

資料：ルードルフ・スメント 統合理論の展開（１）

手 塚 和 男

（憲 法 学）

今日の西ドイツ憲法学において、ルードルフ・スメントの統合理論は、《憲法体制の status quo を憲法理論上の構造の観点から》研究する場合、その《出発点を成す》といわれる。⁽¹⁾これは、例えばドイツ国法学者大会の論議において、賛成であれ反対であれ、くり返しスメントとの対決がなされてきたことからもうかがい知ることができよう。⁽²⁾

ここではまずスメントの統合理論の展開をたどる意味で、彼がそれを扱った論文著書を挙げてみよう。

- (1)1916年 Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat. Festgabe für Otto Mayer zum 70. Geburtstag. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1916, S. 245–270. in : R. Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Aufl., 1968, S. 39–59
- (2)1923年 Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform. Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1923, Teil III (25. S.). in : A. a. O., S. 68–88
- (3)1927年 Das Recht der freien Meinungsäußerung. Mithbericht auf der vierten Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer am 24. März 1927. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4. W. de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig 1928, S. 44–74; 96–97. in: A. a. O., S. 89–118
- (4)1928年 Verfassung und Verfassungsrecht. Duncker & Humblot, München und Leipzig 1928, VIII, 178S. in : A. a. O., S. 119–276
- (5)1929年 Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (Textausgabe mit Einleitung, 23 S.), in der Reihe : Die deutsche Reichsgesetzgebung. Sieben Stäbe - Verlags- und Druckereigesellschaft, Berlin 1929.
- (6)1933年 Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht. Rede, gehalten bei der Reichsgründungsfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin am 18. Januar 1933. Preußische Druckerei- und Verlags-Aktiengesellschaft, Berlin 1933, 24 S. in: A. a. O., S. 309–325

- (7)1956年 Artikel: Integrationslehre. Handwörterbuch der Sozialwissenschaften 5 (1956), S. 299–302. in: A. a. O., S. 475–481
- (8)1956年 Das Problem der Institutionen und der Staat – Staat als Beruf. Vortrag in der Institutionenkommission der Evangelischen Studiengemeinschaft (Christophorusstift) 1956. Zeitschrift für evangelische Ethik 6 (1962), S. 65–77. in: A. a. O., S. 500–516
- (9)1959年 Artikel: Staat. Evangelisches Kirchenlexikon III (1959), Sp. 1105–1113. in: A. a. O., S. 517–526
- (10)1966年 Artikel: Integration. Evangelisches Staatslexikon, Kreuz-Verlag, Stuttgart-Berlin 1966, Sp. 803–805. in: A. a. O., S. 483–486
- (11)1969年 Deutsche Staatsrechtswissenschaft vor hundert Jahren-und heute. in: Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 451–461
- (12)1973年 Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit. in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, S. 575–589
- (13)1975年 Artikel: Integration. in: Evangelisches Staatslexikon, 2., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1975, Sp. 1024–1027

1916年論文(1)は、《諸邦の親連邦的行態》を《憲法原理》として明らかにした点で、統合理論の《先触れをなす例》といわれる（参照、1975年論文(13)Sp. 1025f.）。

しかし、統合なる用語を初めて用い、その理論をスケッチしたのは1923年論文(2)である（参照、1928年(4)S. 136 An m. 3: in: 1968）。これは、統治論（*Lehre von der Regierung*⁽³⁾）を論ずる場合、西ドイツ憲法学の理論的展開の《結晶の核》をなすものである。いわゆる《統治権力》ないし《政治権力》の問題と関連して、フランス、イタリア、スペイン、英米における《統治行為》あるいは《政治的行為》の理論を検討し、同時にそこで得られた成果から一般国家学における国家形態理論に論及する。

1927年、ドイツ国法学者大会での報告(3)では、統合理論による基本権理論を展開し、翌1928年に公刊された彼の主著(4)では統合理論が包括的に——が、彼自身にあっては、《スケッチ》ないし《作業のプログラム》として（A. a. O., S. 120）——とり扱われた。1929年ヴァイマル憲法の正文に彼は序文を著わし(5)、統合理論をもちいつつヴァイマル憲法の構造を概観した。1933年の講演(6)では、基本権理論をさらに論及した。

戦後における展開は、統合理論の《一定の一面性と欠陥》の指摘で始められた(7)。同じく1956年には、新教研究団体の制度委員会で講演(8)し、これは戦後の統合理論の基礎をなすものである。ここでも、統合理論の限界が指摘され、統合理論が必然的にもたらず帰結を自覚して、スメントの思考方法が要求する5つの点を説く。すなわち「a. 自分は御免だ・自分は参加しないという懷疑（*Ohne-mich-Skepsis*）から国家を守ること、b. とくに国家の特別の任務を歪曲すること（功利化、官僚化など）から守ること、c. 国家の統一課題を多元主義から守ること、d. 全体主義から国家の限界を守ること、e. 限度を超えたキリスト教化から国家の独自性を守ること」（A. a. O., S. 516）である。これをうけて、1959年の論稿(9)では現代の国家理論の扱うべき問題は《国家の課題》如何についてであること、また個人の国家へ

の包摂の問題が説かれ、《個人は政治的包摂においてのみ、みずからを倫理的にみい出し、実現し、体験する》と説く。これが1966年(10)での《倫理的諸帰結》に導く。ついで1969年論文(11)では、国家を人間から理解することが、民主制の理解や憲法解釈に資すると説き、統合理論の意義は現代も、20年代も《例えば議会外の反対(APO)や共同決定(企業、政党法における)などの諸現象を憲法理論によって事態に即して把握する》ことを可能にする点にある((11)S. 461 Anm. 24)と論じ、1973年の論文(12)では、ドイツ国法学者大会における動向を振り返るなかで、20年代における統合理論の意義を詳論する。約50年間にわたって思考され続けた統合理論は、スメントの死と時を同じくして公開された、1966年論文(10)の改訂稿1975年(13)で、彼自身の論述を閉じた。⁽⁵⁾

以下では、1923年論文(2)を訳出する。⁽⁶⁾

註(1) D. Göldner, Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat. Bemerkungen zur Doppelfunktion von Einheit und Gegensatz im System des Bonner Grundgesetzes. 1977, Vorwort S. V

(2) 例えば、佐藤立夫「戦後30年の西ドイツ公法学界の展望(上)」『早稲田政治経済学雑誌』250・251 合併号、1977年、1頁以下、参照。

(3) P. Badura, Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882–5. Juli 1975). in : Der Staat, Bd. 16, 1977, S. 306

(4) 1976年9月30日ゲッティンゲン大学の研究室に子息 Rudolf Smend 教授を訪ねた折、父スメントのことをそのように評していた。

(5) 拙稿「スメントと統合理論——戦後再評価の周辺」『社会科学の方法』102号、1977年、1頁以下、参照。なお、スメントの経歴と業績については、拙稿「資料：ルードルフ・スメント追悼文」『三重大学教育学部研究紀要』第29巻、1978年、67頁以下、参照。

(6) ここに訳出したのは、Rudolf Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (1923) で、当初 Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1923, Teil III (25S.) に発表されたものであるが、訳出に際しては、Rudolf Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S. 68–88 に収録されたものを用いた。

「憲法国家における政治権力ならびに国家形態の問題」(1923年)

権力分立のうちで、用語法と意味の点からみて、その境界がもっともはっきり定められず、内容が規定されない部分は、立憲的用語法で執行権(vollziehende Gewalt)といわれるものである。立憲体制はほかでもありません第一にこれを憲法にとり入れることをめざしたのである。執行権では、その概念の使用は他の二つの権力の場合よりもっと激しく揺れ動いている。それは一方でそこに国家活動のこの領域の内容的な標識をみい出そうとする試みか、他方でそれによってただ形式的な法的事態——その中に、この領域は憲法によって位置付けられるべきである——だけを指示するという意図か、を間にして迷っているのである。結局は第二の用途にだけ用語が適当であると判明するにつれて、いっそうしばしばこの作用の実質的内容に対する他の名称、すなわち行政(Verwaltung)、統治(Regierung)、指導

(Leitung)などの名称がさらに出て来る。これらの概念相互の関係を明確にすることは、次の場合ですらまどうまくいっていない。法律概念についてのラーバントの研究において権力の形式的意義と実質的意義とを対立させることによって、権力分立の本質についての最も重大な不明確さが明らかにされた場合ですら、まどうまくいっていない。したがって、諸憲法の用語法の方がこの点に関して理論のそれよりもさらに不確かであるということにいたってはなおさら全然不思議ではない。

初期立憲主義での〔権力分立〕制度の厳格な実施に対応するのは、ここではつねに第二あるいは第三の権力が執行権(Exekutive)と称されること(1787年のアメリカ憲法、1791年—1795年のフランス憲法)、またそれに連なる諸憲法(例えば、1831年のベルギー憲法、1848年のサルジニア・イタリア憲法、ごく最近では例えば、1921年のポーランド憲法、同年のユーゴスラヴィア憲法)においても同様である。それとは逆に、ドイツの憲法情況の特性と1814年の〔フランスの〕^{シャルト}憲章の先例がもたらす必然的な帰結は、三月革命以前にはどのドイツ憲法においても執行権が問題にならないということである。1848年以来ようやくその概念は、ベルギー憲法典からプロイセン憲法典と一連の小邦の憲法典に入り込んだのである。⁽¹⁾少なくともその概念は、君主における国家権力の集中という定式に比べより立憲主義的であるように思われたし、そのかぎりで明確に立憲主義を一定程度信奉していることを意味した。〔しかし〕事実上、《執行権》をもつドイツ諸国における法情況は、それをもたないドイツ諸国における法情況と変わりはなかった。そのため、行政(Verwaltung)、執行(Vollziehung)、統治(Regierung)等々が同義語として扱われたのであり、このような用語法の遺産が今日のわれわれの国法の憲法用語なのである。それは、一方で行政と統治⁽²⁾、執行と国家指導⁽³⁾⁽⁴⁾⁽⁵⁾、これらの概念の各々を全領域の名称に用い、他方でこのような目的のために、それらの概念のいくつかをいっしょに並べている⁽⁶⁾。こうした〔概念の〕動揺には、一つのあらわな欠陥が認められるだろう。もっともその欠陥が認められるようになるのは、憲法制定者がこれらの名称の性格が一部は定義するのではなくて、記述的であるということにより方向を誤まらされる場合、そして例えば《指導》権限や《監督》権限の配分によって憲法上の諸権力の代わりに、行政法上の決定審級相互を画定する場合である⁽⁷⁾。

ともかくこれらの用語は、誰にとってもまたいつの時代にあっても、同意義であるとは思われないようである。1791年、1793年、1795年、1848年のフランス諸憲法が《執行権(pouvoir exécutif)》についてだけ語り、1799年と1804年のナポレオン憲法が同様にただ《政府(gouvernement)》のみを述べ、そして1852年の憲法が主として《政府》について述べていることは、特徴的である。⁽⁸⁾同じく特徴的なのは、プロイセンがその性格を、憲法でのライヒ内の単なる《ラント》とみなしていること、それはプロイセンが内閣とその活動に対し《統治》という言葉を相次いで断念したということによってである、ということである。

これらの例において、多かれ少なかれ重要な立憲的または連邦的な正確さについてのニュアンスの違いだけが問題であるならば、ひじょうにしばしば代替しうるものとして使われたこれらの概念の適用範囲を精確に画定することが、多くの場合に避けられないだろう。これは、まず第一に統治(gouvernement)、統治権または政治権力(Regierungs- oder politische Gewalt)の概念にあてはまり、それに対するものが執行権(vollziehende Gewalt)の剰余領域であり、この領域はさしあたりごくふつうの意味で行政(Verwaltung)の領域といわれるであろう。政治権力の行使は、若干の国で、執行権(Exekutive)という他の

態様に対して特別の法の下にある。それによってこれらの国の司法実務と行政実務は、統治、行政、執行の概念を展開し、相互に画定せざるをえなかった。もっともこれはそれらの国でもドイツと同様法律上なんらかの方法でより詳しく規定されなかったのであるが。その際得られた諸成果はドイツ国法理論にとっても興味深い。すなわち、ドイツの方法論上の方向付けに対する外国の方法の例として、ドイツ法での対応する実務上の問題を解決するための補助手段として、最後に、それに関連する国家理論上の成果を得ることの前提として、より一般的な意義をもっている。

行政（*Verwaltung*）と対比して統治権（*Regierungsgewalt*）とその特別の法的状態を実務上・理論上認めている古典的な国は、フランスである。この点に関してみちびきとなったのは、参事院とその《すぐれて司法官に属する》（*éminement prétorienne*）判決である。1822年に王女ボルゲーゼの〔請求権の〕被譲渡人が、ナポレオン王妃に貸与した嫁入り支度金の利子の後払いを要求した時に、参事院は、《その請求は、決定が排他的に政府の権限である政治問題（*question politique*）に由来することにより》⁽⁹⁾、参事院に権限のないことを宣言した。そしてそのあとに続くのは、連綿と続く諸判決、まず第一に参事院じしんの諸判決である。それらは、戦争行為（*actes de guerre*）、外交条約（*traités diplomatiques*）、元の王室の諸既得権について裁判所が取扱うことをすべて、《行為が政治行為および統治行為（*acte politique et de gouvernement*）であることにより》もしくは《本質的に政治的な性格をもつ外交上の約定および統治行為を解釈することに係わるがゆえに》、承認できないと宣告している⁽¹⁰⁾。執行権に対して通常裁判所の管轄権が限定されていたために、通常裁判所が政治的行為を取扱うという危険は、はじめから小さかった。そのため、このような実務は、本質的に、行政裁判所（*contentieux administratif*）で政治的行為を取扱う方向をとった。しかもそれが決定的であればあるほど、この点に関しては、留保された司法（*justice retenue*）、統領の侵害権という安全弁はますますその意義を失った⁽¹¹⁾。一定の安定化は第三共和制とともに始まる。すなわち、一方で、既に以前に1849年3月3日の法律で、現在は1872年5月24日の参事院の再編成に関する法律で、これまでの実務が法律によって承認されており、それは行政裁判所の権限ではなかった事件、〔参事院〕の争訟部（*section du contentieux*）に係属中の事件において、権限争議を提起する大臣の権限にみられる（第26条）。他方で、こうした実務は、これまで欠けている統治行為の実質的な画定が現在実務と文献において求められるかぎり、新しい立脚点に置かれる。これまで統治行為として扱われたのは、その動機が政治的性質をもつ公権力の行為のすべてであった。〔しかし〕現在では次のことが確定されている。処分は《次のような事実によって性質を変えない。すなわち、処分が政治的目的のために命ぜられることおよび処分が議会によって同意されたこと、このようないろいろな事情が処分に行政行為あるいは統治行為という性格を与えることができないこと》⁽¹²⁾、《公務員の決定の動機が、行為——それは公務員に対してその本質的特徴を高められているが、しかしこのような性格を行為の目的と性質そのものから究明しなければならない——に特徴を与えないこと》⁽¹³⁾である。統治行為のこのような内容的性格を規定するにあたって、実務が一定の実質的な、場合によっては以前の判決によって認められた類型に頼ろうと努め、その際、結果としてその範囲が徐々に狭められつつあることがはっきりしたのは、

当然である。このような〔内容の〕減少が不可侵の領域の主要な内容としての外交役務の行為に限定してしまったということを、ジェーズは1912年に確認しなければならないと信じたが、しかし1913年にはもう、いまや外交・領事事項がそのもっぱらの対象を成したことを確認せねばならないと思った。⁽¹⁴⁾ 文献のほうは、判決とともに、すべての執行行為 (Exekutiv-akt) をすべての裁判管轄権から除外する理由としての政治的動機理論を放棄したのち、四つの異なる道を進んだ。一部の文献は、同様に、この意味での統治行為の伝統的な類型の範囲をできるかぎり詳しく確定することだけで満足した。その際、実務において証明されねばならない諸事例 (立憲の諸権力相互の関係、とくに議会の発議権、召集など、議会選挙期日の決定——外交関係——戦争行為——非常事態——戒厳状態——元王家に対する措置——国外追放——叙爵——恩赦行為) に対して、文献においても徐々に限定しつつある傾向がみられる。⁽¹⁵⁾ 第二に、統治と行政を原則的に定義し、それにより互いに画定することが試みられているが、その場合たいていは記述の一般性を超えていない。⁽¹⁶⁾ この点に関して問題になっている古い時代の著者達が、注目すべきことに、そうなのであり、その時代にあっては政治的動機が統治行為の標識なのである。原則的な性格をもつこのような試みは、70年代以来新しい実務が客観的標識を得ようとするやいなや、役に立たない。すなわち、それ以来ほとんどすべての著者達がたどった道は、最高位に立てられた原理から、すぐさま実務の前例に従ってその時かぎりに基準となる判例 (Kasuistik) へと元に戻るか、あるいは統治の実質的な (しばしばまったくもはやさらに詳しくは規定されない) 概念から、ただちに法律学上の使用にのみ適すると思われる形式的標識が導き出されるか、のいずれかである。そのような標識は、さまざまな国家作用への委任権の形式的基礎 (直接に憲法に基づいて行なわれるのが統治であり、法律に基づいて行なわれるのが行政である)⁽¹⁷⁾——行為の自由裁量的性質⁽¹⁸⁾——議会の参与⁽¹⁹⁾あるいは閣議の協力⁽²⁰⁾——議会の批判権能⁽²¹⁾——等々である。それらの標識はひとつのこらず、多かれ少なかれ容易に否定されうるし、ごく最近増えてきた統治行為 (acte de gouvernement) 一般の理論と実務を原則的に否定することは、少なくとも一部は、学説の満足のゆく理論的基礎付けのこのような失敗から、明らかになる。

フランスの実務は、そのすべての欠陥と不明確さをともなって、イタリアに法律により組み入れられた。すなわち、1889年6月2日の参事院に関する法律の第24条⁽²³⁾が、無権限の理由で (per incompetenza)、権限濫用の理由で (per eccesso di potere)、あるいは法律違反の理由で (per violazione di legge) 参事院第四部門に、政治権力 (potere politico) の実施において政府 (Governo) によって発せられた行為または措置 (atti o provvedimenti) が問題であるのか、を異議申し立てすることを排除することによってである。この規定は、元老院の委員会によって初めて法律草案に導入され、フランスの先例に明らかに関連しているが、しかしそのように画定された領域の内容については完全な明確さを欠いているのである。⁽²⁴⁾ クリスピは、統治行為 (atti del governo) とは国際法および公法および教会法のすべての広範な領域において国王の大権が説明されるような行為である、と定義した。ただ騒乱と伝染病に対する処分だけが、質疑に対しすべての関係者によって、例に挙げられた。実務の方はかろうじて展開した。1891年と1893年に、控訴院裁判所と参事院は、意見の紛糾にもかかわらずただ一つ確実なことは、このような行為の場合にはつねに、国家の内外

の安全に関する一般の利益 (*interessi d'ordine generale attinenti alla sicurezza interna ed esterna dello Stato*) が問題になっていることである、と判示した。⁽²⁵⁾ 1895年、参事院は次のように判示した。すなわち、自然法からしてすでに、行政としての執行権の通常的作用は行政裁判権にふさわしく、特別的作用 (政治的必要による超法秩序的作用 *extra juris ordinem per necessitatem politica*) は、ただ裁判官としての議会にのみふさわしい、と。⁽²⁶⁾ 1906年、控訴裁判所の合同部は次のように判示した。すなわち、行為の内容というよりはむしろ行為の拘束または自由の程度が決定的である：よく整備された行政制度 (*ben ordinato sistema amministrativo*) にとって特徴的なことは、政治権力はまさに裁量の自由によって特徴付けられるのだが、公務員の裁量に任されているのは全然ないかあるいはほとんどないに等しいということである、と。⁽²⁷⁾ もっともそのことによって統治と行政を内容上各々区別することは断たれており、その区別はイタリア法律学の個別主義的基本性格と無関係である。われわれはここでも形式的標識に基づいているし、イタリアは、フランスの実務が統治行為の標識としての政治的動機 (それは実際に今日もなおイタリアの判例の究極的基礎である) から進んで、伝統的に認められた実質的類型の一つに属していることを確認することに至ったことに、気付かなかった。その結末は——かなりの実際的な意義にもかかわらず——⁽²⁸⁾ 内容上不十分な実務である。

スペイン法は、統治行為を (統制から自由な) 裁量行為に編入させることによって、このような困難を排除した。⁽²⁹⁾

アメリカ合衆国では、独自の展開が政治的行為の裁判権に対する [統治行為と] 類似の例外的地位という結果になった。18世紀のイギリスの実務は、国王大権の一般的な不可侵権のほかに、外国との条約は裁判所の判決の対象ではないという原則をも発展させた。⁽³⁰⁾ アメリカの実務は、はじめから、原則的にすべての政治的行為を裁判所の権限から除外しているが、もっともその場合、[政治的行為を] 画定するための原則も、典型的事例のカタログさえも求められなかった。出発点は権力分立原理である。それによれば、連邦の一機関に権限を配分することはその他の権限を排除することを意味し、またそれが他の権力の行為を承認しなければならないという義務をも意味する。⁽³¹⁾ 司法裁判所に権限があるのは、個人権または財産権が問題になっている場合にすぎられ、例えば主権、政治的裁判管轄権、政府、一国としての団体的存在についての諸権限が問題になっている場合、あるいは近時さらに用心深く言われているように、一方か他方が大部分その場合にあってはまる場合には権限がないのである。⁽³²⁾ 大統領と議会がもつ憲法上の政治権力 (*political powers*) を確定することを除けば、[政治的行為を] 画定するための原則はみい出されず、また典型的事例のカタログもみい出されない。しかしアメリカでもまた、政治的行為のための形式的標識を求める傾向が現われており、その標識は、拘束された行為、事務的 [非裁量的] 行為 (*ministerial acts*) とは違い、裁量の自由にみい出される。⁽³³⁾ したがって、政治権力の不可侵権は、結局イタリアやスペインと同様、裁量のコントロールを排除することになっていくのである。⁽³⁴⁾

外国の理論と実務では、政治的という概念や政治権力の概念を求めてかなり多くの努力が払われて来たのであるが、その成果は、以上のように満足のゆくものではないにしても、ドイツにとってさまざまな観点の下で有益である。

第一に、ドイツにおいてもその概念を実際に使用するという観点の下で啓発的である。

もっともドイツでは、政治権力に対して特権的な法的情況が (一部はフランス法、イタリ

ア法、アメリカ法の法的情況に相応して）帰属されるようなすべての事例において、困難が排除された。それは、政治権力が問題になっているかどうかの決定が最高の政治的首脳部それ自身にゆだねられたことによってである。そこでライヒ宰相は、外交職公務員の行動が政治的または国際的動機に依拠していたかどうかを、職権による声明によって確定し、それによって、公務員に対するライヒの責任を除外している。⁽³⁸⁾ またライヒ政府は、裁判官以外のいかなる公務員が政治的性格をもつ地位を占めるのか、とくに共和制擁護のための課題を任されているのか、したがっていかなる公務員が一時休職にすることに定められるべきなのか、を決定する。⁽³⁹⁾

それに反し、《政治的》領域を画定することは、政治的結社および集会に関するライヒ結社法律の規定を適用することによって、ますます重要な意義をもつ。⁽⁴⁰⁾ この点に関して、ドイツでも、立法と実務は政治的という言葉の明確な概念規定をみい出さなかったし、その結果は、形式的にも実質的にも、少なくとも外国での上述した相応の法的な不安定と同じように、好ましくない。形式的にそうであるのは、ドイツの実務がここでフランスの実務と同じく、《政治的》事項の承認された類型を列举することで自衛策を講じようと努めているかぎりである。⁽⁴¹⁾ 実質的にそうであるのは、その際《政治的》と《国家的》とが根底において同一視されているかぎりにおいてであり、したがってここでは《政治的なもの》という第二の概念が、例えば、公務員に対するライヒの責任に関する法律や共和制擁護のための公務員の義務に関する法律において使われたように、その他の用語法概念に対して採り入れられるのである。また、このような結社法上の概念が国内および国外での一般的な用語法概念とはまったく違ったものである——それは、まさに最もポピュラーな基本権の一つを法律によって実施する場合に、とくに手痛い欠陥である——かぎり、実質的に好ましくない。

ドイツの法律学は、外国、とりわけラテン諸国の法律学とともに、概念の《社会的》、《メタ法律学的》、《政治的》内容をできるかぎりとり除き、いたるところで《形式的》標識に引き込もうという傾向を分かち持っているが、こうした傾向が、この点に関しても責任があるのである。外国ではこのような傾向はまったく合理主義的に基礎付けられている——政治権力の概念に対するフランスでの疑念あるいは拒否の究極的動機をフランスの著述家が明らかにしているが、彼は統治と行政の区別にとって合理的基礎（*fondement rationnel*）のないのに気が付いている⁽⁴²⁾——が、ドイツではそれは比較的新しく起ったものであり、⁽⁴³⁾ まさにわれわれの問題においてその傾向の意味するものは、19世紀中葉のドイツ国家理論がすでに獲得した諸成果を後から放棄することである。そこで、統治と行政は、外国におけると同じく、ふつう、自由と拘束の観点からあたかも拘束された政治的・自由裁量のな行政行為がないかのように、区別される。⁽⁴⁴⁾ 先の《政治的》結社・集会の概念規定もこのような関連に入る。つまり、《政治的なもの》の概念は、伝統的な政治的概念世界の中では当然に所与であり、語感の点で生き生きとしているのであるが、それが無視され、国家に関係付けることによって代わられたことにより、形式主義的な時代の傾向に逆らう実質的な内容規定は回避され、形式的な規定によって代わられた。⁽⁴⁵⁾ その結果が概念の膨張であり、これは望ましくないし、またいかなる実質的な必要によっても是認されない。このような概念の膨張は、国法〔学〕における形式主義的方法のもつ政治的危険性ということの多くの例のうちの一つである。

統治の領域を積極的に規定することは、ただ国家理論上の包括的な叙述の対象であるだけなのかも知れない。そのこととの関連において国家理論のこの部分における使用可能な乏しい諸概念の意義をはっきりさせるためにだけ、以下でその結果が少なくとも示唆されることになる。

形式主義的国法学もその点でたいていは正しく考えたのであり、まして外国の法律学にいたっては、上述したその公法の展開によって、どうしても次のように考えざるを得なかった。統治と行政の両領域は、合わせて、立法と司法を除く国家作用の全体の補完的な片割れであるのだから、統治の概念は行政の概念に基づいて定位されなければならない、と。

このような立場から、統治は、政治の範囲内に入る領域、換言すればそこにおいて国家がそれ自身とその本質を決定し貫徹するといわれるような領域の部分と規定されるのに対し、行政は、そこにおいて国家がほかの目的に仕えまたはただ国家の政治的作用のための技術的な処置だけを講ずるところの部分と規定される。そこでドイツ国家学では以前から《統治活動を特徴付けるべき統一性》ということが、行政と対照させる方向でとりあげられている。つまり、《統治の場合は全体に、行政の場合は特殊・個体に目が向けられねばならない》⁽⁴⁶⁾と。この意味での統治理論の古典的な学者である L. v. シュタインをここで想起しさえすればよいであろう。彼と他の人々は、正当にも、国家における政治的行為の特性を明らかにした。その特性は、政治的行為がしばしば対象を欠いており (objektlos)、ただ国家の《精神》、国家生活にとっての統一的意思の方向付けだけを作り上げ、国家生活・国家作用におけるそのつどの統一性を作り出す点にある。それらすべては、最近導入された表現を用いるならば、国家的統合の過程 (Vorgänge der staatlichen Integration) である。この表現は、比較的古い社会学をちょっと変形して借用され、その対象を言い表わすためにはぜひとも必要なものである。ただし、それらが対象を欠くもの (objektlose) としてこの統合に限定されよう⁽⁴⁸⁾と、あるいは外に向っても同時に (広義の) 法律行為上有効になろうとどちらでもよい。

政治的なものをこのように規定することに対する唯一の重大なためらいは、次の点にあるだろう。すなわち、その概念規定も、国内政治と対外政治の対立を政治的なものの統一性へとまとめることがたぶんできないこと、したがって少なくともそのかぎり、政治的領域の個々の部分が、フランスでの統治行為の実務とドイツでの結社法の適用との基礎になっているような列挙をふたたび必要とするだろう、ということにある。まさにドイツ国家理論では、国内政治と対外政治の関係についての伝統的な論議にみられるような問題の立て方と論証の仕方に従って、問題を根本的に満足のゆくように解明しそこなって、政治の両側面の共通性がみのがされがちであった。⁽⁴⁹⁾ 実際、国内政治でも対外政治でも同じことが問題なのである。つまり、国家の個別的特性 (Individualität) を展開し、手に入れることが問題なのである。この点に関して少なくとも道を示すことができるのは、しばしばとても危険な類推なのであるが、人間の生活 (Leben der menschlichen Persönlichkeit) の類推である。ありのままの人間から人柄の統一性が展開されるのは、一方で、孤立した⁽⁵⁰⁾ 行動と精神生活が、意識的にせよ無意識的にせよ、現実を形成しまたはたんに自己を形成する行為において、絶えずこのような統一性を作り、確認し、自覚し、完全にすることによってであり、他方で、個人が外界との対決において自己の課題、特性、人生の意義をみ出し、保持することによってである。国家生活において対応がみられる。すなわち、国家がその個別的特性を規定するのは、国家に対してその政治的プログラムを措定すべき国内政治の意識的な行為 (選挙、議

会の審議、プログラムの決定など）によってであり、またもっぱら技術的な性格をもたないかぎりでの国家のその他すべての活動——その場合さらに付け加わるのは歴史や状況によって偶然に規定されるすべての活動である——によってである。しかし対外政治においても同様に、国家はその個別特性を規定し、手に入れ、そして国家それ自体が形成される。それどころか対外政治は政治生活の形式であり、しかも比較的古い形式で、もともとは唯一ではないとしても優勢な形式なのである。帝国主義を対象を欠く一定の態様の拡張の志向とする概念規定が最近出され、しばしば論議されているが、それは大筋において正しいかも知れないしまたはそうでないかも知れない。その概念規定の場合、またそれをめぐる論争の場合にほとんどつねにみすごされていることは、対外政治が政治であり、たんに技術的目標だけをめざしていないかぎり、無対象（Objektlosigkeit）という契機がすべての対外政治に固有である、ということである。つまり、対外政治上の論議において争われるのは一部は国家の対象をめぐって、一部は国家の主體的な個別特性の領域をめぐってだけであり、しかも空間的あるいは動態的な点についてである——それは宗教戦争、王位継承戦争、経済戦争、国家的併合戦争および防衛戦争を通じて一様な契機である。そして国家の対外関係にこのような契機が含まれているかぎり、この関係は政治ではないのである。したがって、この点に関して、政治的要素は、国内において政治的統治を技術的行政から分つ要素と同じものなのである。⁽⁶²⁾

ここでは政治的なものの概念を内容的に規定したわけであるが、それはただ示唆的にのみそういった概念を得たにすぎない。ただそれは三つの方向で実を結ぶであろう。すなわち、実定法にとって、国法理論全体にとって、一般国家学にとって、である。

実定法に対しては、政治的なものの概念が法律によって使用されているところで、法の適用を深めることによって、である。この点に関して、判決はその課題を果たしていない。そうであるのは、判決が形式的な標識または関係にひきさがるかあるいは経験的に内容を列挙することにひきさがることによって概念の規定を回避する場合、その際このようにして例えば、すべての行政技術的な事項を政治的な事項であると宣言せざるをえなくなる場合である。⁽⁵³⁾ ドイツ国民は、政治的なものの本質についての啓蒙をたしかに必要としているのであるが、火葬を採り入れることが政治的な事項であるために、火葬組合は政治的結社であるというような政治的結社の問題でなされる最高裁判所の判決により、ドイツ国民が啓蒙されるということは、自由な国にふさわしくない。

国法理論全体も同じく政治的なものの概念を必要としている。というのは、国法は政治的なものを対象としており、技術的な法である行政法と違って、政治的な法であるからである。この点に関しても、〔概念〕画定は両領域の本質の対比に基づいてのみ成功しうるのであって、例えば憲法とは国家が静止して存立している場合の国家組織であるのに対し、行政法とは国家が作用していることである、というよく知られた標識のような、形式的標識をふつつ行なわれているように最後の拠り所とすることによっては、うまくいかない。そしてまず第一にそのような仕方でのみ国法はその固有の対象をみい出すのである。すなわち、《国家の意思がそれによって統一体として基礎付けられ、語られる》ような、換言すれば、それによって国家が継続的に絶えず新たに統一体へと統合されるような制度と作用の総体が

国法の固有の対象である。国法は、行政法と違って、制度と作用の総体の規制——《それによって、国家のそのように構成された意思が多様な生活関係のなかで実現される》——なのである。⁽⁵⁶⁾しかし、ドイツ国法学が国家団体（Staatskorporation）という考えを用いて家産〔国家〕の理論を克服して以来、ドイツ国法学は、このような単なる補助的手段の支配を受けるようになってしまい、それ以来ドイツ国法学の課題を私法上の社团理論の意味において理解してきた。つまり、機関の差異を明らかにし、全体に代わって行動すること、《法律行為的国家行為》のための機関の代理権あるいは代表権を明らかにするという意味においてである。しかし、国法の第一の課題は、国家全体の統合、つまり国法上の最高機関、王権、議会の討論と批判、組閣およびそれらのまず第一に完全に統合する作用が対象を欠く存在（objektloses Dasein）であること、である。が、通常、それらは国法理論において、国法上の機関代理権の制度という観点に比べて、まったく無視されている——あたかも諸々の国家支配者や政府や議会ができるかぎり多くの法律行為的国家意思を専属的に生産する権限があり、そのことによってだけ法的に特徴付けられ、その点に法的存在の意味をみい出すかのごとく、無視されている。⁽⁵⁷⁾

このような対比はしばしば自覚されていない。それを最近また鋭く展開したのは、K・ローテンビュッシャーである。《憲法構造の法的研究は、国家権力を中心と考え、誰が国家に固有な命令権・処分権を行使する権限をもつのかを確定し、このような〔権限〕行使がいかなる法的条件に拘束されているのかを確定する。それに対し、政治的考察は統治権を問う。すなわち、誰がすべての実際の事情の全体を顧慮して自分の意思により国家の全体的姿勢を内と外に向って規定することができるのか、そして国家に固有の権力手段を自由に使うことができるのか、を問うのである》。⁽⁵⁸⁾しかし、このような《全体的姿勢》を獲得することは事実上制約されているばかりでなく、憲法によって同時に規範的にも規定されており、そしてこのように規定することはその上憲法の第一の固有な内容である。その内容によってかの法律行為上の代理権は制約され、その内容の下位に置かれ、その結果代理権はその法的効果の点で憲法の内容からそもそも理解されうるだけである。

国法理論がただこのようにその固有の対象を自覚し、その対象を自由にし、そのことによって初めてその仕事にとっての確実な基礎を獲得しているように、国法理論はそのことによって同時に、最近論じられた《国法学者と政治》という問題が印象深く明示したところの危険、つまり形而上学の領域への逃避ということにとらわれなくなっている。もっとも形式主義的国法学は、形式主義的概念法学の論証と前提たる多かれ少なかれ自覚されない価値判断との間を往きつ戻りつ揺れ動いているだろう。ここで主張した見解は、憲法の固有な核心と意義としての政治的統合の領域——それは誠実な研究にとって近づきうる領域であり、さらにすべての国法上の個別的研究にとって決定的な出発点である——の中に向っていくことを示しており、そのことはかなりはっきりしており、はるかに確実であり、それどころか対象そのものから必要とされる。ただこんなふうに、国法学上の研究は——教会法という隣接領域において相応する状況に対していわれたW・カールの言葉でいえば——《コンパスと舵のない航海》ではないし、またただこんなふうにドイツ国法学は《法命題》⁽⁵⁹⁾だけを展開するのではなくて、その際《法原則》という確固とした基礎の上にある。⁽⁶⁰⁾

最後に一般国家学も政治的なものの概念、政治権力の概念を必要とすることは、いうまでもない。一般国家学がこれまでしてきた以上に、その概念をいっそう強く実り多きものにすることができたということは、ここで一つの例、国家形態理論で示されるだろう。国家作用理論が合理主義的な権力分立理論として権力相互の形式的関連を頼りとしているのと同じく、あるいはドイツ国法理論において、それが家産〔国家〕的な定式に対しポレーミッシュなほこ先を向けることによって、始めから本質的にネガティブに、それゆえ形式主義的に、国王と等族身分によって組織された国家法人の形式的な意思統一性に対する関心に縛りつけられているのと同じく、国家形態理論も主として形式的標識に基づいて規定されている。そこで支配的（*herrschaftlich*）組織形態と組合的（*genossenschaftlich*）組織形態との対立はますます形式的な分類整序関係の対立という意味で理解され、少なくともその対立は終わりまで考えられず、その究極の実質の意味を明らかにすることはなされていない。そして同様に、国家的意思形成の最高機関あるいは最高の段階を形成することが決定的であると宣言される場合も、形式的関係が重視される。⁽⁶¹⁾ どうして上から下まで一貫するすべての機関の類型も憲法の類型の中に整理することによって決定的であってはならないのだろうか。

国家における政治権力についての理論はほかの有効な出発点を提供する。政治権力によって国家が統一体、固有の国家本質、全体へと統合されるという点に政治権力の本質があるとすれば、国家の特性はこのような統合要因において基礎付けられることになり、また国家の統合要因の異なる類型が国家形態の分類にとっての真の基礎を提供することになる。もちろんその際明らかになるのは、伝統的分類とは別の分類であり、とりわけ古代の分類やそれに従う分類とは別の分類である。どんな方法でかまたどんな理由からかが、ここでなお簡単に説明されるだろう。

統合要因は、本質的に、動態的・弁証法的（*dynamisch-dialektisch*）な性質をもちうる。すなわち、諸々の矛盾が対決する過程において、一般的な国家の方向と特質との合力がくりかえし新たに獲得される：世論と選挙の闘争によって、議会の討議と表決によって。国家がみずからをまず第一にこのような形で、このような過程において統合するということは、ほかのすべての国家形態とは明確に違って、その特性を成す。そのかぎりでは、議会主義（*Parlamentarismus*）はそれだけで一つの国家形態である。議会主義は19世紀の市民的自由主義の文化の典型的な国家形態であるが、もともとは、政治上の真理を自動的に獲得する形式としてのそのような政治的討論術の生産力に対する合理主義的信仰に基づいている。イギリスの対話による統治（*government by talking*）という古典的時代における形態は、一国の政治的世界が実際にそこにおいて多かれ少なかれ吸い込まれて代表された状態にあった。ロマン民族の国では、しばしば同時に一目でながめられる狭い舞台でもあり、その舞台で、修辭的・弁証法的対決を求める国民の要望がかなえられ、また重要な政治上の決定が実際に下される。そうした本質的に機能的な国家形態には、統合要因として、国家生活の一定の実質的・実体的な内容があるが、それらはある一定の自由のバストを除けば、最近みられる国家一般に対する自由主義的評価に準じて、せいぜい二義的でしかない。⁽⁶²⁾

議会主義とその他すべての国家形態とが区別されるのは、後者における決定的な統合要因が本質的に静態的（*statisch*）な性質をもつということによってである。

したがって、君主制的国家形態の本質的なものは、共和制での組合的性質に対比して、最も重要な国法上の諸関係の支配的性質であるのではなくて、国家的統合の特別の様式なのである。君主制は、国家共同体がそれに依拠しているところの諸価値を君主制の存続によって代表し、象徴する。それゆえ、君主制では政治的に本質的なものが疑う余地なく明白である。例えば、現行法に対して1918年以前のドイツの各邦の領土の現在高、政治と国家の歴史的特徴——フリードリッヒ大王とビスマルクの遺産は君主制ドイツのみを、その遺産が君主制ドイツを作ったとおりに性質を示すことができた——、君主制ドイツによって内外に代表された価値が歴史的に豊かにあること——君主制ドイツでは、ポツダムとヴァイマルの対立は諸地方の一つの対立と感じられたのであって、国家およびその他の文化共同体のいずれか一方と感じられたのではない——、最後に、対外政治上の地位は、外国に対して豊富な歴史上の尊厳をもっているが、しかし同時に、外国との《伝統的な交友関係》、とくに王室の連帯関係をもっていることなどである。ここに君主制の本来的な機能があり、それをドイツの文芸作品はいつそう印象深く、国家理論と形容したのであるが、これは、文芸作品が君主制の意義を最も深く基礎付ける際にくりかえし旗との比較によってはっきりさせる場合になされた。この旗がそうであるように、王位は共同体が本質的に静態的な最高の価値に満ちていることを象徴するものである。⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾

国家の統合類型として、君主制の片割れは民主制である。その対比はたびたびなされているので、ここではただ素描だけが必要であるにすぎないくらいである。真正の民主制は代表しており、価値と真理の本質的に永続的と感じられた存続によって一つにまとめられる。そのような存続は、もともとは絶対的な性格をもっており、またルソー流の合理主義的信仰からは、民主主義的国民全体において確認される。しかしその場合、民主制のもつ不動の国民的エトスに比べより具体的な形態を想定している。例えばそのエトスは、モンロー主義を特別のエトスとして、干渉行為の基礎をなす神聖な同盟のエトスに、つまり低く評価して示唆された、同盟国だけに満足するゆくあらゆる原則（any principle satisfactory to themselves）⁽⁶⁵⁾に、対立させるようなものである。こういう基礎のうえに、民主主義的な意思の作用の仕方は、君主制の基礎にまったく相応しているが、議会主義の基礎からはますますかけ離れており、それはとくに民主主義的意思のプレビシットの形態において：権威的に、反対しえないように、国民的に代表しつつ、一つにまとめながら、生ずるのである。⁽⁶⁶⁾

今日の世界の国家形態の本質をこのように基礎付けることによって同時に、古代の国家形態理論が適用できないことが分かる。現代の国家形態理論の前提は価値内容による統合化、個別的特性の形成である。その価値内容は、君主制と民主制においては、どちらみち歴史的に変化する（wandelbar）し、議会主義においては（およびいたるところに現存する立憲的傾向の結果として、そのほかの国家形態においても）、機能的・弁証法的な統合手段によって絶えず更新される。それに対して、みずからを非歴史的と感じている古代国家の価値内容は、ほんとうに静態的であり、それゆえ国家形態は、このような価値内容によって結びついている共同体をつねに新たに統合せねばならないのではなく、ただこのような価値内容のみを代表しなければならない。これはまったく別の意味なのであって、それをカトリック教会の——この点でまったく古代的な——制度が今日のすべての国家形態に対してもっている。⁽⁶⁷⁾したがって、古代の国家形態理論は憲法の純粋な形態の理論でありうるが、他方現代の国家形態理論は、現代の政治的生活の本質的な現象形態としての国家的統合過程の社会学的類型

を対象とするのである。

ここは詳細を展開するのにふさわしい所ではない。ただ、憲法上の国家的統合とその要因についての理論が、比較国家形態理論にとっての一般的な比較点 (*tertium comparationis*) を提供するのにいかなる方向で役に立つのか、このことが示唆されるべきであろう。このような理論は、今日、これまで以上に混合国家形態理論であらねばならないだろう。ますます重要であるのは、理念型的諸要因を明らかにすることであり、その要因から今日の国家世界の具体的国家形態が、別種の組み合わせをもつすべての個別事例において、明らかになるのである。

〔原註〕

- (1) 総括的に、H. A. ZACHARIA, *Verfassungsgesetze* S. 1241; 本文で挙げたものについてなお、若干のものはのちに追加される。
- (2) ドイツ帝国憲法、プロイセン憲法、チューリンゲン憲法、メークレンブルク・シュヴェーリーン憲法、ダンツィヒ憲法。
- (3) ザクセン、オルデンブルク、アンハルト、リッペ、場合によってはハムブルク。
- (4) バーデン、ヘッセン、オーストリア。
- (5) ヴュルテムベルク。
- (6) 執行と指導 (バイエルン)、代理、執行、行政 (統治) (バーデン § 56); 同じく、シュトレーリッツ、プレーメン、リュューベク等。《統治権と執行権》の行使に関する1867年12月21日のオーストリア国家基本法は、この点で1920年のチェコスロヴァキア憲法 (第三編: 表題) の手本である。
- (7) 《指導》と《監督》が19世紀のドイツ官庁法で本省の職責として有する意義のゆえに、これらの規定 (バイエルン § 57、シュトレーリッツ、プレーメン、リュューベク、ダンツィヒ等) は、ほとんど同様に理解されうる。もっとも、スイス連邦憲法 (1874年、第95条) では、《執行と指導》はその前史からみて (SIMON KAISER und J. STRICKLER, *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweiz. Eidgenossenschaft*, 1901, S. 252) はば《行政と統治》と同じものを意味する。——ただし、権力分立のまったくない憲法では、主務官庁の構成が組織上の主要な規定の課題である (1918年7月10日のロシア社会主義連邦ソヴィエト共和国憲法、とくに24条、31条、37条)。
- (8) 諸々の証明の一部は、G. JELLINEK, *Allg. Staatslehre* I³ 617 Anm.
- (9) J. FABRE, *des actes de gouvernement*, thèse Montpellier 1908, p. 13 s.
- (10) FABRE, a. a. O. u. p. 107 s., Lonné, *les actes de gouvernement*, thèse Paris 1898 p. 19 ss., とくに、LE COURTOIS, *des actes de gouvernement*, thèse Poitiers 1899, 50 ss. — その展開についての最良の簡潔な素描は、SIREY 1893 III 129 に対する HAURIU の論評にある。ドイツの文献からは、O. MAYER, *Theorie des franz. Verwaltungsrechts* S. 8 ff., v. LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen* (1910) 139 ff., 165 ff., あまりよくはないが、WODTKE, *der recours pour excès de pouvoir* (Abh. a. d. Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht hrsg. v. ZORN und STIER-SOMLO XI 3) 45 ff.
- (11) 1814年と1817年に次のような国王の上級裁判所への訴訟移送権が閣議によって確認された。すなわち、一般的利益と密接な関係にあるすべての行政事項 (*affaires de l'administration*) である。実際には (行政裁判管轄権に対してやっと1872年に正式に廃止された) *justice retenue* [留保された裁判] は、すでに王制復古によってもはや利用されなかった。HAURIU, a. a. O., LE COURTOIS 52 s., 84.
- (12) 権限裁判所、1889年3月25日、一般的に LE COURTOIS 79 ss. をみよ。
- (13) パリ控訴裁判所、1910年10月27日、SIREY, 1911 II 204.
- (14) *Französisches Verwaltungsrecht* S. 448 ff., *Jahrb. d. öff. Rechts* VI (1913) 397 ff. 統治行為の特殊な地位がそもそも近いうちにフランスの判例から消え失せるであろうかどうかの争いは、

ここでは追究しないでおいてもよいだろう。

- (15) FABRE 69 ss. 参照；そこに属するのは、HAURIU, (z. B. a. a. O.), AUCOC, conférences sur l'administration et le droit administratif 2. éd. I 1878 nr. 38 p. 78, LAFERRIÈRE (彼については、v. LAUN 142 f., WODTKE 50 f.), TIRARD, de la responsabilité de la puissance publique (1906) 162 ss., LE COURTOIS 137 (原則的な拒否のもとに：S. 111) である。
- (16) 例えば、理論全体の最古の古典は、VIVIEN, Études administratives 3. éd. 1859 I 29 s. : 統治の任務は、すべての発議権、裁量、指導、勧告である；統治が行政に対してその一般的精神、その意図、その旗 (drapeau) —— そのように言うことができるならば —— を付与するのである；行政はいぜんとして活動、すなわち法律の執行および政府に委任された権限の事実的行使 (l'exercice matériel) である。政治的権力は頭であり、行政は手である。(LE COURTOIS 31 による引用——私が使えたのは第1版だけである。) 同類、PRADIER-FODÉRE, Précis de droit administratif 7. éd. 1872 p. 17. BERTHÉLEMY, traité élémentaire de droit administratif 5. éd. 1908 p. 108 s. によってここに数え挙げられた著者達はすべて次のグループに入る。
- (17) DUCROCQ, Cours de droit administratif 7. éd. I 70 n. 52, 87 s. n. 70, LE COURTOIS, 111 s.
- (18) ESMEIN, éléments de droit constitutionnel 1896 p. 18, BATBIE, traité théorique et pratique de droit public et administratif 2. éd. VII (1885) 371 n. 35 s.
- (19) BERTHÉLEMY 107, LE COURTOIS 93 ss.
- (20) HAURIU, précis de droit administratif 6. éd. (1907) 435.
- (21) DARESTE および TEISSIER, BERTHÉLEMY 109 による——この点で少なくとも根拠となっている参事院の批判権限の使用は、行政訴訟手続の競合的権限を排除しなければならないのであるが、それが統治行為の標識として実質的に正しくないのは、このような排除がないからであり、またそれが役に立たないのは、その除外が統治の実質的概念をふたたび参事院の権限の前提として必要とするからである。——BERTHÉLEMY 108 s. によって挙げられた著者達は、すべて形式的定義のこのグループに属する。
- (22) 参照、FABRE 33s., 125 ss., LE ROUX, essai sur la notion de la responsabilité de l'État, thèse Paris 1909. 23 ss., LONNE 52 ss., 比較せよ LE COURTOIS 4 s., 103 ss., BERTHÉLEMY 105 ss., JÉZE, a. a. O., v. LAUN 144, WODTKE 48, ESMEIN 13 n. 1.
- (23) 1907年8月17日の現在の本文の第22条。条文は、Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia 1889 II nr. 6166, 1907 nr. 638, A. BRUNO, Codice politico amministrativo (Firenze 1914) p. 171 にある。
- (24) Atti parlamentari, Camera dei Senatori, Discussioni, Legisl. 16, sess. 2 (1887/88) II 1186s., 1191 s., 1213 ss., 1218. 簡単な記録は、Giurisprudenza italiana 1894 III 71 ss. Anm., Gabba in Reale istituto lombardico di scienze e lettere, rendiconti ser. 2 vol. 29 (1896) 417 ss. おおいに過大評価するのは、LE COURTOIS 247.
- (25) Giurisprudenza italiana 1894 III 72, 74 Anm.
- (26) 同 1895 III 297.
- (27) 同 1907 I 214.
- (28) そのかぎりで誤まりは、v. LAUN 167、参照せよ、それに対して、例えば参事院が統治行為として審査しない国王の命令についての問題に対する参事院の見解の重要性 (詳細は、H. GMELIN, Umfang des königlichen Verordnungsrechts und das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes in Italien. Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiete des öff. Rechts XII (1907) 119 f.). Giurisprudenza italiana のほぼ全巻は、統治行為の問題における決定を含む (索引ではたいてい Competenza civile の検索語の項にある)。
- (29) 詳細は、v. LAUN 169 f. 1847年のスイス連邦憲法の草案は、政治的争いを連邦裁判所からとりあげるつもりであった。〔しかし〕その定義がむづかしいために、それは中止された (E. N'AGELI, Entwicklung der Bundesrechtspflege seit 1815, Diss. Zürich 1920, S. 121)。現在、この困難は、第114条の第2項までに規定された施行立法を実施する場合に、実質的な列举によって克服されるということ

にしておくように思われる (GIACOMETTI, Jahrb. d. öff. R. XI 339)。

- (30) それおよびその今日の意義については、HATSCHKE, *Englisches Staatsrecht* I 88 ff., KOELLREUTTER, *Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England* 195 ff.。そのような非合理的な由来の制度に対してさえ、今日の実務では次のような正当化が生じる。すなわちここで重要なことは、私的利益は一般福利の犠牲にされねばならないという原則の適用事例の一つである、との正当化である：LE ROUX 33.
- (31) 引用文は、48 *United States Reports* (7 Howard) 56.。アメリカ人によって引用された資料は、それによるとイギリスの実務はおおよそ政治権力の裁判権からの独立をこのような意味において承認したことになるが (73 U. S. Rep. [6 Wallace] 71 Anm., J. B. THAYER, *Cases on constitutional law* 1895 I 202)、私には手に入らない。
- (32) 例えば、THAYER 200 (71 U. S. Rep. [4 Wallace] 491), 192 ff. (48 U. S. Rep. [7 Howard] 43 ff.)。ときおりまったく実際の考慮が行なわれる：すなわち、司法は賢明にも大統領に対しての場合ただちに弾劾の方法で罪を負わせられうるような行為を強要することはできない (THAYER 200) あるいは大統領に対する訴訟上の強制は耐え難い政治的損害をひき起こすかも知れない (71 U. S. Rep. [4 Wall.] 479, 486 f., 490, 500 f.) という考慮である。
- (33) THAYER 204 ff. (6 Wall. 74 ff.)
- (34) J. W. BURGESS, *Political science and comparative constitutional law* 1890 II 327.
- (35) リーディング・ケース (一部上で引用した) は、個別国家の政府の法適合性、再構成法律による征服された南部諸国における独裁権力、国際関係、国外追放に関するものである。
- (36) THAYER 198, 199 (4 Wall. 478, 498 ff.) は、《政治権力の *sic volo sic jubeo* (私はそのように欲し、そのように命ずる)》に反対する (THAYER 203)。自由裁量行為は、最近の文献では別のものを意味する、参照、LE COURTOIS 256. も。
- (37) 例えば、E. FREUND, *Oeff. Recht d. Ver. St. v. A.* (1911) 100 f.——すべての主要なモメントは、すでに1803年のマーベリー対マディソン事件での首席裁判官マーシャルの古典的判決のうちにある (5 U. S. Rep. [1 Cranch] 170)：裁判所の職分は、ただ個人の権利を決定することであって、行政部または行政官達が、彼らがもっている義務をどのように果たすのかを問うことではない。その本質において政治的な問題、あるいは憲法または法律によって行政部に委ねられている問題は、本裁判所においては決定されえない。それとは別に処置することは、おそらく途方もない考えであり、不合理で越権であるだろう (168)。後の事件においては、あるときはAのモメントにより、あるときはBのモメントにより論証され、その場合モメントの各々が個別にまたはただいくつかのモメントがいっしょになって、訴訟の道を排除するのかどうかは、解明されていない——先例はいつも、明白に《健全な》および《合理的な》判定基準のもっともな例証としてのみ使われる。
- (38) 1910年5月20日のライヒ官吏に対するライヒの責任についての法律第5条第2号。その規定は外国の類似のものを知ることなく導入されたのであるが、しかしこの点でもまた委員会での政府による理由付けのなかには、外国の実務と類似の論拠がみい出される。とりわけここでまさに疑わしい権力分立という論拠である：ある官庁の政治的性格は、それが議会に対する責任を根拠付けけるということによって、必然的に裁判所に対する競合的責任を排除する (*Verh. d. Reichstags* Bd. 275 Nr. 366 S. 1913)。
- (39) 1922年7月21日の官吏の共和制擁護義務に関する法律第III条、第IV条第2項3号 (RGBl. I 592 f.)。裁判所は、場合によっては、第III条によって認められた相応のラント法律に対して、第III条による政治的官吏としてのラントの官吏の取り扱いが憲法上の既得権の保障 (ライヒ憲法第129) に対して守られているのかどうかを、審査する立場になるかも知れない。
- (40) 詳細については、つまりどれほど結社法が1918-19年以来なおも妥当しているのかの問題については、ここで立ち入るには及ばない。同様に、それ以外にここに入るライヒ法上のすべての規定が列挙されるわけではないだろう。なお参照、1921年3月23日の国防法§ 36、それは軍人に対し政治的結社と集会への参加のほか政治的活動一般を禁止している。あるいは、例えばもとの法文での所得税法§ 13第7号 (1921年3月24日の法律により改正)。その他の使用例、例えば《政治的》不法行為の例は、この関連に

入らない。

- (41) 《国家、その憲法、その立法または行政、臣民の公民的権利および国家相互間の国際関係を直接に含む事項》——参照、DELIUS, Das öffentliche Vereins- u. Versammlungsrecht 5. A. 1912 S. 212 ff.、また Verh. des Reichstags 232, 4582, および一般的に W. VAN CALKER, Zeitschr. f. Politik III 284 ff. で整理されたもの。
- (42) FABRE 126 ; フランス国家理論が非合理的な要素を取り入れることがこのように不可能であることについては、E. KAUFMANN, Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika (1908) 30 ff. を参照。
- (43) E. KAUFMANN, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie (1921), z. B. 50 ff.
- (44) 多くのものの代わりに : G. MEYER-ANSCHÜTZ, Lehrbuch d. dtsh. Staatsrechts 7. A. (1919) 29 ; G. JELLINEK, Allg. Staatslehre 3. A. I 616 ff. ; O. MAYER, Theorie S. 7 ff. ; FLEINER, Instit. d. dtsh. Verwaltungsrechts 3. A. 4 f., Schweizerisches Bundesstaatsrecht 216 Anm. 1.。もともとすでにまた、F. J. STAHL, Philosophie des Rechts 3. A. II 2 S. 194.。その際基礎になっている誤まりは、官吏の裁量の自由と政治的形成意思の自由とが同列にされている点にある。政治的機関の政治的意思は、憲法によって前提され、ただ特定のベッドに導かれる : したがって、選挙義務でなく、君主や議会の義務でない等々。これらの機関の特性は曲げられ、実質的には何一つ得られない——たとえその機関が、最も不完全な法 (leges imperfectissimae) によってその活動を義務付けられているとしても、である。かくて、このような政治的意思はその源泉からみて自由であるのに対して、自由な裁量はただその行使の点からみてものみある意味で自由なのである。
- (45) DELIUS a. a. O. およびそこで挙げられた資料を参照。——このような実務の歴史的理由は本文で述べたことを何一つ変えない。
- (46) K. E. ZACHARIÄ, Vierzig Bücher v. Staate 2. A. I (1839) 124. 同じく多くの後のもの、例えば、BLUNTSCHLI, Allg. Staatsrecht 4. A. I, 461 ff., II 95 f.
- (47) 参照、例えば、Verwaltungslehre 2. A. I (1869) 145, 148 f., 198, 202, 250, 253, 256, 275 ff. ; Handbuch der Verwaltungslehre 3. A. I (1887) 94–98.
- (48) この事例だけを、O. MAYER 2. A. I 3 は彼が統治を次のように定義する場合に、心に留めている。すなわち、《全体の最高指導、国家の政治的運命と国内の文化的発展に対して統一の方針を与えること……統治はすべての種類の有効な国家活動を左右するが、しかしそれ自体ではそのいずれでもない……》。
- (49) とくに鋭く考え深いのは——F. TÖNNIES に関して——WOLGAST, Arch. d. öff. Rechts 44 (N. F. 5) 75.
- (50) ここでは、究極の意味において孤立した精神生活が存在しえないということを度外視することができよう。
- (51) SCHUMPETER, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 46 (1918) S. 13 ; さらに、HASHAGEN, Weltwirtschaftliches Archiv 15 (1919) 165 ff.
- (52) その場合さらに、このような統一性から結果するのは、種々の作用が共に一つの全体を成していることである。それらの作用は、一見したところまったく相反するように思われる根拠によって、政治権力の作用として行政の領域から分離される。例えば、O. MAYER の挙げるところによれば、《憲法上の補助的活動》および対外政治や戦争指揮の領域である (O. MAYER, Verwaltungsrecht 2. A. I 7 ff.)。
- (53) VAN CALKER a. a. O. S. 303 f.
- (54) プロイセン上級行政裁判所判決 39 卷 444 頁 ; 都市の土地所有者組合、前同、440 頁。
- (55) 例えばここで要求された意味において、反対のものが理解されているのは、L. SPIEGEL, Verwaltungsrechtswissenschaft 33 ff. である。
- (56) H. v. TREITSCHKE, Politik II 3.
- (57) H. PREUSS は、政治的機関の意義およびそれから結論されるその特別の国法上の地位を、彼の名付

けた代表機関についての理論のなかで、大部分は適切に展開した（*Städtisches Amtsrecht in Preußen* 1902 S. 70）。しかし、そこで得られたものは、彼がこの機関を、《共同体の全活動を規律する最高の意思を法的拘束力をもって表明し、外に向って表示すること》に限定する場合に、再び失なわれる。この場合、これらの機関に対してすら超越し先在する共同体の实在が前提されており、またその時、もちろん特別の機関によるこの实在の固有な統合の余地はない。

統合のモメントには、本質的に、法の実体と行使、とくに国家権力の実体と行使の区別——それは最近になってようやく決定的に否定されたのであるが——を新たに再び始めることの正当な核心がある。参照、CARL SCHMITT, *Politische Theologie* 1922 S. 40 およびそれに反して、E. KAUFMANN, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts* 1908 S. 8.。国家的本質と思考の以前の段階にとつては、問題はまったく別ものである；結びでの示唆を参照。

- (58) *Die Stellung des Ministeriums nach bayerischem Verfassungsrechte* (1922) 71.
- (59) R. v. LAUN, *Arch. d. öff. R.* 43 (n. F. 4) 161.
- (60) *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik* I, Vorwort S. VI.
- (61) G. J ELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* 3. A. I 665 f.
- (62) 国法学は、これらの統合する作用（例えば、選挙、議事規則、予算の確定、大臣の責任）を、最広義における法律行為上の作用に対するその特性において、その国家形態がまず第一に前者によって決定されないような国家の法においてもまた、主張しなければならないだろう。
- (63) *Habsburg IV*（皇帝 Rudolf）、*Agnes Bernauer V* 10（Ernst 公）における兄弟の不和。
- (64) Hegel 自身を引用しないために、彼によっていっしょに決定された定式、君主制の統合作用についての定式は、L. v. STEIN, *Verwaltungslehre* 2. A. I 148 f.：《人格の本質は、同一人の内的および外的活動のいっさいの現象が最も内奥の絶対的な自己決定の点でもう一度集められ、そのことによって最高の人格的生活の内容および事実へと作られる、ということを要求する。個々の人間にあっては、このような行為は生命とあまりに密接に融合しているように思われるので、われわれはその行為を分けることも、またその特殊な作用の点でその行為を提出することもできない。それに対して国家にあっては、その行為は独立しており、そして同一の機関の意欲と行為に対して人格的な自己決定という最終・最高のモメントを与える機関は、国王である》。
- (65) FLEISCHMANN, *Völkerrechtsquellen* S. 29. の列挙の第49項。
- (66) FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* 315 f.
- (67) CARL SCHMITT, *Die politische Idee des Katholizismus*（私は原稿で接することができた）。