

# 保護規範理論的本土化條件

何天文\*

**摘要** 我國是否具備保護規範理論所需的制度前提、理論儲備和實踐能力，決定著該理論在我國行政審判實踐中能否順利引入和有效適用。從憲法根據、“合法權益”與合法性審查原則的體系解釋來看，作為該理論適用前提的主觀訴訟構造已經具備。該理論背後的主觀公權利概念凸顯了公法的特質，其作為原告資格的要件與我國公民行政法上的能動地位並不衝突。該理論在解釋對象和解釋方法上的改進，適應了拓寬原告資格的時代潮流，調和了解釋結論開放性與法安定性之間的衝突。適用該理論所需的基本權內部解釋效力在我國並無制度障礙，相應的法律解釋技術也可逐步培養。

**關鍵詞** 保護規範理論 主觀訴訟 原告資格 主觀公權利 本土化

## 一、問題的提出

以劉廣明訴張家港市人民政府行政復議案（以下簡稱“劉廣明案”）為契機，最高法院首次明確引入保護規範理論，“以行政機關作出行政行為時所依據的行政實體法和所適用的行政實體法律規範體系，是否要求行政機關考慮、尊重和保護原告訴請保護的權利或法律上的利益，作為判斷是否存在公法上利害關係的重要標準。”<sup>[1]</sup>自此之後，我國行政審判實踐在涉及舉報權、相鄰權、用益物權和環境權益的諸多案件中，開始嘗試適用該理論審查行政相對人以外利害關係人的原告資格。儘管有諸多行政法學者深入闡發該理論的積極意義並對之充滿期待，保護規範理論目前的司法適用卻是差強人意，非但未能契合此次行政訴訟法修改拓寬原告資格的規範意旨，反而否定了以往司法實踐明確保護的合法權益，造成公民、法人和其他組織訴權的不當限縮。尤其在劉廣明案中，土地承包經營權作為行政訴訟法和土地管理法明確予以保護的合法權益，在保護規範理論的分析框架下卻被否定，這不禁令理論界和實務界產生質疑。例如，楊建順教授認為，適用保護規範理論對“利害關係”加以限縮解釋，並機械、泛化地作為原告資格的判斷標準，將與修法旨趣相悖。<sup>[2]</sup>霍

\* 何天文，天津師範大學法學院講師，法學博士。

本文係中國法學會2024年度部級法學研究課題“行政訴訟中‘權利保護必要’審查規則研究”（項目編號：CLS(2024)D49）階段性成果。

[1] 最高人民法院（2017）最高法行申169號行政裁定書。

[2] 參見楊建順：《適用“保護規範理論”應當慎重》，載《檢察日報》2019年4月24日，第07版。

振宇法官認為，保護規範理論缺乏立法基礎，法院缺乏相應的法律解釋技術，訴諸基本權利的解釋方法與我國司法職能不符，且操作複雜，民眾不易接受。<sup>[3]</sup>

成協中教授在《保護規範理論適用批判論》一文中，對借鑒保護規範理論的核心難題進行了系統性反思，對我國行政訴訟欠缺與該理論相匹配的制度依據、理論前提和實踐能力表示擔憂，對該理論可能淪為法院擺脫受案壓力的利器保持警惕。成協中教授的論據主要有四：首先，保護規範理論的適用前提是主觀訴訟的功能假定，而我國憲法和行政訴訟法所確立的訴訟構造存在極大的解釋空間；其次，保護規範理論假定個人僅能基於維護自身權利而請求司法權介入，與我國公民積極能動的法權地位不相吻合；再次，法律解釋方法的多元性和解釋結果的不確定性，使得主觀公權的判定在很大程度上淪為司法者的一種主觀恣意；最後，保護規範理論適用的諸多理論前提和制度裝置無法配套。<sup>[4]</sup>上述四個問題直接關係到我國引入保護規範理論的可行性和必要性，亦深刻影響該理論在我國司法實踐中的適用效果，不得不認真對待。本文嘗試對以上四點質疑進行逐一回應，意在澄清對保護規範理論的誤解，表明引入該理論的制度前提和理論儲備在我國均已具備。司法實踐適用該理論導致的消極效果，並非保護規範理論本身的問題，而是操作技術不成熟所致，需要逐步形成穩定的適用流程和寬鬆的解釋基準。

## 二、保護規範理論適用的制度前提

保護規範理論起源於德國，行政法院運用該理論查明起訴人的主觀公權利，並據以確定其原告資格。原告資格以主觀公權利的受損為要件，是主觀訴訟模式的要求。在客觀訴訟模式下，以法國的越權訴訟為例，因訴訟目的是為了確保行政合法性和維護公共利益，原告資格的限制往往十分寬鬆，只要求起訴人“利益”的損害。<sup>[5]</sup>“利益”與“權利”最本質的區別在於，“利益”的判斷更多依賴行政行為事實上的影響範圍，而不像保護規範理論那樣訴諸實體法上的私益保護指向。所以，只有以“權利”受損作為原告資格要件的主觀訴訟，才是保護規範理論適用的制度前提。那麼，我國行政訴訟制度到底是不是主觀訴訟？或者更準確地說，至少公民、法人和其他組織有權提起的行政訴訟案件，是否呈現出主觀訴訟的色彩？

### （一）“合法權益”的範圍

成協中教授以法國越權訴訟和完全管轄權之訴的區分為準，認為主、客觀訴訟的劃分主要考慮兩個方面：第一，起訴資格限於權利受損還是擴及利益的損害；第二，法院的審查範圍局限於起訴人的訴訟主張，抑或針對行政行為的合法性展開全面審查。就起訴資格而言，我國《行政訴訟法》第2條以“合法權益”受行政行為侵犯作為原告適格的條件。從語義上來說，“合法權益”應該包括“權利”和“合法利益”，而“合法利益”是否局限於實體法的規定則有解釋空間。將“合法權益”理解為僅包含具有實體法根據的主觀公權利，屬於一種語義限縮。<sup>[6]</sup>換言之，如果“合法權益”包含了起訴人受行政行為影響的事實利益，那麼我國行政訴訟法就帶有明顯的客觀訴訟色彩。

關於“合法利益”是否限於實體法保護的範圍，日本和我國台灣地區也曾有爭論，但司法實務和主流學說最終都選擇了以實體法為基礎、運用保護規範理論進行擴充解釋的立場。根據日本

[3] 參見霍振宇：《舉報投訴人行政訴訟原告資格探討——兼論行政訴訟原告資格的判斷方法》，載《法律適用》2019年第6期，第109頁。

[4] 參見成協中：《保護規範理論適用批判論》，載《中外法學》2020年第1期，第88-103頁。

[5] 參見王名揚：《法國行政法》，北京大學出版社2007年版，第535-538頁。

[6] 參見成協中：《保護規範理論適用批判論》，載《中外法學》2020年第1期，第91頁。

《行政事件訴訟法》第9條的規定，處分和裁決的撤銷之訴，只有對請求該處分或者裁決的撤銷具有“法律上的利益”者才能提起。對於“法律上的利益”的理解，存在“法律上保護的利益說”和“法律上值得保護的利益說”兩種對立觀點。前者將重點置於國民的權利和利益保護，可以說是維持市民法治國原理範圍的見解；後者對利益範圍的把握比前者更廣泛，是更加擴大原告適格範圍的學說，更加重視撤銷訴訟所具有的合法性維持功能。日本最高法院採取了前一種觀點。<sup>[7]</sup>鹽野宏教授認為，行政訴訟原則是救濟私益的主觀訴訟。法律上的利益內涵，立足於法律上保護的利益說，期待靈活解釋的積累才是適當的。法律上值得保護的利益說其問題在於，對何種情況下存在法律上值得保護的利益，沒有提出判斷基準，結果是只能委任給個別法官的裁量性判斷。而要有關工作託付給法官，需要有立法者稍微明確的授權。相反，法律上保護的利益說更加符合行政案件訴訟法前後文的邏輯性，通過實體法的解釋可以使保護規範的所在更加明確。<sup>[8]</sup>

台灣“行政訴訟法”第4條和第5條雖將“權利”與“法律上利益”並列，但主流觀點認為，二者均指涉一項受法規保護、得由特定人主張的具體利益，因而在定義上並無嚴格區分的必要，均可稱為“公權”。至於如何判斷“法律上利益”，台灣學說主要有權利保護說、法律上保護利益說、值得保護利益說三種，通說則采法律上保護利益說，而其判斷標準一般采保護規範理論。<sup>[9]</sup>原因在於：第一，“法律上利益”是1998年修改“行政訴訟法”時新增的內容，是為了改變當時訴訟實務對“權利”概念採取嚴格解釋的一貫做法，以擴大權利保護範圍，但在“司法院”釋字第469號引入新保護規範理論以後，擴充狹隘權利概念的已經達到，二者間的差別失去強調的必要；第二，若認為“法律上利益”並非實體法上的權利，而僅是訴訟上賦予訴訟權能，使其在訴訟法上的地位可與權利相提並論的利益，那麼這與行政訴訟法特別規定而例外賦予個人原告資格的情形將無法區分；<sup>[10]</sup>第三，如果依照法國的法秩序維護模式來理解“法律上利益”，當事人資格的限定十分寬鬆，則何需在“法律上利益”之前繼續保留“權利”被害者資格這一較高的訴訟門檻？這將導致法律用語意義脈絡上的不暢，使“權利”概念成為多餘。<sup>[11]</sup>

與台灣地區相比，我國行政訴訟法雖無個人原告資格的特殊規定，但不難看出，上述第三點理由與我國頗為契合。如果行政訴訟原告資格可以放寬到法國式的“利益”要件，便無法對“合法權益”表述中的“權利”要求作出有意義的解釋。其次，1989年行政訴訟法至今修正過兩次，“合法權益”的表述雖未有任何改動，但隨著法制體系的完善和行政判例的積累，“合法權益”的內涵也在不斷擴充。結合行政訴訟法第12條受案範圍的規定來看，“合法權益”主要包括人身權、財產權、企業自主經營權、土地承包經營權、競爭權、福利權，司法實踐還承認了相鄰權、受教育權和就業權。<sup>[12]</sup>但無論怎樣擴充，這些獲得司法保障的合法權益均是相關實體法規明文規定的權利，或至少未明顯超出“法律上所保護之利益”的範圍。<sup>[13]</sup>最後，2017年修正的行政訴訟法新增了第25條第4款的內容，即由檢察機關對生態環境和資源保護、食品藥品安全、國有財產保護、

[7] 參見[日]鹽野宏：《行政救濟法》，楊建順譯，北京大學出版社2008年版，第88頁。

[8] 同上註，第94-95頁。

[9] 參見劉宗德、彭鳳至：《行政訴訟制度》，載翁岳生編：《行政法》（下），中國法制出版社2009年版，第1439-1440頁。

[10] 例如，《行政訴訟法》第九條規定了個人提起公益訴訟的訴訟權能：“人民為維護公益，就無關自己權利及法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限。”

[11] 參見陳柏森：《論行政訴訟中之“公法上權利”——從德國法與歐盟法影響下觀察》，元照出版有限公司2014年版，第170-173頁。

[12] 參見江必新：《新行政訴訟法專題講座》，中國法制出版社2015年版，第112頁。

[13] 參見李廣宇：《如何裁判行政案件：判例體現的理念與方法》，法律出版社2017年版，第15頁。

國有土地使用權出讓等領域的行政違法行為和不作為提起訴訟，以此實現公共利益的維護。這意味著，公共利益的司法保護，只有檢察機關是適格的原告主體。行政機關對公共利益的維護，往往會對公益群體成員的個人利益造成實際影響，但在保護規範理論的視域下，缺乏實體法特別保障而僅作為公益附帶效果產生的個人利益，並不是合法權益，僅是一種事實上的反射利益。如果賦予事實利益受損的個人以訴權，將使其成為公共利益的衛士，導致公益訴訟原告資格的特別限定失去意義。綜上所述，無論“權利”還是“合法利益”，都應具有一種實體法上的關聯性，而非單純以行政行為的事實影響為據。這也說明，德國法上的主觀公權利與我國行政訴訟法上的“合法權益”內涵基本一致，不存在限縮問題。

## （二）合法性審查原則引發的爭議

法國以法律爭議的性質作為主、客觀訴訟的劃分標準：如果法律爭議是行政行為合法性問題，則為客觀訴訟；如果是當事人權利地位的存在問題，則為主觀訴訟。成協中教授認為，我國行政訴訟法規定了合法性審查的基本原則，意味著司法審查的範圍不局限於原告的訴訟主張，而及於行政行為合法性的全面審查。這凸顯了我國行政訴訟制度監督行政機關依法行政和維護行政法律秩序的客觀功能。<sup>[14]</sup>

薛剛凌教授認為，1989年行政訴訟法所確立的訴訟構造，既借鑒了德國式主觀訴訟的原告資格，又借鑒了法國式客觀訴訟的合法性審查，相互雜糅的特點十分鮮明。<sup>[15]</sup>行政訴訟法兩次修正後，關於原告資格條件和合法性審查原則的條款幾乎未作改變，導致我國行政訴訟構造依舊模糊不清。不過，“合法性審查原則”用於明確司法和行政的界限，依然可以有兩種不同理解：在與原告權利主張審查相對的意義上而言，合法性審查原則意味著司法審查範圍的限定；但在與行政行為合理性審查相對的意義上而言，它只是司法審查深度或司法介入行政強度的限定。王漢斌在《關於〈中華人民共和國行政訴訟法（草案）〉的說明》中解釋：“人民法院審理行政案件，是對具體行政行為是否合法進行審查。至於行政機關在法律、法規規定範圍內作出的具體行政行為是否適當，原則上應由行政復議處理，人民法院不能代替行政機關作出決定。”<sup>[16]</sup>可見，合法性審查原則從立法原意來說，基本採取了後一種理解，是對司法審查深度的限定。

其實，將合法性審查原則作為司法審查範圍的觀點，在行政訴訟法修改前是可以理解的。在修法前以撤銷訴訟為中心的訴訟構造下，行政行為合法性審查與原告權利救濟的方式高度重合：法院撤銷不合法的行政行為，當事人的權利主張也就作為一種附帶效果而獲得回應。但無論如何，原告的權利主張本身不是審查的重點。行政訴訟法修改以後，撤銷訴訟為中心的訴訟構造被打破，行政訴訟類型化趨勢明顯，尤其是課予義務訴訟和一般給付訴訟等更直接、更充分回應原告訴求的訴訟類型出現，並在訴訟請求、受案範圍、舉證規則、起訴期限、暫時權利保障、判決形式、調解的容許性等方面作出不同於撤銷訴訟的具體規定，這已經超出了維護客觀法秩序、確保行政法治的單純目的，而旨在實現當事人權益更加完整、徹底的救濟。對於上述兩種給付訴訟來說，行政不作為的合法性審查並不能充分實現原告訴訟目的，行政不作為違法不代表原告有權請求行政機關作出特定行為，因而法院的審查範圍就不能局限於行政不作為的合法性問題，而必須探討原告是否具有請求行政機關作為的權利地位，並視情況作出履行判決、給付判決或答覆判決。<sup>[17]</sup>雖然修改後的行政訴

[14] 參見成協中：《保護規範理論適用批判論》，載《中外法學》2020年第1期，第92頁。

[15] 參見薛剛凌、楊欣：《論我國行政訴訟構造：“主觀訴訟”抑或“客觀訴訟”？》，載《行政法學研究》2013年第4期，第35-36頁。

[16] 王漢斌：《關於〈中華人民共和國行政訴訟法（草案）〉的說明》，載中國人大網，[http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1989-03/28/content\\_1481184.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1989-03/28/content_1481184.htm)。

[17] 參見李廣宇、王振宇：《行政訴訟類型化：完善行政訴訟制度的新思路》，載《法律適用》2012年第2期，第9-14頁。

訟法在一些技術細節上仍留有主、客觀訴訟雜糅、錯裂的痕跡，但總體而言，主觀訴訟的規則架構已基本成型。

### （三）行政訴訟構造與憲法依據的關係

成協中教授認為，德國基本法第 19 條第 4 款的規定是其行政法院制度採取主觀訴訟的依據。<sup>[18]</sup>我國憲法第 41 條被認為是行政訴訟法的制定依據，但從該條文的內容和性質上，無法直接認為個人提起訴訟需要以主觀權利受損為前提，以及法院的審查以維護個人主觀權利為首要目的。<sup>[19]</sup>

然而，憲法規定並非行政訴訟採取主觀模式或客觀模式的必要條件，二者並無嚴格的對應關係。實際上，在基本權保障和權力分立制衡的憲法原則下，救濟主觀權利和保障行政適法性往往是行政法院的雙重功能。更準確地說，主觀訴訟作為德、日行政訴訟的基本構造，是其訴訟類型的一種整體特徵，而非絕對排除客觀訴訟。主、客觀訴訟在同一行政訴訟制度下是可以並行不悖的，只要針對兩種不同訴訟類型的目的和特點，分別設計對應的訴訟規則，從原告資格、審查範圍、判決效力等方面做出邏輯協調、價值融貫的安排，權利救濟和權力監督的目標完全可以在不造成體系矛盾的情況下得以實現。

德國基本法第 19 條第 4 款雖是主觀訴訟的有力根據，但並未排除客觀訴訟的存在空間。德國《行政法院法》第 42 條第 2 項規定：“除法律另有規定，原告只有在認為自身權利被一個行政行為、拒絕行政行為或不行為侵害時，方可提起訴訟。”然而，除了主觀訴訟之外，為維護客觀法秩序和公共利益，還有協會之訴、規範審查之訴兩類客觀訴訟。協會之訴，不是協會由於自身權利受到侵害進行的訴訟，而是協會為其成員的利益或者為公眾利益進行的訴訟，例如環境保護、自然保護、文物保護等。協會之訴體現了對受害者訴訟系統的突破，與民眾訴訟具有共同之處。<sup>[20]</sup>規範審查之訴“不是主觀的侵權程序，而是客觀的對抗程序”，法院在理由具備性範圍內並不審查申請人的權利是否受到了某一規範的侵害。只要申請人由於法規或者法規的適用受到了損害，或者可預見的時間會受到損害，這種請求就是適法的。“此處所指的，正如在法國法中一樣，不是對某一主觀權利的侵害，而是指一種受法律保護的利益受到損害。”<sup>[21]</sup>

另一方面，即使憲法上沒有德國基本法第 19 條第 4 款的功能等同條款，也不意味著行政訴訟不能採取主觀訴訟的構造。日本憲法沒有關於行政訴訟功能定位的明確條款，但《法院法》第 3 條將“對一切法律上的糾紛進行裁判”作為法院的權限。“根據最高法院的判例，一個特定的糾紛要構成‘法律上的糾紛’，應當具備兩個基本屬性：法律判斷可能性與權利義務關聯性。”<sup>[22]</sup>也就是說，“這種糾紛是以具體案件性和通過法律的適用具有解決可能性為其內容的。”<sup>[23]</sup>據此，行政訴訟原則上是救濟私人權利的主觀訴訟。另一方面，作為立法政策，《行政案件訴訟法》第五條和第六條分別規定了民眾訴訟和機關訴訟，用以維護客觀法秩序和公共利益，是典型的客觀訴訟。民眾訴訟的代表事例有《地方自治法》上的居民訴訟和《公職選舉法》上的選舉訴訟，此時，只要符合居民或者選民這種身份資格，成為原告是沒有限定的，不必主張個人性權利和利益受損。<sup>[24]</sup>機關訴訟的代表事例，有《地方自治法》上地方公共團體的首長和議會之間的訴訟，但是這些不具有法人

[18] 該條款的內容是：對於任何一個其權利受到公權力侵害的人而言，法律救濟途徑都是敞開的。胡建森主編：《世界行政法院制度研究》，中國法制出版社2013年版，第155頁。

[19] 參見成協中：《保護規範理論適用批判論》，載《中外法學》2020年第1期，第92-93頁。

[20] 參見[德]弗裏德赫爾穆·胡芬：《行政訴訟法》，莫光華譯，法律出版社2003年版，第266-267頁。

[21] 同上註，第348-349頁。

[22] 王天華：《行政訴訟的構造：日本行政訴訟法研究》，法律出版社2010年版，第26頁。

[23] [日]鹽野宏：《行政救濟法》，楊建順譯，北京大學出版社2008年版，第188頁。

[24] 同上註，第181-182頁。

資格的機關間的糾紛，本來就不屬於法律上的爭訟，只是為了使機關相互間的糾紛服從法院的統制而特別設置的訴訟類型。<sup>[25]</sup>

再以成協中教授青睞的法國行政法院為例，其客觀訴訟的特點並非憲法上有何明確條款，而是源於該國行政與司法關係的特殊歷史傳統。法國目前實行行政法院與普通法院並立的司法雙軌制，而行政法院在歷史上是由隸屬於行政機關的分支逐步演化為獨立司法機關的。<sup>[26]</sup>在法國大革命以前，封建勢力控制的普通法院阻撓代表資產階級利益的行政部門進行社會改革，因而大革命以後，受孟德斯鳩三權分立理論啟發的1790年8月16-23日立法第13條規定：司法職能分立且永遠與行政職能分離，普通法院的法官以任何形式介入行政權的運作都被視為違法行為。<sup>[27]</sup>在司法權與行政權嚴格分離的情況下，行政法院既然隸屬於行政系統，行政訴訟從性質上便是對行政行為的內部審查，並不涉及司法權的界限問題，從而也不必回歸救濟當事人權利的訴訟本質，公民與行政機關之間權利義務糾紛的解決也無法成為行政法院的核心職能。時至今日，行政法院雖已成為事實上獨立行使審判權的司法機關，其中的行政運作邏輯已淡化，也大量受理作為主觀訴訟的完全管轄權之訴，但行政合法性控制作為行政法院的歷史角色，仍然深刻影響著其職能。

上述德、日、法行政訴訟的架構模式說明，明確的憲法條款並非主觀訴訟的充分和必要根據。同理，縱然我國憲法沒有德國基本法第19條第4款的功能等同條款，也不能貿然認為我國行政訴訟不能採取主觀訴訟模式。其實，從我國憲法第41條的規範結構和內容來看，行政訴訟的主觀構造並非沒有依據。該條規定：“對於任何國家機關和國家工作人員的違法失職行為，有向有關國家機關提出申訴、控告或者檢舉的權利。”一般認為，申訴和控告是請求權，即公民立於合法權益受害者的地位請求公權力救濟；而檢舉屬於監督權，即任何公民出於關心公共利益，對與自身權益無關的違法行為向有關部門告發。<sup>[28]</sup>如果認為法院對救濟受害人權益和糾正違法行政行為擁有最終權威，那麼可以確定憲法為我國行政訴訟的功能定位是雙重性的，且監督權力的功能未必凌駕於救濟權益之上。當然，憲法只是司法與行政關係的基本框架，行政訴訟在多大程度上具備監督行政機關依法行政的功能，以及客觀訴訟的啟動條件如何設定，往往是一個立法政策問題，不僅要考慮司法與行政的憲法關係，還要考慮一國司法資源的數量、法院對行政過程的了解程度、民眾關注公共利益的意願等因素。

從行政訴訟法第1條來看，“解決行政爭議”、“保障公民、法人和其他組織合法權益”與“監督行政機關依法行使職權”都是我國行政訴訟的目的。所謂“行政爭議”，主要是指公民與行政機關之間實際存在的權利義務糾紛，單純行政行為合法性問題不涉及公民權利要求，恐怕難以構成以官民利益衝突為本質的“行政爭議”。至於法院如何發揮監督依法行政的作用，是以主觀權利救濟的附帶效果實現，抑或由法律監督機關集中行使訴權，還是允許利益受影響者提起民眾訴訟，仍屬立法裁量的範圍。我國行政訴訟法採取了第二種方案，並不能認為違反憲法第41條。

綜上所述，憲法作為國家機關與人民關係的根本法，具有高度的原則性，經常無法對行政訴訟的構造作出明確規定，這毋寧是一個立法政策問題。在我國主、客觀訴訟並存的法制構造下，客觀訴訟的原告資格限於人民檢察院，公民、法人和其他組織只能提起主觀訴訟，仍以合法權益受損作為起訴條件，因而保護規範理論的適用就具備了相應的制度前提。

[25] 同上註，第187-188頁。

[26] 參見[法]古斯塔夫·佩澤爾：《法國行政法》，廖坤明、周潔譯，國家行政學院出版社2002年版，第233-237頁。

[27] 參見[英]L·賴維樂·布朗、約翰·S·貝爾：《法國行政法》，高秦偉、王鎔譯，中國人民大學出版社2006年版，第42頁。

[28] 參見林來梵：《憲法學講義》，法律出版社2011年版，第399頁。

### 三、保護規範理論背後的公法觀念

成協中教授認為，保護規範理論的觀念前提是，個人僅能基於自身主觀權利受損而獲得司法救濟，這隱含著個人在公法上的消極、被動地位。然而，私人在我國公法中的地位似乎更加積極、主動，例如在憲法上公民享有廣泛的參與國家管理的權利，各部門法也規定了投訴、舉報的權利，還引入了公眾參與、專家論證等行政程序。而且，保護規範理論背後的主觀公權利是借鑒私法理論的結果，與公法的價值取向不符。<sup>[29]</sup> 應該說，這一批評與客觀事實有一定距離：採納保護規範理論的民主法治國家，其公民在公法上的地位比我國公民更為積極主動，因為行政與行政訴訟本就性質和功能迥異；而保護規範理論對客觀法上請求權與反射利益的區分，更是充分體現了公法與私法的結構性差異，絕非對私法理論的套用。

#### （一）行政訴訟與行政的功能差異

其實，主觀公權利受損作為司法救濟的前提，是公民在行政訴訟法上的地位問題，與公民在行政法上的地位並無對應關係。恰恰相反，行政與司法憲法功能的差異，決定了公民在行政訴訟和行政活動中的不同地位。在德、日等適用保護規範理論的民主國家，公民的行政法地位頗為積極。公民早已不是行政權力的被動服從者，也不滿於個人權利不受違法行政的干涉，而是希望行政機關提供各種公共服務，承擔照顧公民生存、提升生活品質的國家義務。行政機關不僅要維護公民的合法權益，更要積極形成並主動追求公共利益，調整多元利益訴求之間的衝突。隨著信息技術的發展和民主化進程的加深，公民參與行政過程、實現個人價值、促進公共利益的意願日益強烈。立法要求行政機關在作出決策時，強化公開透明，保障國民知情權，暢通各種公眾參與渠道，廣泛聽取民眾意見，注重決策的人性化和可接受性，增強國民的主體性和尊嚴感。<sup>[30]</sup> 這種程序參與地位的法制保障可謂日趨完善。同時，為了鼓勵公民關心公共利益，輔助行政機關進行有效的社會管理，德、日和我國台灣地區均規定了檢舉程序，以利於行政機關獲取違法行為的信息。

行政法院作為司法機關，與行政的職能頗為不同。行政法院的核心職能是裁決公法爭議，即根據公法規範事先確立的權利義務分配格局，個案式地救濟遭受行政機關損害的合法權益。法院的組織、程序以及人、財、物配置均服務於這一目的。同時，在權力分立制衡的憲法原則下，行政法院還要承擔部分行政適法性控制和公共利益維護的職能。但是，現代行政任務的專業化、技術化和靈活性不斷增強，立法機關對行政法治的維護，只能以設定行政權運作的大致框架來實現，不確定概念和裁量規範充斥於法律之中，這在一定程度上造成司法機關缺乏明確的審查基準；即便有相應的審查基準，司法機關也因欠缺專業知識和行政經驗，無法對行政行為的合法性進行深度的實體審查，除重大違法情形外多採取司法尊讓的態度。<sup>[31]</sup> 在立法和司法不足以承擔維繫行政法治的任務時，社會的監督和行政內部的糾錯程序就顯得十分重要，這從各國行政程序法和行政復議法的制定和完善可見一斑。似乎可以認為，正是因為行政訴訟在實現行政法治上的有限能力，才導致了法治國家普遍重視公眾參與制度的設計，以提高行政決策的正確性。法國行政法院為了勝任行政合法性審查的工作，其行政法官的培訓、錄用和組織，都與實際行政保持著密切關係，行政法官不僅具備公法知識，而且具備行政經驗。<sup>[32]</sup> 行政法官獨特的知識背景，對於支撐法國客觀訴訟為主的行政審

[29] 參見成協中：《保護規範理論適用批判論》，載《中外法學》2020年第1期，第94-97頁。

[30] 參見翁岳生：《行政的概念與種類》，載翁岳生主編：《行政法》，中國法制出版社2009年版，第55-63頁。

[31] 參見湯德宗：《行政程序法》，載翁岳生主編：《行政法》，中國法制出版社2009年版，第945-946頁。

[32] 參見王名揚：《法國行政法》，北京大學出版社2007年版，第440頁。

判模式具有不可忽視的意義。

值得注意的是，在司法資源有限性的制約下，行政法院權益救濟和權力監督的功能可能產生衝突。法院處理的單純行政合法性問題越多，可用於公民權益救濟的司法資源就越少，受損權益及時、完備的司法保障就越有可能受到影響。在德國主觀訴訟模式下，原則上不承認檢舉人的原告資格，因為檢舉權只是為維護公共利益而作出的制度設計，檢舉處理行為並不會對檢舉人自身合法權益造成影響。<sup>[33]</sup>而受法制保障的程序參與權也可能只是溝通意見、彙集民智和形成公共利益的手段，對參與者的實體權益並無影響。行政訴訟為了將司法資源用於值得解決的權利義務糾紛，對不侵害實體權益的單純程序瑕疵尚不能毫無顧忌地給予司法保護。<sup>[34]</sup>即使在客觀訴訟模式下，對起訴資格不加任何限制的情形也幾乎不存在，因為行政法院無法承受民眾訴訟帶來的審判壓力。例如日本，為避免客觀訴訟泛化，《行政事件訴訟法》第42條特別強調：“民眾訴訟和機關訴訟只能在法律規定的情形下，由法律規定的人提起。”

確保行政受法的統制，調動人民管理國家事務的積極性，使一切違法行政行為得以及時糾正，當然也是我國建設民主、法治國家的理想，憲法和行政法也對人民的主體地位提供制度保障。但在司法資源和法官能力的制約下，這一理想無法通過不加節制的民眾訴訟予以實現。我國自立案登記制實施以來，法院受理的行政案件數量大大增加，已有不堪重負之勢，<sup>[35]</sup>這使得司法資源的分配必須在權利保護和單純行政法治維護之間作出平衡，公民、法人和其他組織原告資格的限定仍有重要意義。

## （二）主觀公權利理論的當代價值

主觀公權利理論的最終完成是耶利內克1892年出版的《主觀公法權利體系》一書，在當時歷史背景下正是為了確立公民積極、能動的法律地位。這一理論直接反駁了當時盛行的公法理念：個人對國家無公權利可言。公權否定論是絕對主義國家觀的產物，它強調公法具有整合國民意志的功能，多元社會利益在更高的客觀法秩序中融為一個和諧的整體，個人利益與公共福祉再無對立衝突的可能，客觀規範秩序的落實和國家意志的體現就意味著個體價值的實現，因此所謂公法權利只是客觀法的反射效果，而個人對國家並無獨立的法律地位和權利資格。<sup>[36]</sup>這種整體主義的國家觀，在近代憲政民主體制建立後已被拋棄，代之以公民的基本權利與國家權力的二元對立。基本權利具有主權權利和客觀規範的雙重效果，公民可以憑藉其主觀公權利地位，要求國家為或不為一定行為。主觀公權利的確立，使個體從完全服從國家的臣民變為有獨立人格的公民，這種權利地位必須受到國家的尊重和保障。不過，耶利內克提出的主觀公權利並未局限於個人的消極自由。他將個人的主觀公權利和個人與國家的關係地位進行了對應：被動地位標示著個人處於義務狀態，消極地位對應個人的自由權，積極地位對應個人的受益權，主動地位則對應個人的參政權。<sup>[37]</sup>由此可見，無論是主觀公權利對絕對主義國家觀的拒絕，還是主觀公權利在內容上對受益權、參政權的涵蓋，都旨在維護公民在國家權力中積極、能動的法律地位。

## （三）保護規範理論對公法的適應性

[33] 參見龍非：《行政訴訟中“受害者”原告資格之反思——以德國法作為比較》，載《法律適用·應用案例》2017年第22期，第111-120頁。

[34] 參見[德]弗里德赫爾穆·胡芬：《行政訴訟法》，莫光華譯，法律出版社2003年版，第265頁。

[35] 參見耿寶建：《立案登記制改革的應對和完美——兼談訴權、訴之利益與訴訟要件審查》，載《人民司法》2016年第25期，第49頁。

[36] 參見趙宏：《主觀公權利的歷史嬗變與當代價值》，載《中外法學》2019年第3期，第661-662頁。

[37] 參見[德]格奧格·耶利內克：《主觀公法權利體系》，曾韜、趙天書譯，中國政法大學出版社2012年版，第77頁。

嚴格來說，主觀公權利理論並不是對私法概念的繼受，而只是借用了私法上權利義務的分析框架。不能否認，法律形塑社會關係的主要手段就是權利義務的分配，權利概念並不獨屬於私法。只不過公法與私法的旨趣不同，公法規範要求行政機關履行職責，“不僅涉及大眾利益與個人利益的平衡，而且經常涉及客觀秩序的維護和改善。儘管公共利益和秩序非常重要，與行政相對人之間的關係卻是間接的。”<sup>[38]</sup>與私法上一主體的權利就是另一主體的義務不同，公法並不在行政機關和公民之間平等分配權利義務。立法規定行政義務，可能僅僅是明確行政的主體權限、行為方式和法律責任，貫徹依法行政原則。<sup>[39]</sup>但另一方面，個人利益並非當然為公共利益的實現所消解和囊括，個人也不總是在公益名下作為服從行政的客體，這時個人利益就要受到特別的保障，賦予個人得以自我保護的權利資格。保護規範理論恰恰是十分清楚公法與私法的差異，故而區分單純拘束行政的法規範和賦予相對人權利的法規範，並借助實體法上個人利益保護目的的確證，建立起主觀公權利與反射利益的區分。

在保護規範理論的分析框架下，公法規範課予行政機關一定的行為義務，如果其目的僅在實現行政法治或維護公共利益，那麼這種義務規範僅具有拘束行政機關的效果，不對應個人對行政的請求權；即使個人從行政機關對客觀法規範的執行、對公共利益的追求中獲得利益，也僅僅是一種事實上的反射利益，不是受法律保護的利益，在主觀訴訟模式下不能作為原告資格的基礎。與此相反，如果法規範的目的不僅僅在於服務公共利益，而同時具有保護個人利益的目的，那麼這一義務規範就對應著個人的主觀公權利，個人有權請求行政機關履行客觀法規定的義務，這種權利受到司法保障。換言之，在私法中，所有的客觀法都意在保障個人利益，因此所謂個人利益要素只是個法律理論問題，並不具有突出的實踐意義，但公法將主觀權利的保護方向導向個人利益，在法律實踐中卻具有關鍵的意涵：主觀公權利與客觀法規範的一一對應關聯由此被切斷，公民也不再被認為擁有要求行政遵守法律和執行法律的一般的、概括的請求權。<sup>[40]</sup>如果個人享有此類概括的請求權，很可能造成行政機關追求公共利益的努力遭受個人掣肘，這將浪費行政資源，影響行政效率。<sup>[41]</sup>

綜上所述，成協中教授強調我國行政訴訟監督依法行政的功能，固然值得贊同。但將原告資格限於主觀公權利受損害者，並非不注重我國公民積極法權地位的保障，而是在有限司法資源制約下作出的理性安排，是為了兼顧權益救濟和行政法治。另一方面，主觀公權利概念確立了個人相對於國家的主體地位，並以保護規範理論區分公權利與反射利益，深刻體現了公法的價值追求和規範結構。

#### 四、保護規範理論保障合法權益的有效性

成協中教授認為，保護規範理論的適用，事實上並不能實現合法權益更有效的保護，因為解釋方法的多元性和解釋結論的不確定性影響了法權地位的安定性，而超越“權利”對“合法利益”提供司法保護已成為法治國家一種普遍趨勢，由司法機關根據行政行為的事實和後果而非實定法上的利益分配格局來界定合法權益，具有實踐必要性。<sup>[42]</sup>然而，這一批評未充分注意保護規範理論自我完善的努力，沒有對該理論適用的“混亂”現象進行實質原因的分析 and 客觀公允的評價，也未警惕

[38] [德]漢斯·J.沃爾夫、奧托·巴霍夫等：《行政法》，高家偉譯，商務印書館2002年版，第504-505頁。

[39] 參見[德]哈特穆特·毛雷爾：《行政法學總論》，高家偉譯，法律出版社2000年版，第154頁。

[40] 參見趙宏：《保護規範理論的歷史嬗變與司法適用》，載《法學家》2019年第2期，第6頁。

[41] 參見蕭文生：《檢舉獎金與主觀公權利》，載《法令月刊》，第61卷第7期（2010年），第19-35頁。

[42] 參見成協中：《保護規範理論適用批判論》，載《中外法學》2020年第1期，第97-99頁。

根據行政行為的事實和後果來界定合法權益所引發的司法恣意，而後者更易導致原告資格的判斷滑向真正的“法官法的迷宮”。

#### （一）新保護規範理論對合法權益的擴充

不得不承認，適當擴大權利保障範圍，放寬原告資格的限制，是各國行政訴訟發展的普遍趨勢。自二十世紀七十年代以後，美國司法實踐逐漸拋棄了傳統的“法定權利”標準，形成了解決原告資格問題的兩部制標準：一是“事實上的損害”標準，原告需要主張“被訴行為已經使他遭受事實上的損害，它可以是經濟型或者其他性質的損害”；二是“利益區間”標準，即“起訴者尋求保護的利益，是否可以說屬於法律或者憲法保障所要保護或者規範的利益區間”。<sup>[43]</sup>美國司法實踐不區分主、客觀訴訟，也未必了解保護規範理論，但“利益區間”的判斷也存在實定法的解釋問題。當然，在實際運用中，法院具有相對廣泛的裁量權，尤其出於對實體問題的興趣，法院對這兩個標準都採取了寬鬆的解釋，並通過判例的積累形成了原告資格較為確定的判斷標準。

然而，採納保護規範理論的大陸法系國家，也存在放寬行政訴訟原告資格的趨勢，卻並未放棄保護規範理論。恰恰相反，受司法保護之合法權益的擴充，正是通過保護規範理論的發展和完善而實現的。保護規範理論將原告主觀公權利依託於實定法的解釋，具有明顯的實證主義傾向，在“權利先於國家和法律而存在”的自然法思潮下，難免遭受狹隘、滯後的批評，這也是舊保護規範理論在德國一度式微的原因。但是，在第二次世界大戰之後，經過阿斯曼等學者的改進，保護規範理論得以重生，成功適應了對法定權利以外的法律利益提供司法保障的社會需求。在新保護規範理論所確立的分析框架下，行政法院對法規進行體系性考量、對保護目的進行客觀主義解釋、對憲法的價值定位作用予以重視，達到了盡可能拓寬主觀公權利外延、逐漸放鬆原告資格限制的目標。具體而言，新保護規範理論的改進包括以下三個方面：第一，作為解釋對象的法規範範圍的擴充。改變舊保護規範理論將解釋對象限於強制性規範的方法，承認裁量性規範賦予公民的無瑕疵裁量請求權，承認解釋基準和裁量基準等行政規則所創設的同等待遇請求權，<sup>[44]</sup>也承認程序性規範可能蘊含的實體法權利地位。此外，解釋對象不再局限於具體條文，而是從相關法規的規範結構乃至整個制度化的框架條件下進行解釋。<sup>[45]</sup>第二，解釋技術的客觀化和靈活性。改變舊保護規範理論以立法者意圖作為保護目的決定性指標的做法，代之以客觀主義的解釋路徑。“由於受不斷變化的價值觀念特別是最高位階的憲法規範發展的影響，法律規範本身的內容也會相應地發生變化，因此，在這裏起決定性作用不是頒佈法律時的利益權衡，而是當代的價值觀念和利益權衡。”<sup>[46]</sup>通過立法目的解釋、體系解釋等方法，客觀的利益評價能夠與時俱進，涵蓋那些在公民法律生活中確實值得保護的利益。第三，注重基本權利對一般法解釋方向的指導作用，這樣可以矯正實證主義權利觀的傾向，避免解釋結論與正當的社會訴求脫節。

在日本早期的司法實踐中，舊保護規範理論成為判斷法律上的利益的標準，其定型表達存在於“新瀉空港訴訟”判決中。學者根據該案判決思路，概括出法律上利益的三要件：第一，不利要件，即原告因係爭行政處分受到利益損害；第二，保護範圍要件，即該利益被納入根據法規所保護的範圍；第三，個別保護要件，即根據法規將該利益作為個別利益加以保護。<sup>[47]</sup>但在隨後的判決中，最高法院對“法律”和“利益”的狹隘解釋被修正，根據規範的範圍被擴大到相關規範，被侵

[43] [美]理查德·J.皮爾斯：《行政法》，蘇苗罕譯，中國人民大學出版社2016年版，第1076頁。

[44] 參見陳敏：《行政法總論》，新學林出版有限公司2016年版，第264頁。

[45] 參見趙宏：《主觀公權利的歷史嬗變與當代價值》，載《中外法學》2019年第3期，第657頁。

[46] [德]漢斯·J.沃爾夫、奧托·巴霍夫等：《行政法》，高家偉譯，商務印書館2002年版，第506頁。

[47] 參見王天華：《行政訴訟的構造：日本行政訴訟法研究》，法律出版社2010年版，第57頁。

害者利益的內容、性質和程度也納入考慮。<sup>[48]</sup>2004年行政事件訴訟法修改，第9條增設第2款考慮事項：“法院對處分或者裁決相對一方以外的人判斷其是否具有前項規定的法律上的利益時，不能僅根據該處分或者裁決所依據的法令規定的文本，還應當對該法令的宗旨和目的以及應當在該處分中進行考慮的利益的內容和性質進行考慮。對該法令的宗旨和目的進行考慮時，存在與該法令目的共通的相關法令的，還應當對該相關法令的宗旨和目的加以斟酌；對該利益的內容和性質進行考慮時，還應當對該處分或者裁決違反其所依據的法令作出時受到侵害的利益的內容和性質以及該利益受到侵害的樣態和程度加以斟酌。”簡言之，法律上利益的查明，在行政處分據以作出的根據規範之外，還要考慮：（1）根據規範的宗旨和目的；（2）與根據規範目的共通的規範的宗旨和目的；（3）行政處分作出時應予考慮的利益的內容和性質；（4）違法處分所侵害的利益的內容和性質以及侵害的樣態和程度。這是立法對新保護規範理論的明確承認，此時新保護規範理論的運用已經體現了制度框架與事實情境的結合，吸納了規範解釋和利益衡量的雙重優勢。據朱芒教授觀察，採納新保護規範理論之後，“法律上保護的利益說”也考慮被害的實質情況，因此在行政訴訟制度的實際運行之中，其與“值得法律保護的利益說”儘管基本立場有差異，但在具體的解釋方式上正走向接近或趨同。<sup>[49]</sup>

台灣地區“司法院”釋字第469號也明確引入新保護規範理論，用以推翻狹隘、僵化的請求權與反射利益的二分法：“如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。”<sup>[50]</sup>法規範所保護利益的歸屬主體究為不特定公眾抑或特定的個人和群體，學者主張進行寬鬆的解釋，即在個案中考慮該受侵害權益的一般或具體程度、擴散或特定程度、侵害的重大或輕微程度，乃至比較衡量對該權益給予訴訟保護的社會費用與社會利益等，進行具體判斷。<sup>[51]</sup>在司法實務中，對法規意旨的探求和個別保護指向的解釋，都會慎重考量人民權利保護需要，不作過於狹隘的解釋，避免不當限縮國家設立行政救濟制度的本意，減損人民獲得救濟的機會。總體來看，新保護規範理論的適用，使主觀公權利和反射利益的界限處於一種流動的、相對化的趨勢。

## （二）保護規範理論的確定性與靈活性

儘管新保護規範理論擴充了主觀公權利的內涵，其寬鬆的法律解釋立場卻遭受解釋結論和解釋指令不確定性的質疑。德國行政法學者鮑爾認為：保護規範理論對規範保護利益的寬鬆解釋，導致法規的內容在變動的價值觀影響下發生改變，使主觀公權利的保障依賴於規範適用者的價值觀，使法律屈服於主流的法政策立場。而在解釋指令上，解釋存疑時公權利的推定、行政程序法作為實體權益根據的可能，都處在缺乏定準的狀態。<sup>[52]</sup>這一批評雖不乏洞見，但卻失之武斷和片面。

首先，保護規範理論探明主觀公權利，以客觀法規作為解釋基點，在法規所建構的客觀價值秩序內探求保護指向，就是希望在實定法基礎上描摹出主觀公權利的清晰輪廓，以此防止法官恣意取代法律的規範意旨。舊保護規範理論過於考慮模糊的立法者意圖和行政行為紛繁複雜的事實影響，導致公民的權利地位隨著行政具體情境的轉換而被承認或否定。保護規範理論“借由穩定清

[48] 參見朱芒：《行政訴訟中的保護規範說——日本最高法院判例的狀況》，載《法律適用》2019年第16期，第116頁。

[49] 參見同上註，第119-120頁。

[50] 台灣地區“司法院”釋字第469號解釋理由書。

[51] 參見劉宗德、彭鳳至：《行政訴訟制度》，載翁岳生編：《行政法》（下），中國法制出版社2009年版，第1441-1442頁。

[52] 參見[德]哈特穆特·鮑爾：《新舊保護規範論》，王世傑譯，載《財經法學》2019年第1期，第106-110頁。

晰的實定法為個人提供相對於國家的穩固法地位”，使個人權利“立基於超越情景式考量的堅實基礎之上”，而“不會隨波於行政統制的現實或是不斷擴張的權利保護需求”。<sup>[53]</sup>與此形成鮮明對比的是，法國越權之訴的當事人資格在全民訴訟和受害人之訴間進行折中，但由於申請人利益內容複雜，意義和範圍隨時代和具體情況而不同，法院在認定時往往帶有主觀成分。<sup>[54]</sup>

其次，保護規範理論解釋規則的變動，一定程度上是其趨向精細化與合理化的表徵。解釋存疑時的有利推定，用於個人與行政的雙邊關係或有基本權保障理據的支撐，但在規範結構涉及第三人利益時，恐怕公權利的認定還需考量私人間利益的客觀法律評價，難以作出行政相對人利益優先的一般性推定。至於程序規則是否隱含著對個人實體法律地位的尊重，應不能一概而論，因為程序參與權的保障可能只是形成公益的手段。

再次，解釋結論的不確定性，很大程度上是解釋結論的妥當性與法安定性之間的動態調適。如果不能隨著人權保障精神的深化和社會生活環境的改變，將那些明顯值得保護的利益納入法規範的保護範圍，保護規範理論必將因為缺乏適應性而被拋棄。之前被否定的相鄰權、環境權，在保障個人尊嚴的憲法精神下逐漸獲得司法保護，豈非解釋結論的實質性進步？正如趙宏教授適切的評價，保護規範理論的不確定性也是其“彈性、可變性、發展性和適應性的證明”。<sup>[55]</sup>一味追求解釋結論的確定性，可能會忽視法律價值的開放性和解釋結論的正義性。此外，解釋結論的不確定性，主要源於公法規範內容本身的模糊性，因為大多數情況下不存在一望即知的私益保護目的，而必須借助法律解釋進行價值判斷。雖然法規範的靈活解釋經常會獲得開放結論，但由於這種解釋結論最終可回溯至法規範確立的客觀價值秩序，為事後的檢討、完善提供了方向和材料，圍繞客觀價值判斷的有益爭論得以繼續進行，使解釋結論達成共識成為可能。

最後，鮑爾雖主張以法律關係理論取代保護規範理論，但法律關係理論迄今尚未提供一套區別於保護規範理論的分析工具。<sup>[56]</sup>關於法律關係中權利義務的大部分討論，“基本都止步於具體的、各論的、問題發現式的論述，並未歸納總結出足夠抽象、與現實事物結構保持一定距離、兼具實際指導力的解釋規範和判定基準。”<sup>[57]</sup>

### （三）保護規範理論在我國的發展

我國司法實踐總體上認為，行政訴訟制度是一種救濟個人合法權益的主觀訴訟，並逐漸形成了判斷利害關係人原告資格的三要件：存在一項權利；該權利歸屬於原告；該權利具有受到被訴行政行為侵害的可能性。<sup>[58]</sup>保護規範理論的引入，為原告是否存在合法權益提供了判斷標準。最高法院明確指出：“在對行政法所保護的權益範圍進行界定的過程中，如果在對行政法規範進行文義解釋後仍存有歧義，可參酌整個行政法規範體系、行政法的立法宗旨以及行政行為的目的、內容和性質等綜合進行判斷，以便能夠擴大法律所保護利益的範圍。”由此可見，司法實踐基本採納了新保護規範理論，對規範保護利益的探求兼顧規範宗旨和行政事實。同時，最高法院也意識到，利害關係的擴張解釋，必須考慮司法體制、司法能力和司法資源的限制，合法權益的範圍仍應限於通過語義解釋、體系解釋、歷史解釋、立法意圖解釋和法理解釋等方法得出的結論。<sup>[59]</sup>可以認為，解釋方法

[53] 趙宏：《保護規範理論的歷史嬗變與司法適用》，載《法學家》2019年第2期，第11頁。

[54] 參見王名揚：《法國行政法》，北京大學出版社2007年版，第536頁。

[55] 趙宏：《保護規範理論的歷史嬗變與司法適用》，載《法學家》2019年第2期，第11頁。

[56] 參見王天華：《主觀公權利的觀念與保護規範理論的構造》，載《政法論壇》2020年第1期，第38頁。

[57] 趙宏：《法律關係取代行政行為的可能與困局》，載《法學家》2015年第3期，第51頁。

[58] 最高人民法院（2016）最高法行申2560號行政裁定書。關於第三人起訴時訴權的分析結構，參見[德]弗里德赫爾穆·胡芬：《行政訴訟法》，莫光華譯，法律出版社2003年版，第244頁。

[59] 最高人民法院（2017）最高法行申169號行政裁定書。

的提倡，既避免合法權益過分超出實體法的體系和宗旨，又盡可能防止權利保障淪為法官的主觀恣意。

我國適用保護規範理論之後，原告資格受到不當限縮，並不是保護規範理論本身不確定性、缺乏操作性的表現，而是行政審判實踐對該理論的適用前提以及法解釋的技術和方法還未熟練掌握所致。首先，我國行政審判實踐還未明確意識到，保護規範理論適用的前提是，原告受到行政行為施加的不利益，但無法確定此種利益究為主觀公權利抑或反射利益。如果法律明文規定或司法實踐認可的權利受到損害，則保護規範理論無適用必要。保護規範理論的操作技術也存在以下問題：第一，作為解釋對象的法規範圍狹隘，除行政行為據以作出的根據規範外，忽略了職責規範、裁量規範和程序規範；第二，解釋方法單一，寄希望於特別規定的簡單查找，援引籠統的立法目的條款，未進行細緻的利益衡量。<sup>[60]</sup> 成協中教授也承認，在劉廣明案中，如果能夠全面、細緻地考慮專案審查行為可能造成的社會和經濟影響這一法定利益因素，則不乏肯定原告資格的空間。<sup>[61]</sup>

在聯立房地產開發有限責任公司訴北京市東城區人民政府行政復議案中，最高法院將規範目的的解釋，擴及直接適用規範以外的間接規範和潛在規範，兼顧行政行為的客觀意思和事實效果，並進行了充分、細緻的利益衡量，在及時、有效保障第三人合法權益的指導原則下，承認了起訴人的原告資格。<sup>[62]</sup> 可以看出，隨著行政審判經驗的積累，保護規範理論正逐漸發揮預期的作用。

綜上所述，我國行政訴訟固然也應緊跟世界潮流，適當放鬆原告資格，但與其將“合法權益”的判斷委諸法院的自由裁量，不如立基於實定法的體系和宗旨，運用新保護規範理論穩步擴充其內涵，並增強解釋結論的可預見性。我國行政審判實踐也證明，“利害關係”的判斷在新保護規範理論的分析框架下趨於寬鬆和客觀，這應該也是成協中教授所樂見的。

## 五、保護規範理論有效適用的配套機制

成協中教授認為，保護規範理論的有效適用需要配套的理論前提和制度裝置，但基本權利的輻射效應在我國尚未得到普遍承認，敏感於權利保障的法解釋技術在司法實踐中尚不成熟，且司法尊讓的審查強度與原告資格的限制不相匹配，這將導致保護規範理論在我國制度環境下無法發揮預期的效果。<sup>[63]</sup> 誠然，保護規範理論本土化所需的制度裝置和實踐能力還不夠健全，但仔細分析就會發現，這些配套機制並未成為現有制度的禁忌，只要作出相應的理論澄清和實踐努力，這些配套機制就可成功具備。

### （一）基本權內部效力原則在我國的適用空間

運用保護規範理論查明客觀法規範的保護目的時，基本權利條款發揮著重要作用，但基本權在新舊保護規範理論下具有不同的地位。舊保護規範理論認為，基本權條款是主觀公權利的依據，借助前者規範外部效力就可確定地推導出後者，而不需進行一般法的解釋。新保護規範理論強調，在法體系中查明主觀公權利時，應該遵循一般法優先的原則，基本權利可發揮價值明晰、體系定位的作用，即是一種規範內效力。當對一般法利益指向的解釋發生疑義時，必須通過合乎基本權保障精

[60] 參見何天文：《保護規範理論的引入與問題——基於最高法院裁判的觀察》，載《交大法學》2019年第4期，第132-145頁。

[61] 參見成協中：《保護規範理論適用批判論》，載《中外法學》2020年第1期，第101頁。

[62] 最高人民法院（2019）最高法行申293號行政裁定書。

[63] 參見成協中：《保護規範理論適用批判論》，載《中外法學》2020年第1期，第100-102頁。

神的解釋，使一般法和憲法的價值方向相互統一。<sup>[64]</sup>將憲法上關於基本權的價值放射影響至所有法律規範當中，也可以透過法律中的概括條款或其他價值開放性概念，並借助基本權保障方向的解釋予以貫徹。<sup>[65]</sup>只有某一法律規範欠缺基本權最低保障，也無合憲性解釋的可能時，才允許直接回溯援引基本法。基本權利的規範內效力的依據在於，行政的首要目的是追求公益，但行政行為是否要顧及特定私益，以及在複雜交錯的利益糾葛中，何種私益更值得保護，這一問題涉及多元價值的高度整合。而立法機關因其彙集民意的固有特點，適合於在價值判斷和衝突解決中享有優先地位，所以其對衝突法益的裁量也應該獲得尊重。<sup>[66]</sup>此外，舊保護規範理論強調的是基本權利的防禦功能，人民當然可以據此排除行政權任何形態的違法侵害，而不必訴諸法律的具體規定，這一效力也體現在行政相對人確定地享有排除違法行政行為的權利。新保護規範理論則不僅關注基本權利的防禦功能，而且強調基本權利的給付功能和國家保障義務，這事關國家財政能力的運用、社會資源的分配、公私利益的平衡及基本權利衝突的調和，除基本權利的最低限度保障之外，由立法機關透過法律予以具體化最具適當性。<sup>[67]</sup>但是無論如何，基本權的外部效力相對於內部效力只是一種例外，法院在適用時極為慎重。<sup>[68]</sup>

既然基本權利原則上是一種間接的解釋效力，且主要表現為法規保護目的的合憲性解釋，那麼這在我國的司法實踐中的適用並無制度和理論障礙。事實上，基本權條款作為裁判理由，在我國司法實踐中並不罕見，合憲性解釋正可用以強化一般法保護目的的解釋結論，強化一般法作為公權利依據的理由。而在我國法制基本完備的今天，直接透過基本權提供公民合法權益的最低保障，這種情形應該為數不多。

## （二）保護規範理論作為法律解釋技術的訓練場

長期以來，我國行政訴訟對於原告資格的判定，法院並未充分說理，甚至可以說處於一種暗箱操作，“利害關係”的判斷某種程度上只能委諸法官的直覺判斷，這顯然與依法審判精神不符。在原告資格判斷問題上說理匱乏的現狀，不應以法院未掌握法律解釋技術而繼續維持。如果允許法官放棄法律解釋方法，則等於放棄法律適用的基本程序，這樣法官的主觀偏好就將取代規範建構的客觀價值秩序。儘管法律解釋並不總是能獲得唯一的結論，但“因保護規範理論是基於法規範與法解釋技術為基礎和方法作出的法判斷，它可以大大降低‘直接聯繫論’和‘實際影響論’在適用中的隨意性與不確定性”，使利害關係標準具備可操作的分析框架。<sup>[69]</sup>可以期待，隨著判例的積累和法律解釋方法的熟悉，解釋結論的可預見性會得到極大增強，司法審查技術的精確化也將得以大幅度提升。其實，在行政訴訟法修改之後，為了適應充分保障合法權益的修法宗旨，兼顧放寬原告資格與遏制濫訴的實踐需求，正需要保護規範理論這樣一個分析工具為此提供法教義基礎與法技術手段。<sup>[70]</sup>

其一，填充“合法權益”的內涵，在法定權利之外，發掘受法律保護的利益。修法以後，儘管

[64] 參見趙宏：《主觀公權利的歷史嬗變與當代價值》，載《中外法學》2019年第3期，第657頁。

[65] 參見陳柏霖：《論行政訴訟中之“公法上權利”——從德國法與歐盟法影響下觀察》，元照出版有限公司2014年版，第61頁。

[66] 參見趙宏：《主觀公權利的歷史嬗變與當代價值》，載《中外法學》2019年第3期，第660頁。

[67] 參見李建良：《保護規範理論之思維與應用——行政法院裁判若干問題舉隅》，中央研究院法律學研究所“2010行政管制與行政爭訟”學術研討會系列之二會議論文。

[68] 參見王天華：《主觀公權利的觀念與保護規範理論的構造》，載《政法論壇》2020年第1期。

[69] 章劍生：《行政訴訟原告資格中“利害關係”的判斷結構》，載《中國法學》2019年第4期，第263頁。

[70] 參見趙宏：《原告資格從“不利影響”到“主觀公權利”的轉向與影響——劉廣明訴張家港市人民政府行政復議案評析》，載《交大法學》2019年第2期，第188-189頁。

法律上利害關係變為利害關係，權利保障範圍擴及人身權、財產權“等合法權益”，但在列舉主義受案範圍的模式下，司法實踐只保護法律明文規定的“合法權利”，並無涉及法律上的利益。這種點數硬幣的方式對建構完善的司法保護體系而言是不利的，保護規範理論正可建立起聯結行政實體法和訴訟法的橋樑，使原告權益的保障擺脫傳統列舉主義的桎梏。<sup>[71]</sup>適當擴大起訴人法律上的利益範圍，不僅有助於強化公民權利的保護，也可以兼顧救濟權益與監督行政的訴訟目的，並在一定程度上緩和主、客觀訴訟的緊張關係。

其二，劃定合法權益和反射利益的界限，實現訴權保障和遏制濫訴的平衡。在我國實行立案登記制以後，法院的受案壓力急劇上升，然而其中有許多案件並不存在值得司法保障的合法權益。司法實踐遏制濫訴的努力，目前還停留在排除純粹公益訴訟的限度，而未意識到排除反射利益訴訟的重要性，典型表現便是第 77 號指導案例。<sup>[72]</sup>該案對投訴人原告資格的認可，為《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國行政訴訟法〉的解釋》第十二條第五項的規定所吸納。在保護規範理論看來，投訴人作為被投訴行為的受害者，與舉報人相比似乎更值得保護，但行政機關的投訴處理行為如果只是制止和懲處被投訴行為，一般只具有維護公益的規範目的，投訴人所獲得的心理安慰和公平的市場環境，只是一種反射利益。<sup>[73]</sup>可以想像，現代行政對人民社會生活的影響無處不在，而公共利益的維護總是使不特定的公眾獲得事實上的利益，如果允許公益群體中的一員享有訴權，法院必然不堪重負。

### （三）司法尊讓與保護規範理論的關係

嚴格來說，保護規範理論只是在進行實體裁判前，判斷有無需要司法保護的主觀公權利受損，與理由具備性階段的司法審查強度並無直接關聯。德國採取保護規範理論，在理由具備性上也未見採取高強度的司法審查，原則上也未對行政行為的合理性、適當性進行審查，<sup>[74]</sup>這與我國合法性審查原則基本一致。在法國審判實務中，法官在完全管轄權之訴中的權力確實大於越權訴訟。在前者，法官可以撤銷、變更行政機關的決定，以及判決行政主體負賠償責任；在後者，法官只有認定行政行為是否違法以及撤銷違法行為的權力。<sup>[75]</sup>這與我國撤銷訴訟和給付訴訟的判決權力也無本質差異。值得注意的是，我國法院在審查訴訟請求是否成立時，似乎不存在純粹脫離行政合法性而討論權利存否的情形，毋寧是兼而有之：合法性判斷原則上不考慮合理性問題，而請求權地位的確認並無超越合法性的問題。所以，司法審查的強度也不是反對保護規範理論的依據。

綜上所述，基本權利的外部解釋效力目前雖在我國司法實務中無法展開，但它對保護規範理論適用效果的不利影響十分有限。法律解釋技術的缺乏，應在依法審判的要求下補足，而不能以實踐的缺憾阻礙理論和制度的前進。保護規範理論為法律解釋能力和裁判說理習慣的培養提供了平台，對行政審判技術的提升有可觀的促進作用。至於訴訟請求的審查強度，與保護規範理論的運用並無直接關聯。可見，成協中教授疑慮的保護規範理論本土化所需的配套機制，實際上在我國均已具備。

[71] 參見趙宏：《保護規範理論的歷史嬗變與司法適用》，載《法學家》2019年第2期，第13頁。

[72] 該案裁判要旨指出：“舉報人就其自身合法權益受侵害向行政機關進行舉報的，與行政機關的舉報處理行為具有法律上的利害關係，具備行政訴訟原告主體資格。”

[73] 參見趙宏：《保護規範理論在舉報投訴人原告資格中的適用》，載《北京航空航天大學學報（社會科學版）》2018年第5期，第9-17頁。

[74] 參見[德]弗裏德赫爾穆·胡芬：《行政訴訟法》，莫光華譯，法律出版社2003年版，第408-410頁。

[75] 參見王名揚：《法國行政法》，北京大學出版社2007年版，第528-529頁。

## 六、結語

保護規範理論的引入，為我國行政訴訟原告資格的判斷提供了新的分析工具，但我國是否具備該理論有效適用所需的制度前提、理論儲備和實踐能力，仍是一個需要認真考慮的問題。該理論的司法適用導致不當限縮訴權的結果，更加深了理論界和實務界的疑慮。不過，在決定是否放棄該理論之前，還是應該客觀地檢視該理論的構造和意義。通過上述分析，本文可以對保護規範理論本土化的核心難題進行初步的回應：

第一，憲法第41條決定了我國行政訴訟兼具救濟權益和監督行政的目的，為主、客觀訴訟並存的訴訟構造提供了依據。合法權益作為公民、法人和其他組織原告資格的要件，在體系解釋中具有明顯的實體法依賴性；合法性審查原則在訴訟類型化之後只是司法審查強度的限定，並不排除原告權利主張的審查，因此，主觀訴訟構造作為保護規範理論的制度前提在我國已經具備。

第二，保護規範理論借助法規的私益保護目的，劃定主觀公權利與反射利益的界限，正表達了公法與私法的結構性差異，其對公權否定論的拒斥正維繫了公民能動的法權地位；原告資格以公權利受損為限，與公民積極參與行政的程序地位並無衝突，因為是否通過民眾訴訟實現行政法治的維護，涉及司法功能的憲法定位、司法能力和司法資源的制約，與公民行政法地位影響因素明顯不同。

第三，保護規範理論通過解釋對象和解釋方法的改進，擴充了主觀公權利的內涵，並在解釋結論妥當性與法安定性之間進行有效調和，適應了逐漸放鬆原告資格限制的時代潮流，我國司法實踐對該理論的有效適用也在穩步推進，靈活的解釋基準和成熟的解釋技術正在逐漸形成。

第四，保護規範理論要求基本權原則上發揮內部解釋效力，將合憲性解釋作為強化一般法保護目的的理由在我國並非制度障礙，依法審判的職責並不因法官法解釋技術的缺乏而免除，保護規範理論提供的分析框架正可培養法官能力，而該理論限定原告資格的範圍與訴訟請求的司法審查強度之間並無直接聯繫。

保護規範理論作為我國行政審判實踐的新生事物，應該接受一切有益的批評，這將有助於厘清保護規範理論的思想源流和規範構造，明確該理論的功能意義及完善路徑，不僅是打消我國借鑒和適用該理論的疑慮的必要條件，也是避免該理論淪為不當限制訴權之工具的冷靜態度。

**Abstract:** Whether or not China has the system prerequisites, theoretical reserves, and practical capabilities required to protect a normative theory determines whether the theory can be smoothly introduced and effectively applied in China's administrative trial practice. Judging from the systematic interpretation of the constitutional basis, "legitimate rights and interests," and the principle of legality review, the subjective litigation structure as a prerequisite for the application of this theory is already in place. The subjective public rights concept behind this theory highlights the characteristics of public law, and its qualifications for judicial protection do not conflict with the active status in civil administrative law. The improvement of the theory in the interpretation object and the interpretation method adapts to the trend of the times to broaden the plaintiff's qualifications, and effectively reconciles the validity and certainty of the interpretation conclusion. There are no institutional barriers to the effectiveness of the internal interpretation of the fundamental rights required to apply this theory, and corresponding legal interpretation techniques can be gradually cultivated.

**Key words:** Theory of Protection Norms; Subjective Litigation; Plaintiff Qualification; Subjective Public Rights; Conditions of the Localization

---

(責任編輯：張竹成)