

## 客观法与主观权利

[日] 山本隆司 著 王贵松 译\*

---

**内容提要：**对于客观法与主观权利的关系，德国行政法学重视个别主体的权利和利益，但客观法是从外侧给国家的行为设定界限，如何与主观权利在内容上关联起来，尚不清楚；法国行政法过去的主流学说重视组织的意义，仅在控制行政的手段意义上承认权利概念，但近年来也出现了重视保护权利和解决纠纷的现象。或许可以实体法和组织法为媒介从两个过程的角度来重构主观权利：第一是客观法的论证过程，即判断什么样的利益符合客观法；第二是沟通过程，即让论证过程中考虑的各种利益在社会上得到沟通。考虑到武器对等的均衡性，对于在沟通过程中诸多主体主张并实现各种利益的法的可能性，也必须构想为主观权利。

**关键词：**保护规范 公权论 客观诉讼 论证过程 沟通过程

---

### 一、课题：客观法与主观权利的关系

1. 在客观法与主观权利两个概念上，各自都存在无数的问题。本文的主题限定于客观法与主观权利的关系。当然，在民事法领域，客观法的主要部分是主观权利的规定，两者关系成为理论问题的情形仅限于此 [不过，另参见本文末尾四（七）]。但是，在行政法领域，两者关系却成为论争的对象，对现实中发生的法律问题也有影响。行政机关通过将客观法适用于事实来实现公益，这是其当然的任务。与此相对应，行政法领域的客观法基本上是采取行政机关的行为规范形式。客观法有时也采取规定主观权利的形式，规定私人向行政机关的申请权等，但这种客观法的规定也仅限于此。尽管如此，主观权利的概念常常被用于划定法院控制行政机关活动的情形和范围。为此，就发生了理论和实际上的问题。

\* 山本隆司，东京大学法学部教授；王贵松，中国人民大学法学院教授。

原文为「客観法と主観的権利」長谷部恭男編『岩波講座 現代法の動態 1 法の生成/創設』（岩波書店、2014年）25 - 46頁。摘要和关键词为译者所加。

2. 也就是说, 根据《法院法》第3条第1款, “法院” “具有裁判一切法律上的争讼以及其他法律特别规定的权限”。日本最高法院将“法律上的争讼”限定为“当事人之间关于是否存在具体权利义务或法律关系的纷争”〔1〕。对于行政诉讼, 《行政案件诉讼法》规定了以下四种类型(第2条, 以下均为该法的条文): (1) “抗告诉讼”, 即“具有法律上利益者”提起的、主张“与自己法律上利益相关”的行政处分“违法”的“撤销诉讼”等(第3条、第9条、第10条第1款、第36条、第37-2条第3款、第37-4条第3款——舍去各个规定的细节问题); (2) “当事人诉讼”, 即“关于公法上法律关系的诉讼”(第4条); (3) “民众诉讼”, 即“以选举人资格以及其他不涉及自己法律上利益的资格提起的请求纠正国家或公共团体机关不符合法规行为的诉讼”(第5条); (4) “机关诉讼”, 即“关于国家或公共团体的机关相互之间权限存在与否以及有关权限行使的纷争的诉讼”(第6条)。以上第(3)(4)种诉讼“仅可在法律规定的情形中由法律规定的主体提起”(第42条)。通说认为, 第(3)(4)种诉讼是“以保护法规适用的客观正当或一般公共利益为目的”的“客观诉讼”, 第(1)(2)种诉讼属于“法律上的争讼”, 是“以保护个人权利或利益为目的”的“主观诉讼”。〔2〕

如此, 行政诉讼原则上就是以保护主观权利为目的的诉讼。当然, 第(1)种诉讼所列的“法律上的利益”有可能解释为与主观权利不同的概念。但是, 根据最高法院的说法, 《行政案件诉讼法》第9条第1款所说的“对请求撤销处分‘有法律上的利益者’, 是指自己的权利或法律上保护的利益因该处分而受到侵害或必然有受到侵害之虞者。如果规定该处分的行政法规规范所包含的目的不限于让不特定多数人的具体利益完全吸收消解于一般公益之中, 而是还应当作为所归属的每个人的个别利益予以保护, 这时该利益也属于这里所说的法律上保护的利益”〔3〕。如后文二(三)部分所述, 这一定式与德国的“保护规范说”基本相同。在德国, 将“权利损毁”作为行政行为撤销诉讼的法定诉讼要件, 在判例上采用保护规范说作为权利损毁的判断基准。如此, 在具体案件中, 与德国所指出的保护规范说存在不明确性和不安定性一样, 是否存在“法律上的利益”也在日本屡屡成为争点。〔4〕

那么, 如果将法律上争讼的判断基准和行政诉讼的诉讼要件从主观权利概念中解放出来, 就能解决问题吗? 但是, 仅仅如此, 即使在具体案件中没有法律特别规定可提起诉讼(例如, 与居民诉讼相关的《地方自治法》第242-2条), 也无法解答什么人在什么情况下可以提起诉讼这种一直在讨论的问题。

3. 本文在关注主观权利与客观法关系的同时, 剔除主观权利概念抱有怎样任务的问题, 反思主观权利的基础。在此基础上, 采取渐进的路径尝试着重构主观权利。首先, 针对私人对国家的公法上权利、亦即私人的公权(subjektives öffentliches Recht)概念, 批判性地总结在理论和实际上都具有重要地位的德国学说[二(一)~(四)]。其次, 概述并不承认私人权利(droit

〔1〕 最判 2002 年 7 月 9 日最高裁判所民事判例集 56 卷 6 号 1134 頁等。

〔2〕 雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣、1957 年) 10 頁以下、48 頁、50 頁以下。该文献虽是《行政案件诉讼法》制定前的文献, 但却是经典文献。

〔3〕 最大判 2005 年 12 月 7 日最高裁判所民事判例集 59 卷 10 号 2645 頁。

〔4〕 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(下)」ジュリスト 1239 号(2003 年) 108 頁以下。

subjectif) 有德国那样重要性的法国行政法学说 [三 (一)~(三)]。法国的越权诉讼在撤销判决的判决形式上对应于日本的处分撤销诉讼。法国主导性的见解认为,“越权诉讼”是“客观诉讼”。〔5〕如此,通过理解将行政诉讼作为客观诉讼在制度和观念上的意义和界限,反观主观权利概念的意义和界限。如前所述,日本是将处分撤销诉讼作为主观诉讼来说明的,但在主观权利的概念上却并不像德国、法国那样有讨论的积累(另外在德国,主观诉讼和客观诉讼一般也不作为一对概念使用)。〔6〕在这一意义上,也只能说撤销诉讼的主观诉讼性说明流于表面。本文是要概述德国、法国的部分学说,并根据这些分析展开主观权利的重构工作 [四 (一)~(七)]。

之所以这么说,是因为本文对德国、法国学说的概述,并未深入到讨论的种种脉络之中,而是仅限于取其片段的表皮性概述。本文也没有分析实际具体的法律问题,而且也仅限于行政法这一法学中部分领域的讨论。这些局限是要事先说明的。

## 二、德国:客观法与主观权利的不安定结合〔7〕

与经历过大革命的法国不同,由既得权和各种高权构成的身份制社会的解体在德国徐徐而行,但也在进行。如此,德国一方面将决定什么符合公益、实现公益的权能集中到国家,另一方面也在以个人整体为对象承认基本权利。在这一趋势中,就浮现出如何在法上理解、表达国家与个人之间关系的问题。

### (一) 理论的起源:作为介入国家意志形成的意志力的私人公权

对于这一问题,在19世纪后半叶的德国,私人对国家享有“公权”的观念被认为是公法学独立于私法学、并作为与私法学并立的学术领域而发展的基础。私人的公权首先被认为是介入国家组织组成或者要求国家机关作出决定的权利,诸如要求行政行为的申请权、向法院起诉的权利(诉权)等。对于将选举权作为公权,公权论的代表性学者有所踌躇,比如格贝尔,他还残存着既得权的观念;再如耶利内克,根据后述二(二)的国家法人论,他仅在“作为国家机关的承担者承认个人人格”的意义上,将选举权理解为私人对国家的权利对象。但是,无论是谁,都确实是将选举权定位于公权论中的重要论点。如此,如果限定于介入国家组织组成、请求国家机关作出决定的情形来理解私人公权,那么,对于具体在怎样的范围内承认什么样的公权,无论见解如何分歧,理解权利自身都没有多少困难。在如此理解公权时,意志力(Willensmacht)或法之力(Rechtsmacht)就成为定义权利的中心要素。

### (二) 界限:国家法人论和法规概念

与此相对,自由是作为基本权利来保障的,将自由理解为公权就带有更大的困难。的确,从

〔5〕对于法国行政诉讼制度的全体图景,参见橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査——フランス(上)」ジュリスト1236号(2002年)85頁以下。

〔6〕对于日本主观诉讼和客观诉讼的概念,伊藤洋一推测认为,二战前“当时精通法国公法的织田万将法国的便利性表达移用于德国法上的学派对立(19世纪各邦设立行政裁判制度之际,围绕以保护主观权利还是维持客观法为目的而产生的争论),这一用语也在日本法上之后存续下来并得到一般化”。伊藤洋一「フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効」(東京大学出版社、1993年)116頁。

〔7〕本节在整体上依据:山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣、2000年)第2章・第3章・第5章第3節。相关文献如该书所示,本文不再反复引用。

抽象、形式上来说，可以将自由“权”理解为要求国家停止违法行为的权利。但是，在根据具体判断是否存在权利、有无违法性来思考时，这里所说的私人权利，与作为权利对象之国家机关所作行为的合法性、违法性在内容上是如何关联的，却未必清楚。

这种困难来自于德国的国家法人论和法规概念的界限。德国的国家法人论一般并不涉足通过法的概念将国家组织的组成过程自身正当化，同时予以规范。在法的概念上，可以说先验地假定国家是单一的权利主体。<sup>〔8〕</sup>如果说法规是划定主体间意志领域的规范，那么这一意义上法规概念采取的前提就是，在适用于作出行政活动的国家与私人之间的关系时，国家基本上具有私人同样样态的活动自由吗？法规不问公益的内容（公益是将国家行政活动正当化的目的），而是可以说从外侧给国家行政活动设定界限的客观法。如此，从能否将国家行政正当化的内侧而论的脉络中，就欠缺将客观法与主观权利实质性关联起来的视角。

### （三）面向行政诉讼：个别利益与客观法通过保护规范说的结合

这一点并不限于国法理论的构成问题，也扩大为实定法解释论上的问题。也就是说，在德国，“权利损毁”是私人对行政行为提起撤销诉讼的诉讼要件（在现行法上，《基本法》第19条第4款、《行政法院法》第42条第2款）。而且在现在，因行政行为违法而“侵害权利”是撤销诉讼的本案胜诉要件（《行政法院法》第113条第1款）。伴随着这种行政诉讼制度的确立，行政诉讼的诉权基础和前提就要诉诸实体法上的权利观念。而当初〔二（一）〕限于程序法上从理论上构成私人公权就已足够，那种状况已经不复存在。

德国的学说通过将权利要素的重心从意志力转为利益（Interesse），为私人在实体法上的公权奠定基础。在课予国家行政机关行为（包括作为和不作为）义务的法规范（主要是法律）保护私人的个别利益时，就承认私人在实体法上的公权。这就是在20世纪初由布勒定式化、二战后由巴霍夫继承的“保护规范说”。保护规范说是指课予国家行政机关行为义务的个别法规范同时为私人请求履行该义务的权利提供基础，由此就将权利与基于客观法的义务关联起来。但是，同一个法规范规定着权利和义务，仅仅是这样的说明，依然是形式性的。也就是说，还不能说它显示了权利或其要素的个别利益与客观法或基于客观法的义务在内容上是如何关联起来的。此外，如一（一）所述，行政法规范主要是作为行政机关的行为规范而规定的，从中未必容易直接读取出私人的主观权利或者受保护的各个人的个别利益。结果在德国的判例上，“权利损毁”不容易得到承认，承认私人撤销诉讼原告资格的情形和范围与日本一样日益狭窄。

### （四）公权论视野扩大的可能性

近来的学说着重强调发挥法解释论的作用，进而积累符合基本权利性解释等法解释的准则，将其作为从行政法规范中读取权利的媒介。施密特-阿斯曼所说的新保护规范说就是如此。下述观点也在学说所说的趋势之中：（1）行政法规范以及据此作出的行政行为多数是以调整相互冲突的各种私益为目的，可以用该私益为主观权利提供基础。（2）私益（个别利益）在性质上与公益

〔8〕 山本隆司「行政の主体」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ——行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）89頁以下。



具有连续性，两者无法截然区分。(3) 作为权利要素的个别利益得到强调，但应当重视参政权也包含在私人的权利中。(4) 通过主张在国家实现公益时难以充分主张并考虑的利益（环境利益等），私人也能具有与国家“协作”的权利。<sup>〔9〕</sup> 在私人的实体法公权上，如果承认各个人的利益受法规保护，就承认意志力或法之力的要素，意志力或法之力要素被抽象化了、几乎失去了实际意义。但是，上述（1）以下的观点具有启发意义，在实体法上的公权上也有必要考虑超出个别利益的要素。

不过，在德国判例上，与法国等欧洲其他国家法以及欧盟法的水准相比，行政诉讼原告资格的狭隘状况仍未得到改善。特别是在团体诉讼上，不仅在判例上原则上不承认，在立法上也迟迟未得到完善。德国在批准环境保护的奥斯陆条约时接受欧共体的指令（RL 2003/35/EG），在2006年制定了国内法，承认环境保护团体的团体诉讼（BGBl. I 2006，2816）。但是，该法律将团体可主张的事项限定于行政机关违反“为各个人权利提供基础”的法规范的情形。为此，欧盟法院在2011年5月12日判决该限制主张的做法违反指令（Rs. C-115/09）。德国在2013年取消了该主张限制（BGBl. I 2013，753）。

### 三、法国：客观法与主观权利的区别

与德国不同，将私人对国家的主观权利作为概念加以雕琢，成为公法学的基础，这样的信条在法国是不存在的。在制度的背景上，法国也不同于德国，法国自大革命以来，司法作用与行政作用彻底分离，行政裁判起源于行政组织的内部监督制度，是作为行政作用来定位的。毋庸置疑，行政诉讼制度逐渐独立于行政活动，日渐发展出裁判的组织和程序。在这一过程中，越权诉讼制度在不要求将“权利损毁”作为诉讼要件等的方向上得到发展。<sup>〔10〕</sup>

但是，从19世纪后半叶到20世纪初得到发展的德国公权论以及与其密切相关的国家法人论却大大刺激了法国的学说。法国主导性的学说与德国的公权论相对抗，要么拒绝权利概念自身〔三（一）狄骥〕，要么仅在限定的意义上承认具体实体法关系中的私人权利概念〔三（二）奥里乌〕。他们还将越权诉讼作为“客观诉讼”来说明。不过，在法国的行政诉讼中，与越权诉讼相并列，对于国家赔偿和履行契约等特定案件类型还承认包括撤销行政决定以外判决形式的全面审判诉讼（完全裁判诉讼）。<sup>〔11〕</sup> 全面审判诉讼是包含在“主观诉讼”中来说明的。

与此相对，也有学说在具体地思考私人对行政活动的实体法上权利，认为越权诉讼也是“主观诉讼”。但是，这样的学说并未得到支持。当然，近来可以看到的一种现象是，包括越权诉讼在内，行政诉讼制度及其运用正在重视保护实体法上的权利以及解决实体法上的纠纷〔三（三）〕。

〔9〕 山本隆司「集团的消費者利益とその實現主体・實現手法——行政法學の観点から」千葉惠美子＝長谷部由起子＝鈴木將文編『集团的消費者利益の實現と法の役割』（商事法務、2014年）225頁。

〔10〕 詳見村上裕章「越權訴訟の性質に関する理論的考察」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）108頁以下（初出1989年）。

〔11〕 全面审判诉讼（完全裁判诉讼），在中文中一般译作“完全管辖权诉讼”。——译者注

以下仅从与德国公权论相对应的视角进行考察，概述法国的学说。<sup>[12]</sup>

### （一）法的行为与法的状态的分类——狄骥

莱昂·狄骥彻底排除了德国主观权利的“意志力”要素观念，通过“法规则”的概念来叙述法。也就是说，狄骥考察的“客观法”是，“一旦违反，将引起得到组织化的社会反作用的行为规则”。如此，“一概排除了形而上学性质的要素，完全从现实主义的视角”，否定了主观权利的观念——“为了让意思能对其他意思自行实现而在某种意思中的固有性质”。<sup>[13]</sup>取而代之的是，通过使法秩序发生变化的意图将作为意思行为的“法的行为”关联起来，来理解“个人的法状态”。也就是说：（1）从包含着一般规则的“规则制定行为”直接产生或者以一定的个别行为（“条件行为”，公务员的任用行为等）为条件而产生“客观的法状态”；（2）不是适用客观法的规则，而是通过课予主体特殊义务的具体、个别的“主观行为”（契约等）产生“主观的法状态”。<sup>[14]</sup>

但是，法的行为相互之间，进而是法的状态相互之间的不同，未必得到充分的说明（条件行为与主观行为、客观的法状态与主观的法状态）。这些相互间的关系，也没有像凯尔森所说的法规位阶构造那样（不论赞成与否）<sup>[15]</sup>得到充分整理。

这些问题放大之后就体现为主观诉讼与客观诉讼的区别。狄骥作出如下区分：（1）判断“主观的法状态”的存在与否、范围、实现，“主观行为”的瑕疵，以及因“客观行为”侵害“主观的法状态”的诉讼是“主观诉讼”（其判决均为主观性法的行为）。（2）判断事实行为和“客观性法的行为”违反法规则（刑事责任和侵权行为责任）、事实行为和法的行为侵害“客观性法的状态”的诉讼是“客观诉讼”（判决在处罚诉讼中是条件行为，在赔偿诉讼中是主观性法的行为，在撤销诉讼中是客观性法的行为）。越权诉讼是撤销行政机关法的行为的客观诉讼。<sup>[16]</sup>但是，这一区别是以违法行为的性质还是以被违反的法规则、受侵害的法状态等的性质为基准进行区分，并不清楚。<sup>[17]</sup>

### （二）组织与关系的法的表达——奥里乌<sup>[18]</sup>

1. 与此相对，莫里斯·奥里乌认为，“给遵守公共服务理念的的组织设定范围的权力”是“行

[12] 详见橋本博之「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（二）」国家学会雑誌 102 卷 11=12 号（1989 年）657 頁以下、682 頁以下；橋本博之「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（三・完）」国家学会雑誌 103 卷 1=2 号（1990 年）39 頁以下；村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007 年）102 頁以下；仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007 年）123 頁以下。富尔基耶在近来出版的毕业论文中，逐一列举出在迄今为止的法国行政法中倾向于回避私人公权概念的论点，表示这种回避的论据是脆弱的，他同时逐一列举了学说和法律实务中私人公权显现的现象。Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés: Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, 2003. 在显示该论文要点的富尔基耶 2013 年论文中附有精心的译注。Norbert Foulquier（興津征雄訳）「フランス行政法における公権論」民商法雑誌 147 卷 6 号（2013 年）492 頁以下。

[13] Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup>éd., t. 1., 1927, p. 14 et s.

[14] Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup>éd., t. 1., 1927, p. 307 et s., p. 325 et s.

[15] 山本隆司「行政上の主観法と法関係」（有斐閣、2000 年）130 頁以下。

[16] Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup>éd., t. 2., 1928, p. 458 et s.

[17] 村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007 年）127 頁。

[18] 对比“组织”与“关系”，例如可在 Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup>éd. 1916, p. 45 中看到。奥里乌的见解是徐徐发展的，以下依据的是出自其自身之手的《行政法精义》最终版，在注释中适当参照《公法原理》第 2 版。奥里乌的学说已有很多研究，仅就较为近期的总结文献而言，也有注释 6 以及以下到注释 13 所引用的文献。此外，财政法观点方面，参见木村琢磨『財政法理論の展開とその環境——モーリス・オーリウの公法総論研究』（有斐閣、2004 年）。

政制度”。换言之，公共服务是“承担恒常性、持续性为公众提供在理念语义中由警察思考决定的服务作用，由权力、权限和惯例而组成的公共组织”。〔19〕

德国的公权论和国家法人论是以客观法从外侧给国家活动设定界限，将客观法和主观权利予以概念化〔二（二）〕。如果与此相比较，奥里乌的讨论显示出的志向是要将作为旨在实现公共服务理念的的组织而形成国家、从事活动的样态法理化。〔20〕如此，国家与私人之间的关系首先被理解为这种组织与其成员之间的关系，同时，也被理解为作为组织的国家作为从事事业的法人与私人进行法的交换（commerce juridique）关系。〔21〕

也就是说，组织化为“制度”的行政活动是“为了国家政府的利益，同时也为了公众的利益而运营的事务管理事业”。管理公共服务事业是国家作为具有自主权、责任和财产的法人而从事法的交换的实施行为（opération），其中也保持着公权力的特权。〔22〕

2. 对于作为组织和法人的公行政，可以从下述内容中更详细地看到奥里乌的说法。公行政是精神性人格（personnalité morale），更具有法的人格（personnalité juridique）。精神性人格具有取得内部财产的能力，因此是与具有取得外部财产能力相适应的组织。这种精神性人格经过下面三个阶段而形成：（1）仅将成员群与统治机关相区别的“纯粹的单纯社团组织”阶段；（2）“代表统治”的阶段；（3）“集团成员的主权”阶段。第（3）阶段是指将各机关拥有（所有）统治权力意义上的“主权”〔23〕让渡给集团成员。在这种精神性人格中，承认集团成员对机关统治权力的反作用，以实现“权力所有与权力行使的平衡”。法的人格是这种精神性人格在法上的“样式化”，体现为事业、责任和财产的中心点，进而是权利的中心点。所谓权利，是指“作为主体自有之物，以满足主体的理念和利益为目的的力”。公权力的行使也包括在国家的权利对象之中。〔24〕

奥里乌就这样将适于根据现实把握私团体、组织以及私主体相互间关系的概念框架基本推及于理解国家的精神人格性和法的人格。这时，进一步的任务就是，根据国家的情形，在法上更为

〔19〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11<sup>e</sup>éd., 1927, p. 12 et s.

〔20〕 参见小島慎司『制度と自由——モーリス・オーリウによる修道会教育規制法律批判をめぐって』（岩波書店、2013年）83頁以下的分析。与G. 耶利内克的构成〔二（一）〕相对，奥里乌将选举权明确理解为“关于社会公职（fonction）这种物（chose）的物权”（Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup>éd., 1916, p. 171）。小島慎司一书第230页以下以此为例作出了分析。与德国学说作整体对比，石川健治认为，“不同于意图将国家—国民的垂直关系一元化的耶利内克的身份论，奥里乌、勒纳尔（G. Renard）的身份设想的是在垂直和水平上都相互关联的多元社会图像”。奥里乌的“制度（Institution）观念终究是发现性的法的理念，背后表现着基尔克当然承认的客观实在体”。石川健治『自由と特権の距離——カール・シュミット「制度体保障」論・再考 増補版』（日本評論社、2007年）108頁、180頁。

〔21〕 译者注：所谓法的交换，是指立足于交换正义（justice commutative）而处于已确立之法（droit établi）的世界中，包含着以等价交换法理为首的、不当得利、侵权行为损害赔偿等一般法理。国家或者行政在获得“制度”上的法主体性，进入对其他法主体提供服务的关系中时（公共服务管理的法律关系），就属于这个法的交换世界（兼子仁＝磯部力＝村上順『フランス行政法史』（岩波書店、1990）326-327頁参照）。奥里乌区分临时的法与已确立的法。

〔22〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11<sup>e</sup>éd., 1927, p. 19 et s.

〔23〕 奥里乌将“法的主权”理解为人民“自由”“服从的意思与服从所包含的法的权能”。这种“主权”不仅体现为“附合（adhésion）于支配权力的命令的权能”，也体现为对人民“进行保障的权能”和“裁判权”。〔Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup>éd., 1916, p. 35 et s., p. 127 et s. 小島慎司『制度と自由』（岩波書店、2013年）69頁以下を参照〕（奥里乌区分政治主权与法的主权，立法权和执行权属于前者，裁判权属于后者。——译者注）

〔24〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11<sup>e</sup>éd., 1927, p. 286 et s.

明确地分析集团成员“享有”机关统治权力的含义、集团成员对机关统治权力进行“反作用”的含义。<sup>[25]</sup> 考虑到公共服务理念有不同于私主体利益和理念的一面，也应当更为深入地在法上分析成为精神性人格和法人目的的“公共服务理念”与成员“利益”之间的关系。因为公共服务的理念不能像私主体的利益和理念那样特定化，而要考虑各种私主体拥有的多样利益和理念并将其具体化。<sup>[26]</sup>

进一步来说，奥里乌在国家从事公共服务、管理、实施行为的场合中来理解作为法人的国家与私人之间的“法的交换”。在国家作出决定的场合中，重视在作为精神性人格和组织的国家中统治机关与成员之间的关系。但浮现的问题就是，能明确区别这两种场合和法的处理吗？进而，如果要宽泛理解实施行为，原本假定为经济交易而形成的法的交换观念<sup>[27]</sup>有时也不适合作为在法上把握国家行政活动的行政主体与私人之间关系的概念框架。<sup>[28]</sup>

3. 这一问题也体现在行政诉讼的区别上。奥里乌对包括越权诉讼在内的撤销诉讼与全面审判诉讼作出了如下区分：前者是法官以撤销（行政）决定执行效果为唯一目的、基本上只审查法律问题的程序，行政不是“当事人”。阻止执行的快速审理（*référé*）是理想的。而后者并不像前者那样是“对行为的诉讼”，<sup>[29]</sup>而是在有实施行为或执行的事实时，行政客体（私人）主张因执行的事实而发生损害赔偿等的权利，对负有责任、作为精神性人格的行政提起的当事人之间的诉讼。在后者中，也审理事实的评价，判决也能有变更决定等超出撤销决定的效果。<sup>[30]</sup>

在这一诉讼分类中，行政决定的越权诉讼被认为是国家组织内部的成员扮演着“检察官的角色”、为确保“良好行政”而要求行政遵守“纪律”（*discipline*）的程序。奥里乌认为，行政制度是为了让行政服从制度理念而承认行政客体可以诉讼，将其用作控制行政的手段。<sup>[31]</sup>

另一方面，如此理解越权诉讼，就变得不像德国那样，在诉讼要件和本案胜诉要件中要求案件中行政机关违反的义务（客观法）与原告的不利在法上有关联 [另外，如二（三）所述，在德国，结果也未能成功地明确显示出两者在内容上的法的关联]。的确，奥里乌也要求原告有不利，

[25] 与正文指出的问题相关的是，奥里乌完全不区分政治自由和公民自由，从政治和制度中“终究不能安定地总结出公民的自由和交换（*commerce*）” [小島慎司『制度と自由』（岩波書店、2013年）71頁、202頁、205頁、288頁]。奥里乌还将社团制度内部的法分为三种形态（法源），即纪律法或命令法（*droit disciplinaire ou réglementaire*）、习惯法、规约法（包含国家场合下的宪法）或法律（*droit statutaire ou légal*）；他将执行决定（包括行政立法）和越权诉讼定位为可进行实力强制、“直接行动”的纪律法，而不同于通过具有第三方性质的法官介入实施制裁的法律 [Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup>éd., 1916, p. 27 et s. p. 128 et s. 详见磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁＝磯部力＝村上順『フランス行政法学史』（岩波書店、1990）325頁以下；橋本博之『行政法学と行政判例——モーリス・オーリウ行政法学の研究』（有斐閣、1998年）59頁以下]。正文所指出的问题与这种定位也有关系。[在奥里乌的理论中，纪律法对应着临时的法，习惯法对应着已确立的法。执行决定等形成的法律关系是临时的法的问题，具有临时的效力，可通过越权诉讼来控制。而法律基本上属于少数统治者对多数国民命令的范畴，但其经过国会程序制定，被拟制为附着了国民的合意，故而成为第三种类型的法。磯部力「公権力の行使と『法の二つの層』——オーリウのデュギー批判に寄せて」山口俊夫編『東西法文化の比較と交流』（有斐閣、1983年）412-415頁。——译者注]

[26] 与奥里乌明确区分理念和利益的评价相关 [小島慎司『制度と自由』（岩波書店、2013年）176頁以下、288頁]。

[27] Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup>éd., 1916, p. 106, p. 173 et s.

[28] Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11<sup>e</sup>éd., 1927, p. 286 et s.

[29] Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2<sup>e</sup>éd., 1896, p. 561 et s.

[30] Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11<sup>e</sup>éd., 1927, p. 376 et s., p. 435 et s.

[31] Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11<sup>e</sup>éd., 1927, p. 42, p. 385 et s.



才承认撤销诉讼中诉的利益。但是，与德国（过剩地）倾注精力去论证存在公权（权利损毁）和原告适格形成对照，法国诉的利益的判断基准并没有得到理论化，也倾向于大方地承认诉的利益。<sup>[32]</sup> 具体而言，奥里乌是将利益通过撤销行为“直接”获得救济、该利益为原告“特有的”（*personnel*）“正当的”（*légitime*）利益作为要件。在原告具有个人的既有权利时，或者因过去行政机关的行为课予特定负担或受到不利时，就承认所谓“正当的”利益。<sup>[33]</sup>

但从救济实体法上权益或者解决实体法上纠纷的观点来看，越权诉讼的审理范围完全不涉及事实评价，判决形式也仅限于撤销决定，因而，未必就能说越权诉讼具有充分的实效性。

### （三）主观权利观念的端倪

在法国，也存在一些学者，即便没有全面接受，但也比上述学者更为肯定性地接纳德国的公权论和国家法人论，更广泛地肯定私人对行政作用的权利。

1. 有学说认为，只有人才是实在的人格，此外的法人是国家立法者拟制而承认的、与团体成员（的意思）无关的人格。米舒在法人论上作出了浩瀚的研究，他对这些说法提出了如下批判。这里所谓法人拟制说等学说存在的问题有：（1）没有充分说明法人以自然人为基础而构成、但区别于自然人（的集合），却与自然人享有同样的权利能力；（2）并不阻止国家的介入，不能充分说明国家自身的法的人格。有机体说认为，团体与自然人一样是有机体，在法上与自然人同样对待，承认其法的人格。米舒对此也提出了上述第（1）点的批评。<sup>[34]</sup> 德国学说将权利定义为根据意志力而在法上受保护的利益。米舒自身参照德国学说认为，可以在人的集团具备利益和意志力要素时承认其法的人格。他将利益理解为人的集团的目的（*but*），将意志力理解为由组织形成的、行使权利的集团的意思。具备这种利益和意志力、国家根据法规予以承认的集团具有法的人格。<sup>[35]</sup> 如此，在米舒这里也就否定了奥里乌的理论——国家也是法人，公权力的行使是国家权利的行使，在对公权力行为的越权诉讼中行政不是当事人。<sup>[36]</sup>

重要的是，米舒批评了德国的法人论，重视由人所构成的组织。但是，像奥里乌那样 [三（二）2]，他还没有将国家这一组织的行政活动、行政活动相关的“意思”形成和实现过程予以法理论化。<sup>[37]</sup> 结果，米舒参照德国基尔克的见解，<sup>[38]</sup> 在社团与成员之间固有的“法关系”上，他仅仅举出了基于成员资格的法关系与成员个人权利受社团保护的法关系，并将其也适用于国家

[32] 此外，也要注意，与日本和德国的撤销诉讼不同，法国的越权诉讼对象广泛，也及于行政立法。橘本博之「行政訴訟に関する外国法制調査——フランス（上）」ジュリスト1236号（2002年）90頁以下。另外也有将越权诉讼的撤销判决具有对世效力与客观诉讼性结合起来的讨论。伊藤洋一「フランス行政訴訟の研究」（東京大学出版会、1993年）71頁以下。

[33] Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11<sup>e</sup>éd., 1927, p. 402 et s.

[34] Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 3<sup>e</sup>éd., 1932, p. 16 et s., p. 70 et s.

[35] Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 3<sup>e</sup>éd., 1932, p. 116 et s.

[36] Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 3<sup>e</sup>éd., 1932, p. 298 et s., p. 326 et s.; Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, 3<sup>e</sup>éd., 1932, p. 74 et s. 对于米舒法人论的定位，参见石川健治『自由と特権の距離』（日本評論社、2007年）90頁以下。米舒生前出版的是1906年、1909年的《法人论》初版。本文依据的是 Louis Trotabas 明示补订之处的第3版。

[37] Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup>éd., 1916, p. 91. 奥里乌批评米舒从主观权利的表象为法的人格提供基础。

[38] 山本隆司「行政上の主観法と法関係」（有斐閣、2000年）108頁以下。

(由宪法保障自由权等属于后者的范畴)。<sup>[39]</sup>

2. 以奥里乌为师的巴泰勒米将权利理解为“其自身成为受诉讼保护之理由的利益”。<sup>[40]</sup> 如此，他就从在越权诉讼中审理的行政决定的违法事由演绎出私人对行政的权利形态。也就是说，将私人的权利设想为要求行政行使公权力的行为遵守权限、形式、目的等法的条件。<sup>[41]</sup> 作为撤销诉讼的越权诉讼区别于作为通常诉讼、以“权利”为对象的全面审判诉讼，越权诉讼的特征在于，它以行政行使公权力行为的“自由”为前提，采取对其加以“限制”的形态。<sup>[42]</sup>

在巴泰勒米这里，不仅是从诉权演绎出实体权利，私人的主观权利和利益与课予行政以义务的客观法、行政决定违法性的关系，也与之后展开的德国实体法上公权论 [二 (三)] 相比更为不明确。要求行政决定遵守各个合法要件的“权利”是拉费里埃未联系德国公权论、未作特别理论说明所说的东西。<sup>[43]</sup> 单纯假定行政活动“自由”的逻辑，也只能说具有与德国一样的问题 [二 (二)]。

3. 博纳尔强烈地意识到老师狄骥对“意志力”的批判，他将以客观法为基础的“要求之力”作为权利的要素，建立起承认私人公权的理论。<sup>[44]</sup> 博纳尔认为，在规定的行政义务不仅旨在实现一般利益，也在于使个别利益 (intérêt particulier) 得到满足时，承认该个别利益的主体具有私人的公权。在私人公权的类型上，他举出了公共服务直接利用者的权利、要求合法行政行为的权利等。在他的观念中，后者的权利被按照违法事由 (权限、形式、要件、效果、目的) 来“分割”。<sup>[45]</sup>

在法国，可以说博纳尔的公权定义最接近于德国的理论。博纳尔将一般利益作为“匿名的个人利益”，明确地承认一般利益与个别利益的关联，但此外的两者关系并不清楚。这一特征也与德国的公权论相似。不过，要求合法行政行为的权利，其构成与巴泰勒米是一样的，也有与其学说相同的问题。<sup>[46]</sup>

博纳尔指出，因为法行为的合法性可成为在实体性给付和执行上行政义务的先决问题，所

[39] Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, 3<sup>e</sup>éd., 1932, p. 9 et s. 参见仲野武志『公権力の行使概念の研究』(有斐閣、2007年) 157頁の批判。

[40] Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français: Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, 1899, p. 19 et s.

[41] Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français: Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, 1899, p. 65 et s.

[42] Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français: Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, 1899, p. 112 et s.

[43] Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2<sup>e</sup>éd., 1896, p. 436 et s. 不过另见该书第 523 页。

[44] Roger Bonnard, *Les droits publics subjectifs des administrés*, RDP 1932, p. 695 et s.; Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif compare*, 1934, p. 35 et s.

[45] Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif compare*, 1934, p. 62 et s.; Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1935, p. 69 et s. 在背景上，判例上越权诉讼的诉讼标的当时是根据行政决定的各个违法事由来划定，之后集约化为两种，即包含无权限、形式瑕疵的外在违法与包含滥用权限、侵犯法律的内在违法。小早川光郎「取消判決の拘束力——越権訴訟における取消の觀念に関する一考察」同『行政訴訟の構造分析』(東京大学出版会、1983年) 228頁以下(初出1976年)。

[46] 村上裕章『行政訴訟の基礎理論』(有斐閣、2007年) 173頁以下。

以,关于实体性给付和执行的诉讼与争议法行为合法性的诉讼就会重合,两者都是主观诉讼。<sup>[47]</sup>这一讨论对于奥里乌的二分论[三(二)2]的启示是,行政决定的场合与实施的场合是连续的,无法截然区分,这一点颇堪玩味。<sup>[48]</sup>

4. 如上所述,在法国,广泛承认私人对公行政的权利的学说,并未回应法国主导性学说对德国公权论提出的问题,而常常与德国的公权论抱有同种的问题。因而,这种学说尚未富有影响力。

但是,在近来的实务上,越权诉讼虽然一直被定位于客观诉讼,但在其制度形成和运用中,也比以前更能看到反映着保护和实现私人在实体法上权利、解决实体法上纠纷的观点。第一,在越权诉讼中可以看到,通过成本效益衡量型审查深化审查,<sup>[49]</sup>通过承认理由替换、以判决时为基准判断违法性来扩大审理范围,通过引入法院的行为命令等扩大判决权限。<sup>[50]</sup>在这一层面上,它部分摄取了德国撤销诉讼或者保护实体性权利、解决实体法上纠纷性质更为浓厚的课予义务诉讼(德国《行政法院法》第42条第1款)的要素。第二,欧盟法、欧洲法院的判例以及欧洲人权公约、欧洲人权法院的判例也在要求强化权利保护及其裁判程序保障。<sup>[51]</sup>

## 四、展 望

### (一) 程序法平面中客观法与主观权利的关联必要性

如果要概述德国和法国行政法中客观法与主观权利的相关讨论,已然明了的是,两国未必成功地区分两者并明确关联起来,两者的明确关联是理论上的基本课题。在德国,是局限在从客观法的行政法规直接读取个人的个别利益这种原本的可能范围之内开展讨论。在法国,通过客观法实现公共服务的理念与私人利益的关系也未必在理论上得到明确表达。“意志力”是与利益并列的权利要素,在德国逐渐被抽象化,在主观权利与客观法发生关联的理论定位上没有得到充分应用。法国比德国更加不重视意志力的概念,它是有以国家为(首的法人作为)组织进行法理论化的有益观点,但这一观点未必能用于私人主观权利的理解。

这里,在阐明客观法与主观权利区别并适当关联的理论平面基础上,试着提示这一关联的理论框架。这一理论平面既不偏向于重视个别主体在实体法上权益的德国观点,也不偏向于准确理解组织的法国观点,而是调和两者,是以实体法与组织法为媒介的广义程序法的平面,具体而言有两个理论平面[四(二)(四)]。

[47] Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif compare*, 1934, p. 66 et s.

[48] 对于两种诉讼相互关系的详细分析,参见橋本博之「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ(二)」国家学会雑誌102卷11=12号(1989年)662頁以下;橋本博之『行政訴訟改革』(弘文堂、2001年)46頁以下、83頁以下。作为与正文直接相关的论点,行政机关的执行作用是全面审判诉讼的对象,从20世纪初开始,作为从执行作用中“可分离的行为”,承认部分行政决定是越权诉讼的对象,缩小了两种诉讼“平行诉讼的抗辩”的适用领域。对此,包含最近展开的判例和学说,参见上述文献。

[49] 亓理格『公益と行政裁量——行政訴訟の日仏比較』(弘文堂、2002年)。

[50] 興津征雄「違法は正と判決効——行政訴訟の機能と構造」(弘文堂、2010年)109頁以下;橋本博之『行政訴訟改革』(弘文堂、2001年)35頁以下。

[51] Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés: Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle*, 2003, p. 81 et s., p. 201 et s.

## （二）客观法论证过程中的利益要素

第一理论平面是判断什么符合客观法的论证过程。这一论证过程典型地表现为法律的解释和适用。在论证过程中，利益成为论证的一个要素和观点。如此，从利益的观点来看，该论证过程就是在考虑各种利益，相互调整，使其均衡，判断多大程度上实现何种利益是符合公益、符合客观法的（毫无疑问，论证的要素和观点并不尽为利益）。这种客观法的论证过程自身就是日常的法解释论等，并不奇特。但在公法领域，过去未必有意识地将其与主观权利的概念结合起来。过去毋宁是以国家机关根据客观法负有义务为前提条件，可谓从其外侧来思考私人的权益。这是难以在内容上将客观法与主观权利关联起来的原因之一。

## （三）作为个别利益与公益之媒介的各种利益间关系的多样性

如此，为了区分客观法与主观权利并加以关联，重要的是以个人利益为基础，并在论证过程中，作为将个人利益汇集为公益、客观法的媒介项，考虑多样的利益。它是作为个人利益种种样态的集合化来理解的利益。团体、法人由诸多个人结社形成，其自身的利益（财产性利益）已经与个人利益一样被理解为个别利益。但是，不仅如此，还有必要考虑下述利益：（1）为了以社会全体预防性保护个人利益而保全的不特定多数人的（可分的）利益（例如，公共安全）；（2）为了以社会全体保护个人利益而保全广义的资源，不特定多数人的（不可分的）利益（例如，自然保护）；（3）行政组织的财产是实现种种利益的资源，保全行政组织财产的利益（例如，居民诉讼所主张的利益），等等。

进而，这些种种利益之间也有多样化的关系。（1）对立性利害关系，（2）互换性利害关系（例如，通过 A 和 B 一起负有同样义务才实现公益的关系），（3）垂直的复合关系（例如，通过保护企业的利益来保护顾客利益的关系），等等。<sup>[52]</sup>

## （四）沟通过程中主观权利与利益主张的均衡

为了在与客观法的关联上理解主观权利，第二理论平面是为了在社会上主张并实现在第一理论平面上所考虑的各种利益的沟通过程。在这一沟通过程中，可将一定主体表达并主张在论证过程得到定位之利益的法的资格作为“主观权利”来理解。对于沟通过程中主张并实现利益的主体，如果以“意志力”为权利要素，那么能否承认无意思能力者的权利，这些问题过去也有论述。<sup>[53]</sup>但是，与论证过程中各种利益的多样性相对应、主张并实现利益的主体及其多样化的可能性，未必能说得到了充分的论述。

对于在实现客观法的论证过程中得到考虑的个人利益和法人的财产利益，当然承认该个人、法人主张的权利。与此相对，对于与这种利益相对抗、性质上超出这种利益的不特定多数人的利益，即使在实现客观法的论证过程中要求予以考虑，在法上也不承认明确表达并主张它的“主观

[52] 以上详见，山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）第4章。（所谓对立性利害关系是指在受保护的特定或不特定多数主体与负有义务的主体之间是否存在有关权利义务上处于相反方向的利害对立，例如石炭运输业者与遭受其粉尘噪音之害的相邻人之间的关系。而所谓互换性利害关系是指复数的主体在某地位归属于谁、如何组合各人的地位上处于对立状态，亦即在行政机关分配有限的地位时获得分配者与未获得分配者在地位归属上的关系，例如，在有数量限制的职业许可上不同申请人之间的关系。对立性利害关系中的利益是同质的，而互换性利害关系中的利益是异质的。参见山本隆司前掲书，第262-263页。——译者注）

[53] 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）77頁。



权利”，而委诸实现公益、客观法的国家和公共团体去考虑，这是常态。但是，在这种状况下，作为实现公益和客观法的沟通过程，只能说还欠缺广义上的“武器对等”。考虑到均衡，对于在沟通过程中诸多主体主张并实现各种利益的法的可能性，也必须构想为主观权利。

#### （五）个人、作为组织的国家、作为媒介的各种组织

其中如果要考察，在第二理论平面上，也有必要以在第一理论平面的基础上个人主张其个人利益的权利为基础。但是，与其相并列，将个人参与形成实现公益之国家组织的选举权，或者个人监督这种组织活动的参政权（例如信息公开请求权）作为主观权利来讨论时，能比以前更予以重视。也可以注意的一点是，个人基于结社自由而组织的团体或法人主张自己的财产权，已经获得承认。如果由此展开，就可以较以前更为广泛地构想个人形成组织的权利，去主张并实现超出个人利益的利益，以及这种组成的团体主张并实现该利益的权利和权限。

当然，有必要考虑的是，承认这种团体的权利，不能妨碍个人主张权益、国家和公共团体实现公益，相反是要提高其实效性。为此，第一，该团体要向个人和社会开放，而且即使不是与实现公益的国家组织同型的机构，也必须具备与承认主张利益的权利相应的组织机构。<sup>〔54〕</sup>第二，必须与个人主张权益相协调。也就是说，考虑在沟通过程中难以主张并实现的不特定多数人的利益时，鉴于四（三）所述的个别利益与不特定多数人利益的连续性，应当首先探讨承认有权主张个别利益的个人也有权代表并主张不特定多数人利益的可能性，不特定多数人的利益是其个别利益的延长。如果这样做在法上有困难或者欠缺实效性，就应当构想承认团体的权利。<sup>〔55〕</sup>

#### （六）组织中的主观权利

以上是从个人的利益出发构想主观权利。而个人利益的基础在于公益和客观法，如果再根据这一构想，从判断公益和客观法的组织（姑且为国家）出发来思考，也能在这种组织中设想论证过程和沟通过程。在这种组织明确地分节化（采取法人形态的公企业等）、分权化（地方公共团体等），或者与民间团体、个人协作时，可以将这些分节化、分权化、协作的主体相互之间开展一定论证的法的沟通资格作为主观权利来理解。这种分节化、分权化、协作的根据，除了实效性地保护并实现各种利益、扩充参政权之外，有时也在于摄取实现公益的必要专门知识和技术。但是，这种分节化、分权化、协作不能使实现公益的沟通过程不透明，或者搅乱沟通过程。为此，分节化、分权化的公共组织以及与公共组织协作的民间主体，也必须像四（五）所述的团体那样，具备与承认上述主观权利相适应的透明性和组织机构。<sup>〔56〕</sup>

〔54〕 山本隆司「行政の主体」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ——行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）103頁以下。〔这种团体应当在某种程度上像国家组织那样受到法治国家、民主政治等原理的控制，亦即受到山本隆司所说的“私行政法”的规范，应当具备中立性及超出利害关系的独立性（对应于整体的法治国家原理），确保适当处理事务所需的资质、能力及设备（对应于功能性客观意义的法治国家原理），保障相关利益的均等表达机会及均等考虑（对应于功能性主观意义的法治国家原理），平等对待、具备声明异议程序等（对应于古典的法治国家原理），意思决定过程的透明性（对应于功能性民主政治原理）。对此，可参见〔日〕山本隆司：《日本公私协力之动向与课题》，刘宗德译，载《月旦法学杂志》第172号（2009年）。——译者注〕

〔55〕 根据消费者利益作出的具体考察，参见山本隆司「集团的消费者利益とその实现主体・实现手法——行政法学の観点から」千葉恵美子=長谷部由起子=鈴木將文編『集团的消费者利益の实现と法の役割』（商事法務、2014年）216頁以下。

〔56〕 详见山本隆司「行政の主体」磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ——行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）108頁以下。

### （七）客观法与主观权利的动态关系

本文的结论只是在说“主观诉讼”“客观诉讼”的概念完全缺乏一义性。德国的主观权利概念含有在理论上缺乏安定性的问题。法国的客观诉讼也不是没有与主观权利的连接点。反过来说，即使说是主观权利，摄取客观诉讼论成果、扩充生成的可能性也是开放的。

在本文的最后，提一点本文未能论及的问题。本文采取的径路是从行政法领域论及客观法与主观权利的关系问题。在行政法领域设想的典型是行政机关适用法律、实现公益的活动。为此，从法律所规定的客观法导出主观权利，或者在更高层次上将主观权利解读到客观法中，就成为关注的焦点。但是，如果像本文这样在动态过程中把握客观法与主观权利的关系，就会在民事法领域浮现出相反方向的论点。那就是从主观权利的主张生成客观法的可能性。诸如所谓现代型诉讼的问题，近来的例子有关于景观诉讼的讨论，<sup>[57]</sup> 还有“软法”的问题等。这些问题在本讲座丛书第4卷、第5卷等中处理，如果本文关于客观法与主观权利关系的框架能有所裨益，亦为荣幸。

---

**Abstract:** As for the relationship between the objective law and subjective rights, German administrative law gives carefully attention to rights and interests of the individual subject, while the objective law sets boundaries for the state's behavior from the outside, and it is not clear how could the objective law relate to subjective rights in the content. In the past, the mainstream theory of French administrative law paid attention to the significance of organization and recognized the concept of right only in the sense of means of the executive control. However, there has also been an emphasis on rights protection and conflict resolution in recent years. Perhaps the substantive law and the organic law can be used as the medium to reconstruct subjective rights from perspectives of two processes. The first is the process of argumentation of the objective law, that means the process of judging which interests conform to the objective law. The second is the communication process, during which various interests considered in the process of argument could be communicated in the society. Considering the equality of arms, the possibility of law that many subjects claim and realize various interests in the process of communication must be conceived as subjective rights.

**Key Words:** protection norm, theory of public rights, objective litigation, process of argumentation, communication process

---

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

[57] 最判 2006 年 3 月 30 日最高裁判所民事判例集 60 卷 3 号 948 頁。