



东北亚区域合作法律环境研究丛书

日本行政法

Administrative Law of Japan

吴东镐 徐炳煊 / 著



中国政法大学出版社



东北亚区域合作法律环境研究丛书

日本行政法

Administrative Law of Japan

吴东镐 徐炳煊 / 著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目(CIP)数据

日本行政法 / 吴东镐, 徐炳煊著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 7

ISBN 978-7-5620-3972-3

I. 日… II. ①吴…②徐… III. 行政法学-研究-日本 IV. D931.321

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第131258号

- 书 名 日本行政法 RIBEN XINGZHENGFA
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮编100088 shenxiaojian@gmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908292(编辑部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 650mm×980mm 16开本 21.25印张 335千字
- 版 本 2011年9月第1版 2011年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3972-3/D·3932
- 定 价 38.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

总 序

本系列著作是延边大学“十一五”“211工程”重点学科建设项目——朝韩日经济与东北亚地区国际合作的标志性成果。

随着我国同朝鲜、韩国、日本三国关系的日益紧密，以及国际局势的不断变化，东北亚国际合作问题成为我国政府以及学术界关注的焦点问题之一。如何加强我国与朝鲜、韩国、日本三国之间的合作，处理好共性与个性的关系，推动东北亚地区的和平与发展，是我国经济外交战略的重大课题，也是实现我国东部边疆稳定发展的重大研究课题。具体来说：

第一，在东北亚地区国际合作中，进一步深入探索同我国国情相结合的学科发展的新途径，需要加大对朝韩日三国经济本体的基础理论研究以及这些国家与我国的经济关系研究。这些领域的研究既是学科理论创新与发展的重大需求，也是我国在新形势下东北亚地区国际合作中建立参照系、“思想库”的重大需要。

第二，中韩建交以来两国经济关系得到飞跃性发展，中韩关系已经提升为战略伙伴关系，中日关系升格为战略互惠关系。如何加强中韩日在能源、环境、产业、贸易、投资、金融与科技合作；研究新的条件下朝、韩、日对外经济战略走向，将成为研究的重大问题。

第三，需要继续跟踪研究变化中的世界四大国家的朝鲜半岛政策，研究朝鲜的政治体制变化对我国的影响、东北亚区域内民族主义思潮、南北朝鲜政治关系的新变化等问题，这些都是我们

需要回答的重要的现实课题。

第四，目前需要深入研究中朝韩日经贸关系中的法律纠纷以及开展东北亚各国出入境与非法出境、中国出入境法律、东北亚各国对外国人法律地位的规制、东北亚各国跨境犯罪的法律规制等问题，这些问题都是在东北亚经济合作中必须解决的现实问题。

第五，“沿边、沿江”开发开放是我国“十一五”规划以及党的十七大的重要战略举措。吉林省东部沿俄、朝边界设有14个口岸和11个临时过货点。如何开发开放这一地区具有重大的战略与现实意义。尤其是这一地区是受朝鲜半岛政治经济影响较大的地区又是跨境民族聚集地区，存在许多诸如“国际移民”问题、“脱北者”问题等亟待解决的重大现实课题。针对这些众多课题，深入开展重大理论问题和现实问题的研究，为国家制定有关战略、政策以及开展国际合作提供科学依据和理论支撑，这是本项目研究的总体目标，也是我们出版这套系列著作的目的所在。

2009年8月30日，国务院正式批复了《中国图们江区域合作开发规划纲要——以长吉图为开发开放先导区》，标志着图们江区域合作开发已上升为国家战略。中国图们江区域合作开发与东北亚地区国际合作之间存在着密切的互动关系：一方面，中国图们江区域合作开发，需要以东北亚地区和平稳定的国际环境为保障，有效地参与东北亚地区国际合作是实现中国图们江区域合作开发的重要途径；另一方面，中国实施图们江区域合作开发战略为东北亚地区国际合作提供了前所未有的新机遇。在这种情况下，迫切需要学术界对东北亚地区的政治、经济、法律、人文地理、民族、文化问题展开多学科的综合研究，这不仅有助于从理论上深入研究东北亚地区各种历史与现实问题，而且也为我国发展与周边国家双边关系和推动东北亚地区国际合作提供理论支持

和决策依据。

朝韩日三国的经济与政治在东北亚地区国际合作中的地位和作用日益凸现，成为国内外关注的焦点问题之一。国内外学者大都从当代现实利益角度出发，在域内贸易与投资、国际物流、劳务合作、图们江流域国际合作开发、朝核问题、地区安全等方面进行了广泛深入的研究，并取得了很多的研究成果。但是，这些研究大都是集中在专门性领域，其研究的深度和广度还是远远不够的。东北亚地区国际合作的实践机理、政治法律及其人文地理环境的综合性研究还不够深入。特别是朝鲜、韩国、日本经济本体的基础性理论研究、中朝韩日经济关系史的研究不够系统和全面，国内还没有真正形成共同的研究平台和解读体系。另外，周边国家的政治经济现实与未来变化对边疆跨境民族聚集地区的影响方面的研究尚无系统研究。

从国内外研究的发展趋势看，由于我国对朝鲜、韩国、日本三国关系的进一步提升以及东北亚地区国际合作的新形势，对朝韩日经济本体的基础性理论研究将进一步得到细化，需要形成共同性的理论创新平台和解读体系；结合中朝、中韩、中日、日韩经济关系，以国家重大需求为导向的应用研究将成为重点；从政治、经济、法律、人文地理、民族、文化、管理等多种关系的互动角度，研究东北亚国际合作环境将实现研究范式的变革；实现规范研究、实证研究和计量研究相结合将突破传统研究的局限性，实现研究方法创新。这些趋势性的变化将有助于本项目研究实现理论创新和应用研究的新突破。

延边大学在朝韩日经济研究、朝鲜半岛问题研究、东北亚研究的历史较长，具有大量的研究成果并积累了丰富的研究经验，在这些领域里的研究形成了鲜明的特色和优势，在国内外享有较大的声誉。近几年来，在国家有关部门和学校的支持下，我校的

东北亚问题研究又取得了一批重要成果，其中在项目团队共同努力下完成的这套“211工程”重点学科建设项目系列著作，就是其代表性成果之一。这套系列著作的研究涵盖了政治学、经济学、法学、人文地理学、民族学、管理学等多个学科领域，是国内有关东北亚问题涉猎的范围广、规模大的系列性最新研究成果，也是对国际问题开展多学科交叉研究的一种有益探索。希望这套系列著作的出版能够把东北亚问题的研究推向一个新阶段。

由于我们的水平有限，书中的论述如有不妥之处，诚恳地希望不吝指正。

金华林

2011年3月

前言

我国行政法学体系的形成过程中外国学术理论的影响是重大的。尤其是作为较早接受西方先进法治理念的邻邦日本的学术成果，对于我们的理论构筑与发展起到了积极的推动作用。而日本行政法的理论根基来源于德国行政法理论。日本在接受传统的德国行政法学术体系的同时，基于其严谨的学术作风、丰富的司法实践，结合本国特定的社会土壤，进一步发展和丰富了行政法理论及体系。本书的写作目的在于，通过展现日本行政法的最基本原理、规则及学术观点，让读者在了解日本行政法的基本理论体系及制度架构的同时，理解各项制度的特征及实务现状。并希望本书能为国内同行提供比较法研究的素材。

笔者在本书的写作过程中力求做到如下几点：一是尽可能实现体系的完整性与内容的全面性。笔者在日本留学时的主要研究方向是中日行政救济制度的比较研究，因此，曾研读过一些日文教材与著作，对日本行政法学的体系及主要内容有一定的了解，也收集了不少相关资料。在这个基础上，通过近几年的《日本行政法》课程的教学，逐渐加深了对体系及内容的理解，也对各类资料做了认真的筛选，最终目的在于，力求全面解说日本行政法的体系及内容。二是努力做到让国内读者易于理解。一般而言，有关外国法制的专著往往注重该国的“原汁原味”，表述上不自觉地被牵着鼻子走，其结果是有些

文句所表达的意思不明，如果不与所引用的原文进行对照，很难把握清楚。需要严格逻辑推理技术的法律文章更是如此。为了突破这一难点，笔者在参考日本书籍时尽可能避免拘泥于日本表述方式的直接翻译的手法，而是将其意思转化成我们熟悉的思路和表达方式，并通过教学实战提高了其效果。三是为了让读者进行更深入的思考，尽可能在每节内容中附了参考文献，论述了较为关注的理论问题。其旨在于，让读者加深对日本行政法的理解、丰富有关知识并拓宽思维。此外，本书在组稿时主要以日本参议院法制局第四部部长长野秀幸与日本庆应义塾大学大学院法务研究科客座教授川崎政司合著的《行政法》为蓝本，借鉴了日本大东文化大学法学部森稔树教授撰写的《行政法讲义》（网络版）及东京大学名誉教授盐野宏撰写的《行政法》、东北大学名誉教授藤田宙靖撰写的《行政法》等专著。

值得一提的是，本书的写作得益于目前学校开展的课程建设。作为特色课程之一，我院于2007年开设了日本行政法课程，但因国内尚无相关统编教材，只能靠几本译著及日文原版教材开展教学。尽管这几年的教学过程较为艰难，但从中也积累了不少经验，也逐渐丰富了教学内容。鉴于课程建设的需要，也基于已有的积累，笔者重新梳理及补充教学内容后完成了本书稿。故难免有不少疏漏之处，敬请读者批评指正。

在本书的写作过程中笔者得到了日本庆应义塾大学法学部小林节教授、日本札幌学院大学名誉教授铃木敬夫先生、日本三重大学人文学部部长树神成教授、日本白鸥大学法学部冈田顺太教授以及延边大学法学院各位同事的帮助。本书的出版过程中还得到了延边大学教务处的资助及本学院金河禄院长、尹太顺副院长的大力支持。另外，本书的出版也离不开中国政法大学出版社的

支持，该社的沈晓建编辑为本书的出版付出了辛勤的劳动，在此，一并深表谢意。

吴东镐

2011 年 2 月

目 录

总 序	I
前 言	I
第一章 行政法的基础理论	1
第一节 行政法的含义	1
第二节 宪法与行政法	17
第三节 行政法的基本原理	22
第四节 行政法律关系	34
第二章 行政组织法	48
第一节 行政组织的基础概念	48
第二节 国家的行政组织	56
第三节 地方公共团体的行政组织	63
第四节 特殊法人等其他行政主体	73
第五节 公务员制度	77
第三章 行政的行为形式	86
第一节 行政立法	86
第二节 行政计划	95
第三节 行政行为	100
第四节 行政指导	154
第五节 行政合同	162

第四章 行政上的强制措施	169
第一节 行政强制的含义及特征	169
第二节 确保相对人履行行政义务的措施	170
第三节 即时强制	184
第四节 行政调查	185
第五章 行政救济制度	192
第一节 行政上的苦情处理	192
第二节 行政不服申请制度	193
第三节 行政案件诉讼的意义与特征	212
第四节 行政案件诉讼的种类	220
第五节 撤销诉讼	225
第六节 其他行政案件诉讼	267
附录一：日本国宪法	274
附录二：日本行政不服审查法	288
附录三：日本行政案件诉讼法	302
附录四：日本行政代执行法	318
附录五：日本国家赔偿法	320
附录六：日本的司法体系	321
附录七：日本的行政组织	323
参考文献	325

第一章 行政法的基础理论

第一节 行政法的含义

一、行政的含义

从字面上而言,行政法是以“行政”为规范对象的部门法,这如同民法以“民事活动”为规范对象。因此,要解释行政法的含义,首先必须弄清什么是“行政”。

实际上,我们的很多生活细节或多或少都与行政有关联,或者干脆可以这么说,在日常生活中我们离不开行政,尽管行政的干预有时是直接,而有时候是间接的。比如,用水、下水道、电、煤气;倒垃圾;缴纳税金;申报出生、结婚、离婚、死亡;接受义务教育;申请驾照;邮信;购买新房;城市计划;警察的各种活动;等等^[1]。可以说,在现代社会中我们永远无法逃出行政的掌心。

德国著名的行政法学者恩斯特·佛尔斯托霍夫(Ernst Forsthoff, 1902~1974年)把“行政”描述如下:“在现代社会国家发挥着各种功能,比如:通过警察活动维护公共安全及秩序;通过征税活动将征收到的资金用于各种国家支出;通过设置道路及运河规范交通;通过职业安定所分配劳动力并赋予劳动者各种社会保障;经营学校、博物馆及剧场;控制能源经济;对社会具有重要意义的组织及企业给予国家财政上的资助;通过国家银行调控货币制度等。那么,国家是如何来(通过什么手段)实现这些功能的呢?所有这些功能中,无不体现着国家行使行

[1] 在这里需要说明的是,在日本,电、煤气、电车等都实行了民营化(等于私有化,即属于某一特定企业),但这些企业同一般企业的性质是不同的。也就是说,这些事业本来就属于国家的公共事务(应当由国家来经营),但为了消除各种弊端才把这些事务作为(国家特批给民间的)特许事业,给予私人经营权与公法上的特权的同时,课以完成好该事务的义务,而且,由国家施以特别的监督。另外,判例指出[金泽地方裁判所判例[昭和50年12月12日]]:竞马、赛轮等“公营的竞技项目”是具有社会福利性质的行政作用。当然也有学者对此提出质疑。

政权这一事实。”〔2〕显然，这一描述是具有普遍性的，日本的情况如此，中国的情况亦如此。就日本的情况而言，自1990年代以来所发生的证券丑闻事件、（因）药品感染艾滋病毒事件、冲绳的美军基地问题、邮政民营化问题等使行政的责任（或者说公务员自身的责任）问题更加凸现了出来。新闻媒体基本上每天都进行着大量的有关行政活动的报道。

从上面所举的例子中可以看出，行政关系到社会生活的各个方面。也就是说，具有多样性。因为它与我们的生活密切关联，其数量、范围也是庞大的。不仅如此，实际上直接或间接地规范着各种领域。换言之，行政表现为警察、教育、社会保障、社会福利等各种形态，但却用行政这一用语加以高度概括。还有，有关人事的事务也包含在行政概念里（即国家公务员法、地方公务员法也属于行政法）。那么，行政究竟是什么？

在探究“行政”的含义之前，我们有必要先理解“权力分立”这一宪法上的重要原理。可以说，这一原理是我们把握行政概念的线索、关键词。所谓“权力分立”是指，为了避免因权力集中而滋生的权力滥用，保护国民、保障国民的自由，将国家的功能划分为立法、司法、行政〔3〕，并分配给不同的国家机构，以期达到相互抑制、制衡的目的的国家统治原理。日本宪法也充分遵循了这一理念。比如，《宪法》第41条规定：“国会是国家的最高权力机关，是国家唯一的立法机关。”第65条规定：“行政权属于内阁。”第76条第1款规定：“一切司法权属于最高法院及由法律规定设置的下级法院。”（参见本章参考资料一）可以说，作为行政法的规范对象的“行政”正是上述权力分立中所出现的行政概念。

（一）形式意义上的行政

在关注行政概念时，我们首先会看到最简单的解释，即所谓行政是指行政机关实施的所有活动。这是关注实施活动的主体这一形式要素而把握的定义。因此，这种定义一般被称之为“形式意义上的行政”。（参见本章参考资料二）

〔2〕 Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 1973, S. 1f.

〔3〕 孙中山提出了五权思想，其五权包括：立法、司法、行政、考试、监察。

尽管这种解释也是一种把握行政概念的方法，但并非是从内容上阐明行政，况且，行政机关实际实施的活动当中有的从实质上而言明显属于立法活动，比如，制定政令或省令。^{〔4〕}因此，有必要从内容及性质上解释行政。对这种视角上的行政定义，我们一般称之为“实质意义上的行政”。

（二）实质意义上的行政

问题是从内容上把握行政概念并非易事。相对而言，定义立法和司法更容易一些。一般而言，立法是指制定特定意义上的规则——规范国家与国民之间的关系的、一般、抽象的规则——的活动。而司法是指裁判当事人之间围绕具体权利义务而发生的纠纷，或者，适用刑罚规则处罚罪犯的活动。相比之下，因行政本身非常复杂且领域广泛，归纳出同立法、司法相区别的完整的定义实在不易。于是，围绕着实质意义上的行政概念出现了两种不同的观点，即“消极说（控除说）”与“积极说”。

消极说的思路是：放弃积极解释行政内容，而是以上述的立法与司法的定义作为基础，间接划定实质意义上的行政的范围。该学说指出，行政是国家功能中扣除立法和司法所剩余的功能。对此，不少人肯定会提出质疑：这哪是定义？的确，消极说只是指出了一种思路，很难说下了一个完整的定义。不过，从权力分立理念所形成的历史过程来看，该学说实际上如实反映了权力分立的历史进程。因为，历史进程表明：原来在君主掌握主权的绝对主义国家中由君主一手掌控一切国家权力，后来，司法权先从君主手中分离出去移交至裁判所，然后，立法权又移交至议会，其结果，君主手中只剩下行政权。另外，消极说引出的行政概念还有个优点，即因内容空白，所以反而能够无一遗漏地包容各种行政作用。基于上述两个理由，消极说一直以来是学术界的多数说。

积极说的基本思路是积极地解释行政的内容。因为，消极说根本没有明确行政的特征。其代表性观点是，战后引领行政法学发展的代表人物田中二郎博士所下的定义：“所谓行政是指，在法治框架内，为在现实中积极、具体地实现国家目的而实施的，作为整体具有统一性的，持续性、形成性的国家活动。”

〔4〕 这是形式意义上的行政概念所无法克服的缺陷。

虽然积极说解释了行政特征的一个侧面，但也面临着一个无法克服的困境：很难无一遗漏地充分把握复杂且多样的行政。而且，毕竟行政是一个历史性的概念，在理论上界定的确有难度。

应当指出，学习行政法最好是先明确作为其对象的“行政”的特征，但这也不是绝对的，不能说没有达到其理想状态就不能学习行政法。

二、行政的种类

19 世纪的国家理念是自由国家理念。此时，国家的行政限于确保财政、维护治安、防御外敌等消极领域。而到现代，随着国家的理念从自由国家理念转化为福利国家理念，确保“国民健康而有文化的最低限度的生活”成为国家的重要目标。于是，行政所涉猎的范围也越来越广泛，不仅包括过去的维护秩序的领域，还包括向民众提供生活中所不可或缺的基础性物质、服务；为民众提供生活保护、社会保险等社会保障；经济活动的规制、产业的扶持；自然、生活环境的维护与改善；等等。因此，可以从不同的视角对行政作出不同的分类。

（一）规制行政、给付行政与私经济行政

根据行政的内容可以将行政划分为规制行政、给付行政与私经济行政。规制行政的特征在于，通过限制私人权利和自由达到某种行政目的，如交通规制、建筑规制、经济规制等。给付行政的特征在于，为积极提高国民的福利给予国民某种利益和便利，如建设并管理道路、公园；建设并经营社会福利设施；提供生活保障等。如果说前两者的目的在于实现某种公共目的，那么，私经济行政就不具有这种目的性，它只是具有准备意义，其行为特征是完全同私人一样。如政府大厦的建设、国有财产的管理等。过去普遍认为对于这一类型的行政活动应当适用民法，但近年来这种观点受到了质疑，比如，就国有财产的买卖是否完全运用市场原理？是否适用特殊的程序规则？

（二）权力行政与非权力行政

根据行政的性质可以将行政划分为权力行政与非权力行政。所谓权力行政是指政府处于优越于私人的地位以命令、强制等方式实施的行政活动，如行政行为、行政强制、规制行政等。所谓非权力行政是指政府处于同私人对等的地位以建议、劝告、指导、契约等方式实施的行政活动，如行政指导、行政合同、给付行政等。

（三）侵害性行政与授益性行政

根据行政活动对私人权利利益的影响可以将行政划分为侵害性行政与授益性行政。所谓侵害性行政是指剥夺或限制私人权利利益的行政活动，如撤销许可、停止营业等。所谓授益性行政是指给予私人某种权利利益的行政活动，如各种许可、认可、给予补助金、免税等。

三、行政法的形式特征

何谓行政法？可以将其界定为关于行政的法。但与宪法、刑法、民法、商法等部门法不同的是，看不到称之为“行政法”的法律。那么，开设行政法课程要学习什么呢？当我们翻开“六法全书”^{〔5〕}时就会发现其中收录很多有关行政的法令。也就是说，尽管不存在称之为“行政法”的统一的法律，但还是存在着大量的、规范行政的组织与作用的法律，而我们一般所称的“行政法”就是所有这些规范行政的法令的总称。

此时，有人还是有些疑惑：学习行政法是否意味着要学习那些数量庞大的法令？这种担心是多余的，因为学习行政法并非研究上述每一个法令。尽管表面上看起来各种规范行政的法令无序而杂乱，但其中贯穿着规范行政的特殊而固有的原理、原则，而行政法正是研究这些原理、原则的学问。我们要学习的也正是这些原理性的东西。

四、行政法的一般分类^{〔6〕}

现实中规范行政的法令非常多，但大体上可分为有关行政的组织法令（行政组织法）、有关行政的活动的法令（行政作用法）、有关因行政活动而产生的法律纠纷的法令（行政救济法）等三种类型。^{〔7〕}

（一）行政组织法

属于此种类型的法令包括有关行政权的宪法条款、内阁法、国家行政组织法、各省厅设置法、国家公务员法、地方自治法、地方营企业法、地方公务员法等。

〔5〕 以宪法、民法、刑法、商法、刑事诉讼法、民事诉讼法等六法为基本内容，收录其他各种法律的法令集。

〔6〕 划分视角为：功能。

〔7〕 〔日〕长野秀幸、川崎政司：《行政法通论》（第二版），法学书院2001年版，第8~9页。这种分类的大体思路是：要实现公益，先应当有组织；然后，该组织应实施具体活动，发挥作用；当活动中出现问题时还须予以救济。