

世紀転換期における公法学研究の複合性・管見

堀 内 健 志

1 序

2 最近の「法律による行政の原理」論について

3 伝統学説の精緻化

4 行政概念

5 参加型直接民主制の理論的正当化

6 結びにかえて (i) ドイツ型とアメリカ型、そして討議理論

(ii) 法動態学と法静態学

1 序

世紀の転換期にあたり、わが国の公法学もまさに激動期に差し掛っているように見える。私はさきに平成12年『「憲法と公共政策」の諸問題－現代憲法学の新展開のためのノート』（弘前大学人文学部）をものして、いくつかの近年の具体的な公法上の問題を簡単に纏めている。その中で、情報公開条例のこと、医学の分野におけるインフォームドコンセントのこと、そして地方分権のことについて、現場からのメモという形で状況を報告した。

が、その理論的な考察には及び得なかった。近代立憲理論の視点からは直ちには説明がつきにくいさまざまな現象が惹起しているという事実の開陳が精一杯であった。そして、このことは私一人の状況に留まらず、わが国の学界全体的にも新しい状況、それに対応した新しい法律の制定に着いていくのがやっとなというのが実情ではなかったであろうか。この期に教科書を改訂することの難しさを体験した研究者も少なくなかったのではあるまいか。①

もちろん、現時点においてもかかる事情はなお継続中である。近年の変革が何であったのかを冷静に語ることはまだまだ先のことになるだろう。いまは、そのような流れの一端についてどのような理論的試みがなされているのかを垣間見ることに留まらざるを得ない。この小稿はそのための手記に他ならない。

①例えば、成田ほか『現代行政法 [第4版]』(2000.10)は、「大規模な地殻変動ともいべき革命的変動に見舞われ…」 「過渡期のいまは、正直にいったまもな行政法教科書が書けない状態にあるとあってよい」と述べられている(1頁)。拙著『憲法 [改訂新版]』は平成12年不完全ながらも改訂に踏み切ったものであるが、拙著『行政法I』のほうは、沢山の補充を入れた正誤表を配布して講義に使用している状態である。

2 最近の「法律による行政の原理」論について

伝統的行政法学のいわば要石を成してきたものが「法律による行政の原理」であったこと言うまでもあるまい。行政行為が法律に従って行なわれるべしというこの原理を中心に行政法体系が構築されてきたのである。今日そのもっとも典型的な例が藤田宙靖教授の『行政法I (総論)』に認められる。②そこでは行政法体系がこの「法律による行政の原理」とその例外と限界という構成で成り立っている。

この原理は、19世紀以降の西欧近代立憲理論一般に説かれてきたものではあるが、とりわけその体系化はO.Mayerの「法律の支配」論によるところが大きい。わが国の伝統的行政法学が法律の法規(権利)創造力、法律の優位、法律の留保という言葉で展開してきているものがまさにO.Mayerに依拠したものである。③

そこで、問題はこの原理が今日の激動期にどのようになっているのか。そのままに妥当し得るのか。修正を受けるのか。それともはや使用に耐えなくなっているのか、ということであろう。この点で、最近の次の論稿が目される。一つは加藤幸嗣『「法律による行政の原理」についての一覚書』、もう一つは木村弘之亮「行政法体系の再構築と拡充」である。④

加藤論文は、「法律による行政の原理」について「今日の我が国の行政に関する諸現象を念頭に置き、あるいはこれを題材として、何をどう語りうるかということについて改めて」考え、この原理の「今日的意義の所在」について考察せんとする。

個々の論点について断片的ながらいくつか指摘すると次のようである。

a 「法律の留保」は伝統学説にあつては直接には作用法の領域で語られたものであるが、これが組織法においてはどうか議論されるところである。この点は、「…組織規定それ自身のうちに、行政活動の『根拠規範』の何らかの意味での言わば原点あるいは萌芽ともいべき意味内容を承認する余地は、一般論としてはなお残りうる」とされる(164頁)。特に助言的性格の行政指導につき、「組織規範」のうちにその根拠を読み取りうる余地がある(183頁)ほか、個別の地方公共団体が補助金を交付しようとするにあたって、少なくとも組織条例でその旨定めておく必要があるとする(184頁)。

b 行政救済法に含まれる国家補償法(損害賠償・損失補償)、行政争訟法(不服審査・行政訴訟)はそれぞれ固有の意義を有するが、「さしあたり、『法律による行政の原理』が破られた場合の回復ないしは保障機能の観点から考察される」ことになるという(166頁)。

c 「法律の留保の原則の妥当範囲に関して」は、この原則を「私人の権利利益の保護」に関わる

ものとして捉えるか、それとも、「立法権と行政権の相互関係一般の問題」に関わるものとして捉えるかの対立があるが、「前者の考え方を採る場合には、法律の留保は法律の法規創造力の言わば系として位置付けることとなりえようし、極限的には、その一種の言い換えと評されるべきことともなるのではないかと思われる」という（169頁）。

d 「法律の根拠」という場合の「根拠規範」とは、「当該行政活動について『授權』をする規範を指すと言ってよいであろうが、…さしあたり、個別具体の行政活動それ自体についての要件効果の基本的事項を規律する規定と、一応の定義を与えることができる」と解する（169頁）。

e また、「規制規範」は、『根拠規範』それ自体の意味内容の実質的な補充規範として、あるいは、一種の（一応根拠規範の外部からの）補助規範として位置付けられる」という（170頁）。

f 「…法律の留保の原則の射程外の法律規範が定立されることが實際上生じうるはずであるが、そのような法律規範の通用力は、法律の優位として説明することが可能であると思われる。このことは、法律の優位原則の法律の留保原則に対する補充的役割、あるいは法律の留保の実践に当たってこれを保障する役割として説明されうる事柄である」という（171頁）。もっとも、「理論的には、例えば『行政権に固有の領域』についてのこの原則の妥当性の有無といった問題」も発生しうる（175頁）。

g 「なお、法律の法規創造力に関しても、ある事項を『法規』として法律上規定することの実質的基礎が場合によっては一つの議論の対象となりえようが、この点も、観念的には、言わば立法院の『決断』という意味において『法律の優位』の含意として理解する余地が存しうるように考えられ、…法律の優位は、結局、法律による行政の原理自体を通じての言わば最終的原則として位置付ける」という（175頁）。

h 「法律の法規創造力の意味を、…『（市民の）権利・義務に関わる定め』を創造するものとして捉える限り、…法律の本来の役割の問題として、当然の事柄と理解することも」可能であるという（172頁）。

i 法律の法規創造力、優位、留保の順でO.Mayerが論述しているのは、「言わばより自明なもの、あるいは論争の余地の少ないものの順序によっていると評すること自体は、マイヤーの論旨の所在とは一応独立に、可能」であるが、わが国の事情はかかる状況にないという問題意識を持っているとする（175-6頁）。

j 法律の法規創造力に関連しての「法規の一般性」について、「要件規定が一般的か個別的（あるいは個別具体的）かは必ずしも本質的な問題を構成しない」と解する（172頁）。

k 「法律の法規創造力は、?裁判上権利主張を行うについて法律上何らかの手がかりを与えておくことの意味の大きさを宣明する」（172頁）もので、「法律による行政の原理」が語られる場合「いかに行政を（厳格に）規律するかという事柄に眼が向けられがちであるように思われるが、そのこととは別に、当該行政過程に関連して、とりわけ裁判上の保護あるいは統制を視野に入れつつ、私人にいかなる権利が認められるべきかということにも注意が払われるべき」（175頁）であるという。

④ a

1 「法律の法規創造力に関する議論は、従来、『主観的権利』を念頭に…されてきているものと推測されるが」、意味内容それ自体からは、「必ずしもそのような限定は導かれるべきではなく、当該権利が『主観的』であるか『客観的』であるかを問わず論じうるものと解してよい」（173頁）。

m 「法律による行政の原理」全体に関わる事柄として、「…行政活動に関し、『法律の留保』は議会との（核心的）関係を、『法律の法規創造力』は（個別）市民との（核心的）関係をそれぞれ規律し、『法律の優位』はとりわけこれらの規律を補充あるいは保障するものとして捉えうるとするならば、言わばあるべき『法律による行政の原理』の基本点は押さえられている」（175頁）とする。もっとも、この三事項で「今日の行政活動の規律の在り方が当然に導き出される」というのではないが、委任立法論、裁量論などの派生原則に対して、基本的な係留点として理解されるべきものだ（173,177頁）という。

n また、手続規範、規制規範、そして実質的法治国の実現に関する現行行政法律上の諸規定が、「法律による行政の原理」によって当然に説明されるものではなく、両者の関係付けの作業が今後の理論的課題として存在するとする（174頁）。

o 自動車検問の必要性と執行濫用回避の必要性との調整において、後者にあわせて 結果公表措置、特別な行政観察制度の整備によって補充・補助することが適切であるとする（180頁）。

p 行政計画について、人権保障の観点のほか、その社会的影響力が無視できない場合、「民主主義的統制の観点から、法律の留保の下での規律が問題となる」が、ここでは場合により、「内閣の国会に対する政治責任の問題として捉える余地も」残り得る（182頁）。

q 計画に行政の評価・監査の観点から何らかの不適正・不適切さが認められその排除が法制度的に必要となる場合には「法律の優位」の問題として、また計画策定に係る利害関係人の出訴権の確保は法律の法規創造力の問題として位置付けられるという（182-3頁）。

r 行政指導が処分当たりの一種の要件的な機能を営む場合には法律の留保が、また一定の不利益処分に係る監督是正措置を実行するに当たりの事前措置としての行政指導については法律の優位が妥当する（183-4頁）場面がある。

s 「法律による行政の原理」は、「憲法秩序の言わば形式的ないし制度的完成とその下での議会・行政関係の実質的変化、行政立法の不可避的増大、人権保障の必要性等々」の「今日的諸事情を言わば全体として受け止める理論装置は」他に見出しえない（190頁）との認識である。この原理、三つの事項は、行政法律の制定に当たりの基本的係留点としての意味を有する（191頁）。そして、かかる以上のごとき考察は比較法的に視野を拡大しても行いうる（191頁）とする。

②その最新版は2000年3月刊の第三版〔再訂版〕である。なお、拙著・行政法Ⅰもかかる体系を採っている（30頁以下参照）。

③詳しくは、堀内『ドイツ「法律」概念の研究序説』191頁以下。

④いずれも、塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革』（上）（2001.6）所収である。

④ a 補助金の「受給権」についての救済の在り方を、法律の留保ではなく、法律の法規創造力の問題として考えうるといふ（179頁）。取消訴訟の処分性、原告適格に関しては法律の留保に関わる問題として把握する見解があること（176頁）に注意を喚起しておく。なお、この辺の問題について藤田宙靖『第三版行政法Ⅰ（総論）[再訂版]』87-93、401頁等も参照。

以上うえに見てきたごとき加藤論文のさまざまな言明について、個々には語るべき点は少なくはないであろうが、「法律による行政の原理」という基本的係留点とその周辺の諸問題を有機的に結びつけて、現代の行政法学上の諸問題を適切に位置付けて理解せんとしたものだとして受けとめられよう。

現代における「法律による行政の原理」に関する一つの評価が現れていると言える。ただ、そこにはこの原理を構成する三つの個々の原理の意味・相互関係については加藤論文ではそれらについて一応の判断のもとで分析が行われていたが、実はそこには微妙で、難解な箇所が含まれているのであって簡単ではないがそれについては後で扱うことになる。

また、この「法律による行政の原理」が、例えば行政救済法や新しい行政手続法といったいわゆる行政過程全体のなかで占める位置、さらにこの原理の組織法・行憲法の関連のなかでの位置付けなど、いわば立体的な構造全体的な把握ということが、今日不可欠になっているということもいまや明らかになっている。⑤

⑤実は、堀内・行政法Ⅰはこのような展望を配慮した体系となっている。

つぎに、木村論文を見ると次の点が指摘され得よう。

a まず、塩野教授のオットー・マイヤー行政法学の把握である「形式的法治国と企業的国家との重層構造」に対して、バッホフ教授の「自由主義的法治国と社会的法治国との複線構造」としての理解を対置し、塩野教授の把握の特異性を指摘する（219頁）。

b 「オットー・マイヤー体系の中心点は、かれ自身の供述のよれば、警察権力や財政権力ではなく、公企業法である」（223頁）。

c 「…行政行為は、自ずから展開する関係内部での単なる一枚のスナップ写真にすぎない、という洞察（いわゆる行政過程）が脇に押しつけられていた。行政行為によって—しかしまたその他の行政活動によってまたは個々人のその他の活動によっても—根拠づけられ、変更されまたは消滅させられる法律関係のほうが、はるかに重要である」（226頁）。「オットー・マイヤー行政行為論には、行政過程における適性行政手続論（聴聞権、手続基本権、行政参加、行政手続証拠法などを含む。）もまた欠落している」（229頁）。

d 「法律関係は、行政行為よりも一層包括的な制度である…。ひとつの概念が行政法においてひとつの支配的な、『中心的』地位を占めるに値するとすれば、そしてひとつの制度が同じく行政法において『中心的』地位を占めるに値するとすれば、それは法律関係である」（231頁）。

e 「…行政行為を中核概念として構築されている現在行政法学は、行政行為がアクチオ法と同じ苛酷な役割を訴訟法上果たすこととなり、行政行為以外の行政活動（行為形式）が市民の権利自由

を毀損するときには、その限りにおいて、行政事件訴訟法上権利保護の目的を当初から放棄しているといわなければならない」（232-3頁）。「市民が…法律関係に基づく権利…を侵害されているまたは侵害されるおそれがあると主張する場合には、その者は行政事件訴訟法上原告適格…を有すると思すべき」であろう（233頁）。「…権利侵害アプローチは、行政事件訴訟法上、市民に権利を 実効的に賦与しこれを行使しうよう請求しうる地位を認めることとなるであろう。このアプローチは、日本国憲法三二条の保障する公正な裁判を受ける権利を行政事件訴訟法上も実効的に市民・国民に確保しうる」であろう（234頁）。

f 「行政の法律適合性の原則」は「もっぱらに行政との関係において機能するのではなく、?個々人の自由領域を守る障壁でもある…」塩野教授による「オットー・マイヤー行政法学の把握」はその「前者に重点を置いて」「行政行為」を「分析考察するところ、H・H・ルップ教授は、前者の違反は、同時に個々人の領域をも侵害し、ここに公権の成立する可能性が生ずる、と説く。マイヤー教授自身は、かれの行政法学体系のなかで慎まじやかな地位を『行政行為』に与えているにすぎないことは、バッフ教授の指摘するところである」という（234頁）。

木村教授は、このようにして特にH・パウアーの「主観的公権論」を参照しつつ、憲法と行政法を同列視して同時並行的に基本権と行政法上の権利を展開せんとする。「日本国憲法のもとでは、国家と市民の関係」は「相互の権利義務を要素とする具体的法律関係」と把握されうる（237頁）。

g その結果、例えば具体的には「法律関係にかかわる権利が侵害された旨行政訴訟において主張される場合には、一連の行政過程における先行行為から後行行為までの瑕疵が責問され」え、「予算執行に係る不適正な財務行為については国民は納税者として適正執行請求権を理由に提訴しうると解すべき」であり、「司法審査は、原則として、行政内部における行政活動をもその対象としうる（238頁）」。政令・省令・通達等の発令は法律の執行の一形態である行政活動である限りその有効性を司法統制されるべきであり、行政計画は規範統制訴訟において司法審査を受けうると理論構成すべきである、という（239頁）。例えば、公共財産を利用するとき、これを法律関係（およびこれに基づく請求権）と理論構成しない限り、行政庁の裁量に翻弄されることになる。

h 「行政法学は、行政行為をすっかり排出するのではない」が、行政指導等をも含め「行政法上の法律関係およびこれに基づく請求権または公権を指向して理論構成するべきである。官憲国家の遺物を日本行政法学から一掃を、として木村教授は論文を結んでいる（244頁）。

以上のごとき木村論文では、伝統学説における「行政行為」中心の行政法学を完全には否定してはいないものの、行政手続法、行政事件訴訟法、内部行政法等々における一連の行政過程全体として、基本権・権利保障の実現のためには「法律関係」論的把握による再構成が必要であるということが主張されている。

かくて、伝統的行政法学、特に「法律による行政の原理」（その中心概念としての行政行為論を含めて）に対して、最近の学界はどのように対応しているのか、うえの二つの論文を紹介して、そ

の現状を見てきた。

その結果として、ここで次の点が指摘され得るであろう。

まず第一に、今日の行政法学では、明治期以降のわが国が西欧の公法学、就中ドイツのオットー・マイヤーの行政法学に依拠しつつ展開してきた伝統学説を今後そのままの形で、またそれだけで充分だとはもはや考えられてはいないということである。

第二に、しかしこの伝統学説、特に「法律による行政の原理」、行政行為論が完全に不要だとまでは断言されない。前者について加藤論文はこれに基本的係留点との位置を与えていたのである。後者について木村論文は「すっかり排出するのではない」という。ただ、これらの伝統学説がそれじしんさらに今日の状況に適合し得るような読み替えや再構成、洗練化を必要としているとも言い得よう。

第三に、そのうえでしかし、それでもなお伝統学説のままでは今日の複雑な行政学的な諸需要に対してはあまりにも視野が狭くて対応し切れない状況にあるといえよう。例えば、伝統学説には見られず、近年目覚ましい発展を見せている行政手続法、情報公開法という新しい分野、また国家賠償法や損失補償法等を含む国家補償法及び行政争訟法などの行政救済法のごとく従来から伝統学説にも存したが必ずしもそれらが今日十分な役割を果たしていないとされる分野、さらには行政内部法や行政組織法といった法が立ち入らないとされてきた分野、などにおいてそれが著しいといえよう。こういった分野についても多角的な法理論の解明が不可欠とされるのである。

第四に、そのためにはこうしたさまざまな法領域をカバーし得る多様かつ複合的な法理論が必要となるであろう。伝統学説のいう「法律による行政の原理」や行政行為論だけではとても処理仕切れるものではない。これらがかかりに基本的な係留点であり留まるとしてもである。木村教授の主張される「法律関係」論はこのような状況をふまえてその需要に応えようとする一つの提言を意味するものであろう。

第五に、但し、ではこの「法律関係」論を採用することによって今日のすべての行政法学的諸問題が適切に解決を見ることになるのであろうかが積極的に吟味されなくてはならない。それはこれからの課題ということであろうか。これに関連して、次のことを指摘しておこう。その一つは、ある事柄が国家と市民の間の法律関係であるとして、そのことが行政法上のある請求権であることと憲法上の基本権であることとはどのような関係になるかということである。例えば、情報公開法上の開示請求権と憲法上の知る権利との関係で言えば、前者の権利は後者の権利を背景としてはいるが、前者なしでは後者だけでもって具体的な請求権は無いと一般的には説かれている。ここで、両者の関係が同時並行的だというのは、ここで前者の権利が適用されない場合にそれを直接後者の憲法から導くということになるが、そのようなことはもちろん全く無いとは言えないであろう。が、それは当該法律がどう見ても憲法上の基本権の立場からみて合理性が認められないほどの内容である場合と言うことであろう。通常は立法裁量が認められるのではなかろうか。

もう一つは、「法律関係」ということについてである。先に見たように伝統学説が視野に置いてき

た領域から外れる分野がここで実はいずれも何らかの「法律関係」であるのだということになるが、そのことによってどういうことが新たにもたらされるのか。例えば、それにより訴訟法上の請求権が認め易くなるということがあるかもしれない。が、それらが個々にどのような意味の、つまり伝統学説での訴えの利益とは異なるどのような性格の訴訟法上の請求権が可能となるのかについて積極的に明示することが期待されるであろう。

第六に、「法関係」論についてはかつて私も別の機会にN・アハターベルク説を紹介しつつ検討したことがある。⑥「法律関係」論を採用するに際しては、諸々の「法律関係」をその個々の法規範の多様性、複合性に配慮して分類した上でそれぞれの諸関係の相互関連を解明することが必要であろうことを言い添えておく。

⑥堀内『立憲理論の主要問題』所収論文を参照されたい。

3 伝統学説の精緻化

さて、うえの第2章においては「法律による行政の原理」を取り巻く最近の学界の状況を検討してきた。この伝統的行政法学の中心的理論が激動期にある今日の実定法制度の諸改革そしてそれに呼応した理論的な改革の中であってどのようになるのか、なお有効であり留まるのか、変革を迫られるのか、と言った視点から、近年の注目される論文を考察してきたのである。

そしてその結果、この原理の現代的な再解釈の必要性や、この原理では守備範囲に入らず法的検討・整備が欠落していたような分野の開拓、あるいは伝統学説においても視野に入ってはいたが充分には展開されてこなかったような分野が指摘され、これらの個々の点についてその理論的究明の重要性が明らかにされたのである。

が、このような検討作業の中にも一部見られたことであるが、確かに伝統学説の再検討は必要であるとして、この伝統学説じしんの精確な意義にもなお不明な部分が残されていたのではないかと見られるところがないではない。そうであるならば、伝統学説の批判と並んでこの伝統学説の真意についての究明もやはり今日我々研究者に残された課題であることを認めざるを得まい。

その一典型的研究が、松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理」に見られる。①この論文においては、特に伝統学説と行政組織法との関わりが扱われているが、そのためには何よりも伝統学説の精確な理解が前提である。そうでなければ、そもそも新しい学説への評価も出来ないからである。以下、松戸論文のなかでは次の点が指摘され得る。

a ドイツのベッケンフェルデは現代の民主的法治・立憲国家では「個人の権利義務の創設に関わる全ての事柄が『一般的法律留保』に属するとされ、他方で国家組織の設立や形成のような組織権力の行使はこれに属さず原則として執行権の固有領域の属するものとされ」、「執行権も民主的に正当化されており」、「法律の留保の拡大が民主的見地から支持されることもない」とする（2号51-2

頁)。「立法府の民主的正 統性の優位からその無制限の権限拡張を肯定することに反駁する…見解がドイツ公法学上少数説に留まらないことは、近時の代表的公法学者の中に於ても同様である」(3号70頁)。

「イエッシュは、自己の全部留保説に関する検討の射程を給付と留保原則との関係や留保の特別権力関係への拡張の問題に限定すると共に、組織法に於ける留保の範囲は考察から除外する」。H・H・ルップも「作用法領域では全部留保と同様の留保拡大を唱えつつも、組織法領域では必ずしも法律による規律を要求しない」論者である(2号58頁)。

このように、「作用法領域上の全部留保説を採る論者が必ずしも組織法領域で同様の主張をなしている訳ではな」い(59頁)。

b 「シュナップの指摘するように、特に対外的権限を有する機関を規律する組織規範は、組織を規律することが同時に市民の行態をも規律することになるという形でいわば同一の命題が『二重の機能』を併せ持っているといえる」(75頁)。が、「認識の為の範疇としての作用法と組織法との区別」は否定されない(76頁)。

c マイヤーによれば、「或る規定が法律の形式でなされている場合には、それが臣民に対して法的に重要でないものであると考えることが疑わしくなる」が、「学問上の見解を容認するに過ぎない法律や特定の個別の場合に指示を限定する法律」のように「法規以外のものも語られ」得る(84-5頁)。

d 「三権のどれにも該当しない国家作用に就いては立法権への権限推定がなされる」ことと「形式的意味での法律を制定する」こととは同じでない(3号72頁)。^②

e 「法規」概念につき、「直接・間接の拘束の別は国家と国民との関係に対する影響の程度問題に尽きるのであって、間接的拘束といっても内容上当該関係との関連を離れた一般的抽象的規範がすべて(傍点は原文)含まれているものではない」(3号85頁)。

f 「実質的法律概念の定義内容(傍点は原文)についてはトーマのいう周知の『歴史的制約性』?をいうことは出来るものの、この批判は権限分配基準としての法律概念を実質的に定義すること自体に対しては妥当しない」し、「国家機能の実質的定義の問題は理論的には立法権規定が『法律』の語を用いているかとは関係なく存在しうる」ものである(3号86頁)。

g ベッケンフェルデやオッセンビュールによれば、「行政組織編成権の帰属の問題は単一の論拠によつては回答出来ないという帰結」になる。「即ち一般的には基本法上行政組織編成権は行政権に属するが、同じく基本法の採用する権力分立制、民主的議会制等の諸制度に関連して一定の組織編成権は立法府に属するとされる。この場合には所謂『組織法的アプローチ』が採られている…。」これとは別に「基本法の採用する法治国的民主的憲法体制から」導かれる「個人の権利領域を確保する法律の留保—一般的留保」は「所謂『作用法(的=堀内)アプローチ』によつて組織措置」を法律事項としており、「先の場合とは異なる論拠に拠っている」(3号92頁)。

h 「…特定事項に就き立法府の権限領域を劃するという法律の留保の…—権限分配—機能」は、

「当該領域外でも議会が規律出来るようになった段階」で「その存在意義を失う」が、「執行権は留保領域内の行為に就いては法律を停止条件としてのみ行なうことが出来る」という意味における「法律の留保の機能は立法対象の拡大によっても減少することはない」（3号89-99頁）。O・マイヤーの法律の留保を語る *Deutsche Verwaltungsrecht 1.Bd. 3 .AufL.S.72 f.* はかかる意味を有するという。「マイヤーのいう法律の法規創造力もそれと平行な構成を持つ」が「これを強調することには問題がある」（3号95頁）。法規創造力と優位は非留保領域においても存し得る（3号89頁）。

i 「…トーマは自由と財産を侵害する一般的抽象的規範を『法規』と解した上で、その新たな定立が立法府に留保されることを一般的留保として理解する一方で…、このようにして一般的抽象的規範が留保されることは、官庁が個々の場合に個別的処分によって市民や市民団体の自由と財産を侵害することやその程度の許容性に就いては何も語らないと述べている…。…従ってトーマにあっては、法律の留保の機能が一般的抽象的規範の定立権限に関するものとされた上でその意義が否定されたのであり、個別行政活動の根拠として法律を要求するという…法律の留保のもう一つの機能に就いてまで『法律の留保の意義の消滅』の下に語られたのではない。特別の処分権力に対する特別の法律の根拠の要求の問題は、彼にあっては『狭義の法律による行政の原理』の下で論じられているものである」（3号94頁）。

j 「山本助教授は、侵害留保原理は法律がない場合行為してはならないという行政権の行為規範と結合している一方で、本質性理論は、立法権は当該事項につき法律を定めなければならないという立法権の行為規範と結合しているが行政の行為規範と結合しておらず、行政権は法律がない場合どのように行為すべきかという問いに応えるものではないと定式化している…。その結果、留保領域で行政が法律の授權なしに活動を行なったとしても侵害留保のような積極的対応が採れないこととなる…。このような理解に立つならば、本質性理論は従来侵害留保理論が閑却していた領域の法律化を促すという側面を持つ一方で、同理論が従来果たしてきた行政活動に対する抑制的機能が放棄されることになる」（3号95頁）。

k 「本質性理論や議会留保概念は…、或る事項の規律が『法律を基礎として』なされるべきことを命じる伝統的な法規留保と異なり『法律によって』規律がなされるべきことを命じるものでも定式化されている」（157号42頁）。

「法律の留保の対象であるということは単に立法府と行政府間の権限分配の問題であるというだけでなく、当該対象領域にあっては私人は法律の根拠なくしては行政行為に対する受忍義務を課されえず、またそうした受忍義務を課された私人に対しては抗告訴訟による救済の途が開かれるという主観法上の問題も随伴していた。他方で本質性理論にあってはこの点への配慮は欠けているように見える」（157号49頁）。

但し、「理論的にいえば、私人に受忍義務が課されるのは当該受忍義務に関連する行政行為の根拠規範によってであって、法律の留保の対象とされるからではない。その意味では法律の留保の対象領域を劃すること自体は、依然として受忍義務の問題とは一応区別された客観法の次元の問題であ

るといいうる」(157号55頁)とする。

l「本質性理論の登場前には制度的法律の留保と侵害留保等の一般的法治国的法律留保とは厳然として区別されていた。」「組織法領域では政治的重要性を基準とした制度的法律留保と法規概念を基準とした一般的法律留保とが併存する状況が一九世紀から継続していたのであって、少なくとも本質性理論の登場迄は…この二つの基準が『統合』されていたとみることは出来ない。」「侵害留保理論は専ら行為規範を対象とするのに対し、本質性理論は組織規範をも対象とするという近時我国でしばしばみられる整理の仕方は疑問である」(157号56-7頁)。

ナヴィアスキーにあつては「行政組織に関する規範は…、対外的影響を伴った官庁にあつては全く実質的意味の法律の性格を有する」(157号71頁)。

m「制度的法律留保は一般的法律留保の対象にならない事項が様々な論拠から憲法典上明示的或いは黙示的に議会の規律事項とされたものであって、一般的法律留保とは異なり確固とした法律事項制定基準が存する訳ではない。…極めて雑多なものであった。…これに対し本質性理論は重要性などといった統一的な標準によって議会留保の範囲を劃定するものであって、この標準に該当する事項は例外なく法律の留保の対象とされるものであり、この点で両者は区別される」(157号63頁)。

nヴォルフ=バッホフは統治・行政機関による、新たに抽象的に義務づけを行なう法定立について通例明白な形式的法律による授權が必要となるとことと、統治・行政機関による、具体的に義務づけをなす国家行為について実質的・形式的意味の現行法律によって侵害行為の為の諸前提が構成要件的に規範化されることとを区別し、前者に対する授權は後者に対する授權をも含意するものではないとする(157号74頁)。③O・ビューラーはこの後者の要請に懐疑的であったが(157号75-6頁)、うへの前者と後者との間には「重大な質的変容」「法律の根拠の要請を支える論拠の相違」があったとする(157号77-8)。

o個別処分のほか規則制定行為も「法律の留保」の対象と考える場合、これと「法律の法規創造力」との関係の問題が生ずるが、マイヤー「ドイツ行政法」第一巻の第一版では両者間に混淆があった。第三版ではこの点クリアな形に解決されたという(157号83-5頁)。

即ち、「法律の留保」は「自由と財産を侵害する行政活動を規制する…、専ら行政の行為規範と関連するもの」とし、「法律の法規創造力」は「立法府の制定する法律に対し適用される原理」であり、法律は個別的事案を規律する場合でも法規乃至一般的規律である。また、法規が自由と財産への侵害を根拠づけるものではないとされる。そして、法律の留保の対象たる自由と財産への侵害が執行府の個別的行為によるものに限定されるという。

p「森田教授は、法律の法規創造力と法律の留保を区別する際に一般的・具体的といった序列概念を用いるのでは—具体的規範は一般的抽象的規範から導出可能なものであるから—両者を区別できない…」として塩野教授の整理を批判するがこれはマイヤー自身への批判となる(157号85-6頁)。

① (1)、(2) は法学65巻2・3号(2000)、(3) は愛知大学法経論集157号(2001) 所収。

②この点はおかねて私の意識するところであり(堀内『統・立憲理論の主要問題』194頁)、後にまた検討しよう。とりあえず、次のように述べておく。「残余の権能、帰属不明の権能」が国会に推定されるということの意味は、「法律形式で規律すること」であるとすれば、憲法・行政法上実質的行政をめぐる控除説を採りその内容の重要事項をかかると法律形式で定めることは特別奇異なことではないであろうと。

③この点O・マイヤーの見解につき、堀内『ドイツ「法律」概念の研究序説』194-5頁。個別的行政行為じしんを法律形式で定めるということではないと解する。公法研究57号238頁も参照。

松戸氏の論述は要約ほぼ以上のものである。ここではこれらのなかで特に次の点を指摘しておきたい。

まず第一に、うへの項目のうちaからgまでの主張は、私もすでに別の所で何度か繰り返し唱えてきていたものである。従って、ここではこれ以上言及する必要はない。ただ、とかく、そのようにある事柄が論文で発表されてもそれによって学界がすぐさまそれを受容してくれるというのではなく、さらに何度も言い続けるしかないということも往々にしてあり得ることだけは言い添えておきたい。

第二に、j～mは本質性理論と伝統学説上の法律の留保論との接合問題に関連する。従来必ずしも明らかでなかった両者の関係がかなり明確になっていると言えよう。ただ、すでに別のところで述べているようにこの「本質的」というメルクマールが果たして「立法」領域を画する基準となり得るのかということについては疑問を呈しておく。ドイツ公法学史上かつてこれが一つの政治的運用原理として説かれたことがあるだけに、それとどこが異なるのかということがある。非本質的とされた事項についての所管の法的性格も明らかにならない。立法と行政との競合所管なのか或いは行政の排他的所管なのか。③a

第三にしかし、松戸氏の論述の中で何よりも重要と思われたのは、「法律による行政の原理」のなかの各要素間の理解に関する部分であろう。言われるように、O・マイヤーに代表される伝統学説じしんにあって実はその内容が今日必ずしも明確になっていたわけではなかったのである。しかも、「法律による行政の原理」という行政法学理論のいわば中核部分において、重大なその理解の不一致が認められていたのである。

そして、その解明に当たりO・マイヤーの「ドイツ行政法」が直接参看されたことは、ことの解明として相応しい。私もそのような手法でこれまで検討してきたのである。④が、その結果問題点が解決したと言えるかが注目される。松戸氏はoに記されたごとく自信を持って明確に回答されている。そこで、一般的理論として残るところは、一般的法規範が法律で定められている場合に、行政がこれを実施する任務を憲法上付与されていることと法律の留保の解釈ではなかろうか。つまり、後者によって執行府が自由・財産を侵害する個別的行為を法律の根拠で行い得るとするが、この根拠となる法律の一般的法規範が存する場合に、これを憲法上実施する権限はこの個別法律から初めて導かれると考えなければならないのだろうか。また、個別的行為という場合、法律規範は個々具体的に一義的に定めているのではなく、一定の要件のもと一定の効果を持つべく規定されていて、いつどこで誰にどのように個別行為を発するかは執行府に委ねざるを得ないのではなかろうか。も

し、そうであるとすれば、個別的行为の根拠となる法律は一般的法規範ということになり、これは法律の法規創造力で語られる法律とどのように異なっているのでしょうか。その点がなお十分に理解できていない。また、法律の留保が成立する条件を立法の排他的所管事項であることとし、従って執行府はその委任に基づいてのみ行為し得ることと、個別的行为はしかしこれには含まれないと私は考えてきていることとどのような関連になるのかさらに思考しなくてはならない。松戸氏は、さらに続編（四）でこの点を詳論されるようであるので、今後の展開を期待し、なお、私の断言を保留し考えてみる機会を持ちたく思う。

* * *

いずれにもせよ、今日伝統学説をもはや周知のこととしてそれを克服する新しい理論的研究や新しい制度の導入の試みが盛んになされていて、これはこれとしておおいに意味のあることであるが、上に見たごとく伝統学説じしん、特に「法律による行政の原理」といったものが、なお行政法学の基本的係留点であるとするならば、そしてその中核的部分に不明確なものが潜んでいるとするならば、かかる中心点をそのままにしておくことは学問の進歩につながらない。それ故に、ここにわが国の公法学研究の残された重要な一課題が存することを今一度確認しておきたい。

③ a 堀内・立憲理論の主要問題75頁、堀内・続・立憲理論の主要問題399頁以下。

④堀内・立憲理論の主要問題53-4頁。

*その後、松戸氏の「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理」（四・完）愛知大学法経論集158号49頁以下（2002.2）が公刊された。ここで、次のように展開されている。

a まず、「法規命令に対してのみならず（個別的）行政行為に対しても法律の根拠を要求する当時の代表的論者とされる」ラーバントの所説にあって、「法規命令と行政行為とはそれぞれ法律の根拠が要求されることの意味が異なる。即ち、法律の授權を必要とする範囲に就いては、法規の対象領域を規律するものがそれに当たるという点で、換言すれば規律事項の点では法規命令も行政行為も共通している。」（「これは法規が行政行為の根拠たる性質を有することによる」（158号60頁）という。）「しかし、前者に対する授權は被授權行為も法規性を有しそれ故性質上立法行為であるので、その行使を行政権に認めるに際しては法律の授權が必要とされるという意味を有するのに対し、後者に対する授權は国家と臣民との間に特定の—即ち法規の対象とされる—法関係を定立する、換言すれば特定の行政活動を行なう際には法律による認証が必要とされるという関係に立つ」（158号52頁）。

b 後者では「法律の留保によって行政府の活動が一般的に禁止されていた領域に於て、行政府が法律の根拠を解除条件として特に活動が許可されることを意味する」（158号53頁）。

c 「…マイヤーにあっては…法規を創造する能力は法律のみが有し、執行権が法規性ある命令を発する為には法律によって特別にこの能力を委ねられる必要がある。」「…法規創造力は立法府の定立する法律にのみ属し、行政府は立法府によってこの力を委ねられた場合にのみこれを使用するこ

とが出来るといことが含意されていたと思われる。」「他方で執行権は、かかる法律の法規創造力や法律の留保のような一定の制約を除けば固有の力で行動することができ、法律の根拠の基づく必要はないとされる」(158号68頁)。

d これに対して、小早川教授は「…侵害留保原理の下での行政活動の『法律の根拠』も日本国憲法四一条にいう『立法』に含まれるとされ」、「行政による臣民の権利自由への個別具体的な制限に対する法律の根拠の要求を人民の権利自由に対する一般的規律と同様の『立法』として捉える」が、かかる見解は、「当時のドイツではみられず」、「ドイツの学説史に照らしてもユニークなもの」である。

結局、「法律の留保の局面では、一定の範囲の行政の個別具体的活動に対しては立法府の認証(傍点)＝法律の根拠が求められるという要請が立てられる点が問題なのであり、かつこの点から留保の対象範囲も定められるのに対し、法律の法規創造力の原理の局面では、一般的規律が立法府の本来の管轄態様であることがせん(漢字変換不能)明される点に重点が置かれる。」両者の論理構成は「区別してなされるべき」であり、かかる説明は、「一九世紀後半以来のドイツ公法学に於ける法律による行政の発展過程に適合したもの」である(158号63-4頁)。

他方では、「法律の法規創造力の原則を法律の留保原則と重なるものとみた上で前者の固有の意義を否定する見解も提出されており、我国では寧ろこの見解の方が多く見られる」(藤田、大橋教授)(158号65頁)という。

e 組織法との関連では、ラーバントの所説の考察から、「行政組織の規律に対する法律の根拠の要請を行政行為に対する法律の授権の要請の延長線上で考察することに対して疑問符が付されることになる。具体的には、規律組織の違反が行政行為の無効取消事由となるという所説や、…組織規律が私人の請求権を規律する要素となっているという理由で当該行政組織の法律による規律が要請されるとする所説は法規—行政行為の二段階構造とは相容れないものとなろう。組織法的授権と作用法的授権との融合を説く所説も同様である」(158号53頁)ということが導かれる。

f 「行政組織編成権の問題は憲法と行政法とが密接な相互連関を有する局面である」が、「従来この問題に対する検討は憲法学(国法学)と行政法学それぞれの側から別個にアプローチされてきた感がある。」しかも、前者における人権論の興隆と後者における組織法の閉却があいまって、「…考察の谷間に置かれてきたきらいがあった。」

かかる問題について、「少なくとも一九世紀のドイツ国法学者にあっては、…国家作用論の見地から構成されていた」が、「近時の行政法学に於ける…議論は以上のような沿革とは離れてなされている」(158号75-6頁)。

このような松戸氏の展開に対して、次の点をコメントしておきたい。第一に、上のaからdにかけて述べられている法律の法規創造力と法律の留保の区別については、それぞれ法規命令と行政行為に対応して法律の根拠が要請されるものとして理解することができる。が、小早川教授の見解を

批判的に、行政行為の根拠としての法律が法規創造力によって制定される法律・立法であってはならないとする理由はどこにあるのであろうか。松戸氏じしん「法規が行政行為の根拠たる性質を有する」ことを認めておられるのである。ただ、わが国の通説が憲法四一条後段の「立法」は「国民の権利義務を一般的に規定する」ことを国会の排他的所管とすることのみを問題とするのであるから、個別的行政行為の根拠について直接に問題としていないというに過ぎない。そして、個別的行政行為が法律の根拠で行われなくてはならないという法律の留保はここでは確かに導かれないということになる。けれども、憲法上、行政が法律執行を任としないというのであれば別論であるが、伝統学説の下では法律を実施する個別的行政行為は原則として行政の固有の権限と解する以上は、これを一般的法律の存在を前提とする場合その委任によるものであるとする必要はないのではなかろうか。

もちろん、かかる局面、即ち法律を実施するに際して、行政行為でもって国民の自由・財産に侵害する場合に法律を前提とすべきであるということを法律の留保として言い表すことはできる。「法規命令に対する法律の授権を要求するラーバントの実質的法律概念（傍点）が行政活動に対する法律の根拠の要求の論拠とはされて」いず、「他方でこれ以外には論拠が示されていない」（158号50-1頁）部分につき、これを法律の留保という言葉で言い表していると理解することになるのであろうか。

なお近時、毛利透「行政概念についての若干の考察」ジュリスト1222号（2002.5）132頁以下は、上の松戸氏の結論と同様の理解を表明されているとを付け加えておく。

第二に、組織法と作用法の規範学的な区別に関する指摘は、私の特に意識するところであり、この点は適切な指摘であると思われる。

第三に、近時の憲法学及び行政法学の議論への批判的指摘も全く同感するところである。本稿で、この時期に伝統学説の精緻化をあえて組み込んだのもそのような意図からであったわけである。

**松戸氏に「行政組織と法律の関係－我国に於ける学説の検討」（上・下）自治研究78巻1・4号もあり、うへの第二点との関連で注目されるがこれについては別の場所で検討せざるを得ない。

4 行政概念

今日なお解明されていない伝統学説上の問題点といえば、周知のごとく「行政」概念の問題がある。これには、二つの側面がある。一つは、憲法41条前段の「国会」が「国権の最高機関」であるとするこの意味、通説の言う政治的美称説に関わり、他は、行政法学上「行政」が三権のうち立法・行政を除いて残ったものとするいわゆる控除説をどのように考えるかという議論に関わる。そして、両者は結局、今日の議会主義的民主制のもとでは行政の控除説はもはや認められず、帰属不明の事柄については41条前段から国会への権限帰属が推定されると考えるべきであるという見解の是非というように結合して議論されるのである。

近年のこれらに関する論稿として、土井真一「『国権の最高機関』論の再検討」①及び塩野宏「行政概念論議に関する一考察」②を以下若干検討することにしたい。③

①法学論叢148巻5・6号(2001)283頁以下。

②金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策下巻』(2000)3頁以下。

③中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察—権力分立の捉え方について—」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革上巻』(平成13)331頁以下もあるが後に検討する。

土井論文は、憲法41条前段の国会が「国権の最高機関」であるという条項の制定過程における審議経緯やこれに関する解釈学説を丁寧にフォローしている。全体的な紹介は避けて気をつく点のみをいくつか拾い挙げておこう。

a 「帝国議会における議論の趨勢は政治的美称説に属すると必ずしも断定しうるものではなく、『法的意味』あるいは『政治的意味』という語の多様な解釈の可能性を示すものであって、これらの整理は、その後の憲法解釈に委ねられたものと解することができる…」(303頁)。

b 佐々木博士の提唱した総括機関説にあって、「国民が主権を有し国権の源泉であるが」、「法上の意味において」「国会の機関意思が国民の意思の存するところである」。「国権の機構として考えると、国民を代表するものとして国会があるのだから、国会が国権を総括して、国権の最高機関である。」そして、ここにいう「最高機関」とは、「国家の活動を創設し、保持し、又終局的に決定する機関」であって、「立法機関」であるということとは区別されなければならないが、「憲法により、内閣その他の行政機関の権限に属せしめられている作用は、これを行うことを得るものではない」(305-6頁)。「国会を最高とする『機関』概念を前提とする限り、『機関』概念は有権者団たる国民を含めない形で構成する必要があると解され…。その意味で、佐々木博士の統括機関説は、博士による法実証主義的な理論展開の典型例の一つ」である(307頁)。

c 政治的美称説のなかに「いずれの機関の権限に属するか不明のものは、国会の権限に属するものとの推定を受けるものと解せられる」とする見解がある。この見解は「国会が国民を代表する機関である」ということから、「もともと国民に属する権能のうち、国民みずから行使しないものについては、これを国民にかわって行使する職責をもつもの」であるという理解である(311-2頁)。

d 「国権の相互独立の権能に対する総合調整的機能は、具体的には憲法上の国会の権能から求められねばならず、また「いずれの国家機関に属するか明らかでない権限は、国会に推定される」。最高責任地位説は、国会が「並列関係にある国家諸機関のうち一番高い地位にあり、国政全般の動きに絶えず注意しつつ、その円滑な運営をはかる立場にある」という意味では妥当であると評価する(319-320頁)。

e この国会の総合調整、国政の最高責任と議院内閣制のもと「国政の運営に関する総合戦略・総合政策的発想に基づく総合調整力を発揮」すべき内閣の「国務を総理する」権限との関連は後者が「非決定権的な作用に限定」されるので「明確な理論的矛盾を孕んでいるわけではない」(323-4

頁)。

f 「国会に権限推定を認めつつ、同時に無限定な行政控除説を採用すれば、相互に理論的矛盾が生じ」、「他方、国会の権限推定を認めずに、無限定な行政控除説を採用すれば、憲法の基本構造に抵触することになる」(325-6頁)。

g 「手島教授の立論とは異なり、このような『重要な基本的政治決定の独占』を『唯一の立法機関』規定からの類推ではなく、むしろそれ自体として、『国権の最高機関』の本来の意味であると理解することが可能であれば、最高責任地位説は、新たな展開を示しうる」。特に緊急事態に関する権限の帰属などの問題について(327頁)。

h 「そもそも所属不明の権限を処理する際には、その権限が憲法上許容されない権限ではないということが大前提である」(328頁)。

土井論文について、次の点を指摘しておくことにする。

まず第一に、この論文で土井教授じしん、「二一世紀を迎えて重大な転換期にあるこの国において、…『国権の最高機関』たる国会の地位を日本国憲法の解釈論として位置付け直すことの意義と可能性を考察」せんとした、その第一段階をなすものだと言われている(285頁)。従って、この試みも私の言う伝統学説じしんの解明の必要を自覚した上での新たな視座の提示を為そうとしたもので、注目される。いきなり伝統的解釈の枠組みを否定せずに、内在的に問題点を洗い出してそこからあるべき方向を模索せんとされている。

第二に、ただ、例えば「本質的な事項」を決定する権限をこの「国権の最高機関」に読み込む「本質的機関説」との関係も指摘されているが、詳しい検討は今後の課題とされているようである(329頁)。

第三に、それ故に、現時点では通説である盤石な政治的美称説が克服されているかどうかははっきりしないように見える。

第四に、行政の控除説との関連について、もし国会に帰属不明の権限が推定されることになれば両者に矛盾が生じると言われる。しかし、このことは私が何度か述べてきていることであるが、この後者で考えられている内容が、憲法典上に明文が無い重要な問題が生じた場合にこれを「法律」でもって定めるべきだということであれば、それはむしろ当然のこととさえ言えよう。が、この「法律」形式をとることとかかる事項を行政府が処理し得るものとするとは必ずしも矛盾するものではないだろう。④また、最高責任地位説が「非決定権的作用」と呼んで想定している内容は、行政控除説で充分説明がつく事柄であろう。

緊急事態に関する権限について、国家の存立に関わる外交・戦争・講和の次元であればこれは一般的な「立法権」の問題ではなく「統治」作用に関わり、三権のなかの行政概念の控除説いかなの次元を越える。④a もちろんこれについても先に述べたごとく「法律」形式で重要事項を規定しそのための処理は現実には行政府のみがなし得るものであろう。一般的な災害時における緊急措置な

どは控除説でカバーできる問題であると理解される。もっとも、かかる問題についての具体的法制度が憲法や法律で整備されている場合には、もはや帰属不明の権限の問題ではないことになると思われる。

第五に、これも以前私が述べたことであるが⑤、「本質的機関説」に従って憲法41条前段で推定される国会の権限は立法の排他的所管となるのか、それとも競合的所管になるのか。また、非重要とされる事項の法的性格も明確でない。さらには、ここで手島教授のごとく、より積極的に真正面から当該権能を国会所管を憲法上、「唯一の立法機関」規定から導き出す場合には(326頁)、これは紛れもなく国会の排他的立法所管となるであろうが、これはしかしもはや「国権の最高機関」論から外れ、憲法論全体の再構築に繋がっていくことになる。⑥

④前号を参照されたい。

④a私も「行政」概念を「国家の人民支配作用のうち、立法機関または司法機関に属するものを除くすべての作用」(小嶋説326頁)と同様に構成している。但し、厳密にはここで控除されるものを主観的概念で述べられている点に注意したい。実質的には拙見も同じであるが、表現的に不精確に述べてきたことを告白したい。また、この点もすぐ後で言及する。

⑤堀内・立憲理論の主要問題75頁、堀内・続・立憲理論の主要問題401頁、堀内「議会による『統治』のコントロール」国会月報47巻619号(2000.7)1頁。

⑥これについては、必要に応じて私なりに改めて構想することとしたい。

次に、塩野論文を見ることにしたい。

aわが国の行政法学成立期における行政概念のなかで、とりわけ「考察が先人(織田、上杉、美濃部[消極説を明確にしていた]=堀内)のそれを一歩深めるものがあった」佐々木惣一によれば、まず行政の客観的観念として「国家の所為」とし、断定と区別する。そして、ここで消極的に立法及び司法に属さない作用を行政ということが出来るが、これはしかし、行政の性質が所為だという積極的に説いているのであるという。「これに対して主観的観念の行政とは、天皇が議会の協賛を以てする法律の制定作用、司法裁判所をして天皇の名において行わしめる司法を除く作用すべてである」(6頁)。前者の客観的観念は普遍的に妥当するとされ、「行政概念における意識的な理論的区別の先駆がここにみられる」という。

さらに、佐々木の改説後のものは、まず実質的概念と形式的概念の二区分とし、後者をさらに客観的概念と主観的概念に分かっている。そして、実質的概念は国家の作用を作用自身の性質より観察したもので、立法は法の制定、司法は法の宣言である。これに対して行政は現実の所為であるとする。形式的概念は国家の作用を制度上より観察したもので、そのうち単に作用のみより観察するものが客観的概念で、ここでは立法は法の制定で、司法は民事、刑事の裁判である。これに対して行政は法の制定及び民事、刑事の裁判を除外した一切の国家作用であるとする。また、これを作用を行う国家機関の構成並びに地位より観察するものが主観的概念であり、ここでは行政は帝国議会の参与によって行われるもの及び司法裁判所の参与によって行われるものを除外したる残余の一切

の作用であるという。塩野教授によれば、「佐々木がときに消極説によっているとされるのは、彼の形式上の概念としての客観的概念についての説明を指す。ただ、彼が後に積極説を唱えるに至るのは…前著に示されていた実質的概念、つまり理論上の概念における積極的把握の試みが、その基礎にあったことにもあると考えられる」という（7頁）。⑦

b 「佐々木は、『断定』に対する『所為』に重きを置いて行政概念を説くものとして、ラーバントを挙げている…。これに対し、オッター・マイヤー…は、佐々木においては、消極説にたつものとして整理されている…。オッター・マイヤーの行政概念については、…積極説の代表として取り上げられることもある。これについては、消極、積極の二区分で彼の行政概念を整理することは必ずしも適切でない…」（8頁）。

行動的行政概念につき、「佐々木は、自己の学説が最初ラーバントに教えられたものであることを述べている」という（12-3頁）。⑧

c 「当時の学説も、すでに、オッター・マイヤーに示唆を受けて、国家作用の中に、立法、司法、行政のいずれにも属しないものがあるか、という点を論じていた…。上杉はこれを『政治』とし、美濃部は第四種の作用であるとして、これをさらに、軍事、皇室の主長としての君主の大権に分かち、佐々木はこの種のカテゴリーを明示的に否定している。」が、明治憲法の前提のもとに存在していた（9頁）。

d 「行政概念論議において憲法学と行政法学との間に意思疎通を欠くという状況はみられない。」「研究者はそのような二分化をしていない」（9頁）。

⑦ここに、行政概念の控除説に客観説と主観説があり得るように読める。

⑧ちなみにしかし、W・フロチャーはラーバントにつき主観的控除説であるとしている（W.Frotscher, *Regierung als Rechtsbegriff* 1975 S.148）。また、小嶋説はこの主観的控除説に立っているのである。

e 日本国憲法制定前において、一つは純粋法学の影響のもとで消極説批判及び立法、司法、行政の区別の相対性が主張された。機関態様説もその影響によるもの。いま一つは「一時期消極説をとった佐々木が、再び積極説を提唱し」、制度上の種別と理論上の種別の区別、前者における客観的（実質的）概念と主観的（形式的）概念の区別の明確化をなし、「客観的概念として行政とは国家が現実の結果を惹起すの作用を主とし、之に立法以外において法を制定するの作用及び司法以外に於て法を宣言するの作用を合わせて之を総称する」ものとする（11頁）。

f 日本国憲法制定時には、「憲法、行政法を含めて、控除説が支配的であった。」裁判規範の解釈を目的とする日本の行政法学では、執政・統治それ自体ではなく、裁判的統制の問題を提起する統治行為のカテゴリーが関心の対象となる…」（16-7頁）。

g 日本国憲法のもと、田中二郎『行政法総論』で積極的行政概念（目的実現説）が提示されたが、「その後の日本の行政法学説には広く受け入れられることとならなかった」（18頁）。その積極的行

政概念とは「法の下に法の規制を受けながら、現実には国家目的の積極的実現をめざして行われる全体として統一性をもった継続的な国家活動」とされる。

h 「近年、憲法学の領域において、控除説に対する批判が登場してきている。しかし、…行政法学における控除説批判が積極説の提唱を意味するのとは異なった様相をもつ。それは、…行政とは異なった執政・統治の観念の導入に対して、控除説が障害になるというのである。さらに、これに連動して、行政活動の国会への従属性の主張がなされることもある」(22頁)。

i 「行政法学者にとっては、なお、何人かが成功することが期待されるという意味での永遠のテーマである…」(29頁)。

「憲法学と行政法学の関心に大きなずれがあり、そこに控除説批判論、さらには行政概念論それ自体に混乱が生じていることが明らかになった…。すなわち、行政法学の関心はもっぱら行政について、統一的に立法、司法と並ぶような概念規定ができるかどうかにある。これが成功しなかった、というのが控除説の帰結である。」「これに対して、憲法学からの関心は執政の観念を析出することにあつて、執政を取り除いたあとの行政の定義には関心がない。控除説に対する批判は重ねられても、新たな積極説が提示されているわけではない。また、それを意図しているわけでもない。国家作用から、立法、司法、執政を除いたとしてその残余が、重要な国家作用を占めておりこれについて積極的定義がなされない限り、控除説は論理的に無傷のままに存続する…。…行政概念の学説史を辿る限り、執政・統治の概念の析出を妨げたのが、控除説とすることはできない…。可能性は早くから開かれていたのであつて、研究者の関心が及ばなかったというべきである。執政の観念の析出は控除説そのものを否定するものではないということもそのことを裏付ける」(29-30頁)。

j 「行政概念論議の過程にも、憲法学、行政法学の共通の関心事がある。…行政活動と立法権者たる国会の関係である。行政法学はこれを法律の留保の問題として取り上げて論じてきている…。行政概念論議とは別の検討の場を早くから設けてきたということもできる。これに対して、憲法学は行政概念論議の内これを論ずる場を用意することを試みている。…その試み自体は可能である。ただ、論者がその際、行政法学での法律の留保に関する蓄積ないし検討状況に言及しないところに問題がある。もっとも、このような問題は、行政法学の側にも指摘される。この状況はおそらく、憲法学と行政法学が学問としての分化でなく、少数の例外を除いて学者として分裂していることの反映である。いずれの場がより適切であるかは論議の対象となりうるが、いずれにせよ、二つが別々に論ぜられたままであるという状況は問題である。これを改めることによって、行政の活動は国会の制定する法律を待たねばならないとするときに、その法律はどのようなものであるか、日本法で予算議決のもつ意味など、より、現実には即した理論が展開できると考えられる」(30頁)。

塩野論文において、次の点を指摘しておきたい。

まず第一に、行政概念をめぐる伝統学説はそれじしん今日なお解明されていない問題として残されているということである。新しい行政法学の提言にはこの伝統学説をどのように理解したうえで

その克服を提示するものが明らかにされなくてはなるまい。

第二に、控除説には客観説と主観説があり得ることは先にも触れた通りである。これと、憲法41条前段の解釈でいう帰属不明の権限との関係は、どのようになるであろうか。まず、客観説の場合控除される立法とは実質的意味の立法であるから不明の権限としてはその実質的立法以外のものということになる。他方、主観説の場合には控除されるものは議会の権限の全体ということになるから、実質的立法に限らず立法事務行政などもここに除外されることになる。逆に行政府が行う実質的立法は控除されないということになる。司法分野においてもうえと同様に言い表わすことができよう。このように帰属が不明ということの意味が客観説と主観説とで少し違いが出てくるが、かりに客観説であっても憲法上実質的立法以外の事柄が法律事項とされていればそれは控除されることは当然である。それでもなおかつ帰属不明なものが生じた場合にそれは行政府に帰属するということになり、両説間に結局は大差がないということになるように見える。客観説での行政権はそもそも雑多なものであるだけにこれを積極的に言い表わすという困難を引き受けるが、主観説ではそのような作業は求められないことになる。

第三に、ではこの控除説における行政と統治・執政とはどのような関係になるのか。塩野論文では、憲法学でいう統治・執政がかりに主張されても行政法学上の行政概念の控除説は無傷であるという。

このことを考える前に、憲法学上の統治・執政とはどういうことであるかが明らかにされなくてはならないだろう。アメリカの大統領の権限にいわゆる執行権 *executive power* という意味での執政についてはいま考慮外として⑧ a、統治 *Regerung* という言葉は西欧大陸、とりわけドイツ憲法学(史)上で綿々と続いた重要なテクニカルタームであった。⑨直接ここで関連することだけ言えば、十九世紀から二十世紀にかけてのドイツ近代立憲主義国法学学説において、まず君主の全国家権力そのものを指示したところから君主権力の制約・限定に対応して次第に立法、司法が分離していく。行政府の政府権力が統治権を意味する段階があった。その後、近代的行政は司法と同様に法律に従って行使されるように要請される。「法律による行政の原理」の確立である。しかし、ここで行政府の権限行使にはすべて法律執行のみとはされず、法律から自由な領域が残っていてこれが統治であるとする立場が主張された。ここでは統治は立法、司法の控除された行政権の中にある。が、他方もう一つの構成があり得た。それは立法、司法、行政の三権の存在を前提としてそれら相互間を調整する権能、例えば解散権、不信任決議権、議会の召集権など、そして外交権、条約締結、宣戦布告などの対外的権限についてはこれらを統治として第四権能に位置付ける。この場合には、統治とは別に行政控除説はこれはこれでなおそのまま成り立ちうる。ここにも法律執行と並んで法律から自由な領域が全く無いとは言えない。

さて、このうち最後の構成においては統治と控除説における行政概念とは両立し得ること明らかである。が、前者の場合には、統治と法律から自由な行政との区別がはっきりとしていない。もっとも、統治と行政権とが行政府の権限として行使されることになる限りでは(解散権などを除き)、

両者は同様の結果をもたらすことになるが。

第四に、この統治と憲法41条前段との関連はどのようになるのだろうか。一般的に「本質性機関説」で言われる「国家的に重要な事項」につき、さきの解散権、不信任決議権、条約締結権などは憲法上その権限帰属については個々には問題があってもそれらはこの41条前段のところで議論する必要は特にない。考えられるのは、国家緊急事態における措置などであろうか。ここでは法律形式による基本事項の定めが要請されよう。しかし、かかる緊急時の措置などをすべて法律で規定して、行政はその法律執行のみ残されているという解釈はとうてい現実的機能的とは言えないだろう。そうすると、結局かりに統治を41条に読み込んだとしてもなお、行政控除説による行政府の活動が不要になるものとは考えられないということにならないであろうか。

第五に、塩野論文は今日の憲法学者と行政法学者との間で分裂が見られある一つの問題がその一方からのみ研究されることが双方における共通理解を欠く結果をもたらしていると指摘していて、これは重要な指摘と言えよう。私はその点かねて自らそのことに注意を払って研究を進めてきているつもりである。行政概念との関連で言えば、控除説で意図されているものは、行政法学上の法律の留保論における留保の限界としての法律からの自由な領域などが「法律」形式によらず、例えば予算議決などの根拠により、行政により行使し得るような領域が存在するというようなことを含んでいるのに、憲法学ではこれを民主制のもと全ての残余の権限は行政でなく立法権に帰属するというふうにいきなり行政の残余説を否定するようなことが主張されかねない。先にも言及したごとく、確かに「国家的に重要な事項」については、今日「法律」形式によるべきであろう。しかし、このことと三権の中で行政府が予期しない事柄についてまづもってそれに対処しなくてはならない事柄が沢山あり得るといふことは必ずしも相互に矛盾することにはならないはずである。

⑧ a アメリカ大統領の執行権は、J・ロックの執行権とは異なり、むしろ連合権の内容を含んでいること別のところで言及したことがある（堀内「英・仏国における『統治』概念」[未刊]）。これについてW.Frotscher, *Regierung als Rechts begriff* 1975 S.24f.参照。近年の憲法学者のいう執政と法律執行としての行政活動との区別、そして、特に前者を本来の行政と把握しようとする立場は、このアメリカ流の執行権を範としているのである。議院内閣制のわが国の議論に大統領制のアメリカの議論をそのまま持ち込むことについての吟味は充分であろうか。少なくとも、後者はフランスの執行権のイメージとは程遠いのである。

⑨ W.Frotscher, a.a.O.に詳しいので参照されたい。

本章の最後に、中川論文について見ておくことにする。

a 「立法権」の「実質的意義」として「何を論じるかは、論者の実践的な意図によって決まってくることであり、『立法権』についても、なんらかの実践的意図から、法律事項は何かという問題設定がなされているはずだと考えるよりほかない」（335頁）。

b 「標準的見解が憲法四一条の『立法権』（『実質的意義の法律』）の意義として述べるところの」命題は、「法律（『形式的意義の法律』）に言及する憲法の諸条文から導かれる…」（338頁）。「自由・財産の侵害のみならず、より広い意味で、権利義務の変動（権利を付与し、義務を免除するこ

とも含む)、さらには、権利義務という形では定式化されないが、しかし重大な利益調整ないし社会の方向付け、国政の基本方針にかかる国家的意思決定も、法律で定められなければならないという結論を導くことができよう」(337頁)。

「そうであれば標準的見解は、憲法四一条の『立法権』に固有の意味を、いまだ語ってはいないことになるのではなかろうか(なお、行政法学でいう『法律による行政の原理』の三原則は、…憲法規定との関係を整序し直す必要があるように思われる)」(338頁)。

c 明治憲法のもとでは、「実質的意義の立法」の実践的意図は、「帝国議会の協賛を必要とする事項を、憲法が法律の形式によることを個別に求める事項…に限定する当時の有力な解釈を否定し、天皇の独立命令が法律に対する例外であることを際立たせることであった。」「しかし、…このような解釈作法をわざわざ日本国憲法四一条の『立法権』規定の解釈論に持ち込む必要はおよそ無いのではなかろうか」(338-9頁)。

d 「行政」の積極的定義づけで、「いかなる内容が『形式的意義の行政』として行われることを必要とするかといった問題が設定されているわけではない。」「一体、何の役に立つのであろうか。」「憲法解釈論として当然の関心事」、「行政法学の確立」ということが挙げられるが、「すくなくとも後者は憲法論でない…」(341-2頁)。「法律の執行—またはそれに外交等を加えた作用—の積極的定義…に、どれほどの憲法六五条解釈上の意義があるか不明である。…近時の憲法学説は、『行政権』を、法律の執行に限定して理解すべきだとする説から、執政ないし統治として理解すべきだとする説までである。このどれが憲法解釈として正しいのかを明確にすることが、六五条解釈論の出発点のはずである」(343頁)。

e 「筆者はこの点に関連して、…。憲法(傍点)が、内閣に、直接付与した仕事(六五条『行政権』、七二条内閣を代表して行なう『内閣総理大臣の職務』、七三条『内閣の職務』〔法律に根拠のある政令の制定を除く〕のほか、国事行為の助言と承認等)と、種々の法律(傍点)が、内閣や省庁や委員会等の行政機関を指名して、これらに与えた仕事…との間には、憲法解釈上、明確な一線が引かれるという考え方である。前者は、法律の根拠を必要としない、いわゆる執政的権能ということになる。後者は、伝統的に行政法学が分析対象としてきた行政活動—『法律による行政の原理』の妥当すべき活動—に相当する…」(344-5頁)。「種々の法律が創出した行政活動は、総理大臣が内閣を代表して『行政各部を指揮監督』し(七二条)、内閣がその職権として『法律の誠実な執行』を確保する(七三条)対象であり、一段上の立場から法律に反しない範囲で内閣が行う政治的コントロールの客体(傍点)である」(348頁)。「近時の行政法教科書は、積極説・控除説の議論をあまり取り上げない傾向にある」(345頁)。

f 「…『司法』と『行政』の区別という問題設定は、六五条の『行政権』を執政に限定して捉える立場では、不要となるように思われる」(352頁)。

g 「標準的見解が形成された背景には、権力分立の全体構造を、規範の定立と執行(後者はさらに司法と行政に分かれる)という枠組みで理解する思考がある…。」「規範(法律)の定立と執行は、

権力分立の全体像がこれで示されているわけではない。予算もあれば外交もあり、内閣が『行政各部』を通して法律上の根拠とは無関係に何事かを推奨したりすることもある。これらの活動を、『立法権』『行政権』『司法権』の意義を考察するにあたり、最初から排除すべき理由は無いように思われる」(354-5頁)。

h 「現在の日本における問題は、日本国憲法が(傍点)、何を、とくに取り上げるべき重要な機能と考えると解すべきかである。」

「明治憲法下の(自由主義的)学説において、立法は、『法規ヲ制定スル作用』であり、司法と行政は、『法規ノ下ニ於ケル作用』として理解されていた。…こうした理解が日本国憲法にも原型として引き継がれた…と理解することは自然であろう。」「しかし、問題は、日本国憲法における『立法権』『行政権』『司法権』という明治憲法由来の日本語が一つまり、日本国憲法の起草過程における日本側の理解が一、日本国憲法の英文におけるlegislative, executive, judicialという言葉と一つまり、起草過程における占領軍側の理解と一、果たして正確に対応していたかである。」対応していなかったとすれば、「明治憲法由来の思考枠組みをもって、別の枠組みで作られた日本国憲法を理解していることになる(…日本国憲法の”原意”はどこに見いだされるべきかということにもなる。)」『行政権』とexecutive powerの間の語感的ずれについては、しばしば指摘されるところである。」「米連邦憲法においては、法律制定と並んで宣戦布告も、All legislative powers herein grantedのひとつであることを想起しておくことは、無意味ではない…。」「日本国憲法を解釈するにあたっては、少なくとも出発点としては、『立法権』や『司法権』という法(傍点)が、法律(傍点)(定立された規範)を意味するとは限らないと考えておくほうが、また、『行政権』についても、法律に基礎を持つ活動のみを指すとアプリアリに指定しないほうが、憲法解釈の態度としては周到であると言えないであろうか。この点で、『行政権』を執政と理解する近時の憲法学説は、きわめて重要と思われる」(355-6頁)。

以上のごとき中川論文についてここでは次の点を指摘しておきたい。

まず第一に、この論文は従来の標準的見解を真っ向から否定し、克服せんとするものであるという点で、すでに検討してきた論文とは明らかに異なっていると言えよう。そして、その提言は今日無視し得ない内容を含んでいることも確かである。

第二に、ただ、憲法解釈論のあり方について、例えばaの「立法権」の「実質的意義」として「何を論じるかは、論者の実践的な意図によって決まってくることであり、『立法権』についても、なんらかの実践的意図から、法律事項は何かという問題設定がなされているはずだと考えるよりほかない」(335頁)とされるが、果たして論者の実践的な意図だけで憲法解釈論が成り立っているのであろうか。標準的見解が扱っている問題は、近代立憲主義的「立法」のいわば憲法(学)史的な流れに沿ったものであって、論者が勝手に実践的意図により、設定したものまで言うのはどうであろうか。また、かかる問題のとらえ方は西欧、特にドイツ憲法の影響を受けた諸国に広く認めら

れる立論である。

第三に、また、「明治憲法由来の思考枠組みをもって、別の枠組みで作られた日本国憲法を理解していることになる（…日本国憲法の”原意”はどこに見いだされるべきかということにもなる）」と言われるが、日本国憲法は明らかに明治憲法の反省の上にその弊害を正を施して制定されたものである。また、思考の枠組みも、少なくともわが国の学説、実務は西欧の伝統学説を継受したものであった。そこに日本的解釈法というものの特徴があるということも言っているのではないか。”原意”はどこにあるか、はいかに総司令部がアメリカ的感覚を持っていたとしても、日本国憲法はわが国の制定物であり、その解釈意図も日本的な解釈で制定されたものと考えざるを得ないのではないか。少なくとも、その判断はわが国国民の意思に委ねられているとも解せられる。

第四に、「標準的見解が憲法四一条の『立法権』（『実質的意義の法律』）の意義として述べるところ」の命題は、「法律（『形式的意義の法律』）に言及する憲法の諸条文から導かれる…」（338頁）。「自由・財産の侵害のみならず、より広い意味で、権利義務の変動（権利を付与し、義務を免除することも含む）、さらには、権利義務という形では定式化されないが、しかし重大な利益調整ないし社会の方向付け、国政の基本方針にかかる国家的意思決定も、法律で定められなければならないという結論を導くことができよう」（337頁）というが、憲法解釈という作業を全くせずに、伝統学説を介せずにそのような結論が導かれるものかどうか。また、こうした内容の議論は、公法学上の基礎的な重要な枠組みとなるものであり、伝統学説にあってこの憲法四一条の解釈としてここで展開することが実定法理論として最も相応しいものと考えられてきているものである。

また、憲法六五条で「行政権」の意義を論ずることが「すくなくとも憲法論でない」とされるが、憲法論と行政法論との断絶は塩野論文にも言われるごとく好ましいことではなく、行政法論が憲法論の延長線上に整合的に展開されなくてはならないのではないか。

第五に、「行政権」を「執行権」に対応させて考えることや「立法権」を「議会の権限の全体」として語るとらえ方は、アメリカ的立論であるが、これはこれとして一つの構成の仕方であろうし、今日有力になっている解釈法である。が、わが国の憲法学がこのような立論にあわせなくてはならない必然性があるわけではないであろう。「行政」を「法律の根拠を必要としない、いわゆる執政的権能」とそのまま理解してよいであろうか。大統領制ではなく、議院内閣制のもと、議会に対して原則として責任を負うという場合、そのすべてが「法律による行政」であるとは私も考えていないが、しかし、このパターンが議会主義民主制において日常の基本的構造であることは否定できないのではないか。

なお、毛利透「行政概念についての若干の考察」ジュリスト1222号(2002.5) 134頁もこの大統領制と議院内閣制の違いを指摘している。

第六に、このようにみてくるとうえのアメリカ的立論ににわかには飛びつくことには十分に慎重でなければならないと見られる。もちろん、しかし、かかる新提言は従来の思考形式を完全に塗り替えることを迫るものであるだけに注目されることは言うまでもなく、今後なお吟味する機会を持ち

たい。

5 参加型直接民主制の理論的正当化

わが国の立憲主義的公法学の展開の中で、特に戦後の著しい特徴の一つとして議会制民主主義に対する住民参加型の民主制的傾向が指摘され得るであろう。代表議会を中心とした権力分立体制は国民の意思を何よりも議会に反映させてこの議会が制定する法律に従った政治が運営されるという装置を構成することによって、国民の権利・自由を確保するするという体制を作り上げてきた。このような体制は、周知のごとく一九～二十世紀の経過の中で、議会及びその制定する法律に対する不信任に基づく違憲法令審査制の導入という現代国家の手直しを受けてきているが、「法律による行政の原理」じしんについては大きな変更はなかった。けれども、戦後わが国においては特にアメリカの影響のもとで「適正手続きの保障」をはじめこの原理だけではなく、例えば聴聞・公聴会などの行政手続きの保障、情報公開制度の導入、審議会制度、その他住民参加型の法制度が様々の形で導入されるようになってきているのである。これらの個々の制度の意義や運用実態については、ささやかな私の経験から見ても、①それらが今日においてもなお十分に理解されかつ理想的に運用されているとは限らない。

しかし、こうした制度やその運用面の諸問題と並んで、より根元的にそれらの理論的構造、そして伝統学説との理論的接合性という問題が学問的には残されているのである。最近、かかる難題について積極的に取り組む研究が発表されていてまことに注目されるところである。その研究として毛利透「行政法学における『距離』についての覚書」(上)(下)②及び石川健治「自治と民主」③を取り上げて検討することにしたい。

①堀内『「憲法と公共政策」の諸問題』(平成11)はその報告をかねて記されたものであり、本稿はその実態についての理論的考察という意味を有するものである。

②ジュリスト1212号(2001.11.15)80頁以下、同1213号(2001.12.1)122頁以下。

③ジュリスト1203号(2001.6.15)61頁以下。

まず、毛利論文において次の点が注目される。

a ドイツの公法学者 シュミットーアスマンの影響下わが国の山本隆司によれば「民主的な公益形成のためには諸利益の参加・衡量が不可欠である一方で、『全体国民』によって正統化される国家機関の決定は特殊利益から『距離』をとる必要があるという『緊張関係』」が強調される。「法治国原理」における「距離」は、「諸個人・諸団体の利益を国家からも、そして相互の間でも区分し…、それ自体として尊重すべしという要請をなす概念であった。」これに対して、「民主主義原理」の叙述での「距離」は、「もっぱら公共善に拘束される行政機関が私人の主張する様々の特殊利益と一体化せず、それらとは独立の判断をなす地位を保持しなければならないという趣旨で使用されている…。」

「公私協働の最大の問題点は、社会における力関係の不均衡が是正されずに特殊利益に偏した社会関係の形成が進行し、最悪の場合、協働…が国と特殊利益との癒着…に墮する危険性にある」（上80-1頁）。なお「山本は『法治国的距離』と『民主的距離』を区分して用いていない」が、「シュミット-アスマンは…概念導入時に…両者を区別している…」という（下127頁）。

他方、やはりシュミット-アスマンの地方自治論から「距離」概念を導入していた大橋洋一によれば、「私人、私的団体および地方公共団体が中央省庁との間で対話を行うためには、距離の創設を通じて独立性を獲得すること何よりも必要である。」「行政法の基礎にある考え方は、規制を行う行政機構と規制を受ける民間（市民社会）とが明確に区別され、両者の間に透明な距離が保たれていることである。」この大橋の「距離」は、「国家と市民社会の分離という古典的な法治国的原理を、それが未分化のままとどまっている日本の行政過程・行政組織のあり方に注目して実現していくための用語」であり、「私的な諸利益が実際の『対話』に参加してきた場合に、行政庁がいかなる責務を負うか」というところには関心がない。「市民参加が行政と市民の『距離』を喪失させる逆の危険性、それに対する処方箋」というところには触れられない（上82頁）。

bクレップファーは、「法律」を「距離」を確保する古典的道具として位置づけるという。「民主的な手続は、多数を獲得しなければならないという必要性からして、通常、そのために必要な特殊利益からの剥離によって内容的距離へと導く。これに加えて何より、抽象的な法律決定と具体的な法律適用の間の隔たりがある。」「本来立法手続においては『法治国的および民主的距離』が一致して現れる。」が、「『過剰な規範化』によって『法の正当性』が危機にあるというのが、彼の主張である」（上84頁）。

クリストフ・デゲンハルトは同時期に「距離」概念を法治国とのみ結びつけた。「立法手続の諸段階が互いに『距離』をとって構成されることで国家権力が抑制されることを『法治国における立法』の重要な機能であるとした。」「立法手続において特殊利益から『民主的距離』をとることではなく、手続内部の諸段階、つまりは国家組織内の分化を指して『距離』概念を使用している…」（上84頁）。

ラインホルト・ツィッペリウスは、同時期に「統治の正当性」問題に「距離」概念を使用した。特に代表システムを重要視し、「利益紛争からの可能な最大の距離」が達成されるとする。ここで「代表」には「議会だけでなく、およそあらゆる官職が含まれており、ほとんど公職者の『非党派性』と同じ意味で『代表性』が語られているが、中心的関心はやはり議会が『多元的民主主義』の『多様な利害の影響』にさらされ、それが保つべき『距離』が危機に瀕している事態にある。しかし、議会での討論や公開の批判によってその機能はなんとか果たされているというのが彼の評価である。」これらの1980年代初頭の学説の示唆を受けつつも、その水準をはるかに超えて一貫して「距離」概念を使用し、特に「立法手続を超えて行政手続・行政組織論に導入したのが、シュミット-アスマンである」（上85頁）。

c 「法概念としての行政の正統化」（1991年）を論じたシュミット-アスマンは「行政は法律の

執行につきることのない独自の国家活動をおこなっており、だからこそ立憲国家において独自の正統化を必要とする」という問題意識を持つ。「行政法ドグマティックがこれまで主に扱ってきた個人権としての自由保護の視点にプラスして、『共同の意思形成と参加確保という民主的自由理念』を導入しなければならない。」基本権的自由から民主的自由への移行という枠組みの中で、「行政法の全システムは、伝統的な行為法的傾向を超えて組織法的視点を得る。」「つまり、『共同の意思形成』が行政内部で行われるからこそ、それがいかなる形態を持つべきかが、重要な憲法問題として浮上する。」「法治国的な保障要素を扱うことには行政法は習熟しているが、これまで国法に優先的に割り振られていた民主主義原理を扱うことは、その経験には乏しい。」「…ドイツ行政法学がこの問題にあまり取り組んでこなかったとしたら、それはこれまでこの問題があまり重要とはみなされていなかったからと推定する方が妥当だろう。」「内容的に法律に拘束される行政組織は、組織的にも大臣を頂点とするピラミッドの構造によって規律され、その大臣が議会に対して責任を負うことによって十分民主的に拘束され、つまりは正統化されていると解されてきた…」が、「法律適用は、包摂に尽くされるものではなく」、「執行というドクトリンによっては適切に把握されない」（上85-6頁）。

もちろん、シュミットーアスマンも議会による法律に依然として中核的機能を認めるが、法律の規定が開かれており、具体化の広い余地を残すので、その補充的な正統化源が必要である。「しかし、これにより行政組織のあり方についても大きな視座転換が図られることになる。『議会責任を目的とする』行政の一体性ドグマは『時代遅れ』となり、『民主的正統性は、議会による制御の最高限度を求めるのではなく、事物的・内容的・人的および制度的正統化といった様々の形式が、各々別個にではなく共同して作用することによって与えられる、十分な正統化レベルを求める…。』つまり、『多元的な組織としての行政』がそれぞれに自己を正統化しようとすることの積極的承認である。」「民主主義原理の下で行政の独自性を強調することは、逆説的にもその社会への開放性の強調を導く…。議会責任に依存せず独自の正統性を得るためには、社会に対して自らを閉ざすことはできないから…」（上85頁）。

dシュミットーアスマンの「協働」モデルにおいても「法治国的距離」は保たれる。しかし、「私人は私益、行政庁は公益を追求するのだとすると、一体両者はどのように接触し、どのように民主的な意思形成がなされるのか、不透明となる。」

また、「基本法の民主主義原理」の基礎を「共同形成チャンスの平等主義的な平等」であるとし、「民主的にフォルムされた共同体の決定」は「一般的決定であり、…公共善の表明である。」「従って、民主主義もまたその距離要求をもつ。ここでは（傍点）特殊利益に対する距離が問題になる。」しかも、「行政手続・行政組織への参加の民主的性格に対し、彼が意外にも厳しい評価を与えている…。」「正統性を与える国民とは『国家権力に利害関係を有する者』ではなく『不特定の一般性』をメルクマールとする主体である。」「利害関係人の部分利益をいくら集めても『公共善』には至らない。」これが法治国的距離と民主的距離の「役割分担」であるという。「たとえ学者であろうとも、彼らに公益を主張するいかなる法的資格も責任も存在しない以上、…その意見は自らの学説の実現、あるいは

は自らの所属する学界の勢力拡大を目指すものだと理解すべき（傍点）ものということになる。」
そこでは、「手続内部に、私的諸利益にはとりこまれない、他の参加人とは異質な存在がなければならない。…結局、行政組織がいかに『解放』されようとも、否『解放』されればされるほど、再び逆説的に『公共善』実現の責任を最終的には独占的に担う、…行政庁の独自性が強調されざるをえない。」「公私協働の組織において行政庁が多面的な諸利益の中から公共善を導出するというメタモルフォーゼの過程が、あたかも元々『公共善』を担う特権的主体が他の『利害関係人』の意見を聞く場へとメタモルフォーゼする、これが、行政組織論における『民主的距離』が行論の中で『法治国的距離』との区分を不要とする概念へと接近していくメカニズムである」（下123-4頁）。

e しかし、かかる「距離」の強調は、「公私協働による公共善形成に注目しなければならないという行政法総論改革の元々の出発点と緊張関係に立つ。多面的行政組織ごとの参加を『民主主義』であると言ってしまえば、問題は解決するようになるが、シュミットーアスマンはそのようなディカルな道は選ばない。…『自律的正統性』という民主主義とは別の正統性を与えることで協働の実を上げようとする」（下124-6頁）。

「すでに地方自治が、厳密には民主主義単独で正統化されるものではない。地方議会は民主的参加によるとは言えるが、狭い領域では『公共善』を可能にする『距離』が不十分であるため、より広い州および連邦の『法律』に服する必要がある。」「『自治』による正統性が存在するため、『国民』による正統化は通常の行政よりも少なくてもよい。」「限定された参加者の範囲による自律的正統性」によって民主的正統性を補完することがある。前者は、「特殊利益を抑止するのではなく、その機能に適合的な代表を、『自—治』…の保障のために求める。」「国家には適切な利益の組織化と特殊利益の中立化の責任が帰属する。」「参加する社会的利害に偏りが見られないようにする」中立化という意味で（下125頁）。

だが、この自律的正統性は民主的正統性にとって代わることはできないし、前者の組み入れは簡単ではない。大学や職能団体、審議会委員や専門家を組織法に組み込むなどして、国家が「どのようにして法制化するか」こそ「行政組織法の中心問題である。」この「枠組み」整備が行政法総論改革の目玉だとすれば、彼が、これまでことさら「民主的正統性」と「利害関係人の参加」の異質性を強調する必要があったのか疑問である。また前者における利害関係人参加への否定的評価と「自律的正統性」におけるその積極的活用の提言の間に、強い緊張関係があることは否定できない。「結局いかなる場合に民主的正統性の間引きが許されるのかについての判断基準は曖昧なままで」、「実際には、立法者の判断に委ねられる部分が多いということになる」。二つの正統性を別原理とする必要はあったのか。「民主的距離」を強調する必要はあったのかという疑問がある（下126頁）。

f 「シュミットーアスマンや山本の『距離』概念への疑問は、公私協働の行政組織分析のためにはこの『自律的正統性』を確保するための『距離』概念だけで十分なのではないか、なぜ『民主的正統性』の根源を『国民』全体にのみ限定し、現に存在する多様な利害の民主性をことさらに否定する『距離』概念を強調しなければならないのか、ということに帰着する。」

その原因は、ドイツ連邦憲法裁判所の判例及びドイツの通説にあるという。また、「日本においてもこのような傾向は強い。」シュミットーアスマンは、「国法学の議会中心主義的な『民主主義』概念をそのまま行政法学に導入しようとしたのであり、…ところどころで緊急状態を惹起することが避けられなかった。…あまりにも主流『憲法学』的なのである。」(下127頁)。

この点、ブルン・オットー・ブリュデによれば、「基本法の想定する民主主義は決してそのような偏狭なものではなく、多元的な『下から上へ』の秩序形成を許容するものだ」と解釈する。「シュミットーアスマンの『民主的距離』概念は、『行政法改革』を掲げる自らの理論が、にもかかわらず公法学主流との紐帯を保持していることを鮮明にするための道具なのかもしれない」(下127頁)。

g 毛利氏によると、シュミットーアスマンが法治国原理と民主主義原理の結びつけの必要とそのためにはコミュニケーションモデルによる討議的合理性を基礎とするというが、しかし「まさにこの『コミュニケーション』、『討議的合理性』への着目が、彼の具体的理論展開から抜け落ちているのではないだろうか。数々の特殊利益があくまで特殊利益として参加しながらも、その議論の中で公益へのメタモルフォーゼが達成される、この魔法をかけるのは、行政庁でなく、コミュニケーションの過程に内在する合理性の要求ではないのか」という。この観点から「討議の過程の『透明』性が重要な要素として浮上する。」「行政組織と外部との間の『透明な距離』こそが、民主的な『質』を確保するための『距離』でもある…。法治国原理と民主主義原理は、本来このようにして結びつけられるべきではなかったか」(下128頁)。

「多元的利益が議会の場でのみ昇華され『公共善』へとメタモルフォーゼするとの想定を維持することは、今日確かに困難である。」「行政は議会で決まったことを忠実に実行すべきであり、行政組織の『開放』は全て特殊利益との癒着を疑わせるというのも、極端なイデオロギーだとのそしりを免れないだろう。」「私人と国、行政手続諸段階を『議論の形で連鎖』されることの重要性がすでに明示されている」(下129頁)。

毛利論文は以上のような内容を含んでいる。少し引用が多くなったが、それはそれだけ本稿にとり見逃すことができない言明が多かったことによる。次に何点か重要と思われるところを指摘しておきたい。

まず第一に、この論文は議会主義民主制のもと、行政組織内での利害関係人の特殊利益や住民参加、審議会における学識経験者の意見などのまさに今日の諸現象に関してどのように理論的に説明され得るものかという問題について、本格的に取り組んだ研究であるということが出来る。しかも、私を知る限りわが国の理論研究として初めての説得力のある解明がなされているものと評価し得る。

第二に、従来のが国の公法学がこれまで民主主義を議会主義と二重写しにしたような構造と理解し、法律万能、「法律による行政の原理」の貫徹に焦点を合わせて議論する傾向が強かった。それはドイツの議会主義民主制についての判例、学説の理解にも共通するものがあったわけである。そのために、うえに挙げたようないわば住民参加型の民主制についてはこれを現代的傾向として受け

止めながらも、伝統学説とどのような理論的關係を有し、接合し得るものかについては半ば悲觀的に考えてきたようなところがあったのではなからうか。

第三に、シュミットーアスマンの「自律的正統性」という立論はこれまたわが国の伝統学説に立つ論者にとりギリギリの妥協線の一つのあり方としてその気持ちがよくわかるものではなかったであろうか。

第四に、行政組織の中で展開される数々の特殊利益が参加しながらも、その議論の中で公益へのメタモルフォーゼが達成されるための決め手になっているのが『討議的合理性』であり、コミュニケーションの過程に内在する合理性の要求であった。そのように考えざるを得ないであろう。ここに民主主義の現実的理論を見るしかないのではないか。

第五として、もちろん、かといって近代議會主義的な民主主義がこれによって取って代わられるというのではないであろう。私人と国、行政手続諸段階を「議論の形で連鎖」しているものと見ることになるであろう。

第六として、このような説明法は私の見るところでは、R・アレクシーの討議理論に立脚した基本権論ないし実質的憲法論に通ずるもののように思われるのである。ここでそのことを指摘しておくことのみをしたい。

併せて、次に石川論文を見ておくこととする。

a 「行政の民主化」についてのウィーン法学の立場では、「下位の行政において民主的な自己決定を認めれば、国民代表に反映された民意がくまなく実施されるのを妨害する恐れがあり、反民主的である」。「行政の民主化」は、「党派性のなかで悪しき意味での行政の政治化をもたら」し、「そうした多数派による少数派の抑圧に対しては、中立的な官僚こそが防壁となり得る」と指摘される(63頁)。

b 「今次の『改革』は、中央官僚から地方官僚への分権を実現しているだけ」の「価値中立的な…『分権』の域を、果たして超えているのだろうか。」「地方官僚への否定的な評価を念頭にした『行政の民主化』が、『司法の民主化』と平仄の合う形で果たして語られ得る『改革』であるのかどうか」(63頁)。

c 「今次の『分権』が、あくまで地方官僚が充分の力量を蓄えてきた実績を前提としての『分権』であるか」、また、「NPOなどの市民参加に言及されるのも、地方テクノクラートの力量不足を、勉強熱心なNPOに下請的に補完させるため、ではないと本当にいえるのかどうか」(64頁)。

d 「自治体の仕事は、しばしば文明論的な課題にまで接触し、地方テクノクラートの領分を必然的に超える。だから、原発建設等をめぐる直接投票が各地で行われるようになってきているのも、それを単なる地方エゴと見るのは皮相であり、専門技術的には正解を探せない原理的・倫理的な問いが立てられるに至って、その決定が人々の手に委ねられざるを得なくなった、という側面を見落としてはならないだろう。」

「環境主義と地域主義の登場は、大きかった。議論は新たなアリーナに到達した可能性がある。」

「環境主義は、従来の自由主義や福祉主義の下で享受されてきた生活を放棄する、文明論的な選択肢を提起する場合がある。シンプルでいて、あくまで重い、そうした課題に対しての判断能力は、もはやエリート・非エリートの区別を問わない。広く参加を求めて決定の民主的正統性を調達すると同時に、決定に際しての責任を分散しなくてはならない。」「その意味では、テクノクラートが制覇した時代は確実に終焉に向かっている。90年代の行政改革においても、…官僚団の存在感は予想外に希薄なまま、グランド・デザインの策定は、審議会等に参加するアマチュアたちの手に委ねられた。…地方分権改革においても、それは同断であった」(65-6頁)。

この石川論文は、住民参加型民主制における官僚と市民の関連、自治体が抱えている問題が今日どのような性格のものであるかということについて示唆に富む説明を含んでいると言える。

うえに見た毛利論文、石川論文は、主として伝統学説の内的分析とその再構成という立場からの研究に没頭してきた私にとっては、近年の新しい法現象を知ること以上に刺激的なものであった。と同時に、伝統学説の側にも理論上の見直しを強く迫るものであること否定できないだろう。

6 結びにかえて

i ドイツ型とアメリカ型、そして討議理論

a 本稿は、世紀の転換期に当たり、わが国の公法学研究がどのような形で展開されているかを管見することを意図して、近年重要と思われる文献のいくつかを頼りに若干の考察を加えてきたものである。いずれも、重要な指摘を多く含む優れた研究であって、一つ一つより詳細な吟味、分析を必要とするものであろう。しかし、ここではむしろそれらの中に何らかの特徴ないし傾向のようなものを読みとれないかということである。

そして、一方では、伝統学説を基本的枠組として承認し、その内在的な問題点を明らかにしようとする研究が見られた。ここには、例えば、「法律による行政の原理」についてその三要素が今日にあってなお十分に説明されてこなかったことを指摘して一層厳密な分析をしようとするものがあつた。また、伝統学説を基本的な係留点としながら、その批判的考察として新しい法現象をその周辺に位置付けようとするものなどもあつた。

しかし、他方では伝統的な権力分立構造を前提とした憲法解釈学説をその根底から覆すような新しい発想を提示しようとするものが登場していた。行政法学の次元でも住民参加型の民主制論は伝統的な「国民」を基準にする議会主義的民主制理論を覆すような要素を多分に含んでいたのである。そして、かかる二つの研究傾向が今日いわば同時並行的に行われているということも大きな特徴であると言えるであろう。まさに、時代の転換期を象徴するものであろうか。

b そればかりではなく、この二つの研究傾向はさらにわが国公法学における外国法学の影響とも

関係があるのではないかと考えられるのである。

すなわち、わが国の伝統学説の基本は西欧、特にドイツ公法学の影響が圧倒的であったこと周知の通りであって、憲法解釈論における「国会の立法権」把握などは決定的にその枠組みを踏襲してきている。また、行政法においてもしかりであった。一言で言えば議会主義的民主制を基本にしていたのである。

これに対して、近年の伝統学説批判の背景にはアメリカ法の影響があるように思われるのである。うえにも見たごとくアメリカ大統領の持つ「執行権」をわが国の内閣の持つ「行政権」に持ち込み、他の立法権、司法権についてもアメリカ流の「権力分立」観に倣ったような構成が提言されている。そして、日本国憲法の制定過程時にわが国の政府がそれを見逃してきたことに誤りの原因があったと主張されるのである。

また、行政法学においても「法律執行」を中心に構成されてきた「行政」「法律による行政の原理」に対しては、行政手続の保障や審議会、住民参加などの適正手続の保障の側面が重視されてきている。

これらはその単なる一例に過ぎず、個別の論点において、このような例示は他にも枚挙に事欠かないほどである。

cそこで、問題はこれらの公法学の現状をどのように理論的に受け止めるべきであるかであろう。これは簡単ではないであろうが、毛利氏の示唆にも認められるように、一つの可能性としては「討議理論」①による全体的把握があり得る。R・アレクシーのいう「手続の体系としての法体系」という考え方を「行政」の場面に当てはめると（彼の説明自身には裁判所の訴訟についてのものがあり、直接「行政」のものは言及はないようであるが）、憲法規範や立法者意思、そして学説・判例などを配慮しつつも、住民参加によって行政庁内の具体的な意思決定をしていくのも実践的合理性のある討議の一こまとして位置付けられよう。そして、「立法」手続もそのことによって否定されるのではなく、やはり憲法規範の拘束を受けつつもより上位段階の討議の一こまであることを失わない。両者はいずれも一般的な実践的論証の制度化された手続の中に位置付けて理解されるものである。この点で、その一方だけを民主的だとして他を廃するには及ばないのである。

①Vgl.R.Alexy, *Theorie der Grundrechte* 1985 S.493f., 堀内訳=R・アレクシー「理性法体系の観念と構造」弘前大学「人文社会論叢」(社会科学篇)第1号67頁以下参照。

ii 法動態学と法静態学

a最後に、もう一つだけ、私の見るところ今日の公法学の理論状況を説明するための構図として、公法学における法動態学と法静態学の関係の理解が有効であると思われるので少しく言及しておこう。

まず、行政法学における伝統学説では「行政行為」論を中心とするその「法律による行政の原理」に見られるように主としては法規範の通用が問題とされたと言ってよいであろう。行政を法律に従

わせること、これがすなわち近代的行政法学の核心であり、「行政」概念自身の存立条件でもあったのである。

これに対して、近年の住民参加型の行政手続論では行政庁の決定手続をどのように透明化するかという行政過程、つまり、法の創設過程が問題とされる。この視点から見ると「行政行為」は「行政過程」のなかのそれこそ一枚のスナップ写真のようなものと写るであろう。

また、憲法学においては、近代立憲主義が議会と行政府の二元的対立を前提としていてそこでは国民の権利・自由の保障が「法律」の中にそれを折り込み行政府からの侵害を防御すべく「法律による行政」のなかで行われた。これがその後確かに20世紀において人権を対「法律」からも保護すべく違憲審査制が導入されるが、そこでも憲法上の人権規定を基準としてそれに「法律」以下の法規範が違反していないかの審査をするという、結局内容にも及ぶが、法規範の通用ということが主体的に問題とされる。ここでも、「行政」は法律執行以上のものにはなり得ない。

これに対して、今日の現代民主制のもとでは、国民の意思が議会にのみ反映されるべきとは考えない。また、議会にも対しても国民が直接的な意思表示をする。さらに、国民が国政を行う行政府に対しても直接に参加しようとする。国民－議会－行政という単線的な構図が万全とは考えられなくなり、そこでは憲法上「行政」が「法律執行」であるという解釈が特段の意味を持たない。むしろ、政治的決定を行う個々の機関の正統性と責任ということが重要視される。ここでも、法規範の通用ということではなく、その創設過程のあり方が問題とされるのである。

このようにしてみると、かなり大雑把な議論にはなるがそこに一方では伝統学説の法静態学的な傾向、他方では近年の学説の法動態学的な傾向という対照関係を指摘することができるのではなからうか。

かかる法の静態学、動態学という区別について私はH・ケルゼンによっているが②、さらにこのような公法学の理論的区別がうえに見てきたようなわが国の公法学研究の複合性を説明するに相応しいのかどうか。また、この前者から後者へと移行していくと見てよいのかどうか、今後の課題となろう。しかし、少なくとも、現時点において、この二つの法規範学上の区別は、公法学を展開するうえで法規範の通用と創設がそれぞれの役割を有していると認められるので、なお充分にその存在意義を持っていると私は考えている。

そしてまた、うえに見てきた伝統学説と近年の学説との相克問題も簡単には決着が付かず当面は続くものと考えられるのである。③

②この問題について、わが国の文献として新正幸『憲法と立法過程』が参照に値する。

③これについては、堀内『憲法 [改訂新版]』236頁、堀内「立法と国会」講座・憲法学五巻150-1頁、堀内『続・立憲理論の主要問題』160-1頁を参照されたい。なお、「立法」と「立法過程」の関係について法静態学と法動態学の関係として理解する試みもうえの拙著で行っている。これを「立法」段階のみならず、「行政」などへも及ぼして法動態学的把握をすることによって近年の新しい学説をかなりの程度で理論的に説明することが可能になるものと思われる。詳細は今後の課題としておく。

(完・平成14年5月25日)