慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	渡辺洋三著『現代国家と行政権』
Sub Title	Yozo Watanabe, Moderner Staat und verwaltende Gewalt
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Junichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.9 (1972. 9) ,p.159- 170
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720915-0159

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

紹介と批評

渡辺　洋三　著

『現代国家と行政権』

著者の渡辺洋三教授は、法社会学者として高名であり、研究対象は、民法学にとどまらず、広く実定法学一般に及んでいる。たとえば「法社会学と労働法」（野村還暦記念論文集所収）は、労働法学に論争を惹起している。

ここで採り上げるのは、著者の「法社会学研究」第一巻（東大社研・研究叢書第三三冊）に当る『現代国家と行政権』であり、標題から了知されるように、著者がこれまでに発表してきた行政法分野の論文から成つている。収録論文の題目と、発表年次とは、以下の通りである。

Ⅰ　行政権の優越性と国民の権利（一九五五年）

Ⅱ　法治主義と行政権――「法律による行政」とは何か――（一九五八年）

Ⅲ　現代福祉国家の法学的検討――とくに私法と公法を中心として――（一九六四年）

Ⅳ　河川水利行政と河川法（一九五七～一九七一年）

Ⅴ　警察と法（一九六〇年）

補論Ⅰ　官僚の法意識（一九六三年）

補論Ⅱ　道路法（一九五九年）

右の七編のうち、五編には、「あとがき」が書き添えてあり、執筆当時の事情、その後の立法の推移等を、知りうる。

以下、各論文の要旨を、評者なりに要約し、次いで、評者の所見を述べていくことにする（以下、断わりなき限り、数字は、本書の頁数を指す）

（一）　本書の要約と評者の所感

Ⅰ　『行政権の優越性と国民の権利』において、著者は、戦後の「民主化」による「法の支配」体制が、行政権の行使においては、行政権の優越性によつて、崩されていると述べている。すなわち、独占資本の要求として、行政権の拡大強化が必要となつたため、一応「法の支配」を認める建前をとつた上で、むしろ「三権分立」の名の下に、司法統制を免れるという方法によつて、行政権の優位が保障されたのだとする（七―八頁）。そして、行政救済の不完全さの例証として、第一に、行政主体の優越的支配性（執行不停止原則、自力執行力、公定力）、第二に、「訴えの利益」なしとして救済の対象から除外する例の多いこと、第三に、「自由裁量」事項として、裁判所が行政庁に追従していることを挙げている。第一点について、執行停止制度は、例外的にしか認められないし、内閣総理大臣の異議により、無

力なものであり、不許可処分に対しては、そもそも初めから、その対象とされていないことを指摘する（一二―三頁）。そして、行政主体に優越的地位を認める根拠は、行政的便宜にもとづく政策的必要性のみであり（一五頁）、前提として、行政が全国民の代表者として、「公共の福祉」の実現のために行なうものであるということがなければならない。もしも行政権が国民の信頼と支持を受けていれば、そもそも公定力や自力執行力が不用になる筈であると指摘する（一七頁）。第二点については、権利と反射的利益とを区別する判例を批判した後、「反射的利益」説のそもそもの成り立ちは、訴訟制度が、市民社会と対立する天皇制国家の、自己目的に奉仕するためのものであつた時代のものであり、したがつて、現時点では、徹底した国民の権利保護のために、これとは別の「訴えの利益」の限界の基準を定立しなければならないとする（三〇―一頁）。第三点については、行政処分が進歩的役割りを果たしている場合に、むしろその進歩性を抑制し、進歩的処分（たとえば農民の利益のための買収処分や賃貸借解除不許可処分）を取消すことがあると主張し（三四―五頁）、他方、一層国民の権利保護が切実な、特別権力関係における処分、人民に権利または利益を賦与する行為、政治や政策に関する処分について、これを自由裁量と解して、行政庁に追従している（三六―九頁）とする。

右の論文は、著者の、行政法に関する処女論文である（四四頁のあとがき）。現在の時点で読むと、第二点の「訴えの利益」に関しては、その後の学説・判例の推移（最近のものとして、たとえば、渡部吉隆「行政訴訟の現代的課題」法曹時報二三巻七号一四五一頁）があるので、やや古くさくなつてしまつたが、第一点と第三点とについては、現在でも、その価値を失わないと、評者は考える。しかし、揚げ足取り的で申し訳ないが、「国民の信頼があれば、公定力・自力執行力は不用である」との命題（一七頁）が成り立つかどうかは疑問である。「公権力の作用を真に国民の利益のためのものたらしめることによつてこそ、行政の円滑な作用を確保する道を発見し開拓してゆくことでなければならない」（一九頁）との指摘には、全く異論がないけれども、一定の行政処分に、法政策的に、公定力・自力執行力を認めるということは、処分の執行を担保するためであつて、このことは、国民の信頼が全面的にあるかないかということとは、一応別のものでなかろうか。すなわち、常に自力執行力を発動させるわけではない（租税の徴収を考えよ）ことから、行政庁に、国民が不服従の場合に、とりうる手段を与えたものであるということが理解され、他方「自己の支持する権力の行なう合理的処分に対し、反対する根拠がないのが常態」（一七頁）と仮定したとしても、個別的に不服従の場合を想定できる（建基法違反を考えよ）からである。この点を別にすれば、本論文は、戦後の行政法理論の問題点を鋭く指摘したものとして、今日的意義をも有するものと、評者は考える。

II　『法治主義と行政権』において、著者は、現行憲法下の（実質的）法治主義、実質的意味における法律による行政の原理を保障する形式として、第一に、行政権の行使が、法律に基づくことと、第二に、その行使が事後に司法審査に服することが、制約として、

行政権に課せられていると指摘する（五二―三頁）。次いで、その両者が、十分に機能しているかどうかを考察している。第一の、法の執行としての行政活動については、行政解釈が、通達により、あるいは個別案件について行なわれており、行政庁の主観性に依存していることを指摘している（五七―六二頁）。「法律による行政」が、国民の基本的人権を尊重する趣旨であることから、「法律による行政はむしろ行政をやりにくくするところに主眼があるのである。したがつて行政法の解釈も、行政をやりにくくするような方向で解釈されねばならない」とする（六三頁）。第二の、司法的救済の限界については、一部、Iと重複する外、「裁判所の権限が原則としていわゆる事後審査に限定されているということ」が、基本的な問題であると指摘し（七〇頁）た後、「行政行為の公定力」は、法治主義理念とは別の政策的理由の中にあり（七七頁）、「裁判所が介入する以前の段階で行政庁の主張する仮象の法と国民の主張する仮象の法とが対立した場合、ともに仮象の法ではあるけれども、ひとまず行政庁の主張する仮象の法に実在の法であるかのような実効性を与えておくということ」（七六頁）でしかないとする。さらに、自力執行力については、「公益目的実現のための政策的理由から、行政庁に与えられた一種の緊急避難的措置」でしかなく、そう考えると、執行不停止原則との関連でみる」と、「原則と例外とが逆転している」（八六頁）と指摘する。次いで、自由裁量論につき、「司法審査の有無という問題を解くための道具概念としては、自由裁量と法規裁量との概念的固定化は十分に役立たない」（一一三頁）と指摘する。

本論文の意図は、評者なりに要約すると、戦後の法治行政の原理（当為）の転換が、現実の行政現象（実態）にまで浸透したかどうかを検討しようとするものである。前提問題である、戦後の法治行政の原理についての著者の見解は、いわゆる実質的法治主義の考え（髙田敏「現代における法治行政の構造」渡辺古稀・行政救済の諸問題一頁以下参照）に立つものと言えよう。すなわち、著者は「たとえ形式的に法規にしたがつた行政であつても、実質的に国民の意思に反し人権をおびやかすものであれば、それはもはや現憲法下の『法律による行政』のわくを破るものである」と説くが（五二頁）、これは、現憲法の、基本的人権の尊重ならびに違憲立法審査からみて、当然の帰結といえる（清宮四郎「憲法I新版」一〇頁、今村成和「行政法入門」一四―七頁、杉村敏正編「行政法概説総論」五一―三頁）。次いで、著者は、法律の執行としての行政と、司法審査とが、右の「法律による行政」を保障する形式であると述べ（五三頁）、両者の検討へと移つていくが、その前に、「直接に国民の権利義務に関係のない行政の分野では、行政の自由活動が許されることもまた今日ほぼ異論を見ないであろう」（五四頁）として、「法律による行政」の妥当する領域を、侵害留保説的に限定しているとみられる。今の時点では、全部留保説が有力であり（髙田、今村、杉村前掲の外、塩野宏「資金交付行政の法律問題」国家学会雑誌七八巻特に二七八―九、二八三頁参照）、著者が、今再び、本問題について筆を執られれば、どのような見解が発表されるか、興味深いところである。が、「給付行政の側面から行政法を眺めるとき、法律による行政の原理との関連をあまり抽象的、演

繹的に究明することに疑問がある」（國部逸夫「現代行政法の展望」一一一一五頁）し、仮に、全部留保説を採ったとしても、「資金交付行政には、……行政主体の裁量の領域が、ここでは広く存在する場合のあることが承認されなければならない」（塩野・前掲二八七頁、ほぼ同旨、室井力「現代行政と行政法の理論」公法研究三〇号一四四頁註13）とすれば、各学説に、実際上、それほどの差異はなくなるかも知れない。著者が、「国民の権利義務に直接関係ある行政、とくに国民の権利や自由に一定の侵害・制限を課する行政はできるだけ厳格に法にしたがわせなければならないという原則と、そうでない行政についてはできるだけ法の支配から解放して自由な裁量の余地を与えるという現代的課題とは、かならずしも原理的に矛盾するものでない」（五五頁註2）と指摘しているのは、この観点からしても、当を得たものであろう。

著者のいう、法治行政の第一の柱の、「法の執行として行政」について、著者は、行政の主観的な法解釈の横行を指摘するが、これに対する処方箋が、示されているわけではない。ただ、著者が、「行政をやりにくくするような方向で」（六三頁）、法を解釈すべきであるとするのが注目される。著者の意図するところは「行政過程における法創造」（渡辺洋三「法社会学と法解釈学」六四頁以下）を、極力押さえようとするところにあるものと推察される。その意図を理解しえたとしても、「行政をやりにくくする」ことが、原則になり得るかは、疑問である。すなわち、行政法解釈のどの場面においても、右原則が常に適用の可能性があるわけではないし、適用の可能性のある場面においても、右原則が、常に妥当な結論を用意するかどうか、疑問である（たとえば公害行政を考えよ）。具体的な利益状況から離れて、右の原則が成立するとは、評者には考え難い（行政法の解釈についても、論理主義法実証主義的方法と、目的論的機能論的方法とが対立している。いずれの方法論を採用すべきかについては、一義的に論じ難いのではないかという感じを評者はもつている。なお山田幸男「行政法の解釈と運用」公法研究二一号参照）。

著者が、法治行政の第二の柱とする司法的救済の不十分さについては、現在もなお、論議の対象となつているところである。著者は、事後救済である点を批判する（七〇頁）が、第二の柱として「適法性・違法性が事後に裁判所の司法審査に服さなければならない」（傍点評者）とするのと、どうつながるかの点を不問に付しても、制度論として「行政庁の執行は、私人と同じく、裁判所の判断の後に可能となるべきである」と考えているのかどうかは、明らかでない。確かに、執行不停止原則の下での自力執行には問題がある（八六頁）が、全ての行政行為に、当然に、自力執行力が付与されているのではない（国税徴収法、行政代執行法などの根拠のあるものに限る）ことを考えると、一概に「事後審査だから」と批判することは、当を得ないと考えられる。次いで、著者の「公定力」批判は、杉村敏正・高柳信一両教授によるそれ（高柳信一「公法、行政行為、抗告訴訟」公法研究三二号一三八頁以下参照）に近いものである。むしろ興味深いのは、無効と取消しの区別に関連して、「現実の行政過程に関するかぎり無効と取消を区別することは意味がない。……現実には、公

定力の名のもとで有効だと判断する行政庁の有権的解釈が通用してゆく制度になつている」（八〇頁）と主張する点である。著者の指摘するように無効と取消しは「無効確認訴訟を取消訴訟と別に認める必要があるという訴訟技術的理由」（八一頁）に、区別の実益がある（高柳・前掲一四五―六頁参照）とされているが、著者の前段の指摘は「無効な行政行為と公定力」に、光を投げかけるものと思われる（南博方「行政訴訟の制度と理論」七頁、今村・前掲書一三六頁）。著者は、最後に「自由裁量」論を展開するが、裁量限界論は、本論文以降、学説・判例の推移があり（金子芳雄「行政裁量」公法研究三三号特に一八八頁参照）、やや古くなつてしまつたにしても「客観性の保障を任務とする裁判所としては、第一に、行政庁の定立する基準自体が客観的でありうるかどうかを、第二に、その基準の具体的適用が客観的であつたかどうかを、審査しなければならない」（一〇八頁）との指摘は、現在でも有用であろう。

Ⅲ　『現代福祉国家の法学的検討』は、本書の中心的な論文であり、ⅠとⅡで述べてきた、著者の見解を、まとめあげたものである。

著者は、議論の出発点として、現代資本主義のイデオロギーとして、改憲論の支柱として、「社会福祉国家論」が登場しているが、この福祉国家論の法学的分析は、現代資本主義国家法（著者のいう「現代法」）によらねばならないと指摘し（一一九頁）、そもそも「福祉国家」形態や「福祉国家」理念が存在するのでなく、「福祉政策」のみが存在するにすぎないのに、「福祉国家」といつたスローガンが出ているところに、政治的意図があるとする（一二〇―一頁）。この福祉国家論は、行政権の拡大を肯定するもので、国家権力の反民主主義化されたものであり、改憲論につながると指摘し、「帝国主義の時代における権力の反動化にしたがつて民主主義の変貌・後退とむすびついた福祉国家を、われわれは、現代資本主義国家の基本的特徴としてとらえ、その法的構造を総体として分析しなければならない。」

本稿では、さしあたり、権力の反民主性と福祉政策を媒介するものとしての現代型行政権の法構造、いいかえれば現代行政法制度の在り方について、若干の理論仮説作業をする」と、本論文の意図を明らかにした後、「ここでは『公法と私法』という、古くして新しいテーマにもとづいて現代行政法における問題の所在を検討する」とする（一二一―四頁）。

著者は、まず「社会科学の認識対象として」（一四〇頁）行政法を採り上げる。戦後と戦前とを比較すると、戦後も、下部構造の面では「国家独占資本主義」として、戦前と同じであるが、市民法的原理に再編され、且つその修正という形をとつている点において、特色があり、「伝統的な行政法理論は、新しい条件のもとで、新しい装いをもつて、しかも新しい役割を担つて再生した」とする（一三四―七頁）。国家独占資本主義下の「公益」概念は、「全体制としては、行政権の介入が独占の私的利益を保護するためのもの」でしかなく、行政権は、経済循環に対して、交換的性格をもたずに交換過程に入りこむことによつて、内部から資本制経済を支える点に、特色があるとする（一四〇―五頁）。この公法制度を基礎づける基本的なものとして、福祉国家論を位置づけ（一四七頁）、田中二郎博士の学説にお

ける問題――「公共の福祉」が、行政活動の理由づけのために用いられる点、「権力関係・管理関係」の範疇づけが、特殊公法性の擁護になつている点――を指摘（一四七―一五一頁）してから、福祉国家行政法論者の、山田幸男教授と成田頼明教授の学説を批判する。両教授は「田中理論のいわゆる権力関係はもとよりとして、管理関係の点についても、公共の福祉を実現する給付主体としての行政の公益性にいつそう強く照明をあてて、私法関係とのちがいを打ち出そうとしている」と位置づけられ（一五四頁）「行政権ひいて国家権力というものに対する楽観的な評価」に問題があると指摘する（一五五頁）。国家と国民との対立関係を忘れ、協同関係を基礎におくこの考え方は、基本権保障体系としての憲法の存在意義をくつがえすおそれがあり、改憲論と同じ方向を指向していると断定する（一五六―一七頁）。

次いで著者は、福祉国家行政そのものの実態について検討を加えるとして（一五九頁）、開発行政、広域行政、水利行政、水利法制を考察し（一五九―一九一頁）てから、「福祉国家の体制がその実態としては、全体として独占資本の支配体制であり、国民大衆のためにサービスを提供する国家ないし行政という観念を安易に前提とすることはできない」（一九四頁）と結論づける。

著者は、第二段階として「公法と私法」の解釈学を展開する。まず、行政法学者が「公法と私法」という際の、「私法」の観念自体に問題があり、私的自治、対等当事者というメルクマールは、もはや神話であるのに、依然として、古典的な私法を念頭においていると指摘し（一九六頁）、「対立しているのは、公法と私法なのではなく、古典市民法と現代法なのである」とする（一九七頁）。

右の立場から、公法と私法とを検討するが、管理関係と呼ばれるものについて「公共の福祉の観点から特別な取扱いをみとめ民法を修正するということならば、現代私法においても、事態は、その方向に動いているのであり」特に公法上の管理関係として、私法上の契約関係から、観念的に区別する必要はないとする（一九九、二〇四頁）。他方、権力関係と呼ばれるものについて「一般に、ある法律関係を全体として公法関係か私法関係かと問うこと」は無意味であり、私法規定の適用可能性については「もつと実質具体的に、一つ一つの問題について、きめのこまかい検討」が必要であり「権力関係だから私法規定の適用がないという一般論は単なるドグマでしかない」とする（二〇七―二一一頁）。

本論文についての検討は、次節以下で行なうことにする。あとがき（二一二頁）にあるように、多くの議論の対象となつた論文であるが、本論文に対する、山田幸男教授の反論（成田教授のそれを、評者は探し出せなかつたが、あとがきにもあるように、おそらく、何かの反論があつたと思われる）があることのみを記して、次節以下に詳論を譲ることとする。

ⅠⅡⅢを総論と呼ぶなら、Ⅳ以下の各稿は、各論に当るということができる。著者は、Ⅳ『河川水利行政と河川法』と題する論文（四編の小論文から成る）において、旧河川法成立における河川水利行政の地主層とのゆ着性（二八一―二一頁）、特定多目的ダム法以降の

河川水利体系の転換（二三〇頁）、開発行政における水資源開発（二四二―四四頁）などの問題点を指摘し、Ⅲの補充をする。Ⅴ『警察と法』は、戦前の警察についての解説である。補論Ⅰ『官僚の法意識』において、著者は、第一に、官僚は「憲法よりは法律の方を、法律よりは通達や上級の指示の方を、より重要視し尊重する」こと、第二に「国民に対する関係では、いわば一種の法物神性（法崇拝主義）にとりつかれ、法の力を過大評価し、法的統制の限界をこえて、法律による強制で当面の矛盾を解決しうると過信する」こと、第三に「与えられた政策を合理化するための技術として法を見る」ことを、その特色として、指摘する（三〇〇―一五頁）。評者は、本論文は、極めて貴重なものであると考える。もとより、右の三つの特色は、あくまで著者の提示した仮説の域を出ないにしても、その着想の適格さは、著者が法社会学者として一流であることを示すものと考える。今後、行政学、社会学、法社会学の各分野から、日本の官僚に対して、メスが入れられる必要があろう。補論Ⅱ『道路法』は、大正八年の旧道路法制定の背景を分析したものである。

以上で、本書を概観し終えたわけであるが、何と言つても、本書の価値を高めるものは、Ⅲ『現代福祉国家の法学的検討』であり、本論文についての評者自身の検討を、次節以下で行なつていく。

（二）渡辺・山田論争について

Ⅲ『現代福祉国家の法学的検討――とくに私法と公法を中心として』に対しては、前節で言及したように、山田幸男教授の反論があるので、まず、それをここに要約してみよう。

「行政法の市民法に対する異質性と補完性――渡辺洋三『現代福祉国家の法学的検討』にこたえる――」（法律時報三六巻一二号二五頁）（以下「山田Ⅰ」とする）、「給付行政法の理論」（岩波講座・現代法四巻所収）（以下「山田Ⅱ」とする）において、次のように述べられる。まず、渡辺論文を、「(1)現代福祉国家論の否定的検討、(2)田中二郎博士などの行政法学者の福祉行政法理論に対する懐疑、(3)福祉国家行政の実態分析をとおしての行政法の批判、という三部作」と要約し（山田Ⅰ二一五頁）、各部についての反論を展開しようとする。第一部の、福祉国家論については「第一に、現代福祉国家観は資本主義の最終段階と目される国家独占資本主義 Staatsmonopolistischer Kapitalismus の国家体制を無理に正当化するためのものでしかなく、それはまさに欺まんであるといわれるとき、それがマルクシズムの世界観に立脚するものとすれば、それは当然の公理を繰返すということでしかない」のであつて、「現実の所与としての国家独占資本主義段階の行政および行政法をすべて『行政は悪である』という論理で切りすててしまうことにならざるをえない。とすれば、それは『自由放任主義に立ちかえれ』という理のおもむくところとならざるをえないであろう。」「第二に、現代福祉国家観が憲法九条の改悪を意図する帝国主義のイデオロギーにつらなつていくものであるといわれるとき、経済学上の用語としての国家資本主義が帝国主義と同義語であるということと、外交政策上の用語である帝国主義ということとの混同があるのではなかろうか」（山田Ⅱ三六頁）と批判する。

第二部の、福祉行政法理論に対する懐疑の点については、「新らしい経済行政法にはその存在をジャスティファイすべき具体的な法益があるかを明らかにすることが必要であり――抽象的な公共の福祉の概念によるべきではない――、各省庁の所管別に無意味な立法になっていないか、又は圧力団体の力によるおかしな議員立法はないかということの検討が必要であり、さらに重要なことは、実際的に役立つ行政救済制度を樹立していくべきである」（山田I二七頁）と答え、給付行政と私法との関係については「給付行政の法形式については、行政処分と契約との選択の自由が、立法政策的にあるということと、そして、かりに行政処分の形式を選んだとしてもなお解釈論的に契約原理がいわば準用されてくる余地のあること」（山田II五一頁）を指摘する。第三部の、福祉国家行政の実態分析の点は、社会保障は、「リストは完備しているのであるが、その給付の内容は、イギリスや北欧諸国なみということはできない」とし、公社・公団等については、日本の場合「社会化」という問題意識がなく、その濫立の原因は、他にあるとし、いずれの点からも「福祉国家」と呼ぶには遠いことを示唆する（山田II三七―八頁）。

右の山田教授の反論を、評者なりに検討してみることにする。第一点の、著者の福祉国家論における、行政の拡大を全て敵視する見解（一二一頁）は、やはり、妥当ではなかろう。室井教授も「各種行政領域における国家の社会・経済への積極的干与は、好むと好まざるとにかかわらず、現代国家における世界的現象であり、これを『給付行政』又は『行政国家』的現象とよぼうと、あるいは『国家独占資本主義』的行政現象とよぼうと、そのこと自体何人も否定しえないところである」（岩波講座・現代法四巻書評・法律時報三八巻八号九二頁）と指摘する。では、「国家独占資本主義」という概念自体は、有用ではなくなるのか。この点につき、山田教授は「現代社会の説明概念」（「福祉国家における経済と行政の関係」公法研究二八号一二六頁）にすぎないとする。これについては、次節で検討する。第二点の、福祉国家行政法理論の評価について、著者が強調する、国家権力に対する、楽観的評価の含む問題性（一五五頁）については、「わが国の場合には『福祉国家観』と『積極国家観』とを同一視しかねない危険性がある」（前掲・公法研究二八号一二七頁）との山田教授の留保がみられる。次いで、公法私法二元論への批判とか、公益目的の拡大への批判（一五八頁註4）については、給付行政に私法準用（山田II五一頁）ということで、一応の答えがみられる。しかし、公益概念についての詳論は、保留されている。第三点の、福祉国家行政の実態分析をとおしての行政法の評価について、著者が、福祉国家行政に対して否定的評価をしたのち（一九四頁）、「現代法」（一九七頁）ということで考えようとするのに対して、山田教授は、行政の評価は、一部共通の面をも有しながら、給付行政における私法準用（五一頁）と、「処分と契約との複合的法律関係」（五二頁）を指摘する。評者は、著者のいう現代福祉国家行政の実態分析と、公法私法論がどうつながるのか、十分には理解し得ないので、渡辺教授の御教示をあおぐ次第である。すなわち、「現代行政法における新しい公私法二元論も、その社会的根拠を、このような国家独占資本主義の行財政

制度の中にもつている。　根本的には公益は私益に優先するという考えのうえに立ち、公益の法としての公法を、私益の法としての私法から区別し、かつこれに優先させようとする」（一九五頁）との記述からは、二元論こそが、行政の実態に忠実であると読みとれるが、それが著者により拒否されるのは、「概念法学的」（一九六頁）だからなのか。評者の疑問は、これは行政実態から出てきた結論でなく、著者の実践的意図から出たものでないか、そのつながりの説明が、やや不明瞭でないか、と理解していいのかどうかである。ところで、「現代法」は、山田教授も使用されている（ジュリスト「新法学案内」一九七〇年二一三頁）ので、表面的には、両教授の差異は殆んどないのであるが「将来の行政法学の体系化ということからも」（山田Ⅰ二八頁）、行政法（公法）に固執するということであろうか（しかも、解釈論のレベルで、両教授の見解が対立しているものもある。山田Ⅱ四六頁、五二頁註14参照。このあたりが、両教授の見解の相違点を浮きぼりにする手掛りになりそうである）。以上、全体的にみれば、一応、議論がかみ合つているようであるが、しかし、渡辺論文に対する反論としては、何となく物足りなさを感じる（第二点、第三点は、山田Ⅱ三五頁にあるように、直接的に答えるという形を取つていないので、評者が構成したため、不正確であるかも知れない）。これは、渡辺論文自体の有する問題点について、山田教授が究明していないため、迫力を欠いてしまつたように、評者には思える。節を改めて、評者自身の見解を述べることにする。

（三）渡辺論争の有する問題点

Ⅲ「現代福祉国家の法学的検討は、その骨組みとして、次の三命題を有する。

命題一「わが国は国家独占資本主義の下にある」（以下「W1」とする）

命題二「わが国の行政の実態は、全体として、独占資本に奉仕するものである」（以下「W2」とする）

命題三「わが国の行政法理論は、福祉国家行政法として、右の実態に奉仕するものである」（以下「W3A」）が「公法・私法論は、『現代法』に解消される（以下「W3B」）

これに対する山田教授の反論は、次の通り。

命題一「わが国は福祉国家・社会国家と呼ぶには遠いが、『混合経済』体制にある」（以下「Y1」という。前掲、公法研究二八号一二六頁）

命題三「給付行政法の理論を発展せしめねばならぬが、学問体系上、公・私法の区別を廃することはできない」（「Y3」という）

第一の、わが国の経済体制をどう考えるかについて、経済学者の間で、対立のあることは周知の通りである（週刊「東洋経済」三三三九号）が、大別して、「国独」（W1）とする立場と、「混合経済」（Y1）とする立場とがある。「福祉国家」論は、後者の中の、一つの学派から出ていると一応言える（「東洋経済」三五〇一号）。この意味では、「国独＝福祉国家論」とする著者の見解も、「国独」と「福祉国家」とを、共に「混合経済」でくくろうとする山田教授の見解

も、不正確である。それは一応措くとして、著者が経済体制論から説きおこしていることの当否を検討する必要がある。単に、マルクシズムの公理を繰り返すため（山田Ⅱ三六頁）ならば論外であるが、果たして、社会科学的認識作業（一四〇頁）の一つとして、述べられたものであろうか。評者には、「公益」概念の分析（一四〇―一頁）も、福祉国家論の評価（一二二―三、一四五頁）も、ともに、マルクシズムの公理から、当然に導き出されたに過ぎない気がしてならないのである。かと言つて、評者は、単に世界観の対立ということでお茶をにごすやり方は、学問の進歩に役立たないと思う。マルクシズムの公理を「仮説」として構成し、「検証」を加えていくことによつて、他の学説との優劣を競うべきであると考える（中村秀吉「弁証法的方法とモデル論的方法」思想六七年八号一〇九八頁、森博『『対話』の可能性――科学的相互批判の基礎条件――」思想六八年四号五二二頁以下、浜井修「方法論とイデオロギー批判」理想七〇年六号三五頁以下、細谷昂「マルクスの『定式』理解をめぐつて」社会科学の方法七二年七号一一頁以下等参照）。そうだとすると、行政現象の分析に対して、W1とY1とのいずれがより妥当するかが、問われねばならないが、仮に、行政現象の分析に共通性が前提とされるならば、W1もY1も、共に成立しうる命題と思われる。その意味で、経済体制論を戦わせることは、現下では「空論」（山田・前掲公法研究二八号一二七頁）と呼ぶのも、正当であろう。

なお、著者は、何らの論証なしに、「福祉政策」はあつても、「福祉国家」は、理念としても存在しないとする（一二〇頁）。右の見解も一部に有力であるが、「福祉政策というのは総合計画をおこなつていないということであり、福祉政策の本来の発展の道からして、総合計画というものをおこなうような、そういう発展の方向はないのであつて、福祉政策に総合プランという形で、総合プランニングを入れてくると、ここにはじめて福祉国家の政策が登場することになる。次に福祉政策というのは、どちらかというと人道主義的な、あるいは倫理主義的な思想というものを強調する。……それに対して福祉国家のほうは、どちらかというと生活基盤ということに中心……。また、福祉政策の場合には、上からの恩恵的な政策である。……これに対して福祉国家的な考え方は、個人の相互の社会連帯感というものを強調する」（加藤寛「最適社会の経済学」一六二―三頁）との見解があることを付言しておく（東洋経済三六一号は「福祉＝何のための経済成長か」を特集する。なお、福祉国家批判として、小谷義次「福祉国家論」が、英米の福祉国家を、経済学的に分析したものとして、注目される）必要がある。

第二の、わが国の行政の実態の検討に際して、著者が、「福祉国家行政そのものの実態について」（一五九頁）と断わつている点は問題である。すなわち、著者は、「現代行政批判＝福祉国家行政批判」としているようであるが、現代行政の功罪の全てを福祉国家に帰せしめることには飛躍がある。福祉国家論者の誰一人として、現代日本が「福祉国家である」とは主張していない。目標として掲げるのみである。したがつて、福祉国家論者によつても、現代行政批判は、当然にありうるわけである。著者は、福祉国家批判と、現代行

政批判とを、混同しているのではなかろうか。

著者の「現代行政批判」（一五九―九四頁）は、行政が、必ずしも、国民のために行なわれていない点を、鋭く突いた力作である。個別には、問題とすべき点もある（たとえば、広域行政と一口に言っても、住民の便宜になる形でのそれも可能な筈である。また、水利行政についての批判は、たとえば、東京の夏における水不足を、どう考えてのことであろうか）が、はなはだ有益なものである。著者が、あとがき（二一二頁）で触れているように、「資本本位の開発行政が公害の深刻化その他国民生活を破壊にみちびいた」ことは、否定できない現実である。しかし、このことから、W2が成立するだろうか。著者も「福祉行政が少なくないことも事実である」（一九四頁）との留保をつけている。そうすると、本論文をもつてしては、W2が成立すると断定を下すには、論述不足というべきであろう。しかし、より問題なのは、W2と、W3aとが、果たして結びつくかどうかの点にある。つまり、仮に、行政法理論に何らかの欠点があるとして、そのことが、現代行政の欠点に対して、責を負うべきかどうかである。

現代行政が、必ずしも、国民大衆のために（もつとも、この「国民大衆」概念もあいまいであるが）行なわれていないとして、それが、政策決定（政治）段階に原因があるものと、政策執行（行政）段階に原因があるものとか、区別されねばならない（右の区別は、必ずしも立法部と行政部の区別に一致するものではない）。次いで、不都合な何らかの事態が現存する際に、行政庁の権限内で処理できる事柄であるかどうかが、吟味されねばならない。これらを前提として「行政（部の意思決定）過程に、どのような法的統制を加えることが可能か」が問われねばならない。そのような作業を経て、初めて、現代行政の欠点と、行政法理論の欠点との関連性を問うことができるのではなかろうか。著者は、こうした点を検討することなく、W3Aを導き出しているのではなかろうか（評者の右に述べた方法論を、政治学の分野でとろうとするものとして、根岸毅「民主的官僚の概念」本誌四〇巻四号四二〇頁以下を位置づけることができよう）。

右の点を措くとして、著者が行政法における「公益」概念のあいまいさを突いた点（一四二頁）と「日本の行政法論は、日本の官僚組織の現実から出発すべきである」（一五七頁註1）と主張する点は、行政法の盲点を突くものとして、高く評価されるべきである。前者につき、「具体的な法益があるかを明らかにすることが必要」（山田I二七頁）であるが、それと共に、「市民一般の私的利益」（一四一頁）という「市民的公概念」自体が成り立つのかといつた原理的探求も必要と思われる。後者につき、室井教授の「かかる〔国民の権利利益の保護と、現代行政の適正な管理の達成という〕主観的意図からする給付行政法論が、客観的具体的に、各行政領域における法的実態分析と相まつて、官僚優位・官僚専断の社会意識のなお濃厚なわが国において、いかなる有効性を、今後科学的に示すかにかかつている」との指摘がある（前掲・法律時報三八巻八号九三頁）。右の点に答える「行政の法的統制」のための理論と制度とを考えるのが、今日の行政法学の任務であるといえよう。

最後の「公私法論」（W3B）で現代法概念が不明瞭であり、「現

代法」という名辞を与えるだけで、全てが解決するのかどうか、評者には判断がつかない。著者が具体的に展開された解釈論（二〇〇頁以下）自体は、一つの説得力をもつものである。それに対して、Y3は、原則的にはW3Bを認めつつ、法理論体系に固執しようとするのが、対照的である。

著者の展開する解釈論を、ここで若干検討しておこう。第一に、公企業の利用関係（二〇〇頁）については、「私法の特別法」と、山田教授も改説したようである（「行政法の展開と私民法」一七八頁）。第二に、国有財産の貸付契約の解除については「公益があろうがなかろうが自由に解約しうるとする市民法の原則を修正しているのである。すなわち、財産所有主体の恣意を制限し、財産利用者の利益を保障する点に、国有財産法〔二四条〕の規定の意義がある」（二〇三頁）よりも、少なくも行政財産に関しては「他人に利用させる場合でも、公の用に供するという本来の目的を優先させるべきだ、という点に存する」（阿部泰隆「行政財産の使用許可の撤回と損失補償」ジュリスト四三五号七五頁）とみるべきである。「行政財産の使用許可の撤回事由たる公益上の理由は借地借家法における明渡しを求めうる正当事由の特則」（同上七八頁）と考えるべきことになる（法一八条三項。なお田中二郎「新版行政法下I」二三七頁註3）。第三に、いわゆる権力行政と民法一七七条（二一〇頁）については「問題は、農地買収処分に民法一七七条の適用を排除することが自創法の目的に合致するということと同じく、滞納処分において国が通常の私人と同じ立場で、民法一七七条の適用を受けることが、国税徴収法全体の趣旨目的に合致するか否かにある」（塩野宏「行政判例百選・新版」二七頁）と考えると、著者（二一一頁）と異ならない。このように、行政法学者がW3Bと考えなくても、著者と同一の結論をとるのであるから、W3Bが、解釈論にどう関連するのかは、疑問として残る。

（東京大学出版会刊、一九七二年）（一九七二年七月一三日　稿）

（藤原淳一郎）

Kenneth K. Sereno
C. David Mortensen eds.,
Foundations of Communication Theory
New York Harper & Row Publishers 1970. xi369＋p.p

K・K・セレノ
C・D・モーテンセン著
『コミュニケーションの基礎理論』

（一）

一九五九年春、Public Opinion Quarterly に発表したB・ベレルソンの論文、"The State of Communication Research"が、コミュニケーション研究に与えた影響の大きさは、いまさら指摘するまでもない。それは従来なされてきたコミュニケーション研究が大きな転期を迎え、新たな研究方法の発展が要請されている事実を我々に