

## 新旧保护规范论

[德]哈特穆特·鲍尔 著 王世杰 译\*

---

**内容提要：**作为现代公权理论的核心，保护规范理论对于主观公权利的证成具有决定性。随着历史的发展，保护规范理论的新旧两种见解得以形成。但保护规范理论立基于存疑的原理：作为保护规范理论基础的利益概念并不明确，公益与私益的区分颇有疑问；法规范的解释方法与解释规则并不确定；保护规范理论在适用上也存在相当的不确定性。有鉴于此，应当对证成主观公权利进行方向性的调整，转而关注与保护规范理论相异的行政法律关系理论。在证成主观公权利时，法律关系理论依据调整法律关系的所有规范材料，注重行政法与宪法的一体式观察，同时兼顾各规范调整领域的具体事实结构。法律关系理论吸收了保护规范理论的合理见解，排除了其中具有不确定性的内容，从而确保主观公权利的证成具有规范性与可靠性。

**关键词：**保护规范理论 主观公权利 法律关系理论

---

### 一、保护规范理论的意义与问题

保护规范理论<sup>[1]</sup>在当下的公法中居于核心地位。因为依据通说，保护规范理论对公民主观

---

\* 作者系德国波茨坦大学法学院教授。

译者系中国人民大学法学院博士研究生。

本文基于作者 1988 年 3 月在特里尔举行的“小国家法教师大会”（国家法助理教师大会）所作的报告撰写而成。原文载《公法档案》（Archiv des öffentlichen Rechts）第 113 卷（1988 年），第 582 - 631 页。摘要与关键词为译者所加。

[1] 有时也被称为“保护目的理论”“保护理论”“保护规范学说”“保护目的学说”“保护法律理论”以及带有批判性立场的“保护规范命题”与“保护规范原则”。事实上，这些表述并不存在实质区别。

公权利的证成 (Begründung) 具有决定性。<sup>〔2〕</sup> 据此, 对主观公权利的承认取决于“不仅保护公共利益, 而且至少也保护个人利益”<sup>〔3〕</sup> 的法规范的存在。即法律上有目的的利益保护对于主观公权利的存在具有决定性。

乍看起来, 概括表述的保护规范理论在内容上给人留下极为明确的印象。但仔细审视就会发现, 保护规范理论存在大量问题。例如, 这一理论应归入到行政诉讼法<sup>〔4〕</sup> 还是实体公法;<sup>〔5〕</sup> 保护规范理论是仅用于查明一般的主观权利, 即行政法所承认的主观权利,<sup>〔6〕</sup> 还是也须用于确定基本权利的主观权利的特性。<sup>〔7〕</sup> 其他尚未明确的还包括宪法的作用, 特别是基本权利在依据保护规范证成 (一般的) 主观公权利中的作用<sup>〔8〕</sup>。此外, 新的“论证模式” (Argumentationsfiguren), 特别是与传统保护规范学理并不完全适应的“考虑要求” (Gebot der Rücksichtnahme)<sup>〔9〕</sup> 的发展出现了问题<sup>〔10〕</sup>。最后, 保护规范理论为流行的、被归为个案决疑的 (kasuistisch) 司法实践, 提供了法释义学上的起点。

〔2〕 如 Batts, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, S. 66 ff.; Erichsen, Martens, in: dies. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1986, S. 151ff.; Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: Erichsen u. a. (Hrsg.), Festschrift Menger, 1985, S. 191 ff. (201ff.); Ramsuer, Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte, AöR 111 (1986), S. 501ff. (509 ff.); Ronellenfisch, Wolf, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastung als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentliche Rechts? NJW 1986, S. 1955 ff. (1955 f.); Schmidt Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Erichsen u. a. (Hrsg.), aaO, S. 107 ff. (122); Sellner, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastung als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentliche Rechts, 56. Deutscher Juristentag, Sitzungsbericht L, 1986, S. 8 ff. 判决可见 BVerfGE 27, 297 (307); BVerfGE 28, 268 (270); 41, 58 (63); 52, 122 (128); 65, 167 (171 ff.); 65, 313 (320); 66, 307 (308); BVerwG, NVwZ 1987, S. 409f.; DVBl. 1987, S. 1267 ff. 其他文献, Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastung als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentliche Rechts, 56. Deutscher Juristentag, Gutachten C, 1986, S. 18ff, 97; Kopp, VwGO, 7. Aufl., 1986, Rdnr. 48 ff. zu § 42 und Erbuth, Raumbedeutsames Umweltrecht, 1986, S. 313 ff.

〔3〕 参见通说的 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1986, S. 120。

〔4〕 例如, 见 Hufen, Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?, NJW 1982, S. 2160 ff. (第 2161 页: “诉讼的保护规范理论”)。

〔5〕 参见 Breuer, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des öffentlichen Rechts, DVBl. 1986, S. 849ff. (854)。

〔6〕 So Schmidt-Aßmann, in: Maunz, Dürig u. a., Grundgesetz, Kommentar, Lieferung: 1985, Rdnr. 116 ff. zu Art. 19 Abs. GG, 阿斯曼区分“作为主观权利的基本权利” (Rdnr. 121 ff.) 与“一般法律的主观权利” (保护规范理论) (Rdnr. 127 ff.)。对于通说的阐述与批评, 也参见 Maurer (前引〔3〕), S. 117 ff. 以及 Bleckmann, Die Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsverfahren, VBlBW 1985, S. 361 ff. (361)。Bleckmann 指出, 保护规范理论乍看起来包括“所有的主观公权利, 也包括基本权利”, 但是仔细分析就会发现其内容“明显很窄”, 因为“狭义的保护规范, 如实质和形式的行政法, 仅仅是调整有关行政活动条件的法律规定”。

〔7〕 如 Lerche, Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden und Klagerecht Privater, JurA 1970, S. 821 ff. (831 f. Fn. 40); Pietzcker, „Grundrechtsbetroffenheit“ in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, in: Püttner (Hrsg.) Festschrift Bachof, 1984, S. 131 ff. (140); Sachs, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, DÖV 1984, S. 411 ff. (411 f)。

〔8〕 对此, 仅见 Pietzcker (前引〔7〕), S. 138ff.

〔9〕 对此, 最近如 Schulte, Die dogmatischen Grundlagen des Rücksichtnahmegebotes im Baurecht, UPR 1984, S. 212 ff.; Redeker, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme, DVBl. 1984, S. 870 ff.; Schlichter, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme, DVBl. 1984, S. 875 ff.; Alexy, Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz, DÖV 1984, S. 953ff.; Peine, Das Gebot der Rücksichtnahme im baurechtlichen Nachbarschutz, DÖV 1984, S. 963ff.; Dürr, Das Gebot der Rücksichtnahme im öffentlichen Baurecht, NVwZ 1985, S. 719 ff.; Stühler, Zur Geschichte und methodologischen Einordnung des Gebot der Rücksichtnahme im privaten und öffentlichen Nachbarrecht VBlBW 1987, S. 126 ff.

〔10〕 例如, 见 Breuer, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme—ein Irrgarten des Richterrechts, DVBl. 1982, S. 1065 ff. (1072), 其称与主观权利的考虑要求相关的司法实践与保护规范理论是“无法解决的矛盾”。

鉴于上述情形，通说并非无可争议也就并不令人吃惊。尤其是在基本法生效后，保护规范理论以及其后的主观公权利理论由于根本上的、方向调整（Neuorientierung）的目标而再次备受批评。<sup>〔11〕</sup>特别是在60和70年代，“告别保护规范理论”得到不少支持。<sup>〔12〕</sup>抛弃保护规范理论被看作是基本法的要求，<sup>〔13〕</sup>或者至少要对借助保护规范证成主观公权利加以严格限制。

因此可以看到，长期以来存在一种远离保护规范思维的基本思潮。80年代中期，情形再次发生了变化。最近，主要被视作一般法释义学组成部分的保护规范理论的“复兴”引人注目。<sup>〔14〕</sup>在第56届德国法学家大会上，当大多数人赞同主要是为环境法所提出——保护规范理论“原则上是适合的”<sup>〔15〕</sup>——命题时，这一逆流（Gegenbewegung）经历了临时的巅峰。可是在柏林法学家大会上，人们却承认“保护规范理论含有推测的成分”，<sup>〔16〕</sup>并要求在通说范围内对其进行一定的修正。<sup>〔17〕</sup>这与通说支持者中一种较为普遍的做法相契合，即尽管原则上坚持保护规范理论，

〔11〕 相关批评，参见 Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch 60 (1969), S. 35ff. (47ff.); ders., Der Rechtsanspruch auf Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts, DVBl. 1970, S. 30ff.; ders., Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarklage, DVBl. 1971, S. 723ff.; Bernhardt, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, S. 302ff.; Bleckmann, VBlBW 1985, S. 361 ff.; Bothe, Die Entscheidung zwischen öffentlich-rechtlich geschützten Positionen Privater durch Verwaltung und Gerichte, JZ 1975, S. 399 ff.; Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (insbes. 271 ff.); Geist-Schnell, Verfahrensfehler und Schutznormtheorie, 1988, insbes. S. 194; Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S. 1968, S. 57ff., 86ff. und passim; Ladeur, Die Schutznormtheorie-Hindernis auf dem Weg zu einer modernen Dogmatik der planerischen Abwägung?, UPR 1984, S. 1ff. (zu planungsrechtlichen Problemstellung); Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 51ff.; Joachim Martens, Der verwaltungsrechtliche Nachbarnschutz-eine unendliche Geschichte?, NJW 1985, S. 2302 ff.; ders., Der Bürger als Verwaltungsuntertan?, KritV 1986, S. 104ff.; Mayer-Tasch, Umweltrecht im Wandel, 1978, S. 82ff.; Peine, DÖV 1984, S. 963ff. (969 f.); Sailer, Subjektives Recht und Umweltschutz, DVBl. 1976, S. 521ff.; ders., Naturschutz ohne Rechtsschutz? Nur 1987, S. 207 ff. (211 ff.); Reiner Schmidt, Der Rechtsschutz des Konkurrenten im Verwaltungsprozeß, NJW 1967, S. 1635 ff.; Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, insbes. S. 90 ff., 122 f.; ders., Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte, WiR 1972, S. 35 ff. (insbes. 53 ff.); Sening, Systemdynamische und energetische Überlegungen zur Klagebefugnis im Naturschutzrecht, NuR 1979, S. 9 ff.; ders., Umweltzerstörung, Recht und Information, NuR 1985, S. 125 ff. (131); Suhr, Immissionsschäden vor Gericht, 1986, insbes. S. 110ff.; des., Grundrechte in sterbender Umwelt, in: Baumann (Hrsg.), Rechtsschutz für den Wald, 1986, S. 45 ff.; Zuleeg, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?, DVBl. 1976, S. 509 ff. (514 ff.). 在教科书中也广泛存在对于通说的批评，参见 Maurer (前引〔3〕), S. 123 ff.; Tschira, Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., 1985, S. 91ff. 以及 Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, S. 97 f., 309. 最后，在司法判决中也会发现保护规范理论所导致的冲突；对此，参见著名的、当时被联邦行政法院 (NVwZ 1984, S. 38 f.) 所废除的、明斯特高级行政法院关于建筑相邻人权利的判决 (NVwZ 1983, S. 414 ff.)。

〔12〕 有关80年代初期的自然保护法，Sening, Abschied von der Schutznormtheorie im Naturschutzrecht, NuR 1980, S. 102ff.; 也参见之后 Keller 和 Sening 的争论, BayVBl. 1981, S. 681 ff.; 1982, S. 428ff.

〔13〕 Bothe, JZ 1975, S. 399 ff. (401).

〔14〕 如 Berger, Grundfragen umweltrechtlicher Nachbarklagen, 1982, S. 97ff., 144 ff.; Schmidt-Aßmann (前引〔6〕), Rdnr. 127 ff.; Ramsauer, AöR 111 (1986), S. 501 ff. (509 ff.); Marburger (前引〔2〕) 以及其他相关文献; ders., These I zum Gutachten für den 56. Deutschen Juristentag; Sellner, These I zum Referat auf dem 56. Deutschen Juristentag (Sitzungsbericht L, S. 42)。在80年代，批评也并未完全停止；仅见如 Peine, DÖV 1984, S. 963ff. (970)。

〔15〕 56. Deutschen Juristentag, Sitzungsbericht L, 1986, S. 263.

〔16〕 提及的 Sellner 的论点, Sellner (前引〔14〕)。

〔17〕 针对联邦行政法院有关建筑公法判决的部分方面的保留，仅见 Marburger 的观点 (前引〔14〕)。

但同时也赞同对这一理论的个别观点进行变更或补充。<sup>[18]</sup> 因此, 只有当首先已经在保护规范理论的“新旧理解”间进行区分并明确对于保护规范理论“现在的认识”具有决定性的要点时, 前述在逻辑上才是一贯的。<sup>[19]</sup>

一方面, 尽管通说想继续坚持保护规范理论, 但另一方面, 也有明确的迹象表明, 保护规范理论的内容见解发生了变化。很明显, “保护规范理论”的概念有种强大的魅力, 使得人们害怕与它告别。通说的部分批评者因此提出——可能是基于提高自身法律主张实施机会的目的——与传统认识相区别的“修正的”或“全新的”保护规范理论, 以作为放弃旧理论的替代物。<sup>[20]</sup>

正如人们一直以来对这一发展的评价一样, 其中有一点是确定的: 保护规范理论处于变动之中。在此基础上, 以下首先介绍新旧保护规范理论的内容(第二部分), 检讨这一理论的能力(Leistungsfähigkeit)(第三、四部分)并且——如有必要——期待不借助保护规范理论而证成主观公权利(第五部分)。

## 二、新旧保护规范理论

### (一) 旧“保护规范理论”

跃升为现今“保护规范理论”的保护规范思维可追溯至晚期立宪主义。<sup>[21]</sup> 其时, 如下见解被普遍接受: 客观的“法规范, 只有当其并非仅仅有利于公众, 同时也为满足个人利益时, 其对臣民而言是主观公权利, 而且唯有如此主观公权利才能形成”。<sup>[22]</sup> 在此基础上所建立的臣民的主观公权利早在世纪之交就已经是激烈争论的对象, 并且在很多方面极具争议。<sup>[23]</sup> 对于与之相关的不同见解, 此处不作讨论。这里介绍由奥特马尔·布勒于1914年提出的旧“保护规范理论”作为典型即已足够。布勒的理论一直影响着后世的法律发展, 时至今日仍被认为是

---

[18] 有关这种(不同的)修正的要求, 出现在 Breuer, Baurechtlicher Nachbarschutz, DVBl. 1983, S. 431 ff. (436 f.); ders., DVBl. 1986, S. 849 ff. (854); Schenke, Baurechtlicher Nachbarschutz, NuR 1993, S. 81 ff.; Schlichter, Baurechtlicher Nachbarschutz, NvWZ 1983, S. 641 ff. (642 f.); Steinberg, Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts, NJW 1984, S. 457 ff. (460); Wahl, Der Nachbarschutz im Baurecht, JuS 1984, S. 577 ff. (585 f.)。

[19] So Schmidt-ABmann (前引 [6]), Rdnr. 128; 也参见 Winter, Bevölkerungsrisiko und subjektives öffentliches Recht im Atomrecht, NJW 1979, S. 393 ff. (394, 397)。

[20] Lening, NuR 1980, S. 102 ff. (105)。

[21] 对此, Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 80 ff., 99 ff., 140 ff.

[22] Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 21. 布勒所提的其他条件现如今已经不再具有核心地位, 对此, 参见 Erichsen, Martens (前引 [2]), S. 151 ff.; Bauer (前引 [21]), S. 76 ff., 136 ff.

[23] 仅参见 Georg Jellinek, System der subjektive öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905 (Fotomechanischer Nachdruck, 1963); Giese, Die Grundrechte, 1905, S. 27 ff., 43 ff., 54 ff., 62 ff., 75 f.; Bühler (前引 [22]); Thoma, Das System der subjektive öffentlichen Rechte und Pflichten, HdbDStR II, 1932, S. 607 ff.; 以及其他相关文献。

“基础性的”。〔24〕

与当时流行的观点〔25〕一致，布勒认为，“保护个人利益”的“客观法规范”的存在是承认主观公权利的前提。布勒主张，“某些法律规范很明确，其并不是为了保护个人利益而创设”，如国家组织法的某些规定。与此同时，也有“确切的是为保护个人利益而创设的”法规范，布勒将“保护个人财产与人身自由的基本权利”〔26〕归入其中。

在这两类规范之间，存在布勒所说的“巨大的不确定的空间”。对此，布勒给出如下建议：为判断法律规范是否具有保护个人利益的目的，“首先应回溯至立法资料。但从立法资料中也经常不能确定法规范是否具有保护个人利益的目的。存疑时，大概必须这样认为：事实上有利于个人利益的法规范——至少这一点也能够明显被预见到的情形下——也具有保护个人利益的目的，因此这种法规范适合于赋予规范对象以主观公权利。同时这也适用于那些在事实上既有利于公共利益也有利于个人利益的法律规定”。〔27〕

上述段落的主要内容：布勒主张，在法规范的解释中应当优先考虑立法资料所表达的立法者的意志。对于“经常”遗留下的不确定情形通常取决于法规范是否“事实上有利于个人利益”。对此，更进一步的论述需要摸索着（tastend）表达（“大概”），此外这种论述实际上要受到限制（“至少”），并且仍然模糊不清。以此，是否应确立这样一种法律推断（“存疑时”）、解释规则和基本原则等，最终无法得到回答。但可以确定的是，“保护规范理论”在世纪之交就已经存在严重的适用问题，人们尝试用（最广义的）“解释指令”（Auslegungsdirektive）去解决问题并赋予规范适用的事实效果以（共同）决定性的作用。

## （二）新保护规范理论

前已述及，刚刚介绍的保护规范理论对于此后的法律发展具有指导作用。尽管其间上述理论并未经大幅修正，〔28〕但现在部分学者已经区分新旧保护规范理论。不久前，埃伯哈特·施密

〔24〕 见 Ronellenfisch, Wolf, NJW 1986, S. 1955 ff. (1955 Fn. 8); Marburger (前引〔2〕), S. 19 Fn. 47; Stürer, NuR 1981, S. 149 ff. (151 Fn. 15); ferner Wolff, Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 327; Henke, Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, in: Schneider u. a. (Hrsg.), Festschrift Weber, 1974, S. 495 ff. (495); Ress, Das subjektive öffentliche Recht, in: Ermacora u. a., Allgemeines Verwaltungsrecht, 1979, S. 105 ff. (112); Löwer, Rechtskontrolle von Straßenplanungsentscheidungen, in: Azizi u. a. (Gesamtredaktion), Rechtsstatt und Planung, 1982, S. 73 ff. (85); Sening, NuR 1980, S. 102 ff. (104).

〔25〕 参见如 Jellinek (前引〔23〕), S. 69ff. 与 Giese (前引〔23〕), S. 70, 71f.

〔26〕 前引〔22〕, S. 43 f.; 着重号为本文所加。尽管基本权利的主观权利的性质在晚期立宪主义时期极具争议，但是很多著名的国家法学者对此予以肯定 [有关当时的讨论情况，如见 Giese (前引〔23〕), insbes. S. 35 ff.; Meyer, Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., 1905, S. 799 ff.]。布勒之后在他的专著中，在讨论基本权利和合法性原则的关系时得出下述结论，即基本权利有时被合法性原则“赶超了” (überholt) (S. 61 ff., insbes. S. 155.)。对于魏玛宪法中（作为直接适用的法）的基本权利，布勒再次明确指出，这些基本权利就是主观公权利，甚至将其称为“主观公权利的原型” (Bühler, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, Kommentar, 3. Aufl., 1929, S. 121)。不存在“基本权利在传统的公权利理论中并没有发挥特别作用” [Ramsauer, AöR 111 (1986), S. 501 ff. (504)] 的说法。

〔27〕 Bühler (前引〔22〕), S. 45; 着重号为本文所加。

〔28〕 有关对旧保护规范理论进行修正的必要性，早期主要由 Bachof 指出，Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Bachof u. a. (Hrsg.), Gedachtnisschrift Walter Jellinek, 1955, S. 287 ff. (insbes. 294, 296ff., 303 f.)

特·阿斯曼提出了与以往观点明显不同的保护规范理论的“新的见解”。〔29〕他是一位现今流行的、很少系统化、立场原则上被坚持的保护规范思维中很有影响力的示例。〔30〕因此此处将其作为当下保护规范理论的代表，并作简要介绍。

根据阿斯曼的见解，“主观权利的规范基础首先应在一般法律中寻找”。如果一般法律中缺少明确的内容，则必须借助保护规范理论来查明“多重加密”的主观公权利。〔31〕质言之，应当判断，法规范是否包含有“保护个人利益的目的”。〔32〕因此，现今的保护规范是一种（开放发展式的）“能够推导出法规范主观权利内容的，经典的方法与规则”（Kanon von Methoden und Regeln）〔33〕的集合概念。

依据新保护规范理论，规范的保护目的不仅仅，甚至也并不优先地从可证明的规范制定者的意志中推导出来。〔34〕此外，规范的保护目的经常并非仅从个别规范，而是只有从附近的规范结构与“制度性的框架条件”中才得以查明。最后，在确定保护目的时，基本权利可以“通过规范内效力的方式发挥着明确价值、体系化的作用”。但这些解释工作并没有被“始终存在的、类型化的事实侵害的确认”〔35〕所取代。

### （三）新旧保护规范理论的比较

新旧保护规范见解的第一个相同点在于，以客观法为基础，并要求作为主观公权利前提的法规范并非仅保护公共利益，而且至少也“满足个人利益”。〔36〕但人们意识到，明确的规范内容“经常”、“总是”不存在。此时，承认主观公权利必须依赖法规范的解释。主观公权利的查明首先也就成为法律解释问题，而与保护规范理论相关的基本原则、规则、推断、“解释辅助手段”等则应对这一法律解释进行调控。

新旧保护规范理论的区别主要体现为两点。第一点已较为明显，即基本权利在保护规范学理中的地位不同。布勒认为，保护个人财产与人身自由的基本权利“毫无疑问是为保护个人利益而创设”，因此其也就是主观公权利，而施密特·阿斯曼则赋予基本权利以补充和明确“一般法的主观权利的存在”的功能。〔37〕尽管阿斯曼并未否认从基本权利的担保中推导出主观权利，但他——对于“防御权情形”也强调——从“一般法律优先”出发，〔38〕相应地把主观权利（以及

〔29〕 前引〔6〕，Rdnr. 127 ff.

〔30〕 Schmidt-Abmann 提出的方法的核心观点其时已经一再被积极接受，参见 Krebs（前引〔2〕），S. 200 ff.；Sellner（前引〔2〕），S. 10 ff. 与 Schnapp，Der Streit um die Sitzungsöffentlichkeit im Kommunalrecht，VerwArch 78（1987），S. 407 ff.（438 Fn. 92）。

〔31〕 前引〔6〕，Rdnr. 127。

〔32〕 前引〔6〕，Rdnr. 136。

〔33〕 前引〔6〕，Rdnr. 128。

〔34〕 前引〔6〕，Rdnr. 128 与 138。“与历史解释的距离”被视作是与保护规范理论的“旧的狭义见解”的关键性的区别，但二者的区别远非如此。

〔35〕 Schmidt-Abmann（前引〔6〕），Rdnr. 128；这些观点更具体的内容位于 Rdnrn. 123 f. 与 137 ff.

〔36〕 Bühler（前引〔22〕），S. 42f.；Schmidt-Abmann（前引〔6〕），Rdnr. 136。

〔37〕 前引〔6〕，Rdnr. 121。

〔38〕 前引〔6〕，Rdnr. 121；但在 Rdnr. 122 中也考虑对于“传统的干预领域”实施保留。

保护规范理论)的规范基础“首先”定位为一般法律,<sup>[39]</sup>并将“直接源自基本权利的”(grundrechtsunmittelbar)主观权利限缩在“宪法规定(verfassungsfest)的保障范围受到影响的”<sup>[40]</sup>领域。此外,阿斯曼还只在“一般法律规范的解释中”赋予基本权利以规范内效力。<sup>[41]</sup>相较而言,被其他学者视作“主观权利基础”<sup>[42]</sup>的基本权利在这里被极大地限缩了。除了这一根本结构性的差异外,两者还有第二个重要区别,即存疑情形中作为探求主观公权利基础的“经典的方法与规则”。布勒赋予依据立法者意志解释以首要地位,而施密特·阿斯曼则明确要求,规范的保护目的“不仅仅、甚至也并不优先地从可证明的规范制定者的意志”中推导出来。<sup>[43]</sup>后者是新保护规范理论支持者经常持有的见解,据此,法规范保护目的的查明并不取决于规范制定者的主观意图。<sup>[44]</sup>鉴于规范以及规范适用的事实效果,类似的重点偏移(Akzentverschiebung)也是可以确定的。对此,布勒明确表示,“事实上有利于个人利益”的法规范,是否“也具有保护个人利益的目的”<sup>[45]</sup>存在疑问。与此相对,施密特·阿斯曼则认为,“法律上而非事实上受保护的个人利益的存在”才具有决定性;因为主观权利以规范为依据,所以“事实或者纯粹事实上的间接‘相关性’并未创设任何主观权利”。<sup>[46]</sup>

综合上述思考,新旧保护规范思维的对立显示了“保护规范理论”相关见解的庞杂。这一理论的不同见解虽然承认共同的学理基点,但二者在很多方面存在差异,而这些差异绝非无足轻重。因为其涉及了核心问题,如基本权利如何纳入到保护规范学理之中,以及规范解释的决定性标准。

### 三、新旧保护规范理论的疑义与批评

在保护规范理论的实践中,以上概述的保护规范思维的变迁大多被遮蔽。取而代之的是,规范的解释问题变得非常重要。而以保护规范思维的理论基础作为主题的情形则十分罕见。如果对其进行考察就会发现,新旧保护规范理论都以存疑的原理为基础,而这些原理几乎必然会导致适用上极大的不确定。

#### (一) 不明确的概念基础与基本范畴

保护规范理论以“利益”这一基本范畴以及“公益”与“私益”的区分为基础。对通说代表者而言,该基础通常无须阐明,但这并不能掩饰上述范畴的模糊性。

[39] 前引 [6], Rdnr. 127.

[40] 前引 [6], Rdnr. 126 a. E.

[41] 前引 [6], Rdnr. 123 f.

[42] Maurer (前引 [3]), S. 123.

[43] 前引 [6], Rdnr. 128; 部分着重号与原文不一致。对此也参见 Rdnr. 138 中的详细介绍。

[44] Wolff, Bachof (前引 [24]), S. 222; 类似观点如 Erichsen, Martens (前引 [2]), S. 152.

[45] 前引 [22], S. 45; 也参见 S. 44: “为了探究法律真正的本质,要去判断,法律实际上直接对谁有利”。

[46] 前引 [6]. Rdnrn. 119, 128, 136.

## 1. 关于利益的概念

“利益”的概念可追溯至利益理论，利益理论将主观权利界定为“法律上受保护的利益”。<sup>[47]</sup> 在与此相关的（现代）主观公权利的讨论中，<sup>[48]</sup> “利益”与“用益”（Nutzen）、“财产”（Gut）、“享用”（Genuß）和“价值”的关系并不明确，因为这些概念的内容以及相互间的关系并未获得普遍承认的阐明。<sup>[49]</sup> 尽管当时针对“利益”的基本范畴有理由保持克制，但至少需要在概念上予以清楚阐释。早在世纪之交时，已有学者指出，“利益”是个“大箩筐”（Allerwelttnagel），它“什么也没说，但却具有很多含义”；这是一种“时而这时而那”式的表达；这一概念“太过脆弱”，“无力承载严肃的思维活动”。<sup>[50]</sup>

直至晚近，人们也承认并且不断批评这一概念的模糊性。例如，“利益”被证明是模棱两可的空洞概念。<sup>[51]</sup> 从另一角度来看，通说之所以备受批评，是因为其“完全未作区分地”笼统地提及利益，并搁置“如何界定利益”<sup>[52]</sup> 的问题。此外，人们早就注意到，“完全空洞的‘利益’”<sup>[53]</sup> 一词并不容许任何明确的区分，因为它“根本没有法律内容”。<sup>[54]</sup>

尽管存在这些明显的批评，但“利益”至今仍然是保护规范理论的核心概念。这一概念的解释需求依然存在。因为“利益”一直是个多义的概念：从其拉丁词源的“在那”（Dabei-sein）、“在其中”（Dazwischen-sein）和“参与”直至现在通用的“倾向”、“注意”、“用益”及“好处”等都被涵括在内。<sup>[55]</sup> 仅上述已提及的利益的概念“范围”就制造了解释与具体化的巨大需求。对于解释与具体化的工作，保护规范理论的支持者至今仍负有责任。没有概念上的清楚阐释，“利益”就只是一个苍白的、毫无法律内容的空洞概念。利益的概念对于法律问题的合理解决并未提供任何基础，因此也就不可能对主观公权利的查明进行任何具有说服力的调控。

## 2. 关于公益与私益的区分

利益概念所遇到的困境同样存在于“公益”和“私益”。<sup>[56]</sup> 在此，不需要探讨那些勾划“公

---

[47] V. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Theil, Erste Abtheilung, 3. Aufl., 1987, S. 328; 对此, Fezer, Theilhabe und Verantwortung, 1986, S. 221ff.

[48] 关于利益理论对主观公权利学说的影响, 可见如 Henke (前引 [11]), S. 28, 61; Scherzberg, Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl. 1988, S. 129ff. (insbes. 131f.) 与 Bauer (前引 [21]), S. 75, 80ff.; 也参见 Schnapp, VerwArch 78 (1987), S. 407 ff. (422f.), 其称“利益”是“流传至今的主观权利概念中的核心定义”。

[49] 仅参见 Jellinek (前引 [23]), S. 43 ff. 和 Giese (前引 [23]), S. 64ff., 68 ff.

[50] 在其他的文献中即是如此, Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 3. Aufl., 1916, S. 362.

[51] Dubischar, Grundbegriffe des Rechts, 1968, S. 42 f.

[52] So Lorenz (前引 [11]), S. 60.

[53] Henke, Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, S. 621 ff. (626 Fn. 21).

[54] Henke, Das öffentliche subjektive Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl. 1964, S. 649 ff. (652).

[55] 参见 Wolff, Bachof (前引 [24]), S. 167 f.; Brockhaus Enzyklopädie in 20 Bänden, 17. Aufl., Bd. 9, 1970, Stichwort „Interesse“; Duden, Bd. 10, 2. Aufl., 1985, Stichwort „Interesse“。

[56] 仅参见 Scholz, WiR 1972, S. 35ff. [第 54 页: “‘公益’和‘私益’的概念在内容上的模糊性(概念的开放性)”]。

益”和“私益”范畴的轮廓<sup>[57]</sup>以及对二者进行区分的诸多努力，特别是保护规范理论的支持者大多对此也并未加以考虑。在这种情形下，只需要确认下述认识即已足够，即公共利益和个别利益区分的困难早在保护规范思维的开始阶段就已经为人所熟知。如格奥尔格·耶利内克注意到，区分主观权利与客观法的反射“非常困难”；“实质的公共利益和个别利益的绝对界限也几乎无法确切划定”。<sup>[58]</sup>布勒则承认，“所有保护个人利益的规范同时也间接保护公共利益。保护公共利益的目的经常退居其次，从而几乎无法被察觉。但有时却较为引人注目，以致保护公益抑或是保护私益才是法律的主要目的，常常令人疑惑”。<sup>[59]</sup>弗里德里希·吉泽（Friedrich Giese）认为，“国家利益和个人利益间的明确区分是不可能的，保护一方利益同时往往也间接保护另一方利益”；因此，“在谈论单方的利益保护时，人们只是想表达，规范最直接保护的是何种利益”。<sup>[60]</sup>所以，保护规范思维的基础在当时已然并非牢不可破；除此之外，世纪之交时其他文献也已强调，“我们所有的法律规范既保护公益也保护私益，既保护公民的利益也保护公众的利益”。<sup>[61]</sup>

自始就存在的公私营区分的问题在当时实际上已经十分尖锐。现在更多的人意识到，这两种利益并非必然对立：<sup>[62]</sup>“公益和私益”可以“非常接近”，<sup>[63]</sup>有时甚至相互交织。<sup>[64]</sup>它们“总是重叠”，“有时相同”，<sup>[65]</sup>很多情形下更是相互“交错”。<sup>[66]</sup>此外可以看到，随着时间的变化，个人利益在“公益”、“私益”的两极间不断移动，也就是说，“从私益向公益的转化是可能的，反之亦然”。<sup>[67]</sup>此类关系经常被强调，它们证明了公私营区分的模糊性。仅由此也表明，对于规范的利益保护指向问题，这一思维方法缺少负荷力（wenige Belastbarkeit）。

## （二）不确定的解释方法与解释规则

如果对于在“保护规范理论”这一语词下所归纳的“方法和规则的标准”达成一致意见，那么通说的概念基础与基本范畴多少都具有一定学术上的价值。如果这种“标准”确实存在，

[57] 参见 Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970; Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 145 ff. (198 ff.); Pfaff, Planungsrechtsprechung und ihre Funktion, 1979, S. 48 ff.; Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, 1985, S. 36 f., 133 f., 355.

[58] 前引 [23], S. 70 f.

[59] 前引 [22], S. 44.

[60] 前引 [23], S. 71.

[61] Kaufmann, Stichwort „Verwaltung, Verwaltungsrecht“, in: Fleischmann (Hrsg.), StWbVerwR, Bd. 3, 2. Aufl., 1914, S. 688 ff. (702). 关于这种观念延续至今，参见 Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 23.

[62] 参见 Scholz, WiR 1972, S. 35 ff. (54); 此外，Martens (前引 [57]), S. 133 f., 355; Walter Schmidt, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes, NJW 1978, S. 1769 ff. (1770 ff.) 和 Ladeur, UPR 1984, S. 1 ff. (4 ff.); 保留观点也可见 Scherzber, DVBl. 1988, S. 129 ff. (131).

[63] Scholz, WiR 1972, S. 35 ff. (54). 也参见 Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis—eine Problemskizze, in: ders., Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S. 248 ff. (267 Fn. 4) 与 Bleckmann, DVBl. 1986, S. 666f. (667).

[64] 参见 Lorenz (前引 [11]), S. 69.

[65] Schmitt-Glaeser, Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung, in: Lerche u. a., Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 35 ff. (59); 也参见 Maurer (前引 [3]), S. 5.

[66] 参见 Schmidt-Abmann (前引 [6]), Rdnr. 117.

[67] Schmitt-Glaeser (前引 [65]), S. 59.

那么在利益的概念以及公私营区分的批评性意见的背后最终只是一场（仅仅）有关语词及其含义，而与法律实践无关的争论。然而通说并未能证明这种确定的“标准”的存在。为此特别要强调两个问题：一是传统方法的重塑（Überformung）；二是与保护规范理论相关的单项解释指令。

### 1. 关于传统方法的修正

从法律实践的角度来看，保护规范理论使得主观公权利的查明首先成为法律解释问题。根据传统方法，<sup>〔68〕</sup>在探讨相关法规范时，必须要运用语法、体系、历史和目的解释方法，以判断法规范是否（至少也）具有保护私益的目的。表面上看，通说——至少部分——承认“普遍解释规则”，而且想从“文义、法律条文的位置，根据规定的含义和目的，以及评价立法者的意图”中寻找利益保护指向问题的答案，“只要其能从立法资料中得出”。<sup>〔69〕</sup>但仔细思考就会发现，在核心的方法问题上，通说迷失在混乱的意见杂糅之中：

首先要强调的是对历史解释方法以及立法者意志的限缩。尽管旧保护规范思维赋予“立法资料”<sup>〔70〕</sup>以首要地位，而且其后的（旧）保护规范判决必须要忍受探寻“立法者的意志常常只是推测”<sup>〔71〕</sup>的批评，但是新保护规范理论则明确拒绝历史解释。正如人们所言，规范的保护目的不仅仅，甚至也并不优先地从可证明的规范制定者的意志中推导出来。<sup>〔72〕</sup>“法律规范保护目的的查明”并不取决于“规范制定者的（在这种意义上是完全无法确定的）主观见解，而是取决于客观的利益评价；即取决于现在的、而非规范制定时的利益评价”。<sup>〔73〕</sup>这种明显依赖客观一目的标准的解释、限制起源式解释的单方偏好当然缺少理由。<sup>〔74〕</sup>可以确定的是，从法律的“起源”中——正如布勒所觉察到的——经常“无法得到确定的内容”。也可能——特别是在旧法中——随着时间推移，“保护目的”有所变化。最后，在各种解释方法中，也不存在被普遍接受的具有拘束力的优先次序。<sup>〔75〕</sup>所有这些都未能证明，笼统地限缩有时还普遍被认为具有“重要、首要作用”<sup>〔76〕</sup>的历史解释方法是正确的。特别是在最近的法律中，这种限缩形成了一种危险：“目的解释有助于规范目的的具体法律适用者的主观见解以及现实的主流价值得以实现”。<sup>〔77〕</sup>

值得强调的还有与客观一目的解释方法优势地位相伴而生的、集中于“价值”、“价值观”以

〔68〕 对此，例如 Bull（前引〔11〕），S. 133 ff.；最近的批评，如 Berkemann, Interpretatio juris doctrinalis-erfüllbar?, in: Fürst u. a. (Hrsg.), Festschrift Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 523 ff.

〔69〕 Berger（前引〔14〕），S. 100。

〔70〕 Bühler（前引〔22〕），S. 45。

〔71〕 Scholz, WiR 1972, S. 35 ff. (53).；相似的观点，Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 91；赞同者如 Zuleeg, DVBl. 1976, S. 509 ff. (511)。

〔72〕 Schmidt-Abmann（前引〔6〕），Rdnr. 128，但他之后也承认，可证明的规范制定者的意志具有“一定的作用”。也可见 Maburger（前引〔2〕），S. 35 Fn. 140；尽管起初，本质上主观解释适合保护规范理论，但是现今越来越多的人认为，依据客观的规范目的是合理的。

〔73〕 Wolff, Bachof（前引〔24〕），S. 322；相似的观点，Erichsen, Martens（前引〔2〕），S. 152；Bachof（前引〔28〕），S. 297。

〔74〕 相似的观点，Schmidt, NJW 1967, S. 1635 ff. (1638)。

〔75〕 如 Bull（前引〔11〕），S. 136。

〔76〕 Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 43 ff. (72)。

〔77〕 一般性的介绍，参见 Bull（前引〔11〕），S. 136。

及“利益评价”等的法律发现。在法律解释中，要运用何种“价值”、“价值基础”以及“价值标准”，通常并不明确。与澄清完全有问题的“价值”分类相比，“当下的利益评价”具有决定性，因此法规范的内容可以在“变动的价值观的影响下”发生改变。<sup>[78]</sup> 在这类“无法避免的”评价过程中，“特别需要考虑现今公法秩序权利保护无漏洞的趋势与由个人生存的社会状况所决定的、个体的高度的保护需求以及特别是社会性的权衡”。<sup>[79]</sup> 在疑难案件中，这取决于“通过对相关法律规范的评价性解释，进而寻找到合适的解决方案”。<sup>[80]</sup> 基本权利可“以规范内效力的方式发挥着明确价值、体系化的作用”。<sup>[81]</sup> 其他学者则认为，各种利益情况的类型“并非源自一般性的思考、命题或者相关人的一般的法律地位，而是仅仅源自被争议的具体规定的含义与目的”。<sup>[82]</sup> 要强调的是，所有这些表述都来自保护规范理论通说的支持者。由此可以看出，保护规范思维是如何使主观权利的保障依赖规范适用者的价值观，以及“法律如何屈服于主流的法政策的立场”。<sup>[83]</sup>

## 2. 关于单项“解释指令”

如果保护规范思维的方法开启了广阔的评价余地（Wertungsspielräume），那么就不能忽视通说限缩这一决定自由的努力。很明显，在致力于给予法律适用以更牢固的学理支撑的过程中，一系列规则、基本原则以及标志（Indiz）不断形成发展。上述规则、基本原则以及标志应调控法律发现的过程并被概括为“解释指令”。这些指令实际上是否具有调控效果，粗略看来已然令人生疑，因为：一方面，甚至有些保护规范理论者也承认，单项标准的重要性在过去已然摇摆不定，在未来亦将如此；<sup>[84]</sup> 另一方面，解释指令的目录也绝非确定。一些学者虽然原则上坚持保护规范理论，却又赞同舍弃某些相关的单项标准。<sup>[85]</sup> 但与此同时，也有些学者坚持保护规范理论并且主张接受至今尚未被普遍承认的解释指令。<sup>[86]</sup> 因此人们大可得出如下命题：根本不存在一个封闭的、将有关保护规范理论的所有见解均纳入其中的通说。毋宁是，在“通说”内部也存在相当大的差异。这些关于“解释指令”的差异在此仅示例性地介绍如下：

《基本法》生效后，人们长期以来致力于通过确立一种宪法上的推断以证成主观权利。<sup>[87]</sup> 在联邦宪法法院所认可的表述中，这种推断是指“从——主要由《基本法》第19条第4款所塑

[78] Wolff, Bachof (前引 [24]), S. 322.

[79] Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973, S. 189.

[80] Obermayer, in: Maunz, Obermayer, Berg, Knemeyer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 5. Aufl., 1988, S. 119f.

[81] Schmidt-Aßmann (前引 [6]), Rdnr. 128; 相似的观点, 如 Marburger (前引 [2]), S. 97.

[82] Franz Mayer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1977, S. 53.

[83] 对于客观解释的一般性介绍, Naucke, Versuch über den aktuellen Stil des Rechts, KritV 1986, S. 189 ff. (204).

[84] Schmidt-Aßmann (前引 [6]), Rdnr. 128.

[85] 参见 Marburger, 其主张: 放弃“由联邦行政法院所支持的、主要在建筑法中的限制; 根据这一限制, 当法规规划定了数量上被限定的、较为清晰的权利人的范围时, 则该规范保护第三人” [These I. 2. zum Gutachten (前引 [14])].

[86] 例如, 见 Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 221 ff. (246 f.), 据此, “源自行政领域的制度性要素”也可以是“相当重要的”, “问题在于, 负有义务的行政主体是如何根据任务、组织和行政力 (Verwaltungskraft) 而被设置的”。这一要素对于主观权利起到“促进形成”或“阻碍形成”的作用。

[87] 例如, 参见 Bachof (前引 [28]), S. 296, 301, 303.; Erst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 1953, S. 683 ff. Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 24 ff.; Bleckmann, VBilBW 1985, S. 361ff. (361f.).

造的——个人与国家关系的基本法的整体（Gesamtsicht）出发，在有疑问时，承认公民享有法律请求权的解释具有优先性”。〔88〕依此，宪法为所有的疑难情形准备了一条解释规则：存疑时，选择承认公民主观公权利的解释。这一规则本可以对于此后的发展具有指导作用，但在不久后，其再次被联邦行政法院质疑：“当然可以从个人与国家关系的基本法的整体出发，在有疑问时，承认公民具有法律请求权的解释具有优先性，但是这一解释规则在建筑法有第三人参与的情形中却总是面临质疑。”〔89〕联邦行政法院所提出的这种绝对性的解释规则从两个方面被相对化了：其一，宪法是否包含这种推断存在疑问，因为根据联邦行政法院的观点，仅仅能从基本法中得出“可以”；其二，这种解释规则即使应该存在，联邦行政法院也只在“正常情形”中对其加以承认；因为在法院看来，需要结合具体情况对案件进行区分化的思考，所以此一解释规则“总是”遭受质疑。因此，这种也经常批评的〔90〕“宪法推断”的射程至今并未被最终阐明〔91〕也就并不令人感到吃惊；同时也就不难理解，在司法实践的存疑案件中，从这种推断中仅能得出很少有价值的内容。

在行政程序法对主观公权利查明的作用这一问题中，也存在类似的不明确性。在早期的诸多判决中，联邦行政法院赋予程序构造对于确定第三人权利以相对重要的作用。在此，法院特别倾向于认为，从法律规定的竞争者听证中不仅能推导出参与程序的主观权利，而且从这一程序法上的法律地位还可以得出一个（背后的）实体法上的法律地位。〔92〕与此同时，对于相反的情形——法律并未规定竞争者听证或参与——由于缺少这种程序法地位，法院因此否认竞争者的主观公权利。〔93〕结果，人们利用这种——当然是并非稳定的——司法实践，将法律上对听证等参与权的承认至少视为实体法资格的标志。〔94〕程序法地位的此一标志效果（Indizwirkung）随着联邦行政法院的实践而备受质疑，特别是法院——甚至在似乎有理由的情形中——在没有任何说理的条件下，直接不考虑上述标志。〔95〕保护规范理论的著名代表人物已经从这一转变中得出必然的结论：“从程序权利的存在得出其背后的实体主观权利的推断，并不存在。”〔96〕早期费力得出的解释指令明显对此应承担责任。

〔88〕 BVerfGE 15, 275 (281 f.) 提及 Bachof, Urteilsanmerkung, DVBl. 1961, . 128, 131.

〔89〕 NJW 1968, S. 2393ff. (2394); 着重号为本文所加。

〔90〕 如 Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 129 f.

〔91〕 参见 Schmidt-ABmann (前引〔6〕), Rdnr. 143 ff.

〔92〕 BVerwGE 2, 141; 9, 340 (341 f.); 10, 122 (124).

〔93〕 BVerwGE 10, 122 (124 f.); 16, 187 (187 f.).

〔94〕 非常明确的如 Dürig, in: Maunz, Dürig u. a., Grundgesetz, Kommentar, Lieferung: 1958, Rdnr. 34 lit. d zu Art. 19 Abs. 4 GG; 此外, 参见 Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 51 (1960), S. 262 ff. (268); Wolff, Bachof (前引〔24〕), S. 325; Laubinger (前引〔87〕) f.; Bender, Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, S. 15f.; Schwarze, Rechtsfragen bei der Einrichtung von Kernkraftwerken, DÖV 1973, S. 700 ff. (701 f.); Kopp (前引〔2〕), Rdnr. 83 f. zu § 42 VwGO sowie BVerwGE 41, 58 (65).

〔95〕 多次提到的渔民 (Kutterfischer) 针对废酸倾倒许可的诉讼就是如此。针对该法律争议, 不论是下级法院还是文献的相关见解都在讨论这一问题: 渔民参与行政程序 (法律并未规定这种程序参与) 对其主观权利的探寻有何作用 [VG Hamburg, DVBl. 1981, S. 269 ff. (270 r. Sp.); OVG Hamburg, JZ 1981, S. 701 ff. (702 f.); Peters, Urteilsanmerkung, DVBl. 1981, S. 271 ff. (272); König, Zur Rechtsprechung Dritter bei erlaubter Abfallbeseitigung auf Hoher See, JZ 1981, S. 295 ff. (301)]. 在联邦行政法院 BVerwG (E 66, 307) 的终局判决中, 人们徒劳地为这一问题寻找某种立场。

〔96〕 Schmidt-ABmann (前引〔6〕), Rdnr. 151.

最后一个例子：公法上相邻人保护的裁判反复表明，主观权利原则上仅仅被认为是“这些法律规定的结果，即法律规定足够清晰地阐明并限定了被保护的私益、侵害类型，以及直接被保护的主体的范围”。<sup>[97]</sup> 在这一“解释规则”<sup>[98]</sup> 被确立后，人们通常认为，“特定被保护的主体范围的可限定性”对于主观权利的查明“十分重要”。<sup>[99]</sup> 可以将——被评价为保护第三人标志的——规定明确提及相关第三人看作是这一原则的具体化。<sup>[100]</sup> 相应地，在专门法院的判决中，因为“邻居”（Nachbarschaft）在规范中已经被明确提及，<sup>[101]</sup> 例如在排放控制法上的保护义务或防御义务中即是如此，<sup>[102]</sup> 所以规范的保护相邻人的功能大多被肯定。与此相对，尽管《联邦排放控制法》（BImSchG）第3条第1款“有害的环境影响”的法律定义中同样“明确地”提及“邻居”，并且尽管终审法院有时正是基于这一标志肯定预防义务具有保护相邻人的性质，<sup>[103]</sup> 但众所周知，在根本未探讨这一标志的情形下，联邦行政法院否认环境保护法上的预防义务都具有保护相邻人的功能。<sup>[104]</sup> 此类例子不胜枚举。<sup>[105]</sup> 这些实例表明，法律实践以及当然被行使的、是否考虑一项解释指令的裁判自由，会引发法的不安定。在很多案件中，这种不稳定性直至终审判决才能被排除。

### 3. 对作为“经典的方法与规则”的保护规范理论含义的总结性评论

如果将保护规范理论理解为“经典的方法与规则”并且将与之相关的见解一并检视，那么就会发现，这一理论给人留下令人生疑的总体印象。保护规范理论是重塑传统方法的工具，在主观权利的查明中，其在思维方法上为规范适用者的价值立场打开了大门。尽管通说努力通过不同的解释指令为法律发现程序确立牢固的支柱，这固然值得欢迎，但是这些努力并未减少之后的不确定性。因为首先，解释指令的目录是不确定的。其次，过去的法院审判实践表明，有些单项解释指令在短时

[97] BVerwGE 41, 58 (63). 也可参见 BVerwGE 27, 29 (33); 28, 268 (275); 32, 173 (175); 52, 122 (129); 62, 243 (247); 65, 313 (320); 66, 307 (308). 但当下在 BVerwG, NVwZ 1987, S. 409 f. (409) 和 BVerwG, DVBl. 1987, S. 1265 ff. (1266) 中也可以看到对上述司法实践的修正。根据最近的司法实践，主观权利主要取决于，“从规范的个别化的构成要件要素中，得出一个与公众相区分的主体的范围”。

[98] 参见 Kopp, Mittelbare Betroffenheit im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, DÖV 1980, S. 504 ff. (509)。

[99] Schmidt-Aßmann (前引 [6]) , Rdnr. 140。

[100] 如 Jarass, Der Rechtsschutz Dritter bei Genehmigung von Anlagen, NJW 1983, S. 2844 ff. (2845); Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., 1984, S. 180; BVerwG, NVwZ 1987, S. 409 f. (409); 也可参见 Schlichter, DVBl. 1984, S. 1984, S. 875 ff. (878)。

[101] 如 OVG Münster, DVBl. 1976, S. 790 ff. (791) 关于《联邦排放控制法》（旧法）第5条第1项和第2项与 VG Münster, GewArch 1979, S. 29 ff. (31)。

[102] 对此，见在前引 [101] 中关于《联邦排放控制法》（旧法）第5条第1款（现在是《联邦排放控制法》第5条第1款第1项）的判决；也参见 Marburger (前引 [2]) , S. 57 以及 Sellner (前引 [2]) , S. 42。

[103] 尤为突出的是 OVG Lüneburg, GewArch 1980, S. 03 ff. (205 f.)；也可参见前述提及的 OVG Münster, (前引 [101]) 的判决；Jarass, NJW 1983, S. 2844 ff. (2845 f.)。

[104] BVerwGE 65, 313 (320) 关于《联邦排放控制法》（旧法）第5条第2项（现在是：《联邦排放控制法》第5条第1款第2项）。新《联邦排放控制法》迄今为止并未改变该条是“第三人保护法的”判断，对此，Marburger (前引 [2]) , S. 57, 61。

[105] 例如，可见对于“环境”（Umgebung）这一表述的不同评价：BVerwGE 27, 29 (32) 和 OVG Koblenz, BRS 36, Nr. 200. “考虑要求”的“保护第三人效力”的司法实践 [BVerwGE 52, 122 (131); 54, 211 (225)] 也与传统方法并不契合；对此，Menger 等也准确注意到这一点，Menger, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 69 (1978), S. 13 ff. (317)。

间内逐渐会完全失去作用；与之相反，一些新的解释指令也可以被添加进来。再者，过往已经表明，有些到现在已经被巩固的解释标准在实践中会选择性地在某个案件中被运用，在其他案件中则会被完全忽视。

将在“保护规范理论”概念下所概括的规则和方法构想为开放发展式的解释准则（Auslegungskanon），并不能排除上述不足。还需要指出的是，部分标准的重要性在过去已然动摇，在未来亦将如此。<sup>[106]</sup>更确切地说，将希望寄托在现代保护规范思维之上是靠不住的。根据数十年的经验，可以发现法规范主观权利内容的“方法和规则”一直处于变化之中；如果保护规范思维想要合理地把握社会发展的趋势，则其必须至少要在法律发展每十年后被重新修正。<sup>[107]</sup>此外，“开放发展式”的方法几乎不能提供任何确定的指向，最终其也为法律适用者的主观任意提供了学理基础。

### （三）适用的不确定

基于上述思考，如果保护规范理论至少在实践中被证明是“可用的”与“可靠的”，那么尚可坚持这一理论是“适合”的命题。但这也存在问题：

缺少“可用性”的证据首先出现在评价保护规范实践的文献中。“无可否认的适用的不确定”，<sup>[108]</sup>“令人困惑、有矛盾的个案决疑（Kasuistik）”，<sup>[109]</sup>“全面的、部分也是令人困惑的个案决疑”，<sup>[110]</sup>“难以忍受的不确定”，<sup>[111]</sup>“十分多样的个案决疑”，<sup>[112]</sup>“个案决疑与个别权衡的混杂”，“广泛的、混乱的个案决疑”，<sup>[113]</sup>“有矛盾的法律续造”，“各式各样的法的不安定性”，“相邻人保护规范的丰富的个案决疑”，“很难评价的法律发展”，司法实践的“令人困惑的图景”，<sup>[114]</sup>“混乱、摇摆的个案决疑”，<sup>[115]</sup>“几乎无法估计的、难以预测的个案决疑”，“几近恣意的个案决疑”<sup>[116]</sup>——所有这些只是批评意见中的一小部分。这些批评长期以来与保护规范理论的、“通常被归为个案决疑的司法实践”<sup>[117]</sup>相伴。其将背后所隐藏的“主流解释对司法实践的无所助益，表现得淋漓尽致”。<sup>[118]</sup>

缺少“适合性”的证据也出现在后述保护规范思维存在问题的法领域。其中一个领域就是建

[106] 相反的意见，Schmidt-Abmann（前引〔6〕），Rdnr. 128。

[107] 举例来说：程序法律地位的“标志效力”在以往被赋予的作用与现今不同（对此，见Fn. 92 ff.）。这同样适用于有利于公民主观权利的“宪法推断”（对此，见Fn. 87 ff.）和“源自规范的、足够清晰明确和界定的人的范围”（对此，见Fn. 97 ff.）的解释公式（Interpretationstopos）。现今可以承认，考虑要求是将新的重要的“解释辅助工具”纳入到“方法和规则”中的绝好机会。

[108] Löwer（前引〔24〕），S. 86；相似的观点，Schmidt-Abmann，Der öffentlich-rechtliche Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung，DVBl. 1987，S. 216 ff.（第221页：具有某些不确定性）。

[109] Erichsen，Martens（前引〔2〕），S. 152。

[110] Maurer（前引〔3〕），S. 121。

[111] Friauf，Der Rechtsschutz des sog. Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung，JurA 1969，S. 3 ff（19）。

[112] Degenhart，Neuere Entwicklungen im baurechtlichen Nachbarschutz，Jus 1984，S. 87 ff.（188）。

[113] Wahl，JuS 1984，S. 577 ff.（577，579）。

[114] Berger（前引〔14〕），S. 35，94，100，106，161，166，168。

[115] Breuer，DVBl. 1983，S. 431 ff.（432）。

[116] Randelzhofer，BayVBl. 1975，S. 573 ff.（576）。

[117] 参见Heinrich，Der Rechtsschutz Dritter in der Rechtsprechung zum Gewerberecht，WiVerw 1985，S. 1 ff.（2）。

[118] 参见Ress（前引〔24〕），S. 113。

筑相邻人公法，此领域受到数十年司法实践传统的影响，因此人们本应相信，至少必须要清楚阐述与此相关的根本性问题。但完全相反：尽管公法上的建筑相邻人保护长期以来一直属于行政法院的实践，但是直到最近才再次强调，“公法相邻人保护的学理基础、构成要件前提及界限，和其与私法相邻人保护的关系一样，很少被阐释清楚”。<sup>[119]</sup> 主要原因在于，长久以来被抱怨的“建筑相邻人保护法的困境”<sup>[120]</sup> 是摇摆的司法实践。尽管司法实践在学理基点上坚持保护规范思维，但却运用宪法与行政法以及（游走在基本法、建筑法与一般法律原则之间的）考虑要求<sup>[121]</sup>的、被相互割裂的事实要件，发展出一种混乱的“分类及标准的多样性”，<sup>[122]</sup> 这种多样性最终汇入“法官法的迷宫”<sup>[123]</sup> 之中。此类不确定性并非是一——必须要应对长期不一致的法律发展负担的——调整内容的特殊性。相似的情形也出现在法院首次面临保护规范理论适用问题的领域。此处所举的典型例子是已经提及的<sup>[124]</sup>渔民（Kutterfischer）针对废酸（Dünnsäure）倾倒许可所提起的诉讼。如果对该案所有审级法院的全部判决进行审视，那么这一案件涉及一般法律的第三人保护、考虑要求以及宪法上的防御请求权，这些几乎是针对公法上“第三人保护”而发展出的所有思考模型。尽管多余，但仍须要强调，审理这一诉讼的三级法院对证成渔民权利分别选择了不同的规范连接点，这些规范连接点对于可供考虑的“法律规范”进行了不同的解释并且对保护规范理论的运用亦不尽相同。<sup>[125]</sup> 在这些案件中，保护规范理论的相关见解成为法官法律发现的秘诀。

最后，在所有被确认的、个人“主观公权利的增长”<sup>[126]</sup> 中也可以看到保护规范理论适用的不确定。这一法律发展早期的里程碑是最初极有争议并且是援用保护规范思维而否定的救济请求权（救济权）<sup>[127]</sup> 以及警察干预权。<sup>[128]</sup> 最明显的证据一直是所谓的第三人权利，即在建筑法、<sup>[129]</sup> 补贴法、<sup>[130]</sup> 排放控制法、<sup>[131]</sup> 核能法、<sup>[132]</sup> 营业法（Gewerberecht）、<sup>[133]</sup> 职业许可法、<sup>[134]</sup> 水法、<sup>[135]</sup>

[119] Marburger（前引 [2]），S. 17 f.

[120] Bartlsperger, VerwArch 60 (1969), S. 35 ff.

[121] 对于考虑要求的不同定位，参见 Breuer, DVBl. 1982, S. 1065 ff. (1067 ff.); Schulte, UPR 1984, S. 212 ff.; 以及其他相关文献；此外，BVerwG, NVwZ 1985, S. 37 f.; NVwZ 1987, S. 409 f.

[122] Breuer, DVBl. 1982, S. 1065 ff. (1067).

[123] Breuer, DVBl. 1982, S. 1065 ff. 有关考虑要求的观点即是如此。

[124] 参见前引 [95]。

[125] 对此更为详细的介绍，Bauer（前引 [21]），S. 149 ff.

[126] Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 22.

[127] 基础性的判决，BVerwGE 1, 159; 对此，Klöpfer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 3 ff. 以及其他相关文献。

[128] 基础性的判决，BVerwGE 11, 95; 对此，Bachof, Urteilsanmerkung, DVBl. 1961, S. 128 ff. 以及 Klöpfer（前引 [127]），S. 6 ff. 以及其他相关文献。

[129] 总结性的介绍，如 Wahl, JuS 1984, S. 577 ff.; Marburger（前引 [2]），S. 16 ff.

[130] 如 Bleckmann, Subventionsrecht, 1978, S. 148 ff.; Friauf, 55. Deutscher Juristentag, Sitzungsbericht M, 1984, S. 8 ff. (23 f.)。

[131] 如 Berger（前引 [14]），S. 131 ff.; Marburger（前引 [2]），S. 53 ff.

[132] Marburger（前引 [2]），S. 72 ff.

[133] Heinrich, WiVerw 1985, S. 1 ff.

[134] 如 Scherer, Öffentlich-rechtliche Konkurrentenklagen im Wirtschafts- und Beamtenrecht, Jura 1985, S. 11 ff.

[135] BVerwG, DVBl. 1987, S. 1265 ff.

经济监督法 (Recht der Wirtschaftsaufsicht)、<sup>[136]</sup> 外国人法、<sup>[137]</sup> 税法、<sup>[138]</sup> 警察法 <sup>[139]</sup> 以及公务员法 <sup>[140]</sup>中所肯定的或者至少是需要讨论的 (diskussionsfähig) 第三人权利。无论是过去抑或是现在, 对所有这些新型请求权的承认经常不是法律内容的改变, 反而是法律解释变化的结果,<sup>[141]</sup> 对于保护规范思维的开创者而言, 这几乎是无法想象的。但是上述诸多主观权利在被原则上承认后经由司法实践得以迅速实现, 尽管这经常与通说相悖。

总之, 从法律实践的角度来看, 保护规范理论被证明缺乏承载力 (wenig tragfähig)。在很多领域, 特别是在大量疑难案件中, 运用保护规范理论不再能预见到结果。包括法院终局判决在内的诸多事项仍然悬而未决。

#### 四、变迁中的保护规范思维

保护规范思维缺少负荷力引发了如下问题: 源自德意志帝国、历经魏玛时期直至现今公法, 保护规范思维何以能够经受住所有批评而如此成功。最主要的原因在于, 保护规范思维的灵活性及其所证立结果的 (相对的) “开放性”。这听起来可能自相矛盾: 保护规范理论的缺点同时也恰是其优点。正是因为“保护规范学说”这一语词之下所包含的, 以及在其周围所集聚的原理的总体从各个方面在任何时候都不是确定无疑的, 而且其如今有时甚至被理解成一个“开放发展式”的标准, 所以在查明主观权利时才有可能改变所运用的原则、标志与规则等。由此, 权利的存在总是可以谨慎地适应事实条件、价值观以及学理观点的变迁, 而无须放弃作为学理基点的“保护规范理论”。

与此相对的是: 界限模糊大量存在, 同时也充斥着法的不安定性。由于保护规范思维的“开放性”, 经常可以看到, 在主观权利查明的很多领域会提及所谓普遍的“观点”、<sup>[142]</sup> “法感”<sup>[143]</sup> 或者“联邦行政法院一致形成的判决”。<sup>[144]</sup> 在有些情形中, 当确定的 (最高级别法官

[136] 如 Scholz (前引 [90])。

[137] 对此, Schwarze, Die Klagebefugnis des Ehefrau gegen die Ausweisung ihres ausländischen Ehemanns, DÖV 1972, S. 273 ff. 以及其他相关文献; BVerwGE 42, 141 (142)。

[138] 对此, Knobbe-Keuk, Die Konkurrentenklage im Steuerrecht, BB 1982, S. 385 ff.; BFH, NVwZ, 1985, S. 375 f.

[139] 如 Erichsen, Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, VVDStRL 35 (1977), S. 171 ff. (210 ff.); Wolfgang Martens, wandlungen in Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982, S. 89 ff.

[140] 如 Schmitt-Kammler, Konkurrentenklage im Beamtenrecht?, DÖV 1980, S. 285 ff.; Lecheler, Die Konkurrentenklage-abgelehnt aus Angst vor Folgen?, DÖV 1983, S. 953 ff.; Nobert Müller, Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht, Jus 1985, S. 275 ff.

[141] 仅参见 OssenBühl, Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: Jeserich u. a. (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5, 1987, S. 1143 ff. (1146 f.)。

[142] 参见 Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 173。

[143] 参见 Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 247 (区分“法律上的人格”利益和“法律上的经济”利益)。

[144] 参见 Berger (前引 [14]), S. 168, 184。

的) 司法实践并未形成<sup>[145]</sup>或者判决基准尚处于调整之中时,<sup>[146]</sup> 此时由法院去解决法律争议经常是一种“冒险”。<sup>[147]</sup> 同时, 以往的行政法释义学的体系形成作用逐渐失去重要性, 行政法学蜕变为行政法院司法实践的(后) 释义学。所有这一切都表明, 应努力去进行根本的方向调整。

这种方向调整的启发并非来自通说。因为现今的保护规范理论与世纪之交的保护规范思维不再相同。毋宁是如上所示, 以往较为确定的大量见解在此期间或被放弃或被修正。一方面坚持“保护规范理论”作为学理基点, 另一方面“保护规范标准”与“保护规范实践”的变迁, 在这二者之间的运动发展事实上会导致通说与其批评者的立场相互接近。这首先适用于长期以来随着重点变化而进行的关于宪法的作用, 特别是基本权利在证立主观权利中的作用的讨论。<sup>[148]</sup> 在这一问题中, 尽管现今的保护规范代表者原则上明显主张行政法优先, 相应地“首先”在一般法律中寻找“主观权利的规范基础”,<sup>[149]</sup> 但是“宪法关联”(Verfassungsbezug) 也越来越被通说所承认。<sup>[150]</sup> 对于“宪法规定的保障领域”<sup>[151]</sup> 中直接源自基本权利的反应权(Reaktionsrecht), 通说如今也很少否认; 同样, 通说也对于“依据”(im Lichte) 宪法, 特别是“依据”相关的基本权利去解释一般法律的必要性很少否认。<sup>[152]</sup> 这种“依据解释”更确切地说也想为主观公权利提供坚实的基础。<sup>[153]</sup> 类似的做法也适用于原本被误解的<sup>[154]</sup> 关于主观权利的“法规依赖性”以及“法律依赖性”的讨论。<sup>[155]</sup> 尽管保护规范思维一直致力于和下述学者划清界限, 即主张主观

[145] 一个典型例子就是已经提及的在公海进行垃圾处理的司法案例(对此, 前引〔95〕, 125)。

[146] 典型例子是建筑公法; 对于法律领域的不同的发展阶段和司法实践的修正阶段(如通过考虑要求), 例如可见 Breuer, DVBl. 1982, S. 1065 ff.; ders., DVBl. 1983, S. 431 ff.; Redeker, DVBl. 1984, S. 870 ff.; Marburger (前引〔2〕), S. 17 ff.

[147] Redeker, DVBl. 1984, S. 870 ff. (870) 对建筑法上考虑要求的攻击。

[148] 有关对通说的此种攻击, 可见 Bernhardt, JZ 1963, S. 302 ff.; Schmidt, NJW 1967, S. 1635 ff.; Bartlspenger, DVBl. 1971, S. 723 ff.; Lorenz (前引〔11〕), S. 62 ff.; Zuleeg, DVBl. 1976, S. 509 ff.; Sening, NuR 1980, S. 102 ff.; Bleckmann, VBlBW 1985, S. 361 ff.

[149] Schmidt-Aßmann (前引〔6〕), Rdnr. 127.

[150] Maurer (前引〔3〕), S. 124.

[151] Schmidt-Aßmann (前引〔6〕), Rdnr. 126.

[152] 最近流行的表述即是如此。例如, 参见 Schlichter, NVwZ 1983, S. 641 ff. (641); Heinrich, WiVerw 1985, S. 1 ff. (第 5 页; 对于第三人基本权利在其中有争议的规范, “必须根据现今被普遍承认的解释规则, 也要依据基本权利及其主观权利的理解进行解释”); Tschira, Schmitt Glaeser (前引〔11〕), S. 91; Schmidt-Aßmann (前引〔6〕), Rdnr. 123; Marburger (前引〔2〕), S. 35 (“依据基本权利及其‘明确价值’的功能”), 50, 97; Erbguth (前引〔2〕), S. 337.

[153] 形象地说: “仔细观察”(Bei Licht betrachtet), 这些“依据解释”(Im-Lichte-Interpretationen) 自身很少有所助益, 因为它们仅仅是提供了一个普遍性的解释概念可供使用, 但并未明确地阐述, “宪法的光”何时要照进来, 具有何种强度, 以及在个案中得出何种具体的结论。此外, 其呈现了一种“自下”回溯至一般的基本权利学说的方法, 但是基本权利有选择性地有时这样被使用(“主观权利的理解”——Heinrich 即是如此, 同上注), 有时那样被使用(“明确价值的”功能——Marburger 即是如此, 同上注), 但是人们并未明显意识到相关的问题(对此, 仅见 Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff.) 或者至少称其为问题。尽管如此, 有人指出, “依据解释”是向通说批评者的妥协, 但也可能只是一种(延期的?) 形式性妥协。

[154] 对此, 可见 Bartlspenger 和 Henke 的解释, Bartlspenger, DVBl. 1971, S. 724 ff. (730 f.) 与 Henke (前引〔24〕), S. 510 ff.

[155] 对此, 参见如 Scholz (前引〔90〕), S. 122 ff.; Wahl, Der Regelungsgehalt von Teilentscheidungen in mehrstufigen Planungsverfahren, DÖV 1975, S. 373 ff. (736 f.); ders., Jus 1984, S. 1984, S. 577 ff. (579 f.); Menger, VerwArch 69 (1978), S. 313 ff. (315 f.)。

权利的证成主要取决于对自身事务 (in eigenen Angelegenheiten) 造成 (具体) 影响的学者,<sup>[156]</sup>但是保护规范的实践却在一定程度上时常接近这些对立性的立场。<sup>[157]</sup>

有关该争论的两个中心热点的这些变化, 最终是通说及其批评者之间渗透性接近的表达。这明显意味着, 尽管长期以来弃保护规范理论于不顾的攻击浪潮并不能“推翻”这一理论, 但是其比经常认为的更广泛地留下了踪迹。整体上看, 有些观点之间根本不存在差异, 正是保护规范理论的支持者与反对者不幸的极端化使得就实际问题达成一致变得愈发困难。因此, 很多年前的如下发现也就并非毫无理由, 亦即“公正的观察者”也无法准确看出, 这一讨论是否“真正源自不同见解并且会导致不同的结果”。<sup>[158]</sup>

由于上述内容, 一直存在的意见分歧应该无法被抹平。但很明显, 只要原则上远离“是保留还是抛弃保护规范理论”的争议并且致力于具体的实际问题, 那么通说支持者与反对者之间的意见鸿沟也就并非不可消除。在下述建议的方向调整中, 来自保护规范思维以及其批评者阵营的意见都会被考虑在内。

## 五、法律关系理论秩序框架下主观公权利的证成

保护规范理论的问题嵌入到“主观公权利”的全部主题之中, 因此其也只有在对主观公权利理论进行深入研究的前提下才能最终被澄清。但是大多数情形下, 理论与实践却完全回避了这种根本讨论, 而是偏向于在“保护规范理论”这一语词下解决公民针对行政机关的主观公权利的查明问题。集中思考下述问题是合理的: 即不借助“保护规范理论”, 公民的主观公权利是否以及在何种范围内是可证成的。供这一讨论而提出的新方法就是当下流行的(行政)法律关系理论<sup>[159]</sup>并特别将重点置于至今尚未被通说令人信服地澄清的两个问题, 即宪法和各规范调整领域

[156] 批评仅见 Schmidt-Aßmann (前引 [6]), Rdnr. 120。

[157] Berger 等注意到其与考虑要求的第三人保护的关联, Berger (前引 [14]), S. 118 f.

[158] 正如 Wahl, DÖV 1975, S. 373 ff. (377) 对于在“主观权利对法律的依赖性—独立性”这一语词下进行的基本讨论。

[159] 对此一般性的介绍, 参见如 Achterberg, Rechtsverhältnis als Strukturelement der Rechtsordnung, Rechtstheorie 9 (1978), S. 385 ff.; ders., Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982; ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, insbes. S. 367 ff.; ders., Die rechtsverhältnistheoretische Deutung absoluter Rechte, in: Just u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift Günther Küchenhoff, 1987, S. 14 ff.; Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 193 ff. (230 ff.); Häberle (前引 [63]), S. 248 ff.; Henke, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht VVDStRL 28 (1970), S. 149 ff. (156 ff.); ders., (前引 [24]), S. 498 ff.; ders., DÖV 1980, S. 621 ff. (622 ff.); ders., Juristische Systematik der Grundrechte, DÖV 1984, S. 1 ff. (1 f.); Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 258 ff.; Martens (前引 [57]), S. 24 ff., 41 ff. und passim; ders., KritV 1986, S. 104 ff. (insbes. 120 ff., 128 ff.); Schnapp, Sozialrecht und Verwaltungsrecht, SGB 1979, S. 200 ff. 以及 Ehlerse (DVBl. 1986, S. 912 ff.), Hill (NJW 1986, S. 2602 ff.), Löwer (NVwZ 1986, S. 793 ff.) 与 Schnapp (DÖV 1980, S. 811) 在 1986 年慕尼黑国家法教师大会上以“给付行政的法律关系”为题所作的附随文章 (Begleitaufsatz), 以及 Fleiner-Gerster, Öhlinger 和 Krause (VVDStRL 45 (1987), S. 152 ff., 182 ff., 212 ff.) 在该会议上所作的报告; 也可见 Gröschner, Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeilicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel, in: Makswit, Schoch (Hrsg.), Aktuelle Fragen..., 1986, S. 177 ff. (insbes. 201 f.); ders., Der Staat 26 (1987), S. 497 ff. (500) 以及 Schulte, DVBl. 1988, S. 512 ff. (513 f.); 此外, Bauer (前引 [21]), S. 167 ff., 170 ff., 176 ff.; ders., DVBl. 1986, S. 208 ff. (215 ff.); 在这期间急剧增加的其他相关文献。

的事实结构（Sachstruktur）对于公民主观公权利证成的作用。

### （一）法律关系理论作为主观公权利证成的学理基点

主观公权利的学理基础与行政机关和公民之间（具体）的法律关系密切相关。<sup>[160]</sup> 正如其名字所示，这些关系由法律进行调整和形成。相应地，成文和不成文的相关法律规范，特别是宪法、行政法以及一般法律原则，对于具体权利义务的查明具有决定性。<sup>[161]</sup> 与不同形态的保护规范理论相一致的是，主观权利的“规范性”与“法规依赖性”<sup>[162]</sup> 仍得以保留。同时，将主观公权利纳入到具体的行政法律关系与保护规范思维存在重要的区别，这体现在多个方面：

其一，将主观权利纳入到具体的法律关系之中首先会导致对具体法律关系的总体观察，同时其也铺平了这一道路：从调整具体法律关系的全部规范材料中推导出具体权利。与保护规范思维经常相关的，而且现今屡次被批评的观点是：在主观公权利的问题中，孤立或割裂地观察规范以及常常通过推测来确立“利益保护指向”。毋宁应是，“决定法律主体具体权利的法律规范，通常并非由个别规定，而是由大量的成文及不成文的法律规范”组成。<sup>[163]</sup> 这与前述流行的保护规范思维的基本立场相矛盾，但其与保护规范理论支持者之间的立场差异也并非无法弥合。因为保护规范理论的支持者也承认，规范的保护目的“经常并非仅从个别规范，而是只有从附近的规范结构及其制度性的框架条件中才可以查明”。<sup>[164]</sup>

其二，具体法律关系的整体观察以及与此相联系的、将视野拓宽到调整这一法律关系的规范整体也提供了重点考虑宪法特别是基本权利的可能性。根据基本法，行政受“法律与法”，特别是受作为“直接适用的法”的基本权利的拘束。<sup>[165]</sup> 据此，下述做法与基本法的规定并不相符：假定一直被证成的、普遍的（一般）法律适用优先<sup>[166]</sup>或者优先在一般法律中为个人主观权利寻找规范基础<sup>[167]</sup>以及普遍性地赋予宪法以后序的“漏洞弥补作用”。行政机关与公民间大量法律关系的典型特征毋宁是，这些法律关系由行政法以及宪法进行规范性的调整。在主观公权利的查明中，（也）需要考虑宪法关于行政法律关系的规定。故而，法律发现的过程必须依赖宪法与行政

[160] 参见 Henke, DÖV 1980, S. 621 ff. (第 623 页: “法律关系作为所有主观权利的基础的决定”); ders., DÖV 1984, S. 1 ff.; Hill, NJW 1986, S. 2602 ff. (2610). 顺便指出, 萨维尼将法律关系视为个人权利的“更深层次的基础”并且将个人权利看作“通过抽象而分离的”法律关系的一个方面 (System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 7)。

[161] 对此, 以及对于有时新增的法律关系的自主的形塑, 参见 Martens (前引 [57]), S. 24 ff. 和 Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, S. 377 f.

[162] 参见 Schmidt-Abmann (前引 [6]), Rdnr. 118 以及前注 Fn. 154 f.; 有关法律关系的“法规依赖性”, 可见如 Ehlers, DVBl. 1986, S. 912 ff. (912 f.); Hill, NJW 1986, S. 2602 ff. (2605 f.); Schnapp, DÖV 1986, S. 811 ff. (819)。

[163] Martens (前引 [57]), S. 26 以及其他相关文献; 也参见运用另外一种方法的 Scherzberg, DVBl. 1988, S. 129 ff. (134)。

[164] Schmidt-Abmann (前引 [6]), Rdnr. 128 und 139; 支持性的观点, Sellner (前引 [2]), S. 10 f.

[165] 《基本法》第 1 条第 3 款与第 20 条第 3 款。

[166] 相反的意见, Maurer (前引 [3]), S. 124.

[167] So Schmidt-Abmann (前引 [6]), Rdnr. 117.

法的一体式观察，而且在有些调整领域中，甚至要首先从宪法开始。<sup>[168]</sup> 这与新保护规范理论经常涉及的“一般法律优先”的原理相抵触。但在一定程度上，这也可以运用旧保护规范理论者的观点来进行表述，即基本权利“向来被视作主观公权利的原型”。<sup>[169]</sup> 此外，这也与现今有些学者所持有的、通说的部分观点相距不远，即“当人们将视线在一般法律的前结构化（vorstruktuiert）的规范材料与核心的基本权利内容之间流转时”，<sup>[170]</sup> 主观公权利才恰好在第三人保护的重要部分领域被获得。

其三，在某些主观权利的查明中，依赖具体的行政法律关系将各调整领域的具体的事实结构不断纳入其中十分必要。因为将主观权利纳入行政机关与公民之间的法律关系同时也是“转向日常生活的现实”，也就是与法律适用相关的并且法律也在其中发挥作用的“具体的生活关系”。<sup>[171]</sup> 以此，最终要考虑已经多次提出的、关注“事实”及“规范适用的事实效果”<sup>[172]</sup> 的要求。与此同时，通向新方法论的桥梁也被建造起来。这一新方法论早已承认，“法律文本只有从事实中才能获得其意义关联（Sinnzusammenhang）。反之，事实情况也只有从法律规范中才能确定其在法律上的相关性”。<sup>[173]</sup> 只有将视线在各种“规范材料”、“事实条件”以及“生活事实”之间流转时，<sup>[174]</sup> 才能回答，在一个具体的法律关系中到底产生何种权利义务。

总结以上思考，在确定法律关系中的主观权利（及义务）时，以下三点尤为重要：（1）依据调整法律关系的全部规范材料；（2）行政法与宪法的一体式观察；（3）关注各调整领域的具体事实结构。由此当然只得到非常一般性的表述，这种表述并不容许总括式的结论，而是需要在个别法领域中进行不同的具体化。从中得出的结论在此只能选择一些问题领域作为例证，而且仅以十分简略的形式进行概括介绍。

## （二）传统的警察对基本法所保障的自由进行干预而产生的防御请求权

根据法律关系理论，传统的警察干预（基本权利所保障的）公民自由的学理基点是，在行政

[168] 但同时也要避免笼统性地诉诸宪法。宪法和行政法的配合在各个方面过于复杂，所以不能用一个简单的、在所有领域均可适用的公式。毋宁要进行具体领域的区分。针对各具体行政法关系，这种区分要考虑宪法表述的不同的强度和密度。与此相对应的是，在查明主观公权利时，一般法律在不同法领域中的作用也不同。宪法和一般法律的配合对于“干预行政”、“给付行政”和“计划行政”的个别领域（更准确地说：对于特别行政法的个别领域）有不同的影响，因此在没有草率地将视野限制在一揽子式的统一解决方法的条件下，其会导致区分化（具体示例可见文本第五部分，第2~4节）。对于想要将其秩序任务对所有行政法领域都适用的（提取公因式的）行政法总论而言，必须要提防普遍性的统一解决方案。所以在结果上，既不能证实（本质上）单方面的宪法方法可行，也无法证实单方面的行政法方法可行。

[169] Bühler, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, Kommentar, 3. Aufl., 1929, S. 121 f. 赞同被视作直接适用的法的基本权利。

[170] Schmidt-Abmann (前引 [6])，Rdnr. 121. 在同一方向上，也指向了上述的“依据解释”。

[171] 参见 Henke, DÖV 1980, S. 621 ff. (623)。

[172] 关于这一点，仅见 Bühler (前引 [22])，S. 45 (当法规范“事实上有利于个人利益”时，对于个人利益保护的“解释规则”)；Scholz (前引 [90])，S. 124 f.；Tschira, Schmitt Glaeser (前引 [11])，S. 92 以及上述 Fn. 154 ff. 以及其他相关文献。

[173] Brohm, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentrischen System der Rechtserzeugung, DÖV 1987, S. 265 ff. (268) 提及 Friedrich Müller, Esser 和 Kriele。

[174] 有关在法律发现过程中让视线在宪法、（一般）法律和生活事实之间“流转”的必要性的一般性介绍，参见 Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., 1963, S. 15；Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., 1976, S. 197 ff., 203 ff. und Reiner Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971, S. 104 ff., 237 ff.

机关与公民间存在警察法律关系。<sup>[175]</sup> 依据这一基础结构，此种法律关系受相互的、由一般法律与宪法所调整的权利与义务的影响。在这种权利义务关系中，之于警察，不作为义务<sup>[176]</sup>与干预权<sup>[177]</sup>居于中心；而之于公民，不作为权利与容忍义务<sup>[178]</sup>则为重点。<sup>[179]</sup>

在考虑公民法律地位的基础上，如果对这一法律关系进行分解，那么首先个人拥有“未经合宪秩序论证，则不能被国家权力课予不利”的基本权利性质的请求权。<sup>[180]</sup> <sup>[181]</sup> 借助这一宪法上的主观权利，无须回溯至法律依据（权限规范），公民也可以请求警察不得干预基本权利所保障的自由。质言之，如果使干预正当化的制定法规定不存在，那么行政机关有义务不得干预，而公民则具有相应的不作为请求权。在这些情形中，仅仅由于缺少（一般）制定法的调整而去寻找一般法律的保护规范是错误的。<sup>[182]</sup> 其实这里涉及的仅仅是宪法所调整的法律关系。

如果存在一部（合宪的）法律，在更为详细的特定条件下其能够正当化干预，那么根据这一法律，公民有义务容忍相应的警察干预。这种法律的存在并不会导致，宪法上的基础关系被行政法的权限规范完全取代，也不会使公民可能的不作为请求权的探寻依赖一般法律的保护规范。<sup>[183]</sup> 因为（行政机关的）干预权与（公民）相应的容忍义务的条件、类型与内容由法律确定，所以警察法律关系是由一般法律和宪法调整：（公民的）宪法上的不作为请求权与（警察的）相应的不作为义务依据（合宪的）法律而存在。在制定法的相关条件不存在的情形下，如果警察行使其干预权，则宪法上的基础关系获得实际意义。

即使一般法律规定的干预权的条件存在，但在个案中基于宪法上的比例原则，<sup>[184]</sup> 警察有义

[175] 关于“两极的警察法关系”，参见 Martens, DÖV 1982, S. 89 ff. (96). 在 Martens 那也可以看到“三方法律关系”的论述，在此仅指出这一论述。

[176] 对这种不作为义务一般性的介绍，参见 Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 13 ff.

[177] 对于这种国家干预权的一般性的介绍，例如可见 Henke, DÖV 1984, S. 1 ff. (4).

[178] 对此一般性的介绍，见 Schwabe (前引 [176])，S. 17 ff., 27 f.; Henke, DÖV 1984, S. 1 ff. (2 ff.).

[179] 这些权利和义务仅是警察法律关系重要的核心组成部分。当国家违背其不作为义务（即没有权限）干预公民的自由时，警察法律关系也包括（次级的）排除妨害请求权和排除“侵扰”请求权。有关这些请求权的一般性介绍，参见 Henke, DÖV 1984, S. 1 ff. (3) 和 Schwabe (前引 [176])，S. 196。

[180] 参见 BVerwGE 9, 83 (88); 19, 206 (215); 29, 402 (408); BVerwGE 30, 191 (198); Bernhardt, JZ 1963, S. 302 ff. (303 f.); Schmidt, NJW 1967, S. 1635 ff. (1639); Zuleeg, DVBl. 1976, S. 509 ff. (514); Mauer (前引 [3])，S. 123 f.; v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 1985, Rdnr. 23 zu Art. 2 GG; Pietzcker (前引 [7])，S. 145。

[181] 这种宪法上的请求权是由《基本法》第 2 条第 1 款辅助性地担保的。只要《基本法》第 2 条第 1 款辅助性地居于各特殊基本权利之后，那么这一请求权就会由各相关（特殊）基本权利保障。参见 Schwabe, Mißdeutungen um das „Elfes-Urteil“ des BVerfG und ihre Folgen, DÖV 1973, S. 623ff. (628 f.) und ders. (前引 [176])，S. 176。

[182] 相同观点，如 Schwabe, DÖV 1973, S. 623ff. (628 f.) 和 Henke (前引 [24])，S. 502 关于“完全无法律依据的行政行为”；也参见 Henke, DÖV 1984, S. 1ff. (4 f.) 和 Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, S. 143 ff. (174 mit Fn. 98)。

[183] 较为明显的是 Ramsauer, AöR 111 (1986), S. 501 ff. (511 ff.)，其也想对“干预领域”从（一般法律的）“干预规范自身及其唯一功能”中推导出公民的主观公权利。这甚至适用于“无法律依据的措施，即行政机关根本没有干预规范去支撑其干预措施”（S. 512 f.）。不久后，Raumsauer 也承认“不借助一般法，也可以直接从基本权利中得出公民的主观公权利”的可能性；但同时，基本权利明显应承担“一般法律的功能”并且只有在下述情形其才获得了“实际的意义”：“缺少一般法律，如在给付行政的个别领域，或者在一般法律规范无效时”（S. 514f.）。

[184] 有关比例原则在宪法上的地位，见 BVerfGE 19, 342 (348 f.); 23, 127 (133); v. Mangoldt, Klein, Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. 1, 1985, Rdnr. 182 f. zu Art. 1 GG, 19 f. zu Art. 2 GG 以及其他相关文献。

务不行使干预权。很明显，在警察法律关系中宪法与一般法律反复相互交错，具体个案中的权利义务经常并非仅从个别的行政法规中，而是通过一体式地运用宪法与行政法规的方式被查明。

在实际结果中，鉴于公民的法律地位，此处所奉行的警察法律关系的构想实际上在很多方面都符合传统的（干预）行政行为的不作为请求权，“法律允许行政行为，介入宪法规定的个人自由的行为范围”，<sup>[185]</sup> 以及符合在文献中流行的观点，即“对于实践中所有对自由的侵害，要求干预合法的主观权利”<sup>[186]</sup> 都被包含在基本权利之中。<sup>[187]</sup> 此外，这也与行政法院的实践相契合：在传统的（警察）对相对人的干预中，经常并不去研究一般法律的保护规范，而是要从整体上审查具体“干预行政行为”（Eingriffsverwaltungsakt）的合法性。<sup>[188]</sup> 与所有解决问题的方法相比，<sup>[189]</sup> 要始终坚持公民在宪法上的请求权，实现这一点着实难得。

### （三）社会救助法上的救济请求权（社会救助请求权）

#### 1. 传统的思考方法

以往的救济法长期以来否认贫困者（Bedürftige）具有请求提供救济的法律请求权，其理由在于，保障公法上的救济仅仅是依据公法秩序，而并不是基于贫困者的意志。<sup>[190]</sup> 众所周知，在基本法生效后，这种仍部分存留的观点于1954年被联邦行政法院的判决所抛弃。在该判决中，法院在解释救济法时运用“基本法的主导思想”得出如下结论：“只要法律赋予救济主体担负起

[185] Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850, 1912 (Neudruck 1974), S. 96; 也参见 ders., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl., 1933 (Nachdruck 1968), S. 511; Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, S. 1 ff. [第16页关于理所当然作为魏玛宪法前提的、“一般性的免于违法的（ungesetzlich）政府干预的主观公权利作为真正基础的基本权利”]，ders.，（前引[23]），S. 619 ff.; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 208.

[186] Dürig, in: Maunz, Dürig u. a., Grundgesetz, Kommentar, Lieferung: 1958, Rndr. 26 zu Art. 2 Abs. 1 GG; 也参见 ders.（前引[94]），Rdnr. 36.

[187] 文献经常认为，《基本法》第2条第1款（辅助性地）同时保障行政合法性和免于违法强制的自由 [如 Merten, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, JuS 1976, S. 345 ff. (346)]。相应地，人们反复将《基本法》第2条第1款视作“干预合法性”的基本权利（Dürig），使法律优先和法律保留主观化的“免于违法侵害的一般自由权”（Löwer），“免于不法强制的自由的基本权利”（Senig）等，但其并不完全包括基本权利的内容，并且其也并非不存在争议 [对此，如 Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 100 (1975), S. 80 ff. (84 f., 100 ff., 111 f. mit Fn. 174) 与 Erichsen, Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, Jura 1987, S. 367 ff. (368 f., 372)]。一个完全不同的、与此相区别的问题是：联邦宪法法院是否以及在何种程度上准备在“行政法的”具体内容上判断权利侵害，因为众所周知，联邦宪法法院并非“超级上诉审”并且限于审查对“特定的宪法”的违反 [对这一问题，参见 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., 1985, S. 164 ff. 以及 Henke, DÖV 1984, S. 1 ff. (9)]。对于联邦宪法法院的克制，基于功能视角也许存在充分的理由，但这些理由不应该反向影响警察法关系的实体法的学理。

[188] 这主要是对负担行政行为的相对人而言；参见 Bernhardt, JZ 1963, S. 302 ff. (303 f.); Schwabe, DÖV 1973, S. 623 ff. (626 ff.); Löwer, Klagebefugnis und Kontrollumfang der richterlichen Planprüfung bei Straßenrechtlichen Planfeststellungen, DVBl. 1981, S. 528 ff. (insbes. 530 m. weit. Nachw.); Obermayer（前引[80]），S. 117 以及 Kloepfer, Rechtsschutz im Umweltschutz, VerwArch 76 (1985), S. 371 ff. (388); 也参见 Henke, DÖV 1984, S. 1 ff. (9)。

[189] 参见 Ramsauer, AöR 111 (1986), S. 501 ff. (511 ff.)。

[190] 参见 BVerwGE 1, 159; Ruffner, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28 (1970), S. 187 ff. (191); Rupp（前引[143]），S. 269 与 Kloepfer（前引[127]），S. 3 ff. 以及其他相关文献。

有利于贫困者的救济义务，则贫困者就享有相应的权利。”<sup>[191]</sup> 在判决后并且在一般法律对于变化了的宪法<sup>[192]</sup>适应之后，人们如今认为，个人的确拥有基本法所担保的“最低生存保障”请求权，<sup>[193]</sup> 同时个人针对国家的进一步的社会救助请求权应依据一般的制定法。<sup>[194]</sup> 以此，一方面，最低生存理由中一直有问题的、<sup>[195]</sup> 原始的宪法上的分享权<sup>[196]</sup>被承认；另一方面，超过最低生存给付的法律规定由立法者支配，其最终的结果是，对超出最低生存的救助，立法者不仅可以决定“是否”救助、救助的类型与范围，也可以决定：个人针对行政机关，在何种范围内可以作为适格请求权的主体，或者——完全在旧救济法的意义上——作为（非适格请求权的）“救济穷人”这一高权行为的客体。在有些案件中，如果宪法仅限于担保最低生存保障请求权，那么对于超出最低生存的社会救助给付，宪法也就不包含任何拘束性的法律规定。换言之，在此范围内，贫困者可被视作是对其进行救济的政府（Obrigkeits）的臣民。

## 2. 法律关系学理的思考方法

在社会救助法中，贫困者与社会救助主体之间的法律关系由行政法与宪法调整。与之相对，法律关系理论以这些由不同层次的相互间的权利义务<sup>[197]</sup>所组成的法律关系为基础。在这些法律关系中，贫困者的社会救助权以及行政机关的相应的义务居于核心地位。如果在考虑到前述提出的方案、<sup>[198]</sup> 着眼于公民法律地位的情形下对这些法律关系进行分解，那么可以确定，宪法仅是这些法律关系在内容上非常原则的表达。除却这一始终存在争议的（宪法上的）最低生存保障请求权，暂且不考虑其可证成性，<sup>[199]</sup> 基本法并不包含对于社会救助请求权内容的详细规定。尽管基本法使得社会救助成为“国家任务”，<sup>[200]</sup> 但是原则上却将其交由立法者以抽象—一般的方式来决定社会救助的类型、内容与范围。但这并不意味着，宪法包含社会救助法律关系的所有内容。基本法的主导思想是，禁止立法者对社会救助法的制定使贫困者成为“国家活动之对象”。例如，尽管行政机关对贫困者负有救助的义务，但如果保护方向仅被限定在公共利益，那么相应的法律

[191] BVerwGE 1, 159 (159, 162).

[192] 《联邦社会救助法》第4条。

[193] 此类或相似的观点，如 Starck, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: ders., (Hrsg.), Festgabe BVerfG, Bd. II, 1976, S. 480 ff. (521 f.); ders., Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 1981, S. 237 ff. (242); Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: Bachof u. a. (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 1978, S. 89 ff. (95 ff.); Isensee, Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise, in: Listl u. a. (Hrsg.), Festschrift Broermann, 1982, S. 365 ff. (374); Bleckmann, Staatsrecht II, 2. Aufl., 1985, S. 177 ff.; v. Mangoldt, Klein, Starck (前引 [184]), Rdnrn. 24 und 119 zu Art. 1GG; Schmidt-Aßmann (前引 [126]), S. 38 f.

[194] 如 Starck, JuS 1981, S. 237 ff. (242)。

[195] 相关批评，见 Wolfgang Martens, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 7 ff. (29 ff.); Henke, DÖV 1984, S. 1 ff. (5); Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr, EuGRZ 1984, S. 457 ff. (465 f.)。

[196] 关于这一术语，见 Martens, VVDStRL 30 (1972), S. 7 ff. (21)。

[197] 如咨询义务、关怀义务 (Betreuungspflicht)、释明义务、告知义务 (Auskunftspflicht)、协作义务 (Mitwirkungspflicht)、给付义务和相对应的权利；有关与之相似的“社会法律关系”所存在的一般性的问题，参见 Henke, VVDStRL 28 (1970), S. 149 ff. (156 ff.) 与 Schnapp, SGB 1979, S. 200 ff.

[198] 第五部分第一节。

[199] 关于这一请求权的问题，见前引 [195] 中的文献各页。

[200] 对此，Bull., Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1977, S. 233.

请求权将被拒绝。<sup>[201]</sup> 因为根据基本法，个人“不是臣民，而是公民”，因此他也是“权利义务主体”。<sup>[202]</sup> 《联邦社会救助法》（BSHG）第4条通过下述方式（宣言式地）考虑了宪法的基本决定：该法规定了公民的社会救助请求权，而请求权的具体内容则要依照《联邦社会救助法》的相关规范来确定。<sup>[203]</sup> 与开头已提及的观点相比，这种宪法与行政法一体化的观察方式具有如下优点，即：一方面，其并未产生原始的宪法上的分享权的问题；另一方面，作为适格请求权的法律主体，贫困者超出最低生存的社会救助给付的地位也为宪法所保障，从而也就无须限缩立法者的形成自由。

“社会救助请求权”的这种法释义学的证成尽管由于《联邦社会救助法》第4条的法律规定长期以来失去了法律实践中的现实紧迫性，但由于“标准方法论”（modellartige Methodik）的缘故，其并非只有历史意义。<sup>[204]</sup> 除此之外其也证明了，宪法与“给付行政”并非完全不相关，而是在探求和证成个人针对行政机关的诸多主观公权利时要考虑宪法的规定，而且至今其已经被一并纳入考虑——例如在“补贴请求权”、<sup>[205]</sup> 私立替代性学校资助请求权（Förderungsanspruch privater Ersatzschulen）、<sup>[206]</sup> 生存照顾公共设施的一般性符合规定利用请求权，<sup>[207]</sup> “国立高校的录用请求权”<sup>[208]</sup> 等请求权之中。此类个人“给付请求权”的证成在具体内容上可能仍存有争议。<sup>[209]</sup>

#### （四）实体建筑相邻人公法中第三人的许可防御请求权

众所周知，建筑公法上的相邻人保护<sup>[210]</sup>属于保护规范理论最有争议的适用领域，也是大

[201] BVerwGE 1, 159 的核心内容也是这一含义；也参见 Maurer（前引 [3]），S. 126。

[202] BVerwGE 1, 159 (161)。

[203] 有关社会救助请求权的宪法基础，也可见 Isensee（前引 [193]），S. 374：“所有的需要救助者依据宪法都具有社会救助请求权，这一请求权原则上当然存在，而不是根据社会救助的数额而存在”。在宪法的基础决定之后，《联邦社会救助法》第4条第1款第1句的内容是：“只有当法律规定要提供救助时，才存在社会救助请求权”。也参见 Schmidt-Abmann（前引 [126]），S. 38 f. 这种——虽然限于最低生存——社会救助请求权仅“宣言式地”被纳入到行政法之中。鉴于宪法上的基础与明确的文义，将《联邦社会救助法》第4条解释为保护规范以及“保护规定”[相反意见，Ramsauer, AöR 111 (1986), S. 501 ff. (511)] 看来是不完全妥当的，特别是立法者无权仅通过公共利益的保护指向而否认社会救助请求权的“主观权利的性质”。

[204] 参见 Klöpfer（前引 [127]），S. 5 Fn. 19；Maurer（前引 [3]），S. 118 正确地将救济决定称作是理解主观权利的“基础”。

[205] 参见如 Bleckmann（前引 [130]），S. 75 ff. 与 Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1985, S. 255 ff. (296)。

[206] 对此，如 Breuer（前引 [193]），S. 98 f.；Klopfer, Meßerschmidt, Privatschulfreiheit und Subventionsabbau, DVBl. 1983, S. 193 ff. (197 ff.)，其在结果上，“总是原则上”肯定了宪法上的补贴请求权；来自判决：BVerwGE 23, 347 (349 ff.)；27, 360 (362 ff.) 以及——运用其他方法（国家保护义务）的——最近的判决 BVerfG, DVBl. 1987, S. 621 ff. 以及 Hund, Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte?, in: Fürst u. a. (Hrsg.), Festschrift Zeidler, Bd. 2, S. 1445 ff.

[207] 对此，Martens, VVDStRL 30 (1972), S. 7 ff. (24)。

[208] 参见 Martens, VVDStRL 30 (1972), S. 7 ff. (25)；Starck（前引 [193]），S. 522 ff.；BVerfGE 33, 303 (330 ff.)。

[209] 对此，除已经提及的学者外，还有大量文献，如 Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (insbes. 69 ff.)；ders.,（前引 [61]），S. 369 ff.；Hesse, Grundrechte-Bestand und Bedeutung, in: Benda u. a. (Hrsg.), HdbVR, 1983, S. 79 ff. (96 ff.)；Maurer（前引 [3]），S. 125 f.；Zuleeg, DVBl. 1976, S. 509 ff. (518 ff.)。

[210] 对于最近再次成为问题的建筑公法与建筑私法之间的关系，此处可以一并讨论（对此，如 Peine, Öffentliches und Privates Nachbarrecht, JuS 1987, S. 169 ff. 以及其他相关文献）。下述思考认为：建筑相邻人保护中的相邻人公法在此期间起到了“领导作用”（Führungsrolle）（Breuer），同时这一发展的逆转不仅在实定法上不可实现，而且也并不值得向往，参见 BVerw, NJW 1988, S. 434 ff. (435)；Goerlich, JZ 1988, S. 406 f. (406)。

量文献<sup>[211]</sup>的研究对象。这一问题只有在相邻土地的视角下才可以被解决。

### 1. 传统的思考方法

在建筑公法中，传统上区分行政机关与建筑者以及行政机关与建筑相邻人这两组法律关系。鉴于建筑者的法律地位，通常认为，财产权保障（《基本法》第14条第1款）包含财产权人“在法律框架下在其土地上建造房屋的权利，这种权利是土地财产权的结果……颁布建筑许可的请求权因此直接在宪法的财产权保障中找到了基础，而且就此而言，是基本权利为其奠定了基础”。<sup>[212]</sup> 因此对于建筑者主观公权利的证成，寻找一般法律的保护规范通常既无存在余地也无存在必要。这与建筑相邻人法律地位的情形完全相反：建筑者的基本权利性质的请求权以及以基本权利为基础的、在法律上可归为“建筑自由”的请求权被承认。在实践结果中，上述请求权本质上“主观化”了所有相关的（一般）建筑法，这使得对相邻人的宪法保护存在明显漏洞。只有达到“重大且难以忍受的侵害”的程度时，基本权利才赋予相邻人以防御请求权，<sup>[213]</sup> 但在实践中，防御请求权的存在余地却很小。<sup>[214]</sup> 此外，建筑相邻人还会依照一般法律的保护规范以及时下被优先考虑的、被纳入一般法律构成要件之中的<sup>[215]</sup>“考虑要求”。在特定的条件下，“考虑要求”应该具有“保护第三人的性质”。

### 2. 法律关系学理的思考方法

如果在查明参与人的法律地位时着眼于三方及多方行政法律关系，那么粗略的学理上的不平

[211] 除了最近的已经引用的文献外，可见如 Kleinlein, Das System des Nachbarrechts, 1987; Konrad, Verwaltungsschutz im Nachbarchaftsverhältnis, BayVBl. 1984, S. 33 ff., 70 ff.; Parodi, Baurechtlicher Nachbarnschutz an Art. 14 GG gemessen, BauR 1985, S. 415 ff.; Peine, JuS 1987, S. 169 ff.; Schröder, Nachbarschützende Wirkung öffentlicher Baurechtsnormen, DVBl. 1984, S. 456 f.; Schwerdtfeger, Grundrechtlicher Drittschutz und Parlamentsvorbehalt, NVwZ 1982, S. 199 ff. 以及——关于新《建筑法典》——Hahn, Das baurechtliche Nachbarabwehrrecht, JuS 1987, S. 536 ff.; Wasmuth, Überlegungen zur Dogmatik des öffentlichen Nachbarrechtsschutzes, NVwZ 1988, S. 322 ff.; 专门关于考虑要求的，见 Fn. 9 f. 对于建筑相邻人保护的问题，新《建筑法典》并未提供原则性的、立法者的答案；对此，参见 Peine, Das neue Baugesetzbuch, JZ 1987, S. 322 ff. (330)。

[212] 拒绝对立的冲突，想要将建筑权从财产权中剥离的，Friauf, Baurecht, in: v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1985, S. 439 ff. (503m. weit. Nachw.); 相似的观点，如 Ernst, Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl., 1981, S. 85 ff.; Oldiges, Baurecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, S. 399 ff. (447 ff.); Rengeling, Das Grundeigentum als Schutzobjekt der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) und als Gegenstand verwaltungsrechtliche Planung, Gestaltung und Schrankensetzung, AöR 105 (1985), S. 422 ff.; Nüßgens, Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, S. 22 f.; 以及其他相关文献。在司法判决中，“颁发建筑许可请求权”植基于《基本法》第14条第1款 [BVerwGE 48, 271 (273)]; 该判决也包括了《基本法》第2条第1款，并且建筑者“在法律范围之内在土地上建造”的权利，被认为由《基本法》第14条第1款保护 [BVerfGE 35, 263 (276)]; 关于该司法判决的进一步的参考，Rengeling, aaO, S. 444 f. 同时要强调的是，“在法律范围内在土地上建造的权利”的具体内容只有同时援用宪法和行政法才可以确定。众所周知，通说的立场并非无可争议；有关讨论，见 Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 162 ff.; Schulte, Das Dogma Baufreiheit, DVBl. 1979, S. 133 ff. und Wendt, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 170 ff., 201 ff.; 以及其他相关文献。

[213] 如 BVerwGE 32, 173 (178 f.); 52, 122 (124 f.). 此外，在特定条件下的“直接”干预中，在“重大且难以忍受”侵害的准备阶段，已经承认了基本权利直接的防御请求权；对此，如 BVerwGE 50, 282 (286 ff.) 有关必要通行权 (Notwegerecht)。

[214] Ortloff, Die Entwicklung des Bauordnungsrechts, NVwZ 1987, S. 374 ff. (381).

[215] 如 BVerwGE, NVwZ 1985, S. 37 f.; NVwZ 1987, S. 409 f.; Ortloff, NVwZ 1987, S. 374 ff. (380)。

等对待就可以避免。近年来, 尽管经常强调三方及多方行政法律关系之于建筑相邻人公法的意义,<sup>[216]</sup> 但其深度效果 (Tiefenwirkung) 仍未经充分传播。<sup>[217]</sup> 这种三方行政法律关系<sup>[218]</sup> 的内容是由行政法与宪法所调整的、所有参与者的权利与义务。<sup>[219]</sup> 在建筑法的相邻人保护实践中, 向建筑监督机关行使的许可防御请求权或者许可不作为请求权十分重要,<sup>[220]</sup> 而且主要集中在下述思考。

依据法律关系理论, 三方建筑法律关系中具体权利与义务的查明首先应聚焦于宪法, 即聚焦于与之相关的、由《基本法》第 14 条所保障的 (相邻的) 土地财产权人的权限。宪法所保障的财产权的对象不仅包括法律主体对于土地的“所有”, 而且也包括在各种情形下特定范围内的“财产使用”<sup>[221]</sup> 以及对土地的利用与收益。<sup>[222]</sup> 而这主要由各个土地所处的“具体情形”决定。<sup>[223]</sup> 此外, 宪法还规定了对财产所设定的限制、拘束与义务,<sup>[224]</sup> 例如考虑周围环境的义务,<sup>[225]</sup> 当然也包括财产使用的“逾越界限”的效果。如果在查明以宪法为基础的财产权人的权限时考虑到“建筑相邻人法”这一调整领域的具体事实结构, 那么只对土地财产权人的孤立观察最终无法清楚阐

[216] 参见通说的 Marburger (前引 [2]), S. 18: “与之前主流的视角不同, 由建筑许可所创设的法律关系并不限于行政机关与建筑者之间的关系, 而是也涉及相邻人的权利领域, 人们称之为三方的、多方的、多极的或者多元的行政法关系, 且这一法律关系在其他——如排污保护法、原子能法或者商业法——的许可中较为典型”; 着重号为本文所加。

[217] Wahl, JuS 1984, S. 577 ff. (577); 对此, 也可参见 Scheuing 的书评, Scheuing, AöR 112 (1987), S. 297 ff. (301 f.)。

[218] 基于简化表述的原因, 以下内容仅限于三方 (三极) 的建筑相邻人法律关系。

[219] 对于这些不同层次的权利义务, 参见 Martens, NJW 1985, S. 2302 ff. (建筑者的“建造建筑申请中详细描述的建筑计划”的请求权、行政机关“自身的权利和义务”、行政机关和相邻人的容忍义务、公法规范规定的相邻人和建筑者的行为义务、相邻人的防御请求权和要求行政机关介入的请求权、行政机关之于相邻人的保护义务)。有关三方和多方行政法关系, 参见 Steinberg, NJW 1984, S. 457 ff. (第 458 页: “二元法律关系扩展为三元或多元的行政法律关系, 其中第三人的权利和容忍义务也被包含在内。”); Oldiges (前引 [212]), S. 473; 此外一般性的介绍, Scholz, VVDStRL 34 (1976), S. 145 ff. (157); Wahl, JuS 1984, S. 577 ff.; Schmidt-Abmann, VVDStRL 34 (1976), S. 221 ff. (236); ders. (前引 [126]), S. 23; Achterberg 的努力 (如前引 [161]), S. 372 f.; Die rechtsverhältnistheoretische Deutung absoluter Rechte, in: Just u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift Günther Küchenhoff, 1987, S. 13 ff. (16, 19, 22 ff.); 此外, Häberle (前引 [63]), S. 262; Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), S. 187 ff. (217 f.); Hill, NJW 1986, S. 2602 ff. (2606); ders., Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 262 ff.; Langer, NVwZ 1987, S. 195 ff. (198); Bauer (前引 [21]), S. 175 f.; ders., DVBl. 1986, S. 208 ff. (217 f.)。 “多极” 法律关系首先找到了其进入司法判决的入口 [BVerwGE 60, 297 (307); BVerfGE 61, 82 (114)]。

[220] 参见 Marburger (前引 [2]), S. 18。

[221] 对此, 见如 Ernst, Hoppe (前引 [212]), S. 88 (“可以使用” 作为财产自由权的结果)。

[222] 参见 Ernst, Hoppe (前引 [212]), S. 89 (“财产利用自由”)。

[223] 有关“情况拘束” 以及“情况特征” 对于土地的宪法保护的意义, 参见 BVerwGE 32, 173 (178 f.); Schmidt-Abmann, DVBl. 1987, S. 216 ff. (217) und Wahl, JuS 1984, S. 577. (583)。

[224] 参见《基本法》第 14 条第 1 款第 2 句和第 2 款。

[225] 尽管“建筑法中的考虑要求” 现今更倾向于被纳入到一般法律的部分构成要件之中 (对此, 前引 [215]), 但是至少其被权威的开拓者抽象化到最终地 (in letzter Abstraktion) 理解为引起“很少困难的” 宪法类型 [Weyreuther, Das bauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarnschutz, BauR 1975, S. 1 ff. (1); 在 BVerwGE 51, 15 (30) 中, 也出现了“植基于宪法的” 考虑要求的用语 (着重号为本文所加)]。在联邦宪法法院针对《基本法》第 14 条的司法实践中关于考虑要求的用语, 一般性地参见 BVerfGE 37, 132 (140); 38, 348 (370); 50, 290 (341); 52, 1 (32); 68, 361 (368)。正确的见解是, 考虑要求应该是具有宪法意义的基本原则 [参见 Dürr, NVwZ 1985, S. 719 ff. (722); Stühler, VBIBW 1987, S. 126 ff. (130 f)]; 关于宪法上的关联, 见如 Schulte, UPR 1984, S. 212 ff. und Alexy, DÖV 1984, S. 953 ff.

释财产权人的权限。<sup>[226]</sup>从法律事实的角度来看，作为“生活空间的一部分，土地的性质很大程度上由全部土地的利用类型来确定。相邻土地间的关系是如此紧密，以至于土地财产权人在利用自己土地时，都会对相邻的土地产生影响”，<sup>[227]</sup>反之亦然。土地属于不动产是基本事实，因此所有与土地相关的情况都会潜在地对周围的环境产生影响。<sup>[228]</sup>这可以用法律上的“命运共同体”及“受益与负担共同体”<sup>[229]</sup>的观念来恰当地把握。在这种受益与负担共同体中，相邻的土地处于“相互的交换关系”（wechselseitiges Austauschverhältnis）<sup>[230]</sup>之中。一方土地财产权人的利用受益经常是毗邻土地财产权人即相邻人的利用负担，反之亦是如此。<sup>[231]</sup>本质上，这属于“基本权利冲突”<sup>[232]</sup>的问题，或者更准确地说：这是以（主观的）基本权利为基础的财产利用自由的行使竞合问题。在基本权利的此种原初情形（Ausgangslage）中，建筑相邻人法中的国家、建筑者与建筑相邻人间的三方法律关系已经由宪法预先确定。

但运用这种方法只能确定一组宪法上的基本关系；而仅根据这组基本关系，所有参与者的具体权利与义务常常最终无法被确定。正确的认识是：建筑者以及建筑相邻人的、以宪法为基础的财产权人的权限（与义务）的进一步形成与具体化毋宁是由（合宪的<sup>[233]</sup>）一般的制定法<sup>[234]</sup>，特别是由建筑规划公法及建筑秩序公法（das öffentliche Baur Ordnungsrecht）<sup>[235]</sup>来实现的，这些制定法同时也确定了建筑监督机关的权限。建筑公法包含了对于土地利用冲突以及特别是在上述相互的交换关系中相邻土地利用冲突的全面调整，这对于建筑相邻人权利的证成具有十分重要的作用。<sup>[236]</sup>与此相对应的是，建筑公法规范及其基本原则将以基本权利为基础的建筑者及建筑相邻人的利用权限具体化。这些规范与基本原则依据客观的调整内容，通过“相邻利用的分配与同意假定（Postulate der Zuordnung und Abstimmung），以调整、平衡相邻关系的财产利

[226] 关于在多方（多极）行政关系中单方观察视角的问题，一般性地可见 Wahl, JuS 1984, S. 577. (583); Achterberg, Die rechtsverhältnistheoretische Deutung absoluter Rechte, in: Just u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift Günther Küchenhoff, 1987, S. 13 ff. (23); Bauer, DVBl. 1986, S. 208 ff. (217 f.).

[227] Meisner, Stern, Hodes, Dehner, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern), 6. Aufl., 1982, S. 5.

[228] Weyreuther, BauR 1975, S. 1 ff. (1).

[229] 关于“利用共同体”、“法律上的命运共同体”以及“受益与负担共同体”的观念，参见 Sendler, Der Nachbarschutz im Städtebaurecht (Teil 1), BauR 1970, S. 4 ff. (5. ff., 8 ff. 关于规划领域); Brohm, Die Konkurrentenklage, in: Erichsen u. a. (Hrsg.), Festschrift Menger, 1985, S. 235 ff. (241 f.); Dürr, NVwZ 1985, S. 719 ff. (721) 与 Wahl, JuS 1984, S. 577. (580, 583), 其准确地指出，这一基础观念（边距规定保护相邻人特征的证成）也被借用到建筑法之中（580 Fn. 24）；也参见 Henke（前引 [11]），S. 88 f.

[230] 参见 Wahl, JuS 1984, S. 577. (580, 581); Degenhart, JuS 1984, S. 187 ff. (191 f.) 与 OVG Münster, NVwZ 1983, S. 414 ff. (415).

[231] 对此，也参见 Wahl, JuS 1984, S. 577. 以及 Schulte, UPR 1984, S. 212 ff. (216).

[232] Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollision, 1977, S. 377 ff. 将这一问题置于“基本权利冲突”这一概念之下；也参见 Fehn, Grundrechtskollision in der Praxis, JA 1987, S. 12 ff. (13 f.).

[233] 下文认为：建筑公法的相关规范不能逾越宪法为立法者划定的容许的内容和限制性规定的范围。

[234] 关于立法者对宪法财产权形塑的一般性介绍，参见 BVerfGE 52, 19 (29 f.).

[235] 关于建筑公法对宪法财产权人权能的具体化，见 Breuer, DVBl. 1983, S. 431 ff. (436 f.).

[236] Breuer, DVBl. 1983, S. 431 ff. (435).

用冲突”。<sup>[237]</sup> 尽管建筑相邻人对于符合规范，且被建筑许可确认为具有容许性财产利用的建筑计划在公法范围内有容忍义务，<sup>[238]</sup> 但在悖离规范的违法情形下，由于缺少容忍义务，建筑相邻人可以对于否认侵害相邻人权利、在法律上有瑕疵的许可<sup>[239]</sup>进行防御。易言之，宪法的财产权保障原则上对主观的相邻人权利进行调整，而具体化和形塑财产权的一般法律规范则确定建筑相邻人法律地位的具体内容、范围与射程。<sup>[240]</sup> 在实践结果上，这意味着，建筑者与建筑相邻人的权利本质上都是以基本权利为基础的。而且在具体的形塑中，由一般法律对这些权利进行调整。也就是说，在建筑者<sup>[241]</sup>以及建筑相邻人<sup>[242]</sup>的具体主观权利的查明中运用宪法与行政法，<sup>[243]</sup>进而也就无须借助保护规范理论。

## 六、结 语

前述已然证明，保护规范理论总体上缺乏负荷力。这一理论的问题早已奠定在其学理基础之中，并且延伸到包括个案适用不确定在内的所有关键点上，其更是随着时间变化而历经深刻变迁。因此，最近才再一次合理指出，在保护规范理论中甚至连一丝丝“逻辑一致、概念明晰的理论”都不存在。<sup>[244]</sup> 尽管这种批评可能很尖锐，但是其触及了问题的核心：保护规范理论从一开始就并非“灵丹妙药”（Zauberformel），<sup>[245]</sup> 至今其仍是一个“持续的争议主题”。<sup>[246]</sup>

[237] 这样的表述被越来越多的人采用，Breuer, DVBl. 1983, S. 431 ff. (437); Wahl, JuS 1984, S. 577 ff. (585 f.); Steinberg, NJW 1984, S. 457 ff. (460); Peine, JuS 1987, S. 169 ff. (173 Fn. 59) 与 Oldiges (前引 [212])，S. 476. 这样的表述以及居于多方建筑法关系核心的财产利用冲突的平衡的观念就此而言最近也明确出现在了司法实践中，参见 BVerwG, BayVBl. 1988, S. 89 ff. (90): “建筑法中的第三人保护来自相邻的共同体关系，其从下述推导而来，即建筑公法的特定规定‘也有利于对个人利益进行考虑或者个人利益之间的平衡’”。如果想在外观上仍然坚持运用保护规范思维，那么就会呈现出内容上的重点偏移：其是关于“相邻的共同体关系”、“考虑”和相邻的利用冲突的“平衡”；而抽象的“保护个人利益”则退居其后。

[238] 关于行政机关的容忍义务，参见 Martens, NJW 1985, S. 2302 ff. (2303 f., 2305)。

[239] 对此，也参见 Steinberg, NJW 1984, S. 457 ff. (461 f.)，其将行政机关在许可中所作的违法确认对相邻人权利的干预视为“相邻人的权利并未被侵害”，并指出，“许可（具有第三人效果的行政行为）也确定了何为相邻人的权利”。

[240] 对此，也参见 Wahl, JuS 1984, S. 577 (579 f.)；“结果，主观的相邻人权利尽管并非原则上依赖法律，但是其在具体的形塑中具有法律依赖性”；Schröer, DVBl. 1984, S. 426 f.；Breuer, DVBl. 1983, S. 431 ff. (436 f.；“基本权利，特别是财产权保障，为主观公权利提供了规范基础。另一方面，只有当土地利用冲突的公法规定保障了相邻人的利益平衡时，这些权利才会发挥作用”。但是，“相邻人的主观公权利需要法律的形成和更新”。有关依据宪法和一般法律去证成（第三人的）主观公权利的方法，参见 Lorenz (前引 [11])，S. 65，其想依据各法律与“各基本权利”的“关系”，“由此，调整内容根据其是否滥用了冲突解决或基本权利特征，以差异化的、分层次的方式获得主观上的关联”；Peine, DÖV 1984, S. 963 ff. (969 f.)；Scholz (前引 [90])，S. 131 ff.；Tschira, Schmitt Glaeser (前引 [11])，S. 91 ff.；Degenhart, JuS 1984, S. 187 ff. (191 f.) 以及 OVG Münster, NVwZ 1983, S. 414 ff. (415)。

[241] 关于来自一般法律和宪法的建筑者权利的证成，见前引 [212]。

[242] 也参见 BVerfGE 35, 263 (276)；建筑者在法律范围内在土地上建造的权利，由《基本法》第 14 条第 1 款保护；“相邻人同样也可以依据该基本权利去防御对其土地所产生的不合法的影响”。

[243] 这要与下述问题相区分：法律地位是否归属于具体的相邻人（所谓的个别化）；这一问题应根据“具体侵害”的标准去判断 [参见 Breuer, DVBl. 1983, S. 431 ff. (437) 和 Wahl, JuS 1984, S. 577 ff. (586)]。

[244] So Reh binder, Diskussionsbeitrag, 56. Deutscher Juristentag, Sitzungsbericht L, 1986, S. 150 ff. (151)。

[245] 参见 Bühler (前引 [22])，S. 224：“这一定义不应该、也不可能是灵丹妙药”。

[246] Murswirk, Zur Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten für den Umweltschutz, WiVerw 1986, S. 179 ff. (200 Fn. 66)。

如果保护规范理论仍然为个人主观公权利的证成提供了在一定程度上一致性的基础的话，那么在大部分情形下，就可以将其视作从中可以推导出法规范主观权利内容的开放发展式的方法和规则的标准。这样一种开放的构想，“俘获”了历来伴随旧保护规范思维的、旧观念的变迁与修正以及在其基础上所得出的学理上的结果。可是这并不能掩饰，其仍然容许关于主观权利的证成及其存在的、相对可靠的不同见解。因为正是通过承认“发展开放性”，才可为保护规范理论增加动态的要素。这种动态要素在特定时间内是具有拘束力的标准，并且在此基础上，主观权利不断进行自我修正。特别是又不存在对这一标准的各种见解进行终局拘束性判断的主管机关（Instanz）。新旧保护规范理论的对立展现了在这种“发展”框架下，何种根本性变化是可能的。同时，新旧保护规范理论对于基本权利被纳入到保护规范学理中以及各种决定性的“解释指令”这样的核心问题作出了不同的回答。但现在，这一标准的某些要素是不确定的。就此而言，下述情形值得思考：在建筑邻人法中，（1）保护规范理论被某些学者当作是由一般法律的保护规范、在特定的条件下保护第三人的考虑要求以及——在特别严重的侵害中——直接源自宪法的财产保护所组成的有层次的、相邻人保护体系的基础；<sup>[247]</sup>（2）而有的学者则将保护规范理论作为仅仅是为一般法律所设计的、会使得诉诸保护第三人的考虑要求以及直接源自基本权利的相邻人权利保障变得多余<sup>[248]</sup>的第三人保护的基础；（3）或者其他学者既不明确支持保护规范内容上的方向调整，也不将其作为“一般法律的问题入口”的基点来使用。<sup>[249]</sup> 要注意到，所有这些观点都是在保护规范内部进行变动。<sup>[250]</sup> 保护规范理论、考虑要求以及基本权利地位的激活（Aktivierung）在此“以混乱的方式掺杂在一起”。<sup>[251]</sup> 同时，保护规范思维的轮廓渐渐消失。<sup>[252]</sup> 在保护规范理论这种多样性的基础上，有关主观权利存在的确切的见解几乎是不可能的。

对于行政法学说而言，上述情形并不令人满意，同时也是一种挑战。因此，行政法应该不断关注与现今多元的保护规范理论相异的主观公权利学说。作为对于进行方向调整所必要的、有成功希望的方法，从当下流行的行政法律关系理论中恰好也可以得出主观公权利证成的重要结论。因为法律关系学说依赖全部的、而非调整个别法律关系的规范材料，其允许对于宪法与行政法进行一体式的观察并且关注各调整领域的具体事实结构。已如前述，这一见解并未与当下的保护规范理论完全隔绝。实际上，保护规范理论的诸多重要内容也被包含在法律关系理论之中，而保护规范理论中有问题的，以及对于具体法律发现不合适的基础（利益、公私益二元论以及当下的利益评价等）则并未被涵盖在内。就此而言，法律关系理论所具有的最重要的优势在于，其并不为

[247] So Ronellenfisch, Wolf, NJW 1986, S. 1955 ff. (1956).

[248] So Marburger (前引 [2]), S. 32 ff. (37).

[249] So Breuer, DVBl. 1986, S. 849 ff. (854).

[250] 参见 Marburger (前引 [2]), S. 19 f. Fn. 47, 37.

[251] So Kunig „Dritt“ und Nachbarn im Immissionsschutzrecht, in: Selmer u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift Wolfgang Martens, 1987, S. 599 ff. (601 f.), 其在该文中提及“论证的沼泽地”。

[252] 对一些表面上运用保护规范思考的判决，人们以描述性的方式思考这些判决是否真正与保护规范理论一致，对于废酸倾倒入水判决（BVerwGE 66, 307）一方面可见 Kloepfer, Verw Arch 76 (1985), S. 371 ff. (383 f.)，另一方面也可见 Breuer, DVBl. 1986, S. 849 ff. (854 Fn. 59)。关于水上相邻人保护的新近判决（BVerwG, DVBl. 1987, S. 1265 ff.），Kunig 在首份评论中就指出，这一决定“只是在言语上维持着保护规范理论”[DVBl. 1988, S. 237 ff. (239)]。

个人主观公权利的证成输送法外的价值，而是保障其规范性。与此同时，法律关系理论使得主观公权利的证成仍在法学的范畴之内，并且便于理解。<sup>[253]</sup>

---

**Abstract:** As the core of the theory of modern subjective public right, the protective norm theory is decisive for the justification of subjective public rights. With the development of history, both new and old views of the protective norm theory have been formed. However, the protective norm theory is based on the principles of doubt. First of all, as the basis of the protective norm theory, the concept of interest is not clear, and the distinction between public interests and private interests is questionable. Secondly, the interpretation methods and interpretation rules of legal norms are uncertain. Meanwhile, there is considerable uncertainty in application of the protective norm theory. In view of this, another new adjustment should be made to justify subjective public rights. Therefore, it is necessary to focus on the legal relationship theory which is different from the protective norm theory. In the process of justifying subjective public rights, the legal relationship theory is based on all normative materials of legal relationship. Apart from this, it pays attention to the integrated observation of the administrative law and constitutional law and takes the specific factual structure of each law field into account. The legal relationship theory absorbs the reasonable opinions of the protective norm theory and excludes the contents with uncertainty, so as to ensure the normativity and reliability of the justification of subjective public rights.

**Key Words:** protective norm theory, subjective public right, legal relationship theory

---

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

---

[253] 补充：文章完成后，无法再考虑 Erichsen 和 Martens 主编的《行政法总论》第 8 版了。需要指出的是，与前一版不同，第 8 版认为，“建立在公益和私益近乎无法区分基础之上的保护规范理论”，遭到了“质疑”（S. 159）。以此，通说也未被这本教科书（参见前引 [11] 最后）所接受。