

職業官僚制における制度と身分

三宅雄彦

一 序言

わが国の行政改革は、公務員制改革にまで波及しつつある。小選挙区制を導入した政治改革が政治意思形成を効率化し、内閣機能強化を図る統治機構改革はその意思決定を凝縮し、今度は公務員制改革で政治決定の実行部隊を整備する訳だ¹。一旦頓挫はしたが財政構造改革の要請も関連してくる筈で、公務員総員の削減や各人の能力向上が経費節減に貢献する。政治意思の忠実な執行、人的経費の効率的執行の為にこそ、公務員制のあり方を根本的に見直す必要があるというのだ。勿論、天下りなど行政腐敗の根幹を絶つことも関心事だが、能力主義の導入など経営的効率化も改革の主要目的である²。これまでの平穏を破るこの潮流を迎え撃つ方向も当然ある。公務員の地位まで不安定になれば一般労働者はどうなるか、この危機意識から、公務員の労働基本権の回復も狙われる³。嘗ての特別権力関係の法理を放棄するのみでは十分でなく、人権抑制的な「全体への奉仕者」論も緩和することも必要。公務員改革と労働基本権とがバーターで取引きされるのか、疑念もなくはないが、ヨリ根本的なのは下記の事情である。つまり、公務員を厳格な人事管理から保護しようとするれば、その権利を強調しその義務を免除することが妥当な戦略で、労働基本権を際立たせ、全体の観点を曖昧にするのがよい。けれども、これは公務員と一般労働者の相違も曖昧にして、行政の人事と企業の人事の垣根を取払う副作用も所持する。公務員改革の攻撃は、正面から防禦すると背後から現れて、反対に、背後の守りを固めると今度は正面から攻めてくる。経済的効率化と地位の

切下げ、この危険二つから公務員を保護することは、果して可能なのだろうか。これを問おう。

この問いは、外国籍保持者の公務員就任権をめぐる問題に、典型的に、だが全く別様な形をして再現されてくるだろう。東京都が管理職昇任の可能性を外国人職員に閉ざした件は、最高裁判所により平等原則違反はないとして処理されたが、その立論の核心は、国民主権原理からすれば、国家統治のあり方は当然に日本国民自身が最終責任を負うものであり、それ故、公権力の行使を行い重要施策決定を行う公務員は、原則として日本国籍保持者である——この部分に存在する⁴。条例等でこの例外の設定が憲法上許容されるかは不明だが、結論是非は兎も角、この最高裁の論理構成には難点がある。公権力の行使とは法律がそう規律したものに他ならない——処分概念への行政法学通説の理解は今や全く形式的であり、それは、権限行使者の境界を定める明確な尺度とは言えぬ。勿論、国民主権原理と公権力行使の接合にも飛躍があるが、この論理の曲芸は、憲法を価値、行政法を技術と断言する行政法学の主流に責任の一旦はある。この一派ではないが、外国人の管理職登用は各地方公共団体の人事政策の問題だ、かく論及した藤田補足意見も同根で、人員配置の硬直化を持出すならば、公務員問題は企業の従業員問題に頹落する。つまり、国民主権原理を論ずる余地は、ここには最早ない。官僚制や公務員に関連するディレンマやノンリケットには、法の形式主義ではなく法の形而上学が必要なのではないか。とはいえこの問いは、小稿では手に負えない巨大なものだ。その代替にアルノルト・ケットゲン官僚制論を吟味したい⁵。第一に、ドイツ官僚制で交錯する身分と制度の関係を見る。第二に、現代社会でのこの身分と制度の歴史的運命を見る。

二 官僚制の中の身分秩序

1 官僚制は国家の手段か

現在は省みられることが稀だが、第二次大戦後のドイツで大いに注目され、そして東ドイツ崩壊後再び脚光を浴びた、一つの判決がある。連合国軍により追放された官僚たちが地位保全及び恩給の完全支給を求めた、憲法異議に対する、1953年12月17日の連邦憲法裁判所判決が、それだ⁶。連邦憲法裁は概ね四つの根拠を列挙して、請求を棄却した。曰く、①官僚関係は1945年5月8日ドイツ降伏と共に自動的に解消されたが、この法的関係の一挙消滅の原因は、元々ナチの官僚制の制度構造の中に検出できる⁷。②敗戦後、追放を免れた官僚には新規勤務関係が即座に設定されたが、パージされた者は公職停止でなく追放の終局確定を受ける⁸。③追放官僚の扶助を求める基本法131条は、連邦議会に対し事物本性の観点や法的制約を課しつつ、委託実現への広範な裁量を認める⁹。④官僚関係存続非存続を決めるなら、ナチス帝国と連邦共和国の同一性問題を論ずるまでもなく、ただ個別関係のみ判断すればよい¹⁰。要は、指導者原理から「自由で民主的な基本秩序」へ転換すれば、既存官僚制が瓦解し一新したのではないかと、当該判決は述べているのだ¹¹。さてこのドイツ版「八月革命」の問題は、国法学者たちのアイデンティティも揺るぎの筈だ。憲法裁の論理への賛同は戦前の己れの立場も精算総括したことと同義となるだろう。官僚制をナチス世界観の浸食から守る、独自の公法理論を用意できた者ならば、体制転換と共に官僚制度が瓦解した、理論的一貫性という学的良心を自分はナチに譲渡していた、などと言わずに済むだろう¹²。それでは、1934年以降もドイツに留まり、ナチス東欧政策にコミットし、それ故にソ連に長期間抑留されていた、ケットゲンの場合はどうか¹³。

ケットゲンは、連邦憲法裁「官僚判決」の核心的な意味を、全官僚関係が降伏と共に自動的に消滅した、この中に見る。この根本命題に標準を定

め「官僚判決」の攻撃を始めるが、大別二種の論証を行う。一つが、官僚関係がナチ化してもその形式構造は影響を受けなかった、一つが、官僚関係の内容それ自体が政治化しイデオロギー化した、というもの¹⁴。まず形式要素に関わる批判。官僚関係が「身分^{シュタトゥス}関係」なら、それには、私法や公法による契約関係には普段見られない特別の存立保障が付与される。だが、ナチ的官僚関係が官僚関係の本質的前提を破壊し、その形式構造も切り崩す。例えば、一方で1937年ドイツ官俸法は、ヒトラー個人と党への宣誓を官僚に課し、既存の官僚宣誓と公的制度を人格主義的に転換する。官僚関係は単なる忠誠関係になる¹⁵。他方で「総統は処理の為に全てを行う権利を持つ。それ故総統は全国民に義務遂行を命令でき、義務違反があるとき諸既得権や事前手続に配慮せずこれを処罰し罷免できる」、この42年4月26日のライヒ議会全会決議にあるが如く、法秩序による勤務関係は消え、独裁者による無条件の官僚支配が確立する。これにより名実共に法治国家は死亡した¹⁶。しかし、この判例法理にはケットゲンは次の如く反論する。第一に、個人への宣誓はナチの発明ではなく、元首人格に官僚と国家の媒介者を見る点、君主主義時代で確立済みだ。第二に、官僚は確かに既得権を失ったが、37年官俸法は、ナチ公法学専売の「主観的権利の終焉」論を直輸入しない。つまり、官僚地位は「国民同胞の法的地位」ではない訳だ¹⁷。そうなれば、合法革命後の官僚宣誓の形式は従来のみで、従って官僚の法的地位も従来のまま。ナチスによる官僚制破壊は存在しなかった、ケットゲンは結論をこう導出する。

とはいえ、ケットゲンの力点は、むしろ実質要素の中にある。連邦憲法裁判所が上記の形式要素に加えこれを議論したこと、法学実証主義にはない方法論問題を提起した、と評価はする¹⁸。尤もこれに深入りせず、「身分」の基礎問題に眼を向けよう。一つ、官僚関係は私法関係と異なりナチ世界観が注入された。一つ、官僚関係はナチスの政治的指導に道具として従属した。一つ、官僚関係はナチによりその身分法の性質が強調された。以上三つからナチス官俸法は特殊である、と官僚判決は言う。だがケット

ゲン曰く、まず第一の理由は憲法現実と矛盾する。確かに、行政機構は政権の道具的介入を受け易いといえるが、ただ「ナチスの行政」のみでなく、これと類似構造を持ったナチスの経済、ナチスの芸術、ナチスの科学が存在したのだ。社会的行動様式全てが政治化され、内容的構造変換を受けた。そしてナチスの要因が全ての身分法へと組込まれたのである¹⁹。また第二に、官僚の道具化はナチスへの同一化を意味しない。さて、君主制下の官僚制は「政治的」で「中立的」だったが、それは、官僚が政治的意思形成に参加し、客観性と事物性を追求するという意味でだ。だがナチス官僚制は「中立的」で「政治的」となる。蓋し、官僚は政治的指導層から排除され、内閣の政治指導要求へ服従する。それ故この政権は党職との兼職禁止を導入し、連合国も国家組織の暫時的変成を目指す。官僚制が党と不可分に結合し、その権力装置に転化したとて、飽くまで官僚制はナチスと別物で、それと運命を共にしない²⁰。要するにケットゲンは「身分関係」たる官僚関係から、公法私法峻別論を遠ざけ、政治的指導との安易な結合を拒絶する。

だがここで注目したいのは、先の第一の論点、即ち、官僚関係の「身分関係」性の強調という問題である。勿論、その契約法でない身分法の特徴に注目すれば、あの独裁政権の反個人主義的基本態度と平仄が合う。だが、この性質はナチ時代に考案されたものでない。即ち「特別権力関係」の無色概念を用いたとはいえ、嘗ての自由主義憲法も自由と身分の二律背反を持ち、それ故、身分に固有の「反自由主義構造」を認めた。他方、戦後ドイツの再建後も、官僚関係の身分性が拒否された訳でなく、一部のラント諸憲法を除いて、基本法でも同様に官僚の身分法的側面が相続された²¹。ケットゲンによれば、そもそも身分には、契約とは異なる、歴史に拘束された特殊の内容が付与される。けれども、身分自体をそのままに、立法者が内容を変更する時もある。例えば、婚姻制度は維持するが、憲法の平等原則をそこに充填する場合がそれである。だが、身分の同一性と内容の継続性とは連動しない。つまり、当該制度の内容が法律により変更されても、

全ての個別の婚姻がリセットされる訳ではないのだ²²。逆に、連邦憲法裁の論理を貫徹すれば、難問が残る。ナチスの指導者原理と戦後の法治国的民主制原理は、両立しえないから、官僚関係は存続しない、といい、1933年と1918年のケースを別物と断定する。だがこれは、議論を官僚関係に限定しても妙な話で、ドイツ革命も国家体制を根本的に変更した筈である。政治的な時代区分は1918、33、45年にある。しかしながら、官僚判決でこの問題は考慮されない²³。

要するに連邦憲法裁は、ナチ時代の官僚関係に分析を加え、そこから官僚関係は戦後一旦自動解消したと考えるのだが、だがそこでは、当該関係以外の、指導と行政機構との関係、君主制時代よりの官僚制の変遷、これらが捨象されている。尤も法学がこの種の構造分析を行う場合、リスクを伴うが、分析が歴史事実の回顧的評価に及ぶとき、それは倍増する。元々、法学上の諸熟慮には憲法現実の参入が必要不可欠で、その意味で、レーベンシュタイン「存在論的考察方法」が実施されるべきだが、連邦最高裁は反対の道を歩んだのだ²⁴。ケットゲン自身、既に独自の行政法学方法論を公表済みで、曰く、行政法学は行政現実を獲得して初めて法解釈ができ、それにはまず行政事実を取集め、次に行政全体を直感する、法実証主義を克服し行政学成果を援用する、新施策が要る²⁵。本判決に照らせば、この方法論は次のような形で登場する。即ち政治体制の現実が国家機関の行為や態度に反映するとしても、それら対応関係は非常に限定的なものである。憲法規範と憲法現実のこの緊張を読取ることが肝要である。行政法からそのまま直に行政の実在が推論できないように、憲法条項から具体的な国家に関する情報を得られはしない²⁶。ところが官僚判決が実施したことには、国家諸行為のみを認識源泉として把握し、官僚個々の行態や官僚制度自体は考察の対象外に置いてしまう。ヨリ冷徹な社会学的分析を試みておけば、ナチス時代の特徴は憲法規範と憲法現実の緊張にある筈だが、憲法裁はこの現実を見逃してしまった²⁷。それでは、連邦憲法裁による官僚制の構造分析を批判して、これが憲法現実だとケットゲンが言う、その

内容とは何か。

2 身分法と自由法の体系

さて、官僚制が持つ身分性はナチスで考案された訳でなく、そのナチス革命前、更にドイツ革命前に既に存在したとは、先の憲法裁判決論駁にて、ケットゲンが指摘していた通り。これにつき、議員と大臣の「身分」を題材に彼は議論する。ところで、1930年「ライヒ大臣法」なる法律があるが²⁸、本法により、旧来からの「ベアムテンミニスター官僚大臣」の概念が放逐された。君主政から民主政へ、又は、絶対君主制から立憲君主制へ、国家形態や統治形態の変更と共に、少なくとも実態として、大臣は官僚から隔離され、同時に議員へと接合されており、20世紀の憲法現実がこの法律でようやく承認された訳だ²⁹。この事情につき、大臣と官僚と国会議員の三者の関係と絡め、絶対君主制及び立憲君主制の観点から図式化を彼は試みる。まず前者では、議会の存在を想定する必要はないだろうが、国王の庇護の下、大臣も官僚も同種の法的地位に置かれる。頂点であれ末端であれ、双方とも官僚としての特徴を持つ。彼らは国家を担う支配階層からリクルートされるのであり、その地位も中世から伝来の法体系から説明されるのである。しかし、立憲君主制の時代になるとこのシェーマは崩れる。まず国民議会の設置は、宮廷とは別世界の市民社会秩序に、有権者である市民と、代表者である議員の存在を承認する。更に議員内閣制の導入とその立憲的な運用が加算されれば、国会議員が大臣として統治機構の中へと乗込むことになる。そうなるとこれは、旧秩序では説明できないファクターの、国王の下にある官僚制への混入を承認したことを意味する。換言すれば、自由平等を国家に注入する議会制度の導入で、大臣は官僚機構から切断され、国会議員に結び付けられた。これが、「官僚大臣」観念が放棄されたことの意味である³⁰。

この体制変遷の影響は、「身分」概念によって解説される。まず絶対君主制。これを支持するものは身分の体系である。この中には、身分授与者

の君主と身分保持者の臣下がいる。貴族取立て、官職の任命、称号の付与等は君主に留保され、即ち身分の授与それ自体は、国王の大権に結び付けられる。他方、君主に従う大臣や官僚たちは身分保持者に数えられ、その結果、伝統的な位階秩序の中へと組み入れられていく³¹。次に立憲君主制だが、その周辺には階級なき市民社会がある。ここでは全ての者が解放され、自由と平等を享受している。ならば身分はなく、その授与者も保持者もないことになる。市民社会の代表者、即ち国会議員は身分保持者ではないし、故に統治する議員として的大臣も身分保持者とはいえない。議員は単に「国民の中の人」、法的地位の保持者に過ぎぬ³²。ところで、立憲君主制に留まる限り、この二元体制は残る。つまり、君主と官僚につき中世伝来の身分の体系が妥当し、議員と大臣について近世以来の自由の体系が妥当する訳だ。しかし、身分法の中心に位置する君主が無くなるとうか。身分授与者としての全体系の根源が消去されることは勿論、中世の身分秩序が人間又は市民の根本身分へと還元される。国民の受動的身分、消極的身分、積極的身分、能動的身分。尤もこれは身分と言っても、旧来の伝承的身分とは異なる、自由民主制や憲法国家に固有の全く新しい「身分」である³³。要するに、君主制下では大臣と官僚は身分の論理に従うが、立憲君主制となると自由の論理、即ち議員と大臣が登場し、民主制が実現すれば身分は自由へと全面転換されるだろう。身分論の背後には原理が存在するとケットゲンと言う訳だ。

だが、ワイマール憲法129条やボン基本法33条の中に、伝統的官僚制が継受されることで、身分の秩序は生き残る³⁴。けれども議員と大臣も身分保持者として取扱いうるのか？ 厳密な意味の論証ではないが、最小限、身分の徴表だけは、当時通用する実定法の中にあるとケットゲンは述べている。その徴表に第一に挙がるのが、当該身分固有の義務秩序だ。まず職務上の義務につき、これを大臣に見出すのは容易で、例えば、連邦大臣法六条には大臣に対する守秘義務があり、連邦内閣規則13条には同じく国内滞在義務があるといい、この明確な職務義務が宣誓によって補強されるこ

ともある。尤も、議員に関しては職務義務の状況は幾らか複雑である。ラント議會議員にも忠誠義務や守秘義務を明文で規定して、職務法と議員法の境界を融解させるプレーメン憲法を除き、連邦議会規則16条の連邦議会での業務への参加義務など、議会上の職務義務が明文で承認されることは、レアである³⁵。だが、議員には法的義務はないと述べた嘗てのラーバント、議員は社会的名誉職務の保持者だと述べたアンシュッツら、国法上の職務義務を議員に否定する見解は最早妥当しない³⁶。ところで官僚はこの義務の他にも、一般的行動義務も負う。つまり官僚である者ならば、その業務の内と外に関係なく、その職業が要求する尊重と信頼に応答しなければならぬが、議員や大臣には、選挙・任命段階でこの種の尺度はないし、完結的な身分団体を念頭に置く選抜原理も所持しないから、職務外活動を拘束する義務はここにはないようにも見える。だが実際は、官僚にある懲戒手続や規律審級がないだけで、議院規則に「院の尊厳」や「名誉秩序」が記されるように、官僚同様の、一般的行動義務と身分法的資格の本質前提が、議員や大臣という憲法機関の構成員にも課されているのだ³⁷。

身分の徴表はこの他、その排他性の中にもある、とも言う。一つは兼職禁止、一つは代表理念が、排他性の現出である。通例にはない強度の義務づけが身分保持者に帰属するなら、この身分が複数累積する場合、単なる地位競合で済まない、同一人物における身分と身分の衝突が発生するに違いない。この累積を未然に防止する手段こそ、兼職禁止規定である。例えば大臣が身分をもつならば、その職務に専念すべきで、ならば立憲主義時代の議員と大臣の兼職禁止は当然である³⁸。勿論、その後の国法は反対方向に進んだのだが、現在では、首相も大臣も政党に依拠せずして有効に権力を行使できぬ。だが、古典的な兼職禁止問題が意味を喪失した訳ではない。つまり基本法66条は、議員に他の職業や営業を禁ずるが、周到にも職務の兼務禁止につき、「有給」に限定している³⁹。他方、命令委任を禁ずる純粹代表制も身分法の帰結である。君主による陪臣化から議員を解放するのがその趣旨でなく、基本法38条が狙うのは、国會議員に包括的自律を

付与し、彼をして人格の良心決定に基づき行動せしめることにある。国会議員がそうした尊厳と権威を以って人格的決定を行う、この人格法的背景があって初めて国民代表が機能する訳だ⁴⁰。尤も官僚も身分保持者だから、それが国民代表かは兎も角、官僚自体に自由委任は認められていないと、反論もあろう。勿論政党の発展は、議員の対社会的従属や官僚主義傾向を助長するから、その人格的地位にも影響を与えるであろう。但し、政党を巡るこの規範と現実の緊張関係は未解消だし、議員と官僚の二極図式から身分の本質を見失うべきでない。統治者と被治者の相違があるからこそ身分が存在するのだ⁴¹。

ところで、近代憲法において「身分法」を容認するならば、人々に位階秩序を設定することになり、違憲かもしれない。前述の通り、自由範疇と身分範疇は別世界を構成するから、身分が不平等を作り出すとしても、それは当然かもしれぬ。だが戦後の基本法では人間の尊厳へ帰依が表明されている。ワイマール憲法の如く、民主主義が形式民主主義であれば、各主体から性質が消去され、全主体が対等に取り扱われる。だが人間の尊厳は、人間に性質を与え位階を与えるだろう。つまりケットゲンは、人間の尊厳で身分の存在を示唆する。更に、先の代表制と身分法の密接な連関もここに確認する。代表とは、高みにある存在を代表者により再現することで、この政治的代表者こそ、他にはない特別の人格を所持する。即ち、位階を与える身分法なくして代表制秩序は成立たぬ。この意味で、議会議員の法的立場とは法的身分なのであり、この法的身分があればこそ、彼らは国民の代表者となる。内閣と行政各部の関係の説明にも、身分範疇の助力が要る。両者の関係は、位階を持たぬ政治家の身分を持つ官僚への指導関係ではない。もしそうなら、議院内閣制導入に伴う官僚大臣の廃止は、彼の立場を憲法上引下げたことになり、加えて、議員が閣僚となることは法的身分の獲得を意味し、故に入閣議員と非入閣議員の間に差異を認めることになる⁴²。要するに、人間の尊厳や代表民主制が身分範疇を前提とし、だからこそ、身分法は憲法の平等原則に違反しないのだが、大臣、議員、官

僚に諸法的身分を帰責させても問題はない。だが彼が力説するは、従来の官僚法の基本法的継受である。やはり、基本法による制度的保障の採用が身分を導入する⁴³。

3 身分秩序としての制度

議員や大臣が身分保持者である点の論証成否を留保すれば、ここでケットゲンが想定する事態とは下記のようなものだ。つまり、一方で自己決定を本質にもつより広い世界があり、他方でこれとは法則を異にするより狭い圏域があるとして、特定の人々がこの狭い圏域へと法的に編み入れられていき、それと同時にこの広い世界から潜在的に括り出されていく、そして身分を付与された者がこの狭い圏域を成すのであり、まさに伝統的な大臣や官僚がこのような意味で身分を持ち、近時の議員や大臣がこうした身分を持つかが問われたのだ⁴⁴。しかもこの二つの領域には、自由と身分の図式が対応する。つまり、より広い世界たる自律的な社会秩序では基本権が、より狭い圏域たる身分仲間の集合では身分権が、存立する。前者では各人の属性と関わりないところで基本権が成立し、後者では身分という属性に密着して身分権が登場してくる⁴⁵。ところで、この身分の付与、即ち編み入れと括り出しとが、論理上どう実施されるのかという、それは二段階だろう。即ち、まず共同体全般から特定領域が憲法で区分けされて、次に特定人物が身分仲間としてこの領域へ配置されていく。第一のプロセスを実施するのが憲法上の制度的保障であり、個別的な身分の付与が二番目の過程を担当するというのだ。いわば、憲法が制度を肯定した限りで対応する身分がある。ならば、ケットゲンでは身分と制度の二範疇が結合するが、まずこの事態につき、彼自身が挙げる事例で観察してみる。即ち、「身分法秩序と制度法秩序の間に相互作用がある」、「制度と身分は一つの全体を形成する」という主張内容を、彼自身が提示する軍人と官僚と大学で、吟味しようと思う⁴⁶。

まず、この自由と身分の稜線に位置するものに軍人がいる。周知の通り軍人なるもの、オリジナルな基本法にはないが、1954年再軍備により、軍人法と共に姿を現してはいる。ここでケットゲンが目にするのが、改正基本法17a条の、軍務中における意見表明の自由の制約を認める規定である。だが基本法5条2項を見ると、この基本権の制約項目には、青少年や名誉の保護と並び「一般的法則」なるものもある。一見して重複するかの如くのこの二つの憲法規定の関係は、果たして「一般法と特別法」との関係なのかと、彼は問う。即ち、軍人が表現活動をするとき、5条の一般的な制約と、17a条の特殊的な制約と、別々の制約を受けるかどうか⁴⁷。だが、両条項が想定する立法権限は、その性質を異にする。基本法17a条は基本権制約の権限を立法者に付与するも、同様の権限を基本法5条「一般的法則」は想定していない。同一の文言を持つワイマール憲法以来の通説と判例法理は、この「一般的法則」に、基本権の一般的制約を見ない訳だ。つまり、立法者にはこの制約を自由に操作する資格はない。むしろ立法者に許されるのは、憲法が裁可する価値関係を確証すること、この基本権以上の法益を優先することのみ。単純立法者が価値創造により恣意評価を振り回すのではなく、飽くまで憲法の価値秩序を基礎に基本権を限界づけるのだ。では軍人の基本権を制約する根拠は奈辺にあるというのか。ケットゲン曰く、基本法65a条のいう「軍隊」の文言で新たな価値、新たな制度の出現が憲法によって承認されて、この価値が付与える法則、この制度が胚胎する身分こそが、「一般的法則」となって、意見表明の自由の枠付けを行う。その意味で17a条は5条2項の唯の確認規定に過ぎない⁴⁸。

この他に、大学教授も制度と身分の同様の連関の中にある。基本法5条3項中に学問・研究・教授の自由があることは、今更言うまでもないが、ここに大学の制度的保障も存する。この大学という団体が制度として憲法上保障されることで、大学憲法、即ち大学体制が「フル憲法」であると承認され、大学教授という身分に様々な特権と義務が付与される訳だ⁴⁹。だがケットゲンは大学構成員なら誰でもよいとは言わずに、この身分は、学

問的大学の教授団構成員のみに限定される。大学行政部門に属する者、技術教師や講師や講義受託者は、教授団構成員の外部に、即ち制度的保障の外部に帰属する⁵⁰。しかもその効果は、伝統的な講義室や図書館や研究室への教授活動妨害や研究介入を追放する方向に向かうのであり、他面で、当該大学自身が団体的な独自の秩序を獲得する。かつて大学評議会はその団体権力を持って、教授と学生と、学院内全ての者に紀律を加える裁判権を持ったのもそう⁵¹。教授と同様に規律される学生も、特別の身分保持者である。憲法が保障する大学の制度的基礎が学術的身分を刻印する。大学に入学することは、大学当局との契約と同義ではない。入学許可により、学生は学術共同体へと合体するのであり、大学の法則下に置かれる。ここでも制度が身分を付与する。学生の身分には、契約行為にはない特殊効が内在しており、学生の人格の実存を巻き込み、荘厳な形式の中に包み込む⁵²。制度と身分とに依拠するが故に市民的自由ではいえないが、大学の一員となった学生には、教授ならぬ受講の自由など、身分保持者のみに認められる権利が学問の自由の名の下に、付与される。だが、学生の自由は学生の解放を意味しない。学生は、科学の客観法則や大学の基本法則から逃れえない。「自由とは大学の本来の責任であり、真正の任務である」⁵³。

制度と身分の図式は、職業官僚制につきより一層適合する。ケットゲンがいうに、官僚関係の構造を見ることが重要だ。そもそも、国家と公法契約を締結した者が官僚となるとか、この契約に基づき権利義務が成立すると考えてはならない。重要なのはやはり身分である。官僚には身分が付与される。まずは、任命行為とは私人参加による身分付与行為であり、これにより個別権利と個別義務の束が出現するのではなく、身分を取得した者の法的地位が包括的な規律を受けるのだ。即ち、この身分行為は個人の法的地位を根本から変更する。しかも、その地位の変更は部分的でなく、全面的なものだ。民法上の債務のように区切られた生活の一断片のみでなく、当該身分保持者の実存そのものを全体から規定してしまう。いわば、彼の私的領域を広さと深さの点で覆すのであって、官僚には職務内／職務外の

形態の双方で義務づけがされる⁵⁴。つまり官僚とは、労働力のみならずその全人格を投入する。恰もパンと葡萄酒がキリストの肉と血に
トランスズブスタンツィアツィオン
 全実体変化する如く。全人格の献身を求める官療法は、その意味で、
ベルゾネンレヒト
 人格法である⁵⁵。しかしこの官僚身分も、職業官僚制を制度として保障する、基本法33条5項に由来すると、ケットゲンは注意を促す。ではその価値とは何か？ 端的には「事物拘束性」を表す。とはいえここでの事物は、ある利益をある手段で実現する、それには専門的訓練や専門家主義が要る、という意味での純目的合理的に構築された事物とは全く別の、事物である。通例は司法概念は自明なもの、行政概念は不確定なものと言られるのだが、司法は法の事物に仕えるが故にそうであり、従って、特定利益の実現の為に採用された手段であるとか、自立した価値を生み出さない技術だと、一応は判断できる⁵⁶。

尤も、身分的権利と制度的保障に関する以上の理解からは、悪名高い特別権力関係や、イエリネク的な身分的類型論が、想起されるかもしれない。だが、この種の連想は間違いだ。成る程ラーバント以来の学説では、強制的自主的を問わず、特別関係に入る者は行政上の内部領域に入る者と取扱われ、その結果、諸基本権・法律留保・司法保護の妥当を喪失し、その代替に、ただ行政規則又は内部規則の規律のみ受ける⁵⁷。ならば、特別権力関係により包括的制約を承認する見解は、身分保持者に人格的献身を要求するケットゲンと似てくる。しかし彼本人は、特別権力関係を低感度の尺度と見ている⁵⁸。即ち、全人格を掛けた奉仕こそが身分付与の本質的基準で、ただ監獄に収監され営造物に入るだけの者に、身分はない⁵⁹。ここでは在監者の人格法という実体的判断が欠如している。その意味で、身分と特別権力関係を同一視するのは乱暴だ。同じ理屈と反駁は、イエリネク人権説にも妥当するだろう。彼の国家学では、国家は公共性全てを独占する社団であり、これが単なる私益の追求を正式の公益の追求へと転換する。だが、或る個人がこの公共性の回路にアクセスするに為は、国家が当該個人に法人格を、即ち権利主張の正式な資格を、彼に付与しなくてはならぬ。

身分はこの意味で人格である⁶⁰。とはいえケットゲンは、この両者の論理を逆転させている。献身という人格的実存の変質があって初めて、身分がある。国家が人格を与えるのではなく、個人が人格を捧げるのだ。故に、身分を全国民共通の地位に解体するイエリネク説は、余りに形式主義的な身分論として、拒否すべき見解となる⁶¹。詰まるところこの身分と制度の連関は、特別権力関係論や人権類型論の類いからは、用心深く腑分けしておくべきだ。

三 倫理的制度と科学技術

1 公的職務と倫理的義務

ところで、制度が完結した圏域を社会から隔離して設置し、身分が個人を社会から引抜いてこの圏域へと組込むという、制度と身分の構造が以上から判明するとしても、けれども、これと基本権一般の特性との違いが論証された訳ではない。というのも、古典的な自由といっても無制限では当然なく、名称や思考は多様だが、例えば保護領域と介入の図式など、無限定の自由を限定的な国家権力で限定し制約するという、近代憲法固有の配分原理との比較が、不可欠となるからだ。確かに身分保持者たちは、時々々の政治動向にも揺らがない或る種の実体概念への拘束が義務づけられて、これにより、特権的に特別の尊厳と堅固な独立性とを付与されてはいる⁶²。しかし結局のところ、制度と身分の図式が個人に施すのは、具体例を念頭に置くと、ただ義務と強制を課すことだけで、同様に義務づけとその強制を直接的ならずとも正当化する、人権と制約の図式と同じ結論を導くのでは、と思念される。例えば軍人の基本権につき、その制約を承認する条項二つ、即ち基本法5条及び17a条は、立法の裁量はないものの、憲法上の軍隊設置から必然的に想定されうる規定だという。大学学生についても同

様で、大学自治を制度的保障とみる理解からすれば、科学や大学の破壊を企てる彼らの蛮行は、決して承諾できないが、この結論は法律の留保でも導ける。制度と身分のこの効用は、職業官僚制にも当然認定される。先に論及した通り、官僚たちの職務上又は職務外の義務は、官僚制と身分行為により成立つとケットゲンは述べていた。要するに、彼は自由と身分の二元的対抗を強調するものの、義務と強制の点で、両者は同一の作用をなすのではないか。

さて、この図式とは別に「エッフェントリッヘアムト公的職務」に関する論及もある。この概念もやはり官僚制を中心とする問題群に関連するが、「デイエンストプフリヒト服務義務」に元々是对応したのだと、ケットゲンは言う。つまり、この服務義務からして実施すべき諸業務の総体が、公的職務と当初呼ばれていた。服務義務なくして職務なし⁶³。けれども、マイアー以来のこの学説は妥当せずと彼は言う。その根拠は幾つかあるが、まずこの旧学説を前提とすると、公的服務義務がない者には公的職務が当然ないことになる。即ち、官僚には職務があるが、君主や議員には職務はない。官僚は服務義務を持つが、君主や議員はそうではないから。ちなみに大臣は、旧来の官僚大臣なら職務を持つ筈である⁶⁴。この問題は、国家責任法の問題も念頭に置くと顕著になる。基本法34条は公的職務の行使につき国家賠償を保障する。ドイツ法は官僚と労働者を区別し、前者のみに服務義務を課すから、公的職務は官僚のみが負うという前提を取ると、その他の公務員の不法行為は国家賠償の枠の外にはみ出る。公的職務の範囲を官僚のみに限定するのが果たして妥当か⁶⁵。もしこの限定を除けば、君主らの職務を論ずる余地もある。実際に、君主や議員の職務という用語法が確立しつつある。更に、この公的職務は公権力の行使とも連結していたから、もし公的職務の狭い理解に固執するならば、生存配慮又は給付行政の増大に伴う行政構造の変遷にも、対応できない⁶⁶。このケットゲンに従うなら、公的職務と服務義務の連結は今や一旦切断して、服務義務とは別の要素を持ち出すべきだ、ということになる。そこに持出されるのが、倫理である⁶⁷。

ところで、服務又は奉仕という概念が使用されるとしても、民主主義において支配者と服従者という図式は成立たない。封建制又は家産制でない以上、服務は他者への服務でなく、或る目的、即ち、非人格的で物的な目的への服務となる。但し、ただ目的というとき目的＝手段という図式が想定され、目的への奉仕者を単なる手段と見なすことになりかねない。

「ア ウ フ ゲ ゲ ベ ネ ヴ エ ル テ任務として課された諸価値」を論ずるのが厳密であろう。先の職務保持者を、この「ヴ エ ル ト フ ェ ア ハ フ テ ッ ト ザ イ ン価値付着性」から検討してみる⁶⁸。そこで、諸価値を取扱う者は一つ注意しなければならない。必要なのは単なる価値の客観化でなく、価値の解釈である。つまり、職務保持者自身が解釈を解釈するとき必要なのは、その職務を保持者本人が、己れの最良の知識と良心に従い、最初で最後の決定者として、良心の過ちがあったとしても、これに没頭することだ。単独で直接に事物に奉仕すること。この事物奉仕者が責任免除を許されることなどありえない⁶⁹。ならば、この事物奉仕者の責任追求はいかに実施されるか。伝統的公法学によると、それは服務義務によるのが原則だ。独立性を持つ裁判官なら話は別だが、官僚に限定するなら、自分の職務義務は自分の上官が解釈することが前提であり、この上官による指示への服従が、官僚には要求されている。ヒエラルヒーを持つ官僚制にはこれはある意味当然だろう⁷⁰。義務のみでなく、その違反を責める裁判制度もありうるが、けれどもケットゲンによると、公的職務と公的サービス義務を同一視する思考は最早適切ではない。サービス義務のあり方と職務の具体的な形象化は、主体により様々だと考えるべきだ。

例えば、様々な国家最高機関が保持する公的職務はどうか。憲法にはこれが行使する諸管轄権につき明文規定があるが、この管轄権秩序が意図するのは、公的職務の信任であって、単に価値中立的な諸機能や諸権限を配分することではない。この他、最高機関の捉えどころのない公的職務に対しては、宣誓定式を規定して、その実体を示唆する試みがなされる。つまり、この職務の内実はただ断片的に記述されるだけで、義務秩序や紀律権限等を規律することは選択されていない。大臣や議員の訴追もあるが、唯

の周延的な存在でしかない。要するに、職務執行はその保持者の良心の決定に委ねられ、その上、その司法的執行は原則的に不可能であるとされる。大臣や議員における公的職務の実定法上の具体的な態様は、議会の政治的責任追求や有権者の批判が、精々のところだ⁷¹。これと対比するなら、官僚の職務の状況は一見別様である。即ち、この公的職務は実定法上異なった規律を持っている。けれども、ここでは管轄権は固定して保障されていないし、職務の実態は一般条項で実定化するとの方針が採用される⁷²。結局、職務の保持とは良心の決定という重荷を負うことで、政治的意思形成への参加者はこの意味で職務行使者である。それ故、議員は「その良心のみに従う」（基本法38条）。詰まるところ、職務の保持は人倫的自由と密接に連関する。即ち、良心に基づく倫理的決定を要求するのが職務である⁷³。実を言うと、職務法とは身分法だと、ケットゲンは述べる⁷⁴。つまり、身分保持者はその身分により或る制度へと繋がり、同じく身分により倫理的自由に結びつく、という訳である。ならば、身分と自由の究極の差異は倫理にあることになる。

職務又は身分が倫理性と結びつくとの指摘は、分かり難く、論者本人の論述も薄い。彼の教会法論を補充するとよい。ところで、無数の法律の中に実定化された我々の法秩序は立法者の単なる恣意から如何にして区別されるのだろうか、そして、諸々の法律が持つ法律に従う者たちへの拘束力は一体どこに由来するのだろうか。ケットゲンはこう述べる⁷⁵。法律の正しさや拘束力は、立法者や手続からは獲得できず、法の^{ザッヘ}事物的な内実、^{スプスタンツ}法の本来的な実体に求めるべきである⁷⁶。しかし事物や実体を指しても、^{ヴェルトレラチオン}まだ唯の問題提起に過ぎぬ。彼によると法の事物的内実は、価値諸関係の中に存在する。だがこの価値は具体的法秩序の正義だけに求めては駄目で、個別的な法的仕組の中にもこれを探求しなければならない。ケットゲンが言及する正義とは個人主義的正義のことだが、例えば婚姻や所有権で言うと、正義に適う夫婦間の調整や個人と個人の財産関係のみが、事物的な内実なのではない。これら個々の法制度の中に予め含まれる諸々の価値づけ

が大事であり、これを了解する為の手段と通路が必要なのだ。要は法の実体とは、現実の法の中に含まれ、要請や禁止の形で示される価値づけなのだが、これ自体どこから来るか⁷⁷。しかし、この価値づけは認識できないのでは、と彼は言う。つまり、我々が歴史的存在であるとの事実が、厳然とある。共同体の拘束を受けるのも、個人として決めたからでなく、ある生プロセスの中に歴史的存在として組込まれたからで、全ての個人的実存を超えてある源泉から恩恵を受けている。ならば、我々は我々が生きる生を概念把握できないだろう。これは法にも当てはまる。我々は法の実体を認識できない⁷⁸。

だが、それは法実体の探求が断念されたことを意味しない。価値づけを認識せず、それでいてそれに拘束され、その上、法が正しいもの、拘束力あるものになるのは、一体なぜか。ケットゲンケットゲンは法神学の見地からこう述べる。法律家たる者、道徳論と懐疑論の間の「狭い道」シユマラーグを歩まねばならない、と。上記のとおり歴史的存在である我々人間は、歴史を統べる神それ自体や歴史の法則を認識し把握することはできない。だがこの神は、我々人間を取囲む境界の彼方から呼び掛け、対して我々は、この神への内的関係、実体への意思を持つ。つまり、創造者と被造物、神の秩序と世俗の世界との間に、直接に架橋可能な関係が成立つのではないが、だがしかし、この両者の関係が信仰に啓示され、人間の生へと届くのだ。或いは、神とは、人間の判断への基準を示す立法者でなく、ただ究極的な意味で法律そのものが神なのだ、と彼は言う⁷⁹。或いは、人間とは、我々が慣れ親しむ言語と異なる言語で我々に語り掛ける神を理解しようと学ぶのだ、と彼は語る⁸⁰。法の時間的有限性を知りつつ、その理念的永遠性に求める、反復して試みても徒勞に終わることが自明なこの任務こそ、真の法律家が実践すべき任務なのだ、とケットゲンは言う⁸¹。繰返されるこの任務の遂行とは、神に対する倫理的な行い、他人への人倫的な行為が含まれることは、言うを俟たない。要するに、神なる超越的なものをそのまま真摯に受止めて、これを人間が理解可能な形に何度も鑄直そうとすることが、歴史

的な即ち有限の人間が行う価値づけの内実なのであり、ここに獲得された価値関係をベースに法秩序全体が成立つ、斯くの如くケットゲン法神学は強調している。この帰結は、身分・職務・制度の連関に、倫理実体の内在を予感させる。

尤も、この法神学は特殊福音主義的なものでは断じてない。つまり、国家や国法が客観的価値秩序なくして存立しえず、客観的妥当者や超越的絶対者を精神的基礎とするとしても、それには「正しい信仰」による全国民の内面的拘束が要る。だが宗教改革以来キリスト教は分裂し、更に非キリスト教、宗教的無関心、無神論までも今やドイツには出現している。その上、宗教のみならず世界観までもが分裂する現状では、結局、国家や国法を絶対的・超越的に正統化できない訳だ⁸²。ケットゲンの診断は、この多元主義は中立的立場からのみ克服可能というが、それはケルゼンの無内容を意味しない⁸³。彼によると、無時間・無空間的な絶対的客観性ではないが、特定圏域内の人間にのみ妥当性を持つ集団的な確信はある。だがこれには人々がそこに正当な権威を見ることが必要で、換言するなら、国家国民の共同体経験の存立が前提となる。要するに国民国家の基礎にあるのは、超越的な神ではなく、価値という所与に関し連帯により構成される共同体であり、即ち、歴史的な成長プロセスの成果としての共同体である⁸⁴。但し、その形成は合理的意志でなく非合理的感情に基づく。それ故、このプロセスは人為的計画的な創造が不可能だが、共同体形成に必要な外的な諸条件なら整備することは可能。それが何かといえば、共同体構成員の実体的平等性である⁸⁵。だがケットゲンにとって、外的条件は飽くまで外的条件だ。問題は、ここから如何に共同体や国家が誕生するかである。言わば「時間の主観性中に結びついた制度」が肝腎な訳だ⁸⁶。兎も角、我々の法秩序の根幹には価値や実体が埋っていて、その当の価値や実体の妥当性は我々の法行為が支えている。その意味で、ケットゲン教会法学は世俗法学でもありうる⁸⁷。

2 身分と職務の解体過程

けれども、身分と制度と職務の中に倫理性が展開するには、これらが現在も引き続いて健在であることが不可欠である。だが実は、身分も制度も職務も絶滅が危惧される希少種だ。まず官僚を襲った事態につき、ケットゲンはこう指摘する。1919年共和制への移行、即ち、議会民主主義の導入は、政治的な統治部門と非政治的な行政部門の分離をもたらす。統治/内閣の任務は議会に責任を負う政治家らの担当だが、官僚の方は、これを指導する統治からの影響を受けながら、法律や事物に従って独自性を内在する行政活動を担当する。官僚は全体の奉仕者であると、ワイマール憲法130条が強調するのも、政権政党からの悪影響を配慮してのことだ⁸⁸。そして、この議会制の導入とともに徹底化した民主主義が、官僚の採用方法の革新を要求する。即ち、平等原理である。これまで官僚を供給してきた階層は政治的であるがゆえに新官僚制に不要、差別的であるがゆえに新体制下で違憲だ。ケットゲンによると、共和制の中で求められる官僚像とは、行政機構に伝統的なオールラウンド・プレイヤーではなく、技術者、専門家、テクニカル・アドバイザーであるという。ならば選抜の基準は、能力と業績以外であってはならない⁸⁹。しかしこの官僚像は、成る程行政の自律と国家の継続を維持はするが、官僚に特別の身分を最早認めなくともよい。彼らは社会のアウトサイダーでなく、市民となった官僚だ。結果的に制度的保障説が防護壁を用意するだろうとはいえ、この官僚と国家の法的紛争は、一般市民の自由権によって解決されることになる。身分という特殊の圏域は必要ない⁹⁰。となると、官僚を一般労働者と見る労働法さえあればよく、行政官僚に高度の身分保障を与える公務員法は不要となる⁹¹。

身分概念が縮減する事態は、大学の中でも同様に生起する。大学といえは殆どが国立のドイツでは、大学教授の身分は、先の教授団構成員の身分の他、官僚としての身分でもある。従って厳密に言えば、教授にはこの身分二つが競合するが、これまでは大学の自治に配慮して官僚法一般の規律

から除かれ、その身分は大学による内部規律中に放置されてきた。だが、今日では服務法的なカテゴリーが前面へと登場して、教授の重点は官僚身分、しかも変質したそれに移ってきた⁹²。学生の地位も、事業を助ける労働補助者になる。兎も角大学での身分は、官僚の身分を経由して解体へ向かう訳だが、ケットゲンはこのプロセスの原因として、二つを検討する。第一は、科学それ自体の作業方法が変貌してしまったこと。元々大学とは無縁の、他人に従属して研究するスタイルが、自然科学の学部のみならず精神科学の学部にも波及して、命令と服従とが組み込まれた事業体へと、大学は没落した。研究室でなく研究所が、講義室でなく実験室があればよい⁹³。社会政策が大学に持ち込まれたことが、もう一つの問題だ。例えば第一次大戦後、ドイツ大学は戦争帰還者らで溢れた。以前なら社会の自立的な社会秩序に処理を任せれば足りた、学生や講師の生活水準に配慮する諸任務を大学当局が担い、この社会政策の実施主体として学生の自助団体も登場する。つまり奨学金やら給食制やら各種施策が導入されることで、大学という団体が学問と無縁の依存関係に覆われてしまう⁹⁴。結局、教授が公務員となり学生が経済的弱者となることで、狭い大学の領域に破れ目が生まれ、身分が零れ落ちていく。

結局、官僚機構でも大学組織でも、身分が解体しつつある。つまり、まずケットゲンの理解では、身分とはその根源に価値実体を埋伏させ、実定的な行態義務を導出するもので、任意目的を実現する為の、唯の手段や技術では断じてない。即ち、「身分とはその本質上目的合理的な範疇ではない」。けれども身分から実体を強引に引剥がし、管理目的をまず措定して、これに身分秩序を服従させる倒錯がまかり通る⁹⁵。憲法と比較して行政法は技術法だと呼ばれることもあるが、その意味で、官僚制とは技術法の中の巨大な異物であった。だが、この身分の倫理性が単なる合目的性に代替されれば、人々の諸行為に依存する身分概念は、雲散霧消してしまう⁹⁶。これと並行し、制度の合目的的還元も同時進行するだろう。つまり目的手段の図式は行政、更に国家にも一撃を加えて、営利法人が営利目的の遂行

手段である如く、行政や国家も、同様の公益の遂行技術、諸事業の中の一事業と把握される。諸例を挙げると、行政の組織権力とは政治問題ではなくて、指示命令系統を持つ団体ならば当然の、経営問題であるし、いわゆる行政改革も、立憲主義黎明期での政治性格を失い、経営上の認識に依拠した、改革ならぬ合理化の試みであり、目的実現に向けた手段選択についても、議会に依存せずに、自立的な規律定立で切り抜けるということも、ありうる⁹⁷。この経営学的考察方法をもってしては、官僚や大学に係る、身分と制度の相互作用は、やがては忘却されゆくであろう。

危機にあることは、職務概念についても何ら変わりはない。この職務は
フンクチオン 機能へ、職務保持者はフンクチオネーア 機能担当者へと変質する。ケットゲンが具体例としてあげる、議員と官僚を見てみよう。まず議員らは身分保持者として、政治的意思形成へと加わる。つまり、この国民全体の代表者は国家理念に拘束されている。だがしかし、政党国家の出現により職務概念の解体が起る。即ち、議員には、職務保持者たる地位と政党代表者たる地位、この二重の地位が認められるのだが、これを極端に推し進め政党国家の見地から見れば、議員は機能担当者へと変貌する。国会議員は最早、国家理念を追求する職務保持者ではなくて、政党が化体する個別利益を実施する機能担当者⁹⁸に他ならない。職務のこの機能化が起れば、職務は行政法から不要になり、そうでないなら、行政法それ自体が技術化しなければならぬ⁹⁸。だが本来は、機能担当者が政治的意思形成に貢献しようとも、彼らは憲法上このプロセスへと参加してはならないのである。他方、高権的権限を行使するのは官僚だが、その権限行使も身分保持者の地位に基づくという。ケットゲン学説によれば、官僚が政府から自律するのも独自に価値に奉仕するからだが、その価値に仕えない任務には行政官僚は必要とされない筈だ。憲法及び法律は、没価値的な技術に過ぎない仕組みについて、これを高権的権限なる定式から外し、官僚の担当からも外す。即ち、高権的任務は価値的任務であり、身分保持者が取扱い、技術的任務は非政治的任務であり、労働者が従事するという⁹⁹。要するに、国会議員も行政官僚も国家

理念の拘束から解かれ、価値的な職務ではなく技術的な機能へと向かう、という訳だ。

だが結局、身分や職務が壊れる原因は行政の技術化にある。さて、立憲国家は行政国家に変貌したとはよく指摘される。今更論及するまでもないが、産業化の進展、人口の爆発化、都市化の拡大などが、現代国家での行政任務の拡大を求め、行政立法の活用、行政計画の発案、行政裁量の拡充などで、国家意思決定権が実質的に行政権へと委譲されていく訳だ¹⁰⁰。けれども、ケットゲンが行政国家の中に探求していたのは、単なる権限委譲という陳腐な現象又は思考では断じてない。行政概念が政治領域から技術領域へと移動した点が重要だ。彼の理解によると、立憲君主制の行政とは政治現象である。つまり、絶対君主制時代の家産権力がそのまま相続されて、これを同じく伝統的な官僚身分が行政権力として行使する。いわば官僚とは、君主大権行使に関与する政治官僚である。勿論、近代憲法の下この権力には法治行政の原理が被さり、議会制定法律による優位と留保に服従しなければならない。しかしこれもよく指摘される点だが、この法治国家原理は既存の行政権力を外部から押え込むだけで、行政の伝統的実体には殆どダメージを与えない。政治的行政は残存する¹⁰¹。この政治的行政の脱政治化は、M・ウェーバーがまず行う。大戦後の新政府構想で彼は、政治と行政を分離せよと言う。政治とは、国家という物理的暴力へと積極関与することで、行政とは、この政治の指導下に国家を管理することである。ここでは「行政」でなく「管理」と翻訳すべきではあるが、即ち、政治を担う政治家と行政を担う官僚とは像を異にし、その意味で、政治領域は純政治的なもの、反技術的なもの、行政領域は非政治的なもの、純技術的なものの位置を持つ¹⁰²。

けれども、ケットゲンの言う技術化とは、我々がよく知る意思決定の集約化や政治責任の明確化や政治過程の民主化という、統治構造改革の分業構想としての技術化ではない。即ち、政治決定の実行部隊にすべく技術化するのでなく、「事物法則性」が論理必然的に行政を技術化するので

ある¹⁰³。つまり、今日では技術万能の傾向が至るところで観察され、それは、人々の行動様式や社会の存立条件に出現している。例えば、画一的な個人体験で政治から取り残された人々は、心の構え方の中に、管理主義的な様式を身に付けているし、他面、人間生活を支える社会条件は根本から変遷している。「人間までもが管理される」¹⁰⁴。ここでは、後者と関連する。行政国家現象、その意味内容を正確に捉えることが肝要だ。政治の本質的条件は消滅し、行政の空間のみが尚残存する。行政官僚が担う行政任務のみならず、議会及び内閣が担う執政任務までもが非政治化してしまった、という訳である¹⁰⁵。具体的に見よう。元々内閣とは国家全体に責任を持つ筈で、内閣の政治責任と行政官庁の管轄とは、別個の問いだった。だが個々の大臣は、憲法機関たる内閣構成員であると共に、特定行政部門の責任を担う行政長官の役割も所持している。連立政権なら政治決定は閣外の政権協議で決定済みだから、閣議も脱政治化されている。大臣たちは専門家でしかない¹⁰⁶。政治指針につき責を負う宰相は別だとケットゲンは言うが、^{イネン}外交と^{アオセン}内政たる政治を担う外相と内相には、変貌が起こる。国際的な経済/社会政策はEC等国際機構で既に取決められ、それ故、外相とは全世界に共通の事物利益の執行者に過ぎぬ。内相も、特殊省庁設立には未だ熟さない管轄の唯の寄集めで、増大する行政業務の負担の下、単なる専門大臣と化している¹⁰⁷。

3 産業社会における国家

この種の見解は、有力な公法学者たちにも共有されている。古典的な法治主義論者とわが国では残念ながら誤解される、エルンスト・フォルストホフの見解を見ればそれは明瞭だ¹⁰⁸。大戦直後のドイツ憲法現実を眺めると、ここに国家はない。ナチス壊滅後の「^{ヌルブンクトーズィツアチオン}ゼロ状況」からの再出発が必要なのだが、既存社会秩序を前提とした革命も国家創造も最早不可能で、社会領域全域を悉く巻き込む再統合過程がなくてはならぬ。その要請

は、国家復興が先で社会復興が後、とは現れない。即ち、1949年の基本法制定で国家性が仮組みされるが、確たる構造を得るのは経済の方で、他の全ての基盤となる。言うなら、経済構造の復興こそがドイツ復興の中心となる¹⁰⁹。しかし、これでは国家は目的合理化されてしまう、と言う。まず、国家と社会の関係への従来の観念がその基盤を失う。社会に対する優先権も超越性も、国家は最早持ちえず、社会秩序全体の動向は精々社会の諸勢力と国家との協調で決まる。むしろ国家に任されるのは、自律組織的な社会にできない残余の任務のみで、その点で国家は目的合理化を施される。社会が実行できぬ目的の為に設置された合理的手段なのだ¹¹⁰。この合理化と同時に、国家の脱イデオロギー化も進行する。政党が競うのは特定の利益の立法措置で実現することだけ、首相が指示する政治指針からは政治的意味は脱落してゆき、この脱政治化した政治には市民も積極参加しようとし^{ザッハゲゼツツリヒカイテン}ない。結局、この合理化した社会全体を規定するのは「事物法則」で、政治問題は全て技術問題へと転化し、政治家ではなく専門家がこれを解決する。国家性不在の原因は技術にある¹¹¹。

技術をめぐる、このフォルストホフ理論を瞥見してみよう。彼が論ずるところでは、現代とは「レアリザチオン実在化」の時代である。尤も、社会福祉の視座から公的状态を変革する実在化から、科学技術の投入で実存状態を変革する実在化まで、様々だ。前者を社会的実在化、後者を技術的実在化、と彼は呼ぶが、現在は、社会保障や労働法制など前者はほぼ完成していて、それ故、出現した直後で概念化が半端な後者が肝腎である¹¹²。この技術的実在化につき特に強調される要素は、一つある。それは、既存の欲望を新規の技術が充足させるのではなく、むしろ、新規の技術が更なる欲望を呼び覚ますことにある。即ち、技術プロセスには独自の意義と目的が内在しており、この技術プロセスは己れ自身の為に自己増殖していくのだ¹¹³。重要なのは、この科学技術が国家にどう影響するかである。技術の自己増殖を放置すれば人間自由の縮減否定に繋がる¹¹⁴。だが国家こそ、技術に限界を設定し自由に防壁を設置する、最後の砦なのだが、これ自体が技術プロセ

スに浸食される。つまり、元々技術には伝統や精神を破壊する傾向があって、メンタリティを変更するこの作用が国家の基礎を攻撃する¹¹⁵。そもそも国家なるもの、国民の支持なくして存立しえない。独裁国家ならば、この支持を刑罰威嚇で調達するだろうが、国家がヨリ自由なものになれば、この手法は不可能である。国家側の支持要求に応じた各人の自発的服従が必要となる。その時自発的服従を求める以上、その要求は人倫的な要求、また、その国家も精神的人倫的な国家でなくてはならない¹¹⁶。だが、産業社会の国家はこの種の自己主張を必要としない。自己利益を志向する徹底した合理性こそが、決定的である。各人に必要なのは、精神的人倫的な義務充足の行為でなく、社会全体の中で己の職務を遂行する単なる判断能力である。その時国家には、各人にアピールする道徳的要素は不要で、ただ社会全体の統合性を維持する機能だけで、十分である¹¹⁷。

この技術的実在化の打撃力は立法府や執行府まで波及する。まず議会につきフォルストホフは述べる。ドイツに限らず、現代の議会は、各種委員会などで大量の専門家を動員する。立法任務の事物適合的な遂行には技術的専門知識が必要で、のみならず、それへの依存度は不可逆的に増幅するだろう。一つめ。憲法秩序への議会の対応に専門知識が必要ならば、専門家を多数擁する各種省庁に助力を要請するべきである。だがこれは、政府への議会の服従を意味するやもしれない。だがこの事態を回避するには、議員に専門知識を提供する専門家を議会が自前で調達する、学術部門が必要となろう¹¹⁸。二つめ。専門知識を前提に議会が法律制定するとの図式は、産業社会の到来以前にも既にあった。民法典や刑法典など、法律専門家が起草し、素人の議員がこれを理解し決議する。だがこの事態は、古典的な国家と社会の分離を基礎とする。いわばこの時代では社会秩序の編成は社会自身が形象化し、それ故、既に事前に確定済みの社会秩序に向け、明確且つ一般的な規則でこれを規律することのみ、法律任務である。けれども現代では、社会秩序の編成は社会国家が決定する。即ち、何か変更するときはそれを徹底的に変更することが、要は「完全への強制」が、議会の憲

法上の義務となる訳だ。尤も授權法の例を出すまでもなく、内閣や各種省庁に対し無闇にこの任務を移譲することは、基本法が禁止している。こうした社会国家任務は、専門家の地位を強化するだろう¹¹⁹。要するに、議会は専門家への追求と服従を宿命づけられる。即ち、産業社会の発展、科学技術の発展は、議会主義から政治要素を剥奪し、そこに専門知識を充填するという訳だ¹²⁰。

悉く技術化するこの産業文明からは行政とて離脱できない。社会はその時々々の技術水準を根拠に続々と要求を打出すが、これへの対応が現代行政をヨリ困難な事態へと追い詰める。任務拡大は、国家予算の爆発や個人領域の侵害を惹起する。だがこの苦難を、国家自身、行政自身は選択してはいない。科学技術の進歩が社会関係の変化を生み出し、生活条件の改善や福祉待望の高揚と共に、行政任務の拡大を引起こす。しかし、この拡大は国家にとり自律的でなく他律的である。共同体で何が必要で何が望ましいか、国家は決定できない¹²¹。兎も角、産業社会のこの義務は行政が実行へと移すのだが、それには、専門家群や専門知識が行政の中核地位を占める。これは、例えば高速道路の計画設置を技術者が中心に担う、という、公共事業を専門家が牛耳ることのみを意味しない。この技術時代の精神には、事物化への傾向が内在している。フォルストホフはこの精神を、「アンガージュールテス ヴィッセン積極参加する知識」と呼ぶ。つまり、現状でなく改善を、停滞でなく進歩を追い求める技術進歩の精神が、行政をして世界変更へと邁進せしめる¹²²。更にこれにより、行政の根幹部分、官僚制度が浸食される。官僚とは、全労働力を全生涯に渡り雇用主に献身する者で、それ故に、全生涯に渡る安定した配慮の享受を認められる。行政官というこの旧来の職業の特徴は、その唯一性にある。従って、彼らの知識と経験は行政体外では殆ど無効であり、加えて、行政官僚から社会的・職業的な流動性を剥奪する。だが今では、官僚と一般職業の差異は平準化されてしまう。服従する故に手厚い保護を受ける官僚関係はここに崩壊し、労働条件の改善を求めるストライキが合法化されるだろう¹²³。しかし、民主制と官僚制の調和という

君主制以来の宿題は、職業官僚制＝専門家集団の概念図式で解消したのだろうか。

さて、最晩年ケットゲンは当時話題の若手行政学者につき、次の如き感想を残していた。その人物が論ずるところでは、行政とは一つのシステムなのだそうだ。別言では行政とは、その決定で行政環境を拘束して特殊機能を発揮するもので、更にはその決定とは既存情報に剰余を追加するものとも言う。尤もこれでは、剰余判断のない管理主義的活動が除かれて、反面、公的諸組織以外の^{フェアヴァルトツング}管理さえも行政に含まれてしまう。この行政学者は、使用に耐える行政概念を定式化する為に、行政学以外に経営学もその資格があることを、否定しない¹²⁴。行政現実を知るには行政法学の他に行政学も要と言った、そのケットゲンからすれば、法学を法実証主義と決めつけ、加えて、行政学を自己完結した自律科学と見るのみならず、学際研究の可能性を閉じる単一科学と見るのは、許せない。行着く果ては、米国社会学固有の概念による解決であるが¹²⁵、プレスナー説を前提に当時流行の役割理論を評して、言う。元々社会の中で各人が持つ役割とは、本来の彼自身でなく、これを外から束縛する、単なる仮面であるようには思える。しかし我々は、その役割のお陰で他者への一定距離を得て、この他者を直接に理解する。共同人間への迂回路が成立つ。ならば各人には本来的に内面と外面の二面性が備わる筈だ。尤も、貧困撲滅や人権保障を図る現代社会では事情は違う。つまり、全ての人の自由と尊厳を回復せんとするばかりに、人々は社会的な公的連関へと連れ去られ組み込まれていく。これは、不可侵の筈の内面への関心を、人々から剥奪する。けれども、この外面化現象を別の内面化で取繕うとしても、ドイツ国民伝来の国家無関心の態度をただ助長するだけだ。つまり、現代の管理社会における社会的役割の担い手とは、唯の疎外された機能担当者に過ぎぬと、ケットゲンは語る¹²⁶。

四 結語

本稿の課題は、公務員制又は官僚制に内在する二律背反性、具体的に言えば、公務員制改革では、この改革に抵抗する労働基本権の強調は、行政官僚の特権剥奪の追認を意味し、外国人の公務員就任では、この拡大に或る限界を設定する最高裁の法理も、依拠すべき実体を既に喪失していること、この事態につき、ケットゲンを足場に調査することだった。この問題設定に対する我々の検討結果は以下の通りである。第一に、第二次大戦直後のドイツ官僚判決を概観するなら、独裁者個人への宣誓に暴政への官僚制道具化の刻印はなく、むしろ、忠誠関係の構築こそ職業官僚制の伝統であること、そして、嘗ての君主主義の下この関係は行政官僚以外にも、軍人、大学教授、大学学生の中に反復して確認できること、しかもこれは、法制度の保障と諸身分の付与の結合として、一般の自由のない価値理念に献身する領域を創出すること、第二に、制度や身分はただ法的義務を賦課するのみでなく、倫理義務をも与え、法秩序に住まう価値を不断に実現する、実体価値への全人的献身という事態にそれは現出すること、尤も、国家や学問に人格的没頭を誓った筈の官僚や教授は、唯の労働者になり、身分は地位に、職務は機能になること、だが根本的には、現象の背後に科学技術の事物法則があり、身分や制度を解体する正体は、この現代的宿命にあること。ケットゲンのこうした官僚制論はフォルストホフと同根で、技術哲学という、ある意味ドイツ保守思想の典型でもある¹²⁷。とはいえ、人類を一挙殺戮する核兵器の実存的脅威が今も警告の意味を失わぬ如く、人類文化をじりじりと浸食する科学文明の同じく実存的危機も、今尚強調してもよからう。

以上から実定憲法解釈を導出するのは本稿の課題ではない。けれども、科学技術や産業社会の現実が歴史の宿命であり、それに加え中世的封建社会との連続性がより少ない日本で、既に身分・職務・制度の三位一体が崩壊しているとすれば、アクチュアルな問いへの処方箋は至極単純なものと

なろう。公務員制改革では、官僚機構と民間企業の共通性を承認し、公務員制に固有の各種特別な仕組みを続々と撤廃してよい。民間企業にはない旧来の分厚い身分保障は贅沢品であるし、諸業務の効率性を図る為の業績・能力主義も導入すべきだ。従来の実務を改善すべきは、外国人公務員就任権でも同じ。国民主権に直結した公権力の行使なるものは今や存在せず、故に、公務就任権全ては職業選択の自由の一種でしかない。従って、公務員資格は悉く外国人に開放しなければならぬ。以上の論理的帰結に抗して公務を実体化しても無駄である。規模は米国程でなくとも、原子力開発や宇宙開発は進行中、「^{インフォメーション・テクノロジー}I T 戦略会議」「^{バイオ・テクノロジー}B T 戦略会議」のプロジェクトもある。愛国心を強化しても、国家と技術の結合が相殺するだろう。但し以上の諸帰結は、倫理実体が虚無であることが前提だ。だがしかし、倫理性の回復の試みは未だ断念されていない。或る者は、人間尊厳を基盤として職務理念の復興を企図し、ここから自由で民主的な基本秩序を共和主義的に解釈する¹²⁸。つまり公法学の倫理性回復の道は、反自由的な身分以外に、自由の根源や西洋的共和主義の伝統の中にも存在する訳だ。けれども、自然科学のように未解明の問いがあってもよい。我々法学者は、物事が全て分かったかの如く振舞い過ぎる。ケットゲンの官僚制研究は、その意味で厳密な学問である。

付記

ケットゲンを種として、山下威士先生が注目してこられたワイマール時代の公法理論と社会哲学の双方を繋げようと試みてはみたものの、残念にも得られたのは先生の模倣ですらない。献呈するのは却って失礼かも知れぬと恐れるが、先生のご指導ご批判を頂戴できればと思う。これまで頂戴した、そして今後も頂戴するだろう先生の学恩に感謝して。

- 1 参照、高橋和之『現代立憲主義の制度構想』(有斐閣、2006年)46頁注26、87~90頁、岡田信弘「統治構造論の再検討」公法研究67号(2005年)36~45頁、など。とはいえ、高度に政治的な国家の総合的決定を内閣が行い、政策立案と実施の分離の下これを行政各部が実行するとの、通念図式には、近時重大な疑義が提起される場所である。毛利透「民主主義と行政組織のヒエラルヒー」法学論叢152巻3号(2002年)15~21頁、同「官僚制の位置と機能」ジュリスト1311号(2006年)64~71頁。
- 2 参照、西村美香「公務員制度」森田朗編『行政学の基礎』(岩波書店、1998年)119~123頁、佐藤英善「公務員制度の基本理念と改革大綱の問題点(1)~(3)」法律時報75巻5号(2003年)67~72頁、7号(同年)95~98頁、8号(同年)62~66頁、山本隆司「公務員制度改革大綱の分析」ジュリスト1126号(2002年)49~67頁、稲継裕昭「公務員制度改革」年報行政研究38号(2003年)44~62頁。
- 3 参照、和田肇「国家公務員の労働基本権と労働条件決定システム」季刊労働法202号(2003年)70~82頁、西村美香「公務員制度改革と労働基本権問題」都市問題研究55巻1号(2003年)45~59頁、西谷敏・晴山一穂編『公務員制度改革』(大月書店、2002年)、西谷敏・晴山一穂編『公務の民営化と公務労働』(大月書店、2004年)。
- 4 最大判平成17年1月26日民集59巻1号120頁。
- 5 なお、公法学の中での官僚制研究は、理論的には方法論を、実践的には官僚養成論を、それぞれ必要とするであろうが、ケットゲンの行政法解釈方法論と行政官僚養成構想につき、拙稿「ドイツ行政学教科書の誕生」(埼玉大学)社会科学論集117号(2006年)29~46頁。
- 6 BVerfGE 3, 58 Vgl., Arnold Köttgen, Das Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR, Bd.79 (1954), S.350-368, 351f. なお、本判決が扱う連邦法律や直前の連邦通常裁判決につき、Michael Kirn, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, 1972, S.167-190; Jörg Menzel, BVerfGE 3, 58-Beamtenurteil, in: ders., Verfassungsrechtsprechung, 2000, S.70-75.
- 7 BVerfGE 3, 58, 85f., 89-115.
- 8 BVerfGE 3, 58, 88f., 122-133.
- 9 BVerfGE 3, 58, 133-136.
- 10 BVerfGE 3, 58, 136-144. Vgl., BVerfGE 3, 288; Kirn, a.a.O. (Anm.6), S.190-195.
- 11 この判決は実務や学説からの激しい批判を受けたとはいえ、結果的に両独統一の問題処理の先駆になった、といわれる。勿論、対戦直後にソビエト占領地域でなされた無償の取用を、両独統一後も無効としないことに決めた基本法14条3項、これが憲法改正の限界を逸脱したかの論点に、戦争被害では財政状

況に配慮した広い立法裁量が許されると判断した判決(BVerfGE, 84, 90)、旧東独時代に複数の国外亡命者を殺害した国境警備隊隊員を、基本法103条2項の刑罰規定遡及適用の禁止の原則に反し、合憲的にこれを殺人罪で処罰可能かとの点に、反民主主義や反法治主義を除く限りで遡及禁止に例外があると決した判決(BVerfGE, 95, 96)、これら判決が我々の官僚判決を直接に範とした訳ではないが、体制転換での問題処理に直面した点で類似した状況下にある。Vgl. Menzel, aa.O. (Anm.6), S.72-74.

- 12 Vgl., Ernst Forsthoff, Das Bundesverfassungsgericht und das Berufsbeamtentum, in: DVBl, 1954, S.69-72; Herbert Krüger, Das Bundesverfassungsgericht und der moderne Staat, in: ZBR, (1954), S.33.; 拙稿「公法学・行政学・精神科学」早稲田法学77巻1号(2001年)289、308頁注15.
- 13 第二次大戦前後のケットゲンの経歴につき簡単ではあるが、拙稿(前掲注5)41頁注5参照。
- 14 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.355.
- 15 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.352f.; RGl, 1937, I S.39-70.
- 16 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.354f.; BVerfGE 3, 58, 112f.; RGl I, 1942, I S.247.
- 17 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.354f. なら彼は、法的地位概念に当初から反対だったことになる。実際、当時流行の権利(請求権)概念批判に積極的でない。公権概念は国民共同体の思考に矛盾すると指摘する一方で、国民同胞(フォルクスゲノッセ)の地位固定は客観法的拘束で通常なされると言い、権利付与は飽くまで例外だと、一種の統計的論証で逃げる。Köttgen, Deutsche Verwaltung, 3. Aufl., 1944, S.186-193, bes., 191-193. 関連して国民共同体の思考につき、拙稿「公布の本質(1)」(埼玉大学)社会科学論集109号(2003年)93~95頁。
- 18 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.355f.
- 19 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.358f.
- 20 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.359-363.
- 21 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.356f.
- 22 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.357.
- 23 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.357f. Vgl., Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.363f., 364-366; ders., Das Bundesverfassungsgericht und die Organisation der öffentlichen Verwaltung, in: AöR, Bd.90 (1965), S.205-235.
- 24 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.367. Vgl., Karl Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungsrealität, in: AöR, Bd.77 (1951/52), S.387-434, 390-392.
- 25 ケットゲン公法学の方法論につき、拙稿(前掲注5)30~31頁。

- 26 Arnold Köttgen, Grundgesetz und Beamtenrecht, in: H.Wandersleb (Hrsg.), Recht, Staat, Wirtschaft, Bd.4, 1953, S.227-246, 241-243.
- 27 Köttgen, aa.O. (Anm.6), S.367f.
- 28 BGBl, 53I, S.407. Vgl., Walter Jellinek, Die Rechtsformen des Staatsdienstes. Begriff und rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses, in: G.Anschütz/R.Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.2, 1932, S.20-33, 27. なお、1920年代のワイマール官僚制研究の動向につき、Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd.3, 1999, S.195-199; Monika Jachmann, Das Berufsbeamtentum. Säule der Rechtsstaatlichkeit?, in: E.Eichenhofer (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung, 1999, S.155-177. Vgl., Arnold Köttgen, Die achte Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, in, AöR, N.F., Bd.21(1932), S.404-431, 405-419.
- 29 Vgl., Arnold Köttgen, Öffentlicher Dienst, in: Staatslexikon, 6. Aufl., Bd.5, 1960, Sp. 1192-1202, 1192f.
- 30 Arnold Köttgen, Abgeordnete und Minister als Statusinhaber, in: O. Bachof/M.Drath/O.Gönnenwein/E.Walz (Hrsg), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.195-220, 195-198; ders., Aufgaben und verfassungsrechtliche Stellung des Berufsbeamtentums im modernen Staat, in: Jahrbuch für politische Forschung, Bd.1, 1932, S.101-128, 109f.; ders., aa.O. (Anm.29), Sp.1192f., 1196.
- 31 Köttgen, aa.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.200, 203; ders., aa.O. (Anm.29), Sp.1193.
- 32 Köttgen, aa.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.203; ders., aa.O. (Anm.29), Sp.1193f. この種の、身分保持者により編成される完結的官僚国家と、身分から解放された市民の総体である市民社会との対立は、国家と社会というヘーゲルの二項図式と、対抗関係に立つ。市民的法治国がもし普遍的であればこれも普遍的となろう。Vgl., Fritz Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat, in: Festgabe für Otto Mayer zum 70. Geburtstag, 1916, S.29-57, 33-37, 40-47.
- 33 Köttgen, aa.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.197-200.
- 34 Köttgen, aa.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.199f.
- 35 Köttgen, aa.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.206f.
- 36 Köttgen, aa.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.205f. Vgl., Paul Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.1, 5. Aufl., 1914 (Neudruck, 1994), S.242f., 296-298; Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. (Neudruck, 1987), S.239.
- 37 Köttgen, aa.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.208f. 現連邦政府規則12条

- に規定される、首相の政治指針への大臣の拘束は、この一般的行動義務の一事例であるという。この政治的拘束を受ける大臣は本来、議会に所属する者だ。Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.209f.
- 38 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.210f. ならば、議員兼職禁止の根拠は官僚と大臣とで共通であり、行政の政治的中立性の為、権力分立原理の貫徹の為などと、別々の論証を行う必要は存在しないことになる。関連して、山本隆司「議員職と職業公務員職の兼職不能性について」地方自治687号(2005年)2~21頁、高野真澄「フランス憲法における大臣と議員の兼職禁止」神戸法学雑誌19巻1・2号(1969年)137~178頁。
- 39 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.211.
- 40 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.212.
- 41 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.213f. 身分保持者は国民代表者であるとのこのケットゲン学説は、議員のみに妥当すると即断するべきではない。国民代表の本質はその地位の独立性でなく、国家理念への志向にある。それ故、官僚制それ自体も国民代表である、との論を導く。この問題につき、拙稿(前掲注5)38~39頁。
- 42 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.215.
- 43 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.215f.
- 44 Köttgen, a.a.O. (Anm.29), Sp.1197.
- 45 Arnold Köttgen, Die Meinungsfreiheit des Soldaten, in: A.Bergsträsser/Ch.-F.Menger/A.Köttgen/E.Barth/C.H.Ule, Von den Grundrechten des Soldaten, 1957, S.47-79, 61.
- 46 Arnold Köttgen, Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959, S.18, 20, 57f.; ders., Die Organisationsgewalt, in: VVDStRL, H.16. (1958), S.154-190, 160. この他、官僚法と家族法のそれぞれの身分行為の間には共通点がある、ともケットゲンは言う。Köttgen, a.a.O. (Anm.26), S.236; ders., Die Stellung des Beamtentums im Völkischen Führerstaat, in: JöR, Bd.25 (1938), S.1-65, 32. Vgl., ders., Beamtenrecht, 1928, S.45-50.
- 47 Köttgen, a.a.O. (Anm.45), S.69.
- 48 Köttgen, a.a.O. (Anm.45), S.71f. その点、軍人と自由が論理必然的に矛盾関係にあることが、率直に承認されている。更にこのアポリアの解消努力へは、山内敏弘「西ドイツの軍隊と兵士の人権」獨協法学18号(1982年)204~222頁、水島朝穂「軍人の自由」ジュリスト978号(1991年)125~131頁。
- 49 Arnold Köttgen, Rechtstellung des Hochschullehrers und Hochschulverfassung, in: DVBl, 71. Jg. (1956), S.435-430, 428, I. Sp.
- 50 Köttgen, a.a.O. (Anm.49), S.425, r.Sp.
- 51 Köttgen, a.a.O. (Anm.49), S.429, l.Sp.

- 52 Arnold Köttgen, Vom Recht des Studenten, in: Deutsche Universitätszeitung, 9. Jg. (1954), S.3-6, 3.
- 53 Köttgen, a.a.O. (Anm.52), S.4, r.Sp. Vgl. Köttgen, a.a.O. (Anm.46) („Universität“), S.23-44.
- 54 Köttgen, a.a.O. (Anm.26), 236f. Vgl. Köttgen, a.a.O. (Anm.46) („Beamtenrecht“), S.82-91; ders., a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.208.
- 55 Köttgen, a.a.O. (Anm.46) („Beamtenrecht“), S.17f.; ders., a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.208.
- 56 Köttgen, a.a.O. (Anm.26), S.234-236.
- 57 Vgl., Laband, a.a.O. (Anm.36), S.433; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, 5. Aufl., 1914 (Neudruck,1994), S.101-103; Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, (Neudruck, 1960), S.63, 165-167.
- 58 Köttgen, a.a.O. (Anm.52), S.3.
- 59 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.204.
- 60 Georg Jellinek, System des subjektiven öffentlichen Rechts, 2. Aufl., 1919, S.116. これにつき石川健治が必読だが、差し当たり以下を挙げる。石川健治「承認と自己拘束」岩波講座『現代の法1』(1997年)40~48頁、同「人権の視座転換」ジュリスト1222号(2002年)5~8頁。
- 61 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.201.
- 62 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.219.
- 63 Arnold Köttgen, Das anvertraute öffentliche Amt, in: K.Hesse/S.Reicke/U.Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung.Festschrift für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, S.119-149, 124, 138. Vgl., Laband, a.a.O. (Anm.36), S.365-367; Mayer, a.a.O. (Anm.57), S.139f.; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931 (Neudruck, 1948), S.359f.
- 64 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.124.
- 65 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.125.
- 66 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.125f., 131.
- 67 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.131f., 136, 142; ders., a.a.O. (Anm.26), S.241-243. 更に、公法とは職務法又は身分法だともケットゲン(註)は語る。官僚概念を認めるなら、それが負う公的サービスと他のサービスを分けることになるが、その先には公法と私法の区別がある。かと言って嘗ての高権概念や国家概念を援用し、これらを公的職務を結合もできない。侵害行政や直接行政一辺倒の高権や国家など最早成立しないからだ。ケットゲン(註)は結局、公法と私法の区別を身分と自由の対比から説明せんとする。Köttgen, a.a.O. (Anm.26), S.234; ders., a.a.O. (Anm.29), Sp.1194-1196f. 憲法秩序の中の教会の位置づけ問題もこの延長線

上にある。自由主義の思考からすれば、国家の外に公的秩序はないが、1918年ドイツ革命により君主教会監督制が解消すれば、教会は国家の外に放逐されてしまう。教会は私的なものだ。これを奇貨にナチスは社会政策の国家独占化を企図すれど、その崩壊後は再び社会事業を開始し国民の人倫生活を担う。ここに国家的でないが公共的な公法団体として教会がある。身分自由図式はこの教会の把握に要るとケットゲンは言う。Köttgen, a.a.O. (Anm.29), S.9,1195f., ders., Kirche im Spiegel deutscher Staatsverfassung der Nachkriegszeit, in: DVBl, Jg.67 (1952), S.485-488, 487, 1. Sp.-488, 1. Sp.; ders., Bemerkungen über den rechtlichen Status der Werke und Einrichtungen der Evangelischen Kirche als Grundsatzfrage des kirchlichen und Staatlichen Rechts, in: ZevKR, Bd.4 (1955), S.144-157, 154-157; ders., Soziale Arbeit in Kirche, Staat und Gesellschaft, in: ZevKR, Bd.11 (1964), S.225-280. Vgl., Wilhelm Hennis, Amtsgedanke und Demokratiebegriff (1962), in: ders., Politikwissenschaft und politisches Denken, 2000, S.127-147; Herbert Krüger, Amtsgewalt und Amtsmacht, in: K.Vogel/K.Tipke (Hrsg.), Verfassung, Verwaltung, Finanzen. Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, 1972, S.13-28.

68 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.137. 統治機構における価値問題は、ケットゲンの核心でもある。官僚制も国民代表であるとの意表を突く結論を彼は語るが、その論拠にあるのは、官僚制が目指す国家理念なのである。この問題につき、前掲注41及び拙稿(前掲注5)39~40頁。

69 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.137f.

70 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.138.

71 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.140. Vgl., Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.205f., 208f.

72 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.140.

73 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.139.

74 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.123.

75 Arnold Köttgen, Glaube und Recht, in: Luther-Jahrbuch, 17. Jg. (1935), S.36-55, 39f.

76 Köttgen, a.a.O. (Anm.75), S.42f.

77 Köttgen, a.a.O. (Anm.75), S.46. Vgl., ders., Nation und Staat, in: Blätter für Deutsche Philosophie, Bd.5 (1931), S.190-220, 191-196.

78 Köttgen, a.a.O. (Anm.75), S.49.

79 Köttgen, a.a.O. (Anm.75), S.50f.

80 Köttgen, a.a.O. (Anm.75), S.51f., 53f.

81 Köttgen, a.a.O. (Anm.75), S.54.

- 82 Köttgen, a.a.O. (Anm.77), S.196-198.
- 83 Köttgen, a.a.O. (Anm.77), S.198f.; ders., Kelsen und die Demokratie, in: ZgStW, Bd.90 (1931), S.97-107, 99f.
- 84 Köttgen, a.a.O. (Anm.77), S.199-202.
- 85 Köttgen, a.a.O. (Anm.77), S.205f. しかし、時代状況からして彼が唱えたのは人種理論だった、こう推測するのは完全な誤りだ。ケットゲンが重視するのは、全ての人々を拘束する討議の基礎、諒解の基礎に他ならぬ。ここから、精神了解を可能にする母語の平等が重要だとか、資本主義による経済的不平等を是正する社会的民主主義や、学識者のみならず全国民に国民的教養を付与する文化財論、精神的心的態度の涵養の為に外的措置を整備せよと論ずる。
- 86 Köttgen, a.a.O. (Anm.77), S.201.
- 87 Vgl., Ralf Dreier, Das kirchliche Amt, 1971, S.94-102, 115f.; 拙稿「精神的体験の概念と精神科学的方法(2)」早稲田法学74巻2号(1999年)334~338頁。
- なお、制度と身分の連関の中に倫理を見る以上の論理には、憲法倫理学又は政治倫理学の端緒を発見することもできる。例えば、ゲマインデを制度的保障の一例と把握できるなら、ケットゲンは地方自治でも制度と身分を読取るであろうが、彼によれば、既に1808年プロイセン地方自治改革から市民権と身分とが切断され、前者が外部者にも解放される。これはゲマインデを市民共同体から住民共同体へ変質させ、基本法に至れば居るのは市民でなく単なる人間でしかない。「自分にご免だの態度」や「国家からの疎外感」の打開が、隠蔽された市民本質を回復する為の試金石になる、と言う。Köttgen, Sicherung der gemeindlichen Selbstverwaltung (1960), in: ders., Kommunale Selbstverwaltung zwischen Krise und Reform, 1968, S.193-209, 200-207.
- 88 Köttgen, a.a.O. (Anm.54) („Grundgesetz“), S.228. そもそも官僚制を、主人に仕える召使だと理解するならば、共和制への移行は、君主から国民への主人の交替を意味する。主人の意思の執行者であること、その前後で変わらないが、これは政権交替の影響を官僚制に認めることも意味する。行政の専門性をその防壁とすれば、行政の専門性を理由に、政治権力への奉仕とそれからの独立という正反対の事態を、同時に導出してしまう。ケットゲン説は矛盾解消案である。この辺りの事情につき、拙稿(前掲注5)37~38頁。
- 89 Köttgen, a.a.O. (Anm.54) („Grundgesetz“), S.228; ders., Struktur und politische Funktion öffentlicher Verwaltung, in: K.D.Bracher/Ch.Dawson/W.Geiger/R.Smend (Hrsg.), Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Bd.2, 1966, S.771-798, 793f.
- 90 Köttgen, a.a.O. (Anm.54) („Grundgesetz“), S.228f.

- 91 Köttgen, a.a.O. (Anm.54) („Grundgesetz“), S.237; ders., a.a.O. (Anm.46) („Beamtenrecht“), S.14, 17; ders., a.a.O. (Anm.29), Sp. 1194; ders., Beamtenrecht und Arbeitsrecht, in: Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, Bd. 16 (1928), S.3-14; ders., Das neue Arbeitsrecht in seinem Verhältnis zum Beamtenrecht, in: RVBl, Bd.55 (1934), S.453-458; ders., a.a.O. (Anm.46) („Organisationsgewalt“), S.181f. 尤も事情はヨリ複雑だ。身分的完結性を備えた社会構造が崩壊するなら、旧来の官僚国家の残滓が一掃されはするが、労働法の力点も個人単位から企業単位に移り、労働契約を事業体への労働者の制度的編み入れと見る見解が普及する。即ち、官僚法が労働法化すれば労働法も共に官僚法化する。Köttgen, a.a.O. (Anm.29), Sp.1197.
- 92 Köttgen, a.a.O. (Anm.49), S.426. Vgl., ders., a.a.O. (Anm.46), S.58-63.
- 93 Köttgen, a.a.O. (Anm.49), S.426, r.Sp.-427, l.Sp.
- 94 Köttgen, a.a.O. (Anm.49), S.427, r.Sp. Vgl., ders., a.a.O. (Anm.46), S.63-66.
- 95 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.218f.
- 96 Köttgen, a.a.O. (Anm.30) („Statusinhaber“), S.218, Fn.92; Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, S.146f.
- 97 Köttgen, a.a.O. (Anm.89), S.789; ders., a.a.O. (Anm.46) („Organisationsgewalt“), S.160f. 合目的化が決定的となると大企業が行政の模範に据わるが、この事態は一方で行政集権化を、他方で分権化を惹起する。行政の合理化は経済の如く効率化の為集約化を要求するし、行政の専門化は分野毎、専門毎の行政活動を分断してくる。前者は連邦国家や地方自治との整合性説明を求めてくるが、後者は総合調整に基づく行政全体の統合回復を求めてくる。Köttgen, a.a.O. (Anm.89), S.793f.
- 98 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.129f.
- 99 Köttgen, a.a.O. (Anm.63), S.131f., 136, 142; ders., a.a.O. (Anm.26), S.241-243.
- 100 Arnold Köttgen, Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, in: DVBl, Jg.72. (1957), S.441-446, 442, l.Sp.; ders., a.a.O. (Anm.89), S.772f.
- 101 Arnold Köttgen, Innenpolitik und allgemeine Verwaltung, in: DÖV, 17. Jg. (1964), S.145-151, 145, r.Sp.-146, l.Sp.; ders., a.a.O. (Anm.89), S.782f., 787f., 793.
- 102 Köttgen, a.a.O. (Anm.101), S.146. Vgl., Max Weber, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland (1918), in: ders., Politische Schriften, 5. Aufl., 1988, S.306-443, 320-350. 「官僚行政の脱政治化」の要求は、ウェーバーならずとも、ケルゼンら新カント主義の共通した主張である、ともいう。Köttgen, a.a.O. (Anm.89), S.772; ders., a.a.O. (Anm.29), Sp.1201.

- 103 Köttgen, a.a.O. (Anm.89), S.782, 787f., 790.
- 104 Köttgen, a.a.O. (Anm.101), S.147, l.Sp.; ders., a.a.O. (Anm.54), S.18; ders., a.a.O. (Anm.89), S.786f., 794.
- 105 Köttgen, a.a.O. (Anm.101), S.147, l.Sp.
- 106 Köttgen, a.a.O. (Anm.101), S.148.
- 107 Köttgen, a.a.O. (Anm.101), S.148, r.Sp.-149, l.Sp. 外交及びゲマインデにおける問題につき, Köttgen, a.a.O. (Anm.100), S.444, r.Sp.; ders., a.a.O. (Anm.89), S.789, 795.
- 108 Vgl., Roman Schnur, Der Staat als Apparat, in: Wort und Wahrheit, 18. Jg. (1963), S.351-366; ders., Zeit für Reform.Gedanken zur Neordnung von Politik und Verwaltung, 1967, S.31-52.
- 109 Ernst Forsthoff, Die Bundesrepublik Deutschland (1960), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. (1976), S.1-13, 2-4; ders., Der Jurist in der industriellen Gesellschaft (1960), ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., S.232-242, 234f.
- 110 Forsthoff, a.a.O. (Anm.109) („Deutschland“), S.4f.
- 111 Forsthoff, a.a.O. (Anm.109) („Deutschland“), S.2, 4, 5-8.
- 112 Ernst Forsthoff, Der Staat der Industrie-Gesellschaft, 1971, S.31-33; ders., Von der sozialen zur technischen Realisation, in: Der Staat, Bd.9 (1970), S.145-160, 146-148.
- 113 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.34f., 41, 45f.; ders., a.a.O. (Anm.112) („Realisation“), S.152f.; ders., Technischer Prozeß und politische Ordnung, in: Studium Generale, 22. Jg. (1969), S.849-856, 849.
- 114 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.44f.; ders., a.a.O. (Anm.113), S.852f. 例えば、フォルストホフは原子力開発や宇宙開発を挙げて、この巨大プロジェクトが巨大財源を目当てに国家を動員し、当該技術国家に世界ヘゲモニーを実現させると主張しつつ、反面こうした新技術に従事する人々を、放射能や宇宙空間、予測不能な危険に晒し、その自由を劇的に削減すると言う。
- 115 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.47; ders., a.a.O. (Anm.112) („Realisation“), S.154.
- 116 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.51. しかしフォルストホフ曰く、この国家の人倫的自己呈示は国家と精神との結合として成功の歴史を併せ持ちはしない。Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.51-54. 戦後ドイツでも、精神に依拠するこの国家意思が必要だが、それ自体の伝達を教育制度には期待できない。精々それを感じ得る感受性を、国家制度で陶冶するくらいしか、ない。Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.55f.
- 117 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.56-58. 科学技術の論理から人間

自由を守るのは国家権力しかない、この産業社会の国家論には、近時シュッテが異議を唱える。彼によれば、技術の無限増殖は決して近代の宿命ではなく、技術自体が社会的・歴史的・文化的な諸条件の下にあるし、仮に宿命を承認してもその克服は国家の排他的権限がなく、環境問題などでも各種民間団体がその解決に努力している。要するに、フォルストホフは科学技術問題に過剰に反応し、ナチス以来持越した反多元主義の態度に固執している、と。ここには技術哲学が提起した問題への楽天的反応が見える。Christian Schütte, *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage*, 2006, S.142-164, bes., 149-152. Vgl., Thomas Vesting, *Politische Einheitsbildung und technische Realisation*, 1990, S.1-21.

- 118 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.98f.
- 119 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.99-101.
- 120 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.103. 技術社会における専門知識の需要は鑑定人の任用を促進し、延いては法律制定手続の無用な複雑化を惹起するだろうし、その上、実質的決定権を握る鑑定人は憲法上責任を持たず、反面、責任を負う機関には専門知識がないとの背理も生む。Forsthoff, a.a.O. (Anm.113), S.855.
- 121 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.108f.
- 122 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.109-111; ders., a.a.O. (Anm.109) („Jurist“), S.237; ders., *Bemerkungen zur Situation der Verwaltung*, in: ders./R.Hörstel (Hrsg.), *Standorte im Zeitstrom. Festschrift für Arnold Gehlen zum 70. Geburtstag zum 29. Januar 1974*, 1974, S.41-51, 43. 尤も、法律家も専門家ではないかとの正当な指摘もあろう。しかし、法的専門知識とは自己増殖する専門知識ではなく、安定や秩序的手続への感受性こそが、法律家を特徴づける。その意味で法律家は技術文明が前提とする専門家ではない。だが現在の法律家は伝来の固有論理と法的知識を放棄する。即ち、現代で法律家が指導的役割を持つとすれば、それはこの人が法律家だからでなく、単なる専門家だからである。Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.110f.; ders., a.a.O. (Anm.109) („Jurist“), S.238; ders., a.a.O. („Bemerkungen“), S.43f. なお、技術性は法律本来の要素ではないという主張につき、拙稿「法律・措置法律・ノモス」(埼玉大学)社会科学論集116号(2005年)26~29頁。
- 123 Forsthoff, a.a.O. (Anm.112) („Staat“), S.111-114; ders., *Grundsätzliche Erwägungen zum Beamtenrecht*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts*, 1973, S.21-70, 50-54.
- 124 Arnold Köttgen, *Besprechung von Niklas Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaft*, in: *Archiv für Kommunalwissenschaft*, Bd.5 (1966), S.346-350, 349.

- 125 Köttgen, a.a.O. (Anm.124), S.347.
- 126 Köttgen, a.a.O. (Anm.124), S.346f.; Helmut Pleßner, Das Problem der Öffentlichkeit, und die Idee der Entfremdung (1960), in: ders., Gesammelte Schriften, Bd.10, 1985, S.212-226, 223-225.
- 127 Vgl., Hans Freyer, Das soziale Ganze und die Freiheit des Einzelnen unter den Bedingungen des industriellen Zeitalters (1957), in: ders., Herrschaft, Planung und Technik, 1987, S.99-116; Arnold Gehlen, Die Seele im technischen Zeitalter (1957), in: ders., Gesamtausgabe, Bd.6, 2004, S.1-137, 127-133; Helmut Schelsky, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation (1961), in: ders., Auf der Suche nach Wirklichkeit, 1965, S.439-480.
- 128 Vgl., Wilhelm Henke, Die Republik, in: J.Isensee/P.Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.1, 1. Aufl., 1987, S.863-886; Rolf Gröschner, Die Republik, in: J.Isensee/P.Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2, 3. Aufl., 2004, S.369-428.