

法学译丛·公法系列



私人行政

——法的统制的比较研究

[日] 米丸恒治 著
洪 英 王丹红 凌维慈 译
田思源 王贵松 校



法学译丛·公法系列

私人行政

——法的统制的比较研究

[日] 米丸恒治 著
洪 英 王丹红 凌维慈 译
田思源 王贵松 校

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

私人行政——法的统制的比较研究 / [日] 米丸恒治著; 洪英等译.
北京: 中国人民大学出版社, 2010
(法学译丛·公法系列)
ISBN 978-7-300-11856-7

- I. ①私…
- II. ①米…②洪…
- III. ①行政法-研究
- IV. ①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 042831 号

法学译丛·公法系列

私人行政

——法的统制的比较研究

[日] 米丸恒治 著

洪 英 王丹红 凌维慈 译

田思源 王贵松 校

Siren Xingzheng

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京联兴盛业印刷股份有限公司

规 格 155mm×235mm 16 开本

版 次 2010 年 4 月第 1 版

印 张 23.25 插页 2

印 次 2010 年 4 月第 1 次印刷

字 数 308 000

定 价 55.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

本书译校者简介

译者简介

洪英

日本九州大学法学博士，现为九州大学大学院法学研究院特聘研究员。日本学术振兴会外国人特别研究员，中国人民大学宪政与行政法治研究中心研究员/主任助理。曾出版专著《中国の地方制度における自治問題》（日本明石书店，2006年）。研究领域：宪法、比较宪法、地方自治法、地方制度、政策法务论。

王丹红

1970年生，中国人民大学法学博士，现为西北政法大学行政法学院讲师，中国人民大学宪政与行政法治研究中心比较行政法研究所研究员。主要研究领域：行政法、程序法。

凌维慈

1978年生，浙江大学法学博士。现为华东师范大学法律系讲师。2006—2007年曾赴日本东京大学法学政治学研究科研修。主要研究领域：行政法、土地住宅法制。

校者简介

田思源

1962年生，吉林大学法学博士，日本神户大学法学研究科修完博士课程，现为清华大学法学院副教授。曾出版专著《犯罪被害人的权利与救济》（法律出版社，2008年）、合著《国防行政法与军事行政法》（清华大学出版社，2009年）。研究领域：行政法学、行政诉讼法学、法政策学、体育法学、军事法学、宪法学。

王贵松

1977年生，北京大学法学博士，现为中国人民大学法学院讲师。曾出版专著《日本食品安全法研究》（中国民主法制出版社，2009年）、《行政信赖保护论》（山东人民出版社，2007年）。主要研究领域：行政法、风险规制（食品安全法）、生育法制。

中文版序

《私人行政——法的统制的比较研究》^①一书的中文版在洪英、王丹红和凌维慈等学者的翻译以及田思源教授、王贵松博士的校译下得以出版。对于能将这一课题的相关日本行政法学的基础研究成果介绍到中国，我感到喜出望外，对于20年前开始关注、研究的课题能够得到社会的广泛认可亦感慨万千。

我对于本书所论及的“私人行政”问题的关注以及研究始于20世纪80年代后半期。当时，我作为名古屋大学大学院法学研究科的研究生，在室井力教授的指导下，围绕资金助成行政的法律控制问题进行研究，以此课题撰写的硕士论文也在相关学术杂志上得以发表。那时我关注的是资金助成的补助者和中介者的问题，这在资金助成行政等很多领域中都是有问题的。无论是日本还是德国，从资助的体系框架上来看，资金助成不仅是由行政机关直接进行，也通过许多金融机构以及具有决定资助分配权限的组织来实施。由此，笔者认为有必要对其行政辅助作用以及行政权限的委任^②等问题，从法的构造上进行理论分析。后来，有幸于1988年到德国的施派尔行政学院研究生院（Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer）深造，并在维利·布鲁梅尔（Willi Blümel）教授的帮助下获得了深入调查研究的机会，从而

① “私人行政”，准确地说应译为“通过私人的行政”，意为国家借助于私人，完成行政任务。为行文简洁起见，以下本书翻译中简略为“私人行政”。——校者注

② 这里的“委任”不同于中国行政法学上所说的“委托”。简言之，行政权限委任给私人之后，私人即可以自己的名义行使该权限，类似于中国行政法学上所说的“授权”。故而，在翻译上仍依循日文原字。另可参见本书第二编第二章注①。——校者注

得以从事例的研究到一般的法理研究两方面进一步探讨“私人行政”的相关问题。回到日本后，便着手研究日本“私人行政”问题的对应事例——“指定机关”制度。本书是笔者从研究生阶段开始到后来的十年间研究成果的总结。

可以说在日本至本书出版时为止，“私人行政”问题在学界也还没有引起普遍的关注。但后来的十年中，这一领域发生了很大的变化。下面我想给读者简单介绍一下这些发展变化的概况以及我在本书出版后的部分研究成果。

本书所论及的指定机关制度，现在也以指定考试机关、指定调查机关等形式，继续存在于国家的各种法令中。^③而且对于书中介绍的行政程序法和行政争讼法上的各种解释，也开始形成了一定的共识。但是，承担着检查检定工作的许多指定机关，伴随着制度上的改革，出现了一些构造上的变化，从承担“私人行政”的组织变成了单纯地承担检查检定业务的民间组织（“登记机关”化、面向股份公司等营利性组织的开放），而行政部门则对于这些民间业务进行监督与规制。

在上述变化中，首先应该介绍的一个事例是，一直以来由地方公共团体的建筑主事来承担的建筑确认，因1998年《建筑基准法》的修改而变为除建筑主事之外也可以由“指定确认检查机关”进行确认（建筑确认的民间开放）。与过去典型的指定机关制度不同，该法的修改允许营利性法人参与，为促进包括手续费在内的自由竞争环境的形成，从而引入了在这种竞争环境下开展活动的新型指定机关制度。《建筑基准法》的修改，将原来在建筑规制中起着重要作用的具有行政处分性质的建筑确认，由以前的只能由建筑主事（地方公共团体的行政厅）进行确认修改为同时也向民

③ 日本所称的“法令”是宪法、条约、法律、命令（包括政令、府令、省令、规则等）、条例等的统称。以下为尊重原文中作者区别使用法令与法律的原意，分别使用“法令”和“法律”的表述。但对于诸如“法律关系”、“法律性质”、“法律地位”等中文的习惯表述，尽管作者常用“法的关系”等表述，多数情形下仍遵从中文习惯。——校者注

间的指定确认检查机关开放（其构造并不是通过指定来委任建筑确认的权限），并通过将股份公司等营利性法人指定为指定机关的做法，形成了建筑主事与新加入的多个指定机关进行竞争的环境。这一事例与本书所探讨的典型的指定机关制度在内容与构造上具有实质的不同，可以说是指定机关制度的变化或变质。而且从法律上说，与原来的委任指定机关行政权限相比，现在的指定机关制度中权限委任的要素难以确认，它可以说是一种官民的处分权限并存的事例。

第二个需要介绍的事例是，通过 2003 年修改《地方自治法》而导入的“指定管理者制度”。通过此次修改，在普通地方公共团体设置、管理公共设施问题上，导入了“指定机关制度”（《地方自治法》第 244 条之二第 3 款）。导入指定管理者制度后，公共设施的使用许可等具有权力性的权限得以向民间进行委托。随着这种指定机关制度的导入，指定机关制度在地方自治层次上也得以广泛运用。

第三个所应举的事例是，虽不是权力性权限的委任，但是将与行使公权力密切相关的业务委托给民间。诸如由私人取缔违章停车（放置车辆）以及民营监狱的设置运营等已引起很大的社会反响。根据 2004 年《道路交通法》的修改，放置车辆的取缔管理变为由私人辅助进行。通过此次修改，新设了由公安委员会对于放置车辆的车主征收放置违反金（罚款）的制度（《道路交通法》第 51 条之四），并规定可以将确认放置车辆、在车辆上粘贴确认标签等行为委托给在公安委员会登记的法人进行，并将其作为命令交付放置违反金的准备行为（同第 51 条之八）。在此事例当中，从法律上看，警察署长与放置车辆的确认机关之间是业务的委托关系，而没有采用指定机关制度。从法律形式上来看，与以上所分析的事例不同，似乎不属于私人行使权力。但需要引起注意的是，在这一事例中，民间的担当者独立地作出判断，实质上就已经等于作出了公安委员会命令交付放置违反金的决定，可以说存在着实质性的行使公权力的委任。

这种警察行政中的私人活动，作为 PFI 事业^④的实施，被引入到监狱等部门的设施建设（包括财源的确保）与运营中，而且也同时被引入到以非权力性事务的民间委托为内容的设施建设与运营中，在各地广为实施利用。在这种事例中，形式上将公权力的行使保留在原有行政部门，而实质上向民间委托业务的倾向正在逐渐扩大。

对于如上所述的各种现象与后来所持续展开的“私人行政”问题，一般的理解是：关于指定机关等这些被委任或赋予行政处分权限而进行行政处分的私人，应将其视为处分机关而通过通常的行政争讼途径来解决纠纷。特别是对于指定机关的处分，许多规定均承认对原权限机关的审查请求，作为行政处分可以成为行政争讼（行政不服审查、抗告诉讼）的对象。如有关建筑基准法上的指定确认检查机关的建筑确认问题，已经成为行政争讼的对象。^⑤

对于私人行使公权力的问题，在国家赔偿诉讼上，允许利用损害赔偿请求。但对于国家赔偿诉讼，在解释上，是应将指定机关本身作为公共团体列为被告进而承担损害赔偿赔偿责任呢，还是应将权限委任给指定机关的行政主体作为被告，而指定机关应视为该行政主体的“公务员”呢？在这一问题上，学说上存在分歧。最近最高法院对于与此相关的事件作出了如下决定：把以指定确认检查机关为被告的建筑确认处分撤销诉讼改为以对建筑物具有建筑确认权限的建筑主事所属的地方公共团体为被告的国家赔偿诉讼。^⑥也就是说，对于私人对建筑的确认问题，应由原本对该建

④ 所谓 PFI (Private Finance Initiative)，即私人主动融资，指利用私人的资金、人员、技术和管理优势进行公共项目的投资、开发与建设与经营，政府可以购买私人的产品和服务，也可以合营方式或者以授予私营部门收费特权的形式出现。这是继 BOT 之后又一优化和创新的公共项目融资模式，其目的在于解决基础设施以及公益项目的投资问题。——校者注

⑤ 如横滨地方法院 2005 年 11 月 30 日判决（《判例地方自治》第 277 号，第 31 页），便是将原来的以指定确认检查机关为被告的取消建筑确认诉讼改为以横滨市为被告的国家赔偿请求的判决。

⑥ 最高法院 2005 年 6 月 24 日决定（《判例时报》第 1904 号，第 69 页）。

筑物具有建筑确认权限的地方公共团体作为建筑确认事务的归属主体，承担国家赔偿责任。但笔者认为，与过去典型的指定机关不同，地方公共团体对于指定确认检查机关的活动可以不承担国家赔偿责任，故而在此事件中不应认可诉的变更。^⑦ 诸如此类的围绕私人行政的学说及判例，在今后将进一步展开。

在本书出版后，笔者在“私人行政”方面还发表了下列一些研究成果：

1. 《建築基準法改正と指定機関制度の変容》（建筑基准法的修改与指定机关制度的变化），载《政策科学》第7卷第3号（2000年3月），253～271页。http://www.ps.ritsumei.ac.jp/assoc/policy_science/073/07319.pdf

2. 《第三者認証機関論—第三者機関の公共性とその担保—》（第三者认证机构论——第三者机构的公共性及其保证），载神长勋等编：“室井力先生古稀纪念”《公共性的法律构造》（劲草书房、2004年11月），97～125页。

3. 《“民”による権力行使—私人による権力行使の諸相とその法的統制—》（“民间”行使权力——私人行使权力的形态及其统制），载小林武、见上崇洋、安本典夫编：《“民”による行政》（“民间”行政）（法律文化社、2005年4月），52～80页。

4. 《指定確認検査機関の行った建築確認についての損害賠償責任主体（国家賠償）責任の主体》（关于指定确认检查机关确认建筑的损害赔偿 responsibility 主体（国家赔偿）责任的主体），载《民商法杂志》第133卷第4・5号（2006年2月），860～866页。

5. 《行政的機能を担当する民間団体（組織）—私人による行政権限の行使とその法的統制—》（担当行政功能的民间团体（组织）——私人行使行政权限及其法的统制），东亚行政法学会第七届学术大会报告（中国杭州市、2006年11月11～12日），载

^⑦ 后来也出现了与笔者观点相同的判决。即东京高等法院2009年3月25日判决（东京高等法院受理的控诉审案件号：2008年（ネ）3017号）。

胡建森主编：《公共行政组织及其法律规制暨行政征收与权利保护》，浙江大学出版社 2008 年版，68～88 页。

6. 《行政の民营化・民間委託と行政救済法》（行政的民营化、民间委托与行政救济法），载《法律时报》第 79 卷第 9 号（2007 年 8 月），35～41 页。

7. 《行政の多元化と行政責任》（行政的多元化与行政责任），载矶部力等编：《行政法的新构想Ⅲ 行政救济法》（有斐阁、2008 年 12 月），305～322 页。

在日本，本书所介绍的内容以及笔者在此后所继续研究的上述课题，还有待于今后的学说与判例进一步深入展开。期待本书能够为将利用私人资源的行政现象纳入法制轨道而奠定基础。同时，对于为翻译此书而付出辛劳的中国行政法学者表示由衷的谢意。

米丸恒治

2009 年 10 月 20 日

于日本国神户大学六甲台校区

序

从研究生涯的初期开始，“通过私人的行政”就是我研究的一个重要课题。本书正是围绕该课题，从法的统制的角度出发，将对日德两国所作的比较研究集结而成。

在日本，“私人行政”这一课题尚不为人所熟知，即使在行政法研究者中亦是如此。在行政法文献中，虽然在委任行政中存在委任私人行使公权力的例子，但对它所作的理论阐述和定位研究却一直是滞后的。依据 1993 年制定的《行政程序法》第 4 条的排除适用条款，“依据法律的规定，被指定行使全部或者部分行政事务者”即所谓指定机关的监督处分，有一部分不适用《行政程序法》。至此，可以说即使在行政法的一般理论领域内，也有了研究这一课题的必要性。

另一方面，日本在讨论行政改革问题时，开始一般性地使用民间委托、民营化这样的用语。本书所研究的“私人行政”现象本身，便与被民营化、被委托民间的行政活动关联密切。不过，这一现象是指被委托的事务本身虽然保持“行政”事务不变，实际实施该事务的却是“私人”。也就是说，委托给民间的功能自身虽然属于行政，属于公共性极高的活动，却是通过私人开展的。因此，只要“私人行政”仍是行政，就应该适用为行政所预设的各种各样的法的统制手段。只有充分确保这种法的统制，才能允许私人实施这种活动。

本书明确了德国在进行私化（Privatisierung）时，“私人行政”是如何形成和展开的，并以行政改革的各个领域为单位，逐一调查和讨论了对该现象进行法律统制的行政法、行政法学的制

度以及法律理论的形成过程。进而对日本存在的同样的现象进行比较,对其(主要是以指定机关制度为中心)进行法律定位。

通读各章的标题会发现,“私人行政”现象,主要是在近年的行政改革浪潮中逐渐得到运用的,和有关的行政改革具有密不可分的关系。在以下的叙述中,我将具体论述德国行政改革的背景和实际情况,并重点分析其法统制的制度和相关的争论。这样的安排有助于在讨论日本行政改革的特征和存在问题时形成参照。

本书全部内容可概括如下。

第一编讨论德国“私人行政”的现状及其法统制的体系结构。

第一,第一章以“私人行政”现象在德国的展开为前提,整理分析德国行政改革的动向,第三章以后各章对各个具体的行政领域进行探讨,阐明“私人行政”的背景。第二章选取了对私人的行政权限委任(Beleihung,本书从历史性脉络角度称之为“特许”)制度,该制度的目的在于规范“私人行政”现象,施以法的统制。将行政权限委任给私人,是指委任给私人本不享有的行政权限,从这一点看,和过去有关特许的争议是相同的。但现在,在行政法上,它作为一般性的制度或者概念,即使在行政法的一般性文献上也有出现。第二章将尽可能客观地整理这种委任私人行政权限的制度,同时还准备明晰以下问题:由于这种制度,行政体、私人和承担行政权限的私人(本书称之为特许者)之间建立了一种什么样的法律关系,他们各自受到了怎样的法律规制,如何处理行政程序法和行政救济法的适用问题,以及德国所考虑的特许在宪法上的界限。

第二,第二章以各行政领域的具体事例为例,明确了委任私人行政权限是如何在各种行政领域具体展开的。第三章的以后各章,整体分为规制行政、助成行政、公物行政和财源筹集、行政改革和人事行政四个部分。在这些行政领域,广泛地运用着委任私人行政权限的制度,“私人行政”得以实现,或者说成为法律争论的对象。

首先,在规制行政领域,第三章以技术监督协会及其公认专

门官员的活动为素材，讨论了该团体及其专门官员在法律上的地位，以及围绕它们展开的学说和判例上的争议。在德国，技术监督协会一向被作为特许者的典型例子，并引发了诸多批判。技术监督协会活动的定位是代行检查、审定行政，它与日本的检查、审定行政及其民营化改革相关联，也常常成为比较的对象。虽然技术监督协会自身的法律构成并非基于法令上明确的权限委任，但在最近的行政改革中，却明确采用了将法令上的行政权限委任给私人的形式，推进行政的私化。第四章和第五章分别探讨了两类事例，一是过去为联邦行政组织、现在却被有限公司化的航空管制行政中，航空管制权限的委任；二是私人辅助作为权力行政典型的警察行政，以及委任给私人的警察行政权限，并分析了规制行政的各个领域中，私人行政及其法的统制的现状。进而，明确规制行政中的“私人行政”，以及为了对它施以法的统制，而将行政权限委任给私人的意义和问题。

在规制行政之后，第六章讨论了在助成行政典型形态的资金助成领域中，通过私人开展的行政补助，和“通过私人的资助行政”的动向。正如联邦财政法中引进特许规定所突出反映出的，特许制度作为私人的中介、分配补助金等的控制制度，正不断得到运用。同样的动向也表现在筹措财源、建设、维护和管理公物的公物行政领域，特别是近年来，在引进民间资本的潮流之中也能够看到（第七章）。本编最后讨论的问题是，在被称为联邦铁路和联邦邮政的联邦公营企业改革和股份公司化活动中，为了保障官员的法律待遇，在官员的法律身份隶属于联邦公社的同时，将官员的人事管理权委任给公司（联邦铁路，第八章），以及将官员的雇用权限委任给股份公司的做法（联邦邮政，第九章）。这里试图讨论德国在联邦铁路改革和邮政改革中，一方面维持了过去官员法上的原则，即认为只有作为公法上法人的行政主体才能雇用官员的原则，另一方面，既保障官员权利又进行行政改革，特许在改革中的意义与问题。

第二编将以德国的“私人行政”作为参照，比较研究了日本

的“私人行政”现象。

指定机关、指定法人等承担行政作用的民间法人过去都隐身于特殊法人的阴影之下，很少成为人们讨论的对象，第一章将结合总务厅的行政监察结果，对民间法人的产生和存在的问题进行概述。其次，第二章将研究日本“私人行政”的典型、在法令上不断增加的“指定机关”及其相关的法律问题。指定机关接受本来的行政机关的权限委任，以自己的名义从事检查、审定、试验、登记等行政上的事务。本书认为，它和平常的行政机关一样，应为行政程序法、行政作用法和行政救济法的规范对象。也就是说，指定机关在实施委任给它的行政权限时，作为行政机关，受行政程序法的规范作出处分，该处分在作用法和救济法上也应与一般行政机关的处分作同样处理，在指定机关行使公权力侵害了权利时，在国家赔偿法上，应该承担原先的行政体赔偿责任。在如此整理了法律上的关系的基础上，也探讨了行政使用指定机关的有关问题。最后，第三章讨论的问题是，指定机关虽然是一个典型，但是，对于由私人代行或者辅助行政功能所开展的行政，也就是本书所说的功能性行政进行法的统制的一个例子，我选取了功能性规制，讨论了对它的法的统制。除了自始至终作为本书讨论对象的对私人的行政权限委任和身为被委任者的特许者、指定机关以外，还存在各种各样的功能性行政现象，本章力图明确对它进行法的统制的必要性及其方法。第三章虽然仅点明了课题，但功能性行政却并不限于对私人的行政权限委任和指定机关，为此，笔者展望了今后的研究课题。

另外，这十年间，在德国和日本发生了有关行政改革的状况和种种争论，本书各章所选取的课题系受其触动、受其强烈影响所作的研究总结。值此次收集整理成书之际，虽试图再次对这些问题进行审视，对近期的改革也作一分析，但最终只是作出了部分的修改。因此，各章存在选择方式粗细不一、论述方法散乱欠缺，企盼读者海涵。

本书的完成得到多方的指导和帮助。

序

我的恩师室井力先生（名古屋经济大学法学部教授）自我进入名古屋大学法学院之后，于公于私均给予指导，我在严谨治学、作为研究者的生活方式等方面受教良多，对先生的感谢无以言表。仅以此书奉上虽然愧对恩师，却也是这十年的一个总结，力争以后作出更好的研究。此外，承蒙村上博先生（香川大学法学部教授）让我参加鹿儿岛大学法文学部的行政法研讨，至今于公于私都受到老师的多方指导。像我这样的人也能忝列研究者的末席，全赖两位老师的指导。另外，承蒙名古屋大学法学部的公法研究会、以室井力先生为代表的官僚制研究会，我进入立命馆大学后的关西行政法研究会的各位老师的诸多指导，借此机会一并表示感谢。

感谢名古屋大学大学院、福岛大学行政社会学部、鹿儿岛大学法文学部、现在的立命馆大学法学部的各位老师、各位学长、同僚为我提供了自由而富有刺激的研究环境。

另外，目前出版要求极为严格，对接纳本书出版的日本评论社、该社第一编辑部的川崎浩、担任本书编辑的冈博之一并表示感谢。

最后，谨将本书献给在鹿儿岛养育我的双亲、支持我研究工作的妻子千津惠和女儿蓝。

虽然国家财政紧张，本书出版仍获得 1998 年度文部省科学研究费补助金“研究成果公开促进费”的资助，谨致谢忱。

米丸恒治

1998 年秋

目 录

CONTENTS

第一编 德国对“私人行政”的法的统制

第一章 行政改革与私化的展开	3
引言	3
第二章 委任私人行使行政权限	21
引言	21
第一节 委任私人行政权限（特许）的制度	25
第二节 委任私人行政权限的界限与法的统制	58
小结	64
第三章 私人的技术监督与“私人行政”论	66
引言	66
第一节 技术监督协会（蒸汽锅炉监督协会） 的建立及其开展的活动	67
第二节 技术监督协会的法律性质和国家监督	82
第三节 技术监督协会及其专门官员活动的法律性质	87
第四节 技术监督协会的检查活动及其基本权利保障	122
小结	132
第四章 航空管制组织改革与“私人行政”论	134
引言	134