

【資料】

セバステイアン・ウンガー「行政法創造者としての目的——社会的法治国の行政法学に果たしたペーター・バドゥーラの貢献」の紹介

石 森 久 広

はしがき

- I. 「法全体の創造者としての目的」
- II. 経歴と業績
- III. 社会的法治国における行政法
 1. コントラスト・フォーリエとしての自由主義的法治国
 2. 新しい体系理念としての社会法治国
 3. 行政国家における基本権と民主主義
- IV. 「新構築」と「再構築」の間
- V. 「画期的変化」のスタート

はしがき

2017年12月、基本法制定から行政手続法制定までのおよそ30年を「初期」と画して行政法学を回顧する研究書⁽¹⁾がドイツで出版され、行政法学方法論に「目的」を持ち込んだ人物として、ペーター・バドゥーラ（Peter Badura）が取り上げられている。ウンガー（Sebastian Unger）「行政法の創造者（Schöpfer）としての目的——社会的法治国における行政法へのペーター・バドゥーラの貢献」⁽²⁾がそれである。

ペーター・バドゥーラ⁽³⁾の業績については、わが国においてもすでに早

-
- 1) Carsten Kremer(Hrsg.), Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949-1977), 2017.
 - 2) Sebastian Unger, Der Zweck als Schöpfer des Verwaltungsrechts. Peter Baduras Beitrag zu einer Verwaltungsrechtswissenschaft des sozialen Rechtsstaats.
 - 3) プロフィールにつき、石川敏行編著『ドイツ語圏公法学者プロフィール——国法学者協会の1003人』（中央大学出版会、2012年）18頁以下参照。

くから注目され、紹介及び分析がなされてきたところであり⁽⁴⁾、また、行政法における「目的」への注目⁽⁵⁾や目的論的解釈の必要は、学説においても実務においても、現在、いわば自明のことに属すると思われる。しかし、ボン基本法制定後およそ70年を迎えるこの時期に、基本法制定後「初期の (früh) 」と画したうえで、この点でまさに画期的な功績として改めてペーター・バドゥーラ行政法学を振り返ることは、わが国の行政法における目的及び目的論的解釈の今後の展開について探求しようとする際、原点として重要な意義を有すると思われ、以下にウンガーによる分析を訳出する次第である⁽⁶⁾。

I. 「法全体の創造者としての目的」

イエーリンク (Rudolf von Jhering) は、彼の第2の主要著書『法における目的』⁽⁷⁾において、法の源泉を探索し、それを法の「目的」に見出す。

-
- 4) 淡川典子『『社会的法治国』に関する基本的考察』名古屋大学法政論集 41 号 (1967 年) 133 頁以下、和田英夫「自由法治国家の行政法と社会法治国家の行政法—Badura "Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat" について—」法律論叢 44 巻 2 = 3 号 (1970 年) 1 頁以下、原野翹「Peter Badura『自由主義的法治国家における行政法と社会的法治国家における行政法』(Recht und Staat Heft 328.Mohr 1966)」岡山大学法経学会雑誌 17 巻 2 号 (1967 年) 117 頁以下、佐藤立夫「ペーター・バドゥーラ『自由主義的法治国家の行政法』—行政法学の成立に関する方法論的考察 (Peter Badura: Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates—Methodische Überlegung zur Entstehung des wissenschaftlichen Verwaltungsrechts,1967)』早稲田政治経済学雑誌 263 号 (1980 年) 168 頁以下、佐藤立夫「<文献紹介>ペーター・バドゥーラ自由主義的法治国家の行政法: 行政法学の成立に関する方法論的考察」比較法学 15 巻 1 号 (1981 年) 125 頁以下など参照。
 - 5) 塩野宏「制定法における目的規定に関する一考察」成蹊法学 48 号 (1998 年) 5 頁以下、村上武則「ドイツにおける給付行政の目的的法律による確定の理論」阪大法学 48 巻 1 号 (1998 年) 19 頁以下など参照。
 - 6) これ以降の注は、ウンガーにより付記されたもののうち、ペーター・バドゥーラの業績にかかる引用や補足を中心に、最小限のものに限っている点、あらかじめご容赦願いたい。
 - 7) Rudolf von Jhering, Der Zweck im Recht, Bd.1, 1877, und Bd.2, 1883.

【資料】セバステアン・ウンガー「行政法創造者としての目的—社会的法治国の行政法学に果たしたペーター・バドゥーラの貢献」の紹介

すなわち「目的は法全体の創造者（Schöpfer）であり，目的に起源を負っていない法規は存在しない」⁽⁸⁾。自身，ドグマ的に精通しているにもかかわらず，これによって，イエーリンクは，当時，彼の理解によれば，危険概念に基づいて構成主義的（konstruktivistisch）に構成され，「概念に目的を顧慮させないように」⁽⁹⁾進行する法学に対抗する。その際，彼は，法学を，概念形成の背後にあって「社会の動きを引き起こし保つよう駆り立てる諸力」⁽¹⁰⁾のために開く。かくして法は，社会学的に考えられる。

『法における目的』が著わされたのは，イエーリンクが1872年以降教鞭をとったゲッティンゲンにおいてである。ちょうどそのゲッティンゲンに1964年招聘されたペーター・バドゥーラは，『法における目的』の初版刊行からほぼ90年後の1966年，「自由主義的法治国における行政法と社会的法治国における行政法」⁽¹¹⁾のタイトルで，就任講義（Antrittsvorlesung）を行った。バドゥーラは，ここでは，なるほど，明確にはイエーリンクとの関係は述べられていない。しかし，彼が，「目的を排除された，官憲的行為の法形式の理論」を「行政目的に関係づけられた，行為の法形式の理論」に対置させるとき⁽¹²⁾，それとの結びつきは見逃されえない。バドゥーラの出発点は，社会的法治国に関する憲法の決定と「社会に責任を有する行政」⁽¹³⁾である。したがって，連邦共和国の初期における行政法学への彼の貢献もまた，—イェッシュ（Dietrich Jesch）やルップ（Hans Heinrich Rupp）の貢献と何ら異ならず—，新しい「憲法構造（Verfassungsstruktur）」⁽¹⁴⁾にどのような行政法学が適切かという問題への1つの解答である⁽¹⁵⁾。自由主義的法治国の行政法学

8) Jehring, a.a.O.(Anm.7),Bd.1,S. IV .

9) Jehring, a.a.O.(Anm.7),Bd.2,S.101.

10) Jehring, a.a.O.(Anm.7),Bd.2,S.1.

11) Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966.

12) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.3f.

13) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.5.

14) Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. VII .

15) Peter Badura, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 30, 1972, S.327ff, 328 は，国家任務への方向づけを通じた行政法における憲法の「具体化」とする。

は、バドゥーラのテーゼがそうであるが、いずれにせよ過去のものであり、そこに、社会的法治国という行政目的からの行政法学の新しい構想が交代しなければならないという⁽¹⁶⁾。純粋な法の実現として行政を捉える19世紀終盤及び20世紀初頭の実証主義的行政法学（die positivistische Verwaltungsrechtswissenschaft）は、行政法学及びその方法から目的を隔てることに成功していたが⁽¹⁷⁾、ここで、その目的がよみがえさせられることになるのである。本稿では、バドゥーラの略歴と業績に若干言及したうえで（Ⅱ）、この中心的なポイントとなる論点により詳しく立ち入り（Ⅲ）、そののち、同時代の受容状況（Ⅳ）及び今日の議論に対する意義（Ⅴ）について詳細を明らかにする。

Ⅱ. 経歴と業績

ペーター・バドゥーラは、1934年2月12日にオーバーシュレーゼンのオペルンで生まれる。ベルリン及びエアランゲンで法律学を学んだ後、バイエルンで第1及び第2法学国家試験を受験する。これに続き、彼は、エアランゲンにおいて、ブルン（Hans-Jürgen Brun）及びフォイクト（Alfred Voigt）のもと、研究補助員（wissenschaftliche Hilfskraft）・研究助手（wissenschaftlicher Assistent）として活動し、1959年に『近代一般国家学の方法』⁽¹⁸⁾を提出し、学位を得る。1962年には、教授資格論文（Habilitation）としての『行政の独占』⁽¹⁹⁾が続き、「公法」の教育担当資格（Lehrbefugnis）を得る。短期間、エアランゲンでの講師（Privatdozent）としての教育活動を経たのち、1964年から1970年まで、

16) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.23.

17) Vgl. Michael Stolleis, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.1, 2.Aufl, 2012, § 2 Rn.26ff.

18) Peter Badura, Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre, 1959.

19) Peter Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963.

【資料】セバステアン・ウンガー「行政法創造者としての目的-社会的法治国の行政法学に果たしたペーター・バドゥーラの貢献」の紹介

ゲッティンゲン大学 (Georg-Augst-Universität Göttingen) の公法ポスト (Lehrstuhl) に就く。本稿の中心となる行政法に対する目的設定的な内容は、この時以来のものである。その後、1970年から2003年の定年退職 (Emeritierung) まで、ミュンヘン大学 (Ludwig-Maximilians-Universität München) において公法、法哲学、国家哲学の講座を担当する⁽²⁰⁾。

社会的法治国の行政法学へのペーター・バドゥーラの貢献の中心におかれるのは、1966年に公刊された、ゲッティンゲンでの就任講義「自由主義的法治国の行政法と社会的法治国の行政法」である。これはとりわけ、ペーター・バドゥーラ古稀記念論文集における祝辞 (Laudatio) に記されるように、「ドイツの行政法ドグマティークにおける画期的変化 (Epochenwechsel) を開始させた」⁽²¹⁾ものである。また、これと密接に関係する3つの論考がある。まず第1は、1967年、就任講義後1年の追加も含む、自由主義的法治国の行政法及びその方法に関する詳細なスケッチであり⁽²²⁾、それが、就任講義で促された方法の変革のための確かなコントラスト・フォーリエ (Kontrastfolie) となっている。第2及び第3は、雑誌DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) における2編の論文であり、そのタイトル、すなわち、「給付行政及び社会的法治国の目的としての生存配慮」⁽²³⁾及び「社会的法治国における行政の任務と限界」⁽²⁴⁾からして、すでに就任講義のテーゼを取り上げ、精緻化し、そして展開しており、これらの業績が、以下においても中心になる。また、一社会的法治国の行政法学の構想と密接に関係しないがゆえに一付随的に言及さ

20) Vgl. Peter Lerche, Peter Badura zum 70.Geburtstag AöR 129(2004), S.1f., Hans Jürgen Papier, Peter Badura zum 70.Geburtstag, NJW2004, S.498.

21) Laudatio, in: Michael Brenner/Peter M. Huber/Merkus Möstl(Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes –Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag,2004,S. V ff.,VII .

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

23) Peter Badura, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DÖV 1966, S.624ff.

24) Peter Badura, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, S.446ff.

れるにとどまるが、レルヒェ (Peter Lerche) がペーター・バドゥーラ
の古稀にあたって記すように、「公法のほとんどすべての領域にわたっ
て手がけられた」⁽²⁵⁾業績の中から、次の3つが特筆される。まず第1
に、体系書『国家法』(1986年初版、近時は2015年に第6版)⁽²⁶⁾、第
2は、ボン基本法のコンメンタルにおける38条の解説⁽²⁷⁾、最後に第3
は、今日まで「指導的で (richtungsweisend)」⁽²⁸⁾、「広く将来を見渡し
た (weit vorausschauend)」⁽²⁹⁾、そして「有効なヨーロッパ憲法の青写真
(Blaupause des gültigen Europaverfassungsrecht)」⁽³⁰⁾として受け入れら
れている、1964年のキールにおけるドイツ国法学者大会での「国際的共同体
における民主主義的及び法治国的憲法構造の維持と変動」の報告である。

Ⅲ. 社会的法治国における行政法

連邦共和国初期における行政法学へのペーター・バドゥーラの貢献は、
自由主義的法治国から社会的法治国への移行に伴う、「経済的繁栄及び社
会的安定に対する責任」への「行政領域の拡大」からスタートする⁽³¹⁾。こ
れは、行政がもはや法の実現に汲みつくされるわけではないことにつな
がる。純粋な規範の執行に焦点がおかれる危険除去や租税賦課といった自由
主義的な行政の目的は⁽³²⁾、規範的にそれほど密度高く導かれるわけでは
ない「生存配慮 (Daseinsvorsorge)」という社会的行政目的によって、なる

25) Lerche, a.a.O.(Anm.20), S.2.

26) Peter Badura, Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes, 6. Aufl., 2015.

27) Peter Badura, Art.38 GG, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter(Hrsg.),
Bonner Kommentar zum Grundgesetz, stand: Februar 2008.

28) Laudatio, a.a.O.(Anm.21), S. VIII.

29) Lerche, a.a.O.(Anm.20), S.2.

30) Udo di Fabio, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher
Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, AöR 141(2016), S.106ff, 108.

31) Badura, a.a.O.(Anm.11), S.5.

32) Badura, a.a.O.(Anm.22), S.25.

【資料】セバスティアン・ウンガー「行政法創造者としての目的—社会的法治国の行政法学に果たしたペーター・バドゥーラの貢献」の紹介

ほど置き換えられはしないが、しかし、補完される⁽³³⁾。これは、バドゥーラの中心的テーゼであり、「行政法学の方法の変遷に行き着」かなければならないのである⁽³⁴⁾。

1. コントラスト・フォーリエとしての自由主義的法治国

コントラスト・フォーリエ (Kontrastfolie) として、社会的法治国とのコントラストを浮き上がらせるためにバドゥーラに用いられるのが、自由主義的法治国の行政法及びその方法である。自由主義的法治国は、法律制定国家 (Gesetzgebungsstaat) である。その際、自由主義的法治国の法律は、社会の形成を目指すのではなく、「共存する (koexistierend) 自由秩序の確立と維持」を目指す⁽³⁵⁾。行政は、この法律を執行する。行政とは、法の実現であり、目的の追求ではない⁽³⁶⁾。このことは、行政法学に対して影響をもつ。行政法学は、仮に行政実務がそれ以上を志す場合であっても、侵害行政のシェーマから型を受け取る。結論において、行政法学は、「必然的に」、ペーター・バドゥーラが記すように、「租税の決定と警察の処分 (Verfügung) という範例に即して構成される行政行為 (Verwaltungsakt) をその体系の中心に持ち込む」ことになる⁽³⁷⁾。自由主義的法治国は、オットー・マイヤーの著名な定式に従えば、行政行為によって、「個々人によりどころを与え、そこに向かうことを確保するような、しっかりしたポイント」を浮かび上がらせる⁽³⁸⁾。

その際、行政法学の方法は、形式的な意味において、法を、法の理念及び社会から切り離す、というものになる⁽³⁹⁾。行政及びその活動の社会学的及び政治的観点、つまり行政目的は、行政法理論の法学的な規準

33) Badura, a.a.O.(Anm.24),S.629ff.

34) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.5.

35) Badura, a.a.O.(Anm.23),S.25.

36) Badura, a.a.O.(Anm.23),S.22.

37) Badura, a.a.O.(Anm.23),S.25.

38) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, 3.Aufl., 1924, S.92f.

39) Badura, a.a.O.(Anm.23),S.51.

(Disziplin) から取り除かれたうえで、「行政学」の社会学的なそれに押しやられ、その体系は、オットー・マイヤーが亡くなる直前に再度、強く確認したように、「法学的なるもの」ではなく、したがって、「行政法学」の一部ではありえないことになる。自由主義的法治国の行政法及び行政法学にとって、この狭小な取扱いは、問題ではない。なぜなら、自由主義的な国家目的、つまり、「共存する自由の確立とその維持」⁽⁴⁰⁾は、法律上決定された、侵害行政の行為を通じての租税の徴収と危険の除去のみを行政の「目的」として正当と認める形式的なアプローチに、完全に専念するからである⁽⁴¹⁾。問題は、国家目的が取り換えられるとき、いや、とにかくも補完されるときに初めて現れる。そのとき、行政法学は、「ドグマの欠損 (dogmatische Unterbilanz)」⁽⁴²⁾を示すことになる。

2. 新しい体系理念としての社会法治国

行政法学及びその方法のそのような「ドグマの欠損」を、バドゥーラは、社会的法治国においてははっきりと認識する。社会的法治国は、「国家によって責任を担われた社会的正義」を目指す⁽⁴³⁾。なるほど、法律は、そこに、引き続き、「共存的な自由の秩序」を確保する。しかし、加えて、法律は、「社会形成、計画及び再配分といったさらなる行為」となる⁽⁴⁴⁾。これは、法律の執行を命ぜられる行政に影響を与え、「共存的な自由の番人」から、「嚮導及び給付の絶えず膨張する装置 (Apparatur)」になる⁽⁴⁵⁾。行政活動は、結論において、もはや規範の執行に汲み尽くされるわけではない。むしろ、今や「社会的責任を負う行政」⁽⁴⁶⁾は、「目的を切り離

40) Badura, a.a.O.(Anm.22),S.25.

41) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.9 は的確に、自由主義的法治国における行政目的の実現は、その場合も「目的の追求」としてではなく、むしろ「法の実現」として表されることを指摘する。

42) Fritz Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S.513ff., 515.

43) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.16.

44) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.6.

45) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.6.

46) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.5.

されて構成されるカテゴリー」、そして、官憲的な侵害行政の行為への構成上の制限を伴う、自由主義的法治国の行政法学にその余地はない、嚮導と給付に直面する。したがって、行政法学及びその方法は、バドゥーラが確信するように、社会的行政目的からスタートし、転換を必要とする。つまり、視点の変革が重要である。これは、「法形式に制限する視点」の代わりに、「包括的な、選ばれる法形式に中立的な、文化の点で一定の水準を伴う配慮の視点」⁽⁴⁷⁾がおかれるということである。この視点の変革のもとでは、「行政の共同体的機能」が前面に出てくるので、また、活動の法学的形式が背後に退くので、バドゥーラは、—オットー・マイヤーの「法学的」方法と境界を隔てた—「社会学的」方法について語る⁽⁴⁸⁾。そのとき、これは、「行政の理論」の新しい構想に流れ込むことになる。

すなわち、「自由主義的法治国の、社会的法治国による体系理論の置き換えを矛盾なく行うためには、行政法理論を、これ以上は解消されない、危険防御、租税徴収、給付及び嚮導という行政目的の基礎に基づき発展させなければならないであろう。この手順は、行政法の方法を、社会的法治国のための憲法上の決定から導き出すことと、意味することは、全く異なる。社会的法治国の行政法は、行政目的をメタ法学的に取扱う、法形式の実証主義とは調和しない。なぜなら、それは、行政を、国家の法目的及び権力目的の腕 (Arm) としてのみではなく、まず初めに、福祉目的の器官 (Instrument) として把握するからであり、言い換えると、それは行政に、社会に向き合う目的を語りかけるものだからである。行政活動の体系は、この手順のもとでは、その中核、すなわち統一的な活動形式として提示された行政行為を失うことになるであろう。やはり、社会的法治国の目的の多様性は、自由主義的法治国において切断された、活動形式の一元論 (Monismus) と調和することはありえない。行政活動の法形式は、ここでは、二次的なものになり、これを通して追求される行政目的に分類されることにおいてのみ構成され得るのである」⁽⁴⁹⁾。

47) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.17f.

48) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.22.

49) Badura, a.a.O.(Anm.11),S.22f.

さて、ここで、行政活動の目的は、実際、一行政活動の形式に代わり一行政法の、とはいわないまでも、その方法の「創造者」になる⁽⁵⁰⁾。すなわち、「古典的な行政法を基本形として支配する、行政活動の法形式が、理論的な基本原則としての行政目的によって押しのけられている」⁽⁵¹⁾ということである。

すると、「法形式」の観点のもと、狭小に行政行為の方法的範例へと導かれた行政法学が、次のことのために開かれることになる。すなわち、まず、自由主義的法治国の行政法学に刻印される「二面的な従属関係」の外での、行政活動の「共同的な作用 (kollektive Wirkungen)」のために、である。第2は、一方における、行政の嚮導及び計画に特に重要な法実現の形式としての裁量行使の広い承認によって、また他方における、行政に異質な専門知識の使用によって、まさに独自の政治的な力として認識される行政が、より強く事実の方向に向かうこと (Sachzugewandtheit) のために、である。そして最後に、特に公行政が私法形式の使用を拡大させることを通しての「形式規準 (Formenkanon) の変更」のために、である。なお、最後の点については、バドゥーラが付随的に記述するように、その後、これを背景に、「公法と私法の区別の上に構築される法秩序の構造もまた、単に歴史的に偶然の現象にすぎないものとなる」⁽⁵²⁾。

この行政法学の開放の帰結は、「実証主義的行政法の分解生成物 (Spaltprodukt) として現れた行政学」の、包括的な行政科学への再度の受入れのみならず、「行政法の理論の改革」でもある⁽⁵³⁾。ここで、バドゥーラ及び彼のゲッティンゲンの学部同僚が「科目改革における公法」について記すように、「行政法における学問的講義の、行政法 I (一般部分) 及び行政法 II (特別部分) という2つの主要な講義への伝統的分割は、批判の余地があり、教育上も不十分なものである」。そこで、いずれにせよ広く帰納的に決定された、一般的及び特殊な問題提起及び題材の融合の中

50) Vgl. Badura, a.a.O. (Anm.11), S.22.

51) Badura, a.a.O. (Anm.24), S.452.

52) Badura, a.a.O. (Anm.24), S.452f.

53) Badura, a.a.O. (Anm.24), S.454.

【資料】セバステアン・ウンガー「行政法創造者としての目的—社会的法治国の行政法学に果たしたペーター・バドゥーラの貢献」の紹介

で、基本的な行政目的及びそれと結びつけられる「特別」行政法の領域をも描写する、行政法への「2時間のガイダンス」が行われる⁽⁵⁴⁾。そこでは、「特別」行政法の古典的領域としての租税法及び警察法と並んで、計画法、経済行政法、社会法及び文化行政法が行われる⁽⁵⁵⁾。

3. 行政国家における基本権と民主主義

自由主義的法律国家から、行政が「嚮導と給付の絶えず膨張する装置」である社会的行政国家へ変遷することによる喪失面には、「官僚機構が政治的なプロセスから孤立し、その優位が非政治的に移行してしまう」危険の存在があると、ペーター・バドゥーラは明確に認める⁽⁵⁶⁾。その限りで、バドゥーラは、なるほど基本権も動員する。しかし、彼のもとでは、自由主義的な基本権理論の場所には、傾向的に、自由のもと、国家による社会的責任の遂行に基づく自己実現の機会を理解する、社会国家の基本権理論が移行する⁽⁵⁷⁾。ここで、国家の任務は、そもそもまず最初に、「基本権上の自由の実現のために必要な社会的前提を作ること」となる。個人の自由は、「福祉国家的な国家主義 (*wohlfahrtsstaatlicher Etatismus*)」が指し示されるのである⁽⁵⁸⁾。

結論において、「福祉国家の国家権力の制限」は、「選挙の集团的要素、世論及び組織化された利益」を使って、補完的に、機能する民主的な（そして、つまり政治的な）コントロールを必要とする⁽⁵⁹⁾。まさにここ、民主的な行政コントロールの領域に、バドゥーラは、個人の自由の保護にとつての、「政治の影響から離れて理解される法治国を信頼しすぎる」「ドイ

54) Peter Badura/Eberhard Carl/Jörn Ipsen/Dietmar Schütz, Das öffentliche Recht in der Studienreform, JZ 1970, S.718ff., 721.

55) Badura, a.a.O.(Anm.24), S.450.

56) Badura, a.a.O.(Anm.24), S.450.

57) Badura, a.a.O.(Anm.24), S.455.

58) Badura, a.a.O.(Anm.24), S.455.

59) Badura, a.a.O.(Anm.24), S.455.

ツ国法理論の典型的な弱点」を見出す⁽⁶⁰⁾。これを背景に、「議会制民主主義の使命と責任は、議院内閣制の装置を通じて、次のテーゼ、すなわち、総体性 (Totalität) への内部的拘束を伴う社会的行政国家は、個人の生存責任の生活世界及び権力を分立する権力の抑止と宥和的に結びつけることにあてがわれてはいない、というテーゼを否定する」のである⁽⁶¹⁾。その後、ここが、議会制民主主義についてのバドゥーラの論考が結びつきうる点となる⁽⁶²⁾。

IV. 「新構築」と「再構築」の間

新しい社会的行政任務の点で行政法学に「ドグマの欠損 (Unterbilanz)」があることを承認することは、連邦共和国の初期においては、非常に広く行きわたっていた。その時代の議論は、結果的には、伝統的な方法が検討の俎上に上げられるべきかの問題とはなっていない。むしろ、中心には、未解決の議論が行き着く先に、定評ある体系の慎重な継続的發展がなければならないか、あるいは完全な新しい手懸りか、という問題がおかれることになる。この議論のクライマックス、そして暫定的終着点は、1971年レーゲンスブルク開催のドイツ国法学者大会である。特にオットー・パッホフは、ここで、行政目的から行政法学を全く新しく構想することには反対する。

すなわち、「私は、次の結論を導く。すなわち、しばしば要求される行政法の体系の『新構築 (Neubau)』、それは、概念上及び制度上の基礎の転換として理解されるのであるが、必要でも可能でもないということである。なぜなら、一フランツ・マイヤーの判断と見解が一致するのであるが一社会的法治国の給付行政もまた、法治国のあらゆる基本的原則を目標と

60) Badura, a.a.O.(Anm.24),S.455.

61) Badura, a.a.O.(Anm.24),S.451.

62) Peter Badura, Die parlamentarische Demokratie, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2,3.Aufl,2004, § 25.

【資料】セバステアン・ウンガー「行政法創造者としての目的—社会的法治国の行政法学に果たしたペーター・バドゥーラの貢献」の紹介

するのであり、ただ、行政活動の重点が異なって配置されるだけだからである。それゆえ、行政は、給付的、嚮導的及び配分的任務領域においても、法治国的手段に頼ったままである。しかし、行政活動の重点の移動は、法体系内における力点の変動と異なった比重配分、そして同時に、時代遅れの構成要素を解放することと、新たなもの、つまり、連続的な体系の「再構築（Umbau）」、絶えざる批判的な検証及び同じもののさらなる発展を通して拡大させることを必要とする。これは、もちろん、努力のいる、決して途切れない作業である。その作業は、新しい体系のわざとらしい探求ほど世間をあっと言わせるようなものではないが、しかし、比較にならないほど大きな成果を期待させる」⁽⁶³⁾。

定評ある原則と新しいものの「有機的な結合」に対するバッフホフの主張は、まず第1に、ペーター・バドゥーラのゲッティンゲンでの就任講義に反対することに向けられるが、それに対して、バドゥーラは、再び、自由主義的法治国の憲法理念との比較において、「行政法に対する社会法治国の憲法理念の「体系を導く、全く異なった首尾一貫性」を強調する⁽⁶⁴⁾。これは、何らかの「行政法体系の新構築」に至るものでなければならないという。なぜなら、それを導く考え方（Gedanke）は、その公理が、このドグマから発展しなければならず、また継続して発展されるというものとは異なり、しかも原則的に古典的な行政法におけるものとは異なるからである⁽⁶⁵⁾。その際、この位置が、実際、具体的に、伝統的なアプローチとは異なるドグマ上の結論、すなわち、一バッフホフはそれを個別に証明しているが⁽⁶⁶⁾—侵害行政の範例への強い志向にもかかわらず、まさに給付行政にまで関連付けられる概念や制度を意のままにできる結論に至るのかどうか、至るとすればどの範囲でか、ということは、容易には認識されえない。そのとき、バドゥーラには、おそらく詳細なドグマは重要ではない。むしろ、中心に

63) Otto Bachof, Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL30, 1972, S.193ff., 229f.

64) Badura, a.a.O. (Anm.15), S.328.

65) Badura, a.a.O. (Anm.15), S.331.

66) Bachof, a.a.O. (Anm.63), S.212f.

は、パッホフがそれを考えているように、体系の継続的な「再構築」に関する審美的な不快感 (ästetisches Unbehagen) があるようにみえる。ここで、伝統的な体系に関するあまりセンセーショナルでない作業より、新しい体系のセンセーショナルな構想が、いきおい好まれているというパッホフの非難は、したがって、あまり正当ではない⁽⁶⁷⁾。彼は、議論を、「怒る若い法律家たち」が—もちろん、全く異なった方向で—伝統的な行政法学とその方法に反旗を翻す「世代間衝突」として追いやりもする。

就任講義の時点において弱冠32歳のペーター・バドゥーラにとって、「オットー・マイヤーのドグマ像の領地から行政法学をラディカルに解放」することがいかに厳しかったかは、彼のエルンスト・フォルストホッフへの取組みが明らかにする。バドゥーラの立ち位置の重要な照会先であるフォルストホッフは、生存配慮という概念を伴う行政法理論に、給付行政への「法学的接近」の道を開いた⁽⁶⁸⁾。しかし、「フォルストホッフがこの基礎のうえに社会的法治国の行政法学の新しい体系を立案するであろうという期待は叶わなかった」⁽⁶⁹⁾。バドゥーラは、その理由を、フォルストホッフの法治国と社会国家の相反性の受入れに見出す。その相反性は、「統一的な法体系における」侵害行政と生存配慮の結合に対置し、「物事の論理からすると」、一方で侵害行政、他方で生存配慮を伴う、二元的な行政法に至らざるを得ない⁽⁷⁰⁾。バドゥーラは、それに、社会的法治国における法治国と社会国家の融合を対置させる。その際、侵害行政と生存配慮は1つの二元的行政法の構成要素として対決させられ得ない。むしろ、「行政活動の理論は、行政目的の基礎に基づき、その法形式において体系的に構成されなければならない」⁽⁷¹⁾。しかし、バドゥーラは受け入れら

67) Vgl. Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem(Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S.73ff., 95f.

68) Badura, a.a.O.(Anm.23), S.631.

69) Badura, a.a.O.(Anm.23), S.631.

70) Badura, a.a.O.(Anm.23), S.633.

71) Badura, a.a.O.(Anm.23), S.633.

【資料】セバステアン・ウンガー「行政法創造者としての目的—社会的法治国の行政法学に果たしたペーター・バドゥーラの貢献」の紹介

れるに至らず、行政法学は、なお、中核において、伝統的方法に固執する。バドゥーラ自身も、一最終的には、批判されたフォルストホッフと同様に一「行政法学の体系の新構成」の構築に借りをつくったままであり、フリッツ・オッセンビュールは1987年、適切にも、「新しい体系の構想は行われていない」⁽⁷²⁾と総括することが可能であった。

V. 「画期的変化」のスタート

それにもかかわらず、ペーター・バドゥーラの就任講義は、多くの者に、「ドイツ行政法ドグマティークにおける画期的変化の始まり」⁽⁷³⁾と目される。実際、それは、19世紀に失われ、過ぎ去った作法を、行政法学に連れ戻すこととなった。ケットゲン (Arnold Köttgen) が1957年、基本法上の社会的法治国という国家目標の決定への視点をもって、「ローレンツ・フォン・シュタインの主題を再び取り上げるべく行政法学を呼び出すと⁽⁷⁴⁾、バドゥーラは、わずか10年後に、実際に、オットー・マイヤーの実証主義的方法に埋没させられていたローレンツ・フォン・シュタインの理解、すなわち、「国家の「行為 (Tat) 」と作業 (Arbeit) 」としての行政が、「自由な個人の発展の諸条件を実現するということ、それゆえ行政法学は、現実の生活を支配する諸力及び法律にかかるすべての理解を、それ自身、受け入れなければならない、行政法を行政がなされるべき側の本質から構成しなければならないということ」⁽⁷⁵⁾を社会復帰させる。その後、一まず第一に、方法的な「画期的変化」が、その始まりの時期から安定の時期に移行するまで、再び、ほぼ40年が過ぎる。

72) Fritz Ossenbühl, Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: Kurt G.A.Jeserich/Hans Pohl/Georg-Christoph von Unruh(Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd.5, 1987, S.1143ff., 1146.

73) Laudatio, a.a.O.(Anm.21), S. VII.

74) Arnold Köttgen, Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, DVBl 1957, S.441ff., 442. Vgl.Peter Badura, Arnold Köttgen, JZ 1967, S.419ff., 420.

75) Badura, a.a.O.(Anm.11), S.17.

行政法学の方法論は、2つの極一つまり、一方における、厳格な法律による拘束と、規律による完結（古典的には19世紀後期及び20世紀初頭の法治国的行政法の形式）、他方における、比較的自由な行為と開かれた規律（古典的には、17世紀及び18世紀の警察法〔Policeyrecht〕の形式）の間で絶えず動き、振り子は、今や最終的に、再び第二の方向に振れている。今、一まず、ホフマン＝リーム及びシュミット＝アスマンによって編集された「行政法の改革のための複数の著作」⁽⁷⁶⁾、次いで、とりわけ「行政法の基礎」⁽⁷⁷⁾において一熟考される多くのことが、そのようにあるいは似たように、すでに、「新しい」行政法学の方法に関するパドゥーラのスケッチ（素描）に見出される。これは、出発点、つまり行政目的に対してあてはまる。行政目的にパッホフは、なお単に「発見的（heuristisch）、説明的（hermeneutisch）及び批判的機能」を認めるにすぎないので⁽⁷⁸⁾、特に生存配慮は、行政法学における「キー概念」への「ドグマ的価値の昇格」を果たす⁽⁷⁹⁾。行政の独自性が強められ、公法と私法の区別は放棄されるのではなく、いずれにせよ「つながりの視点（Verbund-Perspektive）から新しく調整される⁽⁸⁰⁾。1960年代からのパドゥーラの目的設定的（programmatisch）な文脈と同じ傾向にあることは、見逃されてはならない。これは、「新しい行政法学」によって、組織、財政及び人員の制御（Steuerung）の要素としても捉えられる視点についてさえあてはまる⁽⁸¹⁾。有益な例は、財政の領域が提供する。パドゥーラは、彼の、経済に関する憲法及び行政法の入門書において、法を通じての福祉国家の社会形成

76) Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert(Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, 1993 に始まる。

77) Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3Bde., 2.Aufl., 2012/2013.

78) Bachof, a.a.O. (Anm.63), S.229.

79) Vgl. Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd.4, 2012, S.264f.

80) Vgl. Martin Burgi, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrecht, Bd.1, 2.Aufl., 2012, § 18Rn.34ff.

81) 行政組織については、すでに、Eberhard Schumidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997.

【資料】セバステアーン・ウンガー「行政法創造者としての目的—社会的法治国の行政法学に果たしたペーター・バドゥーラの貢献」の紹介

は、授権、命令、禁止、権利及び義務で尽くされるわけではないという認識を定式化する。むしろ「特徴的」なのは、それを超えて、「公金の支出、企業の投資及び予算の消費に影響を及ぼすための—通貨、国債、課税、予算運営といった—財政経済的要素の投入」⁽⁸²⁾であるという。

おそらく、この背景のもとで、1960年代からのペーター・バドゥーラの論考から1990年代からの改革論考を経て、21世紀初頭の「新しい行政法学」の宣言と体系的な仕上げまで、発展のラインが引かれうる。ここで、バドゥーラによって始められた「画期的変化」が、—もちろん、他の「原因や推進力」によって促され⁽⁸³⁾—広範な動きによって担われる⁽⁸⁴⁾。したがって、フォスクーレ (Andreas Voßkuhle) が「行政法の基礎」において、まず「20世紀90年代の初めに、作業の仕方に原則的な変化がはっきり浮かび上がりはじめる」ことを確認するが⁽⁸⁵⁾、この変化の30年前、最初の1つとしてドアを開いたのは、ペーター・バドゥーラの功績であった。

〔付記〕本稿は、科学研究費補助金【基盤研究 (B)】課題番号16H03544「個別行政法の視座から構想した行政争訟制度改革」(期間平成28年度～平成31年度、研究代表者：村上裕章九州大学教授)による研究成果の一部である。

[2018年1月17日脱稿]

82) Peter Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*. Ein exemplarischer Leitfaden, 1971, S.35.

83) Andreas Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd.1, 2.Aufl., 2012, § 1 Rn.9ff.

84) Andreas Voßkuhle, *Allgemeines Verwaltungs- und Verwaltungsprozeßrecht*, in: Dietmar Willoweit(Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, 2007, 935ff., 966.

85) Voßkuhle, a.a.O.(Anm.83), § 1 Rn.1.