

保护规范理论适用批判论

成协中*

摘要 保护规范理论与德国基本法确立的权力分立体制和高度重视权利保障之司法传统具有高度的契合性。但保护规范理论在我国的引入存在较大的逻辑断裂和价值张力。一是行政诉讼的主观诉讼功能定位,尚需要更充分的论证;二是保护规范理论蕴含的个人主义假定与个人在我国公法上的积极能动的法权地位也不一致;三是保护规范理论的适用可能造成司法保护范围的限缩;四是保护规范理论适用所要求的基本权利的辐射效力、敏感于权利保障的法解释技术、高强度的司法审查标准,在我国当下亦难满足。如此,保护规范理论的引入,不仅难以实现利害关系判定客观化的预期目标,更会导致宪法赋予行政诉讼的权力监督和权利保障的双重功能严重萎缩。

关键词 保护规范理论 主观诉讼 客观诉讼 合法权益 行政诉讼

一、问题的提出

随着立案登记制的引入和推进,行政诉讼立案难的问题在我国得到了基本解决。但在行政案件数量大幅增长的同时,从事行政审判工作的法官数量并未出现明显增加,案多人少的窘境在不少地方愈发严重。尤其是司法实践中,一些与自身合法权益没有关系或者与被投诉事项没有关联的“投诉专业户”,利用立案登记制度降低门槛之机,反复向行政机关进行投诉并进而向法院提起诉讼。江必新副院长指出:“这些人为制造的诉讼,既干扰了行政机关的正常管理,也浪费了法院有限的司法资源,也使得其他公民正当的投诉权利受到影响。”〔1〕在此

* 中国政法大学法学院教授。本文系国家自然科学基金重大项目“行政诉讼类型制度的构建研究”(项目编号:19ZDA163)的阶段性研究成果。

〔1〕 江必新:“论行政诉讼法司法解释对行政诉讼制度的发展和创新”,《法律适用》2018年第7期,第4页。

背景下,不少学者主张运用保护规范理论来解决法院在原告资格判断上的不确定性问题。在刘广明一案中,最高人民法院明确引入保护规范理论,提出“以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,是否要求行政机关考虑、尊重和原告诉讼请求保护的权益(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。”〔2〕在此后的诸多判决中,法院都运用保护规范理论来分析起诉人的原告资格,结果通常都是否定起诉者的原告资格。〔3〕

尽管保护规范理论通过诉诸实体法能够为原告资格的判断提供更具操作性的说理工具,但对于该理论的适用与我国行政诉讼制度功能的融洽性,对于该理论的适用所需要的理论和制度储备,以及对于该理论可能造成的实践后果,学者和法官尚欠缺深入的论证和分析。保护规范理论绝非一个价值中立、放之四海而皆准的普适性理论,其适用具有严格的制度背景,对于司法解释技术具有高度的依赖性。本文的反思主要围绕如下几方面展开:①保护规范理论的适用前提是主观诉讼的功能假定,这一前提在我国是否成立?②保护规范理论的哲学前提是个人主义,即假定个人能且只能为了专属于自身的权利而请求司法权的干预,这一前提在我国能否成立?③保护规范理论适用的后果,是否能够实现对合法权益更充分更有效的保障?④保护规范理论适用的诸多理论前提和制度装置,在我国当下能否得到满足?

基于对上述问题的反思,本文拟对我国学术界和实务界倡导的保护规范理论适用提出批评。本文的分析旨在强调,保护规范理论及其背后的主观公权理论,与德国基本法确立的权力分立体制和高度重视权利保障之司法传统具有高度的契合性。其在我国的适用可能面临诸多理论上和制度上的困境。如果欠缺对这些困境的清晰认知,保护规范理论的引入极有可能造成“削足适履”的尴尬境地,不仅难以实现学者所期待的利害关系判定客观化的目标,更会导致宪法赋予行政诉讼的权力监督和权利保障双重功能的严重萎缩,进而沦为实践中立案登记制下法院摆脱案多人少困境的一招利器。

二、主观诉讼的功能假定是否成立

保护规范理论适用的前提是主观诉讼的功能假定,即行政诉讼的首要目的是保护私人在公法上的合法权益,而非捍卫行政的合法性和客观法秩序。“如果行政诉讼的制度目的在于保障行政合法性,那么原告适格本身甚至都没有存在的必要。”〔4〕因此,如果要讨论保护规范理论在我国行政诉讼中的引入,首要前提是论证我国行政诉讼是一种主观诉讼。刘广明一案的判决也关注到了这一点,指出:“现行行政诉讼法在确定原告主体资格问题上,总体坚持主观诉

〔2〕 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。

〔3〕 如邓巧年与兴化市国土资源局行政登记一审行政裁定书,(2017)苏1202行初165号;大连市企业信用担保有限公司与庄河市国土资源局房屋抵押登记一审行政裁定书,(2017)辽0283行初73号;陈钟山与诸暨市住房和城乡建设局、诸暨市好易德商贸有限公司二审行政裁定书,(2017)浙06行终374号。

〔4〕 王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社2010年版,第55页。

论而非客观诉讼理念,行政诉讼首要以救济原告权利为目的,因此有权提起诉讼的原告,一般宜限定为主张保护其主观公权利而非主张保护其反射性利益的当事人”。〔5〕但最高法院对这一点并未展开具体分析,而是直接给出了结论。这一结论是否可靠呢?

(一)主观诉讼与客观诉讼之区分

主观诉讼与客观诉讼作为大陆法系国家常用的一种诉讼功能划分,对于体系性地认知和解释行政诉讼规范,具有重要意义。从比较法的视角观察,主观诉讼与客观诉讼的区分标准有二:一是诉讼目的,二是法律争议的性质。德日侧重从诉讼目的的角度来界定主观诉讼。“在日本,通说性理解是,所谓主观诉讼,是指以保护个人权利利益为目的的诉讼;而客观诉讼,是指以保障法规的客观公正适用或一般公共利益为目的的诉讼。前者仅有个人权利利益者才能起诉;而后者则不限于此,有时即使是没有直接的利害关系者,在法律上也广泛认可一般民众和选民等提起诉讼。”〔6〕在法国,主要从法律争议的性质来区分主客观诉讼。狄骥提出,如果法官面对的是客观法问题,那么该诉讼就是客观诉讼;相反,如果法官面对的主观权利问题,那么该诉讼就是主观诉讼。瓦利纳(M. Waline)提出,凡是向法官提出的问题完全是要判断一项法律行为或一项实体操作与法律规则的一致性,这就属于客观诉讼;相反,凡是向法官提出的问题在于判断一项行为或活动与原告的主观权利之间的一致性,那么其就属于主观诉讼。〔7〕从诉讼目的的角度来区分主客观诉讼,经常引发争议,因为权利保障与权力监督在行政诉讼中的地位经常难分伯仲。“在现实中,两种审查模式从未以彼此互斥、对立的方式存在,毋宁欧洲境内所有的行政诉讼制度都同时追求并实现这两项目标。这些制度彼此区别之处仅在于,要优先实现哪一项目标;事实上,实现一项目标的同时往往也会达成另一项目标,而成为附带效果。”〔8〕

尽管法国的越权诉讼被视为是一种客观诉讼,而且最高行政法院在二战之后将向最高行政法院提出上诉的权利,以及提起越权诉讼的权利视为法的一般原则,〔9〕但其从未承认,这种诉讼权利是向所有人开放的,换言之,是一种民众诉讼(Une action populaire)。法国越权诉讼的诉的利益判定,可以用泰勒(M. Jacques Théry)先生的一句话来概括:“为了证成具有提起越权诉讼之诉的利益,原告应当证明被攻击的行为对他的影响足够特别、确定和直接。”〔10〕为了判断诉的利益的性质,法院运用的是利益圈理论。这是舍诺(Chenot)先生在1950年2月10日的Gicquel这一案件中提出的:“原告应当位于被完整界定的利害关系人的种类之中

〔5〕 见前注〔2〕。

〔6〕 王贵松:“信息公开行政诉讼的诉的利益”,《比较法研究》2017年第2期,第20页。

〔7〕 M. Waline, “Vers un reclassement de recours du contentieux administrative”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1935, p.205.

〔8〕 (德)克劳斯·芮内特:《德国行政诉讼功能角色之变迁》,吕理翔译。本文系德国联邦行政法院院长克劳斯·芮内特于2016年3月31日于台湾地区最高行政法院发表的演讲文稿,我国台湾地区司法网网, <https://www.judicial.gov.tw/work/work03-11.asp>,最后访问日期:2019年10月25日。

〔9〕 CE ass., 17 févr. 1950, Dame Lamotte.

〔10〕 Conclusion sur CE Sect. 28 mai 1971, Damasion, Rec.391.

……这并不要求其所主张的利益对原告而言是自身的、特别的,但是其应当位于判例所承认的那些宽泛的利益受影响的团体之中,但这个圈子又不能扩大至全国性团体的边界之内。”〔11〕

因此,客观诉讼并非不要求提起诉讼存在权益受损的前提,而是对诉的利益的判断不诉诸实体法上的权利根据,而更多依赖行政行为的影响范围来进行判断。因此,客观诉讼与主观诉讼的核心差别在于:诉的利益判断是否局限于“主观权利”受损,以及法院的审查和裁判权限是否受制于原告之主张。主观诉讼模式下,对诉的利益的判断主要通过诉诸实体法的解释寻找其权利基础,而客观诉讼模式下对诉的利益判断主要通过确认行为的法律后果来实现。

(二)《行政诉讼法》第2条不能作为主观诉讼功能定位的规范基础

我国《行政诉讼法》第2条规定:公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。这一条款经常被视为证成我国行政诉讼属于主观诉讼的规范依据。〔12〕

笔者对此持否定态度。首先,从前文关于主观诉讼与客观诉讼的比较可以看出,原告提起诉讼是否要求权益受损并非区分主观诉讼与客观诉讼的主要标准。在法国的越权之诉中,起诉人仍必须主张被诉行为对其利益造成了“特别、确定和直接”的损害。法国越权之诉被视为客观诉讼,核心特征在于法院的审查对象是行政行为之合法性。诉的利益只是司法权启动的一个诱因,一旦程序启动,行政法官之审查并不围绕原告之权利主张是否成立,而是围绕行政行为的合法性而展开。

其次,从文义解释来看,本条使用的“合法权益”既包括权利,也包括合法利益。如果将这种合法权益解释为仅包含具有实体法根据的主观公权利,至少从形式上看,属于一种语义限缩。权利需要以实体法规范为前提,但合法利益是否必须具有实体法上的根据,存在较大的解释空间。我国台湾地区于1998年修改“行政诉讼法”时,将旧法中“损害其权利者”修改为“损害其权利或法律上利益”,被视为扩大权利保障范围的重要改进。根据台湾地区司法院行政诉讼制度修正委员会第8次会议记录,“行政诉讼权利保护要件之诉讼利益应予扩张;《行政诉讼法》第1条之有关规定,宜修改为权利或法律上之利益受侵害者得提起行政诉讼”。当时多数委员认为关于诉之利益,《现行法》第1条仅提及权利侵害者,而未提及法律上之利益。此次行政诉讼之改进,其重要目标既在扩大人权保障之途径与范围,自应扩张权利以外之重大而直接之利益。因而在“权利”下加上“法律上之利益”。〔13〕

最后,对于本条的解释,还应当结合行政诉讼的审查对象、裁判方式,特别是行政诉讼的宪法根据来展开。无论是从本条的字面含义出发,还是对行政诉讼法进行体系解释,将本条作为论证我国行政诉讼是主观诉讼的根据都是不充分的。这也是不同学者对于我国行政诉讼的模

〔11〕 CE, 10 février 1950, Sieur Gicquel, requête numéro 1743, rec. p. 100.

〔12〕 如于安:“发展导向的《行政诉讼法》修订问题”,《华东政法大学学报》2012年第2期,第96—101页;薛刚凌:“行政诉讼法修订基本问题之思考”,《中国法学》2014年第3期,第229—246页。

〔13〕 陈柏霖:《论行政诉讼中之“公法上权利”——从德国法与欧盟法影响下之观察》,元照出版社2014年版,第169—175页。

式定位存在认知分歧的根源。^{〔14〕}

(三)对合法性审查原则的重新解释

1989年《行政诉讼法》第5条规定:人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。几乎所有的著作和教材都将对行政行为进行合法性审查的原则作为行政诉讼的基本原则或者特有原则。在2014年行政诉讼法修改过程中,有一种意见认为,应当将合法性审查原则降格为合法性审查规则。理由是:第一,修订前的行政诉讼法构建的是一种以撤销诉讼为中心的诉讼体系。对于撤销诉讼而言,需要对行政行为合法性进行审查。对于给付诉讼和确认诉讼,针对的诉讼标的不是行政行为的合法性。第二,将合法性审查原则降格为规则,放在撤销判决部分,能够体现撤销诉讼的审查重点。但最终立法者没有采纳这一建议,“原因之一在于还是要坚持强化行政诉讼制度监督的功能定位”。^{〔15〕}江必新副院长认为:“对行政行为进行合法性审查是行政诉讼的基本原则,必须继续保持。”^{〔16〕}其特别提出:“作为一种独立于民事诉讼的诉讼制度,行政诉讼从一开始产生就具有了监督行政机关依法行政和维护行政法律秩序的客观功能。这种客观功能来源于法院对行政行为合法性的全面审查,而不拘泥于原告的诉讼请求。”“取消合法性审查原则,可能导致法院和行政机关一起‘审原告’”。^{〔17〕}

合法性审查原则在行政诉讼中的确立和维持,体现了行政诉讼作为一种司法审查的根本性特征。首先,该原则确立了法院对行政权进行监督的边界,将法院之审查权局限于行政行为之合法性(一般不涉及行政行为的适当性问题)。其次,该原则也指引了法院的审查和裁判权的范围,即法院之审查范围不局限于原告的诉讼请求,“在原告的诉讼请求之外,法院如果在审查过程中发现行政行为其他方面违法的,也要作出相应的判断”。^{〔18〕}最后,合法性审查原则也能够为我国行政诉讼受案范围的边界确定提供另一种可能的方案:正如德国行政诉讼以《德国基本法》第19条第4款所确立的权利保障条款为基础,确立了以主观公权利保障为使命的诉讼架构,我国行政诉讼如果植根于《宪法》第41条所确立的投诉控告权,那么行政诉讼法所确立的合法性审查原则就能够推导出以行政行为涉法作为判断司法权介入的标准和媒介。即只要行政行为涉法,就应接受法院之司法审查,除非法律明确排除对此种行为之司法审查。如果承认合法性审查原则在行政诉讼法中的基础性地位,那么也很难将我国的行政诉讼定位于一种主观诉讼。

(四)我国宪法中并无《德国基本法》第19条第4款的功能等同条款

在德国法上,“行政诉讼制度的任务是保护人民的主观权利、对抗来自国家的侵害。此项任务划分之依据是《基本法》第19条第4项。该项规定具有体系决定的意义,并且

〔14〕 如梁风云就认为我国行政诉讼制度主要是一种客观诉讼。梁风云:“行政诉讼法修改的若干理论前提”,《法律适用》2006年第5期,第72—75页。

〔15〕 童卫东:“加大司法审查力度,强化对行政权力的监督”,载江必新主编:《贯彻〈中华人民共和国行政诉讼法〉专题讲座》,人民法院出版社2015年版,第96页。

〔16〕 江必新主编:《新行政诉讼法专题讲座》,中国法制出版社2015年版,第14页。

〔17〕 同上注,第15页。

〔18〕 江必新,见前注〔16〕,第14页。

形塑造行政诉讼制度：在行政法院进行的诉讼救济就是权利的保障（Rechte-Schutz）。”〔19〕那么，如果将我国行政诉讼定位于主观诉讼，我国的行政诉讼是否具有同样或类似的宪法基础呢？

根据对我国行政诉讼法立法史的考察，我国行政诉讼立法的主要宪法基础是《宪法》第41条，即“对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利”。1983年在起草《海上交通安全法》时，时任全国人大常委会法制工作委员会副主任顾昂然念宪法的前述规定时还特别解释：“任何国家机关和国家工作人员”就包括了行政机关和行政机关工作人员，其中的“控告”就是行政相对人可以向法院起诉，民诉法（试行）规定行政诉讼的根据是宪法。〔20〕行政立法研究组1987年起草的《行政诉讼法》（试拟稿）第1条（立法根据）更是明确规定：中华人民共和国行政诉讼法根据《宪法》第41条的规定，结合我国行政案件审判工作的实际情况制定。尽管最后通过的《行政诉讼法》将此条改为“根据宪法”，但难以否认《宪法》第41条是我国行政诉讼法的宪法基础。

如果认可这一判断，那么可以看出，该条与德国基本法作为主观诉讼宪法根据的第19条第4款存在明显差异。从结构和体系上看，《宪法》第41条确立了作为基本权利的“申诉、检举和控告”权。从文义来看，此种权利行使针对的显然是“任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为”，其并未要求个人“权利受损”。宪法学者多将此条款解释为监督权和请求权。许崇德将《宪法》第41条的六项权利分为监督权和请求权两类，其中控告权属于请求权的一种。〔21〕胡锦涛、韩大元也赞同此种分类，但将控告权归为监督权的范畴。〔22〕林来梵则认为，《宪法》第41条属于监督和救济的混合条款，其中，“对国家机关或国家机关公务人员的批评权、建议权、检举权属于真正监督权的范畴”，而“控告权、申诉权和获得赔偿或补偿权则应该属于权利救济权才对。”〔23〕

因此，从《宪法》第41条的内容和性质上，无法直接得出个人提起诉讼需要以主观权利受损为前提，以及法院的审查以维护个人主观权利为首要目的。因此，从《宪法》第41条的文义来分析，其难以作为确定我国行政诉讼主要是主观诉讼的宪法基础。当然，我国宪法后来陆续增加了“国家尊重和保障人权”“建设社会主义法治国家”等条款。从这些条款中推导出“有权利必有保障”和“在法院接受裁判的权利”亦有可能。但此种解释可能会面临两方面的质疑：首先，这些条款是在行政诉讼法通过之后陆续加入，其能否作为论证我国行政诉讼功能定位的原初依据，似可斟酌；其次，即使从上述条款可以做如上解释，其依然面临着与《宪法》第41条的衔接问题，即“权利保障”与“权力监督”功能之间的价值排序。

〔19〕 芮内特，见前注〔8〕。

〔20〕 顾昂然：《我向政府官员宣读宪法》，载中国普法网，http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2009-04/07/content_1071622.htm，最后访问日期：2019年10月10日。

〔21〕 许崇德主编：《宪法学（中国部分）》，高等教育出版社2005年版，第388页。

〔22〕 胡锦涛、韩大元著：《中国宪法》，法律出版社2016年版，第272—276页。

〔23〕 林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2011年版，第399页。

三、保护规范理论背后的个人主义与我国公法是否相适

保护规范理论适用的一个潜在逻辑是个人只能基于救济自身主观权利之目的而请求司法权的介入。此种逻辑所蕴含的个人主义观念是保护规范理论及其背后的主观公权理论被法国公法学者批评的焦点。那么,保护规范理论在我国的引入,也必然面临这种个人主义与个人在我国公法上的法权地位是否吻合的质疑。

(一)保护规范理论背后的个人主义

“保护规范的纳入与诉讼的整体定位相关,是行政诉讼主观化后的必然结果。”^{〔24〕}在德国学者看来,行政诉讼之所以只能用于保障主观公权利,而不能扩张至个人利益,根源在于公法规范并非都是为了保障个人利益而设置。“因此,当法律课予行政公法上义务时,其义务的主要目的也是为了‘不特定多数人’之‘公益’。故‘特定个人’不得为其‘私益’而请求行政机关履行其义务。纵使特定个人因此而受有利益,也仅属反射利益。”^{〔25〕}因此,在德国法上,不承认个人具有法律执行请求权,特定个人不得请求国家机关履行其义务。原告只能对一个由法律赋予他的或者——基于一项基本权利——他本人直接拥有的权利提出主张,而不可以主张他人或者其他团体的权利。市民不应借助一个行政诉讼,把自己变成公共利益的“卫士”,并由此把行政法院卷入对公共利益的不同阐释的冲突中。^{〔26〕}“主观权利保护模式的反面涵义是:在不涉及人民主观权利的地方,行政法院不得进行审查控制——‘没有原告之处即没有法官’再次被印证。”^{〔27〕}在此种主观诉讼模式下,个人只能在主观权利受损时请求司法干预。在违法行为尚未对个人的主观权利造成侵害时,个人无权请求司法的干预。

(二)保护规范理论及其背后的主观公权理论遭遇的法式批评

德国法通过保护规范理论来区分主观权利与反射利益,并将行政诉讼的范围局限于主观公权利受到侵犯之情形,受到了以狄骥为代表的法国公法学者的强烈批评。这种批评主要集中于以下几个方面:

1.完全是对私法概念的继受

在19世纪末,围绕公法的基础概念和体系,曾经产生主观主义和客观主义两种不同观点。米舒(Michoud)提醒,“在公法领域,斗争是发生在两部分人之间,一部分是试图维护那些古老的私法概念……,另一部分则认为这些概念不充分、随意,过于形式化,试图用一些更接近社会现实的概念来代替他们”。^{〔28〕}尽管将私法领域的概念应用于公法有助于实现公法的精细化

〔24〕 赵宏:“保护规范理论在举报投诉人原告资格判定中的适用”,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2018年第5期,第12页。

〔25〕 陈柏霖,见前注〔13〕,第38页。

〔26〕 (德)弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》(第5版),莫光华译,法律出版社2003年版,第242页。

〔27〕 芮内特,见前注〔8〕。

〔28〕 L. Michoud, La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine, RGA 1911, t.3, p.258.

建构,但这种对私法概念和思路的借鉴,遭到了不少公法学者的批评。狄骥批评说:(对私法概念和理论的)这种继承、转化和延续会使法律产生惰性;将公法放在那些严苛的、陈旧的框架中,法学家束缚了他们对社会生活的快速、深刻和不间断的变化的适应性。^[29] 奥里乌也批评说,将公法“类比于私法”是“选择了错误的道路”,未能揭示“公法学的真实基础”。^[30]

2. 与公法的不适应性

保护规范理论及其背后的主观公权理论,将个人向法院提起诉讼之条件局限于那些实体法具有保护个人利益指向之情形。依据此种限定,行政机关做出的规则制定行为,显然不能成为越权之诉的对象;个人可以提起诉讼的对象,通常仅限于那些影响个人主观权利之个别行为。奥里乌在关于 Commune de Massat 和 Chabot 等判决的评论中指出:“尽管某些人仍然认为直接的、个人的利益,会使得提起的越权诉讼具有可受理性,即所主张的利益必须严格属于起诉人个人的利益,而不能是公共秩序的利益。由此产生的结果是,他们将越权诉讼视为本质上是个体性质的诉讼,而非一种公共诉讼,在这种诉讼中,利害关系人是为了所有人的利益而提起的诉讼……。然而,这种观念完全受到了批判”“不能再维持那种严格个人主义的越权诉讼观念。很明显,实际上,这种诉讼是良好行政的一种方式,是一种行政内省的诉讼程序,这是一种公共诉讼或民众诉讼,个人用它来开展为了所有人的利益的活动。”^[31] 狄骥亦明确承认:“越权诉讼是一种客观法的手段,其唯一的目的就在于撤销一个违反了合法性的行为。”^[32] “这种诉讼方式使公民得以更加广泛而又直接地参与到保障公共权力的良性运作的事业中来,而不必通过选举议员来制定一般性规则这种迂回曲折的方式。任何利害关系人,哪怕只是同这种行为之间有一种道德性的、间接的关系,都可以向行政法院提出起诉。”^[33]

3. 对主观权利与反射利益的区分不具有可操作性

狄骥在构建其客观法学说时,致力于清除行政行为法律效果中的主观主义因素,反对行政行为会因行政机关的主观意图而创设主观权利或仅仅产生反射利益的观点。狄骥指出,将主观权利与反射利益对立起来虽然“更有学术价值的但同时也是完全虚构的”;^[34] 这种区分不具有可操作性,“最终只会得出一些不稳定的、专断的结论”。^[35]

(三) 个人积极能动法权地位需要得到司法保障

保护规范理论和主观公权理论背后隐含的是个人的一种消极的、被动的法律地位:其能且只能在主观公权利受损时请求司法权的介入。“因为一方面而言,公民个人并不是公共利益的

[29] V. L. Duguit, L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris, Dalloz, 2003, repr. de l'ouvrage paru en 1901, pp. 1-15.

[30] M. Hauriou, Principes de droit public, Paris, Larose et Tenin, 1910, p.330.

[31] S. 1904, 3, p.1.

[32] Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, t.III, 3e éd., de Bocard, 1930, p.773.

[33] (法)莱昂·狄骥:《公法的变迁》,郑戈译,中国法制出版社2010年版,第151页。

[34] V. L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 1re éd., t.1, pp.180-181.

[35] V. L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 1re éd., t.1, p.236.

适格的‘卫士’；另一方面，行政法院也不是评价公共利益的适当的机构。”^{〔36〕}在奉行自由主义和三权分立传统的国家，保护规范理论及其背后的主观公权理论具有高度的适应性，其与个人主义的法律传统和分权制衡的价值理念是高度自治、逻辑统一的。

但私人在我国公法中的地位，似乎难以局限于这种消极的、被动的法律地位。主要理由包括以下几个方面：第一，我国多项宪法规范规定了人民管理国家事务、社会事务的权利。如我国《宪法》第2条第3款规定：“人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。”此款规定为公民个人参与管理国家事务、经济和文化事业、社会事务提供了宪法依据，也为立法机关设定了制定相关立法保障此种权利的法定义务。第二，我国行政实体法中有大量鼓励社会参与的相关条款。如《行政许可法》第65条、^{〔37〕}《城乡规划法》第9条第2款。^{〔38〕}这些投诉举报制度的设立，显然主要不是为了保护投诉人、举报人自身的合法权益，而是通过动员社会力量参与行政执法，维护公共秩序。“在现代社会风险治理中，政府规制也越来越依赖于社会执法(social enforcement)，有赖于社会普通公众举报其发现市场和社会上的违法线索，有赖于违法组织内部的个人就所在组织的违法违规行为加以举报。”^{〔39〕}③在理论上，行政法从传统的自由防御型向利害调整型的转变，会更加强调利害关系人甚至公众在行政过程中积极地位。“为了提升行政决定的合理性，有时甚至还会邀请一定的专家和公众代表参与到调整程序之中。程序的参与主体有时比有资格提起行政救济的主体范围要广。”^{〔40〕}“在宪法并未赋予个人一般的法律执行请求权的前提下，为回应民众对国家行政的期待和要求，推动行政主体积极履行职责义务，一方面要健全国家内部的行政执法监督机制，另一方面，则必须不断充实和发展个人在行政法上请求权机制。例如在环境保护、安全监管、消费行政、社会保障等与个人的生存和发展密切相关的行政领域，均有承认个人具有一定的权利保护请求权的必要。”^{〔41〕}“将对个人利益的保护和救济与对不作为的监督和纠正结合起来，通过赋予个人请求行政作为的法律权利，达到促使行政机关积极作为的有效目的，这已经被各国法律制度实践所证明。”^{〔42〕}正如耶林所指出的：“法律与正义在一个国家茁壮成长，仅靠坐在法庭上不断努力的法官，仅靠警察局派出的密探，还远远不够，还需要每个人尽其所能地加以协助。”^{〔43〕}

因此，无论根据确认人民管理国家和社会的权利的宪法规范和鼓励投诉举报的行政

〔36〕 刘飞：“行政诉讼类型制度探析——德国法的视角”，《法学》2004年第3期，第48页。

〔37〕 个人和组织发现违法从事行政许可事项的活动，有权向行政机关举报，行政机关应当及时核实、处理。

〔38〕 任何单位和个人都有权向城乡规划主管部门或者其他有关部门举报或者控告违反城乡规划的行为。城乡规划主管部门或者其他有关部门对举报或者控告，应当及时受理并组织核查、处理。

〔39〕 宋华琳：“论政府规制中的合作治理”，《政治与法律》2016年第8期，第22页。

〔40〕 王贵松：“作为利害调整法的行政法”，《中国法学》2019年第2期，第102页。

〔41〕 鲁鹏宇、宋国：“论行政法权利的确认与功能——以德国公权理论为核心的考察”，《行政法学研究》2010年第3期，第56页。

〔42〕 杨小君：“试论行政作为请求权”，《北方法学》2009年第1期，第79页。

〔43〕 (德)耶林：《为权利而斗争》，刘权译，法律出版社2019年版，第36页。

法规范,还是考虑从自由防御型行政法向利益调整型行政法的转型趋势,都难以将个人在我国公法中的地位限定为仅仅能够基于个人主观公权受损才能提起诉讼之被动、消极角色。这种积极能动的法权地位,与保护规范理论背后蕴含的个人主义、主观主义立场存在不一致性。

四、保护规范理论的适用是否能够实现合法权益的更有效保护

在保护规范理论的适用中,有一种常见的误区,即认为保护规范理论以个人主观权利的识别和保护为目的,因而其引入也必然更有利于个人权益的保障。但事实并非当然如此。

(一)保护规范理论适用的不确定性

在德国,保护规范理论经历了从旧到新的发展。旧保护规范理论的核心在于,在判断法规范是否具有保护个人利益指向时,主要以立法者的主观意图为基准。而新保护规范理论则强调,法规范的保护目的并非绝对地,或是首要、排他、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”。^{〔44〕} 尽管存在上述差异,但新旧保护规范理论都将主观公权的判定回溯至客观法规范的“个人利益指向”,又将这一问题的探求转化为法规范的解释。因此,无论是新旧保护规范,最终都表现为“有助于法律解释的原则、方法和假定的集合”。^{〔45〕}

正如在德国已经遭遇的批判一样,保护规范理论的适用始终面临着解释方法多元性和解释结果不确定性的质疑,这种多元性和不确定性又进一步影响法的安定性。“‘开放发展式的’方法几乎不能提供确定指向,最终其也为法律适用者的主观任意提供了学理基础。”^{〔46〕} 实践中,那些曾被旧保护规范理论所否认的主观请求权在嗣后都已渐次在新保护规范理论中获得确认:“这些全新的请求权的产生以及对其主观公权属性的确认,很多时候都并非法律规范改变的结果,而是规范解释规则改变的结果。”^{〔47〕} 也正因为如此,“从法律实践的角度来看,保护规范理论被证明缺乏承载力。在很多领域,特别是在大量边界情形中,运用保护规范理论不再能预见到其结果。包括法院终局判决在内的诸多事项仍然悬而未决。”^{〔48〕} 正是在此意义上,德国学者指出,保护规范理论从一开始就并非“灵丹妙药(zauberformel)”,其至今仍是一个“持续的争议主题”。^{〔49〕}

(二)超越“权利”而对“合法权益”提供司法保护已成为一种普遍趋势

在19世纪初的法国,要提起一次诉讼救济,必须存在一项权利,相对人可以用这项权利来对抗行政行为。判决要求,原告用以对抗行政决定的必须是一项确定的权利,一项受到特别保

〔44〕 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7页。

〔45〕 同上注,第8页。

〔46〕 (德)哈特穆特·鲍尔:“新旧保护规范论”,王世杰译,《财经法学》2019年第1期,第110页。

〔47〕 赵宏,见前注〔44〕,第11页。

〔48〕 鲍尔,见前注〔46〕,第112页。

〔49〕 鲍尔,见前注〔46〕,第124页。

护的权利,一项以私人名义享有的权利。^[50]当行政决定并未侵犯任何实在的主观权利时,不得向法官提起诉讼。只有行政救济和层级救济,最初允许就那些对简单的“期望”构成伤害的行为提出质疑。但是到了19世纪二十年代,最高行政法院开始主导判例的转变,欢迎那些针对纯粹的行政管理行为提起的越权诉讼。^[51]在19世纪后半期,越权诉讼的可受理性不再受到援引一项“被侵犯的权利”(droit privatif)的限定。起诉人只需要提出,行政行为侵犯了一项直接的、具有人身性质的利益,就足够了。

在英国普通法上,传统观点是:“认为救济与权利相关,因此只有那些自身权利受到损害的人才 有资格获得救济。除此之外,其他人则不需要拥有诉至法院的起诉资格。”^[52]但正如韦德所言:“在私法领域该原则还能够较为严格地适用,但在公法领域却存在缺陷,因为其忽视了公共利益问题。”^[53]在1982年的国内税收委员会案件中,上议院提出:“完全脱离起诉内容,而将诉讼资格作为初步需要确定的问题来对待,这是错误的。换句话说,在这类案件中,充足利害关系的议题不能抽象地或者作为孤立的议题予以考量:其必须与法律和事实背景结合起来考虑。”迪普洛克勋爵指出:“真正的问题在于申请者能否证明失职与权力滥用行为的真实存在,而不在于申请人本身的个人权利与利益是否牵涉其中。”^[54]自此判决之后,关于“充足利益关系”的司法解释一直保持灵活性以便于司法审查的救济。

美国自20世纪三十年代至七十年代,最高法院适用“法定权利”标准裁决了大多数原告资格争议:只有法院认定行政机关已经违反了原告的“法定权利”时,原告才可以具有获得法院对行政行为进行司法审查的资格。^[55]在1970年的一个案件中,最高法院明确抛弃了法定权利标准,而提出了解决原告资格问题的两部制标准:一是“事实上的损害”标准,原告需要主张“被诉行为已经使他遭受事实上的损害,它可以是经济型或者其他性质的损害”;二是“利益区间”标准,即“起诉者寻求保护的利益,是否可以说属于法律或者宪法保障所要保护或者规范的利益区间”。^[56]在不同的案件中,法院对这两个标准都采取了相对宽松的解释立场。尽管皮尔斯注意到广泛可得的行政法上的原告资格也可能产生两项问题:一是加重行政机关的程序负担;二是会让法官在行政过程中扮演过度侵犯性的角色,但他提出:“所有这两项可能存在的问题可以找到远比采纳狭义的行政法上的原告资格原则具有合适性的解决方案。”^[57]

[50] V. P. Sandevor, Études sur le recours de pleine juridiction, thèse droit, Paris, LGDJ, BDP, t.56, 1964, pp.218-220.

[51] V. E. V. Foucart, Éléments de droit public et administratif, Pairs, Videcoq, 3e éd., 1843, t.1, p. 176.

[52] (英)威廉·韦德、克里斯托弗·福赛:《行政法》(第十版),骆梅英、苏苗罕等译,中国人民大学出版社2018年版,第582页。

[53] 同上注,第582页。

[54] 韦德等,见前注[52],第531页。

[55] (美)理查德·J.皮尔斯:《行政法》(第五版)(第三卷),中国人民大学出版社2016年版,第1076页。

[56] 同上注,第1084-1085页。

[57] 皮尔斯,见前注[55],第1181页。

(三) 司法保护超越立法裁量之必要与可能

保护规范理论及其背后的主观公权理论,体现的是代议制民主下将司法保护的范围追溯至实体法规范这种体系化的公法权利观。正如赵宏教授所指出的,“保护规范理论通过对反射利益的排除,的确在某些方面表现出限缩个体‘权益与自由’的客观效果,从另一角度而言,其将个体权利的判定诉诸对客观法规范‘保护指向’的法律解释,本质却是希望借由稳定清晰的实定法为个人提供相对于国家的稳固法地位。”^[58]这种体系化的公法权利观,对于确立个人独立于国家的法地位和维护法秩序的安定,无疑具有极为重要的理论和现实意义。

但这种观念仍存在以下几方面的质疑:第一,秉持一种开放的、体系性的解释方法,保护规范理论的适用在多大程度上仍然是遵守立法者所确立的保护范围,还是由法官依据自身价值判断所做出的选择,难以确定。“德国既往的司法实践已表明,所涉及的法律规范是否赋予相对人主观公权利,往往沦为最后审级的法院的决定事项。”^[59]第二,这种观点使得司法保护完全依赖立法者的权利表达。这实际上是假定立法者的全知全能,执法机关和司法机关只需要遵从立法机关之制度设计,就能实现权力规范运行和权利有效保障之目的。但显然,此种假定无论在理论上还是实践中,都难以成立。“行政实体法因它自身不可克服的‘滞后性’,往往导致其不合时宜,无法满足公民、法人或者其他组织保护其权益的正当诉求。”^[60]2014年《行政诉讼法》修改之所以在原告资格的限定上删除了先前司法解释中的“法律上”的要求,显然是意识到立法可能存在的滞后性。“除上述情况外,还有哪些公民、法人或者其他组织可以作为原告,可以根据实践需要,进一步扩大。原则是通过行政诉讼比通过其他途径解决争议的效率更高、成本更低,更有利于保护公民、法人或者其他组织的合法权益。”^[61]立法者这里强调的“可以根据实践需要”来扩大原告资格的范围,显然不是通过立法修改在实体法上赋予私人更多的实体权益,而是寄希望于司法者能够根据社会现实的需要来对原告资格进行动态调适。将司法保护的范围局限于立法者通过立法所确立之主观公权利,在实践中必然造成权力监督和权利保障不充分的双重结果:一方面,大量不直接涉及个人主观公权利之公权力行为,难以受到司法监督;另一方面,大量难以在实体法上找到规范依据之利益,难以得到司法保障。第三,将司法权之启动和审查范围,局限于个人主观公权利的范围,将使得司法机关主要成为一个维护个人权利的“私人机构”,其作为国家机关的公共品性如何得以体现?其在多大程度上仍然是一个公共机构呢?

正是由于以个人主观权利作为基点确定司法保护范围可能存在保护不足,近年来域外司法实践的普遍趋势都是司法保护的已经不再局限于实体法所确定之权利,而更多从事实和后果方面,判断相对人和利害关系人合法权益遭受侵害的可能性和行政违法风险。

[58] 赵宏,见前注[44],第11页。

[59] 赵宏,见前注[44],第9页。

[60] 章剑生:“行政诉讼原告资格中‘利害关系’的判断结构”,《中国法学》2019年第4期,第259页。

[61] 信春鹰主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉释义》,法律出版社2014年版,第70页。

五、保护规范理论有效适用的诸多理论前提是否具备

正如赵宏指出的,“原告资格的确认涉及诉讼的整体功能定位,涉及与其他制度之间的匹配协调,如果不考虑制度关联和结构均衡,也没有任何学理论证和说明,那么原告资格的无限放宽也只会带来规范效力的相抵和整体结构的失衡。”〔62〕保护规范理论适用带来的原告资格限缩只是一个表面现象,其核心仍在于其与我国行政诉讼的整体架构和功能期待是否一致。除了前述讨论外,保护规范理论在我国的引入和适用,同样面临相关理论前提和制度装置是否配套的疑问。

(一)基本权利的辐射效应在我国尚未得到普遍承认

在新旧保护规范理论中,基本权利具有不同的地位。相对于布勒将保护公民财产和自由的基本权利毫无疑问地归于公民的主观公权利,阿斯曼则认为基本权利的功能主要在于“对一般法中是否包含主观公权利予以限定和澄清”。〔63〕与阿斯曼主张在“一般法律规范的解释中”赋予基本权利以规范内效力不同,很多学者也主张宪法和基本权利对于以保护规范为导向的主观公权利的判定具有重要意义。〔64〕正是这一点上,保护规范理论在我国的适用存在先天不足。在我国现行制度框架下,法院适用宪法的空间极其有限,法院难以依据宪法所规定的基本权利去证成个人享有主观公权利。在欠缺基本权利对于判定主观公权的辐射效应的前提下,引入保护规范理论的结果,必然是大量不直接指向个人利益保护的规范都被解释为个人不享有主观公权利。章剑生教授亦明确指出:“在行政诉讼中引入的保护规范理论,若无具有‘放射效力’的基本权利可以悬挂,那么,保护规范理论能够发挥其应有的功能可能有限。”〔65〕

(二)敏感于权利保障的法解释技术在司法实践中尚不成熟

在法教义学高度发达的德国,保护规范理论的适用也尚未形成统一的解释基准。“尽管新保护规范在解释方法上通过参酌法规规范适用时的客观现实,而尝试使解释过程摆脱对规范制定者不可捉摸的主观意识的探求,并倡导纳入宪法基本权利以及宪法价值对于解释一般法的影响,但与旧保护规范一样,新保护规范迄今同样未形成一套统一的、稳定的解释基准。”〔66〕“根据数十年的经验,可以发现法规规范主观权利内容的‘方法和规则’一直处于变化之中;如果保护规范思维想要合理地把握社会发展的趋势,则其必须至少要在法律发展每十年后被重新修正。”〔67〕毫无疑问,这种开放发展式的解释方法,高度依赖解释者对于法规规范目的的深入理解、对于法规规范结构的体系认知以及对于法解释技术的娴熟运用。然而,正如李建良教授指出的:“因公法(相对于民法)少有人民公法上权利的直接规定,加上行政的公益特质与行政法的

〔62〕 赵宏,见前注〔24〕,第12页。

〔63〕 赵宏,见前注〔44〕,第7页。

〔64〕 鲍尔,见前注〔46〕,第103页。

〔65〕 章剑生,见前注〔60〕,第264页。

〔66〕 赵宏,见前注〔44〕,第8页。

〔67〕 鲍尔,见前注〔46〕,第110页。

公益规范取向,人民因公法规范而获取的利益,多属众人均沾的‘反射利益’,致使公法上权利之存否隐晦难辩。”^[68]特别是在案多人少责任重的现实困境中,法官对于法规范的解释能否达到此种要求,可想而知。

在刘广明一案中,法院在对该案涉及的法规范进行列举之后,径直指出:“考察上述一系列规定,并无任何条文要求发展改革部门必须保护或者考量项目用地范围内的土地使用权人权益保障问题,相关立法宗旨也不可能要求必须考虑类似于刘广明等个别人的土地承包经营权的保障问题。发展改革部门在作出项目审批行为时,也就无需审查项目用地范围内的征地拆迁、补偿安置等事宜,无需考虑项目用地范围内单个土地、房屋等权利人的土地使用权和房屋所有权的保护问题。”^[69]本案所涉及的相关法规范的确没有直接涉及对土地使用权人权益保障问题,但如果说通过法解释完全不能得出审批机关在做出相关决定时无需考虑相关个人利益,则未免武断。以《政府核准投资项目管理办法》为例,该办法第10条规定:项目申请报告应当主要包括以下内容:①项目单位情况;②拟建项目情况;③资源利用和生态环境影响分析;④经济和社会影响分析。其中第④项的经济和社会影响分析,就完全可以解释出包含对相关建设项目用地使用权人的合法权益的影响。正如杨建顺教授批评的,“如果适用保护规范理论,连项目建设涉及的土地使用权人或房屋所有权人对项目审批行为的复议申请人或者原告主体资格都被完全否定,连行政机关在作出项目审批行为时对包括土地承包经营权在内的各种利益予以均衡考量的义务都被免除的话,那么,该解释论显然已脱离了‘常识’,须运用‘常识’来矫正专业之误。”^[70]

(三)司法审查的强度尚不足以与保护规范理论的有效应用匹配

保护规范理论的适用主要涉及到司法保护的範圍,而司法保护範圍的寬窄又与司法审查的强度直接相关。“诉讼权能与审查密度,是确保行政权与司法权平衡的两大枢纽。如果要调整其一,另一个也必须做相应调整。如果降低诉讼门槛,而又维持较高的审查密度,这必然导致诉讼案件的增加,过度增加法院的审查负担。”^[71]在德国,一旦原告被行政法院认定具有诉讼权能,基于“完整无漏洞”之“权利救济”宪法原则,德国法院便会以严格的“审查密度”深入审查行政行为是否侵害个人权利。相反,法国虽然将诉讼救济的范围扩张至事实上受影响之人,但一旦通过起诉资格的门槛,法院的审查强度一般局限于合法性的审查,较少涉及合理性的范畴。我国《行政诉讼法》第6条确立了合法性审查原则,“这意味着人民法院一般不审查被诉行政行为的合理性、适当性。”^[72]尽管2014年行政诉讼法修改时,为回应实践中增强对行政裁量的司法审查,增加了行政行为“明显不当”这一审查标准,但维持法院对行政行为“是否合法”进行审查这一表述。法工委的解释是:《行政诉讼法》修改“在坚持合法性审查原则的前提下,

[68] 李建良:“保护规范理论之思维与应用——行政法院裁判若干问题举隅”,载黄丞仪主编:《2010行政管制与行政争讼》,台湾新学林出版股份有限公司2011年版,第255页。

[69] 见前注[2]。

[70] 杨建顺:“适用‘保护规范理论’应当慎重”,载《检察日报》2019年4月24日,第7版。

[71] 芮内特,见前注[8]。

[72] 姜明安:《行政诉讼法》(第三版),北京大学出版社2016年版,第101页。

对合法性原则的内涵作了扩大解释”，将明显不当的行政行为也作为违法行为。^{〔73〕} 就此来看，我国行政诉讼的审查标准仍是以合法性审查为原则，只有行政行为构成明显不当时，法院才能做出撤销或变更判决。明显不当标准，也构筑了法院和行政机关的权力边界，隐含司法应当对行政裁量的尊让立场。^{〔74〕} 在仍然坚守合法性审查原则的立场下，作为平衡枢纽的诉讼权能就应适当放宽；而保护规范理论的引入，将可以提起诉讼之权能受限于实体法明确保护之主权利，将极大限缩司法审查的范围。

六、初步的结论

行文至此，本文的结论已较为明确：保护规范理论及其背后的主观公权利理论，是建立在个人主义的哲学基础之上，与德国基本法确立的权力分立体制和高度重视个人权利保障之司法传统具有高度的契合性。但其在我国的引入，则存在较大的逻辑断裂和价值张力。

首先，保护规范理论适用的制度前提在我国是否存在尚需进一步论证。我国宪法和行政诉讼法所确立的行政诉讼制度存在极大的解释空间，其并不能直接、当然、只能对应于德国的主观诉讼模式。相反，如果以《宪法》第41条作为我国行政诉讼的宪法基础，其与作为德国主观诉讼规范基础之联邦《基本法》第19条第4款存在明显的结构和功能差异。

其次，保护规范理论及其背后的主观公权利理论，隐含的是个人主义的哲学假定，即个人能且仅能基于维护专属于自身的主观权利时，才能请求公权力（行政权与司法权）的介入。这与我国宪法和行政管理法所确立和倡导的个人积极能动的法权地位并不吻合。

再次，保护规范理论及其背后的主观公权利理论，尽管通过将司法保护的回归至实体法的规定，有助于实现个人相对于国家的法地位和维护法秩序的安定，但解释方法的多元性和解释结果的不确定性，使得主观公权的判定在很大程度上沦为司法者的一种主观恣意。相较于先前的“实际影响论”，保护规范理论的适用并不当然能够带来更大的确定性。

最后，保护规范理论适用的诸多理论前提和制度装置无法配套。保护规范理论的适用要求重视基本权利在判定主观权利方面的辐射作用，要求高度敏感于权利保障的司法解释技术，要求高强度的司法审查标准，但这些理论和制度上的前提在我国当下都难以满足。

有鉴于此，在欠缺相关制度基础、理论储备和司法环境的前提下，保护规范理论的引入必将造成一个可以预见且被初步证实的后果，就是大量处于模糊地带的原告资格都被否认，保护规范理论沦为立案登记制背景下法院摆脱案多人少责任重困境的一招利器。保护规范理论在我国的引入，不仅难以实现法官和学者所预期的原告资格判定客观化的预期目标，反而可能造成宪法赋予行政诉讼的权力监督和权利保障双重使命的严重萎缩。相信无论是保护规范理论的倡导者还是反对者，都不愿看到这样的结果。

〔73〕 参见信春鹰，见前注〔61〕，第20页；袁杰主编：《中华人民共和国行政诉讼法解读》，中国法制出版社2014年版，第21页。

〔74〕 何海波：“论行政行为‘明显不当’”，《法学研究》2016年第3期，第88页。

本文的反思,一方面旨在从实体内容上强调保护规范理论适用具有强烈的制度和理论依赖性,另一方面则从方法论上对在判例中直接引入具有明显域外特色的外国理论提出批评。当然,批评保护规范理论在我国的适用,并不代表反对法官在原告资格判断方面考虑实体法的相关规定,更不意味着赞同法官在原告资格判定上的恣意武断。《行政诉讼法》实施三十年来,司法实践中以“利害关系”为标准已经形成了相当丰富的判例,从已有的司法判例中提炼和归纳原告资格判断的具体标准是行政法学者首先要完成的课题。^[75]“利害关系”的法定标准,实际上为法官在个案中考虑实体法规范和利害关系人的实际处境,保留了更大的裁量空间。当然,需要指出的是,无论是适用司法实践业已形成的判断标准,还是引入保护规范理论,“利害关系”的判断都必然伴随着法官的价值选择。坦然承认法官在原告资格判断方面的选择空间,并通过审级制度、案例指导制度、裁判公开等制度形成理性裁判的约束,并不比法官假借立法者之名行使实质意义的裁量权,具有更多的缺陷和弊端。

Abstract: The theory of protection norms is highly consistent with the separation of powers system established by the German Basic Law and the legal tradition of attaching great importance to the protection of rights. However, its introduction in China has a large logic break and value tension. First of all, the hypothesis of the function of subjective litigation needs to be fully demonstrated. Secondly, the individualism behind the theory of protection norms is not compatible with the active legal status of individuals in China's public law. Thirdly, the application of the theory of protection norms may narrow the scope of judicial protection. Finally, some preconditions required by the effective application of the theory of protection norms, such as the radiation effect of basic rights, the interpretation methodology sensitive to the protection of rights and the high intensity of judicial review standards, are also difficult to meet in China at present. In this way, the introduction of the theory of protection norms will not only be difficult to achieve the expected goal of objectifying the determination of interests, but also will lead to the serious shrinkage of the dual functions of power supervision and rights protection entrusted by China's Constitution to administrative litigation.

Key Words: Theory of Protection Norms; Subjective Litigation; Objective Litigation; Legitimate Rights and Interests; Administrative Litigation

(责任编辑:彭 鐔)

[75] 朱芒教授在2019年9月7日举行的“中国法学会行政法研究会行政法案例专业委员会成立仪式暨2019年学术年会”上,表达了类似的观点:“需要整理刘广明案之前的案例史,而非不经论证直接引入外国法”,参见:<http://fzzfyjy.cupl.edu.cn/info/1021/11083.htm>,最后访问日期:2020年1月2日。