

（紹介）

ヴォルフガンク・マイヤー—ヘーゼマン

『行政法学における方法の変遷』

村上博

一 はじめに

一 ここに紹介する、ヴォルフガンク・マイヤー—ヘーゼマン『行政法学における方法の変遷』は、もともと、ヴェストフエーリッセン・ヴェルヘルムス大学法学部に、学位請求論文として一九七九年に提出され、その後、Münster Beiträge zur Öffentlichen Recht の第二巻として、一九八一年に、西ドイツで出版された書物である。本論文が先のシリーズに加えられたのは、それが、「行政法学の社会的諸大綱条件への依存性を解明することによって、行政法ドグマーティクの今後の展開についての洞察をも提供すること」を期待されたからである。

西ドイツ行政法学についての彼の現状認識は、行政法ドグマーティクが、行政の現代的諸課題に直面するたびに動揺し、再検討されながらも、時代および事象に適合した行政法学の方法に関する見解の不一致から、突りある議論になっていない、というものである。これにもとづき、彼は、今後の論争にとって有意味な試みは、過去一世紀間の行政法学の方法を、

その社会的状況への依存性、およびその結果として生ずる変遷において再構成することである、と考えている。そこで、ドイツおよび西ドイツ行政法学の方法が、その歴史のおよび社会的背景の中で検討される。第一章「行政法学の諸起源」においては、一九世紀の終わり頃初めて形成された、行政に関する特殊法学的な専門科学に固有な自己理解 (Selbsterständnis) とその方法に、特別な注意が払われる。第二章「法学的方法で、行政法に関する学問に」では、最初の行政法学の体系、すなわちオットー・マイヤー『ドイツ行政法』が、それを基礎づけるために用いられた方法、方法をささえた自己理解、およびその社会的展開への依存性において分析される。第三章「行政法学における法学的方法の強化」の中では、フリッツ・フライナー『ドイツ行政法階梯』およびヴァルター・イェリネック『行政法』が範例として、第四章「法学的方法から制度的目的論的方法へ」においては、エルンスト・フォルストホッフ「給付担当者としての行政」が、この時期の行政法学を代表するものとして扱われ、これらの検討を通じて、その後の行政法学の方法論上の展開が跡づけられる。終章の第五章「現代ドイツ行政法学の方法の諸大綱条件」では、行政の現代的諸課題に直面して、行政法学が満たさなければならない諸大綱条件の定式化、および方法論上の方向づけがなされる。

二 わが国における行政法学の方法をめぐる理論状況も、西ドイツのそれとほぼ異ならないように思われる。「現代の行政と行政法の理論」を取り扱った、一九六七年の日本公法学会の行政法部会での、今村成和教授および室井力教授の総会報告以来、現代行政法学の課題は、その後の行政法学方法論の一般的前提となった（佐藤英善「現代行政法学の課題」法学セミナー二五巻五号）。この現代行政法学の課題とは、「明治憲法から現行憲法への憲法原理の基本的転換に伴う行政法理論ないし原理のその基礎構造における民主主義的国民主権の構造という課題と、その目的・手段・内容においても多様化し複雑化しつつ肥大する現代行政および行政法現象にいかに対処するかという課題」（室井力「現代行政法の展開」四頁）、と「いう重畳の課題である。しかし、同部会における田中二郎教授の「行政法理論における『通説』の反省―抗告訴訟の本質を中心として―」の報告は、「実定行政法の解釈理論として、従来通説的な考え方に代わるべき新しい建設的な理論構成

を試み、説得力をもつものとして、一般的にも支持されるに至っているものは、きわめて稀れであり、しかも、それも実定行政法全体の構造の体系的理解に立つものとはいえないように思われる。」（田中二郎『司法権の限界』八八頁）とこれを批判した。この批判に対して、「道具概念の組み合わせによる法体系の構築の意図がないのであって、まさにそういった体系をつくること自体を批判している」（塩野宏『行政法第一部』三八頁）との反批判もあり、先の批判は、当時と同じ意味において妥当するわけではないが、ある意味ではなお意味を持つであろう。すなわち、行政法学方法論として、伝統的なものである国内公法論、これに対する批判である、私法特別法論、市民公法論、特殊法論、行政過程論、行政特有法論および行政領域論が、「戦国時代」ないし「百家争鳴」と言われるほどに提唱され、伝統的行政法学に代わる新たな方法は、未だ確立していない。やっと現在、今後の行政法研究の方向を定めるために、これらの方法論の整理が試みられているところである（室井力「行政法学方法論議について」同『行政改革の法理』所収、塩野宏「行政法の対象と範囲」ジュリスト・行政法の争点所収、および岡崎勝彦「行政法学方法論」山田幸男・市原昌三郎・阿部泰隆編『演習行政法（上）』所収）。

三 このような現状にあるのが国行政法学の今後の展開に、ドイツおよび西ドイツの行政法学の方法の歴史的研究に裏打ちされた、行政法学の方法を方向づける三つの大綱条件を含む本書の内容は、なんらかの示唆を与えるであろう。そこで、以下、本書の目次に従って、その内容を概略的に紹介することにする。

## 二 行政法学の諸起源

一 行政法学を、法学的観点から独立に取り扱うための諸前提は、官房学から独立した警察学によって初めて作られた。そして、憲法が至る所に導入され、法治国家思想が、とりわけ行政法の中で形成、貫徹されなければならない、ということが認められて後に初めて、国家諸科学という上位概念のもとに、国家の行政活動という問題の、社会的処理方法および

び法学的処理方法が生じた。前者を代表するものとして、ロベルト・フォン・モール『法治国家の諸原則にもとづく警察学』およびロレンツ・フォン・シュタインの行政学に関する諸著作が挙げられる。前者は、行政の目標設定および手段に關し、当時の社会的状況および諸要求を背景に、前もって与えられた国家目的に、行政活動を服させるといふ伝統を、なおも受け継ごうとした。そして、この社会的に基礎づけられた国家目的と手段の組合わせを、法的に拘束し、かつ制限しようとして試みたのである。

これに対し、フォン・シュタインは、公的活動の社会国家的次元を、より一層明確にしようとした。彼の内務行政の理論は、国家と社会を、行政学全体の基礎である、それらの倫理的および論理的関連の中へ、再び持ち出そうとする。彼は、「行政」という運動概念を、国家の、代表のおよび正当化の理念と、社会のその都度の利益状況、要求状況および問題状況との媒介過程と理解した。公的活動は、今や、国家に立法された実定法律と、人間的で自然な状態の客観的な生活法則 (Lebensgesetz) との間、すなわち規範方向づけと情況関連との間で拘束されている。それ故、純粹に法学的な方法は、行政の必然的に包括的な科学的考察にとって十分ではない。法学は、実際の生活を、真正な概念と一体的に把握することによって、法的視点と社会的視点とを関連づける。このような規範的事実理論 (normative Sachtheorie) としての行政学は、行政を、そのさまざまな領域および分野によって、法的に把握しなければならぬ。事物のこの視点によって、彼は、ドイツ法領域における行政法の叙述のいわゆる国家学的方法の創始者の一人となり、同時に近代行政学の父となった。

二 一八七一年のライヒ建国およびライヒ憲法の制定以降、一連のラント、とりわけプロイセンでの行政改革による行政裁判所の設置、ならびに一八八三年の一般ラント行政法および権限法によって、行政法の独立化は強められた。このなかで、いわゆる国家学的方法が、ゲオルク・マイヤー、エドガー・レーニンクおよびオットー・フォン・ザルヴァイらによって形成された。この方法は、総論と各論を区別して説明する。前者においては、とくに行政組織を扱い、後者では、それは、行政の目的および任務から出発し、基準となる規範の説明とさまざまな解説とを混合する。この当時、行政法は

徹底的な改革の時代を経験し、その組織および任務の通観が、実務上必要とされていたので、この方法は、それにかなり適していた。しかし、法治国家の諸要求がますます制度化されることによって、自由主義的法理論は、革命的な力を失った。そして、制定された諸法律の解釈、および概念上の発展に取り組む法学の確立が、さし迫った課題となり、この方法の擁護者によって求められた、行政法上の制度の法学的構成の早急な登場が待たれていた。

### 三 法学的方法で、行政法に関する学問に

一 オットー・マイヤーの法概念および法制度は、諸ラントの行政現実からではなく、特殊な法治国家観念から導き出された。法治国家は、権力的行政（die obrigkeitliche Verwaltung）が、市民の権利を侵害するかぎりで、それを法秩序に服せしめ、法律によって拘束する、という立憲的な権力分立国家である。その結果、行政の特徴は、必然的に「臣民」に対する行政の優位性の中に見い出され、行政法は、国家の権力的行動（Aufreten）の諸形式に限定される。このようにして、行政法学は、たんに法的に規定された法形式のみによって構成され、法内容によっては構成されない概念を獲得する。彼の行政法は、国家権力の権力的行使の法的諸形式の体系である。それ故、権力的な要素によって規定されていない行政現実も、この体系に服せしめられ、権力的な法形式・活動形式に還元される。たとえば、経済的、給付的および配慮的活動は、公営造物等の特別法の形態であらわれる。

二 法治国家の概念は、自由主義的法思想・国家思想の中心的概念であった。しかし、これをめぐる一九世紀後半の闘争は、すでに自由主義的ブルジョアシーにとって、二面的価値を有していた。すなわち、法治国家は、積極的プログラムであると同時に、政治的諦観の表現であった。ブルジョアシーが革命に失敗し、君主の権力的地位の獲得を望まなくなつて後は、君主的政府の権力手段を少なくとも法的にコントロールすることが、重要であった。このように、その実質的で

自由な要素を奪われた、自由主義的法治国家概念は、君主の行政を制御する、ブルジョア的で形式的な手段に変わった。この形式的法治国家観が、マイヤーの場合にも、概念形成的で体系形成的である。それ故、法治国家的行政と自由主義的憲法秩序との結びつきは、たんに痕跡程度に残っているだけである。その結果、行政の領域は、自律的に展開することになった。この見解は、立憲君主制の憲法構造、およびその権力的行政構造とも調和した。執行権の侵害からの自由および財産権の保護の向こう側には、君主の行政の無制限な権利が残った。

法学的方法是、近代国家の成長と共に拡大する官僚機構を反映する。したがって、執行府の官僚主義的表現形に適合した法概念は、形式的でなければならなかった。そこで、行政法学の研究から、重要な目的の要素が始めから消去されていた。

特殊法学的に処理された学問へと形づくられた行政法学は、歴史的には、立憲君主制の市民的法治国家の「派生物」である。法治国家を安全に、行政を権力的な権力行使 (*obrigkeitliche Gewaltausübung*) に、行政法学を権力的行政活動の法的諸形式の体系化に限定することは、国家による積極的な促進に頼らない、またはそれがなくても済みますことのできる社会においてのみ、意味がある。

三 このような法学的方法是、前述の市民的法治国家思想の趣旨ばかりでなく、とりわけ一九世紀末の一般上科学上の実証主義的基本傾向によってもささえられた。一九世紀の法学全体を襲った法実証主義的「概念法学的潮流は、*positivum* に限定された、厳密で一般的かつ論理的「構成的な研究方法を勧めたが、これが、行政法学の形成的「構成的整理をささえた。「法学的」が、*Dokumente, in* シュな「構成的手続と同一視されることによって、形式的でないすべての研究が、行政法学の実際上の領域から排除された。法学的方法是、形態の多様な社会現象である行政全体ではなく、行政の「法」のみを視野に入れた。しかも、法それ自体も、その政治的、経済的および社会的なすべての関連の中で処理されるのではなく、概念形成および体系形成のための規範的な素材としてのみ、法形式の一貫した関連を獲得するために利用された。それどころか、マイヤーの、法治国家原理によって方向づけられた、概念的「創造的な法学的方法是、現行実

定法を無視するなど、法それ自体の実定性の相対化に至った。また、彼の場合、行政法の獨立化に向けてられた努力は、彼が、行政法をまだ国法の一部、とみなしていたにもかかわらず、行政法を国法から完全に獨立しかつ別れたもの、とみなす実質的決定にまで至った。それ故、行政法に関する形式的法治国家原理の具体化、およびその広範な実施は、国法と痕跡程度に結びつくにすぎない。この中に、「憲法は滅びる、行政法は存続する」という命題は、その深い正当性を見い出すのである。

マイヤーは、その著書である『ドイツ行政法』が与えた方法上の範例、およびその中に含まれている行政学に対する輕蔑的見解によって、行政学の消滅に寄与した。その結果、行政の一面的な法学的考察方法は、とくに行政法を貧困にし、それを重要な認識源から切り離すことになった。

マイヤーの方法は、法実証主義的傾向によって特徴づけられている。それ故、形而上学の問題提起および自然法的问题提起は、彼の方法から排除されている。ところが、『ドイツ行政法』の中に、なお自然法的議論が見い出される。たとえば、警察の法理念は、實際上、法治国家が、その中で自由を保護しようとする厳格な形式主義との間で、けっして回避することのできない矛盾をはらむ。彼の形式的法治国家的な極端さは、ここでは、なお広範に法律から獨立した行政現象にぶつかる。彼が、行政実務を法治国家に反しないもの、として説明し、または彼の法治国家的に構成された警察の法理念を放棄しよう、とするときには、自然法の採用が強要される。彼は、この自然法上の授權によって、行政に、作用上の自律性の広範な領域を確保し、君主制国家の行政実務を正当化する。この作用上の自律の第二の領域が、特別権力関係によって形づくられる。明らかに、彼は、ここでは、警察国家から法治国家への發展の連続性を認めている。

四 国家行政と社会との関係の展開は、すでに一九世紀の半ばから、法治国家原理の社会的前提とは異なった方向に向いていた。一九世紀の半ば以降、ドイツにおける經濟發展は飛躍的に前進し、社会的な根本變動をもたらした。この状況に、国家の行政諸機構も対応しなければならなかった。とりわけ、ドイツの大都市における決定的変化は、工業化に伴っ

て生じた都市化、広範な住民の社会的状態の悪化、社会設備に対する経済界の需要の増大によってもたらされた。そこで、一九世紀の半ば以来すでに、ゲマインデは、社会形成の任務にも着手していた。

このように、市民的法治国家理念の社会的基礎は、およそ一九世紀末に、明らかに失われていた。行政現実には、マイヤーの場合になお見い出される、市民的法治国家の国家目的観念をはるかに越え、形式的、給付的および配慮的国家活動によって、ますます特徴づけられていた。したがって、彼は、實際上非常に遅れて、市民的・私的な自治の時代に適合する行政法体系を構築したのである。彼は、一九二四年においても、『ドイツ行政法』の第三版の序文の中で、「戦争および戦争による惨禍によってのみ惹起された、行政法的性質の命令の豊富な素材は、ここでは、計画的に考慮されないままである。法学上の認識にとつては、これによって、ほとんどなにも失われていない。」と叙述する。しかし、このことから、彼を保守的とみなすのは適切ではない。行政の中で、形式的法治国家原理を完成させるためになされた彼の尽力は、注目すべき前進の一步であった。彼の時代の行政法学の打撃目標は、まだなお、絶対主義的な福祉国家的官憲国家 (*der wohl-fahrtstaatliche Obrigkeitsstaat absolutischer Prägung*) に、向けられていたのである。一つの学問体系の中で、法治国家的行政という問題提起を処理したことは、現代行政法学への決定的な一步、として評価されることができよう。

#### 四 行政法学における法学的方法の強化

一 二〇世紀の最初の三〇年間に、行政法学における法学的方法の強化がなされる。その傑出した担い手は、フリッツ・フライナーおよびヴァルター・イェリネックである。

まず、フライナーは、一九一一年の『ドイツ行政法階梯』において、マイヤーの著作によって鼓舞され、導かれたドイツ行政法の最初の重要な仕上げを行なった。彼は、法治国家原理を前提とし、それによって、現行法を法治国家的に再構



成したマイヤーの場合とは異なって、どの法も不文の法思想を含む、という理解から、法律実証主義的に、不文の法思想としての中心的役割を担う法治国家理念を、現行実定法から帰納的に蒸留し（herausdestillieren）、これにもとづいて、新しい生活関係に対峙した。したがって、生活関係ではなくて、すでに適用されている法が、調べられたのである。

世界大戦および講和条約以降の政治的および経済的状态は、国家の生活においても、経済的關係に卓越した意味を与えた。フライナーは、この問題の解決方向を示すものとして、前掲書第八版（一九二八年）に新たに付け加えられた第八章「新たな組織諸形式」において、高権的行政と経営的行政との分離を採用した。ここに、行政をただ高権的にのみ把握するのではない、特殊行政法学的な手掛りが、初めて暗示された。この行政領域を問題として取り上げたことの中に、マイヤーを越える注目すべき一步が存在することが、見損われてはいけな。しかし、この新しい課題領域の、「私法形式における公營造物」という形での処理は、マイヤー以来よく知られている、警察的および賠償法的視点を越えておらず、この領域の特性は、なお権力的な伝統によって排除されることになった。

一九一八・一九年に生じた基本的な憲法上の変化の後でさえ、形式的法治国家原理による、行政法と憲法との結びつきは、フライナーの場合、憲法上規律された個々の問題の場合にのみ局所的に強められただけで、行政法の法源として、憲法は独立には説明されていない。

つぎに、イェリネットクの場合には、マイヤーの厳格に法学的な方法からなお一層解放されている。増大する実定法上の規律、および特殊な行政領域の区分化（Ausgrenzung）によって、課題領域に関連する法の記述的説明方法に対する需要が当時生じた。これに應えるために、マイヤーによって克服されたと思われるいた国家学的方法の処理を思わせる、個々の任務領域の法律知識的（gesetzeskundlich）説明、およびきわだった法律実証主義があらわれる。この法律に通じた部分において、彼は、マイヤーおよびフライナーから区別される。彼の場合にも、行政現実の配慮的、給付的および形成的活動領域を、彼の行政法体系の中に組み入れる、という問題が設定されている。しかし、フライナーの場合に示された、行

政現実の新しい視点からの行政法的処理の発端は取り入れられず、『行政法』の第三版以降行なわれた権力的行政と単純な高権の行政への概念的特徴づけを越える、基礎にある問題のザッハリッヒで体系的な研究はなされなかった。

マイヤーは、行政法の構成的に解釈的に考えられた閉じた体系をなお提示できると考えたが、フライナーとイエリネックは、この体系概念に別れを告げた。彼らは、行政法の体系をたんなる整理のための図式としか考えなかった。すなわち、行政法学は、法的素材の領域ごとに独特な異質性、ならびに特殊な法形式および活動形式の、その都度分野ごとくのみ形成される妥当性を、もはや無視することができなくなったのである。

二 君主制から議会制民主主義への移行は、行政法学の自己理解にほとんど影響を及ぼさなかった。国法上の概念形成の憲法構造への機能的依存性の省察、および行政法学上の概念形成へのその侵透は、首尾一貫して、学問によっては問題とされなかった。それは、法学上のドグマティックの政治的独立性についてのびくともしないドグマが、新しい憲法および国家形式の行政法学的現実化を阻止したためである。ただ、憲法の個々の条文が、行政法に新しい直接的影響を与える場合には、新しい関係が樹立された。

三 私法学においては、二〇世紀の最初の一〇年間に、他方、国法学では、その二〇年代に、時代遅れとなった実証主義に対する方法論上の批判がなされ、これをめぐって方法論争が展開された。しかし、行政法学は、實際上この方法論争による影響を受けていない。なるほど、社会構造における基本的変化、そこに根拠を有する国家の執行権の社会への介入、およびさまざまな行政の任務領域の分化とその法定的実定化は、法学的方法という古典的観念の断念に至った。けれど、原則として、適切な方法についての問題が提起されることなく、さまざまなドグマティックな研究方法が並存しただけであった。法学的に規範的な自己理解の枠内で、方法上の方向づけは、行政法学の特殊な状況に対応して実用的である。このようにして、法学的方法としての行政法学の方法の自己理解は、変化した条件を越えても、維持されることができた。

しかし、行政法学の中においても、行政活動の広義の社会的次元への明白な方法上の志向性の端緒が見い出される。

その箇所は、「利益」という場である。イエリネックの場合、利益衡量および社会の見解への依拠についての詳述、および目的論的論証の利用が、個々の事案決定の諸問題との関連でなされている。しかし、行政法学の概念形成、体系形成、法制度の処理およびその内部ドグマティクの枠内では、社会的現実および行政現実への門戸の開放は、ほとんど発見されえず、そこでは、法治国家原則、および法律上の文言への概念上の関連が支配する。これは、行政法学の特殊な状況、すなわち他の法学科目と比べて低い成文化の程度、このことから結果する学問上の理論、および裁判官によって作られるケース・ローの有意義性が、この二面的価値に貢献するためである。

四 ドイツの戦後社会は、経済嚮導、国家の公益事業 (Versorgungsleistung)、および利益団体の増大した力によって特徴づけられた。個人の自由な領域に国家の干渉を外延規定すること (Ausgrenzung) に好意的な、形式的法治国家原則のみによる行政法学の体系化は、とりわけ給付的、供給的で形成的な行政の登場という問題の克服を、もはや保障することはできない。しかし、ヴァイマル憲法下の行政法学は、まだなお法治国家的<sup>II</sup>立憲的観念の中に留まっていたので、この問題提起を十分に理解することができなかった。なるほど、フライナーおよびイエリネックは、現代の給付国家と分配者国家、およびそれと結びついた国法上・行政法上の問題を認識してはいたが、この新種の現象の科学的洞察は、ヴァイマル時代にはまだ不可能であった。たとえば、フライナーの、「新たな組織諸形式」において、および營造物の公的または私法的性質の規定についての彼の議論においてなされた「供給 (Versorgung)」という作用への法形式的従属は、公营造物の供与的行政 (die gewährende Verwaltung) という範疇への変化を示している。この場合、法形式ではなく、なされた行政目的が、概念形成的に作用している。けれど、公营造物のドグマティシユな展開は、その他においては、従来の権力的視点の中でがんとして変わっていないのである。行政法学は、その解釈のアド・ホックな修正を通じて、行政法学によって学問的に構成される国家行政の統一体からはるかに遠ざかり、その上、実用的な方法を駆使することによって、法学的方法の自己理解を強化した。

## 五 法学的方法から制度的目的論的方法に

一 法学的方法は、ほぼ五〇年以内に、行政法学における支配的な方法になった。そして、国家社会主義の市民的な法治国家的伝統との断絶、という条件の下で初めて、行政法学の基本原則をめぐる討議がなされ始めた。とくに、フォルストホッフの「給付担当者としての行政」(一九三八年)という論文は、国家社会主義的イデオロギーにもとづく模範的整理にとどまらず、法学的方法に対し、歴史的にも方法的にも裏打ちされた全面的攻撃を行ない、それを、本質的に動搖させた。

彼によれば、法学的方法は、特定の時代とその状況に解きがたく結びついている。そこで、もはや、一九世紀前半の工業化以前の諸条件に由来する諸概念、諸規範および諸原理による構成ではなく、法領域の社会的実体による特徴づけが、現代行政の現実とより密接に結びつけられるべき行政法ドグマティクの明白な要求となる。したがって、法概念を造ることは、一つの経験上社会学上の基礎を必要とし、「法学的秩序事態(Ordnungsverhalte)」が設定されるという方法によってのみ行なわれる。この法学的秩序事態が、法概念を精製し、満たす。法学的秩序事態の設定による、社会的現実の中にある価値的および目的的な「秩序内容」の法学的強化が、法概念にその実質的な内容を媒介する「固有の概念性」という性質を、法的事象にあてがう。このように、法概念は、法学に対し、現実分析によって探求されうる、国家的に形成された生存連関(Daseinszusammenhang)の統一的秩序を意味し、法学を現実とのより密接な関連におく。もはや、法規範および法原則から、法概念は構成されないのである。

これらの方法原則に従い、もはや自給自足的でない個人生活およびこれに関連した行政の諸任務の拡大、という社会的貧困の中に現われる、社会および行政における根本的な構造変化から出発して、その実現が、社会秩序の社会的に適した正当な形成にとっての前提である、三つの作用が作り出された。すなわち、①賃金と価格との適正な関係の保障、②需要、

生産および取引の嚮導、③諸給付の提供である。この第三の領域が、生存配慮という用語によって特徴づけられる。この言葉によって、彼は、つぎの三つの関心事を統合した。すなわち、第一は、自由と財産権をその中心に置く市民的法治国家理念から離れて、社会形成的な——一九三三年以来全体主義的な——総統国家をさし示す政治的展開に、法学的基礎を与えること。第二は、すでにずっと以前から存在した、社会形成のおよび供給的行政の現実を概念化すること。第三は、この領域におけるすべての活動を公行政と性格づけることによって、それを、法治国家の保障網の中に関係づけることである。彼は、この概念に、法概念としての位置価値(Stellenwert)を、まだ認めようとしていないにもかかわらず、すでに明確に輪郭づけられているとみて、法概念的な形成に関する具体的提案を行なっている。彼は、法治国家的ドグマティックと鋭く対立して、つぎのように述べる。生存配慮の領域では、権利保護ではなく、配分参加(Teilhabe)が重要である。現代国家においては、人は、自己に保障された個人的自由によってではなく、配分参加によって権利主張する。ここにおいて、生存配慮への法的に保護された配分参加が、機能的にみると、基本権が含んでいた、あの時代遅れになった保障の一種の代用物を提供することが、明らかになる。この視点から、生存配慮の行政法ドグマティックへのつながりが見出されうるであろう。他方、警察という法的概念についても、社会的・政治的現実の分析から、その新しい定式化が試みられている。

彼は、行政法体系として、生存配慮を第一次的なものと考えている。しかし、国家社会主義という特殊な状況の下では、行政の警察の、形成の、および給付の任務の分離は、現実的で望ましいものとは考えられなかった。体系形成的範疇としては、広義の生存配慮に内在する、配分参加という意味原理および構造原理で十分であった。再建された民主的法治国家という状況下の、一九五三年のドイツ国法学者大会で、彼は、「古い型の『侵害行政』と共に、現代の生存配慮の給付行政が登場する。それは、行政活動の従来の法形式を利用しえないであろう。……現代行政法は、学問上の無能力ゆえではなく、事物の論理ゆえに、二元的であり、あり続けるであろう。」と報告した。この見解は、つぎの命題にもとづいて

いる。その特殊な概念性を伴った、法治国家および適法な自由の保障のための行政法の体系は、一面では、現代の福祉を促進する行政には適合せず、他面では、法治国家の組織構造にとって放棄しえないものである、ということ。最終的に、市民的 $\parallel$ 法治国家的行政法学の、以前統一であった体系は、社会的分析と法治国家の諸要素との緊張関係の中で、二つものに分れることになったのである。

二 国家と社会との市民的 $\parallel$ 法治国家的分離と正反対である、国家社会主義の特殊な諸条件の下で初めて、實際上、行政に、生存確保に対する政治責任をも包括的な方法で課すことが可能になった。彼は、行政の政治的ダイナミクスを考慮して、それ自体生活関係の包括的形式を要求する国家社会主義の支配体系の目的から、生存配慮を規定した。この新種の行政像の結果として、生存配慮、民族的生活秩序の保持、および形成に対する個人の配分参加の確保が、社会の発展によって古くなったように思われる個人の自由の確保に優位し、行政に、関する、学問の中心に位置する。それ故、行政法学の思考は、規範主義的行政法学が、しばしばたいした欠陥なく無視することのできた、行政の本質およびその社会的機能の認識によって、ささえられなければならない。そこで、行政法的研究の行政学的研究への伸長、行政学および政治学の復権が、国家社会主義の時代に、方法論上の論争になった。一九三三年の急激な政治上の新しい方向づけ、およびそれに続くすべての生活領域の変化は、行政法学の内部において、結核した伝統および方法上の観点をこじあげ、社会的および政治的な現実に向けることを発起した。他方、この一層の進展が、全体主義的体制の不運な諸条件の下でなされたことによって、重大な後退をももたらし、このことが、今日に至るまで、その継受を困難にしている。

三 制度的 $\parallel$ 目的論的方法は、伝統との接続を、ロレンツ・フォン・シュタインの著作の中に、すなわち生存配慮の中に見出した。社会国家の理念的包括的な基礎づけの最初は、彼の中にある。彼は、行政の真の任務を、「国家の手段によって、すべての個々人の最高の発展を促進すること」の中にみた。フォルストホッフは、この伝統を受け入れ、法治国家的な自由の理念を強く拒否し、現実分析の中で得られた生存配慮の概念を、国家社会主義体制の普遍的な支配要求および形

成要求によって方向づけ、これを、個人の自由破壊的で、外見的にのみ分析的な理念に変形した。生存配慮は、「給付担当者としての行政」という論文において、行政学上の、現実分析から取り出された概念として立てられ、『行政法教科書』の最終版においては、その下に給付行政の諸作用が総括されうる指導概念として、特徴づけられる。生存配慮は、彼の論敵によってつぎのように評価された。第一に、行政学上の、または社会学上の「記述的な概念として、それは、私的イニシアティブと国家的措置との結びつきにおける、個人および社会的諸組織の国家的措置へのさまざまな依存の適切な叙述および説明を、なんらもたらさない。第二に、法的概念として、それは、行政活動の領域上の独自性には適さず、行政実務の多様性の背後に退き、「何でもできる形式」になる危険をはらんでいる。第三に、歴史的には、それは、行政法学に行政活動の一つの新しい次元を開き、「発見的な」概念としての機能を果たした。しかし、問題とすべき諸領域を、公権の保護作用、とくに基本権に服させることを可能にすべき法概念には、それは適していない。なぜなら、それは、事物領域に適した基礎づけおよび形成になんら寄与しないからである。結局、指導目標として、それは、憲法上の諸国家目標規定および憲法を形成する諸基本決定に何物をも付け加えず、憲法への結びつきおよびその援用を避けている。「行政活動の目的論的規定は、法治国家的「民主的な状態の下では、行政が、方法的にもザッハリッヒにも、法治国家的で社会国家的な憲法の統合された構成要素に発展させられることによって、やっと行政法学上利用できるようになる。」フォン・シュタインへの依拠は、「行政の「活動する憲法」としての把握を現実化することのみ、行なわれることができるのである。

四 フォルストホッフは、行政法ドグマティクを、現代行政の現実とより密接に関係づけることによって、内容のない市民的「法治国家的理解にドイツ民族の生活現実を対置し、従来の法を国家社会主義の諸要求に適合させることを任務とする新しい法思想を付け加えることができた。この特殊制度的な法思想は、社会的な生活事情、価値的な所与性、および法学上の規範複合体を統合する制度概念を通じて、「事実的なもの」と「規範的なもの」との実際上の結びつきを形成する。それ故、フォン・シュタインの「法化された生活概念」の獲得を通じた、法的視野と社会的視野との媒介、およびシュ

ミットの「具体的秩序思想および形成思想」に依拠して発展させられた、形成された秩序の中で把握される規範的諸規律の社会的実体へのフォルストホッフの依拠は、国家社会主義の特殊な諸条件から独立しても、その地位価値を保持する決定的な前進の一步を意味する。彼にとつては、社会的現実と接触する概念を獲得することが重要である。それによつて、「現実」の中にある規範的内容が媒介され、直接、法的に重要なものとして説明されうる「事実的なもの」と「規範的なもの」との事実上の結びつきを見つけて出すことが重要である。彼は、現実分析によつて実証されうる秩序に依拠することによつて、この連結の一環を形成しようとして試みる。規範秩序の法実証主義的解釈から、それを基礎づける社会構造の社会的分析への、それ自体としては疑いのない進歩の問題性は、つぎのことから生じる。第一に、法外的な規範内容の隠された挿入のための社会学的考察の誤用から生じる。第二に、法治国家的「民主主義的な憲法の諸要求から法思想を分離させることから生じる。なぜなら、行政法学への社会学のおよび行政学的方法および知識の編入が、必然的に、法治国家的「民主的な自由保障の相対化に至つてはいけない。法学の実証主義の克服は、同時に、法の実証性の放棄を意味しないのである。この認識は、国家社会主義的法学の実例に直面して、方法論上の要求にまで、もちろん高められなければならない。

## 六 現代ドイツ行政法学の方法の諸大綱条件

行政法ドグマティックの方法の徹底的な更新は、法トグマティシユな法技術の、多かれ少なかれ黙示の前提および限界を明らかにし、省察することを必要とする。この前提および限界が、行政法学の方法の諸大綱条件として議論される。本質的には、ここ一五〇年の間、三つの要素が、行政法学の方法上の重要な発展を押し進めている。第一は、基本法の諸要件の下における政治的な憲法体系と行政法・行政法学との関連性である。第二は、実定行政法の完全な規範性を、方法論的に明らかにする場合の諸前提である。最後に、行政法学の志向性の問題が、行政法学の方法の第三の大綱条件である。



第一の大綱条件は、多層の問題に係わる。ヴァイマル憲法下と異なつて、今日、行政・行政法の憲法への明白な従属は、基本法二〇条三項、一条三項および一九条四項に規定されているように、確定的なものと一般に認められている。しかし、憲法原理による行政・行政法の拘束の範囲は、過大評価されてはいけない。この問題においては、とりわけフォールストホッフが、特別な地位を占める。彼は、行政領域に対する憲法の意義を本質的に相対化した。彼は、憲法上のおよび法治国家の概念を、法律上の自由を保障するための法技術的な手管の一つの体系に還元し、技術的 $\parallel$ 形成的な憲法理解に編入されない素材を、非技術的 $\parallel$ 実質的な行政に譲渡することによって、広範な行政領域を憲法の形成委託から免除した。そして、彼は、所与の状態の現実性、および規律されるべき素材の固有の法則に依拠することによって獲得せられる固有の実質的法則に、それを服せしめた。これに対しては、つぎの異論が唱えられなければならない。実質的形成原理が、市民的 $\parallel$ 法治国家的原理よりも、社会的現実により関係しなければならぬ場合であっても、後者もまた、規範的力を展開することができる。全体として、市民的法治国家の不変の成果とみなされなければならない、法の合理性および予測可能性、国家的行政の法的被拘束性、個人の領域の憲法上の保障ならびに権利保護の実際上放棄されえない要請は、前者によつては消されないのである。

行政法学の正しい方法は、基本法からは引き出されえない。しかし、その限界を方法が越えてはならない一定の枠を、基本法は前もつて与える。その場合、行政法学の方法に対する直接的な憲法上の要請が重要である。法治国家原理および平等条項から導き出される、法治国家的形式性による方向づけが、行政法学の方法に対する重要な憲法上の要請とみなされる。行政活動の法形式による行政法学の整理は、行政法に対する憲法の要請によつてだけでなく、方法論上重要な法治国家の合理性の要請によつても、根拠づけられ、是認される。マイヤー以来——国家社会主義の時代を例外として——行政法学において支配的である方法の法治国家的形式性は、たとえ、それが、行政法学の任務の適切な実現にとつて決して十分ではないとしても、基本法下においても放棄されえないのである。

第二の大綱条件については、つぎのように述べられている。今日、一方における、事実上の社会発展に対する規範性の放棄と、他方における、現実を排除するただの規範性との間で、道が模索されなければならない。それ故、法学の方法に対する法治国家的合理性の要請と一致する、行政法学の「超実証主義的」方法の発展を求める主張は、時宜を得た試みである。それは、法学の実証主義と社会学の実証主義を貫通し、かつ両者を乗り越えなければならない。その場合、法治国家的で民主的な憲法秩序の下では、「啓発された実証主義 (Aufgeklärter Positivismus)」が、「一定程度放棄されえないことは、常に考慮されなければならない。その際、基礎となる法規範論が、産み出されなければならない。この行政法学に対する今日の実用的な要求に適合した、すなわち規範と現実を、実定法の法治国家的優位に適合した方法で相互に関係づける規範性概念を、フリードリッヒ・ミュラーが提供する。それによれば、規範性は、「規範プログラム」に内在するものではなく、むしろ国家的・社会的な種類の文言以外の諸事実から生じる。したがって、規範プログラムが、その規律領域として選び出し、また部分的には初めて創造する社会的現実の一端、すなわち規範領域が、その基本構造において、規範の内容を造り出すのである。

この法規範論および現代行政の構造変化の考慮から、行政活動に係る実定法の完全な規範性を解明する適当な方法が、行政法学の方法として要求される。そこで、行政法学は、社会的変化へのより一層の接近および柔軟な対応の必要性から、利益・価値公法学 (eine publizistische Interessen- und Wertungs-jurisprudenz) に向き、同時に、隣接諸科学、とくに行政学に、および法の社会的な関連諸問題に、その門戸を開くことになる。ただし、利益・価値公法学としての行政学における利益衡量の基礎をなす、隣接諸科学の社会的現実についての研究は、実定法の規範的諸前提によって導びかれ、かつ限界づけられなければならない。

第三の大綱条件として、つぎのものが示される。行政活動の法形式は、マイヤーの体系から解放された行政法学にとっても、放棄されえない構成要素として残らざるをえない。なぜなら、法治国家的行政活動は、本質的に、それが、一定の目

標を達成するのに、予見可能でコントロールできる形式で行なわれる、ということによって特徴づけられるからである。非常に一面的に、行政活動の法形式によって方向づけられた行政法学の欠陥は、マイヤーの形式主義によって法および法の考察から除外された、目標、目的および任務の再編人によって、主として取り除かれるであろう。行政活動のこの視点の再び行政法学の議論に持ち込んだのは、ペーター・バドゥーラの特別の功績である。しかし、目的・任務によって方向づけられた行政法ドグマティクは、かなり多くの不正確さをかかえる。第一は、公行政を規定することと、行政法学の法的に必要で、實際上合目的な方向づけの視点とが、十分に区別されていないことである。第二のより重大な難点は、行政法学にとって目的による方向づけが、限定的にのみ利用可能である、ということである。なぜなら、さまざまな行政任務を、国家目的・目標の指導隊の下で抽象的に総括・体系化した行政目的による方向づけが、目的論的方法と考えられ、行政・行政法の憲法への従属性の現実化の中で把握されていないからである。また、行政は非常に多層で、前提に富んだ一つの過程を意味する。それ故、行政の活動形式は、目的に対する手段としてだけでは、十分に構成されえず、行政活動に関する理論は、行政目的によっては適切に体系的に構成されえないのである。そこで、特殊な活動諸形式の導入が意図されるべき目標について論題とされた、行政現実との行政法学の関連問題の、および方法における志向性の問題の、行政のこの多層性に適した操作化が、機能的思考への転換を要求する。

機能的に方向づけられた行政法学の任務は、法形式を機能的に区分し、法形式それ自体に、機能に適した法効果を賦与することである。このような機能分析の出発点は、一面では、伝統的な活動形式であり、他面では、行政活動の具体的生活領域およびその規範把握である。それ故、かなり包括的な制度としての「法関係」が行政法学の中心になる。たとえば、ノルベルト・アハターベルクの法関係論によると、法規範の本質は、法関係を根拠づけ、形成し、変更しおよび終えることの中に見出される。法規範による法関係の決定 (Determinatio) の程度はさまざまである。ほとんどの行政法関係がそうである部分的決定の場合には、自律的な決定因子としての形成の自由な領域が残るので、法規範による決定と事物に

よる形成 (Sachprägung) とが、法関係を構成する。行政法秩序を行政法関係秩序として理解することは、行政法学の規範によってコントロールされた現実連関を保障する。最も事象近接性 (Sachnähe) を維持する程度の一一般化をもたずのは、行政分野別で (Sektoral)、問題によって方向づけられた行政法学の考察方法である。この方法は、フライナーの「新たな組織諸形式」およびフォルストホッフの「エネルギー経済」の中で、すでに手始め的には利用されていたが、ハンス・J・ボルフの『行政法』が、これに最も近い。しかし、彼の方法は、分析的な体系性を獲得することはできず、第一次的には、たんに補助手段を意味する分類主義的な法体系を、せいぜい獲得するだけである。(傍点原文イタリック体)

## 七 おわりに

一 本書の評価は、ひとえに六の内容に掛かっているので、まず、これについて検討する。結論から先に述べると、そこで提示された三つの大綱条件は、わが国行政法学の方法論の今後の展開にとっても有意義であるように思われる。とくに、第一の大綱条件である、憲法原理による行政・行政法の拘束はそうである。フォルストホッフに対する著者の批判は、ボン基本法Ⅱ法治国家原理と解釈し、給付行政を憲法から解放する、というフォルストホッフに独特な論理(渡辺満夫「給付行政と憲法—フォルストホッフの憲法観—」法学新報七五巻六号)と関わっているので、憲法状況を異にするわが国にそのまま妥当するわけではない。しかし、行政過程の独自性を強調するわが国の機能主義的方法論にも、憲法上の法的基準ないし価値の具体的充実による行政のコントロールを主張する著者の批判は、基本的にあてはまるだろう。しかし、著者が、十分に克服されなかった絶対主義の名残りに対する憲法原理からの再検討を提起していない点については、後に述べるように、重大な問題がある。

また、第二の大綱条件で述べられている、一方における、行政現実に対する規範性の放棄と、他方における、行政現実

を排除した、ただの規範性との間で、行政法学の方法の道が模索されなければならない、という認識、および第三の大綱条件における、機能的思考への転換は、わが国の場合にも、ほぼ異ならないであろう。その際、とくにフリードリッヒ・ミュラーの法規範論、およびノルベルト・アハターベルクの法関係論は、興味深い理論を提供しているように思われる。しかし、三つの大綱条件は、どれも抽象的なものに留まっており、個別的な解釈技術とのつながりが明確でないので、今後、具体的な問題に係わった方法論の展開が期待される。

二 これらの大綱条件を抽出するための前提作業となされた、五までの行政法学の方法の歴史的研究を、それに関する私独自の研究成果にもとづいて、批判的に検討しうる段階に未だないので、ここでは、若干の意見を述べるに止めておくことにする。

まず、行政法学の方法を、その依存性と変遷において再構成することが試みられたのであるが、その結果は、期待に込めるものではなかった。それは、P. バドゥーラ(Peter Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat, Hf 328, 1966*) の「*つぎの対照的図式にたった、ドイツおよび西ドイツの行政法理論史の分析と批判*」(和田英夫「自由法治国国家の行政法と社会法治国国家の行政法」法律論叢四四卷二・三頁三三頁)を越えていない。

自由主義的法治国国家の行政法―行政と行政に服する者との法的関係―自由主義的法治国国家と財産権を中心に構造化された社会―個人の自由の実現―警察命令と租税決定処分による侵害行政―目的のない権力的支配の法形式に関する理論

社会的法治国国家の行政法―行政と個人または集団との間の嚮導および給付の法的関係―社会的法治国国家と労働を中心に構造化された社会―個人の福祉の実現―給付および嚮導による社会形成的行政―行政目的に関係づけられた支配の法形式に関する理論

バドゥーラに対する批判(淡川典子「『社会的法治国』に関する基本的考察」法政論集四一号一三八頁以下、原野勉「Peter Badura,

*Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat Heft 328, Mohr 1966, p. 27*」法経学会雑誌一七卷二号

一三三頁以下)が、著者の分析についてもなおも妥当するであろう。たとえば、マイヤー行政法学の体系を形成する形式的法治国家観が、自由主義的憲法秩序とほとんど結びついていないことを明らかにしながらも、他方で、彼が、市民的・私的な自治の時代にふさわしい行政法体系を構築したと評価し、侵害行政における、彼の行政法学の現代行政法学への連続性を認めることの中には、認識論上の矛盾があるように思われる。マイヤー行政法学の諸概念は、ドイツの外見的立憲君主制下の、特殊ドイツ的な自由主義の概念として理解されなければならず、それに対する現行憲法の価値原理からの再検討が必要とされるであろう。同様に、フォルストホッフに対する評価においても、いわゆる給付行政を憲法から解放することに対する正当な批判はなされているが、侵害行政の把え方に対する憲法的価値原理からの検討がなされていないように、同じことがあてはまるであろう。

なお、著者は、バドゥーラについては、目的および任務を行政法学に導入した点で高く評価しながらも、その後の行政(法)現象の複雑多様化を踏まえて、行政目的による体系化の不適切性および行政目的が憲法との関連で把握されていないことを批判している。しかし、ここでも、彼における西ドイツ行政法学の外見的立憲君主制の名残りに対する憲法的視点からの批判が、見失われている。