

行政法

日本行政法研究丛书

日本行政法学 基础理论

RIBEN XINGZHENGFA XUE
JICHU LILUN

江利红◎著

传统日本行政法学基础理论

现代公共行政的发展与传统行政法学基础理论的变革

公私法二元论的相对化

法治主义的转换

行政法学体系论的重构

行政法学方法论的变革

行政行为理论的发展

现代日本行政法学基础理论的重大课题

知识产权出版社

D931.321/3

2008

行政法

日本行政法研究丛书

日本行政法学 基础理论

RIBEN XINGZHENGFA XUE
JICHU LILUN

江利红◎著

知识产权出版社

内容提要

《日本行政法学基础理论》首先将日本行政法学基础理论划分为公私法的区分、法治主义、行政法学方法论、行政法学体系论、行政行为理论五部分,在归纳总结日本行政法学者的各种新观点的基础上,将各种观点分别纳入这五部分之中进行论述,并注重各种观点之间的联系。该书的系统考察不仅对于中国行政法学理论的重构具有重要意义,而且对于日本行政法学理论的重构也具有一定的意义。

责任编辑:王润贵 孙 昕

责任校对:韩秀天

特约编辑:孟 卿

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

日本行政法学基础理论/江利红著. —北京:知识产权出版社,
2008.6

(日本行政法研究系列)

ISBN 978 - 7 - 80247 - 071 - 2

I. 日… II. 江… III. 行政法学 - 研究 - 日本 IV. D931.321

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第034571号

日本行政法学基础理论

江利红 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸桥马甸南村1号院

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000891 82000860 转 8111

责编邮箱:sunxin@cnipr.com

印 刷:北京富生印刷厂

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张:17.25

版 次:2008年6月第1版

印 次:2008年6月第1次印刷

字 数:475千字

定 价:39.00元

ISBN 978 - 7 - 80247 - 071 - 2/D·604

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

作者简介

江利红，男，1977年生，浙江衢州人，2005年中国政法大学宪法学与行政法学专业硕士毕业，2008年中国政法大学宪法学与行政法学博士，现为浙江大学光华法学院宪法学与行政法学博士后，自2005年10月至今作为日本文部科学省国费留学生在日本中央大学攻读公法学博士后期课程。主要从事行政法学研究，在《政法论坛》、《行政法学研究》等期刊发表专业学术论文多篇。

序 言

日本在明治维新时期参照德国等大陆法系的行政法理论与制度，在明治宪法下制定了诉愿法、行政裁判法、行政执行法等一系列有关行政的法律，构建了德国式的日本行政法学基础理论。但在“二战”后，日本废除了明治宪法，制定了新的日本国宪法，在该宪法之下重新制定了行政事件诉讼法、行政不服审查法、行政代执行法等有关行政的法律，而且，自20世纪六七十年代以来，伴随着经济的高速增长，日本公共行政的实践也发生了很大的变化，表现为行政领域不断扩大、行政主体不断增多、行政手段日益复杂化，因此，以明治宪法下的行政法律制度与行政实践为基础的传统行政法学理论并不能充分应对这种法律制度的变革与行政实践的发展。对此，日本的行政法学者从各方面对传统行政法学理论进行了批判，并提出了各种所谓的新理论，但尚未形成可以取代传统行政法学理论的新“通说”，由此带来了日本行政法学理论的“战国时代”。

日本行政法学理论的这种变革具有其特殊的历史背景，但从各国公共行政实践普遍发展的现状来看，各国行政法学理论都存在着如何应对现代公共行政发展的课题，特别是随着中国经济的高速增长以及中国行政体制改革的进行，中国的行政法学理论也存在着如何应对的问题。在这种意义上，对于日本行政法学理论变革的研究，对于中国行政法学理论的发展具有一定的意义。正是基于这种考虑，江利红以此为课题，完成了这部书稿。

《日本行政法学基础理论》一书首先将日本行政法学基础理论划分为公私法的区分、法治主义、行政法学方法论、行政法学

体系论、行政行为理论五部分，在归纳总结日本行政法学者的各种新观点的基础上，将各种观点分别纳入这五部分之中进行论述，并注重各种观点之间的联系，这种系统的考察在日本尚属首次。日本的行政法学者虽然针对行政法学理论的某一方面提出了各种新理论，但对于行政法学理论的整体缺乏系统的思考，各种新理论之间的联系并不紧密，呈现分散的状态。因此，该书的系统考察不仅对于中国行政法学理论的重构具有重要意义，而且对于日本行政法学理论的重构也具有一定的意义。当然，由于各种观点的提出并非仅仅针对这五部分中的某一特定部分，因此这种划分的方法还存在着一定的问题。但作为系统的考察，该书更为注重从整体上把握日本行政法学理论的变革，在此基础上探索面对公共行政实践发展的中国行政法学理论的变革方法与发展方向，在这种意义上，该书达到了预期的目的，取得了令人满意的结果。

江利红自2005年10月以来作为日本文部科学省的国费留学生在日本中央大学研究生院法学研究科学习、研究，自2007年4月开始成为本校公法学博士后期课程的正规生。江利红白天以中央大学图书馆为根据地，两年间阅遍大学图书馆所藏的有关日本行政法学的各种文献，夜间在简朴的宿舍进行深入、系统的研究。在现有的时点上，对于日本行政法的研究，使江利红成为了比任何人都通晓的中国年轻学者。在留学期间，江利红进行了多项研究，不仅结合日本的受益者负担金制度加深了作为其原本研究课题的有关中国行政收费的研究，而且以日语论文的方式完成了有关中国村民自治、行政收费、人大监督等方面的研究，特别是对于日本行政法进行了系统的研究，在2007年9月完成了有关日本行政诉讼制度的研究，现在更以本书为标志完成了有关日本行政法学基础理论的研究。对于在研究过程中产生的疑问，江利红一一向我提出，我们也总是一起商讨，这在加深其自身考察的同时，对于接受提问的我来说，也是再次研究问题、加深思考

的机会。以该研究成果的发表作为契机，我期待着能够进一步加深日本与中国之间的学术交流。

中西又三

日本中央大学教授、大学院法学研究科委员长

2007 年 12 月 28 日

目 录

引言	(1)
第一章 传统日本行政法学基础理论	(7)
第一节 日本行政法学的形成	(8)
第二节 日本行政法学理论的通说	(22)
第三节 传统日本行政法学基础理论的主要内容	(31)
第二章 传统日本行政法学基础理论的变革	(40)
第一节 宪法原理的转换与行政法学基础理论的变革	(41)
第二节 行政法律制度的重构与行政法学基础理论的 变革	(53)
第三节 现代公共行政的发展与行政法学理论的变革	(63)
第四节 传统行政法学基础理论的变革	(77)
第三章 公私法二元论的相对化	(88)
第一节 传统公私法二元论	(89)
第二节 传统公私法二元论的问题	(104)
第三节 公私法二元论的重构	(112)
第四节 基于新公私法论的行政法学基础理论	(118)
第五节 行政主体与私人的二元对立关系	(134)
第六节 行政主体与私人二元对立关系的发展	(148)
第四章 法治主义的转换	(158)
第一节 法与行政的关系	(158)
第二节 法治主义	(165)
第三节 依法行政原理	(171)
第四节 “法的支配”原理	(184)

第五节	现代日本法治主义的发展——从形式法治主义 到实质法治主义的转换	(190)
第五章	行政法学体系论的重构	(207)
第一节	传统行政法学体系	(208)
第二节	传统行政法体系的重构	(229)
第三节	室井力的行政领域论	(236)
第四节	兼子仁的特殊法论	(239)
第五节	村上武则的中间行政法论	(252)
第六节	日本行政法法典化之争	(255)
第六章	行政法学方法论的变革	(269)
第一节	传统日本行政法学方法论	(270)
第二节	传统日本行政法学方法论的变革	(284)
第三节	行政的公共性论	(298)
第四节	法政策论	(312)
第五节	行政过程论	(322)
第六节	其他行政法学方法论及其评价	(364)
第七章	行政行为理论的发展	(375)
第一节	行政行为的概念	(376)
第二节	传统行政行为理论	(390)
第三节	行政行为理论的发展	(400)
第四节	行政行为类型化的发展	(424)
第五节	行政行为效力论的发展	(435)
第六节	行政行为瑕疵论的发展	(445)
第七节	行政行为裁量论的发展	(453)
第八章	现代日本行政法学基础理论的课题	(468)
第一节	现代日本行政法学基础理论的发展与课题	(469)
第二节	日本行政法学的法系论——日本行政法学中 两大法系的融合与冲突	(475)
第三节	日本行政法学的独立化与学际化——行政法学	

与相邻学科的关系	(491)
第四节 日本行政法学理论的实践化	(508)
参考文献	(518)
后记	(537)

引 言

日本在明治时期受德国行政法的影响，逐步构建了大陆法系式的行政法学理论体系。在制度上，仿照德国普鲁士宪法制定了宣扬“天皇主权”的明治宪法，并在该宪法下设立了独立于司法法院的行政裁判所，构建了行政裁判、诉愿、行政执行等一系列行政法律制度。通过对明治宪法及行政实定法的解释，在日本逐渐形成了作为美浓部行政法学法律解释学的行政法学。在行政法学的发展过程中，经过国权学派与民权学派的争论以及民权学派内部的分化，最终以美浓部达吉行政法学理论的形式形成了日本行政法学的通说。但随着战后日本国宪法的制定以及行政法律制度的重构，田中二郎在基本继承美浓部行政法学理论的同时，对该理论进行了一系列必要的修正，由此形成了所谓的“田中行政法学”，该理论自战后至今仍被作为日本行政法学的通说。

占据通说地位的传统日本行政法学基础理论以近代西欧从“国家社会二元论”中推导出的“公私法二元论”为基本出发点，以保障行政的公共利益目的的实现为由，强调行政活动的特殊性以及行政法的公法特性，排斥私法在行政活动领域的适用；以依法行政为基本原则，通过该原则确保行政活动的合法性，从而保障国民的权利利益；在体系上，将行政法总论的体系划分为行政组织法、行政作用法、行政救济法三部分，并以其中的行政作用法为中心，对于行政法各论部分并不十分关注；在方法论上，将行政法学作为行政法律解释学，采用行政法的规范分析、价值分析、法律实证分析等方法；从考察对象上来看，该理论以行政行为为中心，注重行政行为的类型化、效力论、裁量论等理论。

具有上述特征的传统日本行政法学理论体系是在明治宪法下逐

渐形成的,但随着“二战”后日本国宪法的制定、宪法原理的转换、行政法律制度的重构以及现代公共行政的发展,传统行政法学理论逐渐呈现出弊端,日本的行政法学者在反思与批判的同时,为构建新的行政法学理论体系而提出了各种所谓的新理论。为了论述的方便,本书主要从以下五个方面进行归纳总结。

1. 公私法二元论的相对化

日本传统行政法学构建于公私法二元论的基础之上,但由于“二战”后宪法的修改以及行政裁判所的废除,公私法二元论在制度上丧失了依据。此外,随着现代公共行政的发展,公私法领域呈现融合趋势,传统绝对化的公私法二元论已不能适应实践发展的需要。对此,日本行政法学者在批判传统公私法二元论的同时,提出了公私法相对论、公私法一元论、行政手段论以及依据实定法判断论等重构公私法二元论的理论,并在此基础上基于对行政法性质的探讨提出了新的行政法学理论,主要包括渡边洋三的私法特别法论、今村成和的行政特有法论、高柳信一的市民公法论、成田赖明的行政私法论、原田尚彦的形式意义上的行政法论等。私法特别法论认为行政法是私法的特别法;行政特有法论认为,行政法是行政所特有的法律现象,产生行政特有法的原因在于行政活动所具有的社会特性,而不论公私法的区别;市民公法论认为行政法首先是行为规范,在第二性质上才是裁判规范;行政私法论认为,行政法应当以有关行政作用或行政组织的行政所特有的法律现象作为研究对象,而不论是公法还是私法;形式意义上的行政法论认为,在现代行政法学中不应当采用公私法的区分,而应当将行政法理解为“有关行政的法规”,行政法学应当以有关行政的法律规范与法律现象为对象。

2. 法治主义的转换

日本在明治宪法下继受了德国式的“依法行政”原理作为行政法的基本原理。但依法行政原理只是形式地要求行政活动必须依法进行,而不涉及法律的内在价值,属于“形式意义上的法治主

义”。“二战”后日本被迫进行了美国式的民主化改造，制定了新的日本国宪法，该宪法不仅明文确定了民主主义、法治主义、国民主权原理、行政责任原理等新的宪法原理，而且将基本人权保障作为重要的内容加以明确，由此对依法行政原理中法律的内容提出了明确的要求。这可以视为日本的法治主义开始向“实质法治主义”转变的标志。实质法治主义强调法律对于行政的实质性支配，不仅要求行政活动在形式上符合法律，而且强调行政活动在实质上的合目的性，即要求行政活动在实质上实现公共利益、保障并增进国民权益。

3. 行政法学体系论的重构

行政法学以有关行政的法律现象作为对象，对于该对象的考察存在着横向与纵向两种视角，由此分别形成行政法学的总论与各论。在总论方面，传统行政法学的体系由行政组织法、行政作用法、行政救济法三部分构成，其中，又以行政作用法为中心。在各论方面，一般可以分为警察法、规制法、公企业法、公用收用法、财政法、公物法等。这种行政法学体系在现代行政法中逐渐显现出弊端，为了适应行政实务要求，必须在深入分析现代日本行政法律体系的构造以及运行实务的基础上，构建新的行政法学体系。例如，阿部泰隆提出的行政法体系论、室井力提出的行政领域论、兼子仁提出的特殊法论、村上武则提出的中间行政法论等。行政法体系论认为，现行的行政法律规范并不具有体系性，存在着许多矛盾不统一之处，为此，必须根据行政实务的要求，明确现行法中的法律体系与行政手段、导入宪法价值、注重行政法与宪法及政策的关系、注重行政过程及行为形式，除考察行政主体与直接相对人的关系外，必须将利害关系人纳入行政法学的视野，重新考察行政权的优越性，多种方法并用，综合考察行政法律现象，系统地构建有关行政的法律体系。行政领域论认为，应当在综合考虑行政机关的构成、组织法上的地位、进行行政行为的行政领域、由此受到影响的国民的权利自由的性质、对行政行为事前程序性统制的有无等的基

基础上,具体构建适合于各自领域的法律原理;特殊法论认为,教育法、环境法、都市法等现代的特殊法已经形成各自独立的独特法律领域,因此,应当确立在研究或教育上专门的“特殊法学”,各特殊法中所特有的法律理论包括各特殊法所保障的特殊的权利即“特殊权”、作为特有的权力性秩序的“特殊秩序”、“特殊契约”、“特殊程序”等;中间行政法论认为,行政法总论过于一般或抽象,而行政法各论又过于具体,由此产生了不能应用于现实行政的问题,为此,必须在行政法总论与各论之间探讨中间行政法的问题。

4. 行政法学方法论的变革

传统行政法学运用对于行政实定法的规范分析、价值分析、实证分析等方法,这是19世纪后期在德国形成的“法学方法”的分析视角,被作为以往国家学方法的对立而出现,其中舍弃了政治学的视点、社会学的分析、文化的洞察等,转化为纯粹的法学考察。其结果是行政法学被限定于法律解释或法律技术分析的深化、法律体系的构建、合法性的维持等视野。为了适应现代公共行政的发展对行政法学提出的要求,必须变革这种行政法学的方法论。为此,有学者提出了基于行政目的的“公共性分析论”、基于法社会学分析的“法政策论”以及提倡全面动态考察行政法的“行政过程论”等。公共利益或公共性不仅是行政活动的目的,而且也是行政法学得以独立的基础,但由于“公共利益”、“公共性”概念本身的抽象性、模糊性,在实践中存在着行政机关假借“公共利益”或“公共性”之名进行违法行政活动的问题,为此,行政的公共性分析论认为必须鉴别、分析现实的行政活动中“公共利益”或“公共性”的真实性,在此基础上排除虚假的“公共利益”或“公共性”,而保障真实的“公共利益”或“公共性”。作为概念法学的特征,日本的传统行政法学被限定于行政法解释学,立法阶段的事项并没有被纳入行政法学的视野之中。阿部泰隆等针对这种以法律解释学为中心的日本行政法学立法论的抽象理论与实务运行相脱节

的问题,将法政策学运用于行政法学中,由此提出了法政策论。而行政过程论就是将全面、动态的思维方式引入行政法学中,认为传统的行政法学理论过度地偏重于作为行政过程最终结果的行政行为,切断了各个连续的行为形式之间的联系,但在现实的行政中,各种行为形式常被结合起来连续使用而形成整个动态过程。因此,行政法学必须将行政过程中的各种行为形式全盘纳入视野,并加以全面、动态的考察。

5. 行政行为理论的发展

传统行政法学以民法学中的法律行为理论为模式构建行政法学中的行政行为理论。在日本行政法学中,行政行为的概念中具有外部性、法律效果性、具体性、公权力性、单方性等要件,由此也决定了行政行为与私法行为所适用的法律的不同,这是行政法及行政法学得以成立的理论基础。可见,行政行为的概念在行政法学理论中具有重要意义。传统行政法学以行政行为为中心,围绕着行政行为的类型化、效力论、瑕疵论、裁量论等较为系统的行政行为理论。但传统行政行为理论以权力性作为要素,特别是在行政诉讼中以“公权力行使”概念表示抗告诉讼的范围,由此产生了行政行为的公权力性限制抗告诉讼范围的问题。对此,学者们在批判的基础上提出了形式性行政行为论、行为形式论、行政手段论等行政行为的新理论。行政行为理论以现实行政中的行政活动为考察对象,随着现代公共行政范围的扩大化、对象的复杂化,传统行政行为理论并不充分对应,为此,必须进行对应于行政实践的变革。在行政行为的类型化方面,存在着分类标准不统一以及新形式的行政活动的类型化问题,为此,必须构建统一的、开放的类型化体系;在行政行为效力论方面,传统效力论是行政强制等行政法律制度与撤销诉讼等行政诉讼制度的理论基础,但与此相对,也有学者提出批判,认为行政行为的效力不过是这些实定法律规定的结果而已;在行政行为瑕疵论方面,学界对于无效与可撤销行政行为的区分意义、区分标准等提出了新的观点;在行政行为裁

量论方面，现代裁量理论并不局限于要件裁量说与效果裁量说，在对行政裁量的立法统制、司法审查的范围、标准、方式等方面都有所发展。

可见，随着宪法原理的转换、行政法律制度的重构以及现代公共行政的发展，传统行政法学理论并不能充分对应，为此，日本行政法学界在批判传统行政法学理论的基础上积极地从不同的角度提出新的理论。虽然其中有些观点并不成熟，而且系统的、完全可以代替传统行政法学理论的“新通说”还尚未形成，但却为传统行政法学理论的发展提供了崭新的视角，同时也提示了日本行政法学前进的方向。

随着公共行政实践的不断发展，这种理论的构建或重构还将继续。但从现阶段的行政法学理论状况来看，今后日本行政法学的发展还存在着有关法系论与国际化、独立化与学际化、实践化等有待解决的课题。总之，面对着现代公共行政的发展给传统行政法学理论提出的新课题，行政法学界应当积极地应对，从不同的角度提出新的理论，以适应公共行政发展的需要。这不仅是日本行政法学界的任务，也是各国行政法学界所面临的共同任务，各国行政法学界应当直面本国公共行政的实践提出与之相适应的行政法学理论，而现代日本各种行政法学新理论的提出可以说作出了有益的尝试。这些尝试对于同样存在着如何对应于现实公共行政的发展而变革传统行政法学基础理论课题的中国来说，具有重要的参考意义。

第一章 传统日本行政法学基础理论

日本在明治维新时期，仿照德国普鲁士宪法制定了立宪君主制的明治宪法，并在该宪法下设立了行政裁判所，构建了行政裁判、诉愿、行政执行等一系列行政法律制度。在这种制度背景下，日本的行政法学者在引进法国、德国等大陆法系国家的行政法学理论的基础上，通过对于明治宪法及行政实定法的解释，逐渐形成了作为法律解释学的行政法学。但由于在明治宪法中存在着民主、立宪的精神与反民主、非立宪的精神的二元性特点，根据对国家主权的理解等基本出发点以及法律解释方法的不同，日本的行政法学分化为国权学派与民权学派。在两大学派的争论中，民权学派在行政法学领域占据优势地位，以“美浓部行政法学”的形式形成了战前日本行政法学理论的通说。但随着战后日本国宪法的制定以及公共行政实践的发展，学界对于美浓部行政法学提出了各种批判。对此，师从美浓部达吉的田中二郎在基本继承美浓部行政法学理论的同时，进行了一系列必要的修正，由此形成了所谓的“田中行政法学”，该理论自战后至今仍被作为日本行政法学的通说。从理论渊源来看，美浓部达吉曾留学德国，其主要的行政法理论源自于德国奥托·迈耶的理论。而田中二郎基本继承了美浓部行政法学的体系与理论，以自由主义法治国的思想为基础，运用在对行政实定法进行实证探究基础上确定理论的方法，形成了在技术上更为完善、系统的田中行政法学。可见，田中二郎在继承的基础上发展了美浓部行政法学。如果说美浓部达吉在战前构建了日本公法学中的公法体系，那么田中二郎就是在实定法上、从法律技术上完善了战后日本的行政法学体系。

占据通说地位的传统日本行政法学基础理论以从近代西欧的