

法律关系取代行政行为的可能与困局

赵 宏

摘 要 因为显著的功能性与型式化,行政行为成为传统行政法法教义学的核心。但伴随行政实践的变化与行政任务的更新,这一概念范畴却凸显诸多缺陷。行政法学者转而寻找行政法学体系新的“阿基米德支点”。在这些尝试中,法律关系学理在方法论上展现出了行政行为所不具备的优越性,且更符合复杂多样的行政实践。由于发展时间尚短,行政法律关系学理同样面临制度化和体系化程度不高、核心理论难以突破等困局。这些困局限制其成为行政法学新的支点,也制约了现代行政法学“轴心转移”的完成。尽管如此,行政法律关系学理作为一种全新的法解释和法评价工具的价值却不容忽视,法律关系和行政行为相互配合,更有助于提供“与时代相符的行政法教义学”。

关键词 行政行为 行政方式法教义学 行政法律关系

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2015.03.004

作者赵宏,法学博士,中国政法大学比较法学研究院教授。

序 言

在作为大陆法系行政法学典范的德国行政法中,行政行为(Verwaltungsakt)是最基础的概念。德国现代行政法之父奥托·迈耶以其为核心,构筑出全新的德国行政法总论;后世的学者更以其为起点,发展出一套完整的行政方式法教义学,^①行政法秩序也因此被塑造为一种型式化的行为秩序。^②迄今为止,行政行为已在德国行政法中存续百年,是均衡发展的德国行政法体系当之无愧的“阿基米德支点”。^③因为德国行政法的示范效应,行政行为在日本、中国台湾和大陆地区行政法中

^① Handlungsformenlehre 与 Rechtsformenlehre 同义,均指“行政方式的法教义”(或称法律形式的法教义学)。其称谓来源和系统内容可参见: Hans-Uwe Erichsen, Die Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung, Jura 1990, S. 71ff.; Fritz Ossenbuehl, Die Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung, JuS 1979, S. 681 ff.

^② Vgl. Hartmut Bauer, Verwaltungsrechtlehre im Umbruch? Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemässen Verwaltungsrechtsdogmatik, Die Verwaltung 25 (1992), S. 309.

^③ Vgl. Peter Haeblerle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis—eine Problem skizze, in: ders., Die Verfassung des Pluralismus, Koenigstein, / Ts.: Athenaeum, 1980, S. 250.

同样居于重要地位，是行政法学知识传统的核心构成。

但如所有的传统概念一样，行政行为自创设时起就持续地遭遇质疑，而且伴随时间演进，反对这一概念的声浪亦愈加高涨。质疑者认为，既然概念创设者——迈耶的时代已一去不返，这一概念存在的现实意义也就不复存在；^④反对者也主张，现代行政任务的持续更新与不断拓展，已经使这一传统理论与现实发展之间的紧张关系格外凸现。^⑤他们尝试通过方法论上的“轴心转移”，^⑥来应对现代行政法学所面临的挑战，而这些努力又可悉数总结为：寻找能够取代行政行为的行政法学体系新“阿基米德支点”，并以此为基础，重新构建“与时代相符的行政法教义学”。^⑦

在这些尝试中，法律关系论相当典型，发展至今也较为成熟。这一概念的倡导者认为，法律关系在方法论上展现了行政行为不可比拟的优越性，也更符合复杂多样的行政现实。但行政法律关系迄今并未取代行政行为，行政行为仍旧居于行政法学的核心，这一格局延续至今虽然受到剧烈震荡，但未被实质性撼动。^⑧究其原因主要在于：作为基础概念，法律关系无论是在概念意涵、内部构成等方面，均存在着混沌不明的情形，在促进学科体系化整合以及实现学科核心目标方面，也凸显穿透力不强的缺陷。这些限制着法律关系成为行政法学新的“阿基米德支点”，也制约了现代行政法学“轴心转移”的完成。

以上述思考为脉络，本文尝试对传统行政行为所面临的挑战、行政法律关系理论的发展流变、法律关系替代行政行为的可能与困局进行系统分析。正如从行政行为到法律关系，反映着在时代更迭下，行政法学对基础范畴和体系结构的整体调试一样，也期待通过对行政法学寻找全新“阿基米德支点”的过程探讨，从整体上观察传统行政法学在新时期下进行体系化变迁的可能与问题。

一、行政行为作为现代行政法总论核心的困境

以德国为代表的传统行政法学本质上就是一整套有关行政方式的教义学，其通过将纷繁复杂的行政活动提炼归纳为行政行为、行政合同、事实行为等具体类型，再抽象整理出不同类型的行为方式的构成要件和法律后果，由此使行政法整体置于行为类型的观察视角和规范框架下。^⑨其认知兴趣是“从无法预测的、变动不拘的多样性行政中，提炼出类型化的行为单元，并使其遵守特定的法律要求，以及具备特定的法律效果”。^⑩这种类型化努力包含着两项基本诉求：其一是通过简化行政机关对于行为手段的选择困难，促使其有效、客观、合法地完成法定职责；其二是通过对行为方式的固定化、制度化和型式化，实现对公民的法律保护，对抗可能的行政恣意。^⑪

在行政方式法教义学中，行政行为又是当然的核心。行政行为在德国法中常常与行政合同、法

^④ Vgl. Wilhelm Henke, Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts, JZ, 1984, S. 441ff.

^⑤ Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe, AoeR 115 (1190), S. 400ff.

^⑥ Klaus Obermayer, Verwaltungsrecht im Wandel, NJW 1987, S. 2642.

^⑦ Eberhard Schmidt-Assmann, Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, in: ders., Aufgaben und Perspektivenverwaltungsrechtlicher Forschung, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 127.

^⑧ Vgl. Eberhard Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, Heiderberg: Springer, 2004, S. 27.

^⑨ 参见注②，第 309 页。

^⑩ 同注⑦，第 533 页。

^⑪ 参见注②，第 681 页。

规命令等一起被归类为“型式化行为”。^⑫这类行为的概念、范畴、类型、体系以及与其它体系间的关联,经过长期的学理讨论和实践都已相对完备且固定,即已“型式化”或“程式化”。在这些行为方式中,行政行为是型式化程度最高的一种,在整体上也达到了其他行为难以企及的完备性。尽管行政行为学理具备体系均衡、逻辑完整、制度严密的型式化优势,却也在很多方面出现严重的功能局限。

1. 缺乏对时间维度的把握。与民事法律行为一样,行政决定的酝酿和作出同样是一个动态的、整体化的过程。但传统行政行为学理却只截取了这一过程的最终产品——行政行为(个案的行政决定),作为适法性考察的基本单元。德国学者奥托·巴霍夫将行政行为的这种观察方式形象地描述为“瞬间抓拍”,^⑬但这样的瞬间性截取却使行政法学理不可避免地带有局部化、片断化、静态化的偏狭,无法关照到现代行政的动态性和程序性。

2. 缺乏对相对人的关照。型式化行政行为所构筑的框架模式,是以行政权为思考起点,它将特定类型的行政行为与特定的适法性要件、法律效果紧密衔接,并通过这种方式达成法律控制与权利保护的目标。这种行政视角^⑭使行政行为并不像私法一般,关注法律关系主体之间的互动往来,而只将目光积聚于作为法律关系一方主体的行政机关。^⑮在这种思考模式下,相对人的参与和作用不可避免地沦为“艺术上的陪衬品”,^⑯其行为手段、辅助性义务以及这些义务所针对的对象等问题,也都因此无法在传统行政方式法教义学中获得体察。

3. 缺乏对其他主体和多边法律关系的覆盖。传统行政行为学理将规制要点仅局限于“行政机关—相对人”的双边关系中,^⑰但事实上,现代行政的决定过程却愈来愈多地表现为由诸多主体共同参与、交互作用的多层级步骤。因此,在传统的“行政机关—相对人”的关系格局外,诸多其他种类的内部与外部关系同样大量涌现。尤其在建筑、经济和环境行政等特定领域,行政法律关系已不再只是一种双边关系,而更多地表现为三边甚至多边的关系。行政行为学理尝试发展出“具有第三人效力”或“具有双重效力的行政行为”的新兴类型来应对复杂现实。但实践却证明,这种努力并不成功。^⑱尽管上述行为涉及对第三人的行政法保护,但在“行政机关—相对人”的固定格局下,第三人仍旧以面目模糊的“陌生人”^⑲隐现,行政如何在相互冲突的私人利益之间进行权衡,以及所有关系主体的法律地位如何确定等问题,并未从根本上获得解决。

4. 缺乏行为体系的整体均衡。作为德国法中典型的一种“型式化行为”,行政行为几乎占据了行政方式法教义学的绝大篇幅,也是其中无可争议的核心。这导致行政行为学理在德国法中异常成熟完备,而其他型式化行为以及非型式化行为的存在空间和学理研究却受到严重挤压。正因为如

^⑫ 同注⑦,第540页。台湾地区学者将“formale Verwaltungshandeln”译为“型式化行为”,旨在强调行政方式的形式化、类型化、制度化特征。参见林明锵:《论型式化之行政行为与未型式化之行政行为》,翁岳生六秩诞辰祝寿论文集:《当代公法理论》,月旦出版社1993年版,第341页。

^⑬ Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Ggegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 231.

^⑭ 参见注⑦,第109页。

^⑮ Vgl. Norbert Achterberg, Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, Grundlegung der Rechtsverhältnis Theorie, Berlin: Dunker & Humboldt, 1982, S. 192.

^⑯ Dirk Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBL. 1986, S. 914.

^⑰ 参见注⑮,第915页。

^⑱ 参见注②,第315页。

^⑲ Rainer Wahl, Der Nachbarschutz im Baurecht, JuS 1984, S. 577.

此，德国学者评价说，行政方式法教义学“是以行政行为为基础的封闭范畴”，^②“并没有对其他多样的行政类型予以关注和整合”，因此，在根本上缺乏体系的“整体均衡和内部完整”。^③

除上述批评外，因“结果导向”所导致的“法院中心主义”、“异化于行政任务的抽象性”等也都是行政行为常常受到质疑。^④此外，对型式化、制度化的过度追求亦使行政行为在构造日趋精密细致时，不可避免地趋向抽象化和空洞化，激烈的反对者甚至讥讽其已日渐沦为一种“概念法学或形式法学”。^⑤

二、行政现实的变革与行政法学的方向

事实上，作为一种思考模式，行政行为法教义学自始就存在内在局限，但这些局限在现阶段格外突出，并为人们所普遍觉察，其根本原因还在于：这个20世纪末的学术创造，已经逐步显露与新的行政现实相互抵牾的端倪。

（一）行政任务的膨胀和行政角色的转变

在行政行为的初创时代，行政主要表现为侵害样态，行政法的整体教义也主要是着眼于“防御侵害”，并为防御侵害提供对规范行政的基准。^⑥迈耶之所以将行政行为置于行政法的中心，也是希望以“警察法为模板”，“为行政决定如何作出，以及行政领域如何规范提供示范”。^⑦但时过境迁，侵害行政在现代行政法中的比重已大幅下降，行政任务广泛拓展至生存照顾、给付提供、政策引导、风险规制等诸多方面，并覆盖环境法、建筑法、科技法等诸多领域。行政任务的膨胀及其复杂性和多样性，使德国行政法学界自20世纪70年代起，一改要求对行政权严苛约束的传统基调，转而呼吁给行政适度松绑，以应对新兴行政对于行政自主性的需求。^⑧虽然对行政自主性的肯认，并不意味着对强调行政合法性这一基本立场的放弃，但新的行政现实对于行政合法性的要求，却已从严苛的“符合法律”演变为“合情势地与法律相适应”。^⑨与“符合法律”相比，“合情势地与法律相适应”所追求的，不仅是行政合法性的维护，而是更高层级、更理想的“行政正确性”。^⑩但这一要求无法通过行政方式法教义学的法律涵摄技术获得，而必须借助诸多其他学科的知识资源。除无法对复杂行政决定的作出提供引导外，在诸多新兴领域，因高度的发展可能以及大量的未知资讯，立法机关只能进行粗犷立法，再无法有效发挥政策主导功能。这就导致法律规范密度偏低，很容易就会满足行政合法性要求，传统行政行为中由构成要件和法律效果所组成的“目的性

^② Peter Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Karlsruhe: C. F. Mueller, 1974, S. 115.

^③ 同注⑦，第311页。

^④ 参见注⑦，第107页。

^⑤ 同注②，第314页。

^⑥ Vgl. Friedrich E. Schnapp, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DOEV 1986, S. 816.

^⑦ Vgl. Wolfgang Meyer-Hesemann, Die Paradigmatische Bedeutung Otto Mayers fuer die Entwicklung der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Rechtstheorie 13, 1982, S. 497.

^⑧ Vgl. Winfried Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30 (1972), S. 245.

^⑨ Winfried Brohm, Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 1988, S. 794.

^⑩ Wolfgang Hoffmann-Riem, Ermoglichung von Flexibilitaet und Innovation soff einheitim Verwaltungsrecht—Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilitaet des Verwaltungshandelns, Baden-Baden: Nomos, 1994, S. 9.

规范构造”^⑨也因此沦为纯粹的形式拘束，而无法有效抑制和防堵行政高度自主可能导致的恣意风险。

除行政任务膨胀外，行政角色在新兴行政下同样发生转变。在建筑法、经济法和环境法等领域，单纯的行政机关与相对方的双边关系也已经相对化，行政机关所面对的是更复杂和更多极的利益格局，这就使“今日的行政法不能再被仅仅理解为公共利益和私人利益之间的冲突法，而衍变成在公共行政的框架下权衡私人利益和私人诉求‘再分配法’”。^⑩与此相应，现代行政也已经从单方搭建起的居高临下的“命令发布讲坛”，衍变为一个“相互限定的行为进行交换往来和连接互动的平台”。^⑪多元复杂的法律关系和利益格局，迫使行政机关必须从尽可能广泛的渠道获取充分的决策信息，尽可能全面地提取、权衡各种相互冲突的私益，尽可能地在合法性框架内兼顾各方利益。这些目标的达成，也无法再通过行政行为这种行政机关的单方决定模式进行，相反必须倚重与公众的相互协商与共同合作。^⑫

（二）行政正当性基础的转变

新兴行政引发的还有行政正当性基础的转变。在传统的分权模式和宪法秩序下，行政的正当性从整体上主要源于立法的“民主授权”，而在具体决定中则表现为，从消极方面不抵触法律（法律优先），积极方面有法律授权（法律保留），即具体行政决定是在谨守依法行政原则中获得正当基础。^⑬但伴随行政现实的复杂化与利益主体及利益格局的多元化，僵化严苛地谨守法律，已不能再为行政，尤其是复杂的行政个案决定提供充分的正当性基础。在此前，人们或许还信赖行政只要遵守制度化、形式化的行为模板，就可得出具体个案中的“唯一正解”；而传统行政方式法教义学的核心，也在于为行政提供这样的行为模板，并预设出如下前提：行政只要严格遵守这些行为模板，就能在具体个案中得出唯一正解。^⑭但多样复杂的行政现实却使人们不再仅仅关注具体行政是否“合法律地作出”，或者说，公众已经并不满足于行政依据僵化、严苛的法律涵摄技术在实体法上所得出的“唯一正解”。事实上，在某些利益多元和诉求分散的个案中，是否真的存在“唯一正解”本身也值得怀疑。相反，该决定通过各个不同的利益主体充分参与、热烈讨论和相互妥协而达成，行政决定是法律所容许的多种合法选项中，“最符合客观现实、最具理性的最适决定”，^⑮成为行政决定获得信赖与认可、进而获得正当性的必要条件。

也正是在这一背景下，自20世纪80年代末90年代初始，在德国兴起了以施密特-阿斯曼（Eberhard Schmidt-Assmann）和霍夫曼-利姆（Wolfgang Hoffmann-Riem）为代表人物的行政法革新运动。传统行政法教义学以“合法性”为核心诉求，革新运动主张对其进行根本检讨，并尝试发展出一套超越单纯的合法性调控、更完整且更足以确保行政理性的规范体系，由此来应对行政实践的

^⑨ Eberhard Schmidt-Assmann, Verwaltungslegitimations Rechtsbegriff, AoeR 116, 1991, S. 329.

^⑩ Eberhard Schmidt-Assmann, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung, VBLBW 1988, S. 383.

^⑪ Ernst-Hasso Ritter, Der cooperative Staat, AoeR104 (1979), S. 393.

^⑫ 参见注②，第313页。

^⑬ Vgl. Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl., 1991, S. 113.

^⑭ 也有学者因此评价，在传统认知脉络下，所谓“正确”的行政决定，无非就是“合法”的行政决定。换言之，只要行政决定“合法”，就必须被评价为“正确”。参见黄舒芑：《行政正确取代行政合法？》，黄舒芑：《框架秩序下的国家权力》，新学林出版社2013年版，第66页。

^⑮ Andreas Vosskuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Baden-Baden: Nomos, Bd. I, 2006, S. 17.

复杂变迁。^{③⑥} 在这些倡导者看来,行政效能、行政过程的透明和亲民,以及行政决定的可接受性和可理解性等综合指标,已经取代单纯的“合法性”,成为行政新的正当性基础。^{③⑦} 但行政要获得上述正当性,不仅需在实体决定上依靠行政学、社会学、经济学、政治学等其他社会科学的知识支援,在决定的作出过程更需保持开放、透明和理性。而这也是革新运动倡导科际整合^{③⑧}以及合作行政^{③⑨}的重要原因。“科际整合”要求行政广纳其他学科的知识成果,以弥补单纯行政合法性控制的缺陷;“合作行政”则主张行政职能通过分散的、多中心的结构模式予以实现,即使是行政相对方亦有可能成为分担规制功能和任务的主体。^{④①} 革新为传统的行政法学导入了任务指向和程序维度,^{④②} 也冲击了行政方式法教义学以及行政行为的垄断地位。

(三) 行政法法教义学的方向变革

综上,行政行为在法体系中的重要性,因行政角色和行政正当性的转变而大大降低,其固有的单一视角、稳定格局以及静态的处理方法,在权衡相互冲突的私益、促进法律关系主体的交互往来、应付复杂多样的行政管制实践方面,也都表现出相当的局限。在现代行政任务和以行政行为为代表的传统行政法学理之间,一种紧张关系已经清晰呈现。行政法的核心是否还应继续停留于行政方式法教义学,行政行为是否还能作为对现代行政予以解释和评价的基础性工具,也开始受到越来越多的质疑,行政法学因此陷入“方向之争”。^{④③}

很多德国学者将行政法学理在现阶段所经受的剧烈震荡,描述为行政法教义学的“新的发展趋向”、“过渡”,程度更严重的则描述其是“危机”、“改革”或是“重大转折”。^{④④} 但这些语词背后所表达的,无一例外都是在新的行政现实下,对一种全新的、现代的行政法学理,或是说“与时代相符的行政法法教义学”^{④⑤} 的要求。在这些学者看来,既然行政行为法教义学与现代行政任务之间的紧张关系已经凸现,为避免学理与现实之间出现结构性差异,就应在行政行为之外重新寻找行政法学的“阿基米德支点”,由此来完成行政法体系的“轴心转移”。^{④⑥}

三、作为竞争和替代的法律关系

在重新寻找“阿基米德支点”的过程中,“行政法律关系”成为行政行为颇为有力的竞争者。

^{③⑥} 施密特-阿斯曼和霍夫曼-利姆在1993-2004期间合编十册“行政法革新”系列论文集,在德国学界产生不容忽视的影响力,尤其是他们所倡导的“新行政法学”(NeueVerwaltungsrechtswissenschaft),因关注了许多新兴行政管制领域的发展,亦对实践发挥了重要导引功能。有关行政法革新和新行政法学的介绍,可参见Wolfgang Hoffmann-Riem, *Reform des allgemeinen Verwaltungssals Aufgabe-Ansaetze am Beispiel des Umweltschutzes*, AoER 115 (1990)。

^{③⑦} Vgl. Reiner Schmidt, *Flexibilitaet und Innovationsoffenheitim Bereich der Verwaltungsmaassstaebe*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilitaet des Verwaltungshandelns*, Tuebingen: Mohr Siebeck, 1994, S. 67。

^{③⑧} Vgl. Thomas Vesting, *Nachbarwissenschaftlichinformierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft-“Verkehrsregeln” und “Verkehrsrstoerme”*, in: Eberhard Schmidt-Assmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden: Nomos, 2004, S. 253ff. “科际整合”的译法,参见注^{④③},黄舒芃书,第68页。

^{③⑨} Vgl. Ernst-Hasso Ritter, *Der kooperative Staat*, AoER 104 (1979), S. 390. ff.

^{④①} Vgl. W. Hoffmann-Riem, *Tendenzen in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, DOEV 1997, S. 434.

^{④②} 参见注^{④①},第437页。

^{④③} 同注^{④②},第306页。

^{④④} 同注^{④②},第305页。

^{④⑤} 同注^{④⑦},第533页。

^{④⑥} 同注^{④③},第248页。

事实上,“法律关系”作为一种思考模式,并非公法在应对行政新变化时的“新创”,其产生历史甚至与行政行为同样久远。^④

(一) 传统学理中的行政法律关系

回溯历史,拉班德(Laband)、耶林内克(Jellinek)、迈耶等德国现代公法的奠基者均曾在各自的公法著作中论及法律关系。^⑤例如,耶林内克就曾将法律关系界定为,“至少发生于两个以上的法律关系主体之间的关系,借由这种关系,一个法律主体可以或者能够要求另一主体承担作为或不作为的义务”。^⑥除概念界定外,这些学者还尝试对法律关系予以类型化区分。例如,在迈耶的《德国行政法》中,尽管比重无法与行政行为相比,但仍有相当篇幅涉及对作为一般权力(法律)关系对应物的特别权力(法律)关系的讨论。相比国家与人民的一般权力关系,在特别权力关系中,相对人必须服膺于更严苛的高权作用,且这种权力关系排除法律保留、基本权利保障以及司法救济等法治原则的适用。^⑦但迈耶对特别权力关系的刻画,与其说是为了制造一个“法外空间”,毋宁是通过特别权力关系与一般权力关系的对照,凸显和强调一般权力关系下行政应受法拘束的事实。

上述学者的努力虽然并未使行政法律关系形成有如行政行为一样的统一体系,却为后世研究提供了重要的认知基础。因为这些经典著作的影响,有关国家与公民之间的公共义务以及主观公权利等内容也都成为行政法律关系学理的固定构成。^⑧同时,作为一项学术传统,尽管分量各不相同,内容也参差不齐,但行政法律关系却几乎在所有重要的行政法教科书中占据固定位置。上述历史表明:行政法律关系既非新创,也并不像某些学者所断言的那样,自出现后马上就引发传统行政方式法教义学的“转折”和“变革”,^⑨而只是在经历漫长沉寂后,因为行政方式法教义学的功能局限,法律关系才被行政法学重新发现,并引发关注。

(二) 法律关系学理重焕生机的宪政背景

除行政现实的变革外,法律关系在行政法中“重获发现”,同样源于宪政理念的深入以及现代宪法对国家和个人关系的重新塑造。行政法律关系的核心类型是国家与公民之间的关系,传统行政法将其塑造为一种权力关系。也正是基于这种认识,自迈耶开始,德国行政法中一直有一般权力关系和特别权力关系之分。^⑩但伴随法治理念的深入,这种关系已不复从前的权力关系,而是一种法律关系;公民也不再是从前的国家权力的作用客体,更非迈耶口中的“臣民”,而是相对于国家权力的独立主体,^⑪踊跃参与公共事务的“积极公民”图像更是频繁出现于现代宪法学中。^⑫这些认知上的迈进,不仅重塑了公民在行政法上的地位,也大大提升了法律关系作为观察工具和规范基础的重要性。正因为如此,施密特-阿斯曼评价说,“公民与国家之间是一种法律关系,属于法治国

^④ 参见注②,第315页。

^⑤ 参见注②,第316页。

^⑥ Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tuebingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl., 1905, S. 41.

^⑦ Vgl. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot, 3. Aufl., 1931, S. 189 ff.

^⑧ 参见注⑦,第533页。

^⑨ 参见注⑧,第818页。

^⑩ Vgl. Hartmut Mauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Muenchen: C. H. Beck, 2004, S. 189.

^⑪ Vgl. Zippelius/Wuertemberger, *Deutsches Staatsrecht*, 31. Auflage, Muenchen: C. H. Beck, 2005, S. 201.

^⑫ 基于这一原因,很多学者认为,公民在宪法上的主体地位是公民与国家间属于法律关系的实体法依据,而积极公民的参与规范则属于法律关系的程序法依据。参见注④, Peter Haeberle, S. 252.

的基本认知；而这一事实又确保行政法律关系在行政法总论中找到其确定位置”。^⑤

（三）法律关系学理的导引思想

法律关系学理将法律关系定义为“两个或更多的主体之间，经由法律规范所塑造的关系”，其基本构成是“参与者之间的权利义务”。^⑥ 如此，行政法律关系就是“私人主体和行政事务承担者之间的关联关系或是不同的行政事务承担者之间的关系”。^⑦ 既然法律关系是产生于参与者之间受法律约束，彼此对立、交互作用的权利与义务关系，这些权利与义务就不能轻率地被割裂处理，而应放在一种互动关联下予以整体把握。^⑧ 事实上，与其他法律关系相比，行政法律关系的整体构造也很少受到个体具体权利的影响，而更多地依赖于主体之间的整体关联，即依赖于整体关系中权利与义务的互动往来。^⑨ 这些原因都使法律关系学理超越了对单项权利和义务的关注，具有了观察视野上的整体性和全局性。

受民事法律关系学理的影响，类型化同样是行政法律关系学理对复杂现实的重要处理方式。而法律关系的认知兴趣也在于，“通过将复杂多样的法律关系，在学理上按照产生基础、作用对象或内容构造划分不同类型，并总结出适用于这些类型的一般的、核心的法律规则，来为行政的多样性构造提供思考和规范框架”。^⑩ 据此，法律关系可根据其产生基础是法律、行政行为，抑或行政合同进行区分；也可根据存续时间的长短划分为即时的及持续的法律关系；也可根据针对的对象予以分类，例如通过与人的联结而划分为公务员关系、学校关系等，通过与财产的联结而划分为社会给付关系、补助关系等，通过与物的联结而划分为设施使用关系等；还有分类涉及法律主体的数量，例如双方、三方或是多方法律关系；甚至还包括行政实体法律关系和行政程序法律关系。在类型化划分之下，法律关系学理也尝试总结出不同关系的法律适用规则。

（四）行政法律关系学理的现代塑造与既有成果

在现代德国行政法史上，不遗余力地推进行政法律关系学理的当属诺伯特·阿赫特贝格（Norbert Achterberg），而其思考脉络又受到纯粹法学大师凯尔森的强烈影响。^⑪ 在凯氏的法学理论中，法律关系就占有重要地位，此外他还反对将行政关系归属为上下隶属关系，主张将国家与其他法律主体等同视之，这些观念都给了阿赫特贝格很大启发。

与凯尔森一样，阿赫特贝格首先将“法律关系”定义为“由法规范所形成的两个或多个主体之间的关系”。^⑫ 为系统建构“法律关系论”，他着重对法律关系的三项本质要素予以归纳：其一，法律关系的连接点。作为法律关系连接点的通常是各类权利主体，权利主体可能是双边的，也可能是多边的，他们或通过契约及行政行为建立连接（双边关系），或通过行政命令、行政规章甚至是法律而建立连接（多边关系）。其二，权利主体成立法律关系的可能。在何种主体之间能够形成法律关系，取决于它们之间是否存在某种法关联，在成就法律关系后，各个关系主体也因此成为责任的

^⑤ 同注⑦，第 539 页。

^⑥ Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, Heidelberg: C. F. Mueller, S. 372.

^⑦ Jost/Pietzcker, Das Verwaltungsrechtsverhältnis—ArchimedischerPunktoderMuenchhausensZopf?, Die Verwaltung 30 (1997) S. 282. ff.

^⑧ Vgl. Wilhelm Henke, Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, DOEV 1980, S. 621ff.

^⑨ 参见注②，第 319 页。

^⑩ 同注②，第 317 页。

^⑪ Vgl. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungswissenschaft, 1981, S. 167ff.

^⑫ 同注⑤，§ 19 Rn. 48.

最终归属主体。然而，鉴于法律关系的复杂，除最终归属主体外，关系主体中还包括中间归属主体。其三，形成法律关系的法规范。法律关系由法规范形成，不同的法规范在法律关系成立中的作用并不相同，某些法规范能够完整地形成法律关系，并无需借助法律关系主体的协力，另一些法规范只能在部分程度上促成法律关系的形成，它同时也为法律关系主体留下了一定的自由形成空间。^⑤

阿赫特贝格的上述建构凸显出行政法律关系之下关系主体、关系类型的相对性，其对法律关系类型的细致划分，更被评价为成功打破了传统学理对于行政内部与外部关系的概观二分。^⑥事实上，法律关系学理的现代塑造者并非仅限于阿赫特贝格。在其系统建构行政法律关系之前，德国行政法学者奥托·巴霍夫（Otto Bachof）就已在1971年撰文历数传统行政方式法教义学的缺陷，并确信“如果行政法需要一项概念或制度居于核心地位的话，这项概念或制度一定是法律关系”，“因为对于实体观察而言，法律关系要比行政行为更重要而且更有趣”。^⑦而另一位公法学者彼得·黑贝勒（Peter Haerberle）更在1979年宣称，行政法律关系将成为行政法学“新的阿基米德支点”。^⑧在这些学者的共同推进下，除“整体性”的观察视角以及类型化的处理方法外，法律关系学理发展至今也形成了一定成果。这些成果主要集中于以下几个方面。也正是通过这些方面的建构，这一学理展示出行政方式法教义学所不具备的优越性。

1. 法律关系的产生基础

传统学理通常将法律关系的产生基础直接归因为法律、行政行为、行政合同、行政机关的其他事实行为，或是其在行政法上的意思表示等。^⑨但这样的总结，却使法律关系和行政方式之间不存在丝毫差异或对立，这也很容易让人得出如下结论：行政法律关系学理并没有提供超越传统行政方式法教义学的其他认知。

现代法律关系学理认为，行政法律关系的产生并非仅依赖于行政机关的上述型式化行为，相对人在行政法上的意思表示，甚至于行政机关与相对人之间超越私法关系的接触，同样会生成行政法律关系。德国法将此类未由法律规范化和制度化的关联，定义为行政与公民之间“社会性联系”。^⑩这类社会性联系的典型类型就是行政机关与相对人在行政决定作出前的“先行为”。这类先行为大多是传统行政方式法教义学未关注、未定义的，因此也是未规范的“未型式化行为”，但却同样会产生包含一定权利与义务的“先法律关系”。^⑪据此，通过将法律关系的产生基础予以放大，行政机关的“未型式化行为”同样被纳入行政法学的观察视野。

2. 法律关系的权利义务主体

传统行政法以国家与社会的二分作为思考出发点，强调国家意志的形成，国家与人民之间也因此被塑造为上下隶属和命令服从的权力关系。尽管行政方式法教义学同样主张国家应受法律调整，国家与人民之间的关系应由法律来分配，但却一直未放弃以行政权、以行政决定为主轴的思考方式。如此，一方面行政方式法教义学以权利保障为目标，另一方面这种保障却主要依赖于司法的嗣

^⑤ 参见注⑤，§ 19 Rn. 33.

^⑥ 下文有对阿赫特贝格法律关系分类的详细阐释。

^⑦ 同注③，第240页。

^⑧ 同注③，第261页。

^⑨ Vgl. Hermann Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, NJW 1986, S. 2602ff.

^⑩ Hans-Uwe Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: Erichsen, Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 9. Aufl., 1992, S. 199.

^⑪ 同注⑨，第215页。

后救济，而并非决定过程中的实现机制。与此相对，法律关系学理通过将公民同样作为关系主体予以观察，而在客观效果上“提升了相对人的地位，强化了公民权利实现的可能”，^⑩并纠正了传统行政方式法教义学忽视相对人参与作用的缺陷。

除将公民作为独立主体考察外，法律关系学理同样对国家进行了更细致的剖分。在传统行政方式法教义学之下，国家被拟制为一个不渗透的统一法人。在此观念作用下，与公民相对的另一方关系主体就是作为统一法人的国家，而国家内部的组织、机构仅作为国家的肢体存在，并无成为独立法律关系主体的可能。内部与外部的严格划分，也因此造就了国家内部无法律关系的怪象。^⑪但现代法律关系学理却通过细致区分出多样的内部关系及内部主体类型，而将行政内部关系同样纳入观察视野，并因此打破了国家不渗透的传统观念。

以阿赫特贝格对法律关系的典型分类为例，他以法律关系的连接点为基准，将法律关系具体划分为如下种类：（1）组织与组织成员之间的关系，传统国家与国民之间的关系即属此列，这当中也包含了传统行政法学理所列的特别权力关系，约束此类关系的除了公法规范外，还包括与规范目的与保护利益相符的私法原则；^⑫（2）组织与组织之间的关系，这类组织因仅限于公法组织，例如国家与其他公法人之间的关系等，因此是一种并列的关系，而约束这类关系的一般是契约；^⑬（3）组织与机关之间的关系，这种关系可能涉及机关的设置与建构，也可能涉及组织与机关之间的法律监督关系，或者是专业监督关系；^⑭（4）组织与机关职权执行者之间的关系，这种关系主要是自然人为行政组织承担勤务的关系，例如国家与公务员之间的关系，或是行政组织与通过缔结劳务合同而承担勤务的劳工之间的关系；^⑮（5）机关与机关职权执行者之间的关系，与第四种关系不同，这种关系主要涉及的是行政内部的职务行为，例如机关对于公务员的指示等，因此基本等同于在传统权力关系下析出的“经营关系”，^⑯这种关系所涉及的法律关系主体也大多只是中间归属主体，其最终归属者仍旧是机关所属的行政组织；^⑰（6）机关与机关的关系，这种关系主要是行政组织内部的关系，一般并不具有外部效果，纠纷争端也不能通过司法方式获得解决。^⑱上述分类中，除第一种是典型的“国家—人民”的外部关系外，其他关系几乎都涉及国家内部的机构组成。正因为如此，上述划分虽略显晦涩，却通过关系主体的相对化以及内部关系的外部化，而使传统处于“法治空白”和“脱法存在”的内部关系同样为行政法学理广泛涉及，并因此为法治的光照所覆盖。^⑲

除使国家与相对人之间的关系相对化外，第三人等其他主体的地位在法律关系学理下同样得以确认，不同主体的利益也因此得到顾及、衡量和调节。

^⑩ 同注⑦，第533页。

^⑪ Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen: Mohr Siebeck, 1905, S. 193.

^⑫ 参见注⑤，§ 19 Rn. 38。在阿赫特贝格看来，特别权力关系并非与一般权力关系对立，它仅仅是一种义务分级（eine graduelle Abstufung von Pflichten）的表现。

^⑬ 参见注⑤，§ 19 Rn. 49.

^⑭ 参见注⑤，§ 19 Rn. 50.

^⑮ 参见注⑤，§ 19 Rn. 51.

^⑯ 德国法最初认为公务员和行政机关之间处于一种“特别权力关系”之下。后世学者为避免特别权力关系理论所带来的法律适用的严苛，主张将“特别权力关系”再析分为“基础关系”和“经营关系”，前者因攸关公民的基本权利，必须有法律保留原则和司法救济的适用，而后者则属于行政内部关系，行政享有更广泛的裁量空间。参见注⑤，第214页。

^⑰ 参见注⑤，§ 19 Rn. 52.

^⑱ 参见注⑤，§ 19 Rn. 53.

^⑲ Vgl. Friedrich Schoch, Der Verwaltungsaktzwischen Stabilität und Flexibilität, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, S. 199.

3. 法律关系的内容构造

既然法律关系是法律关系主体之间由法律所规范的权利义务关系,那么关系主体各自在公法上所享有的权利和承担的义务,就是法律关系内容构造的核心。传统学理认为,国家在公法上享有的权力(或职权)在法治国下受到法律的严格限制,因此行政法教义学所探求的“权利”,主要是公民作为关系主体所享有的,可向国家请求为一定行为、不作为或承担容忍义务的权能。^⑩这种权能与公民享有的私权不同,因其由公法规定,针对的义务人又是国家,因此在德国法上一直被称为公民的“公权利”或“主观公权利”。^⑪对公权利的判定,德国法一直以来都以“保护规范理论”为基准。而这一理论又包含两项核心法则:其一是客观的法律规范。主观权利的存在必须以客观法为基础,客观法中所规定的义务是权利得以存在的根据,这一要素也因此又被总结为客观义务;其二是客观法规范的个人利益指向。公法规范一般都有保护公共利益的指向,但惟有这些法规范除了保护公共利益,同时指向某些特定人的特定利益时,才能够确认这些规范赋予了这些特定人主观权利。^⑫

保护规范理论虽然在德国公法史上历史悠久且意义重大,却同样遭遇诸多批评。这一理论的核心,是将公权利存在与否的探求,回溯到客观规范的意旨是否保护个人利益的问题,本质上仍属于法律解释问题,因此也就必须依赖于细腻成熟且统一连贯的法律解释技术。法律关系学理的倡导者批评这一理论提供了诸多解释基准,但这些解释基准却呈现为“斑驳复杂、既不确定也不统一的观念集合”,^⑬因此不可避免地会引发法律解释和法律适用上的不确定。他们尝试将法律关系作为构建公权利的新理论基点,^⑭由此使对公权利的探求摆脱与保护规范理论的纠缠。对这一问题的探讨尤以哈特穆特·鲍尔(Hartmut Bauer)为代表。鲍尔主张,对公民主观公权利的考察应放置在权利与义务的整体观的关联之下,即放置在具体法律关系的框架下。既然法律关系是由“法律”所规范、调整和塑造,那么在这种关系之下所产生的具体权利和义务也必然由规范法律关系的具体法律所规范。

将公权利理论与法律关系相连,首先使对相对人公权利的探究不再仅着眼于单项规范,而是与之相关的规范整体。这种回溯至规范整体的判定方法,因为必须广泛参酌除具体规范以外的宪法规范、抽象原则,因此很好地强化了宪法和基本权利对行政法律规范解释的影响。^⑮其次,因为在具体法律关系下判定公权利时,除要考虑规范内容外,还要顾及现实的生活关系,这就使规范领域所涉及的“客观现实”同样得到考察。^⑯再次,将公权利与法律关系相连,也使行政法学理对于主观权利的认知不再局限于权利的有无,权利的来源、权利主体的法律地位以及权利的实现机制,都可因此获得完整归纳。除上述优越性外,因为法律关系强调关系主体及其权利义务之间的关联性、交互影响性与顾及性,公权利理论也因此表现出更大容量。在复数主体的法律关系中,公权的目标所

^⑩ Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht, Muenchen: C. H. Beck, 1999, S. 237.

^⑪ Nibert Acherberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, C. F. Mueller, 1986, 2. Aufl. S. 154. 因为德文中的“Recht”一词有“法规范”与“权利”的双义性,必须加上“客观上的”(objektive)与“主观上的”(subjektive)作为定语以示区别。因此,德文中的权利又常常被称为“主观权利”,而公权利也因此与“主观公权利”同义。

^⑫ 参见注⑩,第155页。

^⑬ Hartmut Bauer, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, AoeR 113 (1988), S. 597.

^⑭ 参见注⑩,第611页。

^⑮ 参见注⑩,第613页。

^⑯ 参见注⑩,第614页。

指不再仅限于行政的相对人，众多行政第三人所享有的公权利同样得到平等关照。^⑧除肯定利害关系人享有公权外，法律关系的倡导者更提出，公权利并非仅由公民享有，国家同样能够成为公权利的主体。^⑨甚至鲍尔专门撰文“国家的主观公权利”，申明只有同样确认赋予国家权利主体的地位，才能克服公法中公益—私益严苛界分，以及权利义务被割裂处理的弊端。^⑩国家既然作为权利主体，其基于这一地位要求公民履行的，也不再只是简单的服从义务，而是包含从具体关系之下的权利义务整体构造中衍生出的其它义务。这些衍生义务的确立，强化了公益实现的可能，也避免了公益执行的亏空。^⑪这些观点显然对认为国家权限受法律严格限定的传统认知，构成了强烈冲击。

除这些主要的权利义务及它们的互动往来外，法律关系学理认为在关系主体之间还会产生其他附属权利或是附加义务，^⑫例如相互间的注意、通知、咨询、保持沉默义务，以及在特殊情形下的照顾、参与义务等。事实上，这些相关的附属权利或是附加义务，已经为许多实证法所规范，也经常出现在司法判决中。例如行政机关在法律关系中承担的附属义务包括：警察机关与集会组织者之间的合作和咨询义务，在环境法领域对第三方的通知义务，在建筑法律关系中的咨询、协调、加速义务等。^⑬与此相应，相对人在法律关系中承担的附属义务包括：在考试关系中，应试者在相关事项上提供协助，或对不端行为接受训诫的义务，在建筑关系中对邻人提供安全警示和咨询的义务等。^⑭上述权利和义务在行政方式法教义学框架下一直未获系统总结和清晰呈现，但在法律关系法教义学中，却能够被相对轻松地予以系统化处理。

与这些附属权利和附加义务相对应的，是适用于法律关系主体在互动往来过程中的一般原则。法律关系学理同样尝试发展和归纳出一些尚未由法律所规定，却能够提升关系主体之间相互谅解、沟通与合作的非型式化原则，例如，在德国税法领域中，因受到诚实守信原则的启发，而发展出“客观谅解原则”。^⑮这一原则强调在应对较为复杂、难以澄清的案件事实时，“税务机关和纳税义务人之间应基于诚实守信原则，诚信沟通，相互信赖，并在此基础上达成一致与谅解”。^⑯

4. 三边与多边的行政法律关系的处理

因受到传统行政法体系的影响，之前对法律关系展开观察的学者，多将讨论内容局限于行政与相对人之间的双边关系，以及这种关系从成立到终结的整个变动过程。但这样的观察方式并没有脱离行政方式法教义学的思考模式，而新近的法律关系学理则更多地开始顾及涉及复数主体以及复数利益的多边关系，并将三边以及多边的行政法律关系在学理上予以类型化。

三边或多边行政法律关系的大量涌现，源于现代行政的复杂多样以及行政角色的急速转变，而这些法律关系在行政法上的重要意义，尤其体现于行政第三人保护问题上。如上文所述，传统行政方式法教义学在处理这一问题时，因为主要将目光积聚于行政和相对人这种双边关系上，第三人因

^⑧ Vgl. Henke, Entscheidung fuer das Rechtsverhaeltnis als Grundlage aller subjektiven Rechte, DOEV 1989, S. 621ff.

^⑨ 参见注③，第 614 页。

^⑩ Vgl. Hartmut Bauer, Subjektive oeffentliche Rechte des Staates—Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven oeffentlichen Recht, DVBL 1986, S. 207ff.

^⑪ 参见注⑨，第 208 页。

^⑫ 参见注⑨，第 215 页。

^⑬ Vgl. Paul Stelkens, VwVfG Kommentar, 3. Aufl., 1990, Rdnr. 5 ff. Zu § 9 VwVfG.

^⑭ 参见注⑬，Rdnr. 25 ff. Zu § 9 VwVfG.

^⑮ 参见注②，第 323 页。

^⑯ BFH, BStBL. II 1991, S. 673ff.

此论为“异类”。^⑥但既然现代行政的任务已渐渐变成在相互关联,又可能彼此冲突的私益间进行权衡,并妥适处理各个私人主体的法律地位,那么相对人和第三人在行政法上的地位权重和利益分配就不应有伯仲之分。正是在这个意义上,三边或多边行政法律关系学理,通过将各方主体都放置在一种整体关联下予以平等关照,纠正了传统行政方式法教义学视角偏狭的缺陷。此外,对三边甚至多边关系的关联性考察,也使法律关系学理的观察视野成功超越“行政法律关系”的局限。^⑦在三边和多边法律关系中,法律关系不仅包括私人 and 行政之间的公法关系,同样包含私人之间的私法关联。相比传统行政方式法教义学通过行为方式的“公—私”属性来确定法律适用的僵化做法,法律关系学理尝试在对所有法律联系予以整体观察之后,再进行法适用的分配,并在此过程中同时考虑公法与私法的交互作用,而非将它们分隔处理。以现代行政中典型的三边关系——建筑法中的相邻权人保护为例,传统行政方式法教义学尝试通过具有第三人效力的行政行为以及保护规范理论,来解决作为第三人的邻人保护问题,但这套理论却建立在繁冗复杂的法律涵摄技术,以及模糊难辨的法解释方法之上。^⑧而德国建筑法的新近发展却越来越展露出如下趋势:将建筑者和邻人相互冲突的利益直接放置在公共行政下予以权衡,此时,邻人已经不再是处于附属位置的“第三方”,他与建筑者地位相当,共同处于一种整体关联下。这样的操作方式同样影响司法判决。联邦行政法院在诸多涉及三边或多边法律关系的判决中,均强调“行政应对各方利益予以周全考虑和适宜裁量”。^⑨此外,行政法律关系学理不仅在行政机关与建筑者以及行政机关与第三人之间建立连接,同样发展出适用于建筑者和第三人的一般关系规则。例如,基于诚实守信原则,在施工开始前一段时间,邻人可直接向建筑者主张,其权益因建筑者的施工行为受到损害或有损害危险。^⑩综上,对不同主体的关联考察以及突破公私界分的灵活处理,都使法律关系学理替代行政行为,成为建筑法领域在应对三边以及多边法律关系时的主要工具。德国学者也因此评价说,“如果没有法律关系,建筑法中不同法律主体及其法律地位均无法从程序法或实体法上获得观察和总结”。^⑪

5. 法律关系的持续性及其变动过程

相对于行政方式法教义学仅关注行政过程最终效果的固定视角,法律关系学理同样通过对关系变动过程的整体考察,在行政法中引入了“时间维度”和“程序化思考”。^⑫而且,相比时间要素在行政行为中仅体现为点状的、片段性的决定,法律关系学理关注“法律关系的准备、产生、展开、终结以及后续效果的动态变化过程”,^⑬而影响这些变化过程的行政机关与公民的事先接触,相对人与第三人的程序参与,行政机关对多边利益的衡量协调、具体决定的作出,以至决定作出后的监督、变动等行为和要素,也都不再被孤立地分隔为不同阶段地予以考虑,而是被置于一种持续性关系的统一框架下,作为一种有关联性的过程来把握。^⑭

^⑥ Rainer Wahl, Der Nachbarschutz im Baurecht, JuS 1984, S. 577ff.

^⑦ 参见注⑦,第219页。

^⑧ 参见注⑧,第587页。

^⑨ BverwGE 78, 40.

^⑩ Vgl. Raffel Knauberm, Das Gebot der Ruecksichtnahme: der Schluessel zur Begrueundung subjektiver Rechtsmacht jetzt auch im waserechtlichen Nachbarschutz, NVwZ 1988, S. 977.

^⑪ 同注⑦,第214页。

^⑫ 同注⑦,第212页。

^⑬ 同注③,第254页。

^⑭ 参见注⑦,第212页。

这种对法律关系变动活动的持续考察，首先强化了行政法学对新兴行政动态性的把握。^⑤ 传统行政方式法教义学的局部截取和片断观察，使行政法学不可避免地带有静态化的弊端。它不仅对行政决定的产生过程缺乏向前的“回顾”，也往往将行政行为的法律效果“向后”予以固化，认为行政行为所产生的法律关系及其法律效果，均凝结于行为的生效时点。^⑥ 这种法律效果的固化虽然促进了行政的稳定性、明确性和可预见性，却在相当程度上限制了行政行为嗣后的发展可能。与之相比，法律关系学理为新兴行政的动态发展提供了一种开放性的构造，这种构造容许行政的嗣后变动，而且尝试通过对变动的预测把握，来提高行政的现实应对能力，并通过与行政的互动往来这些程序机制去实现公民的实体权利。其对法律关系变动的持续观察，尤其使行政与私人之间在“合作行政”模式下的持续性“合作关系”，不再为法律所忽视。^⑦ 与程序和过程的密切关联，使法律关系因此常常被描述为“作为程序的法律关系”，而其对于程序要素的归纳和整合作用，也使所谓“经由程序的行政”^⑧ 得以实现。

除强化对行政的动态把握外，法律关系学理的过程性思考同样为有关“决定前程序”以及“先行为”在行政法学理中的引入“铺平道路”。^⑨ 所谓前程序中的“先行为”，是指行政程序开始之前，行政机关与相对人以及第三方之间的接触。这些前程序和先行为虽然是行政方式法教义学不曾覆盖的“未型式化行为”，却使权利义务在法律关系最初开始形成时就已经产生，而且许多法律领域又早已确认这些权利义务能够成为赔偿请求权产生的基础。^⑩ 法律关系的过程性和整体性观察使前程序和“先行为”的法律效果不再为行政法学理所忽视，并将这些行政与私人之间的“非正式接触行为”同样纳入法秩序框架内予以规范，而这也有效保障了行政机关在处理多边关系和复杂利益时的中立，^⑪ 因此行政得以在对相互竞争的私人利益进行广泛比较和均衡考虑的基础上，对公共利益予以整体性保障和实现。

（六）法律关系学理的优越性

阿赫特贝格最初只是概要地认为，行政行为在现代行政中的重要性日渐丧失，仍要占据中心地位已经无法再获得正当性支持；其后预言法律关系会成为“新阿基米德支点”的黑贝勒则将法律关系的功能浓缩为，“对于立法者而言，法律关系从法政策角度而言，具有行为引导准则的意义；对于行政现实而言，法律关系具有框架性的指导价值；对于司法而言，法律关系提供了全新的解释基准，对于行政法学而言，它是全新的系统构成的基石”；^⑫ 到了施密特-阿斯曼和弗里德里希·肖赫（Friedrich Schoch）这些后期的倡导者那里，法律关系的优越性得以更详尽和更充分的列举。

首先，法律关系的基本思想是对相关生活事实进行法的整体观察，在这种观察视角下，权利、义务、权限、职责、职能等都不再彼此隔离，而是涵盖在法律关系主体相互关联、相互影响的关系

^⑤ Vgl. Carl Ritter, Das Rechts als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Dieter Grimm, Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden: Nomos, 1990, S. 69.

^⑥ 参见赖恒盈：《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》，元照出版社 2003 年版，第 59 页。

^⑦ 参见注⑥，第 69 页。

^⑧ 同注③，第 255 页。

^⑨ 同注⑦，第 213 页。

^⑩ 参见注⑦，第 537 页。

^⑪ 参见注⑦，第 541 页。

^⑫ 同注③，第 265 页。

构造之下获得整体把握，它们之间的关联性、交互性以及顾及性也因此获得一体化强调。^⑭其次，法律关系理论通过对特定事实构造的关注，更好地回应了复杂行政背景下的特殊管制与调控需求，与行政行为以效果为导向，侧重对侵害行政的防御不同，法律关系学理根据事物领域而区分出诸如秩序行政、给付行政、税收行政、计划行政等不同的关系类型，并针对其事实构造进行法适用的分配，这种任务导向将传统法教义学中的行为要素与现实规制对象进行适宜结合，也因此顺应了行政功能的转变。^⑮第三，与行政行为只是截取最终时点的决定进行静态考察不同，法律关系侧重时间性，通过对法律关系的变动过程的考查，行政在各个阶段的行为都被放置在持续的关系框架下予以整体考察，这种状态导向也使法律关系学理具有了过程的维度。第四，法律关系的观察视角打破了传统的“国家不渗透理论”（die Lehre von der Impermeabilität），不仅特别权力关系理论再无遁形，内部行政关系亦被纳入行政法的观察视野，而“最终归属主体”和“中间归属主体”的细致界分也呈现出行政法律关系主体的多元性和相对性。第五，在拓展传统的国家与公民之间双边关系的同时，法律关系同样成为对拥有多种利益和复数主体的多边法律关系予以整体把握和法律评价的工具，并凸显出“公法上关系主体以及权利义务的多边性格”。^⑯最后，法律关系学理为行政法理学的发展提供了一种新的整合要素，因其“关注的并非决定程序的阶段，而是关系的所有形式和实质参与者，以及他们在此过程中的利益往来，相互注意以及彼此顾及”。^⑰因此，它能够将传统行政法理学中的行政方式法教义学、程序理论以及法律基准理论这些分散的内容进行有效统合。^⑱

四、法律关系作为行政法总论核心的困局

法律关系被誉为实现行政任务的“多样化工具”，^⑲黑贝勒甚至认为其提供了一套全新的“亲民的行政话语”，“藉由这套话语，行政责任与公民贡献被整合为一个合宪的整体”。^⑳赞誉者有之，但强烈反对者亦有之。在国家法学大会上，汉斯·迈耶教授就曾讥讽法律关系学说是一种“最无内容的法律工具”，“几乎没有在行政法上带来任何认知上的增长”。^㉑皮茨克（Pietzcker）教授同样评价法律关系不仅不是、也不可能成为行政法的阿基米德支点，充其量只能是“明希豪森的辫子”。^㉒尽管这样的评价过于极端，却也在相当程度上反映出法律关系学理在发展中所遭遇的难题。

（一）“平等秩序”作为解释框架的问题

法律关系学理的倡导者常常指责行政行为中明显包含着威权国家的“思想残余”。^㉓他们甚至

^⑭ 参见注⑦，第199页。

^⑮ 参见注③，第250页。

^⑯ 张银盛：《法律关系理论作为行政法体系革新的动力》，翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集《当代公法新论》（中册），元照出版社2012年版，第60页。

^⑰ 同注⑦，第534页。

^⑱ 参见注⑦，第539页。

^⑲ 同注⑦，第538页。

^⑳ 同注③，第266页。

^㉑ Hans Meyer, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 47 (1989), S. 241.

^㉒ 同注⑦，第281页。明希豪森是18世纪德国的一位男爵，曾留下诸多荒诞不经的轶事，其中就包括落马时，可以抓着自己的辫子，将自己连人带马拉上岸。而“明希豪森的辫子”（Muenchenhausens Zopf）也因此被用来比喻夸大其词。

^㉓ Wilhelm Henke, Allgemeine Fragen des oeffentlichen Vertragsrechts, JZ, 1984, S. 441ff.

举证, 迈耶在对行政行为的定义中所使用的表述就是“臣民”而非公民, 因此行政行为本质上也只是“国家权力的表现形式”^⑳。为革除威权思想的影响, 这些倡导者主张在国家与公民之间引入一种平等秩序, 由此替代传统行政学理中的隶属关系; 行政法也据此应被理解为行政与公民之间的行为规范, 而不再只是行政活动的评判标尺。^㉑ 平等秩序的引入, 被许多法律关系学理的倡导者视为新兴行政的解释框架, 而这一模式又旨在服务于“公民和行政之间行为的法化”以及“广泛的司法保护”的双重目标。^㉒ 在法律关系学理的倡导者确认公权利并非仅由公民享有, 行政也在同等意义上享有公权利之后, 有关公民与国家之间属于平等秩序, 应在法律上获得平等对待的观念, 更在新近的法理学理论中获得越来越多的支持, 并成为法律关系学理的“理论基石”。^㉓ 法律关系学理的倡导者寄望通过这种平等秩序塑造一种“亲民的行政法”。在他们看来, 这种行政法不仅强化了相对人的权利实现可能, 而且更有利于行政事务的履行, 因为在一种平等的、交互的统一构造中, “行政事务也能够转化为公民事务而获得自下而上的执行”, 由此, “在权利实现和行政目标之间也能够达到完美的平衡”。^㉔

但公民与国家之间属于平等关系的构想却与传统法治理念严重不符。依据法治理念, 宪法所构筑的是一种“国家权力行使及其正当性的分层构造”。^㉕ 在这种分层构造中, 公民首先是作为国家权力主体的“人民”的组成部分; 而行政则是众多国家权力机关中的一个, 两者并非、也绝不能同一。此外, 这种分层构造中还包含了法治国的诸多结构原则, 例如, 国家与社会的区分, 主权的行使与服从, 以及个人自由经由国家确认获得保障等。从这些宪法原则出发, 个人的生活空间是通过由法律所塑造的“自由”来体现的, 而行政秩序却是通过法律所赋予的“权限”来确定的。因此, “是距离而非同一性, 是自由领域(相对于行政权限)的上位性而非同等性, 确定了个人相对于国家关系的首要法则”。^㉖ 而主张在公民与国家间引入同等秩序的构想, 却消弭了国家与社会、自由与权限之间的距离, 混淆了权利和权限的行使逻辑, 它带来的并非预想中的自由获得扩张, 相反却是权利惨遭吞噬。此外, 平等秩序也不能成为现代行政法的一般解释模式, 因为在这一构想中, 国家权力行使的合法性要求并未被适宜地纳入, 而尝试在国家与公民之间引入如私法一般的协商和意见一致的模式, 更会弱化宪法对于国家权力的合法性控制, 并使国家权力摆脱公法约束。因此, “即便是民主国家也从未允许其立法、行政和司法活动通过协商一致的模式进行, 相反国家权力活动都是从一种分层的权限秩序中获得其正当性”, “行政法学理的核心任务之一就是构筑这种权限秩序, 并由此将行政活动纳入法秩序的支配之下”。^㉗ 在各个特别行政领域的“权限规定”, 都不能被理解为赋予了行政优于公民的上位权力, 而应被解释为是宪法的“权限秩序”以及合法性要求, 在特别行政法领域的具体体现。基于这些原因, 认为行政行为具有单方意志性, 因而属于威权国家产物的意见存在严重偏颇, 而将行政法解释为“行政与公民之间的行为规范”, 更具有侵蚀法治传统价值的危险, 因为公民权利的保障以及行政合法性的控制恰恰有赖于行为的单方性所塑造出的“距

^⑳ J. Martens, KritV 1986, S. 104ff.

^㉑ Vgl. Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehrevsobjektiveneffentlichen Recht, 1986, S. 161.

^㉒ 参见注⑳, 第 105 页。

^㉓ 同注㉑, 第 540 页。

^㉔ 同注㉑, 第 252 页。

^㉕ 同注㉑, 第 540 页。

^㉖ 同注㉑, 第 540 页。

^㉗ 同注㉑, 第 216 页。

离”。据此，基于对法治传统价值的维护，“将行政与私人置于平等秩序的构想，以及将行政法解释为公民和行政平等受其规制的行为法，显然是行政法所不允许的”。^⑤

（二）核心概念功能指向的阙如

行政行为之所以能够成为行政方式法教义学的核心组成，除因具备高度的制度化和型式化外，另一重要原因在于，这一概念从创设时就具有鲜明的功能指向和目标追求。自迈耶将“依法律行政”原则导入德国行政法开始，对行政予以合法性控制就成为现代行政法的精神内核。但这一学科价值又需要藉由某种功能载体才能实现，而行政行为恰恰就是迈耶为达成这一目标所选择的功能载体。从法技术而言，行政行为最初是对司法判决的制度模仿。也通过这种制度模仿，行政行为汲取了判决“个体化与明确性”的核心要素，并因此将稳定性、明确性和可预测性这些法治要求导入行政法秩序。^⑥而后世学者对行政行为持续进行的型式化努力，尤其是对这种型式构造的构成要件、法律效果以及合法性基准的学理析分，更强化了行政行为实现“行政合法性控制”的工具性价值。德国学者因此将行政行为比喻为“凸视镜”，“透过这一凸视镜，行政的多重功能和公法的所有要求都得以聚积”。^⑦也是因为对学科核心价值的有效回应及其内含的法治功能，行政行为得以在德国法中历经百年依旧长盛不衰。

但作为核心概念，法律关系在行政法中却缺乏这种鲜明的功能指向和目标追求。与行政行为相比，法律关系虽然同样提供给现代行政一种观察框架和分析工具，但这一框架并不包含“目的论特质”，尤其是并不包含对行政予以合法性控制的功能指向，它与学科精神内核之间的相互隔膜，使其并非像行政行为一样，是能够揭示学科意义的具有“规定功能的法概念”。^⑧如前文所述，法律关系得以行政法中兴起，很重要的原因就在于，传统行政方式法教义学已无法有效因应新兴行政的复杂多样和快速变迁。但新兴行政虽然使行政获得更多的自主性成为必要，行政自主性的大幅提高却绝不意味着行政决定可以就此与法律拘束脱钩。换言之，尽管传统的行政法教义学及其合法性控制模式必须在新兴行政下进行检讨和革新，但并不代表现代行政法的价值导向和精神内核已经发生根本变化，“依法律行政”仍旧是法治不容放弃的基本原则，强调行政的合法性，重视法律对行政的拘束也仍旧是行政法一以贯之的基本立场，这一立场并未随新兴行政的涌现而发生改变。从这个意义上说，尽管“法律关系”在提高行政的整体效能、为多元利益提供相互竞争与妥协的平台，以及在行政法体系中引入对程序和组织的同等关注等方面，都对传统行政法法教义学产生强烈冲击，却因为缺乏对行政法基本精神的直接回应，并不具备如行政行为一样的穿透力。正因如此，皮茨克教授形容法律关系在很多时候都表现为一种“空洞的形式”。^⑨

（三）制度化、体系化的欠缺

除功能性匮乏外，制度化、体系化欠缺同样是制约法律关系替代行政行为的重要原因。制度化

^⑤ 同注⑦，第217页。

^⑥ 有关行政行为的创设过程及其法治意义，可参见赵宏：《法治下的目的性创设：德国行政行为理论与制度实践》，法律出版社2012年版，第81-110页。

^⑦ Wahl/Hermes/Sach, Genehmigungzwischen Bestandsschutz und Flexibilitaet, in: Ladenburger Kolleg Studienzum Umweltstaat, Springer, 1993, MS S. 10.

^⑧ “规定功能的法概念”一词源于德国法学家拉伦茨的界定。在他看来，法体系的建构首先需要概念作为基础要素，但这里的概念已非概念法学视野下教条化的、形式逻辑化的“抽象概念”，而是一种“规定功能的法概念”，这类概念“具有目的论的特质”，“可以将本身与决定性原则之间的意义关联，以浓缩但仍可辨识的方式表达出来”。[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第356页。

^⑨ 同注⑦，第285页。

和体系化一直以来都被作为评价理论理性化程度的重要指标,因其不仅能够大大提升理论的可接受度与可理解性,^⑨也代表了这一理论的成熟度。而行政行为之所以能够成为传统行政法教义学的核心,同样因其高度的制度化和完备的体系化。这种制度化和体系化不仅体现于,行政行为自身表现为一个概念清晰、逻辑自洽、体系完备的型式化整体,还体现于以行政行为为连接点,行政法体系中的各项要素都被有效地衔接和连贯起来。行政对行政行为的选择,也同时意味着对与之对应的程序和合法性要件的选择,也必须服膺于与这种行为方式紧密相连的瑕疵理论、效力内容,甚至救济机制、诉讼类型和审查基准等关联制度的约束。通过这种方式,传统行政方式法教义学将行政法体系整合为一个以行政行为为核心的,环环相扣、互相勾连的“网状结构”的整体。^⑩

但与体系完备的行政方式法教义学相比,法律关系学理还停留于观念累积、制度拓展和系统筹划的初级阶段。法律关系学理的既有成果表现为关系产生的基础、关系主体、权利义务、关系变动等内容,但这些成果却都不同程度地存在意涵不明、内容单薄以及空洞不确定的缺陷。这些缺陷使法律关系学理虽然为新兴行政提供了重要的认知基础,但“并非所有认知都已经或是能够转化为法教义”。^⑪在行政实践中,“法律关系获得最好转化的是租税法、社会法、补贴法,以及包括公务员法和学校法领域……然而在其他领域,行政法律关系却并未教义化,相反仅具有一种启发性的功能,并无助于完成现实的行政任务”。^⑫制度化和形式化的欠缺也使法律关系尚未与行政法的其他范畴形成有效链接,更不用说藉由某种合逻辑、合目的的方法,而将现代行政法重新塑造为一个有机整体。因此,尽管法律关系学理的倡导者黑贝勒曾预言,法律关系将成为行政法学“新的体系构成的基石”,^⑬但其发展至今却并不具备涵盖行政法整体,并“横向跨越个别行政领域的性格”,^⑭反而如施米特-阿斯曼坦言,“与行政法学的另外三项解释模式:行政行为理论、行政程序理论,以及司法审查基准理论相比,法律关系学理在体系化构成方面是最弱的”,未来在体系整合、系统建构和整体均衡等方面,也都面临重要的“体系发展任务”。^⑮

(四) 突破公权利理论的困难

除行政法律关系学理制度化和体系化程度不高外,核心理论难以突破同样是影响法律关系理论推进的重要原因。既然法律关系是“两个以上的法律关系主体彼此之间的权利义务关系”,^⑯其核心内容就必定是权利存在与否的判断。而这一问题的关键又是作为行政法律关系主体一方的相对人,所拥有的公权利存在与否的判断。正因如此,那些尝试在特别行政法领域推进法律关系学理的讨论,也基本都将焦点集聚于对具体个案中主观权利的探求。

如上文所述,德国法一贯将对主观公权利的探求诉诸保护规范理论,而这一理论的核心又是对争议规范的利益保护指向的判断。保护规范理论在德国经历新旧两个阶段:旧保护规范可追溯至奥特马尔·比勒(Ottmar Buehler),其对于保护规范理论的阐释至今仍被作为这一理论的“基础性内

^⑨ 参见赵宏:《行政法学的体系化建构与均衡》,《法学家》2013年第5期,第62页。

^⑩ 参见注⑦,第189页。

^⑪ 同注⑦,第119页。

^⑫ 同注⑦,第119页。

^⑬ 同注③,第265页。

^⑭ 李建良:《行政法基本十讲》,元照出版社2010年版,第40页。

^⑮ 同注⑦,第121页。

^⑯ 同注⑤,§19 Rn. 33。

容”。^⑭ 旧保护规范理论主张对法规范的解释应优先考虑立法者的主观意愿，唯有在存在疑问时，才会考察客观规则是否在“事实上保护了公民的个体利益”，^⑮ 从这个意义上说，旧保护规范理论对于法规范的解释更趋主观。二战后旧保护规范理论获得以施密特-阿斯曼为代表的学者的革新，他们主张对规范保护目的的探求不应主要从规范制定者的主观意图中探求，而应从“整体的规范构造”以及从其“制度性的框架条件”^⑯ 下获得。在这当中，基本权利又扮演着一种“明确价值的、体系化定位的作用”。^⑰ 相比旧保护规范，新保护规范理论对规范意旨的探求更趋客观化，而且基本权利也在其中获得更多的权衡比重。尽管如此，德国学者却并不认为新旧保护规范理论之间存在显著差异，二者的核心都是将公法权利的存在与否，回溯到各项客观规则的意旨是否保护个人利益，因此本质上都属于法律解释，新旧保护规范理论所提供的都是“有助于法律解释的原则、规范，抑或猜想”。^⑱ 但无论趋向主观或是客观，新旧保护规范理论中都存在“令人质疑的元素”，^⑲ 也就不可避免地会引发法律解释和法律适用上的不确定，因此常常被评价为“导致司法实践混乱的学理渊源”，甚至被讥讽为“充满矛盾混乱、主观随意、不可预见的、摇摆不定的理论诡辩”。^⑳ 这也导致在20世纪六七十年代，有相当多的学者主张应与“保护规范理论彻底告别”。^㉑ 但这一主张又反过来使以保护规范为基础的公权利学说受到强烈压制。伴随80年代中期公权利理论的复兴，如何构筑一种与传统认识相区别、“具备新的实体内容”的公权利判断基准，便成为德国公法学界热议的命题。

正是在这一背景下，法律关系学理的倡导者哈特穆特·鲍尔主张应摆脱保护规范理论的影响，使对公民主观公权利的探求，不再以这一理论为思考基础。在他看来，不明晰的法律概念，不确定的解释方法以及混乱的法律适用，都使保护规范理论缺乏坚实的理论基础，也因此在对公权利的判定问题上凸现“贫乏的承载能力”。^㉒ 他主张将法律关系作为构建主观公权利的新“理论基点”，^㉓ 认为“既然法律关系是由法律所规范、安排和塑造，那么在对于个案中具体权利和义务的探究，也当然应以这些法律规范为核心基准”。^㉔ 鲍尔认为将主观公权利放置在具体法律关系下探究，展示出“整体性观察”、“整合宪法和基本权利规定”以及“兼顾规范领域的具体事务结构”^㉕ 的诸多优点。不少学者也评价，法律关系对于公权判定的适用标志着“从目的理性到对话式理性”^㉖ 的范式转换。尽管鲍尔展示了重塑新公权理论的可能路径，但其本质却与施密特-阿斯曼的新公权理论一样，并未脱逸出传统公权理论的思考模式。他主张国家与公民在公法上的权利义务可从法律关系的规范中获得，但这种方法除了锁定所需考察的范围外，仍旧无法摆脱对规范意旨的解释和探寻。因此，上述观察方法究竟在多大程度上超越了“保护规范理论”，实在无法给出过高评价。此外，传统学

^⑭ 同注^⑬，第587页。

^⑮ 同注^⑬，第588页。

^⑯ 同注^⑬，第590页。

^⑰ 同注^⑬，第590页。

^⑱ 同注^⑬，第592页。

^⑲ 同注^⑬，第586页。

^⑳ Christoph Degenhart, Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, JuS 1984, S. 187. ff.

^㉑ Christoph Sening, Abschied von der Schutznormtheorie im Naturschutzrecht, NuR 1980, S. 102. ff.

^㉒ 同注^⑬，第608页。

^㉓ 同注^⑬，第611页。

^㉔ 同注^⑬，第611页。

^㉕ 同注^⑬，第615页。

^㉖ Rolf Groeschner, Das Ueberwachungsverhältnis, 1992, insb. S. 141. ff.

理也并非就如法律关系学理的倡导者所指责的那样，对相对人权益、对第三人保护等问题毫无觉察。以德国的建筑法为例，相邻人保护早在 20 世纪 70 年代就为司法判决广泛关注，并被纳入传统学理。而在被纳入传统学理时，学者选择以“保护规范理论”还是以“法律关系学理”作为理论依据并无太大影响。相反，“相邻人所涉及的利益能够在多大范围内被确认为法律上值得保护的客观权利，才是这一问题的关键，而学理的任务也应是为此提供适宜的解释基准，但法律关系学理对这一问题的解决并没有显著贡献”。^⑤ 此外，如果一个相邻人的主观权利被涉及，其与行政机关之间必定会产生一种法律关系；如果没有权利被涉及，相邻人与行政机关之间产生的就不再是一种法律关系，而只是一种利益关联。^⑥ 换言之，如果将法律关系作为主观权利的产生基础和评判基准，就会不可避免地陷入“同一反复”的概念陷阱。正因如此，德国联邦行政法院曾在判决中批评将相邻人保护诉诸法律关系的做法，并尖锐指出，相邻人权利的判定在于“对特定规范的立法动机和内在正义予以综合权衡”，而其核心又在于协调和消弥“相邻人的利益确认和法的安定性之间的矛盾”。^⑦

综上，法律关系理论要取代行政行为成为独立的行政法教义学核心，就必须提供一套区别于旧公权理论、有关“如何从实体法规范中探求并完整建构公民公法权利”^⑧ 的新公权理论，由此，才能完成法律关系理论建构中的关键一环。但这一工作迄今并未达成。大部分法律关系学理的倡导者关于法律关系中权利义务的讨论，基本都止步于具体的、各论的、问题发现式的论述，并未归纳总结出足够抽象、与现实事物结构保持一定距离、兼具实际指导力的解释规范和判定基准。

五、法律关系与行政行为：非此即彼还是相互补充？

概念功能指向阙如、制度化体系化程度偏低、核心理论难获突破、平等关系的构想又存在弱化行政控制的危险，这些弊端都导致法律关系学理虽然表现出诸多优越性，却始终在“阿基米德支点”与“明希豪森辫子”之间游移，而无法取代行政行为。与此同时，传统学理的捍卫者也回击法律关系学者对于行政行为的批判属于并无实据的夸大。^⑨ 在他们看来，作为法解释和法适用工具，行政行为并非像法律关系学者所指责的那样，对于相对人缺乏关照，对于特殊领域的事物结构缺乏体察、不具备过程性和时间维度。相反，行政行为学理已经通过诸如行为附款、授益行政行为、依申请行政行为、程序要求等制度设计，回应了上述问题，而在行政行为占主导地位的很多领域，“也并未明显觉察出法律关系学者所提出的问题”。^⑩

事实上，无论是宣称其优越性的支持者，抑或讥讽其是“空洞形式”^⑪ 的反对者，本质上都是将法律关系视作行政行为的竞争和替代，二者非此即彼，而这也是法律关系自“重获发现”以来学

^⑤ 同注⑤，第 297 页。

^⑥ 参见注⑤，第 290. ff.

^⑦ BVerwGE 78, 40.

^⑧ 同注②，第 301 页。

^⑨ 参见注⑤，第 295 页。

^⑩ 同注⑤，第 295 页。

^⑪ 同注⑤，第 285 页。

界对其的一般定位。但这一学理在与行政行为的相互竞争中同时呈现出的优越性和局限性，却促使学者开始重新思考二者的关系。相较黑贝勒和鲍尔这些早期倡导者，越来越多的行政法学者，包括法律关系学理的倡导者都开始转而认为，二者相互补充而非彼此对立，或许更能提供“与时代相符的行政法认知基础”。^⑭ 这一认识的得出，除因法律关系学理自身存在尚未克服的缺陷外，同样是基于对行政行为以及传统行政方式法教义学的功能价值及其革新能力的理性考虑。

（一）行政行为的价值与革新能力

法律关系学理的倡导者曾指责行政行为在面对新兴行政时，已丧失了提供有效导引的功能，但行政实践却证明，“关于这一制度功能丧失的猜测并不成立”。^⑮ 作为行政活动的基本单元，行政行为通过其型式化构造，不仅简化了行政方式，促进了行政任务的履行，还完成了对行政秩序稳定性、明确性和可测性的塑造，并因此将法治国的约束和控制纳入行政领域。行政行为所包含的上述价值在新兴行政下不仅不容放弃，新兴行政的复杂性和多样性还更需要藉由行政行为的这一功效，“在其不可预测性中引入法治国的光照”。^⑯ 基于这一原因，在传统的适用领域之外，行政行为同样成为诸多全新的行政领域中被广泛接受的行为模式。“在这些领域中，行政行为作为一种媒介，将诸多差异性的、利益交织的多元行政法律关系，纳入某种可信赖的、可预见的法律秩序中。”因此，尽管遭遇与行政现实相互抵牾的批评，但在诸多新兴行政领域，“行政行为的重要性非但没有减弱，反而增加了”。^⑰ 除法治国价值外，行政行为在系统建构和拓展方面的功能同样不容否定。作为传统行政法体系的基石，行政行为为复杂行政提供了一整套有关决定程序、构成要件和法律后果的明确导引。这一概念的定位作用，使行政现实的复杂性大为缩减，个别行政法领域获得有效规整，行政法总论与特别行政法也因此紧密相连。行政行为在行政一体化方面的功效，使法律关系学理的倡导者同样坦言，“如果没有其稳定化作用，没有任何行政法分支能够形成，也没有任何特别行政法领域能够在生活实践中获得实际的转化”。^⑱

除不容放弃的功能价值外，作为一项传统的制度创设，行政行为在新兴行政下同样展现出革新的能力。传统行政方式法教义学将行政行为塑造为具有高度抽象性的整体，并通过其充分的抽象性以及与现实之间的适宜距离来实现其适应力和整合力。但新兴行政的多样化却需要行政行为不再停留于抽象层面，而是“以任务为导向，成为实现多重行政任务的灵活性和创新性媒介”，行政行为必须在稳定性和灵活性、制度性和创新性之间寻求平衡。而行政行为在晚近的改进和调整，也基本以这一思考为出发点。这些革新包括通过扩大型式化行为的概念范畴，对于未型式化行为加以制度化和规范；^⑲ 包括将复杂决定予以“分节化”和“序列化”，提高传统决定应对事实持续发展的灵活性；^⑳ 包括通过对决定程序的强调，提升公民的程序参与权利；包括创设出暂时性行政行为、先行裁决和部分许可等新的行为方式，^㉑ 并更多地承认行政的“裁量空间和判断余地”，^㉒ 来提高行政的弹性。这些革新都一定程度上表明，传统行政方式法教义学尚有调整的空间，也同样具备革新的

^⑭ 同注⑦，第218页。

^⑮ 同注⑦，第216页。

^⑯ 同注⑦，第221页。

^⑰ 同注⑧，第207页。

^⑱ 同注⑦，第199页。

^⑲ 参见注⑦，第541页。

^⑳ 参见注⑧，第255页。

^㉑ 参见注⑦，第136页。

^㉒ 同注⑧，第178页。

能力，因此在现阶段就全面否定其作为法解释和法评价工具的价值，并不客观和理性。

（二）法律关系和行政行为的相互补充

既然“用法律关系替代行政行为的做法并不值得推荐”，^⑭ 法律关系也不应视为推翻了传统的行政方式法教义学，那么法律关系和行政行为的关系就应在相互补充和共同作用的模式下重新定位。事实上，两者的相互配合、相互补充已经在一些新兴行政领域，例如环境法、能源法和建筑法领域获得展现。在这些领域中，以往被视为常规性的国家与公民之间的双边关系被更多边的法律关系所替代。这些法律关系大多涉及复杂的利益结构，包含多个利益主体。学者尝试在这些新兴领域中，借助法律关系学理为多元关系的处理提供了一种开放构造。这种构造覆盖了不同的规制和任务领域，也容纳了不同的“形成、裁量和权衡标准”，藉由这种整体性构造，行政得以完成对相互交错的利益的权衡与比较。尽管法律关系学理的优越性使这种利益权衡与比较具有整体性、交互性和动态性，但在这种框架性构造中，承担每项具体的利益权衡和分配任务的概念工具，仍旧是行政行为。“为了对相互冲突的利益进行体系化规整，行政在此过程中的每项决定都需满足基本的理性需求，而这一需求又只有借助行政行为的规范性构造才能获得”，^⑮ 因为行政行为的形式化构造不仅抑制了行政恣意，亦使行政决定的作出具备起码的理性。从这个意义上说，法律关系为新兴行政提供了重要的分析框架，但行政行为却是其中不可替代的理性决定要素。此外，现代行政在处理利益交错的多元法律关系时，为缩减其复杂性，往往将行政程序予以“分节化”和“序列化”，行政决定也因此更大程度上表现为分层或分级决定。^⑯ 这种分节化和分层化处理旨在通过将一项完整的决定划分为多阶段完成，来提升行政决定的弹性，并使复杂行政重新获得被“概观了解”^⑰ 的可能。在复杂过程被分级分层后，行政可在每个阶段下分别作出阶段性决定，这些阶段性决定可以表现为先行裁决，抑或部分许可，^⑱ 总之都是行政机关在尚未全部澄清案件事实的情形下，对已决部分的先行决定。因为只是暂时性决定，对嗣后的整体决定并没有约束作用，这些新型行为被认为大大提升了行政应对复杂现实的弹性。但这些“分层行政程序下的制度设置”^⑲ 同样是以行政行为的结构为样式，以行政行为的制度为基础，本质也仍旧是对传统行政行为的灵活化处理，而现代行政对这些行为样式的适用，也同时将决定的稳定性、可预测性以及法治国约束同样导入多元法律关系领域。正因如此，德国学者评价，“如果没有行政行为，环境和建筑法中的计划决定将无法具有稳定化的效果”，“而未来在内部行政咨询结构的不可预见性中，是否能够引入更多的光照，同样有赖于在结构上根据行政行为的样式而建构的控制性决定”。^⑳

综上，在被重新定位之后，“法律关系学理既不是旨在取消行政行为（或其他行政方式），也非取消主观公权利，更不是取消行政机关的权限和职能，概言之，法律关系学理并没有对传统的行政法学理及其体系化构成产生威胁。相反，它只是尝试将程序思考的要求引入行政法中，并在曾经被

^⑭ 同注⑦，第 125 页。

^⑮ 同注⑨，第 207 页。

^⑯ Vgl. Eberhard Schmidt-Assmann, *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung*, Tuebingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 127.

^⑰ 同注③，第 47 页。

^⑱ 先行裁决（Vorbescheid）是指在大型许可中，行政机关对某些能够预先确定的单项许可前提，例如建筑项目的地点，或建筑项目的理念等先行决定。部分许可（Teilgenehmigung）强调的是行政机关对申请人的整体许可申请进行了限缩和修正，仅先许可了其中的部分内容。参见注⑧，第 131 页。

^⑲ 同注⑦，第 125 页。

^⑳ 同注⑨，第 207 页。

分开总结的行政法的基石中纳入整体性思考”。^⑩ 而实践也证明,无论是行政行为或是法律关系,对于新兴行政都不可或缺,二者相互配合,才能有效应对行政现实的新变化和新发展。

结 语

如果说法学的核心命题,在于“拣选社会生活中具有法律意义的重要事实,进行法的规制,以形成合乎宪法要求的法秩序”,^⑪ 那么形成符合现实经验的法教义,就是法学科的重要任务。而法教义学又并非僵化固定的教条,它需时时接受是否与新的现实经验相符的检验,并时时进行修正、更新甚至被取代。从这一认识出发,法律关系学理作为一种全新的法解释和法评价工具,在现代行政法中蓬勃兴起,反映的正是传统行政方式法教义学在面对新的行政现实时所暴露出的功能局限,以及人们因此重新寻找“与时代相符的行政法教义学”的努力。

但一项成熟的法教义不仅应包含对现实经验的细致归纳,对制度规则的逻辑演绎,还要与复杂现实保持密切关联,向其开放并为其提供基本导引。^⑫ 这些均导致法教义学的缔造需经长期的规则拣选、逻辑锤炼,以及与现实经验之间持续不断的反复回溯与彼此作用。它不仅应从内部表现为一个和谐统一的有机整体,对外也应是一个“价值与逻辑”兼备的意义关联体。以上述标准来检验,尽管法律关系在私法领域已成为毋庸置疑的学科基础,但法律关系在行政法中却尚处于起步阶段,它在诸多方面都需要进一步的厘清、填补和整合,因此与成为新的行政法教义学基础,并与取代行政行为之间仍旧具有相当距离。尽管如此,作为现代行政法学一种崭新的观察视角,行政法律关系学理在方法论方面的重要价值,却不容忽视。它对传统“国家不渗透人格”的纠偏,对多元利益协调和弥合的强调,对行政相对方和第三方的平等关照,对复杂行政以及变动过程的整体性和动态性考察,都为我们重新解释、评价和规范新的行政现实提供有益启发。而它作为法评价和法解释工具的重要价值,也已在环境行政法、规划行政法等诸多特别行政法领域获得充分展现。这些认知和判断都为未来重新建构与时代相符的行政法教义学提供思考基础。

【主要参考文献】

1. 张银盛:《法律关系理论作为行政法体系革新的动力》,《当代公法新论》(中册),元照出版社2012年版。
2. Norbert Achterberg, Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, Grundlegung der Rechtsverhältnis Theorie, Berlin: Duncker & Humboldt, 1982.
3. Dirk Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBL. 1986.
4. Hartmut Bauer, Altes und Neues zur Schutznormtheorie, AöR 113 (1988).
5. Jost Pietzcker, Das Verwaltungsrechtsverhältnis-Archimedischer Punktoder Muenchhausens Zopf? Die Verwaltung 30 (1997).

(责任编辑:无为)

^⑩ 同注^⑨,第201页。

^⑪ 同注^⑧,第192页。

^⑫ 参见注^⑨,第64页。

ABSTRACTS

The Contractual Status in the Context of Rule of Law in China:

From Rational Regulation to Virtue Identity

QI Tonghui · 1 ·

The essence of “rule of law in China” is the governance based on rational choice and contractual provisions, meanwhile the rational regulation is rooted in rules. Although in this context of the rule of law, it still contains “status” based on “virtues”. In the sense of “rational regulation”, the rule of law needs contracts, but it needs more “contractual status” in the sense of “virtue identity”. We can not replace status by contract only relying on the old path of “from status to contract”. Connecting with the mode of “absolute-true status” - “relative-false status” built by contract and virtues, “contractual status” can provide distinguishment, birthright and duty for the rule of law.

Key Words Rule of Law; Virtues; Contract; Status; Contractual Status

Qi Tonghui, Ph.D. in Law, Associate Professor of Southwest University of Political Science and Law, School of Administrative law.

On Three Types of Rule of Law Assessment:

A Comparative Study of Rule of Law Assessment at Home and Abroad

MENG Tao · 16 ·

Rule of Law Assessments at home and abroad have complicated backgrounds, which can be divided into three types: quantitative assessment, qualitative assessment and construction assessment. Quantitative assessment based on positivism, emphasizing on theory of formalist rule of law and pursuing to reflect the attribute of the Rule of Law objectively by data, with a standardized method step: defining the concept of the Rule of Law, defining various variables and Indicators, collecting data, and then calculating and reviewing the result. Qualitative assessment based on Hermeneutics and substantive theory of Rule of Law, which only professionals can perform, gives the value judgment of Rule of Law into practical phenomenon and has flexible multi-evaluations. Construction assessment is interim evaluation in the period of transition, based on legal system theory and Rule of Law theory, social indicator theory and performance evaluation methods, led by the government, pursuing to promote the rule of law generated. But it has some structural defects, such as weak theoretical foundation, the subject confused with the object, indicator paying more attention to input than result and method being not precise enough. Construction assessment needs to be improved in the future, and the true meaning of Rule of Law assessment should be developed.

Key Words Rule of Law Assessment; Quantitative Assessment; Qualitative Assessment; Construction Assessment

Meng Tao, Ph.D. in Law, Assistant Professor of Renmin University of China Law School.

Possibilities and Difficulties of Replacing the Administrative

Acts by Legal Relationship

ZHAO Hong · 32 ·

Because of the significant functionalization and formalization of administrative acts, they finally become

the core of traditional administrative law doctrines. But changes of practices and updates of the tasks of the administrative law highlight many flaws of the concept of administrative acts. The innovators tried to replace the administrative act with the administrative legal relation in order to complete the shift of administrative law doctrine. This theory demonstrates many benefits in the theoretical methodology that the concept of administrative act does not enjoy, and is also more consistent with the increasingly complex and diverse administrative practices. However, the short development of the concept of legal relationship exposed many limitations. These difficulties not only confine it to be the new “Archimedean point” of the administrative law but also hurdle the dogmatic shift of the modern administrative law. Nevertheless, its theoretical value as a new tool in the legal interpretation and evaluation should not be overlooked. Because of the respective irreplaceable superiority of the legal relations and the administrative act, the administrative law is more likely to enter the “dual-cores era” in the future.

Key Words Administrative Acts; Dogmatic of the Administrative Behavior; Administrative Legal Relationship

Zhao Hong, Ph.D. in Law, Professor of College of Comparative Law of China University of Political Science and Law.

Objective Imputation or Subjective Imputation?

ZHUANG Jin · 55 ·

There is no feasibility in two core principles of the objective imputation theory. The determination of the prohibited risk must be based on the actor's subjective ability, so the principle of risk creation and realization cannot be established at the objective level. The theory of risk reduction and reformation refers to hypothetical results, and the nature of the theory is the assumed causality, so it should be objected. To avoid the unreasonable expansion of result responsibility, the idea of objective imputation, as well as the old thinking of subjective imputation merely based on facts, should be objected. It is recommended to accept the thinking of subjective imputation based on norm, which maintains that to judge the imputation of result, the relation between the actor's subject and the result, which is based on the prohibited risk, should be established.

Key Words Objective Imputation; Subjective Imputation; Imputation of Result; Prohibited Risk
Zhuang Jin, Ph.D. in law, Associate Professor of Law of Sun Yat-Sen University Law School.

Theoretical Summary and Consideration about China's Criminal Evidence Competence

ZONG Bo · 72 ·

China's evidence competence means that evidences without competence can't be the proof of verdict. The essentials of evidence competence are relevance, legality of means of collecting evidence and conditions to ensure the reliability of evidences. Under the current procedural system, evidence competence rules can't play a role in insulating unqualified evidences from inner conviction forming process, therefore some other measures should be taken to promote the effectiveness of rules. The concept of relevance should be clear enough to make it effective in excluding irrelevant evidences. The regulations on legality of means of collecting evidence must be improved to enhance its effectiveness. The rules of ensuring reliability should be more flexible and the conditions to endanger reliability should be listed more completely.

Key Words Evidence Competence; Exclusion; Elements