



行政法学视野下的 公法权利理论问题 研究

Public Law Right Theory from the Perspective of
Administrative Law

徐以祥 著

014059640

D920.0
197



行政法学视野下的 公法权利理论问题 研究

Public Law Right Theory from the Perspective of
Administrative Law



徐以祥 著

中国人民大学出版社



北航

C1747034

D920.0
197

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法学视野下的公法权利理论问题研究/徐以祥著. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 9

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-300-19767-8

I. ①行… II. ①徐… III. ①公法-权利-研究-中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 195536 号

国家社科基金后期资助项目

行政法学视野下的公法权利理论问题研究

徐以祥 著

Xinzheng Faxue Shiye xia de Gongfa Quanli Lilun Wenti Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次	2014 年 9 月第 1 版
印 张	15 插页 2	印 次	2014 年 9 月第 1 次印刷
字 数	255 000	定 价	45.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

目 录

第一章 导论	1
第一节 问题的提出——建构行政法的一般权利理论的必要性和所要解决的问题	1
一、建构行政法的一般权利理论的必要性	1
二、建构行政法的一般权利理论所面临的挑战和问题	4
第二节 行政法学视野下的公法权利理论——行政法的一般权利理论的界定	8
第三节 研究的方法、思路和框架	10
一、研究方法	10
二、研究思路和框架	11
第二章 公法权利的界定、历史渊源、确认和功能	13
第一节 公法权利的界定	13
一、类型和概念的区分	13
二、作为一种权利类型的公法权利	14
三、公法权利的主要子类型	16
四、公法权利和相关术语的辨析	19
第二节 公法权利理论的历史渊源和发展路径	22
一、公法权利理论的确立	23
二、德国法学界公法权利的新阐释	26
三、公法权利理论的发展趋势	28
第三节 公法权利的权利主体、义务主体和归属确认	30
一、公法权利的权利主体	30
二、公法权利的义务主体	32

三、公法权利的确认	33
第四节 公法权利的功能	38
一、行政法学视野中公法权利的一般功能	38
二、行政法权利的特殊功能：宪法基本权利具体化的 功能	41
第三章 公法权利的类型构造	43
第一节 行政法权利和宪法基本权利	43
一、基本权利对行政法权利的影响	43
二、基本权利在行政法中的直接适用	47
三、行政法权利对基本权利保护范围的突破和对基本权利的 影响	52
四、行政诉讼对基本权利的保护及其限度	53
第二节 基础性权利与功能性权利	55
一、从基础法律关系角度出发的公法权利类型化	56
二、功能性权利分类	63
第三节 行政法上请求权理论构造	65
一、实体法上独立的请求权概念	65
二、公法请求权的概念和类型	66
三、公法请求权和私法请求权的性质差别	71
四、公法请求权与基础权利、诉权的关系	74
五、公法请求权的规范基础	74
六、公法请求权的立法确认和我国行政立法	78
第四节 程序性权利和实体性权利	81
一、实体性权利	81
二、程序性权利	82
三、程序性权利与实体性权利	82
第四章 公法权利与司法对行政活动的审查	84
第一节 司法对行政活动审查的理念和目标	85
一、中国司法对行政活动审查的理念	85
二、司法对行政活动审查的目标	96
第二节 司法对行政活动审查的基本模式	107
一、事实问题和法律问题的区分模式	108

二、司法对行政审查之行政诉讼类型化模式——以德国为考察重点	114
三、中国司法对行政活动审查的模式选择	125
第三节 无漏洞和有效的公法权利保护的制度展开	130
一、行政诉讼组织制度的改革	130
二、行政诉讼权的最大可能保障原则及其实现	133
三、全过程的公法权利保障原则	137
四、行政诉讼审查标准的明晰化与类型划分科学化	142
第五章 公法权利与行政规制的最佳性分析	147
第一节 行政法学研究范围的扩展和研究方法的变革	147
一、大陆法系传统行政法学的主要研究范围和研究路径	147
二、传统行政法学理论体系的不足和困境	148
第二节 规制分析作为一种新的行政法学研究范式的兴起	149
一、规制的含义	149
二、规制的主要类型	151
三、规制分析作为一种新的行政法学研究范式	152
第三节 公法权利在行政最佳性分析中的功能	158
一、公法权利的价值导向功能	159
二、公法权利的过程塑造功能	168
第四节 公法权利规范在规制理论中的具体展开	186
一、规制组织理论与公法权利	186
二、规制手段的选择与公法权利	193
三、监督制度与公法权利	200
第五节 公法权利理论在司法对行政合法性审查和行政规制最佳性分析中的不同运用	210
一、比例原则在司法审查和规制分析中的不同运用	211
二、平等原则在司法审查和规制分析中的不同运用	212
结 语	214
参考文献	218

第一章 导论

第一节 问题的提出——建构行政法的一般权利理论的必要性和所要解决的问题

一、建构行政法的一般权利理论的必要性

（一）建构行政法的一般权利理论是权利理论研究深化和具体化的需要

权利是法学最重要也是最具有争议性的范畴。如何界定和解释“权利”一词，在法理学上是一个难题。^①正如康德所言，问一位法学家什么是权利就像问一位逻辑学家什么是真理那样会让他感到为难。^②权利一词难于界定与这一词语的过度 and 广泛使用有关，更重要的是，各国的法学家从不同的理论视角出发，必然会对权利这一概念作出不同的定义。法学研究权利的理论流派很多，几乎每种法理学流派都会有着自己独特的阐释和定义权利的理论，比较重要的权利理论流派有权利的价值理论、权利的分析实证理论、权利的社会理论、权利的经济分析理论等。费因伯格甚至认为，给权利下一个“正规的定义”是不可能的，应该把权利看做一个“简单的、不可定义、不可分析的概念”^③。

从一般法理学的角度界定和解释“权利”一词是一个难题，在此问题上要达成共识也非常难。在部门法中，由于讨论的是更为具体的问题，如果人们在讨论中使用共同的分析方法，在部门法理论上更容易在权利的一般理论上达成共识。在宪法的基本权利理论、民法的民事权利理论、公司

^{①②} 参见夏勇主编：《法理讲义：关于法律的道理和学问》，北京，北京大学出版社，2010，第329页。

^③ Joel Feinberg, “The Nature and Values of Rights”, *Journal of Value Inquiry*, Vol. 4, 1970, pp. 243 - 260.

法的股权理论、诉讼法的诉讼权利理论等方面,我国已经形成了相对成形的部门法权利理论,这些权利理论不仅构成了部门法一般理论体系必不可少的组成部分,而且在立法和司法实践中具有重要的实践意义。

与宪法的基本权利理论、民法的民事权利理论等其他部门法学的一般权利理论相比,我国还没有形成成形的行政法的一般权利理论。在行政法学的研究中,研究各种具体的行政法权利类型的文章很多,许多学者对公法环境权、平等权、财产权、社会保障权等的行政法问题进行了研究。研究涉及行政法权利的专著主要有方世荣的《论行政相对人》和孙琬钟、江必新主编的《论行政相对人的权益保护》。这两部著作对行政法的权利理论进行了探讨,作出了重要的贡献。然而,从行政法的一般权利理论的角度来看,前者部分地涉及行政法的一般权利的理论问题,而后者主要是从行政法具体制度(如行政许可与行政相对人权益保护、行政处罚与行政相对人权益保护)的角度对行政相对人合法权益保护问题去展开研究。总之,从我国行政法领域对权利问题的研究可以看出,虽然在各种具体的权利研究中取得了丰硕的研究成果。但缺乏对具体权利研究的成果进行归纳总结的体系化的研究成果。与宪法、民法、公司法等部门法学的权利理论相比,行政法的一般权利理论的研究还需进一步深入和系统化。

(二) 建构行政法的一般权利理论对行政法学理论体系完善的重要意义

行政法学是一门处理行政法律关系之学问,此点与民法学以民事法律关系为研究对象相同。法律关系是一种权利义务关系,行政法律关系是行政法主体之间的权利义务关系,其涉及行政主体与行政活动的法律关系。行政法律关系是行政法学一般理论中的一个重要的枢纽性概念,现代行政法学的三大重要理论支柱都与此概念有着密切的关联:第一,行政法主体理论。欲研究行政法律关系,行政法主体的研究是必不可少的重要环节。行政法主体是指与行政活动有关之主体,包括将各种行政决定或作用统合为一整体的行政主体,以及行政决定或活动所涉及的私人(个人或法人)。^①行政主体理论的重点是行政组织理论,如何设计和建构一个国家科学化、民主化的管理体制和组织体系,是一国行政法学理论重要的组成部分。第二,行政活动的形式理论和行政过程理论。引起行政法律关系的

^① 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,台北,元照出版公司,2003,第163页以下。

发生、变更与消亡最主要的法律原因是行政活动，因此需要对行政活动进行静态和动态的综合研究。行政活动的形式理论是大陆法系传统行政法学最重要的理论。这一理论通过类型化的方法，将行政活动的形式分为具体行政行为（相当于德国法中的 *Verwaltungsakt*，我国台湾地区的行政处分行为）、行政合同行为、行政允诺行为、行政计划行为、行政立法行为等，分别研究各种类型行政活动的合法性条件，从而建构起行政活动合法性的标准。在静态、抽象的行政行为形式理论的基础上，当代行政法进一步通过行政过程及行政程序理论对各种行政行为形式展开统合的、动态的研究。第三，行政法的权利义务理论。这一理论具体对作为行政法律关系内容的权利和义务展开研究，研究各种权利义务关系的类型、特征、实现机制、适用条件等。行政法的权利义务关系可以分为两大类型：一是行政权力—私人义务关系，二是私人权利—行政机关义务关系。在这些关系中，行政法的权利理论扮演着核心的角色。现代行政的理念是责任行政、民主行政、法治行政、服务行政，这些理念都强调公民的主人翁地位和政府的义务，因此，在现代行政法的权利义务关系研究中，对私人的权利是其重心所在。正因为如此，权利理论又被称为狭义的行政法律关系理论。^①

虽然行政法的权利理论不是行政法权利义务关系的全部，但不可否认的是，行政法的权利理论是当代行政法权利义务理论的重心和关键所在。通过行政法的一般权利理论的研究，能够充实和发展我国的行政法权利义务理论，并推动我国行政法律关系理论的发展和深化。这些年来，我国行政法的主体理论取得了许多突破性的进展，围绕着行政管理体制改革，行政组织理论的研究取得了丰富的研究成果。在行政活动的形式理论方面，研究成果可谓汗牛充栋，不仅对作为传统的行政活动的典型形态的具体行政行为展开了深入研究，而且针对行政合同行为、行政计划行为、行政立法行为、行政允诺行为、行政指导行为等各种新兴的行政活动形式也展开了深入的研究，取得了丰硕的研究成果。行政过程和行政程序的研究成果更是不胜枚举。相比行政法主体理论和行政活动形式及过程理论，作为行政法律关系理论第三大支柱的行政法的权利义务理论的研究显得比较薄弱，特别是作为其重中之重的权利理论，尚存在许多不足之处，在行政法学的一般权利理论的系统化研究方面更是需要弥补。

^① 参见赖恒盈：《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》，台北，元照出版公司，2003，第183页。

二、建构行政法的一般权利理论所面临的挑战和问题

“权利话语”自 20 世纪 80 年代以来逐渐成为中国法学界的主流话语。法学学者们习惯于从权利的角度理解、思考和解决社会问题。“‘为权利而呼唤，为权利而论证，为权利而斗争’已成为学者们的首要的学术使命并构成‘权利时代的理论景象’”，权利理论也成为中国近年来法学领域影响最为深远的理论之一。从法理学到具体的部门法，以某某权作研究论题的论文和著作不计其数。^①与权利理论的蓬勃发展相适应，立法的发展也在不断地确认、细化和发展着权利的具体内容和具体规则。

然而，针对“权利话语”在法学界的主流地位，从来都不乏批评之声。首先，权利话语往往导致一种权利的绝对化幻象，忽视权利的相互性，当他们主张要保护一种权利的时候，通常会忘记如果一种权利的保护走向极致的话，那么不久就会卷入与其他权利的冲突之中。^②权利话语往往从权利的正当性出发来提出解决问题的方案，但如果各种权利都具有正当性时如何应对就成为一个难题。权利的位阶理论面对复杂的权利冲突现象往往显得单薄而力不从心，而所谓的个案中的利益衡量如果没有社会科学和经验性事实的支持则很可能成为主观臆断的一种遮掩。其次，“权利话语”往往忽视权利的条件性，其论证的逻辑是——某某权利是正当的，因此要建立某种权利的保护制度，却忽视了权利保护的约束条件，所以权利话语虽然能够提供一个规范性的检验标准，却无法取代一个个具体的操作性目标。^③再次，权利话语用修辞来支持论点，而不是严密的、以数据和经验性事实为支撑的论证。其惯用的表达方式：“某某权利是天生的，不言而喻的”；“保护某某权利是现代法治社会的基本原则，是符合现代法治精神的”；西方各国广泛确认了某某权利，所以中国也应当确认和保护某某权利。^④

尽管批评之声不绝于耳，“权利话语”在中国法理学中的显学地位仍然不可撼动。毕竟，与西方公民的各种法律权利已经系统、全面地建立起来的事实相比，中国公民的权利体系的建构任务还远远没有完成。虽然“权利话语”在某个特定社会问题的制度性建议方面的功能会受到一定限

^{①③④} 参见桑本谦：《理论法学的迷雾：以轰动案例为素材》，北京，法律出版社，2009，第 10 页。

^② 参见〔美〕玛丽·安·格伦敦：《权利话语——穷途末路的政治言辞》，周威译，北京，北京大学出版社，2006，第 59 页。

制,但权利话语在推动中国公民权利体系的建构和法治进步方面的功能是不可否认的。而且,在公民的权利保护体系建构任务尚未完成的当今中国,权利话语仍将发挥其重要的功能。科学主义的法学研究并不能完全取代权利话语,与之相反,科学主义的法学研究可以从经验性事实和数据的角度为权利保护制度提供更客观和严密的论证。因而,与其说是中国的权利话语和权利理论应当抛弃,还不如说权利话语和权利论证应当更多地引入科学主义的方法。

权利话语和权利理论在一般法理学上面临的挑战主要是论证方法的挑战,并非权利理论和权利话语应当被“淡出”中国法理学。然而,权利理论在中国行政法理论中却正在面临被边缘化的巨大挑战。这种挑战主要来自合法性理论和规制理论。合法性理论是近年来在我国行政法学界逐渐占据统治地位的一种理论。这种理论的核心观点是:在司法对行政的审查中,核心的任务是合法性审查。合法性包括实质合法性和形式合法性两个维度。在合法性审查作为司法审查的核心任务的理论框架下,公法权利在司法审查的实体阶段已经被合法性审查所吸收或变得并不重要,公法权利主要在案件受理阶段有一定意义(即看行政行为是否与当事人的合法权益相关,此时采用的是一种可能性理论)。在这一框架中,行政诉讼的主要功能是监督行政机关依法行政。在西方的行政诉讼理论中,这种行政诉讼模式又被称为以客观诉讼模式为主的诉讼模式。

合法性理论对行政法学中的权利理论的冲击只是将后者包含在内并淡化之,而规制理论则对权利分析路径在行政法中的运用进行了釜底抽薪式的批评。对权利分析路径在行政法中的运用的批评主要集中在以下几点^①:其一,行政法学中的权利理论强调对行政权的防范和对市场力量的放任而忽略了政府在矫正市场失灵和保障公平等方面的积极作用。其二,权利理论以私人利益保护为宗旨,忽视了现代行政法通过制度建构来提升行政效能和促进公共利益的实现的功能。其三,以私人利益为中心,忽视了行政的利益协调特点和行政法在现代社会的风险管理功能。在现代社会的风险管理中,行政须在不确定的情形下采取规制行动,这种规制行动的选择很难简单地从公民和法人的私人权利角度进行论证。

尽管公法权利理论在行政法中有其局限性和面临着新课题的挑战,但

^① 参见〔美〕凯斯·R·桑斯坦:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,北京,中国人民大学出版社,2008,第13页。

笔者认为,公法权利在我国行政法中并未走到穷途末路,公法权利理论在我国行政法中的理论意义还未得到足够的挖掘,其实践意义也没有得到充分的实现。首先,从司法审查的角度来看,公法权利在西方各国的司法审查中扮演着重要的角色。在英美和德国,对个体权利的保护是司法对行政审查的核心和基础性任务,即使在有着独特的行政法院传统的法国,也很难得出其行政诉讼是客观诉讼的结论。总之,公法权利在司法审查中的角色,是行政法理论的一个重要问题,而我国行政法学界对于这一问题的认识并不清晰,在对相关问题没有厘清之前,也就不能简单地用合法性理论替代或包含它。其次,现代行政国家承担着纷繁复杂的行政任务,行政法的主要任务在于促进公共利益的最大化,促成善治,然而,善治和公共利益的最大化需以不损害个体的利益实现为基本出发点,公法权利理论正好可以起到一种“底线防御”的作用,即确保规制行动能够不偏离基本的方向。再次,由于近年来公众参与运动的发展,参与权已经成为行政法中重要的公法权利,公民或民间组织被赋予行政参与权,已经不以其利益相关为要件,因此,公法权利从传统的以权利主体私人利益为核心要素的学说中破茧而出,公法权利的赋予和行使在某些情形下只是为了公共利益,而与私人利益无关。比如,许多社会团体被赋予了行政参与的权利,请求公开相关行政信息的权利,这些权利不以其利益相关为要件。在这种新型的公法权利中,公法权利的行使和保护本身已经具备了促进公共利益实现的功能。

公法权利理论在我国行政法中并没有走到穷途末路,也不会走到穷途末路。然而,我国行政法学的公法权利理论需要解决实践和理论中提出的课题,来积极地应对公法权利在行政法中所面临的挑战和困境。第一,公法权利的基本理论问题并没有厘清。宪法基本权利的保障和实现的机制和框架在西方宪政国家已经基本成形,在我国却还有很远的路要走。作为宪法具体化的行政法,在基本权利的保障和实现中承担着重要的角色。实际上,行政机关是公民基本权利最大的威胁者,而大部分的基本权利救济在西方国家是通过行政诉讼去实现的,只有在行政诉讼的救济渠道和其他救济渠道不能实现基本权利救济时,方诉诸宪法诉讼。从法律规范基础的角度看,宪法基本权利和行政法权利是公法权利的两种主要形态,这两种公法权利的关系究竟如何,其在行政诉讼中如何适用?第二,国内学者在司法对行政活动审查的目标这一问题上莫衷一是,但不可否认的是,对公民的公法权利提供救济和保护应当是司法审查的最基本的目标,只有在对公

民的公法权利提供保护的基础上,才谈得上其他目标的实现。综观各国的司法对行政活动的审查制度(或称行政诉讼制度),对公民的公法权利提供救济和保护是其共同的一个目标。我国的行政诉讼制度如何实现对公法权利提供无漏洞的、有效的救济和保护是我国行政法制的—个重要议题。对此议题的讨论,我国行政法学界从诉讼法角度或从某种具体的实体权利角度讨论的研究较多,但贯穿和打通行政实体法和诉讼制度构架进行体系研究还进行得不够。行政诉讼制度要在对公法权利的无漏洞的、有效的保护中扮演好角色,首先需要从理论上厘清公法权利在行政法上赋予权利主体哪些权利功能,而行政诉讼制度只有为所有这些权利功能的实现提供有效的、无漏洞的渠道,方能在实践中真正实现对公法权利的无漏洞的、有效的保护和救济。因而,在行政法学的视野中从权利功能的角度对公法权利展开研究并把这种研究和行政诉讼制度的构架结合起来以对公法权利提供无漏洞的、有效的保护,也是我国公法权利研究需要完成的—个重要议题。第三,公法权利理论最薄弱之处和最大的硬伤在于对以公共利益最大化为目标的规制分析的失语,以及面对现实生活中复杂的权利利益冲突情形的解释力的不足,因此,中国的公法权利理论需要整合规制理论及科学主义的相关资源,挖掘出公法权利理论在规制分析中的规范价值指引功能和为权利利益冲突提供更具有说服力的解释框架。

虽然起步较晚,但经过数代行政法学者的努力和贡献,我国行政法基本理论的体系已经粗具雏形。从异彩纷呈的各种行政法基本理论模式到具有理论和实际解释力的行政法独有的众多基本原则,从行政主体制度到行政行为制度,从行政监督制度到行政诉讼制度,从传统的行政法教义学理论到最新的规制理论,我国行政法学理论充分发挥了后发优势,在积极学习和借鉴西方各国行政法理论的基础上,建构了我国行政法学理论的基本体系。我国行政法学理论的体系化中,最重要和最成功之处在于借鉴了大陆法系民法行为类型化的方法,建构了类似于民法中的民事法律行为概念的具体行政行为概念。具体行政行为概念的建立,使行政法得以在纷繁复杂的具体行政法律法规之中,抽象出共通的法律规则并依此建立起合法性审查的共通标准,其对行政法的理论和实践意义是毋庸置疑的。在具体行政行为之外,我国行政法学已经建构和正在试图建构包括行政契约、行政计划、行政指导等的各种类型行政活动方式的行为规则和标准。

然而,在我国行政法学理论体系中,关于公法权利的基本理论是一个有待进一步体系化和深入研究的领域。虽然公法权利理论在行政法学理

论中的重要性和地位不可与民事权利理论在民法理论体系中的重要性和地位相类比,但不可否认的是:公法权利理论是研究众多行政法问题和范畴绕不开的一个基本领域。目前国内对公法权利的理论研究主要以宪法理论层面的基本权利理论研究为重点,形成了大量的科研成果。基本权利的司法审查也在近年成为理论和实践中的一个热点问题,在此领域出版了大量的专著。但是,行政法学理论体系中的公法权利理论建构这一课题,还有许多工作要做,面对上述的一系列新出现的困境和问题,行政法的一般权利理论需要发展和创新,对这些新出现的困境和问题进行积极回应。

第二节 行政法学视野下的公法权利理论——行政法的一般权利理论的界定

本研究的目的是从行政法的角度,对公法权利理论的基本问题展开系统化的研究,以建构行政法学的一般权利理论框架。本小节对此研究所涉及的研究范围及术语进行说明和界定。

(一) 行政法理论体系下的一般权利理论的研究对象

行政法学理论体系下的一般权利理论的研究对象不仅包括行政法律法规所确认的行政法权利,而且包括宪法规范所确认的基本权利。基本权利和行政法权利都属于公法权利的范畴。这涉及三个基本的概念:公法权利、基本权利和行政法权利。本书主要从实证法的角度对这三个概念进行界定。

公法权利是指私人个体根据公法规范所享有的,针对国家公权力机关的权利。公法权利除了基本权利之外,还包括由具体的公法规范所确认的具体公法权利。这些具体公法权利包括由各种诉讼法律确认的公民在诉讼程序中享有的权利(如作为狭义诉权的起诉权、答辩权、质证权等),由行政法律法规确认的行政法权利等。与行政法有关的公法权利包括基本权利和行政法律法规确认的行政法权利两种权利类型。从实证法的角度看,基本权利是指个体(包括自然人或法人)根据宪法规定能够向国家公权力机关所为的,要求国家公权力机关为或不为一定行为的,受国家宪法保障机制保障的请求。行政法权利,或称行政法上的权利,是指由个体(包括公民、法人及其他非法人组织)根据行政法律法规的规定能够向国家行政机关所为的,要求国家行政机关为或不为一定行为的,受司法保护机制保

障的请求。

行政法学作为公法学的重要分支,其权利理论的研究对象是公法权利。公法权利是一个包含丰富内容的范畴,并非所有的公法权利都属于行政法的一般权利理论的研究对象。比较狭窄的一种界定行政法的一般权利理论的研究对象的方法,是将其限定为行政法权利,就如同民法权利理论的研究对象是民法(民事)权利一样。然而,这种界定行政法的权利理论研究对象的方法忽略了行政法与民法最重要的区别。行政法作为公法最重要的分支,与宪法有着根深蒂固的关联,其被认为是宪法的具体化。从权利理论的角度来看,一方面,行政法权利是宪法基本权利的具体化;另一方面,宪法基本权利条款直接约束作为重要的公权力机构的行政机构及组织,这在各国公法理论中都已得到广泛认可。与基本权利条款在私法领域的间接效力不同,基本权利条款在行政法领域具有直接的法律效力。因此,行政法的一般权利理论的研究对象,不仅涉及行政法权利,而且要从行政法的角度把基本权利也纳入其研究范围,研究基本权利在行政法权利解释和发展中的功能以及在何种条件下适用、如何具体适用等。当然,那些与行政法无关的公法权利,如诉讼程序中的一系列程序性公法权利,不属于行政法学权利理论的研究对象。综上所述,不能以行政法权利理论来简单代替行政法的一般权利理论,因为行政法权利理论的研究对象仅限于行政法权利,而行政法的一般权利理论的研究对象不仅包括行政法权利,而且包括基本权利。

(二) 行政法的一般权利理论所涉及的权利主体范围

在我国行政法学界,被广为使用的一个概念是行政相对人(或行政管理相对人)。行政相对人有广义和狭义两种界定方法。狭义的行政相对人是指直接的行政相对人,即作为行政活动所直接指向的主体对象的公民和法人;而广义的行政相对人则不仅包括直接的行政相对人,还包括受行政活动影响的第三人及其他个人或组织。^①但是,即使是广义的行政相对人概念,也不能囊括行政法的权利理论所涉及的权利主体的全部。随着人权观念在当代社会的勃兴,权利主体的范围不断扩展,不仅仅在行政组织与行政相对人的外部关系中行政相对人享有公法权利,在行政组织与其内部成员的内部关系以及行政组织之间的关系中,也并非当然排除公法权利的适用。因此,虽然广义行政相对人是行政法的权利理论的最主要的主体,

^① 参见方世荣:《论行政相对人》,北京,中国政法大学出版社,2000,第16页。

但不能以广义行政相对人代表行政法领域的全部权利主体,也不能以行政相对人公法权利理论替代行政法的(一般)权利理论。

(三) 行政法的一般权利理论的研究视角

行政法的权利理论的研究对象是基本权利和行政法权利。作为行政法律规范所确认的权利,行政法权利是行政法的权利理论主要的和当然的研究对象自不待言。基本权利一般被认为是宪法学的研究对象,将其纳入行政法学的研究,是否会与宪法研究相重合?这里并无重合。本研究虽然把基本权利也纳入研究范围,但与宪法学对基本权利的研究有所区别。本书将从行政法学的角度研究基本权利在行政法权利解释和发展中的功能以及在行政法中于何种条件下适用、如何具体适用等问题。具体而言,将研究行政规制中基本权利的功能、行政诉讼中基本权利条款的适用等问题,对宪法学所研究的宪法基本权利诉愿程序及违宪审查程序中基本权利的审查等宪法学的问题并不涉及。

第三节 研究的方法、思路和框架

本研究将从行政法学的理论视角,对公法权利进行实证法的、系统的研究,基本研究方法和框架如下:

一、研究方法

对权利问题的研究可以从权利的价值理论、权利的实证分析理论、权利的历史理论、权利的社会理论等多种研究路径展开。本书是从行政法学的理论视角对公法权利展开研究,目的在于构建行政法的一般权利理论。这一研究的对象和目的决定了实证分析的方法为本研究最重要的方法。另外,由于本研究还要回应公共政策分析中的公法权利理论问题,所以也需要运用权利的社会理论中的研究方法展开研究。

(一) 实证分析的方法

实证分析是法学研究,特别是部门法学研究最重要的方法。实证分析法学这一术语来源于英美法系,然而,用实证分析的方法来研究法学及权利问题并非英美法系的专利。大陆法系法学家建构了体系严密的法学概念和理论体系,是另一种路径的实证分析方法的运用。要完成建构行政法的一般权利理论的任务,必然要求对行政法中涉及的各种权利概念和类别进