



## 日本行政法的基本原理 ——法治主义论

刘俊祥 摘自: 中国民商法律网

法治主义亦称“行政合法性原理”或“法治行政原理”，一般而言，法治主义是指行政活动必须依法进行的规范原理或制度，它意味着行政权的活动必须根据法律，服从法律，其目的是“以法的合理性抑制行政（担当者）的恣意”，以保障国民的权利与自由。日本行政法学者认为，法治主义是行政法得以成立与发展的根本前提条件，也是日本行政法的基本理念和基本原理，从日本行政法的理论与实践来看，行政法的法治主义基本原理主要涉及行政与法的关系、法治主义的模式、法治主义的实证发展以及法治主义的主要内容等问题。

### 一、行政与法的关系

日本行政法的法治主义理论的逻辑起点，是行政与法的关系问题，日本学者认为，“行政概念与法本无关系，行政即是政策的实施，它与国家同时产生，并不是没有法律的允许就不能行政，实际上，行政（机关）能够根据自己的主动权实现其固有的意思”。（注：南博方、原田尚彦、田村悦一编：《行政法（1）》，有斐阁，日文版，第10页。）近代以前的行政不是法治，而是人治、封建领主、专制君主以布告、敕令等法规形式单方地推行行政，这些所谓的“法规”，只约束人民，不拘束领主、君主。法国大革命以后的近代国家，开始以法的合理性抑制行政的恣意与专断，抛弃行政中的人治。由此，法治主义开始确立，近代行政法（学）得以产生，与此相适应，也出现了行政与法的关系问题。

在日本，对于行政与法的关系，有两种观点：

1. 行政先于法的观点。日本行政法的一般教科书，大都从论述“行政”开始，认为，如果法治行政是“依法的合理性抑制行政的恣意”，那么，从理论上讲，其前提是存在“性质上本来恣意的行政”，“合理的法”是后来才规范、制约在理论上或事实上先行存在的行政，事实上，“行政（或一般国家活动）即使在法律规范未存在时也能够存在。”在“历史上，即使不存在‘法治行政’或‘法治主义’观念的时代，也存在国家活动。”（注：雄川一郎、监野宏、园部逸夫编：《现代行政法大系》，有斐，日文版第4页。）将不受约束的绝对主义国家或警察国家的行政活动纳入法的制约之下，这正是近代法治主义的意义。

2. 法先于行政的观点。对于行政先于法的观点，一些日本学者提出了强烈的批判，指出：行政决不会先于法而存在，从理论上讲，只要法不先行存在，行政的观念就不能成立。日本学者柳濂良干认为：“先行存在的是行政法，而不是行政，行政与行政法的关系必然是，后者在先、前者在后，因此，对此作相反理解的一般思想，在此意义上，不得不说是完全错误的。”（注：柳濂良干：《元首与机关》，日文版，第253—254页。）

对于上述两种观点，日本学者认为，它们都存在一面的真理，因为，近代法治主义或法治行政在历史上具有不容置疑的重要意义，“依据法的合理性抑制行政的恣意”作为其主要内容，也表明了行政先于法而存在。然而，行政厅或行政机关的各种具体活动，之所以能够成为行政活动，其理论前提是法律规范的存在，在此意义上，“行政”概念是在某个法律规范存在的前提下，才能得以成立，不仅如此，对于行政与法的关系问题，仅从上述谁先谁后的角度，还难以分析清楚。

为进一步理解行政与法的关系问题，日本学者田中二郎将“法先于行政”的观点看成“行政与组织规范”问题，将“行政先于法”的观点看成“行政与行为规范”问题。田中二郎认为：“行政法中，也可考虑权限规范、组织规范或组织法与行为规范或行为法的区别”。（注：田中二郎：《依法行政的原理》，日文版，第7—8页。）并且，将行政真正作为国家行政的理论前提的法律规范，即是组织规范（行政组织法），而根据法治主义的要求对行政给予制约的法律规范，即是行为规范（行政作用法）。这种理论模式仍为现在的日本行政法学所继承。从这个意义上看，行政活动，不论是法律活动还是事实活动，要作为国家作用，组织规范的先行存在是必要的。即是说，行政主体只有在组织规范授予的权限或权限规范内才能够活动，即使无法律根据也能够行动的行政指导，现在也能在各省厅设置法中看出其行为的终极根据，现行的日本《行政程序法》更是明确规定了行政指导的权限范围，一般原则、方式与有关程序，因此，权限规范或组织规范为行政主体的活动能成为行政活动，赋予了资格，确定了界限。盐野宏在其所著《行政指导》一书中进一步认为，即使将某个行为当作“行政指导”的前提基础进行理论论述时，也必然要承认“权限规范”的先行存在。因此，从这个意义上可以认为，现代法治国家，法应先于行政而存在，法治主义也仍是现代行政的理论基础和活动前提。

## 二、法治主义的模式

法治主义与各国的历史性等诸条件相适应有不同的表现，其具体内容与功能也不尽相同。日本学者据此抽象出了三种理论模式，即“依法行政”模式、“法之支配”模式、“狭义依法行政”模式。（注：雄川一郎、监野宏、国部逸夫编：《现代行政法大系》，有斐门，日文版，第8—11页。）

1. “依法行政”模式。亦称德国式“法治国原理”，其代表是德国近代行政法学创始人Otto Mayer的“法律的支配”理论，该理论模式中制约行政恣意的“法”，是指作为国民代表的议会所制定的“法律”，其基本观点是：（1）所有行政活动都不能违反现行法律（即法律优先）；（2）没有法律的授权不能进行行政活动（即法律保留原则）；（3）代表国民的议会的意思（法律）一旦改变，它就具有优先于议会过去意思的效力（即后法废除前法原则）。当然，“依法行政”理论并不否定特别权力关系、行政裁量、行政审判制度等作为法治主义的“例外”而存在。

由于“依法行政”理论根源于并依存于德国立宪君主制，因此，室井力认为：“依法行政”的原理只是从形式上要求行政的合法性，而根本不问其法律内容，因此，它又可称之为“形式意义上的法治主义”。（注：（日）室井力主编：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社，中文版，第21页。）

2. “法之支配”模式。该模式以英国学者戴雪提出的“法之支配”理论为代表，其主要观点是：（1）政府没有专横的自由裁量权，即正式的法绝对优先于专横权力；（2）法律平等，即官员执行职务的行为和私人行为一样，受同一法院管辖，适用同一法律原则；（3）公民的权力不是来源于宪法，而是由普通法院的判例所形成的，实际上，宪法的一般原则是法院对涉及私人权利的特定事件的判决结果。（注：参见（英）戴雪：《宪法研究导论》，第479—202页。）因此，“法之支配”所指的“法”即为抑制行政恣意所要求的法，它根源于个人权利、自由的保障，最终意义上，它是指历史地、经验地积累起来的个人权利救济结果的总和，而不是一般的、抽象的“法律”。

3. “狭义依法行政”。该理论模式的独特之处是，“狭义依法行政”的“法”，不同于前两种模式，并不是“法律”或“传统的法”之类的形式性存在，而是“更本质的”或“真的”法。该理论模式最关心的基本问题是，谁怎样地发现“真正的法”或“实质的法”，并认为，排除行政恣意的最大依据是信赖有能力更好地发现这种“法”的人如党的干部、圣职者、居民、大众等。实际上，“狭义依法行政”的所谓“法”，就是自然法或理性法学派所讲的“理性”、“正义”。

## 三、日本法治主义的实证发展

近代社会以来，与法治主义理论相适应，法治主义在各国也经历了几个实证的发展模式或阶段。日本学者田上穰治认为，在近代警察国家之后，法治国家经历了实质法治国、形式法治国和社会法治国的发展进程。（注：（日）田上穰治著：《行政法要说》，有斐阁，第179—202页。）

日本的法治主义或法治行政开始于明治维新特别是明治宪法制定之后。此时，主要借鉴法、德法律文化，奉行德国式“依法行政”原理，并且，又根据日本国情对德国式法治主义作了重大修改，形成了日本式的形式法治主义或天皇制法治主义。当然，日本依法行政原理在此时也存在不少“例外”，如特别权力关系论、侵害保留理论、自由裁量论、行政行为公定力论、行政审判制度等。这些“例外”妨碍着法治主义的实际贯彻。

二战前到战后初期的这段时期，日本法治主义有一定程度的发展。其基本发展趋势是克服“依法行政原理”的上述“例外”，将“依法行政原理”逐渐地、全面深入地贯彻到行政领域中去。为了依法限制行政权自由的“包括性”支配权限及“裁量权”，曾作过各种理论上的尝试；对于特别权力关系，提出了“特别权力关系内部的支配权界限论”及承认对特别权力关系中行使某种权力进行司法审查的可能性理论；对于自由裁量，作了目的裁量（权宜裁量）与法规裁量（羁束裁量）的区分，提出了“自由裁量界限论”，主张对自由裁量进行司法审查等。不过，在此发展过程中，并没有对作为行政相对人的国民的权利、利益加强保护。

日本国宪法（现行宪法）制定以后，由于行政民主化以及英美法的影响，日本法治主义取得了实质性的发展，其主要发展趋势是从“依法行政”模式逐渐向“法之支配”模式（或从形式法治主义向实质法治主义）转化，其发展的主要表现是（1）司法国家制度的采用，即用单一的司法法院制代替行政法院与司法法院并存的二元体制，司法权得到扩大和强化；（2）“基本人权”概念和制度的导入，国民权利、利益的保护更加充分；（3）国民主权的确立，提供了依法制约行政的更广泛的理论根据。同时，行政权原来意义上的自由活动领域也逐渐丧失。

日本宪政体制上的民主、法治原理的确立与发展，使日本法治主义在理论与实践上还取得了更深层次的发展与进步。

1. 特别权力关系逐渐被否定。本世纪50年代中期以后，日本行政法学界对特别权力关系进行了新的批判性探讨，提出了“一般及形式性的否定说”，认为“法治主义也全面适用于特别权力关系”；“个别及实质性的否定说”，主张对“特别权力关系的每个法律关系进行个别的、具体的研究，原则上把这些法律关系进行个别的、具体的研究，原则上把这些法律关系作为非权力关系来理解，在此基础上，再考虑这些行为的权力性、非权力性或效力的问题”以及是否或怎样适用法治主义。据此，室井力认为，日本“学说中几乎克服了特别权力关系论。”（注：（日）田上穰治著：《行政法要说》，有斐阁，第179—202页。）原田尚彦也得出结论：“在现行制度下，不论理论上，还是现象上，特别权力关系概念都不再必要，已经失去了存在的基础。”（注：（日）原田尚彦著：《行政法要论》，学阳书房，日文版，第80页。）

2. 对传统的“行政主体”与“私人”二元对立思维模式的批判与挑战。日本学者认为，行政与国民的关系即“行政主体”与“私人”的相互关系，对此的理解与把握，是法治主义的前提。

日本传统行政法学认为，行政法主体分为行政主体与私人，行政主体的内部构成、内部组成两种关系。后者属于行政内部关系问题，对其进行规范调整的是行政组织法。与此相反，行政主体与私人之间属于行政外部关系，对其进行规范调整的是行政作用法。而且，认为行政主体与私人之间二元对立的思维模式，是与“依法行政”模式的法治主义相对应的，即是说，此时的法治主义是在确认行政主体与私人间二元对立关系的基础上，依据作为国民代表的议会制定的法律，约束、限制行政权，保护国民的权利、利益以防行政权的侵害。

随着日本“依法行政”模式向“法之支配”模式转化，日本行政法学界对传统的行政主体与私人的二元对立理论，提出了批判与挑战，其中，具有代表意义的是所谓“机能行政组织论”和“行政过程论”，日本学者远藤博也在“机能行政组织”观念之下，认为参加政府社会管理活动的行政主体，除了国家行政组织、地方自治行政组织之外，还包括由业界团体或同业者组织的“自主行政组织”和由町内会、团地自治会组成的“非定型行政组织”。（注：（日）详见远藤也著：《行政法II》（各论），日

文版，第90—97页。)原田尚彦等提出的“行政过程论”认为，现代行政是以法律作为手段之一而运行的综合过程，该行政过程是创造性的政策决定过程，是由议会、行政组织内部的各种机构以及利害关系人、地方居民等调整、合意的综合过程。因此，行政过程的主体之间在本质上是一种统一关系、协作关系，而不是对立关系。根据上述理论可以认为，现代法治主义发展的一个基本方向，是重视居民自下而上对政策决定过程的参与权，即行政的民主化，与此相适应，统合社会意思的“行政程序”或“行政的事前程序”更具重要性。(注：(日)雄川一郎、监野宏、国部逸夫编：《现代行政法大系I》，有斐阁，日文版第25页。)

### 3. 呈现从行政实体法向行政事后程序法再向行政事前程序法的发展进程。

二战前，日本行政法(理论)是以实体法为中心，“法律对事前行政程度的规定是极其缺乏的，即使在行政法学中，人们对有关事前程序的法律规定所寄予的关心程度也是极低的。”(注：(日)室井力主编：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社，中文版，第176页。)与此相适应，日本“传统上受德国行政观念的强烈影响，对法治主义作形式上的理解，将对个人因违法、不当的行政行为而受到的损害救济委托给事后的行政争讼。”(注：(日)参见南博方、原田尚彦、田村悦一编：《行政法(2)》，第一编第一章的行政程序的理念与现实部分。)即是说，“为保护国民的权益即使要对行政活动采取限制措施，这也完全可以在实体方面加以限制，通过行政诉讼和诉愿及其他事后程序对行政活动作担保即可，依照法律规定事前程序将阻碍行政的效率性、灵活性、妨碍依行政迅速实现公益目的。”(注：(日)室井力主编：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社，中文版，第176页。)

二战后，由于英国自然主义理论和美国公正程序理论的影响以及战后的民主化改造，日本宪法规定了实质性法治主义，因此，履行公正程序即保障国民有根据公正的程序接受行政决定的权利，就成为必然发展趋势。这在实践上推动了日本行政事后程序的发展与健全，对于国民的行政救济更加充分，1948年日本制定实施了《行政案件诉讼特例法》、1960年行政管理厅颁布实施了《行政案件调停处理纲要》、1962年公布实施了《行政不服审查法》与《行政案件诉讼法》，在此基础上的日本行政事后程序的发展，日本行政法学界基本上是予以肯定。但近年来，有学者在回顾与思考的基础上提出了日本行政事后程序发展的新趋势。雄川一郎指出，日本“行政诉讼的制度和法理今后的问题，是在回到行政审判性控制的基础上进行反省的同时，寻求与现代型行政纠纷相对应的理想状态。”“现代型行政纠纷的处理，一般而言，在行政诉讼能适应的方面，不能不存在限度。”(注：(日)参照雄川一郎在日本公法会第47届大会第2部会上所作的《行政案件诉讼法立法的回顾与反省》报告。)南博方也认为，现代型纷争具有新的特征，“常常以与政策相关联的社会利益及价值观的冲突的形式出现”，“在纷争的解决需要高度的科学技术性智慧的情况下，裁判也不能发挥其应有的机能。”因此，司法救济的适用必然存在一定的界限。与此相适应，“最近，在通过司法进行纷争的解决有困难的领域，非司法化的机运高涨，出现了司法外的代替性纷争解决制度的普遍化倾向。”“人们深深地认识到，有必要在这种时代背景之下构筑解决现代型纷争的制度。”(注：详见人大复印资料：《宪法学·行政法学》，1996年第4期所载《日本行政法的现状与课题》(南博方著，杨建顺等译)，第62—63页。)

另一方面，日本学者也认识到，要从实质上保障行政活动的公正，反对违法、不当的行政行为，以维护个人的权利自由，仅仅事后救济是绝对不够的，必须重视行政事前程序，并逐渐使之法律化、实证化。据此，日本许多单行法规中规定了听证、公听会、附加理由、咨询、行政审判等事前程序。1953年，日本行政审议会发布了国家行政施行法纲要(草案)，但所规定的程序并不成为行政行为成立的有效要件。1964年2月，日本第一次临时行政调查会提出了《有关行政程序法草案》，同年9月，该调查会在《有关为确保行政公正的程序法改革意见》中，提议制定统一的行政程序法。1983年3月14日，日本第二次临时行政调查会提出了《有关行政改革的第五次呈报》，提议制定统一的行政程序法和为此设置专门的调查审议机关。1983年11月，设置于行政管理厅(现总务厅)的行政程序研究会提出《行政程序法研究会报告》，公布了统一的行政程序法试行方案。1989年10月，第二次行政程序法研究会，再次公布了统一的行政程序法试行方案。1990年4月，第二次临时行政改革推进审议会，提议设置专门的调查审议机关以推进处分程序等法制的完备和早日实施，该建议被接受。1991年12月，第三次临时行政改革推

进审议会，以《有关公正、透明的行政程序法制的完备的呈报》，向政府呈报了统一行政程序法纲要案。1993年11月12日，日本《行政程序法》正式颁布，并于1994年10月1日实施。

日本《行政程序法》的颁布实施，在日本行政法治主义的发展过程中具有划时代的意义，它主要通过

对申请的处分、不利处分和行政指导的程序规制，达到“确保行政运营中的公正，提高其透明性，以易于保障国民的权益”的目的，该法的颁布实施，必将带来日本行政法研究的又一高潮和繁荣时期，也会在很大程度上推进日本重实体轻程序、重事后程序轻事前程序传统的变化和转轨。当然，日本《行政程序法》规定的内容有限，对行政立法、行政计划等未作规定，并且，有关规定中的适用例外太多等，这极易导致作为一般法的行政程序法的空洞化、形式化，并为日本行政法学者留下了不少有待继续研究的课题，也为日本行政法治主义的发展提出了新的更高的要求。

#### 四、日本法治主义的主要内容

在日本，关于行政法治主义（或法治行政原理、依法行政原理）的主要内容，有两种观点，一是认为“依法行政原理”的内容就是（1）法律的法规创造力；（2）法律优先；（3）法律保留三原则。

（注：（日）雄川一郎、监野宏、园部逸夫编：《现代行政法大系 I》，有斐阁，日文版，第31页。）二是认为法治行政包括（1）法律的保留；（2）法律优先；（3）司法审查三个原理。（注：（日）南博方著：《日本行政法》，杨建顺等译，中国人民大学出版社，第10—11页。）与此相近似的有我国学者提出，日本的法治行政具体包含三项原则（1）保留原则；（2）法律优先原则；（3）司法救济原则。（注：胡建淼著：《中国行政法——比较研究》，中国政法大学出版社，第237—238页。）

##### （一）法律的法规创造力原则

原田尚彦认为（注：（日）原田尚彦：《行政政法要论》，学阳书房，日文版，第82—83页。），古典行政过程是由依法决定国民的权利义务（行政行为）和义务的强制（行政上的强制执行）两阶段所构成，而现代行政的内容极其复杂，除古典行政之外，还包括了各种各样的行政活动。因此，现代行政已经不是简单的法的执行，大多是基于行政本来的自由或法律广泛授与的行政裁量而有计划地实施行政活动。并且，古典行政向现代行政的转变即是从法的执行向形成行政转变，通过行政立法、行政计划设定依法行政的基准，就成为法治主义的补充。为了防止行政立法或准立法等损害国民的权利、自由，致使法治主义徒具形式，必然要借助“法律的法规制造力原则”。

日本学者历来认为，“只有法律才能创造法规”，“行政机关如果没有法律的授权就不能设定法规”，因此，法律的法规制造力又称为“法律的专属性法规创造力”。这里所谓的“法规”，在日本有不同的观点，一般认为，法规意味着“涉及国民权利义务变动的一般规范”，那么，法律的法规创造原则，具体是指有关国民权利义务的行政立法（即法规命令），没有法律的授权就不能进行。

如果仅从形式效力的方面看，“法规”概念可被定义为“不经合意也能拘束执行机关，成为法院争讼裁判基准的法律规范”，那么，法律（并且只有法律）才一般地具有这种法的性质。而且，法律还能够授权执行机关，使之享有制定具有这种性质的规范的权能，应该说，这才是法律的专属性法规制造力原则的固有意义。

##### （二）法律优先原则

法律优先原则意味着法律高于行政，行政服从法律，该原则包含在日本国宪法第41条“国会是国权的最高机关”的规定中，南博方等认为，法律优先“是依法行政原理的消极方面，它意味着，行政主体的一切措施都不得违反法律，而且，也不得以行政措施改废、变更、删除法律。”（注：（日）南博方、原田尚彦、田村悦一编：《行政法（1）》，有斐阁书，日文版，第12页。）原田尚彦认为，（1）法治行政原则，本身就意味着行政机关在实施与国民权利义务有关的作用时，必须服从国民代表议会制定的法律，使行政权在法律的约束下行使而不致过多地干涉国民的自由。（2）在法治国家，行政机关必定从属于法律（即组织规范）规定的权限范围。（3）行政官员不仅对国家负有守法的义务，在对国民的

关系上也负有依法行政的义务。总之，“法治行政原理，意味着要立足于民主主义的理念，使法律特别是国民代表议会的意思优越于行政判断，因此，任何行政活动都不能违反法律的规定。对国民实施与法的宗旨相抵触的命令和行政指导不用说，就是在行政组织内部，发布违反法的宗旨的通告和职务命令，也是违法的。”（注：（日）原田尚彦著《行政法要论》，学阳书房，日文版，第72—73页。）

法律优先原则适用于各种行政活动，即不问是规制、侵害、强制性的权力行政活动；还是诱导、促进奖励、给付等非权力性行政活动，也不问是侵害国民权利自由的作用，还是给付权利利益的作用，法律优先原则都一律适用。但详细考察，该原则是否得到了实质性的贯彻，决不是没有问题和如此单纯，实际上，在判例中已经出现了承认行政指导或指导纲要优于法律的可能性或事实上已呈现优先。

### （三）法律保留原则

法律保留原则即是“行政活动必须有法律根据（即法律的授权）”的原则，它是指行政权的活动必须基于法律根据，公行政只要没有国会制定的形式意义的法律根据，就不能活动。实际上，法律保留原则是在法律优先原则的基础上，对行政的更进一步的制约，因此，根据法律保留原则，行政机关既使在不与既存法律有什么抵触的情况下，只要没有议会所制定法律的明示而积极授权，都不能实施行政活动。

法律保留原则运用于行政活动中的什么范围，这是日本行政法学界历来争议最多的问题。

1. “侵害保留论”。最初倡导法律保留原则的德国行政法学者otto Mayer认为，该原则的适用范围只限于侵害臣民“自由与财产”的行政活动，这之外的行政活动只要不与既存的法律相抵触，就得自由进行，这就是所谓的“侵害保留理论”，之后，该理论在德国行政法学及日本行政法学中成为传统的共通观点。日本学者认为，只有在行政权单方地限制、剥夺国民的自由或财产时，才有必要得到法律的授权性规定。而其他行政作用（给与国民利益，实施不与国民的权利义务直接相关的活动等），则是属于行政本来的自由领域，即使没有法律的一一授权，行政机关也能依靠独自的判断而活动。因此，在“行政活动自由性的前提下，只有权力性限制或侵害国民的自由与财产的行为，才为法律所保留。”（注：（日）原田尚彦著：《行政法要论》，学阳书房，日文版，第74页。）

二战后，西德在60年代出现了否定侵害保留理论的“全部保留理论”，认为大凡行政机关的所有行动，都应有明示的法律根据与授权。日本行政法学界从50年代中期开始，也对侵害保留理论进行了强烈批判，并在此基础上提出了各种法律保留理论。

2. “全部保留论”，日本学者认为，在明治宪法所确立的立宪君主制下，行政权（以君主为中心）拥有自身的固有权威，行政机关能够依独自的判断进行自律性的活动。但是，在立宪君主制崩溃，国民主权原理确立的民主国家，仍留下依行政官的独自判断而实施公行政活动的领域，是不适当的。特别在日本现行宪政体制下，行政应该完全按照国民的意思行动。原则上，所有公行政作用（包括行政指导等非权力行政作用在内），都必须具有作用法上的根据，没有法律根据，所有的行政活动也不能进行，必须否定“自由的行政领域”之类的观念，并将全部公行政置于法律的保留之下，这称之为“全部保留论”。

3. “社会保留论”与“本质保留论”，这类理论对侵害保留论的批判不如全部保留论那么彻底，认为，在现代国家，公权力不只是维护国民的自由与财产，实际上，确保国民生存权（社会权）也是重要的行政责任。据此，“社会保留论”认为，不仅侵害行政领域，给付行政领域也要置于法律保留之下，以社会权的确保为目的所实施的生活保障行政也必须有法律根据。“本质保留论”认为，关系到国民的自由、平等的重要行政作用或本质性事项必须有法律根据。总之，欲将法律保留领域扩大到重要的给付行政领域，这是他们的共通观点。

对于上述“全部保留论”、“社会保留论”、“本质保留说”等法律保留扩大的理论，日本学者也提出了质疑与批判。室井力指出，人们对全部保留说提出了三方面的批判：“（1）从议会在宪法上的地位考虑，不能立即得出一切行政活动需要法律依据，（2）行政权也是构成三权分立之一的宪法上的

机关，不是完全从属于国会的机关；（3）现代行政是一种创造性活动，目标是指向维护民众生活，所以在无法律根据时，应承认它根据自己的责任与判断，适宜地使用非权力手段，以适应行政的需要。”

（注：（日）室井力主编：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社，中文版，第25页。）原田尚彦认为，对法律保留扩大理论的批判有四个方面的理由：（1）行政机关若无法律规定就不能实施任何活动，就不能履行其职责，缺乏临机应变地应付变化着的行政需要的能力。（2）现代行政要积极地介入市民社会的活动，担负着保障国民健康、发展国民福利的使命。因此，行政机关在特定情况下，可以实施法律补充性的行政作用。（3）没有法律的规定就不能进行任何行政活动的观点，过份地形式化，不适合现实行政。（4）现行宪法下，行政机关基于独自的判断与责任，担负着综合性地管理与推进公共事务的权限、责任，因此，把行政机关单纯地看成法的机械执行机关，是不适当的。（注：（日）原田尚彦著：《行政法要论》，学阳书房，日文版，第75—76页。）南博方等也认为，依法行政原理作为政治原理的最初动机，是要求侵害国民权利、自由的行为需要法律根据。而行政机关是能够依照自己的主动权实施政策、承担义务的活动体，并不是国会延伸的手足。因此，“虽然把法律保留原则仅限于严密意义的侵害行为，未免失之狭隘。不过，没有法律根据，就不能进行补助奖励措施、公共设施建设与行政指导，行政无论如何也不能完成其任务，在此意义上，可以说，全部保留说缺乏现实性。”（注：（日）南博方、原田尚彦、田村悦一编：《行政法（1）》，有斐阁，日文版，第12页。）

4. “权力保留论”，在批判上述法律保留理论的基础上，日本学者又提出了“权力保留论”，即认为行政机关以权力性行为形式进行行政活动，必须有法律的授权。在现行法治条件下，行政机关采取权力性行为形式，单方地决定国民的权利义务时，只要它是侵害国民权利自由的活动，尽管是给与国民权利或免除义务，都要求有法律的授权，在无法律根据的情况下，尽管在公益上有必要，也不允许行政机关运用行政立法、行政处分之类的权力性行为形式，向国民发布命令，或诉诸行政上的强制手段，发动物理性的强制力。当然，尽管无法律根据，行政机关是适应行政需要而运用行政指导、行政契约等非权力性手段的情况可以除外。“可以说，权力保留说构成了当今法治行政原理的内容。”（注：（日）原田尚彦著：《行政法要论》，学阳书房，日文版，第78页。）“今天人们几乎都承认，至少权力行政需要法律依据。现行法也基本持这种态度。”“对于非权力行政是否需要法律，不能一般性地、抽象性地一概而论。应当以宪法为基准，对该行政活动的性质及其现实作用和与此有关的国民各种人权等作出具体的判断。”（注：（日）室井力主编：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社，中文版，第25、26页。）

#### （四）司法救济原则

司法救济原则的基本内容是，（1）一切司法权归属于司法院（日本国宪法第76条1款），这是现行宪法下改革行政法院与司法院二元结构体制的产物与表现。（2）行政法上的一切纠纷均服从司法院审判的统制。（3）公民的合法权益受到行政机关的不法侵害时，享有不可剥夺的获得司法院救济的权利（日本国宪法等31条）。在法治国家，“如果行政官违法对国民发布不利益措施，就必须保障如下途径，即国民有权诉诸裁判及其它救济手段，要求行政官改正违法措施。”（注：（日）原田尚彦著：《行政法要论》，学阳书房，日文版，第72页。）

司法救济是现代法治主义的必然要求，也是日本二战后行政民主化的重要体现，这正如室井力所说：“法治主义作为它的最终保障手段，要求建立为救济因行政活动而侵害国民权益的制度。充分保障这种行政救济也必然引导行政实行民主统制。”（注：（日）室井力主编：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社，中文版，第28页。）

阅读次数:334

上一条: [木佐茂男](#) 日本司法体系中的行政争讼制度改革

下一条: [邵燕芬](#) 一次启蒙式的阅读

[【打印本页】](#) [【关闭窗口】](#)



==本栏目相关文章==

[中心简介](#) | [联系我们](#) | [加入收藏夹](#) | [设为首页](#)

Copyright 中国人民大学行政法与行政诉讼法精品课程网 2005-2010 All rights reserved.