

# 行政科学の再評価と課題(一)-戦後ドイツにおけるその問題状況-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2009-04-02 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 和田, 英夫 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/3682">http://hdl.handle.net/10291/3682</a>

# 行政科学の再評価と課題(一)

— 戦後ドイツにおけるその問題状況 —

和田 英夫

まえがき

- 一 戦後ドイツの憲政Ⅱ行政の状況
- 二 行政科学的視角の要請(以上本号)
- 三 行政科学の課題と内容
- 四 今後の内題

まえがき

1 わたくしは、「ドイツにおける行政科学の系譜と発展—行政法学と行政学の関連をめぐって—」と題する前稿(明  
大法学部七五週年記念論文集)において、警察国家期にはじまるドイツの行政科学の端初と、その後における行政  
法学と行政学の分化過程を、行政科学の系譜的・問題史的発展において検討してみた。そうして、そのさい、これら  
の考察を前提として、第二次大戦後における行政科学の方向と再評価の問題に沿うて、一方で行政学は新しい憲政Ⅱ  
行政の状況をいかに認識し、評価し、とりわけ既成の行政法学の論理体系をいかに批判せざるをえなかつたか、他方  
で、行政法学はその従来の方法的立場をいかに反省し、その新しい方向をいかにして打ち拓こうとしているか、とい

う問題を示唆しておいた。本稿は、かようにして、右の前稿の続稿として、そこに示唆されていた問題を取りあげようとするものである。

さて、われわれの問題は、二つに大別して考察されることが便宜であろう。第一は、行政科学的な新しい意識を批判基準として、主として行政学者の立場から、従来のO・マイヤーに創始される法実証主義的な形式論理的・理論構成の精緻を誇示するドイツ行政法学が、いまや痛烈な批判や論難の俎上にあがつてきたということである。このことは、直接的にはナチス崩壊と外国占領という峻厳な政治的・行政的・社会的新事態を契機とするところであり、より根本的には、近代市民的法治国家の危機と苦悶に関わるものでもあつたことはもとよりだが、われわれは、まさに、それが、戦後の生ける行政の変動過程に最も敏感な反応を示して然るべき行政学徒からの問題提起であつたということ―おそらく、この間、行政法学者は、その全く面目を一新した実定法規の整備・体系づけのないし解釈論的構成に忙殺されていたことであろう―に注意したのである。とまれ、これらの行政学者、すなわち、ベッカー、W・ウェーバー、ナース等は、一方で、ラバント・マイヤーないしケルゼル・メルクル的な行政法学を「貧血せる法実証主義」(Blutleerer Rechtspositivismus)―ナースの言葉―と論難しつつも、しかし、他方では、久しきにわたつて勝ち誇り来つた行政法学への「侍女」として、その附録的地位にまで衰微していた行政学をば、積極的に再建し、その自主的独自性を再確認しつつ、それと行政法学・行政政策との密接な関連においてその新しい責務を意思表示したということは、問題を一步前進させるに役立つものといえよう。

第二に、これらの行政学者からの批判に対しては、他方、行政法学者もまた、みづからの新しい基本方向を、多かれ少かれ、いまや意識せざるをえなくなる。ピーターズにおける、明確に行政科学的立場を鮮明ならしめた行政法理論や、あるいはまた、行政法概念をばむしろ行政そのものに内在する積極的契機への実質的な把握から反省すること

によつてその新しい方向と展開を打ちだし、とくにボン憲法的社会法治国 (Sozialer Rechtsstaat) 理念の下に、新しい奉仕主体 (Leistungsträger) としての国家の行政構造と行政機能を、その理論的中核にすえようとするフオルフトホッフ、ヴォルフ等の所論は、伝統的ドイツ行政法学の漸くにして古びた、しかし無類に完璧な理論体系に、基本的な反省を加え、その概念構成・体系づけのない解釈の上に少からぬ修正を施さずにはおかないであろう。

さて、これらの諸論点が、どのような発展を齎らすであろうかについては、今後の多くの学究の実り多き具体的な成果にまつほかはない。しかし、いまや新しい視角と局面が、——評者によつてその程度・範囲を異るにせよ——ドイツの行政法学ないし行政学の上に、開け初めていることだけは、否定しえないであろう。

1) そのほか、拙稿「行政法学と行政学」(公法研究)(一四号)、「行政法における権力性と技術性」(法律時報二九卷八号)においても、要約的にふれておいた。

2) 雑誌編集上の技術的理由により、法律論叢二八卷五・六号から連載中の拙稿「行政法と行政学」は、その当初の目次にも拘らず、以後本稿のように形式的には独立したかたちで発表することにした。御諒承を乞う次第である。

### 一 戦後ドイツの憲政Ⅱ行政の状況

一 戦後ドイツの憲法的Ⅱ行政的状况は、二つのモメントによつて齎らされ、方向づけられることとなつた、といえよう。一は、ナチズムの全面的崩壊であり、他は西欧デモクラシーによる「洗礼」(占領)である。たとえば、ヴォルフはのべている。「一九四五年三月におけるナチス指導者国家の軍事的ならびに政治的崩壊は、公的生活と公共行政の、ほとんど全面的なカオスにまで導いた。食料や重要物資の不足、あらゆる住宅やきわめて多くの労働市場の大

規模な破壊、生活保護施設の損耗、戦時中の強制疎開による人口圏の転位、さらにまた逃亡や国外追放により、ほとんど完全な通貨の失効は、社会的困窮において未曾有の異例な状態を齎らしてしまった。しかも、その困窮を克服しうるような可能性はまずなかつたのである<sup>1)</sup>。ところで、こうした経済的困窮を処理しうる強固な政治権力は存在したであろうか。「戦後における社会生活の再建と平常化を計画し、かつ、遂行しえたであろう統一的な国家権力 (einheitliche Staatsgewalt) は存在していない。その代りに、占領権力 (Besatzungsmächte) が、軍政によつて、その時その時の全く異なる方法に従つて、またさまざまな目標をもつて、ドイツの利益よりは彼らの固有の目的によりよく対応しうる如き新秩序をうちたてようと努力していたのであつた<sup>2)</sup>。」むろん、これらの言葉の背後には、一九四五年五月八日のドイツの無条件降伏と、爾後の占領体制および憲法制定にまつわる諸過程が想起されねばならぬが<sup>3)</sup>、さし当り、ここでは、本稿の主題へのアプローチに必要な限りで、憲政Ⅱ行政上の一般的状況にふれておくにとどめなければならぬ。

1) Wolf, Verwaltungsrecht I, 1956, S. 36.

2) これらの点については、たとえば、つぎのものが手頃な参照文献であろう。Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes, Für Die Bundesrepublik Deutschland, 1950. S. S 2-3. C.J. Friedrich, "Rebuilding the German Con-

sitution, "American Political Science Review, June, 1945. pp. 465-71. Peaslee, Constitutions of Nations, Vol.

II, III. 英米仏ソ四カ国によるドイツの最高権力の掌握とドイツ全体の管理のための管理委員会 (Control Council Kontrollrat) の設置、そのメンバーたる四国軍政長官による最高権力の行使 (本国政府の訓令によつてなす)、各占領地区での

単独の権力行使の時期を第一段階とすれば、ドイツの管理方針および将来のドイツ国家法制 (地方分権的連邦国を主張する英米仏と中央集権的ドイツの建設を主張するソ連をめぐる対立) とその他の三国との意見の相違、それを決定的ならしめた

モスクワ会議 (一九四七年三月四月)、西欧三国のみによるロンドン会議 (一九四八年二月) とロンドン協定の成立 (一九

四八年六月)が第二段階であり、そうして、右協定にもとづいて西ドイツ一のラント首相に制憲議会 (Parlamentarischer Rat) それは Verfassungsgebende Versammlung ではない—の招集権限が与えられ、ボンで同会議が開催されて一九四九年五月に西ドイツ憲法が成立したのを第三段階 (ただし同憲法は占領条例 (Besatzungsstatut) に従わねばならぬという留保が附せられた) となしえよう。なお Mangoldt のコンメンタールの序章にも詳しい。

二 さて、占領権力内部の対立 (ソ連対英米仏) によつて生れた東西両ドイツの憲法は、「二つの完全国家」(Zwei Vollstaaten) かもしくは「一つの全体国家の二つの部分秩序」(Zwei Teilordnungen) かの深刻な問題を提起したが、問題を西ドイツに限定していえば、憲法構造上、一般につきのような点が指摘されるであろう。第一に、多くの点で、ワイマール憲法の継承者たらんとしているが (一四〇条参照)、民主主義的社会国家の性格をもつ連邦制であること、権力分立主義の建前をば連邦議会、連邦政府、連邦大統領、裁判所の諸機関の設置によつて貫いていること、とくに地方分権主義と基本的人権の尊厳ならびに国際平和主義が強調されていること<sup>2)</sup>を注目してよいが、ヴォルフが、改革的復古と社会的法治国の二点で特徴づけているのは、戦後ドイツの憲政行政を検討する上に興味深い<sup>3)</sup>。彼はのべている。「占領軍は、代表的民主主義の改革的復古 (Reformativen Restauration) の特徴をもつ諸ラントの憲法—それは一部は基本法に先行したし、一部はそれに後行した—を支持した。そこで『改革』とよぶゆえんは「散在政党」(Splitterparteien) に反対し、連邦とラントにおける統治の安定を齎らさんとする配慮、基本権の強化、および包括的な司法的権利保障の担保がたんに行政上の措置に対してだけでなく、統治上の措置に対して、いな立法機関に対しても、なされていること等にみられるからであり、つぎに、それが『復古』たるゆえんは、現行憲法が、その限りにおいてただに民主性と連邦制国家を回復したにとどまらず、伝来的な権力分立の保有の下で政党の独占を国民の政治的代表に対して回復したからであり、しかもそのさい、国民自身および他の社会的諸勢力団体 (経

済団体・労働組合・市町村・官吏階級・教会・文化団体) に対しては、国家権力への直接的参与を憲法的に保障しない。」

このように、ヴォルフは、戦後における憲法的状況をば、「改革」と「復古」との、二つの特色の組合せによつて、特徴づけているのだが、さらに、もう一つの「社会的法治国」については、どうであろうか。われわれはここで、ドイツ基本法がその二〇条一項で、「民主的かつ社会的な連邦国」(“Demokratischer und Sozialer Bundesstaat,”) という文言を、また、その二八条で、「各ラントの憲法秩序は、この基本法の意味における共和的・民主的かつ社会的な法治国の諸基本原則に適合しなければならぬ」という文言をもつて、特徴づけられていることを注意しなければならぬであろう。(なお、かような国家体制の実現の手段として、第一四条三項および第一五条には私有財産の公用徴収と社会化の制度が採用されている。)かくして、ヴォルフは、連邦共和国とその諸ラントは、それゆえ、行政政策的な観点(Verwaltungspolitischer Hinsicht)からすれば、いわゆる「社会的法治国」(Sozialen Rechtsstaat)の類型に属する、と論断する。しからば、ここにいわゆる社会法治国とはいかなるものか。それは、戦後ドイツ憲法の基本的特色であり、したがつて、また、戦後ドイツ行政のそれでもあるわけであるが、他方で、これらの諸事実が当面の戦後ドイツ行政法の実体把握や方法論の上に不可分な前提をなさざるをえないということ、は明らかであつて、こうした意味でも、そこで若干の予備的考察が加えられるべきものであらう。

1) T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, (1954) S. 15.

2) 山田晟「ドイツ法概論」四一三—四一八頁。なお、同「ドイツにおける国家権力」(法と国家権力)、佐藤功「西ドイツ基本法」(デュリスト一四五号)がボン憲法の理解の要領なき文献である。

3) Wolf, a.a.o. S. 39

4) Wolf, a.a.o. S. 37

5) これらの点での代表的諸文献として、C.F. Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundges

-etzes, 1953, E. Forsthoff u.a, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates (Veröffentlichungen des Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [VDStl.] Heft 12, 1954), Fechner, Freiheit und Zwang im Sozialen Rechtsstaat, 1953. わが国では、田上穰治「社会的法治国の原理」(自治研究三〇卷六号)、田口精一「ボン憲法における社会的法治国について」(法学研究二九卷一・二・三号)、同「社会的法治国についての考察」(公法研究一五号)。

三 さて、社会的法治国家の觀念そのものは、広い観点にたつならば、決して西ドイツ・ボン憲法に固有なものとはいえない。すなわち、二〇世紀前半の再度の世界大戦の経験は、多かれ少かれ、イギリスやアメリカにおいても、それは自由国家の内在的克服形態としての「社会国家」—social state, welfare state, administrative state 等の名称が冠される——の出現を促したからである<sup>1)</sup>。そこでは一般に古典的自由の觀念の転化がみられるが、とりわけドイツでは、ナチス独義が形式的な法治国家の名において形式的合法性の承認の下に、行われた苦い民族的経験への反省が、一方で、裁判的抑制——この意味ではヤールライスは裁判国家(Rechtssprechungsstaat)とよぶ<sup>2)</sup>——を強化せしめ、他方で、現状維持的な消極国家ないし「秩序国家」(Ordnungsstaat)を克服し、国民の社会的共同生活における人間的価値を保障し、奉仕主体としての国家——「奉仕国家」(Leistungsstaat)——による社会政策の実施・推進を旨とする新しい法治国家、すなわち、社会的法治国家 (sozialer Rechtsstaat) をその綱領たらしめたのである。それは、いわゆる権力分立的<sup>3)</sup>な、またシュタール(Stahl)のいう意味での形式的な、法治国家の一面をもつ点では、国家権力を法的に抑制する法治国家一般の要求を充たすものだが、他面において「そのあらゆる国家機関が、個々の現実の場合における客観的に価値少い諸利益を、客観的に価値多き諸利益の背後に押し戻し、そのさい人的および物的な平等と生活のおよび法的な安定を保障することを目標」とし、「現存の社会秩序の固有の改革や社会的・経済的不平等ならびに生活の危機<sup>4)</sup>」を深く配慮する積極的な二〇世紀社会国家的要求をも充さそうとするものなのである。



かような国家類型の特色づけについては、当然なことながら、さまざまな定義や論議が行われた。たとえば、ヴォルフは、フェヒナーの言葉から、「社会的法治国家は、たとえそのさい強制の配置が避けえられぬとしても、全体的責任や共同連帯的な克服の課題に対する参与への義務づけをめざすものであり、かくして、それは自由と自発生の、自己存在と献身との、緊張の中に立つている」と引用しているし<sup>8)</sup>、フリーバーにおいては、「社会的法治国は、形式的法治国の枠内における、実質的法治国家の価値原理 (Wertprinzip) としての社会的正義 (sozialen Gerechtigkeit) の実現化へ向つての社会的統合である<sup>9)</sup>」とされ、さらにボン憲法解説書において、マンゴルトは、「全国民とくに経済的な教育に対する扶助に関する国家の義務<sup>10)</sup>」と規定しており、フォルストホフは、社会的な方策として、財貨の公正な配分とくに社会的な持分権の保障を主張し、バッホフは<sup>11)</sup>、正義と公平の実現を強調し、さらに詳細に、具体的には、労働や財貨に関する秩序の保障と社会的な貧困の救済およびそのための国家の積極的な活動の義務が示されているとし、メンガーは、社会的法治国家をもつて、形式的法治国家と結合した、かつ、有機的に構成された福祉国家 (Wohlfahrtsstaat) と定義している<sup>9)</sup>。

ところで、われわれは、ここで、これらの諸説に立ち入ることをせず、以下の論稿にとくに必要な二つの問題点を指摘しておくにとどめたい。第一に、社会的法治国家に内在する社会国家的要素と法治国家的要素の論理的ないし現実的な対立矛盾をどうするか、である。すなわち、社会公共性を強調する社会国家的要素と、個人の権利の保障を強調する法治国家的要素とが、一応、形式的には調和したとしても、その調和の内容は、フォルストホフがいうように、後者の要素の減少によつて、実現されることは、ボン憲法の趣旨に適合しないであろう<sup>10)</sup>。またフォルストホフのいわゆる「社会機能の主権機能への転換」(Die Konversion der Sozialfunktion in Herrschaftsfunktionen) と、社会的法治国家は、全く矛盾するであろう<sup>11)</sup>。さらに、ヴォルフが統計的な数字で明らかにしているように、現実

では、公的行政者（国家・公共団体等）自身が経済的・文化的な価値を生産するのではなく、たんに、経済・文化等に  
 然るべき発展の諸可能性を保障しているにすぎず<sup>12)</sup>、かようにして、イプセンが、「個人の地位とその保障について、  
 ボン憲法は、考へうる限り最大限に、しかもワイマール憲法を凌駕するほどに、拡張したが、社会性すなわち社会組  
 織に対する認識においては、何ら具体化の規定を伴わずに公布された憲法条文のみに満足しており、ワイマール憲法  
 の基本権に関する規定の比類なき法的価値・現実的価値に鑑みるとき、その保障の点ではるかに劣る」と批判したの  
 も<sup>13)</sup>、正当だつたといわざるをえないのである。これらの矛盾は、また公用収用における補償の問題（シヨイナーや  
 ラインハルトの報告がそれである<sup>14)</sup>）や、裁判的統制の強化をめぐつても現われる（統治行為についてのシュナイダー  
 の理論がこれにふれている<sup>15)</sup>）。第二の点は、社会的法治国家の価値・理想は、どのようにして、実定法化され、も  
 しくは具体的な現実に実施されてゆくのか、ということである。フォルフトホフやバツホフは、この点については、  
 ボン憲法の如く憲法のレヴェルでの具体的規定を欠く場合には、まず立法機関に、ついで行政機関に、これを義務づ  
 けることを主張し、今後、憲法の下位法秩序とりわけ行政法の体系において、その展開を期待すべきものとしている  
 16) のは正しいであろう。この点では、しかし、行政法学者は未だ積極的な確固としたものを提示していないのではあ  
 るまいかと、ヴォルフは、のべている。

- 1) イギリスにおける福祉国家の傾向については、高柳賢三「英国公法の理論」(二〇五頁以下)、山田幸男「福祉国家行政とそ  
 の問題点」法律時報二七巻七号、同「福祉国家」行政法講座第一巻、またアメリカのそれについては、鶴飼信成「行政法の歴  
 史的展開」二〇五頁以下、Waldo, Administrative State (1948), 拙稿「行政法と行政学」(法律論叢二九巻二・三号六九  
 頁以下)参照。

2) Jahrreiß, Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung. Der Rechtsweg-Staat des Bonner Grundges-

etges (1950)

3) Wolf, a.a.O. S. 37.

4) Fechner, a.a.O. S. 38; Wolf, a.a.O. S. 38,

5) Huber, Die öffentliche Verwaltung 1956, SS. 200~204.

6) Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Art. 20 Anm. II 4.

7) Forsthoft, Bachof u.a., Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL.H. 12 S. 35, 39.

8) Menger, a.a.O. S. 19. なお、メンガーは、「社会的法治国家」という表現はカルロ・シムーン(Carlo Schmid)議員の提案になるもので、当初は必ずしもそれを以てボン憲法の重要な新しい国家理念たることを期したのではなく、むしろ、過去におけるナチス独裁の失敗を繰返さぬこと、他面で東ドイツの人民民主主義的国家と区別されるべき権力分立、司法権優位の国家たらしめるという政治的な考慮があつたのだという。(SS. 3—4, 31)

9) Forsthoft, a.a.O. S. 14 ff., 34.

1) Wolf, a.a.O. S. 39.

2) ibid. S. 38.

3) Ipsen, Grundgesetz, S. 10 ff., Menger, a.a.O. S. 19 以下、及び Ipsen V.D. StL. H. S. 74ff.

4) 「社会的法治国における所有権の保障とその限界」(Eigentum und ihren Grenzen im sozialen Rechtsstaat) と題して一九五三年のケルンの経済団体でのテーマ報告として U.Scheuner (Grundlagen und Art der Enteignungsschädigung) と R.Reinhardt (Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?) の報告がそれぞれ (Verfassungsschutz des Eigentums 1954. を収められている)。

5) H.Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, 1951

6) Forsthoft, a.a.O. S. 17, 29; Bachof, a.a.O. S. 43. なお、連邦憲法裁判所の判決が、「社会国家の実現にとって重要なことは、立法者のみがこれをなしているのである。立法者は、憲法によって明らかに社会的な活動体となり、とりわけ、相対

立する利害の通常の程度の調停およびすべての人に対する通常の生活条件の回復に尽力すべき義務を負う」(Beschluss des Ersten Senats vom 19. Dezember 1951. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, I Band. 1952[Mohr] S. 105) としているのは、社会的法治国概念の憲法的保障の限界と、それ不位法とくに行政法的領域での展開の内容を示唆したものとして興味深い。

## 二 行政科学的視角の要請

一 行政法の当面する新しい複雑な問題現象を、何よりもその行政の現実性そのものから、もしくはそれと関連させて把握しようとする方法的態度、いわば行政科学的視角が、強く要求されたことは、極めて注目すべき戦後の行政科学の課題に属するものであつた。それは、後述のように、とりわけW・ウェーバーや、ベッカーの如き行政学者によつて<sup>1)</sup>、また多かれ少かれペーターズやフォルストホフの如き行政法学者によつても<sup>2)</sup>、ひとしく指摘されたことであつたが、これを、最も大胆に批判したのは実務家であり行政学者でもあるナースであつたといつてよい。すなわち、彼の、「行政科学の革新のために」と副題された「行政改革」の書は、その問題提起の果敢さと、行政実務家の立場からの反省の点で注目されるのだが、本書の発想の意図を、序文において——そこでは彼は、行政法学者としてその行政科学的色彩をもつとも濃厚にしていたペーターズの業績を「わたくしの見解と似た方向をたどるところの、種々の点で新しい道を探究しようとするものだ」とのべているが——こうのべている<sup>3)</sup>。「この書を世に送り届けるために、その対象の重大な意味を詳しくのべることは、必要ではない。われわれの国家生活の発展から極度に隔絶して生活する人々のみが、いかにして行政を最も正しく労作すべきか、という課題をわれわれの公共生活の最も重大な問題の一つに数えることをば、誤解している。しかし、行政はドイツ国民の生命の樹のほとんど唯一の枝であり、この生命の

樹は、一九四五年以来、一の明白な成長を示したし、今もなお、幾分強力すぎるほどに生え繁つてゐるのだ。行政はわれわれの内的な再建の基礎であり、同時にそれ自体また、構築され、峻工されなければならぬものである。」ナースのこの冒頭の立言は、第二次大戦後の敗戦ドイツの再建への新しい学問的意慾を、その行政学の立場から強く表明したものだといえようが、ついで彼は、当面するドイツ行政の現実をばつぎのようにみる。「連邦たるとラントたるとを問はず、いまや、行政についての改革が論ぜられている。輿論はこれを緊急に要求している。しかし、これに対する諸提案は大抵外部的事物についての論議につきてゐる。いまや行政は内部から自己を改革し、それによつてその精神を革新すべく活気づけられている」。かくて、「行政は、法律的な自己満足に陥ることをやめることによつて、そのなすべき自らの方途を講ずべきである。」と自己主張しつつ、他方で行政法に向つてこう提言する。「われわれはもはや行政法の独占を承認しないし、行政法の理論に対し、それが行政に對しいかなる關係にたつべきかを、自己省察するよう、要求する」。「なぜなら、行政実務家は、行政についての従来の理論が彼らの職務の現実に、いかに合致することの少ないか、を経験している。理論と現実の双方が余りにもひどく背離しているので、それが再び合同すべきだとするならば、その共同の基本価値 (gemeinsamen Grundwerte) について現実的に徹底的に熟考しなければならぬ。」

「このような価値の生産的基礎は、しかし、行政法的体系のどこにも与えられていないし、それはまさに行政それ自体からのみ意識されねばならぬ。行政に対する一の科学的考察はその歴史的所与をリアルに把握し、その経験から具體的な体験を蒐集し、その実際のな理論を引きださねばならぬ」。

さて、われわれが、いま、その序文の冒頭の文章を、忠実に、かつ、かなり詳細に引用したのは、そこに、ナースのユニークな基本的な批判意識と論点が端的にみられたからであり、そして、それは書中全篇に展開される論旨の基調でもあつたからである。それは、こう要約されよう。第一に、戦後の行政は、根本的な変革に見舞われてゐると

いう現実認識であり、かような現実の事態・変革を把握するためには、新たな問題意識と方法的態度が要求されねばならぬ。第二に、そのためには従来の「行政法の独占」に対して徹底的な批判を加えねばならぬことは当然な学問的義務に属する。ナースが、その「行政法の危機」(Die Krise des Verwaltungsrechts)の章で、ほとんど論難にかき批判を既成行政法学に対して容赦なく投げつけたゆえんはここにある。このことはまた、彼が、「この書の中でわたくしは、行政に関する支配的な法律学的見解からの背離から生ずるところの、直接的な効果を検討しようとした」とし、こうした目的意識の下に、「行政法的思考の従来の経過に関する概観を与え、同時に、あらゆる行政家の認識をば、非法律学的な根本観念に即して徹底的に自覚せしめるよう呼びかける」と記したことからも明らかである。しからば、彼の積極的に提示しようとするところは、何か。われわれは要約の第三として、行政のいわば内的世界を、すなわち所与の行政現象そのものを、その実在的固有性に即して把握する行政実務家の立場と方法の強調であるといえよう。すなわち、こうのべる。「行政の客観的実存 (objektive Existenz) とその中における行政家の主観的な存在 (Subjektive Dasein) は行政科学の原資料 (Urmaterie) である。遺憾なことは、今日なお、行政家が現実に体験している実際の事情について再現するその理論の法律学的な叙述が、余りにも少いことだ。しかし、かような状態である限り、行政の理論的思考や実践の見解は蔽われたままである。行政に関するあらゆる学問は、かくして、その存在についての、精神を喚起し事物を形成しゆく力の上のみ基礎づけられる。行政科学の課題は、その人格的経験をば、この時代の民主的精神態度の、また、その人間のおのずからなる自己理解の、政治的な特徴から、一の客観的な確信にまで、上昇させるということにある。」そして、かような提言は、実務家としての彼の十数年の行政体験から成長してきたものであり、その体験からすると、「科学的思考がなおも支配しているところの、あの機械的・法律学的体系としての従来の行政の形象は、その実在的な秩序と歴史的正義およびそれにおける活動的な人格の創造

的個性を、充分には考量していないし、かつ、後者の怠慢によつて行政活動の心理的断面をほとんど全く、軽視している<sup>6)</sup>と評されるのである。しかしながら、第四の問題として、以上のようなナースのユニークな提言は、——彼自ら「ある意味において一の精神的実験であり、おそらくは科学的な冒険でさえあるだろう」といつているように——具体的に、戦後の行政科学の前進のためにかなる効果・実益を与えているか、少くとも、戦後の行政法学の反省の上に、どのような意味でプラスしているだろうか。彼の「行政改革」論が、少くともわれわれの当面の課題にとつて重要な意味をもつのは、むしろ、「行政」の内部的構造に対する、彼のややアフォーリズム的な煩瑣な叙述ではなくて、その手痛い既成行政法学への批判ないし批難をどう評価するか、にあるとしてよい。したがつて、以下においては、主として、この点に、すなわち、行政科学的な視角からする彼の所説の検討に焦点をおくこととしたい。

- 1) 本稿三、四を参照。
- 2) 続稿の「行政法学の問題と方向」で扱う。
- 3) Nass, Verwaltungsreform, Durch Erneuerung der Verwaltungswissenschaft, 1950. Vorwort, S. VIII ff; XI
- 4) *ibid.*, S. IX
- 5) *ibid.*, S. VII, X.
- 7) S. IX.

二 さて、彼があえて「行政法の危機」と呼んで論難するところのものは何であるか。それが危機 (Krise) の名称を冠せられるには多少の誇張があるにせよ、しかし、それによつて既成行政法学のある側面が浮彫になつてゐることとは争いない。それは、ナースによれば、まず何よりも、行政法の私法へのアナロジーである。ナースは、この点に關してつぎのようにのべる。「ひとがその上に、公法の、とりわけ、行政法の、固有の建造物を構築しえたところの理論的基礎として、おのずからなる如く、私法が提示された。私法は当時〔一九世紀中葉〕は今日よりもはるかに広

範に、法律学的見解を支配していた。法律学的思考とは、かくして、ある事件を決定するために私法的方法を適用することだつたのである。ところで、大学で法律学が習得したこの私法というのは、ローマ法だつたのであり、このローマ法においては、古来、公法的構成要件は多かれ少かれ、その規定の私法的な主要部分との強い混合を包含していたのである。だから、かような基礎の上にたつて、行政をその領域の中へ強制すべき一の法律体系を創出するといふことは、当時の世代にとつて全く不自然なことではないと思われたり。

ここでは、法律学的な思考方法とは、すなわち、私法的思考方法の別名にすぎなかつたということ、だから、公法理論がその自己の固有の法的理論を創出するときに、私法に支援を求めたのも当然だつたということ、が、示されている。このことを、いま、ナースに従つて、学説史的な発展の上から指摘すれば、こうである。「百年前の公法の先駆者たるF・J・スタールとR・グナイストさへも、ローマ法から出発したのである<sup>2)</sup>。これらの先駆者の半世以後もなお、O・マイヤーは、ローマ市民をば、われわれの公法の『偉大なる師匠』(“großen Lehrmeistern”)とよんだ<sup>3)</sup>。ゲルバーもその著名な綱領の中で、「公法を実定的に基礎づけるための唯一の方法」として、私法にもう一度接近することが必要だと考えたのである<sup>4)</sup>。そしてO・マイヤーについていえば、——ゲルバーのいつたことだが——彼は「あらゆる行政訴訟」(die ganze Verwaltungsrechtspflege)を、市民的・法律的な基礎構築の上に、「基礎づけた」(beruhete)のである<sup>5)</sup>。「これを、写字台 (Schreibtisch) の上に、いかに迅速に、おいたことか！ひととは、たとえば、たんに民事訴訟の概念を、行政裁判所なり、行政官庁なりの活動の上に移譲することだけのことを考えればよかつたのだ<sup>6)</sup>」。この評言は、行政法の私法へのアナロジーを、過度に誇張して示した観があるが、彼は、続けて、さらにこれを詳論する。「確かにその労作の理論的な弱点を理解していたトリーペルは、それにもかかわらず、O・マイヤーの見解に同じて、われわれに、『行政法の無限に莫大な大量をはじめて正しく固有に科学的に制御しえたり』と



称讚した」。ビューラー (Bühler) が、O・マイヤーの行政法はその成果を広範囲において実証的に評価したものが、しかし民法の体系に倣つて、配列したのだ<sup>12)</sup>、とこれに反対しても、もはや、無駄な骨折だったのである。そして、私法的方法を拒否したとしても、新しい一つのもものが提示されない限り、何ら実定的なものは、提供されなかつたのであり、——イェリネックの言葉をかりれば、——それは「公法の固有性に対応しなければならぬ<sup>13)</sup>」という要求に対して、全く何も得られなかつたのである。それは、つまり刃なき劔にとどまつているのである。こうして行政法の民法への依存はいよいよ確固となる。民法は、かつてのレースラーの警告にもかかわらず<sup>14)</sup>、以来、行政法学者にとつては精神的な「採石場」(Steinbruch)であつた。そうして、この民法という採石場から、行政法学者は材料を得てくるのであり、この材料から、概念的に幾らかちがつたものに削りあげながら、同じような法則に従つて、思想の建造物を築くのである<sup>15)</sup>。さて、こうしたナースの批判は、確かに、マイヤーに始まるドイツ行政法学の理論体系の作業過程を見抜いていたといえるのであり、かつてシュピーゲルが、マイヤーの法学的方法 (Juristische Methode) が実は民法学的方法 (civilistische Method) だつたことを痛烈な比喩でのべていることを、想起させるものである<sup>16)</sup>。そうして実に、あのヴェルテンベルヒ行政法の草案も、このことを十分に証明するものであろう。この草案がBGBに強く依拠しており、その構成や規定がBGBを模範としていることは、周知のことだつたからである<sup>17)</sup>。

さて、こうした問題は、行政法における「血の氣のない法実証主義」(Blutleerer Rechtspositivismus)への路を拓くこととなる。ナースは、行政法の危機においては、今日まで、一つの実証主義的な「空虚の恐怖」(horro Vacui)が流行してきた、という。つまり、行政法には、それ自体に十分な表象が欠けていたので、たとえばO・マイヤーは、行政訴訟手続における当事者の地位を説明するために、また、あらゆる土台を足下から失わないようにするために、民事訴訟の充分に信用しうる諸概念を、把えてくるのである<sup>18)</sup>。しかし、何ら確固たる土台は得られなかつたが、ま

た、何ものを失いもしなかった。ところで、かような行政法と民法との理論的な結合が把えられない場合には、マイヤーは、憚るところなく、我慢したのである。まことに、彼は、かつてビューラーが正当にも批判したように<sup>16)</sup>、行政の組織を扱わなかつたし、のみならずまた、多くの個々の材料を軽視した。後年、そのドイツ行政法を世にだしてまもなく、O・マイヤーは民法的方法—そこからする必要な諸帰結を自由に引きだすことをしないで—を「余りに一面的に強調してしまつた」(“allzu einseitig betont”)ことを、時折、後悔したふうの発言をしたのである<sup>17)</sup>。

行政法の進歩は、民法的方法がその独裁権を失うということに懸つてゐる、とするマイヤーの見解が、もし當つているとするならば、彼は、一見、この課題に対して余り貢献するところがなかつた、ということにもなるようだが、しかし「民法から借用した方法」はそのドイツ行政法の出現にあつては、「あまりにも冷遇されたにすぎない<sup>18)</sup>」とするビューラーの見解も、明らかに正当ではない、といわなくてはなるまい。われわれは、この点では、むしろゲルバー、ラーバントの立言に耳傾けるべきであらう。

ところで、こうした民法への行政法のアナロジーを、ゲルバー、ラーバントはどうみたか。ゲルバーはかつて、国家法に対する私法の学問的性質をば、歴史学派の弟子たる彼にとつて、「共同的な国民精神の直接的な現実態」の上に基づくところの理想として観念したことがあつたが、国家法の作品をかいたラーバントもまた、ゲルバーと同様な考えを行政法に対して抱いていた。ラーバントは、行政法の中に、一の種々雑多な法規の塊 (ein Konglomerat verschiedenartiger Rechtssätze)—この塊の中から民法への「関連」(Querverbindungen)を発見することが研究者の任務なのだ—をみた。そうして、かつてわたくしがラーバントとマイヤーの関係を論じたさいのべておいたように<sup>19)</sup>、O・マイヤーは、実にこのラーバントの労作を、たんに極めて根本的に導入したにすぎなかつた、ともいえるよう。ラーバントにとつては、ドイツ皇帝の地位を、社団の長 (Vereinsvorstand) の概念に比較し、そうして、

彼をば、ドイツ帝国の権力機構の行政官における最高のいわば大元帥 (Kriegsherrn) として説明するためには、いわゆる「論理的な諸可能性」(logische Möglichkeiten) さえあればそれで充分だつたのだと<sup>20)</sup>、いみじくもヘラーはのべている。さらに、行政法における民法へのアナロジーを体系的に構成せんとするコルマンが、私法の、また、刑法の禁止された違法な行動に対立すべ<sup>21)</sup>き「公法の違法な、不許可の行動」(unerlaubte Handlungen des öffentlichen Rechtes) をみいだしたことも、ここで指摘しておこう。そうしてナースは「かような容易に得られた学問的な諸成果は、それぞれ、同様な仕方で行政法の領域においても研究するよう誘惑されなければならなかつた」と断じる。

さて、しかし、こうした方法的態度は、むしろ、そのまま今日なお支持されるべきものかどうか、という点では、問題がある。すなわち、これらの諸学者は、その専門職業の法に携わる行政官吏を覚醒させることはしなかつたし、他方、民法学者は、一の理論的体系の論理的完結性の上に自己を基礎づけようと信ずるときは、不可謬性への軽卒な確信をもつて、この課題を引受けたのではなからうか<sup>22)</sup>。ナースはいう、行政法全体の理論は、今までは、全くつぎのような人々によつて発展せしめられてきている。すなわち、彼らは、最善の行政をなすような学説を与えずに、かえつて、不完全な行政体験にもかかわらず行政法と名づけたところの「法の」——そうした法の大部分は、いまだ行政の中に適用されてもいないし、それが現実に適当しているか否かを少しも確定しないで——の上に、しかも彼らがそれを把握したままに、たんに配列したにすぎないのである。と。そうして、こうした発展の頂点に位するものこそ、実に、ナースによればメルクルの「一般行政法」(Allgemeines Verwaltungsrecht) なのである。このメルクルの「ケルゼンの方法による一面的な体系」(infolge Kelsenschen Methode einseitiges System)<sup>24)</sup>を、ばステイア・ゾムロ (Stier Somlo) は「血の気のない」(“blutleer”) と名づけたのであるが、そのさい、この批判的な特徴に価するところの、行政の如きとくに実務的な領域に関する本が、一般行政法というその名称にもかかわらず、いかにして思想を盛るこ

とができるかは、決して明白でない。事実、行政官的な諸価値を叙述する思想内容は、かような本の中には、決して充分に含められえないだろう。人が行政法において「純粋な法実証主義をもつて」(“mit dem reinen Rechtspositivismus”) 成就しようるところよりもヨリに成功しているところは、ここでは証明されていないのだ。なぜならば、ヘラーもいうように、純粋な法律思维というものは、具体的な所与の事実の経過を、正しく評価することはとてもできないだろうから<sup>26)</sup>。そしてそのさい、論理的に完結した体系が成立している場合には、「たんなる法技術でつねにすべてを証明できる<sup>27)</sup>」という一面的な理由から容易にそうした結論を導いていたのであつたともいわれよう。ところで、以上にのべたナースの既往行政法学への批判が果して充分に当を得たものであつたか否か、とくに後述する如く、法学としての行政法学の内的な法的論理をどこまで理解した上での批判であつたかは、問題として残るであろう。

- 1) Nass, a.a.O. S. 5. *ibid.*
- 2) Triepel, Staatsrecht und Politik, (1927) S. 6. Nass. *ibid.*
- 3) O.Mayer, Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, Arch. öff. R. Bd. 21 S. 499, Nass, *ibid.*
- 4) Über öffentliche Rechte (1852) S. 29., Nass, *ibid.*
- 5) Zur Lehre von der Materiiellen Rechtskraft, Arch. öff. R. Bd. 21 S. 1.
- 6) Nass, a.a.O. SS. 5—6.
- 7) Triepel, a.a.O. S. 38.
- 8) Arch. öff. R. Bd. 27 S. 288 Nass, S. 9.
- 9) G.Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1. Aufl) S.48.
- 10) Rossler, Über die Beziehungen von Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im Deutschland, Hirths

Annalen des Deutschen Reichs 1872 S. 322. Nass, a.a.O. S. 9.

11) たとえば、マイヤーの各論における、公物権法、特別債務関係法の体系、とりわけ、前者における公所有権法、公法上の地役権ないし所有権制限の如き外、面的な民法的体系をみよ。ただし、その概念内容は必ずしも民法的ではない。

12) シュンペーゲルは、O・マイヤーの行政法学の体系づけの態度を評して、丁度、河の此岸を歩き、その実測図を作ろうとしながら、眼は絶えず対岸に向け、対岸の構成にそのまま対応して、此岸もまた構成されていると考える技師のように、対岸の民法の体系的編成にあたかも対応して、行政法の此岸もまた体系づけられるものと考えていたのではないか、といつてゐる。Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 157 ff. 鵜飼・前掲書一六一頁による。なお「拙稿」・ドイツにおける行政科学の系譜と発展」(明大七十五週年記念論文集一四八頁)参照。

13) その詳細は、田中二郎「行政法における法典化的傾向」、「行政法通則に関する一資料」(「公法と私法」所収)に明らかである。

14) Nass, a.a.O. S., 9.

15) Arch. öff. R. Bd. 25. S. 35 Anm. 51. Vgl. Tezner, Rechtskraftproblem im Verwaltungsrecht, Verw. Arch. Bd. S. 111, Nass, *ibid.*

16) Verw. Arch. Bd. 27. S. 283ff.

17) Arch. öff. R. Bd. S. 496 (8) a.s.O. S. 17

19) 拙稿・前掲論文(記念論文集)一三六頁、一四三頁。

20) Heller, Arch. öff. R., N.F. Bd. 16 S. 345.

21) Korman, Grundzüge eines allgem. Teils. d. öff. Rechts, Hirths Annalen 1912, S. 37. 拙稿・前掲論文一六〇頁。

22) 23) Nass, a.a.O. S. 11.

24) M. Marx, Rechtsstaat und Verwaltungsrecht, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. Bd. 87 S. 379. Nass, *ibid.* S. 174ff.

- 25) Deutsche Juristen Zeitung 1928. S. 1690. なまきた Kötting, Deutsches Verwaltung (3anB.) S. 12. nass, ibid.  
 26) Heller, Arch. öff. R., N.F. Bb. 16 S. 332. Nass, ibid.  
 27) Holstein, Verw. Arch. Bd. 11 S. 34. Nass, ibid.

三 さて、われわれは、以上において、既成行政法学が、その理論体系的典型をば私法へのアナロジーに求め、ついにそのいわゆる「血の気のない法実証主義」に帰結する過程を、ナースの批判に従つて、たどつてきたのであるが、ここでは、再び実務行政官としての彼の行政法への批判視角からおのずと提起されてくる幾つかの論点、たとえば、「非実現的なるものの理論的な勝利」(theoretische Triumph des Nichtwirklichen) ないしは「法律学的なアウトアルキー」(juristische Autarkie) をめぐる諸問題について、検討を続けてみよう。かつて、イエルサレムによれば、法律家は彼が実践への結びつきを調整する場合には、「法発展の担い手」でなければならぬ、とするが<sup>1)</sup>、しかし彼も、それを超えて行政の非法律的な領域についてまでは、何も語らない。「ドイツ学者の禁慾的な学問理想というものは、行政法学者の名誉心をば、現実の生活における影響にではなく、むしろ、アカデミックな専門学科の分野において完全な地位を維持すべき、その科学的・理論的な目標に向けた」——むろんそれはそれとして本来的な学問的主張たりうるわけだが——というのが、ナースの印象であつた<sup>2)</sup>。O・マイヤーの「国家行政の特有な法制度の体系」“System von eigentümlichen Rechtsinstituten der staatlichen Verwaltung.”に対する要求には、「古来の姉妹学問と相並んで、同等の権利をもつ法律学の分科としての行政法学が歩みうるはずだ<sup>3)</sup>」という考慮がなされているのであり、かくして、あらゆる「主観的・政治的な論述」はそこでは、ボイコットされたのである<sup>4)</sup>。そうして、あのように多くの人から驚嘆されているO・マイヤーの著作が、たんに「専門家仲間に向けられているように思われる」ということは、驚くに値しないのだ、とみるのは、しかしひとりナースだけではないようである<sup>5)</sup>。

ところで、このことは、O・マイヤーの「一般的範疇体系」(“*allgemeinen Kategoriensystems*,”)のたんなる理論構成に対してだけではなく、彼に続く諸行政法学者たるフライナーやイエリネックの労作―彼らの労作が参考書として実用面に大好評を博したときにおいても―の場合にも、多かれ少かれ妥当すると、ナースはのべる。このことを具体的にみてみよう。まずO・マイヤーは、「意図的に」、基本学説の推論について重要でないと思われたものを排除したし、またフライナーは、マイヤーに比べれば、より多くの細目的問題を提出しており、かつ、より多くの資料領域を加工したけれどもやはり、彼にあつても「各論」は余りにも簡略に終つてゐる、という。そして、根本的には、かつてG・イエリネックがその「一般国家学」の第一版でいつたところの、つぎのようなあらゆる要求についても、如上のことは妥当する。つまり、G・イエリネックは、そこで「法規範の解釈学的内容は、もつばら法曹によつて使用された、法的諸現象からの抽象の技術によつてのみ、また、同様にしてみいだされた諸規範からの演繹の技術によつてのみ、用いられるのである。こうした法解釈学は決して他の性質をもつ学問によつて填補されえないものである」と。そうして、このようなG・イエリネックのプログラム―ここでとりあげられたイエリネック理論は、むしろ、法律学的・社会学的な国家二元論のうちの、前者のみを強調するわけだが―によく対応したのが、その同僚たるラーバントの見解であつたのであり、ラーバントにとつては、「行政法の学問の課題」は、「国家活動の全像」(*Gesamtbild*)から法律学的要素を溶解し、これを孤立化し、かくして、行政が提供するところの多量の諸関係に関する法制度と概念を、引き出し、また、理論家にとつては理解し難き、「生の不断のかつ多様な形態の諸現象を、法的内容において刻印されるところの定型的形態の上に」還元することである、と觀念されたのであつた。これは、もはや一の「法律学的スコラ哲学」(*juristische Scholastik*)であると、ナースはいう。つまり、問題は、そこでは、行政法における法の内容ではなく、その法形式的論理的一貫性にこそあるのだ。その形式的な法治国概念の解釈学的狭隘

さからすれば、「行政のあらゆる行動」の法適合性の問題は、それを一の規範の下に、たとえ一の法条の下においてでも、きわめて一般的な内容を包摂することによつてのみ確められることとなる。しかし、ゲルバーのいうように、行政がたんに「法取引における法秩序の適用および適用能力」にすぎないものであつたならば、これらの「平等主義者」の精神——彼らにとつては行政は、それが直接に官庁の協力を通して、もしくはその下に生じる限りにおいて、「公法の個別化」(“Individuierung öffentlichem Gewalt,”)より以上の何ものでもないのだが——にとつても、また、私的な法的取引の当事者と同様に、当事者に対する「公権力の担当者」(“die Träger der öffentlichen Gewalt,”)は収縮してしまふだろう<sup>8)</sup>。

こうした、法律学的アウタルキーは、また、「非現実的なるものの理論的な勝利」(Der theoretische Sieg des Nichtwirklichen)といつてもよいのだが、ナースのみるところでは、こうしたことは、公法の他の領域においてもみられる学問的状态に対応しているものなのである<sup>9)</sup>。すなわち、一九世紀後半におけるドイツの諸憲法が制定された後、その影響をうけてその国家生活はきわめて十分に貫徹されていたので、広範囲にわたる法的な細目事項が学問的に把握されうるようになった。デネヴィッツのいわゆる政治的な「飽和状態」(Saturiertheit)、「市民的な休息」が感じられた時期であつた<sup>10)</sup>。従つて、国家の法について何事かを語ろうとする者は、実践的な基礎の欠如からして、「理性に対応するため」いかなる外観を国家がとるべきかを、たんに叙述することが唯一の頼りだつた<sup>11)</sup>。これがレームのいわゆる「抽象的国家」(Abstrakten States)の法を扱うところの「一般国法学」の最盛期であつた<sup>12)</sup>。この哲学的部分に対応するのが、各論的・実証的な部分であつた。ところでこの一般国法学は、国家の種々の法的生活の現実上の諸矛盾に対する歴史的検討や実践的政治によつて眼が冴えてくればくるほど、それは完全な不信の中におちいつて来ざるをえない。けだし種々の国家法において使用される一般国法学とか、一般的概念の問題は、それが



いかにして具体的に適用されるのか、また、いかにしてそれが解釈されるのか、ということには役立たないからである。同一の、また相異なる憲法規定のたんなる統計をもつてしては、——一般国法学もこれと多く異ならない——現実性というものはそもそもほとんど把握されえないだろうし、規範の形に書き現わされないような憲法の国家は、そのさいは、困却してしまふ。この方法を、もしアフォルターに従つて、「帰納的方法」と名づけるならば<sup>12)</sup>、事實は全く把握されずにたんに法的概念のみが把握されるにすぎず、一般的觀念にまで集成されるにすぎないということを、常に明白におかねばならぬ。外面的に同様な法的規定を集めるのが重要なのではなく、現実的な歴史的に生起する具体的事實を把握し、その法的内容を明白にすることこそ重要なのである。そして、こうした「非現実的なるもの理論化」を、O・マイヤーは、最も典型的に現わしている——それは「誤謬」とされるのだが——とナースは批判し<sup>13)</sup>、こうした「誤謬」(Irrtum)を、O・マイヤーは、ドイツの連邦国家の種々多様な立法から一の「一般行政法」(allgemeines Verwaltungsrecht)に集合・構成したときに、犯し始めたのである、とする。つまり、かような方法によつて、マイヤーは精々一定の理論的概観を得ることはできたが、しかし、現に妥当している法がいかなるものか、を確認するはできなかつた、というのである。彼はたんに「量をみたのみで、質をみなかつた」。こうしたいわば「数学的方法」(mathematischen Method)に従つて、今まで多かれ少かれ、あらゆる行政法学の代表者は勞作してきたわけだが、たとえばO・マイヤーにとつては、プロイセン行政とバイエルン行政との間に存する實際上の區別は、全く存在しないか、もしくは、*per nefas* (錯誤によつて)にすぎないか、いずれかなのであつた。すなわち、彼にあつては、個々の事例の個々の内容、その具体的なモラル、その歴史の意味とその政治的価値は、一の、多くはたんに主観的な演繹的な法的形態のために、顧みられていないように思われるのである。かつてヘラーが、ケルゼンをば、物理学の模範に従つて、「全世界を全く等価値の関係において、また、それに対応する関係概念の上に」

溶解したと非難したが<sup>1)</sup>、ナースによれば、それは必ずしも正しい立言とはいえないのであり、けだし事實は、彼の弟子たるメルクルのみならず、あらゆる行政法の代表者が、現実から余りにも遊離しているし、物理学は発見される諸概念から生ずるのではなく、現実の事象から生ずるのだからである。こうして、彼ら行政法学者は、たんに規範だけを見て、あらゆる客観的なものがそれに依存するところの、行政の固有の事実をみていないのではないのか、とナースはいう。この点について、戦後のドイツ行政法学を代表し、かつその標準的テキストを書いたフォルストホフが、すでに二〇年前に、つぎのような概念主義的行政法学に対する批判的提言をしていたことは、注目されてよいことだろう。「国家の機能の法律適合性と自由保障へ方向づけられた法治国家的解釈法学は、つぎのことについて答弁を怠つてきた。それは、まず第一に、いかようにして、いかなる条件の下で、人間がその単純な自然的生活を営むかについて決心するようになったのか、そしてそれから始めて、人間は、その生活をどのように営んでゆくのか、自由とか秩序とか安寧等に対してどのような要求をするのか、を問うことは、二〇世紀になつて提起されることなのだということに答えていないのだ<sup>2)</sup>」。とむろん、かくいえばとて、ナースが全く行政法における「法的〔私法的〕規範の類似性」を否定し去ろうとするのではない。彼の批判の本質は、要するに、人間社会の具体的な諸関係をもたぬ法的規範は、たんに「半分の真理」であるにすぎない、というにある。

- 1) Jerusalem, Das Problem der Methode in der Staatslehre, Arch. öff. R. Bd. 15 S. 193, Nass S. 17.
- 2) Nass, a.a.O. S. 17 ff.

3) O.Mayer, "Die Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, Arch. öff. R. Bd. 3 S. 1 の下に、行政法学の独立化のために、他の法の分科に属するものを除去すること、行政法規を独自の法学的見地から構成することを意味する。参照、鵜飼・前掲書一五九頁。

- 4) Zorn, Die Entwicklung der Staatsrechtswissenschaft seit Jahrbuch des öff. Rechts Bd. I. S. 65.

(5) Strupp, Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. Bd. 86 S. 387, Nass. a.a.O. S. 18 ナースは、そこで行政法学者が、実践的な行政活動との結びつきの問題を、一度も意識的には提起しなかつたとするが、そのさい、彼は行政法における法の適用が、他の諸法、とりわけ、民法や刑法におけるよりも自由な諸規則に従うものだと前提にたつて批判している。しかしその批判が、行政法の法の一分科としての本質的要請にマッチするか否かは、問題である。

(6) G.Jellinek. a.a.O. S. 48.

(7) Besprechung von Otto Mayers „Französischen Verwaltungsrecht,“ Arch. öff. R. Bd. 2 SS. 150—151.

(8) Gerber, Besprechung von Richter, „Organisationsgewalt,“ Arch. öff. R., N.F. Bd. 13 S. 455.

(9) Dennwitz, System des Verwaltungsrechts, 1448. S. 123. なお、拙稿・前掲論文一三八頁、一四二頁参照。

(10) Jordan, Versuche über ein allgemeines Staatsrecht, nach Affolter: Staat und Recht; Hirths Annalen des Deutschen Reiches, 1903 S. 51. Nass, a.a.O. S. 21 ff.

(11) Rehm, Allgemeinen Staatslehre, (1899) S. 7 Nass, ibid.

(12) Affolter, Staat und Recht, Versuche über Allgemeines Staatsrecht, Hirths Annalen 1903 S. 52. Nass, a.a. O. S. 21.

(13) Nass, a.a.O. S. 22., Zorn, Aufgabe und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristenzeitung, 1900 S. 331.

(14) Heller, a.a.O. S, 349 Nass, S. 23.

(15) Forsthoff, Verwaltung als Leistungsträger (1938) S. 8. Nass, ibid.

四 ナースの、既成行政法学に対する批判の全ては、以上のいくつかの論点をめぐる指摘によつても、到底つくしえない。われわれは、今や、行政実務家としてのナース自身の、積極的な、若干の提言をとりあげながら、行政科学—行政法

学と行政学の新しい方向と課題に、彼がいかなる意味でプラスしているか、をのべなければならぬ。ところで、それはすでにのべたところからも推知しうるように、何よりも、行政の現実把握と行政機能の具体的活動への直視と、そこからする理論の再構成であると、いつてよいであろう。国家の現実的生成について、それがあがままに存在する諸可能性の形姿を再現することをしないで、「諸権限の普遍的な観点の一体系の中に、国家活動を骸骨化する」(Stats-tätigkeit in einem System allgemeiner Gesichtspunkte von Zuständigkeiten zu skelettieren) というやり方が<sup>1)</sup>、つねに、従来の行政法にとつては重要なものようになっていくが、ナースはこれに対して、行政の真正の体系は、その組織的形態からではなく、かえつて、「国家生活における諸機能」(Funktionen im Statsleben)からこそ、出発すべきであるし、かくして、おのずから、行政の対象と課題に向けられることとなろう、と主張する<sup>2)</sup>。彼によれば行政法における今日の科学的認識の重心が、特殊な法学的領域におかれているのは、もはや正当ではないのであるが、現実には、合理主義者達は、法律学的体系の方を、かようなものの現実の認識よりも好んだのである<sup>3)</sup>。しかし、ナースは、こうした態度すなわち、「一つの方法と一つの体系にとつて、現実を犠牲に捧げる」ということは、しかし「つねに学問的偶像崇拜」(wissenschaftliche Abgötterei)なのである、という。そこには、行政の実務家の体験からする耐え難い不満がみられるのであり、法曹にとつては、行政の現実の探究は、何よりも「行政法的労作の彼岸」に始まる、と批難するのである、と断じているのだ。とまれ、行政の全内容が特色ある法思想の中に没入する如き、純粹に法律学的な行政の扱い方は、完全な論理的首尾一貫性をこえて存在する法の社会的機能をのがすものだとするナースの批判は、その限りで傾聴に価するといえよう。いうまでもなく、行政法は、現実について考えれば、行政の生活の一部を形成するにすぎず、ほかならぬこの行政こそ、あらゆるその部門の内的連関と間断なき相互作用によつて、統一へと結合されるものなのであり<sup>4)</sup>、行政における法の力も、本質的には、調和と分

裂、停止、退歩と、かような事象に望まじき発展を維持するところの多様な諸關係に依存するといえるのである。さらに、また、ナースの立場からすれば、行政法を理解するためには、人は行政の眞の状態と思想に近づかねばならぬ。強大な法の諸作用に影響を及ぼすところの、経済的・社会的諸關係を究明しなければならぬのであり、法律家の方法論的一面性は、行政法に対して、究極的には、やはり、たんなる「擬制的主權」(fiktive Souveranität)を要求するものといえるのであつて、行政法での普通概念は、行政家の領域のいわば消極的な側面のみを主として把握している、とされるのである。そうして、その専門的な自負にかられて、法と行政の現実との間の内的統一を否認する如き法律学は、その学問の中に何ら眞の生命を生みだすことはできない、というのが、行政法における現実把握の必要を強調するナースの提言なのであり、かつて、政治家・行政官としての体験を、その行政法、行政学の理論内容に導入した学者であるモール、シュタインへのナースの高い評価も、ここから生れてくるのであろう。

かくして、当面要望されるべき、行政学の具体的な課題について、ナースの所説から、つぎの諸点をとりあげるこゝとができよう。第一は、行政の精神的配列における割目(Bruch)をいかにして克服するかという問題であるが、およそ変動の時代にはこの点が最も拡大され顕在化する。われわれも、ナースとともにいえることは、行政をば「一定の継続した精神的財産」たらしめようとする課題は、法律学的理論と非法律学的実践との間の矛盾が存続する限り、解決されえないのではないか、ということである。この両者は、しかし、ナースによれば、「外部からは調整されえず、ただ専ら了解という内部作用によつて調整されうるのである」のあり、ここでは、行政の全部、その内部的なものとは外部的なものが同時に問われなければならないのである。そうして、行政科学はこの両者について、自覚せねばならぬし、自己を行政の全体的な現実の中に深めなければならぬし、かつその労作を検討し、ついでその課題を明らかにせねばならぬ。それが行政学の問題なのであり、かくして行政学は、行政法の概念的狹隘さと實際上の微少さを克服す

ることとなろう、とナースはいう。第二に、かくして、行政学は現実の行政に対して何らかの奉仕をしなければならぬということである。それは、あたかも、国民経済学が現実の経済に対して、その診断をし、処方箋を提供するのと同じである、としているは興味深い<sup>10)</sup>。そしてもし、行政学がたんに行政的な諸処置の外部的形態と実践的効用を把握するだけでなく、進んで行政の精神的な魂の核心において瞥見するに際して、生じうべき結果への展望をもつてさえおれば、行政学はそれをなしうるだろう、という。行政が人間と特定目的のための手段との、たんなる組織的総括である以上のものたるべきだとするならば、行政は、市民の「心臓」と「意味」を把握しなければならぬし、少くとも、たんに法的に理解できるだけでは充分でない。なぜなら、何人でも法的な形式において行動するということは、概してその行動の意味や目的に関して無関心だということなのだから。かくして今後の行政学の問題としては、理想型の諸機能を再組織する——つまり、行政を、その活動において見、かつ、それをその実践的な意味連関において評価するという必要が生じるが、これを土台にして、行政科学を、「行政学の意味学」(Bedeutungslehre der Verwaltung)にまで作りあげること<sup>11)</sup>、そして、また、行政学の方法が客観的方法に奉仕すべきこと、そのさい、その領域に、過度に特定なイデオロギー問題を導入しない<sup>12)</sup>こと、が要望される。第三に、注目されるのは、行政科学は、医学(Medizin)という見地からすれば、——もしこのように配列することが許されるならば——恐らく、最も人間的な学問である、とのべていることだ<sup>13)</sup>。また、行政学の主題は、たんに現実性を認識するための思考上の手段なのでなく、それはむしろ医学の教科書のように現実性それ自体を再現し、かつ、それが変化しうるものである限りにおいては、それをいかに正しく変化させるか、いわば、その処方箋を教えるのである、とする。また、行政科学のその折々の立場は、一国民の政治的・社会的・文化的な成熟度を反映するので、それは、為政者に対し、価値ある健全な生の営みを教え、かくして、現代の行政家は、あたかも医師の場合と同様に、諸要求を科学的な衝動から創造し、

作業を改善するための、いわば探究する科学者であり助力を与える人間なのである、とのべるのである<sup>14)</sup>。行政法学の非現実性・非実用性を指摘し、行政学の現実的機能のあり方を強調するこのようなナースの注目すべき提言は、行政学をば、行政現象の診断に役立つ実用学たらしめんとする意図のように思われるが、それが科学としての行政学の任務にたえうる責務かどうかについては、なお問題であろう。

さて以上においてナースのポレミッシュな提言をできるだけ整理しつつその趣旨をたどってきたのだが、最後にここで、若干の私見を要約しておきたい。第一に、ナースの、既成行政法学に対する大胆な批判むしろ論難と今後課題としての行政学の実践的任務についての提言は、そのアフォリズム的行論の故に、体系的な、もしくは細部にわたる正確な理解を困難ならしめるが、ナースが、既成行政法学にかくみられた形式論理的体系の平面性を批判し、行政法学者をば、動的な行政現象の現実へ目を向けしめんとする意図は、確かに、妥当な重要な提言であつたといえよう。卒直にいつて、その点に関する限り、多くの既成行政法学が今日根本的な自己反省に迫られていることは、次節でとりあげるベッカーの提言にも、そして何よりも、ペーターズやフォルストホフ等の行政法学者からもみられることであつた。

第二に、しかしながら、それだからといつて、法律学としての行政法学に内在する固有法則性とその主体的任務をば不当に曖昧ならしめることは——少くともシュタインの国家学的Ⅱ行政学的体系への逆行を再現するのでない限り——にわかには賛同しえないところであろう。あらためていうまでもなく行政法学は、その伝統的系譜とその現実的機能において、行政科学的体系の中の、最も重要な分科学の一であるのだし、従つて、行政法学と行政学・行政政策学とのデリケートな理論的・具体的関連のあり方は、必ずしもナースの批判や提言によつて十分に尽されてはいない。むしろその点では、ナースの、実定行政法理論へのある種の無理解すら憶測されるのであつて、結果的には、内

在的な正確な「批判」の限度を超える章句が散見される。

第三に、かくして、わたくしは——いうまでもなく行政法学の立場からの限定は当然回避しえないが——行政法学の当面する二重の課題、すなわち、一は、行政法理論の固有法則性の深化と確立、二はそれを前提としての今日的法学に普遍的な課題たる具体的現実への密着、いわば現実科学として行政法学の果すべき機能の二つの課題をまえて、ナースが後者への重要な示唆を提供したことは認めるものの（このことはつぎにのべるように、W・イエリネックやベツカーの如きが、ナースの論文に言及していることから知られる）、しかし、前者に対する周到な配慮を保持しなかつたのではないかと考えざるをえないのである。そのような点からすれば、われわれのナースへの批判も、ベツカーとイエリネックによつてなされたつぎの批判に賛同してよいだろう。すなわちベツカーは、ナースのこの書をば、批判の書ではなく、「論難の書」(Streitschrift)と評し、「それは行政実務と行政科学の一定の観点の間の調整をその対象としている」と認めつつも、「行政科学は、たとえ行政学と行政政策学が以前よりも大いに注目し、価値するものだとしても、行政法なしにはそれは構成されえない<sup>15)</sup>」としたのであり、また、W・イエリネックはナースのこの書をば、「行政学の支持者は半ば、正当にも、行政法学について腹立たしげな発言をしている」とし、しかしつづいて、このべているのである。「ひとが行政法だけでは行政しえないということ、つまり、技術的知識を欠く行政法律家 (Verwaltungsjurist) は、たとえばこわれた街の建直しをやれないということとは、全く正しいが、しかし、また、たんなる行政科学者は、行政訴訟の判決をなしえない、ということも同様に正しいのだ<sup>16)</sup>」と。

(1) Beyer, Kritische Studien zu einer Systematisierung der Staatsfunktionen, Zeitschr. f. d. ges. Staatr. Bd. S. 422.

(2) Nass, a.a.O. S. 31



3) この点では、ケットゲンのように、ラーバンドやO・マイヤーによつてなされた公法の「Abkapselung」(被膜)に反対した者でもなお、「古い時代の著作物の方法的な雑然さの観点からすれば」多少完結した体系に齊らそうとの行政法学者の試みは、「十分に理解できる」とのべていることが、注目される。Köttgen, Arch, öf. R. Be. 26 S. 368.

4) Nass, a.a.o. S. 32.

5) Köttgen, Deutsche Verwaltung (Anf. 1944) S. 10ff.

6) Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbüchen Bd. 7 S. 24 und 91. Nass, a. a. o. S. 34以下。

7) Nass; a.a.o. S. 34, 37. モールはドイツ帝国司法大臣、バーデンの公使および会計検査院長等の行政官の経験をもつていたし、シュタインもシュレンスウィヒホルスタインの国会議員、外交官の経験をもつていた。

8) Nass, a.a.o. S. 37

10) Nass, a.a.o. S. 129.

11) Nass, a.a.o. S. 131.

13) Nass, a.a.o. S. 137, S. 151.

14) Nass, a.a.o. S. 137

15) E.Becker, Stand und Aufgaben der Verwaltungswissenschaft, (Festschrift für Giese, zum Geburtstag) S. 25.

16) W.Jellinck, Verwaltungsrecht, (1950) Nachtrag. S. 13. その意味で、ナースのいわは哲学談義的な所論は、多くの実証的な行政法解釈学者を内在的論理に即して説得せしめることはできないであろう。