

## [ 論 文 ]

## オットー・マイヤーの国家観

山 本 敬 生

- I. 問題の提起
- II. 官憲国家の合法化
- III. マイヤーと理念
- IV. 近代国家理念
- V. 結語

## I. 問題の提起

現代行政が複雑多岐にわたり増大するに伴い、行政行為中心主義をとる伝統的行政法学を見直す思潮が現在新たに生じている。そして、伝統的行政行為論に代わるものとして、いわゆる行政法律関係論<sup>1)</sup>が注目されるに至っている。しかし、周知の通り、ドイツ行政法は、他の国の行政法学と比べドグマを重視し、その集積により成り立つ特徴を有している。このことから、先の新たな行政法学的方法論をよりよく検証するためには、伝統的ドイツ行政法学を再検証すること、とりわけ、伝統的ドイツ行政法に多大な影響を与えてきたオットー・マイヤー行政法学、行政行為論を再検証することが必要となる。オットー・マイヤー行政法学に関しては、既に塩野宏教授がその著書「オットー・マイヤー行政法学の構造」<sup>2)</sup>において、その本質を極めて精深に明らかにしているが、

キーワード：オットー・マイヤー、官憲国家、国家理念、アンシュタルト的国家観

- 1) 行政法律関係論に関して、近時のものとして、人見剛「ドイツ行政法学における法関係論の展開とその現状」東京都立大学法学会誌32巻1号(1991)105頁以下、高橋明男「ドイツにおける行政法関係論の一側面—法関係論との関連からみた行政【内部法】関係」阪大法学43巻2・3号上巻(1993)751頁以下、中川義郎「ドイツにおける多極的行政法関係論と第三者の法的地位論」熊本法学92号(1998)1頁以下参照。さらに、山本隆司「行政法上の主観法と法関係」有斐閣(2000)も参照。
- 2) 塩野宏「オットー・マイヤー行政法学の構造」有斐閣(1962)。オットー・マイヤーに関して学説史的研究を行った名著である。大変参考になったことを記しておきたい。

さらにそのような先学の偉大な業績の上に新たな検証を積み重ねる必要性が時代的に求められている。

オットー・マイヤーが、その法学的方法<sup>3)</sup>により初めて独立した学問体系として行政法学を確立したことは異論のないことであるが、国家理念とオットー・マイヤー行政法理論<sup>4)</sup>をどう関係づけるかに関しては見解が分かれるところである。例えば、アルフォンス・ヒューバーは、マイヤー行政法理論を絶対主義的官憲国家から受け継がれた国家理念と法治国家理念の妥協と述べている<sup>5)</sup>。そのような主張は、マイヤーによる「ドイツ行政法」の構造<sup>6)</sup>がその国家理論的前提に依拠していることを強調しており<sup>7)</sup>、ある程度の正当性を有してはいるが、そのような国家理念と法治国家理念の関係を妥協の関係と特徴づけることは理論的に正確なこととはいえない。なぜならば、絶対主義的官憲国家から受け継がれた国家理念は、確かにマイヤーにより法形式で扱われているが、その国家理念は公法における原点をなしており、あらゆる法領域を明確にし行政法の特性を刻印する中心的理念に留まっているからである。オットー・マイヤー理論は、確かに法治国家的アプローチをしているが、絶対主義的国家理念の形式的秩序を決して脱却しておらず、官憲国家を合法化しているに過ぎない<sup>8)</sup>と考えられる。

そこで、このような問題意識の下、本稿においては、オットー・マイヤーが

3) 行政法学における法学的方法に関しては、塩野・前掲書注(2)53頁以下、石川敏行「いわゆる『法学的方法』について—ドイツ行政法学史から見た—」雄川一郎先生献呈論集【行政法の諸問題上】有斐閣(1990)89頁以下参照。

4) オットー・マイヤーの行政法理論に関しては、参照、塩野・前掲書注(2)。

5) Hueber, Alfons, Otto Mayer - Die "juristische Methode" im Verwaltungsrecht, Berlin 1982, S. 83.

6) オットー・マイヤーは、当時、様々なドイツの個別の国家に対し拠り所となる公法的規律を求めることができなかった。むしろ、現行法における矛盾は、最重要の基本理念に統一された行政法を創造することを試みる上で克服されなければならない対象であった。Vgl. Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, Berlin 1924, S. 21. それゆえ、オットー・マイヤーは、行政法の領域において、様々なラントの多くの法に対し一つの統一した橋を架けることを敢えてした。オットー・マイヤーは、自らの法制度を各ラント法から導き出し、その際、法構造的に実際に適する行政法の領域に限定することにより、一般的なドイツのラント行政法の意味において、ドイツ行政法を執筆していた。

7) Hueber (Fn.5), S. 83.

8) Schmidt-de Caluwe, Reimund, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, Tübingen 1999, S. 49f.

その優れた行政法理論を構築する上で基礎とした理念の中で、特に近代国家理念、すなわち、その時代にオットー・マイヤーが有していた国家理念に関して探究することを主題としたい。これは、マイヤー行政法理論を明らかにする上で必須の作業といえる。順序として、まず最初にマイヤー行政法理論の本質は官憲国家の合法化にあることを分析し明らかにした上で、次に、オットー・マイヤーの理念に対する理解に触れ、最後にその近代国家理念に関して論じることとしたい。

## II. 官憲国家の合法化

### 1. 法治国家理念の形式性

官憲国家と法治国家は対立概念として把握されることが一般的と考えられる。しかし、オットー・マイヤーは必ずしもそのような立場をとってはいなかった。では、マイヤーは本来的に法治国家をどのように把握しているのだろうか。以下、この問題に関して検証を試みる。

オットー・マイヤーの法治国家理念は、国家権力の絶対的優越性を基本とする古代ローマの国家理念に反して展開しているとみなすことは難しい。むしろ、その国家理念を補充しつつ展開していると解すべきである。法治国家理念を受け入れる上での妥協あるいは調整が必要となるような対立はそこには存在していなかった。絶対的国家主権に基づく臣民に対する優越性、国家意思の法を超越した力は、マイヤー行政法の構造的特徴である<sup>9)</sup>。オットー・マイヤーは、法治国家理念に基づく憲法上の権力分立構造を立法上の国家権力と執行上の国家権力との内的権限配分と理解し、無制約な統一的主権国家の理念を侵害することなく、執行権の法的拘束を説明する権力分立構造をモデルとして利用していた。これに関して、塩野教授もまた、「彼（マイヤー）の法治国＝秩序づ

9) マイヤー行政法の構造的特徴の1つである国家意思のほうを超越した力に関して、1888年、オットー・マイヤーは、「ドイツ行政法」の執筆という課題を前にして、以下のように述べている。「[各ラントに散在する]法素材を支配し、貫徹するために、その法学の独立部門を必要とするところの統一の根拠が、私たちには欠けているわけではない、という見解を私は持っている。その根拠は、既に、我々が認識しつつ見出している国家意思の先の特別な力に見出せる。」Mayer, Otto, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, AöR 3 (1888), 86. マイヤーは、この統一の根拠から行政の全法体系を構築することを試みている。

けられた行政法・立憲国家＝権力分立の原則は、そのすぐれて政治的意義が意識されながらも、すべて自由主義的原理に吸収され、民主主義との関連がそこから絶縁されていた<sup>10)</sup>。」と指摘しており、このことは興味深いことである。また、マイヤーは、ゲオルク・イエリネック<sup>11)</sup>による国家の自己拘束理論<sup>12)</sup>を厳格に拒絶している<sup>13)</sup>。オットー・マイヤーは、このような国家の自己拘束を倫理的カテゴリーとして承認しているにとどまり、法的カテゴリーとは認識していなかった<sup>14)</sup>。

しかし、マイヤーは、権力分立の原則を執行権の法的拘束にとって必要不可欠な原理と考え<sup>15)</sup>、執行権による自由と財産の侵害における法律の優位および法律の留保の原則を法治国家の理念に内在する理論としていた。もともと、そのマイヤー構想に従えば、この法治国家的要素は、近代国家における絶対主義の抑制にのみ貢献しているに過ぎないのである。マイヤーにおいては、国家は法的拘束を受けない主権であり、法以前(vorrechtlich)に存在すると考えられる「偉大な事実<sup>16)</sup>」であり、法人のカテゴリーにより把握することはできない存在であった<sup>17)</sup>。

法治国家的制御形態においては、この主権は立法者にのみ存し、執行権を拘

10) 塩野・前掲書注(2)96頁参照。

11) なお、そのゲオルク・イエリネックを父に持つヴァルター・イエリネックはマイヤー・シュレーの一人に数えられ、マイヤーの行政法学における功績を高く評価している。ヴァルター・イエリネックが述べるマイヤー行政法学の特徴に関しては、塩野・前掲書注2)44頁注2)参照。また、ヴァルター・イエリネック行政法学の緻密な学説史的研究として、人見剛『近代法治国家の行政法学—ヴァルター・イエリネック行政法学の研究—』成文堂(1993)参照。

12) Jellinek, Georg, Systeme der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 195ff. 近時のドイツの自己拘束理論に関しては、大橋洋一『行政規則の法理と実態』有斐閣(1989)、乙部哲郎「行政の自己拘束の法理」民商法雑誌71巻5号(1984)22頁以下、同「行政の自己拘束の観念と範囲」神戸学院法学13巻3号(1985)1頁以下、平岡久「行政規則の法的拘束性(一)(二完)」大阪市大法学雑誌26巻3・4号(1986)67頁以下、27巻1号(1986)1頁以下参照。

13) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 78.

14) パウル・ラーバントもまた、「個人が自身のため作る行動規律は決して法律規定(Rechtsverordnung)ではあり得ない。誰も自分自身に対して、請求権あるいは法的義務を持っていないし、あるいは自分自身に対して権利侵害を行うことはできない。」と述べている。Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd.2, 5. Aufl., Tübingen/Leipzig 1911/1914, S.181.

15) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 79.

16) Mayer, Otto, Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, Bd.1, Tübingen 1908, S. 47.

17) Vgl. Mayer, Otto, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Tübingen 1909, S. 14; Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 46ff.

束することが可能となる。そして、マイヤーは、執行権を「その性質上法的に拘束をすることができる」国家権力として考えており、決して拘束された国家権力とは考えていないのである。マイヤーによれば、法律ではなく、生の実力たる国家権力のみが執行権の根拠であり、その執行権の根拠は、より高次の国家意思のみにより制限することができるからである。

オットー・マイヤーによれば、法治国家理念は、時を越えて継続する国家理念の補充部分である。法治国家理念は、国家権力を管轄権ごとに分割配分し、国家権力と形式とを結びつけ、国家権力を拘束する。すなわち、法治国家は国家権力を確かに「抑制」しているが、拘束してはいないのである。このようなオットー・マイヤーにおける法治国家の形式性は、塩野教授もまた指摘することである。塩野教授は、オットー・マイヤーにおける法治国家の形式性として、第一に行政活動の法的形式のみが問題とされており、その活動内容が問題とされていない点、第二に法律が常に万能者たる地位を与えられている点を指摘していた<sup>18)</sup>。また、マイヤーは、公法に関しても一般的に「偉大な権力関係」を根拠にして構成している<sup>19)</sup>。マイヤーにおいては、公法とは公権力の担い手自体と公権力自体が関与している関係の秩序であり、そこには権利主体の不平等性が存在しなければならないのである<sup>20)</sup>。オットー・マイヤーは、国家の法的全能性と「服従を要求する偉大な『生得の権利』」の行使としての国家意思の支配が常に背後に存在していると理解していた<sup>21)</sup>。

## 2. 立憲君主制の行政法学

オットー・マイヤー行政法は、立憲君主制の憲法モデルの枠内における「近代国家理念」の法的造形と理解することができる。その国家理解は、君主制の

18) 塩野・前掲書注(2)97頁以下参照。

19) これに関して、オットー・マイヤーは、「人は、権力関係を不平等な権利主体間の関係と理解している。その関係のために、法的に優越した権利主体の意志は、詳細な内容をなお規定している。この意味において、国家と臣民の関係は偉大な権力関係である。」と説明している。Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht I*, Berlin 1895, S. 108f., Fn.13.

20) Mayer, *Verwaltungsrecht I*<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 15, 114. オットー・マイヤーの公法と私法の本質に関する見解に関しては、参照、塩野・前掲書注(2)87頁。

21) Mayer, *Verwaltungsrecht I*<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 104, 106.

執行権が市民の自由と財産への侵害する上で、法律あるいは議会の承認を必要とし、その他の点においては、従来の独裁政治を認めることにより特徴付けられる。その権力を侵害領域において制限する上で根拠となる法律もまた、その際、本来の意味における授権、すなわち法的権力の真正の根拠とは考えられておらず、むしろ、君主制の統治権を前提としていたのである。マイヤー理論は、この立憲国家モデルと単に結びつくだけでなく、その独自の国家主義的方法において、その立憲国家モデルを説明し具体化していたのである。

法治国家理念の機能は、確かに、臣民に対する全能的国家行為を法的に把握することであり、いわゆる「justizförmig (司法的形式化)」である<sup>22)</sup>。公法は、さらに前憲法的に理解されている支配者の絶対的権力を揺るがしておらず、国家の法形式においてのみ絶対的権力を移行させているだけである。かつての臣民に対する国家の法外<sup>23)</sup>の支配関係は、法形式による従属関係になっている<sup>24)</sup>。オットー・マイヤーによれば行政法は国家の優越性という前提に基づいている。君主制的主権者により無法に行使された権力は、国家の「法的付加価値」になっている。換言すれば、マイヤー行政法は「近代国家」の理念を合法化していたのであり、古い官憲国家は市民的法治国家の新たな形態において生き長らえていたのである。

オットー・マイヤーにより最初に法的に明確な輪郭を描かれた行政行為は、そのような行政法理解に適切に対応している行政の行為形式であることは、しばしば強調されていることである。既に、その著書「フランス行政法の理論」において、マイヤーは、国家の高権的活動に対する尊厳という優れた特徴を模倣することを推奨している。その際、マイヤーが別の箇所でもまた強調しているように、「国家の尊厳は、行政行為 (acte administratif) の概念に、その卓越した表現」を見出していた<sup>25)</sup>。この国家理念の優位性の特徴的表現は、国

22) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 62. マイヤー行政法学における行政のJustizförmigkeitに関しては、塩野・前掲書注(2)110頁以下参照。

23) オットー・マイヤーは、官憲国家の時代において、「公法は法ではない。」と述べている。Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 47.

24) ヴォルフガング・マイヤー・ヘーゼマンは、これに関して「オットー・マイヤー行政法は、国家権力の官憲的行使の法形式の体系である。」と述べている。Meyer-Hesemann, Wolfgang, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 28.

25) Mayer, Otto, Theorie des französischen Verwaltungsrecht, Strassburg 1886, S. VIIIff.

家理念から発生する行政行為の自己生産と自己確認である。行政は公権力であるがゆえに、その意思表示は個人の意思表示より高い法的価値を有している<sup>26)</sup>。それゆえ、その有効性の根拠と法的拘束力は、マイヤーの場合、国家理念、国家権力から生じていた。

国家理念が、憲法により媒介されている法治国家理念によって単に抑制されるだけで、拘束されるべきではなく又は単に拘束され得ず、法的に把握することが不可能であるならば、オットー・マイヤーにとって行政法は「秩序的」法形式法である<sup>27)</sup>。法律学の課題は、それに従い、「すべてを確固たる形式に帰すること」である。その「法学的方法論」により強化された行政法理論からの目的論的観点の除去は、マイヤーの国家主義的基本理解と共に、侵害行政を一般的に行政のパラダイムへともたらしたのである<sup>28)</sup>。執行権が一定の行為形式と結びつけられること、すなわち、行政行為という枠にはめられることによって、命令等の典型的行為手段は、一方では行政行為として抽象化され、他方では法治国家的に抑制されている。それゆえ、法治国家であることは、オットー・マイヤーにとって、特にマイヤーが行政行為と判決の機能的比較<sup>29)</sup>を試みることにより達成した執行権の「justizförmig (司法的形式化)」を意味していた<sup>30)</sup>。それに対して、裁判上の権利保護は、本質的に法治国家たることに属しておらず、その範囲外の事柄であった<sup>31)</sup>。以上のように、オットー・マイヤーは極めて形式的に法治国家を把握しており、その形式性にに基づきマイヤー行政法を構築していたのである。

26) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 95, 97.

27) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 52.

28) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 53.

29) オットー・マイヤーの行政行為論および行政裁判判決の見解に関しては、参照、塩野・前掲書注(2)122頁以下。兼子仁教授は、この点、行政行為と司法判決との同質性の理論ないし行政行為の司法判決的構成は、行政権の司法権的構成の論理的な具体化として導き出せると主張している。兼子仁『行政行為の公定力の理論』東大出版会(1971)74頁。

30) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 53.行政のjustizförmigkeit(司法的形式化)に関しては、参照、塩野・前掲書注(2)110頁以下。

31) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>1</sup> (Fn.19), S. 162.この点、オットー・マイヤーは「行政法に関するこの制度[この場合は行政の権利救済制度(Verwaltungsrechtspflege)を指す]には、民法に関する民事の権利救済制度(Civilrechtspflege)が持っているのと同じ価値は与えられていないと言ってよい。事実は、非常に複雑である。・・・行政法は、権利救済制度なしでも、特別な権利保護の予防措置なしでも一般的にも存続し得る。これは、いわば公権力に対する個人の法的地位の改善および強化を意味している。」と述べている。

### Ⅲ. マイヤーと理念

本稿においては、オットー・マイヤーの有する国家理念、換言すればオットー・マイヤーの国家観を検証することを目的としているわけであるが、その前にマイヤーにとっての理念とはいかなるものであるのかという問題に関して検討することとしたい。この問題を明らかにすることは、マイヤー行政法学を理解する上で1つの鍵となるからである。

この問題に関して、例えば、アルフォンス・ヒューバーは、オットー・マイヤーは国家、法治国家、憲法の3つの理念を重要な時代の理念と位置付けていたとし、マイヤーはその理念に基づき行政法学を展開していたと指摘している<sup>32)</sup>。この指摘にもみられるように、まさしく、オットー・マイヤーは、理念に基づき行政法学を構築し、現行法を分析していた。さらに、ヒューバーは、理念に即した「法」は、オットー・マイヤーの場合、その相剋においては実定法に優越すると主張している<sup>33)</sup>。すなわち、マイヤーは、理念から導き出される法理論、法体系が、立法者の制定する法律と矛盾が生じた場合に、前者が優先すると考えていたのである。理念を重視すれば、必然的に実体法を精巧に形成することにつながるし、逆に実定法を破壊することにもなりうる。マイヤーほどそれが徹底された法学者は皆無であったといえよう。その意味では、オットー・マイヤーは、法実証主義の大枠は守りつつも厳格な法実証主義者<sup>34)</sup>とは一線を画していた。オットー・マイヤーにとっての理念は、単なる理論的展開のための産物ではなく、むしろ歴史的動機であった<sup>35)</sup>。理念こそがマイヤー行政法の基盤を成していたのである。

マイヤーは公法の中心的理念としての国家、法治国家、憲法を前提にして、法律学は多様な個別的現象を必然的に構成しているわけであるが<sup>36)</sup>、このこと

32) Hueber (Fn.5), S. 83.

33) Ebenda.

34) 法実証主義という観念自体が極めて多義的な観念であるが、藤田宙靖教授は、この点「認識論上の法実証主義」と「実践論上の法実証主義」の明確な差別化の必要性を指摘している。藤田宙靖【公権力の行使と私的権利主張】有斐閣(1978)224頁以下参照。

35) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 55.

36) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 56.



は、「一般的法理念の力への信仰」に基づくオットー・マイヤーの法学的方法論の特徴を示すものである<sup>37)</sup>。しかし、理念は、決して経験的素材ではなくて偉大な共通観点である。その偉大な共通観点に従い、オットー・マイヤーは、ドイツの各ラントに存在する地方行政法の混乱した多様性の中から、統一的なドイツ行政法を設計していたのである<sup>38)</sup>。

このように、オットー・マイヤーは、その卓越した内容を持つ法原理、諸概念を定立する上で、実定法を厳密に検証すること、あるいは行政実務を分析することもなかった。まさしく、偉大な観点たる時代の理念こそ法原理を定立する上での基盤だったのである。このようなマイヤーのスタンスは、厳格な法実証主義者から批判にさらされたが<sup>39)</sup>、しかし、一方でその姿勢こそが、彼がドイツ行政法学最大のドグマティカーと呼ばれる所以になったことは間違いなく、伝統的に法実証主義を採るドイツにおいて強い影響を及ぼした。これに関連して、塩野宏教授もまた、マイヤー以後の行政法学はマイヤーの概念構成とドイツ伝統の法実証主義との交錯のうちに形成されたと主張している<sup>40)</sup>。

#### IV. 近代国家理念

先に分析したようにオットー・マイヤーは官憲国家に法というベールをかぶせ、それを合法化したわけであるが、ここで検討すべきなのはマイヤーが行政法理論を定立する上で基礎とした国家理念である。マイヤー行政法学の国家理念は、一般的に啓蒙主義的な官憲国家の国家理念と考えられている。実際、マイヤーはいかなる国家観を有しているのであろうか。マイヤーの国家観をどう把握すべきであろうか。以下、その問題に関して具体的に検証することとした。

37) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 56. Vgl. Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht I<sup>2</sup>, Berlin1914, Vorwort.

38) Vgl. Mayer, Staatsrecht (Fn.17), Vorwort.

39) マイヤー行政法学の発展過程における厳格な法実証主義者たるパウル・ラーバントからの批判に関しては、塩野・前掲書注(2)3頁以下参照。

41) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 47

40) 塩野・前掲書注(2)285頁。

## 1. 「偉大な事実」としての国家

オットー・マイヤーの主張の大きな特徴は、国家権力の絶対的優越性にある。マイヤーは、国家を「偉大な事実<sup>41)</sup>」と理解し、その国家理念は国家が法的に全くすべてのことを実現することができるという点に存在するとし<sup>42)</sup>、主権は、国家が最高権力であるという点に存在すると考えていた。これが、マイヤーに従い「法を超越した無制約な力」を意味するのであるならば、法的全能性は、事実から、現存する力の事実から生じることになる。すなわち、オットー・マイヤーは、国家にとって法は源ではなく、「その根源およびその永続的な根拠は力である<sup>43)</sup>」と考察しているのである<sup>44)</sup>。さらに、塩野教授は、マイヤーのこのような国家を事実的存在把握する考え方が国家の法的把握および具体的法解釈においても反映していたと指摘している<sup>45)</sup>。

## 2. ヘーゲルの国家・法哲学との関係

このモダン国家理念の基本的特徴は、ゲオルグ・ヴィルヘルム・フリードリヒ・ヘーゲルの国家・法哲学の影響を明らかに受けている<sup>46)</sup>。例えば、ロルフ・グレシュナーは、このヘーゲルの法哲学の基本思想、歴史過程における理性の実現としての法理念の現実化が、オットー・マイヤーの国家定義においてもまた再度見出すことができることを示している<sup>47)</sup>。ドイツ行政法第3版の序論において、オットー・マイヤーは、「国家は、歴史においてその特徴を発展させ有

42) Mayer, AöR 3 (Fn.9), 30, 38.

43) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 47. もっともオットー・マイヤーは、同時に「自由な人間に対する最高権力を所有することに、倫理的力は疑いなく存在している。その倫理的力は、所有者をしてしかるべき行使を駆り立てている。我々にとって、専制君主、およびそれに関して何も感じていないように思われる支配権を獲得している大衆などは、常軌を逸している。」とも述べており、国家権力の無制約な行使に異議を唱えている。Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 47f. しかし、マイヤーの立場は、国家にはせいぜい倫理的拘束は存在するが法的拘束は存在し得ないという視点を超えてはいないことも確かである。

44) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 57.

45) 塩野・前掲書注(2)85頁参照。

46) オットー・マイヤーは、マイヤーの「ドイツ行政法」第2版の序文において、ヘーゲルの法哲学とマイヤーの法的方法論との関係を指摘していた。このように、オットー・マイヤーがヘーゲルの国家理論および方法論に立脚していたことは、ほとんど議論の余地はなかった。ヘーゲルのマイヤーに及ぼした方法論に関する影響については、塩野・前掲書注(2)63頁参照。

47) Gröschner, Rolf, Das Überwachungsrechtsverhältnis, Tübingen 1992, S.120.

効にさせるために、国民を統合する秩序立てられた共同体である<sup>48)</sup>。」と述べている。この国家の本質的規定は、ヘーゲルの以下の主張により裏付けられる。「国家としての民族は、実体的に理性的であり、かつ直接的に現実的である精神であり、それゆえ、地上における絶対的権力である。こうして、国家は別の諸国家に対して主権的に独立している。そのような国家として他の国家に対して存在すること、すなわち他の国家から承認を受けることが国家の第一の絶対的権限である。しかし、この権限は同時に形式的であるに過ぎず、単に国家が国家であるがゆえのみで、国家のこの承認を要求することは抽象的である。実際、国家が即自かつ対自的に存在するものであるかの問題は、国家内容、すなわち国家体制および国家状況の問題であり、承認されるかは、承認が右の権限と実際との一致を包含するので、同様に他の国家の見解と意思に基づいている<sup>49)</sup>。」

理性の実現としての国家という目的は、オットー・マイヤーの国家観の基礎にもなっている。マイヤーは、あらゆる共同体のごとく、国家もまた個人を超越した目的追求により特徴付けられているとした上で、国家は共同体の主要例であり、「その人間を、国家はその形成のために定められた、歴史的偉大な存在たる民族の未来のために大量に犠牲する<sup>50)</sup>」ことを是認している。さらに、マイヤーは、国家はまさに共同体の主要例であり、それどころか、「国家は、それを形成するために定められている歴史的偉大な存在たる民族 (Volk) の未来のために、その人間を大量に犠牲にして」よい、「民族の統一を創造し維持するためにそのような形成と結び付き、その特性を発展させ有効にしている人間社会共同体」は、「行動しながら耐えつつ、人間の歴史の進行に参加」している。これは、国家の「任務および成果」であると述べていた<sup>51)</sup>。このことから、オットー・マイヤーが、エルンスト・フォルストホフの言葉を借りれ

48) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 1.

49) Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Berlin 1821, § 331. この代表的翻訳として、ゲオルグ・ヴィルヘルム・フリードリヒ・ヘーゲル (藤野渉・赤澤正敏訳)「法の哲学」【世界の名著・ヘーゲル】中央公論新社 (1967) 参照。訳出にあたり、これを参考にした。

50) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 15.

51) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 47.

ば「ヘーゲルの精神における国家主義者<sup>52)</sup>」であることは、否定し難いことといえよう。

この時代の精神に従う、ヘーゲルの意味において理想化された優れた国家の規定は、事実のあらゆる重大性を正当に評価する唯一の最重要な国家目的としての歴史的偉大な存在たる民族に中心的に向けられることにより<sup>53)</sup>、国法理論のレベルに基づく決定的結論へと至っている<sup>54)</sup>。ここでは、まず最初に明確に、包括的国家権力の形而上学の根拠が現れている。なぜならば、マイヤーによれば、国家は、「民族の歴史的現象の化体 (Leiblichkeit) である」という目的を、「最高権力の秩序」として、「その領域の対外的に独立し、その領域の内部においては法的に抵抗できず、その課題においては無制約に」実現することができるからである<sup>55)</sup>。

### 3. 国家の法的理論構成の拒絶

#### (1) 国家の法人的理論構成の否定

オットー・マイヤーは、国家の法人的理論構成<sup>56)</sup>に関して否定的な立場を採っている。マイヤーによれば、法人的理論構成は、国家権力の担い手である主権者から国家を法的に切り離し、主権者が自身の名においてではなく、国家のための創造された特別な法人の代表者の名において行動することを必要とする。そのような区別は、法秩序によってのみ貫徹され得ることであり、その法秩序の背後にまさに国家権力以外の何ものでもない、すなわち、主権者が存在する。

52) Forsthoff, Ernst, Anrecht und Aufgabe der Verwaltungsrecht, in ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959.

53) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 47.

54) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 58.

55) Mayer, Staatsrecht (Fn.16), S. 11.

56) マイヤーが否定する国家法人説に対する小早川光郎教授の次の指摘は大変興味深い。「国家法人説は同時に、行政をも取り込んだ国家人格の一体性を強調することによって、諸利益の現実的拮抗を超越した法律の客観性ないし至高性を行政の段階にまで拡大再生産する機能をもちえたであろう。問題は、法律の至高性を国家人格の一体性に置き換えるだけでなく、一体としての国家から行政を分離し、より高次の国家意思(さしあたっては法律)のもとで行政一の主体としての国家—と私人とのあいだに対等当事者関係が生じうる可能性を承認するかどうかの点にあったと考えられる。」小早川光郎『行政訴訟の構造分析』東大出版会(1983)14頁注(26)。行政機関と法人格の問題に関しては、杉村章三郎「行政機関の人格性」美濃部教授還暦記念『公法学の諸問題・第二巻』有斐閣(1934)383頁以下参照。

しかし、マイヤーは、主権者は退位することはできず、国家の代表者あるいは国家機関になることもあり得ず、専ら自身の名において行動することになるとし<sup>57)</sup>、国家は法人ではあり得ないと考えている。その理由として、マイヤーは、国家を法人に作り変えることのできる超国家的法規が存在しないことを挙げている<sup>58)</sup>。オットー・マイヤーにとって、国家は権利主体ではあり得ないことは一貫したことであった<sup>59)</sup>。

それゆえ、「国家人格」という概念は、オットー・マイヤーにとって、単に「像、比喩、抽象概念」としてのみ正当化することができる概念である<sup>60)</sup>。実際、オットー・マイヤーによれば、国家は「人を超えた存在<sup>61)</sup>」であり、「現実的な存在は、唯一の最高権力の生き生きとした担い手である<sup>62)</sup>。」オットー・マイヤーは、国家をその目的を追求するための「国民制度 (Volkseinrichtung)」の意味における公的団体、しかし、法人ではありえず、使用において便宜上それが人であるかのごとくそのように取り扱うことができる、「国民共同体の歴史的な存在を構築するための」公的団体と述べている<sup>63)</sup>。マイヤーは、国家の法人格を否定しつつも、法技術的に国家を人と扱うことを認めていたのである。

## (2) 国家の協同組合的理論構成の否定

また、オットー・マイヤーは、国家の協同組合的理論構成に対しても批判的な立場をとっていた。協同組合的理論構成とはオットー・フォン・ギールケにより展開された思想のことである。ギールケは、現代ドイツ国家理念の本質を国家と人民の同一性に基づく存在と定義し、以下のように述べていた。「国家は組織された人民である。人民は、国家として、全く一定の構成における歴史的統一的な存在として、精神的、倫理的、経済的生命のみならず、肉体的生命において現われ、法的な生命においても全人格を獲得している。明確な国家的統

57) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 56.

58) Vgl. Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 58f., 66.

59) Mayer, Staatsrecht (Fn.17), S. 14.

60) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 61.

61) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 63.

62) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 62.

63) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 68. Vgl. auch Mayer, Staatsrecht (Fn.17), S. 14.

一性は、法領域における魂であり、一定の方法において結びつき構成された国家市民は、肉体であり、しかし、憲法は、肉体の原子を統一的生き生きとした人格と組み合わせる人民の組織である<sup>64)</sup>。」

確かに、オットー・マイヤーは、オットー・フォン・ギールケが法人的理論構成における不透明な「国家権力の主体」へと高められた「虚人の幽霊」に対して抱いている反感に共鳴し賛成している<sup>65)</sup>。しかし、オットー・マイヤーにとって、オットー・フォン・ギールケが反論として提起した国家市民の意思に基づく「真正の団体人格」も同様に「虚構」でしかない。協同組合の本質は、オットー・マイヤーにとって、全く国家の基礎とはなり得ない。なぜならば、そのような理論的構成ではヘーゲルにより先天的に定立された国家目的 (Staatstelos) を理解することができないからである。オットー・マイヤーは、「協同組合の本質に存するその特別目的の確定性」は、「法的制限性および法的拘束性を意味する。それとは反対に、国家に委ねられた領域内における国家活動は、目的の莫大な多様性とその実現に関する法的無制約な力とに対応している。」と述べていた<sup>66)</sup>。

### (3) 反共和国的傾向

また、オットー・マイヤーは、国家権力の原理的無制約性と国家的法的理論構成の原理的権力制約性の対立、すなわち、権力国家と共和国の対立から、協同組合的国家理念に内在する矛盾を見出していた。マイヤーは、その論文「公法における法人とその利用可能性」において、マイヤー自身が拠り所としている君主制原理の強力な主張者であるカール・フリードリヒ・フォン・ゲルバーの次のような言葉を引用している。「人民は、国家的人格の自然の根拠である。それは、その人民のために国家が存在すること、国家がその政治的形につき人民自身であることを言っている。人民は、しかし、個々の現在生きている人間の総体ではなくて、歴史的共同体につき精神的に結びついた総体である。そ

64) Gierke, Otto von, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd.1, Berlin 1868, S. 830.

65) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 329 Fn.14.

66) Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht II<sup>2</sup>, Berlin 1917, S. 640f.

の総体は、たった今生きている世代において、現在の局面が現われているだけである<sup>67)</sup>。」

ゲルバーは、このように国家の法人格の原理を認めており、マイヤーとは必ずしも同様の立場に立っているわけではなかった。しかし、オットー・マイヤーは、このゲルバーの言葉を、国家の最終目的はその都度の多数の個別的な国家構成員の要求と意思に向けられておらず恐らくそれと区別される歴史的偉大な存在としての民族に向けられているとする自らの主張の根拠と理解していた<sup>68)</sup>。

この民族の理念の立場に立てば、協同組合として団体、国家は創造することはできないことになる。その理由として、マイヤーは、「どんなに緩やかな『団体』も常に構成員の法的関係を意味するからである。しかし、この構成員の法的関係は、確かにその都度の生者の法的関係にすぎない。過去と未来の世代にとっては、そのような法的関係は存在しない<sup>69)</sup>。」ことを挙げていた。それゆえ、オットー・マイヤーは、実際また、あらゆる協同組合的国家理念、あらゆる国家の法人的理論構成、社会契約等の国家哲学は、人民概念において、概念的相違があると考えていた。さらに、マイヤーは、ヨーロッパの空気に存在する共和国的見解がドイツにおいて、国家の法人格についての影響を与えているとし、「我々、まさに人民を、その最高代表者が領主である共和国的主権者を、そのためにその名においてすべてが行われなければならない国家人格として理解している<sup>70)</sup>。」と述べていた。マイヤーはこのことを「我々は共和国的思想界に被れている<sup>71)</sup>。」と批判していた。このように、オットー・マイヤー

67) Gerber, Carl Friedrich von, Gründzuge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 3.Aufl., Leipzig 1880, S. 220.

68) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 51. オットー・マイヤーは、これに関して以下のように強く主張している。「勿論、歴史的偉大な存在たる民族に奉仕するために、国家権力の担い手、領主あるいは人民—市民階級は、そこに歴史的偉大な存在たる民族が現われる現在の公衆を世話しなければならないだろう。国家権力の担い手、君主あるいは人民—市民階級は、公衆を育成し助成するだろうし、先の目的のために公衆を多数に力強くするであろう。しかし、国家権力の担い手、領主あるいは人民—市民階級は、そのために必要ならば、大衆に極めて重い負担をかけること、公衆を大量に犠牲にすることを躊躇してはいけない。—それゆえ、その際、ヘーゲルがそう力強く述べているように、国家の最終目的は、個人の生命および財産の保障ではなく、この保障は、むしろ倫理的理念の現実に比べれば、ほんの一瞬のものとして定立されるに過ぎないことは明らかだろう。」

69) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 51.

70) Mayer, Staatsrecht (Fn.17), S. 14.

71) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 52.

自身は反共和国的立場を貫いていたのである<sup>72)</sup>。

#### (4) 小括

オットー・マイヤーは、国家を法人へと変える超国家的法規の欠如を理由に国家法人説を拒絶し、また、国家の協同組合的理論構成に関しても、その本質に存するその特別な目的をもっては、国家目的を把握することができないこと、協同組合のような団体の構成員の法的関係は過去と未来の世代を拘束しないことを理由に拒絶し、国家の正統性を社会契約論に求めることを否定していた。このようなマイヤーの主張は、まさしく国家の法的理論構成に必然的に内在する共和国的傾向に対する反共和国的立場からのイデオロギー的対抗であり<sup>73)</sup>、後に述べるマイヤーのアンシュタルト的国家観から由来するものであった。

### 4. 近代国家理念の継続性

#### (1) ヘーゲルの影響

一九一八年、一九一九年以降もヴァイマル共和国憲法第一条第二項が、国家権力は人民に由来すると宣言 (Bekanntnis) しているにもかかわらず、後に出版された「ドイツ行政法第三版」において、オットー・マイヤーはそれを不適切なことと理解し、国家を「偉大な事実」と位置づけ、法的全能性を有する権力に基づく事実であるとする立場を採りつづけていた。憲法が転換した後も、オットー・マイヤーにとって、国家目的は依然として共同体として統合された民族の特性を歴史的に展開させることであり、マイヤーは国家を把握する上で利用する法人格という概念を「取るに足りない人為的な概念であり、我々が直面する主権 (majestas) にふさわしくない概念<sup>74)</sup>」であると述べていた。ヴァイマル憲法に基づき主権者が変化し、主権者としてドイツの全国民が立ち上

72) この反共和国的思想は何もオットー・マイヤーに限ったことではない。ヴァイマル期の大学、大学人の多くが第一次世界大戦敗戦後の経済及び社会的価値の混乱の中、ヴァイマル憲法、ヴェルサイユ体制に対し嫌悪感を抱き、反共和国的イデオロギーを有していたとされている。平井正・岩村行雄・木村靖二『ワイマル文化』有斐閣選書(1987)196頁以下、山本尤『ナチズムと大学』中公新書(1985)46頁以下、樋口陽一『比較憲法』青林書院新社(1977)165頁参照。

73) 塩野・前掲書注(2)86頁参照。

74) Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht II<sup>3</sup>, Berlin 1924, S. 329.



がり、統一的な生き生きとした主権者が生じたことは、オットー・マイヤーにおいては、「偉大な事実」としての国家に影響を及ぼすような事柄ではなかったのである。オットー・マイヤーは、ヴァイマル憲法の民主主義的性格、共和国的性格がマイヤー行政法理論を何らかの方法で修正することを強いることにはならないと一貫して考えていた。

したがって、オットー・マイヤー理論にヘーゲルの影響がみられること、マイヤーが、ヘーゲルに従い、国家理念を「それ自体永久に不可欠な精神の存在<sup>75)</sup>」と理解していることは否定できないことだろう。実際、この点に関して、ヘーゲルは、「しかし、国家一般あるいは、むしろ、各特殊国家の歴史的起源および国家の諸法と諸規定の歴史的起源は、一体何であり何であったのかの問題、最初、国家は家父長制的関係から生じたのか、恐怖あるいは信頼から生じたのか、団体等から生じたのかの問題、また国家のそうした法が基礎をおくものが、意識において、どのように神法および実定法として、契約、慣習等として把握され、定められたかの問題、これらは、国家理念自体とまったく関係ない<sup>76)</sup>。」と述べ、国家理念と国家の諸法と諸規定の歴史的起源等との関係を否定していた。このような背景の下、さらに、ヘーゲルは「しかし、ルソーは、意思を単に個別的な意思という一定形式において把握したのみであり、一般意思を、意思の即自かつ対自的に理性的なものとしてではなく、単に意識された意思としてのこの個別的な意思から生じる共同的なものと把握したに過ぎないため、国家における個人の団結は、彼らの恣意および意見および任意の明確な同意に基づく一つの契約になる。即時かつ対自的に存する神性なもの及びその絶対的権威と尊厳を破壊するような、それ以後の単なる悟性的な様々な帰結が生じたのである<sup>77)</sup>。」と述べ、国家の抽象的概念としての契約構造を否定していた<sup>78)</sup>。

75) Hegel (Fn.49), § 258.

76) Ebenda.

77) Ebenda.

78) さらに、ヘーゲルは、「それゆえ、一方で、これらの抽象的諸観念が暴力になった時、我々が知る限りの人類史始まって以来初めての恐るべき光景を生じさせたのであった。すなわち、それらは、あらゆる現存のもの及び所与のものを転覆させることにより、現実の偉大な一国家体制を、いまやまったく最初から思想に従いやり直し、単に理性的だと誤って信奉されているもののみを新しい体制の土台に据えることを欲したのである。しかし、他方、それらは、理念を欠く抽象諸観念に過ぎないから、この試みを極めて恐ろしい、目もくらむような大事件にしてしまったのである。」と述べ、このルソーの思想こそがフランス革命におけるテロリズムの原因となったとし批判している。Ebenda.

## (2) マイヤーの国家観の原点

このようなヘーゲルの影響を受けたマイヤーの見解に従えば、マイヤーの国家理念は、君主が国家権力を把握しようと、人民が国家権力を把握しようと、誰が国家権力を有しているかに関係なく不変のものであったと考えられる。オットー・マイヤーは、實際上、歴史的に立憲君主制と結びつく国家観および憲法観をヴァイマル憲法において再度見出していた。憲法が最高権力を形成し定立する上での基準となる規律を意味するならば、「行政は一般的な意味においてその目的達成のための国家活動であり」、「憲法は行政との対立を構築している。」とオットー・マイヤーが述べていることは極めて特徴的なことであった<sup>79)</sup>。

オットー・マイヤーの憲法観<sup>80)</sup>は、典型的な立憲君主制の憲法観であり、オットー・マイヤーは、君主制から民主主義への質的变化をその歴史およびあらゆる存在を超越した国家理念に基づき認めていなかった。人民主権は、オットー・マイヤーにとって、この国家理念に基づく国家モデルの枠組においては、基本的に領邦君主的主権以外のなにものでもなかった。それゆえ、人民主権とは、正確には人民により占拠された国家主権を意味していた。その際、オットー・マイヤーにとって、国家は人民を超えて存在しつづける機関のままであり、君主制の形態における人的基礎を喪失したにもかかわらず、不変的に人的な存在としての抽象的概念のままであった。オットー・マイヤーの国家観は、前民主主義的構造と結びついており、最後までマイヤーにより構想された公法体系の不可変数と、特に行政法体系に関する不可変数と結びついていた<sup>81)</sup>。そのオットー・マイヤーの国家観の原点は、「権力的事実」としての国家であり<sup>82)</sup>、法と法秩序では決してないのである<sup>83)</sup>。

79) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 1.

80) オットー・マイヤーはこれを「憲法に適合した法律は、単にあらゆる国家活動の必要条件に関する一定の特別重要なテーマのためにのみ制定されていた。それ以外のすべてのことに関して、執行権自体は自由である。執行権は、法律に基づかず自力で活動している。」と明確に説明している。

Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), S. 69f.

81) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 66.

82) Ebenda.

83) Ebenda.

5. アンシュタルトとしての国家<sup>84)</sup>

オットー・マイヤーは、協同組合的理論構成あるいは法人的理論構成を本来的に国家とは相容れないものとして拒絶していた。オットー・マイヤーは、一貫して国家をアンシュタルト<sup>85)</sup>として理解していた。その際、注目すべきことは、マイヤーは法人としてのアンシュタルトは問題にしておらず、アンシュタルトの法的形態が「偉大な企業」としての国家、「抽象的概念」、「人を超越した存在」、「法を超越する存在」としての国家を明確にするための適切な像であり、比喩<sup>86)</sup>であったことである<sup>87)</sup>。その特徴に関して、オットー・マイヤーは、国家の公法人の理論と密接に関係する論者で、極めて逆説的であるが国家法人説の創始者の一人と考えられているヴィルヘルム・エドゥアルト・アルプレヒトの説明に依拠している<sup>88)</sup>。アルプレヒトは以下のように述べている。「我々は、今日では、国家を、単に直接的に個別的目的とおよび利益のために特徴付けられている人間の結合体としてではなく、共同体として、個人を超越しつつ、第一に単に個人的利益の総体では決してなくて、より高度の一般的公益を構築する目的のために質するアンシュタルトとして考えている<sup>89)</sup>。」

オットー・マイヤーはこれを「良き確かなアンシュタルト概念である。」と述べ高く評価していた<sup>90)</sup>。また、オットー・マイヤーは、アンシュタルト的国家概念を協同組合的国家または社団的国家に対する対立物として考え、アンシュタルト的国家概念の特徴は人民を支配者に従属する存在と考えること、臣民を権利主体ではなくて支配客体として扱うべきことにあると述べている<sup>91)</sup>。しか

84) オットー・マイヤーのアンシュタルト的国家観に関しては、参照、塩野・前掲書注(2)83頁。

85) Anstaltの訳語に関しては、これを「営造物」と訳すことによる、わが国における講学上の「営造物」との混同を避けるため、本稿においては「アンシュタルト」という訳語をつける。

86) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 55 Fn.1.この場合、法的形態における国家の本来的法を超えた本質性を理解することのみが問題である。

87) Schmidt-de Caluwe (Fn.8), S. 67.

88) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 54.

89) Albrecht, Eduard Wilhelm, Rezension: Romeo Maurenbrecher, Grundzüge des heutigen deutschen Staatsrechts, in: Gottingische gelehete Anzeigen, 1837, 1491.

90) Mayer, Juristische Person (Fn.15), S. 54.

91) 既に、マイヤーの行政法の第2版において、オットー・マイヤー自身、公法人をもって、人民から導き出される公行政の正統性が実現したことをはっきり認識している。マイヤーは、「我々の国家権力が、我々のゲマインデの権力と同様に構築されているならば、我々は共和国を有している、共和国において公権力の担い手および行使者としての人民およびその代表は、独立した存在である。」と述べている。Mayer, Verwaltungsrecht II<sup>2</sup> (Fn.66), S. 665.

し、マイヤーは「我々にとって、アンシュタルト的国家概念は、最初から、そのような悪しき評判を決して有していたわけではない<sup>92)</sup>。」と述べている。では、どのようにアンシュタルト的国家が理解されることをオットー・マイヤーが望んでいるかに関しては、以下のマイヤーの主張がそれを明らかにすると思われる。

「我々は、アンシュタルト国家に関して、適切な事例を一度考えてみよう。君主が、各ラントを統治するために、物的および人的手段の計画的秩序により処分を行った。これが一つのアンシュタルトである。人民、住民はその支配の対象である。恐らく、この人民のうち特権を与えられた者が、市民階級を構成しながら、このアンシュタルト運営に関して携わる。それにより事情は少しも変わっていない。しかし、我々は次の場合を考えてみよう。君主が失脚し、ジャコバン党員が主権を持つ有権者の名において、古い組織を続けて動かすために、その代わりに公安委員会<sup>93)</sup>を定立する—この組織はそれによって何か変わったであろうか。この組織は、以前、国家と呼ばれていた。そして、現在再び国家と呼ばれている。以前、国王は・・・と述べていた。すなわち、朕は国家なり、と。現在、市民(citoyen)、人民における選挙人が登場し、自分自身に関し同様のことを言っている。状況は、勿論、全く同じである。同時に、市民(citoyen)は国家構成員の多数としての人民と同じであり、威厳のある歴史的現象として、そのためにすべてが要求されているとあってよい人民とも同じであると。市民は、それに応じて行動している。

しかし、我々の理論は、市民全てを信じている。それどころか、我々の理論はまた、現在、国家はアンシュタルトの不適切な性質自体を帯びることをやめ、それによってより高い文化的発展の時代がもたらしていると述べている。しかし、その組織は、その場合本質的には同じままでいる。人は、そのテーヌを読まねばならなかった。

それゆえ、国家は一つの偉大なアンシュタルトである。国家権力は、このア

92) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 53.

93) この場合の公安委員会は、マクシミリアン・ド・ロベスピエールが、フランス革命後の1793年に設立した機関を意味している。

ンシュタルトの管理を意味している。人民と土地はアンシュタルトに属している。それなしには、アンシュタルトの偉大な歴史的目的は考えられない。その運営が市民階級にのみ、あるいは領主にのみ、あるいは中間層にのみ与えられている。それが、市民階級のみであるならば、人は国家を社会 (Gesellschaft) と名づけることができるかもしれない。その場合、あまり多くの利益はもたらされない。それが君主のみであるならば、この国家をアンシュタルトと呼ぶことは、国家に際立った特性を何ら与えることはない<sup>94)</sup>。」

## V. 結語

ここまで、オットー・マイヤーの国家観、マイヤーの近代国家理念に関して検証してきたわけだが、最後に、オットー・マイヤーの近代国家理念に見出せるアンシュタルト的国家観に関して言及しておきたい。先に述べたように、オットー・マイヤーは、国家を偉大な事実と把握し、ヘーゲルの国家・法哲学の影響の下、法人的理論構成あるいは協同組合的理論構成を拒絶し国家の法的理論構成を否定している。そして、マイヤーは、国家を、法を超えた存在としての一つの偉大なアンシュタルトとしてみなしていた。オットー・マイヤーにとって、そのアンシュタルトは、たとえ誰がそのアンシュタルトの管理権を有していようと、その歴史的民族の目的達成のために貢献し、民族、人民に影響を及ぼす存在であった。

しかし、このマイヤーのアンシュタルト的国家観にはいくつか問題点が存在している。第一に、このマイヤーの国家観は、従来の旧家産的国家観を想起させる見解である。オットー・マイヤーがアルプレヒトの主張に依拠し、国家を君主の一身とは関係付けておらず、アンシュタルトを偉大な歴史的目的を有する存在と把握していることから、国家を単なる君主の財産と考える旧家産的国家とは、確かにある程度区別することはできる。しかし、一方で、マイヤーは国家の法人格を認めなかったため、旧家産的国家観との明確な違いを提示できなかったと言い難かった。さらに、オットー・マイヤーは国家法人概念の法技術

94) Mayer, Juristische Person (Fn.16), S. 54, 55.

的有用性を認めたために、国家の法人格の否定との関係で理論的問題も残った。この点に関しては、塩野宏教授は、オットー・マイヤーが行政法学を国家法人概念の法技術的有用性に従い説明していることから、マイヤーの国家法人格否定論は必ずしも成功しておらず、その観点から、彼の国家法人格否定論が行政法学の構造に直接に影響を及ぼしていないと主張している<sup>95)</sup>。しかしながら、オットー・マイヤーとて、多かれ少なかれ時代の子であり、その理論に何らかの問題点が存在していることはやむを得ないことであることもまた指摘しておきたい。

さらに、このマイヤーの国家観には注目すべき点も存する。それは、アルプレヒト的装置的国家観を復権させその観点から考察していることである。このことは、現代産業国家における行政機能の増大に理論的に対応しているといつてよい。すなわち、マイヤーの国家観は、極めて行政法学的観点に従っていたのである<sup>96)</sup>。また、マイヤーが、国家権力＝アンシュタルトの管理について、その主体を重視していないことは見落とせないことである。国家権力の主体が変化すれば、当然国家行政に影響を及ぼしそうである。しかし、マイヤーは、アンシュタルトは歴史的民族の目的達成に貢献するという立場から、憲法上の国家権力をめぐる争いと行政法上の国家行政を切り離して考えていた。このことは、オットー・マイヤーが国家行政に非政治性質を見出していたことを示している。そして、実際、ドイツにおいては1918、19年の帝国憲法からヴァイマル憲法への転換においてもマイヤー行政法理論は継承されている。ドイツ行政法第3巻第1巻の序文において、マイヤーは「憲法は滅びれど、行政法は存続する<sup>97)</sup>」という著名な言葉を残しているが、これはまさに行政法の価値中立的な技術法としての性格とともに国家行政の非政治性に関するマイヤーの認識表明を示すものといえるだろう。

95) 参照、塩野・前掲書注(2)87頁。

96) このように、マイヤーにおいては、アルプレヒトに倣い、装置としての国家がその行政機能の増大を前提にしていること、また、君主の客体としての国家、いわゆる旧家産的国家と区別するために、塩野宏教授はこれをアンシュタルト的国家観という名に代えて企業的国家観と呼んでいる。塩野・前掲書注(2)88頁。

97) Mayer, Verwaltungsrecht I<sup>3</sup>, (Fn.6), Vorwort.このマイヤーの命題に関する詳細な分析に関して、塩野・前掲書注(2)289頁以下参照。