



行政法における基礎理論の再検討(盛秀雄教授還暦記念論文集)(盛秀雄教授還暦記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 村上, 義弘 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24729/00002165">https://doi.org/10.24729/00002165</a>

# 行政法における基礎理論の再検討

村 上 義 弘

「行政法における基礎理論」なる極めてありきたりの、また、現在の学界の現状からすれば流行おくれの古風な題名を掲げて問題を論ずるからには、まず第一にその意図を明瞭にしておく必要があると思われる。

戦後わが国の行政法学は戦前の行政法学と比較するとき、その研究方法は、より個別的具体的な問題をより専門技術的に取り扱うという傾向を強めたということは一般の認むるところであろう。そしてそのこと自身、そういう努力によって行政法学が政治学、国家学等との稍雑然たる混濁から独立して専門的法律学として私法、刑法などの他の法律学と比肩しうる程に技術性、専門性を高めたことのプラスの面は高く評価されなければならない。そして公法学が戦後かかる傾向を強めたことにはそれなりの原因があった。まず最も一般的な要因は、法学分野にかぎらず戦後アメリカ文化の流入とともに、一時わが国全般の社会思潮を風靡したプラグマティズムの影響である。基礎的なものより個別的具体的なものへ、思想的なものより技術的なものへ、公法学もその風潮の例外ではなかった。のみならず、行政法学の分野では、従来の方法への反省も手伝って、他の法律学の分野におけるよりも、より一層強くその影響を受けたといえるかも知れない。そして戦後あいついで来日したアメリカの公法

学者のわが国行政法学に対する鋭い批判がこのような傾向を更に助長したこともまた否めない事実である。

行政法の領域に固有の要因としては次のような理由が考えられる。まず第一に行政訴訟制度が根本的に改められたこと、より具体的にいえば列举主義が概括主義になったこと、これによって行政法学における研究対象がより個別的具体的方向に傾斜したことは当然すぎるほど当然であり、また行政法学における学説もあらゆる問題が、国家と国民の両当事者間の直接利害に関わる問題として対等の立場において論ぜられるようになり、戦前におけるように、多くの領域において行政庁の単なる行為規範程度の役割しか果していなかった当時にくらべより厳格な専門技術的論議を呼び起した。

更にいま一つの大きな要因は連合軍の占領政策、新憲法の制定により急速に浸透した民主的傾向、それとほぼ同時に進展した社会、文化、経済、産業、教育その他あらゆる分野における大発展とそれに伴う複雑化、それらが、国家と社会の二元的対立の様相を底流とした旧日本国の国家体制を、職能国家もしくは福祉国家に変質せしめ、続々と膨張する国の行政事務は、イデオロギー的ないしは政治的によりも、より専門技術的に処理せられることを要求する面が多くなった。又そのような問題を次々と提出された行政法研究者たちは、それらの問題を必然的にそのように処理する傾向を強めたことは、これまた当然のことといえよう。しかし、その反面基礎的理論の研究がなおざりになった。

それには右の理由のほか重要な要因が存在する。旧憲法下わが国の国体について重要な意見の対立があったことは周知の事実である。すなわち、穂積八束、上杉慎吉両博士を頂点とする天皇主権説と、美濃部達吉、佐々木惣一両博士を頂点とする国家主権説ないしは国家法人説との対立である。ところで今日からかえりみて、その政治的イデオロギー的評価は別にして旧憲法の率直な解釈を試みるとき、旧憲法第一条「大日本帝国ハ万世一系ノ

天皇コレヲ統治ス」第四条「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ總攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」等々の規定からして天皇主権説に優位を認めねばならない。<sup>(1)</sup>しかしこの両者の旧憲法下における対立消長はわが国の政治状況の変転と共に大きく揺れ動く。明治維持の大きな目標は封建制を打破し、強力な近代統一国家を形成することであった。この過程においてあらわれる政治形態は絶対主義であり、明治維新以後のわが国のそれもこの例外ではなく、<sup>(2)</sup>又この過程において制定された帝国憲法も、一応立憲君主制の形態はとりつつもなお絶対主義的要素を多分に秘め前に掲げた第一条や第四条のような規定をその中においた。しかし、絶対主義は近代国家の建設という使命を終えると共に新しい市民階級の成長によりその絶対主義性を弱めてゆく。わが国におけるこのような過程は、第三次伊藤内閣組閣に先立つ御前会議での「天皇大権抑制に関する重大上奏」(明治三年)、それにつづく政党内閣の出現というような事実において現われはじめ、遂に大正デモクラシーに発展してゆく。このような政治的経過の中に現われたのが、国家法人説ないしは国家主権説である。主権者天皇の権力装置としての国家ないしは国家機関が否定され、天皇をふくむ国家が主張され、天皇はこの国家という法人の一機関であるとされた。そしてこの時期においてはこの国家法人説が広く支持され、天皇主権説を圧倒する形勢となった。しかし、その後のが国の政治、経済状態はそう順調には進展しなかった。すなわち、外的には帝国主義の行き詰り、内的には大正七年の米騒動に始まり、昭和の始めに起る度重なる経済恐慌に至る政治的、経済的諸矛盾の激化は、伝統の短い民主的政治傾向を一挙におしつぶし、状態は急速に政治的には天皇制ファシズム、経済的には国家独占資本主義へと急速に変転していった。このような過程において、国家法人説は次第に政治的弾圧を受ける事態となり、遂に昭和一〇年国体明徴問題をひき起し、美濃部博士の著書「逐条憲法精義」「憲法提要」「日本憲法の基本主義」が発禁され、少くとも憲法解釈としては国家法人説は衰退し、代って、上杉博士たちの主張する天皇主権

説が、ファッシズム政治勢力を支持をうけて再び脚光を浴び、それ以後、敗戦まで、この説がわが国憲法の支配的な説となった。しかしここで注意すべきことは、国家法人説はこれによって完全に滅し去ったのではなく、行政法学においては、依然この説が基本原理として生きつづけた。そして国家法人説に立つ多くの学者は、憲法学を捨てて、行政法学に研究対象を転換した。憲法学において弾圧をうけた多くの学者は、いわば行政法学に潜行したのであった。そして、如何なる理由からか、(或は当時の権力の側の知的レベルを物語るのかも知れない)その政治勢力はそこまでは弾圧を加えてこなかった。かくて国家法人説は行政法学において生き残ったのである。

その後ほほ一〇年の歳月の後、敗戦、新憲法の制定という大転換を迎える。天皇制の廃止、国民主権の確立、基本的人権の拡大強化、議会議民主制等々と。そして行政法の分野に限っていえば、その何よりの大きな変化は、行政訴訟における大変革、すなわち列挙主義から概括主義へ、行政裁判所から普通裁判所への管轄権の移行であろう。ところでこの大きな変革に当って当然のことながら、かかる実定法上の変化を無視した行政法学者は皆無である。しかも又、公法ないしは行政法の基本原理についても大陸法、より具体的にいえばドイツ法的原理から英米法的原理への変革が行われたと主張された。しかし、多くの諸学者の論説、特にテキストに示されている行政法体系をみると、この基本原理についての転換が、必ずしも自覚的に、積極的に行われたとは認め難い。そしてその理由を私なりに推測すれば、次のような点にあると思われる。

まず第一は国家法人説そのものにその学説の普遍性に対する信念である。即ち、大正年代に天皇主権説と国家法人説の間で行われた国体論争において論ぜられた如く、天皇主権説は、主権の所在によって君主国体と民主国体の区別が生じ、君主に主権がある国を君主国とし、主権の行使の方法によって専制政体と立憲政体の区別が生ずると主張したのに対し、国家法人説は、国体は法学上の概念ではなく、主権は君主国にあっても民主国にあっ

ても、いずれも国家にあり、君主国か民主国かは政体の区別にすぎないとした。<sup>(3)</sup> 国家法人説がこのような信念もしくは基本原理に基づいてするとすれば、旧憲法下における我が国の政治状況の反動化に対する法律学の責任は、天皇主権説こそ負うべきであるとともに、憲法改正によって多くの基本原理が改められたとしても、国家法人説はその普遍的妥当性によって、新憲法の下でも妥当するという確信の如きものが存在したと推測される。従って行政法学においては、行政裁判制度など実定法の改正と共に大きく書き改められたけれども、なおその基本原理においては、旧憲法下の理論がそのまま引継がれた。しかし、ドイツにおいて発生し、そこで主として展開された国家法人説と、<sup>(4)</sup> イギリスに於て発生し、そこで展開された、現憲法の基本原理の中心をなす議会民主制とは国家の基本構造に関する考え方は全くといってよい程異なる。そして、新憲法下新しい行政法理論を展開するに当っては、この両者の対置、再検討から始められるべきであった。しかし多くの人々はあまりにも安易に競って民主主義者になりすぎた。或は天皇主権を否定し、国民主権を強調し、基本的人権の尊重を極度に強調することによって、或いは、行政権、司法権に比して国会の地位の向上を強調することによってイギリス型議会民主制への転換を説いた。又行政法の分野に限っていえば、列挙主義が概括主義に変わったこと、又行政裁判所なる特別裁判所が廃止され行政事件もすべて普通裁判所の管轄になったことを強調することによって、又これに関係して英米に公法私法の体系的区別のないことから公法と私法の本質的同質性を強調することによって、我が国法制特に公法関係の法制の英米的法制への転換を説いた。勿論これらの大部分（最後の英米法における公法私法の区別の不存在を強調する見解は、英米法に関する浅薄な誤解より生じたものである。この点は後に述べる）は指摘の通りであり、英米法制の大きな特徴である。しかし、もしこれらの論者が、国家の基本構造に関する理解において、なお国家法人説的立場に踏止まってかかる見解を述べているとすれば、――私見によれば、大部分の人はそう

であったと見られる——イギリス的議会民主制はまだ充分理解されていなかったというべきである。

このようにみてくると、戦後まず取り上げられるべきであった公法学上の大きな問題の一つは国家論ないしは統治関係に関する基礎理論であった。しかしそれは右に述べたような理由によって必ずしも充分に行われなかった。これが非力にもかかわらずこのような大きな問題を取上げた理由である。

- (1) 例えば宮沢俊義教授も「明治憲法は、主権、は天皇にあるという原理に立脚していた。」と述べている（「憲法」〔有斐閣全書〕第五版、二八頁）。なお「註解日本国憲法」上巻六六頁。
- (2) 藤田省三「天皇帝国家の支配原理」四八頁以下。
- (3) 国家法人説を代表する一人、美濃部博士は「主権」は国家の最高機関と同意義であると述べ、本文に用いている主権の意義としては「統治権」という語を用いている（「逐条憲法精義」一七〇—一八頁）。しかし、ここでは「主権」という言葉は一般的用法で用いている。
- (4) アルブレヒトが絶対君主の権力装置としての国家を否定し、「見えない国家人格」の観念を確立したのが最初で、その後、ゲルバー、G・イエリネックの公法理論によって完成された。

## 二

まず第一に「行政」の観念に関して問題を取りあげよう。それには国家法人説の見解に立てば「行政」はどのような観念されたか、又観念さるべきかを最初に明らかにしなければならぬ。国家法人説の基本観念はもはや周知のことと思われるし、又本稿ではそれを詳論する余裕もないので別の機会に譲るが論点を明らかにするために国家法人説のわが国での最初の提唱者である美濃部博士の説明を引用すれば次の如くである。「国家カ永続且ツ統一的ノ団体タルノ性質ハ唯国家ヲ以テ自ラ一ノ人格者トシ統治権ノ主体ナリト解スルニ依リテノミ之ヲ説明スルコトヲ得ヘシ。……人格トイフハ権利能力トイフニ同シ、即チ権利義務ノ主体トナリ得ヘキ能力ヲ謂フ。国

家ヲ人格者ナリトイフハ即チ国家カ権利能力ヲ有スルモノナルコトヲ謂フナリ。自然ノ人類ニ非スシテ法律上人格者タル者ハ従来ノ用語ニ於テ一般ニ之ヲ法人ト云ヒ来レリ。此ノ通常ノ用語ニ従フトキハ国家ハ一ノ法人ナリ<sup>(1)</sup>と。ところでこの説明の理解に當つて特に注意すべきことは国家が権利義務の主体、権利能力者であるという点である。国家自身、私法関係その他の実定法の解釈上法的主体性を持つ即ち権利義務の主体たる地位を認められるのはまず問題ない。英国のように具体的個人即ち、国王をその関係における権利主体と認める如き場合以外実定法上そのような法律構成は必然的にとらざるを得ない。しかし、国家法人説の眞のメリツトはそこにあるのではなく、このような国家に論理的必然に主権を認めようとする点にあるのである。そしてわが国の国家法人説論者の立場も決してこの例外ではないのである。即ち先の説明に続いて曰く。「国家カ法人ナリトイフハ国家カ権利能力ノ主体ナルコトヲ意味スルニ止マリ、未タ如何ナル範圍ニ迄権利能力ヲ有スルカヲ表明スルモノニ非ス。欧州ニ於テハ羅馬法ノ影響ニ基キ法人ノ觀念ハ先ツ財産権ノ区域ニ於テノミ發達シタルモノナルヲ以テ、法人トイヘハ唯財産権ノ主体トシテノミ法律上ノ人格ヲ有スルモノトセラレタル時代アリキ。然レトモ法人ノ権利能力ハ法人ノ目的ニ依リテ定マルヘキモノニシテ初ヨリ一定ノ限界アルヘキモノニ非ス、法律上認メラレタル目的ノ範圍内ニ於テ又之ニ相当スヘキ権利能力ヲ有ス、其ノ目的ノ法律上認メラレタルコト広キニ随テ権利能力ノ範圍亦自ラ広シ。国家ノ目的ハ本来無制限ニシテ及ハサル所ナク、就中決シテ財産上ノ關係ニノミ止マルモノニ非ス、随テ又国家ノ権利能力モ亦固ヨリ財産権ノ区域ニノミ限ラルルモノニ非サルナリ。国家ノ権利能力ハ此ノ如ク無限大ナリト雖モ、其ノ国家ヲシテ凡テノ他ノ人格ト區別セシムル特色タルモノハ国家ノ統治権ナリ。国家ハ単ニ法人タルニ止マラスシテ統治権ノ主体タリ。国家ハ自己ノ權利トシテ統治権ヲ有シ、此ノ權利ニ依リテ臣民ニ命令シ其ノ命令ヲ強制スルノ力ヲ有スルナリ<sup>(2)</sup>」と。即ち国家の權利とここでいうのは実は統治権のことなの



であり、しかも先に述べたように（七〇頁註(3)参照）美濃部博士のいう統治権は所謂主権の意義である。従って簡単にいえば国家法人説においても国家は無限なる主権をもっているということなのである。

ところで、ここで何故国家法人説が主権ないし統治権を権利と呼び又国家と個人の関係を権力関係にあらず権利関係、もしくは法律関係と呼んだのであろうか。<sup>(3)</sup>ここでその理由を明らかにしておく必要がある。何故なら後の多くの研究者が、この私法において発達した用語が国家の統治関係に関して用いられたことにより、その用語から受ける直観的印象から、国家法人説は国家と個人の法的関係を私人相互の法律関係と本質的に同質のものとなし<sup>(4)</sup>ていると誤解し、私自身もその例外ではなかったからである。しかし、この問題は相当重大な問題なので詳しくは又別の機会に論じ、ここではごく簡単に国家法人説の完成者であるといわれるG・イエリネックの説明などによって述べてみたい。G・イエリネックは国家に関する客体説、権利関係説を批判した後、

「故に国家を法学的に満足し得る第三の可能な説、即ち国家を権利主体と解する説だけが残っている。

権利主体の概念は純粋に法学的な概念である。故に権利主体の概念は人間に附着するどのような現実的性質をも表わすものではなく、寧ろ一切の法概念のようにその本質上一つの関係である。人間が権利主体であるという事は、人間が法秩序に対し法によって規律され、又承認された一定の関係をもつことを意味する。故に法的意味での主体は存在でもなく、実体でもなく、むしろ法秩序の意志によって与えられ創造された能力である。一切の権利は人間の間の関係であるから、人間はもちろん常に権利能力の前提であるが、しかし、この性質が個人にだけ与えられ、これに反して人間全体、すなわち集合体の主体化は擬制であるということは、論理的にはでてこない。ここでは、むしろ法学的認識が、国家を現実の現象であるとする認識の結果と結合しなければならぬ。国家が集合的統一をもつ団体であり、此の統一が擬制でなく、われわれの意識する一切の事実のように、われわれ

の制度の基礎とされ、又われわれの意識に必要不可欠な綜合の形式であるとすれば、このような集会的統一は個人と同様に権利主体となる能力をもつのである。……

故に、国家を権利主体と解することは、人間を権利主体と解すると同様に科学上正当である」と述べている。<sup>(5)</sup> このように社会学的法学的に国家の権利主体なることを論じて、これを基本原理として次のようにいう。

「すべての権利は権利主体相互の関係である。従って他と関係なしに孤立している権利主体は考えることのできない観念である。従って国家でさえも、ただ、これと相対する権利主体があつて始めて自分の権利をもつことができる。統治者 *Herschender* と被治者 *Beherschter* の二要素が相互に権利義務の主体として相対することによって、ここに、事実上の権力関係が法律関係となることができる」と。<sup>(6)</sup> すなわちこの説明を簡単に要約すれば、国家は権利主体である、又個人も権利主体である。従つてこの国家と国民の間に国家から国民に対する命令、国民から国家に対する請求の關係が存在すれば権利關係が存在するというのである。

しかしこの説明には多くの疑問とすべき問題が含まれている。まず第一に国家は権利主体なりという説明である。「人間が権利主体であるということは、人間が法秩序に対し法により規律せられ、又は承認せられた一定の關係を有することを意味する。故に法的意味における主体は存在でもなく、実体でもなくむしろ法秩序の意思によって与えられた能力である」という。<sup>(7)</sup> 恐らく国家も法秩序に対し法により規律せられ、又は承認せられた一定の關係を有するから権利主体であるということであろう。しかし、この説明は国庫的な国家の権利主体性を説明し、そのかぎりに於いて権利主体であるという説明をしているのならば容易に理解できる。しかし、立法活動をなし、行政活動をなす、すなわち統治者としての国家をもこの説明によって権利主体なりとする説明としようとするのであれば納得し難い。何故ならば、イエリネックは、社会的国家概念として「統治關係の存在は統治關係な

しに国家を考へることができないという種類のものとして国家に本質的である。国家は統治権を有する。然し統治とは他人の意思に無制約的に自己の意思の履行を課すこと、他人の意思に反して自己の意思を無制約的に履行することができることである。他人の意思に反して自己の意思を無制約的に遂行できる力は国家だけがもつ。国家は自己に内在する原始的な法的には他の力より伝来しない力によって統治する唯一の団体である<sup>(8)</sup>と述べ、法学的国家概念はこの社会的国家概念に接合しなければならぬとし、国家の法的自己制限の可能性を前提として「法的概念としての国家は、原始的統治権力を有する定住せる国民の社団である<sup>(9)</sup>」と述べているのである。しかし、このように原始的統治権力を有する国家が、たとえ法的自己制限をもつとはいへ、その自己制限である法をも自らの意思によって変更し得るとすれば、決して国家は「法秩序に対し、法により規律せられ、又承認せられた一定の関係を有する<sup>(10)</sup>」とはいえず、従って国家は権利主体といえず、矢張り権力主体といわざるを得ないのである。

ついで国家の行政活動の分野についても国家権利主体説は疑問がある。まず行政の分野における法治主義をどのように考へるかである。まず歴史的にみれば、行政の法治主義は、基人的人権保障の立憲的要求から、国家権力（統治権といつてもよい）が基本的人権を侵害するような行為については、人民の代表たる議会の法律に定められた所に従って行わなければならないとした。基本的にはこのような考え方に立って行政法関係を考へていたのがオット・マイヤーである。例えば彼は次の如くいう、「行政行為は、私法の法律行為のごとく法的効力をすべて法律から導き出すのではなく、特別の制限が附されなからざり、自ら規定的に活動する公権力である<sup>(10)</sup>」<sup>(10)</sup>といひ、そしてまた「公権力とは、個人に対しては両者相会するところでは常に『法的に優越せる意思力であつて』内部的には完全もしくは不完全に（法律、行政行為、実行政行為といふ）三段階に従うもので意思表示の内容によって命令

や強制として現われるがそれだけでなく自由のあらゆる制限及び拡張、権利の創設及び剝奪として現われる」と<sup>(11)</sup>という。これを要するに行政法関係においては、国家は統治権を有することを前提とし、その統治権を行政作用として発動するには、法、特に国民の代表である議会の定めた法に従って行わなければならないということになる。国家の統治権はかかる行政の分野において一応法律によって自己制限をうけるということとなる。従って立法活動については先に述べたように法学的国家概念によって権利主体とすることには矛盾があるが、行政の分野においては、国庫的な面において国家が権利主体と認容できると同様に、権利主体として認容できるであろうか。私見によればその点においても問題がある。というのは行政法関係に関するオ・マイヤーたちの論理構成によれば、国民が命令服従を強制せられる根源的力は統治権なのである。国民の義務発生の根源は統治権なのである。しかもその統治権の一部である行政作用を規律している法は同じく統治権の一部である立法作用の作る法なのである。いふなれば国家と国民は対等に相対する二当事者としては規律されていないのである。しかもこの行政に関する統治権を規律している法は——勿論政治的には国民の自由権の尊重を目的としているが——法論理的には相手方の存在を前提としない少くとも相対する権利主体の存在を前提としない自己制限なのであり、このことによつて、少くとも行政の分野においては国家の権利主体性が論証される、とするのは誤りであり又国民の側はこの関係においては統治権に服しているものでありその限りにおいて、たとえその統治権が制約をうけているといつても、一方的服従なのであり、従つて権利主体性は存在しない。従つてこの関係も、両権利主体の関係であり、両者は法律関係ないし権利関係に立つとはいえない。すなわち、G・イェリネックの権利関係の説は、国庫的国家において国家の権利主体性を論証し、それに政治的な概念である統治権を附与して、なお国家に法学的な権利主体性があるとすると矛盾があり、又実定法の解釈技術上において法的主体と認められる国家に論理的必然的に

主権を認めようとするところに問題があると批判されているのである。そして又G・イエリネックにおけるかか  
る国家観の矛盾の存在が、一方では、ケルゼンの純粹法学を生み、他方ではヘラーの國家学を生んだのである。

ところで右のような国家と国民の間の法律関係に関する論理の矛盾を行政の分野に限りて解決する一つの考え  
方がある。それは、行政関係における国家と国民の関係を統治権を根拠とするものでなく、行政法によって規律  
されている関係、換言すれば、行政法というものは、統治権制約の法ではなく、正しく国家と国民の両当事者の  
存在を前提とし、その両当事者の関係を規律しているものだという考え方である。このように考えることによっ  
て始めて国家と国民の関係は国庫的国家における場合と同様に、少くとも行政法関係の分野においては、国家と  
国民との両権利主体間の関係であると理解することができる。そしてこのような考えに立てば、行政の分野にお  
いては統治権、主権、権力等々という概念は完全に排除される。そして行政の分野においては国家と国民はこの  
ような関係に立っていると理解するならば、国庫的国家と国民との関係の場合と同じく、国家と国民は互に権利  
主体として法律関係もしくは権利関係に立っているということが出来る。この場合、ただ単に両当事者が如何な  
る法体系において、即ち一つの法体系において規律されているか否かも顧慮することなく、ただ二つの社会的存  
在が別々の法体系において権利主体であるからといって、それが相對する状態に立てば権利主体が相對している、  
従ってその関係は権利関係だという場合と全く異なる。この場合行政法規は相對する両当事者を予想し、その当事  
者間の関係を一つの法体系で規律することを目的としているが故に両当事者の関係は法律関係となり、ひいては  
両当事者はその法体系における、又その法体系のみににおける権利主体となるのである。別々の法体系に属する権  
利主体と称されるものがあって、それがたまたま相對する状態になったからといってその両権利主体間の関係が  
法律関係ないしは権利関係となるものではない。

右のように我々は行政法を単なる統治権の自己制限、統治権を制約する法でなく、直接に国家と国民の関係を規律する法だと理解することによって、この領域においては、国家と国民の関係は法律関係であり、この両当事者は権利主体として相対立することができるということが出来る。しかし、再び述べるが行政法関係をこのように理解するならばこの領域にはもはや統治権、主権、権力関係なる概念は毫も侵入させてはならない。或はG・イエリネックはこのような公法関係を想定して国家法人説を論じていたのではないかという疑問も起るが、彼は行政と統治権の関係を完全に切断していなかった点、又かの有名な「公権論」においても、公権と私権の本質的相違を強調していた点から考えて、このようにまで徹底して公法関係を考えていなかったのではないかと推測される。<sup>(12)</sup>

又行政法関係をこのように理解すれば、国家を権利主体なりとする国家法人説の基本命題は完全に論証されたのではないかと或は考えられるかも知れないが、しかし、国家の立法活動の領域を考えると、右のように行政法関係を理解したとしても、この領域においてなお、国家をあらゆる領域において完全に権利主体なりと理解することには問題がある。

さて、国家法人説の立場に立って行政関係を理解すると、右のような二つの考え方が存在する。そこで次の議論を進める便宜に、最初に述べたオ・マイヤー的考え方を権力関係説と名付け、後の方を法律関係説と名付けよう。

ところでこの後者の法律関係説では、国家と国民の間の関係を規律する法に二つの法形式が考えられる。その一は、行政法は国家と国民の間の関係を規律するにあたり、ある一定の事実が発生すれば両当事者間に法律関係が発生する、単なる事実の生起によって国家と国民の間に法律関係が発生し、行政はその発生した法律関係に従

って権利義務を執行するのである。このような考え方に立つと行政はただ事実によって発生した法律関係を確認し執行することということになる。行政法関係においてこういう考え方も存し得るし、事実租税債務関係などにおいて実際に存在する。しかし、行政法関係一般についてこのような関係を考えることは問題である。<sup>(13)</sup>

そこで次は行政法を本質的には右と同じように考えるが、法律関係発生要件事実を単なる事実とせず、行政庁の意思表示即ち行政行為をもって、法律関係が発生すると考えるのである。従ってこの考えに立てば、行政行為および行政行為または他の要件事実によって発生した法律関係を執行する行為が行政ということになる。

因みに、然らば権力関係説における行政は何かというに、統治権の作用の一部——積極説によれば国家目的実現作用、控除説によれば統治権から立法作用、司法作用を控除した作用——<sup>(14)</sup>ということになる。

ところで現在の我が国行政法学者の立場は右に挙げたいずれに該当するであろうか。しかし、この分類は極めて困難である。何故なら多くの人々は権力関係説と法律関係説の右のような基本原理の相違を意識しておらず、無意識的に両理論を混淆しているからである。そして多くの教科書などにおいては序論的部分において権力関係説立場と思われる説明が多く、<sup>(15)</sup>行政行為論以下になると法律关系的説明に変わる場合が多い。<sup>(15)</sup>又時には司法以外の法規を執行する作用であるとか、<sup>(16)</sup>法を現実化する目的をもって、権力的または非権力的な各種の手段により法を執行する作用<sup>(17)</sup>というような説明がみられる場合もある。しかし行政が法の執行であるという説明は法論理的にどのような内容を含んでいるかは前に述べたように稍不明である。又時には国民主権の原理をとり入れ、議会主義的なニュアンスのある説明も試みられている場合もある。<sup>(18)</sup>正に種々の相異なる原理が混然と百花撩乱の観がある。従って一つの原理に基づいてこれを分類することは困難であるがごく大ざっぱな分類を試みれば高齢の大家の諸学者に権力関係説的色彩が強く、若い研究家に法律関係説の人々が多く、特に純粋に法律関係説の立場をとって

おられると思われる人々がある。<sup>(19)</sup>

以上みた如く国家法人説は我が国行政法学に決定的な役割を果たしたし、又現在もなお大きな影響を及ぼしている。右においてはごく大ざっぱりその理論の概要と、その内在する矛盾について述べた。そこで、最後にごく簡単に、その学説の果した歴史的役割をみよう。

まず国家法人説が、国家を君主の権力装置 *Machtapparat* であるという絶対主義の国家観を逆転し、国家が主権者であり君主をその機関であると主張することにより絶対主義を克服したこと、又他方、それとパラレルに、

「国家権力 *Staatsgewalt* は領土高権 *territoriale Landeshoheit* の附属物だと見做し、<sup>(20)</sup>「国家権力を領主である個人の物権の一種であり」<sup>(21)</sup>君主権 *Monarchenrecht* は私法上のものであるという解釈」をなしていた封建的、家産国家的な思考を克服して、国家権力を統治権として公法的なものと認識した面など、<sup>(22)</sup>その他種々の面で積極的、進歩的な役割を果たしたものと<sup>(23)</sup>してそれなりの評価も与えなければならぬ。

しかし、それはより徹底した民主主義的立場からは又種々の批判を甘受しなければならぬ理論でもあった。G・イエリネックをその代表者とする国家法人説による国家が、権利主体であるという説は、言葉の印象では極めて法学的概念であり、君主主権説におけるような権力的色彩を払拭したようにみえる。しかし、その実、先にも述べたように国家法人説はある論理的矛盾を侵して巧みに法学的国家に、政治的概念である統治権を附与し、すなわち国家に主権を附与し、国家主権的な考え方を内在せしめているのである。しかもこの国家主権、換言すれば主権的国家概念はしばしば単に国家という言葉でいいあらわされるので政治的もしくはイデオロギー的要素は含まず、純法技術的概念であると見誤られ易い。しかし、国家法人説における国家は統治権をもつ国家、すなわち主権をもつ国家なのである。



ところで主権というものは、そもそも乱立する封建的領土国家を統一し、それ相應の領域をもつ近代国家を形成し、<sup>(23)</sup> 下部構造における資本主義の原始蓄積を強行するために是非必要な政治思想ないしは政治概念であったけれども、それ自身、民主主義とは相入れない、否むしろその反対概念であった。<sup>(24)</sup> そしてイギリスにおいては、幾多の曲折を経てではあるけれども比較的早期において、絶対主義をほぼ完全に克服し、議会民主制へと進んだのであった。しかし大陸諸国特にドイツにおいては、イギリスにおけるほど完全に絶対主義の払拭は行われず、市民階級と絶対主義の対決は中途半ばなものに終り、この過程において国家法人説はその両者の政治的対決を回避させる役割を果たした。<sup>(25)</sup>

- (1) 美濃部達吉「日本国法学」上巻上、総論、三〇頁以下。
- (2) 美濃部、前掲書、三九頁以下
- (3) G. Jellinek; System der Subjektiven öffentlichen Rechten (以下 System と略す) S. 10. 美濃部達吉「穂積先生の『公法ノ特質』を読む」等参照。
- (4) 例<sup>えい</sup>が<sup>が</sup> Nawiasky; Forderungs- und Gewaltverhältnis, Festschrift für Zitelmann. Bachof; Die verwaltunggerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. などとみるべし。
- (5) G. Jellinek; Allgemeine Staatslehre. (以下 Staatslehre と略す) S. 150. f. 大西、水垣訳「イエリネック一般国家学」参照。
- (6) G. Jellinek; System S. 10.
- (7) G. Jellinek; Staatslehre S. 169 f.
- (8) G. Jellinek; a. a. O. S. 180.
- (9) G. Jellinek; a. a. O. S. 183.
- (10) O. Mayer; Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Aufl. Bd. I, S. 90.
- (11) O. Mayer; Finanzwirtschaft und Finanzrecht, S. 87 (Herausg. v. W. Gerloff u. G. Meisel; Handbuch der

- (12) この点についての詳細な検討は彼の有名なる著書「一般国家学」「公権論」の批判検討の際に譲りたい。
- (13) この点については拙著「行政法および行政行為の本質」において比較的詳しく論じた。特に一〇〇―一一頁。八五頁以下および第四章参照。
- (14) 田中二郎「行政法総論」一四頁以下参照。
- (15) 例えば田中二郎、前掲書、渡辺宗太郎「全訂日本国行政法論」上巻、特に一四頁において「権力的行政法関係とは、当事者の一方が権力を行うことのできる行政法関係」という説明がある。
- (16) 杉村章三郎「行政法要義」上巻、八頁。
- (17) 杉村敏正「行政法講義」総論上九頁、なお杉村教授のこの著書の一四頁には「公権的行政に関する法関係は、包括的概念として権力関係といってよい」とあり、更にこの権力関係という語を川島教授の説明を引用して「もちろんここに権力関係というのは法関係の一種であって、『国の権力に媒介された関係』を意味するにすぎず、法規に基かず又は法規に違反する『ただの「権力」関係』を意味するものではない」と説明しておられる。しかしこの説明による権力関係こそ、私が本文において述べた権力関係なのである。
- (18) 柳瀬良幹「行政法教科書」二頁以下。
- (19) 例えば雄川一郎「行政訴訟法」(律学全集9)四六―四七頁。白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」(訴訟と裁判)、兼子仁「行政行為の公定力の理論」、高柳信一「市民国家の行政法の問題(一)」思想四九三号、これらの説の中で兼子氏は行政行為に公定力を否定している点理論的に最も純粹である。なお私も一時この立場をとったことがある「抗告訴訟の訴訟物」(経済研究一四号、一六四頁以下)。
- ドイツに於いては戦前では Nawiascky の前掲論文がこの立場をとっているとみられるが、その論理必ずしも明瞭でない。
- (20) G. Jellinek, System, S. 145.
- (21) G. Jellinek, Staatslehre, S. 199 以下。
- (22) 例えば国家法人説は、ナチス法学の一人ヘーンなどから、個人主義的色彩が強いと非難され、又我が国においては、天皇主権説に国家法人説を対置せしめ、大権政治よりも議会および政党政治を重視する主張を展開した。又そのためにファ

ツシズムの攻撃の的となった。

(23) M. Weber; *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 124 ff.

(24) C. J. Friedrich; *Constitutional Government and Democracy*, pp. 16 et seq.

(25) わが国においてもこのような過程が存在する。すなわち「この国のブルジョアジーは、官僚と政党の、いわば「二頭立て」の権力を必要とした。いいかえれば官僚・ブルジョア政党という連合政体が比較的望ましい国家権力のタイプとなったし、又そうならざるを得なかった。従ってブルジョアジーが政党のなかで次第に影響力を強め、ついに立憲政友会という画期的大政党の創立に進んだ場合でも、官僚的統制原理、組織をそのなかで温存しなければならなかった。大ブルジョアジーは天皇制国家権力に真向うから立ち向わず、むしろその機構のなかで官僚をなくすに、陰微に、ブルジョア的新官僚に仕立てあげたのである。その第三次内閣の組閣に先立ち、伊藤が天皇大権抑制の重大上奏を行ったこともその一つの現われであったが、こうして第二次山県内閣は一面、官僚制を強化しながら、しかも同時に、最強力なブルジョアジーの権力になり代ったのである」(前島省三「ブルジョアジーの政治的進出」岩波、日本歴史、近代4、二六六頁)。

### 三

そこで、次に、議会民主制においては、国家の基本構造の理解並びに行政法理論はどのようなになるであろうか。英国を例にとってそれをみてみよう。ただし、紆余曲折に富む歴史的経過をたどり、又複雑極まりない法律制度をもつ英国の国家構造を要約して図式的に述べることは殆んど不可能、否無謀ともいえるが、敢て危険を冒して、簡単に述べると次の如くである。

英国の国家の基本構造の中心をなす一つの基本理念は議会主権である。その概念を定義してダイシーは次の如くいう。「議会とは、——日常会話では違った意味をもつことがしばしばであるが——法律家がいうときには、国王、上院、下院を意味し、この三つの機関が共同するとき、正しくは『議会における国王と呼ばれ、国家を構成する

のである。議会主権の原理とは、正しく次のことを意味する。すなわち、このように定義された議会が、英国憲法の下では、いかなる法を作り、または廃止する権能をもち、さらに、いかなる人も機関も、イギリス法上議会の立法を覆えし、または廃止する権能をもつものと認められないことを意味する<sup>(1)</sup>と。すなわち、議会主権の理論における議会は、「議会における国王」であり、国王、上院、下院の三者から構成される。一八世紀にはこの三者の勢力均衡ということが強調され、三者の間に均整あることが英国憲法の特徴とされた。しかし、現在ではこうした理論が、現実的妥当性をもたないことは明らかである。というのは一八世紀に現実に、上院および下院に対して一つの政治勢力を構成していた国王は、責任内閣制の確立とともに、政治的問題についての最終的決定には介入しないということになったからである。そして一九世紀における民主主義的傾向の強化は上院の地位をも次第に変化せしめ、政治的勢力の重点は下院に移って行った。かくて、国家主権の原理における、国王、上院、下院、という構成部分の相互の均衡に大きな変化を来し、国会主権というときは、国民の代表の集団である下院の優位ということがその実質的意義となってきた<sup>(2)</sup>。かくてジェニングスはいう。「もし窮極的な権力がどこかに与えられなければならないとすれば、それは代表議会でなければならない<sup>(3)</sup>」と。

ところで右に述べた国王にとって代って現われた内閣は如何なる性格をもつ機関として現われたかが次に重要な問題となる。この点をバジヨットの説くところによってみてみよう。

英国の国家構造の実際の秘密は行政権と立法権の密接な結合、殆んど完全な融合にあるということができ。すべての著書にみられるような伝統的な理論によると、英国の構造の長所は、立法権と行政権の完全な分離にあるとせられている。しかるに事實はその両者の不思議な歩みよりにある。その結び目に当るものが「内閣」である。この新らしい言葉すなわち「内閣」によって我々は、執行部となるべく選任された立法部の一委員会を意味

する。議会は多くの委員会をもっているが、これはその中で最大のものである。要するに内閣とは議会が自らの信頼し、熟知する人物のうちから選んで国民を支配するための、一個の「管理委員会」である。内閣とは、「連絡委員会」である。それは国家の立法的部分を国家の行政的部分へ結びつけるハイフンであり、帯の締め金である。その起源において立法部に属し、その機能においては後者に属する。<sup>(4)</sup>このようにバジヨットは英国の内閣について説明する。

ところでこの内閣というものが、行政部の最高機関として我が国の現行制度のように、国の行政全般に関与したかという点、英国の実際は必ずしもそうではない。

というのは一七世紀の絶対王政による専制にこりこりした英国民ないしは議会は中央の行政府に対して権限を与えることに極めて慎重であった。そして又一八世紀から一九世紀にかけてのレッセ・フェールの時代思想はこの傾向に拍車をかけた。かくてダイシーの最も強調した行政権力抑制の理論が広く支持される。すなわち、行政部に委任立法権を与えること、また裁量権を与えることに対する強い反対である。<sup>(5)</sup>しかし、今世紀に至るとこのダイシー理論に対してはジェニングスは激しく批判する。<sup>(6)</sup>さりながら、この問題はここでは暫く置き、今一つの英国の法制度における特徴に注目しなければならない。

というのは英国における司法の観念についてである。この説明には治安判事を例として引用するのが適当であろう。治安判事は既に絶対王政の頃から存在したが、その職務は時代の変遷と共に種々代るが王位継承法（一七〇一年）の頃における彼等の主な職務は、治安の維持を主とし、救貧行政、警察行政、道路、橋の維持管理、価格規制等々であり、彼等は上級裁判所によって監督されていた。すなわち彼等は我々の観念からすれば、司法的権限の外、相当程度の行政的権限をもっていたのであり、しかも又その権限に関して相当広い裁量的権限が与え

られていた。そしてそれにもかかわらず彼等は大まかな分類では「司法」と觀念されていたのである。<sup>(7)</sup>すなわち、英国においては、行政部における行政はきびしく制約されたけれども、司法部における行政は、ダイシーが英国には行政法は存在しないと断言していたときですら、広く行われていたのである。かくて、ジェニングスは次の如くいう。「英国憲法は、裁量的権限が判事によって行使されなければ齷齪した。ダイシーが英国人は法によって支配され、法によってのみ支配されているというとき、彼は英国人は判事によって、判事によってのみ支配されるということの意味していた」<sup>(8)</sup>と。

ところで一九世紀後半から二十世紀へかけての公共事務の増大は、このような伝統的な法制度を徐々に覆えし、中央においては、中央政府の機能の増大、および公共事務を処理する機関の創設、他方地方においては治安判事制度の縮小と、地方行政機関の増設を惹起せしめた。かくて、英国においても司法機関以外にも次第に行政権限が附与せられることとなった。しかし、そうはいってもなお、二、三の顕著な英国的特徴がみられる。

まず第一に、今なお一体としての行政というものが殆んど考えられていないこと、すなわち、行政的に処理するに適した問題が生ずるごとに、議会はその問題の処理にふさわしい機関を創設し、もしくはその問題の処理にふさわしい既存の機関に一定の権限を与えそれを処理せしめる。しかもその権限が内閣に属する機関に附与されないかぎり、その機関はほぼ内閣とは無関係である。そしてこれらの機関は先に述べたような理由により、今なお Tribunal—例えば Rent Tribunal 等—の名称の附せられる場合が多い。

そして次の特徴として、又右のような機関が大まかに司法機関と理解されていることによりこのような理由によって、これらの機関が、その与えられた権限を行使するに当って、できるだけ司法手続に類似した手続に従うことが要請される。

ついで第三の大きな特徴として、これらの機関の地位につくものは、中央の職業官吏よりも、その問題に関連のある国民の間から任命される場合が多い。そして地方自治が尊重され、発達しているのも、この趣旨からである。

以上のような英国の法制からごく大まかに英国の行政制度の基本構造を要約すると次のように言えるであろう。正しく国民の代表であるところの議会が窮極的権限をもっている。しかし、この代表議会は国政のあらゆる事務を管理執行することはできない。従って詳細な行政事務は、法律によって、それを処理するにふさわしい機関に、或いは機関を創設し、それに自らの権能を授権して処理せしめる。<sup>(9)</sup> かくしてその行使する権限の根拠は代表議会に、ひいては国民に由来する。従って行政とは国家の統治権というような抽象的なものでなく正しく、議会から与えられた権限の行使と考えるべきであろう。

もし、万一議会民主制の下における行政を右の如く観念することが正しければ、我が国の行政法学は、全面的に再検討されるべきではなからうかと思われる。

- (1) A. V. Dicey; *Law of the Constitution* 9th ed. (1952) pp. 39 et seq.
- (2) 高柳賢三「英国公法の理論」八二頁以下、なお議会主権というときの「主権」の意義の問題などについては伊藤正巳「イギリス公法の原理」二一七頁以下参照。
- (3) W. I. Jennings; *The Law and the Constitution*. p. 316.
- (4) W. Bagehot; *English Constitution*, 1963. pp. 65 et seq.
- (5) Dicey, *ibid.* pp. 179 et seq.
- (6) W. I. Jennings; *ibid.*, pp. 54 et seq. Appendix II.
- (7) Jennings, *ibid.*, pp. 14, 15, 19.
- (8) Jennings; *ibid.*, p. 310.

(9) Jennings; *ibid.*, p. 61 参照。

## 後 記

本稿において取り扱った問題の大きさにひきかえ、その論証は不十分である。しかし問題意識を整理し、将来の研究計画の見取図を書くようなつもりで執筆したので、その当否について諸先生並びは諸先輩の忌憚なき御批判を賜りたい。