

文献紹介

ペーター・バドゥーラ

自由主義的法治国家の行政法

——行政法学の成立に関する方法論的考察——

Peter Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates—Methodische Überlegungen zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts—1967.

佐藤 立 夫

目 次

序 説

一、学としての行政法の成立

(一) 産業化

(二) 市民的法治国家

ペーター・バドゥーラ自由主義的法治国家の行政法

二、福祉警察と国家扶助

三、自治体営造物と自治体の営利的企業

四、方 法

あとがき

序 説

ビスマルクの帝国建設によりドイツ諸邦が少なくとも統一的たりうる法領域へと連合した年には、未だドイツ行政法に関する学は存していなかった。ペーツルの『バイエルン行政法教科書』⁽¹⁾が既に三版を重ねていたのみならず、後に画期的と看做されたヴェルテンベルクのF・F・マイヤーの両著作並びに今日高く賞讃されるロレンツ・フォン・シュタインの『行政学』⁽²⁾が公刊されていたとはいえ、この主張は支持されえよう。蓋し、学者の思惟上の努力が対象を体系的に捉えており、かつこの理論的成果がより広範な協力的実務家群によって進展せしめられる場合に、はじめて学について語りうることとなるからである。一八七一年には、行政実務と行政法とが理論的に選別されており、専門性は存せず、また体系も欠けていた。体系とは、ここでは次のことを意味するに留まる。すなわち行政法総論の構築、従って総ての行政について一定の普遍的妥当性を有し、それ故にまた理論的考察に対して連関と基礎とを提供しうる諸原則及び諸概念の構築を意味するのである。

三〇年後に行政法学説は学として確立されるに至った。一八八一年、プロイセンの諸大学が「行政法」の講義を採り入れ、世紀の転換期の頃には既に三種の行政法の専門雑誌が存在し

た。⁽⁴⁾しかし、行政法学はとりわけオットー・マイヤーによって確固たる体系を獲得したのである。ここで採られた方法が現在に至るまで及ぼしてきた影響が多であるため、行政法の研究の基礎に關して広範な意義を有する決定が下されたのはこの方法によってであるということが隠蔽されてきた。この決定、すなわち自由主義的法治国家の国家観への行政法学の組み入れは、知識社会学上は矛盾のないものであったが、この決定がかかる内容の決定としては認識されなかったという限りで、その成果は宿命的であった。

オットー・マイヤーの著作が公刊される以前にもやはり選択肢は明らかであった。プロイセン高等行政裁判所設置の年のゲオルク・マイヤーの一論文は、先ず以て、殆んどの法学部において行政法が全く講義されておらず、また殆んどの大学には公法に關する講座が一つもないということを嘆いた。学としては行政法は未だ極く端緒にあることになる。その時にあつてゲオルク・マイヤーは、二元的視点から行政法を学問的に取り扱うことを要請する。先ずは「シュタインの意味における」一般行政学によってであり、これは、一般の原理を説明し、各国民の立法を比較叙述的に論じ、行政政策的視点を強調せねばならぬとする。第二には、本質的に法律学的学科たるべき行政法学説によってである。「その際、素材の法律学的究明及び行政法上

の諸制度の法学的解釈が問題である。これは一方の方法であり、かつゲオルク・マイヤー自身がその「国家学的」方法により達成しようと思ひ、オットー・マイヤーがその「法学的」方法により達成したところのプログラムであった。他方の方法は、一年後に、ゲオルク・マイヤーのテーマ設定と類似した題名のロレンツ・フォン・シュタインの著書⁽⁷⁾において明らかにされた。ロレンツ・フォン・シュタインは行政を「利益社会的乃至社会的国家」の理念の「所産^{Erzeugnis}」として理解する(『ドイツ法学及び国家学の現在と将来』一四四・二一五頁)。行政は実定行政法律を知ることと充分ではなく、単なる行政法律の学と対峙する学としての行政学を必要とするとされる。但し、そのことは、行政は現実生活を支配する諸々の力と法律の総てを理解せざるをえないということの意味する。すなわち「行政は執行されるべきものの本質から行政法を形成せねばならない」(同書二九六頁)。

これら双方の方法論的觀念が如何に判然と区別されているかは、ロレンツ・フォン・シュタインの行政学を行政法学の外部に存する作業と把握するゲオルク・マイヤーに特徴的で、他の論者によっても繰り返された誤解を見ただけでも明らかとなる。実際、問題であるのは、ゲオルク・マイヤーが行政法を単に法的現象としてのみみるのに対し、ロレンツ・フォン・シュ

タインは行政法を社会的現象としても捉え、とりわけ社会的現象面を重視することである。従って、後者は「執行されるべきものの本質」を、前者はそれに対して「行政法上の諸制度の法学的解釈」を指摘するのである。

かかる方法論的視角の鋭い対立及びゲオルク・マイヤーの主張がオットー・マイヤーによって成功裡に貫徹せしめられたという事情は、この展開が何によって規定され、如何にして行政法学の諸成果のうちに沈澱していったかという問を提起する。その答えは、学としての行政法の成立をもたらした諸事由に先ず求められうる。そこから出発した場合に、自由主義的国家観からは必然的には導き出されない行政領域における、行政法の自由主義的法治国家への定着が示されうる。

註(1) Pözl, Lehrbuch des bayerischen Verwaltungsrechts, 1. Aufl. 1856, 2. Aufl. 1858, 3. Aufl. 1871.

(2) F. F. Mayer, Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und -Rechtsverfahrens, 1857; Grundsätze des Verwaltungs-Rechts, 1862.

(3) L. v. Stein, Die Verwaltungslehre, 1. Aufl. 1865-1884; 2. Aufl. 1869-1883.

(4) Preussisches Verwaltungsblatt(seit 1879), Fischer's

Zeitschrift für Verwaltungsrecht (seit 1880), Verwaltungsgeschichte (seit 1892).

(5) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1895/96.

(6) Georg Meyer, Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland, 1875.

(7) L. v. Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, 1876.

1. 学としての行政法の成立

ドイツにおいて一八世紀及び一九世紀前半に現実化した国家型態、すなわち非立憲的かつ前産業的国家は、その行政に鑑みて「警察国家」と呼ばれる。これは、かかる行政に対して「警察」という表現が慣用的であったという理由にのみよるのではない。「警察国家」という呼称はむしろ「法治国家」に対する対語として用いられる。この呼称の意味するところは、内容的に不確定な「警察権 (ius polittae)」に基礎を置くものと特徴づけられた行政の執行が、合目的性には従ったのであるが、格別法的な諸形式及び諸原則に服してはいなかったということである。高権と人民との間には、事実的な権力関係が存した。行

政の特色に關してかかる見解が継続する限り、司法事項と行政事項の區別にかかわらず、また権限秩序の確定にもかかわらず、行政法も行政法学も成立しえなかった。警察国家は、法学上の分野としては妥当しえない警察学を生み出すに過ぎなかった。

行政法が警察に、行政法学が警察学にとって換わるということは、一九世紀の中葉以来起こってくる社会、政治的理念及び憲法構造の革命の帰結である。その実質的な要素は、産業化及び飛躍的な人口増加であり、これらは、都市化、同時代人の意識には「社会問題」として映ったところの階級対立の発生と激化、行政の任務の増大、それに相応する専門知識を与えられた官吏制度の必要性及び独立の行政裁判権の設置となつて現われた。その形式的要素は、今や効果を表わすに至る法治国家理念であり、この理念は、合憲法的権力分立により行政を固有の領域として強調し、この領域を行政の法律適合性の原則により、単に国家目的の事実上の実現の領域に留めることなく、法的にも拘束された実現の領域として理論構成する。

(一) 産業化

帝国建設の間際には、ドイツ経済はすぐれて農業的性格をなお有していたが、産業化の過程は始まっていた。ドイツの産業

発展に対する最も強い刺激は帝國建設に由來し、わずかの年月の間にドイツは世界の第一線級の産業國家の仲間入りをした。プロイセンは、これより若干早く、つまり一八四六年から一八六〇年の間に資本制産業へと突入した。一九世紀後葉（一八七〇—一九〇〇年）にドイツにおいて形成される經濟社會は、これを以下の陳述から概観しうる。

人口——二四五〇万（一八〇〇年）、四一〇〇万（一八七一年）、六五〇〇万（一九一〇年）。都市人口對農村人口の比率——三六對六四（一八七一年）→六〇對四〇（一九一〇年）。人口一〇万以上の都市数——八（一八七一年）→四八（一九一〇年）。纖維工業→重工業・石炭產出——六〇〇萬トン（一八五〇年）、一七〇〇萬トン（一八六〇年）、三八〇〇萬トン（一八七一年）、二億二〇〇萬トン（一九一〇年）。鉄鉱石——五〇〇萬トン（一八七一年）、二九〇〇萬トン（一九一三年）。生鉄生産——五〇萬トン（一八五〇年）、一五〇萬トン（一八七一年）、一五〇〇萬トン（一九一〇年）。鋼鉄生産——一五〇萬トン（一八八〇年）、一三〇〇萬トン（一九一〇年）。

鉄道網——二二三一キロ（一八四五年）、一万八五六〇キロ（一八七〇年）、五万九〇三キロ（一九一〇年）。電氣産業の興隆（一八八〇年頃）。

社會問題・泡沫會社氾濫恐慌（一八七三年）・農業恐慌（一

ページター・パドゥーラ自由主義的法治國家の行政法

八七五年）↓教条的自由主義の無力化、各種利益団体の結成（國家經濟政策に対する要求の重みを増すため）、カルテル化の進行、保護関稅政策への移行（一八七九年）、ライヒ銀行の設立（一八七五年）、国有鐵道原理への移行（一八七八—一八八五年）。従って、ドイツの産業化は、速度及び特質の点で、比較的強度な國家の影響により特徴づけられている。

労働人口の構造の變化・工鉱業労働者数——倍增（帝國建設時對第一次世界大戰時）——九五〇万人（一九一三年）。農林業労働者数——六〇〇万人→五〇〇万人。国内移動——東部農業地域→西部工業地域。↓プロレタリアートの結集、各種労働組合及び使用者団体の結成、労働と資本の對立——社會問題の具體化。

國家は社會問題に對し、当初、社會政策的ではなく營業警察的に對應した（例えば若年者労働の規制）。社會保險の導入（一八八三—一八八九年）とともに、帝國は社會政策という新しい土壌に踏み入った。ビスマルクの「現代國家理念」によれば、國家の責務は、既存の權利の保護を志向する防禦的任務と並んで、合目的施設及び國家の利用しうる總ての手段を用いることにより總ての國家構成員、特に虚弱者及び要扶助者の福祉を積極的に増進せしめることである。この考え方は講壇社會主義のプログラムと一致する。この國家觀の転回をローゼンタ

ールは、「社会的国家の時代の開始」⁽²⁾と力説した。

非常に進歩的な効果を伴う帝国の国家社会主義は、これをより詳細にみると、ワイマール憲法及びボン基本法に認められた社会的法治国家の理念の実現ではないことが示される。それは、労働者に社会保険は与えるが、政治的解放を与えずして、産業化を促進した大ブルジョアジーと国王との同盟を擁護するものであった。⁽³⁾プロイセン帝国の国是が、社会主義者鎮圧法（一八七八—一八九〇年）の基礎と同様に国家社会主義の基礎をもなす。社会改革が、社会民主主義に対する闘争手段として、労働者階級の警察的弾圧にとって換わるものとされた。⁽⁴⁾

ドイツ産業化への国家による社会経済政策的介入は、市民階級社会の枠を突破しなかった。ダーレンドルフは、帝政ドイツの社会構造を多少単純化して「産業封建社会」と称し、その政治構造を「権威的福祉国家」と特徴づける。⁽⁵⁾かかる社会政策は、高権的に処方された緩和剤にすぎない。

帝国の経済政策及び社会政策は、確かに社会的法治国家とその経済行政及び社会行政の準備はしたのであるが、権威的配慮から民主的福祉国家への決定的第一歩を未だしるしてはおらず、また自由を保証するだけの市民的法治国家から指導的かつ給付的行政国家への第一歩をもしるしてはいない。たとえドイツの産業化時代への突入及びそれと結びついた社会的変容が行

政の任務と型態に変化をもたらしたとしても、当初は憲法の根本理念をなおざりにし、従って行政法学説に対し、新しい国家任務及び行政目的を体系的に統合する視角を提供しなかったのである。

註(1) Rosin Hirths Annalen, 1898, 86.

(2) Eduard Rosenthal, Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode, 1913, S. 17.

(3) Karl Erich Born, Der soziale und wirtschaftliche Strukturwandel Deutschlands am Ende des 19. Jh. (1963), in: Wehler (Hrsg.), Moderne dt. Sozialgeschichte, 1966, S. 276.

(4) Rudolph Schm, Die sozialen Aufgaben des modernen States, 1898, S. 22 ff.

(5) Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, 1965, S. 72.

(6) Otto Bachof, Das Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtslehre, JZ 51, 538.

(二) 市民的法治国家

国家は法治国家たらねばならぬという主張は、立憲主義運動

のプログラムであつたし、先ず、憲法生活の領域を目指した。だが、この主張は、必然的に、執行府による国家権力の行使の理解をも変え、従つて行政を単に目的遂行としてだけではなく、法実現として登場せしめなければならなかった。これによつてもたらされた警察学の行政法学への変容に先鞭をつけたのは、ロベルト・フォン・モールである。そして、F・F・マイヤーの兩著作が行政法学の歴史の前奏曲を奏でる以前においても、国家の人民に対する關係を法關係として定式化するのに本質的に寄与したのみならず、その新しい学に対して、方法論的に、後にオットー・マイヤーにおいて頂点に達する途をも示したカール・フリードリッヒ・ゲルバーの研究論文が公刊されていた。その後まもなく、オットー・ベール及びルドルフ・フォン・グナイス⁽⁴⁾が法治国家の理念から行政活動の法的統制の必要性を導き出した。「法治国家が実現されるためには、公権が法律によつて規定されていることは足りず、具体的の場合に權利を確定し、従つて權利が侵害されている場合にその回復のために疑いの余地なき基礎を提供するところの裁判も存在しなければならぬ」。

独自の学としての行政法の成立に関するロベルト・フォン・モールの意義は、国法を憲法と行政法とに分かつといううわべだけの変革においては比較的小さい。確かに、それによつて權

力分立の原理から必然的な結論が、公法理論のために導き出されるが、決定的であつたのは、彼が、行政法關係を規定することを「憲法規定を生活の中にとり入れ、個々の場合に適用すること」に見い出す程に、行政法上の關係を憲法上の關係に依存せしめたことである。そこから生ずる結論は、直ちに、一年後に公刊された警察学の教科書の標題において表現されるに至る。すなわち『法治国家の諸原則による警察学』(Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1. Bd. 1832, 2. Bd. 1833) がそれである。これが意味しているのは「行政法学」以外の何物でもない。實際、この著書は、すでに『国法』(Staatsrecht)の第二部(行政法)に含まれていた「補助警察」という章をより仔細に論述しているのである。『警察学』の第一部の三つの編は、『国法』の「補助警察」という章の三つの節と、個々の句読点に至るまで一致している。従つて、ロベルト・フォン・モールにあつては、先ず、法治国家により生み出され、体系的に導かれた行政法学を志向する行政諸現象の論述が見い出される。

法治国家の理念の実現として行政法及び行政法学が成立したのであるが、この理念は、法治国家として形成された国家が「法を国家存立の根本条件に高め」、国家においては治者と被治者との關係は、一方的権力の關係ではなく、法關係たるべき

であるといわれる程、明らかに超時間的な標識によつては、充分には説明されない。公権力の行使は、法治国家においては、法に「拘束され」、法によつて「制限をうけ」、法の「枠組み」の中においてのみ許容されているという主張（ベール『法治国家』五二頁、ゲルバー『公法に就いて』七五—六頁）も、確かに、法治国家は、行政の領域において、それ自体非法的なものとして把握さるべき「権力」を「法」によつて制御しようとするということとを認識せしめるが、如何なる「法」を「法治国家」が意図するかということとを未解決のままにする。君主制と対峙する市民社会の革命的理念としてこの概念が捉えられれば、この概念に含まれた法の概念もより明確なものとなる。市民的法治国家の「法」は、憲法の次元では、権力分立及び自由と財産という基本権を伴つた憲法を要求する自由主義的理性法であるが、行政の次元では、法律である。「権力」として説明された行政に対しては、市民の代表機関の協力の下に制定された法律が、「法」を限定するものとして対峙する。つまり行政の法律適合性がそれである。それによつてもたらされた行政の法律への従属は、行政の人民に対する関係が行政法によつて法的なものとなされる場合に、法治国家の完成となる。「その行政に關して何ら法律をもたず、何ら行政行為をもたない国家は、如何なる法治国家でもない」。

法律によつて媒介された、行政と「法」との連結は、行政を「自由主義的国家目的」の実現に制限することを意味する。何故なら、理念上及び實際上も、市民的法治国家の法律は、社会形成の道具ではなく、共存する諸々の自由の秩序を樹立し、維持するための手段にすぎず、従つて、行政の法律適合性、とりわけ法律の留保によつて、行政目的が自由主義的国家目的へと還元せられるからである。法治国家の貫徹は、行政法及び行政法学をもたらずに相違なかったが、同時に、行政法及び行政法学に対し、市民的法治国家に固有の制限を課さねばならなかった。自由主義的国家目的（法目的及び権力目的）は、公課とりわけ租税の徴収及び公共の安寧秩序に対する危険の防止を本質的かつ格別正規の行政目的として正当化した、給付の提供及び社会状況の形成（福祉目的）を副次的かつ本来不正規の行政目的としてしか認めなかったが故に、これが行政法及び行政法学の特色となった。行政法学の理論上の努力は、自由と財産を法律によつて「侵害する」行政としての行政実務を知り、この状況において、法治国家の尺度に従つて正当化されることを知っていたが故に、必然的に行政法学は、租税決定及び警察処分を典型として理論構成された「行政行為」をその体系の中心に置いた。学としての行政法の第一期に特徴的な行政と侵害行政との同一視は、従つて、直観上所与の行政が單に財務行政及び

警察行政に限られていたのである——実際にはそうではなかったが——ということからは説明されえず、その同一視は、行政法理論が自己の視角を市民的法治国家の理念から得たことの当然の帰結なのである。自由主義国家の立法者が、法律により、社会的自由と国家的公益との間に境界を画したのと同様に、行政は、同一の境界を行政行為によって画定した。この理由からオットー・マイヤーは、市民的法治国家の論理に従って、行政行為を行政法の核心部分として完成せしめたのである。

自由主義的法治国家理念は、確かにドイツにおいても国家と社会の区別に基づくが、社会は財産と教養の自律的領域であり、国家はそのためにはただ法と秩序を維持しさえすればよいとする見解は、完全には妥当しなかった。君主制を支える土地貴族の強固な地位が、国家が無制限に市民社会の道具となることを妨げたのである。立憲君主制においてその憲法上の表現を見出した君主と市民層との同盟は、君主制の正当性を問題とすることなく、国家において独自でかつ諸階級の上に存する権力を見ることを可能ならしめた。この社会的及び政治的状況を見るに、イデオロギー的には、「客観的自由」のヘーゲル的な国家の方が、カントの自由主義的法治国家よりも影響するところが大きかったといえる。従って、なる程国家の法目的は原理と

して妥当したが、それと並んで「補完的福祉目的」も主張された。この特徴的な連関はロベルト・フォン・モールの「法治国家」及び「警察」に示されているが、概して一般的な考え方である。フリードリッヒ・ハルコルトは、その「下層階級の開化と解放の諸障害に関する考察」(Bemerkungen über die Hindernisse der Zivilisation und Emanzipation der unteren Klassen, 1844)において次の如く述べている。「……困窮の流れが不断に成長し、祖国の豊かな原野に氾濫して災いをもたらすことのない様、国家は更に荒廃することを阻止すべく介入せねばならない……。我々は国家に対し、国家が単に命令的に介入するのみならず、扶助的にも、助成的にも介入することを要求する」と。社会問題によって喚起せられた福祉目的の強調は、世紀の中期に至るまで生きつづけた警察学の伝統によって擁護され、国家機関説において哲学的正当性を見い出した。ギーゼンの国家学及び官房学の教授フリードリッヒ・シュミットヘナーは、彼の『国家論一二編』(Zwölf Bücher vom Staat)の警察を論ずる第一〇編からの一章を独自に公刊した『困窮とプロレタリアートに関して』(Ueber Pauperismus und Proletariat, 1848)という著作において、困窮の原因を社会の不完全な組織化に見い出した。困窮の原因を除去するために、彼は、自治体構造、農業構造及び産業構造の法律による

改善に関する提言を「積極的自由主義」から導き出して行なった。彼は、旧式と看做されるべき自由主義の原子論及びその抽象的な人民の自由の理念に対し、またユートピア的と考えられるべき社会主義のメカニズムに対し、「社会の組織的基礎」及び「国力」の重要性に対する理解を主張する。シュミットヘナリーにとっては、国家の目的はその構成員の福祉であり、精神的文化、生産及び交通の領域における国家の営造物により、国家は能う限り多数の人間を、それらを決定しうる立場に置くべきであると言う。

法治国家の理念は、さしあたり自由主義的に限定されては考えられなかったが故に、その帰結として、行政法の理論に向けての当初の努力は、未だ侵害行政の理論への詰めを示すのではなく、むしろ種々の理念に基づいて「行政の福祉目的」を基礎づけるという試みを示す。このことはロベルト・フォン・モールのみに妥当するのではない。「実践的社会主義」の要請から出発し、ハインリッヒ・ベルンハルト・オッペンハイムは、行政の二つの主要部分として、市民の安全と保護を維持せねばならない「警察」と力の限りできるだけ福祉を促進せねばならない「国民経済・扶助」とを区別した。⁽⁸⁾ ロレンツ・フォン・シュタインの『行政学』において、この方法論的方向は、一方で行政の理論を自由主義的法治国家理念によって支えることなし

に、他方で行政法の学としての体系を創出しうることなく、その頂点を極めた。ロレンツ・フォン・シュタインは、その「社会行政」の学説を、彼の時代の社会的諸条件の受容と、その「より高次の本質」によって社会問題の解決に任ぜられているとされるヘーゲルの国家の理念の上に基礎づけた。社会政策の任務は、君主制国家に帰せしめられる。というのは、この君主制国家は、その階級中立性及び利益中立性により、独り、君主制国家においてかつ君主制国家により現実化する人倫的理念の下に諸階級及び諸利益を服せしめ、かくして総ての国家公民の人倫的人格の発達を保障することができるとされているからである。行政は、なる程階級社会は維持されるべきであるが、階級闘争は枠組みの中で行なわれるべきである「社会王国」の国家理念の「所産」である。ロレンツ・フォン・シュタインの「社会行政」は、民主社会の道具ではなく、国家と対峙する社会に対して国家によって用いられる矯正手段なのである。「国家は、その行政によって、個人自らでは獲得しえない人格的、経済的及び社会的発展の諸条件の整備以外は、決して如何なる状況の下でも行なうべきではなく、かようにして、かかる条件を利用して自らの生活を形成し、発展せしめることを個人とその自由な独自の行為に委ねるべきである」。

国家及びその行政の福祉機能をも包摂する法治国家の概念

は、公法学においてゲルバー以来有力となる自由主義的法治国家の理念に屈服し、それと同時に、その体系を行政目的の上に構築した行政法学の社会学的方法は、その体系が行政の法形式に向けられていたゲオルク・マイヤー及びオットー・マイヤーの「法律学的」方法に対して、自説を主張することができなかった。行政の福祉目的は「国家扶助」という形へと退化し、これも遂には、異物として行政法理論から一般的に排除された。⁽⁹⁾ともかく、ヘルマン・ロesslerの殆んど実を結ばなかった著作と並んで、国家学者ハンス・フォン・シール及びオーストリアの行政法学者ヨーゼフ・ウルブリッヒの⁽¹⁰⁾著作が、行政法学説の諸々の範疇を自由主義的に詰めることを回避する試みとして記録されねばならない。ハンス・フォン・シールは、「社会問題」の中に経済的不自由及び不平等を見ており、これらの克服は国家によって行なわれるべき社会の民主化によって達成されねばならないと言う。以前は有益であった自由主義の原理、つまり国家権力の原則的制限と不介入の原則は、今や社会の進歩の障害であるとする。社会問題は、具体的には、「法律学的・経済学的——行政法的とも言われうるであろう——問題に」、すなわち大資本の制限、小資産の保護及び賃金労働者の統合に帰するとされる。社会問題の場合に問題となるのは「経済法の領域における諸改革、つまり経済社会の法構造の修正が多かれ

少なかれ効果的に行なわれること」⁽¹⁴⁾であるとする。

ウルブリッヒは、行政を全体の共通的要求のための国家共同体の配慮として捉え、従って行政に「社会的」性格を帰せしめる。この特色は、歴史的には「社会化」の三つの段階を経て展開してきたとされる。元来警察の機能は中心に置かれていたのに対し、行政はその社会化の発展の第二段階においては、土地所有権及び営業の可能性の利己的利用を制限する。行政法の第三段階は、国家を最早私人に対する単なる監督的活動に限定せず、行政自体が特定の国有財産を利用に供し、経済的給付のため営造物を経営し、教育の如き「職務」を国家官史をして司らしめるに至る。従って、行政は、財政及び警察の領域と並んで、「公的営造物による役務の社会的生産」乃至より一般的には市民の経済的及び精神的志向の秩序づけ、保護及び助成に向けられた「国家扶助」の機能を有するとされる。

法治国家理念の自由主義的基礎をドイツの理想主義、「国家社会主義」乃至社会主義の国家哲学的及び法哲学的思想によって補完乃至は止揚し、国家の社会形成的任務を独自に正当化し、社会的行政目的を行政法学説の体系の中へと統合するという試みは、さしあたっては成果をおさめることなく終わった。新しい行政法学は、その道具概念及び体系を、侵害行政において現われる自由主義的行政目的の実現形式を顧慮して構築した。

だが行政は決して文化目的及び福祉目的の追求を完全に放棄していたのではなく、帝国建設以来、社会保険、プロイセンの国有鉄道原理への移行並びに供給事業及び交通事業の公営化といった、単に末梢的な意義には決して留まらない諸々の社会介入的措置も実施された。市民的法治国家の基礎をなす自由主義的国家観からは必然的には導き出されないこれらの現象は、結果として行政法学においても概念的に究明されることなく、体系的に組み入れられることもないのは当然であった。他方でこれらの現象は黙過されえなかった。これらの現象が行政法上の概念の中に沈黙していった様子は、以下に「国家扶助」の概念の箇所並びに自治体の供給事業及び交通事業を論ずる際に示されるであらう。

- 註(一) R. v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 1. Teil 1829, 2. Teil 1831; 2. Aufl. 1840.
- (2) Gerber, Ueber öffentliche Rechte, 1852.
- (3) Bähr, Der Rechtsstaat, 1864.
- (4) R. v. Greist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgesetze in Deutschland, 1872; 2. Aufl. 1879.
- (5) Bähr, a. a. O., S. 192.

- (6) Bähr, a. a. O., S. 2.
- (7) Otto Mayer, a. a. O., S. 66.
- (8) Oppenheim, Philosophie des Rechts und der Gesellschaft, 1850, S. 142f.
- (9) L. v. Stein, a. a. O., II (1866), S. 59.
- (10) Roesler, Das sociale Verwaltungsrecht, 2 Bde, 1872/73.
- (11) H. v. Scheel, Die Theorie der sozialen Frage, 1871.
- (12) Ullrich, Der Rechtsbegriff der Verwaltung, Grundsätze Ztschr. 9 (1882), 1-36; Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechts, 1884; Das Verwaltungsrecht im Rechts- und Culturstate der Gegenwart, 1898.
- (13) H. v. Scheel, a. a. O., S. 76.
- (14) H. v. Scheel, a. a. O., S. 137.

II' 福祉警察と国家扶助

市民的法治国家は、今や克服した対立型態として啓蒙絶対主義の国家を見たのであり、この啓蒙絶対主義国家は、その行政に鑑みて「警察国家」と呼ばれ、その国家において効果的な国

家目的のために「福祉国家」と称された。この国家は、その啓蒙性にもかかわらず、つまり市民層の理性法に対するその譲歩にもかかわらず、「福祉」すなわちその人民の「幸福」を高権的に施し、クリスチャン・ヴォルフがその理論家となったこの福祉助成の理念によって、この国家を支配する国是の法律を隠蔽したという限りで、依然として絶対主義的であった。この「福祉国家」の規制と授益の動因は、領主国家の確固たる存在であったのであり、領主国家の啓蒙性は、この存在に対する経済生活の意義の理解において現われたが、その場合には重商主義的に考えられた。後期絶対主義的「福祉国家」と今日の民主主義的福祉国家との間の理念的若しくは実際的な類似性に関するあらゆる主張の根拠をくつがえすためには、これらを指摘することである。

絶対主義は、その「警察権」によりその福祉目的を既に述べた意味において「警察国家的に」実現した。「警察」とは、国家目的及び国家活動としての「福祉扶助」にわたる絶対主義的表現である。ヨハン・ヤーコプ・モーザーの『警察事務におけるラント高権論』(Johann Jakob Moser, Von der Landeshoheit in Polizeysachen, 1773)にあつては、警察は、「第一に公共的生活における善良なる秩序づけ、第二に臣民の外面的幸福の助成」として理解されている。世紀の末期に近づく

と、国家と個人を差し迫る危険から保護する「保安警察」と積極的に公共の福祉を助成する「福祉警察」とを区別するのが通例となった。この概念には、「福祉国家」の後期絶対主義的学説及び実践に対してと同様、警察という基本概念に対しても向けられた反駁が反映されている。尚、前者の反駁においてはカントが、後者の反駁においてはピュッターが、指導的地位を占める。ここにおいて、後の福祉助成と警察概念の分離が現われる。市民的法治国家の警察概念は、後期絶対主義的「保安警察」と合致する。

警察概念を初めて後に市民的法治国家にとって特徴的となる形において、すなわち公共の安寧秩序に対する「危険の防止」に限定して発展せしめた功績は、ヨハン・シュテファン・ピュッター⁽¹⁾に帰せしめられる。彼に従って門弟ニコラウス・タドイス・ゲナーは、次の如く述べる。「警察は常に保安のみに関係し、福祉の向上は警察の直接の目的外にある」。

ピュッターの警察概念は、それがプロイセンの立法に定着したことにより、広範な影響を行使するに至った。プロイセン一般ラント法 (Preuß. Allgemeines Landrecht) においては、既に市民的理性法によって規定されているが、「福祉国家的」思想からは未だ分離されてはいない国家目的学説が、制限された警察概念と結合している。「福祉国家」という幸福主義的理

念の包括的国家目的は、二つの区別されかつ相互に序列関係にある国家目的によってとって換わられている（同法二条・三条二項一三号）。国家の第一義的かつ最も本質的な任務としては、法目的及び保安目的、つまり「……、外的及び内的安寧及び保安を維持することと各人の所有物を権力と混乱から保護すること」（同法二条二項一三号）が挙げられている。しかし、これに加え第二に、国家は福祉目的、つまり「……、住民に対してその才能と能力を向上させるための手段と機会を供する営造物を配慮し、それを住民の福祉の助成のために用いること」（同法三条二項一三号）を義務づけられる。しかし、同法一〇条二項一七号においては、これら双方の国家目的のうち法目的及び保安目的にのみ警察的強制権の手段が与えられる。これは、「警察の職務」を後期絶対主義的「保安警察」に限定し、「福祉警察」を排除したものである。蓋し、福祉警察によって意味された国家任務は、たとえ第二義的目的としてではあっても維持されているのであるが、従来それと結びつきかつ「警察」にあてがわれた強制的福祉助成の権限は維持されていないからである。警察官庁の権限をかように限定して、同法一〇条二項一七号は新しい狭義の警察概念を創出したのである。

プロイセン一般ラント法の規定及びそれが依拠するズファレツ⁽³⁾の見解は、危険防止に限定された警察概念の自由主義的国

家観及び市民的法治国家理念との関連を明らかにする。蓋し、新しい警察概念は、国家は、福祉目的を高権的権力をもって追求してはならず、「幸福」を求める個人の努力に対する障害を除去しさえすればよいとする前提からの直接的結論であるからである。従って、フランス革命に対する反動の過程で「公共の福祉の維持と助成」のためにも強制的権限が主張された場合に——従って一般ラント法一〇条二項一七号に反して一時的な「福祉警察」の復活が起こったのであるが——それは論理的必然であり、またアンシュッツが、新しい警察概念を一〇条二項一七号を顧慮して一八五〇年三月十一日の警察行政に関する法律に關して確認したプロイセン高等行政裁判所のクロイツベルク判決を、「法治国家の理念の勝利」として迎えた場合にも、それは当然の帰結である。

「法治国家的警察概念」の究極的完遂とともに、「福祉警察」の表現及び概念はその正当性を失なった。確かに、国家目的の理解においては、例えばフォン・アレティン（v. Arelin）が主張していたようなオーソドックスな自由主義は、決して支配的とはならなかった。国家の主目的として看做された、消極的に保護と安全の保障を目ざす国家活動と並んで、積極的に福祉の助成を考慮する国家活動も同様に正当な国家任務の実現と看做されていた。しかしながら——この点に自由主義的国家理念

の實際的效果が存するのであるが——、福祉目的には行政の高権的手段は屬さず、保安目的の達成の場合には当然屬するのとは異なっていた。今や、「警察」という表現の適用はかかる「高権的手段」に限定され、他方で、福祉助成の配慮は、強制を伴わずして行なわれるが故に、「国家扶助」という新しい表現で称されたのである。

新しい行政法学は、徹頭徹尾法治国家的警察概念に基づき、対外行政及び財務行政と並ぶ行政の領域を警察と扶助（国家扶助）という双方の領域に分かつ。国家扶助には、個々人の経済的、文化的及び身体的福祉の助成が数えられ、従って特に信用機関、郵便及び鉄道、道路施設、教育施設、救貧制度及び保険施設が数えられた。

かかる行政法の体系化について注目すべきことは、各種行政活動を分類する標識が、行政の追求する「目的」なのではなく、それに適用せられる「形式」であるという点である。この標識の選択は、警察学が行政法学によってとって換わられたこと、並びに警察学が目的の次元で詰められたことを意味した。法目的及び保安目的の実現が、国家の固有かつ第一義的機能として現われ、この場合に独り高権的（警察的）権力の行使が行政の手段として現われたが故に、行政作用の法形式は高権的権力の行使の法形式と同一視されたのである。市民的法治国家の

作用の結果行政法が学となったのであるが、この市民的法治国家の諸条件の下では、扶助は、高権的権力の行使と同位の体系概念としては有効なものとはなりえなかった。アルトゥーア・フォン・キルヒェンハイムの「行政法入門」(Arthur v. Kirchheim, Einführung in das Verwaltungsrecht, 1885)においては、扶助が引きつづきなお行政の執行として理解されている。この場合に国家が支配的ではなく奉仕的に現われるとしても、やはり私人とは異なった方法によるのであり、つまり營利的にはなく公共の必要を満たさんがためである。国家扶助をその特色に従って行政法的に把握するという、理論的觀念よりはむしろヒントを再現するこの試みは、効果を見ずに終わった。ゲオルク・マイヤー及びオットー・マイヤーによって、異なった方法においてはあがあるが、成功へと導かれた学としての行政法の方法は、国家扶助を末梢的現象と看做した。すなわち、体系を構成することとなったのは高権的権力の行使の法形式、つまりは自由主義的国家目的の把握のコレラートをなす法形式のみであった。

オットー・マイヤーにとっては、扶助は、行政法の理論から消滅した。つまり彼は扶助には付随的にしか言及していない。ゲオルク・マイヤーにとっても、国家扶助は何ら行政法の対象ではない。実際、より詳細に論及することによって、この方法

論的決定の根拠が一層明確なものとなる。一八五〇年以来採用している体系化に従い、ゲオルク・マイヤーは、国内行政の領域における行政活動を二つの大きな類型、つまり「高権的」活動と「配慮的」活動に分かつ。「高権的」活動は、支配権の行使において現われ、その本質上国家的機能であり、命令と処分の形式において登場するとされる。「国家的扶助」の概念の下に包摂されるところの「配慮的」活動は、公共营造物を補助し、設立することによって個人及び全体の助成を目的とするものであるとされる。この場合、国家的支配権の行使は問題とならず、その本質上国家的な機能の行使も問題とはならない。この活動は、高権的行政ではなく、単なる事務管理であり、私人によっても同様によく行なわれうる。第四版(教科書 *Lehnbuch*, 1933)においては、事実上既に初版において採用されていた観点から、明らかにオットー・マイヤーの影響の下にはあるが、次の如き結論も導き出される。行政は、私人に対して、高権的権限を行使するか、あるいは財産法上の取引きの範囲で活動する、というのがそれであるが、この場合、「配慮的」活動と「国家扶助」の概念は抹消されている。

オットー・マイヤーの行政法において最も厳格に遂行された、行政法理論の法治国家的警察概念並びに行政法上の範疇としてのみ完成される行政の高権的法形式への方向づけは、福祉

助成という国家目的を実現する行政活動、公共のための利益と給付の供与及び社会形成的活動を、行政法上位置づけることなく放棄した。実際、給付行政は、オットー・マイヤーにあっては、「法治国家においては些細なものとして無視されうる命令行政のアクセサリー」⁽³⁾なのである。行政法のいわゆる国家学的方法の諸研究において引き続きなお国家扶助として概念的に組み入れられてきた行政活動は、結局、行政法体系からそもそも排除され、「国庫的」行政作用の領域に委ねられた。従って、第一次世界大戦以前においても相当な意義を有していたところの行政の一部門は、理論的研究と究明を欠かねばならなかった。

「福祉警察」の概念が啓蒙絶対主義の国家観から導き出されている様に、「扶助」の概念は市民的法治国家の国家理念に基づいている。体系的には「社会的法治国家」の理念の上に構築された行政法学説においては、「扶助」の概念をもつては、指導的及び給付的行政活動を充分に理解することはできない。しかし、「扶助」は、世紀の転換期においては、国家目的の方向転換及び拡大しつつある福祉国家的行政に直面して、初期の理論的方向づけの接点として仕えた。ゲオルク・イエリネックは、「社会的手段による公共目的の助成」は絶えず度合を増して、国家任務となってきたおり、その達成のために例えは有益な

公的营造物によって国家の「社会行政が執行」される、と確認した。これに触発され、彼は、国家機能の各種の分類に、「高権的活動」と往々「完全には適切でない扶助という名称で」称されている「社会的活動」とに分かつ分類をも加えたのである。⁽⁸⁾ この体系は、ワルター・イエリネックの「公行政」を「高権的行政」と特別な優越的手段を伴わずして行なわれる「單純な高行政」とに分かつ分類へと継承された。⁽⁹⁾ 消極的であると称されかつ理論的に最近では重要性を失なつたと特徴づけられるかかる概念形成には、侵害行政の外で展開される行政活動の体系的に統合されていない水槽であるという、「扶助」の概念にも本質的な方法論的特色がつきまといっている。これに対して、オート・マイヤーによって高権的に考えられた「公的营造物」の制度がフリッツ・フライナー⁽¹⁰⁾によって「保障」行政の範疇へと再構成され、エルンスト・フォルストホフ及びアーノルド・ケットゲン⁽¹¹⁾によって「給付行政」が、その特殊な行政目的により特色づけられた行政法学説の基本的範疇として確立されたことは、より成果に富むものであり、かつより示唆に富むことが明らかとなった。従つて、高権的法形式の実証主義を放棄する行政及び行政法理論への道が歩まれていたのであり、この理論は、方法、体系及び概念において、今や一貫して社会的法治国家の土壌に踏み入つたのである。

註(1) J. Stephan Pütter, Institutiones Juris Publici Germanici, 1770; 6. Aufl. 1802.

(2) Göner, Teutsches Staatsrecht, 1804, S. 549.

(3) C. Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht u. Staat, hrsg. von H. Conrad u. G. Kleinheyer, 1960.

(4) G. Anschütz, Allgem. Begriffe u. Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des OVG, PrVBl. 22 (1900/01), S. 86.

(5) Otto Mayer, Dt. VerwR. I, 247 (2. Aufl. 214; 3. Aufl. 206).

(6) G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Teil I, 1883, S. 59, 73 (2. Aufl. 73, 93 ff.; 3. Aufl. 80 ff., 99 ff.).

(7) Wolfgang Rüfner, Formen öffentl. Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 122.

(8) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (1914), 5. Neudruck 1929, S. 622 ff.

(9) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 1928, § 2 (S. 20 ff.).

(10) F. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungs-

ngsrechts, 1911, § 18.

- (11) E. Forsthoﬀ, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959; Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., 1966.

- (12) A. Köttgen, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStL 6(1929), 105; Deutsche Verwaltung, 1936.

三、自治体营造物と自治体の営利的企業

産業革命とそれによって惹起せられた社会的変化は、それに伴う都市化と相俟って地方の生活型態の抜本的变化をもたらした。これにより自治体に課せられた新しい任務の達成によって、地方行政は産業化時代の都市的文明に対して重大な寄与をなした。かかる展開が現われたのは、プロレタリアートの地位の改善をめぐる社会政治的努力と並んで、とりわけ自治体住民のための地方団体の諸施設——例えば井戸、質屋、貯蓄銀行、墓地の如き——の伝統的枠組みを打破した自治体の経済的活動の拡大においてである。就中供給事業及び交通事業の公営化において顕著となったかかる「市民的秩序内部における実際上の社会主義化」(ヘフター⁽¹⁾)は、さしあたり社会主義的プログラムとは何ら関連を有していなかった。世紀の転換期間近に至

り、ようやく、特に英国のフェビアン協会によって主張せられた「都市社会主義」が、地方団体の供給経済及び交通経済に対してイデオロギー的正当性を与えたのである。

その体系が高権的行政作用の法形式に向けられていた新しい行政法学においては、地方団体の供給事業及び交通事業という顕著な行政現象は、何らその中に適切に組み入れられることはなかった。この欠陥は、何ら偶発的な無理解ではなく、学としての行政法が歴史的に自由主義的法治国家に帰せしめられたということの必然的結果である。これらの事業を包含していた「国家扶助」の範疇は、決して行政法の理論の道具的概念へと完成せしめられることはなく、結局、およそ行政法的思考からは排除されていた。このことに対応して、供給事業及び交通事業は、それらが危険防止という支配的行政目的と関連せしめられうる限りにおいてのみ、行政法の対象として把握された。

これらの事業に警察的性格が付与されうる限りにおいて、それらは「公的营造物」の制度の下に服せしめられた。いずれにせよさしあたっては行政の特殊な法形式としてしか概念化されなかったこの制度によって、極めて異なった目的方向性をもつ学校、刑務所及び墓地の如き諸現象が一つの概念の中に無理やり寄せ集められたが故に、供給事業及び交通事業の特殊性は、行政法の把握から疎外されつづけねばならなかった。この事情に

ようやく変化がもたらされたのは、公営營造物の形が行政法の高権の説明図式から解放され、給付行政の概念によって地方団体の供給経済もまた学としての行政法の体系においてより適当に位置づけられた時である。だがこれは、もはや自由主義的法治国家の行政法学の時代に属することではない。以下に示されねばならぬのは、如何にして自由主義的法治国家の行政法が地方団体の供給事業及び交通事業において現われた行政の新たな現実を自らのものとしていったかである。

自治体の供給経済の最古部分をなしたのは、水道事業である。だが、地方団体の関与のもとには、さしあたっては、消防警察の関心ほどの供給の思想は存しなかった。ベルリンにおいて最初の（私的）水道が一八五六年に警察の提唱の下に道路掃除のため設けられた。公営の水道は、ベルリンでは一八七三年、ケーニヒスベルクでは一八七四年、そしてレーゲンスブルクでは一八七九年に敷設された。公営化は、給水の領域においては一九世紀においても、衛生学の警察的視点によって促進されながら急速の進歩をとげたのであるが、この視点からは、地方警察の規定による強制敷設及び強制利用の命令もまた承認された。既に一九〇七年には、現存した給水設備のわずかに一〇パーセント以下しか私有ではなかった。

石炭のコークス化によって得られた燈用ガスを街路照明及び

家庭への供給に利用することは、一八二五年以降開始され、まずは、私企業、特に英国の企業によって営まれた。世紀の中頃に至ってようやく、注目すべき程度に自治体経営の「ガス事業」が現われたのであるが、その際に、警察的考慮、つまり保安状態の改善のための街路の充分な照明に対する関心が前面に現われていた。地方団体のガス施設が存在したのは、ベルリンでは一八四七年以降、ケーニヒスベルクでは一八五二年以降である。そして一八六〇年には、ガス事業の四分の一が公営化されていた。自治体によって営まれるガス施設の数、上昇し続け、世紀の転換期直前には私有のガス設備を超え、第一次世界大戦の勃発までにはガス供給の約七〇パーセントに到達した。

家庭使用が優先的生産目標となるに依りて、ガス使用料は警察的視点を置き去りにしていった。それとともに、ガス生産及びガス配給は、自治体にとって往々少なからず財政的側面を獲得していったのであるが、それと同時に自治体住民への供給の思想が等閑視されるに留まるということとはなかったのである。

発電及び配電の領域においては、自治体の関与が始まったのはようやく一八九〇年頃である。一九〇〇年には、二〇パーセント強の発電が地方団体によって行なわれていた。一八九一年に初めて現実化された、電気エネルギーをより大きな区域へと伝達するという可能性は、電気経済の将来の展開を一九一〇年

以降他の方向に導いた。つまり、その時まで約四〇パーセントに上昇していた自治体のエネルギー生産への関与は、大陸横断事業のために再び後退した。だが、屢々エネルギー配給は自治体が依然として行なっていた。

一八六五年以降馬車鉄道として、一八八一年以降は電氣による市街電車として導入された地方の「交通路線」の経営も、まず私経済的に開始されたことに由来した。市街電車による近郊交通の公営化はようやく一九世紀の最後の一〇年間に起こるのであるが、その場合に、往々発電所と市街電車とは共通の運命を有していた。一八九九年には、プロイセンの二六の市街電車のうち市の経営によるものは一一に過ぎなかったが、第一次世界大戦の勃発前には約五〇％のドイツの市街電車が公営化されており、一九一八年以降ようやく自治体が地方の路線交通において明らかに優位を占めた。

地方団体の供給事業及び交通事業は、先に示した発展のスケッチから明らかな様に、既に第一次世界大戦以前において自治体行政の一つの顕著な現実をなしていた。これらの完全な公営事業は、確かに様々な方法で行政法理論の光を受けるようになったのであるが、さしあたっては共通の行政目的によって支配された統一的现象としては把握されなかったのである。水道事業の場合には警察的視点が支配したのに対して、市街電車と全

く同様、ガス事業及び電気事業も、就中利益経済的自治体活動として現われた。市街電車の場合には運賃率政策及び路線拡張に関する社会政策的配慮が一定の役割を演じたし、これら総ての事業の場合に私的独占の禁止及び地方団体の供給指令という思想が往々公営化の経済政策的正当化理由として述べられたとはいえ、ともかく、これがそれらの事業の行政法上の位置づけであった。

地方団体の供給事業及び交通事業への適用が考察されねばならなかった法律上の規定の下においては、さしあたり、自治体住民の「公的自治体営造物の共同利用」の団体的権利の規定が挙げられねばならない。この公法的権利賦与は、行政処分形で執行されたのである。自治体住民の利用に供された「自治体営造物」——今日の自治体条例はこれを「自治体の公共施設 (öffentliche Einrichtungen der Gemeinde)」と呼ぶのであるが——に対する対立概念として、今日もなお使用されている自治体の「私的施設 (Privatinrichtungen)」という概念が生まれた。

行政法上の考察に対して影響を与えていたのは、特に、一八九三年七月一日の『プロイセン地方税法』(Preuß. Kommunalabgabengesetz) において用いられていた自治体の「営利的企業」(三条) 及び自治体により「公益上維持される諸施設

設（設置物、營造物及び施設）」（四条）という概念である。兩者の區別に關して施行令三条は、当該施設の經營が、「それ自体利益の獲得に向けられている」か、「自治体の構成員に対してその利用の強制を課している」かを決定的なものと見ていた。この基準は、實際においても一般的な基礎とされた。かうに目的を旨指す區別にあつては、營利的經濟活動と公的目的を追求する行政とが對置せしめられた。第二の種類の施設として看做されたのは、特に、それを經營するにつき警察的配置が要求された「警察營造物」であつた。

更に、施設の目的とその利用の法形式との間に必然的な連関が打ち建てられたが故に、自治体營造物はその利用に關して公法に、營利的企業は私法に從うという見解が生じた。この見解は更に逆方向の區別の基準としても役立つために、公法的利用規則の場合には自治体營造物の存在が、私法的利用規則の場合には營利的企業の存在が推論されたのである。地方税法三条二項が同時に公益にも仕える營利的企業の形をも認めているという解釈問題を解決するために、更には自治体が、目的設定に從い、かつ利用規則を適用して、その裁量により、如何なる形態を施設に与えんとするかを選択することができたから、法形式の基準が前面に現われたのである。従つて、私法的利用形式が選択されると、利用は行政法の外に留まり、私的自治の下

に服した。そしてその場合に地方団体の文化に關する一定の基準をもつ自治体住民への供給という包括的視点は、高權的・公法的法形式に限定される行政法の理論の注視方向が、この視点を法的に重要な行政目的として創出しえなかつたために、ともかく行政法上は問題とならなかつた。

最後に、地方団体の供給事業の法律關係の決定は、「租税法」の領域で本質的となつた。ここで問題であつたのは、一方で、かかる事業からの収益に對して、それが「營利的」収益であるために税が収められねばならぬのか、他方で、かかる事業のために用いられる不動産及び構築物は、「公益上の」目的に仕えるが故に租税免除を享受せねばならぬのかということであつた。その場合には、地方税法三条の解釈に關してと全く同様に、「企業」として理解されたのは、利益獲得に向けられた經濟上の取引き内部における活動であつた。この結果生じたのは、例えば水道事業やガス施設は、利益獲得の意圖が指摘されるか否かに応じて個々の場合に「營利的」か「公益的」たりうるということであつた。大規模な交通通信施設という関連領域に關しては、一般的行政目的ではなくその時々を経験的目的を志向する考察の結果、次のことが言われた。つまり、郵便は、旧來「王權」によつて営まれてきたが故に「公益的」と看做され、それに対して国有鐵道は、營利に向けられ、かつ私人

によっても営まれうるが故に、営利的事業と看做される、というものであった。

地方団体の供給事業及び交通事業は、個別的に、次の如く、既述の規定関係の中に組み入れられた。都市の水道事業に関しては、——プロイセン高等行政裁判所が一八八三年の一判決で詳論したが如く——確かにそれが営利事業ではなく公益事業と看做されねばならぬとする見解が一般には正当性を有しえたが、その法律関係の決定は、この場合に租税法の領域で地方団体法規の適用に関してと同様に、個々の場合ごとに異なっていたのであり、従って水道事業は、自治体營造物としてと同様、営利事業、私的施設乃至営利的企業としてもみられたのである。公法的利用形式及び警察的敷設強制を理由にして異なる判断が正当化されない限り、水道事業でさえも、地方の要求に応じて極めて多様に市及び町村によって市民の福祉のために設けられるところの地方団体施設という無色な範疇の中に数えられ、かくして市場、百貨店、倉庫、船渠施設及び港湾施設、屠殺場、浴場及び洗濯場、馬車鉄道、ガス施設等々と並んだ。

ガス事業及び電気事業に関しては、なる程、自治体はそれらを公法的利用形式を選択することにより自治体營造物として営みうるということも仮定されはしたが、その様なことは殆んど行なわれなかった様に思われる。というのは、この場合、圧倒

的通例といわれたのは営利的企業という形であったからである。最後に交通事業は、即、営利的なものとして分類された。

世紀の転換期以降ですら、また完全に進歩志向の考察者たちにとってさえも、自治体のエネルギー供給事業を行政目的の実現として把握することが如何に縁遠いものであったかということは、非常に開明的なフランクフルト・アム・マインの市長、アーディッケスのドレスデンにおける第一回都市会議（一九〇三年）⁽³⁾での「ドイツ諸都市の社会的任務」に関する報告の中の一節から明らかとなる。かかる事業は、その剰余金により自治体財政を助けるためにこそ設けられるべきであるということを理由づけるために、アーディッケスは次の如く述べる。「電光の使用は、疑いもなく今日の技術状況においては一つの奢侈であり、これに対して使用料が支払われうるし、ガスもまた広範に裕福な人々の使用に仕える」。

地方団体の供給事業及び交通事業が第一次世界大戦以前において根本的には営利的活動として理解されていたという事情は、それらの事業がオットー・マイヤーによって基礎づけられた「公的營造物の理論」⁽⁴⁾の中に取り込まれるということを決定的した。オットー・マイヤーは、公的營造物を、「本来的基礎」を公法にもち、従ってその給付を原則的に公法的法形式において行なう「公行政活動の一つの発現」として理論構成した。実

際、私法的利用形式が考えられうるとしても、そして行政が私経済的に登場する場合に、特にそうであるにしても、同時にこれはもはや解決しえない歴史的理由によってのことであるという。この利用形式を、オットー・マイヤーは特に自治体のガス事業と給水とに見い出す。オットー・マイヤーが利用の法形式にのみ関心を有していたのでなかったならば、彼は、公的造物が公行政活動の一つの発現であるという大前提とともに、ここでより大幅に私法的形式による公行政の執行を明らかにしなければならなかったであろう。だが、そうすることは、警察目的乃至租税目的のみが本来の意義における行政目的たりうるし、従って高権的行政及びそれに特有な公法的命令という法形式のみが行政法の対象である、という黙示の根本思想とは相容れないものであったのであろう。従って、私法的に利用される自治体事業は、歴史的にのみ説明がつくが体系的には説明がつかない現象として現われるのである。

フライナーはこれに対して、行政法の変容の前兆が示されている状況の一つをここで指摘する。彼は、地方団体の供給経済及び交通経済に、公法による「民法上の制度の変容」が生じてきたところの三つの領域のうちの一つをみ、これらの自治体事業にあっては私法的利用形式が存在するため、私法的私経済的に転換しうる概念が存在する、という支配的学説の再生を、そ

のために決め手となる言葉は未だ語られてはいないという所見をもって締めくくるのである。

- 註(1) Heinrich Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jh., 1950, S. 610.
(2) PROVGE 10, 61.
(3) Adickes/Beutler, Die sozialen Aufgaben der deutschen Städte, 1903, S. 57.
(4) Otto Mayer, Dt. VerwK., § 51 Öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung; Rechte des Benutzenden (II, 318 ff.); 2. Aufl. (II, 468 ff.); 3. Aufl. (II, 268 ff.).
(5) Fritz Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S. 21 f.

四、方 法

行政の警察学的理論が法学としての行政法の理論にとって換われ、それとともに自由主義的法治国家の理念が行政の次元において実現されたのであり、この交代は、研究方法の革命であるが、それとともに体系及び概念形成上の革命でもある。この方法上の新しい方向づけに対しては「実証主義」という呼称が世上用いられており、この呼称によってきまり文句的に示

されるのは、実証主義に従えば、「実証的」現象のみが学問的考察の対象として承認されるべきであり、従って法学に關しては法的現象のみがそうであるということである。実証主義に特徴的であるのは、実証主義に従う学問的思考をその対象の特色に限定し、この特色の外部に存すると看做されるものの総てを捨象するということである。現象の「実証的なるもの」は、現象にいわば附着しているのではなく、思考によって現象に認められた特質なのであるが故に、実証主義が学問的に実を結ぶかどうかは、かかる特質の認め方の基礎に存する視角、換言すれば、何がその時々を対象領域の特色として把握されるかということに依存せねばならない。これを法学に適用すれば、次のことを意味する。つまり、法学は、実証主義的となることにより学問化されたのであるが、それと同時に、法の特色はその形式に存するが、同様にその内容及び目的に存することはないという法学において支配的となった見解のために、今日十分な根拠をもって実りのないものとして否認されるところの方法へと堕したということである。既述の視角に批判的なこの意味においては、従って狭義においては、「法実証主義」について評価を下げねばならない。法実証主義に対して異議が唱えられねばならぬのは、法の特色を特殊法律学的方法によって基礎づけるとする法実証主義の志向ではなく、法を法理念及び社会から

分かつその視角、つまりその「形式主義」なのである。

公法の理論の中へ、狭義において実証主義的な法律学的思考方法が導入されたのは、カール・フリードリッヒ・ゲルバーによってであり、その方法は、国法においてはラーバントによって、行政法においてはオットー・マイヤーによって完成された。ゲルバーは、次のことを方法的原理として措定する。「考察は、ただひたすら法学的考察たるべきであり、政治的なものは、目的ではなく資料であるにすぎない」。ゲルバーに対して、行政と行政に服するものとの關係を法關係として理論構成するについての本質的進歩をも感謝せねばならないことは、何ら偶然の事ではない。このことは、ゲルバーの視角の保守的効果とは關係なく、むしろ、「政治的及び国家哲学的考究」を法的思考から排斥するゲルバーの視角が、立憲主義すなわち自由主義の法概念に由来するということを示すに留まる。自由主義的法理念は、法を国家の社会形成機能の技術としてではなく、民事法においては個人の自由領域の画定、公法においては国家権力の馴致として把握することにより、自由主義的国家理念からの帰結のみを導き出す。自由と財産を確保するという市民的法治国家の国家目的は、国家の法目的と同義である。しかし、このことは、かかる国家目的を実現する立法がもはや決して目的的实现つまり政治的事象と看做されるのではなく、法実現と看

做されるということを意味する。法律により自由と財産を侵害する「行政」は、市民的法治国家の視角の下では法実現の現象でもあったのであり、その法、つまり行政法は従って執行権の抑制物であり、その作用は結局、作用の目的ではなく作用の形式について見れば、行政法学説によって把握さるべき対象の特色なのであった。従って、法治国家の理念でこと足れりとする行政法学説は、行政は——ロレンツ・フォン・シュタインにとつてそうである様に——「業績^{グライト}」と「所産^{アルバイト}」であるという觀念からではなく、自由主義的国家目的を実現する行政、すなわち侵害行政の法形式の概念的究明からのみ、行政作用の法律学的考察を展開しうると信じていた。高権的行政の法形式という実証主義の方法に組みする新しい行政法学の決定において、行政法学説の自由主義的法治国家観への編入が現われた。

モール及びゲルバーによって打ち建てられた法治国家的実証主義のプログラムに従った、単にモザイク的であるに留まらず、体系的である最初の行政法の叙述は、F・F・マイヤーの「行政法及び行政訴訟綱要」である。F・F・マイヤーは、行政活動の三つの主要方向を識別^{アウス}する。

- (1) 国家のための「事務管理」つまり国有財産の管理。
- (2) 教育、奨励及び給付供与による——特に营造物による——公益上の私人に対する「自由なる作用」、つまり「公的経済扶

ベーター・バドゥーラ自由主義的法治国家の行政法

助及び文化扶助」。

(3) 法的当然及び法律による授權によって強制を伴って行なわれる全体の権利及び利益の維持のための私人に対する作用。彼は、(3)の活動類型に、「……」ここで考察されねばならぬのは、行政のこの側面である」という所論を付加している。

F・F・マイヤーにおいて既に明確に基礎づけられていた、行政法の視角の高権的行政作用の法形式への詰めは、ゲオルク・マイヤーにあっては方法的原理として明らかにされている。

公法の研究に関する前掲論文³においては、ロレンツ・フォン・シュタインの方法が決定的に排斥され、「素材の法律学的究明」及び「行政法上の諸制度の法学的理論構成」が要求される。かかる方法貫徹し、その後³に公刊された「ドイツ行政法教科書」(Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1883/5)は、「国家扶助」を行政法の理論の領域から排除している。

オットー・マイヤーに対して他に比ぶべくもない地位を保証する彼の教科書において斬新なるものは、法律学的方法ではなく、その方法の適用の一貫性と完全性である。ゲオルク・マイヤーの「国家学的」方法とオットー・マイヤーの「法学的」方法との世上行なわれている比較は、両著者の考察方法の法治国家的・実証主義的視角に関する一致を隠蔽し、ゲオルク・マイヤーが完結的な行政法総論の理論に到達せず、重点を行政法上

の資料の編集に留めたのに対し、オットー・マイヤーの方は、この実用的な視点を無視し、かくして行政法総論の概念の理論的究明に達しえた、という第二義的な事情に言及するのである。

オットー・マイヤーは、行政を「諸々の国家目的の実現のための国家活動」と定義した。⁽⁴⁾これに反して、(行政)法的にかかる活動、従って法学が「最も重要な補助手段」として用いる「法概念」に親しむものとしては、かかる行政目的は考察されることはなかった。行政を司る国家とその際に国家と対する人民との関係に特有な法である行政法は、公権力が発現するところの公法の一つの特別な態様として把握される。つまり公法は行政に「固有な」法であるとされる。法諸制度は、法学にとっては必然的に、民事法的であるかさもなければ公法的であるという統一的性格を有しており、従って国庫は「通常の私人として」現われるか、さもなければ「高権力として」現われる。かかる選別によって、オットー・マイヤーは行政法上の概念形成を行政の高権的法形式に限定するのである。つまり、彼にとって私法的法形式による行政目的の追求は概念の枠組みを外れたものであるということになる。それに加え、公法が厳しく高権的に考えられる。公法という「特別な法態様」は、オットー・マイヤーによっては高権力の関与により特徴づけられ、従っ

て、公法の法制度を私法の法制度から区別するための決定的基準は、服従関係か対等関係かに求められる。かかる選別は、行政と経済活動との対置と同一視される。「私経済的」国家活動は、私法に従って執行されるが故に、「国庫的」と称され、国家はその限りで、「通常の私人」が行動するのと同様にその「私益」に合致すると観念される。

公法は、国家の高権的発現形式であるという原則は、行政が授益的に活動する場合、特に自治体事業、郵便及び鉄道の場合においては、必ずしも矛盾なく貫徹されえたわけではなかったが、それにもかかわらず、公法的組織関係及び利用関係が維持された。これらの行政現象をオットー・マイヤーは、公的营造物の制度の下に集約する。これらの現象は、警察的国家目的からは説明されないという。警察的視点とは反対に、「营造物的」視点がここで効果的であると言う。確かに、これによって、例えば公的营造物において効果的な特別な行政目的は示されてはおらず、——註釈が示す如く——意図されているのは、公益がこの場合問題の公有の諸施設を統一的に集約することを要請する、ということだけであるが、「これにかかわらず、ここで何人も註釈に留まってはならぬのである」。公的营造物にあっても、オットー・マイヤーは、营造物における高権的なものを強調するのである。

公的營造物の利用の場合に、オットー・マイヤーは、公法的法形式と私法的法形式とを認めるのであるが、公法的營造物利用を「利用者に対する関係の規定の本来の形式」と特徴づけないわけではない。つまり、事業において国家がその特殊性を認識せしめる場合には、いつでも營造物給付は依然として公法的であるとされる。營造物による公法的給付供与は、今や何ら高権的契機を有しておらず、従って、オットー・マイヤーは、彼の従来用いた公法に関する基準を緩和し、命令・強制が行なわれる場合にのみ公法が存するのではないということを承認せねばならない。従って、異物が厳密な理論の中へ侵入するということが明らかとなるのは、個々の場合に何によって公法的利用形式が私法的利用形式から区別されるかということが示される場合である。オットー・マイヤーは、その場合に、如何にして「法の現実からの」区別がなされてきたかを示し、最終的には、「歴史的事象」を説明の根拠として示すために、一般に行われている若干の視点を否認する。

この公的營造物という点においては、ゲオルク・マイヤーの方がより徹底している。すなわち、この場合には高権的強制が欠けており、問題なのは「単なる事務管理」であると言う。これに対して、かかる警察的には説明されえない行政領域をも行政法の理論の中へ組み入れるという試みを自己の公的營造物の

学説において行なったということが、オットー・マイヤーの功績なのである。但し、目的契機が等閑視されたために、「偉大な機構」として自らの道を迎る公的營造物が、警察法から発展し、従って給付の担い手には適さない高権的行政作用の諸範疇に属せしめられたのである。

オットー・マイヤーによって他に比ぶべくもない頂点に達した行政法学説の法律学的方法は、市民的法治国家に合致する視角の行政法理論への適用以外の何物でもない。自由主義的理性法の法概念が形式的であったが故に、その概念に向けられた法学の方法は、目的論的ではなく形式主義的たねばならなかった。そこにオットー・マイヤーの行政法の体系の特色が存するということは、オットー・マイヤー自身によって述べられただけではなく、更に同時代人によって直ちに認識され、指摘された。ラーバントは、次の点にこの方法の特徴づけたのである。つまり、この方法は、国家活動全体から法的契機を抜きとりそれを孤立化させ、国家がその諸目的を追求するに際して用いる手段の法的性格を理論的に把握し、従って多様な行政現実を、その法的内容が刻印される典型的形式、法関係及び法律制度に還元する、という任務を学としての行政法に課すものであるという点である。エーリッヒ・カウフマンは、オットー・マイヤーの方法的原理を次の如く簡潔に定式化する。つまり、オット

「マイヤーは、個々の行政分野から一般的法形式を導き出し、行政をそれとともに法治国家の理念から展開せしめることによって、「公行政の法形式の学説」を樹立したのである、と。⁽⁶⁾

オットー・マイヤーの体系に対してなされた批判は、それが実用的視点にのみ関するものではない限りにおいて、既述の方法的原理を論破したのではなく、行政科学——これは単に行政法学にとどまるであらう——の不完全性を論駁したのである。

エーリッヒ・カウフマンは、行政法が実を結ぶためには、「法律学的」方法と同様「国家学的」方法が必要であり、つまり行政作用の「形式」と同様「目的」が必要であると主張した。だがそれによって意図されていたのは、「広義における」行政、つまり国家の「給付」の総体としての行政は、国家が達成を目指す目的と任務に照らして分類されるべきであるということのみであった。「狭義における」、つまり憲法国家における行政は、エーリッヒ・カウフマンにとってもまた、国家活動の実質的目的と任務ではなく、その形式に従った国家活動の分類に依拠するのである。つまりこの結果、行政法は、国家の特殊「支配的」行政活動のための特別法として理解される。このことは結果的に、本来法律学的な学科たる行政法学説を社会学的学科たる行政学によって補完するということになるだけであった。確かに、これによって、行政の社会学的及び政治学的側面と行

政とを学問的に選別することを可能にすることの必要性は除去されたのである。しかし、行政法学説の形式主義は、かくして侵されずに終った。形式主義が法及び法的考察から駆逐していた行政の目的は、かくして安住の地を得たのであるが、本来重要であった法と目的の区別は、この区別が行なわれた方式とともに維持されつづけた。

論破しうるのは、オットー・マイヤーが——既に彼以前にゲルバー、F・F・マイヤー及びゲオルク・マイヤーがそうであるが如く——、行政法学説の『法律学的』方法を求めたといううことではなく、彼がこの法律学的方法を「行政の法形式」の理論としてのみ理解し、従って目的を捨象して形式と法とを同一視したということである。だがしかし、この批判の目標は、学問的失敗なのではなく、市民的法治国家の理念とその法概念なのである。従って問題なのは、理論的欠陥なのではなく、その理論の基礎に存する実際の決定なのである。法治国家が市民的法治国家と観念される限り、正当化される行政の理論的解明は、形式主義的実証主義の方法に頼り続けねばならなかったのである。

行政法上の形式主義を市民的法治国家の理念及びその理念において前提化される法概念へと還元してみても、それによって、公法を論ずる実証主義的方法に特徴的であったものの総て

が語られているのではない。また同様に、そうすることによって、学としての行政法的方法的問題の遺漏なき分析がなされているのでもない。そうすることによって、行政法学説の「法律学的」方法の説明に寄与することができ、かつ民事法学者の解釈論の移植やフランス行政法の影響の指摘よりはより根本的な依存性を現わす連関のみが強調されている。「国法的」実証主義を論ずる際には、哲学、政治及び社会の法律学的思考からの排除は、必然的に保守的、つまり反批判的かつ弁明的効果を有するということを考慮せねばならなくなろう。

自由主義的法概念ではなくして団体主義的法概念を前提として採用した一著者が、行政法学説の方法の問題においても、他の道を歩んだということは示唆に富む。クルト・ヴォルツェンドルフは、行政法において抬頭しつつあった「概念法学的」方法に対して異議を唱え、これに「目的論的」方法を対峙せしめた。行政法の根本思想は、公益と個人の利益との間の調整という目的論的契機であるからであると言う。ヴォルツェンドルフが目的論的方法——この代わりに彼は今や「社会科学的方法」という表現を用いるのであるが——の機能をどの様に観念していたかは、これを彼の「現代国家の警察思想」(一九一八年)に関する大研究論文から引き出すことができる。そこでは、次のことが方法的原則として述べられている。つまり、警

察法の基礎的理解を媒介しうるのは、ただ「その歴史的展開から警察法の基礎が生じてきたところの国家の目的思想の社会科学的理解」のみである、と。本質的な「行政の原理」としての警察の事例においては、社会科学としての行政学は、行政生活の諸現象の原理的認識、つまり行政の法的・生活の法律学的認識と並ぶに留まらず、加えてまさにこの法律学的認識によって補完的意義を有するところの認識を促進しうるという論証が提起されるべきである。いずれにせよ、それによって示されているのは、行政法学説の社会学的方法が由来せねばならぬであろう視点、つまり、「警察」は行政の法形式的の典型なのではなく、特殊な法形式を伴った一つの行政目的であり、その諸々の範疇は他の行政目的の実現に直ちに転用されてはならないということなのである。

形式主義的方法による行政目的に対する沈黙——実際には、自由主義的法治国家の国家目的の暗黙の前提化ではあるが——は、後にいわゆる侵害行政の法形式、特に警察法の法形式が行政の法形式へと直ちに普遍化されるという事態をもたらした。警察権及び財政権の法制度は、「その厳格な一方性において公法」の特色を非常に決定的に誇示し、その法制度においては、公法的作用形式が高権的権力の行使と符合したが故に、その法制度は従って「法律学的」方法から生ずる行政法総論の体系と

概念とを創出した。この結果として、行政の領域において現われる公法は従属関係法として概念化され、代替物としては「私経済上」の私法のみが考えられえたとし、警察目的にも租税目的にも還元されえない行政活動にとつては、警察権及び租税権から導き出され、行政法総論というかくれみのをかぶった法形式のみが存在した。一九世紀の市民的法治国家の本来の国家目的の外で意義づけられる、指導と給付という、経済行政及び社会行政によって実現される行政目的は、およそ私法に委ねられない限り、警察行政及び租税行政の法形式に頼り続けた。これは、全く自由主義的法治国家の行政法の論理に適ったことであった。

- 註(一) Gerber, Ueber öffentliche Rechte, 1852, S. 28.
- (2) F. F. Mayer, Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und-Rechtsverfahrens, 1857, S. 2 f.; Grundsätze des Verwaltungs-Rechts, 1862, S. 10 ff.
- (3) Georg Meyer, Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland, 1875.
- (4) Otto Mayer, Dt. VerwK., I, S. 3.
- (5) Laband, Besprechung von Otto Mayer, Theorie des franz. VerwRs., AöR 2 (1887), 149-162.

- (6) Kaufmann, Otto Mayer, VerwArch. 30 (1925), 377/382, 386.
- (7) Kaufmann, Artikel: Verwaltung, Verwaltungsrecht, in: v. Stengel/Fleischmann, Wörterbuch d. Dt. Staats-u. VerwRs., 2. Aufl., 1914, § 32.
- (8) K. Wolzendorf, Polizeigedanke des modernen Staats, 1918.

あとがき

本書はゲッチンゲン法学研究叢書第六号として公刊された六二頁の小冊子である。序言にも述べている通り、著者は、この研究については、フリッツ・テイセン基金による「一九世紀の法および国家学説」研究班に負うところが多い。その根本思想は一九六七年五月二七日のカッセルの研究会で報告されたものであり、研究会では特にヘルムート・コイニング、ハーバート・クルューガーの両教授の援助に対して謝意を表している。バドゥーラ教授は、一九三四年二月二一日オーパーンシュレーズイエンのオッペルンに生まれ、一九六二年には大学教授資格を得て一九六四年ゲッチンゲン大学教授となる。今日はミュンヘン大学教授である。一九七六年にはドイツ国法学者大会の会長を勤めた西ドイツ公法学界の新進気鋭の学者であり、一九六

八年以降公法雑誌 (Archiv des öffentlichen Rechts) の編集者に名を列ねてゐる。著書としては、このほか、(1) Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre, 1959; (2) Das Verwaltungsmonopol, 1963; (3) Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966; (4) Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2. Aufl.; (5) Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1979 (共著); (6) Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1976 (共著)がある。

バドゥーラ教授の業績については、既に和田英夫教授の「自由法治国家の行政法と社会法治国家の行政法」(法律論叢四四卷二・三号)の翻訳があり、右の書については原野翹助教授は法経学会雑誌一七卷二号、淡野典子氏は法政論集四一号において、それぞれ紹介している。

本書ではバドゥーラ教授が行政法の原点をゲオルグ・マイヤー、F・F・マイヤー、ロレンツ・フォン・シュタイン、ロベルト・フォン・モールから説き起こし、既に一八八一年プロイセンの諸大学が「行政法講座」を開設し、専門の行政法雑誌が公刊されていた点を指摘し、近代行政法の確固たる体系をオットー・マイヤーに求めつつ、ここでとられた方法が現在に至るまで及ぼした多大の影響について評価している。この時、G・マ

ペーター・バドゥーラ自由主義的法治国家の行政法

イヤーは二元的立場から行政法を学問的に取り扱うことを要請した。第一は、シュタインの意味における一般行政学によって行政政策的視点を強調し、第二は、本質的に法律学的学科を目指して、素材^{シヤイア}の法律学的究明および行政法上の諸制度の法学的解釈を問題とした。他方、シュタインは、行政を利益社会乃至は社会国家の理念^{アイディア}の所産と解する。G・マイヤーは行政法を単なる法的現象としてみるのに対し、シュタインはこれを取りわけ社会現象としてみた。このG・マイヤーの主張が後にO・マイヤーによって継承された。ただG・マイヤーは完結的な総論の理論に到達せず行政法上の資料^{マテリアル}の編集を重視したのに対し、O・マイヤーは実用的視点を無視し総論の理論的究明に到達した点に相違がある。かくてO・マイヤーは行政を「諸々の国家目的実現のための国家活動」とし、行政法を公権力が現われる公法の一つの特別な態様として捉え、行政法をもって「行政に固有な法である」と定義した。

O・マイヤーは、個々の行政分野から一般的法形式を導き出し、行政を法治国家の理念から展開せしめることによって公行政の法形式の学説を樹立した。彼は法律学的方法を「行政の法形式」の理論として捉え、目的を捨象して形式と法とを同一視したのである。かくて法治国家が市民的法治国家と観念される限り行政の理論的解明は形式主義的実証主義の方法に頼らざる

をえなかった。これに対しクルト・ヴォルツェンドルフは、この概念法学的方法に対して異議を唱え、目的論的方法をもって対峙し、行政法の根本思想を公益と私益との調整という目的論的契機であると理解した。目的論的方法の機能をどのように観念していたかは、彼の「現代国家の警察思想」から汲みとることができる。

警察権および財産権は公法の特徴を強度に誇示し、その法制度において公法的作用形式が高権的権力行使と符合したが故に、その法制度は法律学的方法から生ずる行政法総論の体系と概念とを創出した。この結果、行政の領域において現われた公法は従属関係法と観念され、警察目的にも租税目的にも還元されない行政活動にとつては警察権および租税権から導き出され総論という隠れみのかぶった法形式のみが存在した。一九世紀の市民的法治国家の本来の国家目的の外外部で意義づけられる指導と給付という経済行政および社会行政によって実現される行政目的は、およそ私法に委ねられない限り警察行政および租税行政の法形式のみに依存した。これは全く自由主義的法治国家の行政法の論理に適ったことである。

他方一九世紀末期にウルブリッヒは行政を国家共同体の配慮として捉え、行政に社会的性格を与えた。この特色は歴史的には社会化の三つの段階を経て展開した。第一段階では警察機能

は行政の中心に位置したのに対し、行政は社会化発展の第二段階で土地所有権および営業の利己的利用を制限し、行政法の第三段階では国家が最早私人に対する単なる監督活動に限定されず、行政自体が特定の国有財産を利用して供し経済的給付に着手することになる。したがって行政は、財政および警察の領域と並んで、公的営造物による役務の社会的生産乃至市民の経済的精神的志向の秩序づけ、保護、助成に向けられた国家扶助の機能を有するようになったと考えられた。

福祉的警察概念が啓蒙絶対主義の国家観から導き出されているように、「扶助」の概念は市民的法治国家の理念に基づくものである。体系的に社会的法治国家の理念の上に構築された行政法学説において、「扶助」の概念をもってしては指導的および給付的行政活動を十分に理解することはできない。しかし「扶助」は世紀の転換期において国家目的の方向転換および拡大しつつある福祉行政に直面して理論化され、G・イエリネツクの如きは、「社会的手段による公共目的の助成」は漸進的に国家の任務となってきたと理解し、その達成には有益な公的営造物による国家の社会行政が執行されることを確認し、国家的機能を高権的活動と社会活動に分類した。これに対し、O・マイヤーによって高権的と考えられた公的営造物の制度がフリッツ・フライナーによって保障行政の範疇へと再構成され、エル

ンスト・フォレストホフおよびアーノルド・ケットゥゲンによって給付行政が行政法学説の基本範疇として展開した。この理論が今日の社会的法治国家の領域への踏みこみを示すのである。

バドゥーラ教授は、先きに「自由主義法治国家の行政法と社会的法治国家の行政法」において、自由主義法治国家から社会的法治国家への国家目的の新しい方向づけが、どのような仕方で行政法理論の方法と概念の上に影響を与えたかという問題を提起した。本書においては、自由主義法治国家のもとにおける行政法の理論的系譜の考察に重点をおきながら、社会的法治国家のもとにおける行政法の理論構成への第一歩を踏み出したと言えるであろう。

本紹介は、早稲田大学大学院政治学研究科博士課程で私の指導する行政法演習において池村好道君が訳出したものを私が若干手を加えてまとめたもので、出来るだけ原文の意を尽くさんとしたため生硬のところもあり、この点読者の御寛恕を乞いたい。