

行政法上权利观念的对立及其消解

黄宇骁^{*}

内容提要 既得权观念与请求权观念是行政法学界与实务界存在的两种对立权利观念。权利观念的不同会导致行政诉讼原告资格、行政法上违法性认定、旧法存续与国家补偿、行政相对人与第三人关系等具体法律适用上的差异。这一差异虽可通过因果关系的操作达到一定程度的等价性,但既得权观念归根结底是宪法基本权利的前身,应被基本权利教义学替代。行政法请求权的本质是基本权利,但基本权利已由下位法具体形塑,无法直接适用。行政法权利首先应当从行政法律规范本身导出,其次才是基本权利冲突的立法合宪性问题。当描述依法行政就是保护权利的场景时指的是不侵犯行政法请求权,当描述行政法乃至行政行为依法减损权利的场景时指的是对基本权利的限制。

关键词 合法权益 保护规范理论 既得权 基本权利冲突 利害关系

目 次

- 一、行政法上的两种对立权利观念
- 二、对立权利观念的法律适用差异
- 三、权利观念对立的消解
- 四、结论

^{*} 上海交通大学凯原法学院助理教授,法学博士。

“合法权利受法律保护”似乎是不证自明的法理,然而在行政法上却不无疑问,依法行政与权利不受侵害之间往往存在紧张关系。譬如在依法征收房屋的场合,相对人合法取得的物权直接受到侵害,但这种侵害行为却获得了行政法律规范的授权。此外,行政行为理论从定义上就规定行政行为具有调整公民权利义务的法律效果,侵害(限制)权利是其内在属性,^①况且变更甚至消灭民事权利的所谓私法形成性行政行为^②也是行政行为的一种经典分类,正因为要讨论这种权利侵害的合法性,侵害保留原则才得以成立。过去,尽管这种“合法但侵权”的现象并没有引起过多重视,但在行政法基本原则、国家补偿乃至行政行为撤回等领域中都偶有讨论。^③然而,自行政裁判实务引入保护规范理论后,^④依法行政与权利保护画上等号,“合法=不侵权”的请求权观念使得行政法上法与权利的关系变得愈发复杂。^⑤“依法行政义务”与“不侵犯合法权益义务”等同的思路很难说明上述行政法现象。

笔者立足于中国行政法学的基础性工作分析,揭示过去我国行政法上通行的权利观念(本文称之为既得权观念)与如今的请求权观念二者在法律适用上的差别,并通过引入基本权利的方法使得两种权利观念的对立得以消解,从而明确公法上基本权利与行政法权利的双阶互动体系。

一、行政法上的两种对立权利观念

笔者在点明我国行政法权利观念不明确的基础上,基于法与时间的关系归纳出既得权与请求权两种对立的权利观念,前者意味着行政法律规范与行政法权利两者自成体系,后者将行政法律规范与行政法权利视作同一事物。

(一) 行政法上权利观念不明确

“行政法权利”的概念也许十分陌生,很难说我国行政法学上存在独立的权利理论或权利体系,发达的基本权利教义学在行政法上也不见踪影,这兴许是宪法与行政法两门学科缺乏融合互动的根源。有学者认为,行政法学之所以对权利问题较为忽视,是因为传统研究一直受到古典欧陆法上行政行为理论的强大影响,以行为形式研究作为行政法学的中心。^⑥除了奥托·迈耶学说影响力所致外,其根本原因源自行政法律规范的固有问题。行政法律规范中绝大部分是纯客观法规范,其中大多数为行为规范,“如何行使权力”“如何承担义务”可以在行政法中找到,但少见“如何向权力主体主张权利”的规范。

① 参见叶必丰:《行政行为原理》,商务印书馆2019年版,第198页。

② 参见严益州:《德国法上的私法形成性行政处理》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2019年第4期。

③ 本文所谓的“侵权”或“侵权行为”采狭义定义,仅指代侵害权利的加害行为,与侵权责任成立与否相区别。参见程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第68页。

④ 参见最高人民法院(2017)最高法行申169号行政裁定书。

⑤ 引入保护规范理论就是为了使合法性审查与权利保护统一起来。参见耿宝建:《主观公权利与原告主体资格——保护规范理论的中国式表述与运用》,载《行政法学研究》2020年第2期,第10页。

⑥ 参见王锴:《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,第78页。

当然,传统学说并非不提权利,一般的做法有两种:一是在行政法学理论基础论争中谈及权利问题,即20世纪以平衡论为代表的学说,将行政法上的权力与权利关系问题提高到了一个学科逻辑起点的重要地位;二是在行政法律关系中提及行政法上存在“行政主体—行政相对人”的权利义务关系概念。然而,尽管在行政法学理论基础论争中公民权利被置于学科体系的至高地位,但这种权利本身的性质、来源等却是模糊的——有时指代宪法基本权利(如自由权、社会权),^⑦有时笼统指出公民拥有权利与自由^⑧。在行政法律关系论述中提及相对人权利时,学说普遍承认相对人拥有申请权、批评建议权等程序权利,却在实体权利的来源、性质等方面的论述中语焉不详,似乎存在宪法权利、民事权利甚至自然权利等多种理解的可能。^⑨近年来围绕个人信息保护问题,学界就个人信息权属于公法权利还是私法权利、应当受公法路径保护还是私法路径保护产生了论争。^⑩然而,主张公法保护的学说对于个人信息权到底是宪法权利还是行政法权利不甚清晰。而且还存在一个问题,即个人信息权如果是一种行政法权利,那么当行政主体依单行法限制个人信息权时,依法行政与权利不受侵害之间的紧张关系又会出现。

(二) 实体权利的两种理解方式

排除超实定法的自然权利式理解,^⑪宪法之下的法律权利必然要寻找权利主张的实证依据。然而,由于理论界与实务界对行政法权利的实证依据、行政法上依法行政与保护权利的关系理解不同,从而导致既得权与请求权两种不同的权利观念。

首先,行政法权利的实证依据存在争议。第一,我国部门法上权利规范最丰富的固然是民法,特别是提起人身权与财产权,往往会与民事权利联系起来。事实上财产权的取得与人身权的成立必须符合民法规定要件——如财产权的取得需要符合民法上规定的登记、交付、合同、继承等要件,而人身权的成立至少也要符合出生、创作、身份关系等要件。《行政诉讼法》从一开始就宣称行政机关侵犯公民人身权与财产权属于公民诉讼权获得的正当依据,但是行政诉讼法上乃至一般行政法上所称的人身权与财产权和作为民事权利的人身权与财产权是什么关系?第二,行政法上实体权利规范尽管比较稀缺,但并非完全不见踪影,如《高等教育法》第9条第1款规定了接受高等教育的权利、《社会保险法》第2条规定了获得物质帮助的权利、《优化营商环境条例》第11条规定了经营自主权等,这些是明文规定公民拥有某种权利的情况;又如行政特许制度下获得的特许经营权、自然资源开发利用权,普通许可或协议下获得的资格(驾驶资格、律师执业资格、捕捞资格、公共设施建设资格等),通过某些个别决定获得的地位(荣誉称号、免检

⑦ 参见罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》(第4版),北京大学出版社2016年版,第6页。

⑧ 参见罗豪才、沈岷:《平衡论:对现代行政法的一种本质思考——再谈现代行政法的理论基础》,载《中外法学》1996年第4期,第2页。

⑨ 参见方世荣:《论行政相对人》,中国政法大学出版社2000年版,第58-121页。

⑩ 参见孔祥稳:《论个人信息保护的行政规制路径》,载《行政法学研究》2022年第1期;周汉华:《个人信息保护的法定位》,载《法商研究》2020年第3期。

⑪ 行政法上的自然权利观念,参见湛中乐、康骁:《“行政行为”与“权利”背后的理论立场——评“许山河案”》,载劳凯声、余雅凤、陈鹏主编:《中国教育法制评论》(第18辑),教育科学出版社2020年版,第18-37页。

地位、特殊职业身份)等等,这些属于将行政法上的某些制度理解为权利的情况。尤其是后者,完全由行政法律规范所创造或赋予的特权、地位或资格是否可以称之为权利,甚至都是存在疑问的。^⑫

其次,依法行政与保护权利的关系也存在疑问。《民法典》第3条规定合法权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯,因而在民法上侵权即意味着违法。并且,我国实定法并不特别区分权利与法律保护的利益,针对法律利益的违法性要件被纳入过错要件进行处理,以区别认定不同类型权益的保护程度。^⑬如此一来,民事法律规范课予私人主体的义务就是不得侵害他人权利,这里客观法义务(法律规范课予一方的义务)与主观法义务(一方行使权利对应另一方的义务)完全是一回事。然而,行政法上却并非如此。行政主体的客观法义务是行政行为所依据的行为规范,可是除此以外,行政主体是否还有不得侵犯他人权利的主观法义务呢?传统理论十分模糊,似乎对行政主体施加了“既要依法行政,又要保护相对人权益”的双重义务,^⑭但如此一来,依法征收与准征收乃至一般的行政处罚行为就很难予以说明。

对上述两个问题的不同理解方式会导致既得权与请求权两种对立的权利观念,分别归纳如下:

第一,在特定行政行为作出或不作出之前,也即在依法行政发动的时间节点之前,公民已经合法取得的权利都应当是行政法上可以向行政主体主张的权利,笔者称之为“既得权观念”。所谓“既得”,是指公民已经依据某种规范合法取得权利,权利取得的时间节点在行政主体作出或不作出行政行为之前。现实中,权利的规范来源是没有限定的。一方面,大部分是私法规范,一方公民拥有作为民事权利的财产权与人身权,另一方行政主体依法作出或不作出行政行为,民事权利的取得在行政行为作出或不作出的时间节点前,当行政行为限制了公民既得的民事权利,公民自然可获得诉权(“合法权益受行政行为侵犯”)。另一方面,行政法上既得的地位或资格受到侵害同样是诉权获得的正当原因。譬如,行政许可被吊销后,许可相对人可以因为行政法上既得的特权或资格被行政行为消灭而获得救济权。相对人获得许可的依据是许可决定所依据的“许可审查与决定条款”(A规范),相对人被吊销该许可的依据是处罚决定所依据的“法律责任条款”(B规范),“通过A规范获得的权利”在“通过B规范作出行政行为”的时间节点之前,这属于典型的既得权观念。

第二,在保护规范理论的实体请求权观念下,权利是否成立也即公民是否拥有某种权利,取决于特定行政行为作出或不作出所依据的行为规范。在这一场景模式下,依法行政与权利主张是同步进行的,在行政行为作出或不作出的同时,公民可以向行政主体主张什么权利才可确定。因为在实体请求权观念下,公民权利是从行政行为依据的法律

^⑫ 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,第84页。

^⑬ 参见前注③,程啸书,第287-288页。

^⑭ 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第72-73页。

规范导出,而行政主体的法定义务也是行政行为依据的法律规范,两者是一回事。一方面,这种观念意味着即便公民主体依法取得了各种民事权利,但这并不是可以向行政主体主张的权利,不能对行政主体施加任何义务要求。真正所谓的权利是一方主体向另一方主体主张作为或不作为的权利,即实体请求权。判断公民是否拥有请求权是一项分散的工作,需要从行政行为依据的法律规范中逐一认定。另一方面,即便公民通过行政法取得了合法的资格、地位或特权,但行政主体的剥夺、消灭行为只要是合法的,就不存在请求权被侵害问题——因为合法就意味着不侵权。

(三) 既得权观念的学术脉络

随着2017年保护规范理论在行政裁判中的引入,请求权式的行政法权利研究迎来了热潮,^⑮极大地推进了我国行政法学权利理论的自觉性。由于请求权观念在学界已有充分讨论,此处不再赘述。相反,既得权一词的用法却较为陌生,但笔者认为这确实是归纳传统权利观念的最佳术语。此处以大陆法系为参考,对既得权观念的学术脉络进行简要梳理并予以解析。

在德国,以既得权来理解行政法上的权利观念是德国国家法学发达前的古典立场,而在国家法学发展起来后,请求权式的权利观念(向国家主张某种作为或不作为的权利)占据了权利观念的主导地位。^⑯德国学界在使用既得权一词时,多指代起因于契约、交易、时效等获得的私有财产权,以及通过特许状、行政决定等获得的某种特权与资格,这些权益都是在特定国家权力行使之前合法取得的,国家权力与私人既得权形成对峙是基本的公法结构。德国法侧重既得权的国家权力边界划定功能,在最严格的“既得权不得侵犯”思想下,只要行政权侵犯了私人既得权,就应当评价为违法且予以国家赔偿,即“侵犯既得权=违法”。然而,法治国家理念的推进使得作为公共利益化身的公法取得了优势地位,只要行政权依法行使,那么既得权观念便无法与之对抗,因而公法上对既得权这一概念已不再采用。^⑰

法国与德国在既得权一词的用法上侧重点并不相同。在法国,既得权概念多被用在法律的时间效力问题上,也就是法不溯及既往原则的适用问题,又称为时际法问题,即新法的效力原则上不可溯及旧法下获得的权利。法国法上的既得权观念曾经在私法与公法两个领域都得到承认,直到20世纪被更精致的法律时间适用理论所取代前,既得权不可侵犯是否有例外及其范围等问题一直是法国公私法学界的议论焦点。^⑱当然,法不溯及既往原则有两层含义:一是新法不得对旧法下发生的事实进行评价,此可谓真正的法不溯及既往原则;二是旧法下取得的地位或持续性状态,在新法施行后是否应当维持,此

⑮ 参见赵宏:《规划许可诉讼中邻人保护的权基础与审查构造》,载《法学研究》2022年第3期;王天华:《主观公权利的观念与保护规范理论的构造》,载《政法论坛》2020年第1期;王贵松:《公权论的中国变迁》,载《中国法律评论》2023年第1期。

⑯ 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650页。

⑰ 参见黄宇晓:《行政诉讼原告资格判断方法的法理展开》,载《法制与社会发展》2021年第6期,第96-97页。

⑱ 斋藤健一郎「フランス法における既得権の理論」行政法研究15号(2016年)31頁以下;同「時際法論の体系」商学討究69巻2・3号(2018年)226頁以下参照。

种含义应当属于作为新法一律面向未来适用例外的旧法存续问题。^{①⑨}所谓尊重既得权,强调的一般是后者(前者原则上不得溯及),即新法应当在多大程度上尊重旧法下获得的既得地位。

对比德国与法国对既得权观念的不同侧重点,可以发现两者实际上属于同一原理在不同领域的应用。法国在公法与私法两个领域都使用既得权,其定义都是时间维度上的概念,即相对于一个新规范来说的“既得”,时间在后的新规范作出后是否需要存续时间在先的旧规范的问题。而德国虽然强调既得权与公权力的对抗作用,但这实质上也是时间节点问题。即随着近代德国国家主权的强化,中世纪既有的财产结构不断被变革,彼时所谓既得权不可侵犯的命题,同样是基于先规范与后规范时间先后逻辑而提出的。因此,尽管德国与法国学术史上对既得权概念的运用存在差异,但并非本质区别,而是同一概念的不同侧重,都是相对于后行为而称呼前权利,并包含后行为不得侵犯前权利的命题。

需要指出的是,笔者所定义的既得权概念已经跳脱了上述德法两国的特定历史背景,并不纠缠于学说史与制度史,两国因自身的历史、制度差异,对同一概念加上了不同的功能取向。为了与行政行为依据规范同步导出的请求权相区别,笔者去除这种外在功能取向,只采用该词语本来的含义(即“已经合法取得的权利”)指代后一个规范(即行政行为依据规范)之前已经合法取得的权利。

二、对立权利观念的法律适用差异

对立权利观念具体会导致怎样的法律适用差异,笔者拟结合中国行政法解释与适用并基于难易度递进关系,按顺序选择学界争议较大的行政诉讼第三人原告资格、行政法上的违法性认定、旧法存续与国家补偿、相对人权利问题四个角度予以展现。

(一) 行政诉讼第三人原告资格

《行政诉讼法》第2条第1款规定只有“合法权益”受行政行为侵犯的私主体才有权提起行政诉讼。尽管从规范构造来看,判断第三人诉权的条款需要对《行政诉讼法》第25条第1款中“利害关系”要件进行认定,但目前无论是学界通说、司法解释还是裁判实务,都以合法权益是否受侵犯(或是否实际影响权利义务)来认定是否存在利害关系,^{②⑩}利害关系变成了原告资格的同义语。

在行政诉讼利害关系人原告资格判断中持既得权观念,即意味着原告无论主张被侵犯的是合法的民事权利,还是行政法上事前获得的资格或地位都可以被认定为“合法权益”,其结果就是权利认定的范围极其广泛,私法与公法之间也不存在任何屏障。在2017年保护规范理论引入最高人民法院判例之前,这种既得权观念倾向在我国裁判实务中是非常普遍的。从章剑生教授整理归纳的2016年前最高人民法院指导性案例与《最高人

^{①⑨} 斎藤健一郎「行政法と時間」法律時報93卷8号(2021年)58頁以下参照。

^{②⑩} 参见黄宇晓:《行政诉讼受案范围与原告资格关系之辨》,载《政治与法律》2021年第2期,第113-114页。

民法院公报》中涉及第三人起诉的9个判例来看,法院没有对原告既得的,与行政行为依据法律规范无关的债权利益、公平竞争权、相邻权、环境权益、不动产所有权等是不是合法权益有任何质疑,即便否定原告资格也是基于其他理由,而不是对“是不是权利”本身予以否定。^{②①}

在行政诉讼第三人原告资格判断中持请求权观念,即意味着“合法权益”被理解为依法导出的实体请求权,“合法权益受行政行为侵犯”被理解为“实体请求权被行政行为侵犯”,因而并不存在一个贯穿行政法的人身权或财产权等一般意义上的权利,而是被一个个行政行为依据规范(请求权基础)分断的个别权利(实体请求权),这种请求权的导出方法即保护规范理论。最高人民法院于“刘广明诉张家港市人民政府行政复议案”中引入保护规范理论,该理论在“联立公司诉北京市东城区人民政府行政复议案”等后续裁判中得到了进一步的发展。^{②②}这种变化在学界引发了新旧原告资格判定方法优劣之争。

两种权利观念导致的整体“行政诉讼观”差别主要有以下两点:第一,原告资格认定范围的限缩方法差异。无论采用什么样的方法审查原告资格,都要解决“谁可以起诉、谁不可以起诉”的问题。如果采用既得权观念理解合法权益,那么由于既得权的广泛性,合法权益这一要件是无法起到限缩原告资格认定范围作用的,只能从“受行政行为侵犯”入手,通过其他要件来限缩原告范围——如传统学说与实务采用的实际影响标准^{②③}或因果关系限定要件。如果采用请求权观念理解合法权益,那么合法权益要件认定本身就已经在很大程度上起到了限缩原告资格认定范围的作用,“是否受行政行为侵犯”并不一定需要严格认定。第二,客观诉讼与主观诉讼的差异。有学者曾论证我国行政诉讼的定位应当是客观诉讼,^{②④}诚然,如果对行政诉讼法中的合法权益作既得权式的理解,那么此种意义上的诉讼的确属于客观诉讼。因为在这种情况下,权利是否受侵害仅仅是诉讼的起因而已(诉权获得的依据),一旦权利侵害被认定,那么实体审理完全根据客观的行政行为合法性审查进行(诉讼标的不是实体权利,不是满足原告的权利主张)——权利侵害是起诉条件,行政行为违法是胜诉条件,两者之间相互割裂。与此相反,如果对合法权益作请求权式的理解,那么行政诉讼就成为真正的主观诉讼。“行政行为合法性依据的规范”与“权利依据的规范”合二为一,起诉条件与胜诉条件一体化,前者审查权利侵害的可能性(即行政行为违法的可能性),后者审查权利是否真正受到侵害(即行政行为是否真正违法)——行政诉讼成了原告权利主张是否得以实现的程序(诉讼标的是实体请求权)。近年来,最高人民法院判例似乎倾向于主观诉讼定位,认为至少撤销诉讼

②① 参见章剑生:《行政诉讼原告资格中“利害关系”的判断结构》,载《中国法学》2019年第4期,第250-252页。

②② 参见赵宏:《保护规范理论的展开与问题——联立公司诉北京市东城区人民政府行政复议案评析》,载《交大法学》2022年第1期。

②③ 最高人民法院依然在实际影响与保护规范两者间“举棋不定”。参见李冷焱:《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。

②④ 参见成协中:《论我国行政诉讼的客观诉讼定位》,载《当代法学》2020年第2期。

的诉讼标的应当是“行政行为违法并损害原告权利这样一个原告的权利主张”^⑤。

（二）行政法上的违法性认定

权利观念的对立会引起违法性认定差异,这涉及行政诉讼与国家赔偿、补偿之间如何衔接适用的问题。行政诉讼在实体审查阶段审查行政行为的违法性,国家赔偿(限于行政赔偿,下文同)处理违法行为导致的权利侵害,国家补偿处理合法的侵权行为导致的损害,权利观念的不同会引起对其中合法性与侵权性关系理解的巨大差异。

在持既得权观念的行政诉讼中,权利侵害(即便是绝对权受侵害)似乎仅仅是进入诉讼门槛的一个条件,并不直接与违法性评价挂钩,违法性完全根据行政行为是否符合行为规范进行审查。换言之,合法侵权、违法侵权是行政诉讼的两种可能结论。然而,在权利侵害与行政行为违法性都是审查对象的国家赔偿中,此时客观诉讼式行政诉讼中的违法性与国家赔偿中的违法性关系就存在疑问。如何理解国家赔偿中的“违法”,存在结果不法说与行为不法说的分歧。^⑥其一,如果站在行为不法说的立场,行政诉讼与国家赔偿的违法性认定标准确实是统一的,此时行政诉讼中只要行为合法则一律不成立赔偿责任(即便权利受侵害,也只能通过国家补偿程序对特别牺牲部分予以救济),只有“行为上违法+结果上侵权”两个要件同时具备才成立国家赔偿责任。此时,通过国家赔偿程序得到损害救济的情形在很大程度上会被限缩,大量损害救济需要通过国家补偿程序进行填补。尽管从规范层面上看,让公民通过国家补偿获得救济并无阻碍,但从事实层面上看,在目前缺乏统一补偿立法的情形下实行起来却相当困难。其二,如果站在结果不法说的立场,公民确实可以充分利用国家赔偿法规定的现有程序获得救济,因为从权利侵害结果认定行为违法性可以更有利于赔偿申请人。然而此时,行政诉讼中所称的违法就与国家赔偿中所称的违法并不一致,会导致违法性概念在行政法上的分裂,即有些行政行为在行政诉讼中被评价为合法,而在国家赔偿中却被评价为违法,或是在行政诉讼中被评价为违法,在国家赔偿中却被评价为合法的情况。

如果抱持请求权式的权利观念,那么构造则大不相同。行政法上的合法权益被理解为实体请求权,此时行政诉讼中行政行为的合法性与行政行为是否侵害权利是一枚硬币的不同侧面,行政行为合法就意味着不侵犯公民的权利。因此,在主观诉讼的结果中是不存在“合法侵权”这一情形的,只有合法不侵权与违法侵权两种情形。在这种情况下,国家赔偿法上行为不法说与结果不法说的争论就成了一个假问题,因为此时行为是否符合行为规范与权利是否受到侵害既然是一个问题,那么行为不法(违反义务规范)即结果不法(权利受到不法侵害),结果不法也就是行为不法,二者是一回事。

然而,实体请求权观念下如何理解国家补偿就成了疑难问题。既然请求权观念下行为合法就是不侵权,行为违法就是侵权,意味着在行政法上已经排除了“行政行为合法但侵害公民权利”的存在可能性。在国家补偿的场景下,即便公民在事实上遭受了特别

^⑤ 最高人民法院(2017)最高法行申411号行政裁定书。

^⑥ 参见杜仪方:《行政赔偿中的“违法”概念辨析》,载《当代法学》2012年第3期,第29-30页。

损失,但至少其行政法权利不可能受到侵害(合法就是不侵权),国家补偿通行定义中的所谓“合法权益受到损失”^⑦到底是哪种合法权益造成损害呢?此时似乎不用既得权观念便无法说明。

(三) 旧法存续与国家补偿

“既得权不可侵犯”的命题在近代欧陆法上早已被抛弃,公法本身就是一种为维护公益而调整(包括限制甚至消灭)权利的法律规范,同理,依公法行使的具体行为本就是一种调整权利义务的行为。如果既得权不可侵犯的命题是正确的,那么近代法治国家也就不可能成立了,公民合法权益受侵犯本就是一种依法行政的结果。当然,“既得权(绝对)不可侵犯”的命题被抛弃并非意味着这种思考已经完全不存在,从后续行政法学发展来看,取而代之的是“既得权应当尊重”或“既得权应当一定程度保护”的命题,而这一命题在具体法制度或原理上的体现,即旧法存续与国家补偿。

旧规范下获得的权利或地位在新规范下是否应当继续尊重的问题,即旧法存续问题。若“规范”指代抽象规范,那么便是新法实施后行政主体是否需要继续维护旧法下获得的既得权问题;若“规范”指代具体规范,那么便是后一个行政行为是否可以撤销或撤回前一个行政行为作出后公民获得的既得权问题。一方面,抽象规范意义的旧法存续与《立法法》第104条的规定绝非一回事。《立法法》第104条是法不溯及既往原则在公法上的体现,而这里所谓的旧法存续并不涉及对过去发生的事实进行评价,而是作为新法实施后一律面向未来适用的例外而讨论,旧法下获得的法律地位在新法实施后面向未来是否还需要继续维持,便是抽象规范意义上的既得权尊重问题。那么,旧法存续是否是一种应然要求?从任何实定规范上看都没有这种规定。现实中,我国确实存在新立法出台后,按照“老人老办法,新人新办法”甚至“中人过渡性办法”方针予以适用的现象。然而,也有在新法出台后便都要适用新法(如自由经营改为许可制或一律禁止,备案制改为许可制等),不延续“旧法”下既已获得的既得权的情况。例如,排污许可制度实施后不仅没有尊重既有排污企业的既得地位,且敦促必须一律申请许可(《排污许可管理条例》第46条);线上学科类培训机构一律改为许可制后,既有机构的备案并未得到存续(《民办教育促进法实施条例》第16条第2款)。在何种情况下、何种程度上应当尊重、维护这种意义上的既得权,在我国行政法学界目前尚未深入讨论过。

另一方面,具体规范意义上的旧法存续一般指向信赖保护原则。原则上公民通过前一个行政行为获得的既得权当然可以被依法作出的后行为撤销或撤回,既得权主张一般无法对抗依法行政(补偿是另一方面的问题),只有在信赖保护框架下才有可能谈论撤销与撤回的限制。此处需要注意的是,在我国通说中,既得权得到存续仅仅是信赖保护原则适用的一种可能结果,该原则的适用结果当然还有可能导出“不存续既得权但给予赔偿或补偿”的另一种结果,后者实际上与国家赔偿和补偿范围应当是同一问题。但不管怎样,信赖保护原则的实质就是站在既得权观念上,将公民的既得权与公共利益进行

^⑦ 前注⑭,姜明安主编书,第612页。

衡量对比,并且尊重既得权的理由是基于信赖利益的值得保护性。

相反地,请求权观念本身无法说明国家补偿中的合法侵权逻辑,“合法权益受到损失”不可能是行政法上的请求权受到损失。事实上,在古典的国家补偿情景——公用征收中,行政行为直接依法消灭公民物权,这里所谓的“物权”当然不可能是向行政主体主张作为和不作为的实体请求权,只能是公民在征收之前合法取得的既得权本身。因此,国家补偿的逻辑基础是对既得权的尊重,只不过这种“尊重”与上述旧法存续的方式相比已经弱化了许多,仅给予金钱、替代物等事后补偿。当然,并非所有的既得权合法受到侵害都应当予以补偿,通说认为国家补偿的标准是特别牺牲的认定,^{②8}因而可以推出国家补偿的本质是对既得权受到损失中符合特别牺牲的部分予以补偿的结论。

(四) 相对人权利问题

以上分析有意识地回避了行政行为相对人的法律适用问题,从结论上说,从既得权角度理解相对人权利较为容易,而从实体请求权的角度理解相对人权利则存在一定问题。

首先,从既得权角度理解相对人权利并不存在问题,基本上与第三人场合是一致的。以既得权观念来理解行政行为相对人权利同样会导致行政诉讼中权利侵害与行政行为合法性的分裂(客观诉讼),同样会引发行政诉讼与国家赔偿中违法性关系的争论(行为不法与结果不法),国家赔偿与国家补偿的关系也与传统理解一致(违法侵权赔偿与合法侵权补偿)。当然,更易理解的是,将经典定义的行政行为法律效果——设定、变更、消灭或确认相对人权利义务中所谓的“权利”理解为既得权似乎也顺理成章。问题的关键在于是否可以从实体请求权的角度理解行政行为相对人的权利,这恐怕也是学术史上的一大难题。^{②9}

其次,从实体请求权角度理解行政行为相对人权利有着重大意义。既得权式的理解虽然简洁明了,但既得权观念下的行政诉讼却并非权利义务纠纷之诉,实体权利受侵害仅仅是诉权的起因,与行政行为合法性审查如何关联极其暧昧,成了两个割裂的命题,原告甚至不能被视作实质当事人(诉讼法式思考)。与此相对,请求权观念则大不相同,行政诉讼成为权利主张的给付诉讼,客观的行政行为合法性审查与主观的权利义务纠纷解决同质——审查行政行为合法性就是审查是否应当满足及如何满足当事人的权利主张(实体法式思考)。

诉讼法式思考将行政法上的法与权利割裂,行政主体履行依法行政义务与履行公民权利对应义务是两个不同的问题,前者往往并不受后者拘束;实体法式思考将行政法上的法与权利结合在一起,行政主体履行依法行政义务就是在履行公民权利对应义务。不过,要做到后者的“法与权利结合”则必须用实体请求权的概念工具来完成。公民拥有某种实体请求权就意味着拥有向行政主体主张“一定内容”的作为或不作为的权利,而具体是什么样的“一定内容”则由行政主体的法定义务导出——即行政行为所依据的

^{②8} 参见应松年主编:《当代中国行政法》(第8卷),人民出版社2018年版,第3206页。

^{②9} 安念潤司「取消訴訟における原告適格の構造(三)」国家学会雑誌98卷11・12号(1985年)875頁以下参照。

法律规范。换言之,实体请求权的观念前提是权利主张的内容(请求权的具体内容)与行政行为的内容(内容合法)应当是一致的。

最后,日本学者小早川光郎在其著作中否定了布勒—巴霍夫理论中的请求权是一种真正的实体请求权的主张,批判其概念暧昧不清,并在后续探究中试图从其他地方而不是行政法本身寻找相对人的实体请求权构成依据。^⑩事实上,布勒—巴霍夫理论的问题恰恰是因为他们试图单纯从行政法本身导出相对人实体请求权,而这几乎是不可能完成的任务。

在行政行为第三人场合,假设在行政行为依据的法律规范中确实可以解释出该规范要求保护某种私益,公民具有向行政主体主张的请求权。此时,从客观法视角看行政主体作出了“一定内容”的行政行为,从主观法视角看行政主体履行了“一定内容”的权利对应的义务——这两者间的“一定内容”是完全相同的,都是保护某种私益。在行政行为相对人场合,这种实体请求权的观念前提就存在疑问。以行政处罚为例,从客观法角度看行政主体依据法律规范作出了“侵害相对人自由”的行政行为,从主观法角度看行政主体履行了什么权利对应的义务?处罚规范的目的并非是在保护处罚对象的实体利益,处罚相对人的权利只能是“请求行政主体不要违法侵害自己的权利”,也即“请求行政主体侵害自己的自由不要超过处罚条款规定的限度”。^⑪在相对人场合,权利主张的内容(请求权的具体内容)与行政行为的内容(内容合法)完全颠倒;后者是法定侵害范围内的具体内容,前者却是要求排除法定侵害范围之外的侵害——这就好比在民事诉讼中,原告向法院诉求的不是具体内容的请求权,而是请求被告不要违法。正如小早川光郎所说,这种请求权是没有意思力的,属于法律执行请求权。^⑫

综上,对比行政行为第三人权利与相对人权利可得出的结论就是:第三人场合从行政行为依据法律规范的确可以导出与民法学上概念一致的实体请求权,但在相对人场合导出的这种权利尽管形式上可以称之为请求权,但并非真正的“实体”请求权,而是法律执行请求权。

(五) 小结

上文从抽象概念层面对行政法上两种对立权利观念进行了分析与梳理,并得出如下结论。

第一,在行政诉讼第三人原告资格判断领域,若抱持既得权观念理解起诉人的“合法权益”,那么由于权利来源的广泛性,为不陷入滥诉,需要从其他要件如“是否受行政行为侵犯”(实际影响或因果关系)来限制原告资格范围。既得权观念下的行政诉讼是一种客观诉讼,权利侵害仅仅是起诉条件,与行政行为合法性审查是两回事,诉讼标的并非满足原告的权利主张。若抱持请求权观念理解起诉人的“合法权益”,那么“是否是合法权益”本身已经起到了限缩原告资格认定范围的作用。请求权观念下的行政诉

^⑩ 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65-70页。

^⑪ Vgl. Ulrich Ramsauer, Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte, AöR 111(1986), S. 501ff.

^⑫ 参见前注^⑩,小早川光郎书,第69页。

讼是一种主观诉讼,权利侵害与行政行为合法性是一枚硬币的不同侧面,诉讼标的即是原告的权利主张。

第二,在行政法上的违法性认定中,若抱持既得权观念,那么客观诉讼式的行政诉讼违法性认定标准(行为不法立场)与国家赔偿中的违法性认定标准不管是一致还是不同均会产生疑难:标准一致(都采用行为不法)会使得大量侵权但合法的情形归入国家补偿予以救济;标准不同(国家赔偿采用结果不法)会使得行政法上的违法性概念分裂化。若抱持请求权观念,那么侵权性与合法性的统一使得行为不法与结果不法的争论成为假问题,行政诉讼中的违法性与国家赔偿中的违法性概念一致。然而,此种权利观念下国家补偿的概念就要重新定义,因为合法侵害权利的观念并不被认可。

第三,旧法存续与国家补偿这两个行政法的重要领域无法适用请求权观念,但既得权观念可以对此作出分析和说明。在既得权观念下,“既得权应当尊重”或“既得权应当一定程度保护”的命题是旧法存续与国家补偿的思想背景。其中,旧法存续是既得权最强有力的保护方式,而国家补偿则是一种相对弱化的保护方式。

第四,从行政法律规范导出的相对人请求权与第三人请求权存在概念理解上的割裂。通过认定法律是否保护某种私益而导出的第三人请求权是一种真正的实体请求权,但通过法律保留原则主观化导出的相对人请求权尽管也可以理解为请求权,但并非真正的实体请求权,两者存在相当大的差异。

三、权利观念对立的消解

行政法权利的理解方式不同会导致具体实践中法律适用的巨大差异,这一差异甚至会影响行政法学的整体定位。虽然引入规范目的因果关系理论可使得权利观念的对立在法律技术层面得以消解,但最终通过宪法基本权利才能使得对立的权利观念在法律原理层面予以整合。

(一) 行政诉讼原告资格与国家赔偿责任中的等价性

行政诉讼原告资格与行政法上违法性认定中法律适用的差异,根本上是不同权利观念下如何认定权利保护范围的方法差异所导致的。^③一方面,在绝对权侵害(如物权被限制)的场合,既得权观念下物权属于绝对保护的權利,不需要通过其他方法来限定权利的保护范围,而请求权观念下第一要务是限缩权利的保护范围,方法是探究行为依据规范的保护目的。另一方面,在绝对权以外的法律利益(法律保护的利益)侵害的场合,以“个人信息权被行政主体侵害”为例,既得权观念下个人信息权是否受侵害的认定是依据《个人信息保护法》进行保护范围的认定,但限制个人信息的行政行为合法性依据却是单行的法律、行政法规,即便是侵害个人信息权的行为也可能是合法的。而在请求权观念下,公民是否拥有个人信息保护请求权的认定依据是行政行为依据的单行法律、

^③ 参见前注③,程啸书,第139-150页。

行政法规,如果行政行为合法,则不属于权利的保护范围(请求权侵害不成立)。可见,两种观念下权利保护范围认定所依据的规范根本上是不一致的。

通过其他法律概念——因果关系要件的概念操作可以使得行政诉讼原告资格与行政法上违法性认定这两个问题在权利观念的对立问题上得到消解。当然,这种技术性操作不能从根本上化解“合法等于不侵权”思维与公法中“合法侵权”现象的矛盾。

请求权观念下权利的保护范围限缩以及与行政行为违法性联动的现象,根本原因是站在了“规范目的理论”^④立场而导致的。具体而言,在既得权立场下,当采用规范目的说因果关系立场时,侵权责任的构成要件就变为:既得权侵害、损害结果、法律因果关系(规范保护目的)+事实因果关系、行政行为违法。此时,行政行为违法要件与因果关系要件联动了起来,如果行政行为合法就意味着法律因果关系不成立(加害行为没有落在保护范围内),行政行为违法意味着法律因果关系成立(加害行为落在了保护范围内)。如果把规范目的说因果关系中的法律因果关系部分剥离,与权利侵害要件结合,那么这种构成要件结构就变为:请求权(规范保护目的)受侵害、损害结果、事实因果关系、行政行为违法。此时,权利侵害要件与行政行为违法性要件联动了起来,如果行政行为合法就意味着请求权受侵害不成立(加害行为没有落在保护范围内),行政行为违法则意味着请求权受侵害成立(加害行为落在了保护范围内)。

综上,对行政诉讼第三人原告资格判断来说,既然“合法权益受行政行为侵犯”与“行政行为合法性”在实定法上分离为起诉条件与胜诉条件,那么即便持既得权观念看待“合法权益”,但若采取规范目的说因果关系论证“为什么受行政行为侵犯”时,那么这与保护规范理论下的原告资格就是一回事。保护规范理论实际是对“合法权益”认定本身融入了规范目的理论。因此,“既得权+规范目的说因果关系→行政行为合法性”与“请求权+事实因果关系→行政行为合法性”在法律适用上是一致的:既得权观念下,因果关系与行政行为违法同质化,起诉条件阶段审查因果关系可能成立,实体审理阶段审查因果关系真正成立;请求权观念下,权利侵害与行政行为违法同质化,起诉条件阶段审查权利侵害可能成立,实体审理阶段审查权利侵害真正成立。对国家赔偿责任来说,加入因果关系的概念操作后,既得权观念与请求权观念的对立也同样可被消解。此时,即便站在结果不法说立场上理解国家赔偿中的违法性,但因为规范目的说因果关系立场下“合法权益受行政行为侵犯”(结果不法)与行政行为违法(行为不法)是一回事,因而这与请求权观念下的运用结论是一致的。因此,当既得权观念下采用规范目的说认定因果关系要件时,行政诉讼与国家赔偿中的违法性认定将会一致化。

(二) 宪法基本权利替代既得权保护命题

由于“既得权不得侵犯”是大陆法上近代法治国家成立以前的“旧黄历”,当时主要指代私人财产权对抗国家公权力。我国传统的行政法权利观念尽管属于既得权观念,

^④ 这种理论要求判断受侵害的权益是否属于行为人义务规范的保护范围或保护目的,如果是规范所保护的权益则损害结果与原因行为成立法律上的因果关系,反之则不成立。参见叶金强:《相当因果关系理论的展开》,载《中国法学》2008年第1期,第36页。

但是“既得权不得侵犯”即“民事权利不受行政行为侵犯”或“行政法上的特权、资格与地位不得事后撤回”的观念也并不被承认——既得权的功能取向模糊不清,但既得权观念本身却是我国行政法长期不自觉采用的权利观念。这种权利观念的最大问题在于既得权本身似乎无法对抗依法行政,公民的财产权、人身权等合法权利并不能够对行政权起到明确清晰的约束作用。如果认为公民可以向行政主体主张不得侵犯自己的民事权利或既得的特权资格,那么这就意味着对行政主体施加了“既要依法行政,又不得侵犯公民私权”的双重义务,且所谓行政行为的法律效果本身也无法成立了。

“既得权(绝对)不得侵犯”的命题在公法逻辑下只能退化为“既得权应当一定程度保护”或“既得权应当尊重”的命题,典型体现即旧法存续与国家补偿。从逻辑上说,旧法存续、国家补偿与“既得权应当尊重”命题间缺少一项重要的前提,那就是既得权侵害的正当化问题。也就是说,既然“既得权不得侵犯”命题意味着国家绝对不得侵害公民的既得权,那么“既得权应当尊重”命题意味着“何种情况国家不可以侵害公民既得权,何种情况国家可以侵害公民既得权”的讨论。在后者的讨论中,问题的重点在于侵害的形式与实质正当性讨论,如以何种形式进行侵害、侵害的理由是否正当、侵害的手段是否适当等等。只有在此逻辑前提下,才可以去讨论旧法存续与国家补偿的必要性,即“承认公民的既得权并非不可侵犯→哪些既得权可以受侵害、哪些不可以受侵害→受到国家侵害的既得权可以采取旧法存续与国家补偿的补救措施”这样的逻辑链条。

如此一来,“既得权应当尊重”命题下讨论的内容便是宪法基本权利教义学所讨论的内容了。公民合法权利应当并且在何种程度上不受公权力侵害的问题本就是基本权利规范的内容指向,并且通过宪法保留与法律保留等分类明确既得权是否可受法律限制。比起既得权观念的约束对象不明确性与内容残缺性来说,基本权利拥有对象明确性(明确约束公权力)与内容明确性(合宪性原理丰富)的巨大优势。况且,基本权利的概念本身就是用来覆盖既得权的,属于对既得权观念的升级替代。

其一,就私权中的财产权来说,民法是调整平等主体的部门法,民事财产权是向平等主体主张的权利。从规范上说通过民法解释无论如何也无法证立作为公法的行政法要同样保护私主体的财产权,公权力依法限制甚至消灭财产权的例子比比皆是。行政法上主张民事财产权保护所体现的“私法上的权利,公法也要保护”的逻辑严格来说并非错误,只是中间缺了一环重要的逻辑链条,即一种私权之所以不得被行政主体侵犯,不是因为行政法上也要保护民法权利,而是因为虽然是民法上的权利,但这种权利同样受到宪法基本权利的保护,因而行政法上也必须给予保护,也即“民事财产权→宪法基本权利保护→行政法上应当保护”的逻辑链条,而不是从民法一下子跳跃到行政法——行政主体保护公民私权的一般性义务,不是民法课予的,也不是行政法课予的(反而更多是在限制私权),而是宪法课予的。况且,行政主体在依法行政时“何种情况下应当保护私权,何种情况下限制乃至消灭私权具备正当性”,也不是由民法提供规范指南,而只能由基本权利规范。因此,在行政法上直接依据民法主张财产权保护就显得有些“思维跳跃”,私有财产权必须也只有依据基本权利规范中的财产权保护条款(《宪法》第13条)才可

以向作为公权力主体的行政主体主张保护,这也是作为基本权利的财产自由权的起源和功能意义。^{③⑤}

其二,就私权中的人身权来说,一方面,身份权与上述财产权类似,尽管婚姻、继承等需要民法规范来对权利的取得方式或合法要件予以认定,但如果要向依法行政的行政主体主张某种身份权不受侵犯,只能依据宪法条款(如《宪法》第49条)。另一方面,人一出生就拥有的生命、自由、身体等人格权更具独立性,可以直接依据宪法规定的相关条款向行政主体主张保护,并不需要依据民法来判断权利成立与否。此外,这些基本权利规范的保护范围、侵害认定、侵害正当化等内容相当丰富,并非空洞无物的宣示。即便不存在直接依据,现代宪法文本中的一般权利(概括性人权)条款(《宪法》第33条第3款)并与之对应的概括性基本权利理论都提供了丰富的解释学素材。^{③⑥}

其三,就行政法上的资格、特权或地位来说(法律利益),其本来也是国家对自由进行分配与调整的产物(分配行政),这种既得地位的保护也应当依据宪法自由权乃至一般权利条款进行。^{③⑦}例如,普通许可是典型的自由一律禁止与个别解禁的自由分配产物,因而许可公益撤回时的信赖保护原则实质是基本权利保护;^{③⑧}其他形成性行政行为本身就是对自由的再分配行为,形成了特有的行政法上的资格与地位现象;^{③⑨}处罚、强制、命令等行为侵害相对人的人身权、财产权,当然也是作为基本权利的自由权(人身自由、财产自由)的囊括对象,实际就是对基本权利的依法侵害;法律明确规定的授益性权益,如公民的受教育权、福利权乃至诸如环境利益等,当行政主体依法限制、剥夺这些既得权益时,只有作为基本权利的受益权乃至一般权利才可予以抗辩。

既得权观念特别是直接依据民事权利向行政主体主张保护,实际上是在没有宪法基本权利规范或不认可基本权利实证法效力的时代的产物。例如,在德国,主张既得权不受国家侵犯的时代并不存在基本权利规范,甚至在宪法自由权出现后,国家只需做到形式上的法律保留,至于如何具体保护的问题根本不在讨论的范畴。^{④⑩}对我国来说,如果行政法上的人身权、财产权等权利纯粹是民事权利或私法权利,恐怕忽视了宪法中基本权利条款的效力。作为一项既得的民事权利,要在公法上主张某种程度的保护,必然要通过基本权利的媒介。况且,也只有宪法基本权利才可以对依法行政给予某种程度的约束,这才是一种真正的约束行政主体的权利主张。

^{③⑤} 关于宪法财产性条款的论述,参见林来梵:《论私人财产权的宪法保障》,载《法学》1999年第3期。

^{③⑥} 参见张翔:《基本权利的体系思维》,载《清华法学》2012年第4期,第30-34页;韩大元:《宪法文本中“人权条款”的规范分析》,载《法学家》2004年第4期,第8-13页。

^{③⑦} 参见前注^⑫,王天华文,第89页;王世杰:《行政法上第三人保护的权利基础》,载《法制与社会发展》2022年第2期,第84-85页。

^{③⑧} 参见展鹏贺:《德国公法上信赖保护规范基础的变迁——基于法教义学的视角》,载《法学评论》2018年第3期,第139-143页。

^{③⑨} 参见前注^⑫,王天华文,第88-96页。

^{④⑩} 只要依法就可以限制基本权利的思想,参见王贵松:《行政活动法律保留的结构变迁》,载《中国法学》2021年第1期,第128页。

（三）基本权利与行政法请求权的双阶体系

由于既得权观念可以置换为宪法基本权利,后者不仅可以替代前者,实际也是前者思想的实定法化,运用起来更直截了当。那么,剩下的问题就变成了宪法基本权利与行政法上的请求权是什么关系。作为狭义公法的两个分支,宪法权利与行政法权利的关系需要予以明确而不是作模棱两可的回答。从结论上说,宪法基本权利与行政法请求权是公法权利体系的两个阶层,看似对立却是互动的关系。理解了两者的关系,相对人权利、国家补偿乃至行政行为本质等问题就迎刃而解。

1. 行政法上一律主张基本权利的可行性

是否可以取消从行政法本身导出请求权这样一种迂回、难解的方式,而一律适用基本权利作为公民在行政法上主张的权利,用以约束公权力?从理念上来说这是可行的。因为宪法既然是公法,那么即便课予行政主体“既要依法行政,又要保护公民基本权利”的双重义务似乎并非过分要求。当然,严格来说这样的双重义务在法理上依然是存在疑问的,因为这样的理念似乎仅把行政法当作基本权利的对立面(法律 vs. 基本权利),如果说“私法不是宪法的具体化”尚有讨论余地,但“行政法是宪法具体化”的看法在我国普遍被接受。^④若行政法是宪法具体化的前提是正确的,那么行政法与基本权利的单纯对峙结构并不精确,基本权利仅从外侧(行政法不得侵犯基本权利)而不是内侧(行政法本身是基本权利的具体化)去约束行政法的立场是建立在两者互相孤立、自我完结的基础上的。“是否可以一律适用基本权利作为公民在行政法上主张的权利”这一问题需要更加精细化的分析。

一方面,就行政行为相对人来说,既然所谓相对人就是行政行为的意思表示对象或法律效果对象,那么相对人被行政行为“实际影响”的就是基本权利本身,“合法权益受行政行为侵犯”在相对人场合指的是基本权利受行政行为侵犯。具体来说,根据基本权利教义学通说,基本权利侵害(限制、干预)^⑤中的“侵害”必须具备四个要件:一是目的性,国家本着限制某人基本权利的意图从而做出了某种行为;二是直接性,基本权利被侵害是国家行为的直接结果而非间接结果;三是法律形式性,这种国家行为必须是一种具有法律意义的行为形式;四是命令性,即侵害基本权利的行为必须是一种命令或有强制力保障实施的行为。^⑥将这种宪法学上的基本权利侵害教义套用到国家作出行政行为这一场景中是什么情形呢?此时,行政主体利用行政行为这一典型的法律行为,且具有命令性与强制性(行政行为效力),本着主观上限制某人自由意图而作出,且该人受到的侵害是行政行为的直接结果而不是间接结果——这在行政法上指代的就是作为

^④ 参见龚祥瑞:《比较宪法与行政法》(第3版),法律出版社2012年版,第5页。

^⑤ 笔者将“Eingriff”称之为侵害(侵犯)是基于如下理由:当然可以将“基本权利受侵害、侵害被正当化(合宪)、侵害不能正当化(违宪)”三组概念严格依照德国法分别称为基本权利干预、基本权利限制、基本权利侵害,但三组概念单用一个术语而不是三个术语似乎更简单明了,且更符合我国用语习惯,如行政法上的侵害保留,合法权益受侵犯、民法上的侵害行为等。参见张翔、田伟:《基本权利案件的审查框架(一):概论》,载《燕大法学教室》2021年第3期,第12-15页。

^⑥ 参见张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,载《法学家》2008年第1期,第136页。

行政行为法律效果对象的相对人,行政行为法律效果理论其实就是宪法学中所说的基本权利侵害理论,同一事物从客观上看是行政行为侵害,但从主观上看却是基本权利侵害。只不过传统宪法学较关注的基本权利侵害形式(要件三)是立法,而在行政法中成为问题的更多是具体行为,因而这种等价性较易被忽视。

另一方面,就行政行为第三人来说,是否也可以从基本权利的角度理解被行政行为侵犯的“合法权益”?从结论上来说,行政行为第三人主张基本权利在理念上是正确的,但实际运用起来存在很大困难。从实践上说,是否存在一套基本权利教义学标准可以如同判断相对人那样,判断第三人基本权利“谁受侵害、谁没有受侵害”?通过目的性与直接性要件可以非常清晰识别基本权利侵害的相对人,与此不同,如果基本权利侵害的概念越过相对人,扩大到把间接性侵害、非目的性侵害(也称“结果侵害”)都纳入进来,固然是对公民权利保护的极限扩张,但是如此一来似乎谁都可以主张自己的基本权利受到了行政行为的不利影响,失去“侵害”的限定标准意味着基本权利侵害概念本身的体系性崩溃。当然,学说史上并非没有为基本权利结果侵害的识别标准作努力,这依然是一个尚在探索的前沿问题。^④从学理上说,行政行为事实效果与基本权利结果侵害实际是同一事物的两个侧面;^⑤前者是行政法学从客观角度的说法,后者是宪法学从主观角度的说法。如果行政法是宪法的具体化命题是正确的,那么不可能得出相对人权利是基本权利,第三人权利却不是基本权利的荒谬结论——第三人难道就没有被行政行为限制、调整或分配自由吗?其他利害关系人被行政行为侵犯的“合法权益”从原则上讲确实是基本权利,但为了避免权利行使的极度扩张,无限制约束行政主体,需要一种清晰的限定标准限制基本权利结果侵害的范围,反过来说也就是需要一种“归责理论”使得第三人结果上的侵害归责给公权力主体。

2. 第三人基本权利在行政法上的具体形塑

为何宪法与行政法上都有相对人与第三人问题?从本质上说这是同一事物的不同侧面。首先,从宪法结构来说,甲基本权利被侵害的根本原因是因为要保护乙——为什么要限制相对人的基本权利,是为了保护“国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”(《宪法》第51条)。换言之,一方拥有自由权,但因另一方的自由权受到限制——这便是宪法学上经典的基本权利冲突,即“国家—防御权—保护义务(限制目的)”三角关系。^⑥

其次,从行政法结构来说,法律为了保护一方合法权益而对另一方施加义务,一方之所以受到侵害是另一方被法律保护的合法权益造成的。在行政处罚、征收、强制等典型侵害作用的行政行为中,相对人之所以受到侵害是因为行政主体依法保护他人、集体与公共利益。例如,《治安管理处罚法》第23条第1款第1项中“扰乱机关、团体、企业、

^④ 其中的规范目的说标准与行政法上的保护规范理论趋于一致。参见陈征:《论行政法律行为对基本权利的事实损害——基于德国法的考察》,载《环球法律评论》2014年第3期。

^⑤ 参见[日]高木光:《事实行为与行政诉讼》,田卫卫、王贵松译,中国政法大学出版社2023年版,第304-334页。

^⑥ 参见柳建龙:《论基本权利冲突》,载《中外法学》2021年第6期。

事业单位秩序的行为人”与“机关、团体、企业、事业单位”，《药品管理法》第116条中“生产、销售假药人”与社会一般公众。在许可、审批、确认等授益作用的行政行为中，赋予相对人自由的解禁或地位资格确认的同时，却存在可能因此而受到自由限制（被施加义务）甚至侵害危险的一方（周边居民、同业竞争者甚至某种公共利益）；反过来说，正是因为要保护他人、集体乃至公共利益，才会设立某种自由规制制度。例如，《城市生活垃圾管理办法》第27、28条中“城市生活垃圾经营性处置服务许可人”与“健康环境利益受损的周边居民”、《道路交通安全法》第19条中的“驾照取得人”与“可能有人身伤害或财产损失危险的社会公众”。这便是行政法上的相反或对立利害关系结构。^{④7}

最后，基本权利“侵害—保护”的宪法三角结构与行政法上的“依法侵害—依法保护”三角结构几乎如出一辙，即自由权的构造与行政法的利害关系构造是一致的。其中，行政法上作为行政行为法律效果的相对人，其权利直接受到限制，与基本权利目的性、直接性侵害的法理完全一致，因而直接适用基本权利是清晰明确的。然而在第三人的场合，“是谁”以及“什么样的基本权利受到保护”却不是宪法本身可以回答的，因为具体是由下位的行政法律规范来规定的——“为了保护第三人基本权利而限制相对人基本权利”的方式就是行政法以及依行政法的行政行为。因此，“是谁”以及“什么样的基本权利受到了保护”首先要从作为宪法具体化的行政法中导出，第三人场合直接适用基本权利是没有客观识别、判断方法的。

3. 行政法请求权与基本权利的关系

一方面，就第三人权利来说，第三人的行政法权利本质上确实是基本权利，但这种原则上、理念上的基本权利需要下位行政法律规范予以具体化形塑——如果不存在公权力行为本身，也根本谈不上基本权利冲突三角关系的发生，因而基本权利教义学中的“自由限制—自由保护”框架通过行政法律规范具体化为了行政法上的“相对人—第三人”利害关系框架。行政主体依法行政时依的“法”尽管是基本权利具体化的行政法，但此时基本权利已经融入行政法律规范本身，成为行政法律规范中保护和侵害的各种利益。^{④8}当探究第三人对行政主体有怎样的主张作为或不作为的请求权时，首先应当从行政行为依据的法律规范本身而不是基本权利导出（保护规范理论）。保护规范理论的作用有两点：一是从行政法本身分析下位法到底在保护一方什么样的自由权（因而限制另一方自由），二是分析被下位法保护的“一方”到底是私益还是公益，从中识别出拥有个体权利的第三人。因此，保护规范标准本质就是基本权利非目的性、间接性侵害的范围限定标准，同时也是这种基本权利结果侵害的归责理论。

另一方面，就相对人来说，为何行政法本身无法导出相对人真正的实体请求权，根本

^{④7} 平等权、受益权与行政法利害关系的结构也是一致的。参见黄宇骅：《行政行为概念的立体程序化改造》，载《清华法学》2023年第2期，第10-11页。

^{④8} 在笔者看来，行政法律规范中被保护与被侵害的可分性利益才是实体权利，后续导出的请求权是一种程序性权利，并非实体权利。本文为取得最大共识，忽略了这种表述。参见黄宇骅：《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137-144页。

原因是规范目的的探究脱离了与基本权利的联结。因为在相对人场合,法律直接限制了相对人自由权,从行政行为依据的法律规范中无法导出任何具体的请求内容——只能导出形式上的、没有具体内容的“请求行政主体依法行政的权利”。相对人在行政法上的形式请求权只有与基本权利结合才能成为实体请求权。此时,“行政主体依法对相对人作出了一定内容的行政行为”与“行政主体履行了一定内容的防御请求权对应的义务”是一回事,在合宪的前提下其中的“一定内容”也是相同的,都是一定限度内的自由限制。没有基本权利的导入,相对人的行政法请求权就是无源之水。因此,相对人在行政法上的权利是法律保留原则主观化与基本权利结合的实体请求权。

基本权利与行政法请求权呈现出上述双阶体系。第一,就行政法本身而言,相对人可以从行政行为依据法律规范导出形式上的请求权(请求依法行政的权利)主张保护,但这种形式请求权需要与基本权利结合才是真正的实体请求权;第三人直接可以从行政行为依据法律规范导出请求保护某种私益的实体请求权。第二,从行政法本身导出公民请求权时,宪法基本权利虽不能直接适用,但正因为“行政法权利(主观法)—行政法律规范(客观法)”本质是基本权利的具体化,因而保护规范理论运用时必须重视法律的合宪性解释意义,发挥基本权利辐射效果对行政法权利导出的指引、规范作用。第三,在宪法层面,法律规范本身的合宪性问题才是基本权利直接适用的场合。^④

行政法层面的国家补偿制度是对公民因基本权利被合法限制而造成的损失予以填补的制度,国家补偿中所谓“合法权益受到损失”指代的是基本权利受限制遭受的特别牺牲,特别是《宪法》第13条第2款与第3款的表述——作为基本权利的财产权被合法侵害时应予补偿——更加明确了这一论断。“合法就是不侵权”的请求权观念与公法原理中的“合法侵权”现象不仅不矛盾,且也是公法上双阶权利体系的体现。

四、结 论

笔者通过引入因果关系要件与宪法基本权利视角消解了行政法上两种权利观念的对立,解决了不同权利观念引起法律适用矛盾的问题。既得权观念与请求权观念不仅不矛盾,且也是公法上减损权利与保护权利两种逻辑的体现,所有的行政法权利问题都应当在基本权利与行政法请求权互动的双阶体系中予以讨论。

第一,既得权观念与规范目的说因果关系的结合,可以在行政诉讼原告资格与国家赔偿两大领域达到与请求权观念等价的结论。反过来说,请求权观念就是在运用规范目的理论限定权利的保护范围,行政法学的保护规范理论与民法学的规范目的理论几乎是同一事物在不同部门法的映射。

第二,既得权保护命题在现代法治国家本质是基本权利保护问题——合法取得的权

^④ 近来,有学者区分影响力与约束力,将立法工作中基本权利的指导称之为影响力,排除在规范意义的效力也即约束力之外,可供参考。参见李海平:《个人信息国家保护义务理论的反思与重塑》,载《法学研究》2023年第1期,第79页。

利应当且在何种程度上不受公权力侵害,本就是基本权利规范的内容指向。在行政法上直接依据民法而不是通过宪法主张人身权与财产权不受侵犯,属于思维跳跃,无视了基本权利条款的法律效力。

第三,相对人的行政法请求权与基本权利是同一事物——行政行为(不利)法律效果与基本权利目的性、直接性侵害分别是同一事物在行政法与宪法上的不同说法。与此不同,第三人的行政法请求权是基本权利的具体形塑,基本权利的结果侵害范围需通过下位法加以限定,因而两者是原形与变形的关系——保护规范理论与基本权利结果侵害也是同一事物在不同法律领域的映射。

第四,行政相对人与第三人权利一律从行政行为依据的法律规范本身导出(第一层权利),基本权利(第二层权利)隐藏背后起到辐射效果也即合宪性解释的作用。在行政法上解决合法性问题后,基本权利才可直接适用以讨论立法的合宪性问题。当然,行政法上为基本权利限制遭受的损失提供了旧法存续与国家补偿的补救措施。

Abstract: The concept of vested rights and the concept of claim rights are two opposing rights concepts that exist in the field of administrative law and practice. The different concepts of rights can lead to differences in the specific legal application of administrative litigation plaintiff qualifications, determination of illegality in administrative law, the existence of old laws and national compensation, and the relationship between administrative counterparties and third parties. Although this difference can achieve a certain degree of equivalence through the operation of causality, the concept of vested rights is ultimately the precursor of constitutional fundamental rights and should be replaced by the doctrine of fundamental rights. The essence of the right to request administrative law is fundamental rights, but fundamental rights have been specifically shaped by subordinate laws and cannot be directly applied. Administrative law rights should first be derived from the administrative legal norms themselves, followed by the issue of legislative constitutionality of fundamental rights conflicts. When describing the scene where administering according to law means protecting rights, it refers to not infringing on the right to request administrative law. When describing the scene where administrative law and even administrative actions derogate from rights in accordance with the law, it refers to limiting fundamental rights.

(责任编辑:王莉萍)