

東アジアにおける行政法の共通基本原理の形成可能性

——行政に対する法的拘束の基本原理の普遍性と特殊性

蔡 秀 卿

目次

はじめに

- 一 東アジアにおける行政に対する法的拘束の基本原理の意味
- 二 東アジアにおける行政の適法性・合憲性の担保方法
- 三 東アジアにおける行政に対する法的拘束の基本原理の普遍性と特殊性
- 四 結びに代えて——東アジアにおける行政法の共通基本原理の形成可能性

はじめに

東アジア共通法の形成論または法統合論が各法分野において近年、過去でみられないほど活発に行われてきたことが周知の通りである。^① そのうち、憲法レベルにおける「東アジア共同体憲章案」^② や民法レベルにおける「ア

「アジア共通法原則」(Principles of Asian Civil/Commercial Law (PACL))⁽³⁾ という実践的なモデル法案まで出来上がっている。民事法レベルでは、経済活動のグローバル化に伴って新たに国境を越える経済活動の秩序を規律しグローバルな社会の新しい法秩序を、とくにソフトウェアとして形成する必要性や意義が比較的容易に考えられ、その共通法形成が技術的にも至難というほどでもないといえよう。これに対して、憲法や行政法分野においては、国家主権、国家権力、公権力等に直結し法意識や法文化・行政文化にも強く関係するものであり、西洋大陸法系や英米法系諸国(およびその継受国)からみれば東アジア諸国の間に権力分立の有無を含む権力統制観、人権観、統治制度はもちろん、これらと密接にかかわる行政権の意味、行政への法的統制の意味も必ずしも一様ではないことから、深い歴史の影響する日中・日韓・中台関係による不穏便な東アジアの国際政治情勢と相俟って、全体として、各国の憲法や行政法の個別的な論点にかかわる一般的な紹介または日本との比較検討にとどまっておらず、憲法レベルや行政法レベルの共通法形成の可能性について、どちらかといえば消極的な姿勢が見受けられる。⁽⁴⁾

一方、二〇一三年五月に日中韓の三カ国環境相会合が大気汚染問題についての政策対話の場を設置することになった。また、環境の問題のみならず、鳥インフルエンザなどの公衆衛生の問題、自然災害の予防・復興等の問題、消費者権利保護の問題、警察・刑事司法の問題等でも、一国内の国家権力・公権力だけでは十分に対処できず、東アジア全体の公権力で相互に連携協力し取り組まなければ東アジアの人々の権利利益が影響されるリスクが高まることも考えられる。このような東アジアが共通直面する行政的課題に対応するために今後も各方面の行政活動のグローバル化によって多国間行政の相互連携の範囲や密度を拡充していくことが予想される。⁽⁵⁾ 東アジアの人々の権利利益を侵害するおそれのある国家権力・行政権の範囲や内容が、行政活動のグローバル化によって

質量ともに拡充・変容してくならば、グローバルな行政活動への統制は新たに求められることになる。

行政法は、これまで、国家主権が前提とされその守備範囲が国家主権の及ぶ国内統治領域に限定され、国内の行政権を法的かつ民主的に統制することによって国民の権利利益を保護するものとして国際法と区別され位置づけられてきた。しかし、国際法規範の国内国民の直接適用の立法例の増加、前述した多国間行政の連携協力の拡充ないし国家主権の見直し等によって、国際法との相対化が進められてきた。東アジアに限っていえば、行政法は、国際法との相対化とともに、東アジア内のグローバルな行政活動への法的統制が求められることになる。

そこで観念的にも、実践的にも、従来一国の行政権を法的に拘束し国民の権利利益の保護を目的とする行政法上の基本原理原則は、東アジアのグローバルな行政活動を法的に拘束し東アジアの人々の権利利益の保護を目的とするもののレベルに再位置づけることが可能か否か、あるいは必ずしも国民の権利利益の保護を第一目的としない国がある場合においても、東アジアのグローバルな行政活動に対する法的拘束の共通基本原理原則とは何かが問われることになる。

東アジアのグローバルな行政活動に対する法的拘束の基本原理原則とは何かを考えるに当たって、方法論としては、EU法の経験を借りそのうち東アジアにも妥当であろうと考えられる普遍的なものを析出するというEU法析出アプローチと、東アジア各国の行政法における行政に対する法的拘束の基本原理原則を把握・理解し最大公約数的なものを析出する、最大公約数的なものを見出しにくいのであれば観念的あるいは実践的に共有できると考えられるものを構築するという東アジア共通法形成アプローチとが考えられよう。筆者は、東アジアの行政法を理解すること、しかも欧米の観点ではなく東アジア自身の視点から理解することが第一歩だと考えているため、後者のアプローチを採ることとする。そこで、共通法形成論を後押しする原動力となるために、東

アジア諸国の間に、各国が、他国との関係で行政活動に対する法的拘束の基本原理原則の相違性と類似性を正確に把握・理解しあうことや、それによって各国自己の認識・理解している同原理原則の東アジアにおける位置づけを再認識することや、東アジアの普遍性と特殊性を整理することが先行課題と考える。

したがって、以上述べたように、筆者は、「東アジア行政法」の形成を眺望しつつ、東アジアにおいて共有できる行政活動に対する法的拘束の基本原則について、検討を試みた⁶⁾(以下、「前稿」という)。本稿は、それに引き続き、行政に対する法的拘束の基本原理の比較検討を中心としつつ、東アジアにおける行政法の共通基本原理の形成可能性を考えようとするものである。具体的には、まず、各国において、行政に対する法的拘束の基本原理は、その原理の用語がともかくとして、学説や裁判実務においてどのように理解され展開されているのかを一瞥する。次に、各国において、行政に対する法的拘束の基本原理をいかなる担保方法で有意義なものにするか、言い換えれば行政の適法性・合憲性をいかに担保・実践するかを概観する。そのうえ、東アジアにおける行政活動に対する法的拘束の基本原理の普遍性と特殊性を整理し、最後に東アジアにおける行政法の共通基本原理が形成可能かを考えてみたい。なお、本稿で念頭に置く東アジアの範囲、台湾法のとらえ方については「前稿」と同様である。

一 東アジアにおける行政に対する法的拘束の基本原理の意味

以下は、台湾、韓国および中国の行政法において、それぞれ、行政に対する法的拘束の基本原理が学界や裁判

実務においてどのように理解され展開されているのかを一瞥する。日本行政法における法治主義については、周知のことであり省略することにする。

（一）台湾行政法における「法治国」・「依法行政」

1 上位概念としての「法治国」

現在台湾では、国家権力を法的に統制する法概念として、一般的にドイツ的な「法治国」または「法治国家」という概念が用いられている。それは、国家権力の内実をなす行政権、立法権、司法権がすべて法の支配によること、その「法」が民主的手続により作り上げられるものであること、「法」の内容が正義に適合するものであること、すなわちいわゆる実質的法治主義であること、適正な手続の要請が含まれることを意味するものとほぼ異論なく理解されている。行政権との関係においては、行政権が法治国の原則に服する法概念として、「依法行政」の原則が一般的に用いられているのである。「法治国」の原則を国家権力の法的統制の上位概念とするならば、「依法行政」の原則がその下位概念となる。

2 「依法行政」の原則の意味

「依法行政」の原則の意味について、台湾行政法教科書においては、一般的には、「法律の優位」の原則および「法律の留保」の原則だけが挙げられ「法律の法規創造力」の原則については挙げられていない。「法律の法規創造力」の原則について、二〇〇一年の行政手続法施行までに、中央法規標準法七条を根拠に、職権の範囲内であれば法

律の特別の授權なしでも発せられる、いわゆる「職權命令」が行政実務上大量存在していた。形式的法治主義的な存在であった「職務命令」は、多くの大法官解釈によってその適法性・合憲性が否定されていたもの⁽⁷⁾の、司法の効力の限定性で全面廃止には至らなかった。しかし、行政手続法の施行によって国民の權利義務に拘束力を有する行政立法が法規命令とされ法律の授權に基づかない法規命令が全面的に認められないことになった（一五〇条では法規命令が法律の明確な授權に基づくものでなければならぬとともに、その授權の範囲や法律の趣旨を越えてはならないとされる）。また、中央法規標準法五条（人民の權利義務にかかわる事項を含む四事項が法律で定めなければならないとされる）、六条（法律で定めるべきとされる事項は命令でそれを定めてはならないとされる）および行政手続法五条（明確性原則⁽⁸⁾）も、「法律の法規創造力」の原則を明文化する立法例として挙げることができる。したがって、「法律の法規創造力」の原則を、国民の權利義務に関する法規を定めることは民主的正統性をもつ国会の定める法律の専權事項に属することを意味するとするならば、以上の実定法の諸規定から、同原則が明確に認められているのである。また、立法院（国会）は行政立法が法律の趣旨等に適合するか否かを審査する権限をもっており、「法律の法規創造力」の原則等の適合性を統制することができる（立法院職權行使法六〇条から六二条まで）。

法律の優位の原則は、行政に対する法律の優位を意味し、法律に抵触する行政活動が無効であり、または取消されると理解されている。「依法行政」の原則に違反しないことを拘束するという意味で「依法行政」を消極的にとらえることを意味するものともいわれている（「依法行政」の消極的意味）。また、「法律の優位」の原則を明文化する立法例（憲法を含む）がある。たとえば、憲法一七一条では「憲法に抵触する法律は、無効とする」と、一七二条では「憲法又は法律に抵触する命令は、無効とする」と定められる。これらは、行政立法等に対す

る法律、憲法の優位であること、法律または憲法に抵触する行政立法等が無効であることを意味するものである。また、行政手続法四条では、「行政活動は法律および法律の一般原則の拘束を受けるものとする」と定められる。法律や法律の一般原則に違反する行政活動が違法であるとの理解に異論がない。

法律の留保の原則については、行政機関の組織および行政活動、とりわけ国民の自由・権利を制限・剥奪する行政活動について、法律の根拠がなければそれを行ってはならないと組織法と作用法上の授權の両方を意味するものとして理解されている。法律の根拠がなければ行政組織の設置・改廃、行政活動が禁止されるという意味で「依法行政」の原則を積極的にとらえることを意味するものともいわれている（「依法行政」の積極的意味）。法律の留保の原則を明文化する立法例は少なくない。憲法レベルでは二三条、二四条（公務員の懲戒、国家賠償請求）、六一条（行政院の組織）、七六条（立法院の組織）、八二条（司法院、裁判所の組織）、増修条文一一条（兩岸關係事項）等があり、法律レベルでは中央法規標準法五条、六条、地方制度法二八条、行政罰法四条等がある。法律の留保の原則の具体的な意味、すなわちいかなる事項、いかなる程度まで法律の根拠を要するかについて、学説や裁判実務において、全体として一九九〇年代以前とそれ以降に大きな変化がみられる。一九九〇年代以前では、学説において、ドイツの理論を継受した全部留保説・一部留保説・重要事項留保説、あるいは国会留保説・行政留保説、あるいは憲法留保説・法律留保説などのように、一般論の論じ方が多かった。裁判実務においては、人身の自由、制裁的処罰、租税について厳格な法律の根拠を要するが、法律を執行するための必要事項や過渡期的な事項については法律の根拠を要しないという見解が一般的であった。これに対して、一九九〇年代以降、とりわけ一九九七年二月二六日大法官第四四三号解釈の理由において人権価値序列に基づく法律の留保の階層序列化という見解が揭示されたことによって、法律の留保の原則の意味が具体化されることとなった。同号解釈の

理由では、憲法八条が保障する人身の自由について、憲法の留保の事項であり法律でそれを制限してはならないのに対して、他の自由・権利については憲法二三条の要件を充たせば法律でそれを制限することが認められるが、いかなる自由・権利が法律で定めるものとするか、それとも行政立法に委ねるものとするかについて、規範の対象、内容、権利の性質、制限の程度などにより判断されるとされた。また、元大法官呉庚氏は、法律の留保の原則の意味につき憲法の留保事項（たとえば憲法八条の人身自由の保障）、法律の絶対留保事項（たとえば生命、身体への剥奪・制限、請求権の消滅）、法律の相對留保事項（たとえば生命、身体以外の自由・権利の制限）および法律の留保に属しない事項（たとえば法律を執行するための技術的な事項）に分類するうえ、法律の留保の階層序列化を提唱している。⁹⁾ただ、現実にも大量に存在する法律の相對留保事項と絶対留保事項との間に必ずしも客観的かつ明確な判断基準が示されていないため、さらなる細緻な論拠が求められる。

他方、「法治国」または「依法行政」の原則の例外として総統の緊急命令権が長らく存在している。緊急命令は、もともと一九四八年に厳しい中台関係のもとで民主的正統性を欠いたまま公布された「超憲法的な」「動員反乱鎮圧臨時条項」に存在する権威主義的な制度であった。一九九一年の同条項廃止の後、七回にわたって統治機関の台湾化を中心的な内容とする憲法改正がなされたが、緊急命令がなお温存されている。¹⁰⁾中台関係が緩和されているとはいえ、完全な平和関係とはいえないからである。ただ、「法治国」を破壊するものであるため、二〇〇二年五月三日大法官五四三号解釈では、緊急命令の内容の具体性、詳細性が原則とされ、それができない場合、緊急命令での明示が要請されると緊急命令への実体的統制の必要性や統制方法が示された。

（二）韓国行政法における「法治主義」・「法律による行政」

一九四九年以降の韓国行政法は、併合時代で戦前の日本行政法を通じて近代ドイツ型の行政法体系が作り上げられた。併合時代の影響で近代法の原理である法治主義と「法律による行政」の原則について、日本と同様にドイツ型の法治主義・「法律による行政」の原則を受継いできた。法治主義の意味について、いわゆる実質的法治主義であること、適正な手続が含まれることを意味するものであり、「法律による行政」の原則の意味について、日本と同様に「法律の法規創造力」、「法律の優位」、「法律の留保」の三つの原則を意味するものと理解されており、法律の留保の原則をめぐる学説も、日本の議論と大差がみられない。⁽¹²⁾

また、「法律の留保」の原則を明文化する立法例としては憲法七五条（大統領令）、九五条（國務總理または行政各部の長の命令発布権）があり、「法律の法規創造力」の原則を明文化する立法例としては行政手続法五条（明確性原則）がある。

他方、韓国では、憲法上大統領が法律の効力を有する緊急処分・命令を発する権限（七六条）、戒厳を宣布する権限（七七条）をもっている。これらの緊急処分・命令権や戒厳発布権は、法律の根拠がなくても人権への制限が認められるものであり、法治主義の例外として存在している。ただし、國務會議の審議（八九条五号）、国会での事後承認・通告などの手続的制約が課せられている（七六条三項、七七条四項）。

(三) 中国行政法における「依法行政」・「合法行政」(行政の合法性の原則)

1 国による「依法行政」の推進と「依法行政」の立法例

中国では、「法による国の統治」(「依法治国」)が国策としてはじめて打ち出されたのが一九九七年共産党一五回大会においてであった。同大会において社会主義法治国家の建設という目標を掲げて「依法治国」を推進するとされたのである。一九九九年全国人民代表大会二次会議において、この「依法治国」政策を憲法に盛り込めるという憲法改正案が通過された(憲法五条)。これを受けて、一九九九年一月に國務院が「依法行政」の理念や推進方法を含内容とする「關於全面推进依法行政的决定」(「法律による行政の全面推進に関する決定」)(通達)を各省、自治区、直轄市人民政府、國務院各部委委員会および直轄機関に発した。しかし「依法行政」の具体的な意味については明確ではなかった。二〇〇二年共産党一六回大会において、社会主義民主政治、社会主義政治文明が社会主義国家の小康社会の建設目標として掲げられると同時に、法執行の強化、法律による行政の推進の方針も確定された。そして、二〇〇四年三月二二日國務院「全面推进依法行政实施纲要」(法律による行政の全面推進に関する実施要綱。以下、「実施要綱」と略す。)において、「依法行政」の内容がはじめて明確になった。それは、①適法に行政活動を行うこと(「合法行政」)、②合理的に行政活動を行うこと(「合理行政」)、③適正な手続で行政活動を行うこと(「適正手続」)、④人民に高効率かつ利便な行政活動を行うこと(「効率利便性」)、⑤誠実信義をもって行政活動を行うこと(「誠実信用」)および⑥権限と責任が一致すること(「権限責任統一」という六原則である。

現在、「依法行政」を明文化する立法例も少なくない。たとえば、「法律の法規創造力」の原則にかかわるもの

として立法法八条（十法律制定事項）、九条（法律未整備期における國務院への授權とその例外（國務院への授權の禁止事項として政治的權利の剥奪、人身自由を制限する強制措置および処罰、司法制度等が明記される）。ただ、厳密に言えば法律の法規創造力の原則を意味するものではない。後述。）、一〇条（授權の目的・範圍の明確性の原則、再授權の禁止）、一一條（立法事実の成熟時における法律制定と授權の廃止）が、「法律の優位」の原則にかかわるものとして憲法五條が、「法律の留保」の原則にかかわるものとして行政処罰法三條、行政許可法四條、行政強制法三條、四條等がある。

2 「依法行政」・「行政の合法性の原則」の概念をめぐる論議

中国行政法における「依法行政」・「行政の合法性の原則」の性質・位置づけについて、前稿で述べたように、一九八九年に建国以来、全国で第二冊の行政法統一教材である羅豪才編『行政法学』（中国政法大学出版社）において、行政法の基本原則につき「行政の合法性」の原則と「行政の合理性」の原則を意味するとする見解が示され、この二原則を内容とする「依法行政」がはじめて政治原則、行政管理原則から脱却し行政法の基本原則（法原則）として確立した。しかしこの二原則の具体的な内容について必ずしも明確ではなかった。その後、学説の間に二原則説のほか、三原則説、四原則説、五原則説、六原則説等が続出し、それぞれの原理原則の内容についてもまちまちであり、各原理原則間の論理的相関性も明確ではなくまさに百家争鳴の状況といえる。ゆえに「依法行政」の具体的な内容については通説的な見解がみられないのが現状であろう。ただ、学説の多数説と前述の二〇〇四年國務院の「実施要綱」との間に、前述の二原則、すなわち「行政の合法性」の原則と「行政の合理性」の原則が最大公約数的な見解であることとみることができる。今日、学説の間に、この二原則のほか、二原則に複数

の原則を加えるとする多数説（多原則説。たとえば応松年氏、余凌云氏⁽¹⁴⁾）と、「行政の合法性」と「行政の合理性」を用いず「実体的基本原則」と「手続的基本原則」という分類を用いて「依法行政」を実体的基本原則と位置づけるとする有力説（新二原則説。姜明安氏⁽¹⁶⁾）とがある。

分類の仕方はともかくとして、「依法行政」または「行政の合法性」の意味内容について、たとえば、姜明安氏は、「依法行政」の原則にいう「法」は憲法、法律、法規、規章、法の一般原則を含むものとしつつ、行政がこれらの「法」によらなければならない、行政が上位の法に抵触する「法」を適用しないと⁽¹⁷⁾する。応松年氏は、「行政の合法性」は、「法律の優位」と「法律の留保」を意味するものとし、「法律の優位」につき、行政機関が行政管理を行うに当たっては、法律、法規、規章によらなければならない、法律が法規、規章より優位をもつことをいい、「法律の留保」について、法律の明確な授權がなければ行政行為をすることができないことを意味し、「法律の留保」の範囲をめぐる学説を紹介するうえ、中国では「重要事項留保説」（立法法八、九条）と「侵害留保説」（前掲の国务院の実施要綱）を採用していると述べている。余凌云氏は、「行政の合法性」の具体的な内容について、行政機関の制定する行政法規、規章、地方人民政府規章その他の規範性文件が上位法に抵触してはならないこと、行政機関の職権が法律により付与されるものでなければならない、それを越えて行使してはならないこと、行政機関が行政管理を行うには、法律、法規、規章によらなければならない、法律、法規、規章の規定がなければ、公民、法人その他組織に合法的な権利利益に影響を与えそれらの者に義務を賦課する決定を行ってはならないことを述べている。⁽¹⁹⁾このように、前掲の学説の間に、若干意味不明なところもあるが、全体として、ドイツ型の「法律の優位」、「法律の留保」の原則の一部に近いものが含まれる点で共通するといえよう。

しかし、「法律の法規創造力」の原則についての叙述がほとんどみられない。⁽²⁰⁾中国が同原則を採用しているか

否かについて諸実定法から読み取るしかできない。国の立法権について、全国人民代表大会（以下、「全人代」と略す）は、後述するように、国の最高立法機関、最高法律解釈機関であるとされるが、国の唯一の立法機関とはされない。全人代（常務委員会を含む）のほか、國務院も実質的にもう一つの立法機関であるとされるからである。前述した立法法八条では、①国家主権、②各級人民代表大会、人民政府、人民法院、人民檢察院の組織および職権、③民族区域自治制度、特別行政区制度、基礎大衆自治制度、④犯罪および刑罰、⑤政治的權利の剥夺、人身自由を制限する強制措置および処罰、⑥非国有財産の徵収、⑦民事基本制度、⑧基本經濟制度、財政、海關、金融および國際貿易の基本制度、⑨訴訟および仲裁制度、⑩その他法律で定めるべき事項という十事項が法律で定めなければならないと定められる。八条だけでは、「法律の法規創造力」の原則の一部を具体化するものであるようにみえる。しかし、これに次ぎ、同法九条では、八条の法定事項が法律で定められていない場合、全人代および常務委員会は國務院に行政法規で定めることを授權することができると定められる。二か条を全体的にみると、その法定事項について例外があるものの、國務院への一般的授權を容認することと読み取ることができる。さらに、憲法八九条では、國務院の諸職権に憲法および法律に基づき行政法規を制定すること、その他全人代と常務委員会により授權される権限が職権として例示されている。これは、全人代の國務院への包括的授權を認めるものと理解することができる。したがって、国の立法構造は、実質的に全人代（常務委員会を含む）の制定する法律と國務院の制定する行政法規からなる二元的立法構造となっているのである。「法律の法規創造力」の原則を、国民の權利義務に関する法規を定めることは民主的正統性をもつ国会の定める法律の専權事項に属することを意味するとするならば、民主的正統性を有しない國務院に包括的な立法権を付与することを憲法および法律で容認することは、もはや「法律の法規創造力」の原則を否定することになる²⁰¹。また、前述の学説で

は、「依法行政」または「合法行政」における「法」が人民代表大会制定の法律等に限定されず、国务院制定の行政法规等も含まれるものとされ、人民の権利義務にかかわる法規の意味が国务院の行政法规を排除しないものと読み取ることができるため、「法律の法規創造力」の原則が採用されないと理解することができよう。

二 東アジアにおける行政の適法性・合憲性の担保方法

行政に対する法的拘束の基本原理への適合性をいかに担保するか、すなわち行政の適法性、合憲性の担保方法が行政に対する法的拘束の基本原理の存在意義を評価するための不可欠の論点である。以下、東アジアにおいて行政に対する法的拘束の基本原理（または行政の適法性・合憲性）の担保方法を概観する。東アジアにおいて、全体として、権力分立の原則を採用する台湾・韓国・日本と、民主集中制の原則を採用する中国とは大きな相違がある。

（一）権力分立の原則を採用する台湾・韓国・日本

権力分立の原則を採用する台湾・韓国・日本において、行政の適法性の担保方法について、行政の適法性を統制する行政（事件）訴訟制度があり、そのもとで行政に対する法的拘束の基本原理に適合するか否かという行政の適法性が、台湾および韓国では司法機関である行政裁判所に、日本では普通裁判所において審査されるものと

されている。司法審査機関や行政（事件）訴訟の類型が異なり国民の権利利益救済の実効性に関する評価が異なる面もあるものの、司法審査機関が行政の適法性を最終的に統制すること、司法審査機関が行政権から高度の獨立性を有するものとされることが共通する。行政の合憲性の担保方法については、憲法上の原則としての行政に対する法的拘束の基本原理に適合するか否かという行政の合憲性が、台湾では司法機関である大法官に、韓国では憲法裁判所に、日本では普通裁判所において審査されるものとされている。司法審査機関、審査の対象や手続等が異なるものの、違憲審査機関が行政の合憲性を統制すること、違憲審査機関が行政権・立法権から高度の獨立性を有するものとされることも共通する。また、「法律による行政」の原則の機能評価を大きく左右する行政機関制定の抽象的規範行為である行政立法の適法性・合憲性の担保方法についても、行政（事件）訴訟、違憲審査制度に含まれるものとされていることも共通する。権力分立の原則を採用する以上、行政、立法および司法という三権の間の分立と均衡が図られ、行政・立法から独立した司法が行政権・立法権の濫用を抑制し行政の適法性・合憲性、立法の合憲性を統制することが本来司法の役割であることは台湾、韓国および日本の間に異論はないであろう。

（二）民主集中制の原則を採用する中国

これに対して中国では、憲法上「社会主義法治国家」が掲げられ、台湾・韓国・日本の権力分立の原則が採用されず、主権が人民にあるとされるが（憲法、二条一項）、最高の人民代表機関かつ最高の国家権力機関が全国人民代表大会にあり、国家行政機関、審判機関、檢察機関が全人代に責任を負うという全人代を頂点とする、民主

集中制と呼ばれる国家権力統治制度が採用されている（憲法三条一項、三項）。全人代は、法律レベルでは国の最高立法機関のみならず（憲法五七条、五八条）、法律統一の決定権（立法法八五条）、常務委員会制定の法律への妥当性審査権・廃止権（立法法八八条一号）をもっており、憲法レベルでは憲法改正権、憲法監督権（憲法六二条一号、二号、六四条）、常務委員会同意の自治条例、単行条例の違憲審査権・廃止権（立法法八八条一号）をもっている。全人代常務委員会は、國務院の行政法規、地方法規、省・自治区・直轄市人民代表大會常務委員會同意の自治条例・単行条例に対する違法審査権・廃止権、違憲審査権・廃止権をもっている（立法法八八条二号）。また、最高審判機関である最高人民法院と最高檢察機關である最高人民檢察院が全国人民代表大會に責任を負うこと（憲法一二八条、一三三条）と相俟って、全人代は最高人民法院院長と最高人民檢察院檢察長の任命・罷免権をもっている（憲法六二条七号、八号、六三条、法官法一條二項、檢察官法一二条二項。ちなみに、全人代常務委員会は審判員（裁判官）の任命権・罷免権をもっている（人民法院組織法三五条四項）。さらに、裁判の独立について、人民法院、人民檢察院がそれぞれ、独立して審判権、檢察権を行使し、行政機關、社会团体、個人からの干渉を受けないものという人民法院・人民檢察院の独立の原則が掲げられているが（憲法一二六条、一三一条）、それは、法院審判員（裁判官）・檢察員（檢察官）が個々の事件につき独立して職権行使するという意味での独立ではなく、人民法院・人民檢察院としての独立を意味するものにすぎず、しかも、人民代表大會の監督を排除するものではない。⁽²⁾人民法院の審判員（裁判官）は、個々の事件につき人民法院院長・副院長、人民代表大會の同意を得た者等から構成される審判委員会による監督と人民による監督とを受けることを義務付けられており（法官法七条七号、人民法院組織法一二条二項）、人民檢察院の檢察員（檢察官）は、個々の事件につき檢察長等から構成される檢察委員会による監督と人民による監督とを受けることを義務付けられているのであ

る（檢察官法八条六号、人民檢察院組織法三条二項）⁽²³⁾。このように、民主集中制を採用する中国では、全人代は、国の最高立法機關、最高法律解釋機關であると同時に、憲法改正機關、一部の立法の合憲性を監督する憲法監督機關でもあり、また、個々の審判事件につき人民法院・人民檢察院の裁判官・檢察官が人民代表大会に責任を負うこと、審判委員会等を通じて人民代表大会による監督を受けることから、實質的に最高審判機關であるといっても過言ではないであろう。改憲権、立法権とそれに対する監督権（審判監督権を含む）が全人代に集中し、全人代から独立する監督機關はないという点が特徴である。

したがって、行政に対する法的拘束の基本原理の担保方法のうち、行政の適法性の担保方法について、行政訴訟制度があるものの、民主集中制のもとで人民法院の審判が個々の事件につき独立して職権行使することが認められず、審判委員会等を通じて人民代表大会による監督を受けることから、権力分立を採用する台湾・韓国・日本の行政（事件）訴訟制度とは性質を異にするものであり、民主集中的違法審査制ということができよう。

また、立法の合憲性の担保方法については、全人代は常務委員会同意の自治条例、単行条例の違憲審査権・廃止権を、その常務委員会は國務院の行政法規、地方法規、省・自治区・直轄市人民代表大会常務委員会同意の自治条例・単行条例に対する違憲審査権・廃止権を、それぞれもっているが、全人代制定の法律の合憲性に対する審査制度もなく、國務院の行政法規を除く広い意味の行政活動の合憲性に対する審査制度も存在しない。⁽²⁴⁾ 全人代常務委員会制定の法律に対する全人代の合憲性審査制度があるが、もっぱら全人代の自律審査にとどまるものであり、全人代から独立した外部機関による審査ではない。全人代が最高の憲法監督機關であるため、それから独立する審査機関が立法や行政の合憲性を審査することが認められないという民主集中制によると考えられる。したがって、中国の違憲審査制度は、民主集中制に基づいて全人代制定の法律を除く立法と一部の行政活動（行政

法規）が各級人民代表大会において違憲審査を受けるものにとどまるものと理解することができよう。⁽²⁵⁾ 民主集中制に依拠するものであるため、民主集中的違憲審査制といえるかもしれない。

三 東アジアにおける行政に対する法的拘束の基本原理の普遍性と特殊性

以上、台湾、韓国および中国行政法における行政に対する法的拘束の基本原理の意味合いを概観してきた。日本を含めて、それぞれの裁判実務の状況を念頭に置きながら、東アジアにおける行政に対する法的拘束の基本原理の普遍性と特殊性を整理する。

まず、権力分立の原則を採用する台湾、韓国および日本は、時間差はあれ、あるいは直接であれ間接であれ、いずれも、馴染みやすいドイツ型の「法治国」および「法律による行政」の原理を継受してきた。「法治国」・法治主義のとらえ方について、過去では三カ国の間に、国民代表機関制定の法律によって統治すればよいととらえられ、「悪法も法である」といわれるように法律の内容を問わず形式的に法律によって国を治め行政を行うという考え方や白紙委任の行政立法法（形式的法治主義または形式的法治国）が容認されていた時期があった。しかし、今日ではそうではなく、憲法上の諸原則に適合することを内容とする法律によつて適正な手続をもつて統治することを意味する（実質的法治主義または実質的法治国）とほぼ共通理解されているとみることができる。また、行政法上の原理と憲法上の原理との一体性という前提のもとで、「法律による行政」の原則の意味合いについても、三カ国の実定法や学説からみれば、「法律の法規創造力」、「法律の優位」および「法律の留保」の原則からなる

ものであり、とりわけ「法律の法規創造力」の原則につき国民の権利義務にかかわる行政立法が法律の明確かつ具体的な授權を要するとほぼ共通理解されているとみることもできる。法治国および法律による行政の原則の担保方法についても、司法審査機関や行政（事件）訴訟の類型、審査の対象や手続等という司法審査制度の設計が異なるものの、司法審査機関が（行政立法を含む）行政の適法性・合憲性、立法の合憲性を最終的に統制すること、司法審査機関が行政権および立法権から高度の独立性を有するものとされることが共通することも前述した通りである。

さらに、法律による行政の原則の実践過程、裁判実務の展開過程をみると、三カ国は、前述のように形式的法治主義から実質的法治主義へ転換したという経験を時間差はあれ、共有している。台湾も韓国も日本も、過去では法律の整備が十分でない時期において法律に基づかない行政命令あるいは法律の根拠のない行政指導等が先行するという考え方が許されていたし、実務においても多く存在していた。緊迫する中台・朝鮮関係に起因する国家安全の課題を優先せざるを得ない台湾と韓国は、総統・大統領の緊急命令権という法治国の原則の例外的制度も温存している。しかし、台湾では、一九八〇年代以降、大法官や行政裁判所によって、法律による行政の原則が積極的に適用され展開され、行政の適法性・合憲性が積極的に審査され、多くの実定法や行政立法の制定・改廃につながってきた。法律の留保における階層序列論の登場、法律の根拠に基づかない行政命令の徹底的否定、特別権力関係論の崩壊、⁽³⁶⁾ 諸々の人権侵害に対する実効性ある救済の保障、適正な手続の要請、総統の緊急命令権の制約等という法律による行政の原則を実質化した経験からみれば、立法・行政の合憲性に対する司法審査は、形式的法治主義から実質的法治主義への転換にきわめて大きな役割をはたしてきた。行政の適法性に対する司法審査も、二〇〇〇年行政訴訟法的大幅な改正後、訴訟事件数の急増とともに、積極的審査の傾向が続いている。

法律による行政の原則の適合性に対する積極的司法審査がなければ、旧体制からの「脱胎換骨」になることが不可能に近いといえよう。また、韓国も、一九八八年憲法裁判所設置後、人権侵害、非民主的政治体制等に関する法律規定の違憲決定が数多くなされてきた。憲法訴訟願においても、権利救済型のものも、違憲法律審査型のものも、法治行政を深化させてきた。⁽⁷⁾ 法律に基づかない命令の違憲判断もあつた。⁽²⁸⁾ 一九九八年（ソウル）行政裁判所設置後、行政訴訟の件数が急増し行政活動の違法審査が活発に行われてきた。⁽²⁹⁾ 全体として、法律による行政の原則の適合性に対する積極的司法審査を通じて実質的法治主義を実現することができたと言ふことができる。

一方、日本は、立法の合憲性、行政の合憲性・適法性に対する司法審査は、台湾・韓国と比べ、非常に消極的傾向が続いている。行政の適法性・合憲性の確保に限っていえば、法律による行政の原則の実質化に関する学説は多いが、それが実務に十分に反映されるとはいえず、学説と実務との乖離が存在する面があるというのが台湾とは大きな差異がみられる。とはいふものの、少なくとも判例を通じて法律による行政の原則を実質化する経験が積み重ねられてきたのも事実である。したがって、今日では、台湾、韓国および日本において、法律による行政の原則がすでに実定法、学説、裁判実務や行政実務を通じて浸透・定着しているとみることができる。

これに対して中国は、現在、実定法や一部の学説ですでにドイツ型の「法治国」、「法律による行政」の原則が取り入れられ、「行政の合法性」の原則という用語が用いられ説明されることが目立つようになっている。法律による行政の原則の意味合いについて、「法律の法規創造力」の原則を除けば、表面上は台湾、韓国および日本の理解とは若干の類似性がみられるようになった。しかし、「行政の合法性」の原則の本質は、台湾、韓国および日本の「法律による行政」の原則とは大きな特殊性があるといわなければならない。

①まず、そもそも現在中国の行政法の存在意義または行政法の性格について特殊性がある。社会主義国家であ

る中国は、一九八〇年代までには、旧ソビエトの影響を受けて、計画経済体制のもとで生産、社会資源の再配分、社会保障等を含む権限のすべてが国・行政の役割にあり、「万能政府」で表現されるように、民主集中制のもとで全人代に集中しその内容を一党支配により決定する国家権力が実質的に無制限であり、国家権力への監督の概念が実質的に存在しなかった。このような統治構造のもとで「行政法」は普遍的に主権者全員の権利利益保護を第一目的とするものを見出すことができず、国家・行政の役割を効率化するために構成される国家管理法・行政管理法として位置づけられていた。一党支配による国家権力統治構造からすれば、実質的に党が党員を効率的に管理するための「党管理法」の色彩が濃厚といえよう。ゆえに国家権力・行政権を拘束し主権者全員の権利利益を保護するための法原理原則が存在する余地がなかった。一九八〇年代以降、計画経済から市場経済への移行に伴って、国家・行政の役割が「万能政府」から「限られる政府」に転換してきた。これまで国・行政が行ってきた役割を社会・私人が担うことになり私的権利の概念が生成し政府の活動による私権の侵害が想定され、政府活動への監督が生まれるようになったといわれている。しかし、民主集中制という統治制度がなお維持され実質的に一党支配という統治の形態が続いている。法文化的にも、儒教思想や礼の制約の觀念が根強く欧米的な自由主義的な思想がきわめて薄く、行政文化に反映される「官本位」の意識がなお変化していない。自律した個々の主権者・権利義務主体からなる市民社会という行政法の成立の社会基盤・社会条件がまだ成り立っていないのが現状であろう。そこで現在中国「行政法」は、国から社会に移譲される役割を国が統制するための「法」であり、自由主義的思想が大前提で自律する主権者から構成される市民社会が先行し国家権力・行政権の濫用を抑制することにより主権者の自由・権利を保護する意味での行政法とは性格を異にしている。このように必ずしも市民の自由権を前提とせず生成した「行政法」について、その意義をめぐって、今日の学説の間にいまだ様々な見解が

分かれており、通説的な考え方がみられないのが現状であろう。たとえば、行政法が国家権力を統制することを目的とする法であるとする「権力統制論」のほかに、行政法が国家・行政と相手方との権利義務関係の均衡性を図ることを目的とする法であるとする「衡平論」、行政法が個人利益ではなく公共利益を保護することを目的とする「公共利益論」、行政法が人民に提供する様々な公共サービスを規律する法であるとする「公共サービス論」等がある。全体として、「行政法」とは何か、「行政法」の発展方向性についてまとまった見解を見出すのが困難であり、またそれぞれの見解における行政法の意義と「行政の合法性」との論理的相関性についても明確ではない。

このように、中国は、前述した「依法行政」の推進目標と推進方法・過程からみれば、憲法上社会主義法治国家という目標や社会主義制度的特色を維持しつつ、そのもとで生成される「行政法」は、国家・行政管理体制の構築を主たる目的としており、憲法上主権者とされるはずの人民の権利利益の保護が付随的なものないし欠如するという矛盾を抱えながら展開してきていることが大きな特殊性といえよう。「依法行政」が結局、市場経済を管理するための「法」の権威を確立するための道具として使われるものといわなければならない。

②次に、行政法は、憲法的価値を実現する性格をもつはずであるが、中国「行政法」は、以上の「行政法」の性格の特殊性と相俟って、憲法との断絶、すなわち憲法と無関係に展開することも大きな特徴といえよう。憲法と切り離して「行政法」を論じる理由は、様々であろうが、憲法の裁判規範性が否定される、すなわち個々の訴訟事件につき憲法が直接的法的根拠とはなりえず、個々の事件の原理原則を積み重ねる行政法が憲法を具体化する法であるという認識が生まれなことが一因ではないかと考えられる。ゆえに中国の体系的な行政法教科書では憲法を前提とする叙述があまりみられず、憲法的価値を実現する行政法にはなっていない。そのためか、「行政の合法性」の原則と、憲法上掲げられる「社会主義法治主義」との論理的相関性についても不明確である。党

大会で社会主義の小康社会・平和協調社会の構築という目標を掲げ「依法治国」、「依法行政」、「社会主义法治主義」を推進することが繰り返して強調され、前掲の國務院の実施要綱でも「法による国の統治」と「徳による国の統治」との有機的結合が強調されてきたが、原理的に、社会主义法治主義とは何か、「法治」と「徳治」を混合する中国的な「法治」とは何か、そして「社会主义法治主義」ないし「法治と徳治との混合的法治」と「依法行政」、「行政の合法性」との関係についてなかなか納得行く説明がみられない。社会主义法治主義が西欧民主法治より優れるという社会主义優位論⁽³⁾と西欧法推進論との大きな対立の構図のなかで、「社会主义法治主義」の理解の仕方等についてまとまった見解を見出すのが困難であることによると考えられる。このように、「依法治国」、「依法行政」、「行政の合法性」自体が目標ではなく、社会主义の小康社会・平和協調社会の構築のための手段と認識されるならば、中国の「依法治国」、「行政の合法性」を資本主義下の法治国・法律による行政と同様にみることができかねる疑問である。

③さらに、前述した行政法の性格、行政法と憲法との断絶と関連して、行政権への統制方法も特徴的である。行政権への立法統制について、前述したように、国の二元的立法構造のなかで「法律の法規創造力」の原則が否定され、民主的正統性をもたない國務院の行政法規等が実質的に人民の権利義務にかかわる行政活動の「根拠」となりうるという考え方が主流的である。しかし原理的に、「法律の法規創造力」の原則なしであれば、法体系の實際が行政法規等により支配されることになり、「法律の優位」の原則が無意味になり、また、國務院の行政法規等さえあれば、それを根拠とし行政活動を行うことが認められることになり、法律の根拠がなければ行政を行ってはならないという「法律の留保」の原則も無意味になる。「法律の法規創造力」を抜きにしている「依法行政」は、はたして有意義なものであるか疑問である。

もっと特徴的なのは、行政権への（司法ではない）審判統制方法である。前述したように、行政の適法性の担保方法は、いわゆる民主集中的違法審査制であり、行政訴訟制度があるが、人民法院の審判が個々の事件につき独立して職権行使をする法的保障がないため、いかに公正中立な審判を保つかが課題である。また、違憲審査制度についても、いわゆる民主集中的違憲審査制であり、一部の立法と行政しか対象にならず、重要な全人代の法律への違憲審査が実質的に存在しない。違憲審査をめぐる議論が活発に行われていると同時に、違法審査と違憲審査の共通課題である司法の独立の問題も表面化されている。ただ、いずれも民主集中制を前提とする意見が多いようである。⁽³⁾ 民主集中制に触れなくても、司法という歴史伝統がないこと、審判機関の「案例」が先例性や拘束力を有せず、判例法を蓄積する余地が生まれないこと等で指摘されたように、歴史文化や統治制度等に由来する司法の脆弱さから、権力分立に基づく司法審査制度を導入するのが容易ではないとする意見が少なくない。

四 結びに代えて―東アジアにおける行政法の共通基本原理の形成可能性

以上、東アジアにおける行政に対する法的拘束の基本原理の意味合い、その担保方法を概観し、東アジアにおける行政に対する法的拘束の基本原理の普遍性と特殊性を整理した。全体として、行政に対する法的拘束の基本原理の理解と実践について、台湾、韓国および日本の間にならかなり接近してきている。法治国・法治主義および法律による行政の原則は、少なくともこの三カ国の間に共通基本原理として理解できるし、実践の実効性も期待できるものと考えている。しかし、中国は、前述したように、統治制度、歴史文化、人的要素等に起因する多くの

特殊性がなお存在している。諸々の特殊性を抱えている中国「行政法」の存在が東アジアにおける行政法の共通基本原理の形成に大きな悩みとなっている。

ただ、EU統合やEU法の形成過程でも示唆されたように、共通法の形成が自国の独自の法をなくすのではなく、自国法のうえに多様な法システム・法文化が存在し互いに共通認識・理解しさらに互いに尊重するという多元法の存在が前提とされている。共通法形成論は多元法の社会のなかで自国法の位置づけ、自国法と他国法との関係をきちんと整理する法的作業といえるかもしれない。そうであれば、他の国が中国現在の抱えている諸々の特殊性あるいは矛盾をどこまで正確に理解するか、どこまで形式的法治主義から実質的法治主義への転換の経験を中国に正確に示唆するか、固有法と西洋法を混合し発展していく中国がどのように東アジアにおける自国の位置づけを再認識するかが、共通法形成の進展に大きな鍵となろう。

東アジアは、そもそも儒教文化圏、漢字文化圏であり、歴史文化面では深い関係が築けられてきたし、法継受の歴史の面でも、西洋法継受の経験を共有しており、ともに馴染みやすいドイツ型の法を取り入れ発展してきた。共通直面する行政法的課題も過去でも少なくなかったし、これからも多方面のグローバル化に伴って増加することが予想される。このような共有する歴史経験は、共通法形成に向けての共通な土台となるものであろう。東アジアの過去、現在そして未来を総合的に考えると、客観的にまだ時期尚早であろうが、東アジアの平和かつ安定な社会を維持するために、東アジア社会全体に共有する共同規範づくりがどうしても必要であろう。そう考えれば、中国現在が抱えている諸々の特殊性・矛盾の多くが民主集中制をはじめとする憲法上の統治制度に由来するものであり、それは、究極的に、他の諸国と異なる国家権力統制観によるものにすぎず、主権者による法的統制の意義と必要性という点では他の諸国と共通認識されているとみることができよう。また、一九九〇年代以降の

中国「行政法」の急速な展開からみれば、短期間にもかかわらず伝統的なものを温存しつつドイツ型の法治国・法律による行政の原則に近いものを形式的とはいえ取り入れることができた。「法治」の継受の速さは、おそらく世界でも例をみないであろう。旺盛な外国法の吸収の精神が継続され、法の実質、すなわち民主的正統性と自由主義的思想を前提とするものへの認識・理解が普及されれば、他の諸国の認識・理解と近づくことが不可能でないであろう。そうであれば、社会主義法治主義と資本主義法治主義の原理的相違にとられず、両者の共存する新たな国家権力および行政に対する法的拘束の原理をいかに構築するかこそが求められよう。

【本稿は、二〇一二年度比較法学会アジア法部会での報告を活字化したものである。】

注

- (1) 比較的最近の文献として、鈴木賢「試論・東アジア法系の成立可能性」今井弘道編『発展する東アジアと法学の課題』所収（成文堂、二〇〇八年）五九頁以下、金相容著・李英美訳「東北アジア普通法の形成可能性に対する検討と展望」岡孝ほか編『東アジア私法の諸相』所収（勁草書房、二〇〇九年）二八三頁以下、水林彪編著『東アジア法研究の現状と将来―伝統的法文化と近代法の継受』（国際書院、二〇〇九年）、五十嵐清『比較法ハンドブック』（勁草書房、二〇一〇年）二五二頁以下、高橋滋ほか編『東アジアにおける公法の過去、現在そして未来』（国際書院、二〇一二年）等がある。
- (2) 中村民雄ほか『東アジア共同体憲章案』（昭和堂、二〇〇八年）。
- (3) 金山直樹ほか「PACLという試み」比較法研究七四号（二〇一二年）一二八頁以下。
- (4) 憲法レベルでは、はじめてアジア諸国の憲法の入門書として上梓した稲正樹ほか編著『アジアの憲法入門』（日本評論社、

- 二〇一〇年）が、共通法形成論の土台づくりに大きな貢献を寄与したものである。
- (5) 多国間行政の相互連携は、これまで取り組んできた国際的な学会・市民団体との連携も無視できない。たとえば環境分野では「日本環境会議」が取り組んでいるアジア環境保全事業や定期的に刊行している『アジア環境白書』等が、アジア環境法の形成の土台づくりに大きな貢献を寄与するものである。
- (6) 拙稿「東アジアの行政法の共通基本原則の形成可能性——東アジアの行政法の共通性の模索のための準備的考察——」大阪経済法科大学法学論集七一号（二〇一二年）三二頁以下。
- (7) 拙稿・前掲注六・五七～五八頁注一二参照。
- (8) 拙稿・前掲注六・三七頁。
- (9) 呉庚『行政法之理論与実用（増訂七版）』（著者本人出版、二〇〇一年）一〇九、一一〇頁。
- (10) 緊急命令の憲法上の根拠は、憲法増修条文二条三項である。「国家若しくは人民の緊急危難又は財政経済上の重大危機に対応するために、総統は、憲法四三条の規定に拘わらず、行政院の決定を経て緊急命令を発することができる。但し、緊急命令を発布した後の十日内に立法院の追認を得なければならない。立法院がそれを追認しないときは、当該命令が効力を失う。」という規定である。
- (11) これまでの緊急命令の実施例として、一九四八年の財政経済危機に、一九五九年の水害に、一九七八年の米国との外交断絶に、一九八八年の元蔣経国総統死去・李登輝の総統任命に、一九九九年の大地震に起因する緊急命令が五回発布された。
- (12) 金伊列著・尹龍澤訳「韓国における行政手続の実証的研究」創価法学一四卷二号三二頁（一九八四年）、李琦雨「韓国における法治行政の原理、地方自治法、警察行政法」小島武司ほか編・尹龍澤訳『韓国法の現在（上）』所収（中央大学出版社、一九九三年）二四七～二五二頁。
- (13) 拙稿・前掲注六・六一頁注四四で挙げる文献を参照。

- (14) 応松年編『普通高等教育国家級規画教材系列 行政法与行政訴訟法学（第二版）』（法律出版社、二〇〇九年）三二～四五頁。
- (15) 余凌云『行政法講義』（清华大学出版社、二〇一〇年）七六、八〇～一〇五頁。
- (16) 姜明安編『全国高等学校法学專業核心課程教材 行政法与行政訴訟法（第三版）』（北京大学出版社、高等教育出版社、二〇一〇年）六四～七九頁。
- (17) 姜明安・前掲注一六・六五頁。
- (18) 応松年・前掲注一四・三三、三四頁。
- (19) 余凌云・前掲注一五・七六頁。
- (20) 「法律の法規創造力」の原則に言及する学説もある。叶必丰『行政法学』（武漢大学出版社、二〇〇三年）九八頁。
- (21) 中国の「行政立法」に関する先行業績として、上拂耕生「中国の行政立法と『依法行政』（法による行政）原則——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十一卷一・二合併号（二〇〇四年）一頁以下がある。
- (22) 張千帆『宪法学导论』（法律出版社、二〇〇四年）一八五頁。
- (23) 江利紅『現代中国の統治機構と法治主義』（中央経済社、二〇一二年）一九四頁。
- (24) 胡建森・高春燕「法規的合宪性审查在中国」中国法学会行政法学研究会編『中国行政法之回顧与展望』所収（中国政法大学出版社、二〇〇六年）八四一頁。
- (25) 中国の違憲審査制に関する最近の参考文献として、額尔敦畢力格「社会主義憲法の動向——中国における違憲審査制に関する議論について——」一橋法学八卷二号（二〇〇九年）三二七頁以下がある。
- (26) 公務員の勤務関係について特別権力関係論を否定した大法官解釈として、大法官一八七号、二〇一号、二四三号、二六六号、二九八号、三一一号、三三三号、三三八号、四四九号、四九一号解釈等がある。国公立学校学生の在学関係について特別権力関係

論を否定した大法官解釈として、大法官三八二号解釈がある。軍人・兵役服役者と国との関係について特別権力関係論を否定した大法官解釈として、大法官四三〇号、四五九号解釈がある。

- (27) 鄭柱白「韓国の憲法裁判の現況と展望」比較法文化十八号（二〇一〇年）九、一〇頁。

- (28) 鄭宗燮「韓国の民主化における憲法裁判所と権力統制 一九八八年から一九九八年まで」立命館法学二七三号（二〇〇〇年）五九〇頁以下、柳至泰「韓国的行政立法」（中国語繁体字版）台湾行政法学会主編『台湾行政法学会學術研討會論文集（二〇〇〇）——第四屆東亞暨兩岸行政法學學術研討會 行政命令、行政処罰及行政争訟之比較研究』所収（台湾行政法学会出版、二〇〇一年）一五四～一五六頁。

- (29) 姜京根・尹龍澤編『現代の韓國法 その理論と動態』（有信堂、二〇〇四年）八一頁。

- (30) 沈开挙ほか「当代中国行政法理論基礎問題研究的回顧与展望」中国法学会行政法學研究会編『中国行政法之回顧与展望』所収（中国政法大學出版社、二〇〇六年）一六五～一六七頁。

- (31) 朱苏力「社会主义法治理念与資本主义法治思想的比較」北大公法網・理論前沿 <http://www.publiclaw.cn/article/Details.asp?NewsId=2448&classid=2&classname> 李东宏「社会主义法治理念优于西方民主法治理论」北大法律信息网・法学在线 http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleId=69490。

- (32) たとえば马怀德・鄧毅「司法独立与宪法修改」北京大学法学院編『潤物无声 北京大学法学院百年院庆文存之』所収（法律出版社、二〇〇四年）二二四～二二〇頁以下。