

国家社科基金资助期刊

中外
法学

PEKING UNIVERSITY LAW JOURNAL

6
2016

论盗窃财产性利益

民事责任体系与无过错补偿计划的互动

知识产权损害赔偿的市场价值基础与司法裁判规则

环境规制的反身法路向

土地发展权与土地增值收益分配

俄罗斯与欧洲人权法院二十年

采集公民民族信息的宪法界限

论利用有组织的权力机构建立的犯罪支配



〔论 文〕

- 论盗窃财产性利益 张明楷 / 1405
- 民事责任体系与无过错补偿计划的互动
以我国疫苗接种损害救济体系建设为中心 冯 珏 / 1443
- 知识产权损害赔偿的市场价值基础与司法裁判规则 吴汉东 / 1480
- 我国证券市场虚假陈述交易上因果关系的新问题 樊 健 / 1495
- 环境规制的反身法路向 谭冰霖 / 1512
- 土地发展权与土地增值收益分配
中国问题与英国经验 彭 鐸 / 1536

〔评 论〕

- 俄罗斯与欧洲人权法院二十年
主权与人权的博弈 王志华 / 1554
- 采集公民民族信息的宪法界限 郭延军 / 1580
- 论结果除去请求权在行政诉讼中的实现路径
以霍菲尔德基本法律概念为视角 蒋成旭 / 1601
- 互联网金融监管理论争议的方法论考察 彭 岳 / 1618
- 论民事抗诉制度新构造与典型民事诉讼的原理相融性 宋小海 / 1634
- 论利用有组织的权力机构建立的犯罪支配
..... 克劳斯·罗克辛(著) 徐凌波(译) / 1646

〔研究报告〕

- 我国技术移民法核心制度的建立与完善 王世洲 / 1655

Articles

- On Theft of Property Interests Zhang Mingkai / 1405
- Interaction Between the Civil Liability System and the No- Fault Compensation Scheme
an Analysis Centered on the Construction of the Remedy System for Harms Caused by
Vaccination in China Feng Jue / 1443
- Market Value and Judicial Rules for Compensatory Damages of Intellectual
Property Wu Handong / 1480
- The New Problems of Transaction Causation in China's Securities
Fraud Litigation Fan Jian / 1495
- Environmental Regulation Approaches toward Reflexive Law Tan Binglin / 1512
- Land Development Rights and Distribution of Increased Land Value
Chinese Problem and British Experience Peng Chun / 1536

Comment

- Twenty Years between the European Court of Human Rights and Russia
Game between Human Rights and Sovereignty Wang Zhihua / 1554
- The Constitutional Limit to the Collection of Citizen's Ethnical Information ... Guo Yanjun / 1580
- On the Implementation Approach of the Claim for Elimination of Unlawful
Consequences in the Administrative Litigation Law
From a Perspective of the Hohfeldian Analytical System Jiang Chengxu / 1601
- Methodological Review on the Theoretical Arguments of Internet Finance
Regulation Peng Yue / 1618
- Principle Compatibility of New Structure of Civil Protest System with Typical
Civil Litigation Song Xiaohai / 1634
- On the Form of Domination of an Organization of Authority Claus Roxin / 1646

Report

- On Establishment and Perfection of the Key Systems in the Law of Immigration for
Technical Personnel in China Wang Shizhou / 1655

论结果除去请求权在行政诉讼中的实现路径

以霍菲尔德基本法律概念为视角

蒋成旭*

摘要 修订后的《行政诉讼法》新增了给付判决和补救判决两种判决类型,学界由此开始注意到公法上结果除去请求权的本土应用及其在我国行政诉讼中可能的实现路径。作为一种本质以自然上回复原状为目的的国家责任,结果除去请求权的产生有其德国法上特殊的制度背景,而其理论基础可由宪法条文出发,呈现出一种以主观公法权利为保护对象的权利保护阶层关系。借助霍菲尔德基本法律概念的分析,结果除去请求权应定位于权利保护第三层次上的权利或权力功能。对于我国行政诉讼法体系而言,结果除去请求权的实现路径,不应是《行政诉讼法》第76条所规定的补救判决,而应当且只能是第73条所规定的一般给付判决。

关键词 结果除去请求权 行政诉讼 霍菲尔德 给付判决

一、问题的提出

修订后的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第76条、第78条新增了一项判决内容——“采取补救措施”。第76条规定:“人民法院判决确认违法或者无效的,可以同时判决责令被告采取补救措施;给原告造成损失的,依法判决被告承担赔偿责任。”第78

* 浙江大学光华法学院博士研究生。作者感谢浙江大学光华法学院朱新力教授、余军教授、章剑生教授和郑春燕教授在本文写作过程中的指导和建议,感谢浙江大学光华法学院王好博士校读全稿并对外文译法提出了有益意见,但文责自负。

条规定：“被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第十二条第一款第十一项规定的协议的，人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。”有学者认为，这两条“明确规定了一种‘新’的行政诉讼判决形式——行政诉讼补救判决”。〔1〕尽管早在新《行政诉讼法》修订以前，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《若干解释》）第58条就已经出现了“采取补救措施”的规定，但由于《若干解释》并未直接以“判决”一词衔接“采取补救措施”，因此“补救判决”作为单独的判决形式尚未成型。〔2〕至于新《行政诉讼法》中“补救判决”这一新判决形式的“请求权基础”，有学者借助对授益性行政行为和负担性行政行为的区分，分别将“信赖利益保护请求权”和“结果除去请求权”作为相应“补救判决”的“请求权基础”。〔3〕

必须肯定的是，注意到《行政诉讼法》修订前后“责令采取补救措施”与“判决责令采取补救措施”的细微变化，进而分析这一变化对行政诉讼判决类型可能带来的影响，且使我国公法学界开始注意到结果除去请求权在我国本土的应用，无疑是具有重要意义的。然而令人困惑的是，从新《行政诉讼法》第76条和第78条的内容来看，所谓的“补救判决”似乎并不依赖于“请求权”的行使而更多是一种依职权的判决。既然如此，又何来“请求权基础”一说？〔4〕何况，结果除去请求权作为一项相对独立的请求权，似乎不应如第76条规定的那样，从属于确认违法或无效的判决之下，居于“从判决”地位。〔5〕若如此，那么行政诉讼撤销判决中的结果除去请求权如何实现？结果除去请求权的实现在我国台湾地区已经制度化化为行政诉讼中的给付诉讼，〔6〕而新《行政诉讼法》第72条和第73条被认为是我国行政给付诉讼的确立，〔7〕诚如有学者指出的，从依请求裁判和判决独立性两方面来考虑，给付判决都远比补救判决更切合实现结果除去请求权的需要；〔8〕放着“现成”的给付判决不利用，为何偏偏选择了所谓的“补救判决”来实现结果除去请求权？结果除去请求权似乎远非“补救判决”所能容纳，这一概念的背后

〔1〕 陈思融：“论行政诉讼补救判决的请求权基础”，《中外法学》2016年第1期，页100；另参见陈思融：“论行政诉讼补救判决的功能”，《四川师范大学学报（社会科学版）》2015年第5期，页112—120；陈思融：“论行政诉讼补救判决的适用——基于104份行政裁判文书的统计分析”，《中国法学》2015年第2期，页234—247；陈思融：“论行政诉讼补救判决的适用条件”，《政治与法律》2016年第1期，页18—27。

〔2〕 参见陈思融：“论行政诉讼补救判决的适用——基于104份行政裁判文书的统计分析”，《中国法学》2015年第2期，页234。

〔3〕 参见陈思融，“论行政诉讼补救判决的请求权基础”，见前注〔1〕，页101—102。

〔4〕 请求权基础的典型构造为：“谁得向谁，依据何种法律规范，主张何种权利。”参见王泽鉴：《法律思维与民法实例：请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版，页50。一般提到请求权基础，往往是为了探寻能够支持法律关系的一方向另一方行使请求权的法律规范。这里所谓判决的请求权基础，只能理解为，法院依当事人的请求探寻该请求所作的主张有何规范基础。

〔5〕 陈思融，见前注〔2〕，页246。“相较于有关司法解释，该条规定明确了‘采取补救措施’是一种‘判决’方式，而且必须与‘确认违法或无效’判决‘同时’作出，即只能居于‘从判决’的地位。”

〔6〕 参见陈思融，“论行政诉讼补救判决的请求权基础”，见前注〔1〕，页110—111。

〔7〕 参见江必新、邵长茂：《新行政诉讼法修改条文理解与适用》，中国法制出版社2015年版，页272—273。

〔8〕 参见杨东升：“论一般给付诉讼之适用范围——《行政诉讼法》第73条评释”，《行政法学研究》2015年第6期，页84。

也许存在更为复杂的理论体系。

于是问题就清晰了:结果除去请求权究竟是一种什么样的权利?它能否作为《行政诉讼法》上所谓的“补救判决”的“请求权基础”?如果不能,那么它在行政诉讼中的实现路径为何?

二、结果除去请求权的制度背景和理论基础

公法上的结果除去请求权(Folgenbeseitigungsanspruch)发源于德国,原始概念上是一种以自然上回复原状(naturale Wiedergutmachung)为目的的国家责任。^{〔9〕}我国行政法学界对这一概念鲜有述及,^{〔10〕}从行政诉讼角度出发的探讨更是寥寥无几。新《行政诉讼法》的出台为这一概念的理论研究提供了新的契机。

(一)制度背景

结果除去请求权产生的背景,需要联系德国国家责任的“双轨制”来理解。联邦普通法院对国家赔偿案件、征收补偿(补偿数额争议和征收行为的认定)案件拥有管辖权,但对行政行为的合法性审查并无管辖权,后者由行政法院或宪法法院管辖。国家机关行使公权力造成违法侵害但不存在过错的情形,不符合国家赔偿的要件,而又与征收补偿相去甚远。普通最高法院乃类推适用《基本法》第14条第3项规定创设“类似征收侵害”的概念,基于牺牲思想,认为合法征收行为尚且应予补偿,违法行为更应补偿。其后普通最高法院进一步扩展,甚至将本应属于职务责任的有过错之违法侵害也纳入“类似征收侵害”予以补偿。然而,由普通法院来创设这样一个请求权,最大的问题就在于,违法的公权力行为本应该撤销,而非在维持的同时给予受害人以补偿——但这却是联邦普通法院所无法达成的,因为撤销违法公权力行为涉及到合法性审查。直到联邦宪法法院在“湿采石”判决中确立了第一次权利保护优先于第二次权利保护原则,学说上才开始注意到这个问题。^{〔11〕}这一请求权后被纳入1981年《国家责任法》中,^{〔12〕}根据不同情形分别表现为第2条规定的金钱赔偿请求权,第3条规定的结果除去请求权,以及第14条规定的金钱赔偿请求权。第14条第3款规定:“行政干预导致征收财产或发生公益牺牲的情形,法律对此干预引起的补偿种类和范围没有规定,如果公权力机关的责任不能依第2条与第3条或其他法规确定时,公权力机关应承担同违法侵害基本权利一样的责任。”一项公权力干预行为引起特别牺牲,若法律上没有规定相应的补偿措施,原先是按照联邦普通最高法院所创设的类似征收侵害补偿请求权和类似公益牺牲补偿请求权提出补偿请求,

〔9〕 转引自程明修:“公法上结果除去请求权在‘国家’责任体系中的地位”,载胡建森主编:《国家赔偿的理论及实务:第9届海峡两岸行政法学学术研讨会论文集》,浙江大学出版社2008年版,页153。

〔10〕 除了本文开头所提到的学者陈思融的作品,另外主要还有王锴:“行政法上请求权的体系及功能研究”,《现代法学》2012年第5期,页78—92;王锴:“我国国家公法责任体系的构建”,《清华法学》2015年第3期,页18—34等。有关结果除去请求权理论基础的介绍以及我国台湾地区的讨论和实践,学者陈思融在“论行政诉讼补救判决的请求权基础”一文中已有详细说明,见前注〔1〕,页107—115。故本文不做赘述,而着重探讨其制度背景。

〔11〕 参见叶百修:《损失补偿法》,台湾新学林出版股份有限公司2011年版,页18。

〔12〕 (德)毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,页798。

但结合该法第6条所确立的第一次权利保护优先原则,^[13]须首先请求确认该干预行为的合法性。若引起损害的公权力干预行为违法,但无过错,原先可成立类似征收侵害补偿请求权,现可依据《国家责任法》第3条请求结果除去,这种结果除去既包含了行为违法之行政处分的撤销,又包含了撤销后的恢复原状或损害填补;若是引起损害的公权力干预行为违法且有过错,原先既可以成立类似征收侵害补偿请求权也可成立职务责任,现可根据《国家责任法》第4条,在请求结果除去的同时,请求金钱赔偿;若是引起损害的公权力干预行为所依据的法律对此干预引起的补偿种类和范围没有规定,而该损害构成特别牺牲应予以填补,该干预行为应当被认定为违法。但若公权力机关无过错即不能依据《国家责任法》第2条请求金钱赔偿,且又不能依据《国家责任法》第3条请求结果除去(比如因不可归责于受害人的原因未及时行使第一次权利保护,致使违法的干预行为发生存续力),其他法律也无规定时,原可成立类似征收侵害的补偿请求权,现可依据《国家责任法》第14条第3款,请求公权力机关承担同违法侵害基本权利一样的责任。

(二) 公法上的权利保护阶层关系

可以看到,在1981年《国家责任法》形成的国家责任体系内部,赔偿请求权和补偿请求权的概念已经被另外两种请求权概念所替代——金钱赔偿(Schadensausgleich in Geld)请求权和结果除去(Folgenbeseitigung)请求权。结果除去请求权的发展,可谓见证了德国国家责任理论的兴衰更迭——提出于德国20世纪50年代战后政府通过行政命令安置游民的社会背景,^[14]发展于20世纪60年代后期德国公法学界对凌乱的国家责任体系的反思,^[15]成熟于1981年《国家责任法》的立法尝试,并在该立法尝试失败后得到延续,^[16]成为一项重要的请求权。由于1981年的立法尝试失败,结果除去请求权复归学说和判例。关于其理论基础,“目前学说多数均共同指向以主观权利性质之宪法条文(subjektiv-rechtliche Verfassungsvorschriften)作为依归,采用基本权作为结果除去请求权之理论基础”。^[17]概而言之,结果除去请求权的内涵可由宪法条文出发,呈现出一种以主观公法权利为保护对象的权利保护阶层关系(Stufenverhältnis);第一层次的功能,相当于耶利内克主观公权利体系中个人消极地位的一种防御权;^[18]第二层次的功能,是对侵害行为的排除;第三层次的功能,是对侵害结果请求恢

[13] 该法第6条规定:“受害人若怠于通过使用法律救济形式包括向法院起诉或其他通常的法定救济程序以审查公权力行为合法性者,不得请求金钱赔偿。本条不适用与受害人因不可归责于己而迟误使用法律救济或其他救济途径的情形。”

[14] 程明修,见前注[9],页154-155。

[15] 《国家责任法》的制定,是德国公法学者多年努力的结果,早在1968年第47届德国法学会议在纽伦堡开会时,公法组对现行适用之国家赔偿法规之凌乱,体系缺乏明确划一等弊端,加以深入探讨,认为确实需要早日制定统一之法律,因而提议:“应协调不同领域间之国家赔偿与权利保护,以联邦法律广泛加以规定。”翁岳生:“西德一九八一年国家赔偿法之研究——中德国家赔偿制度之比较与检讨”,《“国立”台湾大学法学论丛》1981年第2期,页3。

[16] 该法在颁布次年即被联邦宪法法院认定为超越立法权限而自始无效。参见毛雷尔,见前注[12],页795-798。

[17] 程明修,见前注[9],页171。

[18] 参见(德)耶利内克:《主观公法权力体系》,中国政法大学出版社2012年版,页87-88。

复原状或损害填补。^{〔19〕}一般而言,第一层次上所指向的基本权利作为宪法上的基础,是结果除去请求权的最终目的,即保护基本权利;第二层次在德国公法理论上相当于第一次权利保护,是对公权力侵害行为的排除;第三层次相当于第二次权利保护,通常意义上的结果除去请求权即是指权利保护在第三层次意义上的一种类型。

至于金钱赔偿请求权,也与我们通常所理解的金钱赔偿有所不同。德国民法上的侵权损害赔偿赔偿责任承担方式以“恢复原状”为原则,而这种恢复原状也与我国所谓的恢复原状不同,乃是一种包含可得利益的应有状态之回复。^{〔20〕}类似地,公法责任理论上也以恢复原状为原则,只是由于国家赔偿案件由普通法院管辖,而恢复原状的责任承担方式必然涉及到的公权力合法性问题(比如请求撤销原行政行为等)又只能由行政法院来审查,才用金钱赔偿的方式替代恢复原状。^{〔21〕}也正因为如此,有观点形容公法上的结果除去请求权,乃是借用了民法上的恢复原状请求权概念,是一种限缩了的恢复原状请求权。^{〔22〕}金钱赔偿请求权与结果除去请求权的核心区别就在于是否填补可得利益,这一点可以从第2条第3款中“应予赔偿之范围,包括依事物通常情形或依特别情事,尤依已定之设备与计划可得预期之所失利益,及第7条所规定之非财产上之损害”与第3条第1款“损害如系某一事实状态发生不利于受害人的变更时,公权力机关应恢复原状,恢复原状不能达到目的,恢复具有同等价值的状态以消除损害后果”的规定得到印证。也即,金钱赔偿意味着以金钱来填补包括所失利益的损害;结果除去意味着在能够恢复原有状态时恢复原有状态,不能恢复原有状态时以金钱来填补不包括所失利益的损害——与原状具有同等价值的状态。综合来看,结果除去请求权是金钱赔偿请求权的前提,金钱赔偿请求权是结果除去请求权的自然延伸。

三、基本法律概念对结果除去请求权的解析

行文至此,透过德国国家责任体系双轨制的制度背景,结果除去请求权在权利保护层次关系中的内在结构得以明晰地呈现在我们眼前。尽管如此,若要将其引入到我国的制度环境,简单的搬运是不切实际的。在此之前需要做的,是对这一特定法制环境中的概念进行彻底解剖、分析,认识其根本的属性。“请求权”与“权利”有着概念上的亲和性,而美国法学家韦斯利·霍菲尔德(Wesley N. Hohfeld)所提出的基本法律概念体系对于“权利”所做的精致分解,^{〔23〕}至今仍是分析实证法学方法的典范之一。因此本文尝试运用霍菲尔德基本法律概念理论对结果除去请求权进行解析。

〔19〕 参见程明修,见前注〔9〕,页172—174。

〔20〕 参见李承亮:“损害赔偿与民事责任”,《法学研究》2009年第3期,页147。

〔21〕 所以,我国学者言及国家赔偿以金钱赔偿为原则,恢复原状为例外,一定程度上误解了德国国家责任法制。

〔22〕 程明修,见前注〔9〕,页165。

〔23〕 参见(美)博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,页488。

(一)霍菲尔德的基本法律概念

霍菲尔德作为美国20世纪早期分析法学的代表人物,提出的基本法律概念以及基本法律关系,是法律科学的经典道义逻辑表述。霍菲尔德的八个基本法律概念根据相关关系(correlatives)和相反关系(opposites)可形成四对基本法律关系,即“权利(rights)—义务(duties)”、“特权(privilege)—无权利(no—rights)”、“权力(power)—责任(liabilities)”和“豁免(immunities)—无权力(disabilities)”。霍菲尔德将这八个基本法律概念比喻为法律的最小公分母,全部法律因素均可归结为最简单的一般概念,^[24]所有法律规范无外乎以这四种法律关系为内核。

根据相依关系:权利(rights)是指权利人有请求义务人作出一定行为的能力,相应的义务人承担作出该行为的义务(duties);特权(privilege)是指特权人处于不被请求作出一定行为的地位,相应的无权利人无权利(no—rights)请求特权人作出该行为;权力(power)是指权力人有与责任人形成法律关系的能力,相应的责任人有责任(liabilities)承受这种法律关系;豁免(immunities)是指豁免人处于豁免于无权力人形成的特定法律关系的地位,无权力人无权力(disabilities)使其承受该法律关系。根据相反关系:权利的相反方是无权利,义务的相反方是无义务——特权;特权的相反方是无特权——义务,无权利的相反方是权利;权力的相反方是无权力,责任的相反方是无责任——豁免;豁免的相反方是无豁免——责任,无权力的相反方是权力。具体对应关系如下图所示。

图1 霍菲尔德基本法律概念的对应关系

相关关系	⎧	权 利	特 权	权 力	豁 免
		义 务	无权利	责 任	无权力
相反关系	⎧	权 利	特 权	权 力	豁 免
		无权利	义 务	无权力	责 任

(二)行政法上的基本法律关系

以霍菲尔德基本法律概念来分析行政法上的基本法律关系,作为一种分析法学方法,可形成相对逻辑严密的分析框架,从而使理论的分析结果更为可靠。^[25]众所周知,法律所规范的对象是人的行为,^[26]法律规范的意义在于指导人们的行为实践,但法律规范并不总是能够直

[24] 参见(美)霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版,页76—77。

[25] 在行政法学领域,已有不少学者运用霍菲尔德基本法律概念的理论取得富有洞见的相关理论成果,如陈裕琨:“分析法学对行为概念的重建”,《法学研究》2003年第3期,页14—29;郑春燕:“现代行政过程中的行政法律关系”,《法学研究》2008年第1期,页61—69;余军、朱新力:“法律责任概念的形式构造”,《法学研究》2010年第4期,页159—171。

[26] See Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, translated by Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 52.

接指导人们实践。^[27] 当法律规范表现为第三、第四两对即权力—责任、豁免—无权力法律关系时,由于权力的内涵在于形成或变更法律关系,因此,处在这种法律关系中的双方尚没有可以指导实践的规范命题。比如,某甲在小巷中遭到歹徒袭击,在可视范围之外的附近正好有一执勤警察,当且仅当某甲大声呼救,警察可立即赶来救援。《中华人民共和国警察法》(以下简称《警察法》)第 21 条规定:“人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形,应当立即救助。”这条法律规范规定了,遇到人身、财产安全受到侵犯或处于其他危难情形时的公民有权力与警察形成权利—义务的法律关系,警察对该法律关系不能豁免。^[28] 将这条法律规范作为大前提,将某甲遭遇歹徒袭击、执勤警察在可视范围外的附近巡逻等个案事实作为小前提,则推导出规范命题“警察应当承受某甲创设的权利—义务法律关系”,即某甲有权力与该警察形成权利—义务的法律关系,该警察对此不能豁免,换句话说该警察处于责任(无豁免)状态之中。^[29] 某甲只要发出呼救,便行使了与这项责任(无豁免)相关(correlative)的权力,使警察和他自身落入他所创设的一项新的权利—义务关系之中,而警察则必须承受,亦即不能豁免于这项权利—义务法律关系——即某甲有请求警察制止歹徒袭击的权利,警察有制止歹徒袭击某甲的义务。然而,某甲也可以出于某种原因而选择不行使这项权利,从而使得警察免于承受即豁免于权利—义务法律关系。行政法上,在这种情形下,如果警察没有赶来制止,不成立行政法上的不作为,原因就在于此时的警察并没有作为义务。在权力—责任(无豁免)这对法律关系中,处于责任(无豁免)状态的警察是无法知晓应该怎么做的,因为权力—责任(无豁免)这对法律关系所指向的不是行为,而是另一对法律关系,没有对应该怎么行为作出指示;而唯有某甲行使其权力,形成权利—义务法律关系,警察才得以知晓应该怎么做。换言之,权力—责任(无豁免)、豁免—无权力这两对法律关系规范的内容仅仅是法律关系之“应该承受”和“免于承受”,而权利—义务、特权—无权利这两对法律关系规范的内容则是“应该行为”和“免于行为”。^[30]

在行政法上,从行政机关角度来看:①行政机关依据法律法规的授权和规定作出具体行政行为,^[31]与相对人能够形成具体的法律关系,这是行使权力(power)的表现。比如作出一个

[27] 参见陈裕琨:“分析法学对行为概念的重建”,《法学研究》2003年第3期,页20。

[28] 当然,本条规定实际上还能分析出一个特权—无权利的法律关系,即警察有实施救助的特权,包括受害人与加害人在内的其他人无权利请求警察不实施救助。但这对法律关系并不妨碍文中所举例子用来分析权力—责任与权利—义务的区别。

[29] 在霍菲尔德为阐述权力—责任(无豁免)法律关系而举的旅店经营者例子中,他说到旅店老板可以关门歇业的方式消灭其责任。参见霍菲尔德,见前注[24],页65。同样地,警察可凭换岗间歇等事由主张其并不处于执勤状态从而消灭其责任,由此对可能的行政不作为诉讼中进行抗辩。

[30] 就此而言,哈特对第一性规则(primary rules)和第二性规则(second rules)的划分,指出“第一类规则设定义务,第二类规则授予权力,公权力或私权力。第一类规则涉及与物质运动或变化有关的行为,第二类规则不仅引起物质运动或变化、而且引起义务或责任的产生或变更”,与此有异曲同工之妙。参见(英)H. L. A. 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,页83。

[31] 由于新《行政诉讼法》已取消了“具体行政行为”的提法,代之以“行政行为”,以求解释空间的扩大,参见江必新等,见前注[7],页28,本文以“具体行政行为”指代可以与行政相对人形成具体的行政法律关系的行政行为。

行政处罚决定,行政机关有权力与被处罚人形成一对权利—义务法律关系,即行政机关有权力请求被处罚人缴纳罚款,被处罚人有义务缴纳罚款,而被处罚人必须承受(不能豁免)这一法律关系。^②如果被处罚人对这一法律关系没有异议,经过诉讼时效具体行政行为发生效力,那么行政机关就能够行使这一法律关系所创设的权利(right),即请求被处罚人缴纳罚款。若被处罚人拒绝缴纳,拒绝履行义务,那么行政机关将诉诸强制执行。^③还有一些情况,行政机关并不请求行政相对人作出或不作出某种行为,而是其自身采取某种行为。比如,警察在人群中发现一行窃中的小偷,立马上前准备实施抓捕,该小偷拔腿就跑,此时警察便可依据《警察法》行使特权(privilege),^[32]将其就地扑倒限制其人身自由,即警察有限制该小偷人身自由的特权,该小偷无权利请求警察不限制其人身自由。^[33]④行政机关对于特定情形下,相对人行使权力所形成的法律关系也具有豁免(immunities)。比如在行政机关违法作出行政处罚决定,而诉讼时效届满的情况下,被处罚人虽仍可行使权力与行政机关形成权利—义务法律关系,即被处罚人有请求行政机关撤销决定返还罚款的权利,行政机关承担撤销决定返还罚款的义务,但行政机关可豁免于这个权利—义务法律关系。^[34]

从行政相对人的角度来看:①行政相对人对于行政机关及其他国家机关而言,所拥有的最为普遍的便是特权。日常语言中,人们广泛的自由和权利很多时候指的是这种特权,比如人身自由、言论自由、宗教自由、契约自由等,与之对应的行政机关则承担无权利(no—rights),即行政相对人有合法发表言论的特权,行政机关无权请求行政相对人合法发表言论。此外,通过具体行政行为授予行政相对人一项行政许可,比如机动车驾驶证,那么相对人便拥有了在道路上驾驶汽车的特权,行政机关无权利请求即禁止他在道路上驾驶汽车。而对未获得机动车驾驶证的相对人,行政机关便有权力请求即禁止他驾驶汽车,因为他没有相应的特权。②行政相对人行使权力和权利的时候,对应行政机关便承担责任(liabilities)和义务(duties),这在前文

[32] 《警察法》第7条:“公安机关的人民警察对违反治安管理或者其他公安行政管理法律、法规的个人或者组织,依法可以实施行政强制措施、行政处罚。”第8条:“公安机关的人民警察对严重危害社会治安秩序或者威胁公共安全的人员,可以强行带离现场、依法予以拘留或者采取法律规定的其他措施。”在学理上可被称为即时强制。有关即时强制与特权—无权利法律关系的联系,参见余军、朱新力:“法律责任概念的形式构造”,《法学研究》2010年第4期,页165。

[33] 在现实当中,特权的行使往往需要权利的保障。试举一例:越狱的犯人正在逃亡途中,此时狱警便可依据《监狱法》第42条“监狱发现在押罪犯脱逃,应当即时将其抓获”获得一项特权——即时限制越狱犯人的身自由的特权,该犯人无权利请求狱警不限制其人身自由。然而仅有这项特权还不足以抓到逃犯,即便抓到,也无法阻止逃犯再次逃跑——狱警还需要有一项权利,即请求逃犯不逃跑的权利。试想狱警如果只有抓捕的特权而没有请求逃犯不逃跑的权利,那么逃犯虽无权利请求狱警不抓捕他,但他却有逃跑的特权,对此特权狱警无权利请求他不逃跑。这显然是不可能发生的。所以特权往往都是伴随着权利而存在的,离开权利,特权就处于随时被侵犯的境地中。国家赋予公民言论的自由,实际上赋予的不仅仅只有自由(特权)——即公民发表言论的时候不能被请求不发表言论,公民不承担不发表言论的义务,还赋予了一个权利——即公民发表言论的时候可以请求他人和国家不干涉公民发表言论的权利,他人和国家承担不干涉言论的义务。如果没有言论的权利,那么就意味着国家可以随时干涉言论而不会侵犯到任何人的权利。这一点也可以从霍菲尔德关于虾仁沙拉的例子中得到印证,参见霍菲尔德,见前注[24],页36—37。

[34] 可豁免并不意味着必须豁免,享有豁免并不妨碍行政机关仍可选择履行撤销处罚决定返还罚款的义务。这与民法上的自然债务类似。

受袭击的某甲向警察呼救的例子中已有所阐述。^{〔35〕}在有些情况下,行政相对人能够豁免于行政机关作出具体行政行为并与行政相对人形成具体的法律关系,而对应行政机关承受无权力(disabilities)的状态。比如行政处罚决定作出后,被处罚人对该处罚决定有异议,经复议或诉讼后发现该行政机关作出的行政处罚超越职权,该处罚决定被撤销,此时被处罚人得以豁免于该处罚决定所形成的法律关系。^{〔35〕}

(三)结果除去请求权的定位

首先需要说明的是请求权概念与权利概念之间的联系和区别。请求权及请求权基础的概念在德国民法理论中占有重要地位,王泽鉴先生曾不无感叹地说,“Anspruchsgrundlage”(请求权基础)使他“认识到请求权基础实蕴含着法律思考的精义”,而启发了他撰写《法律思维与民法实例》一书。^{〔36〕}请求权与霍菲尔德基本法律概念意义上的权利在内涵上基本一致,^{〔37〕}即要求他人作出某种行为或不作出某种行为的权利。由于民事法律上的权利多为消极权利,因此请求权往往指的是法律所规定之原权利受到侵犯而产生的一种救济性权利。^{〔38〕}而在债权债务关系当中的权利又多为积极权利,请求权就与权利的涵义相差无几。因此,两者在涵义上虽有重叠,但不能完全划上等号。^{〔39〕}

从霍菲尔德基本法律概念的角度来看,权利保护在第一层次相当于宪法上的基本权利作为一种不特定权利(multital rights),^{〔40〕}与包括国家公权力机关在内的不特定主体形成的法律关系,如“不得侵害财产权”;第二层次相当于公民对国家行使公权力形成法律关系的豁免(immunities),如请求撤销政府的征收决定——侵害财产权法律关系;第三层次相当于,公民可得豁免但事实状态已按该法律关系发生变更时——如违法征收决定被撤销但已执行,请求公权力机关承担公法责任的权利。

1. 第一层次:不特定权利(multital rights)

权利保护第一层次的涵义是一种个人消极地位的防御功能,当个人的自由领域受到侵害

〔35〕 豁免于一个法律关系,并不意味着豁免于来自该行政机关具体行政行为所形成的所有法律关系。合法有效的具体行政行为形成的法律关系固然无法豁免,但有时候违法的具体行政行为形成的法律关系也同样无法豁免。比如一个派出所民警对某人作出了罚款600元的行政处罚决定,根据《治安管理处罚法》第91条“治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定;其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定”,该决定超越职权,被处罚人因而获得豁免。然而在被处罚人通过复议或诉讼确认并行使豁免之前,具体行政行为是被推定合法的,经过诉讼时效后是可以产生效力的。换句话说,拥有豁免是一回事,行使豁免则是另一回事。

〔36〕 王泽鉴,见前注〔4〕,页51。

〔37〕 王涌:“法律关系的元形式”,《北大法律评论》1998年第2辑,页591。

〔38〕 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,页37。

〔39〕 另外还值得注意的是,“请求权”还令人常常将请求权概念幻觉为:如果某人有请求权就是意味他有实施“请求”这一行为的权利,从而将“请求权”与“请求的自由”两个概念混淆了。在许多情形下,某人不具有请求权,但不能据此否认他的“请求的自由”。王涌,见前注〔37〕,页591。

〔40〕 See Wesley N. Hohfeld, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, 26 *The Yale Law Journal*, 718 (1917). “不特定权利”这一译法,参见霍菲尔德,见前注〔24〕,页91—94。

时,他应有“法律上的力道(Rechtsmacht)可以积极主动地去防御此一高权侵害”。〔41〕从霍菲尔德基本法律概念的分析框架来看,这种消极防御权可转化为如下命题:个人有请求不特定的他人及国家公权力不侵害其在宪法上所拥有的基本权利,不特定的他人及国家公权力有承担不侵害的义务。因此,这一权利实际上相当于一种不特定权利(multital rights)。不特定权利与特定权利(paucital rights)相对,两者都是权利的一个分类,其内核都在于可以请求承担义务的一方作出或不作出某种行为的能力。区别在于,后者所相关(correlative)的义务承担者是特定的一个或一群人,而前者所相关的义务承担者是为数众多的不特定人。〔42〕比如,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”这里所谓的财产权,实际上是一个广义权利的复合概念,一个权利束,其中包含了:①特权即使用该财产(他人无权利请求他不使用)的能力;②狭义的权利即请求他人不干预该财产(他人承担不干预的义务)的能力;③权力即处分该财产(与他人就该财产形成诸如要约、买卖、赠与、抛弃等法律关系)的能力,以及④豁免,即豁免于他人就该财产与其或第三人形成的法律关系(他人无权力处分该财产)的能力。而所谓消极地位的防御功能,指的是②狭义的权利。由于相关的义务承担者是不特定的,因而是一种不特定权利。〔43〕

2. 第二层次:豁免(immunities)

权利保护在第二层次上的涵义是对侵害行为的排除。第一层次的消极地位防御功能若是没有能够阻止侵害行为的作出,那么权利保护的功能就在于请求将侵害行为排除。当侵害行为是形成具体法律关系的具体行政行为时,侵害表现为行政机关拥有的权力的行使。仍然以财产权为例:当行政机关作出一个征收决定,对某甲的房产进行征收,行政机关就行使了《宪法》第13条第3款规定的“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”所授予的权力,即在特定情形下,行政机关有权力与某甲形成征收补偿的权利—义务法律关系(某甲有责任承担这一法律关系),与某甲形成一个征收补偿的权利—义务法律关系,即行政机关有请求某甲交付房产的权利,某甲承担交付房产的义务。〔44〕但后者的权利—义务法律关系有赖于前者权力—责任法律关系的效力,换句话说也就是行政机关行使权力作出的征收决定是否合法。在前一法律关系效力被确认以前,某甲的财产权并未实际受到侵害,原因已在前文中阐述——唯有权利—义务法律关系、特权—无权利法律关系能够指导行为实践。〔45〕此时,某甲若通过提起复议或诉讼的方式,令权力—责任法

〔41〕 程明修,见前注〔9〕,页172。

〔42〕 准确地说,两者还可指代一种集合概念,即特定权利集合和不特定权利集合。详细说明,See Hohfeld, *supra* note 41, pp.718—719.

〔43〕 除了不特定权利以外,其他三项实际上也是不特定的,即不特定特权、不特定权力、不特定豁免。参见霍菲尔德,见前注〔24〕,页91。

〔44〕 当然相应地还形成了另一对义务—权利法律关系,即行政机关有给付征收补偿的义务,被征收人有请求给付征收补偿的权利。

〔45〕 因此在这一层次,结果除去请求权的功能与其说是排除侵害行为,倒不如说是排除侵害可能,强调所要排除的侵害行为并非实际行动上的侵害,而是法律关系上的“侵害”。

律关系因行政机关超越职权或程序违法等原因被撤销或被确认无效而不发生效力,则某甲对征收补偿的权利—义务法律关系就形成了豁免,即某甲豁免于行政机关作出的征收补偿权利—义务法律关系,行政机关无权力与某甲形成征收补偿的权利—义务法律关系。〔46〕

3. 第三层次:权利(right)或权力(power)

权利保护在第三层次上的涵义是指对侵害结果进行恢复原状或损害填补的请求,结果除去请求权即属于这一层次权利保护的典型形态。〔47〕由于行政行为合法推定原则以及诉讼不停止执行等制度的存在,很多情况下尽管当事人已经提起行政复议或行政诉讼试图否定具体行政行为的效力,但仍然不能阻止行政机关根据该具体行政行为所形成的权利—义务法律关系从事实践活动。当该具体行政行为被撤销或确认无效以后,行政机关业已根据权利—义务法律关系产生事实后果。比如上例中,假设行政机关在征收决定被撤销以前已经将某甲的房屋拆除,那么在征收决定被撤销以后,某甲就有权请求行政机关回复原状,并在无法恢复原状时给予损害填补。另外,有些情况下合法的具体行政行为具有时间范围,在一定时间过后合法的状态消灭,比如行政机关在特定时期征用某甲的房屋用以收容难民,在特定时期过后该具体行政行为便失去效力,若难民仍拒绝搬出,某甲当有权请求行政机关恢复原状,并对可能的损害进行填补。在这些情形中,相对人某甲所拥有的看似是一种请求他人作出或不作出某种行为的权利,而其实不尽然。需要再次强调,某人拥有一项权利,意味着相关的一方必然承担一项义务,这就是说,义务一方必须作出或不作出某种行为,否则将承担法律责任。〔48〕因此,在第三层次中,倘若法律已经明确规定在该具体行政行为被撤销后,或附期限的具体行政行为在作出时已规定,经过一定期限后,行政机关应当为相对人恢复原状或填补损害,那么行政机关即承受了一项义务。相应地,结果除去请求权就是一种权利(right),即相对人有权利请求行政机关恢复原状或填补损害,行政机关承担恢复原状或填补损害的义务。反之,若是具体行政行为被撤销或停止发生效力以后,法律或行政机关并未预见可能对相对人所造成的损害的,结果除去请求权就是一种权力(power)。具体而言,即相对人有权力与行政机关形成恢复原状或填补损害的权利—义务法律关系(相对人有权利请求行政机关恢复原状或填补损害,行政机关承担恢复原状或填补损害的义务),而行政机关有责任承受(不能豁免于)该权利—义务法律关系。

在后一种情况,相对人需要通过向行政机关或法院行使这一权力才能与行政机关形成权利—义务法律关系,否则行政机关并不承担恢复原状或损害填补的义务。这在行政机关以非具体行政行为的形式侵害公民利益时尤为明显。所谓非具体行政行为的形式,就是区别于能

〔46〕 同样,这一句话需要理解为,某甲只能豁免于该违法征收决定所形成的征收补偿权利—义务法律关系,行政机关仅对此权利—义务法律关系承受无权力的状态,而通过治愈违法性、重新作出一个合法的征收决定,行政机关就有权力与某甲形成征收补偿的权利—义务法律关系,对此某甲则无法豁免。

〔47〕 作为结果除去请求权之自然延伸的金钱赔偿请求权,即通常所谓的行政赔偿请求权也属于权利保护在第三层次的形态。但是两者目的和功能不尽相同,因篇幅所限,本文对后者不作详述。

〔48〕 这里所谓的法律责任与霍菲尔德基本法律概念上的责任不是同一个概念,而是一种违反规范所引起的强制性制裁。参见(奥)凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,页73。

够与行政相对人形成法律关系的具体行政行为,指行政机关作出的事实行为、侵权行为等行
为,^[49]比如:行政机关在依据合法有效的征收决定依法拆除某甲的房屋时,不慎损坏了邻居
某乙房屋;警察追捕逃犯时,警车压坏了某丙的庄稼;行政机关因道路建设而导致某一路段人
流量减少,从而造成在该路段开店的某丁的营业损失。这些行为中,行政机关并没有与某乙、
某丙、某丁之间形成任何法律关系,而是直接侵害了某乙、某丙和某丁在第一层次上的不特定
权利。即,某乙有权利请求行政机关不损坏其房屋,行政机关(以及不特定其他人)承担不损坏
其房屋的义务;某丙有权利请求警察不压坏其庄稼,警察(以及不特定其他人)承担不压坏的义
务;某丁有权利请求行政机关不影响其营业,行政机关(以及不特定其他人)承担相应义务。这
种情形下,行政机关很可能难以确认究竟存在多大范围的侵害,哪些人的权益被侵害,甚至都
无从知晓侵害的存在。而与此同时,乙丙丁三人理应对自己的权利有着充分的权衡,他们可以
选择行使结果除去请求权与行政机关形成恢复原状或填补损害的权利—义务法律关系,也可
以选择容忍这一侵害,而不行使结果除去请求权,从而他们与行政机关之间就不存在任何权利
—义务法律关系。因此,此时结果除去请求权在功能上体现为一种权力。

然而需要注意的是,当行政机关的非具体行政行为侵害了公民的权益,由于行政机关并未
(通过具体行政行为)与被侵害者形成任何权利—义务法律关系或特权—无权利法律关系,而
直接侵害了第一层次的不特定权利,因此,第三层次以权力为内核的结果除去请求权在位阶上
实际处于第二层次,而第二层次意义上的侵害行为并不存在,因而无须也无法排除。综合起
来,权利保护阶层关系与基本法律概念之间的关系大致如下表所示。

表1 权利保护阶层关系与基本法律概念之间的关系表

	具体行政行为		非具体行政行为	
	内涵	对应基本法律概念	内涵	对应基本法律概念
第一层次	消极防御	不特定权利	消极防御	不特定权利
第二层次	排除侵害行为	豁免	/	
第三层次 结果除去请求权	恢复原状/ 填补损害	权利/权力		

四、行政诉讼中的权利保护阶层体系

(一)第一层次:合宪性基础

由于德国法上没有一般性的规定可作为结果除去请求权的请求权基础,结果除去请求权
最初产生于判例学说,经过发展最终扎根于宪法基本权利。所以基本权利在第一层次上的消

[49] 严格来说事实行为作为一种适法行为与侵权行为不同,参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,页304。因此本文采用非具体行政行为这一提法,权作理论探讨之用。

极防御功能,实际上就是结果除去请求权在宪法上的请求权基础。我国《宪法》所规定的公民的政治权利、人身自由权、财产权、受教育权等基本权利都可以被视为结果除去请求权在宪法上的“请求权基础”。但由于我国特殊的司法体制,直接援引宪法主张法律上的权利不够现实,因此就目前而言,我国的宪法规范无法成为结果除去请求权在宪法上的请求权基础,充其量只能称之为合宪性基础。虽然从基本法律概念的角度来看,其功能仍然是消极防御的不特定权利,但是在消极防御状态被破坏、权利被侵害时,结果除去请求权无法从宪法基本权利条款直接导出,而有赖于从宪法以外的规范寻求请求权基础,这就在实证法层面对立法技术和制度设计提出了更高的要求。换言之,从宪法基本权利直接导出结果除去请求权的方式相较于其他实证法律规范作为请求权基础,在“防御力”上显然更胜一筹,前者可“以不变应万变”,对公民的权利形成强有力的保护,后者则会不可避免地出现遗漏、需要进一步进行法律解释。《行政诉讼法》作为一部救济法,所调整的法律关系着眼于第二和第三层次的权利保护功能,因此在第一层次并没有它的参与。

(二)第二层次:具体行政行为效力否定

行政机关通过作出具体行政行为与行政相对人形成法律关系而侵害到相对人的权益,正是行政诉讼制度的主要调整对象。对于行政相对人提起行政诉讼,请求撤销某一具体行政行为的情形,权利保护就表现为经法院判决实现豁免(被撤销行政行为所形成的法律关系)的功能。《行政诉讼法》第70条规定的撤销判决、重做判决,第75条规定的确认无效判决,即是对某一具体行政行为效力的否定,即使之不发生或停止发生效力,从而使行政相对人豁免于由该具体行政行为所形成的法律关系。而第77条变更判决、第78条有关行政协议的继续履行、采取补救措施或赔偿损失等判决都不属于对具体行政行为(后者是行政协议,与具体行政行为一样都形成了特定法律关系)效力的否定。至于第74条规定的确认违法判决以及第76条规定的确认违法并责令采取补救措施判决,同样没有对具体行政行为的效力加以否定,不属于权利保护在第二层次所要实现的功能,而是与非具体行政行为引起的第三层次的权利保护功能有关。因此,权利保护在第二层次的豁免功能在行政诉讼上的实现途径为撤销判决、重做判决以及确认无效判决。

(三)第三层次:结果除去请求权

如果第二层次的权利保护功能已经实现,且不存在不利的事实后果,那么权利保护过程就因达到目的而完结——没有侵害结果,也就无所谓结果除去。根据第一次权利保护优先与第二次权利保护的原则,作为权利保护第三层次的结果除去请求权,唯有在第二层次的权利保护实现了豁免功能,且不利事实后果仍然存在的情况下,才能作为请求行政机关除去由原具体行政行为引起的不利后果的基础。

1.具体行政行为引起权利保护的情形

若将一项具体行政行为的实施过程分为决定的作出和决定的执行两个阶段,那么这里所讨论的问题即可转化为,当决定的效力归于消灭但决定的内容已被执行时,行政相对人是即时获得一项权利——可得请求行政机关恢复原状或填补损害,还是获得一项权力——经行使该权力可得与行政机关形成恢复原状的权利—义务关系(也可以不行使)。我国台湾地区“行政

诉讼法”第196条规定：“行政处分已执行者，行政法院为撤销行政处分判决时，经原告声请，并认为适当者，得于判决中命行政机关为回复原状之必要处置。”可见在我国台湾地区，具体行政行为被撤销后的结果除去请求权需经原告声请法院才在适当的前提下判决恢复原状，因而这里的结果除去请求权是一种权力，原告若不向法院声请行使这一权力，那么行政机关就不承担为原告恢复原状的义务。而我国的《行政诉讼法》并没有类似的规定，在行政行为被撤销或宣告无效而效力消灭的情况下，《中华人民共和国行政强制法》（以下简称《行政强制法》）第41条的规定可以作为结果除去请求权的请求权基础：“在执行中或者执行完毕后，据以执行的行政决定被撤销、变更，或者执行错误的，应当恢复原状或者退还财物；不能恢复原状或者退还财物的，依法给予赔偿。”与我国台湾地区“行政诉讼法”的处理方式不同，《行政强制法》直接为行政机关设定了一项义务，结果除去请求权相应地是一项权利。换言之，即便行政相对人没有提出申请，行政机关仍然应当为相对人恢复原状或填补损害。如果行政机关不履行这项义务，行政相对人得提起行政诉讼，根据《行政诉讼法》第72条“课以义务之诉”和第73条“一般给付之诉”的分工，^[50]法院应当依据《行政诉讼法》第73条作出给付判决，判决被告履行给付义务。比如，据以执行的行政决定被撤销后，行政机关拒绝退还扣押车辆的，以及附期限的行政征用到期后，行政机关拒绝归还征用房屋的，相对人就可以提起一般给付之诉，请求法院判决行政机关履行退还扣押车辆和归还征用房屋的义务。

2. 非具体行政行为引起权利保护的情形

对于非具体行政行为引起第三层次的权利保护功能，表现为权力的结果除去请求权可以使行政机关承受某一权利—义务关系，来达到恢复原状或填补损害的效果。比如被当作道路规划内的土地而被错铺柏油，被当作环境污染超标企业而被错误公布了企业信息，错误估计了风向而在民居上风向安置了垃圾站等，当事人应有权请求行政机关纠正错误，恢复土地原状，发布澄清声明，搬迁垃圾站等。引起这些情况的行为都不是具体行政行为，而纠正这些情况所需要的也都不是具体行政行为。当相对人提起行政诉讼请求法院作出相应的判决时，他便行使了这一权力，与行政机关形成权利—义务法律关系——相对人有请求行政机关恢复原状或填补损害的权利，行政机关承担相应义务。根据文章开头提到的相关学者的研究，此时由于并不存在可撤销的行政行为，因此结果除去请求权应通过《行政诉讼法》第76条规定的确认违法并责令采取补救措施的补救判决来实现。但也有学者指出，针对诉讼请求是作出行政事实行为的情形，完全可以直接适用第73条一般给付之诉予以救济。^[51]那么面对这样的案件，法院应根据第76条作出补救判决还是仍然可以根据第73条作出一般给付判决，抑或两条诉讼途径都可行？

[50] 新《行政诉讼法》第72条履行判决和第73条给付判决，“分别对应于德国法上的课以义务判决和一般给付判决”。参见江必新等，见前注〔7〕，页273。课以义务之诉是指原告要求被告行政机关作出具体行政行为的行政诉讼，而一般给付之诉主要是指原告要求行政机关作出除具体行政行为以外的行政行为的行政诉讼。在上述情形中，行政机关退还扣押物和征用房屋的行为并不是一种具体行政行为，因此应当适用一般给付之诉。参见（德）胡芬：《行政诉讼法》，法律出版社2003年版，页282、305。

[51] 杨东升，见前注〔8〕，页84。

仔细分析第74条第2款的用语“行政行为有下列情形之一,不需要撤销或者判决履行的,人民法院判决确认违法”可以看出,倘若使用第76条确认违法并责令采取补救措施的补救判决这一途径来实现结果除去请求权,就会产生两种矛盾。首先,在权利保护第三层次情形下的结果除去请求权,其本身就是请求行政机关通过非具体行政行为的方式“履行”某种给付义务,而履行给付义务恰恰正是第73条给付判决的内容。第74条所规定的“不需要撤销或者判决履行”,在规范的逻辑上,其中“不需要撤销”即指第70条规定的可撤销行政行为,而“不需要判决履行的”则应包含了第72条的履行法定职责和第73条的履行给付义务两种情形。如果该推论成立,那么第74条以及第76条所结合起来的补救判决就绝对不应含有任何可得履行的法定职责和给付义务,否则便形成了体系内的矛盾:采用第76条作为结果除去请求权的实现途径,就相当于判决了法院认为行政机关无需履行某种给付义务,但应当采取补救措施,而实际上无需履行的给付义务和应当采取的补救措施指向的是同一个行为——恢复原状或填补损害。退一步讲,如果使用第76条的补救判决途径来实现结果除去请求权,那么在判决内容上就形成了一个逻辑上的矛盾:原告请求的乃是行政机关作出一定的给付义务,但法院的主判决却是行政机关的某种行为违法,从判决才是责令行政机关采取补救措施。这样的做法若非存在逻辑矛盾,也有避重就轻之嫌。相比较而言,直接判决行政机关作出某一行为的给付判决在实现纠纷化解的功能上更为直接有效。更何况,判决除去不利结果的严厉程度介于行政行为合法性判断与行政赔偿责任之间,行政机关往往只是一些工作上的失误导致了当事人的权利受损,并不存在严重的违法情形。直接适用确认违法并责令采取补救措施的判决,似嫌过度。

事实上,第74条尤其是其第1款规定的确认违法判决,更多地乃是承担一种公共利益衡量的情况判决的功能,而第76条所规定的“责令采取补救措施”,则相应地承担着治愈那些(被确认违法应撤销但因公共利益衡量而未被撤销效力的)行政行为的违法性的功能。情况判决的情形下,被诉行政行为的效力是得到维持的,那么在这种情形下的补救判决就不可能是一种结果除去请求权的实现,因为侵害结果在本质上由那一虽被确认违法但仍然有效的行政行为所支持。在通过补救措施治愈其违法性以后,名义上的侵害结果就得到了完全的正当化。比如一个征收决定可能因为程序上的重大瑕疵但因公共利益衡量而被法院确认违法并责令采取补救措施,这种补救措施的主要目的是在于治愈这一征收决定的违法性,从而使侵害结果——即相对人的房屋或土地被征收实现正当化。^[52]另外,这种责令治愈行政行为违法性的裁判,一般是法院依职权而非经原告诉请而作出的,这就与结果除去请求权的“权力”个性产生冲突。

有学者指出,第74条第2款第1项规定的“行政行为违法,但不具有可撤销内容的”主要指行政事实行为,比如执行行为以及与执行职务有密切联系的殴打行为、损毁财物

[52] 关于确认违法判决作为一种情况判决在行政诉讼中的地位和作用,参见郑春燕:“论‘基于公益考量’的确认违法判决——以行政拆迁为例”,《法商研究》2010年第4期,页63—69。

行为等。^{〔53〕}以不具有可撤销内容为由作出的确认违法并责令采取补救措施的判决,其中的补救措施便是结果除去请求权的体现。这一观点似乎为第76条作为结果除去请求权的实现途径提供了支持。对此,本文认为应当将本条所规范的这种情形理解为行政赔偿争议,衔接《国家赔偿法》中行政赔偿的有关规定。上文对结果除去请求权所做的分析已经表明,结果除去请求权是一种权力,当不特定权利被侵害时,得以与侵害人形成权利—义务法律关系,请求他恢复原状,这种请求权相当于一种“公法上的债权”。^{〔54〕}在侵权责任理论中,侵权人在侵害行为发生后首先承担的是一种侵权之债,而后承担的才是侵权责任。结果除去请求权与行政赔偿责任之间的关系,如同侵权之债与侵权责任的关系。结果除去请求权的意义也体现在这里:当对相对人不利的的事实结果可以为行政机关所纠正时,应当给行政机关纠正的机会,同时相对人也应具备在给付之诉和赔偿之诉之间选择的权利。因此,行政赔偿应当是结果除去请求权未能实现或无法实现权利保护的目的地,向法院请求确认行政机关的行为违法并赔偿损失的一种救济方式。比如被错误公布为环境污染企业的情形中,结果除去请求权的实现是向法院请求作出给付判决,要求行政机关作出纠正错误信息的行为,而行政赔偿请求权的实现则是向法院请求确认行政机关的公布行为违法并在纠正错误信息的同时赔偿可能的损害。这两种请求权具有不同的功能指向。

五、结 论

综上,无论引起不利事实结果的是具体行政行为还是非具体行政行为,结果除去请求权作为权利保护在第三层次上的权利或权力形态,其在行政诉讼中的实现途径应当且只能是《行政诉讼法》第73条的一般给付判决。当引起不利事实结果的是行政机关的具体行政行为时,根据第一次权利保护优先原则,应先以撤销之诉、确认无效之诉等诉讼途径消灭原具体行政行为的效力,然后才有结果除去请求权的适用空间。由于我国《行政诉讼法》并没有对判决撤销以后的恢复原状事项作出规定,当被诉行政行为被撤销但被告行政机关未及时履行恢复原状义务时,原告可以《行政强制法》第41条作为结果除去请求权的请求权基础,向法院起诉请求作出一般给付判决。基于诉讼经济的相关性考虑,在诉讼过程中可借鉴我国台湾地区的做法,^{〔55〕}将原撤销之诉和请求恢复原状的一般给付之诉合并审理;但根据《行政强制法》第41条,即便原告在原撤销之诉中未提出恢复原状的请求,被告行政机关仍承担恢复原状的义务。当引起不利事实结果的是非具体行政行为时,行政机关唯有在相对人提出请求之后才承担恢复原状的义务,法院应审查认定不利事实结果是否客观存在、其与行政机关行为的因果关系为

〔53〕 江必新等,见前注〔7〕,页276。

〔54〕 李惠宗:《行政法要义》,台湾五南图书出版股份有限公司2012年版,页619。

〔55〕 我国台湾地区“行政诉讼法”第8条第2款规定:“前项给付诉讼之裁判,以行政处分应否撤销为据者,应于依第四条第一项或第三项提起撤销诉讼时,并为请求。原告未为请求者,审判长应告以得为请求。”

何以及相对人是否具有过失等因素,通过一般给付判决实现相对人的结果除去请求权。行政诉讼补救判决的主要目的应是行政行为的合法性治愈,而非实现结果除去请求权。无可撤销内容的补救判决不应作为结果除去请求权在行政诉讼中的实现途径,而应作为结果除去请求权向行政赔偿请求权的衔接,在行政事实行为引起损害,相对人请求法院确认违法并赔偿损害时,适用《国家赔偿法》有关规定进行裁判。

本文分析了公法上结果除去请求权在行政诉讼中的实现路径,但结果除去请求权远不止在行政诉讼中有所作为,在其他方面,如同样作为行政法上救济途径的行政复议,以及作为国家责任的司法赔偿责任和立法赔偿责任,也应有其适用的余地。也正因为如此,它被称作公法上而非行政法上的结果除去请求权。本文限于篇幅不能一一探讨,有待日后作进一步的研究。

Abstract: The amended Administrative Litigation Law has included two new types of judgements: the performance judgement and the remedial measures judgement. This brought attention to the localization of the Claim for Elimination of Unlawful Consequences and its implementation approach in the administrative litigation law. The Claim for Elimination of Unlawful Consequences, a state liability in nature, is to restore infringed right to its original condition. Originated from German legal system, it has its foundation on constitutional rights, which can be developed into a three-level protection mechanism. With the aid of the Hohfeldian analytical system, the Claim for Elimination of Unlawful Consequences can be represented by Rights or Power on the third level of the protection mechanism. The implementation approach of the Claim for Elimination of Unlawful Consequences in the Administrative Litigation Law lies in Article 73 the performance judgement rather than Article 76 the remedial measures judgement.

Key Words: Claim for Elimination of Unlawful Consequences; Administrative Litigation; Hohfeld; Performance Judgement

(责任编辑:章永乐)