

法概念としての「行政」に関する一考察

—ドイツにおける「組織権」をめぐる法理論を手がかりに—

き 木 ふじ 藤 しげる 茂[※]

- I はじめに
- II 連邦首相の「組織権」と法律の留保
- III 日本法の現状
- IV おわりに—日本法への示唆

I はじめに

「行政」とは何か。この命題は、古くて新しい難問である。

日本では、「行政」の概念自体は、それに関する精緻な学問的な理論の構築がなされるよりも先に現実の法文の中に登場した、と言っても過言ではない。明治22年に制定された大日本帝国憲法においては、官制大権について定める第10条や行政裁判について規定する第61条などの規定において、行政の概念が既に取り入れられている。そして、翌年に制定された行政裁判所法（明治23年法律第48号）は、その題名からして然りである。

この主題について、法律学の分野で最も関係する領域は、紛れもなく憲法学と行政法学であろう。実際、明治20年代後半以降に体系化が進んだ日本の行政法学においては¹⁾、法概念としての行政について、様々な角度からの研究・分析がなされてきた²⁾。そして、行政の実質的意義について、積極的な定義を試みよう

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第5巻第2号2006年7月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科助教授

- 1) 本文において「行政法学」としたのは、当時の憲法学と行政法学との間には現在見られるような研究者の乖離がなかったとされることに由来するものであり、憲法学において独自の議論がなされていたことを暗示するものではない。
- 2) 日本の行政法学における行政の概念の理解の変遷については、さしあたり、塩野宏「行政概念論議に関する一考察」確井光明＝小早川光郎＝水野忠恒＝中里実編『金子宏先生古稀祝賀・公法学の法と政策下巻』（有斐閣、2000年）371頁以下（塩野宏・法治主義の諸相（有斐閣、2001年）3頁以下所収）を参照。

とする動きがある中で、国家作用のうち立法と司法を除いたものが行政であるとする消極説ないし控除説という考え方が通説的な見解を占めるに至ったことは、周知のとおりである³⁾。

昭和21年に日本国憲法が制定され、憲法をめぐる状況が一変した後も、このような行政に対する理解の仕方には、大きな変化はなかったと言えよう。つまり、引き続き積極説を唱える動きはあるものの⁴⁾、旧憲法下における状況と同様、消極説が今日に至るまで通説的な見解とされてきている⁵⁾。

他方において、近年、折に触れて行政の概念論が取り上げられ、特に憲法学の視点からは、行政法学の消極説に対するアンチテーゼとして、行政についての積極的な理解を説く試みが再び主張されるようになってきている⁶⁾。

このように、法概念としての行政をめぐる法律学における議論は、今なお完全な収束は見えていない。

ここでは、以上述べたような行政の概念をめぐる学説の系譜について詳細な検討を加えることが主たる目的ではない。しかしながら、現代の行政を取り巻く状況の変化は、個人の意識の変化や科学技術の進歩、さらには国際化など、以前にも増して急速かつ多様なものがある。そのような中で、日本における行政も様々な変容を迫られ、そして現実には、これまでには考えられなかったような形での変化を遂げている。このような時期であるからこそ、「行政」について改めて様々な角度から考察することは、学問の世界においても求められていると言えよう。

本稿は、このような認識の下で、筆者がドイツ連邦共和国（以下単に「ドイツ」という）における研究滞在の際に執筆した修士論文⁷⁾の題材とした、ドイツにおける連邦省の組織に関する連邦首相の「組織権」をめぐる法理論の考察を手がか

3) 消極説の例としては、美濃部達吉・日本行政法上巻（有斐閣、1936年）22～26頁がある。なお、この時期の学説の状況については、参照、塩野・前掲注2）379～383頁。

4) 代表例として、田中二郎・新版行政法上巻（弘文堂、全訂第2版、1974年）4～7頁。

5) 参照、塩野・前掲注2）389頁。

6) 憲法学の視点からの学説の状況の詳細についてはここでは触れないが、さしあたり、今関源成「『行政』概念の再検討」公法研究67号（2005年）160～171頁を参照。また、具体的な文献については、後掲注68）及び注69）を参照。

なお、そもそも塩野・前掲注2）自体が、このような状況に対する行政法学の立場からの考察であると言えよう。

りに、行政組織法の視点からアプローチを試みたものである⁸⁾。このような本稿が、現代の日本における「行政」を考える上での1つの素材となれば幸いである。

II 連邦首相の「組織権」と法律の留保

1 考察対象としての「連邦首相の組織権」の内容

筆者が修士論文において考察の対象としたのは、ドイツの連邦首相 (Bundeskanzler: 「連邦宰相」とも訳されるが、便宜上ここでは「連邦首相」としておく) の「組織権 (Organisationsgewalt)」と言われるものである。

より具体的に述べれば、その主たる関心は、ドイツにおいては、連邦の各省 (Bundesministerium) を設置する際には、連邦議会 (Bundestag) が制定する形式的意味での法律は必要ないのであるが、それは法理論としてどのように理解されているのか、という極めて素朴な疑問に端を発するものであった。連邦首相の

7) Shigeru KIFUJI, Die Organisationsgewalt des Bundeskanzlers im Spannungsfeld von Gubernative und Legislative, 1998 (ドイツ連邦共和国テュービンゲン大学法学修士(LL.M.)学位取得論文、同大学法学部及び一橋大学附属図書館所蔵)。

なお、しばしば紹介されているように、ドイツの法学教育においては、伝統的には、そもそも「大学院」という観念はなく、また「修士 (Magister)」という学位も存在していなかった。しかし近年になって、特にEU統合の動きの影響が大きかったと思われるが、ドイツにおける法学の修士と同等とみなされる程度の外国の大学の学歴を有する外国人 (主としてEU圏内の外国人が念頭に置かれているものと思われる) を対象に、ドイツ法の基本的な知識の修得とともに、各人の専門分野に応じたドイツ法の更に掘り下げた理解を目的として、“Aufbaustudium”あるいは“Zusatzstudium”としての修士課程を設ける大学も増えてきた。そして今では、EU統合の過程の中で、ドイツ人学生についても修士課程を導入することが検討されているようである。

ドイツの大学における法学教育の概要については、例えば、参照、村上淳一=守矢健一=ハンス・ペーター・マルチュケ・ドイツ法入門 (有斐閣、改訂第6版、2005年) 242~252頁、小野秀成「ドイツの法曹養成制度」法律時報78巻 (2006年) 2号68~70頁。

8) 本学法学研究科においては、「魅力ある大学院教育」イニシアティブとして、日本と欧州との法と法文化に関する相互理解の促進を目的とした「日欧交信型法学研究者養成プログラム」が、2005年度に発足した。そこでは、日本と欧州の法学に関し情報発信・交流を行えるような高度な法学研究者の養成のあり方が模索されることとなっており、したがって、日本の法学教育におけるヨーロッパ法の教育、他方でヨーロッパにおける日本法の教育ということも、主要な課題の1つとして位置付けられている。本稿には、欧州の一国であるドイツの法学研究・教育の一面を、僅かばかりではあるが筆者が身を持って体感した率直な視点から紹介することを通じて、こうしたプログラムの推進に微力ながら資することもできるのではないかと、との思いも併せて込めたつもりである。

組織権の概念については、以下で具体的にみることにするが、従来このような文脈で使われてきたものである。

ここで、若干の留保が必要と思われる。

第1に、筆者の検討においては、連邦の組織に焦点を絞った。周知のように、ドイツは、憲法に相当する基本法(Grundgesetz)が明示するとおり、連邦国家(Bundesstaat)である(第20条第1項)。そこでは、16の州(Land)が独自の憲法を持つ国家として位置付けられた上で、連邦(Bund)が存在するという国家体制となっている。このような連邦国家としてのドイツにおいては、国家としての州の組織や連邦の組織と州の組織との関係という面も極めて重要な論点ではあるが、この点については捨象した。

第2に、連邦首相が有する連邦の省に関する組織権という、筆者の問題意識に直接関係する論点に限定して考察を行った。この「組織権」については、各連邦大臣(Bundesminister)の下にある行政組織(Verwaltungsorganisation)を対象とするものとして、さらには、連邦首相の組織権とそれらとを合わせた総体として連邦政府(Bundesregierung)の全体に帰属するものとして、それぞれ語られることがある⁹⁾。しかしながら、そのような点は意識しつつ、限られた時間の中で議論の拡散を避ける意図もあり、検討の対象を絞っている。

第3に、この「組織権」という用語は、多分に歴史的な背景を持った概念である。そのような認識から、近年においてはこの用語について意識的に使用を避ける考え方もあり、仮にそのような理解をするならば、この問題は「法律の留保」などといった文脈で取り上げられることになる。これらの点については、以下第3節で後述する。

第4に、筆者の検討は、あくまでもドイツにおける法理論の分析と検討に特化している。日本では、国家行政組織法(昭和23年法律第120号)により、「分担

9) 基本法下のドイツにおける組織権に関する代表的な書物であるErnst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964も、組織権をまずは連邦政府全体のものとして理解した上で考察している一例と言えよう。ドイツにおける行政組織権をめぐる学説の状況について、参照、松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理(一)～(四)」法学(東北大学)65巻(2001年)2号、3号、愛知大学法学部法経論集157号(2001年)、158号(2002年)。

管理の原則」の下で、国の基礎的な行政機関としての省の設置は、別に法律の定めるところによることとされている（第3条第2項）。こうした日本の法制度の現状が筆者の問題意識の根底にあったことは間違いないが、日独両国の法制度の比較それ自体を主眼に置いてはいない。したがって、そこには、何らかの優劣の構図が示されているわけではない。

以上述べてきたように、筆者の修士論文は「組織権」をめぐる膨大な議論のごく一部分に特化した検討であったことは否めない。しかしながら、このような狭いテーマに関する考察からだけでも、そこにはドイツにおける「行政(Verwaltung)」の概念の理解の一面が十分に浮かび上がってくるように思われる。

以下においては、こうした点を本稿の主題として意識しながら、筆者の修士論文の内容の一部を参考にしつつ、ドイツにおける連邦首相の組織権をめぐる議論の一端を見てみることにする。

2 ドイツ公法学における「行政」と「行政組織」の理解

ここでは、連邦首相の組織権に関する具体的な話に進む前に、その前提としてのドイツ公法学における「行政」と「行政組織」の理解を概観しておく。

(1) 「政府」と「行政」

まず最初に、「政府 (Regierung)」と「行政 (Verwaltung)」に関する基本法の規定を確認するならば、次のとおりである。

基本法においては、元首たる「連邦大統領 (Bundespräsident)」に関する規定（第V章第54条以下）が置かれているほか、「連邦政府 (Bundesregierung)」が憲法機関 (Verfassungsorgan) の1つとして位置付けられている（第VI章第62条以下）。他方で、基本法には、「連邦法の実施と連邦行政 (Bundesverwaltung)」¹⁰⁾という1つの独立した章（第VIII章）が置かれ、連邦法の実施は州の固有の事務として州が行うとの原則が示されている（第83条）。そして同じ章の中で、例外的

10) 基本法にいう“Ausführung”という用語は、通常は「執行」と邦訳されることが多いようであるが、本稿では、「執行権」との混同を避けるため、仮に「実施」という用語を用いた。

に——とは言っても、実際にはかなりの領域があるのだが——連邦自らが連邦法を実施する「連邦固有行政」の分野においては、法律が別の定めをしていない限り、連邦政府が「官庁 (Behörde)」の設置について規律する一般的な行政規則を発するものとされている (第86条第2文)。さらに、基本法自身の中において、連邦が独自の「行政下部組織 (Verwaltungsunterbau)」を有して行う連邦固有行政の対象の例として、外交や財務などといった行政分野が挙げられている (第87条)。

このように、基本法においては、「政府」という存在が「行政」とは別の章立ての下に位置付けられていることが、1つの大きな特色を成している。

筆者の見るところ、「政府」は主として他の憲法機関との相互の関係という次元において捉えられており、それとは別の段階のものとして「行政」が位置付けられている。「政府」は政治的な存在であるとの見方¹¹⁾は、このことをより直截に表現したものである。これに対して、「行政」は、法制度が存在する枠内で、法の基準の拘束の下にある個々の国家任務の実現として認識されている¹²⁾という言い方もできよう。あるいは、行政は、基本法第Ⅷ章の章名が示すとおり、主として連邦法の「実施」という観点から認識されている、とも言えるであろう。

他方において、権力分立 (Gewaltenteilung) の観点から立法と司法とに対峙する法概念はドイツにはないのかと言えば、そうではない。基本法自身が明示するものとして、「執行権 (vollziehende Gewalt)」という概念がある (第1条第3項及び第20条第2項第2文)。これは時には“Exekutive”とも言われる。この概念は、主として国家の機能に着目した概念であるとされるが、上述の「政府」と「行政」とを総体として認識しているものと言っても良いであろう¹³⁾。

このような「執行権」及び「政府」と「行政」の区分は、ひとえに歴史の流れとともに形成されてきたものである。絶対主義国家における君主の下では、元来は「政府」が「執行権」に相当する「国家の統治権」の行使の総体を表象するも

11) Vgl. Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S.227.

12) Vgl. HESSE, a.a.O.(Anm.11), S.229.

13) Vgl. Hartmut MAURER, Staatsrecht I, 4. Aufl., 2005, S.630, Rdn.1.

のとされていたが、その後順次司法権と立法権が切り離され、さらにフランス法の影響の下に「執行権」の概念の下で「政府」と「行政」の区分がなされるようになったものとされている¹⁴⁾。日本における意味での「行政」の概念についての消極説が、こうした歴史的な「行政の観念の形成過程に即している」¹⁵⁾とされる所以である。

以上を簡単にまとめれば、ドイツにおいては、上位概念とも言うべき「執行権」の概念はあるものの、基本法において憲法機関として位置付けられている「連邦政府」と、(少なくとも法制度的には)例外的に連邦自らが連邦法を実施する場合における「連邦行政」とが、明確な意識の下に区別されて理解されている、とすることができる。換言すれば、「政府」と「行政」の「二層構造」が、はっきりと意識されているということになる。さらに言えば、これは邦訳の問題にもなるが、単に「行政」と言った場合には、「政府」は必ずしも含まれていない、ということにもなる。

現時点においても日本に多大な影響を与えているドイツの公法学におけるこのような理解は、日本の行政法学にとっても安易に看過できる問題ではなからう。この点については、以下第Ⅲ章及び第Ⅳ章において、再度触れることとする。

(2) 「政府」の組織と「行政」の組織

法学的により厳密に言えば、「行政組織」「行政(官)庁」「行政官署」などの法概念は、本稿においても区別して用いなければならないのであろう¹⁶⁾。しかしながら、本稿はそのような概念の相違を詳細に検討することが直接の目的ではないので、以下では、特段の必要のない限り、便宜上「行政組織」という用語を用いることとする。

基本法においては、連邦固有行政の分野における官庁の組織については、法律が別の定めをしていない限り、連邦政府が行政規則により規律する、とされていることについては、前述した。この規定が示しているとおり、行政組織について

14) Vgl. MAURER, aaO.(Anm.13), S. 630, Rdn.2.

15) 原田尚彦・行政法要論(学陽書房、全訂第6版、2005年)5頁。

16) これらの法概念の理解についての詳細は、例えば、稲葉馨・行政組織の法理論(弘文堂、1994年)91頁以下、小林博志・行政組織と行政訴訟(成文堂、2000年)3頁以下を参照。

は、基本法上既に法律の関与が認められている。そして現に、個別の行政組織について規律する法律が存在する¹⁷⁾。

他方、基本法自身が、連邦政府を明文の規定の下に位置付けていることも、既に述べたとおりである。そこでは、連邦政府は、連邦首相と連邦大臣から構成される合議制の憲法機関であるとされる(第64条第1項)¹⁸⁾。

それでは、連邦の「執行権」全体を担う組織は、どのように認識されているのであろうか。

敢えて挙げるとするならば、通常は「連邦官庁」と邦訳されている概念(Bundesbehörde)が、それに相当するものと言えるであろう。連邦官庁は、その役割や権限に応じて、i)連邦最上級官庁又は連邦最高官庁(oberste Bundesbehörde)、ii)連邦上級官庁(Bundesoberbehörde)、iii)連邦中級官庁(Bundesmittelbehörde)、iv)連邦下級官庁(Bundesunterbehörde)の4つに区分される¹⁹⁾。そして、連邦最上級官庁には、連邦大統領府、連邦首相府、連邦省などが含まれるとされる。このように、一般に連邦官庁と言われる際には、行政組織としての行政官庁のほかに、連邦省なども含まれていることになる。

ここで留意すべきは、少なくとも連邦省については、他の連邦の行政組織と同列に認識されているわけではない、ということである²⁰⁾。「連邦省は、とりわけ政府の領域に組み入れられるものである」²¹⁾とされるのは、このことを端的に示している。

以上のような理解が連邦首相の組織権との関係で大きな意味を持つてくるので

17) 例えば、連邦上級官庁である連邦刑事庁(Bundeskriminalamt)の組織等について規定するいわゆる連邦刑事庁法(Bundeskriminalamtgesetz vom 7.7.1997, BGBl. I, S.1650: BKAG)などがある。

18) なお、連邦政府とは別に「連邦内閣(Bundeskabinett)」という概念もあるが、この概念は、連邦政府における内部手続の関係等の文脈で主に用いられているように思われる。

19) 参照、村上=守矢=マルチュケ・前掲注7) 66～68頁、石田光義「基本法と連邦諸機関」大西健夫編『ドイツの政治』(早稲田大学出版部、1992年) 32頁以下(45～48頁)。

20) この点の理解は、第2節(1)で言及した基本法第86条第2文の「官庁」の射程の問題及び第3節で見る連邦首相の組織権の基本法上の根拠の議論にも関係してくる。仮に同条の文脈で連邦省が語られるとしても、それはあくまでも連邦固有行政を「実施」する官庁としての側面における位置付けという限りにおいてである、と理解すべきであろう。

21) MAURER, a.a.O.(Anm.13), S. 488, Rdn.33.

あるが、この点については、次の第3節において言及する。

3 連邦首相の組織権をめぐる法的理解の整理

これまで、ドイツにおける「政府」と「行政」及びそれらの組織に関する理解を概観してきた。

第3節においては、これまでの整理を前提に、法律の留保と組織権との関係について触れた後、連邦省の設置に係る連邦首相の組織権に関する法的な整理について、その概要を見てみることにしたい。

(1) 法律の留保をめぐる議論と行政組織法

日独を通じて行政法学における最も重要なテーマの1つとされてきたものに「法律の留保 (Gesetzesvorbehalt)」の議論があることは、周知のとおりである。

そこで主に念頭に置かれていたのは、権利主体としての私人と公権力を行使する行政とが対峙する「二極対立」の構図としての、いわゆる「外部関係」であった²²⁾。これに対し、行政組織は、私人の権利義務関係には直接影響を及ぼさない行政の「内部関係」にあるものとされ、オットー・マイヤーに代表されるドイツの伝統的理論においては、むしろ政治的な法として国法学に追いやられ行政法学の対象から排除された²³⁾。そして、法律の留保の議論は、私人と行政との外部関係にその視点を集中させることとなり、「侵害留保の理論」が伝統的な通説の地位を占めるに至った。このような二元的な「外部関係・内部関係峻別論」の下では、行政組織が法律の留保との関係で取り上げられるような論理的土壌は、基本的にはなかったと言えよう。

22) 行政の「内部関係」と「外部関係」との厳格な「二元的思考」を前提とする「行政組織法」と「行政作用法」の区分というドイツ行政法学の学説の日本における受容及びわが国における学説の展開については、さしあたり、藤田宙靖・行政組織法（有斐閣、2005年）4～6頁、松戸浩「行政組織と法律との関係（上）（下）」自治研究78巻（2002年）1号89頁以下、4号110頁以下を参照。

23) オットー・マイヤーを始めとするドイツ公法学において、行政組織が行政法の対象から外され、「行政組織法」に関する法理論が長らく大きな発展をしてこなかったことについては、塩野宏・オットー・マイヤー行政法学の構造（有斐閣、1962年）58頁及び108～109頁、稲葉・前掲注16）2～17頁、小林・前掲注16）5～17頁、藤田・前掲注22）59～61頁などを参照。

しかしその後、従来は「内部関係」にあるとされてきた行政組織についても、そのあり方が私人に対して外部効果を有するような場合もあるとの理解の下に、行政組織「法」を認識する必要性が説かれるようになった²⁴⁾。そして、行政組織についても法律の留保の文脈で捕捉することの必要性を認識して唱えられるようになってきたものが、「制度的留保 (institutioneller Gesetzesvorbehalt) の理論」と言われるものである²⁵⁾。

一方、法律の留保に関する一般理論としても、伝統的な通説とされてきた侵害留保の理論に対するものとして、「本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie)」が³⁾、連邦憲法裁判所の判例を通じて形成されてきた²⁶⁾。日本においては、「重要事項留保の理論」と言われるものがこれに相当するであろう²⁷⁾。この本質性理論によれば、基本法上立法府に委ねられた本質的な決定は立法府自らが下さなければならぬものとされる。ここでは、立法府に対する「義務」付けという面が強調されていると言ってよい。何が本質的であるかについては必ずしも明確でない部分もあるが、この理論によって、伝統的通説であった侵害留保の理論における侵害という枠が外された意義は、高く評価されている²⁸⁾。そして、このことは、従来は外部関係にのみ着目してきた法律の留保の議論を、外部関係と内部関係を峻別する二元的思考から解放することにもつながり、ひいては、「制度的留保理論は本質性理論の一部を構成する」²⁹⁾との位置付けがなされることになる。

24) 参照、稲葉・前掲注16) 41～49頁、小林・前掲注16) 11～15頁。

25) ドイツにおいて「制度的留保の理論」を最初に体系化したのは、ケットゲンであるとされる。Vgl. Arnold KÖTTGEN, Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16, 1958, S.154ff(161ff). また、この「制度的留保の理論」に関する日本語の文献として、参照、間田穆「ドイツにおける伝統的行政組織権論の確立」名古屋大学法政論集60号(1973年)52頁以下(64～68頁)、大橋洋一「制度的留保理論の構造分析—行政組織の法定化に関する一考察—」確井光明=小早川光郎=水野忠恒=中里実編『金子宏先生古稀祝賀・公法学の法と政策下巻』(有斐閣、2000年)239頁以下。

26) ドイツにおける法律の留保に関する学説の変遷とこの「本質性理論」の日本語による紹介として、参照、大橋洋一「現代行政の行為形式論(弘文堂、1993年)1頁以下。

27) この説を採るものとして、阿部泰隆「行政の法システム下巻(有斐閣、新版、1997年)695～696頁などがある。

28) 例えば、塩野宏・行政法I(有斐閣、第4版、2005年)71頁注(7)。

29) 大橋・前掲注25)244頁。

このような紆余曲折を経て、ドイツでは、行政組織についても法的な文脈において理解されるようになり、「行政組織法」が語られるようになってきたのである。

(2) 伝統的な「組織権」の概念と実質的法治国家への変容

以上見てきたようにドイツの行政法学において法律の留保の議論が進展して行く一方で、執行権における組織のあり方については、1837年に初めて国法学の文脈の中で用いられて以降、伝統的には「組織権」という概念の下で議論がなされてきた³⁰⁾。この概念は、執行権が自らの任務を果たすために自らの組織を最も適切な形で整えることができる権限を有する、ということを裏付けるものとして主張されてきたのである³¹⁾。

この組織権は、かつては「人事高権 (Personalhoheit)」と渾然一体の「本来的な、つまり民意から離れた独立かつ自立的な」³²⁾権限として理解されてきたが、その後フランス革命を契機に、ドイツ法学において両者が区分されるようになったものとされる³³⁾。そして、これら2つの権限は、絶対君主が有する国家権力の核心的な領域 (Kernbereich) にある「高権 (Hoheitsrecht)」に属するものとして認識されてきた³⁴⁾。

その後、絶対主義国家においては君主に集中していた国家権力の中から、司法権と立法権とが順次分離していくことになる。しかし、このような過程においても、組織権は、絶対君主の「特権 (Prärogative)」の言わば「遺産 (Erbe)」と

30) Vgl. BÖCKENFÖRDE, aa.O.(Anm.9), S.21 u. S.38; KIFUJI, aa.O.(Anm.7), S.4.

この点については、参照、藤田・前掲注22) 59～60頁、間田・前掲注25) 68～78頁。

31) 「組織権」の概念については、以下本文で見えるような歴史的な経緯もあって多義的である。Vgl. Gerold LEHNGUTH, Die Organisationsgewalt des Bundeskanzlers und das parlamentarische Budgetrecht, DVBl. 1985, S.1359ff(1360); Helmut KAJA, Ministerialverfassung und Grundgesetz, AöR 89, 1964, S.381ff(389).

このような中において、BÖCKENFÖRDE, aa.O.(Anm.9), S.38は組織権の定義を試みている。その内容の検討はここでは行わないが、そこでも執行権以外の憲法機関の内部組織については組織権の対象から除外されている。

32) Andreas HAMANN, Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung, NJW 1956, S.1ff(1).

33) Vgl. BÖCKENFÖRDE, aa.O.(Anm.9), S.22.

他方、フランス憲法学においては、組織権は法概念として観念されなかったことから、組織権の概念はドイツ法に特有のものとする(S.24)。

34) Vgl. BÖCKENFÖRDE, aa.O.(Anm.9), S.25.

して、引き続き君主に認められ続けてきた³⁵⁾。そして、立憲君主制国家において憲法が制定されるようになってからも、前憲法的 (vorkonstitutionell) に存在するものとして、憲法が明示的に認めているかどうかにかかわらず、執行権の長に組織権が認められてきた³⁶⁾。他方で、法律の形式による官庁組織についての規律は、伝統的には組織権の行使とはみなされてこなかった³⁷⁾点には、留意しておく必要がある。

このような組織権をめぐる状況は、1871年のドイツ帝国憲法 (ビスマルク憲法) の時代はもちろん、1919年のワイマール憲法の下においても、基本的には変化しなかった。ドイツ帝国においては、ドイツ皇帝は憲法において他の機関に明示的に委ねられている以外の全ての国家権力を行使できるとされ、ドイツ皇帝の組織権が絶対君主の特権と同様に認められていた³⁸⁾。また、ワイマール共和国におけるライヒ大統領は、ドイツ皇帝から引き継いだ遺産として、組織権を有するものとされたのである³⁹⁾。

翻って、基本法の下におけるドイツの国家体制は、その民主的正統性という観点からしても、以前の憲法体制とは根本的に発想を異にしている。国家元首としての連邦大統領は、狭い意味での国家権力の担い手ではない。そして、基本法の定める憲法秩序の下で権力分立の体制が整備され、その中で連邦政府が位置付けられたことは、既に述べた。

これらの変革と連動して、行政法の領域においても、「法律による行政の原理」の内容の実質化が図られ、形式的法治国家から実質的法治国家へと変容を遂げたのである。そしてこのような文脈から、法律の留保についての新たな学説が登場

35) Vgl. KIFUJI, a.a.O.(Anm.7), S.21.

36) Vgl. Ernst FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 10.Aufl., 1973, S.434; KIFUJI, a.a.O.(Anm.7), S.10.

37) Vgl. FORSTHOFF, a.a.O.(Anm.36), S.440.

38) Vgl. KAJA, a.a.O.(Anm.31), S.394.

39) Vgl. Günter PÜTTNER / Gerald KRETSCHMER, Die Staatsorganisation, 2.Aufl., 1993, S.161; BÖCKENFÖRDE, a.a.O.(Anm.9), S.131, Fn.8; KIFUJI, a.a.O.(Anm.7), S.21.

ワイマール憲法の下における行政組織権に関する学説の状況については、間田穆「ワイマール憲法下における行政組織権理論の展開」名古屋大学法政論集72号 (1977年) 109頁以下 (126~127頁) を参照。

してきたことについては、前述した。

以上のような流れの中で、基本法の定める憲法秩序から独立して存在する国家権力はもはや認められないこととなり、元来の意味での組織権もその例外ではなかった。

(3) 連邦政府の組織としての連邦省と連邦首相の組織権

① 今日における「組織権」の位置付けと法律の留保の議論

それでは、今日のドイツにおいては「組織権」の考え方はもはや成り立ち得ないと考えられているのであろうか。その答えは、否である。多くの教科書においても、組織権の用語は、今なお用いられている⁴⁰⁾。

他方において、前述のように、憲法秩序から超越した君主の特権の遺産という意味での組織権は、もはや語ることはできない。そして、組織権の用語には、前述したような歴史的な要素があることもまた事実である。したがって、組織権の用語は特定の歴史的な文脈の上でのみ用いられるべきであるとの見解に従うのであれば、この用語に拘泥する必要は必ずしもなからう。

しかし、現在のドイツの教科書にあっては、基本法の枠内において自らの組織を規律する権限という意味において、“Organisationsgewalt”のほかにも、“Organisationsbefugnis”や“Organisationshoheit”あるいは“organisatorische Kompetenz”という表現が、しばしば用いられている。もし仮に、一方では人事(高)権を語りながら、他方でこの組織権についてはその存在を認めようとしぬ見方があるならば、上述のような歴史的な経緯に照らしても、それは片面的な視点と言わざるを得ないであろう。

一方、行政組織は行政の「内部関係」にあるが故に行政法の枠外にあるとの見方は、もはやなされなくなった。そして、行政組織についても法律の留保の網が被せられるべきであるとの主張が、制度的留保の理論を軸にして相当の説得力を持って浸透してきていることについても、前述した。筆者の立場からしても、今日の民主主義国家においては、行政の重要かつ基本的な枠組みについては、法律という形である程度明確にされるべきことに異論はない。その限りにおいては、

40) Z.B. HESSE, a.a.O.(Anm.11), S.273, Rdn.653; MAURER, a.a.O.(Anm.13), S.488, Rdn. 33.

制度的留保の理論の思考自体には、それなりの説得性はあるように思われる。

結局のところ、現状では、行政組織については、連邦大臣の組織権を念頭に置きつつ、法律の留保の文脈において制度的留保の議論が主張されている、ということになろう。

② 基本法の下における連邦首相の「組織権」の位置付け

組織権に対する理解と法律の留保の議論の状況が以上のようなものであるとするならば、連邦政府と連邦首相の組織権ないし連邦省の設置については、どのように法的に理解されているのであろうか。ここでは、基本法の規定と連邦首相の組織権との関係について、その法的な整理を概観することにしたい。

まず、前述したような組織権と連邦政府の位置付けの理解を基に、連邦首相の組織権の内容について確認しておくことが必要と思われる。組織権の内実を端的に表現するならば「個々の連邦省の数、種類及び分担を定める」権限⁴¹⁾といったことになろう。ここで、連邦省の分担とは、基本法第65条第2文にいう各連邦大臣の所轄領域 (Geschäftsbereich) の幅に他ならない。しかし、基本法には、ビスマルク憲法及びワイマール憲法と同様、連邦政府の組織としての連邦省についての直接的かつ明示的な規定は、何ら置かれていない。

他方において、基本法の下では、憲法秩序から超越した君主の遺産としての国家権力がもはや存在し得ないことは、繰り返し述べたとおりである。

このような前提の下で、学説は、いずれも、基本法のいずれかの条文に——黙示的ではあるにせよ——連邦首相の組織権の法的淵源を見出そうという発想に立っている。

ここではその詳細を検討する紙数の余裕はないが⁴²⁾、大別して、i) 第86条第2文に連邦政府が有する組織権の総体を読み込んだ上で、第63条から第65条を援用する説⁴³⁾、ii) 第64条第1項に「実質的な政府編成権 (materielles Regierungsbildungsrecht)」の根拠を見出した上で、その構成部分として組織権を理解する説⁴⁴⁾、iii) 第64条第1項に加えて、第65条の第1文、第2文若しくは第

41) MAURER, aa.O.(Anm.13), S.487-488, Rdn. 33.

42) ドイツにおける諸学説の概要については、KIFUJI, aa.O.(Anm.7), S.24-26を参照。

43) Z.B. BÖCKENFÖRDE, aa.O.(Anm.9), S.136-137; LEHNGUTH, aa.O.(Anm.31), S.1361.

4文のいずれか又はこれらのうちのいくつかの規定を援用する説⁴⁵⁾、iv)第65条第1文が規定する連邦首相の「基本方針策定権限 (Richtlinienkompetenz)」を根拠とする説⁴⁶⁾、などの学説がある。

このうち、第86条第2文に連邦政府が有する組織権の総体を読み込もうとするi)説については、前述した権力分立の歴史的経緯には整合する反面、基本法が政府と行政とを別の章建ての下に規定した点とは両立しない、といった批判⁴⁷⁾を受けることになる。ここでの詳しい説明は避けるが、筆者は、第64条第1項が各連邦大臣の所轄領域の分配を前提にしているという点に照らすならば、ii)説の理解が最も適切である、と考えている⁴⁸⁾。

確かに、連邦首相の組織権ないし連邦省の設置について、基本法は「沈黙」している。しかしながら、これらのいずれの学説を採るにせよ、連邦首相の組織権は、基本法によって——黙示的にはあれ——その根拠を与えられたものとして理解すべきものであろう。

③ 連邦首相の「組織権」と法律の留保の議論との関係

今日における組織権の理解及び法律の留保に関する議論、そして基本法の規定との関係の整理を前提として、ここで、連邦首相の組織権に関する筆者なりの理解をまとめることとしたい。

おそらく問題の中心となるのは、法律の留保の議論との関係であろう。

44) Z.B. MAURER, a.a.O.(Anm.13), S.487-488, Rdn. 33; Theodor MAUNZ / Reinhold ZIPPELIUS, Deutsches Staatsrecht, 29.Aufl., 1994, S.285; Peter BADURA, Staatsrecht, 1986, S.343, Rdn.94; Karl-Ulrich MEYN, Art.64, in : Ingo von MÜNCH / Philip KUNIG, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 3.Aufl., 1995, S.1067, Rdn.1.

45) Z.B. KAJA, a.a.O.(Anm.31), S.399ff; Klaus STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, § 31, S.284; Martin ORDIGES, Die Bundesregierung als Kollegium, 1983, S.248-249; Steffen DETTERBECK, Innere Ordnung der Bundesregierung, in: Josef ISENSEE / Paul KIRCHHOF, HdBStR, Band III, 3.Aufl., 2005, § 66, S.1167, Rdn.14.

46) Z.B. Norbert ACHTERBERG, Innere Ordnung der Bundesregierung, in: Josef ISENSEE / Paul KIRCHHOF, HdBStR, Band II, 2.Aufl., 1987, § 52, S.635, Rdn.15; Josef KÖLBLE, Ist Art.65 GG (Ressortprinzip im Rahmen von Kanzlerrichtlinien und Kabinettsentscheidungen) überholt?, DÖV 1973, S.1ff(10).

47) Z.B. MAURER, a.a.O.(Anm.13), S.488, Rdn. 33. なお、参照、前掲注20)。

48) KIFUJI, a.a.O.(Anm.7), S.26.

しかし、ここで再度想起すべきは、第2節において見たように、基本法が「政府」と「行政」とを明確に区別しているということである。先に見た制度的留保の理論の思想を基本的には理解するとしても、その射程については、こうした政府と行政との区別を前提に考える必要があるように、筆者には思われる。制度的留保の理論は、連邦政府の組織としての面を有する連邦省には、単なる行政組織と同様に適用されることにはならないのではないかと、という疑念がここに生ずることとなる。

なるほど、州憲法のなかには、州行政の基本的な枠組みについて、これを法律事項としているところもある⁴⁹⁾。そして、州政府の内務省と司法省の統合については、州憲法が定める権力分立の原則に影響を及ぼすものとして法律の留保の下に服すべきである、との趣旨の州の憲法裁判所の裁判例もある⁵⁰⁾。しかし、この判決については、司法権の領域に影響を与えるという特殊な要素があったものと見るべきであろう。

これに対し、以上見たような基本法の規律の状況については、「概括的にいえば、連邦レベルでは制度的留保の考え方は未発達である」⁵¹⁾と言われることになる。それでは、なぜ、連邦においては「抑制型制度留保」⁵²⁾にとどまっているのだろうか。

この点については、様々な見方があるだろうが、筆者の見るところでは、政府と行政との区分の発想に由来する次の2つの視点が重要なように思われる。

まず、第1には、繰り返しになるが、連邦政府の組織としての連邦省というものについての理解の仕方が挙げられよう。

49) 例えば、バイエルン州憲法第77条第1項第1文など。なお、同憲法第49条では、州首相が省の数と所轄領域を定めるが、それには州議会の決定による確認が必要であるとされている。

50) NWVerfGH, Urteil vom 9.2.1999, NJW 1999, S.1243ff. この判決の解説として、大橋・前掲注25) 257～261頁を参照。他方、この判決については、ドイツでは反対論も多い。Z.B. vgl. Josef ISENSEE, Anmerkung, JZ 1999, S.1113-1117; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, Die Organisationsgewalt und Gesetzesvorbehalt, NJW 1999, S.1235-1236.

51) 大橋・前掲注25) 253頁。

52) 大橋・前掲注25) 251頁。

先に見たように、ドイツでは、連邦制という国家体制の下で、連邦と州との関係の明確化の観点から、「例外的に」連邦自らが連邦法を実施するケースとしての連邦行政については、基本法がかなり詳細な規定を置いているという特徴がある。そして、これらの行政領域においては、個別の法制度を中心に、法律の留保の理論及び連邦行政手続法等の一般的な法制度によって、それぞれの実施の仕組みが確立されている。その上で、実際の「行政」、すなわち連邦法の実施としての個々具体的な判断は、それぞれの行政分野に応じて設置される下位の連邦官庁において行われることが通例であり、連邦省が直接に個別具体的な判断を行うということは、むしろ少ないように思われる。そして、個々の行政の領域で実施の仕組みが整備されている中であっては、日々の行政課題の遂行という観点からは、その行政分野がどの省に属するかということ自体はそれほど根源的な意味は持たない、と認識されているのではなからうか。実際、連邦官庁で勤務する人たちの間でも、連邦省は連邦法の実施に際して個々具体的な判断を行う場ではない、との理解が多かれ少なかれ共有されていると言っても、全く的を外れではなからう。

このような前提の下で、連邦最上級官庁としての省という存在を考える必要があるように思われる。筆者の見るところでは、それぞれの行政領域における実施の仕組みの整備を前提として、連邦首相が各連邦大臣を任命する際に所轄領域を定めることに伴って、連邦大臣の事務をつかさどる連邦省が「設置」される、という理解がなされているように思われる。逆に言えば、「組織」としての連邦最上級官庁たる連邦省を「設置」するという意識それ自体は、むしろ弱いように感じられる。

以上のことは、次の第2点とも密接に関連してくる。すなわち、連邦首相が各連邦大臣の所轄領域を定めることは、「行政」ではなく「政府」の次元の問題であり、したがってまさに政治の領域であると解されている点である⁵³⁾。そこでは、仮に行政の執行に何らかの支障が生じるようなことがあれば、連邦大臣の所轄領域を定めた連邦首相の政治責任こそが問われるべきである、と認識されているように思われる。

53) Vgl. HESSE, aa.O.(Anm.11), S.270, Rdn.641.

このような前提において考えると、連邦省の組織については法律の留保という発想が馴染みにくいことも理解できる。つまり、少なくとも連邦省の設置という文脈に限って言えば、法律の留保の議論から論理必然的に導かれるものではなく⁵⁴⁾、まさに民主主義の要請に基づく憲法上の判断によるべきものである、とドイツにおいては理解されているのではなかろうか。これを日本の文脈で換言するならば、仮に法律でどこまで規律をしても「立法権による行政権の侵害の意味における憲法違反は生じないか」⁵⁵⁾という命題に帰着することになる。そのような流れから、連邦首相の組織権と他の憲法機関との「緊張関係」が生じることとなり、それに伴ういくつかの論点が出てくることになるが、ここでは立ち入らない。

なお、この点については、次のような連邦憲法裁判所の判示が示唆的であるように思われる。「憲法において採用されている三権の間の比重は、維持されなければならない。いかなる権力も、他の権力に対して憲法が予定しないような優位性を有することとなってはならず、いかなる権力からも、憲法に適合する任務を果たすために必要な権限が奪われてはならない。」(邦訳筆者)⁵⁶⁾。この事件の具体的内容にはここでは触れないが、問題となったのは、州政府の本質的権限が州法の規定によって奪われたか否かという点であった。このような連邦憲法裁判所の表現には、ワイマール憲法の下でのいわゆる「全権委任法(授權法)」によるナチスの台頭という苦い歴史の傷跡なのであろうか、形式的な意味における法律への過度の傾倒に対する慎重な姿勢が垣間見られるように筆者には感じられるのである。そして、このような意味での連邦レベルの権力分立のあり方という視点をも意識した上で、連邦首相の組織権についても理解すべきであるように思われる。

翻って、それならば、連邦首相は政治責任を負う以外は完全に自由に連邦省の

54) この点に関し、制度的留保の理論を主張するケットゲンにおいてさえも、連邦省の組織については、憲法に明示の規定がない限りは連邦政府の自律権として連邦首相の組織権の下にある、としているのである。Vgl. KÖTTGEN, aa.O.(Anm.25), S.166-167. Auch vgl. DETTERBECK, aa.O.(Anm.45), S.1167-1168, Rdn.14.

55) 塩野宏・行政法Ⅲ(有斐閣、第3版、2006年)13頁。

56) BVerfGE 9, 268[279-280], Urteil vom 27.4.1959.

設置を行っても構わないと筆者が考えているのかということ、決してそうではない。ドイツにおいて以上見てきたような議論が成り立ち得るのは、筆者が思うに、個々の行政の領域において連邦法を適切に実施し日々の行政課題を遂行する安定した仕組みが整理されるとともに、政府と行政との責任分担が意識されているからではなかろうか。そのような土台があって初めて、連邦大臣の所轄領域の分配を連邦首相の組織権に委ねたとしても、基本法及び連邦法が要請する連邦行政事務の遂行には問題はない、という議論が可能になるように思われるのである。

この点に関し、筆者の知る限りでは日本ではほとんど注目されていないようであるが、「権限順応法」と呼ばれる連邦法⁵⁷⁾⁵⁸⁾について、最後に言及しておく必要がある(以下、邦訳はいずれも筆者)。同法の第1条第1項によれば、「連邦政府の内部において、権限がある連邦最上級官庁の所轄領域から別の連邦最上級官庁の所轄領域に移行した場合には、法律又は法規命令において委ねられていた権限は、移行後において所管となる連邦最上級官庁に移行する」とされている。また、第2条によれば、連邦法務省は、法規命令により、関係する連邦最上級官庁の同意を得て、連邦最上級官庁の所轄領域や名称の変更に伴い、法律や法規命令における連邦最上級官庁の名称を置き換え、またそれに伴う規定の文言の順応(整備)を行うことができる、ものとされる。さらに、第3条第1項においては、「第1条第1項にいう連邦最上級官庁は、その所管に属する法律や法規命令について、それぞれ、第2条の規定による法規命令の施行の形式により、現行の版(規定)を連邦官報において新たに周知することができる」旨が規定されている。すなわち、連邦議会は、連邦省の設置に関する連邦首相の組織権を単に甘受ないし黙認

57) Gesetz zur Anpassung von Rechtsvorschriften an veränderte Zuständigkeiten oder Behördenbezeichnungen innerhalb der Bundesregierung vom 16.8.2002, BGBl. I, S.3165 (Zuständigkeitsanpassungs-Gesetz: ZustAnpG 2002).

58) 以下本文中で紹介する「権限順応法」は2002年に新たに整備されたものであるが、それ以前にも同趣旨の連邦法は存在していた。: Gesetz zur Anpassung gesetzlich festgelegter Zuständigkeiten an die Neuabgrenzung der Geschäftsbereiche von Bundesministern vom 18.3.1975, BGBl. I, S.705 (Zuständigkeitsanpassungs-Gesetz).
ドイツの文献においては、従来、組織権の文脈でこの1975年法が言及されていることが多い。Vgl. LEHNGUTH, a.a.O.(Anm.31), S. 1362; PÜTTNER / KRETSCHMER, a.a.O. (Anm.39), S.181; ORDIGES, a.a.O.(Anm.45), S.243.

しているだけでなく、その存在を前提とした積極的な規律を行っているのである。この点は、連邦省の設置に係る連邦首相の組織権を語る上では、看過されてはなるまい⁵⁹⁾。

④ 小括

以上、連邦省の設置という視点から、連邦首相の組織権をめぐる議論を概観してきた。

この点に関するドイツの伝統的な学説については「古めかしい」⁶⁰⁾面があるという指摘も、決して的外れとは言えない。

しかしながら、筆者の目からすれば、このような「政府」と「行政」についての理解の根底には、歴史の荒波に揉まれたドイツなりの民主主義や権力分立そして法律の役割についての理解がある。そして、これまで概観してきた連邦首相の組織権は、いわゆる“Kanzlerdemokratie”の一要素として、まさにこのような文脈でこそ把握されるべきものであろう。

さらに、筆者の問題意識から言うならば、「政府」と「行政」に関する以上のような理解があってこそ、基本法が掲げる「伝統的な職業官吏制度の原則」(第33条第5項)の下における連邦官吏制度と政府及び行政の組織に関する制度との整合的な把握が可能になるのではなからうか。ひいては、その内容の是非は別として、「憲法は滅びる、行政法は存続する」(“Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht.”)という、かの有名なオットー・マイヤーの言葉の奥底にある思考の文脈についても、より適切に理解ができるように思われる。

Ⅲ 日本法の現状

第二章では、ドイツにおける連邦首相の組織権をめぐる法理論を手がかりに、ドイツにおける「政府」や「行政」の理解について考察してきた。

日本の法律学は、ドイツのそれから実に多くのことを学んできた。多くの法概念や法制度の範をドイツに求めてきたことも事実であろう。一方、近年では、フ

59) 筆者は、修士論文においても、この点を指摘した。Vgl. KIFUJI, aa.O.(Anm.7), S.51.

60) 大橋・前掲注25) 259頁。

ランス法や英米法の影響が以前にも増して見られるようになってきたことはもとより、韓国や中国及び台湾などアジアの法制度を視野に入れることも必要になってきている。しかし、こと行政法学に限って言えば、ドイツ公法学の影響は、良かれ悪しかれ依然として大きいものがある。

他方において、ドイツから日本に摂取された法概念や法制度であっても、その後のそれらの歴史的な発展の経緯や実際の運用の仕方などにおいては、必ずしも同一でない部分も多い。そもそも、連邦制やEUの存在を前提とする今日のドイツにおける法制度と日本のそれとを、単純に優劣の軸で比較することは適切ではあるまい。しかしながら、これまでの行政法学におけるドイツと日本との緊密な関係があるからこそ、行政が変容の要請に晒されている現代の日本においても、ドイツ法学から何らかの示唆を得られる部分もあるように思われる。

これまで見てきたような連邦首相の組織権をめぐるドイツにおける議論が、日本の法学にいかなる示唆を与える可能性を有しているかについての具体的な検討は、今後の研究課題とするが、ここでは、日本における「行政組織」をめぐる現状とその理解について、簡単に触れておくこととしたい。

1 日本における省とその設置の位置付け

日本国憲法においては、「行政権」は内閣に属するものとされ（第65条）、国家行政組織法においては、省は、「分担管理の原則」の下における基本的な構成単位としての国の「行政機関」とであるとされている（第3条第2項）。

ここで1点留意が必要であろう。以上見てきたように、ドイツにおいては「執行権」として理解されていたものが、日本においては「行政権」として認識されているように見受けられるからである⁶¹⁾。そして、そのような前提で、省は行政機関であるとの位置付けがなされているのである。もとより、日本においても、ドイツ法にいう「政府」に相当する概念がない訳ではない。それは、最上位に位

61) 「行政権」をめぐる論考は数多くあるが、行政組織の視点から論じているものとして、さしあたり、岡田雅夫「行政主体論—行政権、行政権の主体、行政主体」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法大系7行政組織』（有斐閣、1985年）16頁以下を参照。なお、この点については、後掲注68）及び注69）を参照。

置付けられる合議制機関としての「内閣」であって、そのあり方を規律するものとして内閣法がある、ということになろう。そしてその下に、国家行政組織法等に基づいて、各省等が「設置」されている。

日本においては、旧憲法の下で、まさにドイツ法における組織権の法理論の影響を受けた形で、天皇の官制大権が語られていた。しかしながら、日本国憲法の下では、そのような憲法から離れた国家権力を語ることがなくなったことについては、ドイツにおける状況と同様であった。そして、国家行政組織法の制定の際には様々な議論があったようだが、戦後直後のアメリカ法の強い影響もあり、結果としては、同法第3条第2項の規定により、省の設置は個々の法律で定めるところによることとされたのである。

したがって、日本においては、既に昭和23年の時点で一定の整理がなされていることになり、省という組織に関して言えば、少なくとも現行法制度の下では、ドイツにおけるような文脈で議論する実際上の意味は、およそないことになる。その後、内部部局たる局等の設置の弾力化や中央省庁再編といった大きな節目はあったが、省は法律に基づいて設置されるという基本的な枠組み自体は変わっていない。

2 行政組織と多様な法概念

次に、このような文脈の下で、現行の日本の法制度の下で重要と思われるいくつかの法概念について、簡単に触れておく。

まずは「国」の概念である。これは読んで字のごとく国家全体を指すものであるが、主に外国や地方公共団体との関係の文脈で使われることが多いようである⁶²⁾。そしてそこには、基本的には、行政のみならず立法や司法も含まれることになる⁶³⁾。

62) なお、近年の行政事件訴訟法の一部改正により、取消訴訟の被告適格が「国又は公共団体」とされたが(第11条)、これは、行政事件訴訟における実効的救済の確保という観点からの私人の便宜への配慮の要請によるものであり、行政組織法の観点からの精緻な整理の結果に基づくものではないとされている。この点につき、参照、塩野宏・行政法Ⅱ(有斐閣、第4版、2005年)89頁、小早川光郎=高橋滋編集・詳解改正行政事件訴訟法(第一法規、2004年)147頁〔大橋真由美執筆〕。

次に、「政府」という概念である。これは実際の法文上は、基本法に基づく基本計画の決定などの場面で使われるようであるが、それに限られているわけではない⁶⁴⁾。その意味においても、この概念は多義的であるように見受けられる⁶⁵⁾。日本の文脈では、主として、ドイツ法の概念で言うところの「政府」というよりはむしろ「執行権」の理解に近いように思われ、要は、内閣とその下の行政機関を全体として捉えたものとして用いられているようである。

第3に、「行政庁」である。これは、周知のように、主に行政作用法の分野において用いられている行政法学における基礎概念の1つであるとされている。講学上の「作用法的行政機関概念」と言われるものであるが、実際に個別の制定法においても用いられることもある⁶⁶⁾。この「行政庁」概念は、「行政主体」たる国の意思を外部に表示する行政機関であるとされていることから、行政権の存在を前提としたものであることが理解されよう。したがって、(実質的な意義における)行政権を行使する限りにおいては、その中には立法府や司法府の組織が含まれることもありうる。

第4に、「行政機関」というものがある。講学上は「事務配分的行政機関概念」とされるものであるが、実際の個別法においても用いられている⁶⁷⁾。そして、これまで見てきたように、その基本的な構成単位として省が位置付けられている。

以上のほかにも、行政法分野の各個別法において、具体的な行政庁が明記されていることはご存じのとおりである。

このように、日本の法制度においては、「行政組織」について様々な捉え方がなされている。

日本において、内閣の構成員たる国務大臣が行政事務の分担管理を行う主任の大臣として二重の地位を占めているという点は、ドイツと同様である。しかしながら、日本法においては、ドイツにおいて見られるような政府と行政との厳格な

63) 例：国家賠償法第1条。

64) 例：環境基本法第15条第1項、国家行政組織法第25条第2項。

65) この点については、金子宏＝新堂幸司＝平井宜雄編集代表・法律学小辞典（有斐閣、第4版、2004年）703頁「政府」の項を参照。

66) 例：行政手続法第2条第2号。

67) 例：国家行政組織法第1条、情報公開法第2条第1項。

区分を意識した上での法的な理解はむしろ少なく、少なくとも行政の「外部関係」における意味では、個々の行政庁とともに、内閣とその下の行政機関が総体として認識されている面が強いように思われる。

IV おわりに—日本法への示唆

以上見てきたようなドイツ法における理解と日本法の現状を踏まえた上で、最後に整理を行うならば、次のようなことが言えるであろう。

第1に、日本においては、「行政」は、三権分立の下にある国家権力の1つとして認識され、それは内閣及びその下に位置付けられる行政機関の全体を包含するものとして主に理解されてきた。あるいは、ドイツにおいては、政府と行政とがそれぞれ一旦は次元の異なるものとして別個に観念された上でその接合が図られる発想がとられているのに対して、日本においては、内閣を頂点として上から下に連なる系統的な構造が行政という概念の下で連続的に認識されている面が強いと言える。

そして、第2に、ドイツにおいては、前述のとおり、政府の組織としての連邦省の設置は連邦大臣の所轄領域の決定に伴う従属的な側面が強いものに対して、日本においては、既に法律により設置されている行政機関である省の長たる大臣に関する人事権の行使という側面が表に現れてくることが多い。

このような意味においても、「行政」に対する理解には、ドイツと日本とでは大きく異なる部分があると言えよう。

他方、冒頭でも触れたが、近年、日本においても、アメリカ法の議論等を参考に、そして以上のようなドイツ法の理論をも意識して、主として憲法学の視点からと思われるが、行政法学の視点をも含めて、日本においては広く捉えられてきた「行政」というものの中に、「国政」ないし「執政」というカテゴリーを設けようとする動きもある⁶⁸⁾。あるいは、憲法が定める内閣の「行政権」を、基本的には「国政」ないし「執政」だけを意味するものと考えべき、とする主張もある⁶⁹⁾。このような主張は、行政の肥大化に対するものとして、主に政治主導や内閣主導という文脈から言われることも多い。そのような議論の方向性自体は、実質的法治国家における民主主義の一側面として、十分に理解できる。しかしなが

ら、政治主導という名目の下に、日々の行政の安定的な実施という面に関する十分な制度的担保や（立法府をも含めた）政治と行政との間の責任の分担の整理がなされぬまま、なし崩し的に両者の関係が曖昧にされ、それを正当化する論拠としてこのような主張がなされることがもしもあるならば、それは正当ではあるまい。

以上、ドイツにおける「行政」の概念に関する議論を概観し、それを手がかりとして、わが国における議論に対して筆者なりのアプローチを試みてきた。本稿に述べた以上のわが国における「行政」の概念に関する本格的な考察については、今後の研究課題とするにとどめることとしたい。しかしながら、わが国の統治機構のあり方に関する議論が再び活発となっている今日、短い本稿がその議論に一石を投ずるものとなるのであれば、筆者にとって幸いである。

追記

ドイツの連邦首相の組織権というテーマについて筆者が修士論文で扱った内容は、指導教授⁷⁰⁾が審査報告書において明言してくれたとおり、純粹にドイツの法理論の分析に終始したドグマティックなものであった。他方で、その内容や分量からすれば、長年の忍耐強い研究活動の蓄積に裏打ちされた高度な知見を有する研究者が、海外留学の成果として日本に帰国した後に大部のものとしてまとめるような学術研究論文には、とうてい及ぶものではなかろう。そして、法律の留保の議論に関しては若干その後の議論のフォローをした面はあるものの、筆者自身にとっては8年前から何らかの新たな整理

-
- 68) このような文脈における文献には多くのものがあり、その主張の内容も様々であるが、さしあたり、参照、藤田・前掲注22) 113～114頁、宮井清暢『『統治 (Regierung)』の概念について』『北野弘久教授還暦記念論文集・納税者の権利』(勁草書房、1991年) 97頁以下、石川健治「執政・市民・自治」法律時報69巻(1997年) 2号22頁以下、阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治=初宿正典=大石眞編『憲法五十年の展望Ⅰ 統合と均衡』(有斐閣、1998年) 203頁以下、高橋和之「立法・行政・司法の観念の再検討」ジュリスト1133号(1998年) 40頁以下。
- 69) 参照、中川丈久「行政活動の憲法上の位置付け—法律の留保論の多義性、およびアメリカ行政法における法律の留保について—」神戸法学年報14号(1998年) 125頁以下(157頁)。このような考え方は、本稿で述べてきたような筆者の文脈からすれば、ドイツの「政府」と日本の内閣とを相似的に理解することになるように読み取れる。
- 70) Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas OPPERMANN.

ができたわけではなく、その意味でも、修士論文で扱った内容のごく一部の紹介に留まってしまった面があることもまた否めない。

しかしながら、筆者が本稿を執筆しようと思った背景には、まず、このような素材を通して、ドイツにおける「国法 (Staatsrecht)」と「行政法 (Verwaltungsrecht)」と日本における「憲法」と「行政法」との間の理解の仕方の相違の一端を改めて示してみたい、という気持ちがあった。

修士論文のテーマを最初に相談した際に指導教授から言われた「このテーマは、そのような文脈なら、行政法ではなくて国法だね」という言葉は、今から思えば私の事前の認識不足以外の何物でもなかったのだが、まさに青天の霹靂というに等しかった。これまでの記述から分かるように、この内容は、日本では主として行政法学を中心に扱われているのに対し、ドイツではむしろ憲法学のテーマになりうる、ということだったのである。こうして、結局、私の専攻と修士論文の分野は、「国法学」のうち日本で言えば憲法学の「統治機構」の分野 (Staatsorganisationsrecht) との位置付けがなされることとなった。

さらに、内容的にはごく一部ではあれ、このテーマについて筆者なりの見解を改めて公にすることができたことは、次のような経緯もあって、筆者個人にとっては感慨深いものがある。

まず、ドイツにおいて修士論文を何らかの形でより広く公表するとの話は、その直後に筆者がドイツを離れてしまったために、うやむやのままになってしまった。他方で、ドイツ語の修士論文を日本語に翻訳してみても、どうかとの打診についても、そもそも日本法との比較を行ったわけではないこともあって躊躇している間に、刻々と時間が過ぎてしまった。

本稿の執筆の背景には、このような事情の下で、ドイツにおける研究滞在の機会への感謝の気持ちを日本で何らかの形で研究成果として表したかったという私なりの責任感とともに、現在教壇に立たせていただいている一橋大学へのわずかばかりの恩返しとして本学の紀要に掲載したいという筆者の強い思いがあったことも事実である。

以上のような個人的な意図に加えて、本学法学研究科が進めている法学分野における「日欧交信」の推進の観点から、本稿が幾許かの寄与ができたと認めていただくことがもしもできるのであれば、まさに筆者の喜びとするところである。