

国家的主观公权利

——针对主观公权利的探讨

The Subjective Right of the State: Discussion on the Subjective Right

[德] 哈特穆特·鲍尔 著

Hartmut Bauer

赵宏译

ZHAO Hong

【摘要】 主观公权利一直被用以指称公民相对于国家的法律地位和法律人格。但这一概念的内涵并非自始如此，其最初被创设时是作为“整体的公法权利”而包含了公法上所有的权利类型，国家的主观公权也是其重要构成。但伴随这一概念的学理演进，国家的主观公权却被彻底排除，主观公权利的范围也日渐限缩。范围的限缩也使这一概念的作用价值在德国公法中被渐次边缘化。在此思考脉络下，鲍尔教授尝试回溯到主观公权利的历史发展以及实证法规定中，揭示现代公法对国家主观公权利的压制并非历史使然，也与现实的法规范不符。在此基础上，鲍尔教授指出重新发掘并承认国家的主观公权利，不仅能够挽救陷入“危机”的主观公权理论，也与国家与个人之间属于法律关系而非权力关系的现代法治观念相互衔接。

【关键词】 主观公权利 国家的主观公权利 (行政) 法律关系学理

【中图分类号】 DF2 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 01-0005-16

Abstract: The subjective right has always been the core concept in the German public law. People are also used to using this concept to refer to the legal status and legal personality of citizens relative to the state. But the original connotation of this concept is not in conformity with the present. It was originally created as a “entirety public law right” and contained all types of rights of the public law, and the state’s subjective right is also an important component of it. However, with the theoretical evolution of this concept, the state’s subjective right has been completely eliminated, and the scope of the subjective right is gradually limited. Accordingly Professor Bauer tried to trace back to the historical development of subjective public rights and the provisions of the positive law, which revealed that the suppression of the public rights of the state by the generation of public law was not historical, but also inconsistent with the actual law norms. On this basis, Professor Bauer pointed out that to rediscover and recognize the subjective public rights of the state can not only save the theory of subjective public rights that is in crisis, but also link up with the modern rule of law concepts, which believe that the relationship between the state and die individuals is the legal relationship rather than the power relationship.

Key words: The subjective right The subjective right of the state The theory of the (administrative) legal relation

【收稿日期】 2017-10-12

【作者简介】 哈特穆特·鲍尔，德国波茨坦大学法学院教授。

赵宏，女，1977年3月生，中国政法大学比较法学研究院教授，研究方向为德国公法、中国行政法。

有关主观公权利的法史分析可参见 Hartmut Baurer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven oeffentlichen Recht (Dunker & Humboldt)。

一、受到压制的国家的主观公权

“国家的主观公权利”的提法已经让人觉得惊异，因为直至今日，“主观公权利”原则上仍被用来指称个人的权利。^{〔1〕}有关主观公权利概念和内涵的讨论，也基本都集中于公民相对于国家的法律地位。^{〔2〕}相应地，人们也常常用“主观公权利”来指称“公民的法律人格”（Rechtsfigur），在此概念下，公民从国家高权统治的客体一跃成为法律主体，他也因此可要求公权力主体为一定行为（Tun）、不为一定行为（Dulden）或承担一定的容忍义务（Unterlassen）。^{〔3〕}主观公权利的历史发展使其演变为个人相对于国家的权利，“这也使对于主观公权利的讨论主要集中于个人相对于国家享有何种以及能够行使何种权利”^{〔4〕}。

事实上，将主观公权利限缩为公民的法律权利在今天看来是共识，却并非古而有之。那些曾为（现代）主观公权利理论的型塑做出重要贡献的“大师”，大多都确认而且相信“国家主观公权利”的存在。例如，耶林内克（Jellinek）就曾在其著作中花了近百页详尽描述国家和联盟的权利。^{〔5〕}即使是布勒（Ottmar Buehler）也不否认国家拥有相对于个人的主观权利。^{〔6〕}而在那些魏玛时代的著名学者，例如 Richard Thoma^{〔7〕}和 Walter Jellinek^{〔8〕}看来，承认国家的主观公权利更非什么紧要的问题。即使在今天，国家主观权利的基石还是没有完全丧失。但在论及主观权利的领域，国家的主观权利却受到强烈压制，国家的主观权利“被视作公共权力的必然结果，而无须进行更多的说明”^{〔9〕}，有关主观权利的论述也不再对这一问题怀有兴趣^{〔10〕}。从这个意义而言，对国家主观公权利的压制，并非历史使然，也非现行实体法的作用结果。

正因如此，对国家的主观公权利的讨论也必然会涉及如下问题：其一，为何国家的主观公权利至今都未获重视；其二，国家的主观公权利理论在被重新发现后（Wieder-

〔1〕 Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I. 9. Aufl. 1974, S. 299. vgl. aber auch ebenda, S. 220, 234.

〔2〕 Erichsen/Martens, in: dies, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1986, S. 150 ff.; Lorenz, Der Rechtsschutz des Buergers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 51. ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1985, S. 114 ff.; Mayer/Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1985, S. 164 ff.; Ress, Das subjective oeffentliche Recht, in: Ermacora u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1979, S. 105 ff.; Walter Schmidt, Einfuehrung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 243; Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1985, S. 130 f.

〔3〕 Erichsen/Martens (前注〔2〕), S. 150; 类似的可参见 Maurer (前注〔2〕), S. 115; 以及 Lorenz (前注〔2〕), S. 51. f.

〔4〕 Henke, Das Subjektive oeffentliche Recht, 1968, S. 1; Henke, Das Subjektive oeffentliche Recht im System des oeffentlichen Rechts, DOEV, 1980, 621 ff.

〔5〕 2. Aufl. 1995, S. 198 ff.

〔6〕 Die subjektiven oeffentlichen Rechte und ihre Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, 1914, S. 61

〔7〕 Das System der subjektiven oeffentlichen Rechte und Pflichten, in: HdbDStR II, 1932, S. 607 ff. (insbes. S. 623)

〔8〕 Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931. S. 203 f.

〔9〕 Forstthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 10. Aufl. 1973, S. 184.

〔10〕 Maurer (前注〔2〕), S. 114.

entdeckung), 会对公权理论尤其是主观公权利理论产生何种结果(文章第四部分)? 而对这两个问题的回答又须以回溯主观公权利的历史发展(文章第二部分), 以及现行的实定法规范中对国家主观公权利的规定为前提(文章第三部分)。

二、(现代) 主观公权利的历史发展

现代主观公权利理论是19世纪法学发展的产物。^[11] 其内容无法分割地与彼时整体法律和秩序构造的基本变革有关。而变革的标志首先在于将国家视为“法人”, 即相对于作为整体臣民集合(Untertanenverband)的统一国家权力的承担者^[12], 此外, 也在于强调基本权利的保障^[13]、自由治国原则的发展, 法律救济机制的发展和公私法的绝对区分^[14], 以及实证主义法学方法在国家法和行政法中的运用^[15]。这些结构性变革同时构成了自上世纪始持续进行的公法发展的关键框架。^[16] 而在这种结构性变化过程中, 传统“权利与义务”的形式和格局逐渐为主观公权利这一概念所压制, 并渐渐被其替代。对于型塑主观公权利的外部复杂关联^[17], 此处不再一一具体阐释; 本文仅着眼于这些外部关联对于“国家主观公权利”的意义和影响。

(一) 公法上整体的主观权利学理的萌芽

直至20世纪, 诸多著名学者在论及“公权”或是“主观公权利”时, 都并非只是用该词指称个人相对于国家的权利, 而是作为整体的公法上的所有主观权利, 其中, 国家的主观公权利同样被作为论述的主题。^[18] 例如 Carl Friedtich v. Gerber 在其对现代主

[11] 那个时代有关这一主题的著作首先是 Gerber 1852 年发表的“公权利作为主观公权利理论的基础”; Buehler (前注 [6]), S. 1.; G. Jellinek (前注 [5]), S. 4.; Anschuetz, Deutsches Staatsrecht, in: v. Holtzendorff u. a. (Hrsg.) Enzyklopadie der Rechtswissenschaft, Bd. 4, 7. Aufl. 1914, S. 1 ff.; Eckhardt, Die Grundrechte vom Wiener Kongress bis zur Gegenwart, 1913, S. 3.

[12] Vgl. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 158. ff.

[13] 对于19世纪基本权利的发展可参见 Wahl, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in: Boeckenfoerde (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1981, S. 346 ff. m. w. N.

[14] Grimm, Oeffentliche Recht, in: HRG, Bd. 3, 1984, Sp. 1198ff (Sp. 1201ff.); Ruefner, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Jeserich u. a. (Hrsg.) Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 3, 1984, S. 909 ff.

[15] Boeckenfoerde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 211ff.; Stolleis, Verwaltungswissenschaft und Verwaltungslehre 1866—1914, in: Jeserich u. a. (Hrsg.) (前注 [14]), S. 85. ff.

[16] 根据 Buehler 的观点(参见前注 [6]), 有关“主观公权利的原则可能”的争论在20世纪前叶起到了核心作用。

[17] Kohlmann, Das subjektiv-oeffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, 1964, S. 14. ff.; Henke, Das subjective oeffentliche Recht, 1968, S. 4ff., 9ff., 14ff., 18ff., 26ff., 33ff.; Erichsen, Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlage der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozess, 1971, insbes. S. 171ff.; Schimpf, Die Auseinandersetzung um die Neordnung des individuelle Rechtsschutzes gegenueber der staatlichen Verwaltung nach 1807, Der Staat 18 (1979), 59ff.

[18] 除上述作者外, 相关论述还可参见 Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 1913, S. 154. f. 在此书中, 作者用“公法关系”来指称国家与臣民之间的关系, 以及行政的请求权, 同样也将这一概念运用于个人(相对于公权机关)的请求权。

观公权利具有决定性影响的著作《公权论》(Ueber oeffentliche Rechte)一书中^[19]，首先就提及“君主的权利”(Rechten des Monarchen)以及“公务人员的权利”(Rechten der Beamten)，并将这些权利作为公权中“最明显、也最突出的类型”^[20]。属于君主权利的包括制定法律，要求臣民遵守其命令和法规的权力，对于国土的统治权以及对外代表国家的权利。^[21] Jellinek 同样在其研究中肯定国家相对于臣民的主观公权利，肯定共同体和国家联盟的主观公权，以及在跨国家联合体中作为成员国的国家的主观公权^[22]。Richard Thoma 亦认为在国民的主观公权之外，在机关之间、在帝国和各州之间均存在主观权利，而国家相对于国民所享有的主观公权同样应获确认。^[23] 属于国家的主观公权的包括惩罚请求权 (Strafanspruch) 或是征税请求权 (Steueranspruch)，而国家公权也当然成为主观公权利的组成部分^[24]。上述论证都使我们观察到作为整体的公法上的主观公权利。在此我们必须意识到，公法的整体结构 (ganze Struktur) 在所有环节上都是由相互交织连接的主观权利所构成的。^[25] 上述结论也证明，从历史观之，主观公权并非仅局限于个人的权利地位，同样也包含了公权力机关，尤其是国家的权利地位。

对于国家拥有主观公权的承认，同样也导出了国家—人民间的一般关系的基本构造。既然主观公权利并非仅限于公民个人的权利，那么国家—人民之间的关系及其内容，就应被塑造为由两者之间相互交错的权利与义务所构成的法律关系 (Rechtsverhaeltnis)。这一认识同样以 19 世纪将国家作为法人的理论为标志。而这一理论成立的前提就将原来的国家与其权力承受者之间的关系，转化为个体与个体之间的关系来处理，即这种关系同样应被视为一种双边的法律关系来把握，正是在此基础上，现代公法的体系和学理得以建立。^[26] 与此相应，承认国家的主观公权利，也是因为公法理论并不能建构在孤立的请求权，而应是在由主观公权利和义务相互交织的法律关系 (Rechtsverhaeltnis)^[27] 之上。正因如此，“主观义务”与“主观权利”也是法律关系学理“合

[19] 参见前注 [11]。

[20] Gerber, Tuebingen 1913; ders, Darmstadt, 1968, S. 42. ff., 58ff., (S. 61); 在 Gerber 的书中，他同样论及臣民的权利 (Rechten der Untertanen)。

[21] 前注 [11]，S. 48 ff. 将公权和君主个人相连接，同样是 Gerber 国家观的体现，但这种国家观 Gerber 之后同样进行了部分程度的修正；Gerber, Grundzuege des deutschen Staatsrechts, 3. A. ufl. Leipzig 1880, Aalen 1969, S. 21. Fussn. 2. 225ff. 在上述著作中，“国家的权利”一词频繁出现，而“国家”与“臣民”间的关系也被解释为“相应的权利义务关系” (S. 229, vgl. auch S. 226)。

[22] AaO (前注 [5])，S. 193. ff。

[23] AaO (前注 [7])，S. 612 ff., 623。

[24] Thoma (前注 [7])，S. 623; Bueler (前注 [6])，S. 132ff; Jellinek (前注 [8])，S. 203f。

[25] G. Jellinek (前注 [5])，S. 8。

[26] Forsthoff (前注 [9])，S. 49; 类似参见氏著，Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 13f。

[27] 有关法律关系的定义尽管有不少作者论述，但观点并不统一。此外公法上的“法律关系”常被趋向解释为“一般的权力关系”。Gerber, Grundzuege (前注 [21])；G. Jellinek 在其著作中曾着重论述法律关系主体与客体之间的关系 (前注 [5])，S. 41f. 但公法理论对于主观公权利的关注，使得法律关系理论几乎未提供任何实质性成果。Richter, Das subjective oeffentliche Recht, AoeR n. F. 8 (1925), 1. ff。

逻辑地展开” (logische Entfaltung) 的结果。^[28] Friedrich Giese 就曾将国家法上的法律关系描述为“个人和国家之间产生的相互交错的权利义务的整体”^[29]。Walter Jellinek 也将其对行政法教义的研究重点放在法律关系下的利益关联上，并将公法义务以及公法上的主观权利作为行政法学的对象和内容。^[30] 这些研究都逐渐从法律关系角度型塑出国家和个人之间的关系^{[31] [32]}。

(二) 臣民的主观公权利 (subjektiven öffentlichen Rechten der Untertan) 学说

除上文所引述的将主观公权利进行整体性观察的理论外，早期同样存在将公法上的主观权利仅局限于臣民的法律地位的理论，在这之中最具代表性的即 Otto Mayer 的《德国行政法》，而该书也深刻影响了整整一个世纪的法律人。

“国家权利是一项非常重要的话题，相关的讨论极其丰富，书籍同样汗牛充栋。而这些讨论无疑都在描述国家这一法律主体所拥有的权力集合 (Machtfuelle)。而这种点数硬币似的做法对于正确理解国家的法律权力却是一种障碍。主观权利都是有限的，将主观权利与国家相连也势必割断国家权力背后的无限性 (Unbegrenzte)。正因如此，人们将国家权力的单个形式冠以‘权利’之名并不妥当。”^[33]

此处的国家理论显然是未经过滤的积极权利学理 (Dogmatik des positive Recht) 的产物。国家在此被作为某种“不受任何限制的”，“拥有法律上的所有权能”的构造，而“国家的主观公权利”也因此与上述认识相互冲突。“如果人们不是深入观察，就会认为我们精心构筑的法治国构造中并不存在不清晰或不明确的元素。”^[34] 上述理论在当时也并非毫无争议。^[35] 然而上述理论却代表了一种被广泛传播的认知：即使国家的主观公权利获得普遍确认，“基于重要的原则争议”^[36]，并诉诸所谓的法治国学理，用公权利与公共义务来指

[28] Richter (前注 [27])，S. 2。

[29] Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl. 1931, S. 211f. 但遗憾的是，法律关系学理却因为总与一般权力关系 (allgemeine Gewaltverhaeltnis) 紧密相连，被限缩为“臣民的法律地位”。

[30] AaO (前注 [8])，S. 189ff。

[31] 参见 Hensel 关于税法关系构造的描述，Hensel, Die Einfluss des Steuerrecht auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts, VVDStRL. 3 (1927), 63ff. (77 ff.) vgl. Auch W. Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts, VVDStRL. 2 (1925), 8ff. (62)。

[32] 直至今日仍能从文献中看到将主观公权利与法律关系整合在一起的努力。参见 Forsthoff (前注 [9])，S. 177ff. (184ff.)。Erichsen/Martens (前注 [2])，S. 132ff. (150ff.)。在此类文献中，主观公权利总是与行政法法律关系相互混杂。但将主观公权利聚焦为公民的法律地位，也使国家的主观公权利从主观公权利理论中被渐渐排除。在新近的行政法教科书中，行政法律关系与主观公权利仍旧被作为行政法学理中相互关联的基本概念 (Maurer, 前注 [2])，S. 114f.)。但也有教科书将法律关系和主观公权利作为相互分离的概念 (例如 Mayer/Kopp, 前注 [2])。在此书中，公民的主观公权利被放在依法行政原则 (Gesetzmaessigkeit) 之下讨论 (S. 124ff.)，而行政法律关系则出现在后面的篇章中。

[33] Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. 104; 在 Mayer 之前的书中，虽然未特别指出，但同样存在类似的论述，1895, S. 104, 前注 [1]。

[34] Mayer (前注 [33])，S. 106; 在之前的诸多学理中同样存在类似的观点，Schapp, Das Subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung, 1977, S. 154. ff。

[35] W. Jellinek (前注 [8])，S. 203。

[36] Buehler, Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht, VerwArch. 27 (1919), 283ff. (294)。

称臣民与国家之间的请求权与义务也并不妥当。^[37]上述观念中包含了具有决定意义的转变，这种转变影响至今并逐渐被作为“主流观念”^[38]，即“主观公权利的享有者永远只是个人，而不是国家”^[39]。主观公权利自此失去了其针对国家的一面，而仅仅局限为个人的法律地位，而作为复杂集合的主观权利，也因此被缩减为今日的主观公权利学说。

从其本质来看，这种将主观公权利仅限于个人的理论基础在于一般权力关系，而非公法世界中一直型塑的法律关系。尽管这种观念的支持者在其著作中也一再论及“国家与个人在公法上的法律关系”^[40]。正是这种一般权力关系导出对主观公权利的狭隘理解。因为被作为人格存在（*Persoenlichkeit*）的国家的意志，相对于个人意志而言具有主导性，个人也因此原则上在所有的关系中都须臣服于国家意志，相应地，个人也只是义务的主体，而从作为国家联合的构造属性中也无法导出任何权利的类型；据此，从国家独立的绝对权力中导出相对于臣民的主观权利，几乎是无法想象的，因为国家是首位的（*Primae-re*），而权利是次位的（*Sekundaere*），相应地，国家也居于法律秩序之上，除国家发布的法律外，不可能再存在其他的法律来源。^[41]因此，主观公权也只能是何时以及在何种范围内，臣民由国家（*vom Staat*）所保障（*gewahrt*）、所赋予（*verliehen*）、所确认（*anerkannt*）的权利^[42]，正因如此，人们将主观公权利确定地表述为“臣民的主观公权”^[43]。

从整体而言，这种臣民的主观公权利包含了个体相对于国家的所有法律地位，包括行政法上的主观公权、国家法上的主观公权以及基本权利。基本权利的主观权利属性在很长时期均存在争论。^[44]直至魏玛时代，将基本权利确认为主观公权利的观念才广泛获得确认，也正是在此时，基本权利作为主观公权利的“原型”（*Prototyp*）也获得确认^[45]^[46]。臣民在行政法和国家法上广泛的主观公权利也日益凝结固化，并与由 Buehler 所提出的保护规范理论产生密切关联，而 Buehler 关于主观公权利的定义迄今仍作

[37] Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl. 1928, S. 164; Stengel/Giese, Stichwort “Oeffentliche Rechte und Pflichten, in v. Stengel u. a. (Hrsg.), *Woerterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2. Aufl. 1914, S. 4ff.; Schoen, *Deutsches Verwaltungsrecht*, in: v. Holtzendorff u. a. (Hrsg.), *Zycklopaedie der Rechtswissenschaft*, Bd. 4, 7. Aufl. 1914, S. 193ff. (S. 276).

[38] Schenke, *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*, 1979, S. 233.

[39] Kohlmann (前注 [17]), S. 20.

[40] Fleiner (前注 [37]), S. 164; 在该书的第 164 页中明确写道，“国家和公民作为行政法律关系的主体”。但值得注意的是，Fleiner 却通过将国家/公民之间的关系转化为一种权力关系而将国家的权利予以排除。前注 [27]。

[41] Giese, *Die Grundrechte*, 1905, S. 57.

[42] 正因为国家“超越法律之上的”的法律全能，一些作者在论及个人是否存在相对于国家的主观公权的可能时，甚至将其作为（国家与个人）之间的约定。Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, Bd. I, 1888, S. 268; 在本书的第二版中，作者同样对这一问题予以强调，1911, S. 283。

[43] Buehler (前注 [6]), S. 21, 224. 氏著, *Zur Theorie des subjektiven oeffentlichen Rechts*, in: *Festgabe fuer Fritz Fleiner*, 1927, S. 26ff. (S. 36); Fleiner (前注 [37]), S. 164; Mayer (前注 [33]), S. 107; Dantscher v. Kollesberg, *Die politischen Rechte der Unterhanen*, 1888.

[44] 对此问题的争论德国法耗时良久。Stengel, *Die Verwaltungsgerichtbarkeit und die oeffentlichen Rechte*, *VerwArch.* 3 (1895), 177ff. (194ff); Giese (前注 [41]), S. 27ff., 54. m. w. N.

[45] Buehler, *Die Reichverfassung vom 11. 8. 1919*, 3. Aufl. 1929, S. 121f.

[46] 在人们确认基本权利的主观权利属性时，基本权利也被作为用以对抗国家违法干预的权利。参见 W. Jellinek (前注 [8]), S. 208; Buehler (前注 [6]), S. 61ff, 氏著 (前注 [43]), S. 55, 前注 [1]; Anschutz (前注 [11]), S. 11 (S. 90)。

为获得广泛确认的统一概念, 而发挥着重要作用:

“主观公权利是臣民相对于国家所拥有的, 以法律行为或是以保护个体利益为目标的强制性法律规范为基础的, 向行政或国家提出要求, 要求其为一特定行为的法律地位 (rechtliche Stellung)”^[47]。

(三) 新的发展趋势

在纳粹社会主义时期, 国家的主观公权利被认为可有可无, 甚至是“有害的”^[48]。1945年之后的学理和实践, 大多都将这一概念与臣民在公法上的主观权利紧密相连。但这一概念嗣后也并非毫无变化。

1. 对经典概念的继受

对主观公权利的传统认知经由 Ottmar Buehler 的继受发展, 而在 1914 年被作为经典概念予以呈现, 这一概念在 1927 年再次被确定: “我对于主观公权利的概念过去和现在都未曾改变: 主观公权利是臣民相对于国家所拥有的, 以法律行为或是以保护个体利益为目标的强制性法律规范为基础的, 能够向行政或国家提出要求, 要求其为一特定行为的法律地位 (rechtliche Stellung)”^[49]。

上述概念在公法理论中几乎具有桥头堡的意义, 也因其作用, 国家的主观公权利自此从主观公权利的定义中被彻底排除。在上述有关主观公权利的经典概念中, 主观公权利被毫无疑问地界定为臣民的权利。^[50] 只是经过时代更迭, 为摆脱威权国家的影响, “臣民权利”被更符合伦理性的“公民”或是“市民”所替代。^[51] 在这一过程中, 尽管传统学说在内容上也有调整和改变^[52], 但其核心内容, 包括国家的主观权利的消失, 以及作为主观权利核心内容的保护规范理论在实质上却并未被更改。

2. 重心转移

尽管主观公权利的“经典”概念原则上保持了未受中断的稳定性, 但在《基本法》生效后, 上述概念也并非全无改变。经过这段时间的修正, 主观公权利学理的研究对象呈现越来越窄化的趋势。

[47] Buehler (前注 [6]), S. 224; 氏著 (前注 [43]), S. 36。

[48] 具有代表性的是这段时间的法律创新运动, Maunz, Das Ende des subjektiven oeffentlichen Rechts, ZStW 96 (1936), 71ff. (S. 94), 在该书的第 72 页中, 同样对“将主观公权利与基本权利并置”的做法予以了批评 (“主观公权利和基本权利过去和现在都不是同一的”), 从这一观点出发, 将基本权利从主观公权利的范畴中消除, 并将主观公权利理解为一般法上的权利, 而这种观点也最终使主观公权利限缩为行政法上的主观公权利。对于纳粹时期主观公权利理论的发展可参见 Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationssozialistischen Recht, 1974, S. 241ff。

[49] 有关于主观公权利的新旧概念和内涵参见 Gedächtnisschrift fuer Walter Jellinek, 1955, S. 269 ff. (274)。

[50] Wolff/Bachof (前注 [1]), S. 327; Erichsen, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, VVDStRL. 35 (1977), 171ff. (210); Ress (前注 [2]), S. 112; Loewer, Rechtskontrolle von Stassenplanungsentscheidungen, in: Azizi u. a. (Hrsg.), Rechtsstaat und Planung, 1982, S. 73 ff. (S. 85f.)。

[51] Wolff/Bachof (前注 [1]), S. 327, “根据现在的国家观念, Buehler 定义中的臣民应为公民或市民所替代……”。

[52] 有所调整的首先包括“强制性法律规范”以及“法律权能”的表述。Erichsen/Martens (前注 [2]), S. 150ff. 为使其使用新时期的国家观念, Bachof 在此之前也曾对这一概念进行过调整, in: Gedächtnisschrift fuer W. Jellinek, 1955, S. 287ff。

(1) 基本权利的双重属性和主观公权利学理

传统的“臣民的主观公权利”学理还将行政法和国家法中的法律权利作为研究对象。但自《基本法》颁布以来，个体统一的、全部的公法权利概念却发生了持续的断裂。除了主观公权的传统学说外，德国公法领域还发展出更具影响并获广泛确信的“基本权利理论”。这一理论主要围绕基本权展开。^[53]基本权理论的发展也标志着其与主观公权利理论的分离。尽管二者之间最终的断裂能够避免，毕竟从宪法角度而言，基本权利原则上就首先被界定为主观权利^[54]，而且从行政法角度而言，基本权利也常常被作为主观公权利的典型，^[55]但这并不意味着基本权理论只是主观公权利理论的翻版。从本质而言，这两种理论相互区分，相互隔绝。

因为基本权理论的自成一体（Verselbstaendigung），主观公权利理论的重要性也渐渐在行政法中受到排挤。此前，主观公权利一直被作为并不仅限于行政法领域的上位概念。^[56]但诸多长期发展并获得普遍确信的做，例如“针对基本权利的行政诉讼类型”^[57]、“教科书将主观公权利归属于行政法领域”^[58]，以及“主观公权利成为行政法中的专属概念”^[59]，却都标志着主观公权利学理逐渐被限缩至行政法领域。事实上，从之前主观公权利的复合概念中，人们还能够推导出公民在宪法上的主观权利。^[60]

(2) 第三人权利（Drittrecht）的问题变化

如上文所述，余留的主观权利主要以公民在行政法上的所有权利为对象。而对主观权利的探求，根据保护规范理论的分析框架，必须诉诸“利益保护指向”（Interessenschutzrichtung）^[61]。这就会产生出如下矛盾，这一矛盾也常常表现得相当明显^[62]：主流

[53] 有关基本权学理和理论可参见 Boeckenfoerde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff.; Kroger, Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem, 1978; Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979; Hesse, Grundrechte-Bestand und Bedeutung, in: Benda u. a. (Hrsg.), HdbVR, 1983, S. 79 ff.

[54] Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 1984, S. 115.

[55] Mayer/Kopp (前注〔2〕), S. 165.

[56] Zuleeg, Hat das subjective oeffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung? DVBL. 1976. 509 ff. (“当人们已经习惯了基本权利理论后，主观公权利成为行政法领域的话题。而行政法理论的教科书也将主观公权利理解为法律领域的固定构成。”) Bleckmann, Die Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsverfahren, VBLBW 1985, 361. ff. 值得注意的是，在此过程中，保护规范学理和司法实践都将其作用范围限缩至一般法领域（S. 361）。事实上，将主观公权利限缩至行政法领域自魏玛时代就已露端倪，只是此时表现得更为明显。

[57] Reiner Schmidt, Der Rechtsschutz des Konkurrenten im Verwaltungsprozess, NJW 1967, 1635 ff. (1637).

[58] Zuleeg (前注〔56〕), S. 509.

[59] Henke (前注〔4〕); Rott, Das verwaltungsrechtliche subjective oeffentliche Recht im Spiegel seiner Entwicklung im deutschen liberalen Rechtsstaat und in der franzoesischen” theorie des droits subjectifs des administers, 1976.

[60] 在此过程中，也有学者主张在探讨一般法是否包含了主观公权利时应强化宪法的关联性和作用（Mauer），但从概念而言，针对主观公权利的学理处理在行政法领域和宪法领域却并不相同。

[61] Maurer (前注〔2〕), S. 116 ff., 120 f.

[62] Bernhardt, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 302 ff. (303 f.), Henke (前注〔4〕), S. 67; Zuleeg (前注〔56〕), S. 511.

观点通常认为，只有在探求除行政相对人以外的第三人的主观权利时才会诉诸保护规范理论，对于相对人而言，人们早已确认他们就是主观公权利的拥有者（Inhaber）。

而对相对人权利（Adressatenrechte）与非相对人权利的区分处理的原因又源于宪法理论。宪法理论对于确立相对人的权利建树颇丰，其中的关键要素即基本权利。基本权利的防御权功能（Abwehrsrecht）赋予了相对人免于承受某种负担的请求权，即使这种负担并未被合宪性秩序规则所覆盖。^[63]而给付行政下相对人的权利的确认，也由联邦宪法法院的给付决定判决^[64]，以及相关的宪法性立法^[65]所铺平道理。因为“相对人权利”（Adressatenrechte）几乎已经毫无争议，行政法上的主观公权利也因此被转而用以确定非相对人（Nichtadressaten）以及第三人（Drittrechte）的权利。相应地，主观公权利的适用领域以及保护规范理论，也越来越被限定在“第三人权利”的领域。^[66]很长时期以来，行政法上对主观权利的讨论主要就集中于“第三人诉讼”（Drittkaufen）^[67]。在上述发展过程中，国家的主观公权利几乎被彻底排挤出观察视野。

三、现行法中的国家主观公权利

要在今日的公法中重新探求国家的主观公权利，就必须重新思考主观公权利（这一理论日渐限缩为第三人权利）的理论基础。如果我们坚守之前关于主观公权利就是“臣民的法律地位”的“经典”概念，在现行法中探求国家的主观公权利当然是徒劳的。^[68]相反，如果只是去寻找国家的权利（Recht）、权能（Berechtigungen）、权利资格（Befugnissen）、请求权（Anspruechen）等，就会发现与公法赋予个人的主观权利一样，公法中有关国家的权利规定几乎不胜枚举。而这也使我们完全能够充分肯定国家的主观权利的存在。^[69]

[63] Vgl. BVerfGE 9, 83 (88); BVerfGE 19.206 (215); 29, 402 (408); BVerfGE 30, 190 (198); Bernhardt (前注 [61]), S. 303f.; Schmidt (前注 [57]), S. 1639; Zuleeg (前注 [56]), S. 514; Wallerath (前注 [2]), S. 132. Vgl. 新近同样存在关于基本权作为防御权的保护范围以及负担领域的探讨，参见 Koch, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1984, S. 220. f. m. w. N.

[64] BVerfGE 1, 159. 对此案件的意义和所涉及的宪法问题的讨论可参见 Kloepfer, Grundrechte als Entstehensicherung und Bestandschutz, 1970, S. 3. ff. m. w. N.

[65] Vgl. z. B. § 4 Abs. 1. BSHG.

[66] 主观公权利和保护规范理论的讨论越来越集中于“第三人权利”问题，参见 Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1977, S. 52 (“行政拘束性的表现形式之一就是主观公权利，即第三方要求行政机关为某种行为的权利”)，以及 Loewer (前注 [49]), S. 86ff.

[67] Friauf, Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtssprechung, JurA 1969, 3. ff.; 1970, 652. ff.

[68] 有关国家主观公权利的线索在传统的主观权利学说中同样可以发现，例如“法律行为”（Buehler）或是“行政合同”（Erichsen/Martens）的理论中，但相比经典概念，国家的主观公权利在其中几乎不占任何地位。

[69] Schapp (前注 [34]), S. 152. ff.; Schenke (前注 [38]), S. 232ff.; Henke, DOEV 1980, 621ff. (623); ders., Juristische Systematik der Grundrechte, DOEV 1984, 1ff. (1f.); Jeachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, 1985, S. 16; Vgl. Hoppe, Orgastreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten, 1970, S. 177 ff. 与外部法律关系中的主观权利不同，本书涉及的是内部法律关系中的主观公权利。

（一）权利的逐项证明

国家的主观公权利可以从国家的“税收请求权”（Steueranspruch）、国家的“刑罚请求权”中逐项获得证明。但因为法律用语的更迭，国家的“税收请求权”（Steueranspruch）^[70]和“惩罚请求权”（Strafanspruch）^[71]这些表述已经逐步从法教义中消失。但国家相对个人的补偿请求权（Erstattungsanspruch）^[72]，国家基于学校行政关系而产生的损害赔偿请求权（Schadensersatzanspruch）^[73]，国家在法律制定中的创设权利（Gestaltungsrechte）^[74]，行政机关负责人对于公务员的请求权^[75]，以及长期备受争议，却日渐实证化甚至被过度强调的国家在公法合同中的权利^[76]，却都是实在法的确定组成部分。此外，《联邦行政程序法》第53条通过“公法合同承担者的请求权”的表述落实了行政机关相对于公民的请求权，《联邦行政法院法》同样允许行政机关可针对公民提起“处置诉讼”（Buergerverurteilungsklage）^[77]。具有相同作用的还有《联邦行政法院法》第43条规定的“确认法律关系存在或不存在”的诉讼，这些规定都体现了承认国家公权利的意旨。《警察法》在规规定行政权能时，亦使用了“请求权”^[78]的表述，例如，警察行使职权的请求权^[79]以及相对于普通个人的请求权^[80]。最后，在国家法理论中重新复兴的“基本义务”（Grundpflicht）^[81]的讨论亦为上述观念提供了基石，“基本义务”理论认为个人在公法上相对于国家存在一般的普遍性义务，这一义务不能被割裂看待，而必须与国家权利协调配合。

当公法上的主观权利的权利人并非仅限于个体的“公民”时，主观公权利的范围也相应地超越了“国家一个人关系”，而蔓延至国家机关、公法法人以及不同的行政主体之间。在现行的法律文本中，我们同样经常见到有关共同体的权利（Rechten der Gemeinde）^[82]、行政主体之间的赔偿请求权^[83]、国家职能的行使、联邦针对各州的建议权、联邦议会的权利、联邦议会中调查委员会的权利、联邦议会议员的权利、立法权和立法职能等规定。^[84]根据《基本法》第93条，联邦宪法法院审查联邦机关之间以及

[70] Z. B. § 37 Abs. 1 AO 1977.

[71] Baumann/ Weber, Strafrecht, 9. Aufl. 1985, S. 27 (“国家的刑罚请求权”)；vgl. Manrach/ Zipf, Strafrecht AT. 1. Teilbd., 6. Aufl. 1983, S. 3. 本书中还区分了客观的刑法（objektives Strafrecht）和主观的刑罚权（subjektives Strafrecht）。

[72] Weber, Der oeffentlichrechtliche Erstattungsanspruch, JuS 1986, 29ff.

[73] Vgl. Maurer（前注〔2〕），S. 590ff. m. w. N.

[74] Z. B. § 60 VwVfG und § 59 SGB-VwVfG 中有关“解除公法合同”的权利。

[75] Z. B. Art. 85 BayBG.

[76] § § 54ff. VwVfG.

[77] Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 1985, S. 216.

[78] Art. 9, 10 bayPAG.

[79] Art. 11 ff. bayPAG.

[80] Art. 51. bayPAG.

[81] Gotz und Hoffmann, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL, 41 (1985), 7ff., 42 ff. m. w. N.

[82] Art. 28. Abs. 2. GG; Art. , 11 Abs. , 2BV; Art. 5. bayGemPolG.

[83] Z. B. § § 103ff. BSHG; Art. 50 bay PAG.

[84] Art. 30, 37 Art. 2, 44 Abs. 1. 45a, Abs 2, 53, 53 a Abs. 2, 70. Abs. 1. GG. 在《基本法》的条文中处处可见“权利”、“职权”的表述。在《基本法》第93条中还肯定了国家针对个体的诉讼可能。但上述表述在主流的“主观权利”学说中却未获重视，这也使国家和个人的权利及法律地位被分隔处理。

联邦机关和其他联邦事务的参与者之间有关权利义务的争议，审查联邦和各州之间的“权利义务争议”，以及市镇因为“自行政权”受损提起的宪法诉讼。今天，尽管在主观公权利学说中，人们原则上并不会论及国家的法律地位，但在提及共同体的自行政权时，仍旧使用“自行政组织要求其自行政权的本质不受干预的主观公权利”（subjektiv-oeffentlichen Recht der Gemeinde auf Unantastbarkeit des Wesensgehalts der Selbstverwaltung）^{〔85〕}这样的表述。对于“机关诉讼”（Organstreitigkeiten）而言，确认争议主体的“主观权利”的存在是其结构性前提^{〔86〕}，对于联邦和州之间的争议而言，同样需要诉诸具体的“实体法上的宪法关系”，也只有从这种法律关系中才会产生使诉讼得以成立的请求权^{〔87〕}。

人们可能会争辩说，从上述简单的列举和概览中并不能得出类型化的国家主观公权利。当然，这些单项的权利应进行更系统的归纳和总结。但上述存在于现行法中的纷繁复杂的“法律”、“权能”、“法律资格”、“请求权”等表述至少都能证明国家主观权利的存在，也同样证明国家的主观公权利并不能轻易就被删除^{〔88〕}。

（二）教义学和体系证明（Dogmatisch-systematischer Nachweis）：（行政）法律关系

国家主观公权利的结论还可从新近日渐受到人们重视的法律关系学理^{〔89〕}中获得证明。法律关系学理在现在的行政法教义学中已获得确定位置^{〔90〕}，在一些特别行政法领域也很早就被引入。例如在捐税法律关系^{〔91〕}、补贴法律关系^{〔92〕}、社会法律关系^{〔93〕}、

〔85〕 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 306 Fussn. 47; Maunz, Der Verankerung des Gemeinderrechts im Grundgesetz, BayVBL, 1984, 417 ff. (423, “自行政权是自行政组织针对国家的主观公权利”); Koth, Das Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BBauG und Raumordnungsrechtliche Vorgaben, 1984, S. 37; BVerwGE, 40, 323; Moegle, Grundrechtliche Eigentumsschutz fuer Gemeinden, NJW 1983, 805 f. Domcke, Die Rechtsprechung des BayVerfGE zum Kommunalrecht, NVwZ 1984, 616ff (616f); BayVerfGE, BayVBL. 1984, 655ff, m. n. W.

〔86〕 Mayer, in: v. Muench, Grundgesetzkommentar, Bd, 3, 2. Aufl. 1983, Rdnr. 29 zu Art. 93.

〔87〕 BVerfGE 13, 54 (72f. m. w. N)

〔88〕 Wallerath (前注〔2〕), S. 106f; Maurer (前注〔2〕), S. 114; Herbert Krueger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 110f.; Kruegers” Unteranengehorsam”, Herbert Krueger 80 Jahre, DOEV 1985, 1012f.; Badura, Die Tugend des Buergers und der Gehorsam des Untertanen, JZ 1966, 123ff.

〔89〕 Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVD-StRL 30 (1972), 193ff. “如果有一个概念长期存在，且能够占据行政法核心位置的话，这个概念一定是法律关系”。

〔90〕 Maurer (前注〔2〕), S. 124ff.; Mayer/Kopp (前注〔2〕), S. 329 ff. m. w. N.; Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1955, S. 70ff.

〔91〕 Tipke, Steuerrecht, 10. Aufl. 1985, S. 123ff., und BFGH 91, 251 (359f).

〔92〕 Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 (1967), 308ff. (325); Badura, Das Subventionsverhaeltnis, WiVerw 1978, 137ff. (137, “基于补贴关系而产生的交互的权利与义务”); Mayer/Kopp (前注〔2〕), S. 331. (“补贴法关系不仅是补贴提供者 and 接受者之间的关系，还包括竞争者之间的关系”)。

〔93〕 Bely, Sozialrecht, 4. Aufl. 1982, S. 57ff.; vgl. Henke, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL, 28 (1970), 149 ff. (156ff.); Ruffner, ebenda, 187ff. (215f.).

公务员法律关系^[94]、警察法法律关系^[95]、行政程序法律关系^[96]以及建筑法法律关系^[97]中广泛存在。无论人们是从整体或细节观察上述纷繁复杂的法律关系，都会得出如下基本共识：法律关系的核心构成是参与者双边的、互动的权利与义务^[98]。从法律关系学理中人们当然能够导出国家在这一法律关系下所享有的主观权利，否则，国家在法律关系之下所产生的“权利”又该如何界定呢？^[99]

四、主观公权利学理的新转向

承认国家的主观公权利，将会在很多方面对主观公权利学理的丰富产生助益：首先，国家的主观公权利的概念表明，有关主观公权利的“经典概念”事实上植根于一般权力关系中，它的发端是“臣民的法律地位”，也正因如此，这一概念只是涉及了部分的主观权利。其次，这一概念揭示出主观公权利学说近年来不断遭遇的危机^[100]，也同样为这一学理的重新思考开启了大门。这一学理的危机并不能仅通过对传统的臣民权利进行调整，例如通过“诉诸宪法而对一般法律进行重新解释”^[101]而获得解决，而应进行本质上的方向重设（Neuorientierung）。国家的主观公权利在此发挥着至关重要的作用。因为无论是将主观公权利学说确认为有关整体性的公法权利的学说，或是将其确认为以公法权利为对象的学说，都不再是适宜的。^[102]在现今关于主观公权利的讨论中，常常被人们忽视的另一问题是，这一学理的方向重设同样意味着主观公权利学理的基础应摆脱陈旧鄙陋的保护规范理论，^[103]而转

[94] v. Muench, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1985, S. 1ff (67); BVerwGE 19, 243 (246 “公务法律关系是一种公法关系”)。

[95] Wolfgang Martens, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DOEV 1982, 89ff. (89, 96f. “双边和多边的警察法关系”)。

[96] Z. B. Gusy, Der Antrag im Verwaltungsverfahren, BayVBL. 1985, 484 ff. (486ff.)

[97] Wahl, Der Nachbarschutz im Baurecht, JuS 1984, 577ff. (578)。

[98] Haerberle, Das Verwaltungsrechtsverhaeltnis-eine Problemskizze, in: ders., Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S. 428ff. (251: “所谓法律关系，即一个或多个相对人与行政机关之间通过双方的、交互的权利义务所塑造出的关系”)。

[99] Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S. 313, (“但主观权利的说法在此是多余的，完全能够被行政法律关系中的权利与义务的说法所替代。此外，从行政法律关系中产生出的权利与义务原则上虽然与主观权利相关，但却不能被彻底替代”)。

[100] Scholz, Die oeffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte, WiR1972, 35ff. (前注 [51], 第 113 页); ders., Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL, 34 (1976), 145ff. (203); Zuleeg (前注 [56]), S. 509; Ress (前注 [2]), S. 117.; Subr, Freiheit durch Geselligkeit, EuGRZ 1984, 529 FF. (530), und Bethge, Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 24 (1985), 352ff. (367); “对于基本权关系的转变”可参见 Schuppert, Grundrechte und Demokratie, EnGRZ 1985, 525ff. (525 m. w. N.)。

[101] 这种做法是新近很多人主张的方法，参见 Schlichter, Bauerrechtlicher Nachbarschutz, NVwZ 1983, 641ff. (641); Hennrich, Der Rechtsschutz Dritter in der Rechtsprechung zum Gewehrrecht, WiVerw. 1985, 1. ff. (5); Tichra/Schmitt Glaeser (前注 [77]), S. 91. 93。

[102] Subr, Der Staat 9 (1970), 550f.

[103] Henke, System und Institute des oeffentlichen Rechts der Wirtschaft, DVBL. 1983, 982 ff. (986: “学理上对主观公权利的忽视”)。

换至“国家一个人”之间的法律关系^{〔104〕}框架下。

（一）从一般的权力关系转化为一般的法律关系

自从《基本法》颁布后，绝对高权国家的“一般权力关系”就失去了其存在的正当基础。^{〔105〕}对这一概念的摒弃有其宪法基础，尤其是源自宪法对于公民人性尊严的确认，对于不能侵犯和不能放弃的人权的确认，对于国家直接受基本权约束的确认^{〔106〕}，对于公民人格和自由优先性的确认。^{〔107〕}在合宪性秩序之下，个体的自足独立和自我人格都不是由国家“赋予和创设”^{〔108〕}的。相反，个体被设定为一个在“伦理上自我负责”的主体，因此也是“权利和义务的承担主体”^{〔109〕}。上述确认都禁止对于共同体之下的人与人之间的基本状态，通过“权力”、“统治权”或是“臣民关系”等概念来把握^{〔110〕}。

替代一般权力关系的是由人性尊严和个体自由所型塑出的“一般法律关系”^{〔111〕}，法律关系使共同体之下的个体都通过法律而互相连接为一个法律共同体，法律关系同样将公民和国家通过法律紧密相连。这种意义上的一般法律关系，被认为是解释宪法秩序之下个体的一般状态的抽象学理基础。在这一秩序之下，存在的不再是孤立分割的单项权利或义务，而是在国家—公民的法律关系下相互关联的权利义务。

宪法对于个体法律人格的基本确认，以及一般法律关系的设定都排除了将法律主体之间的关系解释为权力或统治权关系的可能。在一般意义上，法律主体总是互相建立或是处于一种具体的法律关系的联系之下。这一点尤其适用于同样作为法律主体、具有法律人格的国家与公民之间的联系上。对于这种联系，《基本法》同样不是通过国家高权（Allmacht），而是通过法律关系来规定；在法治国下也不再存在权力关系，取而代之的是国家与公民在法律联系之下的关联。^{〔112〕}相应地，在国家与个人之间已经形成和正在形成的关系中所涉及的权利都需在法律关系之下获得理解。^{〔113〕}这一关系的核心部分是关系主体双方的主观权利、必要的义务，彼此的限定和从法律出发而产生的相互关联。

（二）国家与公民的法律关系对于主观公权利学理的意义

将国家和个人之间的法律联系诉诸为法律关系而获得理解，对于主观公权利学理具

〔104〕 国家内部领域应诉诸法律关系概念的观点参见 Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 19. ff.; Achterberg (前注〔99〕), S. 299. und Erichsen/Martens (前注〔2〕), S. 132. 143 (但书中却未从法律关系理论中推导出主观公权利的概念, S. 153)。

〔105〕 Hesse (前注〔54〕), S. 113.

〔106〕 Art. 1 GG.

〔107〕 Bachof (前注〔52〕), S. 301.

〔108〕 Jellinek (前注〔5〕), S. 82.

〔109〕 BVerwGE 1, 159 (161).

〔110〕 Henke, DOEV 1980, 621ff. (624); ders., DOEV 1984, 1ff (前注〔4〕); 再使用“一般权力关系”的概念必定与《基本法》第1条第3款和第19条第2款相违背;《基本法》第79条第3款还禁止立法者对宪法中的某些条文,尤其是第1条进行修改, Hesse (前注〔54〕), 114.

〔111〕 “一般权利关系”的概念尽管出现很早,但至今对它的论述却相对较少。Henke, DOEV 1980, 621ff. (624f). 阐释一般权利关系的途径之一为地位理论 (Statuslehren),但也有学者对地位理论进行批评, Achterberg (前注〔99〕), S. 305f.

〔112〕 Henke (前注〔111〕), S. 624.

〔113〕 Achterberg (前注〔99〕), S. 305; und Mayer/Kopp (前注〔2〕), S. 329.; Henke, Allgemeines Verwaltungsrecht als Rechtsverhältnissordnung, NVwZ 1983, 534f. (535).

有至关重要的意义。^[114] 从这种方向移转中同样能够重新寻求主观公权利的概念（Begriff）与内容构成（Konzeption）。

1. 主观公权利的概念

如果人们将法律关系作为国家与公民关系的基础，那么主观公权利就不能像从前一样，被理解为相互割裂的请求权，而是具体法律关系之下的相互关联的权利与义务的整体。主观公权利也不再是学理上“纯属多余”的法律创设^[115]。作为行政法学理中的重要构成，这一概念除了像既往可以用来把握相对人的法律地位外，同样可以用来把握国家的法律地位，换言之，将国家视为相对于公民的公法主体。对国家主观公权利的确认，不仅是从法律关系学理中合逻辑推导出的结果，同样也是实定法中的现实规定。^[116] 通过对国家的主观公权利的承认，能够在很大程度上拓展主观公权利的范畴，使其不再局限为“法律所保护的 personal 利益”，而这种承认也使之之前与主观公权利紧密相连的保护规范理论陷入危机。这些都证明，对国家的主观公权利的研究同样是对公民的主观公权利进行研究的现实部分。

将主观公权利与法律关系理论相连，同样对将法律主体视为法律权力（Rechtsmacht）或意志权力（Willensmacht）的理论提出疑问。^[117] 上述抽象的、一般性概念既无法全面把握主观权利的多重面向^[118]，也无法有效阐释和说明实体法规定。简言之，其单一性（Farblosigkeit）遮蔽了主观公权利的多样性（Vielfaelligkeit）。拉伦茨（Karl Larenz）对私法上权利的富有价值的清晰描述^[119]，也因此无法适用于主观公权。^[120] 据此，主观公权多样化的表现形式并无法通过统一的概念予以把握，相反，它应被理解为是开放的，拥有不同内容变体的框架性概念（Rahmenbegriff），通过诉诸这一概念，我们得以确认个体在不同情境下存在和产生的权利。^[121]

2. 主观公权利的内容构造（Konzeption）

将国家与个人之间的关系设定为具体的法律关系，同样对主观公权利的内容构造产生影响，这种影响尤其表现为以下两个方面。

首先，法律关系为对国家与公民之间产生的具体法律关联予以整体性的实体观察

[114] Achterberg, Rechtsverhaeltnisse als Strukturelement der Rechtsordnung, Rechtstheorie 9 (1978), 385 ff.; ders., Die Rechtsordnung als Rechtsverhaeltnisordnung, 1982; Henke (前注 [111]); 宪法角度可参见 Henke, DOEV 1984, 1ff. (1); 行政法角度可参见 Bachof (前注 [89]); Haberle (前注 [98]) und Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 109ff.

[115] Achterberg (前注 [99]), S. 313.

[116] 参见第三部分。

[117] Bachof (前注 [52]), S. 292, 299; Schenke (前注 [38]), S. 233ff.; Mayer/Kopp (前注 [2]), S. 165. 与“法律权力”或是“意志权力”不同的表述还有“主观公权利的本质、内容或是前提”等，此处不一而足。

[118] 例如国家的权利、公民的权利、国家内部领域的权利；“统治的权利、请求权、形成权”（Bachof）；“绝对的和相对的权利”（Henke）；宪法上的主观权利和行政法上的主观权利。

[119] 对于主观权利的结构可参见 Festgabe fuer Johannes Sontis, 1977, S. 129. ff. (insbes. S. 146ff.); ders., Allgemeiner Teil des deutschen Buergerlichen Rechts, 6. Aufl. 1983, S. 198ff.

[120] 对统一的主观公权利概念持保留态度或是并不认为主观公权利的类型统一的参见（前注 [2]），S. 117ff.; Henke, Zur Lehre vom subjektiven oeffentlichen Recht, in: Festschrift fuer Werner Weber, 1974, S. 495 ff. (514) und ders., (前注 [111]), S. 621.

[121] Larenz (前注 [119])。

(materielle Gesamtbetrachtung) 提供了理论基础。此前基于主观公权利而产生的分隔孤立的请求权, 在此被对具体法律关联中的权利义务进行全面的、整体性的把握的方式所取代。这种方式同样为强化双边权利义务的区分提供了理论铺垫, 人们不用再诉诸空洞的保护规范理论, 而是诉诸具体情境, 以及具体的事务构造 (Sachstruktur)^[122] 去探求主观公权利。

其次, 法律关系学理还使更客观合理地处理第三人权利 (Drittrechte) 成为可能。在传统主观公权利学理中, 首要的关系被确认为国家与个人之间的关系, 正因如此, 对于具体决定而言, 第三人权利原则上是以“异己者”^[123] 的面目存在的, 这也导致相对人和第三人法律地位的不对称^[124]。而法律关系学理并不仅限于国家一个人的双边关系。通过三边和多边法律关系^[125]的处理, 法律关系学理对所有的参与者都予以适宜的关照^[126]。三边和多边法律关系学理也使人们发现之前在处理多边法律关系 (polygonalen Rechtsbeziehungen) 问题时常常援用的“权利假定” (Freiheitsvermutung) 几乎不堪重负, 因为它忽视了对相互冲突的个体权利之间的衡量,^[127] 因此也难以克服片面判断的危险。^[128] 在现代分配国家 (Verteilungsstaat) 之下, 国家行为如果为某一方提供权益, 往往就会给另一方带来不利影响,^[129] 因此必须在宪法视角下, 在其他人的权利中确定个体权利的界限。^[130]

在多边的法律关系中探求具体的个体权利同样会带来以下思考方向的转变: 规范的保护目标不再是确定第三人主观权利是否存在的核心要点^[131]——在法律实践中这种方

[122] 对行政法律关系根据具体情境予以区分可参见 Maurer (前注 [2]), S. 127。

[123] Redeker, Nachbarklage-oeffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich?, NJW 1959, 749ff. (751), 公法中的建筑邻人诉讼一直被行政诉讼法视为“异己者”, 但与此同时, 这些异己者和第三人保护中涉及的其他类型和问题却是行政法院中非常重要的部分。Wahl (前注 [97]), S. 577。

[124] Jochhim Martens, Der verwaltungsrechtliche Nachbarschutz—eine unendliche Geschichte? NJW 1985, 2302ff.

[125] Achterberg (前注 [100]), S. 295 ff.; Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL40 (1982), 187ff.. (217f.); Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als ordnungsidee und System, 1982, S. 23, 26ff. m. w. N.

[126] Wahl (前注 [97]), S. 578。

[127] Schmidt-Assmann (前注 [125]), S. 23. 尤其是在三边法律关系中, “权利假定” 常常会倾向于保护某一方的利益而侵犯另一方的权益。Subr, Die Freiheit vom Staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff?, JZ 1980, 166ff.

[128] Wahl (前注 [97]), S. 578。

[129] 针对补贴法可参见 Zuleeg, Subventionskontrolle durch konkurrentenklage, 1974 (S. 26 在竞争关系中, 国家行为对一方的优待必定会给另一方带来不利影响); Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, S. 149; Bauer/Moegele, Wirtschaftshilfen an die Stahlindustrie, RJW 1984, 696ff. (704); 类似问题同样出现在“公务法中的竞争诉讼”中, 参见 Schenke, Die Konkurrentklage im Beamtenrecht, in: Festschrift fuer Otto Muehl, 1981, S. 571ff. (578); Wahl (前注 [97]), S. 578; 在多边的法律关系中, 国家可以更适宜地处理多个并存的问题, 而不是简单地将其化约为对某个相对人予以“剥夺”, 而“施与”其他相对人的过程。

[130] Art 2. Abs. 1 GG.

[131] 对这种方式的批评可参见 Schmidt-Assmann, Grundfragen des Staedtsbaurechts, 1972, S. 101f.

式毫无疑问相当抽象^[132]，也日渐成为司法暗语^[133]——相反，对第三人权利的探求应诉诸由宪法和行政法所影响的国家与多个公民间所形成的整体性的法律关系之下，诉诸由所有参与者所共同形成的权利义务的互动关联中，以及诉诸法律所规范的具体的规制领域中。据此，人们不再关注警察针对第三人单独孤立的干预权，而是多边的警察法关系；不再关注建筑法下孤立的邻人权利，而是多边的建筑法律关系；不再关注竞争者针对补助行为的孤立的防御请求权，而是多边的补贴法律关系，^[134]在这些多边法律关系中，个体的法律地位是通过与他人的相互竞争和互动而得以确定。^[135]从这些具体的法律关系中，人们也能够得出所有参与者具体的单项权利或义务。

五、总结

综上，当下学理中对国家的主观公权利的排挤可追溯至19世纪末至20世纪初的国家学理论。但上述理论在《基本法》颁布后并未再进行更新，同样也与实定法不相符合，在法治国背景下，这一理论也失去了其基本支撑。

对国家主观公权利的确认为公权利学理，尤其是在今天的行政法学理和实践中被日渐窄化为第三人权利（Drittrecht）的主观公权利理论会产生深刻影响。如果人们在思考这一问题时同样考虑到国家的主观公权利，就会发现：不论是传统上获得广泛传播的公权利概念（法律所保护的利益），还是以此为基础构建的保护规范理论均存在重大弊端。主观公权利更近于一项“开放的和需要内容充实”的框架概念，其内容应在不同情境下予以具体界定。

对国家主观公权利的肯定同样表明，利益关联下单个的、孤立的由主观权利所导出的请求权并非就是决定性的学理基础，相反，更具重要意义的学理基础是法律关系。作为宪法和行政法中的至关重要的框架性概念（Georg Ress），主观权利未来更应在法律关系之下获得重新整合。此外，法律关系学理同样对第三人权利的处理颇有益处，藉由三边或多边法律关系理论，法律关系学理改变了传统单一的观察视角，而是将法律关系参与者的权利义务放在整体框架下予以考量。而宪法对个体法律地位的调整^[136]，也会因此在公法中获得更多的实现可能。

（责任编辑：赵真 赵建蕊）

[132] 例如在公法的竞争之诉中，参见 Scholz, WiR 1972, 35ff. (S. 53. 对具体的立法目的和立法者意志的探求总是相当抽象)。

[133] 针对邻人保护的 Weyrentber, Das Bundesbaurecht in den Jahren 1980, 1981, 1982, DOEV 1983, 575ff. (587: 第三人保护和所使用的规范之间的关联性——即通过诉诸规范是否包含了保护第三人权利的意涵的解释方式——常常造成的却是法律适用的不确定)。

[134] 前注 [92]、[95]、[97]。

[135] Schmidt-Assmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), 221ff. (236, “在多边法律关系下，主观权利相互交错地存在”)，Scholz, 145ff. (“在多边作用的行政措施下受影响的相对人——正如在计划团体、邻人保护、竞争者保护等情境下——之间会产生行政法上的法律关系，而这种关系也使原本在行政法保护中处于首要位置的国家与个人之间的关系渐次相对化”)。

[136] Wahl (前注 [97])，S. 577。