

请求权在行政法上的功能定位

王世杰*

摘要 在行政法学理和裁判的共同作用下,请求权成为我国行政法体系的结构要素。请求权不仅是行政诉讼原告资格的基础,有时也成为法院审查的重要内容。但请求权与行政法体系的适配性存疑。请求权的证成面临困境,请求权的必要性受到质疑,行政诉讼法从属于实体法也被当作先验的逻辑前提。功能上,请求权既可以对行政实体法律关系进行具体化,沟通实体法与诉讼法,也能作为行政诉讼的程序控制机制。在行政活动形式主导的行政法体系中,请求权经常被行政行为遮蔽。应该在明确行政行为和请求权功能射程的前提下,确立请求权的独特价值,实现二者的功能互补。具体而言,请求权与行政行为可以从不同视角对行政实体法律关系进行具体化。是否要用请求权沟通行政实体法与诉讼程序,属于立法政策范畴,不存在唯一结论,但请求权有利于协调实体法及其诉讼实施。而基于私人权利保护和彻底解决行政争议的需要,请求权和行政行为可以成为不同类型诉讼的程序控制机制。

关键词 请求权 公权利 行政诉讼 行政行为

引言

立足于行政机关和私人这两种不同的观察视角,对行政法规范与制度的理解也就有所区别:如果以行政权的运转为中心,以行政活动为观察重点,那么行政法就是行政机关的行为规范;而从私人的角度来看,行政法秩序则关涉私人相对于行政机关的法律地位。相应地,私人提起行政诉讼、请求法院撤销违法行政行为,^[1]既可以被理解为法院监督违法行政活动,也能被视作私人行使撤销请求权,以实现权利保护。目前,我国学者尝试建构的行政法体系总体

* 中央财经大学法学院讲师。本文系国家社科基金青年项目“法典化时代行政法的请求权构造研究”(项目编号:22CFX010)的阶段性研究成果。

[1] 除另有说明外,本文的行政行为是指通常所称的“具体行政行为”或“行政决定”。

上仍延续行政机关的视角,主要关注行政活动形式的改革和完善。^{〔2〕}但这不仅会忽视私人的实体法律地位,而且在行政诉讼中过度强调对行政行为的合法性审查,无法有效回应原告的权利保护需求与诉讼请求。^{〔3〕}究其原因,单一的行政活动形式视角遮蔽了权利要素,与《行政诉讼法》“保护公民、法人和其他组织的合法权益”的目的存在张力。

为了缓和私人权利保护与客观行政法体系之间的紧张关系,逻辑上更为融贯的做法可能是从私人与国家(行政)间的实体法律关系出发,将权利作为行政法的核心要素。晚近,以权利特别是请求权为路径的思考方式在我国行政法中初见端倪。但既有行政法理论或是致力于请求权的体系建构,或是关注请求权与行政诉讼权的关联。至于请求权在行政法中究竟具有何种作用,以及请求权与行政法体系之间的融洽性,学界尚缺乏探讨。本文尝试对我国行政法理论与实践有关请求权的认识进行反思,明确行政法中请求权的功能定位。在此之前,有必要对本文使用的相关概念进行说明。请求权是权利主体要求他人为一定行为的权能。当这种请求权依据行政法产生时,就是行政法上的请求权。它既不同于私人指向法院的诉权,也不同于私人针对行政机关的基础性公权利。作为私人针对所有行政机关的法律地位,基础性公权利受到侵害时会产生请求权。据此,权利主体可以要求行政机关为特定行为,以修复基础性公权利。当请求权无法直接实现时,私人有权通过行政诉讼获得保障。

一、行政法中请求权的形成

请求权的概念与体系源自民法。其后,请求权才被引入到行政法中,成为行政法体系的结构性要素。

(一)民法的请求权理论

民法的请求权肇始自罗马法的诉(actio)。所谓诉,是通过审判要求获得自己应得之物的权利。作为诉权法(Aktionenrecht)体系的基础,诉是实体权利和诉权的结合,既包括权利分配要素,也容纳了权利保护维度。^{〔4〕}法学的科学化和理论化、理性主义的拓展以及法典编纂加速了欧陆诉权法体系的崩溃,先于诉讼的实体法(权利)与规范主义观念渐次生成。^{〔5〕}然而,罗马法的诉既有悖于权利优先的实证主义法秩序,也混同了权利分配与权利保护要素,妨碍了民事实体法体系的建立。^{〔6〕}于此背景下,温德沙伊德(Windescheid)运用请求权对诉进

〔2〕 代表性的思考,参见赵宏:“行政法学的体系化建构与均衡”,《法学家》2013年第5期,第34—54页;朱芒:“中国行政法学的体系化困境及其突破方向”,《清华法学》2015年第1期,第6—18页。

〔3〕 参见杨伟东:“行政诉讼架构分析——行政行为中心主义安排的反思”,《华东政法大学学报》2012年第2期,第113—116页;赵宏:“法律关系取代行政行为的可能与困局”,《法学家》2015年第3期,第33—35页。

〔4〕 参见(德)马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第77页;马丁:“罗马法上的‘诉’:构造、意义与演变”,《中外法学》2013年第3期,第556—570页。

〔5〕 Vgl. Eugen Bucher, Für mehr Aktionendenken, AcP 186 (1986), S. 7 ff.

〔6〕 Vgl. Sebastian A. E. Martens, Actio, Action, Anspruch und Recht, JZ 2016, S. 1029.

行“翻译”，将权利保护要素从诉当中剥离。温德沙伊德认为，私人之间存在实体法上的请求权，它先于诉讼并独立于权利的诉讼实现。诉讼可能性并非请求权的构成要素，只是请求权的当然结果和实现方式。在温德沙伊德的理论体系中，民事实体法是由权利组成的秩序，诉讼的任务是实现实体法和请求权。^{〔7〕}

请求权理论奠定了德国民事实体法的基本框架，受温德沙伊德影响的《德国民法典》形成了以请求权为核心的规范体系。民事诉讼以请求权为基础，法院裁断私人之间的法律关系也主要以请求权为着眼点。私人指向法院的“请求国家救助的权利”虽然用于实现个人权利，但应从民事实体法中移除。^{〔8〕}正是在温德沙伊德的请求权理论中，民事诉权已然存在从萨维尼(Savigny)的私法诉权说向公法诉权说转变的契机。^{〔9〕}而将请求权作为阐明私人间法律关系的工具，也推动了民事实体法与诉讼法的分野。

(二)行政法中请求权的生成和演变

在行政法中讨论权利并不稀奇，但形成系统性的权利理论，并将其与司法实践相结合却是德国公法学的重要特征。学说史上，格贝尔(Gerber)早在19世纪中叶就已经开始将民法的权利概念运用于公法。然而，直至19世纪末20世纪初，以请求权为核心的公权利理论才初步形成。

格奥格·耶利内克(Georg Jellinek)最早建构了公权利的理论体系，他所谓的公权利主要是指请求权。其后，奥特玛·布勒(Ottmar Bühler)将公权利的研究从理论转向实践，提炼了公权利的判断方法。根据布勒的保护规范理论，公权利(请求权)是否存在取决于强制性的法规范、私益保护目的与援用可能性这三个要件。^{〔10〕}在行政诉讼实践中，权利侵害和请求权只是撤销诉讼的诉讼要件，法院在本案审理中通常只审查行政行为是否合法。由于请求权主要在诉讼要件中发挥作用，并通过诉讼形成，所以这种请求权也被称作“诉讼请求权”(prozessualer Anspruch)。^{〔11〕}

随着二战后宪法秩序更迭与行政诉讼概括主义的确立，民法的实体请求权体系才完整地引入到行政法中。以民法为模板，行政法的诉权法思维受到批判，对请求权的认知也被重构。借用亨克(Henke)的表述，民法用实体权利取代诉的历史既是制定法的历史，也是法官受制定法拘束的历史。自温德沙伊德以来，民法已经完成了这种转变，而公法要追赶上民法的步伐，

〔7〕 参见朱岩：“论请求权”，《判解研究》2003年第6期，第70—72页；金可可：“论温德沙伊德的请求权概念”，《比较法研究》2005年第3期，第112—121页。

〔8〕 Vgl. Bernhard Windscheid, Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, Neudruck 1969, S. 26 ff.

〔9〕 Vgl. Horst Kaufmann, Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, JZ 1964, S. 488.

〔10〕 详细介绍参见王世杰：“保护规范理论的始源形态——布勒公权论的再认识”，《行政法学研究》2021年第1期，第154—166页。

〔11〕 Vgl. Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl., 1991, S. 159. 这里所谓“诉讼请求权”并非否定请求权的实体法属性，而是指主要从诉讼法和诉讼程序的角度把握请求权。

也须将诉转变为请求权,将权利从诉讼形成转变为实体形成。^[12] 20世纪六十年代,鲁普(Rupp)率先对传统公权利理论发难,提出了在行政法中建构实体请求权体系的基本构想。鲁普区分受侵害的自由权和由此产生的请求权。他认为,权利只包括请求权与形成权。和民法的绝对权一样,自由权缺少意志力的要素,它并非真正的权利,只是个人的“地位”(status),是法律课予行政机关的自我拘束义务的集合。满足特定条件时,就可以从个人的地位中析出请求权。个人的地位可进一步分为消极地位和积极地位:消极地位受侵害者享有撤销请求权,能诉诸撤销诉讼排除侵害;而积极地位受侵害者具有法律执行请求权,该请求权可通过课予义务诉讼和一般给付诉讼实现。^[13]

其后,行政法的实体请求权理论完善为更加成熟的体系。特别是通过区分基础性公权利和派生性公权利,^[14]以及权利和权利的诉讼实现,理论上形成了“基础性公权利—请求权—诉权”的三阶段权利构造,请求权成为融贯行政实体法和诉讼法的关键要素。因为主要借鉴民法的实体请求权观念,并将请求权视作行政法的核心范畴,所以这种理论可被称为行政法的请求权模式。^[15]

(三)请求权在我国行政法中的兴起与适用

我国行政法理论与实践很早就强调保护个人权利。除了关于具体请求权如无瑕疵裁量请求权和结果除去请求权的讨论之外,^[16]也有学者尝试参照民法建构行政法的请求权体系。^[17]但是直到刘广明诉张家港市政府再审行政裁定案(以下简称“刘广明案”)之后,行政法上的请求权才进一步发展。在刘广明案中,最高人民法院将《行政诉讼法》第25条第1款中的“利害关系”置换为公权利受到侵害,运用请求权解决行政诉讼原告资格的判断问题。“只有主观公权利,即公法领域权利和利益,受到行政行为影响,存在受到损害的可能性的当事人,才与行政行为具有法律上利害关系,才形成了行政法上权利义务关系,才具有原告主体资格(原告适格),才有资格提起行政诉讼。”^[18]不仅如此,近来在部分履行之诉和给付之诉中,法院不

[12] Vgl. Wilhelm Henke, Das Subjektive Öffentliche Recht, 1968, S. 8.

[13] Vgl. Rupp (Fn. 11), S. 146 ff. 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95—102页。

[14] 对于这一组概念的其他用语,可参见徐以祥:《行政法学视野下的公法权利理论问题研究》,中国人民大学出版社2014年版,第65—71页;王锴:“行政法上请求权的体系及功能研究”,《现代法学》2012年第5期,第81—89页。

[15] Vgl. Andreas Funke, Falldenken im Verwaltungsrecht, 2020, S. 10.

[16] 参见王贵松:“论无瑕疵裁量请求权”,《学习与探索》2010年第5期,第123—127页;陈思融:“论行政诉讼补救判决的请求权基础”,《中外法学》2016年第1期,第100—115页;蒋成旭:“论结果除去请求权在行政诉讼中的实现路径:以霍菲尔德基本法律概念为视角”,《中外法学》2016年第6期,第1601—1617页。

[17] 参见徐以祥:“行政法上请求权的理论构造”,《法学研究》2010年第6期,第29—39页;王锴,见前注[14],第78—92页。

[18] 最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申169号。

再仅关注行政活动的合法性,也注重审查原告请求权基础是否存在。^{〔19〕}

围绕着典型裁判,行政法学界对于请求权形成了较为系统的认识:其一,肯定请求权的实体法属性。在权利侵害或行政诉讼发生之前,私人的实体请求权就已经存在。其二,区分请求权及其诉讼实现。如果权利遭受侵害,那么请求权主体能够直接或通过诉讼向行政机关主张、实现请求权。请求权是行政诉权的基础,可通过保护规范理论判断请求权和行政诉权。^{〔20〕}其三,面对以行政行为合法性审查为中心的行政诉讼,尝试借助请求权解决行政诉讼权利保护不足的问题。^{〔21〕}

二、反思请求权与行政法体系的适配性

在理论阐释和实践适用中,行政法上的请求权产生了诸多问题,引发了请求权与行政法体系是否适配的疑虑:行政法上的请求权如何证成,是否必要,其逻辑前提和构造是否契合行政法,等等。这一方面是因为行政法上的请求权以民法请求权为模板,所以自然会复制其弊端。另一方面,在行政活动形式主导的客观行政法体系中,如何安置请求权也存在疑问。

(一)请求权证成的困境

请求权的存在与适用要以相当完备的实体法为前提。“如果请求权要在某一体系中具备类似枢纽地位,这个体系首先必须具有清晰的基础权利规范和一一对应的请求权规范,否则将直接影响请求权的论证效果。”^{〔22〕}现代意义上的实体法是在摆脱诉讼和法院主导的条件下,将具体的诉讼或权利抽象为一般的生活规范才得以形成的。^{〔23〕}《德国民法典》正是把罗马法的诉改换成请求权,将诉讼体系转化为独立完整的权利体系才宣告完成。在权利和实体法规范外,法院通过诉讼程序持续解决纠纷,并经由这一过程不断形成新的实体法规范。^{〔24〕}所以

〔19〕 参见董紫平诉陕西省渭南市临渭区人民政府行政再审案,最高人民法院行政裁定书,(2020)最高法行再270号;吴惟唐等诉浙江省泰顺县人民政府行政再审案,最高人民法院行政裁定书,(2020)最高法行申5911号;章志远:《行政诉讼类型构造论》,法律出版社2021年版,第143—147页。此外,也有学者尝试运用请求权解释行政公益诉讼的构造,参见沈岩:“检察机关在行政公益诉讼中的请求权和政治责任”,《中国法律评论》2017年第5期,第75—82页。

〔20〕 参见王天华:“有理由排斥保护规范理论吗?”,《行政法学研究》2020年第2期,第35—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”,《行政法学研究》2020年第2期,第28—29页。

〔21〕 参见沙卫鹏:“监督行政对权利的影响——以《行政诉讼法》第1条为基础的解释学展开”,《交大法学》2021年第1期,第121—140页;周刚志、杜阳:“论行政裁判中的请求权方法”,《政治与法律》2021年第2期,第83—91页。

〔22〕 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”,《江苏行政学院学报》2017年第1期,第118页。

〔23〕 参见江伟、刘荣军:“实体法与诉讼法的关系要论——民事实体法与诉讼法分离的历史小考”,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第3卷),法律出版社1999年版,第338页。

〔24〕 参见(日)谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第67—68、70—71页。

即便在民法中,逻辑上完整的实体法体系也不存在。正因如此,民法的请求权基础往往不限于实定法,习惯法、学说乃至判例也都可被含括在内。

与民法相比,行政法的情形更为复杂。民法以主体间交互的权利义务关系为基础,以界分和协调主体间的利益为旨趣。在规范结构上,一方主体的请求权通常与另一方主体的义务相对应。而行政法以公益为指向,大都是调控行政机关行为的义务规范,即行政机关应该如何行为,在行为时应受何种约束。所以,私人权利不是行政法规范的主要结构要素,行政机关的义务无法自动对应于私人的请求权。^[25] 因此,往往不是行政实体法事先规定请求权,然后通过诉讼实现请求权,而是在没有实体权利规定的情况下,法院通过行政诉讼创制行政法规,以承认和拓展权利。^[26]

正是因为缺少以权利义务为要素的实体法体系,所以行政法上请求权的基础和推导方式并不确定,经常需要学理与司法实践构筑。一方面,行政法上请求权的基础不限于法律,也包括行政法规、规章、行政行为和行政协议。实定法以外的习惯法、行政法原则或宪法原则也能作为请求权的规范依据。^[27] 在田永诉北京科技大学案、张成银诉徐州市人民政府房屋登记案中,尽管法律未明确规定,但法院从正当程序原则中推导出,利害关系人对于不利行政决定具有申辩和陈述权。^[28] 另一方面,在推导方式上,行政法上的请求权时常被拟定,或由学理通过复杂的解释技术证成。以针对违法行政行为的撤销请求权为例,德国行政法学说史上存在迥异的推导方式:一是从受侵害的权利或基本权利出发,二是从行政诉讼法的规定出发,三是从法治国家原理出发,四是类推民法的排除妨害请求权,五是借助保护规范理论探求法规范的保护目的,等等。^[29] 而在我国关于结果除去请求权的讨论中,不仅请求权基础和证成路径并不确定,而且有学者将行政诉讼法有关补救判决或一般给付判决的规定当作请求权的辅助性规范基础。^[30]

(二) 多余的请求权

基础性公权利和派生性公权利是有关公权利的经典分类。前者又称为原权性公权利,类似于民法的绝对权。而后者则是以基础性公权利为前提的辅助性或救济性权利。据此,权利主体可以要求特定行政机关为一定行为。所谓请求权,一般是在派生性公权利的意义而言的。它既可以在基础性公权利受侵害时产生,也能够不依赖基础性公权利,由法律直接规定或

[25] Vgl. Dirk Ehlers/Hermann Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2022, § 12 Rn. 2 f.

[26] 参见余凌云:“法院如何发展行政法”,《中国社会科学》2008年第1期,第87—99页;何海波:《行政诉讼法》(第3版),法律出版社2022年版,第57—63页。

[27] Vgl. Andreas Funke, Ansprüche und Klagen im Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 52 (2019), S. 244.

[28] 参见《最高人民法院公报》1999年第4期、2005年第3期。

[29] Vgl. Peter Baumeister, Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, S. 6 ff.

[30] 参见陈思融,见前注[16],第100—115页;蒋成旭,见前注[16],第1601—1617页。

从行政法义务中推导而来。

基于行政法特别是行政诉讼的特殊性,在基础性公权利之外是否需要单独承认请求权,存在疑问。与萨维尼的实体诉权观不同,温德沙伊德之所以引入请求权,就是为了解释不以权利侵害为条件的权利保护。循此,民法请求权的产生并不依赖权利侵害,而是将权利的可诉性提前至权利产生之时。然而,行政机关原则上要首先介入法律关系,对法进行第一次适用,例如行政机关作出处罚决定或者拒绝给付。这就使得,行政法的权利保护原则上是事后性的,只有权利受侵害时才有权利保护的问题。^{〔31〕}所以在行政法中,请求权的作用在很大程度上被削弱了。

在其主要发挥作用的行政诉讼的判断中,请求权有时也被认为缺少独立价值。这在我国行政审判实践中表现得尤为明显。前已述及,最高人民法院认为,只有公权利受到侵害的主体才能享有诉权,并强调保护规范理论“将法律保护保护的权益与请求权基础相结合”。^{〔32〕}从中,我们似乎可以得出与德国法类似的“基础性公权利—请求权—诉权”的权利构造。但实际上,我国法院并未专门强调撤销诉讼中请求权的独立作用,而是更关注基础性公权利与行政诉讼权之间的联系。按照我国行政诉讼的制度设计,法院主要审查行政行为的合法性。请求权并不是我国行政诉讼的程序标的,反而更像是诉讼的产物。^{〔33〕}与之相似,日本法在从利益受保护推导出行政诉讼的过程中,实体请求权几乎不见踪影。撤销请求权有时也被解释为撤销诉讼的结果,有学者更是直接否定撤销请求权的实体法属性。^{〔34〕}即使是在德国,也有不少学者将撤销请求权当作行政诉讼的结果而非前提。^{〔35〕}

由此看来,在行政诉讼中,似乎应排除实体请求权,直接将基础性公权利受到侵害和以保护基础性公权利为目的的行政诉讼规定相连接。晚近,有学者甚至主张,应在私人与法院之间架构法律关系,承认私人可以直接向法院主张权利。这种权利以诉讼法为规范基础,以法院为义务主体,以法院的特定行为为客体。^{〔36〕}所以即便放弃了请求权,仍然能够将权利(即基础性公权利)作为行政诉讼的前提。私人在行政诉讼中的法律地位并不必然在实体法上有所对应,有时也可以基于对法规范的整体观察,从以权利保护为目的的诉讼法规定中产生。这种诉讼导向的权利构造略过了请求权,直接从基础性公权利进入到行政诉讼阶段,从而也就解除了请求权和行政诉讼制度之间的逻辑关联。

(三) 诉讼法从属于实体法作为请求权的先验前提

退一步讲,即使能够寻找到请求权证成的合理方法,承认请求权的独立价值,但请求权的

〔31〕 Vgl. Johannes Buchheim, Actio, Anspruch, subjektives Recht, 2017, S. 48 f.

〔32〕 最高人民法院行政裁定书,见前注〔18〕。

〔33〕 相似判断参见黄宇晓:“行政诉讼原告资格判断方法的法理展开”,《法制与社会发展》2021年第6期,第104页。

〔34〕 参见王天华:《行政诉讼的构造分析:日本行政诉讼法研究》,法律出版社2010年版,第77页;王天华:“主观公权利的观念与保护规范理论的构造”,《政法论坛》2020年第1期,第35页;同上注,第103页。

〔35〕 Vgl. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., 2019, § 10 Rn. 9, § 24 Rn. 3.

〔36〕 Vgl. Buchheim (Fn. 31), S. 25, 100 ff.

先验逻辑前提也会引发疑虑。实体请求权对于权利与权利实现、请求权与诉权的理解实际上以行政实体法和诉讼法之间特定的先验关系为前提。虽然温德沙伊德将诉权排除在民事实体法之外,但在他的请求权理论中,诉讼法从属于实体法,实体权利被视作第一位,权利的诉讼实现是第二位的(有权利,才有救济)。这是一种实体法一元论的立场。

然而,正如日本学者谷口安平所言,民事诉讼法单方从属于实体法只是对处于某个特定历史阶段的二者关系的描述。强调诉讼法对于实体法的从属以及法院依法审判是为了制约国家权力,避免法院恣意裁判。而“主张实体法乃至实体法上的权利是既存的、诉讼只是实现权利的手段的见解……仅仅讨论了近代市民法意义上的实体法与诉讼法的关系而已”。^[37] 实体法是对诉讼法及其他程序法进行一般化与抽象化的产物。虽然在逻辑上可以区分实体法与诉讼法,但是在实定法中,立法者并不一定会对这两类事项清晰切割、单独调整,诉讼法和实体法经常相互交错。此外,这种单方从属关系也忽略了诉讼法及其适用对实体法的反作用。最典型的例子就是,行政诉讼法的规定会影响行政行为的概念范围。

尽管如此,行政法学理有时还是对这种单方从属关系“照单全收”:行政诉讼法从属于行政实体法,以实现实体法为目的。行政实体法规定私人与行政之间的法律关系,而行政诉讼法无非是将这种实体法关系忠实地移植和呈现在诉讼法当中。诉讼法涉及诉讼过程中私人与法院以及法院与行政机关之间的关系,主要解决私人如何通过诉讼现实地获得和实现权利的问题。相对于行政实体法,行政诉讼法具有工具性或手段性。^[38] 体现在撤销诉讼中,这种单向度的从属关系意味着,“撤销诉讼被理解为实体请求权的贯彻手段而非纯粹的诉讼法制度”。^[39] 撤销请求权的要件由实体法规定,否则无异于否定撤销请求权的实体法属性。也正因如此,如果请求权不存在具体的实定法依据,就总是要诉诸行政法原则或习惯法。

行政诉讼法从属于实体法主要表现为请求权和诉权之间的关系。刘广明案之后,我国有学者主张,请求权是诉权存在的先决要件,只有请求权主体才具有行政诉权。例如赵宏认为“实体请求权是核心”,“诉权只是实体请求权的结果”,是“次生的、程序法上的设置”,“确定诉权要回溯到实体法中的请求权”,“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机关之间的实体法律关系以及实体权利”。^[40] 因此,公权利与保护规范理论只是在精准地确定诉权的范围,自然不会有限制行政诉权的问题。^[41]

在行政实体法与诉讼法这种单一的关系形态中,请求权将行政诉讼法的问题全部回溯到实体法,诉讼法的修正与偏离也都要以实体法容许为前提。所有的个人权利保护都以实体请求权为基础,权利保护或权利实现被置于边缘。这种单一关系使纯粹诉讼法制度的合理性受到贬损。若严格遵循诉讼法从属于实体法的立场,那么确认诉讼也须以确认请求权为基础。

[37] (日)谷口安平,见前注[24],第71—72页。

[38] Vgl. Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl., 2019, Rn. 809.

[39] 赵宏,见前注[20],第29页。

[40] 赵宏:“主观公权利的历史嬗变与当代价值”,《中外法学》2019年第3期,第664—665页。

[41] 参见王天华,见前注[20],第39—41页;赵宏,见前注[20],第19页。

在行政诉讼中也就必然存在要求行政机关承认某一法律关系存在与否,或者确认行政行为违法或无效的实体请求权。例如王锴认为,基于诉讼权保障的意旨、诉讼经济的考量以及行政诉讼制度的体系解释,德国多数学者承认行政法上的确认请求权。^[42]但这种观点有失偏颇。实际上,在民事诉讼中,消极确认诉讼并非以实体请求权为基础,而是为了确认法律关系以及由此产生的法律问题,一般只有确认利益而没有确认请求权。^[43]同样,行政确认诉讼也不是为了让行政行为的合法性或者某种法律关系获得行政机关的承认,而是为了使行政行为的合法性或某种法律关系经由裁判免于争议。所以在行政确认诉讼中,不存在实体的确认请求权。^[44]与之相似,虽然私人有权请求法院采取暂时性的权利保护措施,但理论上一般并不承认私人具有要求行政机关采取相应的暂时性权利保护措施的实体请求权。^[45]

(四)小结

上述三种争议固然挑战了行政法上请求权的正当性,但不构成排除请求权的实质理由。就请求权的证成而言,存在困难并不意味着要放弃请求权,而是对请求权的证成方法提出了更高要求。随着基本权利理论的完善和司法裁判的经验累积,请求权证成的困境逐步缓和。例如德国法基于基本权利理论构建了相对完善的公法请求权体系,能够实现对绝大部分请求权的妥善安置。^[46]而在我国,通过类推民法请求权或适用保护规范理论,从行政实体法规范中推导请求权的难度也有所降低。现如今,问题并不是否定请求权,而是如何为请求权的证成提供更为稳固的基础和方法。

相较之下,请求权是否必要以及请求权的逻辑前提是否合理这两种质疑更为尖锐:前者涉及请求权在行政法中能否被取代,是否具有独立的价值。而后者主要是在反思行政法上的请求权与行政诉权之间的单一决定关系。这两种质疑直指请求权在行政实体法和诉讼法中的功能。

三、行政法中请求权的三重功能

本文认为,行政法上的请求权主要具有三重功能:其一,请求权能够对私人与行政机关之间的实体法关系进行具体化。其二,请求权可以将行政实体法关系引接入诉讼程序,沟通实体法与诉讼法。其三,在行政诉讼中,请求权也可以作为法院审理对象,引导诉讼程序推进。

(一)行政实体法关系的具体化

通过肯定诉讼前权利存在的可能性,请求权可以形塑权利主体之间先于诉讼的实体法关系,确定主体间的权利义务分配。由于形成了个别的法律关系,所以请求权可以对主体间关系

[42] 参见王锴,见前注[14],第88—89页。

[43] 参见张卫平、李浩:《新民事诉讼法原理与适用》,人民法院出版社2012年版,第234—236页。

[44] Vgl. Steffen Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S. 26 f. 也可参见徐以祥,见前注[17],第34、38页。

[45] Vgl. Buchheim (Fn. 31), S. 124 f.

[46] Vgl. Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 358 ff.

进行明确化和具体化。基于限定法律关系和解决特定主体间冲突的功能,请求权也被视作法规范的冲突决定。^[47]

在民法中,对实体法关系的具体化可以由请求权单独进行。例如,债权请求权可以直接明确争议双方的权利义务关系。请求权也能与基础性权利或原权利相结合来发挥这种作用。作为基础性权利,支配权具有积极的分配面向和消极的排除面向。前者是指支配权为权利主体分配了可自由处分的领域,它通常被一般性的自由推定所包含(法不禁止皆允许)。后者是指权利主体为排除侵扰,能够通过主张规范,要求他人为一定行为,而实现排除功能的关键正是请求权。^[48]例如,物权尽管也对法律关系进行规定和描述,但由于义务人不特定,所以它仅表明权利主体的行为可能性,并未在特定主体间形成完整的行为秩序。与绝对权不同,物权请求权主要是对相关争议进行特定化、个别化,确定特定主体间的具体权利义务。可以看到,在基础性权利外之所以还需要请求权,是因为与基础性权利不同,请求权能够对法律关系进行具体化。只有请求权的存在,主体间的具体行为秩序才得以形成,绝对权的意义和完整性才得到保障。

作为私人针对所有行政机关的法律地位,基础性公权利是一种最优化命令(Optimierungsgebot),权利如何实现、实现到何种程度通常并不明晰。而行政法上的请求权主要用来确定私人与行政机关之间具体的实体法关系。行政法的要义是行政机关要恪守法律规定,保护私人权利。在行政机关违法侵害权利之前,就应确保行政机关受法律拘束,明确私人针对行政机关具有何种具体的行为可能性。如果权利受到侵犯,对权利人最好的保障是在没有法院的帮助下,通过私人与行政机关之间的直接对抗来恢复权利。^[49]这实际上将法规范的有效性个别化地交由权利主体。^[50]具有请求权的私人不再是纯粹的客体,而是能够要求行政机关为一定行为的主体。如果断然放弃实体请求权,不承认私人与行政机关之间的实体法关系,那么在进入到行政诉讼前,私人就不能请求行政机关为一定行为。推演结果必然是,权利只有经过诉讼才能得到保障(有救济,才有权利)。这在限缩法规范概念的同时也消解了私人的主体地位,“将行政机关尊重私人权利的行为当作法律上无法感知的善行”。^[51]

(二)沟通行政实体法与诉讼法

当权利无法通过向行政机关主张得到保障时,权利主体可以诉诸法院实现请求权。请求权的存在意味着权利主体能够启动诉讼程序,通过诉讼实现权利。实体法上的请求权既可以实现私人的权利保护,也能够沟通实体法和诉讼法,连接权利与权利的诉讼实现。

运用请求权沟通实体法与诉讼法源自温德沙伊德。虽然在他的请求权理论中,权利分配的实体要素从诉之中剥离,权利是否可诉落入诉讼法领域。但诉的实体要素和诉讼要素之间

[47] Vgl. Jan Schapp, *Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung*, 1977, S. 60 ff.

[48] Vgl. Klaue Adomeit, *Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche*, 1969, S. 26 f.

[49] See Andreas Funke, “Rights and Remedies in Public Law,” in Franz Hofmann and Franziska Kurz (eds.), *Law of Remedies: A European Perspective*, Cambridge: Intersentia, 2019, p. 72.

[50] Vgl. Buchheim (Fn. 31), S. 97 f.

[51] Funke (Fn. 15), S. 18.

的联系未被切断,而是通过请求权得以接续。请求权的存在同时也表明,权利主体可通过诉讼实现该规范,即请求权表征或内含了规范的可诉性。按照拉伦茨(Larenz)的说法,请求权“不仅表明一种客观(实体法)上的权利,而且也表明一个特定人针对他人的特定请求可以通过诉讼来主张和执行”,这是请求权“最重要的作用”。〔52〕通过表征权利的可诉性来沟通权利和司法救济,请求权连接了实体法关系和诉讼程序。

在行政法中,请求权对于实体法与诉讼法的沟通功能主要表现为,运用请求权判断行政诉讼的原告资格。自布勒开始,德国有关公权利的讨论就已经从理论阐释转向诉讼实践,探求请求权的主要目的是确定行政诉权。请求权形塑了私人与行政机关之间先于诉讼的实体法关系。权利受侵害时,私人可以请求行政机关恢复受损权利。如果行政机关未履行义务,私人能诉诸行政诉讼。私人可以向行政机关要求的,自然可以向法院主张;可以请求行政机关撤销行政行为的主体,也能要求法院撤销行政行为。〔53〕行政诉权是私人的实体请求权在诉讼中的投射:诉权的存在、范围和界限由请求权确定。在行政诉讼中,请求权具有主导性,权利侵害充当着请求权的形成要件。

刘广明案之后,我国法院运用请求权识别第三人的行政诉讼原告资格,关注的也主要是请求权的诉讼面向。“撤销判决本身也需从实体法的请求权教义中获得基础:个人在撤销诉讼中所主张的,是其在实体法上拥有的‘请求撤销违法行政决定的请求权’,撤销判决则是这种请求权的最终实现。”〔54〕也有法官直言:“行政诉权来源于行政基础性请求权,来源于法定权利和正当利益的请求权。法定权利和正当利益是请求权的原因,是请求权的上游,诉权是请求权的下游,没有请求权就没有诉权。”〔55〕之所以强调请求权,无非是借助请求权在基础性公权利和司法救济之间建立关联,以使实体法与诉讼法得以呼应、相互整合。〔56〕

然而,承认请求权能作为诉权的基础,沟通行政实体法与诉讼法,并不意味着请求权对于诉权具有排他的决定性。实体法形塑主体之间的关系秩序,诉讼法的目的则是使静态的实体法得以在特定时间和空间的维度展开,实现实体法的“内在生命”。〔57〕只有将实体法和诉讼法视为相互关联的整体,才能从实质上理解权利和法律状态。〔58〕虽然诉讼法是为了实现实体法,但同时也保有一定的自主性和选择权。诉权作为诉讼法的制度,立法者既可以将其与实体法的请求权形成关联,规定只有请求权主体才具有诉权,也可自由确定诉权的判断方法。但基于诉讼法实现实体法的基础功能,实体法承认的请求权,在诉讼中必须得到有效的保护。这意味着,具有请求权的主体自然享有诉权。所以,行政诉权至少应为权利受侵害者提供保护,

〔52〕 (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(上册)》,王晓晔等译,法律出版社2004年版,第322页。

〔53〕 Vgl. Buchheim (Fn. 31), S. 12 ff.; Funke (Fn. 15), S. 15 ff.

〔54〕 赵宏,见前注〔20〕,第28页。

〔55〕 程琥:“行政法上请求权与行政诉讼原告资格判定”,《法律适用》2018年第11期,第25页。

〔56〕 参见徐以祥,见前注〔17〕,第29页;赵宏,见前注〔40〕,第664—665页。

〔57〕 参见江伟、肖建国主编:《民事诉讼法》(第八版),中国人民大学出版社2018年版,第16—17页。

〔58〕 参见(德)沃尔夫冈·策尔纳:“实体法与程序法”,载(德)米夏埃尔·施蒂尔纳编:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第103—114页。

是否可以扩展及于其他主体由诉讼法自主决定。比较法上,基于保护他人利益或公共利益的需要,特定范围的私人可以提起行政公益诉讼也是较为普遍的做法。但是,这种逾越实体请求权的诉权应属例外,否则无异于通过诉讼法消解实体法。如此才能既区分实体权利和诉权,也避免二者绝对分离。

(三)行政诉讼程序的控制

除诉讼准入外,请求权还可以成为诉讼审理对象,引导诉讼程序的推进,这可被称为请求权的诉讼程序控制功能。根据诉讼或判决类型的不同,请求权的功能展开有所差异。

在撤销诉讼中,行政机关侵害了私人的基础性公权利(消极地位),撤销请求权是以恢复基础性公权利为目的的救济性权利。撤销请求权既可以由私人直接向行政机关主张,也可以通过诉讼实现。只有撤销请求权存在,原告才适格。撤销诉讼的目的不仅是实现撤销请求权,也是为了保护基础性公权利。诉讼过程中,法院需要对原告是否具有撤销请求权进行审查。但是,由于法秩序对公共利益的偏重保护、对法安定性的维护(如行政行为的形式存续力)或者对实体利益的倾斜保护(如行政行为程序瑕疵的治愈),撤销请求权在行使过程中可能会受到限制甚至被排除。

与撤销诉讼相比,课予义务诉讼和一般给付诉讼等给付诉讼的实体法结构的特殊性在于,私人具有针对行政机关的给付请求权(积极地位),当行政机关违法拒绝给付,侵害给付请求权时,私人可通过诉讼实现请求权。在此情形中,基础性公权利和派生性公权利、私人受侵害的权利和请求实现的权利是同一权利。^[59] 给付诉讼中的权利侵害是由于行政机关违法拒绝给付或不完整给付,导致私人的给付请求权并未实现。给付诉讼的关键在于,判断原告的给付请求权是否存在。

至于行政法中的确认诉讼,可进一步分为法律关系诉讼与行为诉讼。^[60] 德国行政法中的确认诉讼属于前者。此类诉讼并非是为了实现确认请求权,而是为了保护基础性公权利,基础性公权利受到侵害只是启动权利保护的要件。^[61] 我国行政法中的确认诉讼是就行政行为的违法或无效的确认而言的,属于行为诉讼。在功能上,违法确认诉讼是撤销请求权或给付请求权行使存在障碍时的补充机制。例如,根据《行政诉讼法》第74条第1款第1项,虽然撤销请求权存在,但基于公私利益权衡的考量,撤销请求权应被排除或不能行使。而根据《行政诉讼法》第74条第2款,当撤销请求权或者给付请求权因缺少标的无法实现时,也有确认诉讼适用的余地。至于不受起诉期限约束的无效确认诉讼,实质上是对因期限届满无法实现的撤销请求权的例外肯定。

上述分析表明,请求权可以作为行政诉讼的程序控制机制,引导不同类型诉讼程序的进行。行政诉讼的目的是确保请求权的实现,在给付诉讼中是为了实现给付请求权,在撤销诉讼

[59] Vgl. Funke (Fn. 15), S. 38.; Rainer Wahl/Peter Schutz, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Werkstand: 39. EL Juli 2020, § 42 Abs. 2 Rn. 53.

[60] 参见王贵松:“论我国行政诉讼确认判决的定位”,《政治与法律》2018年第9期,第16页。

[61] Vgl. Fischer (Fn. 14), S. 53 ff.

中是通过撤销请求权保障基础性公权利的完满。而在违法确认诉讼中,由于不存在实体的确认请求权,所以无论是法律关系诉讼还是行为诉讼,都是为了保护基础性公权利。

四、请求权和行政行为的功能比较

在请求权进入行政法视野之前,行政活动形式是行政法体系的重要结构性要素。行政法经常被视作行政机关的行为规范,行政诉讼则是为了审查行政活动的合法性,确保依法行政原理的实现。行政行为既可以明确具体的法律关系,也能够沟通实体法与诉讼法,并对诉讼程序进行控制,从而在诸多方面遮蔽了请求权。为了在行政法中准确定位请求权,需要对比请求权和行政行为在完成上述功能时的效用。

(一)行政行为对请求权的遮蔽

在传统行政法中,行政机关作出行政行为,单方确定个案中私人 and 行政机关之间的法律关系,私人权利保护也主要围绕着行政行为展开。事前的行政活动和事后的权利救济经由行政行为结合成为完整的行政法体系。由于行政行为兼具实体法和诉讼法面向,^[62]所以无论是在实体法关系的具体化,还是在开放权利救济和调节诉讼程序方面,行政行为都发挥着关键作用。

首先,行政行为可以对行政实体法关系进行具体化。法规范的一般性在保障平等和自由的同时,也存在着法律关系抽象、不确定的问题。为了排除法规范的不安定性,通常需要由行政机关通过行政行为对法律进行具体化,将抽象的规范转化为个别行为,适用于个案。借助行政行为,一般的、抽象的法律关系得以具象化为特定的权利义务,私人与行政之间也就形成了拘束性的具体法律关系。在行政法理论中,这被称作行政行为的具体化和个别化功能。^[63]对此,我国有学者准确指出,行政行为作出之前,私人与国家之间存在一种处于不确切状态的权利义务关系。而行政行为作出后,二者就形成了具体的权利义务关系。行政行为的作用正在于“把已经产生但尚未明确、固定的行政法律关系内容予以明确化”。^[64]

其次,行政行为具有沟通实体法与诉讼法的功能。行政行为既可以在具体法律关系中确保法的安定性,也能将私人与行政机关之间的法律关系交由法院裁断,从而将行政实体法关系引入诉讼程序。行政行为主要通过两种方式沟通实体法与诉讼法:其一,借助行政行为确定行政诉讼的主体范围。根据我国《行政诉讼法》第25条第1款,“与行政行为有利害关系的公民、法人或其他组织”可以提起诉讼。理论上一般认为,负担行政行为的相对人原则上具有诉权。我国法院以往也根据权利义务受到行政行为的实际影响来确定第三人的原告资格。其

[62] Vgl. Wolfgang Schur, Anspruch, absolutes Recht und Rechtsverhältnis im Öffentlichen Recht entwickelt aus dem Zivilrecht, 1993, S. 109 f.

[63] 参见赵宏:《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践研究》,法律出版社2012年版,第61—63页。

[64] 张旭勇:《行政判决原论》,法律出版社2017年版,第57页。

二,行政行为也可以成为行政诉讼受案范围的确定标准。这是行政行为沟通实体法与诉讼法的主要表现。在传统行政法理论中,行政行为不仅是行政执行的名义,更是私人开启权利救济,进行权利保护的基础。20世纪六十年代列举制废除之前,德国行政诉讼实践的惯常做法是行政机关的活动只有被定性为行政行为,才能进入诉讼。德国联邦行政法院认为,“行政行为的概念是行政法学的目的性创设。它的目的是确保公民针对公权力得到有效的权利救济。因此,在解释这一概念时,公民的权利保护需求至关重要”。〔65〕此后即便废除了列举制,为了扩张权利保护,德国行政法理论也经常创造新的概念,以便将其归入行政行为。例如,强制措施的运用或立即执行措施被称为隐含的容忍处分(konkludente Duldungsverfügung),属于行政行为的子类型。也有学者将不满足行政行为的要件,但从相对人角度看具备行政行为外观的行为视作“仅形式性的行政行为”(der nur formelle Verwaltungsakt)。〔66〕同样,我国行政法也主要通过拓宽行政行为的概念外延来扩大行政诉讼的受案范围。现如今,尽管行政行为作为开启行政诉讼受案范围的排他性地位早已动摇,但只要被定性为行政行为,行政活动就可成为诉讼对象,所以行政行为仍具有咬合实体法与诉讼法的功能。

最后,行政行为也具有诉讼程序控制功能。我国行政诉讼向来以行政行为为中心,不同类型判决以行政行为存否作为分辨准据。行政诉讼程序的设置如原告请求、被告抗辩、法院审理与裁判都围绕着行政行为的合法性展开。〔67〕在撤销判决中,行政行为的定性及合法性判断是行政诉讼的关键环节,法院“审理的核心问题不是公民、组织权利主张是否成立,而是行政行为是否合法”。〔68〕除撤销判决外,履行诉讼、给付判决、确认判决等也都以合法性审查为原则。例如,履行判决的审查重点在于仿照撤销判决,判断行政机关的“不履行”或“拖延履行”是否合法;〔69〕对于因明示拒绝行为而产生的诉讼,法院也主要围绕拒绝行为的合法性进行审理。〔70〕

(二)请求权与行政行为的的功能互补

鉴于行政行为 and 请求权在功能上可能重叠,所以应在明确二者作用领域的前提下,确立请求权的独特价值,实现请求权与行政行为的的功能互补。

1. 实体法关系具体化中私人视角的补充

实体法关系的具体化源自法的社会控制和行为引导功能。法只有提供具体的行为规则,相关主体才可明确安排自身行为。而法院施加制裁的诉讼规则,通常是补救行为引导功能失

〔65〕 BVerwGE 34, 248 (250).

〔66〕 Reimund Schmidt-De Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999, S. 29 ff.

〔67〕 参见肖响:“试论人民法院审查具体行政行为合法性的原则”,《中国法学》1989年第4期,第30—36页;杨伟东,见前注〔3〕,第112—113页。

〔68〕 杨伟东:《权力结构中的行政诉讼》,北京大学出版社2008年版,第80页。

〔69〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第七版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第531—532页。

〔70〕 参见钱佳:“行政诉讼类型化转型中明示拒绝行为审理规则的重构——以新行政诉讼法实施后某直辖市300件行政诉讼案件为样本的考察”,《法律适用·司法案例》2018年第10期,第104页。

灵时的辅助措施。^{〔71〕}

虽然行政行为 and 请求权都可以对实体法律关系进行个别化,但二者的观察视角和体系功能有所差异。传统行政法立足行政权,主要从行政机关的角度呈现法律制度。行政机关可以单方作出具有拘束力的行政行为,并自行强制实现其内容。如果将行政机关的这种单方决定权当作行政机关针对私人的“请求权”,那么撤销诉讼实质上是私人对行政机关的“请求权”的防御。^{〔72〕}因此,传统行政法即便强调权利保护,也主要是指事后救济,私人先于诉讼的实体法地位被无视。

而请求权则将规范实施的权限交由私人,承认诉讼前私人主张权利的可能性。这无疑凸显了私人的主体地位,更易强化私人对规范实施和行政过程的主动控制作用。例如,2021年修订的《行政处罚法》第63条将“没收较大数额违法所得”纳入听证权的范围。在此之前,没收较大数额违法所得是否需要听证仅由行政机关决定。同样,根据《个人信息保护法》第46条之规定,更正、补充个人信息不仅能由行政机关主动进行,而且个人也可以确保规范实现。在这两种情形中,肯定私人的请求权,就意味着相关程序也可由私人启动和推进。在没有法定排除事由的情况下,私人的利益不能由行政机关任意处分。

作为法秩序提供的不同具体化机制,行政行为 and 请求权在实体法关系具体化的过程中不具有排他性,二者可以相互补充,共同构成观察行政活动的复合视阈。坚持单一的行政行为视角,排除私人的请求权,无疑会削弱行政过程中私人的法律地位。^{〔73〕}此外,由于行政行为只是行政活动的一种行为方式,对于行政行为以外的其他类型行政活动,为明确和具体化相关行政法律关系,更有肯定请求权的必要。也正是在这种意义上,不能否认行政法中请求权存在的独立价值。

2. 协调实体法及其诉讼实施

在受案范围和行政诉权这两个方面,请求权和行政行为可以相互结合,协调实体法及其诉讼实施。

行政诉讼的受案范围涉及何种争议可以由法院解决。我国《行政诉讼法》第12条采取的是“行政活动形式+合法权益”的组合方式。除基础性公权利外,合法权益也包括请求权,如信息公开请求权和行政赔偿请求权。由于无法穷尽所有活动形式和权利类型,所以各立法例鲜少仅依据行政活动方式或单纯列举权利来确定受案范围。

虽然行政行为能够确定行政诉权的主体范围,但其射程仅限于行政行为的相对人,而且实际上仍取决于相对人的防御权(相对人理论)。至于第三人的诉权,我国行政法借助请求权进行判断,从而也就要在请求权与诉权之间形成逻辑关联。但问题是,这种关联具有何种意义?行政诉权主要解决哪些主体可以通过诉讼实现实体法的问题,即诉权与法规范实施资源的分

〔71〕 参见(英)哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第36—39页。

〔72〕 因此,撤销诉讼更类似于民事诉讼中的执行反对之诉,vgl. Schapp (Fn. 48), S. 159.

〔73〕 参见张钊盛:“行政法学另一种典范之期待:法律关系理论”,《月旦法学杂志》第121期(2005年),第61—63页;赵宏,见前注〔3〕,第34页。

配有关。是否要依据实体法分配司法资源,涉及如何理解行政实体法和诉讼法之间的关系。实体法和诉讼法的关系既取决于司法权的地位,也有赖实体法的抽象化程度,不同国家、不同法领域的诉讼法和实体法之间的关系形态有所不同。^{〔74〕}即便承认行政诉讼法从属于实体法,但具体要依据实体法的何种要素来分配规范实施资源,也不存在唯一答案。比较法上,德国的权利受侵害者诉讼(Verletztenklage)从请求权推导诉权。借助诉讼实施规范之所以要回归实体法,是因为行政诉讼法对于实体法的严格从属性是德国行政法学的支配性观点。在同样适用保护规范理论的欧盟法中,行政诉权虽然也取决于利益是否受法规范保护,但法规范与利益之间的联系较为松散,请求权鲜少出现。^{〔75〕}而在法国的利益者诉讼(Interessentenklage)和英国的诉权法体系中,行政诉权的认定或是诉诸值得保护的利益,或是要求存在“充分利益”。哪些主体可以主张实体法内容,提起诉讼是否须依据实体法,有时甚至主要由法院裁量。^{〔76〕}

就此看来,如何确定行政诉权属于立法政策的范畴。但依据请求权确定行政诉权的优势在于,实体法一般性、抽象性地确定了行政诉权以及法规范的诉讼实施主体。将行政诉权判断回归行政实体法规范,可以协调实体法和诉讼法,确保实体法规范和规范的诉讼实施相互协调。而请求权,正是确保这种一致性的工具。我国有些学者支持引入保护规范理论,也多立足于这一点。例如王天华认为,“原告是否与行政行为有利害关系,本不该以行政诉讼法为评价基准;《行政诉讼法》的确规定了‘利害关系’,但那不过是一个向行政实体法的‘超级链接’”。^{〔77〕}而法国的利益者诉讼和英国的诉权法体系实际上将规范实施问题推迟到诉讼阶段,并根据原告起诉时的利益状况判断诉权,这就使得实体法规范和诉讼实施机制之间存在冲突风险。^{〔78〕}

3. 类型化的诉讼程序控制机制

基于不同诉讼类型在实体法结构上的差异,诉讼程序的控制机制也应有所区别。在涉及消极地位的撤销诉讼中,为了恢复受到侵害的基础性公权利,私人主张撤销请求权以排除违法行政行为。但是通过审查行政行为的合法性,同样能撤销行政行为,保护受损权利。于此,行政行为的合法性审查和请求权审查属于一体两面,二者可相互替代。

而在与积极地位有关的给付诉讼中,原告的基础性公权利和派生性公权利具有同一性。

〔74〕 参见(日)中村宗雄:“我的裁判理论”,载(日)中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第38—45页。

〔75〕 Vgl. Astrid Epiney, Rechte Einzelner im EU-Umweltrecht, Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht 15 (2017), S. 223 ff.

〔76〕 有关法国的行政诉权, vgl. Jacques Ziller, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich, in: Armin von Bogdandy/ Peter Michael Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IX, 1. Aufl., 2019, § 130 Rn. 83. 关于英国的行政诉权,参见(英)威廉·韦德、克里斯托弗·福赛:《行政法》(第十版),骆梅英等译,中国人民大学出版社2018年版,第521—536页。

〔77〕 王天华,见前注〔20〕,第41页。

〔78〕 Vgl. Buchheim (Fn. 31), S. 96 f.

严格来说,原告提起诉讼并非因违法履行行为侵害其基础性公权利,而是因为原告要求行政机关作出特定行政行为的请求权未被满足。〔79〕德国《联邦行政法院法》第42条和第113条对撤销诉讼和课予义务诉讼进行一体性规定,法院受理案件、进行实体裁判均以行政行为违法和原告权利受到侵害为前提。〔80〕德国通说将请求权当作行政诉讼的诉讼要件和本案要件,行政诉讼主要围绕请求权展开;撤销诉讼的重点是审查撤销请求权是否存在,而课予义务诉讼也必须以履责请求权为裁判基础。但由于撤销诉讼和课予义务诉讼在实体法结构上存在差异,所以课予义务诉讼援用行政行为违法致权利侵害的说法具有误导性。诉讼实践中,课予义务诉讼存在请求权审查模式和违法性审查模式的区分。前者重点审查原告的请求权是否存在和实现,后者则要依次审查行政不作为违法、权利侵害以及裁判时机的成熟性。所以即便是采用违法性审查模式,也要判断原告请求权是否存在。这两种审查模式都强调请求权的核心作用,仅在审查步骤上存在差异。〔81〕

刘广明案之后,虽然我国法院也对原告是否具有请求权进行判断,但其实益限于行政诉权的认定。在本案审理阶段,由于合法性审查被扩张至所有判决类型,所以请求权的诉讼程序控制功能受到限缩。例如在给付判决中,理论上仍然延续行政行为的合法性审查视角。有学者将给付判决的适用要件设定为基础法律关系成立,给付义务存在以及行政机关拒绝或拖延履行义务。然而,他一方面认为公民请求行政机关履行的给付义务必定源于给付请求权,另一方面却只从基础法律关系中推导出行政机关的给付义务,私人的给付请求权被忽视。〔82〕相较之下,最高人民法院的裁判切中肯綮,即应从行政实体法关系出发,判断作为给付判决基础的给付请求权是否存在。〔83〕

与给付判决相比,履行判决中的请求权更被忽视。我国行政法理论通常围绕行政活动的合法性,将履行判决的适用条件设定为:被告负有法定职责,该职责具有履行的必要性和可行性,被告无正当理由不履行或者拖延履行。但若只审查履行行为的合法性,笼统地要求行政机关履行法定职责,回避了原告的诉讼请求,容易使诉讼程序往复循环,无法实质解决争议。〔84〕从实体法的角度来看,履行判决的关键并非拒绝行为或不履行行为的合法性,而是原告的履责

〔79〕 Vgl. Jost Pietzcker/Nikolaus Marsch, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Werkstand: 39. EL Juli 2020, § 42 Abs. 1, Rn. 91; Detterbeck (Fn. 45), S. 207.

〔80〕 德国《联邦行政法院法》第42条第2款规定:“除法律另有规定外,只有当原告主张因行政行为、拒绝作出行政行为或不作为侵害其权利时,起诉才具有容许性。”第113条第1款第1句规定:“行政行为违法并由此侵害原告的权利时,法院得撤销该行政行为 and 相关的复议决定。”

〔81〕 Vgl. Stephan Meyer, Rechtswidrigkeits- oder Anspruchsaufbau bei der Verpflichtungsklage?, Jura 2020, S. 211 ff.

〔82〕 参见黄锴:“行政诉讼给付判决的构造与功能”,《法学研究》2020年第1期,第68—70页。

〔83〕 参见杜三友等人诉临汾市政府不履行给付待遇案,最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申3461号。

〔84〕 参见王幼华诉洪山区政府不履行法定职责案,最高人民法院行政裁定书,(2018)最高法行申5484号;何海波,见前注〔26〕,第584页。

请求权是否存在,即重点判断原告请求被告履行法定职责的理由是否成立。^{〔85〕} 具体而言,法院应首先判断法规范是否为行政机关设定了义务,然后确定原告的履责请求权是否存在。^{〔86〕} 一旦履责请求权存在,法院即可要求行政机关作出私人请求的特定行为。若行政机关仍有裁量余地,法院还要确定原告是否具有无瑕疵裁量请求权。而裁判时机成熟实际上指的是履责请求权所需的事实条件或权限条件得到了满足。^{〔87〕} 与以请求权为核心的判断方法相比,我国既有理论和裁判实践实际上将履责请求权的判断转化为法定职责和裁判时机成熟等要素。

可以看出,行政行为的合法性审查与客观诉讼具有天然的契合性。而请求权更聚焦私人的法律地位,行政诉讼的权利救济面向也得以凸显。因此,如果更强调监督行政和客观诉讼,那么就应该以行政行为为中心设计行政诉讼。如果更偏向权利保护和主观诉讼,法院审理就应该围绕着原告的诉求和请求权展开。在我国主观诉讼主导的行政诉讼体系中,毋宁应根据诉讼目的和实体权利构造的差异,将行政行为 and 请求权确定为针对不同类型诉讼或判决的程序控制机制。在消极地位受侵害的撤销诉讼中,排除违法行政行为与权利保护实属一体两面。而在积极地位受侵害的给付诉讼中,仅审查行政行为的合法性无助于彻底解决争议,法院应围绕原告的实体请求权“彻底裁判”。^{〔88〕} 因此有学者认为,行政行为的合法性审查原则的作用空间应主要“体现在原告诉请撤销行政行为的案件之中”。^{〔89〕}

综合上述,行政行为 and 请求权可以相互结合,实现功能互补。首先,请求权具有的实体法关系具体化的功能可以为行政法律制度增加另一种观察视角,这种补充可以明确私人在实体法关系中的主体地位。其次,请求权能够协调行政实体法及其诉讼实施,避免实体法和诉讼法的冲突。最后,基于实体法结构的差异,可以将行政行为 and 请求权分别作为不同类型诉讼的程序控制机制。在有关消极地位的撤销诉讼中,行政行为 and 请求权具有可替换性。在有关积极地位的诉讼程序中,与行政行为的合法性审查相比,围绕着请求权推进诉讼更容易回应原告的诉讼请求,更利于实质解决纠纷。

五、结 语

虽然我国行政法主要运用请求权明确法规范的可诉性,协调实体法规范及其诉讼实施,但若止步于此,请求权的存在必要性就值得怀疑。由于行政实体法和诉讼法关系的复杂性,以及实体法和诉讼程序之间沟通机制的多样性,以何种方式分配法规范实施资源并不存在唯一答

〔85〕 参见章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第283—284页;梁君瑜:“行政诉讼履行判决的构造与边界”,《北方法学》2021年第4期,第104页。

〔86〕 Vgl. Christian Quabeck, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, S. 76 f.

〔87〕 Vgl. Fischer (Fn. 14), S. 213 ff.

〔88〕 这种区分,也可参见黄先雄:“行政诉讼‘程序空转’现象的多维审视”,《法治研究》2023年第1期,第57页。

〔89〕 杨伟东,见前注〔3〕,第117页。

案。更何况,请求权在我国的行政诉权判断中只具有辅助性的说明意义。之所以在行政行为和基础性公权利之外还要承认请求权,是因为请求权能从私人法律地位的角度对行政实体法关系进行具体化,将国家权力运转重构为具体的权利义务关系。这不仅能强化行政程序中私人的主体地位,也有利于诉讼过程中纠纷的彻底解决。

面对长期浸淫在行政权和行政管理视角下的行政法,试图完全摒弃既有体系,借助请求权毕其功于一役解决行政法的所有问题并不现实。我们可以在维系既有行政法体系的基础上,渐进引入请求权。在此过程中,不仅要注意请求权概念自身的问题,^[90]也须考虑请求权与既有行政法体系的适配性。只有在持续的动态调试中,才能建立一种“既回归精致逻辑又能够满足行政法特殊性的请求权理论”。^[91]

Abstract: With the joint impact of administrative law theories and court decisions, claim (or *Anspruch* in German) has become a structural element of China's administrative law system. Claim not only serves as a benchmark for judging the standing in administrative litigation, but is also an important element of judicial review from time to time. However, there are doubts about the suitability of claim and administrative law system: the proof of claim faces difficulties, the necessity of claim is doubted, and the subordination of administrative procedure law to administrative substantive law is treated as an a priori logical premise. Functionally, claim can not only concretize administrative substantive legal relationship, bridge administrative substantive law and administrative procedure law, but also can serve as a procedural control mechanism of administrative litigation. In the administrative law system dominated by forms of administrative activities, claim is often obscured by the administrative act. The unique value of claim can only be discovered under the condition of clarifying the functional range of claims and administrative acts. Specifically, claim and administrative act can be combined with each other to concretize administrative legal relationships from different perspectives. Whether to use claims to bridge the administrative substantive law and administrative procedure law belongs to scope of legislative policy and there is no exclusive conclusion. Instead, based on the need for right protection and thorough settlement of disputes, claims and administrative acts can be procedural control mechanisms for different types of administrative litigations.

Key Words: Claim; Public Right; Right of Administrative Litigation; Administrative Act

(责任编辑:彭 鐸)

[90] 我国民法学界对请求权概念与作用的反思,参见梅夏英、邹启钊:“请求权:概念结构及理论困境”,《法学家》2009年第2期,第49—55页。

[91] 朱新力等,见前注[22],第116页。