HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日本国憲法と行政概念
Author(s)	棟居, 快行
Citation	北大法学論集, 50(4), 321-333
Issue Date	1999-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/14979
Type	bulletin (article)
File Information	50(4)_p321-333.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

〈北大立法過程研究会資料〉

日本国憲法と行政概念

棟居快行

〈目　次〉

一　はじめに――行政控除説の意義――
二　国家作用としての行政
三　行革に関連して
四　おわりに

一　はじめに――行政控除説の意義――

宮沢（俊義）先生が中央大学で行政法の講義をされた時の講義案、あるいはむしろ講義原稿ともいうべきものの冒頭の部分に「行政とはなんぞや」という話が出ています。そこでは、宮沢憲法学の真髄である簡潔性、明瞭性、明証性といったものが行政法学においても顕著に現れています。そこで、私の報告の前に、一つこの概説の冒頭部分を読んでみます。

ここでは、非常に要約的に今日まで続く行政概念について述べられています。つまり、当時からまさに五十年以上が経過しておりますが、率直に言ってほとんど枠組みとしては変化していないと考えられます。憲法が変わり、理論が変わっていても、この部分についてはおそらく何も変わっていないと考えられます。逆に言いますと五十年前とは思えない新しさがあると考えられます。

まず第一節行政法とあり、その一が概説となっています。「國家統治権の發動をひろく統治と呼ぶ。統治には高低無数の段階があるが、その比較的高次の段階を狭義の統治（又は政治、施政）といひ、その比較的低次の段階を行政（広義）といふ。統治権發動の基本原理、ことに重要な國法の諸形式の定立に関する諸原理を定めることは狭義の統治であり、そこで定められた基本原理に則り、諸々の國法の形式によって国家目的の達成に必要なあらゆる種類の活動を為すことが行政（広義）である。」「この意味での行政（広義）のうちで、民事刑事の裁判作用は特に司法と呼んで之を他の部分から区別する例であり、行政（広義）中司法以外の部分を狭義の行政といふ。通常「行政」といふ場合は専ら狭義の行政を意味する。狭義の統治に関する法の全体を憲法といひ、司法に関する法の全体を司法法といひ、狭義の行政に関する法の全体を行政法といふ。広義の行政のうちで民事刑事の裁判作用だけがかやうに司法として区別せられ、その結果として司法法が行政法から区別せられるやうになったのは、民事刑事の裁判が人民の生活にきはめて密接な利害関係を有する結果として、それに干（ママ）〔関〕する法制が早くから高度に整備せしめられて、獨立の体系を構成するに至ったといふ歴史的な事情にもとづく。」「行政法の概念はこの意味で歴史的な所産であるから、それは必ずしも完結的な法体系を構成してゐない。將來その個々の部分が發達してそれぞれ獨立の体系を構成するに至る場合は、それらは司法法が為した如く、順次に行政法のうちから分化して行くであらう。既に労働法、経済法、税法、（少年法）近くは統制法の領域においてさうした分化の

傾向が見られる。」

この宮沢行政法講義の一番最初の部分で何が述べられていたか、それは言うまでもなく、まず行政についての、積極的定義づけではなく、「歴史の所産」であるという控除説的な考え方であり、歴史においてその都度、例えば司法権といったものが行政作用から独立していった残りが行政である、という理解であると思います。そして、「執政」という言葉ではなく、「政治」あるいは「施政」という言葉が使われ、「統治」と「統治作用」に関わる法律学の分野が「憲法」となります。そして、これは行政法プロパーの方には若干異論があるかもしれませんが、国法作用のうちの高次の部分を「統治」といい、低次の部分を「行政」（広義）と呼び、低次の「行政」の内部で司法等が独立したその残りが狭義の「行政」であるという図式的な理解が示されています。

この五十年前の講義は、今日まで続いている行政控除説的な発想、そして統治作用と日常的な行政活動とを区別する、すなわち「執政」と固有の行政とを区別するという、今日的な理解にそのまま維持されています。従って、これは当時既に、今日の理解を明瞭に述べていたといえます。

そこで、五十年間このような理解が変化しておらず、教科書的な記述も変化していないとすれば、我々の側にも何か反省材料はないかということに当然になります。そこで、行政とは何かということを今なお問うていることがそもそもいいのかという、問題設定の前提から再検証していくことが必要かと考えます。つまり、問題の建て方自体が非常に回答を限定し、同じ問題を追い続けている限り、後に続く者は皆それを繰り返すしかないという危険性があるわけです。「行政」とは何ぞや。何故この問題から行政法の講義が始まらなければならないのか。あるいは、行政とは何ぞやという定義づけを憲法六五条などの議論の時に何故しなければならないのか。実は、この行政とは何ぞやという概念規定から始まるべきであるという至極当然にみえる問題の建て方が間違っているのではないかと問い直す、再検討する必要があるのではないかと思います。

憲法で「行政とは何ぞや」と問うていることの意味と、行政法学で「行政とは何ぞや」と議論していることの意味、すなわち、学問領域毎に問題を建てている意味について考える必要があると思います。憲法学において「行政とは何ぞや」ということを論じることは、行政法の教科書にあるような控除説的な議論が引き写しされるということに終始しており、果たして、「行政とは何ぞや」という議論を行う必要が憲法学として本当

にあるかというと、これには疑問の余地があると思います。つまり、行政とは何ぞやということを論じないと、行政権は内閣に属するという規範の意味が明らかにならない。これは論理的には至極尤もなようですが、しかし、憲法は第六五条しか無いわけではなく、他の箇所でも内閣の出来ることが規定されています。憲法は第七三条等の個々の条文でより具体的に内閣の権限を列挙しており、憲法第六五条はそれらを総称して単に「行政」という言葉を使っているだけかもしません。そうであれば第六五条に固有の意味を持たせて、行政権は内閣に属するから行政権を明らかにしないと内閣の権限は明確にならないと悩む必要は無くなります。すなわち、行政権の中身は個々の具体的な条文で定立され、それらを総称して行政権と呼び、それが内閣に属するということは、ある意味では当然であり、無意味でさえあります。しかし、そこに存在意義があるとすれば、それは議院内閣制の下で国会が内閣の政治責任を追及していく上で見出せます。すなわち、内閣に行政権が全て帰属していないと国会がいくら内閣を追及しても行政の民主的なコントロールは不可能です。従って内閣に行政権が帰属するという規定には意味があり、議院内閣制を完結させる上で必要であります。しかし、それ以上に、内閣には如何なる権限があるのかという権限規定としては、第六五条に固有の意味は無いのではないかということです。内閣は何が出来るかということは、憲法のもっと細かな条文から拾い集めたその全てであり、第六五条はそれを総称しているだけである、ということです。例えば、法律の誠実な執行、予算案の作成、提出、条約の締結等が、内閣の権限として列挙されています。その他、白紙委任にあたらない限りでの法律で授権された権限、これも、憲法上当然に内閣の権限ではありませんが、内閣の権限たりうるというわけです。勿論、これら中には、条約の締結といった非常に高次の国家作用、すなわち、「統治」そのものといえるようなものが含まれます。従って「行政」という言葉が比較的低次の国家作用を指し示すとすると、条約の締結などはそもそも「行政」とは呼べないことになります。しかしそれはまさに言葉の定義、約束事の問題であり、条約の締結を行政と呼ぶべきでないとすれば、これは、内閣に帰属する様々の権限の内で比較的低次のものを行政と呼び、高次のものを統治、施政、執政と呼んでおけばよいというだけのことであります。いずれにしても、「行政」という概念で明らかにされる何らかの権限領域があり、それが内閣に帰属するという、内閣の権限を定立する規定として第六五条を読むという必要性はないと考えます。

行政という概念を（憲法学で）論じる意味は大いにある、何故なら憲法第六五条によれば、まさに行政権は内閣に帰属しており、従って内閣の権限を明らかにするために行政概念を明らかにする必要が論理的にある、とこのような考え方で行政概念を憲法学が懸命に論じているとすれば、それは少々前提がおかしいというわけです。つまり、個々の規定により内閣が為し得ることが規定され、それらをまとめて「行政」と呼ぶ、あるいはその内の低次のものを「行政」と呼ぶ、とすればよいのであり、従って行政とは何かという定義は憲法学にとっては不要ということになります。

更に、行政法学も「行政とは何ぞや」について、これもお決まりのように述べており、控除説を採用するか、あるいは積極的な、極めて空しい定義をしています。いずれにしても行政法学も勿論、「行政とは何ぞや」について大いなるこだわりをもっています。しかしこれは多分に講学上の必要があってのことに過ぎない、つまり、自らの学問対象を限定する必要があるということ、あるいは多少とも実質的な定義をする場合、行政学との連結を図ろうとしていることからであると思われます。これはいわば学者サイドの都合で、換言すると別の分野との縄張り、境界線を引くために行政とは何かを論じているだけであり、その境界線が何処に引かれようがこれは法的には無意味であると思います。学者の縄張りは授業の範囲が何処までかということであり、それが法解釈に影響を与えるものではありません。

従って、行政概念について定義が憲法学、行政法学（行政学は除外）それぞれにおいて従来されてきましたが、この二つの分野における行政概念に関する議論は、それぞれ別の理由においてでありますが、学問的にはあまり意味がないのではないかということであります。宮沢先生の当時に行政概念を定義づけることはおそらく相当の意味があったでありましょう。宮沢先生によれば、行政というものは歴史的な概念でありました。そこでは、絶対君主のユース・ポリティアエというものから、司法作用それから立法作用が次第に分化独立し、残りが行政作用と呼ばれるようになったという歴史的な説明で控除説的な考え方が採られています。しかしこの当時においては、このような理解は一見非常に学問的でニュートラルでありますが、深読み、斜め読みをしますと、これは絶対主義とまさに比較し得た戦前の日本の天皇主権体制というものの中で行政というものをどう捉えるかという、ある意味で非常に、歴史に規定された学説であったと考えられます。つまりこの控除説は、行政はこれこれである、従って行政にはこういった権限が留保されているべき

だという、プライオリティーを行政に置く発想とはおよそ相容れないものであります。控除説においては、歴史的な順序からいえば司法作用がまず分化独立したとされます。それは主として私的自律、私的自治という当事者の自治、今日的にいうと自己決定の分野についての法を担当するものであり、換言すれば、絶対君主の一〇〇％の統治権からまず私的自治あるいは個人の自律に委ねられるべき自由の領域が分化したということになります。それより更に立法作用、すなわち抽象的な法の定立権限である民主的な議会に留保されるべき部分も除かれ、最後に残るのが行政だというわけです。すなわち、初めに絶対君主の絶対的な統治権あるいは行政権ありきではなく、そこから、自由の保障、民主主義に留保されるべき部分を除いた残りがようやく行政であるという理解になるわけです。つまり、行政控除説というのは、絶対君主あるいは天皇制国家にとっては理論的には不利益を意味し得たはずであります。そのため、一見ニュートラルな、行政概念のありふれた行政控除説を繰り返すということが歴史的に、あるいは憲法学的に一定の意味を持っていたことを宮沢先生は意識されておったのではないかというのも、一つの見方であります。つまり行政控除説は、決して退屈な普遍的な議論ではなく、一定の時代背景があって唱えられた議論であり、そこには棘が含まれていると思います。つまり、一定の体制を批判し、リベラリズムや民主主義を強調しようとする一つの棘であります。従って、そうした含蓄あるいは棘を理解せずに、ただ今日、行政控除説をそのまま繰り返しているのであれば、それは、宮沢先生の含意されたものからはるかに退行をし、本来の意味での退屈な議論に行政控除説はなっており、我々は全く前進していないといえます。

そこで、今日では控除説の歴史的な背景をよく批判的に吟味する必要があります。憲法学として行政概念をどう捉えるべきかといえば、控除説の必然性は今日もなお存在し、そこでは第六五条は一つの総称的な規定であり、個々具体的に並べられた権限だけが内閣の本来の権限であると考えればよいということになります。

二　国家作用としての行政

しかし他方で、行政概念を国家論的にいうとどうなるか、すなわち、「行政とは何ぞや」という問題を規範的、法解釈学的にではなく国家論的に問うという問題には意味があります。む

しろこういう問題の建て方をすべきであったと思います。行政とは何かということを国家論的に問うというのは、要するに現代国家は何をすべきかという別の問題を扱うことです。

さて、現代行政国家と呼ばれる行政国家は何をすべきなのかという問題として、「行政とは何ぞや」ということを論じるべきであるのですが、その際、行政について先ほどの宮沢先生の立場のように高次・低次という篩い分けをして低次の国家作用を行政と呼ぶといったような言葉の限定を敢えてする必要はなく、まさに現代行政国家と呼ばれているように、行政とは国家作用そのものと考えればよいと考えられます。但し、国家作用とは言っても、例えば内部的な組織編成といった内部作用もあるので、あくまでそれは作用法的な意味で外部作用という概念を一応建てておく必要があります。そうすると行政とは、国民との関係を念頭に置いた、国家が国民と関わる意味での外部作用の総体を行政と呼ぶことになります。これは先ほどの法解釈学的な意味での行政の定義とは全然関係は無く、現代国家は何をすべきかという問題との関係での行政の定義であります。

現在、行政国家あるいは国家そのものは法律行為、事実行為、規制、授益等のありとあらゆる活動を行っています。この国民に向けられたありとあらゆる外部作用が、一番広い定義かと思われますが、ここでは行政ということになります。

では、現代国家の外部的な作用＝行政であると捉えると、立法や司法あるいは執政と呼ばれるものは全てその中に含まれましょうか。私は、引き算をしてその残りが行政だというように、立法・司法・行政の三つで統治権を運用する、あるいは互いに分け合うというように、これらを横並びで捉えることは適切ではないと思っています。勿論、問題の建て方自体ここでは前述の宮沢先生の問題提示とはまた別次元であり、そういう前提の違いを抜きにして答えだけを比較し合っても全く意味はないでしょう。

従来、例えばオットー・マイヤーにおいて非常に顕著ですが、司法と行政は等質的なものと捉えられていました。そこでは行政処分は一つの裁判判決と同じように具体的な法の定立であり、司法と行政はそれぞれが具体的な法の定立として非常に均質的なものとして捉えられていました。しかしこの「行政とは何ぞや」という問題を、現代国家は何をすべきか、そもそも国家とは何か、という問題として考える際には、立法・司法と行政とを等質的に、統治権を分け合う横並びの存在として捉えることは適当ではありません。むしろ、統治権と呼ばれていたものは、ここで私のいう行政そのものであり、立法や司法はそういう外

部、すなわち国民に向けられた国家の行政作用に対して内部的なチェックを施すもの、例えば車のブレーキやハンドルであるわけであります。そこでは動力そのものを生み出すのは行政以外の何者でもありません。すなわち、プラスの動力は行政からしか生じない、行政しかそれを生み出すことはできないのであり、それに対して立法や司法はただコントロール、あるいはチェックをするという作用しか果たし得ず、立法・司法・行政が等質的であるというのはその意味で全く間違っています。つまり、控除説的な発想は、今、私がここで提示している問題には意味がないということです。「行政とは何ぞや」という問題を現代行政国家は何をすべきかという問題に置き換えた場合には、そこでは控除説は意味がないのは当然です。

そこで、この問題を考えるにあたり「自律」・「他律」という言葉をキーワードにして、公法は他律の法、私法は自律の法であると宮沢先生が述べておられたことを想起したいと思います。社会的に意味のある財、価値の分配は社会秩序そのものであり、その分け方はその社会毎に多様であります。しかし、基本的にはその配分の方法というものは二種類しかありません。一方は、自律による配分、すなわち市場で交換することにより社会的な財が配分されるという手法です。そして、それをコントロールする、つまりルール違反をチェックするのが私法の作用であり、それを制度的に実現するのが司法、すなわち裁判所の役割です。他方の社会的な財の配分方法は、権力による配分ないし再分配であります。これが他律による配分であり、公法の領域、行政の領域ということになります。行政というのは、ここでは権力による財の再分配作用でありますが、既に私は行政とは現代国家の外部作用そのものとしていますので、結局、（現代）国家が何をやる存在かといえば、市場原理以外の別の力・法則で社会的な財の分配、あるいは再分配をするのが（現代）国家であり、（現代）国家はその為にこそあるといえます。すなわち、市場以外の配分原理を実現することが（現代）国家の存在理由であります。

国家学、憲法学、行政法学はレベルこそ異なりますが、いずれにしてもこの他律の法に着目した学問分野であります。市場による配分については経済学が進歩を遂げたわけですが、これに対して権力の経済学とも呼ぶべき公法学、あるいは国家学は経済学に比べると、経済学に本来匹敵すべき存在であるにしてはそこまでの厚みに達していないと思われます。

三　行革に関連して

そこで、行革に関連して、今までの議論を敷延してみることにします。すなわち、行革というものを一つの素材・契機として、日本において地に足をつけて行政を論じるという問題の意味をもう一度振り返ってみたいと思います。行革については、現代国家が何をすべきかという観点から行政概念を整理することが、一応格好の良い答えでありましょう。しかし、実際になされつつある、あるいはなされた行革についていいますと、現代国家が何をすべきかという、現在と将来を見据えた議論であるというよりは、今までの日本行政があまりにも前近代的であったので、それを清算するという要素が非常に大きいと思います。

従来の省庁編成は数が多すぎるので減らすというのは非常にわかりやすいのですが、そもそもそれ以前に、業界に一省ずつ対応していた省庁の編成自体が問題であります。これは建設・運輸といった分野を見れば明かであり、かなり古典的な業種対応になっているわけであります。これは例えれば、地方都市に行くと必ずある、「～銀座」というアーケードのついているひなびた商店街であり、まさに日本の行政システムはそのようなアーケードの商店街方式であったといえます。つまり、自らが商売に手を出している、非常に非効率な営業主体に国家自らがなっているわけであり、郵便などがその例であります。そこで国家は、政策立案、調整等の権限も勿論持っていますが、他方で自分自身でというよりは、天下り法人といった多様な別の主体を駆使して営業する公企業でもあるわけです。政策の主体、調整の主体であると同時に自らが、あるいはその伸ばされた手足が公企業でもあるわけです。

行革がとにかく数を減らせという時に、いかなる基準でどのように数を減らすかも、勿論問題であり、また、合併の相手方や名称の問題も噴出しました。もし行革の理念がそれに伴っていたならば、これはまさに自らが営業の主体でもあるという非常に歪んだ公企業体制から、せめて「前近代」の「前」というのを取り払う、近代化するという意味で経済政策、産業政策、福祉政策といった政策の種類毎の省庁に移行するという、ミニマムの要請を果たすという意味での行革を、今次の行革論議は持ったはずであります。いわばアーケードの商店街を取り払い、再開発をして業態毎に国家がテナントビルを造り、自分は商売をせず、ただビルのオーナーとしてそこにいろいろな業者を入れ、コントロールはし続ける、ということになろうかと思います。事の是非はともかく、これに良さがあればそれは「交換と

再分配の未分離」からの脱却を図るものであるといえます。つまり、国家が国家として、権力の主体として介入する場合にはまさに再分配機能といえますが、他方で自らが公企業として、一プレーヤーとして参加している限りは、国家は自律の世界、すなわち交換の一方当事者に身を置いているわけです。このことにより従来の省庁編成は、一方で商売をしながら他方で規制もするような交換と再分配、あるいは社会的な財の二つの配分方式の未分化、ひいては自律と他律とが未分化であるという日本社会を象徴していたといえます。従って、そこから政策の類型毎の、よりグルーピングされた省庁に移行することは行政の質の変化であり、自らがプレイヤーであることを止めることもそれに含まれるのであれば、望ましいことであります。しかし、それだけでは、ようやく前近代というレッテルが外れるにすぎないと思います。

更には、単にその政策の類型毎にビルを建たというだけでは不十分です。テナントビルでも下手に建設したため中が空というのがあるように、何故国家が行うのか、あるいはそういう政策を経済政策、産業政策、福祉政策といったそれぞれの政策類型毎に如何なるスタンスで行うのか、どの部分が国家、あるいは行政の活動領域であるか、また、それぞれの領域において権力による再分配をどのように行うのか、如何なる財を如何様に再分配するのか等のことが明らかでないと、ただいくつかの省庁整理、統合し、自分はもう商売を止めてそのオーナーになる、あるいはテナントビル経営に転向するとしても、これは当然には肯定されないということになります。

「行政とは何ぞや」を論じる解釈論的な意味は憲法学においては特にありません。そこで「行政とは何ぞや」という問いをアレンジすると、それは国家は何をすべきかという問題に帰着します。行革論議はまさに国家とは何ぞやという問題と密接不可分で、その問題に真剣に答える契機を与えたはずです。今回実際になされた、あるいはなされようとしている行革は、「国家とは何ぞや」というときに、自分がプレイヤーであることを止めるという最低限の一線だけは超えたようです。しかし、更に、その最低限以上の要請を満たしているでしょうか。すなわち、国家は何をすべきなのか、何をすべきでないのかという点まで到達しているかというと、この点に関しては理念が伴っていず、これ以上の行革は、今は期待できないのではないかと考えられます。

四　おわりに

現代国家＝現代行政国家、つまり他律の法によって自律の世界に介入をすることこそが国家の存在理由であるという命題でこれまで論じてきたわけです。しかし、これに対して司法というものは、先程行政というエンジンに対するブレーキやハンドルの役目を担っているといいましたが、はたして司法はそのようなネガティヴなチェック作用に留まっているのでしょうか。私は司法自身がより積極的な機能を、それを自覚しているか否かは別として、次第に果たしつつあるという点に注目をしたいと思います。つまり、司法作用が外部作用化しつつあるということです。これは決して非常に目新しい現象というのではなく、元来、裁判ないし司法というのは国家作用が未分化の状態では行政的な作用を持ち得ており、そのような外部作用化が現在、再び司法について生じつつあるのではないでしょうか。特に近時、民法においては公序良俗といった概念に対して政策的な（再）分配機能が託されんとしていますが、これに裁判による政策実現というような意味があれば、これは司法についての一つの大きな転換点を意味するはずです。それがつまりここでいう司法の行政化、外部作用化ということです。

では、行政ではなく司法がやることに如何なる意味があるのか。司法のキーワードは当事者主義です。いくら司法が行政化するといっても、司法は訴えが提起されない限り、あるいは証拠が出ない限りは動き出し得ません。その意味で司法は徹頭徹尾当事者主義に捕捉されており、いわば司法は永久的に受動的な機関である他はありません。つまり、司法の場合には訴訟当事者である私人・国民のイニシアティヴが非常に大きく、その点が行政による問題解決に比べて司法による問題解決が持つ大いなる特徴であります。行政による問題解決に正統性を誰が与えているかというと、それは立法、ひいては国民であります。つまり、民主的な正統性が行政を支えています。これに対して司法の正統性を誰が支えているかといえば、これは当事者の主張・立証、そしてそこで展開された公正な訴訟運営に尽きるわけです。従って、民主主義が司法の正当化の根拠になるのではなく、当事者の自治、あるいはその公正な過程が司法の正当化根拠になります。つまり、行政を中心とする配分モデルの場合、この意味で民主主義の正統性原理が過剰に行政には浸透していますが、これは逆に行政機関が行う行為等が全て結局は主権者、国民の意思であるとして正当化されてしまい、行政機関の不当な処分の対象にされた個々の国民は全体の決定の名の下に個々

の特殊な利益が否定されていくのを甘受せざるを得ないというように民主主義が抑圧的に機能しうる可能性があります。しかし、それに対して司法が外部作用化して司法による配分が行われますと、事情は相当変化します。そこでは民主主義の横暴という事態は相当程度防げることになります。ここで行政の手を離れさせて司法の手に移すことについては、その正統性の根拠づけの変換が伴います。すなわち、民主主義的な正当化は往々にして少数者に対して抑圧的にはたらくことから、そのまさに少数者が当事者として参加する当事者自治、あるいは適正手続といったものへ正統性原理を大きく転換することが意味されます。

それから立法と行政との関係について、従来よくいわれてきたのは、立法は一般的抽象的な法命題の定立、理性法であり、一方で行政、あるいは司法は具体的な個々の事件に適用する具体的な法の定立であるということです。こういう立法と行政ないし司法との振り分けの際には立法＝抽象的法命題の定立というルソー的な見方が不動の前提とされています。しかし、その点についても今日では到底維持できないと思います。むしろ一般的抽象的法命題の定立は憲法制定そのもの、その瞬間だけ生じ、それだけで終わり、個々の立法は抽象的一般的法命題の定立ではなく、また理性法の実定法化でもありません。憲法だけが抽象的一般的法命題という意味での法律であって、立法というのはいわば行政にプログラム、あるいはコントロールを提供するもの、つまり行政の最上位のプランニングであり、行政計画の民主的なコントロールの手法にすぎないと考えますと、抽象的理性法という束縛から解放されることになります。このように立法についての見方も変化させる必要がある、すなわち、従来の立法と行政との振り分けについても問い直す必要がおそらくあると思います。

更に、議院内閣制と法治主義というものも異質なものに捉えられていますが、これは政治的なコントロール、あるいは民主的なコントロールという若干の手法の違いに留まると考えます。

以上では、行政についてあまり議論が進んではいないのではないかという問題意識から出発して、何故進まなかったのかということを考えた場合に、行政控除説が、抽象的な、普遍的な理論ではなく、特殊な政治的な背景があっていわれたことを見失っていたためにそれを無意味に繰り返して今日に至ったのではないかということ、問題の建て方が日本国憲法の下では必要なかったのではないか、問題自体が無意味だったのではないかということを述べました。そして、もし有意味な問題があるとすれば、それは国家そのものを問い直すことであり、他律の法

としての国法学、憲法学、行政法学は更に頑張らねばならないという話をしました。そこで、行革とは如何なるものかというと、これは現代国家のあり方を真面目に議論しているというよりも、どうあってはならないかという当然の要請を充足するための、今までの借金の返済に過ぎないという面があると指摘しました。この先、国家は何をすべきであり、何をすべきでないかという問いに対しては、おそらくまだ多くは未解決のままと思います。しかし、他方で司法が、おそらく無意識のうちに特殊な役割を果たし始めており、司法による緩やかな統合という未来像がそこには描き得ましょう。つまり行政による共同体の運営ではなく、司法によるアドホックな、緩やかな縛りともいうべき法共同体に社会は変化するでしょう。司法による法共同体の運営にもメリットは存在し、それは民主主義の横溢という弊害から解放されています。それは私人がイニシアティヴを採ることが出来るという意味で、より自由主義的な共同体の運営ということになると思います。

そして、最後に、法律自体についても従来のルソー的な見方には、もはや終止符が打たれてしかるべきであると思います。以上で報告を終わります。