

行政法上请求权的理论构造

徐以祥^{*}

内容提要：公法请求权根源于并服务于基础性公法权利，但具备独立实体权利的要素，具有相对的独立性。确保或回复基础性公法权利不受干扰状态的干扰防御请求权和作为受益权核心内容的给付请求权是公法请求权的两种典型形态。公法请求权的确认和保护，对基础性公法权利的实现具有重要意义，只有实现对公法请求权的全面保护，方可实现对基础性公法权利的全面保护。我国应当通过立法和司法的革新措施促进公法请求权的行政法制保护，以提升公法权利的行政法保障水平：一方面，行政立法应当树立对公法请求权予以直接立法确认的理念；另一方面应通过行政诉讼制度的改革促进公法请求权的司法保护。

关键词：公法请求权 公法权利 行政法上的请求权

请求权，在私法中通常是指法律赋予权利主体为满足自己的利益或需求有要求特定主体为或不为一定行为的权利。众所周知，请求权概念是德国民法最重要的概念之一，以此概念为基础的请求权分析方法，是德国民法中最重要的案例分析方法。所谓请求权方法，系指处理实例以实体权利中的请求权成立与否为研讨中心，以请求权基础为出发点，典型的实例构造为：“谁得向谁，依据何种法律规范，主张何种权利”。〔1〕请求权方法不仅在德国民法中具有重要影响，也为日本所借鉴，而我国民法界在事实上也借鉴了德国的请求权方法。

请求权理论的意义并不局限于私法，在公法中也具有重要的理论和实践意义。我国行政法基本理论的体系化，充分借鉴了民法的思维方法，其中最重要和最成功之处是建构了类似于民事法律行为的具体行政行为概念。具体行政行为概念的建立，使行政法得以在纷繁复杂的行政法律法规之中，抽象出共通的法律规则并依此建立起合法性审查的共通标准。然而，行政法基本理论的体系化，除了行政行为的范畴和理论外，公法权利也是不可或缺的重要范畴之一。特别是连接实体基础性权利和司法救济的公法请求权，在公法权利体系中扮演着枢纽的角色。在实践上，随着给付行政的迅猛发展，政府已经超越了消极守夜人的角色，承担起更全面的、更积极的民生保障义务。对我国近些年所积极推动的包括资助行政、供给行政、社会保障行政等在内的给付行政，〔2〕不仅需要从具体行政行为的角度，也需要从公民公法权利的角度进行阐释，而公法请求权无疑是

* 西南政法大学经济法学院教授。

〔1〕 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第50页。

〔2〕 参见杨建顺：《论给付行政的法原理及实现手段》，载杨建顺主编：《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》，中国人民大学出版社2008年版，第6页以下。

对给付行政进行直接阐释的一个重要理论工具。

一、公法请求权及其相关概念的梳理

（一）实体法上独立的请求权

请求权概念，最初来源于私法，后来应用到公法领域。根据梅迪库斯的观点，“实体法上的请求权概念是由温德沙伊德从罗马法和普通法中诉的概念中发展出来的。”〔3〕罗马法中的诉是一个包括实体权利和程序权利的综合概念，而温德沙伊德提出了纯粹实体法上的概念：请求权是指“法律上有权提出的请求，也即请求的权利，某人向他人要求一些东西的权利”。〔4〕实体法上独立的请求权概念提出后，早期罗马法中的诉权被分裂为三种权利：实体权利中的基础权利；实体权利中的请求权；纯粹诉讼法意义上的诉权（诉讼上的请求权），即提起诉讼的权利。〔5〕把实体法上的请求权从实体法中的基础性权利和请求司法机关司法救济的程序性诉权中独立出来，对德国法教义学的发展有着举足轻重的意义。在私法中，根据权利的作用和功能可将权利分为支配权、请求权、形成权与抗辩权，而根据基础法律关系的类型可将权利分为物权、债权、人身权、身份权、继承权等。请求权作为要求他人为特定行为的权利，在权利体系中居于枢纽的地位，因为基础权利要实现其功能，或回复不受侵害的圆满状态，都需要借助于请求权的行使。〔6〕在私法中，请求权依基础权利的不同，可分为债权请求权、物上请求权、人格权上请求权、知识产权上请求权及身份权上请求权等。在理论上，基础性权利和请求权是不同层次和意义上的权利类型，他们之间的界限是清楚的，唯有请求权和债权的关系容易引人误解。债是一种特定主体间的民事法律关系，债权人只能通过请求债务人履行债务，交付标的物或者提供劳务，才能最终实现自己的利益。所以债权被认为集中、突出地体现了请求权的特点：其一，权利人和义务人都是特定的；其二，权利人的权利实现必须要义务人的协助。民法学界普遍认为，虽然请求权是债权最重要的权利内容，但债权的内容不限于请求权，除请求权以外债权还包括选择、解除、终止等权能，契约之债和基于契约之债的请求权在内容上并不完全相同。〔7〕不过不可否认的是，请求权是债权最核心的内容。

综上所述，民法上的请求权是基于基础性权利，为实现基础性权利的功能的一种实体权利。从功能上，请求权可以分成两种类型。一种主要在于回复基础权利不受侵害的圆满状态，此种请求权在基础性权利受到侵害时或有受侵害之虞时成立，物上请求权、知识产权上请求权、人身权上请求权属于此种类型请求权的典型。另一种则是作为基础性权利最核心内容和权能的权利，基于债权的请求权即属于此种类型。在第一种请求权中，基础性权利和基于基础性权利的请求权之间的界限是清晰的。在第二种请求权中，因为请求权本身即是基础性权利的核心内容，所以其与基础性权利的界限并不总是清晰的，在不严格的意义上，请求权和债权甚至可以相互替代。在某些情形下（主要是非契约之债），作为基础权利的债权和请求权在权利主体、内容和客体等方面完全一致。本文把第一种请求权称为回复基础权利不受侵害状态的请求权，而把第二种请求权称为作为基础权利核心内容的请求权。

（二）公法请求权的概念

从民法权利划分的理路可得到启示，请求权虽源自基础性权利，但具有相对独立性，因为请

〔3〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第67页。

〔4〕 转引自金可可：《论温德沙伊德请求权概念》，《比较法研究》2005年第3期。

〔5〕 段厚省：《民法请求权论》，人民法院出版社2006年版，第13页。

〔6〕 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第92页。

〔7〕 前引〔5〕，段厚省书，第28页。

请求权具备特定的权利主体、义务主体和权利内容这三项实体法权利的基本要素。请求权概念的提出实际上提供了对权利进行细分的一个重要路径和方法。虽然公法与私法是两种不同类型的法律部门，公法权利和私法权利也属于不同性质的权利体系，私法中的概念通常无法直接移植到公法中，但民法中把权利细分为基础权利和基于基础权利的请求权之分析路径和方法仍然可以为公法所用。因为，特定权利主体请求特定义务主体为或不为一定行为的权利形态，不仅存在于私法中，也存在于公法中。这种权利形态不仅是私法权利实现其功能的关键所在，对公法权利功能的实现也具有重要的意义。

德国学者耶林内克是较系统借鉴民法请求权的理论和体系来阐述公法请求权的学者之一。在《现代公法权利体系》一书中，他认为，作为实现某种利益的意志能力（Wollenkönnen），私法权利往往具体地体现为私法的请求权，公法权利也有此特征。私法的请求权来源于特定的法律状态或法律地位，公法请求权也产生于特定的法律状态。^{〔8〕}法律地位或状态既是公法请求权的基础，也是请求权本身所要服务和保障的目的所在。在私法中，要求某人交付某物的请求权可能来源于债权的法律地位，也可能来源于物权的法律地位，这种原理可运用到公法中。^{〔9〕}耶林内克把公法中作为请求权基础的状态称为法律关系，认为这种法律关系体现了公民在与国家关系中不同的法律地位：其一为被动地位，指向个体对国家的服从义务；其二为消极地位，指向公民的自由权；其三为积极地位，指向公民从国家的受益权；其四为参与地位，指向公民的参政权。这四种法律地位中，被动地位导致个体对国家的服从义务，不能够支持个体的公法权利，而消极地位、积极地位、参与地位则支持公民个体的公法权利。公法请求权作为一种意志能力是一种表征，支持公法请求权的是公民在与国家关系上的不同法律地位。内容相同的请求权可服务于不同的目的，因此要深入到请求权的目的结构中，分析请求权所服务和保障的法律状态和地位。^{〔10〕}如同在民法中人们经常用物权来代表物权法律关系和地位，用债权来代表债权法律关系和地位，为了讨论问题的便利，基础性公法权利也在公法中成为基础性法律关系和地位的替代。一方面，基础性公法权利是公法请求权的基础，另一方面，公法请求权服务于基础性公法权利。耶林内克把公法请求权和基础性公法权利进行了区分，遗憾的是，并没有把这种公法请求权和基础性公法权利区分的思想进行系统的阐述并贯彻始终。

（三）行政法上的请求权类型

公法请求权是基于基础性公法权利，请求特定主体为或不为一定行为的权利。在宪法层面，公法请求权的义务主体可能是立法机关、司法机关或行政机关。本文着重从行政法的角度来讨论公法请求权，即基于基础性公法权利，请求特定行政机关为或不为一定行为的权利。

自由和财产权被公认具有公法权利性质，其指向的是个体的自由空间，即国家赋予公民自己主宰的、没有国家介入和国家强制的空间。在这个自由空间中，个体通过其自由意志和行为来实现其目的，实现自身发展。^{〔11〕}自由和财产权的主要权能是支配和防御，即权利主体对自由空间的支配并防御来自公权力机关的违法干预。公法中的自由和财产权与民法中的物权类似，在通常情况下，不特定的义务主体承担不作为的义务。区别在于，民法中的义务主体是物权人以外的其他所有人，而公法中自由和财产权的义务主体为所有公权力机关。在行政法中，自由和财产权的义务主体通常为不特定的行政机关。当自由和财产权受到特定行政机关的不法侵害或有受特定行

〔8〕 Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Recht, Neudruck der 2. Auflage Tübingen 1919, Scientia Verlag Aalen 1964, S. 86.

〔9〕 Walter Pauly und Martin Stebinger, Staat und Individuum. Georg Jellineks Statuslehre, in: Andreas Anter (Hrsg.), Die normative Kraft des Faktischen; Das Staatsverständnis Georg Jellineks, Nomos Verlag 2004, S. 146—147.

〔10〕 参见前引〔8〕，Georg Jellinek书，第146页。

〔11〕 参见张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第48页。

政机关侵害之虞时，自由和财产权的权利主体享有干扰防御请求权。干扰防御请求权主要包括以下类型：首先，当公民的自由和财产权受到行政机关违法限制或干涉时，针对具体行政行为 and 抽象性规范行为，公民享有撤销行政机关行为的请求权，针对行政事实行为，公民享有停止作为请求权。在行政机关行为撤销或停止后，公民还享有违法后果消除请求权，请求行政机关消除对公民自由和财产不利的违法后果，回复自由和财产未受侵害或干扰的状态。其次，当公民的自由和财产权有受特定行政机关侵害之重大威胁可能时，公民享有预防性的干扰防御请求权。比如，当行政机关准备在一个违法的地点批准设立一个化工厂时，周围的居民为了保护自己的人身健康权可以请求行政机关不批准此化工厂的设立。再次，当公民的自由和财产权不能回复原状时，公民享有替代性请求权，即损害赔偿请求权。广义的损害赔偿请求权除了针对违法侵害或限制的公法赔偿请求权外，还包括合法的公权力行为对公民自由或财产限制和损害时公民享有的补偿请求权。

受益权是公民从国家分享和获得利益的权利。按照耶林内克的权利理论，受益权反映的是一种主动地位关系，国家向个体承担积极作为的义务，而个体对国家享有请求权。日本宪法学家芦部信喜对耶林内克的权利划分进行了修正，用社会权替代受益权。^[12]实际上，受益权内容的不断丰富和发展，与社会权在当代社会的兴起和发展是同步的，所以这种替代也符合现实的权利规范形态。在受益权的法律关系中，请求权是其核心内容和权能，除了请求权的内容外，虽然还有受领权、选择权、终止权、排除公权力机关及他人侵害的权能等，但请求公权力机关从事特定行为（给付）的权能无疑是受益权最核心的内容和权能。这种请求权可以简称为给付请求权。与自由和财产权在通常情形下的义务主体不特定不同，受益权要成为一个公法权利，其义务主体必须是特定的。从司法实践考察，世界各国法院通行的做法是，不承认宪法或国际公约的社会基本权和其他有关社会保障的条款赋予了公民能够直接向国家社会保障机构行使的给付请求权，只是把这类条款解释为国家的社会保障义务。因为国际公约和宪法层面的社会基本权在给付主体和给付内容这两个方面都不特定，^[13]如果法院通过解释将宪法层面的社会权条款具体化并进行司法救济，则会涉足自己不熟悉的具有高度政治性的分配问题，所以法院通常将此种问题留给立法机关去解决。受益权的行使要依据行政法层面具体的社会给付立法。在具体的社会给付立法中，权利主体、给付内容和给付主体都得到规定，公民的社会给付请求权方得以成立。伴随着给付行政在当代社会的迅猛发展，许多国家通过社会给付立法或者公法合同方式确认了公民请求给付的权利，基于受益权的公法请求权在当代社会成为重要的公法请求权形态，某些情形下甚至成为受益权的替代名词。

参与权是不同于自由权和受益权的第三种基础性公法权利。参与权所代表的是个体作为国家的一个成员参与国家意志形成的地位。在耶林内克的年代，公民对行政管理的参与还没有蔚然成风，参与权主要表现为宪法层面的政治权利。随着近年来参与行政、透明行政和公民社会的积极发展，参与权已经成为行政法中的重要权利类型。基于参与权的公法请求权，是干扰防御请求权和给付请求权的混合体。一方面，参与权本身包含请求行政机关提供参与条件和参与机会的权利，如公民享有请求特定国家机关公布相应信息的权利。此种情形下的请求权属于给付请求权。另一方面，当行政机关侵犯公民的行政参与权而违法作出行政行为时，公民享有撤销违法行政行为的请求权或补正违法程序的请求权。此种基于参与权的公法请求权，功能在于回复或确保参与权不受侵害或限制的圆满状态，与基于自由和财产权的公法请求权类似。

综上所述，基于自由和财产权的干扰防御请求权和基于受益权的给付请求权是公法请求权的两种典型形态，而从请求权的基础法律关系角度，公法请求权则主要包括基于自由权的请求权、

[12] 参见 [日] 芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社 2006 年版，第 73 页。

[13] 参见 [德] 康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆 2008 年版，第 236 页以下。

基于受益权的请求权和基于参与权的请求权。^[14]此外,平等权能与自由权、受益权和参与权结合可以衍生出平等自由权、平等受益权和平等参与权。公民基于平等自由权、平等受益权和平等参与权也应享有相应的请求权。这种请求权也是给付请求权和干扰防御请求权的组合。不可忽视的是,现实生活中还存在着特殊形态的公法请求权,主要包括以下两种情形:第一,给付请求权在例外的情形下也可基于自由和财产权并服务于自由和财产权。例如“附许可保留的禁止”类行政许可请求权,国家为了公共利益的需要,在公民享有一般自由权的事项中设置控制式许可,公民则享有行政许可请求权,即只要申请人的情形符合法定条件,行政机关应当颁发行政许可。第二,撤销请求权在例外的情形下也可基于受益权并服务于受益权。例如当行政机关违法终止一项行政给付时,公民即可通过撤销行政机关违法行政决定的请求权来实现自己的受益权。

(四) 公法请求权和私法请求权的性质差别

德国现代公法权利理论的集大成者奥托马·比勒尔(Ottmar Bühler)曾经对公法权利下了一个著名的定义:“公法权利指公民基于法律行为或以保障其个人利益为目的而制定之强行性法规,得援引该法规向国家为某种请求或为某种行为之法律地位。”^[15]公法权利作为私人所享有的、以公权力机关为义务主体的权利,核心要义在于对公民个体利益的维护。“公民个体利益”或表现为个体的自由空间,或表现为由国家公权力机关对公民个体的给付,或表现为以个体利益为主导的政治实践和政治参与。

这种以自由主义和个人主义为理论基础的公法权利观,近年来在理论和实践层面都受到了挑战。在理论层面,社群主义对近代以来西方片面强调个人利益的思想 and 实践进行了一系列的批评,认为普遍的善始终优先于个人的权利,公共利益必须优先于个人利益。共和主义则强调通过公民公共精神的培养和制度的构造来消解个体之间、个体利益与公共利益之间的对立冲突,以达到个体利益和公共利益的和谐共存和良性互动。^[16]在实践层面,不以私人利益为要义的公法权利形态也已经迅速发展。德国法以个体利益为核心要义的传统主观公法权利理论没有在欧盟法中采纳。欧盟法中的公法权利是法律规范赋予个体的一种法律地位,根据此法律地位个体能够请求公权力机关履行其义务,并能够最终诉诸法院使公权力机关履行其义务。这种公法权利不以私人利益为必不可少的核心要素,因为赋予个体公法权利这一法律决策不一定是出于保护私人利益的目的,而是为促进联盟公共利益的实现。在欧盟的法律规范中,一些公法权利赋权条款的目的是试图通过激发私人的法律保护积极性来推动成员国切实履行欧盟法所规定的客观义务,从而促进欧盟的一体化和联盟的利益,而不是为了保护权利主体的私人利益。^[17]此外,伴随着公民社会的积极发展和公众行政参与运动的兴起,包括听证权、信息公开请求权等行政法领域中的参与权在越来越多的国家的行政立法中得到确认。这些行政参与权的赋予和享有,并不以个体或私人利益为前提和目的。大量民间社会团体行政参与权利的赋予,更是超越了公法权利以私人或个体利益为要义的传统。即使在强调个体公法权利的私人利益目的的德国,近年来受欧盟法影响,也已经突

[14] 根据张翔和上官丕亮的研究,自由权不仅仅指向行政机关的不作为义务,也指向积极的给付义务;而社会权不仅仅指向行政机关的给付义务,也指向其不侵犯的不作为义务,因为对公法权利公权力机关具有消极尊重和积极保障的义务。上述分析无疑是具有说服力的,根据这种理论,回复或确保基础权利不受侵害或限制的圆满状态的干扰防御请求权可能是居于受益权并可服务于受益权,而给付请求权可能是居于自由权并服务于自由权。笔者认为,上述观点并不能推翻基于自由权的请求权为干扰防御请求权的典型形态,而基于社会权的请求权是给付请求权的典型形态,因为自由权主要指向行政机关不干涉的义务,而受益权主要指向行政机关积极给付的义务。参见上官丕亮:《论宪法上的社会权》,《江苏社会科学》2010年第2期;前引[11],张翔书,第39页以下。

[15] Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin u. a.; Kohlhammer 1914, S. 224.

[16] 曹海军:《论公民身份的二重性》,《学海》2008年第3期。

[17] Martin Nettesheim, Subjektive Rechte im Unionrecht, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 132 (2007), S. 345.

破了传统的公法权利观。例如，德国环境信息法第3条第1款规定了获得环境信息的请求权：“每个人都有权根据法律的标准通过获得本法第2条第1款规定的义务主体所掌控的环境信息，不必证明对此信息具有法律的利益。”^{〔18〕} 此类不以个体或私人利益为前提和目的的公法请求权的赋予，为公民的公共精神和公共美德的发展创造积极的制度条件，是促进个体利益和公共利益协调和良性互动，实现善治的重要举措。

在私法中，个体是以市民的身份出现的，所以个体私法请求权的目的是和要义在于维护个体的私人利益。而在公法中，个体是以公民的身份出现的，公民并非不维护个体的私人利益，但一个具有美德的公民不应当仅仅为了私人利益而斗争，他同时应当具有公共精神，积极参与到公共治理和公共利益的维护中。因此，公法请求权虽然是一种个人权利，但并不一定为了个人利益。

（五）公法请求权与基础权利、诉权的关系

公法请求权的赋予、行使和保护对基础权利的功能实现具有举足轻重的意义。干扰防御请求权是自由和财产权能够实现其支配功能的关键所在。对公法受益权来说，请求权是其最核心的内容和功能，赋予公民请求给付的权利、对公民给付请求权的行使提供便利、在必要时对公法请求权提供法律救济，就成为公法受益权功能实现的核心要义。

诉权即向法院请求法律保护的请求权。在广义上，诉权也属于公法请求权的一种类型。但在本文的讨论中，公法请求权与诉权被界定为两种不同类型的权利，诉权作为一种程序法上的权利不在本文的公法请求权涵盖范围之内。行政法上的公法请求权是一种实体法上的权利，可以不通过诉讼而直接向行政机关行使。如果行政机关履行其给付义务，公民不须诉诸法院寻求司法保护；如果行政机关不履行其给付义务，公民在法律授予其诉权的前提下可提起诉讼。诉权的赋予对公法请求权的保障具有重要意义，如果仅仅赋予公法请求权而没有赋予诉权，则公法请求权就丧失了最重要的救济渠道。但公法请求权并非赋予诉权的必要条件，比如确认之诉与实体法上的公法请求权就没有关联。在司法审查中，原告是否享有诉权是程序审查阶段解决的问题，而是否享有公法请求权以及请求权的具体内容是实体审查阶段需解决的问题。

二、行政法上请求权的规范基础

行政法上的请求权可以通过以下方式得到确认和支持：

（一）法律法规规定的公法请求权

法律法规规定的公法请求权分为两种类型：其一，法律法规通过直接的赋权性条款规定公民和法人的公法请求权；其二，法律法规没有直接规定公民或法人的公法请求权而只是规定了特定行政机关从事某种行为的义务或职责，但可以依据法律规范的目的从义务或职责条款中推导出公法请求权。

1. 法律法规直接规定公民或法人的公法请求权

最简单的情况是，法律中已经明确含有对请求权的表述，而且公民也符合请求权的相应条件。^{〔19〕} 在西方近代社会，行政的主要形式是干预行政，行政法的主要理念是防止和控制行政权力对公民自由的不当侵害和限制，公法请求权的类型主要限于干扰防御请求权和赔偿请求权。而在当代社会，虽然各国具体的制度设计各有不同，但给付行政成为与干预行政并列的重要行政类型却是不争的事实。国家担负着通过积极的给付来确保公民的生存权等基本人权实现的生存照顾

〔18〕 Arno Scherzberg, Subjektiv-öffentliche Rechte, in Erichsen/Ehlers (Hrg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2005, S. 334.

〔19〕 参见〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第440页。

义务。^[20]而且,这种社会给付义务与传统主权者居于完全主动和居高临下的救济性质的给付已经全然不同,行政机关是否给付并非凭借自己的自由裁量,而是受到法律的约束。最有效的约束是直接赋予公民请求特定给付的权利。

2. 法律法规通过义务或职责条款间接赋予公民或法人的公法请求权

并非所有的法律对请求权的授予都进行明确的表述,许多行政立法并没有通过直接的赋权性条款授予公民公法请求权,而只是规定了行政机关的义务或职责。从行政机关的义务和职责条款中是否必然能够推导出公法请求权是公法中的一个难题,很多时候取决于法官的解释。我国有学者认为,只有当行政机关的作为义务是一种法定的、特定的作为义务时,行政机关的行政不作为才违法,法院方可应行政相对人的请求判令行政机关履行职责。^[21]这种以行政机关作为义务的特定化为行政相对人公法请求权成立以否的解释方法,在理论上有其不足之处。因为,特定化的义务是一个相对的概念,而通过法律解释把行政机关的一般性义务在个案中特定化正是法官的义务和专长,以特定化为公法请求权的判断方法在逻辑上是不成立的。德国、日本和我国台湾地区的传统理论认为,行政机关的特定客观义务并不必然与公民或法人公法权利相对应。^[22]公法中有大量的规范,比如国家机关组织规范中有大量条款涉及国家权力机关的相应职责,这些职责并不当然地产生相应的公法权利。又如,国家的生态保护义务已为许多环境行政法所规范,但一般性的请求国家机关履行保护生态义务的公法请求权并没有得到学理的支持。^[23]根据德国、韩国和我国台湾地区采用的保护规范理论,在法律没有明确授权时判定(主观)公法权利须同时考虑以下两个条件:其一,法律规范使公权机关负有作成特定行为的义务(强制性义务规范的存在);其二,该规范必须至少同时具有保护人民个体利益的目的,这一点对解释个体是否享有公法权利至关重要,因为某些行政法规范纯粹是为了维护公共利益而设定的,即使这些规范给行政机关设定了相应的义务,也不能从中推导出公民个体的公法权利。^[24]此种情形下,行政机关义务或职责的履行只能通过政治程序去促进和监督(例如通过选举或国会的监督)。但是,当法律规定某种特定公法义务的规范目的不仅仅是公共利益,还包括保护公民个体利益时,则可从义务性规范中推导出公民的公法请求权。

(二) 基于公法合同的请求权

如果一个有效的公法合同中规定行政机关对当事人承担作出特定行政行为、从事特定事实行为的义务或特定的不作为义务,则当事人即可根据此有效公法合同向行政机关行使请求权。即使是违法的公法合同,当事人也可依此合同向行政机关请求履行相应的义务,只要此合同不是自始无效的并且没有被撤销。^[25]

(三) 行政承诺确认的公法请求权

如果某一行政机关对相关的行政行为或事实行为作出过有效的允诺(例如行政奖励),那么符合条件的行政相对人即可依此允诺向此行政机关请求履行允诺的内容。一个有效允诺的前提是:有管辖权的行政机关以书面的形式对此作了决定,而且该决定并非自始无效的。^[26]根据诚信原则和合法预期保护原则的精神,行政相对人具有请求行政机关履行其单方允诺的内容的权利。

[20] 参见陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第46页以下。

[21] 参见周佑勇:《行政不作为判解》,武汉大学出版社2000年版,第59页以下。

[22] 参见许志雄等编:《月旦法学教室(3)》,台湾元照出版公司2002年版,第244页;Eberhard Schmidt-Assmann等:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第296页以下。

[23] Joachim Wolf, Umweltrecht, 2002, S. 131f.

[24] 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第155页;前引[22],许志雄等编书,第244页。

[25] 参见前引[19],胡芬书,第440页。

[26] 同上。

（四）类推适用民法相关规定的公法请求权

当公法请求权是基础公法权利核心内容和功能时（以受益权为典型），往往可以在法律法规、行政合同或行政机关的允诺中找到依据，但回复基础权利不受非法侵害或限制的状态的公法请求权却并不一定能在以上三种类型的依据中找到基础。例如干扰防御请求权的规范基础可以来自行政法律的具体规定，或是基于基本权利的防御权能，但如果缺乏公法上防御请求权的相关条文依据，行政相对人则可类推适用民法的相关规定，^{〔27〕}主张预防性的排除干扰和非预防性排除干扰请求权。在请求权的具体构成要件上，要分析以下三个要点：其一，是否存在可归属于请求权主体的法益；其二，相关法益是否受到了国家行政机关事实上的妨碍；其三，妨碍是否是违法的，是否超出了当事人的容忍限度。^{〔28〕}再如损害赔偿请求权，当国家赔偿法和其他专门行政法律法规提供了请求权基础时，可适用公法的规范，但如果找不到公法规范作为请求权规范基础时，行政相对人可以类推适用民法的相关条款作为请求权规范基础。这类可以类推适用民法相关规定的公法请求权还包括后果消除请求权、公法上不当得利返还请求权以及公法上无因管理请求权等。

（五）从宪法基本权推导出的请求权

结合个案情形和宪法基本权的规定，当事人可以宪法基本权为规范基础，从基本权利中推导出给付请求权。但是，只有当基本权利提供了一种主观上的给付请求权时，宪法基本权利条款方可成为请求权的规范基础，如结合我国宪法第33条规定的平等权和具体行政法中行政给付的具体规定所推导出的平等给付请求权。

三、公法请求权的行政立法确认

对公民的公法请求权进行全面确认和有效保护，是我国的行政实体立法和行政诉讼制度的重要任务。在行政立法中，给付请求权的立法确认是受益权能够得以实现的关键所在，因为给付请求权是受益权最核心的内容。对行政机关违法行为的撤销请求权、预防性干扰防御请求权、违法行政事实行为停止请求权、违法后果消除请求权以及赔偿或补偿请求权的确认，对自由和财产权的保障也具有重要意义。由于篇幅关系，本文着重讨论给付请求权的立法确认。

近年来，我国的行政法制正面临着巨大的挑战，需要积极的变革去应对。社会财富分配不公、弱势群体的生存权和发展权实现的困境、环境污染等社会问题，对政府的积极作为提出了更高的要求 and 期望。“加快行政管理体制改革，建设服务型政府”已经成为我国行政法制建设中的一个重要命题。服务型政府理念的兴起要求政府革新行政行为方式，更要拓展出新的领域。给付行政就是近年来行政立法积极拓展的领域之一。政府的积极给付行为，一方面力图促成作为服务行政核心的“生存照顾”任务的实现，更进一步为公民的自由发展创造必要的条件。^{〔29〕}

公法请求权的立法确认对服务型政府的建设具有至关重要的意义。服务型政府是一个含义丰

〔27〕 关于行政法规范能否适用类推，学术界有肯定说和否定说两种观点。笔者认为，对于保障公民权利、受益于公民的行政法规范，可以适用类推来保障公民权利。对行政法规范是否能类推适用民法规范学术界存在三种观点：否定说认为在行政法中适用依法行政原则，所以不能类推适用民法规范；肯定说则认为现代法律具有价值的一致性，因此可以把民法中的规范类推适用于行政法中；有限度的适用说认为在特定界限内可以类推适用民法规范。笔者认为行政法规范在特定的条件和界限内可以类推适用民法规范，因为现代行政法越来越强调行政机关和公民之间权利义务的相互性和对等性，因而，在经过价值的权衡之后，对于公民权利保护的规范，可以类推适用民法规范，但对于行政机关的权责规范，不能类推适用民法规范。关于行政法中类推的讨论，请参见朱敏贤：《公法上纸类推适用》，台湾《法学业刊》第187期；王旭：《行政法解释学研究——基本原理、实践技术与中国问题》，中国法制出版社2010年版，第232页以下。

〔28〕 参见前引〔19〕，胡芬书，第451页以下。

〔29〕 罗文燕：《服务型政府与行政法转型》，《法商研究》2009年第2期。

富的概念，其核心理念是把公民作为行政权力的服务对象，而政府担当服务者的角色。^{〔30〕}政府提供服务要能够在现实生活中落地生根，离不开公法请求权的法律确认。通过立法赋予公民公法请求权，服务的提供就不仅仅是政府率性而为的一种政治运动，而是通过规范的力量赋予公民的一种主动法律地位。行政机关如果怠于相应的给付，就不仅仅是政治责任或道义责任，而是法律责任。如果法律规定的给付请求权内容已经在事实上不可能实现，则公民还能够以行政不作为的赔偿请求权要求行政赔偿。^{〔31〕}

立法对公法请求权的确认有直接确认和间接确认两种方式。直接确认是在立法中直接规定相应的主体向特定行政机关请求特定给付的权利。间接确认则并不规定公民的公法请求权，而是规定特定行政机关的给付义务或职责，然后通过法律解释来推导出相应的公法请求权。由于行政机关从事特定作为的义务或职责与公民的公法请求权之间并不必然对应，所以从行政机关义务或职责条款能否推导出公民的公法请求权就需要借助保护规范理论来解释。而具体的法律规范是否包含着保护公民个体利益的目的，在解释中往往是一个充满争议的话题。因而，如果客观条件已经成熟到通过立法建立一个相应的标准来直接确认公民的公法请求权，则采用直接确认的方法更有利于公民公法请求权的实现，避免出现给付不公平、不透明、不到位的情形。

德国是社会治国理论的重要发源地，其给付行政的法律理论和立法实践是大陆法系国家的典范之一。在给付行政方面，德国最重要的立法文件是体系全面、逻辑严谨的社会法典。这一法典贯彻了保障公民社会受益权的立法理念，建立了系统、全面的公民受益权体系。而作为社会收益权核心内容的公法请求权，在这一法典中得到全面的确认。法典大量采用了直接规定的请求权确认方法。法典第1编第2条规定，公民可以根据法典所规定的具体请求权的内容和条件享有请求权（虽然否定了公民根据宪法社会保障条款直接推导出社会保障请求权），法典所规定的社会权利应当在解释法律规定和进行裁量时予以尊重，应当尽可能地确保社会权利的实现。法典直接赋予了多种具体的公法请求权，如第1编第14条规定了适用于所有社会给付的建议请求权：“任何人对于本法典所规定的权利以及义务有权请求获得建议。负责提供建议的是作为行使权利或者履行义务对方当事人的给付行政机关。”从第18条到第29条直接规定了公民对各种社会给付请求权的具体内容和条件。如第18条规定了教育资助的请求权，第19条规定了工作促进的请求权，第21条规定了医疗保险的公法请求权，第22条规定了工伤的社会保险请求权。

在我国，有关社会给付的立法中，公法请求权的立法确认尚有改进的余地。首先，我国的社会给付立法中用得最多的是间接确认方法。例如，社会救助法草案第18条规定：“符合专项救助标准的家庭子女，在义务教育阶段，县级以上地方人民政府应当免费提供教科书，补助寄宿生生活费；在中等、高等教育阶段，按照国家有关规定提供助学金等救助，有关教育机构可以酌情减免学费。学校及其他教育机构应当配合政府做好教育救助工作。”该草案第20条规定：“符合专项救助标准的家庭住房困难的，县级人民政府应当按照规定通过提供廉租住房、住房租赁补贴、经济适用住房等方式予以保障，在寒冷地区还应当给予冬季取暖补助。”类似此种通过规定政府职责和义务的方法来隐藏或暗含授予公民给付请求权利的立法模式，在我国的法律中广泛存在。这种间接确认公民给付请求权的方法，虽然可以给予政府部门更多的灵活性和机动权力，但不利于公民权利的真正实现，容易造成社会给付中的不公平现象，也不利于司法对社会给付的监督。与直接确认公法请求权的立法条文相比，通过义务或职责条款的方法对公民请求法院判决社会给付的赋权是模糊的，需要法院借助保护规范理论对法条进行解释。因此，如果客观条件允许，应当尽可能地采用直接确认公法请求权的立法方法。其次，一些立法虽然采取了直接确认公法请求

〔30〕 孙选中：《服务型政府及其服务行政机制的研究》，中国政法大学出版社2009年版，第22页。

〔31〕 王和雄：《论行政不作为之权利保护》，台湾三民书局股份有限公司1994年版，第11页。

权的立法方法,但由于缺乏相应的规范去界定公法请求权的具体内容,也使公民公法请求权不能得到切实保障。例如,最新颁布的社会保险法第2条确认了公民请求社会保险方面物质给付的权利,但这些社会保险给付请求权的最终落实,还得依赖于未来各种具体的社会保险规范对给付内容和义务主体的具体化。

四、公法请求权的司法保障与行政诉讼制度改革

关于行政诉讼的功能,我国学界有二功能说、三功能说、四功能说等多种学说。^[32]尽管各种学说对行政诉讼的功能有不同的理解,但基本上都认同行政诉讼具有保护权利和实现客观的法律秩序两个功能,分歧仅在于行政诉讼除此两个功能外是否具有其他功能以及其他功能的具体内容。可以说,保护公法权利和实现客观的法律秩序是行政诉讼最重要的两种功能,行政诉讼的客观诉讼模式与主观诉讼模式即由此划分。主观诉讼模式是指国家设立行政诉讼制度的核心功能在于保障公民的公法权利,而客观法秩序的维护只是保障公民公法权利的附带功能。客观诉讼模式是指国家确立行政诉讼制度的目的是维持客观公法秩序并确保公法实施的有效性,其功能取向在于协助行政创造或重建行政行为的客观合法性。^[33]

我国行政诉讼法第1条规定:“为保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权,根据宪法制定本法。”由此可以认为,我国目前的行政诉讼采取了兼顾客观公法秩序维护和主观公法权利保护两种功能的模式。如何处理公法权利的保护和客观公法秩序的维护两种功能之间的关系是我国行政诉讼制度完善的核心议题之一。学界对此有“客观法律秩序维护模式为主,兼顾主观公法权利保护”和“主观公法权利维护为主,兼顾客观公法秩序维护”等观点。^[34]实际上,这两大功能的关系,不能简单地用以何功能为主来进行解释。主观公法权利保护,应当定位为行政诉讼的基础功能目标。这一目标的实现是行政诉讼制度应当确保的“底线”。如果连公法权利都不能保护,谈何客观公法秩序的维护。对主观公法权利的保护,确保个体利益和自由不被行政机关以公共利益的名义违法地进行剥夺,确保公民参与公共行政的机会不被剥夺,本就是民主法治社会客观公法秩序的最基本价值。

请求权源于基础性权利并服务于基础性权利,是基础性权利在实现过程中的逻辑要求;请求权得不到立法上的确认和司法上的保障,意味着基础性权利仅仅停留在“宣言”阶段。在这个意义上,通过行政诉讼保障公民的公法权利,首先就意味着对公法请求权的保障。而就我国目前正在进行的行政诉讼制度改革而言,最基本的考虑应该是结合行政法上的请求权类型来调整和完善行政诉讼的类型,尽可能使每种请求权均能通过相应的诉讼类型得以审查和保障。

我国目前行政诉讼的类型有撤销之诉、履行法定职责之诉、变更之诉、确认之诉和行政赔偿之诉。撤销之诉的功能在于对公民的防御请求权中的撤销请求权提供保护。履行职责之诉主要是保护当事人的给付请求权。赔偿之诉以保护当事人的行政赔偿请求权为核心。而变更之诉和确认之诉的主要功能在于变更或确认某种行政行为、行政法律关系或行政事实,与本文所说的公法请求权的保护并无直接关系。如此,撤销请求权、行政赔偿请求权和给付请求权以外的其他请求权,如干扰防御请求权中针对事实行为的停止作为请求权、预防性干扰防御请求权、违法后果消除请求权等,在目前的行政诉讼体制中如何进行保护是不清晰的。

如何改革我国的行政诉讼制度以弥补我国行政诉讼法在保护公法请求权上的不足?本文认为,一方面,可以扩展撤销之诉所保护的请求权范围,把撤销之诉所保护的请求权从违法具体行

[32] 参见邓刚宏:《论我国行政诉讼功能模式及其理论价值》,《中国法学》2009年第5期。

[33] 同上。

[34] 同上。

政行为撤销请求权扩展到包括违法抽象行政行为撤销请求权、违法行政事实行为撤销请求权在内的广义撤销请求权；另一方面，可以将履行职责之诉改造为一般给付之诉从而在一定程度上对公法请求权进行兜底性的保护。

由于公法请求权是一个体系复杂、类型众多的体系，理论的分析 and 列举不一定能穷尽公法请求权的所有形态，而且，随着现实立法的发展还可能会产生新的公法请求权类型，所以需要设计一种诉讼类型对公法请求权进行补充性和兜底性的保护，即在公民的公法请求权不能通过其他诉讼类型进行保护的情形，都可以诉诸此种诉讼类型进行兜底性的保护。在德国，预防性不作为请求权、公法上不当得利请求权、违法后果消除请求权、以作出特定事实行为为请求对象的公法请求权、颁布行政规范的请求权等，均可通过一般给付之诉进行保护。本文认为，这种做法可以借鉴。我国目前的履行职责之诉所保护的是给付请求权，但其实体审查以行政不作为违法理论为支撑，仅仅能够对请求行政机关从事特定作为的请求权进行保护，而对请求行政机关不进行某种作为的停止作为请求权和预防性不作为请求权不能提供保护。如果将履行职责之诉改造为一般的给付之诉，那么它就不能能对请求作为（积极给付）的公法请求权进行保护，还能够服务于请求不作为（消极给付）的公法请求权，不仅能对行政法律法规规定的公法请求权提供保护，也能对其他没有行政法律法规直接支持的公法请求权进行保护，从而在一定程度上对公法请求权具有兜底保护功能。

Abstract: The claim method is one of the most important methods in the analysis of civil rights. This method can be introduced into administrative law, as the service administration (Leistende Verwaltung) plays a more and more important role in the society. A public law claim (Anspruch) refers to a request of a specific action or non-action against specific legal subject in public law, which is supported by an underlying right. Although a claim is rooted in an underlying right and in the serve of the realization of the function of the underlying right, it is a kind of substantive rights, has the general characteristics of a subjective right, and is also a link between substantive public law and procedural public law.

There are four types of typical public law claims, that is, claims based on rights to freedom and property, claims based on beneficial rights (social rights), claims based on rights to participation, and claims based on rights to equality. The norm basis of a public law claim can be a promise of an administrative agency, an administrative contract, a legal right which is stipulated in administrative norms, or the analogy of corresponding norms in civil law. A public law claim can also be traced back to a fundamental right in the constitution, if there are no specific legal norms to support this claim.

The incorporation of public law claims in the legislations and the effective protection of public law claims in the judicial practice play significant roles in a leakless protection system of public law rights. In order to promote the protection of public law claims in China, legislators should incorporate claims in norms directly and clearly, so long as it is possible in the specific situations. In addition, administrative litigation system should be reformed to meet the needs of effective and leakless protection of public law claims, especially, the litigation to apply an administrative organ to perform its statutory duties should be reformed to be one which can provide leakless protection for public law claims.

Key Words: public law, claims, administrative law
