

《論文》

憲法具体化と行政法

— フリッツ・ヴェルナー行政法学と技術社会 —

三宅 雄彦

一 序 論

周知の通り、法科大学院時代の現在では、憲法学と行政法学の間に密接な協力関係があることが、教育上の必要のみならず、理論上の必然としても再認識されて、行政法学の中で公法原理があれ程まで嫌悪されたにも拘らず⁽¹⁾、公法学の枠組みの重要性が強調されている。その時必ず持出されるのが、「具体化された憲法としての行政法」なる、使い古され、最早陳腐と思えなくもない、スローガンである⁽²⁾。だが、教科書にも現れるこの概念がドイツ公法学由来の概念であり、フリッツ・ヴェルナー⁽³⁾なる法律家がこの概念を最初に持出したこと、これを気に留める人は今ではドイツ本国でさえ珍しい。それに加え、そのヴェルナー本人が一体どんな人物であったかについて、或いは、その彼自身がこの概念で一体何を主張しようとしていたかについて、注意を振向ける人もヨリ一層稀になっている、と言わざるを得ない。その一方、この概念を取り囲む公法学、とりわけその方法論を巡る問題状況が、民営化の進展や国際化の進行などで一変したとすれば⁽⁴⁾、「具体化された憲法としての行政法」なるフレーズが持ちうる意味、そしてその評価も、変遷してしまったと想定するのが自然であろう。

本稿の目的は、「具体化された憲法としての行政法」の検討である⁽⁵⁾。つまり一つには、この概念が現在の行政法学において持ちうる意味、もう一つには、この概念が本来持っていた意味、これらを解明する。具体的に言えば、本稿はドイツの

議論を用いて以下の論理を辿ろう。第1に、1990年代以降の行政法総論改革の試みを通過した後の行政法学、特にその方法論議からヴェルナー・テーゼの意味を見る。その素材として、クリストフ・メラースの諸論稿を利用してみたい。現在の改革指向の主流派行政法学を率いるのは、ハイデルベルクのE・シュミット＝アスマンと、ハンブルクのW・ホフマン＝リームだろうが⁽⁶⁾、だとすれば、前者の下で教授資格を取得し、後者の門下（例えばブムケ）と積極的に連携する⁽⁷⁾、目下注目的のベルリン＝フンボルト大のメラースをもって学界を代表させて問題はなかろう。因みに、このメラースは最近までゲッティンゲンに在籍したのだが、そのゲッティンゲンに半世紀前に所属したのがヴェルナーであった。第2に、このヴェルナーによる「憲法の具体化法としての行政法」テーゼが本来所持した意味を、彼の学説の文脈を踏まえて吟味する。

二 行政法学の方法論議

1 行政法改革の諸論点

さて、そのメラースによると、国家理論上の重要な議論の中でも、1990年代において最も影響を持ち最も関心を引いたものとは、憲法ではなくて行政法において展開されたものであった、という。つまり、おそらく技術化や国際化＝欧州化のことを念頭に置いて、そうした現事実への感受性を高めるべく、立法を通じた形象化に取組む必要性が、憲法以上に行政法において、差迫ってきている。だが、現代行政法は法治国家パラダイムで

正しく記述されるのか、この問題提起こそが、いわゆる行政法総論改革の問いなのである。即ち、行政とは、一方的高権的に行動するもの、ヒエラルヒー的組織構造を持つものと想定して、ここから行政主体の法律拘束や裁判による権利保護を中心に据えるのが、古典的な思考であるが、これは、余りに官憲的で、ワンレアレディッシュ反事実的な発想と断言せざるを得ない。そうではなくて、行政法がリアリテーツベツツーフ実在性に関連することを直視した上で、例えば、警察、建築、地方自治など従来の特定の素材のみならず、公法と私法の関連性、組織法問題の重要性、行政による情報処理にも視座を拡張し、行政エントシャイドクングスフインドクング決 定の問題へと乗出すべきだと言うのだ⁽⁸⁾。

この種の法教義学上の議論につきメラースは幾つか紹介しているが、彼の簡略な説明にシュミット＝アスマンの概説を加え、見てみよう。例えば、行政組織の革新に必要なその正統化原理についてはどうか。古典的図式では、ヒエラルヒー構造を持つ省庁行政を理念系として、即ち、行政領域が法的帰責の連関を通じ一つの連関構造に束ねられ、その中心点が選挙で構成される議会に占められることを前提として、国民が議会を通じ国家権力の行使に影響を及ぼし、逆に権力行使が国民意志に還元されるという、デモクラティッシュ レギティマチオン民主的正統化の思考が採られてきた⁽⁹⁾。だが、国民主権を定める基本法20条2項との関係を留保したまま、行政正統化の別のモデルの妥当性が問われている。それは二つある。一つは、特定領域の人々から構成される自治体や大学等においては、国民全体による民主的正統化のみならず、必ずしも実定憲法典には規定されぬが、当事者＝特殊利益による自律的アウトノメ レギティマチオン正統化が必要である⁽¹⁰⁾。もう一つは、法律上行政に課された任務を、活動単位の多元化や活動型式の体系化など、制御資源の多様化により、実効的に充足すること、つまり、行政活動の任 務 適 切 性による正統化も併せて要求されている⁽¹¹⁾。

或いは、行政の実効化要求に接する法治国家原理についてはどうか。伝統的発想によれば、法律、つまり憲法上規定される特定の形式と手続において成立する議会の決定に、特別の地位が与えられ

ている。だが、行政法改革の時代に相応しいのは、社会関係の法化と国民の信頼保護に邁進する、旧来の形式的な思考ではなくて、国家任務の合目的で実効的・効率的な実現を重視する、動態的な思考である。或いは、法治国家に関連する憲法上の個別諸規定を援用するのみで、法治国家原理には宣言の意味しか認めぬ足し算的な了解ではなくて、概念を通じて体系を生出し、しかも発展に対しオープンである様な、法治国家原理の統合的な了解の方が大事となった、と言うのである。権力分立原理を例に取れば、それは力の緩和を目指すのではなくて、その機能を最大限発揮する機関の正しい組合せを目指すことになる⁽¹²⁾。その際に、実効的な権利保護に顕著だが、この動態的な思考方法が従来の自己言及的な構造を放棄していると、メラースは注意を促す。つまり、実効性の追求は、規範性という内在的な枠組みを超え出て、形式化が齎す筈の規範的な輪郭を消去してしまうのではないかと⁽¹³⁾。

さて、正統化原理といい法治国原理といい、高権的形式的理解から、多元的実質的理解へと、行政法学の重点が移動しつつあるとすれば、それらは、現実をどう知覚するか問い、及び、公法学の学際性をどう実現するか問いに、悉く至る筈であろうと、メラースは言う。つまり、法律執行の実際に関する経験的な社会調査が必要となるし、法が持つ規律能力につき理論的な認識も要るだろうし、組織社会学の研究成果の参照も有用だろうし、そうだとすれば、フェアワルトクングスレヒツヴィッセンシャフト アルス シュトイエルンクスヴィッセンシャフト行政法科学を制御科学として起動すること、即ち、行政科学における制御類型を行政法へと引継いで、且つ、行政法上の制度をより包括的に法事実として探究する、そうした学際的なプロジェクトで対応することが、不可欠となる筈だ、と言うのである⁽¹⁴⁾。制御科学がキーワードとなる⁽¹⁵⁾。行政組織の現実の中で指示命令が重要でないことが判明するならば、民主的正統化という古典的モデルが別のモデルに道を譲るだろうし、法律執行の現実の中で法律命令が迂回措置なく実行不能であるなら、禁止と許可から成る法治国家の図式がフィクションになってしまう。即ち、

法教義学上、エフマング デス エッフエントリッヒェス レヒツ公法はオープンなものにならない⁽¹⁶⁾。

2 方法論的視座の待望

ところで、行政法学が、事実調査の点からも、学際研究の点からも、開かれたものになるべきとしても、それは、行政法の実在関連性を高めつつも、その方法上のインテグリティ統合性を維持するものでなければならぬ⁽¹⁷⁾。即ち、行政法科学が、科学の要求を満たす教義学的学問分野として、社会的な諸変化を正確に知覚することができて、しかもそれでいて、その諸変化の取扱いを、行政法科学固有の方法からみても、適切で問題なきようにする、それにはどうすればよいか、との問いである⁽¹⁸⁾。だが、メラースの言う科学の要求とは、我々が科学一般に想定する真理要求ではなく、経験志向のプラグマティックなものに過ぎない。即ち、今の科学理論では、科学とは規範的な論証を行うものでなく、実務に向けて制度的な提案を行うものとして、把握されているのだ。勿論、仮説形成の正しさを反省しこれを規範的に操作する科学論がなくなる訳ではないが、これは特殊自然科学的問題に限定されよう。科学理論は、制度を比較し経験に取り組む科学社会学として登場する⁽¹⁹⁾。尤も、その公法学の科学理論には、ここでは深入りはやめておこう。では彼は、現在の議論状況をどう分析するか。それは悲観的である。

第1にメラースが指摘するのは、改革論の科学としての性質である。つまり、科学のプロジェクトとしての行政法改革という考え方には、実定法を越えた規範的言明を下すとともに、公法上の制度を評価する独自の基準を持つ、そのような進歩的な科学観が背後に存在するが、そもそも改革や革新や現代化、それら概念に反省がなされていない⁽²⁰⁾。1つに、改革が、法政策の関心から法科学の構想に変化するとして、その変化は、科学的動機と政策的動機の、一体どちらによるものか。改革なる法政策の問いが、行政法科学の対象ではないと言いたげだ。2つに、未来を志向する改革が過去を志向する法科学で扱えるのか。元々、改革も革新も未来を志向する動的な言説であると言

えるが、けれども、過去の妥当根拠を未来の出来事から切離して、未来から切断されたこの過去に特権を付与することが、又は、未来の特定の形式を予め排除することが、規範や法が持つ本来の機能なのである。例えば、新しい活動形式の説を導入するべきか、との問いについて、法は過去に照らして活動形式の蓄積を測る以上、法の未来志向性を根拠にして、この問いに答えることは許されぬと、メラースは言う⁽²¹⁾。

第2に、行政法科学の歴史哲学的傾向についても、論及がなされる。即ち、上記に拘らず、法科学が法政策を担うことができるとしても、法政策を判断する評価基準は限定的にしか展開されずに、在るのは、特定の発展方向を必然的と見なしこれを正統化するアルグメントアチオンスデヒューケン論証技術である。例えば、過去にあった状態が「官憲国家」などと定式化されること、行政法上の発展を「…から…への図式」フエアヴァルトクンクスモデルニジールンクで運命論的に呈示すること、「行政現代化」を行政法科学の主要対象へと高めること、等である。国家の「ウムブルッフ変革」や「クリーゼ危機」や「エンデ終焉」やらも兎角主張されるし、これは、具体的な制度を吟味するものでなく、寧ろ検討されるのは、高権的活動の複合的全体、即ち行政や社会や国家の全体なのである⁽²²⁾。けれども、1つに、その複合性は、歴史学的な経過の流れの正しい表現と言うより、その観察者の唯の関数であると、いえなくもない。解釈枠組の説得力は、言明でなく、その伝統に負う点が大きいのだ⁽²³⁾。もう1つに、こうした論証技術は、具体的な制度の是非を判定する評価枠組を提供するとしても、その評価を定礎する理論の姿はない。科学的評価基準がなければ、歴史目的論的な範疇しか残る筈がない⁽²⁴⁾。

法科学を検討するに行政法学の貢献に必ずしも科学的裏づけがない、及び、行政法学の概念は歴史哲学的な発展傾向を論証するに留まる、この二点へのメラースの指摘は、更に体系的に再構成されるはするが⁽²⁵⁾、畢竟その要点は、行政法学における科学性の欠如の指摘に存在する。例えば、分析的記述枠組みを設定するときの概念形成の作業につき、彼は言う。確かに行政法上の論議ではインフォルマリテート非公式性、コオベラチオン協働、インフォルマチオン情報、フエアントヴォルトונク責任など、

新しい概念が重要である。これはシュルツセルベグリップフェキ一概念等とも呼ばれるが⁽²⁶⁾、こうした概念は概念として、即ち敷衍を要する一理論の要素として、真剣に扱われることは稀で、ただ設定され場合分けされるに留まる⁽²⁷⁾。例えばインフォーマルな行政活動。一つ、元々法外的であるものは、法学が扱えばその本質が失われ、本質を維持すれば法学が扱えない。この法学に必然的な困難さが反省されることは稀である⁽²⁸⁾。もう一つ、法形式の視座を捨てればそれは法拘束の課題も放棄することになる。現実的な問いをフィルター抜きで法教義学に持ち込むべきなのか⁽²⁹⁾。要は、概念構成は事件のアップレンツィールンクスクリテリーエン境界づけ基準が精緻化され実務に便利だが、その概念に理論的な定礎が欠如しているのだ。概念は理論ではない⁽³⁰⁾。

3 比較行政法学の構想

では、行政法改革により各種行政手法が開発されて、行政法科学が開かれたものになるべきだとしても、規範的な法科学は元々改革と整合的でなく、概念が余りに概括的故に歴史哲学的傾きを持つこと、こうした難点の下で、行政法科学は如何なる構想を持つべきなのか。メラースの出す答えは、実務志向で非学際的なフェアグライヒエンデフェアワルトトックスレヒツヴィッセンシャフト比較行政法科学である。第1に行政法科学は、教義学である前に、実務に関連するべきだ。つまり、実定法を基礎に規範的な制度や意義連関を展開することが教義学であり、その体系的位置を顧慮せず具体的な個別問題を処理することが実践的だとすれば、この行政法科学が実行すべきなのは、細分化した知識を用意し、問題を具体的に記述し、実践的にも実行可能な提案を呈示すること、或いは、手続経過の精緻な知識を得て、又、制度化された正当性連関の正確な了解を得ること、これである⁽³¹⁾。しかも第2に、問題の具格的な布置状況の把握は、インターディツィプリネーア科学横断的でなく、一つの科学の中で、了解されねばならない。他の学問領域に依拠すれば、回答は安定するどころか不安定となる。隣接科学は新しい問いを提出するが、その答えは行政法科学自身が取組まねばならぬ⁽³²⁾。

以上の行政法学の資本を活用し、それでいて個別問題から脱出そうとするならば、それは比較行政法学という手法へと至ることになる。つまり、行政法の個別問題の文脈コンテクストを行政法諸科学のテーマに据えて、その文脈の中で認識される個別問題を比較連関フェアグライヒツツザメンハンクに据えることである。こうして初めて、一般的に科学的に記述するという要求を打ち出し、且つ、特殊的で具体的に実践的な問題把握を呈示することができる。コンテクスト形成と比較の観点こそが、実践と概念の分裂を阻止し、問題との関連を規範的文脈の内部で維持することを可能にするのだ⁽³³⁾。この比較という手法は、比較文学、比較歴史学、比較言語学等々の、各種精神諸科学の中心的な方法モデルとして位置づけられてきたが、構造的に同じ問題が機能的に等価に解決されるのであればどこでも、この比較は可能である筈だと確信が、このメラースの背後にある。つまり、行政法科学で言えば、行政法上の問題解決の様々な形式を、或る特定の文脈に据え置き、この文脈の上でこの諸形式を比較する。比較法のみならず、過去の諸々の解決策、プロブレムレーズングスアンゲホーテン諸々の布置状況、コンステラチオーネン諸々の利益構造の比較を含むが、近時の論議は大部分これで再構成できる⁽³⁴⁾。

メラースが論じる比較行政法科学の手法を、幾つか例示してみよう。一つは正に比較法。他の法体制を通じて制度の構造的な文脈を調べる。他の法状態をただ記述するだけで比較法に値する有益な認識はなく、別の法秩序の要素の導入には文化の連関などを考慮に入れるべきだ。各国法秩序が欧州化するにつれ、本当の比較が可能となりつつある⁽³⁵⁾。更には政治的比較。つまり、様々な規律形式の背後に潜む利益構造、立法資料に文書化された布置状況を調査するなら、新しい行政法の制度が、腹案を前提に、諸利益の対立を解消するものと理解できる。そうした諸利益を知ればこそ規律の本当の意味が分かるというのだ⁽³⁶⁾。そして体系的比較。法秩序を代表するものだと理解すべきなのは、その法秩序のどの部分なのか、この問いから行政法の体系化を行う。即ち、様々な特別行政諸法を比較して、その構造が代表的であるか、フェアアルゲマイナーバルカイト一般化可能であるかに考慮しつつ、行政法

総論の「アルゲマインハイト総論化」を企てる。例えば、古典的な規制法を環境法上の規律技術に導入すべきなのか。公法と私法、法典と非法典、法律と憲法、どちらを中心とすべきか。関連する参照領域を探し出し、そこから行政法総論草案を作るのだ⁽³⁷⁾。

このメラースの論理は結局、一つの科学の中で完結する思考に至る。曰く、実定行政法の知見とは、事件を解決し鑑定書を書く能力だけでなく、高権的諸制度の実務に関する特殊な知識を基礎づけている。即ち、法律や判決は（恐らく規範それ自体ではなく）、実在を証明する為に構成されたもの、独自の価値から現実へと再構成したものというべきで、その意味で行政法の問題は、法が存する前から予め存することはなく、法定立があって初めて問題として登場してくる。それ故、法律や判決を離れた唯の行政実務なるものは存立しえない。であれば、行政法に「ヴィルクリヒヒカイツフェアルステ現実喪失」や「フォルツークスデアフィツテ執行欠損」があると言っても、それは、規範と事実の乖離を立法機関が見逃したことを意味しない。在る規範構造が別の規範構造と規範的不協和音を生んでいるだけだ⁽³⁸⁾。その点で、法の機能不全について、隣接諸科学を参照しても古典的図式を援用しても、問題の解決どころか問題の記述さえもできない。学際研究でない問題解決を企てるべきとすれば、従来のドイツ行政法学の、既存理論を堅持しつつ行政学の充実を図るやり方もあるが、結局、法の此岸にある規範理論のみが有益であると、指摘している⁽³⁹⁾。

4 行政法の憲法主義化

(1) 憲法具体化の行政法

さて、我々の当初の課題、「具体化された憲法としての行政法」の意味を再検討するという課題へと、ひとまず帰還することにしよう⁽⁴⁰⁾。ところで憲法の最高法規性を前提とすれば、行政法を含む全法律がこの憲法に平伏す訳であるが、この、行政法が憲法に服従すること、この当然で且つ単純な点を表現するものこそ、「具体化された憲法としての行政法」なるスローガンだというのは、容易に予想が着く。周知の通りこのフレーズは、

当時ドイツ連邦行政裁判所長官であるフリッツ・ヴェルナーが、1959年5月15日ドイツ弁護士大会（シュトゥットガルト開催）の講演で使用した概念であり、同名の論稿『「具体化された憲法としての行政法」』でそれは有名である⁽⁴¹⁾。ヴェルナーの講演それ自体が紹介されることは極めて稀ではあるが、オットー・マイアー『ドイツ行政法』の、これまた有名なフレーズ、「憲法は滅んでも、行政法は生き残る」と、ペアで理解されている。第二帝政やワイマール期では行政法は憲法を考慮せずに許されたかもしれぬ、だが、人権尊重の徹底を図るボン基本法の下においては、行政法は憲法を積極的に実現しなくてはならない、というのである⁽⁴²⁾。

では、憲法を具体化するその行政法のあり方は如何なるものなのか。その具体化の概念自体の問いは留保しつつ、それらの正に具体的な現象を、シェーンベルガーの整理から観察してみよう⁽⁴³⁾。その彼曰く、行政法の憲法依存性の高まりは、三つの観点から整理が可能である。一つめは、実体行政法の自由主義化で、例えば薬局判決の如く、前憲法的権利を人権規定を尺度に審査し、これを廃棄することである⁽⁴⁴⁾。二つめには、人間を、保護の対象としての臣下でなく、権利義務の主体としての市民と捉えること、即ち国家市民関係の主体化が来る。警察介入請求権、国民の信頼保護などが具体的な適用事例であるが、市民個々の個別利益を尊ぶコペルニクスの転回がここで起こるのだ⁽⁴⁵⁾。三番目は、嘗ての立憲君主制の残滓を一掃し、新たな民主主義の構築を目指して、パラメンタリッシュェスゲセツ議会制定法律の役割を強化しようとする動きである。その急先鋒は当時若手のD・イエッシュやH・H・ルップであるが、法律留保の妥当する範囲を侵害行政から給付行政へ徹底して拡張し、法律拘束や司法審査を特別権力関係に貫徹せよと、彼らは主張する⁽⁴⁶⁾。自由主義化、主体化、議会法律こそが憲法現実化の事例となる訳だ⁽⁴⁷⁾。

この「具体化された憲法としての行政法」を出現せしめた諸前提は、一体どこにあるのか、シェーンベルガーはこれについても詳述する。まず第1に、この憲法主義化を齎した前提は基本法それ自

体にある。即ち、基本権が全国家権力へ直接的効力を持ち（基本法1項3項）、包括的な権利保障があり（同19条4項）、裁判官による法律審査もあり（同100条）、更にはドイツ憲法裁判所までもが成立する。これら憲法の法的妥当の強化と裁判所の審査の包括化が重要なのだ⁽⁴⁸⁾。尤も、この「基本法それ自体」アルントがゼッツェルアクトが、行政法の憲法主義化をそのまま帰結した、ということにつき、シェーンベルガーは留保を忘れない。即ち、この強化された妥当はより詳細に実定法化しなければならず、けれども、そのアイデアは、ワイマール時代の遺産があるとはいえ、理論も実務も、制憲会議でさえも、全く不確実な状況にあったのだ。憲法の優位が行政法了解に如何に作用するか、伝統的な法律留保を今度は如何に了解するか、基本権と主観的公権の関係を今は如何に把握するか、これらの問いにつき、当初は正しい解答は存在しない。それには、既に見た50年代初頭以降の学説展開を待つべきである⁽⁴⁹⁾。

つまり、ヴェルナーがいう「具体化された憲法としての行政法」の状況は、この展開が一段落した50年代末に漸く出来るのである。この状況の前提にシェーンベルガーが挙げる残りを瞥見してみよう⁽⁵⁰⁾。その次に、統一的裁判所制度の確立が、2つめの前提として挙がる。従来、行政訴訟の管轄は各ラントの行政裁判所段階で完結していて、ライヒレベルでは精々、個別の特別行政裁判所が設置されるだけで、営業規制の如きライヒ法律でさえも、ラントが最終解釈を行うのだ。これに終止符を打つのが連邦行政裁判所と連邦憲法裁判所であった⁽⁵¹⁾。第3。先の基本法19条4項、即ち包括的権利保障の規定を踏まえ、当初はラント、その後は連邦で裁判所法へと一般条項が導入される。これは、従来訴訟が困難な領域に裁判所の審査を拡げるだけでなく、その前段階で、出訴可能な主観的公権を実体的に認めるのである⁽⁵²⁾。第4に、ナチや戦争それ自体、ナチ克服や戦後復興の為の緊急措置、これらから生ずる混乱を、当時の行政法学は克服しなければならぬ。だが給付行政などこの錯綜を整理する教義学上の諸基礎はまだない。そこで、安定の錨としての役割が

基本法に期待される、という訳だ⁽⁵³⁾。

(2) 憲法具体化への批判

ところが、先のシェーンベルガーの指摘は、憲法具体化を肯定する視点でなく、これを留保する視点にあることに留意するべきである。彼の言うには、問い自体に意味はあるが、その解答には問題がある。彼が重点を置くのは議会法律を重視する先の学説であるが、これは、憲法構造の変化は法律留保や権利保障を拡充すると単純に思考して、他の民主諸国の対応を考慮せず、それを唯一の答を即断してしまう⁽⁵⁴⁾。或る特定の政治状況から生じた学説や制度であっても、その状況が変化すればそれらはもう用済みだ、と必然的になる訳ではない筈だ。それどころか、イエッシュやルップこそ、立憲君主制を厳しく批判しつつも、立憲君主制の思考世界にどっぷりと浸かった人物である。つまり、法律から自由な行政や議院内閣制下の行政は、彼らからは唯の立憲君主制の残滓であるが、だがその信頼できない行政活動を法律留保と司法統制の拡大で制限するとき、そこには行政と市民が対抗関係に立つという、19世紀立憲主義の思想が前提されている。無邪気に進歩思想の下で官憲国家を征伐するのだという意気込みは、皮肉にも立憲君主制の観念をその死後に遂行するという結末となる⁽⁵⁵⁾。

「具体化された憲法としての行政法」の現象面に対しては、以上の憲法理論上の批判の他に、シェーンベルガーの盟友の一人でもある、先に我々が見たメラースが、方法論的観点から批判を加えている。その批判は、断片的で且つ多岐に渡るが、概略5点に纏められよう⁽⁵⁶⁾。第1に、このテーゼは憲法と行政法の関係を適切に記述していない。つまりは、行政法の憲法化を貫徹してしまえば、行政法の自立性や民主的立法者の独自性を否定することになるし、この命題の下では、憲法の影響が特に強い領域（行政手続法など）、恐らくは強い領域（データ保護法など）、殆ど皆無の領域（公共調達法や水法など）が並存することが忘却され、環境保護法や各種民営化法などの如く、逆に行政法が憲法を規定する「抽象化された

フエアファッスングスレヒト

行政法としての憲法」(基本法 20a 条, 同 87f 条など)が存在することが失念される⁽⁵⁷⁾。以上の状況には、行政法を矯正する憲法上の尺度は、連邦行政裁が独力で編み出すもので、連邦憲法裁がこの尺度を作成し、行政裁が直に当て嵌める訳ではないとの事情、即ち、行政法の憲法主義化は連邦憲法裁により実現される訳ではないとの事情も、加わってくる⁽⁵⁸⁾。

次に 2 点め。憲法主義は予測不能な民主過程から自由を守るより、寧ろ問題のある法的地位を固定化する傾向があるが、適切ではない⁽⁵⁹⁾。そしてメラースが挙げる第 3 点めは、憲法の安定化機能と関連する。つまり、憲法をパラメータとして法的素材の体系化が試みられるが、しかし、行政法の体系化とその憲法主義化は別物だと言うのである。即ち、体系化は法適用のみならず、法定立にも影響を与えるもので、それにより立法裁量は狭くもなれば広くもなりうる、こう彼は言う。だが、憲法主義化ではこのような体系化作用は得られないのだ、と⁽⁶⁰⁾。そして、第 4 点め。これは「行政法の政治的性格」に関わる問いだが、つまりは、政治的問題構成が民主的法律形式へと転換されることが、このフレーズの意味するものだとするなら、法律議決で政治手続が終わって、その後は法律の純粹執行が始まる、ということになる。だがしかし、正統化作用は法律が全て引き受けるというのではなく、行政自体が個別問題を政治的に解決するべし、とも期待されている。ヴェルナー・テーゼは、行政が独自の正統化メカニズムを保持して、政治的な活動余地を所持することを、見失わせてしまうものである⁽⁶¹⁾。

だがより決定的であるのは、現在の公法学、中でも行政法学論議が、ヴェルナー・テーゼを不要としていることである。メラースは言う。一つ。憲法学上の判定は行政法学上の発展に無関係になりつつある。既に正統化や法治国家で見たが、形式重視の古典モデルと動態的な思考モデルとの戦線は、今や公法内部の二学問に沿い展開されるが、立法や行政実務での改正への衝動は行政法学説からやってくるのに、憲法がレパートリーとして抱

える概念は既存構造の維持に作用する。国家理論や憲法理論は、行政法科学の進展に役に立たないのである⁽⁶²⁾。もう一つ。行政構造が持つ形式の多様性が益々以て増大するとして、これには行政法教義学が、法学上の論証手段を更に細分化させたり、行政法各論から規範的な嚮導イメージを創出したりして対応するが、だが、ここでも憲法の役割は益々低下するばかりと言わざるを得ない。即ち、憲法上の概念は複雑性を削減してくれるが、行政法固有の動態性は「具体化された憲法」定式では適切に記述できないからだ。行政法が変化して憲法が変遷することは確かにありうる。だが憲法変遷はとらえどころがなく、大抵は憲法裁判所を素通りしてしまう⁽⁶³⁾。

(3) ここ迄の議論の整理

さて、メラースの方法論議復興と比較行政法学の構想を検討した後、戦後学界における「憲法具体化法としての行政法」の展開を概観し、そのメラースの論理から見るなら、ヴェルナーのテーゼは必ずしも望ましいものでないことを、これまでの行論で検討してきたのだが、メラースの見解自体がその簡潔性故に難解と思われることからして、錯綜した以上の論理展開を、こちらで簡単に整理することにしよう。まず我々は、現代の行政法学が、公権力から権利を保護するという伝統的図式に満足せずに、行政法が実在関連性を持つことを前提に、適切な行政決定をどう行うか、との問題を志向することを確認した。具体的には、行政組織の刷新においては、民主的正統化のみならず、自律的正統化や任務適切性による正統化もが必要とされていること、法治国家の充填においては、法律による規律＝法化の徹底ではなく、国家任務の効率的実現に向かうオープン思考が求められていること、では、その現実に開かれた行政法学の実現への道筋を問うとすれば、それは現在のところ、学際研究を念頭に置き、行政活動の諸類型に着目する制御科学アプローチでなされていること、以上を確認した。

けれども、このアプローチに、メラースは必ずしも好意的ではない。ここでの彼の論理も難解を

極めるが、畢竟それは、今の行政法学の科学性の欠如を彼が批判してのことであると、推測してよいだろう。一つは、行政法科学は改革を提唱しながら、その改革概念の反省に十分でなく、故に過去に依拠する法学のアイデンティティを危険にしている。もう一つは、改革推進の為に個別制度の是非を判定するとしても、その尺度は、特定の歴史的な発展方向をただ示すだけの歴史哲学的なものに過ぎず、理論的基礎づけがそこには存在しない。そして行政法科学は、隣接諸科学との協力関係を重視してはいるが、その学際研究を可能にする、例えば嚮導なり情報なりの、キー概念、別言すれば結合概念やら媒介概念やら嚮導イメージやら、諸科学を束ねる諸概念が、理論的で真剣な定礎を欠いたまま濫造されている。結局、結論を出すべく基準を適用する為に、事件の場合分けが要する実務からすれば、現場で使い勝手の良い、物事を容易に判別できる概念が歓迎されるとはいえ、それらが理論を名乗っても、果たして理論の名に値するものだろうか、メラースは注意を促すのである。

そこで、制御科学アプローチに代わり、メラースが持出すものこそ、難解な彼の説を誤解していないか、発展途上にある彼の理論を固定して把握していないか、筆者としては非常に不安ではあるけれども、それこそが比較行政法科学であることは、既に確認した通りである。つまり、行政法の個別問題を、それを包括する文脈の中で、或いは、比較連関の中で把握することで、実践的で且つ理論的な問題提起を展開しようというのである。彼は様々なタイプの比較を想定するが、先の章で紹介したのは、比較法、政治的比較、体系的比較であった。比較法による比較とは、個別の法制度を、自国のそれと他国のそれ、それを包括するそれぞれの法秩序の文脈の中で考察することであり、政治的比較とは、やはり個別の法制度を、その背景にある利益構造、資料から歴史的に分かる利害構造の文脈の中で検討することであり、体系的比較とは、同じく個別の法制度を、諸々の行政法各論という文脈の中で検討し、行政法総論の中での位置を探究することである。ここで留意すべきだが、

彼の手法は、行政法諸制度の不備を外部から事実で満たすこと、即ち学際研究で満たすことに懐疑的なのである。

では、このメラースのアプローチから判断して、憲法を尺度として、一気に行政法改革を、中でも人権保障と民主主義の貫徹の観点から実行するものとして永らく礼賛されてきたところの、ヴェルナーの「具体化された憲法としての行政法」は、如何に映るのかといえば、それはネガティブに、である。つまり、我々が確認したところでは、今や行政法上の改革は、国家理論や憲法理論に頼らずして展開され、寧ろ、憲法上の議論は行政法科学の自由な発展に足枷となっている。しかも、改革で登場する行政法上の多種多様な手法を適切に把握するには、安定の錨である憲法上の概念も、余りに単純なものである。即ちこういうことであろう。近年の各種行政改革の成果を理論的に基礎づける為には、隣接科学や事実探究に開かれた制御科学志向は必ずしも理論の名に値する厳密な概念を所持するものではないのだ。ではその代替は一体何か。一つは、憲法規範又は憲法理論であろう。けれども、これには上に述べた大略二つの欠陥があり、問題である。この憲法の代わり、即ちヴェルナーのテーゼの代わりにメラースが提出するものこそ、制度を文脈から見る比較行政法学的なものであった。

三 ヴェルナー説の真意

1 ヴェルナー論文精読

(1) 精神科学的方法の影

さて、その肝腎の「具体化された憲法としての行政法」の構想だが、当のヴェルナーの論文自体、引用されても通読されることは少ない。実は、その論文のタイトルも、「具体化された憲法としての行政法」ではなく、「『具体化された憲法としての行政法』」なのである。論じられるのは引用符付きの「具体化された憲法としての行政法」。だが、題名であれ本文であれ、概念や文章に引用符が付いていれば、それは、少なくともその引用符が付けられた部分が論者本人の主張ではないこと、

場合によっては論者自身がその部分に本当のところ懐疑的な姿勢さえ持っている、若しくは、世間の人々がその部分に疑問を抱いているかもしれないこと、こう考えるのが普通であろう。であれば、ヴェルナーが付けた引用符の意味に無頓着でよいものか。否それどころか、基本法でその効力とその保障が強化されたものを、その下位にある行政法次元でそのまま貫徹しようと彼が考えたとは、彼が1934年にグライフスヴァルト大学で博士号を取得したとき、その後1956年に彼の母校の一つ、ゲッティンゲン大学法学部で特任教授に就任したときの、背景を勘案するならば、想定し難い。

つまり、ヴェルナーは、いつもアルノルト・ケットゲンの傍にいた⁽⁶⁴⁾。まずはグライフスヴァルト。1931年、ケットゲンは、キールに転出した精神科学的方法のホルシュタインの後任としてやって来た、当時29歳の若き員外教授（38年に正教授に昇格）なのであった。その時の博士候補生のヴェルナーは、4歳年上の兄のような青年学者から、その学術助手として親密な学問的指導を授かった筈である⁽⁶⁵⁾。その次にはゲッティンゲン。1952年、ケットゲンは、定年にて退官した同じく精神科学的方法のスメントの後任として、シュパイエル行政科学大学からやって来た、当時50歳の教授なのであった。この地でのヴェルナーとケットゲンとの交流は推測するしかないが、この他にW・ヴェーバー、ライプホルツを擁したゲッティンゲンの、精神科学的な雰囲気か濃密な環境から無縁でいられる筈がなかろう⁽⁶⁶⁾。だからこそ、その後ベルリン自由大学でヴェルナーと同僚となったベッターマンも、彼が精神科学的方法の一派であることを断言したのだ⁽⁶⁷⁾。尤も、この反実証主義で反技術主義のケットゲンを見なくとも、最初から『「具体化された憲法としての行政法」』は精読すべきなのだ。

では、ヴェルナーが「具体化された憲法としての行政法」で考える事態が一体何かといえば、その内容自体は我々が簡単に予想できる。だが、この事態が現代社会にもつ影響、これへの冷酷な評価にこそヴェルナー説の独自性があると予告したい。以下、詳述してみよう。まずヴェルナー曰く、

近代国家とは権力国家でなく^{レヒツシュカート}法治国家であり、ここでは、自由と安定の中で生活する可能性を市民に保障する為に、行政の諸原則を法律で特殊化し規範化することが、達成目標となる。その時、国家法律は、^{リヒティヒカイト ウント レヒトリッヒカイト}正しさが備わり法に適ったものと信頼されて、即ち、国家と法と法律が三位一体と見られることが前提されている⁽⁶⁸⁾。この成功事例はプロイセン一般ラント法法典等に発見できるのだが、こうした国家法律の勝利がもし古典的な法治国家に存するとすれば、行政法につき、その活動の法原理的基礎を改めて熟考する必要ない。となれば、行政を法学文献で論ずるとしても、その法治国家原理に全く疑問がない以上、実定法のコンメンタールのみで十分であるし、引かれるが読まれることの著しく少ないシュタインの作品のように、行政に関する法学文献は「法学的」である必要は最早ないのである⁽⁶⁹⁾。

ところが、現代社会では、具体的な諸問題を技術的に克服するべく行政法が動員されて、^{イーバーアンシュトレングング デス レヒツ}「法の酷使」と呼ばれる事態が誕生している。つまり、今日では、加除式法律集を紐解けば即座に判明するように、分量的には膨大で時間的にも短命のものに、法律は成下がっている。^{イーバーフォルデルング}「過剰要求」に駆り立てられ、^{デゼツツェスシュカート}法律国家の名の下に各種行政任務を一手に引き受けている議会の様子は、宛らシジフォスの神話である。嘗ての法律と国家の調和は失われ、市民の法律への信頼も消え去る。今や法律が生出すのは、法的安定性ではなく法的不安定なのである⁽⁷⁰⁾。そこで第一に強調すべきは、法律国家から司法国家への変遷である。今や法的明晰と法的安定を保障するのは、^{パラメント}議会ではなく^{リヒター}裁判官である。即ち、司法国家とは、裁判官たちが権力欲を顕示するからではなく、^{フルベンロス}行政法の基礎が無色透明になったからこそ出現した現象なのである⁽⁷¹⁾。そして第二、行政活動の基盤は、注釈書からは最早供給不能であり、それ故に、安定し確実な仕組みで行政を固定しておかねばならない。そこで登場するものこそ憲法である。憲法の嚮導イメージを具体化すること、^{ライトヒルデー}憲法上の基本観念を意識することが、^{コングレティジーレン}行政の任務となる⁽⁷²⁾。

(2) 悲劇運命の埋め合せ

そうであれば、ヴェルナーの次の関心は、行政法がいかに関連しているのか、個別の憲法条文が法律や裁判でいかに具現されているか、これへと向く筈だが、この問いは難なく分かる筈だからと、ただ、両者の関連に関わる中心的な問いが幾つか扱われるに留まる。その時論及されるのが、多様で相互に錯綜し緊張関係にあるという、彼が言うところの嚮導イメージ、端的には基本原理の問題群である⁽⁷³⁾。取上げられるのは社会的法治国原理と民主主義原理。以下詳述する。第一に社会的法治国だが、法治国家と社会国家とで分節されている。尤も、最初に登場する法治国家原理については、既に我々が知っている、この基本原理の具体的な内容が改めて確認されるのみである。即ちヴェルナーによれば、伝統的法治国家原理の中心的法制度とは、法律の留保と法律の優位であるが、ここでは、あらゆる行政活動は法律の限界を遵守すること、裁量余地がある場合でも、その裁量は恣意的に行使してはならないこと、しかも高次法に低次の法が従うという原理の下では、その体系は裁判所が保障することになること——侵害行政から個人の自由空間を守る古典的システムが妥当する⁽⁷⁴⁾。

従って、ヴェルナー説を知るには、社会国家原理の方が肝腎である。まず、これが侵害行政から給付行政への転換を求めること明白だが、これにより、自由と財産の保障で国家活動を最小限^{ミニマム}にすることから、計画と配分の実施で国家活動を最大限にすることへと、関心が移る。即ち、経済や扶助や住居や物資供給など、日々の生活リスクを克服すべしという問題を、国家の任務諸領域へと取り込まねばならない⁽⁷⁵⁾。だがこうした行政国家の登場は、単なる国家像の変遷に留まらない。即ち行政法の構造変化は、市民の法感情の変遷を齎さずにはいない。ヴェルナーは言う。法治国家下の市民の法感覚は、国家権力に抗し自由の圏域を主張することを要求していたが、今や、わが身に降り掛った悲劇の運命を埋め合わせることを、世間の人は切望している。爆撃の被害、避難民の被害、捕虜の被害、占領の被害、東方からの追放の

被害、非ナチ化の被害——運命は埋め合わされるべきだ、と。つまり、この法感情の下では、悲劇の運命を金銭給付に置き換えることが各種行政法規の役割となってしまう、これまで神学や哲学や歴史の問題であった運命が今日では法的問題となってしまう⁽⁷⁶⁾。

社会国家の帰結だとヴェルナーが次に挙げるのが、行政裁量である。つまり、給付行政は侵害行政より裁量の幅を狭くする、というのだ。侵害では裁量統制を厳しく、給付では緩やかに、という図式に慣れ親しんだ我々もそうだが、これは「驚きを引起こすかもしれない」。だが、社会国家が承認する要求は、貨幣価値^{ゲルテスヴェルト}を通常は持つのであり、この財務上の請求を弁済する為には社会国家でもルール化^{レゲルンフ}が必要だ。そうならば、個人が国家を持つこの債権の請求基礎は、厳格な構成要件で可能な限り前もって確定しておくべきだ、ということになる⁽⁷⁷⁾。見方によるとこれは、私法固有の債権法の思考を行政法に導入した、或いは、大部分の行政法は一種の公法上の債権法なのかもしれない。兎も角も、社会国家により、行政官僚の恣意が挟み込まれていない機械的な法律執行こそ、即ち羈束裁量こそ行政活動の姿なのである。その証拠に、警察法や収用法では今も昔も重要な役割を持ってきた一般条項が、社会国家行政ではヨリ一層珍しいものになりつつある。戦争被害を補償する負担調整法^{ラストエンアウスグライヒスレヒト}に一般条項はないし、あるとしてもそれは立法府が想定できなかった事例を救済する為の安全弁である⁽⁷⁸⁾。

だが、行政裁量の問いはこれに留まらず、主体の問題にも波及する。即ち、裁量の余地のない機械的執行というのであれば、その過程は、それがヨリ難しい判断を必要とする精神的活動であるとは言えない。つまり、そのとき行政活動を担うのは法曹では最早なく、そのときその担い手を育てるのも法学的養成では最早ないのである。ここで彼は明言しないが、裁量を支配するのは技術者と技術的知識なのだ。もし技術者が法律家を排除し、技術知が法学知を駆逐したとなれば、給付行政が齎す裁量領域の縮減を、我々が悲嘆する必要はなからう⁽⁷⁹⁾。その上、行政官僚が単なる技術者でし

かない、ということになれば、それは、行政活動における作業方法に影響を与えずにはいられない。つまり、個人が決断するのでなく、集団がチームワークを組む訳だ。そこでは、決定を下す者が人格的なリスクを背負う枠組みが崩れて、集団的に分業で決定する者たちから負担が免除されていくのである。この負担免除エントラストツグの語を聞けば人はゲレン人間学を連想するだろうが、行政裁判所への提訴も負担免除をすること、負担免除は行政活動の憲法関連性を見失わせること、このヴェルナーの論も覚えておこう⁽⁸⁰⁾。

(3) 行政の権威化匿名化

では次に、行政法による憲法の具体化から生まれるとヴェルナーがいう二番目の問題、即ち、民主主義原理の問題について検討しよう。この概念自体は、歴史的には多様な変容過程を辿ってはいけるものの、西洋的な理解を念頭に置けば、それは、一つには、自由選挙の原理、一つには、非統一的で多肢的＝多編成的なプロセスなる特徴を持つ。行政法の観点からヴェルナーが強調するのは、後者の観点であるが、つまりは、国民の姿は肢分を持たないノッペラとした対象ではなく、連邦制、自治制、多元政党制など、連合＝連邦主義的民主制である⁽⁸¹⁾。民主主義を多様性の過程と見るこの思考は、更に多様な帰結を導き出すのであり、特に集団の中の個人の地位を問いに取り上げている。即ち、この公的秩序の多層性の中にいる個々人は、学級児童の如く、他の集団に非寛容で、己の集団こそが正法の代弁者であると自認し、自己と他者の事項を、たとい同じでも、異なる尺度で測定している。これこそが、ホイジンガの言う「文化的小児症」フェリスムスの一現象であるが、行政官僚からすれば、諸団体の闘争が民主制を破壊する恐れもあり、なれば、行政には調整をする仲裁者の役割が期待されるかもしれ⁽⁸²⁾。

しかし、民主主義原理の実現が齎す問題はここから始まるのである。即ち、団体間の闘争が民主制の破壊を導くのかと心配するとしても、この考察方法は、必ずしも利益集団の差別を意味するものではない。確かに、利益集団は権力獲得を目指

し、支配集団となろうとするが、それはこの集団が元々保護団体であり、つまり構成員がその要求を団体に振り向け、団体自身も他の団体と闘争状態にあるからなのだ。他方で行政官僚の側は、この団体問題に臆病に対処するでもないが、衝突しあう諸団体に、些か行き過ぎた寛容の態度を示す恐れもある⁽⁸³⁾。しかし以上が明示するのは、では一体誰が権力を手にしているのか、これが誰にも分からず、誰にも知りえない、ということなのである。ヴェルナーは端的に述べる、人格は後ろに退き、権威は匿名になる。仕事のテクニクは覚え込むけれど、人格を捧げてまで物事に取り組みはしない、これこそが現代の職業官僚たちのエトスなのである。つまり、多肢的な民主制では、権力を行使する者の容貌は見えなくなる。現代行政とは、文書による匿名の官僚主義のことなのであり、その点、行政窓口にある担当職員の名札は、滑稽に見えなくもない⁽⁸⁴⁾。

だがしかし、こうした行政の匿名化が生じるのは、我々の民主制が多編成的な構造を持つからである。ならば、日々繰り返される社会秩序の上下運動にクリップ止めて、これを安定化せねばならない。このクリップクラムマーの役割を演ずるのが、いわゆる制インスティトゥーション度なのであり、この制度を活発に維持する任務を負うものこそが、現代行政であるのだ。ところが、地方自治であれ職業官僚制であれ大学制度であれ、更に憲法であれ、この制度なるものは疑問に付され、特に独裁時代の折、決定的なダメージを受けて、行政法の状況もより困難なものとなる⁽⁸⁵⁾。こうなると、立法も行政も司法も、この制度に最後の一突きをせず、この制度をもって公的秩序でぶつかり合う諸傾向に対処するべきだ。即ち、制度の力を得た行政法は、闘争状態を克服する仲シュリヒテンデスレヒト裁法なのであり、これこそが、民主制による社会的法治国の具コンクレティゼーレング体化なのである⁽⁸⁶⁾。なお、ヴェルナーはこれを「憲法嚮導イメージの具体化」と呼ぶが、これこそ「具体化された憲法としての行政法」の一具体例であろう。即ち、権力の匿名化を齎す民主制プロセスの多様化に歯止をかける制度が、行政法により保護されることを憲法が求めているのだ、と。

以上が、ヴェルナーの言う、社会国原理と民主主義原理を貫徹した帰結であるのだが、彼のこの論稿自体の帰結は一体奈辺にあるのか。彼は言う。「この講演は次の点を示したと、多くの人は思うだろう。つまり公法の法学は、法律稼業に隣接する、社会学、政治学、歴史、その他諸科学のジャングルに逃げ込んだということ、これである」。だが、ヴェルナーは己の見解に予想されるこの印象を否定している。確かに、公法問題の考察は伝統的な法学という手段では間に合わぬ⁽⁸⁷⁾。しかし、法学と隣接科学を直結するこの思考には、危険が含まれる。ランケは言った、歴史学は繰り返し書換えられなければならない。法学についても同様だ。法学は繰り返し書換えられなければならない。だがその改訂は、劇的ではなくゆっくり知らぬ間にであるべきで、法律家は、アバンギャルドでなく精神的態度の保存者であるべきだ。精神の高揚が直ちに執務室や法廷に押寄せることを拒むこの姿勢が、行政法による憲法の具体化を、つまりは前近代的な仕組みを排除し、人間の人権主体性を徹底し、議会法律の役割を強調するこの思考を、ラディカルに推進する見解と果していえるか、検討の余地がある⁽⁸⁸⁾。

2 技術時代の行政法学

(1) 近代国家の危機とは

論文の引用符の意味を看過するべきでない指摘した我々の結論は、果たしてヴェルナーの意図は、憲法の具体化を礼賛することではなく、寧ろそれを警戒することにあつた、ということに正なるであろう。なぜならヴェルナー学説の核心には、技術社会における国家の危機、法律家の危機というモチーフが、繰り返し、これでもかとはばかりに、行政裁判官という彼の経歴からすれば全く不釣り合いとも言える程に、登場することからすれば、彼の警戒に疑問の余地はないからである。とはいえ、通信技術の高度発展による経済的利益にどっぷりと浸り、食糧生産や医療技術の恩恵を知らぬままにこの儂い生命を保護され、今の経済危機や環境危機も技術革新で乗り越えようとする我々には、技術社会での法の危機といっても、それは全く見

え難いままである。けれども、ヴェルナーが活躍した1950年代、60年代は正しく、この技術哲学の批判精神がひしひしと体感された時代なのであった⁽⁸⁹⁾。以下では、オルテガの愛読者であるヴェルナー⁽⁹⁰⁾理論を改めて検討し、憲法の具体化、即ち社会国家と民主主義の徹底から生じるとされた諸帰結を、その技術哲学と照らし合わせてみよう、という訳である。

さて最初に、ヴェルナーの「国家の危機」の観点から検討してみる。彼によると、西洋国家思考のメルクマールとして二重の前提がある。一つが、自由が肯定されていること、即ち、自由を守る感情であり、一つが、国家が合目的性に限定された秩序の役割を持つことである。ということは、この二つの条件のうちどちらか一つでも失われれば、つまり、自由が肯定されなくなるか、国家が合理的存在を超越した独自の存在を保持するようになるか、すれば、国家は危機へと陥る⁽⁹¹⁾。一つめの条件と二つめの条件と、順序だてて検討することにしよう。そこで、自由を守る感情についてであるが、ヴェルナー説によると、元々自由とは、責任の中の自由、自己責任の意味での自由であった。けれども、人々は、あらゆる拘束を振り払い、アイン・ニヒト・メーア・ミット・マッヒェン・ヴェレンもう一緒に成し遂げようとはしなくなる。つまり人々は、フェアツイヒト・アウフ・ダス・プロチステイレン抵抗することを放棄するのだ。ペット税を払えとなれば支払い、ペットを登録せよとなれば登録し、町の映画館3つのうち2つが閉鎖されるとなればそれを受入れ、誰も不平を言わず、誰も訴えを提起しない。疲れ、抱えるべき支えもない人々、彼らにとっての自由とは、ダイネ・ノイエ・ラスト・アインザームカイト孤独という新たな負担でしかない⁽⁹²⁾。

自由に代わり安全が現れる。自由への欲求、ではなく、安全への欲求。人々は自由でなく安ジッジャーハイト全を求め、責任や抗議でなく力強い男シュタルカー・マンを求め⁽⁹³⁾。ヴェルナーは事例を挙げないが、外国軍隊からの安全、犯罪からの安全、貧困からの安全、即ち安全保障、治安維持、社会保障こそが、そしてこれを推進する力強い政府こそが、待望されているのである。勿論、自由を守る為に安全が求められるのであると、自由と安全は両立する筈との反論もあろう。ヴィルヘルム・フォン・フンボルト、こ

のドイツ自由主義のチャンピオンの一人は国家の限界を画すべく、法律適合的な自由の確実性こそが安全性の中身であると、定義した。しかし安全は、自由の国土に密かに送込まれたトロイの木馬である。即ち、人々は、この安全を求めるとしても、自由の負担に疲弊してしまっている。そこで、為政者による画一的な安全の確保を求める。けれども、この画一性とは単なる平等ではない。グライヒシャルトツング均制化なのである。この画一的な大衆化時代の申し子、ルサンチマンのプチブルたちは、己の理念を貫徹する為に、平等を持出し、これをテロルで実現する。彼らからは、同じでない者は敵である、敵である者は犯罪者である⁽⁹⁴⁾。

大衆時代では人々が自由を捨てて安全を求めていく、という指摘が、憲法の具体化の文脈で我々が既に見た、社会国家では人々が悲劇の運命の金銭的補償を求めていく、という指摘と重ならない訳がない。ヴェルナーからすれば、自由が失われた原因は憲法にあるのである。彼によると、運命概念が法の思考に受容されるとすれば、それとも、法が、生活をヨリ予測可能にし、運命の脅威を減少させるとすれば、この法感情は、幸福状態への努力も法的なものに転換しようとする。しかしこれでは、社会国家原理は唯のありきたりのものではない。クライネ ミュンツェ例えば既存の社会保障制度は、生存を賭けた困窮からの離脱でなく、退職後の生活水準の維持の為の、快適な生活の為の制度でしかない⁽⁹⁵⁾。しかも社会国家原理は、世界観や政治的綱領と相当程度無縁であり、嘗て絶対主義王政を打ち壊した自由理念の如き革命のパトスはない⁽⁹⁶⁾。それでいて、今度は平等思考が、不気味に全世界を一元化していく。人口の光は昼と夜の違いを消し去り、モードの力は男と女の区別を曖昧にし、世代と世代の差異も見分けがつかない。あらゆる領域で——公法と私法、戦争と平和等——平準化の渦が我々を巻込んで行く⁽⁹⁷⁾。

(2) 行政国家と技術社会

以上の自由の感情に続き、合理的秩序たる国家の観点を見てみよう。ヴェルナーは、ここでも自由と同様、元々の国家の意味を探求する。つまり、

国家とは、理性性と厳密諸科学を誇る西洋近代においては、合理的で、手段的で、限界づけられた秩序であると思われていた。けれども、技術革命勝利の時代に、合理的正統性を超えた正当性を国家に付与する、ヘーゲル、シュタール、A・ミュラー、ハラーの国家理論が、即ち、国家を神話化する国家崇拜が、ここに誕生する。反対する少数派を一般意思で残忍にも死刑とするルソーの熱狂主義、教育手段＝テロルを政治へと持ち込むモラリストのロベスピエール、国家こそが人類の進歩に貢献すると太鼓判を押すヘーゲル教授閣下、全ヨーロッパ世界を血の海で染め涙の海に浸した独裁者ナポレオン、この4人の奇妙な結び付きこそが現代権力国家を生出したのである⁽⁹⁸⁾。だが、啓蒙と古典の世紀19世紀が国家の神格化に何故屈したのか。ヴェルナーは言う、それは19世紀がヤールフンデルト オーネ ゴット「神なき世紀」だからである。信仰基礎の統一が失われた。だが人間は神を欲する。神なき世紀が、神々——労働、階級、大衆——を、国家の神を創り出したのである⁽⁹⁹⁾。

今や神となった国家は、トータルシュタート全体国家への道を歩み出すことになる。けれども、現代国家の全体化圧力は、独裁の発明に向かうだけではない。立憲国家から行フエアヴァルトツングスシュタート行政国家への変貌も、こうした潮流の一つなのである。つまり、現代国家の重心は、憲法から計画へと移動していくという。だがこれは、財の生産のみに関わるのではない。文化が計画通りに、人間が計画通りに、行政が計画通りに、生産されていく⁽¹⁰⁰⁾。行政計画！ しかも、行政計画の行政国家とは、冷戦時代の当時、東西両陣営に見出すことができる。尤もそれは、ソビエト連邦にもある、基本権カタログ、国家諸機関の協力関係、国民意思や選挙法への配慮など、憲法典の諸規定のことではない。憲法典の諸規定からは読取れない、それら諸規定の外にある、国家生活や憲法生活の現実のことである。この憲法現実で、執政が任務領域を質的・量的に拡張しているのだ⁽¹⁰¹⁾。しかしこの行政権力の拡大は、官僚個々人の悪意によるのではない。さて、今の人間には自給自足は無理である。彼らは狭い空間に多く密集する。生活財から遮断された彼らには誰かが配

慮せねばならぬ。つまりこの「生存配慮」が、計画する官僚と国家を正当化するのだ⁽¹⁰²⁾。

この行政国家及び行政計画が必要とするものこそ、技術なのである。だがこの技術が日々の問題を克服し、同時に新たな問題を惹起する。第一に、立法などで、技術問題と密接に関わる改革を実行するには、鑑定人、即ち技術者の参加が不可欠だが、この専門家制は民主制と衝突するかもしれぬ。即ち、民主制の本質は選挙や投票にあるのに、現代の技術的問いは、専門家のチームによる処理を必要としている⁽¹⁰³⁾。第二に、技術が要求する立法措置は、^{ジッテンコデクス}人倫法典の色彩を帯びてくる。例えば、道路交通法は、周囲への配慮や礼儀を以て運転することを義務づけるが、その点で、人間の教育ファクターと位置づけられる。法とは、社会教育的な手段、人間を飼ひ馴らす新しい形式なのだ⁽¹⁰⁴⁾。第三に、^{アウトマテオン}自動化の問題がある。即ち、租税法や社会保障法においてその納税額や給付額はコンピュータが計算するのだが、即ちこれは、機械が決定する大量の行政行為が、意思表示を前提とする行為体系に組み込まれることを意味する。だが、機械が誤った判断をした場合、その法的効果、法的責任、司法統制がどうなるか未だ不明であるし、何より、そのような自動判断には裁量余地が、即ち自由が存在しない⁽¹⁰⁵⁾。

要するに、合理性の世界を飛び出し、神格性を獲得した現代国家は、その神格性故に全てを支配せんとする全体国家の姿を取得して、計画により行政を、人間を、文化を生産する行政国家へと変貌していく。だが、この行政国家の主人となるのは、技術者であり専門家であり、その支配が、民主制を破壊し、人間を衰弱させ、自由を弱体化させる。このヴェルナーの論理は、社会国家原理こそが、行政裁量を縮小し、技術知の支配を許し、官僚の集団行動を認め、やがては司法審査の意味を見失わせる、との論理として、我々は既に検討した筈である。その上、彼自身が詳論する訳ではないが、以上の技術社会の論点は、民主制を巡る論点にも連なる。即ち多面的で流動的な民主制過程が、制度なるその安定装置を破壊し、匿名の権力構造まで到着するのだ。ヴェルナーが師ケットゲ

ンに仮に忠実だとしたら、国家組織全体を組上げ、人々を理念へと振向ける、倫理的な職務と、その束である制度——これを音を立てて粉碎する技術社会を糾弾するに違いない⁽¹⁰⁶⁾。だとすれば、「具体化された憲法としての行政法」を論ずる人物は、「ユーモアを解する人」⁽¹⁰⁷⁾ではなく、「シニカルで冷酷な人」である⁽¹⁰⁸⁾。

(3) 法及び法律家の危機

ではそのヴェルナーは、結局のところ何を指していたというのか。ところで、この行政計画が必要とするものこそ技術者なのだったが、だがそれは、自動車の発明者や大聖堂の設計者等、前から知られる技術者と呼ばれる人々のことではない。今までにない、全体秩序の編制と構築の中で指導的な役割を演ずる迄に至った、技術者である。しかしその指導とは、エンジニアらが連邦議会や地方議会の議員に選出されることなどではない。現代の大衆社会の中での彼らの^{ゲルトツング}威信、即ち、若い世代をしてこの職業に殺到せしめる魅力を意味している⁽¹⁰⁹⁾。ところがこの技術者の権力増大に伴い、歴史家や神学者や哲学者ら、中でも法律家という、別の社会集団の意味喪失が進行するのである。とは言え、或る職業の意味が減じても、それが直ちに、当該職業が欠陥商品だ、ということにはならない。例えば、今や家政婦を得ることは困難だが、かといってその職業の意味が増大する訳でもない。そこでヴェルナーは、法学上の職業の社会的威信が衰退した原因を、ルサンチマンなど持たずに、まずは事物的に^ザ客観的に確認しようと言うのである。原因は複数あると彼は言うが、ではそれは一体何か⁽¹¹⁰⁾。

ところで、法律家という職業の本質は、一体奈辺にあるというのか。ヴェルナー曰く、まずは都市の職業であり文書の職業であることだ。即ち、第1に、精神的運命である都市により歴史的に育まれたこと、第2に、法律家の言葉が印刷され、その決定が書かれることである。その意味で法律家とは、市民階級の職業、知識階級の職業であって、それ故に、市民階級や知識階級の盛衰と運命を共にすることになる⁽¹¹¹⁾。しかし、この特徴は

技術者なる職業も共有する点で、法律家独自の本質とはいえない。そこでヴェルナーは法律家の倫理性を強調する。倫理の領域に中立的である法律家は、悪しき法律家と評されるのだ。つまり、法律家というこの職業には、価値拘束性が具備されている。そもそも法とは、寛容の思想、議論の能力、他者を理解する心構え、継続と歴史への意志、これらなくして存立しえない文化要素である。だからこそ、ローマ法学やザクセンシュピーゲルが参考となるのに、大衆化した人々には文化ファクターとしての法の姿が見えなくなる。そうになると、法律家は、特殊目的の為の機能担当者や専門家フンク・チオネーア、即ち、法と無縁の目的の為に法を操る人物として、信頼を喪失するだろう⁽¹¹²⁾。

さて、法律家と同じく、市民階級及び知識階級の職業である技術者、彼らも大衆社会の進展で、特殊目的を追求する単なる専門家となる。また、先に見た通り、政治集団が別の集団と権力を巡って闘争する、現在の公的秩序からすれば、法律家と技術者の分離の解決も難しい。例えば、政治の本質に関連する対立では、決定が事物的＝客観的に下されるようで、同時に事物＝客観とは無関係の事項も配慮される。即ち、技術者が事物から判断し、法律家はその外から最終判断する。だが、これでは技術者も法律家も、どちらも真の責任を負担しない⁽¹¹³⁾。そこでヴェルナーは、この専門家の緩和を試みるべきと言うのだ。彼が挙げるその方法は多様だが、中でも重要なのは相互尊重である。己の職業の地盤を、即ち他の職業との共通の地盤を吟味し直せ、と。狭隘な単なる専門性を抜け出て、人格性を陶冶しなければならぬ。企業経営者だって、人材育成に高度な専門知識では足りないという。専門教育の下部構造を構築する為の、教養教育を復権すべきなのだ。この教養教育こそが、技術者なり法律家なり、職業倫理上の目標に、そして、知識職業が担うべき精神的・人間的責任に役立つのである⁽¹¹⁴⁾。

結局のところ、技術社会は、文化や価値としての法の意味を破壊し、更に、自由の保障者としての法律家の伝統的な地位を攻撃しており、そして、この「法の危機」と「法律家の危機」から脱出す

る為には、法律家であれ技術者であれ、今やバラバラである専門家たちの間に相互尊重の関係を再建し、その為に、教養教育による人格性の陶冶、職業倫理の構築を敢行するべきである、とヴェルナーは述べるのだ。そうだとすれば、社会国家や民主主義の徹底を通じて、法の専門化、法の脱人格化を惹起する「具体化された憲法としての行政法」にも、この教養教育の復権、職業倫理の再建をもって、臨むべきとなる。尤も、これをもって、行政法の憲法化への反対と捉えるべきでない。何故なら、法の危機や法律家の危機を齎す、技術社会や大衆社会が最早不可逆的であると、ヴェルナー自身が諦念しているからである。要するに、「具体化された憲法としての行政法」の現象に反対せず、ただそこから帰結する危機をただ客観的、或いは冷淡冷静に記述し、かといってこれに無抵抗でなく、公法学の倫理化により危機進展に歯止めをかける、これがヴェルナー説の客観的分析の結論であろう。

四 結 語

憲法具体化と行政法の関係を問う本稿の結論を、今一度確認しよう。現在の行政法改革の潮流の一翼を背負うメラースの論を素材として、これが「具体化された憲法としての行政法」に批判的に向かうこと、けれども、当のテーゼの発案者ヴェルナーがこれに注入したものは、行政法の徹底した憲法化でなく、寧ろその弊害の摘示であったこと。即ち第一に、既存の行政法学体系に批判的なメラース説からすれば、その欠点を退け且つ理論性を守り、しかも主流の制御アプローチの難点を避けるには、彼独自の比較行政法科学の構想が必要であるが、ヴェルナーのテーゼは、この行政法科学の発展に障害となっている。だが第二に、そのヴェルナー自身は、行政法の憲法化を徹底すれば、社会国家原理が、行政裁量縮小を通じて専門家の支配を一層拡大し、民主主義原理が、政治過程多元化を通じて権力匿名性を一層拡張し、法律や法律家の基盤となる価値を鈍磨させていると、糾弾している。要するに、顔の見えない権力の増

大の正犯が技術社会や大衆社会だとすれば、少なくとも、憲法化がその幫助犯となっているのである。これが「具体化された憲法としての行政法」の引用符の意味だろう⁽¹¹⁵⁾。

では結局、ヴェルナーのテーゼから我々は何を讀取るべきなのか。一つ。憲法と行政法、憲法学と行政法学の協働はそれ程容易でない。ヴェルナーと戦後の憲法化を一体と見たメラースは、行政法学の国際化の進展にヴェルナーが足枷となるとして、これを批判したが、憲法化が技術化のアクセラータになると診断したヴェルナーからは、憲法化とメラースは法や国家の技術化に無頓着な点で、同類である⁽¹¹⁶⁾。だがどちらにしても、憲法と行政法の間には障壁が残ることになる。二つ。この時代遅れの技術哲学、即ちヴェルナー公法学からすれば、批判されるのは、公法学の形而上学的な伝統を駆除しつつ邁進する、メラース、そして彼の国の行政法改革の行政法学のみに限られない。科学主義が公法学教義学の教義をドグマとして破壊しつつした後に、理論でも学説でもない、あらゆるものを境界付け分けするだけの、尺度の上げ下げや概念の操作に、無邪気にも夢中になる人があれば、その公法学こそ、もう今では誰も警告しない技術社会や大衆社会の災禍を拡散する罪を、少なくとも重過失で犯していることだろう。これこそが、ヴェルナーの時代錯誤と同じ方向の本稿の結論である⁽¹¹⁷⁾。

※本稿は平成23年度科学研究費補助金・基盤研究(C)(課題番号22530026)の研究成果の一部である。

〔注〕

- (1) 例えば、下山瑛二『現代行政法学の基礎』(日本評論社、1983年)、高柳信一『行政法理論の再構成』(岩波書店、1985年)。最近の傾向としては、手島孝『学としての公法』(有斐閣、2004年)、手島ほか「学としての公法」法学教室319号(2007年)70-89頁、櫻井敬子『行政法講座』(第一法規、2010年)9-14頁。
- (2) 「具体化された憲法としての行政法」のフレーズそのものでないが、「憲法具体化法としての行政法」の言い回しが登場する場合が多く、けれど

も、ヴェルナーの名前が挙がる場合は非常に少ないといえる。前者のフレーズと共にヴェルナーにも言及する稀有な教科書として、高田敏編『行政法〔改訂版〕』(有斐閣、2001年)51頁。原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂版〕』(学陽書房、2011年)9頁、兼子仁ほか『ホーンブック行政法〔新版増補〕』(北樹出版、2000年)31頁、手島・中川編『基本行政法学〔第3版〕』(法律文化社、2005年)12頁も、ヴェルナーの名はないが、ドイツ語にも触れる前者のパターン。ただ単に後者の言い回しで満足する教科書は非常に多い。具体的に、稲葉馨ほか『行政法〔第2版〕』(有斐閣、2010年)7頁、宇賀克也編『ブリッジブック行政法』(信山社、2007年)15頁。前者の概念では行政法と憲法が一体化するから、後者をとるといふ、高田敏『社会的法治国の構成』(信山社、1993年)467-468頁、同「法治国家の再編成と憲法具体化法としての行政法」法学セミナー277号(1978年)9-10頁、167頁。尤も、このヴェルナーのテーゼに批判的な見解がないわけではない。例えば、塩野宏は、この図式では、憲法に比較した行政法の特徴が明確ではない、と述べ、また大浜啓吉も、行政法は憲法により拘束されると端的に言えば十分で、この図式はミスリーディングとする。塩野宏『行政法I〔第5版〕』(有斐閣、2009年)68頁注(1)、大浜啓吉『行政法総論〔新版〕』(岩波書店、2006年)9頁注(4)。この他に、和田英夫『行政法の視点と論点』(良書普及会、1983年)269頁。

- (3) フリッツ・ヴェルナーは、1906年に生まれ、ベルリン、キール、フランクフルト、グライフスヴァルトで法律学を学ぶ。32年にはグライフスヴァルト大学公法講座助手になるが、裁判所試験を経て、39年カッセルで地区裁判所判事となる。40年からは軍務と抑留、47年再びカッセルでラント裁判所判事となり、1950年からはニーダーザクセン州及びシュレスヴィヒ=ホルシュタイン州合同のリュースネブルク上級行政裁判所判事となり、同裁判所の発展に貢献。52年に同法廷長、56年に同副長官となるが、1958年からは、既に53年から設置されていた連邦行政裁判所長官に、その前任者エギディの推薦で就任し、69年の死去まで同長官として活躍する。その間、56年にはゲッティンゲンの特任教授に、更に64年にはベルリン自由大学の正教授に任命され(連邦行政裁判所は02年までベルリン旧プロイセン上級行政裁判所跡にある)、学問的にも評価が高い。Hans Joachim Becker, Fritz Werner: Präsident des

- Bundesverwaltungsgerichts von 1958 bis 1969. Erinnerungen an eine große Richterpersönlichkeit, in: JöR, N.F. 36 (1987), S. 105-120; H. R. Külz/G. Hahn/K. Redecker/K. A. Betterman/C. H. Ule, Fritz Werner zum Gedächtnis, 1970.
- (4) 三宅雄彦「保障国家と公法理論」社会科学論集 126号(2008年)31-65頁。
- (5) なお、このテーゼの「憲法」とは、Verfassungsrechtのことを指すが、本来、VerfassungとVerfassungsrechtは、法であるかという点からは、前者を憲法、後者をこれと区別して憲法と訳すべきであると思う。尤も、この憲法の語も本当は「国制」や「国体」とすべきなのだが、本稿では、Verfassungとしての憲法は扱わない為、Verfassungsrechtを一貫して「憲法」と表記したい。関連して、三宅雄彦「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)253-307頁。
- (6) とともに、行政法総論改革の叢書の編者であり、行政法ハンドブックの編者でもある。特にシュミット=アスマンは、日本の行政法学者にも強い影響を与えている。山本隆司「行政法総論の改革」成田頼明他編『行政の変容と公法の展望』(有斐閣, 1999年)446-453頁, 同「訳者あとがき」シュミット=アスマン『行政法理論の基礎と課題』(東大出版会, 2006年)372-374頁。行政法ハンドブックのもう一人の編者フォスクーレの見解について、三宅(前掲注(4))36-39頁。
- (7) 例えば、ブムケの、ベルリンのシュッペルトの下での教授資格論文で、メラースへの献辞が見られる。Christian Bumke, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2009.
- (8) Christoph Möllers, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 76-78. 以上につき、三宅(前掲注(4))37頁。
- (9) Christoph Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, in: Verwaltungsarchiv, Bd. 90 (1999), S. 187-207, 188f.; Erberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S. 89-92.
- (10) Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 189f.; Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 9), S. 93-97; Christoph Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 27-63. 基本権による正統化, 制度による正統化。
- (11) Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 188; Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 9), S. 99f., 123f., 244f.; 高橋雅人「ドイツにおける行政の民主的正当化論の一断面」早稲田法学会誌 59巻1号(2008年)313-327頁。
- (12) Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 190f.; Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 9), S. 181f.
- (13) Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 191.
- (14) Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 203.
- (15) Vgl., Rainer Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 192-210; Marin Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVDtSRL, Bd. 67 (2007), S. 286-333. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Anm. 9), S. 18ff. 制御科学について、三宅(前掲注(4))37頁。
- (16) Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 203f. ルーマンの社会学の受容の問題について、Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 204-206; Möllers, a.a.O. (Anm. 8), S. 79.
- (17) Möllers, a.a.O. (Anm. 8), S. 78.
- (18) Christoph Möllers, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Verwaltungsarchiv, Bd. 93 (2003), S. 22-61, 23.
- (19) Christoph Möllers, Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 151-174, 153-156.
- (20) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 23f.
- (21) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 24-26.
- (22) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 26-28.
- (23) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 28f.
- (24) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 30f. なお、ここ数十年の行政法科学の洞察について、範疇や物語によりこれを裏打ちする必要はないと、メラースは繰り返し強調している。Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 61.
- (25) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 31.
- (26) 三宅(前掲注(4))37-38頁, 55頁注(66)。
- (27) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 34f.
- (28) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 35f.
- (29) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 36f.
- (30) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 37f. 概念と理論を同一視するのは、法科学に典型的な傾向なのであって、例えば「三段階理論」なるものが、諸事件を境界づける基準として、法曹養成——勿論、わが国でもそうだ!——において絶大な威力を発

- 揮するのだが、この概念＝基準は、確かに実務上便利ではあるが、他方で、公理的な体系への架橋部分を持たないという、欠点を持つ。尤も、体系化の作業をしても理論的に定礎された概念とは限らない。Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 38. シニカルな言い回しにはシニカルな現状認識が背後にある筈なのだ。
- (31) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 47f.; ders., Methoden, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2006, S. 121-175, 154.
- (32) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 47, 59; ders., a.a.O. (Anm. 31), S. 161-168. Vgl., Eberhard Schmidt-Aßmann, Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, in: JZ, 1994, S. 1-10, 8.
- (33) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 48, Fn. 197.
- (34) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 48f.
- (35) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 52-54; ders., a.a.O. (Anm. 31), S. 158-161.
- (36) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 54f.
- (37) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 55f. この他、歴史的比較、実践的比較もある。Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 49-52, 56-58. Vgl., Christoph Möllers, Skizzen zur Aktualität Georg Jellineks, in: S. L. Paulson/M. Schultze (Hrsg.), Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk, 2000, S. 155-170.
- (38) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 58f. 法律や判決が、行政の現実を構成するものとして理解されるならば、この実定行政法の検討はそのまま行政現実の検討を意味する筈で、そうだとすれば、規範の現実や行政の現実につき認識を阻んできた、規範と現実の区別なるものが解消に進むだろうと、メラースは言う。Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 61.
- (39) Möllers, a.a.O. (Anm. 18), S. 59f. 規範理論として行政法科学の再興を目指しているメラースにおいて、行政諸科学とは、極めて雑多な検討と関心とが組み合わされていて、その実際上の有用性に拘らず、その方法多元主義・方法混交主義は、科学として方法意識を持って、警告を発すべき、ということになる。Möllers, a.a.O. (Anm. 31), S. 171f. 行政理論の重要性については、Möllers, a.a.O. (Anm. 31), S. 173f. 行政法学と行政学の関係については差し当たり次の文献を参照せよ。三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』(信山社, 2011年)第5章, 同「行政法学・学際研究・大学政策」『社会環境設計論への招待』(八千代出版, 2005年) 107-123頁。Christoph Möllers, Historisches Wissen in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 133-166.
- (40) なお、メラースの比較行政法科学自体への評価はここでは留保して、本稿での議論は、ヴェルナー評価の尺度として紹介するにとどめる。
- (41) Fritz Werner, »Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht« (1959), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 212-226. なお、本論文は、全部で15節からなるが、本稿が引用する彼の論文集にも、本論文が最初に掲載されたドイツ行政雑誌 (DVBl, 1959, S. 527-533) にも、5節が欠けている。これは、内容を欠く、のではなく、単なる番号の付け落としであろう。
- (42) Dirk Ehlers, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2000, S. 200. Otto Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1924 (Nachdruck, 1969), Vorwort zur dritten Auflage.
- (43) Christoph Schönberger, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht" Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: M. Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 53-84. なお、シェーンベルガー以外に憲法化を語るものに次の文献もある。Gunner Folke Schuppert/Christian Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000; Matthias Knauff, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht, in: ZaöRV, Bd. 68 (2008), S. 253ff.; Schröder, a.a.O. (Anm. 15), S. 53-75.
- (44) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 69-71.
- (45) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 71-75. 参照, 室井力『特別権力関係論』(勁草書房, 1968年), 今村哲也「行政介入請求権をめぐる新動向」一橋論叢 89 卷 1 号 (1983 年) 167-175 頁, 高橋明男「西ドイツにおける警察的個人保護 — 警察介入請求権をめぐる学説と判例 (1) (2・完)」阪大法学 139 号 (1986 年) 117-165 頁, 140 号 (同年) 137-183 頁。
- (46) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 76-78. Vgl., Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1969;

- Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl., 1991; 遠藤博也「イエッシュにおける憲法構造論」(1968年)同『国家論の研究』(信山社, 2011年)3-40頁, 大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題——本質性理論を中心として」(1985年)同『現代行政の行為形式論』(弘文堂, 1993年)1-67頁。
- (47) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsgs.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, S. 241-305, 243ff.
- (48) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 58f. Vgl., Hans Christian Röhl, Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie?, in: H.-H. Trute/Th. Groß/H. Ch. Röhl/Ch. Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 821-836, 824.
- (49) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 59f.
- (50) この他に, ナチス世界観による法秩序の変革への反動も挙げられる。Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 61.
- (51) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 61-64. Vgl., Röhl, a.a.O. (Anm. 48), S. 824.
- (52) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 65-67. Vgl., Everhardt Franßen, 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: DVBl, 1998, S. 413-421.
- (53) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 67-69. Vgl., Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966. Peter Badura, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, in: DÖV, 1968, S. 446ff.; ders./G. Roellecke, Der Zustand des Rechtsstaates, 1986; Peter Badura, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7, 1992, S. 165-188. 方法論と基本法の関係について, Ralf P. Schenke, Methodenlehre und Grundgesetz, in: H. Dreier (Hrsg.), Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes. Sechs Würzburger Vorträge zu 60. Jahren Verfassung, 2009, S. 51-74.
- (54) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 78f. 戦後憲法秩序の「法律による行政の原理」問題は, 比較法的考察では回答不能だとして, イエッシュが比較法を放棄したという指摘は, そのイエッシュから比較法的に学んできた我々には, 衝撃的である。Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 79, Fn. 116.
- (55) Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 79-83. Vgl., Ulrich Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung (1969), in: ders., Staatsrecht und Staatstheorie, 1978, S. 545-565; Fritz Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970, S. 53ff.
- (56) 以下4点への整理はメラース自身のものでなく, 本稿の解釈である。
- (57) Möllers, a.a.O. (Anm. 31), S. 131f. 勿論, 基本法 20a 条は環境保護・動物保護の国家目標規定であり, 同 87f 条は連邦行政の郵政・通信の民営化を規律する規定である。こうした領域では, 環境保護や規制緩和の憲法原理が各種行政法を嚮導するより, この個別行政法が憲法原理を決定しているのである。これと同様の問題は, 個人尊重原理や生存権規定から社会保障法の具体的な法政策や法解釈を引出す, 近時の流行にも妥当するだろう。基本法 87f 条については, 三宅(前掲注(4))34-36頁を, この問題全般については, 同「国家目的としての安全」法学教室 329号(2008年)18頁も, 参照せよ。
- (58) Möllers, a.a.O. (Anm. 31), S. 132.
- (59) Möllers, a.a.O. (Anm. 31), S. 132f. Vgl., Horst Dreier, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung, in: Die Verwaltung, Bd. 36 (2003), S. 105-136.
- (60) Möllers, a.a.O. (Anm. 31), S. 133.
- (61) Möllers, a.a.O. (Anm. 31), S. 134f. この行政が独自に持つ正統化ポテンシャルを伝える概念要素こそが, 近時話題のガバナンスの概念であると, メラースは正当にも述べる。高橋雅人「ガバナンスの法構造——民主的正当化と責任分担の観点から」早稲田法学会誌 61 巻 1号(2010年)295-340頁, 同「ガバナンスと規律的調整構造の概念——国家性の相対化と正当化論」早稲田法学会誌 60 巻 1号(2009年)339-380頁。Vgl., Ch. Möllers, Staat als Argument, 2. Aufl., 2011, S. 177-186.
- (62) Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 195f.
- (63) Möllers, a.a.O. (Anm. 9), S. 196.
- (64) ケットゲンの方法論や公法学については以下の文献を参照されたい。三宅(前掲注(39))第6章, 同「職業官僚制における身分と制度」(新潟大)法政理論 38 巻 4号(2007年)331-372頁。Vgl.,

- Fritz Werner, Nachruf Arnold Köttgen, in: AöR, Bd. 92 (1967), S. 415f.
- (65) Karl August Bettermann, Gedenkrede, in: F. Werner, Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 439-446, 439; Joachm Lege, Über Spiegel und Rahmen, in: ders. (Hrsg.), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815 bis 1945, 2009, S. 477-527, 508, Fn. 117; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 3, 1999, S. 271. ヴェルナーが、ケットゲンとモリトローアの指導の下研究助手を務め、ケットゲンの演習に参加したことは、少なくとも確実のようである。
- (66) Werner Weber, Gedenkrede auf Arnold Köttgen, in: In memoriam Arnold Köttgen, 1968, S. 7-23, 12; 三宅 (前掲注(39)) 267頁。
- (67) Bettermann, a.a.O. (Anm. 65), S. 444. Vgl., Becker, a.a.O. (Anm. 3), S. 107; Werner Weber, Die Verfassung der Bundes in Bewahrung, 1957, S. 10f.
- (68) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 215f.
- (69) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 216. Vgl., Rudolf Smend, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., 1994, S. 309-325, 322.
- (70) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 216. Vgl., Hans Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats (1953), in: ders., Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950-1970. Zum 70. Geburtstag des Verfassers, 1971, S. 27-56, 79ff.
- (71) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 215f.; ders., Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1957), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 304-318. 行政活動の司法統制が強化されれば、裁判所の過剰負担等、効果的権利保障が目減りするとの「行政裁判権の危機」を警告する思考が、つまり、行政を信頼せずして行政裁判所の良い司法は成り立たない、と自戒する思考が、連邦行政裁判創設者たちに共有されていたことが、第7代連邦行政裁判長官のフランセンにより、明確に指摘されている。その創設者とされる一人が、ヴェルナーであるのは言うまでもない。Franßen, a.a.O. (Anm. 52), S. 416, r. Sp. 司法国家と関連して、フォルストホフの例だが、法律の形式化につき、三宅雄彦「法律・措置法律・ノモス」社会科学論集 116号 (2005年) 26-29頁。
- (72) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 216f.
- (73) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 217f.
- (74) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 218. この事情については、Werner, Bemerkungen zum Verhältnis von Grundrechtsordnung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: JZ, 1954, S. 557-561.
- (75) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 219f. Vgl., Fritz Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung (1955), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 271-288.
- (76) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 220; ders., Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat? (1966), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 259-270, 261-263; ders., Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit (1965), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 139-155, 144; ders., Wandel des Rechtsgefühls?, in: Radius, 1957, S. 35-38, 36f.
- (77) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 221f.
- (78) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 222. Vgl., Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Rechtertrecht (1966), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 196-211.
- (79) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 222; ders., a.a.O. (Anm. 76) („Tendenzen“), S. 150f. それは最早「監視者の行政」に過ぎないこともまた強調されている。
- (80) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 217. Vgl., Karl Josef Partsch, Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, 1958.
- (81) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 222f.
- (82) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 223f.
- (83) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 224.
- (84) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 224.
- (85) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 224f. なお、制度の概念については、多種多様な理解が提出されているが、ヴェルナー自身の理解は更に探究の必要があるとしても、彼に近いケットゲンやスメントの見解が参考になる。以下の文献を参照せよ。三宅 (前掲注(39)) (“憲法学”) 45-47頁, 同 (前掲注(64)) 341-355頁。後述のように、ヴェルナーが技術社会と行政法の関係を論ずるから、技術社会による制度の解体という点でも、この論点は参考になろう。
- (86) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 225.

- (87) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 225.
- (88) Werner, a.a.O. (Anm. 41), S. 225f. なお、ヴェルナーを比較的詳細に検討する稀有なケースにおいては、この彼の最後の部分、即ち、アバンギャルドでなく「現状監視的な精神的態度」を法律家は志向するべきだという、この最後の部分が、本稿とは真逆に、「具体化された憲法としての行政法」への好意的姿勢として理解されているが、そのとき社会的法治国家と民主制の国家嚮導イメージ（国家理想とする）が具体化された帰結について何も論及がされていない。問題は「憲法のなかにあるものの変化」ではなく、（恐らく解釈学的な）我々の「憲法内存在」なのである。広岡隆『行政法閑談』（ミネルヴァ書房、1986年）23-24頁。
- (89) 公法学との関連でいえば、フォルストホフやケットゲンの国法学は、ゲーレンやフライアーの人間学や社会学抜きで語ることができない。Vgl., Christian Schütte, Progressive Verwaltungswissenschaft auf konservativer Grundlage, 2006; Florian Meinel, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, 2011. 関連して、三宅（前掲注(39)）（“行政法学”）118-121頁。なお、1963年にハイデルベルクのフォルストホフは、当時空席だった公法講座2つのうち1つにつき、ヴェルナー招聘を考えていた。Vgl., D. Mußgnug/R. Mußgnug/A. Reinthal (Hrsg.), Briefwechsel Ernst Forsthoff- Carl Schmitt (1926-1974), 2007, S. 189, 448f.
- (90) ケットゲンの師のケルロイター、その（弟）弟子であるウーレの言。Carl Hermann Ule, Gedenkworte, in: F. Werner, Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 447-450, 449. オルテガの他、シュペングラー、キルケゴール、ホイジンガ、ニーチェを頻繁に引用するヴェルナー説からは、強い近代批判臭がする。
- (91) Fritz Werner, Zur Krise des modernen Staates (1951), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 118-127, 122.
- (92) Werner, a.a.O. (Anm. 91), S. 122f.; ders., Das Abendland, Europa und der Westen (1949), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 103-112.
- (93) Werner, a.a.O. (Anm. 91), S. 123; ders., a.a.O. (Anm. 76) („Rechtsgefühls“), S. 37f.
- (94) Werner, a.a.O. (Anm. 91), S. 123f.; ders., Das Problem des Richtersstaates (1960), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 176-195, 192f.
- (95) Werner, a.a.O. (Anm. 76) („Tendenzen“), S. 144.
- (96) Werner, a.a.O. (Anm. 76) („Funktion“), S. 263.
- (97) Werner, a.a.O. (Anm. 76) („Tendenzen“), S. 145; ders., a.a.O. (Anm. 76) („Funktion“), S. 264.
- (98) Werner, a.a.O. (Anm. 91), S. 124.
- (99) Werner, a.a.O. (Anm. 91), S. 124f. Vgl., Alfred Müller-Armack, Das Jahrhundert ohne Gott, 1949.
- (100) Werner, a.a.O. (Anm. 91), S. 125.
- (101) Werner, a.a.O. (Anm. 91), S. 125.
- (102) Werner, a.a.O. (Anm. 91), S. 125f. 参照、三宅（前掲注(39)）（“憲法学”）207-209頁。Vgl., James Burnham, Das Regime der Manager, 1941.
- (103) Werner, a.a.O. (Anm. 76) („Tendenzen“), S. 150f.
- (104) Werner, a.a.O. (Anm. 76) („Tendenzen“), S. 151.
- (105) Werner, a.a.O. (Anm. 76) („Tendenzen“), S. 151f.
- (106) Arnold Köttgen, Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, in: DVBl, 1957, S. 441-446; ders., Das anvertraute öffentliche Amt, in: K. Hesse / R. Reicke / U. Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung, 1962, S. 119-149; 三宅（前掲注(67)）351-355頁。
- (107) 広岡隆『法と社会』（ミネルヴァ書房、1995年）201-202頁。
- (108) 因みに、ヴェルナーを直接知るウーレは、ヴェルナーが日頃から音楽を愛し、特にヘンデル、ベートーベン、モーツァルトのピアノ曲を好んで弾いた——戦争の傷で困難となったが——と回想するが、彼によれば、ヴェルナーは社交的ながらも孤独の人であった、と。Ule, a.a.O. (Anm. 90), S. 449f.
- (109) Fritz Werner, Jurist und Techniker (1954), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 379-389, 380f.
- (110) Werner, a.a.O. (Anm. 109), S. 381.
- (111) Werner, a.a.O. (Anm. 109), S. 381; ders., Das Bürgertum und sein Recht (1957), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 356-366; ders., Die geistige Situation des Richters von heute (1952), in: ders., Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 156-164.

- (112) Werner, a.a.O. (Anm. 109), S. 381-383. Vgl., ders., *Recht und Toleranz* (1963/64), in: ders., *Recht und Gericht in unserer Zeit*, 1971, S. 420-434.
- (113) Werner, a.a.O. (Anm. 109), S. 383f.
- (114) Werner, a.a.O. (Anm. 109), S. 385f. Vgl., Becker, a.a.O. (Anm. 3), S. 118. 加えてヴェルナーは、法律家と技術化との協力関係を構築する為に、それぞれの職業が互いの思考図式を知る必要があると強調している。Werner, a.a.O. (Anm. 109), S. 386f.
- (115) Vgl., Herbert Krüger, *Die Deutsche Staatlichkeit im Jahre 1971*, in: *Der Staat*, Bd. 10 (1971), S. 1-30; 三宅（前掲注(39)）（“憲法学”）171-173, 179 頁。
- (116) 先のシェンベルガーでも、ヴェルナーの位置

づけは、法律が概観不能だから整理の為の憲法が必要となる、という程度の認識である。Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 68. 因みに、現在の行政法改革一派にはケルゼン復興の機運があるが、憲法化の主流イエッシュャルップも同じくケルゼニストなのだった。Schönberger, a.a.O. (Anm. 43), S. 79, Fn. 120.

なお、メラースの比較行政法科学の試みを技術哲学の批判の対象と見ることには、慎重であるべきかもしれない。なお、前掲注(19)参照。Vgl., Christoph Möllers, *Der Methodenstreit als politischer Generationskonflikt*, in: *Der Staat*, Bd. 35 (2004), S. 399-423, 417-419.

- (117) 関連して、三宅雄彦「論証作法としての三段階審査」法学セミナー 674号（2011年）8-10頁。

《Summary》

Fritz Werner und
„Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“:
Die sozialphilosophische Bedeutung der verfassungsrechtlichen Prinzipien

MIYAKE Yuuhiko

Im Bundesverfassungsgericht und in der deutschen Staatsrechtslehre sollten die staatsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Einrichtungen mit den grundgesetzlichen Werten erfüllt werden. Vor allem wegen des Rechtsstaats, des Sozialstaats und der Demokratie verstärkt sich der richterliche Rechtsschutz, besteht das sogenannte besondere Gewaltverhältnis nicht mehr, und werden die Privatleute durch die grundrechtliche Ausstrahlungswirkung verfassungsrechtlich mittelbar verpflichtet. Bisher werden diese Situationen mit der berühmten These „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ beschrieben, die 1959 der damalige Chef des Bundesverwaltungsgerichts, Fritz Werner erst aufgestellt hat. Wenngleich dieser Ausdruck gern zitiert worden ist, um die Ausbreitung der Verfassungsprinzipien in Deutschland zu bejahen, passt er nicht zu der gegenwärtigen Zeit, wo mit Europäisierung und Internationalisierung die verschiedenen Verwaltungssysteme unausweichlich rekonstruiert werden müssen. Nach reformfreundlichen Staatsrechtslehrern wie Christoph Möllers hat die These Werners nicht genug Flexibilität für die Rechtfertigung der staatlichen Reformen wie Postreform, Bahnreform oder Verwaltungsorganisationsreform. Jedoch hat seine These eigentlich eine ganz andere Bedeutung als die herrschende Meinung denkt. Werners Schwerpunkt liegt nicht im Lob des grundgesetzlichen Systems in der Bundesrepublik, sondern in der Kritik der heutigen technischen und industriellen Gesellschaft. Mit dem Sozialstaatsprinzip werden tragische Schicksalschläge zu geldlich ersetzbarem blossen Schaden, und mit dem Demokratieprinzip werden Berufsbeamtentum und Staatsorganisation zum anonymen Apparat ohne Verantwortung. Ein Schüler von Arnold Köttgen und ein Leser von José Ortega y Gasset, das ist Fritz Werner.

Keywords: Fritz Werner, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, Verwaltungsreform, Konstitutionalisierung