

【研究ノート】

ドイツ国法学における「統治」概念 - その現代国家における復興問題を視野に入れつつ（その一）

堀 内 健 志

第一節 序説

1 はじめに ここに「統治」とは、ドイツ語の *Regierung* の訳語である。この言葉がなに故に問題となるのか、あらかじめ少しく述べておこう。

そもそも、この問題はドイツ君主制時に形成された国家指揮権というような意味を有する「統治」作用が民主主義的権力分立体制のもとでなお維持しうるのか、というところに還元されよう。

そして、この問題に対しては、それへの一つの回答として、民主制下ではもはや「統治」のような概念は維持されえない。今日、ドイツ及びわが国においても行政府は「法律の執行」を任務とするにすぎないと言う。権力分立の原理は、立法・執行・司法の三権のみに区分されていて、国家作用はこの機能を通じて実現されることを前提としている。そのために、三つの国家機関が設置される。

もう一つの回答は、国家が十全な機能を果たすためには、民主制のもとにおいても「統治」作用をもつ行政府のダイナミックな活動が必要であるとする。「執行権」といわれるものも単に「法律の執行」に限られるものではなく、国家的政策形成・指揮を含むという。¹

ここで、やや議論が噛み合っていないと見られるのは、第一の立場が「統治」作用の不必要を強調する際に、組織的意味での「統治」機関を批判することになっていることである。第二説は、機能的意味での「統治」の存在を主張するが、これがさらに独立のある機関に帰属されることまでは要求しない。

2 「統治」概念は、ドイツ絶対君主制のもと、すべての国家権力を君主が掌握していたという意味で用いられた。この「統治」のなかには、従って立法、警察、外交、司法などすべて含まれていた。ここから、立憲主義が芽生えるにつれて立法にシュテンデが共同するようになる。その後、国王のもとに「統治」が立法・司法とともに並列する形も見られる。さらには、もっと進んだモデルとしては国王と国民代議とが対置され狭義での「統治」（及び司法、執行等とともに）と立法との対置に対応関係を形成する。が、これらにおいてはいずれも「統治」が国王の権限として国家の中心的位置を占めたことには変わりがない。

ドイツでは、ヴァイマル共和制になっても、国法学は一部の学説を除けば（純粋法学や民主制的構成を打ち出す一部の学説の他）、多くは伝統的な「統治」概念を維持し、理論化することにな

る。前の時期のG・イエリネクはじめ、特にR・スメントを祖とする一連の学説は「政治的なもの」の権力分立原理への導入を強調したのである。

戦後のドイツ基本法のもと、このような学説を実定憲法上採用したという明確な根拠は見当たらない。従って、W・フロチャーはここから、もはや「統治」概念は不要であると結論づけた。が、戦後の学説には、なお伝統学説を継承し、又は新しい立場をとる論者においても、「執行権」は単純な「法律執行」に限られないとするものが多い。

ここで、従って提起される問題は、かかる民主制のもと「統治」要素を含む「執行権」の是非ということになる。君主の存在を予定しての議論がここで問題でないこと改めて言うまでもない。現代民主制において、国政の中心が「議会」から「統治」を行なう「行政府」へ移ったといわれる。この現状をふまえてどのような機関にどのような権限配分がなされるべきかが問われているのである。

3 この問題に対する答え方として、二つ考えられる。一つは、「統治」をめぐる比較憲法史的な多様性の中から、例えばフランスの *gouvernement* が用いられた時代こそ今日のシチュエーションが参考すべきものとする立場が考えられる。二は、国家の本来のあるべき姿として「統治」を普遍的要素として措定する立場も考えられよう。

あるいはさらに方法論的視点の違いとして二つ有りえよう。一としては現実はどうであれ、民主的権力分立の理念として、やはり「執行権」は「法律の執行」の局限されるべきものと構成し、ただ、現実的な実態はそれはそれとして別次元の問題として区別する立場がありうる。これに対しては二として、そもそも、この国家機能論は、何のための議論であるかを自覚しつつ、より現実可能な立論こそ要求されているのだという立場もありうる。

4 およそ、国家機能論は描こうと思えばどうにでも描けるというところがあるのであり、しかし、これでは何のための国家機能論かということになる。従って、この問題は、やはり現実機能的な立憲理論のありようがテーマでなくてはなるまい。

そうだとするならば、国家の現実態を配慮する必要がある。法体系の美学ではいけない。「法治国的要請」はもちろん立憲主義の一貫した原理である。が、これだけで「法律・行政」の関係を律しうるとは限らないだろう。この場合、行政府の活動を一部政治の世界に放り出して構成するのか、或は行政府の活動のなかの一態様として位置づけるかは、どちらであれ。²

このいずれであるかは、構成の相違はあるが、実質的には兩者そんなに疎遠なものではない。ある部分を、法ではなく、政治の世界に放り出したとしても、これも法的には「法から自由な領域」として把握しうるし、政治の世界の出来事という場合に、法的に認識されている問題も、見方を変えればそれも一つの政治現象であるにすぎないのであるから。これは、結局認識の問題となる。

5 この法と政治の関係について、もう少し考えてみたい。立憲主義的憲法は、一般に二つの原

則・原則で説明されることがある。一つは、責任政治の原則。もう一つは「法による行政」の原理。近代立憲主義は、絶対君主の恣意を統制することに始まる。その初期においては君主の権力がなお強力で直接責任を負わない。そこでここでは、大臣に責任を取ってもらうパターンとして大臣共同責任制が確立する。その後、行政府の存立を議会の意思に依存せしめるべく議院内閣制が確立する。君主・行政府も議会解散権を持つが、行政府は議会に対して責任を負う体制である。これらは、責任政治の原則として説明されるものである。が、こうした原則のいわば恒常的体制の現れとして行政府を「法律」に従わせ、この違反については司法による権利救済を行なう体制を確立する。これが「法による行政」の原理であり、権力分立をなによりも一つの法規範創設・適用段階構造として理解しようとするものである。³

さて、ここで重要なことは第一原則と第二原理との関係である。第二原理である「法（法律）による行政」の原理においては、行政が発する命令という法規範が法律という法規範に適合しなくてはならないという要請がある。具体的には、伝統的行政法学にいわゆる法律の法規（権利）創造力、法律の留保、法律の優位といった原理がそれにあたる。いずれも上位法規範の制約づけを受けた下位法規範のあり方、一般的授權関係が問題となる。そして、ここに「統治」の要素を組み込んだ場合、それは行政の裁量領域の問題としてその広さが吟味されることになる。固有の行政領域といえども法治国的要請に従わなくてはならないのである。ただ、現実機能性という観点から不可能なことは要求できないだろうが。次に、第一原則である責任政治の原則の視点からこれを見ると、この第二原理も行政に対する一つの重要な政治責任の追求の意味を含有していること否定できない。しかし、この「法律による行政」に第一原則は限定されるものではない。行政府の政治責任は、議会における大臣への質問や政府の政策への批判、そして不信任決議などを通じて多様に追求されるのである。議院内閣制はまさしくこのための政治責任追求の制度である。その責任内容は、単に法律違反に限られない。政策上の不当など一切を含み得る。ここで直接法規範の創設・適用と言えない行為についても責任を問い得る。従って、明白に第二原理に当てはまらないような行政府の行為についての責任追求は、むしろこの第一原則で行なうことが便宜かもしれないのである。「統治」作用をこの場合、むりやりに「法律による行政」の原理のなかに押し込まなくても、政治責任追求は政治責任の原則でカバーすればよいということになる。また、「法律執行」を限りなくあいまいなまでに拡大することも不要である。ただ、これは法と政治の認識方法の違いといってよいものであり、どちらで構成するかはその論者の選択の問題に帰するのではないかと考えられる。

6 最近のわが国の学説のなかに、いましがた述べたごとき問題に言及しているものが見られ、注目される。

高橋和之教授は、現代政治の把握には法の支配の下に秩序維持を課題として構成される法制定と法執行の「決定・執行」図式のほかに政策プログラムの達成を目標とする「統治・コントロール」図式があり得、この二つの図式の関係につき、次のように説明されている。

「…現代政治の把握は『統治 - コントロール』図式によりなされなければならない。しかし、このことは、『決定 - 執行』図式あるいは『法制定 - 法執行』図式を無用化するわけではない。現代国家においても法の支配は維持すべきものとすれば、この図式を捨て去るわけにはいかない。ここに、憲法思考上、法の領域と政治の領域の分化の必要が生じるのである。法の支配は、政治を法に従わせる原理である。法の支配を実現するためには、政治領域の活動は、法の言語へと翻訳され、法の論理の中に捕捉されねばならない。統治の諸活動は、常に法形式をまとうて展開されねばならないのである。目標に向かって展開される目的・手段の行動体系は、常に法的な要件・効果の体系に翻訳され、そのことを通じて法の支配が可能となる。立法・行政・司法（法制定・法執行・法裁定）の分立は、まさに法の支配の制度化のために必要とされた区別であり、法の領域に属する。議院内閣制は政治の領域に設定されたメカニズムであり、内閣（与党）が統治を、国会（野党）がコントロールを担当するのである。」⁴

そして、この翻訳ということについては、

「目的・手段の系列と要件・効果の系列は思考方法を異にし、翻訳が困難な場合が生じる」と言われる。⁵

また、石川健治教授は、「統治行為」論との関連で、次のように言われる。

「これらは、講学上『司法権の限界』として扱われる論点であるが、より大きな文脈において捉えれば、『政治』を『法』の論理で包み込もうとする、法治主義さらには立憲主義のプロジェクトにとっての、限界問題にほかならない。」

「執政権論が、再度公法学の領野に還ってきたのは、まさにこうした『統治行為』論を契機にしている。翻訳という営為が介在しているために見えにくくはなっているが、『統治行為』のカテゴリーを承認するか否かは、法治主義によって封印されていた執政権というカテゴリーを承認するか否か、と同義である。」⁶

さらに、「執行権」との関連で、次のように言う。

「日本の公法学は、executive power をめぐる言説空間を、『法律による行政』でくまなく埋め尽くす一方で、『政治』はそこから見事に放逐した。これは、…第二帝政期ドイツの行政法学を受容した結果であり、その後のドイツでの進展にもかかわらず、日本では大切に保存されてきた考え方である。」

「現行憲法六五条の『行政権』という表現が、そのことを集中的に表現している。内閣に属するとされる『行政権』はその英訳が示すように、executive power としての位置価値を有している。それは、執行権という名の『国政に関する権限』（現行憲法四条、英訳では powers related to government）にほかならない。それにもかかわらず、それがあたかも『法律による行政』の領分であるかの如き表現で語られる。これは、戦前からの翻訳伝統を踏まえたものであった。」⁷

「曖昧な行政権の名の下に、実質的な国家指導に携わってきた官僚機構への懐疑は、強まる一方であって、『政府』概念が躍動する、中央省庁等改革基本法の文言は、きわめて象徴的である。」⁸

ここで「統治」を「法」でもって「翻訳する」という言い方がなされている点で、両教授共に共

通している。そして、この「翻訳」が「統治」を完全に封印し切れるかどうかは、明確ではないが、その実態存在は否定できないということであろう。

このことを、どのように理解すべきであろうか。「統治」作用を徹底して法的に、つまり法規範学的に意味づけようとするならば、例えば「政策の立案・決定」もそれが「法律案の作成」という立法過程の一齣という意味を持つにすぎないだろう。それは、従って「立法」をする議会の決定に服する。仮に、ここに「法律・行政」間に競合的所管が認められて、法律が存しない場合に行政の決定が先行し、後に法律が異なる内容であれば、その法律の優位に服するということは、無いわけではないにしても、それは緊急事態とかの例外的な場合を想定した時に限られるであろう。

逆に、このような問題を「法」でもって翻訳できない「政治決断」だと構成するならば、ここに「法」と「政治」との二元的構成が行なわれることになる。両者は、しかし、実態は異なるものではない。説明の仕方、要するに方法論的な違いがあるのみである。

但し、それにもかかわらず憲法(学)史上は、フランスにおける「統治」概念史に見られたごとく、いずれの構成を採るかは、往々にして時々の政治状況に大いに左右されたものであったこと別の箇所で見たとおりである。

また、「統治」を「法」でもって完全に「翻訳」できるのかということについては、例えば戦争行為や外交作用を「法律執行」という概念に収めることの可否を考えた場合、H.ケルゼンの純粹法学ではこれも法行為として意味づけされ得るとしても、一般的な感覚としてはかなり無理があるのでないか思われるのである。かかる意味において、完全な「翻訳」ということには、それは何のための議論であるかということが問われてくるだろう。

7 民主制との関連 最後に、本稿が扱う「統治」概念の問題は、究極的に現代民主制における統治構造、とくに権力分立をどのような仕組みとして捉えるかということにかかってくる。その際には、この権力分立がある一部の利益を国民意思のそれにするための単なる利用装置に過ぎないのか、或いは国家が積極的にその意思形成に主体的に関わっていくのかという国家任務の理解の仕方に大いに関連するものとなるであろう。「統治」を行政府が担うというのはまさにその後者の発想から生じてくるものと考えられる。

第二節 ドイツ絶対君主制時における「統治」概念

1 「統治 (Regierung)」概念の成立 - ドイツ出自の「統治」概念

a 今日、公法学上一般に用いられる「統治」という言葉の出自は、端的に言えばドイツにあるとあって大過ないであろう。Regierung は時に「政権」「政府」という組織的な用法もあるが、より本源的に機能的概念としてまず成立するのである。

13世紀末期にラテン語の regere 及び古フランス語の reger から中高ドイツ語の regieren の語、

莊嚴な物書き言葉が形成された。これは、政府の全体的指揮の術策を示すために国王及び都市の官房 Kanzleien で用いられたものである。

さらに15世紀には、実体的なものの、Regierung 及びラテン語の regimentum から導出された Regiment が加わった。

そして、フリードリヒ 世は1442年 8月14日フランクフルトのラント講和令で Regiment を用い、マクシミリアンは1495年 8月7日いわゆる永久平和宣言で Regierung を用いたが、両者は同義に用いられている。国家の全体指揮、それ故に支配活動を示していた。⁹

b 組織の概念としての Regierung この語は、やがて組織の概念をも獲得した。機能と機能支担者（トレーガー）とは用語上もはや区別されず、統治権 Regierung を行使するものが統治者 Regierung である。

この発展は、とくに1500年 7月2日、1521年 5月26日のいわゆる統治令 Regiments ordnung で明らかに見られる。カイザー（マクシミリアン 世）がライヒシュテンデにより設けられた統治 Regierung 委員会である Reichsregiment に同意した。21人から構成され。長はカイザーであるこの団体は、ライヒスタークが開かれない時に、統治事務 Regierungsgeschäfte を行なうべきものであった。1500年の統治令は今日周知の Reichsregiment でもってではなく Reichs-Raht について述べたものであった。ただ、この49, 50条では Raht と Regiment の同置が行なわれていた。また、これと並んで、ここで Regierung と Regiment は機能的意味で用いられていた。そして、Reichs-Raht の概念は文書用語では後退し、Regiment の語がその位置を占めた。1500年 9月10日のアウグスブルクのライヒ決定で明らかに Reichsrat を以後 Regiment と呼ぶべきことが決定的となった。これでもってまた、この団体の統治機能も強調されたのであった。

カール 世治下の第二次 Reichsregiment は全く Regiment でもって示された。1519年 7月3日の選挙降伏条約 Wahlkapitulation においてそうである。この確約を1521年 5月26日の統治令でもって認めたのである。それにより、ライヒでカールの不在中カイザーの代理を含む22名から成る統治団体がドイツにおいて設置されたのである。場所はニュールンベルクになった。

しかし、Reichsregiment の組織的 Regierung 概念は例外に留まった。たいていは国家全体指揮、支配活動を示した。¹⁰

2 17 - 8 世紀絶対主義時代における Regierung 概念

a ライヒ、ラント法における概念形成 ここでも機能的、組織的 Regierung 概念の二つの線が描かれる。

ドイツでは、カイザーのそれと並んでとくにランデスヘルの Regierung がますます全面に出てくる。この後者による主権国家が形成されるのである。内・外的に最高支配権を有する。これが絶対国家の発生の前提となる。

そして、この包括的支配権が洗練されて国家・社会の福祉に倫理的な sittlich 基準により拘束さ

れて啓蒙絶対主義になる。ここでは、法的理解での行政 Verwaltung が認められる（Johann Heinrich Zedler の説明）。ここに、かの Regierung、Regiment とフランス流の Gouvernement との近似性と並んで、すでにマクシミリアン時代にあった Regierung と Verwaltung の同置も有効であったことが注目に値する。

なお、包括的国家権力の個別的な区分は立憲主義的国家学の産物である。ちなみに、司法はのちに独立し Regierung から区分されたが、ここではなお Regierung の主要任務であった。¹¹

また、機能的 Regierung と並んで組織的 Regierung もあった。Regierung をもつものは Regierung であった。そして、ここでランデスフルストのみならずその補助者も含まれたのである。¹²統治団体を形成し、官庁制度 behördliche Institutionen へともたらされた。1661年11月14日のプロイセン公国の憲法草案はこの発展を示しているという。

b 学問における Regierung の概念規定 18世紀にいたり国法学の文献上 Regierung が問題とされるようになる。

論者としては、メクレンブルクの近衛兵 Christoph Georg Jargow、18世紀半ば以降最も重要な国法学者とされる Johann Jacob Moser、ドイツの最初の国家学体系家の一人でこの期としては異例の西欧民主主義の立憲的三権分立へ至っていて驚くべき現代国家観念を説いた Johann Heinrich Gottlob von Justi、ゲッティンゲンの国法学者 Gottfried Achenwall、君主制原理に立ち君主を heilich und unverletzlich なものとした Johann Jacob Schmauß、イエナの教授 Johann Christian Majer、ハレの国法学者 Ernst Christian Westphal、選帝侯マイントの枢密顧問官で教授の Johann Richard Roth、当時のドイツ国法学の指導的地位を獲得し、古いライヒ国法学の代表者とされるゲッティンゲン大学法学部の Johann Stephan Pütter、自然法の土台の上で一般国家学を詳述した August Ludwig Schlözer、前二者の影響下にある Carl Friedrich Häberlin、そして Theodor Schmalz らが挙げられる。

これらの論者は、それぞれ個性があり全く同様のことを説いたわけではないが、例外的なものを除き概ね従来国王のレガーリエン Regalien から多くの国家権力の総体を機能的 Regierung のなかで捉えており、またそれらを行使する団体としての複数形の組織的 Regierungen も用いられた。前者は立法権、司法権などもなお含んだ最高権力を意味したが、他方では内部において真の Regierung と国家行政 Verwaltung を区別するものも見られた。¹³

第三節 立憲君主制時代の Regierung 概念 - 一九世紀ドイツ国法学

1 立憲主義の様々な形式 19世紀において、あらゆる国家は立憲的秩序を必要とするという見解がドイツで徹底した。一般的意味での立憲主義は、国家が成文憲法をもつこと、そして主権を制限することである。その形式は君主制、貴族制、民主制であり得る。が、ドイツでは君主制の土台の

うえに憲法体制を理解することになる。フランス革命に見られる権力分立的民主主義観念は前世紀の機能的包括的 *Regierung* 概念を破るが、ドイツの君主制原理では国家権力の全体が君主から分離されずに残るのである。*Regierung* から司法、立法、のちに単なる法律執行としての行政が別れるのは非常に後になってからである。¹⁴

2 君主制原理¹⁵ ドイツ国法にとり特別の意味をもつのは、1820年5月15日のウィーン最終議定書 *die Wiener Schlußakte* である。その Art.57 により、全国家権力を主権者は、ラントシュテンデ憲法により一定の権利行使にのみシュテンデの協働に拘束され得た。この君主制原理は、すべての民主的、権力分立的努力に対する防壁となったのである。ここで、*Regierung* は、司法も立法も含み、*vorkonstitutionell* なものであり、シュテンデの協働もこの *Regierung* の力を弱めるためではなく審議の知恵を強化するためという考え方であった。国王の宣誓は憲法と法律にしたがって *regieren* することである。¹⁶

3 ドイツ同盟期当時の国法文献

a 包括的 *vorkonstitutionell* な *Regierung* 概念の信奉者 Johann Ludwig Klüber、Johann Christian von Aretin、Romeo Maurenbrecher、Robert von Mohl、Carl von Kardenborn、Joseph Held、Carl Friedrich von Gerber らがここに入る。個々に個性が見られ、また立法、司法、行政、執行といった区別は見られるもののこれらいずれも全国家権力が君主の *Regierung* に入ることには変わりはない。*Regierung* は国家の本質的要素でありこれがない国家は魂のない体であると考えた。¹⁷

b 制限的 *Regierung* 概念の代表者

ハイデルベルク大学正教授 Karl Salomo Zachariä は機能的 *Regierung* を立法、部分的に司法に対置した最初の国法学者であり、君主制原理を揺り動かす端緒となった。

Karl Heinrich Pölitz はその思想を受容した。彼はまた不完全ながら執行権のなかを *Regierung* と *Verwaltung* とに区分するのが見られる。

Friedrich Hegel の *Exekutive* はフランスの革命憲法の執行権と比較され得るがこれらとは異なり君主の意思に拘束され、国民主権や権力分立を断固否定する、倫理観念の現実としての国家把握である。

Friedrich Julius Stahl は立法、司法の特殊性を強調し、君主に集中された国家権力の解消を準備したが、ツァハリエとは違い全体として君主制原理のもとにあった。

Johann Caspar Bluntschli は一方で君主制原理に賛同しつつも包括的機能的 *Regierung* を支持しない。他方で民主・共和的観念、国民主権、議会統治形式には反対し、*Regierung* は純粋な法律執行に限らず法律の枠内で自由に展開されるものとする。

フライブルク大学の国家学教授 Carl von Rotteck は君主制原理を明白に放棄し明らかな権力分

立を要求した。

Friedrich Schmitt は、一方で Regierung を立法権、司法権から区別するが、他方では君主制原理を要求する。これを狭義での Regierung 行使と理解するのである。シュタール、ブルンチリを越えていった。が、君主制国家では Regierung が生きた中心であり、国家権力の中心であって、単なる執行活動に限られず、法律の枠内で自由に行為する。Regierung 権力は、憲法により立法議会に帰属していないすべての立法の権利を自らに帰属させる。この権力は法律イニシアチブを有し、可決法律を校訂し、裁可し、公布し得た。それを越えて、この権力は立法部を召集し、開会し、又は解散する権限をもった。司法は恩赦、免訴にする権利を除き Regierung 権力保持者から固有の司法、実質的活動は奪われていた。シュミットヘンナーは、ロテックとは異なり君主制的であり、民主制的でない。が、国家機関を三分し Regierung と並ぶ二つの弱いが独立の権力を置いたので K .S .ツァハリエ同様に民主的国家形態への発展の理論的端緒を与えたのである。

Lorenz von Stein もシュミットヘンナーと並んで、Regierung 概念の最初の理論家の一人と称されるが、彼はこれをむしろ執行権でもって表現する。Regierung はその執行権の機関を示す形式的概念である。狭義での Regierung は内閣と省庁官庁とから成る。これが元首と一緒に広義の Regierung を形成する。シュタインは行政と執行権を区別し、のちの Exekutive 内の特別の Regierung 機能を基礎付けた G .イエリネク学説の土台を準備したことになる。シュタインは純粋に君主国家論者であり、国王が国家の意思と行為、つまりは立法権と執行権の首長であるべきとした。

概して、ここでは立憲君主制で Regierung は、憲法により与えられた立法権、司法権を除き、およそ国家権力を行使する権利というふうに規定される。¹⁸

4 憲法学、現実における君主主義的偏見・拘り このような検討の結果、W .フロチャーの総括は以下のようである。

ドイツ同盟の時代には、絶対主義的、機能的な Regierung 概念は、結局本質的には変更しなかった。ドイツ立憲主義は絶対主義から議会主義へ、君主制から国民主権への経過を示す中間状態に過ぎない (E .W .ベッケンフェルデ)。ドイツの支配的立憲理論もラント憲法でも、国王の権利を旧君主権力の延長と見て、シュテンデの協働、裁判官の独立もその制限と捉えた。そこではまず、その国王の国家権力が Regierung で示された。その後立法、司法の一部を除いた君主の権利が狭義の組織的 Regierung を意味した。まれに、K .S .ツァハリエ、シュミットヘンナーにかかる君主制原理の克服の端緒が見られ、ロテックは民主的基礎を置きつつ、君主の Regierung 機能を国民代議の権力と対置させる唯一の論者であった。

憲法現実では、国民代議は君主の Regierung に対して真の抵抗部を意味せず、オーストリー、プロイセンでは19世紀半ばまでこの国民代議を持たなかった。最も有名なのは、1862 - 6年のプロイセン憲法闘争であって、ここでプロイセン憲法の構成要素でない君主制原理が主張された。司法の独立は、市民の法的争いや刑事のさして重要でない領域に妥当するに留まった。

フランス1830年憲法後の Adolphe Thier のいう *Le roi règne, mais il ne gouverne pas* はドイツでは特徴づけられなかった。国王自身が統治し、全国家権力を行使した。Regierung は、国民代議のような民主的制度によっては行使できないものとされた（1863年、Kaltenborn）。議会制的内閣統治 *parlamentarische Ministerregierung* を採用しようとしたヘーネル Hänel へのビスマルクの対抗もこのことを意味している。

かかる19世紀ドイツ国法学の君主制的偏見（Adolf Merkl のテーゼ）は、今日の民主的基準で、別の時代の国法的関係を測り、非難することを目的としているのではないという。ただ、民主制や権力分立は、その後の発展において跡付けられる国家の土台として確証されているので、従来のドイツ国法学が君主制原理、*vorkonstitutionell* な Regierung 概念のうえに一方向的に形成されたものであることを正当に跡付けつつ、民主的国家把握の最初の端緒を追求しようとするのだという。

このようにしてみると、Carl von Rotteck が注目される。他の国法学者はウィーン最終議定書57条、ラント憲法規定に従い、民主主義思想や権力分立論は実定法に反するのみならず、政治的に誤った学説として激しく批判するロバート・フォン・モール Robert von Mohl の言葉を受け入れたが、ロテックだけは共和制派、もっと言えば民主主義者に数えられ得る。彼は1819 - 1840年までバーデン議会での自由党の人民的指導者であって、新しい観念のための先駆者として妥当した。これに対して、K. S. ツァハリエやF. シュミットヘンナーは *vorkonstitutionell* な Regierung 概念の解消、克服のために注目すべき予備工作を行なったが、むしろリベラル・保守的な立場を採ったのである。ロテックとツァハリエは、時々両者バーデン第一院にいて、一方はフライブルク大学、他方はハイデルベルク大学で、しばしば敵対者であった。¹⁹

5 1848 - 9 年の革命 1849年3月28日のフランクフルトライヒ憲法は、民主的急進主義は貫徹されず、リベラル中道派の調停的見地により決せられることになった。君主は廃止さるべきではなく、拘束されるべきものとされる。

この憲法は、Regierungを機能的というよりもよりしばしば組織的に用いている。ライヒ Regierung や個々のドイツ Regierungen はカイザーやラント国王が regieren することを助ける団体を指示した。これですでに機能が述べられている。カイザーが Regierung 権力を持つのである。ライヒ憲法84条などからライヒスタークに割り当てられないすべての権利・義務は Regierung のトレーガーとしてのカイザーに帰属するとされ、Regierung は単なる執行以上のものであった。包括的な *vorkonstitutionell* な Regierung は君主制原理とともに確かに放棄された。が、フランスとは異なり、1849年ライヒ憲法における革命は決して急進的ではなく、むしろ慎重な性格を有し、Regierung は成文憲法から完全に消えることにはならず、制限の意味で保持され得たのである。²⁰

6 19世紀末近くの新たなる制限的 Regierung 概念の形成

a 19世紀後半、君主制原理はドイツ国法にとり中心的意味を失った。同時に包括的機能的

Regierung は、完全に消滅した。実際、1850年1月31日の修正プロイセン憲法は全国家権力を執行権、立法権、司法権に区分し、それぞれ国王、国王と両院、国王の名で独立の裁判所へ別々の機関に割り当てた（Art. 45, 62, 86）。君主制原理を含んでいない。Regierung は組織でないかぎり、国王が行使用するものを示す（Art. 54, 56, 57, 58）。他方でプロイセン国王は大臣の副署を要するが（Art. 44）国王が regieren することを宣誓した（1852年2月6日フリードリヒ・ウィルヘルム 世）。支配的学説は、権利所持と権利行使を使い分ける構成を一般ラント法 § 1-13 からもってきて、ドイツ同盟の最後までウィーン最終議定書57条のごとき君主制原理にしがみつこうとした。ここに改めてプロイセン国法学の君主主義的偏見・拘り die monarchistische Befangenheit が示される。

ただ、学説上、Ludwig von Rönne、Conrad Bornhak、Hermann Schulze にあっては、憲法に従って立法権、司法権から区分され、国王に留保された Regierung 以外にほかの役割を演じていない。また、1867年4月16日の北ドイツ連邦憲法、1871年4月16日のライヒ憲法いずれにおいても機能的 Regierung は後退していて、組織的 Regierung しか出ていない。一機関に一機能が割り当てられたので、それらにさらに上位概念が必要なくなったからである。

b かくして、ここに文献上機能的 Regierung の用法を放棄するか、新しい意味を与えるかの可能性が存したのである。多くは前者、すなわち憲法用語に従った。さきの Hermann Schulze、そして Gerhard Anschütz も同様である。アンシュツは立法、司法をとり、その残余を行政とする立場を採った。また、ライヒ国法学的実証主義の主たる代表者 Paul Laband も、実定的ライヒ憲法に規定されない機能的 Regierung のごときをドグマティックの中心に置いてはいない。彼も主観的意味での行政について残余説に立ち、これは自由な国家元首の指揮に服するすべての国家行為の総体である。さらに、Philipp Zorn、Adolf Arndt、Anton Menger、Josef Ulbrich、Bruno Beyer もこのグループに入るといふ。

c これらに対して、Regierung を重視する人たちもいる。これはさらに二つのグループに別れる。

第一は、上の論者等と類似している。立法、司法、行政の三機能から出発し、が、行政又は執行権を Regierung と呼ぶ。Conrad Bornhak、Friedrich Thudichum、Otto Mejer がそうである。

第二は、全く新しい方向をとるもので、Georg Meyer、Georg Jellinek に見られる。さきの第一の論者が執行権の全領域を Regierung と示していたが、今度は執行内の自由な行為の領域のみを Regierung とした。

この区別はイエリネクが国家学で行なったごとくに体系的ではなかったがすでに Ferdinand von Martitz が「北ドイツ連邦憲法についての考察」で行なっていたという。執行権は、法律執行、日常の行政、裁判権、一定の監督権を含み、Regierung 権は、法律執行に満足せず、有用なもの、必要なものの自由な衡量によってふるまうもので、国際法的交流、条約締結、官吏任用・雇用、営造物を建設し、国民の福祉のための手段を講ずることである。後者については、北ドイツ連邦憲法では連邦参議院を含め連邦首脳部の手に置かれ、連邦議会はコントロール機関にすぎないとされる。

G .マイヤーは、執行 Exekutive 領域を立法でも司法でもないものと消極的に限界づけ、これを

行政とする。さらにこの行政を執行と *Regierung* に区別して、*Regierung* を法律の枠内での自由な行為とした。

G .イエリネクは「一般国家学」のなかの膨大な章を国家機能にあてていて、機能と機関が一致しないので実質的・形式的機能を区別する。立法、司法、行政の実質的機能として、次のように規定する。まず、立法は、抽象的な、多数の事件若しくは個別の要件を規律する法規範を確立する。司法は、個別事件について、不確かな若しくは争いある法（権利）若しくは法的状態・利益を確定する。行政は、法規範により若しくはその枠内で、より詳細な研究が豊富に分類されたシステムとして認識することを教える手段を通じて、具体的課題を解決する。

この中で、行政は中心的地位を受け取るものであり、歴史的に見てこれは包括的基本的機能であり、放棄し得ないものである。それなしでは、国家はアナーキーに解消することになるとされる。行政は、さらに自由な活動と拘束された活動とが区別され、前者を実質的意味での *Regierung* という。外交政治のほか法規定から必然的に遠ざけられている国内政治での方向を与えるすべての活動もここに入る。例えば、議会制度、大臣・官吏の任命、栄誉の付与、軍事力の措置に関する諸権限。そして、最後に、行政における自由裁量領域もここに属する。これは法規定に限定されるが、内容的に特定していないものである。他方の執行に留まるものは、拘束された活動、立法若しくは *Regierung* により命ぜられるものの執行である。

G .イエリネクは行政を三機能の中心に置き、行政のなかで *Regierung* を重視する。これがピラミッドの先端にある。それでもってこの機能的 *Regierung* 概念は、内容的により少なくなっているが、自由領域であり留まっていて、カイザーライヒでは、本質的に他の権力から独立の、とくに法律、それ故に議会により特定されない上からの国家指揮を可能としたのであり、かつての古い *vorkonstitutionell* な *Regierung* 概念の伝統のなかに保たれているのである。もっとも、議会制のもとではこの自由領域も議会により間接的にコントロールされるとされるのであるが。²¹ G .イエリネクは、自覚して、法律、議会に依存する執行 *Exekutive* と並んで、独立の権力を立てようとした。これを彼自身はイギリスの国王大権 *royal prerogative* と、それ故に君主大権と等置したのである。

うへの G. Meyer、G. Jellinek と同様に、Otto Mayer、Richard Schmidt も *Regierung* の意味を強調したが、しかし、前二者が執行内に、とりわけ自由な、法規定に拘束されない区域を見たが後二者は最高指揮又は管理機能を外に取り出した。

O .マイヤーは、*Regierung* のもとに、全体の最高指揮、国家の政治的運命や国内の文化の発展のための統一的方向を与えることを捉えた。もっとも、この最高指揮活動は、確かに固有の効力を持つ国家活動の全種類に影響を与えるが、それ自身は純粹に精神的、一般的性質のものだという。それ故、直接有効な国家活動は、立法、司法、行政で完全に捉えられる。

R .シュミットは、行政と *Regierung*、立法、法コントロールを主要機能として区別する。行政はすべての国民の実質的・観念的必要の充足、安全・公共の福祉のための社会的・文化的課題の充足に役立つ。安全・公共の福祉警察、文化行政、軍事行政、財政行政、司法行政、外交事務など。

Regierung 機能は、すべての行政官庁の任命と管理。大臣を任命・罷免し、監督する。しかし、ここでシュミットの場合、イエリネクと違い行政と Regierung の区別を法コントロールの有無に結合しない。法コントロールは、司法（民・刑事）のみでなく、高権領域へも及び、勤務監督手段、行政訴訟、そして一種の国事裁判所の助けをもって、行政と Regierung の監視を担保するものであった。Regierung と並んで Regierung コントロールを要求している。

d かくて、19世紀末のドイツ国法から全国家権力を包括する Regierung 概念は消滅している。が、G .イエリネクの構成が広く学説上受け入れられることになったのである。それは結局のところ、執行内に法規定により限定されない自由領域を作り、古い vorkonstitutionell な Regierung 概念を時代に適応させた継続であることは明らかであり、絶対主義が執行のなか、もっと言えば Regierung のなかに避難したものである。^{22 23}

7 立憲君主制時における組織的 Regierung 概念の発展

まず、組織的 Regierung は、本質的にその意義内容を維持した。ドイツ同盟、北ドイツ連邦、ドイツライヒ、個々のラントの諸憲法において、またドイツ国法の全文献において、最高国家指導機関の印としての Regierung が重要な位置を占めたのである。

しかし、ここで注目すべきは、総理大臣や地方の長という最高の地位のものについてのみならず中間の国家機関次元についても Regierung は指示したことである。プロイセンの国家構造では、1723年以来存する戦争・王領部 Kriegs-und Domänenkammern が1808年の最高国家官庁の改正憲法に関する公告及び同年のプロビンツ・警察・財政官庁の改正制度のための命令を根拠として、Regierungen の新しい名を有している。

プロイセン国家は、10のプロビンツ、25の Regierung 地区に分けられた。そして、あらゆる Regierung 地区で、司法事務のために上級地方裁判所が、また一般的警察・財政事務について Regierung がつくられた。プロビンツの Regierung は、特別の任務領域に限られず、全行政に及び一般的官庁であった。かくて、この中間官庁のユニバーサルな性格は Regierung 概念の歴史的伝統に本質があるのであり、その本源的に全国家活動を包括する全国家指揮を示す機能的 Regierung 概念から導出されていることを明らかにするのである。

もちろん、プロビンツの Regierung は、もはや司法の事務には権限がなかった。1723年以来、戦争・王領部と並んで、司法部として活動していた以前の Regierung の任務はプロイセンのプロビンツ行政の新秩序により、上級地方裁判所へ移っているのである。ここで、機能的 Regierung 概念の発展へのパラレルが示されている。その経過のなかで、同様に、19世紀の後半に初めてそうであるにしても、司法が Regierung 領域から分かれたのであった。

国家行政の中間段階としての Regierung は、それがとくに1808 - 15年のプロイセンで刻印付けを見出だしたごとく、ドイツの広範な部分で、今日まで保持され留まったのである。その限りで、その中間段階の Regierung は、組織的 Regierung 概念の本質的要素を形成しているのである。²⁴

第四節 共和国における Regierung 概念

1 ヴァイマル共和国憲法における Regierung

a W.フロチャーによれば、共和制においては、もはや機能的 Regierung は存立意義を失い、組織的 Regierung のみが「政府」として維持され、そのなかで多義性を見せることになる。が、他方ではしかし、学説上はこれとは相反し、機能的 Regierung がむしろ支配的見解として維持・構築されていくのである。

まず、1918年11月9日ライヒ宰相 Prinz Max von Baden は皇帝の退位を告示した。Prinz Max 政権 Regierung での大臣、社会民主党シャイデマン Scheidemann は、ライヒスタークの壇から共和国を宣言した。これをもって、Regierung と国王の人的結合はドイツ国法から切り離されたのである。が、Regierung の放棄に至ったわけではない。1918年11月革命後ライヒ宰相に代わりライヒの指揮をとった人事委員会 Rat der Volksbeauftragten がしばしばライヒ Regierung と称された。ドイツ史上最初の民主的憲法1919年8月11日ドイツライヒ憲法は Regierung 概念を中心に据えた。ライヒ最高機関の一つは、Reichsregierung であって、これは憲法 Art.52 によればライヒ宰相とライヒ諸大臣から成っていた。けれども、これをもって組織的概念、Reichsregierung は一義的に定まったのではない。憲法の他の諸規定は、Reichsregierung でもって無条件に全内閣を示すのではなく、場合によっては所轄の担当大臣のみを示した。ライヒ裁判所は、ライヒ法律の実施のために必要な一般行政規定 - その発布のために、ライヒ憲法 Art.77 によれば、Reichsregierung が授權されているが - が、原則として時々の担当所轄ライヒ大臣のみによってであり、が、団体としてのライヒ内閣によっては作られず、署名され得ないと判示したという。この関連で、ライヒ裁判所によれば、Reichsregierung の表現は、Art.52 において、いつも確かでないという。むしろ、ライヒ憲法で、二つの意味で用いられている。つまり、一つは、全ライヒ内閣の印として（例えば、Art.52, 55, 57, 58, 65）他は、所轄のライヒの中心的官職（例えば、Art.15, 18, Abs.4u.6, 33Abs.3, 35Abs.2, 66, 68, 69, 91）の一般的印としてである。それ故に、たいていの憲法規定においては、Reichsregierung の印は、各々の担当所轄ライヒ大臣のために選ばれているという。

そして、このライヒ裁判所の見解は、国民議会の憲法委員会の議事録により確認されるものだという。個々の場合に、Reichsregierung を誰が意味しているか、自ら官職組織の手続で決することを Regierung に可能にするために、Reichsregierung 概念は全く意識的に開かれているということである。

文献上も、この Reichsregierung が多義的であって、全内閣、宰相、又は一担当大臣若しくは複数の担当大臣（宰相ぬき若しくは共同で）を理解し得る。

が、Reichsregierung のライヒ大統領への拡大は、一般用語では当たり前であるが、ライヒ憲法の国家構造とは調和しなかった。たとえ、憲法上同一の節で扱われているとしても、大統領とライヒ政府を区別している。大統領は議会の信任に依存する Regierung の部分ではなかったのである。

アンシュツが広義の Reichsregierung に大統領を入れて、大統領の機能が執行権の最高指揮としての Regierung に入るといって、これは機能的 Regierung であって、この憲法が知らないところのものである。新ライヒ憲法は組織的 Regierung にのみ入口を見出だす。W.フロチャーによれば、国家機能としては立法、行政、司法のみであり、例えば、Art.45 - 49 のライヒ大統領の諸権利や Art.56 によるライヒ宰相の指針権限も機能的 Regierung をもたらすものではないという。また、G.イエリネク流の執行内部の自由な方向を与える国家活動としての Regierung もヴァイマル共和国の実定憲法法の承認するところではないという。

国法的文献の一部も、およそ Regierung 領域の問題を議論をしない。Poetzsch-Heffter、Wittmayer、Giese、Gebhard のコンメンタールや Anschütz の模範作も国家機能学を体系的研究の対象としていない。憲法規定に依存している。

けれども、自由な方向を与える国家機能としての Regierung の理論は死ななかったのである。憲法条項の単なるコメントに限られない多くの著作で生き続けた。

例えば、スティアー - ゾムロ Stier-Somlo。執行権 - Regierung は明白には用いられないが、- が、ライヒ憲法でも、新ラント諸憲法でもあまり広範に狭められている。というのも、立法が執行をこれの自由な機能をまさに不可能にするほどに支配しているのであるからという。

ハチェック Julius Hatschek は、法的不拘束というよりも Regierung 活動の最高の方向づけ機能を強調し、これを三権の外の第四機能として、或いは立法でも、司法でもない行政として位置づける。

スメント Rudolf Smend は、イエリネクの執行内の特別の Regierung 領域についてさらに思考を続行した。1923年 Regierung についての最初の詳細な研究は、今日まで影響を与えているという。結論として、ドイツ、フランスでの自由、又は拘束の基準で構築する Regierung と行政の区別はあまりに形式的に過ぎるとし、重要な内容的基準として政治的なものの概念を見出した。スメントにおいて、全国家機能から立法、司法を除いて、そこに Regierung と行政が区別される。Regierung は政治の範囲に入る。ここでは、国家はそれ自身その本質を定め実施する。これに対して、行政は国家が他の目的に役立つ、又は一方が政治的機能に対して技術的手段をつくる部分である。政治的 Regierung はそれ故技術的行政から区別されるのである。が、W.フロチャーによれば、政治的なものの領域ははっきりしているとは言えない。しかも、実際にはスメントのこの政治的 Regierung の領域とイエリネクの法的に自由な領域はほとんど一致していて、法的コントロールから除外される。このスメントの見解は彼の国家把握、いわゆる統合理論と必然的関連が存する。この理論は1928年『憲法と憲法』で展開され、国家に必要な統合ファクターとしての Regierung の意義が強調される。統合の任務を持つ Regierung が存しない三権シェーマは不完全である。

かかる固有の機能としての Regierung の理論は、ドイツ国法文献で広い追随者をもたらした。また、Otto Mayer、Fritz Fleiner は行政法教科書の後の版ですでにカイザライヒ時代に把握した形を変わず保持した。君主制から議会制民主主義への移行が、この問題における考慮に影響を与え

なかったように見える。マイヤーにとり *Regierung* は相変わらず全体の最高指揮、国家の政治的運命、国内の文化発展のための統一的方向づけを意味した。フライナーは *Regierung* と執行を第三国家機能の二つの側面とみた。その際、執行は官庁による立法者の意思の実現、*Regierung* は機関の固有の意思の実現を示すものとみた。

Walter Jellinek は、父により体系的に基礎づけられた *Regierung* 理論を *Regieren* と *Verwalten* の区別がすでに言葉のなかに与えられていると主張した。彼は、フランス語の *administration* について、*Verwaltung* とラテン語の *minister*, *minus* の関連を明らかにし、そこから *Verwaltung* はむしろ奉仕する活動、より低い *minder* 種の活動を意味することを導こうと欲した。これに対して、*Walten* は *Regieren* 同様に国王の機能を示す、より貴族的な幹語 *Stammwort* であるはずだという。それによって、彼は *Regierung* を国家の先端に立つ人物の、方向を与える活動と定義し、ここには、大きな政治、つまり他国との関連、法律発布、独裁的措置、最高国家機関の関連・対立作用を数える。行政については、*Regierung* によって与えられた方針内での活動と定義した。このヴァイマル期にはさらにドイツ国法ハンドブック (HDSr) 所収の Fritz Marschall v. Bieberstein や Leo Wittmayer の論稿もスメントにつながるものである。が、ライヒ憲法 Art.56 のライヒ宰相の方針権限を *Regierung* の例として挙げるのみならず、政治的機能と技術的任務を対置するテーゼの根拠とすることには、W.フロチャーはそれは憲法テキストの認識させるところではないとする。

c リヒアルト・トーマ Richard Thoma は、行政のなかの厳格に法律に拘束された執行とより自由な活動としての機能的 *Regierung* の区別という G.イェリネクの把握を報告するが、自らはこれに従わなかった。トーマの場合、国家指揮活動としての *Regierung* は、立法、司法と対置すべきものではなく、固有の第四機能もまた執行内の特別の領域を形成するものでもない。また、*Regierung* の承認から立法、司法から自由な統治行為も生じない。トーマにあって *Regierung* は、単にある国において、どのような機関が、又はどのような機能が最高指揮を行使するかを述べることに役立つ。そして、ヴァイマルライヒ国家による議会制民主主義は、まず第一に、立法により *regieren* されることを確立するのである。²⁵かかるトーマの詳論は、*Regierung* を国家機能体系から剥がすことになった。が、W.フロチャーはこれは実効的な批判とならず、深く立ち入った検討はウィーン学派の規範的国家学によることになるという。²⁶

d ハンス・ケルゼン Hans Kelsen にとり、国家は法秩序であり、国家権力は法秩序の妥当性と理解される。三権能、つまり立法、司法、行政は本質的に異ならない。法創設と法適用とを含む。法的機能である。行政も、法から独立の、自由な国家活動と言われるが、決して質的なものではなく、量的なものである。司法も行政も決して立法により決せられるものではなく、立法も多かれ少なかれ憲法により決せられるのであり、また自由裁量の領域をもつ。同様のことは、自由領域としての *Regierung* にも言える。G.イェリネクらのドイツ国家学に対して、法律イニシアチブ、外交権、戦争、官吏任命、恩赦、勲章授与は、これら決して特別の、法的に自由な国家権力活動でなく、法的に拘束されたケースにすぎない。たとえ、相対的に自由な裁量を意味するにしても。

ケルゼンは、Regierung 論の政治的傾向を明らかにする。行政、とくに Regierung を法的拘束から解放しようとするものであるという。さらには、行政を最重要な機能と主張するのは、ケルゼンによれば、それは立憲君主制の土台のうえで考えるからだということになる。

また、スメントの試みもケルゼンを納得させるものではない。政治的なものの概念は多くのものにとってあまりにも一般的で、無色で、それ故に何も言うものではない。あらゆる国家機能が、国家自ら、その本質を定め、実施することのなかに理解されるのだということになる。

次に、アドルフ・メルクル Adolf Merkl は、ケルゼンの線上で活躍した。立法、司法、行政のうえに最高指揮 Regierung というものは存しない。そのような超法的、法から解放された位置を望むのは政治的必要からであるとする。彼自身使用する Regierung は組織的意味で、最高の、ほかの行政機関から独立の行政機関の権限の総体である。

しかし、このケルゼン、メルクルの規範的国家学の批判は、ドイツ国法学における Regierung の展開に重大な影響を与えなかった。オーストリーに留まった。ドイツライヒ国法では、イエリネク、スメントの Regierung 観が貫徹され得たのである。²⁷

2 ナチス国家での Regierung と Führung

1933年ヒトラー、ナチズムによる権力奪取後、従来の国家機能体制は解消に陥った。ライヒ憲法に予見された議会制民主主義に無条件の前提であったごとき権力分立も崩壊した。1933年3月24日のいわゆる授権法 das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich は議会を実際に排除し、立法権を Reichsregierung に譲った。それでもって、立法権と執行権は一つになった。ヒンデンブルク死後、1934年8月1日国家元首法 Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs でライヒ宰相職と大統領職とを合一化させた。1934年2月14日ライヒスラート廃止法 Gesetz über die Aufhebung des Reichsrats はドイツ諸ラントの固有国家性の崩壊を意味した。

かくて、権力分立を否定したことで、立法、司法、行政はフューラー権力の単なる行為形式に過ぎなくなる。ライヒスタークは授権法を延期させるための決議をする。立法者がフューラーの意思、ドイツ国民の意思との一致を宣言するのである。

フューラーはすべての国家権力を集中させたのは、絶対主義、君主制原理のときと同様であるが、この Führung は Regierung と同じものではない。Reinhard Höhnによると、後者は絶えず国家と臣民の服従関係であるが、前者においては臣民は見える支配者と対峙するのではなく国民共同体のうえに構成されるという。ナチス国法学は、国民国家の Führung は国民運動によってもたらされるという。が、これは観念的なものである。権力分立に対抗するものであることは前憲法的 Regierung と同様である。この新しい Führung の語は、1933年7月7日の Verordnung zur Sicherung der Staatsführung に登場し法律用語となり、これまでの「Regierung と行政」に代わり、「Führung と行政」の関係が研究されることになる。

Ernst Rudolf Huber は、Führnug 原理が国民国家の統一的な貫徹した憲法原理であると考え

た。Führung はすべての国家権力を自らに受け入れて、包括的、total であり、イエリネク、スメントの Regierung とは混同されてはならない。Führung は、立法、司法、行政の法的形成様式に同程度に現れる。すべての国家機能は Führung 権力により決せられ、浸透せられている。Führung は三つのクラシックな権力と並ぶ何か特別なもの、独立のものとして存立するのではなく、すべての国家活動の上に、その間に、その中における拘束力として作用するのである。第四区分をでなく、政治的権力の統一を基礎づけるのである。このフーバーの確立からみても、スメント、イエリネクの Regierung は権力分立の克服にもならず、ましてや権力分立の民主主義の憲法構造に適合しない。これが W. フロチャーの言わんとするところである。²⁸

3 小括

a Regierung が、君主制のもと、君主の権限を言い表わすものとして成立したことは、いまや疑う余地はない。

b これが民主制のもと果たして存立し得るのか、が問題であった。

c そこでは、一方で「法的に自由な領域」が存するのかという形で、議論される。純粋法学の視点からは、そのような余地は認められない。が、問題なのは、「法律から自由な領域」如何であるから、かかる実定法体制は、作ろうと思えば出来ないわけではあるまい。それを純粋法学も拒否し得ないはずである。

d 他方で、「政治的なもの」の領域は、特定できるのか。あらゆるものを多かれ少なかれ「政治的」意味づけで理解することも可能であるならば、何かはっきりしたメルクマールが他になければ、Regierung を他から区別できない。概して言えば、法律を前提にするか否か、つまり憲法上個別の法律が存しなくとも行動に出ることができものが、Regierung として「行政」から区別し得る特徴ではないだろうか。逆に、法律を根拠とする場合は、それが政治的意義が高いとしてもそれは「行政」であると見ることになる。Regierung に対しては、法律がすでに先占していないかぎり、法治主義の視点からではなく、議院内閣制などの政治部門の原理により責任が追求さるべきものと構成される。

e このように考えて、Regierung 領域の意味が初めて明確になり、かつその存在が現代民主制のもとで直視して議論し得ることになるろう。

4 ドイツ君主制時代の Regierung 概念研究の意義

とかく、今日の公法学は民主制のもと、君主制時代のすべての過去の憲法原理を時代遅れのもの、不適切なものと看做して、全く新しい構成を試みようとする。

だが、果たして民主制的組織原理が、君主制時のその正反対のものということが言えるのであろうか。そして、その反対とはどのようなものか。

すでに見てきたごとく、ドイツの憲法学の経過は、決してそのような正反対というものではな

かった。それはG. イェリネクの学説に典型的に示されていたのである。

その反対として提示されかけたものとして、R. トーマの「議会による統治」ということがあった。が、これは実施に移されることはなかった。

われわれは、この状況を真剣に検討すべきである。もちろん、偏見なしにである。そして、最近のわが国の学説においても、国政の中心が「議会」から「統治」を行なう「行政府」に移っていることが有力に主張されるに至っているのである。

民主制を構成する一要素である民主権原理は、すべての国家権力の行使は国民により正当づけられねばならないということを意味するが、これは「行政府」による「統治」を否定するものではない。つぎに、国民の代表者による政治という点はどうか。代表制民主主義は、確かに全国民の代表者でもって構成される議会は、国家機関のうち最高の地位を占めることを要請するであろう。が、これとて「議会の優位」をもたらしても、すべての国家権能行使が「議会」の授權を必要とするということまで要求するものではあるまい。権力分立原理がここで妥当しているのである。

民主制のもと、うえの主張に反対するものは、自ら積極的にそのあるべき統治組織原理を明確に示すべきである。そうでなければ、伝統学説への批判は、批判のための批判に終わることになる。

¹ 純粋法学の法段階説においては、立法・執行・司法はいずれも法創設でもあり法適用でもあるという。法認識論として正当なものである。が、ここでの憲法学史上の「統治」をめぐる議論と次元を異にしている。他方、全国家権力を国民共同体の意思を具現する指導者の命令に還元するとき構成や憲法を政治的全体決定にみる理論においても、政府の活動は「法律の執行」に限られるとの帰結は導かれ得ない。

² 「統治」について、これを行政の外に位置付けるのがO. Mayer、なかで構成するのがG. Jellinekにみられる。

³ かかる二つの行政コントロールを分析枠組として自覚的に指摘するものに原田一明「国会による行政コントロールについて - 憲法学の視点から - 」議会政治研究56号(2000年)28頁以下がある。

⁴ 高橋和之「議院内閣制 - 国民内閣制的運用と首相公選論」ジュリスト1192号(2001年1月)173頁。

⁵ 前掲178頁。

⁶ 石川健治「政府と行政 - あるいは喪われた言説の場」法学教室245号(2001年2月)77頁。

⁷ 前掲78頁。

⁸ 前掲79頁。

⁹ W. Frotscher, *Regierung als Rechtsbegriff* 1975 S. 83. この「統治」概念は、当時支配者の裁判活動をも含むものであったことは興味深い。しかも、裁判官職はすべての公権力の源と見做され得るのである。というのも、あらゆる支配者にとり平和と法の保護が第一の任務として置かれたのであり、ここからさらに広い非裁判的支配機能が生じたのであるから(かかる認識は故小嶋和司博士が生前語っていたところである)。Regierung, regieren (regere) Regent及びrichten, Richter - これらすべてはインドゲルマンのrechtの同類語を成す - は、この裁判権からラント高権への発展を証明するものである。このRecht, RichteramtとRegierungとの間の関連は見逃されてはならない。もっとも、統治者RegentはRichteramtやRegierungでもって力に基づく決定独占を要求したのであり、この用語の近似性がある程度実質的正義の意味におけるRechtを暗示させ得ることはなかったのである(a.a.O.S.84)。

¹⁰ a.a.O.S.86.

¹¹ a.a.O.S.91.

¹² a.a.O.S.89. このドイツ流の観念が今日まで日本の官僚制度に伝えられてきたと言える。アメリカの執行権とは異なる。

¹³ a.a.O.S.91-104.

¹⁴ a.a.O.S.105f.

¹⁵ これについては、堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』（多賀出版、1984年）123頁以下も参照されたい。

¹⁶ W. Frotscher, a.a.O.S.106-9.

¹⁷ a.a.O.S.110-116.

¹⁸ a.a.O.S.117-130.

¹⁹ a.a.O.S.130-139.

²⁰ a.a.O.S.139-141.

²¹ a.a.O.S.142-154.

²² これは、W.フロチャーの註付けであるが、この点に関するかぎり稿者の構成と異なるところがない（堀内健志「立法の法形式をめぐる諸問題の分析視角 - 思考モデルの虚像と実像」法学教室238号（2000年7月）85頁を参照されたい）。

²³ ただ、かかる構成がこのことにより民主制のもと権限配分のあり方として、直ちに正しくないというふうに断言できるかどうかは、さらに吟味を要する。現代民主制のもと国政の中心が議会から「統治」を担う行政府へ移っていることが有力に唱えられているのである。

²⁴ a.a.O.S.154-7. このドイツ的構成は、わが国明治国家に受け入れられて、今日までの官僚制を維持してきたのであるが、アメリカ流の執行権と行政権の分離はようやく近年の行政改革で実現の方向が明らかにされている。ここには結局 *Regierung* 概念そのものの理解が両者の構成の相違に影響を与えていたということになるだろう。

²⁵ この点、例えば、わが国憲法41条前段の「国権の最高機関」とされる国会、立法についての議論との関連で、いま一度吟味してみる必要があろう。もちろん、この結論に与するというのではない。

²⁶ この純粋法学の成果は実に大きい。重要なことはここから直ちに *Regierung* の機能が憲法学上不要になったというふうに考えてはならないということであろう。法的に自由な「統治」は、「法律」から自由な「統治」とは同じではなく、ケルゼンの純粋法学は、このうち前者を否定するものであるが、実定法上後者のごとき法秩序が不可能だとするものではないからである。

²⁷ W. Frotscher, a.a.O.S.158-168.

²⁸ a.a.O.S.168-172.