

論 説

公法学・行政学・精神科学

—— フォルストホフ理論における行政法学と行政学の関係

三 宅 雄 彦

- 一 序 言
- 二 フォルストホフにおける公法学と行政学
 - 1 行政法学革新の為の行政学
伝統行政法学の改革／ナチス世界観の促進／行政現実把握の要請／小括
 - 2 行政現実把握の為の行政学
生活空間の変貌／国家任務の変遷／現代行政の構造／小括
 - 3 行政現実適合的な行政法学
国家と個人の関係／現代行政の法形式／行政の多様と統一／小括
 - 4 小 括
- 三 精神科学としての公法学と行政学
 - 1 精神科学としての公法学
現実としての法／制度としての法／現実的法解釈、制度的法解釈／小括
 - 2 法実証主義批判と目的論的方法批判
法実証主義批判／目的論的方法批判／法実証主義者、目的論主義者フォルストホフ？／小括
 - 3 精神科学としての行政学
精神科学の本質／精神科学としての行政学／公法学と行政学の協力関係／小括
 - 4 小 括
- 四 結 語

一 序 言

この世紀の転換期は、わが国公法学にとって画期的な時代である。今年一月には、政治主導の行政の復権を図る省庁再編や副大臣・大臣政務官導入など、橋本行革の一連の成果がスタートし、また、昨年四月には、機関委任事務全面廃止、政府の自治体関与改善等を狙う改正地方自治法が作動開始し、更に、一昨年十一月からは、幾らか唐突の感もあったが国会審議活性化を企てる党首討論制が試行運用され、加えて、本年六月には、規制緩和補充と行政統制拡充を目指して司法制度改革審議会の最終報告が提出される予定である。その濃淡と強弱はあるとしても、これら行政改革、地方自治改革、立法改革、司法改革の成果を打ち出すべく熟考と討議を重ね、今後その成果の反省と顧慮を行う学問分野に列せられるのが、憲法学と行政法学であるのは疑いない。

周知のとおり、司法改革を一応除けば、公法学でのこれら諸改革論議に決定的インパクトを及ぼしたのは、行政学の諸成果である。行政学による内閣と行政各部の関係分析は、憲法学の統治(執政)概念の潜在性から顕在性への転化を促進し、また、行政学による地方行政吟味との協力関係が、行政法学者の圧倒的な政策能力を維持拡大し、更に、行政学による立法過程の分析が、立法活動への近時の憲法学による視野拡大に、時には「国権の最高機関」や「国政調査権」解釈再検討に、貢献してきた、こういえよう。つまり、公法学は、行政学の知見を利用して、行政、地方自治、立法に関わる運用変更や解釈変更のみならず、法律改正、場合によっては憲法政策に、例えば、閣議多数決や首相公選制問題に、踏み込んで、諸改革を吟味している訳である。⁽¹⁾

だがしかし、この公法学、とりわけ憲法学による行政学成果の積極援用は、この学問分野が五〇年前に採用した基本綱領では必ずしも基礎づけられない。純粹法学に連なる憲法学のオーソドキシィは、存在と当為の二元

論を根本原理として、事実認識と規範認識とをその対象面から分離し、規範認識と規範解釈とをその作用面から分離する。勿論、この理念型の純粹貫徹は存在せぬとしても、案件の公法学作業、即ち、行政学という存在科学の成果を価値判断の作用に応用する作業、これを正当化するには、事実認識と意思作用の結合を何らかの思弁的反省で基礎づけるか、両者の接合なら個別の科学固有の裁量事項と決め込むか、どちらかであろう。存在当為二元論の基盤破壊になりかねない第一の道が採られたとは寡聞にして筆者は知らないし、法の科学の看板撤回にもなりかねない第二の道が選ばれたとも浅識にして聞かない。「実践」科学としての行政学の、実践「科学」としての公法学への応用、という第三の道がないものだろうか。

ところで、わが国公法学が範として仰いできたドイツ公法学には、行政学との協力関係の長い歴史がある。つまり、一九世紀中期、観念論哲学と社会問題解決の視座から、諸科学統一の為行政学なる学問分野がシュタインにより創造され、一九世紀末期、法実証主義と総論体系化の完成体たるマイヤー行政法学の登場と、新興の新カント派による諸科学個別化断片化による総合科学構想の絶滅で、行政学は存亡の危機に瀕するが、続き、ワイマール期の行政現実の急変貌と、混乱期のナチス世界観の支配確立で、行政学に復活の機会が訪れる。ドイツ行政学は、行政法学の要請に応じ、成立、衰退、復興、この順序を辿り展開する。そして、この歴史的展開の末端と、戦後行政学の端緒に位置するのが、戦後ドイツの代表的行政法学者、エルンスト・フォルストホフである。

行政学と公法学の関係の徹底解明、本稿が目指すのはそのような大それた企てではない。両学問分野の関係に、公法史的視点と法哲学的視点から、若干の覚書を記すに過ぎぬ。つまり、フォルストホフを事例に行政学の任務と成果を内容的に吟味し(二)、この古典的学者を素材に公法学と行政学の協働と展開の可能性を調査すること(三)、これが本稿の課題である。

二 フォルストホフにおける公法学と行政学

フォルストホフによるドイツ行政学復興への寄与は、これまで繰り返し検討されてきた。⁽⁸⁾ここでは、幾つかキーワードを拾いながらその概略を、公法学が何故行政学を必要としたか(1)、行政学は行政現実をどう把握したか(2)、公法学はその成果をどう導入したか(3)、この三点からまとめておこう。

1 行政法学革新の為の行政学

1 まず、フォルストホフ理論が目指すのは、伝統行政法学の閉塞状況を打破し、隣接領域横断の科学を考案することである。つまり、まず始めに、①「憲法問題の最終解決」を経て、行政法学の根本変革が企図される。総統国家の確立で憲法解釈は政治的理論の重要性を喪失し、国家現実を規定し国家表情を刻印する行政法規にスポットライトが当たる。国法学者の主眼は国家理論から行政法学に移行する。⁽⁹⁾けれども、②行政法学の前提事実では、旧形式と新形象の異質要素——「旧い法と新しい法」——が複合する。これら複合素因を約分可能な同質存在として並存させずに、本質と恣意に篩い分ける行政核心獲得の為の科学視座が、ここでは要る。伝統と革新の中に本質を見分ける眼力が要求される。⁽¹⁰⁾

2 そして、この問題意識は、憲法体制の篡奪の後に行政体制の詐取も推進するナチス政策を援助する。つまり、この背景に、③国家憲法の刻印づけを終え、行政秩序に触手を伸ばすナチス革命の進行がある。ナチスの目標設定へ行政法秩序を同化する諸革新、ナチスの政策原則へ行政体制を同化する諸改革が段階的に実行される。行政秩序と行政法規の国家社会主義化が時代の要請となる。⁽¹¹⁾この上に、④時代の趨勢を援助幫助し、ナチス諸政策を促進後押しするフォルストホフ行政法学の構想がある。公法科学には、この多面的で広範囲のプロセスに追隨し、未だ公衆が知らぬ意味あ

る諸過程を予言する任務を課される。フォルストホフの任務も、この発展の全体傾向の形式把握と傾向認識、ここにある。⁽¹²⁾

尤も、このフォルストホフのナチスの側面を余り強調すべきでない。⁽¹³⁾それは、第一に、⑤彼自身、己れの理論に非ナチスの徴表を用心深く装着するからである。ここでは、現代行政法理論は単なる世界観問題に尽きぬイデオロギー疎遠の現代国家特有の問題領域とされ、行政は指導から、国家は党から分離されて、行政活動へのナチス支配的関与が排除される。⁽¹⁴⁾ここには、ナチス政策を消極的に阻害する個所がある。また第二に、⑥彼の行政学成果自体、ナチス行政法理論の消極的評価に見舞われるからである。例えば、現代行政を記述する後述の「生存配慮」論は、戦後再開の国法学者大会で日の目を見るが、それ迄の正統ナチス理論での評判は芳しく⁽¹⁵⁾ない。⁽¹⁶⁾ここには、ナチス理論と積極的に馴染まない箇所がある。

3 従って、ナチス援助の疑念あれど、フォルストホフ理論の核心的視座は、現代行政現実の客観把握にある。⁽¹⁷⁾つまり、一つに、⑦行政核心の獲得の為に、「行政法方法の基礎据えの変遷」を実行する。つまり、従来の問題視角と道具概念を一旦放棄し、行政の本質構造と社会機能を徹底認識する行政法学の構築が目標となる。行政現実⁽¹⁸⁾に盲目的な規範主義は、行政経験を尊重する行政法学に脱皮する。そして次に、⑧行政現実の認識の上に、新秩序の行政規範の解釈を遂行する。つまり、最新の社会学の諸成果を積極援用し、現代行政の不文法則を考察する行政法学の確立が目指される。隣接科学に門戸を閉ざすマイアー行政法学は、学際協力を目標に掲げる現実科学的行政法学に転換する。⁽¹⁹⁾

4 要するに、フォルストホフの行政学は、行政体制のナチス化の動きを援助しつつも、現代社会の技術化の下行政現実を把握すべく、行政法学の補助科学として要請されてくる。⁽²⁰⁾

2 行政現実把握の為の行政学

フォルストホフの行政学、即ち「^{ダーザインスフォアゾルゲ}生存配慮」論は、詳細に見れば、

社会現実を検討する社会学、行政現実を検討する行政史、行政現実を導入する行政構造論、この三段階に編成されよう。⁽²¹⁾

1 まず、社会学的考察から判明するのは、一九世紀の如く単純な社会現実ではなく、二〇世紀の高度に複雑化した社会現実である。つまり、まず第一に、①経済と技術の進展と共に、現実秩序に根本変化が到来する。⁽²²⁾人口増大と都市拡大、交通手段の急激発達により、個人各自が生活資源を独自調達し、個人夫々が自由自在に生活遂行する「自在空間」は減少又は消滅し、個人各々が資源調達を独力遂行できず、個人其々では物的生活を自力実行できぬ「到達空間」又は「実効空間」が増大又は完成する。個人実存の安定を所与前提にでき、取引次元での個人の保護救済で足りた一九世紀の社会秩序は、個人実存の想定を断念放棄して、生活全面で個人の物的生存を助ける二〇世紀の社会秩序に交代する。⁽²³⁾続き第二に、②社会構造の変遷と共に、生存確保の責任主体も変化する。個人各自が自在空間から生活財を自力調達する「自給自足」状態は減少又は消滅し、個人各々が「領有割合」^{アプロプリアチオン}から消費財を獲得する「社会欠乏」^{ソチアーレ ペドゥルフティヒカイト}状態が出現又は増大する。この社会欠乏解消の責任を「生存責任」^{ダーザインスフエアントヴォルトウンク}と呼べば、この生存責任主体は、個人から集団を経て政治へと移行する。個別人間自らが己の生存を確保維持する責任を担う一九世紀の社会秩序は、個別人間の生存を集団や国家が担う二〇世紀の社会秩序に交代する。⁽²⁴⁾

2 故に、行政史の考察では、一九世紀から二〇世紀へと急激変貌を遂げた国家任務が検討される。つまり、まず大要として、③生活空間の変化、生存責任の転移と共に、国家任務に重要変化が生起する。社会欠乏の事態で生存責任を遂行できぬ個人の為に、国家権力が生存安定の本質手段を持たぬ個別人間の為に、生活空間を充填し、社会欠乏を解消する諸施策、即ち「生存配慮」^{ダーザインスフエアゾルグ}を遂行する。例えば、賃金・価格の適正比例の確保、需要と供給の均衡関係の維持、日常生活に必要な物資の供給といった三種類の生存配慮施策、或いは、都市住民の生活物資の供給、労働者層⁽²⁵⁾

の生存確保の拡張といった二観点の生存配慮政策が実行される。⁽²⁶⁾そして、④中でも重要なのが、生活必需物資の供給である。自在空間にある個人人間は、近隣の川から水を汲み近隣の森から木を切り、生存可能の為の生活物資を所持するが、実効空間にある個人人間には、水を汲む川も木を切る森もなく、生存安定の為の本質手段を喪失する。生存責任は個人から国家に移り、水道・ガス・電気の供給、交通・通信手段の整備、健康衛生施設の管理、老齢・障害・疾病・失業の対策、住居の確保、更には教育施設や劇場の設置など、生活物資の供給は全て国家権力が行う。⁽²⁷⁾

3 結果、行政学の考察では、国家任務の変遷で確立した行政構造が検討される。つまり、⑤生存配慮任務の確立と、物資供給任務の普及と共に、行政構造に重大特徴が登場する。国家権力は、既存社会秩序の維持確保、財貨配分秩序の変更禁止という、従来の至上命題と打って変わり、不全社会秩序の完全支配、財貨配分体系への包括介入という、新たな根本原理の支配下に置かれる。「社会秩序の形成」又は「^{ゾチアーレゲシュタルトウング}社会形成」が現代行政の特徴となる。⁽²⁸⁾しかも、⑥この社会秩序の形成は、具体的社会理念の実現と、正義の社会秩序の確立を目指す。国家権力は、既存社会関係と財貨配分体系に内在する所与正義という、今迄の想定事項を放り投げて、社会的諸状況の改良、正義秩序問題の解決という、新たな基本任務の指導下に置かれる。法諸原理——平等原則や比例原則——による「正義秩序」の現実化が現代行政の職務となる。⁽²⁹⁾

4 要するに、フォルストホフの行政学は、技術化経済化による生活空間の変貌を考慮しつつ、生存配慮たる現代国家の任務と、社会形成たる現代行政の構造を把握する学問分野として登場してくる。

3 行政現実適合的な行政法学

フォルストホフの行政学、即ち「生存配慮」論は、行政法教義学に、国家と個人の関係、給付行政の法形式、行政範疇の記述に、それぞれ反映される。

1 まず、行政法教義学は、行政学の成果で、国家と個人の関係確定を究明する。つまり、第一に、①個人と国家の関係には「^{アウスグレンツンゲン}区 画」と「^{フエアビンドウンゲン}結 合」が並存する。一方で、人間各自に社会形成を放任し、個人領域を国家権力から区画して、無制限の個人領域と制限付の国家領域の対立関係を基礎とする一九世紀的思考が残存し、他方で、個人各自の社会形成を援助すべく、個人領域を国家権力に結合して、他律的な個人領域と介入的な国家領域の融合関係を基礎とする二〇世紀的思考が到来する。ここには、個人と国家の対抗関係と、個人と国家の融合関係が両立する。⁽³⁰⁾更に第二に、②国家への個人の地位には「^{フライハイト}自 由」と「^{タイルハーベ}参 与」が共存する。一つには、区画領域への国家介入を停止させ、社会のスタトゥス・クオを保障して、国家権力を防禦する法的権限を個人各自に付与する一九世紀的思考が残留し、一つには、社会形成の計画・綱領を保障して、行政給付への個人接近を確保して、国家給付へ「^{タイルハーベ}参 与」する法的権限を個人各自に授与する二〇世紀的思考が確立する。ここには、権利の自由権的理解と、権利の参与権的理解が棲息する。⁽³¹⁾

2 続き、行政法教義学は、行政学の成果で、現代行政の法諸形式を究明する。つまり、まず第一に、③行政の法形式では「侵害行政」と「給付行政」が競合する。一方で、自律社会を事前に想定し、法律留保を前提に個人領域を侵害する「法治国家」思考が存立し、他方で、対立社会を念頭に置き、侵害留保を超えて個人領域に給付する「社会国家」思考が成立する。前者では伝統的公法手段——行政行為——が選択され、後者では公法私法のどちらもが選択される。⁽³²⁾更に、④給付行政の形式でも公法手段と私法手段が並存する。高権手段で経済権力濫用を排除する「形成的介入」の選択もあれば——形成的行政行為、契約強制、カルテル排除——、非権力手段で供給事業を実行する「営利的企業」の投入もある。この給付行政には、それ固有の体系的法領域は存在しない。⁽³³⁾

3 以上で判明する行政像は、多樣的でもあり統一的でもある。つまり一つに、⑤個人の地位や行政の形式をめぐる対抗図式により、行政の概念

把握は困難となる。この背景には行政変成の未完成があるが、区画と結合、自由と参与、侵害行政と給付行政、法治国家と社会国家、これら対概念を統一的に把握する視座は存在しない。行政概念は定義されず、行政範疇のみが記述される⁽³⁴⁾。しかしながら、⑥行政官庁と行政活動が分化し錯綜するとしても、統一の行政活動は健在である。行政を代表する内閣が、国家目標へと行政を「方向づけ」、政治理念へと行政を「嚮導し」て、行政の複雑性を緩和する役割を遂行する。この「統治」の方向づけと嚮導により行政は統合される⁽³⁵⁾。

4 要するに、フォルストホフの行政法学は、行政学の成果を用いて、個人と国家の関係を自由権と参与権の二元図式で把握し、行政の法形式を侵害行政と給付行政で別個分析し、統治作用に多様な行政機関と行政活動の統一性根拠を見出す学問分野として構想されている。

4 小 括

結局のところ、フォルストホフのいう行政学の内実は大略以下の通りとなる。つまり、ナチス期に復活したこの行政学は、一見ナチス世界観の普及拡大を装いつつ、人口増大と都市拡大に伴伴する現代行政固有の問題解決の為、伝来的行政法学の補助科学たらんことを目指す。そして、生活空間の劇的変化を真剣に捉え、技術社会特有の人間疎外を解決すべく生活配慮を現代行政の核心問題に据えて、自律社会の想定を放棄して自ら社会秩序の形成に乗り出す任務を現代行政に課す。その結果、国家の生存配慮への参与で個人の地位を特徴づけ、公法私法二分論を超えた給付行政の多様な法形式を検討して、内閣の下統一性を維持しつつも体系的把握を拒否する行政範疇を記述分析する。

ところで、以上の行政学の成果に、給付行政に定位した戦後ドイツ行政法学の成功の秘訣があるとしても、これだけでは事実科学を規範科学へと応用する肝心要の基礎据えが欠如したままである。実は、戦後ドイツの脱形而上学の嵐吹き荒れる中にも、このフォルストホフ理論を定礎したの⁽³⁶⁾

は、彼の精神科学哲学に他ならない。

三 精神科学としての公法学と行政学

フォルストホフにとって、行政法と行政は精神的現実であり、故に、行政法学と行政学は精神科学である。そして、両者の協力関係を可能とするのが、「現実」と「制度」に託された精神科学哲学である。

1 精神科学としての公法学

1 そもそも、①全ての精神科学の対象は、精神の言語化である。つまり、考察されるのは精神それ自体ではなく、精神が言語の中に獲得する精神形象、精神が言語を通じ結合する精神世界、即ち「歴史的精神」である。カント指摘の如く理性と感官の寸断でなく、ハーマン、ヘルダー、ヤコブ・グリム指摘の如く精神と感官の結合により始めて、精神的世界が成立してくる。⁽³⁷⁾従って、②精神科学たる法科学の対象も、精神の言語化となる。つまり、検討されるのは法それ自体ではなく、法が言語の中に獲得する精神形象、法が言語を通じ結合する精神世界、即ち「精神の現実」である。諸々の精神にはそれに適した諸々の言語の表現形式があるが、法という精神も言語なる媒体を通じて登場してくる。⁽³⁸⁾

そして、③この法を言語化し現実化するのが、法の「^{フェアキェンドウング}告^{ゼツツク}知^{フェアキェントウング}」又は「^{ゼツツク}定^{フェアキェントウング}立^{フェアキェントウング}」である。つまり、「^{ゼツツク}言^{フェアキェントウング}渡^{フェアキェントウング}」を経由して始めて、単なる裁判官の個人的認識は言葉になり現実となり「判決」が成立し、「^{フェアキェンドウング}公^{フェアキェントウング}布^{フェアキェントウング}」と「^{ゼツツク}定^{フェアキェントウング}立^{フェアキェントウング}」を通過して始めて、単なる立法者の内部的意思は形象と拘束力を得て「法律」が成立する。「^{シュプレヒュンク}法^{フォン}の^{レヒト}語^{レヒト}り^{レヒト}」のみが「^{レヒトシュプレヒュンク}司^デ法^ゼ」であり、「^{レヒトシュプレヒュンク}定^デ立^ゼされたもの^ツ」のみが「^{デゼツツ}法律^{デゼツツ}」である。⁽³⁹⁾告知と定立を媒介とする現実という意味で、法は「現実的文化言語」と同様に「文化現象」であり「客観的文化財」である。⁽⁴⁰⁾加えて、④この法に倫理の実体と法的拘束力を付与するのも、法の「告知」又は「定立」である。つ

まり、告知と定立を経た法現実のみに、告知者の発言がもつ人格性と責任性が惹起する倫理的要素と、告知過程の背後にある始源的秩序性、この二つのモメントが付与され、告知と定立を経た法現実のみに、——人間同士の単なる諒解を目指した伝達作用に留まらぬ——必ずしも名宛人を想定しない自律的且つ対自的実存、即ち、拘束作用と妥当作用を備えた「価値それ自体」、この法現実の核心要素が付与される。この告知と定立という「構成的作用」又は「創造的行為」のみが、法思考という理念と法表現という実在を法現実にする。⁽⁴³⁾

2 以上の、法を精神的現実として統握する思考、これを別様に表現したものが、制度的法統握に他ならない。

もともと、⑤世界と世俗事物は一切が、神の「御言葉の肉化」である。⁽⁴⁴⁾つまり、前提されるのは神の意志を知る人間本性(自然、理性)ではなく、——神の似姿を付与され、キリストに救済されつつも——原罪による徹底墮落で神の御心に閉ざされた人間像(信仰)である。カトリック教義の如く神の創造と人間理性の調和でなく、ルター主義教理の如く神と人間、世界と人間の不調和により、万物は成立している。従って、⑥人間の共同体生活の外的組織も、「神の御業」である。つまり、外的組織に肉化されるのは人間本性それ自体ではなく、墮落した人間には神の律法の離反や法と人倫の峻拒なる対応が相応しい、恩寵の賜物である。自然神学や自然法学の如く「自然概念の発散」^{エマナツィオン}ではなく、啓示神学や啓示法学の如く神の恩寵の反映により始めて、法など外的組織が判明してくる。しかし、⑦この神の言葉を肉化するのは、キリスト者としての人間である。つまり、実行されるのは人間本性からの演繹ではなく、「人間秩序の現実への人間像の刻印づけ」や「法の諸秩序への人間像の現実化」であり、「時間的諸秩序への人間像の現実化」と「世界へのキリスト教の貫徹」である。人間が政治家・官僚・農民・職人・商人として神の栄誉を実現し、神の肉化に貢献して始めて、神の御業である人間生活の外的組織が具体化されてくる。⁽⁴⁷⁾

そうなれば、⑧人間生活の外的組織、特に法は、客観性と尊厳性と二重

の意味で、「制度」として了解されてくる。一つには、法と呼称されるのは、人間に直接結合する「人格主義的」又は「規範的」なるものでなく、客観的な人間的責任領域に結合する客観秩序的又は「制度的」なるものである。「団体的」制度——教会、ゲマインデ、国家——と「非人格的」制度——財産、契約、相続——の違いはあるが、この制度たる法が、外的組織としての統一的全体秩序の諸部分を編成する⁽⁴⁸⁾。もう一つには、法と呼称されるのは、合理的目的に関与する「目的的」又は「規範的」なるものでなく、全ての人間の尊厳に直接参与する「実体的」又は「制度的」なるものである。単に利益的でない尊厳的な法概念のみが「制度」の称号を獲得する⁽⁴⁹⁾。こうなれば、⑨法の現実化は、御言葉の現実化と同様の意味で、「職務」^{アムト}として了解されてくる。つまり、世界へのキリスト教の浸透、時間的諸秩序への神の意志の肉化、即ち「諸秩序と諸制度の再確立」、これがルターのキリスト者の任務と責任であるように、制度又は秩序としての法現実の確立、これもルターのキリスト者の任務と責任である。故に、決定論の見地から法制度を自然法秩序に解消し厳格遵守の対象に崇めてはならないし、人間万能の見地から法制度を実定諸規範に還元し自由操作の対象に貶めてもならない⁽⁵⁰⁾。「制^{インスティトゥーション}度」⁽⁵¹⁾とは神が人間をそこへと「設置^{インスティトゥイオー}」した「地位^{シュタトゥス}」なのである。

3 現実としての法統握、制度としての法統握は、場面を解釈方法に移すと、精神科学的方法、制度的解釈方法となつて登場する⁽⁵²⁾。

元来、⑩全ての精神科学の方法も、精神の現実化である。つまり、了解されるのは精神それ自体ではなく、言語媒体の上に化体された精神現出、言語触媒の上に実現された精神現象、即ち「歴史的精神」である。抽象精神それ自体の了解でなく、言語了解と理念把握の融合により始めて、精神的世界が了解される⁽⁵³⁾。従つて、⑪精神科学たる法科学の作業も、精神の現実化となる。つまり、了解されるのは法理念それ自体ではなく、法律公布の上に表明された法現実、判決言渡の上に表現された法現象、即ち、現実としての法である。抽象的法それ自体の了解でなく、歴史性と有効性の結

合、伝承的遺産と新規獲得物の融合により始めて、歴史的法が了解される。⁽⁵⁴⁾

そして、⑫この法を現実化し顕在化するのが、法の「^{アウスレーゲンク}解 釈」又は「^{インテルプレタチオン}釈 義」である。つまり、法告知という法の実在的側面を調査し、法思考という法の理念的側面を探究し、法制度という法の現実的側面を統握して始めて、法命題の意味が獲得される。この意味で、法解釈は、「法命題を言葉から釈義し」、「法制度の内在的意義連関から了解し」、「法命題を法秩序全体の中の法制度の場所から了解する」ことである。⁽⁵⁵⁾加えて、⑬この法解釈を理念化し定式化したのが、サヴィニーの古典的方法である。つまり、（１）立法者思考の媒介物たる「言葉」を探究する「文法的要素」、（２）法思考自体の論理的編成を探究する「論理的要素」、（３）当該法律の法規則で確定された状況を探究する「歴史的要素」、（４）法体系全体での法制度と法規則の内的連関を吟味する「体系的要素」、これら四要素全ての協働が法解釈を可能とする。⁽⁵⁶⁾文法的要素からは言葉的な釈義が、論理的要素からは意義連関の了解が、歴史的・体系的要素からは法秩序全体の了解が、それぞれ要求される。従って、⑭この法解釈を別様に表現したのが、いわゆる「制度的方法」に他ならない。つまり、神の言葉を目指し、人間の職務を捉え、秩序を全体から把握するが如く、法理念という法の超越的側面を志向し、法現出という法の実在的側面を確保し、法制度という形象的法形成体の現実的側面を捕捉して始めて、法命題の真理が獲得される。この意味で、法解釈の方法は——⁽⁵⁷⁾憲法律であれ単純法律であれ——「⁽⁵⁸⁾制度的方法」でなければならない。

従って、⑮この法解釈が科学的に遂行されるには、解釈の四要素全てが吟味されねばならない。例えば、法的「価値諸概念」の解釈では、（１）価値概念を表現する文言自体の検討、（２）抽象的な純粹価値そのものへの志向、（３）価値概念と関連する経験事実の検討——正義的衡平的思考者の共通意見と、諸先例のカズィスティッシュな集積⁽⁵⁹⁾——、（４）当該価値と別種価値の衝突と位階の調査、これらの総動員が必要である。また、⑯これ⁽⁶⁰⁾

以外の法的概念の解釈に関しても、抽象理念の価値側面の度合が異なれど、解釈の四要素全部の必要性に変化はない。つまり、技術的な経験概念の解釈でも、(1)経験概念を表現する文言自体の検討、(2)理念次元の経験概念そのものへの遡行、(3)当該概念が指示する経験関係の検討、(4)普遍効力を得た法命題の具体的確定の吟味、これらの全要素が駆使されよう。⁽⁶¹⁾ その際、⑰裁量を複数決定からの選択余地、解釈を唯一行為への義務づけであるとするれば、⁽⁶²⁾ 経験事実の吟味を概念確定の前提とする価値概念は裁量考慮の典型といえ、行為目的の前提で概念確定が完了する——決定余地の外観も目的で縮減される——経験概念は解釈作用の典型といえるが、⁽⁶³⁾ 双方含めあらゆる法的概念は「裁量概念」であり且つ「解釈概念」である。つまり、法律解釈作業での論理的要素に着目すれば当該作用は裁量作用となり、解釈の歴史学的要素に着目すると当該作用は解釈作用となる。⁽⁶⁴⁾

4 要するに、フォルストホフの法理論は、一方では法を告知と定立による法理念の現実化と把握し、他方では法を職業と任務による御言葉の肉化と把握しており、この視座から見れば、彼の解釈学方法を、法現実志向の精神科学的方法又は法制度志向の制度的解釈方法の代表格と判定する見解が、必然である。⁽⁶⁵⁾

2 法実証主義批判と目的論的方法批判

しかしながら、この現実的・制度的法統握は、歴史法学とドイツ観念論——サヴィニーとシュタール——の時代を最後に消滅してゆく。⁽⁶⁶⁾ 哲学的関心を喪失し法形而上学を放棄した哲学的真空状態から代わりに登場するのは、⁽⁶⁷⁾ 精神的現実を把握する制度的法学ではなく、単なる「規範の実定性」に執着する「法実証主義」と、単なる「社会空間の実定性」に固執する「目的論」、即ち、高が法素材の内在論理で満足する「方法論上の二つの方向」でしかない。⁽⁶⁸⁾ 法律の思考と告知、言葉と職務の有機的結合を分解し一方に還元し「法の倫理の実体」を解体する、「規範主義」と「決断主

義」の時代が到来する⁽⁶⁹⁾。

1 まず、法現実を単なる個別規範に還元する法実証主義、乃至は、事物的内容を見捨て空虚な形式に拘泥する「形式主義」—— ラーバント、ケルゼン⁽⁷⁰⁾ —— が批判される。つまり、一つには、①国家現実を抽象理念に解消し、法学任務を単なる概念定義に解消する国家理論が登場する。この実証主義により、国内法では、国家現実を国家権力の主体から分離し、内容空虚な抽象国家 —— 「単なる概念」、「国家それ自体」 —— を基礎に据える立場が呈示され⁽⁷¹⁾、国際法でも、巨大国家と極小国家の相違を見捨て、支配服従の国際関係の現実を見落とす立場が提出されるが、これを受け、経済や文化など共同体現象から分離した国家像を創出し、事物内容や善悪友敵の区別・決定能力を欠如した国家像 —— 即ち政治概念が脱落した国家像 —— を考案する⁽⁷²⁾、いわゆる実証主義の国家理論が構築される。これにより国家は脱実体化され抽象化される。また、この国家理論と平行して、②法現実を単なる実定規範に解消し、法学任務を概念操作に解消する法理論が出現する。この実証主義により、法的问题を実定法律の解釈に還元し、その他の正義問題を立法・行政の裁量に委任する見地が呈示され⁽⁷³⁾、法源問題を実定規範の存在に限定し、その他の慣習法規を法源学説から排除する立場が提出される⁽⁷⁴⁾が、これを受け、法を法律や規則など国家的法に同一視する法学説を創出し、法を定立され表現された法だけに限定する法理解を考案する⁽⁷⁵⁾、いわゆる実証主義の法理論が建設される⁽⁷⁶⁾。これにより法は脱実体化され形式化される⁽⁷⁷⁾。

2 次に、法現実を単なる「法生活の社会的実在性」に還元する目的論的方法として、イェーリング目的法学とヘック利益法学が批判されてくる⁽⁷⁸⁾。つまり、まず第一に、③法現実を単なる社会効用に解消し、法学任務を単なる利益衡量に解消するイェーリング理論が登場する。その未完の名著『法における目的』第一巻では、交換社会を正義秩序モデルと把握し、人間欲望確実化を交換本質と理解する立場が呈示され、第二巻では、この現実社会を人倫価値の源泉に指定し、社会的効用を倫理価値と同一視

する見地が開陳されるが、これを受け、法学任務を現実社会に実践的貢献を成す事業に認識し、法解釈を社会効用をめぐる「目的評価と利益衡量」⁽⁷⁹⁾を行う作業に位置づける、いわゆる目的法学の理論が構築される。これにより法は脱倫理化され合理化される⁽⁸⁰⁾。続き第二に、④この目的法学を継承して、法現実を経済利益に解消し、法学任務を唯の比較衡量に解消するヘック理論が出現する。その綱領論文「法律解釈と利益法学」と「概念形成と利益法学」では、交換社会の機能法則を探求し、その生適合性を内在理性に指名する立場が提示され、加え、この現実社会を経済的色彩一色で観察し、民俗の宗教的倫理的関連を単一化する見地が公表されるが、これを受け、法学任務を実践生活の切迫要請に対応処置を為す業務に定位し、法適用を市民的交換社会に役立つ「適切で正しい利益衡量」⁽⁸¹⁾を行う活動に位置づける、いわゆる利益法学の理論が構築される。世界観から隔離された無菌状態の技術法学の考案により、ここでも倫理的定礎は放棄され正義は無視される⁽⁸²⁾。

3 実は、⑤フォルストホフによる法実証主義批判と目的論的方法批判は、法を精神的現実と見る見地からすれば当然である。国家を歴史的世界の断片と見るスメントが、国家を事実⁽⁸³⁾に解消する实在主義的国家理論と、国家を規範に解消する理念主義的国家理論の双方を、实在＝理念の弁証法としての現実観から徹底拒否した点を想起すればよい。フォルストホフとスメントは実は隣人である⁽⁸⁴⁾。しかし、この現実観を全面的に打出せば、所与の民族国家流動化の廉で正統ナチスの異端審問を受けた統合学派と同じ憂目に遭遇しよう⁽⁸⁵⁾。けれども、⑥フォルストホフのこの躊躇で制度的方法と精神科学的方法の隣接性が見失われ、その結果、彼の諸言明はまさに四肢分裂してしまう。その具体例が、フォルストホフ法解釈方法に関する通説的理解、即ち、憲法解釈ではサヴィニー法実証主義が、行政法解釈ではヒッペル目的論的方法——行政法版ヘック——が、それぞれ採用されたとする支配的解釈、これである。ここでは、制度的法統握の挾撃に成功した法実証主義と目的法学・利益法学が、今度はフォルストホフ本土の分割

統治を開始する。しかし、この二元的理解は、彼の憲法解釈方法を法実証主義とする誤り、彼の行政法解釈方法の中心を目的論的解釈とする誤り、そして、彼の憲法解釈と行政法解釈に分裂状況を見る誤り、以上三種の欠陥⁽⁸⁶⁾を持つ謬見である。

まず一つには、⑦フォルストホフの憲法解釈方法は制度的方法以外ではない。憲法解釈でのサヴィニー古典的方法の援用は飽くまで「法学的方法への帰還」⁽⁸⁷⁾であって「法実証主義への帰還」ではない。勿論、法治国家変成を惹起する「精神科学的方法」への有名な攻撃もあるが、これは理念主義的に誤解されたスメント説への真正精神科学的対応の帰結であって、実証主義の帰結などではない⁽⁸⁸⁾。そして二つめに、⑧フォルストホフの行政法解釈方法も制度的方法に他ならない。違法行政行為の撤回の論点を典型例としたヒッペル目的論的方法の採用はヘックと共に葬った利益法学への全面改宗でなく、現代社会国家で進行する伝統的行政法構造の「^{ウムヒルドゥンク}変成」⁽⁸⁹⁾を前提としたその部分承認に過ぎない。勿論、目的論的解釈への論及集中は否定できぬが、古典的な民法方法が原則、目的論的方法が例外との図式は放棄されていない⁽⁹⁰⁾。従って三つめに、⑨フォルストホフの公法全般の解釈方法は制度的方法より他にない。法律と憲法律——^グ定^ゼ立^タれた^{モノ}もの——を取扱う科学は必然的に制度的方法の継承を選択する。当然、連邦憲法裁判所の支持を授付けた価値体系志向の「精神科学的方法」の席捲と、行政の特殊事情を口実とする法律拘束回避の目的論的解釈の浸透が受忍されるが⁽⁹¹⁾、法が精神的現実である以上、制度的な古典的方法への信頼に動揺はない。

4 要するに、フォルストホフの制度的法統握は、一方では法現実を規範へ解消する実証主義を批判し、他方では法現実を實在に解消する目的法学と利益法学を批判しており、この観点から見れば、彼の学問的人格を、法実証主義的憲法解釈方法と目的論的行政法解釈方法の分裂症と診断する見解に、根拠⁽⁹²⁾はない。

3 精神科学としての行政学

そうではなく、法規範や法事実への断片化に抗して、告知と定立で実体獲得する法現実を守り抜く、このフォルストホフ理論には、公法学を精神科学と了解する見地が前提され、この地盤の中に公法学と行政学の協力関係が埋伏していると考えなければならない。

1 そもそも、①精神科学とは、精神的現実を対象とする学問分野の総称である。つまり、精神科学は、自然科学の如く実在的存在を帰納的方法により抽象化しこれを因果関係へと結集させる学問分野でなく、また、数学の如く理念的存在を本質直観しこれを厳密体系へと構築する学問分野でもなく、むしろ、実在と理念の孤立ではない両者の弁証法的関係により編制される歴史的世界を、体験と了解の二つの態度をもって、これを体験・表現・了解の連関の中で対象化するところの、学問分野である⁽⁹³⁾。例えば、②スメントの統合理論は、この作用連関の上に国家現実を捕捉する国家理論又は憲法理論である。単なる実在や理念ではなく、国家現象の下で経験観察される実在事象と、実定憲法の下で本質直観される価値理念とを、弁証法的に統合化させ、歴史的世界の中に国家現実を浮上させ捕獲すること、即ち、体験・表現・了解の連関の中に国家現実を顕現させ獲得すること、これこそが「精神科学的方法」である⁽⁹⁴⁾。従って、③フォルストホフの公法理論も、同じく精神世界の中に法現実を捕捉する法理論に他ならない。単なる事実や規範ではなく、告知定立の下で形象付与を行う経験事実と、内部意思の中で思念思考される抽象規範とを、言語哲学を媒介に融合させ、精神的世界の中に法現実を躍動させ捕捉すること、即ち、まさに歴史的社会的現実の作用連関の中に法現実を露呈させ鹵獲すること、この制度的法統握の真意は、「精神科学的方法」に対応すると見るべきである⁽⁹⁵⁾。

2 そうなれば、④フォルストホフの行政学も、同様に精神世界の中に現実を把握する政治理論と把握されよう。彼が行政学の任務を、「行政現実の概観」や行政の「現実報告」に据えるのも、行政実務の下で形象顕現

を見る経験事実と、抽象理念の形で実行遂行される行政価値とを、弁証法的に結合させ、歴史的現実の中に「現代行政の不文の生諸法則」を浮上させ獲得するという精神科学的方法を基礎に置くからである。⁽⁹⁶⁾ 行政学は、歴史的世界の中に行政現実を見出す精神科学である。その証拠に、⑤彼が依拠するシュタインの行政学も、現実全体の中に行政を眺望する社会理論である。⁽⁹⁷⁾ つまり、国家と社会の二分論、即ち「純粹概念」たる国家と「事実的生」たる社会の二元論を前提に、人格意志から身体活動への本質現実化、いわば執行権力の理念現実化を行政活動と把握し、国家的平等と社会的不平等の弁証法的緊張緩和を行政本質と認識して、加え、この行政範疇を基礎に、行政の法的視点に拘泥する合理科学も、行政の事物的観点に執着する経験科学のどちらも退け、この理念と事物の背後に両者の有機的統一を、即ち、現実的生を支配する諸勢力と諸法則を理解する立場を選び取る。⁽⁹⁸⁾ 歴史的現実の中に行政現実を見出す「全体的国家科学」又は「国家学のパンデクテン」が、この行政学の立場である。⁽⁹⁹⁾ だからこそ、⑥シュタインの行政学は、啓蒙主義と歴史学派の仲介を図り精神科学哲学の構築を企てたディルタイにより評価され賞賛されたのである。ディルタイの着目は、シュタイン行政学が、国家組織と並ぶ団体構成を承認し、固有体系を持つ社会全体と高権支配を行う国家権力との二元対立から出発しながらも、この「社会」を共同体全体内部での継続的一般的な側面、世界史全体内部の本質的精神的な要素と理解したこと、⁽¹⁰⁰⁾ 更に、精神的世界を分解し圧縮する「法学的方法」を退け、歴史的世界を包括的に捕捉し把握する「国家学的方法」を採用したこと、⁽¹⁰¹⁾ ここにある。彼の行政学こそ、社会的歴史的現実の中に現実断片を抽出する精神科学に他ならない。

3 この精神科学哲学の視座があつてこそ、フォルストホフ行政学の中の諸々の帰結が説得力を持つ。まず、⑦彼の行政学の結晶である行政範疇は、精神科学上の範疇として登場する。つまり、実在存在と理念存在を包括する体験・表現・了解の作用連関の海に浮遊する行政現実⁽¹⁰²⁾は、「概念的定義」ではなく「範疇的記述」しか受けつけない。行政範疇の記述は、近代

から現代への過渡期の中にある行政現象特有の事態ではなく、寧ろ、行政現実という歴史世界を把握する為の本来的な事態と見るべきである。また、⑧この行政範疇の基礎となった生存配慮論は、行政法学上の正義認識を準備する。つまり、生存配慮とは、全法秩序を支える最重要部分を編成し、社会形成を担う国家行政を嚮導する、現代社会の全く新しい「正義の行為」である。⁽¹⁰³⁾生存配慮の範疇は、公法学で始めて当為存在となるのではなく、行政法学を補充する行政学の中で既に正義要請の地位を獲得済みと見るべきである。更に、⑨この生存配慮に結実した行政現実の概観が、公法学と行政学の協働を可能にする。つまり、行政現実の把握は、歴史的社会的現実の一部分として「社会の外的組織の諸科学」から「法諸科学」へ、即ち、精神科学としての行政学から精神科学としての公法学へとスムーズに移行する。⁽¹⁰⁴⁾行政科学の援用は、行政事実を検討する存在科学の行政規範を検討する規範科学への接合ではなく、寧ろ、行政現実を探究する現実科学の行政法現実を探究する現実科学への結合と見なくてはならない。

4 要するに、フォルストホフの理論は、一方では精神的現実の中で法を法現実と理解する精神科学的な公法学として登場し、他方では精神的現実の中で行政を行政現実と理解する精神科学的な行政学として出現しており、公法学と行政学の協力関係を要請する見解は、この歴史的現実という統一対象から、当然となる。

4 小 括

結局のところ、フォルストホフに内在する精神科学哲学は大略以下の通りとなる。つまり、法が精神の言語化、御言葉の肉化であり、いわば理念と実在の弁証法的現実であるとすれば、真の法学は理念主義(法実証主義)や実在主義(目的論的方法)ではなく、法を精神的現実と把握し解釈する精神科学でなければならない。公法学がこの意味で精神科学であれば、行政学も、歴史的世界としての行政現実に臨む精神科学であり、その結果、公法学への行政学の援用、或いはその逆は、現実科学たる両学問分野の本性

から必然的となる。⁽¹⁰⁵⁾

四 結 語

本稿では、行政学の積極援用という一九九〇年代わが国公法学の基本動向に触発され、公法学と行政学の協力可能性を、まずは、戦後ドイツ行政学の古典的全体像を概観し、続いて公法学、行政学両学問分野の協働可能性に若干の省察を試みた。まず、戦後行政法学の開祖フォルストホフの行政学は、伝統的行政法学の改革を目指し、現代生活の疎外状況改善を図る現代行政の現実を考究し、これを生存配慮として行政法学の再編成を企図すること、これが判明し、この行政法学と行政学の結合の前提に、法現実と行政現実と考察対象は異なれど、両学問分野が精神的現実又は歴史的世界の一端を範疇により把握する精神活動を行うこと、これが判明する。詰まるところ、精神科学哲学により初めて、公法学と行政学の協力関係は定礎可能となる訳である。

けれども、本稿の結論に対しては、二つの批判が、即ち、考察対象に関する批判と、結論それ自体に対する批判とが提出されるかもしれない。第一に想定可能であるのは、本稿の如きフォルストホフの精神科学的再解釈は、フォルストホフという克服済みの理論を、精神科学的哲学というこれまた克服済みの思弁で再構成するに過ぎず、アナクロニズムに過ぎないという主張である。第二に想定可能であるのは、本稿が示した精神科学としての公法学と行政学の協力関係は、最新の憲法学と行政法学の成果と、最新の行政学の成果とは何の関係もない、トリビアリズムに過ぎないという主張である。しかし、それにも拘わらず、公法学と行政学を精神科学的な視点で見る態度は大事である。

まず、フォルストホフも精神科学哲学も旧くて駄目だとする主張には、これらの核心目的が見えていない。フォルストホフを否定することは、行政現実の見地に眼を瞑り行政法学の体系のみに眼を配る、虚しい実証主義

を信奉することに他ならない。精神科学哲学を拒否することは、諸科学の結論のみに眼を配り全科学の体系には眼を瞑る、悪しき実用主義を信仰することに他ならない。改革を自ら唱えておきながら改革を阻止し、諸学部を従え諸科学を束ねる大学を解体する元凶が、ここにある。⁽¹⁰⁶⁾ また、公法学行政学の協力関係は現代ドイツ理論と無関係だとする主張では、政治学と公法学の最新動向が見えなくなる。一方で、一九六〇年代の政治哲学復興運動や、八〇年代の国家学行政学復興動向は、規範定立志向の政治学の一貫した潮流を成し、他方で、五〇年以後の現実定位の憲法倫理学傾向や、⁽¹⁰⁷⁾ 八〇年代以後の欧州統合も見据えた行政法総論改革も、現実把握志向の公法学の一連の潮流を成す。⁽¹⁰⁸⁾ 現実的法統握の視座を忘却すれば、最新鋭裝備を出動させる包括的な視点は、喪失される。⁽¹⁰⁹⁾

もう一度確認しよう。哲学による詳細な検討を今後に留保できるならば、本稿の結論はこうである。公法学への行政学の援用は、積極的に支持される。なぜなら、公法学も行政学も共に歴史的世界を探究する精神科学であるからである。⁽¹¹⁰⁾

- (1) 行政学援用を明言又は暗示する憲法学者の論稿の極一部を挙げれば、高橋和之『国民内閣制の理念と運用』(有斐閣、1991年)、阪本昌成「議院内閣制における執政・行政・業務」佐藤幸治他編『憲法五十年の展望 I』(有斐閣、1998年)、岡田信弘「首相の権限強化」ジュリスト1133号(1998年)、同「議院内閣制の運用」ジュリスト1177号(2000年)など。また、阿部泰隆「行政学と行政法学の対話」(1995年)同『政策法学の基本指針』(弘文堂、1996年)、大橋洋一「行政学と行政法の融合試論(序説)」(1995年)同『行政法学の構造的変革』(有斐閣、1996年)。

本稿では、行政改革など本稿の問題提起に関連する諸論稿、フォルストホフに関する先行諸業績、これら参考文献の呈示は自明のものとして極力省略してある。また、本稿と密接に関連する拙稿「政治的体験の概念と精神科学的方法(1)～(5・未完)」早稲田法学74巻2号、4号、75巻2号、4号、76巻1号(1999年～2000年)は、その連載回のみ表記する。

なお、本稿での行政学概念は、狭義の行政学と統治学の上位概念を想定している。

- (2) なお、宮澤俊義教授から樋口陽一教授に至る嫡流憲法学を克服する業績に、水波朗教授、栗城壽夫教授らの作品があるが、哲学的解釈学転用という別ルートを進む動きも近時見られる。藤井樹也『「権利」の発想転換』(成文堂、1997年)、猪股

弘貴『憲法論の再構築』（信山社、2000年）。

- (3) Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 2, 1992, S. 388-393, 419-422; ders., Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft 1803-1866, in: K. G. A. Jeserich/H. Pohl/G.-Ch. v. Unruh (Hrsg.), Detusche Verwaltungsgeschichte, Bd. II, 1983, S. 56-94. Vgl., Manfred Friedrich, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 299-319.
- (4) Stolleis, a. a. O. (Anm. 3) („Geschichte, Bd. 2“), S. 330-348, 383; ders., Verwaltungswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. III, 1984, S. 85-108, 93-95.
- (5) Michael Stolleis, Die „Wiederbelebung der Verwaltungslehre“ im Nationalsozialismus, in: ders., Recht im Umrecht, 1994, S. 171-189; ders., Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 3, 1999, S. 242-245, 370-380; Friedrich, a. a. O. (Anm. 3), S. 405-409.
- (6) Vgl., Fritz Ossenbühl, Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. V, 1985, S. 1143-1161; 手島孝『総合管理学序説』（有斐閣、1999年）。
- (7) Vgl., Wolfgang Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S. 81-120; ders., Modernisierungstendenzen in der nationalsozialistischen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: H. Rottleitner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, ARSP, Beiheft 18(1983), S. 140-151, 145-151. フォルストホフの行政学史理解も、成立→衰退→復興というシュトルアイスの理解と大差ない。Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., 1973, S. 40-58.
- (8) フォルストホフ理論全体に関する基本文献として、Ulrich Storost, Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff, 1979; ders., Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodels, in: E. V. Heyen (Hrsg.), Wissenschaft und Recht seit dem Ansien Régime, 1984, S. 173-188.
- (9) Ernst Forsthoff, Das neue Gesicht der Vewaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft, in: DR, Bd. 5(1935), S. 331-333. 331
- (10) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 9), S. 331, l. Sp. -, r. Sp.; ders., Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: DR, Bd. 5(1935), S. 398-400, 398, l. Sp.
- (11) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 9), S. 331, l. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 10), S. 398, l. Sp.
- (12) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 9), S. 331, l. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 10), S. 398, l. Sp.; ders., Der totale Staat, 2. Aufl., 1934, S. 32-34. Vgl., Stolleis, a. a. O. (Anm. 5) („Geschichte, Bd. 3“), S. 372f., 374f.; ders., a. a. O. (Anm. 5) („Wiederbelebung“), S. 175-177, 180; Friedrich, a. a. O. (Anm. 3), S. 406, 岡田正則「ナチス法治国家と社会的法治国家(4・完)」(早大院)法研論集45号(1988年)。

- (13) Vgl., Storost, a. a. O. (Anm. 8) („Verwaltungsrechtslehre“), S. 173f. 行政法学は国法学者のアジールでもあった。Lothar Becker, »Schritte auf einer abschüssigen Bahn«, 1999, S. 207-212.
- (14) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 9), S. 332, l. Sp., -r. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 10), S. 339, r. Sp. -400, l. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 12), S. 42-50. Vgl., Storost, a. a. O. (Anm. 8) („Verwaltungsrechtslehre“), S. 188.
- (15) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 10), S. 399, r. Sp. -400, r. Sp.; ders. a. a. O. (Anm. 12), S. 32-34; ders., Besprechung von Werner Weber, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, in: AöR, N. F., Bd. 34(1944), S. 204-208, 204f. この思考は、ナチス権力手段のドイツ国家のテーゼ — ドイツ版八月革命説 — 拒絶で再確認される。Forsthoff, Das Bundesverfassungsgericht und das Berufsbeamtentum, in: DVBl, 1954, S. 69-72. Vgl., Stolleis, a. a. O. (Anm. 5) („Geschichte, Bd. 3“), S. 352-354; ders., a. a. O. (Anm. 5) („Wiederbelebung“), S. 180; Storost, a. a. O. (Anm. 8) („Verwaltungsrechtslehre“), S. 173-188.
- (16) Michael Stolleis, Verwaltungsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus, in: Recht im Unrecht, 1994, S. 161f., Fn. 51; Erich Becker: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, in: VVDStRL, H. 14(1956), S. 92-135. Vgl., Ernst Rudolf Huber, Besprechung von E. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, in: ZgStW, Bd. 101(1941), S. 411f.; Arnord Köttgen, Deutsche Verwaltung, 3. Aufl., 1944, S. 171ff.; Karl Lohmann, Besprechung von E. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, in: ZAkDR, 5. Jg. (1938), S. 860. フォルストホフへのナチスの攻撃につき、Vgl., Bettina Limperg, Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: E.-W. Böckenförde(Hrsg.), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, S. 54f.; Stolleis, a. a. O. (Anm. 5) („Geschichte, Bd. 3“), S. 275, 285, 294.
- (17) Storost, a. a. O. (Anm. 8) („Verwaltungsrechtslehre“), S. 173f.
- (18) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 9), S. 331, r. Sp. -332, l. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 10), S. 398; ders., Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung (1938), in: ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 22-34, 23f.
- (19) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 9), S. 331, r. Sp. -332, l. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 10), S. 398; ders. a. a. O. (Anm. 18), S. 23f., vgl., a. a. O. (Anm. 7), S. 368f.
- (20) Ernst Forsthoff, Über Anrecht und Aufgabe der Verwaltungslehre(1958), in: ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 47-63, 55-57, 63.
- (21) Vgl., Dieter Scheidemann, Der Begriff der Daseinsvorsorge, 1991; 塩野宏「エルンスト・フォルストホフ『給付行政の法律問題』」(1960年)同『公法と私法』(有斐閣、1989年)、須貝修一「フォルストホフにおける行政学」法学論叢90巻1・

- 2・3号(1971年)、中富公一「E・フォルストホッフの憲法論の形成」法政論集95号(1983年)など。なお、術語訳は必ずしも先例訳に従わない。
- (22) 「全体国家」論で既に見られる(Forsthoff, a. a. O. (Anm. 12), S. 15, 34, 45, 47 f.)この技術化と機械化の時代というモチーフ、その背後にはフライアー社会学がある。当初控えめな論及は(Forsthoff, Führung und Planung, in: DR, Bd. 7(1937), S. 47, ders., a. a. O. (Anm. 12), S. 16)、後に明示的な論及に変わる(Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen(1958), in: ders., Rechtsstaat im Wandel. 1. Aufl., 1964, S. 111-128, 111, Fn.). Hans Freyer, Herrschaft und Planung(1933), in: ders., Herrschaft, Planung und Technik, 1988, S. 17-43; Freyer, Revolution von rechts, 1931, S. 67; ders., Theorie der gegenwärtigen Zeitalters, 1957. なお、西川洋一「Volksgeschichte und Verfassungsgeschichte」国家学会雑誌109巻9・10号(1996年)。
- (23) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 10), S. 398; ders. a. a. O. (Anm. 18), S. 24f.; ders., Grenzen des Rechts, 1941, S. 17f.; ders., a. a. O. (Anm. 22) („Kommunen“), S. 112 f.
- (24) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 10), S. 398; ders. a. a. O. (Anm. 18), S. 25-27; ders., a. a. O. (Anm. 23), S. 17f.; ders., a. a. O. (Anm. 22) („Kommunen“), S. 113. この「生存責任」は「リスク配分」とも呼ばれる。
- (25) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 18), S. 27. 周知の如く、この生存配慮は^{デュアル}点的な生存「扶助」ではない。S. 26, Fn. 6, ders., a. a. O. (Anm. 20), 43.
- (26) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 23), S. 17f.
- (27) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 18), S. 27f., 44-46; ders., a. a. O. (Anm. 22) („Kommunen“), S. 113f.; ders., a. a. O. (Anm. 7), S. 36f., 370, 411.
- (28) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 62-64, 67. Vgl., S. 6, 8. 国家と社会の二元図式という著名論点に繋がる。Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 7-10, 22ff.; ders., Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4. Aufl., 1972, S. 114-119.
- (29) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 68-72; ders., a. a. O. (Anm. 23), S. 18f.; ders., Über Gerechtigkeit, in: Deutsches Volkstum, 1934, S. 969-974, 969f., 973f.
- (30) Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 65-89, 73-75.
- (31) Ernst Forsthoff, Folgerungen(1938), in: ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, 35, 39f.; ders., a. a. O. (Anm. 30), S. 73-75; ders., a. a. O. (Anm. 7), S. 73. 187f.; ders., Subjektives öffentliches Recht, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaft, Bd. 10, 1958, S. 234-236. Vgl., ders., a. a. O. (Anm. 7), S. 185; ders. a. a. O. („Folgerungen“), S. 41f. 同門フーバーの基本権論稿もその視野にあらう。Ernst Rudolf Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, in: AöR, N. F., Bd. 23(1933), S. 1-98, 3-10, 79-83, 83-85, 92f. 菟原明『変革期の基本

- 権論』(尚学社、1991年)。Vgl., Walter Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidung, in: VVDtSRL, H. 31(1973), S. 171-265, 207-209, 252-257.
- (32) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 371f.; ders., a. a. O. (Anm. 30), S. 70.
- (33) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 64-67, 72-74, 124f., 372f.
- (34) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 30), S. 70; ders., a. a. O. (Anm. 20), S. 51-55; ders., a. a. O. (Anm. 7), S. 370f., 1. なお、統一的行政概念につき、手島孝「公法(学)における行政概念」九大法学部七〇周年記念『法と政治(下)』(九大出版会、1995年)。
- (35) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 16-18. なお、行政、統治両概念につき、塩野宏「行政概念論議に関する一考察」金子宏古稀記念『公法学の法と政策(下)』(有斐閣、2000年)。
- (36) フォルストホフ自身による行政学構想は「社会的実在化」に限定される。後期の「技術的実在化」に定位した「産業社会の国家」論、即ち、技術の自己増殖による国家の基礎浸蝕の問題は、草案のままに終わった。Ernst Forsthoff, Von der sozialen zur technischen Realisation, in: Der Staat, Bd. 9(1970), S. 145-160; ders., Der Staat der Industrie-Gesellschaft, 1971. この問題視角の相続につき、後掲注108。
- (37) Ernst Forsthoff, Recht und Sprache, 1940(Neudruck, 1964), S. 4f.
- (38) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 2, 5, 17; ders., Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhunderts, in: ZgStW, Bd. 96(1935/36), S. 49-70, 49f. 故に、法と言語の関係には、法本質と言語本質の並行性ではなく、法本質の言語本質への依存性としての把握が要請される。別言すれば、法学者の解釈学研究には、法学への文献学方法の転用ではなく、法本質把握の為の言語学参照として検討が要求される。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 1f. Vgl., Rolf Gröschner, Das Hermeneutische der juristischen Hermeneutik, in: JZ, 1982, S. 622-626, 624, r. Sp. また、拙稿「(5)」108~127頁。
- (39) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 2, 5, 17; ders., Die Verkündung und das Kirchenrecht, in: Archiv für evangelisches Kirchenrecht, Bd. 4(1941), S. 18-30; ders., Die Bindung an Gesetz und Recht, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 122-129, 123, 128. Vgl., Forsthoff, Der moderne Staat und die Tugend, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 1. Aufl., 1964, S. 15f., auch, ders., a. a. O. (Anm. 7), S. 137f. なお、大石眞「公布再考」國學院法学17巻3号(1979年)。
- (40) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 17; ders., a. a. O. (Anm. 7), S. 164, 165. 神学は聖書を「告知」し、法学は法律を「告知」する点で、両科学の類似性がある。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 4. 法学と神学の間にあるのはよく言う概念の平行関係ではない。Vgl., Albert Janssen, Historisch-Kritische Theologie und evangelisches Kirchenrecht, in: ZevKR, Bd. 26(1981), S. 1-50, 11f., 12-20, 31-34. 結果、「法神学」は法科学への蔑称(ケルゼン)でなく、尊称となる。

- (41) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 5-7; ders., a. a. O. (Anm. 30), S. 22.
- (42) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 8f.; ders., Über Maßnahmegesetze(1955), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 106-121, 109f. 法律の倫理的定礎の背後にあるのは、実質的起草者たる「大臣官僚機構」、その担い手たる「ドイツ法曹身分」——更に遡及すれば、法曹身分の教養と歴史法学的な民族代表任務——である。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 39) („Tugend“), S. 15-19; ders., a. a. O. (Anm. 15) („Berufsbeamtentum“), S. 69-72; ders., Verfassungsrechtliche Prolegomena zu Art. 33 Abs. 5. GG, in: DÖV, 1951, S. 460-462, 461, r. Sp. -l. Sp.; ders., Der Jurist in der industriellen Gesellschaft(1960), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., S. 232-242, 239-241. なお、西村稔『文士と官僚』(木鐸社、1998年)、石川健治『自由と特権の距離』(日本評論社、1999年)14頁以下、104頁以下。Vgl., Forsthoff, a. a. O. (Anm. 38), S. 53-60; ders., a. a. O. („Jurist“), S. 239f.
- (43) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 2f., 9-11; ders., a. a. O. (Anm. 42) („Maßnahmegesetz“), S. 105, 110. 慣習法も長期慣行による法確信の現実化である。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 144-146.
- (44) Ernst Forsthoff, Zur Rechtsgültigkeit der Westfälischen Ordnung für das Verfahren bei Verletzung der Amtspflichten von Geistlichen vom 1. 9. 1945, in: ZevKR, Bd. 1(1951/52), S. 287-301, 291. なお、嘗てシュミットが論及したフォルストホフ制度論草稿の同定は(Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 172.)残念ながら筆者には未完ののまま。以下差し当たり、東京神学大学神学会編『キリスト教組織神学辞典 [第六版]』(教文館、1995年)の各項目を参照。
- (45) Ernst Forsthoff, Zur Problematik der Rechtserneuerung(1947/48), in: W. Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 1962, S. 73-86, 80-83.
- (46) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 45), S. 80f.; ders., a. a. O. (Anm. 37), S. 12-14. 例えば、ブルンナー正義論(Emil Brunner, Die Gerechtigkeit, 1943.)が自然法学・自然神学として批判される。S. 79f. Vgl., Hans Ryffel; E. Brunners Buch über die Gerechtigkeit, in: ARSP, Bd. 39(1949/50), S. 259-269; Ulrich Scheuner, Zum Problem des Naturrechts nach evangelischer Auffassung(1950), in: ders., Schriften zum Staatskirchenrechts, 1973, S. 375-398.
- (47) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 44), S. 291; ders., a. a. O. (Anm. 45), S. 82f. 「神の御業」と「人間参加」なる外的組織の二重性は、「神と自然の連言」とも表現できよう。Hans Dombois, Das Problem des Naturrechts(1955), in: W. Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, 1962, S. 444-462, 451-456.
- (48) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 45), S. 83f.; ders., a. a. O. (Anm. 7), S. 165. この箇所に関連する「制度体」としての公法団体研究の存在に注意。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 28) („Körperschaft“). Vgl. Friedrich Giese, Besprechung von E. Forsthoff, Die öffentlichen Körperschaft im Bundesstaat, in: ZgStW, Bd. 93(1932), S. 345-347; 石川・前掲(注42)。

- (49) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 45), S. 84. 旧教と新教の制度理解の相違につき、Forsthoff, *Die Verträge zwischen Staat und evangelischer Kirche*, in: DRW, Bd. 4 (1939), S. 141-155, 145f.; Johannes Heckel, *Cura religionis, Jus in sacra, Jus circa Sacra*, in: *Festgabe für Ulrich Stutz*, 1938, S. 224-298.
- (50) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 45), S. 84f.; ders. a. a. O. (Anm. 7), S. 165. Vgl., Dombois, a. a. O. (Anm. 47), S. 461f.
- (51) 「神と自然の連言」、超越と此岸の融合が、制度の前所与性と操作不能性に反映される。Dombois, a. a. O. (Anm. 47), S. 459-461; ders., *Das Problem der Institutionen und die Ehe*, in: ders./F. K. Schumann (Hrsg.), *Familienrechtsreform*, 1955, S. 132-142, 134-136.
- (52) フォルストホフの法統握論と法解釈論とを切断する通説的理解を本稿は取らない。後掲注86、87参照。
- (53) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 15f.
- (54) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 11f., 15f.
- (55) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 165.
- (56) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 21f.; ders., *Zur Problematik der Verfassungsauslegung* (1961). in: ders., *Rechtsstaat im Wandel*, 2. Aufl., 1976, S. 153-174, 173; Carl Friedrich von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 206-208. サヴィニー＝フォルストホフの解釈対象四要素は、今日通例論及される、文法的、論理的・体系的、成立史的、目的論的の解釈方法四分類とは切断して見るべきだろう。Vgl., Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl., 1997, S. 90f. 理念と現実を一応区分すれば「論理的・体系的」の範疇形成は形容矛盾であり、法の倫理的基礎を前提すれば「目的論的」の範疇導入は自己矛盾である。なお、耳野健二『サヴィニーの法思考』(未来社、1998年)216～225頁。
- (57) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 125f.
- (58) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 165-167.
- (59) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 88, 93, 101. ここに、正義的衡平的思考者なるエームケ的因子が混入することに留意されたい。Horst Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* (1963). in: ders., *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, S. 329-371, 345.
- (60) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 87-89, vgl., 17f. 第二要素の純粹価値と第四要素の具体価値の相違に注意。純粹価値と経験概念との「恒常的な弁証法的関連」で具体価値が生ずる。Ebenda, S. 87, Fn. 1, vgl., 71f. ここに、いわゆる価値秩序説とフォルストホフの和解可能性がある。実質的価値倫理学(シェーラー、ハルトマン)への彼の賛同(Forsthoff, a. a. O. (Anm. 23), S. 6, 15; ders., *Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft* (1968), in: ders., *Rechtsstaat im Wandel*, 2. Aufl., 1976, S. 188-201, 195. また後掲注88)、彼の新カント派哲学の拒否——通説理解の期待に反して、継承すべきはカント精神であり新カント派では

- ないと宣言した — (Forsthoff, a. a. O. (Anm. 23), S. 5-7, 23.)、更に、デューリヒ — 価値秩序に基づく間接効力説論者 — のフォルストホフ制度的方法採用 (Günter Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes und Generallermächtigung zu Allgemeinpolizeirecht, in: ders., Gesammelte Schriften, 1984, S. 74-102, 84, Fn. 32.) がその傍証。なお付言すれば、ここでフォルストホフは、己の主眼は具体価値で、憲法解釈方法論の批判対象は抽象価値にあるのだと (Vgl., Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes (1959), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., S. 130-152)、自分に向けられた憲法学方法与行政法学方法の矛盾疑惑を弁明する。弁明は成功するも、スメント批判にはその価値論を純粹価値論と誤解した欠陥がある。後掲注84参照。関連して、私法規範を例に比較衡量による抽象価値の具体化を分析する、松原光宏「私人間効力論再考(1)(2・完)」法学新報106巻3・4号、11・12号(2000年)も見よ。
- (61) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 85f., 87f. このサヴィニー方法は憲法解釈でも実行される。例えば、「直接的ライヒ監督制度」の是非問題では(Ernst Forsthoff, Die unmittelbare Reichsaufsicht, in: AöR, N. F., Bd. 19(1930), S. 61-82.)、(1)ワイマール憲法一四条と一五条の文言確保(S. 66f.)、(2)ライヒ監督概念の理念的確定(S. 67-71, 71-73)、(3)憲法制定会議での一五条関連資料の検討(S. 73-80)、(4)政治秩序の基盤たる憲法体系の吟味(S. 67, 80-82)、これら四要素の全投入がある。なお、渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話(1)」国家学会雑誌103巻1・2号(1990年)34~38頁。
- (62) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 84, 86.
- (63) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 86, 88.
- (64) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 92f. Vgl., Jan Schapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, 1983, S. 60-97.
- (65) 悟性的思考者には法現実と法制度は見えない。Vgl., Bernd Rüthers, „Institutionelles Rechtsdenken“ im Wandel der Verfassungsepochen, 1970; Oliver Lepsius, Die gegensatzauhebende Begriffsbildung, 1994, S. 219-253.
- (66) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 164; ders., a. a. O. (Anm. 37), S. 3; ders., a. a. O. (Anm. 38), S. 53f., 61.
- (67) Ernst Forsthoff, Vom Zweck im Recht, in: ZAKDR, 4. Jg. (1937), S. 174-177, 175, I. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 37), S. 3f.; ders., a. a. O. (Anm. 12), S. 12; ders., a. a. O. (Anm. 29), S. 970f. フォルストホフが法哲学と法形而上学の不足を嘆くのも、当時の哲学最新状況への精通に由来しよう。なお、角松生史「『現存在』への『事前の配慮』」金子宏古稀記念『公法学の法と政策(下)』(有斐閣、2000年)。
- (68) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 67), S. 175, I. Sp.
- (69) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 37), S. 9f.; ders., a. a. O. (Anm. 39) („Bindung“), S. 124.
- (70) Ernst Forsthoff, Der Formalismus im öffentlichen Recht, in: DR, 4. Jg.

- (1934), S. 347-349. 尤も、ワイマール期の代表的法実証主義者アンシュッツは、法現実の歴史的探求者である。Forsthoff, Gerhard Anschütz, in: Der Staat, Bd. 6(1967), S. 139-150, bes., 143-145. Vgl., Friedrich, a. a. O. (Anm. 3), S. 337-339.
- (71) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 12), S. 12-16.
- (72) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 70), S. 348, I. Sp.
- (73) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 12), S. 13, 21, 42f., vgl., ders., a. a. O. (Anm. 23), S. 7-9; ders., a. a. O. (Anm. 29), S. 974; ders., Besprechung von C. Schmitt, Der Leviathan, in: Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie, Bd. 7(1941), S. 206-214.
- (74) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 69.
- (75) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 144,
- (76) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 164; ders. a. a. O. (Anm. 70), S. 348, I. Sp.
- (77) なお、由来は異なれど、自然法理論も法実証主義の如く理念の概念化として非難される。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 45), S. 77-80.
- (78) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 67), S. 175, r. Sp. 目的論的方法是「理論的利益を充足できぬ」。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 61), S. 65. Vgl., Karl Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., 1935, S. 20-25; ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 43-58.
- (79) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 67), S. 176, I. Sp. -, r. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 29), S. 973f. Vgl., Rudolph von Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 1877, Bd. 2, 1884(8. Aufl., 1923).
- (80) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 67), S. 176, r. Sp. 尤も、一九世紀の社会現実内部に滞留する限りこの法の脱倫理化と合理化には何ら問題はない。S. 176, r. Sp. -177.
- (81) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 38), S. 62f., 65-70; ders., Besprechung von Phillip Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, 1937, in: ZgStW, Bd. 97(1936/37), S. 371f. Vgl., ders., a. a. O. (Anm. 30), S. 12f. Vgl., Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP, Bd. 112(1914); ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.
- (82) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 38), S. 66-68.
- (83) ここに — カトリックと福音主義の相違あれど — 「規範主義」でも「決断主義」でもない「具体的法秩序」という著名なモチーフが⁶(Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934(Neudruck, 1993).)ある。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 70), S. 349; ders., a. a. O. (Anm. 37), S. 29; ders., a. a. O. (Anm. 7), S. 165, Fn. 1; ders., Besprechung von C. Schmitt, Politische Theologie, 2. Aufl., in: DJZ, 1934, S. 1037. また、周知の如くこの行く手に、実証主義と目的論的方法を定礎する一九世紀市民社会批判がある。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 12), S. 17-22; ders., a. a. O. (Anm. 70), S. 347, I. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 38), S. 69f.; ders., a. a. O. (Anm. 67), S. 176, I. Sp.

- (84) Alexander Hollerbach, *Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung*, in: AöR, Bd. 85 (1960), S. 241-270, 256f. この解釈は、ディルタイ系統の文化哲学者フライアーにフォルストホフが依拠した点を想起すれば(前掲注22)、決して不自然でない。Vgl., Hans Freyer, *Theorie des objektiven Geistes*, 3. Aufl., 1932. だが、ドイツキリスト者フォルストホフと告白教会のコメントとの間には無限の距離がある。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 44), S. 291-299. 拙稿「(1)」330-339頁。
- (85) Ernst Rudolf Huber, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, 1935, S. 27; Reinhard Höhn, *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, 1935, S. 47f. 尤も、血と地の民族共同体のみはこれを「自然事実」とする正統派に倣う。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 12), S. 44.
- (86) Hollerbach, a. a. O. (Anm. 84), 256f.; Themistokles Tsatsos, *Zur Problematik des Rechtspositivismus*, 1964, S. 25-27; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Methoden der Verfassungsinterpretation* (1976), in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl., 1992, S. 56-61; Strost, a. a. O. (Anm. 8) („Verwaltungsrechtslehre“), S. 182f. なお、阿部照哉「憲法解釈についての一考察」(1964年)同『基本的人権の法理』(有斐閣、1975年)208頁、渡辺・前掲(注61)28-34頁。Vgl., Ernst von Hippel, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 2. Aufl., 1960, bes., S. 55-68. 尤も、フォルストホフのいうヒッペル方法論が本当に合理主義的実在主義かは疑問の余地あり。von Hippel, *Zur Überwindung des Naturalismus in Recht und Politik*, in: J. Esser/H. Thieme (Hrsg.), *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, 1967, S. 245-262.
- (87) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 56), S. 174, 170f. この通説は、彼の方法を政治的要素完全排除の方法とも非難するも(Z. B., Fritz Ossenbühl, *Probleme und Wege der Verfassungsauslegung*, in: DÖV. 1965, S. 649-661, 654, 1. Sp.; Dieter Grimm, *Recht und Politik*, in: JuS, 1969, 501-510, 508, 1. Sp.)、法制度自体が内容豊かな精神現実である旨忘却する。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 167. わが国でもフォルストホフ門下高田敏・室井力両教授の証言に定礎され一見磐石なこの通説も(「エルンスト・フォルストホフ教授の逝去を悼む」公法研究37号(1975年); Storost, a. a. O. (Anm. 8) („Verwaltungsrechtslehre“), S. 81, Fn. 90.)、実は支持者少ないサヴィニー＝法実証主義者説を頼みとする。なお、笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法』(東大出版会、1978年)252-282頁。Vgl., Carl Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943/44), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 386-429, 408-420.
- (88) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 60) („Umbildung“), 132-143; ders., a. a. O. (Anm. 56), S. 172f. フォルストホフのコメント批判は、その価値体系を現実価値でなく抽象価値と誤解したことから現出する。だが、法実証主義への帰還は「ここ数十年の精神科学的諸研究の諸洞察を否定することと同じである」。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 164f.

- (89) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 160f.; ders., a. a. O. (Anm. 60) („Umbildung“), S. 144; ders., a. a. O. (Anm. 30), 70f. 憲法構造の変成は否定されるが、行政法構造の変成は受忍される点に留意されたい。Forsthoff, a. a. O. (Anm. 60) („Umbildung“), 145f.; Storost, a. a. O. (Anm. 8) („Verwaltungsrechtslehre“), S. 177f. 後掲注92参照。
- (90) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 158f., 161, 165f.
- (91) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 60) („Umbildung“), S. 144, 151; ders., a. a. O. (Anm. 36) („Industrie-gesellschaft“), S. 147-157.
- (92) 因みに、法治国家原理、法治行政原理へのフォルストホフの帰依は動揺したことはあっても、消滅したことはない。Ernst Forsthoff, *res sacrae*, in: AöR, N. F., Bd. 31 (1940), S. 209-265, 228-230, 253. 「精神科学的方法」の流行、「目的論的解釈」の隆盛、「措置法律」の普及は、法律の合理化過程——倫理実体の解消、法曹身分の解体——という世界の宿命に付随する現象である。Vgl., Forsthoff, a. a. O. (Anm. 42) („Masnahmegesetz“), S. 106f., 110-113. フォルストホフの背後にウェーバーを見るホラーバッハの指摘(新カント派フォルストホフ! (前掲注60))は全く違う意味で正しい。Hollerbach, a. a. O. (Anm. 84), S. 268-270. Vgl., Reinhard Mehring, *Carl Schmitt zur Einföhlung*, 1992, S. 13-30.
- (93) Wilhelm Dilthey, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. VII, 1926, 8. Aufl., 1992, S. 77-188, 117-119, 141-145, 153-160, 拙稿「(3)~(5)」, 特に「(5)」127~135頁。
- (94) Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., 1994, S. 119-276, 126, 136-139, 155, 160, 171, 188f.
- (95) Hollerbach, a. a. O. (Anm. 84), S. 261f. Vgl., Erich Rothacker, *Die dogmatische Denkform in der Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, 1954, S. 5-10; Otto Friedrich Bollnow, *Die Methode der Geisteswissenschaften* (1950), in: ders., *Studien zur Hermeneutik*, Bd. 1, 1982, S. 114-138, 129-138.
- (96) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 9), S. 332, 1. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 10), 398, 1. Sp.; ders., a. a. O. (Anm. 20), S. 55.
- (97) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 18), S. 23, 33; ders., *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, 1954, S. 18f.; ders., *Einföhrung*, in: L. von Stein, *Gesellschaft, Staat, Recht*, 1972, S. 7-20.
- (98) Franz Mayer, *Die Verwaltungslehre des Lorenz von Stein. Verwaltungslehre heute*, in: R. Schnur (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, 1978, S. 435-450, 435-437, 439f., 442f., 444f., 449f.; Klaus Hartmann, *Reiner Begriff und tätiges Leben*, in: R. Schnur (Hrsg.), a. a. O., S. 65-95, 67-69, 72-74; 瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制』(ミネルヴァ書房、1999年)46~53頁。Vgl., Ernst Rudolf Huber, *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Sozialwis-*

- senschaften, in: ders., Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 127-143; Ernst Wolfgang Böckenförde, Gesetz und Gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 148-158.
- Vgl., Lorenz von Stein, Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht (1865), 2. Aufl., 1958.
- (99) Stolleis, a. a. O. (Anm. 3) („Verwaltungslehre“), S. 91f.; ders., a. a. O. (Anm. 3) („Geschichte, Bd. 2“) S. 390-393.
- (100) Wilhelm Dilthey, Einleitung in die Geisteswissenschaften, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. I, 1921, 9. Aufl., 1990, S. 82-86, bes., 85f., 拙稿「(3)」488-489頁注25、四九二頁注35。Vgl., Hans Freyer, Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft, 1930 (Neudruck, 1964); ders., Einleitung in die Soziologie, 1932, S. 69-74. なお、ハルトマン哲学による行政学の定礎の試みにも注意。Vgl., Walter Taeuber, Verwaltungswissenschaft, Verwaltungsrecht, Heeresverwaltung, in: ZgStW, Bd. 102 (1942), S. 338-377, 365-368.
- (101) Mayer, a. a. O. (Anm. 98), S. 442. Vgl., Dilthey, a. a. O. (Anm. 100), S. 21, 54, 59f.; 拙稿「(3)」473-475頁。
- (102) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 7), S. 1. この意味で、行政概念積極説は修正実証主義である。なお、拙稿「(3)」475-476頁、「(4)」264-266頁。
- (103) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 23), S. 18f.; ders., a. a. O. (Anm. 39) („Tugend“), S. 25f.
- (104) Dilthey, a. a. O. (Anm. 100), S. 38f., 87, 拙稿「(3)」463-480頁。
- (105) 公法学は憲法理論と行政科学で補強される。拙稿「ドイツにおける憲法理論の概念」早稲田法学会誌47巻(1997年)298頁注42。
- (106) フォルストホフも伝統的大学観の信奉者である。「我々の諸大学は精神的普遍性から形成される」。Ernst Forsthoff, Besprechung von Otto Naß, Verwaltungsreform durch Erneuerung der Verwaltungswissenschaft, in: AöR, Bd. 77 (1951/52), S. 507-510, 509. 諸科学の総合、精神科学と自然科学の総合は、大学存立の上にある。
- (107) Wilhelm Hennis, Politik und praktische Philosophie (1963), in: ders., Politikwissenschaft und politisches Denken, 2000, S. 1-126; Kurt Sontheimer, Politische Wissenschaft und Staatsrechtslehre, 1963; Dieter Oberndörfer, Politik als Praktische Wissenschaft, in: ders. (Hrsg.), Wissenschaftliche Politik, 1962, S. 9-58. また、高橋広次「プラクシスへの問いの閉塞」南山法学16巻3・4号(1993年)、同「プラクシスへの問いの回復」法政研究59巻3・4号(同年)。
- (108) Joachim Jens Hesse, Aufgaben einer Staatslehre heute, in: Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd. 1 (1987), S. 55-87; Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse, Einführung, in: dies. (Hrsg.), Staatswissenschaften, 1990, S. 5-10; Gunnar Falke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000. 後期フォルス

トホフの問題視角——「産業社会の国家」——は(前掲注36)ここへ継受される。
Thomas Vesting, Politische Einheitsbildung und technische Realisation, 1990, S. 9-21.

- (109) Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung (1959), in: ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 3-18; Peter Häberle, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, 1981; Walter Schmitt Glaeser, Ethik und Wirklichkeitsbezug des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1999. 日比野勤「国家の『中立化』と自由な国家」『法学協会百周年記念論文集』1 卷(有斐閣、1983年)、同「国家における自己正当化と市民宗教」芦部信喜古稀記念『現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣、1993年)。
- (110) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982; ders., Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 513-527, ders., Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998. Vgl., ders., Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und Historismus, 1967, S. 13-31, 199-204, bes., 20-27; ders., Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, in: JZ, 1995, S. 2-10.
- (111) Rudolf Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., 1994, S. 89-118, 108; ders., Das Problem der Presse in der heutigen geistigen Lage (1946), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 380-390, 384; Wilhelm Henke, Sozialtechnologie und Rechtswissenschaft, in: Der Staat, Bd. 8 (1969), S. 1-17; ders., Recht und Staat, 1988, bes., S. 51-63; Rolf Gröschner, Dialogik und Jurisprudenz, 1982.

(完)

(2001年 5 月 7 日脱稿)