

日本行政法入门

第四版

[日]藤田宙靖◎著

杨 桐◎译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

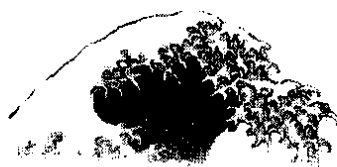
上架建议 行政法

ISBN 978-7-5093-3126-2



9 787509 331262 >

定价：16.00元



日本行政法入门

第四版

[日]藤田宙靖◎著

杨 桐◎译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

日本行政法入门 / (日) 藤田宙靖著; 杨桐译. —北京: 中国法制出版社, 2011. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3126 - 2

I. ①日… II. ①藤… ②杨… III. ①行政法 - 日本
IV. ①D931. 321

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 186117 号

策划编辑 陈晟 (legalcc@163.com)

封面设计 杨泽江

日本行政法入门

RIBEN XINGZHENGFA RUMEN

著者/(日) 藤田宙靖

译者/杨桐

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2012 年 5 月第 1 版

印张/6 5 字数/149 千

2012 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3126 - 2

定价: 16.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66066620

市场营销部电话: 010 - 66017726

邮购部电话: 010 - 66033288

前 言

在法律、法律学中,存在宪法(学)、民法(学)、刑法(学)等各种学科领域,这与物理学、工学中存在机械、电气、流体力学一样。宪法(学)、民法(学)、刑法(学)再加上商法、民事诉讼法、刑事诉讼法共六个领域,一般称为“六法”,是最基本的领域。例如在司法考试中,前面的三科(即宪法、民法、刑法)很早就作为择一式^①考试的必考科目了;后面的三科(即商法、民事诉讼法、刑事诉讼法)也在论文式的考试中成为必考的科目。现在的《六法全书》——这种法令集,其名称最初就是由此而来。

人们对于“六法”也许不甚了解,但是

^① 择一式——从两个或两个以上中选一,择一。

例如“基本人权”、“放弃战争”、“三权分立”(宪法)、“合同^①”、“继承”(民法)、“杀人”、“盗窃”(刑法)、“股份公司”、“票据和支票”(商法)、或者“证据调查”、“口头辩论”(民事诉讼法、刑事诉讼法)等可能会有所耳闻。

“行政法”和民法、刑法等并列作为法律的一个领域而存在。在大学的法学院开设了“行政法”课程,而且将“行政法”作为研究专业的教师很多(我以前就是这样)。但是不管怎么样,行政法并不像“六法”那样有名,即使是在司法考试中,很久以来也只不过是作为论文式考试的选择科目之一而已。从平成12年(2000年)开始,行政法终于被置于从考试科目中取消的窘境。而且行政法到底是什么领域,恐怕一般人也很难猜测。即使进入法学院,首先教授的也是六法,即宪法、民法、刑法等等,行政法是到了高年级以后才开始教授的课程。这时,很多学生对法律学的学习已经厌烦,走出大学校门后也不想回来了。可是无论国家公务员也好,地方公务员也好,凡是要参加公务员考试的,行政法都是必修科目,很多人是为了当公务员,在没办法的情况下,才去听行政法课程的。(不过在平成16年,即2004年开始重新修改的法学研究生院“社会人学生”^②的新司法考试中,行政法再次登场,情况可能会有所变化)。

“行政法”到底是什么样的领域,坦白地说,在学生时代我就认为行政法毫无意思,而且总旷课。然而,几十年过去了,我成了行政法专家,并撰写了《行政法入门》等著作,连自己都感到很惊讶。之所以能成为现在这样,我想是应该有一天在什么

① 契约——即合同

② 社会人——硕士研究生的一种。

地方,突然感觉到行政法的妙处所在了吧。

如果在学生时代就听到了这样的说辞,也许从一开始我就会对行政法抱有兴趣,并且怀着撰写这样的著作的想法,对日本行政法(和行政法学)的大概情况做些什么了。对于我来说这毕竟是有意义的事,但我不敢说对于今后将要看到这本书的诸位来说也一定有意义。如果对于大多数人来说,为了打发时间阅读这本书且没什么损失的话,那我就高兴之至了。

2005 年 2 月

目 录

第一章 什么是行政法 / 1

一、行政法与行政法理论 / 1

二、行政法理论和“行政” / 4

三、第一章的总结 / 11

第二章 行政法上的法关系 / 13

一、行政的外部关系 / 13

二、行政的内部关系 / 16

三、行政机关和行政机关之间的法关系 / 21

四、行政主体和行政主体之间的法关系 / 25

第三章 依法行政原理 / 27

一、什么是“依法行政原理” / 27

二、“依法行政原理”的具体内容 / 30

三、“法律保留原则”的适用范围 / 34

第四章 依法行政原理的例外与界限 / 37

一、问题的所在 / 37

二、依法行政原理的“例外”——自由裁量论 / 39

1. 什么是自由裁量 / 39

2. 羁束行为与自由裁量行为的判别标准 / 45

三、依法行政原理的“界限” / 47

第五章 行政过程的私人参加 / 51

一、行政的事前程序及其作用 / 51

二、日本行政法与行政的事前程序 / 54

三、情报公开制度 / 60

四、个人情报保护制度 / 64

第六章 行政行为——其一 / 67

“行政行为”的概念 / 67

第七章 行政行为——其二 / 77

一、行政行为的诸效力 / 77

二、行政行为的取消与撤回 / 85

三、行政行为的瑕疵——特别是行政行为的“无效” / 92

第八章 行政立法 / 98

一、行政立法与“依法行政原理” / 98

- 二、行政立法的种类 / 99
- 三、法规命令的法的性质 / 101
- 四、行政规则的法的性质 / 102

第九章 行政的非权力活动形式 / 106

- 一、合同 / 106
- 二、行政指导 / 110

第十章 行政实效性的确保 / 118

- 一、行政上的强制执行 / 118
 - 1. 概说 / 118
 - 2. 日本现行法上的强制执行制度 / 120
- 二、间接强制制度 / 123
 - 1. 行政处罚 / 123
 - 2. 其他间接强制手段 / 125
- 三、即时强制和行政调查 / 128
 - 1. 即时强制 / 128
 - 2. 行政调查 / 130

第十一章 行政诉讼——其一 / 134

- 一、日本行政诉讼制度的基本特征 / 134
- 二、行政事件诉讼法规定的诸制度(一)——诉讼类型 / 138
 - 1. 抗告诉讼 / 139
 - 2. 当事者诉讼 / 147
 - 3. 民众诉讼 / 149

4. 机关诉讼 / 152

第十二章 行政诉讼——其二 / 154

- 一、行政事件诉讼法规定的诸制度(二)——诉讼要件 / 154
- 二、行政事件诉讼法规定的诸制度(三)——停止执行的问题
/ 161

第十三章 行政上的不服申诉制度 / 165

- 一、行政上的不服申诉制度的意义 / 165
- 二、行政不服审查法规定的不服申诉制度 / 167
- 三、行政审判制度 / 173

第十四章 国家赔偿法——其一 / 176

- 一、国家赔偿制度的意义 / 176
- 二、因公权力行使产生的损害赔偿(《国家赔偿法》第 1 条) / 179

第十五章 国家赔偿法——其二 / 188

- 一、因公共设施的设置或管理瑕疵的损害赔偿(《国家赔偿法》第 2 条) / 188
- 二、其他被害补偿制度 / 193
- 三、各种制度间必要的平衡 / 195

参考文献 / 197

第一章 什么是行政法

一、行政法与行政法理论

被称为“行政法”的法律并不存在

在行政法入门的开头就阐述这个问题,恐怕很多人会感到惊讶,但是事实的确如此。像《宪法》第9条、《民法》第709条、《刑法》第199条那样的行政法第某某条是不存在的。

在六法全书中,像国家行政组织法、行政程序法^①、行政代执行法^②、行政不服审查

① 行政程序法——是关于处分、行政指导以及申报程序的法律,通过对共同事项的规定以确保行政运营的公正性和透明性,从而保护国民的权利利益。

② 行政代执行法——是为了确保行政上的义务的履行,在没有其他法律规定的情况下适用该法律。当义务人不履行依据法律所负有的义务或者是不履行行政厅(即日本的行政机构,是行政官厅的略语。见后)根据该法律所命令实施的行为(仅限于他人可以代替的行为),且通过其他手段不能确保履行,而不履行违反公共利益,在这种情况下,该行政厅本身实施义务人应该实施的行为,或命令第三者实施该行为,费用由义务人承担的法律。

法^①、行政事件诉讼法^②、关于行政机关所保有的情报公开的法律(所谓情报公开法)那样,冠以“行政”一词的法律有一些,这些的确是行政法律关系中重要的法律,因此也将是本书经常出现的法律。但是到此行政法并没有结束。学者们正在尝试创建以国家公务员法、警察法、关于风俗营业等规制以及业务合理化的法律(所谓风俗法)、土地收用法^③、都市计划法、建筑基准法^④、所得税法、法人税法等为起点,具有其他名称和内容的、可以称为“无数”法令规定的,这样的“行政法”领域。

行政法理论的含义

为什么可以从这些种类杂多的法令群中归纳出“行政法”——这一法领域(法体系)呢?结论就是这种“理论”是思考出来的。

在夜空中,我们可以看见闪烁的群星杂乱无章地排序着。很久以前就有人对此进行了观察,但实际上这些星星并不是毫无关系地存在着,而是以“太阳系”和“银河系”的形式,并按着其中固有的规律转动着。而揭开这个奥秘的“万有引力定律”、“相对论”是为了毫无矛盾地阐述这些星星在现实中是如何运动的这一事实并经过人的大脑思考出来的一种理论而已。“行

① 行政不服审查法——是针对行政厅的违法或不当的处分及其他公权力行使的行为,是为了广泛地开辟国民对于行政厅的不服申诉的途径,以简捷迅速的程序对国民的权利利益进行救济,确保行政适当运行的法律。相当于中国的行政复议法。

② 行政事件诉讼法——本法所说的“行政事件诉讼”包括抗告诉讼、当事者诉讼、民众诉讼以及机关诉讼。

③ 土地收用法——即土地征用法。

④ 建筑基准法——即建筑标注法。

政法”与“行政法理论”的关系与此相同。刚才所提到的很多法令规定可以看作是夜空中的群星,如果把“行政法”看作是“太阳系”的话,就应该存在与“万有引力定律”相当的“理论”,这种意义上的“理论(法理论)”也就是今后(主要在第三章以后)要阐述的“行政法理论”。

日本行政法理论的基本性质(特性)

旭日东升,在天空绕行一周以后,傍晚消逝在地平线下,这时月亮还有无数颗星星便开始闪烁。为什么会出现这种现象,太阳和月亮的运转有什么意义呢?对此,很久以前许多人便开始了研究。例如在古代社会,可以说在太阳神休息了以后,夜晚女神就统治了天空;而在中世纪社会则认为,地球是在天体中旋转的。但是随着万有引力定律的出现,以地球为中心的行星围绕着太阳旋转,对于这种说法已经很少有人抱有怀疑了。行政法与行政法理论的关系也恰好如此。对于许多法规定为什么存在,各自具有什么含义,存在着不同的观点。但是行政法学毕竟不是天文学,在各个国家,行政法和行政法理论都是以当时的政治和社会情形为背景而逐渐积累发展起来的,当然因国家的不同,其具体内容也不一样。例如后面将要阐述的“依法行政原理”的内容,这在以建立行政法这个太阳系为基本原则的德国和在以“法的支配”或“适当的法律程序”作为重要原则的英国、美国是有很大差异的。乍一看是一样的法律规定,但因采用的观点不同其内容也有所不同。日本的行政法是明治维新以后才开始出现并发展起来的。最初受德国法的影响很大,但在第二次世界大战后,主要是受美国法的影响并加

以吸收的,所以不得不说现在的日本行政法是非常复杂的。关于日本的行政法理论乃至行政法的基本构造——这种最根本的问题,在学者中仍存在着争议,这是实际情况。

不管怎样,对于即将学习行政法的诸位来说以后要遇到的困难会比我们这些行政法学者要多,但是初学者还没有掌握如此高深的专业知识的必要。总之,尽可能地明白并掌握行政法的概要就可以了。本书中虽然存在着前面所阐述的问题,但是目前首先要考虑的是建立日本行政法的理论框架,阐明源自德国行政法的“依法行政原理”为中心的理论体系的梗概,在此基础上根据现实情况,认清传统的行政法理论体系存在的问题并加以修改,这是必须搞清楚的问题。但愿这些能为广大读者了解日本的行政法,并为深入、详细地学习行政法提供一些方法。

二、行政法理论和“行政”

什么是“行政”

“行政法”不就是“关于行政的法”吗?如果这样的话,那么要知道什么是“行政法”,了解什么是“行政”不就可以了吗?其道理实在是简单明了。但实际上正是因为这种想法,所以在行政法学中关于这个问题还存在争议。但是这些争议是否有必要呢?

例如关于“行政”有这样的著名定义:“近代国家的行政是在法律的支配下,受法律限制的同时以积极实现具体的国家目的为目标,具有统一性的连续形成的全部国家活动”。

实际上这是我的已故恩师田中二郎先生所下的定义。从理论上来看这是非常费心的杰作,但是坦率地说,作为行政法课程的初始,出现这样复杂的定义,大多数人就会因此失去了学习行政法的热情,学生时代的我就是这样。但是现在我认为,按照那个时候的经验,并不需要弄懂这么难的问题。关于什么是行政,如果能够想到财务省、经济产业省、国土交通省、厚生劳动省^①这些国家级省厅和都、道、府、县^②的县厅^③以及市町村^④的役所^⑤等行政机关平时所进行的各种活动,就目前来讲已足够了。而且对高中社会科^⑥存有记忆的人,如果能区分作为国家三种作用的立法、司法、行政(或称为三权)的话,已经足够了。在这里更为重要的恐怕是要从行政法的角度来看各种行政活动,以及对行政活动中问题的看法,并能够理解。对此稍后再作详细说明。

例如从科学的角度来思考“什么是人类”时,必须要考虑什么问题呢?如果从化学的角度来看人体的物质构成,那么就必須分别以构成“人类”身体的碳、氮、氢和钙元素作为研究对象。但是如果问题在于“人类”与其他动物之间决定性的区别的话,

① 日本的省——是指中央政府的官厅,相当于中国的部、委员会。厚生省是日本以促进社会福利和社会保险、公共卫生事业的发展和提高为任务的国家行政机关。平成13年(2001年)与劳动省合并为厚生劳动省。劳动省是日本主管劳动行政的中央机关,平成13年(2001年)因省厅改革,并入厚生省。

② 日本的都道府县——是日本对1都(东京)、1道(北海道)、2府(大阪、京都)和43县的总称。

③ 日本的县厅——是指县公署、县政府,是处理县行政事务的机关。

④ 日本的市町村——是日本都道府县之下的地方自治体。

⑤ 日本的役所——是指官署、官厅、机关。

⑥ 社会科——是日本小学、初中、高中的教学科目之一。传授对社会生活的正确理解。包括政治、历史、地理经济等。

那么尝试这种事情就没有意义了。重要的是在一定条件下,人类在精神上是如何反应的,是心理学的考察问题。这样一来“人类”既可以看作是由“数量很多的分子和元素的结合物”,又可以看作是由“肌肉、骨头和血管等构成的生物”。另外根据不同的观点,还可以看作是“具有高度精神活动能力的生物”。因此对于“人类”这一概念而言,因不同的观点和不同的目的其内容而有所不同。关于“行政”可以说与此是完全一致的。日本的行政法理论是以行政为主(不是“肉体”),以“行政主体”的概念(不是“精神活动”)、“活动形式”的概念为中心的。关于这个问题稍后将作详细说明。

“行政主体”的概念

先来看一个行政活动的例子。即在为一般市民提供交通便利的道路建设的情况下,如果是国家(国土交通省)、地方公共团体(都道府县)建设道路的话,很显然这就是“行政活动”的一部分。但是,如果是所谓的民间开发商建造新的住宅团地^①,在团地内铺设道路又如何呢?在这种情况下,道路建设关乎到多数人的利益(公共的利益),而道路建设的合适与否受到都道府县知事^②等行政机关的监督(许可等),这种监督本身确实可以称为行政活动,但是从开发商的道路建设行为来看,一般来讲这种行为不是“行政活动”,而是一种民间企业的“盈利事

① 团地——住宅区、工业区。是指有计划地将具有一定用途的建筑物或设施等集中起来建造的地区。

② 知事——这里是指都,道,府,县的长官。例如东京都知事。

业”。因为民间开发商是民间的开发者,不是国家也不是地方公共团体和其他开发者,这种关系不仅存在于道路建设,国立学校进行的教育活动与私立学校进行的教育活动之间也一样,另外还有与我们市民的日常生活密切相关的各种事业,如水道、光热、食品、住宅等的供给,交通、运输、流通网的配备保障,医疗、保健、卫生事业的实施与充实等等,也广泛存在这种关系。

这样一来,即使进行同样内容的活动,有的被看作“行政活动”,在行政法学中实施这种行为的人称为“行政主体”。在这种意义上作为“行政主体”的(法主体),除了国家、地方公共团体等以外,还包括例如住宅金融公库、日本道路公团、以及各种公库^①、公团^②等等。最近国家的行政改革所产生的各种“独立行政法人^③”也是行政主体。与此相应,一般公司(私企业)与个人一样,不认为具有“行政主体”性质(法主体),被称为“私法主体”或“私人”。

行政法上的法关系

在行政法学(行政法理论)的各种“行政”活动中,其主要内容是“行政主体”和“私人”之间的关系。一般来讲,“行政

① 公库——公营贷款机构,日本由政府全额出资的公法人,政府金融机构的一种。有住宅金融公库、中小企业金融公库和国民金融公库。

② 公团——是日本为推动国家性质的事业的发展而由政府全额出资设立的特殊法人。如日本道路公团等。

③ 独立的行政法人——是指从日本的行政机关省厅独立出来的法人组织,且担负着一部分公共事务,从公共的立场出发,负责实施一些事务及国家事业,对于国民生活的安定及社会和经济的健全发展起到一定的作用。

主体”和“私人”之间的相互关系称为“行政的外部关系”，而规范这种关系的行政法特别称为“行政作用法”。为什么称为“外部关系”还叫“作用法”呢？因为另外还存在着“内部关系”和“组织法”。也就是说无论是国家还是地方公共团体，“行政主体”本身是靠大多数人形成的组织体，形成这种组织体的人与人之间还存在着“关系”和“法关系”。而这种人与人之间的相互关系一般称为“行政的内部关系”，规范这种关系的行政法称为“行政组织法”。关于这个问题将在第二章再作详细说明。

“活动形式”的概念

下面将要涉及到的是与“行政主体”同样重要的另一个概念，即刚才所涉及到的“活动形式”。

“行政主体”进行活动时，实际上是通过各种方式与市民（也就是前面所说的“私人”）接触的。例如刚才所说的国家要建设道路时，需将土地从现在的土地所有人（私人）手中移交过来。在这种情况下，日本现在有土地收用法，由收用委员会——这个行政机关作出“收用裁决”，假如土地所有人不同意，国家也可以单方面强制性地接收该土地。像道路这样的公共设施对于大多数国民来说都是必要的，仅仅因为一个人——恰巧是土地持有人的反对，这种设施建设就无法进行，那就太得不偿失了。实际上，为了建设公共设施，国家和公共团体并非经常使用征收土地这种权力措施。一般来讲，宁可先同土地所有人进行交涉，在就土地的价格达成一致意见的基础上，依照民法规定签定“买卖合同”，以此来解决问题（这种事件通常

称为“任意买卖”)。

还例如,警察除了从事对犯罪的搜查、对犯人的逮捕等工作以外,还从事保卫道路交通安全等许多工作。例如,警察(公安委员会)以发放和取消驾驶执照(所谓“行政处分”)的形式与私人进行接触的行为;警车追赶违反行车速度而逃逸的车辆的行为;还有用武力扼制违法犯罪的行为。除此之外,警察还检查是否设立了交通标志,还进行粘贴海报呼吁安全驾驶等活动。

关于行政主体所进行的诸多行为,行政法学(行政法理论)的焦点是这些行为以什么形式与“私人”的“权利”发生关系?换句话说,就是说这些行为以什么样的形式来影响市民的自由、财产,这是值得注意的问题。从这一着眼点来看,在前面所阐述的各种行政活动中,有时行政主体单方面强制剥夺私人的权利(自由、财产),这是一种(例如征用土地、吊销驾驶执照);有时则并非如此,是在征得私人的同意后才取得权利的(例如公共用地的任意收买);还有时不仅只限于观念上的,也有直接使用权力达到目的情况(例如警车追踪行为)。这样看来,不仅是权利、义务这种强硬的事情,也存在行政主体单纯地对私人“恳请”的场合(例如交通安全协助的例子)。

在行政法学中,历来是以行政主体的各种活动与私人之间的权利、利益的连接形式为出发点,并将行政主体的各种活动分成几种类型来考虑的。本书第六章以后所涉及到的行政行为、行政立法、行政上的强制执行、行政指导的概念,就是这样分类的各种类型行政活动的名称。据此进行的行政活动的类型,一般称为行政的“活动形式”或“行为形式”。

“行政行为”的概念

与此同时,重要的还有行政法学中诸多行政活动形式(行为形式)中的中心(理论上特别重要的)和非中心行为形式,换句话说,即基本的行为形式和次要的行为形式。其中起最重要作用的是“行政行为”——这种行为形式。

“行政行为”就字面意义而言,就是“行政的行为”,但是其结果并不是说行政主体实施的所有行为都是“行政行为”。这里所说的“行政行为”是在所有的行政活动中,具备了特别性质的行为(活动形式)。具体情况将在第六章以后加以说明。像前面所看到的例子,取得公共用地的土地征用裁决、取得及吊销驾驶执照的处分就是这里所说的“行政行为”。此外,从行政法领域来看,粗略地列举一下,如更正处分、决定处分等等所谓的课税处分,建筑基准法上的建筑确认和拆除违法建筑物命令,公务员的免职处分,料理饮食业、旅馆业、公众洗浴业、风俗营业、住宅用地建筑交易业等各种营业执照或许可(所谓的“营业许可”)的取得与营业执照或许可的取消、停止处分等,与日常生活密切相关的许多重要的行政活动都具有这里所说的“行政行为”的性质。

在我们的日常生活中,这些行为常常被称为“处分”。而且实际上与法律特别是第十一章以后所阐述的行政事件诉讼法、行政不服审查法等所说的“处分”的概念有着密切的关系。这个问题,在此暂且不论。具有“行政行为”这种活动形式(行为形式)特征的“特别的性质”到底是什么呢?这一问题也姑且不论(不过,这个问题在理论上有着相当大的难度,现阶段不能完全

理解也无所谓)。

“行政行为”包括：

第一，与政令、省令等所谓的“行政立法”(后面第八章)不同，是以个别、具体的私人为对象而进行的行为。

第二，与助言^①、劝告等所谓的“行政指导”(后面第九章二)不同，是对于私人直接课以法定义务，赋予法定利益的行为。

第三，“行政行为”与拆除违法建筑作业、警车追踪这样的行使实际权力的行为不同，对于课以法定义务、赋予法定权利只停留在理念的效果上。

第四，但是“行政行为”是为了保证法效果的实际效力，以强制手段(强制执行、依罚则的制裁等——后面第十章一、二)为后盾的，所采取的一些形式与私人的法律行为也有所不同，具有“公权力性”。具体情况将在第六章以后再作说明。

三、第一章的总结

综上所述，行政法与宪法、民法、刑法等领域不同，不是以法典为中心，而是由纷杂的法令构成，并且以这些种类繁多的法令为基础，形成一个法的领域，这就是行政法理论。日本的行政法理论基础是受欧洲大陆，特别是德国的影响而形成的。基于这种观点，行政活动最基本的是抓住了“行政主体”和“私人”之间的关系，这种规范“行政的外部关系”的法律，称为“行

^① 助言——建议，从旁教导，出主意。

政作用法”。此外,也还存在着规范“行政主体”的内部组织,即“行政的内部关系”的“行政组织法”领域。和前者相比,其内容明显不同。

“行政主体”是通过各种方式与“私人”接触的。对于行政法理论来讲,行政主体的各种行为对私人的权利、义务产生什么样的影响,这种“活动形式(行为形式)”是什么,这一点意义非常重大。基于这种观点,一直以来被认为最重要的行为方式就是“行政行为”——这种行为形式。

综上所述,日本的行政法学(行政法理论)对于如何把握“行政”和“行政法”已经作了说明,但实际上,现在行政法学中最大的问题是在行政活动中,要用这种基本的方法来把握现阶段日本的行政和行政法的现状,这是根本问题。今天如前面所阐述的那样,历来的“行政”观和现实的行政的存在方式之间存在着差别,而且对于历来的行政法理论的修改也迫在眉睫。关于这种问题的详细情况将在下一章适当地加以说明。但是为了能够正确理解现阶段新出现的诸多复杂的问题,首先要扎扎实实地掌握以上(在某种意义上来讲是古典的)观点的大致内容是非常重要的。

第二章 行政法上的法关系

一、行政的外部关系

各种各样的活动形式

关于“行政的外部关系”在第一章已经阐明了,就是国家、地方公共团体等“行政主体”和个人、企业等所谓“私人”之间的相互关系。而且在这种关系中,行政主体通过各种各样的方式与私人接触,换句话说就是行政活动的形式非常多样,这在第一章已经阐明了。

这里值得注意的是在行政主体所实施的行为(活动形式)中,不仅有行政主体和私人之间的关系,还有私人与私人之间的关系(也就是民事法关系),而且不在少数。例如拖欠税金和强制催缴(所谓税金赋课

征收),土地强制征用(所谓公用收用)等。在这些情况下,国家、地方公共团体(在这里作为这种机关的是税务署长、收用委员会等)不必征得作为行政相对人的纳税人、土地所有人的同意,法律上赋予了最终可以单方面征税和取缔土地所有权的权力,而且如果行政相对人不服从,还可以行使实际权力以达到目的(滞纳处分、让出的代执行)。这与普通市民为了发展事业,为了盖房子向别人借钱购买土地的情况是迥然不同的。与此同时,例如为了修缮国道^①、县道^②,架设桥梁,国家、地方公共团体向建筑公司发出工程招标,这毕竟是由招标的国家、地方公共团体与中标的公司之间签定的工程承包合同,如此类推,这与我们自己家为了建造房屋和建筑公司之间签定合同的情况没有什么区别;还有为了实现同一个目的,避免行政主体和私人之间发生摩擦,尽量避免使用行政行为之类的权力手段,而使用与私人之间的交易行为相同的方法,例如前面所看到的,为了收购公用道路,虽然可以使用法律上所赋予的权力的方法,但是一般来讲,宁可采取与土地所有人协商的方法,并且根据民法上的买卖合同来获得土地。

“公法”和“私法”的概念

从另外一种角度来看,会出现这样的问题,即在规定行政主体与私人之间相互关系的法令中,存在着私人与私人之间绝

① 国道——在日本是指根据公路法、高速公路法规定的干线公路。有高速公路国道和一般国道两种。

② 县道——在日本是指仅次于国道的干线公路,由县知事决定线路,县行政部门实施管理。

对不能适用的法令(如前面例子中的所得税法、法人税法那样的租税法 and 土地收用法等)和私人之间也能够适用的法令(民法、商法等)。而且自古以来在行政法理论中,前者是“有关行政活动固有的法”称为“(关于行政的)公法”;后者是“即使私人之间也适用的法”称为“(关于行政的)私法”,因此,凡是有关行政的法,特别是“有关行政的公法”,才属于行政法。

根据这样的观点,下一个问题当然是在行政活动的各种法律规定中,哪一个是这样意义上的公法,哪一个私法,而且在行政主体的各种活动中,哪些由公法来规范,哪些由私法来规范的问题。实际上这个问题以前曾经作为“公法与私法的区别及其判断标准”,一般情况下,它不仅是行政法也是法律学最重要的课题之一。

在行政法中,公法和私法的问题之所以争论激烈,原因之一就是和审判制度的存在方式有深刻的关系。这以后再作详细阐述(第十一章)。作为行政法的一个重要问题是当进行了不正当的行政活动时,市民如何在法院进行诉讼的问题。关于这一点,如德国、法国等国很早就出现了针对这种诉讼的“行政法院”制度,以便与处理私人之间的民事、刑事争议的普通法院(也称作“通常法院”和“司法法院”)有所区别。在这种制度下,即使是同样的行政活动,根据“公法”进行行政活动所产生的争讼在行政法院提起诉讼;而根据“私法”进行行政活动所产生的诉讼则与私人之间的争议一样,在普通法院提起诉讼。基于这样的观点,例如命令交纳超出应纳税金额的税款,道路建设中被征用的没有必要征用的土地,在这些情况下,在哪个法院进行诉讼呢?为了决定这个问题,理所当然的是必须确定这是“公法”上的问题还是“私法”上的问题。实际上日本明治宪

法时代就曾有过“行政法院”，这的确是必要的（今天的法律也有若干遗迹。参照《行政事件诉讼法》第4条）。但是和德国、法国等国不同，日本原来的“行政法院”已经不存在了，有关行政活动的诉讼包括在普通法院（地方法院、高等法院、最高法院）中。在这种情况下，实际上还有没有必要把区分“公法”和“私法”作为重要的问题来考虑，对此还存在相当大争议。今天即使存在这样的问题，也已经不是行政法学者所关心的对象了。

我认为今天在关于行政外部关系的法的问题中，存在着比“公法和私法的区别”重要得多的问题，用一句话来讲，这就是以“依法行政原理为中心的法治主义原则的适用程度和适用方式的问题”，以及与此相关的“在行政活动中如何保护私人的权利、利益”的问题，这是非常难的问题。下一章再作详细说明。

二、行政的内部关系

历来的行政法理论主要是以行政外部关系法（行政作用法）为中心而发展起来的。对于行政主体的活动而言，保护私人的权利应放在最关心的位置上。本书将从下一章开始阐述这种外部关系的所有问题。但是内部关系并不是不重要，在本章的后半部将对内部关系作详细的阐述。

那么在“行政的内部关系”中到底是怎么样的人之间，什么样的法关系会出现问题呢？下面将按照这个顺序进行阐述。首先必须理解几个专门用语。

“行政机关”的概念(一)

像到目前为止所阐述的那样,国家、地方公共团体等作为“行政主体”,理所当然地成为与私人之间产生的法关系(行政的外部关系)的当事者。但是无论国家、还是都道府县、市町村,毕竟还是一个组织(法人),其本身并不是现实中的人类(自然人)。行政主体为了行使自己的权利和履行自己的义务,必须由很多人采取行动(这与普通公司以公司〈法人〉的身份行使权利、履行义务的情况完全一样)。于是就会出现这些人在这个组织中各自担当什么职务,换句话说就是行政主体对于什么样的事情享有“权限”和负有义务——这样的问题。如果是一个“组织”,那么这个组织是公司还是组合,或者是集体,恐怕也必然会出现这样的问题。而将这样的问题置于“行政主体”之中,则是依照以法律为根据的各种法令(例如如果是国家的话,则是内阁法、内阁府设置法、国家行政组织法、各省的设置法及其实施令等;如果是地方公共团体的话,则是地方自治法、各地方公共团体的条例等)来作出全面详细的规定。其结果是根据这些人享有的权限、承担的责任和义务的不同,区分为内阁总理大臣^①、大臣^②、副大臣、政务官^③、事务次官^④、局长、课长^⑤

① 内阁总理大臣——是指内阁总理。

② 大臣——是指大臣、部长。

③ 政务官——是指日本的政务官吏,辅佐国务大臣,参与政策制定,负责与国会联系的官员,一般由国会议员担任。

④ 事务次官——是指日本的部长助理,事务次官,设于中央各省以及大臣为首长的厅内,协助大臣处理省厅事务,监督各部局及机关工作的国家公务员。

⑤ 课长——是指科长。

……。换句话说,担任这些职务的人是根据法令等设定并给予一定的权限及责任与义务,并以一种法的地位或职位(大臣、次官、局长等)而进行活动,在行政法学中具有这种法的地位的,一般称为“行政机关”。

因此从行政法学的角度来看,行政的内部关系大概是指在此意义上的“行政机关”相互之间的法关系。而且这种法关系所规定的法领域称为(与“行政作用法”相区别)“行政组织法”。

“行政机关”的概念(二)

对于行政组织法(也就是关于行政内部关系的法律)而言最基本的概念是“行政机关”,为了更正确地理解这个问题,我认为有必要对“行政机关”的内容作更进一步的阐述。

(1)“独任制的行政机关”和“合议制的行政机关”

首先,如前所述,“行政机关”是指具有依法令规定的权限与责任义务的一种职位,就任这种职位的人不是一个人(大臣、事务次长、税务署长等),也有由多数人组成的合议体,并赋予其权限与责任及义务的情况(例如内阁、公正交易委员会、都道府县的公安委员会等)。而且后者也就是合议体全体理所当然地作为一个“行政机关”存在着。前者称为“独任制的行政机关”;后者称为“合议制的行政机关”。

(2)“行政厅”和“辅助机关”

第二,根据这些行政机关的职责和所实施的行为(换句话说就是有什么样的权限和责任及义务),理论上可以分为几种,特别是要对“行政厅”和“辅助机关”的区别进行说明。

说到“行政厅”，一般大家会想到财务省、国土交通省和县厅、市役所^①，即所谓的“役所^②”。但是作为行政法理论的专门用语——“行政厅”则与此不同。

“行政厅^③”是以自己的名称，执行行政主体的意思决定，对外（也就是对私人）表现为赋予法律上权限的行政机关。

“行政厅”到底是什么？我们通过具体的例子来加以说明。例如，根据所得税法、继承税法等法律规定，必须向国家纳税，换成法律学的说法，其结果就是国家具有（反过来国民具有向国家纳税的义务——负有租税债务）向国民课税和收税的权利（即有“租税债权”）。在这种情况下，这种权利是谁的权利（租税债权的归属主体是谁？），当然是具有法人格的法律上承认的权利义务主体——“行政主体”国家的权利。

但是在实践中，真正对国民赋课税金、进行强制征收的并不是国家，只不过是一个机关的税务署长的任务（参照《国税通则法》第24条、第25条、第40条等）而已。实际上课税处分、纳税督促等是以“某某税务署长”的名义进行的，这时的税务署长处于“行政厅”的位置。再例如道路交通法所规定的发放驾驶执照、取消驾驶执照、暂停驾驶执照的机关不是都道府县，而是都道府县的公安委员会（《道路交通法》第84条、第103条），这时的公安委员会理所当然地具有“合议制行政厅”的资格。在多数行政机关中，“行政厅”特别是从处于直接左右私人的权利、义务的位置来看，不仅仅是“行政的内部关系”，更重要的是

① 市役所——是指市政府。

② 役所——是指政府机关，官署、官厅。

③ 行政厅——即日本的行政机构，是行政官厅的略语。

“外部关系”(参照如《行政事件诉讼法》第11条)。关于这个问题后面再作详细阐述。

与此相对应,“辅助机关”是指辅助行政厅执行任务或者实际执行行政厅任务的其他行政机关。例如,刚才所说的在法律上税务署长有课税和征税的权利与责任及义务,但实际上税务署长本人并不一定制作全部的纳税资料和扣押财产(这本来也是不可能的),而是由税务署的职员按照所确定的职务相应地来分担。这些职员就是作为“行政厅”税务署长的“辅助机关”来从事这些工作的。

(3)“理论上的行政机关”和“制定法上的行政机关”

第三,与“行政机关”一词有关的且必须注意的除了“行政机关”以外,还有前面所阐述的“行政厅”、“辅助机关”等,这些都是基于理论上的需要,是行政法学中的学术用语,与我们日常生活中使用的词语、还有实际法律条文所使用的词语在词义上未必一样。例如,在“国家行政组织法”中,“省”、“委员会”、“厅”都称为“国家的行政机关”(参照《国家行政组织法》第3条),但是役所(政府机关)并不像前面所阐述的那样,具有“理论上的行政机关”的性质。因为役所(像公正交易委员会、中央劳动委员会等本身具有合议制行政厅性质的除外)分别是由刚才所提到的意义上的行政厅、辅助机关等许多行政机关汇集而成,在这种意义上与“机关”相比更具有“组织体”的性质。但在实际的法律中,将这些称为“行政机关”,可以说是法律用语和学术用语的不一致。为了表示这种区别,在行政法中将国家行政组织法上的这些役所特别称为“国家行政组织法上的行政机关”。

另外,在其他法律中也存在“行政机关”一词。总之,为了与刚才所阐述的“理论上的行政机关”(行政法学中一般把这种

机关单独称为“行政机关”)相区别,我们称之为“制定法上的行政机关”。

公务员

综上所述,“(理论上的)行政机关”是一种“职位”,实际上就任该职位的是现实中的人,这些人是由行政主体发放工资,并且为行政主体工作(也就是与行政主体之间建立了雇佣关系)的。与规定工薪人员等基于雇佣(劳动关系)所产生的权利、义务关系的劳动基准法、劳动组合法等法律相比较,公务员则另有国家公务员法、地方公务员法等法律来特别规定。另外,“公务员”一般是国家或地方公共团体职员身份的概念,但也有例外情况,也有给予其他职员以公务员身份的情况(例如《独立行政法人通则法》第51条)。

历来公务员法上的法关系包含在规定行政内部关系的行政组织法领域内,但是我反对这种观点,我认为根据现在的国家公务员法、地方公务员法,公务员的勤务关系基本上属于外部关系,应该包括在行政作用法领域里。具体情况在此就不赘述了。

三、行政机关和行政机关之间的法关系

基本性质(一)

行政组织法是人们进行活动的同时,为了使这些人作为一个“行政主体”进行活动,针对这些人(行政机关)相互之间的关

系所制定的法(行政组织法)。必须尽可能地将这些行政机关作为一个整体来考虑(作为行政主体的意思),因此有必要先在组织中建立下级机关要忠实服从上级(上级机关)的原则。这就是后面将要看到的“上级机关的指挥监督权”问题。

但是另一方面,关于行政组织的存在方式,行政主体不能完全自由地决定。特别是存在着国家行政组织法、内阁府以及各省的设置法(刚才所阐述的在以总务省起始的“国家行政组织法上的行政机关”中,各个组织所制定的法律有总务省设置法、法务省设置法、外务省设置法等,这些法律概括起来一般称为“各省设置法”。另外还有独立的内阁府设置法。),另外还有立法机关(即由国民、住民代表所构成的国会、议会)根据地方自治法、条例等制定的规章,行政主体不能违反这些规定设立组织。由此可见,如果没有法律允许,而将自己掌握的权限转让(移让)、委托(委任)给其他行政机关,这是不允许的。

确切地说这个问题与行政作用法上的“依法行政原理”是两回事,追根溯源,其根源仍是日本宪法关于立法权和司法权之间的相互关系,基本上可以说是根据立法权优越的观点而产生的原则。

基本性质(二)

行政组织法主要是关于行政机关内部相互之间的权限、责任和义务的分配规则,而对于行政组织外部私人之间的权利、义务没有直接影响。例如,像将在后面将要阐述的那样,上级机关为了对下级机关指挥监督所制定的“训令、通知”,这对于私人来讲没有直接的法的约束力,其原因就在于此。

上级机关的指挥监督权

为了统一思想,作为行政主体的上级机关通过对其下级机关报告的听取、训令、通知、同意(承认)等各种形式,行使指挥监督权,这在法律上是有明文规定(例如参照《国家行政组织法》第14条第2款)的。没有法律上的规定,上级机关也当然享有此项权力,这是一般的见解。这与“外部关系”中(行政作用法上)行政机关命令私人的情况完全不同。

而且根据训令、通知等,上级机关一发出指挥命令,就必须重视组织整体的意思统一,假使这些命令违法,下级机关也必须服从。这种指挥命令同时也具有公务员法上的职务命令(参照《国家公务员法》第98条第1款、《地方公务员法》第32条)的性质,如果不服从的话,下级机关的人员可能受到公务员法上的惩戒处分(《国家公务员法》第82条第1项、第2项、《地方公务员法》第29条第1款第1项、第2项)。但是如果这些命令的违法程度是重大且明显的,则不产生服从的义务。

指挥监督权的界限

上级机关的指挥命令权并不一定是绝对的,从理论上讲,如果超越了上级机关指挥监督权的界限,这种指挥命令就违法了。但是这个界限是什么,基本来说是法令(法律、根据法律制定的政令、省令等)的规定。也就是因为许多以法律为基础的行政组织法令都是划分行政机关之间权限、责任和义务的,虽然是上级机关,但如果行使了法令规定的会使下级机关

失去一定权限的指挥监督权,这当然违反了法令,是不允许的。(但是下级机关理所当然地可以忽视这个问题吗?这又是另外一个问题)。从这个立场出发,以下几点必须特别注意。

(1) 确保行政机关权限行使的独立性

法令有时特别认可有的行政机关可以不服从上级机关的指示(例如会计检察院、人事院^①、公正交易委员会等行政委员会等等),独立行使权限(权限行使的独立性)。这是为了使这些机关能够中立、公正地作出判断。上级机关只有在这种情况下才不具有指挥监督权(这种情况下所发出的指挥命令是刚才所阐述的意义上的重大、明显的违法)。

(2) 原则上不允许代替执行

上级机关有指挥命令权,下级机关不服从时,也不允许上级机关代替下级机关行使权限。因为如果允许了这种情况,实质上很有可能带来同样的结果,即上级机关和下级机关之间各自的权限分配发生了变化。允许这种“代替执行”,只有在法律上有特别规定的情况下才可以。例如曾经存在过的职务执行命令诉讼程序(参照平成年 11 年〈即 1999 年〉改正前的《国家行政组织法》第 15 条,平成年 11 年改正前的《地方自治法》第 151 条的第 2 款)。

调 整

在行政法学中,作为行政机关之间的意思统一方法——“上级机关的指挥监督权”是最重要的。但实际上使用这种直

① 人事院——是指在日本内阁领导下负责有关人事行政事务的行政机关。

接的硬性方法的情况并不多,而像“协议”(商议)这种更软性的方法,或者利用人事权、预算分配权等,按照下级机关的意志来行动(也就是说,对于不按照自己意思行动的下级机关,依据人事权来更换人员——即所谓的“更迭”,或是只对做了上级机关希望做的事情的下级机关多分配预算),这些间接的方法更多。行政学中一般将这种方法称为“调整”,对此,一直以来就存在着争议。行政法上也引用了“调整”这一用语(例如参照《国家行政组织法》第2条第2款),但是用什么样的法原则对“调整”加以规范,实际上还不是很明确。“调整”一词本身是以意思统一为目的的,为了达到这种目的,运用硬性和软性等各种方法,这样理解更恰当。

四、行政主体和行政主体之间的法关系

“内部关系”的场合

到目前为止所阐述的法主体(自然人、法人)是指所有的“行政主体”,还是仅指“私人”,如果从明确区分“内部关系”与“外部关系”的政法学的一贯立场出发,“行政主体”与“私人”之间则具有完全不同的性质,从而国家、地方公共团体等行政主体间的关系,还有国家(行政主体)与一般市民(私人)的关系也具有不同的性质。在这里,关于行政“外部关系”的行政作用法诸原则不能直接适用。例如国家对地方公共团体的监督行为(参照《地方自治法》第245条以下。现行法律称之为“参与”),还有国家对其他行政主体的监督行为等,这些行为以前

不作为行政主体对私人所作的行政行为(处分),而是作为行政组织的内部行为(所谓的“内部行为”)。

“外部关系”的场合

像刚才所阐述的那样,“行政主体”与“行政机关”不同,各自具有独立的法人资格。从理论上讲,存在这样的疑问,即有的行政主体也可能成为其他行政主体组织的一个构成部分,而且实际上行政主体是通过各种行为形式进行行政活动的,与这种差异相适应,其他行政主体间的法关系也存在各种差别。例如地方公共团体从工商业者处购买事务用具、资材时,必须支付(对国家负担消费税)包含消费税在内的价款,这与一般市民购物没什么区别。而且这样做不是财产管理行为,即使在以直接为公共利益服务为目的进行活动的场合,也与私人(私营企业)完全一样,接受国家监督行为的监督。例如市町村经营公共汽车业时,与私营企业完全一样,根据《道路运输法》第4条之规定,必须取得国土交通大臣的许可,这是个典型的例子。实际上,特别是国家对其他行政主体的监督措施到底能不能真正称为行政组织的内部措施,常常出现很难判断的例子。但是关于这一点的详细情况在这里就不赘述了。

第三章 依法行政原理

一、什么是“依法行政原理”

“依法行政原理”的背景

在这一章将阐述日本行政作用法制度和理论。我认为首先应该阐述的是“依法行政原理”。用一句话来讲,“依法行政原理”就是“各种行政活动必须根据法律的规定并且服从法律”的法原则(法思想),这与为了说明天体复杂运动的最基本原则——“万有引力定律”一样,可以说这一原则构成了日本行政作用法理论最基本的框架。

为理解这个法原则,必要了解一点历史知识。在高中时代,学习过世界史的人应该记得欧洲的所谓绝对君主专制时代(在行政法学中常常称为“警察国家时

代”)和将此打破的法国大革命等市民革命。在欧洲中世纪的封建制以后出现了君主专制。为了抑制集立法、行政、司法三权于一身的君主专制(君主政体)统括的绝对权力,诞生了以欧洲的市民革命为中心,以孟德斯鸠等为代表的“权力分立”思想(或“三权分立”的思想),出现了近代法制主义国家。可是为什么君主专制具有统括的绝对权力?将此正当化的理由就是为了“公共福祉”必须这样做。但是为了实现什么样的“公共福祉”?什么是“公共福祉”?什么是必要的?这些问题由君主一个人决定合适吗?而这些问题的决定不应该与国民没有关系,这就是权力分立的理由所在。

“依法行政原理”,(用诙谐的说法来讲)可以说是这种权力分立思想在行政法平面上的投影物。在这个意义上的“依法行政原理”首先是“无论什么样理由(例如,“公共福祉”、“国民的生命安全”等)的行政,行政权的担当者(行政机关)都不能随意判断,只能根据由国民代表产生的议会(国会)所定的一般规则(法律)来进行”,这一原则非常重要。

“依法行政原理”的意义

仅凭以上的阐述,对于理解“依法行政原理”这一原则的意义是很不够的。在此姑且与历史分开,稍作理论上的阐述。

第一,该原则不是“依法行政”的原理,而是“依法律行政”的原理。大家所知道的“法治主义”(或“法治行政”),可以说就是“依法抑制国家权力(或行政)担当者的随心所欲(恣意)行事”。这里所说的“法”,从理论上讲,①是“神的律法(神制定的戒律)”、②是“一定的世界观(伟大的思想家思考出来的主

义、思想等)”等,③是“一个国家或一个民族自古以来流传下来的不成文的习惯法”, (例如现在伊斯兰国家的“法”和模式①相近;社会主义国家的“法”和模式②相近;还有以英国法治主义为中心的“普通法(common law)”可以说是模式③的代表例子)。而且即使在这些“法治主义”的模式中,“依法行政原理”特别是(可能不像神、祖先那样伟大,但不管怎样是现在出生的我们这些国民代表的)议会根据一定程序和形式制定的法规范,也就是这里将其称为“法”的“法律”,其本身也具有明显的特征。因为“法律”是表达当时的国民代表——议会的意思,如果议会的意思有变化,那么这种变化比议会以前的意思(即以前的法律)具有优先效力(“后法打破前法”的原则。刚才的模式①-③中法治主义当然不是这样)。

在这种情况下,“依法行政原理”存在着两种基本观点模式。其一是进行行政活动时,必须考虑国民的法的安全(或者法的安定);其二是进行行政活动时,必须确保国民的民主管理途径。首先关于其一,例如为了维持国家的经费开支,我们必须交纳税金,这是没办法的,但到底多少收入才要纳税?如果事先不知道的话,那么所挣的钱多少用于生活,多少用于再投资就无从下手了。而且要新建自己的住宅时,因为法律上没有明确的不准许,于是就建造了三层楼的豪宅,但因为干扰了邻居,于是市里下命令,三楼的一部分被拆除了,如果出现这种情况,就很苦恼。这样一来,为了不因行政活动而扰乱国民的生活,行政就必须依据预先所定的一般基准来进行,就是这个意思。另外,关于其二,从理由(国民的法的安全)来看,所谓必要的一般基准只是行政机关任意决定的基准,这是不够的,而应当是刚才所说的意义上的“法律”,即必须是由国民自己的代表

(国会)所制定的法。

第二,“依法行政原理”从来都是以控制行政(的肩负者)的恣意,保护国民(私人)的权利、自由为目标的。从根本上来说,这个原则要求行政要依据法律(行政的法律适合性),这是最重要的。但是这个原则并不是以行政要依据法律来进行本身为自己的目的,而主要是通过该原则,相对于“行政主体”来保护“私人”的权利、自由为目的。在这种情况下,“依法行政原理”如果保护了行政的“法律”适合性,那么也就是保护了私人的权利。

问题是如果不存在这样的前提时,也就是说依据“法律”而进行的行政不一定能保护私人的权利、自由,而且很可能出现相反的结果的话,即使在这种情况下也必须贯彻行政的法律适合性,这是不能动的大原则。例如德国纳粹时期存在这样的情况,即法律本身践踏国民的基本人权怎么办?实际上这个问题常常以“形式的法治主义还是实质的法治主义”出现。这是个很难的问题,在下一章再作阐述。

二、“依法行政原理”的具体内容

以上所阐述的“依法行政原理”,可以说就是“行政要根据法律规定,而且必须服从法律”的原则。但实际上仅仅这样还不能阐明问题。仔细研究一下就会明白,该原则还有其具体内容。这里想要阐明的是其中特别重要的“法律优越原则”和“法律保留原则”。

法律优越原则

法律优越原则是指“行政活动不允许违反现存的法律规定”的原则。像日本这样根据宪法规定采用了欧洲市民革命以来的三权分立原则的国家,是不允许行政权违反立法权的规定的,这是理所当然的。今天的日本使用这一法原则也是毋庸置疑的。这一原则适用于各种行政活动,例如不论这种行政活动是一般的抽象立法活动,还是个别的具体行政行为(参照前面第一章二以及后面的第六章、第七章);是对市民(私人)的权利义务直接产生影响的行为,还是不对市民的权利义务直接产生影响的行为;是权力的行政活动还是非权力的行政活动。

法律保留原则

法律保留原则用一句话来说就是“进行行政活动必须要有法律依据(即法律授权)”的原则。这一原则与刚才所阐述的“法律优越原则”有何区别,似乎并不太明确。但我认为“法律优越原则”是指“行政活动不能违反现存的法律规定”的原则,但是如果恶意来理解这一原则的话,就成了“反之,行政厅只要不违反现存的法律,什么都可以做”——这种歪理了。

例如,现在的日本,“如果共同劳动的两个人结婚的话,一个家庭就会诞生,其所产生的各种生活费用数额的百分之多少必须作为税金来交纳”等,并不存在这样的法律规定,但是反之,不能征收这笔税金的法律规定也没有。所以,如果为了解

决国家的财政赤字,有一天国税厅突然征收“结婚税”,这也理所当然不违反“现存的法律规定”。也就是说仅仅依靠“法律优越原则”,还不能防止这种课税行为的发生。“法律保留原则”正是为了预防这种情况而制定的原则,也就是说,“假设即使没有违反现在的法律规定,但为了进行行政活动,还必须有允许实施这种行政活动的明确的法律规定(即有法律的授权)”的原则。正因为有了这一原则,我们才不会担心刚才所提到的(现在完全没有法律上的根据)突然征收“结婚税”的情况。

关于刚才阐述的结婚税一事的法律保留原则是由《日本国宪法》第84条作了明确规定的(所谓“租税法律主义”)。对于在其他行政活动中,宪法如何规范法律保留原则,还存在着有些难以理解的地方。但不管怎么样,在日本这一原则是作为行政法的基本原则通用的,这在学者之间也完全不存在任何争议。

“根据规范”与“组织规范”

下面将要阐述的是如何正确认识“法律保留原则”中的“法律根据(或法律授权)”问题。

例如,《经济产业省设置法》(前面所接触到的“各省设置法”之一)第3条规定(任务规定):“经济产业省是以提高民间的经济活动能力……且确保安定、有效地供给矿产资源和能源为己任”;第4条还在规定了“为了实现前条所规定的任务,经济产业省管理以下事务”之后,又作出“为了确保石油、可燃性天然气、煤碳、褐碳及其他矿物质以及与此类似的矿产制品的安全有效的供给(同条第50款)”及“为了确保电、煤气以及热

的安定、有效的供给(同条第53款)”的规定(所掌握事务的规定)。但是如果经济产业省真是以这种规定为依据(仅限于不违反现存的其他法律规定的情况下),以确保安定、有效地供给能源为目的的话,那么就可以对能源事业等任意限制、任意统一管制(例如插手公司的人事问题,命令提高或降低各种费用,或者每年没有许可就不能开业等等)了吗?在历来的行政法学中不允许这种情况。现在所看到的经济产业省设置法的各种规定(虽然与其他省厅的设置法完全一样)主要是规定国家行政组织中如何分配经济产业省的任务、权限,对外是以保护国民(私人)的权利为出发点,经济产业省并不是对国民(私人)的权限作规定的。经济产业省(经济产业大臣)限制私人(私企业)的权限是另外通过电气事业法、天然气事业法、石油业法这些法律的个别规定来进行的。

这样一来,专门以行政组织内部权限分配为目的的法规,称为“组织规范”,其与基于法律保留的原则而产生的为保护私人利益所必须的法律根据(这种法律规定称为“根据规范”)有理论上的区别。另外还存在着基于“根据规范”赋予行政机关一定权限,以规定(设定范围)行使该权限的方法为目的,即所谓“规制规范”(其中区分为“目的规范”、“程序规范”等),它与“组织规范”一样,都不是“根据规范”。这说起来有些复杂,在此就省略不讲了。从以上情况可以看见“法律根据”原则的影子,但从理论上讲,实际上常常有相反情形出现。

除此之外,有的法律规定到底是否具有(与“法律保留原则”的关系来看是必要的)“根据规范”的性质是很难判断的,这样的例子常常出现。例如著名的《警察法》第2条第1款的规定就是这种情况,其内容如下:

“警察肩负着对个人的生命、身体及财产的保护,对犯罪的预防、镇压及搜查,对嫌疑犯的逮捕,对交通的管理和其他公共安全与秩序维持的责任和义务。”

三、“法律保留原则”的适用范围

“法律优越原则”是任何行政活动都适用的法原则,这一点已经阐述过了。但与此同时,“法律保留原则”所适用的行政活动的范围问题,在行政法学上自古以来就有争议,现在也未完全定论。

“侵害保留理论”与“全部保留理论”

“法律保留原则”理论上最初是在 19 世纪末期的德国由一位叫作奥托·迈耶(Otto Mayer1846 - 1924)的行政法学者创立的。奥托·迈耶(Otto Mayer)被称为“德国近代行政法学之父”,他是对以后的德国,还有日本、韩国等国的行政法学具有重大影响的人物。当时的奥托·迈耶(Otto Mayer)认为,“法律保留原则”所适用的范围是针对行政相对人——私人有不利影响的行政活动,也就是只针对侵犯私人的“自由和财产”的行政活动(例如税金的课赋征收、土地征用、建筑限制、集会的禁止等等),除此之外的行政活动(例如天然气、自来水、电力等的供给,生活保护的给付等等),只要不触及现存的其他法律(法律优越原则),都可以自由地进行,此见解被称为“侵害保留理论”。这种观点自奥托·迈耶以来在德国的行政法学界,以及

继承德国行政法学的日本等国的行政法学界,相当长的时间里都以压倒性的优势被普遍采用。

但是从1960年开始,针对这种侵害保留理论,无论是(当时的)西德还是日本都提出了强烈的质疑。其理由诸多,例如“侵害保留原则是以行政权脱离立法权进行独立活动,并保有自己固有的权限为前提的,只是在特别的情况下才有必要承认立法权(依法)。但在现行的宪法下,国民主权的原理得到了确认,完全失去了过去君主所代表的行政权的固有权能。因此行政权应该是全面依据立法权的授权,没有立法权就不能行动”,可以说这是这些质疑中最具代表性的。依据这种观点,行政机关进行的所有行动大体上必须要有明文的法律根据(授权),这种观点一般称为“全部保留理论”。

理论现状

现在,在日本的行政法学界,没有学者主张按部就班地接受古典的“侵害保留理论”,正因为如此,另一方面以“全部保留理论”为前提的上述诸理由(宪法的一种构造变化论)能不能被全部接受,这也还不确定,所以“全部保留理论”也不能说就具有优势。可以说很多学者游离于二者之间,存在着许多不同的观点,这是实情。其中比较占优势且在行政的实际业务中被广泛接纳的是这种观点(也有称作“权力保留说”的),即“无论是侵犯私人利益的内容还是赋予私人利益的内容,例如以行政行为这种行为形式所进行的行为等,以及具有公权力行使性质的行政活动都必须要有法律依据”。但是最近除了上述观点之外,还出现了例如与公权力的行使没有关系,总之“重要的事

项”必须要有法律根据等观点,而且相当盛行,具体情况在这里就不赘述了。

“法律专权的法规创造力原则”

“法律保留原则”的适用范围存在着争议,即使行政活动中特别是像政令、省令那样的行政机关所进行的立法行为(参照后面第八章)也如此。对此简单地涉及一些。在日本“创造新的法规是法律即立法权的专门权力,没有法律的授权,行政权是不能创造法规的”,这种观点一般称为“法律专权的法规创造力原则”。这是根据《日本国宪法》第41条“国会……是唯一的立法机关”的规定而产生的原则。这时“法规”的意思是“对国民的权利、义务直接产生影响的一般法规”。因此这个原则的结果(见后面第八章)是没有法律授权就没有“法规命令”,从性质上看,实际上这只不过是法律保留原则适用范围的一种争论而已。但是不管怎样,在与法律保留原则的关系上,行政立法存在着这样的争论,因此刚才所阐述的关于侵害保留理论的其他观点,主要是关于“行政行为”等个别、具体的行为,这一点请注意。

第四章 依法行政原理的例外与界限

一、问题的所在

依法行政原理的例外

粗略地来讲,日本的行政法理论(行政作用法理论)是以前面所阐述的“依法行政原理”为出发点,以如何保证行政活动的进行(行政活动的法律适合性)符合法律规定,以及如何确保行政活动的形式符合法律规定为中心内容的。正确地说“依法行政原理”始终是行政法的基本原则,但并不一定是存在于行政活动各个角落的金科玉律。

例如,历来“依法行政原理”未必能非常彻底地贯彻执行,多少总有一些允许行

政机关不受法律限制,可以自由活动的例子。如前一章所阐述的“侵害保留理论”等,在此将这样的例子称之为“依法行政原理”的“例外”。到现在为止,在行政法理论中承认这种“例外”的同时,尽可能努力将这种例外的范围缩小,而且这种努力已显现出结果,而且为数不少。例如,今天针对“侵害保留理论”出现的各种批判,像前一章所阐述的那样,这种新的观点也正愈发变得强而有力。

依法行政原理的界限

与这种例子不同,因为“仅仅靠依据法律来行政未必能够充分保护私人的权利、利益”。对于行政活动来说,不仅仅要求法律的适应性,还有其他要求。例如,为了道路和机场等公共设施的建设,行政主体强制地将所需要的土地从私人手中征收过来,像前面所看到的一样,这是土地收用法认可的。土地收用虽然是根据土地收用法这样的法律进行的,但并不是说对于土地所有者所受的损失就可以放任不管了。在这种情况下,不用说,另外进行损失补偿是必须的(《日本国宪法》第29条第3款、《土地收用法》第68条以下)。还有像前面所提到的,法律本身存在着残酷的内容又怎么办?这些问题都还存在着。鉴于这些问题,结果就是从保护私人的权利、利益的目的出发,即使将“依法行政原理”完全贯彻于所有的行政活动,这也还是不够的,我们不得不承认实际上该原理本身可能起到的作用也是有限的。在这里,我们将“依法行政原理”本身固有的这一方面,称为依法行政原理的界限。

二、依法行政原理的“例外”——自由裁量论

在前面所阐述的作为“依法行政原理‘例外’”的行政法理论中,除了“侵害保留理论”、“特别权力关系论”以外,还有很多内容,在此我们就不一一赘述了,只对“自由裁量论”作如下阐述。

1. 什么是自由裁量

“裁量”与“羁束”

“依法行政原理”的目标是依据法律,通过对行政活动的限制,确保对行政活动预测的可能性(法的安定性),从而达到对行政活动进行民主管理的目的。如果要实现这个目标,一般来讲对于所有的行政活动而言,行政机关在何种场合可以进行何种活动,法律都必须逐一加以详细规定,但实际上法律并不能这么严格地加以规定,而是作了非常宽松的规定,结果行政机关可以自己判断,可以相当自由地进行活动的情况非常多。

例如,《警察官职务执行法》(所谓“警职法”)就有这样的条款。

“警察为了逮捕或者防止犯人逃走,为了保护自己或他人,或者为了抑制执行公务时的抵抗行为,有足够的理由认为有必要且在与被判断事态相适应的、合理的、必要的限度内可以使用武器……”(《警察官职务执行法》第7条第1段)

再例如警察追捕逃跑的犯人,眼看犯人就要逃走时,为了威吓犯人让他站住,可以根据不同情况开枪射击,对于这种情况是作了规定的。但是我们来看看上述黑体字部分,其表达的方式是非常暧昧的,仅就此而言,到底什么是正确的?什么情况下可以使用枪(例如必须要离 100 米远吗?离 50 米可以吗?等等)?另外必须放空枪吗?开实枪可以吗?这些并非是一目了然的。其结果必须由警察自己来判断是哪种情况,是不是可以使用武器,采取什么样的方式行动(反之可不可以)。为什么会这样呢?毫无疑问,在这种情况下,如果警察的行动被限制得太细,警察在现场就不能得以施展,犯人就会逃走,这(即使符合犯人的利益)决不符合全体国民的利益(“公益”或“公共福祉”)。

这样一来,法律必须在保护私人利益的同时,根据不同的情况,从对公益的确保、促进出发,考虑保证行政活动的顺利进行所必要的条件。基于这些理由,法律常常赋予行政机关广泛的权力,而最终的决定则全靠行政机关政策的、行政的判断。法律就这样对行政机关①在什么场合;②进行什么样的行为(或不进行)这两个问题(一般将问题①称为“要件[的问题]”;将问题②称为“效果[的问题]”)作规定,并没有规定具体的方法。可以说在概括授权的情况下,“法律赋予行政机关(行政厅)(自由)裁量权”,基于这种裁量权,行政机关根据自己政策的、行政的判断来行为,称为“(自由)裁量行为”。反之,如果法律不给予行政机关这种政策的、行政的判断余地的话,行政机关的行为则必须严格受法律的约束,这种情况称为“法律羁束行政机关(行政厅)”,这种基于法律的羁束而进行的行为称为“羁束行为”。

“法规裁量(羁束裁量)”的概念

哪些行为是“羁束行为”，哪些行为是“裁量行为”，要是总能很清楚就好了。但实际上在这方面法律使用的词语非常暧昧(这种例子称为“不确定概念”)，到底是限制行政机关，还是承认其有自由裁量的余地，常常有不明确的时候。例如对酒吧、酒馆、弹子球店等的营业活动(风俗营业)进行规范的《关于风俗营业等规制以及业务合理化的法律》(所谓的《风俗法》)第26条作了这样的规定，即“在担心风俗营业人员实施违法行为，且‘明显地对善良的风俗或者清洁的风俗环境造成侵害，或者对少年健康的培育会有障碍’时，公安委员会可以对该风俗营业人员处以吊销风俗营业许可、责令停止营业等处罚”。但是“善良的风俗或者清洁的风俗环境”具体是什么，例如有的弹子球店在门口粘贴未满18岁者禁止入内的标志，如果公安委员会认为这“明显地违反了善良的风俗”的话，那么什么时候都可以取消该弹子球店的营业许可吗？

在德国、日本的行政法理论中，虽然很久以前就承认在这种情况下行政机关的自由裁量，但是不久就反过来了。在出现问题的具体事件中，什么是真正的“会对善良风俗造成侵害”的行为，什么是为了防止这种情况的真正“必要的处分”，对于这些问题应该充分考虑该法律的宗旨、目的，客观根本地作出决定；在法律解释上则应该考虑存在的客观标准。还有就是虽然通过法律用语不能清楚地确定其意思，但实际上是不允许行政机关自由判断、活动的，存在着法律规定的客观标准(用眼睛看不见)，这一般称为“法规裁量”、或“羁束裁量”。与此同时，委

以行政机关纯粹政策的、行政的判断,这是本来意义上的自由裁量,称之为“便宜裁量”或“目的裁量”。

自由裁量行为与裁判审查

即使法律有规定,违反法律规定的情况在我们日常生活中也经常出现(例如违反汽车速度限制的规定),同样对于行政机关而言,虽然存在着“依法行政原理”,但在现实中,也会出现违反法律规定进行行政活动的情况。违反了法律,我们这些市民自然要被处罚,但是如果是行政机关的话应该如何处理呢?

这将在后面的章节中作具体说明(第十一章、第十二章)。简单地说,现在的日本,这种因违法的行政活动,权利被侵害的国民可以去法院起诉,要求取消该行政活动(即取消违法的行政处分)。但是法院只不过主要是行使“司法权”,即“掌管法律权限”的机关,法院对于行政活动所能做的主要是合不合法(不违法)的判断。换言之,对行政机关从政策的、行政的立场出发所作的决定(自由裁量行为)是否得当(一般仅限于法律认可的裁量权范围内,但因为错误的裁量作出不恰的判断,称为“不当”,以便与违反法律的“违法”相区别)进行调查,这本来是法院权限外的事情。在行政法学中自古以来“即使是行政行为也只是羁束行为的合法与违法才是裁判审判的对象,而对于属于裁量行为的行政机关的错误裁量,则不是裁判审查的对象”——这一大原则早已确立(这种情况下,像前面阐述的那样,法规裁量行为虽然使用“裁量”一词,但其理论特征与羁束行为是一致的,法院的审查也与羁束行为作一样的处理)。

自由裁量的界限

纯粹的自由裁量行为(便宜裁量行为)也并非完全不是裁判审查的对象,作为例外的情况:①超越裁量权所进行的行为(所谓“裁量权的逾越”);②滥用裁量权(所谓“裁量权的滥用”),这样的行为是违法行为,是裁判审查的对象(参照《行政诉讼法》第30条)。

下面对“逾越”、“滥用”稍作解释。

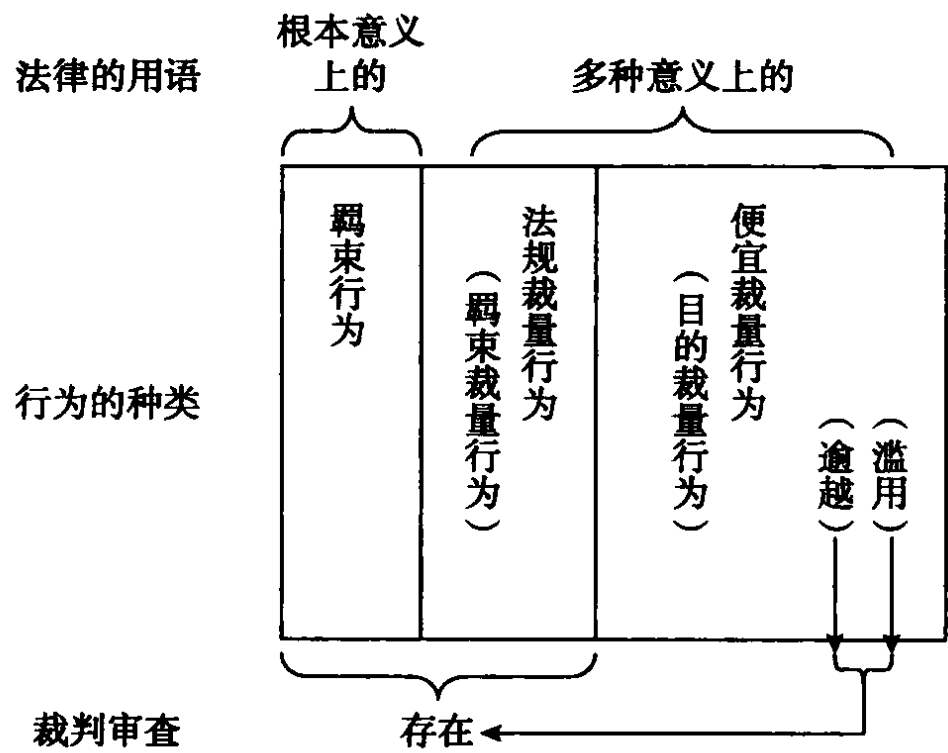
①“裁量权的逾越”(或者越出)是指行政机关的行动超越了法律允许的自由行动的范围。超越了法律规定的界限,也就是违反了法律,违法就成为裁判审查的对象,从“法律优越原则”来看,这是理所当然的。

②“裁量权的滥用”是行政机关所进行的活动应该在法律授权的范围内,但实际上却实施了与法律授权给行政厅本来的目的不同的行为,裁量权的滥用是指这种权力行使的情况。

例如《公务员法》第82条规定了公务员的惩戒处分。公务员在缺勤、受贿时是否给予惩戒处分,如果处分的话给予什么样(免职、停职、减薪、警告)的处分,这就由处分者自由裁量(所谓“效果裁量”)了。设立这种处分制度的理由(目的)毋庸置疑,是为了确保职场的纪律,但如果处分者主要出于向被处分者泄私愤(例如,被夺恋人之恨、输麻将之恨等)的目的,稍微违反了原则,就顺便采取了不必要的严格处分;或为了搞垮集团,对集团的积极分子采取比其他人员更特殊的严厉处分,若出现了这些情况,就是这里所说的“裁量权的滥用”。

不过实际上,有一些具体的事例是裁量权的“逾越”还是裁量权的“滥用”,很难判断(例如像前面所阐述的对集团积极分子的处分,同样的事情,只对特定人作出特别严重的处分,即所谓“平等原则违反”的事例等,而根据有关的教科书,则一个是作为“逾越”的例子,另一个是作为“滥用”的例子,各种各样),但是无论怎样,法律上的效果是没有区别的(《行政事件诉讼法》第 30 条)。

传统的自由裁量论图表



用图表来表示的话,自由裁量论的内容如上所示。

实际上这是昭和 30 年(1945 年),最多到昭和 40 年(1965 年)代初为止流行的图表,现在可以说这已经是“古典的”自由裁量论了。正确地说,随着学说、判例的发展,自由裁量论的内

容已比以前复杂得多。在此只要完全掌握所阐述的自由裁量的基本用语(概念)、制度就可以了。

2. 羁束行为与自由裁量行为的判别标准

行政机关的行为是羁束行为还是自由裁量行为,尤其是该行为可不可能由法院来审查,这将带来决定性的不同,如何区分就是“判别标准”问题,也是非常重要的问题。但是(刚才所阐述的)即使法律所作的规定不同,也会出现“法规裁量”的情况。

“性质说”与“美浓部三原则”

以前(可以说大约从昭和 20 年代开始到 30 年代)日本广泛采用称为“性质说”的学说,用什么词语来表现法律条文(也就是例如“……必须做”、“……可以做”等等),几乎不受限制。主要问题是行为的性质,也就是该行为对私人的权利、义务产生了什么影响,进而决定该行为是羁束行为还是裁量行为。例如主张这种学说的著名的“美浓部三原则”(已故美浓部达吉先生所主张的),根据该原则,第一,“侵犯了人民的权利,或命以新义务的行为,即使可以看出是法律明文规定为自由裁量的行为,也常常既是羁束行为又是法规裁量行为”;第二,反之“为了人民的利益设置新权利或给予利益的行为,除了法律有特别规定的以外,原则上属于自由裁量行为”;第三,“对人民的权利、义务不直接产生影响的行为,除法律有特别规定的以外,原则上属于自由裁量行为”。总之侵犯私人的权利、利益的行为

(“侵害的行为”或“不利益的行为”), 毕竟还是受法律拘束的行为, 必须这样考虑, 但对于不属于这种情况的行为, 则不这么严格考虑也可以。

当前的观点

即使在今天思考问题时, 这样的标准暂时也并非不是目标, 但是仅此已经不能断然解决问题了。其中的原因有很多, 尤其是“羁束行为还是自由裁量行为的问题, 即使阐述很多, 其结果还是法院和行政机关(行政厅)之间的合理分工问题, 难道不是吗?”可以说这种观点逐渐成为主流。关于这个问题, 简单说就是这样。

在出现一些具体的实际情况(例如违反交通法规时)时, 行政厅要考虑的是行政行为(例如吊销驾驶执照的处分)的要件是否符合法律规定, 按照法律的目的(例如为了确保道路交通安全的目的)是否应该处分, 对于这些问题要研究、判断、处分, 对此私人不服时, 理所当然地要诉讼到法院。在这种情况下, 法院要对行政厅的判断是否正确再一次进行研究、修改, 这时如果是“羁束行为”的话, 其是否正确由法院来判断; 如果是“自由裁量行为”的话, 法院则必须认为行政厅的判断是正确的, 而且必须尊重。这样的结果就是对于行政厅的判断, 法院可以推翻, 这是羁束行为; 反之(尊重行政厅专门、技术的判断), 法院不给予推翻的场合就是自由裁量行为, 难道不是可以这样考虑吗? 也就是说自由裁量行为也好, 不是自由裁量行为也好, 应该关注的是在该事件中, 法院对行政厅专门的技术判断应该尊重到什么程度的问题。

这样一来,就出现了比以前更为实际(实用的)的观点,例如以前认为是法规裁量行为的情况,如果全都以法院的判断为优先判断是不合适的,在一定程度上必须尊重行政厅专门的、技术的判断(即至少应该承认部分裁量余地),即使曾经被认为是便宜裁量行为,仍然有法院裁判介入的情形,出现这种情况也是理所当然的。特别是后者中,值得注意的是“在实体法上给予行政机关自由裁量的余地,到行政机关作出决定为止的整个过程、程序是不是满足一定的标准,是否适当,法院可以进行判断,而且这也是与之相应”的判例、学说的倾向(这可以称为“程序[法]的自由裁量论”)。例如最高法院著名的判例:①个人出租车许可上诉案件的判决;②群马中央公共汽车案件上诉审判判决等等,用美浓部三原则(根据第二个原则)来看,行政厅对于个人出租车的许可、公共汽车线路的许可是否发放等自由裁量行为必须先遵循一定的程序义务,这是法律上的义务(尽管没有明文规定),否则的话驳回许可申请的行为是违法的,将成为法院取消的对象。

三、依法行政原理的“界限”

“形式上的法治主义”和“实质上的法治主义”

依法行政原理首先是以保护私人的权利、利益为目的的,这是已经明确了,到目前为止已经重复了很多次。另外同时按照这样的目的,实际上无论如何该原理都必须设有界限,这是自古以来就为人们所知(例如本章开始所说的损失补偿制

度)的。特别是第二次世界大战后,为了对战前时代进行反省,无论是(当时的)西德还是日本都主张“不停留在形式上的法治国家,必须以实质上的法治国家为目的”。“实质上的法治国家(也引用了‘法的支配’这一词语)”的实现是很必要的,其内容大体如下。

其一,行政只要依照法律进行,就万事大吉了,其实并不是这样。在这种情况下,法律本身同时也必须具有一定(法治主义的)的内容。这主要是对纳粹时代的德国和第二次世界大战前军国主义时代的日本等国具有极其非人道内容的立法府“法律”的出现、适用而进行的反省。

其二,(即使忽略第一点),只依靠传统的“依法行政原理”在全部行政活动中的贯彻执行,从对私人救济的角度来看也是不够的(即用法律将行政活动紧紧地束缚住也未必能做到对私人权利救济的完全化)。

关于第一点,从与立法权的关系上来看,今天的日本宪法是保障基本人权(侵害基本人权的法律因违宪而无效)的,而且赋予了法院违宪立法审查权,从而在制度上暂时解决了问题。但是另一方面,像日本这样社会经济制度、科学技术都十分发达的社会,国会(议员)将所有的问题都预测到,并给予恰当的立法,这是十分困难的,本来应受法律约束的政府本身却按照政府的提案制作法案,这一点常常受到指责。而实际上国会通过的法律多数是根据政府的提案制定的,在这种意义上,我们不得不说“依法行政原理的空洞化”——这一问题还是存在的。

关于第二点,在自古以来就存在的问题中,除了前面所阐述的损失补偿制度外,例如像营业许可那样赋予私人利益的行政行为,因后来被判断为违法而被取消的情况,这允许吗?这

是著名的问题(所谓“行政行为的取消限制论”。后面第七章三将要阐述),今天行政与私人之间的相互关系越来越密切,越来越复杂了,在这一方面常常会遇到难题,可以参考以下的例子。

有一个人想要做一笔买卖(物的买卖等),如果做这笔买卖的话,是否需要交纳什么税不太清楚,就去税务署询问,被告知不用交税。于是放心地进行了交易,但实际上税务署方面对法律的解释错了,后来税务署注意到了,便作了课税处分,且没有通过纳税申报就加算了税,这时的课税处分到底能不能说是合法的?对于一般的课税处分,依法行政原理的适用特别严格(特别称为“租税法律主义”)。从这个意义上讲,对于法律上需要纳税的买卖,行政厅纠正错误,重新征税应该是没有任何问题的。但是对于负有课税责任的税务署来说,人家事先特意去询问,被告知不用缴税,因为相信了才采取行动的,这对于一般市民来讲,是理所当然的事情,而实际上却是错误的,这是不能忍受的,难道不是吗?换句话说,就是在这里的“依法行政原理”与“保护私人(对行政信赖并采取行动)的必要”之间产生了矛盾。关于这一点在相似的案件中,为了确保私人的信赖,引入了租税法律主义原则,将“禁反言的法理”乃至“信义诚实原则”作为“以法的根本为基础的正义理念当然产生的法原则”加以引证,并在此基础上作出了下面的课税处分实际上是违法的判决。即著名的东京地方法院判决(东京地判昭和40年5月26日行裁例集第16卷第6号第1033页)。

“在租税法规非常复杂且专业化的今天,为了能毫无混乱地进行社会经济生活,作为善良市民的国民,非常信赖租税法规的解释适用等通告的事实上的行政作用,并以此为前提进行经济活动;租税行政当局也为了适当、圆满地完成租税行政,不

得不利用这种事实上的行政作用。鉴于这种情况,我们不得不说,对于相信事实上的行政作用并付诸行动,且没有什么应该指责的诚实、善良的市民而言,因行政厅的违背信义的行为,完全没有牺牲的理由。”

这样一来,根据不同的情况,为了保护私人的信赖,必须引入租税法律主义。至少在今天作为普通理论,最高法院的判决还是认可(参照最判昭 62 年 10 月 30 日判时第 1262 号第 91 页)的。

第五章 行政过程的私人参加

一、行政的事前程序及其作用

依法行政原理的“界限”及行政事前程序

像到目前所阐述的那样,根据“依法行政原理”的观点,行政机关的活动(行政活动)必须按照议会(国会)所制定的“法律”标准进行。我们市民(私人)每天都在生活着,不想被行政机关突然袭击,要想过安定的社会生活和经济生活(确保法的安定性)的话,对于行政活动的方式,通过自己的代表(议员)加以控制,这是理所当然的事情(前面特别是第三章所涉及到的)。而且行政机关应该依据法律来进行行政活动(其中的“行政行为”),如果违法的话,我们可

以去法院起诉,取消该违法行为,这是可以做到的(参照后面第十一章、第十二章)。这种观点是日本行政法长期以来所采用的法治国家原理(法治主义)的基本构成。

但实际的问题是这种制度真的十分有效吗?为什么会有问题呢?因为现实的行政活动不一定是行政机关依据法律事先的规定机械地执行,例如前面所看到的,法律所承认的有自由裁量余地的场合,这是不必说明的;假定是羁束行为,也就是即使在理论上行政厅应该受到法律制约的场合,但实际上行政厅按照法律规定进行行政行为(例如营业许可及取消)时,围绕着法规定本身的含义——这种法律解释(例如该企业做了什么的)及事实认定问题,也会产生各种认知。一般来讲,对于法律解释、适用,在行政的内部都设立了内部标准;对于案件的处理,内部也事先要商量,而且还有与其他机关的协议、调整等,各种各样的工作积累起来,从而逐一作出具体的意思决定(最终决定的内容)。

但是如果这种情况是行政的实际状态的话,对于我们这些市民来说仅仅事先了解法律的抽象、具体的规定(依法行政原理),正确地预测现实中行政机关的判断、行动都是不可能的,而且也不可能对行政机关所作的意见决定进行充分的(民主的)限制。从“法律”到“最终的决定(行政行为等)”之间,在现实中要做些什么,如何决定,弄清这些才是最重要的。

这样一来就出现了这样的观点,即不仅仅让私人参加立法阶段(依法行政原理),还要让他们直接参加行政的意思形成过程本身,这样才能弥补以上观点的不足,其中心就是被称为“行政的事前程序”、“行政程序”的制度。

行政诉讼制度和行政的事前程序

“行政的事前程序”是必要的,这能补充“依法行政原理”力所不及的地方,不仅如此,还能补充说明“行政诉讼制度”(后面第十一章—第十三章)的作用、机能,这以后再详细阐述。在日本的行政法制度中,行政行为的实施是否满足了(法律规定的)要件(例如作为行政行为前提的事实实际上存不存在),行政厅首先要对此进行判断并作出行政行为,如果私人认为这是违法的,可以在以后提起行政复议(后第十三章)、抗告诉讼(后面第十一章、第十二章),取消该行政行为。但是行政行为还具有以后将要阐述的“公定力”(后面第七章)等。如果行政行为违法,即使最终通过审判来救济,但就现实的行政行为本身而言,给私人带来不利后果的也不在少数。要想真实有效地保护私人的利益,不是先靠行政厅一方的判断来进行行政行为,而是要在行政行为实施前,由作为行政相对人的私人及其他利害关系人对是否满足了实施该行为的要件阐述意见,提出对自己有利资料,这是很必要的。

实际上,在美国、英国等所谓英美法系国家,很早以前针对行政活动的权利救济是以事前程序为中心制度(称作“适当的法的程序[*due process of law*]的要求”)的,在吸收了德国派行政法理论的日本,到第二次世界大战结束,对于事前程序的重要性还真没有考虑过。但在第二次世界大战后,特别是在美国法的影响下,学术界对这种意义上的行政事前程序越来越关心了,而且在实际的法律中,有关这种程序的案例也越来越多的。

二、日本行政法与行政的事前程序

现行法上的事前程序

日本法律所规定的事前程序,最初是在第二次世界大战后相当早的时间就开始了,例如公正交易委员会、劳动委员会等特别形式的(合议体组织)行政机关(一般称为“行政委员会”)根据独占禁止法^①(正确的说法是“关于确保私人独占的禁止以及公正交易的法律”)、劳动组合法等进行各种行为,即所谓的“准司法程序”(参照《独占禁止法》第45条以下,特别是第49条以下,《劳动组合法》第27条以下等),这些都是在第二次世界大战后,以美国的独立规制委员会(independent regulatory commission)的审判程序形式引入日本的,它充实了法院的诉讼程序,其结果是一部分代替了法院的判决而发挥作用(具体请参照后面的第十三章三)。

除了根据这样的特别机关所制定的“准司法程序”——这种完备的程序处理案件外,在法律上,例如像各种各样的执照、许可的取消、撤回等,对于给私人造成不利的行政行为,必须要遵循“听证”、“给予辩明机会”这样的事前程序,这种案件很早就出现了。但这只是单独的特别规定,并非对所有的行政行为的事前程序都作了规定,这些程序的内容也是形形色色的,且在法律上这些程序的内容应该作更一般性的规定——这是行

① 独占禁止法——是指垄断禁止法。

政法学者长期以来一直研究的问题。到了平成5年(即1993年),关于行政的事前程序(所谓“行政程序”。一般来讲,在行政法学中,行政的事前程序很多只是称为“行政程序”)的一般规定——《行政程序法》终于第一次在日本制定,并于平成6年(即1994年)10月1日起实施了。

行政程序法

关于行政程序法有一些重要的地方必须搞清楚。

(1) 法律的对象(射程距离)

前面所阐述的,可以说是行政程序法关于行政事前程序的一般规定,但这还是有一点不正确,实际上,该法律所适用的行政活动的范围仅限于以下内容。

该法律第一条是以“规定处分、行政指导及登记程序等相关的共同事项”为目的的。一句话,该法律主要是以保护行政活动相对人的个人利益为目的的事前程序。但这仍并不明确,请看下面的内容。

在我们的日常生活中,做任何事之前,最好是先听听别人的意见,这是常有的事情。例如小孩子淘气,将很贵重的花盆打碎了,父亲要责骂孩子的时候,如果是体谅和蔼的父亲的话,就不是突然劈头盖脸地大声呵斥,而是问真的是你做的吗?为什么这么做?在听取了情况之后(也就是给予辩明的机会之后),认为有必要才开始训斥;还有在一个家庭中,吃完饭以后的收拾由谁来做,清洗浴盆由谁来做,在作决定的时候,如果是贤明的母亲的话,就不会一个人决定,然后强加于孩子,而是与孩子(也包括父亲的场合)商量之后再作决定;还有熟人的孩子

要结婚,去祝贺的话,拿多少钱好,也是在听了父母和上司的话以后再决定的。但是在这些情况下,“事先听取别人的意见”的意思(或目的)不一定全都一样,而是根据不同的事件而有所不同。也就是说,在最初的例子中,对于要给予不利处分的人,在处分前要给予该人为了自己的利益而辩明的机会;而第二个例子是对于未来一般规则的制定,给予有关人员(民主地)各抒己见的机会;最后一个例子是对于不明白的事情,要广泛地收集情报,基于此目的而向有识之士征求意见,实际上这与“行政的事前程序”是完全一致的。

例如,行政厅因私人违反法律进行营业活动,以此为理由取消(撤回)该私人的营业许可,在被请求告知、听证等程序的情况(参照《关于风俗营业等规制以及业务合理化的法律》第8条、第41条第2款),相当于刚才的第一个例子;例如在决定法律禁止的“不当表示”的内容时,公正交易委员会为了广泛地听取有关人员以及一般人员的意见,召开听证会(《不当赠品及不当表示防止法》第4条第1款第3项、第5条),这与刚才所看到的第二或第三个例子是一样的。今天人们常常听到的“公共评论(意见提出程序)”等规定也具有这种性质。例如在制定土地利用计划或公共设施设置许可时,在程序上准许地区居民参与的例子(例如参照《都市计划法》第16条)中,能够看出介于第一和第二个例子之间的特征。而且如果程序前置(允许私人参加行政过程)的目的不同,与此相对应,程序的内容当然也不得不多种多样(例如众所周知的法院的审判程序和国会的立法程序,其内容是大相径庭的)。行政程序法正是在这种意义上,主要是与第一种类型相吻合,只规定事前程序的法律。

(2) 事前程序

行政程序法是为了在程序上保护私人的利益,要详细阐述的话其内容很多,概括起来主要有以下几方面。

在刚才的第一个例子中,对于被呵斥的孩子来说最重要的是:首先,是做了什么样的事才被骂,这在事先应该明白;其次,实际上在被骂之前有说明理由(辩明)的机会,用一句话说,也就是不要受到突然袭击就可以了。从这一观点出发,行政程序法首先是对如下要点作了规定。

①内部标准的制定及公布

行政厅针对许可、认可(还有拒绝处分)等“申请的处分”,必须规定(《行政程序法》第5条1款)“审查标准”(对于申请的许可、认可等是否批准所根据的法令规定进行判断的必要标准),除此以外在“不利处分”(例如许可资格的取消,剥夺一些资格的处分等)的情况下,也必须尽可能地作出一样的“处分标准”(《行政程序法》第12条第1款),还要尽可能地使这些标准具体化(《行政程序法》第5条第2款、第12条第2款),并且原则上还要加以公布(《行政程序法》第5条第3款、第12条第1款)。行政厅事先对这种标准作了规定,作处分时必须根据该标准进行。这种观点在《行政程序法》颁布之前,对于个别案件是按照判例所示(例如著名的昭和46年最高法院的出租车执照事件,见最判昭46年10月28日民第25卷第7号第1037页)的内容来处理的,而这一次则在法律上得到了一般性的认可。

②保障主张自己利益的机会

行政厅作出“不利处分”时,对于该处分的相对人原则上必须采取“陈述意见的程序”(《行政程序法》第13条)。该程序

一般是以“给予辩明机会”的形式(原则上采用书面形式)进行(参照《行政程序法》第13条第1款第2项以及第29条第1款)的,特别是关于“取消许可、认可等不利处分”。另外,对于“直接剥夺相对人资格和地位的不利处分”,则采用“听证”的方式进行(《行政程序法》第13条第1款第1项。“听证”时可以通过口头阐述自己的意见。参照《行政程序法》第20条)。对于这些处分,事前程序是必要的,这也是以前很多行政法学者所坚持的,实际上这次在法律上已经得到了确认。

不过,在《行政程序法》中,“对于申请的处分”,并没有特别规定这样的陈述意见程序。这可能是进行许可等申请时,在申请书中自己想陈述的已经陈述完毕了。但是刚才所看到的最高法院的“出租车执照事件的判决”等,正是对这种处分必须给予主张自己利益的机会——这种观点的体现。

(3)其他程序上的保护

除了以上两种情况以外,《行政程序法》还规定了以下内容。

①程序的迅速化

例如虽然申请了许可、认可,但行政厅的审查完全没有进展,永远在等待,有些人是有这种经验的。同时,虽然存在着后面将要看到的“确认不作为违法的诉讼”、“不服不作为的申请”等救济制度(后面第十一章—第十三章),但并不能说这是十分有效的制度,对此《行政程序法》是这样处理的。

首先,关于“申请的处分”,行政厅尽量规定了“标准处理期间”(从申请到达事务所开始,到对该申请作出处分为止,通常所需要的标准期间),同时用所递交申请的机关事务所规定的方法将申请公布(《行政程序法》第6条)。而且当申请人提

出要求时,行政厅必须尽可能地出示“该申请的审查进展状况以及预测对该申请作出处分所需的时间”(《行政程序法》第9条第1款)。本来无论哪一个规定,对于行政厅来说都只不过是其所负义务进行的努力而已,如果行政厅不这么做,也不直接构成违法。将此种情况在法律上予以明文规定,对于行政厅来说是给予了尚不存在的事实上的压力。

行政程序法还对于以下情况作了规定。即在提出申请时,行政厅的审查义务是在申请到达政府机关(事务所)时开始产生的,这是很明确的。同时对于没有满足形式要件的申请(所谓的“不适当的申请”),要迅速命令申请人在规定的期间内对申请加以补正,或拒绝所提出的许可或准许申请,必须采取其中一种措施(《行政手续法》第7条)。为什么这种规定是必要的呢?可以这么说,例如有的许可(如垃圾处理场等所谓的“麻烦设施”的建设许可等)在提出申请时,从行政厅的立场来看,如果按照法律规定没有不批准许可的理由,但考虑到例如环境问题、周边居民的心情等问题,则尽可能地不发放许可,这也是可以的。这时如果行政厅再一次接受申请的话,那就必须准许了。因此行政厅制造出各种理由,不接受申请,这是以前常有的(这就是所谓“保留”、“反还”措施)事情。行政程序法今后将不允许这种事情发生,并作了不管怎么样,如果申请到(事实上)了行政厅(事务所),行政厅就必须进行正式审查,并作出正式结论的规定。

②出示理由

在涉及到命令他人做什么的时候,有必要说明理由,这是理所当然的。但是可以说到目前为止,日本的行政法还没有将这种观点贯彻始终。根据法律在作出个别行政行为的同时还

必须附有理由,这样的例子也是存在的,但是很少。一般来说对这种情况并没有规定,而且在学说、判例、法律上没作规定时,对于行政行为的理由不予填写,这也不一定就违法。与此同时,行政程序法对于作出不利的处分,原则上要求必须同时要行政相对人明示理由,这是一般原则上的规定(《行政程序法》第8条第1款、第14条第1款)。如果是书面处分的话,则必须在书面上出示理由(《行政程序法》第8条第2款、第14条第3款)。毋庸置疑,有的处分在作出时,其理由是否明确,对于接受行政处分的一方来说是否通过诉讼等来解决处分争议,怎么做才能解决争议,是有很大的不同的;而且作为行政厅来讲,如果必须清楚地将理由写明的话,在作出处分的时候就不得不慎重了。

(4) 其他规定

除了以上所阐述的,《行政程序法》还有一些重要的规定。特别是关于行政指导开始有了明确的规定,这是非常引人注目的。关于这一点在以后的行政指导中再阐述(参照第九讲二)。

三、情报公开制度

什么是情报^①公开制度

行政机关进行行政行为时,我们这些市民不能只是在过后发表(违法、不当)意见,更应该积极地了解行政厅事先应该进

① 情报——是指信息,有关实际情况的消息等。

行什么样的活动,这是非常重要的。这样一来,对于行政机关基于什么样的情报,实施什么样的行为,就变成了必须搞清楚的事情了。例如像刚才所阐述的那样,在行政程序法中,关于行政处分的“审查标准”、“处分标准”是由行政厅事先决定,并被要求加以公布的,这也是实现情报公开的一个例子。但是像刚才所阐述的那样,行政程序法毕竟是通过“处分”这种行政活动,对于权利即将被侵害的个人给予一个保护自己利益的机会,且仅以此为目的。如果从国民对行政活动进行控制的角度出发,这种保护的范围是相当受限制的。再广泛地说,针对行政机关掌握的所有情报,对于这些制度享有知情权(称为“情报公开”制度)的人就什么也不能做吗?对此,很久以前学者们已经进行了研究。

情报公开条例与情报公开法

实际上对于都道府县、市町村的行政活动,自昭和 57 年(即 1982 年)以来,这种意义上的情报公开制度就已经根据各地方公共团体情报公开条例的规定广泛地实施了。另一方面,对于国家的行政活动,在很长时间内并不存在对此作出一般规定的法律,直到平成 11 年(即 1999 年)5 月,随着“关于行政机关所保有的情报公开的法律”(以下略称为“情报公开法”)的制定与公布,以及平成 13 年(即 2001 年)4 月起的实施,国家行政终于与地方行政同步了。另外从平成 14 年 10 月开始,关于独立行政法人等保有的情报的公开方面,也实施了与以上大致相同内容的“关于独立行政法人等所保有的情报公开的法律”《独立行政法人情报公开法》。

情报公开法的内容

在该法律所规定的内容中,特别重要的有以下几方面。

(1)“情报公开请求权”的确立

该法律规定:“任何人都可以根据本法的规定,向行政机关的长官……请求公开该机关保有的行政文书”(《情报公开法》第3条)。此条文揭示了以下几个方面的重要内容。

①向行政机关长官请求公开情报(保有的行政文书)是个人的权利(因此请求未被许可时,针对驳回〔不受理〕的请求处分,可以提起行政诉讼。参照后面第十一章—第十三章)。

②享有该权利的可以是“任何人”(因此即使是没有日本国籍的外国人也享有该权利)。

③公开的对象,原则上是行政机关所保有的全部行政文书(但是像后面所看到的那样,现实中的公开有一些限制)。

④对于请求公开的理由没有任何限制(也就是说像行政程序法一样,不仅仅是为了保护个人的权利利益,广而言之为了获得行政活动的情报也可以请求公开)。

(2)不公开的情报

行政机关的长官在被请求情报公开时,对于所请求的文书必须公开(法所赋予的义务,《情报公开法》第5条),但有的场合(《情报公开法》第5条第1款至第6款所列的事例)则是例外。比如其中一个例子是“关于个人情报的,根据该情报所包含的姓名、出生年月日以及其他记载等可以识别出特定的个人”(《情报公开法》第5条第1款。所谓的“个人情报”)的情报,这是不言而喻的,有关个人经历、职业、病历、收入和其他不

希望别人知道的情报(个人秘密)文件,也在行政机关掌握之中,然后根据第三人情报公开的请求,当然要公布,但这是很难办的。另外在法律上,例如公开将会导致法人、个人等营业上的利益受到损害的情报(《情报公开法》第5条第2款规定的“法人情报”),公开将会危害国家安全的情报(《情报公开法》第5条第3款,所谓“国家秘密”)等等,这些情报都不予以公开。什么是“会危害国家安全的情报”?在判断时是非常微妙的。而且法律上在关于“个人情报”、“法人情报”中,“为了保护人们的生命、健康、生活或财产,认为有必要公开的情报”再次从不公开的情报中分离出来的情况也是有的。实际上什么是应该公开的情报,什么是不应该公开的情报,这是相当难的问题。因此,对于情报公开制度而言最难的问题是行政机关所掌握的情报不是自己独占的,而是有必要让广大民众知晓的,这是一方面;另一方面是在性质上对必须保密的情报的保护,这两种要求如何调整,如何并存的问题。

(3) 情报公开和个人情报保护审查会

在请求情报公开时,行政厅一边审视《情报公开法》第5条的关于不公开情报的规定,一边决定是否公开。如果作出不公开的决定(不开示决定)时,请求公开申请者对此不满意的话,可以提出不服申请(参照后面第十五章)。像前面所阐述的那样,有的文件是否应该公开,常常是非常微妙的,很难判断。这时裁决驳回该不服申请或作出决定的行政厅原则上不是一个人来判断,而是仰仗情报公开和个人情报保护审查会——这种第三方机关的中立、公正的判断(《情报公开法》第18条以下),这种情况也是有的。

情报公开制度的机能

情报公开制度本身只不过是行政机关将自己所掌握的情报(文件)在我们面前明示的制度。实际上(即使参照《地方公共团体的情报公开条例》的经验)人们期待着该制度可以带来巨大的变化。通过情报公开制度,第一,我们这些市民依靠该制度所获得的情报,可以了解行政方式的各种变化(地方公共团体正在改正这种制度的所谓“官官接待”等不正当支出,并有了很大变化)。第二,如果行政机关不知道什么时候会有情报公开请求的话,自然而然也就不会对国民进行说明,所以平时就不得不注意倾听。《情报公开法》第1条规定:“按照国民的主权理念,根据请求行政文书公开的权利等规定,为了谋求进一步公开行政机关所掌握的情报,健全政府向国民说明其各种活动的责任,同时,在国民的正确理解和批评下,有助于公正地推进民主行政,以此为目的”,正是该条规定的意义所在。

四、个人情报保护制度

什么是个人情报保护制度

个人情报保护制度虽然与情报公开制度容易混淆,但却是与情报公开制度完全不同的重要制度。行政机关因业务需要,掌握着我们市民的各种情报(例如,出生、经历、学历、病历、职业等所谓的关于个人隐私的情报)。个人情报保护制度的这种

情报是指行政机关除了有目的的以外,不得随意挪用和泄露。在严格规定的同时,为了确认自己的情报是否记载无误,本人有请求公开这些情报,更改错误的权利,赋予这种权利的制度称为个人情报保护制度。虽然很久以前就有了《关于保护行政机关所保有的电子计算机处理个人情报的法律》(昭和 63 年即 1988 年。地方公共团体在更早以前就已经有了同样宗旨的条例),但是作为该法律保护对象的情报范围仅限于电脑处理的,而我们特别关心的医疗情报(病历等)、教育情报(学历、成绩等)则被从请求公开的对象中分离出来了等等,还存在着很多问题。平成 15 年(即 2006 年)的 5 月,对该法律进行了大规模的修改,扩大了情报公开对象的范围,而且对于本人的公开请求权等内容的规定更加充实了,又重新制定了《关于保护行政机关所保有的个人情报的法律》,而且与该法律一同,还制定了以一般民营企业等所掌握的个人情报为对象的《关于保护个人情报的法律》,可以说作为个人情报保护制度,该法律具备了其基本的性质。

与情报公开制度的差异

无论是情报公开制度还是个人情报保护制度,对于行政机关所掌握的资料,我们市民都是可以请求公开的,在这一点上二者是很相似的。但是看起来是一样的公开请求权,其意义却完全不一样,在这方面必须要充分理解。

像刚才所阐述的那样,情报公开制度是以我们市民参加行政活动为前提,以保障更广泛地了解行政机关所掌握的情报为目的,原则上任何人都可以对行政机关所掌握的一般情报请求

公开。尽管这样,另外一方面,从保护个人情报的角度出发,对于特定人的情报则例外地不作为公开的对象。但同时,个人情报保护制度正是从保护个人情报(隐私)出发,才允许该人本人(仅限于本人)对自己的个人情报请求公开的。实际上还存在这样的观点,就是基于《情报公开法》,即使是本人对于自己的个人情报也不能(这主要应该根据《个人情报保护法》进行)请求公开。但是在《关于保护行政机关所保有的电子计算机处理个人情报的法律》中,作为公开对象的情报范围相当狭窄,对于要求公开自己情报的请求,出现了根据哪一部法律都不能请求公开的情况。此次随着《关于保护行政机关所保有的个人情报的法律》的实施,虽然状况有了相当大的改善,但是即使在这部法律之下,也存在不允许本人请求公开个人情报的情况(参照《情报公开法》第14条第1款),因此还不能说上述问题已经完全解决了。

第六章 行政行为——其一

“行政行为”的概念

理论上的“行政行为”概念

关于“行政行为”一词是如何使用的，在第一章已经作了阐述。该用语自十九世纪末行政法学者奥托·迈耶使用以来，在德国和日本的行政法领域起了非常重要的作用。但要正确理解这一概念，有几个方面必须注意。

第一，“行政行为”只不过是行政法学者在理论上假想的概念而已，在实际的法律中未必一定要采用。到目前为止，在日本的法律中，还没有使用“行政行为”一词的例子。理论上被认为具有“行政行为”性质的行为，在实际中被冠以许可、批准、承

认、更正、决定、裁决等各种各样的名称。不过在《行政事件诉讼法》(参照第3条第2款)及《行政复议法》(参照第2条第1款),还有《行政程序法》(参照第1条第1款、第2条第2项等)等法律中,“处分”是作为一般用语使用的。从内容上来看,这种“处分”的概念确实与理论意义上的“行政行为”有很多共同的地方,但是像后面所要阐述的那样(后述第十一章—第十三章),其意思并不完全一样。这样一来,在日本,“行政行为”主要是为了统一表现,而从行政的各种活动中选择出来的具有共同性质的,其意义只停留在纯理论上的概念。可以说,这就像人、马、鸟、鱼,到最后的章鱼、鳄鱼,从各种动物中选择出来的具有相同(有脊椎的)性质的,理论上称为“脊椎动物”一样。

第二,这样一来,可以说“行政行为”是为了统一表现具有共同性质的行为的一个概念。这里所说的“共同性”,是指“直接对私人课以法律上的义务,给予法律上的利益”,这只不过是抽象意义上的共同性,各种行政行为具体以什么样的形式对私人的权利、义务产生影响,也是非常多样化的。对此将稍作详细的阐述。

命令的行为与形成的行为

行政行为中存在着“命令的行为”与“形成的行为”的区别。首先前者(命令的行为)是将“事实上的私人所为(不为的行为)”作为规范对象,同时后者(形成的行为)是以对私人所为行为的法律效果作为规范对象。例如,有人想要买卖农业用地,根据《农地法》第3条第1款的规定,该人必须获得农业委员会的许可;从同条第4款可以看出,没有许可而为的行为不发生

效力。也就是说在这种情况下,农业委员会的许可是通过是否赋予私人农地买卖行为的法律效果这一形式来影响私人的权利、义务的,在这种意义上的行为是前面所阐述的“形成的行为”。与此相对应,例如,如果没有营业许可(执照)就不能进行营业活动,但是,没有许可而营业了又该如何呢?这时候针对无许可而进行的营业活动一般适用罚则(也就是处罚),但原则上所进行的营业上的交易活动本身在法律上并不是无效的(参照最判昭35年3月18日民集14卷第4号第483页),这种行为是“命令的行为”的代表例子(通常将“这种行为称为法律上不允许”的行为,“法律上不允许”的意思有很多不同的地方。例如“实施这种行为将会被处罚”与“实施这种行为,其行为本身在法律上将无效的”是不同的)。

如果再详细地来阐述的话,就会明白“命令的行为”与“形成的行为”各有不同。

“下命^①”“禁止”“免除”“许可”

“命令的行为”是在事实上对私人为一定的行为(或不为)进行限制,这种限制有各种形式。例如行政厅可以根据《建筑基准法》,对于违反本法规定的建筑物命令其拆除、迁移、改建等(《建筑基准》第9条第1款)。这样一来,当这种限制以“命令”的方式进行时,这种行为就是具有“下命”性质的行为。而且在这种意义上的“下命”行为中,像禁止道路通行这种限制行为(《道路交通法》第6条第4款)，“对于命令不为(不作为)”

① 下命——是指命令、下令、发命令。

一些行为的场合,特别称为“禁止”。这些行政行为都是针对私人的一些行为(一些不作为)在事实上加以限制。作为行政相对人的私人如果不服从,就有必要采取一些手段,强制实现命令的结果(下命的内容)。作为这种手段,一般来讲,是以适用法律规定的罚则制裁(处罚)为中心,并且根据不同的情况,按照所具有的实力,即所谓行政上的强制执行(后面第十章一)来进行的。这一点与“形成的行为”——这种行政行为有很大不同。

而且,也有一次性地根据“下命”(或根据法律直接)命令一些事情(换句话说也就是一次性地课以为或不为一定行为的义务),反过来再加以解除的情况。例如,对于法律上必须缴纳的税金,因遭到地震等灾害,到期未能交纳,这就是典型的纳税迟延的案例(参照《国税通则法》第46条),这种行政行为统称为“免除”。另外刚才所阐述的“下命”中也有命令不作为(禁止)行为的,解除这种禁止行为,则特别称为“许可”。例如要开西餐馆、烧肉店、药店等,必须要有营业许可,这是什么意思呢?试想,如果谁都可以随便做这种生意的话,那么从拜金主义出发,就可能会出现使用不卫生的设施等给市民的健康带来损害的营业活动,这种担心是存在的。但是一般来讲,在法律上这种生意是不允许随便做的(禁止),但如果提出一定要做的申请时,行政厅就会一个一个地逐一审查,从公共卫生等角度出发,只有在认为让他们营业也不会有危险的时候,才能解除禁止(也就是发给可以营业的许可)。同样,不仅仅是营业许可,例如关于汽车驾驶执照等则更容易理解。

但是必须再一次明确的是,在这些行为中无论哪一种行为都具有“命令的行为”的性质,只不过是将在私人在事实上为一定

行为或不为一定行为作为限制的对象,再度加以明确而已。在此意义上,例如没有取得营业许可(违反了法律的禁止)进行商业上的买卖行为,未必以“没有营业许可”为理由,否定(合同无效)这种交易行为在民法上的效果,这在前面已经阐述了。还有,例如在同一场所,以同样的营业内容提出许可申请的两名以上的申请者,只要是其各自申请均具备了法律规定的要件,行政厅就必须全部给予许可。这样一来,就不知道实际上到底是谁在该场所营业了,这岂不是非常混乱吗?,实际上没有必要担心。因为行政法本身所能考虑的情况是许可本身的效果仅仅限于所谓满足法律规定要件的个人,恢复(像后面将要阐述的“特许”那样)其进行营业的自由(即使从事营业活动,也不接受处罚以外的其他法律上的不利行为,即这种法的地位),并不是赋予其在该场所进行营业的(民法上的)权利本身。换句话说,所谓取得了行政法上的营业许可,该营业者暂时营业是没有问题了,但这只是拿到了行政厅的许可,在取得了许可的人中,实际上谁可以在该场所营业,更进一步讲,在这些人中谁能取得该场所的所有权、租赁权等,这是民法上的问题。

“特许^①(设权)”“剥权”和“认可”

下面我们来阐述“形成的行政行为”。

行政法学用“特许(设权)”一词来表现“赋予私人直接特定的排他的独占的权利,以及私人与行政主体之间总括的权利关系设定的行政行为”。当然这种“特许”与刚才的“许可”一

① 特许——是指特别许可,专利权。

样,只不过是理论上的概念,与实际法律条文中用什么样的词语来表现并没有关系。例如理论上具有“特许”性质的行为在法律上写成“许可”,这是常有的,而且例如《特许法》所规定的特许(所谓“发明的特许”)制度等与这里所说的“特许”并没有直接的关系。

如《矿业法》对于矿业行为(制度)作了规定(《矿业法》第21条)。其内容如下。金、银、钻石或石油、煤炭这些所谓的地下埋藏物是非常珍贵的,埋藏量是有限的,如果任何人都可以随便挖掘的话,对于全体国民来说是将是一件非常苦恼的事。为此矿业法将挖掘地下埋藏物的权利规定为由国家全部独占(《矿业法》第2条)。如果私人提出申请时要进行个别的审查,只有在认为该人的挖掘不至于造成资源的浪费时,才特别赋予该人(本来是国家持有的)采掘地下埋藏物的权利(所谓“矿业权”)。这种赋予“矿业权”的行为,就是该法律所说的矿业许可的行政行为。“矿业权”正是在一定的区域(矿区)内,对于特定的地下埋藏物进行采掘、排他的独占的权利(例如,即使是该土地的所有者,与土地所有权不同,如果没有授予这种“矿业权”,也不能挖掘地下埋藏物),矿业许可正是具有刚才所阐述的意义上的“特许”性质。

根据这种“特许”所给予的私人的权利,与刚才所阐述的根据“许可”使行动的自由得以恢复的情况不同,这种权利是排他的、独占的。根据该权利,对于取得“特许”者和以后将要取得同样内容的特许者,以及进行重复特许的行政厅来说,是受到法律保护的(可以对抗)。例如,对于一些经营者而言,如果是先取得了营业许可(甲)开始(即使没有营业的权利)营业的话,事实上获得独占利益的机会会很多。而且如果新的其他业者

(乙)取得了许可,在旁边开始了同样的经营,甲会遭到经济上的重创。在这种例子中,如果乙得到的是许可是违法的话,就会出现甲可以以违法的行政行为使自己的权利受到侵害为由,起诉行政厅。但是这样的诉讼是不能进行的。像刚才所阐述的那样,因为给予甲营业许可,并不是给予甲“营业权利”,而给予乙的许可即使违法,也不会构成对甲的权利的侵犯。但是与此相对应,如果是“特许”的话,同样是刚才所说的矿业许可,先被确定矿业权的甲,对于在同一矿区内被赋予同样内容矿业许可的乙,当然可以以自己的(排他的、独占的)权利受到侵害为由而提起诉讼。

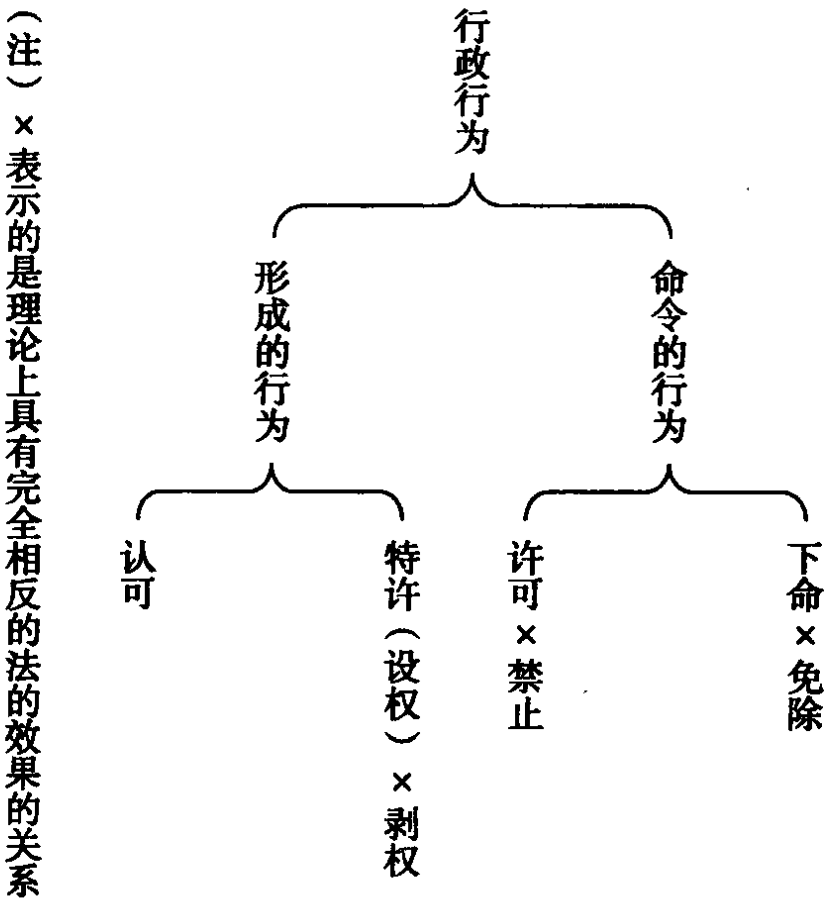
另外,“剥权”与理论上的“特许”正好相反。例如剥夺私人特定的权利、解除法律关系的行为,理所当然地都属于此类(土地的征收裁决、农地的收购处分等)。

依据“认可”这种行政行为,将私人的一些行为合法化,在此意义上就具有与“许可”、“特许”的共同性质了。但是“认可”是以私人间的法律行为已先实施为前提的,是将这些行为加以补充,使之完成法的效果。首先“认可”与“许可”不同,认可是直接控制私人行动的法的效果,因此必须获得“认可”的场合,却没有被认可而进行的私人之间的协议(合同),是没有(无效)法律效果的(参照《农地法》第3条第4款、《银行法》第30条第1款等)。相反,对于无许可而进行的行为,根据必要的罚则加以制裁还是强制执行,本来无认可的场合是不需要这些措施的,而且即使是“形成的行为”,“认可”也要有私人先实施法律行为作为大前提,这与“特许”事先总括地设定权利、形成法律关系的情况不同。因此即使给予农地买卖的认可(法律上的用语是许可),但私人之间的买卖合同本身有瑕疵,在民法上无

效被取消时,虽然农业委员会的认可已经发出了,这种买卖也不会重新生效(参照最判昭 35 年 6 月 2 日民集第 14 卷第 9 号第 1565 页,最判 35 年 2 月 9 日民集第 14 卷第 1 号第 96 页等)。

理论模式与法律实践

上述行政行为的各种类型,也就是这种行政行为以什么样的形式与私人的权利义务发生关系,从这个角度出发,对行政行为作理论分类的结果用图来表示,大概如下。



必须指出的是,这种分类上的概念,都是基于法律规定,并按照一定的观点,将与各种行政行为相关联的法的效

上加以整理,其性质上只不过是一种概念模式而已。因此,在实际的法律规定中出现的各种行政行为,并不一定是其全部,在上述模式中,行为方式也并不是都以其本来的形式出现的。

假如在各色的人种中,白皮肤蓝眼睛金色头发的人称为白人(白色人种);黄色皮肤黑直头发黑眼睛的人称为黄色人(黄色人种);黑皮肤黑眼睛小卷发的人称为黑人(黑色人种),虽然与这些人一模一样的人很多,但实际上白皮肤黑头发黑眼睛,或黑皮肤黑眼睛直头发的人也很多。同样,行政行为也如此。一个行政行为可能同时兼备前面所述的行政行为类型中两个以上的性质。如刚才的农业用地权利转移一事,农业委员会的许可(《农地法》第3条第1款),理所当然的是“认可”(形成的行为)的典型例子,但同时《农地法》规定:“实施了没有许可而转移权利的行为,处以三年以下拘役或三百万元以下罚款”(《农地法》第92条)。如果这里的(农地法上的)许可是作为纯粹的形成行为的“许可”,那么对于没有许可而进行的私人行为,只要使其在法律上无效就可以了。但仅此并没有结束,还要进一步加以处罚。《农地法》第3条的许可,正是事实上所进行的权利转移行为的规范对象(也就是“命令的行为”),在此意义上,一般来讲《农地法》第3条的许可是具有“认可”的性质同时兼具有“许可”的性质。

还有例如针对电气业、煤气业等许可(《电气事业法》第3条、《煤气事业法》第3条)的所谓“公企业的特许”——这种公共性很强的事业无疑应赋予有能力和有意思表示者,并限定供给区域,保障(例如参照《电气事业法》第5条5款、第18条等)特别的独占(或垄断的)经营权(电气等的供给权),这与前面的矿业许可(矿业权的设定)的情况相同,具有“特许”(形成的行

为)性质;另一方面,对于没有取得这些事业的许可而从事经营的经营者,则要适用罚则(参照《电气事业法》第116条、《煤气事业法》第55条等)。而且(与农地买卖许可一样),其结果可以看作是具有“形成的行为”(此时为“特许”)与“命令的行为”(“许可”)性质合为一体的行为。

其他分类方法

从与以上完全不同的观点出发,在理论上对行政行为进行分类的话,例如前面所述的“羁束行为”和“自由裁量行为”的区别;其他的例如从行为者(执行职务的公务员)的意思内容在多大程度上反映法的效果出发,仿照民法的法律行为论,可以区分为“法律行为的行政行为”和“准法律行为的行政行为”;另外,围绕着与前面所阐述的命令的效果、形成的效果等稍不同的理论着眼点即特殊的法的效果的有无出发,还可分为“确认”、“公证”、“通知”、“受理”行为。这些错综复杂的问题,在此就省略不讲了。

第七章 行政行为——其二

一、行政行为的诸效力

“效力”的概念

像在第六章所阐述的那样,在行政行为中,根据法令的规定,可以分为“命令的效果”和“形成的效果”等法的效果。这些效果可以说是以该行政行为为主,是行政行为本来的(实体的)效果。为了更加充分发挥这种实体功效,法律要对行政行为的全部或一部赋予特别(程序的)效果。而且一般来说,在私人的法律行为中是见不到这些特别效果的,也就是与私人的法律行为不同的具有行政行为的公权力性特征的居多数(例如动物和植物,天生就有使个体生长和子孙生存的能力,在这一点上是没

有区别的,但动物为了觅食和躲避危险,具有飞、跑和游泳的特别能力,原则上这是植物所不具备的)。

在行政法学中,有这种说法,即一般为了表现行政行为的这种特别的法的效果,“行政行为具有私人的法律行为所不具有的各种特殊效力”。这种意义上的特殊“效力”,理论上确认为(自力)执行力、不可争力(形式的确定力)、公定力、不可变更力等(可以说是与前面例子中的动物所特别具有的飞翔能力、奔跑能力、弹跳能力、游泳能力等相对应的)。下面将依次加以说明。

(自力)执行力

如果私人之间签订了合同,(即实施了民法所说的“法律行为”),一方(甲)的权利(即债权人)是另一方(乙方)的义务(即债务人),这时如果债务人(乙)没有在合同约定的期限内履行义务(例如接受了商品却没有付货款),债权人(甲)可以因其违反合同约定,强制闯入债务人(乙)的家里,拿值钱的东西吗?一般来讲,在现代国家这种事情是不允许的。在这种情况下,原则上主张权利的一方(即甲)可以诉讼(民事诉讼)至法院,取得确认自己权利的判决,借助法院的力量才能对乙实施强制执行(请参考图Ⅱ。这在民法上称作“自力救济的禁止”)。

但是与为了使私人承担义务的行政行为(例如在一定期限内没有交纳税金的纳税处分例子)不同,作为相对人一方的私人(乙)在规定的期限内没有履行义务时,行政厅(甲)不诉讼至法院,而是直接依靠自己的力量就可以强制执行(请参考图Ⅰ。例如拖欠税金时,要被施以滞纳金处分;对于违法建筑物被命令

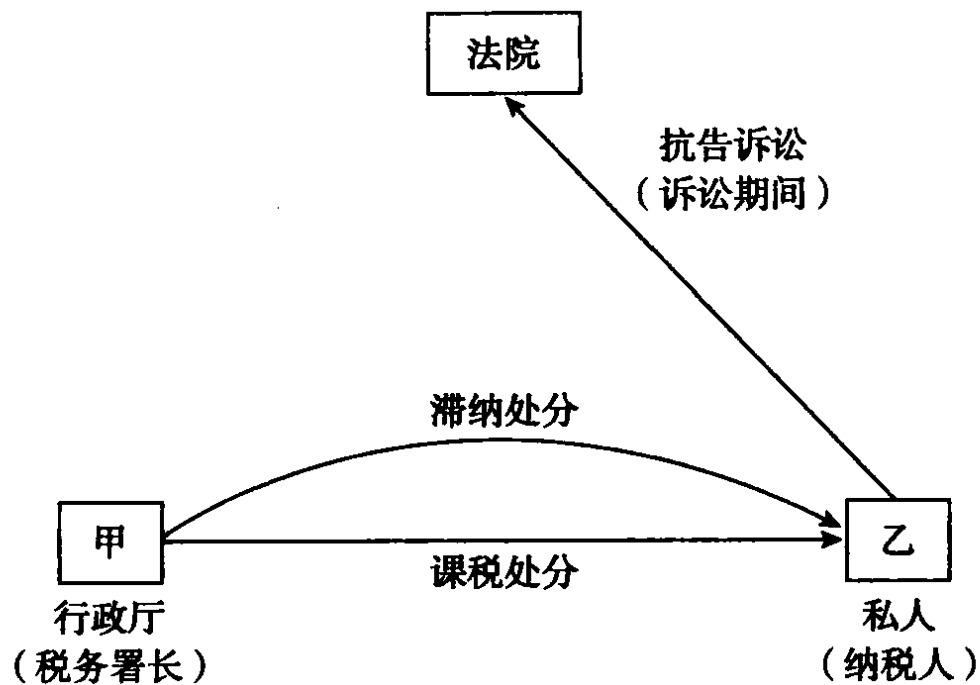


图 I 行政行为的场合

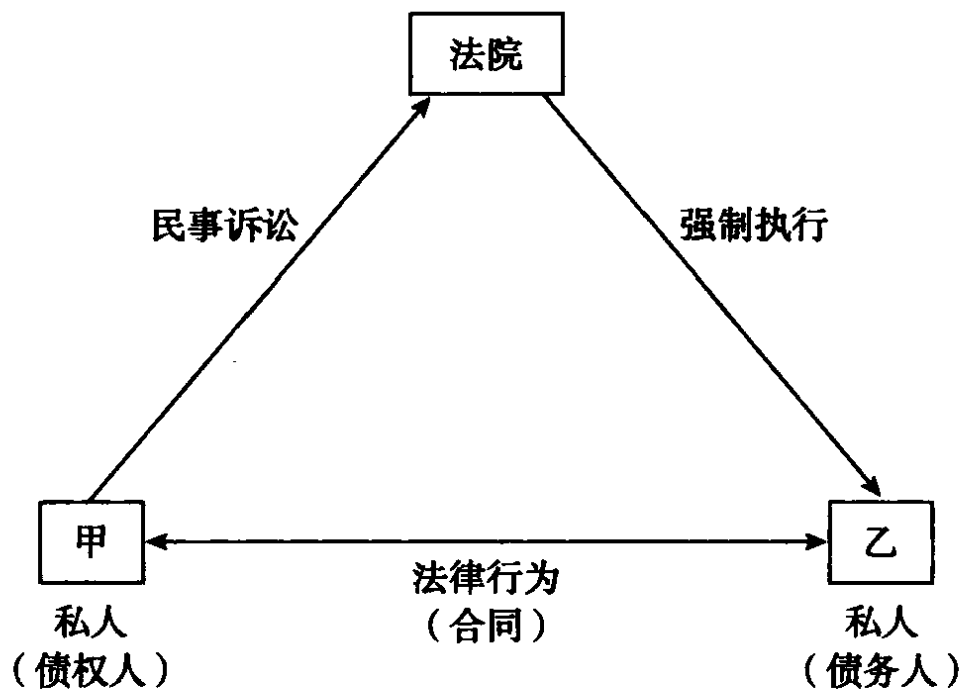


图 II 法律行为的场合

拆除的建筑,强制拆除等案件都是典型的例子),这种情况称为“行政行为具有(自力)执行力”。

关于这种“(自力)执行力”,自奥托·迈耶以来,以及日本

以前也存在着“行政行为本来当然就有这种权力”的观点,但是今天这种观点被否定了。仅在法律有特别明文规定的情况下,行政行为才具有自力执行力,对此学说上已没有争议(参照后面第十章一)。但是这种自力执行的权能仅限于法律上对行政厅承认的场合,这时即使是作为相对人的私人对于行政行为不服申诉或提起抗告诉讼,原则上并不妨碍自力执行(即行政厅没有必要等待判决),这一点不能忘记(参照《行政不服审查法》第34条第1款、《行政事件诉讼法》第25条第1款)。关于这一点在后面的行政救济法中(第十一章—第十三章),再作详细说明。

不可争力(形式的确定力)

像前面所阐述的那样,在私人之间的民事法律中,当债务人不履行义务时,主张自己权利的一方(债权人)必须到法院起诉。反而言之,作为债务人被要求履行义务,如果(例如合同无效、已经支付完毕等理由)认为自己没有这种义务,就只说句“不打算支付”(所谓的“否认”),然后置之不理就可以了(如果这样不满意的话,在债权人起诉之后,债务人再在法院阐明不支付的理由就可以)。但在行政行为的情况下,则不能这样做,因为还存在着像前面所阐述的(自力)执行力的问题。此外还存在着后面将要看到的各种理由。作为相对人的私人认为自己没有根据行政行为被课以的义务时,只是否认是不行的,自己要积极地依据行政上的不服申诉或抗告诉讼这些方法,去法院等处抗争(见前面的图I。具体的将在后面的行政救济法第十一章—第十三章再作说明)。但是所说的不服申诉、诉讼,一般来讲必须要在一定的期间内进行(参照《行政不服审查法》第

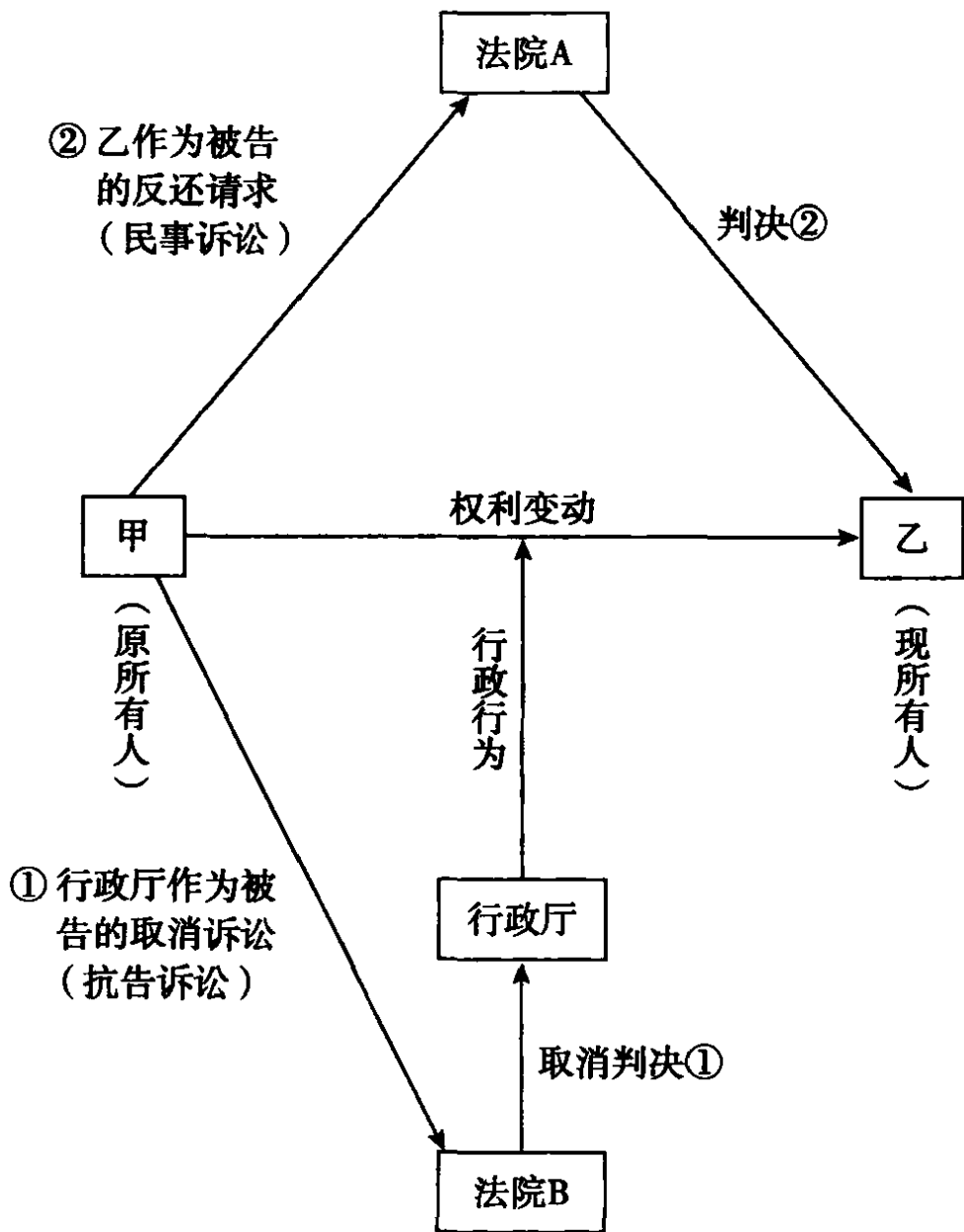
14条、《行政事件诉讼法》第14条等),如果过了这种法定期间,私人就已经不能主张行政行为违法,请求取消该行政行为了。这样一来,过了法律上所规定的不服申诉期间、诉讼期间,私人就不能就行政行为的效果有争议了,一般地“该行政行为就产生了不可争力(或形式上的确定力)”。

公定力

行政行为的“公定力”阐述起来很困难,暂时用一句话来表述的话,可以说成是“除了特定机关根据特定的程序取消以外,所有人都要受一次性的行政行为的拘束”。但是仅仅这样表述,到底什么是公定力,还是不清楚。在此稍作具体说明。

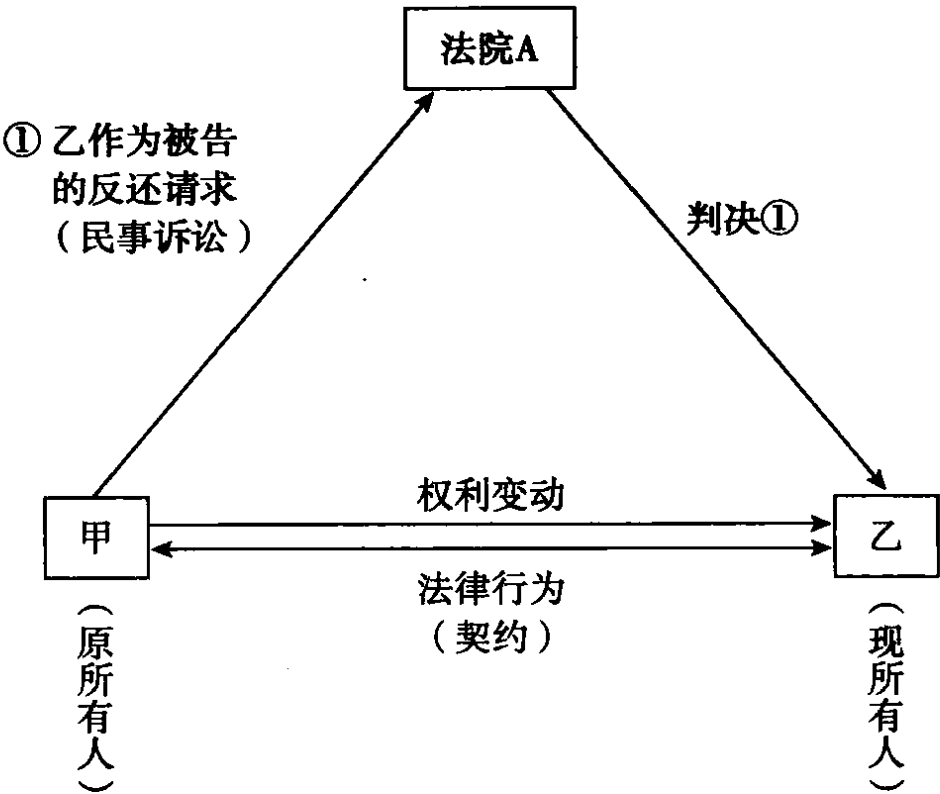
现在举一个比较容易理解的例子,一个根据行政行为(形成的行为)在私人财产方面发生权利变动的例子。例如,根据收用委员会的征收裁决,祖祖辈辈的土地将要被国际机场的建设者(成田国际机场株式会社),或新干线的建设者(独立的行政法人铁道建设、运输设施整備支援机关)征用。在这种情况下,如果原来的土地所有人(甲)认为行政行为(征用裁决)违法,想方设法地想收回自己的土地时,甲应该怎么做呢?这时如果适用民事法(民法、民事诉讼法)的原则,该人(甲)可以以现在的土地所有人即建设者(乙)为被告,起诉(民事诉讼)到法院,要求返还土地。而且此时,要主张由甲到乙的权利变更无效,并阐述理由,提出征收裁决无效(请参考图IV)。法院对该主张进行研究,如果征收裁决确实违法了,法院应该以此为理由,对乙作出命令返还土地的判决。但历来学说、判例一致认为,在这样的事件中,甲不能采用这样的做法。因为行政行为

与民法上的法律行为不同,只有经过行政复议、取消诉讼(抗告诉讼)等程序(图Ⅲ之①)才能被取消。原则上在其他诉讼中(图Ⅲ之②)该诉讼法院(图Ⅲ的法院A)的审判要受到约束,即使该法院(A)在审理时认为该行政行为违法,那么这也是有效的行政行为(参照最判昭和30年12月26日民集第9卷第14号第2070页、最判昭和31年7月18日民集第10卷第7号第890页等)。根据这种观点,在前面的例子中,甲首先以行政厅



图Ⅲ 行政行为的场合

(收用委员会)为被告,提起(正确地说,在此之前虽然存在着行政上的复议程序,但为了简便起见,在此就不赘述了)取消征收裁决的诉讼(图Ⅲ之①),得到取消征收的裁决后,在此基础上,另外以乙(建设者)为被告再提起民事诉讼(图Ⅲ之②),这样就要花费双重工夫。



图IV 法律行为的场合

但是,如果换一个角度来看,就是“违法的行政行为在被取消之前原则上是有效的”。这样一来,虽然是违法的行政行为,但是也是有效的,这正是“公定力”。用这种观点来看,“公定力”可以说是“依法行政原理”的一个例外(请参考前面第四章)。正因为这样,历来在学说、判例中进行了尽量不扩大“公定力”效力范围的各种理论尝试,例如后面将要阐述的“无效的行政行为”的观点就是一个例子。其他例如①作为刑事诉讼先

要解决的问题——行政行为的合法性、违法性(前面所阐述的案例是作为民事诉讼首先要解决的问题——行政行为的违法性问题,请注意)一般并不涉及行政行为的公定力,有这种观点;②一般来说,在判例、学说上,以行政行为违法为理由请求国家赔偿时,不必先取消该行政行为(参照最判昭36年4月21日民集第15卷第4号第850页)。作为一般原则,“因为公定力本来是使行政行为发挥其功效,并使作为行政行为的目的——公共利益的实现成为可能而被认可的,所以公定力所涉及的范围应该理解为是仅限于与各种行政处分的目的、性质相应的,应该被认可的合理的必要的限度”,例如著名的东京地方法院的判决(东京地裁法院昭39年6月23日判时第380号第22页。所涉及到的问题,一般称为“公定力的界限”或“公定力的客观范围”的问题)。但具体的问题在这里就省略不讲了。

不可变更力(确定力)

“不可变更力”是指实施行政行为的行政厅本身不能取消(所谓的“职权取消”)自己所实施的行为,这与前面所阐述的“不可争力”、“公定力”有所不同,它只是行政行为中特定种类的效力。

实际上(虽然不是行政行为)这种效力是法院所作的判决一般都具备的,法院一旦作出判决,下达判决的法院(法官)认为自己错了的时候,自己是不能取消该判决的(这一般称为“审判判决的自缚性”)。人们会这么想:“为什么会这样呢?法院本来应该作出正确的判决,认为错了,不是应该改正的吗?”这的确是非常难的事情。实际上,所谓审判是指“正确的判断”,

同时人与人之间产生争执时,仅靠当事者解决不了时,就要靠国家的力量来解决,这是其重要的目的。起诉到法院,胜诉了,第二天却被认为错了而被推翻,又过了一些日子,又认为还是以前的对,又被推翻了,那么到底应该怎么办呢?本来是存在着审判制度的,但这样一来,其意义岂不是没有了吗?

同样,在行政行为中,特别是针对异议申诉所作出的决定,对于审查请求所作出的裁决(参照后面第十三章)等,在性质上这些与审判判决具有相似的目的,这样的效力是判例、学说认可的,这种具有“不可变更力”的行政行为被特别地称为“确认(行为)”。

这里要注意的是“不可变更力”只不过是实施行政行为的行政厅自己本身不能取消该行政行为的一种效果而已。例如对这种行为提起取消诉讼,结果是法院取消了该行为,而这完全就是另外一回事儿了。这个问题与作出裁判判决的情况是一样的,例如地方法院所作出的第一审判决,地方法院自己不能取消,基于上诉(控告、上告)程序,高等法院、最高法院才能取消,这是众所周知的。

二、行政行为的取消与撤回

“取消”及“撤回”的概念

像前面所阐述的那样,特别是从与“公定力”效力的关系来看,行政行为的“取消”是非常重要的问题。取消行政行为(行政行为的取消),用一句话说(因为行政行为有“公定力”)就是

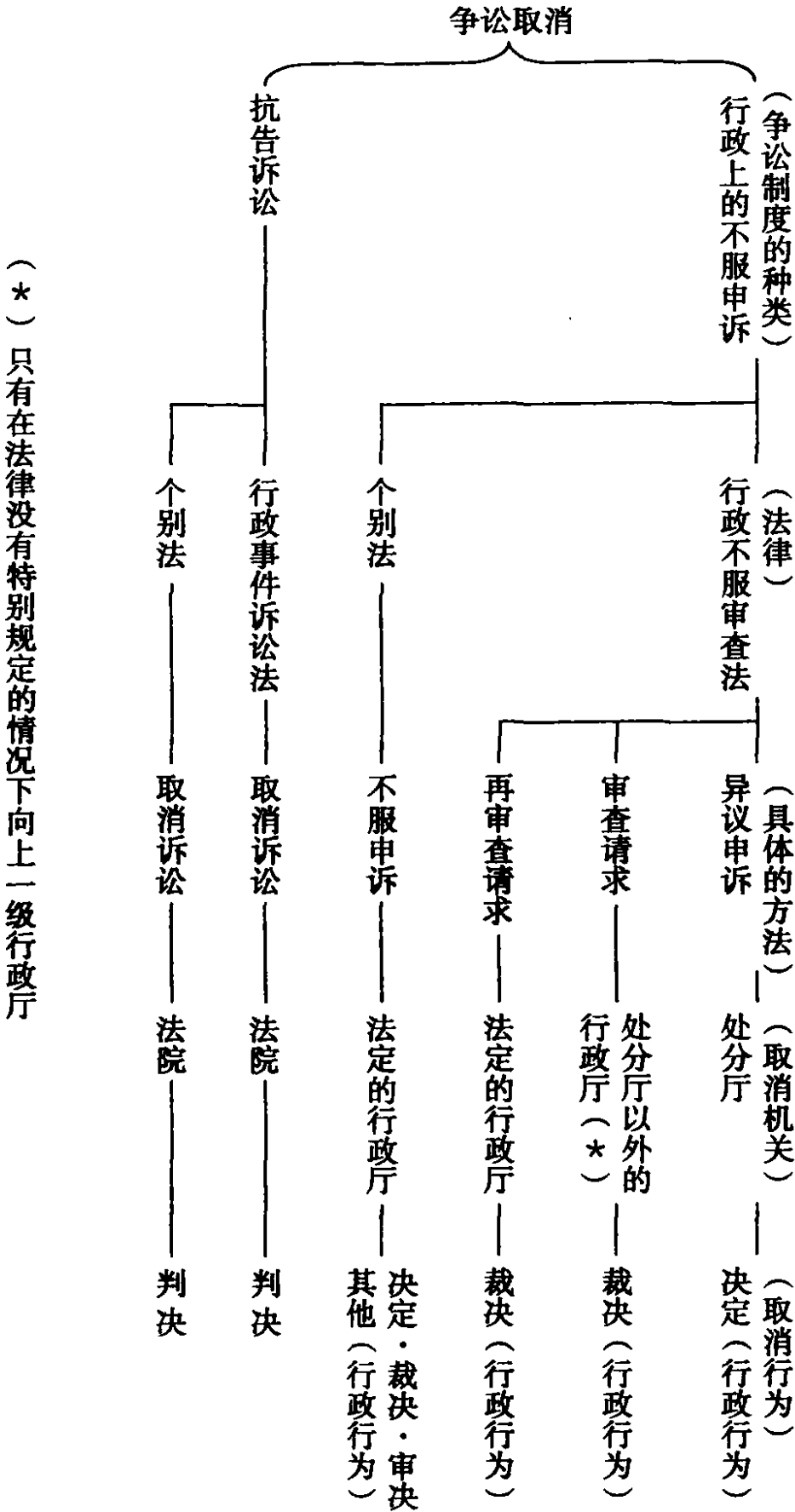
姑且使有效的行政行为丧失效果,对此有必要进一步详细理解。虽然在实际的法律中采用了“取消”一词,但其实这并不是我们所说的“取消”,性质上略有不同;另外还存在着一般称为“撤回”案件的情况,这也是有必要加以注意的问题。

“职权取消”与“争讼取消”

“取消”的程序可以分为“职权取消”和“争讼取消”两部分。

“职权取消”在前面的“不可变更力”中稍微涉及到了。即使行政行为的相对人等私人没有提出取消的请求,行政厅方面也可以自发地以行政行为违法或不当(裁量存在错误)为理由,加以取消,这称为“职权取消”。在日本的现阶段(如果除去行政程序法的“不利益处分”的话),围绕着职权取消的法的问题,一般法律上还没有规定,但在学说上,一般(像后面所阐述的那样,除了限制取消的情况以外)来讲,行政厅对于自己的违法或不当的行为,原则上常常是自己主动取消,或者是必须被取消。

“争讼取消”是针对违法或不当的行政行为,不是由行政厅自发地取消,而是由作为相对人的私人依据法律上所规定的各种诉讼手段,经过一定的诉讼程序,由争讼的裁断机关取消该不当行政行为的情况。在现行法中,争讼取消分为根据《行政不服审查法》等行政上的不服申诉的取消和根据《行政事件诉讼法》等的抗告诉讼的取消。这些争讼制度将在后面第十一章—第十三章详细加以说明。根据这些方法,将行政行为取消的大概模式简单用图表示的话,应该如下所示。



“撤回”

“撤回”虽然与依职权取消相似,但“取消”是原本(因“公定力”)违法(或不当),但却暂时作为有效的行政行为并加以实施,针对这种行政行为使之丧失效力的意思。与此相对应,“撤回”则是本来为合法实施的行政行为,但后来发生了一些事情,且从公益角度今后不希望这种行政行为的效果继续存在,主要是有将来使之失去效力的目的。在这一点上,二者是不同的。例如吊销汽车驾驶执照(《道路交通法》第103条),吊销营业许可(《关于风俗营业等规制以及业务合理化的法律》第8条)等等(在法律上使用“取消”一词),其在性质上并不是“取消”而是“撤回”,这是典型的例子。也就是说,在违反交通法规吊销驾驶执照的例子中,颁发驾驶执照的当时没什么问题,但后来因为违反了这种重要的法规是非常危险的,以后就不能发给执照了,是因为这个才作出的处分。如此一来,取消的行政行为是从实施时起就失去效力,撤回则没有这种溯及的效力。

取消及撤回的限制

从“依法行政原理”出发,如果行政行为违法,当然要从根本上取消,而且从公益(例如道路交通安全、确保公共卫生等)角度来讲也是必要的。如果这样(行政厅本来是以尽可能地实现公益为己任的),那么将来撤消该行政行为也是理所当然的。而且这种情况本身也的确如此。例如获得营业许可并且已经营业好几年的业者,实际上是通过一些手段,得到了本不应该

得到的许可,这姑且不说,其实该人的营业许可从根本上就是违法的,即使是这样,也视而不见的例子不在少数,且数年间随着顾客的增加,材料购入途径的确立,生意一帆风顺,十分红火,这种情况也是有的。实际上那个营业许可是违法的,如果被取消的话就不能营业了,那么这个人所受的打击当然是巨大的。这种案例虽然在理论上应该“取消”、“撤消”,但是如果从保护相关人的利益出发,作为例外不取消或者撤销,也是必要的。这就是这里所说的取消、撤回的“限制”问题。所谓的“限制”,虽然法律也有明文规定,但大多数是根据目前的学说、判例而思考出来的。

具体来讲,存在着以下问题。

第一,根据与“依法行政原理”的关系,一旦将颁发的许可等取消或撤回,其本身(从前面的例子可以明白)会给私人带来不利效果的处分,为此没有法律明文规定是不行的(所谓“法律保留原则”)。关于这一点,自始至终都存在着争议,下面将“取消”与“撤回”分开来阐述。

像刚才所阐述的那样,“取消”是行政行为存在着违法(或不当)时,才使该行政行为失去功效的行为。根据“依法行政原理”,至少要有行政行为违法,本来就应该取消或必须取消这一前提,这并不需要法律事先的明文规定(这在前面作为依法行政原理的“界限”已经涉及到了)。关于“取消”,历来的学说、判例有以下限制。

首先,关于“职权取消”。具有“不可变更力”性质的行政行为当然依职权是不能取消的,即使是其他场合,取消该行政行为对于关系人的利益有显著损害的话(例如像刚才所阐述的那样,是赋予作为行政相对人的私人利益的行政行为,还是像农业用地买卖认可那样,以这种行政行为为基础形成私法法律关系),行政厅(特别是确认取消的法律规定不存在时)也不能依

职权取消该行政行为,如果取消的话,取消本身反而是违法的。但是违法的行政行为是必须取消的,这是一贯的原则。在具体的案例中到底允不允许取消,要根据详细情况慎重对待(具体的案例参照最判昭33年9月9日民集第12卷第13号第1949页;最判昭31年3月2日民集第10卷第3号第147页;最判昭43年11月7日民集第22卷第12号第2421页等)。

其次,“争讼取消”是指出于对私人权利的保护,针对违法或不当的行政行为,根据特别设定的权利救济制度而产生的制度。在这里,违法、不当的行政行为当然是应该全部取消的,而且必须取消。但日本的现行法在非常特殊的情况下承认例外情况,特别是《行政事件诉讼法》第31条1款规定:“关于取消的诉讼,虽然处分或判决违法,但是如果取消对于公共利益有显著损害的话,根据原告的受害程度、损害的赔偿、或防止程度及方法,和其他所有的事宜都考虑之后,认为取消处分或裁决不利于公共福祉时,法院可予以驳回”。这一规定是非常著名的,根据此规定所作出的判决一般称为“事情判决^①”。而且对于行政上不服申诉的裁决也有一样的规定,《行政不服审查法》第40条第6款就作了(所谓的“事情裁决”)规定。毋庸置疑,这种制度本来是“依法行政原理”的一个重大例外,法律规定本身则从另一方面即“在这种情况下,该判决的主文中必须宣布该处分或裁决违法”(《行政事件诉讼法》第31条1款第2段),假设即使不取消处分本身,也尽可能地实现法院对违法的行政活动的控制(也可参照《行政事件诉讼法》第31条第2款)。

“撤回”和“取消”有所不同,本来该行政行为并不一定违法

① 事情判决——即事由判决,缘故判决等。日本行政事件诉讼法规定,处罚或裁决尽管违法,但若取消会对公共利益造成显著的障碍,在这种情况下驳回原告的申诉。

(或不当),在没有法律根据的情况下,如果将这作为公共利益,作为将来撤回的理由,这是否允许? 这种问题还是存在的。实际上这一问题,自古以来就存在争议。综合现在的判例、学说的一般观点,其结果大体如下。

从保护行政行为相对人私人的利益出发,①具有对行政相对人私人不利内容的行政行为,剥夺、限制相当于行政相对人私人的权利、自由,或课以义务的行为,原则上可以撤回。但是在今天,对一些人有利的行为,对其他人(第三人)来讲却是不利的,这种情况很多(请考虑例如垃圾处理场等所谓麻烦设施的建设许可等),如果把保护第三者的利益考虑进去的话,又如何呢? 这仍然是个问题。

与此相反,②对私人赋予利益的行政行为,虽然历来仅限于只要没有明确的法律规定,就不能自由地撤回。但现在对于这个问题是这样考虑的,即“出现对于人的生命、身体、财产等可能带来重大侵害的事态,如果实施该行政行为时便存在这种事态的话,当然就不会实施该行政行为了,如果发生了这种情况,假使没有明确撤回的法律规定,行政行为也可以撤回”(例如参照最判昭 63 年 6 月 17 日判时第 1289 号第 39 页)。例如在以前的“斯蒙诉讼”案件中,成为重大问题的是,虽然厚生劳动大臣(当时为厚生大臣)发给(参照《药事法》第 14 条)制药公司新药制造的认可(许可),但后来知道该药有巨大的副作用(根据当时的药事法,厚生大臣可以撤回曾颁发的新药制造认可——这一明文规定)的例子。

第二,即使没有法律的明文规定,也可以取消、撤回,这种程序是否适用于任何情况? 因此围绕着“行政的事前程序”还存在着问题(参照前面第五章)。关于这一点,虽然还存在着争议,但是平成六年(即 1994 年)实行的行政程序法作了规定,即将这种处

分的取消、撤回本身作为“不利益处分”(参照同法第2条第4款),原则上必须采取“听证”程序(参照同法第13条第1款第1号)。

第三,即使是在法律根据、事前程序都完全没有问题的情况下,从保护关系人的利益出发,还存在着需进一步考虑的问题。例如,根据到目前为止的判例、学说所创造出来的原则,假使是可以撤回的情况,因撤回而给相对人带来的损失必须补偿,对此法律上有明文的规定(例如参照《矿业法》第53条第2款第1项,《国有财产法》第24条第2款以及第19条等)。假设没有法律的明文规定,在理论上这也是必须考虑的问题。因为因撤回而给相对人带来的损失必须补偿是原则,所以在个别案例中,以该原则为前提,同时还必须对公共利益和私人利益的调整作详细判断(参照最判昭49年2月5日民集第28卷第1号第1页。例如私人在取得了河床占用许可,经营高尔夫练习场,但后来出台了综合的土地利用计划,决定整改为公园,于是该占用许可被撤回。在这个例子中,结果要对该人应该补偿损失到什么程度,这是个必须考虑的问题)。

三、行政行为的瑕疵——特别是行政行为的“无效”

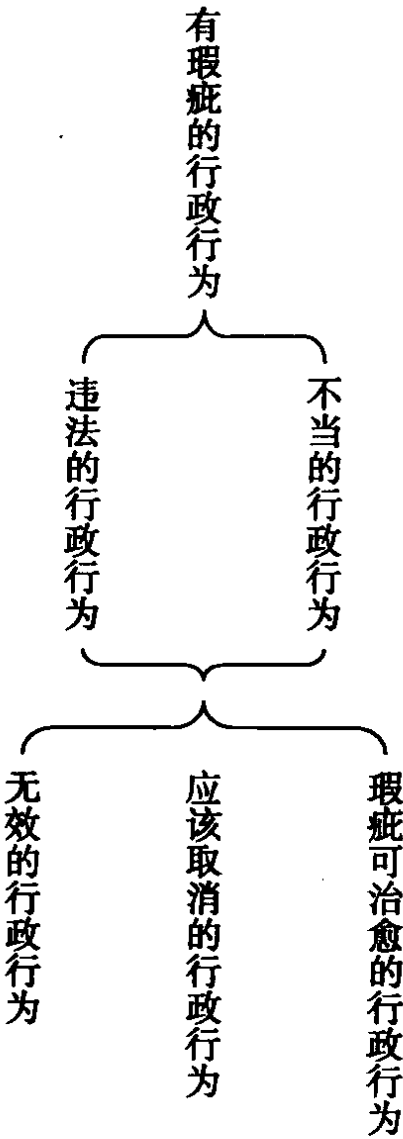
“有瑕疵的行政行为”

到目前为止,“违法的行政行为”、“不当的行政行为”,这些用语已经出现了好多次了。在行政法学中,这种“违法”或“不当”的行政行为统称为“有瑕疵的行政行为”。“瑕疵”的“瑕”、“疵”,全都是“缺陷”的意思,即与本来应该有的样子相比,不完

全,存在着“缺陷”的行政行为的意思。

人的身体有缺陷的时候该怎么办呢?也就是说对于缺陷,有就那么放着,不去管它,就会痊愈的情况;还有乍一看没什么大不了的,但是不去管它的话,就会影响全身的健康,必须尽早作手术根治的情况。而且根据不同情况,可能有因伤势太重,马上就死亡的例子。实际上,对行政行为的“瑕疵”也是一样的,有的行政行为存在瑕疵时(即违法性或不当性),对于行政行为的整体效果有什么影响,依然存在着问题。

“有瑕疵的行政行为”,其瑕疵结果的法律效力如何呢?根据瑕疵结果法律效力的不同,理论上分为以下几种情况。



在所出现的词语中,关于“不当的行政行为”和“应该取消的行政行为”的意思有各种各样,但到目前为止,从对“自由裁量”和“取消”所作的说明(前面第四章二及本章三)来看,已经足够了。在这里仅对除此以外的词语加以说明。

瑕疵可治愈的行政行为(“瑕疵的治愈”)

当行政行为实质上的违法性、不当性并不太大时,在综合考虑了相关人员的利益及其他各种事宜后,也有例外地确认该行政行为有效的例子(如虑置之不理也自然能痊愈的伤病的例子)。例如因情况的变化,最初欠缺要件,但实质上却出现了圆满的结果;或者被认为没什么大不了的瑕疵,认可行政行为的情况(参照最判昭36年7月14日民集第15卷第7号第1814页,最判昭47年12月5日民集第26卷第10号第1795页)。

无效的行政行为

有瑕疵的行政行为,原则上是应该取消的行政行为,也应该具有刚才所述的“公定力”。即使实际上瑕疵太大,但在依照原来的程序取消前,也一直有效,如果必须这样的话,那就太不合理了,这样的例子也不是没有(例如,没有亲属的老人常年靠救济一个人生活,突然有一天误收到因年收入一千万日元,需要交纳所得税的例子)。在这种情况下,自古以来学说、判例认为,不要等待原来意义上的“取消”,而是从一开始这就是无效的行政行为,在此意义上就出现了理论上(另外,从一开始行政行为就不存在,在这个意义上可以说存在着“行政行为的不存

在”这一情况。这是行政行为的灵魂。)无效的行政行为这一概念(也就是所谓的缺陷太大呈即死状态)。这种“无效的行政行为”或“行政行为的无效”(或不存在)的概念,虽然最初是由学说、判例而来的,但根据昭和 37 年(即 1962 年)制定的行政事件诉讼法,该概念已被现实的法律所采用(参照《行政事件诉讼法》第 3 条第 4 款、第 6 条等)。

根据行政法理论,对于无效的行政行为来说,公定力、不可争力、自力执行力等前面所阐述的“效力”,全都不存在,即使不“取消”,从一开始就不存在有效的行政行为的法律效力。作为行政行为相对人的私人,没有必要事先提起取消诉讼,可以直接提起民事诉讼,在该民事诉讼中提出行政行为无效的主张就可以了。作为法官来讲,如果该行政行为无效,即使该行政行为没有被取消,也不受该行为的约束。而且在现行的行政事件诉讼法中,对于无效(或不存在)的行政行为,特别是对“无效等确认诉讼”这种抗告诉讼的提起,是予以认可的(《行政事件诉讼法》第 3 条第 4 款)。在这种诉讼中,关于提起取消诉讼时所规定的出诉期间、行政不服申诉前置等各种限制(后面第十一章—第十三章)规定全部都不适用,而且大多数学说(前面已经看到的)认为,理由判决制度在无效等确认诉讼中也不适用。

“应取消的行政行为”与“无效的行政行为”的辨别标准

有瑕疵的行政行为是“应该取消的行政行为”还是“无效的行政行为”,这将会对行政行为的私人权利救济方法带来重大的影响。因此根据什么样的标准来辨别,这是一个非常重要的问题。

日本的判例以及比较有说服力的学说,历来将此标准放在“瑕疵的重大明白性”方面,“虽然有瑕疵的行政行为原则上仅限于应该取消的行政行为,但只有在该瑕疵重大且明显时,该行政行为才无效”,这种公式已经建立起来了(例如参照最判昭31年7月18日民集第10卷第7号第890页,最判昭36年3月7日民集第15卷第3号第381页等)。按照这种观点,也就是说有的行政行为,以其违法性为理由确认其无效时,仅仅是因其具有重大的违法性是不够的,进一步来讲,必须是这种违法性很明显才可以。正是基于这样一种观点(参照最判昭37年7月5日民集第16卷第7号第1437页),即“行政行为的无效可以不经经过正规的取消程序,任何时候、任何人都可以主张行政行为有瑕疵,否定其效果,这种情况必须是在谁看来都存在着明显的瑕疵”。

从以上可以看出这确实是非常常识性的观点,但是这种“瑕疵的明显性”并不是不存在问题。例如像这种观点所阐述的那样,如果“在谁看来瑕疵都是明显的”话,那么原来围绕着行政行为效果所产生的争议本身就应该没有了,实际上正是因为瑕疵不明显才引起争议,才产生诉讼的。在现在的诉讼案件中,“瑕疵明不明显”,不可能是判断行政行为应该取消或者无效的有效标准。

今天,针对前面所阐述的“重大明白说”,学术界存在着质疑,而且代替“重大明白说”的观点有“具体的价值衡量说”。这种观点认为,有瑕疵的行政行为应该是被取消的行为,还是无效的行政行为,是根据瑕疵是重大的还是明显的这种抽象的、一般的标准来确定,这本身就不合适;而应该根据不同的案件,在比较各种利益及其重要性的基础之上(所谓的“比较衡量”)

再作决定。根据这种观点,主要是要考虑案件的具体情况,一方面因行政行为的“无效”,作为行政行为相对人的私人所得到的利益与行政方所获得的不利益;另外一方面因“有效”,使私人蒙受的不利益与行政方所得到的利益进行全方位的比较衡量,如果得出无论如何都应该保护私人利益的结论的话,那么该行政行为就是无效的行政行为,反之无论牺牲多少私人的利益,都要满足维持行政行为效力的行政上的要求,如果认为这是特别迫切和必要时,那么这就是应该取消的行政行为。

今天,最高法院的判例至少公开维持了“重大明白说”。但实际上瑕疵是不是重大明显,一概没有涉及。也有很明显地从利益衡量的观点出发来确认行政行为无效的例子(参照最判昭48年4月26日民集27卷第3号第629页)。对于最高法院的真正意图,尚有不同的揣测。

第八章 行政立法

一、行政立法与“依法行政原理”

“命令”的概念

制定“法”的“立法机关”是“国会”，这是大家都知道的常识。原则上是这样的，而且“依法行政原理”最初就是以此为出发点的。但是真实的情况是“法”不仅仅是由国会制定的，也可以由法院制定（例如“最高法院规则”），而且像在后面将要阐述的那样，也有由行政机关制定的。行政机关所实施的立法行为一般称为“命令”，对此，日本国宪法也予以承认（参照《日本国宪法》第81条、第98条等），这种情况是作为“依法行政原理”的一个（参照第四章）“例外”。

另外,这里所说的“命令”与我们平时所说的“命令他人”的概念(在行政法学中,例如前面所述的行政行为种类中所出现的“命令的行为”,“命令”一词就是这个意思)完全不同。也就是说,即使是完全相同的词语,因场合的不同,也会出现完全不同的两个意思。虽然很不容易区分,但从来都是这样的。

二、行政立法的种类

形式上的区别

这种意义上的“命令”,在现行的日本法制度中,因制定命令的权限机关不同,区分为内阁所制定的“政令”(《日本国宪法》第73条第6项);作为内阁府长官的内阁总理大臣所制定的“内阁府令”(《内阁府设置法》第7条第3款);各省大臣所制定的“省令”(《国家行政组织法》第12条第1款);各委员会同各厅长官所制定的规则(《国家行政组织法》第13条第3款。一般称为“外局规制”)等等。而且还存在着与外局规制虽然相似但还是有所不同的,且不适用国家行政组织法的会计检查院以及人事院(这一般称为“独立行政机关”)所制定的规则,这些另称为“会计检查院规则”及“人事院规则”。

另外,各个大臣、各委员会以及各厅长官为了对所掌管的事务进行公示而进行的“告示”;还有这些机关为了对所掌管的事务下达命令(此时是“下命”的意思)或公告,通过对其所管辖的各机关和职员发布的“训令、通告”,这都是由国家组织法规定的(《国家组织法》第14条第2款)。

有关地方公共团体的情况,则是根据《地方自治法》第15条第1款的规定,以“规制”的形式给予普通地方公共团体的长官以行政立法权。

但如果不详细了解各个制定机关的性质——这种行政组织法上的问题的话,就不会理解这种区别。

内容上的区别——“法规命令”和“行政规则”的区别

在这里更为重要的是从不同的观点来看行政立法的区别。如果前面所述的区别称为“形式上的区别”的话,那么就会出现另外一方面即“实质上的区别”。在行政法学中,从一些行政立法对私人的权利、义务所具有的法的效果出发,在理论上可以区分为“法规命令”和“行政规则”(行政命令)两种。这时所说的“法规命令”是指能够直接带来私人的权利、义务变动效果的行政立法,与此相对应,“行政规则”是指除此以外的行政立法。例如,规定一些关于国税纳税义务成立时间的政令规定(参照《国税通则法》第15条第2款)直接规定了向国家纳税的纳税人义务发生的时间,这当然是“法规命令”。与此同时,即使是同样的政令,例如对于“厅”、“官房”、“局”、“部”下面设置什么样的“课”或“室”,从事什么样的工作(所掌事务),对于这些作出规定的政令(参照《国家行政组织法》第7条第5款),主要是对国家行政组织中职务分担进行的内部规定,而不是直接对私人赋予权利和课以义务,这就是“行政规则”。

这种区别可以说是关于立法内容的区别,与刚才所阐述的由“谁来规定”这种法的形式上的区别在理论上本来是没有关系的,但是例如前面的“形式上的区别”中的“训令、通达”,这本

来(任何情况下)仅对行政内部关系具有拘束力,对于“行政的外部关系”中的“私人”的法利益不直接产生影响,因此,这本身当然就是“行政规则”。

另外,法规命令还可以区分为规定实体权利、义务的“委任命令”和相当于将法令所规定的权利、义务程序具体化、形式详细化的“执行命令”,详细情况在这里就不赘述了。

三、法规命令的法的性质

法的效果

虽然法规命令是直接赋予私人权利,课以义务(在法规范的基础上),但其规定方法是将不特定的多数人作为对象的一般的、抽象的概念,而不是将特定的私人作为对象的个别的、具体的概念,并且不包括在“行政行为”中(参照前面的“行政行为”的概念)。而且行政行为所具有的各种特别效力(特别是公定力)在法规命令中并不存在。例如作为民事诉讼先决问题的法规命令的效果,在这种情况下,民事诉讼法院(即使不取消该法规命令)根据自身的判断来确定其违法性,并将其作为无效的行为来处理,这当然不能成为以取消诉讼为中心的抗告诉讼的对象。但也像在后面将要阐述的那样(第十章一),在现行的法律中,即使是法规命令,根据“代执行”的方法也可能存在承认其自力执行的情况(《行政代执行法》第2条),仅在这种情况下才存在自力执行力。

法律根据的必要

法规命令不是行政行为,刚才所阐述“法律保留原则”虽然不能原封不动地适用,但根据历来学说的观点,即所谓的“法律专属的法规创造力原则”,必须要有法律的授权(根据)。这一点与不具有(也就是不对私人的权利义务直接产生影响)所谓“法规”性质的“行政规则”有很大的不同。

四、行政规则的法的性质

历来的观点

像刚才所阐述的那样,自古以来行政规则就不对“私人”的权利、义务产生影响,在这一点上与法规命令的性质是不同的。例如命令、通知主要是以行政内部的机关、职员等为对象,这些都只不过是行政主体内部的构成要素,因此不是以“私人”为对象,对于这些对象所下的命令、通知,也是“行政规则”,而不是“法规命令”。其结果具体如下。

例如国税厅长官对于所得税下达的基本通告,对于所得税法所作的各种规定的意义,国税厅、国税局、税务所等应该在全国范围内作出统一解释,也就是说要展示税务行政组织内部的官方解释。毋庸置疑,这是因为在日本不允许税务局的法律解释(甚至税金的征缴方法)凌乱不堪。这种通告一旦下发,税务局理所当然地要据此进行课税处分。在此意义上,通告对什么

样的事情作规定,至少在结果上对纳税人的权利、义务有很大影响。例如,假设根据通告不应征的税却予以征税了,这时的纳税人可以以违反通告为理由,主张该纳税处分违法,要求取消吗?或者反之,按照通告征了税,而私人认为该征税处分违法,提起取消处分,这时税务署方面可以以“因为是根据通告所实施的,所以不违法”来进行反驳(抗辩)吗?

结论是两者都不可以。因为仅仅根据刚才所看到的“行政规则”,通告毕竟只是对行政机关的内部加以约束,而对于私人则没有法律效力(即与私人的权利、义务没有法律关系)。在这种情况下,征税处分合法与否,完全取决于该征税处分违不违反其根本的法律(所得税法),只是与此有关系,与通告是没有关系的。而对于同样的事情,如果不是通过通告,而是通过“法规命令”的所得税法实施令(政令)加以规定的話,那么当然就允许前面的主张、抗辩,这是“法规命令”和“行政规则”的区别所在。

但是,在这里需要注意的是像前面的例子那样,接受通告的职员违反通告的有关规定实施了行政行为时,并不能以此为理由认定该行政行为违法,但是从与公务员法的关系来看,该职员是否违反了职务上的义务,那么这种情况则另当别论。是否违反职务上的义务对于是否违反通告本身将产生直接影响,这是理所当然的。因为行政规则就是通告,在行政组织内部具有完全的法的拘束力,公务员据此承担职务上的义务(例如,参照《国家公务员法》第98条第1款、《地方公务员法》第32条)。

命令、通告等行政规则主要是对“行政的内部关系”具有拘束力,对于作为“外部关系”的私人的权利、义务,则没有直接影响。且行政规则(与法规命令的情况不同)是不需要法律根据的。

近来的动向

最近,关于“行政规则”的上述观点是否在任何情况下都必须贯彻执行,因情况不同,观点认识的不同也不同,而且存在着很大的问题。不用说,刚才所阐述的命令、通告等行政规则,理论上对私人的权利、义务不产生影响,即使这样,至少在事实上还是具有很大的影响力的,这是不能否定的。例如昭和 33 年(即 1958 年)最高法院作出的著名的“弹子球游戏机征税事件判决”(最判昭和 33 年 3 月 28 日民集第 12 卷第 4 号第 624 页),在该事件中,弹子球游戏机(弹子球台)最初问世时并没有成为物品税的课税对象,但是根据新的通告,今后将成为新的课税对象。该事件中的课税并不是根据法律进行的课税,这不是违法吗?对此引发了争议。在这种情况下,如果还是坚持历来的观点,那么通知只不过是单纯地展示了有关法律(物品税法)规定的行政内部的法定解释,如果原来的法解释(以前的通知)错了,改正错误解释(新通知)是理所当然的事情,不存在什么违法,只不过是行政厅应该必须这样做而已。在这里,主要的问题还是物品税法的解释对于弹子球游戏机是否适用,也就是弹子球游戏机是不是物品税法应该征税的物品的的问题。在该判决中,最高法院正是采用这种观点拒绝了弹子台制造业者的诉讼。而且从理论上来讲,这种观点本身并没有错,但是如果长期不作为课税对象,私人就会相信这在法律上本来就是不作为课税对象的,直到突然有一天行政厅方面的解释变了,“以前的解释错了,追溯起来要缴纳全部税金”等,如果出现这样的案例,那么私人必须全部按照所述的理由去做吗?

实际上关于这个问题,已经在前面的“依法行政原理”中作为“界限”问题已经阐述过了。恐怕今后这些具有“行政规则”性质的命令、通知等,即使理论上没有变化,但因个别情况,行政厅突然改变法律的法定解释(通知),明显地侵害了信赖法律的私人利益,这时对于私人来讲,如果还是遵守例如“信义诚实原则”的话,那么就要对此进行个别救济,我认为这也是必须考虑的。

还例如,行政程序法应该规定(参照《物品税法》第5条第1款、第12条第1款)行政厅根据法令的规定判断是否实施处分的必要标准,(“审查标准”或“处分标准”),而且其内容要尽可能地具体(《物品税法》第5条第2款、第12条第2款)一些。确定这种标准的时候,假如是命令、通知等只要是具有“行政规则”的性质,违反该标准实施处分时,例如基于违反“平等原则”而产生的“裁量权的逾越”的情况,就可以主张该处分违法,要求取消。

第九章 行政的非权力活动形式

一、合同

行政主体与私人之间的协议及其法的性质

到目前为止所阐述的行政行为、行政立法等都是行政主体进行行政活动时,事先不必取得当事人的承诺,单方面就可以对行政相对人私人课以义务、赋予权利(即所谓“权力的”方法)的例子。之所以能这样,正是基于行政主体不同于一般私人的特征,而且这也是行政法这种特别的法领域存在于民法等之外的重要原因。另外行政活动并不是任何时候都必须按照这种方式进行,实际上行政法与民法相同,行政主体与私人之间以一定的方式达成共识进行

活动的场合也很多。在这种情况下,理论上行政主体与私人之间的协议(行政行为与行政立法中均不存在)到底是怎么回事,具有什么样的性质,这样的问题就产生了。行政主体与私人之间的协议与私人之间缔结的“合同”是否相同呢?这是行政法领域所特有的问题。

实际上这个问题因国家、时代的不同,更因不同的案例会出现不同的答案。例如在很早就确立了行政法特有的法制度、法理论的法国,这种协议传统上是根据判例、学说创造了“行政合同”的观念,展现了与私人同僚间的合同所不同的特别(行政法的)法理论,但在日本情况却与此大不相同。

私法上的合同

在日本,这种协议中大多数是根据民法、商法所签订的合同(所谓私法上的合同)。例如,为了道路建设,国家、地方公共团体与土木建设者所签订的合同(公共土木事业的承包合同),国家、地方公共团体从工商业者处购买办公用品所签订的合同(物品的交纳合同),向国家或国营设施支付钱款,乘坐国营公共汽车等都是这种情况(公共财产、设施、企业等的利用合同)。这些合同基本上都是行政主体处于与一般私人相同的地位而订立的合同,一般来讲,只要不违反法律,行政主体就可以自由地签订合同,合同的效果原则上适用民法、商法等所谓的私法。

但是在这些合同中,当事人一方并不是纯粹的私人(代表公益),而是行政主体。这也就是说,如果是纯粹私人的场合,即使是对自己不利的结果(仅限于本人认为可以的情况下),也可以自由地签订合同。但在行政主体的情况下,因为是代表全

体国民的利益,随便自由地签订合同是不允许的。例如,在签订合同时常有基于对财政的民主主义控制而需要议会议决(参照《日本国宪法》第 85 条、《地方自治法》第 96 条第 1 款第 5 项)的情况。另外,为了保护私人的利益,只要有申请,行政主体就必须签订合同(所谓的“契约自由的原则”的例外情况。例如《水道法》第 15 条第 1 款等);签订合同时,常常要防止公款不当使用的情况(《会计法》第 29 条以下、《地方自治法》第 234 条)等。签订完合同以后,为了调整公共利益和私人利益,一方面赋予行政主体解除权,另一方面必须补偿因解除而产生的损失(《国有财产法》第 24 条、《地方自治法》第 238 条的第 5 款第 3 项、4 项)。在日本,对于这些合同,只有法令上的特别规定,才构成行政法的一部分。

以私人同意为前提的行政行为

在行政主体与私人之间的协议中,有的并不是合同,而是“以私人的同意为前提的行政行为”。例如,基于私人申请的许可、特许等(所谓的“许认可”);还有公务员的任命等都是典型例子。在学说上存在着将后者作为一种合同并由此构成理论框架的情况。

君子协定

即使有行政主体与私人之间的协议,在不具备法的约束力、强制力的情况下,不是“合同”,而是不具有法的效力的“君子协定”。所谓根据纲要或行政指导而达成的合意(例如,根据

地方公共团体与企业之间签订的防止公害协定、根据地方公共团体的宅基地开发等指导纲要签订的地方公共团体与开发业者之间的协定等)中,常常有这样的例子。

公法合同(狭义的行政合同)

除了以上所看到的例子以外,还存在着是否有“公法合同”这种具有特别法性质的合同的问题。在德国、法国等具有行政审判制度,并且明确区分“公法”和“私法”的国家,这种合同的制度和理论都很发达。在日本,例如后面要阐述的《行政事件诉讼法》第4条的规定等,虽然是以这种合同的存在为前提而作的规定,但是与以上所列举的国家不同,在今天的日本,对于公法与私法的区分已经不那么重要了。虽然有的合同具有公法合同的性质,但与一般民法、商法上的合同有什么区别,仍然未必清楚明确。因此对于这个问题就没有必要加以阐述了。

围绕合同的法的问题

行政主体根据与私人之间的协议签订合同从而进行行政活动,这既能尊重私人的意思,又能考虑到私人方的特殊情况,在一点上,与依据法律进行的行政行为这种单方面规范私人的权利、义务相比,比较灵活,这是其长处;但同时以与私人之间有了协议为由,就可能使行政主体按照自己的喜好办事。像刚才所阐述的那样,在现行法中之所以对行政主体所签订的合同加以限制,正是为了防止这种情况的产生。关于这个问题,法解释论是这样阐述的。

首先,合同是直接将私人作为相对人,而且将“依法行政原理”,特别是“法律优越的原则”全面加以运用的。因此,例如国家、地方公共团体在缴纳法律规定的税金时,与纳税义务人协商少缴税款,并将这种违反法律规定的结果签成合同,这当然是不允许的。但是,假如法律允许行政厅单方面命令、强制(即“公权力的行使”),使用这种强硬手段时,却没有这样做,而是通过与对方签订合同,从而产生同样结果的行为,这是否允许呢?实际上这是非常难的问题,其结局是承认公权力行使的法律规定,允许使用能够达到同样目的的其他方法,还是只规定到“如果想的话就可以行使公权力”这种程度,与这些解释有关系。例如,土地征收法规定了土地征收的方法,但法律并不一定(所谓的“任意买收”的方法也可以)要求行政厅必须用征收这种强制方法来获取土地。另外,例如为了确保公益的实现,法律虽然承认行政厅的自力执行权,但如果签订了在任何情况下也绝对不允许使用强制执行手段的合同的话,这就是大问题了。而且在实施行政行为(处分)时,按照事前的行政程序进行,这是法律规定的义务。但是为了不这样做(在法律上并没有义务履行这样的行政程序),而以合同的形式来处理,这就违反了法律的要求(一种脱离法律的行为),是违法行为。

二、行政指导

“行政指导”的概念

在行政机关根据行政行为、合同与私人进行活动时,因“依

法行政原理”会受到限制。实际上在行政活动中,为了使行政活动圆满进行,在使用不受限制的方法上下了很多功夫。刚才所阐述的君子协定就是其一。这样一来,到与私人明确地签订“协定”这种形式为止,行政方以什么样的形式向私人阐明“希望怎么做”,私人方(虽然没有必须这样做的法的义务)对此予以尊重,并且实际上按照行政机关所希望的那样去做,这样的例子非常多。

例如,根据现行的《建筑基准法》,如果存在违反建筑基准法、都市计划法的所谓违法建筑物,行政厅可以命令其所有人改善、拆除违法建筑物(依据行政行为),最终可以通过强制执行达到目的(参照《建筑基准法》第9条)。但是一般情况下,对于出现的违法建筑物,不会突然使用这种强硬方法,而是以行政厅首先会见违法建筑物的所有人,“这个建筑物是违法的,能改善吗?”从缓和的打招呼方式开始。在这个阶段,违法建筑物的所有人还没有被以行政行为(处分)这种形式,被命令改善、取消该建筑物。如果所有人认为“不行”,认为置之不理也无所谓的话,那么就必须要用一种正规的“除去(改善)命令——这种强制执行”的方式进行,(对于态度不是非常强硬的人)在强制执行之前要听取意见。这一般称为“行政指导”。

实际上行政指导所采取的方式和内容是各种各样的。例如从法的根据来看,有根据(例如参照《国土利用计划法》第24条、第30条、第31条等)正式的法律规定进行的;有只是根据行政内部的一般基准(行政规则)进行的(例如根据地方公共团体的宅地开发等指导要纲);还有没有具体根据而在事实上进行的,各种各样。从其内容上来看有对行政相对人有利的(一般称作“助成的行政指导”);还有反之,对行政相对人不利(一

般称作“规制的行政指导”)的等等,也是各种各样。但是无论怎样决定,重要的是接受这些行政指导的行政相对人(私人),如果不按照指导去做的话,被处罚、被强制执行等法的不利情况都不会出现(反之,从内容上来看即使是劝告或警告的场合,如果行政相对人不服从的话,就会出现法的不利情况,这时该行为已经不是“行政指导”,而是“行政行为”了。例如税金的督促——《国税通则法》第37条等就是例子。如果不服从督促的话,那么只好接受滞纳处分了,复杂一点来说也就是产生了必须接受滞纳处分的法的义务。参照《国税通则法》第40条)。

围绕行政指导的法问题

以上只是从传统的行政法理论来看行政指导的性质,行政指导本来不具备法的意思,应该是“无”或“零”法的意思。首先对于私人来讲,行政指导不具有法的拘束力(不直接影响私人的利益),这样一来(只是根据学说上的一般见解),法的根据就没有必要了(参照前面第三章三),而且也可以不服从行政指导。不服从(拒绝服从)行政指导也没有什么不利的地方,因此在历来的学术观点中,行政指导不具备“公权力行使”的性质,而且也不“侵害”私人的权利、利益,针对这些情况也不能提起抗告诉讼(后面第十一章、十二章),假如根据行政该指导遭受到了损害,那么也就应该不可以提起国家赔偿请求(参照《国家赔偿法》第1条。后面第十四章)。

从理论上讲,这应该是理所当然的事情。虽然如此,但为什么在行政法学上“行政指导的法的性质”问题会频繁地出现呢?这是因为实际上行政指导对于私人有着非常大的影响,

对于行政方实现自己的目的具有重大作用。而且对于私人而言,在现实社会中因各种情况,抵抗行政指导是相当困难的,这是实际情况。私人抵抗行政指导非常困难的原因有多种,例如刚才所说的违法建筑的情况,如果不服从行政指导的话,其结局就是启动命令、强制这些强硬手段。即使不到这个地步(下一章二的2),如果不服从的话,则会采取公布事实和姓名、拒绝提供供水服务这些间接的强制手段。而且实际上的问题是,即使目前还看不到不利的后果,但如果得不到政府的协助,早晚会遭到报复的,这种不安无论如何也摆脱不了。

这种事实上的强制手段在法律上有明文规定(例如《国土利用计划法》第26条所规定的“公表”)的,行政内部的所谓“纲要”中也有规定(例如地方公共团体规定的宅地开发等指导纲要中所规定的是否拒绝签订自来水供给合同),而且也有单纯在事实上采用的情况。

行政法学的对应

基于这种状况,行政法理论如何来应对行政指导呢?存在着多种可能性。例如第一,忠实地遵循传统的行政法理论,即所谓在法律上采纳行政指导“无”的观点;第二,重视行政指导的现实作用。对于私人而言,行政指导具有法的拘束力,以此为前提,行政指导应该与行政行为一样具有法的控制力。但(这是令人关注的好方法)现在日本的大多数判例、学说并不是这样极端地来解决问题,而是同时遵循传统的观点,所谓在现在的法制度、法理论上,行政指导已见落后的“影子”了,它可以被看作是以间接的形式展开行政法上“认知”的尝试。下面从

最高法院的判例入手,来阐述这个问题。

(1)例如,企业要进行生产调整 and 价格商定,这虽然违反了独占禁止法^①,但如果这是根据经济产业省(以前的通产省)的行政指导而进行的话,那么该怎么办呢?关于这个问题最高法院是这样判决的,即“企业之间达成的关于价格的协议,即使在形式上可以看出其违反了独占禁止法,但这是根据合法的行政指导并协力进行的,这时就阻止了其违法性,这样理解是合适的”(最判昭59年2月24日刑集第38卷第4号第1287页)。如果这里的行政指导是违法的话,那么将要违法的企业行为也就不违法了,会产生这样的法的意义。

(2)围绕着著名的案件,即所谓“建筑确认的保留”还有一些判例。根据《建筑基准法》的规定,如果要建造高级公寓,就必须接受行政厅所作的建筑确认——这种行政行为。一旦提出建筑确认申请,行政厅必须在一定的期间内审查完毕并给予答复,这是法律上规定的(《建筑基准法》第6条第1款、第4款)。但相对于公寓建筑而言,其周边的居民常常会有意见,也就是出现了建筑纷争。为了防止此类事情的发生,行政厅对于建筑确认的申请(法律上完全合法的建筑,理论上本来应该予以确认的建筑)轻易不予以答复(建筑确认的保留),并在此期间进行各种行政指导,这样的例子很多。这是理所当然的事情,但这不违法吗?对于这种事情的纠纷常常通过诉讼来解决的。但是多数法院会作出建筑确认的保留不违法的判决,对此最高法院予以认可(最判昭60年7月16日民集第39卷第5号第989页)。这些判决的观点是,如果行政指导是正确适当的,

① 独占禁止法——是指垄断禁止法。

那么建筑确认的保留就不违法,也就是说行政指导的介入就出现了这样一种结果,即本来应该是违法的,却变成了合法的。在这种情况下,法院连行政指导本来理论上的性质也否定了,并且不直接承认行政指导的法的拘束力。例如最高法院的判决就非常明确地作出了如下说明:

“上述确认处分的保留是基于建筑业主任意协助、服从的同时所采取的事实上的措施,在有的建筑业主明确表示对自己申请的确认处分被保留的行政指导不予理睬的同时,有的建筑业主与明示的意思相反,而是被迫忍受,这是绝对不允许的。建筑业主对该行政指导明确表示不协助、不服从时,该建筑业主所遭受的不利与该行政指导的目的在公益上的必要性进行比较衡量,建筑业主对于该行政指导的不协助,不存在违反社会通常理念上的正义概念,仅在这种情况下,以进行行政指导为理由来进行确认处分的保留,才是违法的,这样理解是适当的。”

(3)像刚才所阐述的那样,私人因相信行政指导而行为(或不行为),但结果却与最初行政方的行政指导相矛盾,这就辜负了私人的信任,常出现这样的例子。这时私人方面以行政主体方“违反信义诚实原则”,违反“禁止矛盾的法理”为由,提起诉讼的案例很多。例如在冲绳,有的公司根据村的指导和协助进行造纸厂的建设计划,如果这期间遇上了村长选举,选举结果是反对招揽工厂的人当上了新村长,那么有关工厂的建设就得不到村里的协助了,于是不得不放弃计划。针对这件事,最高法院是这样判决是的,即“(根据村的指导与协助)即使不承认该工厂与该地方公共团体之间所签订的与前面政策内容有关的合同,但是参照前述应该规范当事人之间密切交涉关系的信

义平衡原则,虽因政策的变更,但对信赖关系必须应该予以法的保护”(最判昭56年1月27日民集第35卷第1号第35页)。这里的“指导”、“协助”本身并不直接具有法的拘束力(是所谓“法的一般原则”之一),从“信义平衡”原则所阐述的其他理由出发,对于这些行为(结果)多少赋与了法的意义,我想这一点是应该明确的。

行政指导与行政程序法

《行政程序法》(参照前第五章二)第一次在法律上对行政指导作出了一般的规定,这一点非常引人注目。该法律对“行政指导的一般原则”作了如下论述,并且参照其宗旨作了更具体化、详细化的规定(《行政程序法》第32条~第35条)。

“①关于行政指导,不允许行政指导的参与者超越该行政机关的任务或所掌握事务的范围,必须留意到目前为止行政指导的内容只是根据行政相对人的任意协助来实现。

②不允许行政指导的有关参与者以行政相对人不服从行政指导为由,对行政相对人施以不利的行为。”(《行政程序法》第32条)。

这里所阐述的就是将行政指导理论上的性质再一次加以确认,承认行政指导中与此相应的权力。换句话说,就是将行政指导再一次植入“法治主义”的范畴。像前面所阐述的那样,以“没有法的拘束力”为借口,放任自流地承认行政指导,事实上可能会存在行政机关按照自己的好恶行事的余地,这是非常重要的。但是我们认为在行政指导如此盛行的今天,这对行政主体来说并非只是有利,在(还包括不同场合,相对人为私人的

情况)相关人员中,“与采取强硬的手段相比,还是更希望采取柔和的行政指导手段”,这一点非常值得关注。无视这种情况,只是将行政指导(对于行政行为也一样)置于古典的法治主义的框架内,其结局并不能最终解决问题。

例如,在《行政程序法》中,该法律所适用的“行政指导”是这样定义的,即“为了实现一定的行政目的,行政机关在其所负责任或所掌事务的范围内,针对特定者要求其作为或不作为而进行的指导、劝告、出主意和其他一些行为,不是处分行为”(《行政程序法》第2条第6款)。但是如果行政指导具有前面所说的两面性的话,那么根据这样的法律,为了避免束缚,行政厅会以“这是一般原则……”而拒绝行政指导;或者以“……我认为如果出现这样的事情就好了”,但愿如此等形式进行行政指导,而私人方面敏感地察觉到了其中隐藏的意图,于是主动接受行政指导并付诸行动,这样的事情(与以前相比更加不明确的情况)也就会频繁发生。

第十章 行政实效性的确保

一、行政上的强制执行

1. 概说

什么是行政上的强制执行

本应该切切实实地约束,却没能这样;本应该清清楚楚地分派工作,却没有这样做。这些是我们平时常有的事情。如果约定后却打破了该约定,这又如何呢?分配了工作却没有按照要求去工作,怎么办?这是必须考虑的问题。在这种情况下,最快、最简单的办法是抓住不守约的当事人(或者是怠工的当事人),强迫其按照最初的约定去做。这在法律学中被称为“强制执行”。

这种意义上的“行政上的强制执行”是根据行政行为、行政立法、或合同等,对私人课以行政法上的各种义务。当私人不能履行该义务时,行政方依靠自己的实力,对私人的身体、财产直接强制执行,以达到目的的一种方法。

行政上的强制执行与法律根据

行政上的强制执行是具有“公权力行使”性质的行政活动的典型例子。对此行政厅可以随意地进行吗?会产生这样的问题。根据前面所阐述的“依法行政原理”中的“法律保留原则”,行政没有法律根据(授权)则不能行使公权力,这是理所当然的。到底什么是有法律根据呢?正确地说,法是什么?例如,有强制执行效力的行政行为有法律依据的话,就足够了吗?

下面来看具体的例子。如《结核预防法》规定:“患有结核病的人,在有传染给周围人危险的情况下,都道府县的知事可以命令该患者去结核病疗养院(《结核预防法》第29条)。但是此时,如果该患者拒绝去结核病疗养院,都道府县的知事可以二话不说地就将该患者抓住,强制关进(这种方法一般叫做“直接强制”)疗养院吗?

这种做法在过去的日本和德国是允许的,而且这种观点是主流。也就是说,这时的行政行为是法律认可的,强制送入疗养院的行为,只是对该行政行为所决定的事情原封不动地加以实现而已。即使认可这种行为,也不会出现什么问题。

但是现在出现了与此完全不同的观点。今天即使是有法律授权的行政行为,强制执行自身也必须有法律依据,只有在

这种情况下(而且必须在法律允许的范围内)才允许,这是一般的观点。因为根据行政行为课以的义务与依靠实力进行的强制执行不同。强制本身是指对私人的“自由与财产”(仅仅是观念上的,仅仅是针对课以义务的状态)施加新的侵害。如果按照刚才的观点,前面的强制结核病患者入院的事情,至少现在的法律(不服从入院的命令时,可以强制执行,这种法律规定不存在)是不允许的。

2. 日本现行法上的强制执行制度

代执行

日本现行法律所承认的强制执行手段有哪些?

存在着被称为《行政代执行法》的法律,该法律第1条规定:“关于确保行政上的义务的履行,除了有法律特别规定的情况以外,要依据本法的规定”。因此原则上只允许该法律所规定的情况。但该法律所规定的只有“代执行”一种方法。

就像《行政代执行法》第2条所规定的那样,代执行是指如果义务人(私人)不能够自觉地履行义务,行政厅则代替其履行(或者让第三人去做),因此所需要的费用以后向义务人催缴的制度。例如虽然接到拆除违法建筑物的命令,但却没有自觉地拆除,于是被强制拆除;虽然被征收了土地,但却没有主动让出土地,于是被强制让出等。为此所花费用的催缴(征收)应(这是当然的事情)按照后面将要阐述的国税滞纳处分的例子那样进行强制执行(《行政代执行法》第6条)。

另外,《行政代执行法》第2条规定了能够(行为)用代执行

的方法强制执行的义务,作了“只限于他人可以代为实施的行为”这样的限定。代执行是以本来应该由义务人实施的行为却被他人代替进行为中心的,这是理所当然的。实际上其结果是命令不作为义务(例如停止营业的命令、禁止入内等。虽然禁止进入,但是他本人却进去了,禁止其他人进入已经没有意义了)以及作为义务中(例如入院命令——《结核预防法》第29条。接到入院命令的结核病患者不服从命令,别人代替他入院,其意义就没有了。)他人不能代替的场合(或他人代替完全没有意义),这些都不是代执行的对象。用有一点晦涩难懂的语言来表述,即只有在命令“代执行的作为义务”的场合才能进行代执行。

滞纳金处分

《行政代执行法》第1条所说的“由法律另行规定”的代表例子是滞纳金处分程序。例如《国税通则法》第40条规定,出现滞纳金处分时,税务署长在进行了督促之后,根据滞纳金处分程序,可以强制收取。关于该滞纳金处分的要件、程序等国税征收法另外作了规定。

作为滞纳金处分程序,国税征收法对财产的扣押(第47条以下)、财产的折价(第89条以下)、折价价款的分配(第128条以下)等依次作了规定,但在学说和判例上将这时的扣押(第47条)、公卖(第94条)等行为作为一种行政行为来考虑。这与前面所说的作为代执行前置程序的警告(《行政代执行法》第3条)是一样的。

另外,《国税通则法》、《国税征收法》所规定的主要是滞

纳处分程序,该程序是根据法律作为国家掌握的金钱债权的强制手段(参照《健康保险法》第180条4款等)而被使用的。而且在地方公共团体的情况下,《地方税法》采用了与国税征收程序大致相同的滞纳处分程序(参照《地方税法》第48条、第66条以下,第72条68款等),特别是《地方自治法》第231条3款的规定,也适用对普通地方公共团体各种收入的处分情况。

根据民法程序的强制措施

“由法律另行规定”,是指其他由个别法律所规定的例外案例(这种例子除了刚才所阐述的“直接强制”以外,还有被称为“执行罚”的方法,在此省略不赘述了),除这两种以外,就没有以比较一般的形式规定的强制手段了。这里的这种强制手段仅限于法律不允许的,例如刚才所看到的即使是依据法律所进行的行政行为,也不允许行政厅自力执行,那么这时作为行政方应如何行为呢?

学说、判例认为,一般来说,如果没有行政法上的强制手段,即使是行政厅也只能和私人一样通过一般的民事执行程序,借助法院的力量强制执行。但最近最高法院的判决认为,国家或地方公共团体作为专门的行政权主体(也就是公权力行使主体)所提出的要求履行行政义务的诉讼,只有在没有特别的法律规定的前提下才不允许,该判决一出立刻哗然(最判平成14年7月9日民集56卷6号1134页。所谓“宝冢市弹子条例事件判决”)。

不管怎么说,在现实生活中,行政厅(至少为了强制得到行

政行为的效果)选择这种方法的情况并不多,一般来讲采取像以下将要阐述的各种间接手段,已达到强制执行的效果。

二、间接强制制度

1. 行政罚

行政罚与强制效果

如果犯了刑法所规定的“杀人”、“盗窃”罪,理所当然地要按照刑法的规定进行处罚(被处罚),但这并不仅仅限于违反刑法的情况。例如,道路交通安全法规定了没有汽车驾驶执照不能开车(《道路交通安全法》第64条),如果违反该规定无照驾驶,则处以一年以下有期徒刑或30万元以下罚款(《道路交通安全法》第117条第4款第1项)。对于违反行政法(道路交通安全法属于行政法)所规定的义务,作为制裁所进行的处罚,在法律上一般称作“行政罚”,以便与刑法上的“刑事罚”有所区别。而且在这种情况下,一般“死刑”、“有期徒刑”、“监禁”、“罚金”、“拘留”、“罚款”(在“刑法”中的“罚”这一点上是共同的。参照《刑法》第9条)等均称为“行政刑罚”;同时在因“过失罚款”的情况下(“过失罚款”不是由“刑法”而来的),则称为“秩序罚”,这种区别是很常见的。

这种行政罚尤其是行政刑罚,本来是以制裁违反法律行为为目的所进行的处罚,其本身并不直接具有行政法上强制手段的性质。但是如果事先知道违反某些义务将会被处罚,因而履

行义务的话,这种心理效果当然是我们所期待的,如果从行政处罚所具有的威吓效果来看,可以把行政处罚看作是对行政法上义务(至少)的一种间接强制手段。实际上根据现行法,行政法(与二战前比较)上强制执行是非常受限制的,其中行政刑罚在行政法的各个领域广泛使用,并作为强制手段发挥着中心机能的作用。

但是作为强制手段的行政刑罚在事实上和法律上的力量都是很有限的。例如到目前为止其强制效果仅限于间接效果。而且一般行政刑罚多数是以徒刑、罚金的形式出现的,例如在罚金刑的情况下,因违反义务所获得的经济上的利益比罚金的额度要高得多,因此在这样的例子(例如无营业许可所交纳的罚金比起营业所挣得的金钱来说经济上要划算得多)中,不得不说不说其威慑效果、强制效果都很薄弱,这是其不足之处。还有就是刑罚存在着例如“禁止双重处罚”的原则(《日本国宪法》第39条后段),在出现违反义务的事实(例如不服从停止营业的命令)时,对于同一事实(实现目的为止)存在着不允许重复处罚——这样的限制。实际上像在后面将要阐述的那样,人们正在重新思考各种间接强制手段和如何对其加以利用的问题。

行政刑罚及其程序

行政刑罚是以刑法的名义进行的刑罚,这种处罚的程序当然要根据刑事诉讼法的规定,与一般的刑事罚相同,是以检察官提起公诉开始,以法院判决结束,根据通常的刑事诉讼法程序进行的。但是还有例外的情况,就是要考虑到事件的特殊

性,在进入通常的刑事诉讼程序之前,根据更为简单的程序来取而代之,这种方法也是允许的,其一,是根据《交通事件即决裁判程序法》的即决裁判程序,还有一种是根据《国税犯则取缔法》以及《关税法》的通告处分程序,特别是《道路交通法》第九章所规定的反则^①金制度等。

过失罚款(秩序罚)及其程序

过失罚款并不是刑法所规定的“刑(罚)”,不适用刑法总则的规定(参考《刑法》第8条),其程序也不像行政刑罚那样根据刑事诉讼法,只是在法令没有特别规定的情况下,根据《非讼事件程序法》第161条以下的规定进行。而且过失罚款最初并不与法院相衔接,而是根据行政行为单方所作出的处罚。例如《地方自治法》所规定的过失罚款就是很好的例子(参照《地方自治法》第15条第2款、第149条第3款、第231条第3款第3项、第255条之3等)。

2. 其他间接强制手段

背 景

到目前为止所阐述的各种强制手段,理论上本来是应该作为行政法上义务履行的强制手段起到核心作用的,但在实际上,还存在着未必使用这么多手段的情况。其一,使用这些手

① 反则——是指犯规的意思。

段的场合在法律上非常受限制,而且实际上几乎没有强制手段的实效性。另外还有一点(与依靠行政行为就可以做到的事情却宁可根据行政指导的情况是一样的),特别是在日本,人们非常讨厌行政方采取强硬的权力手段进行强制执行,而更倾向于尽可能地选择柔和的方法。不管怎么说在现实的行政活动中,除了所阐述的这些手段以外,还使用各种间接的强制手段,并且非常有效。在这里准备列举其中一些特别具有代表性的例子。

公 布

孩提时代的孩子做了坏事,老师会在大家面前说:“某某君做了这种不好的事,请大家不要效仿”等,在大家面前被说糗事是特别羞耻的事情,想必大家有这方面的体会。“公布”与这是一样的,是与行政主体的“希望这样做”相反,在私人为某些行动或不为某些行为时,行政主体方面将该事实及私人的姓名予以公布,这样的方法称为公布。但并不因为这种公布而另外增加法律义务或剥夺权利,而且对身体、财产也没有直接行使权力,从这种意义上来说这种措施应该是无关痛痒的。但日本人对于公布自己的名字似乎很不好意思,不愿意那样,故实际上“如果不听从的话将公布名字”,这是一种有效的(间接的)强制手段。

公布不仅作为行政行为的间接强制手段,还(例如像劝告那样)有使行政指导能够充分发挥作用而使用的情况(例如参照《土地利用计划法》第26条)。但是无论如何,都是“虽没有法的拘束力,但是具有现实的实效性——这样一种手段”的性质,因此围绕着公布,也会产生与行政指导相似的法律问题。

服务的否决

在日常生活的各种场合,相对于我们这些私人,行政主体具有法律上和事实上的优越地位,这种事情本身对私人就有一种无形压力,常常会有“不能违背官厅所说的事情”的这种心理。其实我本人对于市政府来的信件也忐忑不安。

但是让我们受不了的是如果我们不听从的话,行政主体就会停止给我们提供的各种服务。在当今社会,我们的日常生活范围非常广泛,必须依赖行政主体提供的上水、煤气、交通等服务才能生存。为了达到与其本来完全不同的目的,行政主体所采取的强制手段就是利用这些情况,停止服务,这(至少作为现实的问题)是可行的。例如,对于违反《都市计划法》、《建筑基准法》的建筑物,市町村拒绝提供水道服务,禁止利用下水道就是最好的例子。实际上对于这种违法建筑物,现行法律在下了拆除命令后(根据《建筑基准法》第9条1款的拆除命令),如果不听从的话,还可以实行代执行。不管怎么说行政厅都厌恶使用这种强硬手段,而采取刚才所说的措施(一种所谓使人不愉快的行为)的倾向是存在的(使用这种姑息的方法是否违法呢?这存在着争议,著名案例例如最判昭56年7月16日民集第35卷第5号第930页——丰中市拒绝给水事件判决——等等)。另外,还存在为了确保根据宅地开发等指导纲要所进行的行政指导的实效性而采取这种措施(参照东京地八王子支昭50年12月8日判时第803号第18页——武藏野市高级公寓事件判决)的情况。

例如德国的行政法理论认为采取这种行为是目的、手段的“不当结合(Koppelung)”,因此是违法的,这种观点很早就确立

了。日本则未必如此,历来都是根据案例的具体情况,在判例、学说中存在着不同观点(参照最判平元年11月8日判时第1328号第16页——武藏野市长拒绝给水事件决定)。《行政程序法》之所以(《行政程序法》第32条2款)有“不允许从事行政指导的人员以行政相对人不服从行政指导为理由,采取不利行为”的这种规定,其中一个原因就是由此而来。

三、即时强制和行政调查

1. 即时强制

“即时强制”的概念

在现行法律中,行政主体要求私人为一定行为(或不为一一定行为)时(进行行政指导的情况例外),一般先是通过下命令的行政行为,在行政相对人不能自觉履行的情况下,才依靠权力来实施(实施强制执行),采用的是这种做法(例如,拆毁违法建筑的情况;催缴税金的情况等等)。这不用说是为了公共利益才行使的公权力,首先应该尽可能地尊重私人的自愿意思,这就是所谓的自由主义观点,可以说这是日本行政法的根本所在。

但是因情况的不同,会出现如果不及时处理就来不及的情况。例如,发生了火灾,如果置之不理的话,就会扩大燃烧面积,酿成惨剧。这时先要做的是必须立刻灭火。这时候消防队赶来,为了进行灭火活动,就会出现在立脚点不好时,必须进入正在燃烧的邻居家进行灭火的情况。而且更为不妙(例如在强

风时)的是,不可能一家一家地灭火。为了防止全城被毁灭,为了隔断正在燃烧的地方,要设置警戒线(警戒地带),就必须毁坏该警戒线上面的全部建筑物(即使还没有燃烧),有这样的案例(所谓的“破坏消防”)。在此时一家一家地去询问是否可以进入,或者命令其必须忍受进入等,这肯定是没有时间的。另外还有例如喝得酩酊大醉的男子倒在路旁,如果弃之不管的话,就有可能被车刮着或者被冻死,这时重要的是先将该人带到什么地方保护起来,而询问当事人的意思、或命令其走开(该人意志清楚),这恐怕都是毫无意义的,这一点是很明确的。

“即时强制”指的正是这种情况,只不过是使用了稍微难一些的说法而已。

“即时强制是指为了实现行政上的目的,行政主体依靠权力对国民的身体或财产行使权力,在这一点上与强制执行是共同的;但即时强制不是提前对特定的义务人进行强制执行,而是根据法令、行政行为等暂时对私人课以义务,不等私人自觉地履行义务,行政主体就立刻依靠其权力强制实施,这是与强制执行的区别”。

作为强制执行方法的“直接强制”和“即时强制”,不仅在名称上相似,而且使用也有很多相似的情况,非常不容易分辨,这也正是直接强制和即时强制理论上需要区别的原因所在。

即时强制的具体事例

从以上所阐述的利用即时强制手段的例子来看,大概有以下几种情形:①排除目前的紧急障碍所必须的,且没有命令行政相对人私人履行义务的时间;②通过以前的方式命令行政相

对人履行义务达不到目的。

作为①的例子有：根据《消防法》第 29 条的规定，除了为了灭火而使用土地，进入别人家以及处分等以外，还有《关于传染病预防以及对传染病患者进行治疗的法律》，如第 17 条第 2 款、第 19 条第 2 款、第 29 条第 2 款等所规定的强制诊察、强制入院、衣服食物的废弃处理等预防措施。作为②的例子有：《警察官职务执行法》第 3 条所规定的对醉酒、倒地人的保护等等都是代表例子。

即时强制的法的限制

即时强制在某种意义上是具有强制力的公权力的行使，为此，必须要有明确的法律根据（授权）。关于这一点，现在的日本除了各种法律的个别规定以外，对于警察官所进行的即时强制，一般来讲仅限于警察官职务执行法所规定的内容。另外，实施即时强制对私人的身体、财产所造成的侵害，《日本国宪法》第 33 条及第 35 条适用了令状主义^①作为保障，关于这一点将在下面的行政调查中涉及到。

2. 行政调查

“行政调查”的概念

国家在进行政治、行政时，各种调查是必要的，这是毋庸置疑

① 令状——是指命令文件

疑的,行政机关也通过各种形式进行行政调查的。但是在行政法学中,“行政调查”并不是指所有的调查,只是指其中采取一定形式(可以说是结构、制度)进行的调查。但这是什么样的形式呢?虽然用一句话是很难说清楚的,但大体可以说是“行政机关在对私人质询、检查时,如果私人不能自觉地按照要求进行,行政机关就可能以任何形式来行使公权力”。例如《国税征收法》第141条规定,因滞纳处分,国税征收员认为有必要对滞纳人的财产进行调查时,对滞纳人可以质问和对有关财产的帐簿材料进行检查。而且如果滞纳人不服从时,可以处以十万元以下的罚款(参照《国税征收法》第188条)。《国税罚则取缔法》等法律也有类似的规定(参照《国税罚则取缔法》第1条以及第19条之2)。

以前这种例子是作为一种“即时强制”来考虑的。但是不管怎么说,在这种情况下,仅从质询、检查行为本身来讲(即使被拒绝,也不一定要限制人身,强制带到公安局,也不一定要强行拿走账簿),这并不一定是“直接对国民的身体、财力施以权力”,今天(至少在狭义上)这正是与即时强制在理论上的区别所在。在此意义上,不管以什么样的调查目的进行的行为,如果是直接涉及到身体和财产的案件(例如同样是《国税犯则取缔法》第2条),那么已经不是这里所说的“行政调查”了,归根到底还是属于“即时强制”了。

即时强制与行政调查和令状主义(命令文件)

不管怎么样,在进行“即时强制”、“行政调查”时,至少最终

可能是要以一定的形式来行使公权力的,从法制主义的观点来看,法的抑制(限制)是必要的。但要有法的根据,这是理所当然的。另外,到目前为止常常出现的问题是在实施这些行为的时候,有没有必要事先取得法院的许可和命令文件。也就是说,《日本国宪法》第35条规定:“①任何人都有其住所、文件及所持物品不受侵入、搜索、没收的权利……只有基于正当的理由才可以进行,且如果对于搜索的场所及没收的物品没持有明示的文件,也不允许;②搜索以及没收是根据有权力的司法机关所发布的文件而进行”,该规定(《日本国宪法》第33条)在这里也适用。

实际上在进行法律上的“即时强制”或“行政调查”时,必须取得司法机关的文件或许可证的例子不是没有(《国税犯则取缔法》第2条,《出入国管理以及难民认定法》第31条等。另外参照《警察官职务执行法》第3条第3款),但是作为法律的一般规定是没有的(从宪法的规定来看),法院在完全没有相关法律规定的情况下实施的即时强制、行政调查不是违法吗?这是理所当然的问题。关于这一点日本国宪法的这些规定实际上只不过是直接对刑事案件的检察、警察等司法机关所实施的搜索、没收等作了规定,不一定当然约束行政机关,这是大部分学说、判例的观点。但即使是这样,对于行政活动能不能类推使用该规定(至少)还存在问题。

一般来说,即使是即时强制、行政调查也应该分情况来考虑。最高法院也赞同这种观点。例如在根据所得税法行使质询检查权的案件中,“因为不是以追究刑事责任为目的的强制行为,当然在令状主义(命令文件)的适用范围之外,不能这样

说”；但关于所得税法中的质询检查权的问题，“不允许直接的物理强制，只不过是基于拒绝检查的罚则所实施的间接强制”，而且要综合考虑“所得税公平可靠的赋课征收目的，依据税收官员实效性检查制度的必要性”等，这时即使没有法院的文件，也不能说是违法、违宪的。

第十一章 行政诉讼——其一

一、日本行政诉讼制度的基本特征

行政诉讼制度的意义

即使制定了规则,也不一定都能遵守,已经决定了的事情却不遵守,就会引起争端,为了解决争端,审判就是必要的。行政主体与私人之间也一样。像到目前为止所阐述的那样,对于行政活动来讲,根据“依法行政原理”为中心的各种法原则、法制度,为了使行政主体(行政机关)不侵犯私人的权利、义务,设定了很多限制。但是在现实生活中,行政活动不可能总受这些限制,常常会出现因违法、不当的行政活动侵犯私人的权利、义务的情况。这时对于私人来讲,要恢复自己被侵犯的权利、义务的

途径就是以行政诉讼为中心,可以说这是“行政救济法”基本的目的。

独立的法院审判程序

在决定由谁对争议进行审判时,为了使该制度充分发挥作用,争议的双方对于出现的任何结果都认同“那个人都那么说了,没办法”,只有相信,这是最重要的。而且一般来讲,大家所相信的是审判人员的中立、公正。正因为如此(参照《日本国宪法》第76条第3款),司法权(法官)才必须从权力、势力中独立出来。

这应该与对行政主体活动结果是否违反法律进行审判的情况完全一样。现在日本私人以行政主体、行政机关为对象进行的争议审判(所谓行政诉讼),与民事诉讼、刑事诉讼一样,由一般法院(地方法院、高等法院、最高法院)受理。而且这种审判程序基本上和私人与私人之间的诉讼相同,是根据民事诉讼法的有关规定进行的。但是一般的民事案件与行政案件其性质毕竟有所不同,特别是“行政事件诉讼法”是关于行政诉讼的法律,其条文的数量,少得不能与民事诉讼法、刑事诉讼法相提并论。在这里行政诉讼(在行政事件诉讼法中称为“行政事件诉讼”)除了要依据行政事件诉讼法的规定进行之外,一般还要“根据民事诉讼的案例”来进行(《行政事件诉讼法》第7条)。这样即使在现在的日本,国民(私人)以行政主体(行政机关)为诉讼对象而提起的诉讼(审判),原则上可以说是采取与私人之间程度相同的中立、公正的审判制度从而获得保障的。但在历史上未必总是如此。

国家司法制度与行政审判制度

《日本国宪法》第76条第1款规定：“所有的司法权都属于根据最高法院及法律所规定设置的下级法院”；第2款规定：“特别法院不能这样设置。行政机关不能进行终审审判”。继宪法规定之后，《裁判所法》^①规定：“除了日本国宪法特别规定的之外，由法院审判一切法律上的诉讼”（《日本国宪法》第3条第1款）。这些法的规定成为现在日本国行政诉讼制度的根本基础。实际上，《日本国宪法》的这种规定产生在第二次世界大战前，是明治宪法时代的“行政裁判法”以及是以行政裁判法为基础所产生的“行政审判制度”为前提，并且与这些制度明显不同，即是以确立“国家司法制度”为目的而作的规定。

明治宪法（大日本帝国宪法）规定：“因行政官厅的违法处分而使权利受到侵害的诉讼”，一般法院不予以受理，由属于完全不同的组织系统的“行政法院”受理（《日本国宪法》第61条），也就是被称为“行政审判制度”的体系。这种行政法院虽然有“法院”的名称，但实际上是行政组织法上作为行政组织机关的一部分。纵观该组织的存在方式、程序，已经不能说它是原来意义上的中立、公正的法院了。

使这种制度发生根本变化的是刚才所阐述的《日本国宪法》的规定。在这里有一点必须特别注意，就是日本明治宪法时代的行政审判制度被废止时，立刻产生了与之相反的彻底的

① 裁判所法——是指法院法。

“司法国家制度”，即行政案件与民事、刑事案件完全一样，采用由一般法院审判的制度。因为日本出现行政审判制度时，其模式源于德国、法国等欧洲大陆诸国。即使是现在这些国家仍然存在着行政审判制度，行政诉讼在与一般法院不同的行政法院进行，所采用的正是这种制度。但现在这些国家的行政法院无论是本身的构造还是诉讼程序都有了很大的改善，是真正意义上的具有中立、公正性质的法院，这一点是与以前法院的不同之处。

实际上《日本国宪法》第76条所规定的不允许设立“特别法院”，只是不允许设立与普通法院组织毫无关系的审判机关，如果最高法院作为顶级审判组织的一部分，那么除了一般法院以外，不妨碍建立只是裁断特别领域（如行政法领域）的法院（例如即使是现在也存在着家庭事件、人事事件、还有少年事件为对象的“家庭法院”，这种法院存在于地方法院之外）。但是现在的日本恐怕以“行政法院”为名称的法院已经完全不存在了。

另外，像刚才所阐述的那样，在日本，行政诉讼毕竟与一般的民事诉讼等具有不同的特殊性，除了《民事诉讼法》以外，还存在着《行政事件诉讼法》——这一特别法律。而且根据该法律规定的各种制度，比作为国家司法制度模式并受到美国法制度强烈影响的《日本国宪法》更具有特殊性，而且即使在今天也与保留行政审判制度的德国、法国等国的行政诉讼制度非常相似。因此现在日本的行政诉讼法与其他各国相比，非常有特点，而且在这一点上，还存在非常难的问题。

二、行政事件诉讼法规定的诸制度(一)——诉讼类型

针对行政主体私人提起诉讼,最后都要起诉到法院吗?并不一定。不仅是行政诉讼,一般民事诉讼也如此。对于在法院提起的诉讼,法律上有各种既定的规则,不能完全遵守这种规则的诉讼从一开始就不受理。就是说,审判是由靠国民的税金来支撑的法院——这种国家机关来提供“解决争端”服务的,这与“那孩子捉弄人!”,边说边哭着回家的孩子来说,无论如何妈妈都要做些什么的情况,完全是两码事。

对于提起的诉讼,最重要的是自己要针对“谁”提起和要请求“什么”,这是必须明确的问题。如果这一点不明确的话,那么法院是不会审判的。在这种意义上,法律要针对可能提起的诉讼判定它的“类型”(这种“类型”一般称为“诉讼类型”)。实际上“民事诉讼”、“刑事诉讼”就是这种意义上的“类型”。在行政诉讼的情况下,行政事件诉讼法对“行政事件诉讼”这一大类型作了更为详细的类型划分,且对私人提起的行政诉讼类型作了严格限制。

在此意义上,《行政事件诉讼法》所规定的诉讼类型只有抗告诉讼、当事者诉讼、民众诉讼及机关诉讼,这四种类型(《行政事件诉讼法》第2条。但是以行政主体为对象提起的诉讼,除以上情况之外,还可以通过普通的民事诉讼这条途径提起,这是不能忘记的。例如后面将要阐述的国家赔偿请求等,就是作为民事诉讼来进行的)。在这四种诉讼中,最重要的可以说是“抗告诉讼”。

1. 抗告诉讼

根据《行政事件诉讼法》的规定,抗告诉讼是指“对于行政厅的公权力行使不服的诉讼”(《行政事件诉讼法》第3条第1款)。而且该法律将抗告诉讼更进一步地划分为“取消处分的诉讼”(《行政事件诉讼法》第3条第2款)、“取消裁决的诉讼”(《行政事件诉讼法》第3条第3款)、“确认无效等的诉讼”(《行政事件诉讼法》第3条第4款)、“确认不作为违法的诉讼”(《行政事件诉讼法》第3条第5款)、“附义务的诉讼”(《行政事件诉讼法》第3条第6款)、“禁止的诉讼”(《行政事件诉讼法》第3条第7款),六种类型。这六种类型所区分的到底是怎样的诉讼呢?

取消诉讼

在该诉讼中,最初的两种诉讼是取消处分的诉讼和取消裁决的诉讼。根据法律条文的规定,成为“取消”对象的两种诉讼只是“处分”和“裁决”的区别,除此以外没有什么不同。在此,将两者合起来就称作“取消诉讼”(参照《行政事件诉讼法》第9条)

但是,在这种情况下,“裁决”是什么行为呢?法律上有明确的规定,(《行政事件诉讼法》第3条第3款),但这里所说的“处分”到底是什么,法律的言辞并不明确,对此判例、学说存也存在着争议。例如最高法院的判例一贯采用这样的观

点,即这里所说的“行政厅的处分”,并不是指“基于行政厅法令的所有行为,而是在作为公权力主体的国家或公共团体所实施的行为中,根据该行为直接导致国民的权利义务的形成或确定权利义务的范围,并且在法律上确定”,“到由有正当权限的机关取消为止,姑且推定为合法、有效”,“其无效必须是到有正当权限机关确认时为止,否则事实上必须是作为有效的情况处理”(参照最判昭 39 年 10 月 29 日民集 18 卷第 8 号第 1809 页——东京都垃圾燃烧场事件判决)。只是阅读这些恐怕会感觉有些复杂,而且有一些难度。简单来说,这里所指的就是在各种行政活动中特别具有“公定力”的行为,即“行政行为”(参照前面第七章)的情况。基于这样的观点,即使是行政活动,而不是“行政行为”,例如民法上签订合同等所谓私法上的行为,还有行政主体组织内部行为(所谓“内部行为”),不具有直接剥夺、限制私人权利的法效果的“计划”、“行政指导”等行为,还有假定事实上存在对私人利益有重大影响的情况,但从法的角度来看,并没有对私人的权利义务产生直接、具体影响效果的所有行为,都不是这里所说的“行政厅的处分”。

在学说上,大都赞同这种观点。但最近因为考虑到像行政指导那样,虽然不具有对私人的权利、义务直接产生影响的法的效果,但事实上却对行政活动产生很大影响的行为也不在少数。考虑到这一点,将《行政事件诉讼法》所说的“处分”概念,像最高法院的判例那样作狭义的解释,就不能使国民(私人)的权利得到充分救济,这样的行为(作为所谓“形式的行政处分”)应该作为取消诉讼的原因而提起抗告诉讼。

确认无效等的诉讼

根据前面所阐述的最高法院判例的观点,取消诉讼是指行政行为(处分或裁决)有瑕疵,成为“应该取消的行政行为”时,可以向法院提出取消该行政行为的抗告诉讼。与此相对应,确认无效等诉讼(也有一般只称为“无效确认诉讼”的时候)是处分或裁决的瑕疵太大了,已经达到应该以“无效”或“不存在”为由提起抗告诉讼的程度。而且对于应该取消的处分来说,到提起诉讼被取消为止,其仍然具有法的效果。虽然提起取消该效果的诉讼,但是如果处分无效或不存在的话,那么即使没有被取消,也从一开始就完全没有法的效果,作为诉讼的形式其结局是不得不对于没有法的效果这一情况加以“确认”。

但是仔细考虑一下,就会出现这样的疑问,即如果行政处分无效(或不存在)的话,那么从一开始该处分就应该没有公定力。作为私人特意通过抗告诉讼的形式要求确认该处分本身无效,即使不做这样绕圈子的事情,在行政处分无效的前提下,根据现在的法律关系立刻起诉不就可以了么?例如根据纳税处分交纳税金,但仔细想一想,那个纳税处分是无效的,想要返还所纳税金时,不提起(当然仅仅是在该纳税处分是“应该取消的行政行为”的场合,因为存在“公定力”,首先要提起取消诉讼来取消该处分,这是绝对必要的)确认该纳税处分无效的诉讼,而是以国家为对象直接提出要求“返还税金”的民事诉讼,在诉讼中,主张“为什么该纳税处分无效”就应该可以了。同样例如土地征收裁决无效,想要要回被征收的土地,对公务员的免职处分无效,还要明确公务员的身份等,还有各种各样的例子都

是这种情况。实际上,《行政事件诉讼法》本身第 36 条就作了如下规定。

即“确认无效等诉讼是对根据该处分或裁决所作的处分会出现遭受损害的担忧,或者有要求确认该处分或裁决无效的法律上的利益,在以该处分或裁决的存在与否及其效力的有无为前提的现行法律关系中提起诉讼不能达到目的时,才可以提起。”

要正确理解该条文的意思虽然非常难,总之,像前面的纳税处分无效以及其他例子那样,对处分本身提起确认无效诉讼是绕远的方法,这个方法要是行不通的话,只有通过直接“使之还钱”的民事诉讼了(这时的民事诉讼特别称为“争点诉讼”。参照《民事诉讼法》第 45 条),这样理解就可以了。

确认不作为违法的诉讼

取消诉讼、确认无效的诉讼是行政厅作了处分以后,私人认为是违法的,出现争议而提起的诉讼。与此相对应,从私人的角度来看,私人希望快一点作出处分,行政厅却迟迟没有作出,这样的例子也会出现。例如要建造房屋,虽然已经递交了建筑确认申请,但总也等不到回信的情况。如果根据法律,行政厅必须立刻作出建筑确认(羁束行为)的处分,而却没有作出的话(建筑确认),那么不作出(一般称为“不作为”)行政行为(处分),其本身就是违法的。《行政事件诉讼法》所规定的“确认不作为违法的诉讼”(一般也有称为“不作为违法确认诉讼”的)就是关于在这样的案件中,私人可以提起什么样诉讼的法律。

根据《行政事件诉讼法》，确认不作为违法的诉讼是指“行政厅针对依法令提出的申请应该在一定的时间内作出处分或裁决，但是却没有作出，对此请求确认违法的诉讼”（《行政事件诉讼法》第3条第5款）。例如前面所看到的建筑确认，或者申请了营业许可，但行政厅没有答复，在这种情况下，以没有回复违法为理由，要求法院对此予以确认的诉讼，就是确认不作为违法的诉讼。

在这里令人有些担忧的是，如果正确阅读理解该法律条文的话，就会发现实际上这种诉讼（行政厅的不作为违法时，为了解决私人间的争议而确认的诉讼，这本身没有错误）可能对行政厅不作为的控制并不是那么的强有力。简单地说，这种诉讼针对的是虽然提出了申请，但在相当长的时间内却没有作出任何处分，为了应对这种事情本身的违法性，即使是将要被驳回（拒绝处分）的申请，如果先予以答复（处分）的话，也就没有提起这种诉讼的余地了。就是说，该诉讼是行政厅没有说“同意”或“不同意”，“什么也不说也是违法的”，就是为这种情况而进行的诉讼。假如行政厅说了“不同意”（驳回申请）的话，那么该诉讼就不能提起了。在这种情况下，“本应该同意却不同意也是违法的”，如果提起诉讼的话，已经不能通过确认不作为违法的诉讼来解决了，而必须要改为针对“不同意”提起取消诉讼或确认无效的诉讼。

另外，这种诉讼是对于提出的申请在一定期间内没有答复的情况，因为只有通过请求“确认”这种不作为违法，而不能依据这种诉讼请求法院以“命令”的形式判决行政厅应该为一定的行为（例如要求其“不是不同意而是同意”，这当然是不行的，是不能要求作出“同意或不同意”命令的判决的）。

附义务的诉讼

私人对于行政厅违法的不作为提起诉讼时,像前面所阐述的那样,只是通过确认不作为违法的诉讼并不是有效的手段,如果这样的话,接下来就是法院应该直接通过判决来命令行政厅“说同意”或者“说同意或不同意”吗?这是可能的,这就是下面所说的“附义务的诉讼”。

平成16年(即2004年)修改(从17年即2005年4月1日起开始实行。以下将这次修改称“为这次法的修改”)以前,《行政事件诉讼法》第3条的规定到第5款就结束了,而关于现在的第6款(附义务的诉讼)以及第7款(禁止的诉讼)没有明文的规定。围绕着是否允许这种诉讼的问题,在学说、判例上存在着争议,结论是《行政事件诉讼法》第3条的规定在理论上来讲只不过是很多抗告诉讼(“关于不服公权力行使的诉讼”)中一个典型诉讼,不过是作了特别明文的规定而已。法律条文没有规定,没有例示的诉讼也不一定完全就不能提起。这样一来,虽然法律上没有明文的规定,但在理论上被认为是可能的抗告诉讼,一般概括地称为“无名抗告诉讼”。而且“附义务的诉讼”(附义务诉讼)、“禁止的诉讼”(禁止诉讼)也作为“无名抗告诉讼”的典型例子来考虑。但是当时大多数判例、学说认为,这些诉讼即使是作为无名抗告诉讼,原则上也是不允许的(允许极其例外的情况),要正确说明这一问题有一些难度。总之,作出行政行为时,行政厅首先要自己判断这种行为在法律上是否允许(违不违法),应该暂时作出该行为,法院的作用是对行政厅的这种暂时行为过后判断其是否违法而已。这种

观点一般(稍难一些的说法)称为“对行政厅第一次判断权的尊重”。

这次法的修改,理论上暂且不说,使在现实中几乎不被承认的附义务诉讼(还有下面将要阐述的禁止诉讼)在法律上得到了认可。简单来看,附义务的诉讼正如以下所阐述的那样。

首先,法律将“附义务的诉讼”中,行政厅应该针对许可申请等作出处分,但却没有作出,由此引起的诉讼(《行政事件诉讼法》第3条第6款第2项。以下暂且称为“申请型不作为”)和除此以外的情况所引起的诉讼(《行政事件诉讼法》第3条第6款第1项,以下暂且称为“直接型不作为”。例如相邻土地上的建筑物是违法建筑,特别危险,经过行政厅考虑,作出了改善命令,没有作出取缔命令,就是这种情况。这时私人根据法令提出的申请,就不是前面所阐述的最初得到许可的不作为违法确认诉讼的诉讼对象了)区分开了。关于申请型不作为,首先是在可以提起确认不作为违法诉讼的案件中,必须一并提起(《行政事件诉讼法》第37条第3款第1项),也就是说对申请已经作出了拒绝处分(申请的不受理或驳回等)时,必须对于该拒绝处分一起提起取消诉讼或确认诉讼无效(《行政事件诉讼法》第37条第3款第2项第2号)。在直接型不作为的场合,附义务诉讼是“因担心不作出一定的处分将会产生重大损害,为了避免损害,在没有其他合适方法的情况下,可以提起的诉讼”等等(《行政事件诉讼法》第37条第2款第1项),附义务诉讼作为救济私人权利的抗告诉讼,是刚才所阐述的三种抗告诉讼的补充制度,这是很明确的。但另一方面,为了避免这些问题处分没有作出而产生无法弥补的损害,在紧急必要时使法院决定命令行政厅暂时履行义务成为可能(《行政事件诉讼法》第37条

第5款),这次法的修改扩大了针对行政厅的不作为保护国民权利的救济途径,这是毫无疑问的。

禁止的诉讼

禁止的诉讼(禁止诉讼)是指“行政厅不应该作出一定的处分或裁决却作出了处分或裁决的情况,旨在于命令行政厅不作出该处分或裁决而提起的诉讼”(《行政事件诉讼法》第3条第7款)。这种诉讼是针对虽然处分还没有作出,但法院事先判断作出这种处分是违法的,用一般观点来看,是承认“对行政厅第一次判断权尊重”的例外情况。这种情况在这次法的修改以前,只是“无名抗告诉讼”的一种,只有在极其例外的情况下才允许(修改前的《行政事件诉讼法》中虽然不存在例外的情况,但这种诉讼也不是不可能的,能够说明这种情况的最高法院的判例有最判昭47年11月30日民集第26卷第9号第1746页、同平成元年7月4日判时第1336号第86页等)提起。

这次法的修改从正面承认了这种诉讼,是不是应该这样考虑。例如,好不容易建起了自己的家,但因违反《建筑基准法》、《消防法》,违法的部分要取消、改建,在出现了这样行政指导的情况下,即使自己认为不应该违法,但依到目前为止的判例和学说来看,认为行政指导并不是“处分”,不能提起取消该行政指导的诉讼。但是如果置之不理的话,随后就要被作出改善命令、拆除命令的处分(除却命令)。眼睁睁地看着违法的处分,却必须坐以待毙,这不是很奇怪吗?难道就不能事先请求改善命令、拆除命令吗?

本来法律关于这种禁止诉讼规定“只有在因一定的处分或裁决存在产生损害的忧虑时才能提起”(《行政事件诉讼法》第37条之4的第4款),此外还规定,即使在这种场合“为了避免损害,如果有其他适当的方法时”,则不能提起禁止诉讼。刚才的附义务诉讼也是这样。这里所说的“重大损害的担忧”、“没有其他适当的方法”这些事实,具体在什么样的情况下才能被认可,对于诉讼具有相当不同的现实作用。在此意义上,有关这些新条文的解释,要特别注意今后判例(特别是最高法院的判例)、学说的动向。

另外,判例上可以提起暂时禁止的诉讼请求,与刚才的附义务诉讼时的提起暂时附义务诉讼的情况是一样的(《行政事件诉讼法》第37条之5)

2. 当事者诉讼

《行政事件诉讼法》第4条所规定的诉讼称为“当事者诉讼”,在该诉讼(像抗告诉讼的情况一样)中,一方当事人是公权力行使的行政厅,另一方是服从的私人,这并非不是立场对等者之间的争讼,是立场完全对等的当事者同僚之间的诉讼。换句话说“当事者诉讼”就是不具有“对公权力行使不服的诉讼”性质的诉讼,可以这样考虑。

形式上的当事者诉讼

仔细看看,该条文规定了当事者诉讼中的两种类型诉讼。其中之一是最开始(前面)所规定的“关于确认或形成当事者之

间法律关系的处分或者裁决的诉讼,是根据法令的规定,以该法律关系当事者一方为被告”,这种形式的当事者诉讼一般称为“形式的当事者诉讼”。这种“形式的”意思(要想正确地表述是很难的),纵观其实质是对“公权力行使不服的诉讼”,也就是说虽然具有“抗告诉讼”的性质,但法的形式上是对等的当事者之间的诉讼。这种例子本来只是作为例外的诉讼予以承认(参照《土地收用法》第133条第2款,《特许法》第178条第1款、第179条但书、第123条第1款等),故在行政法入门阶段对于存在着的这些情况没有必要太在意。

实质上的当事者诉讼

《行政事件诉讼法》第4条后半段(后边)还有一个规定,即“关于公法上的法律关系的诉讼”,这一般称为“实质上的当事者诉讼”,从这一点可以看出当事者诉讼的中心(在条文的用语上要短得多)就在于此。这种诉讼从其名称可以看出是以“法”区分为“公法”和“私法”为出发点,围绕着虽说是公法上的法律关系,但不能称作公权力行使(即非权力的)这样的法律关系所产生的争论为诉讼对象,是基于这种观点而设计的。在日本,公法和私法的区别本身在理论上非常含糊。具体来讲,有一些情况是这里所说的当事者诉讼,还是民事诉讼,几乎不明确。而且在当事者诉讼中,只能适用一些关于抗告诉讼的法律规定(《行政事件诉讼法》第41条),除此以外则广泛适用《民事诉讼法》的规定。因这种限制,结果就是该诉讼的意义几乎荡然无存了。

不过在这次法的修改中,关于第4条实质上的当事者诉讼

部分,在“公法上法律关系的确认之诉以及其他公法上法律关系诉讼”之上,又追加了“公法上法律关系的确认之诉”这样的用语。这在理论上到底有什么意义呢?(也就是说以前不可能的现在可能了,还是以前就可能的,只是现在条文上明文加以确认了,并没有实质的变化)还有不太明了的地方。但是至少已经意识到了历来作为行政诉讼中心的抗告诉讼(特别是取消诉讼),作为其诉讼对象的“处分”概念,因在判例上的解释过于狭窄等因素,使之作为国民权利的救济手段不能充分发挥作用。如果意识到这些问题,将这种观点用于公法上的当事者诉讼,不是多少能起到一些补充作用吗?也就是说从理论上讲,如果行政处分(例如课税处分)违法的话,从行政相对人私人的角度来看,就没有接受这种行政处分(课税处分)的义务(没有纳税的义务),这时的取消课税处分实质上与确认纳税义务不存在的诉讼(关于租税法上法律关系的确认之诉)是一样的。在此意义上,通过抗告诉讼的案件全部可以用“公法上法律关系的确认之诉”来重新考虑。这样的话,恐怕在有关公法法律关系的争讼中,可以进行抗告诉讼的部分,主要就通过抗告诉讼,不能的部分,全部由公法上当事者诉讼来承担,这样的分工不是也可以考虑吗?但是新引入的词语具体来讲是什么意思,现在只有关注今后判例和学说的进一步发展了。

3. 民众诉讼

主观诉讼与客观诉讼

根据《行政事件诉讼法》,民众诉讼是指“在要求改正不符

合国家或公共团体机关法规行为的诉讼中,具有选举人资格而以与自己在法律上利益无关的资格提起的”诉讼(《行政事件诉讼法》第5条)。请看下面的问题。

假如出现了违法的行政行为(例如虽然没有出现严重的违反交通法规的行为,但却被处以吊销驾驶执照的处分),这时驾驶执照的持有人(A)以该处分违法提起取消处分的诉讼,这是理所当然的。但假如A本人(例如提起诉讼非常麻烦,或道路很拥挤,正好就不开自己的车上班了)放弃起诉的话,其朋友(B)认为“既然出现了违法的行政行为,怎么能置之不理呢?你不起诉,我起诉”,于是针对A的处分提起取消诉讼,这样可以吗?在这种情况下,从实现依法行政原理出发,无论是针对谁的处分,只要是违法的处分,对此谁提起抗告诉讼都没有关系,大家可能会这么想。但实际上现在的《行政事件诉讼法》对此还没有规定。

纵观《行政事件诉讼法》第9条第1款规定:“取消处分的诉讼以及取消裁决的诉讼(以下称“取消诉讼”),可以提起请求取消该处分或裁决诉讼的仅限于在法律上存在利害关系的人”。该条文所说的也就是假使作出了违法的行政行为,而其结果对自己法的利益并不产生直接侵害的话,那么该行政行为就不能成为取消诉讼的对象,而且因违法的行政活动而遭受法的利益直接的具体的侵害以外的人,不能通过《行政事件诉讼法》对该行为提起诉讼。换句话说行政事件诉讼法这种制度的确是为了保障行政活动的合法性,但未必是以实现行政活动的合法本身为目的,其本来的目的是出现受违法行政活动侵害的私人时,对该私人进行的救济,并依据审判恢复行政活动的合法性,于是私人(个人)权利被救济的结果常常就是

以此为前提的(《行政事件诉讼法》第9条的意思在后面要加以详细说明)。

具有这种目的与性质的诉讼一般称为“主观诉讼”。在现在的《行政事件诉讼法》所规定的诉讼中,除了以取消诉讼为起始的抗告诉讼以外,当事者诉讼也是具有这种性质的诉讼。这样一来,行政诉讼就与许多民事诉讼不同了。一般来讲,一方当事人是行政主体或行政机关这种公益的代表者,其活动的违法与否对于我们广大国民来讲应该不是没有关系的。如果是这样的话,直接的利害关系人(而且具有“法律上的利益”的人)对于这些问题不起诉就不会被受理,真可以这样吗?这种问题还是遗留下来了。像刚才所阐述的那样,现在的行政事件诉讼法是以抗告诉讼和当事者诉讼等主观诉讼为原则,同时例外地承认只是针对一定的行政活动,与私人个人权利利益的保护无关,也就是实现(保障)行政活动的客观合法性本身为直接目的(具有这种目的和性质的诉讼称作“客观诉讼”)的“民众诉讼”这种诉讼类型。

提起民众诉讼的可能性

像民众诉讼这样的诉讼,在日本现行的《行政事件诉讼法》中本来是极其例外的情况,与抗告诉讼一样,一般不予承认,只是在极其个别法律的特定情况下才可以提起(《行政事件诉讼法》第42条)。而且像刚才所阐述的那样,可以提起取消诉讼的人仅限于“要求取消该处分或裁决的是有法律上利益关系的人”(《行政事件诉讼法》第9条第1款),而民众诉讼的场合与该要件则完全没有关系,是只有根据个别法律的特殊规定的人

才可以提起(《行政事件诉讼法》第42条)的诉讼。

实际上现行法上所承认的民众诉讼有各种各样的情形,《公职选举法》所规定的各种选举关系诉讼(选举无效诉讼,第203条、第204条;以及当选无效诉讼,第207条、第208条),《地方自治法》所规定的住民诉讼(第242条之2)等是其代表例。关于这些问题在此省略不讲了。

4. 机关诉讼

行政的内部关系与机关诉讼

机关诉讼是指“国家或公共团体机关相互之间有关权限的存否或其行使之争议的诉讼”(《行政事件诉讼法》第6条)。这在前面第一章和第二章已经阐述过了。历来的日本行政法理论将行政法关系区分为行政的“内部关系”和“外部关系”。这样,例如行政机关之间的权限之争案件,当然是纯粹的行政内部问题,与私人个人权利的保护没有关系。在此意义上,这种诉讼就不是主观诉讼,而是与民众诉讼一样,是对行政活动是否符合行政法规(合不合法)规定,客观加以明确为目的的客观诉讼的一种。因此在日本的行政诉讼制度下还存在着例外的情况,只有在法律特别规定的情况下,法律所规定的人才可以提起诉讼,在这一点上与民众诉讼完全相同(《行政事件诉讼法》第42条)。例如平成11年(即1999年)改正前的《地方自治法》第151条之2所规定的“职务执行命令诉讼”等都是代表性的例子。随着地方分权的推进,即所谓“机关委任事务”制度的废止,这种诉讼制度就消失了。另外《地方自治法》还新规定

了针对国家对地方公共团体的干预(监督),地方公共团体的长官可以起诉到法院的途径(《地方自治法》第251条之5以下),其形式上与以前的职务执行命令诉讼非常相似,但性质不同;此外还对地方公共团体的“法定受托事务”执行命令的诉讼作了规定(《地方自治法》第235条之8)。

第十二章 行政诉讼——其二

一、行政事件诉讼法规定的诸制度 (二)——诉讼要件

行政事件诉讼与诉讼要件

诉讼要件不仅限于行政诉讼、民事诉讼、刑事诉讼等,凡是有诉讼的就要有诉讼要件。有任何不满诉讼至法院时,为了使法院能够接受(受理)该诉讼,诉讼本身必须要满足一定形式的要件。前一章所阐述的诉讼类型,实际上就是其问题之一。这种要件称为“诉讼要件”,如果不能满足该要件,那么诉讼就会因“诉讼本身不合法”而不予受理(所谓的“闭门羹”)。当然诉讼正式受理后应当审理,但也有最后所主张的法院不予认可败诉的情况,这就叫作

“驳回”，与这里所说的“不予受理”是有区别的。在实际的诉讼中，是否满足诉讼要件有着非常重要的意义，许多诉讼因为架设了这种屏障而遭受拒绝，这是现实问题。在这个意义上，不能通过这道门槛，就像法律上的专业与业余的区别。

现行的《行政事件诉讼法》其诉讼要件原封不动地适用民事诉讼法原则的情况很多(参照《行政事件诉讼法》第7条)，但是，也存在着只在行政诉讼的情况下所要求的特别诉讼要件，这就是以《行政事件诉讼法》为代表的各种法律所规定的情况。

不服申诉的前置

《行政事件诉讼法》第8条第1款规定：“关于取消处分的诉讼，对于该处分所依据的法令规定请求审查时，可以直接提起。但是法律规定对于该处分的审查请求必须经过裁决后才可以提起取消处分的诉讼的，则不受此限制”。审查请求就是指处分违法或不当的情况，不去法院提起诉讼，而是直接向行政机关提出意见(异议申诉)的制度，下一章将详细说明。这里的问题是在向法院提出问题前(起诉)，对于作出处分的该行政机关本身再一次通过一定的形式，按照程序要求其反省，不是没有必要吗？(原则上)没有必要，这在《行政事件诉讼法》第8条中作了规定。实际上，昭和37年(即1962年)即现行《行政事件诉讼法》制定前与现在的情况是相反的，对于行政厅提出异议请求(今天称为行政上的不服申诉。参照下一章)时，如果不这么做的话就不能提起取消处分的诉讼(所谓的“诉愿前置主义”)，而且这不一定没有道理。因为提起诉讼需要花费金钱

和时间,而由行政机关受理行政上的不服申诉案件可能会迅速且低廉,对于行政厅来讲,在提起正式的诉讼之前,如果再给一次反省的机会,就可能会再一次带有诚意地重新考虑该问题。但另一方面,不管怎么说,行政厅是反对争议一方的当事者,与居于中立、公正立场的法院是完全不同的,无论如何必须先提出不服申诉,对于私人来讲是不利的。如果从充实私人权利救济的途径来考虑的话,期望行政厅进行反省,首先是提出不服申诉的申请;或是马上提起诉讼坚决斗争;还是“笨拙地多次用枪来射击”,两者平行同时进行,这全都由私人自由选择。现行法正是采用了这种观点(“自由选择主义”)。

但现行法上也承认了自由选择的例外情况(《行政事件诉讼法》第8条第1款但书)。实际上今天个别法律所规定的这种例外情况是很多的,其结果就是现实中的不服申诉前置——这一要件再一次成为取消诉讼的重要诉讼要件,这是不能否认的状况。

原告适格

在前一章已经讲到了,在日本现行的法律制度下,对于作出的所有违法的行政处分,并不是任何人都可以提起抗告诉讼的。只有具有法的资格(即“原告适格”)的人,根据法律规定才可以针对一些行政处分提起抗告诉讼,仅限于这种情况。《行政事件诉讼法》第9条第1款规定,只有具有“法律上的利益”者才可以对该处分或判决提出取消诉讼。这表明日本的取消诉讼(抗告诉讼)是具有“主观诉讼”性质的,这在前一章已经阐述了。

但是具体来讲什么样的利益是“法律上的利益”，这是个问题。关于这一点，实际上到目前为止在学说、判例上仍有争议，现在还没有达成共识，这是现状。

首先是法律上的利益，当然因处分被取消仅有事实上、经济上的利益还不行，这是毫无疑问的。例如，前面所看到的 A 的驾驶证虽然被违法地取消了，但 A 本人已经没有到法院起诉的心情，在这种情况下，每天与 A 一同乘车去公司上班的 B（所谓的“好意同乘”）因为 A 不能开车，自己的利益受到了损失，可以针对 A 的吊销驾驶执照处分提起取消诉讼吗？这是不能的，这一点是明确的。毋庸置疑，其原因是 B 的这种利益仅仅是事实上的利益或者最多不过（否则的话必须支付的电车费就可以不用付了，是这种意义上的）是经济上的利益。但另外这里所说的“法律上的利益”是指不仅仅限于例如民法上特别称为“权利”的东西（所有权、抵押权、质权、租赁权等），而是更广的范围，对此到目前为止的学说、判例上尚无争议。问题是归根结底在这中间的什么地方画一条线加以区别呢，现在许多学说（所谓“通说”）和最高法院的判例所采取的方法大概如下。

根据法律（或有法律授权的行政立法）上的规定，行政处分（行政行为）的内容、程序要受到各种限制。如果这种规定是为了保护特定的私人（甲）的利益为目的而作出的话（而且仅限于这种情况），那么该人（甲）就是具有取消处分的“法律上的利益”者；但是如果这种拘束只是保护其他利益（一般公益或其他私人〔乙〕的利益）为目的的话，那么因该处分的取消，即使甲有什么利益，甲的这种利益也只不过是“（法规的）反射的利益”，并不是《行政事件诉讼法》第 9 条第 1 款所说的“法律上的

利益”。如在刚才所举的例子中,《道路交通法》(第 103 条)对于在什么情况下才能作出取消驾驶执照的处分,如果不是这种情况就不能取消驾照,这主要是为了保护驾照的持有者(A)的利益而作的规定,不是保护善意乘坐人 B 的利益。与此相对应,例如禁止修建遮挡邻居家阳光的建筑物的《建筑基准法》的规定(第 56 条之 2)等,也是很明确地保护邻家所有者(D)的利益。因此建筑者(C)要建造违反该规定的建筑物时,如果对此作出了建筑确认(处分)的话,那么 D 就可以针对给与 C 的建筑确认(处分)提起取消处分。最高法院著名的判决,例如关于电力公司根据(旧)《公有水面埋立法》获得的由知事颁发的公有水面埋立许可,该水面周围的渔业经营者在取消该许可的争讼事件(所谓“伊达火力发电所事件”)中,(旧)《公有水面埋立法》上并没有以保护这些人利益为目的的规定,故以此为理由,没有认可原告适格(最判昭 60 年 12 月 17 日判时 1179 号 56 页),这种见解一般称为“法律上被保护的利益说”或“法保护的利益说”。

在这种情况下,在这里所说的“拘束行政处分的法规(法规定)”中,法规的范围(即只是法律,还是应该包括宪法的规定,还是包括“法的一般原则”),具体来说在什么样的情况下“保护特定的私人的利益”,对此有多种解释的余地,还存在着这样的问题。一般来说,学说对于原告适格考虑得太严格也是不适当的。最近最高法院基本上采用了“法律上被保护的利益说”,并根据案件的情况,实际上放宽了对原告适格的确认(例如最判昭 57 年 9 月 9 日民集第 36 卷第 9 号第 1679 页——长沼奈基诉讼判决、最判平元年 2 月 17 日民集第 43 卷第 2 号第 56 页——新潟机场诉讼判决)。

另外根据这次法的修改,《行政事件诉讼法》第9条第2款的“处分或裁决的相对人以外的人”(所谓“第三人”)请求取消处分时(例如前面所看到的B和D,或渔民的例子,都是这种情况),在判断是否具有“法律上的利益”时,对法院应该考虑的事项做了明确规定。但是判断取消处分的“法律上的利益”存在与否是非常困难的,且常常有分歧。但不管怎么说,因为第三者起诉的场合(在处分的相对人本人提起诉讼的场合,对于取消处分,原则上所存在的“法律上的利益”仅限于因处分而产生不利的情况,这是当然的。),这里所列的应该考虑的事项,实际上都是最高法院的判例所展示的内容。

被告适格

根据《行政事件诉讼法》第11条第1款的规定,作出处分或裁决的行政厅隶属于国家或公共团体时,必须分别以国家或公共团体为被告提起取消诉讼。从民事诉讼的原则来讲,这虽然是理所当然的,但实际上在这次法的修改以前“取消处分的诉讼必须以作出该处分的行政厅为被告;取消裁决的诉讼必须以作出该裁决的行政厅为被告提起”(改正前第11条),是这样规定的。“行政厅”一词在前面的第二章已经阐述过了,这本来是行政组织法上的用语,用一句话来说,就是“行政主体以自己的名义作出意思决定,是法令上赋予对私人作出意思表示权限的行政机关”。这样阐述是很难理解的,就是“赋予处分或裁决权限的行政机关”,这样理解就可以了。在旧的《行政事件诉讼法》的情况下,例如如果是取消纳税处分诉讼的话,不是以“国家”为对象提起诉讼,而是必须以该纳税处分的实施者——税

务署长为对象;如果是取消驾驶执照处分的话,不是以知事为对象,而是必须以取消驾照的公安委员会为被告提起诉讼,这是非常容易混淆的。如果错了,就会吃闭门羹(不受理),从国民的权利救济制度来看存在着很大的问题。这次法的修改对此作了改正,又重新回到了民事诉讼原则的状态。但是作出处分或裁决的行政厅在属于国家或公共团体以外的行政主体时,则以该行政厅为被告(《行政事件诉讼法》第11条第2款)。即使国家或公共团体为被告,在诉讼中实质上是行政厅作为主体进行活动(参照《行政事件诉讼法》第11条第4款—第6款)的。该第11条的规定也适用取消诉讼以外的抗告诉讼(《行政事件诉讼法》第38条第1款)。

起诉期间

取消诉讼必须是从知道处分或裁决之日起六个月之内提起(《行政事件诉讼法》第14条第1款。这次法的修改改成了三个月以内)。“知道之日起”是指如果不知道该处分,那么什么时候都可以提起诉讼。但是要想彻底解决问题,无论如何超过作出处分或裁决一年就不能提起诉讼(参照《行政事件诉讼法》第14条第2款,这称为“除斥期间”)了。

关于起诉期间的规定,不适用其他抗告诉讼,这是理所当然的。首先确认不作为违法的诉讼,本来是在没有行政处分时出现的问题。附义务的诉讼也与禁止诉讼一样。而确认无效诉讼应该不受起诉期间的限制,什么时候都可以提起的抗告诉讼正是这种诉讼的本来意义。

起诉期间等的指示

这次法的修改重新明文规定了对于行政厅作出的可以提起取消诉讼的处分或裁决,必须书面告知行政相对人起诉期间和其他诉讼要件,即负有所谓的指教义务(《行政事件诉讼法》第46条),这是明文规定了的。实际上行政厅的这种指教义务制度在《行政不服审查法》中对行政不服申诉很早就作出了规定(请参考后叙十三章),而行政事件诉讼则不然,除了对国民权利救济之外还指出了不完备的地方。这次法的修改就是对此所作的改正。因此本书有关指教制度等内容将在十三章详细阐述。

二、行政事件诉讼法规定的诸制度(三)——停止执行的问题

“不停止执行原则”与例外的停止执行

提起诉讼到最终作出判决,一般都要花费很长的时间。而且即使在地方法院阶段(第一审)胜诉,相对方(行政厅)上诉,在高院、最高院更进一步发生争议,诉讼结果始终处于不明晰的状态。这样一来,从开始起诉到作出判决这么长的时间里,行政处分的效果怎么办?只要没有作出取消判决,那么该行政处分就是有效的(所谓“公定力”)。例如纳税处分、拆除建筑物的命令这一类的行政处分连续不断地被执行的话,经过很长时

间,终于得到取消该行政处分的判决时,已经来不及了,这时即使返还自己的财产,也无法挽回损害了,这是实践中存在的问题。例如德国等国在提起取消行政行为的诉讼,到作出判决为止,原则上该行政行为不执行,就是这种规定。这种规定称为“(处分的)停止执行制度”(或单独称为“执行停止”)。

但是与此不同,日本的《行政事件诉讼法》第25条第1款规定:“提起取消处分的诉讼,不妨碍处分的效力、处分的执行或程序的继续进行”(不停止执行原则)。因为在提起取消诉讼时,如果停止执行(执行停止原则)的话,就会大量地出现明明没有取胜的可能,但为了赢得时间先起诉的案件。这样的话过于考虑保护私人的权利,那么就会妨碍行政的顺利进行,的确可能存在这种情况。如果从私人的角度考虑,认为处分违法,提起了取消处分,但处分的效力却不停止,执行也不停止,那不就太不合适了吗?当然即使是处分被执行了,本诉最后胜诉了,处分被取消了,理所当然地可以返回到原来的状况(请求恢复原状)。但是根据不同的情况,事实上恢复原状是非常困难的(例如土地被征收了,祖先代代相传的房屋、庭院被破坏,或者被建成飞机场的情况等)。更糟的情况适用《行政事件诉讼法》第31条规定的事情判决制度,这种诉讼本身就存在着败诉的可能性。《行政事件诉讼法》第25条第2款规定了“提起取消处分诉讼时,为了避免因处分或处分的执行或程序的进行而产生重大损害的紧急必要场合,法院可以根据申请决定停止全部或部分处分的效力、处分的执行、或程序的继续”。除了私人主体提起的取消处分的诉讼以外,特别是如果提出了“停止执行的申请”,有法院可能例外地予以认可(这种停止执行的要件是为了避免“处分、处分的执行或程序的继续所产生的重大损

害的紧急必要的场合”,这段话以前是“为了避免因……所产生的难以恢复的损害……”,这次法的修改作了改正。这是为了使停止执行更便于实施,这里所说的“重大的损害”的意思请参考作了新规定的第25条第3款)的情况。不过对于作为例外的停止执行则进一步作了限制,这种限制比较突出的是第25条第2款但书、同条第4款的规定,此外特别是还有下面所要有阐述的“内阁总理大臣的异议”制度《行政事件诉讼法》第27条)。

另外,这种不停止执行的原则也适用于确认无效等的诉讼(《行政事件诉讼法》第38条第3款)。对于“行政厅的处分以及其他相当于公权力行使的行为”,即使适用民事保全法上的暂时处分制度也不能暂时停止这种执行(同法第44条)。从日本法律的整体来看,这毕竟是对行政厅非常有利的制度,这是不容否定的。

内阁总理大臣的异议

根据《行政事件诉讼法》第27条规定:“出现了第25条第2款的申请时,内阁总理大臣可以向法院提出异议”,且“作出停止执行的决定后也一样”。而且内阁总理大臣提出异议时,法院必须服从。如果是在法院作出停止执行决定之前提出异议的话,法院就不能作出停止执行的决定;如果是在作出停止执行决定之后提出异议的话,那么法院就必须取消自己所作的停止执行的决定(同法第37条第4款),这实在是了不起的制度。对于法院作出的一次决定,由隶属于行政权的内阁总理大臣来推翻,这不是违反了三权分立原则吗?会出现这样的疑问。按

照到目前为止的一般说明来看,这种制度是行政政府的长官——内阁总理大臣为了维护公共福祉,在其政治责任方面所拔出的所谓的“传家的宝刀”,假使有滥用这种权力等情况出现,这主要还是政治问题,只要内阁总理大臣对国会负责任(参照同法第27条第6款后段)就可以了。但是行政处分的执行与否当然会对私人的权利产生巨大影响,必然与私人的权利保护有关系。简单地说是单纯的政治问题、行政问题,与法院(司法权)没有关系,这些是否得当,我本人表示怀疑。

第十三章 行政上的不服申诉制度^①

一、行政上的不服申诉制度的意义

“行政诉讼”与“行政上的不服申诉制度”

如前所述,“行政诉讼”有抗告诉讼、当事者诉讼等诉讼类型,但无论怎么样,在法院审理裁判行政法争议这一点上是一致的。同时,对于这种争议,不仅法院,也存在由行政机关本身进行审理、判断的情况。这种案件一般称为“行政上的不服申诉制度”(用稍难一点叫法,也有叫“狭义的行政诉讼”的)。综观历史,例如在法国、德国

① 相当于中国的行政复议制度。

等欧洲国家,围绕着行政活动的争议首先是以行政上的不服申诉为起始的,这是由古老的形式向行政审判制度的进化,更主要的是像现在这样向正规的法院审判制度发展,有这样一个过程。在日本,行政诉讼制度是在明治宪法时代由行政审判制度开始的,像今天的行政事件诉讼这样,正向着成熟的正规的审判制度发展。在此意义上行政上的不服申诉制度与行政事件诉讼制度共同存在,而且起着重要的作用。实际上未必只有日本这样,法国、德国、美国等世界各国也如此。不用说,像下面将要阐述的那样,行政上的不服申诉制度作为私人权利的救济制度,具有行政诉讼所没有的长处。

行政上的不服申诉制度的长处

第一,行政上的不服申诉制度与法院正式的诉讼程序相比,程序要简单得多。与诉讼不同,一方面确实存在着是否能够真正慎重地审理——这样的担忧;另一方面比法院审理解决问题更加快捷,而且几乎不花什么费用,这是其长处。

第二,在行政上的不服申诉制度的场合,行政机关要判断的是法院做不到,而行政机关可以做得到的,这就是其优点。例如法院主要是将对争议进行法的解决作为其任务的机关,法院能够审理的当然仅限于法的问题(行政处分的违法性)。自由裁量行为下行政厅所作的裁量当与不当,是不能进行判断的,而行政上的不服申诉制度是没有这种限制的(请注意《行政不服审查法》第1条第1款使用了“行政厅违法或不当的处分”)。

第三,将行政处分违法与否这一法的问题考虑进来。在科

学技术显著发达的今天,随着社会制度复杂化等情况的出现,在判断一些行政活动合法还是违法时,如果没有内行渊深的知识(所谓专门的技术知识)是很难判断的,而且这样的案件在逐渐增加。在这种情况下,比起一般以民事事件、刑事事件为中心进行裁判的法官们来,不得不说还是日常对这些问题作专门处理的行政机关的判断更为迅速、准确。除了行政诉讼制度以外,与此并列的行政上的不服申诉制度在世界各国广泛采用的主要理由就如此。如果用稍微难一些的说法来讲,这就是在以行政诉讼为中心的私人权利救济制度中,弥补了行政诉讼力量所不及的地方,可以说更加期待着这种制度具有作为辅助补充救济制度的机能。

二、行政不服审查法规定的不服申诉制度

行政不服审查法

关于行政上不服申诉的重要的法律制度是现在日本的《行政不服审查法》。该法律与《行政事件诉讼法》的制定一样,于昭和 37 年(即 1962 年)制定的,其目的是废止以前的(其前身)明治时代的《诉愿法》,进一步充实对私人的权利救济。

不服申诉的种类

《行政不服审查法》对于不服申诉的种类规定了三种情况,即“异议申诉”、“审查请求”、“再审查请求”。“异议申诉”是指

向作出(或不作出)问题处分的行政厅本身(处分厅或不作为厅)提出的;与此相对应的“审查请求”是指向作出问题处分的行政厅以外的行政厅(一般是上级监督厅,但也存在例如像国税法庭那样,也有为此设立特别机关的情况)(《行政不服审查法》第3条第2款)提出的;“再审查请求”是指经历了一次审查之后再进行的审查,是例外的申诉请求(《行政不服审查法》第3条第1款)。除了《行政不服审查法》本身所规定的特定情况之外,如果是法律或条例所规定的特殊情况,则要向作出该法律、条例特别规定的行政厅提出(参照《行政不服审查法》第8条第1款以及第2款)。

针对异议申诉所采取的裁断行为称为“决定”(《行政不服审查法》第47条);针对审查请求以及再审查请求的裁断行为则称为“裁决”(《行政不服审查法》第40条、第55条)。这种“决定”、“裁决”在其他法律中是以各种不同的意思使用的,很容易混淆(例如《国税通则法》第25条的“决定”、《土地收用法》第47条以下的“裁决”等,哪一个都不是针对不服申诉的裁判行为,这本身只能是第一次处分——原处分),这些用语出现时,就要弄清楚这是哪部法律,是什么意义上的“决定”、“裁决”,必须十分注意。

不服申诉的内容

“异议申诉”和“审查请求”是以向谁提出申诉请求(是否拿过去)来区别的。另外对什么样的内容提出申诉请求,从这一点出发就可能分为如要求取消处分的异议申诉、审查请求,要求确认处分无效的异议申诉、审查请求。诉讼时受诉地由法

院决定,诉讼类型在后面加以区别,行政上的申诉在这一点上则有所不同。

像刚才所阐述的那样,因为申诉不是在法院而是在行政机关进行的,私人所得到的(所主张的)的判决、裁定的内容比诉讼场合法院判决的内容要广泛,这是值得关注的。例如,刚才的行政事件诉讼,因法院具有司法机关的性质,对于行政厅的不作为只能消极地控制,而对不作为提出的审查请求进行裁判的行政机关(审查厅)(像诉讼情况那样)不仅能作出确认不作为违法的判断,还可以更积极地针对不作为机关“迅速命令其对申请应该为一定的行为”(《行政不服审查法》第51条第3款)。

不服申诉的要件

行政上的不服申诉请求与行政诉讼的诉讼要件相对应,申诉的要件有多种,不能满足这些要件的申诉就不能进行案件的审理,即所谓的闭门羹(不予受理)。

(1)不服申诉的事项

在诉愿法时代也并不是针对所有的行政处分都可以提出诉愿的,只是针对法律规定的一定处分才可以进行(列举主义),行政不服审查法则摒弃了列举主义而采取了概括主义(《行政不服审查法》第4条第1款)。作为例外的情况是《行政不服审查法》第4条第1款第1项到第11项揭示了在性质上不能依据行政不服审查法处分的情况,另外个别法律也存在着不允许不服申诉的情况。因此作为不服申诉的要件,还存在着不服申诉的事项的问题。

(2) 不服申诉的利益

《行政不服审查法》第4条第1款规定：“对于行政厅的处分……不服的”，“可以审查请求或异议申诉”。按照字面意思可以看出，只要对处分不服，谁都可以提出不服申诉。但实际上并非如此。与诉讼的情况相同，提起不服申诉相应地要有“不服申诉的利益”，这是必要的。多数的学说、判例也适用围绕《行政事件诉讼法》第9条所说的“法律上的利益”产生了争议。关于这一点，著名的最高法院的判决，例如“主妇饮料表示事件判决”（最判昭53年3月14日民集第32卷第2号第211页）就是明确采用“法律上被保护利益说”的判决。

(3) 异议申诉前置等

行政不服审查法采取了概括主义，对什么样的处分可以提起不服申诉，如前面所阐述的那样，异议申诉也好，审查请求也好，无论哪一个都可以按照喜好选择提出不服申诉吗？事实上并非如此。有的处分（或不作为）应该提出异议申诉还是应该提出审查请求，如果两者都可以的话，应该以什么顺序进行，对此法律都有着相当复杂的限制。

首先，针对不作为所提出的不服申诉，原则上是异议申诉，还是审查请求，在两者都可以的情况下（《行政不服审查法》第7条），对于处分不服申诉时以审查请求为原则，异议申诉只是在不能进行审查请求的情况下才可以进行（参照《行政不服审查法》第5条以及第6条第1项、第2项）。但这是原则，例外地根据个别的法律规定，也有即使提出审查请求，也可以提起异议申诉的情况（参照《行政不服审查法》第6条第3项）。而且法律上两者都可以提起的情况下，原则上必须首先（图中①）从提出异议申诉开始，否则就不能提出审查请求（图中②）（《行政

不服审查法》第 20 条,实际上这个最后的例子是相当多的)。

	不作为	处 分		
审查请求	○	○	×	②
异议申诉	○	×	○	①
适用条款	7 条	5 条	6 条 1 项,2 项	6 条 3 项 20 条

(4)不服申诉期间

与取消诉讼的起诉期间制度一样,对于异议申诉、审查请求,从知道处分之日起经过了一定的期间,就不能提起了,该期间一般称为“不服申诉期间”。但是请注意该期间与提起取消诉讼的六个月期间比起来相当短,原则上只有 60 天(参照《行政不服审查法》第 14 条、第 45 条等)。

教示制度^①

像前面所阐述的那样,不服申诉有很多种类,而且哪一类,如何去做是由很多复杂的规则来决定的。即使采用了概括主义等。但实际问题是没有经验的人不服时,不清楚该如何救济自己的权利,而且在彷徨中不知不觉地不服申诉的期间就过去了,已经永远不能提出不服申诉了,可能会出现这种情况。作为取消诉讼的诉讼要件,规定了不服申诉前置的场合也不在少数,不能提出不服申诉的结果是不能提起诉讼,这种可能性也并不在少数。为了防止这种事情的发生,其结果就是为了保护自己的权利,知道怎么做才好,这就需要即使是没有经验的人

① 教示制度——是指指教、教给制度。

也能马上就明白的制度,这是非常必要的。

在《行政不服审查法》之前的诉愿法时代,这种悲剧常常发生。《行政不服审查法》制定时,按照以下情况进行,即作出处分的行政厅本身负有告知行政相对人私人不服时,如何去做的事先告知(教示)义务,以这种方式来解决问题。首先,《行政不服审查法》第57条第1款规定:“对于提出不服申诉的书面处分,行政厅必须告知处分相对人不服该处分可以提出申诉以及提出不服申诉的行政厅及提出不服申诉的期间(不服申请期间)”;而且第57条第2款也针对这些情况作了国民一方请求指教时,行政厅必须正确告知的规定;再者应该指导而没有进行指导,或虽然作了指导但内容错误等情况。以上所看到的是针对不服申诉要件所作的各种例外规定,是为了避免因行政厅的错误导致对私人权利救济道路的封闭而作的考虑(参照《行政不服审查法》第58条、第18条、第19条等。另外也参照《行政事件诉讼法》第14条第3款)。

停止执行制度

在现行法中,行政上的不服申诉制度与取消诉讼一样,采取不停止执行原则(《行政不服审查法》第34条第1款)。而且作为例外也开通了停止执行的途径(《行政不服审查法》第34条第2款—第7款)。但是对行政上的不服申诉进行裁断的不是法院而是行政机关,对不服申诉的审查也具有行政组织内部控制的性质。这样一来,在取消诉讼的场合,站在行使司法权的法院的立场,不能简单认可的作为例外情况的停止执行也被宽松地认可了。实际在法律上,例如审查请求的审查厅是处分

厅的上级厅时,则与取消处分不同,不等私人提出申请,而是依靠职权就可以停止执行(同法第34条第2款);而且审查厅不是处分厅的上级厅时,其停止执行的要件比法院作出停止执行的要件要宽松得多(《行政不服审查法》第3条——请与《行政事件诉讼法》第25条第2款比较),也可以看见这种案例。

三、行政审判制度

“行政审判”的意义

除了以上所阐述的根据《行政不服审查法》制定的不服申诉制度外,还有各种根据个别法律所制定的特别不服申诉制度。其中在理论和实践上具有重要意义的是一般称为“行政审判”的这种类型。这就是公正交易委员会、中央劳动委员会所谓的“行政委员会”或相似的行政机关,根据一般称为“准司法程序(quasi-judicial-procedure)”的特殊程序所进行的审查程序。根据《行政不服审查法》提出异议申诉、审查请求,这些虽然都是以拓宽私人权利的救济途径为目的,但这种方法只有靠作出问题处分承担责任的行政厅,通过其自身的反省来实现。因此仅从私人权利救济的公正性、可靠性来看还不充分,这是不能否定的。与此同时,行政审判虽然是行政机关的审理程序,但实际上与法院的裁判相似;是组织上或程序上的保障(“准司法程序”这一用语就源于此),要确保审查的中立、公正,就要使权利救济制度充分发挥作用。

行政审判制度的特征

这种意义上的行政审判制度与一般的不服申诉制度相比较,有很多应该注意的地方。

(1)例如在这些行政审判中,不是作为对已经作出的行政处分事后进行审查的不服申诉程序,而是为了今后即将实施的行政处分程序,也就是作为行政的事前程序,也存在这种情况。这种例子在第五章已经接触到了。

(2)行政审判分为所谓的“处分先行型”和“处分后行型”,无论采用哪一种类型,在某种程度上都是伴随着对行政审判代替法院司法程序作用的期待而产生的。因此作为行政审判结果的“审决”与一般的决定、裁决、原处分不同,在某种意义上有时与裁判判决相似。

上述这种情况称为“实质的证据原则”。下面举个例子来说明,例如《独占禁止法》第77条规定,针对公正交易委员会审判结果的审决,可以根据《行政事件诉讼法》提起取消诉讼,在这一点上,虽然与一般的处分、裁决等相比较没有什么变化。但是第80条第1款又对于该诉讼作了如下规定,即“对公正交易委员会所认定的事实,存在能够证明该事实实质性的证据时,可以约束法院”。这是有些难以理解的规定。总之公正交易委员会的审判具有准司法的性质,可以看作是裁判审级上的事实审(第一审),部分取代了法院的作用,可以这样考虑。

关于行政审判与裁判程序的关系,值得注意的一点就是这些审判具有准司法的性质,针对这些审判裁决的诉讼,有省略地方法院这一审级的情况。例如针对公正交易委员会裁决

(《独占禁止法》第 85 条)提起的取消诉讼就是这种情况;同样采取了实质证据法则的公害等调整委员会的裁定(《关于矿业等土地利用调整程序的法律》第 57 条);根据电波监理审议会决议的总务大臣(针对异议申请)的决定(《电波法》第 96 条之第 2、97 条)等等,针对这些行为的取消诉讼,不能向地方法院提起,主要还是由东京高等法院管辖(专属管辖)。

第十四章 国家赔偿法——其一

一、国家赔偿制度的意义

国家赔偿与行政争讼

像前一章所阐述的那样,在日本现行的法律制度下,如果实施了违法的行政活动,我们可以通过各种方法,如提起行政上的不服申诉、行政诉讼,使违法的行政活动得以改正,使其恢复原状。但是在因违法的行政活动使我们遭受的损害中,存在着只是靠这种行政争讼制度达不到目的的情况。例如前面第十章所阐述的“即时强制”确实是行政厅的公权力行使,但是在没有作出“处分”的情况下,原则上根据抗告诉讼等行政争讼制度不能对其违法提起诉讼。而且如果因为行政行为使自己的财产

转移到他人手中时(土地征收、农地收购、作为税金滞纳处分的拍卖等),即使该行政行为因违法而被取消,失去的财产要取回已经不可能了,这种例子(如这期间财产灭失、民法规定的取得时效、即时取得等制度的适用,在法律上无法恢复的情况)可能会出现。这样一来已经不能恢复到原来的状态(恢复原状)了,其结果是所遭受的损害就不得不考虑用金钱补偿这种次善之策了。国家赔偿制度首先是在这种意义上对于行政争讼制度涉及不到的方面进行补偿的,可以说是从内部来保证“依法行政原理”的实现。

国家赔偿与损失补偿

国家赔偿是指因违法的国家活动使私人蒙受损害而给与的“损害赔偿”,在理论上与前面的“损失补偿”是不同的。也就是前面所阐述的“损失补偿”本身是对于因法律所允许的公权力的行使(例如根据土地收用法确认的征收裁决)而使私人遭受的损失,是从与“依法行政原理”不同的目的(“负担的公平〔的实现〕”)出发而给予的补偿。这已经在宪法的条文上作了明确的规定,国家赔偿制度是以《日本国宪法》第17条为基础的,而损失补偿制度是根据《日本国宪法》第29条第3款的规定制定的。

国家赔偿制度的沿革

如果给他人造成损害则必须要赔偿,这是当然的事情,无论是普通市民还是国家、都道府县、市町村等地方公共团体都一样,在今天这恐怕已经是一般的常识了。但是以前并非如

此,例如在日本的明治宪法时代,因国家违法的行政活动使私人遭受损害时,国家在什么范围内负赔偿责任,宪法并没有作出明确的规定,普通法律对此也没有作一般的规定(个别法律的一点规定只是作为例外),原则上不承认国家赔偿责任。但是在德国法的影响下,同样的行政活动,如果不是公权力的行使,那么国家与私人一样,只不过是单纯的经济交易,那么就适用以民法为中心的私法的规定,在判例、学说上很早就采用这种观点了。以这种经济交易为起始,在非权力行政活动的情况下,国家仍按照《民法》第 709 条以下规定的不法行为的损害赔偿责任来承担责任,这种情况也是可能的。但与此相应,在因权力的行政活动(公权力的行使)使私人遭受损害的案例中,国家、地方公共团体等行政主体的赔偿责任(仅限于个别法律没有例外规定的情况)全都不予承认。

这种状况在第二次世界大战后,随着日本宪法的制定发生了重大变化。《日本国宪法》第 17 条明确规定:“因公务员的不法行为使私人遭受损害,根据法律规定,由国家或公共团体负赔偿责任”。而且受该规定的影响,昭和 22 年(1947 年)制定了现在的《国家赔偿法》。

国家赔偿法

国家赔偿法这种法律制度是关于国家或公共团体损害赔偿责任广泛适用的基本法律(一般法),有关(根据特别法所规定的例外情况除外)国家或公共团体的损害赔偿责任一般适用《国家赔偿法》(《国家赔偿法》第 5 条)。但是该法律只有六条,仅仅这六条尚且不够充分。在这样的情况下,只是该法律

规定没有涉及到的问题适用民法的规定(《国家赔偿法》第4条)。《国家赔偿法》本身基本上只是作了第1条“因公权力的行使而产生的损害赔偿 responsibility”和第2条的“因公共建筑物的设置管理瑕疵而产生的损害赔偿 responsibility”,这两种赔偿规定的规定。在现行法制度下,例如国家或公共团体在私法上的经济交易行为等产生的损害赔偿 responsibility,主要(与以前一样)是原封不动地适用《民法》第709条以下的规定。

二、因公权力行使产生的损害赔偿 responsibility(《国家赔偿法》第1条)

国家或公共团体的责任

《国家赔偿法》第1条第1款规定:“行使国家或公共团体公权力的公务员,在其履行职务时,因故意或过失违法给他人造成损害时,国家或公共团体负赔偿 responsibility”。这里首先要注意的是公务员违法行使公权力时,对此负有赔偿 responsibility 的不是实施了违法行为的公务员本人,而是雇佣公务员的国家或公共团体(行政主体)。大家可能会有这样的感觉,做了错事的是公务员本人,本人不赔偿,这不是很奇怪吗?实际上这是根据以下(政策的)观点来考虑的。第一,从遭受损害的私人的角度来看,假使可以请求法律上的损害赔偿,但作为加害人的公务员个人如果没有足够的资金进行赔偿的话,那么遭受损害的私人也就只好忍气吞声自认倒霉了。与其这样还不如由作为雇主的行政主体来赔偿,这种途径能够确保(国家或地方公共团体破产了

不能支付金钱等情况几乎没有)获得金钱赔偿,在此意义上可以说反而更有利;第二,反过来,从雇主——行政主体的立场来看,假使让公务员本人负赔偿责任的话,公务员稍不注意就会负赔偿责任,这样就会出现“少管闲事免得麻烦”,对所有事情会变得消极的现象,还可能会出现应该做的也不做的情况。从公共福祉来考虑,这是绝对不被希望的。

学说、判例对于基于《国家赔偿法》第1条的国家、公共团体的赔偿责任是这样考虑的。也就是说,本来实施了违法行为的公务员本人根据《民法》第709条的规定承担不法行为的赔偿责任,但所成立的损害赔偿赔偿责任依《国家赔偿法》第1条第1款的规定由国家、公共团体代替承担就可以了(这种观点称为“代位责任说”)。而且作为被害人,能够切实地从国家、公共团体方面得到赔偿,因此没有必要另外对公务员本人再按照《民法》第709条请求赔偿了(参照最判昭30年4月19日民集第9卷第5号第534页)。但是在一些过分的情况下,特别是公务员存在故意或重大过失时,对被害人支付了赔偿金的国家或公共团体可以对该公务员行使求偿权(让公务员返还国家或公共团体代替支付的部分)(同条第2款)。

国家赔偿法第一条责任的成立要件

《国家赔偿法》第1条第1款对于公务员行为结果所产生的国家或公共团体赔偿责任的要件是这样规定的,如果这些要件不能全部满足的话,就不能确认损害赔偿。

(1)存在公权力行使的公务员的行为

这里又出现了“公权力的行使”一词(要件)和“公务员”一

词(要件),这其中对于“公务员”几乎没有疑问。到目前为止的判例、学说大体上都采取了这样的观点,即国家赔偿法上的公务员不仅仅只限于国家公务员法、地方公务员法所说的原来意义上的公务员,还包括作为“行政主体”行使公权力的公务员,是广义上的“公务员”。例如日本道路公团、住宅金融合作社的职员等也可能是国家赔偿法关系的“公务员”。

与此同时,这里所说的“公权力的行使”是什么样的行为呢?关于这一点存在很大的问题。如前所述,一般“公权力的行使”,像“行政行为”、“强制执行”和“即时强制”等,是无论对方如何都要使用的强制方法,用专业术语来说,就是“一方面的命令、强制或者形成、变更法律关系和事实关系的行政活动(所谓‘权力的行政活动’)”,以前普遍认可国家赔偿法的这种观点(这种观点称为“狭义说”)。今天对《国家赔偿法》第1条“公权力的行使”的解释则应该更广泛,这种观点(这种观点称为“广义说”)在学说上、判例上被广泛采用。但是即使是“更广泛地考虑”,那么要广泛到什么程度,目前的学说大体是这样认识的。

《国家赔偿法》第1条第1款所说的“公权力的行使”是在全部的国家活动中,除了私经济活动以外的,包括全部的公行政活动,所谓“非权力的行政活动”也被包括在内了。

即便是“非权力的行政活动”,如果存在“公行政活动”的话,也被包含在“公权力的行使”之中,这真像是禅问答(不知所云),很难理解。我本人对于能否充分说明这个问题也没有信心,但我认为,其要点主要还是要完全理解“公行政活动”一词与“公权力的行使”的不同。“公行政活动”的含义,主要是着眼于行政活动的目的用语,可以说是“以实现公益为直接

目的的活动”。

这在本书的最开始已经作了阐述,国家、地方公共团体等行政主体在为了全体国民(居民)的利益(所谓“公共福祉”或“公益”)进行活动时,其方法不一定仅限于行政行为、强制执行等权力方法,合同、行政指导,特别是像公共设施建设作业那样的事实行为等所谓的依非权力的方法还很多。今天学说、判例多数将《国家赔偿法》第1条第1款作为问题规定,其真正原因并不是权力活动与非权力活动的活动形式如何,而在于其活动是否为了公益的问题。基于这种观点,如按照行政指导的结果反而受到了损害,或政府机关的汽车在迎送要人时轧了人,还有因道路工事而使沿路居民遭受损害等等(这些行政活动无论哪一个都不是原来意义上的“权力的活动”,而只是“非权力的”活动),这些全部都纳入到了《国家赔偿法》第1条的问题之中。

但是这种“广义说”从理论上来看,还存在着很多问题。例如,首先是扩大了《国家赔偿法》第1条的射程距离,与除了损害赔偿以外的制度的关系到底如何,存在着这种疑问。就是说,对于以非权力的方式所进行的行政活动而产生的损害赔偿问题,除了《国家赔偿法》第1条以外,还存在着在后面将要看到的第2条的“因公共设施的设置或管理瑕疵的损害赔偿责任制”制度,此外还有《民法》第709条的因不法行为的损害赔偿责任。特别是从与民法的关系来看,前面所阐述的广义说,在行政活动中不是“公行政活动”,即不以直接实现公益为目的的行政活动另外适用民法,针对这种情况列举了私经济贸易行为(主要是以丰富国家财政为目的的经济贸易行为)的例子,但是丰富国家财政其本身就不能说是“公益”之一了。另外还存在着实际上“公益行政活动”与“非公益行政活动”区别非常困难

的问题。而且“广义说”认为法律本身虽然明确规定了“公权力的行使”,但如果换一种说法,用“公益的实现”来代替“公权力的行使”,这是不是很勉强?实际上对于被害人来说,采用“广义说”比采用“狭义说”更能产生有利的结果,但勉强采用广义说,真的是不是可以,这还是一个很微妙的问题。损害赔偿法有其自身全面的制度,但只因对被害人有利,就以此为理由破坏这种制度的平衡,这样行不行?实际上我本人(今天已经是少数说了)对于广义说一直就持怀疑态度。

(2) 存在公务员履行职务造成的损害

这里所说的“履行职务”是指不是“职务上的行为”也可以,只要是具有“职务行为的外观”就可以了(所谓的“外形理论”),可以说这是学说、判例广泛采用的观点。例如最高法院也很早就采纳这种观点了。在昭和31年(即1956年)作出的著名判决中,因金钱而陷入窘境的警视厅警察官在非当班日穿着制服,戴着警帽,对从银行出来的市民装作职务询问,并接近该市民,结果将该市民击毙并抢钱逃逸的案件,最高法院支持了判定东京都赔偿责任的高等裁判(二审)(最判昭31年11月30日民集第10卷第11号第1502页),这是《国家赔偿法》第1条关于“同条不仅限于公务员主观行使权限意思表示的情况,也适用于即便是为了谋求自己利益的情况。只要客观上实施了具备执行职务外型的行为,并给他人造成损害,就由国家或公共团体负损害赔偿责任。这广泛地维护了国民的权利,符合立法宗旨,应该作这样的理解”。

(3) 存在公务员的故意或过失

《国家赔偿法》第1条规定国家或公共团体负损害赔偿责任,但其前提要件是实施了违法行为的公务员存在着“故意或

过失”,这是必要的(称为“过失责任主义”)。如果从前面所阐述的“代位责任说”的观点来考虑的话,这是理所当然的。因为这种观点认为要成立国家或公共团体的赔偿责任,首先要以公务员自身(根据《民法》第709条)赔偿责任的成立为前提,而公务员自身赔偿责任的成立必须要有其本人的故意或过失,对此《民法》第709条本身也已经作了规定。

“故意、过失”这一要件,特别是关于“过失”要件,到目前为止的学说、判例并没有作严格的考虑,它是以多种多样的形式存在着的。例如在学说中关于《国家赔偿法》第1条的赔偿责任,并不是像前面所阐述的“代为责任”那样,而是国家、地方公共团体的“自己责任”(即不是国家、公共团体代替公务员负责任,而是作为自己本身原来的责任来负赔偿责任),这样考虑的结果就是这里所说的公务员的“过失”不是原来意义上严格的公务员个人责任的过失,而是范围更广的所谓行政活动的一种瑕疵(所谓的“自己责任说”)。这样一来这种“过失”与下面将要看到的“违法性”的要件几乎没什么不同了。

而且对于“公务员自身存在的过失”要严格考虑的话,那么遭受损害的私人在向国家或公共团体提出请求赔偿时,到底是哪个公务员的什么行为引起的损害,这就必须要搞清楚了(在主张、举证基础上的公务员及其行为的特定)。但是对于这一点不需要作过于严格的探究,这种观点现在已成为主流。例如最高法院的判例中有这样的判决,即“确认了在国家或公共团体的公务员一系列职务行为的过程中,给他人造成损害时,具体是哪个公务员,因什么样的违法行为,即使不能特定,但从前面一系列行为中,无论哪一个行为,如果不是因行为人的故意或过失所产生的违法行为就不会发生损害,如果能确认这种情

况,而且无论基于哪一种行为的损害,都存在着造成损害的行为人所属的国家或公共团体应承担法律上赔偿责任的关系时,国家或公共团体不能因加害行为的不特定,就免除国家赔偿法或民法上的损害赔偿赔偿责任,这样理解是适当的”(最判昭 57 年 4 月 1 日民集第 36 卷第 4 号)。

(4) 违法造成损害

国家赔偿责任当然是损害赔偿赔偿责任,其成立的要件是公务员公权力的行使必须是违法的,这一点与“损失补偿”不同。关于这一点,几乎没有争议。但最近出现了一些麻烦的事情,用一句话来讲就是《国家赔偿法》第 1 条所说的“行政活动的违法性”违反了到目前为止本书所说的“依法行政原理”,而且由此可以根据行政上的不服申诉制度、行政诉讼加以制裁,这与取消行政处分的原因——“处分的违法性”是不是完全一样呢?例如最近最高法院大体上采用这样的观点,即《国家赔偿法》第 1 条第 1 款所说的违法并不仅仅只是公务员的一些行为违反法律,这些行为还必须是违反了公务员职务上的义务”,而且这种职务上的义务必须是对被害人个人所负的义务(参照最判昭 60 年 11 月 21 日民集第 39 卷第 7 号第 1512 页、最判平元 11 月 24 日民集第 43 卷第 10 号第 1169 页、最判平 5 年 3 月 11 日民集第 47 卷第 4 号第 2863 页。这种观点称为“职务义务说”)。

行政活动违法了,但仅此未必能够获得救济的权利,这已经阐述过了,例如第十二章的取消诉讼原告适格的情况。《行政事件诉讼法》第 9 条规定即使处分违法,如果没有取消该处分的“法律上的利益”者(场合),就不能提起取消诉讼。而且这里所说的“法律上的利益”必须是“被法律保护的利益”,单纯的“反射的利益”是不行的,这是最高法院等所采用的观点。《国

家赔偿法》第1条所说的“违法”与前述最高法院的观点非常相似。也就是说,法律将保护私人的利益规定为公务员的职务义务,如果不违反该法律规定,理所当然就不能获得救济。但在取消诉讼的场合则是处分(实体法上)本身很明确是违法的,只是谁具有提起(程序上的)取消该违法处分的权利的问题;而在国家赔偿法的情况下,这种行为本身(实体法上)大概还不能看作是违法,在这一点上是有很大不同的。

国家赔偿制度是依靠“依法行政原理”从内部来保障的,在此意义上这是私人救济的最后手段。如果从基本观点来考虑的话,总觉得有点奇怪,取消诉讼的违法行为如果放在国家赔偿法的情况下却不违法,其理由令人不解。我认为,不管怎么说,最高法院等的观点将公务员的“过失”问题、“因果关系”问题,本来与“违法性”不同的问题全部混同,都拿到“违法性”的问题中去,对此有必要进一步作更好的梳理。

遗留的问题

《国家赔偿法》第1条责任成立的要件大约如上所述,如果更详细研究的话,还存在一些问题。

例如(也包含独立行政法人的情况)在国立公立医院工作的医师因为诊断错误(所谓的“误诊”),结果治疗方法错误,致使患者死亡的情况。国立公立医院的诊断、治疗行为不能说是本来意义上的“公权力的行使”,但如果用现在广泛采用的“广义说”的话,好象也不是不能包含在《国家赔偿法》第1条的“公权力的行使”之中。而且本来医生是不应该让患者死亡的,在这种情况下可以认为是“违法的”公权力行使,这样考虑是可以

的。另外医师根据当时的医学最高水平,虽然尽了最大努力,但因为是很困难的病例,结果没能找到病因,导致了不幸的结果,出现了这种情况怎么办?在这种情况下,该医师未必存在过失,因此赔偿责任不成立。但另一方面,该医师的行为(致人死亡)达到“违法”以上的程度,被害者也就不能得到损失补偿了,因为(前面所阐述的)损失补偿是以该行为是合法行为为前提的制度。结果是在这种例子中,被害者处于国家赔偿制度和损失补偿制度这两种救济制度之间的山谷中,这一般称为“违法无过失”,是很难的问题。

这时,假如“医师根据当时的医疗水平负有对患者全力诊断、治疗的法定义务,但未必负有在任何情况下都不能使患者死亡的法定义务”,如果这样的话,前面所阐述的例子就不“违法”了。这样一来这里所说的“违法性”问题和“过失”问题就混淆了。正确地来讲,这两个要件到底是什么样的理论关系呢?问题就出现了。

在前面的例子中,如果医师的诊断、治疗本来并不违法的话,被害者因国家的合法行为而遭受损害不是可以请求损失补偿吗?在这一点上出现问题的是对损失补偿制度作了规定的《日本国宪法》第29条第3款,该条款只是直接对私人的“私有财产”所遭受的损失补偿作了规定,而对于是否包括人身损害还不是很清楚。

《国家赔偿法》第1条关于国家的赔偿责任的规定已经开始出现问题了。这些问题由学说、判例衍生出来,被广泛地热议着。

第十五章 国家赔偿法——其二

一、因公共设施的设置或管理瑕疵 的损害赔偿责任(《国家赔偿法》 第2条)

无过失责任

《国家赔偿法》第2条第1款规定：“道路、河川以及其他公共营造物^①的设置或管理存在瑕疵给他人造成损害时，国家或公共团体负有赔偿责任”；第2款规定：“前款の場合，对于损害原因另外存在应该负有责任的人时，国家或公共团体对该人享有求偿权”。

值得注意的首先是在该条文中，国家

① 营造物——是指建筑物、建筑设施。

或公共团体赔偿责任产生的要件是“公共营造物的设置或管理存在瑕疵”,这是必要的,这与第1条的情况有所不同,不一定以瑕疵的设置者或管理者存在“故意或过失”作为前提要件。一般《国家赔偿法》第2条规定的赔偿责任采取的是与第1条不同的“无过失责任”。例如最高法院早在昭和45年(即1965年)在著名的“高知县国道落石事件判决”(最判昭45年8月20日民集第24卷第9号第1268页)中就很明确地作了如下判决:

即“《国家赔偿法》第2条第1款的设施或管理瑕疵是设施通常应该具有的安全性欠缺,由此而产生的国家及公共团体的赔偿责任不要求其必然存在过失,这样理解是适当的”。

根据这种观点,问题设施本身欠缺“通常应有的安全性”,如果存在这一客观事实的话,就产生赔偿责任。例如道路的管理者(国家、公共团体的职员)是否因怠工不注意修缮、管理,这些管理者方面的事情完全不必考虑。具体的例子,如承包国道建设的土木建设业者为了偷工减料,在道路上凿开了洞穴,致使过路行人掉入受伤。假使该业者的技术非常恶劣巧妙,虽然国家已经尽力监督了,但还是没有看清这种偷工减料行为,出现了这种事情,国家要对被害者负赔偿责任,必须支付赔偿金。这样做岂不是让那些品质恶劣的业者大赚了吗?可能会有这样的感觉。当然,国家根据同条第2款的规定,对于已经支付了的部分可以要求业者返还(行使求偿权)。但是对于被害者来讲,不能说“做错事的是业者而不是国家,不应由国家负责”。

从这种观点出发,准确地给予被害者救济,该制度的意思就一目了然了,这可以说这是一个圆满的解决方法。下面要阐述的是该条文所说的“瑕疵”一词的意思。

“通常应有的安全性”

像前面所阐述的那样,最高法院的判决认为设置或管理的瑕疵是指“营造物欠缺通常应有的安全性”。何为“通常应该具备的安全性”呢?

例如大雨导致山洪暴发、堤防毁坏,附近民房遭到大破坏的情况。在这种情况下堤防本身应该是在当时科学技术水平的范围内已经非常完备了,但是所引起的大规模洪水及其结果的破坏情况事先很难想象,出现了这样的情况就不能说堤防原本就欠缺“通常应有的安全性”了。因自然灾害使公共设施遭受毁坏而产生损害赔偿赔偿责任究竟是不是事先没有考虑好(不能预见),这在任何时候都会成为问题。而且假如已经预想到可能引起这种自然灾害,但在现在的科学技术条件下不可能造出能够完全预防这种自然灾害的营造物,或者虽然技术上并非不可能,但需要花费大笔金钱,虽然现在的行政主体有财力,但也很困难,如果出现了这样的情况,也不能说设施欠缺“通常应有的安全性”(有瑕疵)。

到底什么是《国家赔偿法》第2条所说的“瑕疵”呢?到目前为止出现了相当多的裁判判决,法院所采用的观点也多种多样。

例如前面所述的以“因为财政上的限制很困难”为理由,国家、公共团体就可以免除赔偿责任吗?关于这个问题最高法院认为,有关道路管理瑕疵的问题,国家、公共团体“不能”免除赔偿责任(前面的高知县国道落石事件判决),但是有关河川管理瑕疵的问题“可以”免除责任(最判昭59年1月26日民集第38

卷第2号第53页——大东水害诉讼判决)。

像前面所阐述的“事先是否充分考虑到(没有预见到)可能发生这种灾害(事故)”的问题,也就是“虽然已经预见到了,但是如果没有采取安全保障措施的话,那么就可以说营造物的设置或管理有瑕疵”,是以这种观点为前提的。如此一来,问题是“假如即使可以预见到,但对于管理者来说是否能有来采取这样措施的余地”,关于道路管理瑕疵的问题最高法院有这样的判例,如在道路中央线附近长时间放置大型故障卡车,可以说这是道路安全性显著存在欠缺的例子,但是在这种情况下,是因为道路的管理者没有对道路进行充分巡视,没有采用针对应急事态的监视体制,不知道这些情况,那么就是完全没有采取保持道路安全性的必要措施,这时就只有说存在道路的管理存在瑕疵了(最判昭50年7月25日民集第29卷第6号第1136页)。而且道路管理者摆放了施工中的标识,设置了路障以及红灯,但在事故之前被别的车撞倒了,红灯不亮了。在这个例子中,从时间上来看,道路管理者恢复了现场的原状,但没能保持道路的安全状态,以此为理由可以认为道路管理不存在瑕疵(最判昭50年6月26日民集第29卷第6号第851页)。一出现这种情况,就会产生这样的疑问,即这些例子的结局与道路管理者是否不存在“过失”的问题不是一样了吗?也就是说,营造物的设置、管理,实际上是根据特定的人、具体的行为进行的,其结局是在多大的程度上能够防止对这些人的损害,只是在这方面存在着问题(特别是关于“管理瑕疵”)。对于前面的设置、管理的相关人员能够寄予多大的希望(期待的可能性),这些相关人员的主体(主观的)情况也不能考虑在内。

营造物是否欠缺“通常应有的安全性”,并不是根据非常明

确的标准来判定的,因为存在着各种不同的情况,还与各种要素有关,这是不得不承认的。现在不得不说在结局上最高法院是以相当暧昧的观点为出发点的(最判昭53年7月4日民集第32卷第5号第809页),即“营造物的设置或管理是否存在瑕疵,应该综合考虑该设施的构造、用法、场所环境及利用状况等诸多事情,作出具体个别的判断”等。

“营造物”的概念

《国家赔偿法》第2条规定的“公共营造物的设置、管理瑕疵”是存在问题的,这里所说的“营造物”是什么?在法律条文中举了道路、河川的例子,其本意大概是指民法所说的“土地的工作物”(《民法》第717条)的意思。而实际上法院的判例等将之作为问题的都是这种例子。但在下级审(地方法院、高等法院)的判例中,这里所说的“营造物”常常是泛指“根据行政主体直接的公共目的而提供的有形物或物的设备”。在这种意义上的如公用车、国有林的修剪作业所用的切割机等都是营造物。而且学说对此作了进一步积极扩大的解释,例如就连警犬等也纳入(被警犬咬了也是公共营造物管理瑕疵)了这里所说的营造物。

假如用这种观点来思考的话,警察的手枪等也是这里所说的营造物了,警察用手枪误射市民,使市民死伤也是基于营造物的管理瑕疵而产生的损害。但是这个例子本来应该是《国家赔偿法》第1条的因公权力的行使产生的损害赔偿责任的问题。这样一来就扩大了《国家赔偿法》第2条的适用范围,连第1条应该已经包括的例子也涉及到了。第1条的责任是过失责

任,而第2条的责任本来是无过失责任,因此对于被害人来说,适用第2条更为有利(也就是不允许以“没有过失”为理由,国家或公共团体逃避责任)。像以上所阐述的那样,第1条是过失责任,第2条是无过失责任,至少在今天是相当奇怪的。这种勉强的扩张解释是否有必要,关于这一点还存在疑问。

二、其他被害补偿制度

“违法无过失”的问题

在我们遭受行政活动的结果所带来的损害时,作为金钱补偿的法制度,日本现在拥有的(适用民法的不法行为、债务不履行等制度的情况除外)大概就是以上所阐述的国家赔偿制度(《日本国宪法》第17条、国家赔偿法)和损失补偿制度(《日本国宪法》第29条第3款、土地收用法等)这两种制度。但这两种制度的适用必须要满足各种要件,结果还是出现了哪个制度都不能适用的例子。其代表的例子如因公务员的违法但无过失的行为(违法无过失行为)所产生损害的例子,这在前一章已经阐述过了,这种例子是没有办法的事情。关于这一点学说和判例(即使有的场合明知是很困难)也进行了探讨。例如《国家赔偿法》第1条的“过失”一词的意思尽可能地作宽松扩大解释的观点;或前面所阐述的扩大《国家赔偿法》第2条的适用范围的观点(例如“营造物”一词的扩大解释);还有超过了损失补偿制度的范围,更广范适用的做法(例如《日本国宪法》第29条第3款适用于财产权以外的权利)等。但无论怎么说在法律解释

论的框架内解决这种问题都要受到限制。其结果就是到目前为止,不管怎样,在采取新的不同观点的基础上,除了改变法律本身的规定之外,没有其他办法。

承认“结果责任”的立法

这种“新的观点”可以说就是承认“结果责任”的观点。“结果责任”是无论发生什么样的损害,所考虑的中心不是违法行为与合法行为;不是过失行为与无过失行为;也不是损害的原因(到目前为止国家赔偿制度与损失补偿制度正是来源于这种观点),总之重视因国家活动、行政活动所产生的损害——这样一种结果,由国家或公共团体负担补偿责任。

实际上根据此种观点的法律在现在的日本并不是没有。例如“刑事补偿”制度(《日本国宪法》第40条,《刑事补偿法》)可以说就是其例子之一。刑事补偿是确实没有根据,但审判结果却判决为有罪(所谓“误判”),而且作为嫌疑人被扣留、拘禁,对于出现这样的事实所进行的补偿,如果这时请求了一般的国家赔偿,例如法官误判时是否存在过失,这就是问题了。法院的判断是黑是白大多是相当有难度且很微妙的问题,假使出现了误判,但法官没有过失的情况也不在少数。但刑事补偿则完全不问及这些,只要是后来作出无罪判决且被认可,但结果却是误判,而且无罪的人被拘留、拘禁了,是着眼于这样的事实就支付补偿金的。

刑事补偿是有关审判等司法活动,与行政活动没有直接关系。有关行政活动的这种例子也不是完全没有,例如《消防法》第6条第3款所规定的“补偿”等就是这样的。这种制度是从

预防火灾,防止人的生命受到危险等目的出发,下命令修缮、拆除防火对象物(建筑)(《消防法》第5条),而后来却被法院判决(作为违法)取消时,则对因所下的命令而发生的损失按照时价进行补偿。这是怎么回事呢?为了预防火灾而下的命令无论如何都有必要尽早作出,“这样做不违法吧”,这种事情需要花时间慎重研究到最后作出决定时,可能为时已晚了。无论怎么说早一些下命令,但同时另一方面如果这又违法的话,在作出该行为时有没有过失,虽然行政机关方面的事情全都没有问题,但法院判决取消了该行为,根据这样的事实,结果就成了因违法行为造成了损害,以此为理由,这种“损失”理所当然地要进行“补偿”(因此这种场合在法律条文上使用“损失”的“补偿”这样的用语,这在前面已经看到了,与原来意义上的损失补偿——即合法行为所产生的损失补偿稍有不同)。其他类似的例子也不是没有(例如《国税征收法》第112条第2款使用的“损失”的“补偿”这样的词语)。但不管怎么说这的确只是例外,根据现存的国家赔偿制度等的扩大解释,对原来本不应该被救济的损害尽可能地设法给予救济,对此学说、判例也在进行着各种尝试。

三、各种制度间必要的平衡

做这种努力当然是必要的。但无论如何国民权利救济的途径因国家赔偿制度的扩大也随之被拓宽了,但毕竟还是存在问题的。这其中最重要的问题是因违法的行政活动没有出现损害,在这一点上我感觉到目前为止日本的法制度、法理论有

点太偏重于赔偿了。在日本例如新干线、飞机场、高速公路,总之是先出现了这些设施,那么噪音公害等怎么办,以及以后引起人们的不安,这都属于国家赔偿。还有斯蒙病、艾滋病,出现了损害,是政府的监督不够,所以就极力赔偿。的确在这种情况下,本来在建造设施之前,听听大家的意见,事先调整一下利益制度(行政的事前程序、土地利用计划等),另外在药品产生损害之前,充分完善已经打了消极怠工的行政机关屁股的业者的监督制度(附义务诉讼)。我认为今后日本应将此作为重点,像现在这样什么都由国家赔偿的做法必须取缔。

参考文献

作为行政法的教科书,本书只是日本行政法的入门书,如果想要进一步学习行政法的话,请参考以下书籍。

藤田宙靖:《第四版行政法 I (总论)》
(青林书院、2003 年)

藤田宙靖:《行政组织法 新版》(良书普及会、2001 年)

Images have been losslessly embedded. Information about the original file can be found in PDF attachments. Some stats (more in the PDF attachments):

```
{
  "filename": "44CK5pel5pys6KGM5pS/5rOV5YWI6Zeo44CLXzEzMjEzNjQwLnppcA==",
  "filename_decoded": "\u300a\u65e5\u672c\u884c\u653f\u6cd5\u5165\u95e8\u300b_13213640.zip",
  "filesize": 12594677,
  "md5": "884250d2987626a094fed9427fe2ba92",
  "header_md5": "d025faedbc939506d5459d1d4b2a397a",
  "sha1": "7e7d650958a38c117490abadf1d3986bda334847",
  "sha256": "ee78ac3b3dc342544ee41a607250178c221498fb07eff4fa726257eb333e16c2",
  "crc32": 441996012,
  "zip_password": "",
  "uncompressed_size": 12777332,
  "pdg_dir_name": "\u00ed\u2562\u255a\u2552\u2592\u255b\u2568\u2568\u2552\u25a0\u2556\u00bf\u255a\u03b4\u251c\u253c\u00ed\u2556_13213640",
  "pdg_main_pages_found": 197,
  "pdg_main_pages_max": 197,
  "total_pages": 208,
  "total_pixels": 805953920,
  "pdf_generation_missing_pages": false
}
```