

行政行为在德国行政诉讼中的功能变迁

龙 非*

内容提要：行政行为概念功能的变迁，同行政诉讼制度的功能定位有着密切联系。行政行为是为划定公权力边界而创造的概念，当权利保护进入无漏洞救济的时代，行政行为无力承担这一功能，从而不得不让位于主观公权利。如果对行政行为做过于宽泛的界定，可能会导致其本来肩负的程序法上的定型化功能和诉讼法上的类型化功能的衰竭甚至丧失。如果我国行政诉讼也要确立无漏洞权利保护机制，可能需要考虑加强对“合法权益”等概念的研究，以适应权利保护的完整逻辑体系。

关键词：行政行为 主观公权利 行政诉讼 无漏洞权利保护

在我国《行政诉讼法》中，行政行为承担着界定受案范围的功能。几乎每一次关于扩大行政诉讼受案范围的争论，都同时伴随着扩展行政行为范围的讨论。2014年修改《行政诉讼法》时将“具体行政行为”改为“行政行为”，核心目的之一就是尽可能地扩大行政诉讼受案范围。^{〔1〕}但是，行政行为在扩展范围的同时也给法学研究和司法审判带来了一系列挑战。从法学的角度而言，宽泛的外延和模糊的内涵，会导致概念丧失其应有的类型化功能；从司法审判的角度而言，“大一统”的行政行为概念也难以承担精细化行政审判的需求。

传统行政行为的概念来自于19世纪末德国学者奥托·迈耶的界定。在德国，以行政机关的行为作为行政诉讼标的也具有相当悠久的历史，^{〔2〕}但在《行政法院法》实施之后，其第40条第1款以“非宪法的公法争议”作为受案范围的标准，并进一步结合该法第42条第2款关于诉讼权能的规定，共同划定了行政法院的审判权限范围。自此，行政行为这个概念在行政诉讼法上不再用于划定受案范围，而仅仅作为划定诉讼类型的依据，并作为一种法定行政活动类型为行政程序

* 龙非，中国证券投资者保护基金有限责任公司法律部副总监。

〔1〕 参见童卫东：《进步与妥协：〈行政诉讼法〉修改回顾》，载《行政法学研究》2015年第4期。

〔2〕 实际上，即使在《行政法院法》实施之后，在相当长的一段历史时期内，司法实务也将能否构成行政行为作为判断行为是否可诉的重要标准。Vgl. BVerwGE 3, 258.

提供定型化的基础。

行政行为这一概念在德国行政诉讼中的功能为何会发生转变?探究这一问题的答案无疑对于我国行政行为概念的发展具有重要的参考意义。本文将对德国行政诉讼受案范围的发展历史进行梳理,以探究行政行为概念在行政诉讼中功能变迁的原因。

一、中世纪至19世纪中叶——行政行为产生之前的德国行政审判

德国的行政诉讼制度萌芽于16世纪上半叶,其自诞生之初就带有强烈的个人权利保护色彩。虽然行政诉讼的标的主要以行政机关的行为作为连接点,但行为所指称范围比较宽泛,并不具有严格意义上界定受案范围的功能。

(一) 枢密司法时期

1495年,神圣罗马帝国成立了帝国枢密法院(Reichskammergericht),其后又成立了帝国最高参事院(Reichshofrat),这一时期的司法审判又被称为枢密司法(Kammerjustiz)。不过,这些机构并不是为审理行政诉讼案件而成立的。^{〔3〕}1525年“农民战争”之后,帝国统治者在强力镇压暴动的同时,也认识到需要给底层民众提供一个法律化的反映诉愿的渠道,允许其向法院提起诉讼成为首选的方案。^{〔4〕}于是,帝国枢密法院以及帝国最高参事院开始审理臣民起诉邦君侵犯其权益的案件,这些被称为“臣民诉讼”(Untertanenprozess)的案件成为行政案件的最早雏形。

“臣民诉讼”主要包括两类:一类是集体诉讼,是具有自治权的乡镇针对邦君的侵害行为提起的诉讼,其请求保护的是村民集体性的权利;另一类则是臣民个人针对州君主的侵害行为提起的个人臣民诉讼。^{〔5〕}虽然并没有针对这些“民告官”的案件单独设计诉讼程序,但是其在诉讼性质上已经与行政诉讼非常接近。这种案件发展非常迅速,据统计,到16世纪末的时候,帝国枢密法院每年审理的臣民诉讼案件已经达到700件左右。^{〔6〕}

这一时期并无特定的法律概念来指称受案范围,比如1555年《帝国枢密法院法》就规定,臣民针对邦君的管理行为不服,如果在州法院无法提起诉讼,可以向帝国枢密法院提起诉讼。^{〔7〕}这里的“管理行为”范围非常宽泛,可以涵盖行政管理活动的各个方面,对于界定受案范围的角度并不具有实质意义。这一时期无论是从法学研究的体系化角度,还是司法审判的精细化角度,都没有就行政机关的行为予以类型化的需求。虽然行为的范围比较宽泛,但是基于这一时期奉行的所谓“良好警察”的观念,统治者的行为原则上并不具有可诉性,只有在例外的情况下,如果臣民认为邦君的行为侵犯其“既得权利”(wohlerworbene Rechte),才可以通过向法院提起诉讼

〔3〕 Vgl. Karl-Peter Sommermann, Bert Schaffarzik, Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Springer-Verlag, 2018, S. 16-17.

〔4〕 参见前引〔3〕, Sommermann, Schaffarzik书,第5页。

〔5〕 参见前引〔3〕, Sommermann, Schaffarzik书,第16-17页。

〔6〕 Vgl. Heinz Schilling, Höfe und Allianzen, Deutsche Geschichte von 1648 bis 1763 (Siedler Deutsche Geschichte, 5), Berlin 1989, S. 114.

〔7〕 Vgl. Reichskammergerichtordnung 1555, S. 191.

的方式寻求救济。^{〔8〕}因此，德国的行政审判从一开始就与个人权利保护功能紧密相关。

（二）法院司法与行政司法

1806年神圣罗马帝国灭亡，帝国枢密法院和帝国最高参事院也随之终结。以普鲁士为代表的北德地区将原来的行政案件交给独立的普通法院进行审理，称为法院司法（Gerichtsjustiz）。由于受三权分立观念的影响，关于行政权会被让渡给司法权的担忧逐渐占据上风。虽然法院独立于行政机关，但在能否受理相关行政争议方面，普通法院在相当程度上会受制于行政机关的意见。^{〔9〕}再到后来，越来越多的法律规定将大量的行政争议明确排除于司法审查。^{〔10〕}1842年，《涉及警察处理行为的法律途径适法性法》明确规定，针对各种警察处理行为的异议都由其上级机关负责处理，实际上排除了司法审查，最终导致行政审判的范围受到了极大限制。即便如此，也保留了一个重要的例外情形，如果原告认为警察措施对其私人财产权造成侵害，仍然可以向法院提起诉讼，^{〔11〕}通过行政诉讼为公民提供私权救济的法律之门仍然没有关闭。

与普鲁士地区刚好相反，以巴登、符腾堡为代表的南德各州借鉴法国模式，在行政系统内部设立机构行使行政审判权，即所谓“行政司法”（Administrativjustiz）。“行政司法”制度的观念基础其实也是权力分立原则，基于这一原则，行政争议不能由普通法院审理，而是应当由行政系统自行处理。“行政司法”建立的初衷并不是为个人权利提供救济途径，而是立足于对行政活动的客观合法性进行控制。^{〔12〕}但是，客观合法性控制的功能并未得到体现，在实践中仍然转向了个人权利救济。^{〔13〕}而且，由于审判机构欠缺独立性，行政司法并没有取得应有的效果。到了1848年，《法兰克福宪法》第182条规定：“行政司法终止，一切权利侵害均通过法院救济”，否定了行政司法模式。^{〔14〕}

这一时期行政诉讼的标的通常是行政机关的处理（Verfügung）或者决定（Entscheidung）。^{〔15〕}比如1819年《符滕堡王国宪法典》第60条第1款规定：“枢密委员会职掌针对部长之处理行为的申诉审查。”^{〔16〕}“处理”“决定”这些概念也成为后来行政行为概念的重要基础，但是，其范围十分宽泛，其主要功能是对诉讼的审理对象进行描述而非严格的界定。直到德国现行《行政程序法》第35条对于“行政行为”的定义，也使用了这些表述方式。^{〔17〕}

〔8〕 参见前引〔3〕，Sommermann、Schaffarzik书，第24-25页。

〔9〕 参见前引〔3〕，Sommermann、Schaffarzik书，第210-211页。

〔10〕 参见前引〔3〕，Sommermann、Schaffarzik书，第213页。

〔11〕 参见前引〔3〕，Sommermann、Schaffarzik书，第213页；Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügung von 11. 05. 1842, GS, S. 192.

〔12〕 Vgl. André Niesler, Individualrechtsschutz im Verwaltungsprozess: Ein Beitrag zur Neujustierung des Rechtsschutzsystems der VwGO, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2012, S. 79.

〔13〕 Vgl. E.-U. Erichsen, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, Verlag Athenäum, 1971, S. 215.

〔14〕 Die Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849, § 182.

〔15〕 Vgl. Otto Kuhn, Die Trennung der Justiz und Administration; Ein Beitrag zur Staatsphilosophie und zum positiven deutschen Staatsrechte, Verlag Wigand, 1840, S. 103.

〔16〕 Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg, § 60 Abs. 1.

〔17〕 德国《行政程序法》第35条第1款规定，行政行为是指行政机关为解决公法领域中的具体事件所采取的，具有外部法律效力指向的任何决定、命令或其他高权措施。

二、19世纪下半叶至二战以前——行政行为与主观公权利的竞夺

从19世纪下半叶开始,德国现代行政诉讼制度逐步成型,行政行为这一概念也开始得到长足发展。但与此同时,另一个概念也几乎同时得到发展并体系化,这就是主观公权利。行政行为和主观公权利,在德国行政法学体系中形成相互并行的体系脉络,并进一步竞夺行政法体系基石概念的地位。

(一) 行政行为概念的产生背景

其实,在“行政行为”使用之初,其指称的范围相当宽泛。例如,1845年弗里德里希·施密特赫纳所著的《一般或者理想国家法的基本方针》一书中,就提到了这一概念,该书认为行政机关修建道路或者建设文化设施等各种行为,都属于行政行为。^[18]

但是,随着19世纪中叶权力分立观念的进一步广泛传播,立法权、行政权以及司法权之间需要有一个概念工具来划分边界。基于这一背景,行政行为这一概念很快就从宽泛的指称转而强调其处理对象的具体性以及国家意志的单方性,以与立法行为的普遍性及司法裁判的中间性相区分。^[19]例如,1874年奥托·吉尔克所著的《国家法的基本概念》一书,在使用行政行为这一概念时,就主要是与立法行为(Gesetzesakt)相对应。^[20]又如1886年艾德蒙德·贝尔纳茨克所著的《司法裁判与实体法律效力》一书,将行政行为定义为:“由法规授权的行政机关组织,根据抽象规定的行政程序所作出的一种宣告,该宣告在于有目的地针对具体的事件确定其法律关系。”^[21]该定义已经与现代意义上“行政行为”的指称范围相当接近。

19世纪下半叶,关于行政诉讼制度功能定位的争论达到顶峰,由此出现了所谓的北德方案和南德方案之争。北德方案强调行政诉讼制度应当立足于对行政行为的客观合法性进行审查,而南德方案则强调行政诉讼制度应当立足于救济公民权利。1863年,南德地区的巴登州成立了巴登州最高行政法院,这个法院就采取典型的个人权利保护模式,原告必须主张行政机关的处理行为对其权利造成侵害方可提起诉讼。到了1875年,北德地区的普鲁士成立了普鲁士高等行政法院,采取客观合法性审查模式与个人权利救济相结合的模式。不过,客观合法性审查仅限于特定行政管理领域,采取严格的列举主义,而在个人权利救济层面上则采取概括受案范围模式。

北德地区的概括受案范围有两种确定标准。一种是行政机关的行为,比如符腾堡州1873年《行政裁判管辖法》第13条规定:“除下列情形以外,任何个人、团体或者组织认为行政机关基于公法依据而作出的裁决或者处理不合法,并且侵害自己的权利或者施加了本来没有的义务时,高等行政法院有权就其针对该裁决或者处理所提出之异议作出裁判。”^[22]另一种则是以“行政争议”作为受案范围的判断标准,比如在汉堡和不莱梅,法院对于公法争议均有权作出裁判,而不必限于特定

[18] Vgl. F. Schmittbenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, Gießen 1845, S. 499.

[19] Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Verlag Mohr, 1892, S. 342.

[20] Vgl. Otto Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts, Verlag H. Laupp, 1874, S. 36.

[21] E. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S. 64.

[22] Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Ausgabe 3, Verlag Springer, 1931, S. 314.

行为。^[23] 行政诉讼受案范围从行政行为扩展至行政争议，为后来行政行为的式微埋下了伏笔。

（二）奥托·迈耶对行政行为的体系化

德国学界一般认为，现代行政法中的行政行为这一概念，是由迈耶塑造而成的。迈耶将行政行为定义为：“归属于行政的一种决断，其在个案中确定臣民的权利与义务。”^[24] 迈耶将行政行为作为其行政法体系核心概念的主要目的，是希望找到一个能够将行政活动统一于法治国背景下的概念工具。正如其在《德意志行政法》第二卷中所指出的：“行政行为这一概念首要的功能是以最简洁的方式描述行政法律程序，这一概念使得行政法学在使用行政行为这一概念时，就能够表明其具有的法律效力。”^[25] 在迈耶看来，行政行为这个概念完美地统一了警察国时期的各种行政活动形态，在此之前所使用“处理”和“决定”等概念均可纳入其中，^[26] 而在此基础上将各种行政活动置于法律框架之内，进一步体现了法治国的精神和要求。

迈耶认为行政行为这个概念已经可以囊括几乎所有在法治国语境下需要法治化的行政活动，因此臣民提起行政诉讼的基本前提之一就是诉讼对象应当是行政行为。^[27] 行政行为不仅作为划定权力边界的概念工具，同时也成为划定行政诉讼受案范围的标准。迈耶对于个人权利保护并不感兴趣，恰恰相反，他反对以保护权利作为行政诉讼的出发点。迈耶认为行政诉讼的重点不在于保护个人权利，而在于维护客观的行政合法性秩序。^[28] 他甚至认为，如果从保护权利的角度去建构行政诉讼，会导致许多不直接涉及个人权利的行政活动难以得到有效监督，从而导致合法性监督出现漏洞。^[29] 在迈耶看来，行政行为这个概念正好成为实现行政审判无漏洞法律监督功能的最佳基石，行政诉讼的受案范围当然也就应当以行政行为作为核心判断标准。

迈耶通过行政行为确实完成了对最典型行政活动予以定型化和法治化的任务，但行政行为这一概念显然无法囊括行政活动的全部形态，即使在迈耶所处的时代也已经捉襟见肘。为了解决这一难题，迈耶将那些无法纳入行政行为概念范围的行政活动直接排除于司法审查范围之外。比如，迈耶认为行政裁量权属于行政权的专属领域，行政机关行使其自由裁量权的行为应当排除司法审查；^[30] 他强调特别权力关系理论，将军队、公务员、教育甚至公共设施的利用等诸多管理活动均界定为不应受到司法审查的特别权力活动；^[31] 他也不承认公民享有对于国家的给付请求权，从而进一步排除了行政诉讼中那些不以行政行为为对象的给付之诉。

（三）主观公权利体系的崛起

与行政行为的发展几乎同时，主观公权利这一概念开始受到关注并逐渐体系化。主观公权利这个概念也产生于法治国的背景之中，但是不同于行政行为从权力边界角度去塑造法治国，主观

[23] 参见前引 [22]，Walter Jellinek 书，第 314 页。

[24] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Verlag Duncker & Humblot, 1895, S. 84.

[25] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, Verlag Duncker & Humblot, 1896, S. 32.

[26] 参见前引 [25]，Otto Mayer 书，第 64 页。

[27] 参见前引 [24]，Otto Mayer 书，第 162 页。

[28] 参见前引 [24]，Otto Mayer 书，第 149 页。

[29] 参见前引 [24]，Otto Mayer 书，第 163 页。

[30] 参见前引 [24]，Otto Mayer 书，第 164 页。

[31] Vgl. Manfred Abelein, Rechtsstaat und Besonderes Gewaltverhältnis, Zeitschrift für Politik, vol. 14, no. 3, 1967, pp. 315.

公权利更强调从国家与公民的权利义务关系角度去建构法治国的基本体系。

1852年,卡尔·格贝尔发表了《论公权利》一文,属于德国学术界第一次专门针对公权利问题进行系统性研究的文献。^[32]在此之后,格奥尔格·耶利内克对公权利理论进行了更为系统性的研究。1892年,耶利内克出版了《主观公权利体系》一书,成为主观公权利体系化的里程碑著作。耶利内克认为,主观公权利指向了国家应当为个人的利益而作为或不作为的一种义务,但是国家应当如何作为或不作为,则必须通过公法规范予以规定。主观公权利不仅通过客观法得以产生并获得保护,同时也通过客观法得以实现。在耶利内克看来,行政诉讼当然具有保障国家机关依法履行职责的功能,但行政诉讼制度的首要功能就是保护个人权利,并非所有的法律事件都能够纳入行政诉讼的受案范围,而是需要通过法律规范来确定哪些属于个人的请求权范畴。^[33]因此,与迈耶希望通过行政行为这个概念来实现无漏洞的合法性监督不同,耶利内克更强调行政诉讼的权利救济功能。由此可以看出,行政行为和主观公权利这些概念从其发展之初,就与行政诉讼的功能定位存在着紧密的关系。

1914年,另一位学者奥特玛·比勒在其《主观公权利及其在德国的行政司法保护》一书中,对主观公权利的体系进一步予以了完善,并提出了保护规范理论(Schutznormtheorie)。根据比勒的定义,所谓主观公权利是指基于法律行为或者为保护个人利益而制定的法律规范,臣民针对国家享有一种法律地位,基于这种法律地位臣民可以要求从国家获得一定的利益或者要求国家实施特定行为。^[34]基于上述定义,比勒认为构成主观公权利必须满足三个要素:第一,强制性的法律规范构成主观公权利的基础;第二,具有强制性的法律规范必须服务于个人利益的保护;第三,权利主体应当能够基于法律规范主张这一权利。比勒将主观公权利这个概念的地位提到了一个相当高的位置,认为承认公民对国家享有主观公权利,是建构法治概念体系的基础。^[35]比勒对于主观公权利的上述界定,也成为保护规范理论的最早形态。

这一时期,另外一位学者同样明确地将行政诉讼的功能定位于主观公权利保护,就是格奥尔格·耶利内克的儿子瓦尔特·耶利内克。1925年,瓦·耶利内克在德国国家法教师联合会上做了题为《通过普通法院及行政法院保护公权利》的报告。瓦·耶利内克在这一报告中指出,对主观公权利的保护同时也能够起到维护客观法秩序的作用,但维护客观法秩序未必能保护主观公权利。必须在国家与个人利益之间进行理性平衡的边界内,对公民权利予以维护,而法院的职责应当致力于保护公民权利。^[36]瓦·耶利内克认为,行政审判的审理对象应当是那些与个人主观权利相关而又不属于行政裁量权范围的“权利争议”。^[37]从瓦·耶利内克的思想中,已经能够看到无漏洞权利保护理论的萌芽,其将行政诉讼的受案范围从行为扩展到争议,也为后来德国行政诉

[32] Vgl. Carl Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Verlag Tauchnitz, 1865, 3. Auflage, § 11.

[33] Vgl. Georg Jellinek, System der Subjektiven Öffentlichen Rechte, Verlag Mohr (Siebeck), 1892, S. 342.

[34] Vgl. Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Verlag W. Kohlhammer, 1914, S. 224.

[35] Vgl. Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Mohr (Siebeck), 1965, S. 147.

[36] Vgl. Walter Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts. Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts: Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Leipzig am 10. und 11. März 1925. Mit Eröffnungs- und Begrüßungsansprachen sowie einer Zusammenfassung der Diskussionsreden.

[37] Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht: Ausgabe 3, Verlag Springer-1931, S. 302f.

讼受案范围的扩大奠定了重要的理论基础。

不过，作为迈耶的学生，瓦·耶利内克仍然试图尝试让“行政行为”这一概念承担行政法体系的核心功能，但是又面临行政行为范围过于狭窄的问题。于是，瓦·耶利内克提出，“唯一的办法就是在迈耶的基础上对行政行为作更为宽泛的解释”，“将行政活动范畴内针对个人所作出的所有行为均纳入行政行为的范围”。^[38] 瓦·耶利内克的上述观点也反映出，在这一时期，德国行政法学在选择基础性概念的问题上仍然存在争议和摇摆。

三、二战以后——无漏洞权利救济与行政行为的式微

（一）《基本法》实施之前

“二战”之前的法律实践发展，基本上已经确立了德国行政诉讼制度的基本功能为保护个人权利，但是，行政行为与主观公权利这两个概念究竟哪一个能够作为行政诉讼的基础性概念，仍未分明。这种摇摆直接地反映在二战结束后美、英、法三国军事占领区的行政诉讼立法之中。二战结束后不久，盟军管委会就颁布了《管制委员会法令》第 36 号，第 1 条即规定：“各占领区及柏林应当针对行政案件成立行政法院予以裁决。”^[39] 该法中并未将行政法院的受案范围限定于“行政行为”，而是使用了较为宽泛的“行政案件”（Verwaltungssachen）。

1946 年 10 月，在以瓦·耶利内克为代表的起草小组的努力下，美占区各州相继出台了关于行政法院管辖的法律，史称“行政法院管辖法”（Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz, VGG）。以巴登-符腾堡州为例，其《关于行政法院管辖之第 110 号法令》第 22 条第 1 款就规定：“针对行政机关之处理行为或者特定行政行为之撤销，以及其他公法上之争议（政党争议），若未交由其他特别行政法院、仲裁法院或者根据帝国法律应由民事法院裁判者，则由行政法院裁决之。”^[40] 上述规定较为明确地将行政行为作为最为主要的行政诉讼审理对象，同时包含政党争议等其他公法争议，并且还引入了公法关系的确认之诉以及规范审查程序等。

1948 年，英占区先后制定了第 141 号军管法令和第 165 号军管法令，统一了英占区的行政审判制度。通过这些规定，英占区各州将行政诉讼的受案范围扩展到了所有行政行为，明确以行政行为作为概括受案的连接点。特别是第 165 号指令，第一次在法律层面对行政行为这个概念给出了定义，明确行政行为是指“行政机关在公法领域内为规制具体事件而作出的处理、命令、决定或者特定措施”，这一定义后来也成为德国《行政程序法》关于行政行为定义的重要基础。^[41]

1952 年，联邦层面颁布了《联邦行政法院法》（Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht）。该法第 9 条第 1 款明确列举了六种联邦行政法院受理的案件类型，包括针对联邦行政机关作出的行政行为提起的撤销之诉、联邦行政机关之间就公法关系是否存在的确认之诉、联邦与州以及州之间非宪法争议的公法争议等。虽然行政行为被作为主要的审理对象，但行政诉讼的受案范围已

[38] Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Ausgabe 3, Verlag Springer-1931, S. 246.

[39] Kontrollratsgesetz Nr. 36, § 1.

[40] Gesetz über die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 12. Mai 1958, §. 1.

[41] Dr. 7/910 S. 57.

经扩展到一般确认之诉，以及行政主体之间的非宪法争议的公法争议。

（二）奥托·巴霍夫的主观公权利体系

行政行为在行政诉讼法中的基础地位并没有能够坚持很长时间。20世纪50年代初，奥托·巴霍夫在前人的基础上发展了新的主观公权利体系，并由此进一步完善了行政诉讼的诉讼类型体系，这些发展从理论上动摇了行政行为在行政诉讼中的基础性地位。

巴霍夫首先确认了公民对国家的给付请求权，基于这一请求权，行政诉讼不再局限于撤销之诉，而是扩展至义务之诉（Verpflichtungsklage），从而将民事诉讼中的三大诉讼类型即形成之诉、给付之诉和确认之诉，均完整地引入了行政诉讼之中。^{〔42〕}巴霍夫将后果清除请求权、损害赔偿请求权以及针对事实行为的排除妨碍请求权等权利，都纳入了公法的请求权体系之中，进一步形成了体系完备的公法给付之诉。巴霍夫对行政诉讼类型的这些发展，大大突破了迈耶所确立的行政法体系架构。

在将行政诉讼类型化的同时，巴霍夫注意到诉讼标的在不同诉讼类型中的差异。在传统的撤销之诉中，诉讼标的是典型的行政行为，但是在给付之诉或者确认之诉中，诉讼标的不再是典型意义的行政行为。即使在拒绝性答复之诉中，虽然行政机关已经对相对人作出了一个否定性的行政决定，但是仅仅撤销这个决定仍然是不够的，诉讼标的还包含着相对人请求行政机关作出特定行为的请求权。^{〔43〕}在后果清除请求权中，也存在着不依附于行政行为，而仅针对事实行为的清除请求权。在确认之诉中，诉讼标的是法律关系是否存在的确认，而非行政行为。主要针对撤销之诉的行政行为这一概念，已经难以适应复杂的行政争议和诉讼类型。

巴霍夫认为，德国行政诉讼的历史传统是保护个人权利，无论是在义务之诉中还是在撤销之诉中，权利受到侵害都是提起诉讼的起诉条件。^{〔44〕}而这里所指的权力，只能是基于法律规范所保护的利益，因为超出法律规范的范畴讨论应受保护的利益是没有边界的。^{〔45〕}因此，行政诉讼所保护的就是主观公权利，而能够统摄各种诉讼类型的核心概念也是主观公权利。通过上述推演，巴霍夫在理论层面将主观公权利推到了行政诉讼的核心地位。

（三）从《基本法》到《行政法院法》

如果说巴霍夫的主观公权利和诉讼类型体系动摇了行政行为作为核心概念的理论基础，那么几乎同一时期由《基本法》和《行政法院法》确立的“无漏洞权利保护原则”，则进一步从法律规范层面掏空了行政行为作为基石性概念的根基。

1949年颁布的《基本法》第19条第4款规定：“任何人的权利受到公权力的侵害，有权通过法律途径获得救济。”这一规定被称为“权利保护保障”条款。相比于《魏玛帝国宪法》第107条的表述，《基本法》已经完全放弃了对行为类型的限定，而是以公民的权利受到公权力的侵害作为开启公法诉讼的唯一条件。这意味着无论是什么行为类型，只要公民的权利受到公权力之侵

〔42〕 Vgl. Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Verlag Mohr Siebeck, Aufl. 2, 1968, S. 55.

〔43〕 参见前引〔42〕，Otto Bachof书，第49页。

〔44〕 参见前引〔42〕，Otto Bachof书，第49页。

〔45〕 参见前引〔42〕，Otto Bachof书，第79页。

害，就应当获得法律救济，这一规定所确立的原则就被称为“无漏洞权利保护原则”。

1953年，联邦政府向议会提交了《行政法院法草案（第一版）》（以下简称《草案》）。在这一版的第38条就明确规定，行政法院的受案范围是除宪法争议以外的公法争议。相比于《联邦行政法院法》而言，《草案》已经采取更为明确的概括模式，将公法争议的范围从政党争议扩展到了所有非宪法争议的公法争议。^[46] 在第40条，《草案》也参考民事诉讼的诉讼类型，规定了行政诉讼的三大诉讼类型，即形成之诉、确认之诉及给付之诉，从而与第38条形成一个周严的框架，将行政诉讼的受案范围进行了概括性的框定，而不再以行政行为作为确定受案范围的标准。

《行政法院法》上述规定的直接依据是1949年颁布实施的《基本法》第19条第4款。在《草案》的说明部分，《行政法院法》的立法者明确指出：“行政诉讼途径应当为所有的公法争议敞开，一方面需要考量《基本法》第19条第4款，基于该规定，任何人的权利因公权力措施而受到侵害，皆得诉至行政法院。由此行政诉讼途径对于所有的公法争议均应当敞开，无论是否存在一个公权力措施，亦无论该公权力是否直接参与系争议的法律关系。”^[47] 在此框架下，如果《行政法院法》仍然以行政行为作为受案范围的立法模式，显然将面临行政行为这个概念无法承担无漏洞权利救济功能的难题，而主观公权利自然承担起了这一功能。

（四）《行政程序法》——回归实体法上的定型功能

制度的变迁从来都不是一蹴而就的。实际上在《行政法院法》实施之后很长时间，联邦行政法院仍然将行政行为作为判断是否符合起诉条件的重要标准。比如直到1968年，联邦行政法院仍然认为：“行政行为这一概念是行政法学的带有目的性的创造。通过这个概念，公民针对公权力的权利保护获得保障，因此对这一概念的解释和适用对于公民的权利保护需要具有重要意义。”^[48]

不过，在1973年《行政程序法草案》对行政行为这一概念予以明确界定之后，行政行为的功能定位就更加明确。正如立法说明中所指出的，行政行为这个概念不是诉讼法层面的概念，而是行政程序法和实体法层面的概念。立法说明特别强调，在审查《基本法》第19条第4款的过程中，无须考虑行政行为的问题。^[49] 行政行为这一概念回归到了迈耶创设这一概念的初衷，即在行政程序法层面对特定行政活动予以定型化。

正如Kopp及Schenke在其所著《行政法院法评注》中所指出的，行政行为这个概念在行政诉讼中，对于确定特定诉讼类型的起诉条件，以及在行政实体法上均仍然具有重要作用。但是，基于《基本法》第19条第4款对于高权行政活动的宪法保障，以及将上述规定具体化的《行政法院法》第40条的概括受案范围规定，行政活动能否构成行政行为对于能否获得法律保障已经不再具有决定性的意义。因此，没有必要为了确保行政诉讼法上的法律保护范围，而对行政行为的概念予以宽泛的界定。^[50]

[46] Dr. 4278-1953 S. 33.

[47] Dr. 4278-1953 S. 33.

[48] NJW 1970, 1989.

[49] Dr. 7/910 S. 57.

[50] Vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Verlag C. H. Beck, 15. Auflage, 2007, Anh § 42, Rn. 1.

四、结 语

从德国行政行为概念的发展历程来看,其功能的变迁与行政诉讼制度的功能定位有着密切联系。行政行为是在法治国的背景下,为划定公权力边界而创造的概念,与个人权利保护其实并不处于同一脉络。在行政审判提供的权利保护范围较为有限的时代,以宽泛的行为作为受案范围的判断标准尚不会产生任何明显的影响。但是,当权利保护进入无漏洞救济的时代,用以描述特定行政活动的行政行为就再也无力承担这一功能,这是行政行为概念在行政诉讼法上功能式微的主要原因。

德国之所以没有选择通过扩大行政行为的范围来解决这一冲突,主要原因有三个方面:一是有主观公权利这一概念专门解决这一问题,没有必要舍近求远通过扩大行政行为的范围来满足“无漏洞权利救济”的需要;二是行政行为这一概念本来的功能就是描述特定的行政活动类型,如果对这一概念做宽泛的界定,反而会导致其原有功能的衰竭甚至丧失;三是行政行为还承担着确定诉讼类型的功能,如果予以扩大,还会导致行政诉讼类型之间的界限模糊不清。

值得注意的是,我国行政诉讼在扩大受案范围时,同样需要考虑切入点的选择问题。目前的选择路径是通过扩大行政行为的范围来实现权利救济范围的扩大,但可能带来行政行为对行政活动定型化、行政诉讼类型化所承担的区分功能的衰竭甚至丧失等问题。如果不能很好地解决行政行为问题,那么就可能需要考虑加强对“合法权益”等概念的研究,弥补我国行政法体系中权利概念的薄弱之处,通过建构我国行政法上的权利体系来适应无漏洞权利保护的需要。

Abstract: The development of function of the concept administrative act is closely related to the function of administrative litigation system. Administrative act is a concept created to delimit the boundary of divisions of public power. When the conception of private rights protection enters the era of relief without loopholes, the administrative act cannot bear this function anymore, so it has to give way to the concept of subjective public right. If the administrative act is defined too broadly, it may lead to the failure or even loss of its original function. If we want to establish the principle of relief without loopholes in administrative litigation, we may need to strengthen the research on the concept of “legitimate rights and interests” to adapt to the logic of right protection.

Key Words: administrative act, subjective public right, administrative litigation, relief without loopholes

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)