



行政活動の憲法上の位置づけ : 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

中川, 丈久

(Citation)

神戸法学年報, 14:125-225

(Issue Date)

1998

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81000039>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81000039>



行政活動の憲法上の位置づけ

——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——

中 川 丈 久

〔目 次〕

- 一 はじめに
- 二 オットー・マイヤー三原則の原意と、その日本国憲法下での再解釈
- 三 「法の支配・法治国」と「権力分立」の概念について
 - (1) ルールの支配としての「法の支配・法治国」
 - (2) 「権力分立」の二重構造：独占的権能の分配と多極的な意思形成
- 四 「権力分立」上の諸要請
 - (1) 権力分立の外側にあるものとしての行政活動——行政権と行政活動の区別
 - (2) 独占的権能の分配としての権力分立上の要請
 - (a) 行政機関が権利義務関係を創出するのに必要な立法権からの授権
 - (b) 立法権の放棄禁止（白紙委任の禁止）
 - (c) 司法権、および行政権の占奪禁止
 - (3) 多極的な意思形成としての権力分立上の要請
 - (a) 内閣による行政活動のコントロール
 - (b) 裁判所および国会による行政活動のコントロール
- 五 「法の支配・法治国」上の諸要請
 - (1) 行政活動に対するルールの支配のあり方

- (2) 抑制的行動の要求
 - (a) 権利義務を生じさせる行為形式の場合
 - (b) 権利義務を生じさせない措置の場合
- (3) 実体的ルールの稠密度（政策的稠密度）の要求
 - (a) 学説の整理
 - (b) 考え方の整理

六 行政活動の憲法上の位置づけのためのマトリクス

- (1) マトリクスの提示
- (2) 日本法治主義論との関係——法律の留保論の多義性を中心に
- (3) 行政指導論への展望

七 結 論

一 はじめに

「アメリカ行政法において法律の留保はどう論じられているのか」は、米国行政法を比較法的研究の対象とする筆者にとって、もっとも答えに窮する問いのひとつである。米国行政法に、わが国の法律の留保論——あるいは法治主義——にそのまま対応する議論が明示的には現れてこないからである。本稿では、この疑問を念頭におきつつ、わが国の「法律による行政の原理」ないし「法治主義」「法治行政」の問題構造を明らかにすることを試みたい。この点についてわが国ではこれまで、憲法学と行政法学の間の対話が比較的少ないままに議論されてきたように思われるので、本稿ではできる限り両者の成果を参照することとしたい。

「法治主義」という言葉は、「行政活動は法に従って行われなければならない」というアイデアを意味し、法治行政や法律による行政原理と同義であると

される¹¹⁾ (以下、法治主義の言葉で代表させる)。また、法治主義は、「権力分立」概念と「法の支配・法治国」概念との間の密接な絡み合いのなかで説明されるのが常であるが、その絡み合いの様相についてはやや不分明なところがある。どちらかという「法治国」思想の伝統に重きを置きつつ説明する立場¹²⁾と、「権力分立」思想の投影として法治主義を説明する立場という、微妙な色合いの違いが見られないではない。本稿ではひとまず、「権力分立」と「法の支配・

(1) わが国での法治主義、法治行政といった言葉の形成については、高田敏『社会的法治国の構成』3頁、22-30頁、98-105頁、444-451頁(信山社・1993)(以下、『社会的法治国』と略称する)およびそこで引用された諸文献を参照。

(2) たとえば、高田敏教授は、(もちろん権力分立的要素に言及しないわけではないが)ドイツの法治国思想の歴史に比重を置いた考察をされる例である。同『社会的法治国』参照(ちなみに、同書439頁は、「法治主義は、単に行政のみではなく、司法、さらには立法をも法的規律の対象とするものである」と述べている)。

小早川光郎教授も、法治主義の思想的淵源を述べつつ、それを実現するためのひとつのありうる「機構」として権力分立を取り上げる。小早川光郎『行政法講義上I』16-17頁(弘文堂・1993)(以下『講義上I』)。芝池義一教授も、「法治主義とは……客観的な法にしたがって行われなければならないという」要請であって、「絶対主義体制のもとにおいても考えられるものであるが、権力分立制の採用によって……近代立憲国家における法治主義は、絶対主義のもとでのそれとは質的に異なるものである」というように、近代的権力分立以前からの連続性に言及している。芝池義一『行政法総論講義(第3版)』40頁(1998・有斐閣)(以下『総論講義』)。

(3) もっとも明確なのは、藤田宙靖教授の説明の仕方、「法律による行政の原理」は、権力分立思想の行政法の平面における一投影物であると述べ(藤田宙靖『第三版行政法I』49-50頁(青林書林・1993)。以下『行政法I』)、また、日本国憲法が権力分立を中心とする近代西欧型立憲主義を採用した以上、「法律による行政の原理」を伴う「法治国」が承認されていると述べている(同書52頁注1)。

それ以前にも、たとえば柳瀬良幹博士は、「法治主義の原則……の起原をなした思想としては権力分立と国民権の二を挙げることができる」と述べて、法治主義を端的に権力分立のもたらすものと捉えている。同『行政法教科書(再訂版)』17-18頁、21-23頁(有斐閣・1969)(引用は同書21頁。以下『教科書』)。柳瀬良幹『法治国』田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座第一巻』187-190頁(有斐閣・1956)も同旨。なお、柳瀬博士は、本稿でいう法の支配・法治国に相当する要請については、「自由主義」と呼んでいるように思われる(同『教科書』27-28頁)。杉村敏正教授も「わが国において、いわゆる法治主義は、権力分立を採用し、……立憲君主国家の統治原理として、はじめて、成立した」と述べる。杉村敏正『全訂行政法講義総論上巻』39頁(有斐閣・1969)(以下『総論上』)。

法治国」とを可能な限り分別して、複眼的に考察することとする。「権力分立」と「法の支配・法治国」とは、たしかに近代立憲主義において重複する部分を多く持つが、そもそも、欧米政治史における起源を異にしているものであり、また近代立憲主義憲法の中でも概念として完全に重複するわけではないと思われるからである。むしろ、「法の支配・法治国」上の諸要請と「権力分立」上の諸要請とが、互いに交錯し合うことによって、あらゆる統治活動（一切の国家機関の活動）のあるべき姿を規律する憲法上の仕組みが、網の目（web）のように紡ぎ出されていると考えるのが至当であるように思われる。別の言い方をすれば、権力分立というアイデアによって仕組みられた統治機構における様々な統治活動のすべてに、法の支配・法治国的要求がなされるということである。

本稿では、「権力分立」と「法の支配・法治国」それぞれの概念から、統治活動のひとつとしての行政活動に対する憲法的規律がどのように編み出されているのか——そして、両概念からの要請がどのように異なり、あるいはどのように重複しているのか——についてできるだけ包括的な問題マトリクスの作成を試みることにしたい。そのマトリクスのなかに、わが国行政法学が法治主義という言葉で呼び慣わしてきた諸問題を位置づけることで、その構造を明確化して理解することが可能であるように思われ、ひいては冒頭に掲げた日米比較の疑問にも答えることができると期待されるのである。

なお、本稿でいう「行政活動」とは、行政法学において通常取り扱う素材を大まかに指している。すなわち、法律により設置された行政機関⁽⁵⁾を名宛人とし

(4) 両概念の歴史的起源の違いについて、高見勝利『「権力分立」論への一視角』法学教室167号53頁（1994）を参照。また、このふたつを峻別して考察することによるひとつのメリットは、後出注64のような問題意識が生まれることである。

(5) 国家行政組織法は、「内閣の統轄の下における行政機関の組織」（1条1項）について定める法律であると宣言しつつ、「国家行政組織は、内閣の統轄の下に」置かれることとし（1条2項）、「国の行政機関は、府、省、委員会及び庁とし、その設置及び廃止は、別に法律の定めるところによる」（3条2項）とし、その「行政機関の所掌事務の範囲及び権限は、別に法律でこれを定める」（4条）としている。また地方公共団

て、法律が職務を与える（いわゆる組織規範と作用規範とを問わない）という形で形成される活動である。いわば国会の被創造物として、行政機関によるその任務の遂行が「行政活動」である。法律（それに反しない限りで条例）という形式によることが行政活動の創出方法として憲法上許された唯一の選択肢か否かは本稿の関心事ではない⁽⁶⁾。少なくとも実定法上存在し、行政法学が普通検討対象としている行政活動について、憲法上どのような規律の網がかぶせられているのかを問うものである。

以下、日米の憲法・行政法を素材として、次のように叙述を進める。まず序説として、わが国行政法学が法治主義を論じる際に必ず引照するオットー・マイヤーの「法律の支配三原則」の位置づけ方に注意を喚起する。マイヤー自身の理解（原意と呼ぶ）が、「権力分立」の一定のモデルを作り上げることで「法治国」を実現しようとしたものであったこと、他方、戦後の日本行政法学は、マイヤー自身の理解を換骨奪胎し、これとは異なった次元の問題へと議論を展開させてきたと推測されることをあらかじめ指摘する（二）。

その展開状況を明らかにするため、「権力分立」と「法の支配・法治国」それぞれの観点から、行政活動につきどのような問題状況が生じるのかを細分する作業を進めることとなる。その前提として、「法の支配・法治国」の思想が、「統治活動はルールに羈束されたものでなくてはならない」という理念である

体については、地方自治法がその「事務」を概括的に示しつつ（2条）、執行機関について第7章で設置と所掌事務を定めている。

(6) いわゆる行政組織権の問題については、稲葉馨『行政組織の法理論』245頁以下（弘文堂・1994）などを参照。また後出注(64)および該当する本文を参照（内閣の補助部局）。

なお、小早川光郎教授は、「およそ何が行政の任務であり何がそうでないかは基本的には国会が法律によって確定すべきものであり、それが憲法の趣旨」であるとする「組織法的全部留保」という考え方を示されている。小早川光郎「組織規定と立法形式」『現代立憲主義の展開（芦部信喜先生古稀祝賀）』470頁、475-476頁（有斐閣・1993）。また、高橋和之「立法・行政・司法の觀念の再検討」ジュリスト1133号40頁、44頁（1998）も参照。

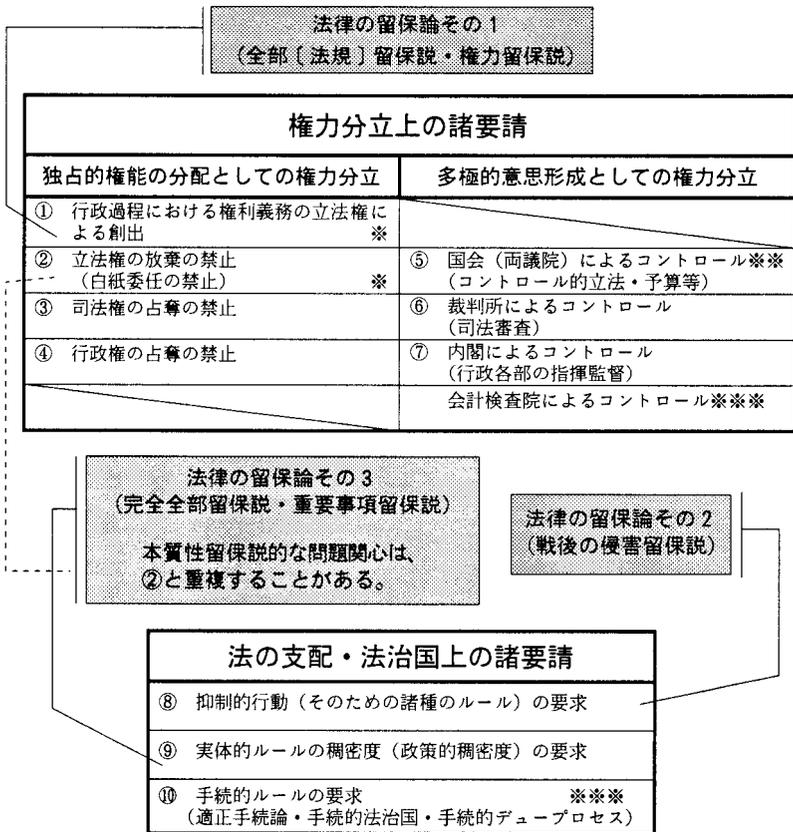
ことを確認し、また「権力分立」については、単に平面的な権限の分配原理ではなく、“独占的機能の分配”と“多極的な意思形成”の立体的な二重構造を持つ概念であることを確認する(三)。本稿は日米比較を目的としているから、日米間に見られる「法の支配・法治国」における違い(どのようなルールを重視するかの違い)、および「権力分立」における違い(大統領制と議院内閣制の違い)が、本稿の考察にどのように影響を及ぼしうるかについても、ここで併せて検討しておく。

以上の予備的考察を経て、本稿で対象とする意味での行政活動について、ありうべき憲法的規律のマトリクスを示す。まず、「権力分立」との関係で生じる諸問題を論じる。“独占的機能の分配”としての権力分立との関係で生じる諸問題(行政過程における権利義務関係の立法権による独占的創出、三権の放棄・占奪の禁止)、“多極的な意思形成”としての権力分立との関係で生じる諸問題(内閣・国会・裁判所その他による行政活動へのコントロール)を概観する(四)。次に、「法の支配・法治国」との関係で生じる諸問題を論じる。本稿では、手続的ルールに関するものは取り上げないこととし(別稿で扱う)、もっぱら、「ある種の行政活動は抑制的に行われるべきである」とする価値観、および「行政活動は実体的ルールに羈束されたものでなくてはならない(政策的稠密さないし実体的ルールの稠密さの要求)」という価値観が、どう実現されるべきかという問題を取り上げる(五)。

これらの検討を経て、行政活動に対する「法の支配・法治国」および「権力分立」それぞれから要求される諸種の規律のマトリクスを示すことができる。そしてそのなかに、日本行政法における法律の留保論がどのように位置づけられるかについて、試論的な結論を示す。また、行政指導論についてもひとつの知見が得られるように思われるので、それも併せて述べておく(六)。最後に、マトリクスそれぞれの問題設定に対応する日米の議論を対比することにより、冒頭に述べた筆者の疑問への一応の回答を示す(七)。

なお、読者の便宜のためここであらかじめ本稿の結論であるマトリクスを掲げておくことにしよう（〔表〕を参照）。

〔表〕 行政活動に対する「法の支配・法治国」と「権力分立」上の規律のマトリクスおよび、法律の留保論の位置づけ



※ いわゆる「法律の法規創造力」論と、①②の関係に留意されたい（後出注（28）を参照）。

※※ 法律（組織法・作用法）によって創出された行政活動を考察対象としているので、創出した法律そのものはこの表には現れない。

※※※ 本稿では扱っていない。

二 オッター・マイヤー三原則の原意と、その日本国憲法下での再解釈

日本行政法という法治主義は、起源的にオッター・マイヤーの「法律の支配三原則」を意味するものであると説明される。ところが、教科書等が「法律の支配三原則」に言及するとき、マイヤー自身の考えていたものが語られているのか、それともその理論を日本国憲法のもとで用いるべく各論者が手を入れたもの⁽⁷⁾、ないしは「近代的理念」として論者が昇華させたものが語られているかが、しばしば曖昧であるように思われる。本項では、前者(マイヤーの原意)から、後者(日本国憲法ないし「近代的理念」)への移行現象について、あらかじめ注意を喚起しておくことを目的とする。

森田寛二教授は夙に、マイヤーの原意と、わが国の論者の間に見られる⁽⁸⁾に意識的に注目した研究を⁽⁹⁾発表されているので、ここではその研究に依拠して、マイヤーの原意を位置づけることとしたい(森田教授の示される理解によってのみ、三原則がそれぞれの独自の存在価値を持つように筆者には思われる。とは言え、ここで筆者は、マイヤーの原意が何であったかについて自説としてのコミットメントを示すものではないし、またその能力もない)。なお、マイヤーの「ドイツ行政法」は、立憲君主憲法であるいわゆるビスマルク憲法のもとで発表されたもの(第一版と第二版)と、国民主権に基づくいわゆるワイマール

(7) 多くの教科書は、日本国憲法を念頭において三原則の内容を述べてきたように思われるが、近時の教科書は明確に区別することが多い。塩野 宏『行政法Ⅰ(第二版)』57-60頁(有斐閣・1994)(以下『行政法Ⅰ』)、芝池『総論講義』40-48頁(法治主義の再編)、小早川『講義上Ⅰ』71頁など。

(8) たとえば、高田敏教授はマイヤーの定式から「近代の側面」を抽出していることを明示して、その三原則を論述している。高田『社会的法治国』441-442頁。

(9) 森田寛二「法規と法律の支配(一)(二・完)」法学40巻1号45頁、2号155頁(1976)(以下「法律の支配」)。また、高橋和之教授が「立憲君主政モデル」と呼ばれるものも、森田教授のマイヤー理解と同じ仕組みであるように思われる(「法規」の言葉には異なる意味を与えているが)。高橋・前掲論文(注6)42頁。後出注(16)も参照。

憲法のもとで発表されたもの（第三版）があるが、ここでは、ビスマルク憲法のもとでの著作である第一版と第二版によって、マイヤー自身の理解を位置づけることにしておこう。⁽¹⁰⁾

まず、「法律の法規創造力」を見てみよう。ワイマール憲法下における第三版においてはじめて「独占」という言葉が入るが、それ以前においては単に「法律の法規創造力」であった。⁽¹¹⁾ そうすると、ビスマルク憲法下における第一版・第二版にいう「法律の法規創造力」に関する限り、森田教授が指摘するとおり、議会の定める法律は「原則として法規である」⁽¹²⁾、つまり、議会の法律は、君主の独立命令と同様に、法規たりうる（法規を創造する能力を持つ）といった意味に捉えるのが説得的であろう。次に、森田教授によれば、「法律の優位」は、議会（法律）と君主行政政府（独立命令）の競合的管轄事項について定めるものであり、法律と独立命令の双方がある場合には前者によって後者を廃止することができるという意味であり、⁽¹³⁾ 「法律の留保」とは、議会（つまり法律）の排他的管轄事項の存在（自由・財産の侵害）を示すのである。⁽¹⁴⁾ 以上のような森田教授の理解は、三原則を、結局のところ、法律と独立命令というふたつの規範の相互関係として説明するものと言える（〔図1〕を参照）。

(10) 第二版と第三版の間に全体的に大きな差が無いことの意味について、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』298頁以下（有斐閣・1962）（以下『オットー・マイヤー』）を参照。

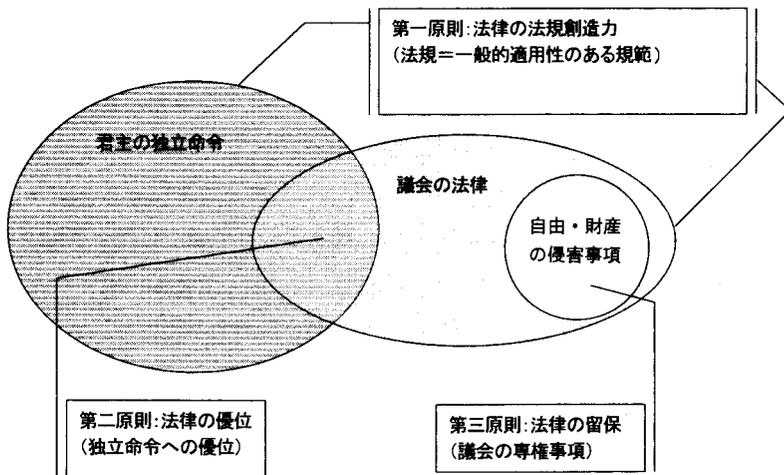
(11) 塩野『オットー・マイヤー』113頁注2。なお、森田教授の分析に従うならば、第三版に至ってはじめて「議会のみ」という言葉が付け加えられたことの意義は大きいであろう。森田「法律の支配（一）」63-66頁参照。

(12) 森田「法律の支配（一）」50-52頁、84頁。

(13) 森田「法律の支配（一）」75-80頁、84頁。

(14) 森田「法律の支配（一）」61-63頁、66-67頁、84頁。

〔図1〕 オットー・マイヤー三原則の原意



森田教授によれば、マイヤーは「法規」の言葉を「一般的適用性のある規範」として用いている⁽¹⁵⁾。つまりルールである。また、ビスマルク憲法のもとでは、「君主」(君主行政府の補佐を受ける)も「議会」も、ともに憲法上直接に認められた存在であり、君主命令の制定と、法律の制定とは、それぞれが憲法上与えられた権限である。そうすると、マイヤーは、君主(君主行政府)と議会という憲法上の存在の憲法上の相互関係——君主と議会というヨコの関係での“綱引き”(権限の水平的分配)——についてひとつのモデルを提示することによって、たとえ君主(ひいてはそれを補佐する君主行政府)であっても、一定範囲では、他律的なルール(議会の作った法律)の羈束のもとにあるという

(15) 森田「法律の支配(一)」52頁。また、塩野『オットー・マイヤー』112頁、同『行政法I』57頁(一般的規律)も参照。なお、「法規」概念は、伝統的に守られてきた利益(自由と財産)の侵害という意味でも用いられるところであるが、しかしいずれの意味で用いようと、結論的には本文で述べたマイヤー三原則の構造を左右することはないと思われる。前出注(9)を参照。

意味で、法治国的発想を実現しようとしたものと考えられる。このようなわけで、マイヤーの「法律の支配三原則」は、法治国の要請を、立憲君主制（ビスマルク憲法）における権力分立のあり方のレベルで実現しようとした理論と言っ
てよいように思われる。⁽¹⁶⁾マイヤー自身、「法治国とは……権力分立によって行政の領域にも法律の支配が保障され……ている、そのような国家である」⁽¹⁷⁾と述べている。彼の三原則は、このような形で、「法の支配・法治国」と「権力分立」を絡み合わせたものと考えられるのである。

明治憲法のもとで理解された法治主義も、同様の構造を持つものであったと言える。⁽¹⁸⁾明治憲法は天皇が「統治権を総攬する」（4条）としつつ、天皇の「立法権」の行使には帝国議会の協賛が必要であり（5条）、「司法権」は「天皇の名をもって裁判所が行う」（57条）ほかは、天皇が、國務大臣による補弼を受けると定める（55条）だけである（明治憲法に「行政権」という文言はない。天皇にはこのほか、陸海軍の統帥権がある）。ここでは、帝国議会の定める法律と、國務大臣の補弼を受けて天皇が出す独立命令との関係を論じる必要があり（法律の法規創造力・法律の優位——明治憲法8条及び9条）、そして帝国議会に留保される固有の守備範囲を論じる必要があるのである（法律の留保）。

ところが、日本国憲法のもとでは、マイヤー式の「法律の支配三原則」がそ

(16) ちなみに、高橋和之教授は、「法規概念を軸に議会と君主の間の権限配分の理論体系が構築される」「立憲君主制モデル」を述べている。高橋・前掲論文（注6）42頁。

(17) 塩野『オットー・マイヤー』110頁より引用。また同書96頁（オットー・マイヤーにおける「法治国＝秩序づけられた行政法・立憲国家＝権力分立」という観念）、111-113頁、291-292頁、298頁を参照。また、藤田宙靖「行政と法」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系1』1頁、9-10頁（有斐閣・1983）における、「法律による行政」モデルの記述も参照。

(18) 美濃部達吉『日本行政法（上）』（復刻版）69～71頁（有斐閣・1986）。明治憲法下の法治主義論については、芝池『総論講義』42-44頁、高田『社会的法治国』442-443頁、453頁、塩野宏「法律による行政の原理」ジュリスト300号72頁（1964）など参照。

の原意通りの形で必要とされるわけではない。

第一に、マイヤー理論の前提である君主（およびこれを支える官僚組織としての君主行政府）がもはや存在せず、君主から一定の権能を獲得しようと狙っている議会も存在しないことである⁽¹⁹⁾。日本国憲法のもとでは、議会法律に同次元で拮抗するような独立命令を出しうる国家機関は無い。天皇行政府が存在しないのはもちろん（憲法1条）、内閣も独立命令を出す権限は与えられていない⁽²⁰⁾。わが国の行政法教科書が一様に、「自由な行政という観念はもはや存在しない⁽²¹⁾」としているのは、このことを指している。そうすると、独立命令（君主）と法律（議会）の間のヨコの綱引きという、マイヤー自身の問題設定を応用する余地が、日本国憲法のもとでは存在しないはずなのである。（それに対して、本稿で取り上げる国会と行政活動の関係は、創造者と被創造物というタテの関係である。）

第二に、マイヤーが三原則を提唱することで実現しようとした法治国状態（ヨコの関係）は、日本国憲法のもとでは、権力分立規定によってすでにそれ以上に達成されている。立法権を国会が独占する趣旨の憲法41条がある以上、法律にも法規——この言葉をどう理解するのであれ——創造力があるなどと改めて主張するまでもない。実際、一般に行政法教科書では、「法律の法規創造力」（の独占）は憲法41条に含まれているという説明がなされている⁽²²⁾。「法

(19) 藤田『行政法Ⅰ』79頁（侵害留保理論は、君主を中心とする行政権という憲法構造上の支柱を失った）。ドイツで本質性留保理論が登場した背景にも、憲法構造の変化が挙げられる。後出注（184）を参照。

(20) 憲法73条6号の文言にもかかわらず、憲法を直接実施するための政令は認められないと解されている。たとえば、佐藤幸治『憲法（第三版）』230頁（青林書林・1995）（以下『憲法』）。

(21) 藤田『行政法Ⅰ』82頁（立憲君主制の崩壊により、行政それ自体は固有の権能を持たなくなったことは言うまでもない）。高田『社会的法治国』457頁（本来的に自由な行政権はなくなった）。小早川『講義上Ⅰ』99頁（行政権の自立性の観念は現行憲法のもとではもはや妥当しない）。

(22) 藤田『行政法Ⅰ』53-54頁、芝池『総論講義』47頁、柳瀬『教科書』23頁、小早川

律の優位」については、行政機関は既に存在する法律に違反することをなさないという趣旨であるとする説明が一般的になされているが、その意味での「法律の優位」は、憲法41条から導き出される国法秩序上当然のことであって、とりたてて言うまでもないことである。最後に、「法律の留保」も、これをヨコの関係で捉える限りは、憲法41条のなかに吸収されてしまっていると考えられる。「国民の財産と自由」にかかるルールは国会の専権分野として留保される（侵害留保）などがんばる必要もないのである⁽²⁵⁾。

以上よりすれば、マイヤーの三原則は、日本国憲法のもとでのヨコの関係論としては忘れ去られることが十分に可能であったと思われる。しかし、わが国の行政法学説は、マイヤーの所説からなほ何らかの有益な示唆を見いだそうとする態度で一貫してきた。それは、ヨコの関係ではなく、国会（創造者）と行政活動（被創造物）というタテの関係のあり方を考えるのに、立憲君主制における君主（およびそれを補助する君主行政府）に対する「法律（議会）の支配」

『講義上 I』79頁、阿部『行政の法システム（下）〈新版〉』687頁（有斐閣・1997）（以下『システム下』）。

(23) 藤田『行政法 I』54-55頁、芝池『総論講義』43頁。また、小早川『講義上 I』75頁は、規範間の優劣関係に限ってこれを捉えている。すなわち、「国会制定法律で定められた規範と行政機関の定立した規範とが同一事項について併存し、かつ、それらが互いに矛盾すると言う場合に、法律が行政機関の規範定立を破り、後者が無効になる」という説明をしており、この点につき芝池『総論講義』44頁注1は、「歴史的な理解としては」正当であろうとコメントしている。森田寛二教授のマイヤー理解（前出注(9)-(15)および該当する本文）を参照。

(24) 阿部『システム下』687-688頁、柳瀬『教科書』23頁（法律の優位は、「憲法上普通に法律の形式的効力として説かれるところである」）。高田『社会的法治国』460頁が、法律の優位は権力分立主義から引き出されるとしているのも、同趣旨であろう。むしろ「法律の優位」をめぐる日本国憲法上問題とすべきことは、議院規則や最高裁規則と法律の関係であろう。佐藤『憲法』148頁、堀内建志「法律と規則」法学教室114号36頁（1990）など参照。

(25) 棟居快行『憲法学の発想1』79頁（「今日では、もう王様がいないわけですから、何が法律事項か、などという議論をする必要はないのです。」「今日ではそもそも『法律の留保』という考え方で法律の守備範囲を限界づける、という発想自体が時代おくれなのです。」（信山社・1998））。

の可及的実現というマイヤー的な問題意識を、日本国憲法のもとで昇華させて、有益な問題発見をしようとする努力ではなかったかと推測されるのである。つまり、日本国憲法のもとでは、三原則の言葉だけが仮借されたのであって、マイヤー自身が焦点を当てたのとは異なる局面を論じてきたのではないかということである。⁽²⁶⁾戦後のわが国では、マイヤー三原則のうちもっぱら「法律の留保」だけが取り上げられ、残る二原則がほとんど議論されなくなったのも（わずかに法律の法規創造力の独占の一環として白紙委任が論じられる）、こうした昇華ないし再定式化があった証左であるように思われるところである。

そこで本稿では次のように検討を進める。法律の留保論は、現在の教科書によれば、「行政活動は、すでに存在する法律に触れるところはなくとも、なお、法律の積極的な授權を必要とすることがある」という問題と説明されているが、⁽²⁷⁾この定式によって、わが国行政法学説が一体何を問題にしてきたのかが明らかにされる必要がある（後述の通り、複数の問題が法律の留保論として取り上げられてきたと考えられるが、そのどれが正統な語法であるかは、本稿の関心事ではない）。法律の法規創造力についても同様である。⁽²⁸⁾そのために出発点に戻り、「権力分立」と「法の支配・法治国」それぞれの観点から、行政活動の位

(26) 高橋・前掲論文（注6）43-45頁は、日本国憲法下での「ドイツ・モデルからの解釈」と「国民主権モデルからの解釈」を対比させている。本稿では、戦後行政法学における法律の留保論は、実質的には、マイヤー理論を再定式化することにより、高橋教授の言われる「国民主権モデルからの解釈」を施してきたと考えられることを述べるものである。

(27) 藤田『行政法Ⅰ』56頁。同旨のものとして、兼子仁『行政法学』57頁（岩波書店・1997）（以下『行政法学』）がある。このほか、次のように定義されている。「行政がある行為をするに際して組織規範のほか、根拠規範を要する場合とはいかなる場合であるか」（塩野『行政法Ⅰ』61-62頁）、「一定の行政活動に法律の授權を要求する原則」（芝池『総論講義』50頁）、「法律によって一定の要件のもとに一定の行為をするよう授權されているのでなければ、行政は、この領域では自己のイニシアティブで行為することができない」（原田『要論』72頁）など。

(28) 結論を先取りして述べると、本稿では法律の法規創造力（の独占）をふたつの問題の一部と捉えている。後出注（87）及び注（111）-（112）参照。

置づけを分析することによって、どのようにマイヤー三原則の換骨奪胎があったのかを明らかにすることができると期待されるのである。

三 「法の支配・法治国」と「権力分立」の概念について

(1) ルールの支配としての「法の支配・法治国」

まず、「法の支配・法治国」の意義を、本稿の目的上どう捉えておけばよいかについて検討しておこう。

いわゆる近代的な権力分立制が出現する以前、統治に係る伝統的ヨーロッパ思想として存在したのは、英米法にいう「法の支配」でありドイツ法にいう「法治国」の思想であったと言えよう。両者ともその起源は相当に古く遡られるものであり、またその後の展開過程にもかなり似たところがある。法の支配の淵源をたどれば、中世イングランドにおける、「国王自身は何者にも服従するものでなく、神と法に服するものである。法が国王を在らしめる」という認識であり、君主と自由人（貴族等）との間の約定たるマグナカルタ——生命・身体・財産の剥奪にかかるルール（実体的・手続的）を明確にしようとした文書——である。⁽²⁹⁾ ドイツの「法治国」思想の淵源は、「客観的な所与の規範、善なる倫理的秩序」としての法という観念に求められ、「かかる法秩序は、その本性上、被治者たる民衆が『同意』できる内容を有するはずであるから、政治的支配が法に適って行われる限り、彼の自由を侵害することはありえない⁽³⁰⁾」と

(29) 引用部分は、ブラクトンの言葉である。中川剛『立憲主義の研究（増訂版）』258頁、263頁注10-13（法律文化社・1986）（以下『立憲主義』）を参照。中世イングランドから近代までの法の支配については、同書255-286頁参照。

(30) 玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造（五・完）」国家学会雑誌104巻7=8号435頁（玉井教授はこれを「古典的な法治国思想」と呼ぶ）（以下「法治国思想」）。その意味については、さらに同「法治国思想（二）」103巻11=12号686-712頁参照。法治国思想の起源については、同「法治国思想（一）」103巻9=10号507頁、509～511頁も参照。なお、高田『社会的法治国』95頁は、①「法治国家」の語を用い

いう政治思想である（もちろん、そこでいう民衆の範囲は、時代により広狭様々でありえよう）。そして、裁判所という独立の権力が形成された場合には、法が独立の裁判所によって担保される機会があることも、法の支配・法治国の一要素に含まれることとなったところである（独立性こそが重要であり、行政裁判所か司法裁判所かの区別は重要ではない）。

伝統的信念を体現するこれらの言葉は、その後19世紀末から現在にかけても、変転する国家状況に対応して、様々な政治的インプリケーションを込めて用いられている。ドイツにおける形式的法治国にかかる議論は、その一例である。⁽³¹⁾ 積極国家化の萌芽を見せつつあった世紀転換期のイギリスにおいて A.V. ダイシーが試みた（彼なりの）法の支配概念の定式化については、国家は外交と秩序維持以外の機能を行行使すべきではないというホイッグ党政策の主張に他ならないという性格付けが、別の論者によってなされている。⁽³²⁾ また、アメリカ憲法に1803年に追加された修正五条および一四条のデュープロセスオブロー条項は、法の支配を憲法条文化した例といえることができるが、同条項が「実体的」なものと解されることによって、世紀転換期の米国において行政国家化に強く抵抗する法理として働いた一時期があったことは（いわゆる経済立法にかかる実体的デュープロセス論）、⁽³³⁾ ダイシーの法の支配論をほうふつとさせる出

いとにかかわらず、法治国の発想を説く思想の源流に遡る概念史と、②「法治国家」という語のもとで人々が何を観念してきたかの歴史（もっぱら一九世紀以降）、との間の区別に言及しているが、本稿では両者を含めた意味で「法治国」の言葉を用いている。

(31) たとえば高田『社会的法治国』4-22頁、93-98頁、444頁参照。

(32) ジェニンズによる評価である。A.V. ダイシー/猪股弘貴（訳・解説）『ダイシーと行政法』188頁（成文堂・1992）（以下『ダイシーと行政法』）。ちなみに、1930年代の米国においても、ニューディールの行政国家化に抵抗するいわゆる保守派を代表して、ロスコー・パウンドがダイシーを引用して論陣を張ったのは、まさにダイシーの意図を正確に見抜いていたものといえよう。M. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870-1960, 225-227 (Oxford University Press 1992)。

(33) 経済規制立法（連邦法・州法）にかかる実体的デュープロセス論については、一

来事である。さらに20世紀後半の英米において、法の支配概念は、実体的正義論の観点から統治活動（裁判を中心にした）のありようを探るコンテキストでも使われている。戦後日本の一時期における法の支配論の「輝き」や、「法の支配と法治国」論争もまた、新憲法の意義付けにかかる論者の意気込みを反映したものであった。⁽³⁴⁾

このように、法の支配も法治国も、時代と国に応じて様々な政治的装いを纏い、また広狭の射程を持って使われてきた概念であると言える。しかしその骨格部分は常に維持されてきたと言って差し支えないであろう。それは、現代イギリスの教科書が、「法の支配は、統治は法に従って行われねばならず、法が命ずるものが何かは、司法判決において宣言されるという、基本的法原理」⁽³⁵⁾であると説明しているように、要するに、およそ統治活動は、ルールの下で行われるのでなければ正当ではないという考え方であると言ってよいように思われる（逆に言えば、政治権力はルールを守るから権威として受容される）。一言で言えば、“ルールの支配”である。ルールの中身が何か（あるいはそれをどう発見するか）こそが、法の支配や法治国の核心であり、そこをめぐる上記

一般的に田中英夫『デュー・プロセス』（東大出版会・1987）を参照。

(34) 20世紀英米における「法の支配」論については、那須耕介「法の支配の両義性について（一）（二・完）」法学論叢142巻1号15頁（1997）、143巻1号26頁（1998）を参照。

(35) 佐藤幸治「『法の支配』の意義を再考する」法学教室182号6頁、6-13頁（1995）。「法の支配と法治主義」論争そのものについては、高田『社会的法治国』24-25頁、今村成和「『法律による行政』と『法の支配』」行政法の争点（新版）（ジュリスト増刊）14-17頁（1990）およびそこで引用された諸文献を参照。論争の評価として、佐藤教授の同論文のほか、塩野『行政法I』58頁注3（それぞれの概念があまりに限定された形で理解されている）、および藤田宙靖・前掲論文（注17）9-20頁、藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法」『法と法過程（広中俊雄教授還暦記念論集）』505頁、528頁（創文社・1986）（今日におけるドイツ型法治国とアメリカ型の法の支配の違いは、理念的・イデオロギー的なものよりも、より技術的なところにある）の指摘を参照。

(36) ダイシー/猪股『ダイシーと行政法』192頁（ウエイドとブラッドリーの教科書における説明）。また、長谷部恭男『憲法』20頁（新世社・1996）（以下『憲法』）及び木下毅『アメリカ公法』58-64頁（有斐閣・1993）を参照。

の様々な議論が展開されてきたわけであり、人々の確信に合致する正しい法（ルール）と考えられるものは何かについて、国や時代毎に様々な回答が試みられてきたわけである。

本稿では、「法の支配」「法治国」を、このような思想として捉え、かつそのルールの内容については、本稿の目的（行政法学上の関心）を達成するのに必要なものに限定して取り上げることとする（五(1)で述べる）。

「法の支配・法治国」がルールの支配であるとするならば、他律的に作られたルールの拘束を受け、また他律的にルール遵守が担保されるという関係がなくてはならない。すると誰がそのルールを作るのか、そして誰によって担保されるのかという意味において、「権力分立」思考と一致する側面が出てくる。この意味において、「権力分立」には、「法の支配・法治国」を実現するためのメカニズムという側面があることは否定できない。しかしながら、歴史的に、「法の支配」や「法治国」の思想は、絶対王政における政府であろうと、立憲君主制における政府であろうと、また国民主権のもとで組織された政府であろうと妥当するものであった⁽³⁷⁾。ルールは、立法（制定法）だけでなく契約文書の形式でも、歴史的に確立した人々の信念（良き秩序のあり方）という形式でも存在し得たのであり、また法の一般原則という存在様式も考えられる。また、法の支配と法治国に関する上説の議論様相から見ても、「法の支配・法治国」のすべての要素が、「権力分立」に溶け込むわけではなく、その逆も同じであるから、両者の重複に留意しつつも、分けて考察しておくべきであろう。

(37) 中世イングランドを起源とする法の支配については言うまでもないであろう。ドイツ法治国思想については、玉井「法治国思想（二）」103巻11=12号698-699頁（ヴェルカーの法治国論には、統治者と被統治者が遵守すべき内面的法則が強調される反面、国家の機構的な側面にさほど意が用いられていない）、703頁（サヴィニーにとっては、統治者が恣に振る舞う「専制」と、そうでない「自由」との対置こそが重要であり、「外面的な統治体制」のあり方——絶対君主政であれ民主政であれ——は関係ない）、「法治国思想」（五・完）104巻7=8号450頁（古典的な法治国思想は、統治体制につき一定の方向を必ずしも示すものではない）。

なお本稿では、「法の支配」と「法治国」を特に区別して叙述することはしない。ともに、統治活動をルールに羈束されたものにすべきであるという意味で、同種の法思想と言えるからである。ただし、少なくとも19世紀以降に限って見れば、両者の間に顕著な理念上の違いがあるのは確かである。英米法の法の支配におけるルールが、裁判所のケース・バイ・ケースの判決に出所を求められたのに対し、大陸法の法治国のルールは、編纂され議会で制定された法典——したがって予測可能性と一般性が重視される——に出所が求められるという違いである⁽³⁸⁾。その結果、アメリカにおける法の支配が、統治活動（行政活動はもちろん、裁判なども含む）を、あらかじめ設定され宣言された実体的ルールに羈束させることよりも、極めて嚴重な手続的ルール（裁判における厳しい先例拘束を含む）への羈束にこそ意を用いた思想として展開してきたこと、ドイツの法治国がそれに比べると、実体的ルールを重視する展開を示してきたという違いがある⁽³⁹⁾。つまり、アメリカ法における手続的ルールの発達とは、実体的ルールの事前の明確さという要請を代替するものという重責を当初より担われてきたものと考えられ、その結果、手続ルールの内容は、極めて嚴重なものが理念的中心に置かれることとなったと思われるのである。そこで理想とされる手続的ルールは、裁判審理的な手続、つまり見解を異にする者が平等な土俵の上で中立的第三者を前に相争い、第三者がその真偽を見定めるといふ、対峙的な（adversary）手続こそが本来保障されるべき手続類型であるというように育っていき、それが「フォーマルな」過程であるという用語法も生まれたのである⁽⁴⁰⁾。これは、ドイツや日本で手続的法治国が語られる現在でもなお顕著に

(38) HORWITZ, *supra* note 32, at 228-229; F. HAYEK, *THE ROAD TO SERFDOM*, 72-87 (University of Chicago Press 1944).

(39) トッド・レイコフ（中川丈久訳）「米国の行政規制におけるフォーマルな手法とインフォーマルな手法の間の選択」神戸法学雑誌48巻2号417、420頁（1998）。

(40) レイコフ・前掲論文（注39）、中川丈久「アメリカ行政法におけるインフォーマルな行政手法論の系譜」季刊行政管理研究84号3頁、4-6頁（1998）。

見られる違いである。(したがって、筆者は、少なくともこの点では、日本国憲法がアメリカ憲法的な法の支配を採用したものとは言えないと考える。)しかし、法の支配と法治国の以上のような違いは、本稿ではとくに結論を左右することではないので、以下では両概念を区別しないこととする。

(2) 権力分立の二重構造：独占的権能の分配と多極的な意思形成

本稿では、権力分立には、“独占的権能の分配”と“多極的な意思形成”というふたつの異なる思考が含意されていることを強調しながら⁽⁴¹⁾、行政活動に対する権力分立上の規律のマトリクスを考えることとする。日本国憲法は、国会(衆議院と参議院)・内閣・裁判所・会計検査院に様々な権限を与える条文を

(41) (本稿が述べようとしているものと必ずしも同じではないが)日本国憲法の権力分立における異なる二側面(権力の分離と権力相互の抑制均衡)を意識的に指摘する例として、たとえば、吉田栄司「内閣の対国会責任について」関西大学法学論集37巻2=3号338頁、345頁(1987)、高橋和之「権力分立の分析視角」同『国民内閣制の理念と運用』309頁、313-327頁(有斐閣・1994)、佐藤『憲法』80頁、長谷部恭男『憲法』17-20頁、中川『立憲主義』398-400頁(「統治権がその作用を分化させていく過程」と「分化したものを統合していく過程」)、阪本昌成『憲法理論Ⅰ(第2版)』160-162頁(成文堂・1997)(三権分立と権力分立の峻別)(以下『憲法理論Ⅰ』)。

米国では、権力分立が二つの意味で理解されることが通例であり、これが本稿でいう二重構造にあたる。たとえばストラウス教授は、行政機関の憲法上の位置づけ方に対するアプローチとして三つのものを区別しているが、そのうちの第一と第三が本稿でいう独占的権能の分配、そして多極的な意思形成としての権力分立を意味するものである(第二は、本稿でいう法の支配・法治国に相当し、手続的なルールへの行政活動の羈束が述べられている)。すなわち教授は、第一に「専制政府を防ぐために、これら三つの権能が別々の場所になければならない」とする「権力分立」(separation of powers)のアプローチがあり、第二に、手続的デュープロセスが与えられなければならないという「機能分離」(separation of functions)のアプローチがあり、第三に、政府内に複数の長を作り、その相関的な作用によって専制を防ぐという「抑制と均衡」(checks and balances)のアプローチがあるという。Strauss, The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch, 84 Columbia L. Rev. 573, 577-579, 595-597 (1984). 同論文は、その言うところの「権力分立」と「抑制と均衡」(本稿で言う権力分立の二重構造)を、どう整合的に理解するかにかかるとしており、後者を軸に考えることで、前者の要求をも十分に満たしうるものだと主張する。

置く一方で、併せて、国会・内閣・裁判所がそれぞれ「立法権」「行政権」「司法権」を有することを宣言する条文を置くという構造になっている。このことについての一般的な理解は、立法府・行政府・司法府には、立法権・行政権・司法権という本来的機能が与えられているほか、本来他の府に属しうはずの機能も適宜付加される（あるいは、実質的意義と形式的意義の立法権・行政権・司法権）という⁽⁴²⁾、いわば平面的な捉え方である。しかし本稿では、立体的な二重構造として捉えることとしたい。一方では、「立法権・行政権・司法権」という三つのかたまりの権能を切り出して相互に隔離することを目的とする統治機構の仕組み方があり、他方で同時に、別次元からみた統治機構の仕組み方として、国会（衆議院・参議院）・内閣・裁判所・会計検査院に様々な権限を付与し、それぞれが協働あるいは対抗しつつ統治上の意思形成が多極的になされることが予定されているというように、立体的な構造として権力分立制の意義を捉えることとしたい。このことを以下確認しよう。

権力分立の第一の意義は、統治権（のある部分——必ずしもその全てない

(42) たとえば、清宮四朗『憲法I(新版)』299頁（有斐閣・1971）（以下『憲法』）は、「内閣の権限は、行政権の行使にのみ限られるわけではない。内閣は、政令を制定することによって、立法作用を行い……、法律案を提出することによって立法権に関与し、また、恩赦を決定することによって、司法作用にも影響を及ぼす」と述べ、田中二郎『行政法総論』54-60頁（有斐閣・1957）（以下『総論』）は、「国会は、立法府として、立法的機能を営むことをその主な権限とするが、それ以外においても、憲法又は法律の定めるところにより、行政及び司法に関して若干の権限を有する」と述べる（同書55頁）。

また、松井茂記教授は、米国連邦憲法の権力分立規定について上記と同様の理解を示しつつ、その憲法史（主として最高裁判決）において、「抑制と均衡型の権力分立」（あるいは機能主義的理解）と「厳格な権力分立」（あるいは形式主義的理解）とが交互に現れてきたと述べている。松井茂記「岐路に立つアメリカ行政法（Ⅲ・完）」阪大法学136号29頁、40-45頁（1985）、松井茂記「アメリカに於ける権力分立原則」比較法研究52号11頁（1990）、松井茂記『アメリカ憲法入門（第三版）』62-68頁（弘文堂・1995）（以下『アメリカ憲法』）。

本稿は以上の叙述を、権力分立の二重構造（次元を異にするふたつの問題）として理解し直そうというわけである。

し全国家作用である必要はない——)を複数の「権能」(powers)に分割し、それを異なる国家機関にそれぞれの[・]独占的[・]排他的な[・]権能として分属させ、それぞれが放棄ないし占奪されることを禁止するところにある。各権能が相互に分離され隔離されるという separation が強調されることになる。

統治権から特色ある複数の権能を切り出して、それぞれの間を隔離するという発想は、近代立憲主義の成立経過から出てきたものである。すなわち、絶対王政下の君主の統治権から、裁判所がその独占的権能として「裁判権」を獲得する(なお、その際に君主を被告としないよう主権免責法理が生じる)。その後、王政が否定されれば、国民主権の名のもとで統治権から複数の権能が切り出され、同じ数の国家機関にその独占的権能として分属させられる。また、立憲君主制段階であれば、「君主の統治権」(マイナス裁判権)から一定の権能を、議会がその独占的権能として(つまり君主が立ち入ることのできない固有の立法権として)獲得しようとする。(立憲君主制のもとでは、こうした議会固有の権限としての立法権の範囲がどこまでかが、君主の規範定立権との関係で問題となる。既述のように、オットー・マイヤーの法律の支配三原則はまさにこうした問題関心であった。)各国家機関に固有の権能を与えることが目的であるから、その総和は必ずしも統治権全体に等しくなくてよい。

「立法権」「行政権」「司法権」という言葉は、それらが独占されること、つまり国会、内閣、裁判所が[・]放棄[・]することが許されないし、あるいはそれが他によって(他の国家機関や私人によって)[・]占奪[・]された状態を作り出してもならないという要請をもたらす点で法的な意味をもつ。

日本国憲法のもとでは、国会が独占する権能は「立法権」であり(41条)、内閣が独占すべきは「行政権」⁽⁴³⁾(65条。英訳では executive power の語が充て

(43) なお、国会(「唯一の立法機関」)や裁判所(「すべて司法権」)に比べて、内閣にのみそうした表現が現れていないことについては、内閣がその行政権の行使につき国会に責任を負うという立場に立たせられているためだと言われることがある。吉田・

られている)であり、裁判所の独占する権能は「司法権」である(76条)。そしてそれらが行政機関によって占奪されることの禁止として、立法権の放棄に繋がるような白紙委任が禁止され、司法権については憲法76条2項で「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」という規定がある。内閣の行政権の行政機関による占奪という問題は、わが国ではほとんど議論されないが、後述するように、その問題が論理的にあり得ないわけではない。

米国連邦憲法第1条は、第1節において「すべて立法権 (All legislative Powers) は」連邦議会に属するとし、連邦制度のもとで(州議会に対する関係で)連邦議会に留保されるべき、課税、借入、州際通商規制、貨幣製造等の第8節に列挙された事項につき連邦議会が立法権を有することを明示している。第2条の第1節は「執行権 (The executive Power)」は大統領にあると宣言し、第3条は、第1節において「司法権 (The judicial Power)」は最高裁判所以下の裁判所に帰属すると宣言し、第2節において一定範囲の「争訟」及び「事件」にその司法権が及ぶと規定している。そこで、これら三つの独占的権能と、行政機関の果たす機能との間の関係を説明するために、20世紀前半の米国行政法では、行政機関の「準司法的 (quasi-judicial)」「準立法的 (quasi-legislative)」権能ないし機能という言葉が用いられたのである。準 (quasi) というのは、その後につづく言葉の真の意味ではない、という意味であって、行政機関が裁判所の司法権行使に似た裁定的機能、議会の立法権に似た規範定立機能を有しているが、しかし憲法上裁判所に独占されるべき司法権や連邦議会に独占されるべき立法権を侵害するような性格のものではないことが含意されているのである⁽⁴⁴⁾。(なお、準司法的機能ではなく、準司法的手統と言われる

前掲論文(注41)351頁参照。そうすると、内閣しか行使できない(それについて直接国民に責任を問われるのか、国会に責任を問われるのかは別として)という意味で、固有の権能が内閣にあることになる。

(44) たとえば、FTC v. Ruberoid, 343 U.S. 470, 487-491 (1952) (ジャクソン反対意見)(「行政機関は、その機能を憲法上の権力分立の枠組みに適合させるため、場合

場合は裁判所審理と同様の厳格な対審的行政手続という意味であり、ここでの問題とは異なる)。

ちなみに、19世紀から20世紀はじめの米国における連邦経済規制の象徴であった州際通商委員会による鉄道料率の規制は、憲法上の司法権が行政機関に付与されたものではない。なぜならば次のような経緯を辿ったものだからである。まず米国の裁判所は、不公正取引法上の問題として、あらゆる公益的な事業活動 (public callings) における料金の合理性を争う訴訟を伝統的に取り上げており、その一環として鉄道料金もしばしば提訴の対象とされた。その後、料金合理性に対する判例に不満な州議会が、法律で直接、鉄道会社の料率を定めてしまうという動きに出、さらにその後、州の公益事業委員会を創設して、そこに料率設定権限を委任したという経緯を経て、連邦法での州際通商委員会の創設へとつながったのである。州公益事業委員会は、通常⁽⁴⁵⁾の行政機関と同様、議会から諸種の権限を与えられて存在したものだだったのである。

さらに近時は、後述する1980年代の新たなスタイルの連邦立法を契機として⁽⁴⁶⁾、行政機関への権限の与え方 (あるいは制限の仕方) 次第では、大統領の憲法上の「執行権」を侵害する可能性もあるという論点が浮上している。その結果現在では、行政機関に与えられた権限が、憲法上の三権のいずれについてもそれを侵害するものでないかが論じられるようになってきている。たとえば現在の代表的な行政法教科書は、「行政機関に与えられうる権限の憲法上の制限」と題する項目において、行政機関に法律上与えられている規範定立の権限、広大な執行裁量的な判断権限 (何を規制対象に含めるか)、そして紛争裁定の権限

に依じて、準司法的、準執行的、準司法的と呼ばれてきた) が好例である。その背景にあるのは、行政機関は立法権、司法権、執行権のどれにも属さない第四府であるという認識である。後出注 (70) 参照。

(45) この経緯については、中川丈久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量(2)」法学協会雑誌107巻5号818頁、818-819頁(1990)参照

(46) 後出注 (126)-(127), (148)-(150) および該当する本文を参照。

が、それぞれ連邦議会の立法権、大統領の執行権（政治的・政策的観点から執行の度合い・対象等につき監督を加えること）、裁判所の司法権を不当に行政機関に「委任」（delegation）する状態になっていないか、という問題を論じているのである⁽⁴⁷⁾。

さて、権力分立には、こうした分離と隔離ではなく、協働と対抗というべきもうひとつの、アクティブな側面がある。様々な統治過程（立法過程・行政過程・外交過程・条約締結過程・財政過程等々）について、憲法が、複数の国家機関に様々な「憲法上の権限」を与え、国家的意思形成に様々な角度から関与させる仕組みを作り出すという側面である。各国家機関が、それぞれの「憲法上の権限」を行使して、互いに反発あるいは協働するといった絡み合いを通じて、多極的な意思形成過程が織り出され、それによって最終的な国家意思の収斂を見るメカニズムとしての権力分立である。いわゆる「抑制と均衡」（checks and balances）は、権力分立のこちらの側面を表す言葉である⁽⁴⁸⁾。なお、ここで言う統治過程とは、あらゆる国家作用のことであり、たとえば立法過程（法律の必要性を感知することからはじまり、法案準備、法案審議、可決までの一連の過程）、財政過程（予算案作成前の折衝から会計検査までの一連の過程）、外交過程、行政過程（後述）、裁判過程（民事刑事裁判）など様々なものがありうる。

たとえば、櫻井敬子助教授がその予算措置研究において採用した見方、すなわち「予算措置が『古典的な権力分立論』では捉えきれない、『国家統合過程』

(47) P. STRAUSS, T. RAKOFF, R. SCHOTLAND & C. FARINA, GELLHORN & BYSE'S ADMINISTRATIVE LAW, CASES AND MATERIALS (9th ed.) 67-138 (Foundation Press 1995). 具体的には、後出注(105)-(127)および該当する本文を参照。

(48) ロックやモンテスキューの考えた権力分立は、国家の諸部門の間の干渉関係をいかに創り出すかにその核心があった。高見・前掲論文（注4）56頁、阪本『憲法理論I』163-166頁など参照。

にかかわる独特の国家作用であり、権力分立原則がルールとして決して硬直的なものではなく、各国家機関の密接な協働をも要請する積極的原理でもあり得る⁽⁴⁹⁾」という考え方は、まさに権力分立のアクティブな次元で予算過程を考察することを提唱するものである。また、村上武則教授が会計検査院を、「議会に直属するものか、あるいは政府に直属するものかといった問題」としてではなく、憲法上それが果たす「機能」をこそ考察すべきであると強調されている⁽⁵⁰⁾も、本稿でいう多極的意思形成の中で会計検査院が果たす役割を見ようという視点に立つものと思われる。

日本国憲法は、多極的意思形成という意味での権力分立を実現するために、様々な「憲法上の権限」を、国会（衆議院と参議院）・内閣・裁判所・会計検査院という計四つ（五つ）の国家機関に与えている。これにより、各機関が必要に応じて、牽制し合ったり協力し合ったりする複雑な相互関係を持つことを予定している。国会には、法律案の議決、予算審議、条約承認、国政調査、裁判官の弾劾などの職権を認めている（59～62条）。内閣には「職権」として73条が、「一般行政事務の外」、①「法律を誠実に執行し、国務を総理すること」、②外交関係の処理、③条約締結、④公務員管理、⑤予算の作成・国会提出、⑥憲法・法律を実施するための政令、⑦恩赦、を定めている。72条は、内閣総理大臣の「職務」として、「内閣を代表して」、議案の国会提出、一般国務・外交関係についての国会報告、そして「行政各部（administrative branches）を指揮監督する」ことを定めている。裁判所には、裁判を行う職権とともに、違憲審査権が与えられているから、その行使の過程で他の憲法上の国家機関と協働と対抗の関係を取り結ぶ（司法積極主義・消極主義、制定法解釈の方法などとして現れる）。このほか組織上の相互的な影響権限（首相指名権、内閣不

(49) 櫻井敬子「国家財政の基本構造（四・完）」国家学会雑誌111巻5=6号464頁、477頁（1998）（以下「国家財政」）。

(50) 村上武則「会計検査院と給付行政」阪大法学48巻2号367頁、369-373頁（1998）。

信任決議権、議会解散権、裁判官任命権、裁判官の弾劾など）も与えられている。

その結果たとえば立法過程は、国会と内閣と裁判所（制定法解釈・違憲審査）の相互作用、さらに衆議院と参議院の間の相互作用の中で次のように進行することになる。「国務を総理する」内閣は、恒常的に何が国家的課題であるかを考え、様々な働きかけを国会にすることができる。⁽⁵¹⁾ また、法案提出権は内閣にもあり、法案審議には大臣が出席できる。法律案の議決は国会の専権であるが（59条）、そのなかでも衆議院と参議院の間の反発と協働が予定されている。しかも、当該法案が憲法に違反するかどうか、またその意図をどう解釈するかは、裁判所に最終的判断権が預けられている。このように多極的な意思形成のほうが、たとえば徹頭徹尾、国会（あるいはさらに一院制）単独の意思形成によって法律が生み出されるシステムよりも望ましいというのが、日本国憲法の採用した、立法過程にかかる多極的意思形成メカニズムというわけである。

また行政過程は次のようなものとなる（憲法条文の解釈を含めた詳細は四(3)で述べる）。内閣や国会が、必要な行政活動が何か（経済規制・社会規制の必要性や公共財提供の必要性など）を感知して必要な立法準備をし、国会が制定法により必要な組織と権限を作り出した後、その組織の活動（行政活動）に対して内閣や国会が必要な監督をし、生じた法的紛争を裁判所が解決するという一連の過程ということになる。同様の多極的メカニズムは、財政過程⁽⁵²⁾、外交過程など、ほぼあらゆる統治過程についても要求されている。多極的意思形成であるから、当然各国家機関の権限行使が競合しうる局面が生じ、ここに憲法上の論点が生じる。たとえば、国政調査と裁判審理の競合、法律や予算配分と行政各部の指揮監督の間の矛盾などが考えられるところである。

(51) 詳しくは、後出注(135)-(137)および該当する本文を参照。

(52) 政府と議会の協働という観点から見た、日本国憲法下における予算過程について、櫻井敬子「国家財政（四・完）」111巻5=6号478-511頁に優れた叙述がある。

米国連邦憲法にも同様な、協働と対立の関係を見てとることができる。⁽⁵³⁾連邦議会は二院制をとり、また上院は、条約締結や裁判官・各省長官・大使等の任命につき、「助言と同意」によって、大統領との間に協働と対立の関係を取り結ぶ。⁽⁵⁴⁾予算過程も、(憲法上明文の根拠はないものの、大統領による予算提案を認める1921年の法律以来)連邦議会と大統領府の間の協働と対立の仕組みである。⁽⁵⁵⁾また、連邦憲法第2条は、第1節で「執行権(The executive Power)」は大統領にあると宣言しつつ、これとは別に、第2節以下において、合衆国軍統帥権、各省(executive Departments)からの意見聴取権、連邦議会に対して、国勢(Information of the State of the Union)を報告し、必要と思われる措置を議会が考慮するよう勧告すること、さらには「法律が誠実に執行されるよう配慮すること」などを定めている。また連邦憲法第3条第2節は、一定の「事件」及び「争訟」に司法権が及ぶと定めるから、その一環として憲法

(53) 連邦憲法起草者達の権力分立観は、国家の諸部門間の相互干渉を達成することになり、その背景には、立法権を持つ議会の専制化という植民地時代の経験があったと言われる。連邦憲法の形成期におけるこうした側面について述べるものとして、Sharp, *The Classical American Doctrine of "The Separation of Powers,"* 2 U. Chicago L. Rev. 386 (1935) があり、多数派(議会、あるいは議会内の多数派)支配への恐怖から、議会の構成の仕方(二院制)、議会それ自体への対抗軸としての大統領と裁判所の組織・権限が構想された様子を述べている。教科書の記述として G. WASSERMAN, *THE BASICS OF AMERICAN POLITICS* (4th ed.) 29 (Addison Wesley Longman, Inc. 1985)。また、ストラウス教授は、この意味での権力分立(「抑制と均衡」)こそを軸に行政機関の憲法上の位置づけを考察すべきだと主張していることは既述の通りである(前出注(41))。

(54) 上院の助言と同意については、中川『立憲主義』146-173頁。

(55) 連邦憲法上は、いわゆる歳出承認法(appropriations act)の定めがあるだけである(後出注(98))。しかし第一次大戦を経て、連邦政府の予算規模が急激に拡大したことに応じて、連邦議会が1921年法により、大統領の予算策定過程への参画を明示的に求めて以来、予算過程は大統領(予算提案)と議会(歳出承認)の間の相互作用となっている。J. MARINI, *THE POLITICS OF BUDGET CONTROL* (Crane Russak 1992); H. SHUMAN, *POLITICS AND THE BUDGET* (3rd ed.) 25-108 (Prentice Hall 1984) が、20世紀米国の予算過程における大統領と議会の関係を活写している。

上の他の国家機関との間に協働と対立の関係を結び結ぶこととなる（但、米国憲法の場合、違憲審査は判例上形成されたものであって、憲法制定者が必ずしも意図したわけではない）。（行政過程にかかる対立と協働のありようは四(3)で述べる。）

以上述べたことを要約すると、権力分立の二重構造において、その独占的権能の分配という面では、各権能の独占状態の侵害（その放棄ないし占奪）の禁止、多極的な意思形成という面では、権限間の競合が憲法上の問題とされることになる。もちろん、独占的権能の分配と多極的な意思形成というふたつの次元は、相互にまったく無関係ではない。第一に、ある機関にある権限ないし職権が憲法上与えられていることは、他の機関の独占する権能にそれが含まれないことを意味する。日本国憲法で言えば、裁判所規則を定めることは裁判所の権限とされているから（77条）、その種の事項についての規範定立を国会が独占しなくても国会の「立法権」の侵害にならないことが憲法上明示されていることになる。また、法案提出は内閣の職権に含まれているので（72条）、法案提出の権限が国会に独占されていなくても、「立法権」の侵害にならないこともまた明示されていることになる。裁判と呼びうる機能を国会が行うことがあっても（裁判官の弾劾）、憲法が明示的に国会の職権として認めることによって（64条）、「司法権」が侵害されたことにはならない。第二に、多極的な意思形成の観点から、国会、内閣、裁判所それぞれに付与された権限のうち、一定のもの、あるいはその一定の行使の仕方が、それぞれの独占的権能として放棄ないし占奪が禁止されるという関係があるということもできる。たとえば、国会は、法律案を可決して法律とする権限を有するが（59条）、その際に立法権の白紙委任となるような法律案を可決してはならないという制約を立法権規定（41条）によって受けていることになる。

日米憲法間の権力分立における最大の違いは、大統領制と議院内閣制の違いであるが、それは多くの場合、多極的意思形成としての権力分立の次元での違

いと言えよう。大統領は、その諸種の憲法上の権限の行使にかかる政治的責任を直接国民に対して負うが、内閣は、その諸種の憲法上の権限の行使にかかる政治的責任を、国民に対してではなく国会に対して負う。また、国会・連邦議会と内閣・大統領との間の、組織上の相互関係（任命関係や解散権）のあり方や、立法過程や財政過程に対して果たす役割の上でも相違を見せることがある。他方、独占的権能の分配としての権力分立の次元を見るならば、大統領に固有の「執行権」と、内閣に固有の「行政権」との間に、どのような違いがあるかが問題となりうるところであるが、この点は明らかでない。連邦議会の「立法権」と国会の「立法権」について、白紙委任の禁止の基準のあり方について違いがあるのかも、また、これまで明らかにされてこなかったところである（なお、前者に連邦制上の限度があるのは当然である）。日米の「司法権」概念の間には、米国の司法権が連邦制上の限定があるのは当然として、それ以外に大きな違いがあると推測されるが、本稿の叙述上は影響がないので、触れないこととする。

四 「権力分立」上の諸要請

(1) 権力分立の外側にあるものとしての行政活動—行政権と行政活動の区別

本稿で取り扱う行政活動は、既に示したように、法律（組織規範・作用規範の別を問わない）で創出されたものである。このような意味での行政活動は、権力分立の「内に」（つまり行政権の一部として）ではなく、その「外側に」位置づけられるべきではないかと思われる。言いかえれば、本稿でいう行政活動は、立法権や司法権はもちろんのこと、憲法上の「行政権」や内閣の憲法上の「職権」とも峻別されるということである。このことを次に述べておこう。

第一に、憲法が「行政権」という統治権の一部を分け与え（憲法65条）、各種の「職権」ないし「職務」（72条、73条）を付与する対象は、内閣（ないし

内閣を代表しての内閣総理大臣)であって、国会の被創造物たる行政機関ではない。憲法には「行政各部」という文言が現れるが(72条)、「行政各部」に「行政権」が付与されているわけではない。内閣総理大臣による「指揮監督」の対象として、憲法は「行政各部」という存在を予定しているに過ぎないのである。

第二に、憲法が内閣(およびそれを代表する者としての内閣総理大臣)に与えている「職権」「職務」のなかに——したがって、その核心部分として内閣に独占される権能である「行政権」規定においても——、本稿で言う行政活動を指す箇所は無いと解される(政令の制定を除く)。内閣総理大臣の職務規定(憲法72条:議案提出、一般国務・外交関係の国会報告、行政各部の指揮監督)、そして内閣の職権規定(憲法73条:「法律を誠実に執行し、国務を総理すること」、外交関係の処理、条約の締結、官吏事務の掌理、予算の作成、政令の制定、大赦・特赦等、および「他の一般行政事務」)のうち、政令の制定を除くと、「行政各部を指揮監督」することや「法律を誠実に執行し、国務を総理すること」だけでなく、「一般行政事務」や「官吏事務の掌理」であっても、内閣が行政活動の主体であることを想定した条文であると解釈する余地はないように思われる⁽⁵⁶⁾。

(56) 具体的解釈は後出注(129)-(141)および該当する本文を参照。憲法73条の英訳からこのことを見てみよう。第一に、「他の一般行政事務」は、英文では、in addition to other general administrative functionsとなっており、そのgeneralは、必ずしも「一般」(ないし普通)という意味しか考えられないわけではなく、「総合的」「統括的」という意味も考え得るところである(事務総長をDirector Generalと呼ぶような用法である)。このような用法については後出注(122)の本文を参照。第二に、「法の誠実な執行」が英文ではAdminister the law faithfullyとなっており、また「官吏に関する事務の掌理」がAdminister the civil serviceとなっているのは、いずれも一段上の視点からする管理運営的な意味であるように思われる。後に出てくる、to execute the provisions of this Constitution and the lawのための政令というときのexecuteとは意識的に区別されていると考える余地は十分にあるであろう。

第三にそもそも、これらの条文に内閣による行政活動を読みこんでも、憲法論上の実益はないと思われる。というのも、内閣が本稿で言う行政活動を行うこと——法律が内閣を指名して、これに行政機関としての任務を与えること——を、憲法が禁じているわけではないことは憲法73条6項において内閣の職権として「政令を制定すること」が定められている部分だけで十分だからである。この条文が置かれた趣旨はやや複雑であるが、憲法を直接執行するための政令は認められないという解釈を前提にするならば、少なくとも趣旨の一部に、法律が行政活動を創出する一環として行政機関に行わせる委任立法のひとつの形式として、行政各部によるもの（省令）だけでなく、内閣それ自体による形式も可能であることをとくに確認したものと解することができる⁽⁵⁷⁾。

第四に、内閣が、「行政権」という憲法上の権能や「職権」という憲法上の権限を行使して行う、いわば憲法上の仕事に伴う職責と、国会の創造した行政組織とその任務（組織規範・作用規範の別を問わない）という、いわば法律上の仕事たる行政活動に伴う職責との間には、質的な違いがある。議院内閣制のもとで、「行政権を担う内閣」には「政治責任の含意として、内閣に辞職の自由がある⁽⁵⁸⁾」。しかし、個々の行政機関（官僚組織）にこうした政治的責任が負わせられるわけではない。

以上四点を理由に、日本国憲法の下では「行政権」ないし内閣の「職権」（政

(57) 法律を待たずに、直接「憲法」を実施するための政令を制定することはできないという解釈が一般的である。前出注(20)参照。

(58) ちなみに、政令で実施される「法律」には、民法・刑法などは含まれない。佐藤『憲法』230頁。

(59) 長谷部恭男「内閣機能の強化」ジュリスト217号12頁(1998)。また、長谷部『憲法』362頁。佐藤幸治教授は、65条の「行政権」及び憲法が定める内閣の「職権」の全てにつき、内閣は国会に対する責任を負うとする。同『憲法』212頁、236-237頁。戦後すぐの指摘として、憲法65条の行政とは「政治的作用・執政」を意味し、「執政に関しては政治責任を」負わしめる一方、行政委員会のそれは「非政治的作用・行政」を意味し、「行政に関しては法律責任」を負わしめるという山田幸男教授のものがあ。同「行政委員会の独立性について」公法研究1号46頁(1949)。

令制定を除く)、内閣総理大臣の「職務」と、行政活動とは峻別されると考えられる。そしてこのような考え方は、佐藤幸治教授の次の記述と整合的であるように思われる。すなわち、「法律の直接執行にあたるのは原則として行政各部であり、内閣はそうした行政各部の上にあつて総合的な政策のあり方を配慮決定し、必要があれば行政各部に法律の執行・適用の仕方について指示」する立場にたつたのであって、「行政権は内閣に属するとは、内閣は、それら行政各部の権限行使の背後にあつて、法律が誠実に執行されるよう配慮し……『……総合調整その他行政各部の施策に関するその統一保持上必要な総合統制』をはかることによって全体を統轄する地位にあることを意味する」のであり、「内閣は原則として実施機関なのではなく、重要な総合的政策決定を行う、行政組織の統括者なのである⁽⁶⁰⁾」。

わが国において「国政」(ないし執政)と「行政」という区別の存在しうることはしばしば説かれており、内閣はその双方の責務を負うとされる⁽⁶¹⁾。上記に述べたことよりすると、憲法が定める内閣の「行政権」も、内閣・内閣総理大臣の「職権」も、ともに基本的には、「国政」(ないし執政)だけを意味すると考えるべきではないかと思われる⁽⁶²⁾。内閣が「行政」たりうるのは、法律が内閣

(60) 佐藤『憲法』212-214頁。

(61) たとえば、「内閣に属する行政権の作用は、狭義の統治と一般の行政とに分けることができる」(有倉遼吉＝小林孝輔『基本法コンメンタール〔第三版〕』225頁(日本評論社・1986)(杉村敏正・澤野義一執筆))という指摘や、「内閣は、……行政組織の最高機関として行政活動に携わるというのみでなく、広く国の政治(国政)を執り行う政治機関としての地位をも占めている」(藤田宙靖『行政組織法』109-110頁(良書普及会・1994)(以下『組織法』))といった指摘のほか、田中『総論』46-48頁(統治と行政の区別)、阪本昌成『憲法理論Ⅰ』169頁、363-364頁、宮井清暢『統治(Regierung)』の概念について『納税者の権利(北野弘久教授還暦記念論文集)』97頁(勁草書房・1991)、吉田・前掲論文(注41)、石川健治「執政・市民・自治」法律時報69巻2号22頁(1997)などを参照。佐藤功『行政組織法』312-320頁(有斐閣・1985)(以下『組織法』)が展開する「行政管理」(組織管理と予算管理)は、「国政」(執政)にあたると思われる。その他、中川『立憲主義』490-492頁参照。

(62) 吉田栄司教授は、「内閣の行政権の行使が、憲法を直接の拠り所としながら、国家

を指名して何らかの活動をさせる場合——現在のところ政令の制定しか実例はないようである——に限られるのではなからうか。内閣の首長たる内閣総理大臣と、主任大臣として行政事務を担当する内閣総理大臣の二重の地位ということが言われるが、同じことが、内閣それ自体にもあてはまると思われるのである。

ちなみに、この区別をする際、「国政」(執政)を行う内閣の手足となる官僚組織がどこに存在するかが、しばしば問題とされる。憲法はこの点につきなら指定しているわけではなく、誰がそれを設置できるのか——国会の専権なのか、内閣の権限なのか——が、問題となりうるところである⁽⁶⁴⁾。現在のところは法律によって、次のものが設置されている⁽⁶⁵⁾。内閣官房(内閣法12条)、内閣法制局(内閣法制局設置法)、安全保障会議(安全保障会議設置法)が、いわゆる内閣補助部局として設置されており、国家行政組織法にいう行政機関(内閣の統轄の下にある行政機関)とは別建ての国家機関となっている。そし

目的の実現をめざして行われる『狭義における統治』を中心として把握されるべきものだという事であろう」(傍点は筆者)との結論を示される。吉田・前掲論文(注41)371頁。

(63) たとえば、柳瀬『教科書』40-41頁、藤田『組織法』113-114頁。

(64) 杉村『総論上』78頁は、「補助機関のように、直接に国民に対してその権利・義務に関する行政を行う権限をもたない行政機関については、憲法上は、かならずしも、法律をもって定めることを必要としない」と述べる。また、補助機関の活動につき、法律の根拠は必要かという問題も提出されている。芝池義一「内閣」法学論叢124巻3=4号104頁、111-112頁(1989)参照。

このことは、内閣が、その固有の憲法上の権能(行政権)を行うことについては、権力分立上、およそ議会からの授権を必要としないか(それどころか、議会による介入を許すべきでないか)——つまり、統治活動である以上「法の支配・法治国」上の要請には常に服するとしても、「権力分立」上は議会によるコントロールに一切服す必要がないというべきか——という問題に発展しえよう。ちなみに、ドイツにおいて、Regierungとしての内閣の権限には、議会の規律権限は原則として及ばないとされる。大橋洋一『現代行政の行為形式論』38頁(弘文堂・1993)(以下、『行為形式論』)。

(65) 現在の内閣の補佐機構が形成されるまでの経緯については、芝池・前掲論文(注64)107-111頁。また、佐藤功「内閣の機能」ジュリスト311号22頁(1964)参照。

て、1997年の行政改革会議の最終報告書が、内閣官房に加え、新設予定の「内閣府」、さらに「総務省」の一部に、「内閣及び内閣総理大臣の補佐・支援体制」たる機能を持たせようとしているのは、まさに「国政」(執政)⁽⁶⁶⁾としての内閣(および総理大臣)機能のサポート体制を意味する。

現在のところ、「国政」(執政)と「行政」の区別が組織上の区別に完全に反映されるには至っていない。たとえば、現行の総理府は、内閣総理大臣が原子炉設置許可のような仕事を処理する行政機関として設置されている側面に対応したものであるとともに、内閣官房の役割と区別し難い側面ももつ⁽⁶⁷⁾。現在の総務庁にも同様のことは言えよう。さらに、憲法上内閣の職権に属すべき事柄を、事実上、その専門に応じて各省庁が取り扱っていることも大いにありうる。たとえば予算や外交、産業社会のあり方などといった事柄における政治問題としての大綱方針を、事実上、大蔵省や外務省、通産省が決めているとすれば、この例にあたる。しかしそうした事実があるからといって、当該の事柄が、本来内閣の憲法上の権能であり職権であるという性格付けに変化をもたらすわけではない⁽⁶⁸⁾、もしそう言うのであれば論理の逆転であろう。慣行的に内閣から委

(66) 行政改革会議『最終報告』13-23頁(1997)。

(67) 内閣官房と総理府の関係について、佐藤『組織法』327-331頁、藤田『組織法』116頁注1参照。

(68) 佐藤『組織法』328-330頁は、ひとつの提案として、「総理府の各機関の所掌事務をできる限り調整的ないし統合的な事務に限定し、総理府を調整的・統合的部局たらしめること」、また「予算編成事務を所掌する大蔵省主計局をも内閣そのものの補助機関とすること」を述べている。なお、予算編成権限を持つ組織のあり方について、同書319-320頁参照。また、清宮『憲法I』319頁は、「外交事務のうち、日常普通の事務の処理は、内閣のもとに、外務大臣に主管させることは差し支えないが、重要な『外交関係の処理』は、内閣の所管として、慎重に扱わなければならない」と述べる。また、櫻井『国家財政(四・完)』国家学会雑誌111巻5=6号488-489頁は、予算編成における「必要経費の積み上げ」作業と「国家任務を差別化する作業」のうち、前者は大蔵省という事務レベルで行われるのにふさわしいが、後者は国会および国会に責任を有する内閣レベルでの問題であることが看過されている、つまり「『閣議決定』の憲法的価値が看過されている」と指摘する。さらに櫻井敬子「行政改革と予算編成機構移管問題」筑波大学大学院社会科学研究所『社会科学の日本のパラダイム』313頁(1998)を参照。

任されているだけだという説明も可能である⁽⁶⁹⁾。

さて、行政活動が権力分立の外側にあるという位置づけは、米国行政法においても説かれていることである。米国でしばしば、行政機関は、立法府・執行府・司法府どれにも属さない「第四府」(fourth branch of government)であり、憲法の権力分立原則と緊張関係を取り結んでいるという説明がなされる⁽⁷⁰⁾のは、まさにこの例である。また、ピーター・ストラウス教授は次のように述べている⁽⁷¹⁾ ([] 内は筆者による補充)。

「憲法は、政府の持つべき三つの特徴的な権能を区別してその所在を〔連邦議会・大統領・裁判所として〕規定しているが、政府それ自体についてはどこにも定めていない。憲法は、官僚組織 (bureaucracy) —— 公的な具体的職務を担当するスペシャリスト的組織 —— について何も定めていないの

(69) ちなみに、宮井・前掲論文(注61)111-112頁は、憲法上内閣に与えられた諸権限が、下部行政機構・行政各部に「授権・委託することが」許されないわけではないが、「代行が無限に許される」わけでもないと述べている。(もっとも、宮井論文の結論は、筆者のそれとは逆になっている。)

(70) わが国ではしばしば誤解されているが、この「第四府」という議論は、いわゆる独立規制委員会に限ったものではなく、各省行政機関も含めて、全行政機関と憲法上の三つの機関との関係という文脈で理解されるべきものである。たとえば、Strauss, *supra* note 41, at 578-579, 582, 595 がこのことを明示しているほか、Federal Trade Commission v. Ruberoid, 343 U.S.470, 487 (1952)を参照。独立規制委員会であれば「第四府」性が一層際立つこと、そして最初の独立規制委員会の設立時が、ちょうど米国における行政国家化の時期にあたりこの種の議論が生じたという巡り合わせに、留意する必要がある。「第四府」の言葉が使われたおそらくは最初の例として著名なのは、大統領が設置した行政管理委員会による1937年の報告書が、独立規制委員会を「長を持たない (headless) 第四府」と表現した部分である。President's Committee on Administrative Management, Report with Special Studies, 39-40 (1937)。

(71) P. STRAUSS, AN INTRODUCTION TO ADMINISTRATIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES 13-14 (Carolina Academic Press 1989)。また、Strauss, *supra* note 41も参照。なお、合衆国憲法制定時における、行政組織権の所在に関する議論について述べるものに、間田穆「アメリカにおける行政組織編成権限・序説」『現代行政法の理論 (室井力先生還暦記念論集)』268頁 (法律文化社・1991)がある。

である。〔憲法の〕最初の三つの条文は、「立法」「執行」「司法」の権能を、ゼネラリスト的集団〔議会、大統領、裁判所〕、つまり個々の事柄に具体的な責任を負うことのない組織に与えている……。それ以外のことは、議会が定めるところに委ねたのである。〕

「ごく簡単に言えば、連邦議会は法律によって、個々具体的に官僚組織 (individual elements of bureaucracy) を設置しこれに行動する権限を与える。そして大統領は、当該法律のもとでの彼らの職務執行のあり様を、政策ないし政治的観点から監督し指導する。さらに裁判所は、彼らの行為の法適合性を保障するのである。〕

〔連邦憲法制定の〕当初から（そしてそれは予期されたことでもあったが）、連邦議会は、大統領およびその個人的なスタッフ組織からは区別される政府 (a government that is distinct from the President and his personal office) を創出してきた。議会は、〔自らが制定する〕連邦法の日常的執行という仕事を、大統領自身ではなく、こうした政府組織に与えてきたのである。〔大統領について定める連邦憲法〕第2条は、大統領は、連邦議会が創設するであろう各省の長官を任命し、また各長官からその所掌事項につき書面で意見を求めることができると定めている。それを除けば、憲法はただ、大統領は、法律が『誠実に執行される』よう『配慮する』べきこと、そしてすべての執行権 (all executive authority) は彼に与えられている、としか定めていないのである。〕

稀にはあるが、米国においても、憲法が大統領に与えている「執行権」(executive power) と、行政機関の「行政権」(administrative power) がどううまく区別できるのかが論じられることもある⁽⁷²⁾。また、法律に依拠しない大統

(72) この問題についての学説をフォローした古典的文献は Grundstein, Presidential Power, Administration and Administrative Law, 18 George Washington

領命令 (executive order)⁽⁷³⁾を通じた各省の行政活動への統制 (コスト・ベネフィット・アナリシスの要求など) の合憲性が問題とされるのは、まさに、権力分立の外側にある行政活動というイメージと適合的である。なお、わが国の内閣による政令と同様、米国でも、大統領に通常の行政機関としての行政活動を行わせるような立法もあり、関税法などとくに国際政治的配慮を必要とするものにこの例が見られる⁽⁷⁶⁾ (但、憲法にはこの点についての規定はない)。

L. Rev. 285 (1950). である。なお、STRAUSS, RAKOFF, SCHOTLAND & FARINA, *supra* note 47, at 140 & n.3 の記述のほか、松井『アメリカ憲法』58-60 頁、および前出注 (42) の松井教授の諸論稿を参照。

(73) 大統領が、公衆を名宛人とせずに、連邦政府の行政機関宛て (多くは、大統領からの独立性を持たない各省行政機関宛て) に出す政策的内容を持つ指示の総称であり、多様な性格のものが含まれる。ある調査によれば、大統領命令のほとんどは、法律上の具体的な根拠に基づいたものと言われ (つまり、法律が大統領を指名して、細目を大統領命令で定めるよう授權している)、その限りにおいては、大統領命令は、法としての効果を持つ命令である (米国法で言う「立法的規則」。日本法で言う政令——というよりも法規命令・委任命令という方が正確であろう——にあたる)。ところが、それ以外の大統領命令はすべて法的効果を持たない (つまり、米国法で言う「非立法的規則」、日本法で言う行政規則) かと言うと、必ずしもそうとは捉えきれないものがある。本稿で取り上げるもの (次注参照) がそうで、これらは、立法的規則と非立法的規則の二分論には馴染みにくい、中間的な性格を持つと言われている。Raven-Hansen, *Making Agencies Follow Orders: Judicial Review of Agency Violations of Executive Order 12,291*, 1983 *Duke L. J.* 285 (1983); Note, *Enforcing Executive Orders: Judicial Review of Agency Action under the Administrative Procedure Act*, 55 *George Washington L. Rev.* 659 (1987). なお、米国における「立法的規則」と「非立法的規則」の区別については、中川・前掲論文 (注40) 7 頁、大橋洋一『行政規則の法理と実態』162-188 頁 (有斐閣・1989) (以下『行政規則』) を参照。

(74) 後出注 (142)-(148) および該当する本文を参照。

(75) その例については *Pierce & Shapiro, Political and Judicial Review of Agency Action*, 59 *Texas L. Rev.* 1175, 1211-1212 (1981) を参照。

(76) 後述するいわゆる「立法権の委任禁止法理」(後出注 (105)-(110) 参照) にかかる判例には、大統領への行政活動の授權例が多く見られる。なかでも関税法に例が多く、たとえば *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892) は、1890年関税法 (いわゆるマッキンリー関税法) が、一定の製品の自由な輸入を停止する権限を大統領に認めたことが、立法権の放棄に当たるかどうかかが問題にされた事件であるが、ここで「大統領が行うべきこととされているのは、単に、連邦議会の法律の執行」であって、

以上を要約すると、日本国憲法であると、米国憲法であることを問わず、行政権と内閣の憲法上の権限（日本の場合。政令を除く）、ないしは執行権と大統領の憲法上の権限（米国の場合）に対して、本稿でいう行政活動は区別されていると言える。そして行政活動は立法権や司法権からも区別されるから、行政活動は権力分立の外側にあるということになる。そうすると、権力分立上行政活動に働く規律とは、国会（連邦議会）・内閣（大統領）・裁判所といった「憲法上の存在」と、国会（連邦議会）の被創造物に過ぎない行政機関とその任務という「法律上の存在」との間の、いわばタテの関係を問うことである。そして本稿では、そのタテの関係を、既に述べた権力分立の二重構造の中で考察する。それは第一に、法律上の存在たる行政活動に対して、国会（連邦議会）・内閣（大統領）・裁判所がそれぞれ独占的に「立法権」「行政権（執行権）」「司法権」を保有することからどのような要請が働くのか（独占的権能の分配としての権力分立の側面）、第二に、国会（連邦議会）・内閣（大統領）・裁判所に与えられた憲法上の諸権限によって、行政活動はどのような影響を及ぼされているのか（多極的な意思形成としての権力分立の側面）という問題のふたつに

大統領は「単に議会の代理人として」行動しているに過ぎないと述べて (143 U.S. at 693)、立法権の放棄ではないとしたのである。その後も20世紀前半にかけてアメリカ合衆国が保護関税を行う場合に同様の例が見られる。1922年関税法(Tariff Act) 315条および1930年関税法336条において、関税委員会が国内外での製造コストを等しくするために関税率の増減が必要と判断したときは、それを大統領に助言し、大統領は関税変更の布告を出す権限が付与されているが、関税法のもとで大統領にどれほどの裁量を与えられたのかにつき、一連の(混乱した)判例が現れている。たとえば、*J.W.Hampton v. United States*, 276 U.S. (1928); *United States v. Sears, Roebuck & Co.*, 20 C.C.P.A.(Customs) 295 (1932); *Norwegian Nitrogen Products Co. v. United States*, 288 U.S. 294 (1933); *George S. Bush & Co. v. United States*, 104 F.2d 368 (C.C.P.A. 1939), rev'd 310 U.S. 371(1940); *T.M. Duche & Sons v. United States*, 36 C.C.P.A.(Customs) 19 (1948) などがあり、これを分析した文献として Metzger & Mursey, *Judicial Review of Tariff Commission Actions and Proceedings*, 56 *Cornell L. Rev.* 285 (1971) がある。

分けて、議論されるべきこととなるのである（上記のストラウス教授の引用には、後者の側面がすでに示されている）。

二点付言しておこう。第一に、行政活動は権力分立の「外側」にあるという捉え方は——つまり、「行政権」や「内閣の職権」と、行政活動との間の峻別は——、わが国では必ずしも一般的でないように思われる。むしろ、そのような峻別をしない叙述のほうが、少なくとも行政法学では一般的であるように思われる（もっとも、単に行政活動を行う権限という程度の意味で、「行政権」という語を用いるというならば別であるが）。おそらくその背後には、内閣が国会から一括して行政活動を請け負い、請け負った行政活動をさらに統轄下の「行政各部」に割り振って執行させるというイメージがあるように思われる。このイメージが形成されるにあたっては、おそらく憲法73条で、内閣の職権は「他の一般行政事務の外」「法律を誠実に執行」することであるという、ややミスリーディングな文言が用いられていることが大いに寄与しているように思われる（また、このイメージは、いわゆる五五年体制下における内閣と行政各部（官僚組織）の一体性という政治的現実にきわめて適合的である）。しか

(77) アトランダムに例を挙げると、「内閣政治と法治主義」と題する杉村敏正教授の論文は、「内閣による行政と法治主義」すなわち「行政権の肥大と法の支配」を論じると述べて、税金や土地収用、補助金交付、文化財指定などを素材に、「行政に対する」立法的・司法的統制を論じている（杉村敏正『統・法の支配と行政法』2-11頁（有斐閣・1991））（以下『統法の支配』）。また、日本国憲法では「議院内閣制の下、各行政組織法律の定めるところにより、行政権自体がその存立の基盤を国会に持っている」のであって、その行動に法律の授權を要求しなくても、行政権それ自体に既に民主的基盤が備わっている、という反論がある」という叙述も（藤田『行政法Ⅰ』80-81頁）、峻別をしない例ということができよう。

(78) 阪本『憲法理論Ⅰ』364頁の指摘を参照。具体例を挙げると、「憲法によって創設された行政権は、法律の授權によってその発動をなす。その場合、法律の授權には、組織法的授權と作用法的授權とがある」という叙述（高田『社会的法治国』460頁）、「国の行政事務のすべてを、内閣みずから処理することができるものではない。したがって、内閣の統轄のもとに、それぞれ、一定の所掌事務と権限を有する多くの行政機関が設置されている」（有倉遠吉＝小林孝輔『基本法コンメンタール（第三版）』225-226頁（日本評論社・1986）（杉村敏正・澤野義一執筆））。

しながら、以上述べたことにより、内閣の憲法上の仕事と法律によって創出された行政活動を一体的ないし連続的に捉えることは、憲法に反するものであるように思われるのである。

第二に、いわゆる「行政の定義」という教科書的トピックも、上記の考察に基づけば、憲法上内閣の行うべき仕事（行政権、および内閣や内閣総理大臣の職権や職務）と、法律によって創出された行政活動とが区別されていない点で、問題の立て方自体に疑問がある。前者の意味であれば、内閣に固有の行政権という権能が侵害されていないか、あるいはその職権の範囲（たとえば行政活動に対する外からの監督的介入のあり方として許される範囲）、といった問題が生じるだけである。また、後者の意味での行政活動に視野を限定するならば、それをどう記述的に定義するかよりも、「なぜその行政活動が必要か」という規範的議論の方が重要ではなかろうか。つまり、なぜ国会が、民刑事的な立法を行う（つまり司法的規制に委ねる）という選択肢をとらず、行政機関を用いる（つまり行政活動を創出する立法）という選択肢をとったかという問題である。そしてこの問題に対する回答方法として、市場とその失敗を出発点とする公共経済学的アプローチ（規制・公共財提供・所有権調整などとして行政活動の必要性を説明していく）は、ひとつの有効な考え方として参考にならう。ただし、「行政の定義」問題には、行政活動の形成にかかる各国の歴史的記憶を語るという側面が分かち難く含まれているのではないかという点、また日常的な行政活動内容というレベルではわが国の新旧憲法の前後で連続性があつたであろうという点から見れば、わが国の教科書が、立憲君主制下で妥当した

(79) たとえば、植草益『公的規制の経済学』21-27頁（筑摩書房・1991）。またとくに同書22頁注12における、行政法学の行政の定義論への著者の不満を参照。この観点から、阿部泰隆『行政の法システム（上）（新版）』2-18頁（有斐閣・1997）や阪本『憲法理論Ⅰ』368-369頁の採用するアプローチは正しい方向性であると思われる。田中二郎博士は、統治と行政の区別を説いた後、「一般の行政が法の下に法の規制を受けながら主として人民に対する関係において行われる作用であり」としており（同『総論』48頁）、本稿でいう行政活動のみを念頭におくことを明示している。

であろう説明の仕方(控除説)を現在でも採用していたとしても、そのこと自体が誤りであるとは言えないように思われる(必要なのは、憲法上の「行政権」や内閣の憲法上の職権ないし内閣総理大臣の職務とは区別された、日常的ルーティンな「行政活動」の定義を試みているということの明確化である⁽⁸⁰⁾)。ちなみにわが国の「行政の定義」問題に相当するのは、米国行政法では、行政法の歴史(「現代行政国家の誕生」という言葉がしばしば用いられる)を語るくだりであろうと思われるが、そこでは「司法裁判所だけでは、問題対処に不足であった」から行政活動が生まれたという視点が一般的にとられている⁽⁸¹⁾。これは、米国の歴史的記憶を語るものであるとともに、(そこから生まれてきたアメリカ経済学である以上当然であるかもしれないが)同時にすぐれて公共経済学的アプローチに親近性を持つものとなっている。

(2) 独占的権能の分配としての権力分立上の要請

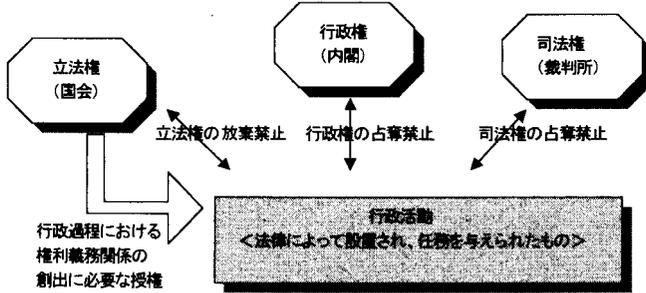
まず、「独占的権能の分配としての権力分立」という観点から、行政活動にはどのような憲法上の要請がありうるかのマトリクスを考えてみよう(〔図2〕を参照)。次の三つに分けて検討する。

- (a) 行政活動が権利義務の関係として行われるためには、立法権の行使によつてしか、行政機関に必要な授権ができないこと
- (b) 立法権の放棄に等しい態様で、行政活動が創出されることの禁止
- (c) 行政権・執行権や、司法権を占奪するような態様で、行政活動が創出されることの禁止

(80) なお、「統治」(国政・執政)と「行政」という区別を考慮しつつ、行政の定義問題につき考察するものに、吉田・前掲論文(注41)がある。

(81) この点については、中川・前掲論文(注45)819頁の記述を参照。教科書的記述例としては STRAUSS, RAKOFF, SCHOTLAND & FARINA, *supra* note 47, at 116を参照。

〔図2〕「独占的権能の分配としての権力分立」と行政活動



(a) 行政機関が権利義務関係を創出するのに必要な立法権からの授権

国会が、行政機関（政令を制定する場合の内閣を含む。以下同じ）による行政活動の一環として、国と外部の者（私人等）との間に法的な権利義務関係を取り結ばせようとする場合、または行政機関による実力行使を適法化したい場合、そのための特別の法制度を法律で作り出さなければならないことがある（たとえば、行政処分や法規命令、即時強制や強制執行）。また、国と私人の間で権利義務関係を取り結ぶ行為、あるいは適法な実力行使を、国の機関（代理人）として対外的に行うべき者は誰かを指定しておくこと（処分であれば行政庁、契約であれば締結権者）も必要である。いずれも、憲法構造（権力分立）上は立法権の行使（授権）という形でしかなされ得ないことと考えてよいであろう。つまり立法権の行使が先行していなければならないわけであり、ここに「法律の留保」論の生じる余地があることになる。

たとえば、法律と同等の効果を持つ法規命令という法形式を行政機関が用いることができるのは、国会が行政機関を指定して、法律の一部について穴埋めをさせるべく授権している——その部分について国会になりかわって行政機関に立法させる意図が法律から読みとられる——からである。法規命令には、法律の根拠（ないし法律による授権・委任）が必要だとされるのは、この意味

においてである。許認可申請の諾否や許認可の取消のように、一定の権利義務の関係を、「権力的」に生み出す法制度（行政処分）を創出し、その利用を何者か（行政庁）に授権することができる権能もまた、国会（法律に反しない限り、地方議会も含む）にしかない。そのため、抗告訴訟の対象となる処分性は——その重要な判定要素は、具体的な「法的効果」が「権力的」に発現することである——、その旨が法律から読みとられるものでなくてはならないことになる。また、即時強制や、強制執行、実力行使を伴う行政調査に法律の根拠が必要とされるのは、このような授権がなければ、行政機関による物理力の行使は単に不法行為となるからだという側面のあることは否めないであろう⁽⁸²⁾。また、行政上の強制執行には、先行する命令の法律上の根拠とは別に、独自の法律上の根拠が必要とされることを説明するのに、観念的な義務賦課の権限と、直接物理力を使ってある状態を合法的に出現せしめる権限とは別だ⁽⁸³⁾という場合、少なくとも、権利義務の創出と実力行使の正当化という、法律の果たす役割の違いが考えられているといえる⁽⁸⁴⁾。

他方、いわゆる行政規則や行政指導は、その概念定義（権利義務にかかわる行為形式ではないこと）の言い換えとして、「法律の根拠は不要である」と言うことができるわけである。

さらに、調達や請負等の契約締結や補助金付与（契約と構成される場合）についても、立法権による授権の必要性を論じることが可能であろう。委任命令

(82) 原田尚彦「行政法上の『公権力』概念」『国際化時代の行政と法（成田頼明教授退官記念論集）』1頁、11-12頁（1993）（「権力創設法」）。また、塩野『行政法Ⅱ（第二版）』79頁（有斐閣・1994）（抗告訴訟の前に、権力性の概念が必要である）（以下『行政法Ⅱ』）を参照。

(83) 強制執行につき、民事における自力救済の不法行為性を引照する叙述がなされているのはその現れといえる。原田尚彦『行政法要論（全訂第三版）』194-195頁（学揚書房・1994）（以下『要論』）、芝池『総論講義』199-200頁など。

(84) 塩野『行政法Ⅰ』189頁（両根拠規範は次元を異にする）。さらに、後出注（157）を参照。

や処分、実力行使とは異なり、契約という法制度を個々の法律で改めて作り出す必要はない（民法がある）。しかし、国や地方公共団体が自然人ではなく法人として契約を締結しようとする以上、「誰が」（機関）、国や地方公共団体の代表者として、「どのような内容」の契約を締結した場合に有効な契約となるのか（無権代理でなくなるのか）が、どこかであらかじめ決められていることが必要⁽⁸⁵⁾なはずである。会社であればこれらは商法および定款で決められることであろうが、国や地方公共団体であれば、法律・条例で決められるよりほかに、ここに法律・条例による授權の必要性を論じることができると思われるのである（その定めが無く、無権代理となった場合に、次のステップの問題として、では表見代理が成立するかが問われることとなる⁽⁸⁶⁾）。公害防止協定のような取りきめに契約としての拘束力を認める際にも、同じことが議論されるべきであろう（地方自治法147条の首長の代表権の解釈ということになる）。

以上を要約すると、行政機関の行為によって、国や自治体と私人との間に権利義務関係を発生させ、適法な実力行使を実現するには、その旨の授權が「もって必要である」ということになり、その意味で、「法律の留保」を語ることができないわけではない（前出の〔表〕における、「法律の留保論その1」である）。もっともこのような意味で「法律の留保」ないし「法律の根拠」の言葉が自覚的ないし一貫して使われることは比較的稀である（そのひとつの理由は、いわ

(85) 現行法ではこうした規定のおかれるのが普通である。「誰が」については、会計法・地方自治法に規定がおかれている。会計法13条3項（支出負担行為担当官）、同29条の2（契約担当官）などである。兵藤広治『財政会計法』207-208頁、260-262頁（ぎょうせい・1984）など参照。「どのような内容」についても同様である。しかし一般的には、「契約をなすために法律の根拠は不要であるとされている。しかし、国有財産法、会計法、地方自治法などで認められている範囲の契約しか認められないのである」（阿部『システム下』497頁）とされる。しかし、一般の法人理論上、そうした限界付けが先行すべきだと考えるべきではなからうか。

(86) 自治体の契約締結における表見代理については、阿部『システム下』501頁、確井光明『要説自治体財政・財務法』168-175頁、204-205頁（学陽書房・1997）（以下『要説』）などを参照。

ゆる法律の法規創造力の問題と完全に重複するからである)。むしろ、断片的にこのような意味での「法律の留保」論が姿を見せているというのが正確であろう。

たとえば、柳瀬良幹博士の唱えたいわゆる全部留保説（ないし権利義務留保説）がその一例であり、博士は法律の留保論は法律の法規創造力から導かれるものだとしている。柳瀬博士は、「法律に規定のない場合に行政が作用することは即ち行政が自ら国民の権利義務について新たな規律をすることで、また法律の法規創造力の原則の違反となるからであって、これを法律の留保というのは、……国民の権利義務について規律することはすべて法律の権能に留保せられるからであると説き、さらに法律の留保すべき範囲は「法律の法規創造力の原則の示す通り」、権利自由の制限侵害のみならず、権利の付与、義務の免除も含むのであり、「凡そ国民の権利義務に関係ある一切の場合に及ぶものと解しなければならぬ⁽⁸⁷⁾」と述べているのである（傍点は筆者）。小早川光郎教授の表現によれば、これは「いわば法の世界に関する限りはすべて議会の立法に従属させる⁽⁸⁸⁾」趣旨であり、まさに上記のような、立法権のみがなしうる、「法的権利義務を創出するための授權」という用語法のもとでの留保論と考えられる。

また、杉村敏正教授の旧説も、権力的な行為形式に視野を限定しつつ、同様の用語法で法律の留保を語るものであったように思われる。すなわち、「国民の権利義務の変動を効果として生じさせる一切の公権的行政は、必ず、法律（または地方自主法たる条例）の根拠を必要とする。国民の身体や財産に対する物理的な力の行使（実力行使）に、法律（または地方自主法たる条例）の根拠を必要とすることは、いうまでもない。したがって、行政機関は……これらの公権的行政を行う権限を当然に有するものではなく、ただ、法律による授

(87) 柳瀬『教科書』24頁。

(88) 小早川『講義上 I』101頁。

権に基づき、その執行としてのみ、これを行いうるに過ぎない。これを法律の留保……という」(傍点原著)としつつ、さらに「国会の制定する法律に行政法規の創造力をみとめる現行憲法の下においては」「法律の根拠がなくては、営業について独占権を設定したり、法律による禁止や命令を解除することはできない⁽⁸⁹⁾」と述べる⁽⁹⁰⁾。

いわゆる権力留保説の代表的論者である原田尚彦教授は、「行政庁が権力的な行為形式によって活動する場合には、つねに法律の根拠が必要である」というテーゼを次のように説明している。すなわち、「法律の根拠がなければ、いかに公益上の必要があっても、行政庁は行政立法とか行政処分といった権力的な行為形式によって国民に命令を発したり、強制手段に訴えて国民の自由を制約することはできない(法律に根拠のない行政機関の実力行使は、不法な暴力行為とみるほかはない)。法律に根拠がなければ、行政庁は、行政指導とか行政契約などの非権力的な行為形式を用いて国民の同意と協力のもとに行政需要に対応していくほかない⁽⁹¹⁾」という説明である。さらに言えば、行政機関が自らの行為によって、単に国と私人の間に権利義務関係が創出されていることを主張したいだけに止まらず、それが権力的に創出されたと主張したいならば(その実益は、取消訴訟の排他的管轄および出訴期間の徒過にある)、前もって法律でそのような趣旨の授權がなされていることが必要であるとも言えるであろう。権力説においては、権力性を創出できるのは法律のみであるという意味で、権力的な行政活動に法律が先行する必要があるという意味で、「法律の留保」

(89) 杉村『総論上』42-43頁。

(90) 杉村教授の見解が完全全部留保説と呼ばれるのは、全訂版において、本文引用の後に、「一切の公権的行政はもちろん、非権力的公行政についても、法律(または地方自主法たる条例)の根拠を必要とする」との一文が追加されたためである。この点については、杉村敏正『「法律の留保」論についての覚え書』同『統法の支配』28-31頁、および後出注(171)参照。

(91) 原田尚彦『行政法要論(全訂第三版)』76頁(学陽書房・1994)(以下、『要論』)。

が語られているわけである。しかし、「法律の留保」ないし「法律の根拠」の語をこのような意味では用いない論者（こちらが主流と思われる）からは、権力説の述べている事柄は法律の留保の問題ではないとの批判を受けることとなる⁽⁹²⁾。

さらに、いわゆる係留杭抜き事件の最高裁判決は、まさにこの問題として案件を解決したものと考えられる。一般に実力行使（杭を抜くこと）は法律（条例）上授權されていなければ不法行為になるという視点から問題を分析し、当該事案は不法行為を成立させるような違法状況ではないと考えて、杭撤去の強行は「緊急の事態に対応するためにとられたやむを得ない措置であり、民法720条の法意に照らしても」公金支出の違法性を肯認することはできないという結論を下したものと理解されるからである⁽⁹⁴⁾。ちょうど、逮捕監禁が法律上授權されたものでなければ、単に不法行為になってしまうのと同じことである。

さて、このような意味での「法律の留保」論は、米国においてとくに議論の対象にされているわけではない。その理由として、第一に、憲法構造（権力分立）上あまりに当然であること、第二に、わが国のような「権力性のある行為」

(92) 後出注(156)及び該当する本文を参照。

(93) 阿部『システム下』694-695頁、芝池『総論講義』49頁、小早川『講義上I』108頁（「立法の定めがなければ権利賦与行為が“権力性”をもちえないことを意味するにとどまり、その権利賦与行為自体について、それが立法の根拠なしには行われえないとするものではない。」）、塩野『行政法I』64頁（法律の根拠の問題と権力の所在の認定方法の問題との混淆）。権力説論者のひとりである原田尚彦教授は、この批判を受け入れられ、「厳密に言うと、もはや『留保』という概念を用いて議論する……実益はない」と言われている。原田『要論』76頁。その他の権力説の論者の対応については、後出注(205)-(207)を参照。

(94) 最判平成3年3月8日民集45巻3号164頁。塩野教授は、同判決を「損害賠償責任としての違法の問題を民法的論理のもとで判断した」ものと理解できるとされる。塩野『行政法I』65頁注2、同「法治主義の諸相」法学教室142号11頁、18頁（1992）。この点につき、桜井敬子・法学協会雑誌110巻10号1564頁、1574頁（1993）参照。したがって同判決は、もうひとつの法律の留保問題（主流派の意味での）には答えていないことになる。この点については、後出注(169)および該当する本文を参照。

という考え方と無縁であるため、権力説的な関心が生まれることさえなかったことが考えられる。例外的に頻繁に言及される場面は、次の二つである。ひとつは、いわゆる「立法的規則」と「非立法的規則」の区別に関する命題であり、「行政立法は、具体的な法律上の根拠 (a specific grant of legislative authority) に基づくものでなければ、法としての効果 (force and effect of law) を有しない⁽⁹⁵⁾」というものである。いまひとつは、政府契約である。政府契約については一般的に、「行政官が合衆国を拘束するような契約を締結する権限は、法律として制定された規範の中に見いだされなければならない⁽⁹⁶⁾」とされる。日本式に言えば、ある行政機関（行政職員）が契約を締結するには、法律上の根拠が必要だというわけである（または、連邦議会の「歳出承認」(appropriations)⁽⁹⁸⁾上の根拠でもよい⁽⁹⁹⁾）。そのような前提にたった上で、たとえば連邦法に次のような定めがある（〔 〕内は筆者による補充）。

41 U.S.C. § 11.

(a) 「〔湾岸警備隊の通常装備のためにする契約・購入を〕……国防省および運輸省が行う場合を除き、〔一般に〕合衆国のための契約ないし購入を行うことは、それ〔当該の契約ないし購入〕が法律により授権されてい

(95) 前出注(73)参照。また後出注(209)も参照。

(96) 米国の政府契約法にかかるわが国での研究として、竹中勲「アメリカにおける政府契約の法的コントロール(一)～(三完)」民商法雑誌77巻3号60頁、4号55頁、5号27頁(1977)(以下「政府契約」)がある。

(97) New York Mail & News Transportation Co. v. United States, 154 F. Supp 271, 275 (1957). 竹中「政府契約(一)」77巻3号67頁、73頁注8参照。

(98) 連邦憲法第1条9節7項は、次のように定める。「すべて国庫からの支払は、法律によって行う歳出承認(Appropriations made by Law)に従うのでなければ、これを行ってはならない」。この歳出承認法(appropriations act)については、たとえば A. SCHICK, THE FEDERAL BUDGET 129-164 (The Brookings Institution 1995)に要領のよい説明があり、また日本法との比較については、田中治『アメリカ財政法の研究』3-34頁(信山社・1997)(以下『アメリカ財政法』)を参照。

(99) 竹中「政府契約(一)」77巻3号67-68頁。

る場合、またはその〔当該の契約ないし購入の〕実施に必要な歳出承認 (appropriation) に基づくものである場合を除き、許されない。」

- (b) 「国防長官および運輸長官は、……〔湾岸警備隊の通常装備のためにする契約・購入につき〕……上記(a)項で認められた権限を行使したことを直ちに連邦議会に通告しなければならない。また、上記(a)項で認められた権限による予想負担額を四半期毎に報告しなければならない。

同じことは、連邦政府のみならず州や自治体レベルでも広く妥当するようである。たとえば、自治体のために契約を締結する権能は議会に存することから出発点して（常にあるいは一定の種類のものに限って、自治体の契約を条例の形式で行うことを要求する自治体憲章ないし州法の例さえある⁽¹⁰⁰⁾）、自治体においては、「議会は別として、行政官や委員会は、州法や自治体憲章、または自治体議会がその〔契約締結〕権能を委任する旨の授権を通じて、適正に権能を与えられる (duly empowered) のでなければ、自治体を拘束する契約締結する権能 (power) を有しない」と言われる（〔 〕内は筆者⁽¹⁰¹⁾）。ちなみにイギリスでも、自治体の「行政機関 (authority) が、特定の契約 (a particular contract) を締結する制定法上の権限 (statutory power) を与えられているのでなければ、その契約は無効である」とするものがある⁽¹⁰²⁾。（蛇足ながら、このような発想よりすると、わが国の地方自治法96条1項5号の契約についての議会の議決の性格付けについても、興味深い示唆が得られよう。）したがっ

(100) E. MCQUILLIN, THE LAW OF MUNICIPAL CORPORATIONS (3rd ed.) vol.10, at 335 (Callaghan 1990).

(101) MCQUILLIN, supra note 100, at 315. 歳出承認 (appropriation) が必要かどうかについては、Ibid., at 340-346.

(102) IAN HARDEN, THE CONTRACTING STATE 37 (Open University Press 1992).

(103) 議決を契約締結権限の立法権による授権と同質と考えるわけである。前出注(85)および該当する本文を参照。ちなみに議決を欠く契約は、無効と考えられている。

て米国では一般的に、政府契約（調達契約）の締結については、どのような内容の契約を、どの行政機関が、合衆国・州・自治体の代理人としてなしうののかについて、法律・条例における授權規定(authorization)がなくてはできない（または歳出承認でもよい）—— そうでなければ、当該の契約は、無権代理として、無効であり、政府はこれに拘束されない—— ことになる。ちなみに米国連邦法では、どの行政官に、いかなる内容の契約締結権限があるかは、法令を見ればわかるはずだということから、政府契約に表見代理や信賴保護の原則は働かない、というのが判例の趨勢だとされている。⁽¹⁰⁴⁾

(b) 立法権の放棄禁止（白紙委任の禁止）

いまひとつ、行政活動と「立法権」との関係で必ず論じられるのは、国会が行政機関に任務を与える際、国会は自らが憲法上独占すべき立法権を放棄するに等しいような与え方をしてはならない、ということである。

米国では、立法権そのものを他者に委ねることの禁止という意味で、この考え方は「立法権の委任禁止の法理（non-delegation doctrine）」と呼ばれる。「立法権」が議会固有の権能であることから、それを他のどのような国家機関（行政機関を含む）であれ、あるいは私人にであれ（いわゆる private delegation の禁止）、⁽¹⁰⁵⁾丸ごと委ねてしまうことは許されないというわけである。

碓井『要説』205頁。

(104) 竹中「政府契約（一）」77巻3号73頁注13参照。

(105) Private delegation の禁止は、州法が許可申請の諾否や規制の有無を周辺住民の同意に委ねる州法につき、州議会がなんら判断基準を定めないのでそうした権限を付近住民に与えることは、連邦憲法14条違反であるとする一連の連邦最高裁判決に見いだすことができる。Eubank v. Richmond, 226 U.S. 137, 143-144 (1912)（一定以上の住民の賛成があれば建築線規制をしてよいという州法は違憲）；Seattle Title Trust Co. v. Roberge, 278 U.S. 116, 120-122 (1928)（孤児院・養老院の設置につき付近住民の同意を義務づける州法は違憲）。もっとも、完全禁止でできるような活動について、付近住民の賛成があればこれを認めるという制度であれば違憲ではないとする判決もある。Cusack v. City of Chicago, 242 U.S. 526 (1917)（広告板は倒

米国ではジョン・ロックの次の言葉がよく引用される。「[人々の立法権能が立法府に移されたものである以上] 立法府の権能は、……法律を作ることであって、立法者を作ることではない。立法府は、法律を作るというその権限を、他者の手に移すという権能を持ち得ないのである。」⁽¹⁰⁶⁾

なお、この禁止は、行政機関が行政立法という形式を用いる場合に限られる問題ではない。許認可権限の行使であっても、あまりにも広汎な判断権限が与えられている場合には、やはり連邦議会の固有の「立法権」が行政機関に委ねられているという懸念が生まれるのである。⁽¹⁰⁷⁾しかし、議会は立法の一部を行政機関に委任することは、自ら以外に立法者を作る程度に至らない限り許容されるということは、連邦政府の成立当初より広く受け入れられてきたところである。

その限度をめぐって、米国では古くより多くの判例があるが、しかし有効な判断基準を形成してきたわけではなく、⁽¹⁰⁸⁾立法権委任禁止の法理は、連邦最高裁

壊等により害悪を及ぼす存在であるから、付近住民の過半数の賛成があれば許可できるという制度は合憲である)。また次の文献を参照。Jaffe, *Law Making by Private Groups*, 51 *Harvard L. Rev.* 201 (1937); McBain, *Law-Making by Property Owners*, 36 *Political Science Quarterly* 617 (1921).

(106) J. LOCKE, *SECOND TREATIES OF CIVIL GOVERNMENT SECTION* 141 (1690).

(107) たとえば次の判決を参照。Carlson v. Landon, 342 U.S. 524 (1952) (未決拘留中の外国人につき、司法長官に拘留継続・保釈等の権限が与えられているところ、その根拠法律に判断基準は明示されていないが、違憲な立法権の委任ではない); Lichter v. United States, 334 U.S. 742 (1948) (戦争長官が軍用調達契約の相手方に再交渉を強制する権限があることは、「過剰な利益」という基準に縛られているので、違憲な立法権委任にはあたらない); Wichita R.R. & L. Co. v. Public Utilities Commission, 260 U.S. 48 (1922) (州公益事業委員会の料金改定命令権限); Mutual Film Corp. v. Industrial Commission of Ohio, 236 U.S. 230, 245-246 (1915) (オハイオ州の定める映画検閲の基準は抽象的ではあるが、検査委員会への違憲な立法権の委任にはあたらない); Union Bridge Co. v. United States, 204 U.S. 364 (1907) (川の通行の妨げとなる橋に対する変更命令は、立法権の違憲な委任にはあたらない)。なお前出注(76)も参照。

(108) 判例および学説の概観として、STRAUSS, RAKOFF, SCHOTLAND & FARINA, *supra* note 47, at 82-102.

においては基本的に「不発」であったと言われる。1930年代にニューディール立法に対する反動としていくつかの連邦法を、立法権丸ごとの委任であるとして違憲無効とし、また1980年代に再び保守派の動向として「一部復活」が語られている程度である。違憲な丸ごとの委任ではないかというための判定基準として、シェンブロッグ教授は、“法律の中にその解釈にあたって参照すべき価値判断が示されていること”を提唱している⁽¹⁰⁹⁾。議会が民主的意思決定の集約の場として設定されていることから、社会の全体的方針決定に関わる民主的決定の議会による意思表示、すなわち法律でその点の意思が表明されていないというわけである。

米国の立法権の委任禁止法理と同じことは、日本国憲法のもとでは、41条（立法権）にかかる「白紙委任の禁止」として論じられている。しかもわが国の場合、白紙委任禁止は、いわゆる「法律の法規創造力」のあり方という観点から議論されており、その結果、法律と法規命令の間の問題と捉えられるのが普通である。つまり、①法律（国会）からの委任ないし授權があれば、法律それ自身でなく行政機関限りで私人の権利義務の内容（法規）を定めることは、憲法も否定していない（その根拠として挙げられるのが、憲法73条6号である）、②ただし、「法律のみが法規創造力を有する」のが原則である以上、その委任ないし授權の仕方には一定の制約がある（細目等に限られるなど）、という問題設定で議論されている⁽¹¹⁰⁾。すでに委任規定（授權規定）がある場面について、

(109) 主要連邦最高裁判決は、STRAUSS, RAKOFF, SCHOTLAND & FARINA, *supra* note 47, at 82-94のほか、わが国での研究として、豊富な判例を扱いその要旨を示して分析する最近のものに駒村圭吾「アメリカ合衆国における『立法権委任法理』の展開（一）（二・完）」慶応義塾大学法学研究67巻3号25頁、4号35頁（1994）があり、やや古い水野豊志『委任立法の研究』258-320頁（有斐閣・1960）も有益である。

(110) Shoenbrod, *The Delegation Doctrine: Could the Court Give It Substance?*, 83 *Michigan L.Rev.* 1223, 1252-1260 (1985).

(111) たとえば、塩野『行政法I』80頁は、「法律の法規創造力の意義を失わせるような委任の仕方は許されない」として、「法規」にかかる問題であるという見方を明示し

その委任の仕方が取り上げられているわけである。しかしながら、憲法41条に反する白紙委任かどうかという問題は、委任規定の有無とは無関係に生じるはずである。たとえば外務大臣の再入国許可（出入国管理法26条）を考えてみると、許可基準に関する具体的な委任規定はないものの（同法69条で執行命令の規定はある）、再入国許可をするかどうかという行政行為レベルを見るならば、行政機関に極めて広汎な裁量が委ねられているのであり、ここにやはり白紙委任の問題は生じるのである（行政規則があってもそれは、裁量基準ということが多くであろう）。このように、委任規定の有無を問わないとすれば、翻って、行政機関側の行為形式——委任命令（法規命令）、行政規則、行政行為等々——も問わないということになる。さらに、法律上の行政指導（法定の勧告など）を考えるならば、これについても論理的には、いっとう勧告するかについて法律が白紙委任であってよいかを憲法41条から考える余地は十分あるように思われる。白紙委任の問題を、憲法41条違反の問題と捉える限り、「法律の法規創造力」からの問題関心は、その一部を構成するものの、すべてではないと整理すべきであるように思われる⁽¹¹²⁾。行政機関が、行政立法の形式で

ている。また、同書81-82頁注2は、教科書検定という「国家と国民の間を規律する重要な法的仕組み」それ自体が「法規命令に委ねられる」というのでは、法治主義違反であるという説明の仕方をしている。教科書検定の法治主義違反を言うのに、法律と法規命令の関係として論じるものとして、ほかに、杉村『統法の支配』57-63頁、芝池『総論講義』58頁注5、119頁注1などがある。

なお筆者は現在のところ、平岡久教授の指摘にならない、法規命令たりうるにはすべて委任命令である必要があるのではないか、したがって執行命令の特別扱いは認めるべきではないのではないかと考えている。平岡久『行政立法と行政基準』23-29頁（有斐閣・1995）参照。

(112) ちなみに、塩野『行政法I』82頁注3は、従来「委任立法の限界論」として議論されきた問題は、法規創造が行政機関に委任される場面に限られたのであって、「形式的には法律の委任の形をとっていても、厳密な意味での法規に当たらない場合には、通常の限界論とは異なったアプローチをとる必要がある」とし、塩野・前掲論文（注94）19-21頁では、「私人の権利義務に直接関係するものではない自衛隊の海外派遣にかかる政令について、政令への委任規定が広きに過ぎるものかどうかの判定基準は、「文民統制の一貫としての国会の統制という観点」であり、従来の委任立法の限界論とは趣を異にすることを示唆している。そうすると、むしろ憲法41条の方からこれらを

あれ、行政行為の形式であれ、あるいは行政指導という形式であっても、まったく自由に価値判断をする余地が、法律によって与えられているのであれば、国会が自らの憲法上の責務を放棄していることに変わりはない。行政機関がいかなる行為形式をもって活動するかは無関係に、およそ国会が行政活動を創出する際には、国会はその独占する立法権を行使し尽くしておく——基本的価値・方針を決定しておく——ことが、憲法41条から要請されるというべきであろう。

以上を要するに、日米ともに権力分立上、国会・連邦議会に「立法権」が独占させられていることから、国会・連邦議会が行政活動を創出する際には、どこまで詳細にあるべき行政活動について自ら定め尽くしておかなければならないかという問題が生ずるのである。「立法権の放棄に至らない程度に」という観点をどのようにパラフレーズすべきかという問題であるから、立法権の属性——法的関係を左右しうる権能であることや、民主的意思集約の機関であること——から、この基準が様々な追求されることとなる。

(c) 司法権、および行政権の占奪禁止

独占的権能の分配としての権力分立から見た行政活動については、以上のほかに次のような問題がある。

第一に、行政活動による司法権の占奪禁止という問題がある。わが国の場合、憲法76条2項で「行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」と定められていることや、いわゆる実質的証拠法則が司法権の独占に反するのではないかという問題⁽¹¹³⁾が、ここに位置づけられる。米国連邦憲法第3条の司法権規

統一的に、法律（国会）が自分のなすべき仕事をしていないという観点から考える方策を検討すべきではなかろうか。そしてここに、後で述べる本質性留保理論との重複の芽が現れているように思われる。教科書検定を素材に、阿部泰隆教授は、重要事項留保（本質性留保）と白紙委任とを連続的に捉えている。後出注（191）を参照。

(113) 塩野『行政法Ⅰ』108-109頁（「事実認定が司法権の専権であるというのは、比較

定においても同様の問題があり⁽¹¹⁴⁾、米国行政法において行政活動に対する司法審査が形成された18世紀末から19世紀はじめにかけての一連の判決にこの種の法理展開が顕著に見られたところである⁽¹¹⁵⁾。

第二に、内閣の独占すべき「行政権」が、行政機関によって占奪されること(つまりそのような法律を国会が定めること)の禁止という問題が生じうる。

わが国におけるいわゆる行政委員会の違憲論(行政権が内閣に属することに矛盾しないか)がこの問題に該当するであろう。この論点につき、一般的に引照されるのは、「完全な意味において内閣から独立な地位にある行政機関を設けることは、憲法上認められている会計検査院を除いては許されない」が、行政委員会は「きわめて弱いながらもなお内閣……の統轄の下にある」(つまり、人事権・予算権を有する)から違憲ではないという佐藤功教授の説明である⁽¹¹⁷⁾。つまり、「行政権が内閣に属するということは、……統轄権があることは意味しても、当然に指揮監督権があることを意味するものではない、と考えられている」というわけである。これに対して、塩野宏教授は、行政委員会の人事(任命)や予算を内閣が握ることの指摘だけでは、その職権行使の独立の合憲性を説明するのに十分ではないと指摘する(裁判所も同様の状況に置かれる⁽¹¹⁸⁾)

法的には必ずしも普遍的ではない)、佐藤『憲法』307頁(司法の核心は事実認定ではなく、認定された事実に対する法の適用である)。

(114) 前出注(44)-(47)および該当する本文を参照。

(115) 法理展開については、中川丈久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量(1)」法学協会雑誌107巻4号621頁、628-635頁(1990)を参照。また後出注(201)を参照。

(116) 佐藤『憲法』216-217頁、藤田『組織法』111頁。行政委員会違憲論の代表例とされるのは、青木一男『公正取引委員会違憲論その他の法律論集』36頁(第一法規・1976)である。

(117) 佐藤『組織法』269-270頁。なお、佐藤功教授は続いて、国会によるコントロールがあるからという補強的説明を行っているが、これでは、行政権の占奪かという問題に答えたことにならない。国会によるコントロールは本稿でいう多極的意思形成の保障という別の次元の問題であろう。

(118) 藤田『組織法』111頁。

(119) 塩野宏『行政法Ⅲ』62-63頁注1(有斐閣・1995)(以下『行政法Ⅲ』)。

とともに、内閣総理大臣の指揮監督に服しない行政作用を創り出すこと自体が、国会に認められた裁量であるとの憲法解釈を試みている。すなわち、「行政作用を創出する国会自身が、内閣に責任を負わせることになじまないと判断した結果、これを内閣の指揮監督のもとに置かないとする裁量権を有するものと思われる」と述べている（ただし、政治的中立性など、内閣の指揮監督から外すだけの合理的理由が必要⁽¹²⁰⁾）。

以上の議論状況を踏まえるならば、内閣の「行政権」と行政委員会をめぐっては、次のような憲法解釈が可能であろう。憲法72条は、内閣総理大臣が「行政各部を指揮監督する」と定めているが、その一方で憲法は、国会がどのような行政活動を創り出すべきかについてなんら指定しているわけではない（本稿では、国会が創出する行政活動に視野を限定している）。国会が創出するであろう行政活動の一切が、内閣総理大臣の「指揮監督」を受ける「行政各部」によって担われなければならないとまで、憲法は明言していないのである。そうすると、原則としては「指揮監督」の及ぶ「行政各部」による活動として行政活動を創り出すことが憲法上予定されているものの（原則であるのはその旨の明文があるからである）、その例外は随時可能であると解される。例外が許されるのは、（ちょうど立法権の白紙委任の禁止の限界付けと同様に）憲法65条によって内閣に「行政権」が与えられた趣旨が没却されないような場面や理由がある限り、内閣総理大臣の指揮監督が及ばない行政活動があっても、行政権が丸ごと占奪されたことにならない（当該行政活動を創出する法律は違憲ではない）と考えてよいのではなかろうか、たとえば、独占禁止法を民法的秩序の一環として捉えるのであれば、その執行を担当する行政委員会は、政治的な影響下になくことが望ましいと言いうことができ、内閣からの独立性を肯定する要素となるであろう。逆に、独占禁止法は政治的決断を必要とする産業政策だ

(120) 塩野『行政法Ⅲ』61頁。

と捉えるのであれば、内閣からの独立性を認める理由はないこととなろう。内閣からの独立性の方向に傾かせる要素としてはほかに、表現の自由に関わること(放送行政など)や、非政治的で自己完結的な独自技術を駆使する専門家集団という行政イメージ(それが期待される行政分野ないし時代)が挙げられよう。いずれにせよ、行政委員会を除くと、内閣の固有の行政権を占奪する行政活動(を創出する立法)かどうかといった議論は、わが国ではまだ現れていないようである。

米国連邦憲法では、その第2条の定める執行権(executive power)が、権力分立上、議会在法律によっても占奪しえない、大統領に固有の権能であると一般に理解されており、その結果行政活動を創出する法律が、大統領の執行権を侵害するものとして違憲とされることがある。

古い例として1920年の連邦最高裁判決は、大統領による上級郵便局長の罷免権限を制約する法律を違憲とし、「法律の定めるところによってなされる行政官らの通常の職務執行は、大統領の総合的な行政コントロール(general administrative control)の下に置かれることとなるが、これは大統領に執行権が付与されているがゆえである。大統領は、法律の統合的かつ統一的な執行を確保するという目的から、行政官達はその授権法をどう解釈するかについて、適切に監督し指導することができるのであって、これは憲法第2条が大統領だけに一般的な執行権を付与していることから明らかである」と述べている。

大統領のこうした執行権が完全には及ばない行政活動を作る法律が違憲かどうかという問題も、わが国の行政委員会違憲論と同様に存在する。最近の例では財政赤字の強制的削減を狙ったいわゆるグラム・ラドマン・ホーリング法が、

(121) *Youngstown, Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 634 (1952)
(ジャクソン裁判官の同調意見が、執行権と立法権それぞれに固有の範囲があるとした箇所)がよく引用される。

(122) *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 135 (1926).

同法の重要な執行機能を、独立委員会や各省行政機関ではなく、連邦議会の付属機関である会計検査院長（Comptroller General）に与えたことを理由に、連邦最高裁に違憲とされている。⁽¹²³⁾ また、レーガン政権は、独立規制委員会の違憲論を主張したことがあるが、⁽¹²⁴⁾ これは同政権における、大統領主導の規制緩和政策というコンテキストのなかで試みられたものである（後述するように、レーガン政権は、統轄下の各省行政機関に対しては、大統領命令を通じて、規制緩和の方向付けを強力に押し進めていた⁽¹²⁵⁾）。さらにまた、行政機関の法律上の執行裁量（訴追裁量）を奪うような立法が、大統領の執行権（行政機関の法執行のあり方を、法律の範囲内で、政治的政策的に誘導すること）を占奪することにならないかという問題があり、また後述する「議会拒否権」が大統領の執行権を脅かすものではないか、⁽¹²⁶⁾ などの問題がある。⁽¹²⁷⁾（なお、ドイツにおいては、「行政の留保」と「執行権の留保」という議論がなされている。）⁽¹²⁸⁾

(123) Bowsher v. Synar, 106 S. Ct. 3181 (1986). 同判決については、松井『アメリカ憲法』62-68頁、および田中『アメリカ財政法』137-151頁参照。

(124) この問題の検討として Verkuil, The Status of Independent Agencies After Bowsher v. Synar, 1986 Duke L. J. 779 (1986) が参考になる。

(125) 後出注 (143)-(144) および該当する本文を参照。

(126) 後出注 (146)-(148) および該当する本文を参照。

(127) 退去強制にかかる議会拒否権を違憲とした1983年の連邦最高裁判決の法廷意見は、本稿でいう多極的な意思形成としての権力分立の次いで問題を捉えたものであった（後出注 (150) および該当する本文を参照）。しかしこの違憲判決の同調意見（パウエル：本件のような具体的私人の権利義務を左右する議会拒否権は、司法権の占奪にあたる）や、反対意見（ホワイト：執行権侵害はないと述べる部分）に明らかのように、別の論点、すなわち議会拒否権が、大統領固有の執行権や最高裁判所の司法権の占奪になるかという問題もある。松井茂記「岐路に立つアメリカ行政法（Ⅱ）」阪大法学135号27頁、39-42頁（1985）、松井『アメリカ憲法』61-62頁を参照。こちらの問題は、本稿でいう独占的権能の分配としての権力分立の次いで、議会拒否権を捉えたものと考えられる。

(128) 大橋洋一「H・マウラー、F・E・シュナップ『行政の留保』（上・下）」自治研究61巻12号113頁、62巻1号94頁（1985-1986）。

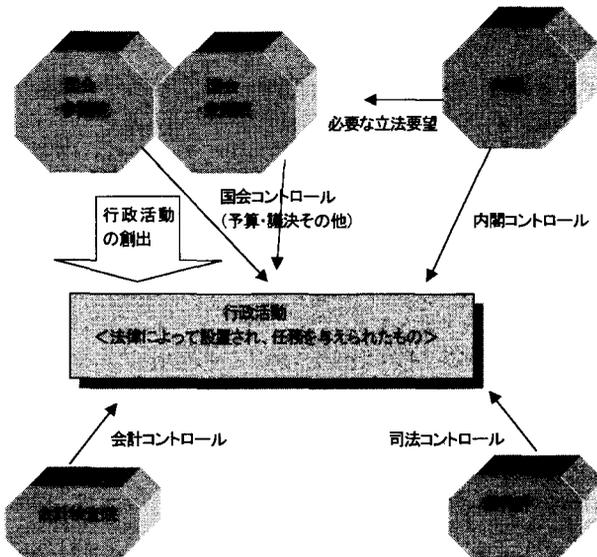
(3) 多極的な意思形成としての権力分立上の要請

国家機関の間の協働と対抗による多極的意思形成を保障する仕組みとしての権力分立という視点にたつと、行政活動は次の要請の下にあると考えられる（〔図3〕を参照）。

- (a) 内閣・大統領が行政活動に対して行いうる諸種のコントロール
- (b) 裁判所や国会・連邦議会が行政活動に対して行いうる諸種のコントロール（なお、行政活動を創出する法律制定は、考察の前提であるので含めない）

憲法上問題となるのは、各コントロール間の競合である（たとえば、国政調査と裁判審理）。以下ではとくに、(a)に注目してみたい。

〔図3〕「多極的な意思形成としての権力分立」と行政活動



(a) 内閣による行政活動のコントロール

ここでとりあげるのは、国会が創出した行政活動について、内閣が憲法上の権限として行う外部的介入である。それは内閣の国会に対する政治的責任という観点から行われる介入である（この介入は、当然のことながら、行政活動を作り出す各法律の枠を超えて活動させるように行使できるものではない⁽¹²⁹⁾）。たとえば、棟居快行教授は、国会が行政を「法律を通じて法治主義的にコントロールする方法」に対して、国会が「議院内閣制というメカニズムを使ったコントロール」をすることを対比させ、前者が法的なコントロールであるのに対し、後者は「国会が内閣の政治責任を追求していくコントロールで、政治的なコントロール」であると述べている⁽¹³⁰⁾。見方をかえれば、その「議院内閣制コントロール」は、まさに内閣自身による行政活動コントロールであって、自らの国会に対する政治的責任の観点から「統轄下」の行政各部に対してなされるコントロールであるということが出来る。吉田栄司教授も、国会は「行政の法律適合性の要請を貫き、併せて責任追及機関すなわち統制機関として統治の対国会責任性の要請を貫くべき存在」であると述べている⁽¹³¹⁾。内閣のこのようなコントロールは、近時の行政改革会議においては、「内閣機能の強化」の観点からより積極的に行使すべきものとして急速に注目を浴びるに至ったところである⁽¹³²⁾。

(129) たとえば、芝池・前掲論文（注64）117頁は、内閣による「総合調整の対象は、行政の裁量行使のあり方である」と述べていることが参考になろう。

(130) 棟居快行『憲法学の発想1』73-74頁（信山社・1998）。また同書85-86頁も参照。なお、棟居教授の意図は、この両コントロールが国会に帰属するところに、その「最高機関」性（憲法41条）を見るところにある。このほか、佐藤『組織法』269頁も、「内閣に行政権を独占せしめ、それを国会のコントロールの下に置くならば、あらゆる行政権が国会のコントロールを通して国民のコントロールの下に立つ」と述べる。

(131) 吉田・前掲論文（注41）351頁、371-372頁。

(132) 行政改革会議『最終報告書』9-24頁（1997）。また、長谷部・前掲論文（注59）参照。もちろん、それ以前からこうした議論はあった。たとえば、行政国家現象とい

内閣（および内閣を代表する総理大臣）による行政活動のコントロール関係を、憲法条文に沿って見てみよう。内閣の職権として「法律を誠実に執行し、国務を総理する」こと（73条1号）、および内閣総理大臣の職務として「行政各部を指揮監督する」こと（72条）、さらに、憲法66条3項では、「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」ことなどが定められている。

まず、内閣の職権たる「法律を誠実に執行」することは、次のように理解される。内閣は、その所轄下の行政機関が国会から指示された行政活動を遂行するにあたって、法律の「誠実」な執行であるようこれら行政機関を恒常的に監督する立場に立つことが憲法上予定されていると解される。「誠実に」（英文では *faithfully*）というかなり主観的にも響く言葉が使われているのは、行政法で普通議論するような意味での合法性（適法性）や、裁量濫用のない状態といった意味のみならず、政策合理性・専門合理性や政治的な意味合いを持たせたものと解するのが素直であろう。⁽¹³³⁾ この条文につき、佐藤幸治教授は、「法律を直接誠実に執行するのは行政各部なのであって、内閣自体ではない」から、「法律を誠実に執行させるようにすること」を意味するものと述べている。⁽¹³⁴⁾

「国務を総理する」の文言は、行革会議の最終報告書が特に重視したものであり、「高度の統治・政治作用、すなわち、行政各部からの情報を考慮した上での国家の総合的・戦略的方向付け」を意味すると述べている。⁽¹³⁵⁾ この文言について、従来の憲法学説においては、後述の「行政各部を指揮監督する」と同じ

う文脈の中で「執行権強化」の方向付けを主張する中川剛『憲法評論』205-289頁（信山社・1996）（初出1987）がある。

(133) 清宮『憲法I』318頁は、行政行為が「法律に適合して」行われるのは当然のことであって、「憲法が、特に、法律を『誠実』に執行するといっているのは」、最高にして唯一の立法機関たる「国会の意志に対する内閣の態度を指示するものである」と指摘する。

(134) 佐藤『憲法』211頁。

(135) 行政改革会議『最終報告書』9頁。

趣旨だとするものもあったが、「内閣は立法、司法の状態について注意し、例えば、如何なる法律が新に必要なかを考え」ることとする説（佐佐木惣一）、「国政全般について配慮する権利と義務」とする説（小嶋和司）、「恒常的活動機関である内閣が、国政全般について配慮すること」とする説（山本浩三）がある。⁽¹³⁶⁾ 佐藤幸治教授は、「行政各部の上において」、国家の「総合的・一般的な政策のあり方ないし国政のあり方について絶えず配慮すべき立場」を意味すると述べている。⁽¹³⁷⁾

「行政各部を指揮監督」する権限⁽¹³⁸⁾は、内閣総理大臣の國務大臣罷免権に担保されたものであり、「最高の調整機能ないし調整権力」として「統轄すなわち調整」という観点から行われるものであると説明される。⁽¹³⁹⁾ また、ロッキード事件の最高裁判決によれば、内閣総理大臣は「行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等を与える権限を有する」ものである。⁽¹⁴⁰⁾ そして行革会議の最終報告書はその積極的な行使を求めているところである。⁽¹⁴¹⁾

以上に挙げた諸学説は、いずれも、行政活動に対する内閣（およびその手足となる内閣補助部局等の官僚組織）による、憲法上の特別の介入（一段上からの介入）という、一致した認識を示すものといえよう。ちなみに国家行政組織

(136) 山本浩三『『国務を総理する』の意味』憲法の争点(新版)(ジュリスト増刊) 189頁(1985)の整理による。

(137) 佐藤『憲法』211-212頁。このほか、高橋・前掲論文(注6)45頁(「行政権は、常に、問題を予測し、国会に積極的に働きかけ、法律制定を求めて行くことが想定されているのである」)、長谷部『憲法』362-363頁参照。

(138) これに基づき、内閣法は、「内閣総理大臣は、閣議にかけて決定した方針に基いて、行政各部を指揮監督する」(6条)、「内閣総理大臣は、行政各部の処分又は命令を中止せしめ、内閣の処置を待つことができる」(8条)と定める。

(139) 佐藤『組織法』300-307頁。

(140) 最判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁。なお、同判決の問題点(とくに閣議との関係)については、塩野『行政法Ⅲ』51-53頁、および佐藤『組織法』306-308頁参照。

(141) 行政改革会議『最終報告書』12-13頁。

法が、内閣の「統轄」の下に行政機関を配置するとしているのも、以上に述べた理解と整合的である。同法は、「国家行政組織は、内閣の統轄の下に、明確な範囲の所掌事務と権限を有する行政機関の全体によって、系統的に構成されなければならない。」「国の行政機関は、内閣の統轄の下に、行政機関相互の連絡を図り、すべて、一体として、行政機能を発揮するようにしなければならない。」(2条1項・2項)と定める。これは、行政活動に内閣の固有の観点からのコントロールを予定しているものと理解されるのである。(以上のようなコントロールが、いつどの場面でどの程度無くても、憲法65条の「行政権」が占奪されたことにならないかは、四(2)(c)で述べたところである。)

さて、以上と同様のコントロール関係は、米国連邦憲法の条文に明確に見取ることができる。すなわち第2条第2節第3節において、大統領は、官吏任命権(ただし上院の助言と同意が必要)や、各省(executive Departments)からの意見聴取権、連邦議会に対し国勢(Information of the State of the Union)を報告し、必要と思われる措置を議会が考慮するよう勧告すること、「法律が誠実に執行されるよう配慮すること」などを定めている。

このほか大統領は、各省行政機関宛てに出される大統領命令(executive order)を通じてコントロールすることができる。とくに1960年代のニクソン以来、歴代大統領は大統領命令を用いて、大統領府の管理予算局(Office of Management and Budget: OMB)による事前審査という総合調整の仕組みを開発した。各省行政機関が規則制定をするにあたってOMBの審査を義務づけることにより、それらが歴代政権の政策関心により適切な規則制定となるよう試みてきたのである。たとえば、ニクソン政権時の大統領命令は、環境に関わりのある規則についてOMBで「生活の質」の観点からの審査を行うとしたが、それは事実上EPAの規則制定を狙い打ちしたものであった。フォード大統領の大統領命令は、各省が、一定程度以上大きな影響を及ぼす法律制定を連邦議会に求めたり、自ら規則制定をしようとするときには、インフレーション

ン影響評価書を作成するよう義務づけるものであった。カーター政権下では、新規規則制定のみならず既存規則についても大統領命令に示された政策方針に沿うものであるよう各省行政機関が配慮することがより一層詳しく義務づけられたのである⁽¹⁴²⁾。

この手法は、規制緩和を強く唱えるレーガン大統領の登場により、極めて包括的な規制管理（あるいは規則管理）システムへと発展した。レーガン政権は大統領命令により、各省の官僚組織に対して、様々な規制緩和のための考慮（規則制定前にコスト・ベネフィット計算を義務づけるなど）を求めたが⁽¹⁴³⁾、この命令は極めて広汎な義務付けを及ぼすものであったため、憲法上の懸念を生むこととなった。連邦議会が創出した行政活動について、その総合調整の仕組みを連邦議会自身が立法するのであれば憲法上の問題は生じないであろうと考えられるが、同じことを大統領が執行権、ないし「法律を誠実に執行させる」という権限の行使として、行ないうるかという問題である⁽¹⁴⁴⁾。これは、①大統領命令によって、各省行政機関の定立する規則の一元的管理の仕組みを創出することが、総合調整の仕組みをとりたてて立法していない連邦議会が意図したところ（各行政機関毎の専門的判断に委ねる意図）を掘崩していると言えないか（法律違反）、②大統領が行政機関の裁量判断を一般的に制約するのは、憲法第2条で与えられた権限（法律を誠実に執行させる）の範囲内のものであるかどうかといった、権力分立上の懸念である。大統領命令による同様の仕組みはそ

(142) 以上の経緯の概観として、Shane, *Presidential Regulatory Oversight and the Separation of Powers: The Constitutionality of Executive Order No. 12,291*, 23 *Arizona L. Rev.* 1235, 1235-1236 & n.4 (1981) や、宇賀『アメリカ行政法』161-185頁参照。

(143) レーガンの大統領命令12,291号はわが国でも注目されたものである。古城誠「レーガン政権と規則審査制度」北大法学論集36巻4号88頁（1982）、宇賀克也『アメリカ行政法』174-185頁、紙野健二「アメリカにおける総合調整の法的検討（1）～（3完）」法律時報59巻3号65頁、4号83頁、7号60頁（1987）などが現れた。

(144) Shane, *supra* note 142, at 1244. なお、同論文は、この大統領命令が出されたとき同時に出了された司法省のメモランダム（当該大統領命令は、権力分立に違反しないことを説明したもの）、およびこの論点に関する連邦議会の調査報告書を分析したものである。

の後も存続しており、現在のクリントン政権の大統領命令は「規制の計画および審査」という標題を持つものである。⁽¹⁴⁵⁾

(b) 裁判所および国会による行政活動のコントロール

以上のような政治的観点からの「内閣によるコントロール」ないし「大統領によるコントロール(executive control)」とは違う観点からなされるものとして、法的観点よりする「司法的コントロール(judicial control)」がある。日本国憲法76条の司法権も、米国連邦憲法第3条の司法権も、その行使の一環として他の国家機関と協働と対抗の関係を取り結ぶ(司法積極主義と消極主義、制定法解釈の仕方など)。

また、国会・連邦議会による行政活動のコントロールを考えることができる。予算や議決が重要なコントロール手段であることはもちろんであるが、ここではそれ以外のものを考えてみたい(本稿で対象としている行政活動は、それ自身法律によって創出されたものであるので、そのような法律自体をコントロールとは呼ばないことにする)。一旦行政活動を創出した国会がその後行政活動のあり方に不満を高めた結果、現行法を改正して、たとえば行動の迅速性やその他細かな注文を付ける法律を新たに定めるならば、これは法律形式を用いた事後的コントロールというにふさわしいであろう。もっともこうしたコントロール性を如実に盛り込む立法は、内閣提出法案が圧倒的であるわが国の立法過程においては、普通には起こらないことであろう。諸種の政治勢力が入り乱れる複雑な立法過程を持つ米国連邦議会においても、一般的にはそれほど現実的ではないが、⁽¹⁴⁶⁾米国では1980年代の連邦環境行政という舞台において、こうした

(145) STRAUSS, RAKOFF, SCHOTLAND & FARINA, *supra* note 47, at 217, 1369-1381 (全文掲載)。

(146) Pierce & Shapiro, *Political and Judicial Review of Agency Action*, 59 *Texas L. Rev.* 1175, 1209-1211 (1981); Shapiro & Glicksman, *Congress, The Supreme Court, and the Quiet Revolution in Administrative Law*,

コントロール性をもつ一連の立法が見られた。連邦議会は、環境保護局 (Environmental Protection Agency: EPA) による環境諸法の執行活動が遅々として進まないこと、そして内容的にも緩すぎるといった不満を募らせ、1980年代に、EPAによる規則制定のデッドラインを法律上明示する一連の立法を行った(規制対象となる有害物質リスト等を定める規則制定が行われなければ、その後の執行活動も行われ得ないから、規則制定がいつまでになされるかは重大な意味を持つのである。⁽¹⁴⁷⁾) デッドラインのほかにも、EPAの判断基準を極めて克明に示したり、EPAが適用除外を認める権限を廃止してしまったり、さらには法律レベルで特定の物質を指定しその使用をEPAが安全な使用方法を発見するまでの間禁止するなどといった規定を置くことによって、EPAの裁量の判断の余地を、相当程度あるいは完全に封じる一連の立法がなされた。⁽¹⁴⁸⁾

いまひとつのコントロール的法律として、米国においては、議会(各院・委員会)によるいわゆる「議会拒否権」(legislative veto)をもちこむ立法がある。イギリスでの慣行に倣って「開発」されたものと言われ、これまで実に多くの法律が立法されてきた。⁽¹⁴⁹⁾ 但、1983年の最高裁判決は、強制退去につき一度なされた行政決定をくつがえす議会拒否権は、憲法第1条1節の「立法権」の行使であると性格付けて(米国における個別法 private acts を想起された

1988 Duke L. J. 819, 842 (1988) (詳細な立法をすることによる行政機関のコントロールという手法は、環境行政以外の分野では、一般に政治的障害を乗り越えるのは困難であろう)。

(147) 規則制定のデッドラインにかかる一連の法律(およびEPAがそれを遵守できなかったことを争う裁判例)については、Shapiro & Glicksman, supra note 146, at 828-836 および黒川哲志「規則制定の遅延とデッドライン(一)(二・完)」法学論叢131巻2号79頁(1992)、133巻1号91頁(1993)を参照。

(148) Shapiro & Glicksman, supra note 146, at 836-840.

(149) 議会拒否権をめぐる議論については McGowan, Congress, Court, and Control of Delegated Power, 77 Columbia L. Rev. 1119, 1132-1162 (1977); Pierce & Shapiro, supra note 146, at 1207-1209 に詳しい。わが国の研究として、松井・前掲論文(注127)、宇賀『アメリカ行政法』195-207頁およびそこに掲げられた文献を参照。

い)、そうである以上憲法が義務付ける両院での審議や大統領への提出を欠くのは権力分立——本稿で言う、多極的な意思形成としての権力分立——に反するとして、憲法違反とされたところである。⁽¹⁵⁰⁾

以上、行政活動は、憲法上、国会・連邦議会のコントロール、内閣・大統領によるコントロール、そして司法的コントロールを受けることとなる。行政過程は、行政機関のする行政活動が、三権からの外的介入を受け、多極的な環境のなかで意思が収斂されていく過程であることが憲法上予定されていると言うことができるのである。

五 「法の支配・法治国」上の諸要請

(1) 行政活動に対するルールの支配のあり方

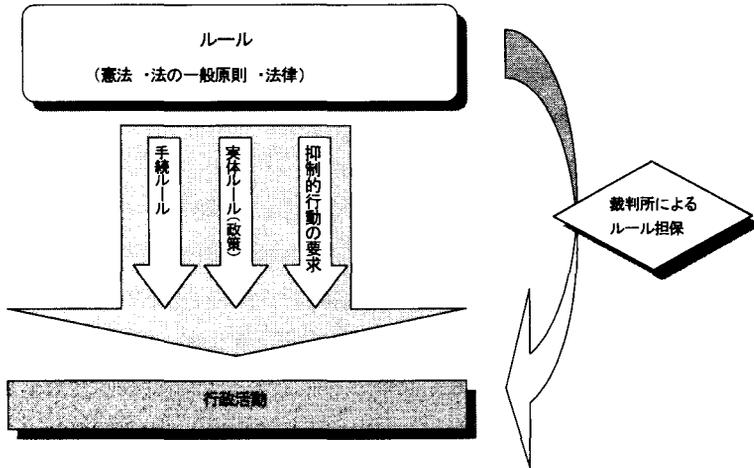
行政活動も、統治活動のひとつである以上、法の支配・法治国思想の下に置かれることになる。そしてそれは、①行政活動がルール（法の一般原則を含む）の下に行われること、②そのことが裁判所によって担保される機会があること、を意味する。わが国の教科書が法治主義の要請として裁判的救済を語る⁽¹⁵¹⁾とき、それは②の意味で、法の支配・法治国の観点からの裁判的救済の機会の保障を言うものと理解される。ここでの中心的問題はどのようなルールへの羈束が求められるかである。日米の議論を素材として、本稿では次の三つのルールに分

(150) INS v. Chada, 462 U.S. 919 (1983). その他の判決について、松井茂記「岐路に立つアメリカ行政法(1)」阪大法学133=134号177頁(1985)のほか、宇賀『アメリカ行政法』195-207頁および松井『アメリカ憲法』60-62頁、71頁を参照。この判決については前出注(127)も参照。

(151) たとえば、田中『総論』190-191頁。藤田『行政法I』60頁は、「法律による行政の原理」と「近代行政救済法の原理」の結合という表現をしている。また、芝池『総論講義』46-47頁は、行政救済は法治主義の実効性担保として重要であるが、法治主義とは別に論じることができ、また実際にもそのような取扱いが行われている、と述べている。

けて考察することとしたい（〔図4〕を参照）。

〔図4〕「法の支配・法治国」と行政活動



第一に、行政活動で用いられる措置ないし行為形式のうちには、その利用が抑制的になされるべきものがあり、そのための諸ルールを探るという問題の立て方がある。たとえば、柳瀬良幹博士が、「法治主義の原則と並んで……挙ぐべきもの」としての「自由主義の原則」、すなわち「行政の作用を以て国民の権利自由を制限侵害するのは行政の目的のために必要な最少限度に止まらねばならぬとする原則であって、……国民は行政の目的上必要でない限り行政の干渉から自由であるべきであることを意味する⁽¹⁵²⁾」とされたり、藤田宙靖教授が、法治主義は「行政主体による侵害から私人を保護しようという意図⁽¹⁵³⁾」をもつ法

(152) 柳瀬『教科書』27頁。柳瀬博士の言う「自由主義」は本稿でいう法の支配・法治国に、「法治主義」は権力分立にそれぞれ相当すると考えられる。前出注(3)を参照。

(153) 藤田宙靖「法治主義と現代行政」長尾龍一＝田中成明編『現代法哲学3』69頁、80頁（東京大学出版会・1983）（いわゆる不作為の違法を法治主義との関係で論じる文脈で述べられたもの）。

原理であると説明していることも、方向として同じと言えよう。

具体的には、後述する通り、一定の行為形式や措置を法律の授權なく利用することの禁止、不意打ち禁止の立法政策、そして解釈論という三つの形で展開されている。このうちの最初の問題に関心を向けたのが、わが国の戦後の主流の法律の留保論（侵害留保説）であったと思われる（〔表〕における「法律の留保その2」である。四(2)(a)で述べた法律の留保論と比較せよ）。これに対応する考え方は、後述する通り米国にもないわけではない。

第二に、行政活動も統治活動のひとつであるから、法の支配・法治国（とくに法治国）上は、実体的ルールに羈束された状態が理想である。行政活動を創出する法律が定める実体的ルールとは、行政機関の諸行為の要件や考慮事由、法の目的規定などの形で現れるルールであり、一言で言えば、行政活動につき国会が打ち出した方向性、価値判断、政策的方針と言うべきものである。しかし他方で、行政活動を完全に実体的ルールに羈束することはできず、行政裁量を認めざるを得ない。「法治主義（法治国）の形骸化」ないし「法律による行政の原理の例外」として行政裁量の存在を指摘する叙述⁽¹⁵⁴⁾は、まさにこの意味での実体的ルールの支配の崩壊を指摘しているものである。また、美濃部学説・佐佐木学説における裁量が、その前提として、法治国状態とは、法律（本稿でいう実体ルール）によって完全に規律され尽くしている状態を言い、裁量行為はそれに対する例外であるという考えをもって議論を進めていたことにも対応する。

そうすると、国会が法律で行政活動を創出するとき、どこまで詳しく実体的ルール（価値判断・基本的政策決定）をあらかじめ定めておかなければならな

(154) たとえば、藤田『行政法 I』94頁（法律による行政の原理の例外としての自由裁量）。

(155) 両学説については、小早川光郎「裁量問題と法律問題」法学協会百周年記念論文集第二巻331頁（有斐閣・1983）を参照。

いかという問題があることになり、ここに、行政活動を創出する際の実体的ルールに求められる政策的稠密度という観点よりする「法律の留保」の問題を語るができる。いわゆる全部留保説をはじめとして、わが国では潜在的にこの問題関心を有する学説は多く存在した。しかしその問題関心はうまく展開されないまま推移し、ドイツのいわゆる本質性理論が紹介されるに至って、現在では、重要事項留保説として展開されているという流れで理解すべきように思われる。

注意すべきことは、このような政策的稠密度という意味での「法律の留保論」と、既述の「立法権の委任禁止」(四(2)(b))との間に見られる問題関心の重複である。米国行政法では、「法の支配」として実体的ルールの稠密性という問題を論じる議論は見あたらず、もっぱら、「立法権の委任禁止」として法律の実体的稠密性が論じられるに止まっている。この現象は、米国行政法における法の支配が、手続的側面にもっぱら重点を置いたものであり、実体的側面には伝統的にそれほど頓着してこなかったということ(三(1))と対応しているように思われる。他方、法治国の実体的側面を重視するドイツ法が、法治国思想の展開として、本質性留保理論を論じているわけである。

第三に、手続的ルールへの羈束が考えられる。これは米国行政法における法の支配の主要な部分をなしている(手続的デュープロセス論)。また、手続的法治国という考え方がドイツから日本に紹介されていることも周知のとおりである。憲法上の手続的デュープロセスないし手続的法治国の実定化として各個別法や行政手続一般法に様々な手続規定が設けられることもある。憲法上・法律上の手続的ルールに行政活動は羈束されるべきであるという問題については、本稿では取り上げない。

(2) 抑制的行動の要求

行政活動のうちで抑制が要求される対象として考えられるのは、私人に重大な不利益を及ぼしうる行為形式ないし措置であろう。その不必要な利用がなされないよう抑制のための諸ルールに行政機関は羈束されるべきだというわけがある。次のふたつに分けて考えるのが、議論の混乱を防ぐうえで有効と思われる。すなわち、ひとつは、強制執行や即時強制などの実力行使や、許認可（既得権）の取消撤回など権利義務にかかわる行為形式であり、いまひとつは、不利益事実の公表であるとか、許認可申請に対する応答の意図的な留保などといった、それ自体は法的効果を持たないいわゆる事実上の行為と呼ばれる措置である。

(a) 権利義務を生み出す行為形式の場合

抑制的行動の要求は、国と私人の間に権利義務関係（実力行使の受忍状態を含む）を生み出す行為であって私人の自由財産に不利益を被らせるような、侵害的行政処分、強制執行、即時強制、強制調査などについてとくに語られてきたものである。こうした侵害的行為形式の行政機関による不必要な利用（濫用）を防止する手だてが必要であるとして、次の三つのことが議論されている。

第一の手だては、こうした行為形式に、“法律という形式によってあらかじめ授権されていて（いつ発動できるかの要件を含む）初めて利用できる措置”という性格付けをとくに与えることである。ある種の行為形式は、授権規範が法律の中に見いだされて初めて、利用可能になるというルールの存在をみとめることである。いわば、“利用（発動）が禁止されている行為形式のグループ”といったものが存在すると考えて、そこに属する行為形式については、法律の授権が解除条件になると考えるわけである（逆に、その禁止グループに含まれない行為形式ないし措置は、「自由にできる」と表現される）。いわゆる侵害留保説はここにその本領を発揮しているわけであり、その問題関心は、まさに本

稿の言う抑制ルールを持ち込むべく「法律の根拠」を要求するものと言えよう。その問題関心からすると、留保されるべき範囲とは、全面的な利用禁止の対象となるべき行為形式の範囲という問題に他ならず、侵害的行為形式に限るという侵害留保説は、もっとも素直な回答として「通説」化するわけである。また、このような考え方は、国民主権制の憲法構造下のみならず、立憲君主制の憲法構造の下でも成立しうるところであり、マイヤーの法律の留保論を発展的に引き継いだわが国の戦後の学説が、もっとも普通に（あるいは出発点としては常に）念頭に置いているタイプの「法律の留保」論と思われる⁽¹⁵⁶⁾（〔表〕における「法律の留保その2」である）。そして、既に述べた「法律の留保」論のタイプ——四(2)(a)で述べた——、すなわち行政機関による権利義務の創出やその実力行使の適法化のためには、法律の定め（立法権の行使）が、憲法構造（権力分立）上先行しなければならないという「法律の留保」論とは、観点が異なることに注意する必要がある（前述した権力説を見ればわかるように、両者はしばしば混同されている⁽¹⁵⁷⁾）。

第二の手だてでは、侵害的な行為形式の不必要な発動を防ぐという観点から、不意打ちを防ぐ手続的ルールを法律に置くことが望ましいという立法政策である。たとえば、違反是正命令の発動前に相手方に警告を発し、自発的な違反是正を促すなど、措置発動回避のためのチャンスを与えるという手続ルールを立法することが考えられる。行政代執行における戒告はまさにその例ということ

(156) 多くの行政法教科書がこの視点を共有している。たとえば、塩野『行政法Ⅰ』59-62頁の記述の仕方（一定の場合には「行政は法律の根拠がなくとも活動することができる」が、「いかにある疾病が恐ろしいといっても、法律の根拠なく強制検診を行なうことは許されない」）を参照。

(157) 権力説については、前出注(93)および後出注(205)-(207)を参照。このほか、強制執行の根拠（実力行使の適法化）と、その前提となる命令の根拠（観念的な義務の賦課）とは別であるということと（前出注(84)、前者の根拠に後者の根拠を読みこむ解釈は望ましくないということ（芝池『総論講義』203-204頁、塩野『行政法Ⅰ』189頁（「これは、人権保障の徹底という点からもいえることである」）とは区別しておくべきであろう。）後者は抑制的行動の要求にあたと考えられる。

ができる。似た発想は、「法治国原理からすれば、一度行政行為の形で相手方の義務を確定し、履行するかどうかについて相手方の判断の機会を与えるべきであろう」という観点から、即時執行はなるべく、命令とその違反に対する強制執行（直接強制）に改正すべきであるという塩野宏教授の立法政策上の提言⁽¹⁵⁸⁾にも見てとることができよう。

第三に同じ発想を法解釈上読み込むこともできる（すでに根拠規定がある場合）。たとえばある権限行使をすると私人に不利益を被らせる場合に、いわゆる警察権制限法理や、比例原則、信頼原則などを読み込んだり、適用したりすることが挙げられよう。授益的行政行為の撤回が、信頼保護の観点から一定の場合には許されないという論じ方がその例である。不利益処分や強制執行（代執行）を行うべき作為義務が生じうるかという問題について、法治主義の観点から否定的に解されるという側面が指摘されるのも、抑制的な実体的ルールを読み込もうというものと考えられる。

さて、抑制的行動要求の米国における対応物として、連邦行政手続法（APA）の次の規定を挙げることができよう。

5 U.S.C. § 558 (b)

制裁的行為(sanction)を課すこと、または立法的規則(substantive rule)ないし命令(order)を出すことは、当該行政機関に与えられた権限の範囲内であり(within jurisdiction)、かつ法の授權によってなされる(as authorized by law)のでない限り、これを行ってはならない。

この条文にいう「制裁的行為」とは、個人の自由(the freedom of a

(158) 塩野『行政法Ⅰ』195頁。

(159) 塩野『行政法Ⅱ（第二版）』249頁注2（有斐閣・1994）が、危険防止責任を認めることは「従来の法治国原理と正面から対立する契機をもっている」と指摘していることを参照。

person)にかかる禁止や制限、制裁金等の賦課、許認可ないしその取消撤回、「その他の義務づけないし制約的な行為」と、かなり広く定義されている(5 U.S.C. § 551(10))。「立法的規則」はわが国でいう法規命令ないし委任命令に相当し、「命令」はそれ以外の最終的決定とこれも広く定義されている(5 U.S.C. § 551(6))。APA 立法時の司法長官マニュアルによれば、同条の目的は「連邦議会が行政機関に行使させようと意図したわけではない権能(powers)を、行政機関が行使することがないよう確認すること」であり、同条は「単に既存の法(existing law)をリストイトしただけのものである。このほか、APAの5 U.S.C. § 555に、強制的な調査は「法の授權によってなされる(as authorized by law)」⁽¹⁶⁰⁾でなければ、これを行ってはならない⁽¹⁶¹⁾という言葉が現れるのも同様の趣旨と解されよう。

(b) 権利義務を生み出さない措置の場合

抑制的行動の要求は、権利義務を生み出さない措置の場合であっても、私人に甚大な不利益を被らせることがある限りは、これを考えることができる。

たとえば、不利益事実の公表がそうである。行政機関としては、とりたてて権利義務関係を発生させようとしているわけではなく、単に情報を流通させようとしているわけであるから、(四(2)(a)の意味では)立法権からの授權を必要

(160) ATTORNEY GENERAL'S MANUAL ON THE APA 88 (1947). なお、「制裁的行為」という言葉は本文で挙げた条文以外にはAPAには現れてこない。「授益的行為」(relief) (5 U.S.C § 551(11))に対応する。

(161) 5 U.S.C. § 555 (c).この条文についても、ATTORNEY GENERAL'S MANUAL ON THE APA 66は、既存の法のリストイトであると記している。

この他、5 U.S.C. § 551(c)は、許認可の取消・停回等(具体的義務を課す是正命令などは含まれない)のための手続開始前に、原因となった法規違反を是正するチャンスを与えよという規定であるが、これはむしろ和解のチャンスを与えよという趣旨であって、ここで挙げるにふさわしいものとはいえない。同条の趣旨については、中川丈久「日米の行政手続法・行政手続論の基層比較(一)」神戸法学雑誌46巻1号13頁、16頁(1996)参照。

とする状況にあるわけではなく、行政機関は自由にこれを行うことができる(名誉毀損の不法行為責任は別)。しかし逆に、先に述べたのと同様、不利益事実の公表が私人に及ぼす甚大な不利益に鑑みて、“利用が禁止されている措置のグループ”に属するとの性格付けをとくに行ない、これを解除するには法律による授權(いつなにを公表できるか)が必要であるとする余地もある。ここに、不利益事実の公表には、まえもって法律の授權・根拠が必要であるという、「法律の留保」問題が生じることになる(〔表〕における「法律の留保その2」である)。たとえば、「不利益事実の公表には大きな効果があり、實際上、執行罰等の金銭による心理的圧迫と同様の機能を持つと解される。その意味では、公表は間接強制の一態様と位置づけることができる」から、「これを実施するには、法律の根拠が必要である⁽¹⁶²⁾」という説明は、このような意味で「留保」の言葉を用いている例といえよう。間接強制制度の脱法ともなりかねないから、利用禁止の措置グループに入れておく必要があるというわけである。

このほか、不利益事実公表の抑制的利用という観点から、一定の手続ルール(関係者に対する意見聴取)が立法政策上求められたり、必要最小限の公表を要求する実体的ルールを法解釈上読みこむという努力もなされることになる。

公表の問題については、米国でも同じような議論がなされている。多くの行政機関が、法律上の明示の根拠なく(without explicit authorization)、不利益事実の公表(adverse publicity)という手段を用いることがしばしばあり、それに関する判例もある程度積み重ねられている。この問題を取り扱うある古典的論稿は、その問題性を、自由財産の侵害(encroaching upon property or persons)がデュープロセスなく行われているに等しいこと、授權無くして制裁(sanction)を行っていることにあると述べている⁽¹⁶³⁾。そして、ひとつの可能性と

(162) 塩野『行政法 I』200-201頁。

(163) Gellhorn, Adverse Publicity by Administrative Agencies, 86 Harvard L. Rev. 1380, 1419-1421 (1973)。

して、前述したAPAの規定（5 U.S.C. § 558(b)）にいう「制裁」（sanction）に、不利益事実の公表が該当するという理屈さえ立つならば、APAによって、不利益事実を公表するには法律の根拠（authority）が要求されるはずだという主張を、裁判において原告側がすることも可能だろうと指摘している⁽¹⁶⁴⁾。さらに、制裁ないし担保措置としての不利益事実の公表には、具体的な法律上の根拠（specific legislative authorization）を置くよう、個々の法律改正をすべきであると提案している⁽¹⁶⁵⁾。

わが国で、規制の行政指導について法律の留保が語られる場合も、同じ問題関心に発するものと整理することができる。たとえば、塩野宏教授は、一般的に行政指導には法律の根拠は不要であるとしつつも、建築確認留保のような担保手段を備えた場面での行政指導、つまり「相手方の任意性が客観的にみて期待できないような場合」には必要ではないかと指摘しており⁽¹⁶⁶⁾、夙に田中二郎博士も、「規制的・調整的行政指導は、仮りに形式上は相手方の同意と協力のもとに行われる建前ではあっても、実質上は相手方の任意性を抑制し、相手方が欲すると否とにかかわらず、これに従わせようとするのが通例で、それは、公権力の行使のいわば脱法的手段として行われるものともいえるから、法律の根拠又は授権に基づくことなくしては、これを行ない得ない」⁽¹⁶⁷⁾（傍点は中川）と説明していたところである。

さらに、わが国の最高裁判決には、この種の問題関心にたつと思われるものがある。自動車の一斉検問を組織法だけを根拠になしうるかについての最高裁判決は、それが任意性を失なわない穏やかな方法で行われる限り、あえて利用

(164) Gellhorn, *supra* note 163, at 1433 & n.213.

(165) Gellhorn, *supra* note 163, at 1434-1435. もっとも米国では、連邦政府の不法行為責任を問にくいという別の問題を解決する必要もある。Ibid., at 1437-1440.

(166) 塩野『行政法 I』170頁。行政指導と法律の留保については、なお、後出注(195)-(197)、(210)-(218)も参照。

(167) 田中二郎『司法権の限界』288頁（弘文堂・1976）（以下、『司法権の限界』）。

禁止の措置グループに入れるほどでもないことを述べたものと思われる⁽¹⁶⁸⁾。また、いわゆる係留杭抜き事件の最高裁判決について、一応は強制であるが単に杭を抜いて横に置いておく程度のことではかないから、法律の根拠も必要ないという観点から理解するのであれば、行動抑制を要求するほどの事実的行為ではなく、自由に委ねてよいから、法律の根拠を求めるまでもないということになるう。

(3) 実体的ルールの稠密度（政策的稠密度）の要求

(a) 学説の整理

国会が法律で行政活動を創出するとき、どこまで詳しく実体的ルール（価値判断・基本的政策決定）を定めていなければならないかといういわば政策的稠密度の問題がある。あらかじめ法律でどこまで詳しく定めていなければならないかという問題関心である点で、やはりこれも「法律の留保」論と言うことができる（〔表〕のうち「法律の留保その3」である）。

まず、田中二郎博士が侵害的行政には法律の根拠が必要であると言う際に、しばしば、実体的ルールが稠密に定められていることも併せて意図していたことを想起しておくべきであろう。現代行政における「政策的・技術的裁量的判断を含む行政活動については、それが直接国民の権利・自由の侵害にわたるものでない限り、これを行政府としての内閣（行政機関）の権限と責任に委ね、その限りにおいて行政府の自立性と自発性とを認めることにしても、必ずしも

(168) 最判55年9月22日刑集34巻5号272頁。同判決について阿部『システム下』700-701頁は、「穏やかな指導の範囲を超えてはならない」ことを強調している。

(169) 塩野・前掲論文（注95）19頁、および阿部『システム下』707-708頁で示されている考え方は、杭を壊してしまうのではなく、単に抜いてそっと横に置くという程度のことであれば、杭の所有者への侵害の程度もごく微小であって、あえて留保論上問題視するほどの措置ではなく、法律の根拠を要求するまでもないという趣旨と理解される（この考え方に対する批評として、桜井前掲論文（注95）1575頁）。ただし、同判決自身はこの問題に答えていない。前出注（95）および該当する本文を参照。

憲法の趣旨に反するものとはいえない」のであって、「若し仮りに一切の行政をカバーする法律の根拠をととのえようとすれば、それは、殆ど無内容な意味のない抽象的な法律になってしまうおそれがあり、眞の法治主義の要請にそうものとはいいがたい」(傍点は筆者)というのである⁽¹⁷⁰⁾。

行為形式の別を重視しないいわゆる完全全部留保説は、本来、こうした問題を論ずべきはずの見解だったのではないかと考えられる。すなわち、全行政領域のうちどの領域(たとえば社会行政領域)について、どの程度の法的統制の下に——常に強い統制にではなく——置くべきかという問題としてである。室井力教授は夙にこの点を明確に指摘されていたところであり、「原則としてすべての公行政は法律の授権に基づくべき」であるとしたうえで「一般的授権(権限授権)でよいとかいけなやか、現代行政の積極的役割のために裁量権を授権するとか言った個別的検討が必要とされる」ことを指摘していた⁽¹⁷¹⁾。また、小早川教授は、全部留保説について、それがいわゆる侵害留保説と関心の次元を異にしており、その「関心は、……主として国会と行政機関との関係に向けられている」のであり、「国会の意思がすべての行政活動を支配すべきであるということを出発点としている」と指摘している⁽¹⁷²⁾。そうすると問題は、様々な行政活動(行為形式の別を問わない)を創出する法律において、法の支配・法治国の観点から、国会はあらかじめどれほど細部まで政策方針を自ら決定し、それを実体的ルールとして書き込んでおかなければならないかの問題ということになる。全部留保説は、そうした程度概念を明示的に議論しなかったために、

(170) 田中『司法権の限界』286頁。また同書276-277頁の記述も参照。さらに、田中『総論』30-31頁における「法の執行」と「法の授権」を対比させる記述を参照。

(171) 室井力『現代行政法の展開』10頁(有斐閣・1975)(以下『現代行政法』)、「今村成和『行政法入門(第6版)』11頁(有斐閣・1995)、広岡隆『三版行政法総論』24-26頁(ミネルヴァ書房・1995)(以下、『総論』)、杉村『講義上』43頁(杉村説については前出注(90)も参照)。また、高橋・前掲論文(注6)43頁も参照。

(172) 室井『現代行政法』10頁。室井教授と同じ趣旨の他の論者の見解は、杉村『統法の支配』39-42頁に纏められている。

(173) 小早川『講義上I』104-105頁。

非現実的であるという批判を招くことになったと思われる。

行政分野に着目しての議論として、塩野宏教授は、「わが国民の将来の生活を規定するようなもの（たとえば国土開発計画）については、国民の法的利益への直接の影響とは無関係に、わが国の民主的統治構造との関係からして法律の根拠を要する⁽¹⁷⁴⁾」と提唱されるが、これは行政機関が計画を定める際に前提とすべき基本的な方針決定が、法律レベルで表明されていなければならないという趣旨と理解される。同様にわが国では、公の財貨の配分の仕方については民主的決定が必要であるという観点にたつて、補助金の重要なものは、ある程度詳細な要件を定めることが望ましいという見解が一般的であるようであり、⁽¹⁷⁵⁾ここのでも、実体的ルールの稠密性が関心の中心にあるというべきであろう。

このほか高田敏教授が、完全全部留保説をとりつつ「立証責任の転換」を主張されるのも、同様のアプローチと考えられる。教授は、「公行政作用は法律の授権を要するのが原則であり、それを要しないことについて逆に立証が存しななければならない」としつつ、「法律による授権と法による羈束」の双方に配慮すべきだという。そして、「特定の行為形式……やある行政領域が法律の授権の例外に該当することもありえようし、同一の領域・行為形式に属する行為であって、緊急時にのみ例外に該当することもありえよう」と述べ、同時に、「公行政への法律の授権のみでなく、その授権に際して、作用の内容・手続等がどの程度まで羈束されるべきかも、問題とされなければならない。また、法律の授権を必ずしも要しない私行政についても、この法律の羈束の原則は妥当する⁽¹⁷⁶⁾」と指摘されるのである。

(174) 塩野『行政法Ⅰ』64-65頁、同「国土開発」『筑摩現代法学全集54巻未来社会と法』233頁（筑摩書房・1976）。

(175) 塩野宏「資金交付行政の法律問題」同『行政過程とその統制』100-107頁（有斐閣・1989）、碓井光明「地方公共団体の補助金交付をめぐる法律問題（上）」自治研究56巻6号23頁、26頁（1980）、阿部『システム下』704-705頁。また広岡『総論』25頁も同旨と思われる。

(176) 高田『社会的法治国』457-458頁。また同書463-464頁も参照。

この点で注目されるのは、芝池義一教授のアプローチである。教授は、「原則としてすべての公行政には法律の授権が必要とみるのが適切であろう⁽¹⁷⁷⁾」として、いわゆる完全全部留保説に立つことを表明しつつ、別の箇所では次のように述べている。すなわち、「行政活動の手段または形式……〔が〕法律の授権の要否を決するについてもつ意味は決定的なものではない」との考えを示すとともに、法律の留保論は、「授権の問題とともに、要件や効果に関する法的な規制の問題をも内包している」とし、「要件や効果についてあらかじめ具体的な規定をおくことが困難な行政活動に関する法律の授権は、概括的なものとなるう」から、それは「組織法的授権と差をもたない」ことよりすると、「作用法的授権と組織法的授権との区別は相対化される」のであって、組織法的授権が「当該行政活動との関係で、授権規定として足りるものであるか否か」を考えるべきであると述べる⁽¹⁷⁸⁾。これは、行政機関が（行為形式を問わず）様々な判断をする際に、その前提にあるべき国会レベルの価値判断がどの程度稠密になされている必要があるか、つまり本稿でいう実体的ルールの稠密性としてどの程度のものが要求されるかという問題を留保論として自覚的に提出するものであるように思われる。その意味で、場合によっては、「組織法的授権が具体的行政作用の授権として是認されることも、理解できないものではない」のであり「当該行政活動との関係で、授権規定として足りるものであるか否か⁽¹⁸⁰⁾」が重要であるという結論が出てくるのである。これには批判もある⁽¹⁸¹⁾が、実体的ルールの稠密度を論じる限り、筆者には正当な理論と思われる（法律の留保問題を、行政機関に権利義務関係を創出させるために必要な授権や、抑制的行動の要求

(177) 芝池『総論講義』50-51頁。

(178) 芝池『総論講義』50頁。

(179) 芝池『総論講義』51-53頁。

(180) 芝池『総論講義』52-53頁。

(181) 批判として塩野『行政法I』66頁、これへの応対として芝池『総論講義』57頁注4。また、後出注（209）および該当する本文を参照。

という観点から理解する限りにおいて、組織法と作用法の峻別が必要である)。

(b) 考え方の整理

いわゆるドイツの本質性理論は⁽¹⁸²⁾——わが国では重要事項留保説とも呼ばれているが⁽¹⁸³⁾——、実体的ルールの望ましい稠密さはどの程度かという問題関心であるように思われる。ドイツの本質性理論については、大橋洋一教授の次の指摘が重要と思われる。①本質性理論は全部留保学説の登場なしには考えられなかったこと、②その核心は、議会在が自ら、かつ議会のみが——つまり議会在が独占的に——判断すべき事項は何かであり、それを行政機関に委任することの禁止にあること、③したがってそれは、議会在は行政活動をどの程度の規律密度の下に置かなければならないかという問題である⁽¹⁸⁴⁾、④何が本質的か(つまりどこまで議会在が規律し尽くさなければならぬか)の標識として、「基本権」と「民主主義視点」があること⁽¹⁸⁵⁾、そして、⑤ドイツ法における法律の留保の「原則の射程範囲は行政の行為形式とは無関係である⁽¹⁸⁶⁾」ということである。

ここでただちに想起されるのは、立法権の放棄禁止という権力分立(独占的権能の分配としての権力分立)上の要請である。前述したように(四(2)(b))、立法権の放棄禁止とは、行政活動を創出するにあたって、議会在は自らが独占す

(182) 本質性理論については、大橋洋一「本質性理論の構造分析」同『行為形式論』1頁以下を参照。

(183) 阿部『システム下』695頁、小早川『講義上I』109-110頁。

(184) 大橋『行為形式論』4-5頁。なお、同書37頁には、本質性留保理論の背景にある憲法構造として、議会的「任意的立法権限」の存在を指摘し、これにより「議会在と君主との間の政治的権力闘争という側面は消え去った」と述べる。同じことは、マイヤー理論を日本国憲法のもとでどう再定式するかという問題にもあてはまらう。前出注(19)-(21)および該当する本文を参照。

(185) 大橋『行為形式論』29-30頁。

(186) 大橋『行為形式論』32-33頁。同書37頁には「立法者がどの対象をどのような規律密度をもって定めなければならないのか」という表現も見られる。

(187) 大橋『行為形式論』31-32、36頁。

(188) 大橋洋一「法律の留保」法学教室145号28頁(1992)。

べき立法権の放棄に等しいような基本的価値判断の丸投げをしてはならないということであり、結果的に、ある程度稠密な実体的ルール（政策的稠密度）が要求されることになる。ここに重複関係が見られるのである。ちなみに大橋洋一教授は、ドイツの本質性理論の形成過程において、アメリカの立法権委任禁止法理が参照されたことを指摘している。⁽¹⁸⁹⁾ また藤田宙靖教授も日本法における留保論を述べる中で、要件規定における『規律の密度』は、白紙委任禁止や自由裁量への原理的な消極的評価などがその現れであると述べている。⁽¹⁹⁰⁾ 教科書検定の基準が法律に一切書かれていないと批判する学説はこれを白紙委任とも、重要事項留保に反するとも表現しているのである。⁽¹⁹¹⁾

そこで、どのような場面で、どの程度の稠密性をもった実体的ルールへの羈束が、法の支配・法治国上の要請であるのか（そして、必要な稠密度がない場合、裁判所はどう対処できるのか）については、本質性理論についての「基本権」と「民主主義的視点」を参考にしつつ、おそらく異論のない回答として、次のふたつを考えることができよう。（なお、下記に見るように、実体的ルールの稠密度は、既存の憲法法理を様々な応用できる場面ではないかと思われる。）

ひとつは、人権（たとえば表現の自由制約）に密接にかかわる判断を必要と

(189) 大橋洋一『行政法学の構造改革』27-28頁（有斐閣・1996）。

(190) 藤田『行政法Ⅰ』91頁、93頁注3。なお、この叙述は権力説批判への再批判として述べられたものである。後出注(205)-(207)を参照。

(191) 阿部『システム下』698頁は、重要事項留保説に言及したあと、「教科書検定は……重要事項であるから、その手続、基準、委任のルールなどを法律できちんと定めるべき」であろうとして、「現行法は白紙委任で、違憲」と述べる。重要事項留保説と白紙委任の関係については後述する。なお最高裁は、「法治主義（憲法13条、41条、73条6号）違反の点について」として、検定基準（文部省告示）は、教育基本法、学校教育法の条文から明らかな内容を定めたにすぎず、「法律の委任を欠くとまではいえない」とした。最判5年3月16日民集47巻5号3483頁。

なお、本質性留保理論の下で行政規則による規律の限定を述べる大橋『行政規則』93-123頁参照。

する行政活動（措置・行為形式の別とは無関係である）については、そもそも行政機関の自由な判断の余地は認められるべきでないから、どのような判断を下すかについて法律上稠密な実体的ルールが行政裁量の余地を無くすだけの具体性をもって定められているべきであるというものである。そうでない法律は、表現の自由の規制立法にかかる「漠然性故の無効」の法理のように、法律を無効にすることが考えられる。また、米国の実体的デュープロセス法理のように、（1930年代であれば財産権、1970年代であればプライバシー権という分野に限っては）立法裁量を認めず、裁判所が自らあるべき権利状態を判断するという方法で、行政活動が明確なルールに羈束される状態を作り出すこともできる⁽¹⁹²⁾。

いまひとつは、社会全体での利害調整が必要な問題については（たとえば社会保障や国土計画）、行政機関が基本的価値判断をすべきではなく、議会自身が利害調整をして（基本決定をして）、それを法律に書き込んで社会の選好を明示する（実体的ルールとして定める）必要があるということが考えられよう。米国では、このように民主主義上要請される実体法ルールの稠密性については、すでに述べたとおり、立法権委任禁止の法理で議論されていたところであり、裁判所は、基本的価値判断の丸投げに等しい委任をする法律を、違憲無効とできるのである⁽¹⁹³⁾。

ちなみに、補助金、ないし資金交付行政について法律の根拠が必要かという問題は、ドイツでは上記のいずれの観点からも議論されているようである。すなわち、資金交付そのものが個人の自由に影響を及ぼすために、比例原則その他実体的な統制が必要であるという議論が一方であり、他方では、民主主義

(192) 実体的デュープロセスについては、前出注(33)のほか、LAWRENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 560-581, 1308-1318 (2nded) (Foundation Press 1988)を参照。

(193) 前出注(105)-(110)および該当する本文を参照。

的正当化が必要であるという観点から（この場合には、予算——そのあり方は各国で様々である——で代替できるかの論点も付随する）、どの程度まで詳細に国会レベルで定め尽くしておかなければならないかという問題の立て方がある⁽¹⁹⁴⁾。

実体的ルールの稠密度ないし政策的稠密度という観点からの「法律の留保」論は、行政指導との関係でも存在しうる問題である。「行政指導が相手方に任意の協力を要求する以上、原則として法律の根拠は要求されない」という論法は、ここでは用いることができない。政策的稠密度を問題にする限り、行政指導が任意的手段であることは、法律の根拠要求に対する免罪符にはならないのである。筆者は別稿で、判例・学説に現れた行政指導の類型を大きく、「法定の政策内容を実現する手段」としての行政指導と、「法外の政策内容を実現する手段」としての行政指導とに分類した上で、一定タイプの建築紛争の解決促進や、一定の土地開発者による公共施設整備費用の負担などといった「法外の政策内容」を実現しようとする行政指導につき、これらの価値判断は「法定」⁽¹⁹⁵⁾されている（法律の根拠をもつ）べきではないかと述べたことがある。これを用いて、次のような議論が可能であろう。たとえば、当局が放送事業者に対して、プライムタイムにおける性や暴力描写を含む番組の放送自粛を求める指導を行なう場合、それが表現の自由の制限にかかわる以上法律で明確に（稠密に）時間制限・内容制限の度合いが決められている必要があると言うことができ、その帰結として、行政指導は、「法外の政策内容」の実現手段としてではなく、

(194) こうしたふたつの見解については、塩野・前掲論文（注175）91-99頁。とくに資金交付が個人の自由にもたらす影響による実体的ルールの必要性という議論については、櫻井敬子「資金交付活動の統制に関する考察（一）～（三・完）」自治研究68巻11号78頁、12号112頁、69巻1号106頁（1992～1993）、村上武則「ドイツにおける給付行政の目的の法律による確定の理論」阪大法学48巻1号19頁（1998）に詳しい。

(195) 中川丈久「日本におけるインフォーマルな行政手法論」神戸法学雑誌48巻2号443頁、462-463頁、479-481頁、503頁注90（1998）。なお、前出注（166）-（167）及び該当する本文と対比されたい。

「法定の政策内容」を実現する手段として行われる必要があるということが出来る。法律で、放送時間・内容の制限度合いが定められているかどうかがこのでの関心事なのであり、それを具体化するのに、命令の形式で行うか行政指導で行うかは、問題ではないのである。同様の理由で、教科書検定制度に白紙委任の疑いがあると言われることは、法的拘束力のない「助言ないし指導」としての「是正意見」⁽¹⁹⁷⁾の場合であっても妥当するのではないかと思われる。

政府契約に関しても、実体的ルールの稠密性という問題は存在しうる。わが国でも、たとえば物品調達等の政府契約は、単に民法上の契約でありせいぜい公正に締結されることや経済性（廉価）が要求される程度だとする伝統的な政府契約の見方と、中小企業育成・地場産業育成などの政策目標をもつ政府契約との間の衝突は生じている⁽¹⁹⁸⁾。後者においては、契約締結の条件として、どのような政策目標を追求することが契約締結権限に含まれるのか（たとえば、中小企業振興目的の契約締結について、国会なり地方議会なりが、そのような政策決定を法律・条例の形でしておく必要はないのか）という問題があるのである。契約であるからといって、いかなる政策目的であれ追求してよいというわけではないであろう。米国においては夙にこの点は問題とされてきたところである⁽¹⁹⁹⁾。同じことは、行政事務の民間委託にあたっての、法律の根拠のあり方（統制の程度）という形でも問題となろう⁽²⁰⁰⁾。

(196) 前出注(111)(191)および該当する本文参照。

(197) 最判平9年8月29日民集51巻7号2921頁。

(198) 碓井光明「公共契約をめぐる法律問題（一）」自治研究62巻9号60頁、65頁（1993）。

(199) 米国におけるこの問題については、竹中「政府契約（三完）」（前出注96）644-669頁を参照。

(200) 一般に法律の根拠は不要だとされている。原田尚彦「事務委託をめぐる法律問題」自治研修269号22頁、23頁（1982）、佐藤英善「外部委託契約をめぐる法的問題」ジュリスト814号27頁、28頁（1984）など。また、阿部『システム下』591-596頁参照。

六 行政活動の憲法上の位置づけのためのマトリクス

(1) マトリクスの提示

以上の検討をふまえて、日本国憲法における行政活動に対する憲法的規律をマトリクスとして描くと次のようである（前出〔表〕を参照。米国連邦憲法のもとでも同じである）。

まず、「独占的権能の分配としての権力分立」との関係では、次の四点が問題となろう。

- ① 行政活動の過程で、国・自治体と私人との間に法的権利義務関係を取り結ぶために必要な授権が、「立法権」の行使としてなされていること（statutory delegation）が必要である。
- ② 国会のみが独占的に行使できる「立法権」があり、行政活動を創出する際に「立法権」が放棄されてはならない。（立法権の委任禁止の法理、ないし白紙委任の禁止）
- ③ 裁判所のみが独占的に行使できる「司法権」があり、行政活動によって「司法権」が占奪されてはならない。
- ④ 内閣（代表して内閣総理大臣）のみが独占的に行使できる「行政権」があり、行政活動によって「行政権」が占奪されてはならない。

次に、「多極的な意思形成としての権力分立」との関係では、行政活動に対して、内閣・国会（衆議院・参議院）・裁判所それぞれが憲法上の権限を行使することができる。それにより、行政活動が多極的な意思形成過程になることが予定される（このほかに、日本国憲法の場合、独立の国家機関としての会計検査院によるコントロールも含まれるが本稿では省略する）。

- ⑤ 行政活動は、国会の憲法上の権限（予算・議決のほか、本稿で言うコントロール的法律）の対象になることを通じて、コントロールを受ける。
- ⑥ 行政活動は、裁判所の憲法上の権限（裁判・違憲立法審査）の対象にな

ることを通じて、コントロールを受ける。

- ⑦ 行政活動は、内閣の憲法上の権限（法律の誠実な執行・行政各部の指揮監督など）の対象になることを通じて、コントロールを受ける。

最後に、「法の支配・法治国」との関係では、行政活動はルールに束縛されたものでなくてはならない。そこで、行政活動が、どのようなルールのもとに置かれていることが求められるかという問題が生じる。

- ⑧ 一定の措置・行為形式の行政機関による利用につき、抑制的行動が保障されるような諸種のルールのもとにあること
 ⑨ 行政活動に対する実体的ルールが稠密に存在すること（政策的稠密度）
 ⑩ 行政活動に対する手続的ルールが存在すること

以上のマトリクス中には、いくつか重複関係が見いだされる。それは、「法の支配・法治国」と「権力分立」の間の重複ともいえる。

まず、②（立法権の放棄禁止）と、⑨（実体的ルールの稠密度）が重複する。法律レベルで一定程度以上の基本的決定をしておかなければならないということは、「法の支配・法治国」からも「権力分立」からも要求されるわけである。そうすると、すでに述べたように、②と⑨が重複しうることに鑑みて、⑨の意味での法律の留保論の今後の展開には、②にかかるこれまでの学説・判例の結果を統合して、有効な裁判的救済のあり方を考えることも可能となろう（五(3)(b)）。

19世紀初頭の米国法においては、行政の行為に対する司法審査において、③（司法権の占奪禁止）ないし⑥（司法的コントロール）と、⑩（手続的ルールの要求）との間の重複を見いだすことができる。連邦裁判所に違憲審査権のあることをはじめて宣言した1803年の最高裁判決（マーベリー対マディソン事件）は、同時に行政行為に対する司法審査のはじめての例でもあったが、判旨は、なぜ、またいかなる範囲で司法審査ができるのかを説明する必要があっ

た。判旨省はまず、憲法第3条（司法権）の解釈として、行政機関の行為について裁判所が判断できるのは「個人の権利」にかかる「司法的性格の事項」に関する部分についてのみであること、何が「司法的性格」であるかはコモンロー、エクイティ等の歴史的慣行のなかに見いだされるべきことを述べている。ここに権力分立の観点から、行政の行為に対する司法審査の保障されるべきことが宣言されている。次に、デュープロセス条項（修正第5条）の解釈として、いかなる事項については裁判所が「フォーラム」となって審理される機会が保障されなければならないかという観点からも、司法審査の保障されるべきことが述べられている。これらは結局のところ同じことを語っていると考えられる⁽²⁰¹⁾。判決は、行政行為の司法審査を、「法の支配・法治国」と「権力分立」の絡み合った編み目にその存在が保障されるべきものであると説明していたのである。

(2) 日本法治主義論との関係——法律の留保論の多義性を中心に

まず、わが国では一般に、法治主義には、自由主義的側面（法的安定性・予測可能性）と民主的側面があると言われる⁽²⁰²⁾。「法の支配・法治国」と「権力分立」はいずれも自由主義的政治思想と言われるものであり、マトリクスも全体として自由主義的な要素を色濃く有していると言えよう。ただし、国会（連邦議会）や内閣（大統領）が、民主的基盤を持つ制度であることが予定されていることを反映して、マトリクス中の一定のものについては、民主的要素を加味してその意味が捉えられざるを得ないという意味で、民主的側面が同時に現れている。たとえば ②（立法権の放棄禁止）と ⑨（実体的ルールの稠密度）が

(201) 本文で述べたことについて、詳しくは、中川・前掲論文（注115）628-639頁を参照。ここでは、憲法の司法権規定とデュープロセス法理との間の交錯として説明している。

(202) 藤田『行政法Ⅰ』50-51頁、芝池『総論講義』40頁、塩野『行政法Ⅰ』57-58頁、小早川『講義上Ⅰ』16-17頁。藤田『行政法Ⅰ』84頁は、法律による行政の原理の一文内容としての法律の留保について、「行政活動の民主的正当性をさらに一層強固なものとする」ことと、国民の代表が「討議した結果を特に一般的抽象的な規範の形に結晶させたもの（法律）に基づかせる」のふたつの意味を持つと述べる。

重複していることは、その意味で重要であろう。同様に、⑤（国会によるコントロール）や⑦（内閣によるコントロール）は、それが行政活動における意思形成を多極化するためのものであるという点から見れば自由主義的に響くが、それが民主的基盤をもつ国会や内閣による、その基盤を持たない行政活動へのコントロールであるという点から見れば、民主的コントロールという側面をも有することとなる。さらに言えば、自由主義には常になんらかの程度で民主的要素を伴うというように、自由主義概念そのものに遡ることにより、両要素の共存を、たとえば⑩（手続的ルール）に見ることも可能であろう。

次に、マイヤー自身の三原則をこのマトリクスのなかに位置づけることはできない。その理論は、「独占的権能の分配としての権力分立」それ自体を扱ったものであり、これについてのひとつのモデルを提示すべく、立憲君主制における議会が君主の統治権から獲得したと考えるべき、議会の独占的権能としての立法権の範囲を、理論的に画そうとする努力だからである。これに対して日本国憲法の採用した「独占的権能の分配としての権力分立」のタイプは、憲法41条（唯一の立法機関）と65条（行政権は内閣に属する）の解釈問題に帰着する。そしてここでは、少なくともマイヤーの意図したこと以上の権能が、国会の独占的権能（立法権）として割り振られていると解されている以上、マイヤーの三原則はそのままでは日本国憲法のもとで意味を有することはない。わが国の戦後の学説は、マイヤーが具体的に論じた問題局面とは違った問題を、マイヤーの言葉（ないしアイデア）を仮借して、多義的な法律の留保論として展開してきたと思われる。

最後に、法律の留保論と上記マトリクスとの関係について述べておこう。留保論の多義性は、たとえば藤田教授が、国土開発には法律の根拠が必要とする塩野教授の指摘に対して、法律による行政の原理そのものとは別個の問題であると批判していること⁽²⁰³⁾、原田教授の権力留保説に対して、塩野教授が法律の根

(203) 藤田『行政法 I』84-85頁。また、同書87頁注3参照。

拠の問題と権力の所在の認定の方法の問題の混淆があると批判していること⁽²⁰⁴⁾に良く現れている。留保論の多義性は、ある程度認識されていることではないかと思われる。

本稿のマトリクスを用いると、どのような問題がこれまで「法律の留保」の名のもとに論じられてきたかを（その用語法の是非は、本稿の関心事ではない）容易に説明することができる。これまでの叙述ですでに明らかにしたように、わが国の法律の留保論は（マイヤーのそれを除く）、①（権利義務創出のための立法権による授權）、⑧（抑制的行動）、⑨（実体的ルールの稠密度）という三つの意味で語られてきたと考えられる。いわゆる権利義務留保説や権力説は、①（権利義務創出のための授權）という意味で、法律の留保ないし根拠の言葉を用いている。多数の論者は、侵害留保説を念頭におきつつ、明示的・默示的に、⑧（抑制的行動）の対象として、法律の授權がなければ利用禁止とすべき行為形式ないし措置はどれかという観点から、留保論を捉えている。そして、完全全部留保説（なお未展開なところがあったがここに含めることとする）や、本質性留保ないし重要事項留保説、そして国土計画や補助金についての法律の根拠を求める学説は、⑨（実体的ルールの稠密度）の意味において、法律の根拠ないし留保の要否（ないし程度）を論じているのである。

問題は個々の論者が、どの意味で「法律の留保」「法律の根拠」の言葉を用いているかを明示することなく、またしばしば複数の意味を何ら説明なく使い分ける例が多いように思われることである。たとえば、田中二郎博士は、侵害留保説的と言われる記述部分では⑧（抑制的行動）の意味であったように思われるが、しかししばしば同時に⑨（実体的ルールの稠密度）も含意していたことは、既に述べたとおりである。

権力説をめぐる批判と反論にも、「法律の留保」「法律の根拠」の三つの語義

(204) 前出注(93)を参照。

が明確に区別されていないための混乱があるように思われる。権力説が、権力的行為形式に「法律の根拠」が必要であるという場合、行政機関が「権力的」な形で法的関係を取り結ぶには、前もってその旨の法的授權が必要であるということを行っているのか (①権利義務の創出のための授權)、それとも (あるいは同時に)、「権力的」であることに私人の側から見た不利益性があるという観点から、抑制的行動が要求される対象として (つまり、法律の授權がなければ利用が禁止される行為形式として)、権力的行為形式を挙げているのか (⑧抑制的行動)、さらにはまた、権力的な行為形式である以上、要件規定には稠密な実体的ルールがなければならないという主張であるのか (⑨実体的ルールの稠密度) が、必ずしも明確にされていないのである。

たとえば、権力説に立つと明言される兼子仁教授は、一方で「行政による公権力の行使は国民の意に反しても法的拘束・強制を生ずるため、国民代表議会による授權が必要である」とし、さらに、申請に対する許認可の処分につき、「常に違法不当な申請拒否処分を生ずるおそれがあり、違法な拒否処分にも権力的効力 (公定力) が予定されるので、こうした申請諸否処分手続はやはり権力行政なのであり、「加えて許可・免許が反対利害関係の国民にとって不利益な二重効果処分である場合もある」とする⁽²⁰⁵⁾くだりは、① (権利義務創出のための授權) とも、⑧ (抑制的行動) のいずれの問題関心とも読むことのできる説明である。

藤田教授は、権力説批判への再批判として、「行為が権力的形式を持つのはまさに法律がそれを定める場合に限られる」としても、「これをいつどのような要件の下に用い得るかということ⁽²⁰⁶⁾を法律自体が定める (法律の根拠) かどうか」という問題がなおあるから、権力留保説の意義があると答えている。これが、いつその措置が発動されるかが法律上明示されることによる利用抑制を言

(205) 兼子『行政法学』58-59頁。また同書85頁も参照。

(206) 藤田『行政法 I』88頁注4。

うのであれば、⑧（抑制的行動）の観点を述べたものであるようにも思われる。しかし、不利益事実の公表を見ればわかるように、権力的行為形式という切り口で⑧（抑制的行動）の意味での留保論を語ることには、無理があるように思われる。さらに教授は、「今後に残された問題」を述べるなかで、法律の根拠とは「もともと単に何らかの根拠が法律上定められている、ということのみでなく、要件の定め方について、いわば実質的に私人の利益を保護するために意味のある一定の『規律の密度』の必要をも意味するものである」と言うべきであるとし、白紙委任禁止や自由裁量への原理的な消極的評価などがその現れであると述べ、第三者に対して「侵害的」である行為が名宛人になされた場合は、侵害留保理論の発想から、第三者の利益を考慮しない法律規範のもとで行われた行為の違法を言いうる余地を主張する⁽²⁰⁷⁾。ここではもはや権力説が維持されているか自体が確かではないが、要件規定が一定程度の稠密なルールとして定められるべきことが要求されるという意味で⑨（実体的ルールの稠密度）として「法律の根拠」を論じているようでもあり、また、第三者への侵害を考える点では、併せて⑧（抑制的行動）の観点も含まれているように思われる。

おそらく、以上のような多義性——それに伴う多少の混乱——が生じたのは、古典的な行政活動においては、上記の三問題（①⑧⑨）が一致していたためではないかと考えられる。たとえば消防法違反に対して是正命令を下したり、害悪物件につき即時強制を行うなどといった権利侵害的な行政処分を考えると、そうした法的効果（是正義務の発生、実力行使の適法性）をもたらす行為形式は、法律によって行政機関に授権されている必要がある（①権利義務の創出のための授権）。同時に、そうした自由・財産の侵害行為の発動要件は——法律の明文規定があると否とを問わず——、法律で稠密に定め尽くされているはずであるというのが、古典的法治主義における裁量論であるから、

(207) 藤田『行政法 I』91頁、93頁注3。

実体的ルールが稠密に定められていることも同時に要求されていることになる(⑨実体的ルールの稠密度)。したがって、このような稠密な要件のもとにある限りにおいて、当該行政処分⁽²⁰⁸⁾の発動は抑制されることになるのである(⑧抑制的行動)。小早川教授の言われる「侵害留保原理」とは、以上の三要素の結合状態を指すものと考えられる。そして同じことは、罪刑法定主義・租税法律主義としても定式化されていると考えられるのである。法律の留保論の混乱は、その後の行政国家化の進展に伴い、これら三つの要素が分離するに至ったことに求められるように思われる。

「組織規範と作用規範の区別」についても、次のように考えることができよう。上記のマトリクスを前提とすれば、法律の留保論として、①(権利義務創出の授権)や⑧(抑制的行動)を論じる限りにおいては、その問題設定上、「組織規範」と区別される「作用規範」というべき法律規定だけが問題になることは自明であろう。しかし、⑨(実体的ルールの稠密度)という意味で「法律の留保」「法律の根拠」を論じるのであれば、アプリアリにこの区別を持ち込むことは結論先取りである。組織規範と作用規範の区別は相対化し、実体的規律のあり方の連続性のなかに吸収されるべきなのである。常に100パーセントの規律密度が求められるわけではないのであるから、場合によっては組織法の定める規律であっても、実体的規律(政策決定)として十分な場面も無いとは言いきれないのである。組織規範と作用規範の区別は、法律の留保論⁽²⁰⁹⁾すべてにおいて当然に妥当するものではなく、問題設定によるというべきであろう。

(208) 小早川『講義上I』82頁、96-97頁。また、芝池『総論講義』57-58頁注2参照。

(209) 前出注(177)~(181)および該当する本文を参照。ちなみに、組織法と作用法の区別は、マイヤーの三原則が念頭におく立憲君主制のもとでは、その必要性は歴然としている。立憲君主制のシステムのもとで、議会在君主の統治権から奪い取った立法権を行使して行政活動を創出しようとする、その活動プログラムを誰に行わせるのかという問題が生じる。その活動を、君主行政府に行わせるか、あるいは議会在新たな官僚組織を法律によって作り出すかである。官制大権が君主に存する限り、後者はありえない選択肢である。そうするとこの場合に、組織規範(官制大権によって作

(3) 行政指導論への展望

最後に、本稿のこれまでの分析に基づき、行政指導についても一定の視角が得られることについて述べておきたい。本稿では先に、政策稠密度としての法律の留保論の観点からは、一定の場面では、「法外の政策内容の実現手段」としての行政指導が許されず、「法定の政策内容の実現手段」たる行政指導たることが求められるのではないかと述べた⁽²¹⁰⁾。ここでは留保論を離れて、およそ、行政機関による「法外」の目的の追求としての行政指導について、便宜論ではなく、何らかの規範論的な正当化が可能なのかどうかを検討してみる。

行政指導を扱った最高裁判決は、それぞれに指導が行われるに至った背景や指導目的がいかなるものであったかに配慮し、指導が妥当なものであったかどうかにつき検討している。一般に学説上、行政指導は少なくとも組織法上の根

られた官僚組織）と、作用規範（議会によって作り出された職務内容）の区別が生じるわけである。しかし逆に、官制大権がないならば、両規範は質的な区別ではなく、ただ量的な連続性ということになる。米国行政法学に組織規範と作用規範の区別がないのは、立憲君主制という歴史的経過を辿っていないがゆえではないかと推測される。

ちなみに、米国の実定法の中に、日本行政法で言う組織規範と作用規範の区別を見いだすことができないわけではない。ある行政組織の設立を宣言して、その名称や構成・任命方法だけでなく、抽象的に書かれる「所掌事務」にも触れる条文は散見されるところである（「所掌事務」的な定めは、しばしば、dutiesやfunctionsの言葉が用いられる）。たとえば、16 U.S.C. § 1（国立公園局の設置）や、42 U.S.C. § 300cc-40（エイズ研究局の設置とそのduties）がある。他方、わが国でいう作用規範にあたる定めは、しばしばauthorizedやauthorityという言葉をもって書かれることが多く（たとえば、(立法的)規則制定や行政命令、検査のほか、一定物品の購入、施設整備など、具体的な法的権限を定めるのに使われる傾向があり、本稿で言う「行政機関による権利義務の創出のための授權」にあたると思われる。三(2)(a)を参照）。先の例に対応させれば、16 U.S.C. § 1a-2（国立公園局のauthorities）、42 U.S.C. § 300cc-41（エイズ研究局のadditional authorities）がそれに当たる。しかしながら、筆者の知る限りでは、米国行政法（学）において組織規範と作用規範の区別が説かれることはない。

(210) 前出注(195)-(197)及び該当する本文参照。なお、前出注(166)-(167)及び該当する本文も参照。

拠がなくてはならない（つまり、所掌事務の範囲内でなくてはならない）と言われるが、最高裁はそれ以上に、指導の追求している目標ないし目的に即して、その正当性を具体的に判断しようとしている。

たとえば、建築確認の留保にかかる昭和60年最高裁判決⁽²¹¹⁾は、建築確認制度とは直接無関係の政策目標を、建築主事（直接にはそれに留保を依頼した東京都建築指導課）が追求することを許容するものであった。そしてそこで追求された政策目標は、「マンション建築にかかる近隣紛争は、相対交渉で解決されることがきわめて望ましい、重大な紛争であるという認識を、建築主に共有してもらおうこと」である。東京都がこの政策的価値判断を追求することの正当性について、最高裁は、建築基準法の究極の目的に反しないこと、そして地方自治法上の地方公共団体の事務内容に含まれることを指摘しただけで、これを認めているのである。ただし、指導が、私人間紛争を収束させようとする努力であったという側面も大いに強調されている⁽²¹²⁾。また、負担金にかかる平成5年の最高裁判決⁽²¹³⁾は、自治体が公共施設等のための費用（の一部）は開発者が負担すべきであるという政策的判断に基づいて指導することの正当性それ自体を認めており、その理由として、「生活環境をいわゆる乱開発から守る」ことを目的とするものであり、「多くの武蔵野市民の支持を受けていたこと」を挙げている。一言で言えば、その政策判断が、武蔵野市のなかで社会的コンセンサスを有するものであったことを意味しているように思われる⁽²¹⁴⁾。

これら二判決は、一定の条件付きながら、行政活動の指針が法律・条例の形式に見いだされることがなくてもよい——したがって「法外」の政策目標・価値判断の行政機関による追求——という余地を認めているように見える。では、国会が任務を与えるために設立されたはずの行政組織に、なぜそのよう

(211) 最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁。

(212) 以上の判旨分析については、中川・前掲論文（注195）465-492頁参照。

(213) 最判平成5年2月18日民集47巻2号574頁。

(214) 以上の判旨分析については、中川・前掲論文（注195）496-504頁を参照。

な自由が認められるのであろうか。

仮に、国会が意図的にそのような自由な活動余地を予定して行政組織を作り出しているのだという説明をするならば、それは説得力に乏しい。国会が自ら作り出した行政組織に対し、国会の示す指針以外の目標——行政官が自ら考え出した目標、あるいは社会的コンセンサス（社会的選好）を自ら探り出して得られた価値観——に従って行動せよという指令を国会が出していると言うに等しく、これでは明らかな立法権の放棄と言うほかないからである。また、行政機関が社会的コンセンサスを、法律・条例の形式を超えて、直接に社会から読みとってよいということになると、住民投票に慎重な学説一般の論調（社会的選好は議会制を通じて読みとられるべきであるという批判⁽²¹⁵⁾）とも齟齬するであろう。そして既に述べた通り、上記二判決における具体的な政策目標——マンション建築紛争にかかる一定の価値観に建設業者を与させること、公共施設費用の負担者に少なくとも開発業者が含まれること——は、まさに議会自身による方向付けを典型的に必要とする問題というべきではなかろうか。

以上を前提とすると、上記二判決における「法外の政策内容を実現する手段」としての行政指導を正当化する方法は、それを行政機関による行政活動として見る限り、憲法構造上不可能なのではないかと考えられる。それでは、上記二判決が「法外の政策内容」の追求を容認したことの、（便宜論ではない）規範的な説明は不可能なのであろうか。この点については、これまでふたつの説明がなされてきたように思われる（ここからは、「行政機関」ではなく、あえて「行政」という言葉を用いていることに注意されたい）。

第一は⁽²¹⁶⁾、ここで行政が探り当てているのは、法律や条例の形式としては表明されていないが、しかし社会にすでにある秩序ないし規範であるという考え方である。磯部力教授の一連の都市法に関する業績がそうである。いわゆる指導

(215) 住民投票については、たとえばジュリスト1103号(1996)の特集を参照。

(216) 以下の叙述については、中川・前掲論文(注195)492-495頁参照。

要綱の「慣習法」説も、すでにある規範を発見してそれを宣言するものだという趣旨である限りにおいて、ここに位置づけてよいであろう。もっとも、現実の行政指導（指導要綱に体现されたものも含む）の多くは、既存の規範をつかみ取って表現したものというよりは、むしろ社会誘導的であるというほうが適切であろう。そうであるならば、この説明で正当化しうる行政指導現象は相当に限定されたものではないかと思われ、磯部教授が議論の射程を「都市的空間」に限定しているのも、そのためと思われる。また、教授自身認めるように、これは法治主義とは別の法空間における説明を試みるものである。

第二の説明方法として、原田尚彦教授の言う「調整者としての地方公共団体」という視点がある。ここでは、行政指導の主語が、個々の「行政機関」ではなく、端的に「地方公共団体」となっている点が注目される。同時に原田教授は、行政指導への好意的評価の理由のひとつとして、「憲法自身が、国の行政の責任を内閣のもとに統一し、内閣が国会に対し政治的責任を負う……」としていること、地方公共団体の長は住民の公選であり、住民に対し直接的な政治責任を負うたてまえをとっていることを考えれば⁽²¹⁷⁾と指摘していることも考えあわせると、原田教授の指摘は、次のように展開することが可能であるように思われる。すなわち筆者の言う「法外」の政策目標・価値判断を追求する行政指導は、国であれば内閣や国会、地方であれば首長や議会といった政治的存在による活動という観点から評価されるべき現象ではないかということである（したがって、法律の留保論それ自体の射程の外にある）。この種の行政指導を、行政機関による行政活動として見る限りは、端的に「法外」というほかに、その適法性ないし妥当性を判定すると言ってみても（最高裁はその判定を行っているようであるが）、その内実が何であるかを説明することは至難である。すでに述べたように、内閣は憲法上の職権として「国務を総理する」（憲法73条1項）

(217) 原田『要論』74頁。

の一環として、また地方公共団体の長はまさに首長として、それぞれ国家ないし当該自治体において、何が望ましい社会的状態であるかを恒常的に考え、社会に対して必要な様々な働きかけをすることが予定されている。そのなかに、「法外の政策内容を実現する手段」としての行政指導は、位置づけられるべきではないかと言うわけである。原田教授が、「国民と日常接触している行政によってとりあげられ、いろいろな試行錯誤の過程を経て、行政措置（行政指導、要綱、協定など）のなかに具象化され、やがてその実効性が実証され、かつ関係者の合意が得られたとき、はじめて正規の条例なり法律として結実されることとなる⁽²¹⁸⁾」と述べているのは、まさにそうした次いで捉えられるように思われるのである。そうした意味での「行政」は、行政機関ないし、本稿で言う行政活動を担う行政組織ではなく、内閣や首長レベルの判断が前提になっていることが黙示されるものであるように思われる。そうした「行政」が、社会的コンセンサスの所在を探り当てる努力を行い、何らかの方針を宣言し（しかし既存の法律に明示的に反することはできない）、配下の行政組織に必要な措置をとらせ——指導や自主規制の働きかけを含む——、また機が熟せば立法化・条例化を働きかけることが、憲法構造上、その職責として認められているのである。建築確認の留保にかかる昭和60年最判が、建築主事と建築指導課のいずれをも主語とせず、単に「地方公共団体」の責務を論じていたのは、そのような観点から理解することができよう。また、負担金にかかる平成5年の最判が、議員総会の承認があったことを指摘していることも同様である。そしていずれの判決も、関係する法律の究極の目的に反しないことを確認しているのは、示唆的である。

ここに、行政機関としての自治体の首長ではなく、政治的存在としての自治体の首長が行う活動としての行政指導の正当化という論理を見いだすことが可

(218) 原田『要論』75頁。

能ではなからうか。内閣や首長自身がこの種の指導をするわけではなく、具体的実施は各省庁や部局に委ねざるを得ないであろうが、これは内閣や首長が下した判断の現場的執行が委任されたものという性格付けで捉えられるべきであろう。「外圧」に配慮して通産省が輸出自主規制を業界に要請したり、エネルギー確保の観点から郵政省が深夜放送の自粛を求めるといった行政指導は、それぞれの省庁が国会の創出になる行政活動として行っているというよりはむしろ、内閣レベルの憲法上の「行政権」ないしその「職権」の行使（対外的配慮、行政活動の総合調整）が、各省庁を通じて対外的に表示されているという性格付けで理解すべきものであって、行政活動の一環として説明することは放棄すべきではないかというわけである。逆に言えば、内閣や首長とは区別された意味での、行政機関だけのレベルで、「法外」の政策目標を達成しようとする指導は、憲法構造上その存在する場所は無いか、あるいは極めて狭いと言うべきではなからうか。行政過程における「協働ないし総合調整の視点が、行政行為論の『デジタル思考』にはのりにくく、これをどう、法制度設計に組み込むかが問題である」ことが指摘されるが、⁽²¹⁹⁾以上のような発想も有効ではないかと思われる。

七 結 論

以上から明らかになったのは、第一に、「権力分立」と「法の支配・法治国」それぞれから生じる、「行政活動」にかかる憲法上の諸要請をマトリクス化するならば、そこに10以上の問題分野を析出できることである。そのうち、わが国の学説に現れた法律の留保論（日本国憲法下のもの）は、3つの問題分野を問うものということができる。

(219) 判例地方自治157号座談会18頁(1997)(森田朗発言)。

第二に、わが国の法律の留保論の3つの意義それぞれについて、米国行政法での対応物を見つけることは不可能ではない。とはいえ、権利義務創出の授權としての法律の留保論や、抑制的行動の要求としての法律の留保論における問題意識は、米国でも議論や法規定が皆無ではないという程度であり、いわゆるメインストリームで議論されるような重要トピックであるとは認識されていない。初歩的でマイナーな問題に過ぎないという扱いである。例外は、米国で政府契約にかかる「法律の留保」（日本式に言えば）という問題がしばしば論じられていることくらいであるが、しかし逆に、この問題は日本行政法では留保論としては論じられていない。

3つ目の問題分野（稠密な実体ルール）について言えば、わが国の全部留保説や本質性留保説（重要事項留保説）に相当する事柄が、米国では、一方では、表現の自由や実体的デュープロセス論などといった人権論（違憲審査論）として展開されており、他方では、民主主義的決定を議会がしておくべき事柄は何かという立法権の委任禁止法理として議論されているところに相当すると言える。

第三に、これは日本法における今後の課題であるが、行政指導や自主規制要請という手段を用いて、行政機関が「法外」の政策目標・価値判断を追求することがなぜ規範的に許されるのかという問題について、行政活動としての行政指導と、内閣や首長が政治的存在として行う（少なくともその判断が介在している）行政指導とを区別して議論することが、憲法構造には適合的ではないかと考えられる。

本稿では、日米の行政活動の憲法的位置付けの分析を、共通のマトリクス化を通じて試み、以上のような結論を得た次第である。

* 本稿は、文部省科学研究費（平成10年度奨励研究A）および伊藤謝恩育英財団（日本研究助成）による研究成果の一部である。