

論 説

行政「控除説」に関するおぼえがき

高 橋 勇 人

はじめに

1. 控除説の定義と展開
 - (1) 明治憲法下での控除説
 - (2) 日本国憲法下での控除説
 - (3) 小括
2. 控除説の現代的意義
 - (1) 批判的学説の確認
 - (2) 控除説の現代的意義

むすびに

はじめに

理論上の概念としての「行政」及び、日本国憲法65条が定める、制度上の概念としての「行政（権）」の解釈について、長い間通説とされてきたのが「控除説」であった。控除説とは、「すべての国家作用のうちから、立法作用と司法作用を除いた残りの作用⁽¹⁾」と定義される学説であり、「国家作用の分化の過程を歴史的に」見た際に、「包括的な支配権のうちから、立法権と執行権がまず分化し、その執行権の内部で、行政・司法が分けられた」ことに由来する⁽²⁾。実際問題、行政の内容が複雑多岐にわたり、明確ではないため、「行政」概念を納得いく形で理解することが極めて困難であった。そのため、このような消

2 行政「控除説」に関するおぼえがき（高橋）

極的な定義の仕方にもかかわらず、控除説が他の学説に比べ「比較的無難な説」⁽³⁾とされ、控除説が通説たる地位を長い間保持してきた。

消極的な態度に留まる控除説に対して、批判的な見解は少なくなかった。批判的立場をとる代表的論者として、田中二郎と佐々木惣一を挙げることができる。田中は、「近代的行政は、法のもとに法の規制を受けながら、現実具体的に国家目的の積極的実現をめざして行われる全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動として理解すべきもの」と定義する⁽⁴⁾。また、佐々木は、「行政とは、国家が、その目的を達成すべき現実の状態を惹起することに差し向けて、行う活動をいう」とする⁽⁵⁾。両者は、行政概念を積極的に定義づけようと試みていることから、「積極説」と分類されるが、依然として控除説に代わり得る存在とはなっていない。

このような学説状況に対して、1990年代から内閣機能強化・首相のリーダーシップ確立を目指す現実政治の動きと連動する形で、控除説に批判的な立場をとり、行政概念を積極的に定義しようとする学説が登場しはじめる。いわゆる「法律執行説」と「執政権説」である。

法律執行説の代表的論者である高橋和之はこう説明する。「立法とは憲法の下での始原的法定立であり、行政とは法律の『執行』である」。『執行』とは、行政権のあらゆる行為が究極的には法律に根拠をもたねばならぬ⁽⁶⁾。その上で、憲法73条各号が掲げる内閣の職務は、憲法が配分した権限であると理解する⁽⁷⁾。

執政権説について、その代表的論者である阪本昌成は、憲法65条の「行政」とは、国家統治の基本方針について配慮する Executive Power（＝執行権）を指すと理解する⁽⁸⁾。その根拠として、①具体的内閣権限を列挙している憲法73条は、国務の総理のほかにも、外交関係の処理、条約の交渉締結等にも言及しており、「法律の執行」につかないこと、②内閣は法律執行機関ではなく、法執行を誠実に監督する機関であること、③だからこそ、「行政権」の英文表記

は Executive Power になっていることを挙げている⁽⁹⁾。

ところで、後で詳細に検討するが、法律執行説は言うまでもなく、控除説も執政権説も行政概念の理解において、「法律の執行」を中核に据えていることがわかる。つまり、控除説も、控除説に対して批判的な法律執行説も執政権説も、「法律の執行」を理解の出発点に置いているのである。法律執行説・執政権説が登場した1990年代以降から現在に至るまで、控除説は、再び厳しい批判の矢面に立たされている。しかしながら、「法律の執行」という点において法律執行説・執政権説と基礎を共有する控除説は、両説から厳しく批判されるほど、日本国憲法には不適合な学説なのであろうか。

そこで本稿では、果たして控除説が現行憲法において妥当性を有さず、何ら意義をもたない学説であるのかを再確認することを試みる。そのために、まず、控除説がどのような学説であるのか、その主要な論者のテキストを手がかりに詳細に確認し（→1）、法律執行説や執政権説との対比を通して、控除説がどのような現代的意義を有しているのかを明らかにする（→2）。

1. 控除説の定義と展開

(1) 明治憲法下での控除説⁽¹⁰⁾

ここでは日本国憲法下での控除説を考える前に、明治憲法下での行政概念がどのようなものであり、控除説的な理解をしていたのかを確認しておく。日本の公法学の諸学説は、日本国憲法の成立によって憲法及び政治制度が大きく転換したにもかかわらず、依然として現在に至るまで、明治憲法下での学説の影響を受けている。日本国憲法下での控除説の理解を深めるために、明治憲法下での学説について検討することから始める。

明治憲法下で控除説に近い理解をとる代表的論者として、上杉慎吉と美濃部達吉、そして、後に積極説に改説する佐々木惣一を挙げることができる。以下

では、3名の控除説について確認していく。

①上杉慎吉

上杉慎吉は、自身の行政法教科書『行政法原論』において、「国家カ其ノ目的ヲ達スルカ爲メニ有スルトコロノ機能又タハ作用ハ極メテ多用ナリ之レカ分類ハ種々ニ之レヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ行政ヲ以テ其ノ一科ト爲ス國家作用ノ分類ハ國家作用ヲ分チテ立法司法及ヒ行政ノミト爲スノ立憲政體ノ基礎タル思想ニ基クモノニシテ實ニモンテスキュウノ三権分立ノ主張ニ胚胎スルトコロノ分類ナリ」と述べ、まずモンテスキューの三権分立論に基づいて国家作用の分類を論じている⁽¹¹⁾。そのうえで、国家作用には主観的分類（形式的分類）と客観的分類（実質的分類）があり、両者を一致させることがモンテスキューの三権分立論であるとする⁽¹²⁾。

このような国家作用の分類を踏まえて上杉は、実質的分類の観点に立って立法を次のように定義する。すなわち、「立法トハ法規ヲ定ムル国家ノ作用ナリ」、「一定ノ事実ヲ豫想シテ其ノ結果ヲ定メ不定ノ場合ニ適用シテ之ヲ規律スル抽象的法規ヲ立ツルハ立法ノ作用ノ實質ナリ⁽¹³⁾」。そのうえで司法と行政についてはこう述べる。すなわち、「國家ノ維持及ヒ擴張ノ目的法ノ制定及ヒ維持ノ目的文化ノ助長ノ目的ハ皆ナ之レヲ實現スル國家ノ作用ヲ必要トスルナリ之レヲ立法ノ作用ニ對シテ學者往々執行ト稱セリ司法ト行政トハ執行ニ屬スル作用ナリ⁽¹⁴⁾」。つまり、上杉は、行政に属する主な作用が法の執行だと捉えているのである。

それでは、司法と行政の区別について上杉はどのように考えているのであろうか。「而シテ司法ト行政トハ如何ナル實質上ノ區別ヲ有スルヤ思フニ司法ハ法ヲ適用スル國家ノ作用ナリ法ヲ維持スル國家ノ作用ナリ個々ノ場合ニ法ヲ實現スル國家ノ作用ナリ⁽¹⁵⁾」、「司法ハ法ノ適用又タハ維持ニシテ其ノ目的モ作用モ皆ナ此ノウチニ在リ法ノ適用又タハ維持ヲ以テ終始ス⁽¹⁶⁾」と司法について考えて

いる。対して行政については、「行政ノ作用ニ於テ法ノ定ムルコロ細微ノ點ニ迄及ヒ盡シテ遣ストコロナク法ニ依ル其ノ行動ハ之レヲ法ヲ適用スルモノト見ルモ差支ナク法ノ適用ト云フ以外ニ殆ント何等ノ意義ヲモ認ムヘカラサル場合或ハ之レアラント雖其ノ然ルハ法ノ命スルコロニ從ヒ法ノ禁スルコロヲ避ケントスル結果ニシテ法ノ適用ヲ以テ目的トシ法ヲ適用スルカ爲メニ法ヲ適用スルモノト見ルヘカラスシテ其ノ目的ハ法ノ外ニ在リ此ノ點ヲ以テ司法ト行政ヲ區別スルナリ」とする。⁽¹⁷⁾上杉は、司法と行政はともに法の適用（執行）と考えつつも、行政は司法と異なり、法が細微の点にまで及ぶことがあり、行政による法の適用によって実現すべき目標は法の外にあるとしているのである。

ここで留意しなければならないのは、上杉が立法・司法・行政に属しない作用が存在することを認識していた点である。すなわち、「立法ト司法ト行政トノ三ノ作用ヲ以テ國家作用ヲ盡スモノトスルコト能ハス國家ノ行動ニシテ立法ニ非ス又タハ行政ニ非ル作用ニ屬スルモノアリ普通ニ政治ト稱スルコロノ國家作用ハ立法司法及ヒ行政ノ上ニ立チテ之レヲ統一シ國家ノ目的ヲ達スル一般ノ方針ヲ定メ國家ノ一切ノ作用ヲ指導スルコロノ作用ナリ」として、⁽¹⁸⁾上記三作用に属しない「政治」という領域があるとしている。明治憲法下においてすでに、当時の学説は、執政権説がいうところの執政作用を觀念していたのである。

上杉の行政概念は、控除による定義ということではできないが、少なくとも国家作用の分類については、後の控除説と理解を同じくしていると思われる。

②美濃部達吉

このような上杉の行政概念理解に対して、上杉より少し遅れて登場し、後世において日本における行政法学の基礎を形成したと評される⁽¹⁹⁾美濃部達吉の行政概念を次に検討する。

美濃部の行政法教科書『日本行政法』によれば、美濃部は上杉と同様に、国家の作用は立法・司法・行政の三作用に分けられるとする。⁽²⁰⁾そこでまず立法概

念について、「國家カ法ヲ制定スル爲ニスル意思表示ハ實質ノ意義ニ於ケル法律トイヒ、又ハ法規トイフ。故ニ實質ノ意義ニ於ケル立法トハ法規ヲ定ムル作用ヲイフモノニ外ナラス」。立憲君主国においては議会在議決し君主の裁可を経て、一定の方式により公布された「國家ノ意思表示ハ之ヲ形式ノ意義ニ於ケル法律トイフ。單ニ法律トイフトキハ通常専ラ形式ノ意義ニ於ケル法律ヲ意味ス。形式ノ意義ニ於ケル立法トハ即チ此ノ意義ニ於ケル法律ヲ定ムル作用ヲ意味スルモノナリ」⁽²¹⁾と定義する。ここでは、立法の意味を形式的及び実質的に理解する二重法律概念がとられていることがわかる。司法については、「裁判トイフニ同シ」と定義し、司法の目的は「唯法ヲ宣告スルニ在ルノミ、或ル法律事實ノ存在ヲ認定シテ其ノ事實ニ對シテ適用セラルヘキ法ノ何ナルカヲ決定スルコトカ司法ノ唯一ノ目的タリ」⁽²²⁾と理解する。「行政トハ其ノ實質ノ意義ニ於テハ單ニ法規ヲ制定シ又ハ法ヲ宣告スルニ止ラスシテ國家及ヒ國民ノ利益ヲ達スルカ爲ニ行フ所ノ國家ノ一切ノ作用ヲ言フ」⁽²³⁾と定義する。そして、「行政ノ觀念ハ立法又ハ司法ノ觀念ノ如ク積極的ノ標準ヲ以テ之ヲ定ムルコト難シ、行政ハ最モ包括的ノ作用ニシテ立法及ヒ司法ノ外廣ク國家ノ一切ノ作用ヲ包含シ、其ノ觀念ヲ定ムヘキ一定ノ積極的ノ標準ヲ有スルコトナシ」⁽²⁴⁾と述べる。美濃部は行政概念を積極的に定義することの困難さを率直に述べ、そのうえで、行政とは国家作用すべてから立法及び司法作用を除いたものであると定義している。美濃部は上杉とは異なり、控除説をとっているのである。

ところで、美濃部は上杉と同様に上記三作用に属しない作用の存在を認めている。すなわち、「國家ノ作用ノ中ニハ立法ニモアラス司法ニモアラス而シテ又行政ニモ屬セサルモノアリ」。「立法司法行政ノ何レニモ屬セサル第四種ノ作用タルモノナリ。此ノ種ノ作用ノ一ハ戰爭其ノ他軍隊ノ行動ニ關スルモノナリ」。「此ノ種ノ作用ノ他ノ一ハ爵位ノ受與及ヒ剥奪其ノ他皇室ノ主張トシテノ君主ノ大權ニ屬スル作用ナリ」⁽²⁵⁾と美濃部は述べている。美濃部は控除説をとりつつ、三作用に属しない大権作用の存在を認めているのである。

③佐々木惣一

佐々木惣一は、日本国憲法下では積極説に立っていたことはすでに述べたが、明治憲法下では控除説に立っていた。そこで、佐々木は当初行政概念をどのように理解していたのかを確認する。

佐々木は、まず国家作用について「立法司法及ヒ行政ノトス」と理解することから始めている。⁽²⁶⁾ そのうえで、「一般ニ國家ノ作用ノ種別ヲ立ツル場合ニ、作用自身ノ内容ヨリ觀察スルノ見地及ヒ作用ヲ行フ國家機關ノ特徴ヨリ觀察スルノ見地⁽²⁷⁾アリ」として、作用の内容と国家機関とに分けて検討している。

次に佐々木は、作用の内容と国家機関の特徴の2点から上記三作用を検討している。まず、前者について、「立法ハ法ヲ制定スルノ作用ナリ」、「司法ハ民事、刑事タル具體的ノ事實ニ付テ何タルカラ宣言スルノ作用ナリ。凡ソ具體的ノ事實ニ付テ法ノ何タルカラ宣言スルノ作用ヲ裁判ト云フカ故ニ司法ハ民事、刑事ノ裁判ナリ」、「行政ハ立法及ヒ司法ヲ除外シタル一切ノ國家ノ作用ナリ」⁽²⁸⁾と定義している。この記述からもわかるとおり、佐々木は行政概念について控除説に立ち、実質的意義の行政を観念している。これに対し後者について、三権分立主義に立って「立法、司法、行政ノ各作用ニ付テ各別ノ機關ヲ設クルコトニ在リ」、「立法、司法、行政ノ各機關ノ構成及ヒ地位カ各作用ノ政治的意味ニ應シテ定メラルルコトニ在リ。其ノ精神蓋シ行政ハ常ニ即時ノ行動ヲ要求スルモノナレハ之ヲ君主ニ一任スヘク、立法ハ國民カ全體トシテ自由ニ之ヲ行フヘク、司法ハ立法ノ結果タル法ノ定ムル所ノ方法ニ依テ國民ヨリ採用シタル者ヲシテ獨立シテ之ヲ行ハシムヘイトスルナリ」とする。そして佐々木は、これら2点の理解を踏まえて、「行政トハ帝國議會ノ參與ニ依テ行ハルル作用及ヒ司法裁判所ノ參與ニ依テ行ハルル作用ヲ除外シタル殘餘ノ作用ヲ總稱ス」⁽²⁹⁾とする。佐々木は、立法機関（議会）及び司法機関（司法裁判所）に属しない作用は、作用の性質に関係なく行政の作用であると考え、控除説に立ちつつ、形式的意義の行政も観念していることがわかる。

以上の通り、3名の論者の学説を検討してみた。美濃部と佐々木は行政概念を「国家作用から立法及び司法作用を除いた」一切の国家作用、すなわち控除説と同様の理解をしているが、行政の主な作用を法（法律）の執行とは理解していないことが分かった。上杉は、国家作用の分類については上記2名及び控除説と同様の理解をしており、行政の主たる作用を法の適用（執行）にとらえていることは確かである。行政概念について、上杉は司法による法の適用と行政による法の適用は性格が異なる理解しているが、他の2名とは異なり、国家作用の控除という発想を持ってはいない。

立法、司法、行政の三作用に属しない作用の存在について、上杉と美濃部はその存在を認めていた。特に、上杉はその作用を「政治」と観念していたことは興味深い。ただし、両者の三作用に属しない作用について、理解が異なっていることに注意しなければならない。上杉は国家目的の実現のための指針及び国家作用の指導といった作用を「政治」と理解し、三作用に属しないとしているのに対し、美濃部は天皇大権が三作用に属しないとしている。この時期においてすでに控除説が存在する一方、執政作用も観念されていたことは重要だが、各説の理解は異なっていることに留意する必要がある。

（2）日本国憲法下での控除説

ここでは、日本国憲法下での控除説がどのようなものであったのかを確認していく。まず、控除説の有力な論者である清宮四郎の説を分析したうえで、控除説の主たる論者の理解を確認していく。ただし、紙幅の関係及び筆者の力量の限界から、清宮と同世代の論者に絞って検討する。

①清宮四郎

清宮は日本国憲法制定後まもなくして、控除説に立つことを表明した⁽³¹⁾。ただし、なぜ自身が控除説に立ち、同説をどのように理解しているのかは述べてい

ない。その後、清宮は自身執筆の教科書『憲法Ⅰ』において、控除説について詳細に説明している。そこでは控除説の説明に先立って、行政について次のように説明する。すなわち、「行政とは、近代における伝統的な権力分立主義のもとに、立法および司法に対して成立した観念である。立法は、国民を拘束する成文の一般的・抽象的法規範を定立する作用であるのに対し、司法および行政は、ともに、立法によって定立された法規範を、個別的・具体的な事件に適用し、執行する作用である。したがって、国家の作用は、まず、立法作用と国法を執行する作用とに分たれる⁽³²⁾」と。つまり、清宮は、行政は法律の執行であると認識していたのである。続けて清宮は、「執行作用のうち、司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する作用」と定義し、行政については、「行政の内容は複雑多岐であって、かならずしも明確ではない⁽³³⁾」とし、行政の執行作用については定義が困難であるとしている。そして、「行政とは、立法でも司法でもない一切の国家作用⁽³⁴⁾」と定義する控除説を紹介する。

清宮は控除説について、「国家作用を残すところなく捉える点において、いちおう、理論的要求を満足させる」と肯定的に評価し、「もともと統一的な作用として君主に専属していた国家作用のうちから、政治的理由によって立法および司法が分離されたあとに残された作用を行政という点において、歴史的・沿革的に生じた自然の結果を示すという強み⁽³⁵⁾」を控除説は持つと述べ、清宮は控除説を支持する。

ただ、清宮は、控除説は行政を積極的に定義することを放棄した学説であると率直に認め、同説に対し不満が存在することも認識している⁽³⁶⁾。その苦悩は、清宮が付した長い注に見られる⁽³⁷⁾。清宮は、ケルゼン (Hans Kelsen) の法段階説に依拠して、行政作用は「直接行政作用」と「間接行政作用」とに分けられるとする。前者について、「国家作用の段階において、最後または最下位にあって、純粹に法を執行するのみであって、個別的な法規範を定立する分子を含ま

ない作用」とし、具体例として学校・鉄道の経営、道路・河川の工事などを挙げる。そのうえで、直接行政作用については、行政の本質的特徴を捉え、行政の積極的概念をうちたてることは可能であるとする。後者について、「最下位の純粹執行作用の上位または前段階にあって、立法によって定立された一般的・抽象的な法規範を執行すると同時に、個別的・具体的な法規範を定立する分子を含む作用」とし、具体例として租税の賦課、営業の免許などを挙げる。この作用について、「一般的法規範の執行と同時に個別的法規範の定立を含むという意味では、司法と異ならない」とし、司法が争訟の裁定であるならば、行政はその裁定以外の間接作用であるとみなすとすると、「間接作用の範囲では、やはり、控除説を採らなければならなくなる⁽³⁸⁾」とする。清宮はあくまでも間接作用について控除説をとっているのである。

このような行政の観念は、清宮によれば、作用の内容・実質に着目した実質的意義の行政であるとする。対して、実質定意義の行政に属する作用でも、制度上行政機関の権限の外に置かれる作用もあり（内閣総理大臣の指名（憲法6条1項、67条）、予算の議決（同83条）など）、また、実質上立法または司法に属する作用だが、行政機関の権限に属する作用もあり（政令の制定（同73条6号）、法律案の提出・恩赦の決定（同73条7号））、これらの作用は形式的に行政機関に属せしめられている形式的意義の行政とする⁽³⁹⁾。

清宮は以上のように行政概念を理解しているのであるが、留意点をいくつか挙げて⁽⁴⁰⁾いる。その中でも本稿との関連で特に重要なのが、行政権の行使に関して、国会に対し責任を負うとする点である（憲法66条3項）。すなわち、「議院内閣制のもとに、行政権を国会のコントロールに服せしめ、民主的責任行政を保障するものである」。「国会および裁判所は、いずれも、独立に、その立法権・司法権を行使することができるのに対し、内閣の責任に属する行政権は、全面的にコントロールに服し、完全に独立ではあり得ないのである⁽⁴¹⁾」と。つまり、行政作用には全面的に統制が及ぶことが想定されており、実質・形式は問われ

ていないのである。換言すれば、かつて天皇大権であり、現行憲法によって行政に配分されている作用についても、民主的統制が及ぶものと思われる。⁽⁴²⁾

以上、清宮の控除説を検討してみたが、彼は行政の中心作用が執行であると明白に認識しており、あらゆる行政作用に対して民主的統制が及ぶとしていたのである。

② 鵜飼信成

次に、清宮の控除説の分析を踏まえて、他の主な控除説論者は行政概念をどう理解していたのかを確認する。まず、鵜飼信成の説から検討する。

鵜飼はまず、行政概念が立法、司法概念とともに国家の三作用の1つをなす⁽⁴³⁾とする。そして、行政概念には積極説と消極説（控除説）があるとして、行政は「國家作用全體の中から、司法と立法とを引き去つた残り」と消極説を定義⁽⁴⁴⁾する。積極説の概念標識は「國家目的を實現すること」であり、消極説のそれは「國家および國民の利益を配慮すること」とする。⁽⁴⁵⁾

このような理解の下、両説について「積極説は、概念規定の方法としては、いうまでもなく當然のもので、およそある概念を規定するのに、その概念の標識を積極的に示さないで、ただ何々でないものというような消極的な規定の方法ですましてしまうことは、本来はあり得ない」として、積極説の方が適切であるかのような評価をしている。しかし、鵜飼は積極説について次のように述べて、「司法と行政とを、何らかの積極的な標識で相互に分けることの危険さ」を指摘する。⁽⁴⁷⁾すなわち、「一方では司法が法によつて完全に拘束されたものであるのに對して、他方では行政が、法によつては絶對的に拘束されることがなく、必要に應じて自由に、この法の制限を無視して自由な活動をすることができるといふ見方は、行政に對する歴史的な一つの豫斷を意味している」と。つまり、行政を積極的に定義することでかえって行政に法から自由な裁量を与えてしまうと考えているのである。「積極的な行政概念の規定をすることは、行

政に一種の独特な性格規定を與え、これによつて、法律による行政の原則をあいまいにしてしまう⁽⁴⁸⁾」のである。

鵜飼は、消極説（控除説）の消極的な態度について納得しているわけではないが、法律による行政の実現のためには、積極説よりも消極説の方がふさわしいと考えていたことがわかる。

③柳瀬良幹

柳瀬良幹は、国の作用を立法・司法・行政の三種とするが、その際に理論上の観念と制度上の観念とを区別することを求める⁽⁴⁹⁾。柳瀬によれば、「理論上の観念とは国の作用の理論上の分類としての立法・司法・行政」であり、各作用の定義は学問の自由であるとする⁽⁵⁰⁾。対して、制度上の観念とは、「現在の国の制度が立法・司法・行政となしているところのものを意味する⁽⁵¹⁾」。つまり、その国の実定法が定める制度によって三作用は位置づけられるとするのである。

そこで柳瀬は、制度上の観念によって国の作用を検討している。すなわち、「現在の制度において立法とは、国民の権利義務に関する新たな規律を定める作用を意味する」。「現在の制度における立法と司法・行政との区別は国民の権利義務に関する新たな規律を定める作用であるか否かの点にある⁽⁵²⁾」と。このように立法について捉え、司法について「立法を除く国の作用のうち、民事及び刑事の作用を意味し、行政とは民事及び刑事以外の作用を意味する⁽⁵³⁾」と理解する。行政について換言すれば、柳瀬は「行政とは立法を除く国の作用のうち民事及び刑事の作用以外のものということとなる」、「消極的に国の作用中から立法及び司法を除いたもの⁽⁵⁴⁾」と定義し、控除説をとっている。

柳瀬は司法及び行政概念の理解にあたって、法律の執行を念頭に置いていない。国の作用のうち、立法を除いたものを司法と行政とし、司法と行政の作用を積極的に定義していない。司法と行政の差異は「民事及び刑事とそれ以外⁽⁵⁵⁾」としており、行政の作用の内容について検討していないのである。このような

柳瀬の理解は、清宮や鶴飼と異なり、かなり消極的なものとどまる。

④宮沢俊義

日本国憲法下における学説に今でも大きな影響力を残している宮沢俊義は、行政概念をどのようにとらえているのであろうか。まず宮沢は、伝統的な権力分立（各作用の厳格分離）に立ち、「国家作用は立法権・行政権および司法権の三つの種類に分けられる」とする⁽⁵⁶⁾。そのうえで、「立法権とは、法をつくる権力（法規範を定立する作用）を意味し、司法権は、すべての法律上の争訟を裁断し、犯罪人に刑罰を科する権力（民事・刑事の裁判を行う作用）を意味し、行政権とは、国家作用のうちから右のような意味の立法権と司法権とに属する部分を除いた部分の総称」であり、憲法65条の「行政権」もこの意味に解される、とする⁽⁵⁷⁾。すなわち、「国家作用のうちから、法規範を定立する作用、および、民事・刑事の裁判を行う作用を除き、法律を執行したり、外交事務を処理したり、公務員を選任したり、指揮監督したり、国内の治安を維持したり、その他国民生活の安定と向上とをはかるために各種の政策を遂行する国家作用の総称である」とする⁽⁵⁸⁾。

宮沢が控除説をとっていることは明らかである。ただし、行政の具体的作用について、法律の執行を明確にとらえてはいるものの、中心的な作用とはとらえてはならず、上に列挙した他の作用と同様に、国家作用の残余としか考えていないと思われる。

⑤佐藤功

最後に、佐藤功の行政概念を確認する。佐藤は、行政権の概念について伝統的な三権分立主義の下における行政権の概念に即して考えるほかはないとしつつ、「行政権の観念はほんらい必ずしも明確ではなく、したがって行政権とは統治権の作用のうち立法権と司法権とを控除した残りの作用」と定義する⁽⁵⁹⁾。そ

の理由として、「近代的な三権分立主義が統治権すべて絶対政君主の一手に掌握されていた体制から、立法権を議会に、司法権を裁判所に属せしめることによって成立し、残余の権力が君主の手に行政権として残されることとなったという歴史的な事情を反映するものである」が、立法権と司法権の概念は「比較的明確であるのに対し、行政権の内容はほんらい多岐複雑であって、必ずしも明確ではない」ことを挙げる。⁽⁶⁰⁾このような佐藤の説明は、清宮の説明とかなり近いように思われる。

それでは、各作用の内容について佐藤はどう捉えているのか。「立法とは国法（法規範）の定立の作用（ないし権力）であり、司法と行政はその定立された国法の執行・適用の作用である」とする。⁽⁶¹⁾「司法とは、国法を具体的な事件について裁判の目的（法律上の争訟の裁定と犯罪者の処罰）のために個別的に執行・適用する作用であるのに対して、行政とは、国法をこの裁判を除く一般の目的のために執行・適用する作用であるということが出来る。また、司法の目的は法の適用そのものであり、そこではもっぱら合法性が追及されるのに対して、行政は同じく法の適用ではあっても、そこでは合目的性も追及されるという点で異なる」とする。⁽⁶²⁾佐藤は、控除説に立ちつつ、行政概念の中心に法律の執行を置いていることがわかる。⁽⁶³⁾この点、清宮の理解と同じである。ただし、佐藤は清宮のように、行政作用を直接行政作用と間接作用とに分けていないことには注意する必要がある。

佐藤の議論で興味深いのは、上記三作用に含まれない作用の存在をとらえている点である。すなわち、行政権の作用のうち大部分は法律の執行・適用であるが、行政権の作用はそれのみに限られない。というのも、憲法73条は、内閣の行う事務を列挙しているが、そこには法律の執行（1号）のほかに多くの事務を掲げているからである。これらの作用は立法権及び司法権に属する作用ではない。「伝統的な三権分立主義によって国家作用を立法権・行政権・司法権に分類し、その場合に、司法権および行政権を立法権（立法部）の定立する国

法（法律）の執行・適用の作用であると定義するのではこの三権に属しない残余の作用があるといわざるをえない。行政権を国家作用（統治権）のうち立法と司法権とを控除した残りの作用をいうとする定義は右のような三権に属しない残余の作用をも行政権に含めようとするものといえることができる。「三権分立主義をとり、国家作用を立法権・行政権・司法権に分類することを前提とする限り（すなわち、この三権のほかに何らかの作用を認めようとする理論構成を採るのでない限り）、行政権とは上記のような広い概念であるとするのは⁽⁶⁴⁾はない。佐藤はこう述べているのである。要するに、佐藤は法律の執行とは性質を異にし、三作用に属しない作用が存在することを正面から認め、当該作用が行政権に帰属していることを把握しているのである。言い換えれば、立法・司法・行政とは異なる第四権を觀念し、内閣に帰属するするのである。加えて、「この三権のほかに何らかの作用を認めようとする理論構成を採るのでない限り」と述べていることから分かるように、佐藤は、執政権説を論ずることが可能であるとするのである。

佐藤の控除説は、清宮の理解を踏襲しつつ、さらに発展させたものであると位置付けられよう。特に、日本国憲法下で立法・司法・行政に属しない第四権の存在を認め、後の執政権説につながる説を述べていたことについて、留意する必要がある⁽⁶⁵⁾。

（3）小括

ここまでの検討を通して、2点指摘することができる。第1に、どの論者も国家作用を立法・司法・行政の三作用に分類することができる点で一致しているが、この三作用に属しない第四の作用（第四権）が存在していることについて、明治憲法下ですでに指摘されており、そして、日本国憲法下での学説でも認める論者がいたということである。特に留意すべきは、控除説をとりつつも第四の作用を肯定していたことである。つまり、控除説と執政権説は執政作用

の存在を認めており、行政概念に関して理解を共有する部分があるということができよう。

第2に、控除説をとる論者を大きく分けて、2種類に分類することができよう。すなわち、行政概念の中心を法律の執行ととらえるか否かである。法律の執行を行政の中心にとらえ、司法による執行作用とは異なる行政による執行作用をとらえようとする論者として清宮と佐藤がいる。両者は、行政＝法律の執行ととらえる一方、形式的に、すなわち憲法によって行政機関に配分されている作用の存在に自覚的であった。控除説といっても、清宮と佐藤の理解は、後に登場する批判的学説と親和的であったのである。⁽⁶⁶⁾

2. 控除説の現代的意義

(1) 批判的学説の確認

ここでは、1での検討を踏まえ、控除説が批判的学説との対比でどのような現代的意義を有しているのかを明らかにする。そのために、まず、控除説に批判的な立場をとる法律執行説がどのような学説なのかを再度確認することから始める。

①法律執行説

代表的論者である高橋和之は、次のように日本国憲法を解釈するところから始める。日本国憲法の構造的特徴を比較憲法史的視野から位置づけようとする場合、立憲君主制モデルと国民主権モデルを設定することが有益であるとする⁽⁶⁷⁾。立憲君主制モデルは、君主主権原理を基礎に立憲主義を取り入れたモデルであり、主権者たる君主に全権力が集中した絶対君主制を出発点に置き、そこから立法権と司法権が分離・独立した体制として三権分立をとらえる⁽⁶⁸⁾。したがって、君主の独占から離れた立法権と司法権の範囲を確定することが最初の課題であ

り、立法権と司法権に属さない権限は従来通り君主の手に残された⁽⁶⁹⁾。その残された作用が行政と観念されることになる。ゆえに、控除説は立憲君主制モデルに親和的とされるのである⁽⁷⁰⁾。

国民主権モデルは、国民主権原理に出発点を置く⁽⁷¹⁾。ここでは、全権力は国民にあり、国民が憲法制定を通じて三権を創設・授権するものとされる⁽⁷²⁾。「その場合に、最も重要な権力は、国民を代表する議会により行使される立法権であり、この立法権は権限事項の範囲を限定されない。いかなる問題についても法律を制定しうるのである⁽⁷³⁾」。むしろ制限を受けるのは行政権であり、行政権は「法律の執行」と観念され(=執行権)、法律なしに行動することは許されないとする⁽⁷⁴⁾。法律執行説は国民主権モデルに基づく学説なのだ。

高橋は、このように憲法の構造的特徴をとらえたうえで、国民主権モデルのほうが日本国憲法には適合的だとする⁽⁷⁵⁾。そして、高橋は国民主権モデルに立脚して、憲法65条の「行政権」は法律の執行であり、73条各号に掲げられた事項は内閣固有の権限として憲法が付与する権限と理解する。

ここで注意を要するのは、73条各号の作用に対して何ら統制が働かないわけではない点である。高橋は、議院内閣制というメカニズムの中でこれらの諸作用を遂行していくことを想定しており、内閣に対する議会の統制が働くことを念頭に置いているのである⁽⁷⁶⁾。

②執政権説

繰り返しになるが、執政権説の代表的論者である阪本昌成は次のように説明する。憲法65条の「行政」とは、国家統治の基本指針について配慮する Executive Power (=執政権) を指し、具体的内閣権限を列挙している憲法73条は、国務の総理のほかにも、外交関係の処理、条約の交渉締結等にも言及しており、「法律の執行」につきないとする。つまり、65条の「行政」は「執政」と73条の「行政各部」は「行政」として、それぞれ別の意味に理解される⁽⁷⁷⁾。具

体的な執政作用の内容について、同じく代表的論者である石川健治によれば、外交（外交関係の処理・条約締結権等）、軍事（開戦決定権・交戦権・統帥権等）、行政組織編成権、その他国家指導（国会招集権・衆議院解散権・法律案提出権・財政決定権・財政統制権等）があるとする。⁽⁷⁸⁾ これらの執政作用は、「立法・司法・行政と並ぶ第四の領域」として観念される。⁽⁷⁹⁾

執政権説の議論において、執政権の統制は主たる関心の対象とはされてこなかった。しかし、石川は「従来の統治機構論上の論争点は、多くの場合、執政作用をめぐって、原則的執政権者である内閣と、議会による執政を目指す国会との間に繰り広げられる、争奪戦である」と分析しており、⁽⁸⁰⁾ 議会と内閣による執政作用の相互抑制が重要な論点だと指摘する。⁽⁸¹⁾

（2）控除説の現代的意義

このような内容を持つ法律執行説と執政権説は、古くからあった学説ではない。既述のとおり、1990年代から内閣機能強化・首相のリーダーシップ確立を目指す政治の動きと連動する形で登場したのである。敷衍すると、政策調整のためのリーダーシップ確立、民主主義の実効化のために、「内閣・首相に明確な政治責任を取らせるためには、控除説的な茫漠とした行政観念ではなく、明確な権限を内閣に付与しなければならないこと」、つまり「議会から自立した内閣の権限を憲法上の権限として承認する」ことの要請として唱えられている。⁽⁸²⁾ 法律執行説と執政権説は、控除説に対するアンチテーゼとして位置付けられてきた。

しかしながら、控除説の検討を通して上記2説を見ると、2説は控除説の影響を強く受けている。控除説は法律の執行を行政の中心的作用としてとらえており、性質上立法・司法・行政に属しない作用の存在を認めている。控除説と法律執行説・執政権説は理論的基礎を共有しているのである。法律執行説と執政権説を控除説に対する批判的学説と位置付けるには、注意が必要と思われる。

本来、控除説は法治主義（法律の行政）と結びついて、「機能的には、行政はすべて議会制定法の下におかれるべきだ」という法治行政の貫徹を保障する意義を持った^(83, 84)学説である。法律執行説と執政権説が依然として第四の作用に対する統制を十分に見いだせていない現在、控除説が行政、特に形式的意味の行政をどう統制しようとしていたのかという点について意識を払うことで、法律執行説と執政権説を発展させることができるのではないか。その意味で、控除説は現代的意義を持つ有力な学説なのだ。

むすびに

本稿では、控除説について明治憲法下での学説にまでさかのぼって検討してきた。現在の主要な憲法の教科書における控除説の記述が、いかに薄弱であるかは想像に難くない。名だたる憲法・行政法学者によって理論を形成されてきた控除説は、その背後に重厚な議論を有しているのである。そして、その議論は、現在においても十分検討する価値があることを認識すべきであろう。

今回、分析の対象を明治憲法下の学説と、清宮及び清宮と同世代の論者の学説に絞って検討を行ってきた。しかし、本来であれば、現在にいたるまで主要な論者の説はすべて網羅すべきであり、また、各論者の説を明確に位置付け、各説がどう影響を与え、受け継がれていったのかを検討する必要があった。このことは、筆者の今後の課題とさせていただき、読者のご寛恕を請う次第である。

- (1) 芦部信喜著＝高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）322-323頁。
- (2) 芦部・前掲注1）313頁。
- (3) 清宮四郎『憲法I〔第3版〕』（有斐閣、1979年）301頁。

- (4) 田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第2版〕』（弘文堂、1964年）5頁。
- (5) 佐々木惣一『日本国行政一般法論（一）』（有斐閣、1952年）5頁。
- (6) 高橋和之『立憲主義的と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017年）380頁。
- (7) 高橋和之「権力分立」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）22頁以下を参照のこと。
- (8) 阪本昌成「行政権の概念」大石＝石川・前掲注7）223頁。
- (9) 同上。
- (10) この部分の執筆にあたり、塩野宏「行政概念論議に関する一考察」（塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年））を参考にした。
- (11) 上杉慎吉『行政法原論〔訂正四版〕』（有斐閣、1908年）39頁（下線は上杉による）。
- (12) 上杉・前掲注11）41頁。
- (13) 上杉・前掲注11）42-43頁。
- (14) 上杉・前掲注11）43頁。
- (15) 同上。
- (16) 上杉・前掲注11）44頁。
- (17) 上杉・前掲注11）44-45頁。
- (18) 上杉・前掲注11）47-48頁。
- (19) 塩野・前掲注10）5頁。
- (20) 美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、1911年）3頁。
- (21) 美濃部・前掲注20）8－9頁（傍点は美濃部による）。
- (22) 美濃部・前掲注20）27頁（傍点は美濃部による）。
- (23) 美濃部・前掲注20）36頁（傍点は美濃部による）。
- (24) 同上。
- (25) 美濃部・前掲注20）44頁（傍点は美濃部による）。
- (26) 佐々木惣一『日本行政法論』（有斐閣、1924年）3頁。
- (27) 佐々木・前掲注26）4頁。
- (28) 佐々木・前掲注26）4－5頁。
- (29) 佐々木・前掲注26）7－11頁。
- (30) 毛利透によれば、控除説が通説とされたのは、清宮が控除説に立ったからだとする（毛利透「議院内閣制と行政権」宍戸常寿＝林知更編『総点検 日本国憲法の70年』（岩波書店、2018年））。

- (31) 清宮四郎『全訂憲法要論』（法文者、1961年）249-250頁。
- (32) 清宮・前掲注3）300頁。
- (33) 同上。
- (34) 同上。
- (35) 清宮・前掲注3）300-301頁。
- (36) 清宮・前掲注3）301頁。
- (37) 清宮・前掲注3）302-303頁。
- (38) 傍点は筆者による。
- (39) 清宮・前掲注3）301頁。
- (40) 詳しくは、清宮・前掲注3）304頁以下を参照のこと。
- (41) 清宮・前掲注3）304-305頁。
- (42) 清宮は、行政概念の説明に先立って、天皇の大権に属していた数多くの作用が内閣の所管とされていることを認識している（清宮・前掲注3）300頁）。内閣に帰属するかつての天皇大権がどのようなものであるのか、清宮は具体例を挙げていない。ただ、実質的行政ではない、いわゆる執政作用が存在し、内閣に帰属していることを認識していたに違いない。
- (43) 鶴飼信成「行政・行政法・行政法学」田中二郎＝原龍之介＝柳瀬良幹編『行政法講座第1巻』（有斐閣、1964年）27頁。
- (44) 鶴飼・前掲注43）30頁。
- (45) 鶴飼・前掲注43）27頁。
- (46) 鶴飼・前掲注43）28頁。
- (47) 鶴飼・前掲注43）32頁。
- (48) 同上。
- (49) 柳瀬良幹『行政法教科書〔再訂版〕』（有斐閣、1969年）1頁。
- (50) 同上。
- (51) 同上。
- (52) 柳瀬・前掲注49）3頁。
- (53) 同上。
- (54) 柳瀬・前掲注49）6頁。
- (55) 柳瀬・前掲注49）4頁。
- (56) 宮沢俊義著＝芦部信喜補訂『全訂 日本国憲法』（日本評論社、1978年）494頁。
- (57) 同上。

22 行政「控除説」に関するおぼえがき（高橋）

- (58) 同上。毛利は、このような宮沢の態度を「無反省な説明」と批判する（毛利・前掲30）227頁）。
- (59) 佐藤功『ポケット註釈全書 憲法（下）〔新版〕』（有斐閣、1984年）809頁。
- (60) 同上。
- (61) 佐藤・前掲注59）810頁。
- (62) 同上。
- (63) 佐藤は、立法権との関係で行政権を定義する限り、行政権は立法権によって定立された国法の執行・適用であると述べている（佐藤・前掲注59）810頁）。
- (64) 佐藤・前掲注59）810-811頁
- (65) 清宮は第四権の存在について、十分認識していたかどうかは判断できない。
- (66) 毛利は、清宮が法律執行説につながる学説を説いていたと指摘する（毛利・前掲注30）228頁）。
- (67) 高橋和之「立法・行政・司法の観念の再検討」高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、2006年）127頁。
- (68) 高橋・前掲注7）21頁。
- (69) 同上。
- (70) 高橋・前掲注67）131頁。
- (71) 高橋・前掲注7）21頁。
- (72) 同上。
- (73) 同上。
- (74) 同上。
- (75) 詳細は、高橋・前掲注67）133頁以下を参照のこと。
- (76) 高橋和之＝佐藤幸治＝棟居快行＝蟻川恒正「〔座談会〕憲法60年——現状と展望」ジュリスト1334号（2007年）23-24頁〔高橋発言〕。
- (77) 石川健治「政府と行政——あるいは喪われた言説の場」法学教室245号（2001年）78頁。
- (78) 石川・前掲注77）78頁。
- (79) 石川健治「議会制の背後仮説」法学教室225号（1996年）73頁（注22）。
- (80) 石川・前掲注77）79頁。
- (81) 権力の相互抑制の観点から執政権を分析した最近の業績として、村西良太『執政機関としての議会』（有斐閣、2011年）を挙げておく。
- (82) 今関源成「『行政』概念の再検討」今関源成『法による国家制限の理論』（日本

評論社、2018年) 105頁。

(83) 今関・前掲注82) 110頁。

(84) 阪本昌成は、法治主義の貫徹を目指す学説が法治主義を重視するあまり、憲法65条および73条解釈の誤りを増幅させているとする(阪本・前掲注8) 222頁)。

(たかはし・ゆうと 博士後期課程)