

# 私法与公法的协同形式

山本隆司\* 袁浦\*\*译

## 目次

- 一、公法私法二元论学说的脉络梳理  
二、利益层面私法与公法的协同  
三、主体层面的私法公法协同论

**摘要** 私法与公法的不断交融使得传统的公法私法二元论不断受到冲击。并非完全二元对立的私法与公法在法律规范层面存在不同种类的协同形式,私法公法协同论可以有效解释公法私法的新关系。私法与公法的协同既存在于利益层面,也存在于主体层面。利益层面的私法公法协同论主要包括公法规范和私法规范的重叠型适用、冲突调节型适用和协同型适用三类。重叠型适用主要出于保护特定利益的需要;冲突调节型适用则需要基于适当性、必要性和均衡性调节有冲突的利益关系;协同型适用本质是对利益的双重连续性衡量过程,可以分为差异化协同、竞合协同和组合协同等不同情况。而主体层面的私法公法协同论主要包括公私协同和私行政法等内容。

**关键词** 公法私法二元论 私法公法协同论 公法规范与私法规范 衡量过程 私行政法

## 一、公法私法二元论学说的脉络梳理<sup>〔1〕</sup>

### (一) 背景: 主体的分化

公法与私法的概念分野,最早可以上溯至罗马法学家乌尔比安提出的定式(“对法的学习,有公法和私法两个出发点。公法与罗马的国家利益相关,私法与个人利益相关”)。然而,即使在罗

\* 东京大学法学部教授。

\*\* 西南政法大学行政法学院(纪检监察学院)讲师、法学博士。原文为「私法と公法の〈協働〉の様相」法社会学66号(2007年)16—36頁。摘要等为译者所加。本文系重庆市地方立法研究协同创新中心地方立法研究规划一般项目(项目编号:DFLF2020Y04)及西南政法大学引进人才科研资助项目(项目编号:2017-XZRCXM003)的阶段性成果。本文的翻译及其发表均已得到作者授权。

〔1〕关于日本的学说历史,本文只做了最简要的说明。详细内容可以参照塩野宏「公法・私法概念の確立」『公法・私法概念の展開』「公法・私法概念の再検討」同『公法と私法』(有斐閣,1989年)3—145頁(初出1970—1983年)。

民法,乃至继承了罗马法的中世纪与近代早期的欧洲各国中,并未对将法律二分为公法与私法的想法加以重视。

对法律进行公法私法二元体系性的划分,开始于18世纪中后期的欧洲中部国家。这种二元论的成立有如下两方面的社会背景。一方面,近代主权国家在与教会、神圣罗马帝国及地方封建领主等中间集团的对立和抗争中不断分化和成立;另一方面,新兴的市民阶层强烈主张个人自由尤其是经济活动的自由,应该从近代国家所具有的监护性质的介入中独立出来。<sup>〔2〕</sup>另外,在近代主权国家分化与成立的背景下,裁判管辖的二分制度也随之成立。质言之,近代国家的司法权以传统秩序为渊源,对传统秩序(旧法即良法)极为重视。作为对传统秩序的激烈对抗,将行政权排除出传统法院(即普通法院)的管辖范围,为行政权专门设置行政法院在近代国家历史上屡见不鲜。<sup>〔3〕</sup>反过来,现代意义上英美两国的成立并未经历过主权国家与诸多社会中间集团的激烈对抗,行政权伴随着社会必要性的增强而自然从司法权中分化而出。所以两国没有产生对于公法私法严格区分的相关理论,而是伴随着国家功能中行政功能的扩大,较多从功能论的角度出发阐释行政法。日本在二战前,尤其注意吸收借鉴德国的公法私法二元论,并以此为背景设立行政法院,公法学就此成立。<sup>〔4〕</sup>

## (二) 构造:主体说、利益说、权力说

公法私法二元论的构造以国家和享有人权或者基本权利的私人主体的区分为前提。<sup>〔5〕</sup>将所有法律规范区分为以国家(机关)为一方当事人的法律关系所适用的公法规范,以及私人间的法律关系所适用的私法规范(主体说),是公法私法二元论的出发点。<sup>〔6〕</sup>另外,通过对照私法关系乃至私法规范去描述公法关系乃至公法规范的性质,公法学的框架以有志于模仿作为先行学问的私法学的方式得以构筑。对于如何说明公法关系乃至公法规范的性质,在法国,将说明重点置于国家对公共服务<sup>〔7〕</sup>乃至公益的实现为目的的活动上(即利益说);在德国和日本,则将说明重点置于国家使用公权力的手段上(即权力说)。例如美浓部就认为,公法关系有如下特征:“公法关系中国家意思的公定力”“国家意思的强制力”(以上两点与公权力有关)、“权利义务的相对性”(与公益性有关)。<sup>〔8〕</sup>

然而,值得注意的是,国家与私人主体上的区分,与公法私法法律关系乃至法律规范上的区分之间存在差异性。公法关系中的当事人也有可能是私人主体,而私法规范也未必只是单纯保

〔2〕 塩野宏「紹介 マルティン・プリンガー『公法と私法』」同『公法と私法』(有斐閣,1989年)146—193頁(初出1969年)参照。以及Stolleis, Michael (1996), *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozes der Entstehung des modernen Staates*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos, S.41-61.另外,藤田宙靖将其总结为:“公法与私法有所区别的观点,来源于西欧近代法中对于国家与社会区别的观念,是对该观念的一种表现形态。”藤田宙靖『行政法(第4版改訂版)』(青林書院,2005年)45頁以下参照。

〔3〕 对该段历史的概括可见 Schmidt-Aßmann, Eberhard (1997), *Einleitung*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, Loseblatt, C. H. Beck.

〔4〕 小早川光郎『行政法上』(弘文堂,1999年)28頁参照。

〔5〕 并非人权享有主体是地方公共团体(日本地方公共团体,指的是在日本宪法和地方自治法等的规定下,与中央政府相对的地方层面具备行政主体资格的各类地域性统治集团,可分为普通地方公共团体和特别地方公共团体。前者一般包括都道府县和市町村等,类似我国的地方政府;后者一般包括特别区和地方公共团体组合等。——译者注)和国家的共同特征,关于这一点以下不逐一标记。

〔6〕 美濃部達吉『日本行政法上卷』(有斐閣,1936年)47頁以下参照。

〔7〕 日语原文为“公役务”,语出狄冀《公法的变迁》。汉语一般译为公共服务。——译者注

〔8〕 美濃部達吉『日本行政法上卷』(有斐閣,1936年)86頁以下参照。

护个人利益的法律规范。通常而言,私法规范通过对私人主体之间权利和利益的相互衡量和调节,形成私人主体间的法律关系。仅从国家与个人的区分、性质的差异出发,单纯地将公法关系、公法规范与私法关系、私法规范做出同样的区分,对照认定两者具有同样的差异,难以令人信服。

实际上,在古典的公法私法二元论中也有类似的表述。例如“国家为其专门性的财产利益而从事的行为(例如调用契约等)”也好,或者如美浓部所补充的“国家直接为社会公共利益而进行的经营(例如邮政储蓄事业等)”也好,应该都在原则上属于私法规制的对象。但即便如此,如何区分公法关系与私法关系的问题依旧没有得到解决。

### (三) 批判:对公法关系私法关系二元论的否定

二战后,尤其从1950年代后半段起,公法私法二元论受到了日本行政法学界的强烈批判。一言以蔽之,批判者认为公法关系和私法关系其实无法区分。批判的要点大致可以总结为如下四点。

第一,某法律关系因公权力(例如典型的行政行为)手段而形成,但这一点并不必然成为决定该法律关系各种性质(例如由此形成的权利的不可让渡性、不可放弃性等)的原因。<sup>[9]</sup>

第二,依据公法规范成立的法律关系,也有适用私法规范的可能性。例如国家具备以管理财产、运营公共事业的主体身份活动的一面,在此类活动中完全可以适用私法规范。关于这一点,美浓部已经就“公法上的财产关系”也有适用“私法规律”的可能性,以及“一般公法关系”适用民法的可能性做了考察。<sup>[10]</sup> 将美浓部的考察总结为理论形式的田中二郎,提出了如下命题。首先,私法规范中可被解释为“法的一般原理与法律技术性约束表现”的那部分,<sup>[11]</sup>可以适用于公法关系。其次,公法关系可被二分为“权力关系”和与给付行政相关的“管理关系”,其中“管理关系”只要没有实定法上的特别规定,均可适用私法规范。<sup>[12]</sup> 在战后对给付行政关注较多的背景下,学界对公法关系和私法关系本身是否有区别也开始抱有怀疑。<sup>[13]</sup>

与之相对,国家作为当事人以私法规范为依据成立的法律关系,也有适用公法规范的可能性(例如在缔结合同时适用的平等原则等)。这种“行政私法”论[后文二、(一)的内容],在承认行政机关适用私法制度可能性的同时,强调应该防止行政机关以“向私法逃避”的方式逃脱法律拘束。行政私法论最初的适用范围只限定在给付行政,但是近年来,包括从事私经济活动的行政主体在内,适用范围不应限定于给付行政的见解愈发有力。

第三,国家作为当事人的法律关系应该适用哪种内容的法律规范,这个问题在相当程度上取决于立法机关的选择与裁量决定。从解释论的角度而言,重要的是关系到实定法的个别解释。抽离实定法律从一般抽象性角度去追问到底应该适用公法规范还是私法规范本身并不适当。<sup>[14]</sup> 这种方法论被提出的背景在于,“日本关于行政的相关立法至少比战前完备了许多”。<sup>[15]</sup>

[9] 高柳信一「公法、行政行為、抗告訴訟」同『行政法理論の再構成』(岩波書店,1969年)71—151頁參照。

[10] 美濃部達吉『日本行政法上卷』(有斐閣,1936年)140頁以下參照。

[11] 例如信義原則(類似我國的誠實守信原則——譯者注)、期限計算的相關規定等。

[12] 田中二郎『行政法總論』(有斐閣,1957年)216頁以下、229頁以下參照。

[13] 例如有觀點將公法定位為作為一般法的私法的特別法,今村成和「行政法における私法規定の適用」同『現代の行政と行政法の理論』(有斐閣,1972年)55—64頁(初出1958年)參照。

[14] 例如會計法第30條,山內一夫「公法關係と私法關係」同『行政法論考』(一粒社,1965年)1—20頁(初出1958年)參照。甚至更早可以追溯到柳瀨良幹『行政法に於ける公法と私法』(有斐閣,1943年)。

[15] 小早川光郎『行政法上』(弘文堂,1999年)172頁參照。

第四,战后日本废除了行政法院,因此最初出于判断划分裁判管辖的目的,区分公法关系与私法关系的必要性和必然性也随之消失。当然,行政案件诉讼法中依然将公法诉讼保留为一种诉讼类型,将其定义为“与公法上法律关系相关的诉讼”(见日本行政案件诉讼法第4条)。然而,以这种行政诉讼中的诉讼类型为依据,维持区分公法关系与私法关系的必要性和必然性也并不存在。<sup>[16]</sup>

#### (四) 反思: 私法规范的普遍化与公法规范的意义

上述这些对公法私法二元论的批判有其正当之处。然而,这些批判到底在否定什么,也有必要仔细甄别。的确,这些批判除了否定公法关系和私法关系的区分之外,也使得公法关系和私法关系的差异性得到了缓和。即包括国家作为当事人的法律关系也有可能适用私法规范,如无例外这种可能性原则上都应得到承认。然而,这种无论何种主体作为当事人的法律关系均有可能适用的私法规范,和包括国家(机关)作为当事人在内的法律关系一般适用的公法规范之间的区别本身(这种公法与私法的区别是战后德国主流的修正主体说),并没有被完全否定。<sup>[17]</sup> 原本根据修正主体说,国家作为当事人的法律关系,既有适用公法规范的可能,也有适用私法规范的可能,所以在具体个案中应该适用哪种内容的规范,必须从关联的实定法解释出发进行个别的判断[上述(三)第三的内容]。相较于规范,更应以个案乃至法律关系为基准,对裁判管辖或者诉讼类型做出区分更有理论意义[上述(三)第四的内容]。另外,公法规范与私法规范以平行的内容各自发展也不足为奇。但是,为了立法和法律解释的需要,树立与私法规范有所区别的公法规范的概念本身,其意义不容否定。对两种规范不是严加区别而是从“协调”的角度出发,或许更有利于达到同时提高两种规范功能的目标。

实际上,对公法私法二元论的批判多以攻击性的形式展开,学界开始逐渐反思这些批判是否有些过度。例如在最近的概说中,出现了扩充被视为公法规范基础的“行政法的一般原则”的趋势。<sup>[18]</sup> 该一般原则可简单归纳如下:国家组织为实现民主正当性,必须对应不同功能有所分工,且不应追求组织自身的利益,应当以法的适用和执行方式肩负实现以人权保障为主的公共利益的任务,所以国家组织必须通过充分的调查、判断和说明,使得自身针对个人的行为得到正当化。这种公法的基本规范,在实践中,例如行政机关在行使自由裁量对法院做出限制时,以其被课以的衡量原则<sup>[19]</sup>和论证义务<sup>[20]</sup>等形式得到体现。如此一来,公法规范的内涵相比战前有所变化。战前公法在与私法的形式对比中得到体系化,且适用公法规范致使个人权利无法得到充分保障的情况时有发生。时至今日,这种认为在与私法的形式对比中公法才能得以发展的观点逐渐消失,取而代之的是探索公法规范在行政活动中实际产生统领作用的必要性和有益性。<sup>[21]</sup> 即使被视为日本公法私法二元论源头的德国学说,目前也在维持二元论的基础上,将研究分析的重心转移到公

[16] 今村成和「現代の行政と行政法の理論」同『現代の行政と行政法の理論』(有斐閣,1972年)21頁以下(初出1968年)参照。

[17] 田中也认为“公法与私法区别的标准,不应该脱离一个个的法规去确认”。田中二郎『行政法総論』(有斐閣,1957年)210頁参照。(也可参照一、(五)的部分)。然而田中也并不否认,哪怕每一个“个别而具体的关系”,也需要区分法律关系,对其适用的规范(从原则上而言)是公法规范还是私法规范,必须确立有所判别的理论。关于这一点,高橋滋『「実体公法の復権」論によせて——公法私法論争史研究への覚書き』高柳信一先生古稀記念『行政法学の現状分析』(勁草書房,1991年)48頁参照。

[18] 代表例包括大橋洋一『行政法—現代行政過程論[第2版]』(有斐閣,2004年)19頁以下参照。

[19] 最高裁判所2006年2月7日判決,最高裁判所民事判例集60卷2号104頁。

[20] 最高裁判所1992年10月29日判決,最高裁判所民事判例集46卷2号410頁。

[21] 例如提倡“公法上的当事人诉讼活用论”与“实体公法的回归”学说的高木,高木光『行政訴訟論』(有斐閣,2005年)158頁以下参照。另外包括高橋滋『「実体公法の復権」論によせて——公法私法論争史研究への覚書き』高柳信一先生古稀記念『行政法学の現状分析』(勁草書房,1991年)55—80頁参照。

法私法的“互补”性<sup>[22]</sup>或者“协作”(Verbund)上。<sup>[23]</sup>

#### (五) 私法公法协动论：公法规范的普遍化

以上简要回顾了行政法学界对于公法私法的议论。近年来,民法学界开始重新讨论私法的性质以及与公法“协动”的可能性。讨论的主题大致可以整理为两个。第一,私法和公法都具备一定程度上保护和实现相同法益的构造,因此,出于实质性保护和实现法益的需要,公法和私法应该有所协动。这种讨论的背景在于,诸如环境、景观和竞争秩序等很难还原出个人权利的“共同利益”<sup>[24]</sup>或者“外部秩序”<sup>[25]</sup>开始得到重视,且仅由行政机关无法充分维护这些利益和秩序的现状令人不满。第二,私法也包含促进和规范个人出于公益目的而从事各类活动的结构,这一点与公法具有一定的关联性。这种讨论的背景在于,随着国家和地方公共团体的财政危机与收入下滑、行政活动向民间的委托与民营化、规制缓和等的不断发展,各种非公共组织(包括地域团体、NPO、专家团体,甚至包括合规审查制度较为完备的企业等)在公益性活动中发挥的作用,不仅在理念层面,更在现实层面不断增加。另外,作为两个讨论主题共通的背景,旨在实现公益的任务由行政一定程度转向司法的司法制度改革也被时常提及。

这些从民法学角度出发的问题意识,让行政法学中传统的公法私法论得到了继承与发展。质言之,迄今为止对公法私法二元论的批判,旨在扩大私法规范的适用范围至包含以国家为当事人的一般法律关系领域[即上述一、(三)的内容]。而近年来从民法学角度出发的问题意识,明确了公法规范同样具有针对私人间法律关系的重要性(即公法规范的普遍化)。公法规范也会对私人间的利益进行衡量和调节,包括对私人间的资源进行分配,并以这样的衡量和分配为前提形成一定的社会秩序,以这种近时关于公法的看法<sup>[26]</sup>为前提可以解释前述的第一个主题。作为对第二个主题的回音,公法规范作为实现公益的程序与组织的固定类型,可以成为规范私人实现公益的程序与组织的参考,从而与私法规范(乃至国际法规范)一同成为实现社会公益整体结构的有机组成部分之一。

因此后文将对利益层面的私法公法协动论(二),主体层面的私法公法协动论(三)简单展开论述。

另外,本文沿袭民法学说而来的问题意识,以私法规范对私人间关系的适用情形为中心。不过,行政法学说中对于私法规范适用于国家及地方公共团体作为财产管理和事业运营主体身份的情形[即上述一、(三)的内容],因为涉及公法私法的协动论,所以也会在论述中附带提及。

其实符合公法和私法协动的相关现象,之前公法私法二元论者也有所涉及。例如美浓部指出了“公法与私法相关联的”六种法律现象。分别是:1.“混合的法律关系与混合的权利”[与以下二、

[22] Schmidt-Aßmann, Eberhard、太田匡彦=大橋洋一=山本隆司訳『行政法理論の基礎と課題—秩序づけ理念としての行政法総論』(有斐閣,2006年)294頁以下参照。

[23] 例如伯基(Burgi)认为:“不能仅将公法的部分领域认定为行政法。而必须把在适用与个案相关的公法与私法规范中形成的,所有和行政相关的法认定为行政法。本文主要研究作为和公法合作的法机关灵活运用私法的情形。对于公法私法二元论而言,如果能成功减低与之相随的各类风险(例如复杂化与过剩规制、相互隔绝、矛盾等),使得实体化秩序更具差异性和适当性,就肯定可以同时达成改善控制功能和提供更多机会的双重效果。”“协作这种思维模式,将国家从社会中分离出来,必须维持其仅指向宪法规定的公共利益(公共善)目标的正当性……在这种基础条件下,通过保有(公私法两种法机关的)不同的标准、方式和要素,使得实体秩序内部的差异程度得到提高、法的准备功能得到改善,如此一来,可以保证(公私协作)获得更大成果。”Vgl. Burgi, Martin, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, C. H. Beck, 2006, S.3, S.43.

[24] 亘理格「公私機能分担の変容と行政法理論」公法研究65号(2003年)188—199頁参照。

[25] 広中就作为“财政秩序”的“外部秩序”的“竞争秩序”,以及作为“人格秩序”的“外部秩序”的“生活利益秩序”,做了观念建构的议论。広中俊雄『新版民法綱要第1巻総論』(創文社,2006年)3頁以下参照。更多内容可参见32頁以下、85頁以下。另外吉田也认为,“外部秩序”带有确保“市民整体利益”为内容的“市民公共性”,应该是“以市民为主体”形成的“公共圈”。吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社,1999年)267頁以下参照。

[26] 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣,2000年)246頁以下参照。

(一)内容相关];2.“基于公法行为形成的私法关系”;3.“作为私法上法律行为构成要素的公法行为”;4.“公法关系中私法规律的适用”[上述一、(三)的内容];5.“公法与私法的转换”(“因具有财产价值的内容或因某种法律原因公法关系可能转变为私法关系”);6.“私法的公法化”(“所有权上公法的限制、企业经营的公共化、公法对于契约自由的限制、公法与私法的结合”)。<sup>[27]</sup> 这些讨论广泛涉及了行政行为作用及于私权的法律效果的样态与强度(2、3)、对于经济活动自由的限制(6)等领域的问题。而本文会把分析的焦点置于公法规范与私法规范的关系。<sup>[28]</sup>

## 二、利益层面私法与公法的协调

### (一) 公法规范与私法规范的重叠型适用：特定利益的保护

在展开利益层面私法与公法的协调论时,非常重要的一个问题是,通过法律解释区分开公法规范保护的法益和私法规范保护的法益,并分析两种法益的关系。私法公法的协调,一言以蔽之,根据对相关规范保护的法益与相互关系的不同解释,会呈现出不同的形态,不同形态下协调的应然状态也有所不同,这点需要特别注意。本文以解释论和立法论为辅助线,将公法和私法的协调大致分为以下三种主要类型[即(一)到(三)的内容]。

首先,公法规范和私法规范分别保护单独的利益,同时,也会出现以私法规范的适用为前提的公法规范得到适用,或者以公法规范的适用为前提的私法规范得到适用的情况。即公法规范与私法规范是重合适用的关系。例如,1. 建筑基准法第 43 条<sup>[29]</sup>通过对建筑物课以与外部道路连接的义务(日语称为“接道义务”),来保护公共安全的利益。而民法第 210 条规定的围绕地<sup>[30]</sup>通行权使得该利益无法得到充分确保。所以,解释论上并未采取为了满足接道义务而承认围绕地通行权的说理,而是采用了因未满足接道义务所以该建筑物违反建筑基准法、进而不承认其围绕地通行权的解释方法。<sup>[31]</sup>

2. 允许在防火区域或准防火区域内具有耐火构造的建筑物与周围建筑物接壤(日语称为“接境建筑”)的建筑基准法第 65 条,只考虑了防火的需要以及“对土地合理高效地使用”等利益,但是并未充分考虑民法第 234 条第 1 款<sup>[32]</sup>所保护的生活环境利益,因此即使满足建筑基准法第 65 条的建筑物,也有可能因为民法第 234 条第 1 款而成为违法建筑。<sup>[33]</sup>

[27] 美濃部達吉『公法と私法』(有斐閣,1935年)159頁以下参照。田中把“公法与私法的关联与交错”视为“现在最迫切需要解决的重要问题之一”。田中二郎『行政法総論』(有斐閣,1957年)206頁、211頁以下参照。

[28] 以最近的概说为例,大桥提出了“民事法与行政法多样的组合”的说法。大桥洋一『行政法—現代行政過程論(第2版)』(有斐閣,2004年)71頁以下参照。甚至更早可以追溯至高柳信一「公法、行政行為、抗告訴訟」同『行政法理論の再構成』(岩波書店,1969年)97頁以下。

[29] 日本建筑基准法第 43 条第 1 款规定,建筑物用地,必须设置与外部道路连接的宽度 2 米以上的出入口。——译者注

[30] 日本民法第 210 条规定,被其他土地围绕而与外部道路并无连接的土地所有者,享有为到达外部道路而从围绕该土地的其他土地处通行的权利。被其他土地围绕并未与外部道路连接的土地即围绕地。——译者注

[31] 最高裁判所 1962 年 3 月 15 日判決,最高裁判所民事判例集 16 卷 3 号 556 頁参照。精细的分析可参照秋山靖浩「圍繞地通行權と建築法規(1)(2)(3·完)——ドイツ法における議論を素材として」早稲田法学(2002—2003年)77卷4号1—63頁、78卷2号77—111頁、78卷4号1—59頁。

[32] 日本民法第 234 条第 1 款规定,建造建筑物时,应与相邻土地边界线(日语称为境界线)保持 50 厘米以上的距离。——译者注

[33] 最高裁判所 1989 年 9 月 19 日判決,最高裁判所民事判例集 43 卷 8 号 955 頁中伊藤正己的反对意见。另有近年宮澤的分析,宮澤俊昭「環境法における私法の役割(後篇)(1)(2)(3·完)——集合的・公共的利益の実現に対する民法と行政法の相互補完の可能性」近畿大学法学 51 卷 3·4 号(2004年)173—234頁、52卷1号183—233頁、2号1—35頁参照。

根据各规范所保护的法益与其相互关系的不同,可以将公法私法两类规范的适用划分为重叠型关系、冲突调节型关系和协同型关系三种。例如上述1中,在考虑接道义务的基础上力图实现土地有效利用的法律制度,通过建筑基准法第43条第1款但书中的例外许可方式并不能得到充分保障,所以通过民法所规定的围绕地通行权让该法律制度充分发挥作用。如果从满足接道义务而承认该权利的角度进行解释,那么建筑基准法与规定围绕地通行权的民法规范就处于“协同”适用的状态。<sup>[34]</sup>在2中,如果从建筑基准法第65条在相邻关系方面尽力做适当调整的角度出发,可以将其视为民法第234条第1款的特别条款。<sup>[35]</sup>

作为财产管理和事业运营主体的国家和地方公共团体,对其而言私法规范和公法规范适用“重叠”的例子,可以在公物、公共设施法或国有财产法中找到。例如申请人基于公营住宅法及其实施条例的相关规定入住公营住宅,判例认为该住宅使用关系也适用信赖利益保护原则,<sup>[36]</sup>明确认可公物上取得实效的学说<sup>[37]</sup>等。德国的双阶理论和行政私法论<sup>[38]</sup>也可为规范重叠适用提供一般性理论支持。

## (二) 公法规范与私法规范的冲突调节型适用:适当性、必要性和均衡性

其次,为实现公法规范意欲保护的法益而侵犯(或者可能侵犯)私法规范保护的法益,或者相反的情形,就必须调整适用有冲突可能性的公私法两类规范。此情形下公法规范和私法规范即为冲突调节型适用关系。典型的例子就是以违反行政法规的行为作为构成要素的法律行为的效力有无的问题。这种情况下,行政法规保护的法益,与因法律行为无效而受害的契约关系者的利益需要得到调节。近年来的民法学说强调“私法上的公序”会“强化”公法上相关法律“目的实现”的关系,<sup>[39]</sup>或者认为私法规范与公法规范均为保护和实现基本权利(及利益)的法律规范,<sup>[40]</sup>因此相较以往,对以违反行政法规为由判断法律行为无效的可能性呈现扩大趋势。<sup>[41]</sup>具体而言,可以使用比例原则及与其相当的范式,<sup>[42]</sup>从以下两个方面做出判断。1. 有关法律行为对行政法规所

[34] 秋山靖浩「圍繞地通行權と建築法規(1)(2)(3・完)——ドイツ法における議論を素材として」早稲田法学(2002—2003年)77卷4号1—63頁、78卷2号77—111頁、78卷4号1—59頁参照。最高裁判所1999年7月13日判決,判例時報1687号75頁采用了承认这种协同适用可能性的观点。

[35] 上述最高裁判所1989年9月19日判決の多数意見。

[36] 最高裁判所1984年12月13日判決,最高裁判所民事判例集38卷12号1411頁参照。

[37] 在认识到默认型公用废止的基础上承认取得实效的案例为最高裁判所1976年12月24日判決,最高裁判所民事判例集30卷11号1104頁。塩野宏「公共用財産と取得時効」雄川一郎編『行政判例百選1』(有斐閣,1979年)82—83頁参照。

[38] Schmidt-Aßmann、Eberhard、太田匡彦＝大橋洋一＝山本隆司訳『行政法理論の基礎と課題—秩序づけ理念としての行政法総論』(有斐閣,2006年)290頁以下参照。

[39] 大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』(東京大学出版会,1993年)163—204頁参照。

[40] 山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割——取締法規論の再検討」山本敬三編『公序良俗論の再構成』(有斐閣,2000年)239—293頁(初出1996年)参照。

[41] 对此,从强调公法与民法的“差异性”的立场出发,森田分析认为:“最近对协调论的参与……通过开拓无自律性支援的路径,从民法学的角度,剥夺了该原理一元性曾经的根基(即意思自律原理)。”森田修『独禁法違反行為の私法上の効力』試論——独禁法による民法の〈支援〉日本経済法学会年報(1998年)117頁参照。同时他还认为:“从对处方签具体化的模糊程序中,可以看出特异性的私法中个别性、指向未来的裁量性。”森田修『民法典と個別政策立法——〈支援された自律〉の概念によるエスキース』同『岩波講座 現代の法4政策と法』(岩波書店,1998年)136頁参照。

[42] 山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割——取締法規論の再検討」山本敬三編『公序良俗論の再構成』(有斐閣,2000年)252頁以下(初出1996年)参照。

保护法益的侵害程度,或者反过来说,以认定法律行为无效作为行政法规保护法益的手段的适当性和必要性的程度;2. 衡量有关案件中契约关系者利益时,行政法规涉及法益需要保护的程度。当这两类标准达到足够的程度,那么即可判断该法律行为无效。例如在情形1中,虽然在形式或者程序上有违反行政法规的要素,但对相关法益侵害的威胁不大时认定行为无效的可能性较小。<sup>[43]</sup> 当行政法规本身蕴含禁止有关契约行为的法意,<sup>[44]</sup>或主张该法律行为无效方的利益受到保护的法意存在时,<sup>[45]</sup>认定行为无效的可能性较大。在情形2中,一般认为契约履行前比契约履行后认定无效的可能性更大。

另外,国家和地方公共团体在此类私法规范与公法规范的“冲突调节”型适用情形中,还有如下判例。即针对地方公共团体做出的以违反财务会计相关法规的行为为构成要素的法律行为,仅当出现“如判断其无效将会产生埋没(相关法律的)立法目的的特殊事项”时才判断该行为无效。<sup>[46]</sup> 除此之外,承认地方公共团体机关超越法律规定权限的行为可以类推适用民法第110条<sup>[47]</sup>的判例

<sup>[43]</sup> 例如,最高裁判所1960年3月18日判决,最高裁判所民事判例集14卷4号483页的案例。获得食品卫生法上营业许可的公司董事长以个人名义订立了精肉的买卖合同,因为对卫生利益损害的可能性较小,因此法院判决认定合同有效。对比最高裁判所1964年1月23日判决,最高裁判所民事判例集18卷1号37页的案例,从业者明知年糕中混入有毒物质,违反了食品卫生法却继续贩卖,对公共卫生产生了实际损害,因此法院判决认定买卖合同无效。

<sup>[44]</sup> 例如如下判例:最高裁判所1963年6月13日判决,最高裁判所民事判例集17卷5号744页中刊载了违反律师法第72条缔结的委任契约无效的案例。最高裁判所1971年4月20日判决,最高裁判所民事判例集25卷3号290页刊载了司法书士(司法书士是指以司法书士法为基准的一项日本国家职业资格认证。主要工作职责为不动产登记,供托代理及制作向法务局、法院、检察院等行政与司法机关提出的相关文件材料。并可代理简易民事诉讼、民事保全、和解、调停等。——译者注)违反司法书士法的规定非法缔结和解契约但仍认定有效的案例,不过该和解契约并不直接适用司法书士法的规制。最高裁判所1977年6月20日判决,最高裁判所民事判例集31卷4号449页刊载了违反反垄断法第19条但未被认定无效的契约,但学者评论认为“在滥用优越法律地位的贷款利息中,可以看出,(利息限制法规定的)超过的那部分利息其实是被判定部分无效的”。白石忠志『独占禁止法』(有斐阁,2006年)573页以下参照。最高裁判所1997年9月4日判决,最高裁判所民事判例集51卷8号3619页刊载的案例中认为,“因为存在认定该行为(即缔结损失保障契约)属于反社会性极强行为的社会普遍认识”,所以法院以此为依据认为违反证券交易法的损失保障契约无效。

<sup>[45]</sup> 最高裁判所1970年2月26日判决,最高裁判所民事判例集24卷2号104页刊载的案例认为,违反宅建业法(全称宅地建物取引业法即不动产交易法)和相关法规中的规定,在不动产交易中超过中介报酬最高额的中介报酬契约部分无效;最高裁判所1994年4月22日判决,最高裁判所民事判例集48卷3号944页刊载的案例认为,超过职业安定法规定的有偿职业介绍手续费最高额的手续费契约部分无效。这其中,主张无效者的行为一般也受到相关行政法规的规制,所以其实判断法律行为无效比较困难。旧证券交易法中规定没有委托保证金的证券业者也无法从事股票买卖交易,但最高裁判所1965年4月22日判决,最高裁判所民事判例集19卷3号703页刊载的案例认为这种情况下证券业者和委托者之间缔结的契约有效,最高裁判所1974年3月1日判决,最高裁判所民事判例集28卷2号135页刊载的案例认为导入预金契约有效(导入预金,指的是存款人以金融机构向其指定的第三者提供融资为条件而实施的存款行为,目的在于从接受融资的第三者获得不正当利益。目前日本已将其认定为违法行为。——译者注)。另外,关于②的考量要素,最高裁判所1970年12月24日判决,最高裁判所民事判例集24卷13号2187页刊载的案例中,法院认为船舶海上保险的被保险人和承保人相比,并非处于经济上显著的劣势地位。因此针对承保人可以在未得到对方同意的情况下变更船舶海上保险中普通保险条款的契约内容,即使被保险人主张该契约内容无效,但法院认定该契约内容有效。

<sup>[46]</sup> 最高裁判所1987年5月19日判决,最高裁判所民事判例集41卷4号687页。最高裁判所2004年1月15日判决,最高裁判所民事判例集58卷1号156页中,针对第三部门为契约方的情况也采取了一致的判断。另见高木光『行政訴訟論』(有斐阁,2005年)275页以下参照。

<sup>[47]</sup> 日本民法第110条规定,代理人实施其权限外的行为,如第三人有正当理由相信其有此权限时,准用前条规定(即基于代理授权意思表示的表见代理)。——译者注

较为有限。<sup>[48]</sup>

### (三) 公法规范与私法规范的协同型适用：双重连续性衡量过程

如果将公法规范视为对诸多利益进行衡量的规范[即上述一、(五)的内容],那么在上述二、(一)(二)中讨论的重叠型适用和冲突调节型适用,便不仅是公法规范和私法规范之间关系所特有的问题,而且具备一般性法规范之间相互关系问题的性质。但是,需要特别对公法规范和私法规范之间的关系进行考察的原因,在于某些情形下两者意欲保护同种利益,即两类规范的协同适用。在分析这种协同适用时,需要将国家机关和私人主体的诸多利益放置在坐标轴中进行衡量,将其视为做出资源分配决定的过程(以下称为“衡量过程”),并在该坐标轴上,明确公法规范和私法规范适用程序的定位,观察两类适用程序间的关系。

首先,从理论性的推论和论证程序(又可称为“内部程序”)分析衡量过程时,需要根据不同情况下利益展现出的不同特性分别考量。例如针对个人的个别状况需要衡量细微利益的特性比较强,还是从社会整体构想出发需要综合性、总括性地衡量利益的特性比较强等。特别是衡量行政程序的特性,其范围幅度极为广泛。例如以保护公共安全为目的的警察行政,保护不特定大多数人可分性利益(如生命、身体和财产等)的程序较多,相对而言个别性和细致性较强;而以反垄断法和各种经济法为基础的市场构造的规制、资源和环境保护的相关规制、决定社会中知识创造途径与对科学技术中风险的规制等,相对而言综合性和总括性更强。而城市规划、空间利用等基于“互换性交换关系”(相互间权利和义务的共有关系)形成的领域中,个别性、细致性和综合性、总括性衡量的特性都比较强。<sup>[49]</sup>另外,衡量通常也不是一次性的,而是分阶段进行。例如,判断个人权利归属的民事诉讼程序,需要进行个别且细致的衡量,但作为该衡量程序的前提,也需要国会以法律确定私权利种类的综合性和总括性衡量。

其次,从不同主体分担各自任务参与衡量决定程序(又可称为“外部程序”)分析衡量过程时,需要对以下两者的区分有所认识。即坐标轴的一端是与个人有着较强关系、以权利保护为本来任务的法院做出判断的民事(诉讼)程序,另一端是具有较强民主正当性的国会实施的立法程序。而定位于两者之间的即为行政程序。行政程序要求有利害关系的个人、利益代表或者公众广泛参与(包括行政组织自身将利害关系者全部以自治组织的形式吸收入),另外需要设置收集和创造为做出衡量决定所必需的信息和知识的特别制度等,程序本身具有多种形态的可能性。所以大致说来,不管如何区分作为内部程序的衡量过程和作为外部程序的衡量过程,外部程序衡量过程的构成对应了内部程序衡量过程的特性,从而使得衡量过程整体趋于合适恰当(简单来说,分别由与个人或法院关联较强的程序实施个别性、细致性较强的衡量,由立法机关实施综合性、总括性较强的衡量比较恰当)。这并不是一种单纯的权力间相互抑制,而是包含功能适当的程序和组织架构内涵的权力分立原理。<sup>[50]</sup>对照这种双重连续衡量过程的模型,可以将公法规范与私法规范的协同,总结为以下三点[将在下述(四)1—2的部分阐述]。

为保护某种法益而形成公法规范时,基本排除国家和地方公共团体对保护同样法益私法规范

[48] 最高裁判所 1959 年 7 月 14 日判决,最高裁判所民事判例集 13 卷 7 号 960 页。同样适用欠缺必要性地方议会决议的情形,可见最高裁判所 1960 年 7 月 1 日判决,最高裁判所民事判例集 14 卷 9 号 1615 页。

[49] 以上内容可详见山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣,2000 年)261 页以下;山本隆司『リスク行政の手續法構造』城山英明=山本隆司編『融ける境を超える法 5 環境と生命』(東京大学出版会,2005 年)19 页以下参照。

[50] Schmidt-Aßmann、Eberhard、太田匡彦=大橋洋一=山本隆司訳『行政法理論の基礎と課題—秩序づけ理念としての行政法総論』(有斐閣,2006 年)182 页以下参照。

的适用。然而,公法规范与私法规范即使根据不同但内容却没有太大差别,并行发展的情况较多。<sup>[51]</sup> 另外,为了保护某种法益的公法规范并没有特别形成,那么国家或地方公共团体适用私法规范,或许能更恰当地实现法益的保护。<sup>[52]</sup> 从这个角度而言,可以认为国家、地方公共团体适用的私法规范和公法规范间存在这类潜在的协同。

#### (四) 基于差异化、竞合、组合的协同型适用

1. 首先,对利益进行个别细致衡量的私法规范以及与个人、法院有较强关联的程序,与对同类利益以更综合总括衡量的公法规范以及与行政机关有较强关联的程序必须有所区分,但也应当考虑使两类程序共同发挥作用的可能性。这种可称为基于公法规范与私法规范差异性的协同适用,该适用中经常被提到的例子包括德国民法中相邻关系规定与公法规范下公害对相邻地区影响(Immission)规制标准值的关系<sup>[53]</sup>或者与地区详细规划的关系。<sup>[54]</sup> 这类关系虽然适用民法中相邻关系的规定,但考虑到公法上的规制标准值与地区详细规划,基于个别情形的考量,可以允许对其施以更为严厉的规制。<sup>[55]</sup>

在德国法中(例如联邦公害防止法或原子能法等),对公法规范下获得许可的设施的设置与运营,可排除民法上的停止侵害请求权(差止请求权<sup>[56]</sup>)。在这种制度中,基于公法规范的程序实行个别细致的衡量,对利害关系人的权利保护也有较为完备的体系时(特别是当知识或情势发生变化,请求课以行政机关发布改善命令等义务的诉讼中,可参照下述2),法律应对可排除的请求权范围予以明确规定。<sup>[57]</sup>

2. 遵循基于公法规范的行政(诉讼)程序实行的个别性或总括性的衡量,也有遵循民事(诉讼)程序实行的可能性。以德国法为例,与城市规划内容相同的地役权的设定,或者地役权设定后

[51] 例如,基于依法治国原理和人权保护要求的法的安定性以及信赖保护原理,与民法中的信赖保护原理。民法对名誉损害的保护,与国家或地方公共团体通过政府信息公开对私人的保护——出自大阪地方裁判所2002年3月15日判决,可参照判例时报1783号97页。

[52] Vgl. Burgi, Martin, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, C. H. Beck, 2006, S. 66, S. 68. 例如行政契约对消费者契约法的适用。再例如行政机关组织间“距离”的法理并未确立所以可以适用民法第108条,但这样是否可以恰当地解决问题尚存疑问——参照最高裁判所2004年7月13日判决,最高裁判所民事判例集58卷5号1368页的藤田补足意见。(日本民法第108条对自己契约和双方代理做了明确规定,即任何人不得就同一法律行为,任其相对人或当事人双方的代理人。但是,关于债务履行者,不在此列。——译者注)

[53] 近期研究可参照宫澤俊昭「環境法における私法の役割(前篇)(1)(2)(3・完)——ドイツ環境法における民法と行政法の調和と相互補完」一橋法学2卷1号(2003年)219—243页、2号255—293页、3号131—184页参照。

[54] 各自不同的判例与学说的详细介绍可参照秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係——ドイツ相隣法の考察(1)~(5・完)」早稻田法学(1999—2000年)74卷4号259—447页、75卷1号121—247页、2号233—297页、4号33—77页、76卷1号1—43页参照。

[55] 另外,即使在行政法关系中,也会出现因为个别情形或以知识技术等的进步为由允许或者要求偏离作为行政规则的技术标准,而民间团体制定的相应技术标准的法律效果更弱。山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明=山本隆司編「融ける境超える法5 環境と生命」(東京大学出版会,2005年)9页以下、12页、45页以下参照。

[56] 差止请求权在日本法律中多指停止侵害请求权。所谓差止(injunction),在日语中的本意为停止或禁止。差止请求权广泛出现在日本《商法》《知识产权法》《反不正当竞争法》《反垄断法》《消费者合同法》等不同法律中。根据不同法律的规定,差止请求权除最基本的停止侵害请求权外,还包含排除妨碍请求权、预防侵害请求权及侵权物废弃权等不同的意涵。本文为行文方便,除特殊情况,统一将“差止”译为停止侵害,将“差止请求权”译为停止侵害请求权。参见杜颖:《日本知识产权保护中的差止请求权》,载《外国法译评》1999年第4期。——译者注

[57] 山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣,2000年)326页参照。

内容相异的城市规划被确认时,地役权的维持仍被承认。<sup>[58]</sup>从反面来说,战后日本的行政法学界过度强调行政机关“不介入民事原则”,近年来的议论则认为行政法的制度设计不应被该原则束缚,<sup>[59]</sup>这里不展开论述。

承认这种公法规范和私法规范竞合的理由在于,行政(诉讼)程序可以发挥作用的领域与民事(诉讼)程序可以发挥作用的领域,其实在衡量过程的坐标轴上无法做出明确区分,它们拥有各自的范围并具有相互连续性[具体可见下述(a)(b)的部分]。因为行政机关也好,私人主体也好,并不一定拥有现实中行使权限或享有权利所需的充分资源(包括知识、信息、人员、时间等),所以为了实现各自的法律目的,都有必要对双方的资源做最充分的动员。做出这种论断的消极理由在于,对行政行为相对人(包括企业等)以外的第三人(包括附近居民或消费者等)而言,行政程序或行政诉讼程序并不一定能够得到充分利用以实现第三人的权利利益主张。

最后关于行政诉讼需要说明的是,经过2004年行政案件诉讼法的修改,情况得到了极大的改善。然而由于修改后的行政案件诉讼法保留了各种不同解释的适用余地,所以法院具体该如何解释法律,现阶段仍然无法断言。本文只对被认为有特殊关系的原告适格与履行之诉加以论述。首先,关于行政诉讼的原告适格,<sup>[60]</sup>修法之前法院对于承认第三人<sup>[61]</sup>的原告地位持较为消极的态度。行政案件诉讼法修改时,因为以一般性条文的形式实现原告适格的范围(扩大)较为困难,所以通过在相关条文中<sup>[62]</sup>加入判定原告适格时应考虑要素的方式,达到扩大原告适格范围的意图。修法之后很快就出现了更改原判定承认原告适格的案例。<sup>[63]</sup>然而该案例原本就是于法律保护原告个别利益而言很容易做出判断的噪声污染受害案件。法律上对于原告利益的个别保护更复杂困难的案件,法院应该将原告适格范围扩大到拥有哪种类型利益的个人,仍然不够明确。<sup>[64]</sup>例如,面对特急车票价格上涨认可处分的定期车票持有人、面对风俗行业营业许可的附近居民,或者面对景品表示法<sup>[65]</sup>中公正竞争约定认定处分的消费者团体等,今后相关违法性的争讼中应该承

[58] 秋山靖浩「ドイツにおける都市計画と併存する地役権——都市空間の制御における地役権の意義を探るために」早稲田法学81卷1号(2005年)1頁以下参照。

[59] 斎藤誠「私人間紛争に対する行政の権力の関与——「行政法理と私法秩序」に関する一考察」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』(有斐閣,1998年)159—181頁参照;大橋洋一「『民事不介入』の観念と行政型ADR」自治体学研究91号(2005年)20—25頁参照。

[60] 即《日本行政案件诉讼法》第9条。该条规定撤销处分之诉及撤销裁决之诉,限于就请求撤销该处分或裁决具有法律上的利益者(包括处分或裁决的效果由于期间的经过或其他理由丧失后,对处分或裁决的撤销具有应当恢复的法律上的利益者),才能提起。——译者注

[61] 生命健康等置身于危险境地的第三人除外。

[62] 即《日本行政案件诉讼法》第9条第2款。该条规定法院在判断处分或裁决的相对人以外的其他人有无前款规定的法律上的利益时,并不是根据该处分或裁决所依据的法令规定的文句内容,而应当考虑该法令的宗旨、目的以及做出处分时应当被考虑的利益的内容及性质。此时,在考虑该法令的宗旨及目的时,应当斟酌与该法令有共同性目的的相关法令的宗旨及目的;在考虑该利益的内容及性质时,应当酌量该处分或裁决所依据的法令被违反时受损害的利益及性质,以及受损害的状态及程度。——译者注

[63] 即小田急高架诉讼。详见最高裁判所大法庭2005年12月7日判决,最高裁判所民事判例集59卷10号2645頁。基本案情为行政机关以城市规划事业认可处分的形式确定于某地修建高架桥,但附近居民因噪声污染反对修建,于是针对该认可处分提起撤销诉讼,最终附近居民被认定原告适格。原案例可见最高裁判所1999年11月25日判决,判例时报1698号66頁。

[64] 桑原勇進「原告適格に関する最高裁判例」ジュリスト1310号(2006年)10—17頁参照。

[65] 全称为《不当景品类及不当表示防止法》。所谓景品,指的是商家在销售活动中以促销为目的附带的赠品或赏金等。景品表示法即规制过度宣传景品及不当商业宣传等有碍公平竞争行为的法律。——译者注

认他们的原告适格吗？<sup>〔66〕</sup>其次，关于履行之诉，在修法之前几乎没有被判定合法（即原告胜诉）的案例，<sup>〔67〕</sup>行政案件诉讼法修改之后，第三人要求行政机关、事业者等发挥规制权限的类型诉讼可能性得到了法律上的确认（第3条第6款1号、第37条之2）。准履行之诉也得到了制度化（第37条之5）。然而，这种类型的履行之诉，将“因不做出一定的处分有可能造成重大损害”作为诉讼要件（第37条之2第1款、第2款），法院对于此要件采取广义解释还是狭义解释会直接左右履行之诉的受案范围。<sup>〔68〕</sup>

（a）因此，需要更具体地思考公法规范与私法规范竞合的可能性。首先，在公法规范对相关利益的衡量中行政裁量不被认可时，因公法规范上的利益受到法律保护的个人X（即行政诉讼中的适格原告），对接受公法规范下规制作用的个人Y，应该承认其使用民事（诉讼）程序要求履行公法规范的可能性。<sup>〔69〕</sup>这样的案例中，相较于行政机关，个人Y更需要法适用所必需的信息；相较于行政（诉讼）程序，民事（诉讼）程序更能起到有效的作用。当然反言之，缺乏行政机关、行政（诉讼）程序的话很难收集和分析信息，所以对X要求行政主体发挥规制权限的履行之诉原则上应予以承认。<sup>〔70〕</sup>

例如，针对不公正的交易方式，反垄断法第24条规定了民事上的停止侵害请求权。<sup>〔71〕</sup>将停止侵害请求权的适用对象的行为限定在反垄断法规定的违法行为中的“不公正的交易方式”上的原因在于，对这些不公正交易方式的规制，相较于对市场功能的保护，其实更多包含具有保护特定经济主体利益这一显著特性的规律。<sup>〔72〕</sup>然而，反垄断法之外对不公正交易方式的规制同样存在，只不过和反垄断法规制中包含较多显著特性（即上文强调的保护特定经济主体利益）规律的程度有差异而已，所以反垄断法第24条的限定并非具有必然性。实际上，私有垄断、不正当的交易限制、企业合并，甚至景品表示法上的违法行为，从结局来分析，大部分都属于构成不公正的交易方式而可以成为民事上停止侵害请求权的对象。<sup>〔73〕</sup>另外在建设法领域，个人Y妨碍个人X行使建筑基准法上位置指定道路和准道路的通行权时，判例上承认X以“人格权的权利”为由提出民法上排除妨碍和预防妨碍发生请求的可能性。<sup>〔74〕</sup>更加直接的判决中，对因违反建筑基准法或道路交

〔66〕 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(下)」ジュリスト1239号(2003年)110頁以下参照。

〔67〕 公营住宅相关的行政诉讼是义务确认诉讼中被认定为合法的稀有案例。东京地方裁判所2001年12月4日判決，判例时报1791号3頁参照。

〔68〕 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法關係」民商法雑誌130卷4=5号(2004年)661頁以下参照；山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために——ドイツ法の視点から(上)」自治研究81卷4号(2005年)71頁以下参照。均为广义解释的尝试。

〔69〕 森田修「差止請求と民法——団体訴訟の実体法的構成」総合研究開発機構・高橋宏志編『差止請求権の基本構造』(商事法務研究会,2001年)115頁、131頁参照。

〔70〕 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法關係」民商法雑誌130卷4=5号(2004年)662頁参照。

〔71〕 日本反垄断法第24条规定：因违反本法第8条第5款或第19条规定的行为导致利益受损，或有受损可能者，当显著的损害已经产生，或有可能产生时，对利益侵害方或可能造成利益侵害方，可要求其停止侵害或预防侵害发生。——译者注

〔72〕 对于不公正的交易方式，白石列举了优越性地位的滥用、排他性等几点。白石忠志『独占禁止法』(有斐閣,2006年)66頁以下参照。

〔73〕 白石忠志「差止請求制度を導入する独禁法改正(下)」NBL696号(2000年)48—60頁参照。法修改前的论述研究可参照田村善之「競争法における民事規制と行政規制」同『競争法の思考形式』(有斐閣,1999年)1—34頁。为防止因为滥诉而导致的竞争被削弱和契约自由原则受损，应该特别规定停止侵害对象的行为类型(前载22頁)。

〔74〕 最高裁判所1997年12月18日判決，最高裁判所民事判例集51卷10号4241頁；最高裁判所2000年1月27日判決，判例时报1703号131頁。

通法而构成通行妨碍的个人 Y 来说,依据建筑基准法受保护的利益遭到侵犯的个人 X,有对其行使民事上停止侵害请求权的可能性。<sup>[75]</sup>案情稍有差异,但是在最高法院 1964 年 1 月 16 日,最高裁判所民事判例集 18 卷 1 号 1 页刊载的直接判决中,村民拥有对使用村道的自由权似乎就成为其民事上排除妨碍请求权的根据。

(b) 那么,以独立于公法规范的民事(诉讼)程序有可能实施综合的总括性特征较强的衡量吗?实际上,因为保护归属于个别主体较为困难的利益,会出现诸如公法规范不能(完全)确定,或行政机关基于公法规范不能恰当行使裁量权实施衡量等问题。这些问题长久以来在环境权讨论中被反复提及,近年来特别在围绕景观保护的讨论中引人注目。本文并不准备对这些问题进行深入讨论,只停留在以景观为例做出一二评论的层面。

简单来说,首先在第一阶段,特定的个人或者团体因个别化困难的利益意欲提起民事诉讼时,有在某种程度上参照适用行政诉讼中的原告适格论、从而具备以其为根据获得相应法律资格的可能性[关于团体的问题,可参照下述三、(二)的内容]。例如,享有良好景观的利益的个别化十分困难,在目前的司法裁判实务中,如果承认特定主体拥有主张该利益的资格,需要从“互换性交换关系”等角度构筑必要的理论(参见本节 2 的开头部分)。然而最高法院在公营住宅的民事诉讼判例中,<sup>[76]</sup>对景观利益“简单地采用了认定其为‘法律上应该保护的利益’这样的一般论”。<sup>[77]</sup>该判决不仅事关违法行为产生的损害赔偿,而且为景观保护也特意设置了重要禁止权(差止权)。从另一方面来看,该判决也体现出与行政诉讼原告适格的相关利益“个别保护要件”的缓和,意义深远。

问题是,在第二阶段,这些个人或者团体所主张的利益,与受限制方的权利和利益如何衡量、调节对后者权利和利益的限制,是否只需要通过民事(诉讼)程序就能实现?民事(诉讼)程序通过此类衡量对相关权利和利益做出限制是否具有民主正当性是一个无法回避的问题。例如,最高法院在上述公营住宅的民事诉讼中做出了如下判断:“对景观利益的保护及与之伴随的对财产权的规制,第一次处理应该交由以民主程序制定的行政法规或当地的条例……这样一来,当某种行为构成对景观利益的违法侵害时,至少可以判断,该侵害行为要么属于违反刑罚规则或者行政法规规制的行为,要么属于违反公序良俗或权利滥用的行为,就侵害行为的样态和程度而言欠缺为社会所容忍行为的相称性。”所以,该判断虽然并未否定仅凭民事诉讼程序便可实施衡量或限制权利利益,但做出了限定性解释。<sup>[78]</sup>在大方向上,即使是个别化困难的利益,涉及特定而具体的问题时,如下述三所述,当无需经由国家组织的阶层结构(hierarchie),而是扁平化的网络结构(network)就能实现公益所需的配套程序得到承认时,以民事(诉讼)程序中衡量的要素为依据对

[75] 可参照宫泽分析德国法的思路。宫泽俊昭「環境法における私法の役割(前篇)(1)(2)(3・完)——ドイツ環境法における民法と行政法の調和と相互補完」一橋法学 2 卷 1 号(2003 年)219—243 頁、2 号 255—293 頁、3 号 131—184 頁参照。但是作为日本法的解释论,宫泽并未采取同样的思路。宫泽俊昭「環境法における私法の役割(後篇)(1)(2)(3・完)——集合的・公共的利益の実現に対する民法と行政法の相互補完の可能性」近畿大学法学(2004 年)51 卷 3・4 号 173—234 頁、52 卷 1 号 183—233 頁、2 号 1—35 頁参照。

[76] 最高裁判所 2006 年 3 月 30 日判決,最高裁判所民事判例集 60 卷 3 号 948 頁。

[77] 大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリスト 1323 号(2006 年)70—81 頁参照。

[78] 否定以景观保护为由仅凭民事(诉讼)程序而对空间利用权实施限制可能性的观点,可参见阿部泰隆「景観権は私法的(司法的)に形成されるか(上)(下)」自治研究 81 卷(2005 年)2 号 3—27 頁、3 号 3—27 頁。例如,“以居民为主体形成的关于土地利用的地域性规则”可以成为对建筑物禁止、撤去的法律依据的见解,可参见吉田克己「『景観利益』と法的保護」判例タイムズ 1120 号(2003 年)67—73 頁。另外,大塚在 2006 年也提出了一般论意义上将“习惯上的法的利益”作为民事上停止侵害依据的可能性,以及在司法审判的具体案例中认定“权利滥用”可能性的相关学说。大塚直「国立景観訴訟最高裁判決の意義と課題」ジュリスト 1323 号(2006 年)70—81 頁参照。

权利利益实施限制便成为可能。质言之,相关问题涉及的利益是否需要保护,应在积蓄知识和信息的过程中,以此为基础,不断推动利害关系人的参与、持续开展较高公开性和透明性的广泛议论,在形成社会整体一定程度的认可后,最后得到问题的答案。<sup>〔79〕</sup>

3. 与个人及法院有着较强关联的民事(诉讼)程序和与行政机关有着较强关联的程序,无需考虑各自的排他性问题。作为功能和资源互为补充的两者,应该考虑构筑其组合程序的可能性。<sup>〔80〕</sup>例如在建筑协定(建筑基准法第69条以下)中,市町村<sup>〔81〕</sup>通过制定条例使得所辖区域内所有土地所有者的合意,通过特定行政机关的认可后,对未来所有者产生拘束力。所以协定的履行能够以所有者之间的民事诉讼方式获得担保。<sup>〔82〕</sup>协定的缔结和运用,实际上相当依赖非正式(informal)组织或程序,<sup>〔83〕</sup>所必需的各类资源不一定能够得到充分的配置。因此,类似运营委员会的制度化等,使得民事程序能够发挥实效作用的这些框架性条件的调整配备极为重要。而将协定的履行与建筑确认或改善措施命令等行政程序相关联,为其提供担保的制度构想也不无可能。<sup>〔84〕</sup>

### 三、主体层面的私法公法协调论<sup>〔85〕</sup>

#### (一) 公私协调

个人享有主张与自己相关的特定利益的权利,民事程序因此得以登场,上述二的讨论基本以此为前提。然而就如最后在二、(四)2中(b)及3中谈及的那样,决定各种利益衡量以及财产分配的权限或任务,或者收集、形成和公开不涉及自身利益的相关信息权限或任务,相较于个人,委托给国家(的法律)或地方公共团体更为常见。近年来公共主体与私人主体的协调按照以下两方面的要求不断得到推进,一方面是上述任务由公共主体向市场的转移,另一面是彻底贯彻公众参与。例如将建筑确认事务委托给民间指定检查机关的制度,以及最近制定的市场化测试法<sup>〔86〕</sup>等,这些近年来出现若干问题的法律制度都属于上述范畴。原本谈及公私协调,就有必要从问题设定和分析视角区分关于事业的协调与关于决定的协调。关于事业的协调可以从以下角度分析。即公共主体出于为社会提供安定的财产与公共服务(例如邮政事业)等目的,应该形成怎样的制度,这其中私人主体能够以怎样的样态和程度,作为供给同样财产与公共服务的主体参与活动。谈及

〔79〕 关于景观法制定后景观保护的课题,可参见長谷川貴陽史「地域コミュニティは景観法を活用できるか——既成市街地における近年の景観紛争事例を踏まえて」ジュリスト1314号(2006年)47—52頁。

〔80〕 实现从行政程序到个人间诉讼程序“转轨”的各种制度,特别是形式当事人诉讼的相关讨论,可参见斎藤誠「私人間紛争に対する行政の権力の関与——行政法理と私法秩序」に関する一考察」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』(有斐閣,1998年)159—181頁。

〔81〕 即日本都道府县下的基层地方政府。——译者注

〔82〕 《景观法》第81条以下的景观协定即景观规划区域内的类似制度。日本《景观法》第81条规定了土地的所有者与使用者之间,在全员同意基础上订立旨在维护该土地良好景观的景观协定制度。——译者注

〔83〕 例如自治会町内会(类似我国城市居民委员会的基层群众自治组织——译者注)、行政指导等。

〔84〕 長谷川貴陽史『都市コミュニティと法——建築協定・地区計画による公共空間の形成』(東京大学出版会,2005年)326頁以下参照。

〔85〕 关于本部分的内容,不逐一引用,可参照山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商法雑誌130卷4—5号(2004年)640—675頁(该文亦有中译文。可参照山本隆司:《诉讼类型、行政行为和法律关系》,王贵松译,载《法治现代化研究》2020年第6期。——译者注);山本隆司「民間の営利・非営利組織と行政の協働」芝池義一=小早川光郎=宇賀克也編『行政法の争点(第3版)』(有斐閣,2004年)154—155頁。

〔86〕 即公共服务改革法,全称为导入竞争的公共服务改革相关法。——译者注

协动时这种关于事业的协动比较容易受到注意。与之相对,本文将从以下角度讨论关于决定的协动。即为了保证上述衡量和分配(或与之有关的决定)得到恰当实行,应该设定怎样的法律结构。

公私协动中,为防止公共主体逃脱对其拘束的公法规范(法治国理论、民主政治原理等)要求,作为委托给私人主体衡量与分配的相应权限与任务的要件,公共主体必须对私人主体提出以下要求,即受委托的私人主体必须具备与其权限、任务的性质和程度相适应的一定程序与组织、规制方式的完备体系。一般而言,私人主体需要具备以下程序与组织的要件:1. 符合客观规律完成任务所必需的能力和机构;2. 中立性和独立性;3. 确保全部关系利益具有同等表现的机会,特别是对第三人实效性权利保护的保障;4. 透明性和开放性。例如,关于工业制品的检查和基准认证,国际规格(ISO/IEC)具体而全面地要求检查、认证机关达到上述1—4的事项,实际上日本法律也对这样的规格要求全部承认,并将检查和证明事务作为委托给民间主体的要件(例如药事法第23条之7的第1款第1号等)。

这些1—4的要件,可以理解为将公法规范(法治国原理、民主政治原理等)从传统上对公共主体的程序和组织的要件,即(从国家的角度而言)基于国会的层级性民主正当性传递的要求,换言之将对以国会或内阁为顶点的国家组织层级构造的要求这部分排除后,转变为实现从网络结构而来的公益所需的程序和组织的要件。从协动的私人主体是否符合类似公共主体组织延伸<sup>[87]</sup>的标准出发,公共主体对私人主体的活动进行逐一监督。但这种监督不仅损害私人主体的自主性、责任感和学习能力,而且在现实中也不可能得到实效性地实施。所以,在公私协动中,虽然公共主体保留了关于衡量和分配的最终决定权,但公共主体的主要任务其实更应该在于促进、诱导和监督私人主体通过制定规则进而设置恰当的程序和组织。

## (二) 私行政法

上述1—4的要件,是基于网络结构的私人主体为实现公益所需的程序和组织规范,在德国被称为私行政法。<sup>[88]</sup>私行政法不限于公私协动领域,而是对社会中私人主体在事实上实现保障公益和人权的功能、承担相应任务时,或者具有实现上述任务能力的场合时,应该如何确定并适用与之相适应的功能的大小与性质的学说。即私行政法的目的在于活用和培养私人主体为实现公益所需的能力。另外,为使私人主体满足上述1—4的要件而进行的诱导或者赋予义务,乃至根据不同情况,在私人主体满足上述要件时委托其承担上述(一)中所述的公私协动任务,这些事项不仅来源于公法规范的规定,也可能来源于与公法规范共同作用下的私法规范。质言之,对区分公法规范与私法规范基础的国家与个人的主体区别[一、(一)],通过对其一定程度的流动化(模糊化),使得公法规范和私法规范共同构成私行政法的基本规范。就此,两类规范的协动(协同)以另一种形态得到承认。

私法规范适用私行政法的可能性中,应特别考虑团体(法)相关内容。例如,承认满足一定要件的团体具备提起集体诉讼的资格、<sup>[89]</sup>不持股份的非营利性组织的管理支配、<sup>[90]</sup>非营利法人入

[87] 即所谓的第二政府。——译者注

[88] Schmidt-Aßmann, Eberhard, 太田匡彦=大橋洋一=山本隆司訳『行政法理論の基礎と課題—秩序づけの理念としての行政法総論』(有斐閣,2006年)295頁参照。

[89] 例如消费者契约法第12条以下。关于日本和德国的理论状况,可参见高田昌宏「差止請求訴訟の基本構造——団体訴訟のための理論構成を中心に」総合研究開発機構・高橋宏志編『差止請求権の基本構造』(商事法務研究会,2001年)133—170頁。

[90] 例如神作裕之「非営利団体のガバナンス——コーポレート・ガバナンス論との比較を中心に」NBL767号(2003年)23—33頁;能見善久「法人の法的意義の再検討」NBL767号(2003年)45頁以下参照。

会资格、除名事由、除名程序的规范化、<sup>[91]</sup>“企业的社会责任论”等。另外,不仅是团体(法),近年来值得关注的是,“‘私’领域中也要求公法规范的参与……促进了公法和私法区别的流动化”“制度性契约”等概念<sup>[92]</sup>开始得到提倡,<sup>[93]</sup>在建筑师法、建筑基准法中“被赋予专家特别地位”的建筑师,针对建筑物的购买者,相关判例<sup>[94]</sup>认为他们负有不得为致使法律规制失去实效性行为的消极义务以及违反义务导致损害发生时基于违法行为的损害赔偿赔偿责任。这其中能看出私行政法的某些思考方法。

私行政法是未来在公法学与私法学协调中必须明晰的主题。

---

**Abstract** Faced with the entanglement of private and public law, traditional dualism of private and public law is being strongly challenged. There are so many types of coordination between norms of private and public law, which are not completely binary opposites. The theory of coordination between private and public law can effectively explain the new relationship between private and public law. Coordination between private and public law exists both at the level of benefit and at the level of subject. Benefit coordination involves three types of relationships between norms of private and public law, namely overlap application, conflict regulation application and cooperative application. Overlap application satisfies the need for specific benefit protection. Conflict regulation application regulates conflicts of different benefits based on appropriateness, necessity and balance. Cooperative application is a dual continual measurement process of benefit in essence, can be divided into differential cooperation, concurrence cooperation and combination cooperation. While the coordination of subject includes public-private cooperation and private administrative law.

**Keywords** Dualism of Public and Private Law, Theory of Coordination between Private and Public Law, Public Law Norms and Private Law Norms, Measurement Process, Private Administrative Law

---

(责任编辑:黄宇晓)

---

<sup>[91]</sup> 水产业协同组合法第25条相关判例可见判例时报1759号94页,公共信托登记土地家产调查士协会相关判例可见最高裁判所2005年12月13日判决,判例时报1922号80页,一般社团法人和一般财团法人相关法第30条1项、公益法人认定法第5条14款イ等。

<sup>[92]</sup> 内田贵「民营化(privatization)と契約(1)~(6·完)制度的契約論の試み」ジュリスト(2006年)1305号118—127页、1306号70—77页、1307号132—138页、1308号90—97页、1309号46—53页、1311号142—149页参照。

<sup>[93]</sup> 然而,关于将制度性契约的目标定位在“个别的契约会不可避免地受到其他主体同类契约或者潜在的当事人集体、甚至社会的一般性影响”这一点,应该考虑的并非是个别的契约,而是私人主体的影响力。另外,作为接受制度性契约的必然要求,“个别交涉排除原则”等是否会让利用契约这样的方式失去本来的意义,也值得深思。

<sup>[94]</sup> 最高裁判所2003年11月14日判决,最高裁判所民事判例集57卷10号1561页。