

【行政法学】

基本权利在行政法上的效力

黄宇骁

【摘要】基本权利在行政法上的效力可以区分为行政法外效力与行政法内效力,也称外侧效力与内侧效力。在外侧效力中,对行政法律规范进行合宪性审查是其表现形式,基本权利不可以越过制定法直接适用;在内侧效力中,基本权利对行政法解释本身发挥弱间接效力,既不意味着基本权利的全面介入,也不是对法益位阶的个别提升,而是根据基本权利原理与结构,辅助分析行政法上的利害关系。外侧效力与内侧效力的关系是:若行政行为依据的法律规范抵触宪法,则保护规范标准不适用,基本权利发挥行政法外效力;若行政行为依据的法律规范合宪,则保护规范标准适用,基本权利对行政法上利害关系的析出发挥间接效力,促使利益衡量框架全面引入行政合法性主题。

【关键词】合宪性审查;基本权利间接效力;保护规范理论;利害关系

【作者简介】黄宇骁,上海交通大学凯原法学院助理教授。

【原文出处】《中外法学》(京),2023.5.1264~1283

【基金项目】本文系2020年度上海市晨光计划项目“行政法权利理论审视:以行政诉讼原告资格为切入点”(项目编号:20CG16)的阶段性研究成果。

公民可以向行政主体主张宪法基本权利吗?这一问题从原则上看似乎是肯定的——行政权作为公权力的一部分,当然应当受到宪法规范的调整,然而仔细考究却又存在重大疑问。譬如,《行政诉讼法》第2条第1款中所称“合法权益”是否包括宪法权利,公民可以主张基本权利受行政行为侵犯从而获得诉权吗?再譬如,行政主体对公民作行政处罚时,到底是单纯依据行政法律规范作出,还是必须同样考虑宪法基本权利条款?依法行政与依宪行政在具体场景运用中存在一定张力,“既要依法行政,又不能侵犯公民基本权利”的双重义务论需要更具体的分类讨论。

宪法基本权利与行政法的关系过去确有相当程度的研究积累,但现有研究似乎呈现的是零散的、个案式的,甚至泛泛而谈的局面,精致的体系化梳理与分析的缺失,致使难以窥见全貌,并不能形成一套完整自洽且可供实践操作的理论框

架。^①本文将要从事这样一个宪法学与行政法学交叉的基础性工作,一方面从法学原理上全景式地探究、论证基本权利到底应当在行政法上发挥怎样的效力及其具体的类型展开。另一方面,结合行政法解释与适用的实践场景,论述该体系框架下的基本权利教义学应当如何与行政法学进行互动与融合。

一、基本权利的行政法外效力

宪法基本权利如何对行政法发挥效力,从大的框架来说无非是两类:外侧效力与内侧效力。^②所谓外侧效力,即行政法与宪法基本权利形成一种对峙结构,基本权利从外部、外围限制、约束行政权的行使,此时“依行政法律规范作出行政行为”与“行政权不得侵犯宪法基本权利”形成冲突,存在“基本权利vs行政法”的抵触难题。另一方面,所谓内侧效力,即行政法并不以基本权利的对立面存在,而是作为基本权利具体化的化身,基本

权利规范对行政法律规范本身发挥作用,适用行政法律规范就是适用基本权利,两者不存在冲突。这部分首先从外侧效力入手,探究基本权利在行政法外部是如何作用的,并明确这种效力的限度。

(一)外侧效力类型I:行政法的合宪性审查

任何一种法律规范都不可以违反宪法是当然的原理,来自宪法规范的最高位阶性(《宪法》第5条第3款)。过去存在问题的不是“是否可以对行政法进行合宪性审查”,而是合宪性审查体制的争论。但随着2018年后全国人大宪法和法律委员会合宪性审查职责的明确,这一争论也基本尘埃落定。^③此处不再赘述,仅就过去并没有重视或亟待明确的两个问题予以分析。

1. 行政法律规范违反宪法的两种类型

行政法律规范违反(抵触)宪法存在积极抵触与消极抵触两种类型,但任何一种抵触情形都必须在“尽到一切可能的合宪性解释”前提下发生。^④与民法不同,行政法律规范的实定法外观缺乏权利规范,更多的是行为规范、程序规范与组织规范,如何判断其与宪法基本权利抵触,存在解释学疑难。对此,保护规范理论发达了起来,用以判断行政法律规范本身在规定何种权利,近来随着司法判例的引入,在学界引发热议。^⑤结合保护规范理论,分以下四种情况予以讨论,以展示行政法律规范抵触宪法的两种类型。

第一种情况,行政法律规范明文规定保护或限制某种权利,其保护程度等于甚至超越基本权利的最低保护水平,或者其限制程度等于或低于基本权利的最高侵害限度。^⑥此时宪法乃至合宪性解释没有出场的必要,更不存在抵触的问题。特别是高于基本权利保护水平的情况一般存在于一些行政法上的社会福利制度等。

第二种情况,行政法律规范明文否定对某种基本权利的保护,或高于基本权利的侵害上限,亦

或者低于基本权利的保护下限。此时由于是明文规定,合宪性解释无法发挥作用,因而这种情况属于行政法律规范积极地违反了宪法——积极抵触。

第三种情况,行政法律规范既没有明确保护也没有限制、否定某种权利(用语模糊)——这种场合应当是最常见的。首先合宪性解释应当发挥作用,结合合宪性解释的保护规范理论倘若可以排除抵触宪法嫌疑的解释,那么此时行政法律规范也并没有违反宪法。当然,这种场合存在所谓适用违宪(与字面违宪相对)的问题,但适用违宪也是狭义合宪性解释的一个范畴,应当纳入合法性审查的框架(而不是合宪性),不再单独罗列。^⑦

第四种情况,行政法律规范既没有明确保护也没有限制、否定某种权利,但是通过合宪性解释无法导出符合基本权利规范的结论——如不存在任何可供解释的“保护规范”,法律规定几乎处于空白的情况,超越了法解释的功能极限。那么此时可认为是法律规范的不存在,也即立法不作为违反了宪法基本权利,立法者消极履行宪法课予的调整义务——消极抵触。

上述第一种情况在现实中较为少见,但第三种情形应当是最常见也最普遍的行政法律规范现状,因而基于保护规范标准解释、论证甚至争辩行政法应当在保护什么样的权益,应当在调整什么样的利害关系几乎是法律适用过程中永恒的主题。^⑧相反,只有在第二种与第四种的极端情形下,才能认为行政法律规范本身违反了宪法。

2.(具体)行政行为可能违宪吗?

在我国,行政行为(指代具体行政行为,下文同)可能违反宪法基本权利吗?对行政行为进行合宪性审查的说法在学界有一定争议,^⑨需要予以澄清。这里的前提问题是,涉及哪些事项的行政行为作出需要有法律、法规或规章的依据。对此,我国主流立场似乎从来都是侵害保留。譬如,最

高人民法院在判例中明确,“根据依法行政的基本要求,没有法律、法规和规章的规定,行政机关不得作出影响行政相对人合法权益或者增加行政相对人义务的决定”。^⑩2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第95条第2项规定“减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据”的属于“重大且明显违法”的无效行政行为。明确了这一点就可以对行政行为的违宪性问题予以清晰的解答。

一方面,只要行政行为的作出或不作出可以适用法律规范,那么就没有谈论行为违宪的余地,且也没有正当性跳过法律规范的适用,直接谈论其合宪性。倘若一个行政行为是违法的,那么它自然也必须是违宪的,因为一个不合上位法的行政行为既违反了法律优先的法治原则(《宪法》第5条第4款),也违反了基本权利应当依法被限制的基本原理,^⑪没有必要重复论证违法又违宪。即便是加强宪法的说理性,也是合宪性解释的功能,应当放入合法性审查的框架中。相反,倘若一个行政行为是合法的,那么行政行为违宪的观念是不可能成立的,因为即便有违宪性,也是法律规范本身的违宪性,不可能直接绕过法律规范去评价行政行为的合宪性,所谓“法律规范合宪,但行政行为违宪”(适用违宪)的本质是行政行为没有适用“符合宪法的法律解释”,因而不可能具备合法性。

另一方面,现实中当然存在不依据任何法律、法规、规章的行政行为,这些行为由于没有任何法律规范可以适用,所以面临和宪法的直接“对决”,但此时依然需要分情况讨论。其一,如果是减损权利或者增加义务的危害性行政行为没有任何法律规范可以适用,那么这种行为违反了基本权利应当依法限制的原理(广义法律保留),确实是违宪的。然而如上文所述,我国实定法上可以用作为法源之一的行政法基本原则——依法行政原则进行评价,导致无效的法律后果。另外,侵害性的事

实行为也存在国家赔偿法的违法侵权框架进行评价,基本权利问题是国家赔偿法背后的原理。^⑫此类行为应当在合法性审查框架内的范畴,宪法基本权利的一般原理在此起到背景说理的作用。

其二,如果是没有任何法律规范依据的非侵害性行政行为,这些行为有授益性行为 and 程序行为两类,有时存在实定法适用情形,但更多情形下并不存在。然而此时,授益性行为可以首先用比例原则、信赖保护原则、平等原则等行政法基本原则予以评价,其次才考虑合宪性问题,没有任何法律规范适用的授益行为若低于基本权利的最低保护下限,即构成行政行为与宪法的积极抵触。此外,一部分程序行为可以选择正当程序原则予以评价合法性,另一部分如预算、选举、公职任命等行为存在宪法条款的约束,但都属于国家机构条款,与基本权利无关。^⑬

综上所述,行政行为大部分情形下只需审查合法性,特别是存在法律规范适用的前提下,直接审查行政行为是否违反宪法基本权利既没有必要,也不具备正当性。只有不依法的授益性行政行为这一种情形下,才可能与基本权利直接发生冲突。

(二) 外侧效力类型Ⅱ:基本权利的直接效力

此处所称的基本权利直接效力是指:当存在行政法律规范的适用,且行政法律规范亦不违反宪法,基本权利依然可以对行政权的行使发挥直接效力吗?也即典型的依法行政与依宪行政双重适用问题。答案是否定的。

首先,在法律规范不违反宪法基本权利的前提下,基本权利是否依然可以在该部门法领域直接适用?这在民法上曾引起过大争论,即所谓基本权利的第三人效力问题。^⑭的确,“作为调整私人之间关系的民法”与“作为调整国家与私人关系的宪法”之间当然会产生两者间是怎样关系,基本权利对私法权利来说意味着什么的问题争论。

然而,同作为调整国家与私人公民间关系的宪法难道不可以直接适用在公法的另一分支行政法上吗?这种直接适用的观点就意味着,可以直接依据宪法基本权利导出公民的行政法权利,向行政主体主张保护。进一步说,承认基本权利直接效力的后果是,保护规范理论中的“保护规范”可以包括基本权利规范,当行政法律规范中找不到权利时,可以从宪法中寻找。

事实上这种直接效力观念在我国学界有非常大的影响。例如在基础理论中,直接承认宪法中规定的自由权、社会权、平等权等是行政法上的公民权利;在具体适用中,往往从宪法基本权利规范导出行政诉讼法上的“合法权益”,从而论证原告资格。^⑮这种状况不仅在我国,在比较法史上也有着强大的影响——如德国20世纪60年代以来,为克服保护规范理论权利导出的疑难性与不确定性问题,许多学者积极提倡宪法基本权利在行政法上的作用,一时间形成了一股有力学说。当然,各主张实际可以归纳为两种类型:一是折衷性的,主张当行政法上找不到权利时,在一定条件下可以直接适用基本权利;二是彻底性的,主张公民权利全部从基本权利导出,放弃保护规范理论。^⑯我国学界应当不存在第二种类型的主张,而多数赞同第一种即“行政法权利与基本权利并用论”。

然而,不管是抛弃保护规范理论,直接适用基本权利,还是将基本权利当作保护规范之一的并用论,都存在法理错误以及适用困难,应当否定。存在两点理由。

第一,这种做法引起宪法与行政法在法律位阶适用上的困惑。如果承认公民可以向行政主体主张基本权利保护,那么试问此时行政主体到底是要依法行政还是依宪行政?依法行政之后继续质疑“法”本身的合宪性当然是正当的(行政法的合宪性),但是越过法律规范,既要求行政主体依法,又要求行政主体依宪是令人困惑的。此时,行

政法律规范与基本权利形成了两条平行线,许可、处罚等行政行为的作出既要依据宪法基本权利,又要依据行政法律规范,试问两者是何关系?双重适用存在冲突问题——倘若基本权利适用优先,为何不先讨论行政法律规范的合宪性而要直接越过?换言之,当行政法律规范正确合理地调整私益与公益关系时,就应当单一适用行政法律规范;当行政法律规范没有正确调整时(违宪),就应当单一适用基本权利。事实上,尽管宪法与行政法都是调整国家与公民关系的公法规范,但仔细考察“国家”的意义有巨大不同。宪法主要或侧重约束作为立法机关的国家,而行政法约束的则完全是作为行政机关的国家,两者具有一定的差异性。这种差异性就决定了,行政主体的所谓“依宪”行政是透过依法行政的依宪行政(间接效力),并不要求行政主体跳过法律规范,直接对宪法进行执行和适用,否则会破坏“立法机关执行宪法,行政机关执行法律”的法适用位阶顺序。

值得注意的是,现代德国宪法法院通过判例发展出了一种基本权利直接适用的标准,其认为当原告公民遭受的权益损害达到“重大且难以忍受”(重大性理论)的程度时,可以例外允许直接依据宪法基本权利主张保护。^⑰然而,需要澄清的是,如果侵害已经达到了重大的程度,此时要么通过合宪性解释的方法从行政法律规范中导出权利,如果无法通过法解释的方法从行政法律规范中导出,那么只能意味着立法的不作为违宪——即上述合宪性审查的第四种情况(消极抵触宪法)。倘若法律规范合宪,亦或者放弃评价法律规范的合宪性,直接越过下位法适用基本权利依然会引起双重适用的疑难。因此,在立法的合宪性审查权归属全国人大及其常委会的我国,上述德国的做法并无借鉴可能。

第二,基本权利在行政法上直接适用也不具有现实的可操作性。倘若行政诉讼中公民可以因

为基本权利受行政行为侵犯从而获得诉权(《行政诉讼法》第2条),那么如何认定、依据何种标准认定“基本权利受行政行为侵犯”呢?行政行为相对人角度可能不存在问题,因为基本权利教义学中对侵害(干预)要件的认定与行政法学中的相对人概念是一致的,通过目的性与直接性要件可以很容易判断“谁的基本权利受到了侵害”。^⑧然而,行政行为第三人的场合,要如何判断“谁的基本权利受到了侵害”呢?行政行为法律效果对象(即相对人)之外第三人受到的不利影响,从基本权利教义学上说也就是权利受到了非目的性、非直接性(间接)侵害。如果要在行政法上直接适用基本权利,就势必意味着要纳入基本权利非目的性、间接的侵害,才能不排除第三人的基本权利保护。但问题就在于,废除基本权利侵害的目的性与直接性要件后,在不认同“全民监督诉讼”的前提下,势必要提出一种新的标准去限制诉权和复议申请权。

事实上,比较法史上并非没有人对此进行过努力。除上述德国宪法法院的“重大且难以忍受”标准外,例如著名学者鲁道夫·伯恩哈特(Rudolf Bernhardt)提出了“相当利益侵害”与“个别关联”标准,认为基于基本权利受侵害而认定第三人请求权时,该侵害必须事实上属于“相当程度的侵害”,且具有个别性,不是对一般公众的侵害。同样另一位有影响力的公法学者曼弗雷德·楚勒格(Manfred Zuleeg)主张,行政行为必须是“具体且有一定强度”的侵害,公民才可以主张基本权利保护。^⑨可以看到,上述这些主张中的新判断标准相当模糊且抽象,“重大”“相当程度”“一定强度”等最终只能依赖法院在个案中的主观判断。基本权利直接适用论不仅不能克服,且面临更胜于保护规范理论的不确定性与不稳定性问题。^⑩基本权利条款尽管清楚写明各种权利规范,看似比起缺少权利规范的行政法律规范要明确的多,但实际运用起来,特别是面对第三人场合“谁的基本权利

受到侵害,谁的基本权利没有受到侵害”的分界判定时,依然困难重重。

(三)两者的关系

基本权利的行政法外效力(外侧效力)可以作如下的归纳。第一,基本权利发挥对行政法的合宪性审查功能是基本权利行政法外效力的唯一表现形式。这种合宪性审查绝大多数情况下是对抽象规范的审查,不可能越过抽象规范直接审查(具体)行政行为的合宪性,只有在不合法的授益性行政行为这一种情形下,基本权利可以直接审查行政行为的合宪性。

第二,基本权利与行政法双重适用的所谓基本权利直接效力论是不可取的。要求行政主体既要依法行政,又要保护基本权利(或者承认公民既有要求行政主体依法行政的权利,又有对行政主体的基本权利请求权)会引起法律适用的混乱。此时只能两者择其一,要么评价依法行政中“法”的合宪性——违宪则单一适用基本权利,要么使得基本权利融入“法”的解释中——单一适用法律规范。

二、基本权利的行政法内效力

基本权利的行政法内效力(内侧效力)可以理解为基本权利对行政法的间接效力,也即基本权利对行政法的“辐射效力”。在这种场景中,行政法不仅不与基本权利冲突,反而作为基本权利具体化的化身,两者融为了一体。

(一)间接效力与保护规范理论

要在行政法上发挥基本权利的间接效力,其实现方式是依赖广义的合宪性解释(基于宪法的法律解释)。^⑪这种意义上的合宪性解释与狭义合宪性解释的区别在于:狭义合宪性解释是排除违反宪法的法律解释,而此处所谓基于宪法的法律解释指的是在众多法律解释中(即便它们都不违反宪法)选择一个最符合宪法精神、价值或目的的解释——因而也可称之为宪法说理。

当然,宪法说理或基于宪法的法律解释尚需翻越一个障碍,既上文所述行政法律规范与宪法基本权利之间存在“术语隔阂”——宪法基本权利以权利规范为主要术语,而行政法律规范并不以权利规范为主要外观,对此,同样需要借助保护规范理论进行分析。保护规范理论试图通过精致的解释学方法,从行政法律规范中导出公民权利,使得这种权利与行政主体的法定义务合二为一。不过,由于行政法律规范本身的特殊构造,权利析出的不稳定性与不确定性一直受人诟病。^②正因为如此,发挥基本权利的行政法内效力其好处不言而喻——单纯解释行政法律规范遇到的各种模糊性,可以通过宪法基本权利的价值辐射作用来消解。基本权利可以对行政法层面析出权利进行限定与澄清,即解释“行政行为依据的法律规范是否保护某种私益”时,运用基本权利限定、澄清价值序列与体系定位,将原本零散的、定位模糊的利益状况予以整理、排序,最终达到明确化行政法上主观法世界的目标。基本权利的直接适用虽存在法理错误,但基本权利间接适用的方法既在法理上不存在疑问,且现实司法中通过宪法说理等功能也具备可操作性(可行性),更重要的是,这种间接适用也恰好可以解决保护规范理论的种种诟病(必要性)。

然而,光理解上述原理是远远不够的,法律适用的实践场景中需要具体的运用方法和操作指南。结合到具体场景中首要面临的问题就是:间接效力或辐射效力的“强度”。所谓“辐射”或“间接”效力可大可小,范围可广可窄,如果不明确它的强度,具体运用时会因为不同的立场与见解而产生南辕北辙的结论。实际上,如章剑生、赵宏等学者都强调应当重视基本权利辐射效力对保护规范理论的作用,^③不过在原理提示之外并未予以过多深入。对此,需要更细致的深入讨论。

(二)强间接效力:基本权利全面介入

基本权利对行政法的解释与适用发挥间接效力,也就是发挥基本权利对制定法的辐射作用,但具体适用过程中会面临“辐射”与“间接”的强度问题,不同的立场实际也究问着宪法基本权利与行政法的关系。结合我国学说与比较法,总结来说一共有三种思考方式:基本权利全面介入、基本权利个别介入与基本权利辅助分析。

所谓基本权利全面介入的思考方式,简单说就是基本权利教义学优先,用保护规范标准从行政法律规范导出权利时,需要全面运用基本权利规范分析框架与方法进行解释与适用。这种思考方式受基本权利体系思维影响,^④标志着行政法解释的全面宪法化。实际上,对“行政法权利是宪法基本权利的具体化”这一论断,我国学界传统上也是相当熟悉和认可,^⑤而这种基本权利全面介入的立场是这一论断的彻底适用。例如,持这一立场的德国公法学者彼得·米迦勒·胡伯(Peter Michael Huber)主张,行政法既然是宪法的具体化,那么国家当然就是接受了宪法基本权利的“主观化指令”而制定行政法。因此在析出行政法权利时,必须适用基本权利教义学,即利用基本权利的保护范围划定(包括基本权利的竞合)、基本权利侵害、基本权利侵害的正当化(包括基本权利冲突原理)三阶段的体系化思考方法。^⑥如此一来,保护规范理论即演变为如下三部分:

第一步,判断行政行为依据法律规范是否保护某种私益时,本质就是基本权利的保护范围划定问题,顺带厘清是哪种基本权利和哪种基本权利的竞合;第二步,析出权利(私益保护性)后通过基本权利侵害原理,即目的指向性、直接性、侵害限度、侵害强度等要件判断该权利是否可能受到行政行为的侵害;第三步,在实体审查时,必须依据比例原则,通过“防御权—国家保护义务”的调整来判断是否构成侵权(实质合法性)。

不过,这种强效力立场并不可取。可以看到,基本权利全面介入尽管披着辐射或间接效力的外衣,但实质是一种以保护规范理论为媒介的基本权利直接效力说。如果持这种立场,那么尽管保护规范理论形式上维持着——行政法上的权利确实是依据行政法律规范本身导出的,但是这种导出实质与上文所述的基本权利直接适用并没有多少区别,直接将行政法权利与宪法基本权利画上了等号。行政法中公民向行政主体主张的权利都是基本权利,行政诉讼中原告的权利侵害全部都是基本权利侵害。这种将行政法解释与适用全面基本权利教义学化的思考方式比起上文“行政法权利与基本权利并用论”更为激进,实际也更为精致化,行政行为依据的法律规范是否在保护某种权益取决于是否落在基本权利的保护范围,而不是笼统地承认公民对行政主体一般意义上的自由权。

除却上文批判基本权利直接效力的两点理由可以通用以外,这种强效力立场更令人困惑的是,以基本权利为中心的体系化思考方式不仅使得保护规范理论名存实亡,且执行行政法就是执行宪法的看法使得行政法失去了自身独立性,认可了基本权利在全公法领域的统治地位,行政法完全成了宪法的从属。如此一来,立法者的所谓形成自由或形成空间在何处呢?^②毕竟,一旦落入基本权利的保护范围,“是不是行政法上的权利”就已经决定了,行政法律规范的作用仅仅是对权利的内容进行具体化而已。

(三)中等间接效力:基本权利个别介入

基本权利个别介入的思考方式是间接效力的折中立场,简单来讲即重视基本权利对某种利益的价值位阶作用,将公民或原告的被侵害权益比照基本权利进行重要度排序,如果是特别重要的所谓“基本权利法益”则可直接抬升其地位,即便成文法字面表述不够清晰,仍可宽松、柔软地认定

为行政法上的“合法权益”或承认诉权。这种中等间接效力的折中立场在我国有一定支持度,主要表现在论证一种权利是不是行政法上应当保护的權利时,寻找基本权利条款予以补强论证,若属于宪法明文规定的权利如受教育权、投诉举报权、知情权等时则将其抬升地位。^③

与德国不同,这种立场也在邻国日本学界获得一定程度的支持,且日本最高法院同样采用这种立场。^④日本宪法学对基本权利客观价值秩序理论持消极立场,因而基本权利体系化思维也没有在日本行政法学界得到接受,较常以每个个体的基本权利为中心来理解“国家—公民”的两极对立关系。^⑤而这种基本权利个别介入,通过价值排序的思考方式正是诞生在这种背景之下,是对基本权利与行政法权利关系的最朴素也最简洁的理解。

具体来说,基本权利个别介入立场下理解的基本权利间接效力就是,在判断行政行为依据法律规范是否保护某种私益时,决定性因素是利益的性质(重要性),根据利益的重要性来决定利益是否值得保护,而“重要不重要”本质是一种价值判断问题,是不明确的——这也是保护规范理论所谓不确定性问题的最大要因。对此,基本权利就可以起到价值明确作用——当这种利益属于宪法上特别重要的基本权利法益时,如身体、生命、健康、安全等属于价值位阶特别高的基本权利利益,则原则上属于无法被公益所吸收的特别保护的个人信息,应当较为宽松地认定保护性;当这种利益属于宪法上位阶较低的,或者根本不是宪法上保护的基本权利利益时,如财产、经济利益、环境、风景享受等利益,就必须要从行政实体法上寻找保护的明确依据。

然而,这种立场依然不可取。基本权利个别介入的思考方式试图运用“利益重要性”为标准对法益价值进行从高到低排序,对高价值的重要利益予以明确肯定私益保护性,对低价值的普通利

益才交给立法者裁量,但为何宪法上保护的诸多基本权利之间存在价值高低呢?这种思考方式的背后是一种被称为“基本权利位阶秩序理论”的立场。即认为宪法上保护的權利有高低价值位阶差,也即重要度之差,有的权利价值更高需要严格保护,有的权利则价值相对较低可以宽松保护,交给下位立法者来决定。也因此,要使得基本权利个别介入的思考方式成立,其前提就是其依赖的基础理论——基本权利位阶秩序理论是正确且可行的。然而,基本权利位阶秩序理论是颇有争议的。^③难道财产与经济利益的价值就一定低于生命、健康、安全利益的价值吗?对某些利益一律给予地位单独抬升,对其他利益予以“下放”下位法自由裁量的看法完全破坏了利益均衡原则,忽视了与之对立、冲突的其他私益乃至公共利益之间的协调,原本下位法律规范调整的一张利益衡量网会因为基本权利的个别介入而失去平衡,也搅乱了立法者基于民主正当性所制定的行政法秩序。因此,价值个别抬升做法的破坏性恐怕更甚于基本权利体系化思维的全面介入式立场。

(四)弱间接效力:基本权利辅助分析

所谓基本权利辅助分析,即意味着基本权利间接效力在保护规范理论中起到的是“辅助分析”的作用,既不对行政法权利的析出拥有全面指挥权(全面介入),也不擅自个别地对行政法上的某种利益提升价值位阶(个别介入),而是在依据行政法律规范导出权利义务关系时,通过基本权利原理帮助加深理解和加强分析,使得这种权利导出更加稳定。因而这是一种弱效力立场,但恰恰是这种弱间接效力的思考方式既符合法理,也同时具备可操作性。

基本权利辅助分析的弱间接效力立场建立在对宪法与行政法关系的深刻理解之上的,这种关系可以被称之为“行政法的宪法从属性”与“行政法相对于宪法的独立性”双重关系。只有在这种

双重关系的理解之下,才能理解“基本权利→行政法律规范→行政法权利”三者之间的关系,进而才真正理解基本权利的行政法内效力。下面依逻辑顺序予以说明。

第一,宪法基本权利作为无差别式平等保护的个体权利是整个行政法秩序的基层和源泉,立法者必须根据基本权利来构筑行政法律规范(行政法的宪法从属性)。然而,基本权利毕竟是一种抽象的、大纲式的始源性权利规范,如同“未加工原材料”。根据民主正当性原理,作为立法主体的国家有权力也有义务根据不同的行政任务与目标,通过调整、均衡、差异乃至分化基本权利来构筑行政法律规范(行政法相对于宪法的独立性),所谓“作为利害调整法”的行政法也正是如此。^④

第二,作为行政主体的国家在依法行政时,其依的“法”尽管是根据基本权利构筑的行政法律规范,但是这种转变为行政法律规范的基本权利发生了变形,已经不能简单地套用原初宪法上的基本权利规范,因而当我们通过行政法律规范析出行政法上的权利时,不可以直接依据基本权利(基本权利全面介入)或直接根据基本权利来提高某种利益的位阶(基本权利个别介入)。

第三,当通过行政法律规范析出行政法权利时(保护规范理论),有两种基本的情况。其一,当行政行为依据的法律规范本身违反宪法时(上述合宪性审查所述积极抵触与消极抵触),保护规范标准的适用不成立,基本权利发挥行政法外效力。其二,当行政行为依据的法律规范合宪,则保护规范标准适用。此时,需要做的就是将客观的行政法律规范分解为主观的行政法律关系,也即权利义务关系。在这一情形下,虽然基本权利并不能直接作为依据(因为经过了立法活动的分化和变形),但是可以在行政法律规范分解法律关系的过程时起到帮助理解和辅助分析的作用,使得这种分解工作变得更为清晰顺利。

最后,基本权利强间接效力立场(全面介入)片面强调了“行政法的宪法从属性”,忽视了“行政法相对于宪法的独立性”,认为行政法权利与基本权利没有性质上的差异,使得行政法失去了基于行政任务或目标灵活应对现实生活,调整各种利害关系的功能。相应地,间接效力中等强度的立场(个别介入)则并没有深入思考基本权利与行政法律规范的关系,没有考虑到基本权利通过行政立法活动已经发生了变形和分化,突兀地通过基本权利来片面提升或降低行政法上某种利益的重要度,实则是“搅乱”了立法者基于民主正当性原理所制定的一张均衡的利害调整网。

三、内侧效力的具体适用——《行政诉讼法》第25条第1款的解释论

保护规范理论中法解释的不确定性问题可以通过基本权利这一工具来解决,通过基本权利来使得这种不确定变得明确化和体系化——这正是本文所倡导的基本权利行政法内效力。下文将主要结合《行政诉讼法》第25条第1款的解释与适用,揭示这种意义上基本权利的行政法内效力对行政诉讼原告资格判定起到的作用。

(一)利害关系的统一解释框架

《行政诉讼法》第25条第1款规定:“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织,有权提起诉讼。”这种其中非常关键的是“行政行为的相对人”与“其他与行政行为有利害关系的公民”两组词的解釋。从直观的理解上看,有权提起诉讼的只有两类人,一类是相对人,另一类是其他利害关系人。“谁是行政行为的相对人”在极少数场合可能存在识别困难问题,但绝大多数情况下通过行政行为法律效果理论可以判断(实务术语为“实际影响”标准)。^③疑难在于“谁是其他利害关系人”,一直以来困扰着学界与实务界。2017年,最高人民法院引入保护规范理论用于“其他利害关系”的判定,

引发争议。^④

然而,把行政行为相对人与其他利害关系人的解释割裂开来,把后者称之为第三人,认为原告资格判定中相对人与第三人是两回事,分别适用不同解释理论的这种传统思路是存在问题的。实定法上对第三人的表述方式是“其他利害关系人”而不是“利害关系人”——难道行政行为的相对人不是利害关系人吗?正因为行政行为的相对人本来就是利害关系人,所以实定法用语在描述第三人的时候会采用“其他”与行政行为有利害关系这样的表述。实际上,在2014年《行政诉讼法》修改前,针对旧法的司法解释《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000年)第12条规定:“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的,可以依法提起行政诉讼。”从这一规定的表述来看,不管是行政行为的相对人也好、第三人也好,都是利害关系人,统一在利害关系的解释框架下判断诉权。因此,无论是司法解释还是现行法律,这种相对人与第三人融合的原告资格(诉权)判断可谓一脉相承,并没有改变立场。

因此,无论从文义解释还是历史解释上看,我国现行法上行政行为相对人与第三人都是利害关系人,都应当统一在利害关系的解释框架下判断诉权,并不存在割裂理解的必要。如果将《行政诉讼法》第25条第1款作前后两句的割裂式理解,以行政行为法律效果理论判断相对人诉权,以保护规范理论判断第三人诉权,这样做不仅会增添实务负担,且由于背后法理不明晰,实际也会引起混乱,最高法院在判例中的摇摆态度也正因为此。^⑤下文将会展示,在一个行政行为依据的法律规范解释中,判断出了相对人,也就判断出了其他利害关系人;判断出了其他利害关系人,实际也就找到了相对人——两者都是行政法上利害关系下的双方主体。

最后,遗憾的是,过去学界与实务界从来都不对“什么是利害关系”本身进行解释,普遍将利害关系理解为一个结论,而将《行政诉讼法》第2条“合法权益受行政行为侵犯”当作是解释对象,呈现“合法权益是否受行政行为侵犯→是否有利害关系”的逻辑关系,将第25条第1款的解释置于第2条的地位之下。^⑤这种迂回的解释方法与一般认为的“《行政诉讼法》第25条第1款是原告资格条款”的立场不符。因此,判断原告资格最先、也最根本的是要判断“与行政行为有利害关系”,而不是立刻识别“谁的合法权益受到了行政行为侵犯”,逻辑顺序是先判断利害关系再从利害关系中分析“谁可以起诉、谁不可以起诉”。

(二)行政法上利害关系的析出——基本权利辅助分析

首先,谁可能与行政行为的作出或不作出有利害关系?从传统思路上看固然是行政行为的相对人以及第三人,也可称之为直接影响人与间接影响人。但是,作为公权力行使表现的行政行为,其根本目的不仅仅在于调整私益——可识别到个体的个人权利,更是出于维护公共利益,或者基于规模稍小的集体利益等集合性利益而作出的。例如,一项行政许可的授予或吊销,固然会影响到许可相对人,同时也影响到许可的相关人(同业竞争者、上下游经营者等),但更可能是为了维护某种公共利益,甚至减损了某些集体利益——如大型公共设施建设工程许可的作出会影响附近成片居民的生活环境权益。因此,“与行政行为有利害关系”的至少有个体(公民、法人、其他组织)、大规模不等的群体、一般公众三个类别,并且三者之间的界限是比较模糊的,一定条件下亦可互相转化。

对此,一种称为“利害调整”的行政法学基础理论可以提供分析工具。^⑥行政主体作出或不作出行政行为的目的是利害调整,行政行为本身也

是一种运用公权力进行利害调整的行为——对社会主体之间的私益与公益关系进行各种各样赋予利益(利)与减损利益(害)的调整。例如,“行政机关因为公民甲违章驾驶而处罚甲”这一情形,行政处罚的实质不是因为公民甲的违章行为对行政主体有什么危害,之所以要对甲处罚,是因为甲的违章行为可能会危害到一般社会公众的安全(一般违章),或者已经危害到某个具体他人的安全(造成他人人身伤害的违章)。行政主体为了保护他人、一般社会公众安全才限制甲的权利。换句话说,行政主体是基于“公民甲与一般社会公众的利害调整”或“公民甲、被害人乙与一般社会公众的利害调整”而对甲作了行政行为。基于这种分析,所谓“与行政行为有利害关系”即意味着行政行为的作出与不作出的本质是对各种各样的私益主体、公益主体、集体利益主体间利害关系进行调整,而这些利害关系都是行政行为本身利害调整目的所导致的。“与行政行为有利害关系”实际上是各种主体与行政行为一起形成了一种三角式的利害关系网,诉权判断的关键是首先找出这种利害关系网(见图1)

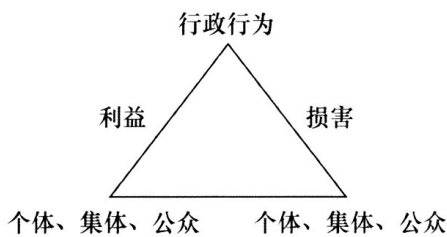


图1 行政法三角利害关系

其次,基于依法行政的基本原理,行政行为应当对哪些利害关系进行调整,当然需要根据它所依据的行政法律规范进行分析(对比“行政行为事实上对哪些利害关系进行了调整”从而审查合法性),通过行政法律规范的规范结构对利害关系予以类型化,但此时若没有基本权利的参与,那么这种利害关系的析出恐怕是一头雾水。上文所述,

根据基本权利弱间接效力立场所持的基本权利与行政法关系思考,立法者必须根据基本权利来制定行政法,构筑行政法上的权利义务关系(行政法的宪法从属性),但国家有权力也有义务根据不同的行政任务与目标,通过调整、均衡、差异乃至分化基本权利来构筑行政行政法(行政法相对于宪法的独立性)。因此,行政法利害关系本质是基本权利的变形,可以通过基本权利的性质、结构来分化出这种行政法上的实体权利义务关系。笔者过去已经对这种利害关系的类型作过一定阐述,此处主要就其与基本权利之间的联系进一步予以深化。^⑧

第一,作为自由权的基本权利变形为行政法上的相反利害关系。宪法上自由权与法律的基本结构是:宪法保障私主体的自由权,但下位法为保护他人、集体与公共利益(《宪法》51条)对自由权予以一定程度的限制(基本权利侵害),因而基本权利教义学上需要讨论自由权限制的正当化问题。这种基本结构转化到行政法上就是:行政法律规范为保护一方主体的自由而减损另一方主体的自由,增加其义务,双方主体的“利”与“害”方向相反,互为因果,因而可称之为相反利害关系(见图2)。在这种利害关系中,损害一方的利益损失是行政法律规范为增加另一方利益所引起的,因而要使得这种利害调整合法,那么行政行为的内容就不得超过法律所允许的最高侵害限度,不得低

于法律所要求的最低保护水平。相反利害关系可谓占了行政法上利害关系的绝大多数。例如,《药品管理法》第116条规定“生产、销售假药的”应当进行处罚,这一条中“生产、销售假药人”危害了社会一般公众的生命健康利益,行政法律规范予以规制,被处罚者的自由财产损失与社会公众的生命健康利益保护形成相反利害关系。此外,同法第137条第4项规定“造成人身伤害后果”的加重处罚,此时“生产销售假药人的自由财产限制”与“受到人身伤害人的健康利益保护”形成相反利害关系。再譬如,《劳动法》第27条第1款、《劳动合同法》第41条中,企业裁减人员方案需向行政主体报告,方可大规模解除与雇员的劳动合同,在这一情形中“企业的自主经营权规制”与“被裁减人员的劳动权保护”形成了相反利害关系——行政机关认可企业裁员则损害了被裁减人员的利益,反过来说,法律就是为了保护被裁减人员的利益而规定了经济性裁员行政报告制度。

第二,作为平等权的基本权利变形为行政法上的互换利害关系。宪法上平等权与法律的基本结构是:宪法保障个体平等权,但下位法基于种种理由会对个体或人群予以归类,这种归类必然会形成不同主体之间的差别待遇,一方主体相对于另一方主体存在待遇的优势与劣势,需要究问差别的正当化问题。这种平等权的基本结构转化到行政法上就是:行政法律规范为了某种行政任务

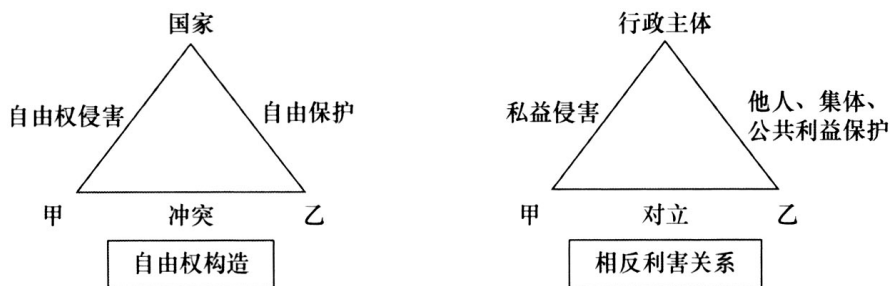


图2 自由权与相反利害关系的一致结构

与目的,会分配、设定、调控公民的法律地位,而这会引起不同主体的不同归类,一方主体法律地位的上升必然意味着另一方主体法律地位的下降,形成优势与劣势的差别,双方主体的“利”与“害”呈现此消彼长的状态,因而可称之为互换利害关系(见图3)。

具体分类来说,其一,在分配地位场景中,行政法律规范对有限的资格、特权、资源等进行分配,获得分配者相对于未获得分配者形成优势分配地位与劣势分配地位。例如,《出租汽车经营服务管理规定》第13条采用招投标方式的出租车经营权许可制度,竞争性许可申请人(投标人)之间因“出租车经营权”这一有限地位分配归属问题对立,投标人甲、乙、丙等之间“利”与“害”因中标归属问题相互对立。其二,在调控地位的场景中,行政法律规范对市场竞争规定宏观调控措施,受到调控者与未受到调控者形成优势竞争地位与劣势竞争地位。例如,《价格法》上规定的价格规制,如果价格规制措施对市场同类型竞争者给予差别待遇,甲商品被纳入了价格规制,而乙商品却依然可以自由定价,此时甲与乙基于公平竞争形成互换利害关系。其三,在设定地位的场景中,行政法律规范对某一群体、地域乃至虚拟空间(网络平台)设定某种共同的法律地位,施加共同的法律义务,共同体成员基于维护地位平等形成互换利害关系。例如,《城乡规划法》第2条基于城市控制性详细

规划决定,设定了某一区域的法律地位——如容积率限制,若成员甲违反该义务向行政主体申请了建设许可,就会因甲一人突破法定义务而使得同一地域的其余主体处于不公平地位,并且同样损害共同体成员组合形成的地域协调发展利益(《城乡规划法》第1条)。同法第9条第1款所称“涉及其利害关系的建设活动”除相邻权纠纷等相反利害关系外,还应当包括这种设定地位引起的互换利害关系。

第三,作为受益权的基本权利变形为行政法上的共同利害关系。宪法上受益权与法律的基本结构是:宪法要求国家提供个体乃至某类人群基本的物质设施、金钱给付或社会保障,需要下位法具体落实(作为义务),为实现这种作为义务,国家需要从社会取得一定的财产与资源(资源取得),在财力状况与人的最基本生存需求之间探究宪法要求的最低给付义务标准。这种受益权的基本结构转化到行政法上意味着两种类型。第一种类型:行政法律规范一方面要求向私主体提供金钱等福利给付(利),另一方面福利给付意味着作为社会一般利益的公共财政资金、国有财产的损失(害);第二种类型:行政法律规范一方面对私主体征收征用资金(害),另一方面资金的取得也意味着行政主体具备了给付行政能力,使得社会一般利益的获益(利)。在这种利害关系中“利”的一方与“害”的一方一般是互相涵摄关系,第一种

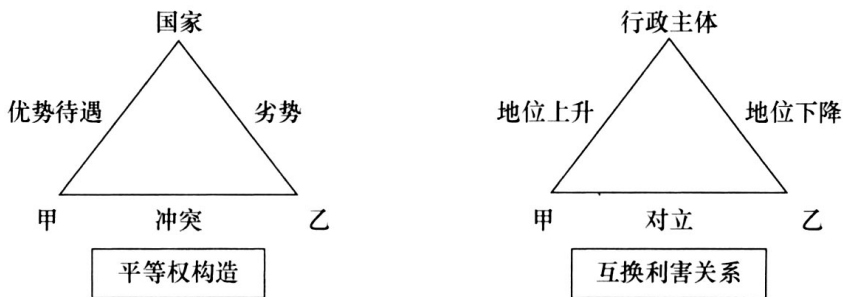


图3 平等权与互换利害关系的一致结构

注:甲与乙位置可对调

类型中给付受益人也是社会一般利益损失的一员(公共资金的损失),第二种类型中征收征用人(纳税人、投保人等)当然也是社会一般利益获得的一员(给付受益人),因而一方损失利益同时也是为了获得利益,获得利益的同时也会损失利益,“利”与“害”方向处于同向,因而可称之为共同利害关系(见图4)。

例如,基于税收法律规范的特定纳税人在个人所得税、企业所得税等各种收税场景中属于具体的共同利害关系一方(第二类型),需要通过利害关系的利益衡量分析决定税收的合法性,探究到底需要将多少的资金用作不特定多数的给付行政。再譬如,《城市居民最低生活保障条例》中的城市低保享受者同样属于具体的共同利害关系一方(第一类型),这种类型的共同利害关系必须根据受益方的基本生活水准、生活条件与公共财政资金的状况予以细致调整(同条例第6、8条),因而较为适合以行政协议的方式个案处理。

最后,行政法上的利害关系之所以比基本权利复杂、多样,之所以相对于宪法的独立,根本上是各种现实的行政任务与目的导致的,因而各种相反利害关系(自由权)、互换利害关系(平等权)与共同利害关系(受益权)并非互相平行独立,而是会分化与组合,组成一张行政法上立体的利害关系网。

第一种是垂直复合形态的利害关系网。行政法律规范的利害调整呈现手段与目的关系,即“手

段1、手段2、手段3……目的”或者“一级关系、二级关系、三级关系……”这样的垂直顺序,因而称之为“垂直复合”。典型的结构即“行政法课予甲主体对乙主体的作为义务”场景,如网络法上要求平台监督用户,公共卫生法上行政机关要求所有小区物业检查住户的健康码等等,这些场景从传统上可以在行政命令或行政委托授权框架下讨论,但从主观法上说更是手段与目的关系的利害关系垂直复合形态(两级关系)。再譬如,《房地产管理法》第9条“城市规划区内的集体所有的土地,经依法征收转为国有土地后,该幅国有土地的使用权方可有偿出让”至少包含三级关系:第一级关系是村民土地使用权损失与城市开发利益形成了相反利害关系(《土地管理法》第45条第1款);第二级关系是因将收归的国有土地出让给开发商(《城市房地产管理法》第2章),开发商获得的土地经济利益与抽象的国有土地资源损失形成相反利害关系;第三级关系是通过国有土地使用权出让进行城市开发建设而保障社会一般公众的居住生活利益(《城市房地产管理法》第25条),“国有土地储备资源损失”与“社会一般公众居住生活利益”形成的相反利害关系。土地征收形成的相反利害关系是手段一,而土地出让的相反利害关系是手段二,最终通过房地产开发而保障城市发展建设才是最终目的;手段一是一级关系,手段二是二级关系,目的则是三级关系,三者复合形成了三层利害关系网。此时特别是一级关系中“害”一方的村民同

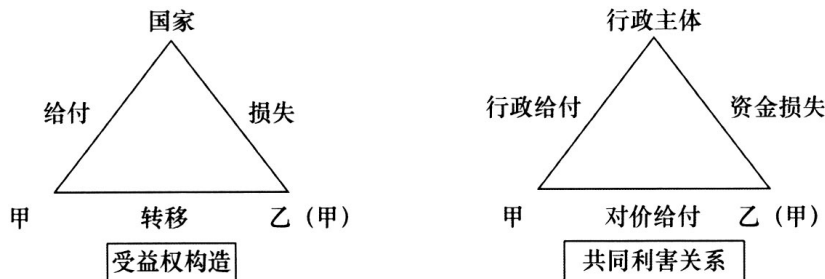


图4 受益权与共同利害关系的一致结构

样与二级关系中的“利”一方的开发商之间利益对立,应当赋予诉权保障。

第二种是水平复合形态的利害关系网。两种及两种以上的利害关系在水平层面上复合在一起组成的利害关系网,所谓“水平”即这些利害关系之间没有顺序层次,属于同一方向上各种利益与损害复合在一起,它们互相之间有共同的“冲突目标”,行政法要求行政主体结合各方的“利”与“害”考虑,作出一个综合的利害调整。例如,上述相反利害关系的举例中列举的《药品管理法》第137条第4项规定假药劣药“造成人身伤害后果”的,加重处罚。此时尽管“生产销售假药劣药人的处罚”(害)与“受害者人的人身保护”(利)形成相反利害关系,但实际“利”的一方并不仅仅是现实中具体的私益保护一种,打击生产销售假药劣药的行为更是对社会一般公众用药安全与健康的保护(同法第1条),因而行政主体正是在保护公共利益与私益的水平复合关系中,对加害人处以行政处罚。同一个行政行为往往是对多个获益与损害的利害关系调整——特别是某些重大公共行政决策,但这些利害关系本质都是同一方向上的不同类型损益与反方向上的不同类型损益对立,因而在这种水平复合形态的利害关系网中,行政主体应当综合衡量各方面利益从而作出决定。

第三种是阶梯复合形态的利害关系网。行政法上的利害关系会因为时间线上的连续性形成不同阶段利害关系的复合,且这些不同阶段利害关系之间存在牵连关系,一种利害关系的变动会引发整个阶梯体系的变化,因而可称为“阶梯复合”。多阶段行政行为、行政规划乃至行政立法过程都呈现这种基于时间线步骤推进,而不断具体化利害关系的阶梯复合形态。典型如城市商品房开发销售活动,根据城市规划法律规范和建筑法律规范,需要经历“建筑用地规划许可→建设工程规划许可→不动产权证→建筑工程施工许可→商

品房销售许可”等至少五项措施,这五种行政行为并非平行独立,也不是垂直的手段目的关系,而是行政法律规范依据时间线所规定的连环活动,前一种行为是后一种行为的必要步骤。这其中,每一环所分解的利害关系互相之间形成了阶梯式复合的利害关系网,尽管这些利害关系中的“利”方(许可人)较为稳定,但“害”方也即其他利害关系人却随时间线的变化而不断变化,并且也不断细化。问题是前阶段利害关系中的利害关系人是否可以就后阶段行为起诉,主张自己的原告资格?从基本权利辅助分析的角度出发,这应当是不存在疑问的——因为行政法律规范本身就是根据多样的行政任务,调整、均衡、差异乃至分化基本权利而得来,既然不同的权利是基于同一个目的复合而成的权利义务束也即利害关系网,那么行政主体必然需要根据这一张利害关系网综合作出利害调整。在阶梯式复合中,后一阶段的利害调整当然需要考虑前一阶段利害调整的合法性,所谓行政行为违法性继承的原理可以通过这一思路判断,前一阶段的利害关系人具备后一阶段中的权利地位。^⑨

(三)后续的处理——合法权益、诉权与行政行为合法性

发挥基本权利的行政法内效力作用,采用基本权利辅助分析的弱间接效力立场可以帮助析出行政法上的利害关系。上文基于《行政诉讼法》第25条第1款的解释,首先明确了原告资格判定的第一步工作,即分析行政行为依据的法律规范在调整哪些利害关系,并结合相关法条与实例对利害关系予以了类型化分析。当然,原告资格的判定并非到此结束,利害关系析出工作完成后,依然需要后续的处理。下面将起诉条件与实体审理结合起来,依据现行司法实务立场与实定法解释,揭示利害关系析出与诉权判定、合法性审查之间的关系。

根据最高人民法院的判例与相关学者整理,运用保护规范理论判定原告资格需要经过三阶段要件:公法规范要件、法定权益要件与个别保护要件。^④第一,公法规范要件是“找法”的阶段,要求利害关系从行政行为依据的公法规范而不是私法规范析出,且有时不仅需要参照行政行为的根据规范,还需要参照该法的目的条款乃至相关联领域的法律、法规、规章甚至规范性文件。这一步骤当然包括在利害关系的析出中,但更是最基础的“找法”阶段,明确从哪里析出利害关系。

第二,法定权益要件阶段正是上述利害关系析出的“用武之地”。也即要求从行政行为依据的法律规范中判断行政机关应当“考虑、尊重和保护”哪些合法权益。此时,本文主张与传统做法最大的不同在于:寻找法律保护的合法权益不应当孤立地、形式主义地从个别字面、条款中寻找蛛丝马迹,而是首先通过利害关系的整体理解去分析哪些权益与哪些权益形成了冲突与对立,哪些权益在天平的一边,哪些权益在天平的另一边,必须从整体上而非单独地勾画出利害关系框架。如此一来,保护规范理论运用的任意性与模糊性就可以在一定程度上得到缓解。

第三,个别保护要件是利害关系析出之后的重要后续步骤。《行政诉讼法》第25条第1款规定只有“公民、法人或者其他组织”才有权提起诉讼,结合《行政诉讼法》第2条可知,只有特定的、个别的“合法权益”也即学理上说的私益才“有权”——有诉讼请求权提起诉讼,而不能是公共利益。上述可见,无论是相反利害关系、互换利害关系还是共同利害关系,其中“利”的一方和“害”的一方都既有可能是私益,也有可能是公共利益,甚至是中间形态的集合性利益,因而在利害关系析出之后需要分析其中利益的个别性或可分性,从“个体(公民、法人、其他组织)、大小规模不等的群体、一般公众”三个类别找出个体的

利害关系人。^⑤这一步是原告资格无法回避的主题,因为这既涉及一般性诉讼与公益诉讼的区分问题,也涉及司法乃至行政复议的个人权利救济属性。但总而言之,先析出利害关系(法定权益要件),再分析利害关系人(个别保护要件)的先后步骤不能颠倒。

第四,更重要的是,基于基本权利间接效力的利害关系析出,对后续实体审理中行政行为合法性审查的意义是巨大的。一方面,发挥基本权利间接效力,通过行政行为依据行政法律规范的分析解读出利害关系,可以对行政行为内容合法性的内涵提供极大拓展。既然行政行为本质上是一种利害调整行为,它的作出与不作出都在对社会间冲突、对立乃至交织的复杂利益状况进行调整,因而从客观法层面上看,行政行为的合法固然需要具备主体、权限与程序的合法,但更重要的是,从主观法也即权利层面看行政行为的合法更是利害调整的合法,只有依法合理、恰当地调整了利害关系,行政行为才具备内容合法性。另一方面,利害调整的合法性从根本上说是利益衡量的合法性,利害关系中获得利益的一方与损失利益的一方需要放在天平的两端进行利益衡量,只有利益衡量的合法才意味着利害调整的合法。此时,这种转化为利害关系式的利益衡量语境与基本权利教义学上基本权利冲突的利益衡量语境高度结合了起来,^⑥可谓是打通了行政法学与宪法学的对话渠道。当然,其他部门法学者对如何进行利益衡量展开过细致的讨论,行政法学也有所接受。^⑦事实上,在行政裁量、信赖保护原则、比例原则、风险行政、应急行政乃至国家补偿等领域都涉及利益衡量问题,且也是行政合法性的根本保障。^⑧总之,行政行为的内容合法性问题可以转化利害调整的合法性问题,而其中的“利害”即是基本权利变形的行政法利害关系,因而基于基本权利辅助分析的利害关系析出可以为丰富行政行为合法性

的内涵发挥决定性作用。

四、结语

尽管过去学界与实务界对宪法基本权利规范应当约束、指导行政法的观点没有疑问,但在法解释与适用的具体场景中,基本权利究竟应当如何对行政法发挥效力,并且在怎样的范围与程度施加作用的细节问题上,存在一定的模糊性与任意性。这种状况本质上是规范法学方法的缺失所造成的,面对宪法上基本权利教义学的发达,行政法学亟须一套具体且可供实践操作的理论框架衔接,唯如此,同为狭义公法学的宪法学与行政法学的对话与融合方为可能。本文的探究可说是这种对话与融合式研究的基础性工作。

总结来说,基本权利对行政法的效力可区分基本权利的行政法外效力与行政法内效力,也称外侧效力与内侧效力——外侧效力即基本权利与行政法律规范形成对峙,基本权利从外侧、外部对行政法发挥作用;内侧效力即基本权利融入行政法的解释与适用过程,两者实为一体。一方面,在基本权利行政法外效力的具体运用中,不可以行政法律规范合宪的前提下直接适用基本权利,对行政法进行合宪性审查是发挥外侧效力的唯一方法,且绝大多数情况下没有审查具体行政行为合宪性的必要。行政法合宪性审查框架中基本权利与行政法律规范的关系可区分为四种类型,其中存在行政法积极抵触基本权利与消极抵触基本权利的两种违宪类型。另一方面,在基本权利行政法内效力的具体运用中,基于宪法基本权利与行政法的关系原理,基本权利规范对行政法的解释与适用发挥弱间接效力,根据基本权利的原理和结构对行政法上作为基本权利变形产物的利害关系析出作辅助分析。这种基于基本权利间接效力的行政法利害关系不仅可以解决保护规范理论的不确定性问题,使得行政法上的权利问题变得清晰,并且对丰富行政行为合法性的内涵,将利益

衡量框架全面引入行政行为的内容合法性审查也能发挥积极作用。

注释:

①有学者强调基本权利客观价值秩序功能对行政法立法论与解释论的双重意义,可认为是一种体系化主张。参见郑春燕:“基本权利的功能体系与行政法治的进路”,《法学研究》2015年第5期,第31—38页。

②李海平将基本权利的作用区分为影响力和约束力,按照这一分类,本文所谓效力指的是约束力。参见李海平:“个人信息国家保护义务理论的反思与重塑”,《法学研究》2023年第1期,第79页。

③关于合宪性审查相关问题的新近研究,参见王锴:“合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系”,《中国法学》2019年第1期,第5—24页。

④此处指代狭义的合宪性解释,与包括“基于宪法的法律解释”在内的广义合宪性解释相区别。参见王锴:“合宪性解释之反思”,《法学家》2015年第1期,第45—57页。

⑤参见赵宏:“保护规范理论的误解澄清与本土适用”,《中国法学》2020年第4期,第170—176页。

⑥至于什么是基本权利的侵害上限与保护下限,依赖基本权利教义学。例如,参见陈征:“宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证”,《法学研究》2021年第4期,第55—72页。

⑦关于适用违宪,参见杜强强:“法律违宪的类型区分与合宪性解释的功能分配”,《法学家》2021年第1期,第68—79页。

⑧参见王天华:“主观公权利的观念与保护规范理论的构造”,《政法论坛》2020年第1期,第44页。

⑨参见谢宇:“行政行为合宪性审查的制度建构”,《中共中央党校(国家行政学院)学报》2022年第5期,第135—136页。

⑩最高人民法院行政判决书,(2015)行提字第13号。

⑪关于基本权利限制的形式正当化讨论,参见陈楚风:“中国宪法上基本权利限制的形式要件”,《法学研究》2021年第5期,第129—143页。

⑫参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2019年版,第72—73页。

⑬相关研究,参见邢斌文:“什么是‘违宪’——基于全国人大及其常委会工作实践的考察”,《中外法学》2020年第2

期,第325—327页。

⑭关于第三人效力的详细分析,参见许瑞超:“基本权利第三人效力的范畴与本质”,《交大法学》2021年第1期,第46—59页。

⑮参见丁丽红:“关于扩大行政诉讼对合法权益保护范围的思考”,《行政法学研究》1999年第1期,第55页;罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社2016年版,第6页。

⑯最激进的学者是米迦勒·霍夫曼(Michael Hoffmann)。Vgl. Michael Hoffmann, Der Abwehrensanspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte, Berlin 1969, S. 53 ff.

⑰相关分析,参见赵宏:“公法邻人保护中的‘考虑要求’”,《法学家》2023年第1期,第12页。

⑱参见黄宇骁:“行政法上权利观念的对立及其消解”,《中国法学》2023年第2期,第177页。

⑲Vgl. Rudolf Bernhardt, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, S. 307; Manfred Zuleeg, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?, DVBl 1976, S. 514 ff.

⑳相关分析,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”,《环球法律评论》2014年第3期,第174—181页。

㉑参见王锴,见前注④,第46—57页。

㉒参见成协中:“保护规范理论适用批判论”,《中外法学》2020年第1期,第97页。

㉓参见章剑生:“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264页;赵宏,见前注⑤,第175页。

㉔参见张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社2017年版,第72—112页。

㉕参见周佑勇:“公民行政法权利之宪政思考”,《法制与社会发展》1998年第2期,第9页。

㉖Vgl. Peter Michael Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991, S. 172 ff.

㉗参见张翔:“宪法与部门法的三重关系”,《中国法律评论》2019年第1期,第28页。

㉘参见张旭勇:“‘法律上利害关系’新表述——利害关系

人原告资格生成模式探析”,《法学论坛》2001年第6期,第44页;黄锴:“行政诉讼中举报人原告资格的审查路径——基于指导案例77号的分析”,《政治与法律》2017年第10期,第146页。

㉙神橋一彦「原告適格論と憲法の視点」立教法学82号(2011年)234頁以下。

㉚山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣,2000年)256頁参照。

㉛参见张翔,见前注④,第300—302页。

㉜参见王贵松:“作为利害调整的行政法”,《中国法学》2019年第2期,第90—109页。

㉝参见黄宇骁:“行政诉讼原告资格判断方法的法理展开”,《法制与社会发展》2021年第6期,第89—94页。

㉞最高人民法院行政裁定书,(2017)最高法行申169号。

㉟参见李冷烨:“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”,《交大法学》2022年第2期,第164—176页。

㊱黄宇骁:“行政诉讼受案范围与原告资格关系之辨”,《政治与法律》2021年第2期,第113页。

㊲理论源头,参见王世杰:“利害调整模式下公权利理论的革新”,《交大法学》2023年第4期,第63—79页。

㊳参见黄宇骁:“行政法上的客观法与主观法”,《环球法律评论》2022年第1期,第141—144页。

㊴关于违法性继承,参见王贵松:“论行政行为的违法性继承”,《中国法学》2015年第3期,第98—119页。

㊵参见章剑生,见前注③,第262页。

㊶三种利益的关系及救济方式,参见王世杰:“私人主张超个人利益的公权利及其边界”,《法学家》2021年第6期,第120—134页。

㊷参见王锴:“基本权利冲突及其解决思路”,《法学研究》2021年第6期,第46—52页。

㊸参见翟翌、李慧玲:“行政行为违法性继承处理中利益衡量位阶体系的构建及运作模式”,《广西大学学报(哲学社会科学版)》2022年第4期,第155—162页。

㊹例如,参见刘权:“均衡性原则的具体化”,《法学家》2017年第2期,第17—30页;江必新、黄明慧:“论紧急行政权的限度”,《行政法学研究》2022年第5期,第111—121页。