

行政国家と憲法

手島, 孝
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1502>

出版情報 : 法政研究. 32 (2/6上), pp.1-38, 1966-03-15. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

行政国家と憲法

手 島 孝

内 容 目 次

序 論

第一章 行政国家の憲法的無視

第二章 行政国家の憲法的問題性

第一節 行政国家と国民主権

第二節 行政国家と権力分立

第三節 行政国家と法治主義

結 論

序 論

論 說

現代の資本主義国家は、国家機能の積極化・大量化する「職能国家」であり、それは、実効的な基本的政策の形成

・決定が行政部に集中する“行政国家”への強い傾向性によって特徴づけられている。⁽¹¹⁾

この職能国家および行政国家の憲法現実とは、自由民主主義（市民的民主主義）憲法の規範構造にさまざまの影響を与えずにはおかない。うち、国家目的類型としての職能国家の現実とは、日本国憲法二五条の“福祉国家”理念、或いは西ドイツ基本法二〇条の“社会国家”概念として、すでに実定憲法化されさえしている。しかし、これに対して、国家機構原理としての行政国家的傾向は、フランス第五共和国憲法などの例外を除けば、憲法規範と鋭い緊張関係に立つ。

いまや自由民主主義国家体制は、好むと好まざるとにかかわらず、行政国家的形態でしか現実には存続しえない。ところが、規範としての憲法は、今日、わが国や西ドイツの場合、立法国家ないし司法国家的色彩に強くいろどられている。そののみか、学説・判例の大勢には、むしろこの色彩を行政の犠牲において一層強調する方向すら看取される。しかし、行政国家の必然にまったく目を閉じ、さらにはこれに全面的に敵対の態度をとることは、民主政憲法の存立そのものにかかわりはしないか？

もとより、他方、同時に行政国家の現実が自由民主主義憲法にもたらす大きな脅威を看過することは許されない。それは、後者の本質を成すと見られる国民主権、権力分立および法治主義（狭義）の諸原理にとって、きわめて問題的な状況を醸し出し、それらを厳しい試練にさらす。このことは、社会自体の——それと共に行政部の——民主化において後進的な諸国においてとくに然りである。かくて、行政国家の必然を顧慮することが現代憲法に要請されるとしても、果たしてそのことによって現代憲法の本質自体が破壊されてしまうという重大な矛盾は生じないか？

本論稿は、西ドイツの場合に即しつつ⁽¹²⁾、このような現代行政国家をめぐる憲法問題性に迫ろうとするものである。具体例として西ドイツが選ばれたのは、そこでの実際と理論にこそ、われわれにとって問題究明への豊富な手が

かりが見出されると思われたからに外ならない。

これまでの学問的生涯を一途に現代の憲法・政治・行政の科学的解明にささげてこられた Jubilate に、ささやかではあるが、攻究の分野を同じくし、その学恩に負うところ多いこの研究を献呈しうるのは、筆者の深く喜びとするところである。

(一) 本稿で「行政国家」の概念は理念型として価値中性的に用いられていることを注意されたい。「行政国家」の概念につき詳しくは、筆者の「行政国家論序説」（本誌二九卷一・三合併号、昭和三八年、二〇一～二二三頁）、「ドイツ行政国家論（一）」導入部二（本誌三一巻三号、昭和四〇年、二一一～二二三頁）、「福祉国家と行政国家」（第三〇回日本公法学会報告、『公法研究』二八号、昭和四一年、収録予定）および「Über den Verwaltungsstaat」（Gedächtnisschrift für Hans Peters, 1966 収録予定）。なお、現代国家について同時に見られる「政党国家」的傾向との関係については、別稿であらためて取り上げたい。

(二) 以下の考察の基盤となる西ドイツ行政国家の実態の分析・検討は、すでに「ドイツ行政国家論（一）（二）」（本誌三一巻三号二〇九～二四二頁、三二巻一号三九～六八頁、昭和四〇年）において行なわれている。

※「ドイツ行政国家論（三）」（第二部）にあたる本論文をもって、筆者の（ドイツ）行政国家研究はその粗描的作業を一応完了する。

第一章 行政国家の憲法的無視

一 行政は「活動する憲政」(thätig werdende Verfassung)であり、憲政は「行政の活動なくしては無内容」(inhaltlos ohne die Thätigkeit der Verwaltung)である、というL・フォン・シュタインの言葉が、今日ほど適切に妥当する時代はない。高度に錯雑した産業社会を基盤とする現代の民主政国家は、その存在意義充足に不可欠の即物性、積極性、形成性、機動性、専門性、技術性、継続性、大規模性をひとり能く供給する行政に、いまやまったくその存立をかけている。西ドイツにおいても、正当に「行政国家と現代大衆民主政の結合」について語られる所以である。^(三)

二 ボン基本法は、しかし、このような行政国家の現代的必然性にはほとんど一顧だに与えていないように見える。それどころか、ナチス執政—行政国家のあつものに懲りた警戒心は、立法と司法を強く前面に押し出し、執政・行政にはむしろ可及的控制の態度をもって臨んでいる。^(三) わずかに職業官吏制の保障(三三條五項)があるが、これも「伝統的諸原則」の顧慮を要求するにとどまり、積極的な、現代行政国家的意味での規定とは見られない。^(四) この姿勢は、学説・判例によってさらに徹底されようとしている。たとえば、「行政の法律適合性」の憲法原則(基本法二〇條三項)の内容の一を成す「法律の留保」は、従来一般権力関係、それもいわゆる侵害行政についてのみ妥当するものとされてきたが、近年、イエツシュ、シュパンナー、シュターン、マルマン、メンガーら少なからぬ学者たちによって、給付行政、授益行政からさらには特別権力関係をも含む全行政活動に形式的法律すなわち議会による授權を要するものとする理論が——もつとも判例は未だこれに随わないが——主張されるに至っている。^(五) また、行政に対する司法的統制(基本法一九條四項)の範囲も著しく拡張される傾向にあり、裁判の対象から排除される「統治行為」の存在

を、判例とともにパツホフ、イエツシュ、レルヒエ、シュロツハウアー、オーパーマイヤー、ウーレ、デューリツヒなど有力な学説は全面的に否定するし、^(六)同じく「自由裁量」についても、学界の支持をえて裁判所は、裁量概念を不確定法概念に解釈し換えるという方法で、或いは最近案出された「瑕疵なき裁量行使を求める市民の公権」——「無瑕疵裁量行使請求権」(Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung)——なる理論構成によつて、これを大幅にその審査権の埒内に取り入れる動きを示しつつある。^(七)

三 行政國家に対する警戒には——絶対主義的およびファシズム的執政——行政國家の過去をになう西ドイツの場合とくに——十分の理由が存するとしても、前述のように行政が民主政の生命線である今日、抑制一点張りでこれに相應の憲法的地位をみとめないこのような立場は、かえって民主政そのものの否定に帰着する恐れはないか？ 憲法は、果たして行政にとって「プロクルステスの寝台」であつてよいか？

この疑問に対し、三権分立の憲法原則を強調することによって、他の二権に対する行政の同位・自主性（それは相對的に、現状より行政の憲法的地位を強化することになる）を主張するものに、ペーターズがいる。彼によれば、行政國家的現実にふさわしい独自の地位を行政にみとめるのは現行憲法上も可能であり、むしろそれが三権分立に立脚する憲法の正しい理解に沿っているということになる。

四 ペーターズは、まず、「すでに大幅に進展してはいるが、大多数の憲法制定者によつても關係の人民によつてもほとんど認識されず、むしろ、過去の理想像に適合せず成文憲法成立の時代の理想と一致しないという理由で、しばしば、「拒否」または——より適切にいえば——無視されるところの、われわれの公的生活の一現象」としての「行政國家」を論じたその一九五〇年の講演^(八)で、行政國家的現実を無視することから生じている政治的・憲法的に危険な諸兆候を的確に指摘している。——

1 立法者は、立法国家観によればもつはずの影響力を、その立法活動および憲法的統制によってはもはや揮いえないので、他の方法を求めるようになる。そしてその方法とは、実際には、行政の人事政策に対する——決してその指導的地位に対してに限らない——政党政治的干渉の過剰をその主たるものとする。国家における権力をめぐる闘争は、つねに——時としては無意識的に——もつとも重要な力の場が存するところへと推し移されるのである。これと関連して、われわれの国家が行政国家であるという事実の見誤りは、職業官吏制は果たして中ブーワール・ニュートル立権力か或いは議会の多数意思の道具かの憲法的決定という重要問題が憲法制定権者によって看過される事態を招来している。

2 また、行政国家の需要を立法国家の手段をもって充足しようとする立法者の「誤った」熱意が、法律の肥大と「一般条項への逃避」という二つの帰結を余儀なくする。前者は、立法者を皮相的態度に、法適用者を制定法との不断の衝突に、そして市民を法律の軽視に導き、これによって法治国家の実現に切実に必要な法と法律に対する尊敬を破壊する。また後者は、ペーターズによればそれほど危険なものではないが、しかしこれとてやはり、立法国家の法治国家的思想と矛盾するものである。

3 さらに、この状態の中で立法者の制定する法秩序の遵守が行政の領域において脅やかされているという認識が、いまや司法権の出動を促す。行政における法が問題というので、人は百年以上前から推賞されている司法国家の処方箋に飛びつき、裁判官に立法と行政、それどころか憲政と政治さえも統制せしめようとするのである。しかし、法的争訟の解決という意味での裁判をもってしては、行政国家の現実に適確に対処することはできない。しかも、司法権にその本質と異質的な諸任務を課すことは、まさに司法国家の先駆者たちが避けようとした司法の政治化すなわち司法の危機をもたらしこと(九)になる。

要するに、行政国家の規範的無視が、かえって、それによって防衛しようとした憲法体制そのものの侵蝕を招いて

いるパラドックスが、ここにペーターズによって鋭く剔抉されているのである。

五 こうして、むしろ行政國家の事実を承認し、これを法治國家の一形態として整序する努力こそ現代公法学の急務であるとして「行政國家のための闘い」を提唱したペーターズは、その十四年後、ケルンにおける学長就任講演として「独立の國家權力としての行政」のために語っている。

ここで彼の論鋒は、「伝統のないゆるる三権の間における行政の独立(Eigenständigkeit)と等価(Gleichwertigkeit)を否定とは行かぬまでも貶とすことによって、行政を国法的・政治的に是認しえぬ過小評価にさらす」⁽¹⁰⁾ 傾向に対して向けられる。彼によれば、今日の行政は「法律の執行」から「自由な形成」、さらには近時大きく「企画」(Planung)へとその任務領域を拡張しており、「市民のために補完的に活動する國家のもっとも包括的な^{エマナチオン}放射」として「強大な、疑いもなく不可欠の」独自の機能を果たしている。⁽¹¹⁾ この行政の独立性を脅やかす傾向はすべて、權力分立の憲法原則に反するものとして「基本法違反(違憲)なのである」⁽¹²⁾。現在西ドイツに一般的な「行政の過小評価」の由って来るゆえんをペーターズは詳細に分析してみせるが、その中で、小國家の理想像から現代の産業大衆國家を評価する「誤ったデモクラシー観」、絶対政國家の時代——とくにナチスの時代——から育まれてきた「行政に対する不信」、行政官についても依然として法曹教育を要求する「(行政官)養成法の重大な欠陥」などの指摘は傾聴に値しよう。⁽¹³⁾

行政の自主性の危殆化を防ぎ、基本法二〇条二項・三項が要請する三権の原則的等価を回復するには、それではどうしたらよいか。ペーターズに従えば、何よりもまず、「三権の均衡は民主政と両立するのみならず、まさに民主政によって要請されるものでもある、という認識」が必須である。すべての權力の濫用防止は民主政においても必要であり、このために權力分立は一つの適切な手段である。民主政は、議會に構成的・立法的権限を与えるが、それをす

論 説 べてを支配する唯一の國家機關と規定するものではない。独立の司法についてと同じように、自主的行政についての余地もまた存在する。つぎに、行政の自主性保障の心理学的前提として「行政の自覚と進取性 (Entscheidungsfreidigkeit) の強化」が要求される。その際、この自覚は、「ドイツにおいて職業官吏団は歴史的に議會的權力者の官僚制的道具であるばかりでなく、同時に國家を担う階層である」という專実に立脚することができるとされる。官吏のエトスの復興策としてペーターズが挙げるのは、一般高級行政官のための「独自の養成課程」の再建、大学における行政学の研究・教授の強化、行政法的諸問題の規律に際しての「立法者の自制」、古典的行政法学の維持・展開、法治國家の訴訟國家化の傾向の抑止等々である。^(二四) こう論じ来って、ペーターズは結論として述べる。——「これ〔行政の自主性〕は基本法によって要求されており、したがってまた、小理窟を弄する解釈によって危険にさらされてはならない。それどころか、第二の國家權力としての行政は、われわれの民主的共同体秩序の生産的發展と人類の生存可能性の保障のための、すなわち公益および個人のための、その巨大な任務に当面しては、不可欠である」と。そして、この主張を補強するものとして、「法秩序は、執行部の万一の權力濫用に対する個人の保障手段を十分に含んでいる」との樂天的な見解を付加している。^(二五)

六 ペーターズの「行政國家のための闘い」は、三權分立の憲法原理を堡壘として展開されている。したがって、それはまず、現在憲法規範解釈の上で立法、司法の下風に立たされたと彼の見る行政の失地回復の闘いである。^(二六) しかし、行政國家的現實をその不可避の本質性において（民主政維持に不可欠の限度で）憲法規範の次元に引き上げ、^(二七) 錨止めするには、より積極的に「社會國家」の憲法条項を——けだし、社會國家は現代の条件の下では必然的に行政國家的形態を要請するであろうから——手がかりとすることも考えられないではなからう。

しかし、行政國家の憲法的顧慮を云々するには、まず不可欠の前提として、行政國家自体のもつ大きな憲法問題

性に十分の検討が加えられなければならない。また、その国の行政権の性格（その民主化の現状と可能性）につき仔細の吟味がなされなければならない。もし、憲法現実において行政権が歴史的・社会的に異常に強大かつ非民主的である場合には、立法国家性ないし司法国家性の憲法規範的強調、したがって行政国家の憲法的無視ないし敵視も、控制的原理として、消極的意味では意義なしとしないことにならう。

(一) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 1. Theil, 3. Aufl, 1887, S. 28.

(二) Werner Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 1953, S. 93. ただし、この本の『行政国家』概念は未だ十分の理論的洗練を経していないが——。参照、拙稿「行政国家論序説」二〇四～二〇六頁。

(三) 参照、拙稿「ドイツ行政国家論（一）」二二六頁以下。

(四) 参照、同右二二四～二二五頁。

(五) 参照、拙稿「西ドイツ公法学管見」（『法律時報』昭和三九年四月号）五五～五六頁、塩野宏「資金交付行政の法律問題（一）」（『国家学会雑誌』七八巻五・六号、昭和三九年）二六四～二七五頁、Hans Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, 1965, S. 15, S. 35 Anm. 12.

(六) 参照、拙稿同右五六頁、Theodor Maunz u. Günter Dürig, Grundgesetz : Kommentar, 2. Aufl, 1963, Art.19 Abs. VI Rdnr. 24.

(七) 参照、Peters, a. a. O., S. 21 ff, S. 24. この後者の理論は、今日では一般に承認され、(Otto Bachof, Über einige Entwicklungstendenzen in gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II, 1963, S. 17) / 『政治学』(Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 Abs. IV Rdnr. 31 u. 36) 参照。

(八) Peters, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, Festschrift für Wilhelm Laforet, 1952, SS. 19—36. 参照、a. a. O., S. 21.

(九) A. a. O., SS. 32—34.

- (一〇) Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, S. 5 f.
- (一一) A. a. O., SS. 7—11. 其中「自由な形成、(freie Gestaltung)とは、公共のための事務の積極的な実施」を意味する。現今一般的な「生存配慮」(Daseinsvorsorge)の表現をペーターズが用いないのは、それによって、市民自身ではなくて國家が「生存」のために配慮すべきであるとの「政治的に謬った表象」を喚び起こすから、とされている。——
- A. a. O., S. 8.
- (一二) A. a. O., S. 12 f.
- (一三) A. a. O., S. 13, S. 21, S. 27 f.
- (一四) A. a. O., SS. 29—32.
- (一五) A. a. O., S. 32 f.
- (一六) ペーターズ主宰のケルン大学法学部行政科学研究所に客員として滞在した在外研究期間中(一九六一—三年)、筆者が一再ならずペーターズから耳にしたのは、「現状では行政権は立法、司法両権の下位に立つものの觀を呈している」との歎きであった。

第二章 行政国家の憲法問題性

行政国家的現実の憲法的無視ないし排斥が、行政をかなめとする民主政の現代的生存形態に顧慮を払わぬという意味で、きわめて問題的な状況を生み出していることについて上に述べた。この無視・排斥は、また他面では、行政国家の現実の規範的把握を放棄することにより、かえって、行政国家現象がもつさまざまな憲法問題性をその本質的・全的な姿で規範的意識に上さないことにもなるのであるが——。この、行政国家自体の憲法問題性を徹底的に分析し体系的に認識することは、今日の憲法理論が行政国家に規範的地位をみとめることを問題とする場合、欠くこと

をえない作業である。ペーターズの所論は、行政国家をめぐる憲法的意味をもった二重の問題状況中、行政国家の無視・敵視に由来するそれに向けて集中され、楯の半面たる行政国家現象自体のもたらすそれを等閑視している憾みがある。

実効的な基本的政策が行政部を中心として形成され決定される行政国家は、国民主権、権力分立および法治主義（狭義）によって組み立てられている（成文規範としての）現代民主政憲法となじみ難いばかりか、むしろそれ否定的に作用する傾向性を有する。この点に、以下、詳細な分析・検討のメスを加えてみよう。

第一節 行政国家と国民主権

一 基本法二〇条は、ドイツ連邦共和国を「民主国家」と規定し（同条一項）、「すべて国権は国民より発する」と謳って「国民主権」（*Volkssouveränität*）を宣言する（同条二項一段）⁽¹⁾。もとより、基本法は国民を国権の「保持者」（*Träger*）として措定しながらも、その「行使」（*Ausübung*）は「選挙および投票において国民により」、また「立法、執行権および司法の各別の機関によって」なされるものとしている（二〇条二項二段）。この国権行使形態のうち、直接民主政的なものは基本法では大きく後退し（連邦議会および地方議会の議員の選挙のほかは、わずかに二九条所定の連邦領域再編成についての国民投票の制度が存するのみである）、三権各別の機関による間接民主政が文字通りの原則となっている。ところで、このように国権の現実の行使をほとんど独占する三権別の各機関は、いずれも「国民の機関」（*Volkorgan*）であることにおいて異なるところはない⁽²⁾。しかし、国民主権の理念からするならば、国民による選挙によって正統化される「国民の代表機関」たる立法機関、なかならず連邦議会が、国民機関性のすぐれ

て明瞭なものとして「もつとも中心的な機関」ということになる。^(三)かくて国民主権の憲法原理は、その機構的担保として、国権行使—国政—における立法部中心主義（＝立法国家）を要請するのが自然である。現に、基本法の規範構造はこの建て前の上に立っている。^(四)

現代民主政の国民主権原理は、さなきだに、この立法機関の「国民代表」性の擬制化によって形骸化しつつある。それは、行政国家への移行とともにいよいよ拍車をかけられることとなろう。けだし、そこでは、本来その国民的正統化が間接であり、しかも近来その媒介項たる立法部・執政部からの乖離現象が著しい行政部に、国家活動の実質的中心が明らかに転移するからである。

二 しかし、行政国家的形態が現代民主政にとって不可避とすれば、今日、国民主権原理の維持は、一に行政部の民主化（国民主権的正統化）の成否如何にかかっているといわねばならない。ペーターズは、「特殊ドイツ的な状況の下で、職業官吏団はその卓越した専門的資質によって特別な信頼を受けており、またその地位が国民に間接に由来することに、その民主的正統性も異論の余地なく確立しており、たとえば裁判官——その民主的地位は、自主的行政のかの反対者たちによって通常争われることがないばかりか、より高く評価されさえするのであるが——の権威とまったく同じように基礎づけられている、いや、多くの行政部門における公選の自治行政体の故に、それより一層国民に近いものである」と述べるが、^(五)果たしてそのように行政部の民主的正統性は「異論の余地なく確立している」といえるであろうか？

三 まず、行政部の構成についてこの点を検討してみよう。

連邦官吏の任免権は、憲法上は連邦大統領（執政政府）にある（基本法六〇条一項）。もつとも、この大統領権限は、

上級職以下については各最高官庁に委任されており（基本法六〇条三項、連邦官吏法一〇条一項、一九五〇年五月一七日の大統領規則一条一項一段）、また各最高官庁はこの権限をさらに下位官庁に委任することができ（同上規則一条一項二段）、普通それは中級職以下について行なわれている。^(六)大統領の手に残されている高級職官吏の任免につき、彼は任命と政治的官吏（次官、一等参事官など）の一次的退職処分とに關しては法規の範囲内で政治的裁量権をみとめられている^(七)のであるが、実際にはこれらの権能も「所管の省の申出に基いて」——三等参事官以上の任命の場合には閣議を経た申出に基いて（連邦政府規則一五条二項 a）——行使される。^(八)こう見てくると、西ドイツ官僚組織の厩大・強固さ、^(九)連邦官吏法による職業官吏の身分の強度の保障とも考え合わせるとき、行政部人事に対する連邦大統領および連邦宰相（執政府）の民主的統制はきわめて形式的にとどまり、行政の民主的正統化の観点からこれを評価することは甚だ疑問といわざるをえない。（同じく執政府でも、大臣となれば、国民の代表者によって選出される大統領や宰相に比べ、その民主的正統性はきわめて間接的なものになってしまふし、^(一〇)その大臣にしても、自省の人事を掌握し効果的に統制しうる状態にあるとは考えられない。）

なおまた、基本法三三条二項によれば、「すべてドイツ人は、その適性、能力および専門的業績に依じて、均しくすべての公職に就く権利を有する」とされ、この面から行政部の人的構成の民主性が担保されるようにも見えるが、これは単に「応募の権利」を保障したに過ぎず、^(一一)しかもこれを承けて官職公募（Stellenausschreibung）を義務づける連邦官吏法の規定（八条一項）も、^(一二)三等参事官以上のポスト、また原則として各ラウフバーン内の昇任ポスト（Beförderungsstelle）等々には適用されないし、^(一三)また公募が行なわれる場合でもそれは形式にとどまり、実際には、行政部の手中にある実質的人事権によって圧倒的に職業官吏が任用されることになる。

かくて、グレーヴの言を借りれば、「官僚制は、まさに、匿名的な、専門的資格をもち上から任命された職業官

説 吏制としてのそのドイツ的特殊形態においては、民主的正統化に何のかわりもたない。^(一三)

論

もちろん、行政機構の内部に民主的要素が全く欠けているわけではない。たとえば、郡、市町村、とくに後者のレ

ベルの行政組織には、かなり強度の人民主権原理の発現が見られる。すなわち、市町村の最高機関として市町村行政

に関する議決権と監督権を有する市町村議會は、住民の公選にかかる議員によって構成される(基本法二八条一項二段)。

なお、バーデン・ヴュルテンベルク州では、人口三千以上の市町村は、議會のとくに重要な議決に対する「同意機

関」(「第二の地方議會」)として、議會議員の倍数の公選委員を擁する市町村民委員会(Bürgerausschuss)を設置

することができるし、^(一五)さらに同州のほか、バイエルン、ニーダーザクセン両州には、重要事項の討議に関する「市町

村民總會」(Bürgerversammlung)召集の制度がある。^(一六)また、市町村行政の執行機関たる首長(Bürgermeister)――

ノルトライン・ヴェストファーレン州およびニーダーザクセン州では市町村事務長(Gemeindedirektor)、合議型二

元制を採るところでは首長と参事会(Magistrat)――および首長ないし事務長の代理者たる助役(Beigeordnete)は

市町村議會によって選挙される。バーデン・ヴュルテンベルクおよびバイエルンの南独二州に至っては、首長は住民

の直接公選である。^(一七)このように、地方行政の場面では、地方自治(住民自治)との関連で行政組織の民主的構成につ

いて或る程度語ることができるが、それは、滔々たる中央集権化の今日、行政を全国的規模で見た場合果たして如何

ほどの意味をもちうるであろうか? 実効的な基本的政策の形成・決定の機能は中央政府に集中し、しかもその機能

を實質上担当しているのは完全に「官僚制」的に組織された中央職業官吏団なのである。

行政機構内部の民主的分子としては、また、訓令から自由な、決定権を有する委員会(Beschlussausschuss)の存

在がある。^(一九)これらは、たとえば、各七名の正委員、予備委員中、各三名は「関係労働組合の連合組織による指名に基い

て」任命されることになっている連邦人事委員会(Bundespersonalausschuss)(連邦官吏法九六条)や、三名の委員中一

名は州政府の法規命令の定める決定機関によって選任される「名誉職の陪席員」をもって充てる各郡グライースの徴兵選抜委員会（*Musterungsausschuss*）、同じく四名中二名を同様の名誉職陪席員による兵役拒否審査委員会（*Prüfungsausschuss für Kriegsdienstverweigerer*）（以上、防衛義務法一八条、二六条）のように、構成員の若干を行政客体たる人民（利益団体）ないし広く民間から充当する。しかし、この種の合議体が基本法下においてかなり増加しているとして(110)も、それらに担当せしめるに相応わしい行政機能・行政権限は元来きわめて限られたものであり、行政組織全体に民(111)主的色調を与えるには程遠いといわねばなるまい。

四 つぎに行政作用の場面を観察してみる。

行政過程に主権者としての人民が直接に関与するのは、わずかにバーデン・ヴュルテンベルク州における「市町村民決定」（*Bürgerentscheid*）と「市町村民請求」（*Bürgerbegehren*）（同州市町村制二一条）にその例を見るに過ぎない。すなわち、ここでは、「重要事項」（1 住民全体のための公共施設の設置または本質的拡張に関する決定、2 当該市町村の基本組織の変更、ビュルガーマイステライ3 市町村全部事務組合の結成に関する協定、4 その他、法二一条二項所定の除外事項以外で基本条例の定める事項）について、市町村議会は総議員の三分の二の多数決でこれを市町村民決定に付すことができる。この市町村民決定は、また市町村民によっても提案されうる（市町村民請求）。それには、住民四万以下の市町村にあっては市町村民（有権者）の四分の一（最高限四千）、四万以上の市町村にあっては同じく一〇分の一（最高限三万）の賛成署名を要する。市町村民決定は有権者の過半数の投票をもって成立し、その決定は市町村議会の確定議決の効力をもつ。(112)住民自治、したがって人民主権の徹底と評価されうるこの制度も、しかし現状では、その採用は全国的に極く一部の地方に限られているし、(113)しかもその対象たりうる行政作用は上記のとおりきわめて限定され、市町村民請求の如きは、決して低くない署名要件の定めのほか、その許否については市町村議会在決定するもの

説とされ、また「必要な資金の調達についての、法令の規定上実行可能な案」を含むことを要求されているなど、その論
論 実際の意義は甚だ局限されたものとどまっている。また、かりに各州の地方自治法に採り入れられ、制度的にも拡
充されたとしても、そこには直接民主政的手段としての必然的制約があるし、さらに、地方行政組織の民主化につ
て述べたと同じく、中央集権化の時代的趨勢との関連でその民主的意義には大きな限界があるとせねばならない。

行政手続に關係者の「聴問」(Anhörung)をみとめる制度も、この関連において考察されねばならない。基本法一

〇三条一項は裁判手続における法的審問(rechtliches Gehör)を保障するが、行政手続に關しては何ら言及するところがない。しかし、法的審問の原則が後者についても妥当することは、今日通説によつて承認されている。^(二四)すなわ

ち、ベルリン行政手続法(一九五八年)一一條、^(二五)防衛地域法一九條一項、連邦供用法五一條、緊急受入法一八條、違警

罪法四四條二項など、^(二六)個々の法令に規定ある場合はもちろんとして、そのような明文の規定を欠くときも、「個人の

法的地位が侵害される場合、すなわち権利或いは法的利益(rechtliche Vorteile)が剝奪され、或いは歸屬する権利が
与えられない場合」には關係者に意見陳述の機会が与えられなければならないとされる。^(二七)かくて、一九六三年末に連

邦・州合同委員会 (Bund-Länderausschuss) によつて公表された行政手続法モデル草案 (Musterentwurf eines

Verwaltungsverfahrensgesetzes) は、一般に行政行為の發出を目的とする申立の拒否について關係者の聴問を義務
づけることを勧告している。すなわち、その二一條には次の条文案が見られる。――

「(1) ある關係者の権利を侵害する行政行為が發せられる前に、その關係者には、その決定によつて重要な事實につ
いて述べる機会が与えられるようにされねばならない。行政行為の發出を目的とする申立が拒否される前についても
同様とする。

(2) 聴問は、個別の場合の事情によつて必要でない場合には、これを行なわなないことができる。それは、とくに次

の場合である。

- 1 遅滞した場合危険があるか又は公共の利益のために、即時の決定が必要と思われるとき
 - 2 聴問によって、その決定について定められた期限の遵守が疑わしくなるとき
 - 3 官庁が一般処分或いは同種の行政行為を大量に発出しようとするとき
- (3) 聴問をより広範囲に規定する法条は、その効力を妨げられない。」

ここに「関係者」(Beteiligte)とは、官庁がそれへ向けて行政行為を行なおうとするか若しくは行なった者、申立提起者および申立の相手方、ならびにその法的利益が手続の結果によって影響を受けるといふ理由で官庁によりその手続に招致された者を意味する(同草案一二条)。なお、以上が訓示規定であるのに対して、「要式の行政手続」については、決定前に口頭または文書をもって「^{ザツヘ}事案」(「その決定にとって重要な事実」に限られぬことに注意)について述べる機会を関係者に供与すべきことが強行規定として提案されている(同草案五二条^(二八))。このような、行政手続における聴問の思想は、多くの論者が正当に指摘するように個人の権利の保障を重視する法治国家原理に由来するものである^(二九)と同時に、「行政手続においても、個人は国家的活動の単なる客体とされてはならない」という意味^(三〇)で、民主的意義をもつものとして評価されるべきである。しかし、具体的な行政行為—侵害行政行為—に、「法的地位の侵害」という標識による小範囲の関係者を、しかも単に「意見聴取」という形で関与させるに過ぎないこの仕組みは、その民主的意義というも大きな限界があることを争えないし、さりとしてその拡充は、今日行政機能に切実に要請される積極性・主導性に背馳することとなるう。

個々の法令には、それ以上に、行政行為、行政規則、法規命令の発出または法律案の準備作業に、より広い範囲の利害関係者—利益団体の聴問、さらには「参加」(Beteiligung)或いは「協力」(Mitwirkung)を要求している場合

説がある。たとえば、営業条例による「要監視施設による危険の防止」のための法規命令を連邦政府が発するには「関係領域の聴問」を経なければならぬし（同条例二四一条一項）、労働大臣が最低労働条件を確定するには、関係の州の最高労働官庁のほか、「影響を受ける労働者および使用者ならびに関係の労働組合および使用者団体」に「文書による態度表明ならびに専門委員会での公開の口頭弁論による意見表明の機会」を供与するものとされ（「最低労働条件の確定に関する法律」七条）、また最高州官庁が規定した場合には料理店営業の許可処分は「関係営業の使用者および労働者の地区ないし管区職域代表」の「聴問」の後になされねばならない（料理店法一九一条一項）。さらに、官吏法上の法律関係の一般的規律の準備作業には「関係労働組合の連合組織」の「参加」が規定され（連邦官吏法九四条）、労働大臣が賃金協約法の実施に必要な命令を制定するに当っては「使用者および労働者の連合組織」の「協力」を要するものとされている（同法一〇条^(三二)）。このような場合にも、その「民主的機能」^(三三)について語ることはできようが、しかし、

いわゆる「利益団体」の行政過程への公式の参与が、果たして真の意味での国民民主権の実現といえるかどうか^(三四)。

五 要するに、行政国家では、中枢的役割を引き受ける行政がそもそも機能の本質から民主性と結びつきにくいものである上に、必然的な「官僚制」化（能率性の要請の強化）によっていよいよその性格を強くする。それは、民主主義そのものの危機を招来するものといわざるをえない。ことに、絶対王政生まれの体質を帝政、ナチス時代を通して今に保持する職業官吏団が官僚制の中核に位置する西ドイツの場合、なおさらである。

(一) Bonner Kommentar, Art. 20 Erl. 1c u. 2 は、「デモクラシー（政体としての）、また執政形態ないし立法形態としての^{イデソクレーティヴ}の」とは、支配者と被支配者、統治者と被治者、命令者と服従者の自同である」との C・シュミットの定義 (Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 234) に従う。民主政と国民民主権をほとんど同視する。Friedrich Giese u.

Egon Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, 6. Aufl., 1962, S. 58, S. 60
 も「民主政即国民主権」の趣意を。Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 30—44 ; Hermann von
 Mangoldt u. Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., 1957, S. 593 ff. ; Andreas Ha-
 mann, Das Grundgesetz : Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., 1961, S. 34 ; Peters,
 Demokratie, Staatslexikon, 6. Aufl., Bd. II, 1958, Sp. 563—570 などは「国民主権を民主政の諸構成要素の一
 つかし第一・最重要のものとする」。

(二) 参照' Giese, Staatsrecht : Grundlagen - Deutsche Verfassungen - Ausländische Verfassungssysteme,
 1956, S. 187.

(三) 参照' Maunz, Deutsches Staatsrecht, 13. Aufl., 1964, S. 296 f. ; Giese, a. a. O. などは'Maunz, a. a. O., S. 296
 は、連邦議会が「一連邦国民自体を別とすれば一連邦のもっとも中心的な機関」である所以を、「他のすべての連邦機関は
 その権利および任務を基本法か或いは連邦議会の議決から導き出すのに対して、連邦議会はその権利および任務を基本法か
 らのみ直接に引き出す」点に求めている。

(四) 参照' 拙稿「ドイツ行政國家論（一）」二二六頁。

(五) Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, S. 13 f.

(六) 参照' Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht II, 1962, S. 347.

(七) 参照' Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 60 Rdnr. 2, 4 u. 8.

(八) 参照' a. a. O., Rdnr. 2 u. 3.

(九) 参照' 拙稿同右二三八～二四二頁、「ドイツ行政國家論（二）」四〇～四七頁。

(一〇) 「連邦大臣たちは……国民によって選出された代表者たちの範囲から採用されるを要しない——たとえそれが実際には
 通例であっても——し、選挙によってその民主的正統化を得るものでもなく、また議会に対しても直接に責任を負わな
 5。』——Karl Josef Partsch, Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, 1958, S. 16 f.

(一一) 参照' Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 3. Lieferung, 1959, S. 808.

(一二) 参照' Oskar Georg Fischbach, Bundesbeamtenengesetz, 1. Halband, 3. Aufl., 1964, S. 184 f.

- (一三) Wilhelm Grewe, Inwieweit lässt Art. 33 Abs. 5 des GG eine Reform des Beamtenrechts zu? Verhandlungen des 39. deutschen Juristentages, 1952, S. D 8 f.
- (一四) ヴッセンおよびシュレスヴィヒ・ホルシュタインでは Gemeindevertretung、バーデン・ヴュルテンベルク、バイエルン、ラインラント・プファルツおよびザールラントでは Gemeinderat、ニーダーザクセンおよびノルトライン・ヴェストファーレンでは Rat、ブローメンでは Stadtbürgerschaft など、名称は州によって区々。参照、Otto Gönnewein, Gemeinderecht, 1963, S. 248.
- (一五) 参照、a. a. O., S. 302 f.; 拙稿「ドイツ地方制度の動向」(『都市問題研究』一二巻一号、昭和三五年)九四頁。
- (一六) 参照、Gönnewein, a. a. O., S. 306 f.
- (一七) 西ドイツ市町村の組織形態 (Gemeindeverfassung) につき、参照、a. a. O., SS. 307—334; 拙稿同右九三—九四頁。なお、市町村の被選挙官吏 (Wahlbeamte) についての詳細な単行研究書——Rolf Meyer, Die Wahl und Ernennung der gemeindlichen Wahlbeamten in der Bundesrepublik, 1964.
- (一八) 参照、拙稿「ドイツ行政国家論(二)」四七—五四頁。
- (一九) Partsch, a. a. O., S. 20 の指摘による。なお、Prodromos Dagtjou, Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung, 1960, S. 17 によれば、「民主政は、その弁証法的・反独裁的構成に応じて、合議制の方に傾く。」
- (二〇) 「現代の西ドイツ行政においては、素人合議体 (Laienkollegien) はもはやただ散在的ではなく、非常に多数、しかも地方行政のみならずあらゆる段階の国家行政のすべての官庁にとびつてよいほど、存在している。それらは、独立の官庁としても、官庁付属としても、また単に諮問的権限をもつものとしてのみならず、——多くは特殊な、または単一の——決定権限……をもったものとしても存在する。」——Wolff, a. a. O., S. 57 f.
- (二一) 参照、Partsch, a. a. O., S. 20.
- (二二) その評価と批判、Kurt Göbel, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 1956, S. 87. また、参照、Richard Kunze u. Carl Schmid, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg: Kommentar, 2. Aufl., 1964, S. 190 f.; Gönnewein, a. a. O., SS. 304—306. その実態については、Alfred Ardelet, Erfahrungen mit Bürgerentscheid und Bürgerbegehren auf Grund von §21 der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg,

Diss. Heidelberg 1960.

- (一三) 参照 Takashi Teshima, Theorie und Praxis der Abberufung von Bürgermeistern und Gouverneuren in Japan, Archiv für Kommunalwissenschaften, Jg. 2, 1963, S. 246.
- (一四) 参照 Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 103 Abs. I Rdnr. 92 Anm. 3; Carl Hermann Ule u. Franz Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964, S. 38.
- (一五) 「(1)ある関係者の既存の権利または利益 (Vorteile) を侵害する行政行為の発出の前には、この関係者に対し、彼に知られていず決定によって重要な事実について意見を述べる機会が与えられなければならない。法定要件が満たされればそれへの請求権が成立するところの行政行為の発出が拒否される場合にも同様とする。」「(2)——略 (例外的場合) ——」—— E. Rasch u. W. Patzig, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren, 1962, S. 1003 以下。
- (一六) その他 a. a. O., S. 22 を見よ。
- (一七) 参照 Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 103 Abs. I Rdnr. 93. Hans-Günther König, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, Deutsches Verwaltungsblatt, Jg. 74, 1959, S. 191 以下。授益行政一般についての原則を拡張しようとする。——Rasch-Patzig, a. a. O., S. 23 もこれを賛成。
- (一八) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes: Autorisierte Ausgabe, 1964, S. 12f., S. 18, S. 33. なお Ule-Becker, a. a. O., S. 41 は、五二条の規定を法治国家的要請に適合する見做し、その原則を行政手続一般に拡張すべきことの立法論を主張している。
- (一九) たゞしば Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 7 Aufl., 1958, S. 217.
- (二〇) 参照 Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 103 Abs. I Rdnr. 92.
- (二一) 以下 Dagoglou, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter: Die Rechtsproblematik, 1964, S. 79 Anm. 24 u. S. 81 Anm. 28 以下。
- (二二) 参照 a. a. O., SS. 124—128.
- (二三) 下の関連をみるに Gerhard W. Wittkämper, Grundgesetz und Interessenverbände, 1963, SS. 126—134 を見よ。「基本法の民主的支配秩序は団体の支配(ハンサムブルク)を許さなす。」——A. a. O., S. 133.

第二節 行政国家と権力分立

一 行政国家とは、そもそも、行政が他の権力（国家機能）から制度的に区別される「権力分立」体制の下で初めて意味をなす概念である。しかし、それは同時に、抑^{チエツクス・アンド・バランス}制・均^{チエツクス・アンド・バランス}衡を生命とする伝統的な権力分立原理に対して解体的に働く。権力分立を基盤としながら、しかもそれと矛盾するという点では、立法国家も司法国家も、はたまた執政国家も行政国家と異るところはない。しかし、行政国家の場合は他の三者と違い、その権力分立との矛盾は致命的な様相を帯びる。けだし、権力分立体制内における立法権または司法権或いは執政権の優勢は、いかにも諸権力の対等の原則を冒しはするが、しかしなお他の権力の独自の存在意義までも否定することはないので、行政国家は、行政権に政策形成・決定の機能が集中することによって、他権力の役割を本質的に影の薄いものとしてしまうからである。とくに、行政の優勝的立場における立法・執政・行政の癒着現象が決定的意味をもっている。（もっとも、この癒着過程には「政党国家」化現象も大きく一役買っているのであるが——）さらにまた、この強大な融合権力に對しては、司法はいまや単に可能な限度での事後救済にその機能を縮減されてしまう。立法・行政の過程ですでに引き返しの利かぬ政策形成・決定がなされてしまう、またなされざるをえない行政国家では、ニュー・ディール初期のアメリカに見られた（そして結局は挫折してしまった）ような司法権による強力な「事後的」政策決定は期待されうべくもないのである。

西ドイツ基本法は、明らかに権力分立をその基本的統治機構原理の一つとして採用している（根本規定として二〇条二項二段、^(二)その他一条三項、一九条一項一段、二〇条三項、第七ノ第九章の標題、八〇条一項、九二条および九七条^(三)）。それは必ずしも理念型的な権力分立制ではなく、立法国家ないし司法国家的な色彩を帯びたものであるが、しかし、ともあれ如

上の事態をもたらす行政国家化の現実が、「権力分離」(Gewaltentrennung)と「権力抑制」(Gewaltenhemmung)を本質とする基本法所定の権力分立(Gewaltenteilung) || 三権分立制^(四)を機能不全に陥れ、これを危殆に瀕せしめるものであることは確かである。

二 しかし、伝統的な権力分立の原理が目途とする「国民の自由の確保のための国家権力の抑制」の必要は、今日においても、否、行政権を中心として国家権力が異常に肥大しつつある今日においてこそ、ますます大きいといわねばならない。立法、司法および執行の三権を対立せしめる古典的な権力分立制が、行政国家化の現在、好むと好まざるとにかかわらずもはや非時代的(unzeitgemäss)であるとするとすれば、問題は権力分立の思想そのものを廃棄するにあるのではなく、権力分立制を現代的に再編するにあるとされねばならない。これは、すぐれて立法論的(憲法政策的)問題であろうが、また或る範囲では現行憲法の枠内で可能な理論的作業でもあるであろう。それでは、現在の西ドイツの学界で、この点をめぐりどのような議論が展開されているか？

三 G・イエリネックおよびケルゼン以来の「ヒエラルヒー公理」の伝統に従って、ヤーライスは、「支配」の本質(=「命令」)からすれば支配権力は三つではなくて、「規範設定」(Normsetzen)と「個別事案決定」(Einzel-fall-Entscheiden)の二つに分かたれると説く。彼によれば、確認や解決を目的とする国家行為は、「間接的」支配として「補助権力」(Hilfsgewalten)に属するに過ぎない。かくて、現今いうところの立法は規範設定に、執行権は規範設定と個別事案決定に、そして司法は個別事案決定と(その本質的部分は)補助権力に、それぞれ帰属すべきことになる。——「つねに繰り返される三つの実質的権力の挙示は、辛うじて実体^(五)(das Sachliche)に軽く触れはするが、しかしそれを衝いていない。」

このような三権論に対して、基本法のいう「執行権」(vollziehende Gewalt)をさらに執政(Regierung)と行政

(Verwaltung) に分割することによる四権論の主張もある。^(六) ヴォルフやキュッヘンホフになると、さらに「制憲」(Verfassungsgebung) を加えて五権論が唱えられる。彼らに従えば、これら五権は理論的所産であるのみならず、形式的・機関的な意味でも現在十分意味のある区分なのである。^(七) ヴォルフは、立法、執行権および司法に分かつ今日支配的な「三分法」は、実はペンシルヴェニア憲法(一七七六年)、アメリカ合衆国憲法(一七八七年)、カントの『法学の形而上学的基礎』(一七九八年)に初めて見出されるに過ぎないことを指摘し、そこでは「(国民の)制憲権力が自主的権力たる執政と同じように看過されるのが常である。基本法一条三項また然り」と批判する。^(八)

以上の諸理論は、一般国家学・国法学的考察としては意義なしとしないであろうが、現在解体の危機に瀕している権力分立制再編の試みとしては、その根本の原因たる上述の行政国家的事態に何らの顧慮も払っていない点で、まったく不適當という外はない。

四 この意味で示唆的なのは、P・シュナイダーの所説である。彼は、権力分立原理の今日的現象形態として、現代の変化した「権力配置」^{コンステラチオン}を二つの「相互補完的根本機能」に分類してとらえようとする。「形成」(Gestaltung)と「維持」(Bewahrung)とがそれであり、従来の立法と執行は前者に、司法は後者に属せしめられる。ここで、立法と執行(執政と行政)が一括されていることに注目せねばならない。P・シュナイダーによれば、規範も処分も実際にはいずれも「形成が行なわれるところの媒体」であり、その区別は相対的である。すなわち、一方では持続性と価値性の契機が、他方では情況被制約性と合目的性の契機が、それぞれ比較的に前面に出ているに過ぎない。^(九)

行政部に政策の形成・決定機能が移動し、したがって立法・執政・行政の区別が相対化し、これらの機能・機関が相互に融合する不可避的傾向を示す行政国家的状況の下で、この現実を十分考慮に入れたP・シュナイダーの新権力分立論は、その意味でたしかに「時勢に沿った」(zeitgemäss)ものとして評価されるべきであろう。しかし、その場

合に、そのような「形成」権力に対向せしめるのに「維持」権力をもってするのは果たして適切であろうか？ P・シュナイダーは、後者に広義の司法、すなわち「争訟の解決」のみならず「規範統制」(Normenkontrolle)をも含ましめて⁽¹⁰⁾いるが、しかしそれにしても、先に触れたような今日における司法機能の必然的限界をも考え合わすとき、二権分立の中の一権としては、「維持」権力は強大な「形成」権力に對しいかにも均衡を失しているとの感を免れない。この意味では、期せずして類似の発想から出発しながら、「政策の立案・執行」(policy planning and execution)と「政策拒否」(policy veto)を対立せしめるアメリカのギュリックの所論⁽¹¹⁾の方に、より多くの示唆が含まれているように思われる。すなわち、ここでは、「政策の立案・執行」に對向せしめられる「政策拒否」はもっぱら議会の機能たるべきものとされているのである。⁽¹²⁾

なお、アメリカ政治学の影響を受けたものとして、「政策決定」(politische Gestaltungs- od. Grundentscheidung || policy determination)、「政策執行」(Aus- od. Durchführung der Grundentscheidung || policy execution) および「政策統制」(politische Kontrolle || policy control)を分かち、政策統制(政治的責任の主張と強制)をその核心に置くレーヴェンシュタインの「国家機能の新三分」⁽¹³⁾説があるが、これは権力分立の本旨を度外視した、国家機能の理論的理解のための「思惟図式」^{ゲテンケンレンエーマ}として立てられているものであり、またそれ自体として見ても、今日政策の決定と執行をなお截然と区分しようとするのは、正鵠を得ているとはいえない。

五 権力分立制を現代適合的に再編成する試みとしては、また、多元主義^{プアラリズム}の立場からそれを看過してはならない。たとえば、ペーターズの見解がある。彼は、従来の三権分立制は依然今日の憲法の「一つの礎石」を形作っているが、いまやまったく「二義的」なものであるとする。しかし、彼によれば、「モンテスキューの遺産」たる「国家権力の行使は、別々の、相互に独立の諸機関の手に委ねられねばならぬ」との命題は「われわれの憲法の確固たる

論 說 構成要素”の一つであり、この命題の承認は法治国家の本質に属する。そこでペーターズは、この“モンテスキュー学説の眞の核心”を“現代の、まったく別の組織条件の下で活動している国家”において実現するための“別種の”権力分立制を、彼の多元的国家論に基いて構成してみせるのである。すなわち、それは次のような多元的形態をとる。――

1 決定的なのは、連邦と諸州という形における、明確に限界づけられた権限をもった多数の機関の存立である。「連邦制の原理は今日の権力分立の第一かつ最重要の要素である。」

2 しかしまた、無数の官庁相互間にも“明確な権限劃定”が存在する。

3 “地方自治”も――“法律的自治”の他の形態すべてと同じように――国権の分配の観点の下で考察される。

4 いわゆる“政治的自治”、すなわち、たとえば決定権をもった委員会や市町村議会におけるような“行政への素人の決定的参加”も、権力の分配として考えられる。

5 夙に現実となっているところの、現代的権力分立のもう一つの重要な要素は、国家権力および市町村権力を“政治的決定”の担い手・機能と“専門的経験・知識”のそれとに分割することである。

6 学術・芸術行政の領域においても権力分立原理に余地が与えられうる。

こうしてペーターズはいう。「まさに、国家権力の現代的分割、すなわち国家内に働く個々の諸機能相互の分離こそ、国法的形成において、このような現存する社会的諸力と関連をもち、そのことによって、かつてモンテスキューの念頭にあった目的を他の手段をもって遙かにより、効果的に達することができるであろう」と。このように、彼の新権力分立――それはすでに基本法下において機能していると見られているのであるが――の理論は、多元的な社会的

諸力の組織化としての意味をもつが、そこから帰結する多元主義の有害な効果については、国民すべてに共通の政治的目標の自覚、しばしば忘却されている民主政の倫理的力の強化、権力分離と権力均衡の意義の認識など、「国家内の統合的諸力の意識的強化」によって克服されうると主張されている。^(二四)

なお、多元主義の観点からする新権力分立論者としては、さらにE・フォン・ヒッペルやW・ウェーバーの名が挙げられる。前者は、プラトン流の客観的な質的価値秩序の承認から、その代表者たちを全体的政治生活の共同担当者・形成者たらしめる必要ありとし、権力分立の意味において、(1)教会・学問・司法・芸術から「元老院」に代表され、「質」の立場から立法に共働すべき「文化領域」、(2)すべての経済生活関係者の諸会議所^{カンマー}を包括し「評議会」によって関係立法に参与すべき「経済領域」、(3)ならびに「量」的側面として市民および代表議会の活動に表現され、自治の原理によって構成されるべき狭義の「政治領域」(公民の領域)、それぞれの独立と自律を要請している。^(二五) この国家哲学的な理念的考察に対し、後者は、現実的観察から、「権力分立は今日多種多様に実現されている。それは諸種の相をもつ」と結論する。^(二六) 彼は、「権力」の背後にはその実体となる具体的な「政治勢力」が存在しなければならぬと考える。ところが、いまや三権の背後にはそのようなものは見当らない。かくて、基本法が今日実際に立脚している効果的な権力分立制はまったく別の種類のものである。それは、W・ウェーバーにとっては、まず根本的に、諸政党の競合・均衡体制であり、また新旧両教会と諸労働組合もそれに参加する。^(二七) 彼は、現在の権力分立の諸相を次のように描写している。——「立法、執行および司法という国家的命令機構の権力抑制的分類の意味における権力分立が、政治的諸集団勢力の同権的均衡体制と並行する。それに、連邦制と自治制の権力分立的效果と……：……集団同盟的な意思合致による議会多数決の駆逐が加わる。」^(二八)

これら、ヒッペルとウェーバーの学説は、ペーターズら他の論者が権力分立原理の自由主義的契機(「権力の抑

説制”)に主眼を置くのに対して、「政治権力への参加」というその「民主的」意義を重視しているのが特異である。^(二九)
今日、行政—官僚制—がレヴァイアサン化する行政国家の時代において権力分立を論ずる場合には、恐らく、その古典的意義のみならず、ヒッペルやウェーバーが強調するようなその「現代的」意義をも考慮に入れねばならぬであろう。しかし、そこでは問題は、むしろ前節で取り上げた「行政国家と民主政」の領域へと移行している。

- (一) 拙稿「ドイツ行政國家論(一)」二二六頁を見よ。
- (二) Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 75 以下。
- (三) 参照、拙稿同右二二六～二二九頁。
- (四) 参照、Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, S. 598; Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 78. Hamann, a. a. O., S. 40 によれば、「基本法がワイマール憲法と異り権力分立の一般原則を謳うに至ったのは、「意識的な、そして苦い体験から生まれた、「第三帝國」の全体主義体制からの背離と理解を促すべきである。」
- (五) Hermann Jahrreiss, Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, Mensch und Staat, 1957, SS. 173—197, 以下 SS. 185—192, S. 187.
- (六) 参照、Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 77 Anm. 1.
- (七) Günther u. Erich Küchenhoff, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1957, SS. 89—97. Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., 1961, S. 57 f.
- (八) Wolff, a. a. O., S. 57.
- (九) Peter Schneider, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 82, 1957, SS. 1—27, 以下 S. 12, S. 18 f. d. ショナイターは「規範設定と処分の対立の相対性について」Forsthoff, a. a. O., S. 4 の影響を強く受けている。
- (一〇) Schneider, a. a. O., S. 13.

- (一一) 参照、拙著『アメリカ行政学——学説史的研究』(昭和三九年)一〇五頁。
- (一二) Luther Gulick, Politics, Administration and the 'New Deal', The Annals of The American Academy of Political and Social Sciences, Vol. 169, Sept. 1933, p. 66 f. —— 「政府がそこへ移行しつつある世界において、執行部はマスター・プランを立案することを要求されるであろう。審議的・諮問的な代表団体が、このプランの種々の部分の大綱を審議し採択することを求められるであろう。それから執行部は、残余の部分と計画の相互関係を仕上げ、政府の既設の諸機関によってのみならず、また準私的な新しい諸機関によって、それを実施に移す全権を与えられるであろう。将来の議会は二つの第一義的権力をもつであろう。すなわち、第一に主要政策に対する拒否権、そして第二に検査し調査する権を。全過程の背後には、政党および圧力団体の形での市民大衆の統制の手が存在するであろう。これらが、それらから新しい権力分立の理論が形作られねばならないれんがとわらである。」
- (一三) Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 1959, SS. 39—49. その反響につき、拙稿「西ドイツ公法学管見」六〇頁註一八。
- (一四) Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, 1955, S. 9, S. 23 f., SS. 24—31, S. 32, S. 33.
- (一五) Ernst von Hippel, Gewaltenteilung im modernen Staate, 1950, SS. 41—58. その批判、Peters, a. a. O., SS. 29—31.
- (一六) W. Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 268.
- (一七) Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Aufl., 1958, SS. 26—28. その批判、P. Schneider, a. a. O., SS. 21—26.
- (一八) Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, S. 68.
- (一九) 参照、a. a. O., S. 255 ; Peters, a. a. O., S. 30.

第三節 行政国家と法治主義

一 法治主義 (Rechtsstaatlichkeit; Rechtsstaatsprinzip) もまた、基本法の立脚する根本原則の一つである (二〇条二項・三項)^(一)。基本法の「法治国家」概念の内包については、細部にわたる意見の相違はあるとはいえ、ワイマールの「形式的」法治国家の自己崩壊という実物教育を経た今日、それを単に形式的・制度的にのみならず、またすぐれて実質的・理念的にとらえることにほとんど異論はない。しかし、それにしても、そのような圧倒的通説を「精神的」であって「法律学的」でないとして斥け、法治国家の保障を民主的正統性観念に訴えることによるのは憲法に随意の価値を読み込むことになってかえって法治国家性の解体に導くとし、基本法の法治主義の本質を「国家の行動を羈束する制度と形式」に求めるフォルストホフのような立場は姑く措き、法治主義の制度的側面が今日なお重要な意味をもつことには、かわりはない^(二)。そのようなものとして、われわれは、とくに「権力分立」^(三)、「行政の法律適合性」および「独立の裁判所による行政の法的統制」の諸原理を挙示することができるであろう。

うち、権力分立原理が行政国家化によって大きく揺り動かされている事情については、すでに前節で詳しく検討した。この権力分立を前提とした「法律による行政」(「法律の優位」と「法律の留保」)および「行政の司法審査」両原理——狭義の法治主義の制度的核心といってもよからう——についてもまた同様のことがいえる。行政国家において行政機能が必然的に帯有することとなる専門性、技術性、主導性、機動性、さらには不可逆性は、行政に対する立法による事前拘束(「法律による行政」の原理)ならびに司法による事後統制(「行政の司法審査」の原理)をきわめて困難ならしめつつあり、これによって法治主義は実体を欠く空虚な言葉と化す大きな危険にさらされているのである。

二 行政国家における「行政の法律適合性」（とくに「法律の留保」）の空洞化は、二つの側面から進行している。その一は、行政立法の量的増加、質的充実である。なるほど規範的には、執行部による法規命令の発出は「内容、目的および範囲」を明定した「形式的法律」（*formelles Gesetz*）による授権ある場合に限られ（基本法八〇条一項）、「法律に代る命令」（*Gesetzvertretende Verordnungen*）への授権はみとめられていないが、しかし実際には、現実の行政国家的必要から、法規命令はいうに及ばず、行政規則、訓令など行政立法の全段階で、実質的法律事項が大幅に行政部独自の判断で規律されつつあることは、いまや隠れもない事実である。^(五)この限りで、「法律による行政」すなわち「形式的法律」に基く行政の建て前は少なからず脅やかされつつある。

その二は、給付行政その他授益的行政（*begünstigende Verwaltung*）の本質的増大である。現代国家における行政の政策形成決定機能の卓越は、行政の給付的・利益付与的活動の量的・質的拡大と不可分に結びついている。ところで、このような種類の行政活動は、従来、法律による授権を要しないとされてきたものである。けだし、それはそれ自体としても、またその反面においても、何ら人民に法的負担を課することがない。形式的意味での法律の根拠が必要なのは、人民の自由と財産を侵害する負担賦課的行政（*belastende Verwaltung*）のみなのであった。授益行政が行政の全体系中にさしたる重要性をためぬ例外にとどまっている間は、それでよかった。しかし、授益行政の意義が急上昇してきた今日では、行政のこの重要な——現在では中核的とさえもいえる——部分を法律の留保から除外するのは、「法律による行政」の原理は骨抜きとなりかねない。

そこで、第一章においてすでに触れるところがあったように、最近では、法治主義擁護の立場から授益行政にも法律の授権を要求する有力な主張が学界に起こり、次第に勢力を得つつある。すなわち、授益的行政行為は、なるほど直接第三者に法的侵害を加えるものではないが、経済嚮導的措置のように、第三者（競争企業）に著しい経済的侵害

説をもたらすことが少なくない。法治主義、なかならず法律の留保の目的は、国家的侵害行為に対して個人的自由および平等を守るにあるのであるから、結果として単に授益者の貸方を増加させるだけでなく、彼を第三者との競争関係において特別に援助することになる授益的行政行為は、形式的法律の根拠を必要とするというのである。さらに、そのような競争関係への影響のない全くの利益付与的行政についてさえも、「公共の手」(öffentliche Hand)には「贈与の権」(Schenkungsprivileg) ^(六) はみとめられていないとの理論によつて、法律の留保が正当化されようとしている。しかし、このように負担行政のみならず授益行政に対しても法律適合性の要求を徹底するときは、現代行政の生命たる主導性・機動性は著しく害なわれ、角を矯めて牛を殺すこととなる恐れなきを保し難い。イエツシュは、国家的給付ないし授益に際しての指導および嚮導の任務は今日最高の国家機関たる議会に帰属する、との現代「憲法構造」の認識から出発して、給付への授権には形式的意味における法律が必要であるとし、しかもその授権が「給付その他の利益付与の割当・分配が見せかけの上でだけ議会によつて行なわれるというのではない程度に、目的および内容につき実質的に規定され限界づけられている」ことを要求するのであるが、しかし、その場合の「形式的意味における法律」に予算(ドイツでは「予算法」)——それはイエツシュに従えば「国法学的意味における真の法律」なのである——をも含めること^(七)によつて、法治主義の要請と行政の現実的必要との調和を^(八)図ろうとしている。しかし、これに對してすら、法治主義を偏重するものとしての批判がある。^(九)

三 「独立の裁判所による行政の法的統制」の原理は基本法一九条四項に明文文化されており(「何びとも、公権力により権利を侵害されたときは、出訴の道を開かれる。他の管轄の定めがない限りでは、通常裁判所への出訴がみとめられる。」)、これを承けて行政裁判所法(一九六〇年)は「概括条項」を採用している。すなわち、「行政裁判所への出訴は、すべての非憲法的種類の公法上の事件についてみとめられる。但し、事件が連邦法律により明示的に他

の裁判所の管轄とされる場合はこの限りでない」と（同法四〇条一項一段）。行政のきわめて強度な司法的事後統制の仕組みとして、この概括主義は、法治國家性の重要な要素たる「國家に対する個人の權利保障」の完成と評価されるが、しかし他方では、その結果行政官庁の果斷性と責任性が害され、引いては市民の不利益となることを指摘し、行政の「喘息」を憂慮する声も強いことを忘れてはならない。それに、司法部の負担過重は、かえって司法的救済機能の麻痺という、所期の目的とは逆の結果をもたらしている。

行政國家においては、行政の「自由裁量」——それはその本質上司法的事後審査の外にある——は拡張の一途を辿り、しかもまさにそこにおいて、實質的にはもつとも重要な政策的意味をもつ諸決定が行なわれるようになる。このことは、当然「獨立の裁判所による行政の法的統制」の範圍と意義をとみに低減せしめる。H・フーバーによれば、裁量概念は「法治國家的行政法のトロイの馬」である。これを救おうとして、すでに別の關連で触れた裁量概念の「不確定法概念への解釈し換え」や「無瑕疵裁量行使請求權」など、裁量行為をできるだけ司法審査の枠内に取り込むための理論装置——ペーターズによれば「法律学的手法」——が案出されつつある。前者は、不確定法概念（unbestimmter Rechtsbegriff）に「評価余地」（Beurteilungsspielraum）（バッホフ）或いは「代替可能性」（Vertretbarkeit）（ウーレ）をみとめることによつて裁量概念（Ermessensbegriff）との區別を相對化し、かくて解釈の上で裁量概念を不確定法概念化して、より広い司法的事後審査に服せしめようとするもの。また後者は、基本法の一般的自由權（二条一項）、一般的平等權（三条一項）などを根拠に、私人には「裁量に瑕疵ある行政行為によつて侵害されないことを求める請求權」——違法行為中止請求權としての「排除請求權」（Abwendungsanspruch）——ないし「要件が充足された場合、裁量行為の検討を開始することを求める請求權」——獨立の請求權としての「検討請求權」（Prüfungsanspruch）——がみとめられるとして、これまた裁量的行政活動に対する裁判所の統制の範圍を拡げること

説 となる理論構成である。^(一八)しかし、これら、とくに通説化している後者は、理論的にも難点があるし、^(一九)さらにその効果の点でも、行政裁判事項の概括主義について述べたと同様、行政の活力の減殺という必然的帰結とともに、裁判所が行政的判断の領域にまでかなりの程度立ち入らざるをえなくなることから、権力分立原理の侵害ということは姑く措くとしても、その任務が質的・量的に過重となり、法的保障が拡充されるどころか、かえって不十分になるという自己矛盾を帯有している。さりとて、自由裁量の範圍の拡大する今日、民主主義の洗礼未だ不十分な行政権の“自己統制”に救済のすべてを期待するのも、また心もとない。——これは、まさにディレンマである。

なお、“行政の司法的統制”の原理の根柢にある“国家に対する人民の権利の保障”の思想は、それを徹底させれば、裁判所による事後審査制のみならず、行政手続におけるそのための仕組みをも要請することとなる。なかんずく、行政決定における“関係者聴問”（既述）がそれであるが、すぐれて法治主義の一顕現たる意義をもつこの制度も、行政が——とくに今日の行政国家的時代において——もつべき公益性・迅速性との関連で、その実効的完成は疑問とされざるをえない。

四 行政国家論者ペーターズは、“正義を實現し、実定法を貫徹して、市民を恣意と不正から守る意志と力をもつ国家”としての実質的“法治国家”観から、行政国家もまた法治国家でありうるし、またあらねばならぬとし、“法治国家の一形態として”行政国家を整理することに現代の学問的使命を見る。^(二〇)しかし、その整理作業として、根本的に“行政がつねに、そして到る所で——裁量領域においても——法のエトスとイデーによって滲透される”ことを要請するのには異論ないとして、具体的に“行政の立法権限の増加”、“司法としてではなく、裁判形式の行政として”の行政裁判制度の再構成”、“行政刑法の主要領域の、行政官庁への移讓”などが提唱されていることに着目するとき、^(二一)そこでは古典的な制度的意味での法治主義は大きく——本質的に？——変容されようとしているのをわれわれは見る

のである。かくて、伝統的法治国家観念に拠るウーレが、ペーターズの議論は「われわれの国家の法治国家性の解(113)体」に帰するとして、「完全な行政国家は法治国家の一形態」ではなく、その終焉である」と断言して憚らぬ(113)も、その意味では決して理由のないことではない。

(一) 基本法二〇条に「法治国家」の語は明示的には現れないが、同条の内容、とくに同条に実定化されている権力分立(二項)と法律適合性原則(三項)とから、連邦共和国の法治国家性は当然帰結する。——「証明されることを要しない全員一致の見解」(Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 VI 1)。

(二) 以上、参照、拙稿「西ドイツ公法学管見」五四〜五五頁。かくて、代表的註釈書の一つは、法治国家を形式的意味において「法律国家」、実質的意味において「正義国家」と総合的に理解し、後者を法治国家の構成的要因とする。——Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 58-60.

(三) 参照、Peters' Rechtsstaat und Verwaltung, 1953, S. 11; Maunz, a. a. O., S. 63 f.; Mangoldt-Klein, a. a. O., S. 601 など。ただし、Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 92 は、独立の裁判官による権利保障(行政につづいての独立の裁判制度)の要素を法治国家概念の「本質的要因」と考えることを斥けている。すなわち、「統制能力ある法的保護はたしかに法治国家概念にとって本質的であるが、しかしそれは必ずしも裁判的保護たることを要するものではない」というのである。しかし、「独立の裁判所による行政の法的統制は……法治国家の本質に属する。」——Ule, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., 1963, S. 11.

(四) 参照、Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 80 Rdnr. 10.

(五) 参照、拙稿「ドイツ行政国家論(二)」六二〜六三頁。「法規命令への授権の制限は、一再ならず著しい困難に陥った(たとえば価格法および租税法においてひどい)し、形式的な一時しのぎはしばしば当初欲したものと逆のもの(たとえば負担過重の立法機能の機械的性格の強化)を生み出した。」——Peter Lerche, Ermessen, Staatslexikon, 6. Aufl., Bd. 3, 1959, Sp. 16.

(六) 以上、参照、Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 135 u. 136.

- (七) Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung : Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzsmässigkeitsprinzipes, 1961, S. 226 f., S. 171 f. 参照' 拙稿「西ドイツ公法学管見」五五〜五六頁。
- (八) 参照' 塩野前掲論文二七四頁。——「規範的な憲法構造論と行政の現実とを予算の法規的把握によって結合させるイェツシュの試み……」
- (九) 参照' 拙稿同右五六頁。
- (一〇) Günter Kohlmann, Das subjektiv-öffentliche Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, 1964, S. 101.
- (一一) Robert Nebinger, Asthma, Die öffentliche Verwaltung, Jg. 6, 1953, S. 626 ff.
- (一二) 参照' Peters, Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, S. 20 f. ベーターズによれば、「私見では、基本法一九条四項の出訴条項は、それが基本権規定ばかりの中に置かれていることが示す如く、本来は基本権侵害についての出訴権の確認をのみ意味した。しかし、遙かに支配的な見解によって、それは当初からあらゆる権利侵害に対する保護と見られ、したがって基本法一九条四項の支配的解釈は、私見では今日慣習法的規範である。」——A. a. O., S. 20.
- (一三) Hans Huber, Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Zaccaria Giacometti, 1953 S. 66.
- (一四) Peters, a. a. O., S. 21.
- (一五) 参照' Ule, a. a. O., S. 7 f., SS. 13-15.
- (一六) Wolff, a. a. O., S. 146.
- (一七) 一九五五年一〇月二八日の連邦行政裁判所判決——BVerwGE 2, 288.
- (一八) 参照' Kohlmann, a. a. O., SS. 7-9; Maunz-Dürig, a. a. O., Art. 19 Abs. IV Rdnr. 36.
- (一九) Kohlmann, a. a. O., S. 43 ff. Peters, a. a. O., S. 24.
- (二〇) Peters, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, S. 21 f., S. 36.
- (二一) Peters, Rechtsstaat und Verwaltung, S. 19.
- (二二) Peters, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, S. 35.
- (二三) Ule, Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, 1957, S. 164.

結 論

以上述べ来たところを総括し、将来への課題に言及して、結論としたい。

1 現代の憲法が行政国家に否定的態度をとっている（或いは、そう解釈されている）のは、現代民主政が行政の果たす中心的役割なしには存続不可能となっている今日、きわめて問題である。

2 しかし、行政国家の現実を憲法規範的に顧慮するには、行政国家が現代（自由主義的）民主政に対して現実にもつ大きな矛盾的要素を十分に検討することが先決である。

3 第一に、行政国家は国民主権原理と容易に調和しない。国民主権の重要なコロラリーたる国会中心主義と直接に衝突することはもちろん、行政部自体の国民主権的正統化も種々の難点に逢着する。

4 第二に、行政国家は現代憲法の権力分立原則と両立し難く、むしろこれに解体的に働く。国民の自由の確保のための、権力の抑制の理念を行政国家の時代に生かすには、権力分立制を再編成する必要がある。

5 第三に、行政国家は制度的意味での法治主義を大きく脅かす。すなわち、行政国家に不可欠・不可避の行政立法の増加、授益行政の拡大、また自由裁量の余地の拡張は、法律による行政および行政の司法的再審の原理を骨抜きにしかねない。

6 かくして、果たして行政国家の現実が現代憲法の本質を傷なうことなくその中に取り入れられうるか？ 換言すれば、（かりに多くの「歯止め」装置付きであっても）現代憲法の解釈・運用の基本原理の一つとして「行政国家」を導入することが可能か？ これこそ、現代における最大の憲法学的課題の一つといわねばならない。けだし、この問題に対する否定的解答は、自由民主政の自己矛盾・自己崩壊につながるであろうから。行政国家とそれを生み

説 出した自由民主政そのものとの鋭い緊張関係、——ここにわれわれは、現在自由民主主義イデオロギーが露呈しつつある諸矛盾の集中的一表現を見ることができると論