义,并不只是在行政诉讼原告资格的判定上提供域外经验,还在于它揭示了一种体系化的、一以贯之的公法权利观对于整体公法的统合性作用。因此,如果我们对于主观公权和保护规范的借鉴还只是局限于行政诉讼,局限于原告资格的判定,这种借鉴就仍旧是截断式的、便宜式的,我们也会遗失这一理论最重要的精华和价值。

但值得注意的是,德国公权理论历经复杂流变,已经形成自成一脉的完整体系。这个体系能够始终居于德国现代公法的核心,并与不断变化的行政现实相互符合,很大程度上倚赖于诸多外部条件。这些条件首先包括行政诉讼的概括主义规定,因为只有个人的实体公法权利具有一般的、概括的诉讼可能,实体法和诉讼法之间才能形成呼应并最终都统合于请求权的概念框架下。此外,基本权利对于主观公权利的辐射与影响同样是公权理论能够不断增值,且能够为新兴权利保障需求提供空间的重要原因。德国战后的公权理论和保护规范都强调基本权利对于解释客观法的“私益保护性”时的价值明晰、体系定位作用,而诸多新兴类型的主观公权的确认甚至是直接以基本权规范为媒介。这种做法的背后是希望借由基本权利内涵的“先国家

[108] Reinhart Koselleck, Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, Der Staat, Beiheft 6(1983), S.7 ff.

[109] Wilhelm Bauer, Urteilsanmerkung, Staats und Kommunal Verwaltung, 1947, S.393 ff.

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

性”与“先法律性”，防止主观公权利为立法随意处置。但反观我国，诉权列举主义的规范模式自1989年起延续至今未有实质变化，这就使我们即便引入了主观公权利的概念，其范围仍旧要为诉权要素所左右，实体法与诉讼法之间的断裂也仍旧无法彻底弥合；而宪法基本权利对于整体法秩序的“放射效果”的阙如，更有可能使我们在判定行政法规范的“私益保护性”时，趋向传统的严苛标准，而无法为扩张的权利保护需求提供教义空间。从这个意义上说，德国公权利理论虽然提示我们一种统一的公法权利观的重要价值，但要实现统一公法权利观对于整体公法的辐射和影响，却需要依赖诸多外在条件，而这些外在条件的阙如不仅为我们树立起效仿德国法的门槛，也在很大程度上限制主观公权利和保护规范理论在我国发挥功能。

Abstract: The public subjective right theory is the core of German modern public law, whose core is to reconstruct the legal status of individuals relative to the state under the framework of a rule-of-law state. It also makes right to be the overarching framework to understand and organize public law. Subjective public right has undergone complex changes in German law, making its meaning quite complicated and diverse. The introduction of this theory in China is limited to the determination of plaintiff qualification in administrative litigation at present. But the contemporary value of this traditional theory is more embodied in the following sense. According to the theory, the exploration of individual rights is to find the connection point in the black-letter law, and with the help of the interpretative framework and doctrine of the right of claim, a stable and clear empirical basis for individual rights can also be obtained. The value of the theory of subjective public rights also lies in the fact that it reminds us that a systematic concept of public rights has a dominant influence on the overall public law system, including administrative entities and administrative litigation.

Key Words: Public Subjective Right; Theory of Protection Norms; Unified View of Public Law Rights

(学术编辑: 彭 鋈)

(技术编辑: 孙竞超)