

# 法治主义与行政法

## ——在日本的展开\*

盐野宏(著)

闫尔宝(译)

### 一、前言

在日本行政法学中，“法治主义”概念被称为最重要的基本原理之一。例如，在日本国宪法下代表性的行政法教科书田中二郎的《行政法总论》（1957年）中，法治主义与民主主义、福祉国家、司法保障一同被列为现行行政法的基本原理之一（190页）。而且，近年来还出版了以将行政法描绘为法治主义的具体化作为标榜的行政法体系书（高田敏编著·行政法——法治主义的具体化[2001年]）。

当然，这并不意味着法治主义的内容只有一种定义方式，从行政实务和裁判判例来看，行政法学讨论的法治主义还未达到尘埃落定的事实依然存在。基于对法治主义的多方面特性所持的兴趣，笔者在1992年发表了以《法治主义的诸相》为题的论文，在1996年发表了以《法治主义的

---

\* 作者盐野宏，男，日本东京大学名誉教授。

译者闫尔宝，男，南开大学法学院副教授，中国政法大学法学博士，研究领域为行政法、行政诉讼法，代表作有《行政法诚实信用原则研究》、《政府的单方允诺——行政向私法的逃避》、《论违法行政行为的限制性撤销——法律纯洁性与稳定性的张力及其解除》等。E-mail: erbaoyan@hotmail.com

本文最初作为台湾中央研究院法学研究所纪要登载于中研院法学期刊创刊号（2007年3月），后经修改转载于《自治研究》（日本）第83卷11号。

译者特别感谢盐野宏教授慨然授权翻译此文，同时感谢中国人民大学法学院杨建顺教授在百忙之中审阅译稿并帮助联系翻译授权事宜。另外须说明的是，此文为译者在日本中央大学学习一年之后的初译之作，讹误之处在所难免，敬请方家指正。此外，在注释的格式等方面，我们保留了原文的样式。

现状与课题》为题的论文。<sup>[1]</sup>就法治主义而言，此种内在的检讨虽然必要但还不止于此。实际上，法治主义这种论争的对象已成为批判的对象。批判的立论基础是认为只有法的支配才应当是贯穿公法即宪法和行政法的基本原理。如果从比较法的观点来看，与作为日本法治主义理论母体的德国法相对应，法的支配可以从英国法那里找到其渊源。大陆法系和英美法系的交错现象在包括日本在内的东亚各国法制中都很突出，可以认为，日本对法治主义的讨论不只表现出日本公法学的特色，更具有普遍性意义。

## 二、法治主义的原型

日本行政法学中的法治主义一语在旧宪法（明治宪法。1890年——1947年）下就已被使用。<sup>[2]</sup>对于法治主义，在构筑日本近代行政法学基础的美浓部达吉那里作出了以下表述：“法治主义原则的意义是……非基于法律根据，不得以行政作用侵犯人民的自由和财产。换言之，在命令人民承担义务、限制其权利的时候，通常要有法律的规定，行政作用只有依照法律且只在法律规定的范围内才能实施。”<sup>[3]</sup>这一表述无论是在当时还是在现在，都是对法治主义原则最清晰的表述，可称为是法治主义的原型。

不过，美浓部是在以法治行政原则为标题的项目中使用法治主义原则的，在说明过程中，法治主义和法治行政（的原则）作为同义使用。这种用语方法也为后来的日本行政法学所继承。而且，美浓部虽然明确指出法治行政是德语 *Gesetzmäßige Verwaltung* 的译语，却没有明示法治主义的对应德语。虽然难以断定是不是来自美浓部本人，但可以推测该词为日本学者的自造。

虽然美浓部没有直接论及法治主义的学说史根据，但笔者认为该观念来自于近代德国行政法学创始人 Otto Mayer（1846年——1924年）所建构的法律的支配概念。O. Mayer 在法律的支配概念下揭示出法律优先、法律的法规创造力、法律保留三项原则，<sup>[4]</sup>美浓部的法治主义概念则是将重点放在了其中的法律保留进行说明。

可是，美浓部的法治主义原则具有两个特征：其一，从理念上来说是在立足于自由主义。在法律制定过程中，虽然议会参与是当然的前提，但很明确的是，从当时的德国以及日本的立宪君主主义宪法体制来看，该原则并非立足于国民主权原理。其二，美浓部的法治主义概念，就像其用法治行政原则来表现那样，本来的对象限定于行政领域，因此，其并非单单指示自由主义理念，在标示实际行政活动所应遵循的具体标准这种意义上，还具有很强的法律技术性质。总之，美浓部的法治主义理论在方法论上也具有德国法学的特征，是对法教义学（*Rechtsdogmatik*）忠实继承的产物。当然，不能由此得出法治主义原则只停留于自足、封闭的框架内的结论。也就是说，由于法治主义原则是存在于法治国家伞下的原则，随着对法治国家理解的变迁，在谈到法治主义内容变化的时候，是能够从法治主义出发推导出法律保留以外的法律概念和法律原则的。其具体情况留待本稿后述，在此先指出作为法治主义特征的以上两点内容。

## 三、法治主义概念的展开

日本国宪法的制定带来了既有行政法制度的重大变革。特别是天皇主权向国民主权的转换、行政审判制度的废止也具有对法治主义原则产生巨大影响的可能性。即，在新宪法制定后不久，

[1] 盐野宏《法治主义的诸相》（2001年），参照112页以下、141页以下。

[2] 最初使用法治主义这一词语的文献虽不能确定，但在佐佐木惣一·日本行政法论总论（1924年）第59页有“所谓法治主义”这样的记述，由此可知，当时法治主义已被广泛使用。

[3] 美浓部达吉《日本行政法》上卷（1936年），69页。

[4] 参照盐野宏《奥托·迈耶行政法学的构造》（1962年），111页以下。尽管德国宪法体制发生变革，但该概括却依然维持。

田中二郎就将地方分权的确立、行政组织的民主化、法治主义的确立、向司法国家的转换阐发为新宪法下行政法的基本原理。<sup>[5]</sup>虽然法治主义依然被置于行政法基本原理的位置，但其内容却远比美浓部的法治主义原型更加丰富。法治主义具体的实现被列举为基本人权的尊重、立法权优先和责任行政的确立。而且，值得注意的是，行政作用的民主化、权利救济手段的整備、损失补偿制度·国家赔偿制度的整備也被揭示为法治主义原则确立的一环。<sup>[6]</sup>另外，在与向司法国家转换的关系问题上，法治主义原理被理解为由普通法院管辖包括行政事件在内的一切法律上的争讼，据此，田中还指出：“新宪法仿效英美，承认法的支配（rule of law）与法律至上原则（supremacy of law）共同作为司法保障的方针。”<sup>[7]</sup>

不过，在当时情况下，田中所认知的法的支配原理的重点放在了确认普通法院管辖行政事件的宪法权力根据上，是为了克服美浓部达吉所持的新宪法下行政事件诉讼仍不属于司法权范围的见解。对此，维持从前的以抗告诉讼为中心的行政事件的概念被理解为立法政策问题。而且，作为该种理解的制定法根据，可以举出的有民事应急措施法（1947年）、行政事件诉讼特例法（1948年）。<sup>[8]</sup>

这样的行政处分观念以及针对行政处分的撤销诉讼制度，实际上在明治宪法下就被采用，是行政法学的核心法律概念。也就是说，支撑日本行政法学核心法律原则的制定法根据在宪法施行后依然存续。而且，无论是学说还是当时对重建日本法律制度具有极强影响力的美国占领军，都没有提出从法的支配原理来看上述制度属于违宪制度的主张。如果联合国总司令部提出违反法的支配原理即是违宪的见解，前面那些法律就不可能被制定出来。

此后，日本的战后改革告一段落，在1957年出版的田中二郎的《行政法总论》中，法治主义原则以更加洗练的形式得到说明。即，法治主义原理的第一个要素被揭示为基本人权的尊重，此处所说的基本人权指的是市民的自由权，生存权等社会权则被放在福祉国家原理中提出。法治主义原理被揭示的第二个要素虽然与O. Mayer的法律的支配内容相同，但行政作用的民主化问题则未被提及。民主化先于法治主义原理在民主主义原理中得到论述。法治主义原理的第三个要素是裁判救济的充实，其作为司法保障原理再次被提及。以上叙述中完全没有触及法的支配（rule of law）的内容，此点与同书中法治国家的频繁出现形成鲜明对照。<sup>[9]</sup>

#### 四、法治主义批判

日本国宪法下的行政法学通说继续维持和发展了来自德国公法学的法治主义概念，这一事实并不表明英美法中的法的支配原理没有得到日本公法学的关注。从整体情况来看，倒不如说，法的支配属于一个重要的研究对象，在对其进行研究的过程中出现了对法治主义的批判。<sup>[10]</sup>

下面尝试将此种状况分为两个时期来说明：

---

[5] 田中二郎《行政法的基本原理》（1949年），参照58页以下。该书虽出版于1949年，但其基础却是1947年就已在金泽开始的夏期大学讲义。

[6] 田中前揭注[5]，参照198页以下。

[7] 田中前揭注[5]，244页以下。

[8] 田中前揭注[5]，256页以下参照。

[9] 参照田中二郎《行政法总论》，188页以下。法治主义概念在战后日本的代表教科书之一的柳濑良榦《行政法教科书（改订版）》（1963年）18页、21页以下也可以看到。同书就该原则的思想起源被正面揭示为权力分立和国民主权这一点而言，当然是对宪法变革的对应，但将自由主义原则与法治主义一并作为行政法的原则，以及相对于法治主义的形式或程序性解释，而指出其同样是涉及内容和实质的原则这一点而言，柳濑的观点也和田中的法治主义理论一样，可以认为是美浓部法治主义理论的延伸。不过，该书中并没有使用法的支配一语。

[10] 1958年日本公法学会第22次总会上，“法的支配”被选为会议的主题，当时的报告·讨论登载在公法研究第20号上（1959年）。其后，在行政法各个领域，法治主义与法的支配成为饶有兴趣的研究对象被继续讨论。参照：今村成和“依法律行政”与“法的支配”，法律家·行政法的争点（新版）（1990年），14页以下；矶部力“依法律行政”，法律家·行政法的争点（第三版）（2004年），18页以下；中川丈久“从行政法来看日本的法的支配”，日本法哲学学会编：现代社会中的法的支配，法哲学学会年报2005年（2006年），42页以下。

### （一）战后改革期

法治主义批判的开端可回溯到战后比较早的时期。即在 1952 年，行政学者辻清明发表了一篇从法的支配立场出发对标榜法治主义的日本行政法学进行批判的论文。该论文的要点是：在行政法学中，“法治行政”（Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）与“法的支配”（Rule of Law）被等同视之，但两者存在原则性差异；日本国宪法以法的支配原理为基本支柱，法的支配与法治主义具有不同的法律内容；必须作出提升的努力，法治行政才会尽可能达到法的支配。<sup>[11]</sup>

在日本国宪法制定同时，日本的英国法研究获得进展，以揭示英国公法原理而著名的 A.Dicey 的法的支配三原则渐为日本公法学界广为知晓。这三项原则，在后来发表的柳濂论文中作出了如下介绍：“法的优越，即人只受法的支配，而不受法以外的专断权力的支配（第一原则）”；“法的同一，即任何人都要受同一的法的支配，服从同一法院的管辖（第二原则）”；“此处所说的法是具体的裁判判决的结果，而不是抽象的法规范的结果（第三原则）”。

不过，辻并没有讨论 Dicey 三原则的具体内容，而是着眼于 Dicey 对法这种对象所持的见解，对没有将法的内容及其制定过程作为问题的法治主义——此点后来也成为日本形式法治主义的表现——提出批判。对此，柳濂良榦从行政法学的立场出发加以反驳。他虽然在承认法的支配与法治主义之间存在差别这一点上与辻持相同见解，但是指出，辻所说的法的支配的内容大部分属于宪法或者立法政策理论的领域。<sup>[12]</sup>更具体一点说，Dicey 的第一原则与和法治主义作同等表述的法律的支配具有同一意义；与之相对，对与第二原则对立的公法与私法的区别、行政事件观念加以否定的旨趣在日本国宪法里却难以找到；第三原则是关于判例法这种法的渊源的问题，而日本法却不采用英国法意义的判例法。当然，如前面所介绍的那样，辻并不是从 Dicey 的法的支配三原则的具体内容出发对法治主义加以批判的，攻击的不是法治主义在法的制定过程以及制定法的内容方面的问题，因此，从行政法解释学的立场来看，柳濂认为辻提出的问题属于立法政策理论或者法律哲学的任务。

在半个多世纪以前进行的这场争论具有反映新宪法下的改革理念这样的时代背景。这一点可以从日本公法学会第二十二次大会报告中提及这次争论并对法治主义展开批判的鹈饲信成的论述中作出推测。他说：“行政的所有领域受到‘法的支配原理’的规律，根据该原理，彻底从‘法治主义’支配下的旧制度脱离出来是当今日本的要求，就此意义而言，必须尽可能清除与法的支配原理不一致的制度。”<sup>[13]</sup>

另一方面，辻的批判并没有触及在法治主义原理下构筑的体系化的行政法学内部的法技术理论，鹈饲的理解也仅仅止于指出问题，而没有提出建立在法的支配观念上的独立体系。因此，争论本身虽具有理论史意义，却并没有看到以此为基础发展起来的行政法学理论。此后，日本行政法学的很多人还是一边观察德国法治理论的发展一边展开研究。如果辻、鹈饲从撤销诉讼制度、公法与私法的区别违反法的支配原理从而构成违宪对柳濂的反驳再提出反驳的话，日本法治主义理论的发展或许会是另外一种情景。<sup>[13-1]</sup>

[11] 辻清明“法治行政与法的支配”，思想 337 号（1959 年），参照 10 页以下。

[12] 柳濂良榦“法治行政与法的支配——关于辻教授的所论”（1952 年），柳濂·宪法与地方自治（1957 年），141 页以下。

[13] 鹈饲信成“法的支配”，公法研究 20 号（1959 年），16 页。

[13-1] 辻·柳濂争论之后，田中二郎在个别论文中也对法的支配进行了和教科书不同的积极说明。田中二郎“行政指导与法的支配”（1975 年）、田中·司法权的界限（1997 年）就是如此，像标题中所看到的那样，可以明确看出从法的支配角度出发对行政指导加以考察的姿态。而且，虽然他认识到了法治主义与法的支配在沿革、背景、意义内容方面存在的差异（282 页），但另一方面，也强调基于两者的现代行政特质所发挥的共通作用（282 页以下），在具体的叙述中，从见到的“依法律行政”原理或者“法的支配”原则这样的概括方法来看，他并没有将两者对立起来。当然，在行政指导和法律根据的关系上，还是从依法律行政原理出发进行检讨（287 页以下），在论及更广泛的行政适正化的时候，“法的支配”被彻底单独使用，由此可以想见他仍是要让法治主义（依法律行政原理）与法的支配分担不同的职能。由此可以认为，田中对“依法律行政”原理与“法的支配”原则所持的基本理解是，二者在行政法学体系中不一定要立于紧张关系之上，这种认识在辻、柳濂争论之后仍可看到没有发生

由柳濂对辻作出的回答可知，从法的支配原理出发对日本行政法学的批判并没有彻底结束。法的支配原理被视为对行政程序法制的缺陷进行批判的根据。<sup>[14]</sup>但是，这一事实还没有达到代替建立在法治主义理论基础上的田中二郎、柳濂良榦等人的体系著作，换言之，产生新的行政法学体系的程度。连长期关注法的支配原理及其内容并从事行政程序统制研究的杉村敏正，<sup>[15]</sup>在其体系教科书中，<sup>[16]</sup>也是以法治主义为基本原理并使用在该原理上形成的法律概念展开其行政法理论的。

## （二）司法制度改革期

在日本，自1990年代后半期开始处于大规模的行政改革、司法改革过程中。在此期间值得注意的是，司法改革文件中完全没有出现法治主义这一语词，或者说并没有展开对法治主义的批判，而以无视法治主义概念为表现形式，法的支配得到了强调。

也就是说，在桥本内閣下设立的行政改革会议的最终报告（1997年）虽以强化内閣机能为重要课题，但同时也涉及到了与司法的关系问题，其中指出：“在我国推进规制缓和，取消行政的不透明的事前规制，谋求向事后监督·救援型社会转换，获得国际社会信赖、追求繁荣的过程中，只有法的支配才能提供不可或缺的基础。政府也要尽早开始对司法的人的以及制度的基础的整備进行正式检讨。”<sup>[17]</sup>在继之提出的司法制度改革审议会意见书（2001年）中，“法的支配”这一用语一再出现，特别是在包含重新检讨行政事件诉讼法内容的对行政的司法审查的应有状态问题上，以下表述值得注意：“从实现国民权利救济实效化的观点来看，关于行政作用监督机能的现状及其强化的对策问题，在贯穿行政全过程的同时，还要寻求在‘法的支配’基本理念下对司法与行政的各自作用进行综合的多角度的检讨。”<sup>[18]</sup>在这些政府文件中，法的支配是什么没有明确定义。而且，也不清楚从多个领域召集来的会议组成人员在何种程度上就“法的支配”这一用语存在共识。不过，根据该文章或许是基于参与筹划这两次会议的宪法学者佐藤幸治的观点而制作的事实即易于推测出来。实际上，佐藤在其就行政改革会议报告书、司法制度改革审议会意见书所写的论文中也谈到了法的支配的内容。<sup>[19]</sup>

佐藤的论文中虽同样没有对法的支配给出统一定义，但总体上是将正当程序保障和来自法院的具有实效的救济保障作为法的支配制度的核心，作为其支持根据的，是对借助公平的独立的审判正确解决具体案件或争讼为目标的、在经验基础上所形成的法的深深信赖。就政府活动而言，其想法是青睐事后规制。

与之相对，法治主义或法治国家则是在看到社会混乱的情况下，通过制定体现人类理性的抽象的·一般的法律规范来建立秩序，此种考虑问题的方法重视的是事前规制。<sup>[20]</sup>在此意义上，现阶段的法的支配理论可以看作是谋求从社会国家或者社会的法治国家理念下的肥大化政府出发向小政府转换政策的对应产物。<sup>[21]</sup>

---

改变。

[14] 藤田宙靖“德国人的美国公法观”（1986年），藤田·行政法的基础理论上卷（2005年）134页指出，在日本行政法学中也可以广泛看到从法的支配原理出发对法治行政的批判。另外，参照前揭注10的文献。

[15] 参照杉村敏正《法的支配与行政法》（1970年），同《续 法的支配与行政法》（1991年）所收各种论述。

[16] 参照杉村敏正《全订行政法讲义总论（上卷）》（1969年）。

[17] 行政改革事务局OB会编《二十一世纪的日本行政》（1998年），41页以下。

[18] 参照司法制度改革审议会建议书·法律家1208号（2001年）。

[19] 参照佐藤幸治《日本国宪法与“法的支配”》（2002年）。

[20] 参照佐藤·前揭注[19]，32页、64页、93页、205页。

[21] 佐藤幸治提示的法的支配与法治国家的对比体现为土井真一《法的支配与司法权》、佐藤幸治、初宿正典、大石真《宪法五十年的展望II》102页以下的内容，依据的是法治国原理——行政秩序型形成模式与法的支配——司法型秩序形成模式的对比。不过，对于土井的这种图示化，土井自己在其“立宪主义·法的支配·法治国家”法哲学年报2005年（2006年）38页以下，在承认来自各方批判的同时，也指出该种对比是为了讨论整理的方便而只具有一定的模型意义，该种模型化不是要求二者择一，一方面是明确不同模型各自存在的固有构造问题，而解决问题还要从相异的模型所持逻辑中加以具体摄取（在此意义上，佐藤的立论被评价为与土井的意图相反[后出高田论文128页，参照前揭注[13]）。如果是这样的话，可以认为从法的支配出发并不能直接推导出一定的制度

### （三）中间总结

回顾到目前为止所考察的日本国宪法下法治主义与法的支配的议论过程，可以指出以下几点：

第一，从法的支配出发对法治主义的批判在希望彻底变革日本现状时强烈地表现出来。日本国宪法制定后不久出现的法的支配理论就是如此。不过，此后的日本因处于行政主导之下，与追求经济成长的目标相伴，在以福祉国家、社会国家的理念为目标的时代，期待法院进行法创造的法的支配议论逐渐归于沉寂。当时出现的是行政（政府）管理领域的扩大，行政法学关心的问题是法治主义观点出发应该如何进行统制和驾驭，相对于这种状况，来自于宪法学的认为行政管理领域扩大本身违反法的支配这一宪法理念的批判并没有出现。或者可以认为，关于社会国家之下法的支配是一种什么理论的讨论并未发生。而随着日本向成熟社会的过渡和对小政府的追求，国家经济政策的比重逐渐从事前规制向事后规制转移，由此，对批判乃至打破来自法治主义的旧日本体制的法的支配主张开始出现。“法的支配”这一词语相继出现在两个政府文件中的事实，恰恰是其象征。

此时采用的论证逻辑是，在作为批判、攻击对象的法治主义是一种僵硬的、矫正困难的理论，或者说是一种自我发展存在困难的原理这一前提下，除了根据法的支配对其进行矫正之外别无他法。

第二，事前规制向事后规制的转换、通过法院实现对个人权利的实效性保障当然不只是日本的问题。反过来说，社会福祉的充实也不只是欧洲大陆各国的问题，在盎格鲁萨克森各国，社会福祉的充实强化同样是重要的国家政策。虽然如此，这些国家在转移政策重点的时候，却没有展开法治国家和法的支配之间的转换或者说大陆法和英美法之间转换这种形式的讨论。<sup>[22]</sup><sup>[22-1]</sup>相对于这种状况，在日本，法治主义乃至法治国与法的支配的差别却得到了强调，行政、行政法、行政法学从前者向后者转换成为迫切问题。就与外国法的关系来看，则出现了应该排斥大陆法（尤其是德国法）而以英美法（尤其是美国法）为准据的议论。形成这种状况的主要原因，是德国式的明治宪法的废止和美国式的日本国宪法的制定这一日本特有的国情。不过，近代法非本国所产这一点在东亚各国具有共通性，可以认为，日本有关法治主义的讨论可以在此方面提供一种有意义的信息。

第三，如前所述，法的支配理论是在和行政法无关的情况下展开的，由此对以后的行政法学没有带来太大影响，佐藤祖述的以正当程序和实效性裁判救济为核心的法的支配理论，在投射到法律制度时也存在欠缺具体性的问题。毕竟，相比于实定法的原理，法的支配同样要注意发挥“对统治机构和与之有关的法律制度·法律准则所具有的指导机能”。<sup>[23]</sup>对于将具体法律制度或个别法律构造作为问题的行政法学来说，高扬法的支配理念是不能解决问题的。在此意义上，虽然与法治主义相异的法的支配理念的意义已得到充分理解，但日本行政法学的体系书还是

---

结论，日本的宪法理论上对此种模型自身的通用力问题也没有最终结论（参照高田篤“议会制的宪法理论的·宪法科学的省察”，全国宪法研究会编·宪法问题[17]2006年111页以下）。

[22] 否定法治国而向法的支配过渡这样的日本式议论在德国没有出现，此点已在前揭注14揭示的藤田论文中指出。现在此种基本状况也没有发生变化。例如，提出法治国家与法的支配关系的近年的德国文献是 Erhard Denninger, “Rdchtsstaat” oder “Rule of law” — was ist das heute?, in Festschrift für Klaus Lütterssen (2002) S.41ff. 这篇论文中并没有讨论在日本的部分论文中所看到的那种法治国与法的支配的选择问题。相比于探讨二者本质差异的方式，是提出了以自由和平等为核心的欧洲共通的法的支配 (gemeineurop äsche rule of law) 的现代课题。由此，在翻译论文的德语标题时，用的不是“是法治国还是法的支配”，而是用的“法治国乃至法的支配”。当然，在该论文中也认识到了在日本被强调的二者在法律秩序形成过程方面的差异，但也指出，这种差异不会出现通过创造比法的支配具有更高位阶的欧洲概念 (überw übender europ äscher Begriff) 的障碍 (43页)。

[22-1] Erhard Schmidt-Abmann 《行政法理论的基础与课题——作为秩序理念的行政法总论》(日语译 2006年) 一书，用译者的话来说，是“考察德国行政法总论的基础与明确现代社会行政法总论直接面对的课题，在批判既有的德国行政法总论偏差的同时，展望今后行政法前进道路的著作”，但对于 rule of law 却未置一词。著者在 2007年曾来日本，虽然就此有了关于法治国家与法的支配进行询问的机会，但结果却显示著者对此问题完全没有兴趣。

[23] 大滨启吉《法的支配与行政法》，盐野古稀纪念论集上卷 (2001年)，137页。

毫无例外地赋予了法治主义或者说依法行政原理最重要的行政法原理的地位。<sup>[24]</sup>这种状况表明,法治主义不仅是行政法的理念性概念,还能够作为行政法教义学中的核心法律原理存在。法规命令与行政规则的区别、行政行为论(效力论、自由裁量论、瑕疵论、取消[撤回]权的限制论)、行政强制论等各种法律概念都是在和法治主义密切的关联下构成的。另外,无论是源于现代行政的要求,还是与日本的行政风格相关联,在行政实务中被灵活运用新的行政手段,如行政指导、公布制度、给付拒绝等,从法治主义观点出发都可以进行批判性的检讨。

行政法学中针对法的支配展开的法的支配的批判,与到现在为止的日本行政法学以及构成其一部分的 *Rechtsdogmatik* (法教义学)<sup>[25]</sup>的存在理由也有关联。在采用成文法主义的国家, *Rechtsdogmatik* (法教义学)不只限于解释制定法,在立法乃至法学教育方面也发挥着基准作用。虽然不像在德国那样法学和实务(立法、审判、行政)之间存在密切关联,行政法教义学在日本所发挥的重要作用同样不容否认。针对这种状况,可以认为,从法的支配出发不能揭示出行政法学应当发挥何种作用的远景这一事实,是法治主义原理不能为法的支配原理全面让位的一个原因。

不过,当出现法治主义构造能否针对新生的重要课题发挥适切机能的疑问的时候,法治主义的限度的问题就出现了。以下就从法治主义的限度出发选择几个问题点。

## 五、法治主义与正当程序

法治主义的各项原则是针对行政活动是否在法律授权范围之内,即面向行政活动的实体法统制发展起来的。该原理在谋求行政程序的适当性方面考虑较少。明治宪法下的日本行政法学缺少对行政程序的统一法律规范,学术上也只不过是行政行为的瑕疵论中提出了程序瑕疵的问题。<sup>[26]</sup>但是,在日本国宪法之下,英美公法研究获得进展,随着行政程序统制的意义日益明确,行政活动中导入正当程序的要求不断提高。

在此过程中,在日本的公法学中展开了对要求行政活动遵守正当程序的宪法的条文根据的探讨。具体而言,存在着规定刑事程序正当程序的宪法三十一条说和保障幸福追求权的十三条说之间的对立。这些观点都可以说是以英美法作为立论的基础。另一方面,在行政法学中讨论行政程序法原理及其具体适用的适当位置问题并未给予注意。在日本标准的行政法教科书中,行政程序整备的必要性问题虽被指出,但就其内容等问题而言,也仅止于在行政行为论中的行政行为程序瑕疵中被提及。总之,在以法治主义为核心的日本行政法学中不存在讨论行政程序的恰当位置。

笔者在对此前探究宪法学中个别条文(是宪法三十一条,还是十三条)方法的客观性持怀疑态度的同时,尝试着在行政法学体系中寻找讨论行政程序的适切位置。进而,在立于对法治国家程序法的理解基础上的程序法治主义中探求正当程序的宪法根据。如此考虑的理由是,法治国家、法治主义自身并非以个别的宪法条文作为根据,由于法治主义是以确保国民自由为基本理念的原理,因而从既往的对行政活动的实体规范向程序规范的推移作为充实该原理的方法才是符合逻辑的发展。<sup>[27]</sup>另外,在和行政法学体系的关系上,我将行政程序法制放在行政法总论中,于行政立

[24] 这一点同样适用于以美国为研究中心的行政法学者。宇贺克也所著的《美国行政法》(第二版)(2000年)、《行政法概说 II[第二版]》(2006年)都提出以依法律行政原理作为法治主义的基干法理。相对而言,却没有提及法的支配。作为例外,大滨启吉《行政法总论新版》(2006年)虽然对法治主义提出了批判(参照75页以下),并认为只有法的支配原理才是支撑宪法的原理(78页以下),并有意识地尝试重新构建行政法学,但仍然在很多方面继承了以行政行为理论为核心的法治主义的行政法学遗产。

[25] 此处的 *Dogmatik* 虽然是以德国通常的理解为前提,但近来, Martin Ibler, *Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts?*, in *Festschrift für Winfried Brohm* (2002) S.416 将该理解整理为 ein Gefüge von Rechtsbegriffen Lehrsätzen Grundregeln, Einrichtungen, und Prinzipien des Verwaltungsrechts.

[26] 盐野宏“现代行政程序法的诸问题”,参照盐野·法治主义的诸相,207页以下。

[27] 参照盐野宏《行政法 I》(1991年),223页以下,同《行政法 I(第四版)》(2005年),291页。高田敏编著·行

法、行政行为、行政指导等行为形式论之后，作为行政上的一种一般性制度的位置。<sup>[28]</sup>这样，我想就能够将行政程序法和其根据理论一起作为法治主义制度的一环进行理论整合。<sup>[29]</sup>

## 六、法治主义与行政的审判统制

法治主义或者法律支配原则没有直接触及行政活动违反该原则时的矫正问题。但是，要落实法治主义原则，就必须使权利遭受侵害的人能够寻求救济。就此意义而言，行政的审判统制可被理解为当然包含在法治主义原则之中。在大陆法系各国，这种审判的统制由与作为普通法院的司法法院分属不同系统的行政法院来行使乃为通例。与之相对，日本国宪法不再认可行政法院制度，包括行政活动统制在内的一切法律上争讼都交由以最高法院为顶点的司法法院管辖。就此，以此一宪法上的变革为前提，如田中二郎先前指出的那样，从由司法法院进行行政统制这一点出发，即可将日本命名为司法国家。

姑且不论司法国家这种名称是否合适，法治国家原理中包含司法统制的内容这一点还可以从宪法三十二条接受审判的权利得到证实。

但是，司法制度改革审议会意见书中根本没有提到法治主义原理，而是被要求基于“法的支配的基本理念”进行检讨（前出四——二参照），对这个问题，在此有加以检讨的必要。

司法制度改革审议会的文件和行政改革审议会报告书一样，是具有很强政治性的文件，“基本”与“理念”这样的双重用语和“法的支配”结合使用，使得直接描绘出其具体内容存在困难。现在的日本行政诉讼制度的缺陷或许是植根于法治主义，但也不能就此提出全盘否定德国、法国的大陆法系行政诉讼制度而完全模仿美国这样具体的要求。<sup>[30]</sup>

在为实现司法制度改革具体化而设置的司法制度改革推进本部行政诉讼检讨会（2002年2月——2004年1月）上，没有就意见书中提及的法的支配的基本理念是什么、法的支配与法治主义的异同进行概念上的争论。检讨会针对在日本国宪法下发生行政活动侵害国民权利利益的情况，以充实强化行政救济制度是宪法的要求为前提，就“为谋求更具实效性地救济国民权利利益而整备其程序”这一重新检讨行政诉讼的基本观点达成共识，并立足于这一基础进行具体的制度设计。<sup>[31]</sup>而且在这个时候，相对于行政活动的立法已尽可能将规范行政活动作为目标的情况，在作为审判制度的行政诉讼制度中，立法任务的重点却是为能充分发挥司法权本来具有的行政监督机能提供更为有效的空间或手段，在这一点上可以认为已形成共识。这一共识就是检讨会上所说的为法院提供更为开放的空间（open space）。<sup>[32]</sup>这既能被评价为是立于法的支配理念的结果，也能被整理为是具有实效的、概括的权利救济这样的法治国家理念的表现。实际上，司法制度改革推进审

---

政法——作为法治主义的具体化——（2001年）92页也是从实质法治主义的观点出发导入程序统制原理的。在比日本更早制定统一行政程序法典的德国，众所周知，其和日本不同，不是从与法的支配的关系展开讨论的，而是以法治国作为行政程序法理的基础。（日本文献参照海老津俊郎《行政程序法研究》[1991年]，89页以下）。

[28] 参照盐野宏《行政法I（第四版）》（2005年），242页以下。

[29] 针对笔者的想法，奥平康弘·宪法裁判的可能性（1999年）223页提出：“实在不能设想‘程序的法治国’说以及作为其观念的‘程序的法治国’能发挥裁判规范的作用”，“这种学说，以根据‘程序的法治国’观念保障每个市民的权利（主观的法）作为第一要义，我不这样认为”。但是，这种推测是不正确的，在程序法治国原理下，以程序法作为裁判规范并发挥作用为前提，从论述“程序瑕疵与处分效力”来看是很明确的（参照盐野宏《行政法II[第四版]》291页以下）。

[30] 佐藤 前揭注[19]·102页在宪法上的司法权与实定诉讼制度的关系问题上，虽指出最有问题的是行政诉讼制度，但佐藤自己却没有提出具体的制度设计。

[31] 参照行政诉讼检讨会“行政诉讼制度重新检讨的意见”（2004年1月6日·法律家增刊·改正行政事件诉讼法研究[2005年]，235页以下）。当时，从权利利益的实效性救济角度出发还提供了很多外国的制度作为参考。参照法律家·外国法制行政诉讼研究报告·法律家1236号——1250号（2002年——2003年）。

[32] 参照盐野宏“行政诉讼改革的动向”法曹时报56卷3号（2004年），542页以下，桥本博之“行政事件诉讼法改正与行政法学的方法”，自治研究80卷8号（2004年），45页以下，改正行政事件诉讼法研究·法律家增刊，190页以下。

议会意见书所提及的国民的权利利益的实效性保障这一观点，虽然在用词上多少有些不同，却早已在 20 年前以西德为范型的行政法学中被提到过。<sup>[33]</sup>

同样的情况也可用于对改正行政事件诉讼法的评价。按照中川丈久的观点，法的支配意义中虽然有和依法律行政共通的部分，但作为依法律行政所不能涵盖的一点，可以举出对审判的秩序形成机能的重视。<sup>[34]</sup>由此观点出发，改正行政事件诉讼法中有关原告适格和当事人诉讼的新规定（原告适格判定时考虑事项的法定——九条二项的插入、四条中公法上确认诉讼的明确规定）值得受到积极评价。<sup>[35]</sup>诚如前面所指出的，这两项新规定就是开放空间（open space）的具体化。就此意义而言，由前述已经明确，这些规定并不只是法的支配理论产生的结果。不仅如此，中川之所以提出法的支配，按照他的认识，是基于依法律行政原理的冀望已濒临崩溃危机，作为今后发展的方向，应当是寻求新的支柱，而这种新的支柱就是法的支配。<sup>[36]</sup>中川的法的支配的意义基本上来自英美法，当某种法律制度（的适用）遭遇困难的时候，不是进行内在的克服，而是从外国法中寻找解决手段，这种日本法学常常存在的现象此处又一次被看到。<sup>[37]</sup>

## 七、法治主义与国民参与权

以上所述并不意味着根据法治主义原理可以对行政法的所有课题都能处理。

实际上，在行政法总论中也有向法治主义寻求基本立脚点存在困难的部分。因为作为一种思想体系的法治主义立足于自由主义之上，由此，对立足于民主主义的制度建构难以作出积极贡献，换言之，可以说这里存在着法治主义的限度。<sup>[38]</sup>

该典型的例证是信息公开制度。在日本，信息公开制度以实现以民主主义为终极根据的“知的权利”的形式为人们逐渐知晓，1998 年信息公开法（关于行政机关持有信息的公开的法律）被制定出来。这期间，在国家的信息公开法制定过程中，可以明确的是，也有从与“知的权利”存在表里关系的“政府的说明责任”角度寻求信息公开法原理的观点，结果也就有了其被明确写进信息公开法第一条中的经过。<sup>[39]</sup>

虽然此种于法律条文中设置该法律目的的规定（目的规定）是否适当的问题，<sup>[40]</sup>但无论如何，从法治主义原理出发导出知的权利或者说政府的说明责任的法理是困难的。而且，同样的情况也

---

[33] 阿部泰隆《行政救济的实效性》（1985 年）“前言”指出：“行政救济制度是权利利益受到违法不当的行政侵害的平民最后的庇护所。笔者对该制度的期待是，使普通人更容易理解，更方便利用，且须是可以与西德基本法 19 条 4 项的通说解释相匹敌的具有实效的全面保护。”

[34] 参照中川·前揭注[10]，49 页以下。

[35] 参照中川·前揭注[10]，43 页、53 页以下。

[36] 参照中川·前揭注[10]，51 页以下。

[37] 此外，改正行政事件诉讼法制定之前，作为从法的支配观点出发对行政事件诉讼法的改正进行的理论分析，有大滨启吉的“法的支配与行政诉讼”，原田尚彦先生古稀·法治国家与行政诉讼（2004 年）27 页以下，周作彩的“法的支配与行政诉讼制度”，原田古稀 85 页以下。在具体制度改革的提案方面，大滨的论文是以日本的行政行为论中的公定力为焦点展开批判的分析，不过，公定力的理论在日本已经发生了很大的转换，大滨的论文也是从新的技术角度出发，承认公定力理论在撤销诉讼上的意义。周的论文为纠正（改正前的）行政事件诉讼制度构造的缺陷，在法的支配之下检讨行政诉讼应当呈现的状态，与分析法的支配的意义一起，在提出从诉讼对象和诉讼方法两个方面来考察是必要的基础上，认为对前者应当下决心按照“接受审判的权利”的要求，关于后者，则建议并用直接全面审查模式（现行日本法制）和直接限定审查模式（美国司法审查制）。以上观点虽是受到美国历史上形成的现行司法审查现状的启示的产物，但在与法的支配的逻辑关联性上却存在一定问题，这一问题是，在现代行政条件下，对权利利益的实效性救济是否适合的问题，也有必要离开与法的支配的关系来进行检讨。

[38] 矶部·前揭注[10]，行政法的争点 19 页也有这样的表述：依法律行政“本质上是立足于自由主义政治思想的原理，因此，该原理虽然与今天立足于国民主权原理的国家相称，也担负着对行政的民主统制的意义，但从发展过程来看，仍有必要注意和所谓民主主义法理画出一道界限。”

[39] 参照盐野宏《行政法 I[第四版]》，297 页。

[40] 关于目的规定的意义问题，参照盐野宏“关于制定法中目的规定的考察”（1998 年），盐野·法治主义的诸相，44 页以下。

出现在市民参与权、住民诉讼等地方公共团体层面直接民主制的各项制度上。当然，现代民主主义的现象以及所能见到的制度，若追根溯源，就必须注意到，如构成地方自治法规定的住民诉讼基础的美国纳税人诉讼，就是以住民和自治体职员之间的信托关系为基础，说明责任在根本上也存在着委托者与受托者之间的信托关系。总之，考虑法治主义的限度虽有必要，但在超越该限度的时候会找到什么样的原理却决不是一件简单的事情。

行政法律制度中可以指出的法治主义限度的另一个例证是行政立法程序。日本在制定行政程序法的时候（1993年），行政立法程序的导入被搁置下来。虽然对行政立法程序整备必要性的认识在政府部门内部未被普遍接受、导入行政立法程序会阻碍行政效率等考虑是实际上的主要原因，但理论上却能够反映出程序的法治主义原理在制定行政程序法的时候作为立法指导概念的事实。也就是说，在行政立法程序中，不仅保护关系人的主观权利利益，在程序过程中还包含着谋求广大国民参与的要素，此点以立足于自由主义原理的法治主义作为根据是困难的。行政立法程序的指导理念与其说是法治主义，不如说是民主主义，在行政程序法中导入这样的民主主义要素，存在时期尚不成熟的判断。<sup>[41]</sup>

2005年，行政立法程序勉强以公开征集意见程序的名义被导入行政程序法中（三十九条以下）。这一改正即使在行政方面也没有异议而被接受下来的事实，一方面表明法规命令以及包括行政法规则在内的行政立法在实际行政运营中日益占据重要地位这样一种现实，同时也表明，以信息公开法制定为契机，加入法治主义之中的行政过程中国民参与的重要性也已在日本扎根。<sup>[42][42-1]</sup>

当然，一般来说，还有一个应当如何将民主主义价值在行政过程中的实现顺利地导入立足于法治主义原理的行政法教义学的问题。这一点在法治主义原理植根很深的德国得到了深刻论述。<sup>[43]</sup>相对而言，在日本，基于信息公开法制处于以前法治主义的行政法理论框架以外的认识，对其导入宪法的正当化根据的探求被倾注了很大努力，而对其与法治主义关系的问题却以未进行充分讨论而告终。从别的方面来看，这种情况也表明，日本的法治主义根基尚浅，还能够为之提供新的材料。<sup>[44]</sup>

## 八、结语

法治主义作为日本行政法基本原理的地位在日本国宪法下仍继续保留下来。而且，在日本公法学内部也还可随处看到这一事实，这不能被误解为日本行政法学还保留有立宪君主国家的残余。问题并非如此，日本行政法学的重要课题是对以前法治主义下被建构的各种法律概念的存在理由是否与现代的自由主义·民主主义国家相称进行检讨和矫正，这可能是一个需要对之进行逐步雕琢的过程。<sup>[44-1]</sup>

---

[41] 关于行政程序法中行政立法程序的位置问题，参照盐野宏“行政程序法制定的道路”（1992年），盐野·法治主义的诸相，241页以下。关于包括行政立法程序整备在内的行政程序法改正的经过及其意义问题，参照常冈孝好《公共评价与参与权》（2006年），29页以下、62页以下。

[42] 行政立法程序（公开征集意见程序）在导入行政程序法的时候，明确法治主义理念的行政程序法第一条（目的的规定）的条文没有发生变化。这虽可以认为是考虑到了行政立法程序实际上有助于保护利害关系人的权利利益的方面，但不能否认行政立法程序的导入在日本行政程序法制中增加了民主要素的事实。

[42-1] 常冈·前揭注[41]中指出，在为整备行政立法程序而由总务省设置的行政程序法检讨会就行政立法程序的目的问题，尽管将国民适度参与行政判断过程和确保行政运营公正和提高透明度相并列，但是在改正法中该观念被废除，同时，在国会审议过程中，政府就与行政立法程序目的的关系进行的答辩既没有提到国民参加的问题，也没有进入对这个问题的讨论。这一点作为事实关系的把握虽然正确，但是，上述事实不应被理解为改正法客观上排除参加要素、民主要素的导入。就目的规定包含了该法律所服务的全部价值问题，参照盐野·前揭注[40]，63页。

[43] 前揭注[25]的Ibler论文就是从正面提出这个问题的论文。

[44] 提出这个问题是本稿的“前言”中谈到的拙稿。

[44-1] 笔者提出的行政过程论（盐野宏“行政过程总说”，盐野·行政过程与其统制[1998年]，3页以下）也有在此方面进行尝试的一面。

这个过程中发挥重大作用的是法的支配原理。原本由移植外国法（尤其是德国法）起步的日本行政法·行政法学敏感于外国法的刺激虽属当然，但从法的支配观点出发对法治主义进行的批判却不只限于从外国法引入个别法律制度这样的局部问题，而是具有作为事关行政法全局的问题被提出的特色。

至此，日本的法治主义不能向法的支配全面转换的理由已经进行了考察，在此不再重复，不过，在包括日本在内的原本不存在固有的近代法发展史的东亚各国，如何实现与外国法的交流一直是近代化开始以来的课题。另一方面，相对于往往固守本国法制的欧美各国而言，东亚各国的法学研究人员不应只满足于从外国法的“坍塌”中“剪裁”欧美各国的法律制度，在完成近代法整备之后的时期，欧美各国所期待的是创造出困难的新型法律制度，可以说，作为其前提的比较法研究更值得期待。

（初审编辑：毛玮）