



Title	中国における「法律による行政」の原理の継受と変容
Author(s)	王, 貴松; 松井, 直之//訳
Citation	北大法学論集, 68(3), 162[27]-138[51]
Issue Date	2017-09-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/67206
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol68no3_03.pdf



[Instructions for use](#)

中国における「法律による行政」の原理の継受と変容

王 貴 松
松井 直之 訳

「法律による行政」とは、法治行政の中心的な原理の1つであり、行政法を理解するものであり、一国の法治の状況を把握する鍵でもある。しかし、この用語は、今日の中国において政治界や法曹界だけでなく、行政法学界でもあまり知られておらず、使われていない。人々により知られ、よく使われているのは、「法による行政」(依法行政=法令による行政)である。「法律による行政」が「法による行政」に変わっていくことに着目することで、100年余りの「法律」と「法」の変化及びその背後にある社会の認識の変化だけでなく、国家の理念と権力構造の変化を映し出すことができる。こうした点から、この変遷史を回顧することには、非常に意味があるということができよう。

一、「法律による行政」の原理の旧中国への移植と展開

中国には、もともと「法律による行政」の観念はなかった。「法律による行政」の原理は、清末民初期に日本から伝播し、次第に中国の行政法と行政法学の基本原理の一つになっていった。

(一)「法律による行政」の原理の日本における伝播

日本は、近代化の過程のなかで、欧米に倣い、最終的にドイツを模範とすることにした。当時のドイツでは、法治国と立憲国は同義で、少な

くとも密接不可分のものであった。したがって日本は、ドイツ型の立憲国家を採用する過程のなかで、法治国という単語を自然に継受していった¹。ドイツと同じように、日本の法治国も法治行政を採用する国家を意味していたのである。

1903年、美濃部達吉は、オットー・マイヤー (Otto Mayer) の *Deutsches Verwaltungsrecht* を日本語に翻訳し、その法治国の思想を積極的に広めた。本書のなかで、マイヤーの法律の支配の三原則は、法律の留保、法律の最強力 (= 法律の優位) そして法律の拘束力 (= 法律の法規創造力) と翻訳された²。当初、美濃部達吉は行政と法律の関係に論及する際、基本的には、オットー・マイヤーの観点、すなわち法律の留保、法律の最強力そして法律の拘束力について直接言及し、命令の限界、処分権の限界のなかで、法律に反してはならないこと、法律の授権がなければ臣民の権利を侵害してはならないことを詳しく説明した³。

美濃部達吉は、その後期の著作のなかで、「法律による行政」の原理の内容について簡潔に言及し、それを4つの原則として具体化した。第一に、行政権の作用は法規と抵触してはならない。第二に、行政権は法規の根拠に基づかずに、人民に義務を課し、或いは権利を侵害してはならない。第三に、行政権は法規に基づかずに、法規が規定する特定人の義務を免除し、或いは特定人のために権利を設定してはならない。第四に、法規が行政権の自由裁量を認めたとしても、その裁量権は一定の限界に基づき、一定の内容に従い、法規による制限に従わなければならない⁴。以前の説明と比べると、「法律」が「法規」に入れ替わったのである。

¹ 日本の法治国家に対する初期の理解とその変化については、王貴松「法治主義在日本的継受与展开」*交大法学*2014年第4期、50頁以下、高田敏『法治国家観の展開——法治主義の普遍的近代化と現代化』(有斐閣、2013年) 349頁以下参照。

² オットー・マイヤー (美濃部達吉訳)『獨逸行政法 (第一卷)』(有斐閣、1903年) 124-132頁参照。

³ 美濃部達吉 (熊范與译述)『行政法总论』(丙午社、1907年) 13-17、119-120、140頁参照。

⁴ 美濃部达吉 (杨开甲译)『日本行政法撮要 (上卷)』(民智书局、1933年) 15-28頁参照。

彼のいう「法規」とは、国家と人々の間を新たな意思で規律する規範で、双方を拘束する効力を有するものを指す。美濃部は、立法は「法規」を制定する行為であり、行政は「法規」に基づき行われる行為であると考えていたのである。もっとも立憲政治とは、法治主義を原則とする。法治政治とは、「法律」に基づき行われる政治である。行政権の運用も「法律」に基づかなければならず、「法律」に反してはならない。人々の権利義務については、「法律」のみが規定することができる。例外的に、命令や条約が一定の限界のなかで、人々の権利義務について規定することができる。明治憲法は警察命令を広範に認めていたから、人々の自由を制限する命令を下すことができた⁵。明治憲法は、法律と勅令の二元的な立法構造を採用し、法律から独立した緊急勅令や独立命令について規定していたのである。美濃部は、一方で「法律による行政」の原理を堅持したが、他方で明治憲法の規定に基づき、「法律による行政」に例外的な場合が存在するとしたのである。そのうえで、彼は義務の免除或いは権利の設定にも「法規」の根拠が必要であると考えていた。それは、すでに侵害留保の古典的な範疇を超えていたのである。

(二) 中国の学術界の「法律による行政」の受容と反駁

美濃部達吉の著作は、清末に中国語に翻訳され、民国期には更に翻訳されて、合計23冊になった⁶。美濃部達吉の行政と法律の関係についての理解は、中国の公法学者にも受容されていったのである。

1920年、鐘賡言（東京大学法学士）は、朝陽大学法律科での講義録を『行政法総論』として刊行した。これは、わが国で最初に中国化された行政法の教材であった⁷。鐘賡言は、美濃部の行政法学を基礎にして、それを展開していった。鐘賡言は、行政命令を法規命令と行政規則の2つに分けた。そして、命令には積極的な限界と消極的な限界があるとした。積極的な限界とは、すべての「法規」は原則的に法律がこれを定めなければならない（法律の法規創造力の原則）ということである。しかし、こ

⁵ 同上2、4-5、14-16頁参照。

⁶ 王貴松「美濃部達吉与中国的公法学」比较法研究2010年第5期、115-116頁参照。

⁷ 王貴松「论近代中国行政法学的起源」法学家2014年第4期、160-163頁参照。

れには2つの例外、すなわち直接憲法に基づく授権と法律に基づく授権がある。消極的な限界とは、先ず、命令は法律に抵触してはならないということである。鐘廣言は、美濃部達吉の著作の翻訳において「法律の最強力」(法律優位の原則)と呼ばれたものを踏襲したのである。次に、憲法上、立法権に特別に留保された事項を命令で規定してはならないということである。これは、美濃部達吉の理論のなかでは「法律の留保」と呼ばれるが、鐘廣言は「立法権の留保」と称した⁸。

白鵬飛(東京大学法学士)は、美濃部達吉の弟子として、1920年代末から1930年代初めの著作において、美濃部達吉の「法律による行政論」をほとんどそのまま掲載していた⁹。1940年代に至ると、馬君碩博士は、それを「行政上の法律支配」或いは「法治行政」と表現した。それらは、内容上、美濃部達吉の観点と大きな違いはないが、5つのことを求めている。第一に、行政行為は法律を遵守し、抵触してはならない。第二に、人民の自由及び権利を制限し、或いは義務を課すには法律の根拠がなければならない。第三に、人民のために権利を設定し、義務を免除するには法律の根拠がなければならない。第四に、行政上の羈束裁量行為は法規の要求に合致しなければならない。第五に、法律が規定すべき事項を行政命令が規定してはならない¹⁰。

これと同時に、行政法学界には別の傾向が現れた。そこでは「法による行政」或いは「法規による行政」が主張され、「法律による行政」は適切ではないと考えられたのである。1930年代、範揚(東京大学法学士)は、『行政法総論』のなかで「法による行政」の概念を打ち出した。それは、法治主義の中心思想であり、行政権は「法」の拘束を受けなければならないということである。「いわゆる法による行政とは、法規のもとで行うこと、或いは法規の範囲内で活動することなのである」。法治主義の成立の基礎には、2つの根本的な思想がある。第一に法律平等の思想であり、第二に法による制限の思想であり、法律に基づかなければ、制限してはならないということである。行政権の限界について、彼は美濃部

⁸ 鐘廣言『鐘廣言行政法讲义』(法律出版社、2015年、原版が1927年)60-61頁参照。

⁹ 白鵬飛『行政法大纲 上巻总论』(好望书店、1935年)16-22頁参照。

¹⁰ 馬君碩『中国行政法总论』(商务印书馆、1947年)49-53頁参照。

達吉の後期の見解を踏襲し、4つに分けて論じた。そのなかで伝統的な法律の留保について、次のように述べている。「法規の根拠がなければ、人民の権利を侵害し、人民に義務を課してはならない」。「行政機関は、権限上賦与されている立法作用のほかは、法律或いは少なくとも命令や慣習法の根拠があることで、人民の自由や財産を制限し、或いはその他の義務を負わせることができる」¹¹。当時の訓政時期約法の真意は、法律によらなければ自由や財産を侵害してはならないことであつたが、彼は、それでもなおこのような表現をしたのである。その理由は、「法律」と「法規」の関係に対する理解にあつたのかもしれない。『行政法総論』の序言をみると、彼の表現は、「少しは取り入れることができる」と考えた純粋法学の学説とも関連しているようである。

1940年代、明治大学に留学した林紀東は、法治国の歴史的な理解について、次のように指摘した。「行政権は法律に従って行使されるべきであり」、「人民の権利義務に対して、変更を加えるときには原則として法律に従ってこれを為すことができる」。彼は、美濃部達吉の行政権に対する4つの制限を行政法の基本原則としてそのまま受け継いだので、用いる単語も「法律」が「法規」に改められることになつたのである¹²。彼は、その後、この変更の理由について、次のように説明している¹³。

かつての「法律による行政」では、法律の根拠がなければ、行政権は様々な行政行為をしてはならなかつた。現代の「法規による行政」では、行政行為の根拠を立法機関が採択した狭義の法律に限らず、憲法、条約、命令なども含む、とするのである。……命令を行政行為の根拠とすることは、以前から既にあつた現象であるが、現代では委任立法が発達し、命令の範囲が拡大し、内容も強まっている。命令は、行政権の作用の根拠として、ますます増加している。

¹¹ 范扬『行政法总论』（中国方正出版社、2005年、原为商务印书馆、1937年）24-26頁参照。

¹² 林纪东編著『中国行政法总论』（正中书局、1947年第5版）14-17頁、221頁注9参照。

¹³ 林纪东『行政法』（三民书局、1994年再修订版再版）75-76頁。

したがって現代の行政法の基本原則は、「法規による行政」であって、「法律による行政」ではないのである。法律は、その主要な根拠にすぎないのである。

(三) 「法による行政」が現れた理由と限界

民国期に、議会制民主主義が確立し、国会、その後の立法院は規範上も事実上も高い権威性を有していた。学术界では、「法律による行政」が主流の意見であったが、その後「法による行政」或いは「法規による行政」が現れてくるようになった。¹⁴

「法律による行政」から「法による行政」への転換は、主に立法による授権が増加したことによって進んだ。オットー・マイヤーの「法律による行政の原理」も、委任立法の現実を考慮しないわけではなかった。彼は、「法律は、その立法権限を一定の方面、一定の目的のために別の機関に賦与することで、もともと単独で有していた能力を実現することができる。このようにして法規命令と自治が形成されたのである」¹⁵と明確に指摘している。もっとも、彼が指摘した能力とは法律の法規創造力のことである。その背後には、立憲国家、法治国家の歴史と現実への配慮があったのである。

「法律による行政」から「法による行政」への転換は、当初、方法論上の理由から明確ではなかった。その後1920年代から1930年代にかけて、純粋法学が日本と中国に急速に影響を及ぼした。法と行政の関係について、ドイツの純粋法学者・メルクル (Merkel) は、1927年に政治的、歴史的、制度的、実質的な意味の考察方法と純粋法学から出発した理論的、形式的な意味の考察方法を明確に区分した。純粋法学からみると、法と国家には自同性があり、法現象を統一的に認識する理論的要求に基づき、

¹⁴ また、歴史上、別の意味の「法による行政」がある。その法とは「法律」や「伝統的な法」といった形式的な存在ではなく、より“実質な”或いは“真の”法であるとされる。それを“近代法治主義”の一表現形態と考えることが可能かどうかには、かなり問題がある。藤田宙靖『行政法の基礎理論(上巻)』(有斐閣、2005年)12頁参照。

¹⁵ [徳]奥托・迈耶(刘飞译)『德国行政法』(商务印书馆、2002年)69-70頁。

各種の法的活動には一定の体系的地位が与えられるべきであるとされた。あらゆる行政活動は国家の法的活動に帰属すべきであり、上位の法に妥当な根拠を得なければならない。近代立憲国家の行政活動は、上位法としての法律を具体化して執行するものでなければならないのである。あらゆる法的活動は、法的であるならば、上位法に適合しなければならない。行政活動は、法律に適合しなければならないのである。田中二郎は、1938年に執筆した論文で、概念上、2つの立場を区別すべきであると主張した。1つは、法と行政の本質的、法理論的關係を明らかにする「法による行政」或いは「行政の法適合性」であり、もう1つは、法政策から主張される「法律による行政」或いは「行政の法律適合性」である。行政の法適合性の原理は、法理論的な法則であり、あらゆる国家活動を法的活動とする本質から生み出されるので、あらゆる行政領域で妥当する。そして行政の法律適合性の原理は、法政策的な要求であり、法政策に基づく要求であることから、法律と行政の關係に焦点を当てた様々な形態の立法の規定がありうる。もっとも、あらゆる行政が法により行われることを承認したとしても、実定行政法の承認に関する重要な問題は、何がどのような範囲で法律を根拠としなければならないかということである¹⁶。方法論上の違いは、概念ないし観点、理論の提起の仕方に直接影響する。オットー・マイヤーが体现しているのは、歴史実証主義の観点であり、「法律による行政」の原理が自由主義、民主主義に由来する法治国家の産物であるということができ、メルクルが体现しているのは、論理実証主義の観点であり、「法による行政」が法と行政の論理的結論であるということができよう。しかし、時、場所、事柄により異なる法律の留保について、「法による行政」は合理的な説明をすることができない。法律の留保に対する態度が、「法による行政」と「法律による行政」の重要な分水嶺となるということができるのである。

二、「法律による行政」の原理の新中国における変化

1949年以降、「法律による行政の原理」は、ほとんど梨のつぶてとなっ

¹⁶ 田中二郎『法律による行政の原理』（酒井書店、1954年）12-18頁参照。

た。その原因には様々なものがあるが、ここでは学術的な側面における観念の転換について考察していく。

(一)「法による行政」の原理の学術的な側面における確立

改革開放の初期、法に基づき事務処理することが重視されたが、実際には「法律による行政」が求められることはなかった。1989年、羅豪才は第二部統編教材のなかで「行政法治」の概念を提起し、それを合法性の原則と合理性の原則に分けて理解した。合法性の原則は、次の4つのことを求めている。第一に、いかなる行政職権も法律の授権に基づくことで存在することができる。第二に、いかなる行政職権の行使も法律に基づき、法律を遵守しなければならない。第三に、いかなる行政職権の委任とその運用にも法律の根拠が必要であり、法律の趣旨に合致しなければならない。第四に、これら3つの点に反する行政活動は、事後に法律の許認可がなければ、無管轄権或いは無効を宣告することができる。もっとも、羅豪才のいう「法律」とは、広義の法律を指し、憲法、法律、法規(=行政法規・政令+地方性法規・条例)などを含むとされる。合法性の原則の初めの2つの点は、法律の留保と形が似ているが実質は異なるものである。これに対して、彼は次のような解釈を示した¹⁷。

合法性の原則は、「法による行政の原則」と称され、その内容は進化してきた。初期のブルジョア階級国家において、合法性の原則の「法」とは、議会在が制定した法律、或いは憲法と議会在制定法を指した。その当時の国家事務は多くなく、行政とは消極的に、議会在が憲法に基づき制定した法律を行政機関が執行し、その法律執行に対して監督を行うことで、国家の目的を実現するものであるとされた。商品経済の発展に伴い、資本主義国家は全面的に社会に参与し始め、従来の政治体制は新しい状況に適應することができなくなった。このような状況のもと、西側諸国に「委任立法」の現象が現れた。この現象は、今日に至るまで発展し続け衰えることはなかった。「委任立法」の出現は、人々の「法による行政」の観念を変えた。人々は、

¹⁷ 羅豪才主编『行政法学』(中国政法大学出版社、1989年) 35、38-39頁参照。

行政とは憲法と議会制定法を遵守するだけでなく、行政立法をも遵守すべきであると考えようになっていったのである。

これは、前述の林紀東の解釈と似ており、委任立法の現実の影響に着目していた。こうした「法による行政」の認識は、その後の行政法学界の通説となった。ここから我々が見て取ることができるのは、伝統的な「法律による行政」の原理から「法による行政」への変化が30年余りを経て行われてきたということである。

このような傾向と異なるのは、「法による行政」に対する姜明安の理解(1990年)である。「法による行政」が求めるのは、第一に「行政機関が行う一切の活動は法律の授権に基づかなければならない」、第二に「行政行為の内容は法律に合致しなければならず、法律と抵触してはならない」、第三に「行政行為は法定手続に基づいて行われなければならない」ということである¹⁸。彼は、「法による行政」の「法」には憲法、法律、法規及び規章を含むとするが、政府の行為の最終的な根拠は憲法と法律であるとしている。法規、規章と憲法、法律が抵触したときには、憲法、法律に従わなければならない。憲法、法律は全国人民を代表する機関が制定するもので、全国の人民の意思と利益を反映しているからである¹⁹。したがって「法による行政」には、純粋法学の要素があり、法の位階と結びつき、伝統的な理論に手続法上の要求を加えたものなのである。2005年、姜明安は、「法による行政」の「法」の範囲をさらに広げた。「法による行政」とは、先ず憲法、法律に基づく行政でなければならず、次に法の明文規定に基づくだけでなく、法の原理、原則にも基づく行政でなければならず、更に行政管理法の規定に基づくだけでなく、行政組織法と行政手続法の規定にも基づく行政でなければならないとする、法による行政管理の実施を政府に求めるものなのである²⁰。伝統的な「法律による行政」の原理が規律するのは行政活動であって、行政組織は含まれない。根拠となる法律は行政実体法であって、行政手続法は含まれない。

¹⁸ 姜明安『行政法与行政诉讼法』(中国卓越出版公司、1990年)76-77頁参照。

¹⁹ 姜明安『法治的求索与呐喊 论文卷』(中国人民大学出版社、2012年)262頁参照。

²⁰ 同上512-514頁参照。

姜明安は、伝統的な「法律による行政」の原理の形式的法治性を大きく打ち破り、行政行為に影響を及ぼす法等を制限するだけでなく、根拠規範、組織規範と制限規範の間の違いを取り除いたのである。

(二) 「法による行政」の特質

新中国では、「法による行政」が次第に強調され、誰も「法律による行政」には関心を示さなくなっていった。ところが法治行政は、現実的な行き詰まりに直面することになった。1949年からの30年間、行政活動に関する法規範は全体的に少なく、法律はいうまでもなかった。改革開放後、「法律による行政」は、憲法上の理想としてのレベルにとどまっていた。国家の権力構造のなかで、全国人民代表大会（以下「全人代」とする。）及びその常務委員会は、規範上、最高の地位にある。この規範上の最高の地位は徐々に実現しそうな兆しがあったが²¹、國務院が事実上優位な地位を占めている。全人代及びその常務委員会は、人員が多く、会期が短いなどの構造上の問題があるので、社会に必要な法律を十分に制定することができないからである。国家の発展が均等でなく、複雑な状況のなかで、全人代が制定する法律は原則になってしまった。現在、法律は250件を超えているが、明確で具体的な規定ではなく、行政の多くの領域を十分にカバーできるものではない。全人代及びその常務委員会が行き詰まり、客観的に法律の地位、「法律による行政」を強調することができなくなっているのである。しかしながら国家は、「無法の限りを尽くす」ことができないので、行政ないし国家のなかで法律の占める地位を過度に強調せず、効率的な実用主義で指導し、行政立法の強化を重視し、現実を重んじるようになってきている。そして行政立法の民意の欠如を埋めるため、国家は、行政立法の手続を整え、多くの専門家、大衆の意見を受け入れようとしている。立法法は、行政立法の抽象的審査手続を設け²²、行政立法の合法律性、合憲性を確保するための制度的な保障を提供している。しかし現実には、その有効な運用に欠けるので、法律の権威を示すことができないのである。

²¹ 韩大元主编『公法的制度变迁』（北京大学出版社、2009年）193-210頁参照。

²² 立法法99条参照。

もっとも、法の民主性を強調しなくとも、伝統的な「法律による行政」の原理が軽視してきた法自体の合理性が、却って重視されるようになってきている。学界では、法の執行の厳格さが強調されるが、法を機械的に適用することはできないので、法の目的、原則、さらには法自体の合理性や合憲性を考慮しなければならないとされている。実質的な法治観は、徐々に実務に影響を及ぼすようになり、適正な手続の原則、信頼保護の原則、比例原則など実定化される以前の原則が裁判所の判決のなかでも使用されるようになってきているのである。

「法による行政」を強調するとき、行政手続の作用と価値が重視されることになる。これに対し、伝統的な「法律による行政」は、行政実体法を根拠とし、行政権限、行政権を発動する条件など行政権の統制に重きを置いてきた。行政手続を重視するのは、英米式の法治の影響を受けているからであろう。行政手続のなかで当事者、専門家、「大衆」の意見に耳を傾けることは、手続の正当性を示す重要な基準の一つになっている。これは、参加型の手続で行政機関の民主性の不足を埋めることを試みるものである。しかし、それは個別の者の意見に耳を傾けることであり、選挙制度、人民代表大会制度などを通じて形成された国家の一般意思に代えることはできないものである。

注意しなければならないのは、「法による行政」の枠組のもとで、個人の法律の遵守について言及することである。このような意見はしばしばみられ、実務においては「常識」とされる。「法により民を治める」という考え方が現れたのは、「法による行政」の無価値性と関連するからかもしれない。「法律による行政」の価値が取り除かれ、その背後にある立憲主義の原理をも捨てられることで、「法による行政」が変質する可能性があるのである。

三、「法律による行政」に関する現行憲法の立場

「法律による行政」から「法による行政」への変遷は、新中国から始まったのではないが、新中国で徹底されることになった。この変遷は、方法論と関連するだけでなく、現実的背景とも関連している。しかし、この変遷は必ずしも現行憲法の要求するところに合致するとは限らないので

ある。

(一) 「法律による行政」と「法による行政」の関係

「法律による行政」と「法による行政」という2つの概念は、2つのことを表している。「法による行政」は、「法律による行政」を強調しなければ、法の民主性に関する要求を失ってしまう。「法律による行政」は、下位法が法律を具体化するものでなければ、行政の無秩序、権力の集中、ひいては専横を引き起こしてしまう。「法による行政」のもとでの法に反してはならないという要求と「法律による行政」のもとでの法律の優位の要求は、法体系の統一性の要求と合わせれば、実質的な違いはなくなる。両者の違いは、おもに「法律による行政」のもとでの法律の留保にある。「法による行政」の「法」のなかには、法律、法規、規章などが含まれており、法令に根拠があれば、私人の合法的な権益を制約することができることになり、法律の留保を含む要求は消えてしまう。このほか、一般的に理解されている法規には法律と行政機関が自ら公布した命令、規章が含まれているから、「法による行政」は概念上、「他律」なものが「自律」なものに変質し、法律と下位規範が入り混じることになるのである²³。

法政策の点からいうと、歴史の様々な時期によって、強調される重点は異なってくる。ドイツでは、法律が氾濫するなか、一方で憲法による法律の統制が強調され、他方で法律の具体化が強調され、行政裁判所による強力な司法審査が関わるものが求められた。これに対し、現在の中国では、法律の制定が全く充分でなく、最低ラインの侵害留保すら実現されていない。そして、法律による下位法、とりわけ行政立法の統制には制度的な不備があり、裁判所は独立性が弱く、力が足りない。「法による行政」といって不正な行政活動を正当化するのは簡単でも、法治国家における民主性の要求を実現するのは難しい。形式的意味の近代的な「法律による行政」の原理を堅持すると同時に、「法律による行政」の原理を憲法秩序のなかに置き、行政権を民主的に正当化することを強調し、法律の合憲性を厳守することが、法治国家における現代的な「法律によ

²³ 吳庚『行政法之理论与实用』（中国人民大学出版社、2005年）52頁脚注8参照。

る行政」の原理なのである。

(二) 現行憲法と「法律による行政」

中国の現行憲法を別の角度からみると、その重要な目標の1つとして、人民代表大会制度を真に有効に機能させ、国家権力における人民代表大会の中心的地位を実現することが挙げられる。憲法は行政法規(=政令)、部門の規章(=省令)など行政立法の地位を認めている(第89条第1号、第90条第2項)が、法律の地位を強調し(第5条)、全人代常務委員会に行政法規を取り消す権限を賦与し(第67条第7号)、法律優位の原則を確立している。

しかしながら、全人代及びその常務委員会によってどのような事項が規定されるべきかについては、人により見方が異なる。憲法第89条第1項は、國務院が「憲法と法律に基づき……行政法規を制定する」と規定している。行政法規は、法律がない状況のもとで直接制定することができるのか。簡潔にいうと、憲法を直接具体化できるのかについては、学界に様々な意見がある。憲法第58条(全人代及びその常務委員会は国家の立法権を行使する)と第85条を結びつけて理解すると、否定的な見解が出てくる。また憲法第85条は、「中華人民共和国國務院、すなわち中央人民政府は、最高国家権力機関のなかの執行機関であり、最高国家行政機関である」と規定する。1982年憲法改正草案報告には、国家機関について、次のような記述がある²⁴。

国家機関の設置と職責権限に関する規定は、次の精神を体現しなければならない。すなわち、法律の制定及び重大な問題の決定は、国家権力機関、すなわち全国人民代表大会と地方各級人民代表大会が十分に討論し、民主的に決定し、人民の意思と利益を真に集中し代表しなければならない。これら機関が権限を行使する際には、厳格な責任制を実行し、作業効率の向上を求めなければならない。この責任制は、社会主義的民主の発展、人民による国家権力の行使の

²⁴ 彭真「关于中华人民共和国宪法修改草案的报告——1982年11月26日在第五届全国人民代表大会第五次会议上的报告」人民日报1982年12月6日、第1版。

保証にとって欠くことができないものである。人民が国家権力機関を通じて決定した後、これらの決定は行政機関により迅速、有効に執行されることで、人民の意思は実現されるのである。

これは、人民代表大会と行政機関の決定と執行に関する基本的関係を簡潔に述べている。国務院の執行機関としての地位は、1954年憲法に由来する。1954年憲法の制定時、「執行」という単語の意味について討論されることはなかった²⁵。1982年憲法は、この規定をそのまま継承した。憲法制定に関わり、憲法改正に参加した許崇徳は、「最高国家権力機関のなかの執行機関」を次のように解する²⁶。

国務院は、最高国家権力機関のなかの執行機関である。それは、最高国家権力機関の決定に背いて国家事務を処理することができず、最高国家権力機関が承認しないことを行うこともできない。

しかし同時に、国務院は「最高国家行政機関」でもある。許崇徳の解釈は、次のとおりである²⁷。

国務院が行政法規・決定と命令を制定することは、行政権の行使であって、国家の立法活動ではなく、国家の立法権の行使でもない。……一般的にいうと、執行 (executive) と行政 (administrative) は往々にして、国務院の業務の同一過程にあり、両者の性格は基本的に同じであるが、一定の違いも存在する。執行とは最高国家権力機関が採択した法律と決議を国務院が実施することを指し、行政とは国務院の業務のうち性質上国家の立法と異なるものを指し、裁判や検察でもなく、国家事務に関して行政管理を行うことである。国務院は、執行の過程或いは国家事務の行政管理の過程のなかで、行政

²⁵ 1954年憲法第47条に関する討論の状況については、許崇徳『中华人民共和国宪法史』（福建人民出版社、2003年）332-339頁参照。

²⁶ 許崇徳主编『中国宪法』（中国人民大学出版社、2010年第4版）173頁。

²⁷ 同上173-174頁。

政策を策定し、行政措置を定める権限を有するのである。

この説明を総合すると、執行は、憲法上、法律や決議がなければならず、法律に反してはならないということになる。国務院は行政法規を制定する権限を有するが、行政法規は執行の一方法なのである²⁸。

四、「法律による行政」の内容的構造——法律の法規創造力の原則を中心として

これまで、主に中国における「法律による行政」の原理の状況を検討してきた。なお、「法律による行政」の「法律」と「法による行政」の「法」の関係については、更なる検討を要する。これは、主に法律と行政立法の関係として現れてくる²⁹。「法律による行政」の原理における「法律の法規創造力」の原則が中国で成り立ちうるかに関する問題としてである。「法律の法規創造力」は「法律の支配の直接的内容を明らかにするもの」³⁰だからである。

(一) 法律の法規創造力の原則の継受

ドイツにおける法律の法規創造力に関する理論は、清末民初期に導入され、学术界及び実定法において一定の肯定的評価を得ていた。美濃部

²⁸ 許崇徳は、「国務院は全国人民代表大会の授権を受けて、臨時的な規定・条例を定めることができるが、これは国家行政機関としての国務院の性格を変えるものではない。」と指摘した(同上175頁)。なお、これは「行政=法律の執行」を意味するかどうか、行政は自主的な領域が何もないか、さらに分析する必要がある。その関連研究として、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』(有斐閣、2013年)358頁、高木光「法律の執行——行政概念の一断面」高木光ほか編『行政法学の未来に向けて：阿部泰隆先生古稀記念』(有斐閣、2012年)21頁以下参照。

²⁹ 中国の現在の状態について、日本人学者による関連研究として、上拂耕生「中国の行政立法と『依法行政』(法による行政)原則」アドミニストレーション11巻1・2号(2004年)1頁以下参照。

³⁰ 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣、1962年)111頁。

達吉の『行政法講義』は、1907年に中国語に翻訳され、『行政法総論』として出版された。彼は、オットー・マイヤーの「法律の法規創造力」を法律の拘束力と称した。いわゆる法規 (Rechtssatz) とは、国家と臣民の間或いは個人相互間の意思の境界線を規定するものであり、一般的な拘束力に関する抽象的な法則を指す。法規は、対外的及び対内的な二重の拘束力を有し、対内的な効果だけを有する訓令と区別される。法規の拘束力の特別なところは、その一般性にある。それに合致するものはすべて、一般的に拘束を受ける。このような拘束力は、法規だけが有するのである。法規は、法律で以って制定することが原則である。しかし法律の内容は、法規に限られるわけではなく、行政行為、注意、勧告などについて規定することもできる。そして後者は、法律の拘束力を有するものではない³¹。明らかに、美濃部達吉はマイヤーの理論を継受していたが、同時にラーバント (Paul Laband) の二重法律概念の影響も受けていた。マイヤーの法律支配の三原則で法律の拘束力が最も分かりにくく、そのうえ近代中国には「法律の法規創造力」という概念が存在しなかった。したがって、近代中国では約10年にわたり、この原則について言及されることはなかった。

1920年代、鐘賡言は、次のように指摘した。「法規を設ける目的の作用を、立法という。法規を維持する目的の作用を、司法という。法規の範囲内で国家の目的を実行する作用を、すなわち行政というなり」。「法規は、原則的には立法権の作用であるから、命令で以ってこれを制定してはならない。命令権で以って法規を制定することは、ほとんど例外に属することであり、しかもこのような例外事項は、予定された限度内のものであるから、そうした行為だけが有効であると考えられる」³²。ここには、マイヤーと美濃部達吉の影響をみることができる。1930年代には、範揚も、法律が行政を拘束する原則を実効的にしたいならば、まず憲法

³¹ 前掲註3、2、16-17頁。美濃部達吉の後の変化及び日本における関連学説の移り変わりは、松戸浩「法律の法規創造力の概念に就いて・続——我国学説における受容と変容」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』(青林書院、2008年)147頁以下参照。

³² 前掲註8、25、57頁。

において行政機関による立法を制限すべきであり、人民の自由を制限し、人民の権利義務を規律する事項を立法機関に留保すべきである³³、と指摘した。ここには、アンシュッツ (G. Anschütz) の学説の影響をみることができる。当時の学説の多くは、法律の法規創造力を原則として取扱い、例外を多く留保していた。もっとも、近代中国の行政法学には「法律の法規創造力」の原則という用語は存在しなかった。このことにより、近代中国における「法律の法規創造力」の原則の伝播は、一定の負の影響を受けることになったのである。

実定法について、近代中国では、欽定憲法大綱 (1908年) が皇帝の独立命令権を認め³⁴、中華民国約法 (1914年) が大総統の独立命令権を認めていたが³⁵、それら以外は行政機関が独立命令権を有することを認めていなかった。たとえば中華民国臨時約法 (1912年) 第31条は、「臨時大総統は法律を執行するため、或いは法律の委任に基づき、命令を發し、またはこれを發布することができる」と明確に規定していた。さらに1923年憲法第80条も、「大総統は法律を執行するため、或いは法律の委任に基づき、命令を發することができる」と規定していた。1947年憲法は少し特殊で、第43条に総統が一定の条件の下で緊急命令法に基づき緊急命令を發する権力を有すると規定し、緊急命令法の存在が強調されていた。

もっとも、その後「法規」概念の認識には、徐々に変化が生じてきた。改革開放の初期、『法学詞典』の「法規」の定義は、次のとおりであった。すなわち「憲法、法律、法令及び国家機関が制定する一切の規範性を有する文書の総称。たとえば『法規集』である。国家行政機関が公布する部分的に規範性を有する文書を指すときもある。たとえば『行政法規』である」³⁶。この「法規」の定義は、民国期以来続く伝統的なものであり、抽象的な法規範の内容を法文書の総称に転換したものに過ぎず、「法規」

³³ 前掲註11、23-25頁参照。

³⁴ 欽定憲法大綱 (1908年) 11条 (行政命令)、12条 (緊急命令) 参照。

³⁵ 中華民国約法 (1914年) 19条 (行政命令)、20条 (緊急命令) 参照。

³⁶ 『法学詞典』編輯委員会編『法学詞典』(上海辞書出版社、1980年) 455頁。ここに例示されている「行政法規」と民国期に称された「行政法規」は似ているが違いがある。後者は、行政と関連する法規を指し、立法機関が制定することができ、行政機関も授權を根拠に制定することができる。

が実質的な定義（「法規性」）から形式的な定義に変わったのである。これは、重要な変化である。1982年憲法に至ると「行政法規」は、ようやく実定法における専門用語となり、国務院が制定する規範性を有する法文書（＝日本の政令）を特に指すようになった。『法学詞典〔増訂版〕』もすぐに改訂された。そこでは、「法規」とは「憲法、法律、法令及び国家機関が制定する一切の規範性を有する文書の総称。たとえば「法規集」である。ある国家機関が公布した規範性を有する文書を指すときもある。たとえば、わが国の国務院が制定し発布した行政法規、省・自治区・直轄市の人民代表大会及び常務委員会が制定し発布した地方性法規である」³⁷とされた。その後、「法規」は、「法律、法規」のように行政法規と地方性法規を合わせたものを指す場合もあり、依然として「政策法規」「交通法規」のようにすべての実定法規範の総称を指す場合もあることになった。

これと同時に、教科書に初めて法律の広義・狭義の二分論が現れるようになった。「『法律』という単語は、現代中国語において、広狭2つの意味がある。狭義の法律とは、立法権を有する国家機関が立法手続に基づき制定し公布した規範性を有する文書を指す。これに対し広義の法律とは法の総体、すなわち国家が制定或いは認可し、国家の強制力によって実施が保障される様々な行為規範の総和を指す。狭義の法律と区別するため、通常、広義の法律を「法」と称する」³⁸。憲法典における「法律」の内容と範囲はあまり明確ではなく、行政法規も広義の法律として理解されている。広義の法律概念は、観念的には、狭義の法律の権威と価値を引き下げ、法律と行政法規の關係に混乱を生じさせるのである。

（二）法律の法規創造力の原則と独立的な行政法規

現行憲法第89条第1号は、国務院が「憲法及び法律に基づき」「行政法規を制定する」と規定している。この規定のなかの「及び」という文言を「且つ」という意味に解すると（憲法且つ法律に基づき）、さらには「或

³⁷ 『法学詞典』編輯委員会編『法学詞典 増訂版』（上海辭書出版社、1984年第2版）602頁。

³⁸ 孫国华主編『法学基礎理論』（法律出版社、1982年）43頁（程筱鶴執筆）。

いは」という意味に解すると（憲法或いは法律に基づき）、重大な違いが存在することになる。

これに関連して、2つの見解がある。「職権説」に基づくと、国務院は憲法が規定する職権に基づき行政法規を制定することができることになる³⁹。これに対し「根拠説」によると、憲法が規定する国務院の職権は管理に関する権限であって法規を新たに制定する権限ではなく、国務院が行政法規を制定する直接的な根拠は具体的な授権にあるとされる。根拠説は、職権説に基づくと行政機関が無限の立法権を有することになり、わが国の人民代表大会制度という政体が破壊されると主張する。「憲法及び法律に基づき」とは、授権に基づくことなのだろうか、それとも憲法及び法律を執行する必要性に基づくことなのだろうか⁴⁰。もっとも批判的に考えると、職権説は広きに失し、立法権と行政権の性質を混同することになり、これに対し、根拠説は狭きに失し、行政立法の積極性を引き出すことが難しくなる⁴¹。

立法法は立法の現状を考慮し、形式的には折衷的な立場を採用するが、実質的には職権説を採用した。すなわち、「行政法規は以下の事項について規定することができる。（1）法律を執行するために行政法規を制定する必要がある事項、（2）憲法第89条が規定する国務院の行政管理に関する職権事項」と規定されたのである⁴²。問題は、根拠となる法律がないときに第2号の職権に基づく行政立法を、憲法実現のために直接制定することができるのか、ということである。

現行憲法のもと、確かに第89条第1号については2つの解釈の可能性があるが、直接憲法を根拠に行政法規（すなわち独立命令）を制定することは禁止されているとの解釈が妥当である。その理由は以下のとおりである。

³⁹ 刘春华「国务院立法权限若干疑难问题探讨」中外法学1998年第5期、94頁、邹奕「论我国行政法规的宪法基础」法学论坛2012年第6期、88-89頁参照。

⁴⁰ 陈斯喜「论我国立法权限的划分」中国法学1995年第1期、5-6頁、许元宪＝吴东镐「论国务院制定行政法规的宪法根据」法学家2005年第3期、66-68頁参照。

⁴¹ 许安标「论行政法规的权限范围」行政法学研究2001年第2期、32-33頁参照。

⁴² 立法法（2000年）56条2款；立法法（2015年）65条2款。

1 国務院は民意を代表する機関ではない

現行憲法に基づくと、人民代表大会は、民主的な選挙によって生み出されるので、民意を代表する機関であり、人民が国家権力を行使する機関である。行政機関は、人民代表大会によって設けられるので、人民代表大会に責任を負い、人民代表大会の監督を受ける。国務院総理は国家主席の指名に基づき、国務院の他の構成員は国務院総理の指名に基づき、全人代によって決定されるので、選挙によって選ばれるのではない。

中国の現行政体はドイツ・日本と似ており、憲法規定もドイツ・日本と構造が似ており、フランスとは異なるということができる。ドイツ(基本法第80条)、日本(憲法第41条)は、均しく独立命令を否定している。わが国の人民代表大会制度は、基本的には行政機関にドイツ・日本の内閣よりも高い民主的正統性を要求している。国務院は、全人代によってその憲法上の地位が生み出され、全人代の執行機関であるから、民主的に選出された機関ではない。しかも国務院は、全人代の解散権を全く有していない。法律を執行することを通じて、民主的正統性を獲得する国務院は、独立命令を制定するための民主的正統性を欠いているのである。

2 国務院の執行性

行政機関に権限を賦与するには、2つの方法が可能である。第一に、人民が憲法を通じて直接一定内容の行政権を内閣に授権する方法(憲法授権型或いは分離型)であり、第二に、立法と行政を上下関係にし、行政の内容を法律にのみ基づき決定する方法(法律授権型或いは下降型)である⁴³。わが国の憲法は、第3章「国家機関」の第1節と第3節に全人代の権限と国務院の権限を並列的に列挙しているように見える。しかし、両者の関係は並列的な関係ではなく、上下関係である。憲法は、国務院が「最高国家権力機関の執行機関であり(第85条)、全人代に対して業務について報告する責任を負う(第92条)、と明確に規定している。国務院は全人代に対して執行性を有しているということができよう。法律と行政法規の関係は、立法機関と最高行政機関の関係を具体化するべき

⁴³ 安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 第2版』(有斐閣、2009年)152頁参照(浅野博宣執筆)。

なのである。

1954年憲法は、「全国人民代表大会は最高国家権力機関であり（第21条）、「全国人民代表大会は国家の立法権を行使する唯一の機関である」（第22条）と規定していた。また同時に、国務院は「憲法、法律及び法令に基づき、行政措置を定め、決議及び命令を発し、且つこれらの決議及び命令の実施状況を審査する」（第49条第1号）と規定していた⁴⁴。しかし国務院が発する命令は、法的性質を有することが認められていなかった。全人代だけが法律を制定する権限を有しているのであって、国務院は命令を発する権限を有するが、法律を執行するだけなのである⁴⁵。1982年憲法は、1954年憲法第49条第1号と類似する規定を設け、国務院の行政法規の法規性を認めている。1982年憲法第58条は、一方で全人代常務委員会が立法権を行使できることを確認し、他方で「立法権を行使する唯一の機関」を「国家の立法権を行使する」に改めた。全人代とその他の機関の関係には変化が生じていない状況を踏まえると、「唯一」という単語が削除されたことは、国家の立法権のほかにも、地方立法権を間接的に認めていると理解することができる⁴⁶。また、国務院が執行機関として位置づけられていることを踏まえると、行政法規も法律の執行であると理解すべきなのである。

3 憲法上の根拠の原則性

では、憲法は行政法規を制定することを許容しているのに、なぜ憲法上の根拠のほかにも、さらに法律上の根拠が必要となるのだろうか。憲法による授権は、具体的であったとしても、それでもなお原則的なものだからである。憲法による授権は、個別的な要求に合致しなければならないが、法律に対する手引きや制限でもあるので、更に法律によって具体化されることで、権限を行使することができるようになる。また、憲法

⁴⁴ 1978年憲法第32条第1号にも同様の規定がある。

⁴⁵ 前掲註26、173頁参照。

⁴⁶ 1982年憲法100条は、省級人民代表大会と常務委員会に授権し「憲法、法律、行政法規に抵触しないことを前提に、地方性法規を制定することができる」と規定する。このような規定は、国務院に対する「憲法及び法律に基づき」行政法規を制定するという制限と異なり、地方立法権に比較的大きな自主的な領域を提供することになる。

を根拠に行政法規を直接制定することを安易に認めると、行政権が恣意的に拡大され、行政機関が立法機関の領域を奪う局面が生じ、人民代表大会制度と矛盾することになってしまうからである。

憲法を根拠に行政法規を直接制定することができないならば、「憲法及び法律に基づき」のなかの「憲法に基づく」は余計な文言ではないだろうか。「憲法に基づく」とは、行政法規の制定に対する制限ということができる。すなわち第一に、憲法の原則と精神に基づかなければならないということであり、第二に、より重要なことであるが、憲法が規定する国務院の職権に基づかなければならないということなのである。憲法第89条が規定する国務院の権限事項に属さなければ、法律が存在していたとしても、国務院は行政法規を制定してはならないのである。

(三) 中国の法律の管轄事項と行政立法の限界

次に、法規或いは法律事項の範囲を定める必要がある。法律事項の範囲を確定することは、行政立法の範囲を絞りこむことになるからである。

1 一般性を有する規範を基準にして法律事項を確定する

全人代の憲法上の地位や人員構成などからみると、一般的規範説を基準にして、法律事項を確定することが妥当である。全人代は、民主的な選挙によって生み出された国家機関であり、全国人民の利益と意思を代表している。法律は、一般意思を体現すべきである。したがって全人代は最高国家機関であり、国家の重要事項を法律で制定する権限を有するのである。

これに対し、公民の権利義務に関する一般的規範は、法律で定めなければならない、という一般的権利規範説もある。2015年の立法法改正のときに、部門規章(=省令)を法律執行的な規定として厳格に制限し、行政機関が法律、行政法規の根拠なく、公民の権利を制限する規範を制定する権限を排除した。しかし、『『国民の権利義務を定める規範は法規である』ということと、『法規は国民の権利義務を定める規範である』ということとは、全く別の意味をもつことに充分注意する必要がある⁴⁷。憲法は、全人代及びその常務委員会の立法事項については制限していな

⁴⁷ 大石眞「立法と権限配分の原理(一)」法学42巻4号15頁。

い。しかも、憲法が規定する「法律」に関する条文に着目しても、法律事項は、一般的権利規範説に限られるわけではない。憲法は、各級人民政府の組織は法律によって定める⁴⁸、国務院は「法律の規定に基づき、行政人員の任免、養成、評定及び賞罰を行う」⁴⁹、会計検査機関は法律の規定に基づき会計検査監督権を独立して行使する⁵⁰、と規定する。行政人員の「任免、養成、評定及び賞罰」でさえも、憲法が明示的に定める法律事項に属している。国務院組織法、地方組織法、公務員法、会計検査法は、公民の権利義務に直接関連するわけではないが、均しく全人代及びその常務委員会により制定され、行政機関の同意を必要とすることなくすべての行政機関を拘束することができる。

それゆえ、「一般性を有する規範」が法律事項を確定する基準となるのである。

2 法律と行政立法の関係

全国人民の一般意思は法律によって表明される。行政立法は、その法律を執行するものであり、法律の執行或いは法律の授權があることで、その法的性質が認められることになる。憲法のもとで、法律は始原的な法規範に属するが、行政立法は法律の執行であり、法律の更なる具体化であるから、派生的な法規範に属する。これは、人民主権に端を発する上下の法秩序である。全人代及びその常務委員会による国家の立法権と国務院による行政法規制定権は、多くの立法事項において競合する。立法事項が競合する場合、国務院が先に行政法規を制定できるわけではない。法律の法規創造力の原則が優先されるべきであり、全人代及びその常務委員会が法律を制定し、そのうえで国務院が行政法規を制定することで、法律の規定が具体化されることになるからである⁵¹。

⁴⁸ 憲法86条3款、95条2款3款。

⁴⁹ 憲法89条17項。

⁵⁰ 憲法91条2款。

⁵¹ 「行政法規は、人身の自由を制限する以外の行政処罰を設けることができる」(行政処罰法(1996年)10条1項)から、「法律が制定されていない場合、行政法規は行政許可を設けることができる」(行政許可法(2003年)14条1項)や、「法律が制定されていない場合、且つ国務院の行政管理の職権事項に属する場合、行政法規は、本法第9条第1号、第4号及び法律によって規定すべき行政強制

憲法と法律のもとで、行政立法には2種類の存在形態がある。第一に、法律が既に存在している場合、國務院の職権の範囲に属する事項について、國務院は法律を執行する行政法規を自主的に制定することができる。これに対し、國務院の職権の範囲に属さない事項について、國務院は法律を執行するという隠れ蓑をまとして行政法規を制定することができない。たとえば訴訟費用について、民事訴訟法第118条第3項、行政訴訟法第102条は均しく、訴訟費用納付の具体的な方法は別に規定する、と定めている。そこで國務院は、法律の執行を建前にして、「訴訟費用納付規則」を制定した。しかし、訴訟費用は司法制度の一部に属することから、國務院は職権を超えることになるので、行政事業に関する料金としてこれを徴取することができないのである。第二に、法律が存在しない場合、國務院は、法律の授權に基づくことで、法律事項について、補充的、創造的な行政法規を制定することができる⁵²。

わが国では2017年5月末までに、合計257件の法律、621件の行政法規が制定されている⁵³。しかしながら、多くの行政法規・規章は、法律の根拠がない、創造的な行政立法である。法律の法規創造力の原則を貫徹するためにも、全人代は一定の過渡期を設けて、法律の根拠のない行政法規などをできるだけ早く法律に改めるべきである。実行可能性の点からいうと、漸進主義に基づき、特に権利を制限し、義務を課す権利制限的な規範であるかを法律事項か否かの判断のための基準とするべきであろう。

要するに、國務院は、民意を代表する機関ではなく、全人代と上下の関係にあるので、行政法規は法律の執行であり、法律から独立した行政

措置以外のその他の行政強制措置を設けることができる」(行政強制法(2011年)10条2項)までである。このような立法権限の分配に関する変遷も、行政立法権限を縮減し、回収する傾向がみられる。

⁵² 立法法9条の規定に基づくと、「犯罪及び刑罰、公民の政治的権利の剥奪及び人身の自由を制限する強制措置及び処罰、司法制度などの事項」は、法律に絶対的に専属する事項なので、國務院の制定する行政法規に授權してはならない。

⁵³ 國務院法制辦公室編『法律法規全书』(中国法制出版社、2017年第15版)第15版编辑说明参照。

法規は存在しないのである。憲法のもとで、法律に基づき行政立法を行うことは、法秩序の民主性を高める助けになり、法秩序の秩序性を強化することになるのである。

五、おわりに

今後は、「法律による行政」の原理と現行憲法に内在する要請を結び付けていくことが求められている。法治行政のなかの「法律による行政」の原理を重視することは、制度上、全人代の有効性を適切に高めることになるだけでなく、「法律による行政」の実現を確保するために裁判所に十分な審査権限を賦与することにも繋がる。また学術上、「法律による行政」の基本原則や基本原理の地位を回復させることになるだけでなく、「法」と「法律」の概念の使用を区別することにも繋がるのである⁵⁴。そうなることで、様々な法律上の問題の所在を迅速に把握し、法への畏敬を促し、法律の権威の打ちたてることに資することになるのである。

⁵⁴ 日本の以前の状態について、星野英一「『法』と『法律』の用語法について——区別への提言」国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民(第三巻)』(有斐閣、1987年) 363頁以下参照。