

Journal of Japanese Legal Studies

日本法研究

第1卷

2015

牟宪魁 主编



中国政法大学出版社

Journal of Japanese Legal Studies

日本法研究

第1卷

2015

牟宪魁 主编



中国政法大学出版社

2015 · 北京

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

图书在版编目（C I P）数据

日本法研究. 第1卷/牟宪魁主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 9
ISBN 978-7-5620-6307-0

I. ①日… II. ①牟… III. ①法学—研究—日本 IV. ①D931.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第237732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 650mm×960mm 1/16
- 印 张 17.5
- 字 数 260千字
- 版 次 2015年9月第1版
- 印 次 2015年9月第1次印刷
- 定 价 42.00元

《日本法研究》编辑委员会

编委会主任

牟宪魁

编辑委员（以姓氏笔画为序）

于宪会 李成玲 牟宪魁 肖盼晴

本期主编

牟宪魁

目 录

C O N T E N T S

专题研究

- 张荣红 行政裁量基准在日本之展开
——以裁量基准的法律性质及其控制为视角 3
- 肖盼晴 日本的村落共同体与入会权之兴衰 32
- 于宪会 日本法上关于权利侵害、违法性与过错之关系的讨论
——兼论对我国侵权责任法发展的启示 47
- 赵银仁 日本机动车交通事故损害赔偿赔偿责任考察
——以自赔法第3条之“运行”要件为视角 88
- 杨小萍 公司分立制度的中日比较
——以公司分立的类型为中心 123

判例评析

- 李成玲 开发不同意通知的处分性
——小松岛市开发许可事件 145
- 张 彪 私人垄断与不公正的交易方法之界定
——北海道新闻社事件 158

立法动向

- 郭娜娜 日本特定秘密保护法的制定与问题点 193

学界回顾

- 葛 冰 2014 年日本宪法学研究综述 211
- 周 蓓 2014 年日本行政法学研究综述 227
- 张梓弦 2014 年日本刑法学研究综述 240
- 赵 晶 2014 年日本民法学研究综述 261

CONTENTS

Articles

- Zhang Ronghong Legal Nature and Legislative Control of
Administrative Discretion Standard in Japan 3
- Xiao Panqing The Debates on Village Community and
Rights of Common in Japan 32
- Yu Xianhui Theoretical Debates on the Relationship between Legal Injury,
Rechtswidrigkeit and Fault in Japan; A Perspective on the De-
velopment of Chinese Tort Law 47
- Zhao Yinren A study on Liability of traffic accidents' compensation
in Japan 88
- Yang Xiaoping A Comparative Study on Corporate Spin – off between China and
Japan; With Focus on the Type of Corporate Spin – off 123

Case Law

- Li Chengling Justifiability of Disagreement with Development Activities; A
Case concerning Development Permit in Komatsushima 145
- Zhang Han Defining Private Monopolization and Unfair Trade Practices; The
Hokkaido Shimbun Press Case 158

New Legislation

- Guo Nana Formulation of Japanese Special Secrecy Law and Its
Problems 193

Research Overview

- Ge Bing Retrospection of the Studies on Constitutional Law
in Japan 2014 211
- Zhou Qian Retrospection of the Studies on Administrative Law
in Japan 2014 227
- Zhang Zixian Retrospection of the Studies on Criminal Law
in Japan 2014 240
- Zhao Jing Retrospection of the Studies on Civil Law
in Japan 2014 261

专题研究



ARTICLES

行政裁量基准在日本之展开

——以裁量基准的法律性质及其控制为视角 张荣红

日本的村落共同体与入会权之兴衰 肖盼晴

日本法上关于权利侵害、违法性与过错之关系的讨论

——兼论对我国侵权责任法发展的启示 于宪会

日本机动车交通事故损害赔偿责任考察

——以自赔法第3条之“运行”要件为视角 赵银仁

公司分立制度的中日比较

——以公司分立的类型为中心 杨小萍

行政裁量基准在日本之展开

——以裁量基准的法律性质及其控制为视角

张荣红 *

一、引言

近年来,我国行政机关在行政处罚领域相继制定了大量的裁量基准,但在裁量基准的具体适用上不断出现纠纷,并出现了相应的司法判决。^{〔1〕}如何应对这一现象已成为行政法学的一个课题。在裁量基准的研究中,我们无法回避何为裁量基准、裁量基准的法律性质是什么、在司法审查中裁量基准发挥何种作用这些关于裁量基准的基础理论问题。针对这些问题,我国行政法学界已经展开了深入的探讨。^{〔2〕}但正如周佑勇教授指出的那样:“究竟什么是裁量基准,为什么需要裁量基准?这一问题目前在理论

* 张荣红,法学博士(九州大学),九州大学法学研究院助教。

〔1〕例如,周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案。参见王天华:“裁量基准与个别情况考虑义务——周文明诉文山交警不按‘红头文件’处罚案评析”,载《交大法学》2011年第1期,第229-235页。

〔2〕代表性的研究成果有:王锡锌:“自由裁量权基准:技术的创新还是误用”,载《法学研究》2008年第5期,第36页以下;余凌云:“游走在规范与僵化之间——对金华行政裁量基准实践的思考”,载《清华法学》2008年第3期,第54页以下;王天华:“裁量标准基本理论问题刍议”,载《浙江学刊》2006年第6期;周佑勇:“裁量基准的制度定位——以行政自制为视角”,载《法学家》2011年第4期,第1页以下;等等。

上仍然存在着较大的分歧。”〔3〕而且，随着制定行政程序法的呼声日益高涨，是否在行政程序法中对裁量基准进行规定以及如何规定，会成为一个必须面对的问题。因此，可以说，对裁量基准的基础理论进行更为深入的研究，是当前我国行政法学界面临的一个重要课题。目前，在法律上要求行政机关制定裁量权行使准则的国家还不多见，而日本正是其一。从比较法的观点来看，研究日本是如何在法律上规定裁量基准、如何理解裁量基准的法律性质，以及在司法审查中是如何看待裁量基准的，应当会对我国的裁量基准理论产生一定的启示。尤其是，近年来，日本行政法学界出现了从新的角度研究裁量基准的理论成果，最高法院也作出了一些正面回应裁量基准问题的判决，值得我们关注。本文基于上述的问题意识，从裁量基准的法律性质及其控制的视角出发，考察裁量基准在日本的理论发展与实际运用。〔4〕

二、裁量基准的概念及其展开

（一）裁量基准的概念

在论述裁量基准之前，首先需要明确日本法是如何界定“裁量基准”这一概念的。日本行政法学一般认为，裁量基准是关于行政机关裁量权行使的内部基准。〔5〕在这一定义中，如何理解“裁量”对裁量基准的界定具有至关重要的意义。日本关于“裁量”的理论研究在明治宪法时代就已存在。最初行政裁量是针对行政行为提起的理论，一般把法律规定明确、行政机关通过对法律的机械性执行而做出的行政行为称为羁束行为；把法律规定中存在不确定性的多义概念、行政机关必须通过自己的判断而做出的行政行为称为裁量

〔3〕 周佑勇：“作为行政自制规范的裁量基准及其效力界定”，载《当代法学》2014年第1期，第30页。

〔4〕 关于日本的裁量基准制度，朱芒教授已作过相应介绍。参见朱芒：“日本《行政程序法》中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成”，载《华东政法学院学报》2006年第1期，第73-79页。朱芒教授的论文主要从行政程序法的条文规定出发，对日本的裁量基准制度进行了介绍。从内容看，其论文应该是根据行政程序法2005年修正之前的条文进行的分析。由于2005年修正中对裁量基准的条文设置（并未对裁量基准的具体内容）作了修改，本稿将引用现行行政程序法条文。

〔5〕 塩野宏，行政法Ⅰ〔第五版補訂版〕，有斐閣，2013年，第105页。

行为。对于羁束行为，法院可以自己进行事实认定并适用法律得出结论，进行全面审查，即所谓的判断代替审查；而对于裁量行为，因为法律承认了行政机关的判断权，所以不承认法院的司法审查权。但是，这种观点导致法院的审查范围过于狭窄，所以日本的学说又把裁量行为区分为适于接受司法审查的羁束裁量（或法规裁量）行为和不适于接受司法审查的自由裁量（或便宜裁量）行为。在此基础上，如何区分羁束裁量和自由裁量成为焦点，并出现了要件裁量说和效果裁量说两大阵营的对立。首先，要件裁量说从法律规定的要件出发，认为（当法律规定中存在不确定的多义性概念时，并不一定是自由裁量）法律没有规定要件或者规定的要件中存在公益等概念时承认行政机关的自由裁量，排除司法审查（佐々木惣一〔6〕）。而效果裁量说从行政行为的效果和性质出发，认为法律要件的认定中不存在行政裁量，只有关于行政行为效果的决定才存在行政裁量；而且主张，限制国民的权利自由的行政行为不属于自由裁量，与国民的权利自由没有关系的行政行为或者授益行政行为属于自由裁量（美濃部達吉〔7〕）。

日本在第二次世界大战前对要件裁量基本上持否定态度，但二战后由于推行各项占领政策成为行政机关迫在眉睫的课题，需要司法承认行政机关的广泛裁量权。在此背景下，出现了从法院的判断能力这一新视角出发展开的自由裁量理论。〔8〕法院也从专门技术判断、综合性政治性的价值判断等考虑出发，承认行政机关的要件裁量。〔9〕二战后，日本行政诉讼法第30条裁量权濫用法理的采用，使得羁束裁量和自由裁量的区分变得相对，行政法学界也渐渐地不再使用“自由裁量”这一用语，而仅以“裁量”或“行政裁量”称之。现在，日本行政法学一般把行政裁量区分为要件裁量和效果裁量。要件裁量是指，对是否满足作为行政行为根据的要件承认行政机关最终认定权的情形；而效果裁量是指，对是否作出行政

〔6〕 佐々木惣一，日本行政法論，有斐閣，1924年，第69页以下。

〔7〕 美濃部達吉，行政裁判法，千倉書房，1929年，第152页。

〔8〕 宮田三郎，専門技術の裁量について，判例時報2067号，2010年，第3页。

〔9〕 著名判例はマクリン事件上告審判決，最高裁判所判決，1978年10月4日，民集32卷7号，第1223页。

行为以及作出何种行政行为承认裁量的情形。^[10] 因此,裁量基准是对法律授权行政机关的要件裁量和效果裁量制定的行政机关裁量权行使的内部基准。

(二) 行政程序法的规定

日本裁量基准的制定义务首先是由最高法院提出来的。著名的个人出租车许可申请案中,最高法院认为“行政机关根据具体的各个事实关系从多数人中选定少数特定人给予许可时,对于事实认定行政机关不得采取客观上存在行政机关独断之可能性的不公正程序。即,道路运送法第6条只规定了抽象的许可基准,所以行政机关就算在行政机关内部也应当制定对第6条进行具体化的审查基准,而且应当公正并合理地对其进行适用。”^[11] 该案的一审判决^[12]也认定了行政机关制定审查基准的义务。当时正值行政程序法制定过程中,该一审判决出台后出现了规定行政机关制定并公开行政许可认可的“许可基准”义务的桥本草案^[13],之后的行政程序法的草案基本上沿袭了桥本草案。^[14] 因此该判决对行政程序法规定审查基准和处分基准起到了极大的推动作用。1993年制定的日本行政程序法正式规定了审查基准和处分基准。在此需要注意的是,行政程序法规定的审查基准和处分基准并不是只针对裁量行为。行政程序法并没有区分裁量行为和羁束行为,它对所有的行政行为都适用(适用除外条款规定的行为除外),因此审查基准和处分基准除裁量基准外也包括解释基准。^[15]

[10] 塩野宏,行政法 I,第5版補訂版,有斐閣,2013年,第126-127页。

[11] 最高裁判所判決,1981年10月28日,判例時報647号,第22页。

[12] 东京地方裁判所判決,1963年9月18日,行集14卷9号,第1666页。

[13] 橋本公巨,行政手続法草案,有斐閣,1974年。

[14] 塩野宏・高木光,条解行政手続法,弘文堂,2000年,第139页。

[15] 解释基准指,为了确保行政的统一性,上级行政机关对下级行政机关发布的法令(法律和授权立法)解释的基准。解释基准对下级行政机关具有拘束力,但是对公众和法院不产生拘束力。在诉讼中对解释基准的合法性产生争议时,法院不需要考虑,也不应当考虑解释基准,而是自己解释并适用法令(参见塩野宏,行政法 I,第5版補訂版,有斐閣,2013年,第102页)。在对法院的拘束力这一点上,解释基准与裁量基准(后述)存在很大的区别。实际上,审查基准和处分基准是裁量基准还是解释基准的区分日趋困难,常常需要法院根据授权法的规定对行政裁量的有无和大小进行判定之后才能做出判断(参见佐伯祐二,審査基準・処分基準の法的性格,收录于高木光・宇賀克也編,行政法の争点,有斐閣,2014年,第78-79页)。

1. 审查基准

审查基准主要针对基于行为人申请的行政许可、认可等应申请^[16]行政行为（应申请处分^[17]），指根据法令的规定判断是否作出基于申请的行政许可、认可等行政行为所需要的基准（行政程序法第2条第8号口）。行政程序法第5条规定，行政机关应当制定审查基准；在制定审查基准时，必须根据行政许可、认可的性质将其尽量具体化；而且只要不存在行政上的特别需要，必须将审查基准公开于众。这一规定旨在确保行政机关判断过程的透明性，是保护申请人程序性权利的规定。^[18]

根据该条规定，行政机关负有制定审查基准的义务，但是在一些例外情形下允许行政机关不制定审查基准。^[19]首先，当法令的规定明确，仅根据法令的规定便可以判断是否作出行政许可等行政行为时，不需另行制定更为具体的审查基准。其次，过去没有申请的例子或者根据实际情况来看将来不会发生申请行为等特殊情况下，可以在产生审查的必要性时再制定审查基准。最后，对在性质上必须根据各个申请进行具体判断的行政许可，制定较法令的规定更为具体的基准存在困难时，行政机关可以不必制定。

[16] 行政程序法第2条第3号规定，“申请”指根据法令（法律、根据法律授权制定的命令、地方自治体议会制定的条例，以及地方自治体的知事、市长等执行机关制定的规则等）申请行政机关赋予许可、认可、资格证等对自己具有某种利益的处分行为，对该申请行为，行政机关负有许可或拒绝的答复义务。

[17] “行政行为”这一用语在我国已成为法律用语，而日本行政程序法使用的用语不是“行政行为”而是“处分”。其实，在日本“行政行为”仅仅是学界使用的用语，法律一般使用“行政处分”（如地方自治法第242条之2第2款）或“处分”[如行政程序法、行政不服审查法（相当于我国的行政复议法）、行政事件诉讼法（相当于我国的行政诉讼法）]。而且，正如行政不服审查法规定的那样，“处分”这一用语不仅包括法律行为，还包括一些事实行为。加之，随着行政诉讼法中处分概念外延的扩大，行政立法、行政规划等行政活动有时也被作为“处分”对待。因此，在日本，“处分”的外延与“行政行为”的外延并不完全一致，一般而言，“处分”的外延更宽一些。但是，如注16和注22所述，行政程序法对“处分”作了界定，排除了事实行为和行政立法、行政规划等行政活动，所以本稿为便于我国读者理解，以“行政行为”这一用语替代日本行政程序法使用的“处分”这一用语。

[18] 室井力ほか編，コンメンタール行政法Ⅰ行政手続法・行政不服審査法，第2版，日本評論社，2008年，第92-93页。

[19] 行政管理研究センター編，逐条解説行政手続法[18年改訂版]，ぎょうせい，2006年，第139页。

制定审查基准应当具体到何种程度，要根据行政许可的性质而不同。一般认为，当行政许可是羁束性较强的行政行为时，应当尽可能地把审查基准具体到可以得出一种判断的程度；而当行政许可是赋予行政机关广泛裁量的行政行为时，审查基准可以是方针或者考虑要素等内容。^[20] 制定的审查基准不存在行政上的特殊情况时，应当以备放在行政机关等其他适当的方式予以公开。行政上的特殊情况主要指，存在危害国家安全、损害与其他国家或国家机关的信赖关系或者外交交涉可能性的情形。这时是否公开的判断权归属于行政机关。^[21]

2. 处分基准

处分基准主要针对行政机关作出的不利行政行为（不利处分^[22]），指根据法令的规定，判断是否作出不利处分或作出何种不利处分所需要的基准（行政程序法第2条第8号ハ）。行政程序法第12条规定，行政机关制定处分基准并将之公布于众，行政机关在制定处分基准时，应当根据不利处分的性质尽量予以具体化。由此可以看出，与审查基准不同，处分基准的制定和公开并不是一种法定义务，而是一种努力义务，其原因在于不利处分中行政机关的裁量权相对较大，而且需要在具体事例中判断作为处分原因之事实的反社会性或行政相对人的具体情况，因此制定统一的具体基准在技术上存在困难。^[23]

（三）裁量基准的制定状况

如上所述，日本的行政程序法以法定义务或者努力义务的形式要求行政机关制定审查基准和处分基准。行政程序法于1994年10月1日开始施行，国家和地方行政机关也开始制定各种申请基准和

[20] 同前注，第139页。

[21] 同前注，第140页。

[22] 行政程序法第2条第4号规定，“不利处分”指行政机关根据法令的规定，对特定人直接课以义务或限制权利的行政处分，但不包括事实行为、对申请行为做出的拒绝处分、基于行政相对人的同意作出的不利行为等。

[23] 行政管理研究センター編，同前注19，第166页。除此之外，认为作为努力义务的原因也在于公开处分基准有可能促使违法行为的发生（例如处分基准中明确第一次违反、第二次违反仅进行口头或者书面上的劝告，而只有在第三次违反之后才予以处罚时，才有可能促使违法行为的发生）。参见宇賀克也，行政手続法の解説第6次改訂版，学陽書房，2013年，第107页。

处分基准。^[24] 其制定状况如表 1 和表 2 所示。

表 1 审查基准的制定状况（1994 年 10 月 1 日—2005 年 3 月 31 日）

区分		国家机关			地方机关（平均）		
		本部	地方支部等	合计	都道府县	市	合计
对象处分数		5790	2571	8361	1450	292	1742
已制定		4666 (80.6%)	2405 (93.5%)	7071 (84.6%)	1137 (78.4%)	195 (66.8%)	1332 (76.5%)
方式	以通知等形式制定	2343 (50.2%)	1934 (80.4%)	4277 (60.5%)	691 (60.8%)	116 (59.5%)	807 (60.6%)
	法令规定的标准明确，无需另行制定	2323 (49.8%)	471 (19.6%)	2794 (39.5%)	446 (39.2%)	79 (40.5%)	525 (39.4%)
未设定		1124 (19.4%)	166 (6.5%)	1290 (15.4%)	313 (21.6%)	97 (33.2%)	410 (23.5%)
理由	过去罕有申请的例子，预先制定审查基准存在困难	509 (45.3%)	79 (47.6%)	588 (45.6%)	×	×	×
	根据事例的不同裁量的幅度不同，制定审查基准存在困难	117 (10.4%)	3 (1.8%)	120 (9.3%)	×	×	×

[24] 日本行政程序法第 3 条第 3 款规定，地方公共团体根据该地方公共团体的条例或规则作出的行政行为不适用行政程序法关于行政行为的相关规定。但日本 99.9% 的地方公共团体已经制定了与行政程序法内容相当的行政程序条例，所以在此对地方公共团体制定审查基准和处分基准的状况一并进行考察。参见，总务省，地方公共団体における行政手続条例（規則等）及び意見公募手続制度の制定状況，檢自 http://www.soumu.go.jp/main_content/000058385.pdf，檢索日期：2015 年 6 月 6 日。

续表

区分		国家机关			地方机关 (平均)		
		本部	地方支部等	合计	都道府县	市	合计
理由	虽然过去有申请的例子,但是未来不存在申请的可能性,不存在制定审查基准的实际意义	466 (41.5%)	53 (31.9%)	519 (40.2%)	×	×	×
	其他	32 (2.8%)	31 (18.7%)	63 (4.9%)	×	×	×
公开 (以通知等形式制定)		2260 (96.5%)	1934 (100%)	4194 (98.1%)	647 (93.6%)	107 (92.2%)	754 (93.4%)
方式	网络公开	1138 (50.3%)	803 (41.5%)	1941 (45.4%)	×	×	×
	在行政机关可自由阅览	236 (10.5%)	329 (17.0%)	567 (13.3%)	×	×	×
	根据申请提供	886 (39.2%)	802 (41.5%)	1688 (39.4%)	×	×	×
不公开		83 (3.5%)	0 (0%)	83 (1.9%)	44 (6.4%)	9 (7.8%)	53 (6.6%)

注：“×”指该项数据未公开。

出处：笔者根据总务省《行政手続法の施行状況に関する調査結果——国の行政機関》（2006年5月15日）和总务省《行政手続法の施行状況に関する調査結果——地方公共団体》（2006年7

月 11 日)^[25] 制作。

表 2 处分基准的制定状况 (1994 年 10 月 1 日—2005 年 3 月 31 日)

区分		国家机关			地方机关（平均）		
		本部	地方支部等	合计	都道府县	市	合计
对象处分数		4255	1747	6002	1364	313	1677
已制定		2880 (67.7%)	1395 (79.7%)	4275 (71.2%)	904 (66.3%)	191 (61.0%)	1095 (65.3%)
	以通知等形式制定	915 (31.8%)	908 (65.1%)	1823 (42.6%)	445 (49.2%)	105 (55.0%)	550 (50.2%)
	法令规定的标准明确，无需另行制定	1965 (68.2%)	487 (34.9%)	2452 (57.4%)	459 (50.8%)	86 (45.0%)	545 (49.8%)
未设定		1375 (32.3%)	352 (20.1%)	1727 (28.8%)	460 (33.7%)	122 (39.0%)	582 (34.7%)
理由	过去罕有处分的例子，预先制定处分基准存在困难	617 (44.9%)	165 (46.9%)	782 (45.3%)	×	×	×
	根据事例的不同裁量的幅度不同，制定处分基准存在困难	703 (51.1%)	139 (39.5%)	842 (48.8%)	×	×	×
	虽然过去有处分的例子，但是未来不存在处分的可能性，不存在制定处分基准的实际意义	12 (0.9%)	13 (3.7%)	25 (1.4%)	×	×	×

[25] 可参阅 http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/tetsuzuki/tetsuzuki_tyousa.html, 检索日期: 2015 年 6 月 6 日。2006 年以后总务省的调查主要以前一年度新增处分的审查基准和处分基准的制定状况为调查对象。