

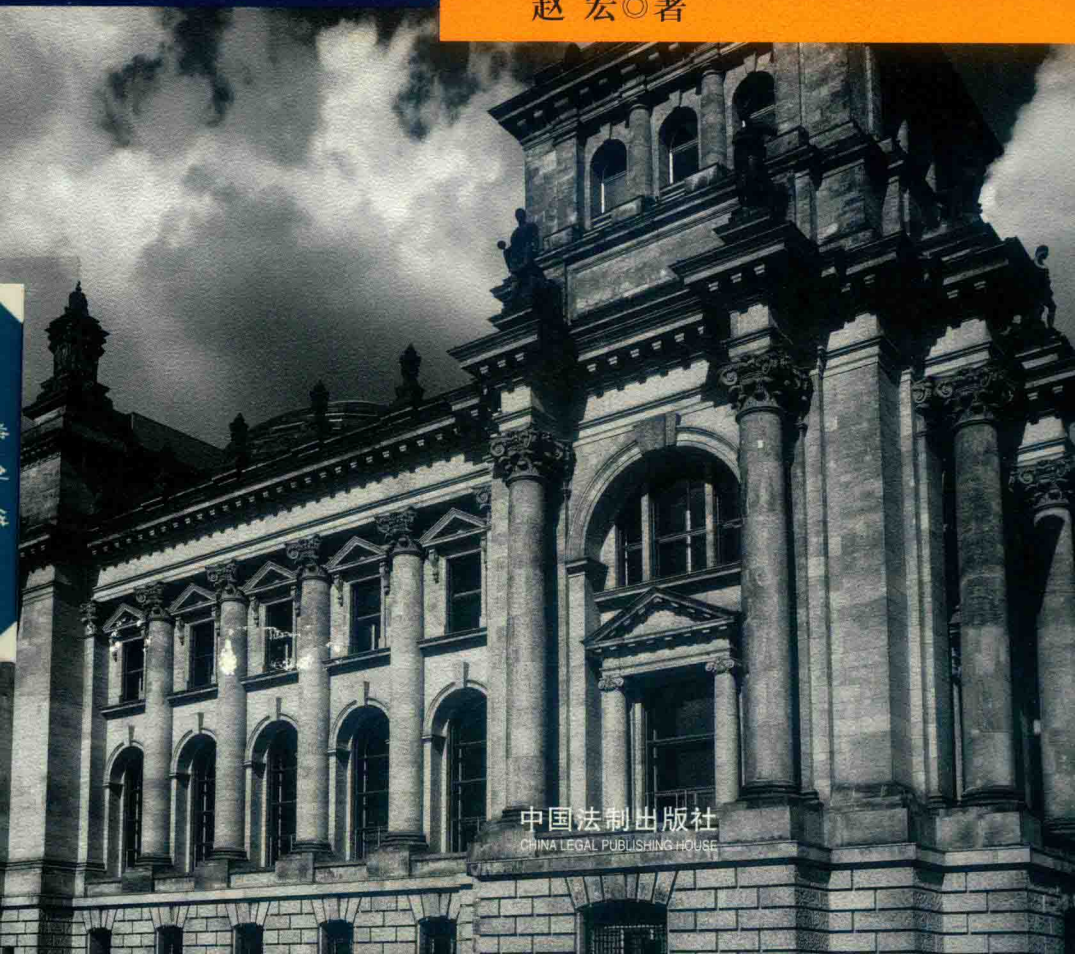
*Das subjektive  
Rechtssystem  
des  
Verwaltungsrechts*

行政法学体系化  
和学科基础范畴研究

# 行政法学的 主观法体系

赵宏◎著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



*Das subjektive  
Rechtssystem  
des  
Verwaltungsrechts*

行政法学体系化  
和学科基础范畴研究

# 行政法学的 主观法体系



赵宏◎著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

行政法学的主观法体系 / 赵宏著. — 北京: 中国法制出版社,

2021.3

ISBN 978-7-5216-1757-3

I. ①行… II. ①赵… III. ①行政法学 - 研究

IV. ① D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2021) 第 048359 号

策划编辑: 潘孝莉 (editorwendy@126.com)

责任编辑: 马春芳

封面设计: 李 宁

---

## 行政法学的主观法体系

XINGZHENG FAXUE DE ZHUGUANFA TIXI

作者 / 赵 宏

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 10.75 字数 / 259 千

版次 / 2021 年 3 月第 1 版

2021 年 3 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-1757-3

定价: 79.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66073673

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

学科体系化一直以来都是大陆法法学学科建构的基本追求。体系化可以促进学科本身的稳定性、可接受度和可理解性，也使整体学科被塑造成由价值或观念所支配的逻辑融贯的整体，这一整体同时向社会现实保持开放，并与之形成交互作用的关系。

欧陆行政法学科的体系化进程由来已久。德国现代行政法之父——奥托·迈耶首次清晰地将体系理念引入行政法研究，并开启了至今仍在继续的行政法学体系建构的历程。以德国法为代表的行政法学体系以“依法律行政原则”为法秩序理念，以行政行为作为结构单元，并辅以司法裁判作为补充。“依法律行政原则”所追求的是行政与法律的同一，行政行为作为凸视镜则汇集了所有行政合法性要求，而司法裁判同样是以行政行为为审查单元，其目的也是确保行政的适法性。如此建构的行政法学体系本质上是一种客观法体系，正如迈耶所言，这套体系并非围绕权利展开，也并不表现为个人的权利（请求权）体系，只是一整套行政客观守法秩序，个人权利也是通过行政守法义务的履行而获得实现。这种客观法体系带有形式法治的时代烙印，也反映了彼时公法欲在思考方式和学科建构

上独立于私法的学术志向。

但伴随时代演进，这种客观法却凸显其局限，尤其是它未为个人在公法中留下明确位置，使个人相对于国家的法地位沦为公法的陪衬品，个人公法权利的实现亦完全成为行政客观守法义务的反射。这种观念又集中体现于德国公法学者格奈斯特的名言中，所谓“在合法律性（Gesetzmaessigkeit）之外不再有合权利性（Rechtswidrigkeit），在违反法律性（Gesetzwidrigkeit）之外不再有违反权利性（Rechtswidrigkeit），总之，在法律之外不再有权利”。其实，客观法并非理解公法的唯一线索，现代公法的发展演替中也始终存有另一脉络，即同样将公法视为个人的公法权利体系，并尝试在私法之外塑造出公法的请求权体系。这种主观法体系的思路可追溯至另一德国公法大师耶利内克，其对主观公权利的体系化塑造被誉为“引发了公法哥白尼式的转向”，是后世无法绕过的经典。因为有这一潜在脉络的存在，德国行政法其实并非只是纯粹的客观法秩序，而是客观法和主观法彼此交织，并进发展，但二者在交互过程中引发的问题不少，德国行政法也因此如日本公法学者山本隆司所言，成为“客观法与主观权利的不安定结合”。

本书正是在上述思考背景下展开，所要探讨的基本问题也涵括了：行政法学科的体系化建构历程的回溯；行政行为作为传统学科体系核心的困境与问题；现代行政法学是否面临体系变迁和典范转移，行政行为之于学科的“阿基米德支点地位”是否能为法律关系或是其他新兴范畴所替代；主观公权利作为支配行政法学体系发展的另一线索历经如何演变，这一概念在当代又具有何种价值。本书的写作延续了作者一直以来坚持的研究方法，即着眼于对外国法学理演变的脉络性观察，通过相对完整的了解来对其学术价值予以客观评断，由此避免在吸收和移植外国法过程中的继受不足与精华稀释。当然

学理继受和法律比较的最终目的是对本国有用，观察和理解外国法学的演变同样是为拓展囿于地方性知识而造成眼界局限。

德国法上有关客观法和主观权利的交互作用和影响，同样在我国行政法学理和实践中有回荡。这种回荡集中体现于两方面：其一，因为新兴行政的到来，行政行为作为传统范畴的弊端同样越来越多地为我国学界所觉察，由此在继续学科稳定和因应新兴行政之间便出现明显张力，这种张力一方面表现为学界有关行政行为概念范畴的撕扯，另一方面则表现为对于是否继续将其作为法体系核心范畴的争论；其二，行政诉讼的审查模式开始悄然发生改变，请求权基础这类民法范畴开始进入行政审判视野，司法裁判甚至早于学界开始广泛援用“主观公权利”“反射利益”等概念，行政行为对于行政诉讼的支配作用明显式微，相反，法律关系和主观权利成为行政诉讼的新兴话题。上述种种回荡都引发作者思考，并分别撰文予以分析，这也成为作者持续对本书主题予以关注和思考的中国问题意识。

客观公法和主观公权利的范畴都历史悠久，也因此各自的发展延长线上引申出无数问题，对它们各自脉络的梳理已经有助于我们更整体性地理解现代公法的发展演替。而二者在碰撞与结合后又会再激发我们反思公法的核心问题。这些问题从诉讼领域蔓延至实体法领域，从原告资格等具体层面弥散至公法权利观等抽象层面，在时间线上同样从干预行政、给付行政时代延续至当下的分配行政时代。对它们的思考和探索无疑对于重新提升和改进行政法学体系大有裨益。

本书的主题确定为“行政法学的主观法体系”，其实是想揭示现代行政法的另一线索，并阐释这一线索对于我们重新观察和整序行政法学体系的作用。主观法体系本质上就是公民的公法权利体系，在客观守法秩序之外强调个人的公法权利体系，目的是强调个人的

法地位应从客观法秩序中独立出来，个人和国家之间应确立一种权利义务互动往来的法律关系，在学科建构上也尝试使“权利”同样成为整序公法的结构单元。德国法上的“主观公权利概念”和公权理论又独具实证主义的特点，其将公法权利的存立系于客观法，在确保法秩序安宁的同时，又总是引发如何回应扩张权利保护需求的问题。德国法将主观公权利的析出诉诸保护规范理论，这一理论同样在我国行政审判中被广泛援引。因此本书的部分篇幅也涉及对保护规范理论的探讨。但保护规范理论终究是前台运转的程序，支配其运转的核心仍旧是背后的公权理论和主观公权利概念。因为这些理论枝蔓丛生，本书只是记录了作者一定阶段的有限思考，纰漏谬误之处在所难免。但这个领域实在是现代公法极具魅力的领域，本书只是思考的发端，未来的研究也一定会不断持续。

## 上 篇

### 行政行为作为行政法体系核心基石的困境与问题

#### 01 行政法学的体系化建构与均衡 / 003

序言 / 003

一、法的体系化思考与法学科体系建构的功能 / 005

二、价值与逻辑：体系建构要素与系统理论 / 010

三、基本原则、抽象概念与法释义学：德国行政法体系建构的要素与过程 / 015

四、行政法体系的自治与独立、开放与均衡 / 034

五、德国行政法体系建构与体系均衡的启示 / 045

六、结语 / 048

## 02 行政行为作为行政法教义学核心的困境与革新 / 049

——兼论我国行政行为学理的进化

序言 / 049

一、功能性与型式化：行政行为作为现代行政法教义学核心的  
根源 / 051

二、型式化行政行为的内在局限与外部挑战 / 058

三、彻底放弃还是整饬调试：行政行为作为行政法教义学核心的  
未来 / 076

四、行政行为学理的现实革新 / 081

五、我国行政行为学理的问题与进化 / 090

六、结语 / 100

## 03 法律关系替代行政行为的可能与困局 / 102

序言 / 102

一、行政行为作为现代行政法总论核心的困境 / 104

二、行政现实的变革与行政法学的方向之争 / 108

三、作为竞争者和替代者的法律关系 / 115

四、法律关系作为行政法总论核心的困局 / 138

五、法律关系与行政行为：非此即彼还是相互补充？ / 151

六、结语 / 158

## 下 篇

### 现代公法的另一线索：主观公权利与保护规范理论

#### 04 主观公权利的历史嬗变与当代价值 / 163

序言 / 163

一、主观公权利的理论发端 / 165

二、主观公权利的范围缩减与概念转向 / 172

三、主观公权利的经典要件及其演变 / 180

四、基本权利 / 主观公权利的二分与主观公权利的重心转移 / 190

五、新公权理论 / 198

六、主观公权利的核心问题与法学价值 / 206

七、余论：统一公法权利观及其实现条件 / 215

#### 05 保护规范理论的历史嬗变与司法适用 / 218

序言 / 218

一、保护规范理论的诞生及其与主观公权的关联 / 220

二、从“保护规范基准”到“保护规范理论” / 226

三、旧保护规范理论与新保护规范理论 / 230

四、保护规范理论的危机：主观公权利是否应挥别保护规范？ / 235

五、开放性与不确定性：保护规范理论的矛盾与两难 / 240

六、保护规范理论在我国行政审判中的展开与意义 / 244

七、结语 / 250

**06** 主观公权利、行政诉权与保护规范理论 / 252

——基于实体法的思考

序言 / 252

一、主观权利与诉权在私法中的关系变奏 / 253

二、主观公权利的概念与公权理论的发展 / 256

三、实体法思考下的主观公权利与行政诉权 / 262

四、作为链接纽带的保护规范理论 / 270

五、结语 / 278

**07** 保护规范理论在举报投诉人原告资格判定中的适用 / 280

序言 / 280

一、保护规范理论在我国司法实践中的纳入 / 282

二、保护规范理论在举报人原告资格判定中的适用 / 283

三、保护规范理论的纳入意义与适用价值 / 286

四、举报人原告资格判定中的保护规范理论适用问题 / 288

五、结语 / 301

**08** 原告资格从“不利影响”到“主观公权利”的转向与影响 / 303

序言 / 303

一、基本案情与核心争议点 / 304

二、论证过程与法院说理 / 306

三、核心理论与纳入意义 / 311

四、适用不当与未尽问题 / 322

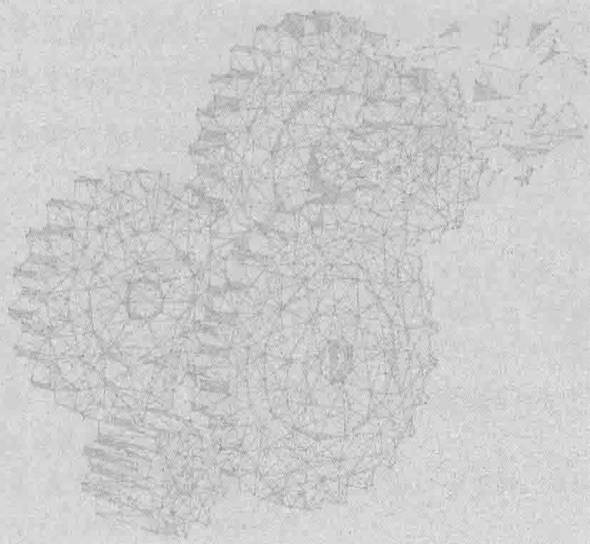
五、结语 / 327

初出一览 / 329

后 记 / 330

# 上 篇

行政行为作为行政法体系  
核心基石的困境与问题





## 行政法学的体系化建构与均衡\*

### 序 言

体系化一直以来都被视为大陆法系法学科建构的独有标志。大陆法系的法学家对此趋之若鹜，不仅将体系化视为法学科理性与科学的象征，还笃定地认为，唯有体系化才能维护法秩序的安定和正义。<sup>①</sup>但这样的努力常常被英美法学者讥讽为“注定失败的尝试”<sup>②</sup>，在他们看来，这种做法无异于将所有的生活秩序都统一于由某项概念或原则所支配的法体系下，无异于将逻辑和修辞凌驾于生活之上。<sup>③</sup>但事实是，在大陆法系国家持续进行的法学科的体系化建构，并非如被指责的一般，是纯粹依赖逻辑演绎的简单过程，体系化的法学科也并非是僵化刻板、高度抽象，与生活两相背离的封闭系统。相反，体系化不仅提升了学科的稳定性和规范效能，同样也使学科对生动的社会现实保持开放。总之，它体现的是大陆法系法学家对

---

\* 本文曾发表于《法学家》2015年第3期，发表时略有修改。

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第109页。

② 劳东燕：《自由的危机：德国“法治国”的内在机理与运作逻辑》，载《北大法律评论》2005年第6卷，第57页。

③ [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第209页。

法学科形式理性的不断追求，体现的是他们希望借由体系建构，来促成法系统以及法学科系统的独立自主的持续努力。而本文正是在肯定法学科体系化建构的立场下展开的，开篇首先讨论学科体系化的重要价值，并在此基础上归纳整理法学理论为法体系建构所提供的一般方法。

经过以上铺陈后，本文选取了德国行政法作为法学科体系建构的考察样本。作为现代公法的典范，德国行政法始终以其缜密的逻辑构造、深厚的理论积淀以及细腻的制度设计著称，而这些成果又都有赖于其长期的体系化建构。在百余年的发展历程中，德国行政法构建了由概念、形式、结构等诸多要素组成的完整系统，这一系统与德国民法一样，成为大陆法系国家法学科体系化建构与体系化均衡的范本。德国现代行政法的体系化建构可以回溯到迈耶时代，也主要由迈耶开启。在迈耶的学科体系化建构中，“依法律行政”的基本原则、行政行为等抽象概念，以及法释义学都居于至关重要的位置。它们不仅是迈耶达成行政法治，进而实现法治国家的重要工具，更是其完成行政法体系建构的功能载体。本文接下来也着重探讨这三项要素在德国行政法体系建构中分别发挥何种作用，迈耶又是如何运用这三项要素，将庞杂零散的规范内容联结在一起，并形成一個有意义导向的有机整体的。

事实上，体系化的思考方法虽然在大陆法系的公法、私法领域都有相当广泛的应用，但相较私法对学科体系化建构的高度重视，公法领域的相关探讨既不充分也不深入。以我国行政法学为例，学者更多地将目光集聚于价值导入和制度更新，对于学科体系本身的系统建构和制度均衡缺乏明确觉察和显著热情。因此，借由对德国行政法体系化建构过程的探讨，以及对这一学科嗣后体系化均衡发展的剖析，本文既希望进一步强调体系化对于法学科理性、稳定

性、自足性和独立性的重要价值，也尝试归纳一个成功的公法学科体系建构与均衡发展所必需的核心要素和基本过程。而这样的探讨，最终当然希望对我国行政法学科的体系化建构和体系化均衡提供启发。

## 一、法的体系化思考与法学科体系建构的功能

在现代法学史上，有关体系与体系化的思考都由来已久。在法学巨匠萨维尼看来，法学是一门哲学性的科学（philosophische Wissenschaft），而这种哲学性就等同于体系性。“所有的体系都源于哲学，对纯历史性体系的论述溯源于某种统一性（Einheit）、某种理念，这种统一性与理念构成体系化论述的基础，这就是哲学”<sup>①</sup>。萨维尼更将体系化研究的固有任务确定为“阐述、揭示概念、规则之间内在关联与亲缘关系（Verwandschaft），一个概念或规则是如何从其他概念、规则中产生概念的，是如何由其他概念、规则确定或被更改的”<sup>②</sup>。拉伦茨同样在其《法学方法论》一书中用相当篇幅讨论体系的重要性，认为“体系与体系的前提在于构筑规范秩序与统一性的概念”，而其更深层次追求，则在于确立“正义的一般化趋势”（generalisierenden Tendenz der Gerechtigkeit）<sup>③</sup>。至德国当代行政法学

---

① Savigny, *Vorlesung ueber Juristische Methodologie 1802—1842*, Aldo Mazzacane (Hg.), 2004, 转引自杨代雄：《萨维尼法学方法论中的体系化方法》，载《法制与社会发展》2006年第6期，第21页。

② [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第57页。

③ Karl Larenz, *Methodenleh der Rechtswissenschaft*, Heiderberg: Springer, 1991, S.437. ff.