

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.01.009

欢迎按以下格式引用:王本存.论行政法上的反射利益[J].重庆大学学报(社会科学版),2017(1):76-85.

Citation Format: WANG Bencun. On reflective interests in administrative law[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2017(1): 76-85.

论行政法上的反射利益

王本存

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:行政法通说认为,反射利益是公法权利的“余数”。通过检讨反射利益与公法权利的概念生成史,探索反射利益的利益法学背景,就可发现反射利益的独立价值。在充分认识反射利益的性质、类型与功能的基础上,中国行政法上的反射利益问题就可获得更好的理解与发展。

关键词:反射利益;类型;功能;中国化

中图分类号:D912.1

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2017)01-0076-10

反射利益与公法权利是孪生概念。学界通常认为,这两者都没有成为中国行政法学的核心范畴^①。实践中,立法者在修订的《行政诉讼法》中明确运用了“合法权益”与“利害关系”的规范语句。人民法院必须审查当事人的起诉是否具有诉的利益,也就是要回答当事人与行政行为的“利害关系”或者当事人的“合法权益”何在?由此,反射利益与公法权利问题暗地里成为人民法院受理行政诉讼,对行政争议作出裁判的核心思维工具。事实上,行政主体在从事行政行为时,也必须认真对待反射利益,才能保证行为的合法性与可接受性。理论上,反射利益作为公法权利的对偶概念,是行政法律关系的核心问题,行政法学需要弥补这一知识短板。这时,拒绝反射利益,或仅将之作为一种识别公法权利的工具,无法更好地解决理论与实践的张力。唯有在理清反射利益的理论脉络与实践状况后,才能回应实践和理论的双重焦渴。

一、作为类型概念的反射利益

(一)来源与性质

耶利内克在《主观公法权利体系》中曾这样经典性地谈及反射利益:“为了共同利益,公法的法律规范要求国家机关为特定的作为或不作为。这种作为或不作为的结果可能会有利于特定个人,尽管法制并无扩大个人权利领域的意图。这种情形可以被称为客观法的反射作用。”^[1]而实际上,反射利益的讨论更早可追溯到耶林。按照德国学者的说法,他在《罗马法精神》中写道:“并不是所有的利益都需要得到法律的保护,也不是所有的利益都能获得法律的保护。并不是所有保护利益的法律都能赋予利益人以主观意义上的权利,

修回日期:2016-121-24

作者简介:王本存(1979-),男,山东蒙阴人,重庆大学法学院副院长,教授,法学博士,博士研究生导师,主要从事宪法学与行政法学研究,
Email: wangbencun@cqu.edu.cn。

^①有论者认为反射利益根本不宜用于中国问题,详见李海燕《电信用户对无线电频谱资源使用的权利属性——从小灵通退市谈起》(《中国政法大学硕士学位论文》2011年第24页)。有学者认为武断拒绝反射利益理论是“极不谨慎的”,并对反射利益与行政法规范类型的关系做了精彩的分析,详见叶金方《行政法上的反射利益理论再探》(《怀化学院学报》2016年第2期)。较为系统的理论梳理,请参阅徐银华和肖进中的《行政法上之公权与反射利益理论的历史演变》(《中国行政法之回顾与展望——“中国行政法20年”博鳌论坛暨中国法学会行政法学研究会2005年年会论文集》)。

即给予这种保护法律请求权。”后来,这位利益法学派巨擘在论文中,径直这样描述这种法律现象:“某一法律的或者是经济上的事实超出由法律或者由行为人或权利人原本的意愿规定的作用范围,而对第三人所产生的回溯力,即被称为反射作用。”^[2]可见,法律上的反射利益问题,是由于利益超出法律或者法律行为预先设想的范围而产生的。正是这一超出预期性,导致法律对这一利益不予保护。按照最早论者的想法,就是没有被赋予请求权,利益享有者并不拥有针对妨害其利益的当事人的意志力(“法力”)。此时他的利益处于一种偶然存在状态,是为反射利益。这种以规范为核心的观察视角,将反射利益与公法权利作为一体两面的思维方式框定了德国公法上反射利益的学术历史^[3]。

反射利益作为公法权利分析的剩余产品与否定性分析工具,自从脱离国家法学以来,就处于规范分析的密集观测之中。反射利益不具有概念独立的必要性。而实际上,耶利在分析反射利益问题时提及了另一层面的问题:法律与利益的关系——利益并不是都需要法律保护,法律也并不是唯一实现利益的方式。准确解读这一层面就会发现,反射利益分析存在一个与规范视角截然不同的观测角度——利益视角。这一角度在耶利内克那里得到了统一:权利是利益(实质)与意志力(形式)的统一。此后,这一视角在学术史中逐渐隐没,潜藏在公法权利的光影之中。由此,学界形成了这样的看法:反射利益和公法权利都是个人利益,只不过后者被法律保障从而具有了“法力”而已^[4]。可是,反射利益真的就是个人利益吗?它究竟是否值得法律保护?又或者,它配得上何种保护?这些问题没有回音。

利益法学的出现使人们意识到,法律外衣包裹下的利益内涵。法律的全部任务在于对利益进行调整,协调利益关系,防止利益冲突,最终保障社会的正常发展。但正如耶利所说,并不是所有的利益都需要法律保护。法律并不是万能的,法律调整有局限性,同样也要付出成本。这意味着法律只能就其能调整的且必须调整的利益加以调整。按照庞德的说法,“法律发现这些利益迫切要求获得保障。它就把它加以分类并或多或少地加以承认。它确定在什么样的限度要竭力保障这样被选定的一些利益,同时也考虑到其他已经被承认的利益和通过司法或者行政过程来保障它们的可能性”^[5]。法律只不过对那些重要的法律能够保护的利益提供了法律保障。有论者说,“一般而言,生命、财产、自由、安全、国家制度和社会制度方面的利益,以及与这些利益的价值得以实现的参与国家生活和社会生活的机会利益等,需要形成法律利益”^[6]。这些利益按照最一般的理解,被分为个人利益和公共利益。法律对这些重要利益的调整通过公法或者私法的方式完成。私法通过平等私法主体、私法权利以及由此而来的意思自治,使个人利益得到法律保障。公法则先通过宪法构建了国家公共权力,也一并肯认了个体公法权利,形成国家机关与基本权利的二元构造;继而通过行政法一面建立行政主体,使之担负起“保障国家安全、维护社会秩序、促进和保障经济发展、保障和促进文化进步、健全和发展社会保障与社会福利、保护和改善人类生活环境与生态环境”的职责^[7];一面确认行政相对人、第三人的公法权利使之防御、受益、参与行政行为。这样,那些非常重要的利益在公法上就表现为由公权力机关维护的公共利益和个人通过公法权利保障的个人利益。从中可以看到,行政法对利益的保护,无非通过两种途径:一是直接赋予利益主体法律权利,使之通过法律规范保障的意志力实现个人利益;一是通过行政主体的职责维护公共利益,利益主体可以径直分享这种利益,而无需动用“法力”。

因此,利益与行政法的关系是这样的:利益中有一部分成为了法律利益,余下法律对其不置可否的为法外利益。法律利益中的一部分转化为行政主体职责之下的公共利益,一部分则被塑造成了公法权利。反射利益在行政法上出现的语境,据日本法学家原田尚彦研究,是为了确立诉的利益:“德国的学说,则主要把公权作为划定国民通过行政审判可以获得保护利益范围的概念来加以研究。也就是说,在德国区分能够对抗违法公权力行使并以行政审判加以救济的公权与无法救济的反射性利益,才是人们的主要关心所在。”^[8]从结构上看,反射利益作为公法权利的余数而存在;从功能上看,则不过是剔除运用诉讼保障利益的机会。不精确地说,行政法上的反射利益=利益-公法权利。这时,反射利益究竟是个人利益,还是公共利益,才变得迫切起来。显然,反射利益包括法外利益以及法律利益中的公共利益。法外利益有个人利益,也有公共利益,只是法律对其不予置评。而法律利益中的公共利益,通过行政主体的职责加以实现,任何人就此可以径直享有。所以,反射利益并不能如同论者简单认为的那样,是个人利益中法律没有动用权利加以保障的部分。它既有公共利益的部分,也有个人利益的部分,既有通过法律保障的公共利益的部分,也有法外利益。

(二) 伸缩的标尺

反射利益既可以指法律利益中非以法律权利保障的公共利益,也可以指法律不予评价的法外利益。这些利益中既有公共利益,也有个人利益。任何一个要素齐备,此利益即被认为反射利益,其关键是行政行为无意给个人带来的利益。这样看来,反射利益是不确定概念。其内部构成要素并不确定,要素之间是一种选言式逻辑关系。这就是英格博格·普珀所谓的类型概念^[9]。拉伦茨亦说,类型概念不能被定义,只能被描述,它意味着,认定某一事实属于某一类型概念,毋须看其要素是否与类型概念要素完全匹配,而只需考察要素在强度和数量结合程度上形成的整体形象是否与类型相符。形象地说就是类型概念像伸缩的标尺,可以将很多长度不同的物体测量为同一长度。

这一形象在行政法上的反射利益现象中很明显。反射利益提出的语境是,当事人认为利益受到行政为之侵害,要求司法机关给予救济。例如,甲被乙驾驶的机动车撞伤,交警调查交通事故过程中扣留乙的机动车,后交警解除扣留。甲遂以交警解除扣留导致其向乙求偿不利,诉请人民法院撤销解除扣留决定^②。交警根据《道路交通安全法》对肇事车辆予以扣留,目的是为了更好地了解收集证据、查明事实,但客观上也产生压力使乙尽快赔付甲损失,以换取解除扣留,甚至不排除很多地方的交通警察部门也正有此意。对甲方而言,因扣留带来了“更快”实现赔偿请求权的利益。根据《道路交通安全法》第72条的规定,可知扣留车辆是为了保障调查程序的顺利进行——这是该制度蕴含的公共利益。但这个公共利益在甲身上产生了“提高或者加快”获得赔偿之利益。这一利益明显归属于甲,表面上是一项个人利益,并与人身权、财产权关联。这是行政法上反射利益的标准状况:产生利益的根源是公共利益,但其外在表象却是明显地表现为个人利益,甚至与基本权利具有密切关联。换句话说,行政法上的反射利益,具有一种引人疑惑的权利外表。这就是德国行政法上生产反射利益的根本原因——必须识别诉请法院救济的当事人利益是否为权利,并进而有需要诉讼保护的必要。

反射利益在行政法语境中,首先意味着当事人享有一种事实上的利益,它在外观上体现为一种个人利益。但该个人利益有时具有“大数”形象——大量匿名的个人均享有之。人民警察履行治安管理职责,人人得以享有安全的个体利益。此时,这一“安全”就无法说仅属于某人,进而赋予个体对这种利益的请求权。个人的安全利益不过是良好秩序的反射利益而已。这时,个体享有的利益与行政主体职责蕴含的公共利益之间没有“距离”——公共利益实现,个体利益自动实现;亦没有“差异”——匿名当事人享有均质的安全利益^{[10]116}。③。从根本上说,这是一种公共利益。表面的个人利益在公共利益之中。上文案例中的反射利益却不是如此。扣留事故车辆的行政强制措施内含的公共利益是调查程序的顺利进行,而甲由这一制度享受的利益却是损害赔偿请求权的“尽快”实现。这一利益与扣留制度的公共利益有明显的“距离”:公共利益实现,个人利益却不见得能够实现。交警在提取证据后将车辆放行,甲的人身损害赔偿却尚未实现。甲享有的这一利益也并不是大量匿名地存在着,它是这起交通事故中甲很个性化的利益——希望“尽快”拿到赔偿。这一利益因此就不是公共利益,尽管它有公共利益的源头。法律通过侵权行为法、民事诉讼法为当事人的个人利益提供保护,但却对“尽快”所蕴含的“快速”利益,没有给予评价。这样,前一个例子中的个人利益不过是公共利益的有机分子,法律通过公共利益予以保护;而后一个例子中的个人利益则是由公共利益引发的,法律不予保护的法外利益。

反射利益之中既有个人利益,又有公共利益,既有合法利益,又有法外利益,所呈现出来的滑动形象,并不能遮蔽这样的关键点——反射利益已显现在个人身上,呈现个人利益形象,其根源是行政主体的行政行为。只是有些反射利益已经被公共利益吸附,而另一些与公共利益保持着距离和差异,法律尚未对其加以调整。反射利益因此就成为了“权利爆炸”的能量集聚地,它在行政法上意味着那些众多的生活利益,伴随着世界的变化,逐渐成为法律利益。那些反射利益中的个人利益,一旦法律加以保护,若无法被公共利益所

②本例改编自一个真实案例——“陈秀玲诉宁波市公安局鄞州分局交通警察大队道路行政强制案”(浙江省宁波市鄞州区人民法院“甬鄞行初字第[2012]第52号”)。

③关于利益“距离”与“差异”的理论受惠于施米特·阿斯曼先生,却与之有着不同的意指。请参阅[德]施密特·阿斯曼《秩序理念下的行政法体系建构》(林明铨等译,北京大学出版社2012年版第45页)。

吸附,往往就意味着成为公法权利。与此同时,那些随着时代的变迁,蕴含在公共利益之中的“个人利益”也因为与公共利益距离逐渐拉大、差异愈发明显,转身成为公法权利,正如在“保护规范理论”^④中见到的一样。反射利益在某些时候呈现为一种边缘状态,随时可跃升为公法权利。再考虑到概念史上以及行政法实践中的操作,就可以更深刻地认识这一孪生概念——公法权利与反射利益——的意义:它们是一个意义脉络上的概念,作为类型性概念的反射利益随时可能滑动而成为公法权利,它们之间存在类似于变色龙式的平滑变形。

二、反射利益的功能

反射利益作为公法权利的剩余物,与之一道成为确定诉之利益的基本工具,这一直以来都被视为反射利益的基本功能。但从利益法学的角度,可以见到反射利益具有主体地位——它不仅是一种可有可无的诉讼必要性的识别工具,更是一种法律调整手段的思索工具。换句话说,它将全方位地作用于行政运行的全部过程。它必将在行政立法、行政执法与行政诉讼环节中发挥作用。

(一)行政立法上的功能

按照通说,行政立法指行政机关创立、变动或废止行政法规和行政规章的活动。行政立法通常是对上位法的具体化(解释)或者根据法律授权的新创,其制定不同于立法机关通过民主立法程序制定法律。一般而言,行政立法过程约束条件较少,民主合法性较小。因此行政立法的关键是如何获得充分的信息,以保证各种利益均能在立法活动得到忠实反映和评价。因此,《立法法》第67条规定:“行政法规在起草过程中,应当广泛听取有关机关、组织、人民代表大会代表和社会公众的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。行政法规草案应当向社会公布,征求意见,但是经国务院决定不公布的除外。”国务院制定的《行政法规制定程序条例》则要求行政法规的制定要切实保障公民、法人和其他组织的“合法权益”,并要求听取“有关”机关、组织和公民的意见;国务院制定的《规章制定程序条例》对规章制定除作了与行政法规制定相同要求外,还特别规定:“起草的规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益,有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的,应当向社会公布,征求社会各界的意见;起草单位也可以举行听证会。”这些规范语句中的“合法权益”“有关”“直接涉及……切身利益”等都意味着反射利益适用的余地。反射利益作为一项行政法律制度所偶然产生的利益,立法者必须在制定法规范文件时斟酌考量。反射利益也就成为立法者重要的思维工具。

例如,商务部制定的《汽车品牌销售管理实施办法》(2005年4月1日实施)就没有充分考虑消费者的反射利益问题,由此引发众多问题。该规章将汽车品牌销售完全置于汽车生产商的控制之下,要求“同一汽车品牌的网络规划一般由一家境内企业制定和实施”,“汽车品牌经销商应当在汽车供应商授权范围内从事汽车品牌销售、售后服务、配件供应等活动”。尽管该规章的立法目的是“为规范汽车品牌销售行为,促进汽车市场健康发展,保护消费者合法权益”,表面上是在处理生产者与销售者的关系,并保护消费者的利益,而实际上,这样的制度设计不但让汽车生产商处于垄断地位,而且最终使消费者的利益因这一垄断性经营而受到损害——维修保养价格居高不下,消费者选择权受到侵害。这种消费者的利益,很大一部分是反射利益。这种反射利益是由商务部门维护市场良性竞争而带来的利益。授权经营制度的确立,并没有促进市场的良性发展,相反事实上有助于汽车生产者与销售者之间形成垄断协议。其实,《宪法》早就确立了社会主义市场经济的地位,《消费者权益保护法》也明确了消费者的选择权,随着2008年《反垄断法》的实施,这一问题就更加突出。立法者若不能真正观测到立法所带来的利益分布问题,就无法找到适当的利益代表者,也就无法在制定程序中真正落实公众参与,弥补行政立法的民主合法性缺失。在此意义上,反射利益可以成为类似活动的重要思维约束工具。立法活动进行时,就需要对拟设立制度直接影响的利益——例如汽车生产者、汽车销售者的财产权、营业自由以及社会主义市场经济制度——予以密切关注,更要意识到这一制度运行后带来的连锁反应——消费者权益的问题。这就要求在草案起草论证过程中,将潜在的可能受到影响的利益群体引入立法程序。这时反射利益概念就起到引导控制的作用。若不能运用这一工具引导立法,很难说这是一次科学、民主的立法。

^④详见李建良《公法上权利的概念、理论与运用》(《月旦法学教室》,2011年第99期24页)。

反射利益不但可以成为行政立法的反思性监控工具,还为立法调控手段的选择提供思维工具。立法者在进行行政立法时,必然面临利益法学所揭示的问题:哪些利益需要法律保护?那些需要保护的利益究竟该用何种方式保护?例如,建筑规划与环境影响评价制度设计。若在某地规划设立垃圾中转站,虽然可以解决相邻片区垃圾收集处理问题,降低公共成本,但垃圾收集转运的恶臭会直接影响相邻人的生活,甚至对较大范围近邻的房价构成不利影响。这里就存在相邻居民的相邻权问题、近邻区域居民的房价利益以及更大范围内居民的垃圾处理利益,还有公共管理运营成本问题。这些利益,行政立法不能不予理会,而是要选择恰当的机制:若是将这些利益都变成公法权利,此起彼伏的诉讼和请求,必使司法机关陷入繁忙之境,而行政机关也进入无所适从之地。权利冲突的协调就会变得极其复杂,公共管理的成本陡然上升。较为稳妥的方式是:根据法律体系的安排——依据宪法上的财产权、物权法上的相邻权——肯认相邻居民的相邻权(公法权利),使之可以对抗、影响行政机关的决定;将较为近邻居民的房价利益变为相邻权制度与规划审批、环境影响评价制度的反射利益,如果房价利益受到极大损害之可能性很大,则可以赋予其规划审批、环境影响评价的程序参与权;整个地区垃圾及时处置的利益被政府民生职责所吸纳而成为公共利益(反射利益)。这样,规划审批、环评制度就成为了邻近居民房价与整个片区居民垃圾处置利益的制度载体。当然,实践中的情形远比这里的利益结构复杂。立法者可以根据利益受到影响的性质、程度的不同,相应选择不同的调控手段:若利益性质不重要,且呈现均质化的小剂量存在,通常就可以将之作为反射利益加以处理;若利益性质重要,且呈不均衡存在,用公共利益无法充分实现之,至少应当赋予其行政程序的参与权;若利益性质紧要,损失严重的,不仅要给予程序参与权,更要配置实体公法权利,使之影响行政决定的形成。这里存在一个利益渐变过程,立法者只需要根据利益的重要性和受影响程度,就可以确立相应的调控手段。

(二) 行政执法上的功能

在不严格意义上,行政执法大体上等同于具体行政行为。依法治国要求行政执法必须具有法律根据。因此,应行政行为类型化,构成要件化,以便通过对照内容、形式的符合性,来确定其行为是否合法,以此构成传统行政法的任务。但事实上,行政主体在行政执法时,进行着大量的自由裁量和法律解释活动,公共政策的形成与贯彻活动,其影响之广泛与重大超乎想象。行政主体的这种合法自由,蕴含着利益社会学分析的必要性。传统行政法上,一个标准的行政执法活动,是在行政主体与行政相对人之间展开的。行政主体被认为是公共利益的代表者,它通过行政行为不断地维护和增进公共利益,在这个过程中个人的反射利益得到实现。因此,反射利益不在行政主体的考虑之列,理由是公共利益实现,反射利益就实现。但因当事人反射利益受损或获益程度不同,简单用公共利益替代,存在对当事人利益保护不周之嫌。例如同样对清洁空气之利益的分享,随着居民离开污染源距离的变化,其反射利益显然随之变动——从受损最严重渐变到几乎可忽略。此时无视反射利益分布的不均衡状态,而仅仅进行依法行政判断,显然无法满足合法性(legitimacy)与合理性(rationality)要求。

行政行为的自由裁量、利益结构的复杂与公共政策形成功能带来的合法性与合理性危机,可通过行政程序中的利益均衡加以克服。行政程序参与者的选择,理性论证的保障,利益平衡的达成是行政执法合理性的关键所在。公众参与是上述环节的枢纽。如何确定公众,反射利益将起到非常重要的指示作用。行政执法所保障的公共利益中,既有那些根本无法分配给个人的利益(本质公共利益),也有那些匿名个体反复面对的利益问题,行政执法将之视为公共利益而加以处理(对待公共利益)。个体从这些公共利益中受有的反射利益略有不同。前者暗示,行政机关就是“本质公共利益”的受托人,甚至某种意义上的“所有者”,行政机关不保障公共利益,当事人的反射利益必然受损,例如环境利益——它无法产权化,为避免公地悲剧,只有信托给行政机关。后者则因社会成本高昂,而由行政机关集约化处理,它是对私人利益的一种预先调整,例如房地产登记带来的交易安全。这种秩序利益,实际上通过私法也可形成——每个交易主体通过调查确定不动产物权的无瑕疵性——但显然不经济,所以行政统一预先登记。行政机关行为的阙如,并不会带来不可挽回的损失,当事人仍然可以通过尽职调查和民事诉讼实现这一利益。于是,交易安全反射利益的享有者不在行政程序中扮演角色,通常并不会带来合法性与合理性问题。而空气质量一旦被破坏,所有反射利益都会受到损害,这种伤害无法像交易安全可以通过私法上的尽职调查予以弥补,而只能“坐以待毙”。因此,行政程序中必须给予其必要地位。较好的方式是通过行政裁量,在满足行政效率的前提下,将受损最

严重者纳入环评程序,保障其特殊的反射利益,并通过这一反射利益的保护间接实现公共利益。反射利益的运用,如同显微镜和望远镜使行政主体可以从更广阔、更细微的视角,寻找行政程序的参与主体,在更深远的层次上满足合理性的要求。

在行政执法的复杂情形中,如日本法上的著名判例^[11]——公共浴室距离限制案中,反射利益也大有用武之地。公共浴室的距离限制,一方面使一定范围内可申请的浴室许可数量有限,而另一方面也使已经预先存在的浴室获得某种“垄断”利益。一次行政许可产生了“多重效果”:首先调整了众多申请人之间的关系,同时也调整了浴室经营者之间的关系,最后还涉及到了大量匿名公民的环境卫生、生活便利的利益。这就是所谓的“行政行为的复效性”。众多申请者之间存在利益冲突,而申请者与在先的浴室经营者之间也存在利益冲突,与此同时这一行政决定也对环境卫生、生活便利等公共利益产生影响。行政机关必须评价前面两种冲突:法律究竟采用了反射利益模式,还是权利冲突模式?从一般法理上看,第一种冲突是权利冲突模式,也就是任何人都有劳动权与职业自由,授予某人而不授予另一人的行政决定,必然会侵犯另一人的权利。行政机关在行政程序中就必须将这些竞争申请者一并纳入,在程序空间进行论证说理和利益权衡。而后一种冲突,更多是反射利益模式,那些先前存在的浴室经营者所享有的“垄断性”的利益,不过是行政行为的反射利益而已。行政机关可以根据许可新建浴室对已存浴室经营者的“垄断性”利益的损害程度,决定程序中是否必须给予其角色。此外,邻近居民的便利利益和环境利益当然要按照上文讨论的原理一并考虑。反射利益是否存在,以何种方式存在,受到何种损害,这些问题就成为行政主体从事行政执法必须考虑的情况,并根据这样的情形,在行政程序中为之设定必要的角色地位,以充分保障行政决定的合法性与合理性。在这个意义上,反射利益是行政执法不可或缺的分析工具。

(三) 行政诉讼上的功能

法院在面对当事人的诉请时,首先要问:当事人的请求究竟是行政法上公法权利的作用,还是当事人享有的反射利益的作用?行政法上公法权利的识别,按照一般的理解,要看是否存在法律规范保障针对行政主体的意志力(“法力”)^⑤。一般而言,法律规范语句中存在“有权”“可以请求”等字样的就被认为法律规范赋予当事人这样的意志力。可是,立法者并不都是如此清晰地表述,再加上所谓的行政法的特殊性——从行政主体的职责中无法推导出个体由此享有权利。行政法上的公法权利就无法运用“权利—义务”对应模式,确定一个公法权利的存在。这样,实践中就产生了一种论证压力:必须说明行政机关存在行政职责的情形下,为何当事人却无权要求行政机关履行职责以满足个人的利益?反射利益就此被提出,其目的在于接纳行政法上公法权利的“余数”,解释为何某些当事人的利益并不享有权利之保障。这可以称为反射利益的逻辑论证功能。当事人在行政争议中切实感受到了利益的存在并提起诉讼,就意味着当事人认为该利益需要法律保护。司法机关拒绝给予保护必须给出理由。公法权利仅仅给出规范理由:这个利益不是具有“法力”的利益,它不拥有法规范的保障。但没有论证这样的问题:这个未被法力保障的利益究竟为何物?它为何不需要法律提供“权利”这样的保护?反射利益的出现逻辑分析上理清了这样的利益关系:当事人确实感受到了利益,但不过是另一种利益的“反射”而已,只要那种本源性的利益得到实现,反射利益就可自动实现。反射利益表明了当事人感受到的利益并非真正的利益本身,而是真正利益的投影。同时,反射利益也进一步提供了规范上的解释即反射利益主要是公共利益,通过行政主体履行职责就可以实现。法律并非对这一利益不理不睬。这种利益不能实现,只能通过行政监督、民主监督等方式督促之,其核心是通过利益共享者的集体行动实现。个体当事人通过集体行动而最终实现这个反射利益,这一过程无需司法机关介入。这样的逻辑论证足以使当事人接受司法机关对其要求不予保护的决定。反射利益的存在和使用,大大增加了法院关于是否受理行政诉讼决定的可接受性。

随着法治国家目标在中国《宪法》中的确立,反射利益也成为司法机关解释法律,创造行政法上公法权利的重要工具。反射利益成为了新时代公法权利的发生器。无论是中国行政诉讼法中的“利害关系”,还是中国台湾地区“行政诉讼法”中的“法律上利益”,亦或是日本行政诉讼法上的“法律上利益”,立法者事实上

^⑤公法权利的讨论,请参阅方世荣《论行政相对人》(中国政法大学出版社,2000年版第58页);王本存《论行政法上的公法权利》(《现代法学》2015年第3期57-67页)。

均授权司法机关考虑,除了那些明确的公法权利外,反射利益是否有可能成为“法律上利益”,进而司法机关为这种利益提供诉讼保护。事实上,一旦某种反射利益,经司法机关以宪法为首的法律体系的评价,成为法律上利益,就至少开启了诉讼程序,并可能最终以判例的形式创造出一个新的公法权利^⑥。例如《反不正当竞争法》第7条规定:“政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场。”第30条规定:“政府及其所属部门违反本法第7条规定,限定他人购买其指定的经营者的商品、限制其他经营者正当的经营活动,或者限制商品在地区之间正常流通的,由上级机关责令其改正;情节严重的,由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。”作一个体系解释:经营者因此得以享有行政机关“不作为”之公平竞争环境,是为反射利益,而不是行政法上的公法权利。但最高人民法院的司法解释中却明确使用了“公平竞争权”字样,随后最高法院在“广州市海龙王投资发展有限公司与广州市对外经济贸易委员会等行政纠纷上诉案”中从反面肯定了公平竞争权,这就意味着经营者受领的反射利益成为了一项公法权利。这样的司法实践,也许会被司法谦抑主义者批评为“篡权”。不过,若是考虑宪法第11条、第15条以及第33条第2款中“平等权”之规定,似乎可以推导出经营者所享有的公平竞争的反射利益在面对行政机关时,受到了法律体系的非常保护,因此将这样的反射利益上升为“利害关系”,并最终在行政法上合乎体系地解释为“公平竞争权”,也就势在必行了。此时可以发现所谓的“保护规范理论”的真正意蕴并不是分析性地标明公法权利之要素,而是评价性地估量反射利益是否成为公法权利的规范性工具。反射利益延长线的另一端连接的正是公法权利。反射利益在现代宪法下成为了行政法上公法权利的源头活水,再也不是公法权利的残渣。

三、中国语境中的反射利益问题

反射利益作为一个教义学概念并未出现在中国行政法学中,但实践中反射利益问题却普遍存在。法官们在思维行政法问题时,已经用到这样的概念工具^⑦。作为回应和总结实践的科学,行政法学必须解释并体系化这一问题。但反射利益问题必然对应着中国式的情景和问题。

(一)反射利益的中国形态

反射利益作为公共利益或者法律不予评价的个人利益。个人享有这一利益通常是行政法制度的客观后果。因此,反射利益在中国行政法实践中普遍存在。中国政府作为人民代表大会的执行机关,全面落实人民的意志,实现人民的利益。长久以来,反射利益虽未被提及,但却得到了宪法、行政法上制度的保障,并由政府全面负责。它的早期形态是社会主义改造之后形成的国家社会的“一体化”,即经济上的“公社化”“国有化”以及政治上的“统一化”。政府是一体化社会的领导者、维护者和保养者。每一个人都被编织在一体化社会中的节点——“单位”——之中。“单位体制”与“户籍制度”是这一时期的标志性制度。所有利益都由政府提供并由政府分配。在这个意义上,每个人享有的不过是反射利益。这就形成了“个人与组织对国家的依附”“权利贫乏”与“身份社会”的社会景象。政府则成为了“全能政府”^{[12]90}。反射利益就成为了“日用而不察”的存在。

改革开放扭转了这一趋势。八二宪法明确规定了公民的基本权利,将之置于国家机构之前。这一现代的全面的基本权利至少表明政治意识形态意在塑造一个私人的与国家并置的空间。政府权限也在宪法中写明,法治政府渐次成型。随着数次修宪,市场经济、财产权等也逐一入宪,权利不再贫乏,个人意识逐渐树

^⑥谷口安平先生这样描述这一过程:“被主张的权利还没有被法院判决所承认,但因具体情况在此后的诉讼展开中也有可能得到承认的余地,只要在此前提下进入案情的审理,就可以说行政诉讼的利益得到承认,也就是迈向生成权利本身的第一步,或者说,权利存在的可能性正式得到了认可。有必要先考虑这一阶段上承认权利的一定程度的可能性,当然,如果同样的权利在很多案件都通过了第一关,其存在的可能性虽然得到承认,而审判的结果却是这种权利要求一次都没有得到认可的话,那只能说是权利的幻灭。然而通过一连串驳回请求的判决,这种利益主张作为权利生成的要件也可以逐渐得到明确。如果在相当多的案件中该权利的存在得到承认,则可以认为关于该权利的实体法规范已经逐渐形成,结果是一种新的权利得以诞生。从这个角度看,行政诉讼的利益是启动权利主张进入诉讼审判过程的关键,也是通过诉讼审判后创制实体法规范这一过程的重要开端。”见[日]谷口安平《程序的正义与诉讼》(王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社,2002年第257-258页)。

^⑦截至2016年11月,以“反射利益”为检索词,在北大法宝数据库中检索到行政诉讼案例8篇。法官们并未在判决书中使用“反射利益”,而在案例分析环节使用反射利益的基本原理。

立。政企分开、企业改革、政府精简,促使个人从一体化社会组织中游离出来。由此形成了国家、社会、个人复杂纠葛的利益关系。虽然政府从以前的保姆形象,转化为足球场上的裁判员,但政府兜底负责制,为人民服务的意识形态以及宪法上社会主义的规定,都暗示“全能政府”的某种新时代变形。反射利益虽然转化成为了制度与执法带来的客观利益,潜意识里仍然需要政府用良心和反思来加以实现。与此同时,个人权利带来的解放效应,使个人更多从个人利益角度审视反射利益。伴随着更多的公众参与以及社会主义民主建设,必然有更多法律程序和民主程序来促使政府保障反射利益。反射利益不再是“日用而不察”,而是被各方充分调动以实现自己的利益,成为了一个社会整合的重要作用点。

如果说,过去的反射利益存在于政治反思机制之中,那么今天的反射利益更多地法制化了。在行政法中,经济行政法(反垄断、反不正当竞争,产品质量控制)、社会行政(社会保险、最低生活保障、养老)、环境卫生行政(环保、医疗、城市管理)等领域的立法中,全面规定了行政机关的职责,由此带来大量反射利益:政府在经济上反垄断、反不正当竞争,规范国有企业经营,给市场竞争者、消费者带来了实实在在的利益,政府建立社会保障制度给公民带来了医疗、养老等便利,政府全面落实环境保护的职责给公民带来青山绿水的生态利益。法治政府、有限政府、服务政府下的反射利益已经根本不同于一体化社会中的反射利益,却面临着行政资源有限性、自由裁量等现代法制问题,并仍然笼罩着政府良心、反思理性的遗留物。换句话说,中国的反射利益正处在转型形态——从集体主义的偶然存在转化到权利时代的法制存在。与之相应,“全能政府”转型为“法治政府”“服务政府”与“有限政府”,意味着政府对待反射利益方式的转变——逐渐从履行自己的职责使命就可充分实现人民的利益转化到公平公正地调整社会上各种利益(当然包括反射利益)与节制政府自身的利益。

(二)中国行政法上反射利益的关键问题

反射利益的焦点问题是确定反射利益的法律表达。这是行政法上提出“公法权利—反射利益”对偶概念的动因,也是中国行政法上的焦点问题。中国宪法确立“人权保障”原则,政治上确立“必须坚持法治建设为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民,以保障人民根本利益为出发点和落脚点”^⑧,意味着“公法权利—反射利益”二元划分的崩溃,那些大量为个人享有的反射利益,会逐步转化为公法权利——立法者、执法者与司法者不予理睬的利益变得稀少起来。“反射利益—公法权利”的分析性区别,就会转化为类型联系。执法者要思考和面对的利益,从个人角度看,不是反射利益,就是公法权利。反射利益的“个人享有”是假象:在分析意义上,反射利益归为公共利益,公法权利却是个人的。而从利益评价的角度看,公法权利就在反射利益的延长线上,形成类型的渐变关系。可见贯通在行政法运行过程中的关键问题是:反射利益在何种条件下可以成为公法权利?那些不是公法权利的反射利益又该如何充分实现?

施米特·阿斯曼关于利益“距离”与“差异”的讨论具有重要启发意义。一般意义上,行政被视为公共利益的代表者。行政将个体当事人之间的利益冲突(平等民事关系),转化为它与某一特定当事人之间的关系(不平等的行政法律关系),降低个人利益协调的成本。有时候,行政则是为了避免“公地悲剧”而对那些无法分配到个人身上的利益加以处置。行政实现公共利益,个人也就顺带实现了反射利益。个人被视为整体中无差别分子,无需特别照看。实际上,个体所享有之反射利益存在“差异”与“距离”。例如,市场上的公平竞争,有利于所有的竞争者和消费者。若某一厂商大肆以低于成本价销售商品,致使某一区域的相关竞争者关门,行政机关发现此等情形,却不履行职责追究不正当竞争者的法律责任,那么这一特定区域内的竞争者,就与较远地区甚至全国竞争者的利益有所不同,因为这一不正当竞争行为对其利益造成直接、重大的损害,这就是“差异”与“距离”。这时,若这一区域的竞争者起诉行政机关要求其履行法定职责,如执法机关以他们享有的仅仅是反射利益而不予受理,就过于不正义。因此,最高人民法院的司法解释明确规定,这种情形可以提起行政诉讼。江必新、梁凤云法官给出的理由是:“行政主体的行为对竞争权人的合法权益造成了不利影响……剥夺一个行政相对人的竞争权,实际上直接或者间接地影响了他的人身权和财产权,即便只是对其产生不利影响,也符合原告资格的本质特征。”^[13]其理由的核心——影响了人身权和财产权等这样具

^⑧《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(《党的十八届四中全会〈决定〉学习辅导百问》,学习出版社、党建读物出版社,2014年版第4页)。

有“个体性”的利益——恰在论证竞争者的反射利益迥异于反垄断机关执行职责所带来的竞争秩序。

这表明,从反射利益到公法权利变迁的关键是反射利益呈现了足够的“差异”与“距离”,从而使该利益具有了明显的“个性”,也就是用无差别的公共利益无法覆盖和充分保障这一具有“个性”的利益,而只能赋予其公法权利。这样的“差异”与“距离”,一般而言与反射利益的“重要性”(从价值角度观测)和受损程度(从事实因果角度观测)有着极其密切的关系。特定区域竞争者的关门,意味着竞争者的财产权受损:财产权是宪法保障的基本权利,更是就业、民生的重要保障,其价值重要性不言而喻。与此同时,不正当竞争也只是在这个区域中造成损害而达到“关门”之程度,不可不谓之“严重”。这时候,行政机关执行反不正当竞争法规定的职责所带来竞争秩序的反射利益,根本无法涵盖这一严重的重要损失,赋予这个区域内的竞争者“请求权”就是必要的。“差异”与“距离”的测定,首先取决于法律体系的“客观价值秩序”^[14]。以宪法为首的法律体系,形成了针对不同规范目的的意义体系,这对司法者而言就是由立法者预先设定的,必须按照法学方法加以发现的客观价值要求。一般而言,宪法上的基本权利及其所透露出来的价值——生命、健康、人身自由、信仰、言论等——往往可以证成“差异”和“距离”的存在。例如,南京市规划局中山陵管理局在紫金山上建设观景台。原告东南大学教师施建辉、顾大松认为建设观景台“破坏了其享受自然景观带来的精神上的愉悦”^⑨,请求撤销被告的规划许可行为。实际上,紫金山的优美形态带来的利益并未达到生命、人身的重要程度。它也就尚未成为一项公法权利,原告的诉讼请求被驳回也就显而易见。其次,取决于当事人的反射利益受损之状况。这涉及到因果关系的判断。这可以从一组案例的对比中得到说明。北京的田家乐起诉北京朝阳区民政局撤销其父婚姻登记案,法院不予受理。而在胡加招遗产继承案中,胡加招母亲对胡加招生前再婚登记提起行政诉讼却得到了受理^[15]。这对相似的案件,在法院的命运迥异,其关键恰在于前案中登记并未损害被告的利益,后案中当事人的利益明显有受损之虞,且数额巨大。婚姻登记所带来的公共利益,那种家庭制度的稳定以及人身、财产关系的明确化,都足以覆盖前者,却无法覆盖后者。

这种“个性”(“差异”与“距离”)识别方法可以对应于“反射利益—公法权利”的渐变判定问题。该方法当然对立法者、执法者与司法者具有重要意义。它可以帮助法官思考反射利益是否转变为权利,回答起诉是否符合起诉要件,进而据此按照诉讼要件作出裁判。立法者可以更为灵活地对待各种利益状况,利用授权明确识别反射利益“个性”的方法,为执法者与法官留下判断基准。执法者在解释法律,进行自由裁量,形成公共政策时,可以根据社会变化的情势,依据反射利益的变化梯度,在行政程序内给予利益享有者适当的角色,保障行政行为的合法性与合理性。反射利益的“主体化”使经济学、社会学等学科运用到行政运作过程与司法过程之中。这样就可以更好地分析是否存在反射利益,反射利益究竟有多重要,若不考虑、不顾及该利益对利益享有者的损害有多大,又怎能搞清和它冲突的利益相比又是一种怎样的比例关系。反射利益带来的正是学者所言的“社科法学”的发展^[16]。

中国作为后发国家,法治建设自然出现“古典”“现代”与“后现代”并置现象,更会出现“本土”与“国际”的纠葛。研究反射利益的发展史并不是提供某种正确性,而是要为中国行政法的主体性发展提供思考资源。初始,反射利益作为一种论证策略,解释为何某些利益国家不予理睬。随着近现代宪法的诞生,国家理念以及行政任务的巨大变化,人的权利成为全球性话语,反射利益的这种早期作用也就隐退不见了。反射利益作为利益分析切入口的作用日益彰显,担负起行政扩张年代对行政进行利益分析的重任,并进一步成为形成公法权利的契机,从而呈现出反射利益与公法权利的类型转变:一条严丝合缝的意义脉络形成了。中国古代的“民为邦本”,现代的“为人民服务”以及从“人民政府”向“法治政府”“服务政府”的转变同样需要人民利益的某种现代法治表达及其实现技术。反射利益与公法权利的这种类型关系就是关键所在。此时,就可以体验到行政法学上的利益法学与规范法学之间的密切互动合作关系。

参考文献:

[1] 格奥格·耶利内克. 主观公法权利体系[M]. 曾韬, 赵天书, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 64.

[2] 奥托·巴霍夫. 公法中的反射作用以及主观权利[C] // 乌尔海希·巴迪斯, 编. 于安, 译. 德国行政法读本. 北京: 高等教育

- 出版社,2006:296-297.
- [3]张雪城.德国公法权利理论的梳理与分析[J].研究生法学,2014(1):107-115.
- [4]杨解君,赖超超.公物上的权利(力)构成——公法与私法的双重视点[J].法律科学(西北政法学院学报),2007(4):49-58.
- [5]罗斯科·庞德.通过法律的社会控制[M].沈宗灵,译.北京:商务印书馆,1984:36.
- [6]周旺生.论法律利益[J].法律科学(西北政法学院学报),2004(2):24-28.
- [7]姜明安.行政法与行政诉讼法[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2011:95-96.
- [8]原田尚彦.诉的利益[M].石龙潭,译.北京:中国政法大学出版社,2014:44.
- [9]英格博格·普珀.法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课[M].蔡圣伟,译.北京:北京大学出版社,2011:25.
- [10]赖恒盈.行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析[M].(中国)台北:元照出版公司,2003:116.
- [11]芦部信喜.宪法:第3版[M].高桥和之,增订.林来梵,凌维慈,龙绚丽,译.北京:北京大学出版社,2006:198.
- [12]张树义,蔡乐渭.回归与重构:服务行政在中国的源起[J].政法论坛(中国政法大学学报),2007(2):88-98.
- [13]江必新,梁凤云.行政诉讼法理论与实务[M].北京:北京大学出版社,2011:364.
- [14]罗伯特·阿列克西.法理性商谈:法哲学研究[M].朱光,雷磊,译.北京:中国法制出版社,2011:256.
- [15]何海波.行政诉讼法[M].北京:法律出版社,2011:192-193.
- [16]何海波.中国行政法学研究范式的变迁——问题、方法与知识[C]//应松年.中国行政法之回顾与展望——“中国行政法20年”博鳌论坛暨中国法学会行政法研究会2005年年会论文集.北京:中国政法大学出版社,2006:389.

On reflective interests in administrative law

WANG Benchun

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: The prevailed theory of administrative law deems reflective interests as the remainder of public rights. But it will be found to have its own independent value if we examine the conceptual history of reflective interests and explore its interest law theory background thoroughly. On that basis, the concept of reflective interests will develop well in Chinese administrative law theory and will help to soundly resolve many administrative law disputes.

Key words: reflective interests; type; function; sinicization

(责任编辑 胡志平)