

憲法による行政概念の設定

——佐々木惣一博士の見解の変遷と不変の点について——

田 畑 忍

一、「日本国憲法論」に見られる佐々木博士の行政概念

(一) 佐々木博士は、其の著「日本国憲法論」(昭和二十五年・昭和二十七年に改訂)に於て、行政の概念について、新しい見解を示されている。新しい、と言うのは、従来の博士の所説と異つて新しいものが、そこに存している、と言うことである。それは、次の如くである。曰く。

「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指し向けて行う作用をいう。国家は、その目的を達成すべき現実の状態を惹起することを意欲する。この意欲を遂げること为目标として行われる作用が行政である。凡そ意志体は或る事項を意欲するものであるが、その事項が国家の目的を達成すべき現実の状態を存在せしめるものであるとき、始めて意志体としての活動の目的は達成される。国家の作用は、行政において、その結局の目的を達成するものである。

国家が、その目的を達成すべき現実の状態を惹起すには、そのための活動を行なう必要はない。その活動の意思は法律によりて定められる。何故かというに、今日の立憲政治の下では国家は、一の意思体として、他の一般意思

体と同じく、法の下にあって、社会生活を為し、他の意思体との間に行動を限定される。故に、国家が、行政において行動することは、法的に判断される範囲においては、国家が、法によりて認められた活動意思を行政のために、実行することである。これを指して、法を執行するという。ところで、国家の法は、前に述べた如く、法律として表示される。故に、行政は、右の意味で、法律を執行する動作である。

行政が法律を執行する動作に二種ある。一は、法律が抽象的に規定しているところを、そのままに具体化するものである。例えば、租税法の定めるところをそのままに、租税を課するが如きである。二は、法律に表明された意思を遂行するのに適当な処理を為すものである。例えば、教育の発達、出版の取締に関する法律に表明された国家の意思を遂行するために、適当な処置を為すが如きである。かくの如き意味において法律を執行するの作用が行政である。』

「改訂日本国憲法論」(二七九—二八〇頁。)

右の如く、佐々木博士は、行政とは、法律の定めている国家の活動意思を執行して、国家の目的を達成すべき現実の状態を惹起することである、とせられるのである。従って、そこに明らかにされている行政概念の核心は、それが、第一に国家目的のために現実の状態を惹起すること、及び第二に法律を執行することの二つであって、立法及び司法とともに国家の作用に属するということである。故に、佐々木博士のいわゆる行政とは、国家行政であって、国家行政以外の行政は、いちおう問題外に置かれる。すなわち、前示佐々木博士の著書の他のところでも、博士は、「行政とは国家が社会の利益となる現実の状態をもたらす作用」(二四頁)なりとなし、更にまた他の箇所でも、「国家は、国家の目的を達するに必要な、現実の状態を現出せしめる必要がある。即ち、かかる現実の状態を現出せしめることを目標とする行動を為す。これが行政という作用である」(三七〇—三七二頁)と言われている。而して博士によれば、立法とは、国家が「国家における社会生活の秩序を立てるために、人の活動に限定を設けることを必要とする。そしてこれがた

めに規則を設けて、これを国民に強要する」(三七〇頁) ことであり、「国家が法を制定する作用」(二四頁) である。また司法とは、国家が、「社会生活を秩序立てるために設けられた規則を、個々の具体的事実について維持しなくてはならぬ。そのために、その事実に適用さるべき法が何であるかを判断して宣言する」(三七二頁) ことであり、つまり「具体的事実について法を解釈適用して、法を維持する作用をいう」(二四頁) と定義されている。然かも、これらの国家の三作用の概念的種別は、「全く實際上の見地によるのである」(三七二頁) とされているのである。そこで明らかに知られることは、博士が、客観的概念としての行政と、主観的概念としての行政との区別をしないと言う新しい態度にも拘わらず、従来通り、行政を以て現実的状态の惹起である、とされていることであり、また「排除説」を取っていられないことである。

(二) このような博士の行政概念設定の変化は、博士の「日本国行政一般法論」(昭和二十七年)に於ても、同様に、しかしいっそう明瞭に、示されているところである。のみならず、日本国憲法論に於て述べられている「実際上の見地」なるものが、如何なる見地であるか、と言うことを明らかにされているのである。そこでは、次のような説明がなされている。すなわち博士は、その「日本国憲法論」で、「実際上の見地」と言われているものを、「日本国行政一般法論」に於ては、日本国憲法上の見地である、とせられているのである。それは、つまり、憲法によりて実際上の見地が定められると言うことであり、従って、憲法の改正によつて、また実際上の見地も変ると言うことである。かくて、帝国憲法によりて規定されている実際上の見地が、日本国憲法によりて異りたるものとして規定せられるにいたり、佐々木博士の行政概念も亦それに従つて変更せられるにいたつた、と言うことである。従つて、憲法によりて概念を定めると言う博士の態度は実に一貫している、と言わねばならない。

博士は、そこで次の如くに言われている。「ここに行政というのは、わが日本国において、国家作用であつて行政

という言葉を用いて呼ばれているものである。……日本憲法によれば、国家の作用を大別して立法、行政及び司法の三とする。故に、右の作用が如何なるものであるかということは、憲法が如何なるものと定めているか、ということ、換言せば、立法、司法及び行政という言葉により、いかなるものを示しているか、ということに外ならないのである。憲法が或る意味において用いているものが、立法の概念、行政の概念及び司法の概念なのである。故に、国家の作用を立法、行政及び司法の三に大別すること、及び、その各作用の概念如何は、憲法という法制について考うべきである。法制と関係なく考えても、正当な結果には到達できない。尤も、憲法が、或るものの何たるかを示している、ということは、必ずしも、憲法がそのことを直接に或る言葉で説明している、ということではない。そう説明しているものもあり、そう説明していないものもある。そう説明していない場合でも、憲法が或る言葉を用いる場合には一定の意味を以てこれを用いているのである。その意味が何であるかは、憲法の或る規定の趣旨又は憲法全般の趣旨から理解し得る。即ち、憲法は、行政という言葉を用いて、それが何であることを明言していないけれども、憲法の規定全般よりそれがわかるのである。……国家の活動は数多くあるのであるが、その活動は、これにより

国家が或る目標に到達しようとして行動するのである。その目標を三とする。……行政の概念を立てる場合にも、行政により国家は如何なる目標に向って活動するものであるか、という点に着眼すべきである。かかる見地で行政の概念を立てて、次の如くする。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さし向けて、行ふ活動を用いのである。これが行政の概念である。故に、行政の概念における中心概念は、その活動の目標が、国家の目的を達成すべき現実の状態を惹起することに向けられる、という点にある。この点により、国家の作用たる他の二作用の立法及び司法の概念と区別される。例えば、国家が財力を豊かにするため租税を課し、国民の素質を改善するため教育施設をつくり、国民の生活を向上させるために住宅建設を為すが如きは、国家の行政である」(「日

本国行政一般法論」(三一五頁)。

さらに博士は、行政が立法及び司法と異なる国家作用であることを説明して、然る後に、行政が現実の国家生活に於て中心的地位を占むることに論及して、次の如くに説かれている。曰く「国家の作用である活動の事実そのものについていえば、行政は国家の作用中立法及び司法を除いた残余の作用である。と消極的、排除的の説明をしても、誤りはない。併し、かかる説明では、行政の性質については何ら示すところはない。……著者も一時かかる説明を為していたが、その学問上無意味のものであることに気付き、これを止め、……今日に至っている。……国家という活動体の現実の活動について見るに、国家は或る事項を意欲するのであり、又その事項が現実の状態として存在するとき、国の意思体としての活動の目的は達成されるものである。それ故に、国家の活動は行政において結局の目的を達成するものである。立法、司法という活動の存しない国家という共同生活は考えられるけれども、行政のない国家という共同生活は考えられない。かかる意味で、行政は国家作用の中心であるというてよい」(「日本国行政一般法論」(六一八頁))。

以上、佐々木博士の、日本国憲法制定後の二著の引用を主とした叙述に於て、佐々木博士の現在把持されている行政概念、言いかえれば博士の長き学問生活に於て到達された・新たな行政概念を、大体に於て明らかにすることができた、と言ってよいであろう。即ち、これを要約すれば、博士は、日本国憲法の定めるところに従って、行政とは、一元的又は一義的に、国家が其の目的を達成するために現実の状態を惹起する法律執行行為であるとせられ、行政こそは、国家の目的意思を達成する作用であり、且つ立法・司法なき国家はあっても、行政なき国家は存在しない。だから行政は国家作用の中心たる作用なり、とせられていることを知るのである。然し、行政が、国家作用中の中心をなすものであることの理由として、博士の述べられているところには、首肯し難い点なしとしない。例えば、立法・司法な

き国家の存在を容認せられるが如くに見える点があるが、ここには深く論及しないことにする。

二、「日本憲法要論」に於ける佐々木博士の行政概念

佐々木博士の行政概念は、日本国憲法の制定以前の時代に於ては、現在の如き行政概念と著るしく異っている。即ち一義的でなく、二元論的に構成された二義的なものである。と言うのは、當時に於ては、帝国憲法が行われていたのであるから、博士は当然に帝国憲法の定めるところに従って、このように二義的に行政概念を定立されていたわけである。

以下、これを、博士の当時の論著について見ることにする。即ち、佐々木博士の、昭和五年の著作である「日本憲法要論」は、旧帝国憲法にかんする精緻な論理に一貫した組織的解釈論著であり、帝国憲法解釈論著中の白眉であるが、その中に示されている行政概念が、帝国憲法の定めるところに従って、二義的構造に於て、客観的考察と、主観的考察との両側面から、設定されているのである。

先ず、客観的考察の結果たる其の行政概念は、次の如くである。曰く「客観的概念トシテ行政トハ国家ガ現実ノ結果ヲ惹起スノ作用ヲ主トシ、之ニ立法以外ニ於テ法ヲ制定スルノ作用及ビ司法以外ニ於テ法ヲ宣言スルノ作用ヲ合セタルモノヲ謂フ。即チ行政ノ概念ハ単一ノ要素ヲ中心トシテ定メ難ク頗ル複雑ナリ。是レ全ク国家ノ制度ノ結果ニ出ヅ。

第一 行政ハ国家ガ現実ノ結果ヲ惹起スノ作用ヲ主タルモノトス。現実ノ結果ヲ惹起ストハ国家ガ外界ニ或現象ヲ発生セシムルコトヲ謂フ。立法及ビ司法ニ在テハ国家ノ活動ハ或意志ヲ示スニ止マリ、其自身ニ於テハ外界ニ或現象ヲ生ゼシムルコトニ向ケラレタルニ非ズ。然ルニ国家ガ其ノ目的ヲ達スルニハ結局現実ノ結果ヲ惹起スルノ作用ナカ

ルベカラズ。是レ行政ナリ。故ニ實際上ノ意味ニ於テハ行政ハ国家ノ作用ノ中心ヲ為スモノナリ。

第二 行政ハ国家ガ立法以外ニ於テ法ヲ制定スルノ作用及ビ司法以外ニ於テ法ヲ宣言スルノ作用ヲモ含ムモノナリ。……………此等ノ作用ハ前記第一ノ意義ニ於テハ行政ニ非ズ。然レドモ帝国憲法ガ国家ノ作用ヲ立法、司法及

ビ行政ノ三ニ大別スルノ見地ヲ取レル以上、之ヲモ所謂行政ニ含マシメタルモノト云フベシ（例、官制ノ制定、營造物規則ノ制定モ行政ニシテ、行政裁判モ行政ナリ。）是レ行政ヲ制度上ノ概念ナリトスルノ当然ノ結果ナリ。

……………今第一ノ作用ヲ為ス行政ヲ狭義ノ行政ト云フ。行政ト立法及ビ司法トノ異同ハ狭義ノ行政ニ就テ意味アルナリ。

行政ニ於テハ国家ノ統治権ハ単ニ支配作用ノミヲ為スニ非ズ。国家ノ統治権ガ支配作用タル行政作用トシテ発動スルトキ特ニ之ヲ行政権ト云フ。」（『日本憲法要論』五五〇—五五二頁。）

また、其の主観的行政概念は、次の如くに説述されている。曰く。「主観的概念トシテ行政トハ、帝国議會ノ協賛ヲ以テセズ又司法裁判所ニ依ラズシテ行ハル、作用ヲ謂フ。……………此ノ如キ主観的概念トシテノ行政ニ属スル行

為ハ、之ヲ其ノ性質ヨリ見ルトキハ種々ノモノアリ。即チ之ヲ客観的概念トシテ考フルトキハ、（一）或ハ客観的概念トシテノ行政ナルコトアリ。之ヲ通常ナリトス。此ノ場合ニハ客観的概念トシテ行政タルモノガ主観的概念トシテモ亦行政タルナリ。（二）或ハ客観的概念トシテノ立法ナルコトアリ。此ノ場合ニハ客観的概念トシテ立法タルモノガ主観的概念トシテ行政タルナリ（例、緊急勅令、独立命令、省令、府県令等ノ制度ノ如シ）。然レドモ客観的概念トシテノ司法ナルコトアルヲ得ズ。即チ客観的概念トシテ司法タルモノニシテ主観的概念トシテ行政ナリト云フガ如キモノアルナシ。蓋シ帝国憲法ニ依レバ、行政機関及ビ帝国議會ガ民事、刑事ノ裁判ヲ為スコトアルヲ得ザルナリ。但現行制度ニ於テハ行政官庁ガ、或種ノ刑事裁判ヲ為スコトアルヲ定ム。是レ明ニ帝国憲法ニ違反スルモノナレドモ、今日ニ

於テハ慣習法トナレリト云フベシ。

以上ノ説明ニ依リ明ナルガ如ク、主観的概念トシテ行政ハ其ノ範圍頗ル広ク客観的概念トシテ行政ニ属セザル諸種ノ作用ヲ包含ス。唯此等ノ作用ヲ行フ場合ニモ客観的概念トシテノ行政ヲ行フ場合ト同ジク帝国議會ノ協賛ヲ以テセズ、又司法裁判所ニ依ラズシテ行フコトニ於テ一ナリ。然ルニ或作用ヲ行フニ帝国議會ノ協賛ヲ以テセズ又司法裁判所ニ依ラザルコトハ、其ノ作用ノ特殊ノ政治的意味ニ応ズルモノナレバ、之ヲ一括シテ一類トシ、之ヲ行政ト称ス。是レ我国ニ於ケル行政ノ主観的概念ナリ」(『日本憲法要論』五六六―五六八頁。)

かくの如く、佐々木博士は、行政の主観的概念と、客観的概念とについて、帝国憲法の解釈を事とする憲法学に於ては行政概念として客観的概念を必要とし、帝国憲法下の行政法学に於ては行政の概念として主観的概念を必要とする、とせられるのである。(『日本憲法要論』五六六頁及び「日本行政法総論」等参照)。この点についても、これと、現在の佐々木博士の見解の大異していることは、すでに明らかに見た如くである。即ち現在、博士は、憲法学用の行政概念(客観的行政概念)と、行政法学用の行政概念(主観的行政概念)とを区別されないものであり、日本国憲法の制定とともに、博士の行政概念は、一本に単純化されているのである。これに反して、日本国憲法制定前に於ける博士の二義的なる行政概念は、立論と構造に於て複雑であったが、博士自身の思考方法や解釈方法に、その原因があるのではなく、帝国憲法の定めている政治機構としての立法・司法・行政制度そのものが、頗る複雑であるからにはかならない。それは一言にして言えば、天皇が立法権者であり、司法権者であり、また行政権者であるばかりでなく、むしろそれらの国家作用のすべてを打って一丸とした統治権の総攬者であり、且つ主権者であると定める帝国憲法 of 政治体制に、それは基いているのである。かくして、佐々木博士の二義的行政概念論が、立法・司法・行政の三作用以外に、更に大権作用概念を以て補足することを必要とするにいたらしめたものであらねばならない。

博士の大権作用論は、次の如くである。「天皇御自身ニ依リ直接ニ行ハルル作用ハ立法、司法又ハ行政ノ何レカニ属スルモノアルト共ニ、特ニ其ノ何レニ属スト云フコトナキモノアリ。……天皇御自身ニ依リ直接ニ行ハルル作用ヲ特ニ大権作用ト題シテ説明スベシ」(「日本憲法要論」五六九頁)、とせられている。即ち天皇大権作用は、立法・司法・行政のすべてを含むとともに、然らざるものを合わせ含むものとせられるのである。

叙上の如くに、当時の複雑な博士の国家作用論にもかかわらず、また其の二義的行政概念にもかかわらず、行政についての博士の概念の中に不変のものが見出される事が注意せられる。即ちそれは、客観的概念としては「行政トハ国家ガ現実ノ結果ヲ惹起スノ作用ヲ主ト」するとされている見解であつて、其の主観的概念に於ても、この見解を中心の軸として採用されている、と言う点である。ただ併せて「法律の執行」と言う説明がなされず、また単純明確さの代りに、複雑さが支配していることに於て、相異があるのである。

三、「日本行政法論総論」に見られる佐々木博士の行政概念

大正十年に、其の初版を刊行された「日本行政法論総論」に於ても、もちろん佐々木博士は、次の如き二義的行政概念(実質的行政概念と制度的又は形式的〔客観的及び主観的〕行政概念)を説示されている。すなわち、前示「日本憲法要論」(昭和二年)に於て展開されているものと、趣旨に於て大異するものではないが、其の説明の表現のみならず、思考の点でも些か相異するところが見出される。殊に、いわゆる排除説を、形式的主観的行政概念設定のさいに採用されている点に、相異点がある。もちろん、行政概念を以て現実の結果を惹起する法執行なりとせられる点では異るところがなく、その点は終始一貫しているのであるが、それは、新・旧両憲法の定めているところが、異っていないただと言えよう。

博士は先ず、行政作用の性質の側面より見て、次の如くに説かれている。曰く、「行政ハ国家ノ所為タル意志活用ナリ。……凡ソ意志主体ノ意志活用ハ其ノ内容ヨリ觀ルトキハ之ヲ判断及ビ所為ノ二種ニ大別スルコトヲ得。蓋シ意志主体ノ精神作用カ現実ノ結果ヲ惹起スルコトニ向ケラルルトキハ、之ヲ表示スル意志活用ハ其ノ意志主体ノ所為ニシテ、然ラサルトキハ之ヲ表示スル意志活用ハ其ノ意志主体ノ判断ナリ。国家ニ就テモ亦然リ。……然レトモ国家ノ判断及ヒ所為カ彼ノ立法、司法及ヒ行政ノ三作用ニ於テ如何ナル方法ニ依テ成立スルカハ又別ニ之ヲ考ヘサルヘカラス。……今国家カ其ノ目的ヲ達スルカ為メニハ、其ノ共同生活ノ秩序ヲ指示スルノ法アルヲ要ス。乃チ法ヲ制定スルノ作用ヲ生ス。此ノ作用ヲ立法ト云フ。既ニ法アリ、各箇ノ場合ニ付テ法ノ何タルカヲ明ニセサルヲ得ス。乃チ法ヲ宣言スルノ作用ヲ生ス。此ノ作用ヲ司法ト云フ。一ニ裁判ト称ス。而モ国家ノ目的ハ法ノ制定及法ノ宣言ノ兩者ニ依テ達セラルル能ハス。蓋シ立法ハ抽象的ニ何ヲ法トスルカヲ表示シ、司法ハ具體的ニ何カ法ナルカヲ表示ス。故ニ此ノ両作用ニ在テハ共ニ国家ハ或判断ヲ下スノミ。唯其ノ區別ハ一ハ抽象的ノ事實ニ関スルト他ハ具體的ノ事實ニ関スルトノ点ニ在リ。然ルニ判断其ノモノハ何等現実ノ結果ヲ惹起スモノニ非サルカ故ニ、国家ハ……目的タル公共ノ利益ヲ實現スルコト能ハス。故ニ国家ハ立法及ヒ司法ノ両作用ノ外別ニ其ノ目的ヲ實現スルノ作用ヲ為ササルヘカラス。……即チ立法及ヒ司法ノ目的ヲ達スルカ為メニ既ニ立法及ヒ司法以外ノ作用ヲ假リ、以テ立法ニ依テ成ル所ハ法ヲ更ニ執行シ又司法ニ依テ成ル所ノ判決ヲ更ニ執行セサルヘカラス。立法及ヒ司法ニ對シテ執行ナル国家ノ作用乃チ生ス。然レトモ立法司法及ヒ執行ノ三者ヲ以テシテハ未タ完全ニ国家ノ目的ニ応シ難シ。蓋シ国家ノ目的ハ法的秩序ノ為メニスルモノニ限ラス其ノ以外ノモノ頗ル多シ。……從ツテ立法、司法及ヒ執行ノ三者ヲ以テシテハ法的秩序ノ為メニスルモノ以外ノ国家ノ目的ニ応スルコト能ハス。此ニ於テカ立法及ヒ司法以外執行ニ限ラスシテ国家ノ目的ヲ達スル国家ノ現実ノ所為ヲ生スルナリ。此ノ如キ現実ノ所為ヲ行政ト云フ。」（三一六頁）

このような実質上の概念とともに、更に博士は、制度的に行政を概念すれば、特定の国家の制度上行政なりと定められているものを言うのだとされる。これを形式上の概念であるとせられ、その作用のみについて觀察すれば、性質上の立法及び民・刑事にかんする司法裁判以外の「一切ノ国家ノ作用ヲ指スモノ」であつて、これを制度上より作用のみを見たる行政の概念であるとされる（八一―一二頁参照）。第二に、国家機関の地位との関連に於て、「行政トハ帝國議會ノ参与ニ依テ行ハルル作用及ヒ司法裁判所ノ参与ニ依テ行ハルル作用ヲ除外シタルモノ」（二八頁）であり、「君主其ノ他ノ機関」たる行政機関によりて行われる国家作用である、と規定される。従つて、かくの如き主観的且つ形式的な立法・司法・行政の概念は、客観的且つ実質的な立法・司法・行政の概念と全く相異する。即ち、後者の概念に従えば、帝國議會たる「立法機関ノ行フ作用」たる立法中には立法以外の行政・司法を含み、司法裁判所たる「司法機関ノ行フ作用」たる司法中には司法とともに行政を包括し、また君主等の「行政機関ノ行フ作用」たる行政中には行政とともに立法及び司法が存在していることになるのである。結局、主観的且つ形式的概念たる行政は、帝國議會及び司法裁判所の行ふべき国家作用以外は一切の国家作用を言うのである。即ち、「形式上ノ主観的概念タル行政ハ形式上ノ主観的概念タル立法及ヒ形式上ノ主観的概念タル司法ニ非サル国家作用ヲ總称スルモノト云フヘシ。即チ形式上ノ主観的概念タル行政ノ範圍モ亦形式上ノ客観的觀念タル行政ノ範圍ト同シク消極的ニ定マル」（二六一―二七頁）わけである。

四、「日本行政法原論」に説かれている佐々木博士の行政概念

「日本行政法原論」は、佐々木博士の最初の行政法学の著書で、明治四十三年、博士の若き日、即ち助教授中留学前に書かれ、その留学中に出版されたものである。其の二義的行政概念とともに、「排除説」がそこに見出されるこ

とも、もちろんである。ただ、其の説明に、後の著書のそれと異なるものがある。殊に、外見的には二義的でなく、三義的説明になっている点に於て然りである、と言えよう。のみならず、立法と司法とを「断定」なりとして、行政のみを「所為」である、とせられている点でも相異が見られるのである。

博士は、先づ「客観的又ハ実質的ノ觀念」を、「国家作用ノ性質」によりて捉え、「主観的又ハ形式的ノ觀念」を、「機関ノ地位」によりて觀察される。かくて「客観的觀念タル行政トハ国家ノ所為ナリ所為トハ意志体ヤ其ノ意志ノ向ケラレタル結果ヲ惹起スルコトヲ謂フ」（『日本行政法原論』三二頁）。而して「断定以外ノ国家ノ意思活用ハ皆行政ニ属ス法ノ掌持タル立法及ヒ司法ハ断定タル国家ノ意思活用ニ属ス是レ行政ト異ナル所ナリ」とせられ、「法ノ設定」としての断定たる立法、及び「各箇ノ場合ニ付何カ法ナルカヲ宣告ス」（右三三頁）る断定としての司法から、所為たる行政を峻別されるのである。従つて、このような断定に対する所為と言う行政概念構想は、当然に排除説を含むのであつて、また司法をも「断定」なりとせられるところに、他の権力分立思想及び後來の博士の権力分立概念との相異点が見出されるわけである。このことは、「要スルニ行政ハ国家ノ断定ニ対スル国家ノ一切ノ所為ヲ指スモノナリ」（右三四頁）と言う其の説明、及び「消極的ニ立法及ヒ司法ニ属セサル作用ハ即チ行政ナリト云フコトヲ得」（右三六頁）と言う説明により、明瞭に表現せられている、と言うことができよう。

其の主観的行政概念は、次の如くに説述されている。曰く「国家作用ノ主観的觀念ハ一国国法カ設ケタル機関ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノトス我国法上機関ヲ標準トシテ国家作用ヲ分ツトキハ天皇カ帝国議會ノ協賛ヲ以テ行フ作用、天皇カ司法裁判所ヲシテ天皇ノ名ニ於テ行ハシムル作用及ヒ其ノ他ノ作用ノ二種トスルコトヲ得天皇カ帝国議會ノ協賛ヲ以テ行フ作用ニ法律ノ制定及予算ノ決定アリ、余輩ハ天皇カ帝国議會ノ協賛ヲ以テ法律ヲ制定スルノ作用ヲ主観的觀念タル立法トシ天皇カ司法裁判所ヲシテ天皇ノ名ニ於テ行ハシムル作用ヲ主観的觀念タル司法トシ其ノ他ノ

作用ヲ総テ主觀的觀念タル行政トス」(右、三七―三八頁)とせられており、やはり排除説である。従つて、帝國議會による予算の審議も法律以外の法の制定も、司法裁判所以外の國家機關による法宣言(行政裁判)も、主觀的觀念としての行政であることになり、かくて「主觀的觀念タル行政ハ一方ニ於テ客觀的觀念タル行政ニ屬スルモノヲ網羅セス他方ニ於テ客觀的觀念タル行政ニ屬セサルモノヲモ包含ス」(右、四三頁)ることになるのである。かくの如き見地は、その根本に於て、博士ののちの著書(前示、大正十年の「日本行政法論總論」)の見地と、異なるものではないのである。

然るに博士は、この「日本行政法原論」に於ては、客觀的及び主觀的兩義の行政の觀念のほか、更に「行政ノ法學的觀念」なるものを樹てられているのである。それは博士によれば、行政法學者の設定する行政觀念にはかならず、博士はこれを次の如くに説明せられている。曰く「行政法學者カ行政ニ非サルモノヲ行政ナリトスル能ハサルハ論ヲ待タスト雖モ行政法學者ハ行政ニ一定ノ限界ヲ加ヘ其ノ範圍ニ於ケル行政ヲ研究ノ立脚地トスルコトヲ得是レ行政ノ法學的觀念ヲ生スル所以ナリ……………行政法學者カ行政ノ法學的觀念ヲ定ムルハ……………他ノ法學的關係殊ニ之ニ對スル限界ヲ設クルカ為メナリ蓋シ行政法學ノ研究物体タル行政法ハ……………法典上ノ範圍ヲ有セサルカ故ニ行政法學ハ動モスレハ明ニ法典上ノ範圍アル法ヲ研究スル法學ト混淆スルノ恐アリ、之ヲ防クニハ適當ニ行政ノ法學的觀念ヲ定ムルノ外ナシ」(右、四四頁)。かくて博士は、「行政ノ主觀的觀念ヲ研究ノ立脚地」(右、四五頁)として、更にこれに限界を加えて、帝國議會の協賛による作用のすべてと司法裁判所によりて行われる作用を、法學的觀念としての行政から排除し、次ぎに「天皇親ウ行フ作用」(右、四六頁)〔憲法上の大權作用〕と然らざる作用〕を行政から排除されるのである。のみならず實に、國家の國際上の作用たる「戰鬪行為及ヒ外交行為」(右、四八頁)を行政から排除されるのである。かくの如く佐々木博士の「法學上ノ行政觀念」は主觀的に極めて狭く排除的に限定されるのであり、かくの如き「其ノ残余ノ國家作用ハ天皇カ帝國議會及ヒ司法裁判所ノ参与ヲ待タス國務大臣ノ輔弼ヲ受ケテ自己ニ隸屬ス

ル機関ヲシテ行ハシムル一國上ノ作用」(右、五一頁)を言うことになる。かくして、佐々木博士の最初の行政概念が、三義的であり、且つ極端なる排除説であることを知ることができ、然かも、この最初の行政概念に於ても、行政を國家の所為なりとすることによりて、法執行を以て行政の本質なり、とせられていることが、わかるのである。

五、佐々木博士の行政概念に於ける不変的要素

以上に見てきたように、佐々木博士の行政概念は、帝国憲法の時代と、日本国憲法の時代とで、異っており、この相異は大きい。さらに、帝国憲法時代に於ても、其の初期のものと、後期のものが、或る点で異っているのであるが、この相異は大きくない。

すなわち博士は、最初、三義的の立場に於て排除説をとり、次ぎに二義的の立場に於て排除説をとり、またのちに於て排除説を棄てられるようになったのである。以上が、帝国憲法時代に属する其の行政概念の変遷である。然るに戦後日本国憲法の制定ののち、日本国憲法に従って、始めて一義的立場を取られるようになったのであり、排除説はもちろん取られていないのである。このように、博士の行政概念が、三義説から二義説になり、さらにまた遂に一義説の立場に変わったことは、極めて興味ふかきことと見るべきであろう。

しかし、以上、博士の、このような行政概念の変遷にもかかわらず、行政が法執行であり、所為であり、現実を惹起する國家作用である、とせられる点は、前後を一貫して、今日にいたっていることを注目すべきであつて、そこに、博士の行政概念に於ける不変の点を見ざるを得ないのである。すなわち、これによって、我々の教示せられるところは、如何なる段階の佐々木博士の行政概念に於ても、行政の本質は、法執行又は現実を惹起する國家作用だ、とせられる以外にはなかった、と言う事實である。