

行政権の研究

—心理的基盤と制度的実現—

中 川 剛 著

広島大学法学叢書 1

良 書 普 及 会

著 者 略 歴

昭和9年生，昭和32年京都大学法学部卒業

現在 広島大学法学部教授，法学博士

主要著書 「立憲主義の研究」（法律文化社）

「行政一般法」（法律文化社）

「基本憲法」（有斐閣・共著）

行政権の研究

<広島大学法学叢書1>

昭和53年12月27日 第一刷発行

¥2000

著 者 中 川 剛

発行者 河 中 一 学

東京都文京区春日1-8-2

発行所 良 書 普 及 会

電話 03 (813) 1251

振替 東京 7-6449

印刷 公和印刷株式会社

製本 大日本製本株式会社

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

まえがき

拘束されることなしに生活利益を得ることはできない。にもかかわらず、現代人は自由によってそれを得ようとする。そこに、現代社会における生存の本質的な矛盾がある。行政権が肥大し、しかも不可欠であることと、これが警戒され、正統性を拒まれることとは、認識（あるいは事実）と倫理（あるいは感情）との避けがたい分裂を示している。

したがって行政現象は、現代において特徴的な、しかも人間性の普遍的な問題であると言える。ことに近代的合理主義の上に立つ統治の諸原理は限界を見せはじめており、自己の政治体質を認識すべき季節でもある。統治の枢機としての行政権の研究は、その制度的実現と心理的基盤とのつながりを探究する方向ですすめられなくては、充分なものとはなりえないだろう。

まえがき
そのような課題は、六年前に「立憲主義の研究」を上梓したときにすでに明瞭な形をとっていた。立憲主義が機械装置のような統治機構をもたらずものでなく、決断（意思の支配）と拘束（法の支配）の均衡を意味するものであり、それだけに多様な実現形態がありうると思った結果、今後の研究課題は行政および国体の理論であると記した。立憲主義のなかにもある、情動的・非合理的要素を、近代精神によって観念的に否定するのでなく、直視し、解明したいと思った。むしろその作業は終わっていない。けれども検討を重ねるにしたがって、ひと区切りつく兆が見えてきた。主題は同一でも、研究対象や方法が異なってくるのが、自覚された。つまり、一書にまとまる時期だった。今後は主として、非定形行政機構の機能を、常民の感覚との対比で理解し、調査によって裏付けることになる

だろう。そのほかに、地方自治制度・損失補償・行政行為論（その克服）といったものが研究課題となるが、これらにおいては既成の理論を批判することに主眼があり、ごく部分的にはすでに着手している。

本書の問題は、通常は公法学で扱われるべきものであるが、その枠内にとどまっていたのでは、なにほどのことも明らかにならない。ために、行政管理、政治思想史、政治機構、社会心理の諸学の成果や方法を、頓着することなくとり入れ、援用した。だが、微妙で重要な部分の多くは、直感によらなくてはならなかった。かの *Idealtypus* がそうであるような意味でのフィクションを手段としなくては、客観的事実の認識ができないと思われた。それにしても、進むにしたがって闇の巨きさを感じないではいられない。知ることの喜びには、寂しさの影がつきまどっている。

各章はそれぞれの主張を持っているので独立性が強いが、アプローチの違いから全体は四つの部分に分かれる。一貫した主題はすでに見たように、伝統と近代のはざまに現代のリヴァイアサンとしての行政権をとらえることであるが、読者の労をいくぶんでも軽減するために、はじめに序説を置き、末尾に各章への説明と追記とを掲げた。索引よりも各論稿の来歴を述べておいたほうが、なにかと便利であろうと思われたからである。

初校を終えて感じるのは、これが今の自分にはせいっぱいだということである。そういう意味で、自分自身の癖や限界も見えてきたような気がする。若いときにはそれがよくわかっていなかった。不満や幻滅は外へ向けられ、漠然と自分には、ひとかどの仕事ができると思っていた。もっともそういう気負いや過信は、その頃の私が生きていくのに必要なものではあった。そして、これから先も、作業をすすめる私の背中に残照のように落ちているだろ

う。こういったことも含めて、もはやそれが自分なのだと納得する地点に近づいている。これも、時間とつまずきとが教えてくれたことである。

行政権について考察をすすめることは、私の場合、これを理論によって相対化することである。宿命を選択に変えることである。知的営為の一切は、そうしたものでなくてはなるまいと思う。その意味で、ここでの試みはどこかで、私自身の生存の原理とも結びついているであらう。したがって、成功しているかいないかは問う必要もない。私は考え、書き記さざるをえなかったのであり、そのように自分本位なものの集積をあえて公にしようとするのも、研究者としての報告義務を果すという体裁の底に、意図しない旋律が流れていて、思いを同じくする魂に響きを伝えることができるかもしれないと希うからである。そして、私の未熟、倨傲、粗雑さ、見るに耐えないことの一切は、一抹の真情のゆえに、ご寛容いただきたいと思う。

最後になったが、これが知的世界に出航するために惜しみなく協力してくださった、良書普及会河中一学社長な
らびに編集部の佐藤世紀氏に、心からお礼申しあげたい。

昭和五三年 晩秋

著 者

* 本書は、広島大学政治経済研究所のご好意により、法学叢書の第一冊として刊行されるものである。

目次

序

説（行政における合理と非合理）……………一

自立の論理から依存の構造へ……………一

制度と心理……………六

I

近代的統治原理と行政権……………一五

一 議會主義と行政国家……………一七

序 論（議會民主主義の呪術性）……………一七

1 議會制の変質……………二六

立法過程の官僚化……………二六

司法過程の政治化……………三〇

2 統治原理の再検討……………四二

代表制と正統性……………四二

国民主権と想像力……………四四

二 民主制および共和制と執行権……………五九

序 論（制度と伝統）……………五九

1 権力分立制と執行権——力学的構造……………六六

民主的指導の機構……………	六
分権と自治のはざままで……………	六
2 政治的伝統と執行権——有機的構造……………	八
自由と不信……………	八
礎石としての懐疑……………	八
3 執行権と立憲主義——日本への継受……………	九
制度としての「近代」……………	九
「伝統」としての統治原理……………	一〇
Ⅱ 伝統的統治感覚と行政権……………	一〇
一 秩序感覚と行政現象……………	一〇
序 論（甦えるもの）……………	一〇
1 近代的統治機構の受容と変容……………	一〇
心理的基盤……………	一〇
統治の基礎としての「同意」と「共感」の対比……………	一一
2 行政の規範意識の特性……………	一二
規範認識のための感性……………	一二
非定形規範と法治主義……………	一二
二 地方行政および行政指導における伝統と近代……………	一三

序 論（自治の構造と行政行動）	一四〇
1 占領政策と地方自治	一四一
理念の攻防	一四六
見捨てられた「末端」	一四八
2 行政指導の法理と心理	一五〇
現象としての行政指導と法の支配の限界	一五三
行政における「見えない基準」	一七四
Ⅲ 行政権の制度規範	一七六
一 権力の分立と統合	一八〇
1 論理と背景	一八〇
権力分散	一八九
権力集中	一九三
2 制度と展開	一九六
諸外国における発展	一九六
継受と課題	二〇五
二 内閣制と地方自治制	二〇九
1 内閣と行政	二〇九
政治化と統制機構	二〇九

国家行政の統括と系統	二四
2 地方自治の制度と理念	三二
統治機構における地方自治	三二
住民参加の諸相	三三
IV 行政権の価値志向	二四
一 官僚制の目標	二四七
1 官僚制の動態	二五〇
2 民主制と官僚制	二五九
二 行政上の意思決定と政策	二六五
1 行政・司法における意思決定の構造	二六五
行政における政策形成	二六八
司法における政策形成	二七六
2 行政上の意思決定における権威と参加	二八六
行政上の意思決定と権威の構造	二八九
行政上の意思決定と権威の倫理	二九五
行政上の意思決定と参加の構造	二〇一
行政上の意思決定と参加の倫理	二〇七
説明と追記	二七

序 説（行政における合理と非合理）

自立の論理から依存の構造へ

行政権⁽¹⁾について認識をすすめようとするのは、自由への渴望を捨てきれないからである。近代における行政権の歴史は、公的自由の歴史と表裏をなしている。はじめは、行政権から免れる、もしくはこれを最小にとどめる自由、そしてつぎには行政権によっての自由である。市民社会における行政権は、その法的統制が課題とされたように、自立的な市民の自由のために、いかにこれを法律と司法審査の檻の中に封じこめておくかという立憲主義の理念のもとに認められたものだった。すなわち、市民社会では、行政権にたいする法的統制が実効性を有しているかぎり、自由は損われないと考えることができた。しかし市民社会がよって立つ倫理である私的自治は、人を身分による支配から解放すると同時に、人が人に対して収奪者となることを許すものであった。⁽²⁾

ブルジョア革命によって議会主義が確立に向かうと、行政権は消極的な治安保持者、最小限の公共事業の担い手たるにとどまったのであるが、第一次世界大戦を起点として、社会主義国家が誕生するいっぽう、資本主義諸国家においても社会主義的政策や生存権が注目され、行政権による実施をまつことになる。このことは行政権のありかたにも変化をもたらし、私的自治の境界を守る者から私的自治に修正を加える者となった。憲法により、法令によって、公益実現のための積極行政が義務づけられることになった。この現象を福祉国家あるいは行政国家と名づけるが、⁽³⁾それをもたらしたのは、社会が市民社会から大衆社会へ、自立的存在である市民の経済活動の自由のために作られた社会から、依存的存在である大衆の生存の権利を実現させる社会へ変質した現実である。

市民社会が非情な競争社会を現出したように、大衆社会は人を深層から支配しようとする管理社会に転化する⁽⁴⁾。
したがって、行政権は、自由と生存のための装置でありながら、これらを脅やかすものでもあるという矛盾した性質を備えるにいたる。

前世紀までの自由は、議会あるいは裁判所によって充分に確保されると考えられていた。立法国家あるいは司法国家と呼ばれる統治体制が信じられていた。というのも、議会は国民代表たることによって、裁判所は法の番人たることによって、行使する権限の正統性を主張しえたからである。ところが、代表民主主義の虚構、法の支配の政治的意味あいが変わったばかりでなく、社会がみずから安定するほどの規範なり倫理なりを見出しえなくなると、強力な行政権に依存せざるをえなくなる。行政の手段は、権力行使を中心に限定的であつたのが、私企業によつてもとられる非権力的手段を含めて多様化し、また制度外の組織により任意の手段をもつて行政目的が実現される局面も多く見られるにいたつた。すなわち限定から多様化、定形から非定形化の傾向を見てとることができるのである。けれども、現代社会を特徴づけるこのような行政権の指導的役割にもかかわらず、現代社会は行政権に、正統性を賦与することができないのである⁽⁵⁾。代表民主主義は立法権に、法の支配ないし法治主義は司法権に、それぞれ正統性を与えた。近代統治原理はそれらのフィクションの上に立つものであつたと言つてもよい。けれども行政権に関しては、近代的統治原理のうちに、いかなる正統性も見出せないのである。

このように、現代社会における生活要求に最も効果的に応えうるものは行政権である。にもかかわらず、行政権と人民との同一性を信じさせる根拠は薄弱である。定式化するとつぎのようになる。

- (1) 行政権は、機能的広域化を遂げる。
- (2) 行政権は、非正統の権力である。

これはいかにも矛盾であるが、近代化の限界と、近代的統治原理の虚構を見てしまった現代人にとっては、否定

しえない事実ではあるまいか。行政過程が多様化し、非定形化しながらも、司法化し、民主化せざるをえないのも、このような命題から導かれるところである。また、つぎのような系が考えられる。

(1) 行政権により社会的進歩を期待することができ、同時に行政裁量が増大する。⁽⁷⁾

(2) 行政権を正統化するいっさいの理念・原理はフィクションの上に立つ。⁽⁸⁾

とはいえ効果的な執行のためには、なんらかの共通な意識、すなわち同意を得るための心理的契機が認められなくてはならないが、行政の場合は、同意が法の定立や法にもとづく判決の場合とは異なつて、一般的抽象的な規範そのものもしくはその解釈の權威に帰するものでなく、經驗的事実や法則的事実にてらして確保されるものであることが多い。行政権の、正統性に関する特殊なありようから、つぎのような、系の系が導かれるだろう。

(1) 行政作用の機能的拡大は、強制手段の行使を減じるものでなくては、行政組織への支持を失うことになる。

(2) 行政作用の確保しようとする同意は、具体的局面にかかわるものでなくては、行政組織の負担が増加する。

ここに示した、行政責任・行政能率の問題は、どちらにもあてはまるもので、強制手段の多用がかえつて能率を阻害する反撥を招き、具体的事案への参加の輕視が、行政手続上の手落ちとして責任を問われることもありうるのである。

かような行政権の二面性から、実践的な反省が生まれるだろう。すなわち、

(1) 行政権にたいしては、責任と能率の二方向からの評価が必要であり、法的アプローチと同時に管理的アプローチを欠かすことができない。⁽⁹⁾

(2) 権力の分散・集中、民主主義・自由主義、国民民主権・法の支配といった統治の諸原理は、それ自身としてではなく、行政権との關係で評価されなくてはならない。⁽¹⁰⁾

行政権が公益の主たる担い手として、重要な地位を占めるにいたったことは、近代化の限界、多元的非近代社会

の発足を意味している。これまで人々を鼓舞してきた観念は、否定されないまでも、変容し、それぞれの文化的特質に符合するものとして、とらえ直されなくてはならないものとなった。近代的精神からは非合理と見えるものでも、必ずしも消極的評価を与えられるべきではない。それぞれの社会は、人間性の普遍的なものを含みながらも、文化の核とも言うべき固有の特徴を有している。行政権もまた、これによって異なった形態と行動とを示しているのである。

(1) ここでは、行政組織と行政作用を一体として動態的に機能概念としてとらえ直した行政部を意味するものとする。行政の概念規定は、今は行わないが厳密な意味での法治主義（行政についての、法律の全部留保）が架空な現代社会では、古典的意義（ウェーバーの理念型）での官僚制も同様に架空で、議会主義によっていったんは無内容にされた行政概念に、あらためて積極的意義を付与する必要があるかもしれない。けれども、行政の固有の理念の設定が、行政の正統化機能を果すという政治的意味をも顧慮すべきであろう。これにはすでに、後進市民社会で国家の權威と社会改良機能を正当化したと概括される、ローレンツ・フォン・シュタインの例がある。また、議会主義のもとに行政権が大権を含むにいたった（議会も大権を分担する形ではあるが）うえに、行政過程が政治過程のほぼ全域にかかわろうとすると、行政概念を適切に設定しうるかどうかという技術的困難が予想される。定義づけによってかえって行政への視角が限られることがないよう、さし控えておくのである。

(2) その意味で、「各人の各人にたいする闘争の不都合」(The English Works of Thomas Hobbes, 1962, vol III, p. 113) をくりかえし説いたホッブズは、自由放任による調和の夢をあらかじめ打ち砕いた者として奇妙に現代的である。にもかかわらず、自然状態に神の秩序を見た社会契約論から出発したフランスの人権宣言（一七八九年）第一条は、人が生まれながらに自由であり権利において平等であるとする。もとよりこれは、事実ではなく、規範ともなりえないものであって、人は生まれながらに、家庭に属し、地域に属し、国家に属し、階級に属し、さまざまな条件を負うた者として過ぎていく。右の宣言は、横溢する感情を述べたものにはかならないのである。

(3) 福祉国家 welfare state の語は定着しているが、行政国家 administrative state の方は Dwight Waldo の同名の書が言及されはするものの、日本とドイツ・オーストリア以外ではあまり行きわたっていない。手島孝『現代行政国家論』

(昭和四四年) 四五頁以下。

(4) アダム・スミスが構想したような、企業の収益性が即倫理性であるような社会への夢が遠のくと、行政から自由な、「見えない手」に導かれた調和を予期する自由競争は、善でもなんでもないことがわかってきた。革命後の社会主義建設に必要とされたのも、計画と指導であった。修正資本主義の道を往くにしても社会主義を選ぶにしても、管理社会の成立は不可避となった。二〇世紀は、経済化の時代から政治化の時代を経て、管理もしくは行政の時代へと重なりあいつつ進展しているものと概括されよう。むしろ管理社会は固有の倫理のうえにうちたてられるイメージとして出現したものではないから、ジョージ・オーウェルが『一九八四年』で描いて見せたように、倫理的には頹廃しきつていても、管理のみは完全にゆきとどいていることもありうるのである。にもかかわらず社会の自然的調和はすでに夢物語であり、人間活動の意識的管理によってしか発展が期待できないことは明らかである。この点は、経済学におけるケインズや法学におけるパウンドの学説にも示されたところである。管理社会に投げこまれた現代人の矛盾は、管理社会がなんの理念も用意していないため、自由主義・民主主義といった前世紀の理念をなお、逃げ場のない、主体的意思を持つことの困難な場所で追求めるほかにないことにある。

(5) 近代民主主義国家が、権力の正統性を、「立法過程」に置いていたからである。辻清明『行政学概論・上巻』(昭和四一年) 四頁参照。合衆国の例を考慮に入れるなら、司法過程もまた、正統性を造出する機構であった。正統性の意義はここでは、権力の受容そのものが規範として、制度上理論上の支持を受けている状態と解しておく。正当性もしくは合理性のような、是認を獲得しうる属性にくらべると、非合理的契機にも結びつくものである。

(6) もっとも、シーザー主義 *caesarism* を認めるとなれば別であるが、現代日本の統治原理として、指導者政治を認める余地はないし、日本の政治的伝統にもこれを見出すことはできない。

(7) ニューディールの後という、時代的な制約はあるが、普遍的な意味を持つ評言として掲げておく。「私的な動機にたいする政府の干渉を望まない人々は、行政活動の司法審査を充分に認めようとするものであるし、逆に政府の介入によって社会の発展を希望するむきは、行政の大幅な裁量に加担するのである。」Leonard D. White, *Introduction to the Study of Public Administration* (1939), p. 594.

(8) フィクションを拒否するものではない点については、Iの「議会主義と行政国家」参照。簡略に言えば、権力から自

立てることができる思想を必要とするということである。

(9) 行政法学は夜警国家観のもとに発展し、行政管理学は福祉国家の現実とともに発展した。法的責任確立のための作業と管理能率増進のための作業はいずれも行政現象をめぐる理論課題として、相互補完的に深化させられなくてはならない。

(10) 現代におけるあらゆる統治原理は、それらが成立し、もしくは展開した十八・九世紀とは異なっており、行政権との関係で理解されなくてはならない。この点は、ほとんど顧慮されていないようであるが、たとえば権力分立制は、議会主義に制肘を加えて行政権への拘束を減じるために主張されることがあり、行政権にたいする司法権の限界を定めるために援用されることがあり、現代における行政権を視野に入れると、一概に「自由主義的」であるとも、「消極的目的」を有するとも、「国家の権力に対する不信任」の上に立つとも、「政治的中立性」を特徴とするとも（清宮四郎『権力分立制の研究』（昭和二年）序説参照）、言うことはできない。行政権との関係で、意味するところを変えるのである。そのほかの統治原理についても、同様である。

制度と心理

レヴィ・ストロースは言う。「科学的認識の歴史は短いので、われわれはこれについて十分な知識をもっている。ところが、近代科学の起源がわずか数世紀前に遡るに過ぎないということ自体が一つの問題であるのに、民族学者はこれに十分な考慮をはらっていない。『新石器時代の謎』というのがこの問題にふさわしい名であろう。」⁽¹⁾近代の統治原理についての、社会学者の認識も相似た状態にあると言えはしないだろうか。プロテスタンティズムの影響力が弱まると、近代精神もまた時代の産物であり、さまざまな実現のしかた、受容のされかたがなされることが明らかにされるにいった。したがって、同じ制度でもそれを支える心理が異なれば、異なった意味を有するにいたるのは当然である。近代主義は、比較の尺度を一つにするという、文化における絶対主義の所産であった。もつとも、国粋主義もその意味では同断であって、いずれにおいても、他を自己の尺度に合わせて裁断しようとするのである。⁽²⁾

近代主義も国粹主義も、政治的主張とはなりえても、認識の方法とはなりえない。「信仰」の対象が理論であれ実感であれ、科学的認識には到達しえない。したがって、行政権をめぐる諸原理についてまずなすべきことは、それが普遍的な理性でなく、特殊な思考様式によって生みだされたフィクションにほかならない点を明らかにするところにあると思われる。フィクションとしての統治の諸原理は、実感ではなく理論によって支えられるのであるが、これは、国家という人為的な集団においては、自然発生的な「幻想」によることができないからである。すなわち、論理と実証によって、既存のコミュニティの「共同幻想」を愛容ないし慣伏させて、あらたな觀念のもとに統合を実現していく過程を認めることができるのであるが、かくして成立した統治の諸原理のもとに、組織された権力は正統化され、またこれらが安定するように、理論と実感とが一貫させられようとする。というのも、実感によって造出された規範に支えられるものでなければ、理論が造出した規範も確かな依り所を有しないこととなるからである。

たとえば行政権の基本的な正統性の根拠として援用された国体の觀念、および行政権の正統性を代表制と法の支配を通じて根拠づける国民主権の觀念をとりあげて比較するとどうであろうか。いずれも帝国憲法、日本国憲法の体制下での根源的統治原理であるが、内容はいかにもあいまいである。国体論は、公法理論としては、大日本帝国における絶対主義理論にあたるものであったと言える。⁽⁵⁾ 国学が排斥したはずの儒教倫理と癒着し、西欧ふうの帝國主義的植民地経営まで正当化するものであった。国体の認識はあまりにも権力の正統性と結びつけてなされ、また、権力によって、国体の理論的正統性が強調された。そのことは、国体論がよって立つものが、実感ではなく、作られた実感ともいふべきものであったことを示している。つまり、たてまえにすぎなかった。「統治権の総攬者」としてあらゆる統治権の正統性の根拠として制度化された天皇は、人民の知らないものだった。国体論にはけっして「共同幻想」としてのしたたかさではなかった。フィクションとしても独自の価値を持つものではなかった。⁽⁶⁾ 天皇主権のもとで全体主義が成立しえたのは、国体論が人の心をとらえたからではなく、政治的には統合を容易にする、