

概念装置としての「行政国家」 : 続『現代行政国家論』

手島, 孝
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1926>

出版情報 : 法政研究. 57 (4), pp.57-88, 1991-03-26. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

概念装置としての「行政国家」

——続『現代行政国家論』——

手 島 孝

目 次

はじめに

一 「行政国家」概念をめぐる

——1 ドーデンホフの場合

——2 ティーメと片岡の場合

——3 ヴァン・ライパーの場合

——4 「行政国家」の最適概念構成

二 「行政国家」論をめぐる

——1 村松に対する反批判

——2 杉原に対する反批判

——3 高見に対する反批判

三 「ネオ行政国家」の概念と理論

はじめに

一九六一〜三年ドイツに在って師ペーターズの大きいなる示唆のもとに想を得て以来、一九六三年の「行政国家論序説」を文字どおり序説として、その間他界した師の追悼の独語寄稿（一九六七年）を抑えとする数篇の論文を里程碑に、一九六九年、『現代行政国家論』が完成した。⁽¹⁾そこに提示された「行政国家」の概念と理論は、爾後、『行政国家の法理』（一九七六年）や『憲法学の開拓線』（一九八五年）など、さらに十篇を超す論著で敷衍、補足、展開されて今日に及んでいる。

相前後し並行して首唱された新「行政」概念（「行政」概念の新構成⁽³⁾）の場合とは異なり、少なくともわが国では、さしたる反論なしに学界の共有財産に組み入れられつつあるかに思われるこの概念・理論ではあるが、最近に至って、無視すべからざる新状況が学説の上でも実践の上でも出来してきた。それらとの不可避の対決を機に、年来の自説の再検討を試み、進んでその新たな発展の方向を自ら指し示すことに努めてみたい。一と二で、卑見による「行政国家」概念と「行政国家」論が基本的には依然として維持さるべき所以を、近時の諸動向なかならずく拙論への諸批判に即して解明する。そしてその延長線上に、三で、すでに最近の別稿⁽⁵⁾で詳説するところのあった「ネオ行政国家」の概念と理論を構想すべき超現代的必要性に、あらためて論争的に言及するであろう。（なお、寛恕を願って、文中敬称を外させていただいたこと、従来の例による。）

一 「行政国家」概念をめぐる

今や、「無能教授のテーマ」と揶揄されかねぬほど現代諸国家における行政の突出現象は、それ自体としてはありふれている。しかし、この現象を理論的に本質把握するため「行政国家」なる概念を立てるとなると、ことはさほど陳腐でも簡単でもなくなる。実際、—すでに触れたように、そして後に取り上げるように—わが学界を別とすれば、この概念は未だ必ずしも確定されているとはいえない。

すなわち、世界的に「行政国家」の語は近来むしろ愛用の傾向にあるとはいえ、その概念標識については、“他種の国家作用ないし国家機関との対比で、行政作用ないし行政機関に相対的にウエートがかかる”といった底の常識的とらえ方を超えた理論レベルでコンセンサスを見出すには世界規模ではなお至っていないように思われる。現に、近時の二、三の有力な定義例が、そのことを如実に物語っている。

—— ドーデンホフの場合

一九八四年一月、ドイツの代表的な或る行政専門誌の巻頭を、「ドイツ連邦共和国は行政国家であるか？ または行政国家になるか？」と題した論文が飾った。筆者は、教授の肩書をもつ当時連邦行政裁判所判事(第三法廷裁判長)のドーデンホフ⁽⁸⁾。その前年に行われた講演のこの文章化は、その論旨を結論部に自ら要約している。——

(a) われわれの憲法は、連邦共和国が絶対的意味での行政国家として形成されることを禁ずる。憲法現実には、この禁止に背馳する趨勢を何ら示していない。

(b) 連邦共和国はまた、未だ相対的意味での行政国家でもない。依然として権力分立の原理は妥当している。執行府はなお議

会を『掌握』していないし、議会はなお執政と行政の付属物ではない。もちろん、書き留めらるべきは、執政府と、政府を担う議会多数派との、官僚制の一体化への強い傾向である。執政府と議会多数派のこの編隊にあっては、執政府は単に優位以上のものを有する。もっとも、強力な反対派がなおその役割を同時に執政府の敵役としても理解し、この使命を果たす限りは、相対的意味での行政国家に対し防壁が立ちほだかる。この防壁は、権力分立そのものが廃せられてしまわぬことを、国家法的・憲法的見地から保障する。権力分立制は存在し続ける。しかし、それは基本法の施行このかた、憲法的構造の意義と目的規定の点で、……変化してきた。この意義変遷は、しかし、基本法七九条三項〔憲法改正の限界〕を侵犯する結果へは導かない。タカシ・テシマは、彼の視点から適切にも説いて述べる。『立法・司法・執行権の古典的権力分立制が行政国家化の時代にあってもはやく非時代的なものであるとするならば、そこで肝心なのは、権力分立そのものを廃するにあるのではなく、権力分立制を現代的あり方で改造するにある。』

(c) しかし万一、執行府と議会多数派の協働がなお強化され、反対派の防壁が持ちこたえないとするならば、われわれは相対的意味での行政国家が地歩を固めることを覚悟しなければならぬであろう。その帰結するところ、権力分立制は本質的な、そして基本法七九条三項の意味で憲法上問題なしとしない改変を被り、公益のため、ならびに市民の自由権および社会的利益の保護のため、いやが上に負担加重の裁判官による―すなわち『第三権』による―統制がますます行使されざるをえないこととなる。それは何人も欲すまい。しかし、相対的意味での行政国家へ向かう勢いがくじかれないと、われわれは最後には、議会外の諸集団がますます頻繁に、かつ成功裡に、社会の諸問題を彼らの見地からのみ、しかも執政府と議会多数派とに反してでも、また裁判所に訴えもせず、取り組み解決しようと試みることをほとんど阻止しえぬであろう。そこまでは、われわれは事態を推移させるべきではなからう。⁹⁾」

ここでのキーワード「絶対的意味での行政国家」および「相対的意味での行政国家」を、ドーデンホフはどう概念規定しているか。

先ず前者を、彼は、「権力分立がもはや機能しないことによって特徴づけられる国家的組織形態」として、「執行権が法を定立し、法を実施し、その訓令に服する機関によって法宣言を行使せしめるという意味で、執行権が国家權力を単独で具現する場合、行政国家の概念は絶対的な意味において充足されている」と説明する。¹⁰⁾ すなわち、――

「立法権と司法権は権力分割と権力分離の枠内でそれらに帰属するそれらの任務を失ってしまう(「ここで、一方でウーレの一九五七年論文の、他方でテシマの一九六七年論文の参照が註記される」。それらの権限は、法律の規定で執行権に集中されるか、或いは執行権によって本質的な範囲にわたって篡奪されてしまう。行政国家は、議会と裁判所がもはや何の固有の権限も有しないところで、最も純粋な意味において、すなわち絶対的に、確立されている。……このような国家は、同時に独裁の典型例である……」⁽⁹⁾」

これに対し後者について語られるのは、「立法は執行権との関係でもはやアライバイ機能を有するに過ぎないか、広範囲にわたって執政と行政の付属物と評価されるべきかである、との確認が正しいとされるまでに、すべての国家活動の重点が立法から行政へずらされた場合」⁽¹⁰⁾とされる。付言して、――

「このような場合で第三権の作用が侵されなるときでも、個人の保護のため国家権力を抑制するという意味における権力分立の原理は、この国家に相対的意味での行政国家の呼び名がつけらるべきである限りにおいて、破られている。この国家が司法権の地位と任務に関し司法権の責任負担で場合によっては講ずる措置の大きさは、相対的行政国家を、先に素描した意味での絶対的行政国家の近くへ押しやる、すなわち独裁へ導く可能性がある」⁽¹¹⁾」

ところで、絶対的の意味にせよ相対的の意味にせよ、「行政国家」か否か判定するための「尺度」は何か。ドーデンホフは二種の尺度を用いる。「第一義的」とされるのは「ドイツのような成文憲法国家の場合」「憲法文書」であり、「第二の尺度として――しかし疑義あるときは、より標準的な尺度として――」使われるのが「憲法現実」(「個別の国家権力が社会的現実の外観においてその権能を――とりわけ他の両国家権力との関係において――如何に扱っているか」)であるという(「ここで憲法現実においての問題が前面に出る」との論述に註記して、テシマ論文が引かれているのが注目される⁽¹²⁾)。そして、「連邦共和国が相対的意味での行政国家であるか、或いはそうなるか」として「問題」は、「ただ、

一九四九年来展開し来った憲法現実に即してのみ、決せらるべきである」⁽¹³⁾。

一—2 ティーメと片岡の場合

同じ一九八四年に増補・全面改訂の第四版が出た、同じくドイツはハンブルク大学のティーメによる『行政学』は、『行政国家』について次のように叙述する。——

「……国家は時の経過につれて絶えず新たな任務を引き受けてきた。国家なかならず国家行政には、これまで公行政に未だかつて与えられたことのなかった類いの任務が増えてきている。かくて現代国家は『行政国家』となった。行政は人間を、誕生（公立病院で、また戸籍役場によって）に始まり、少年期（学校と少年行政によって）、青年期（職業指導相談、職業学校、兵役行政によって）、ほとんど誰でも成人期（勤労・職業生活については徹底した社会行政・経済行政によって、個人生活の領域については保険行政・余暇行政・住宅行政によって）、老年期（多岐にわたる扶助と、老人がその晩年を送る施設の供給とによって）を経て、終に死後（墓地・埋葬行政によって）に至るまで、しっかりと捕えている。今日では、公行政が——給付的であれ、計画的であれ、侵害的であれ——活躍しない生活領域は、ほとんど存在しない。」

この「行政国家」観は、「国家と社会との間に自同性が発達した状態を称して、行政国家と命名」した片岡寛光『行政国家』（一九七六年）のそれを想い起こさせる。そこには、その所以を説く左の文章が続いていた。——

「なぜなら、国家と社会の間を媒介するのが、政府行政機構の司る行政であるからである。公共目的を追求する集合的営為としての行政は、社会的必要性から生れるものであるにもかかわらず、国家のフレームワークの中ではじめて可能となる。このような行政が社会の中で占める比重がしだいに増大するにつれて、国家と社会が自同化し、両者の区別が曖昧となってくる。そこ

においては、もはや公共的なるものと私的なるものとの明確な区別は存在せず、すべてのものが潜在的に国家の問題となり、政府によって解決されることが要求されるようになる。……行政国家においては、政府が社会的管理機構の中枢に位置し、政府行政機構を通じて社会全体としての集会的営為が営まれる。社会の進歩発展も、政府行政機構を通じて展開されるようになる。このようにして、行動する社会としての行政国家が出現する。

行政国家は……、ある面では、管理社会が行きつく終着点である……。……最初は社会の特定の部分を管理することから始まった管理社会も、やがて社会全体についての管理をおこなう全的な管理社会となる。それが可能となるのは、政府行政機構が社会的中枢管理機能を掌握することによってである。今日、世界のあらゆる国々には、このような意味での行政国家に向かって収斂しつつあるといえるであろう。¹⁵⁾

一—3 ヴァン・ライパーの場合

一九八七年、チャンドラーの編に成る大部の記念出版『アメリカ行政国家の百年史』は、ヴァン・ライパーの「アメリカ行政国家—ウイルソンと創建者たち」を第一章として始まる。この「アメリカ国家なる船の、主として行政的機関室からの報告¹⁶⁾」は、筆者かねての持論の線で従来通説の年代学を一世紀遡らせて、ハミルトンを理論面でも実践面でも「アメリカ行政国家」の始祖と目し¹⁷⁾(参照、手島『アメリカ行政学』一九六四年五頁以下)、そこから出発して、アメリカ建国以来の歴史を「第一期行政国家」(一七八九年—一八二九年)、「ジャクソン主義および共和党過激派のインターリュード」(一八二九年—一八七六年)、「第二期行政国家」(一八七六年—一九四五年)および「官僚制国家」(一九四五年—現在)に四分して論ずるが、ここで当然準拠概念となる「行政国家」につき、プラグマティックな彼地の専門文献には珍しく冒頭とくに一節(「行政国家の観念¹⁸⁾」)が割かれている。――

『「行政国家」なる熟語はかなりの間〔意義が〕定まらずにきた。われわれは本当のところ、この語で何を意味するのか? 最近の政治学書目は、行政国家の書名を冠した二つの主要著書を含んでいる。一つは一九四八年ドワイト・ワルドーによるもの、

他は一九五七年フリッツ・モースタイン・マークスによるものである。ワルドーは、彼の書名を研究主題としての現代行政の成長と等置する間接法で定義する。この定義は、われわれのここでの目的にとっては狭過ぎる。モースタイン・マークスは、行政的な理論とともに行動にも関心をもつが、しかし彼の行政の定義は、始めの方の脚註で後からの思いつきとして出現するといっているくらいのものである。曰く、『行政国家』は、立法機関と司法機関を欠く国家としてではなく、行政的な組織と作用が特に、少なくとも量的な面で、卓越している国家として考えらるべきである』と。この引用文でモースタイン・マークスは最後の文節『少なくとも量的な面で』を全く説明していないけれども、『量的な』は、現代行政の完全な定義ならどれでも決定的に重要な限定詞である。例えば適切な人口調査を欠く行政国家はせいぜい胎児期である。

モースタイン・マークスの中性的で常識的なアプローチが、行政国家の定義の基礎を提供する。少しでも、もっとうまく定義できるか？ 官僚制研究の最近における爆発的急増が、幾つかの付加的概念〔要素〕の有用性を示唆する。それらの大半は、マクス・ウェーバーに由来する。

……〔中略〕……

……官僚制に関する文献は、われわれの定義にとって多数の重要な限定詞ないし敷衍語を示唆する。ウェーバーの広範囲にわたる解説なしでも、大抵の社会科学者たちは、古代でも現代でもほとんど如何なる行政国家をも特徴づけるに当たっての以下六つの標識 (criteria) の適切性を承認するであろう。――

1. 古典的なハイアラキーの意味における可働的な組織、
2. 成績による専門能力の徵募、
3. 合理的な決定形成、
4. 法の前の平等に力点を置いた法の支配、
5. 成文の手続と記録、
6. および、貨幣経済のみならず、また、複雑な行政装置を支えるに充分な公的資金。
ここからはウェーバーを超えて、彼の著作には潜在するに過ぎないさらに四つの標識を付け加えなければならない。――
7. 少なくとも、量的データと技術に関する適度なベース、
8. とくに記録・通信・数量的思考に関連する適切な支持テクノロジー、
9. 責任と倫理水準の貫徹、および
10. 上述のすべてが適度に発達し相互に支え合う仕組みを成すこと。

その名に値するには、行政国家は『システム』なる言葉の現代的意味における実働的システムの特徴を具えていなければならない。このような国家は必ずしも善でも悪でもなく、私はその行手を決定されたものとは見ない。行手と質(の良否)とは、文化と目的という高度に可変的な要因の結果である。……」¹⁸⁾

ちなみに、この「行政国家」は、「官僚[制]国家」(bureaucratic state)とは——「多くの共通点はあるけれども」——等置されない。ヴァン・ライパーは、「後者を、行政システムが『官僚制の経験』(第二版一九八二年)でラルフ・P・ハンメルにより図式的に描写された諸属性を帯び始める今一つの発展段階と見る」¹⁹⁾のである。かくて、「第二期アメリカ行政国家の逆機能、諸効果が、その多くの諸成果同様、認知できる」(傍点引用者)ようになった第二次大戦後が「官僚[制]国家」として新時期を画するものとされる²⁰⁾(「官僚[制]」的という未定義のレッテルがこの最新の時期には貼られる。この語の曖昧さは、今日の行政国家について国民が抱く非常に混乱した感情に完全に照応している」²¹⁾)。

一—4 「行政国家」の最適概念構成

これら三種の概念把握は、互いに相隔たること遠いだけではない。それらは、いずれも旧態依然、かつて手島『現代行政国家論』(一九六九年)が的確な概念構成への踏み石として分類整理した止揚さるべき既成概念類型²²⁾の域を出ていない。すなわち、ドーデンホフは、——恐らくは手島一九六七年論文に触発された——憲法現実への着目において正しくもウーレ流の法規範的視野狭窄を脱するとはいえ、なお三権分立体制への埒内でもっぱら立法権と行政権の配置(「絶対的行政国家」における後者の独占＝篡奪を極とする「重点」の所在)を指標とするにとどまる。またティームは、劈頭第一章の参考文献十一書目中にわざわざ、行政概念の新構成を主題とし行政国家の概念規定にも論及する別の手島独語論文(一九七九年)²³⁾を挙げる(二頁)にもかかわらず、自ら「行政国家」について語るときは、片岡同様、これをい

「わゆる現代「職能国家」(或いは「福祉国家」「社会国家」「積極国家)」と同視する一つとに一九六三年来手島の警告してやまぬ—素朴・粗雑な概念混淆²⁴に陥っている。そして一見精細なヴァン・ランパーの場合も、畢竟「行政国家」とは、国家における行政システムの技術的(「ウェーバー流官僚制論的)発達水準にもつぱら照準を合わせた「量的」概念以上のものではない。

「行政国家」の概念は、もとより「国家」そのものの一次レベルすなわち最終的な本質概念ではない。それは、「国家」が特定の歴史的・社会的位相においてとる特殊な現象形態の概念化として、「国家」をめぐるいわば二次レベルでの説明的補助概念の一つである。この意味において、当該定義は、そのような概念としての操作性が極大化される方向で決定されねばならないし、また、それで足りる。

そうすると、「行政国家」とは、この複合語を学問的に厳密に用いようとする限り、その論理的構造から、「政治的支配の社会装置」たる「国家」²⁵にあつて「本来のおよび擬制的公共事務の管理および実施」としての「行政」²⁶が中枢を占める事態を指す以外ではありえまいから、そのような事態において出現する、ないし出現可能な有意の理論的・実践的問題性を極力明確化できるように概念設定を図るべきこととなる。

かくて、『現代行政国家論』(一九六九年)は、「今日学問的に最も実りある形で行政国家の概念を立てようとするならば、何よりも、行政機能の強化・拡大にともない、元来政策執行機関たる行政部が基本的政策の形成・決定にも実質上中心的役割を営むようになり、やがて本来の公共事務の管理・実施としての行政過程が国家の存在理由の首位を占めるに至る」現代国家の動向に、「その根本の概念標識を認むべきである」とした²⁷。「行政作用中、本来の公共事務に關するものを本来の行政、擬制的公共事務にかかわるものを政治的行政とする」ならば、

「現代資本主義国家における行政機能の強化・拡大は、これらの両種の行政作用のいずれにもかかわる。しかし、それは先ず

政治的行政に大きく働き、この面での行政機能の充実は、そこにおいて政治との関係で元来「統治の出」力過程²⁸にとどまる行政過程(およびその担い手としての行政部)が政治すなわち「統治の入」力過程²⁹(国家政策の形成および決定)にも進出し、そこでも事実上第一義的影響力をふるうという事態を惹起するであろう。次いで、現代行政の発展は、本来行政の増強・拡充としても現象し始め、やがて本来行政の実質的公共性が、支配機構としての現代国家におけるデモクラシー(＝政治過程の民主性)にとって代わり、新たな国家の正当性の根拠となる展望を将来に向かって開くであろう(この場合、本来行政の増強・拡充は、現代社会の危機そのものがそれを要請し促進することによってととも、或いはそれ以上に、政治的行政の高度の成長による政治過程の技術化＝政治の行政化が徐々に行政部自体の本来の公共事務認識能力を開発し、ついには本来行政の本質的強化を導くことによって実現される、と考えられる)。これらの段階的な両側面こそ、現代国家の本質的問題状況を行政の視角からの確にとらえるものとして、今日最も適切に「行政国家」の概念標識たるべきものと考えられるのである。²⁸

これら二つの行政国家概念中、いわば「理念的」「非政治的」な後者は「なお将来の「哲学的」課題」として姑く措かれ、対して「現実的」「政治的」な前者が当面のオペレーショナルな科学的(狭義)行政国家概念として採用されたのである。²⁹その後、この実証的概念としての「行政国家」が理論上もつぱら操作されることになるが、『行政国家の法理』(一九七六年)では、「機能構造面からする現代国家の特性把握」として「本来統治の出」力過程(執行)の公式担い手たる行政が同時に「入力過程すなわち政治(国家基本政策の形成決定)にも進出して中心のかつ決定的役割を営む類の国家」(「一体、現代国家では、複雑な多元的構成の社会の中で実効的に実現されうる基本的な国家意思がどのようにして形成され最終決断を見るかが、本質的に重要である」が、「この局面においても、政策執行を元来の使命とする行政がその資格のまま、否、その資格の故にこそ第一義的動因として働く場合³⁰」、『憲法学の開拓線』(一九八五年)では、「そもそも国家の出力過程としての政策執行の担い手たる行政(行政機能＝行政機関)が、入力過程としての政策形成決定すなわち政治の場面へ滲出し、公式たると非公式たるとを問わず、現実にもそこでも主導的役割を果たす、そのような国家類型」(「国家における基本的政策形成決定の実権を行政が掌握するということが核心の標識³¹」)と、表現に若干の違い(工夫?)こそ

そあれ、全く同趣意の定義が一貫して下されている。

この手島提唱の行政国家概念は、とくに現代国家の憲政における規範と現実の乖離・相剋の多面的問題性を全的かつ即實的に視野に収め捉えうる理論装置として、なかなずくわが国の憲法学界では少なからぬ有力な賛同者を見出し、てきた（すでに早く、一九七三年度日本公法学界の主題が「行政国家の憲法問題」であったことを皮切りに、最近で例えば、芦部や杉原が『行政国家の法理』の、高見が『憲法学の開拓線』の、それぞれ該当箇所―上掲―を援用する³²）。それは「一般に肯定的に受けとめられている」（杉原³³）。行政法学や行政学・政治学の分野でも、一定のインパクトをいささか自負しても許されるのではなからうか。³⁴

ドーデンホフ流の「相対的重点」説は今日依然根強いが、やはり、学問以前の「漠然たる印象的説明概念」にとどまるものであろう。「職能国家の別名」と解するに帰着するティーム式語釈も現在なお少しとしないが、もしそのように定義するとしても、職能国家に「行政国家」なる別名をことさら用いる修辭的以上の必然性は見当らぬし、職能国家では行政がクローズアップされるからと説明されるならされるで、国家職能の拡大がその実務面たる行政の量的増大を導くのは当然としても、同時に行政の質的強化（すなわち、本質的な問題性を孕む「基本的政策形成決定の実権の掌握」の意味における中樞的国家機能化）に直結する―少くとも論理的―保証はない（行政が量的に増大しても、その統制に任ずべき―行政以外の―政治機能が十分強固であり続けるならば、行政の決定的な質的強化は帰結しない）から、職能国家イコール行政国家とはいえなくなる。この文脈でヨリ思弁的な片岡学説も、国家と社会のインターフェイスに生起する―それはそれで重要な―状況に眼を奪われ過ぎ、その場合に国家内部で相対的に独自に出来する問題的事態（それは前者に事実上触発されること多いとはいえ必ずしも直列連動するとは限らず、かつ、それに固有の重大な問題性を提起する）を看過する点、やはり同断である。これとは逆に、最後・最新のヴァン・ライパー的概念規定は、もっぱら国家内部、しかも行政システム内における技術的指標に着目するが、これは、本来の意味での（最も問題的な状況を最も適切な用語で捉える）「行

「行政国家」を招来する可能的徴憑の概念化たる意味をもつに過ぎない(したがって、「行政国家」なる命名は不適切)、と評価さるべきであろう。

二 「行政国家」論をめぐって

上に確定した意味における「行政国家」を準拠概念として、論理的および実証的に国家ななく現代国家の特質と問題性を洗い出し整理した一連の理論体系が、「(現代)行政国家論」である。行政学の分野では、「行政国家」のパラダイム³⁶⁾について語るも過言でないほど、事実上これは、現代におけるこの学科の守備範囲の全体ないし中核を占めるに至っているし、公法学(とくに憲法学)の領域にも、その理論的貢献度が着目されて、滲透は日を逐つてとみに著しい。しかし同時に、傾聴に値する異論もまた、現れ始めた。

二—1 村松に対する反批判

行政学者・村松岐夫は、その世評高い著書『戦後日本の官僚制』(一九八一年)において、「役割認知がかれの行動をきめる傾向がある」という「役割理論」の仮説から出発し、「高級官僚二五一人に対して行った面接調査結果の分析を通じて」、「一九五五年体制の自民党と行政官僚制の関係をみると、行政官僚が政治に優位しているとは考えられない」として、「政党の優位」の「仮説」³⁷⁾に至る。彼はいう。——

「(一)」の仮説は、これまでの日常的に使用される『行政国家論』の概念に衝突する。行政国家論によれば、今日、権力は議会

から行政に移行し、行政は政治の中心であるとされる⁽³⁸⁾。」

この過程で彼は、官僚の権力についての従来のわが国の見解を「特権的官僚論」と「官僚私兵論」とに二大別し、うち、「官僚が適正量以上の権力を保有している」という認識を前提にして、そのようなシステムを非民主的であると批判する」通説的な前者についてその実例を行政学と政治学に求めた後、さらに語を継いで述べる。――

「公法学の研究のなかからも行政官僚制の優越的権力を想定する立場を紹介しておこう。たとえば、手島孝の見解がある。これによれば、行政国家とは、『構造機能面からする現代国家の特性把握の試みとして、本来統^{ガヴァンメント}治^{アクト}の出^{アウト}力過程^{プロセス}（執行）の公式担い手たる行政が同時に入力過程^{インプット}すなわち政治（国家基本政策の形成決定）にも進出して中心的かつ決定的役割を営む類の国家』を意味する。まず、このような意味での行政国家化が進行しているというのが手島の認識である。行政国家を促進した原因は様々であるが、なかでも手島は『国家計画』の進展に主たる動因があると考えているようである。その結果、デモクラシーはテクノクラートに席を譲り、そして議会政治は形骸化し、計画官僚^{テクノ・ビュロークラット}によるビュロークラシー^{テクノクラシー}へと変質せしめられたと論ずる。さらに手島は、こうした認識のうえで、憲法学について『対行政国家的再構成』をしようとするのである。この立場も、行政の立法に対する優位を主張し、その実体を技術保有者たる官僚制に見ていると云ってよいであろう。』⁽³⁹⁾

たしかに、手島『現代行政国家論』（一九六九年）は、その第一部に「行政国家の現代的必然性」のサブタイトルを冠し、「二〇世紀的職能国家は、続々増大する国家職能の種類と性質から、事物必然的に行政国家化の趨勢を帯びる」（九七頁）と説いた。しかし、同書の文脈から、またその後の一村松が引用の労を執った『行政国家の法理』（一九七六年）を含む一手島・諸論著からも明らかなおお、それはマクロ的・大状況的な本質的・歴史的洞察としての所見であって、ミクロ的・局部的なジグザグ現象にはもともと関心しない。村松理論の方法論的問題点⁽⁴⁰⁾は姑く措き、仮に「一九五五年体制下における」「日本の」場合について「政党の優位」が実証されるとしても、それは実は現象面での

ことであって、水面下の本質次元では滔々と「行政国家」化の底流が―目に触れにくい水面下のことだけに、それだけ危険な形で―進行を熄めていない、と見るのである。第二次大戦後の日本において、国民↓議会↓政党を主体とする「政治」が憲法規範上「正統性」を付与され、それだけ行政に対し決定的に強大となった⁽⁴²⁾とする村松の所論は、「役割理論」を積極的に評価することと連なるその社会心理学的基本性向から一応了解不能ではないといえ、⁽⁴³⁾「現実」に対して規範が今日なお有意義な相対的自己法則性を保持しているとの確信(あるいは願望か)に立脚する⁽⁴³⁾点、法学者ならいざ知らず、行政学者・政治学者の言説としてはいささか意外な感がしないでもないが、それはともかく、われわれの「行政国家論」は、現代日本の場合でも、村松所論のような憲法規範的「正統性」付与による「政治」のイデオロギー的・社会心理的強化(を承認した上で、なお)にも、かかわらず、それを上回る強大な「行政国家」的傾向性を確認せざるをえない、とするのである。ここで、一九六七年ドイツ(語)で公刊された手島論文の冒頭に注目していただきたい。――

「今日の国家生活の舞台には二人の主役が見られる。すなわち、政党と行政である。正式の配役(憲法上の規定)とはかかわりなく、実際には、これら両者が主役を演ずる。現代国家が『政党国家』ないし『行政国家』と性格づけられる所以である。両者は、あるときはパートナーとして、あるときは一が他をリードする形で、舞台を支配する。しかし、行政が政党を次第に凌駕する傾向にあるように思われる。⁽⁴⁴⁾」

二―2 杉原に対する反批判

ところで、「行政国家論」が、「行政国家」の概念規定に始まり、現代国家の「行政国家」化的傾向性の確認を前提に、そこに生起する、ないし生起するであろう特殊な諸現象と諸問題の実態のおよび規範論的究明に及ぶものとするならば、上に取り上げた村松による行政学的・政治学的批判は、もっぱら、いわば本論以前の「傾向性の確認」につ

いて、少なくとも「一九五五年体制下の日本」の場合に即し、実証的調査に基づいて異義を申し立てるものであった（もっとも、それが結局は非本質的・第二義レベルの立論なのではないかと思われること、既述のとおりであるが）。同じく「行政国家論」の「前提」を鋭く問い、しかも本論部分にまで迫る最近の批判に、憲法学者・杉原泰雄によるその名も「現行政国家論・再考」（一九八八年）がある。

その一年前の教科書で手島の「行政国家」概念（『行政国家の法理』一三頁）を援用しつつ「現代市民国家（資本主義国家）は、少なくともその憲法的運用の現実においては、行政国家の傾向を強めている」と述べた⁴⁶杉原は、一九八八年論文では、依然手島の当該概念に拠りながらも、「現代市民国家は、一般に、憲法上またはその運用上『行政国家』であることを特色としているといわれている」（傍点引用者）と、微妙に表現を改めている。その由って来る所は、同論文の趣意を示す左の指摘「『行政国家』論における欠落した視点」に明らかである。――

「……従来の『行政国家』論には気になる点がある。それは、「現代市民憲法における社会国家・福祉国家の理念の導入」や「現代市民国家における多様な危機の常駐状況」などの要因から、現代においては『行政国家』が不可避的・必然的に帰結されるとしていることである。しかし、この指摘には疑問がある。一定の社会経済的政治的現象がある場合、通常、それへの対応は、社会経済的政治的立場のいかんによって相対的であり、一義的絶対的ではないからである。……『行政国家』は現代市民憲法における一つの対応のし方にすぎない。この点を無視する場合には、現代においては、『行政国家』的憲法の選択が不可避とされ、また憲法の運用上も憲法規定のいかんにかかわらず、『行政国家』的な解釈運用――たとえば、明示的に行政府に法律の発案権を認める規定がないにもかかわらず行政府にそれを認めること、委任立法も同様に解すること――が不可避とされ、いずれにしても宿命論に陥ることになる。」

サーベイ・リサーチの手法を駆使した行政学者・村松の場合とは異なり、ここでこの憲法学者が武器とするのは、自家葉籠中のフランス憲法（史）に関する豊富な知見である。かくて、進んで「現代市民憲法における諸対応」に説

き及ぶ彼は、先ず、「憲法政策論のレベルで」、「憲法典自体において明示的に行政府を国政の中心に据える『行政国家』的対応は、現代における必然的な対応ではないということ」(フランスの一九四六年憲法と一九七二年「共同政府綱領」の両実例、および「比較憲法的にみても、「フランス」一九五八年憲法的な明確な行政府優位型の憲法は、少なくとも先進資本主義国においては例外に属する」ことが引証される)、「一九五八年憲法型の対応〔は〕、……現代資本主義国家の諸々の危機に對する社会的少数者の立場からの対応ではないかということ」を結論、次いで「憲法解釈論のレベルで」は、とくに「おそらく日本の憲法学界の支配的なものだと思われる」「現代における『行政国家』的傾向の不可避性を一応承認しつつも(X)、なお議会中心主義の観点から議会による法案の實質的な審議と行政の統制を維持しようとする(Y)」立場をとらえて、

① (X)と(Y)とは本来的に非両立の関係にあるのではないか……。

② 「行政国家」は、すでに指摘しておいたように、それをもたらず要因との関係においてみれば、現代における特定の社会的政治的立場からの対応にすぎず、それを現代における必然とか不可避的対応とかみることには問題があるのではないか……。憲法政策論のレベルにおける対応の場合と同様に、異なった対応のし方がありうるのではないか、と思われる。現に日本国憲法の解釈論上も、内閣による法律の発案を否認する有力な見解があることは周知の事実である」

と批判の上、自らの見地を「……伝統的な議会中心主義の枠組を超えかつ現代の危機を抜本的に克服する諸方策(議會を強化し、民主主義と人權の保障を強化し、軍縮と平和を強力に推進すること)による対応のし方……こそ、日本国憲法の求めるものではないか」と提示している。

杉原の論鋒は、基本的に、「行政国家論」の「行政国家」必然論に向けられている。しかし、手島の場合は、当初から、「職能国家」(杉原のいわゆる「福祉国家」「社会国家」を手島はこう呼ぶ)は文字どおり現代の必然視されるとしても、

「行政国家」がさらにその当然の帰結とされているわけではない。次の論述（一九六七年）を見よ。――

「行政国家は、現実には、現代職能国家の帰結として、それと密接な関連に立つ。といえ、両者は概念上混同されてはならない。職能国家は通常は行政国家であろうが、しかし論理的には立法国家でもありうるであろう。」

このことは、本稿でも、「行政国家」概念の「職能国家」等置論に対する批判（二―四）の文脈において、既に述べた。すなわち、手島が「行政国家」の「必然性」を言う場合（しかも、ここに「行政国家」はもっぱら憲法現実レベルの概念であつて、杉原がいう「憲法典自体において明示的に行政政府を国政の中心に据える」憲法規範レベルにまでの「行政国家」――これが「現代における必然的な対応ではない」ことは何ら論証も要せぬほど常識に属する――を極点として含みはするが、けつしてそのみを意味するものではないことに、念のため、あらためて注意を促しておきたい）、それは、「職能国家」のときのように例外を許さぬ論理必然的な不可避性のことではなく、自覚的努力によっては可逆もありえぬではないことを留保した高度の蓋然性としての事実的傾向性の謂いにはかならない。加えて、ここに留保すべきは、かくて論理的にはありうる例外（「職能国家」に対する「行政国家」以外の「対応」）も、現実には（換言すれば、歴史的事実としては）、ほとんど出現することなく、たまさか出現しても結局は無効果（杉原の挙げるフランス一九四六年憲法の場合）か、構想どまり（同じく「共同政府綱領」の場合）に終わっている（しかも、まさにそのフランスで、それらに対する反動か、却って他に例を見ぬ極点的「行政国家」の一典型――一九五八年憲法体制――が出現し永続している）、ということである。杉原苦心の反証は、むしろ逆に、「行政国家」が「職能国家」に対する実効的「対応」としては事実上それ以外にないという意味で、必然とわいていいことを裏づける皮肉な結果となつてはいはしないか。

いうまでもなく、「行政国家論」は、現代国家のこの（上述の意味での）必然的傾向性を冷徹・客観的に認識するので

あって、けっして是認するものではない。⁵⁴むしろ、その結果そこに由々しい病理を診て、極力その克服策を探ろうとするのである。したがって、「職能国家」的必然性に対する「行政国家」以外の「対応」が、現実には稀有であれ、論理的にはなお可能である限り、その究明(なかんずく、歴史上の実例の失敗の原因を探究し、成功への展望を摸索すること)もまた守備範囲に入る。

しかし、この抜本塞源のレベル(本節冒頭にいう「前提」の段階)の議論とともに、いや、日本を含め、地球上すべての先進国が「行政国家」の様相をとみに濃くしつつかある圧倒的現実を前にしては、むしろそれ以上に、当面对症的なレベルの政策論・解釈論の開発が重要であり急務である。「行政国家論」が、その憲法学的展開において、これまで本領としてきたところにほかならない。この場面で杉原は、X(「行政国家」の必然性の承認)とY(行政に対する議会強化の主張)の矛盾を衝くが、Xにいう必然性が既述のとおり論理的なそれではなくて事実的な(すなわち、意識的なチェックが働かぬ限りでの事物必然的傾向性としての)それとするならば、Yが当の抑制・制御を試みるのはXとは何ら「本来的に非両立の関係にある」とはいえまい(もちろん、かかる「憲法規範レベルの試みが行政国家という圧倒的な社会法則性に対して充分抑止の展望をもちうると考えるのは樂觀に過ぎよう、との洞察もまた忘れられていない⁵⁵)。かくて、手島「行政国家論」は、例えば内閣の法律発案権の問題について、早くから消極論を唱えている⁵⁶。なお、「憲法解釈論のレベルで」杉原が結論する「(通説とは)異なった対応の仕方」は、その具体的な内容が未だ示されていないことを別としても、一体、手島がつとにその憲法学的「行政国家論」で説く所(「アンチ行政国家」論、「対行政国家的憲法理論」、「反行政国家の原理」⁵⁷)と如何ほどの逕庭があるのであろうか。

二—3 高見に対する反批判

「対行政国家的憲法理論」には、芦部をはじめ好意的受容⁵⁸が一般であるが、その中で、最近高見によって提起された

内在的批判が看過できない。彼は、「議會制と官僚制」を論じた一文（一九九〇年）において、手島の「行政国家」概念および「現代的行政国家化」論を前提とした上で、焦点を憲法解釈としての「議会の復権」論なかならず手島による「国会の『国権の最高機関』性の改竄」およびそれに先行する「憲法的『行政』概念の再考」⁽⁵⁹⁾に絞る⁽⁶⁰⁾、問題点を指摘する。

「では、このような行政国家的現実の下で、国会による官僚統制は如何にして可能であるのか。ここでも、官僚政治に対して『議会の復権』を試みる手島教授の精緻な憲法解釈論が注目に値する。

そもそも『復権』に値するだけの議會優位の実体が嘗てわが国に存在したか否かはともかくとして、その議會復権論は、大要、次のようなものである。①従来の控除説においては、『立法』と『司法』及びそれらに関して憲法上国会ないし裁判所に留保された諸権能以外のものはすべて『行政』として性格づけられ、『行政機関に帰属』するとされる。②積極的行政概念によって『行政』の外延を明らかにすることで行政機関に帰属する権能の範囲を限定し、『行政のための権限推定』を否定するならば、そこでは、いずれの国家機関に所属するか不明の国家権能について『国会の権限推定』が働くことになる（その際、憲法四一条の『国権の最高機関』の規定が採用される）。それ故、③基本的国家計画の最終決定権という『憲法的帰属不明』の権能も国会に帰属し、行政部が独占する計画権力を国会の統制下に置く事が可能となる。

極めて示唆に富む見解であるが、『議會による官僚に対する統制』という本稿のテーマとの関連では、次のような疑問点が存する。

まず第一に、権力分立原則は『三権の対等・相互不可侵』を要請するとの併列的な権力分立像が①に示された控除説批判の前提として措定されているが、しかし、立憲主義の基本原則たる法治主義は立法権優位型の権力分立構造を導き、日本国憲法について、控除説もまた、通常、この意味での立法権が行政権に優位する階層的権力分立制を採用することからして、控除説的構成が『明らかにプロ行政国家的な“行政の権限推定”として働く』とまでいえるか。第二に、『行政』を積極的に概念構成する目的が、②に示されるように、行政機関から国会への『権限推定』の転換を図ることにより国会権能を拡大することにあるとしても、それだけでは行政国家的現実を克服しうることにはならず、その場合でも、なお、行政の民主的コントロールという視点から『法律による行政』の統制を確保し、委任立法に対し国会が十分な統制を加える等々の方法について考えることが要

請されるとすれば、通説的見解と基本的に異ならないのではないか。第三に、いわゆる権限推定論からするならば、国民主権下において憲法上帰属不明の国家権能は国民にあるはずであり、憲法四一条の国権の最高機関性から無媒介に『国会への権限推定』を根拠づけることはできないのではないか。第四に、国民主権・民主主義の原理に立脚する議会優位の統治制度の下では、③の基本的国家計画は、それが国民や国家にとって、『基本的』であればあるほど、ますます、国民に代わる国会の統制が要請されるわけであるから、国会は、法律制定手続または予算に準じた手続により計画の最終的な『決定権』についてののみ留保するといった消極的な対応ではなく、そもそも、国会は計画発案権を専有し、『高度に専門技術的性格』の故にその計画策定を『計画官僚』に委ねざるをえないとしても、必要とあらば何時でも官僚に対し、その強力な統制権を積極的に行使すべきものと解すべきではないか。

以上、行政国家的現実に対して議会の『復権』を試みる手島教授の憲法『改釈』に触れ、そこには、通説的見地から、若干の問題ないし疑問があることを指摘した。⁶²⁾

応答に先立ち、初めに、手島の用語法には「議会〔の〕復権」はたしかにあるが、それは、正確には「議会主義の復権」「議会主義の再生」ないし「国会中心主義の賦活」(ここに「議会主義」ないし「国会中心主義」はすぐれて憲法規範レベルの概念であり、それに憲法現実をも対応させる―規範を現実態に再現させる―ことを「復権」「再生」ないし「賦活」と言っている)⁶³⁾の修辭的表現であること、拙論の文脈から明らかなはず、と釈明しておこう。

さて、先ず第一点について。控除説が―「日本国憲法について」であれ―「通常、……立法権が行政権に優位する階層的権力分立制〔の考え方〕を採る」、と批判者が解するのには、同じ難い。およそ控除説(消極説)ならば、「〔並〕列的な権力分立像」を前提に「全国家作用―立法―司法―行政」と理論構成するほかないのであって、階層的分立像を採って行政を定義しようとするれば、それはもはや控除説(消極説)ならぬ実質説(積極説)の一種となってしまうであろう。ただし、純粹法学の再生版を思わせる階層的分立観を前提としたこの行政概念は、芦部が紹介するように、「国家作用はまず立法と執行に横断的に分けられるとし、執行の中の司法と行政との区別は歴史的に形成さ

れたもの、というふうを考える⁶⁴」ものとする、法規範の執行性⁶⁵と「歴史的に形成された、司法との区別」⁶⁶標識とによって、曲がりなりにもとにかく実質的・積極的に規定されていることになり、本来の控除説の外延確定的のみとどまる内包白紙的な消極性とは全く趣を異にする（したがって、芦部がこれを「控除説の立場から行政権の概念を考えても」と紹介しているのは適切を欠く）からである。

手島が槍玉に挙げる控除説とは本来の控除説以外の何ものでもなく、しかも、まさにその控除説が憲法実践上も憲法学説の上でも一般・通例であったし、またあり続けている、と見るのが手島の認識である⁶⁵（前提としての権力分立理解にしても、ソフィストケートな「横断的」「階層的」把握ではなく、単純・素朴な「縦断的」「並列的」把握⁶⁶が理論的適否は全く別として—なお一般・通例と思われる。現に、実定憲法典の章建てを一瞥しても、純粹法学者ケルゼンの主導に成ったオーストリア憲法⁶⁷を恐らくは唯一の例外として、日本を含む主要諸国すべてで三権は「横並び」である）。さればこそ、

「従来通説の消極的控除説による行政概念では、立法と司法およびそれらに関連して国会ないし裁判所に憲法上留保された諸〔権〕能以外のものはすべて行政と性格づけられ、したがって行政機関に帰属してしまうことになる。その結果、とくに国家機能が異常に複雑多岐化しつつある現状の下では、事実上明らかにプロ行政国家的な「行政への権限推定」として働くであろう。憲法規範体系の到底認めぬこのような帰結は、行政に関する限定的積極説の採用（著者の場合につき、現代行政国家論第一章）のみが、ひとりよくこれを回避しうる」⁶⁸

と結論されるに至るのである。批判は当らぬといわざるをえない。

次に第二点については、手島の「行政国家論」、正確には「対行政国家的憲法理論」は、「強力無比な行政国家的社会法則性に活眼をひらき」、他方、「それが憲法基本規範に及ぼす激甚な侵襲を炯眼にとらえ」、その上で、「そのような憲法現実に拮抗的な憲法規範的諸原理の実現可能な極大化を図ること」に今日の憲法学喫緊の課題を見るので⁶⁹ある

から、如上の広角的方法論に自覚的に導かれ体系化されている点、その結果、従来の「通説的見解」を質量両面で大幅に拡充しつつある(憲法学的「計画」理論の開発はその一例)といささか自負できるかに思われる点、そして、もとより「それだけでは行政国家的現実を克服しうることにはならぬ」こと百も承知の上、「当該現実」を抑制する憲法規範の手だてを最大限講ずる「努力の一環として、これまで全く着想されることのなかった「憲法的『行政』観念の再考」を象徴的に打ち出した点で、「通説的見解と基本的に異ならない」とはいえないのではないかと、と反論したい。ついでに、卑見における「行政」の積極的定義は、憲法学的次元をも包摂した総合科学的な行政概念化の試みの所産であって、それが憲法学に―微調整の上―適用されたに過ぎず、「行政機関から国会への『権限推定』の転換を図ることにより国会権能を拡大する」というのは、この概念適用の「結果」ではあっても、けっしてこの概念構成の「目的」ではないことも、付言しておこう。

第三点は、「権限推定論」からする疑問である。たしかに、民主権原理に立脚する憲法の下では、理念的・究極的には、一切の国政権能が主権者としての国民に遡源し、この意味で「憲法上帰属不明の国家権能〔も〕国民にある」といえる。しかし、ここでの問題は、実働的な第一次的諸国家機関(国民も、選挙人団に組織されている限りでは、その一つであるが)の間の権限分配の推定である。とすると、このレベルでは、国家機関としての国民には事物必然的に実働能力の大きな限界がある以上、権限の推定は、その余の国家機関の中で組織原理上主権者としての国民に最も近接し、その意味で憲法的正統性最大の国会に対してなされるのが順当であろう。「国権の最高機関」(日本国憲法四一条)とは、この謂い以上のものでも以下のものでもない、と解するのである。

最後の点については、批判者自身その註で「手島教授の『計画の議会化』が本文で述べたような趣旨のものであるならば、……この点については特に疑問といった程のものではない」としているから、もはやこれ以上立ち入らない。

三 「ネオ行政国家」の概念と理論

現代国家の特性とその問題性をその死活的な一つの本質的側面から把握するには、「行政国家」を準拠概念として用い、「行政国家論」に聴く必要の大であること、今日もなお、かわらない。いや、むしろ、いよいよ出でて、いよいよ大きい、といいたい。

しかし、現実の動き、歴史の流れは、時として思考の意表に出る。従来の「行政国家論」によれば、「行政国家」化は、その本質である「国家機能の行政化」（行政による国家基本政策形成決定の実権掌握）への趨勢が、現象的には、水平面で行政の「機関的肥大」（増強する国家機能非行政機能の行政機関への収斂）、垂直面でその「中央集権化」の形態をとって一路進行するはずであり、そこに諸般の病理が胚胎、したがって対処策また根本的にも対症的にも当該診断に即して講ぜらるべきはずであった。⁽⁷⁴⁾この所見は、いま、事実の論理によって或る修正を迫られているように思われる。

「行政国家」化の本質は不変であり、「世紀末、くだんの趨勢はなお持続し、加速すらしつつある」⁽⁷⁵⁾。しかし、現象レベルでは、これまでの滔々たる「単一の中核（水平的には行政機関、垂直的には中央「行」政府）への行政能力集積」の方向性が、ペースダウンないし却って反転の兆しすら示し始めている。現実に取りこりつつある事実に追隨しての理論の「あと知恵」ではあるが、「求心力（凝縮傾向）は、……反動として逆方向の遠心力（拡散傾向）を喚び起さずにはいない」⁽⁷⁶⁾とでも見るべく、その原因としても諸種の事情が考えられるが、なかならず、「求心力」に対し理論の想定を超えてとみに高まった大衆の自覚的反撥のエネルギー（すなわち、いわゆる社会法則的必然性の重大な修正因子としての、社会化され物質化された人間意識）こそは恐らく与って最も力あるものなのであろう（ただし、この反撥力も根本病理の克服にまでは至らず、却って事態を複雑化することにすらなっている深刻な皮肉については、直ぐ後に触れるが）。かくて、依然国家の中核たるを熄めようとしない行政機能ではあるが、ひたすら中央政府の行政機関（しかも、その中核部分）へと凝

縮する傾向は減速ないし逆転し、中央政府内では行政機関以外へ、中央政府から地方政府へ、政府から政党へ、社会集団へ、最終的には私人へと拡散の動向が出現してきた。⁷⁸⁾ いわば、「機能的行政国家」(機関収斂とセットを成した行政機能昂進)から「機能的行政国家」(機関分散を内包する行政機能膨張)へ、また、「単純行政国家」(行政機能の単核編制)から「複合行政国家」(行政機能の多核配置)へ、の転針である。⁷⁹⁾ これは、なお「行政国家」の大文脈に包摂されうるとはいえ、敢えて命名すれば、「ネオ行政国家」と称すべき、新たな段階ととらえねばなるまい。

「ネオ行政国家」では、行政機能は—恐らく社会テクノロジーの高度発達に支えられて—拡散し分散するにもかかわらず、いや、むしろ或る意味では(たとえば、分権をそれ自体自己目的化しがちな在来の政治イデオロギーと抱合して)その故に、いよいよ拡大強化され、「行政国家」的病理はさらに複雑な形で温存され増悪さえするであろう。「ネオ行政国家」論は、「行政国家」論を踏まえつつも、未知・初体験の新しくも重大な多くの課題に直面することとなる。⁸⁰⁾

「行政国家」の概念と理論は、いま、「ネオ行政国家」の概念と理論を不可欠の先端部分として取り込むことによつて大きく前進しなければならぬ。

註

- (1) 手島①「行政国家論序説」(本誌二九卷三三号、一九六三年)、②「ドイツ行政国家論(一)」(本誌三一卷三三号、一九六五年)、③「ドイツ行政国家論(二)」(本誌三二卷一号、一九六五年)、④「行政国家と憲法」(本誌三二卷二六号、一九六六年)、⑤「福祉国家と行政国家」(公法研究二八号、一九六六年)、⑥Über den Verwaltungsstaat (Gedächtnisschrift Hans Peters, 1967, S. 587 ff.)、⑦『現代行政国家論』(勤草書房、一九六九年)。
- (2) 手島⑧「行政国家の憲法問題性」(『法学文献選集4・法と国家』学陽書房、一九七二年)、⑨「行政国家と権力分立」(法学教室第二期四号、一九七四年)、⑩「行政国家の憲法問題」(公法研究三六号、一九七四年)、⑪『行政国家の法理』

(学陽書房、一九七六年)、⑫「憲法における近代と現代―「憲法原理」と「行政国家」―」(『近代憲法原理の展開・I』東京大学出版会、一九七七年)、⑬「行政国家における議会の復権」(『法学セミナー増刊・現代議会政治』日本評論社、一九七七年)、⑭「行政権優位の憲法問題」(『憲法学5』有斐閣、一九七七年)、⑮「行政国家」(『演習行政法・上巻』青林書院新社、一九七九年)、⑯「憲法解釈二十講」(有斐閣、一九八〇年)、⑰「行政概念の省察」(学陽書房、一九八二年)、⑱「現代公法学と『行政国家の視点』」(ジュリスト七九三号、一九八三年)、⑲「憲法学の開拓線―政党『行政国家の法理を求めて―』」(三省堂、一九八五年)、⑳「内閣」(『現代憲法講座・上』日本評論社、一九八五年)。

(3) 参照、手島「概念装置としての『行政』―続々『行政概念の省察』―」(本誌前号)。

(4) ほとんど唯一の例外として、大須賀明「行政国家の視点」(法学教室二九号、一九八三年)(同『生存権論』一九八四年に「行政国家の社会的視点」と改題して、そのまま収録)。それへの手島の反批判―前註掲記⑬論文(⑲に拡充収録)。なお、この大須賀論文は、さらに「行政国家論」と改題の上、芦部編『憲法の基本問題』(一九八八年)にも収録されているが、手島による反批判の指摘した註記脱漏まで含めて依然原論文のままにとどまる。したがって、反批判についてはすべて⑳⑲の参看を指示しておくのみとし、本稿には繰り返さない。

(5) 手島「『ネオ行政国家』論―『現代行政国家』再訪」(本誌五五巻二〇四号、一九八九年)、『ネオ行政国家』続論―『現代行政国家』再々訪」(本誌五六巻三・四号、一九九〇年)。

(6) 村松岐夫『戦後日本の官僚制』(一九八一年)三四一頁によれば、アメリカのヘクロとウィルダフスキーは、「官僚制が優位をしめるか大臣が支配しているか」という問題設定」をそのように呼んでいたという。

(7) 参照、手島「『ネオ行政国家』論」四五二頁。

(8) Wilhelm J. Dodenhoff, Ist oder wird der Bundesrepublik Deutschland ein Verwaltungsstaat? VerwaltungsArchiv Bd. 75 Heft 1 (1. Jan. 1984), S. 1~14.

(9) Ibid., S. 13 f.

(10) Ibid., S. 2

(11) Ibid., S. 2 f.

(12) Ibid., S. 3.

(13) Ibid., S. 4.

(14) Werner Thieme, Verwaltungslehre, 4., erw. u. völlig Neubearb. Aufl. 1984, S. 116 (Rdnr. 166).

- (15) 片岡寛光『行政国家』(一九七六年)八〇九頁。
- (16) Paul P. Van Riper, "The American Administrative State: Wilson and the Founders," *A Centennial History of the American Administrative State* (Ralphe Clark Chandler, Ed.), 1987, p. 3, p. 7,
- (17) *Ibid.*, p. 12.
- (18) *Ibid.*, p. 5 f.
- (19) *Ibid.*, p. 5. (直前の引用文の中略部分)
- (20) *Ibid.*, p. 7, p. 25 ff.
- (21) *Ibid.*, p. 25.
- (22) 手島『現代行政国家論』七九頁以下。
- (23) Teshima, *Neubildung des Verwaltungsbegriffes, Die Verwaltung* Bd. 12 Heft 3 (1979), S. 273 ff. 「行政国家」の記及部分は、文末のS. 297 f.
- (24) 参照、手島『現代行政国家論』八一頁。
- (25) 参照、手島『憲法解釈二十講』三〇五頁。
- (26) 参照、手島「概念装置としての『行政』」(本誌前号)。
- (27) 手島『現代行政国家論』八二頁。
- (28) 同右八三〇四頁。
- (29) 同右八四頁、三六五〇七頁。
- (30) 手島『行政国家の法理』一三頁。
- (31) 手島『憲法学の開拓線』一四七頁。
- (32) 芦部「議会政治と国民主権」(『法学セミナー増刊・現代議会政治』一九七七年)一七頁以下、『憲法の焦点 Part.3・統治機構—芦部信喜先生に聞く—』(一九八五年)六〇頁以下(「行政国家とは、政府が国家の基本的な政策形成に関して中心的な役割をいとなむ国家のことを言います」、杉原泰雄『憲法I』(一九八七年)二五三頁、同「現代行政国家論・再考」(『和田古稀記念・戦後憲法学の展開』一九八八年)二二四頁、高見勝利「議会制と官僚制」(ジュリスト九五五号、一九九〇号)一三一頁。なお、村田尚紀『委任立法の研究』(一九九〇年)三頁も『行政国家の法理』の定義に依拠。
- (33) 杉原・右掲論文同頁。なお、必ずしも手島の概念規定に従うとはいえぬにしても、伊藤正己『憲法(新版)』(一九九〇

年)五三六頁以下、佐藤幸治『憲法〔新版〕』(一九九〇年)九〇一頁など、いずれも「行政国家」を現代憲法理論の主要概念の一として取り上げている。

(34) 行政法学では、Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I の最終第一〇版(一九七三年)がテシマ一九六七年論文を評価している(S.1の Schriftum)のを別にしても、たとえば塩野『公法と私法』(一九八九年)二七七頁。行政学・政治学では、たとえば阿利莫二「現代行政の展開と行政国家の形成」(『行政学講座2』一九七六年)一頁以下。なお、村松等『新版行政学講義』(一九八五年)が第一章(村松担当)で「二応『行政国家』を定義すれば、国家職能の拡大にともなう、国家権力が立法部や司法部から行政部門に移行しつつある状態の現代国家をいうところ」(五頁、傍点は引用者)と書く場合、なお未洗練(たとえば三権分立的先入主)ではあるが、「国家権力」を「国家における基本的政策決定の実権」と解すれば、手島の場合規定とさして逕庭はなくなる。

(35) 阿利・同右三頁の用語。ちなみに、塩野・同右同頁の所論は、「事実としての行政国家現象」に注目すべきことを説いて、今なおわが行政法学界に牢固たる「問題意識及び用語法ともに、普遍的でない」行政裁判国家Ⅱ行政国家概念を批判する点、出色であるが、惜しむらくは、「行政国家……とは、国家作用のうち、執行部の果たす機能が、立法部・司法部のそれに比較して、相対的に増大すること」とする「漠然たる印象的説明概念」を出していない。

(36) 片岡・前掲書二七頁。もっとも、そこで「行政国家」によって意味されているのは、もちろん片岡流のそれ(一—2参照)であるが。

(37) 村松・前掲書三二五頁(九五頁)、はしがきi頁、一五〇頁。

(38) 同右九五—六頁。

(39) 同右一三八頁以下、一四三—五頁。

(40) 同右一四五—六頁。

(41) 参照、手島『憲法学の開拓線』五頁(註8)。もっとも、村松・前掲書はその末尾(三四一頁)で、「しかし、問題は……本書の手掛りになった調査データはあまりに貧しいものであったということである」と自認してはいるが。

(42) 村松・前掲書一四六頁。

(43) 手島『行政国家の法理』二九頁。

(44) Teshima, *Über den Verwaltungsstaat*, supra, S. 582. 訳文は手島『憲法学の開拓線』一頁および五頁(註5)。

(45) 杉原・前掲書二五三頁。

- (46) 杉原・前掲論文二二三頁。
- (47) 同右二二八頁。この指摘は、村田・前掲書六三七頁(註1)によっても「基本的に……支持」されている。
- (48) 杉原・前掲論文二二六頁。
- (49) 右二二九〜四〇頁。
- (50) 同右二四〇頁。
- (51) その理由―手島『現代行政国家論』九五頁(註14)。
- (52) Teshima, *Über den Verwaltungsstaat*, supra, S.590. なお参照、手島「行政国家論序説」二二一〜二頁、「ドイツ行政国家論」二二二頁、「福祉国家と行政国家」一七〇〜一頁、『現代行政国家論』八七〜八頁。
- (53) 参照、Teshima, op. cit., S. 588, 手島『現代行政国家論』八五頁、『行政国家の法理』一三三頁以下、『憲法解釈二十講』一九三頁以下。
- (54) 手島『憲法解釈二十講』一五九頁は、「たしかに、行政国家現象を、狂瀾を既倒に廻らすべくもない『不可避』の歴史的必然と観じ、その諦観(達観?)から再出発を試みる―換言すれば、行政国家的要請をストリートに理論前提に取り入れる―いわばプロ行政国家的憲法理論ないし行政理論も、ないことはない(たとえば、著者の師たりし西独の故ハンズ・ペーターズ)」としながら、これに批判的立場をとっていることが明らかである。
- (55) 手島『行政国家の法理』五八頁。
- (56) 手島「法律発案権の帰属」(奥平・杉原編『憲法学5』一九七七年)一三五〜六頁、『憲法解釈二十講』一六五〜六頁。
- (57) 手島『行政国家の法理』二九頁、五七〜八頁、『憲法解釈二十講』一五九頁、『憲法学の開拓線』一五二頁、一五三頁、一五九頁(註「一」)など。
- (58) 芦部「議会政治と国民主権」(前出)一七頁以下、『憲法の焦点』(前出)六〇頁など。また参照、樋口・佐藤(幸)・中村・浦部『注釈日本国憲法・下巻』(一九八八年)一〇一七〜八頁(「第六五条」注釈―中村睦男執筆)。
- (59) 手島『憲法解釈二十講』一六一頁。
- (60) 高見「議会制と官僚制」(ジュリスト九五五号、一九九〇年五月一〜一五日)一三三頁(註19)を見よ。
- (61) 同右一三一〜二頁。
- (62) 手島『行政国家の法理』三三頁、三二頁、『憲法解釈二十講』一五八頁以下、二〇三頁など。
- (63) 『新明解・国語辞典』(金田一京助等編、三省堂、一九八九年)一一三五頁によれば、「復権」の語は、「いったん世間か

ら忘れられたものが復活したり自己主張の機運に向かったりする意にも用いられる。」

- (64) 芦部「樋口」高見「研究会・清宮憲法学の足跡」(ジュリスト九六四号、一九九〇年一〇月一日)九〇頁。ちなみに、ここで芦部が、「控除説の立場から」も、上紹介のように考えると、「少なくとも執行以外の広義の立法に属すると考えられる、すべての規範定立的な帰属不明の権限は国会に属する、という解釈を導くことは可能ではないか」と発言しているのは、当該紹介のような考えがもはや控除説ではありえぬ以上、意味を成さなくなるが、そのことは措いたとしても、そのような「解釈」は、まさに行政が何らかの意味で積極的に(≡限定的に)定義されればこそ可能なのであり、また、権限推定とは自ずから別の、立法概念の拡張(手島もまた年来鋭意主張しているところ)参照、『行政国家の法理』四四〇頁、一九八〇九頁、二〇一〇二頁、『憲法解釈二十講』一六三〇四頁など)の問題なのではないか。

- (65) 高見のいうような「階層的権力分立」的「控除説」が、たとえわが国だけにせよ「通常」とは、どうしても思われない。高見(一三三頁(註13))が引照する清宮『憲法』第三版(一九七九年)にしても、「行政権の概念」規定(三〇〇頁以下)については本来の控除説を脱却しようとしながら甚だ歯切れが悪く、本来の控除説は、「現在もなお多くの支持者があ「る」と認めている(三〇一頁)。宮沢(参照、高見一三三頁(註12)(註13))に至っては、法治主義が立法権の優越を帰結することを認めるにもかかわらず、行政の定義については本来の控除説に終始した(宮沢『憲法』一九四九年三一三頁、『新版・憲法入門』一九七三年二五五頁、宮沢「芦部」『全訂日本国憲法』一九七八年四九四頁)。
- (66) 参照、高見「行政国家」(芦部編『ユーブング憲法』一九八九年)二〇一頁以下、二〇三頁。なお、そこで取り上げられている手島のモンテスキュー観(二〇四頁)も、「法の精神」がどのように普通・一般に受け取られてきたかを問題としたもの。

- (67) 参照、手島『ケルゼニズム考』(一九八一年)六九頁以下。

- (68) 手島『憲法解釈二十講』一六一〇二頁。

- (69) 同右一五九頁。

- (70) その「中間総括」として、手島『憲法学の開拓線』一六九頁以下(「計画憲法学のために」)。

- (71) 手島『行政国家の法理』三〇頁。

- (72) 総括的に、手島『行政概念の省察』(一九八二年)。

- (73) 高見・前掲論文一三三頁(註17)。なお、そこで、手島『行政国家の法理』一九九頁以下が参照されている。

- (74) 参照、手島『現代行政国家論』九七頁以下。

- (75) 手島『『ネオ行政国家』論』(前出) 四五五頁。
- (76) 手島『『ネオ行政国家』統論』(前出) 三九〇頁。
- (77) 同右三九〇〜一頁。
- (78) 参照、手島・同右兩論文。
- (79) 手島『『ネオ行政国家』統論』 四一九頁。『『ネオ行政国家』論』 四五三頁。
- (80) 手島『『ネオ行政国家』統論』 四一九頁。

なお、本稿の姉妹篇「概念装置としての『行政』」(本誌前号)において塩野宏『行政法第一部講義案(上)』(一九八九年)を取り上げたが、その後、同講義案は(上)(下)を併せ加筆の上『行政法I』として改訂版が出た(一九九一年二月二十五日発行)。しかし、前号拙稿が引いた部分は、若干の補充・正誤(誤植数箇所―前号拙稿二二〜三頁参照―も、「本来的行政及び擬制的公共事務」以外は、訂されている)のみで、変更はない。