

法治国家と「公共の福祉」

——ドイツ法治国家思想の歴史的射程——

木村周市朗

—

一九四九年に制定された西ドイツ憲法（ドイツ連邦共和国基本法 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland）は、みずからの国家類型ないし国制を「民主的かつ社会的連邦国家 ein demokratischer und sozialer Bundesstaat」（第二〇条一項）、「共和制的、民主的および社会的法治国家」（der republikanische, demokratische und soziale Rechtsstaat）（第二八条一項）と明文規定したことによって、その後六〇年代半ばに至るまで西ドイツ国内の公法学界においてとくに「社会的法治国家」という、ほかならぬ実定法上の規定の法理解釈をめぐる大規模な論争を呼びおこしつつも、国の内外にすでに西ドイツ国制とその指示方向とにかんする一定のイメージを確保したといつてよいであろう。「法治国家原理 das rechtsstaatliche Prinzip」と「社会国家原理 das sozial-staatliche Prinzip」との内的連関を問うた右の解釈論争の振幅と帰趨（^し）——基本的には一貫して非マルクス主義的大枠の内側での、「法治国家」と「社会国家」との統合志向への一定の評価——は、「社会的市場経済 soziale

法治国家と「公共の福祉」

法治国家と「公共の福祉」

「Marktwirtschaft」を思想的・制度的支柱とする現実の経済復興の進展と相互補完的に、西ドイツの「社会的法治国家」としての自己規定の定着に寄与したものと思われる。この自己規定の本質をどこに求めるかは、もとより巨大な課題であり不用意な接近を許さないが、「社会的法治国家」規定は、少なくともボン基本法に包蔵された次のような特徴的法理念の集約的表現と理解して差支えあるまい。

すなわち、いまさしあたり一般的に「法治国家」なるものを、クリスティアン・フリードリヒ・メンガーのいう「法的に拘束された国家」と理解し、「法治国家」の最広義の原理をヘルムート・コイニングにならうて、「総じて国家活動を法律によって拘束すること」——そこから「国家権力に対する個人およびその権利の保障」が形成される——と把握しておくならば、(一)ボン基本法は、あくまでそのような「法治国家原理」に立脚し、しかも純然たる「形式的 formell, formal」法治国家からの脱却を志向していること、換言すれば、「行政および司法の適法性 Gesetzmäßigkeit」並びに自由と所有への介入に対する法律の留保 Vorbehalt des Gesetzes」という自由主義的諸原則の保証と制御で甘んじてはいないこと、むしろ「国家活動の目的と内容は公正 Gerechtigkeit の実現でなければならない」という法治国家の實質的 materiell 特質」を重視していること、したがって、「形式的法治国家に代わって、いまや実質的法治国家が、自由主義的法治国家に代わって社会的法治国家が、登場すべきである」という新しい方向づけ」を体现していること。(二)この法治国家論上の新展開は、純然たる「形式的」法治国家は「法律国家 Gesetzestat」として、「(適法の)手段による弱体化と空洞化とに対して無防備である」という認識——ワイマール共和国の崩壊とナチスの支配という「苦い経験」——にもとづいていたこと、その帰結として、ボン基本法の下では国家行為のすべては、たんにその「適法性 Legalität」だけでなく、その「正当性

Legitimität」もまた吟味されねばならないこと。⁽¹⁰⁾ さらに、(三)「社会的法治国家」概念にかかわる以上のような法理念は、ボン基本法を貫く価値基準たる「自由で民主的な基本秩序 die freiheitliche demokratische Grundordnung」という憲法的秩序——それは第一八条や第二二条二項にみられるように個人の基本権や政党活動を実質的に拘束する——と不可分であり、「社会国家原理」は、「レッセ・フェールの原理と国家主義的または社会主義的な全体主義国家との中間を保持」し、「過度の自由主義と社会主義的または共産主義的出所のコレクティヴィズムとの理性的調整」⁽¹¹⁾にはかならぬものと理解されうること。

以上のようなボン基本法に体现された、旧来の形式的・自由主義的法治国家から実質的・社会的法治国家への推転は、一面でそれが法治国家原理そのものは放棄することなく、西ドイツにおける新自由主義⁽¹²⁾ Neoliberalismusとしてのオルド自由主義 Ordoliberalismus およびその集約的表現たる「社会的市場経済」に現実の足場を見出したかぎりにおいて、給付国家 Leistungsstaat 化・扶養国家 Versorgungsstaat 化を拒否して「自由な自己責任のある市民のために、福祉国家 Wohlfahrtsstaat を意識的に断念すること」⁽¹³⁾（メンガー）を含意した。しかしそれにもかかわらず他面では、その「社会的法治国家」は、たとえばヴォルフガング・J・モムゼンによってイギリスとともに「現代福祉国家 Welfare State, Wohlfahrtsstaat のパイオニア」⁽¹⁴⁾と評されるドイツの、現代における一国家類型にはかならない。この市民の「自由な自己責任」という観点は、イギリスにおける新自由主義 the New Liberalism の一結晶としてのベヴァリッジ・プランが拠出原則 Contributory Principle と生活自助の基本理念とに立脚した事情を想起させるが、西ドイツにおける「社会的法治国家」という実定法上の規定といわゆる「福祉国家」との関係については、少なくとも次の諸点にあらかじめ留意しておく必要があると思われる。

法治国家と「公共の福祉」

すなわち、「福祉国家」を、ここではとりあえず現代資本主義国家をその経済社会への生産関係政策的な包括的・制度的干渉体系——その法的根拠としての「社会権」——の視点からとらえた呼称と理解するならば、第一に、モムゼンやゲルハルト・A・リッターたち⁽¹⁵⁾がすぐれて国際比較史的観点から西ドイツを「福祉国家 Wohlfahrtsstaat」と呼ぶ場合、それは右の「福祉国家」理解にある程度まで近似的なものであるのに対して、「社会的法治国家」はなによりも十九世紀初頭以来の、ドイツに固有の法治国家思想 Rechtsstaatsgedanke の発展史——その準備段階としては十七世紀ドイツの近世自然法思想にまでさかのぼるもの——における現代的結集点を示すものであって、Wohlfahrtsstaat という用語自体は、ドイツ国制史の領域では、周知のように、むしろ近世絶対主義領邦国家がポリツァイ Polizei すなわち内務行政全般を通じて「公共の福祉 bonum publicum, allgemeine Wohlfahrt」の増進を目標としたことと深くかかわり、その意味での「ポリツァイ国家 Polizeistaat」の目的概念としての性格を色濃くとどめていること⁽¹⁷⁾。あえて概括的表現をとれば、法治国家思想は、この後見的 vormund-schaftlich ポリツァイ国家に対抗しつつ、その実、とりわけ十八世紀の啓蒙絶対主義国家の内部での体系的法典編纂を中心とする上からの官僚的近代化志向の胎内で徐々に醸成されたものであった。もとよりドイツにおける啓蒙絶対主義をどう評価するか、また、その終末時点をどこに求めるかは、歴史家たちの議論の焦点の一つをなしているが、たとえばレオ・ユストにしたがえば、「従来、個人の自由や法治国家という近代的理念は絶対主義から生まれた、ということが主張されているが、これは決して国王フリードリヒのプロイセンについてだけあてはまるのではなく、少なくとも同じ程度には啓蒙期の他のドイツ諸邦にもあてはまることなのである。⁽¹⁸⁾」

第二に、イギリスにおける「福祉国家」の形成過程が、たとえば今世紀に限っても、自由党、保守党、労働党

という異なった政党およびその政策理念によって多様な方向から担われたように、ボン基本法はそのもとでのすべての政党を実質的な意味で拘束し、「社会的法治国家」規定自体は政権政党がCDU・CSUであれSPDであれ無差別に存立しているから、「社会的法治国家」の実質的含意については両党派間に当然差異がありうること。したがって、上述の「社会的法治国家」の解釈論争が「法治国家原理」と「社会国家原理」との論理整合性問題を主要軸として展開されたとき、この主要軸とは別次元で、民主社会主義的な社会構想をもって「社会国家」思想にすぐれて実践的意義を担わせようとする立場にも、この論争に参加する余地が開かれていた。たとえばヴォルフガング・アーベントロートは一九五四年の論説で、「社会国家原理の思想の決定的契機」を、「経済・社会秩序は、国民の民主的な自己決定が代表されるような国家諸機関による形成に従属すること」に見出し、「国民の民主的な意思形成」という決定手続こそが、「すべて、の者にとつて、受容できる、最小限の、諸価値基準」を保障し、「公共的な生存配慮の義務」という「社会国家的介入」を根拠づけ実体化するものだと考えている。⁽¹⁹⁾

第三に、しかしそれにもかかわらず、ボン基本法における「社会的法治国家」規定の中には、十九世紀の古典的自由主義とは異なる——そして社会主義でもない——新自由主義的な国家類型観が色濃く沈澱していると考えられること。この点示唆的であると思われるのは、最近ハンブルクの公法学者ウルリヒ・カルペンが、憲法国家Verfassungsstaatにおける支配の基本問題すなわち国家権力行使の正当性 Legitimität 問題に接近するために、「国家任務の範囲」——「国家は何をしてよいか」——の観点から「自由主義的国家」、「社会的国家」、「社会主義的・福祉国家的 wohlfahrtsstaatlich 国家」、「全体主義的国家」の四区分を行ない、法治国家の形態をとった全体主義的国家などは考えられないとしたうえで、社会的形成原理からみた憲法類型の四区分——(一)「自由

法治国家と「公共の福祉」

主義的法治国家」、(一)「社会的法治国家」、(二)「民主的社会主义(福祉国家)」、(三)「權威主義的国家社会主义(官僚主義的社会主义)」——を行なっていることである。カルペンは「法治国家理念の核心」を、「国家権力の拘束と抑制および個人の自由の保護」⁽²¹⁾にみるから、同じ「法治国家」でも「社会的諸要素をもった資本主義すなわち社会的市場経済」、「経済への大規模な国家関与」、「計画的諸要素」、代表民主政における「参加的諸要素」などによって(二)から区別され、他方、(三)を体现するものはSPDのゴードスベルク基本綱領(一九五九年)——民主主義と社会主义、自由と公正との相互補完の一体性を強調して「共產主義」との決別を鮮明にしたもの——であるとみるから、「分配の变革」、個人の基本権における「社会的分担権・民主的参加権」の比重の高まり、総じて社会の「民主化」、を志向するSPDの国家類型は(三)「民主的社会主义」なのであって、それは(一)「社会的法治国家」とは異なることになる。⁽²²⁾

さらにカルペンが一貫して「福祉国家」という名称を特殊に「民主的社会主义」の別称として限定使用し、「社会的法治国家」概念から「福祉国家」概念を排除している事実⁽²³⁾に留意された問題性を、第四に挙げておかねばなるまい。それは西ドイツにおいて「福祉国家」という名称に依然としてつきまとっている陰うつな影の所在を物語る事例として、興味深い。すなわち、カルペンの理解にしたがえば、「福祉国家」はあくまで「両面指向的」であり、「進歩した発展段階における社会国家」として積極・肯定的意義をもちうると同時に、「市民の給付能力、自己イニシアティブおよび民主的協力を窺息させる、新しい衣装をまとった家父長的権力国家 *paternalistischer Obrigkeitsstaat*」として拒否されるべきものともなりうるのであって、「個々人のための自由の政治が唯一の真の(進歩の政治)であるという自由主義の指導理念は、十九世紀においてそうであったのと同様に今日で

も依然として真実である」と考えるカルペンにしてみれば、「すべてを平等化する福祉国家へと発展する社会国家は、自由な人間像に相容れない」わけである。⁽²³⁾ カルペンほど露骨ではなくても、たとえば「社会国家は扶養金庫でもなければ（退化した福祉国家）でもない」として、国家の社会的義務の「補助性原則 Subsidiaritätsprinzip」を強調するクラウス・シュテルンの場合も、⁽²⁴⁾事情は似かよっている。

こういう立論に、既述の「福祉国家の意識的断念」というメンガーの指摘を思いあわせるならば、西ドイツにおいては、その実態はともあれ「福祉国家」という名称には、ネガティブな評価が根強く付着しており、むしろ「社会的法治国家」概念が、現代における保守主義の一翼としての新自由主義の実質上の思想拠点として、「福祉国家」批判の文脈で有効に機能していることが推定されるのであって、もしそうであるとすれば、「福祉国家」を拒否し個人の自由と自己責任の原則を堅持しながらなお同時に社会的諸要素の必要性を認めざるをえないという事実は、⁽²⁵⁾すぐれて歴史的な一到達点として、その史的形成諸契機をドイツにおける法治国家思想の発展史のなかに探索することを、要請していると思われる。その場合、法治国家思想に発生的観点から接近を試みるとすれば、その基本方向は、概略次のように設定しえないであろうか。すなわち、ドイツ法治国家思想は、第一に、絶対主義段階の後見的干渉国家たる「ポリツァイ国家」からおそまきながらも商品市場経済社会を解放し自律化させる自由主義的な法的ブルジョア・イデオロギーとして機能するが、しかもこの自律化が不可避的なものだと認定されかけた時、すでに資本主義経済社会に内在する矛盾の先取的認識と実際の顕現とは、それへの国家干渉的対応を不可避なものにするから、法治国家思想は、有効に自己を主張しようとすれば、第二に、国家干渉的法的拘束を志向しつつも、その法的に拘束された近代的国家干渉——現実には、それと「ポリツァイ国家」的干

法治国家と「公共の福祉」

涉との実質的境界はきわめて曖昧だが——の不可欠性認識をも、あわせてもたざるをえないであろう。近代社会政策思想を、広義に、資本制経済社会に対する立法・行政面での生産関係政策的国家干渉システムを要請し根拠づける政策思想の総体ととらえるならば、法治国家思想が社会政策思想としての性質を明確に獲得するのは右の第二の局面においてであり、ドイツにおける法的ブルジョア・イデオロギーとしての法治国家思想は、直接明示的にてあれ、行政の適法性による干渉の形式的正当化をつうじてであれ、近代的国家干渉を支える政策思想の基本的枠組として、一定の機能をはたし、現在に至っているのではあるまいか。

本稿は、およそ以上のような基本視点のもとに試みた、ドイツ法治国家思想の形成・展開史にかんするトルソンの部分的模索にとどまる。その場合、西ドイツにおける「法治国家」の現段階は既述のように「社会的」・「実質的」なそれであるとみなされているにしても、たとえばベッケンフェルデの指摘のように、一方でその「社会性」は法治国家的「自由」を社会構成員全員に実現することを目標とした「社会的諸前提の創出」を意味し、他方で「形式性」こそが現段階で想定されている「実質性」を保証するものであるかぎりには、「自由主義的・形式的法治国家」の形成局面の端緒をなりとも探ることが、当面ここでの主要課題となる。この課題は、同時に、ヴェルテムベルク出身の自由主義的国法学者ローベルト・フォン・モール (Robert von Mohl, 1799—1875) の法治国家思想の特質——別稿⁽²⁷⁾では検討を保留しておいた問題——に接近するためには不可欠の前提主題でもあると思われる。

(一) この解釈論争に関する諸論説は、E. Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays*, Darmstadt 1968 (Wege der Forschung, Bd. CXVIII) に収められている。本書の紹介をめぐって最

近の労作として、宮崎良夫「西ドイツにおける社会国家論の展開」、東京大学社会科学研究所編『福祉国家、2、福祉国家の展開「1」』、東京大学出版会、一九八五年、所収、を参照。

- (2) Vgl. z. B. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, München 1977, S. 677.
- (3) C.-F. Menger, Rechtsstaat, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 8, 1964, S. 768—772 [Abk.: Rechtsstaat], S. 769.
- (4) H. Coing, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, 2. Aufl., München 1971, S. 84. 久保正壽・村上淳一記『近代法くの歩み——ドイツ法史を中心として——』、東京大学出版会、一九六九年、一二三ページ。なお、本書中の記語は「以下」必しも邦訳書にしたがっていなう。
- (5) Eibenda, S. 89. 前掲記書、一二八ページ。Vgl. K. Stern, a. a. O., S. 615.
- (6) C.-F. Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Eine Einführung in die Grundlagen, 3. unveränderte Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1981 [Abk.: Verfassungsgeschichte], S. 206.
- (7) U. Karpen, Die geschichtliche Entwicklung des liberalen Rechtsstaates, Vom Vormärz bis zum Grundgesetz, hrsg. v. G. Rütter, Mainz 1985, S. 21, vgl. auch S. 102 ff.; C.-F. Menger, Verfassungsgeschichte, S. 206; K. Stern, a. a. O., S. 631.
- (8) E.-W. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1976, S. 65—92 [Abk.: Rechtsstaatsbegriff], S. 65; vgl. a. C.-F. Menger, Verfassungsgeschichte, S. 206; K. Stern, a. a. O., S. 619.
- (9) C.-F. Menger, Verfassungsgeschichte, S. 206; vgl. a. ders., Rechtsstaat, S. 770; U. Karpen, a. a. O., S. 21.
- (10) Vgl. C.-F. Menger, Verfassungsgeschichte, S. 206; K. Stern, a. a. O., S. 631.

邦語國家と「公共の権限」

法治国家と「公共の福祉」

(11) K. Stern, a. a. O., S. 692.

(12) 本稿で言及される「新自由主義」は、十九世紀的旧自由主義の通念たる「国家干渉からの自由」論に対して、その後の社会的貧困の「発見」、独占の形成などを契機として、個人の自由と自己責任の原則に加えて、何らかの意味での国家干渉を積極的に肯定し要請する、すぐれて歴史的形成物としての思想と運動をさしており、M・フリードマンに代表される今日のいわゆる「新自由主義」は念頭に置かれていない。具体的には、前世紀末の社会的貧困の「発見」以後、思想的にはL・T・ホブハウス、J・A・ホブソンに代表され、実践的にはロイド・ジョージ（およびW・チャーチル）による自由党の社会改革（*Liberal Social Reforms, 1906—1914*）を生み出し、その後W・H・ペヴァリッジに継承されるイギリスにおける新自由主義（*the New Liberalism*）、ナチス崩壊前後以降W・オイケン、W・レプケ、A・ミュラー・アルマクらに代表され、人間の自律性と自由市場経済に最高価値を見出しながらも国家の市場形成的秩序政策を不可欠視する西ドイツにおける新自由主義（*Neoliberalismus, Ordoliberalismus*）が、それぞれ社会政策思想とのかかわりにおいて想起される。とりあえず前者については、毛利健三「世紀転換期イギリスにおける貧困観の旋回——新自由主義による社会的貧困概念の構想——」、『社会科学研究』第三二巻第五号、一九八一年三月、安保則夫「イギリス新自由主義と社会改革——世紀転換期の社会改革論争にみる〈自由主義の変容〉の意味——」、『経済学論究』第三六巻第三号、一九八二年一月、岡田与好「福祉国家」理念の形成」、東京大学社会科学研究所編『福祉国家』1、福祉国家の形成」、東京大学出版会、一九八四年、所収、を、後者については、足立正樹「新自由主義と社会問題」、『国民経済雑誌』第一三九巻第六号、一九七九年六月、同「社会的法治国家構想と社会政策」、西村裕通・松井栄一編『福祉国家体制と社会政策』（社会政策学会研究大会叢書第二集）、御茶の水書房、一九八一年、所収、を参照。

(13) C.-F. Menger, *Verfassungsgeschichte*, S. 205.

- (7) W. J. Mommsen (ed.), *The Emergence of the Welfare State in Britain and Germany 1850—1950*, London 1981, p. 1; 又 W. J. Mommsen (hrsg.), *Die Entstehung des Wohlfahrtsstaates in Großbritannien und Deutschland 1850—1950*, Stuttgart 1982, S. 9.
- (8) Vgl. G. A. Ritter (Hrsg.), *Vom Wohlfahrtsausbruch zum Wohlfahrtsstaat, Der Staat in der modernen Industriegesellschaft*, Köln 1973.
- (9) 「ルネサンス期國家思想のたぐひ」の「法の支配」の論議に於ては、vgl. E.-W. Böckenförde, a. a. O., S. 66, 85; K. Stern, a. a. O., S. 602.
- (10) Vgl. z. B. F.-L. Knemeyer, *Polizei*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politischen sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. v. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Bd. 4, 1978, S. 875—897 [Abk.: *Polizei*], S. 876; C.-F. Menger, *Verfassungsgeschichte*, S. 47.
- (11) L. Just, *Stufen und Formen des Absolutismus, Ein Überblick*, in: W. Hubatsch (Hrsg.), *Absolutismus, Darmstadt 1973 (Wege der Forschung, Bd. CCCXIV)*, S. 288—308, S. 299. 「後世主義の歴史過程——その概観——」『成瀬義徳論』『国史社会』近代國家』岩波書店 一九八二年 所収 一八七頁—。
- (12) W. Abendroth, *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, in: E. Forsthoff (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, a. a. O., S. 114—144, S. 119, 127, 131, 132. 又「本邦の憲法と市民社会の発展」『現代政治学』一九八二年 所収 一八七頁—。
- (13) U. Karpen, a. a. O., S. 19ff.
- (14) Ebenda, S. 16.
- (15) Ebenda, S. 23f.

法治国家と「公共の福祉」

- (23) Eberda, S. 127f., 130f.
- (24) K. Stern, a. a. O., S. 714.
- (25) この点、カトリック社会政策思想が国家の「補助性原則」の確定などをつうじて西ドイツの新自由主義に作用を及ぼしていることについて、拙稿「西ドイツ・カトリック社会保険改革論と歴史認識」、『成城大学経済研究』、第七号、一九八二年三月、を参照。
- (26) E.-W. Böckenförde, a. a. O., S. 79, 82.
- (27) 拙稿「西南ドイツ自由主義と社会政策——ローベルト・フォン・モールの社会政策思想の初期局面——」、津田眞漱・山田高生編『社会政策の思想と歴史——大陽寺順一教授還暦記念論文集——』、千倉書房、一九八五年、所収。

二

近代の国民経済学の根源が特殊ヨーロッパ的なオイコス(Oikos)の学、すなわち最も広い意味での「家の学」であり、この「エコノミック Ökonomik」が家における人間関係と人間活動の総体を包括する「家政学」として、クセノフォン、アリストテレス以来十八世紀半ばに至るまで旧ヨーロッパ世界——とりわけ中欧——では連綿と受け継がれてきた一学問分野であったことを明示したのは、周知のようにオットー・ブルンナーの功績に属するが、この「家政学」が近代の経済学へと転身をとげるためには、「家」から「市場」への私的経済領域の拡大と「国民経済」の形成、および制度的に恒常的・自己完結的な近代国家の成立を前提条件とする。「家」における主人的支配に立脚する自由人の共同体としての従来の政治的社会から市場経済的世界の私的自律性を指標とする市民的経済社会へのこの転換は、近代的個人の自己確立過程にはかならず、たとえばユルゲン・ハーバーマス

が着目・総括した「市民的公共性 *bürgerliche Öffentlichkeit*」の成立⁽²⁾——イギリスにおける先駆的指標例としては、十七世紀中葉の「公衆 *public*」という語の出現、同世紀末以降の集会や出版にかんする政府の諸布告およびその後の諸法令、そしてとりわけジョン・ロック (John Locke, 1632—1704) における「美德と悪徳の公共の基準、the common measure of Virtue and Vice」としての「意見または世評の法、*Law of Opinion or Reputation*」の定式化⁽³⁾——は、独立した近代人によって担われる「市民社会」の開幕を顯示する一連の象徴的事例の集約的表現と理解されてよい。

もとよりこの近代「市民社会」形成のプロセスは、経済的基礎過程における資本の本源的蓄積と「国民経済」の形成——たとえばダニエル・デフォーの世界を想起——によって条件づけられ、統治者の見える手から自然法則の「見えざる手」への経済の自律化とその積極的認定とに結実するまでには、ロック以後なお一世紀を要したが、この同じプロセスは、他面で、人格的・経済的自由の法的保障を前提とせざるをえないであろう。この点、ハーバーマスにしたがえば、「法の保障によって、すなわち国家機能を一般的規範へ拘束することによって、市民的私法体系において法典化された自由権とともに、〈自由市場〉の秩序も保護される。法律による授権のない国家的干渉は、その社会学的意味からいえば、自然法によって確立された正義の原理にそむくがゆえに非難すべきであるというよりも、要するにそれが予見不能であり、それゆえに資本主義的に機能する民間人たちの利益になるような合理性の様式と規模とを抑圧するがゆえに非難すべきものだ」とされる。……すなわち、利潤機會の計算は、取引が予測可能な期待に従っておこなわれることを必要とする⁽⁴⁾。市民的経済社会成立の法的前提条件としてのこの局面は、もとよりイギリスに限られるものではない。絶対主義ドイツ諸領邦の場合には、ようやく

法治国家と「公共の福祉」

十八世紀後半になってからだが、「法の予測可能性」⁽⁵⁾(ヴェイル・ヘルム・エーベル)あるいは「法安定性の思想」⁽⁶⁾(H・コイニング)の登場——「法律なければ刑罰なし」——があとづけられる。これはすでに「法治国家」の重要な前提をなす。ハーバーマスにしたがって「市民的法治国家の基準は、権限への適合 *Kompetenzmäßigkeit* と司法の整合 *Justizförmigkeit* である。(合理的)行政と(独立の)司法とが、組織論的な前提条件となる」⁽⁷⁾とすれば、さらに「法律によって裁判官をきびしく拘束するという思想」⁽⁸⁾、その結晶としての、「干渉から自由な独立の司法権」⁽⁹⁾の確立によって、法治国家が事実上成立することになるであろう。

しかし「法律による授権のない国家的干渉」の排除は、確かに「独立の司法権」も含めて「法の予測可能性」を希求する市民の実際的関心にその究極的動機をもつとしても、他方の、「自然法によって確立された正義の原理」もまた、必要としたのであって、まさにロックは、独立小生産者の私的自由圏の拡大と自律化という基本動向にみあって、周知のように、「生命、自由、および資産」⁽¹⁰⁾としての「所有物の保全 *Preservation of Property*」に、「市民社会」および政府すなわち統治権の形成の目的を見出し、所有権を自然法と理法の名において基礎づけただけでなく、この「所有物の保全」目的によって自然法的に統治権を拘束した。すなわち、「ある目的を達成するために信託された、一切の権力は、その目的によって制限されており、もしその目的が明らかに無視され違反された場合にはいつでも、信託は必然的に剝奪されなければならない」⁽¹¹⁾、しかも最高権力としての立法権は「公布された恒常的な法と、公知の授権された裁判官とによらなければならない」⁽¹²⁾。この意味において、国家活動を一般的・普遍的な法規範へ拘束することによって、ブルジョアの個人の自由圏を無原則的国家干渉から確保するという自由主義的法治国家の思想は、「法の支配 *the rule of law*」として、確かにロックによって近代的基础が据

えられたといつてよい。しかし同時に、右のようなロックの自然法的所有権保全論は明らかに「法の支配」という次元だけでは包摂されえぬものであったし、逆に法治国家思想もまた、ドイツにおける国制史および国家論史のなかでの産物としては、ロックの世界から大きくはみ出す部分をもつてであろう。

- (1) Vgl. O. Brunner, Das „ganze Haus“ und die altheuropäische „Ökonomik“, in: ders., Neue Wege der Verfassung- und Sozialgeschichte, 2., vermehrte Aufl., Göttingen 1968, S. 103—127. 「〈全家〉と旧ヨーロッパの〈家政学〉」石井繁郎他訳『ヨーロッパ——その歴史と精神』岩波書店、一九七四年、所収。
- (2) Vgl. J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit—Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, Neuwied-Berlin 1962, 2. durchgesehene Aufl., 1965. 細谷貞雄訳『公共性の構造転換』未來社、一九七三年。
- (3) J. Locke, An Essay Concerning Human Understanding, ed. by P. H. Niddich, Oxford 1975, pp. 352—356 (Book II, Ch. XXVIII, §7—11).
- (4) J. Habermas, a. a. O., S. 92. 前掲訳書、一一〇—一一一ページ。
- (5) W. Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, Göttingen 1958 (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 24), S. 78. 西川洋一訳『ドイツ立法史』東京大学出版会、一九八五年、一三七ページ。
- (6) H. Coing, a. a. O., S. 80. 前掲訳書、一一六ページ。
- (7) J. Habermas, a. a. O., S. 92f. 前掲訳書、一一一ページ。
- (8) H. Coing, a. a. O., S. 80. 前掲訳書、一一六ページ。
- (9) W. Ebel, a. a. O., S. 79. 前掲訳書、一三七ページ。

法治国家と「公共の福祉」

「法治国家と「公共の福祉」

- (10) J. Locke, *Two Treatises of Government*, ed. by P. Laslett, Cambridge 1960, pp. 368—369, 鶴飼信成訳『市民政府論』、岩波文庫、一九六八年、一二七—一二八ページ。
- (11) *Ibid.*, p. 385. 前掲訳書、一五一ページ。
- (12) *Ibid.*, p. 376. 前掲訳書、一三九ページ。

三

「自由を保障する法治国家は、個人の自由の確保を目的として権力行使を抑制するというその本来の目標が達成されるだけということならば、あらゆる政治的形態——民主政、君主政、寡頭政——と結合しうる。今日では自由主義的法治国家がいたるところで民主政の形態で実現されているのを目にするにしても、たとえばフリードリヒ二世（大王）の〈啓蒙プロイセン〉もまた法治国家的とみなされうる。⁽¹⁾——このカルペンの定式化から受ける一見奇異な印象は、そこにいう「権力行使の抑制」という「目標」を一体誰が設定し誰が達成するかを不問に付していることに由来するにちがいない。そしてイギリスにおいてはほとんど自明の、ほかならぬこの主体の問題が、ドイツにおいては決して自明のことではなかった。コイニングが「ここではじめて、プロイセンに世論というべきものが存在することが明らかになった」と述べたのは、いわゆるアーノルト訴訟事件（一七七九年）における老フリードリヒ大王の大権裁定 *Machtspruch* が批判され、その後、撤回されるに至った時点についてであったし、フランス重農主義者たちによって公共性における批判的討論として含意されていた「公論 *opinion publique*」が、「*Öffentliche Meinung*” という語形で、はじめてドイツ西部に市民権を得るようになって

たことをハーバーマスが確認した時期は、一七九〇年代初期である⁽³⁾。ケーニヒスベルクのイマヌエル・カント (Immanuel Kant, 1724—1804) が、周知の「啓蒙」論において、「理性の公的使用 der öffentliche Gebrauch seiner eigenen Vernunft」の自由、すなわち人が職掌上ではなく「全公共体の一員」として、「本来の意味での公衆一般に向かつて an ein Publikum im eigenlichen Verstande」⁽⁴⁾「論議する rasonnieren」自由の必要性を、宗教批判の形で力説したのは、一七八四年のことである。「ドイツ語圏内では、公論という概念がまだ市民権を得ないうちに、市民的公共性の理念が……〔カントによって——引用者〕理論的に完熟した形態を得た⁽⁵⁾」という矛盾にみちた事態は、「イギリスやフランスはいわば啓蒙思想を即自的に生きたのであり、ドイツは啓蒙思想あるいは啓蒙運動をそのような名称のもとに受け入れた⁽⁶⁾」⁽⁶⁾と言いかえてよい。

しかし本来、こういう落差をこえて、一方における私的生活圏の拡大が他方における公権力の勢力圏すなわち近代国家の形成——恒常的行政と常備軍——と相関的に進展する過程が原理的には全ヨーロッパ的規模で存在したと考えられるのであって、ただ問題になるのは、ドイツにおいてはこの近代国家は本格的には三十年戦争後の十七世紀後半になってから、しかも領邦レベルで、形成され、領邦高権 Landeshoheit としての近代国家の成立を条件づけた領邦君主の内務行政が、「良きポリツァイ gute Polizey」として、——君主政原理と身分制(等族)原理とのいわゆる二元主義的構造のなかで——君主の広範な立法権行使と表裏一体をなして生きつづけただけでなく、この「ポリツァイ」は、一面で、十七世紀のプーフエンデルフ (Samuel Pufendorf, 1632—1694) や トマーシウス (Christian Thomasius, 1655—1728) に由来する、ドイツ近世自然法思想をも取りこまうた⁽⁷⁾として、とくに「これまでたいてい実務から抽き出され聖書の定めるところを基準にしてきたドイツの行政理論のなかに

法治国家と「公共の福祉」

啓蒙思想を持ちこんだ最初の人物」と評されるクリスティアン・ヴォルフ (Christian Wolff, 1679—1754) 以降、特殊にドイツ的な国家論の一契機たる行政学 Polizeiwissenschaft の体系とローレンツ・フォン・シュタイン (Lorenz von Stein, 1815—1890) にまで及ぶその系譜とを生み出すとともに、他面では、私生活領域のすみずみにまではりめぐらされた後見的保護と統制の命令システム (各種のポリツマイ条例 Polizeiverordnungen やラント条例 Landesordnungen)⁽⁹⁾ によって「市民的公共性」の自生的成長を抑圧することになったことである。

ドイツにおける「ポリツマイ」概念の史的変遷を網羅的に展望したクネーマイアーにしたがえば、ギリシア語 *politeia* およびそのラテン語 *politia* に発してブルグントを経て十五世紀にドイツのライヒと諸身分とに受容された「ポリツマイ Policey, Pollicei, Policey, Pollicei, Polizey, Polizey, Polizey」という語は、当初からすべれて官庁用語として、十八世紀に至るまで、「公共体 Gemeinwesen の良き秩序の状態」、およびこの状態の「樹立と維持のための法規」すなわち「公権によって設けられた義務規則」(等族に代わって秩序規制者として登場する領邦君主の「ポリツマイ法 Polizeigesetz」)を意味し、「良き秩序」は危険の防止と福祉の増進とを包摂したから、「ポリツマイ」は領邦高権の「内務行政 innere Verwaltung」と等置された⁽¹⁰⁾。したがって十七・十八世紀の Polizeiwissenschaft はこの「良き秩序」の内容を取り扱い、国家目的、国家活動の中身と方法をさまざまに論じたのであって、ドイツにおいても近世自然法思想が国家形成の論理と国家目的論とを提供したかぎりでは、Polizeiwissenschaft は自然法思想との接点をもつ。自然法の最高原理を人間個々人の「完全性 Vollkommenheit」に求めたヴォルフは、一面で個人の平等、自由、安全にかかわる各種の「生来的権利 angeborene Rechte」を主張し、諸個人の社会契約によって国家形成を根拠づけ、その国家の目的を「公共の福祉 gemeine

「Wohlfahrt」と「公共の安全 *gemeine Sicherheit*」に見出し、人民の積極的抵抗権をさえ承認したが、他面で、「完全性」の希求は最初から個人の義務なのであり、生来的諸権利が奪われえないのもそれらが個人の義務であるからなのであって、⁽¹²⁾その国家目的論は、「ポリツァイ」を通じて公共の福祉と安全の達成を志向する領邦高権とその実定法とを自然法の名において是認・補強する機能——啓蒙絶対主義期の法典編纂における基本理念としての自然法思想（後述）——を、はたすことになる。同じく「公共の福祉 *the public good*」あるいは「人民の福祉 *the good of the People*」を国家の唯一の目的と言明したロックの場合とは決定的に異なって、ドイツでは国家はすなわち領邦君主であり、トマージウスやヴォルフの場合には、「公共の福祉」の理念は君主の義務倫理として君主を拘束するが、君主は臣民の行為を規制する完全な権力をもつとされる。⁽¹⁴⁾エーベルが追跡・総括したように、従来の慣習的諸法に代わって、「法は原則的に立法の所産であり、立法権は君主に属するという觀念」⁽¹⁵⁾自体が、ようやく十八世紀に生まれるまでには、ドイツ立法史上、さまざまの経路と時間を要したが、この帰結は、国家すなわち君主の意思にもとづく法、命令が臣民に対して拘束力ある制定法、*Gesetz* であるということにほかならず、啓蒙絶対主義を通じて十九世紀初頭に至るまでドイツ諸邦では、原則として、「法律は、依然としていつも君主が一方的に制定するものであったし、君主はそれを廃することもできたのである」⁽¹⁶⁾。

それにもかかわらず、自然法思想が絶対君主政に融合することによって、ドイツ啓蒙絶対主義は、「公共の福祉」目的を實踐する後見的ポリツァイ国家としての権力的性格と並んで、市民の自然的自由と権利を許容しうる半面をも有したのであって、事実上啓蒙絶対君主みずからが——全住民に対する最終的指導権を留保するかぎりにおいて——法律による国家権力の自己拘束の原理の確立を志向したといつてよい。十八世紀のほとんど全部を

費して断続的に行なわれた一大法典編纂事業の結集点たる一七九四年のプロイセン一般ラント法 *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* は、周知のように、「伝統と革新との並存」(R・コゼレック)あるいは「啓蒙的な理論と時代遅れの実際との間の矛盾」⁽¹⁹⁾(F・ハルトゥング)のかたまりであり、一方では社会契約論と一連の基本権——「人格と所有権の保護(具体的には財産収用にさいしての国家の補償義務、国庫に対する債権の訴求可能性)、法律の前における平等と裁判所の独立、両性の平等、宗教と良心の自由、理性の涵養および自己の幸福促進の権利」——の確定とに立脚し、「君主ならびに行政の、基本権への或る種の自己拘束を憲法に成文化することにより、この国家が自由主義的基本権を保障するものと期待されていた」ものでありながら、他方でその具体的規定においては、農民身分、市民身分、貴族身分という三つの基本身分と多数の小規模な諸団体とから成る既存の身分制社会構成をそのまま追認し、「啓蒙主義的基本構想から決定的にはずれていた」⁽²⁰⁾この「矛盾」のうちの前者は、立法権が君主に属するという条件つきで、まぎれもなく法治国家思想の表明である。さらにそれが既存の身分制的社会秩序の是認と並存し、しかも、カントの「啓蒙」規定における反指定としての市民の政治的・精神的「未成年状態 *Unmündigkeit*」⁽²¹⁾がつづくかぎりには、この並存は国家権力すなわち領邦君主の最終的指導のもとでのみ可能となる。この点に、したがって啓蒙絶対主義との歴史的連続性において、十九世紀に成立し今世紀初頭に至るまでドイツ国制を特殊に表現しつづけた立憲君主政 *die konstitutionelle Monarchie*——プロイセン三級選挙法が第一次大戦まで存続したことも想起——の根源を、読みとることができると思われる。法治国家思想が絶対主義のなから、絶対君主とその高級官僚——たとえばプロイセン一般ラント法の編纂に加わった自然法論者カール・ゴットリープ・スヴァーレーツ⁽²²⁾(*Carl Gottlieb Svarez, 1746—1798*)——によつて

分出せしめられたことは、「君主政から国民主権への、一連の妥協だもどつく継続的な移行を可能ならしめた」⁽²³⁾立憲君主政そのものの前提をなし、法治国家思想のドイツ的固有性は、この史的連続性のなかでこそ、あぶり出られてくるべきであらう。

- (1) U. Karpen, a. a. O., S. 22.
- (2) H. Coing, a. a. O., S. 86. 前掲訳書「一二五ページ」。
- (3) J. Habermas, a. a. O., S. 115. 前掲訳書「一四二ページ」。
- (4) I. Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (1784), in: Immanuel Kants Kleinere Schriften zur Logik und Metaphysik, Hrsg. v. K. Vorländer, 2. Abteilung (Philosophische Bibliothek, Bd. 46b), 2. Aufl., Leipzig 1905, S. 133—143 [Abk.: Aufklärung], S. 137. 篠田英雄訳『啓蒙とは何か 他四篇』、岩波文庫「一九七四年」一〇—一二ページ。
- (5) J. Habermas, a. a. O., S. 117. 前掲訳書「一四三ページ」。
- (6) 木崎喜代治「啓蒙思想」、田村秀夫・田中浩編『社会思想事典』、中央大学出版部「一九八二年」六五ページ。
- (7) Vgl. J. Habermas, a. a. O., S. 24ff. (1, § 3.) 前掲訳書「二六三ページ以下」。なお「ここという『近代国家』の成立は、時代的にはもとより中世末期から近世にかけての時期に属するが、本稿ではこの慣用的表現にしたがっておく。この点、たとえば、吉岡昭彦・成瀬治編『近代国家形成の諸問題』、木鐸社「一九七九年」を参照。
- (8) この点については、オッター・ヒンツェ Otto Hintze の諸業績「とつた」、成瀬治訳『身分制議会の起源と発展』、創文社「一九七五年」および同書の訳者解説「を参照」。
- (9) F. Hartung, Der aufgeklärte Absolutismus, in: ders., Staatsbildende Kräfte der Neuzeit, Gesammelte
法治国家と「公共の福祉」

邦国國家の「公共の福祉」

Aufsätze, Berlin, 1961, S. 149—177, S. 157. 「警察行政手続」前掲訳書『国家社会と近代国家』所収 三四六頁—六七頁。

(19) Vgl. W. Ebel, a. a. O., S. 60 ff. 前掲訳書 一〇三頁—一〇五頁。

(11) Vgl. F.-L. Knemeyer, Polizei, S. 875, 877 ff.; ders., Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts, Kritische Bemerkungen zur Literatur über die Entwicklung des Polizeibegriffs, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 92, Tübingen 1967, S. 153—180 [Abk.: Polizeibegriffe], insb. S. 155—163.

(12) Vgl. F. Loos u. H.-L. Schreiber, Recht, Gerechtigkeit, in: Geschichtliche Grundbegriffe, a. a. O., Bd. 5, Stuttgart 1984, S. 231—311, S. 271 ff.; W. Conze, Sicherheit, Schutz, in: ebd., S. 831—862, S. 846 f.

(13) J. Locke, Two Treatises of Government, op. cit., pp. 371, 375, 381. 前掲訳書 一三三頁 一三三頁 一四六頁—四七頁。

(14) Vgl. F. Hartung, a. a. O., S. 157 f. 前掲訳書 三四六—三四七頁—八頁; H. Coing, a. a. O., S. 71. 前掲訳書 一〇三—一〇四頁—八頁。

(15) W. Ebel, a. a. O., S. 63. 前掲訳書 一〇八頁—一〇九頁。

(16) H. Coing, a. a. O., S. 85. 前掲訳書 一二三頁—二四頁。

(17) とりわけ石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造——プロイエニン一般ランツ法の成立——』、『有斐閣』一九六九年、を参照。

(18) R. Koselleck, Staat und Gesellschaft in Preußen 1815—1848, in: H.-U. Wehler (Hrsg.), Moderne deutsche Sozialgeschichte, Köln-Berlin 1966, S. 55—84, S. 58. 「プロイエニン」を採る国家社会史 一八一五年—一八四八年、前掲訳書『伝統社会と近代国家』所収 四三九頁—四四〇頁。

- (21) F. Hartung, a. a. O., S. 163. 前掲訳書『三五三ページ』。
- (22) R. Koselleck, a. a. O., S. 56ff. 前掲訳書『四三六ページ以下』。
- (23) I. Kant, a. a. O., S. 135. 前掲訳書『七ページ』。
- (24) スヴァーレンツをはじめとする法典編纂者の思想については、石部、前掲書、とくに第七章、を参照。
- (25) E.-W. Böckenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, a. a. O., S. 112—145 [Abk.: Konstitutionelle Monarchie], S. 130. 「一九世紀ドイツ立憲君主政の国制類型」前掲訳書『伝統社会と近代国家』所収、五〇七ページ。

四

ドイツでは立憲君主政を介して、君主政から国民主権への「継続的な移行」がはたされえたという事態のもつ社会思想的意味は、たとえばハンス・マイアーが注目したように、ドイツでは十八世紀末葉に至るまで、マキアヴェッリと国家理性論が——無神論として——個人道徳的観点から非難されつづけたこと、またドイツ近世自然法思想の方は、領邦国家の宗派的一体性と、義務倫理をもった君主の理想像およびのちには西欧的諸成果の啓蒙君主による先取りにはばまれて、絶対主義国家ときびしく対決する政治的機能をついにはたしえなかったことのように、見出されると思われる。⁽¹⁾ あえて類型的対比を行なえば、西欧諸国では近代自然法思想は人間の自然権とそれにもとづく国家形成論理としての社会契約論とによって、国家権力をブルジョア的個人たる市民の自己保存手段と位置づけたから(ホッブズからロックへ、そして部分的にはルソーも)、ブルジョア革命を経て独立小

「法治国家と「公共の福祉」

法治国家と「公共の福祉」

生産者個人の自由圏の法的保障が市場経済の自律化の進展に裏づけられて実体化されてゆくにつれて、そしてその意味で市民層が国家の中に溶けこんでしまうにつれて、自然法思想も背後に退き、自由主義的法治国家の思想がそのものとして主張されなければならない必然性もまた、消滅してしまっただのに対して、ドイツでは、自然法思想はそのような近代的な意味での政治的機能をはたしえないまま、プロイセン一般ラント法の基本構想にみられるように「政治的自由」（「国家への参加」）を意識的に断念して「市民的自由」（国家からの「留保の自由」）に活路を求めることになるのであって、この「市民的自由」は等族の保守志向と市民の上昇意思とに利用されることはあっても、他方に近代国家が無傷のままますます自己を客観化してゆくかぎりには、市民的社会と国家との対立を帰結するほかはないことになる。そして私的市場経済の自律化の遅延と絶対主義の後見システムとは、その後十八世紀末から十九世紀初頭にかけて国家干渉からの「留保の自由」としての自由主義的法治国家思想を先鋭的な形で生み出すとともに、国家そのものは「純粹理性」（カント）や「絶対精神」（ヘーゲル）の次元で、いわば急進的にとらえられることになるであろう。

近代国家のこの自己客観化過程の、ドイツにおける領邦レベルでの多様な、行政および司法システムの整備にかかわる展開は、もとよりそれ自体が絶対主義研究における一大テーマをなすが、十九世紀初頭の自由主義的法治国家思想の本格的展開および立憲君主政の成立に連結する右の「市民的自由」の形成主体にかんして留意されるのは、領邦君主と等族勢力との久しい闘争の帰結として、「官吏身分 *Beamtenstand*」がドイツ諸領邦で貴族的並びに市民的な諸勢力によって形成されたことである。フィーアハウスにしたがえば、十八世紀後半ドイツでは、「貴族と教養市民層との相当な部分が、実質的にも理念的にも、行政勤務をつうじて国家へと結びつけられた」

のであって、しかも「官吏身分」の形成類型としては、君主に反抗的な等族勢力が根強かつたヴェルテムベルクのように、出自の同質性と密接な血縁関係とをもつ「純粹に市民的な官吏身分」が形成されたタイプと、プロイセンのように、きびしい訓練によって「地域的・身分的な差異をこえ、君主個人をもこえて〈国家〉に仕える意識を涵養された」、貴族・将校・教養市民からなる官僚層が形成されたタイプとの、二類型が存在した。⁽³⁾前者はヘーゲルとフリードリヒ・リストとローベルト・フォン・モールの故国として、身分制的陋隘の温床とも、初期立憲主義を担った市民的自由主義の拠点ともなったのに対して、たとえばのちに革命フランスに対抗する選択肢として「社会的王制」を構想したローレンツ・フォン・シュタインの場合には、ディルク・ブラージウスが指摘したように、⁽⁴⁾「歴史的國家」としてのプロイセンと、その歴史において官僚制がはたした「指導的役割」とがつねに強調され、一般ラント法を理念的に継受した十九世紀初頭のプロイセン改革——「君主政的統治における民主的諸原理」(ハルデンベルク)、のちにマルクスが「俗物國家をそれ自身の基礎の上で止揚しようとして失敗した試み」⁽⁶⁾と批判したものと同一のもの——への「内面的結合」がL・V・シュタインを支配しつづける。

ドイツにおける絶対君主政から立憲君主政への移行が、ベッケンフェルデの強調するように「君主政的支配の連続性」のなかで、「啓蒙絶対主義がみずから開始した内在的發展」の帰結として、「君主自身の統治と君主による解放の所産であった」——「君主政は、自己を拘束する法律的秩序にみずから服した」⁽⁷⁾——とすれば、後見的ポリツァイ國家から自由主義的法治國家への移行もまた、なしくずしの漸進的に進行的なことが推定されえよう。しかしこれは大筋の基本線ではあるとしても——また、法治國家思想は法治國家的な制度的実体からいちおう独立して存在しようという思想の相対的独自性問題を考慮したうえで——、まず第一に、十九世紀前半にドイ

ツの自由主義の政治的要求となった法治国家の理念——コーピングにならえば、「まず市民の基本権が憲法によって確立される（形を変えた社会契約思想！）、次いで、市民の基本権に干渉するすべての行政措置は法律上に明白な規定がある場合にのみ許される」という意味で、行政が法律に拘束される（いわゆる法律の留保）、さらに、行政がこの限界を本当に尊重しているかどうかという問題は、市民の訴えに応じ独立の裁判所によって事後的にコントロールされる⁽⁸⁾、という一連の自由権的要請——が、後見的ポリツァイの伝統のなかで、その後どのような現実制度的に具体化され実体化されたかが、あとづけられねばならない。しかもそのあとでも第一に、「法治国家」概念は「ポリツァイ国家」概念同様にそれ自体として即自的に有意味に定義されるものではないから、たとえば一方では「ポリツァイ国家」から「法治国家」へ、他方では「自由主義的・形式的法治国家」から「社会的・実質的法治国家」へ、という二段階の推転と、両段階を連結する「自由主義的・形式的法治国家」の成立局面とにかんする概念整序を必要とするであろう。

その場合、さしあたって第一の推転にかんしては、「ポリツァイ国家」において伝統的に国家目的を構成していた二大要因——保安・秩序目的あるいは法目的と、「公共の福祉」目的——のうち、後者が国家目的から脱落・退場して前者のみが残って純粋化されるに至った時点が、注目にあたいしよう。しかし同時に、伝来の後見的福祉目的は、それ自体として国家目的を實質・具体的に表現・規定していたに相違なく、そのかぎりでは、絶対主義国家の行政的干渉体系全体の有力な一般的根拠をなしていたこの実質的福祉目的の脱落は、保安目的が基本権の保護に自由主義的に純粹化されてゆくという他方の契機と相補的に、国家目的の形式化を、あるいはいっそう厳密には国家目的的概念そのものの希薄化と法形式の全面優位化とを、帰結するであろう。これは第二の推転の

前提すなわち「自由主義的・形式的法治国家」の創出局面ではかならず。

- (1) Vgl. H. Maier, *Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition*, Tübingen 1966 (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 321), S. 9—17. 「旧ドイツ国家論と西欧の政治的伝統」前掲訳書『伝統社会と近代国家』所収、一五二—一六〇ページ。
- (2) 上の二つの「自由」の類型化が、ハンス・ハイネーによる。Vgl. ebenda, S. 15f. 前掲訳書「一五八—一五九ページ」および「石部」前掲書「一—二ページ」も参照。
- (3) Vgl. R. Vierhaus, *Ständewesen und Staatsverwaltung in Deutschland im späten 18. Jahrhundert*, in: R. Vierhaus u. M. Botzenhart (Hrsg.), *Dauer und Wandel der Geschichte, Aspekte europäischer Vergangenheit, Festgabe für Kurt von Raumer zum 15. Dezember 1965*, Münster 1966, S. 337—360, S. 355—359. 「十八世紀後期のドイツにおける身分制と国内行政」前掲訳書『伝統社会と近代国家』所収、三九二—三九六ページ。
- (4) Vgl. D. Blasius, Lorenz von Stein und Preußen, in: *Historische Zeitschrift*, Bd. 212, München 1971, S. 339—362, S. 343, 346, 355 ff.
- (5) Zitiert: ebenda, S. 357.
- (6) K. Marx an A. Ruge, Köln, im Mai 1843 (K. Marx, Briefe aus den „Deutsch-Französischen Jahrbüchern“, in: K. Marx, F. Engels, Werke, Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED, Bd. 1, Berlin 1961, S. 338—343, S. 342. 大内兵衛・細川嘉六監訳『マルクス・エンゲルス全集』第一巻「大月書店」一九五九年、三七九ページ。
- (7) E.-W. Böckenförde, *Konstitutionelle Monarchie*, S. 116. 前掲訳書「四九二ページ」。

法治国家と「公共の福祉」

(8) H. Coing, a. a. O., S. 97. 前掲訳書「一三九ページ」。

五

「ポリツァイ国家」から「法治国家」への推転と「自由主義的・形式的法治国家」の成立にかんしては、第一に「ポリツァイ」の語義と管轄権限とをめぐる実定法規上のレベルでの変化と、第二に国家目的の規定の仕方にかかわる、十九世紀前半の「初期自由主義」における法治国家思想の成立次元とを、区別しておく必要があると思われる。

まず前者にかんして、クネーマイアーによる概観⁽¹⁾を整理しなおせば、(一)「公共体の良き秩序」を樹立し維持するために領邦君主が規定した「ポリツァイ法」は、臣民に対して、奢侈の禁止や道徳的行為規範から度量衡に至るまでの日常的行動を細目にわたって規制するとともに、婚姻、売買、相続、労働関係などの私法領域をも拘束⁽²⁾し、これらが無秩序を除去するための諸要件として一般的「ポリツァイ事項 Polizeisachen」を構成することによって、まず初期の実質的「ポリツァイ」概念が形成された。その間、十七・八世紀を通じて、「ポリツァイ」から外政、財政、軍政が区分され、さらに「ポリツァイ事項」と「司法事項 Justizsachen」との区別が論じられるようになる。⁽³⁾(二)十八世紀を通じて、各地で保安任務に限定された特別の官庁が設立され、この特定官庁とその構成員が「ポリツァイ」と呼称されるようになり、伝統的な一般的内務行政任務としての実質的「ポリツァイ」概念と並んで、ここに制度的・直接的「ポリツァイ」概念が並立するに至る。その結果、一方でたとえばプロイセン一般ラント法第二部第一七章第一〇条⁽⁴⁾は、「ポリツァイの職務」を保安ないし危険防止と規定しつつ、他方

で一八〇八年二月二六日の「地方行財政組織改組令」第三条⁽⁵⁾では、地方行政官庁の職務は「臣民の公共福祉 Gemeinwohl」のための消極・積極両様の配慮に、すなわち危険防止のみならず一般福祉の増進にも、在するとされ、伝来の全般的・外延的「ポリツァイ」任務の存続を明示することになる。⁽⁶⁾このような実定法上の「ポリツァイ」概念における二重構造は十九世紀を通じて認められる現象であり、その後の行政法学上の長期にわたる論争テーマともなったが、福祉目的の除去と保安目的への実質的限定が徐々に進行し、一般には一八八二年六月四日のプロイセン上級行政裁判所の「クロイツベルク判決」⁽⁷⁾および一九三一年六月一日のプロイセン「警察行政法」⁽⁸⁾第一四条一項の規定が、この進行過程終結の目安とされている。十九世紀中葉においてはまだまだほとんどの行政諸領域で保安・秩序任務と福祉任務とが相互に混淆しており、こういう事態を背景として、とくに「ポリツァイ国家 Polizeistaat」という用語は、三月革命前後に、「高等・秘密ポリツァイ」および「後見的福祉ポリツァイ Wohlfahrtspolizei」に対する非難の意味をもって、「ポリツァイの運用が……市民のあらゆる行動に干渉しいたるところで優勢であるほどまでに墮落・繁殖した国家をさす」⁽⁹⁾ものとして、人口に膾炙するようになったことは、注目にあたいる。これに対して、「法治国家」という用語に市民権をえさしめ、それに国法学的輪郭を与えたものは、十九世紀初めの西南ドイツを中心とする自由主義および立憲主義の思想と運動である。

法治国家思想自体は、既述のように、それが国家すなわち領邦高権たる君主の権力行使を法律によって極力拘束し、「市民的自由」「政治的自由」ではない⁽¹⁰⁾の確保を志向したかぎりでは、近世自然法思想とそれを受容した啓蒙絶対主義の法理念に遡及しうるが、世紀転換期にカント、ヴィルヘルム・フォン・フンボルト (Wilhelm von Humboldt, 1767—1835)、ノッゴテ (Johann Gottlieb Fichte, 1762—1814) などを先行者とし、ヴェルハック

法治国家と「公共の福祉」

「法治国家と「公共の福祉」

— (Carl Theodor Welcker, 1790—1869)・フントレーン (Johann Christoph von Aretin, 1773—1824) などによる「モルなどによって「法治国家」という名称を用いて明示的に展開された法治国家論の固有性は、近代的個人としての市民の自律性認識と理性法的国家観、およびそれらにもとづく後見的「ポリツァイ国家」の拒否に求められると思われる。

カントの歴史哲学における論理構造、すなわち、「自然は、人間に理性とこれにもとづく意思の自由とを与えた」ことよって、人間の「一切の素質の開展」という「自然の意図」が達成される⁽¹⁰⁾——あるいは、「虚栄心」、「所有欲」などによる「敵対関係 Antagonismus」すなわち「人間の自然的素質としての非社交的社交性 die ungesellige Geselligkeit」こそが、「社会の合法的秩序を設定する原因となる」⁽¹¹⁾、そしてこのまわり道こそが「賢明な創造者の意匠」であり「自然の狙い」であった⁽¹²⁾、という論理手順は、「富と地位の快楽」は人間の「想像力 *imagination*」をかきたて、「この「自然」による——引用者」あざむき *deception*」こそが、「人類の勤労を喚起し継続的に運動させておく」ものにはかならないという、アダム・スミスの『道徳感情論』における一節を想起させて、きわめて興味深い。しかしカントの場合には、確かに一面では「啓蒙」の進展は「公民的自由 *bürgerliche Freiheit*」の拡大とパラレルにとらえられ、後者は「公民が各自に任意な仕方で——といっても他人の自由と両立する仕方でなければならぬが——自分の福祉を求める」ことを通じて国民全体の経済的繁栄を生み出すにいたること——「啓蒙」がもたらす「大きな善 *ein grosses Gut*」の経済的側面——が前置されている⁽¹³⁾が、右の「自然の意図」論自体は、自律した私的経済社会の方向に直接収斂するのではなく、むしろその前段階たる国家主権の形成論理として機能している。すなわち、「公民的社会 *eine bürgerliche Gesellschaft*」——「外的な法律に保

護まもられている自由が、反抗を許さぬ権力と、およそ可能なかぎり最大の程度に結びついているような社会」——の形成が、人間の「一切の素質の開展」の前提条件であり、「自然が人類に課した最高の課題」であるとみなされる。⁽¹⁴⁾ この「公民的社会」の形成は、「理性の純粹な理念」としての国民の「原始的契約 ein ursprünglicher Kontrakt」(「社会契約」)にもとづくのであって、⁽¹⁵⁾ その法的状態の根柢をなすものは、「人間としての自由」、「臣民としての平等」、「公民 Bürger としての独立」——「立法において投票権をもつ人」としての「公民」は、「*citoyen* すなわち国家市民 Staatsbürger であつて、都市市民すなわち *bourgeois* ではない」——という三つの「ア・プリオリな原理」である。⁽¹⁶⁾ しかし「公民的社会」形成の目的は、「公的強制法の支配下にある人間の権利、すなわち「他人の自由が自分の自由と、普遍的法則に従つて共存しよう」という条件に、各人の自由を制限すること」⁽¹⁷⁾にあるから、「国民の共同意思」を体现する立法者たる国家主権者は「人格化された法そのもの」として、⁽¹⁸⁾ 一人の者でなければならず、理性原理としての「原始的契約」においては、「法に効力を付与するところの国家権力は不可抗的 unwiderstehlich (irresistibel)」⁽¹⁹⁾なのであって、国家組織のなかでは強制法への「服従」が不可欠であり(国民の「抵抗」権の否定)、同時に、この「強制の合理性」を理性によって確信するために「自由の精神」とりわけ「言論の自由 Freiheit der Feder」もまた不可欠なのである。⁽²⁰⁾

このようなカントの理性法的国家論は、「自分の理性をあらゆる点的に使用する自由」を享受する「公民」が「立法にかんしても」「公衆一般」に向かつて論議する世界を前提としてるのであって、カントはフリードリヒ大王への敬意を表しつつも、「いわばかれを透して理性原理上の国家主権(經驗的・實際的な「幸福の原理 das Prinzip der Glückseligkeit」とは峻別された「権利の原理 das Prinzip des Rechts」)を措定し、一方では

「啓蒙」すなわち理性的価値の自己認識をばみ大多数の人々を「未成年状態」におしとどめているのは「後見人たち *Vormünder*」のしわざであり、⁽²³⁾ そのような「家長的政府 *väterliche Regierung*」——事実上の「ポリツァイ国家」——は「およそ考えられうる限りの最大の専制政 *Despotismus* である」⁽²⁴⁾ と厳しく批判するとともに、他方では、「この啓蒙と、およびこの啓蒙された人が……「啓蒙のもたらす経済的・精神的——引用者」善に寄せざるをえない関心とは、次第に昂じて王座にも達し、やがては国家統治の根本諸原理にすら影響を与えるにちがいない」⁽²⁵⁾ と述べ、「立法の概念」を「なんらかの所有物」に裏づけられた「独立性」を指標とする「公民」(「投票権」者)と結びつけること⁽²⁶⁾ によって、原理上は立法者としての「公民」をさえ、展望しているといつてよい。カントの国家論は——「啓蒙」のすぐれて実践的な意図を背後に蔵しつつも——あくまで純粹理念としての理性原理のレベルに閉じられているが、その「啓蒙」的人間観と、「ポリツァイ国家」の「幸福主義 *Eudamionismus*」の後見性への批判の観点とは、十九世紀前半の自由主義・立憲主義の基層をなし、たとえばすでに一七九二年のフンボルトにとって、「国家における市民」たる要件は、「かれらに帰属する諸権利——それがかれらの人格にかんするものであれ所有にかんするものであれ——の行使にさいして、かれらは他人の干渉によって妨害されない」ことであつたから、「法の実際の侵犯」の阻止だけが国家の存立を正当化するものであり、国家目的は個人の自由な活動を保障する保安任務——「安全 *Sicherheit*」——に限定されるべきものであつたし、⁽²⁷⁾ さらにその後バイエルンのアレクサンダーとバーデンのロテック (*Carl von Rotteck, 1775—1840*) は、「近時の(正しく思考している)国家学者全員」の了解事項——「国家の主目的」は「法の支配 *Herrschaft des Rechts*」であり、「国家生活においては法は福祉に優越する」こと——をさらに押し進め、両者にしたがえば「立憲政国法の体系」

——「法の支配の原理 das Prinzip der Rechtherrschaft の首尾一貫した徹底」——のもとでは、「国内の安全と秩序とを司るポリツマイ」しか存在しえず、「福祉ポリツマイ（特殊には幸福ポリツマイ Beglückungspolizei や啓蒙ポリツマイ Aufklärungspolizei）」と呼ばれているものは、国家市民の自由への公然たる干渉⁽²⁸⁾にほかならなかった。

このように国家干渉から個人の私的自由圏を守り、国家活動を保安任務に法的に限定する思想は、確かに後見の「福祉国家」としての「ポリツマイ国家」の対極に位置するものとして、自由主義的法治国家思想と呼んでよい。しかし第一に、「ポリツマイ国家」を批判したからといって現実の国家の広範な公共的福祉行政活動が全く無意味になったわけでもなく、ナポレオンの侵入とその後の政治的・社会的動乱、総じて十九世紀前半のドイツを支配した、身分制社会から近代産業社会への社会的変動にともなう「解放危機 Emanzipationskrise」⁽²⁹⁾と工業化の開始とは、むしろ国家活動全般にわたって新たな任務諸領域を生ぜしめさせるであろうし、また、この国家干渉諸任務それ自体を肯定したからといって、——市民としての個人の自律的自己認識とそれにもとづく基本的権利の法的確保とが前提とされているかぎりでは——それは自由主義的法治国家思想ではないといつてよいわけでもない。国家活動を保安・秩序任務に限定することは抽象的には可能であっても、現実主義的自由主義者は、現実存在する国家行政の全体としてのシステムとその必要性とを個人の自律的自由圏の確保と整合させ、両者の矛盾なき一体性ないし相互補完性を論理的に根拠づけなければならないであろう。

第二に、自由主義的法治国家思想は、そっくりそのままストレートに形式的法治国家思想となるわけではなく。自由主義的法治国家思想と形式的法治国家思想とは、法治国家思想史の一定段階において重なり合いつつ

も、本来両者は論理次元を異にする。前者は国家活動の目的、任務または内容にかかわるが、後者は国家目的論ではなく国家干渉の法的方法、手段、手続きにかんする概念であるから、たとえ自由主義的法治国家思想は「法の支配」という法的手続きを通じて形式的法治国家思想と親和関係に立ちうるにしても、形式的法治国家論がつねに自由主義的内容をもつという保証は本来どこにも存在しない。理性原理に立脚する自由主義思想の場合でも、法的権利保護へと限定された国家目的論それ自体が、一つの実質的法治国家論に十分なりえたであろう。したがって法治国家の「形式性」は、国家目的の限定によって付与されるというよりも、むしろ法的手続きという外見上の無色透明性、およびそれを保証する広範な国家行政の包括性とこそ結び合い、これを前提として成立するのではなかったか。

(1) Vgl. F.-L. Knemeyer, *Polizei*, insb. S. 879—883, 886—894.

(2) Vgl. auch W. Ebel, a. a. O., S. 59—66. 前掲訳書「〇二—一二二頁」; H. Coing, a. a. O., S. 59 f. 前掲訳書、八五—八六ページ。

(3) Vgl. auch F.-L. Knemeyer, *Polizeibegriffe*, S. 168 ff. また「カール・クレッシェル(村上淳一訳)「司法事項とポリツァイ事項」、『法学協会雑誌』、第九九巻第九号、一九八二年九月、も参照。

(4) (5) これらの条文は「とりあえず」F.-L. Knemeyer, *Polizei*, S. 891, 888 を参照。

(6) この点、鵜飼信成「*Polizei*の観念——その発展史的考察——」、『美濃部教授還暦記念 公法学の諸問題 第一巻』、有斐閣、一九三四年、所収、柳瀬良幹「警察の観念——歴史的観念と合理的観念——」(一九三五年)、同『行政法の基礎理論』、清水弘文堂書房、一九六七年、所収、宮崎良夫「ナチズムの警察法論(一)——ドイツにおける警察観および警察法理の変遷——」、『社会科学研究』、第三四巻第五号、一九八三年二月、をあわせて参照。

- (7) (8) これらの内容をめぐっては前注(6)の諸文献を、また(8)の条文は、とりあえず F.-L. Kne Meyer, *Polizei*, S. 894 を参照。
- (9) この一八四八年の同時代人による「*ポリツマン国家*」の定義は、F.-L. Kne Meyer, *Polizei*, S. 893 なら引用。
- (10) I. Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784), in: Immanuel Kants *Kleinere Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie*, hrsg. v. v. Kirchmann (Philosophische Bibliothek, Bd. 471), Leipzig o. J., S. 1—19 [Abk.: *Allgemeine Geschichte*], S. 6 (Dritter Satz). 前掲訳書『啓蒙と批判』か 他四篇』二八—二九ページ。
- (11) Ebenda, S. 7f. (Vierter Satz) 前掲訳書' 二九—三三ページ。
- (12) A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, ed. by D. D. Raphael and A. L. Macfie, Oxford 1976 (The Glasgow edition of the works and correspondence of Adam Smith, I), p. 183 (Part IV, Chap. I). 水田洋訳『道徳感情論』筑摩書房' 一九七三年' 二八〇ページ。
- (13) I. Kant, *Allgemeine Geschichte*, S. 15f. (Achter Satz) 前掲訳書' 四三—四四ページ。
- (14) Ebenda, S. 9 (Fünfter Satz). 前掲訳書' 三三—三三三ページ。
- (15) I. Kant, *Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), in: *Philosophische Bibliothek*, Bd. 47 I, a. a. O., S. 95—145 [Abk.: *Gemeinspruch*], S. 124f. 前掲訳書『啓蒙と批判』か 他四篇』一五四—一五五ページ。
- (16) Ebenda, S. 116, 122. 前掲訳書' 一四一' 一五一ページ。
- (17) Ebenda, S. 119. 前掲訳書' 一四六ページ。
- (18) Ebenda, S. 121 Anm. 前掲訳書' 一四九ページ。

法治国家と「公共の福祉」

法治國家と「公共の福祉」

- (61) Ebenda, S. 127. 前掲記書' 一五八ページ。
- (62) Ebenda, S. 127—135. 前掲記書' 一五九—一七〇ページ。
- (63) Vgl. I. Kant, Aufklärung, insb. S. 142. 前掲記書' 一八ページ。
- (64) Vgl. z. B. I. Kant, Gemeinspruch, S. 130. 前掲記書' 一六三ページ。
- (65) I. Kant, Aufklärung, S. 135. 前掲記書' 八ページ。
- (66) I. Kant, Gemeinspruch, S. 117. 前掲記書' 一四三ページ。
- (67) I. Kant, Allgemeine Geschichte, S. 16 (Achter Satz). 前掲記書' 四四ページ。
- (68) I. Kant, Gemeinspruch, S. 122 ff. 前掲記書' 一五〇—一五四ページ。
- (69) W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Gr \ddot{u} enzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1792), in: ders., Werke in fünf B \ddot{a} nden, hrsg. v. A. Flitner u. K. Giel, Bd. I, 3. Aufl., Stuttgart 1980, S. 56—233, insb. S. 147 f. u. 90.
- (88) J. C. v. Ar \acute{e} tin, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie (1823), 2. Aufl., vermehrt u. verbessert v. C. v. Rotteck, Bd. 2, Leipzig 1839, zitiert: W. Conze, a. a. O., S. 854. Vgl. F.-L. Kneumeyer, Polizei, S. 892.
- (89) E. Pankoke, Sociale Bewegung – Sociale Frage – Sociale Politik, Grundfragen der deutschen „Socialwissenschaft“ im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1970, S. 52 ff.

ト

形式的法治國家概念の古典的定義を与えたのは、自由主義者ではなく、ほかならぬその敵対者たる保守的・キリスト教的國家觀に立つフリードリヒ・ヨリーウス・シュタールン (Friedrich Julius Stahl, 1802—1861) であらう。

た。すなわち、——「国家は法、治、国、家、であるべきである、これは近時の合言葉であり、また実際にも、近時の發展動力である。国家は、その活動の進路と限界、およびその市民の自由な領域を、法の方法で厳密に規定し不可侵に保障しなければならず、また、人倫的理念を国家の命により、したがって直接に、法領域に属することをこえては、すなわち最も不可欠の範囲までしか、実現（強要）してはならない。これが法治国家の概念であり、たとえば国家は行政的諸目的なしにたんに法秩序を司るだけであるとか、あるいは全くたんに諸個人の諸権利を保護するだけであるとかいうことではないのであって、それ「法治国家（の概念）——引用者」は国家の目的と内容を意味するのでは断じてなく、これらを実現する様式と性格だけを意味するのである。」⁽¹⁾このように法治国家の形式性をそのものとして語る——形式性を正面から言わずに結果において形式性を獲得する、というのではない——場合には、没イデオロギー的・機能論的な抽象技術論の地平に立たないかぎり、それだけでは国家論としては完結しない。カトリック・バイエルンにおけるプロテスタントの孤塁エアランゲン大学にいたシュタールが、プロイセンの新国王フリードリヒ・ヴィルヘルム四世によって一八四〇年に、ヘーゲルが一八三一年に死ぬまで十三年間在職していたベルリン大学に招聘されたのは、シュタールの立憲君主主義のルター派神学的保守主義理論がみこまれてのことであつて、シュタールにとっては、「内奥の個人の生活を励起し決定することは永遠に神の事項である」⁽³⁾から、国家自体は「この世の全存在のための人間の外的共同体」、あるいは「社会、生活、外的秩序と助成とのためのたんなる造物」⁽⁵⁾にすぎないものである——この外的存在としての国家の世俗化局面から形式的法治国家規定が生じる——が、その「国家が立脚している基礎は個々人の人倫的使命 Der sittliche Beruf（エートス）ではなく、一つの全体としての人間共同体（民族 das Volk）の人倫的使命であ」⁽⁶⁾り、国家は「一

「法治国家と「公共の福祉」

つの支配、Herrschaft (Obrigkeit) のもとの「民族の結合体」であるから、もともと個人は民族に解消され、また、国家は価値内容からみれば「人倫の国 ein Reich der Sitten」・「人倫の公共体 ein sittliches Gemeinwesen」すなわち「神の制度、eine göttliche Institution」の現実態であるから、「君主政原理」は特別に神学的權威を付与されて、ヘーゲルの「絶対精神」(プロイセンと結びついたもの)でさえも、「最高の人格(神—国王—公権)への統合性をもたないというその非「人格性」——「たんなる理性の(論理的な)諸規定の構成理念」・「論理的におのずから形成されたものの形式的授權にすぎぬ」もの——のゆえに批判される。したがってシュタールにおける「法治国家」と「人倫の国」との「深遠なる統一」としての「ドイツ立憲君主政」——「君主政原理のものとの国家的(公法的)性格をもったライヒ身分制議會会体制」——は、近代的個人の自律性原理とは無縁のまま(あるいは、それに対抗して)、君主およびプロイセン貴族層たるユンカーがみずから近代的装いをこらす論理であり(イギリス・フランスの「議會制原理」へのシュタールの批判をみよ)、だからこそ三月革命以降ユンカー政党たる保守党を、シュタールが政治的・理論的に率先指導しえたのであって、そのような趣旨のシュタールの著書『法の哲学』が、一八三七年に完結した初版以来、著者の死後七〇年代後半になお五版を重ねたという事実そのものが、第一次大戦まで温存されたプロイセン型立憲君主政の思想原型とその波及力とを暗示していると思われる。

ところでシュタールが批判したヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770—1831) は、自分の『法の哲学』(一八二一年)の「第三部第二章市民社会」のなかで、周知のように「司法活動 Rechtspflege」と並んで「ポリツマイとコルポラツィオン Korporation」に言及し、「第三章国家」のなかで「司法権とポリツマイ権

die richterlichen und polizeilichen Gewalten」を国家の「統治権」に含めてゐる。⁽¹²⁾ヘーゲルのとらえた「市民社会」は、「個々人の労働によって、また他のすべての人々の労働と欲求 Bedürfnisse の満足とによって、欲求を媒介し、個々人を満足させること——欲求の体系」という契機をもつただけではなく、同時に最初から、「この体系に含まれている自由という普遍的なもの現実態、すなわち所有を司法活動によって保護すること」および、「これら両体系のなかに残存している偶然性に対してあらかじめ配慮することと Vorsorge」そしてポリツァイトコロポラツィオン、とによって、特殊利益を一つの共同のもの、ein Gemeinsames として管理すること Besorgung」の、両契機をも含んでゐた。⁽¹³⁾ヘーゲルにおいては、スミスの経済社会はすでにそれだけでは完結せず（特殊利害に分裂した欲求の体系としての側面、すなわち一方における「富の過剰」と、他方における「貧困の過剰と賤民 der Pöbel の出現」）、⁽¹⁴⁾「特殊性における現実的な権利」は「個々人の生計と福祉の保障、Sicherheit der Subsistenz und des Wohls der Einzelnen」を要求するから、⁽¹⁵⁾「ポリツァイ」が、「個人を、個人的な目的の達成のために存在している一般的可能性と媒介すること」⁽¹⁶⁾を目的とする「公の威力による監督と事前の配慮 die Aufsicht und Vorsorge der öffentlichen Macht」⁽¹⁷⁾として、不可欠のものとされている。このような「市民社会」の三契機論と「ポリツァイ」の不可欠性認識とは、西欧「市民社会」の、したがってブルジョア法治国家の限界認識にはかならず、ヘーゲルはこの限界ないし矛盾の克服を、国家の「ポリツァイ権」の行使と、職業団体としての「コロポラツィオン」によるその補完とに求めることになる。

その「ポリツァイ」は、右の定義においても、その実際の内容——生活必需品の価格統制、商品検査管理、労働の公的斡旋から、公營救貧院、病院・保健事業、街路照明や橋の架設、そして教育政策、宗教政策、植民政策、

法治国家と「公共の福祉」

法治国家と「公共の福祉」

「ポリツァイ」上の刑罰にまで及ぶ⁽¹⁸⁾——からみても、明らかに国家による広義の内務福祉行政全般（司法とは区別された）という伝統的理解に即したものであって、そのこと自体が、実際の行政の後見的存続を十分に推定させるものであり、しかもヘーゲルの「ポリツァイ」論は、旧来の名称を用いているにもかかわらず西欧「市民社会」に包蔵された矛盾への鋭利な批判に立脚する包括的国家干渉論であるかぎりでは、ドイツにおける伝統社会の胎内から生み落とされた近代社会政策思想の一先駆形態であったとみることも、失当とはいえないであろう。その国家論では、モンテスキューの権力分立論が原則として承認され、「立法権」と「統治権」とを「君主権」が総括する「立憲君主政、die konstitutionelle Monarchie」論においては、その「君主」は、「憲法がしっかりとしていれば、君主にはしばしば署名するほかにはなすべきことはない。しかしこの名前が重要なのであって、それは越えることのできない頂点なのである」⁽¹⁹⁾、という性質のものなのである。このようなヘーゲルの実質・現実的でも未来志向的な「ポリツァイ」論の登場は、フンボルトやアレクサンダーの国家目的限定論（福祉目的除去志向）の先行・同時展開にもかかわらず、それがそのままなり受けいられるほど事情は単純ではなかったことを示唆している。⁽²⁰⁾シュタールの場合には、『法の哲学』初版から没後第五版（一八七八年）に至るまで、「ポリツァイ」は一貫して明示的に軍政、財政、司法と並ぶ国家行政の一分野、すなわち「全体福祉の配慮、Versorgung des Gemeinwohls」⁽²¹⁾たる内務行政にはかならず、「扶養（救貧制度）、富裕（国民経済学）、健康（公衆衛生ポリツァイ）、快適」および「人倫と名誉、教育と養成、宗教と教会」を包括する最広義の「安全ポリツァイ、Sicherheitspolizey」と、「刑罰権、Strafgewalt」とが、「ポリツァイ」を構成し⁽²²⁾、ただそれが神の命により人間を嚮導する「国家の英知の啓示」として、「個人の福祉ではなく全体福祉のみ」を課題とし、しかも「外面的

助成」に限定される⁽²³⁾ところに、神学的保守主義の矛盾にみちた近代化志向の一端を表出させていると考えられる。

したがって自由主義的法治国家思想は、ドイツでは十八世紀末から十九世紀初めにかけていったん国家目的の保安任務への限定という急進的形態で登場したものの、それが実体制度的に裏打ちされた支配的思想となる前に、一方でそれにきびすを接して、ヘーゲルの場合のように、自由主義的法治国家に内在する矛盾の認識と福祉行政的国家干渉の必要性認識とが鋭く現われ、しかも他方では、その国家干渉システム自体は、十九世紀初頭の先取りのプロイセン改革——とくにハルデンベルクによる国家行政制度の官僚制的革新の着手（ほかならぬフンボルトが、教育行政の国民的近代化を担当した）——や諸領邦での憲法制定動向によって近代的に整備されこそすれ、決して保安任務に限定されることなく、なしくずし的に存続し再編され、産業社会化とその矛盾表出とへの上からの最低限の対応——たとえばプロイセンにおける一八三九年の児童労働保護規定の前史とその後の工場法史、四五年以降の営業条例史⁽²⁴⁾——を行ない、結局、自由主義的法治国家思想は、単純な国家目的限定論の形態では再登場しうる余地を見出さないうまま、その後はむしろ、実際の広範な官僚行政の存在を前にして、基本動向としては法治国家概念からあらゆる国家目的論的觀念が払拭されてゆき、もっぱら行政の適法性および法律の留保の原則への純粹機能論的還元志向と行政裁判制度の発達とが、結果において徐々に法治国家思想に自由主義的本質と「形式性」とを獲得させていったことが、推定される⁽²⁵⁾。

それにもかかわらず、自由主義的法治国家思想は、もともと保安任務への国家目的限定論としてしか存在しなかったわけではなく、むしろ独立生産者としての市民の自律的自己認識とそれにもとづく、立法への参加権を含

法治国家と「公共の福祉」

む基本的諸権利の確保とを前提としたうえで、なお現実には否定されえず新たに増大しさえする福祉行政的國家活動の不可欠性を認識して、両者を整合させようとした現実主義的・市民的な自由主義的法治國家思想もまた、形成されたのであって、その典型例を西南ドイツのモールの思想に見出すであろう。一八三〇年前後からおよそ四〇年間にわたって、モールにとっては「ポリツマイ」は一貫して伝統的な内務行政諸領域の総称であり、モールは國家の保安目的とともに福祉目的および包括的内務行政全般の存在価値をも積極的に認定しつつ、その福祉行政的干渉國家を、カントの理性法的國家論の遺産の継受により、市民の自由のもとに従属させる。このモールの法治國家論の基本構成と社會政策思想との結合論理、およびドイツ法治國家思想史上のその位相にかんしては、稿を改めて考察を試みたいと思う。

(1) F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 2. Bd.: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 2. Abtheilung: enthaltend das vierte Buch: die Lehre vom Staat und die Principien des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1846, S. 106.

(2) Vgl. E. Landsberg, Stahl, Friedrich Julius St., in: Allgemeine Deutsche Biographie, 35. Bd., Neudruck der 1. Aufl. von 1893, Berlin 1971, S. 392—400; H. Heller, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart, Breslau 1926, 3. Abschnitt. 安世舟訳『マイン現代政治思想史』、御茶の水書房、一九八一年、第三章。また、高田敏「シュタールにおける法治國の概念」、日本法哲学会編『法の概念』（法哲学年報、一九六三・上）、有斐閣、一九六三年、所収。安世舟「立憲的」保守主義の政治思想——F・シュタール」、半沢孝麿、他『近代政治思想史③保守と伝統の政治思想』、有斐閣、一九七八年、所収、も参照。

(3) F. J. Stahl, a. a. O., S. 103.

- (4) F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, 2. Bd.: Christliche Rechts- und Staatslehre, 2. Abtheilung, Heidelberg 1837 [(一) ④ 探覧], S. 1.
- (5) F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 2. Bd., 2. Abt., 2. Aufl., S. 105.
- (6) Ebenda, S. 102.
- (7) F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 2. Bd., 2. Abt., 3. Aufl., Heidelberg 1856, S. 131.
- (8) F. J. Stahl, a. a. O., 2. Aufl., S. 105 f.
- (9) Ebenda, S. 5.
- (10) Ebenda, S. 354.
- (11) Ebenda, S. 322 ff.
- (12) G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. v. J. Hoffmeister, 4. Aufl., Berlin 1956, S. 253 (§ 287). 雜誌卷・赤澤出版論「法の哲学」、『世界の名著 58 ヶーゲン』、中央公論社、一九六七年、所収、五頁四一〜六〇。
- (13) Ebenda, S. 169 (§ 188). 複製版『四二一〜一六〇』。
- (14) Ebenda, S. 200—202 (§ 243—245). 複製版『四六九—四七〇〜一六〇』。
- (15) Ebenda, S. 195 f. (§ 230) 複製版『四二二〜一六〇』。
- (16) G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. v. G. Lasson, 2. Aufl., Leipzig 1921 (Der philosophischen Bibliothek, Bd. 124), S. 346 (Zusatz zu § 236). 複製版『四二四〜一六〇』。
- (17) G. W. F. Hegel, hrsg. v. J. Hoffmeister, a. a. O., S. 197 (§ 235). 複製版『四二四〜一六〇』。
- (18) Ebenda, S. 196—203 (§ 233—248); ders. hrsg. v. G. Lasson, a. a. O., S. 346—348 (Zusätze zu § 236—248). 複製版『四二四〜一六〇』。

法治國家と「公共の福祉」

憲法論 四六三—四六三頁。

- (9) G. W. F. Hegel, hrsg. v. G. Lasson, a. a. O., S. 360 (Zusatz zu § 279). 憲法論 四三六頁。Vgl. auch ebenda, S. 357 f., 360 f. (Zusätze zu § 272, 280); ders., hrsg. v. J. Hoffmeister, a. a. O., S. 233 ff. (§ 272—273) 前掲論 五一六—五二五、五三三—五三三頁。
- (20) この点、ローケルの次のように論議を示唆的である。——「ホッスマイ」の任務は「今日二つの主だった見解が行なわれてくる。一方は、ホッスマイは一切を監督すべきだと主張し、他方は、各人がそれぞれ他人の欲求と衝突するべきである。ホッスマイは第一の欲求を予知せよと主張する。」G. W. F. Hegel, hrsg. v. G. Lasson, a. a. O., S. 346 (Zusatz zu § 236). 憲法論 四六四頁。
- (13) F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, a. a. O. [1. Aufl.], S. 337; ders., 5. unveränderte Aufl., Tübingen-Leipzig 1878, S. 587.
- (23) Ebenda [1. Aufl.], S. 344 f.; 5. Aufl., S. 593 ff.
- (23) Ebenda [1. Aufl.], S. 337 ff.; 5. Aufl., S. 587 ff.
- (24) Vgl. z. B. W. Köllmann, Die Anfänge der staatlichen Sozialpolitik in Preußen bis 1869, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815—1918), Köln 1972, S. 410—429; A. Gladen, Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland, Eine Analyse ihrer Bedingungen, Formen, Zielsetzungen und Auswirkungen, Wiesbaden 1974.
- (25) Vgl. K. Stern, a. a. O., S. 606 ff.; E.-W. Böckenförde, Rechtsstaatsbegriff, S. 71 ff.; C.-F. Menger, Rechtsstaat, S. 770.