



| | |
|------------------|---|
| Title | オットー・マイヤーの『法律の支配』論についての研究 |
| Author(s) | 内藤, 陽 |
| Citation | 北海道大学. 博士(法学) 甲第14287号 |
| Issue Date | 2020-12-25 |
| DOI | 10.14943/doctoral.k14287 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/80204 |
| Type | theses (doctoral) |
| File Information | Naito_Akira.pdf |



[Instructions for use](#)

博 士 論 文

題 名

「オットー・マイヤーの『法律の支配』論についての研究」

北海道大学 法学研究科 博士後期課程
内藤 陽

目次

| | |
|----------------------------|-------|
| はじめに | 1 頁 |
| 第 1 章 先行研究の概観 | 12 頁 |
| 第 1 節 日本 | 12 頁 |
| 第 1 款 塩野宏 | 13 頁 |
| 第 2 款 森田寛二 | 16 頁 |
| 第 3 款 松戸浩 | 19 頁 |
| 第 4 款 石川健治 | 23 頁 |
| 第 2 節 ドイツ | 28 頁 |
| 第 1 款 バッホフによる問題提起 | 29 頁 |
| 第 2 款 二つの本格的な研究 | 31 頁 |
| 第 3 款 最近の諸研究 | 39 頁 |
| 第 2 章 国家と国家権力 | 45 頁 |
| 第 1 節 分析の視点 | 45 頁 |
| 第 2 節 国家 | 48 頁 |
| 第 1 款 公共体としての国家・外部秩序としての国家 | 48 頁 |
| 第 2 款 Volk と領土 | 55 頁 |
| 第 3 款 | |
| 第 3 節 国家権力 | 61 頁 |
| 第 1 款 事実としての Macht | 61 頁 |
| 第 2 款 「領邦君主の諸高権」から「国家権力」へ | 70 頁 |
| 第 3 章 法学的な方法論 | 78 頁 |
| 第 1 節 「法学的な方法」 | 78 頁 |
| 第 1 款 基礎としての民法論 | 78 頁 |
| 第 2 款 法観念論 | 81 頁 |
| 第 2 節 国家と法学 | 93 頁 |
| 第 4 章 行政法秩序 | 98 頁 |
| 第 1 節 『フランス行政法の理論』 | 100 頁 |
| 第 1 款 『フランス行政法の理論』の行政法体系 | 101 頁 |

| | |
|------------------------|-------|
| 第 2 款 権力分立論 | 113 頁 |
| 第 2 節 規範理論 | 118 頁 |
| 第 3 節 『ドイツ行政法』 | 128 頁 |
| 第 1 款 行政法秩序の基本構造 | 128 頁 |
| 第 2 款 権力分立と行政法秩序 | 135 頁 |
| | |
| おわりに | 141 頁 |
| | |
| 補 論 行政行為論 | 143 頁 |
| 第 1 節 行政法秩序における行政行為の役割 | 143 頁 |
| 第 2 節 「行政行為論」の歴史的意義 | 147 頁 |
| | |
| 【主要文献一覧及びその略語について】 | 154 頁 |

はじめに

本論文で筆者は、ドイツの行政法学者オットー・マイヤー（Otto Mayer）がその主著『ドイツ行政法¹』で論じた「法律の支配（Die Herrschaft des Gesetzes）」についての、学説史的観点からの、そして内在的な解析作業を行う。

以下では、このことについて、導入部として必要な限りにおいて、説明を行う。

まず、研究作業の対象であるオットー・マイヤーという法学者の人物像について簡単に確認をしよう。

さしあたり、オットー・マイヤーが、「近代行政法の方法の真の創造者でありクラシカー²」であるとかつてエルンスト・フォルストホフに評価され、またドイツのみならず日本においても一般にそのように扱われてきた法学者であることは周知の事実であるといっていいただろう。例えば現代のドイツの代表的な教科書では、マイヤーについて、彼が行政法の総論の完結した体系を始めて作り上げた人間であり、行政行為に代表される彼が生み出した諸々の法概念・法制度が行政法学から無くなることなどもはや想像もできない³、と評している。

もっとも、このような先駆者への尊敬の記述がなされる一方で、マイヤーが、常に、その時代の学問上の諸見解から、「従来の行政法学」あるいは「伝統的行政法学」を象徴する人物として克服されるべき対象とされてきたことも、両国の公法学説史にとって共通する事柄であるといえる⁴。そもそも、すでにフォルストホフが先述のような評価をする一方で、マイヤー行政法学を乗り越えるべき対象として位置付

¹ マイヤーの主要文献の書誌情報および引用方法に関しては【主要文献一覧及びその略語について】参照のこと。

² Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 10. Aufl., 1973, S. 51. なお以下では同書を Forsthoff, *Lehrbuch* と表記するが、このように主要な参考文献も略語で表わす。その引用方法については【主要文献一覧及びその略語について】参照のこと。

³ Dirk Ehlers, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, in: Dirk Ehlers/ Hermann Pünder(Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15.Aufl., 2016, S. 184 f.

⁴ いまなお、Bachof, *Dogmatik*, S.200 ff, における「オットーマイヤー行政法学を中心とする伝統的行政法学に対してなされている批判」の紹介が、内容面での概観を与える。なお第1章第2節第1款参照のこと。

けようとしていたし、現在でもいわゆる新行政法学⁵の立場からさえも、従来の行政法学の不十分性、すなわちその学問的関心の一面性・その方法論が時代遅れであることについて責任を負うべき創設者としてマイヤーの名が挙げられることがある⁶。もはやマイヤーは年表においてのみ現在の知見と繋がりうるだけの歴史上の存在にすぎない、という見方もできるのかもしれない。このような見解からすれば、公法学上の問題を論ずる際には該当する概念等の沿革に触れる必要があるという一種の「お作法」があるのであって、あくまでその限りにおいてマイヤーの名前やその議論に言及すればよい、ということになるだろう⁷。

そこで次に、かような状況を踏まえて、なぜ今マイヤーの理論を研究することに現代的な意義があるのかについて、筆者はここで説明する義務があるだろう。

第一の理由は近年のドイツ公法学説史に関する研究動向を鑑みて、とりわけ方法論を中心とするマイヤー行政法学理論の読み直しが必要だからである。

この論点につき、従来のマイヤー理解の最大公約数は以下のようなものだろう。

まず、マイヤーの学問上の方法はいわゆる法学的方法と名付けられているものであるとされる⁸。ここでいう法学的方法とは、私法学に源流を持つ、カール・フリードリヒ・ヴィルヘルム・フォン・ゲルバーやパウル・ラーバントらいわゆる公法実証主義者達によってまず国法学において展開されたところの特定の方法である。その具体的内容は、ラーバントが教科書の巻頭において述べたように、法外の素材を追放した所与の法的素材、すなわち実定法素材の完全かつ信頼に足りうる確定と、私法学に由来する様々な概念によるそれらの支配によって行われる論理的作業である、とされる。マイヤーはこの方法を行政法の領域で展開したことに意義があるとされる。すなわち、マイヤーはこの方法を、学問上の師匠の一人であるラーバント

⁵ 邦語文献として、さしあたり、参照、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013）27頁以下。

⁶ Dirk Ehlers, Otto Mayer (1846-1924), in: Peter Häberle/ Michael Kilian Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2. Aufl., 2018, S. 65.

⁷ 実際のところ、現在の我が国の行政法学においては、もはやマイヤーについて言及しない教科書が増えているようである。稲葉馨＝人見剛＝村上裕章＝前田雅子著『行政法【第4版】』（有斐閣、2018）、芝池義一『行政法読本【第4版】』（有斐閣、2016）、高橋滋『行政法』（弘文堂、2016）など。もっとも、そのような方針が内在的な理由に基づくのか、それとも単に紙幅の要請あるいは該当書籍が学習者向け教科書であるという性質によるものなのかについては、差異がありそうである。

⁸ ここでは、遠藤博也「行政法学の方法と対象について」『行政法学の方法と対象』（信山社、2011）24頁以下を参照した。

から受け継ぎ、行政法学の領域で展開したのである。もっとも、マイヤーの行政法学理論を検討すると、そこには国法学実証主義達の法学的方法を単に転用しただけではないと評価しなければならない数々の議論が行われている。そして、このことは、『ドイツ行政法』の2版の序文におけるマイヤー自身の「人が私を『法学的方法』の代表者と呼ぶならば、このことは、ほかにこの点でその名に値する者はいない、ということの意味してはならない。私の方法は、自認しなければならない特性を持っている」という記述によっても裏付けることができる。かような特性を——特に上記引用箇所が続いて、マイヤー自身がヘーゲルから影響を受けていると記述していたこと重視しながら——念頭に置きつつ、マイヤー行政法学の全体的な分析及びその評価を進めていく。

以上のような理解が、従来の方法論についての検討を含んだマイヤー研究の基本的な叙述スタイルであった⁹。

ところが、このような従来のマイヤー研究の分析においていわばマイヤーの立場を評価する物差しとして使用されるドイツ国法学実証主義およびその法学的方法論の理解に関して、学問上の再検討が進んでいるのである。

この研究動向を法思想史学者の西村清貴は以下のように説明している¹⁰。

国法学実証主義の再検討を提唱する学者の代表例であるのがヴァルター・パウリーである。彼は、ラーバント国法学の方法論について、従来強調されてきた法学における論理的要素の排他的支配という把握は適切ではないことを指摘した¹¹。パウリーによれば、ラーバントにとって法学的方法とは法獲得と法の体系的構成の二つ

⁹ 参照、塩野『構造』、53頁以下、同「マイヤー」伊藤正己編『法学者 人と作品』（日本評論社、1985）48頁、Huber, *Methode*, 19-81, S. 14 f.

¹⁰ 以下につき、西村清貴『近代ドイツの法と国制』（成文堂、2017）5～9頁。なおこの著作に対する重要な書評として、服部寛「書評：西村清貴『近代ドイツの法と国制』（成文堂、二〇一七年）——法哲学の側から——」法の理論 37号（2019）253頁、及び、藤川直樹「書評：西村清貴『近代ドイツの法と国制』（成文堂、二〇一七年）——法史学の側から——」同 273頁。

¹¹ Walter Pauly, Paul Laband. *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, in: Helmut Heinrichs/ Harald Franzki/ Mischael Stolleis (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S. 305-311（なお邦訳として、ヴァルター・パウリー（土屋武訳）「パウル・ラーバント 学問としての国法学」ヘルムート・ハインリッヒス＝ハラルド・フランツキー＝クラウス・シュマルツ＝ミヒャエル・シュトレイス著（森勇監訳）『ユダヤ出自のドイツ法律家』（中央大学出版部、2012）468頁以下、がある）、ders., *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Deutschland*, in: Armin von Bogdandy/ Pedro Cruz Villalón/ Peter Michael Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. II, 2008, S. 469 ff.

のプロセスからなるものであり、従来の見解が想定していた極端な概念操作、すなわち論理だけがその作業を支配するのは後者だけなのである。西村は、かようなパウリーの主張はベルント・シュタルターの編集によるラーバントの講義原稿の公刊¹²によって、哲学的、国家理論的、歴史的考察が彼の公法法学理論の前提とされていたことが明らかにされつつあることによって改めて確認される、と論じる。

西村によれば、このようなラーバントの法学的方法は、フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーに代表される歴史法学の方法論と接続しているものであるが、ゲルバーも歴史法学の方法論をきわめて意識的に踏襲していることもカルステン・クレマーにすでに指摘されている¹³。要するに、パウリーが指摘したラーバントの法学的方法上の特徴は決して彼独自のものではなく、いわゆる国法学実証主義に分類された諸学者にある程度共通したものとして考えることができる。また、近年では政治家としてのゲルバー・ラーバントへの注目した人物研究や、当時の政治的文脈を踏まえたうえでより精確な彼らの国法学の政治的位置づけを行う研究も試みられている。結局のところ、「今後の実証主義国法学研究は、従来の『実証主義者』ゲルバー、ラーバントといった…虚像から解放されたうえで、彼らの実像の探求に取り組まなければいけない」と西村は結論付けるのである。

さて、このようないわゆる国法学実証主義者に関する様々な研究動向は当然行政法学者オットー・マイヤーに対しても影響が及ぼされるべきである、というのが本論文の基本的な立場である。つまり、先に述べたように、これまでのマイヤーの理論の検討は、従来理解されてきたところの国法学実証主義的法学的方法では理解しえない固有性があることを前提としたうえで、それを対象化することによって進められてきた。けれども、近年の研究によってその実証主義的法学的方法の新たな理解が進められているのであれば、当然にマイヤーの行政法学理論についても何らかの見直しをする必要があるだろう。法史（Rechtsgeschichte）の領域において行われているより広い視野からの人物的研究は、マイヤーの行政法学をこれまでの位置づけから一度解放したうえで、新たな学説史的な文脈において位置づけることができる可能性を示唆しているようにも思われる。

マイヤーの理論を分析する第二の理由は、今述べた第一のそれと比較して至極単純なものである。このことは研究対象の範囲とも関連するのだが、すなわち、マイ

¹² Paul Laband, Bernd Schlüter (Bearb. u. Hrsg.), Staatrechtliche Vorlesungen, 2004.

¹³ Carsten Kremer, Die Willensmacht des Staates, 2002.

ヤーの行政法学理論の基礎中の基礎である、いわゆる法律の法規創造力——本論文はこれを「法律の法命題創造効力」と正しく訳すべきであると考え、とりあえずここでは定訳を使用する——・法律の支配・法律の留保からなる「法律の支配」について、いまだ「その内容、これらの三つの原則の相互関係」について議論があるとされ、未解決の問題だからである。この問題に関する諸説の詳細については次章で検討するが、いずれにせよ、かような状態であることは我が国のマイヤー研究の第一人者である塩野宏をして現在も認めていることである¹⁴。本研究は、行うと作業を通じて、この未解決の状況の解決を目指す。「法律の支配」の三原則は少なくとも、我が国においてはどの教科書においても論じられる行政法学の基礎的な概念である。たとえ、もはやマイヤーが「歴史上の人物」であったとしても、この基本原則が元々どのような内容を持つものであったのか、ということについて未解決にしたまま放置しようとするならば、それは学問的誠実さに欠ける態度となると言わざるを得ないだろう。

第三のマイヤー研究を行うことの現代的な意義は、法律概念論及びそれに関連する諸問題に示唆を与えうることである。すなわち、本研究作業によって明らかにされるマイヤーの法律の支配論は、現在は主として憲法学の領域で論じられている法律概念論および立法府と執行府の権限配分に関する諸問題に対して何らかの示唆を提供することが予定されている。この点について、石川健治による議論を借りながら説明しよう。石川は、法律概念・立法概念を巡る諸議論の状況に関して、憲法学と行政法学が「生き別れの状態」となっていることを指摘している。そして、両者の対話を再開する必要があるのであれば、憲法学はマイヤーの議論を反省する必要があると述べ、さらには、いっそ憲法学がマイヤーの議論に乗り換えることも検討に値するのではないかと述べている¹⁵。筆者は、本論文の結論として、石川に賛同し、憲法学は今後マイヤーの議論を採用すべきだ、と主張しようとは考えていない。しかし、法律や「立法」概念といった公法学における基礎概念の理解について、二つの学問分野が「生き別れの状態」となっている状況はやはり好ま

¹⁴ 塩野宏『行政法Ⅰ【第6版】』（有斐閣、2015）77～78頁。また、宇賀克也『行政法概説Ⅰ【第6版】』（有斐閣、2017）28頁、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013）56頁以下。

¹⁵ 石川健治「国会 総説」芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎編『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社、2011）296～297頁。

しくはないだろう¹⁶。もっとも、両学問分野を架橋することは、おいそれと取り掛かることができる性質の作業ではない。本論文では、マイヤーの研究を通じて、それに資する材料を提供することが目指されることになる¹⁷。

以上が、本論文が想定するところのマイヤー行政法学理論の、特に「法律の支配」の問題を今研究することで得られるだろう意義である。

次に、これから行う諸々の作業が対象とするところのテキストや作業手法の明確化を行おう。

研究の主たる対象は、マイヤー行政法学理論の基礎である法律の支配に関する「その内容と、これらの三つの原則の相互関係」であり、本研究で主に使用されるテキストはマイヤーの主著である『ドイツ行政法』第1巻である。

ところで、先に述べたようにこの問題に関しては、研究がこれまで何も進められていなかったのではなく、むしろこれまで様々な研究が行われてその内容についての解釈が提出された結果、決着がついていないという事情がある。単にこの論点に関する新たな見解をひとつ増やし、さらに議論が混迷を深めたという結果に終わることは、本論文が最も避けなければいけない事態である。

このような事態を避けるために、本研究はマイヤー法律の支配論に対して、従来の諸研究ではなされなかった徹底的な検討を行う。そのために本論文は次の三つのアプローチを採用する。

第一に、本論文はマイヤーの法律の支配の三原則それ自体の論述だけを分析の対象としない。次章の先行研究の確認において個々に確認されることになるが、これまでの研究の問題点として、マイヤーがそれぞれの原則の内容の定義として記述している数行を抜き出し、それぞれの意味や組み合わせの構造を各論者の観点において組み立て、而してそれがマイヤーが法律の支配について述べたことなのである、として解釈を提示する傾向があった。本論文はそうではなくて、むしろ法律の支配論のマイヤーの行政法学理論における位置付け乃至その役割、意義を明らかにすることで、その具体的内容も自然と明らかになるはずである、という見解に立つ。冒頭に掲げた「解析作業」という言葉の意味はこのことを指す。本論文は、法律の支

¹⁶ 二つの学問分野の分裂状況は、この他にも例えば「行政」概念について存在している。参照、塩野・前掲注(14)、89頁注(10)、及びそこで掲げられている諸文献。

¹⁷ それゆえ、例えば立法府と執行府の権限配分に関して、憲法学と行政法学という二つの学問分野を架橋するより良き理論がマイヤー研究によって生み出される、というような非常に喜ばしい成果を保証するものではない。

配論という彼の理論の一部分を直接の対象としながらも、考察の対象となるのは、マイヤーの行政法学理論全体ということになる。もっとも、その全てを作業対象とすることは筆者の力量を遥かに超えた作業であるし、実際に内容を検討せずとも法律の支配論の理解にとって不必要となる部分についてあたりを付けることは許されるであろう。そこで、本論文ではオットー・マイヤー行政法学理論の総論部分について、その具体的構造を、つまりマイヤーの行政法学理論はいったいどのような仕組みとなっているのかについて考察する。この作業のために、彼の国家論や法学的方法論についての分析も行うことになる。

第二のアプローチはテキストの取扱いについてである。マイヤーの『ドイツ行政法』が三度版を重ね、特に初版から2版において多くの叙述の変更が行われたことはよく知られている。それゆえ本研究は、従来行われてきたような版ごとの総合的な評価¹⁸に満足せず、どのような記述の変遷が行われているのかについて常に気を配りつつ諸作業を行うこととする。また、『ドイツ行政法』だけではなく、『フランス行政法理論』やマイヤーがその内容に相当の自信を持っていた¹⁹『ザクセン王国国法²⁰』や、そして彼が記した多くの論文・書評も参照する。この作業を通じて、『ドイツ行政法』の記述の実は前提であるような諸概念や議論を理解し、『ドイツ行政法』の精確な内容の把握に努める。

第三に、先に述べた国法学実証主義に関する研究動向を意識して、広い視野に立って学説史の見地からの検討を行う。このことは、従来の研究と異なり、比較検討を行う対象がフランスの法学者やドイツの国法学実証主義者達に限られない、ということの意味する。このことを通じて、従来の研究とは異なるマイヤー理論の学説史上の位置づけが明らかになるだろう。

さて、最後に、本研究で行われる諸作業の基本的性格について、筆者自身の学説史研究のありかたについての見解を説明することを通じて、簡単に述べておきたい。

これまでの説明を敷衍すれば、本研究で行われる作業は、『ドイツ行政法』の総論における諸々の概念の内容やそれらの組合せの構造等を正しく理解し、そのうえで

¹⁸ このようなものとして、Ino Augsberg, "Groß Neues ist ja nicht nachzutragen" Walter Jellineks "Verwaltungsrecht" in der frühen Bundesrepublik, in: Carsten Kremer (Hrsg.), Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977), 2017, S. 11 f.

¹⁹ Selbstdarstellung, S. 18.

²⁰ Sachsen, 1909.

マイヤーが提唱した「法律の支配」の精確な把握を行う、ということである。要するに、あくまでもマイヤーの法学理論＝学説そのものの内在的な検討である。

ところで、かような研究作業に対して、学説史研究としての不十分性を指摘する批判がいくつか浴びせられるかもしれない。

例えば、学説史研究は、作業対象となる「古きドグマティック」を単に再構成するだけではなく、そこで取り扱われた諸概念の理論的・社会的条件について体系的な省察を行い、ドグマティックの検討においてそれを反映しなければならない、という見解がありうる²¹。このような見解に立てば、本研究作業は、マイヤーのドグマティックの単純な分析にとどまるものであり、その前提にある諸条件について十分に目を向けていないため、不十分なものである、と評価されよう。

あるいは、クリストフ・シェーンベルガーが述べるように、法学、とくに公法学という知的な営みは、立法・行政・裁判などの社会で行われる広い意味での実務と直接に連関しているのだから、かような法実務の存在を無視するような、公法学の一分野としての学説史研究は存在し得ない、という見解がありえる²²。このような見解に基づけば、本研究は、当時のドイツで行われていた例えば行政に関する法実務からマイヤーがどのように影響を受け、また彼の理論が実務にどのような影響を与えたのかについて検討が行われておらず、内容的に不十分なものである²³、として批判の対象となろう。

さらに、より単純に、学説史研究は、特定の物差しをもって外在的評価を行い、その限界を指摘することを必須なものとして考える見解——実際のところこのような見解は、「かつての理論」を現在の我々は乗り越えていかなければならない、というような一種の脅迫的な観念がしばしばその背後に潜んでいるようにも思われる——もありうる。この立場からすると、本研究は、例えば、マイヤー理論や彼の用い

²¹ Vgl., Dieter Simmon, Walter Wilhelm (1928-2002) Eine Erinnerung, *Rechtsgeschichte* 2, 2003, S. 144.

²² Christoph Schönberger, *Wissenschaftsgeschichte als Schlüssel zur Geschichte des öffentlichen Rechts?*, *Rechtsgeschichte* 19, 2011, S. 285 f.

²³ もっとも、シェーンベルガーも、まさにマイヤーの『ドイツ行政法』を例として、ある学説理論が現実に実務にとってどのような影響を持ったのかを解き明かすことは困難であるし、そもそもその理論が提出された当時においてすら影響力の有無が自明ではなかった場合があることを認める。学説史を描くにあたり重要なのは、学問と実務の関係に関して、学問上のもので提出された議論のうちに常に実務における関心や問題ごとなどの影響を読み取ることができるとは限らない、という認識をまず持つことである、とシェーンベルガーは述べている。Schönberger, a.a.O. (Anm. 22), S. 289.

る諸概念について、君主主権から国民主権への移り変わりという主権の所在の変化を念頭に置くところの時代を超えた通用性の有無について検討が十分に行われていない、という批判を受けることになるのかもしれない。

かような想定される諸批判に対して応答するならば、まず、筆者はこれらの批判のそれぞれにおいてそうあるべきものとされる学説史研究の在り方を否定するものではない。むしろ、様々な関心に基づき様々な手法から行われる研究作業が提出されることが健全である、と考えている。様々な成果を照らし合わせることで、諸対象の実像にヨリ近づくことができるからである。しかし、このような理想的な研究状況が実現するためには、まず、諸研究の共通基盤をなすような対象それ自体についてのできる限り精確な把握が提示されていることが必要であるように思われる。対象テキストの諸前提や実務との因果関係に目を向ける前に、まずその叙述についての正しい理解が必要である。本論文は、マイヤー行政法学理論の法律の支配論について、その理解の獲得を試みるものである。筆者は先に挙げたような諸々の学説史研究にとって出発点としての基盤を提供することを目指しているのである。

もちろん、学説史研究において、その対象が学説そのものであれ、あるいはその学説を唱えた個人であれ、関連するあらゆる事柄や論点をくまなく正しく記述することは不可能であろう。さまざまな資料を駆使して、その対象を解釈的再構成して説明し、そのうえで特定の検討をすることだけが可能なのである。単に対象のテキストを記述・引用する場合でさえ、意識的にであろうと無意識的にであろうと、記述者の「関心の遠近法」が働いており、記載に値するかしないかの判断を通じて情報の取捨選択が行われている²⁴。この意味で、学説史研究とは、実際は後世の人間による特定の学説の一種の解釈作業にほかならない。言い換えれば、本論文とは、すでに現存しているオットー・マイヤーの「法律の支配」論の内容についての筆者の主観的な確定作業でしかない。

本研究は、かような限界を認識しつつ、それでもなお、まず可能な限りテキストに即物的な解釈を行うことを目指すものである。それゆえ、外在的な評価に依拠した作業や対象の諸概念の社会的・経済的等の前提条件の探求等は必要不可欠な限りにおいてしか行わない。本研究のこのような姿勢の正当性は、作業の結果として提出されるマイヤー「法律の支配」論の筆者の説明が、読者にとって説得力を持っていることによって、はじめて証明されることになるだろう。むしろ、筆

²⁴ 本文の叙述については、野家啓一『物語の哲学』岩波現代文庫（2005）119～124頁を参考にした。

者はこの説得力を十分に獲得できるよう、分析の精度を高めなければいけないことは言を俟たない。

さて、本論文の構成について説明しよう。

第1章では日本及びドイツの先行研究について検討する。ただし、日本に関しては「法律の支配」について議論状況につき確認がなされるが、ドイツに関してはむしろオットー・マイヤーに関する主要な総合的研究の検討が行われる。このような性質の諸作業が行われるのは、マイヤーに関するドイツの研究史を日本に紹介すべきであろうという外在的な理由と、本論文のこれ以降行われる作業にて使用される文献——さらに文献中で扱われている議論そのものを——紹介するという内在的な理由による。

第2章からマイヤーの行政法学理論の具体的な分析作業に進む。まず分析されるのは彼の国家論である。マイヤー法理論の支柱ともいえるこの論点を正しく理解することなくして、彼の議論を精確に理解することはできないだろう。ところで、本論文のマイヤー国家論分析の独自性は、従来の日本の研究ではあまり行われてこなかった国法学的視点からそれが行われるという点にある。また、国家の主要な構成要素である国家権力概念の分析において、国家権力の実在性につきマイヤーがどのように根拠づけたのか、ということについての検討作業を通じて、次章で行われるマイヤーの方法論検討の準備も行われることになる。

第3章では彼の方法論の分析が行われる。冒頭で述べたように、彼の「法学的方法論」は現在において見直しと新たな位置づけが必要である。そこであくまでも内在的に彼の方法論を分析し、それを明らかにしたあとで、他の方法論との関係性について判定が試みられる。ここで分析の鍵概念となるのが「観念 (Idee)」である。章を通じて、この概念がマイヤーの方法論において決定的な意義を持っていることが論証される。

第4章では、行政法秩序の議論に進む。ここで注目されるのは客観法としての法命題である。この決して主観化されない法命題こそが、彼の行政法秩序を体系的に構成する素材としての法概念であり、一方でまた、国家権力の法化という観点からみればひとつの法的な設備 (Einrichtung) とも見ることもできるものである。この法命題を検討の鍵概念として、マイヤーの行政法秩序を、それがどのようにして発展し完成したのかという学説史的作業を通じて、その具体的内容や仕組みを明らかにする。そして、これまでの議論で積み上げた成果を利用して、「法律の支配」について本論文の解釈を提示する。筆者の見解では、この「法律の支配」は、マイヤ

一が求める行政法秩序が成立するための前提的議論である。それゆえ、結論から言えば、マイヤーが「法律の支配」において論じている内容は、あらゆる点において、彼の諸々の基本的な法概念や前提において意味を持ち、またそこで生じた必要性に応じて組み立てられている内容なのである。

このような作業を経て明らかにされたマイヤーの法律の支配論を踏まえたときに、「行政法学の基本原則たる法律による行政の原理の中身は、オットー・マイヤーが整理した法律の支配の三原則である」という説明を、今後もなお維持していくことには意義があるのか。これが、本論文全体に関するまとめと共に、「おわりに」で論じられる問題である。

なお最後に、ここまで行われた検討で取り扱われない行政行為に関する検討が補論として添付されることになる。

第1章 先行研究の概観

本章では先行研究を確認する。第1節では我が国におけるオットー・マイヤーが唱えた法律の支配論に関する代表的な諸研究が、そして第2節ではドイツ本国においてのマイヤーについての総合的な研究が作業の対象となる。

第1節 日本

オットー・マイヤーという法学者を端的に表現するとすれば、現在我々が一般的に考えるところの行政法学という学問領域をいわゆる法学的方法に基づいて創り出した学者である、ということになるだろう。もちろん、このような意味での「行政法学者」の先駆者として、フリードリヒ・フランツ・フォン・マイヤー（F. F. マイヤー）の名を挙げることは可能であろうし、マイヤー自身が『ドイツ行政法』にて F. F. マイヤーに言及しその方法論を称えていた。けれども、その後の学問上の影響力を鑑みて、やはり「行政法学の創設者」の名称はオットー・マイヤーにこそふさわしいと受け止められているといえるだろう。

ところで、マイヤーという個人によって一つの学問領域が決定的な形で拓かれたという経緯があるゆえに、これまで行政法学者を主として数多くの公法学の研究者達が、自身の議論を行うにあたり、マイヤーの論述をその出発点に設定し、それについて何らかの批判や位置づけを行うことで論理の展開を行ってきた。このことは本論文が直接の対象とする法律の支配論についても当てはまる。そこでは「法律の支配」の三原則は、行政法学の基本的原理と目されているいわゆる「法律による行政の原理」と同一視され、その内容や関係性、限界、現代的意義、改鑄の提案などさまざまな議論が行われてきた。そうして提出された諸々の業績を見渡せば、マイヤーの法律の支配論そのものについての理解もそしてその各論者による個別的な意味付けには様々なものがあり、塩野の言葉を再度借りれば、「オットー・マイヤー

の所説の日本における受容のありかた」は「必ずしも一様ではない¹⁾。網羅的にこれらの議論を取り上げることは実質的に不可能であろう。

そこで、本節においては、我が国においてマイヤーの法律の支配に対して、それぞれ固有の観点をもって検討作業を行い、かつ学界に対して一定の影響力を持っていると思われる、塩野宏、森田寛二、松戸浩、そして石川健治の諸説を検討しよう。というのも、日本公法学に存在するマイヤーの法律の支配に関する諸理解も、大まかに見ればこれらのどれかに関係しているものであるように思われるからである。

以下では、各論者の議論がそれぞれ確認される。ただし、本款の目的は、各議論それぞれについて個別に批判するというよりも、むしろ各論者のそれぞれの法律の支配論解釈がどのように提出され・どのような関係にあるのかを学説史的に確認することにある。それゆえ、各説に対する検討も限定的な範囲で行われることになる。

第1款 塩野宏

我が国のオットー・マイヤー研究史における最も重要な業績として、1962年に出版された塩野宏による『オットー・マイヤー行政法学の構造』を挙げることに異論を唱える人間はいないだろう。現在に至るまで、この塩野の研究に比肩するようなマイヤーに関する総合的な研究は提出されておらず、我々が一般に抱くマイヤー像は塩野が描いたそれからほとんど更新されていない、と言っても過言ではないかもしれない。さらにマイヤー研究史のひとつとして塩野の業績に外在的評価を行えば、明らかに次節で述べるドイツのそれと比較して先行していたものであった。結論から先に言えば本論文は、マイヤー行政法学理論の理解について、塩野が提出したものとは異なる視点から検討を進めたものになるが、しかしその作業は常に塩野の業績のうえで行われているものであることはここに記しておきたい。

さて、『構造』において示された塩野宏による法律の支配論の具体的な解釈についてであるが、それはマイヤー行政法学の基本構造の把握に全面的に基づいているものである。それゆえ、まずその確認から行おう。

塩野『構造』におけるマイヤー研究の特徴は、「形式的法治国概念」と「企業的（アンシュタルト）国家概念」の重層性がマイヤーの行政法学理論の基盤にあると解釈

¹⁾ 塩野宏『行政法 I [第六版]』（有斐閣、2015）78頁

し、その重層性に従って総合的な解釈を行ったことにある²。

塩野によれば、マイヤー行政法学の第一次的基盤は「形式的法治国」であるが、実質的基盤であるのは「企業的（アンシュタルト）国家概念」である。それは、すなわち、社会的事実として国家を構造的に考察したものであり、国家は社会生活を維持するだけでなく、社会生活それ自体の中に立ち入って私人と同様に、しかし私人とは異なる方法で「広い、しかも積極的活動を前提とする事実的存在者としての国家」のことである。これを塩野は、当時のドイツで進んでいた国家機能の拡大という現実マイヤーが対応しようとしていたものであると受け止めた。

もっともかような事実的存在としての国家も「その実際の活動場面においては、少なくとも重要な部分を法律の規則の下におく」べきである、ということが行政法学者としてのオットー・マイヤーが行った主張であった。この要請が、国家活動の方式に関して法的な合理性をあたえるところの「形式的法治国」の観念となる、とされる。

しかし、塩野がマイヤー理論に関してさらに強調するのは、両国家観の関係はこのような結合関係にあるだけでない、ということである。「形式的法治国概念は、……企業的國家により、さらにそこにおけるポテンシアルな力を顕在化させる行政概念により、概念に内包を与えられ、修正さえ要求されるに至る。すなわち後者は、國家目的遂行のための合目的論理であり、方法論的修正さえも行ったのである」。マイヤーにとって行政法学の基本的支柱であるはずの形式的法治国は、國家観においては「第二義的意味」を持つものであって、この限りにおいて一つの可能体・要請に過ぎないものであり、「これに対する規制原理乃至その形式を埋める原理として、拡大する行政概念が企業的國家観に底礎されつつ機能」をするものである。こうして形式的法治国は、その形式性における自由主義的要素すら後退せしめられる可能性を持っている、と塩野はマイヤーの議論を評するのである。

さて、マイヤーによればこのような形式的法治国概念は司法の領域においてはすでに実現されているのだが、現代ではそれが行政の領域においても実現されるべきである、という。それが、行政の *Justizförmigkeit* が傾向として要請されるということであるのだ、と塩野は考えた。そして法律の支配とは、まさに、この行政の *Justizförmigkeit* の原則の第一に掲げられたものと塩野は解釈したのである。

以上のような理解のうえで、法律の支配の三つの中身の内容について塩野は以下

² 以下で塩野が考える国家概念の重層性については、参照、塩野『構造』、83頁以下及び107～108頁。また、法律の支配論については、同書111頁以下。

のように説明した。

法律の法規創造力とは、「一般的規律は立法権の独占するところであるとし（もちろん委任立法は認められる）」で、これが「法律の支配の直接的内容を明らかにするもの」である。

次に、法律の優位は、「司法の領域で暗黙のうちに認められていた『法律は法律によってのみ廃せられ、法律に反するものを自ら廃止しまたは無効にすることができる』という法律の優位の原理」である。この原則は、それが「何が法であるべきか、またしからざるかを自ら規定することができる」のが行政であるから、「実地的意義を持つ」のである。

最後に、法律の留保である。塩野は、マイヤーの議論を、以下のように要約する。すなわち、法律をその欠くことのできない活動根拠とする司法と異なり、行政活動は法律への依存関係を保持し得ない。国家は行政活動において、法律は行政の特に重要な対象に対してのみ国家行為の条件として形成されるのであり、そのほかの場合、執行権は自らの力で活動するのである。したがって、「かの特別に示された対象領域における執行権の独立的行動を排除すること、それが法律の留保の観念となるわけである」、と塩野は説明している。

このように法律の支配の三つの原則を説明したうえで、塩野はこれらがどのような相互関係にあるのかについて筆を進めた。彼によれば、この三つの原則のうち法律の優位及び留保は「行政が司法と異なる所以を示すもの」であり、「法律の法規創造力に含まれる二つの下位概念」である。まず、法律の優位は「司法においては黙示的に認められた観念であるが、それを特に行政の為に明確化する必要上措定されるもの」であり、「法律の支配の徹底を目指す過程における行政の特質を表明した原理」である、とされる。法律の留保についてであるが、彼は興味深いことにそれを『構造』においては「行政における法律の支配の限界」として評価した。

このような評価が行われた理由は、塩野が法律の優位と留保において、そこでは「企業的国家観を基盤とする行政の法律からの自由と行政の具体的法の創造機能が語られている」ものであるという理解をしていたからである。すなわち、マイヤーの議論において行政は法律を必ずしも必要としないという特異性を持っているという点がここでは問題視されていたのである。それゆえ、法律に基づいて行われなければならないという事柄を限定することになる法律の留保は「法律の支配の限界」であるという理解になったのである。このような塩野の理解は、おそらく『構造』

の執筆において、法段階論者アドルフ・メルクルのマイヤー批判³に彼が影響を受けていたことに原因があると考えられる。

ところで、塩野は、このような『構造』で提出したマイヤーの法律の支配の三原則それ自体の内容理解について、基本的にはその後もこの理解を維持し続けたと考えられる。例えば我が国の行政法学界において広く使用されており大きな影響力を持つ彼の行政法教科書において、法律による行政の原理の題名のもと、次のような法律の支配三原則の記述がある⁴。

その内容、これら三つの原則の相互関係については、いろいろ議論のあるところであるが、私は、法律の法規創造力とは、一般的規律の定立の立法権独占（委任命令は認められる）を意味し、法律の優位とは、司法にあつては当然の事理をあえて行政に関して鮮明にしたものであり、法律の留保とは執行権の活動の一定の対象についてのみ法律が必要条件であることを指すもの、と理解している。

かような記述は、『構造』で論じられた法律の支配の三原則の内容についての本人による要約として行われたものであるとみなすことができよう。そして、この理解がいわゆる通説的見解としてみなされることになった。

一方で、事情が異なるのは、法律の優位や法律の留保を法律の法規創造力の「下位概念」と位置付けたり、法律の留保を「行政における法律の支配の限界」と評価したりするなど、塩野が『構造』で提示していた諸原則の相互関係論および個々の原則の法律の支配論全体の中での位置づけである。これらは、次に述べるように森田寛二の批判の対象となる。

第2款 森田寛二

マイヤーが論じた法律の支配の理解について、上述の塩野説に対する批判を加え、新たな解釈を提示したのが森田寛二である。この森田説とその影響下にある学説は、我が国における法律の支配論の通説的見解に対するカウンターとして位置付けるこ

³ 塩野『構造』、47頁。

⁴ 塩野・前掲注(1)、77～78頁。また、参照、塩野宏「法治主義の現状と課題」『法治主義の諸相』（有斐閣、2001）143頁以下。

とが可能であるように思われる。以下、森田の議論を検討することにしよう。

森田寛二は、自らの立場を、従来の学者によって説かれてきた『法律の支配』論にみられる論理矛盾を指摘し、更にその思想に含まれる種々の命題の論理的条件を抽出し、また其の射程を画すること⁵⁾であると表明する。そしてその方針に従い、三原則それぞれを次のように説明する。

まず、『法律の法規創造力』とは、《法規》なるものを立法府に排他的に授権するという意味ではなく、それは“法律は原則として法規である”という事理を指称することである。次に、『法律の留保』は一般的抽象的か個別具体的かに係わりなく一定の事物を立法府に排他的に授権することである。最後に、『法律の優位』とは法律と行政行為の抵触原理ではなく、それは法律と“憲法に基づく命令”との抵触原理であるということ、且つ『法律の優位』は *lex posterior* 則をも表象するものであるということ⁶⁾である⁷⁾。

この森田による三つの原則の理解のうち、学説史的観点からしてここで特に注目すべき価値があるのは、法律の法規創造力についての議論である。

まず、森田は、まずマイヤーの法規概念が「わが国で語られる《法規》論」やゲオルグ・マイヤーやゲルハルド・アンシュッツの法規概念とは異なるものであることを強調した。そして森田は、このようなマイヤー独特の法規概念及び法律の法規創造力原則論が、彼の行政法学の構造全体にとってどのような意義を持つのか、ということ进行分析する。彼によれば、マイヤーが述べるところの法規概念は、その内容として一般的規律及び二方面拘束力（森田の言葉では二側面拘束力）の両方を持つものである。そして、『一般的規律』としての『法規』は“臣民の争訟的地位”に係わる観念⁸⁾である。一方で、二方面拘束力についてはケルゼンなどの議論を参

⁵⁾ 森田寛二「法規と法律の支配（二）」法学 40 卷 2 号（1976）214 頁。筆者の見るところ、森田がここで行っている作業は、ハンス・ケルゼン及びアドルフ・ユリウス・メルクルの法理論の影響が色濃い。それゆえ往々にして、マイヤー法理論の内在的な分析作業を行っているというよりも、外在的な分析、つまりマイヤーと根本的に異なる発想を物差しとして分析を行っているように思われる。

⁶⁾ 森田寛二「法規と法律の支配（一）」法学 40 卷 1 号（1976）49 頁。

⁷⁾ 中川丈久は、法律の支配に関する「自説としてのコミットメント」を示すものではないと断りつつも、「森田教授の示される理解によってのみ、三原則がそれぞれ独自の存在価値を持つように筆者には思われる」として森田説を評価し、そのうえで、それが法律の支配の三要素を法律と独立命令という二つの規範の相互関係として説明したものである、と評する。中川丈久「行政活動の憲法上の位置づけ」神戸法学年報 14 号（1998）132 頁以下。また中川丈久「議会と行政」『行政法の新構想 I』（有斐閣、2011 年）123 頁以下も参照のこと。

考にして、マイヤーの議論においてはそこに法律の法規創造力の本質を見出すことはできないと森田は考えた⁸。以上のことから、「こうしてみると、『法律の法規創造力』を規定するモメントは、結局のところ先に述べた“臣民の争訟的地位”即ち“争訟に関する授權規則”に求めざるをえないようである」と森田は結論付けている⁹。

さて、このような森田の議論は——森田の提出した解釈がマイヤー理論の内在的な分析としてどこまで正しかったのかという問題はさておいても——、マイヤー研究史において重要な意義があったと評価することができる。つまり、法律の支配という名称でまとめられた3つの原則の枠内においてそれぞれの原則を論ずるのではなく、マイヤーの行政法理論全体における位置づけを強く意識していた、という点である。森田の議論の価値はまさにこの基本的発想にこそある。

ところで、森田は三原則の相互関係についても議論し、そこで先述したように塩野の議論を批判していた。

森田は、塩野が法律の法規創造力を「法律の支配の直接的内容を明らかにするもの」とし、法律の留保は法律の法規創造力に含まれる「下位概念」と記述したことに注目する。そして、このような解釈を行った塩野を、法律の留保と法律の法規創造力を「別問題」・「異なったもの」としてとらえなかった論者として批判し、そうではなくてこの二つの原則を分けてマイヤーの議論を考えるべきことを強く主張した¹⁰。

かような森田の主張が塩野への批判としての的を射るものであったのかどうかは、塩野がのちにこの論点を再度取り上げていないこともあって、評価が難しい問題である。けれども、一つだけ確かなのは、森田がマイヤーが法律の留保と法律の法規創造力を別のものとして論じていたことを強調したことは、法律の支配に関する論

⁸ 森田・前掲注(6)、53～58頁。

⁹ 森田・前掲注(6)、56頁。按ずるに、遺憾ではあるがここでの森田の議論は混乱していると言わざるを得ない。その原因としては、第一に本論文中に指摘したようにマイヤーと異なる発想であるはずのケルゼンらの議論を解釈の道具としてしまったこと、第二にマイヤーが『ドイツ行政法』初版において「行政法律」という言葉で言い表しているものは、以降の版において彼が「法規(法命題)」という単語で言い換えることになるものであると同時に、また単に国家の行政活動に係る特定の法形式の規則(いわゆる形式的意味の法律、マイヤーはこれを「憲法適合的法律」と呼んでいる。Vgl., DV I -②, S. 65; DV I -③, S. 64.)を意味するものでもあるのだが、このことについて検討の切り分けが不十分であったことなどをおそらく指摘すべきであるように思われる。

¹⁰ 森田・前掲注(6)、61頁。

争史のなかでは異なる意味を与えたということである。というのも、我が国においては、法律の法規創造力の原則に特別の意味を持たせない見解も主張されているからである。もっとも、この見解は法規概念をマイヤーの定義から離れて再構成するものである。すなわち法規概念を、「国民の権利義務に変動を及ぼす一般的規律」として定義し、そこから、マイヤーが提出した法律の支配及びその三原則を、新たに再構成しようとするのである。この法規概念を法律の法規創造力原則に当てはめれば、「その結果、この原則はつまり、国民の権利・義務に関する行政立法……は、法律の授權なしに行われてはならない」ということを意味することになる。その結果、法律の法規創造力の原則は法律の留保原則の一内容として考えればいいのではないか、という結論が導かれるのである¹¹。

このような見解とは異なり、そして森田が正確に指摘したように、マイヤーにとって両原則は異なるものである。ところが、法規概念の定義を彼のそれとは異なるものへと変化すれば、論理的にはこのような見解が導かれることになり、それゆえ留保原則と法規創造力原則を別のものであるとする意義も失われる。法律の支配が三つの原則として成立しているのは、諸原則の単純な字面の定義だけでなく、その定義の文中に含まれる諸々の法概念の定義もまたその前提となるを、以上の経緯は我々に示唆している、といえる。

第3款 松戸浩

次に取り上げるのは松戸浩のマイヤー研究である。松戸は、法律の法規創造力を中心として詳細な分析を行い、マイヤー法理論の内在的な理解に関する研究を進めた。学説史的に見れば、松戸は、森田によって行われた法律の支配に関する議論を否定し、塩野によって整理された定義を基本的には受け継いで深化させたと位置付けることができるだろう。さらに松戸の議論は、法律の支配論の固有の範囲を超えるものであり、我が国のマイヤー研究として独自の意義を持っており、そして学界に広く影響を与えているようにも思われる。

なお、松戸の研究は、最初からマイヤーの法学理論を直接の対象として行われた

¹¹ 藤田宙靖「行政と法」『政法の基礎理論 上巻』（有斐閣、2005）34～35頁。なお、法律の支配のうち留保と法規創造力の二つの原則をいわば統合しようとする試みはアンシュッツによって提出され、マイヤーとの間で争われていた論点でもある。参照、松戸浩「法律の法規創造力の概念について」法学67巻5号（2003）251頁以下。

ものではない。別の研究を行ううちにマイヤーを直接研究することへと関心が移行したと考えられる。すなわち、松戸が当初関心を寄せていたのは、行政組織編成権の帰属先ないし行政組織法と法律事項論の関係如何という問題である。これを論ずるなかで行われたマイヤーの議論への言及が契機となり、やがてマイヤーの法律の支配論、特に法律の法規創造力論を直接の検討対象とする論文へと至ったのである。

それゆえ、当初、松戸がマイヤーの議論において注目していたのは、「マイヤーが軽々に法律内容から当該法律の法規性を否定すべきでない」と主張する中で、往々にして法規性が一括して否定されるものの例として官庁の職務時間に関する規定を挙げた」ことであった¹²。まさにここが、森田が自らの論文において、マイヤーが論ずる「『法律の法規創造力』とは、…… “法律は原則として法規である” という事理を指称する」ものであることの根拠として『ドイツ行政法』から引用した部分であった。それと異なり松戸は、そこでマイヤーが述べようとしていたのは、法律の存在が「当該規律の法規性の有無の判断基準」になるわけではないということだと主張する。その具体的な例としてこの規定のような官庁の組織秩序があるとされたのであった。要するに、ある規定において法規性が認められるか否かについては、マイヤーは「『法規を定立しようとする立法者の意欲』の表れであるその規律内容」によって判断されるべきだと主張したのであり、そのうえで、そのような意欲が存在する場合には法律の法規創造力原則が妥当することになる、と松戸は解釈した。

また、マイヤーの議論において「(法律の留保の対象たる) 侵害が如何なる態様を指標するものなのか」、すなわち執行府による一般的・個別的侵害行為のいずれかを対象とするのか、あるいはその両方を対象とするのかという論点についても、松戸は触れている¹³。松戸は、このような論争が起きた理由を、『ドイツ行政法』初版の記述においてマイヤーの議論に不明確さが存在していたことに混乱の原因があるのではないかという見解を提示した。そのうえで、この論点については、実は法律の留保原則ではなく、むしろ法律の法規創造力原則の射程としてマイヤーは論じていたと指摘し、その整理を試みている。

さらに、松戸は、マイヤーが行政が固有の権利によって権力関係に入ってきた個

¹² 松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理(一)」法学 65 卷(2001) 203 頁注(20)。引用されたマイヤーの記述については、DVI-③, S. 66 Anm. 4.

¹³ 松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理(三)」愛知大学法経論集 157 号(2001) 81 頁注(16)。

人に対して向けられるところの一般的規則として定義した行政規則概念¹⁴に法規性を認めていないことにも注目する。松戸によれば、マイヤーがこのような既定に法規性を認めようとしなかったのは、行政規則は官吏のみを拘束するものであり、つまり二方面拘束力のうち外面的拘束力のみしかないものだからである。それゆえ、「マイヤーの場合に同じく一般的規範であっても法規性を有するものとそうでないものとが区別されるのは、その区別基準たる法規に一般性のメルクマールだけでなく先の二面的効力も含まれている為である」と結論付けられるのである¹⁵。

以上が松戸の最初の研究において行われたマイヤー分析である。この成果を基にして、彼は更にマイヤー理論を直接の検討対象とする研究へと進んだ¹⁶。その「法律の法規創造力について」と名付けられた論文で主に検討されたのは、マイヤーが「何故法律の留保とは別に法律の法規創造力の原則を定立したのか」、という問いである。この論文はマイヤー研究史において非常に画期的であったといえる。それは、内容自体もさることながら、両原則のそれぞれの内容の問題を出発点として、さらに法規概念そのものの問題、法律の留保と法律の法規創造力を混同する学者（ここではアンシュッツ）をマイヤーがどうして批判したのか等の多様な論点について検討を行ったからである。この論文におけるマイヤーに関する松戸の主要な主張を、筆者なりに整理すると次のようなものになる¹⁷。

①マイヤーの法律の法規創造力は、一般的規律の定立が立法権に独占されるべきである、という命題を意味する。それゆえ、法律は原則として法規であるという理解は正確ではない。なお一般的規律というとき、それは規律に関する適用対象およびその内容のどちらも意味するものである。

②マイヤー法律の支配論の構成において、侵害の局面において問題となるのは法律であって法規ではない。一方で侵害をなさないが法規である内容は法律によって規律されねばならない。これが、「アンシュッツ流に法規と法律の留保を一致させ且つ留保の範囲を自由と財産に対する侵害と捉える」発想では要請されない。

③マイヤーにおいては、「同一の法を全ての者に保証するところの全てを支配する法規と、所定の場合に初めて何が妥当すべきかをより詳細に規定する官憲的個別行為とが対置され、立憲国家では前者には法律が、後者には行政行為が夫々同じ配慮

¹⁴ DVI -③, S. 84.

¹⁵ 松戸浩「行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理（四・完）」愛知大学法経論集 158号（2002）21頁注（57）。

¹⁶ 松戸・前掲注（11）、235頁。

¹⁷ 松戸・前掲注（11）、238～245頁。

されている」。彼が法律の留保と区別される一般的規律の定立を内容とするところの法律の法規創造力原則を唱えたのは、このような「立法・行政の区別」・「権力分立の理解」を維持するためのものであった。

④マイヤーにおいては「法規の内容自体が様々な局面での諸説の前提となっていた」。一般性をメルクマールとする法規は「両面拘束性」を持つが、それによって、内部的効果としてその個別的適用をなす司法及び行政が拘束される。また外部的国家として、臣民に対しても具体的意味を持つ。例えば「陪審裁判所の構成を規律する法律は、この法規に適合した態様で構成された陪審裁判所によってのみ裁かれることに対する権利を刑事被告人に与える」ことになる。

⑤マイヤーにおいて、一般的規律の際に問題となる法規と、行政の個別的行為に対する授權を行う法律は異なるものである。この区別論は、法律が官庁に個別的行為を授權したからといって命令の権限を付与することを含意していない、ということになる。要するに処分と命令は性質上同一のものではないのである。

以上が松戸によって提出された法律の法規創造力論を中心とする法律の支配論の分析である。

結論から言えば筆者の見るところ、松戸のマイヤー研究はそれぞれの論点につきその個別の内容説明それ自体は多くの点において間違いではないと思われる。くわえて、二つの論文のなかで行っている森田に対する批判は全く正しい指摘であり、同意したい。

しかし、この松戸の優れた研究について問題点を指摘することが許されるならば、個々の論点に関する本論文の筆者の見解の違いの存在はさておいても、やはり松戸のそれが全体的に体系的な説明になっておらず、それぞれの論点相互の関係性が見通しにくいということである。つまり、松戸の議論はマイヤーの所説の解釈の羅列となってしまうのではないか、という問題である。例えば、マイヤーの議論において「法規の内容自体が様々な局面での諸説の前提となっていた」とする松戸の指摘は全く筆者にとっても首肯するところである。しかしだからこそ、むしろその法規の内容自体を中心において解釈をしなければ、マイヤーの法律の支配論の意義やその役割、内容の体系性についても理解しえなくなるのではないだろうか。

もっともこのような問題点は、紙幅の都合や、そもそもこの論文がマイヤーの行政法学理論の総合的研究でなく、「マイヤーが『何故法律の留保とは別に法律の法規創造力の原則を定立したのか』」という問いのもとに作業されたものであることを十分留意しなければいけないだろう。法律と法命題の区別の問題などマイヤーの法律

の支配論で論じ切れていない部分があることもかような研究の性質上当然であるのかもしれない。さらに、もしかするとこのような弱点が存在することについて、松戸自身は自覚していたのかもしれない。このことを示唆する記述は次のとおりであり、実は筆者が松戸のこの論文において最も共感を覚える部分である。

松戸は、上記①～⑤のマイヤーに関する検討のあとにアンシュッツの議論に関する分析も行い、両者の議論の相違を検討する。そのうえで論文の終わりの部分において次のように述べている。

すなわち、マイヤーとアンシュッツの法律の法規創造力の原則に関する議論の相違は、「単なる用語法の相違の次元に留まるものではない」のであり、その差異が生じた要因の一として、「憲法典の立法権・基本権の両規定に関する理解の相違」があるのではないかと松戸は指摘する。そして、以下のように彼は続けた。

また概念は、論者が自己の体系の中で構築するものである以上、そこでの理論的前提を抜きに取り上げることは適当ではない。本稿で取り上げた法律の法規創造力の原則はその例であり、同原則の意義を問う為には、その前提となっているマイヤーの国家機能論にまで踏み込む必要があると思われる¹⁸。

ここで松戸が考えているところの「マイヤーの国家機能論」がどのようなものを指していたのかについては、実際のところ明らかではない。しかし、ここでの松戸の主張は、マイヤーの法律の支配論に係る議論の乱戦状況を鑑みるに、それについてのただ一つの解決法を示唆していたように思える。すなわち、このような意味での国家論も含めたマイヤーの様々な理論的前提を踏まえることによつてのみ、「法律の支配」を精確に理解することができるのではないかと、という訴えかけである。もしそのようなものであるならば、筆者はこの総合的なマイヤー研究の必要性を唱える松戸の立場を全く正しいものだと考えている。この文脈でいえば、本論文はまさにそのような綱領についての筆者なりの実行である。

第4款 石川健治

最後に、憲法学者石川健治によるマイヤー法律の支配論の分析を取り上げよう。

¹⁸ 以上、松戸・前掲注(11)、258～259頁。

石川による法律の支配論解釈はこれまで確認してきた論者のそれと相当に毛色が違うものである。その違いが生じた理由の一つとして、確かに憲法学者と行政法学者の間にしばしば存在する、法概念等の学問上の道具の意味や思考そのものにおける、大きく広がった隔たりが挙げられよう。しかし、より重要なのはむしろ石川個人の公法学研究においてその学問上の基盤になっているところのドイツ法学についての学説史・思想史の見解に由来するところのものである。まさにこの点において、石川の議論を取り上げるべき理由が存在する。もっとも、以下で述べる石川のマイヤー論の主要部分は、テクスト的には制定憲法であるところの日本国憲法のコンメンタールにおいて、「国会」の章の総論的部分、つまり法律や立法概念の説明をするために論じられたものである。かような発表媒体の性質があるゆえに、ここで確認される議論は、決してマイヤーの法学理論についての一個として独立・完結した研究として提示されているものではない。それゆえ、どうしてそのような解釈が得られるのかについての説明・そのテクスト上の根拠などは十分に明らかにされていない。いわば証明のプロセスなくその結論だけ提示された性質のものである。しかしそのような性質であってもなお、石川の議論には本論文が行うマイヤーの総合的研究にとって見過ごせない指摘が含まれているのである。前置きはここで終え、それでは、石川の議論の検討に入ろう。

石川の議論は、まず当時のドイツ私法学において論じられていた法学上の法と法律の諸概念の説明から始まる¹⁹。

石川によれば、法律の最小の構成単位は要件→効果からなる法規則の形をとる法命題である。客観法としての法命題は、一般的法規則であるのが普通だが、個別具体的な法命題という観念も定義上許されないわけではなく、それゆえ要件→効果の一般性という契機は法命題の常素であっても要素ではない、という見解が有力であった。そして、個々の法命題は、それぞれ孤立して存在するのではなく、ひとまとまりの法制度の一部をなしており、その法制度も法体系の一部をなす。法命題は法体系まで有機的な連関を持っているのである。また、客観法としての法命題は個々の権利義務の発生根拠であり、法人格同士の主観的な法関係と対をなしている。この権利義務関係としての法関係は具体的な生活（レーベン）関係に基礎を置く、と

¹⁹ 以下について、石川健治「国会 総説」『新基本法コンメンタール 憲法』芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎編（日本評論社、2011）293～297頁。また、参照『『基本的人権』の主観性と客観性』『岩波講座 憲法 2 人権論の新展開』（岩波書店、2007）3頁以下。

される。

ところで、法律という法形式は、法命題が資格を持つ国家機関によって意識的に「定立」されることで成立する。すなわち、法命題そのものは、慣習法によって成立しうることがありうるが、『被定立性』が法源における最重要の考慮要素とされる政治社会」である制定法国家においては、普通は法律が客観法の存在形態としては重視されることになるからである。

さて、かような法学上の思考を一貫させることによって、法命題の定立としての法律、そして立法を、純粹理論的な観点から公法学においても実質的に定義する道筋はありえた。しかし、19世紀後半のビスマルク治下のプロイセンで行われた予算をめぐるいわゆる憲法争議が行われ、この問題の解決を図ったラーバントの国家法人格説を前提とする法律概念論²⁰の強い影響を受けることによって、その実質的概念は君主の立法権に議会が協賛できる範囲を確定するための政治的な概念であるとして受容されてしまった。そしてさらに時代を下れば、このような議論は革命後、立憲君主制が立憲民主制に移行する統治構造の変換により、政治的には用済みなものとなるし、またその対抗相手も変わることになる。

かくして、「実質的な意味での法律概念をそもそも認めるべきか、またそれをどのように定義するべきかで争っていた問題状況」がここに存在することになるのである。石川は、それを「独自の仕方でも解決しようとした」議論として、マイヤーの「法律の支配」の三原則を位置づけ、解釈しなおそうとしたのである。

石川によれば、マイヤーはかような問題状況に対して、概念形成に血道をあげるのではなく、論争点を以下のように整理することで対応しようとした。

第一に、要件・効果からなる法命題のことを「法律」と呼ぶのは「換喩」にすぎず、肝心なのは、客観法としての法命題だけは立法権の行使の結果としてしかつくられないという、形式＝手続きの側面である。一方で、主観的な法関係（権利義務関係）については、法律行為や行政行為によっても拘束力ある規範を作ることは可能である。しかし客観法としての法命題は、立法形式によって出なければ作れず、法命題は「一定の要件を伴う概念を通じて、間接的にしか事件にかかわらない」とされる。もっともこのことは立法権が法命題しか作れない、ということは意味しない。

²⁰ Paul Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, 1871.

第二に、法律と命令が競合しうる事項について、法律と命令が衝突した場合には、その内容によらず、常に法律が優位する形で解決される（法律の優位）。

第三に、立憲主義・議会主義の観点からは、そもそも議会の関与なしには決められない、法律の専管領域を確保することが重要である。この点、議会は、さしあたり国民の「自由と財産」の侵害に関わる事項は、国家と国民の法人格同士の関係として、法律事項に留保することに成功した。マイヤーは従来ラーバント流の実質的意味での法律概念の中に癒着していたこの側面を取り出して「法律の留保」と呼んだのである²¹。

以上のようなものが、石川が理解するところのマイヤーが「法律の支配」でおこなった「巧みな整理」である。

さて、このような石川のマイヤーの法律の支配論の独自性は、研究史において次のような大きな意義があったと評価することができる。重要なのは法命題＝法規（*Rechtssatz*）概念についての議論である。というのも、石川は、従来この概念を論ずるにあたり公法学の領域では当然の前提とされていた、法命題＝法規概念を「君主の立法権に議会が協賛できる範囲を確定する」ための概念と考える発想とは、まったく異なる法命題の文脈があることを明らかにしたのである。それは、石川が言うところの実質的＝政治的概念ではなく、いわば理論的な学問的な概念としての法命題＝法規概念である。敷衍すれば、*Rechtssatz* 概念について、概念法学とも呼ばれる近代ドイツ私法学において思考の基礎となっていた法体系に有機的に連関しているところの概念という理解が、実際の政治的な問題との関係で誕生した我々もそれまでよく知るところの理解とは別に存在していたという事情である。石川は、マイヤーを当時の公法学において *Rechtssatz* 概念の役割が純粹理論的なそれから議会の管轄事項を決定する政治的なそれへと移っていく中で、その流れに加わらなかった学者として位置付けようとしているように思われる。按ずるに、勿論、このような *Rechtssatz* 概念に関する異なる見解が併存していたらしいということと、そのに詳しい関係性については、ラーバントについての——あるいはさらにゲルバーに遡っての——本格的な学説史・思想史的研究によって更に詳細に検討すべき問題であるように思われる。しかし、この区別を念頭において本論文においても以降の

²¹ なおここで示されたマイヤー流の法律の留保理解について、リヒャルト・トーマが唱え・日本の宮沢俊儀によって受け継がれた *Gesetzesverbehalt* 概念との違いを明らかにした、石川健治「2つの言語、2つの公法学——法律の留保をめぐる」法学教室 322号（2007）55～56頁がある。

議論がなされるべきであろう。さしあたり本論文では前者のような発想をもって *Rechtssatz* を観念するときには「法命題」と、後者のような憲法政治的な概念として観念するときには「法規」という名を使用することにしよう。

最後に、このようなマイヤーが取り組んだ当時の問題状況を整理したうえで提出された石川の法律の支配解釈論には、マイヤー研究という視点からはやはり不十分な点があることを指摘しなければならない。

それは、まずは最初に述べたように叙述に関する説明不足である。これと関連して、石川の議論が、あくまでもマイヤーの議論に内在的な分析として提出したものなのか、それとも、先行して説明されたドイツ私法学的法概念論といういわばレンズを通して再解釈されたものなのか、やや判断がつけられない部分があるのである。

例えば、マイヤーが扱う法命題概念は、決して「個々の権利義務の発生根拠」ではないし石川が言うところの「主観的な法関係（権利義務関係）」に直接対応するものでもない。このことは、後の箇所でも述べられるようにマイヤーが原則として国家法人格を、そして個人についても相手方に対する権利（公権）の存立を認めようとしないことからすぐに推察できよう。

マイヤーの法学理論とサヴィニーによって成立せしめられたいわゆる概念法学が、諸々の法概念においても地続きのものであり、帝政後期からワイマール前期にかけてのドイツ公法学の諸議論を理解するためにはまずそれを認識しなければならないことは以前より石川が主張している論点である²²。かような石川の問題提起は、もはや我が国の公法学にとって共有財産であり、少なくともドイツ法学を研究対象とするものにとっては常識的な事柄であろう。本論文にとっても全く異論がない。しかし、なおさらに問題とするべきは、例えばマイヤーにおいては、彼の行政法学理論のどの点についてかつての私法学の思考が流れ込んでいるのか、そしてその議論にどのようなかつての議論との差異が生じているのか、ということ具体的に抉り出すことであろう。このことを通じて、マイヤーの法律の支配論も、その内容のみならずその学説史的意義を正確に理解することができるように思われる。

以上、本節では、マイヤーの法律の支配論に関する日本の学説の諸状況を把握するために、塩野宏、森田寛二、松戸浩、石川健治の議論を検討してきた。諸説は議論の応答が成立しているといえるほど明確に対立しているとはいえないところはあるが、やや強引に議論状況の見取り図を描こうとするならば以下のようなになる。

²² 石川健治『自由と特権の距離 [増補版]』（日本評論社、2007）80頁以下。

まず、諸議論の土台となっているところの今なお通説的見解として妥当している塩野のマイヤーに関する研究が存在する。この塩野説に対して森田が法律の支配論の解釈につき批判を加え、それ自体としては完結している森田流の解釈を提示した。しかし、この森田説に対して松戸がそれはマイヤーの内在的理解としては正しくないのではないかという批判を加え、さらに、基本的には塩野説の三原則理解を受け継ぎながらそれぞれの内容や役割につき詳細な解釈を展開した。一方で、これらの諸議論において所与の前提とされてきた「法規」概念について、ドイツ法の学説史・思想史的知見を基にした石川による新解釈が提出されており、これまでの法律の支配論に見直しを迫っている。

以上のようなものが、塩野が「その内容、これら三つの原則の相互関係については、いろいろ議論のあるところである²³⁾」と評したところの法律の支配論に関する学説状況である。かような状況に対して、従来の諸議論を参考にしつつ、より徹底的にマイヤーの行政法理論を掘り下げ、精確で体系的な解釈を提示し、議論の決着を試みるのが本論文の目標である。

第2節 ドイツ

前節では、日本におけるオットー・マイヤーの法律の支配論研究の諸状況を見てきた。ここで目を転じて、本節ではドイツの研究状況を確認しよう。ただし、本節の方針として、前節のようにマイヤーの法律の支配論に関する研究について確認を行うというよりも²⁴⁾、むしろオットー・マイヤー行政法学理論を広範にその対象としたところのドイツの主要な諸研究業績を確認することとしたい。

このような方針を採用する理由は、第一に、本論文で行われる作業が、マイヤーの法律の支配論をより精確に理解するために、法律の支配論の内容に限って分析作業の対象とするのではなくて、むしろ彼の行政法理論全体を掘り下げ・そのなかで

²³⁾ 参照、本章注(4)。

²⁴⁾ 周知のように法律の支配の三原則うち日本においてもドイツにおいても最大の論争対象となったのは、法律の留保論である。その法律の留保と優位の議論状況につき、簡潔にまとめたものとして、Fritz, Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl., 2007, S.191 ff.

法律の支配論を位置づけることによってこの意味を明らかにしようとする性質を持つことに存する。このような性質ゆえに、次章以降の作業で参照されることになるのは、主にドイツにおけるマイヤーの理論全体を対象とした諸研究である。こうして参照される諸研究について、それがどのような学問的文脈において企てられたものなのかを確認しておくことが、本節で行われる作業の第一の目的である。

第二に、オットー・マイヤーに関するドイツにおける諸々の重要な研究を確認し、その学説史を描くことは、いま日本でマイヤー研究を行う本論文に対してやはり求められる役割であろう、と思われるためである。

マイヤー研究史に関する先行研究としてはやはり塩野宏の『構造』が挙げられる。マイヤー行政法学理論の総合的な研究を目指した『構造』は同時に、マイヤーに対する批判的諸研究の紹介も行っていたのであった。そこでは、マイヤーの生前に彼に対してなされた批判からワイマール期・ナチス期の批判が、彼の行政法学理論の限界を探るという文脈において、紹介されていた。さらにまた、初期西ドイツ行政法学において進められた「行政の概念規定における積極的把握への志向」と表現されるころの積極的行政概念への転換²⁵に由来する様々な影響や効果によって生じたとされる、マイヤー行政法学理論の崩壊・克服の経緯についても『構造』の後半では論じられていた。それは直接的な学説史的描写ではないものの、そこで引用される諸文献からこの時期のマイヤー理論に対する諸見解を読者が読みとることが可能であったといえる。

けれども、塩野『構造』出版（1962年初版）以降になされたドイツにおける諸々の「オットー・マイヤーに関する本格的研究²⁶」については、わが国の公法学界において未だまとまった形で紹介されていないように思われる。かような学問状況を念頭に置いたとき、現在までのドイツにおけるマイヤー研究史を描くことは、やはりいま日本でマイヤーの総合的研究を行う本論文が行うべき作業であろう。

第1款 バッホフによる問題提起

ドイツにおけるマイヤー研究史において、まず、1971年に行われたドイツ国法学者協会総会にて行われ翌年出版されたオットー・バッホフの報告論文²⁷が、現代的

²⁵ 参照、塩野『構造』、353～356頁。

²⁶ 塩野宏「マイヤー」伊藤正己編『法学者 人と作品』（日本評論社、1985）50頁。

²⁷ Bachof, Dogmatik, S. 193 ff. 書誌情報は【主要文献一覧及びその略語について】

なマイヤー理解の観点において最も重要な業績として挙げるができる。この報告論文はすでに日本においても詳細に紹介されているが²⁸、以下で確認しよう。

報告論文の内容を端的にまとめれば、基本的な立場として「基本的な概念及び制度的基盤を取り換えることとして理解される、行政法体系についてしばしば要請される『新築 (Neubau)』は、必要ではないし可能でありさえもしない²⁹」という見解を採るバッホフが、まず伝統的行政法ドグマティクに対する重要な批判を8点に整理し³⁰、それらの各論点にほぼ対応する形で伝統的行政法ドグマティクを擁護し、而して現代において不可欠な発展として行われるべき「行政法体系の改築と増築 (Umbau und Ausbau)」はいかにあるべきかについて論じたものである³¹。この諸作業の中で、伝統的行政法ドグマティクのいわば象徴としてバッホフが取り扱ったものが、オットー・マイヤーの行政法学理論であった。そこでバッホフはこれまで行われてきた、学説やそれがおかれていた状況についての短絡的な伝承や誤った叙述に基づくところの伝統的学説の過小評価³²を否定し、マイヤーの行政法理論を

参照。

²⁸ 塩野宏「紹介 バッホフ・ブローム『行政の現代的課題と行政法のドグマティク』『公法と私法』(有斐閣、1989) 328頁。なお、邦訳として、オットー・バッホフ(木村弘之亮=山本敬生訳)「行政の現代的課題における行政法のドグマティク」法学研究 75巻6号(2002) 59頁があるが、ここでは使用しなかった。

²⁹ Bachof, Dogmatik, S. 229.

³⁰ そこで挙げられていたものは、①行政法ドグマティクの後進性②行政法の憲法依存性の無視③官憲国家的要素の残滓④自由主義的法治国要素の過剰さ、すなわち非侵害行政の対象化の問題⑤方法論上の問題、すなわち現実の行政や行政学との関係⑥任務や目的論を喪失した行政法ドグマティクにおける形式主義・実証主義・概念法学的傾向⑦前項のような行政法ドグマティクが行政の諸々の法形式及び行為形式で体系形成していること⑧行政法ドグマティクの内容上の諸問題、とくに行政行為概念に重心を置いていること、であった。なお「法ドグマティク」についてそれがなにを意味するのかという疑問が浮かぶが、バッホフは、ここではヴィアッカーが述べた「一般的な承認・遵守を要求するところの、法律(Gesetz)から独立した法学的諸命題と法学的諸規則からなり、而してそのようにしかなりえないというわけではない構造(kontingentes Gefüge)、すなわち“Lehrgebäude”」を引用してこれを説明しようとしている。Bachof, Dogmatik, S. 197. また、参照、塩野・前掲注(28)、330~334頁。

³¹ Vgl., Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4, S. 250-253; Matthias Kötter, Fortbilden, um zu bewahren: Otto Bachof und der Wandel verwaltungsrechtlicher Dogmatik unter dem Grundgesetz, in: Carsten Kremer (Hrsg.), Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949-1977), 2017, S. 247-250.

³² Bachof, Dogmatik, S. 196. なお、バッホフはこのことに関してマイヤー理論は基本法の観点ではもはや時代に適合しないという従来の評価を修正することを表明

その意義を積極的に認める形で再検討したのである³³。

そこでバッホフが行ったマイヤー行政法学理論の見直しの諸内容については、例えば、権力分立と結びついた行政法の憲法依存性に対するマイヤーの認識³⁴、公企業及び公営造物の法領域が個別の法制度の体系すなわち行政法学各論の核心を形成していること³⁵、現在の行政法学者が行っているよりマイヤーはむしろ行政行為を儉約的に使用していたこと³⁶などが挙げられる。さらに、バッホフはマイヤーの学問的特徴として、非歴史的・反実証主義的態度を指摘し、マイヤーが実務に利用可能な「理性的な」帰結に尽くそうとしていたと理解し、そしてマイヤーの思考に「ヘーゲル的なものや理性的自然法の伝統」を見出そうとしたのである³⁷。

このようなバッホフ報告論文はそれまでなされてきたマイヤー行政法学理論に対する極端な価値の切り下げに対して抗する役割を果たしたとみなすことができる。そしてその影響力によって、バッホフが指摘した諸論点は以降のマイヤー研究において好んで取り扱われるテーマともなった。もっとも、総合的かつ本格的なマイヤー行政法学研究が行われたのは、このバッホフ報告論文が世に出てから約10年間の時間が必要であった。それは、次に述べる二人の学者によってそれぞれ行われ、ほぼ同時期にモノグラフィーが出版された。この二冊のモノグラフィーは、現代のドイツ公法学においてオッター・マイヤー研究の基礎文献として取り扱われているものである。

第2款 二つの「本格的な研究」

この款で紹介されることになるオッター・マイヤーに関する本格的な研究をドイツで初めて行った二人の学者のうち、一人目の学者は、エルク・フォルクマール・ハ

した。Bachof, Dogmatik, S. 196 Anm. 10.

³³ この意義については、Vgl., Heyen, Grundlagen, S. 5 f.

³⁴ Bachof, Dogmatik, S. 204. そしてバッホフは、マイヤーが「憲法は過ぎ去る、行政法は存続する」という言葉をもって、行政法の憲法からの独立性を主張していたと考えるものは、マイヤーの全作品のうちこの一つの命題しか知らないのだ、と酷評した。

³⁵ Bachof, Dogmatik, S. 210, Vgl., DV I -①, S. 21.

³⁶ Bachof, Dogmatik, S. 213. なお参照、塩野・前掲注(28)、355頁注(15)。

³⁷ Bachof, Dogmatik, S. 218ff. またこの診断については、Erich Kaufman, Otto Mayer: Ein Beitrag zum dogmatischen und historischen Aufbau des deutschen Verwaltungsrechts, in: ders., Gesammelte Schriften, Autorität und Freiheit, 1960, S. 392, の影響下にある。

イエーンである。

マイヤー行政法理論に対するハイエーンの学問的態度は、その教授資格論文³⁸の序章において示されている。冒頭において、ハイエーンはバッホフの報告論文の引用から始める。ハイエーンは、当時の通説に対するバッホフによるマイヤー理論の弁護を紹介したうえで、しかしこのようなバッホフの批判にもかかわらず、マイヤーに関する伝説（*Legende*）はいまだ途絶えていない、と述べる。このような状況を念頭に置いて、学問史上の真実を従来の伝説から分離するには包括的で基礎的な研究が必要である³⁹、とハイエーンは考えた。しかし、「マイヤーの行政法体系を支える諸見解、目標設定、手法についての包括的で基礎的な研究」が行われていない。それゆえ、単なる失敗し・克服された前段階の理論史としてマイヤー理論は未だに描写されているのである。そこで、この傾向を打破するためにはマイヤーの精神的基層の歴史にまで拡大するようなドグマ史研究をすることが必要である。それがあってはじめて「我々を無意識的に支配している発展傾向（カントロヴィッツ）」からの解放が成し遂げられるのである、とハイエーンは考えた⁴⁰。このような学問的態度に基づいて、行政法学という領域の学問発展史としてではなく、理論的客観化のもとでマイヤーが自らや自らの学問をどう理解していたのかを把握するイデオロギーから離れた研究に取り組んだのである⁴¹。

このような考えを持っていたハイエーンは、マイヤーの行政法に関する文献だけではなく、国法や教会法、民事法、それに彼が執筆した小説、あるいは伝記的資料を収集した。さらに例えばゲオルグ・イエリネック夫妻との書簡、公になっていない原稿のフラグメント、マイヤーが務めた市政や教会団体における発言録等も集め、マイヤーの文献目録を作成し、従来検討が行われてこなかった領域のテーマに関して——特にマイヤーが地方行政や教会の諸団体において携わった実務の内容についてハイエーンの調査によって明らかになった事実は多い——いくつかの論文を執筆し

³⁸ Heyen, Grundlagen. 書誌情報は【主要文献一覧及びその略語について】参照。

³⁹ Heyen, Grundlagen, S. 1 f.

⁴⁰ Heyen, Grundlagen, S. 6.

⁴¹ Heyen, Grundlagen, S. 11. ハイエーンは、クーンのパラダイム論を念頭に置いて、その公法学説史上の妥当性に関する議論を行っているが、本論文ではこの問題については立ち入らない。なお、この論点については、実質的にハイエーンの著作と次に述べるヒューバーの著作の書評論文である、Wolfgang Meyer-Hesemann, *Die paradigmatisch Bedeutung Otto Mayers für die Entwicklung der Deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, Rechtstheorie* 13, 1982, S. 496, を参照のこと。

た⁴²。教授資格論文の前半部分では、ハイエンはマイヤーの父母をはじめとする家族との関係、深いキリスト教への信仰、神学におけるマイヤーの位置づけ、時代ごとのマイヤーの具体的なドイツ政治に関する見解について分析を行っている。以上のようなハイエンの諸作業は、多面的なマイヤー像を我々が知ることができるようになったという点において、大きな貢献を果たしたというべきであろう。さらに、マイヤーの選集を編集したことも彼の業績のひとつとして見逃すことはできない⁴³。

このような地道な作業で得られた多くの知見を背景として、ハイエンは教授資格論文の後半部分において、マイヤーの国家観念や法観念、学問観といった諸々の思想的基盤を詳細に分析し、オットー・マイヤーというひとりの法学者の人物研究を行った。そしてハイエンはマイヤーの学説史的な位置づけについて、結論としては、概念の抽象化を通じて体系化を行うドイツ普通法学の系譜にありながらも、彼独自の現実主義や伝統的な事物の本性及法観念論によってこの学問的方法の論理主義が抑制されていることを指摘したのである⁴⁴。

ところで、かようなハイエンのマイヤー研究を評価するならば、確かに次に述べるヒューバーのそれとは異なり、これは本人も認めていることなのだが、マイヤー行政法ドグマティクの諸々の問題を一貫した観点で検討したものではないし、またマイヤー行政法理論に再び現代に通用するような学問上の権威を持たせることを目

⁴² Heyen, Grundlagen, S. 11 f. 本文中で言及したハイエンの諸論文とは、Erk Volkmar Heyen, Otto Mayers Kirchenrecht und die Verfassungsreform der evangelischlutherischen Kirche in Elsaß-Lothringen und Polen, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung, 1979, S. 239; ders., Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie. Zur philosophischen Bildung Otto Mayers, in: Quaderni Fiorentini 8, 1979, S.275; ders., Die Verwaltungspraxis Otto Mayers in Straßburg und Leipzig. Kommunalpolitik auf dem Wege vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat, in: VerwArch 71, 1980, S. 44; ders., Otto Mayer: Frankreich und das Deutsche Reich, Der Staat 19, 1980, S. 444. と、ここで示されたものを含めマイヤーに関するハイエンの論文や、選集に編纂されたマイヤーの諸論文は、相原一介によって翻訳がいくつかなされている。本来ならばそれらを邦訳の参照として挙げるべきであるのだが、しかし、その翻訳があまりにも独特なものであるため、誠に遺憾ながらそれをすることができない。もっとも、本論文の筆者も、マイヤーの難解なドイツ語の文章を翻訳する際にしばしば苦しみ、その際に相原が行った翻訳を確認することがあったことはここで明記しておきたい。

⁴³ Otto Mayer, Erk Volkmar Heyen (Hrsg.), Kleine Schriften zum öffentlichen Recht, 2 Bände, 1981.

⁴⁴ Heyen, Grundlagen, S. 188 ff. なお、参照、本論文第3章第1節第2款。

的としたものではない⁴⁵。そうではなくて、先述の「伝説」を打破するために、マイヤーの正義論や道徳論、福祉論のような法理論の奥に潜むまさに精神的な基盤となっている事柄についての発想を明らかにし、その視点から法治国家論や国家法論など行政法学理論の重要な支柱の役割を果たす事柄について分析を行ったのである。それは、視野において限定的にならざるを得ない法論理的な視点からの検討を越えた一種の法思想史的検討であり、本論文にとっても参照とすべき重要な業績である。

さて、ハイエンに続く二人目の学者は、アルフォンス・ヒューバーである。ヒューバーは、ハイエンの先述の著書とほぼ同時期にマイヤーに関するドイツ行政法学問史の博士論文を公刊した⁴⁶。このヒューバーの著作は、現在ドイツにおいてもなお、マイヤー理論に関する研究の基礎文献としての役割を果たしていると位置付けることができると思われる。そこで、以下で詳しく検討することにしよう。

ヒューバーの研究の特色は、マイヤーの学問上の方法論の検討から出発して彼の議論を特徴づける「観念 (Idee)」の問題を発見し、それに従ってマイヤー行政法理論の構造論を展開したことにある。ヒューバーが指摘するところのマイヤー行政法学における観念論の重要性は、本論文にとっても共有する見解でありそれゆえ再度詳細に取り上げるのだが⁴⁷、以下ではヒューバーの理解について確認しよう。

まず、ヒューバーは、従来の研究によってマイヤーがあるときは自然法論者、またあるときは実証主義者、あるいはそのどちらの性質も持つ論者である、と評されてきた問題に取り掛かる⁴⁸。ところで、マイヤーの方法論はラーバントら国法学者の「法学的な方法論」を行政法学に輸入したものであるとされている。しかし、あらゆる非法学的な考慮を除外し、そして素材的に残ったものを法的な観点に従って秩序づける国法学者の方法論、すなわち、実定法素材の確定とその概念による論理的支配を行い、それゆえに法秩序の無欠缺性を誇るラーバントの「法学的な方法論」⁴⁹と、

⁴⁵ Heyen, Grundlagen, S. 14.

⁴⁶ Hueber, Methode. 書誌情報は【主要文献一覧及びその略語について】参照。ヒューバーとハイエンがほぼ同時期に「オットー・マイヤーに関する本格的研究を開始した (塩野宏)」——着手したのはハイエンが先のようなものである——ことは学説史上興味深い、かような事態が生じた原因を明らかにすることはできなかった。

⁴⁷ 参照、第3章第1節。

⁴⁸ 以下、Hueber, Methode, S. 13 ff.

⁴⁹ かようなヒューバーのラーバントに関する議論は Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, の影響下にある。

マイヤーの方法論は明らかに異なっている、とヒューバーは主張する⁵⁰。なぜなら、例えばマイヤーは、「独立して生まれた抽象概念による計算 (Rechnen)」の手法に強く反対した国法学者ザイデルに賛意を示すなど、抽象概念に対する冷ややかさを繰り返し見せており⁵¹、さらに政治学的考察についてそれを法学者にとっても意味があるものと考えていたからである。

それではマイヤーのかような国法学的実証主義者と異なる方法論上の特徴をどのように理解すればいいのだろうか。ヒューバーはこの問題について、第一にマイヤーが、「定式、法、概念、そして体系は有用 (brauchbar) であらねばならない」と述べていることに注目する⁵²。そして、マイヤーにとってこの有用であるということは現実との連関を失っていないということであった⁵³。要するに、マイヤーは現実の連関を失った抽象概念を問題視したのである。先述のザイデルへ示された好意も、要するに抽象概念が現実を覆い隠す役割をもつことの指摘を彼が読み取ったのだとヒューバーは考えた。

第二に、ヒューバーは、マイヤーが「実定法上の規程に十分に根拠づけられてないような諸原理」を認め、たとえ実定法——なおヒューバーは制定法の意味で実定法という単語を使用する——として存在していても、そこに彼の見るところ良き法状況が存在しなければ「法の精神はもはや生きておらず、早く取り除いた方がよい死んだ形式が、見かけ上の生命を強引に保っている⁵⁴」と述べていることに注目した。ヒューバーはこのようなマイヤーの見解の背後には、実定法素材の背後に存在する、正しきものとしての法観念 (Rechtsidee) が存在しているのだ、と解釈した⁵⁵。ヒューバーによれば、この法観念は、先述のように現実と連関しているもので

⁵⁰ Hueber, Methode, S. 18 ff.

⁵¹ Rez. Seydel, S. 494.

⁵² Hueber, Methode, S. 24 ff.

⁵³ Person, S. 3; 「我々の法学的概念はやはりただ社会的事実をその特別な用語法において複製したものでなければならない」。

⁵⁴ Regelung, S. 214.

⁵⁵ Hueber, Methode, S. 26 ff. この点につき、すでに塩野『構造』、59頁以下もマイヤーの「正しき法」の存在を指摘していた。塩野はこの点につき、カウフマンを参考にしながら、マイヤーに「ラーバントら法実証主義からの決定的乖離の要因を見出すことはできない」と評価する。そのうえで、ラーバントは先行する私法の概念に求めたゆえに主観的要素が背後に退いている一方で、マイヤーは「フランス行政法の成果をとり入れるための補助手段として…個々の実定法に内在する非自然法的なものとして挿入され」ており、ラーバントに対してマイヤーは主観性がより強く表面に表れていると論じている (塩野『構造』、62頁)。

あり、またその時々時代によって規定されることになる可変的なものであるものに特徴がある、とされる。そして法学においては、この問題は、固有の意味での法観念だけではなく、非法学的なそれにまで及ぶこともある。まさに、マイヤーにとって法学の対象とは、法の現実であり、そこにおいて効果的で一般的観念を認識し・示すという任務を伴うものなのであった。

なお、ここで見過ごしてはならないのは、マイヤーは歴史法学的に法を産出するものとしての法意識や法感覚といった考え方は否定していたし⁵⁶、また、「法学的観念は決して永遠の真実ではない⁵⁷」ものであって自然法論についても厳しく批判していたことである⁵⁸。さらに法学の創造的活動についても、全くの自由な作業ではなく、あくまで実務での使用可能性の意味における目的適合性によって限界づけられるものとして把握していたことにヒューバーは注意を促した⁵⁹。

このようにヒューバーはマイヤーの行政法学理論におけるかような意味での「観念」の重要性を発見し、そして、この観念論を手がかりとすることによって、彼の行政法学理論の基本構造を明らかにすることができると考えた。要するに、ヒューバーの博士論文は一貫してこの「観念」を鍵概念としたマイヤー行政法学理論の解釈が行われているのである。

さて、ヒューバーはマイヤーが実際の作業において、どのようにこの観念を取り扱っていたのかについて詳細に分析を行っている。ここではいくつか基本的な事柄だけを確認しよう。

ヒューバーが明らかにしたところによると、マイヤーはこの観念の獲得は、個別国家の「実定法」の細部にまで下りていくことで獲得できると考えていた⁶⁰。ここでいう国家とは、マイヤー自らが「公法の一般観念は我々の文化国家に共通するものである⁶¹」と述べていることがわかるように一般に「ドイツ」と呼ばれる地域に限らない。それはヨーロッパを広範に射程に収めるおさめるものであり、特にドイ

⁵⁶ Hueber, Methode, S. 28.

⁵⁷ Stand, S. 521.

⁵⁸ Hueber, Methode, S. 42 f. それゆえ、マイヤーが「正義」や「理性」、あるいは「自然法」という言葉を使うとき、それは彼流の「自然法」であることを注意しなければいけない。そしてそこでは全くマイヤーはヘーゲル的である、というのがヒューバーの診断である。

⁵⁹ Hueber, Methode, S. 44, S. 113.

⁶⁰ Hueber, Methode, S. 29.

⁶¹ Eisenbahn I, S. 515.

ツと「共通の文化の最も重要な紐帯によってとても密接に結びついている⁶²」フランスがマイヤーにとっての参照国であった。マイヤーにとって、フランスの法発展は時代に特徴的な潮流が生き生きと表現されているものであり、これでもって近代の諸要求を満たすような観念を把握することについての優位性を持つものと考えられたのである⁶³。

次に、この観念を発見する役割を担うことをマイヤーが期待していた相手は、立法者ではなく、法学者である。この点に関してマイヤーの発想はサヴィニーに接近していることをヒューバーは指摘する⁶⁴。マイヤーは、ある講演で、「法学は新しい観念を世界へ築く能力はない。そうではなくてすでに世界にある観念を正しく認識活用することを教えれば役割を果たすのである」と述べ、このような作業をフランス革命時において行ったとして、ポルタリスを高く評価しているが、このポルタリスの法学上のプログラムは、ドイツでアイヒホルンやサヴィニーが行った歴史学的なそれと同じものであると、述べていた⁶⁵。さらにヒューバーは、行政法学の手本とされる民事法学についてもマイヤーがこの観念論の発想で論じている箇所を的確に指摘している。すなわち、マイヤー曰く「民事法がかように豊かで魅力的なものとなったのは、偉大な法観念を実際の生活の細部の個別性においてまで追求することをいとわなかったことによる。公法の学問も同一の方法で自らを形成するだろう⁶⁶」。

さて、こうしてヒューバーはマイヤーの法学理論における観念の意義について分析したのち、行政法学理論の重要な構成要素として「近代国家観念」を、そしてそれに付け加えられる更なる構成要素として「法治国観念」を指摘し、結局のところマイヤー行政法理論をその二つの観念の妥協（Kompromiß）として描写しようとする。すなわち、彼の行政法理論とは、「偉大な事実」としての全能な国家（近代国家観念）——なお、マイヤーの国家論については次章で詳細に分析する——が、市民法の企てのために形作られるところの法的な枠組み（法治国観念）にはめ込まれるようにして現れているのであって、それゆえ固有の領域、すなわち公法の領域におい

⁶² Portalis, S. 20.

⁶³ Hueber, Methode, S. 30 ff. ただし、フランス法を受容するからといって、その単なる模倣をしてはいけないことについて、マイヤーは強調していた。Vgl., Hueber, Methode, S. 35-37.

⁶⁴ Hueber, Methode, S. 38.

⁶⁵ Portalis, S. 7.

⁶⁶ Eisenbahn I, S. 551.

ては国家のあらゆる力や支配性（*Macht und Herrlichkeit*）は発揮されうるままなのである。ヒューバーはまさにここに、マイヤーの行政法学理論における近代国家観念の重要性がある、と評する⁶⁷。そして、この近代国家観念と法治国観念は三つ目の観念であるところの「立憲国家観念」によって、上記のような関係性を持って結び付けられているのであり、結局のところかような性質を持つ立憲国家において、マイヤー流の法律の優位や法律の留保、「法律の法命題留保」、特別権力関係、法律の法規創造力、独立行政行為等が説明されることになるのである、とヒューバーは解釈した⁶⁸。

さて、以上述べてきたようなヒューバーの議論の構造は、先述の塩野宏が『構造』で描いたマイヤー行政法学理論における、行政法学上の基本的支柱としての形式的法治国観としかしこれに対する規制乃至その形式を埋める原理としての企業的法治国の重層性の描写⁶⁹を思い起こさせる。確かに、ヒューバーの議論は、塩野と異なり、マイヤーの行政法理論の各原理や諸々の法概念において「重層性」がどのように現れているのかを彼の叙述体系に従って検証していくということよりも、むしろ、この二つの観念の内容そのもの、あるいはこの観念の背後に存在するマイヤーの思想や一種の哲学的な背景にこそ重点が置かれていた。また実際のところ、近代国家観念と法治国観念の妥協として描かれるマイヤーの行政法学理論の個別的な議論については、各々の内容については非常に参考となるものの、取り扱う対象事項の整理分類がなされておらず、議論の体系性には欠点があるといわざるを得ない⁷⁰。しかし、やはり、マイヤー研究史においてヒューバーの業績を位置づけるとすれば、先述の観念論の発見と、塩野の議論と相似するところの近代国家観念と法治国観念という二つの全く異なる発想の重層性こそがマイヤーの行政法学理論の基本的構造であることをドイツにて発表したことである。そして、次節で述べるように、かような見解がドイツ公法学界で受容されていったことに彼の研究の意義を見出すべき

⁶⁷ Hueber, *Methode*, S. 50. なお、このこととは別の話であるが、同頁脚注 22 が振られた部分につき、ヒューバーはマイヤーの法人格論文からの引用としているが、マイヤー論文同頁には該当する文言がないため誤りであろう。ただし、遺憾ながら、正しい引用頁を探し出すことはできなかった。

⁶⁸ Hueber, *Methode*, S. 83-110.

⁶⁹ 参照、第 1 章第 1 節第 1 款。

⁷⁰ 例えば、Hueber, *Methode*, S. 103 ff, では、「その他の国家と法治国の諸要素」というタイトルのもと、行政の裁量論や自主確認力といった行政法固有の諸問題からマイヤーの経済観や公務員観といった外在的な議論までが論じられているが、分類としてやはり強引な印象を否めない。

であろう。

残る重要な問題は、ヒューバーが拘ったマイヤーとラーバントら国法学実証主義者の関係、すなわちヒューバーが「実定法」を越える一般的観念、正しき法への信念こそが従来の「実証主義者」とマイヤーを分かち事柄である、とする見解の是非である。このことについては、筆者としては問題視せざるを得ない。【はじめに】で述べたように、ヒューバーの素朴な伝統的な実証主義観や「実定法」という言葉の使用法などは、現在まで積み重ねられてきた法史の知見からすると受け入れがたい。ただし、この問題はやはり別の個所で取り上げることにしよう。

第3款 最近の諸研究

本款では、ハイエンやヒューバーによる二つの総合的研究のあとにドイツにおいて行われたいくつかのマイヤー研究を確認する。

まず、ハイエンやヒューバーと同じようにマイヤー行政法理論を直接の研究対象としたモノグラフィーが、レイムンド・シュミット・デ・カルヴェとラルフ・ミヒャヘル・デヴィッツによってそれぞれ出版された。

この両研究には一つの共通点がある。すなわち、どちらの研究も、特定の法概念についての現代行政法学上の問題点を指摘することから出発し、次いでその問題性が生じた根本的な原因がオットー・マイヤーの行政法学理論にあると捉え、而してマイヤー理論の分析へと進んでいくという手法を採っていたことである。そして、また、このマイヤー法理論の分析においては、ハイエン及び特にヒューバーが明らかにした知見に基づいて、あるいは殆どそれに従う形でその基本構造を捉え、そのうえで各自の諸作業が行われているということである。かような両研究をマイヤーに関する学説史上に位置づけるとすれば、カルヴィエやデヴィッツは、ヒューバーがその博士論文で詳細に取り扱わなかったマイヤー行政法学の個別部分についての仕組みや妥当性に関する検討作業を行った、といえよう。以下では、そのような性格を持つ両者の研究を簡単に確認することにしよう。

カルヴェの研究はその教授資格論文のタイトル⁷¹にも表れているようにマイヤーの行政行為を研究の主たる対象として行われたものである。

まず、カルヴェは、現代ドイツの行政行為論の諸問題を整理する。カルヴェによ

⁷¹ Caluwe, Verwaltungsakt. 書誌情報は【主要文献一覧及びその略語について】参照。なお、このカルヴェの研究を参考にした山本敬生の諸論文がある。

れば、現在公法学における行政行為論の問題とは、行政行為の法的効果がなお今日まで法的ドグマティック上の論争点であること、行政行為論がそのうちに伝統的要素つまり官憲的要素を残存させていること、従来行政行為は活動形式論的行政法体系において指導的な役割を担っていたがその活動形式論そのものが疑われるようになったこと、の三点である⁷²。

ところで、行政行為に関する諸問題をこのように整理したカルヴェの基本的立場は、憲法上要請される国家の市民に対する法的優越のドグマに向けられるところの再指向の意味においても、及び行政法に対するアクチュアルな諸要請へ応えるためにも、国家—市民の法関係論的土台に基づいて行政法学体系を構築しなければならないというものである。この立場から、従来の行政行為論は国家理論に由来するところの市民より法的に上位な行政活動という発想を持つ伝統的な前提に未だ基づくものである、とカルヴェは判断する⁷³。行政行為論を時代遅れのドグマから切り離し、その不明な点を洗い出したうえで、行政行為なるものは法関係論の観点にて活動の一道具（Handlungsinstrument）として統合されねばならない。このようにカルヴェは、行政法関係論者の立場から、行政行為論をボン基本法下の民主的法治国的基層においてふさわしい形で再構成しなければならない、と考えたのであった⁷⁴。

言うまでもなく、ここで行政行為論の伝統的な前提として問題を生じせしめている原因としてカルヴェが示唆しているのは、オットー・マイヤーの行政行為論でありそして彼の行政法学理論そのものである⁷⁵。かくして、カルヴェのマイヤー行政法学に対する評価は非常に低いものである。カルヴェ曰く、「オットー・マイヤーの行政法は立憲君主制の憲法モデル枠内における『近代国家観念』の法的造形である。これに相当する国家理解は、君主制下の執行府は、市民の自由と財産の侵害について、法律を・そしてそれでもって立法府の協働を必要とし、一方でそのほかの部分では昔ながらの独裁が存在するということでもって、完全に一般的に特徴づけられ

⁷² Caluwe, Verwaltungsakt, S. 1 ff.

⁷³ Vgl., Caluwe, Verwaltungsakt, S. 38 ff. また、参照、米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性（一）」法学 70 卷 1 号（2006）74 頁以下。

⁷⁴ Caluwe, Verwaltungsakt, S. 12 f, S. 14.

⁷⁵ なお、このようなドイツ行政法に存続するとされる官憲的性質についてマイヤー理論の時代を越えた影響をみるカルヴェの見解に対して、Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaften Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/ Wolfgang Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004. S. 88, は、むしろ「内容ではなく、オットー・マイヤーの法素材を扱う手法が、行政法学の方法にとってパラダイム的に残っていたのである」と指摘する。

る。……彼の法治国観念の機能は、確かに臣民に対する全能の国家の活動を『なしうる限り』それどころか『司法の形式』で法的にはめこむ（fassen）ことであつたが、同時代の観点からは決して高く評価されるべきではない企てであつた。……端的に言おう；オットー・マイヤーの行政法は『近代国家』の観念を合法化するものである。古き官憲国家は市民的法治国の新形式において生きながらえたのである⁷⁶」。

さて、上記の引用において示されているように、カルヴェのマイヤー行政法学の構造の基本的理解は、ヒューバーが論じた近代国家観念と法治国観念及びその妥協としての行政法論に基づいていると判断していいだろう。つまり、マイヤー研究史においてカルヴェが行った作業は、ヒューバーが明らかにしつつ十分には踏み込まなかつたところのマイヤーの国家の諸観念の内容及びそれらを基にした行政法の構造、そしてそれらが行政法学上の具体的な行政法学上の諸概念にまで染み込んでいることが、ドイツ帝国崩壊後のワイマール憲法やボン基本法においてもなお本当に妥当することができたのか、という問題についての検討作業だったのである。

かようなカルヴェの研究と同じな位置づけを与えるべきものがデヴィッツの博士論文である⁷⁷。

この研究は、公法契約の問題に行われた。デヴィッツは、行政と市民の間に行われる公法上の行政契約論が概念的に可能であるかどうかという問題について、これを否定する見解は19世紀末から20世紀初頭までの時代に出版された諸文献において論じられていたものであるのに、今日のドイツでもなお肯定論を論ずる際にはその詳細な理由づけが必要であるとみなされていることに注目する⁷⁸。かような学問状況は、やはりマイヤーの公法契約否認論の影響がいまだに残っていること、すなわち「オットー・マイヤーの契約ドグマティクが今日まで行政契約についての学問的取組みの基準点である、という事実」を指摘する。一方で、デヴィッツがみるところ、このマイヤー契約論はあくまでただ否定される対象であり、かえってこれまで詳細な研究の対象とされてこなかつた歴史がある。そこで、マイヤーの契約論を分析し、事実上今日もなお「何らかの」正しさがあるのか、あるいは現代行政法学によって明白に滅ぼされることになるのか、について、デヴィッツは取り組んだのであつた、

⁷⁶ Caluwe, Verwaltungsakt, S. 51 f.

⁷⁷ Dewitz, Vertrag. 書誌情報は【主要文献一覧及びその略語について】参照。

⁷⁸ Dewitz, Vertrag, S. 11 ff.

さて、デヴィッツの作業の特徴は、カルヴェが行ったようにマイヤーの理論を分析するにあたり国家理論的ドグマだけに重心を置くのではなく、むしろその方法論、学問観や体系論にも着目したことにある。

このデヴィッツの研究視点は、マイヤーが、「契約」は「両当事者の同等に共に効果する意思表示によって過程の法効果が支えられる⁷⁹⁾」ものであるのに対し、「公法」は「公権力の担い手それ自身とそれによって公権力が関与しているところの諸関係の秩序⁸⁰⁾」であり、そこには「法的な不平等⁸¹⁾」が存在するから、「公法の領域においては国家の真正の契約は一般に考えることができない⁸²⁾」と断言したことに由来する⁸³⁾。すなわち、デヴィッツはこのような行政法を契約概念が立ち入ることのできない公法の領域として考えるマイヤーの発想それ自体に注目し、このように彼が考えるにいたった理由を「行政法をひとつの固有で独立した法領域へと展開しようとする観念⁸⁴⁾」において認めることができると考え、それがどのようなものなのか明らかにしようとしたのである。

そして、デヴィッツは、かようなマイヤーの行政法学観念の基層に置かれているものは、国家概念、模範としてのフランス行政法、そして民事法ドグマティックという手本に方向づけられた法学的方法であると考えた⁸⁵⁾。これら三つの論点につき、フランス行政法の問題については、デヴィッツは、深く立ち入っていない。国家概念については、ヒューバーやハイエンに従って「近代国家観念」論を採用して簡潔かつ的確な内容を論じている。一方で方法論に関する分析についてはヒューバーは独特かつ詳細な研究を行っているので以下で確認しよう⁸⁶⁾。デヴィッツはまず、プフタやイエーリング、ゲルバー、ゾームなど様々な論者の法学的方法及びそれと関連するところの体系観を確認した。そのうえで、マイヤーの法学的方法について分析し、彼が上記の諸論者の系譜に属することを論証したうえで、その方法論上の特徴をやはり「一般的法観念の力への信仰⁸⁷⁾」であると指摘している。この一般的法

⁷⁹⁾ Sachsen, S. 40; 「契約は契約締結者の法的平等を前提とし、彼ないし彼女の一致した意思が共通して法効果を支えなければならない」。Vgl., DV II -③, S. 148;

⁸⁰⁾ DV I -③, S. 15.

⁸¹⁾ DV I -①, S. 67; Rez. Apelt, S. 245.

⁸²⁾ Verträge, S. 42.

⁸³⁾ なお、参照、岸本太樹『行政契約の機能と限界』（有斐閣、2018）43頁以降。

⁸⁴⁾ Dewitz, Vertrag, S. 30.

⁸⁵⁾ Dewitz, Vertrag, S. 33 ff.

⁸⁶⁾ Dewitz, Vertrag, S. 65 ff.

⁸⁷⁾ Dewitz, Vertrag, S. 95.

観念は法現実において内在するものであるが、マイヤーにとって法現実とは、実定法に表れている事柄だけではなく、裁判所や官庁による法の取扱いにおいて表現され・展開されている事柄についても——むしろ実定法よりこちらが優先されている——射程におさめるものであった、とデヴィッツは結論付けた⁸⁸。さらに、国家論と方法論の連関についてもデヴィッツは検討を行っており、両者がマイヤーの議論においては結びついたものであることを明らかにしたのである。

ここまでカルヴェとデヴィッツによる二つのマイヤー研究の内容を確認してきた。この二冊のモノグラフィーが、ハイエンらの本格的な研究以後になされたマイヤー行政法学理論の主要な研究である。以下では、これまで述べてきたような本格的な研究ではないもののマイヤー研究史にとってはやはり重要な意義を持ついくつかの業績をごく簡単に紹介しよう。

まず、マイヤーの『フランス行政法の理論』は1998年に再版されたが、そこではアタナシオス・グロミツアリスによって比較的分量の多い解説論文が新しく添えられた⁸⁹。この解説論文では、マイヤーのフランス行政法の叙述体系の特徴が適切に述べられているだけでなく、各個別法概念に関する論点についてもマイヤーの叙述と当時のフランスでなされていた理解についての比較検討が行われている。また、マイヤーはフランス行政法を、彼自身の言葉ではデュフォールから、しかし実際は理論的にはオーコックから学んでいると従来されており⁹⁰、グロミツアリスもそのこと自体は認めるところであるが、学説史の観点からは、むしろ行政における諸々の素材や名宛人ではなく行政の視角（Sichtweise）に方向づけられた行政法の叙述を行ったラファリエールと『フランス行政法』は比較すべきである、と指摘していることが興味深い⁹¹。

我が国の公法学にとってはどうしてもなじみが薄くなる教会法の領域についてのマイヤー研究も行われている⁹²。そこでは、各種教会イベントや団体に参加し、キリスト教関係の雑誌に熱心に投稿し、ライプチヒで神学の博士号を取るに至ったマイヤーの姿が生き生きと描かれている。そこでは、マイヤーは教会法に関してゾー

⁸⁸ Dewitz, Vertrag, S. 98 ff.

⁸⁹ Gromitsaris, System, S. VII. 書誌情報は【主要文献一覧及びその略語について】参照。

⁹⁰ 塩野『構造』、77頁注（6）。

⁹¹ Gromitsaris, System, S. LXXV.

⁹² Katja Jönsson/ Matthias Wolfes, Otto Mayer, in: Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon, Bd. 15, 1999, Rn. 991 ff.

ムから影響を受けていたが、神学に関してはフリードリッヒ・シュライアマッヒャー、アルブレヒト・リッチェル、アドルフ・ハルナックから影響を受けていることや、「マイヤー教会法構想の中心は、近代国家観念にふさわしい国家と教会の関係の特定⁹³」であり、彼がこの視点からカトリックとプロテスタント教会の今後のあるべき姿についてそれぞれ異なる処方箋を論じていたことが指摘されている。

さらに、マイヤーを直接の対象とする研究ではないものの、いわゆるマイヤー学派の一員とされるフリッツ・フライナーについての本格的な研究⁹⁴や、当時のドイツ帝国の国家的プログラムとして行われたシュトラスブルク大学に関する総合的研究⁹⁵も、今後のさらなる研究を行うにあたり見過ごせない業績である、といえよう。

⁹³ Jönsson/ Wolfes, a.a.O. (Anm. 92), Rn. 999-1000.

⁹⁴ Roger Müller, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft*. 2006.

⁹⁵ Bernd Schlüter, *Reichswissenschaft*, 2004.

第2章 国家と国家権力

本章から、オットー・マイヤーの法律の支配論を精確に理解することを目指して、彼の法学理論についての具体的な検討へと進む。

さて、分析の最初の対象は、マイヤーの国家及び国家権力論である。なぜなら、彼が説くあらゆる理論——このことは行政法学領域のそれだけではなく、国法学や教会法学においても妥当する——の基盤として存在しているのが、彼固有の国家及び国家権力論だからある。それゆえ、本論文にとってもまず行わなければならないのが、マイヤーがどのような国家・国家権力観を持っていたのかについて把握することである。これを正しく把握することなくして彼の法学理論を理解することは一切叶わないだろう。

第1節 分析の視点

本節では、この章で行われるマイヤーの国家論の分析作業についてその性質をまず説明しよう。

当然ここで問題となるのは、先行研究によって行われてきた諸々の分析との関係である。マイヤー法理論における国家論が持つ重大な意義については、前章でも確認されたように、様々な論者によってすでに指摘されてきた。すなわち、マイヤー研究を行う論者は常に、彼の国家論について注目し、それが「マイヤー行政法の特性を最も刻印づける構成要素（ヒューバー）」、「構造の基盤（塩野）」、「一貫した行政法の原則（カルヴィエ）」などと表現しており、それを例えばドイツでは「近代国家観念」として、日本では「企業的国家観」として、その内容や意義の検討が試みられてきた。すでにマイヤー国家論に関しては研究の一定以上の積み重ねが存在しているといつてよい。それゆえ、本論文がこれから行う作業が従来 of 諸研究に対していったいどのような特徴を持つのかについて説明する義務が筆者にはあるだろう。

このことについて述べれば、第一に、本論文がこれから述べることは、これまでの諸議論とは完全に異なる内容を持つような全く新たなマイヤー国家論の解釈を提

出しようとする性格のものではないことを認めなければならない。以下で行われる作業はむしろ、積み重ねられてきた知見の統合という側面も持つ作業である。ただし、この整理においては、従来の研究とは異なる枠組みのもと行われることになる。あらかじめ説明すると、マイヤーの国家及び Volk 概念をそれぞれ二つの意味へと切りわけることによって議論の整理が行われ、従来の研究で——前章で確認された先行研究はさしあたりここに含まれない——、しばしば見られるマイヤー本人の概念定義の単なる引用という事態は回避されることになるだろう。

なお、マイヤーの国家論における哲学的水脈についても掘り下げた研究——なお、そこで問われるべきは、例えばヘーゲル国家論との、マイヤー自身の文章においてしばしば示されるヘーゲルへの傾倒という記述¹からいったん冷静に距離を取ったうえで行われるべき、客観的かつ具体的な比較検討であるように思われる²——を行うことは、能力的にも資料的にも遺憾ながら筆者の手に余る作業であり、本論文では取り扱われる作業ではない。

第二に、本論文は従来の日本のマイヤー国家論分析では手がつけられてこなかったその概念の本質的部分に関する議論にまで掘り進めていく。按ずるに、従来の我が国のマイヤーの国家論に関する検討は、それ自体を検討の対象とするよりも、我々が「行政法学」というディシプリンにおいて想定するものと直接的に接する部分に限って注目されてきた、といえる。例えば、ある研究では、マイヤーのいう国家とは、「偉大な事実³」であって、かような理念が国家の法を越える無制限な力を意味することが述べられ、行政法（法治国）はその無制限な力を制限するだけであるとされ、而してこのような発想がマイヤー行政法学の理論的限界を生じさせている原因の一つである、と論じられていた⁴。また機関訴訟や公権論の観点から国家論を検討するために彼の有名な法人格論文がしばしば注目されるが、実際のところ国家の本質、つまり Inbegriff を法人格として理解する考えを否定し、さしあたり法学的

¹ Vgl., *Selbstdarstellung*, S. 155.

² この作業について実際は未だドイツにおいても殆ど行われていないように見える。例外的な作業として、マイヤーとヘーゲルとの関係性の問題に関しては、当時マイヤーが所有していたヘーゲル『法哲学』を入手し、その本のなかでのマイヤーの書き込み等まで検討した、Erk Volkmar Heyen, *Positivistische Staatslehre und politische Philosophie. Zur philosophischen Bildung Otto Mayers, Quaderni Fiorentini* 8, 1979, S. 282 ff, があり、示唆に富む。

³ *Person*, S. 47.

⁴ 例えば、米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性（一）」法学 70 卷 1 号（2006）75 頁。

には営造物 (Anstalt) と呼ぶことをマイヤーが提案する箇所ばかりがそこでの検討の対象となっていた⁵。

このような諸研究によって得られた知見を本論文は否定するつもりは全く無い。しかし、注目したいのは、国家論の基層というべきマイヤーの国家の本質的な理解、ば学問的には憲法乃至国法学的領域のマイヤーの国家論について、これまでわが国の諸研究は分析の対象としてこなかったのではないかと、ということなのである⁶。国家が「偉大な事実」であるというのはいったいどういう意味なのか。事実上の力 (Macht) とされる国家権力とは何なのか。国家や国家権力はどのようにして・どのように誕生するものなのか。このような事柄を理解したときに、その上に築かれた彼の行政法学理論の諸論点もより明確に理解し得るのではないだろうか。以下で行われる作業はこのような問題意識にもとづく。

そこで、これらの『ドイツ行政法』のマイヤーの記述の前提であるところの国家の諸問題につき、本論文は、この論点につき重要な研究を行ったハイエンの議論等を参考にしながら検討していくことにしよう。そして、そこでは、従来の諸研究において、『ドイツ行政法』のなかで十分な検討が行われてこなかった部分であるところの§3「領邦君主の諸高権」についても解釈が行われ、体系書におけるこの章が持つ意義について明らかにされるだろう。

第三に、検討の対象テキストに本論文の独自性が存在する。これまでのマイヤーの国家論の研究では、『ドイツ行政法』の記述だけでは不十分と感じられる場合、こ

⁵ Person, S. 43 f. なお、「マイヤーにおいても (技術的な) 権利及び義務の帰属主体という意味における国家の法人格が否定されるわけではない」(西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』(有斐閣、2017) 261~262頁)。DVI -②, S. 13 Anm. 1; 「国家が概念の正確な意味での法人格であることは疑わしい。(参照、Person, S. 46.) しかし、我々は憲法において完成された国家の外部への諸関係のみを問題としているのである。そしてこの観点において全法秩序は国家を単一的な法主体として現わさせまたそのように取り扱うことに加工されるのである。国家の内部的本性がかような法主体に一致するのか、あるいは我々はうわべの人格 (Scheinperson) と向き合っているのかはこのことについてこれ以上の問題とならない」。

⁶ 三月前期以前の法思想と比較という視点から、マイヤーの行政法学には「公権力の実質的妥当根拠如何、などという問題意識」が抜けていると指摘していたのが、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造 (五・完)」国家学会雑誌 104 卷 7・8 号 (1991) 492 頁、である。かような玉井のマイヤー評価は、マイヤーが行政法学における自立化・「学問化」を行ったという文脈において論じられており、それゆえ、狭義の意味での行政法学という学問領域の外で論じられたマイヤーのこの種の問題に関わる諸議論を射程とした評価ではないので、その限りにおいて適切であるといえるだろう。

れに加えて、1908年に出版されたラーバントに捧げる記念論文集の中の一編であるところの法人格論文も検討の対象とされてきたように思われる。しかし、彼の国家論を理解するにあたり、翌年の1909年に公刊された『ザクセン王国国法』におけるまさに国家制度の基礎を論じた箇所も前述の法人格論文と同じか、あるいはそれ以上に重要な内容が記された文献であろう。そこで、本論文では、あまり注目されてこなかった後者の文献を主に検討の対象とする。

以上のような手法をもってして、本論文ではこれまで日本公法学では十分に論じられてこなかった視点からマイヤー国家論のより本質的で具体的な態様を明らかにしていこう。

第2節 国家

第1款 公共体としての国家・外部的秩序としての国家

オットー・マイヤーは国家をさまざまな論考においてそれぞれ異なる表現で言い表している。また、このことは法人格論文で典型的にみられることなのだが、一つの論文のなかで国家に異なる表現を与えていることがある。さらに、先述の「偉大な事実」のように、それ自体では実際のところ何を言おうとしているのかよくわからない表現を使うことすらある。そのため、論者によっては彼の国家概念は他人による分析を寄せ付けないなにか神秘的なものであるように感じられるのか、マイヤーが行った国家についてのかような言い回しがそのまま論文の中で引用される事態も起きている。

しかし、マイヤーの国家に関するいくつかの表現をそれぞれ注意深く観察すれば、そこにはどうやら二つの意味あるいは用法の国家概念を彼は使用していることにひとは気づくはずである。それは、ひとつは公共体としての国家概念であり、もうひとつは、それに備えつけられる秩序それ自体としての国家概念である。マイヤーの国家論を分析するにあたって、この問題に注目することを出発点として、以下でそれぞれについて確認しよう。

まず、最初に挙げた公共体としての国家概念について。このような国家概念は、例えば2版以降の『ドイツ行政法』の冒頭の記述において次のように明確に示され

ている。

国家は、ひとつの Volk（民族、国民）がその特性を歴史において展開し・引き立たせるために統合されるところの秩序づけられた公共体である。……国家は、他のあらゆる公共体よりも、特定の領域及びそれに属する人のためになつた最高権力、すなわち国家権力によって抜きんでている⁷。

ここでは、マイヤーは国家を明白に「秩序づけられた公共体」と述べている（なお、Volk、最高権力等に関する検討は後で行う）。ここで「秩序づけられた」という言葉の意味が問題となるが、それはいったん置いておいて、国家＝公共体という理解は、『ドイツ行政法』の別の個所でも示されている。

公共体は以下のように理解されえる：すなわち、個々人のそれを越える諸目的のための人的共同体（Menschengemeinschaft）。この主要な例がまさに国家である…ゲマインデや教会もこれに似た性質を持っている⁸。

このような記述は、マイヤーが国家の、それ自体が人の集合体、団体（Verband）であるという側面に注目して、公共体あるいは個人を越えた人的共同体として理解していたと考えることができる。このような発想は、法人格論文において、国家論を展開する章に「公共体」というタイトルをつけていたことから伺うことができる。実際、その章の冒頭部分では、マイヤーは、「国家とは、一定の領域とそれに属する人のために最高権力を備え付けられたところの事実上の状態、すなわち status によって与えられる⁹」と表現していた。

一方で、マイヤーは上述の理解とは異なる側面から国家を定義することがある。それは以下のような場合である。

国家とは、境界づけられた部分の地表とそれに属する人的共同体のために備え付けられ、最高権力を与えられた外部的秩序である¹⁰。

⁷ DV I -②, S. 1; DV I -③, S. 1.

⁸ DV I -②, S. 15; DV I -③, S. 15.

⁹ Person, S. 46.

¹⁰ Sachsen, S. 11.

ここでは、公共体ではなく、むしろそれに備え付けられる秩序として国家が把握されていることが読み取れる。マイヤーは、他の箇所では、このような意味での国家を例えば「総体の手段を伴うすべての人の事業の処理のための偉大な設備（Einrichtung）¹¹」であるとか、「均一的に働く国家マシーン¹²」と表現している。さらに、やや微妙な問題とはなるが、法人格論文にて法学概念としての国家を描写するに当たり適切な概念であるとして選択された「営造物」についても、何らかの特性を持った人的な団体ではなく、むしろそれに備えつけられるものというイメージにおいて、どちらかといえばこちらのグループに属していると考えてもいいたろう。このことは、営造物という定義について、マイヤーが企業（Unternehmen）・事業（Geschäft）・設備という用語と同じものを現わすものとして扱っていることから伺うことができる¹³。

このように検討すると、ひとは国家概念に関するマイヤーの言葉の使用法に曖昧さを認めるかもしれない。けれども、この問題に関してハイエンが、マイヤーは具体的な問題設定によって意識的に国家概念の定義の重心を変えていたのではないかと指摘しており、以下の事実からもおそらくそれは正しい。すなわち、ハイエンは文献調査を通じて、マイヤーが1901年に行った行政法の講義ノートを入手・検討し、マイヤーがそこで国家のこの「二重の意味」について明確に論じていたことを発見したのである。それによれば、彼は講義で、「国家とは、『Volkが一つの最高権力の下に統合されているという意味の外部的秩序』ということだけを意味するのではなく、『そうして生まれた公共体』ということも意味するのである」と論じており、まさに国家の二つの概念定義を正しく区別していたのであった¹⁴。

そこで、本論文でも、マイヤーの言葉に倣って、それぞれの国家概念を「公共体としての国家」「外部的秩序としての国家」と表現することにしよう。

さて、かようなハイエンが指摘するところの文脈に応じて二つの国家概念を使い分けようとするマイヤーの姿勢は、例えば『ドイツ行政法』におけるポリツァイ権力の限界に関する議論で明確に表れているように思われる。そこにおいては、さら

¹¹ Otto Mayer, Entschädigungspflicht des Staates, in: Max Fleischmann (Hrsg.), Karl Freiherrn von Stengel (Begr.), Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 1911, S. 732.

¹² Sachsen, S. 3.

¹³ Person, S. 53.

¹⁴ Heyen, Grundlagen, S. 63.

に「社会」という奥行きのある概念——マイヤー自身の説明によればこれはヘーゲルの「市民社会」と同じ意味を持つというのだが¹⁵——が議論の道具として加わり、彼の国家やそれに属する人々、土地のイメージがいきいきと描かれている。以下で検討しよう。

マイヤーはポリツァイ権力を議論するにあたり、まず「危険の防御、安全ポリツァイ、福祉ではない本来のポリツァイとよばれるものにとって、強制とは何か自明なことである¹⁶」というかつての自然法の見解との接続から出発している。彼の見るところ、この見解は、領邦君主にとってはこれに相応する官憲的作用の包括的な力が認められる、ということの意味し、一方、個人にとっては自らが属する公共体の善き秩序を自らの行態によって妨害しない、という社会的義務を意味した。そしてマイヤーはこの見解は、現在のポリツァイ概念においても、法的に有用で意義深いままである、と考えた。それゆえ、「ポリツァイ権力とは、行政の領域で、共同体の善き秩序に対する個別存在からの妨害を防御するために効果する公権力である¹⁷」、という定義が行われた。

そこで、個人にとっては妨害してはならない・ポリツァイ権力にとっては行われた妨害から保護しなければならない対象であるところの「共同体の善き秩序」とは何か、という問題が生じる。なぜなら、まさにこれの内容が直接ポリツァイ権力の限界を設定することになるからである。そして、この論点に関して、マイヤーの具体的な内容を持った国家論が語られたのである。やや長くなるが、引用しよう。

我々はポリツァイという言葉の本来の意味と接続しながらこれを「公共体の良き秩序」でもって把握しようとしている。しかし今日では、この際にもはやもっぱら我々の公共体についての国法上の概念だけでもって考えることは許されないし、その体制（*Verfassung*）、すなわち国家あるいはゲマインデだけでもってしてもならない。むしろ問題であるのは、同時に、国家における共同レ

¹⁵ マイヤーは自らの社会、そしてそのポリツァイ概念との連関がヘーゲルの市民社会論（Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 182 ff, § 231ff）に影響されたものであることを表明している。この点については、Vgl., Heyen, *Grundlagen*, S. 64 f.

なお、このような「共同体の善き秩序」理解に基づいて更に展開される具体的なポリツァイ権力の限界論については、参照、米田・前掲注（4）、70頁以下。

¹⁶ DV I -②, S. 215 f; DV I -③, S. 207.

¹⁷ DV I -②, S. 217; DV I -③, S. 209. また、参照、島田茂『警察法の理論と法治主義』（信山社、2017）316～317頁、321～322頁。

一ベンであり、あるいはよく言われるように国家がその上に設定される場所の人的社会の部分なのである。

社会について、このときひとは何か非法学的なものを理解する；国家学的概念であり、それは人の集団（*Menschenmassen*）が共通の文化及び恒常的な交際を通じて結び付けられるところの偉大な生活共同体を意味する。社会は我々にとって、それが自らの内に含む諸個人の間にとりもつところの諸々の相互作用のために非常に重要なものである：そこで諸個人の身に起こる有益なことおよび有害なことは、数え切れないとりわけ追及不可能な連関の結果なのである；逆から見れば、諸個人の行態は直接的効果を超えて、多かれ少なかれ時によって、同時に全体状況への影響を持つのである；彼ら彼女らの生活表現は社会的意義を得るのである。

この意味における社会は、土地の境界を越えて広がる。国家は互いにその領域および *Volk* に従って自らと関係する部分をこの意味の社会から切り出すのである。この部分すなわち社会の諸力や能力（*Leistungsfähigkeit*）は国家の意のままにあるのであり、国家の固有の力や能力の基礎である。国家はそれのぶんだけ社会の部分に対して、保護・助成・援助などの管理を行う（*walten*）。国家によるかようなハッキリとした目的を持った取扱いの対象としての限界づけられた社会の部分こそ、ここで問題であるところの良き秩序であるべき公共体の下で一緒に考えられるものなのである¹⁸。

ここでマイヤーが述べていることは、以下のようなことであろう。

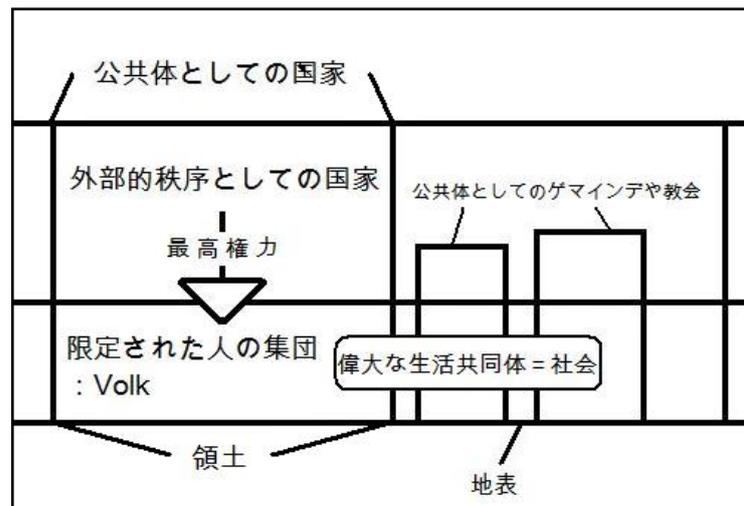
まず第1段落で述べられていることは、まさに共同体としての国家と外部的秩序としての国家の問題に関係する。マイヤーはここでは国家を前者の意味で扱い、そのうえでマイヤーは、「共同体の善き秩序」について考えるときに前者——ただしゲマインデも含めている——だけでもって考えるのだけではいけない、と主張する。それは、他の箇所では外部的秩序としての国家が備え付けられるところの「人的共同体¹⁹」及び以下で説明するようにその広がりとしての「社会」にも、あるいはむしろそちらのほうにこそ「共同体の善き秩序」に関する議論の中心的な役割を担わせるためであった、と考えられる。

この社会というものは、マイヤーの理解では、人々が交際し交流しあう生活の共

¹⁸ DV- I ③, S. 212.

¹⁹ 参照、前掲本章注（8）。

同体である。人々の相互作用は、また社会全体とも連関するものであり、その点において個人の行態は社会的意義を持つことになる。さらに社会は、共通の文化によって結ばれ、国境を越えて広がっているものである。



しかし、かような社会は、

外部的秩序としての国家によって——領土と Volk 概念を通じて——切り分けられる。それによって先述の意味での国家内部の人的共同体＝「社会の部分」が成立することになるのである。この人的共同体に対して国家はまさに行政を行い、さらにそれが「善き秩序」であるようにポリツァイ権力をふるわねばならない。

以上のような議論をここでのマイヤーは行っていたと考えることができる²⁰。

さて、ここまでの検討で明らかにしてきたマイヤーの国家論を、その二つの意味に注意しながら、そしてポリツァイ権力の限界論の際に述べられた「社会」等も含めて図で示そうとするならば、上のようなものとなるのではないか（なお、図では表示していないが、ポリツァイ権力は最高権力＝国家権力のうちに含まれる一つとして理解されるべきものである）。

マイヤーが国家に関してしばしば述べる「偉大な事実」や「状態²¹」という表現は、現実の世界において図のような国家の姿形が存在していること（Dasein）そのものを指している、と考えられる。このことは言い換えれば、国家のみならずその内部の諸要素も、仮想の存在でも、法の世界にだけ存在するものでもない、ということの意味する。マイヤーは国家を人工的なものでも偶然形成されたものでもなく実際にこの世界に存在しているものだと考えていたのである²²。

²⁰ いわゆる「国家と社会の二元論」の論者の国家及び社会観がそれほど単純な二元論ではなかったことを強く主張していたのがベッケンフェルデであった。ベッケンフェルデの主張について、参照、藤田宙靖「E・W・ベッケンフェルデの国家と社会の二元的対立論」『行政法の基礎理論 上巻』（有斐閣、2005）88頁以下。

²¹ 例えば、Person, S. 53.

²² Heyen, Grundlagen, S. 71.

なお、ここで見落としてはならないことは、塩野宏が指摘していたように²³、外部的秩序としての国家と社会の関係は、単なる管理の関係には限られない、ということである。確かにポリツァイ権や財政権の法制度において、国家は公権力を「完全に単純明快に、そして一面的に妥当させて」、社会の秩序を維持し、又そこから諸能力を徴収するだけである。しかし、国家は、公企業、あるいは公営造物の領域においては、「社会の生活に、つまり臣民たちの真ん中に入り込む。そこでは、国家は、臣民のように、しかしもちろんやはり臣民とは異なるように、業務を処理しようとするのであり、そのための外部的手段を編成し、それを使用し、その際に、私人と様々な関係——この関係の秩序が、相当する諸々の民事法制度と対をなすところの公法的法制度を生み出すことになる——に立ち入ることになる」のである²⁴。そして、かような場合も、原則的に国家はあくまで外部的秩序のまま社会における諸個人との関係を持つことになり、それゆえ、かような局面においても「公法」の特異性は原則的にそのままなのである²⁵。

²³ 塩野『構造』、83～84頁。

²⁴ DV I -③, S. 21 f. Vgl., DV II -②, S. 1.

²⁵ 塩野宏の「企業的國家観」についてここで確認しよう。塩野は、マイヤーが国家をアンシュタルトとして把握したことに注目する。そして、塩野は、マイヤーがそのアンシュタルト國家観についてアルプレヒトのテーゼの復活させていることから（Vgl., Person, S. 54）、そこには、(1) 共和制的傾向への対抗 (2) 君主権の客体としての国家という考え（家産的アンシュタルト）の否定 (3) 装置的機構的考察の復活 (4) 国家行政そのものの非政治的中立化の要因、という四つの意義を認めることができるという。ここで塩野が重視するのは (3) である。塩野はマイヤーが「アンシュタルト概念をまず私法上の法概念に求め、常に企業乃至事業目的との関連でとらえたこと、そしてそれを国家構造の法的把握にまでおし及ぼしたこと」から、このアンシュタルト的國家観は彼の当時の後期資本主義国ドイツの社会の現実についての認識に対応しているのではないかと指摘する。すなわち、アンシュタルト國家観は、「その一面に置いて、広まりゆく国家機能に対応する有効な道具概念としての意義をもたらされるに至っていることを示すもの、とみるべきではないか」という指摘である。そして、装置としての國家観にはかような広い機能を果たすべく予定されているのであるから、これに「企業的國家」という名称を与えることを提案したのである。

按ずるに、塩野が述べるところの装置的機構的國家観は、本論文が述べるところの、そしてマイヤー自身も述べていたところの、「外部的秩序としての国家」と符節が一致する。また、おそらくマイヤーが「広がりゆく国家機能」に関心を持っていたことも確かであろう。

問題は、塩野自身も認める（塩野『構造』、90頁注(1)）ようにマイヤーが「国家はアンシュタルトである」という定義を、管見の限り法人格論文以外では論じていない、というテキスト・資料の問題であり、そしてそのことを除いても、本文で論じたような哲学的内容——これは本論文では論じることができなかったが、「国家と

さて、これまでの検討で、マイヤーの国家概念について整理することができた。次の問題はその内容、すなわち国家の諸々の構成要素である。結論から言えば、Volkと国家の関係はこれを整理するにあたって論理的に困難な問題を抱えていた。マイヤーは Volk に「その言葉の多様な意味²⁶⁾」を認めることで、この問題の解決を図ろうとしたと考えられる。款を改めて検討しよう。

第2款 Volk と領土

上述のいくつかのマイヤーの国家の定義において常にその要素として表れていたことから示されているように、マイヤーの国家の定義において、その構成要素は Volk であり、領土であり、最高権力であるところの国家権力であった。この意味においてマイヤーは伝統的な国家三要素説を継承している。

この国家の三要素についてマイヤーは『ザクセン王国国法²⁷⁾』において詳細に論じている。それゆえこの本の内容を検討することで、また、この問題について深く検討したとみなすことができるハイエンの議論を参照しながら、マイヤー国家論の三要素の内容を検討しよう。ただし、本款で分析の対象となるのは Volk と領土である。というのも、残りの要素である最高権力＝国家権力は特にマイヤー法理論の

教会」論文で論じられているように、明らかに教会法における教会と信徒の関係と密接に結びついている——を持つマイヤー国家概念を、「広まりゆく国家機能に対応」させるための装置・外部的秩序である」と把握することで十分に掴み切れているのか、ということである。

もっとも、これらの問題は、塩野の作業に何らかの不十分な点があったということではないのだろう。そうではなくて、塩野も含めてこれまでのマイヤー研究が、本文でも指摘したように、行政法学の固有の学問領域乃至問題意識と接続している部分について行われてきたことに原因があると思われる。それを踏まえて考えれば、本論文で明らかにされたマイヤーの国家概念は、行政法学の文脈で登場する限りにおいて、まさに塩野が「企業的国家観」として提出したところの役割を結局は担うことになる」と述べるのが結論としては穏当なのかもしれない。

ただし、玉井克哉「特権許与から行政行為への史的発展」塩野先生古稀祝賀『行政法の発展と変革 上』（有斐閣、2001）328頁注（75）、も参照のこと。

²⁶⁾ Person, S.51.

²⁷⁾ 1909年に出版された『ザクセン王国国法』は、1831年制定のザクセン王国憲法についての理論的な解説書である。自叙伝によれば、マイヤーは1903年にライプツィヒ大学法学部に移ってから、国際法・ドイツ国法・ラント法すなわちザクセン国法の講義も担当するようになったらしい。同書はその活動の成果である。彼は、「私はこの本が、自分が書いたもののなかでは最も良いものであると考えている」と述べるほど、その内容に自信があったようである。Vgl., Selbstdarstellung, S. 17f.

根幹をなす事柄であるため、より詳細に検討しなければならない概念だからであり、次節で取り扱うことになる。

さて、まずは Volk である。

前款で行った引用部分において、マイヤーは社会：「人の集団 (Menschenmassen) が共通の文化及び恒常的な交際を通じて結び付けられるところの偉大な生活共同体」の特定の部分が、それに従って国家によって切り出されるもののひとつとして Volk を理解していたことを指摘して。この記述が示唆しているように、彼は Volk について、例えばその国家領土内に住んでいるすべての人、すなわち国家内部の住人というような無内容の理解はとらない。Volk はそれ自体で具体的内容を持っている事実的存在である。『ザクセン王国国法』での Volk に関するマイヤーの記述をみてみよう。

Volk とは、そのために国家が存在するところの、本性的に更新される人的共同体である。それは永続的な歴史的に偉大なものであり、各々の瞬間に姿を現すような個人の集団によっては全く包括することができないものである。一方で、諸個人にとってはこの集団への所属性は、国家的秩序において彼ら彼女らに与えられるところの特別の諸々の法的繋がり (Rechtsbeziehung) の形で現れる。かようにして、重要となるのは、この所属性がそれに従って定められる法的メルクマールを示すことである²⁸。

このマイヤーの記述は、Volk 概念において二つの次元の議論がなされていることが読み取れる²⁹。以下では、それぞれの議論を検討しよう。

第一の議論は、人的共同体という側面からみた Volk 概念のそれである。このような Volk 概念は、例の『ドイツ行政法』の冒頭の「国家は、ひとつの民族 (Volk) がその特性を歴史において展開し・引き立たせるために統合されるところの秩序づ

²⁸ Sachsen, S. 26.

²⁹ なお、法人格論文 (Person, S. 51 f.) でマイヤーは、国家と Volk を同一視する見解を否定するために、本文以下で述べられる二つの意味での Volk 理解に加えて、政治的な有権者団であるところの「正規市民」としての Volk 概念も加えて、三つに整理している。これは主に民主制国家において問題となるものである、とされる。『ザクセン王国国法』が取り扱ったザクセン王国の憲法問題と異なり、より一般国法論としての文脈で行われたこの議論については、Dewitz, Vertrag, S. 57 f. の要約を参照。

けられた公共体である³⁰⁾ という記述からも伺うことができるだろう。また、法人格論文でもこのような意味での「歴史的 Volk 概念」は語られていた³¹⁾。本論文では、これを歴史的意味の Volk と呼ぶことにする。

引用された記述からもわかるように、この歴史的意味の Volk は、ある時点で現実に存在している人の集団ではない。Volk とは人の入れ替わりが行われ常に更新され続けていくものなのである。「歴史的」という言葉の意味はこのことを指していると考えられる。

また、このような歴史的意味の Volk 概念の国家理論における重要性は、これが国家、特に外部的秩序としての国家の目的と結びついているということである。マイヤー曰く、「国家と名付けられるところの設備は、諸々の Volk という単一体を創造・維持する任務と作用を持つ。それはすなわち、かような形態において結び付けられてその特性を発揮するべきものであり、他者に対してその特性を通用させるべきものであり、行動と受容において人類の歴史の流れのなかで共に働くところの諸々の人的共同体である³²⁾」。すなわち国家の目的にとって唯一の尺度となりえるのが、このような歴史的意味での Volk の発展なのである³³⁾。一方でこの意味での

³⁰⁾ 参照、本章注(8)。なお、このような記述は『ドイツ行政法』の初版には存在せず、第2版から現れたものであり、マイヤーの Volk 概念の明確化のプロセスが生じたのであると、Heyen, Grundlagen, S. 65-68, は指摘している。

³¹⁾ Person, S. 51, S. 55.

³²⁾ Person, S. 47. マイヤーはここでヘーゲルの民族精神論 (Hegel, a.a.O. (Anm. 15), § 352.) を引用している。ライプティヒ大学総長就任講演では、マイヤーはまずフィヒテが「歴史的に偉大なものとしての Volk」概念を唱えたのであり (Fichte, S. 23.)、ヘーゲルの該当記述はこのフィヒテの国民観に他ならないものである (Fichte, S. 25.)、と論じていた。

なお、この講演において、マイヤーの社会契約論に対する態度はやや複雑である。マイヤーはホップズやロック、ヴォルフらの議論を、「個人の集団が自らのもとの、そして将来の支配者とともに、契約を通じて国家を創造する」という国家創設契約論としてまとめ、これを「ひ弱なもの」と嘲笑する。その一方で、ルソーの契約説に対しては、その理論上の呵責のなさやフランスやドイツにおける影響を指摘したうえで「我々の現在の憲法は情け容赦ないロジックでこれを退けている」とだけ述べて、マイヤー自身のルソー説に対する評価については明確に語っていない。Vgl., Fichte, S. 20 f.

実際のところ、マイヤーのルソーに対する評価はこの問題に限らずそれぞれの論点で異なっている。ハイエンがまとめたところによれば、マイヤーはルソーについて、その国家の主権の強調や法的全能性については賛同し、人権宣言の意味付けについては揺れ動いた評価を与え、その人民主権論については厳しく批判していたのであった。Vgl., Heyen, a.a.O. (Anm. 2), S. 297 f.

³³⁾ Vgl., Heyen, Grundlagen, S. 67. マイヤーはこのようにして特定の国家目的論

Volk にとっても国家は必要不可欠な存在である。なぜなら、Volk は、「国家への所属において、その単一性、すなわち家系や身分階級、宗教的確信の違いがあるにもかかわらずひとつであることを自覚するのである³⁴」。

かくしてこのような歴史的意味の Volk の帰結として、「国家は、それに形態を与えるべく定められているところの歴史的に偉大なもの、すなわち Volk の未来のために大量の人を犠牲にしてもよい³⁵」とされる。国家の目的は、そこに生きているが終始入れ替わっていく特定のひとびとではなく歴史的な存在としてのそれを対象とする。それゆえ、それが歴史的 Volk に寄与するのであるならば、現在の Volk を犠牲にする国家の行態もマイヤーにとっては正当なのである。

第二の議論は、この Volk の人的構成の問題である。すなわち、どのような個人によってこの Volk は構成されているのかという問題である。

按ずるに、歴史的意味の Volk の概念からすれば、Volk は国家以前にすでに単一体として存在しているはずである。この歴史的 Volk のために、国家は存在するのであり、あるいは外部的秩序として備え付けられるのである、というのがマイヤーの論理だからである。しかし、この歴史的意味での Volk に関して、いったい誰がこの集団への所属性を持っているのかは明確ではない。なぜなら、先述のようにこの概念はある時点で現実に存在している特定の人々について把握しようとする概念ではなく、ひとの所属について開放性をもった概念だからである。さらに、先に見たように、そもそも個人は国境を越えた同じ文化をもつ人的共同体としての社会に属するのであった。

この問題を解決するために、彼は Volk 概念について、歴史的意味の Volk とは異なる、「歴史的に偉大なもの〔歴史的 Volk のこと〕が所与の瞬間において自らを打ち立てるところの人の集団」としての Volk 概念を唱える³⁶。彼によれば、個人がこの意味での Volk の構成員であるということ、言い換えれば個人が Volk に所属するということは、国家の法的秩序によって示される、という。つまり、「Volk 構成員性 (Volksangehörigkeit) の法とは、国家構成員性 (Staatsangehörigkeit) の法

を自身の国家の概念に取り入れたのであり、この点につき当時のラーバント流の支配的な国家理解とは異なると、Dewitz, Vertrag, S. 59, は指摘する。もっとも、本論文はこの見解の正否をするには、ラーバントの国家論の研究も必要であると考えため、留保したい。

³⁴ Festrede, S. 4.

³⁵ DV I -②, S. 15; DV I -③, S. 15.

³⁶ Sachsen., S. 17.

なのである³⁷⁾。そこで、このような意味での Volk 概念を国家構成員の意味での Volk と呼ぶことにしよう。

マイヤーは、ザクセン憲法典は、この国家構成員の意味の Volk について適切な表現をしていないと指摘する。なぜなら、ザクセン憲法典は国家構成員性を、単に国家権力の対象として把握するような古き見解に従っているからである。これに従えば、Volk の構成はその時々々の国家権力が対象とするところの偶然の存在でしかない。それゆえ歴史的な意味での Volk も成立しないことになってしまう。「その構成員を、単にその居住のメルクマールによって、そしてそのことから生じる国家権力による強度の把握可能性によって、特定すること」は適切ではない、とマイヤーは批判する。そうではなくて、強調されるべきは、国家権力による受動性だけではなく、むしろ住民の積極的側面、すなわち「義務だけではなく自由の保護について認められる権利であり、公権力の秩序づけへの関与である」。国家構成員とは国家公民 (Staatsbürger) のことを指すのであり、国家構成員性とは、人格に付けられる法的特性、すなわち家族法の構成要件や特別の国法上の授与によって獲得される身分 (Status) なのである。要するに、マイヤーは国家構成員としての Volk を、国家との相互的で法的繋がり具体的な質によって把握できると主張したのである³⁸⁾。

ここまでのマイヤーの Volk の議論をまとめると、以下のようなものとなる。すなわち、Volk は一方では特定の人的共同体として歴史的に存在し、国家はそのた

³⁷⁾ Sachsen, S. 26.

³⁸⁾ Sachsen, S. 27. なお、それでは国家構成員性の特性と結び付けられるところの権利とは何か、という問題について、マイヤーはここで問題となる「特別の権利」を、「厳格な意味での主観的権利ではない」と権利性を否定し、「これを通じて、臣民に国家権力に対するある種の保障 (Sicherheit) が提供されることが重要なのである」と述べている (Sachsen, S. 30 ff.)。さて、この保障の具体的内容としてマイヤーが挙げているのは、ザクセン憲法 27 条及び 26 条によって一般的規定が与えられるところの自由権と平等保障である。ただし、これらの諸規定は、あくまでも「臣民の『特別な権利』」である。なぜなら、ザクセン王国の内部に住む外国人——ドイツ帝国の性質ゆえに、この集団は、ザクセン王国には属さないがライヒの一員である場合とザクセン王国にもライヒにも属さない場合とに場合分けする必要がある——にとっても、近代の国際法共同体が持つ「逸脱 (Abweichung) がない限り、外国人と内国人は法的に同質である」という原則によって、その利益が及ぶものだからである。それゆえ、これらの諸規定で与えられているものを指して、そのまま、「国家構成員の『特別な権利』」はこれらである、と一概に判断することはできない。「特別の権利」のそれぞれについて「外国人の権利」になりえるのかという問題の検討を経なければならぬ、というのがマイヤーの主張であった。そして、その判断においてマイヤーは結局「事物の本性」論 (この概念については次章でまた取り扱う) を利用するのであった (Sachsen, S. 32)。

めに設立されるものである。それゆえにこの意味での Volk は国家以前に存在するものである。その一方で、国境を越えた人的共同体の一員であり、現実の世界に生きている個人が、特定の Volk に所属していることの本質は、結局、その国家によって提供される法的身分にある。ここで人は国家構成員としての Volk として表現され、この意味での Volk は国家の成立後に初めて具体化されるものなのである。

さて、領土論についても簡単に確認しよう。

マイヤーは、ザクセン王国憲法は、「領土 (Staatgebiet)」といった用語を使ってはいないものの、様々な条文でこれを意味するような表現をしており³⁹、「領域」の国家概念から分離不可能性は憲法にも表れている、と指摘する。彼によれば、国家と領土が分離不可能なのは、「最高権力が備え付けられるところの地表の空間的に限定された一部を前提とする」からである。そして、彼はこのことについて以下のように論じた。

国家は、Volk という歴史的現象の肉体 (Leiblichkeit) であるという国家目的を、その歴史的現象のために地表の特定の空間を利用し・その空間を国家のヘルシャフトでもって満たすことを通じてのみ、果たしうるのである⁴⁰。

かような国家と領土の結びつきについて記述されたあと、『ザクセン王国国法』では、さらに領土変更問題や獲得の問題、外国が特定の権原に基づいて領域高権の効果をザクセン国内に及ぼそうとする場合の問題などが論じられるのだが、これらの問題についてのマイヤーの記述はもはや本論文の射程の範囲外であろう。

さて、本節の議論をまとめよう。

第1款では、マイヤーの法理論のなかで「国家」という用語が二つの意味で使用されていることを指摘し、それをそれぞれ公共体としての国家と外部的秩序の国家と区別し、それぞれの内容や相互関係を明らかにした。また、ポリツァイ権力が守るべきものとされる「公共体の善き秩序」論について分析し、そこでマイヤーによって提出された「社会」概念についても、上記の国家論の文脈において位置付けた。

³⁹ ザクセン王国憲法典 § 1 「分離不可能な国家」、§ 2 「王国の構成要素」、§ 11 「王国 (のもとで)」、§ 24 「王国の境界」、§ 33 & 56 「王国のうちに受け入れられた教会団体」等をマイヤーは挙げている。

⁴⁰ Sachsen, S. 17.

第 2 款では、『ザクセン国国法』を主なテキストとして、かような国家の要素であるところの Volk 及び領土概念につき検討を加え、特に前者についてここでも二重の意味、すなわち歴史的意味の Volk と国家構成員としての Volk が彼の議論には存在していることを指摘し、その内容及び国家との相互関係が明らかにされた。

ところで、ここまでの議論で頻出し、それがマイヤー国家論にとって非常に意義深いものであることが示唆されている最後の国家の要素が、国家に備わる最高権力すなわち国家権力である。この彼の国家権力論は、固有の意味での行政法学領域においてもしばしば顔を出し、それゆえに——特にカルヴィエのような苛烈に——直接的な批判対象となっているといえる。次節ではこの国家権力論を詳しく分析しよう。

第 3 節 国家権力

第 1 款 事実としての Macht

マイヤー国家論において議論の中心点にあるのが国家権力概念である。この概念は国家それ自体の存在の有無にとって決定的な標識であり、それだけでなく、他の二要素の定義にとっても重大な意義を持っている。このことは、例えば、前節第 2 款で検討された領土概念及び国家構成員としての Volk 概念に関する議論が、最高権力との関係性において行われていたことに示されているだろう。このことをマイヤーは以下のように明確に表現している。すなわち、「国家権力は、国家の基層としての三つの事柄のうち最も重大なものである；なぜなら、これとの連関によって、他の異なる二つの要素は、その概念上の被特定性を得るからである⁴¹」。

さて、マイヤーは国家権力概念を『ザクセン王国憲法』では、以下のように定義している。

国家権力は、近代国家観念の意味において必然的に最高権力である。それ自体として外部に向けて独立し、その領域内において法的に抵抗できないものであり、外部的秩序の手段をもってかような人的共同体のために追求されなければ

⁴¹ Sachsen, S. 11.

ばならない任務において無制限のものである。Volk や領土には大小があるが、国家権力にはそれがない。いくらかでも国家権力が欠けているのならば、その公共体は国家としてまだ不確かなものであるか、国家として必要な特性を失っている；これらのケースにおいて、それは国家ではない。それは状況にもよるが、付属国か自治行政体か、国家〔性〕を失った領域なのである⁴²。

すでに前章においてマイヤー法理論における国家および Volk・領土概念についてその意味の整理を終えている我々は、このマイヤーの記述を容易に理解することができるだろう。すなわち、ここでマイヤーが述べていることを敷衍すれば、国家権力とは、歴史的意味の Volk を目的として備え付けられるところの外部的秩序としての国家において存在し、その目的のためには無制限であり・領域内で絶対のものである権力である。そして、かような性質の最高権力が自らに備わる外部的秩序において存在していないのであれば、その公共体は少なくとも国家としての要件を満たさない、ということである。まさにこのような国家と国家権力に関する見解をマイヤーは「近代国家観念」という言葉で述べていたのである。

なお、国家の創設において、そのプロセス乃至論理立ての順序、すなわち Volk が先行するのかそれとも国家権力が先行するのかという問題について、先行研究において混乱し整理されていない論述がみられる。しかし、ここまで説明してきたように Volk が二重の意味で存在していることを念頭に置けば、マイヤーの論理の筋道は把握できるだろう。

『ドイツ行政法』でも、マイヤーは、最高権力＝国家権力と公共体との関係について「公権力」という単語も使いながら、記述を行っている。

かような公共体のために表明される意思是、その力領域の人を法的に超える力を備え付けられる。そしてここに公権力が存在する。この公権力が頂点の地位にあるのであれば、その力領域内においてはこの種のあらゆる他の諸現象に対して優越的なのであり、而して我々はその公権力を国家権力、主権と呼ぶ⁴³。

すでに見てきたようにマイヤーにとっては国家だけが公共体ではない。ゲマインデや教会も公共体であり、これらにもまた個々の構成員を優越するという意味での

⁴² Sachsen, S. 11. Vgl., Person, 47.

⁴³ DV I -②, S. 15; DV I -③, S. 15.

—このことの特に法的な意味は後で論じる—の公権力が存在する。しかし、これらの公共体のなかで国家が特別なのは、その公権力にそのような公共体にも優越する最高性＝主権性があるからである⁴⁴。要するに、国家権力＝最高権力としての公権力である。マイヤーはこれがかつての「ローマ国民の主権（majestas populi Romani）」と同じものだと主張した⁴⁵。

ここでマイヤーの憲法概念についても確認しておくことが適切であろう。彼によれば「憲法（Verfassung）とはそれに従って最高権力が形成（bilden）され、整えられるところの規程を意味する」。これが憲法の原則原理である。しかし、現在はこの憲法概念は歴史的な経過によって特別な追加物を手に入れている。それは、当該規程が、最高権力の法（Ordnung）であることに加えて、議会が立法の際に協働をすることを通じて国家権力へ関与することが認められていなければ、それを憲法と呼ぶことはできない、という見解である。これに合致した国家が立憲国であり、そしてこのことでもって与えられる最高権力内部の諸々の区別には行政法は依存しているとされた⁴⁶。かくしてマイヤーはこの立憲国についてその具体的内容として権力分立論を展開するのだが、その検討は後の章で論じることにしてしよう。すなわち、本章で憲法について論じられるとき、それは常に立憲国的憲法までを内容とするものではない。

問題となるのは、最高権力と憲法との関係性である。上述の憲法の定義からすると、憲法によって国家権力が創造されるようにも見える。しかし、マイヤーはそのようには考えていない。

国家の始まりは力（Macht）であり、その永続的根拠も力である。国家は…
…常に第一に何か事実的なものであった。順応や法はそれによろしく付け加わ

⁴⁴ マイヤーは「全体として独立の権利能力を備えた国家に含まれる人的共同体」をケルパーシャフト（社団）として理解し、そのうちで、その諸業務が公行政の一部であるようなものを公のケルパーシャフトと呼んだ。これに対して同業組合等の公のゲノッセンシャフトは、確かに「構成員に対してある種の力（Macht）」を持つが、それは私法上のそれと同様なフェアライン（結社）の設立の定款（Verfassung）に基づいて生まれるものであるため、マイヤーはこれを結社権力（Vereinsgewalt）と名付け、公のケルパーシャフトと区別している。Vgl., DV I -①, S. 126 ff; DV I -②, S. 87 ff; DV I -③, S. 85 ff.

⁴⁵ DV I -①, S. 53; DV I -②, S. 15 Anm. 5, 56; DV I -③, S. 16 Anm. 5, 54.

⁴⁶ DV I -②, S. 1 f; DV I -③, S. 1 f. なお初版（DV I -①, S. 1.）では、憲法の定義にさらに「Volkの限界づけ」という要素が存在していたが、これは後年削除された。

るものである⁴⁷。

国家権力とは何よりも事実としての力である。これがマイヤーの基本的発想である。憲法は確かにこの力を国家機関や制度を創設するなどして法的に——つまり、ここにおいて権力分立の観点において——整える。しかし、あくまでもこの力は「何か事実的なもの」であって、それは決して憲法によってはじめて創造されるものではないのである⁴⁸。

このような事実としての力が存在していることへの重視は、例えばドイツ革命後に出された二つの論考で示されているので確認しよう⁴⁹。

まずスパルタクス団に関係した刑事事件に関する判例批評⁵⁰から該当する部分を引用しよう。

行われた変革は、それでもって国家がまず再度新しく建設されるような国家の破壊を意味しない。「永続革命」など空想である。また他方で、国家権力の暫定的所有が事実上生じたということだけですぐに、その担い手は再び、従来の秩序がそれに与えていたところの「神聖性と不可侵性」を備え付けることが許されている⁵¹。

確かにここでの論述の焦点は国家権力の担い手：政府である。しかし、マイヤーが、事実上、国家権力が暫定的に復活しただけでもう、国家も復活し、それゆえに国家が政府に与える「神聖性と不可侵性」も効果を再び持ち始めると考えていたことが読み取れるであろう。変革が行われて新しく国家が建設されるのではない。最高権力が事実として存在しさえすればそれはもう国家である。

かようなマイヤーの見解は、やはり革命の一連のプロセスの中で発生した官職宣誓の拒否に基づく公務員の職務解雇事件に関して出された判決に関する批評からも

⁴⁷ Person, S. 47.

⁴⁸ なお、Bernd Schlüter, Reichswissenschaft, 2004, S. 370 f, によれば、ラーバントも講義にて、法ではなくあくまで力の結果としての具体的な国家権力の設立を説いていたようである。

⁴⁹ Vgl., Hueber, Methode, S. 49 f; Dewitz, Vertrag, S. 49 f.

⁵⁰ そこでは、事件の鎮圧の際に団員に免訴の約束が行われた旨の証人の供述証拠が問題となっていた。

⁵¹ Otto Mayer, Anmerkung; Strafsachen zu RGSt v.4.4.1919, JW 48, 1919, S. 733.

読み取れる。

国家と国家権力は生き生きとした現実であり、正式にはその為に与えられた諸々の法形式において動作し・発展し続ける。しかし、場合によっては、それらはその法形式から解放されるのであり、而して新しい軌道を取り、そのために妥当する法を自由に形成するのである。この法が有効であるかの問題について、もっぱら決定的なのは、新秩序が獲得したところの事実上の状況であり、すなわち新秩序の名において行使されるヘルシャフトである。ひとは国家に対しては「法はやはり法であり続けなければならない」という頑固な命題では切り抜けることができない：国家が我々に対して現実的にそこで向かい合う存在であるならば、我々法学者ができるのは国家にお辞儀をすることだけである⁵²。

国家も国家権力も、通常時は与えられた法形式に従って活動する。しかし、非常時には、所与の法形式から解放され、自由に行動することができる。このとき、法はア・ポステオリな存在である。その有効性は新秩序が行使するヘルシャフトという事実上の状況で、つまり事実として権力による支配が行われているか否かによって決定されるにすぎない。法は法として有り続けるわけではなく新しく形成された法が有効なものとなるというのであれば、それは制定する新秩序の事実上の状況がそれに適格なものであるという説明以外にはありえない。要するに、ヘルシャフトの存在によって正しく国家として認められた新秩序は、それゆえに正当に法を制定することができるのである。

このように、マイヤーにとって国家との関係において法は、それによって国家を生み出すことができるものではないし、力を自ら創造できるものでもなかった⁵³。彼にとって法とは、「諸々の力関係の秩序⁵⁴」、つまり法主体の間の力関係について境界線を引くものである⁵⁵。この秩序によって、「個人のある程度自由な活動

⁵² Otto Mayer, Anmerkung; zu PrOvG v.10.11.1921, JW 51, 1922, S. 610. これに続けてマイヤーは人を宥めるように——見る人によっては自分自身を宥めるように——次のように述べている。曰く、「個人がそれまで生きていた公共体が突然にそのひとにとって馴染みのない形態になるならば、それは辛いことかもしれない。無意識的に人は古きものに固執することに共感を覚えるだろう」。

⁵³ Vgl., Dewitz, Vertrag, S. 48.

⁵⁴ DV II -②, S. 572; DV II -③, S. 322.

⁵⁵ DV I -①, S. 13; DV I -②, S. 13; DV I -③, S. 13. 鶴澤剛「オットー・マイヤーの《自由権》論」金沢法学 53 卷 2 号 (2011) 247 頁以下、はカウフマンを引用しな

(Bewegung) が備わり・所有権が保障された人的社会が初めて可能となる⁵⁶⁾のである。そして、この意味での秩序について「法は、何がそうであるべきかを単に表明するだけではなく、そのことを実現する力でもある⁵⁷⁾が、この力は法が自ら生み出すことができるものではなく、あくまで法を制定する公共体がその力の源なのである。それゆえ、「我々にとって公権力なくして法は存在しない⁵⁸⁾」のであり、法はもはやかつてのようにジッテや民族の確信によって自立的に発生するものでも、また神が創造する自然法的なものでもなかった⁵⁹⁾。

また、マイヤーの国家論においては、常に、この事実としての *Macht* は消えることなく残ったままであり、国家に対して「永続的根拠」を与える。つまり、国家には「決定的瞬間において『いまや私はそれを望まない』』ということが許されている力が背後に存在する⁶⁰⁾のである。それゆえ、国家の主権的権力の自己拘束論など彼にとっては「神秘主義」以外の何者でもなかった。

しかし、それでもなお法治国においてはこのような国家権力は「法の方法におい

がら、「マイヤーを含めたドイツ伝統的法律学」の権利観とその背後に「《法》とは自然においてすでに成立している生活関係を前提とし、これに外部から歩み寄って、個々人の自然的行動能力に限界を引くものである」という《法思想》が存在していた」と述べている。

⁵⁶⁾ Otto Mayer, *Finanzwirtschaft und Finanzrecht*, in: Wilhelm Gerloff/ Franz Meisel (Hrsg.), *Handbuch der Finanzwissenschaft*, Bd. 1, 1926, S. 86.

⁵⁷⁾ *Rez. Zorn*, S. 479. かようなマイヤーの法概念については、シュトラスブルク大学の同僚であったアドルフ・メルケルの議論（例えば、*Vgl., Adolf Merkel, Juristische Enzyklopädie*, 1885, § 22.）の影響を指摘することができる。

⁵⁸⁾ *DV I -②*, S. 90; *DV I -③*, S. 87. ここでは、「国家的法観（エールリッヒ）」（参照、笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』（東京大学出版会、1979）386頁）を本質的に所有していたとされる後期イエーリングとマイヤーとの間の発想の接近を認めるべきである。*Vgl., Rudolf von Jhering, Der Zweck im Recht*, Bd. 1, 3. Aufl., 1893, S. 253; 「権力は非常時には法なしで存在し得るのであり、事実上このことについて証明している。権力なしの法などあらゆる現実性を失った虚ろな名前である。なぜなら、法の規範を実現する権力がはじめて、何が法でありまた法であるべきかについての法を作るからである」。イエーリングは、国家が法の前提性 (*Bedingtheit*) であることを発見・強調したことが、初期自然法に対する近代法哲学——そこではヘーゲルが想定されている——の大きな進歩であると述べている。*Jhering, a.a.O., S. 237.*

⁵⁹⁾ 繰り返しになるが、注意しなければならないのは、公権力を持っているとされるのは国家だけではない、ということである。例えば教会は、信徒に対して「国家のそれと同様に本来的な性質の法権力」が基づくところの力を持つのである。*Vgl., Otto Mayer, Staat und Kirche*, in: Albert Hauck (Hrsg.), *Realencyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, 3. Aufl., 1906, S. 724.

⁶⁰⁾ Otto Mayer, *Schiffahrtsabgaben II*, 1910, S. 41.

て (in der Weise des Recht)」活動するべきことが要請されるべきである、とマイヤーは考えた。最高であり法以前の存在でありそして存続する **Macht** としての国家権力を備えた国家をそれでもなお法の論理の下に置くためには一体どのような論理を組み立てればいいのか。「一般的高権的権力の行使においても、それに内部から法の形式と態様を与えるところの法の固有の秩序⁶¹」はどのように実現するのか。これこそがマイヤーが構築しようとしたところの行政法学理論の核心的問題である。だが、これは次章以降において明らかにされる事柄である。マイヤーの国家論に関して残る問題の検討に戻ろう。

第一に、それではかようなマイヤーの国家論をもってすると、ドイツの特殊事情に由来するところのライヒとラントの「国家性」についてどのように判断すればいいのか、という問題である。実はこの問題についてマイヤーの判定には変遷が見られる。変遷が起きた原因はマイヤー自身の見解の展開であり、もう一つはドイツ革命・ワイマール共和国の誕生であった。

まず、初期において、マイヤーはこの問題についてそれほど考察を深めていなかったようである。彼はライヒを特に留保なく国家として扱っており、この意味で当時の彼はラーバントに忠実であったとされる⁶²。

しかし、1903年の **Bundestaat** 論文⁶³、そして『ザクセン王国国法』において、マイヤーはひとつの国家に主権性が幾つも存在することはありえない、という立場を前面に押し出すようになる。そして、次のようにライヒとラントについて、国家権力が単一の主権者によって保持されているかどうか、という点で、国家性を判断するようになった。

マイヤーによれば、なるほどアメリカやスイスといった共和制 **Staatenbund** のように、一体性への強化のもとで偉大な変革が行われ、組織化された **Volk** 全体という形態における新しい主権者がその権力が共同権力にとって代わるという計画に基づいて誕生し、かくして連邦 (**Bund**) から一つの国家が生まれるという事態はあり得る。しかし、君主制ドイツにおいては、ドイツ連合にしろドイツ帝国にしろ、このような事態は起きていない。「緊密な『連合 (**verbündeten**) 政府』」は決して新

⁶¹ DVI -①, S. 54. なお、ここでの「高権」の意味については後述、本章注 (92) 及び本論における該当部分。

⁶² Vgl., Heyen, Grundlagen, S. 74; Dewitz, Vertrag, S. 52.

⁶³ Otto Mayer, Republikanischer und monarchischer Bundestaat, AöR 18, 1903, S. 337. また、参照、林知更『現代憲法学の位相』(岩波書店、2016) 260~261頁、Dewitz, Vertrag, S. 54.

しい主権者ではなく、主権者の団体であり、ライヒ権力は団体権力にすぎないし、ライヒの権限権限は分枝国家の共同で行使される管轄でしかない。「それゆえに、ライヒに所属することは諸々の構成国家の主権性に対して、すなわちその真の国家としての性質に対して、なにも害を与えない。……逆に、ライヒは国家ではない：その権力、すなわちライヒ権力は、諸々の構成国家の手の内にあるのである」⁶⁴。諸々のラント国家に国家性を認める一方でライヒには国家性を認めないこのようなマイヤーの姿勢は、両者に国家性を認めた当時の通説から離れ、むしろかつて批判的に検討⁶⁵していたバイエルン王国の守護者マックス・フォン・ザイデルの見解に近づいたと評価することができよう。

さらに、このような見解の応用として、ワイマール共和国の成立直後いわゆるプロイス憲法草案を題材にして、マイヤーは再びライヒと分枝国家の法的性質の問題について取り組んでいる。

マイヤーによれば、「新ドイツは民主制共和国として形作られ・そのようなものとして今後は明白に国家的性質を備え付けられなければならない」。というのも、ライヒに「これまで欠けていたものを我々は今日得たからである：それは単一的で生き生きとした主権者であり、そのようなものとして今や備えられて上昇したドイツ全国民（Gesamtvolk）である。このような点から実際に憲法はあらゆる個別性の中に直線的な諸推論を引き出さなければならない⁶⁶」。これに対して、従来の分枝国家はこれまで通り総体権力の行使につき連合的力（*bundesmäßige Macht*）を持ち、自分たちが国家であり続けることを主張している。確かに、憲法草案においても分枝国家は「国家」であり「自由国家」である、とされている。しかし、これらは合衆国の *state* やスイスの *Kanton* と同じであって、「重要なのは、それらは国家ではない、ということである⁶⁷」。

もっともマイヤーによれば、ライヒ憲法草案は「実際にブント関係の性質を拭い去らなかつた」のであり、すなわち「あらゆるものを吸収する中央集権化を望んでいないし、全ての慣れ親しんだ特別な在り方（*Sondersein*）とのいきなりの断絶を望んでいない。「自由国家」の効果領域は維持されるし、最大限自由にその領域を

⁶⁴ Sachsen, S. 12 f. かくして、当時のマイヤーにとって、正しき意味においての国家の存在を前提とする「ドイツ行政法はただ理論においてのみ存在する」ものであった。Vgl., Mayer, a.a.O. (Anm. 63), S. 369.

⁶⁵ Rez. Seydel, S. 502.

⁶⁶ Reichsverfassung, S. 209.

⁶⁷ Reichsverfassung, S. 209.

使用してよい。重要なのは、「総国家権力とラント権力の間の境界をはっきりと明白に引くこと」であり、「憲法が、この限界が維持されるべきであるという確かな意思を皆に表明するのならば更に良い」。しかし、「全体の福祉がそれを要求するのならばこの境界は消え去るべきである、ということは自ずから理解されるし、また理解されねばならないのである」、と彼は結論付けた⁶⁸。

このように、マイヤーは、ドイツ革命後、ライヒを「真の国家」とする一方で分枝国家を「真の国家」ではなくなったと判断したのであった⁶⁹。彼としては、ライヒが完全な中央集権化をしないという意味で、ラントとの二元的関係を維持することが好ましいとは考えていたようである。しかし、ここにおいてもライヒ権力がその破壊を望むのであれば、その阻止をすることは不可能な事柄であり、要するに原則であるところの国家権力の絶対性は貫徹されるべきとされたのである。

第二は、上記のライヒ・ラントの国家性判断でも扱われた「主権者」の問題である。結論からいえば、マイヤーは主権の所在の議論を国家論から追放しようとしたと評することができる。この意味で、マイヤー説は国家主権説の亜流といってよい。

『ザクセン王国国法』によれば、国家は法主体ではない；国家は支配されないし、支配もしない」。国家は「憲法の条文の用語法によれば、状態、すなわち事柄の憲法によって確立される（herstellen）事柄の秩序」である。そうして現れた秩序において、憲法が規定している範囲で——しかし、その範囲においては最大限行使できるという意味で——完全な権力が属しているのが主権者、すなわちここではザクセン国王であり、この秩序・設備における元首（Oberhaupt）なのである、とマイヤーは説明した。この主権者としての王は国家を代表しているわけではない。結局のところ、王は、ただ国家において国家権力を行使して支配する——国家を支配するのではない——国家と名付けられる外部的秩序の元首（Oberhaupt）である⁷⁰。

主権者の問題についてこのような発想をしていたので、マイヤーは革命後、国民主権への移行が起きても、特に自らの議論に変更する必要を感じなかった。カルヴェが適切に評する如く、「国民主権とは、マイヤーにとって、この観念に基づく国家モデルの枠内において、君主主権と原理的には何も変わらないもの⁷¹」だったので

⁶⁸ Reichsverfassung, S. 210.

⁶⁹ Rez. Stier-Somlo, S. 364; 「ライヒは国家になった。従来の分枝国家はその下に存在する；ビスマルクによれば『国家の主権性が表現される』ところの連邦参議院はもはや存在しない」。

⁷⁰ Sachsen, S. 13 f.

⁷¹ Caluwe, Verwaltungsakt, S. 65. カルヴェはかようなマイヤーの国家観及び国民

ある。

最後に残るのは、それではこの最高権力は実際どのようにして生み出されるのだろうか、という問題である。

例えば、後期のイエーリングは国家論や国家権力論に関して非常にマイヤーとよく似た見解を持っており——あるいはマイヤーに強い影響を与えており⁷²——、人々の互いの目的や共同の目的のための相互協力関係が行われる事実的生活組織である普遍的な社会に対して、その社会目的を実現し・社会秩序を維持するための部分的な外部的強制メカニズムとして国家を理解していた⁷³。そしてイエーリングは、このような国家には自らの目的を満たすため主権的性質をもった力としての権力が絶対必要であると主張する⁷⁴。そのうえで、彼は、最初期は強者と弱者の間に差が存在することによって生じていたにすぎない個人の力（Kraft）が、エゴイズムに基づいて、組合、社団（公共団体）、国家へと組織化していくことを通じて主権的性質をもった国家権力が誕生するという経緯を描いたのであった。

このようなイエーリングが行ったところの説明に対して、マイヤーはこの問題をどのように説明しているのだろうか。これに関するマイヤーの説明を検討することができるのが、『ドイツ行政法』の§3「領邦君主の諸高権」及び§4「ポリツァイ国」の冒頭部分である。そこでは、ドイツにおけるラント高権が公権力に至るまでの歴史的発展が論じられていた。次款ではこれまでの研究では殆ど関心がもたれていなかったこの箇所の内容をまず確認し、そのうえで検討しよう。

第2款 「領邦君主の諸高権」から「国家権力」へ

ドイツ行政法の歴史的発展段階の諸区分をマイヤーが三つに分けたことはよく知られている。それは順に、「領邦君主の諸高権（Die landesherrlichen Hoheitsrechte）」「ポリツァイ国（Polizeistaat）」、「法治国（Rechtsstaat）」である⁷⁵。

主権の移行が起きたことへの感度の低さについて、厳しく立憲君主主義的発想であるとのイデオロギー的批判をぶつけている。もっとも、国民主権への移行で問題となるのは、国家観ではなく、そのうえで建てられた行政法学理論それ自体の妥当性のはずである。

⁷² Vgl., Heyen, Grundlagen, S. 189.

⁷³ Jhering, a.a.O. (Anm. 58), S. 308 ff.

⁷⁴ Jhering, a.a.O. (Anm. 58), S. 312 ff.

⁷⁵ なお、玉井克哉はマイヤーの三段階の発展の図式に関して、その「三段階を、マイヤーが歴史の精確な描写と考えていたのかどうかも疑問である」と述べる。また、

本款で問題となる「領邦君主の諸高権」と名付けられたこの発展段階について、マイヤーが描いたのは、15世紀後半から17世紀の神聖ローマ帝国における領邦君主と臣民の法状態である。すなわち、当時のライヒ皇帝、領邦君主、そして臣民の三者が、いわゆる帝国改造⁷⁶によって設置された帝国の諸最高裁判所を主な舞台として、法的にどのような関係にあったのか、ということの歴史的な説明である。以

一体如何にしてかような発展の変革がなされたかについてマイヤーは語っていないし、領邦高権とポリツァイ国に関してそこで引用されている文献のいくつかは共通である。それゆえ、この「三段階の発展の図式は、行政法の現状を説明するための思考実験の道具を提供する枠組みとして捉える方があるいは適切かもしれない。とりわけ、……警察国は彼〔マイヤー〕の念頭にある典型的な近代国家たる『法治国』から、国家権力に対する法律の制約という、彼が最も強調する要素を除き去った一種のモデルという性格が強いと考えられる」と結論付けている。参照、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造（二）」国家学会雑誌103巻11・12号40～41頁。

かような玉井のマイヤーの発展図式に対する理解を考えると、この三段階の発展図式をマイヤーが「歴史の精確な描写」とは考えていなかったのではないか、という玉井の指摘自体は正しいと考えられる。管見の限り、マイヤーが、この三段階発展図式に関する自らの記述について、史学的な意味において精確である旨を謳う記述は見当たらない。このことと関連して彼の「歴史の描写」に対する考え方について興味深いのは、ハイエンによるマイヤーが所持していたヘーゲル『法の哲学』についての次のような調査結果である。ハイエンによれば、マイヤーは以下のヘーゲルの記述（§3）についてアンダーラインを引いて注目していた。すなわち、「純粹に歴史的な取り組みは…とりわけ歴史的な諸根拠からの展開が自ら概念からの展開と混同されることはなく、また歴史的説明と正当化が即自的かつ対自的に妥当する正当化には拡張されないという意味において、その固有の領域で功績と価値を持つが、哲学的考察とは関係の外にある」。Vgl., Heyen, a.a.O. (Anm. 2), S. 283.

一方で、マイヤーが最も強調しようとした要素は「国家権力に対する法律の制約」であると把握している部分は、補足が必要であろう。なぜなら、マイヤーが強調していたのは単なる法律というよりも特定の内容をもった、要するに法命題としての内容をもった法律であるからである。このことは、本論文第4章で検討することだが、マイヤーがポリツァイ国での議論において、君侯が発した領邦君主法律やポリツァイ法律のなかから「固有の意味での法律」や「法法律（Rechtsgesetz）」と呼ばれているものを厳格に区別しようとしていることから明らかである。

なお、ここでマイヤーが「歴史の描写」として叙述の根拠としているのは、17世紀から18世紀に出版された著作である。例えば、17世紀に活躍した国法学者ゼッケンドルフや、18世紀の大法学者であるピュッターや、モーザー、さらに帝国最高法院の陪席判事であったクラマーの文献などをマイヤーは主に引用している。参考として、村上淳一「『良き旧き法』と帝国法制（二）」国家学会雑誌90巻1409頁以降。モーザーとピュッターについては、参照、松本尚子「ホイマン『ドイツ・ポリツァイ法事始』と近世末期の諸国家学（三）」上智法学論集48巻2号（2005）17頁など。

⁷⁶ 山本文彦『近世ドイツ国制史研究』（北海道大学図書刊行会、1995）42頁。

下では、ここでのマイヤーの説明を簡単に確認しよう⁷⁷。

まず、ドイツにおいて、個人相互の関係の秩序と異なり、国家と臣民の関係においてローマ法思考が受け継がれなかったことをマイヤーは指摘する。このことは、「その名においてローマの政務官が個人に対して上位存在、法的に拘束するものとして対峙するところの、ローマ国民の主権 (*majestas populi Romani*)」の伝統がドイツにおいては途切れてしまったことを意味する⁷⁸。

ドイツにおける国家の発展はそれぞれのラントにおいて進められた。つまり、この時代において臣民に対峙したのは領邦君主であった。領邦君主は臣民と同様の私的権利を持つが、さらに、「彼に固有のものであり、公共体を取り仕切り・その事柄を統率するという任務のために備え付けられた、特別の種類 of 権利」も持つ。これが高権である。この権利は、今日の国家権力のような、偉大な一般的な力的地位 (*Machtstellung*) が展開するものではなく、様々な名義に基づいて得られたものである⁷⁹。

ところで、このような領邦高権の誕生と展開に対して、ドイツは結合帝国 (*Reichsverband*) である、という特殊事情がそのさらなる展開を抑制した。帝国は、領邦君主の高権の上に二つの帝国の裁判所、すなわち 1495 年の帝国最高法院 (帝室裁判所) と 1501 年の帝国宮内法院 (宮廷顧問会議) を設立したのである⁸⁰。この帝国の二つの裁判所は、とりわけ臣民に対する領邦君主の諸高権の限界の遵守を監視しようとした。かような裁判所制度が存在している限り君侯の権力が直ちにあらゆる法的な諸制限を超えて無限界となることはできない。かくして、ドイツの法発展——すなわち国家権力への発展——は止められることになった。しかしその一

⁷⁷ 以下について、DV I -①, S. 24 ff; DV I -②, S. 26 ff; DV I -③, S. 26 ff.

⁷⁸ 要するに、ここで、国家権力＝公権力がこの時点において存在していなかったという状態をマイヤーは示そうとしている。

⁷⁹ その結果、各領邦君主が所持するそれぞれの高権の範囲は異なることになってしま。そこで、自然法学が、国家目的と国家任務、そしてそれに相当する君侯に帰属すべき権利についての見解をもってして、各ラントの高権の完全化と相互調整を行い標準となるものを作成した、とされる (高権のカタログ化)。マイヤーはこの意味で自然法学を「法創造的であった」と評価している。同様の記述として、Vgl., *Vertrage*, S. 27.

⁸⁰ 参考として、ペーター・エストマン (田口正樹訳) 「ドイツ国民の神聖ローマ帝国の 2 つの最高裁判所 (1495 年から 1806 年): 歴史・研究・展望」北大法学論集 64 巻 4 号 160 頁以下。なお、帝国宮内法院は、「歴史家の間の約束事」(同論文 142 頁)として現在では 1497/98 年がその裁判活動の開始の時点とされているようである。

方で、領邦君主高権と個々の臣民の間には一般的な法的性質も維持されることになったのである。

さて、帝国裁判所⁸¹での領邦君主と臣民との法秩序は、それらがどのように根拠づけられるものであろうと、民事法的な、権利と対抗権の関係として現れる⁸²。領邦君主は、そのことについての特定の権利の帰属が証明されなければ臣民に負担をかけたり請求をしたりすることは許されなかった。

もっとも、ここで必要とされる帰属の証明は一様ではない。領邦君主に確実に属するものとみなされたとりわけ裁判権 (*poestas jurisdictionis*) とそれと連関する立法権 (*jus legislatorium*)⁸³が存在し、一方で長い間議論の対象となった貢献や諸々の税に関する請求権が存在した。他方で、これら高権にとって先行して発展したのがポリツァイ権 (*jus politiae*) である。ポリツァイとは「領邦君主が司法が果たすことを超えてかなえうる良き秩序・一般的福祉のためのあらゆる扶助 (*Fürsorge*)⁸⁴」とされていたが、それゆえ、その内容・そのためにどのような行為・要求が許されるのかについての範囲を認識することが難しいものであった⁸⁵。

結局かようなポリツァイ権が領邦君主にとって可能な事柄についての一種の一般的な名義となり、帝国裁判所による領邦君主に対する臣民の保護に困難を生じせしめることになる。

これに対して裁判所も、訴訟の場で示されたこれらの領邦高権にも妥当する限界を維持しようと対抗理論を生み出した。まず、自然法の見解に基づく権利濫用の禁止である。また同様に、君侯が権利を行使する際に手続を守らず、不必要なほどの過酷さをもって行えば、やはり帝国裁判所は有効な保護を与えた。さらに、これとは別に既得権を通じても、臣民に対する高権は侵害・抑制された。既得権 (*jura*

⁸¹ マイヤーは帝国最高法院と帝国宮内法院の違いについてはそれほど関心がなかったようであり、これ以後、帝国裁判所 (*Reichsgericht*) という単語でもって両者を論じている。

⁸² 当時の高権及び既得権に関する権原の議論については、参照、村上淳一『近代法の形成』(岩波書店、1979) 72 頁以下。

⁸³ なお、当時の裁判権と立法権の関係について、参照、ハインツ・モーニングハウプト(松本尚子訳)「十七～十九世紀ドイツにおける法源体系内の法律、特権、判決、国制」法制史研究 48 号 (1998) 155 頁。

⁸⁴ DV I -②, S. 30; DV I -③, S. 30. なお、初版においては、この部分は自然法が領邦君主に属すべきものについて一般的原則を与えた、という説明がされていた。DV I -①, S. 28.

⁸⁵ ポリツァイについて、参照、玉井・前掲注 (75)、47 頁以下。

quaesita)⁸⁶は、領邦君主高権の段階においては「真なる法制限」を意味したのである⁸⁷。この既得権は、それが直接領邦君主に対して根拠づけられているものだけでなく、いかなる人にも対するよう獲得されたものも領邦高権に対する諸制限となった⁸⁸。

ここまでのマイヤーの説明を、一度ここで整理するならば、以下のようなものとなる。すなわち、ドイツの諸国においては公権力が受け継がれないまま領邦君主と臣民が向き合っていた。領邦君主は確かに、公共体を取り仕切るという意味での様々な高権を所持していたが、しかしそれも民事法的性質を持つものであり、帝国最高裁判所の様々な庇護のもとで領邦君主と臣民の間には権利と対抗権の法秩序が成立していた。この高権のなかからポリツァイ権が、時代を経るごとにますます一般的な内容をもった高権として伸長していくが、帝国最高裁判所も様々な法理論を開発してこれに対抗していた。マイヤーはこのような帝国最高裁判所の取組みを念頭に置いて、「法と司法が国家権力の上に立つ⁸⁹」ことがこの発展段階のひとつの真実であった、と評した。

ただしここで重要なのは、すでに触れたように、マイヤーの理論にとってはこの状態は法段階としてはあくまで停滞している状態なのである。なぜなら、帝国裁判所によって曲がりなりにも維持されてきた法秩序を打ち破り、「偉大な一般的な力的地位」、「ローマ国民の主権」であるところの国家権力の誕生こそが求められた発展だからである。

そして、このような発展が起きたことを、マイヤーは理論的説明ではなく、いくつかの出来事でもって論証しようとする。彼によれば、ラント高権は控訴されない特権をますます獲得し、君主は違法な奸計や実力行使によって帝国裁判所への訴や上訴を阻止した。また、実際のところ強力な君主に対する帝国最高裁判所の強制執

⁸⁶ ここでいう既得権とは、「すでに一般的自由の内容として個人そのものに認められるものや、法秩序が開く単なる習得可能性と異なる」。DV I -①, S. 30; DV I -②, S. 31; DV I -③, S. 31.

⁸⁷ この既得権は領邦君主の立法権にも対抗するものとされているが、マイヤーはさらにゲンナーの「該当する個人は、既得権を、一般的規範（法律）ではなく、唯一人或いは別の個人に向けられる個別の命令（Befehle）に対して、主張できるのである」(Nikolaus Thaddäus von Gönner, *Teutsches Staatsrecht*, 1804, S. 471 Anm. s. なお、翻訳は原文を参照して行った) という記述に着目し、現代の国法学的法律概念の兆しを認めていることが興味深い。

⁸⁸ ここでマイヤーが例として挙げているのは、民事法律によって根拠づけられた所有権や債権、工業令によって獲得される営業権などである。

⁸⁹ DV I -①, S. 37; DV I -②, S. 37; DV I -③, S. 36.

行は難しいものであった。こうして帝国裁判所が維持しようとしていた法秩序は衰退していったのである、とマイヤーは結論付け、この「領邦君主の諸高権」の節を終える⁹⁰。

以上が、「領邦君主の諸高権」における法状況の説明である。これによって、マイヤーはいったい何を示そうとしていたのか。それは、それ自体で内容が完結した単なるドイツの歴史的記述ではない。そうではなくてマイヤーは、公共体としての国家にとって、その実在が示されていなければならない「事実としての **Macht**」に関する根拠づけの作業を、この「領邦君主の諸高権」の説明を通じて行っているのである。「領邦君主の諸高権」の直後から始まる「ポリツァイ国」の冒頭の議論において、このことを読み取ることができる。

帝国裁判権が完全に崩壊するより前の相当長い時間を通じて、公権力はいたるところで古き法的制限を越えようと試みていたのではあるが、それは力強い新しい観念、すなわち公権力が自身に設定するところの任務の刺激のもとで行われたのである。全体に特徴を与えるポリツァイは、支配下にある人的素材を偉大な目標へ連れて行くために、それを計画的に加工するということになる。目標とは、公共体の力 (**Macht**) であり、偉大さのことである [※この一文は2版以降削られている]。国家観念が前面に出てくる：君侯は、自らのため・自己の高権の妥当のためではなく、彼が代表するところの公共体の名においてあらゆるものを請求するのである⁹¹。

ここで明確に示されているように、マイヤーは、「領邦君主の諸高権」で縷々述べられていた歴史的経緯を、公共体としての（近代）国家観念の議論に吸収させてしまう。すなわち、領邦君主への高権の集中や帝国最高裁判所の法秩序の打破、ポリツァイ権の伸長といった諸々の過去の出来事は、実はすべてこの国家観念に従って行われてきたということになったのである。偶然生じた、あるいは少なくとも生じた理由が十分に説明されていなかった歴史的経緯は、国家権力が生まれるための必然的な経緯であったかのように再解釈されているのである。このことは逆に、国家及び国家権力論を思考の出発点として考えるならば、国家において備わる最高権力であるところの力について、ドイツでは確かにそれに相応する歴史的経緯が起きた

⁹⁰ DV I -①, S. 37; DV I -②, S. 37 f; DV I -③, S. 37 f.

⁹¹ DV I -①, S. 38; DV I -②, S. 39; DV I -③, S. 38.

という事実がある、という説明が行われたということになる。

そして、かつて領邦君主が所持していた諸高権は、これ以降、もはや語られることがない。それらはあくまで本来は民事法的性質をもった高権であったにもかかわらず・具体的内容を持った個々の高権であったにも関わらず・そしてそれらに対して法的性質に関して何か変化が起きたといった説明は特にされていないにもかかわらず、上述の歴史的経緯の再解釈がなされてからは、もはやそれらの事柄は問題とはならない。マイヤー曰く、「高権」という言葉は近代の国法において確かに使用されているが、それは「時代遅れの学識」であって、そこで意味するのは「我々は公法の領域にある」ということを意味しているにすぎない⁹²。今そこに存在しているのは、単一で最高の国家権力という力だけである⁹³。

臣民に対して君侯の力は、法的な限界がない；彼が望むことは拘束的である。高権はただその名前において語られる。もはや濫用は存在せず既得権の制限もない。一方では神および良心に対する責任、他方では目的適合性やなしうることについての合理的な熟慮、そしてまたなお幾ばくかの、これは保証されるものではないけれど、諸々の伝統の力。これらのみが君侯の唯一の制限なのである。法はこれに何も関わらないのである⁹⁴。

こうして、国家権力は、かつての領邦君主の諸高権と歴史的には接続していたにも関わらず、内容的にはもはやそれらと断絶したものとして、議論の前面に出てくるのである⁹⁵。やや比喩的な表現が許されるならば、国家権力（最高の公権力）とは、かつては領邦君主の諸高権として力強く成長したという経歴の設定を持ってい

⁹² DV I -③, S. 54 Anm. 1.

⁹³ 米田・前掲注(4)、79頁注(25)は、「マイヤーにとってそもそも国家の権利とは、私法上の構成から解放された“権利”、つまり、ラント領主の個別的権利の集合体ではなく単一のラント高権の産物を意味する〔傍点原文〕」と述べる。「ラント高権」という用語は本文で示したような理由から本論文としては採用できないが、それを除いて全体としては適切な要約であろう。

⁹⁴ DV I -①, S. 39; DV I -②, S. 39; DV I -③, S. 39.

⁹⁵ マイヤーは、イエリネックが国家権力につき、国家はかつての領邦高権を「潜在的に」初めから所持しており、それを法律の公布に従って「活動的に」得るのだ、という説明について、「古い高権については結局このように言える。しかしやはりそれはもはや存在しないのだ」と否定する。Vgl., DV I -②, S. 108 Anm. 4; DV I -③, S. 105 Anm. 4.

るだけの事実上の Macht である。

以上、『ドイツ行政法』において描かれた、最高権力としての国家権力の成り立ちについてのマイヤーの説明を検討してきた。この論点に関するマイヤーの説明を方法論的に批判すれば、次のようなものとなろう。すなわち、今回の論点では最高の公権力が備え付けられているというところの国家観念であったが、なんらかの観念が、過去の事実の描写・論述によってその正当性乃至現在の実在性が根拠づけられる。ところが、この作業において、過去の事実と観念との間に実際はあった・そして現在あるはずの具体的な諸々の差異の問題は抹消され、もはや観念通りの現実・現実通りの観念が確かめられているとされる。彼にとって法学理論上問題となるのはあくまでそのようにして“論証”された観念であり、而して、この観念に従った理論がそこから展開されるのである。

かようなマイヤーの観念論は、国家論に限定されているものではなくまさに彼の議論の決定的な特徴であるのだが、これは重要な問題であるので、この観念論の検討は次章の「法学的方法」において改めて行うことにしよう。

第3章 「法学的方法」論

前章では、オットー・マイヤーの国家及び国家権力概念に関して憲法乃至国法学の見地から分析を進めることで、彼の国家観の本質を明らかにすることができた。

しかし、この国家論の上に築かれるところの行政法学理論、すなわち行政法秩序の具体的検討に進む前にもうひとつだけ作業が行われるべき作業である。すなわち、前章の国家論の領域でもある程度検討され、また第1章で先行研究を確認していくなかで各論者の見解の確認という形で取り扱われていた、マイヤーの方法論に関する検討をしなければならない。法学理論における内容上の前提としての国家論だけではなく、そこにおいて使用されている彼の方法論についても正しく理解することで、はじめてオットー・マイヤー行政法学理論の具体的内容についてもその根底から理解することができるだろう。そして、この分析作業において、【はじめに】で指摘したマイヤーの学説史上の読み直しの問題についても行われることになる。すなわち、ラーバントらいわゆる「国法学実証主義者」たちの「法学的方法」とマイヤーのその関係性に関して、本論文の見解が提示される。

第1節 「法学的方法」

第1款 基礎としての民事法学的方法論

『ドイツ行政法』の記述をさかのぼり、まずは、『フランス行政法の理論』における「行政法学の任務」と題された章の先頭に置かれたマイヤーの叙述から出発しよう。

法学は以下のような諸形式とのみ関わる、すなわち、そこにおいて、法学によって観察される諸法主体間に、意思支配（Willensherrschaft）が客観法に応じて現れるような諸形式である。このことから生じる多様性と連関性の中にある確かな種類の諸形式が、体系を作る。このことは、民事法と同様に、行政法

学にとってもまた妥当する¹。

ここで述べられている内容の具体的検討は後で行うこととして、まず確認すべきことはかような表明の意味である。塩野宏は、この箇所が、マイヤーが自己の方法として「法学的方法²」を採用して行政法学を論ずることを明言した部分であると説明していた³。さらに塩野は、その方法論は当時のラーバントをはじめとする国法学者と共通するものである、と評しているが、確かにラーバントは『フランス行政法』の書評において、まさにこの箇所を引用したうえで、マイヤーの方法論を行政学的方法と比較したうえで、「数多くではないがとても包括的で内容豊富な、行政の様々な所管において均等に繰り返されることの諸々の法形成についての、明敏で学問的理解にとって実り大きな探求」を得ることができるものである、と高く評価していたのである⁴。

ところで、マイヤーやラーバントらが採用したところの公法学における「法学的方法」について、彼らとそのモデルとしていたものが、自分たちの学問的出発点であった、歴史法学、構成法学、あるいは批判的に概念法学といわれたりするところのサヴィニーらによって拓かれた民事法学の方法論であったことは、もはや常識的な事柄であるといえよう。このことについて敷衍すれば、19世紀の中頃から20世紀の初めにかけて、後世で公法学の創始者と呼ばれるようになった学者たちは、一種の客観的観念論的思考を背景として、例えば有機的に連関した法関係や法命題、あるいは——実は当時としては重要だが少数見解であるという指摘もされているところの——法制度といった諸々の概念を適宜打ち立てることを通じて立法者の恣意や偶然に左右されない自ずから価値を持ち・完結している「自立した人的な生活秩序(シュタール)」としての実定法の体系を作り上げることに成功した民事法学の手法⁵を学問上の手本とした。そして彼らは、公法学の領域においても整序された法

¹ TdfV, S. 21.

² 「法学的方法」について、伝統的な見解として、さしあたり、遠藤博也「行政法学の対象と方法について」『行政法学の方法と対象』（信山社、2011）10頁以下及び24頁以下。

³ 塩野『構造』、2頁。

⁴ Vgl., Laband, Rez. TdfV, S. 151 ff.

⁵ さしあたり、参照、石川健治『自由と特権の距離 [増補版]』（日本評論社、2007）37頁以下。歴史法学的民事法学の方法論についてのより詳細な説明として——特にその体系の完結性の根拠について——、Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl., 2011, 3. Teil. また、邦語文献として参照、赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学

体系を作ることを目指したのである、とされる。

さて、多くの論者によって指摘されているように⁶、マイヤーについてもこのことはあてはまる。彼が提示した行政法の学問的体系が、後述するように民事法学の法体系と異なるべきであることが常に強調されていながらも、それでもやはり先行する民事法学の方法論的基礎の上に築かれたものである。このことは、元々彼がローマ法学者として出発しようとしていたというプロフィール⁷を踏まえても首肯できる事柄であろう。

民事法学的方法論の基礎とマイヤーの方法論のかような結びつきは、例えば法概念は如何にあるべきかについての彼の議論を通じて具体的に確かめることができる。

その議論は、自らの行政法学の方法及び体系に対して全面的な批判を向けてきたシュピーゲルの著書に対する書評においてなされたものである。シュピーゲルが法学の作業は現象の認識・現実の生活に向けられるべきであると主張したとき、マイヤーはこのような法学の理解については否定はしなかった。しかし、シュピーゲルがそれゆえに自然科学と同様に事実上の諸現象が確かに定義づけられるときにのみ法概念もまた定義づけられうるのだと述べたとき、つまり事実の世界の現象が「ぼやけている」ときはまた法学も「ぼやけていなければならない」のだ、とマイヤーに向けて主張したとき、彼はこれに強く反対したのであった。マイヤー曰く、「法学は、人の精神によって意識的もしくは無意識的に創造された社会的生活の諸秩序を相手にせねばならない。この諸々の秩序が法であるが、それらが確かな諸規則であるから法なのである。この諸々の秩序はもっとも高級な手段として諸々の法概念を使用するが、それが確かに区別された諸概念であるから法概念なのである。争われうるのは、どの程度まで人の共同生活がそのような諸規則や諸概念によって特定されるのか、どの範囲まで恣意的にその裁量が許されるかのみである。……著者〔シュピーゲル〕が繰り返し我々に言い聞かせてくる『現実の生活』を法学は言うまでもなく考慮せねばならない。『現実の生活』は法学の諸概念によって、そしてそれらを利用する諸制度をもって整えられ支配されねばならないところの素材を提供する

の実像』（成文堂、1995）。

⁶ Vgl., Hueber, *Methode*, S. 74-77; Dewitz, *Vertrag*, S. 42; Erich Kaufman, *Otto Mayer: Ein Beitrag zum dogmatischen und historischen Aufbau des deutschen Verwaltungsrechts*, in: ders., *Gesammelte Schriften, Autorität und Freiheit*, 1960, S. 389.

⁷ Otto Mayer, *Ein Stück curriculum vitae*, DJZ 14, 1909, S. 1041; *Selbstdarstellung*, S. 4 f.

のである⁸⁾。

人によって創造される社会的生活の秩序を法学において認識されるものが法であること、その秩序を学問的に支配するために法概念や制度を法学が定義しなければならないこと、そしてそれらは実際の具体的な現実の生活によって提供される様々な素材から獲得すること。マイヤーの法概念論において現れているこれらの諸特徴からして、彼の方法論がサヴィニー以来の伝統的な民事法学的な方法論と接続しているものであることは間違いがないだろう。

けれども、かつての民法学的方法論の土台の上に立ちながら、そしてそこで使用されていた諸概念を利用して体系を組み立てようとしていながらも、マイヤーの法学的な方法論はいくつかの特徴を備えている。この特徴について以下で検討していくことで彼の方法論を理解しよう。

第2款 法観念論

マイヤーの法学的な方法論について最も大きな影響を与え、而して彼の法学理論全体を特徴づけているのが観念 (Idee) という概念の存在である。

マイヤー自ら『ドイツ行政法』2版の序文にて、法観念という概念の存在、彼自身の言葉でいえばそれへの「信仰」が自分の法学的な方法論の特質であると明言している。本款で行われる検討は、以下で引用される文章のこの意味を明らかにすることになるだろう。

私の〔法学的〕方法の特質とは、現実の法の多様性において表現・展開に至るところの、そして同時にまた歴史においても変化・進歩するところの一般的法観念の力への信仰に基づいている。私のもとではこれはおそらくヘーゲル法哲学と結びついているのであり、もしかするとさらに全く非法学的なものとも結びついているのである。しかし、かような観念を散漫で不確かなドイツ行政法においても追い求め、而してそれを浮かび上がらせ・示したことは、きっと相

⁸ Rez. Spiegel, S. 490. なお、この叙述に続いてマイヤーはイエーリングの名を出し、「今日ならば彼はもしかしたら『超法学の者たち (Ueberjuristentum)』に対する激烈な書物を著したかもしれない」と述べており、後期イエーリングのいわゆる「概念法学批判」に対する彼の印象を窺うことができる。

当良いことであつたに違いないのである⁹。

さて、かような法観念概念の具体的検討に入る前にいくつかの前提の確認を行う。

まず、この観念なるものは、マイヤーの思考の根底にあつて議論の表面に出てはこないようなものではない。むしろ彼の法学的作業において至るところで姿をあらわすものである。彼は、法学はこの観念との関わり合いにおいてまさに行われるべきものだと考えていたのであつた。

次に、ここでは「観念」と「法観念」という用語の関係である。前章で見たように、法以前のア・プリオリな存在としての・最高の実力としての国家権力が国家に備わっているという意味での「近代国家」、「法治国」¹⁰、「権力分立」¹¹を、彼はそれを観念として表現していた¹²。このことから、彼にとって、これらのような法学の諸作業において一般的な原理や基礎を、原則として——つまり、完全に厳密な使い分けをしていたとまでは評することができないが——「観念」と呼ぼうとしていたことが窺える。そして、以下の検討作業においては、基本的に諸々の具体的な法概念であるところの「法観念」を念頭に置いた議論が行われるが、これを通じて得られるその性質等は、上述のような基礎概念的な「観念」についても基本的にあてはまるものである、ということを確認しておきたい。

最後に、かつての民事法学が発明したものを受け継いだ——あるいは新たに意味を与えた——法制度や法形式といった体系を形作るものとされる諸々の要素、法概念と、マイヤーがその力を信じていると述べているところの法観念はどのような関係性にあるのかについても確認しよう。もっとも残念ながらこの関係について、管見の限り、マイヤーは詳細な検討、明快な説明を行っていないようである¹³。しかし、様々な論述を眺めるかぎり、彼は上述の法概念等は観念がそれぞれの形で具体化しているものとして考えていたと理解するべきであろう。このことは、マイヤーが例えば、行政行為を意味するところの官憲的行為について、それを今日の法が行

⁹ DVI -②, S. VIII.

¹⁰ DVI -①, S. 65.

¹¹ DVI -②, S. 57; DVI -③, S. 56.

¹² マイヤーが観念として表現する事柄の射程が非常に広いことは、Heyen, Grundlagen, S. 163, も指摘している。

¹³ そもそも、マイヤーは「体系と方法それ自体を法学的叙述の対象に選ぶことは、特別な嗜好の事項であつて、そこから解りやすいものを作ることは特別の才能」であつて、自分にそれは欠けていると考えていた。Vgl., Rez. Spiegel, S. 489.

政のために形成した観念と述べていることや¹⁴、「法学によって観察される諸々の法主体を提供する沢山の素材を支配するための法学の補助手段である¹⁵」ところの法制度について、観念の現象形式 (*Erscheinungsform*) としばしば言い換えていることなどから推測できる¹⁶。次の記述は、このように法観念と法概念の関係を理解することをもってしてのみ整合的に理解することができよう。

私にとってはただ体系の展開が本質的に学問の事項であるように見える。いずれの形成された法秩序にも体系、すなわち相互に噛み合わされる法観念の上手に組み立てられた構造が存在するのである；やはりこのことはおそらく著者〔ハチェック〕が存在しているとみなすところのドイツ行政法においても変わらないことになるだろう¹⁷。

それでは、この法観念の具体的な中身について、すでにヒューバーの先行研究を確認する箇所ですら若干触れてはいるが、改めて詳細かつ正確に検討しよう。

第一に、上記引用で示されたようにマイヤーはこの法観念が歴史的に変化・進歩するものと述べていることの意味について確認しよう。

かようなマイヤーの説明は、まずなによりも、経験的事実とは別に存在し・むしろそれらに対して妥当するところの理性原理に基づくところの自然法論¹⁸を彼が否定していたことと関連する。理性原理は不変の価値を持つものである。これに対して、彼が主張するところの「法学的観念は決して常に勝利を収める永遠の真実で

¹⁴ DV I -①, S. 64

¹⁵ DV I -①, S. 134; DV I -②, S. 116; DV I -③, S. 113.

¹⁶ 例えば、Otto Mayer, *Die concurrence déloyale*, ZGH 26, 1881, S. 364; 「…無形の知的な物も法主体の独占的意思支配の対象でありうるという観念であり、そして、我々の新しい諸々の〔著作権や発明、商標や図案に関する保護についての〕法制度はこの観念の様々な現象形式以外の何物でもない」。また、Eisenbahn I, S. 519; 「鉄道の線路敷設権 (*Wegeverlegungsrecht*) は公法のより広範囲な観念の現象形式でしかない」。さらに Stand, S. 504; 「本来もっぱら支配的であった公所有権の観念は完全に消えてしまった」。

¹⁷ Rez. Hatschek, S. 546.

¹⁸ Vgl., Schröder, a.a.O. (Anm. 5), S. 102 ff, 204 f. もっともマイヤーの理性法論・自然法論の理解それ自体はそれほど深みのあるものではないように見える。両者の関係性も含めて、参照、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造 (一)」国家学会雑誌 103 卷 9・10 号 (1990) 39 頁以下、「同 (二)」同 103 卷 10・11 号 (1990) 2 頁以下。

はない¹⁹⁾」のであり、正しき事柄は歴史においてその都度変わるものである。不変の価値を得るために経験的事実を超越した理性原理は、今ここに存在するという意味での現実との連関性を失ってしまった。「……自然法は、現実に関してそれほど精確にはとらえないという傾向を以前から持っていた²⁰⁾」のである。それゆえ、彼は「自然法、古き意味の理性法」は終わったものであり、もはや信じられていない²¹⁾、と理性的自然法論を断罪するのである²²⁾。

一方で、このような法観念について、その都度ごとに正しきものがあるという意味での不変の価値の否定は、ある時代においては相応しきものであった観念が、別の時代においてはもはや相応しき観念ではなくなっていることがありえるということの意味する。その場合、かような法観念の具体化であった法概念もまたその時代にとって適切な法概念ではなくなったということになるだろう²³⁾。マイヤー曰く、「生まれた法は、まさに自らの内に更なる転換の兆しも衰退の兆しも孕んでいるのである。作動的法観念は力そのものである、重要なのはそれを認識することである²⁴⁾」。ここで示されているように、法観念、そして法概念は歴史において、「単線的な進歩（玉井克哉）」を行うことによって、ますます良いものへと単純に変わっていくだけのものではない。新しく生まれた観念であるというだけでより良いものとみなされるのではなくて、時代に応じて前進したのもあれば、もはや生き生きとしたものではなくなるものもある。要するに、法学者はその都度の時代に適合する正しき観念に従った法概念を形成しなければならない。

我々は時代遅れの法を不承不承耐えるというだけでない；我々はまた、選び・形作ることができる法においても、しばしばどうやら合理的目的にとって非常に不都合なことに、全く諸関係が異なったことを考慮せずに盲目的になっているところの受け継がれた法観念に拘束されている。法学にとって、かような相続財産を観察しその連関を暴露することは最もやりがいのある任務の一つであ

¹⁹⁾ Stand, S. 521.

²⁰⁾ Otto Mayer, Schiffahrtsabgaben I, 1907, S. 25.

²¹⁾ DVII -②, S. 75; Völkerrecht, S. 5.

²²⁾ Vgl., Heyen, Grundlagen, S. 107.

²³⁾ マイヤーはこのようなものの例として——あるいはのちに最も彼が戦わなければならないものと認識したものとして——国庫理論や古き公所有権説等を挙げている。Vgl., Selbstdarstellung, S. 12 f. また、参照、塩野『構造』、217頁。

²⁴⁾ Regelung, S. 213.

る²⁵。

ところで、マイヤーは法学の任務について、上記の引用とは異なる角度からの説明をしばしば行っている。その説明によれば、「法学は、存在していること (Was ist) をただ観察し、忠実に再現しなければならない²⁶」ものであり、而して、「…法概念はやはり法学の特別の用語での社会的事実のただの再現以外の何物でもない²⁷」。自然法論の否定においてその理由として挙げていたように、彼は法学が「現実を捉えているものであること」について強い意識を持っていたのである。

ここで、法学の任務はあくまで現実を法的用語によって再現することであるという謙抑的な主張と、正しきものとしての観念を想定しそれに基づく法学的概念の形成を求める主張は、その法学の創造性の問題について一見矛盾しているようにも見えるだろう。しかし、そうではない。なぜなら、後者について、法学者に対して新たな観念を作り出すことを求めているという意味していないからである。彼にとって観念もまた、観察及び再現の対象であるところの「現実の法の多様性において表現・展開に至 [っている]」ものなのである。要するに、法学において観念はあくまで経験的事実のなかから認識すべき所与のものでしかないのである²⁸。所与の世界、生活の事実にすでに存在している観念を認識し、それに相当する法概念を作り出し、展開することが法学者の任務である、というのがマイヤーの立場である。その意味で、法学者の仕事は保守的なものである、と彼は評する。そして、彼は、アイヒホルンやサヴィニーら歴史学の綱領に従った論者たちは、まさにこの作業を果たしていた法学者である、と認識していたのであった²⁹。

つまり、マイヤーにとって、観念とは経験的な現実すでに内在しており、そして具体的にはそれぞれの法の形で——例えば法制度のように——展開しているものである。かような事実的世界への内在性が、彼が論ずる観念論の第二の特徴である。それゆえ、法学の任務が単なる社会的事実の再現であるという上記の主張もこの見

²⁵ Justiz, S. 4.

²⁶ Rez. Hatschek, S. 542.

²⁷ Person, S. 3

²⁸ 法学の著作が、現実に対して前進的・創造的な役割を果たしうることをマイヤーは否定はしない。しかしそれは「あとから明らかになるものである」。Vgl., Rez. Hatschek, S. 542.

²⁹ Portalis, S. 7. そこでマイヤーはサヴィニーらと並んでエドモンド・バークの名前を挙げていることが興味深い。だが、かようなバークの位置づけについて本論文の筆者は何かを論ずる能力を遺憾ながら持たない。また、Vgl., Eisenbahn I, S. 551.

地に基づいて正しく理解されなければならない。彼にとって、法学が行うべきことは、現実をありのまま何らかの法学用語にて書き起こすような作業ではない。そうではなくて、法学者は観察を通じて所与の現実のなかにおいて確かに存在している諸々の観念を認識する。そして、必要なときにはその中から現在において相応しいものを選択しながら、観念に従った法概念を形成し、法体系を形作ること。これが彼にとって法学に課せられた任務なのである。

そして、それは、彼にとって、その時代にとって正しきものであるところの観念の選出において決定的な基準となるのは、あくまでも今ここにある現実に対するその観念の質である。それは、先の理性原理の問題と同様に、経験的事実の外にある尺度ではない。また、経験的事実それ自体において何らかの価値を、言い換えれば価値を持つ秩序の体現として経験的事実を認めるという立場でもない。そうではなくて、マイヤーは認識された特定の観念について、現実的に有用性 (*brauchbar*) があるかないか³⁰において判断しようとするのである。すなわち、例えば行政法における法観念であれば、行政にとって実際上の効果の意味において「納得のいく合理性があるかどうか³¹」によって判断が行われるのである。この論理でもって、かくしてマイヤーの法学理論ではありとあらゆる場面で、具体的な事実の顧慮において「法の現実に相当しているかどうか³²」という判断・評価の諸々の作業が行われ、その観念乃至それに導かれた法概念の正当性が主張されることとなるのである。まさしくこの点において彼は「一方的に実際的な方向へと向けられた才能を持つ男³³」とひとに呼ばれることになったのである。

ところで、このような観念の選出の具体的な作業についてやはりマイヤーは体系的な説明を行っていない。だが、そもそも彼が考えるところの観念の内実からして、これらの作業は系統だった手続で行われうるものではなかったと考えるべきである

³⁰ Vgl., Hueber, *Methode*, S. 24.

³¹ *Justiz*, S. 25. さらに、DV II -②, S. 75: 「我々は自然法を信じないし、更に古き意味の理性法 (*Vernunftrecht*) を信じない。しかし、我々は法が合理的 (*vernünftig*) であり目的適合的であること断念しない」。なお参照、本章注 (35)。

³² *Selbstdarstellung*, S. 5.

³³ *Selbstdarstellung*, S. 5. なお、マイヤーシュレーの一人に数えられるフライナーは、あらゆる法はそのうちに「法思想 (*Rechtsgedanke*)」を孕んでいるのであり、この法思想のひとつの側面を、実定法の法命題は表現していると理解する。そして、「実定の法規則から、偶然のもの、すなわち変化する事実の状況によって条件づけられたものをはぎ取り、そうして一般的法思想をむき出しにすることが法学の任務である」と彼は主張した。Vgl., Fritz Fleiner, *Institution des deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl., 1923, S. 56 f.

う。なぜなら、それぞれの観念は、確かに公所有権や公法契約といった法制度のように、近代国家や法治国、権力分立といった「基礎観念 (Grundidee)」からある程度論理的に導出できるようなものはあるものの、やはり基本的にはそれぞれの局面において具体的に現実との有用性の評価によって判断がなされるべきものであったからである。言い換えれば、具体的な問題状況や必要性が与えられることによって諸観念ははじめて評価しうるものなのである。このような観念の性質ゆえに、その評価の作業の方法・基準は際限なく拡大せざるを得ない。それゆえ、その手続乃至過程を学問的に整備することは難くなるだろう。以下では、このような理解に立ったうえで、この論点に関するハイエンの議論を利用しながら³⁴、マイヤーが実際に行っていた作業のいくつかを確認していこう。

まず、その判断基準としてしばしばマイヤーが持ち出すのは、目的適合性³⁵の考慮である。特にこれは制定法としてすでに実在している個々の法制度における諸要素に関して行われることが多いようである。当該制度の内部に一致した傾向や方向性があるのであれば、それを目的として確認し、高く評価すべきことが論じられる。それゆえ、例えば、制度の具体的な目的に照らし合わせてその達成に適切でないような観念やその表現としての特定の法的な制度は不適當なものだとされる³⁶。一方で、法定立の基準が曖昧な場合には、実際の法規定を越えて判例や行政の実務への考慮が行われることがある³⁷。さらに、その他の基準として、国家構成員性として

³⁴ Vgl., Heyen, Grundlagen, S. 108-110. 本論文の見解と異なり、ハイエン及び Hueber, Methode, S. 24, はマイヤーのこの観念の選出作業について、ある程度一貫した説明ができると考えていたように見える。

³⁵ Eisenbahn III, S. 237, で示されているように、この目的適合性はマイヤーにとっては「自然法的要請」と言い換えることができるものであり、さらに、「合理的な法 (vernünftige Recht) は常に目的適合的である」、「このような自然法的規則」などと叙述している。マイヤーが「自然法」や「vernünftig」という用語を使うとき、どのような事柄を想像していたのかという点はこのように注意が必要である。なお、かようなマイヤーの記述に関して、塩野 (塩野『構造』、64 頁注 (4)) が注意を促し、ヒューバーは重大な意義を読み込んだ (Hueber, Methode, S. 41.) ところの、ヘーゲルの「現実的なものは理性的であり、理性的なものは現実的である」という一文からマイヤーが受けた学問上の影響については、筆者にはこの問題の検討を行うだけの十分な哲学的知識が無いため、本論文では立ち入らない。

³⁶ なお、Dewitz, Vertrag, S. 108 f, はこの目的適合性の評価を法学で行うことにつきラーバントとマイヤーには差異があったと考えている。

³⁷ Dewitz, Vertrag, S. 100 f, は、マイヤーが「法現実」について「実定法よりも裁判所や官庁による法の取扱い」を重視していたのではないかと指摘している。

の Volk の判断に関して行われたように、事物の本性論が使用されることがある³⁸。あるいは、狭義の意味での法学的な検討の範囲を越えて、制度に関する経済的・社会的見解 (Anschauung) が利用されることもあるのである³⁹。

一方で、経験的事実を観察しそのうちに観念を認識する段階の作業においても、マイヤーはその観察対象となる素材の収集を広げているとすることができる。この具体的な事例としては例えば損失補償における法源の広範な使用を挙げることができよう。海老原明夫が指摘するように⁴⁰、マイヤーは、まず『ドイツ行政法』の初版において損失補償について「近代国家における市民的権利の保護を『特別の犠牲』という観念によって理論的に確立」するために、そのような一般的な法命題が制定法、そしてそれが無くとも慣習法として学説や実務に根付いていることを主張していた。しかし、このことについてアンシュッツによってそのような慣習法は普通法においても歴史においても実際には存在していなかったという指摘を受けた。だがそれにもかかわらず、『ドイツ行政法』の 3 版において彼は、制定法としての命令だけでなく、慣習法・類推 (Analogie)、そして最終的には「所与の法命題を操作することによって、それどころか新しい法命題を認識することさえして、裁判で妥当させられるところの固有の法学者の法 (Juristenrecht)」さえ持ちだして、損失補償の一般法観念 (gemeinsame Rechtsidee) が実在していたと主張したのである⁴¹。

そして、このことと関連して、観念論の第三の特徴として——これもヒューバー

³⁸ Schröder, a.a.O. (Anm. 5), S. 266 f, によれば、事物の本性論は、19 世紀中ごろ以降、理性から主観的に導出されるものではなく、客観的に法生活の諸事実から導出される、あるいは実定法の枠内に存在すると主張されながら——ただしやはりそこには超国家的・超実定法的性格を持つことは認められており、自然法論との接続が確認されうる——、法発見において補完的な役割を果たしていた、とされる。マイヤーの事物の本性論はやはりこの発想の延長線にあるように思われる。

³⁹ Mayer, Die concurrence déloyale, a.a.O. (Anm. 16), S. 377; 「我々はここで競合 (Mitbewerbung) の本質について問わねばならない。それは経済的競争 (Wettstreit) についての見解から生まれる」。また、DV II -③, S. 120; 「…これらの規定をまずは法律の明示的な法命題において探す。しかし、両方とも不文の法によっても法律は補完される。個人の自由の限界と同様に、所有権の自由の限界においても、必然的にそれに属することや場合によっては引き下がるべきことについての一般的社会的見解が妥当するのである」。

⁴⁰ 海老原明夫「損失補償と特別の犠牲(一)」ジュリスト 983 号 (1991) 12 頁、「同(二)」ジュリスト 984 号 (1991) 13 頁。また、参照、塩野『構造』、66 頁注 (1)。

⁴¹ Vgl., DV II -③, S. 299 f.

の先行研究の確認において触れたが⁴²——、マイヤーは少なくとも公法の観念について、それはドイツ一国のみならず「我々の文化国家に共通するもの⁴³」であると考えていた。彼にとってこの「文化国家」の代表は、言うまでもなくフランスである。曰く、「ヨーロッパの諸民族の一党（Völkerfamilie）の精神的連関が示されるに、もしかしたら公法の観念以上のものはないのかもしれない。その際に、我々ドイツ人は疑いようもなく、むしろ模倣者・受取人の立場にある。とりわけフランスに対してそうなのである⁴⁴」。彼にとって、ドイツとフランスは運命が精神的に結びついている姉妹国家なのであった⁴⁵。このような独仏関係の見解に基づいて、彼はフランス公法の積極的輸入を主張する。なぜなら、フランスの法発展においては、フランス人の民族的性質に応じて、例えば権力分立のように公法の観念がより純粋な形で表出するからであり、このような法発展はドイツにとって「教訓的」であるとされる。フランス公法はドイツ公法にとって「文化クライスの共有財産」であると同時に、先行者の役割を果たしうるものなのである⁴⁶。かような論理でもって、すなわち公法の観念が両者を仲介する形で、ドイツ公法学に対してフランス法を素材として参照することの正当性が与えられた。こうして、フランスの法現実において認識された諸観念がドイツ法へ輸入され、而して生まれがフランス法の様々な法学的概念がドイツ法において展開される道が開かれることになった⁴⁷。

さて、以上のようなマイヤーの法学的諸概念による体系の展開作業前提であるところの経験的諸事実からの観念の認識・正しき観念の選出という作業においての、その融通無碍な性格、あるいは否定的な言葉を使うのであればあまりに節操のない性格に対して、常に様々な批判が——どこまで批判者がマイヤーの法学的方法を真

⁴² Hueber, Methode, S. 26 ff.

⁴³ Eisenbahn I, S. 555.

⁴⁴ DV I -①, S. 55.

⁴⁵ DV I -①, S. 65.

⁴⁶ DV I -①, S. 55; Vgl., Hueber, Methode, S. 33 ff; Dewitz, Vertrag, S. 44 f. マイヤーはこの共通の文化を持つ国家としてフランスのほかにオーストリア、スイス（Vgl., DV I -②, S. 21; DV I -③, S. 21.）を念頭に置いているようであるが、やはり彼にとって重要な役割を果たすのはフランスである。

⁴⁷ Kaufman, a.a.O. (Anm. 6), S. 396, が代表的であるところの、マイヤーの「フランス法好み」への批判に対して、彼は、あるときはドイツ人の異なるものを快く学ぶという特性や能力を強調するが、また別のときには、フランス法——ここではCode Civilが挙げられている——に内在するゲルマン法的要素を強調もしていたことが興味深い。そこで彼は、ローマ法的歴史的要素と国内法的歴史的要素の結合を意味するドイツ民事法の展開にとって、フランス法を取り入れることはむしろ後者の要素を強める貢献を果たすだろう、と論じていた。Vgl., Hueber, Methode, S. 34 f.

に理解しているのかという問題は置いておこう——向けられてきた。

例えば、ヒューバー曰く、マイヤーの法学的的方法論に従えば、法学者は現在および将来においてどの法観念が優勢であるべきなのかを彼乃至彼女自身の主体的な選択によって決定しなければならないことになる。しかし、彼はこの作業に関して十分な説明を行うことができていないのではないか。すなわち、確かにマイヤーは一度認識した——つまりマイヤー自身が選んだ——法観念を可能な限り包括的に様々な法態様において示すことを試みており、それ自体に問題は無い。問題はまさにその法観念を選出する段階にある。ここにおいてこの作業は全く彼の個人的な直観（*Anschauung*）に依存しているのであり、マイヤー自身もこのことを明らかに自覚している。そこで「[マイヤーの] 法学的方法の中立性がうわべだけであることが姿をあらわす⁴⁸⁾」のである。この意味で、ヒューバーの見るところ、彼の行政法学は「体系」ではなくあくまで「理論」であった⁴⁹⁾。

しかしまた、このことでもって彼の法学的構成が完全に恣意的な観点から行われているということまで意味するわけではない、とヒューバーは続けている。結局、マイヤーにとって重要であったのは、ただその構成が「正しく認識された正しき諸観念によって導かれる」ことであり、現実の法律における矛盾や不存在は観念の追求の妨げにならないし、またそれを指摘するだけの議論では彼にとって全く不十分なものであったのだ、と彼は結論付けた⁵⁰⁾。

按ずるに、ヒューバーのマイヤーに対するこの評価は大枠において適切なものであるといえるだろう。そもそも、分岐国家の多様な行政法律を前提として基礎観念の上でそれらの共通の文化の産物であるところの一般ドイツ行政法⁵¹⁾を構築しなければならなかった行政法学の領域における作業において、「一般的法観念の力の信仰」は必要なものであったと評するべきかもしれない。だからこそ、冒頭で引用された『ドイツ行政法』2版序文において、マイヤーは自らの方法における観念論の存在という特質を説明したうえで、しかし、「かような観念を散漫で不確かなドイツ

⁴⁸⁾ Hueber, Methode, S. 40 ff,

⁴⁹⁾ Hueber, Methode, S. 46 f. なおこの文脈においてヒューバーはイエリネクがマイヤーの『ドイツ行政法』に対する書評にて述べた、その体系性に対する批判（Georg Jellinek, Rezension, Zu: Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1896, VerwArch 5, 1987, S. 305 f.）を引用している。しかし、『ドイツ行政法』の叙述の体系性の構成を問題視しているイエリネックの意図を踏まえると、このヒューバーの引用が適切であると言えるのか、やや疑問である。

⁵⁰⁾ Hueber, Methode, S. 47.

⁵¹⁾ DV I -②, S. 21; DV I -③, S. 21.

行政法においても追い求め、而してそれを浮かび上がらせ・示したことは、きっと相当良いことであつたに違いないのである」⁵²、と自らの作業に胸を張つたのである。

他方で問題となるのは、むしろ外在的な評価であり、すなわちマイヤーの法学的方法史における位置付けである。ヒューバーは上述のようなマイヤーの法学的方法論はラーバントのような厳格な意味での実証主義者とは異なるものだ、と考えていた⁵³。だがしかし、これはまさに、現在のいわゆる「国法学実証主義者」論者についての見解、すなわちヴァルター・パウリがラーバントについて論じた法学的方法論の理解と、方法論という観点において、完全に一致するものではないだろうか。

【はじめに】の冒頭でも言及したように、法学的方法論と呼ばれる手法について、もはやかつてのように法外の様々な要素を追放し実定法の素材を私法学に由来する様々な概念によって支配し体系を構成するという論理的作業にすぎないと考えることはできない。それは、法獲得と法の体系的構成の二つのプロセスによって行われるものであり、従来の研究が考えていたような論理だけがその作業を支配するのは後者の部分であつて、前者の作業においては非法学的な要素が混入した、そして論者の主観に強く影響された作業が行われていたのである⁵⁴。パウリ曰く、「オットー・マイヤーの学問的プログラムもまた、そしてまさに、所与の諸規範の在庫の法律実証主義的な把握・解釈 (Auslegung) することを第一義的に目標としていない。……彼にとって優先していたのは、後になってようやくたどる部分的であれ、法律において受け入れられたところの概念や類型の構築であつたのである」⁵⁵。コノパウリの定式を受け入れるならば、我々は、このような概念や類型の構築という意味での法獲得の作業が、マイヤーにおいてはこれまで検討してきた「観念」という非常に現実主義的な道具概念によって行われていた、と考えるべきである。要するに、問題の『ドイツ行政法』2版序文は、方法論上の法学的方法からの乖離を意味する

⁵² DV I -②, S. VIII. Vgl., Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, 1992, S. 405.

⁵³ Hueber, *Methode*, S.18 f.

⁵⁴ ラーバント自身、いきすぎた論理主義の問題点と、歴史的・政治的・哲学的考察の重要性を指摘していた。Vgl., Paul, Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, 5. Aufl., 1911. S. IV.

⁵⁵ Walter Pauly, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Deutschland*, in: Armin von Bogdandy/ Pedro Cruz Villalón/ Peter Michael Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd IV, 2011, S. 58. なお、本論文のマイヤーの方法論についての検討は、近年疑念が提示されている「実証主義」という専門用語についての今後の有用性の有無等に関する主張を伴うものではない。

のではなく、あくまで法学的方法論を採用した論者たちのなかでの自らの作業の具体的な特徴を、簡潔明確に、そして実際のところ言葉を費やして説明するまでもなかった上述の方法論に関する当時の了解を前提として、語っていたに違いないのである。この概念や類型の構築の作業において、彼にとって「争われうるのは、どの程度まで人の共同生活がそのような諸規則や諸概念によって特定されるのか、どの範囲まで恣意的にその裁量が許されるかのみ⁵⁶」である。しかして、それでもなお、かような法概念乃至その前提としての観念を、「現実世界」のうちに追求することを法学は諦めることを決して許されないのであった。

以上の記述を踏まえて、マイヤーの「法学的方法論」について、まとめよう⁵⁷。マイヤーの方法論においても、所与の経験的素材を支配する抽象的な概念を使用した法体系の形成という意味での法学的構成⁵⁸の作業は認められる。しかし、ここでの厳格な論理主義は、「法現実」を重視する現実主義によって修正を受けている。注意すべきことは、「法現実」とは実際に存在しているありのままの現実の生活と常に完全に一致するものではない。むしろ事実の世界の観察を通じて、そこに内在する歴史的に展開する諸々の観念が認識され、そのなかで合理的なものとしての評価が与えられたところの観念からなる「法現実」である。この評価は、具体的な所与の問題状況にとってのその観念の有用性をもって判断されることになる。このような意味での現実主義⁵⁹に基づいて獲得された観念は、諸々の法概念に姿を変えて現れ・またそれらの論理的展開を嚮導する役割を果たす。かくして観念に基づいた諸々の法概念による体系の構成が行われることになるのである。このようなマイヤーの

⁵⁶ Rez. Spiegel, S. 490. 塩野『構造』、61頁が指摘するところのマイヤー行政法学において強く表面に表れる「論者の主観性」もかのような意味で理解するべきであろう。要するに、「主観性」それ自体が問題でも・その程度が問題となるのでもなく、「主観性」の質、あからさまな表現をすれば、それに基づいて行われるところの法学的議論の他者への説得力だけが問題となるのである。

⁵⁷ なお、ここの記述は、Heyen, Grundlagen, S. 192, を参考としている。

⁵⁸ Eisenbahn II, S.50 Anm. 14; 「構成 (Konstruktion) という言葉の評判は悪い。この言葉は、空っぽで恣意的な構成の不快さをもってしてまさに避難の意味で使用されるようになった。その最高の任務が現実的であるということである法学は、これに対して敏感なのである。それにも拘らず、法学はこのような危険を覚悟の上で、一般的観念の支配のもとに諸々の個別的現象の多様性を収めること、すなわち構成することを繰り返し試みることを断念することは許されないのである。しかるにそれゆえに法学は法学なのである」。

⁵⁹ なお、本論文にとってもまったく同意できることだが、ハイエンはかような意味でのマイヤーの現実主義が後期イェーリングから影響を受けていると主張している。Heyen, Grundlagen, S. 189 f.

採用した「法学的方法」について一言で表すのであれば、それは現実主義的一観念論的法学的構成であると評することができよう。

第2節 国家と法学

前節では、マイヤーの「法学的方法」の具体的内容と、特に「国法学実証主義」論者との関係性が明らかにされた。そこで明らかにすべき問題として残っているのは、彼の方法論の源流であるところの歴史法学的民事法学的的方法論との関係である。

すでに述べたように方法論において諸概念やその法的構成に関しては、マイヤーとかつての民事法学的的方法論は明らかに接続したものである。しかし、やはり決定的に両者の間を分かち事柄がある。それは、彼が、法をそれ自体で道徳的な価値を持ち、新たな法を自己生産しうるような秩序としては考えていない、ということである。

道徳的に要求されるものについての偉大な特定性が不可欠であることについて、ひとは夙に民族法の背後に法意識（法感情、法感覚）を置くことによって応えようとしてきた。それは、ある種の法や法秩序についての理解、それを擁護する傾向を意味する。それは、法そのものがそこにおいて公正であることが実現化されている形式であるべきであるという限りで、正義（Gerechtigkeit）との親近性も持つ。だがしかし、法と正義は分かれもするものである；その時、法に維持されているものは道徳的美徳ではない。あるいは法は不明確であったり完全に欠けていたりする；その時、法意識によって始まりはしない。法感覚は独立した価値を持たないのである⁶⁰。

さらに、マイヤーは、この文に関する脚注において次のように述べていた。

かようなものうち高い価値を認められていたのが、もちろん歴史法学の理論において法感覚あるいは法意識が持っていたものである；彼らは法感覚あるいは

⁶⁰ Völkerrecht, S. 26. マイヤーの「Gerechtigkeit」理解については、Vgl., Heyen, Grundlagen, S.101 f.

は法意識をまさに法の創造者とみなした。……この克服された観点から、いまだになお法感覚の意義を過大評価するある種の傾向が残存している⁶¹。

ここにはもはや、玉井克哉がかつて論じたところの 19 世紀前半までの歴史法学の学者達に共有されてきた「倫理的価値ある法が、人間の作為によらず、一つの秩序として、我々の意思以前に存在しているという考え方…『法秩序既存の観念』⁶²」を認めることはできない。マイヤーにとって法が道徳性を持つのは——そのような要請がなされるべきことがこの引用からは読み取れるが——あくまでそのようなものとして作られているときにのみ与えられるものである。また、法秩序のそれ自体での完全性も前提とされておらず、それは欠けうるものである。さらに、法学的方法論に関する検討で判明したように、実在する法は、内在する観念の質によっては「時代遅れ⁶³」や「もはや生き生きとしていない死んだ形式⁶⁴」になるものであるが、その観念の質は常に現実との連関における有用性に関してその都度具体的に判断されるものであった。結局のところ、個別の法の背後に、それを全体としてまとめる法意識等は存在しないし、それらも決して相互に有機的に結びついているものではない。つまり、マイヤーの論ずる法秩序とは、客観的観念論に裏付けされた、先行する民族確信などに基づくあるいは法がそれ自体であるような「理性的有機的な全体⁶⁵」とは全く別物なのである⁶⁶。

そして、国家論の検討において述べたように⁶⁷、彼にとって法とは、「何がそうであるべきかを単に表明するだけでなく、そのことを実現する力でもある⁶⁸」が、この力は法が自ら生み出すことができるものではない。「我々にとって公権力なくし

⁶¹ Völkerrecht, S. 26 Anm. 42.

⁶² 玉井・前掲注 (19) 『(二)』、686 頁。

⁶³ 前掲・本章注 (26)。

⁶⁴ Regelung, S. 214.

⁶⁵ ヤン・シュレーダー (杉本好央訳) 「1850 年から 1930 年までの慣習法論について」『ドイツ近代法学への歩み』(信山社、2017) 400 頁。

⁶⁶ ただし、このことは、マイヤーにとって「法」や「法秩序」は何の特定の内実も持たない単なる要件—命題の集合体で構わない、ということの意味しない。そうではなくて、彼にとって「法」乃至「法秩序」において必要なことはあり、それは確かな規則であること、言い換えれば不破性 (Unverbrüchlichkeit) を備えていることである。あらかじめ述べておけば、これが法命題概念の要素のひとつとなる。Vgl., Heyen, Grundlagen, 98 f.

⁶⁷ 参照、第 2 章第 3 節第 1 款。

⁶⁸ Rez. Zorn, S. 479.

て法は存在しない⁶⁹⁾」のであり、法を創造するのは公共体、国法および行政法においては国家権力であって、法意識や法感覚ではない。国家が「まさに近代の法展開の担い手」なのである^{70 71)}。

一方で、この国家は前章の検討で明らかにされたように、外部的秩序のそれとしても公共体のそれとしても結局のところそれ自体で倫理性を備えたものとしては観念されていない存在である。もちろん、Volk の特性を歴史的に展開する目的を持ったものとして⁷²⁾、あるいは、社会の善き秩序を保護・助成・援助するという意味において⁷³⁾、国家への尊敬、いわば美称的な表現がマイヤーの議論において常に語られていることは確かである。しかし、このような目的をもった国家に備え付けられているのはザッハリヒな最高権力としての公権力にすぎない。国家が公権力によってなすことは常に正しいことである、というような発想はマイヤーには存在しないのである。もちろんこのことは、国家が法を創造する局面においても妥当する事柄である。つまり、主権者が恣意的な立法を行ったり、あるいはそこに認識される観念が時代に照らしてすでに相応しくないような法制度を制定・維持したりするなどして、国家が観念に照らして適切ではない法を創造することはあり得るし、そのような事態を否定することは法学にはできないのである。言い換えれば、国家が創造する法は、常に法学にとって正しき法であるというわけではない、ということである。

このようにして、ここに法学と国家の対立が始まることとなる。つまり、法学者が「法学的方法論」を通じて提出した正しき法観念によって組み立てる法秩序と、法律を中心とした国家が制定する法との間に緊張関係が生じることとなるのである。いかにして国家に対して法学上の法秩序に従った立法活動を行わせるか、これが問

⁶⁹⁾ DV I -②, S. 90; DV I -③, S. 87.

⁷⁰⁾ Heyen, Grundlagen, S. 110.

⁷¹⁾ Schröder, a.a.O. (Anm. 5), S. 281 ff; ders., Gesetzesbegriffe im deutschen Kaiserreich und in der Weimarer Republik, in: Bernd-Rüdiger Kern u.a. (Hrsg.), Humaniora. Medizin-Recht-Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, S. 276 ff, は 19 世紀後半から進んだ歴史法学的法観から法及び法律の考え方についての変化を「主意主義的法概念への移行」と描く。シュレーダーによれば、法は「法的共同体に住むものの確信」から「共同体の意思」「一般意思」「国家意思」として把握されるようになり、これに応じて法律も「憲法適合的に任命された機関を通じた法共同体の『明示的』な意思表示」と考えられるようになった、とされる。

⁷²⁾ DV I -②, S. 1; DV I -③, S. 1.

⁷³⁾ DV I -③, S. 212.

題である。そしてこのことが、本論文が次章以降の議論のために方法論の検討を通じて掘り起したかった論点でもある⁷⁴。

実際のところ、この問題について、法学者すなわちマイヤーは相当に不利な状況に追い込まれていたといえよう。なぜなら、この時点で法学の優位性を根拠づけるような手段がほとんどマイヤーの学問上の武器庫には存在していないからである。国家権力は法以前の實力であり、なおかつそれは最高のものであった。理性法の存在はすでに否定され、国家それ自体を拘束しうるような憲法観念及び最高裁判所の観念は少なくともマイヤーの発想にはまだなかった。そして、かつての歴史法学者たちが考えていたように法学者が Volk を代表して新たに法を発見できると主張できるわけでもなかった。実際、マイヤーは自らの見解が受け入れられたとはいえない状況であった公所有権概念⁷⁵についての講演で、立法においてこの概念につき争いがあることを述べたうえで、「法学的観念によってもたらされる法学的思考の偉大な明確性や一体性は必要不可欠な生活財産 (Lebensgüter) ではない。実務は、実際およそ全く不正確な諸見解でもってなんとかやっていくし、最悪の場合には幸福をもたらす首尾一貫性の断念をすることもある。問題となるのはただ美的欠点なのである」と、やや諦めの境地が読み取れるような言葉を述べていた⁷⁶。

しかし、これはやはり結果としての現状についてのマイヤーの感想である。また、個別的な法観念だけならば、このような嘆息をもって諦めることが出来ようとも、法観念の体系であるところの法秩序についてまでそのようにして乗り越えることは出来そうもないだろう。いったい、自らが正しきものと信じる法学理論を現実の世界において妥当させる論理や仕組みの構築を試みようとしないう実定法学者など存在

⁷⁴ なお、やや文脈が異なるが、行政と法学との関係に関して、マイヤーは行政官僚が法学的素養を持っていることを自らの行政法学理論の前提とし、またそれを強く要請していた。なぜなら、「行政は、その自立性を、行政自身があらゆるその官憲的諸決定のために、等しく法についての十分な資格を持つ番人性 (Hüterschaft) を使用することを通じてのみ、保障される」からである。そして、この素養は大学の法学教育によって与えられるものであった。法学教育とは市民の啓蒙だけでなく役人の養成にも向けられていなければならなかった。法学教育を通じて彼らは「精神の特定の教え」を学び、「共同生活の確かな形式の価値についての生き生きとした感情」を身に付けた「貴族」となるのである、とマイヤーは論じていた。Vgl., Hueber, *Methode*, S. 108 f; 西村稔「第二帝政期における法学者の政治意識」上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』(ミネルヴァ書房、1987) 305-306頁。彼の行政法学理論の様々な個別的論点において姿を現す、行政実務・行政官に対する信頼はこのような議論を前提として語られているものである。

⁷⁵ *Selbstdarstellung*, S. 13.

⁷⁶ *Stand*, S. 522.

しないだろう。それでは、『ドイツ行政法』において、いったいどのような法的論理でもって、マイヤーは国家に対して自らの行政法上に従った法創造の活動を行わせようとしたのか、このことも念頭において以降の検討は進められなければならない。

第4章 行政法秩序

本章では、これまでの国家論や方法論に関する検討作業を前提として、マイヤーが『ドイツ行政法』の総論において打ち立てた行政法体系について明らかにし、そしてそのうちで論じられた法律の支配論の精確な理解を目指す。

まず、「行政法体系」と「行政法秩序」という言葉について説明すれば、前章で見たように、法体系とはマイヤーにとっては法観念が組み合わされたものであるところのものであった。行政法における法体系とは、内容としては「一般的高権的権力の行使においても、それに内部から法の形式と態様を与えるところの法の固有の秩序」¹なのであり、この意味において「行政法秩序」という言葉で表現できるものである。実際、マイヤーは『ドイツ行政法』においては「法体系」よりも「法秩序」という言葉を使用してこれを表現していた。本論文は、基本的にマイヤーのそれぞれの記述に従ってこれらの言葉を使用しよう。

そして、『ドイツ行政法』においてこの行政法秩序のいわゆる行政法学総論に該当することになる部分の仕組みや構造がどのようなものであったのかが本論文にとって以下の検討の対象となる。それは具体的には、次の諸論点の検討によって明らかなものとなろう。すなわち、実力としての *Macht* である国家権力は法的にはどのような性質として把握されるべきなのか。それを法化することができる「法」とはどのような性質なのか、そして法化された国家権力と個人はどのような関係にあるのか、そして前章最後で取り上げたようにどのようにして国家を法学に従わせるのか、といった諸論点である。これらの検討を通じて行政法秩序の構造が明らかとなり、そのことから法律の支配論もまた我々はその精確な内容の理解も得ることができるだろう。

さて、本章で行われる作業の性格について、いくつか事前準備的な説明をしよう。

まず、マイヤーがこの行政法秩序が如何にあるべきかという問題について、自らの議論を発展させていったことに本論文は注目したい。これまでの研究は『ドイツ行政法』における法秩序論、そしてそのなかでの法律の支配論を分析するにあたって、例えば『フランス行政法の理論』ですでに提出されているその原型を十分に考

¹ DV I -①, S. 54.

察せず、『ドイツ行政法』のそれだけを検討の対象にしてきたといえる。そこで、本論文では、彼の法理論の発展の道筋を追いかけていくことで、より精確な理解を獲得することを目指すことにする。具体的には『フランス行政法』から『ドイツ行政法』におけるそれぞれ議論を検討することを通じて『ドイツ行政法』の記述がどのようにして誕生し得たのかという観点から検討を行う。

次に、本論文がマイヤーの行政法秩序のどのような特徴について注目したのかについてここでやや詳しく説明をしておきたい。本論文が重要視したのは、マイヤーが、行政法秩序構想において、仲野武志が表現するところの〈主観的構成〉²、すなわち、行政法を「国家・私人間の個々の権利関係に還元³」することを拒否していたということである。このことは、彼が国家のと個人の関係づけについて、それをひとつの体系として構築する作業という局面において、主観的権利義務関係を意味するところの⁴法関係（Rechtverhältniss）概念⁵を採用しなかったということの意味する。マイヤーはこの概念を使用して行政法秩序を構築することを法学者人生において一貫して避けたのであった。このことは、行政法学というディシプリンそれ自体の独自性を生み、さらには後年、バッホフやこの立場からマイヤー研究史を行ったカルヴィエ⁶らによって法関係概念による行政法学の改築の提案が行われることの遠因ともなった。

法学における〈主観的構成〉の学説史について敷衍すれば、ドイツにおいて法関係概念はそれ自体が歴史的背景を持つ法学上の道具概念であったといえる。すなわち、近代ドイツ私法学の創設者であるサヴィニーは、法関係概念に特定の意味を与え、而してその成立と消滅という形で体系の一般総則を描いたのであった。そしてそれ以降、法関係概念は、多くの法学者によって、「日常用語の延長線上で用いられるものではなく、法体系を構築するさい自覚的に取り入れられるべき法律的概念」

² 仲野『公権力』、8頁、12頁等。書誌情報は【主要文献一覧及びその略語について】参照。

³ 仲野『公権力』、99頁。Vgl., DV I -②, S. 107 Anm. 2; DV I -③, S. 104 Anm. 2: 「ツールは確かに『主観的権利のない法秩序を我々は容易に想像しえない』と言う。しかし『我々』とはまさに民事法学者のことである」。

⁴ 石川健治『自由と特権の距離 [増補版]』（日本評論社、2007）37頁以下。

⁵ Rez. Jellinek, S. 283: 「民事法において人格は常に同一のままである；法関係は、この人格のために諸々の権利と義務が発生するところのものである；権利保護についての請求権はそれに接続する」。

⁶ 参照、第1章第2節第3款。

として扱われたのであった⁷。公法学においても、いわゆる国家学的方法論を採用しなかった論者たちは、国家と個人の関係について、かような民事法学的法関係に相当するような関係でもって把握しようと試みたのであった。彼らはこの作業を通じて、国家内部の関係や国家権力の行使についてそれを法化することを目指したのである。例えば、行政法の領域において、このようなく主観的構成>を行った学者として、マイヤー以前ではオッター・ベール⁸や F. F. マイヤー⁹を、マイヤー以降においてはフリッツ・フライナー¹⁰やヴァルター・イエリネック¹¹を挙げることができよう。これに対して、マイヤーの行政法学はく主観的構成>を行わなかった。確かに彼は法関係という概念を使用することはある。しかし、重要なのは、国家と個人の関係について権利義務関係の意味での法関係による法秩序の構築を、『フランス行政法の理論』から『ドイツ行政法』に至るまで彼は一貫して行わなかったということである。

それでは、く主観的構成>を拒否したマイヤーはどのような法秩序の構成方法を提出するに至ったのか。この問題について、フォレストホフがすでに的確な指摘をしていた。彼曰く、「この体系の自明な出発点は法命題であり、それによって打ち立てられるところの国家及び国家行政と個人との関係づけ(Beziehung)であった¹²」。つまり、マイヤーは、主観的権利義務関係を意味する法関係ではなく、客観的法命題による関係づけをもって行政法体系を構成しようとしたのである。そして、ここでフォレストホフが指摘していた法命題こそ「法律の法規創造力」原則が対象としているところの「法規」なのである。このようにして、法律の支配の精確な理解を目的とする本論文は、マイヤーの法命題による体系の構想もまた把握しなければなら

⁷ 耳野健二「一九世紀ドイツ法学における Rechtsverhältnis の概念」比較法史研究 11 号(2003) 114 頁。また、参照、同「く関係>を基礎とする法秩序」同 14 号(2006) 162 頁以下。なお、「ドイツにおいて、かくまで強固なく主観的構成>志向を生ぜしめた要因は何か〔質疑応答での石川敏行発言〕」(仲野武志「〔付記〕書評会を振り返って」法政研究 74 卷 3 号(2007) 684 頁)について筆者は論ずる能力を持たない。

⁸ 参照、藤田『ベール』、17 頁以下。

⁹ Vgl., Ishikawa Toshiyuki, Friedlich Franz von Mayer, 1992, S. 92 ff. 邦語文献として、石川敏行「いわゆる『法学的的方法』について」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題』(有斐閣、1990) 103 頁以下。

¹⁰ Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1928, S. 45 ff.

¹¹ 参照、人見剛『近代法治国家の行政法学』(成文堂、1993) 151 頁以下。また、参照、仲野『公権力』、102 頁及び同頁注(251)。

¹² Forsthoff, Lehrbuch, S. 53.

ない。むしろ、このような法体系の仕組みを理解してはじめて法律の支配論のマイヤー行政法学秩序論におけるその意味や役割もまた判明するものなのである。

第1節 『フランス行政法の理論』

第1款 『フランス行政法の理論』の行政法体系

本款では、『フランス行政法の理論』（以下『フランス行政法』）において、マイヤーが行政法の体系をどのようにして説明していたのかについて明らかにする。

『フランス行政法』と『ドイツ行政法』の関係性について説明すると、個々の論点については、その内容がほとんどそのまま『ドイツ行政法』へと持ちこされているものもあれば、そうでないものもあり、さらに権力分立や法命題論のように『フランス行政法』から内容において発展が認められるものもある。一方で重要なことは、行政法学の体系構想そのものについては、二つの著書で論じられているものは決して同一とまではいえない。マイヤーはのちに『フランス行政法』で行った議論を、ドイツ人にフランスの行政法学理論を理解させるための「ある種の叙述体系」であったと表現しており、結局のところ、当時の彼が法学の体系書として十全な形での体系として論じていたのかどうかについても断言することはではない¹³。しかし、かような性質を踏まえても、やはり内容上、『フランス行政法』での議論は、『ドイツ行政法』にとって前史的な作業としてみなすことができるものである。

さらにもうひとつ『フランス行政法』の評価について前もって述べておきたいことがある。それは、『フランス行政法』における諸々の概念や用語法に関するマイヤーの整理にはまだ不十分な点があった、ということである。例えば以下の検討で頻出する「法律」という用語がこの問題の筆頭である。マイヤーはこの「法律」を、ある時は特定の法形式によって規定を創造するという意味での行為——つまり通常は「立法」とよばれるものである——乃至その行為の主体の意味で使うが、またある時は単純に法形式としての意味でも使っており、読者に混乱を与えていると言わざるを得ない。そして、かような「法律」という用語の使用法は『ドイツ行政法』、

¹³ Selbstdarstellung, S. 10.

特にその 2 版において最終的に放棄されることになるのであった。

このような事柄を念頭に置いて、本論文では『フランス行政法』をあくまでも『ドイツ行政法』の叙述の準備作業として位置づけ、それを内在的に批判を行うというよりも、そこでどのような議論が行われているのかについて正確に読み取ることを主眼とした作業を以下で行うのである。

さて、前置きを終え実際の内容に入ろう。

『フランス行政法』におけるマイヤーの行政法の体系の構想が打ち立てられた箇所は、前章の冒頭で引用したところの法学の一般論について議論から始まっている。マイヤーによれば、法学が相手にするべきは、「そこにおいて、法学によって観察される諸法主体間に、意思支配（Willensherrschaft）が客観法に依じて現れるような諸形式」である。その「多様性と連関性の中」から生まれる「確かな性質の諸形式」による体系を作ることが、民事法学にも公法学にも共通する法学の任務である、とされる¹⁴。

このような任務を行うにあたって、行政法学は独自の法言語を持っていないため、民事法の技術的諸概念を使用せざるを得ない、とマイヤーは指摘する。しかし、この両学問領域には相違点があるため、行政法学は輸入した概念を適合させ・改造する必要に迫られることになる。その「相違点」とはなにか。このことについて彼は次のように説明した。

民事法の法制度の中心点には主観的権利、すなわち個別の法主体にとって獲得され、行使され、失われるところの権能（Befugnis）がある。このような諸権能の体系を行政法学はその対象から形作ることはできない；行政する国家と諸個人との間の関係（Verhältniss）を行政法学は産み出さない。

国家は、この関係において、諸権能を獲得したり失ったりするのではなく、憲法（Verfassungsrecht）により立法権力と執行権力として持ちあわせているところの、ただ一つの偉大な権能を行使するのである：すなわち個人に対する高権的力（hoheitliche Macht）〔である〕。あらゆる多様性はただこの権能の多様な使用法、個人に対する様々な種類の作用（Einwirkung）において存在する。他の法主体すなわち個人は、国家に対して、その国家との関係を一方的に特定されるところの受動的な側なのである。これが憲法および行政法上の諸

¹⁴ TdfV, S. 21.

規則によって秩序付けられた国家によって行われる限りで、かようにして生じた関係のいずれについても法関係と名付けられるだろう¹⁵。

マイヤーによる行政法学体系の議論はさらに続くが、それを追うことはいったん止め、ここまでの議論を上記引用箇所では示されていない事柄に関していくつか補足を行いながら明らかにしよう。

まず注目したいのは、国家及びその権力についての記述である。すなわち、立法権力と執行権力——これらは「憲法」による権力分立によって生み出されるのだがこのことについては次款で取り扱う——は、国家の高権的力の行使としてあくまで同一のものとして議論の中で取り扱われているということである。このように、マイヤーは国家と個人の関係を行政法学的に認識するにあたり、個人に向けられる国家権力に関して、我々がしばしば意識的または無意識的に行っているように、そのうちの執行（行政）権力の部分だけを問題としない。彼にとって、個人が立ち向かうのは立法権力も執行権力も備えた全体としての権力を備える国家である。彼の法学理論を理解するさいに、かような発想があることを認識することが出発点となる。

このような発想のもとで、『フランス行政法』においてマイヤーは、本質的には同じ高権的力の行使であるところの立法権力の行使も執行権力の行使も、国家による個人への一方的な関係の特定を意味する「作用（*Einwirkung*）」という概念で取り扱うことを試みるのである。つまりマイヤーは、国家が個人との関係においてなんらかの法規則を制定するということも、その法規則に基づき執行権力の行使が行われるということも、国家による「受動的な側」であるところの個人への作用である、と『フランス行政法』で論じようとしたのである。かように定義づけられた作用という概念は『フランス行政法』の記述において頻出することとなり、この著作のいわゆる鍵概念となった¹⁶。

また、「憲法」と並んで述べられていた「行政法」とは何を指すのかについて補足しよう。この引用部分とは別の箇所、マイヤーは「行政法」概念を以下のような一般的規則の総体として定義している。それは、「国家と臣民の関係は、一方的に、行動する国家からその活動を通じて特定される。国家の意思がその際に個人に接触するところの全てで国家は個人を拘束するのである。一般的規則の形式にお

¹⁵ TdfV, S. 21 f.

¹⁶ Vgl., TdfV, S. 13.

いて作用がなされるとき、それはたやすく拘束的規則、すなわち法命題をなす。行政法とはこの規則の総体」である。つまり行政法とは、国家がそれでもって作用をなす一般的法命題の総体である¹⁷。

以上のことから、先ほど引用したマイヤーの記述は以下のような内容だと解釈することができる。

民法法の法制度は、各々の法主体——そこでは対等な主体が想定されている——の間の意思支配を特定するのだが、この意思支配は各法主体にとって、権能、すなわち主観的権利という形式で現れることになる。こうして、法主体間には本来の意味での法関係が結ばれることになる。民法法の任務とは、諸々の主観的権利についての体系を形作ることである。

ところが、国家と個人の関係を対象とする行政法学は民法法と同じ作業を行うことができない。国家は、唯一つの権能としての高権的性質を持った力を、様々なやり方で行使するのであるが、そこには法主体間の先の意味での関係は生まれえない。なぜなら、国家はあくまでも個人との関係を一方的に特定＝作用するだけだからである。そこに民法法上の法関係のような主観的権利の発生・消失しうる関係は生まれえない。

しかし、そうした作用によって一方的に特定される関係であっても、その作用をなす国家が法的に秩序付けられている限りで、国家と個人の関係は法関係とみなしてもよい。この法的秩序付けとは、まず権力分立に基づきつつ、さらに一般的規則によって法命題を通じて行われるのだが、この一般的規則の総体こそが行政法と呼ばれるものなのである。

先の記述は以上のように解釈することができるだろう。そして、行政法におけるこのような「法関係」において、個人は民法法上のそれとは異なる内容を与えられることになる。

個人は行政する国家に対して初めから権能を持たない。個人の権利について人が語るときは、それは単なる国家活動の憲法適合的秩序づけか、国家の作用によって根拠づけられた諸々の法関係の反射なのである。ただ一つの場合に、国家の明示的な作用が真の法（権利）の根拠づけとなる。諸個人には、もっぱら行政法的権能の対象であるところのもの、すなわち国家活動そのものへの協

¹⁷ TdfV, S. 16.

働が認められうる。そうして、諸個人はその意思をもって自由に国家意思の産出に関与するのである¹⁸。

敷衍すると、個人はこの行政法関係において、初めから国家に対するなんらかの権能を持つものではない。個人の権利と呼ばれるものは、国家の活動・国家作用の法関係の反射でしかない。例外的に協働権という形で国家の作用によって真に権利が根拠づけられているものは存在する¹⁹。しかしこのような例外を除けば、個人的公権は存在せず、この点においても、行政法の法関係は、民事法の法関係とは全く異なるものなのである。

それでは、このような国家と個人間の一方的特定関係乃至それを秩序づけるところの一般的法規則について、法学はいったいどのような作業を行うべきなのだろうか。この問題について彼が注目したのも、やはり作用概念であった。

……我々の諸々の法制度は、諸種の権能ではなく、その形態が諸々の法命題によって特定されている限りでの個人に対する国家の様々な性質の諸作用において存在するのである。

……民事法学にとって、民法典は、確かに学問的体系の無内容な形式として法制度に従って規則正しく、諸々の法命題を提供している。民事法学は注解をもって法技術（**Rechtskunde**）であると満足することができるのである。しかし、我々行政法学は、まず、作用の諸形式を、様々な素材的内容をもってそれを使用したり・もつれあった状態や、……活動の技術的細目からそれを開放したりするところの豊富な法命題から、引き出さなくてはならない：行政法学は、行政法全体ではなく、ただ特定の方法において取り扱われるひとつのエッセンスを与える²⁰。

この記述から窺えるように『フランス行政法』においてマイヤーが法制度を通じて把握しようとしていたのは、公法上の個人の権能＝公権の関係ではないし、さらに諸々の行政法命題それ自体でもなかった。そうではなくそれぞれの行政法命題に

¹⁸ TdfV, S. 22.

¹⁹ マイヤーは『フランス行政法』においてはこの協働権が問題となる局面について、自治行政や行政裁判を挙げていた。

²⁰ TdfV, S. 23.

において特定された作用の諸形式をもって法制度の体系を構築しようとしたのである。冒頭で引用された「多様性と連関性の中」から生まれる法主体間の意思支配に関する「確かな性質の諸形式」とは、結局のところ作用の形式であった。この豊富な諸命題という素材からそのような作用の諸形式を引き出すという作業について、前章で検討された方法論の適用が行われることとなった。

そして、この作用の諸形式の内容や分類について、マイヤーは次のように整理した。

〔行政法制度の〕諸種の区分にとって尺度を与えるのは、行政法学にとっては、諸々の国家目的、すなわち追及される特別の公的諸利益ではない。目的は活動自体の外部に存在する。同一の形式での国家活動は……諸々の目的に奉仕しうるのである。

法的に意義があるのは、ただ、いかにして活動するのか（*das Wie der Handlung*）である。最上の区分は、それをもって国家がその目的を追求するところの手段のある種の一般的性質によって与えられる。このことは具体的には、「国家そのものは様々な特性において個人に向かいあう」と述べることでもって表現される。それぞれのかような特性から明らかになるところのあらゆる個々の諸作用は、そうして、ある種の共通の法的メルクマールにおいて同属性であるという印が押されているのである²¹。

行政法学の任務とは、国家がいかにして活動するのかという作用の法的性質について整理を行うことである。かくして、『フランス行政法』において、国家活動がどのような作用の形式をもって活動するかについての体系的描写が行われることとなった。こうしてマイヤーはオーコックの著作²²に依拠しながらこの国家活動の作用形式を次のような「法的メルクマール」に従って三つに分類した。

ここでは、とりわけ純粋な官憲的力としてすなわち公的力（*puissance publique*）としての国家と、社会の利益に役立つために特定される外部的手段の所持および管理者として、すなわち行政管理人（*intendant général*）として

²¹ TdfV, S. 160. また、Vgl., Gromistaris, System, S. XIV

²² Léon Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 1878, S. 21 ff.

名付けられている国家の間の対立が現れる。

前者の特性において、国家は命令によって個人のレーベンを外部から支配し、これでもって個人のレーベンは国家の目的に従って具体化し・現れることになる；国家はポリツァイを行使する。

別の特性において国家は自ら所有し・獲得し・営業し、個人の生活の中へと入ってくる。それは個人と並んで・しかし個人とは同じものではなく国家が行うことのすべてで高権的力をもって、個々の諸利益を押しつけ、その作業を有益なものにするのである；国家は公営造物（公役務 *services publics*）を創造し管理する。

後者の領域からさらにもう一度区別される活動の種類がある。それは、直接的に公的有益性を対象とするのではなく、ただ一般的にあとでそのために使用されることになる財の手段を用意し管理する；国家はそこでは国家財産 (*fisc*) の代表者として現れる²³。

個人と関わる諸々の国家活動は、例外的な場合を除いて私法には服さず、公権的力を行使するものであり²⁴、それらは、上記のような活動の性質論によって区分されることになった。つまり、この三つの *das Wie der Handlung* が『フランス行政法』における行政法制度であり、それぞれの法制度に従って国家の個人に対する作用の体系が形作られる。すなわち、マイヤーは「固有の行政法」であるところの「ポリツァイ法」「公営造物法」「国家財産法」という題名のもとその叙述を行ったのである。

以上のような『フランス行政法』における叙述体系について若干の検討作業を行おう。

第一に、外在的な論点として、このような『フランス行政法』におけるマイヤーの行政法学の叙述構造が実際のフランスにおける行政法学のそれとは相当に異なるものであったことが古くから指摘されている通りである。マイヤーはこの著作の文頭において、本書の性質はアルザス地方の裁判官や行政官吏の利益となるように、フランス行政法理論を、現地の法学者が明示していない共通の前提を明らかにしつ

²³ TdfV, S. 160-161.

²⁴ 例外となるのが、契約等のように国庫として国家が個人に対して活動する領域である。ここで国家は、一方では「ほかのそれらより根本的にあっさりとして民事法に従」し、一方ではしかし民事法の諸規則に服する法人格としての国家の概念と完全には一致しない」とされた。Vgl., TdfV, S. 377 ff.

つ、ドイツ語に翻訳したものである、と述べ、自分は何らかの固有の見解を擁護しない「フランス法学者の行いについての単なる通信員」でしかない、と評している²⁵。しかし、実際のところ、『フランス行政法』で提示させられたものは、フランスで行われていた行政法学のそのようなレポートではなかった。それはまさにグロミツアリスが書評のタイトルとしてかかげているように「フランス行政法のドイツ体系」であった²⁶。その一例としてグロミツアリスは、かような本書の性質が、当時のフランスの行政法総論に関する著作において中心的な役割を占めていた行政裁判所の管轄（*compétence*）概念がマイヤーの『フランス行政法』では中心的な役割を持たない結果になったことを指摘している。この問題はレーニングも批判するところであった²⁷。レーニングにとって、マイヤーは、コンセイユ・デタの実務と立法についての精確な探求によって管轄の限界を特定することをせず、フランスにおける行政裁判の管轄の議論を歪ませてドイツへと持ち込んだ論者であった。

第二に、本論文がマイヤーの行政法体系の特徴として注目しているところの主観的な権利義務関係による体系の拒否について検討しよう。このことについてマイヤーの見解を明確なものとするためにここではゲオルグ・イエリネックの法関係論との比較において検討する。

イエリネックは主著『公権論』において以下のように述べていた。

あらゆる法は諸々の法主体の関係づけ（*Beziehung*）である。孤立した法の

²⁵ TdfV, S. VII-X.

²⁶ Vgl., Gromistaris, System,, S. VII. このことは当時から意識されている問題であり、マイヤーが決して客観的ではなく主観に基づく体系に実際のフランス行政法学の理論を編纂していたことは、ラーバントも指摘するところであった。Vgl., Laband, Rez. TdfV, S. 149-150. さらに、Förtsch, Rezension zu; Otto Mayer, Theorie des französischen verwaltungsrechts, Deutsche Literaturzeitung 7, 1886, S. 1109.

なおさらに、マイヤーが描いたフランス行政法学の具体的内容に関する問題について、参照、兼子仁「フランス行政法学の形成と展開」『フランス行政法学史』（岩波書店、1990）154頁以下。兼子は「オットー・マイヤーの『フランス行政法の理論』を通じては、ドイツ行政法は十九世紀のフランス行政法をトータルに踏まえ継受したということにはなりえなかった、と結論しなければならない」と結論付けている。

²⁷ Gromistaris, System, S. X III. Vgl., Walter Pauly, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Deutschland, in: Armin von Bogdandy/ Pedro Cruz Villalón/ Peter Michael Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd IV, 2011, S. 48.

担い手 (Rechtsträger) というようなイメージを考えることは不可能である。国家も、諸々の法人格が自らに対峙するときのみ権利を持つことができる。事実上の支配関係は、両構成員、すなわち支配者と被支配者が相互の権利と義務の担い手として承認しあう場合にのみ、法的関係 (rechtlich Verhältnis) となる²⁸。

このようなイエリネックの議論の背景にあるのは、石川健治によれば、「国家が、その支配下のあらゆる人間を独立自存のペルソナとして承認し、あらゆる人間に法人格を認めている以上は、国家と個人の間の支配服従関係といえども、国家が裸の強制力によって服従を強いる実力関係 (Machtverhältnis) ではなく、国家と個人がともに公法上の権利主体 (法人格) として向かい合う法関係 (Rechtsverhältnis) として理解されなくてはならない [傍点原文]」という考えである²⁹。

イエリネックは、このような「法的関係」概念をもって国家一個人の関係づけを法的に秩序付けようとしたのである。それゆえ、彼は国家と個人が相互に向かい合いうることができる場所の権利・義務概念をそれぞれ打ち立てねばならなかった。そこで彼は、まず権利についての一般的な定義³⁰を行い、そのうえで私法と異なる公法の特异性を認めたいえで、個人の国家に対する権利、すなわち公権の存立を導

²⁸ Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1919, S. 10.

ところで、ゲオルグの息子であるヴァルター・イエリネックは、マイヤー・シューレの一員として数えられているが、法関係概念においては父ゲオルグの議論を受け継いでいる。このことについて、参照、人見剛『近代法治国家の行政法学』(成文堂、1993) 164頁以下。人見の検討によれば、ヴァルター・イエリネックは、まず、人の権利主体性については、立憲国家の実現すなわち権力分立と人及び市民の権利保障において獲得されていると考えていた。一方、国家の法主体性については、近代の権力分立原則によって行政庁が私人と同様に法律に服し、かかる法律への服従を強制するための行政裁判制度があることを確認すれば彼にとっては十分であった。なぜなら、行政上の法関係における国家とは、立法・司法権をも包摂した総体としての国家ではなく、行政庁に体现された行政権によって活動する国家だからである。こうして、両者の法主体は承認され、その関係の法関係性＝権利義務関係性も疑いのないものとなる、とヴァルター・イエリネックは結論付けたのである。

²⁹ 石川健治「承認と自己拘束」『岩波講座現代の法 I 現代国家と法』(岩波書店、1997) 46頁。マイヤーもイエリネックの『公権論』が「いずれの権利にとっても人格性が直接の基礎である」ことを認識していた。Vgl., Rez. Jellinek, S. 282 f.

³⁰ 「それゆえ主観的権利とは、法秩序によって承認および保護され・財あるいは利益に方向づけられた人的意志力である」。Jellinek, a.a.O. (Anm. 28), S. 44.

出すことに全力を注いだのであった³¹。

かようなイエリネックの議論とマイヤーの『フランス行政法』における国家と個人の関係論が全く異なるものであったことは明白である。マイヤーは、国家と個人の間関係を、法主体として向かい合う権利義務的なものとして把握しなければならないというような思考それ自体を持っていない。確かに、『フランス行政法』においてマイヤーは、客観法についてそれに相当する主体間の意思支配を生み出すものとして考えてはいた。しかし、だからといって国家と個人の間関係が双方向的な関係性である必要はない。国家が個人に自らとの関係を一方的に特定するものであってもよい、と彼は主張したのである。

そしてこのような法関係概念を観念した以上、マイヤーにとって個人公権は不可欠なものではないし、他方で、国家公権についても、それをかつての国家学において論じられていたような諸々の高権のカタログとして把握する必要も生じなかった。国家が行使するのは、個別の諸高権ではなく、あくまでも個人に対して関係を一方的に特定する、つまり作用するところの「ただひとつの偉大な」高権的力なのである。要するに、「個別の特定の諸高権が問題なのではない：あらゆる種類の個人に対する国家の作用が、行政法の形態においては思考可能なのである³²」。

かような一方的に関係を特定するところの高権的力の理解は、1888年の「公法契約」論文においてさらに詳細かつ明確に述べられることになったのでここで確認しておこう。

マイヤーは、「公法契約」論文の冒頭で、ラーバントが自らの『フランス行政法』について提出した書評論文³³を、国家行政に固有の諸々の法制度の体系として行政法を作り上げようとする自分の試みへの対決として位置付けた³⁴。彼はラーバントの議論の要点を次のようにまとめている³⁵。

³¹ ここでは、石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開（二）」法学新報 84 卷 4～6 号 127 頁以下、中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』（法律文化社、1993）108 頁、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000）117 頁以下、を挙げる。

なお、イエリネックは公権の権利性の判断について公法学上の請求権の有無を基準とするが、この有無の判断は実際の制度、制定法の規定に基づくものとなってしまふことについて、参照、海老原明夫「自由権は権利か（二）」ジュリスト 947 号（1989）12 頁以下、また山本・前掲 91 頁注（33）。

³² TdfV, S. 156.

³³ Laband, Rez. TdfV., 155.

³⁴ マイヤーは後年、自叙伝において同様にラーバントの主張こそ自分の行政法学理論が打ち破るべきものであったと語っている。Vgl., *Selbstdarstellung*, S. 11.

³⁵ *Vertrage*, S. 3 f.

すなわち、ラーバントは、固有の学問体系としての行政法に反対するが、その根拠は、「行政と臣民の関係において国家作用の固有の公法形式はただ一つしか存在しない；すなわち *Befehl* である」というものである³⁶。彼にとって行政法とは、他の法学領域ですでに確かなものとされた概念や形式法制度からなるコングロメラートであり、*Befehl* の国法上の法制度はそれらの間に存在するだけなのである³⁷。

これに対してマイヤーは、「公法契約」論文の末尾において公法の独立性を次のように結論付けている。

私はまた、この素材の支配と貫徹のために法学の独立した分野が必要とするところの単一的基礎が我々にとって欠けてはいない、という考えを持っている。それはすでに、我々が様々な名称のもとで・様々な効力範囲をもって承認しているところの国家意思の特別な効力において見いだされるのである³⁸。

このようにマイヤーは、行政法は他の学問領域の法概念等が混在したものとして成立するものではないという考えを主張したのだが³⁹、そのような独立した法学と

³⁶ ラーバントも、マイヤーのように国家固有の原権として、私人に対する優越的な権能ないしヘルシャフト、つまり「高権的力」を持っていることを認める。そして国家がこの原権を自由に行使しうることにしても同趣旨である。二人の議論が分かれるのはその先の部分である。

ラーバントは、高権的力は単に個人に向かって発動する局面においてのみ認めるべきではない、と考える。むしろ、それを通じて国家は自らの好みに応じてあらゆる法形式を使用することができるような「支配者」なのである。それゆえ、国家目的にとって必要不可欠とか相当なものであるときにのみ国家はヘルシャフトを使用するのである。曰く、「個々の国家的活動とはそれが命令と強制を含む場合においてのみ、力すなわち *imperium* の表明なのである；国家はしかし別の諸形式を使用することができる。国家は私人と同じ立ち位置ではなく私人を支配するものである、それゆえに国家は私人と契約を結べないのである、と主張するならば、その根拠は確固としたものではない。まさに逆である！」。後者の場合において、国家と個人との間に結ばれる法関係は民事法制度あるいは刑事法制度等によって規定される法関係を修正したり補完したりしたものに過ぎない。そこになんらかの全く新しい種類の法関係が生まれているわけではない。そのようにして生まれた諸々の法関係が、修正元の法関係と異なっている点は、それらの存立を要請する国法上の公法的基礎が存在し・規律しているということにすぎない、とラーバントは主張したのである。Vgl., Laband, Rez. TdfV, 159.

³⁷ Vgl., Laband, Rez. TdfV, 155 f.

³⁸ Verträge, S. 86.

³⁹ このように固有の法分野として行政法を把握する考え方と、様々な性質の法的概念等の「コングロメラート」として行政法を把握する考え方を対立させることは『ド

して成立するために必要な条件が、諸々の法制度を貫徹する固有の原則すなわち「単一的基礎」であり、「国家意思の特別な効力」がそれにあたる、と主張したのであった⁴⁰。この「国家意思の特別な効力」なるものは、『フランス行政法』における一方的に関係を特定するところの高権的力として論じられたものである。マイヤー曰く、現在の国家の権力は、私人に対する「他の意思を特定する上位の尺度決定的意思であるところの一般的権利」を意味する。これに相對するのは「個人の形作られた一連の諸義務」ではない。「個人がその内にいるところの一般的高権的關係、有機的關係、つまり服従關係 (Subjectionsverhältniss)」である⁴¹。この「国家の意思表示の拘束効力」は、民事法律や民事判決について我々が認めているものに他ならないのであり、要するにそれが行政の領域で国家活動の多種多様な態様・方向性へと一般化され適用されたものにすぎない。つまり、「憲法やそのほかの管轄秩序に応じて国家の業務を処理するいずれの機関にも、この効力が現れている。国家の活動につきものであるところのいずれの個人への作用にも、この効力は現れうる。そしてまた、民事判決を厳格な模範としていないような強制や義務賦課 (Zwang und Pflichtauflegung) を内容とするものにも、現れうるのである」。そして、この拘束効力の一般概念としてふさわしいものが、「国家に對峙する個人に向けての法關係の一面的特定、すなわち法創出 (Rechtmachen)」の概念なのである⁴²。以上が「公

イツ行政法』の叙述においても見られる (DVI -②, S. 19 f; DVI -③, S. 19 f.)。ここでは、後者の考え方は国家学的手法として観念されることになる。マイヤー曰く、諸法規則がただ目的を通じてその一体性や同属性を得るような古き国家学的体系に従う行政法描写の下で、「種々の法命題のコングロメラート」は生み出された。そこにおいては、行政法として行われる作業はわずかなものである。なぜなら、この手法においては、既成の諸概念と学説をもってコングロメラートのうち該当する諸々の個別部分について行われる作業の集積とならざるをえないからである。それゆえ、「かような方法において行政法だけがかつてはどこにも故郷がなかった。行政法のために同一の自立した取扱いを要求するのはもっともなことであった。……固有種としての法の諸観念による行政法の全内容の体系的展開および相互整序によって、行政法学は自らを姉たる諸学問と同等に比類させることを求めなければならなかったのである」。

⁴⁰ Vgl., Dewitz, Vertrag, S. 31 ff.

⁴¹ Verträge, S. 30. なおマイヤーはこのことに関して「国家意思の一般的優越的性質の評価を広めたのはヘーゲル学派の所産である」と述べている。Verträge, S. 31 Anm. 39.

⁴² Verträge, S. 32 ff. このような立場から、マイヤーは imperium の概念でもって国家権力を説明しようとすることに反対する。Vgl., Rez. Layer, S. 452: 「この概念はあまりに厳格で硬直しており、近代法の説明にとって利用不可能なものである」。

法契約」論文において展開された「国家意思の特別な効力」論であった⁴³。

最後に、このようにして『フランス行政法』で描かれ、「公法契約」論文で明確化された、一般的高権的力、一方的な関係の法的特定という性質について検討しよう。かような性質は、第2章の国家論にて明らかにされた、事実として存在する最高のものであるところの国家権力が法の世界において獲得するところの性質に他ならない。国家は法以前のア・プリオリな存在であり、すでに *Macht* としての権力はそこに備わっているものとして考えられていた。この国家が法を創造することができるのである。このような国家及び国家権力理解が、国家一個人の関係を法的に把握するにあたって、国家の個人に対する一方的な関係の特定として表現されることになったのである。そして、マイヤーが権利義務関係としての法関係概念を否定したことについての根本的理由もここにある。すなわち、片方の主体が相手に対する法的な関係づけを一方的に特定できるのであれば、それは真に対等な関係にはなりえない、というのがマイヤーの考えである。かくして事実としては力の優劣関係であったところの国家と個人の関係は、法の世界においては国家による一方的な法的特定が行われるところの「権力関係⁴⁴」となるのであり、これこそが民事法学とは異なるそしてその領域の固有性を担保するところの公法の特質として以降の著作でも一貫して扱われることになるのである。

第2款 権力分立論

本款では、前款では手を付けなかった『フランス行政法』におけるマイヤーの権力分立論について確認しよう。

まず、前款で述べたように、マイヤーにとって立法権力と執行権力を生み出すところの権力分立論をその内容としているのが「憲法」であった。しかしそもそも

⁴³ 柳瀬良幹「公法上に於ける契約の可能」『行政法の基礎理論（一）』（清水弘文堂、1967）246頁注（13）は、これを「自己の意思のみを以て相手方との間に法律関係を形成し得ること」を意味しているのであり、「それに依って形成せられる法律関係の内容とは全然関係のない、純粹に形式上の観念」であるとする。それゆえ、「単に人民の権利を侵し義務を命ずる行為のみならず、権利を設定し義務を免除する行為と雖も、単独にそれのみで効果発し得るものである限り、等しく右の意味の支配行為に属する」、と柳瀬は述べていた。ただし、マイヤー自身は法関係概念を、柳瀬の議論が前提としているような法律関係＝権利義務関係として設定していなかったことは注意しなくてはならないだろう。

⁴⁴ *Vertrage*, S. 53 f. *Vgl.*, DV I -①, S. 108 Anm. 13.

憲法とはマイヤーにとって最高権力を形成し秩序づけるところの規定でもあった⁴⁵。この文脈において憲法とは、権力分立そのものだけでなく個々の国家の諸活動についての諸規則とも結びついているものとして考えられていた。

〔国家の〕あらゆる活動にとって、そして特別な意味での行政にとって尺度を与えるところの、ある種の諸規則を国家は夙にその憲法の秩序から持ち合わせている (mitbringen)。それらは権力分立の学説に含まれている。フランス行政法のいずれの叙述もこの学説と結びついている⁴⁶。

そして、このような「憲法」という法概念についての理解は、後年『ドイツ行政法』においても、法治国の前提として観念される立憲国 (Verfassungsstaat) につき、それを組み立てる基本観念は権力分立である⁴⁷という記述に受け継がれることになる。

それでは、権力分立の具体的な内容について検討しよう。当時の多くの学者と同様にマイヤーにとって権力分立とは国家権力、すなわち一体的な高権的力それ自体を分割するものであってはならなかった。なぜなら、国家権力は事実的な力として最高かつ一体のままではなければいけないのであり、そのようにあることが国家権力のメルクマールたる主権性なのであって、しかもマイヤーにとってはそのことが国家という公共体の実在の前提だからである。しかし、それでも権力は「分立」されなければならない。多くの学者が取り組んだこの難問をマイヤーは以下のような形で解決しようとしたのであった⁴⁸。

マイヤーによれば、権力分立論を最初に唱えたモンテスキューによれば、これは「国家の個人に対する圧迫 (Wucht) を屈折させるための手段」であり、内容的には、「国家権力に存在する力権能 (Machtbefugnis) を互いに抑制する独立した法主体に分配すること」を意味する観念であった⁴⁹。しかし現実においてはこのよう

⁴⁵ 参照、第2章第3節第1款。

⁴⁶ TdfV, S.1.

⁴⁷ DV I -②, S. 57; DV I -③, S. 55.

⁴⁸ イェリネクは権力そのものを分割することはできず、可能なのはあくまで権限の分割であるという立場 (Vgl., Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3 Aufl. (7 Neudruck), 1960, S. 501) から、マイヤーの権力分立論しばしば批判した。Vgl., Georg Jellinek, Rezension, Zu; Otto Mayer Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895; Bd. 2, 1896, VerwArch 5, 1987, S. 306 f.

⁴⁹ TdfV, S.1 f.

な形でこの観念は実現せず、権力の分配はむしろ国家の二つの意思表示であるところの「法律」と「執行」の作用の間におきた、という。この権力の分配は、それぞれの作用の産出——例えば、「法律」においては議会の協働が本質的なものとなる——を通じて、担い手の分配も意味することになる⁵⁰。個々の人の多様性や変遷はここでは問題とならない。この二つの抽象的な作用の産出の主体の区別、つまり立法権力と執行権力が問題である。このようにして、マイヤーは国家権力それ自体の分割を行うのではなく、国家権力が行う諸作用が分割され、それらがさらに異なる担い手によって行われるという内容での権力分立を提示した⁵¹。彼はこれを「憲法適合的な力分配 (Machtverteilung)」と表現しているが、その内容についての的確な表現であったといえよう。

それでは、このような憲法適合的な力配分が成立するためには、実際にはどのような事柄が行われなければならないのだろうか？ マイヤーはそれを「管轄の特定」と「異なる法的特性のそれぞれへの割当」であると説明する。そして本論文にとって見過ごすことができないのは、ここにおいてすでに法律の支配論の原型が語られているということである⁵²。

まず管轄の特定について⁵³。『フランス行政法』においてこの管轄とは、憲法が「法律」と「執行」の両作用に対してそれぞれの専権的事項として指し示すところのものであるとされており、また全体としては国家活動の全領域を包括しうるものである。しかし、注意すべきはそれぞれの作用について管轄の特定を通じて何らかの法的な性質が与えられるわけではない、ということである。それゆえ、「両者〔「法律」と「執行」〕は同一のものを処理しうるものである」。重要なのはあくまで、それぞれには、管轄、すなわち与えられた国家活動の特定の領域について、それを独占しているということである。そして、これが、「留保である。そこにおいて他方のものは憲法違反を行うことなくして干渉することはできない」ものなのである。このような論理に基づいて、「法律」に留保されることになるのが、フランスにおいて人権宣言によって定立された・国家権力に対するある種の自由の保障たる基本権の領域であり、他方で「執行」に留保されることになるのは、国家元首に人的に認め

⁵⁰ TdfV, S. 2.

⁵¹ Vgl., DV I -②, S. 58 Anm. 3; 「〔権力分立の観念において〕問題となるのは、学問によってそのようなものとして適切に分割されたと扱われるところの国家の異なる『機能』である」。

⁵² TdfV, S. 4.

⁵³ TdfV, S. 4.

られている権能だと論じられた。

かような管轄論に付け加わるのは、権力分立論にとってより本質的な事柄であるところの、異なる法的特性のそれぞれへの割当てである⁵⁴。それは、「法的特性、すなわち各々の権力がその管轄からそれを持って活動するところの効力」が「法律」と「執行」にそれぞれ備え付けられることを意味する。

マイヤーによれば、「法律」に備わる効力とは、「独力で、直接的に拘束する諸々の一般的規則、すなわち規範、法命題、古き意味での法律を作ることができる」ということである⁵⁵。一方で、「執行」に備え付けられる効力は、「その名が示しているように、立法権力の行為、すなわち新しき意味での法律に対する従属関係」である⁵⁶。もちろん、これはかような特性が「執行」に新たに備え付けられるということであって、これでもって「法律」による法命題が先行していなければ「執行」という作用はできないということではない。「執行は単なる『執行』に限定され、その他は何もできないということの意味しない」。しかし、「法律」がひとたびその効力を発揮したならば、「執行」は「法律」に対して従属的に『執行』するだけであり、またそうしなければならない。かくして、執行が法律に矛盾するような国家意思の表明をすることは原則として不可能である、とされるのである。

一読して察することになるが、後半で語られていた管轄及び特性論という権力分立の具体的な内容は、後に語られる法律の支配論における「法律の留保」「法律の

⁵⁴ TdfV, S. 5.

⁵⁵ ただしこれでもって立法の意味での法律は一般的規則しか作れないということではない。法形式としての法律によって個人に対する個別的な行為も国家はすることができる、というのがマイヤーの基本的な発想である。ただし、かような法律形式での単独処分はあくまでも例外的なもの、法秩序の枠外にあるものとして考えられることになる。TdfV, S. 19:「しかし法律が発せられるところであっても、常に法命題が発生するわけではない；法律は個々の処分において作用しうるし、法律は執行権力の留保された領域からも、個人への授権を通じて行使するところの作用を、すべてのうちでもっとも極小でしかない一般的規則の形式は保つことができるような、不特定の諸授権を与えることができる。ここでは行政において、司法のように、法律の関与の全目的が一つの法秩序を作るということに方向づけられていないのである」。

なお、この法律という法形式（いわゆる形式的意味の法律）で行われる個別処分と行政法秩序の整合性の問題は、マイヤーが行政法理論を形成するにあたって難問のひとつであった。『フランス行政法学』において、マイヤーのこの問題の処理はやや不徹底なところがあったと評価するべきであろう。『ドイツ行政法』では、マイヤーはこの問題をさらに法律形式での個別処分に関してその内容上の場合分けを行うことによって整理している。

⁵⁶ TdfV, S. 6.

法命題創造力」「法律の優位」原則の原型であるといえる。このことから、マイヤーは法律の支配原則について、未整理な点はあるものの、すでに『フランス行政法』の時点で構想があった、と評価することができよう。一方で、この論述が示唆しているのは、権力分立という観念はのちに法律の支配論として整理されるこのような内容によって成立することができる、とマイヤーが考えていたということである。見方を変えれば、法律の支配の三原則は権力分立によって実現すべき内容を現わしていたということにもなる。ただしこの検討は『ドイツ行政法』の権力分立論についての検討作業に持ちこそう。

前款の内容も含めて、以上が、『フランス行政法』における「ある種の叙述体系」である。もっとも、このような叙述体系の構想それ自体は、『ドイツ行政法』にそのままの形では引き継がれなかったと評価するのが妥当である。確かに、例えば、『フランス行政法』において「固有の行政法」として中心に論じられた *das Wie der Handlung* について行政法制度の体系を試みるという発想は、各論の構成においても認められる。また繰り返すように権力分立論の基本的発想は『ドイツ行政法』においても変わらない。しかし、『ドイツ行政法』で打ち立てられた行政法総論は、国家権力の成り立ちの説明のように単純に新しく執筆されることになった事柄を別としても、これまで見てきた『フランス行政法』の対応する部分と多くの点で共通するものでありながら、何が違うものとして認めることができるものである。では、何が両者の叙述を異なるものとしたのだろうか。それが、本論文が問題としており、そしてフォルストホフが指摘し、また松戸浩もマイヤー行政法学理論において「様々な局面での諸説の前提⁵⁷⁾」と評していたところの、一般的かつ二方面拘束効力を備えた行政法命題概念の導入なのである。問題の二方面効果について、さしあたりここでは個人に対しての法特定の効果としての外部的効果であり、国家権力内部への法特定の効果としての内部的効果からなるものである、と説明しておく。

按ずるに、実際のところ『フランス行政法』においてすでに、かような二方面に効果する法命題論の芽生え、あるいはその議論が将来的に必要となった原因を認めることができる。というのも、マイヤーは行政法の定義において、「国家と臣民の関係は、一方的に、行動する国家からその活動を通じて特定される。…一般的規則の形式において作用がなされるとき、それはたやすく拘束的規則、すなわち法命題をなす⁵⁸⁾」と論じ、この法命題の総体を行政法と論じていた。ここでは、一般的

⁵⁷⁾ 参照、第1章第1節第3款。

⁵⁸⁾ TdfV, S. 16.

拘束規則である行政法命題は、そのような形式でもって国家が臣民に向けて行う作用として把握されていることがわかる。しかし、同時にこの一般的規則は、臣民に対してだけではなく執行権力に対しても同じように法的効果を持つのであった。なぜなら「執行」はかような一般的拘束規則を発することができる「法律」への従属性を、その効力として備え付けられたものとして定義されていたからである。「執行」権力は、「法律」がこの行政法命題をひとたび制定すればそれに基づいて執行を行うことになるのである。こうなると、行政法命題は、個人に対する立法権力の一方的な関係の特定という作用でありながら、同時に立法権力が執行権力に対してその行態についてなにかを特定するような規定として『フランス行政法』においては理論的に定義づけがなされていたことがわかる。マイヤーは、『ドイツ行政法』の執筆にあたりかような行政法命題の役割を捉えなおすことを通じて、行政法秩序総論を構成しようとしたのである。

そして、この法命題の役割を捉えなおす作業においてマイヤーが参考にしたと考えられる学説が、ドイツ法学においてのちに規範理論と呼ばれる一連の学説である。このことは、『ドイツ行政法』の脚注部分において彼自身が挙げた参考文献のリストから窺うことができる。節を改めてこれを検討しよう。

第2節 規範理論⁵⁹

マイヤーが『ドイツ行政法』を執筆するにあたり大きく影響をうけていたと本論文がみなしているのが、当時刑法学者カール・ベンディングらによって唱えられたいわゆる規範理論であり、その二方面拘束効力論である。マイヤーはこの理論を容しながら、自らの法命題概念を精密化し、そして行政法秩序の完成を成し遂げたのであった。以下では、このことについていくつかの説明を行おう。

第一に、ここで問題としている規範理論それ自体についての説明である。

本論文が規範理論と呼ぶものは、19世紀後半のドイツにおいて、刑法学者ベンディングの大著『規範とその違反⁶⁰』によって定着したとされる「規範 Norm」を法

⁵⁹ なお、この名称は、Hans Kelsen, *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*, 2.Aufl., 1923, S. 270, に従った。

⁶⁰ Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, 1872, 2.Aufl., 1890,

理論において鍵概念として扱う特定の学問領域に限定されていない一連の諸研究を意味する⁶¹。ただし、ドイツにおいても日本においても、この理論についての分野横断的な総合的な研究は、それぞれの論者にどこまで・どのような法理論上の共通性があるのか、という根本的な考察も含めて、まだ行われていないようである。また、それぞれの論者はあくまで刑法学や民事法学における固有の問題について取り組むためにこの概念を扱ったのであり、その問題関心は統一的なものではなかった。

第二に、マイヤーが規範理論から影響を受けたということについて。

その具体的内容についてはこれから明らかにする対象であるが、マイヤーが規範理論から影響を受けていることそれ自体の証拠を示すことは非常に容易である。というのも、前款でも触れたようにマイヤー自身が『ドイツ行政法』において、自らの法命題概念をイエーリング、トーン、ビンディングのそれぞれの規範理論についての議論を参照して説明しているからである⁶²。すなわち、マイヤーは、本論文では次節で検討される、彼によれば法命題の一般的な本質であるところの二方面効果を論じる箇所において、「この法の特性は、イエーリング『法の目的』にて、的確に示されたものである」と説明しイエーリングの著作の該当する記述を引用している⁶³。そして、かような法命題の本質が、彼の法治国観念にとって行政のモデルであるところの司法——いわゆる行政の *Justizförmlichkeit*、詳しくは後述——の領域においてはどのように現れることになるのかについて、刑事法に関してはビンディングの議論に・民事法に関してはトーンの議論に依拠して説明していたのである。このようなことから、マイヤーの法命題概念と規範理論の結びつきは即座に認められる事柄である。そして同時に、彼の法命題概念を分析するためには、そこで言及された各規範理論について検討を行うことが必要であることは明らかであろう。この意味において本論文の以下の作業は、筆者が何かマイヤー行政法学理論における隠

3.Aufl., 1916, 4.Aufl., 1922; Bd. II, 1877, 2.Aufl., 1.Hälfte, 1914, 2.Hälfte, 1916; Bd. IV, 1919.

⁶¹ この理論を採用する論者として、ほかにビーアリング、エルツバッハーなどが挙げられる。Vgl. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl., 2011, S. 282 Anm. 10. なお、シュレーダーは、この理論が、他方で、規範を人的意思の表現として把握していたことを指摘する。シュレーダーにとっては、規範理論も、それまでの歴史法学的な法を民族の確信とみる観念論的理解と対峙するところの、19世紀後半に急速に広まった主意主義的法観念の一種なのである。

⁶² Vgl., DV I -①, S. 81 f; DV I -②, S. 76 f; DV I -③, S. 74 f. ただし、そこではヘーネルやビューローの名も挙げられている。

⁶³ DV I -①, S.83 Anm. 3; DV I -②, S. 76, Anm. 2; DV I -③, S. 74 Anm. 2.

された事実を発見したという性質のものではなく、『ドイツ行政法』におけるマイヤー自身の説明に忠実に依拠することによって行われた作業である⁶⁴。

それではまず、イエーリングの規範理論を確認し、そのマイヤーへの影響について検討しよう。

マイヤーの法命題概念について直接関係しているところのイエーリングの規範理論とは、彼の後期の代表的著書である『法における目的』の1巻において論じられたものである。本論文はこれまでしばしばイエーリングのこの著作とマイヤーの議論との比較をハイエンの叙述の助けを借りながら行ってきたが、この法命題の二方面拘束効力論において、マイヤーへの影響はここにさらに明確なものなる。

『法の目的』においてイエーリングが論じていた外部的強制メカニズムの国家とそれに備わる主権的性質の力であるところの国家権力についてはすでに説明した⁶⁵。ここで問題となるのは法についての議論である。

イエーリングは、法を「国家によって妥当している強制規範 (Zwangsnorm) の総体である⁶⁶」と定義する。この定義は、国家によって強制が実際に実現されるということと規範であるということの二つのモメントからなるとされるが、本論文にとって検討の対象となるのは後者である。イエーリングは、規範とは人の行為を指示する実際上の命題である、と定義した。そして彼は規範概念を、「弱い意志に対して行動の基準を手本として示す」ものであるところの Imperativ の概念をもって説明しようとする。

まず、彼によれば、Imperativ には具体的なものと抽象的なものがあるが、抽象的 Imperativこそ規範が内容とするものである⁶⁷。国家はかような規範を法によって

⁶⁴ しかし、マイヤーの議論への規範理論への影響については、これまでそれほど注目されてこなかったように思われる。例外的なものとして、Heyen, *Grundlagen*, S. 99 f; Caluwe, *Verwaltungsakt*, S. 146 Anm 200.

なお、このことと関連して穂積八束は、「法治行政」『穂積八束博士論文集』(有斐閣、1943)〔初出 1896〕343頁、において、文中においてマイヤーの名前こそ明示していないが、「行政法理ノ発達史」を論ずるにあたり、明らかに前年に出版された『ドイツ行政法』初版の「領邦君主高権」・「ポリツァイ国」・「法治国」を要約してその説明に替えている。穂積は、そこで「法治国」における「法治行政ノ主義」について、唯一人イエーリングの名を挙げて、「イエーリングカ『立憲国ノ法律ノ効力ハ両面ヲ羈束スルヲソノ特質トス之ヲ発スル者之ニ対スル者双方ヲ羈束ス』ト言ヘルハ蓋此ノ精神ナルヘシ」と述べている。穂積の『ドイツ行政法』の読解の程度を考えるうえで興味深い事実である。

⁶⁵ 参照、本論文第2章第3節第1款。

⁶⁶ Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, 3. Aufl., 1893, S. 320.

⁶⁷ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 330 f.

定立しその実現を行うのだが、このとき、あらゆる国家法は官庁に向けた **Imperativ**、すなわち内部的効果を内に含んでいる。それゆえ、この内部的効果が法規範の基準である、とされる。一方で、私人に対してこの規範に対応する作為・不作為をさせる **Imperativ** が向けられることがある。これが外部的効果と呼ばれるものである。しかし外部的効果は法規範にとって絶対に備わっているものではない。彼はこのことを以下のように説明する。

法規範の基準は、国民の側への外部的効果性にあるのではない、国家官庁への内部的効果性にある。前者の有効性は後者に後れを取る。そして、法規範の概念を法学的に正しく表すならば、その形式の側に従って次のようになる：法規範は国家権力の機関に対する抽象的 **Imperativ** を含むものである。この外部的効果、すなわち国民の側での順守は、純粹形式的法学的観点——目的論的観点ではない——からは単に副次的なものとして示されるのである⁶⁸。

もっとも、イェーリングはかような外部的効果が法にとって備え付けられていなくても問題はないと考えていたのではない。そうではなくて、国家が制定する **Imperativ** は確かに外部的効果がなくても抽象性を備えていれば定義上法規範たりえるが、外部的効果を備えることによって法規範はその完成形に至るのである、と彼は主張したのである。彼によれば、国家が制定する **Imperativ** は、完全な意味での法規範を目指して三段階に発展していく。そして、国家もまたこの法規範の完成に至る道と歩調を合わせるかのように、その内実が発展していくことになる。このような法と国家の発展論がイェーリングの『法における目的』の議論であった。以下でその各段階を簡単に見ていこう。

初めにあるのは、「特別 **gebot (Individualgebot)**」の段階である⁶⁹。これまでの議論からするとこれは具体的 **Imperativ** を意味するようにも思われるが、イェーリングはこの段階の規則は「具体的」ではない、と主張する。あくまで特別 **Imperativ** がここに該当する。この特別という言葉でもって彼は、この段階において「個々のケースにおいて、すでに抽象的に前もって定められているもの、つまり法律によって必然的に定められているものでなく、国家権力の自由で自発的な意思に基づき命

⁶⁸ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 337 f.

⁶⁹ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 339 ff.

令する⁷⁰」ことが行われるのであり、この意味において国家という強制メカニズムの活動が原始的に行われていることを表現しようとしたのであった。

次の段階は、「一方面拘束的規範」である⁷¹。ここにおいて法はさしあたり法規範の定義を満たすところの抽象的な **Imperativ** となる。この規範を打ち立てるものとして法律が存在し、また内部的効果に従って裁判官はこれを適用するものとされる。しかし、先述のようにこれはまだ「法規範の完全な態様」ではない。なぜなら、規範それ自体は **Imperativ** が向けられているものを拘束するのであって、規範を作るものを拘束しない、という問題があるからである。あくまでも、「規範の創設者の意図が、規範実現についての彼の意思から独立した確実性 (**Sicherheit**) を与えないとき、要するに創設者が自分自身を拘束せず、命令されるもののみを拘束しているとき⁷²」の規範が、一方面的拘束規範なのである。イェーリングはこれを国家が「専制の段階の法の形態」だと論ずる。なぜなら、ここにおいて、法は、確かに強制規範の総体としては存在しているが、市民社会の秩序として考えるならば不適當なものであるからである。秩序・平等・主観的権利は、中途半端なものとしてしか存在しておらず、権利感情の発達もそこには見られないのであった⁷³。なお、マイヤーは、『ドイツ行政法』のポリツァイ国の章においてこのイェーリング流一方面拘束的規範について言及している。彼は、ポリツァイ国において今日行政と呼ばれるところの活動に関する法律は国家の執行諸官庁についての規定でしかなく、臣民にとってはなにも確かなものではなかった、と指摘しているが、この事柄はイェーリングの一方面拘束的規範論と類似性を持つ、と述べていた⁷⁴。

最後の段階が、「二方面拘束的規範」の段階である⁷⁵。

これは「国家権力が自ら公布した規範を尊重し、事実に、規範に原則上与えた一般的妥当性を認める」段階である。ここにおいても法規範はあくまで官庁に向けた **Imperativ** であるが、しかし、国家権力は自らがそれに拘束されるという意図をもって法規範を制定するのである。このときこそ、法規範は「完全な態様」を手に入れるのだ、とイェーリングは論じる。つまり、「法規範の完全な態様」なるものとは、実は規範それ自体に何らかの法的な性質が備わるような変化が起きているので

⁷⁰ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 341.

⁷¹ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 346 ff.

⁷² Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 351.

⁷³ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 351-357.

⁷⁴ DV I -①, S. 43 Anm 9.

⁷⁵ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 357 ff.

はなくて、むしろその法規範をめぐる状態が変わった段階であることがここに判明する。そしてかような状態が実現していることを彼は次のように評している。

……〔この段階が、〕我々が法秩序として理解するところのものであり、法及び法律の支配と述べるところのものである。……これが法治国の任務なのである。

国家が自らが制定する法規範に従っている状態をイエーリングが法及び法律の支配と称していることはマイヤーへの影響を考えると興味深い事実である。

しかし、当然、このような論理には、法命題を制定する国家権力がどうしてその法に服従するのか、すなわち国家権力はなぜ自らが制定した法を守ろうとするのかという疑問がすぐに生じるだろう。

実際のところ、この問題に関するイエーリングの解答は、純粋な法学理論的には、たとえ『法の目的』の主たる関心がいわゆる法社会学的な事柄であったにせよ、やや物頼りない印象を受けるものであるように思われる。まず、イエーリングが国家権力が自らが制定する法に服従する理由として提出したのは、動機（Motiv）論である⁷⁶。ここで、イエーリングが論ずるのは、実際の経験や洞察からかような自己支配を行うことが固有の利益があると国家権力は思うようになるという節命であった。次は保証（Garantien）⁷⁷と名付けられた議論である。彼によればそれは内面的には、Volk が持つ主観的な権利感情のエネルギーそのものであり、外面的には司法制度の二つである。とくに後者について説明すれば、司法は独立した機関であり、これを国家権力が無視すれば、それは「法破壊」「司法殺し」の烙印を押されることになってしまう、だから国家権力も制定した法を破ることを避けるのだ、という議論がなされたのである。

以上が、マイヤーが法命題概念の本質を論ずる際に、法の特性を的確に示したと評したところのイエーリングの規範理論及び二方面拘束効力論であった。

さて、かようなイエーリングの議論のマイヤーの議論への影響について考えたとき、二方面拘束効力論や先述の一方面拘束的規範論だけでなく、二方面拘束的規範こそが法の完成形であるというイエーリングの発展的思考が、『ドイツ行政法』においても似た形で論じられていることに注目したい。すなわち、マイヤーによれば、

⁷⁶ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 377.

⁷⁷ Jhering, a.a.O. (Anm. 66), S. 379.

ポリツァイ国の行政においては、一般的規則であるが官吏とその上司との内部関係においてのみ効果を発する訓令や服務規則や服務指示⁷⁸が君主によって発されていたのであるが、それらは「おそらく外部的側面は持つが、相当する内部的側面とそれによって結びついている現実の処置と必ず結びついているわけではなかった。……新国法の行政法律がはじめて行政においても法を創造するのである⁷⁹」と論じていたのである。

次に、ビンディングの規範理論について検討しよう。ただしエーリングや次で検討するところのトーンと比べるとマイヤーへの理論的影響は認められないため、簡単な確認にとどめる。

そもそもビンディングが規範という概念に注目したのは次のような問題があるからであった⁸⁰。すなわち、刑法典、つまり制定法としての刑事法律 (Strafgesetzen)⁸¹は「云々の行為を為したものは云々の刑に処す」という基本形式をもって規定されている。それゆえ、刑事法律の形式構造は、刑の予告、あるいは制裁法と考えなければならない。このことは、刑事法律は「云々してはならない」あるいは「云々しなければならない」といった行態について命じた形式ではない、ということになる。しかし、犯罪とは違法な行態であるはずであり、刑罰はその違法な行態に対して課されるものであるはずである。このとき、犯罪とはいったい何についての違法な行態なのか、すなわち犯罪の違法性の根拠となる行態規範はどこにあるのかという問題が生じていたのである。このことについてのビンディングの回答は以下のようなものである。

刑事法律は、概念上、まず違法な行為のあとに続くものである：刑事法律が目指すものはその結果であり、その内容を特定することではない。この世界において犯罪は、それに従って罰されるところの刑事法律に反するのではない：犯罪は、刑事法律から本質的に区別される、そして近頃「規範」として呼ばれるところの、法命題を毀損するのである⁸²。

⁷⁸ DV I -②, S. 44; DV I -②, S. 45.

⁷⁹ DV I -①, S. 83.

⁸⁰ 以下の記述については、竹田直平『法規範とその違反』(有斐閣、1961) 70 頁以下、を参考としている。

⁸¹ なお、刑事法学において普通は「刑罰法規」と訳されているようであるが、本論文においては翻訳に一貫性を持たせるためにこの定訳を採用しなかった。

⁸² Karl Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 155.

そして、この「規範」を、ビンディングは「活動の命令もしくは禁令⁸³」と定義した。ビンディング曰く、他の学問領域においては普通この規範は制定法として存在するものである。しかし、刑法においては、この規範がすでに各人に熟知されているものであるから定式化がもはや必要とされていないのである。そこで、法学は刑事法にとって問題となる限りで、規範を刑事法律の構成要件から救いあげなければならない、つまり、刑事法律をいかなる行態が禁止され・命じられているかに変化させなければいけないのだ⁸⁴、と彼は主張したのである⁸⁵。

ところで、ビンディングによれば、刑罰法律も、不文法として存在しているところの規範も、どちらも権利義務の発生もしくは消滅を発生するところの肯定的法命題 (*bejahende Rechtssatz*) である。その具体的内容として、まず規範は、個人に命令あるいは禁令を与えることで服従の義務を与え、それに対応する支配権を規範の創造者であると考えられるところの国家に与える法命題である⁸⁶。一方で、刑罰法律は、刑罰権の保持者すなわち国家に対してその範囲における刑罰権と刑罰義務を与え、逆に犯人に対しては刑罰をその範囲において受ける義務とその範囲でしか刑罰を受けない権利を与える法命題であり、そのような意味でここには法関係が成立している、と彼は論じたのであった⁸⁷。

さて、マイヤーが『ドイツ行政法』において言及していたのは、この肯定的法命題としての刑罰法律論である。彼はこの刑罰法律論を、司法における刑事法命題論として把握する。マイヤー曰く、「刑法」によって「裁判権力の被拘束性」が生まれ、それに従って裁判権力は刑罰を科すように求められることになる。しかし、刑事法命題はそれに尽きるだけではなく、刑罰行為を行った犯人に「直接有責性上相当する法的規定を与え」るのであり、このことは「刑事訴訟において犯人に対して権利

⁸³ Binding, a.a.O. (Anm. 82), S. 156.

⁸⁴ Binding, a.a.O. (Anm. 82), S. 159.

⁸⁵ このようなビンディングの規範理論について、Fedja Alexander Hilliger, *Rechtstheoretische Voraussetzungen der Normenlehre Bindings*, in: Anne Schneider, Markus Wagner (Hrsg.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, S. 14 f. は、その核心において、二つの主要命題が存在すると指摘している。すなわち、一つは、「刑事法律から、そこにおいて前提とされる法的な行態の諸要請としての規範が区別されなければならない (行態規範と刑事法律の区別)」というものであり、もう一つは、「行態規範は、刑事法律に対して本質的に独立している (行態規範の独立性)」というものである。

⁸⁶ Binding, a.a.O. (Anm. 82), S. 183.

⁸⁷ Binding, a.a.O. (Anm. 82), S. 191.

が生まれ、より重い刑罰は不法となる」のである。彼はこのようにビンディングの議論を理解し、刑事法においては「あらゆるものが公法的であり、あらゆるものが臣民と公権力の関係である」と評したのであった⁸⁸。

最後に、トーンの規範理論⁸⁹とそのマイヤーへの影響について検討しよう。まずマイヤーは、ビンディングに依拠した刑事法命題論と並んで、民法法命題の二方面効果を論ずる際にトーンの議論に依拠している。マイヤーによれば、民法法命題もまた二方面効果を持つ。それは、諸個人の力関係を規律すると同時に裁判官も拘束する。すなわち、「現実的には、民法法は裁判官もまたそれに拘束されることを通じてはじめて法となる」。民法法命題は個人相互の法関係及び公権力に対する *Sollen* と *Durfen* の法特定という意味での国家と個人の公法関係を規律するのである、と彼は説明している。

しかし、マイヤーが自らの行政法秩序論を構築するさいにトーンの議論を取り入れたことにつき、より重大な意義を持つ点は、むしろトーンが規範論を権力分立論との関係において展開していた部分である。

トーン曰く⁹⁰、国家は法律を通じて個人だけに諸々の義務を課すのではない。国家自身の行態にとっても規範を定立しうるものである。しかしここでは、義務付けるものと義務付けられるものが同じ国家という主体ということとなる。それゆえ、国家が自らに法律を与えるということについてははじめにあるのは、単なる将来的に特定の方法で行動することについての決定を告げるということにすぎない。ここまでのトーンの議論は、イエーリングの法命題による国家の自己支配論と類似している。しかし、トーンは、規範の発するものと発されるものが同一であるという問題の解決を、以下のように権力分立論を導入することによって試みた。

様々な諸機関への様々な国家機能の分配をもってはじめて、とりわけ統治権力から立法権力の分離をもってはじめて、意思決定が特定の国家機関によって表現・告知され、別の実行する能力をもつ異なる部分にとって同時に *Imperativ* を含むものであることが可能となるのである⁹¹。

⁸⁸ DV I -①, S.82; DV I -②, S. 77; DV I -③, S. 75 f.

⁸⁹ Vgl., August Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S. 8 ff.

⁹⁰ Thon, a.a.O. (Anm. 89), S. 140 f.

⁹¹ Thon, a.a.O. (Anm. 89), S. 141.

マイヤーはこのトーンの権力分立論を高く評価している。彼によれば、「法律の法命題効力及び諸秩序を可能とし、理解するものとして権力分立の技巧的な造形が考えだされ・受容される」べきものであるが、まさにそのようなものとしてこのトーンの権力分立論を挙げたのであった⁹²。

さらに、トーンによれば、このような権力分立を経て国家が設定する規範は、個人に対する側面においては、特定の機関の将来的な行動の方法の告知だけでなく、それについての「ある種の国家行態についての約束」も与えることができるという。そして、トーンはこのことから個人公権を導出した。彼によれば、国家が、ひとたびかような約束の履行をあてにすることができるという観点でもってその保障を個人に与えたのであれば、それは国家はこの規範でもって保障が向けられているところの個人に対して何か特定の行態が義務付けられているということになる。それゆえ、個人は全体的な国家権力に対する権利⁹³を持つことができるのである、と彼は論じたのである⁹⁴。

ここまで、イェーリング、ビンディング、そしてトーンの規範理論を検討してきた。これらの議論をマイヤーは自家薬籠中の物とし、自らの行政法命題概念を作り上げ、これをもって『ドイツ行政法』において、「一般的高権的権力の行使においても、それに内部から法の形式と態様を与えるところの法の固有の秩序」を完成させたのである。

⁹² DV I -②, S. 81 Anm. 8; DV I -③, S. 79 Anm.8. なおマイヤーはこのような二方面拘束的効力を成立せしめる権力分立観念を取るべきことについて、「ここがロードス島だ！（Hic Rhodus!）」という言葉添えているが、これは故事の本来の意味ではなく、むしろこの言葉に触れながら現実に存在するところのものを捉えることを哲学の課題だと論じたヘーゲル『法哲学』序文の文脈において使用したと解釈すべきだろう。

⁹³ ただし、この権利は「たいてい不完全な権利である」、というのがトーンの判断である。国家が官庁の規範違反の行態にたいして抗告の制度を整えるかどうかの問題である、とされる。このようなときに、「国家に対する個人の権利は存在するのであり、その毀損の場合は、個人の請求権が存在するのである：しかるに両者は公法の性質を持つ」、とされる。かような議論から窺える権利観——それはマイヤーと異なる——は、トーンがイェーリングの議論を使用しながら、請求権に権利の本質的なものを認めている見解に基づいている。Vgl., Thon, a.a.O. (Anm. 89), S. 131; 「他者に対する個人利益を認める規範保護は、被保護者に規範違反の場合において、その違法性の除去の集団が法秩序によって与えられ・任意でその手段の使用が委ねられることを通じて、私権となる。私的請求権が私権の目印である」。なおこれに対して、例えば Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 7 Aufl., 1902, S. 45 Anm. 5, がその権利観について批判を向けている。

⁹⁴ Thon, a.a.O. (Anm. 89), S. 142.

第3節 『ドイツ行政法』

第1款 行政法秩序の基本構造

本款では、マイヤーが提出した『ドイツ行政法』における行政法秩序の基本構造を確認しよう。そこでは、国家及び国家権力論や『フランス行政法』論で行われていた行政法の叙述体系構想、前節で各規範論者が展開していた二方面拘束的効力論や権力分立論等、これまで検討してきた様々な議論が組み合わされて、その基本構造が組み立てられている。これを適切に把握するにあたってはやはりその核となる法命題概念に注目することが、最短かつ最も適切に把握しうるアプローチとなるだろう。

ところで、マイヤーが『ドイツ行政法』において提出した法命題概念について、その一般性、すなわち要件—効果の命題に関してその要件の一般性だけが要素となっているのではないことは、もはやこれまでの検討で明らかであろう⁹⁵。つまり、法命題は要件について一般性を備えていると同時に、またその拘束力が二方面に効果する規範でなければならない⁹⁶。しかし、さらに、行政法秩序における法命題には、一般性と二方面効果性というこの概念それ自体の要素に加えて、ある特定の性質が備えつけられていることが議論の前提とされていたことが指摘されうる。それは臣民にとって国家によって一度制定された規則について破ることがないという「不破性 (unverbrüchlichkeit)」を備えたものである⁹⁷ということである。

このような行政法秩序における法命題概念には、いくつかの要素が込められていることを、マイヤーは『ドイツ行政法』においてそれを概念定義する場面において、それほど明確な言葉で表現していない。それゆえ、従来のマイヤー研究はなかなかこれを精確に把握することができなかつたように思われる。しかし、行政領域にお

⁹⁵ この意味で、『ドイツ行政法』で法律の支配論を論ずる箇所で表現されていた「法命題とは、一般的メルクマールに応じて示される要件事実が実現される全ての人に対して、何が適法であるかを特定するものである」という定義 (DV I -②, S. 67; DV I -③, S. 66.) は、解釈する際に細心の注意を必要とする記述である。

⁹⁶ 松戸浩もこのことを指摘していた。参照、第1章第1節第3款。

⁹⁷ Vgl., Heyen, Grundlagen, S.98.

いて法秩序が成立していなかった段階であるとされるポリツァイ国の法状態の説明において、マイヤーは法には三つの備えるべき事柄があることを確かに記述しているのである。

そこ〔ポリツァイ国における行政すなわちポリツァイのこと〕では、法秩序を生み出しうるものであった法律に、法秩序に、市民と臣民にとっての価値の本質をなすもの、すなわち破られることがないという力は与えられないままである。そのため、先の一般的包括的法律概念に対して、結局臣民にとっての規則としての「固有の意味の法律」だけではなく、更に狭義の、司法によって用いられる・真の法律、「法法律」を観念するところの法律が区別されるのである⁹⁸。

マイヤーはここで明確に三つの法律概念を区別している。それぞれの内容につき説明を加えると、まず、最初に言及された「一般的包括的法律概念」とは、ポリツァイ国において、その秩序と均衡のために諸高権の代わりに導入された「領邦君主法律」を指す。そこには法的な限界が無くその規則が向けられる対象についても区別の必要が無いものである、とされていた⁹⁹。次に、「固有の意味での法律」であるが、これはこれまで見てきた二方面拘束効力をもった一般的規則としての法律のことである。マイヤー曰く、それは法律の古き観念として臣民への一般性を持ち¹⁰⁰、

⁹⁸ DVI -②, S. 46; DVI -②, S. 47.

⁹⁹ DVI -②, S. 43; DVI -③, S. 42.

¹⁰⁰ DVI -①, S. 4; DVI -②, S. 4; DVI -③, S. 5. そこでマイヤーが古き法律概念論の例として挙げていたのは以下のものである。まず、Johann Jacob Moser, *Neues deutsches Staatsrecht*, Bd. 16, 1772, S. 192; 「……そのラントのあらゆる住人がそれに従って生きることを義務付けられるところの一般的法律……」。そして、Karl Friedlich Häberlin, *Handbuch Friedlich des deutschen Staatsrecht nach dem System des Herrn Geheim Justizrath Pütter*, 1794, S. 163; 「しばしばそのような規則〔ここでは、臣民がその諸活動を適合しなければならない国家の最高権力が発する規則を指す〕が、ただ個々の市民に対して公布される。そのような *Verordnung* はなお法律の名を付けられるのではなく、*Befehl*、*Mandat* 等であり、そのように呼ばれる……しかしそれを通じてあらゆる臣民が拘束されるよう求められているのであれば、つまり規則があらゆる人、少なくとも臣民のある階級にとっての規範であるのであれば、その *Verordnung* はあらゆる人に適切に知られるようにならねばならない。そのとき、それに法律、一般 *Mandat*、ラント *Verordnung* という名がつけられるのが常である」。さらに、Ioannis Stephani Pütter, *Institutiones Iuris Publici Germanici*, もマイヤーは挙げていますが、筆者はこれを参照しえなかった

「臣民間で妥当すべきことと官庁により臣民に与えられるべきことの諸規則」であり、「二方面に効果する法律」のことである。これらは行政においては存在していなかったが、司法においては民事においても刑事においても当時すでに存在していたとされる¹⁰¹。そして最後に「法法律」なるものをマイヤーは別に定義しているのが重要である。それは「真の法律」であり、「法秩序に、市民と臣民にとっての価値の本質をなすもの、すなわち破られることがないという力」を持つ法のことである。マイヤーがかような「法法律」概念を区別しなければならなかった理由はポリツァイ国の行政における法状態にある。ポリツァイ国ではやはり司法においては「法法律」が存在していたものの、行政においてはこれと異なっていた。すなわち、君主はポリツァイ法律を制定しても——また固有の意味での法律＝法命題のような外観をその規定に与えたとしても——実際は「全く何も自らを制限していない」のである。君主は例えば任意に矛盾する指示を官吏に出しうるし、官吏が職務について広範な裁量を残すこともできるし、そもそもかような規定の臣民に対する公開を行うかどうかの問題すら目的適合性によって判断される事柄である。かくして、そこには全く個人にとっての法的信頼性が無いのであり、「『法律』は公衆に対して、催告や脅迫、官庁の意図を知らせること以外の価値を持たない」。このような意味で、「行政には法秩序は存在しなかった」のであった¹⁰²。

ここで我々はイェーリングが論じていた法の発展段階論も思い出さる。マイヤーが、イェーリングの「一方面拘束規範」において論じていたことがポリツァイ国の行政の法と相似しているとみなしたことの理由はここにある。要するにマイヤーも君主がなんらかの規定を制定するというだけで良いとは考えない。そもそも、当時ポリツァイという国家活動の領域において「完全に乱暴・無規則のままとされていたというのは事実と反する。逆にラントヘル義務への熱意はむしろあまりに多くの正式のそのための諸規則をぶちまけていたのである¹⁰³」。問題は、かような「法律」によって命令するものがそれでもって自分自身を拘束するような状態が存在していなかったということなのである。このような状態であれば、臣民にとって

(ただし、ドイツ語訳として Johann Stephan Pütter, aus dem Lateinischen übersetzt von Carl Anton Friedrich Graf von Hohenthal/ mit einer Vorrede und einigen Anmerkungen von Friedrich Wernhard Grimm, Anleitung zum Teutschen Staatsrechte, Bd. 2-1, 1792, S. 10 f. がある)。

¹⁰¹ DV I -②, S. 43; DV I -③, S. 42.

¹⁰² DV I -②, S. 45 ff; DV I -③, S. 44 ff.

¹⁰³ DV I -②, S. 47; DV I -③, S. 45.

の法的信頼性が存在せず、いくら大量の法規則が存在していたとしてもそれは法秩序が実現している状態とは呼べない。これに対して、「近代の法治国や立憲国は、臣民に対する関係を、最大限、法秩序つまり国家自身によって設定される法秩序に服従させることを目指している」のである¹⁰⁴

さて、イエーリングがこの問題について解決策として提示していたのは、動機論と保証論であった。しかし、マイヤーはこの問題に対するイエーリングの解決策を採用しない。彼が採用したのは「幸福をもたらす法律の支配についてのモンテスキューの学説」、すなわち権力分立論である¹⁰⁵。

率直に言えばこの拘束性が存在するのは我々にとって自明のことである。他のすべてのことは言い訳にすぎない。

一方でどうして自明のことであるのかということは、唯一、我々の国法の基礎をなす偉大な事実、すなわち権力分立から説明される。国家権力が臣民に対して法的な被拘束性のうちに現れるということは初めから自明なのではない。だが、これのために根本的な分割がなされるのである¹⁰⁶。

権力分立が法が不破性を得るための基礎になる、というのがマイヤーの発想である。それゆえ、これが獲得されていなければ、一般性や二方面拘束効力を備えている法命題の態様でも法秩序としては不完全なものであることになる。そして、マイヤーは、権力分立によってこのような不破性を兼ね備えた状態の法形式を「憲法適合的法律 (verfassungsmässige Gesetze)」として表現することになる。

憲法適合的法律の形式において発される国家の意思表示は、拘束的・一般的規則を古き法律の概念の意味において提供する。つまり法法律が司法にとってこれまで夙に意味してきたような拘束的で不破性を持つ規則のことである¹⁰⁷。

かうして、かような法命題の内実を通じて、マイヤーの行政法学理論の基本的な骨組みも明らかになる。すなわち、行政法秩序において絶対に必要であるところ

¹⁰⁴ DV I -①, S. 10.

¹⁰⁵ Vgl., DV I -②, S. 47 Anm. 18; DV I -③, S. 46 Anm. 16.

¹⁰⁶ DV I -①, S. 79. Vgl., Heyen, Grundlagen, S. 119 f.

¹⁰⁷ DV I -②, S. 58.

の権力分立が行われる（不破性の確保）。そしてそこで生まれた国家権力のある部分が、要件が一般的な・二方面拘束的な法命題を原則的に憲法適合的法律において制定することで、国家権力の別の部分に対して効果する（法命題の内部的効果）。その法命題は臣民に対しても効果を与えることになる（法命題の外部的効果）。さらに、司法における判決をモデルとした具体的個別的な効果を行う行政行為も加わることによって彼の法秩序は完成するのである¹⁰⁸。

これが『ドイツ行政法』の総論において提出された「法命題による客観的行政法秩序」の基本的な骨組みであり、マイヤーがポリツァイあるいは行政領域において、先行して法秩序が実現していた司法を真似て形作ることを主張した、つまり行政の *Justizförmigkeit* の基本構造である。

ところで、本款の最後で、マイヤーは国家活動が完全にこの法秩序に服従することを求めなかった、あるいは求めることができなかったということを指摘しなければならない。

このことを確認するために、『ドイツ行政法』における「立法」「行政」「司法」概念のマイヤーの定義を今更ながら確認しておこう。以下で引用されているように、これらの概念はすべて、法命題およびそれによって成立するところの法秩序との関連において定義されている国家活動である。

立法とは、古き法においては、全く拘束的な一般的諸規則、即ち法命題を定立するための、最高権力の担い手としての君侯の活動であった。

のちの憲法は、この性質の国家活動に、新しく整えられた国民議会を定めた。立法は、以後、議会の協働の下で行われるべきであるということが、この根本的観念である。立法は、最高権力による法命題の定立のままである。しかし、今日では最高権力は、法律を議決ないし共同議決する国民議会によってのみ、自らを明らかにするのである。このことは古い概念が得た追加物である¹⁰⁹。

司法は官憲的権力をもって法秩序を維持するための国家活動である¹¹⁰。

¹⁰⁸ DV I -②, S. 60; DV I -③, S. 58 f. Vgl., Otto Mayer, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen*, AöR 21, 1906, S. 39 Anm. 56; 「国家はまったく、全てを包括する公権力を持つ。しかし、行政法の形成と権力分立が、途方もない力を技巧的に法の形式に持ち込むという任務を解決するのである…」

¹⁰⁹ DV I -②, S. 4; DV I -③, S. 4.

¹¹⁰ DV I -②, S. 4; DV I -③, S. 5.

行政とは、法秩序の下で国家目的の実現のための司法ではない国家活動である¹¹¹。

ここでの記述から読み取ることができるのは、マイヤーにとって立法・行政・司法とは行政法秩序との関連においてのみ現れうるということである。つまり、これらの国家活動はいわば彼の行政法学理論の内部において存在しうる形で観念されているのである。このことは逆から見れば、国家活動の全てが彼が唱える行政法秩序のもとに置かれるということの意味しない。

こうしてまず、立法でも司法でもないところの、国家の目的の追求であるがかような法秩序から浮き出ているような、外交・軍事・国家緊急権の行使といった活動は、「第四の領域」に押し込められることになった¹¹²。

さらにここで取り上げるべき事柄は法律によって規律されうる事項の範囲と法秩序の関係性である。『フランス行政法』においてマイヤーは権力分立を「法律」と「執行」作用でもって説明していたが、『ドイツ行政法』では、これと異なり立法権力と執行権力への権力分立と定義されることになる¹¹³。その一方で法律という用語は特定の性質を持った法形式の意味において『ドイツ行政法』では使用されることになる。問題はこの法律という法形式がその内容とすることができる事柄の広さにある。

国家の名のもとに、そのために秩序付けられた地位から表明される意思を、国家意思と呼ぶ。それは公権力を与えられ、それゆえに臣民に対して、法的に優位なものとして作用し、優位し、特定する。この国家意思の効力は常に同価値・同性質ではなく、様々に異なる起点が認められる。……国家意思の最高の性質のものが、法律の名で、かつては議会の同意の下で元首によって、今日においては単独で議会によって、発せられるものである¹¹⁴。

このように『ドイツ行政法』においては、この法律という形式はむしろ最高の実

¹¹¹ DV I -②, S. 13; DV I -③, S. 13.

¹¹² DV I -①, S. 10 ff; DV I -②, S. 7 ff; DV I -③, S. 7 ff.

¹¹³ DV I -②, S. 57; DV I -③, S. 56.

¹¹⁴ DV I -③, S. 64. なお、2版と3版の違いは、「今日においては単独で議会によって」という部分が付け加わったことであり、定義に根本的な変更はない。

力をもつ国家が発する意思表示としての側面が前面に押し出されてくる。それゆえ、国家は法律形式においてむしろ「常に望むことをすることができる¹¹⁵⁾」ものなのである。それゆえ、まず「法律の外形においては法命題の定立とは異なるような意思の表明」もまた行いうることになる。マイヤーはこれを「行政か、それ以外の何か」とみなすことで整理をしようとした¹¹⁶⁾。さらに、法命題を含んでいないうえに既存の法秩序をも侵害するところ「逸脱するもの・正式ではないもの」についても、国家は法律形式で主権性をもって制定し、特定の業務を処理することができる。これが、「法律形式における単独処分 (Einzelverfügung)」である。結局のところマイヤーはこれを先の第四の領域に置いたのであった¹¹⁷⁾。

以上の検討からみてわかるように、マイヤーにとって法秩序とは国家活動を完全に服従させうるものではなかった。ここには、マイヤーの議論にとって国家とは、あくまでも法以前の最高の権力を備える公共体・外部的秩序だったことが原因となっている。次の款で論じられるように、法秩序内部において——つまりそれを打ち立てるところの法学理論において——国家活動の行政領域における被拘束性からの自由がしばしばマイヤーの議論においては語られる。しかしそれとは別に、この法秩序そのものについても国家活動を完全に法の論理の下に置くものではなかったのである。まさにここにおいて、マイヤーにとっての国家に対する法学の論理の限界が設定されているのである。法律はあくまでも最高権力であるところの国家意思であり、法学はこれに対する規範的要請の手段を持たない以上、国家に対しては法秩

¹¹⁵⁾ DV I -②, S. 12; DV I -③, S. 12.

¹¹⁶⁾ DV I -②, S. 5; DV I -③, S. 5.

¹¹⁷⁾ DV I -①, S. 12; DV I -②, S. 12; DV I -③, S. 11 f. Vgl., DV I -②, S. 75 Anm. 1; DV I -③, S. 73 Anm. 1; 「なるほどラーバントが強調するように『法律 (=法命題) がただ一つの構成要件に適用可能となる』ということは的確であろう。それどころか場合によってはそもそも法律が適用可能となる要件事実に出くわさないということもありうる。しかし、その効果をはじめから特定の個別の構成要件に制限している『法命題』は、それがその一部であることを要求する法秩序であるべきことを果たさないのである」。

本文における「行政か、それ以外の何か」と「法律形式における単独処分」の区別についてマイヤーは明確に論じていないのだが、本論文は少なくともこれは別のものであるという立場を採る。その分類が明らかなものとして前者については法律形式の服務規程や勧告 (DV I -②, S. 68; DV I -③, S. 67) があるだろう。また、後者についてはマイヤーは明示的にハノーヴァー王の財産の押収に関する 1868 年のプロイセン法律がこれに該当している事を述べている (DV I -①, S. 12; DV I -②, S. 12; DV I -③, S. 11 f)。これらに対して、彼がそれは法律形式で可能であると述べているところの「学説の見解を認める」ような国家意思 (DV I -②, S. 67; DV I -③, S. 66) は悩みどころである。

序を実現するよう迫ることができないのである。

ただし、ここでこのような自ら議論の通り動くよう「傾向的要請（塩野宏）」を法治国という一般に実現すべき理念でもって理論のうちに潜り込ませたところにマイヤーのたくらみがあったともいえる。

権力分立が第一に法律の支配を司法の領域を超えて行政の領域にも確保したならば、これに結びつく法治国の要請はこの思考の更なる展開をもたらす。この新しい領域のために諸法命題を産出する能力が今や最大限広範囲に使用されなければならないのである；そしてまた同時の個々のケースにおいて、何が法であるべきか・何が法として実行されるべきかを特定するために、官憲的宣言すなわち行政行為が予定され・大いに使用されなければならない¹¹⁸。

国家の最高権力性を認めつつ、法秩序を最大限実現することが法治国の要請なのだ、という説明でもって、自身の行政法学理論が実際の国家において実現するように仕組まれていたのである。

以上が、『ドイツ行政法』におけるマイヤーの行政法秩序論の基本的構造である。次款ではその内容を具体的に確認していこう。

第2款 権力分立と行政法秩序

本款では、オットー・マイヤーが『ドイツ行政法』で論じた行政法秩序論、そして本論文の主要目的であるところの法律の支配論の具体的内容が検討される。もっとも、以下の論述はこれまでの検討ですでに明らかにされた諸議論を総合し、ひとつに組み立てていくような性質の作業となることを予告しておく¹¹⁹。

¹¹⁸ DVI -③, S. 62.

¹¹⁹ 『ドイツ行政法』の初版においては以下の議論は完全に整理されともものとして論じられていない。一つの象徴的な例としてあげるならば『ドイツ行政法』の§7のタイトルである。具体的内容はさておき、結局のところこの章でマイヤーはどの版においても法命題の二方面拘束的効力論を説明している。しかし、彼は初版の文中において、そのような効果を与えるものをあたかも「(行政)法命題」ではなく「(行政)法律」であるかのように表現しているのである。まさにこの章のタイトルも、2版以降の「行政法命題の拘束効力」ではなく、「行政法律の拘束効力」というものが冠されていた。もちろん、仔細にマイヤーの議論を読めば、彼が論じているのが法律という法形式ではなく法命題の拘束効力であることは読み取れるはずである

まず彼にとって、この権力分立の観念が「行政法の前提である立憲国¹²⁰」を組み立てていることはすでに述べたとおりである。それは前款で見た通り個人にとっては法律の不破性の確保を意味する。しかし、繰り返すように、そうして実現される立法権力の執行権力に対する「法的拘束」は、一般性を持ち、そして二方面拘束的効力をもつ法命題によって行われるものであることが、マイヤーが完全な行政法秩序として求めていることであった。要するに、マイヤーにとって権力分立とはこれを実現するように行われるものなのであり、そしてそのためのものが法律の支配論の具体的内容として観念されているのである。法律の支配の三原則は——ただし厳密には法律の留保を除く——、まさにこのような法秩序が実現しうるような状況そのものの実現に向けて構成されているのである。

このために、『フランス行政法』の「法律」論と同様に、まず「法律の形式において発せられる国家意思は、その定め通りの任務のために、かような法命題を作るところを可能にするところの相当する効力が備え付けられる¹²¹」。これが法律による法命題創造効力の内容である。このように効果しうることは、全く特異な事柄であるから、個人にはもちろん他の国家意思の表明とも自ずから結びつけられるものではない、とされる。

そして、「法律は法的に最も強い国家意思である¹²²」から、この法形式そのものが持つ優位性を通じて、その他の国家意思に対する法命題の法的な優位性が獲得されるのである¹²³。この両原則によって、本来は同じ国家権力であった立法権力は執行権力に対して法律形式の法命題を通じた内面的効果を行うことが可能となるのであり、そのようなものとして権力分立は考えられていたのである。

但し、注意すべきことは個人にとっては法の不破性は実は完全に貫徹されていないことである。すなわち、法律は「以前の法命題をも破壊し得る」ものだからである。しかし、法律は制定において議会の協働を必要とする。ここに、政治的な力配分は行われており、また法が規律するところの内容も必ず公開されることになる。要するにマイヤーにとって法治国における不破性は法律の効力を限界とするが、しかし、それが法律という法形式であるがゆえにそれで満足できるという発想にある

(例えば、DV I -①, S. 71 Anm. 5, S. 81, など)。だがしかし、それでもかような問題点が読者の読解を阻む原因の一つとなったことは否定できない事実だろう。

¹²⁰ DV I -②, S. 57; DV I -③, S. 55.

¹²¹ DV I -②, S. 66; DV I -③, S. 65.

¹²² DV I -②, S. 69; DV I -③, S. 68.

¹²³ DV I -②, S. 66; DV I -③, S. 65.

のであった¹²⁴。

これに対して、「これまでに考察された法律の二つの法的長所とまったく異なるもの¹²⁵」とされるのが法律の留保である¹²⁶。このような表現の意味はもはや明らかだろう。これは上記二つの原則と異なり、法秩序の成立の前提そのものとはなっていないのである。そこで論じられているのは、ある種の特別重要な諸対象については、法律が、あらゆる国家活動の不可欠な条件にされているというものである。マイヤー曰く、「法律の留保」とは、執行権力に対する制限ではない。それは、最初から除外されているものであり、法律が制定されることで執行権力に行動する資格が与えられるのである。留保領域以外のところでは執行権力はもともと国家権力であり、それは法以前の實力なのなのだから、当然自由に——ただし法命題によってなにか特定されていない限りで——行動できる。実際のところ、これは『フランス行政法』と同じように国家権力の管轄の特定論である¹²⁷。

なお、この「法律の留保」の対象事項については、マイヤーは、それは各々の実際の憲法典において描写されているという。

この留保は諸々の憲法典において様々な形で言い表されている。伝統的形式では、いわゆる基本権ないし自由権の定立である。そこでは、市民に、人的自由と財産の不可侵、その他の権利が、法律ないし法律の根拠によって、この事柄でも侵害することができる、という明文ないし不文の留保とともに、保障されている¹²⁸。

このような留保の「自由と財産定式」の認識は、方法論としては観念論として理解されるべきであろう。すなわち事実としての諸憲法を観察することで、「自由と財産について法律の留保がなされている」という観念をマイヤーは発見したのである。

以上が、権力分立論及び法律の支配論の具体的内容である。その個別的内容自体

¹²⁴ ただし、マイヤーがこのような主張を創り出したのは、ドイツ革命以前の段階であった。革命後、新憲法によって、あらゆる権力は国民または議会に由来するものとされた。そこで、マイヤーは執行権力そして政府（Regierung）の実際の独立性をもって政治的力配分の存在を主張するに至るのである。Vgl., DV I -③, S. 56.

¹²⁵ DV I -②, S. 71 Anm. 11; DV I -③, S. 70 Anm. 11.

¹²⁶ DV I -②, S. 71; DV I -③, S. 69.

¹²⁷ Hueber, Methode, S. 87.

¹²⁸ DV- I ③, S.70.

は、これまで多くの論者によって検討されてきた法律の支配論の解釈とそれほど変わるものではないのかもしれない。しかし本論文が指摘したいのは、これがいったい何を指して行われた議論なのか、ということであり、要するに決して法律の支配論の三原則は法治国の内容そのものではない、ということなのである。つまり、法律の支配の三原則とはあくまで法秩序の基本構造の実現のために前提とされる仕組みなのである。

こうして、本論文の主要目的であるところの法律の支配論についての検討作業が行われた。本論文にとって行うべき作業として残るのは、このような権力分立論が実現した結果、法秩序として何が生じるのか、ということであろう。

第一に立憲国の成立の上で求められるところの法治国観念の内容についての確認である。

マイヤーの法治国観念は、司法を手本として追及されることになる。なぜなら、司法の世界において法秩序は警察国から現在に至るまで存在したからである。それゆえ、行政の構造も司法的なものに作りかえられていくことが要請される。これが行政の *Justizförmlichkeit* であった。立法権力が作るべきものである行政法命題がモデルとするのは、トーンやビンディングの議論が参照された司法における法命題であったが、逆に、ここでは司法判決に応じて、行政行為¹²⁹が用意されることがまず求められる。しかし、ここで問題となるのは、行政においては法命題も行政行為もあくまで「最大限多く調達されるべきもの¹³⁰」として理解されているということである。

法治国とは、行政がなしうる限り (*tunlichst*) の司法の型を取る (*Justizförmigkeit*) を意味する。……。

世事に疎い偏屈性のみが、国家のその目的のための仕事、すなわち生き生きとした行政を、司法の固く囲まれた均一的形式に、全く無理やり押し込めることを想像することができる。諸活動の目的に合致する範囲でのみ、それは許されるのである¹³¹。

マイヤーはこのように司法に対する行政の特性でもってこの法秩序があくまで完

¹²⁹ 行政行為論については、補論で取り扱われる。

¹³⁰ DV I -②, S. 63 f.

¹³¹ DV I -③, S. 62 f.

全ではなく最大限の範囲で実現すべきものでしかないことを説明している。

第二の論点は、それでは、実際に法命題が立法権力によって法律を通じて制定され、二方面拘束効力が発されたとき、実際には何が起きるのか、ということである。

執行権力に対する内面的効果としては、「何が法であるべきか」についての特定が行われるが、そこではやはり行政の特性でもって司法とは異なる程度のものであることをマイヤーは論じている¹³²。

むしろここで問題としたいのは、臣民に対する外面的効果である。臣民は外部的効果によって何を得るのだろうか。これは、臣民が外部的効果によってそのまま直接公権力に対する権利を得るのか、という問いである。

前章の検討で見てきたように、規範理論を採用した論者たちは確かに客観法的な意味での規範によって議論を組み立てていながらも、個人の国家や私人に対する主観的権利の発生がその背後には存在していた。イェーリングは外部的効果を確保するものとして保証論において個人の権利感情を挙げていたし、ビンディングの公的的法命題論やトーンの「ある種の国家行態についての約束」に基づく国家への権利論はそのようなものである。

マイヤーもこのような立場に接近し、個人の権利を通じた国家権力の拘束を論じている。しかしその一方で、やはり一貫して、国家一個人の関係は「客観的法状態のまま把握¹³³」することを試みているのである。どういうことか以下で説明しよう。マイヤーはこのことについて、次のように述べている。

執行権力の被拘束性は、利益の保障・不利益の制限と予防において、臣民の

¹³² DV I -②, S. 78 f; DV I -③, S. 76 f.

¹³³ 仲野『公権力』、100頁。なお、仲野が指摘するところの主観的公権と慎重に区別された「(狭義の) Rechtsverhältnis」は、主に『ドイツ行政法』初版にてマイヤーが使用した「公法上の法関係」概念を指すが、かようなマイヤーの公法関係論の発想に影響を与えたのは、Adolf Merkel, *Juristische Enzyklopädie*, 1885, § § 146 - 154, である (Vgl., DV I -①, S. 105 Anm. 2.)。メルケルは、法関係をまず、もともと単純な形態において積極的な法的力の側と受動的な法的被拘束性の側に分かれる関係であるが、多くの法関係においてはその法的力と被拘束性がどちらにも存在するものであると示す。そのうえで、彼曰く「諸々の法関係は、そこにおいて保護される利益の性質に応じて、様々な度合いの、客観法の規律的・個別的有効性にとっての裁量と原因を提供する (§ 151)」。こうして、法関係においては、個別的に形成された上位段階の法関係から客観法が人的利益を個別的に保護しないという意味において下位段階にある法関係 (§ 154) が区別される。主観的権利は、かようにして生まれる個別的力の一つである、とメルケルは結論付けたのである。

役に立つものである限り、臣民はその遵守の請求権 (Anspruch) を持ち、また不遵守は彼に対する権利侵害 (Rechtsverletzung) である。行政においても、司法と同様に固有の諸々の法的権能へと濃密になるし、一定の尺度において諸々の特別な権利保護制度が備え付けられる¹³⁴。

もともと、彼にとって請求権は即座に権利として認められるわけではない¹³⁵。彼にとって権利とは、「公権力そのものが関与し、国家の名において示される意思の法的に優越する力が関与する」のであり、「公権とは、その利益の為に法秩序によって資格者に割り当てられた公権力の部分に対する (über) 力¹³⁶」であった。この力が、司法あるいは行政上の権利保護を通じて行う「個別的利益の妥当は、同時に、……公の目的の正しき充実に奉仕するものである：これが協働権なのである¹³⁷」。ここにおいて個人の国家に対する真の主観的公権がようやく成立するのである。

そしてマイヤーは、個人がかような意味での主観的公権を行使することについて——本論文がこれまで行ってきた学説史的検討にとって非常に意義深い用語を使用して——次のように表現している。

重要な結論とはここでも以下のようなことである。すなわち、個人は、自分の固有の利益のために行う権利のための闘争を通じて、法命題の止まることのない妥当 (Geltung) についての共同作業者に任命される、ということなのである¹³⁸。

マイヤー行政法学理論において、臣民は主観的公権の履行を通じて、執行権力の活動に対する法命題による法的整序の協働者として明確に期待されているのである。

¹³⁴ DV I -②, S. 82 f; DV I -③, S. 81. もともと、例えば DV I -①, S. 65, で、マイヤーは「法治国とは臣民に対する有効性を法の方法において特定するのであり、法治国とは法秩序と臣民の権利を行政において認め・正しく確保するということなのである」と不用意な記述をしていた。

¹³⁵ DV I -①, S. 106 Anm. 7. 参照、鵜澤剛「オットー・マイヤーの《自由権》論」金沢法学 53 卷 2 号 (2011) 248 頁以下。

¹³⁶ DV I -②, S. 106; DV I -③, S. 103.

¹³⁷ DV I -②, S. 113; DV I -③, S. 110.

¹³⁸ DV I -②, S. 3; DV I -③, S. 81.

おわりに

本論文が検討作業において明らかにしたのは、「法律の支配」論とは、二方面拘束的効力を前提とする行政法秩序を成立せしめるための権力分立の具体的諸内容であった、ということである。それは法治国原理そのものではなくむしろマイヤーが考えるような法治国を成立せしめるための前提的な仕組みであり、いわんやいわゆる行政活動は議会制定法に従って行われるべきであるという「法律による行政の原理」とは内容上一致し得ないものである。そもそも、このような表現をマイヤーに当てはめるのならばそれは「法命題による行政の原理」が正しいといえよう。

従来の諸研究が部分部分においては適切な「法律の支配」の理解をしているにも関わらず、十全な理解に辿り着かなかったことについて、特に初版においてみられたようにマイヤーの論述そのものに問題があったことも確かである。しかし彼が行政法学理論総論を構築する際に全力を注ぎこんだのは、二方面拘束的効力を媒介とする立法権力と執行権力、そして臣民による行政法秩序の成立¹であって、それとの関連において法律の支配論も論じられていたことに関して従来の研究が十分な意識をもって分析を行わなかったことに原因があるようにも思われる。しかしこれは、オットー・マイヤーの行政法学理論について総合的な研究を踏まえて成し遂げられる

さて、本論文が提出したマイヤーの法律の支配論を踏まえたときに、「行政法学の基本原則たる法律による行政の原理の中身は、オットー・マイヤーが整理した法律の支配の三原則である」というような説明を今後もなお維持していくことにはみなしが必要であるように思われる。ここでは、その内容以上の問題として、マイヤーがかような議論を提出した諸前提が現在においても共有されているわけではない、ということを目指したい。最高の実力として存在する国家権力、法学の限界性、＜主観的構成＞を拒否。このようなマイヤーが抱えていた問題意識や理論的前提をもって、法律の支配論も行政法秩序論も生み出された議論なのであった。彼とかよう

¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2 Aufl., 1981, S. 322, はマイヤーの法命題が「国法上の制度 (Institut)」であると表現しているのが興味深い。

な問題意識や前提を共有するなら格別、そうでないのであれば、「法律による行政の原理」の説明についてマイヤーの法律の支配に関する三原則をもって説明するべき理由については、なんらかの説明を行う必要性が生じるだろう。

最後に、本論文が行ったマイヤーの法律の支配論研究を通じて、法律概念論及びそれに関連する諸問題に示唆を与えられたのか、という問題について検討を加えたい。しかし本論文で伺えるのは、例えば石川健治が示唆していたような憲法学のマイヤー流法律の支配論への乗り換えの可能性というよりも、残念ながらむしろ現在の公法学の立場からのかつての議論への距離の遠さであるように思われる。この意味においてかつてのこの論点と関連する議論を我々はそう簡単に扱えるものでないことが判明した、といえよう。かつての議論を取り上げる際に、我々ははあくまでも内在的に、そして本当に自分たちの問題関心と一致してそれらが論じられているのかについて何度も立ち止まって検討しなければならない。本論文の末尾において筆者が提示しえるのは、この研究者にとっては当然の事柄の再確認である。

補論 行政行為

第1節 行政法秩序における行政行為の役割

行政行為について、マイヤーは次のように述べている。

……法治国においては単に氾濫するほどの量の行政活動が法律によってせきとめられるだけではなく、またさらに絶えず、その活動のなかに、そのよりどころを与え・どこへと進むのかについて個人に保障するところの確かな諸点を浮上させる。これを引き起こす法的設備（*Rechtseinrichtung*）が行政行為である。それは行政に属する官憲的宣言であって、臣民に個別的ケースについて、なにが臣民にとって法であるべきかを特定する¹。

この行政行為と呼ばれるものが、司法判決を範として構想されていることは常識的な事柄とっていいだろう²。マイヤーにとって、司法判決とは個人にとっての法保障であり、個人が予期しなければならぬことがそれによって確保されるものであった³。すなわち、仮に、民事法律あるいは刑事法律が制定されていても——それが不破性をもった法命題であっても——、判決という装置がなければ、該当する官庁は単純に強制（*Zwang*）をもって直接的に、他方では該当する個人にとっては突然、この法律の効果の執行をしなければならなくなってしまうだろう、とマイヤーは述べる⁴。そして、行政活動が法の道においてよく秩序付けられて行われるべきであるという法治国において、このような事態は避けられなければならないとするマイヤーの考えは容易に納得できるところである。また、この意味においてマ

¹ DVI -③, S. 93.

² マイヤーがここで模範とされる司法判決を個別的法の特定であると理解したのは、訴訟法学者ビューローの影響にあったとされる。参照、塩野『構造』、126～127頁注(7)、また兼子仁『行政行為の公定力の理論 [第3版]』（東京大学出版会、1971）77頁注(5)。

³ DVI -③, S. 59.

⁴ DVI -①, S. 95.

マイヤーの発想は私人の活動の予測可能性の保証を重視するいわゆるブルジョワ自由主義的な系譜にある。

さて、こうしたマイヤーの行政行為概念及びその効力については数えきれないほど多くの研究があり、そこでは彼の行政行為論の問題点が指摘され、ときにはその「乗り越え」が試みられてきた。おそらく、今なお「行政行為に関する議論は今後もなされ増えていくに違いない」のだろう⁵。しかし本論文にとってこのような観点から行政行為論を検討することは、補論とはいえど問題関心から解く離れたところにある。そうではなくて検討したいのは、マイヤー行政法学理論における行政行為という概念の位置づけである。彼の唱える行政法秩序全体について行政行為とはどのような役割を担っているのか、である。以下ではこのことを簡単に検討しよう。

さて、この問題については幾つもの切り口が考えられようが、本論文では、二つの論点からアプローチすることとしたい。

第一は、行政行為の法的根拠の問題である。

マイヤーによれば、行政行為とは、行政活動における法的設備であり、行政に属する官憲的宣言である。マイヤーは行政を「国家の目的の実現のための法秩序のもとでの司法以外の諸活動である⁶」と定義しているから、行政活動もあくまで国家活動の一種である。すでに論じたように国家活動とは、国家論・国家権力論に従ってア・プリオリな国家権力：公権力によって行われるものであるから、原則的には、執行権力は法律の根拠あるいは法命題がなくても、あくまで自らの力を根拠としてかような官憲的宣言を行うことができる。

行政行為は公権力に基づくのであり、公権力の行使に協働する能力を持つ地位によって発せられるだけである。ある部分の行政を行い、そしてそこで行われるべきことを定めるといった権限の中に、行政行為によってそれを行う能力は自ずから含まれているのである⁷。

⁵ 太田匡彦「行政行為」公法研究 67号（2005）246頁。

⁶ DVI-②, S. 13; DVI-③, S. 13.

⁷ DVI-①, S. 96. それでは、実際に、官憲的な意思表示を執行権力の誰ができるのか、ということについて、マイヤーは司法を模範として、個別の官職ではなくそれが組織的編成において形成するところのもろもろの地位、すなわち官庁(Behörde)である、と主張する(DVI-③, S. 93 f.)。行政行為それ自体の根拠は公権力に存するが、この法適合的な地位による告示(Kundmachung)なくしては意思表示をすることができない。なお、かようなマイヤーの説明の文脈には「手続法的統制」の観点が存在すると指摘したのが、兼子・前掲注(2)、62～64頁。

ただし、法命題が制定されているときは、その法命題によって「何が法であるべきか」について同じ国家権力であるところの立法権力によって特定されているから、執行権力はそれに従って行政行為をなさなければならない（法命題の内面的拘束効力）。さらに、特定の事項すなわち個人の自由や財産を侵害する事項であるときは、法律の留保によって執行権力はその活動のために法律を必要とするから、行政行為もこの法律のもとで行う必要がある⁸。

かような行政行為によって示された具体的なケースについての法宣言は、まずは個人に対する法の特定を意味する。しかし、法命題の二方面的拘束効力と相応するかのように、行政行為は同時に自らを発した執行権力にとって法的被拘束性をも生じさせることになる。マイヤーによれば、これは、ある行政行為がなされたあとに続く更なる諸々の行政行為は、最初の行政行為が与えられた基礎の上で構築されねばならないし、また行政行為に続く、しかし司法における判決後の強制執行のような単調な内容ではないところの行政における事実上の行為（Tat）もそれに従って方向づけられなければならない、ということの意味する⁹。

こうした説明を踏まえることで、マイヤーの次の主張の意味を理解することができよう。

行政行為は、あらゆるものが法律からその法的有効性を引き出す私人の法行為と異なり、それ自体が、特に諸制限が設定されない範囲では自分自身に法的に特定の効果をするところの公権力なのである¹⁰。

行政行為は、それを通じて何か新たな公権力がはじめて生み出そうとするものではない。執行権力＝ある特定の種類の国家権力（公権力）が、その活動において、ある特定の時点において、自らの活動がこれからそれに従って行われるところの具体的な法を自ら特定し、それを特定の個人に向かって宣言するということなのであ

⁸ なお、第4章でも確認されたことの繰り返しになるが、行政において、法律の留保外の領域では執行権力がそれ自体として自由に活動できる。しかし、このことは、そのような領域における執行権力の活動に対する、法の特特定すなわち拘束（法形式論の観点では、これは法律でなされる場合もあるし命令に委任される場合もある）は行われなくてもよい、ということの意味しない。

⁹ DVI -③, S. 96.

¹⁰ DVI -③, S. 97.

る。

さて、ここまでが行政行為の基本的説明となるが、さらにその特徴をマイヤーは手本であったはずの司法判決との違いを認めることによって説明しようとする。すなわち、彼によれば司法判決は、「その全内容について法律によって特定される。手続きから生じる要件事実への法命題の適用を通じてなされるものであり、法律の意思に従ってこのケースにつき法であることを宣言するだけ」のものである。これに対して、行政行為の法律との関係は、判決と法律のように「硬直した単調的なものではない」、とされる。このことによって、行政特有のものとして、留保事項の範囲外においてなされうる・あるいは範囲内においても個人の同意に基づくために先行する法律を必要としない「独立行政行為」が存在する¹¹。また、法律—司法判決と異なり、「法律は、行政行為に、官庁がその決断を通じて行為を実行に移すか、法律自身はそこで何を述べずして、官庁が正当だと考えるものを創造的に補完するか、ということ委ねることができる¹²」ものとされる（行政裁量、自由裁量）。

ただし、ここで留意すべきなのは、やはりこれらの事柄は行政の特異性をもって現れるものであり、決して行政行為の基本形としての説明としてされているものではないということであろう。さらに、マイヤー流の法治国概念からいって、法律は、原則としてその内容が一般的規律、つまり個別の名宛人ではなくすべての人が該当する、一定の構成要件のもとで何が法であるべきかを特定するところの法命題であらねばならないはずである。

こうしてこれらの議論をまとめると、マイヤーの行政法学秩序において、執行権力は、立法権力が法律形式で法命題として示した一般的に妥当する法を前提として、それに拘束されながらも具体的事情の勘案を行い、特定の臣民すなわち個人に対してさらに具体的に何が法であるかを宣言し、それに従って実際に活動する、という我々にとってもなじみ深い行政活動システムが組みあがることとなる。このような段階的に法状態が「具現」していくようなシステムをマイヤーが行政の基本構造と考えていたことは、法命題と行政行為のそれぞれの概念定義が、その対象とするのが一般性であるか個別性であるかという点にのみ差異があるということからも窺うことができよう¹³。このようなマイヤーの法治国における法命題と行政行為による

¹¹ DVI -③, S. 99.

¹² マイヤーは、これは法律解釈ではなく、公共の福祉についての固有の熟慮・妥当性についての熟慮、目的適合性についての熟慮であると主張した。

¹³ 参照、仲野『公権力』、102頁。

二つの法創造の態様を、ベッケンフェルデの言葉を借りて「抽象—具体」と評しても良いのかもしれない¹⁴。要するに、権力分立によって二つの効力を備え付けられた国家権力は、それぞれの局面において法状態の実現を行うことが期待されているのである。

第2節 「行政行為論」の歴史的意義

本節では、行政行為論の法学理論にとっての内在的意義について論じた前節の議論を踏まえて、外在的な意義、すなわちマイヤーが行政行為論を導入したことに関する学説史的意義について検討したい。

ところで、このことはマイヤーも認めていることであるが、行政領域における臣民の法保障のあり方については、二つの考え方がかつて存在していた。ひとつは「行政そのものには『法と法律を現実化する』能力がない、法治国によって要求されるこの『現実化』は正式な裁判所の判決のみが産出できるものである」という考え方であり、もう一方はこれを否定し行政の『法と法律を現実化する』能力を認める考え方であった。マイヤーによればこの二つの考え方の対立は、行政裁判権の許容性において先鋭化していたという¹⁵。もっとも、マイヤーはどのように臣民の法保障を確保するのかについてのこの二者択一について、理論的な説明をもって決着づけることをしなかった。そうではなくて、彼は、事実としてドイツでは後者の考え方、すなわち行政裁判権を認める立場が勝利したのであり、この歴史的決断はさらに、行政裁判権の存在を認めることを超えてドイツに効力を及ぼしたのだ、とマイヤーは結論付けたのである。彼によれば、この「歴史的決断」の影響から、行政裁判権という対審的手続によって行われるもの以外にも、行政にはすでに「固有の意味での訴訟の外に、個別のケースにとって拘束的な諸指令を備えた決定手続（Beschlussverfahren）¹⁶」が存在していた。これに該当する実際に行われていた

¹⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt; Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 2 Aufl., 1981, S. 326.

¹⁵ 我が国の公法学はこの前者の見解、およびその対立につき、藤田『ベール』60頁以下、という成果をすでに得ている。

¹⁶ DV I -①, S. 63. また、DV I -③, S. 61: 「もし、行政に属する諸官庁が、行政裁判

行政の官憲的意思表明とは、処分 (Verfügung)、決定 (Entscheidung)、ポリティアイ国においてよくつかわれていた *lex specialis*、*privilegium*、あるいは官庁文章における *Dekret*、*Resolution* などである。マイヤーはこれらの諸々の決定手続きをフランス行政法学で使われていた *acte administratif* の翻訳であるところの行政行為 = *Verwaltungsakt* という法概念にまとめて分類したのである¹⁷。

以上が、マイヤーによる行政行為が生まれた経緯の説明である。これは法理論的に積極的に論証したものというよりも、ドイツにおける当時の「制度的基盤¹⁸」を背景とした事実を根拠づけに利用した論証である。このような歴史的—現実主義的性質をもった根拠づけの手法が、国家権力の問題でも行われていたことを我々は記憶している。この意味で行政行為も彼にとっては観念以外の何物でもない。

ところで、では、マイヤーがこうして行政官庁にも法創造機能があるという立場からドイツにおける行政行為概念を作りあげ、それを自らの行政法学理論において非常に重要視したこと自体についての積極的な理由とは何であったのだろうか。

このことに関してはすでに幾人かの論者によってその説明が試みられている。

例えば塩野宏は、行政行為が「具体的法の創造力を有する」ことに注目し、それは、公法秩序の完全な法的説明を意図する形式的法治国の満足の促進のための道具から「国家の社会秩序形成のための有効な道具」へと転換している、と述べる。そしてそれは塩野宏が述べるところの「企業的国家観より発する目的的要素の現われ」である、と評価していた¹⁹。

これとは違う角度から、一種の法源論の角度から検討を行っているのが、玉井克哉やトルステン・リープの研究である。彼らによれば、マイヤーは、行政行為概念の創設を通じて、私法上の行為と観念され・それまで立法行為と考えられていた個

の名のもとで・ある種の手続諸原則の遵守の下でそれをするときには個別的ケース法的に拘束的に特定をすることができるのと同時に、どうして諸官庁の同種の諸宣言がそのほかの場合では、例えば行政裁判の名や手続に付着した特異性を持たない限りでの諸効果を持つべきではないのか、ということを考えることをやめてはならないのである」。また、参照、藤田『ベール』127～129頁。一方でこのようなマイヤーの考え方は、確かに「行政訴訟を慎重な手続きによる行政行為の続行に過ぎない」という発想へと行きつくだろう。参照、原田尚彦『訴えの利益』(弘文堂、1973) 64～65頁、仲野『公権力』、102頁。

¹⁷ マイヤー以前の行政行為の概念史については、Vgl., Caluwe, *Verwaltungsakt*, S. 19 f. フランスの *acte administratif* 概念について、亘理格『行政行為と司法的統制』(有斐閣、2018) 41頁以下。さらに、Gromitsaris, *System*, S. XXXV ff.

¹⁸ 塩野『構造』、127～128頁。

¹⁹ 塩野『構造』、128～129頁。

別的な特権許与の法形式を公法学の領域から駆逐しようとしたのである。法治国概念や法形式論の領域から見て興味深いこの見解を、以下で詳しく見ていこう。

この見解の前提として、まずは特権許与形式の歴史的法的性格について理解しなければならない。これについて玉井曰く、「近代以前においては、具体的な個人や団体に与えられる『特権 (Privileg)』は、同時に、客観的な法の基本的な存在様式」であった。そしてそれはそれぞれ特定の権原をもって「本来的な性質に従ってごく個別具体的な規律を与えることもできたし、一定の原則にしたって許与されることにより、今日のような一般的法規範が欠けているところで、機能的代替物の役割を果たすこともできたものであった」。結論からいえば、このうちの「高権的な形式で個別具体的な名宛人に許与されるものが、のちの行政行為」の原型となるのである²⁰。

さて、特権許与という形式と行政行為という形式の一番の違いは、後者が国家行政の活動形式であるとされたのに対して、前者は立法行為と考えられていたことにあった²¹。「特権は、理論的にも実務的にも、また一般的な場合も個々の証書 (Urkunde) に基づく場合も、等しく君主の立法権の発露とされた。そして、啓蒙思想の普及に伴い、理性的な一般的立法による斉一的な規律が試みられたことも、特権を一挙に廃絶するという結果をもたらさしなかつたのである」。このような取扱いは 19 世以降、立法権の行使に議会が協働する体制が諸ラントに普及しても変わらず、特権許与行為は君主ないし政府に専属するものとされていた²²。

しかし、このような特権許与による個別的な権利の創出は、啓蒙期法典編纂を支えた思考様式に照らせば「法の世界への異物の侵入²³」であったし、また、いわゆる形式的法治国観念からも問題が生じることとなる。なぜならそれは制定法すなわち法律という法形式によって作られる法的規律の網を突き破ることがありうる——なぜなら特権許与もあくまで立法行為なのだから——ものであったからである。それゆえ、特権許与行為を法律の下にいかにして置くかが、法治国の実現を目指す法学の重要な課題のひとつとなったのである。こうして、1871年に成立したドイツ帝国憲法においてライヒは特権を与えることができるとはされていなかったにも関わ

²⁰ 以上、玉井克哉「特権許与から行政行為への史的発展」塩野先生古稀祝賀『行政法の発展と変革 上』（有斐閣、2001）306～307頁。

²¹ Thorsten Lieb, Privileg und Verwaltungsakt; Handlungsformen der öffentlichen Gewalt im 18. und 19. Jahrhundert, 2004, S. 198 f.

²² 玉井・前掲注（20）、308～309頁。

²³ 玉井・前掲注（20）、313頁。

らず、一般国法学や行政法学の領域では、かような特権論について取り組む法学者の作業がこの前後に多く出版されたのであった²⁴。

さて、この種の取り組みにおいて「まさしく画期的な理論的著作（玉井）」であったのが、ゲルバーの論文²⁵である。ゲルバーはまず、伝統的な特権概念論と接続しながらも、従来の特権概念を、それを通じて「国家権力により個別に規定された主体のために権能が直接根拠づけられる²⁶」という法状態の直接的創設である直接的固有の意味での特権付与と、単なる法命題の施行としての免除（Dispensation）に分けた。そして前者につき、特権とは国家成立（Staatswerdung）の特別な歴史的状況に由来するものであり、あくまでその本来的意義はアンシャンレジーム下での法制度である、とゲルバーは主張する。しかし現代においては、「国家がますます現実の法治国に形成されればされるほど、コントロールできない特権の恣意と、獲得関係の法律による秩序（gesetzliche Ordnungen）はますます交代していくようになる²⁷」。要するに、彼は、特権許与という法創出行為は、新しい法律制定行為によって絶えず交代されていくべきであり、特権という法制度はその出番を失っていくべきである、ということを主張した、といえよう。したがって、君主および政府にどのような範囲まで特権許与に関する授権がなされるべきか、という問題もこの観点から解かれなければならない、とゲルバーは論じる。確かに、彼は政府の特権許与行為が一律に禁止されているとまでは主張しなかった。そうではなくて、君主あるいは政府が持つ特権許与の高権の範囲は法律が新たに制定されればされるほど失われていくという道筋を整えることに成功したのである。

かくして特権許与行為は現代国家における立法権力の発露としては不適當なものとされるのであるが、見方を変えれば、一方では、このような法創出行為を消去することはゲルバーにもできなかつた、ということもできる。特権許与行為の法制度はゲルバー理論においてもその存続が一応認められているからである。ただし、現実に行われた特権許与と法律の効力の関係如何という問題が生じることがありうるが、この問題については、特権許与はもはや法律に服従するものであり、すなわち

²⁴ Lieb, a.a.O. (Anm. 21), S. 160.

²⁵ Carl Friedrich von Gerber, *Über Privilegienhoheit und Dispensationengewalt im modernen Staate*, in: ders., *Gesammelte juristische Abhandlungen*, 1872, S. 470 ff. 以下の記述について、Lieb, a.a.O. (Anm. 21), S. 160-163. また参照、玉井・前掲注（20）321~322頁、同「法律の『一般性』について」芦部信喜先生古稀『現代立憲主義の展開 下巻』（有斐閣 1993）392頁以下。

²⁶ Gerber, a.a.O. (Anm. 25), S. 470.

²⁷ Gerber, a.a.O. (Anm. 25), S. 483.

「行政活動」として位置付けられるのだ、とゲルバーは主張した。

かようなゲルバーの著作は通説的地位を獲得したというよりも、むしろそれ以降の特権概念論の諸々の取組みにおける出発点となったと評することが適当であるように思われる。この状況の中で、特権に関する議論は更なる展開を迎えることになった。すなわち、国法学の領域において同時進行していただいわゆる二重法律概念の議論と特権の問題が結びついたのである。法律概念の議論において当初優勢であったのは、法律とは一般的規則であるという理解であった。かような法律概念の理解とこれまでの特権論の議論が結びつくことの帰結として出てくるのは、特権の形式における個々の具体的なケースについての規律は、法律概念によっては把握されえないのではないか、という見解である²⁸。例えばシュルツェは、特権の許与をゲルバーにならって行政活動と把握しながら、立法者は特権許与形式を通じて行政活動、それでもって個別的決定を行うこともできると主張した。このような見解に対して、ラーバントは、一般性を要素と認めないその法律概念によって、特権許与は必ずしも行政活動になるわけではない、という結論を導出することができた²⁹。

さて、マイヤーの行政行為論とは、まさにかような議論状況において誕生したものである。要するに、行政行為論とは、決して突然にそれまでの一般的国家活動としての行政行為概念に対してフランス法の議論を翻訳して整理しただけのものではない。学説史の文脈からすれば、マイヤーの行政行為論は、まさに「特権の概念と完全に決別した点において画期的であった³⁰」点に意義があるのであった。彼の行政法学理論において特権概念はもはや存在せず、その残滓は全て行政行為に吸収された。先述のように、マイヤーがポリツァイ国で行われていたという *lex specialis* や *privilegium* を行政行為のカテゴリーに容易く組み入れることができたことはまさにこの議論の達成度を象徴しているといえよう。

もちろん、マイヤー流の行政行為論においても、この法的装置を通じて執行権力、つまり君主や行政官庁は、何らかの受益的かつ個別的な法創造を、主に個人——マイヤーの用語法では臣民——に対して行うことは可能である。さらに、自由と財産公式によって現わされる法律の留保の範囲外において執行権力の保持者は法律の根拠なく独自の力でもって活動することもできる。しかし、行政行為とは、言葉通り

²⁸ Lieb, a.a.O. (Anm. 21), S. 163 f.

²⁹ Lieb, a.a.O. (Anm. 21), S. 164 f. ただし、リープ曰く、ラーバントも特権が法律に拘束されること自体は認めていた。

³⁰ 玉井・前掲注(20) 329頁。

行政の行為であって、法治国原理乃至法律の支配の三原則の支配下にあるものである。かつての特権許与のように立法行為と目されるものではなく、それゆえ法律の規律の網目をそれ自体だけで破ることができるものではない。既存の法秩序を破るような個別処分（*Einzelverfügung*）の存在そのものをマイヤーは認めているが、しかしそれができるのは特権形式ではなく、国家の最高意思、すなわち国家権力の最高の表現たる法律という法形式をもってしか許されていないのである。

さて、かような行政行為なる法概念の導入による特権許与行為の法理論上の消去は、マイヤー流法治国概念によって拘束された国家の行政活動についての徹底的な法学的表現のひとつとして評価することができよう³¹。

さらにこれにくわえて、実際の国家活動が臣民に対して向けられる最先端の場面において特権許与行為のような民事法的な法形式が存在することをマイヤーが避けようとしていたのではないか、ということが、玉井によって指摘されている³²。すなわち、マイヤーは、公法学に転ずる前のドイツ知的財産権法の研究を通じて、「際限なき放縦の許容とも言うべき」経済社会に対して、「高度の倫理性を担って外部から介入する」国家というイメージを造り上げていた³³。この構図において、特定の権原をもって私権を設定するために用いられた特権という形式は、国家公権力が設定するものとしては、全く「概念的・文脈的に相容れない」ものであったのではないかと玉井は見ているのである。

先述のように、塩野宏は行政行為を「形式的法治国の満足の促進のための道具」から「国家の社会秩序形成のための有効な道具」へと転換していることを指摘して

³¹ なお、見落としてはならないのは、マイヤーはかつての特権論で積み重ねられていた議論を行政行為論のなかに取り入れているということである。この例としてリープが指摘するのは、優遇的な効果をするポリツァイ許可概念：「法律と命令は一方で、ポリツァイ命令規則を定立することで、諸々のポリツァイ処分に個々のケースについてのそこからの例外を認可する授權をあたえることができる。かようにして許可の留保（*Erlaubnisvorbehalt*）を伴ったポリツァイ禁止が生じる」（*DV I -①, S. 287.*）に関するマイヤーの説明である。彼は、確かに、*Konzession*あるいは付与はポリツァイ許可とは異なる法制度である、と述べている。しかし、それでもなおこのポリツァイ許可論で展開される起源や撤回の留保、条件、賦課、消滅の構成要件などの諸問題はかつての特権論の一部で行われていた *Konzession* 論におけるそれと内容上一致するものである。この例で示されているように、行政行為論と特権論はこのような内容的な一致性と、具体的個別的ケースにおける法的規律という意味での機能上の同一性の二つを備えているのである。以上につき、*Vgl., Lieb, a.a.O. (Anm. 21), S. 186 ff.*

³² 玉井・前掲注（20）、325頁。

³³ 参照、第2章第2節第1款。

いた³⁴。厳密に言えば、マイヤーの法治国概念とは塩野がここで想定しているところの形式的法治国概念とは異なるため、「転換」という強い表現を使えるかということまでは問題も残ろう。

けれども、国家権力が、現実のレーベンの具体的事項の隅々についてまで多種多様に法創造を行い「社会秩序形成」をしようとする、とマイヤーが考えていたという、塩野の見解は先の玉井の指摘を踏まえても適切であると思われる。おそらく、これは、後期イエーリングの「転向」の例を出すまでもなく、1880年代前後の経済、そして政治的時代背景と密接に結びつくところの、多くの法学者たちにとって共通した発想だったのであろう。そして、このような「社会秩序秩序」の形成を求めるべき国家にとって、「特権とは、その核心が支配者と臣民の諸々の法的繋がりにあった国家構造の表現であった。自身の安定性のために、法的安全と法的確実性を頼りにする近代産業国家にとって、もはや特権は十分なものではなかった³⁵」とマイヤーは判断したのであるのである³⁶。

³⁴ 塩野『構造』、29頁。

³⁵ Lieb, a.a.O. (Anm. 21), S. 191 ff.

³⁶ ところで、村上淳一「法律の『一般性』について」山田晟先生還暦記念『概観 ドイツ法』（東京大学出版会、1971）112頁、は、ラーバントが法律の一般性を法律概念の要素から常素にまで引き下げたことについて、「『財産と教養』ある階層の世論」によって保障された法律の内容的な真理性が失われ、主張される競合する諸利益の妥協・調整が必要となり、「法律自体が具体的措置の性質を帯び、または少なくとも具体的な措置を可能にする枠を用意するものとならざるをえな[かった]」ことと無関係ではなかった、ことを指摘する。かような村上のラーバント評を踏まえてマイヤーの行政行為概念を検討すると、一方では、マイヤー法理論の法命題の一般性とは、まさに彼が「古き法律概念」と表現したように、法律の一般性に正義(Gerechtigkeit)について期待をかけるかつての発想の復活であったということができよう(vgl., Heyen, Grundlagen, S. 101 f.)。他方で、執行権力がより具体的にそしてより自由に社会生活において「秩序形成」を行いうべきである、というのがマイヤー行政行為概念の核心にあったことも確かである。マイヤーもラーバントも、『財産と教養』ある階層のみが担い手ではなくなった当時の市民社会において、外部的秩序としての国家に対してかけた期待は異なるものではない。その共通の土台の上で、マイヤーが個人の具体的な生活のなかの秩序形成を行う役割を国家が十分に担えるよう法概念形成を行った、と評価することがここでは適切であろう。

【主要文献一覧及びその略語について】

※本文において略語で引用しているものは、それを書誌情報のあとの斜体で表わしている。

●オットー・マイヤーの著作について

【書籍・論文など】(年代順)

・ Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1. Aufl., 1895, 2. Aufl., 1914, 3. Aufl., 1924; Bd. 2, 1. Aufl., 1896, 2. Aufl., 1917, 3. Aufl., 1924. ……*DV*と略したうえで、巻をI・II、版を①・②・③で表す(例:『ドイツ行政法』2巻の初版→*DVII-①*)

・ Theorie des französischen verwaltungsrechts, 1886 / mit einer Einleitung von Athanasios Gromistaris, 1998. ……*TdfV*

・ Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, AöR 3, 1888, S. 3. ……*Verträge*

・ Zur Frage der reichsrechtlichen Regelung des Vereinswesens, DJZ 3, 1898, S. 213. ……*Regelung*

・ Eisenbahn und Wegerecht I, AöR 15, 1900, S. 511. ……*Eisenbahn I*

・ Eisenbahn und Wegerecht I, AöR 16, 1901, S. 38. ……*Eisenbahn II*

・ Eisenbahn und Wegerecht I, AöR 15, 1901, S. 203. ……*Eisenbahn III*

・ Völkerrecht und Völkermoral, AöR 38, 1918, S. 5. ……*Völkerrecht*

・ Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht, in: Staatrechtlichen Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum Fünfzigsten Jahrestage der Doktor-promotion, Bd. 1, 1908, S. 1. ……*Person*

・ Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, 1909. ……*Sachsen*

・ Zur vorläufigen Reichsverfassung, JW 48, 1919, S. 209. ……*Reichsverfassung*

・ Selbstdarstellung, in: Hans Planitz (Hrsg.), Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellung, 1924, S. 152. ……*Selbstdarstellung*

【書評 (Rezension)】(名前順)

・ Zu; Arndt, Adolf: Das selbständige Vervordnungsrecht, AöR 18, 1903, S. 96.

・ Zu; Grabowski, Adolf (Hrsg.): Die Reform des deutschen Berufsbeamtentums, AöR 37, 1918, S.494.

・ Zu; Gumpłowicz, Ludwig: Allgemeines Staatsrecht, Juristisches Litteraturblatt

9, S. 185.

• Zu; Hatschek, Julius: Englisches Staatsrecht mit Berücksichtigung der für Scotland und Irland geltenden Besonderheiten, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1907, S. 541.

• Zu; Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, AöR 9, 1894, S. 280.

• Zu; Laun, Rudolf (von): Das Recht zum Gewerbebetrieb, AöR 25, 1909, S. 485.

• Zu; Layer, Max: Prinzipien des Enteignungsrechts, AöR 17, 1902, S. 450.

• Zu; Neumeyer, Karl: Internationales Verwaltungsrecht, AöR 28, 1909, S. 350.

• Zu; Seydel, Max (von): Bairisches Staatsrecht, 2. Aufl., AöR 12, 1897, S. 493.

• Zu ; Stier-Somlo, Fritz: Das Preußische Verfassungsrecht, AöR 43, 1922, S. 364.

• Zu; Spiegel, Ludwig: Die Verwaltungsrechtswissenschaft, AöR 25, 1909, S. 489.

• Zu; Zorn, Philipp: Lehrbuch des kirchenrechts, AöR 3, 1888, S. 475.

……本文中、これらの引用についてはそれぞれ、*Rez.* 人名(姓)で表わす(例：*Rez. Arndt*)

【講演】(年代順)

• Justiz und Verwaltung, Rede zum Antritt des Rektorats der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg, 1902. ……*Justiz*

• Portalis und die organischen Artikel, Rede gehalten zur Feier des Geburtstages Sr. Majestät des Kaisers am 27. Januar 1902 in der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg. ……*Portalis*

• Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, Vortrag gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft am 6. März 1907. ……*Stand*

• Festrede, gehalten zur Feier des 90. Geburtstages Sr. Königlichen Hoheit des Prinzregenten Luitpold von Bayern zu Leipzig am 11. März 1911. ……*Festrede*

• Fichte über das Volk, Rede des antretenden Rektors der Universität Leipzig

gehalten am 20. November 1913. …… *Fichte*

・ Der Wert des Völkerrechts, Rede gehalten zur Feier des Geburtstages Sr. Majestät des Königs Friedrich August III. von Sachsen am 20. Mai 1915 in der Universität Leipzig. …… *Völkerrechts*

……これらについては、マイヤーの著作集として編纂された Erk Volkmar Heyen (Hrsg.), Otto Mayer; Kleine Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.1, Bd.2, 1981 に所収のものを利用した。

●主要参考文献（名前順）

【ドイツ語文献】

・ Bachof, Otto: Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, 1. Bericht, VVDStRL 30, 1972, S. 193. ……

… *Bachof, Dogmatik*

・ Caluwe, Reimund Schmidt-de: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. Staatstheoretische Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit, 1999. …… *Caluwe, Verwaltungsakt*

・ Dewitz, Ralf Michael: Der Vertrag in der Lehre Otto Mayers, 2004. …… *Dewitz, Vertrag*

・ Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1973. …… *Fosthoff, Lehrbuch*

・ Gromistaris, Athanasious: Das deutsche System des französischen Verwaltungsrecht, in: Theorie des französischen verwaltungsrechts/ mit einer Einleitung von Athanasious Gromistaris, 1998. …… *Gromistaris, System*

・ Heyen, Erk Volkmar: Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981. …… *Heyen, Grundlagen*

・ Hueber, Alfons: Otto Mayer. Die "juristische Methode" im Verwaltungsrecht, 1982. …… *Hueber, Methode*

・ Laband, Paul: Rezension zu; Otto Mayer, Theorie des französischen verwaltungsrechts, AöR 2, 1887, S. 149. …… *Laband, Rez. TdfV*

【日本語文献】

- ・塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣、1962）……塩野『構造』
- ・藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張』（有斐閣、1978）……藤田『ベール』
- ・仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007）……仲野『公権力』