

行政国家論序説

手島, 孝
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1441>

出版情報 : 法政研究. 29 (1/3), pp.201-223, 1963-02-28. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

行政国家論序説

手島孝

はしがき

一 独塊における行政国家概念の展開

二 行政国家の概念構成

はしがき

現代の憲法学・国法学にとっては、政党国家の問題と並んで、或いはそれ以上に、「行政国家」(Verwaltungsstaat; administrative state)の問題すなわち、普通、現代国家における「行政権の優越」といわれている現象をめぐる諸問題が決定的に重要であると思われる。本稿は、このような意味での行政国家論への序説として、行政国家概念の検討を試みたものである。第一部では、ドイツ及びオーストリアにおける当該概念の学説史的発展を批判的に辿ってみた。ドイツ及びオーストリアに限ったのは、例えばアメリカでは「行政国家」の標題を冠した著書⁽¹⁾ですら、この概念そのものの確定には触れるところがないという状態であり、この領域で参考すべきは専らドイツ語文献であると思われるのと、今一つは、現在ドイツのケルン大学ハンス・ペーターズ教授の許で在外研究に従事しているという筆者の個人的事情⁽²⁾からである。この学説史的研究に立脚して、第二部で行政国家の概念構成に関する私見が展開されてい

論説

る。

(1) Dwight Waldo, *The Administrative State*, 1948; Fritz Morstein-Marx, *The Administrative State*, 1957.

(2) 従って、本稿を草するに当っては、邦語文献に十分当る便宜に乏しかったことをお断りする。

一 独逸における行政国家概念の展開

A ドイツ

(一) カール・シュミット

ドイツの国家学・国法学界で初めて行政国家概念の構成を試みたのはカール・シュミット (Carl Schmitt) である。議会制立法国家の合法性体系の危機を論じた一九三二年の著『合法性と正統性』で、彼は、かかる時代的狀況を的確に把握するための国法学・憲法学的概念装置として、立法国家、司法国家、統治国家及び行政国家の別を呈示したのであった。^(一) // 如何なる種類の最高意思が決定的瞬間において最後のであり、国家にとって性格規定的であるかが、その場合の基準とされる。^(二)

彼によれば、先ず立法国家 (Gesetzgebungsstaat) とは、『規範設定』 (Normierungen) に共同意思の最高且つ決定的表現を見る国家である。^(三) ここにいう規範設定は、非人格的、従って一般的な、予め規定され、従って持続性を目的とした、測定且つ規定可能の内容のものであって、そこでは法律と法律適用、立法者と法律適用官庁が分離されている。かくて、ここでの法の特殊な現象形態は『法律』であり、国家的強制の特殊な正当化の根拠は『合法性』である。^(四) 次に司法国家 (Jurisdiktionsstaat) とは、『訴訟を判決する裁判官が最後の言葉を語る国家の謂いである。そ

の典型的表現は具体的な「判決」であり、これは、予め規定された一般的規範に媒介されることなく正しい法、正義及び理性を直接に表明するものであるから、単なる合法性の規格主義に尽きない。^(八) 立法国家、司法国家に対して、統治国家及び行政国家というのは、即座に執行され得る或いは遵守されるべき具体的な「命令」が決定的な意味を持つ国家である。^(九) この命令が個人的・權威的なものか否かによって、シュミットは更に統治国家を区別する。すなわち、一支配的元首の高権的な個人的意思及び權威的命令にその特徴的表現を見出すのが統治国家 (Regierungssatz)、命令と意思が權威的・個人的に立ち現われず、しかもそれにも拘らず高次の規範の単なる適用であろうとせず、即物的な規整でのみあるとするのが行政国家である。^(一〇) 行政国家の特殊な表現は「処分」であり、^(一一) その存在原理は合目的性、功利性、すなわち立法国家の規範適合性とは対立的に「事物適合性」である。^(一二)

シュミットは更に、これら国家類型の政治的存在理由に言及している。それによると、司法国家が社会的現状と既得權益の維持に適當な手段であり、立法国家が改良主義的・修正主義的・進化論的時代の典型的な乗り物であるのに対して、統治国家及び行政国家は、「革命的であれ反動的であれ急進的な変革の、また包括的・計画的で遠い将来を考慮した形成的活動の道具」である。^(一三)

このような国家の類別を、シュミットは、「支配と協同」、「權威と自由」、「法治国家と独裁政」、「君主政と貴族政と民主政」のような過去の状況の中で発生した区別よりも、国家的現実の認識にとまって、より実り豊かなものとするのである。^(一四) その理由として、彼は、(1) 今日の問題的対立は、決定的に、立法国家の封鎖的合法性体系と現実に存在する正当的意思の正統性との間のそれであるということ、(2) 加えて現代国家は、「全体国家」であれ「経済国家」であれ行政国家への変遷の途にあるということ、を考えているように思われる。^(一五)

シュミットのかかる提言と理論は、確かに、適切で透徹したものを含んでいる。しかし、その行政国家概念が極め

て一般化されたものであるところに大きな問題がある。すなわち、行政国家においては人間が統治するのも規範がより高次のものとして妥当するのでもなくて「事物が自らを管理する」、と有名な言葉を借りて行政国家をユートピア的なものとして描き、現代国家をすべてそのような行政国家への転換途上にあるものとする場合である。このような行政国家概念は、「結局、議会制民主制からナチス全体主義国家への移行を正当化すべきであった、或いはそうでなくとも正当化することができた」との批判を免れることができない。

(一) その前年一九三一年の *Der Hüter der Verfassung* で既に彼は、すべての国家を國家活動の中心の所在に応じて分類することができるとして、立法国家、司法国家(裁判国家)及び「本質的に政府 (Regierung) と執行部 (Exekutive) であるところの国家」の別を唱えている。— a. a. O., S.75. もっとも、ここでは未だ行政国家の語は用いられていないが、しかし、直ぐ引き続いて彼は第三の国家類型を「統治と行政」(Regierung und Verwaltung) の国家とも呼んでゐる。— a. a. O., S.76.

(二) 参照 Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 1932, S.10.

(三) A. a. O., S.7. (四) A. a. O., S.8. (五) A. a. O., S.9.

(六) 参照 a. a. O. S.13. (七) A. a. O., S.9. (八) A. a. O., S.9.

(九) A. a. O., S.13. (一〇) A. a. O., S.12. (一一) A. a. O., S.19.

(一二) A. a. O., S.11 (一三) A. a. O., S.9. (一四) A. a. O., S.11.

(一五) Hans Peters, in *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. 83, 1958, S.478.

(二) ウェルナー・ウェーバー

行政国家概念が「一般概念」の一つとして否定されたナチス時代の空白をへだてて、カール・シュミットに始まる

その系譜を引き継いだ一人に、彼の門弟ウェルナー・ウェバー (Werner Weber) がいる。一九四九年「ワイマール憲法とボン基本法」と題したそのゲッティンゲン大学就任講演の中で、彼はボン基本法の拠って立つ司法国家思想を批判し、^(二二)「現代国家は欲すると欲せざるとに拘らず行政国家である」と指摘した。^(二三)彼は語を継いで、この確認は何ら政党政治のないし世界觀的信条に依存するものではなく、人口が膨れ上り工業化された現代の大衆国家は、高度の經濟政策的・社会政策的・文化政策的活動なしには、国内政治的に平和を維持し人間に値いする諸利益の調整を行うことができず、その本質を損ないその存立を危うくする、という事実に基づいていと述べる。^(二四)すなわち、彼の行政国家概念は現代国家を社会国家 (Sozialstaat) とする認識から出発している。現代国家は、従来の高権的支配の担い手から、エルンスト・フォルストホフ (Ernst Forsthoff) の「^(二五)給付担^(二六)者」 (Leistungsträger)、すなわち巨大な調整・分配・保護・扶助・給養の装置と変質しているとウェーバーは説き、この現象を指して社会国家、又は福祉国家、生存配慮の国家と呼ぶ。^(二七)ここでは、その主要な活動は具体的な形成と処置に集中されるが故に、それは必然的に執行的国家すなわち行政国家への傾向を伴うことになるのである。^(二八)また彼は、他の論文で、現代の社会国家は、狭隘な生活領域上の稠密な人口の共同生活に秩序を保証し、国民に不可欠の經濟的・文化的生存条件を提供し、調停的活動によって各人に人間に値いする生活を保障することを任務とする一行政国家である、とも書いている。^(二九)

ウェーバーは、このように、現代の社会国家と行政国家の必然的関連について論述することは詳細であるが、行政国家の概念そのものにはほとんど言及するところがない。もし彼の前提するそれが師カール・シュミットそのままの継承であるとするならば、後者同様批判されるべきことはいうまでもない。もっとも、ナチス行政国家十二年の体験を経た世紀半ばの時点に立って論ずるウェーバーは、次のように述べることを忘れてはいないが。——「行政は——潜在的に——われわれの個々の生活需要において、またわれわれの全体的生存において、われわれの上に未曾有の力を

持つ。それは、故に独裁政の諸方法に対して非常に感染し易い性質のものであり、現代国家においては独裁政の最も重要な道具である。故にわれわれは、行政を必要とすればするほど、それだけ他面において、小規模にはその濫用、大規模には全体主義支配の手段としてのその濫用に対する保障を必要とする。^(八)しかし、彼が行政国家と不可離的關係に置いている官僚国家 (Beamtensstat) に関するその所説を^(九)うかがうとき、われわれは、彼の学説に加えられた^(一〇)官憲国家の伝統とイデオロギーへの拘束性^(一〇)という批判を想起せずにはおられないのである。

(一) 参照 Carl-Hermann Ule, *infra*, S. 131.

(二) Werner Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungsstat*, 2. Aufl., 1958, S. 33f.

(三) A. a. O., S. 35. (四) A. a. O., S. 35 (五) A. a. O., S. 146 (六) A. a. O., S. 147.

(七) Weber, *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, 1953, S. 94.

(八) A. a. O., S. 28

(九) A. a. O., SS. 87—107. その結語に曰く、「それ(官僚制)は……われわれの国家性の結晶核である」と。—a. a. O., S. 107.

(一〇) Herbert Sultan u. Wolfgang Abendroth, *Bürokratischer Verwaltungsstat und soziale Demokratie*, 1955, S. 3.

(三) ハンス・ペーターズ

ウェーバーのゲッティンゲンでの講演と同年、ハンス・ペーターズ (Hans Peters) は、「われわれの国家の法治国家的並びに民主的基礎の承認にも拘らず——世界の多くの他の部分におけると同様に——十九世紀の立法国家から行政国家への、すなわち国家活動の重点が明瞭に行政へと推しやられている国家への、明瞭な移行が行われた」とい

う認識を出発点の一つとする力作「行政教科書」^(七)を世に問うている。本書で彼は、行政国家において行政に対する個人の地位は、行政官庁が市民的法治国家の諸原則に拘束されてはいるが実際には市民の領分への広汎な干渉の可能性を持つということによって特徴づけられる、と正当に指摘した。^(八)

一九五二年ラフォレット祝賀論文集に収録された一九五〇年一月の彼のケルン大学就任記念講義「行政国家のための闘争」は、ドイツにおける行政国家論の発展に一時期を劃した研究といえよう。既に大いに進行しているがほとんど認識されておらず、且つ過去の理想像、成文憲法成立の時代の理想と一致しないという理由で拒否ないし無視されるわれわれの公的生活の一現象に注意を喚起するのが、ここでの問題であるとペーターズはいう。^(九)この現象、すなわち行政国家への傾向に外ならない。「われわれは——社会的に見ると——既に行政国家に生きている」というのが彼の立言である。^(四)彼は、ボン基本法における「最高の国家活動の重点」の立法から司法への推移、換言すれば古い型の立法国家に対する司法国家思想の勝利について語るが、^(五)しかし、この現行法上の確認に満足するのは皮相の見解であるとして、根柢における行政の強大化を指摘する。^{(六)(七)(八)}次いで彼は、(1)ナチス、ファシズム、スペイン、ポルトガル、アルゼンチン等の権威主義国家、(2)ソ連並びに人民民主主義の全体主義国家、(3)それにスイス、アメリカ、イギリス、フランスという自由民主主義国家の例を引きつつ、国家活動の重点の立法から行政への移行は決してドイツに限られた現象ではなく、国家の任務の非常な増大の故に政体とは無関係に至る所で現われていること、しかしそれから生ずる諸難点の解決は、民主主義国家では未だ見出されておらず、他方非民主主義国家においては多く法治国家原則の犠牲においてなされていること、を示す。^(九)このような疾くに実現されている事実上の変遷が未だに自覚されるに至っていない結果として次のような危険な諸兆候が生じている、とペーターズは説く。(1)国家における権力をめぐる闘争は常に最も重要な力の場を舞台とする故に、行政の人事政策に対する立法者の政党政治的干渉、従って職業

官僚制と政治的政党勢力との間の緊張の発生。(2)立法国家の手段を以て行政国家の需要を充たそうとする立法者の努力から来る(a)法律の異常肥大と(b)一般条項への逃避。(3)例えば政党禁止手続の如く、裁判所にその本質と異質の任務が課せられ、憲法裁判及び行政裁判が司法化されることに由る司法の危機^(一〇)。かかる事態克服の方策として、ペーターズは、(1)行政の立法権能を増大し、その代り、それによって負担を軽減される議会の行政監督権を強化するとか、行政裁判を司法としてではなく裁判の形をとった行政として制度化するとかの、新しい型の権力分立制^(一一)、(2)全く司法國家的觀念に立脚している今日的高等文官試験制度の再検討、(3)財政刑法のような行政刑法の重要な領域の行政官庁への移譲、を主張している^(一二)。最後に彼は、自後数年の学問的使命は、法治国家の一形態としての行政国家の現実の精神的基盤を作り出し、この認識から個々の場合における国法的・行政法的結論を引き出すにある、と強調する^(一三)。因みに、彼の把握に従えば、法治国家とは「正義を實現し、実定法を貫徹し、市民を恣意と不正から守る意志と力を持つ国家」であるから、行政国家といえども当然法治国家たならぬわけである^(一四)。

ペーターズのこの研究は、現在までのところ、行政国家の問題に真正面から取り組んだほとんど唯一の学問的労作である^(一五)。そこでは、行政国家の現実が率直に承認されていないことから来るさしあたっての諸病状の診断と療法に直接の力が注がれていて、行政国家現象そのものもたらず問題性の分析と解決にまでは未だ触れられていない、という望蜀の批評はなされ得ようが、ともあれ、行政国家概念を「社会学的」概念として確立した点は高く評価されねばならない。これは、カール・シュミットにあっては未だはっきりしていなかった点である。ところで、ペーターズの行政国家概念は、「国家的活動の重点」^(一六)、「すべての国家的活動の重心」^(一七)。「最高の、国家的活動の重点」^(一八)、「国家活動の全体的重点」^(一九)がどこにあるかを標識とする立法国家、司法国家(Justizstaat)及び行政国家の三分法に基いて(二〇)いるが、この標識についてはそれ以上の説明がなく、明確を欠くうらみがある。

- (1) Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, Vorwort.
- (11) A. a. O.; S.131.
- (111) Peters, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, in Festschrift für Wilhelm Laforet (Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit), 1952, S.21
- (111) A. a. O., S. 21. (111) A. a. O., SS. 22—26. (111) A. a. O., S. 26f.
- (111) 同時にペーターズは、執行部の弱体化をワイマール憲法に対するボン基本法の特徴の一つとして挙げたウェーバー (Weber, Spannungen und Kräfte. supra, SS. 30—36) を論駁し、議会制の制限によって基本法は連邦宰相及び政府の権限を非常に強化しているとする。—A. a. O., S. 27. なお参照 Peters, Entwicklungstendenzen der Demokratie in Deutschland seit 1949, in Festschrift für Giacometti, 1953, SS. 241—243.
- (111) 因みに彼は、現代における公行政の諸変遷と題した一九五四年のやはりケルン大学における講演で、公行政の老大な任務の増加と立法国家への移行に先ず言及している。なおそこで、行政の任務の増大について、(1) その外的根拠として主に技術の発達、(2) イデオロギー的動因として (a) 団体主義 (Kollektivismus) と (b) 補完主義 (Subsidiaritätsprinzip) の思想が挙げられているのは注目される。——Peters, Die Wandlungen der öffentlichen Verwaltung in der neuesten Zeit, 1954, SS. 6—20.
- (111) Peters, Der Kampf um dem Verwaltungssaat, SS, 28—32.
- (111) A. a. O., SS. 32—34. なお参照 Peters, Die Wandlungen d. öff. Verw., SS. 21—25.
- (111) ペーターズは、一九五四年に現代の視野における権力分立を論じ、モンテスキューの理論を多元主義 (Pluralismus) の立場から現代の民主政に適合するよう修正すべきことを説いている。——Peters, Die Gewaltentrennung in modernen Sicht, 1954.

(111) Peters, Der Kampf, S. 34f. (112) A. a. O., S. 36

(114) A. a. O., S. 21f. 参照 Peters, Rechtsstaat und Verwaltung, 1953, S. 11. なお、この一九五三年の講演では、二十世紀の大衆国家の巨大な権力増大が独裁政又はボルシェヴィズムに墮し人間人格を抑圧するような事態を防ぐべく、「行政は、常にそして至る所で、法のエトスと理念によって滲透されていなければならない」ことが力説されている。—— a. a. O., S. 19

(115) 参照 Ule, infra, S. 133

(116) Peters, Lehrbuch, Vorwort; a. a. O., S. 131; Der Kampf, S. 24; Die Wandlungen, S. 22.

(117) 参照 Peters, Lehrbuch, S. 130f.; Der Kampf, SS. 22—27.

四 カール・ヘルマン・ウーレ

一九五七年には、シュパイエル行政大学のカール・ヘルマン・ウーレ (Carl-Hermann Ule) によって「行政国家」と法治国家の関係について⁽¹¹⁸⁾が書かれている。この論文で、彼は先ず独塊における行政国家概念の学説史的展望を試みた後、自らの概念規定を示している。すなわち、彼によれば、行政国家とは、機能的意味においては「立法と司法も亦行政となるところの国家」であり、機関的意味においては「国家権力が行政官庁に集中し、行政するだけでなく立法も司法も行う国家」、換言すれば「立法と司法が行政官庁によって引き受けられる、或いはとにかく立法と司法の本質的任務が行政官庁に移した国家」である⁽¹¹⁹⁾。かかる定義から出発して、彼は現在の西ドイツの法制・判例を具さに検討し、その上で、「行政国家は (ドイツ) 連邦共和国においては現実ではない」、とペーターズやウェーバーとは正反対の注目すべき結論を下す。立法権の行政への移譲、行政法規における不確定概念の適用、行政への裁量的決定の授権など、確かに行政国家的傾向は指摘できるが、しかしこの傾向は、権力分立原理と包括的且つ独立の行政

裁判制度の設置に表現される基本法の厳格な法治国家性によって制御されるので、行政国家への発展は排除されるように思われる、^(四)というのである。しかも、彼の行政国家概念からすれば、行政国家が法治国家と両立しないことは理の当然である。かくてウーレは、行政国家の現実を必然として承認しそれを法治国家の一形態として整序すべきことを主張したペーターズをかなり辛辣に批判し、完全な行政国家は法治国家の「形態」ではなくてその「終末」であり、^(五)「行政国家のための闘争」は「法治国家に対する闘争」に外ならない、ときめつけた。現代における福祉国家への発展が行政国家的傾向を歓迎することは見逃せないが、個人の人格的な自由と責任性をあくまで尊重する立場からは、まさにその現代福祉国家こそ抑制を必要とする。されば、立法、行政及び司法の志向すべき目標は行政国家ではなくて法治国家であり、またそうあり続ける、と彼はその論文を結ぶのである。^(六)すなわち、彼は、ペーターズやウーバーとは異う、反行政国家論者として現われている。

ウーレの行政国家概念に対しては、後述の如く内在的批判も加えられ得るが、何よりも先ず、それが「法律学的」である点が批判されねばならない。ウーレ自身、学問的に使用に堪える行政国家の概念を展開するには、この概念の属する方法的地点を明らかにすることが前提になるとして、メルクル以下オーストリア学派の行政国家概念を「法律学的」、ペーターズ流のそれを「社会学的」と適切に特徴づけるが、^(七)自らの概念構成の立脚地については何ら語っていない。しかし、彼の立論が専ら法律学的現象にその視野を限られていることは、一目瞭然である。ウーレの攻撃に対して早速反駁の一文を草したペーターズも、この点に着目して、「熟達の行政裁判官として、ウーレは全問題をただ法的観点の下でのみ見る。ここで問題なのは、実際にはわれわれの憲法がなお意識しなかった今日の国家の社会構造における変遷であるのに——」と正面に指摘している。^(八)なおペーターズは、このようなウーレの行政国家概念と「社会的・事実的な発展」に關係する彼自身のそれとがそもそも全く次元の異なるものであり、前者がその定義からし

て法治国家と両立し得ないのは当然であるのに対して、後者は究極においては法治国家と対立するものでなく、しかも前者は、法治国家に対する危険——それはペーターズによれば克服し得るものであるが——を包含するかの発展の核心を衝くことができない、とその再批判の筆を進め、最後に、結局ウーレのペーターズ批判は「風車に対する闘い」であると皮肉な調子で論断している。^(九)

(1) Carl-Hermann Ule, Über das Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, in Staats- und Verwaltungswissenschaftliche

Beiträge (10 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer), 1957, SS. 127—133. なお、本稿の第

一部は、これに多くの示唆を負っている。

(11) A, a. O., S. 136 u, S. 138. (12) A. a. O., SS. 138—162. (13) A. a. O., S. 162.

(14) A. a. O., SS. 162—165. (15) A. a. O., S. 165. (16) A. a. O., SS. 133—135.

(17) Perers, Buchbesprechung von "Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge" in AöR, Bd. 83, 1958,

S.478.

(18) A. a. O., SS. 468—481.

B オーストリア

(一) アドルフ・メルクル

他方オーストリアでも、ドイツの学界とは独立に、独自の行政国家概念の展開が見られる。ここでは先ず、カール・シュミットより早く既に一九二七年、アドルフ・メルクル (Adolf Merkl) が専ら可法国家との対比において行政国家の概念を構成している。司法国家、行政国家の二分法が採られているのは、司法、行政を立法の下位の法適用¹¹

創設作用たる執行の二分野と見る純粹法学の法段階説からの当然の帰結であるが、これら両国家類型の区別の根拠は、すぐれて司法と行政の間の「権限分配」(Kompetenzverteilung)であるとされる。^(一)

メルクルによれば、かくて、行政国家とは「国家作用のシステムにおいて、特に司法との比較において、行政に比較的広い余地と強い地位を認容する国家類型」をいう。すなわち、「行政のみを事とする、或いは行政に立法及び司法に対する優越を認める国家」という不可能事を意味するのではなく、「国家作用の競争において、行政が比較的優遇される国家類型」である。^(二) この行政の「優遇」(Begünstigung)は、(1)先ず司法と行政の「並列」(Koordination)を前提条件とする。そのためには、(a)いわゆる「司法手続」に類似の法的な「行政手続」が形成され、(b)司法法規の執行が司法の任であると同じように、行政法規の執行は始めから終りまで行政が担当し、(c)司法に本来的な行政監督の手段以外には、行政に対する司法の側からの干渉が遠ざけられ、(d)最後に、行政監督の司法的手段ができるだけ狭められて、行政の自己監督が正常の監督手段として用いられなければならない。換言すれば、行政と司法とが「法律執行の二つの等価の並行的軌道」として制度化される必要がある。^(三) (2)しかし、これだけでは未だ行政国家たるには不十分であり、それに加えて、「法的権限規定」(rechtliche Zuständigkeitsordnung)が他の場合には裁判所に帰属せしめる諸事項をかなり広い範囲にわたって行政に留保する、すなわち行政に司法に対する「優先」(Bevorzugung)を認める場合、初めて行政国家について語ることができる。例えば、係争の法律問題についての法宣言が、たとえ裁判類似の手續の留保の下であれ、行政機関の権限とされる場合である。^(四)

このメルクルの行政国家概念は、純粹に「法律学的」^(五)であり、しかもそれと対をなすものとされる司法国家概念と——彼自身認める如く——「相対的」にとどまる点で、甚だもの足りない。これについては、後にまた詳しく触れるであろう。もちろん、このような行政国家概念も十分可能であり、且つこれまた彼自ら指摘するように、司法国家概

念と共に、司法と行政の間の関係の実定法的形成にとっての、特にこれら執行の両領域間の権限分配にとっての「規整的原理」(regulative Prinzipien)としてのレーゾン・デートルも持つ^(六)であろうが、しかし、それは今日の公法学に要請される第一級概念としての行政国家概念ではあり得ぬこと、論を俟たない。

(一) Adolf Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 65.

(一) A. a. O., S. 65.

(三) A. a. O., S. 65.

(四) A. a. O., S. 66

(五) A. a. O., S. 67.

(六) A. a. O., S. 67

(二) ハンス・ケルゼン

同じくウィーン学派でも、総帥ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の行政国家概念は特異である。すなわち、一九二八年の一論文で彼は、メルクルにおけると同様「法律学的」で、司法国家に対置してではあるが、「直接的」行政と「間接的」行政という彼独特の国家作用分類から出発した興味ある行政国家の概念を立てている。「単に間接的行政の国家」を司法国家(裁判国家)と呼ぶのに対して、「直接的行政の国家」を行政国家と名づけるのである。^(七)

ケルゼンの術語による間接的行政とは、「執行」すなわち立法の下位の法適用に創設作用の段階において、国家がその文化的又は権力的目的を促進する行態に人民を義務づけ、この義務に違反する人民に対して強制行為を以て臨む場合、換言すれば国家目的が単に間接的に追求される場合であり、裁判所の活動すなわち司法と普通行政と呼ばれている国家作用の大部分を包含する。これに対して直接的行政とは、国家が自ら、すなわち直接に、その文化的又は権力的目的を促進する行動を行う場合である。^(八)ケルゼンによれば、いわゆる司法と行政の間には原理的対立はない。メルクルが両者の区別の標識とした組織原理の相違は、ケルゼンにとっては歴史的・恣意的なものであって、本質的なものとはされていない。^(九)執行の理論的・体系的種別は、間接的行政(司法といわゆる行政の大部分)と直接的行政

(いわゆる行政の一部)の間に初めて成立するとされるのである。^(五)そして、その国家作用が立法の外には間接的行政に限られている国家が裁判国家(Gerichtsstaat)、直接的行政にその作用領域を拡張する国家が「言葉の本来的且つ狭い意味における行政国家」と定義されることになる。^(六)なおケルゼンは、直接的行政は、国家がその社会的使命を自覚し、保護救済と経済の作用を以て社会生活に干渉するようになるのに比例してその重要性を増すと述べ、将来の国家はもはや裁判国家ではあり得ず、行政国家へと発展するであろうと附言している。^(七)

このように、ケルゼンの行政国家概念は、直接的行政と間接的行政という注目すべき区別をその根柢に置いている。しかし、この区別自体そもそも、司法と行政という歴史的・実定的区別を完全に捨象した余りにも「純粹」な理論の所産であって、歴史的・実証的実在を対象とする社会科学の概念装置としての市民権を主張し得るかどうか、甚だ疑わしい。

(一) Hans Kelsen, *Justiz und Verwaltung, in Zeitschrift für soziales Recht*, Jg. 1, 1928/29, S. 93. ケルゼンは、その最近の体系書 *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960でも、依然として同様の行政国家概念を採っている。—— S. 300.

(二) Kelsen, *Justiz und Verwaltung*, S. 83 u. 92f.

(三) Merkl, a. a. O., S. 36f. u. S. 42.

(四) 参照、手島、ケルゼンの行政論(法政研究二三卷一九五五年)二七～二八頁。

(五) Kelsen, a. a. O., S. 92参照、手島前掲論文二九～三〇頁。

(六) Kelsen, a. a. O., S. 93 (七) A. a. O., S. 93

(八) ワルター・アントニオリとルートヴィヒ・アダモヴィツヒ

現在のオーストリア公法学界では、メルクルの流れを汲みつつ、しかもかなり局限された行政国家概念が行われて

いるように思われる。すなわち、メルクルの挙げた行政國家の諸標識中の一つを特に強調して、行政行為の法的審査が通常の司法裁判所で行われるか、特別の行政裁判制度によって行われるかを基準に、後者の場合を行政國家とするものである。

例えばワルター・アントニオリ(Walter Antonioli)は、司法國家と行政國家の両概念を行政法の基本概念の一つとして取り上げ、次のような説明を加えている。——司法國家においては、裁判所に行政官庁に対する優越が認められるが、この優越は就中「権限の分配」(Verteilung der Zuständigkeiten)に現われる。そしてその場合、特に、行政行為が通常裁判所によって審査されるということが特徴的である。行政國家にあってはこの裁判所の優越は存在しない。裁判所に対する行政官庁の優越ということは行政國家でもいえないが、しかしここでは両者はとにかく同位にある。特に、行政行為がここでは通常裁判所によってではなく、行政官庁によつてのみか、或いはこれに加えて特別裁判所——行政裁判所——によって審査される、と^(一)。かくてアントニオリは、オーストリア、フランスを行政國家、イギリス、アメリカを司法國家と特徴づけている^(二)。ルートヴィヒ・アダモヴィツヒ(Ludwig Adamovich)も、行政の裁判的統制が通常裁判所に委ねられているのが司法國家、それが組織の特性からして行政の統制という特殊な任務に適合せしめられている特別裁判所すなわち行政裁判所の手に留保されているのが行政國家であると、連邦憲法によればオーストリアは司法國家ではなくて行政國家であると説く^(三)。因みに日本でも、田中二郎教授が、フランスの「行政制度」(régime administratif)の概念に拠りつつ、この線に沿った行政國家(及び司法國家)の概念を立てておられる^(四)。

かかる概念規定に対しては、第一に、それが法的次元での妥当性しか持ち得ないことが批判されるべきこと、いうまでもないが、第二に、それは即目的にも適切でないことが指摘されねばならない。けだし、ウーレが正しく批判する^(五)

ように、例えば今日の西ドイツの如く、行政裁判所を持つことは持つが、しかしそれは司法権の一部として制度化されていくという国家をも行政国家と特徴づける（現在のオーストリア学派の概念規定からは、そういうことにならざるを得ない。）のは、何としてもおかしなことであり、且つ無意味なことであろうから。更にいえば、第三に、このような用語法は、行政国家（又は司法国家）という一般的命名を正当化せぬほど余りにも狭く特殊化され過ぎている。行政国家とはあくまで「行政の国家」のことであって、「行政裁判制度の国家」のことではあり得ない、とはウーレのいみじくも述べるところである。^(六) 実際、現在のオーストリア学派流の定義による行政国家は、「行政裁判制度の国家」（*Staat der Verwaltungsgerichtsbarkeit*）^(六)、或いはフランスにおけるように「行政制度を持った国家」（*pays à régime administratif*）と指称すれば足りるのである。

(一) Walter Antonioli: *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 1954, S. 49.

(二) A. a. O., S. 49. メルクルにあっては、プロイセン、イギリスが司法国家として、行政国家たるオーストリア、フランスに对照せしめられてくる（Merkel, a. a. O., S. 66）のと比較される。

(三) Ludwig Adamovich, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, 5. Aufl., Bd. I. 1954, S. 26 u. S. 139

(四) 田中二郎、*行政法総論*（法律学全集）、一九五七年、六八頁及び八三頁。

(五) Ule, a. a. O., S. 129. (六) A. a. O., S. 129.

二 行政国家の概念構成

以上批判的に概観した独塊の学説史的発展を踏まえて、行政国家論の出発点として適切な行政国家概念の構成を試

みてみよう。

(一) 行政国家の標識

行政国家とは、国家の機能・機関の分化の中で行政に重心のかかった国家である、として異論はなからう。国家の機能・機関の分化は、歴史的に立法、司法及び行政の三分法が制度上も理論上も一般的であること周知の通りであるから、結局、行政国家とは立法、司法との関係において行政に重心のかかった国家ということになり、行政国家の概念は立法国家、司法国家のそれと組概念をなすことになる。カール・シュミットの挙げる「統治国家」は、この場合行政国家を含めて考えられてよい。

問題は、ここにペーターズに従って用いた「重心」というのが何を意味するかである。それは、単に量的な重心のことを意味するもので筈はないのである。何故なら、それが何らか質的な標識を指示するものでなければ、学問的にことさら行政国家（及び立法国家、司法国家）の概念を立てる必然性も意義も乏しいのであろうから。この意味で、メルクル流の「権限分配における優先」なる相対的指標は採ることができない。ケルゼンの呈示する「直接的」行政の基準は、甚だ特異ではあるが、確かにそれ自体としては質的区別を可能ならしめる。しかし、現実の国家は、彼のいう裁判国家であっても、間接的行政のみならず多かれ少かれ必ず直接的行政も行っているのであるから、現実の問題としてはこの標識による区別も結局量的・相対的なものになってしまう。

私見によれば、この「重心」はいわゆる政策形成 (Policy making) の中心と解さるべきである。政策形成は、なるほど、アメリカのアップルビー (Paul H. Appleby) がいうように、大なり小なり統治のすべての過程で行われ^(一)る。しかし、一国家における政策形成の中心がどこにあるか、詳言すれば、実質的な意味で決定的な、国家の基本的政策がどこで形成されるかは、実証的に確認できることである。「如何なる種類の最高意思が決定的瞬間において最

後的であり、国家にとって性格規定的であるか」というカール・シュミットの基準は、かくて、「政策形成の中心」というこの標識に近い。しかし後者は、いうまでもなく、現代政治学・行政学によって発展せしめられた政策形成理論の成果に立脚したものである。

ここにおいて、行政国家とは政策形成の中心が行政にある国家である。(この、政策形成の中心が行政にあるということが、普通「行政権の優越」といわれていることの学問的意味とされなければならない。)この概念は、政策形成の概念そもそもがそうであることからしても、当然「社会学的」である。すなわち、それは、法的規定・制度のみに囚われることなく、現実の社会的事実として行政に政策形成の中心が見られるかどうかを問題とするものである。このような「社会学的」国家概念であって初めて、今日の憲法学・国法学の要請に応える行政国家概念たり得る。というのは、それが初めて、法的規定と拘りなく或いはそれに反してすら行政に政策形成の中心が移行しつつあるという今日の問題的地位を学問的に把握することができるからである。もちろん「権限」に着目するオーストリア学派や、更にはウーレのように、法的象面にのみ視野を限って行政国家の概念を構成することも論理的には可能である。しかし、このような「法律学的」行政国家概念は、上述の重大な問題的地位を全く把えることができないという意味で、実り豊かなものでなく、単に二流、三流の概念たるにとどまるであろう。例えば日本の場合、行政国家的傾向はこども既に現実の問題であるが、法的次元にとどまる限り、立法国家性(日本国憲法四一条)や司法国家性(同八一条)については語り得ても、行政国家性は探り出すことが困難である。

なお、行政が政策形成の中心的地位を占めるといふことは、必ずしも行政部に立法や司法も移行するということと同義ではない。前者の現象は、同時に行政自体の機能変化から結果するからである。かくて、ウーレが行政国家を「立法と司法が行政官庁によって引き受けられる、或いはとにかく立法と司法の本質的任務が行政官庁に移した国

家」と定義するには賛し難い。

(二) 狭義の行政国家と広義の行政国家

このような行政国家現象は、権力分立を憲法上の要請とする自由民主政の下で現われるとき、最も大きな憲法学・国法学的問題性を提示する。すなわち、ペーターズによって指摘された、行政国家的現実が立法者によって顧慮されていないことから来る病理的諸現象の外、それ自体の伴う重大な問題性として、——(1)行政部の事実的優越に因る、三権の均衡抑制を中心とする権力分立制(自由主義的統治機構)の危殆化、(2)国民の直接的代表機関でない行政部が政策形成の中心的地位を占めることに因る民主政原理の動揺、(3)立法部及び司法部の後退に因る基本権の侵害その他、法治国家性の破壊など、——要するに、自由民主政なる国家体制そのものとの矛盾衝突が見られる。行政国家概念が、既に観察したように、自由民主政下における行政国家現象の出現した今世紀に至って初めて論ぜられるようになったのも故なしとしない。われわれは、権力分立制、従って自由民主政を前提とするこのような行政国家を狭義の行政国家としてよかろう。

ここでは、立法、司法及び行政の分類が機能的にも機能的にも制度上明確であって、行政国家(及び立法国家、司法国家)現象は典型的な形で認識され得るという意味からも、〃狭義〃である。われわれの行政国家論が直接の対象とするのは、いうまでもなく、この狭義における行政国家である。この意味での行政国家(及び立法国家、司法国家)は、結局、権力分立国家の亜型に外ならない。

しかし、立法、司法及び行政の分類をカール・シュミット流に理論的なものとして把えるならば、行政国家概念は権力分立制と無関係に立てられる。上述の狭義の行政国家の外、権力分立制以前の絶対主義的行政国家、権力分立制を否定ないし止揚するフ、ァ、シ、ズ、ム、的行政国家及び社会主義的行政国家がここに登場する。これを広義の行政国家と呼

ぶことができよう。ペーターズが、行政国家の類型として自由民主政諸国家の外、権威主義国家及び全体主義諸国家を挙げるのは、この広義の行政国家に関するものとして理解される。

但し、狭義の行政国家とそれ以外の広義の行政国家との間には、それらの根拠、現象形態及び問題性において、かなり大きな、しばしば本質的な、差異が存することを看過してはならない。例えば、後者にあつてはその問題性は専ら政治哲学的なそれであつて、前者におけるような国家体制自体との矛盾衝突は見られない。行政国家の歴史的諸類型のこのような差異に十分留意するの でなければ、不当な一般化によつて、価値判断の規準が混乱する恐れがある。カール・シュミットの場合が、まさにそうであつた。この点は、ペーターズによつては指摘されていない。

もっとも、例えば日本や西ドイツの場合には、過去の絶体主義的及びファシズム的行政国家と現在の自由民主政的行政国家の間の歴史的・社会的関連が、そこから生じて来る特殊な問題性と共に、問題の究明に當つて十分に顧慮されなければならないことは論を俟たない。

(三) 行政国家と職能国家

われわれの直接の対象である狭義の行政国家は、基本的には、現代の自由民主政国家——資本主義国家——が様々な矛盾対立を孕む高度に工業化された社会の一体性保持のため、大規模に国民の社会・経済社会に干渉せざるを得なくなつてゐる現象、すなわち「職能国家」(Leistungsstaat; service state)とか「社会国家」^(四)とか呼ばれる現象——以下単に職能国家と呼ぶことにするが——の一帰結に外ならない^(五)。このことは、既に見たように、ウェルナー・ウェーバーの重点的に論述するところであつた。このように、行政国家と職能国家は密接な関連に立っている。しかし両者は、アメリカの文献に往々見られるように、概念的に混同されてはならない。いうまでもなく、後者が統治の目的ないし存在理由を基準とする国家類型であるのに対して、前者は統治機構の形式的観点からする国家分類であ

る。例えば、国家任務の増大ということは、直接的には職能国家の問題である。それが、立法及び司法との比較における行政の任務の増大ということになって、初めて行政国家の問題となる。

(四) 結 語

以上の私見を要約すれば次の如くである。——行政国家とは、立法、司法との関係において行政に政策形成機能の中心が存する国家のことである。この概念は、社会学的概念として構成される。そしてそれは、狭義には一般的概念としてではなく、権力分立制すなわち自由民主制を前提とする歴史的概念として把握されるべきである。しかし、その場合、その根拠となるいわゆる職能国家との概念的混同は避けられなければならない。

かくて、現代憲法学・国法学の重要な一部門を形作るべき行政国家論は、このような概念規定を出発点として、(1) 職能国家や、場合によっては絶対主義的又はファシズム的行政国家の伝統といったその社会的・歴史的背景、(2) 立法、司法との対比における行政の任務の量的・質的増大及び概構の膨大化、官僚制化、特に議会及び政党との関係における行政への政策形成機能の中心の推移など、その現象形態、

(3) 既に先に言及したその問題性、並びに

(4) 以上から引き出さるべき憲法学・国法学的理論の定式化、を取り扱うべきであろう。筆者の次の課題である。

(一) Paul H. Appleby, *Policy and Administration*, 1949, P. 20.

(二) 参照 Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, supra S. 75f. ——「十六世紀以来形作られて来る絶対主義国家は…

……軍隊と官僚制に基いている。故にそれは本質的に執行部と政府の國家である。その存在理由……は、内容の充実した規範ではなくて、それがそこにおいてとにかく初めて規範が妥当し得るような状態を創り出す効果性に存する。」

(三) ファシズム国家及び社会主義国家と権力分立制の関係については、参照、清宮四郎、憲法Ⅰ（法律学全集）一九五七年、七

○頁及び七一頁。

(四) フォルストオフによれば、社会国家とは「不可欠な生存配慮 (Daseinsvorsorge) のための給付及び分配の国家」である。
—— Ernst Forsthoff, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, 1954, 2. Aufl. 1961, S. 9 u. S. 8. なお、*生存配慮*の概念については、彼の *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959 S. 26 を見よ。

(五) 参照、Gerhard Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1958, S. 88, Anm. 21. —— 「この社会的な給付及び福祉国家 (sozialer Leistungs- und Wohlfahrtsstaat) が、民主的立法国家を行政国家たらしめた。」
(一九六二年九月ケルンにて脱稿)