

# 行政組織法・行政作用法上の基礎カテゴリーと

## 「行政庁」概念

小林 博志

### 目次

はじめに

一 伝統的「行政庁」概念の内容・構造——美濃部達吉博士の体系の場合——

二 今日における「行政庁」概念ないし行政官庁論に関する議論とその問題点

小括

### はじめに

行政法學上、行政活動を行う行政主体および行政組織を認識する「道具」として使われてきたのは、「行政庁」概念を中心とする「行政官庁論」であった。しかし、現行国家行政組織法がアメリカ型の「行政機関」概念を採用したり、行政需要の増大により行政組織が複雑化・膨大化することにより、行政組織ないし行政現実を把握する点で「行政庁」概念・「行政官庁論」の有用性に疑問を提起する声も少なくない。とはいえ、こうした意見も、正しい内容を持

つとはいえ、それ程精密なものではないように思われる。というのは、批判の対象とされている「行政庁」概念・「行政官庁論」の内容・構造が明確ではないと思われるからである。それ故、最近では「行政庁」概念・「行政官庁論」の母法たるドイツ法学を素材に右概念・理論の内容・構造が検討されるに至っている。その結果、「行政庁」概念についてドイツ行政法学とわが国の行政法学とは相当異なっていることが明らかとなっている。<sup>(1)</sup>としても、何をもち「行政庁」概念・「行政官庁論」と言うべきかは明らかではない。それ故、第一に、何をもち「行政庁」概念・「行政官庁論」というのか、すなわちそれらの内容・構造を明らかにするという課題が生ずる。さらに、右課題を果した後には、もちろん、解明された右概念・理論が現代行政においていかなる問題に直面しているのかを明らかにするという課題も出てくる。「行政庁」概念・「行政官庁論」の内容・構造を明らかにするためには、右概念・理論をそれを取りまく行政組織法・行政作用法上の諸カテゴリーの中に位置づけて考察することが必要となる。かかる作業の第一段階は、われわれが「行政庁」概念・「行政官庁論」の内容・構造として明示的ないし黙示的に思考してきたものを明らかにすることである。本稿では、それを美濃部達吉博士の行政組織法の体系を分析することによって行う。その理由は、「行政庁」概念・「行政官庁論」が歴史的にドイツで産み出されたとしても、現在われわれが使う右概念・理論がその内容の多くをドイツから移入して日本の法制度の中に定着させた戦前の行政法学とりわけ美濃部法学に負っていると考えられるからである。作業の第二段階は、右の分析によって得られた概念・理論の内容・構造が学説史上どのように維持されないし変容されてきたのかを分析することである。この作業は、現在「行政庁」概念・「行政官庁論」に対して提起されている議論を検討することによって行う。その際、国家行政組織法が採用したアメリカ型の「行政機関」概念と「行政庁」概念・「行政官庁論」との整合性も問題となる。作業の第三段階は、「行政庁」概念・「行政官庁論」を現代行政の中に位置づけて問題点を析出することである。ここでは、現代行政の大きな特徴である「行政手段

の多様化<sup>(2)</sup>”および“行政主体・行政機関の多層化<sup>(3)</sup>”の問題を組織法的に検討することが問題となる<sup>(4)</sup>。

- (1) 稲葉馨「西ドイツ行政組織構成単位論——いわゆる官庁(Behörde)を中心として——」(二)法学四五卷二、三、四号、同「西ドイツにおける行政組織法上の『官庁 Behörde』概念について」時の法令一四八号及び拙稿『行政庁』概念の位相「本誌三一巻、同「プロイセンにおける行政訴訟の被告と『行政庁』概念・『機関』概念(1)(2)——射程その2——」早稲田大学大学院法研論集二九、三四号。なお、筆者は、「行政庁」概念と行政訴訟との関係について日本の学説・判例を分析したことがある。参照、『行政訴訟における『行政庁』概念・『機関』概念の射程」早稲田大学大学院法研論集二七号。本稿は、主に行政組織法・行政作用法との関連で「行政庁」概念を分析するもので、右稿とは分析の視角を異にする。
- (2) 塩野宏「行政過程総説」『現代行政法体系2・行政過程』一頁以下。高木光「行政上の事実行為と行政の行為形式論(一)」国家学会九五巻五・六号二頁。H. J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I 9. Aufl., (1974) S. 111.
- (3) 例えば、ブロームは、現代行政において「行政の多層化 Pluralisierung」が進みつつあることを指摘している(Winfried Brohm, Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat, DoV (1982) S. 8.)。
- (4) ところで、室井力教授を中心に各省庁の「存在理由」を検討する作業が進められている。『官庁と官僚』法セミ増刊総合シリーズ二三号に掲載の各省分析の諸論文。これらの諸論文は、各省庁の権限等を実証的に分析したもので非常に有益である。本稿は、理論分析であるためこれらとは分析視角を異にする。

## 一 伝統的「行政庁」概念の内容・構造

——美濃部達吉博士の体系の場合——

以下では、『行政法撮要・上巻・訂正第五版』を主な素材として美濃部博士の体系を分析することにする。

『行政法撮要・上巻』によれば、博士は、第二章「行政組織」を、①「国ノ行政組織総論」(行政組織ノ大権、行政

行政組織法・行政作用法上の基礎カテゴリーと「行政庁」概念

機関ノ種類、行政官庁ノ組織及権限、行政官庁ノ代理、官庁相互ノ関係、行政機関ノ構成員、委任行政）、②「現行官制の梗概」、③「官吏法」、④「公共団体総論」、⑤「現行地方自治制ノ梗概」、⑥「公共組合及営造物法人」に分けて説明している。本稿にとって重要なのは、①「国ノ行政組織総論」と②「現行官制ノ梗概」である。前者は組織法上の理論的諸概念の説明の部分であり、後者は国の組織に関わる法制度の具体的説明の部分である。<sup>(1)</sup>この意味で、後者は、前者の概念により説明されねばならないが、後に観るように、それは、貫徹していないことができる。ここに一つ、博士の行政組織法の体系に問題点があるといふことができる。

博士によれば、国の行政組織は以下の行政機関から構成される。<sup>(2)</sup>行政官庁、<sup>(3)</sup>諮問機関、<sup>(4)</sup>監査機関、<sup>(5)</sup>営造物又ハ企業機関、<sup>(6)</sup>補助機関、<sup>(7)</sup>執行機関（『行政法撮要・上巻』二五一頁以下）。<sup>(3)</sup>行政官庁とは、「天皇ノ下ニ於テ国家ノ意思ヲ決定シ外ニ向ヒテ之ヲ表示スルノ権能ヲ与ヘラレタル国家機関」（『行政法撮要・上巻』二五一頁）つまり「意思機関」である。そして、法学的には、意思機関である行政官庁だけが対臣民との法律関係に登場し、その他の行政機関は、行政官庁を中心にその背後に位置することになる。すなわち、行政官庁以外の行政機関は、行政内部で行政官庁の意思形成を補助したり、その意思を右官庁の名で執行したりすることになるのである。それ故、行政官庁以外の行政機関は法学的には重要でなくなる。<sup>(4)</sup>このように意思機関つまり行政官庁を中心にその他の行政機関を位置づける方法が、「行政庁」概念の構造つまり「行政官庁論」の一つの特徴である。また、この方法には見逃しえない三つの論点がある。一つは、この方法が国の組織だけでなく地方組織にも貫徹していることである。すなわち、地方組織には行政官庁の代わりに行政庁<sup>(5)</sup>が存在し、この行政庁を中心に補助機関、執行機関等が存することになるのである。もう一つは、右の方法ないし行政機関の種別が不完全であることである。すなわち、博士によれば、営造物・企業機関および補助機関、執行機関も国家意思を決定する場合があり、この場合、これらの機関も行政官庁となる。<sup>(6)</sup>営造物・企業

機関の場合、その他の行政機関と異なり対臣民との関係が生ずることがあり（例 大学における学生の処分）、そのため、右のようにするのであるが、営造物・企業機関の取扱いには一考の余地があるといえよう。<sup>(7)</sup> 補助機関あるいは執行機関が行政官庁となるのは、その機関に国家意思決定権が何らかの形で委任された場合である。この意味で、補助機関ないし執行機関は二重的性格を有するのである。この二重的性格は、博士が、第一義的には、(a) 行政組織を構成する機関を国家意思決定権を有する機関を中心に行政官庁、補助機関等に分類する方法を探り、補足的に、(b) 個々具体的に観てその名において国家意思決定表示した機関を行政官庁とする方法を探っていることから生じていると考えられる。<sup>(8)</sup> 大部分の機関は、二つの方法いずれを採用しても同じ結果となるが、法制度の展開により、ある機関については、その結果が異なることもあるといえる。後者の状況においては、(a)の方法は行政組織を認識する視点から肯定され、(b)の方法は行政裁判法上の行政庁を確定する視点から肯定される。第三は、国家意思決定表示以外の行為をなす各省大臣を何と捉えるかである。この問題に博士は明確に答えていないが、行政官庁の定義つまり国家意思決定権限の「付与」からして、各省大臣は、それが通常国家意思決定権限を付与されているので、常に行政官庁であるといふことができる。こうした思考は、後に観るように、大臣の下級官庁ないし下級官吏に対する監督についての博士の説明にも見い出されるが、行政官庁の実質的定義つまり国家意思決定権の「行使」からして問題点を含んでいる。この点は後にもう一度触れるとして、行政機関を行政官庁中心に位置づける方法の基盤を検討してみよう。その基盤は、意思を行政法律関係の中軸に据えて構成された「機関」概念にあったと考えられるが、各省大臣ないし地方長官（知事等）に国家意思決定権を与えた実定法制度は、かかる見解の背景をなしていたといふことができる。

博士によれば、「法律生活・意思ノ生活」（国家機関概説 法協七五巻四号一九頁）であり、「団体ガ活動ノ主体トシテ認メラルコトハ即チ意思ノ主体トシテ認メラルコトヲ意味ス」（国家機関概説「二三頁」）ることになる。一方、意

思は、心理学的に観ると個人の意思でしかない。それ故、団体を担う個人の意思が団体の機関意思となり、さらに、右機関意思が団体の意思となるのである。こういう思考は、団体ないし組織、団体としての国家に適用される。つまり、国家機関を担う官吏の意思が国家機関の意思となり、この機関意思が国家の意思となるのである。博士の「国家機関論」においては、二つの見逃しえない論点がある。一つは、機関意思が国家意思となることを「代表関係」で説明していることである。すなわち、「国家機関ノ意思ガ国家ノ意思トシテ認メラルル場合ニ於テハ其ノ機関ト国家トノ関係ヲ称シテ代表関係ト謂フ」（「国家機関概説」二七頁）。代表関係が語られる理由は、国家機関の行為が「法律行為ノ性質ヲ有セザル意思行為ニ及ブコト」（「国家機関概説」三一頁）にあった。すなわち、国家機関論レベルでは、法律行為だけでなく法律の制定・公布等の意思行為が念頭に置かれていたのである。この点、後に述べるように、行政機関とりわけ行政官庁の行為が法律行為に限定されるべきかどうかが問題となる。もう一つは、国家意思の「統一性の原則」である。つまり、国家機関それぞれは、国家の統一的意思を形成するように位置づけられる。すなわち、「各個ノ機関ハ各々自己ノ機関意思ヲ有シ、各機関意思ガ或ハ結合シ、或ハ相対抗シテ以テ統一的国家意思ヲ構成スル」（「国家機関概説」三五頁）。かかる思考は、その根拠を「国権の不可分性」に置いていると思われる。すなわち、「国家ノ意思力ハ唯一不可分ナリ」、「国家ハ同時ニ二ノ相矛盾シタル意思ヲ有スルコトヲ得ズ」、その結果、「国家ノ意思組織ハ必ず統一ヲ保チ得ベキモノナルコトヲ要ス」（「憲法撮要」二五頁）。以上のような意思を中軸に据えて構成された「機関」概念および国家意思統一性の原則が、行政官庁概念および行政意思統一性の原則の基底を形成し、行政機関を意思機関へとまとめていく基礎となっているのである。行政意思の統一性の原則は、後に観るように、上級官庁の下級官庁に対する指揮監督の根拠でもある。また、右のような思考の背景となったのは、実定法制度である。とはいえ、実定法制度は、時代により異なる。明治一八年一二月二二日の「官制改革」まで、太政官が唯一最高官庁であり、各省の長

官たる卿はこれに従属して<sup>(10)</sup>いた。このため、例えば、売薬規則（明治十年二十日太政官布告第七号）二条「……内務省ニ願出免許鑑札ヲ受クヘシ」に見られるように、省等が免許権限を持っていたといふことができる。しかし、右改革以後、太政官（制）が廃止され、國務大臣ないし各省大臣が天皇の下にある最高行政官庁となる。そしてこの制度は、明治二二年の帝國憲法（五五條）によって追認<sup>(11)</sup>される。また、これは、官制においても明確化される。すなわち、各省官制通則（勅令百二十二号明治二十六年十月）二条「各省大臣ハ主任ノ事務ニ付其ノ責ニ任ス」のように、各省ではなくその長官たる各省大臣が国家事務を処理することになるのである。それは、行政実定法に波及していく。例えば、明治二二年の「薬品営業並薬品取扱規則」（法律第十号）二条は「……薬剤師ハ……内務大臣ヨリ薬剤師ノ免状ヲ得タル者ニ限ル」と規定していた。官制と各行政実定法との関係は後に詳述するとして、博士の「行政官庁」概念ないし「行政官庁論」は、こうした法制度を背景としたものであったのである。

以上のことから問題となるのは、各省大臣および政務官・事務官等により構成される「省」の位置である。というのも、行政官庁・補助機関等の種別論では、省自体は把握できないからである。この点、博士は、二つの視点から省に論及している。一つは、省を行政事務の分配の単位として説明していることである。すなわち、「現行ノ中央政府ノ組織ハ天皇ノ下ニ行政事務ヲ各省ニ分配シ、天皇ヲ輔弼スル機関タル國務大臣ハ、内閣総理大臣ヲ除ク外、分レテ此等ノ各省ノ長官タルコトヲ以テ大体ノ主義ト為スナリ」（『憲法撮要』二七一頁）。また、この見解は、「現行官制の梗概」の中にも強く現われている<sup>(12)</sup>。もう一つは、省それ自体を行政官庁と説明するものである。すなわち、「独任制ノ官庁ニ在リテハ法律上ノ決定権ハ長官ニノミ属スルモノナルヲ以テ厳格ニ謂ヘバ長官ノミガ官庁ヲ構成スルモノナリト雖モ、其ノ事務ヲ補助スル為ニハ数多ノ補助機関ガ之ニ附属シ、官庁ノ権能ハ其ノ補助ヲ待チテ行ハルルモノナルヲ以テ、長官及補助機関ノ全体ヲ一体トシテ思考シ、之ヲ一ノ官庁ナリト称スルヲ妨グズ。省、庁、院、局、署、所等ノ

名ハ概ネ其ノ全体ヲ一体トシテ指示スル名称ナリ」(『行政法撮要・上巻』二五三頁)<sup>(13)</sup>。これらの説明から理解されるように、博士にとつて、各省官制等により現実に存在する省は、無視しえないものであり、省は、それ自体独立して考察されていることができる。

次に問題となるのは、行政官庁の組織である。すなわち、独任制か合議制かの問題である。博士によれば、行政官庁は独任制を原則とする。その理由は、「蓋シ責任ノ所在ヲ明ニシ、事務ノ統一ヲ保チ、官ノ秘密ヲ守リ、機ニ応ジテ敏活ノ処理ヲ為スニハ独任制ヲ適当ト為スニ因ル」(『行政法撮要・上巻』二五三頁) <sup>(14)</sup> ことにある。つまり、責任明確性の原理、行政統一性の原理である。

次の問題は、行政官庁が国家の行為としていかなる行為をなし得るのかである。すなわち、行政官庁の権限の問題である。この点、博士の見解は複雑であるといふことができる。博士によれば、行政官庁の権限とは、「法律上有効に国家を代表し得る意思の力」(『日本行政法・上巻』三八二頁)である。この概念定義は、貫徹していない。その理由の一つは、一般権限と特殊権限の区別論である。<sup>(15)</sup> すなわち、「行政官庁の権限が何に依つて定められるかに付いては、其の一般権限と特殊の行為に付いての権限とを分つて考へる必要がある。行政官庁の一般権限とは、行政官庁が一般に如何なる種類の事務に付き権限を有するかを謂ひ、それは原則としては官制に依つて定められ、法律を以つて設置せられた官庁に付いては、其の法律に依つて定められる。其の一般権限の範囲内に於いて、個々の場合に如何なる行為を為し得るかは、種々の法令に依つて定められる。例へば、内務省官制に内務大臣は警察に関する事務を管理すと規定せられて居るのは、其の一般権限を示して居るものであるが、それだけでは内務大臣が警察に関して如何なる行為を為し得るかは未だ定まらず、それは種々の特別な警察法令に依つて定められるのである」(『日本行政法・上巻』三八二頁)。この説明によれば、行政官庁が個々具体的に国家意思を決定表示するには、一般権限だけでなく特殊な行為をな



す権限つまり特殊権限が必要となる。ところで、一般権限と特殊権限の区別は、右の説明からして、行政組織法と行政実体(作用)法の区別に対応するといえよう。<sup>(16)</sup> また、博士によれば、一般権限に関してのみ、実質的権限、地域的権限、对人的権限、形式的権限が問題となる。<sup>(17)</sup> もう一つの理由は、行政官庁の行為の種別に関するものである。行政官庁の権限内の行為は、前述した権限の定義によれば、権限行使の要件を満たせばすべて国家の行為となると考えられるが、行為の種類によってはそうでもないのである。博士は、「国ノ行政組織総論」では、行政官庁の行為が国家行為となるのは法律行為に限られると解している。すなわち、「官庁ノ行為ガ国家ノ行為タル効力ヲ生ズルハ唯法律行為ニ限」(『行政法撮要・上巻』二五五頁)られる。つまり、行政官庁が行政行為ないし私法上の法律行為を行う場合、それは、国家の行為として効力を有するのである。<sup>(18)</sup> 博士は、行政官庁の私法上の法律行為の権限について、次のように述べている。すなわち、「行政官庁は、人民に対し国家意思を決定表示する権限を与へられて居るものであることを要するのであるが、併し其の権限に属する国家の意思の決定権は、必ずしも公法上の行為たることを觀念の要素と為すものではなく、私法上の法律行為に付き国家を代表する権限ある者でも、等しく行政官庁たることを失はない」(『日本行政法・上巻』三七八頁)。このことは、行政官庁の概念定義においてその行為を公法・私法の区別なく単に「国家ノ意思ノ決定」と限定していることと一致するといえよう。それでは、法律行為以外の行為はどうであろうか。この問題を、『行政法撮要・上巻』の「現行官制ノ梗概」にある「各省大臣ノ権限」についての博士の説明から検討してみることとする。そこで、博士は、「各省大臣ノ行政官庁トシテ有スル権限ハ……天皇ノ委任ニ依リ自ラ国家ノ意思機關トシテ国家ノ意思ヲ決定シ之ヲ表示スルコトニ在リ。其ノ権限……大体ニ於テ之ヲ三種ニ大別スルコトヲ得」(二八一頁)として、以下の三つの権限を挙げている。(イ)「省令ヲ発スルノ権 各省大臣ハ其ノ主任事務ニ付キ其ノ職權又ハ特別ノ委任ニ依リ省令ヲ発スルノ権ヲ有ス」(二八二頁)、(ロ)「行政監督ノ権 各省大臣ハ最高ノ行政官庁ナルヲ以テ、

各省大臣が直接ニ人民ニ対シ行政行為ヲ為スコトハ寧ロ異例ニ屬ス。行政官庁トシテノ各省大臣ノ権限ハ省令ヲ發スルコトノ外ニハ主トシテ下級機關ノ行政作用ヲ指揮監督スルコトニ存ス（二八三頁）、（ハ）「法令ニ依リ各種ノ行政行為ヲ為シ民間ノ事業ヲ監督シ及國ノ事業ヲ經營シ國ノ物ヲ管理スルノ権」（二八四頁）<sup>(19)</sup>。これらの記述からすると、法律行為以外の行為も行政官庁の権限の形式として考えられていることになる。とりわけ、指揮監督や事業の経営（主に事實行為）のように臣民に対する國家意思を構成しえない行為が権限の形式とされていることは、行政官庁の定義およびその権限の概念定義とは相容れないことになる。ここにも、一つの問題があるといえよう。この問題に対する博士の見解を明確にするために、法律行為以外の行為を一つ一つ検討することにする。第一は、「省令制定権」にもとづく行為つまり省令の制定である。これは、意思行為である点では國家行為として効力を生ずるが、立法行為である点では通常臣民の權利・利益に具体的に影響を与えるものではない。前者の意味で、博士が行政官庁の行為を立法行為、法律行為の区別なく単に「國家ノ意思ノ決定……表示」と規定していることから、省令制定権等の立法権限も官庁の権限と考えることができる。このような考え方は、博士が立法行為の中に行政行為に類似するものがあることを認めて<sup>(20)</sup>いる点からも、肯定されよう。ところで、博士は、省令制定権限の法的根拠として行政行為をなす権限とは異なり官制つまり一般権限を挙げている<sup>(21)</sup>。これは、制度的には官制、理論的には立法行為と行政行為の区別を根拠とするものであるが、法治行政の原則からして問題のあるところである。第二は、「行政監督ノ権」にもとづく監督行為である。博士によれば、行政監督は、(a)下級官庁に対する監督、(b)部下の官吏に対する監督、(c)公共団体に対する監督の三つに分れる（『行政法撮要・上巻』二八三頁）。この三つの中で一番重要なのは、(a)の監督である。というのは、最高官庁たる各省大臣でなくその下級官庁たる知事・警視總監が、通常行政行為を行い、各省大臣が下級官庁になす監視、訓令ないし行為の取消・停止等を通じて、行政行為（國家意思）の統一が確保される、という思考があったからであ

(22) 然し、このような下級官庁に対する監督についての説明には、以下のような問題がある。第一に、行政官庁たる各省大臣が通常行政行為を行わないというのは、明らかに行政官庁の意思、機関性に矛盾するものである。このこと及び、臣民に対する国家意思としてほとんど捉えられない監督行為を行政官庁の権限の形式と説明していることからして、行政官庁という言葉は、常に国家意思の決定表示と結びつけられてはいないのである。ここには、前述したように、各省大臣は常に行政官庁であるという思考があるのである。第二は、行政監督の権限が行為の形式に着目して構成されたものではないことである。つまり、監督行為には、訓令、取消、停止等の様々のものがあり、この意味で、監督行為としてそれらを一括して捉えることが問題になるのである。例えば、取消・停止が行政処分に対してなされる場合、それは新しい行政処分であり他の手段とはその内容を異にするといえる。この点、博士が取消・停止の根拠を官制つまり一般権限に求めているのは、その行為自体の性質を考慮したためではなく監督行為の一つという評価に依拠したものであるといえよう。次は、事業の経営等の作用つまり「事実行為」の権限である。事実行為は意思行為ではないから、当然その行為は国家の行為として効力を持つわけではない。すなわち、「事実的作用」雖も固ヨリ国家ノ為ニ行ハルルモノニシテ、其ノ事業全体トシテハ国家ノ事業タリ、随テ其ノ事業ヨリ生ズル責任ハ国家ガ之ヲ負担スルコトヲ要スト雖モ、其ノ事業ノ為ニスル個々ノ行為ハ官吏個人ノ行為ニシテ国家ノ行為タル効力ヲ生ズルコトナシ」(『行政法撮要・上巻』三九頁)。しかし、事実行為が法律上問題とならないわけではない。すなわち、「事実作用」ハ必ズシモ法律ト無関係ナルモノニ非ズ、其ノ作用ガ当該機関ノ正當ナル権限内ニ属スルヤ否ヤ、法律上許サレタル行為ナリヤ否ヤガ法律上ノ問題タルハ勿論、其ノ作用ニ依リ他人ノ権限ヲ侵害シ時トシテハ其ノ權利ヲ滅失セシムルコトアル、此ノ限度ニ於テハ事実的作用モ法律的效果ヲ発生セシム」(『行政法撮要・上巻』三七頁)。つまり、事実行為には権限の制約があるのである。しかし、それは行為に対する制約であり、行為が国家の行為となることを意味する

ものではない。以上のように、権限と行為との関係は、複雑なのである。ところで、権限という用語についてさらに問題となるのは、行政官庁以外の行政機関の職務上の力である。その問題を、監査機関と解される会計検査院に関する博士の説明を取り上げて考えてみよう。「会計検査院は憲法上の職務として、決算の検査を為す権限を有するものであるが、其の検査報告は直接に国家意思として効力を生ずるものではなく、随って此の種の権限に関しては、会計検査院は行政官庁たる地位を有するものではない」〔日本行政法・上巻〕三七七頁。この説明からすれば、博士は、行政官庁以外の行政機関の職務上の力も権限と解しているといえよう。以上の考察から、博士の使う「権限」を総括すると、以下になるであろう。権限は、第一に、その内容により、(a)単に機関の職務上の力を示す権限つまり組織内部の権限と(b)国家意思を決定表示する権限に区別され、第二に、その規定の仕方により、(i)一般権限と(ii)特殊権限に区別される。そして、行政官庁の権限は(b)を指し、それは通常(ii)によって規定される必要がある、一方、その他の行政機関の権限は(a)を指し、それは(i)ないし(ii)によって規定される。また、行政官庁の権限の形式として、法的行為として、立法行為、行政行為、私法的法律行為があり、この他に指揮監督上の行為、事実行為があった。この点で、行政裁判法上の「行政庁」(二五条)の行為が(一部事実行為を含めて)行政行為に限定されているため、行政組織法上の行政官庁・行政庁と行政裁判法上の行政庁とは異なるものであるといえよう。

ところで、以上のような行政官庁概念の内容・構造ないし行政官庁論に密接に関連し、それらの機能に大きな影響を与えているものとして、以下の二つのものを指摘できる。その一つは、行政官庁概念の定義等に現われている「天皇大権」である。すなわち、すべての行政組織とりわけ行政官庁は、天皇大権の一部である行政権を行使するものと考えられているのである。こうした思考は、上級官庁の下級官庁への指揮監督についての博士の説明にも現われている。すなわち、「凡て行政官庁ハ或ハ天皇ニ直隸シ或ハ他ノ行政官庁ノ下ニ隸スルモノニシテ、天皇ノ下ニ各系統ヲ

分チテ上下ノ階級ヲ為シ、上級官庁ハ下級官庁ヲ監督シ以テ行政ノ統一ヲ保持スル」(「行政法撮要・上巻」二六五頁)。  
また、この一節から理解されるように、行政(意思)統一性の原則を中軸に置いた行政官庁概念、行政官庁論、指揮監督の法理は、天皇大権を中心とした明治国家の権力構造と一致し、それを支える基盤でもあったと考えられることができるのである。<sup>(25)</sup>とここで、もう少し天皇大権の行使としての行政の構造を分析してみることにする。博士によれば、行政上の法律関係は国家と臣民との権利義務関係として捉えられ、国家の権利は「統治権」<sup>(26)</sup>に収斂されていく。<sup>(27)</sup>この統治権の担い手が天皇なのであった。<sup>(28)</sup>それゆえ、法律ないし命令により各省大臣、知事等が行政行為等の権限行使を行う場合でも、それは、天皇から委任された統治権の行使と捉えられるのである。つまり、統治権は、個々の法律により創設されるのではなく、法律により「伸縮」<sup>(29)</sup>するのである。このことは、行政官庁の権限が法律で規定されている範囲より広いものであることを推測せしめるのである。<sup>(30)</sup>

もう一つは、特定の事務ないし処分を取扱う官庁に関わる「主管官庁」および「主務官庁」である。これらは、博士の行政組織法の体系の中に明確には位置づけられてはいないが、その体系上の諸概念に大きな影響を与えていると思われる。主管官庁とは、一定の行政事務が分配された一定の官庁をその事務から捉えたものである。<sup>(31)</sup>つまり、一定の行政事務は、一定の各省大臣(各省)ないしその下級官庁に分配され、当該各省大臣(各省)ないし下級官庁が、その事務に対する主管官庁(主管省)として、その事務に責任を持ち、その事務を実現していくのである。このような思考は、各省大臣の「主任事務」に明確に現われている。すなわち、国務大臣は、「行政官庁トシテハ主任事務ニ關スル閣令又ハ省令ヲ発シ、其権限ニ屬スル行政行為ヲ為シ及部下ヲ指揮監督スル職責ヲ有ス」(「憲法撮要」二八四頁)。これは、各省官制等が規定しているところでもある。<sup>(32)</sup>また、このような思考は、法律にもおよんでいる。すなわち、「法律ノ執行ハ官制ニ依リテ既ニ一般ニ各主任官庁ニ命ゼラルル所ニシテ、各個ノ法律ニ付特別ノ命令アルヲ待タズ」

『憲法提要』四一八頁<sup>(33)</sup>。つまり、一定の行政事務ないし法律には必ずそれを主管する官庁が存在し、その官庁がその事務ないし法律の執行に責任を有するのである。この点で問題となるのは、主管官庁の責任の意味・範囲が明確でないことである。明確でないことは、前述の統治権と法律の関係からすると、主管官庁に広い権限が与えられる可能性があるといえる。このことは、具体的には主務官庁の権限の範囲に関する博士の思考に現われている。主務官庁とは、特定の処分をなす権限を有する官庁をその権限から捉えたものである<sup>(34)</sup>。博士によれば、主務官庁は、特定の処分権限の付与によってその権限に関わる別の権限を保持するものと考えられるのである。例えば、博士は、『日本行政法・下巻』の「警察法」の中で次のように述べている。すなわち、「許可の権限が何れの官庁に属するかに応じて、許可せられた行為または業務に対する警察監督の権限も、亦これに伴ふもので許可権ある官庁が同時に監督の権限を有することを原則とする」(『日本行政法・下巻・第三版』二二七頁)。つまり、特定の法律で許可の権限を与えられた主務官庁——これは、通常主管官庁ないしその下級官庁であるが——は、その監督をなす権限を持つと推定されるのである。こうした思考は、処分の「職権取消」および「廃止」、「負担の賦課」にもみられる。すなわち、博士によれば、処分をなす権限を有する官庁は、その取消・廃止の権限ないし処分につき負担を命ずる権限を有すると解されるのである<sup>(35)</sup>。もちろん、こうした権限の行使には条理上の制約は課せられるが、このような権限の推定がそもそも許可されるのか、それはどの程度許されるのかの問題は、法行政の原則の内容を左右するものといえよう。前述した統治権と法律の関係および明治期の法律の不徹底さからして、かかる権限の推定は広範に行われていたと考えられるのである。

以上、美濃部博士の行政(官)庁概念の内容・構造ないし行政官庁論を分析したわけであるが、その結論として、以下の点は、指摘することができる。第一に、「国ノ行政組織総論」にある行政官庁概念を中心とする理論は、現実の行政組織の構造すべてを説明しうるものではなかった。この点で、行政組織の具体的分析たる「現行官制の梗概」は、

その欠点を補う内容を有していたといえる。第二に、行政庁概念の内容・構造ないし行政官庁論を規定していたのは、意思を法律関係の中軸に置く機関論および行政意思の統一性の原則等であった。それゆえ、前者の評価は、後者の評価に依拠しているといえる。例えば、行政の活動が意思行為を中心に捉えられなければ、行政庁概念等は、成り立たなくなる。また、行政意思の統一性の原則、指揮監督の法理が天皇大権を中心とする明治国家の権力構造と一致していたことから理解されるように、博士の行政庁概念等は明治国家の権力構造に影響されていたといえる。この点で、博士の行政組織法体系をそのまま現代に適用することはできない。第三に、官庁とその行為との関係に着目すれば、行政裁判法上の行政庁の行為が（一部事実行為を含めて）行政行為に限定されているのに対し、行政組織法上の行政（官）庁の行為として、「国ノ行政組織総論」では行政行為、私法行為が、「現行官制の梗概」では立法行為、事実行為が挙げられていた。この意味で、この二つの行政庁は異なっているといえよう。

(1) 「国ノ行政組織総論」と「現行官制の梗概」は、『日本行政法・上巻』では、第一節「総則」(官制大権、行政官庁、行政官庁相互の関係)、第二節「中央官制」、第三節「地方官制」、第四節「殖民地官制」となる。内容は、ほぼ同じである。

(2) 官庁という言葉は、嚴格には行政官庁と司法官庁(司法裁判所)の二つを指すものであった(佐佐木惣一『日本行政法論・総論』三三九頁、宇賀田順三『行政組織』『法律学辞典Ⅰ』四五三頁)。この意味で、博士が行政法の諸論稿で使用している官庁は、行政官庁の略称であるといえよう。また、同じように、O・マイヤーも Verwaltungsbehörde と Justizbehörde を区別している(参照 拙稿『「行政庁」概念の位相』一五三頁以下)。

(3) 『日本行政法・上巻』では「官造物又ハ企業機関」という言葉はなく、その代わりに「作業機関・研究機関」という言葉が使われている(三七六頁)。また、「国ノ行政組織総論」において行政機関の種類として挙げられていないが、「議決機関」という言葉は、市町村会(『行政法撮要・上巻』四二三頁、「日本行政法・上巻」五二二頁)及び関稅訴訟委員會(『日本行政組織法・行政作用法上の基礎カテゴリーと「行政庁」概念

政法・上巻」三七六頁）に使われている。ただし、「参与機関」という言葉は、行政機関でなく帝國議會に使われている（憲法撮要」四八頁、三一八頁）だけである。

(4) 『日本行政法・上巻』三七三頁。

(5) 「一般には、官庁の語は、官吏を以って構成せらるる機関にのみ用ゐらるる例であつて、市町村長の如き身分上官吏たる者から構成せらるるものを含む意味としては、特に官庁の語を避けて、『行政庁』といふ語を用ゐるのを例として居る……、同時に一方に於いては、行政庁といふ語は、単に國家の機関のみならず、公共団体の機関をも含む意に用ゐられて居る」（『日本行政法・上巻』三七五頁）。同旨『行政法撮要・上巻』二五二頁。また、博士は、右の意味の行政庁と法令上の行政庁（例、行政裁判法）とを同義に解しているが、後に述べるように、二つは、異なっている。また、地方公共団体の行政庁は、行政官庁と區別するため、通常、行政公庁と呼ばれる（新井隆一『行政法』一四頁）。

(6) 『行政法撮要・上巻』二五二頁。

(7) この点、柳瀬良幹教授は、従来の行政機関の種別を権限の内容と形式により再分類している（『行政機関・行政官庁』『行政法講座四巻』七頁）。

(8) この点、「行政官庁トハ行政作用ヲ行フニ当テ國家ノ意思ヲ宣明スル官府ヲ謂フ」という佐佐木博士の定義（前掲書・三三九頁）は、後者に近い。

(9) 「國家機關概説（承前）」法協七四卷五号三四頁。國權すなわち國家の意思力の特徴として、國權の不可分性のほかに、(イ) 國權の最高性、(ロ) 國權の永久性が挙げられている（『憲法撮要』二三頁以下）。

(10) 『行政法撮要・上巻』二七四頁、『日本行政法・上巻』三九九頁。

(11) 天皇は行政權を総攬し（憲四條）、國務大臣は輔弼という形でこれを行使する。博士は、右の天皇の地位を直接統制機關、國務大臣の地位を憲法上の間接統制機關と呼んでいる（『憲法撮要』四八頁）。

(12) 『行政法撮要・上巻』二八〇頁、『日本行政法・上巻』四〇六頁。この点、佐佐木愼一博士は、行政事務配分の單位として「行政官署」を位置づけ、中央組織を第一次の中央行政官署と第二次の中央行政官署に区分し、前者として各省、總理大臣



府、内閣を挙げている（前掲書・三五七頁以下）。美濃部博士には、こういう構成はない。

(13) 『日本行政法・上巻』三七九頁以下。

(14) 『日本行政法・上巻』三八一頁。

(15) この区別は、『行政法撮要・上巻』では明確でなく、ただ、権限「ノ範圍第一ニ官制ニ依リテ定マリ、官制ノ範圍内ニ於テ更ニ各種ノ法令ニ依リテ定マル」（二五四頁）と説明されているにすぎない。

(16) 博士によれば、行政組織法は、行政組織に関する法であり、一方、行政実体法は、「行政事項に付き行政の主体と人民との間に其の双方に拘束力を有する法規の全体を謂ふ」（『日本行政法・上巻』四二頁）。それゆえ、特殊権限も双面的効果を持つといえよう。

(17) 『日本行政法・上巻』三八三頁。

(18) 『日本行政法・上巻』三八五頁。この点で、博士の見解は、行政官庁と行政行為を結びつけたO・マイヤーではなく、G・イエリネック及びプロイセンの実務に一致していたといいうる。参照 拙稿『行政庁』概念の位相「一四五頁、同」プロイセンにおける行政訴訟の被告と『行政庁』概念・『機関』概念(1)「五七頁、同」その(2)「七〇頁」。

(19) 『日本行政法・上巻』では、各省大臣の権限について、官制で定められた権限と個々の法令で定められた権限が区別され、前者として、(イ)省令を發する権限、(ロ)下級官庁を指揮監督する権限、(ハ)所部の官吏を統督する権限、(ニ)大臣官房及び各局の分課を定むることが挙げられ、後者として、(a)行政行為をなす権限、(b)公共団体・公法人への監督権限、(c)各種の事業の管理権限が挙げられている（四〇八頁以下）。ただし、それらの内容は、『行政法撮要・上巻』と同じである。

(20) 『行政法撮要・上巻』一〇頁。また、博士は、警察下命について次のように述べている。「警察下命は、其の形式から言へば、或は法律又は命令の定めに依り直接に其の効果を完成し別段の行政行為を要しないことが有り、或は……法律又は命令の根拠に基づく行政行為に依って、始めて其の効果を完成することがある」（『日本行政法・下巻』八八頁）。

(21) 『行政法撮要・上巻』二八二頁。

(22) 金子宏「行政機関および公務員の服従義務について」自治研究三四卷一一号四七頁。

行政組織法・行政作用法上の基礎カテゴリーと「行政庁」概念

- (23) 『行政法撮要・上巻』二六七頁、『日本行政法・上巻』三九二頁。各省官制通則（明治二六年勅令一二二号）六条。
- (24) 『行政裁判法』一〇三頁、一一三頁。なお、行政裁判法上の行政庁に関する学説については、拙稿「行政訴訟における」行政庁「概念・機関」概念の射程」一〇六頁以下を参照せよ。
- (25) 杉村章三郎「官庁理論と国家行政組織法」自治研究三四巻五号三頁。フォン・ウンルーは、行政統一性 *Einheit der Verwaltung* の原則は効果的な行政活動を可能にするため民主主義的な統治組織になじむとしながら、歴史的には、それは、レント君主の権力を強めるに役だったと指摘している。つまり、この原則の方向は、その目標設定に左右されるというのである（von Unruh, "Einheit der Verwaltung", DVBl. (1979), S. 761）この点検討する必要がある。
- (26) 国権と統治権の区別が問題となるが、博士によれば、前者は、「国家ノ一般意思力」であり、後者は、国家の意思力でかつ「特定ノ利益ヲ主張シ得ル力」である（『憲法撮要』三八頁）。それゆえ、法律関係において国家意思として問題となるのは、統治権の行使である。
- (27) 例えば、博士は、次のように述べている。すなわち、「国民ニ対スル国家ノ統治権ノ作用ハ其目的ヨリ見テ組織権、軍政権、財政権、刑罰権、警察権、法政権、公企業権ノ七種ト為スヲ得ベク」〔『憲法撮要』七一頁〕。また、統治権は、国家的公権の総称である。国家的公権つまり「人民ニ対スル国家ノ権利ハ其ノ目的トスル所ニ依リ(イ)組織権、(ロ)警察権、(ハ)公用負担権、(ニ)軍政権、(ホ)財政権、(ヘ)法政権、(ト)刑罰権ノ各種ニ分ツコトヲ得ベク、其ノ中最後ノ二ハ司法権ニ属シ、其ノ他ハ行政権ニ属ス」〔其ノ内容ヨリ観レバ国家ノ権利ハ(イ)下命権、(ロ)強制権、(ハ)形成権、(ニ)公法上ノ物権ノ四種ト為スコトヲ得〕〔『行政法撮要・上巻』一〇四頁〕。また、統治権ないし国家的公権は美濃部行政法学の中核概念である。第一に、『行政法撮要・上・下巻』『日本行政法・上・下巻』は統治権を中心に組み立てられている。つまり、「総論」は、統治権をその内容から分析したものであり、「各論」は、それが警察、保育（公企業、公用負担）、法政、財政、軍政から構成されているため、統治権をその目的から分析したものと考えられる。第二に、行政組織法の行政主体も統治権を基準とする。つまり、国家はもろん、公共団体及び公企業は国家的公権を付与せられた団体として位置づけられるのである（『行政法撮要・上巻』二九頁以下）。この公共団体の位置づけに関する問題点について、兼子仁『条例をめぐる法律問題・条例研究叢書Ⅰ』三〇頁以下

を参照せよ。

(28) 天皇大権と統治権は同義である。すなわち、「天皇ノ國務上ノ大権ハ広義ニ於テハ國家統治権ノ全部ト其範圍ヲ同ジウシ、立法、行政及司法ノ総テヲ包含ス」『憲法撮要』二二二頁。

(29) 「統治権ハ國法及國際法ノ承認ノ下ニ存シ、各種ノ法律原因ニ因リ絶エズ其範圍ヲ伸縮スルモノ」『憲法撮要』三九頁である。

(30) 抗告訴訟との関係でこの問題を検討しているのは、村上義弘教授である。参照、「行政の不作為に対する抗告訴訟(下)」法曹時報三五卷八号一五四七頁以下、「不作為に対する抗告訴訟」『現代行政法体系4・行政訴訟I』三一四頁以下。また、下山英二教授は、統治権に内在する「法判断権」を批判している。参照、「行政権」『マルクス主義法学講座5・ブルジョア法の基礎理論』三〇九頁以下。

(31) 博士は、例えば次のように述べている。すなわち、「行政官庁には上下の階級的系統が有つて、下級官庁は上級官庁の指揮監督に服するものであり、上下の系統の無い官庁相互の間に於いても、一定の事務に付いてはそれぞれ主管官庁が有る為めに、他の官庁に於いて其の主管事務に関係ある行為をなす場合には、其の主管官庁と法律上の交渉を為さねばならぬことが多」(『日本行政法・上巻』一〇〇頁)い。また、本文の引用から理解されるように、博士は、この主管官庁の代わりに主任官庁という用語も使っている。ところで、田中二郎博士は、この主管官庁を所管官庁と呼んでいる(『新版行政法・中巻・全訂第二版』三三頁)。

(32) 各省官制通則二条は、次のように規定している。「各省大臣ハ主任ノ事務ニ付其ノ責ニ任ス 主任ノ明瞭ナラサル事務ニシテ兩省以上ニ関涉スルモノアルトキハ閣議ニ提出シテ其ノ主任ヲ定ム」それゆえ、主管官庁の存在しない事務はないのである。つまり、純粋な共管事務は存しないのである(『行政法撮要・上巻』二六一頁)。

(33) 法律を主管する官庁の存在の根拠は、憲法上では、國務大臣の法律に対する「副書」(憲五五条)であるが、各省官制では、三条と九条である。三条「各省大臣ハ主任ノ事務ニ付法律勅令ノ制定、廢止及改正ヲ要スルコトアルトキハ案ヲ具ヘ閣議ニ提スヘシ」。九条「各省大臣事故アルトキハ法律勅令ニ副書シ省務ヲ敷奏シ内閣ノ議ニ列シ及省令ヲ發スルコトヲ除ク

行政組織法・行政作用法上の基礎カテゴリーと「行政庁」概念

ノ外其ノ職務ヲ臨時次官ニ代理セシムルコトヲ得」。また、三条にみられるように、主管大臣の法律に対する権限は、法律の執行だけでなくその案の作成にも及んでいる。それゆえ、主管大臣の権限の分析は行政過程だけでなく立法過程にも及ばなければならぬといえる。

(34) 主務官庁という言葉の定義は明確ではないが、博士は、例えば次のように述べている。「行政法律関係の主体としての国家は主務官庁に依って代表せらるるもので、主務官庁が恰も法律関係の当事者たるが如き地位に立つ」（『日本行政法・上巻』九八頁）。ただし、田中二郎博士は、主務大臣が個々の権限に着目した概念であると解している（前掲書・六〇頁）。

(35) 『行政法提要・上巻』二〇六、二一〇頁、『日本行政法・上巻』三〇三頁、三一四頁。博士は、主務官庁の負担を命ずる権限について、次のように述べている。すなわち、「凡て許可が官庁の裁量に任せられて居るのであるから、随って又許可に伴うて許可を与ふる為めに必要なる事項を命令する権限を有するのである。……何となれば、公益上の必要が有れば、官庁は一たび与えた許可を取消す権限をも有するのであるから、取消よりも軽い負担を命ずることも、其の当然の権限に属するものと見るべきであるからである」（『日本行政法・下巻』一一九頁）。

## 二 今日における「行政庁」概念ないし行政官庁論に関する議論とその問題点

戦後において、学説上多くの論者から行政庁概念ないし行政官庁論に対して疑問ないし批判が提起されている。それは、ほぼ以下の四つの視点に集約される。第一は、国家行政組織法（昭和二三年法律一一〇号）が行政官庁論によれば行政機関と呼ばれなかつた省・庁等を「行政機関」としてその所掌事務および権限を規定したことにより、この行政機関概念と行政庁概念を中軸に置いた行政官庁論との整合性の問題が生じたことである。この問題の取扱いにおいて、学説は、国家行政組織法（以下「行組法」と略す）が行政官庁論を排斥したこと等の理由により、行政官庁論よりも行組法の行政機関概念に重点を置いている。第二は、新憲法が戦前の天皇の官制大権・任官大権を否定し（四一条、七三条四号）、行組法が行政組織法定主義を採用したこと（三条）によって、行政組織に対する「民主的統制」の

意義が改めて注目を集めることになり、行政庁概念を中軸とする行政官庁論がこの視点から検討される必要性が認められたことである。<sup>(2)</sup> 学説は、ほぼ、行政組織における現実の意思決定過程たとえば「稟議制」等を理由に、行政官庁論の有用性に疑問を呈している。第三は、現代の行政が、行政行為だけでなく行政指導、行政計画、私法的行為等の活動形式を採っているため、行政行為と結びつけられて構成されてきたとき、行政庁概念ないし行政官庁論では、このような活動形式ないし行政過程に対応できないということである。<sup>(3)</sup> 第四は、行政庁概念ないし行政官庁論に内在する矛盾を指摘するものである。例えば、従来の行政機関の種別論には一貫性がない<sup>(4)</sup>とか、上級行政庁・下級行政庁という用法は行政庁概念に矛盾するものである、<sup>(5)</sup> という批判である。これら四つの視点から提起されている疑問ないし批判は、それぞれ独自に存在することもあれば相互に関連して存在することもある。そこで、以下これらの批判ないし疑問を個別論点ごとに整理し検討することにする。その際、もちろん、前節で分析した美濃部博士の行政官庁論を検討の評価基準として使うことにする。

(1) 行組法上の行政機関概念と行政庁概念・行政官庁論 行組法は省・庁等を行政機関と規定し、一方、内閣法をはじめとする各種行政実定法は、行政庁概念を使い行政官庁論を認めている。つまり、二つの行政機関概念が混在しているといえる。こうした法状況を説明する必要があるが、この説明に関して、学説上、二つの型が、あるように思われる。一つは、行組法上の行政機関を「事務配分の単位」として、行政庁概念を中軸とする従来の行政機関を「権限配分の単位」として説明するものである。<sup>(6)</sup> もう一つは、行政庁の指揮監督のもとに補助機関、参与機関等が系統的に統一された総合体を行政官公署とし、この行政官公署が行組法上の行政機関に当たると解するのである。<sup>(7)</sup> そして、今日、前者が学説上多数を占めているようである。また、この説は、行組法が行政官庁論を排除していると理解したり同理論が行政組織の実態を正しく反映するものではないと理解するため、行政官庁論よりも行組法上の行政機関

概念に重きを置く傾向がある。しかし、このような思考には幾つかの問題点がある。その一つは、行政組織に対する両概念の射程の相違である。すなわち、行政庁概念ないし行政官庁論は、国家組織を念頭に構成されたといえ、法学的には公共団体の組織および公法人の組織をも説明しうるものであった。これに対し、行組法上の行政機関概念は、明らかに国家組織だけを説明し得るものである。この意味で、二つの行政機関概念の相互関係が問題となるといえよう。二つめは、行組法が行政庁概念ないし行政官庁論を排除したという主張の真偽である。その主張の理由として、通常、(a)行組法が外局の長に対して各大臣に準ずる権限を認めたこと等が従来の行政官庁論から説明できないこと、(b)行組法が権限を従来の意味と異なった形で規定していること、が挙げられている。しかし、これらの理由は、美濃部博士の体系に照らして考えると、それ程正確ではないと考えられる。すなわち、一つには、行政庁概念を中軸とする行政官庁論は、明治国家の行政組織をすべて説明しうるものではなかった。この点で、行政組織の説明に対する行政官庁論の「無欠缺性」を前提とする(a)の理由は、正確であるとはいえないのである。二つには、行組法上の権限は一般権限と考えられる。つまり、それは、具体的な権限行使を規律するものでなく、いかなる権限がいかなる機関に分配されるかに関わるものである。この点で、特殊権限に対応して構成される行政庁概念は、行組法が特殊権限に言及していないので、行組法によっては排除されていないと解されるのである。三つめは、行組法上の行政機関概念を中心に行政組織を捉えようとする思考の問題である。確かに、行組法上の行政機関概念は、行政庁概念ないし行政官庁論によって等閑視されてきた行政意思決定過程たとえば「稟議制」等に権限の委任を明確化することで一定の解決を与えるものであり、この意味で、行政組織の民主的統制の法理に適した側面を有している。しかし、右の行政機関の権限は、それが行政組織法によって設定される限り一般権限にとどまる、この意味で、行政機関が具体的に権限を行使するには、行政組織内部に関する権限を除いて、原則として各行政実体法ないし行政作用法上の根拠つまり

特殊権限が必要となる。行組法上の行政機関概念を中心に考えると、このことつまり特殊権限の必要性を見失う恐れがあるのである。言い換えると、民主的統制の法理と特殊権限が担保する法律の留保の原則の相互関係を明確にすることが必要なのである。また、行政組織の正確な反映という点で、美濃部博士が行政官庁論だけでなくそれとは別に現実の行政組織の分析に紙数をさいていたこと（「現行官制ノ梗概」等）を忘れてはならないし、それをいかに評価すべきかは、重要な問題である。以上のことを前提とすれば、二つの行政機関概念は、その二つの整合性についての説明は別にしても、相補完しながら国家組織を説明するものといえる。これは、省を事務配分の単位と位置づけていた美濃部博士の見解とも一致するものといえよう。

(ロ)行政(官)庁の行為 行政庁の行為として通常考えられているのは、行政行為ないし処分である<sup>(13)</sup>。このため、行政行為以外の行為すなわち事実行為、私法行為、立法行為等は、行政庁ないし行政の活動として捉えられないことになる。しかし、この批判は、美濃部博士には妥当しない。博士は、私法行為、立法行為、さらには事実行為も行政官庁の行為として位置づけていたのである。このことは、博士と同じように行政官庁の行為を単に「国家意思の決定表示」と定義している論者<sup>(14)</sup>にも妥当する。要するに、行政庁の行為を行政行為・処分に限定する思考は、行政庁を行政訴訟法上の視点からのみ観たものであるといえよう。行政手段の多様化現象に対応するためには、美濃部博士が黙示的に構成していたように、行政組織法上の行政庁概念と行政訴訟法上の行政庁概念を区別する必要があるのである。そのことによって、また、行政官庁の例としてあげられる各省大臣が国家意思の決定表示行為以外の行為をなすことの説明も可能となるといえよう。行政手段の多様化の問題は、後にまた述べる。

(ハ)行政庁の権限の授權構造 一つの行政処分には一つの行政庁しか存在しない。このため、上級行政庁および下級行政庁という用語は不適切であることになる<sup>(15)</sup>。これは、行政庁と特殊権限との関係からの帰結である。しかし、美濃

部法学においては、行政権限の行使が天皇大権に集約され、知事等が法律にもとづいて処分をなす場合でも、それは、各省大臣（天皇）の権限の委任によるものと解されていた。この意味で、上級・下級行政庁は存在しえたのである。そこで、上級・下級行政庁という用語が認められるかどうかは、行政権限の授權構造に左右されることになる。今日の授權構造の内容として、以下の二つが理論的には考えられる。一つは、憲法六五条により第一に行政権が内閣に与えられ、さらに、その行政権が各行政実体法により個々の行政庁に委任されているものと理解する立場である。<sup>(16)</sup> もう一つは、各行政実体法が個々の行政庁に授權している権限の“総和”を行政権（憲六五条）の内容として理解する立場である。<sup>(17)</sup> 前者の説では、美濃部説の分析の際指摘しておいたように、権限の推定の可能性が高くなる。それゆえ、法律の留保の原則からして、後者の説が憲法構造に合致しているといえよう。後者の説に立つと、上級行政庁・下級行政庁は、個々の明示的な委任関係が存しない限り、存在しえないことになる。ただし、どちらの説を採るにしても法律解釈の統一性を担保するための最低限の訓令権は、法律主管省に与えられるといえよう。

以上、行政庁概念ないし行政官庁論に対して提起されている疑問ないし批判を検討してきたが、それらは、美濃部博士等の過去の理論を正確に把握していない側面を有しているといえる。それはそれとして、行政官庁論それ自体は、やはり現実の行政組織を把握するうえで多くの難点を有している。<sup>(18)</sup> そこで、これらの難点を克服する一つの試みとして、現代行政の特徴とされる“行政主体・行政機関の多層化”と“行政手段の多層化”の二つの問題を探り上げて、官庁論のあるべき方向を探ることにする。

“行政主体・行政機関の多層化”には、二つの型があるように思われる。その一つは、例えば広域計画のように、一つの行為に国、複数の市町村ないし行政機関が関わる場合である。もう一つは、規制対象物が複数の法律の対象となり、そのため、複数の行政機関（法律主管庁）がそれを規制することになる場合である。法律が予定しなかった事



物を新たに規制対象としようとする場合、後者のケースが生じやすいといえる。前者の場合、一つの処分<sup>(18)</sup>に処分庁と同意庁が、後者の場合、一つの規制対象に処分庁と監督庁が出現しやすいことになる。前者の例としては、特定の建築許可に対する建築主事と消防庁<sup>(19)</sup>があり、後者の例としては、トルコ風呂に対する県知事と公安委員会<sup>(20)</sup>がある。この点で、美濃部博士が想定していた処分官庁と監督官庁の同一性等は、崩れているのである。もちろん、右の二つの官庁の関係は、上級行政庁と下級行政庁の関係でもない。こうした権限の分離は、行為に対する利害関係主体・機関の増加と行政組織の専門家的編成に対応して、増加することが予想される。この種の問題に対して早急に結論を出すことは難しいが、二つの官庁の行為を別々に把えて処分性を認めるとか、二つの行為を一体として解すべきかは、<sup>(21)</sup>事物の性質を度外視すれば、行政組織の構造を知らない市民に有利に判断されるべきであるといえよう。

「行政手段の多様化」には、二つの型があるように思われる。一つは、行政の活動が行政行為以外の行為つまり事実行為、私法的行為におよんでいることを単に指す場合であり、もう一つは、一つの行政目的を達成するのに行政が様々の行為を使うことを指す場合である。前者には、行政庁の行為を立法行為、私法行為等に拡大すれば十分対応できるが、後者には、それに加えて、権限の融合とりわけ行政行為を私法行為で代替するには公法上の権限と私法上の権限の融合が必要となる。この意味で、美濃部博士の見解は、それが公法と私法を明確に区別しているため、前者には対応しうるが後者には対応しえない可能性が強いといえよう。このことを度外視すれば、後者については、主(所)管官庁ないし主務官庁がその事務ないしその権限につき立法行為、私法行為等の「代替手段」を利用しうる、という解釈が出てくる。<sup>(23)</sup>しかし、このような解釈がいかなる場合に許されるのか、許される場合でも主管官庁等がどの程度代替手段を利用できるのか、等未解決の問題が多い。<sup>(24)</sup>そこで、西ドイツ行政法学の大家で行政手段の多様化に言及し、<sup>(25)</sup>行政組織法の体系を展開しているH・J・ヴォルフ(O・パッホフ)の見解を覗いていくことにする。

ヴォルフ（パッホフ）は、第一に、行政活動として意思行為だけでなく事実行為が行われていることを重視し、事  
実行為も法学的に評価できるように、意思行為中心の機関論ないし帰属理論を修正している。すなわち、「法学的機  
関概念によって以下のことが把握される。すなわち、……機関担い手の行為が機関の行為となり、さらに、その機関  
の行為が組織の行為となる。つまり、その行為は組織に帰属する *zugeordnet und zugeordnet* のである。組織に帰属  
するのは、意思行為だけでなく、——組織の課題が実現される限り——法的・事実的活動 *Rechts- und Tatsandlungen*  
(例、通知、情報の提供、諮問、助言、道路の建設) もそうなのである。」<sup>(26)</sup>このように事実行為の評価を重視し組織法  
上の概念を再構成する姿勢は、方法は異なるが、E・フォルストホフにも認められるところである。<sup>(27)</sup>第二に、実定法上  
様々の行政庁概念が存在するとして、学問上の行政庁概念、憲法上の行政庁概念、組織法上の行政庁概念及び訴訟法  
上の行政庁概念等を構成している。<sup>(28)</sup>第三に、行政手段に合わせてその発動の根拠を構成している。まず、官権的侵害  
*Obrigkeitseingriff* の場合、その手段 *Mittel* には個別法上の根拠が必要とされる。つまり、右手段は「一定の権限（狭  
義の権限）から根拠づけられた侵害に対する授権 *Ermächtigung* から生ずる。」<sup>(29)</sup>しかし、提供的行政および指導的行  
*Polizei- und Ordnungsbehörden* には「右の授権は必要でなく、基本法二〇条の「執行権」を  
*Polizei- und Ordnungsbehörden* には「右の授権は必要でなく、基本法二〇条の「執行権」を  
それらの根拠としてもさしつかえないとする。」<sup>(30)</sup>さらに、私法上の行為についての権限は、公法上の法人設立自体によ  
って右法人に付与されると解され、<sup>(31)</sup>その権限の発動である私法行為は、それが法律上の任務領域（「目的」）を越える  
限り、違法となると解される。<sup>(31)</sup>対外的権限に関わりのないものについても、授権は必要でなく、組織法上の権限で十  
分とされる。また、官権的措置ないし高権的措置には、(a)措置をそれと内容的に関係のない反対給付に依存せしめる  
ことの禁止 (*Koppelungsverbot*)、(b)処分を発する権限が命令を発する権限を推定させないこと、<sup>(32)</sup>反対に、後者が前者  
を推定させないこと、(c)法律上命ぜられた官権的権力行使が放棄されえないこと、を要求している。<sup>(32)</sup>以上のようなヴ

オルフ（パッホフ）の見解は、権限ないしその根拠に存する問題を除けば、行政手段の多様化に対応する内容を持つており、われわれが行政組織法ないし機関概念・行政庁概念を構成する上で参考になるといえよう。

- (1) 杉村章三郎「官庁理論と行政組織法」自治研究三四巻五号、長富祐一郎「行政機関概念の採用(1)〜(6)」自治研究三九巻二号〜四〇巻七号、佐藤功『新版・行政組織法』一四七頁以下。
- (2) 室井力「行政官庁と法」『法セミ増刊・官庁と官僚』二二頁、浜川清「行政の公共性分析試論」『民主的行政改革の理論』一九三頁。
- (3) 長富祐一郎・前掲書・自治研究三九巻四号註(33)、遠藤博也『行政法Ⅱ・各論』三七頁。
- (4) 柳瀬良幹「行政機関・行政官庁」七頁。この点、山内一夫教授は、行政機関を「権限による分類」と「所掌事務による分類」により区別し、行政庁、執行機関等は前者であり、企業機関、営造物機関等は後者であるとする（「公務員のための行政法・行政組織法論」時の法令一一二二号四五頁以下）。
- (5) 遠藤博也・前掲書・三七頁。
- (6) 佐藤功・前掲書・一五四頁。原野翹「通産省と通産大臣——行政機関概念」『行政法を学ぶⅡ』二一九頁以下。室井力「行政官庁と法」一六頁。但し、室井教授は、権限配分の単位としての行政機関を、行使する権限の種類——組織内部の権限と組織外部の権限——に応じて、二つに分けている。
- (7) 新井隆一・前掲書・一九頁。
- (8) 杉村章三郎「内閣の機能と行政の運営」国家学会七一巻二号一二二頁。
- (9) 佐藤功・前掲書・一五六頁註(2)、一六五頁。
- (10) 一般権限と特殊権限の区別は、今日では組織法上の権限と作用法上の権限の区別として論じられ、それは、行政指導等の根拠論で議論されているが、行政組織法においては明確には位置づけられてはいない。参照 田中二郎『行政法・中巻』三三頁。

- (11) 杉村章三郎「官庁理論と国家行政組織法」二〇頁。
- (12) 田中二郎（塩野宏）『新版行政法・下巻・全訂第二版』七頁註(3)、竹内俊子「文部省」『法セミ増刊・官庁と官僚』一三九頁、原野翹「防衛庁」『法セミ増刊・官庁と官僚』一四四頁、関道雄「国家行政組織」『行政法講座四巻・行政組織』七〇頁。
- (13) 長富祐一郎「行政機関概念の採用(一)」自治研究三九巻四号一二〇頁註(32)、遠藤博也・前掲書・三七頁。確かに、行政官庁の行為を行政行為に限定する見解はあった。ドイツでは、O・マイヤー、日本では、磯崎辰五郎、渡辺宗太郎両教授である。参照、拙稿『行政庁』概念の位相「一五三頁以下、同」行政訴訟における『行政庁』概念・『機関』概念の射程「一四四頁註(13)」。
- (14) 田中二郎・前掲書・二九頁。
- (15) 遠藤博也・前掲書・三七頁。
- (16) この説は、学説上明示的には存在しないが、行政権それ自体の民主的基盤を強調する見解（藤田宙靖『行政法Ⅰ・総論』七三頁）は、この説に近い内容を持つことになると解される。
- (17) 村上義弘「行政の不作為に対する抗告訴訟」四〇頁。法律の留保の原則に関する『全部留保説』も、この説と一致するといえよう。
- (18) 遠藤博也・前掲書・三五頁以下。また、従来の行政官庁概念においては、行政行為ないし法律行為を中心にその行為が捉えられるため、行政官庁の許認可、可庁たる性格が強く押し出されてきたといえる。それは、法律学的構成の要請と考えられるが、この意味で、行政官庁の政策ないし計画策定に示されるその政策、庁たる性格は、軽んじられる傾向があるといえよう。
- (19) 最高裁昭和三四年一月二九日判決・民集一三巻一号三二頁以下。なお、西ドイツにおいては、この問題は、『多層的行政行為 Mehrstufige Verwaltungsakt』として議論されている。参照 畠山武道「許認可の際の同意の性質」(1)(14)「民商法六九巻一号、五号、七〇巻二号、五号。また、行政を共管する連邦とラントとの関係等は、『混合行政 Mischverwaltung』として議論されている。Vgl. Michael Ronellenfisch, Die Mischverwaltung im Bundesstaat Teil 1, 1975.

- (20) 最高裁昭和五三年五月二六日第二小判決・民集三二卷三号六八九頁。また、西ドイツにおいても、こうした問題は「ガス、石油、放射性廃棄物等の地下貯蔵所の規制について生じた」。Vgl. Raimund Willecke, *Behördliche Zuständigkeit zur Aufsicht über die Anlage und den Betrieb von Untertagespeichern*, DVBl. (1970) S. 373; Manfred Czyszowski, *Ordnungsbehördliche Maßnahmen nach Öunfällen*, DVBl. (1970) S. 379.
- (21) この点で興味深いのは、本文の二つの型に該当しないが、「公園管理者としての知事と建築許可庁としての知事を「一体」として捉えて事案を処理した東京高裁昭和四四年一〇月二五日判決（判時九四五号三〇頁）である。また、西ドイツでは、ブROOMは、「行政主体の多層化」に対して、行政主体間の調整の必要性を強調し、行政主体間の係争につき行政主体の出訴資格を拡大して問題を処理しようとする（W. Brohm, a. a. O., S. 8）。
- (22) 拙稿「行政訴訟における『行政庁』概念・『機関』概念の射程」一〇八頁以下。
- (23) 例えば、行政指導について、新井隆一教授は、(a)行政行為の発動権限にもとづく行政指導と(b)一般権限にもとづく行政指導とを区別している（前掲書・七四頁）。前者は、主務官庁による行政指導であり、後者は、主（所）管官庁の行政指導と解されよう。
- (24) 塩野宏・前掲書・二六頁。とくに、行政義務の実現について民事上の手段を選択する問題については、細川俊彦「公法上の義務履行と強制執行」民商法八二巻五号、阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」自治研究五五巻六号を参照せよ。
- (25) 例えば、ヴォルフ（バッホフ）は、次のように述べている。すなわち、「法秩序には、多量の私法的・公法的形式と制度がある。その中の多くの公法的形式と制度は、強行法規という形で法に規定される。しかし、それ以外に、法上の公益を実現するのにその都度最も適切な手段を見つる及び適用するという……技術もある。たとえば、一方的行政行為の代わりに契約によって規制する場合など……」（H. J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht I*, S. 111）。
- (26) H. J. Wolff/Otto Bachof, *Verwaltungsrecht II* 4. Aufl., (1976) S. 50.
- (27) 拙稿「行政庁」概念の位相」一四九頁。
- (28) 拙稿「行政庁」概念の位相」一五七頁。

- (29) Verwaltungsrecht II, S. 15.
- (30) Verwaltungsrecht I, S. 182. 私見によれば、ヴォルフ（バッホフ）が攻撃しているルップの見解が正しいということになる。
- (31) Verwaltungsrecht I, S. 245. また、「国家の私法上の代理権は、そのつと特定の行政庁に与えられるが、日常の行為に就いてはその行政庁の長にその代理権が与えられる」（Verwaltungsrecht I, S. 253）。
- (32) Verwaltungsrecht I, S. 178~183.

## 小 括

以上の考察から、本稿のまとめとして指摘できるのは、以下のことである。

第一に、美濃部博士の行政庁概念の内容・構造ないし行政官庁論は、われわれが想定しているものとは相当異なっていた。すなわち、官庁論は、現実の行政組織をすべて説明しうるものではなかったし、行政組織法上の行政官庁概念と行政裁判上の行政庁概念とは異なっていた。第二に、それゆえに、行政庁概念ないし官庁論では行政行為以外の行為は把握されえないという批判は、美濃部博士には妥当しない。こうしたことに示されるように、今日行政庁概念ないし官庁論に対して提起されている批判の中には正当でないものも含まれている。第三に、とはいえ、右概念ないし官庁論には多くの問題がある。それは、「行政主体・行政機関の多層化」ないし「行政手段の多様化」をいかに組織法的に取り込むのかの問題にも示されている。こうした問題には行政庁概念の構造・内容を正確に認識し対応する必要がある。この点で、ヴォルフの「行政庁」概念・「機関」概念等の構成は、参考になるといえよう。