

## ケルゼンの行政論：ウィーン学派に於ける行政思想 序説

手島, 孝  
九州大学法学部：助手

<https://doi.org/10.15017/1307>

---

出版情報：法政研究. 23 (1), pp.23-40, 1955-11-30. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# ケルゼンの行政論

—— ウィーン学派に於ける行政思想 序説 ——

手 島 孝

- 一 諸言
- 二 ケルゼンの行政本質論
- 三 ケルゼンの行政政策論
- 四 結語

## 一

ハンス・ケルゼン<sup>(1)</sup>は、彼独自の論理を駆使して、行政に関しても亦極めて特異な所論を展開した。それは行政思想上果して如何なる意義を持つものであるうか。本小稿は、彼の行政論を整理検討し、以て此の問題に対する解答の手がかりを得ようと試みる。

ケルゼンの行政論が、彼の国家(=法)学、更に彼の全思想体系と不可離の關係に立つことは云うまでもない。彼の思想的立脚地は、一言にして尽くせば、市民的合理主義の極点に位している。彼に於ける実証主義の飽くなき徹底は、マックス・ウェーバーと地盤を同じくする没価値性(Wertfreiheit)の科学論に導き、形式主義・論理主義の極端化は、ジンメル、コーエン等の新カント主義と結びつゝ、当為(Sollen)を存在(Sein)から峻別し、規範的契機を社会現象について本質規定的となすこと<sup>(2)</sup>から、終に社会科学に於ける規範主義、特殊的には国家(=法)学に於ける法一元論に帰着する。斯かる没価値的<sup>(3)</sup>法一元論の方法を以て、彼は彼の国家(=法)学を「純粹法学」(Reine Rechtslehre)として構築する。彼の行政論は其の一環として説かれている。そこで、彼の行政論に立ち入る前に、先ず其の基本となる純粹法学の主要テーゼの二、三が挙示されておく必要がある。第一に、純粹法学は法を規範と

論 説

して、しかも強制規範として概念する。ケルゼンは、これを実証主義法理論の結論とする。<sup>(四)</sup> ルービエは、それが法の外部的・形式的要素に重きを置く点を捉えて、形式主義法理論と特徴づける。<sup>(五)</sup> 第二に、純粹法学は法を動態的に把握する。すなわち、法は其の創設の観点から、根本規範の仮設の下に憲法・一般的規範・個別的規範と連らなつて強制行為の実現に終局する委任關係 (Delegationszusammenhang) に立つ諸規範の秩序として把握される。メルクル、フエアドロッスに負つた此の法段階説は、正にメルクルの云う通り、<sup>(七)</sup> 純粹法学の理論体系の一礎石を形作る。第三に、純粹法学は国家を法そのものとなす。ケルゼンによれば、国家は本質的に強制秩序であり、斯かるものとしての法と自同である。ファイヒンガーを援用しつつ、彼は国家人格を法秩序の統一を擬人化したものと説明する。斯くて、すべての国家は Rechtsstaat である。ダルムシュテーターは、シュタムラーの自同性理論 (Identitätslehre) を更に推し進めたケルゼンの此の所説を以て、法治国家思想は全く無内容化され空虚化されたとしている。<sup>(八)</sup>

## 二

ケルゼンは行政の本質を那辺に求めるか。此の問題は、彼に於ける国家 (＝法) 学上の概念構成の特質と密接に関連する。第一に、ケルゼンは事象——それが所謂文化事象であろうと——の本質を目的とは關係なく捉え得るものとする。此の点で彼の立場は、文化事象について「価値關係的」(wertbeziehend) な考察を不可缺とし以て本質即目的となすリツケルト以下の西南学派、殊にラートブルツフと対蹠的である。<sup>(九)</sup> 斯くて、彼は行政の本質を、目的要素 (Zweckmoment) を排斥しつつ、現象に内在的に把握しようとする。第二に、ケルゼンは一切を法概念に還元する。ミードス王の如く、彼は苟くも国家 (＝法) 学の対象たるものは悉くこれを法と化する。<sup>(一〇)</sup> 換言すれば、本質上法的なものとして説明する。斯くて、彼は行政の本質を専ら法との関連に於いて認識しようとする。

## 一 法作用としての行政

ケルゼンは、行政の本質を法作用 (Rechtsfunktion) たる点、詳しくは一般的規範を個別化する法作用たる点に求める。彼によれば、一般に国家作用の問題は法の動態の問題に外ならない。国家作用とは法創設の作用 (Rechts-erzeugungsfunktion) である。<sup>(一三)</sup> 法の段階構造に応じて此の作用にも次元的区分が見られる。立法 (Gesetzgebung) と云われる国家作用は憲法を適用して一般的規範を定立する法作用であり、普通広く執行 (Vollziehung) と呼ばれる国家作用は一般的規範を適用して個別的規範を定立する法作用である。行政 (Verwaltung) は司法 (Justiz) と共に斯かる執行に属する、と。此の所説に見られる特徴は、立法・司法・行政が同質の国家作用即ち法創設作用として理解されていること、並びに此の間にあつて行政の本質が法作用たる点、しかも法適用たると共に法創設たる点にあるとされていることである。其の劃期性は、これを十九世紀国家学の集大成たるゲオルク・イェリネック『一般国家学』の国家作用論<sup>(一三)</sup>と対比するとき、一目にして瞭然である。しかし、これらの特徴は、ケルゼンの法理論上の処女作『国法学の主要問題』には未だ認められない。そこでは彼は行政、一般に執行を、「国家意志の実現」、「法規の施行」と一義的に定義し、<sup>(一四)</sup> 国家の意欲 (Wollen) と国家の行為 (Handeln) というシュタイン流のアンティテーゼ<sup>(一五)</sup>を用いて法と行政の関係を理解した。<sup>(一六)</sup> 行政を単に執行的なものと見る此の見解に対しては、当時既にテフトナーの批判があつた。<sup>(一七)</sup> 更にケルゼンは、立法は法の創造即ち其の前提である故、国家 (＝法) 作用となすことは論理上できないとの理由から、これを社会的作用 (soziale Funktion) としたのであつた。<sup>(一八)</sup> 彼自身後に告白したように、<sup>(一九)</sup> 斯かる立場の由て来る所以が、一に法と国家の自同性の認識になお徹していない点、二に法を一般的規範 (法律) に尽きるものとして未だ法の段階構造に着想するに至つていない点に存することは容易に看破できよう。

ケルゼンは夙に、「国家任務の実現」という目的要素を行政概念の標識たらしめる通説を排した。ラーバント、ア

ンシュツツ等が其の際槍玉に挙げつた。<sup>(二二)</sup> 彼はまた、行政を「文化目的又は威力目的の実現」を旨指す国家活動として、法作用たる立法・司法に対して本質的に区別しようとする傾向を取り上げ、斯かる目的は立法・司法の目的でもあつて何ら行政をこれらから分かつものではあり得ないとして、これを斥けている。<sup>(二三)</sup>

## 二 法宣言としての間接行政

ケルゼンによれば、一般的規範を個別化する法作用としての行政は、司法と異ならぬ機能を営むものである。法律（及び命令）は、司法の基礎であると全く同じ意味に於いて行政の基礎である。すなわち、行政も亦一般的規範——行政法律（及び命令）——によつて強制行為の条件として抽象的に規定されている要件を具体的事案について確認し、これに不法効果としての強制行為——行政強制——を科するものである。此の強制行為を回避することとなる行態を行政の目的と云うならば、こゝでは、行政の目的は——法目的一般と同じく——これに背反する行態に制裁が加えられるという間接的な様式で追求されている。斯かる行政は、司法と同じく法宣言（*Rechtsprechung*）であり、<sup>(二四)</sup> 個別的規範の定立である。

ケルゼンは、一般的規範の個別化としての行政、所謂行政行為に二種を区別する。<sup>(二五)</sup> 一は決定（*Entscheidung*）であり、他は処分（*Verfügung*）である。前者は司法の分野での判決と異なるところがない。ケルゼンは、両者の間に本質的差違の存しないことを例証するのに、アメリカに於ける最近の次のような事情を摘示している。すなわち、ここでは争訟の解決のためにする裁判所の過度の利用の結果、事案の審判を其の種類に関係なく裁判所から行政庁に移管する傾向を招来している、というのである。彼は、此のような権限の移管は、司法作用、行政作用が等しい限りでのみ可能の筈だ、と云う。<sup>(二六)</sup> 行政行為の第二の範疇たる処分とは、下命・禁止・許可等を指す。<sup>(二七)</sup> 其の法性質は、司法の分野に於ける法律行為と相似である。<sup>(二八)</sup> すなわち、それは一般的行政法令に定められている条件たる要件を具体化す

(三八) 換言すれば、一般的行政法令と決定の間に介在する個別的行政法令の設定である。しかし、これは法律行為と

は、後者が私人の行為であつてもよく且つ通常そうであるのに対して、「国家機関」の行為でのみあり得、また後者の範型が契約であるのに対して、一方的意思表示が其の範型である点に於いて異る、とされている。(三九)

斯くケルゼンは行政と司法の間に機能的(=本質的)相違を認めない。彼によれば、両者の区別は差し当つて、個別的規範を定立する機関の地位の組織技術的(organisatorisch)な差異にのみある。(三〇) 裁判所の独立性と行政庁の従属性がそれである。すなわち、法宣言に際し、前者は上位機関の訓令に拘束されることなく、これに反して後者は通常、上級庁の訓令に拘束される。純粹法学から出発して『一般行政法』の体系樹立を企てたメルクルは、行政の概念構成に當つて、此の契機を研究法上最も適當なものとして採用した。彼は、先ず司法と行政を「憲法の間接執行」となし、「憲法の直接執行」としての立法との関係で「Tochterfunktionen」と性格づけた上、次いでこれら Schwesterfunktionen を区分するに組織上(organisatorisch)の観点を以てする。(三一)メルクルによれば、決定的なのは、司法に於いては機関の同位関係(Koordination)が支配しており、行政にあつては機関が相互に同位関係と共に従属関係(Subordination)に立つということである。(三二)こうして行政は、「上級機関の訓令権又は下級機関の服従義務によつて特質づけられる従属関係の支配している機関複合体の作用」、換言すれば「訓令によつてはもはや規定され得ぬ最高の訓令権ある機関の作用をも含めて、訓令という法規形式によつて規定され得るところの国家作用の総和」と定義される。(三五)メルクルは、斯かる行政概念こそ実定行政法学にとつて妥當な基体たり得るものとした。メルクルに於ける此のような概念構成の立場はともかくとして、ケルゼンによれば、「裁判所の独立」の標識は結局に於いて理論的、体系的な区分を基礎づけるものではあり得ない。(三六)第一に、「裁判所の独立」の制、従つて裁判官庁と行政官庁の分離は、全く歴史的恣意の所産である。それは、等族的絶対主義君主政の下に於ける君主との抗争の間に確立され

た。其の政治的意味は、王権の制限、即ち人民の利害が君主のそれよりもより強く現われる領域で法宣言機関の君主からの独立を保障することにより人民の生命・名誉・財産を保全せんとするにあつた。<sup>(三七)</sup>此のように、「裁判所の独立」の分界線は執行の分野を恣意的に縦断したものである。第二に、仔細に検すれば此の標識は絶対的なものと云えない。すなわち、所謂裁判所にも種々の意味で独立性を欠く面があり、他方、所謂行政庁の中にも裁判所同様の独立性を示すものがある。<sup>(三八)</sup>とケルゼンは説くのである。

更にケルゼンによれば、「自由裁量」(freies Ermessen)によつて行政を司法から区劃しようとする試みは成り立たない。<sup>(三九)</sup>彼は、自由裁量の觀念を動態に於ける法概念に本質必然的なものと説明することによつて、此の試みを斥けるのである。すなわち、自由裁量は一般に上位段階から下位段階への法具体化に必然に伴う現象であり、たゞ単に実定法上の規定に基いて範圍の広狭の差が生ずるに過ぎない。ケルゼンは、法行為を自由なもの(行政)と羈束的なもの(司法)とに分かつ件の試みは、行政を本質上自由なものとなし、以てそれから法性質を奪おうとするものであつて、それが立憲君主政の地盤に生まれ、そこでは君主が行政の首長であり君主の最も重大な利益は行政によつて実現されることを考え合わすならば、如何なる政治的傾向が其の背後に潜むかを容易に知ることができるとしている。彼は、此の関連に於いて、政治作用 (Regierung, political function)、即ち立法・司法・行政の外に或いは行政内の特殊領域として、法から自由な国家作用を認める理論をも斥ける。<sup>(四〇)</sup>

行政を法宣言として把握する以上の所説は、大陸的行政法 (droit administratif, Verwaltungsrecht) を前提とするものであるが、ケルゼンはこれを“rule of law”の原則の支配する英米の行政にも当てはまるものと見る。彼は、先に行政行為の第二の範疇として挙げられたものを特殊の行政行為となし、<sup>(四一)</sup>行政機関の権限が斯かる特殊の行政行為にのみ限られ、一切の司法的作用は、それが特殊の行政行為と一体的に関連するものであつても、これを裁判所

の手に委ねるといふのが英米法に支配的な自由主義的国家觀の一部を成す考え方であるとする。<sup>(四三)</sup>こゝでは行政は、*government* の全過程の中で極めて従たる要因に過ぎないこととなり、行政機關によつて代表される「国家」は裁判所の前に私人と同じ地位に立つこととなる。しかし、とケルゼンは語を繼いで云う。如上の理想は未だ嘗て完全に實現されたことはない。如何なる法秩序にあつても、裁判所以外の他の機關が司法的作用を営まねばならぬ事項（例えば税務・警察）があるものである。しかも、法秩序が行政に其の特殊の行為を以て經濟文化生活により広汎に干渉することを授權するようになつて来ると、行政機關に対し特殊の行政行為と一体的に関連している司法的作用をも委ねる傾向が生ずる、と。<sup>(四四)</sup>要するに、斯かる英米の場合には、ケルゼンはより容易に法宣言としての行政の司法性を説明し得るわけである。彼は、所謂 “administrative procedure” と “due process of law” の關係の問題に、斯かる行政の司法性の観点から解決を与えてゐる。<sup>(四五)</sup>

### 三 強制回避行態としての直接行政

行政と呼ばれる国家作用の中には、しかし法宣言とは性質を全く異にする作用も含まれていることをケルゼンは無視できない。例えば、「国家」が病院を建て、患者を治療し、学校を設けて教育を施し、鐵道を敷設經營する等、これである。これらの場合には、行政の目的は直接的な様式で追求されている。<sup>(四六)</sup>ケルゼンは、上述の間接行政 (*mittelbare od. indirekte Verwaltung*) に対して、これを直接行政 (*unmittelbare od. direkte Verwaltung*) と呼ぶ。メルクルは、これらにむしろ、高権的又は官庁的行政 (*Hohheits- od. behördliche Verwaltung*) 及び自由又は私的行政 (*freie od. private Verwaltung*) と名づけられるを可とすると述べてゐるが、<sup>(四七)</sup>しかしケルゼンの所謂直接行政には、公共の安寧に対する目前急迫の障害を除くため直接或個人の自由・財産に實力を加える作用——警察上の即時強制——も包含されているのであるから、メルクルの提言は此の限りで當を得ない。直接行政として現われるもの

は、其の他如何なる活動であつてもよいとされる<sup>(四九)</sup>。ケルゼンは、司法と行政の対立は法宣言としての司法と直接行政たる限りでの行政との間にのみ存するとし、執行の機能的な組織的分類として、司法と行政に代え、間接行政と直接行政の別を提唱する<sup>(五〇)</sup>。

斯かる直接行政をもなお、ケルゼンは法作用として理解しようとする。既に述べたように、法秩序とは、彼にあつては、強制行為の定立に向かつて段階的に展開する強制規範の体系である。それ自体強制行為の定立と積極的關係を持たぬ直接行政は、果して如何にして斯かる法秩序の中に座を占め、法作用と觀念され得るのであろうか。ケルゼンの論理は次の如くである。所謂直接行政もなお国家作用であるのは、それが法上一定の資格を与えられた人々即ち「法内容的意味に於ける国家機関」の義務的行為であることによつてなのであつて——こゝにケルゼンは、強制行為及び其の手続的準備行為を指す「法形式的意味に於ける国家作用」の外に、外延のより広い「法内容的意味に於ける国家作用」の概念を導入せざるを得なくなつてゐる——、此の「国家機関」の義務違反的行為が懲戒規程に於いて不法効果としての強制行為の要件となる<sup>(五一)</sup>。一切の法的要件は其の定立が問題となる限りで最広義に於ける法行為であるから、こゝに於いて直接行政は「国家機関」の強制回避態 (zwangvermeidendes Verhalten) として法行為たるものである、と云うのである。因みに、『国法学の主要問題』時代のケルゼンは、より端的に、「国家意志の実現」、「法規の施行」なる行政概念に、国家の刑罰・強制執行のみならず、其の行う貧民扶助・学校管理・道路築造等をも亦包摂して論ずることができた<sup>(五三)</sup>。これは、効果として強制行為以外の他の要件をも認める広義の法規なる概念を許してゐた結果に外ならない<sup>(五四)</sup>。其の後、純粹法学の理論体系の整備に伴い強制要素 (Zwangmoment) が法規に本質的とされるに至ると共に、広義の法規概念は廃棄された。これに代つて直接行政を国家(=法)作用として把握する役を果すものは、第一次的規範としての強制規範に対し第二次的規範として強制回避態を命ずる規範を想定する法規論<sup>(五五)</sup>

である。すなわち、直接行政は強制回避行態即ち第二次的規範の執行として法作用たるものとされるのである。

ケルゼンの結論は、次の章句にのみじくも要約される。曰く、「行政は、法宣言と機能的に異なる部分に關しても亦、全然法作用であり、法行為からのみ成る。故に、国家の行政作用を法領域の外で把握しようとする傾向は断乎として排撃されなければならない。」<sup>(五六)</sup>

### 三

ケルゼンは、上述の「本質認識」から、進んで行政政策へと論及する。ところで、政策は「価値判断」を意味している。彼の如き没価値性の立場にあつて、政策が科学として成り立ち得る余地があるうか。此の問題の解決は、マックス・ウェーバーが彼の著名な論文「社会科学的及び社会政策的認識の客観性」<sup>(五七)</sup>に於いて与えている。「技術的批判」(technische Kritik)がそれである。ケルゼンは明らかに此の立場に拠る。彼によれば、政策(Politik)には倫理学(Ethik)としての政策と技術(Technik)としての政策が区別されねばならない。前者は、人間の行態に対して客観的目標を、即ち何らかの内容を当為されたものとして措定することを目的とする。これに対して後者は、とにかく措定され従つて前提された客観的目標の実現という観点の下に、これに適合する手段を求め、換言すれば、前提された目標に内容的に一致する結果を経験上原因として招来するような内容を確認する。ケルゼンの立場からすると、前者は、其の諸判断の究極的基礎づけに於いて或る客観的に証明不能な最高の価値判断に到達せざるを得ないのであるから、客観的認識の体系たる科学として成立し得ない理である。しかし後者は、手段の合目的性——手段と目的の因果法則性——についての諸判断を与えるものであつて、経験科学の課題たることができる。けだし、これらの判断は、提議された手段の効果が検せられる——これは実験の可能性不足のため極めて困難ではあるが——ことに

よつて眞理性を云々されることができるのである。<sup>(五八)</sup>

こゝにケルゼンの行政政策と標題づけられるべき所論は、實に行政に関する此のような考察である。既に明瞭なように、斯かる政策は実践の技術的知識を供し得るのみであつて、其の究極目的を指示し得ない。従つてケルゼンの所論でも、行政（一般に国家即ち法）の志向すべき絶対価値は不可知とされ、理性から意志の管轄に移送される。むしろ行政（一般に国家即ち法）は、如何なる目的にも仕える中性的な社会技術（soziale Technik）と觀念されてさゝいるのである。<sup>(五九)</sup>

### 一 行政の民主化

ケルゼンの行政政策論は、専ら民主主義（Demokratie）を「所与の目的」として展開される。こゝに民主主義とは、政治的絶対主義としての専制主義に対立する政治的相対主義としての形式的民主主義をケルゼンは指す。<sup>(六〇)</sup>「所与の目的」として斯かるものとしての民主主義をしか取り上げて論じていない点に、彼の実践的な自己定位が明確に表現されている。

最初に、行政そのものの民主化が論ぜられる。ケルゼンによれば、立法のみならず執行も亦できるだけ直接的に国民の権限に属すべしとは、民主主義的要請として自明のことである。而して、すべての権力が国民に集中されていることを望む民主主義原理は、権限の分散と相容れない。ところが、純粹に社会技術的な理由から、執行の分野には分業の必要が立法に於けるよりも遙かに強く現われ、遙かに多くの間接的な意志形成の形態を余儀なくされると共に、また地域的・審級的編成の必要が機関の分化を結果するのである。此のような現実的制約の下に、民主主義原理は、これら執行機関の公選とそれらの合議的構成とに限られることとなる。<sup>(六一)</sup>公選された機関の方がそうでないものより民主的であることは云うまでもない。被公選機関の中では、合議機関の方が単独機関よりも民主的である。何となれ

ば、後者は多数者の票のみによつて選出されるのに反し、前者には少数者も亦代表せられ決定に参加し得るのであるから。<sup>(六二)</sup>以上の考量よりして、民主主義理念への可及的接のためには、行政の体制は、中央行政合議体から、時には所管上分岐して、諸地方行政合議体へと段階的に下降する被公選合議官庁の一体系として形成さるべきである、ということになる。<sup>(六三)</sup>すなわち、原則として行政の民主化は、全段階の行政機関が能う限りに合議官庁として、且つ上級者から任命されるのではなく規範服従者即ち行政される人々によつて一定の期間を限つて公選されることによつて達成される、となされるのである。<sup>(六四)</sup>ケルゼンは、行政階序の最下位にある自治行政では此のことが実現されている、と云う。<sup>(六五)</sup>

## 二 行政の民主化と合法性

しかし行政の民主化は、立法のそれとの関連に於いて論ぜられる必要がある。行政自体が民主化されればされるほど民主主義理念がより一層よく実現されるといふものではない、とケルゼンは説く。<sup>(六六)</sup>此のことは行政の特殊な性格に原因する。一体、立法が憲法によつて主として手続的にのみ規定されているのに対し、執行は法律によつて手続的にも内容的にも詳細に規定されている。<sup>(六七)</sup>立法が云わば自由な意志形成であるのに反して、執行は云わば拘束された意志形成である。斯くて行政は司法と共に、法律適合性 (Gesetzmässigkeit)、合法性 (Legalität, legality) の原理の下にあり、其の体制は此の合法性を保障するものたるを要する。而して立法が民主的であるとすれば、行政は合法性の要請に適合すればするほど民主的ということになる。ところが、此の行政の合法性は、必ずしも民主的体制によつて最もよく保障されるとは限らないのである。ケルゼンは、むしろ多分に専制的な体制による方が行政の合法性は

よりよく確保される、という結論を導く。すなわち、以下の如くである。勿論、最高執行機関については、それが議会によつて民主的に選挙されて議会に対し責任を負うことに其の活動の合法性の或る確かな保障が認められねばならない。しかし、既に議会に対する責任が問題になる以上、専制的な長官制 (Ministerialsystem) の方が、民主的な合議制 (Kollegialsystem) より適當である。けだし後者は、一票を以て決定に参加するに過ぎない個々人の責任感を弱めるのみならず、問責を困難ならしめもするから、とされる<sup>(六八)</sup>。中級下級の行政機関の場合には、それらの極端な民主化が合法性の原理に背反することは明白である。すなわち、国家の領域が州・県と分かれたれ、これらの行政が民主主義理念に従つて住民の公選する合議機関に委ねられるとするならば、これらの機関は、其の政治的組成が中央立法部のそれと異るときは特に、自らの行為の合法性を最高目標とは看做さず、むしろ極めて容易に議会の議決した法律に意識的に対立の立場を取るであろう。此の危険を防止するには、中級下級の行政機関については、中央政府から任命されこれに対して責任を負う単独機関の専制的体制が採用さるべきである<sup>(六九)</sup>。ケルゼンは斯く述べ来つて、官僚主義 (Birokratie) は民主主義と決して撞着するものにあらずとする。すなわち、行政の合法性原理の結果、官僚主義は或る前提の下ではむしろ民主主義の保持を意味する。と云うのは、民主主義原理は、主として国家意志形成の過程の最上層をしか捉え得ないのであつて、それが此の過程のより下層にまで滲透するようになると、却つてそれ自らを、即ち一般的意志形成の範域での其の效力を、危ふやなものにするからである<sup>(七〇)</sup>。

民主的行政の価値も、しかしながら全然等閑視されることはできない。斯くてケルゼンは、民主的及び専制的な行政体制の混合されたシステムを提議する。すなわち、合法性の要請に鑑みると、自治行政団体による民主的行政

は、法律によつて委付された裁量の範囲に止どまらねばならぬわけであるが、此のための保障が、専制的な、即ち上級機関によつて任命されるか又はそれに対して責任を負い且つそれによつて罷免され得る機関の任とされるならば、こゝに中級下級行政の体制として、民主的要素と専制的要素の結合されたシステムが出現する。立憲君主政の下では斯かるシステムが国家意志形成の最高段階即ち立法に適用され、専制主義による民主主義の、また此の逆の、麻痺をもたらししたが、これが最上層では純粹に民主的な国家意志形成の中下層に限られるときは、民主主義の危殆化どころか其の強化が期待される。ケルゼンは、こう論結する<sup>(七二)</sup>。

ケルゼンによれば、民主主義の実現のために要求される行政の合法性を保障するものは、一には上に述べられた機関の個人責任であるが、また第三の機関による統制<sup>(七三)</sup> (Kontrolle) の制度が存する。裁判所による行政行為の統制

がそれである。行政機関が行政法を実施するのに通常裁判所に出訴せねばならぬところでは、通常裁判所が法律の合憲性のみならず行政行為の合法性をも審査する<sup>(七四)</sup>。また此のために特別の裁判所即ち行政裁判所が設置されることもある。其の権限は、行政行為が、民主化され従つて政党政治的影響を受け易い機関によつて定立されるに依じて、拡張され強化されなければならない<sup>(七五)</sup>。ケルゼンは云う、「統制なき民主主義は永続し得ない。何故と云うに、合法性の原理が表示するところの自己制限を放棄することは、民主主義の自己分解を意味するから<sup>(七六)</sup>」

最後に、行政の非政治化 (Entpolitisierung) に言及される。既に説明されて来たように、民主主義原理が自己保存のためには本質的には立法手続と最高執行機関の任命とに限らるべきであり、執行と呼ばれる国家意志形成段階の前では停止せねばならぬとするならば、これによつて政党政治の及び得る範囲も劃定されるわけである。行政に概念

上必然的な合法性の原理は、法律執行に対する一切の政党政治的影響を排斥する。けだし、法律の決定によつて、或る一定の政治的価値が集定法上妥当するものに高められ、仮令一方的ではあつても或る一定の政治的方向が憲法に従つて定められるのであるから、法律執行の段階では、もはや相対立する政治的利益間の闘争が演ぜられる余地は全くない、とされるのである。<sup>(七七)</sup>ケルゼンは、斯かる行政の非政治化は、制度上には、民主的に選任され本質的に政党政治的な大臣に対し、専制的官僚主義的な行政官吏の地位を保障すべき要請となつて現われる、と見る。<sup>(七八)</sup>

## 四

ケルゼンの行政論が提示するものは、自由主義的法治国家末期に於ける極限的な行政観念である。福祉国家時代には幸福主義的行政観念が支配した。<sup>(七九)</sup>法治国家に於いては、必然に行政の法的概念構成への傾向が現われる。すなわち、そこでは、国家活動を能う限り縮減し行政活動の分野でもこれを監護行政の範囲にとどめようとする夜警国家(Nachwächterstaat)の理念と議会主権的な法律国家(Gesetzstaat)の理念に基く「法律による行政」(gesetz-mässige Verwaltung)の原理とが行政の現実を規制した。法的行政観念の成立は自然である。しかし、初期に於けるそれは、なお前代の「全体の福祉」に替る「個人の自由」という実質的・内容的要素と結びついている。それが次第に形式化して来たのは、自由主義的法治国家思想自体の形式主義化の結果であつた。<sup>(八〇)</sup>ケルゼンの行政論は実に其の尖端に位置する。それは上に概観したように、行政を純粹に法的に、しかも形式的に捉えるのである。メルクルは、「一般に国家を、また全国家行政を法作用として把握すること」を以て「法治国家思想からの究極的結論」としてい

る。<sup>(八二)</sup>而して其の無政府的な形式性の故に、それは、やがてナチスの権威主義的行政思想への媒介的地位に立つ。<sup>(八三)</sup>

徹底的な没價值的法一元論を以てするケルゼンの行政論は、同時に其の限りで、自由主義的法治国家末期に於ける中性化した行政の法的構造を能く解明し得ている。しかし、行政の本質を其の法形式的側面に求めることは、行政機能の司法化されていたとも云える法治国家時代の行政を対象とする場合にこそ意味なしとせぬとは云え、国家構造の変革とそれに伴う国家行政機能の拡大強化に条件づけられている今日の奉仕国家(service state)に於ける行政については、もはや妥当し得ない。此の事情は、ケルゼン自身看過することのできなかつた所謂直接行政について既にそうであつた。彼は、此の国家機能をも強引に法作用として説明しようとして、図らずも彼の行政論の限界を露呈する結果に終つた。これについては、尾高教授の肯綮を衝いた批判(『国家構造論』五一四頁)が想起されるべきである。形式的な合法性の要請に過大な重点を置く行政政策の面でも、ケルゼンの所論は同様の観点からの批判を免れ得ないであろう。

何れにせよ、すべての学説がそうであるように、ケルゼンの行政論も其の生い立つた境位——此の場合、今世紀初葉の独逸社会という時局的制約——を外にしては、これを正當に理解し評価することはできない。歴史的社会的に定礎された特殊な制度的並びに思想的風土の所産として把握されることによつて、初めて其の持つ眞の意義は明らかとなる。

## 論 說

(1) Cf. Kelsen, *Théorie pure du droit* (traduit par Thévenaz), 1953, p. 185 ss.; «Hans Kelsen, Note sur sa carrière et liste de ses publications». (11) Vgl. Kelsen, *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*,

Juristische Wochenschrift, Jg. 58, 1929, S. 1723. (111) Vgl. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925 [Abk.: A. S.], S. 15 f. # Kelsen, *Society and Nature, A Sociological Inquiry*, 1946, p. VII. (112) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934 [Abk.: R. R.], S. 25. (113) Roubier, *Théorie générale du droit*, 2<sup>o</sup> éd. 1951, p. 55. (114) Vgl. Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht*, 1922, S. 116 f.; *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, 2. Aufl. 1923 [Abk.: H. d. S.], S. X III ff.; A. S., S. 234. (115) Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, Gesellschaft • Staat und Recht*, hrsg. von Verdross, 1931, S. 294. (116) Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, 1930, S. 67, S. 78. (117) Vgl. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1913, S. 38 *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Erik # Wolf, 1950, S. 92 f., S. 123 ff. (118) Vgl. Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, Schmollers Jahrbuch, Jg. 40, 1916, S. 1181 ff. (119) A. S., S. 44. (120) A. S., S. 248 f. (121) Vgl. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 4. Ausg. 1922, S. 610. (122) H. d. S., S. 491 ff. (123) Vgl. Tezner, *Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz*, *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. 28, 1912, S. 330. (124) H. d. S., S. 549 f. (125) Tezner, a. a. O., S. 330 f. (126) H. d. S., S. 410. (127) H. d. S., S. X II ff. (128) Vgl. H. d. S., S. 502, Anm. 1. (129) Vgl. H. d. S., S. 493. (130) A. S., S. 236 f. Kelsen, *Justiz und Verwaltung*, *Zeitschrift für soziales Recht*, Jg. 1, 1929 [Abk.: J. u. V.], S. 80 f. (131) A. S. S. 238. # Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat* (traduit par Eisenmann), *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 43, 1926 [abr.: A.], p. 625 s. # J. u. V., S. 83. # R. R., S. 80 f. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945 [abr.: G. T.], p. 273 f. (132) A., p. 625. (133) G. T., p. 274 f. (134) Cf. G. T., p. 275 f. (135) A., p. 625. # G. T., p. 276. (136) A., p. 625 s. (137) G. T., p. 276.

- (川〇) A. S., S. 238, S. 260. # J. u. V., S. 83. # R. R., S. 80 f. # Vgl. G. Jellinek, a. a. O., S. 599. (川一) Cf. Weyr, La doctrine de M. Adolphe Merkl. Revue internationale de la théorie du droit, année 2, 1927—8, p. 215 ss. (川二) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927, S. 19 ff. (川三) A. a. O., S. 36 f. (川四) A. a. O., S. 37. (川五) A. a. O., S. 42. (川六) J. u. V., S. 84. (川七) A. S., S. 238. # J. u. V., S. 84 f. (川八) J. u. V., S. 85 ff. (川九) A. S., S. 242 ff. # J. u. V., S. 88 ff. (川〇) A. S., S. 244 ff. (川一) Cf. Pound, Administrative Law, 1942. (川二) G. T., p. 275 f. (川三) G. T., p. 276 f. (川四) G. T., p. 277. (川五) G. T., p. 278. (川六) A. S., S. 238 f. # A., p. 626 s. # J. u. V., S. 91 f. R. R., S. 81. # G. T., p. 279 f. (川七) Merkl, a. a. O., S. 301. (川八) Cf. G. T., p. 278 f. (川九) G. T., p. 279. (川〇) A. S., S. 242. # J. u. V., S. 83, S. 91, S. 92 f. # R. R., S. 81. (川一) A. S., S. 239 f. # R. R., S. 122. (川二) A. S., S. 239. # J. u. V., S. 92. (川三) H. d. S., S. 511. (川四) Vgl. H. d. S., XI f. (川五) Vgl. R. R., S. 30 f. (川六) A. S., S. 242 f. (川七) Vgl. M. Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922, S. 149 ff. (川八) A. S., S. 27 f. # Cf. Kelsen, Science and Politics, The American Political Science Review, vol. 45, 1951, p. 642 f.; G. T., p. 7. (川九) A. S., S. 25, S. 39. # R. R., S. 28 ff. # Kelsen, The Law as a specific Social Technique, The University of Chicago Law Review, vol. 9, 1941, p. 75 ff. # Kelsen, Law and Peace in International Relations, 1942, p. 7 f. # G. T., p. 16 ff. (川〇) Vgl. Kelsen, Sozialismus und Staat, 2. Aufl. 1923, S. 191 ff.; A. S., S. 368 ff.; Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. umgearbeitete Aufl. 1929 [Abk.: D. J., S. 93 ff.; Kelsen, Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics, The American Political Science Review, vol. 42, 1948, p. 506 ff. (川一) A. S., S. 362. (川二) G. T., p. 239. (川三) A. S., S. 362 f. (川四) A. S., S. 364. (川五) A. S., S. 365. (川六) A. S., S. 366. # D., S. 70 f. # G. T., p. 299. (川七) Vgl. R. R., S. 76 f. (川八) A. S., S. 366. # D., S. 71. (川九) A. S., S.

366 f. # D, S. 71 ff. # G. T., p. 299 f. (ヤ〇) D, S. 73. (ヤ一) A. S., S. 367. # D, S. 74 f. (ヤ二) Cf. G. T., p. 3000. (ヤ三) Vgl. A. S., S. 363. (ヤ四) G. T., p. 280. (ヤ五) D, S. 75. (ヤ六) D, S. 76. (ヤ七) D, S. 76 f. (ヤ八) J. u. V., S. 88. (ヤ九) Vgl. Marchet, Studien über die Entwicklung der Verwaltungslehre in Deutschland von der zweiten Hälfte des 17. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts, 1885. (ヤ〇) Cf. Hallowell, The Decline of Liberalism as an Ideology, with particular reference to German politico-legal thought, 1946. (ヤ一) Merkl, a. a. O., S. V. (ヤ二) Vgl. Haussmann, Ordnung und Idee als Grundbegriffe einer Allgemeinen Verwaltungswissenschaft, 1949, S. 5.

主たる邦語参照文献——清宮四郎、ケルゼンの公法理論（ケルゼンの純粹法学、一九三三年、所収）。同訳、ケルゼン・一般国家学、一九三六年。尾高朝雄、国家構造論、一九三六年。宇賀田順三、グナイスト以後に於ける行政観念の発達（法政研究八巻一號、一九三八年、所収）。蠟山政道、行政学講義序論、一九五〇年。鶴飼信成、行政法の歴史的展開、一九五二年。辻清明、行政学講義要目、第一分冊、一九五三年。

〔附記〕 本稿に於いては、ケルゼンの学説自体を整序するに急で、結論的考察の部分が甚だしく疎略に流れた。特に、其の歴史的背景・社会的基盤に充分の検討が加えられていない。此の点に關しては他日を期したい。なお、本稿は行政思想史の視角から捉えたウィーン学派研究の序説的試みであると同時に、筆者のケルゼン——ケルゼニズム研究の一部を構成しているものである。