

日本公法译丛



行政立法与行政基准

[日] 平冈久 著
宇 芳 译



中国政法大学出版社



行政立法与行政基准

[日] 平冈久 著
宇 芳 译



中国政法大学出版社

2014 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

行政立法与行政基准/（日）平冈久著；字芳译．—北京：中国政法大学出版社，2014.6

ISBN 978-7-5620-5173-2

I. ①行… II. ①平… ②字… III. ①行政法—研究 IV. ①D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第106817号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 13.5
- 字 数 330千字
- 版 次 2014年6月第1版
- 印 次 2014年6月第1次印刷
- 定 价 42.00元



序

本书由笔者迄今为止所写的有关行政立法与行政基准的6篇论文组成，在保持其各自观点与文章结构的基础上进行了部分修改，并在编辑上作了一点变更（将6篇论文中的2篇论文合并成1章，将1篇论文分成2章）。始编写本书时，本来准备给行政立法与行政基准分别添加一篇论文（“行政立法程序”，载《公法研究》1985年第47号；“行政规则的法的拘束性（一）·（二·完）”，载《大阪市大法学杂志》1980年第26卷第3·4号、同第27卷第1号），将第一部分与第二部分分别编写成4章（共计8章），但受篇幅的限制，不得不忍痛割爱。

本书不是将外国而是将我国的行政立法与行政基准作为研究对象。另外，虽然本书也有将特定的判例作为研究对象的部分（第二章），但整体上是在概括性地整理有关行政立法与行政基准的各种问题、各种论点的基础上，进行若干的探讨，意在为行政法学上的统一性或综合性的考察提供一种预测。因此，在这一范围内，本书主要是从行政法概论或者总论的观点，谈论有关行政立法、行政基准的各种问题和各种论点。不过，为了形成行政法概论（或者形成符合日本行政法现象的更为精细的理论），也有必要立足于对日本行政的相关法规、判例或行政实务的认识与实证分析。虽然本书也存有极限，但尽可能地涉及上述内容的个别素材（特别是第一章、第四章、第五章，包括注释）。



本书将书名定为《行政立法与行政基准》。对于“行政立法”这一概念的意义、范围，虽然在行政法学上并没有一致性的理解，但基本上作为以前所说的“法规命令”来使用（参见第一章第二节）。另外，并不是特别拘泥于“行政基准”，但考虑与训令、通知（或者训令、通知类）或“行政规则”相比，它是更贴切的名称（参见第五章第一节），因此决定在书名中也使用这一概念。

行政立法与行政基准，除了上述基础性概念或用语方法本身的问题之外，还留有不少未阐明的基础理论问题。并且，与此同时也出现了各种“现代性”的探讨课题。虽然本书的不少地方只是指出了这些方面所存在的问题与论点，但如果本书在行政立法、行政基准方面能够起到深化日本行政法学讨论的作用（进而实现对于国民、居民来说更好的行政法制与行政、司法实务），笔者将深感荣幸。

由于笔者在大阪市立大学法学系任教的缘故，本书才能作为大阪市立大学法学丛书之一出版。借此机会向法学系的各位前辈及各位同仁表示谢意。

最后，向对完成本书提供各种帮助的有斐阁京都支店的田颜繁实先生及有斐阁出版服务的相关各位，表示衷心的感谢。

平冈久

1994年10月



凡 例

本书所参考的论文（包括判例评论类）及判例，大致是笔者所知道的截至 1994 年 8 月末的论文、判例。

关于刊登论文类杂志的名称，原则上不使用缩略语；但是关于刊登判例的杂志，使用以下略语：民集——最高法院判例集〔民事〕（最高法院判例调查会），刑集——最高法院判例集〔刑事〕（最高法院判例调查会），行集——行政案件判例集（最高法院事务总局编/同行政局监修、法曹会），讼月——讼务月报（法务省讼务局），判タ——判例时代（判例时代社），判自——判例地方自治（ぎょうせい），高民集——高等法院判例集〔民事〕（最高法院判例调查会），高刑集——高等法院判例集〔刑事〕（最高法院判例调查会），下民集——下级法院民事判例集（最高法院事务总局编，法曹会），下刑集——下级法院刑事判例集（最高法院事务总局），シュト——シュトイエル（日本税法学会编，税法研究所），税资——税务诉讼资料（国税厅），判时——判例时报（判例时报社），东高民报——东京高等法院判决时报〔民事〕（东京高等法院事务局资料科编，法曹会），高刑特报——高等法院刑事判决特报（最高法院事务总局），行月——行政审判月报（最高法院事务总局行政局）。

关于行政性法规的名称，原则上不使用缩略语，但是缩写了部分较长的名称（例如，《地方教育行政法》——《关于地方教



育行政组织及其运营的法律》，《核反应堆规制法》——《关于规制核原料物质、核燃料物质以及核反应堆的法律》）。

关于行政性法规及行政基准（或者训令・通知类）的内容、条款名称等，虽然尽可能使用现行（截至1994年1月）的内容、条款名称等（只是《行政程序法》于1994年10月1日施行），但尤其是在与判例之间的关系方面所提到的，因修改、废止而与现行的内容、条款名称等有所不同。



目 录

序	1
凡 例	3

第一部分 行政立法

第一章 行政立法	3
第一节 引 言 /3	
第二节 “行政立法”序论 /4	
一、行政立法的容许性与必要性 /4	
二、行政立法的意义 /6	
三、行政立法的范围 /15	
四、行政立法的动向 /18	
第三节 行政立法的授权与其控制 /25	
一、引 言 /25	
二、宪法的直接授权与议会立法的授权 /26	
三、议会立法关于行政组织等的一般授权 /29	
四、“立法”的授权与行政机关的特定化 /35	
五、立法的再委任 /38	
六、可授权的行政立法的“功能” /40	
七、“全面性”授权的禁止 /43	
八、授权的失效 /51	



第四节 被授权的行政立法的控制 /52

- 一、引言 /52
- 二、行政立法内容的合法性 /53
- 三、行政立法程序 /61
- 四、行政诉讼的控制 /69

第二章 关于行政立法的最高法院的两则判决 77

第一节 引言 /77

第二节 《枪械刀剑类登记规则》(文部省令)第4条第2款 案件 /78

- 一、案件概要等与最高法院的判决 /78
- 二、整理与分析 /82
- 三、行政立法符合议会立法之审查的一般认识 /86
- 四、在本案中授权的规范对象 /88

第三节 《监狱法施行规则》(法务省令)第120条 案件 /93

- 一、案件概要等及最高法院的判决 /93
- 二、《监狱法施行规则》第120条等的合法性 /96
- 三、本案处分依据违法的《规则》作出的过失等 /104
- 四、违法的行政立法及其执行行为与国家赔偿请求 /108

第四节 结语 /112

第三章 关于“法规”的若干考察 115

第一节 序论 /115

- 一、引言 /115
- 二、以前的“法规” /116
- 三、“法规”功能的再探讨 /117
- 四、“法规”新解 /118

第二节 以前的“法规”及其界限 /119

- 一、着眼于效力的“法规”概念 /119
- 二、“法规”与议会立法的授权 /124



三、“法规”与议会立法的效力	/129
第三节 新“法规”与行政立法及行政基准的区别	/133
一、“法规”新解（之一）	/133
二、“法规”新解（之二）	/138
三、行政立法与行政基准的区分	/140
第四节 结 语	/144
 第二部分 行政基准 	
第四章 训令和通知	149
第一节 引 言	/149
第二节 各种“训令”“通知”类	/150
一、行政法学上的训令通知	/150
二、行政实务中多种多样的“训令”、“通知”类	/154
三、若干探讨	/162
第三节 训令、通知的法的根据与性质	/170
一、下述的“训令、通知”	/170
二、法的根据	/173
三、法的性质	/178
四、其他的性质和功能	/186
第四节 “依通知行政”	/188
一、作为前提的间接的“外部”性功能	/188
二、现实功能之大及其背景	/189
三、与“依法律行政”原理的关系	/193
第五章 行政基准	199
第一节 序 论	/199
一、引 言	/199
二、“行政基准”一词	/200
三、行政基准的意思、范围	/206



四、行政基准的种类	/210
第二节 行政基准的制定与公开	/215
一、引言	/215
二、行政基准的设定	/216
三、行政基准的“公开”	/220
四、行政程序法	/224
第三节 行政基准和司法审查（之一）	/229
一、引言	/229
二、若干前提	/230
三、行政基准与裁判基准性	/233
四、行政基准与私人的法律地位	/240
第四节 行政基准与司法审查（之二）	/245
一、引言	/245
二、“依通知裁判”	/246
三、行政基准的适用与司法审查	/255
四、行政基准的变更与司法审查	/268
第六章 关于行政“内部法”的若干考察	271
第一节 各种学说中的行政“内部法”	/271
一、引言	/271
二、各种学说中多种多样的行政“内部法”	/273
第二节 行政“内部法”的意思与范围——若干的整理	/277
一、引言	/277
二、规范对象与效力——两种行政“内部法”	/278
三、作为规范对象的两种行政“内部”——行政领域与行政过程	/280
四、行政“内部领域”、行政“内部过程”的多样性范围	/282
第三节 行政“内部法”论的可能性——若干探讨	/286
一、作为行政“内部领域”规范法的行政	



“内部法”论 /286	
二、作为行政“内部过程”规范法的行政	
“内部法”论 /291	
三、作为行政“内部”性效力之法的行政	
“内部法”论 /292	
第四节 结束语 /300	
附录一 行政法解释的各种问题	305
一、引 言 /305	
二、法“解释”的意思与方法 /306	
三、“行政法解释”的特质和特征 /311	
四、行政法“解释”与行政法“理论”等 /318	
五、结语——一点补充 /328	
附录二 行政规则的法的拘束性	330
一、引 言 /330	
二、间接承认说——行政自我拘束论 /332	
三、直接承认说 /367	
四、结 语 /379	
判例索引	387
事项索引	401
本书各章原载出处一览	417

第一部分 行政立法





第一章

行政立法

第一节 引言

在本章中，全面提出有关行政立法的各种问题和论点，并尝试进行概括性的整理和简要的考察。在此，将分为三个大的方面来论述，即有关“行政立法”之意义及其动向的各种问题、有关对行政立法授权的各种问题、有关对被授权的行政立法进行法律控制的各种问题。¹

对于有关行政立法的各种问题可以进行各种各样的分类与整理，除了分为行政立法的种类及成立、生效要件等之外，多分为行政立法的“根据”和“界限”这两大问题来论述^[1]。并且，在这种情况下，将对行政立法授权的制约问题与行政立法的内容性界限问题一起作为“界限”问题之一来定位。本章与此略有不同，在有关行政立法授权的法律控制问题中，除“根据”之外，还包括“界限”问题的一部分。

为了考察行政立法，作为其前提，有必要个别地探讨现实中行政主体或行政机关制定数量庞大的各种规范的根据或法的性质。另外，为了探讨行政立法的法律问题，立足于对行政法学上的各²

[1] 盐野宏：《行政法I》（第二版），有斐阁1994年版，第79~81页；田中二郎：《新版行政法》上卷（全订第二版），弘文堂1974年版，第161~162页；荒秀“行政立法”，载成田赖明、南博方、园部逸夫编：《行政法讲义（行政法讲义）》下卷，青林书院新社1970年版，第202~205页；等等。



种课题（行政裁量、行政程序、行政诉讼、地方自治等）的已有议论也是必要的。虽然本章没有充分论述上面几项课题，但希望通过概括性的整理与若干的探讨，能够为深入考察行政立法的各种问题和论点提供一点线索。

另外，针对行政立法的各种基础问题，涉及立法权（议会）与行政权的基本关系，在宪法学上也一直主要作为国会、内阁的权能以及“委任立法”^{〔2〕}的问题进行讨论。以下的内容虽然不能充分参考宪法学上关于行政立法的讨论和成果，但也尽可能地在某种程度上指出关于行政立法即使在宪法论上也还模糊的问题和论点^{〔3〕〔4〕}。

第二节 “行政立法”序论

一、行政立法的容许性与必要性

（一）宪法上的容许性

3 将行政立法理解为由行政主体或行政机关进行的立法，那么，

〔2〕 所谓的“委任立法”，是指基于本来的立法机关即议会的委任（授权）所进行的立法。在这一意义上的委任立法与行政立法并不是同义词。第一，很难单纯地说行政立法全是委任立法，或者行政立法全部需要议会立法的委任（授权），有必要考虑“行政立法”的概念或者是否需要“议会授权”以及“议会授权”的具体状态等。特别是关于“行政规则”、“执行命令”、地方公共团体长官规则等，这些都成为问题。第二，在地方公共团体的议会制定的条例中，基于法律授权制定的条例虽然不是行政立法，但却是委任立法的一种。

〔3〕 本章关于行政法学与宪法的对象、防守范围，没有基于特别的前提。虽然一般需要两者相互间的进一步交流与适当的分工、互动，但在有关行政立法的各种问题中，有些涉及立法权与行政权关系的原理性、基础性部分也是宪法学上的课题。也参见拙文：“法领域间的关系/行政法与宪法（法分野間の関係/行政法と憲法）”，载《法学教室》1989年第100号。

〔4〕 关于行政立法的制定过程，缺乏如新正幸的《宪法与立法过程（憲法と立法過程）》（创文堂1988年版）、小林直树的《立法学研究——理论与动态——（立法学研究——理論と動態——）》（三省堂1984年版）那样的关于法律制定过程的法理学及法社会学的研究，即使是本章亦未深入探讨。



在宪法上是否容许这样的立法，是有关行政立法的基本问题之一。并且，即使是在所谓的权力分立制之下，也可以有以下几种不同的基本法律制度：①一概不容许行政立法，②将国会作为原则性的立法机关，同时容许在有议会授权的条件下进行行政立法，③（至少在一定范围内）容许不以存在议会授权为条件的行政立法。

关于上述几点，且不论是采用上述的观点②还是观点③（涉及“行政立法”概念本身的问题），至少可以明确的是，在《日本国宪法》中具有能够理解为以存在行政立法为前提的规定（《日本国宪法》第7条第1项、第73条第6项、第74条所说的“政令”，《日本国宪法》第16、81条所说的“命令”、“规则”，《日本国宪法》第98条所说的“命令”），并未一概否认行政立法的存在。

另外，在这里先提一句，以前一般都认为，规定内阁之“政令”制定权的《日本国宪法》第73条第6项的正文和但书，是对应于“执行命令”和“委任命令”之区分的规定。但是，如后所述，这种理解方法存在着值得重新探讨的问题^{〔5〕}。

（二）现实的必要性

当今，基本上以议会立法能力的局限和现代行政的臃肿化、复杂化为背景，基于①适当地应对多样化、复杂化的行政需要时，议会存在专门性、技术性能力上的局限，②迅速应对不断变化的行政需要时，议会存在时间上的应对能力的局限，广泛地承认行

〔5〕 加藤一明表明了以下的解释或理解：①《日本国宪法》第73条第6项正文表明“在存在法律委任的情形下，能够行政立法”，该条的但书是《日本国宪法》第31条之规定“关于制定刑罚法规，不是一概不允许委任立法”。②“执行命令”与“委任命令”的区分不是从《日本国宪法》，而是从《国家行政组织法》等当中推导出来的。③“执行命令”这一概念内部包含了行政权独自制定这一意思，是行政权优位的宪法构造的产物。参见加藤一明：“基准与裁量——以行政立法为主（基準と裁量——行政立法を主として）”，载《行政学讲座》第3卷，东京大学出版会1976年版。也参见其“关于行政立法（行政立法について）”，载《公法研究》1977年第39号。