

「規範性文書」に対する司法審査に関する一考察（一）

- 中国の行政訴訟法改正と「規範性文書」の法的統制 -

上拂耕生

- I はじめに
- II 規範性文書概念と位相
 - 1. 規範性文書とは
 - 2. 規範性文書の法的性質ないし位相
- III 規範性文書に対する法的コントロール
 - 1. 実体的統制 - 「依法行政」原則との関係において -
 - 2. 手続的統制 - 行政手続の観点から - (以上, 本号)
- IV 規範性文書に対する司法的統制の現状と課題
- V 結びにかえて (以上, 次号)

I はじめに

『中華人民共和国行政訴訟法』(以下「行訴法」とする)は、1989年4月4日第7期全国人民代表大会(以下「全人代」とする)第2回会議にて可決し、1990年10月1日より施行された。それから約四半世紀を経て、行訴法の改正案が2014年11月1日、第12期全国人民代表大会常務委員会(以下「全人代常委」とする)第11回会議で可決し、改正行訴法が2015年5月1日より施行された¹。今回の改正では、多くの条項について大幅な改正がなされたが²、その中で重要な改正点の一つとして、「規範性文書」に対する人民法院の付随的審査権が認められたことが挙げられる³。すなわち、公民は、行政行為の根拠とする規範性文書が不適法であると認める場合、行政行為について訴訟を提起するときに、当該規範性文書について審査をするよう併せて請求することができる(行訴法53条)。また、人民法院は、規範性文書が不適法であると認めた場合には、行政行

¹ 2014年11月1日第12期全国人民代表大会常務委員会第11回会議『「中華人民共和国行政訴訟法」の改正に関する決定』に基づき改正、2015年5月1日より施行。

² 2014年の中国行訴法改正については、拙稿『「中華人民共和国行政訴訟法」の改正について』『アドミニストレーション』第21巻2号53頁以下、参照。

³ 「行政訴訟法：拡大受案範囲完善审理程序强化执行措施」『法制日报』2014年11月4日。

為の適法性を認定する根拠とせず、併せて制定機関に処理するよう建議を提出する（同 64 条）。

「規範性文書」とは、各級各種の国家行政機関が、法律を実施し、政策を執行するために、法定の権限内で定める行政法規および行政規章以外の一般的な拘束力を有する決定、命令および行政上の措置等をいう⁴。この定義によると、規範性文書は、行政立法（行政機関により定立される規範）⁵のうち、国務院が制定する「行政法規」（日本でいう政令に相当する）、国務院各部門および省級地方人民政府の制定する「行政規章」（同じく省令や地方自治体の規則に相当する）を除く、一般的規範を意味するものであり、行政により定立される規範の中でも行政内部規範に近いものと理解することがとりあえず可能である。

規範性文書は、行政機関が法律を実施し政策を執行するため、法定の権限内で定めた（行政法規および規章を除く）決定、命令など一般的な行為規範を総称したものであり、慣習的に「紅頭文書」といわれる（文書の標題であるヘッドラインが赤字で表記されているため）。そして、法律文書の中では「行政措置」「決定」「命令」と表現され、「報告」「紀要」「回答」「意見」「通知」「解釈」「説明」「書簡」などの表題で発せられる⁶。しかし、この「紅頭文書」（規範性文書）については、なりふり構わず成り行きに任せる、それを規律する統一的な法律、法規がない⁷、そのため、「紅頭文書」（規範性文書）を定める恣意性や権限濫用により、公民の権利を著しく侵害する現象がしばしば生じていると共通認識されている⁸。したがって、このような「紅頭文書」（規範性文書）について人民法院が審査・統制することは、中国の「法治」の進展にとって重要な意義を有

⁴ 罗豪才・湛中乐主编『行政法（第三版）』北京大学出版社 2012 年 169 頁。なお、同書の初版（罗豪才主编『行政法（新编本）』北京大学出版社 1996 年 160 頁）でも、同様の定義をしている。

⁵ 日本の行政法学では、行政機関により定立される規範ないし行政機関が一般的規範を定立することを伝統的に行政立法と呼ぶが、近時は「行政基準」「行政規範」といった用語で説明されることも多い。中国では、本文中で後述するように、行政機関が一般的規範を定める行為を「抽象的行政行為」といい、中国の「行政立法」概念はこれと異なるものであるが、本稿では、中国特有の「行政立法」の意味で用いる場合を除き、行政機関により定立される規範を行政立法という用語で表現する。

⁶ 姜明安主编『行政法与行政诉讼法（第五版）』北京大学出版社・高等教育出版社 2011 年 176 頁。

⁷ 行政機関が定める一般的規範の中でも、規範性文書より上位の法規範である行政法規と行政規章については、『立法法』および『行政法規制定条令』、『規章制定条令』が制定され、その制定手続等について一定の法的規律がなされている。

⁸ その実際に存在する主要な問題として、以下の点が指摘されている（罗豪才・湛中乐主编・前掲書『行政法（第三版）』172 頁～173 頁）。①ある種の混乱が広く存在する。例えば、制定主体の混乱、随意性が極めて大きいなど、行政機関、企業単位あるいは社会团体であるかを問わず、いずれも行政管理に関する規範性文書を制定できる。②越権の状況が深刻である。適合する主体であっても重大な越権行為が存在し、上下級の行政機関の縦の越権だけでなく、同級の行政機関間の横の越権もあり、しかも後者が多数を占める。③その内容が上位の規範（行政規章、行政法規を含む）と適合せず、ひいては抵触が生ずる状況もよく見られ珍しいことではなく、したがって行政法規、行政規章をその実施に際して変形させている。実際、一部の部門、一部の地方は、当該部門、当該地方の局部的利益から出発して、規範性文書の制定を通して上の政策に対処するいわゆる「対策」を捏造し、違法な内容を帯びる規範性文書を形式的に「合法化」している。例えば、いわゆる「三乱」（費用徴収の乱用、罰金の乱用、労役負担の乱用）において、少なからぬ規範性文書の内容が行政法規、規章の規定と矛盾している、厳格に言えば、その内容が違法であることを生じている。④制定の根拠の面で、法律、法規、規章を根拠としていない。往々にして実用主義の観点から出発して、ただ必要であると認めればそれを定めて、その理由を問わず、民衆の権利を制限しあるいは民衆に法外の義務を課している。⑤制定手続において、必要な手続ルールを遵守していない。⑥関係する司法審査制度を欠いている。

すると評価することもできよう⁹。

しかし、その「重要な意義」については慎重に吟味する必要があるだろう。なぜなら、行政立法（行政機関により定立された規範）が上位法（憲法・法律を含む）と適合するかどうか、その適法性について人民法院が審査することは、行政訴訟ないし行政行為に対する司法審査という比較行政法制度的な観点からすると、むしろ通常ないし当然のことである。加えて、これまでの行政訴訟の実践の中で、後述するように、人民法院は、規範性文書についての適法・違法の判断を実質的に行ってきたと言える。実際に、中国国内の一般的論評をみると、「紅頭文書」に対する人民法院の審査が及ぶことの意義を積極的に評価して述べる一方で、いくつかの課題（「規範性文書」に限られ、行政法規・規章は含まれないこと、付随的な審査にとどまり、規範性文書を直接の対象として訴えを提起できないことなど）を指摘するものがある¹⁰。もっとも、中国の違憲審査ないし憲法監督制度の実質的な「機能不全」という憲政（立憲主義）の実情を踏まえるならば¹¹、行政事件の審理の中で、（限定的ながら）ある種の立法行為について、人民法院による適法性審査を法律上認めたことの意義は、（根源的な問題を残しながらも）少なからずあるように思われる。

なお、規範性文書に対する司法審査の方法に関して、これまでの司法実践の中で、人民法院はその適法・違法の判断を実際に行ってきた。最高人民法院の司法解释¹²（「最高人民法院の『中華人民共和国行政訴訟法』の執行にともなう若干の問題に関する解釈」62条）は、「人民法院は行政事件を審理するにあたって、判決書の中に適法かつ有効な規章および規範性文書を引用することができる」としている。これによると、人民法院は、「適法かつ有効な規章および規範性文書を引用する」前に、「具体的行政行為」（日本でいう行政処分ないし講学上の行政行為に相当する）の法的根拠（根拠となる法規範）について適法性の判断をし、その法的根拠が適法であれば、判決書の中で適法かつ有効な規章または規範性文書として引用するが、不適法（上位法に違反する状況）である場合、人民法院は当該事件においてそれを適用しないことになる。つまり、人民法院は行政事件の審理において、行政規章や規範性文書の適法性について「識別・評価・判断」を行い、法規範の「選択適用」をするが、ただ違法な規章や規範性文書の効力を否定したり、取り消したりすることはできず、「審査」とは異なるとされる¹³。しかしながら、人民法院は、行政規章および

⁹ 楊于澤「司法審“紅頭文件”是法治重要進展」『長江日報』2015年4月29日、「司法附帶審查讓“紅頭文件”不再任性」『學習時報』2015年8月20日、など。

¹⁰ 「“紅頭文件”違法時怎麼辦」『人民日報』2014年4月2日、劉武俊「“紅頭文件”納入司法審查有助依法行政」『中國審計報』2015年5月6日、など参照。

¹¹ 中国の違憲審査ないし憲法監督制度の現状と問題については、多くの論稿があるが、ここでは、土屋英雄『中国「人権」考 - 歴史と当代』日本評論社2012年198～203頁、土屋英雄「中国の人権論の原理と矛盾的展開」『ジュリスト』第1244号（2003年）208～210頁、など参照。

¹² 中国では、司法解释という司法的立法が大きな役割を果たしている。最高人民検察院による司法解释は必然的に刑事法分野に集中しているが、最高人民法院による司法解释はあらゆる範囲に及んでいる。司法解释のなかには、文字通り法解釈を意見の形で明記したものもあるが、法律の条文形式で定められているものも少なくない。それらはあたかも法律の実施細則のような存在に見えるが、内容的には法の内容を補充したり、ときには法を改正したりしているものもあり、法解釈という枠にはとられない役割を果たしている（小口彦太・田中信行『現代中国法（第2版）』成文堂2012年41頁）。

¹³ 应松年「论行政行为的司法监督」『走向行政法治探索』中国方正出版社1998年221～222頁、罗豪才『中国司法审查制度』北京大学出版社1993年463頁。

規範性文書の「選択適用」を通して、その適法性に対する司法判断を実質的に行うことになる。したがって、今回の行政法改正にあたり、不適法な規範性文書に対してどのように対処するかについては、以下の3つの見解があった¹⁴。①規範性文書に対して直接行政訴訟を提起する権利を、公民、法人またはその他の組織に付与して、人民法院が規範性文書の適法性を審査すべきとする。②現行の方法を維持し、関係する監督のメカニズムを通して不適法な規範性文書を是正すべきであり、人民法院は不適法な規範性文書を引用せず、選択適用しないものとする。③行政復議法の規定を参照して¹⁵、規範性文書に対する付随的審査制度を確立すべきとする。結局、このうち上記③の見解が採用され、前述した行訴法 53 条・64 条の規定が設けられた。

本稿は、今回の行訴法改正における重要な改正点の1つである、規範性文書に対する人民法院の司法審査の問題を切り口として、規範性文書に対する法的統制のあり方を分析し、これを通して中国の「行政法治」の現状と問題を考察する。規範性文書に対する人民法院の司法審査の方法は上述した通りであるが、そのような司法的統制の現状と課題を分析するにあたっては、司法実践における人民法院の「案例」(裁判例)を詳細に検討するとともに、関連する理論研究あるいは立法時の議論などにも着目する必要がある。また、「行政法治」との関わりからすれば、規範性文書に対する法的統制(コントロール)のあり方を分析する必要があり、それは、司法的統制(人民法院の司法審査)だけではなく、実体的統制(法治主義に基づく立法機関によるコントロール)および手続的統制(民主主義的な側面から行政手続によるコントロール)という観点から、分析を行うことが重要である。したがって、本稿では、規範性文書に対する人民法院の司法審査の問題を分析する前提として、実体的および手続的統制の点から、規範性文書に対する法的コントロールの態様を分析する。このほか、規範性文書は、日本法でいう裁量基準など行政内部規範と類似する面もあり、この点から比較法的な考察を行うことも可能である¹⁶。

本稿の構成は、以下の通りである。まず「規範性文書」とは何か、その概念および法的位相を明らかにする。規範性文書については、前述したように、“氾濫”状態という実際的問題(法治に

¹⁴ 周汉华「规范性文件在《行政诉讼法》修改中的定位」『法学』2014年第8期42～43頁。

¹⁵ (日本でいう行政不服審査法に相当する)『中華人民共和國行政復議法』7条は、「公民、法人またはその他の組織は、行政機関の具体的行政行為の根拠とされる以下の規定が不適法であると認める場合、具体的行政行為について行政復議を申し立てるときに、復議機関に対し当該規定についての審査の申立てを併せて提起することができる。(一) 国务院各部門の規定；(二) 県級以上の地方各級人民政府およびその執務部門の規定；(三) 郷・鎮政府人民政府の規定」「前項に定める規定には、国务院各部・各委員会の規章および地方人民政府の規章を含めない。規章の審査は法律、行政法規に従って処理する」と規定する。なお、行政復議法は1999年4月29日に可決し、同年10月1日より施行されたが、この第7条の規定は、同法の改正(2009年8月27日)により新設されたものである。

¹⁶ このような比較法的考察について言えば、中国の行訴法改正から間もないこともあり、筆者の知る限り、これに関する先行研究は見当たらない。また、たとえ日中の統治(憲法)構造が基本的に異なるとしても、現在の東アジア社会あるいは国際社会の情勢に鑑みると、かかる比較法的考察により、両者の間での何らかの共通性を見出すとともに、中国の制度的特質や問題等を明らかにする必要性は、学術的にも実際的にも高いように思われる。このほか、本稿は、規範性文書という下位の立法に対する人民法院の司法審査を対象とするが、人民法院による法令審査権の行使の一種であるという点で、中国の違憲審査制度をめぐる問題と共通する部分もある。中国の違憲審査の「実質的な機能不全」は多くの先行研究が指摘するところである(本稿はこの論点について言及しない)が、この大きなテーマについて、本稿が何らかの点で参考に供しうるものを提供できれば幸いである。

反し、公民の権利利益を侵害する事態等)がある。したがって、中国の行政法学界では、現実の行政運営における規範性文書の必要性を認めながらも、「行政法治」の観点から規範性文書に何らかの法的枠組みをはめて統制しようとする理論的試みがなされ¹⁷、それについては一定の成果がみられる。そこで、理論研究の成果から、規範性文書についてそれと類似する概念と対比しながら整理し、同時にまた、その概念的特質や分類法に関する叙述から、規範性文書の法的性質ないし法的位相を明らかにする(Ⅱ)。次に、規範性文書に対する法的統制(法的コントロール)について整理・分析する。行政立法に対する法的統制の主要な手段としては、①立法機関によるコントロール(法治主義の観点から行政立法に対する実体的統制)、②民主的コントロール(行政立法手続に市民を関与させるなど、参加型の行政手続)、③司法機関によるコントロール(行政訴訟などを通して、行政立法に対する司法審査)が考えられる。つまり、①の観点から、中国的な「法律による行政の原理」(法治主義)である「依法行政」(法による)原則における行政立法に対する実体的統制について、②の観点から、中国の行政立法手続の中で、市民参加型の行政手続といえる「聴聞(聴証)」という手続的統制について、それぞれ分析を行う(Ⅲ)。さらに、③の司法的統制として、規範性文書に対する人民法院の司法審査の問題を考察する。この問題については、人民法院の規範性文書の「選択適用」の結果として、規範性文書の適法・違法について判断(実質的に審査)した裁判例がある程度蓄積している。しかも、それに関連する学説による理論研究も多く、行訴法改正でも、多くの意見が提起された論点の一つである。したがって、人民法院の裁判例、中国行政法学界における理論研究、行訴法改正における資料などを用いて、規範性文書に対する司法的統制の現状と問題を分析する(Ⅳ)。

Ⅱ. 「規範性文書」の概念と位相

1. 規範性文書とは

(1) 「抽象的行政行為」と「具体的行政行為」

中国の行政法学上、「行政行為」(日本の行政法学にいう行政作用の意味に近い)は、その対象が特定のであるか否かを基準として、「抽象的行政行為」と「具体的行政行為」に分類される。抽象的行政行為とは、行政主体が行政権を用いて、不特定の相手方に対して行う行政作用、あるいは、不特定の者または物を対象として一般的な拘束力を有する規範性文書を定める行為を意味する。抽象的行政行為には、行政法規、行政規章およびその他一般的な拘束力を有する規範性文書を定める行為がある。他方、具体的行政行為とは、行政主体が行政権を用いて、特定の相手方に対し

¹⁷ この点につき、次のような叙述がある。「行政規範性文書の存在は、現実的もあり必然的でもある。それは行政機関にとって重要であるが、相手方にとってそれが法源ではないといっても無視することはできない。行政規範性文書を制定する随意性は批判を受けるけれども、我々は制度上それを消滅させることはできず、ただそれに対して規律を及ぼすことができるに過ぎない。今日の問題は、それに対してどのように規律を及ぼすかである」(姜明安主编・前掲書『行政法与行政诉讼法(第五版)』176頁)。「規範性文書の制定権の存在および行使は、必需なものであるだけでなく、もはや一種の現実となっている。注意に値する問題は、いかに正確にこのような権力を運用・行使して、より大きな行政効率と社会効果を発揮させ、生じうる一切の消極的作用を除去するかである」(罗豪才・湛中乐主编・前掲書『行政法(第三版)』171頁)。

権利義務を設定する行政作用，あるいは，特定の者または物に対して具体的な措置を講ずる行為を意味し，その行為の内容と結果が特定の個人または組織の権益に影響するものである¹⁸。要するに，抽象的行政行為は，日本の行政法学における行政立法ないし行政による規範定立行為に，具体的行政行為は，行政処分ないし講学上の行政行為概念に相当するものといえる。

抽象的行政行為と具体的行政行為について，両者を概念上区別する意義として，後者は行政訴訟や「行政復議」（行政不服審査）の対象となるのに対し，前者は，行政訴訟や行政復議の「事件受理範囲」（提訴ないし申立て可能な行政事件の範囲）に含まれないことにある¹⁹。なお，形式上は一つの行政規範性文書，すなわち抽象的行政行為であっても，その内容のすべてまたは一部が特定の相手方を拘束するものがある。このような場合，形式ではなくその内容に従って，それが具体的行政行為であるか否かを認定すべきとされる²⁰。裁判例でも，文書の表題は不特定多数の公民または組織に対するものであっても，当該文書の内容から，その対象がかなり具体的で明確な特定の企業組織であり，また，当該文書が原告の実体的権利（経営自主権）に対して直接的に，現実の影響を発生させていることから，当該文書は具体的行政行為であるとしている²¹。

（２）「行政立法」と「規範性文書」

抽象的行政行為は，国家行政機関が不特定の者または不特定の事項について一般的な拘束力をもつ行為規範を定めることをいうが，それは，「行政立法行為」と「それ以外の抽象的行政行為（その他規範性文書）」に分類される。前者は，国家行政機関が行政法規および行政規章を制定・発布する行為を指し，後者は，行政機関が広範で不特定の対象に対して行政措置を定め，一般的な拘束力をもつ決定と命令を発布する行為であり，通常「その他規範性文書」ないし「行政規範性文書」と称される²²（「行政規定」とする見解もある）。なお，「行政立法」のうち，「行政法規」とは国務院が制定する立法形式であり²³，「行政規章」は，国務院各部・各委員会等が制定する「部門規章」と²⁴，主に省級（省・自治区・直轄市）人民政府等が制定する「地方規章」がある²⁵。

このように，規範性文書は，抽象的行政行為，すなわち行政機関が定立する一般的規範のうち，行政法規および行政規章（「行政立法」）を除く，それ以外の一般的な拘束力を有する行為規範（決定，命令，行政上の措置等）のことである。もともと，規範性文書については憲法および法令上，

¹⁸ 罗豪才・湛中乐主编・前掲書『行政法（第三版）』125頁，姜明安主编・前掲書『行政法与行政诉讼法（第五版）』153頁，叶必丰主编『行政法与行政诉讼法（第三版）』中国人民大学出版社2011年40頁，参照。

¹⁹ 罗豪才・湛中乐主编・前掲書『行政法（第三版）』125～126頁。

²⁰ 姜明安主编・前掲書『行政法与行政诉讼法（第五版）』154頁。

²¹ 姜明安主编『行政诉讼案例评析』中国民主法制出版社1994年18頁以下。

²² 张正钊主编・李元起副主编・前掲書『行政法与行政诉讼法』111～112頁，罗豪才・湛中乐主编・前掲書『行政法（第三版）』146頁，参照。

²³ 立法法65条1項は，「国務院は，憲法および法律に基づいて，行政法規を制定する」と規定する。

²⁴ 立法法80条1項は，「国務院各部・各委員会，中国人民銀行，會計検査署および行政管理職能を有する直屬機構は，法律および国務院の行政法規，決定・命令に基づいて，当該部門の権限の範囲内で規章を制定することができる」と規定する。

²⁵ 立法法82条1項は，「省，自治区，直轄市および区を設けている市，自治州の人民政府は，法律，行政法規および当該省，自治区，直轄市の地方性法規に基づいて，規章を制定することができる」と規定する。

統一的な定めや命名があるわけではない。例えば、憲法 89 条 1 号は国務院の職権として、「行政上の措置の規定，行政法規の制定，決定と命令の発布」を規定するが，この「行政上の措置の規定」「決定と命令の発布」が，国務院が定めるその他規範性文書に当たる²⁶。また，法令上の規範性文書の名称について、『中華人民共和国行政復議法²⁷』（以下「行政復議法」とする）では「規定」という（7 条）が，『中華人民共和国行政処罰法²⁸』（以下「行政処罰法」とする），『中華人民共和国行政許可法²⁹』（以下「行政許可法」とする）および『中華人民共和国行政強制法³⁰』（以下「行政強制法」とする）では，「その他規範性文書」という用語を使用する（行政処罰法 14 条，行政許可法 17 条，行政強制法 10 条 4 項）。

このような規範性文書の定義・概念から，その法的性質を明らかにするにあたり問題となるのは，「不特定の者に対して一般的な拘束力を有する」の意味である。具体的には，規範性文書を定めることは，行政の外部にある私人（「公民，法人またはその他の組織」）に対して，直接的に権利義務を生じさせる（法的影響力を及ぼしうる）ものかどうか，少なくとも形式上は行政の内部規範たる性質にとどまるのか，などである。以下，この点につき，規範性文書の分類や行政立法との異同に関する叙述を手掛かりとして分析する。

2. 規範性文書の法的性質ないし位相

（1）規範性文書の分類

規範性文書の分類法として，その制定する主体により，「行政法規性文書」「行政規章性文書」「一般規範性文書」の 3 つに分けるものがある³¹。しかし，中国の行政法学上より有力なものは，諸外国の行政法研究を参酌しながら，その内容を基準として，①「行政創制性文書」，②「行政解釈性文書」，③「行政指導性文書」の 3 つに分類する³²。

²⁶ 同様に，憲法 90 条 2 項は，国務院各部・各委員会は「その部門の権限内で命令，指示，規章を発布する」と規定するが，ここでいう「命令，指示」は規範性文書である。また，地方各級人民代表大会および地方各級人民政府組織法 59 条 1 号は，県級以上の地方人民政府の職権として「行政上の措置の規定，決定と命令の発布」を，同 61 条 1 号は，郷，民族郷，鎮の人民政府の職権として，「決定と命令の発布」をそれぞれ規定し，規範性文書の制定権限について定める。

²⁷ 1999 年 4 月 29 日第 9 期全国人民代表大会常務委員会第 9 回会議にて可決，同年 10 月 1 日より施行。2009 年 8 月 27 日第 11 期全国人民代表大会常務委員会第 10 回会議『法律の一部改正に関する決定』に基づき改正。

²⁸ 1996 年 3 月 17 日第 8 期全国人民代表大会第 4 回会議にて可決，同年 10 月 1 日より施行。2009 年 8 月 27 日第 11 期全国人民代表大会常務委員会第 10 回会議『法律の一部改正に関する決定』に基づき改正。

²⁹ 2003 年 8 月 27 日第 10 期全国人民代表大会常務委員会第 4 回会議にて可決，2004 年 7 月 1 日より施行。

³⁰ 2011 年 6 月 30 日第 11 期全国人民代表大会常務委員会第 21 回会議にて可決，2012 年 1 月 1 日より施行。

³¹ 胡建淼主編『行政法与行政诉讼法』清华大学出版社 2008 年 96 頁。これによると，①行政法規性文書（行政法規の制定権を持つ国務院が発布するもので，行政法規を除く規範性文書），②行政規章性文書（規章制定権を持つ行政機関が定めるもので，行政規章を除く規範性文書），③一般規範性文書（行政法規・規章の制定権を有しない行政機関が定める規範性文書），である。一般規範性文書の効力は最も低く，法律，法規および規章よりも低いだけでなく，法規性文書や規章性文書よりも低いとされる。

³² 姜明安主編・前掲書『行政法与行政诉讼法（第五版）』178～179 頁・183 頁・187 頁，姜明安主編『行

①行政創制性文書とは、行政法規または上位の行政規範性文書の定めが存在しないけれども、一定の規範を置く必要がある場合において、行政機関が行政法規または上級の行政規範性文書の空隙を補うために、行政規範性文書を定め、相手方に権利義務を創設するもの、あるいは、行政機関が行政法規または上級の行政規範性文書の授權に基づき、行政法規または上級の行政規範性文書の不足を補うために、行政規範性文書を定め、相手方に権利義務を創設するものをいう。行政創制性文書は、職権に基づき定められる創制性文書と、授權に基づき定められる創制性文書に分けられる。前者は、行政主体が行政管理の実際の必要性のために、憲法および関係する組織法の定める固有の職権に基づいて不特定の相手方に対し権利義務を設定する規範性文書である。後者は、行政主体が行政法規または上級の行政規範性文書の定めを補充または変通するため、憲法および組織法以外の法律、法規、規章または上級の行政規範性文書の特別の授權に基づいて定められ、不特定の相手方に対し権利義務を設定する規範性文書である。②行政解釈性文書とは、行政機関が法律、法規と規章を実施するにあたり、各行政機関およびその公務員の法律、法規および規章に対する理解並びに執行活動を統一するため、法律、法規と規章に対して解釈を行うことで形成される規範性文書をいう。③行政指導性文書とは、行政機関が不特定の相手方に対して書面での行政指導を実施するとき形成される一種の行政指導文書である。

(2) 規範性文書の法的性質ないし位相

規範性文書の法的性質ないし位相は、「行政立法」との区別されるその特徴の中で現出される。すなわち、両者は、規律性、一般的拘束力および反復適用性など共通の特徴を持つが、その違いは以下の通りである³³。①制定主体の違い。行政立法活動の主体は、行政法規・規章の制定権を有する行政機関（国务院、国务院各部門、省級の地方人民政府など）に限られる。他方、規範性文書の制定主体は広汎で、中央から地方に至るまで各級行政機関がそれを制定することができる。②効力の違い。行政立法の効力は規範性文書より高く、規範性文書は法規・規章に抵触してはならない。③規律内容の違い。行政立法は法定の権限の範囲内で行政の相手方の権利義務を創設することができるが、規範性文書は行政法規・規章の規定する内容をさらに詳細・明確化しうるだけで、公民の権利義務に関わる規定を設けることはできない。④制定手続の違い。行政立法手続は立法法などで明確に規定され、その手続が厳格であるが³⁴、規範性文書の制定手続は定められておらず、その手続は簡単で、柔軟である。

要するに、行政立法（行政法規・行政規章）は、法令で定められた厳格な手続に従って制定される正式の法規範であり、したがって、法定の権限の範囲内で私人の権利義務を設けることができる。これに対し、規範性文書は下位の法規範であり、厳密な制定手続に従って定められるものではなく、したがって、行政管理に関わる一般的事項について行政機関が柔軟に定めることができるが、私人の権利義務に関して直接に定めることはできないとされている。つまり、「紅頭文書」

政法与行政诉讼法（第六版）』北京大学出版社・高等教育出版社 2011 年 174～175 頁，叶必丰主编・前掲書『行政法与行政诉讼法(第三版)』70 頁，参照

³³ 罗豪才・湛中乐主编・前掲書『行政法（第三版）』169～170 頁，应松年主编『行政法』北京大学出版社・高等教育出版社 2010 年 117 頁，参照。

³⁴ 立法法は、「国务院は、憲法および法律に基づいて、行政法規を制定する」と規定し（65 条 1 項）、66 条以下で行政法規の制定手続について定める。これに対し、国务院が発する「決定、命令、措置」という規範性文書に属するものについては、制定手続が定められていない。

とも称される「規範性文書」の事実上の影響力はさておき、その法的性質の最も着目すべき点は、いわゆる外部的効果の有無であるが、少なくとも理論的には、「規範性文書」は形式上、行政機関の外部にある私人に対して、直接的に権利義務を発生させるものではない、すなわち、外部的効果を有しないと考えられているようである³⁵。したがって、(a)「規範性文書」は、行政法規（日本でいう政令に相当する）および行政規章（同じく省令ないし地方自治体の規則に相当する）を除く、行政機関の定立する下位のかつ非正式の規範であること、(b)實際上、制定機関が広汎かつ多様であること、(c)制定手続が正式の法規範と比して厳格ではないこと、(d)少なくとも理論上は、直接に私人の権利義務に関わる規範を設定できないと考えられていること、などからすると、行政内部規範に類似する側面を有すると言えよう。

行政訴訟の審理における規範性文書の「選択適用」について前述したが、この点に関連して、次のような叙述がある。すなわち、適法かつ有効な行政規範性文書は、行政主体が具体的行政行為を実施する根拠となりうるだけではなく、さらに司法上の尊重を受ける、すなわち司法判決中に引用されうる³⁶。その上で、規範性文書の法的地位について、内部的地位（行動を統一する、効力を明確化する）と外部的地位（援用されるルール、授益的行政の根拠、基準・規範、理由と証拠）に分けて詳細に論じられる³⁷。日本の行政法学において、講学上の行政規則である解釈基準や裁量基準は、その法的性質は行政内部規範であって、法的拘束力を持たないとされている。但し、行政庁の裁量権行使の司法審査の方法として、法律で裁量が認められ、また政省令などにも十分に具体的な規定がない場合には、行政庁に裁量権行使の基準、すなわち裁量基準を定めることを要求し、それを手掛かりに司法審査をする方法が採られる（最判1992年10月29日・民集46巻7号1174頁、最判1998年7月16日・判例時報165号52頁、など）³⁸。つまり、この点を捉えれば、行政内部規範を念頭に、規範性文書に対する人民法院の司法審査の問題を比較考察することも可能であろう。但し、両者の異同も十分に注視する必要がある、そのような異同を明らかにするためには、法治主義や行政手続の観点から、規範性文書に対する法的コントロールの態様・現状を、実体的統制と手続的統制の点から論ずるのが適切であろう。

³⁵ これにつき、以下の叙述がある。行政立法は、特定の行政機関が憲法および法律により付与された行政立法権を根拠として実施される立法上の行為であるが、規範性文書を定める行為は、一般的な行政管理権に基づき実施される行政上の行為である。したがって、規範性文書は「一般的な行政規範であるが、行政上の法規範ではない」。また、規範性文書では「外部の相手方の権利と義務を自ら設定することはできず、また自ら法律上の効果を設定することもできない」。「外部の相手方の権利と義務を定めるにあたっては、上位法である法律、法規または規章の根拠がなければならず、それを突破することはできない」（胡建淼主编・前掲書『行政法与行政诉讼法』94頁）。あるいは、「規範性文書も行為規範、行為モデルを定め、それぞれの効力の及ぶ範囲内における単位および個人が遵守するが、それは主体的に法律上の効果を定めることができず、自ら強制手段を設定することができず、行政立法の範疇に属しない」（张正钊・胡锦涛主编『行政法与行政诉讼法（第五版）』中国人民大学出版社2013年101頁）。

³⁶ 姜明安主编・前掲書『行政法与行政诉讼法（第六版）』176頁。

³⁷ 姜明安主编・前掲書『行政法与行政诉讼法（第六版）』176～178頁。

³⁸ 芝池義一『行政法読本（第3版）』有斐閣2013年79～82頁。

II. 規範性文書に対する法的コントロール

1. 実体的統制 - 「依法行政」原則との関係において -

2004年に国务院が發布した『法による行政（「依法行政」）の全面的な推進についての実施綱要』（以下「実施綱要」とする）は、「依法行政」原則に関する政府の重要な綱領的文書である。しかし、『実施綱要』は、「依法行政」について明確に定義しているわけではなく、その含意は明らかではない。また、中国の行政法学界においても、「依法行政」の定義ないしその理論的内容などについては一致せず、論者により様々である。さらに、中国法にいう「法治」は、近代法の「法の支配」や「法治国家」のアナロジーとしての用語ではなく、特殊中国的な「人治」や「党治」に直接対応する概念であり、「依法行政」概念も同様のことがいえる³⁹。

したがって、中国の「依法行政」原則と法律による行政の原理（法治主義）は同等に論じうるものではない。ただ、「依法行政」原則ないし「行政法治」原則を行政法の基本原則とすることでは、中国の行政法学界において一定の共通認識がある。したがって、ここでは、「依法行政」原則における行政立法と法律との関係に関する叙述から、規範性文書に対する法律（立法機関）によるコントロール（実体的統制）の内容について分析する。

（1）「依法行政」原則

『実施綱要』は、「依法行政」原則の内容を明確に定義していないが、その基本的要求として、「合法行政」「合理行政」「手続正当」「高効率・便民」「誠実・信用」「権限と責任の統一」を挙げる。このうち「合法行政」は、「行政機関は、行政管理を実施するにあたり、法律、法規、規章の規定に従って行わなければならない。法律、法規、規章の規定がなければ、行政機関は公民、法人およびその他の組織の合法的権益に影響を及ぼし、または公民、法人およびその他の組織に義務を加える決定を行ってはならない」としている。

ある論は、「依法行政」原則について次のように要約的に説明する⁴⁰。「依法行政」原則とは、法治国家、法治政府の基本的要求である。「依法行政」の基本的含意は、政府（行政）の一切の行政行為は法に基づきなされ、法の拘束を受けなければならないことである。「依法行政」の基本的要求として、第一に、「依法行政」の根拠、すなわち、ここでいう「法」とは憲法、法律、法規、規章を意味する。これらあらゆる法形式の中で、憲法の効力は最高であり、法律の効力は法規より高く、法規の効力は規章より高い。第二に、「依法行政」は、政府が厳格に法律の規定に従って事務処理することを要求し、すなわち、政府（行政）が厳格に法律の定める要件、範囲、基準および限度に従って執行することを要求し、同時にまた政府が法の原理、原則に従って事務処理することを要求する。第三に、「依法行政」は、政府が行政の相手方に対し法に基づき管理を実施することを要求し、さらに政府それ自体が法を遵守することを要求し、政府が法に基づきサービスを提供することおよび法に基づき監督を受けることを要求する。中国の行政法学界では、これらの内容を、「法律の優位（優先）」と「法律の留保」⁴¹を用いて説明することが多い。

³⁹ 木間正道・鈴木賢・高見沢磨・宇田川幸則『現代中国法入門（第6版）』有斐閣2012年107～108頁。

⁴⁰ 张正钊・胡锦涛主编・前掲書『行政法与行政诉讼法（第五版）』13頁。

⁴¹ 日本の行政法学でいう法律の留保原則や法律の優位原則とは異なる意味内容であるので、本稿では、中国の「依法行政」原則における「法律の優位」「法律の留保」については、括弧付きで表記する。

(2) 行政立法と「依法行政」原則

前述したように、中国の行政法の基本原則である「依法行政」原則について、統一的な見解や確定的な内容があるわけではない。そこで、本稿の関心から、日本の法律による行政の原理の基本的内容（法律の優位原則、法律の留保原則、法律の法規創造力原則）を念頭に⁴²、中国における行政立法と「依法行政」との関係について、「依法行政」原則における「法律の優位」と「法律の留保」の理論的な内容を手掛かりとして考察する。

ここで日本の議論を要約すると、以下のようになる⁴³。法律の優位原則により、行政機関が制定する命令（政令・省令等）は法律に違反してはならず、行政機関による個別の行政活動は法令（法律+命令）に違反してはならない。それでは、ある行政活動について定める法律の規定が存在しない場合に、行政機関は当該行政活動について自由に命令を制定したり、個別の行政活動を行ったりすることが許されるだろうか。規範のピラミッドとの関係でいうと、法律が存在しない以上、行政機関が自由に行動しても、法律に違反することはない。問題は、法律により上のランクにある憲法が、法律の規定がない場合に、行政機関が自由に行動することを禁じているかどうかである。命令の制定については、国会が国の唯一の立法機関であるとされている（憲法 41 条）ので、「立法」に当たるものは法律の委任がなければ行うことができない。そこで、憲法 41 条にいう「立法」の意味が問題となるが、少なくとも、法規（国民の権利義務に関する一般的・抽象的な定め）の定立は「立法」に当たり、法律によってしか行えないと解される。これを法律の法規創造力原則という。

中国の「依法行政」原則において、「法律の優位」とは、行政は法律の拘束を受けなければならない、法律違反のいかなる措置も講ずることができないことを意味し、以下の 2 つの含意がある。一つは、法律は行政に優先する。行政機関が制定する規範は、その効力において立法機関が制定する規範より低い。全人代およびその常委の制定する法律は、行政法規、規章およびその他規範性文書より優位する。もう一つは、行政は法に違反し得ない。行政機関は、行政法規・規章またはその他規範性文書を制定するかあるいは具体的行政行為を行うかを問わず、現行の法律と抵触してはならない⁴⁴。また、「法律の留保」を行政立法との関係で言えば、次のように説明される。第一に、既に法律の定めが存在する状況において、行政法規、規章は法律と抵触してはならず、およそ抵触があれば、法律を基準とする。法律は行政法規、規章よりも優位する。第二に、法律にまだ定めがなく、行政法規、規章がそれぞれの範囲で定めを設けるときに、ひとたび法律がこの事項につき定めを置けば、その他法規の定めは法律に服しなければならない⁴⁵。

⁴² 比較法的考察の便宜上、筆者なりにまとめると、法律による行政の原理とは、行政活動は法律に基づき、法律に従って行われなければならないという原則のことをいい、その理論的内容は、①法律によってのみ法規（国民の権利義務に関わる一般的規範）を創造することができるとする法律の法規創造力原則、②法律が存在する場合には、行政活動はこれに反してはならず、法律違反の行政活動は許されないという法律の優位原則、③個別の行政活動が行われるためには法律の根拠を必要とするという法律の留保原則、である。法律の留保に関しては、行政が具体の行政活動をするにあたって、いかなる性質の行政活動について法律の根拠が必要とされるべきか、という問題である。

⁴³ 中原茂樹『基本行政法（第 2 版）』日本評論社 2015 年 33 頁。

⁴⁴ 罗豪才・湛中乐主编・前掲書『行政法（第三版）』30 頁。

⁴⁵ 应松年主编・前掲書『行政法』15 頁。

このような「法律の優位」の内容は、基本的に日本とほぼ同様のものであるが、問題は、行政活動について定める法律の規定が存在しない場合である。この点は、「依法行政」原則における「法律の留保」で説明される。すなわち、「法律の優位」は行政が現行の法律に違反することを禁止するが、「法律の留保」は行政活動には法律の根拠がなければならないことを要求する。行政活動を行うには必ず法律の授權を得て、必ず法律の明確な根拠がなければならない、さもなければこれをなすことはできない。しかし、「法律の留保」は、現代行政における広汎性、多様性および伸縮性等の特色と完全に適応するわけではない。よって、現代国家においては、「法律の留保」の適用は、主に行政機関の行為または活動が特定の重要な事項に関わる場合に限られる。このような「法律の留保」原則は、立法法に具現化されているとする⁴⁶。

『中華人民共和國立法法⁴⁷』（以下「立法法」とする）第8条は、全人代および全人代常委の法律のみで定めうる事項について、以下のように規定する。(1)国家主権に係る事項。(2)各級人民代表大会、人民政府、人民法院および人民檢察院の創設、構成および職権。(3)民族区域自治制度、特別行政区制度、基層大衆自治制度。(4)犯罪および刑罰。(5)公民の政治的權利を剥奪し、人身の自由を制限する強制措置および処罰。(6)税目の設立、税率の確定および税の徴収・管理など税収の基本制度。(7)非国有財産に対する徴収、徴用。(8)民事基本制度。(9)基本經濟制度並びに財政、税関、金融および對外貿易の基本制度。(10)訴訟および仲裁制度。(11)全人代およびその常委が法律を制定すべきその他の事項。なお、これら第8条が規定する事項につき法律が未だ制定されていない場合、全人代およびその常委は、実際の必要性に基づいて、その中の一部の事項について先に行政法規を制定できる旨、國務院に対して授權することを決定することができるが、但し、犯罪および刑罰、公民の政治的權利を剥奪し、人身の自由を制限する強制措置および処罰、司法制度等に関する事項は除く（立法法9条）⁴⁸。

ある論は、立法および法執行の面から「法律の留保」原則を理解する。①立法上の「法律の留保」。ここでいう法律は、最高権力機関が制定した法律に限られる。立法法に定められた事項は法律のみが規定することができ、この原則は最高国家権力機関と行政機関、地方国家権力機関の間の立法上の権限の分業を支配している。②法執行上の「法律の留保」。ここでいう法律は、法律、法規および規章を含む。この原則の実質は、「法律なければ行政なし」である。法規範が欠けると、行政に対しては無力である。法律の留保原則は、法律（広義）により行政権力を与えられていなければ、いかなる行政行為の存在も排除しなければならないこと、個人の自由を侵害してはならないことを意味する⁴⁹。さらに、「依法行政」原則について、次のように説明する論がある。①「依法行政」にいう「法」とは、憲法、法律、法規、規章を指す。これらあらゆる法形式の中

⁴⁶ 罗豪才・湛中乐主编・前掲書『行政法（第三版）』29～30頁。

⁴⁷ 2000年3月15日第9期全国人民代表大会第3回會議にて可決、2000年7月1日より施行。2015年3月15日第12期全国人民代表大会第3回會議の『「中華人民共和國立法法」の改正に関する決定』に基づき改正。

⁴⁸ 立法法9条が定める犯罪および刑罰、公民の政治的權利を剥奪し・人身の自由を制限する強制措置および処罰、司法制度など、いかなる理由があっても法律の専権事項とされている場合を「絶対的留保」、それ以外の原則的に法律に留保されたものを「相對的留保」と呼ぶ（应松年主编『依法行政读本』人民出版社2001年63～64頁）。

⁴⁹ 叶必丰主编・前掲書『行政法与行政诉讼法(第三版)』15～16頁。

で、憲法の効力は最高であり、法律の効力は法規より高く、法規の効力は規章より高い。「依法行政」はまず憲法、法律による行政を要求し、法規と規章は憲法、法律の規定と適合するとき限り、行政行為の根拠とすることができる。②「依法行政」は、法の明文規定に基づく行政を要求する。加えて、法の原理、原則に基づく行政をも要求する。③「依法行政」は、政府の法律の規定に基づく行政を要求する。ここでいう法律の規定に基づく行政とは、まず行政管理に関する法の規定に基づく行政を意味し、行政管理に関する法の定める範囲、条件、基準および限度に従って事務処理しなければならない。それだけではなく、行政組織に関する法と行政手続に関する法の規定に基づく行政も要求される⁵⁰。

つまり、「依法行政」原則における「法律の留保」は、立法権の配分の問題として法律に留保された事項（法律専権事項）を定めたもの（立法上の「法律の留保」）と、行政活動の根拠として法律（法律・法規・規章を含む広義）を要求するもの（法執行上の「法律の留保」）に区別される。しかし、立法上の「法律の留保」の範囲は狭く、反対に言えば、法律の委任のない独立的な行政立法権の範囲、とりわけ国务院の行政法規により定めうる範囲は広汎であることを指摘できる⁵¹。もっとも、「拠るべき法のない行政」（無法行政）を回避する点では、正式の法規範（法律、行政法規、地方性法規、行政規章）に依拠した行政は原則的に確立されている。

この点は、行政処罰法、行政許可法、行政強制法といった通則的な行政法律でも具現化されている。行政処罰法9条は、「法律は、各種の行政処罰を設定することができる」「人身の自由を制限する行政処罰は、法律によってのみ設定することができる」と規定する。行政法規は人身の自由を制限する以外の行政処罰を設定することができ（行政処罰法10条1項）、地方性法規は、人身の自由を制限し、企業の営業許可証を取り消す以外の行政処罰を設定することができ（同11条1項）、行政規章は、法律、法規が未だ制定されていない場合に、警告または一定額の過料を設定することができる（同12条2項、13条2項）。行政許可法では、第一に、法律はいかなる形式の許可をも設定できるとし、第二に、未だ法律が制定されていない場合、行政法規は行政許可を設定でき、必要なときは、国务院の決定でも行政許可を設定できる（行政許可法14条）。第三に、未だ法律・行政法規が制定されていない場合、地方性法規は行政許可を設定でき、第四に、未だ法律・行政法規・地方性法規が制定されていない場合、省級人民政府の規章が臨時の許可を設定することができる（同法15条1項）。行政強制法では、第一に、「行政上の強制措置⁵²」は法律が

⁵⁰ 姜明安主編・前掲書『行政法与行政诉讼法（第六版）』67～68頁。

⁵¹ 法律の委任なく制定しうる、独立的な行政立法権の範囲について、立法法は次のように規定する。国务院は、(1)法律の規定を執行するために行政法規の制定が必要である事項、(2)憲法89条に定められた国务院の行政管理職権に属する事項について、憲法および法律に基づき行政法規を制定できる（85条1項、2項）。国务院各部・各委員会は、当該部門の権限の範囲内で、法律または国务院の行政法規、決定・命令の執行に属する事項について、法律および行政法規等に基づき、行政規章を制定することができる（80条）。省級の地方人民政府は、(1)法律、行政法規、地方性法規の規定を執行するために規章の制定が必要である事項、(2)当該行政区域の具体的な行政管理に属する事項について、法律、行政法規および地方性法規に基づき、規章を制定することができる（82条1・2項）。

⁵² 行政上の強制措置とは、行政機関が行政管理の過程において、違法行為を制止し、証拠の毀損を防止し、危害の発生を避け、危険の拡大を抑制する等のために、法に依り公民の人身の自由に対し一時的制限を実施し、あるいは公民、法人またはその他の組織の財物に対し一時的抑制を実施する行為をいう（行政強制法2条2項）。

設定するとし（10条1項）、第二に、法律が未だ制定されておらず、かつ国务院の行政管理の職権事項に属する場合、行政法規は、公民の人身の自由を制限するもの、預金・送金の凍結、その他法律で定めるべき行政上の強制措置を除くその他の行政上の強制措置を設定することができる（同2項）。第三に、法律、行政法規が未だ制定されておらず、かつ地方性法規の事務に属する場合、地方性法規は、財物の封印と差押えという行政上の強制措置を設定することができる（同3項）。他方、「行政上の強制執行⁵³」は、法律のみが設定しうる（強制法13条1項）。

これに対し、規範性文書については、行政処罰、行政許可および行政上の強制措置を設定することは法律上禁止されている。すなわち、行政処罰法14条は、「本法第9条、第10条、第11条、第12条および第13条の規定を除き、その他の規範性文書は行政処罰を設定してはならない」と規定し、行政許可法17条は、「本法第14条、第15条に定めるものを除き、その他の規範性文書で行政許可を設定してはならない」と規定し、行政強制法10条4項は、「法律、法規以外のその他の規範性文書で行政上の強制措置を設定してはならない」と規定する。ここから、規範性文書の濫用、それによる権利侵害の現状に鑑みて、少なくとも理論上および制度上は、「依法行政」原則による実体的な統制として、規範性文書の定立行為を法的に制御しようという考え方を確認することができよう。

（3）小括

以上の考察により、中国の「依法行政」原則について比較行政法的な観点から言えば、次の点を指摘することができよう。①「法律」（広義）による行政が要求され、すなわち、法律・法規・規章といった正式な立法手続により制定される法規範（広義の法律）の根拠なしに、公民の権利を侵害する行政行為（行政作用）を行うことはできないという点で、法律の留保（侵害留保の原理）が認められる。②行政立法と法律との関係において、行政法規の法律適合性や行政規章の法律・法規適合性、さらに行政規範性文書の法律・法規・規章適合性が要求され、また、現にある法律の規定ないし（上位法に適合する）法規・規章の規定に違反する行政行為（行政活動）は禁止される点で、法律の優位原則が確認される。しかし、③行政行為（行政活動）について定める法律の規定が存在しない場合に、「依法行政」原則のもとでは、行政機関は法律の委任なく独立的に（自由に）行政立法を制定し、また、それに依拠して個別の行政行為を行ったりすることが許容される。もっとも、それは無制限に認められるわけではなく、立法法が国家機関の立法権の分配の問題を調整し、法律に留保された事項・範囲を規定する（8条、9条）。しかしながら、立法機関の法律に留保された範囲は狭く、逆に、国务院の行政法規などの独立的な行政立法権の範囲は広汎である⁵⁴。すなわち、法律が存在しない状況で行政機関が法律から自由に行政立法を制定し、それを根拠に具体の行政活動をする余地が広く認められている。ただ、④規範性文書のみを根拠とした行政活動は禁止されており、法制度上も規定されている（行政処罰法14条、行政許可法17条、

⁵³ 行政上の強制執行とは、行政機関が自らまたは行政機関が人民法院に申し立てて、行政決定を履行しない公民、法人またはその他の組織に対して、法に依り義務の履行を強制する行為をいう（行政強制法2条3項）。

⁵⁴ 姚锐敏著『依法行政的理论与实践』法律出版社2000年83頁。なお、中国の行政立法の問題点を法治主義の観点から論じたものとして、拙稿「中国の行政立法と「依法行政」（法による行政）原則 - 行政立法の特質と法治主義との矛盾・問題 - 」（『アドミニストレーション』第11巻1・2号合併号1頁以下、参照）。

行政強制法 10 条 4 項)。

要するに、「依法行政」原則のもとでも、行政は法律・法規・規章に基づき、法律・法規・規章の規定に従わなければならない(違反してはならない)ことは存在し、つまり、拠るべき法のない行政、正式の法規範に基づかない行政は防止されている。この点については、一定の積極的評価をすることもできる⁵⁵。しかし、憲法および立法法上、法律の法規創造力原則は認められておらず、法律から自由な行政立法権ないし行政活動の領域が存在していることを指摘することができる。このことは、法治主義(法律による行政の原理)の観点からすると、「依法行政」原則は重大な問題を抱えていると言える。ただ、「規範性文書」の濫用とそれによる公民の権利侵害という実態に鑑みて、「規範性文書」に対する法的統制を最優先するところに、中国の行政法学界の理論的関心も寄せられているのかもしれない⁵⁶。

なお、国務院の行政法規など広汎な行政立法権の存在については、思うに、(a)憲法上の最高国家権力機関であり立法機関でもある(憲法 57 条, 58 条) 全人代の「有名無実化」「実質的な機能不全」⁵⁷と、(b)それを行政立法でもって代替的にカバーすること⁵⁸、などが実際的理由として考えられる。(a)について言えば、法治主義(法律による行政の原理)は、行政活動に法律というルールを根拠として要求し、行政の行動につき予測可能性を与えることで、行政活動が恣意的になされることを防ぎ、国民の権利・自由を守るという要請(自由主義的側面)とともに、行政活動について国民代表議会により制定される法律を要求し、行政活動が国民の民主的コントロールの下

⁵⁵ これについては、次のような叙述がある。すなわち、中国の行政法執行の実践では、「組織法あれば行為法あり」という観念が長年にわたり一般的に支配し、組織規範と根拠規範が混同され、行政機関が一定の事務について管轄権を有すれば、このような管轄権の行使に有用なあらゆる必要な措置を講ずることができると考えられた。このような観念の影響の下、法律の留保原則は当然ながら重視されなかった。他方、行政権の優越的地位と立法機関の消極的な不作為により、国家の行政管理領域の絶対多数の事項には正式の法規範がなく、行政機関の行政法規・規章ひいては規範性文書により調整を行い、たとえ「依法治国」「依法行政」が一般的に重視されるようになった後でも、立法機関が制定する法律と行政機関が制定する法規・規章について明確な区別がなされなかった。このことは、法律の留保原則の適用余地を制限していた(姜明安・余凌云主编『行政法』科学出版社 2010 年 70 頁)。

⁵⁶ ある論は、次のように分析する。(1)中国の法律留保の原則の適用範囲はなお限られたものであり、とりわけ国務院に私人の権利自由を干渉する広汎な権限を付与しており、古典的な法律留保原則と大きな差がある。(2)法律の留保原則については、次の 2 つの面から理解することができる。1 つは、議会または国家権力機関の立法権とその他の国家機関の立法権に関わるもので、これは憲法学が関心を寄せる焦点である。もう 1 つは、行政権は立法機関の制定した狭義の法律を根拠としなければならないか否かに関わるもので、これは行政法学が関心を寄せる焦点である。立法法等の法律の規定について、その関心が及ぶところは立法権の配置であり、第一の問題に属する。但し、それは第二の問題にも重要な影響を持っている。(3)實際上、一般的に存在する一つの現象は、規範性文書による私人の権利自由の制限である。法規範と非法規範を区別する基準は、法規範は公民の権利義務を設定しうるが、非法規範は一種の内部規範に過ぎず、私人の権利義務に関する定めを設けることはできず、法的効果を対外的に直接発生させることができない。したがって、規範性文書でもって私人の権利自由を制限し、私人に義務を設定する方法は、是正されなければならない(姜明安・余凌云主编・前掲書『行政法』71 頁)。

⁵⁷ 全人代の具体的活動の低迷、「ゴムスタンプ」と揶揄される実態、代表選挙の形骸化などについては、毛里和子『現代中国政治(第 3 版)』名古屋大学出版会 2012 年 117~121 頁、など、参照。

⁵⁸ この点については、拙稿・前掲論文「中国の行政立法と「依法行政」(法による行政)原則」26~29 頁、参照。

になされるという要請（民主主義的側面）があると考えられるが、全人代およびその常委の制定する法律については、この民主主義的側面からの正当性が弱いといえよう。そのためか、行政立法については、行政手続（民主主義的側面からの参加型の行政手続）が法律の規定上、若干用意されている。そこで、次にこの点について考察する。

2. 手続的統制 - 行政手続の観点から -

行政法規と行政規章については、立法法および『行政法規制定手続条令⁵⁹』、『規章制定手続条令⁶⁰』、『法規・規章備案規定⁶¹』（いずれも国務院の行政法規）により、行政立法手続が定められている。ただ、その内容（概説的に言えば、「立項（立法計画の策定）→起草→審査→決定（可決）→署名・公布→備案（登録）」というプロセス⁶²）は、行政立法の制定手続を定めたものであり、あるいは行政立法の制定に係る行政運営の手続ないし方法を定めたものと言える⁶³。これに対し、日本の行政法において、適正手続の原理に基づき要請される行政手続には、ある行政作用について利害関係を持つ国民が自己の権利利益の手続的保護という側面（自由主義的側面）と、多数の国民の利害が関係する行政作用について手続的に国民の合意形成を図るという側面（民主主義的側面）があると一般的に考えられるが⁶⁴、行政立法手続といえ、特に後者の側面から要請されるもので、意見公募手続ないしパブリックコメント手続がその典型である。このような行政立法手続に相当する行政手続として、中国には「聴聞（聴証）」手続がある。したがって、ここでは、中国の行政立法の制定手続の全てを対象とするのではなく、民主主義的側面としての行政手続の性格を持つ「聴聞」手続について考察するものとする。

中国の行政法学において、行政手続の基本原則の1つとしての「聴聞（聴証）」とは、行政機関が行政の相手方の合法的權益に影響を及ぼす決定を行う前に、行政機関が決定の理由および聴聞を受ける権利を告知し、行政の相手方が意見を陳述し、証拠を提出すること並びに行政機関が意見を聴取し、証拠を採用しかつこれに基づき相応する決定等を行うという手続により構成される法制度の一種であると定義される⁶⁵。このような「聴聞」手続の適用場面には行政立法も含まれ、すなわち、行政立法は具体的な行政の相手方は存在しないけれども、人の利益の再配分に関わるから、したがって、事前に利害関係人の意見を聴く必要があるとされる⁶⁶。例えば、行政法規制定手続条令12条は、「行政法規を起草するにあたっては、深く調査・研究し、実践の経験を総括して、関係する機関、組織および公民の意見を広く聴かなければならない。意見の聴取は、座談会、論証会、公聴会など多様な形式を採ることができる」と規定する。同様に、規章制定手続条

⁵⁹ 2001年11月16日国務院令第321号により公布。2002年1月1日より施行。

⁶⁰ 2001年11月16日国務院令第321号により公布。2002年1月1日より施行。

⁶¹ 2001年12月14日国務院令第337号により公布。2002年1月1日より施行。

⁶² 罗豪才・湛中乐主編・前掲書『行政法（第三版）』159～167頁。

⁶³ このことは立法目的規定からも言えることであり、すなわち、行政法規制定手続条令第1条は、「行政法規の制定手続を規範化し、行政法規の質を担保するため、憲法、法律および国務院組織法の関係規定に基づき、本条令を制定する」と規定し、同様に、規章制定手続条令1条も、「規章の制定手続を規範化し、規章の質を担保するため、立法法の関係規定に基づき、本条令を制定する」と規定する。

⁶⁴ 桜井敬子・橋本博之『行政法（第4版）』弘文堂2013年202～203頁。

⁶⁵ 姜明安主編・前掲書『行政法与行政诉讼法（第六版）』341頁。

⁶⁶ 姜明安主編・前掲書『行政法与行政诉讼法（第六版）』342頁。

令 14 条は、「規章を起草するにあたっては、深く調査・研究し、実践の経験を総括して、関係する機関、組織および公民の意見を広く聴かなければならない。意見の聴取は、座談会、論証会、公聴会など多様な形式を採ることができる」と規定する。さらに、同条令 15 条は、「起草された規章が公民、法人またはその他の組織それ自身の利益に直接的に関わり、関係機関、組織または公民がそれに対して重大な意見の不一致を有する場合には、それを社会に対し公表し、社会各界の意見を求めなければならない。起草単位はさらに公聴会を開催することができる。公聴会は、以下の手続に従って主宰されなければならない。(一) 公聴会は公開して開催し、起草単位は公聴会を開催する 30 日前までに公聴会の日時、場所および内容を公表しなければならない；(二) 公聴会に参加する関係機関、組織および公民は起草された規章について、質問をしておよび意見を表明する権利を有する；(三) 公聴会は調書を作成し、発言者の主要な観点およびその理由をありのままに記録しなければならない；(四) 起草単位は公聴会で出された各種の意見を真摯に研究しなければならない；起草された規章は審査に回されるときに、公聴会における意見の処理状況およびその理由を説明しなければならない」と規定する。このほか、行政許可法や行政強制法にも、類似の聴聞手続に関する規定がみられる⁶⁷。

これに対し、規範性文書については、その制定手続について規律した法律・法規・規章は存在しない。この点、規章制定手続条令 36 条がわずかに、「法に基づき規章の制定権を有しない県級以上の地方人民政府が一般的な拘束力を有する決定、命令を制定、発布する場合には、本条令の定める手続を参照して行う」と規定するに過ぎない。したがって、「聴聞」手続のような参加型の行政手続に関する規定も存在しない。ただ、一部の地方において、省級人民政府の行政規章の形式で、「行政手続規定」が制定されているが、その中には規範性文書の制定手続に関して定め、「聴聞」に関する規定も存在する。例えば、『湖南省行政手続規定⁶⁸』は、「規範性文書の制定にあたっては、多様な形式を採り広く意見を聴取し、かつ制定機関の責任ある法制執務の機関が行う適法性審査を経て、制定機関の責任者が集団による審議で決定しなければならない」と規定する(48 条 1 項)。『山東省行政手続規定⁶⁹』は、「規範性文書を制定するにあたっては、座談会、論証会、公に意見を求める等の方式を採り広く意見を聴かなければならない」(47 条 1 項)、「規範性文書の内容が重大な公共の利益に関わる場合、公衆に重大な意見の不一致がある場合、社会の安定に影響を及ぼすおそれのある場合、あるいは法律、法規、規章が聴聞をすべきと定める場合、起草部門は聴聞を主宰しなければならない」(同 2 項)と規定する。

このように、正式な法規範である行政法規、行政規章については、制定手続に関する統一的な

⁶⁷ 行政許可法 19 条は、「法律の草案、法規の草案および省・自治区・直轄市人民政府の規章の草案を起草するにあたり、行政許可の設定を予定する場合、起草単位は公聴会、論証会等の形式を採り意見を聴取するとともに、制定機関に対し当該行政許可を設定する必要性、経済および社会に生じる可能性のある影響、並びに意見の聴取および採用の状況を説明しなければならない」と規定する。行政強制法 14 条は、「法律の草案、法規の草案を起草するにあたり、行政強制の設定を予定する場合、起草単位は、公聴会、論証会等の形式を用いて意見を聴取するとともに、制定機関に対して当該行政強制を設定する必要性、生じる可能性のある影響、並びに意見の聴取および採用の状況を説明しなければならない」と規定する。

⁶⁸ 2008 年 4 月 9 日湖南省人民政府第 4 回常務会議にて可決、同日公布、2008 年 10 月 1 日より施行。

⁶⁹ 2011 年 5 月 25 日山東省人民政府第 101 回常務会議にて可決、同日公布、2012 年 1 月 1 日より施行。

ルールが定められており、その中には、行政立法を制定する前に広く公衆から意見を聴取する「聴聞」規定が置かれている。これに対し、下位の法規範である規範性文書（その法的性質は行政内部規範と考えられる）については、制定手続に関する統一的な規律はなされておらず、しかるに、公衆からの意見聴取手続もなく、一部の地方で制定されている『行政手続規定』（地方規章）における「聴聞」手続の規定があるだけである。しかし、中国国内の議論でも、規範性文書は法規・規章よりも密接に公民の権利利益に関係すること、規範性文書の濫用とそれによる公民の権利侵害という実態から、規範性文書に対する法的統制を強めるべきという一定の共通認識がある。このことから、国家レベルの統一的な行政手続法が制定された際には、規範性文書に対する共通の手続的規律を定めるべきとされる⁷⁰。現在、中国では、行政手続法の制定が議論・検討されているようだが、規範性文書に対する手続的規定も重要な課題となっている⁷¹。

（本研究は、科研費・基盤研究(C)「日中行政法の共通的理論・制度の構築に関する研究」（課題番号 26380043）の助成に基づく研究として行うものである。）

⁷⁰ 罗豪才・湛中乐主編・前掲書『行政法（第三版）』173～174頁。

⁷¹ 筆者は、2015年10月23日に北京大学にて開催された「第11回日中公法学研究シンポジウム」に参加したが、その際、「中華人民共和国行政手続法専門家建議稿」（北京大学行政手続法典化課題組）についての報告も行われた。本稿との関心で言えば、同建議稿は、「規範性文書」を行政手続法の規律対象とし、規範性文書の起草に係る意見聴取（「聴聞」）手続を定めている。すなわち、「行政規範性文書を起草するにあたっては、座談会、論証会、公聴会など各種の形式を通して社会公衆および専門家の意見を求めなければならない」としている（草案129条2項）。