

# ドイツ法治国家思想の形成

——市民的自由と国家干渉（二）——

木村周市朗

## 一 はじめに

一 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) が、ドイツにおける近代社会政策思想の生成の一面を、とくに十九世紀前半の西南ドイツ自由主義ないし初期自由主義 *Frühliberalismus* の「市民」的世界を基盤として、担ったこと、すなわち、モールは一八三五年の一論説で、現実のドイツにおける本格的工業化の到来に先立って、もっぱら先進諸国の文献に拠りつつ近代的賃金労働者問題に早熟的に取り組み、工場賃金労働者を手工業的「中間身分 *Mittelstand*」社会としての「市民社会」の中に包摂し「市民化」することを、社会革命の「危機」の防止上不可避の課題とみなし、かれらに「財産と教養」へのポテンシャルな道を用意するべく、政策提言を行なったこと、これらについて、わたくしは別稿<sup>(1)</sup>で素描する機会をもった。モールはこの論説によって、社会的な困窮が——モールの分析対象となった工業化に伴うものであれ、あるいは当時なおドイツを支配していたと考えられる、工業化以前のな、伝統社会から近代社会への

ドイツ法治国家思想の形成

### ドイツ法治国家思想の形成

過渡期の流民としての下層民の困窮であれ——ドイツに存在するのだという意識を知識人の間に浸透させるのに率先貢献しつつ、バイエルンのロマン主義的カトリック社会哲学者フランツ・フォン・バーダー (Franz Xaver von Bader, 1765-1841) と並んで、ドイツにおける近代「社会問題」論史および社会政策思想史の初期段階にその名をとどめることになった。

しかしモールの社会政策家としての相貌を、国家科学上の諸部門について膨大な著作をのこしたこの国法学者の不可欠の一面として、その生涯にわたってとらえようとすれば、問題のひろがり方は、少なくとも以下に述べるような三つの諸次元にわたるであろう。

すなわち、第一に、たとえ近代的工場労働者問題にかんするモールの右の論説の、ドイツ社会政策思想史上での先駆性については、この論説をその事実上の発掘者たるエルンスト・マイアー<sup>(2)</sup>は講壇社会主義の系譜の発端として、また、フェルステンベルク<sup>(3)</sup>はドイツ産業社会学上の、トイテベルク<sup>(4)</sup>はドイツ共同決定思想史上の古典として、そしてアンガーマン<sup>(5)</sup>はドイツにおける市民的な社会自由主義の最初の本格的結晶物として、それぞれ評価しているにせよ、この論説自体は、当面、若きモールの社会政策的関心方向とその西南ドイツ的発想基盤との所在を示すにとどまるものというべきであり、モールはその後、晩年に至るまで労働者問題を、みずからの国家諸科学体系（および社会諸科学体系）における一学問分野の研究対象として視野におさめつづけ、いくつかの関連論策をのこしているから、労働者問題に対するモールの基本視点と政策構想との最終的評価、および右の一八三五年の論説の位置づけも、それら諸論策の検討を経て初めて達成可能となると思われる。

(1) 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

徴・山田高生編『社会政策の思想と歴史——大陽寺順一教授遷曆記念論文集——』千倉書房、一九八五年、所収(以下、「拙稿I」と略記)。

(2) E. Meier, Robert von Mohl, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 34, 1878, S. 431-528, insb, S. 506.

(3) F. Fürstenberg (Hrsg.), Industri soziologie I, Vorläufer und Frühzeit 1835-1934 (Soziologische Texte, hrsg. von H. Maus u. F. Fürstenberg, Bd. 1), Neuwied 1959, 2. Aufl., 1966, S. 272.

(4) H. J. Teuteberg, Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, Ursprung und Entwicklung ihrer Vorläufer im Denken und in der Wirklichkeit des 19. Jahrhunderts, Tübingen 1961, S. 24-35.

(5) E. Angermann, Robert von Mohl 1799-1875, Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten, Neuwied 1962. マンガーマンは、講壇社会主義へのモールの直接的影響を説得的に否定し、この点でE・ハイプーを批判している (vgl. ebenda, S. 322)。

二 しかし第二に、いっそう留意を要することだが、本来、モールの近代工場労働者問題対策論は、国内行政全般に精通した国法学者モールの、時代の社会問題への深い関心の集約的表現ではあっても、かれの社会政策思想のすべてでは決してない。ところが、モール自身の用語としての「社会政策」は、もともと方法論的概念たる性格を濃厚に帯びながら、その一義的捕捉を困難にしているもののようにみえる。すなわち、一方で、たとえば一八六〇年代に三巻本で出版されたモールの論文集『国法、国際法、および政治』では、「民俗的祭礼」、「労働者問題」、「改良された交通制度」の三論文が、「社会政策 Social-Politik」の標題のもとに一括されており、この場合には「社会政策」は、「社会に対する国家の最も合理的な行動」を形成するような諸原則および

ドイツ法治国家思想の形成

### ドイツ法治国家思想の形成

諸方策の総称ととらえられている<sup>(1)</sup>。他方、一八五〇年代にモールが社会 *Gesellschaft* にかんする学問諸領域の国家諸科学からの独立化を志向したさいに、みずからの国家諸科学の体系からきわめてアナロジカルに構想された社会諸科学体系では、その一分野たる「社会の合目的性論 *Gesellschafts-Zweckmässigkeitslehre*」の別称として、「社会政策 *soziale Politik*」という用語が登場している。それは、「個々の社会生活圏 *Gesellschaftskreis* が、その内部で、または他の生活圏に対して、または国家に対する関係において、みずからの諸目的を達成するための手段にかんする学問<sup>(2)</sup>」を意味する。政策の主体は、前者の場合には国家であるが、後者の場合には、個人と国家との中間に存在する各種の自律的生活圏ないし中間団体である。

モールにおけるこのような二種類の「社会政策」概念のうち、後者をふくむ社会諸科学体系の構想——各種生活空間すなわち中間諸団体の、政治的利害代表の問題にもかかわるもの——が、国法学者モールにとって何を意味し、最終的にどこまで成熟しえたかという重大な問題系列の存在をここでは指摘するにとどめ、前者、すなわちモールにおける国家社会政策論にわれわれの関心を集中するとしても、実は、モールの著作のなかで「社会政策」という術語の使用頻度は著しく低いのであって、前掲論文集の事例はむしろ例外的ケースに属するといつてよい。それにもかかわらずモールにおける社会政策思想が問題となりうるのは、かれが「社会政策」という術語を用いなくとも、実質的には国家の各種社会政策を論じているからであり、それを可能にしているモールの包括的上位概念は、ドイツでの伝統的用語法たる内務行政全般としての「ポリツァイ *Polizei*」にほかならなかった<sup>(3)</sup>。

モールのいう「社会政策」の概念の探索とはかわりなしに、いままじあたり、近代の国家社会政策思想を、最広義に、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な制度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、この最広義においてモールの社会政策思想の所在を問題にするとすれば、まず、国家学者モールが抱懐していた国家諸科学の全体系の概要と、そのなかで国家社会政策にかかわる政策諸領域の占める位置とひらがりにかんして、あらかじめ展望をえておくことが適当と思われる。

(1) Vgl. R. v. Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Monographien, Bd. 3: Politik, Monographien, Bd. 2, Tübingen 1869, S. 480.

(2) Vgl. R. Mohl, Gesellschafts-Wissenschaften und Staats-Wissenschaften, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Jg. 7, Ht. 1, 1851, S. 3-71, S. 56; ders., Die Staatswissenschaften und die Gesellschaftswissenschaften, in: ders., Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Im Monographien dargestellt, Bd. I, Erlangen 1855, Unveränderter Abdruck, Graz 1960, S. 67-110, S. 104.

(3) ドイツにおける「ポリツマイ」概念史とその社会思想史的位相については、とりあえず、拙稿「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——」、『成城大学経済研究』、第九四号、一九八六年一〇月、所収（以下、「拙稿II」と略記）を参照されたい。

三 モールの『国家諸科学の歴史と文献』全三卷（一八五五—一八五八年）は、近代ドイツ形成期の政治家でもありながら本質的には著述家として、不断の全ヨーロッパ的規模での入念な文献渉猟と、それにもとづくきわめて精力的な著述活動とに生涯をささげたモールが、文献学の技術を駆使し、とりわけテュービンゲン（一八二四—四六年）とハイデルベルク（一八四七—六一一年）の両時代を通じて長年にわたって心血を注ぎ、左眼の失明という犠牲を払いつつ完成した、国家諸科学にかんする批判的大文献辞典ともよぶべきものであるが、その第一巻所収の第二編「国家諸科学の諸百科全書および諸体系」において、モールは「国家諸科学全体の、完全に論理的に

ドイツ法治国家思想の形成

正しい外形的編成」を、次のように表示している。<sup>(2)</sup>

I、一般国家学 Allgemeine Staatslehre

II、教義的国家諸科学 Dogmatische Staatswissenschaften

1、公法学 Öffentliches Recht

A、国法学 Staatsrecht

a、哲学的国法学 philosophisches

b、実定的国法学 positives (族長国家、世襲領主国家、神政国家、古代国家、近代の法治国家 der Rechtsstaat der Neueren、專制国家)

B、國際法学 Völkerrecht

a、哲学的國際法学 philosophisches

b、実定的 (ヨーロッパ) 國際法学 positives (europäisches)

2、国家道德学 Staats sittenlehre

3、国家政策学 Staatskunst (基礎資料、政治的心理学、国内政策学 innere Staatskunst——すなわち憲法

政策学および行政政策学 Verfassungs- und Verwaltungs-Politik、後者なれば、行政組織論、司法政

策学、ポリツィー学 Polizeiwissenschaft、<sup>(3)</sup> 財政学——、國際政策学)

III、歴史的国家諸科学 Historische Staatswissenschaften

1、国家歴史学 Staatengeschichte

## 2、統計学 Statistik

国家諸科学の体系にかんする、以上のようなモールの三部門構想は、その後、右の「I、一般国家学」が「II、教義的国家諸科学」の冒頭に組み入れられて「教義的国家諸科学」は三区分から四区分に変更され、教義と歴史との二部門編成となっている点を除けば、一八五九年の『国家諸科学百科全書』における構想にそのまま継承されている。<sup>(4)</sup> このモールの国家学体系のうち、とくに国家社会政策にかかわる分野は、「国家政策学」範疇に属する「国内政策学」すなわち「憲法政策学および行政政策学」であり、とりわけ後者のなかの「ポリツァイ学」である。

モールにしたがえば、一般国家学、公法学、国家道德学は、「国家にかんする秩序づけられた理論的知識の基礎を形成する」<sup>(5)</sup> が、なお加えて、「国家のさまざまな任務の達成のための合目的、手段の発見と秩序づけが必要」<sup>(6)</sup> なのであって、「この国家手段にかんする学問が、科学的に取り扱われて、その最高の諸原則において認識され、その推論において体系的に発展させられるならば、それは政策学、Staatskunst oder Politik」として教義的な学科学の系列の中に入ってくる」<sup>(7)</sup> のである。こうして、「それによつて、国家の諸目的が、できるだけ完全に達成されるところの手段にかんする学問」として成立する「政策学」は、さらに前掲表示のIIの3のように分類されることになるが、そのなかで国家社会政策に最も深くかかわっている部門であると考えられる「ポリツァイ学」すなわち「ポリツァイ行政政策学 die Politik der Polizeiverwaltung」に「モールが配当している政策諸分野の項目を、ここでは前掲『百科全書』から摘出すれば、次のとおりである。<sup>(8)</sup> すなわち、——

一、国土の状態にふさわしい人口の確立

ドイツ法治国家思想の形成

ドイツ法治国家思想の形成

二、国民の健康と生命の保全

a、保健衛生行政 Medicinalpolizei

b、個々の外的な生命の危険の予防のための諸施策（防護柵、街路灯、危険な建物・営業・貯蔵品の除去、など）

三、生活必需品の充足が困難な場合の救助

a、飢饉対策

b、救貧行政 Armenpolizei

個別的貧困と大衆的貧困（パウペリスムス）

四、国民の精神的諸力の養成のための方策

a、知性の養成

b、道徳の養成

c、宗教上の養成

d、美的感覚の養成

五、国民の財産所有にかんする援助施設

a、財産取得一般の容易化

土地取得と資本形成

b、既得財産の保護（消防、治水、家畜の防疫、など）



c、農・鉱業、工業、商業の促進・助成

モールにおいて司法政策、財政政策と区別された「ポリツァイ行政政策」が包括する、以上のような政策諸領域の編成は、実はそれ以前に、モールの『法治国家の諸原則からみたポリツァイ学』全三卷中、第一・二卷（すなわち第一部「実体的諸原則」）ですでに詳細に展開されていたポリツァイ政策体系の編成（ただし、ここでは、右の一・三、を、「市民の肉体的人格のための国家の任務」のもとに一括している）と、ほとんど正確に同一のものであって、後者の編成はさらに、ロテック（Carl von Rotteck, 1775-1840）とヴェルカー（Carl Theodor Welker, 1790-1869）が編集した、西南ドイツ自由主義の思想的結晶である『国家学辞典』中の、モールの執筆項目「ポリツァイ」における、国家のポリツァイ活動の諸対象の体系化と、ほぼ完全に一致している。

こうして、モールが構想し、みずからの『国家諸科学百科全書』の編別構成に実地適用もした国家諸科学の全体系のなかで、「国内政策学」、とりわけ「行政政策学」に属する「ポリツァイ学」は、右のように、救貧・公衆衛生行政をはじめ、各種産業政策（営業の自由、保護関税、交通政策などを含む）、さらには人口政策や教育政策にまで及ぶ、きわめて包括的で広範多岐にわたる政策対象諸領域を取り扱うものとされていた。しかも、たとえば貧困問題は主として救貧行政の対象とされ、工場労働者問題は主として工業政策の課題とされつつ、ともにその他の財産取得促進諸政策や教育政策など、他分野での諸方策と無関係ではありえず、さらには各種立法については「憲法政策」範疇と連結することにもなるから、問題ごとに重層的な行政（および憲法）諸方策がかかわることになる。モールが論じたこれらの「ポリツァイ行政政策」の具体的内容とその社会政策的側面の基本特質については、わたくしは別の機会に検討を試みたいと思う。しかしこのようなモールにおける「ポリツァイ行政

ドイツ法治国家思想の形成

政策」のきわめて多面的で体系的な包括性は、われわれをさらに別種の問題次元へと導くであろう。

- (1) Vgl. Lebens-Erinnerungen von Robert von Mohl 1799-1875, Mit dreizehn Bildnissen, 2 Bde., Stuttgart u. Leipzig 1902, Bd. I, S. 275-279. 上の『自叙伝』で、『国家諸科学の歴史と文献』について「モールは、それが出版当時大いに好評を博し、多くの人はこれを「私の最良の著作」とみなしているが、文献の紹介と批判というその内容の性格上、部分的には時代とともに古くさくならざるをえず、「その点については私は一度も幻想をいだいたことはなから」と述べている。

- (2) R. Mohl, Die Enckyklopädeen und Systeme der Staatswissenschaften, in: ders., Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. I, a. a. O., S. 111-164, S. 126. 本稿では、以下、引用文中の傍点は原文がゲンシュムルトまたはイタリックであることを示す。

- (3) 通常、公法学では、Polizeiは「警察」、Polizeiwissenschaftは「警察学」と訳され、それらの訳語は原語の歴史性をもとより排除するものでは決していないが、本稿では、前掲拙稿IIの場合と同様に、Polizeiを、本来、法なし秩序目的だけでなく福祉目的をもあわせもっていた、ドイツにおけるすぐれて歴史的な概念として限定的に取り扱うため、原音表記で一貫することにした。

- (4) Vgl. R. v. Mohl, Enckyklopädie der Staatswissenschaften, Tübingen 1859, S. 53, 56f.

- (5) Ebenda, S. 539.

- (6) Ebenda, S. 541.

- (7) Ebenda.

- (8) Vgl. ebenda, S. 662-675.

- (9) このような区別は、ドイツでは十七・八世紀を通じて徐々に行なわれるようになったことについて、たとえば次を

参照。F.-L. Knemeyer, 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, S. 171 ff.

(9) R. v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 3 Bde. (Bd. 3: System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei), Tübingen 1832-1834, 2. umgearbeitete Aufl., 1844-1845, 3. vielfach veränderte Aufl., 1866. ただし、わたしは右の初版本ではなくまた接しませんでした。

(11) Vgl. R. Mohl, Art., Polizei, in: Das Staats-Lexikon, Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände, hrsg. von C. v. Rotteck u. C. Welcker, Neue [2.] durchaus verbesserte und vermehrte Aufl., redigiert von H. v. Rotteck u. C. Welcker, 12 Bde., Altona 1845-1848, Bd. 10, 1848, S. 692-721, insb. S. 701-716.

(12) Vgl. z. B., R. v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft, a. a. O., 2. Aufl., Bd. 2, § 152 ff., 163, 168 ff.; ders., Polizei, a. a. O., S. 713 ff.

(13) この点、本稿冒頭で触れたモールの一八三五年論説が、工場労働者問題対策として、現代、労働者保護、利潤分配制、公教育の三つを提案していたことを想起しておきたい(前掲拙稿Ⅰを参照)。

四 すなわち、第三に、右の社会政策的な広範多岐にわたる「ポリツァイ行政」の干渉システムを発動・実施する主体となる国家は、モールによってどのような性格規定を与えられ、また、その国家の「ポリツァイ」活動は、国家自体の性格規定とどうかかわり、どのような役割を担うべきものと認定され、期待されていたのか。この点は、一八三五年の論説を取り扱った前掲拙稿(Ⅰ)ではあらかじめ検討を保留しておいた、モールの国家社

ドイツ法治国家思想の形成

## ドイツ法治国家思想の形成

会政策思想の根幹にかかわる重要問題なのであって、それは、とくにほかならぬ国法学者としてのモールに独自の「法治国家 Rechtsstaat」論の基本特質、およびそれと国家介入是認論との連関構造の問題に帰着する。

近世ドイツ領邦国家は、周知のように領邦高権によって「公共の福祉 allgemeine Wohlfahrt」の増進が国家目的とされたかぎりでは「福祉国家 Wohlfahrtsstaat」と呼ばれたし、そのための手段が、危険の防止と福祉の増進とを包括する「内務行政 innere Verwaltung」全般としての「ポリツァイ」であったかぎりでは、「ポリツァイ国家 Polizeistaat」と規定された。<sup>(2)</sup> 領邦高権が「ポリツァイ」をつうじて臣民の「福祉」の増進をはかるというこの後見性 Vormundschaft は、まず十八世紀末に、「市民的自由 bürgerliche Freiheit」の拡大が国民全体の経済的繁栄をもたらすことをすでに前望していたイマヌエル・カント (Immanuel Kant, 1724-1804) によって、「専制 Despotismus」と等置された「家父長的政府 väterliche Regierung」の「幸福主義 Eudaimonismus」として痛罵された。<sup>(3)</sup> 次いで十九世紀初頭に西南ドイツを中心に形成された自由主義および立憲主義の思想と運動は、一方でカントのいう「家父長的政府」に「ポリツァイ国家」の名辞を与えて、その干渉主義の後見性を非難するべく、この標的概念を普及させるとともに、他方でほぼ同時に、カントの理性的国法論を共通の土台として近代国家類型としての「法治国家」概念を提起したから、その後十九世紀をつうじて、ドイツでは「法治国家とポリツァイ国家との争論好みのな対置」<sup>(5)</sup> がつづくことになった。だが、ロテクやヴェルカーとともに西南ドイツ自由主義の一翼を担ったモールは、その市民的「法治国家」論の初期の代表者でありながら、しかもみずからの「法治国家」論（とりわけ前掲『法治国家の諸原則からみたポリツァイ学』）において上述のようにきわめて広範な「ポリツァイ行政」的干渉体系を、伝統的な「内務行政」全体を包括するものとして編成したのであったか

ら、モールの場合には法治国家とポリツァイ国家との単純な対抗論は通用しないであろう。むしろ問われるべきは、次の点であると思われる。すなわち、モールの社会政策的国家干渉の体系は、みずからの「法治国家」論のなかでどのように根拠づけられたのか。その干渉体系は、ドイツ諸領邦の基本的性格を伝統的に支配していたと考えられる絶対主義的ポリツァイ国家の後見的介入とどこがちがうのか。そして最後に、ドイツにおける福祉国家思想ともいべき課題が設定されうると思えば、モールの法治国家論にもとづく包括的な制度的干渉主義は、現代福祉国家とは全く無縁であるといつてよいのかどうか。

- (1) モールの一八三五年の論説については、前項の注(13)を参照。
- (2) Vgl. z. B., C.-F. Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Eine Einführung in die Grundlagen, 3. unveränderte Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1981, S. 46f. あわせて前掲拙稿IIを参照。
- (3) 拙稿II、一六四—一六六ページを参照。
- (4) Vgl. z. B., H. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, Neuwied-Berlin 1966, 2. Aufl., München 1980, weiter: div. 1986, S. 9; E.-W. Beckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1976, S. 65-92, S. 66ff. あわせて拙稿IIの第五節を参照。
- (5) H. Maier, a. a. O., S. 10.

五 モールの社会政策思想にかんする以上のような三種類の問題次元のうち、わたくしは当面、モールにおける社会政策的国家干渉の原理的存立根拠にかかわる右の第三の問題系列に考察対象を限定したいと思う。しかしこの問題系列は、上述のように、モールの社会政策思想の成立次元をひろくドイツ法治国家思想史のなかにさぐ

## ドイツ法治国家思想の形成

ることを不断に要請する。別稿(Ⅱ)で瞥見したように、「法治国家」は十九世紀的な「自由主義的」・「形式的」原理から「社会的」・「実質的」原理へと性格を変えたと、第二次大戦後西ドイツで一般に想定されているのは、「法治国家」のタームで表示された現実の資本制国家そのものの理解の仕方の問題である。だが、法治国家思想は、西欧諸国にくらべて経済社会の自律的展開がおくれたドイツにおいては、本来国家干渉から自由な生活圏の確保を希求する個人の「市民的自由」の主張によって、近代「市民社会」の形成を支えるすぐれて自由主義的な法的ブルジョア・イデオロギーとして機能し、そのことをつうじて資本制経済社会の形成と存立とを根底で保証する一重要因子となりえて、今日に及んでいると考えられる。しかし他方で、個人主義的な「市民的自由」の確保だけで現実の資本制社会が営まれるわけではない。「法治国家」論と「ポリツァイ行政政策」論との結合論理をめぐるモールの社会政策思想の核心問題は、したがって、近代的個人の「市民的自由」と包括的な制度的国家干渉システムとの構造連関という、きわめて波及効果の大きい問題提起的な課題として立ちあらわれるであろう。

そこで、モールの法治国家論を取り扱うのに先立って、まず本稿では、迂回的に、ドイツ法治国家思想史の基本的な課題と特質の整理を試み、とくに十八世紀末の啓蒙絶対主義下での法治国家思想の形成状況を考察することによって、モールの社会政策思想の成立次元の解明にすすむための、前提的展望をえたいと思う。

## 二 法治国家思想史の基本課題

一 ドイツの近代思想史の発展に対するモールの多面的貢献のうち、法治国家論の開拓者としての局面は、ド

イツにおいて伝統的に最もファミリアなものの一つだといつてよい。「<sup>(1)</sup>法治国家」という語は、ドイツで発展したものである。この語の由来について、その元來の出所がどこかということとは、今日までまだ追跡されていない。しかし、この概念を、なるほど自分で発見したわけではないけれども普及させ紹介したのは、確かに本質的にローベルト・フォン・モールである。<sup>(2)</sup>——この一九五六年のウルリヒ・シュイナーの指摘は、この「法」と「国家」との合成語がドイツ固有のものであること、そしてモールがこの語を国法学の分野に導入し普及させたこと、の二点の理解においては、現在でも確かな通用性を有している。<sup>(3)</sup>その間に、「法治国家」という用語が一八三〇年代に主としてモールの著述活動をつうじて市民権を獲得するようになるまでには、この語の使用例の歴史があり、それは少なくとも十八世紀末にまでさかのぼることが、一般に知られるようになったという、留保を付したことであるが。<sup>(4)</sup>そしてこのようなモールの位置づけは、クリーガー<sup>(5)</sup>やマクレンランド<sup>(6)</sup>の場合のように、英語圏でもすでに定着しているように思われる。

右のように法治国家思想のドイツ的固有性と、そこでのモールの占める位置の重要性（開拓者性を含む）といわれる場合には、通常、「法治国家 Rechtsstaat」という術語の成立とその後の発展（既述の「自由主義的」・「形式的」法治国家から「社会的」・「実質的」法治国家への変転をめぐる、ボン基本法の国制規定の法理解釈という周知の特殊西ドイツの問題群に収斂するもの）に焦点が絞られる。だがその場合にも、以下のような法治国家思想史研究上の三種類の課題領域の存立可能性が前提とされていることは、注意されてよいであろう。

第一に、法治国家の思想原理を、広義に、「法律による全国家活動の拘束」<sup>(7)</sup>（ヘルムート・コーイング）、あるいは、「国家権力の法的な拘束と制限、および個人の自由の保護という思想」<sup>(8)</sup>（シュイナー）ととらえるならば、

## ドイツ法治国家思想の形成

そうした最広義の法治国家思想は全ヨーロッパ的ひろがりにおいて長い発展史をもち、シャムベック、メルクルら多くの研究者が指摘するように中世、さらには古代ギリシアの国家思想にまで遡及しうる。その意味では、たとえ法治国家思想の近代的結晶の一例を、しばしばみられるようにジョン・ロック (John Locke, 1632-1704) の社会契約論や抵抗権思想に求めるのが適切であるとしても、それに先立って、たとえばヨーロッパ中世世界から、「法を守護するという君主の義務」思想、および「君主も自己の領土の基本諸法に拘束されるという観念」<sup>(10)</sup>を抽出することが、可能であり必要でもあると考えられる。

しかし第二に、それにもかかわらず右のような広義の法治国家思想史が直接現代にかかわる問題領域でありうるのは、実は世界史の諸段階にわたってさまざまな形態で認められる法治国家的な思想のあれこれがそのまま思想史を形成するからではなく、特殊に近代の思想としての法治国家思想(およびその担手である近代的個人)のみが、ほかならぬ抽象的にとらえられた広義の法治国家思想の概念規定そのものを可能にしたからではなかったか。クリスティアン・フリードリヒ・メンガーやハーバースらが注目したように、民間人の相互依存的な経済活動の深化と拡大が法の「予測可能性 Berechenbarkeit」と最広義の「交通の安全 Verkehrssicherheit」とを實際上必要としたことにながされて、とりわけイギリスにおいては十七世紀後半以降、国家活動の法的拘束の思想が、各種の基本的自由権の承認(思想・公論・集会の自由、人格および財産の保護など)と自由な国家制度(権力分立、立法への市民の参加、司法の独立を含む)との両面を兼備・包摂したものととして、すなわち“rule of law”の思想として、形成され、<sup>(11)</sup>この点で近代「市民社会」の法的イデオロギーをめぐる問題領域が、広義の法治国家思想史における中心課題として認定されうるであろう。ちなみに、エルンスト・ルードルフ・フーバーが、一九



六〇年代に、きわめて現代的かつ特殊西ドイツ的な問題関心から「法治国家」と「社会国家 Sozialstaat」との関係を検討したとき、考察の主たる対象は一貫して十九・二十世紀のドイツに限定されていたにもかかわらず、次のように現代的「社会国家」の特質と対比して把握された「法治国家」の性格規定は、当面、ドイツ史の特殊性をほとんど感じさせず、むしろ近代法治国家思想の西欧の普遍性と、現代国家の地点からとらえたその相対性を、描き出しているものというべきだと思われる。

すなわち、フーバーにしたがえば、「法治国家」概念は、「個人の自由」<sup>(13)</sup>を目的とし、「市民革命の産物」<sup>(14)</sup>であり、「市民社会 bürgerliche Gesellschaft」概念とパラレルに把握される「国家制度」を指向するもの——「絶対君主政の権力国家に対抗」<sup>(16)</sup>して「国家干渉からの自由をめざした」<sup>(16)</sup>、「社会的闘争概念」<sup>(16)</sup>としての「市民社会」と、これに対応した「政治的闘争概念」<sup>(17)</sup>としての「市民的法治国家」すなわち「有産階層」<sup>(18)</sup>の国家——と理解され、他方、新しい「社会国家」の概念は、この「法治国家」規定とは対照的に、「全員の福祉と全体の福祉」<sup>(19)</sup>を目的とし、「産業革命の産物」<sup>(20)</sup>であり、「新しい」「無産」階級の成立」により「国家干渉を必要とする社会」となった「産業社会 industrielle Gesellschaft」時代に適合的な、「社会的干渉の国家」、すなわち「旧来の国家と産業的階級社会とのあいだの矛盾を社会的統合 soziale Integration をつうじて克服しようとする、現代的産業時代の国家」<sup>(21)</sup>と、位置づけられる。<sup>(22)</sup>

(1) モール研究史上の初期の事例の一つとして、ヴィルヘルム・ロッシャーは、モールの死の前年に刊行した大著『ドイツ国民経済学史』のなかですでにモールに言及し、かれの法治国家論（国家のポリツァイ活動論を含む）、国家学史（『国家諸科学の歴史と文献』）、および社会諸科学論の三領域での業績に注目している。Vgl. W. Roscher,

ドイツ法治国家思想の形成

## ヘイマン国家思想の形成

Geschichte der National-Oekonomik in Deutschland, München 1874, S. 943-945.

- (2) U. Scheuner, Begriff und Entwicklung des Rechtsstaats, in: H. Dombos u. E. Wilkens (hrsg.), Macht und Recht, Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart, Berlin 1956, S. 76-88, S. 82f.

- (3) この二点の理解を明示しようとする文獻として、たゞ、後述を参照。E.-W. Böckenförde, a. a. O., S. 66, 85; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, München 1977, S. 602, 605.

- (4) この点については、上記の二点の論点を踏まえて。W. Conze, Art, Sicherheit, Schutz, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, hrsg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Bd. 5, 1984, S. 831-862, S. 854. 高田敏「法治国家概念と警察国家概念の形成(一)——ヘイマンの政治学理論の成立と確立——」、『阪大法学』第七〇号、一九六九年一月、所収、九—二二頁。

- (5) 「法治国家 *Rechtsstaat* の思想を、記述的なカテゴリーから学説へと発展させ、それによってこれをヘイマンの政治理論のなかで扱ったのである。ローレンツ・フクン・キールがやった。」(L. Krieger, The German Idea of Freedom, History of a Political Tradition, Chicago, 1957, Phoenix ed., 1972, p. 256.)

- (6) キールは「ヘイマンの法治国家 *the state of law (Rechtsstaat)* の思想の主要な創始者の一人であった。」(C. E. McClelland, The German Historians and England, A Study in Nineteenth-century Views, Cambridge, 1971, p. 64, n. 1.)

- (7) H. Coing, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, 2. Aufl., München 1971, S. 84. 久保正幡・村上淳一訳『近代法への歩み——ヘイマン法史を中心として——』、東京大学出版会、一九六九年、一三三—一三六頁。なお、本稿での訳語は、以下、必ずしも邦訳書とはなっていない。

- (80) U. Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, hrsg. von E. v. Caemmerer, E. Friesenhahn, R. Lange, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 229-262, S. 235.
- (81) Vgl. H. Schambeck, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, Berlin 1970 (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin, Heft 39), S. 2ff.; A. J. Merkl, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, in: Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, hrsg. von A. J. Merkl, A. Verdross, R. Marcic, R. Walter, Wien 1971, S. 126-140, S. 129ff.; R. Weber-Fas, Rechtsstaat und Grundgesetz, Mannheimer Antrittsvorlesung, Pfullingen 1977, S. 11ff.; U. Scheuner, Die neuere Entwicklung, a. a. O., S. 235f.; K. Stern, a. a. O., S. 604f.
- (91) U. Scheuner, Die neuere Entwicklung, a. a. O., S. 235 f.
- (11) Vgl. C.-F. Menger, Art., Rechtsstaat, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 8, 1964, S. 768-772, S. 769; J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, Darmstadt u. Neuwied 1962, 16. Aufl., 1986, S. 101ff. 隈谷真義編『公共性の発展論』、未來社、一九八三年、一〇ページ以下。
- (12) Cf. W. I. Jennings, The Law and the Constitution, London, 1933, 4th ed., 1952, pp. 41-61. この引文は「rule of law」の「rule of law」の語源について、p. 46)° Vgl. auch U. Scheuner, Begriff und Entwicklung, a. a. O., S. 83f.; ders., Die neuere Entwicklung, a. a. O., S. 237f.
- (13) E. R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: ders., Nationalstaat und Verfassungsstaat, Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee, Stuttgart 1965, S. 249-272, S. 249.

ドイツ統治国家思想の形成

- (14) Ebenda, S. 256.
- (15) Ebenda, S. 250.
- (16) Ebenda, S. 256.
- (17) Ebenda, S. 251.
- (18) Ebenda, S. 257.
- (19) Ebenda, S. 249.
- (20) Ebenda, S. 256.
- (21) Ebenda, S. 257.

(22) フーバーは、「今日、階級の消滅した社会 *Klassenlose Gesellschaft* の時代が始まった」とする俗見を批判し、「本当は現代の社会国家もまた、持続する階級間紛争の国家なのであって、ただこの紛争が永続的な討論と和解との過程のなかで抑制されているというだけのことである」(Ebenda, S. 261)と冷静に分析したうえで、「社会国家」の特徴を、個人と全員との間の相互の「社会的責任 *Sozialverantwortung*」の原理に見出してゐる。

二 ところで、フーバーは「法治国家」思想の成立基盤たる「市民社会」の生誕契機を、「社会革命」(フランスでは一七八九年の「政治革命」、ドイツでは一八〇六年以降の「政治改革」)に求めるが、その場合にフーバーが指摘した「市民社会」の「四つの特徴」——(一)「国家から自由な自己の領域とりわけ経済と文化における、諸個人の自由な自決権」、(二)「諸力を自由に開展する場合の経済的・文化的創造過程の自己調整」、(三)経済・文化面での「自由な能力競争」、(四)「旧特権諸身分の除去」、および「教養と財産を指標とする新しい上層社会層の成立」<sup>(2)</sup>——は、(四)(市民階層の性格規定)を除いてすべて、市民の国家からの自由を指示するものであり、市民の

政治への参加を含む自由な国家(統治)制度の要因は、そこには認められない。フーバーの「市民社会」概念——「国家干渉からの自由をめざした社会」(既出)——におけるきわだったこの特質は、近代「市民社会」の法的イデオロギーとしての近代法治国家思想における西欧的自由の観念に対する、特殊ドイツ的重要局面を示唆するものではなかったか。

すなわち第三に、本来「法治国家」という術語とその国法学的概念は、十九世紀初頭に主として西南ドイツの立憲主義および自由主義の運動を主要な母胎として形成されたものであったが、総じてこれらの運動の現実的立脚点となったドイツの立憲君主政 *die konstitutionelle Monarchie* は、ベッケンフェルデにしたがえば、「君主政から国民主権への、一連の妥協にもとづく継続的な移行を可能ならしめた」<sup>(3)</sup>、十九世紀の特殊ドイツ的国制類型であり、それが「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」<sup>(4)</sup>の帰結であったことに照応して、法治国家思想も、「法治国家」という用語の成立に先行して、少なくとも十八世紀ドイツの啓蒙絶対主義諸領邦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をささえた自然法論(ただし、立法権は君主に属するという基本条件の枠内にとどまるもの)に遡及しうるのであって、法治国家思想のドイツ的固有性は、この啓蒙絶対主義との歴史的連続性のうちに求められるべきものと思われる。<sup>(5)</sup> あるいは——同様にプロイセンと西南ドイツ諸領邦との諸差異を当年度外視し、法治国家的な思想の英雄比較の観点から接近して——、つとにシュライナーが強調しているように、イギリス法制史の産物たる“*rule of law*”の思想の核心は、「たんにあらゆる専断的な支配権行使(専制的権力)を拒否することだけではなく、とりわけ、法および個人の自由が、自由な統治制度——そこでは統治者は自由な選挙に服する——と不可分に結びついていること」<sup>(6)</sup>にあり、

## ドイツ法治国家思想の形成

この核心は、「個人の自由は（自由な）国家においてのみ存続しうる」から「人格的自由 persönliche Freiheit」と「政治的自由 politische Freiheit」とは「最も緊密に相互に結合している」という意味での「人格的並びに政治的自由の思想」と表示されるのに対して、ドイツの「法治国家」論においては、「個人の諸権利の保護と厳格な合法性 Gesetzmäßigkeit の遵守と」の二要因が前面にあらわれ、「自由な憲法という、非常に重要な、西欧諸国のすべての当該思想における中心的要因は、ドイツでの発展のなかでは同様の基本的地位を占めてはおらず、この点に、ドイツの法治国家論の発展における弱点の一つが存している」と、論定しうるとすれば、イギリスの“Rule of law”の思想における「人格的自由」と「政治的自由」との緊密不可分な一体性がドイツでは分断され、後者の制度的保障が未成熟なまま一面的に前者の個人主義的・自由主義的諸権利のみが主張されたという事態の、歴史的因果連関が、ドイツ法治国家思想史全体を貫く基本特質を把握するために、問いなおされねばなるまい。そういう分裂した事態の典型例は、十八世紀末のプロイセン、啓蒙絶対主義の法思想に求められる。

(1) E. R. Huber, *Rechtsstat und Sozialstat in der modernen Industriegesellschaft*, a. a. O., S. 251.

(2) Ebenda, S. 250f.

(3) E.-W. Böckenförde, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, a. a. O., S. 112-145, S. 130. 「一九世紀ドイツ立憲君主政の国制類型」、『成瀬治編訳『伝統社会と近代国家』、岩波書店、一九八二年、所収、五〇七ページ。

(4) Ebenda, S. 116. 前掲訳書、四九二ページ。

(5) この点、とりあえず前掲拙稿IIを参照されたい。

(6) U. Scheuner, *Begriff und Entwicklung*, a. a. O., S. 83.

- (7) U. Scheuner, Die neuere Entwicklung, a. a. O., S. 237.  
 (8) U. Scheuner, Begriff und Entwicklung, a. a. O., S. 85.  
 (9) Vgl. auch H. Ehmke, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, hrsg. von K. Hesse, S. Reicke, U. Scheuner, Tübingen 1962, S. 23-49, S. 33; K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ebenda, S. 71-95, S. 71 f.

### 三 ドイツ法治国家思想の形成

——カール・ロットリーブ・スヴァーレンツの所説を中心に——

一 啓蒙絶対主義の象徴的産物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、「啓蒙的国家計画の諸規定と身分制的伝統と」の二つの「ヤームスの顔」<sup>(1)</sup>をもち、「啓蒙的な理論と時代遅れの実際との間の矛盾」<sup>(2)</sup>のかたまりであったが、同時に、主としてヘルマン・ロンラートによる研究以降解明されてきたように、スヴァーレンツ(Carl Gottlieb Svarez, 1746-1798)やクライン(Ernst Ferdinand Klein, 1744-1810)ら法典編纂に取り組んだプロイセン啓蒙官僚の基本構想は、一方で、社会契約論にもとづいて「いわゆる譲渡できない人間の諸権利」「生命」「自己の行為において理性の諸原則に従つてみずから決定する力、すなわち道徳的自由」、および「自己の諸能力と諸力との完成によって自己の幸福 Glückseligkeitを増進する力」<sup>(4)</sup>を承認し、さらに、法秩序の確保を国家目的とみなしたフリードリヒ大王(Friedrich

ドイツ法治国家思想の形成

## ドイツ法治国家思想の形成

rich der Große [der Zweite], 1712-1786) の国家観を継承して、君主の「大権裁定 *Machspruch*」の禁止——ひいては司法の独立——を「プロイセン臣民の市民的自由 *bürgerliche Freiheit* の防壁」<sup>(6)</sup>と位置づけて、法律による君主権力の制限を志向しながら、他方では、民主政あるいは共和制を拒否して、「全員の協力による、すべての個人のための所有権および諸権利の安全」<sup>(7)</sup>という国家目的の達成の観点から、絶対君主政を最も合理的な最善の国家形態とみなしたのであったから、一般ラント法の基本理念自体もまた、啓蒙絶対主義に本質的な根本矛盾<sup>(8)</sup>を包蔵していたといわねばならない。<sup>(9)</sup>

ドイツ自然法思想が、十八世紀半ばに万民主義的倫理哲学から国民主義的な具象的法律論へと旋回をとげたとき、この動向に決定的に影響を及ぼすことによって諸領邦での法典編纂の思想的基礎を提供することになったのはクリスティアン・ヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754) であったが、プロイセン一般ラント法の起草・編纂者スヴァーレッツは、青年期にフランクフルト・アン・デア・オーデル大学で、民法の教授ダルエス (Joachim Georg Darjes, 1714-1791) をごうじてヴォルフの自然法論<sup>(10)</sup>とりわけ人間の完成 *Vervollkommung* への義務論にもとづく立法論——社会契約によって成立する国家が、福祉と安全とを目的として法律を制定する義務を負うとみなすもの——の強い影響下に入ったのであって、プロイセンの司法改革に対するスヴァーレッツの熱意は、「現行憲法の法的成文化により、無制限の君主政に自然法の義務論を結びつけ、支配権と義務倫理とをかみ合わせて君主権力の自己規律化を法典で公的に明示すること」<sup>(11)</sup>に向けられた。したがって、絶対主義の基盤の上で国家権力の制限をめざすというアポリアを克服する道は、スヴァーレッツら法典編纂者たちにとっては、国民代表の政治的参加ではもとよりなく、臣民の福祉を配慮する伝統的な君主の義務意識と、国家活動の法律による拘束と



であり、絶対君主政を専制と区別して、「専制的体制が存在するのは、執行権が君主、有力者、人民のいずれにあって、それが法律によって制限されることがない場合である。しかし君主政においては、それがたとえ絶対的であっても、権力に限界を指定する法律が存在する<sup>(13)</sup>」と考えられた。とりわけ「大権裁定」の禁止は、「プロイセン王国の市民をオリエントの専制君主の奴隷から区別する」ものであって、スヴァーレッツにしたがえば、「プロイセン臣民の法律事件が、ただ国家の法律にのみ従って、国家によって任命された裁判官によって審理され判決を下されること、大権裁定は決して法的な効果をもつべきではなく、君主はそのようなことをみずから行なおうとも大臣に許そうともしないことは、賢明な、また、プロイセン臣民の所有と自由との安全のためにきわめて有益な原則である。この規定によって、プロイセンの国制は、たとえ本来いかに絶対君主政的であろうとも、他の場合には通常共和政的国制に帰せられる唯一の長所、すなわち専断的な権力に対する市民的自由 *bürgerliche Freiheit* のより大きな安全性を獲得するのであり、君主の王位を動揺させかねない革命への最大の誘因の一つが永久に予防されるのである<sup>(14)</sup>」。

こうして立法への市民の参加を拒否しつつ、国家目的としての個人の自由および所有権の安全を、法律によって確保するという観点から、スヴァーレッツやクラインは、既述のショイナーのいう、十九世紀ドイツ法治国家論における「人格的自由」と「政治的自由」との分断に相当する、「市民的自由」と「政治的自由」との区別を、次のようにすでに明示的に確定することになる。すなわち、——「市民的自由は、市民社会の構成員が何ら立法に関与しないところにおいても存在しうる。というのは、市民的自由は、ただ自己の福祉を最善の分別に従って促進する諸個人の自由のみもとづくからである。国家が市民の自由を必要もなしに制限することのない良き法

## ドイツ法治国家思想の形成

律をもち、国家の行政に秩序が支配して、それによって国家官吏が法律に違反した行動をとることが不可能になるならば、このような公正な法律に社会の大多数の者が発言権をもったかもたなかったかということはほとんど問題ではない。<sup>(15)</sup>」(スヴァールツ)「市民的自由は政治的自由をめぐりにしては価値がない、とは言えないであろう。そうではなく、市民的自由があくまで主なのであって、政治的自由は、市民的自由の支えとなるかぎりにおいてしか価値を認められないのである。」「したがって、市民的自由が行なわれている君主国で生活する者は、共和主義者にならうとする要求をもつことにはないであろう」<sup>(16)</sup>(クライン)と。ここに「われわれはイギリスの“rule of law”の思想と対比されたドイツ法治国家思想の原型が、国家目的(個人の「所有権および諸権利の安全」)の定立、および「市民的自由」の法的確保への専念という、その基本特質において、啓蒙絶対主義のもとで顕現していた状況を、コンラートおよびハンス・マイヤーとともにひとまず確認しておきたいと思う。<sup>(17)</sup>

(1) R. Koselleck, *Preußen zwischen Reform und Revolution, Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart 1967, 3. Aufl., 1981, S. 24.

(2) F. Hartung, *Der aufgekührte Absolutismus*, in: ders., *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit, Gesammelte Aufsätze*, Berlin 1961, S. 149-177, S. 163. 「啓蒙絶対主義」前掲訳書『伝統社会と近代国家』所収「三五三ページ」。

(3) プロイセン一般ラント法の起草・編集の中心人物スヴァールツが、一七九二―九三年にプロイセン皇太子(のちのフリードリヒ・ヴィルヘルム三世)に対して行なった、法と国家にかんする御前講義の手書き草稿を含む、一般ラント法関係の原資料は、第二次大戦でいったん失われたかにもえしたが、その後間もなく東ドイツの Zentralarchiv, Abteilung Merseburg へ再発見され、東西両ドイツ政府間交渉の結果、一九五七年にスヴァールツの御前講義草稿のマイクロフィルムが西ドイツ(ボン大学)に提供された。このスヴァールツの講義草稿は、すでに戦前から部

分的に研究利用されていたが(戦前には、旧帝国司法省アルヒーフ所蔵)、戦後、右のマイクروفイルムを典拠として、スヴァーレンの講義草稿の中心部分が、当時の啓蒙官僚や学者からなる秘密クラブ「ベルリン水曜会(Berliner Mittwochsgesellschaft)」で、スヴァーレンの三講演(一七八八―一九一年)とともに、一九六〇年に編集・刊行された(以下「一般ラント法の基本思想」)かたよる研究は新段階を迎えた。Vgl. Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), hrsg. von H. Conrad u. G. Kleinheyer, Köln u. Opladen 1960, XXVI+672S. (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Bd. 10) [Abk.: Vorträge]. <ロイエン・コンラートとゲルト・クラインハイマーの次の二著は、右のスヴァーレンの原典の編集過程における成果として、戦後の一般ラント法思想研究の出発点をなすものである。H. Conrad, Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794, Köln u. Opladen 1958 (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 77); G. Kleinheyer, Staat und Bürger im Recht, Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez vor dem preussischen Kronprinzen (1791-92), Bonn 1959 (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 47). これらの諸研究を含む西ドイツでの研究水準を反映した日本における先駆的成果として、なによりもまず、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造——プロイセン一般ラント法の成立——』(有斐閣、一九六九年)とりわけ「第七章、法典編纂者とその思想」が、参照されるべきであり、本稿はこの労作に負うところが大きい。

- (4) C. G. Svarez, Vorträge, S. 584f. (365f.), vgl. auch S. 217f. (201R). 括弧内の数字は、スヴァーレンの死後、当時のプロイセン司法大臣 F. L. v. Kircheisen の委託を受けて司法委員 (Justizcommissarius) Simon がスヴァーレンの御前講義遺稿を整理したものに付した「二つ折り判のページ数」である。

- (5) Vgl. H. Conrad, a. a. O., S. 20ff. その意味で「コンラートは、フリードリヒ大王の国家観を「法治国家の決定的

ドイツ法治国家思想の形成

ドイツ法治国家思想の形成

な発端」(ebenda, S. 21) トウゴクイデオロギ。

(6) C. G. Svarez, Vorträge, S. 236 (206 R).

(7) Ebenda, S. 65 (146).

(8) Vgl. ebenda, S. 66 (146 R), 10ff. (120 ff.), 471 ff. (294 ff.).

(9) じつじつ、たゞきはは次のようなフリマン・ソルトマンズの指摘を想起しておきたい。すなわち「それ「啓蒙絶対主義」は、中世(このかた受け継がれてきた)身分制的に編成された社会秩序の最終段階に位置づけられる。それは「一方で」国民を出生身分に従って区別する伝統的なやり方……の正当性と合目的性に対する疑問をうたき、このような体制の欠陥と過酷さを緩和しようとする。だが、「他方で」それは、自己の古い理論を徹底的に突撃し、既存の全社会秩序を打ち倒すだけの勇気をもたなごうべき」。 (F. Hartung, a. a. O., S. 155. 前掲訳書三四四頁以下)

(9) Vgl. E. Wolf, Carl Gottlieb Svarez, in: ders., Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 424-466 (11. Kapitel), S. 426f.; F. Loos u. H.-L. Schreiber, Art., Recht, Gerechtigkeit, in: Geschichtliche Grundbegriffe, a. a. O., Bd. 5, 1984, S. 231-311, S. 271 ff.

(11) Vgl. E. Wolf, a. a. O., S. 431 ff.; G. Birtsch, Carl Gottlieb Svarez, Mitbegründer des preussischen Gesetzesstaates, in: Geschichte und politisches Handeln, Studien zu europäischen Denkern der Neuzeit, Theodor Schieder zum Gedächtnis, hrsg. von P. Alter, W. J. Mommsen, T. Nipperdey, Stuttgart 1985, S. 85-101, S. 87 f.

(12) G. Birtsch, a. a. O., S. 93.

(13) E. F. Klein, Freyheit und Eigentum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung, Berlin u. Stetin 1790, Scriptor Reprints (Faksimiledruck), Kronberg/Ts.

1977, S. 167; vgl. auch H. Conrad, a. a. O., S. 41.

(14) C. G. Svarez, Vorträge, S. 236f. (206Rf.). 石部『前掲書』一七二ページ以下も参照。

(15) E. F. Klein, a. a. O., S. 117f. 石部『前掲書』一七二ページも参照。

(16) E. F. Klein, a. a. O., S. 164. Vgl. auch H. Conrad, a. a. O., S. 42; H. Maier, *Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition*, Münchner Antrittsvorlesung, Tübingen 1966 (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 321), S. 15f. 「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、一五九—一七二—一七三ページ。石部『前掲書』一七二ページも参照。

(17) 前注(16)を参照。

二 もっとも、法典編纂者たちは絶対主義を不変のものとは考えず、理性的で法律を尊重する政府が、法律家の諮問機関として農場所有者、都市代表、農民代表からなる「地方等族会議 Provinzial-Landstände」を設立し、それが人民の間に法律に対する畏敬の念をひろめ、人民の成熟をいっそう促進するであろうことを構想したが、このような萌芽的立憲思想がプロイセンで現実のものとなるのは、半世紀後のことである。既述のようにフリーバ―は、法治国家思想の成立基盤たる「市民社会」の生誕契機を、ドイツについては一八〇六年以降の「政治改革」に求めたが、その中核を担ったプロイセン改革の指導者たちは、ラインハルト・コゼンツックが鋭意解明に努めたように、啓蒙の進歩主義の世界観にもとづいて、「絶対主義的身分制的均衡に代えて一つの近代的な法律国家を創り出すこと」をめざした。

法律国家の創出は、君主の大権裁定を批判して法典編纂に精力を傾注したスヴァーレッツの本来意図していたところでもあった。しかしスヴァーレッツの場合には、十八世紀ドイツ自然法思想が継承・集約されて、人間は「市

ドイツ法治国家思想の形成

民契約 *bürgerlicher Vertrag*」によつて「不安と混乱」の——したがつて「不完全」な——「自然状態 *Naturzustand*」を脱却して「市民的状态 *bürgerlicher Zustand*」すなわち「市民社会 *bürgerliche Gesellschaft*」に入つたと思定されており、<sup>(3)</sup>その「市民社会」においてもなお失われない不可譲の諸権利の一つとして、「自己の諸能力と諸力との完成によつて自己の幸福を増進する力」(既出)が認定されながらも、このヴォルフ的な意味での市民の自己完成ないし完全性希求は、身分制的社会秩序を打破する作用力をもたない。スヴァーレッツは、「市民社会」における人間を、自然法的秩序と市民的秩序との二重の法秩序のもとに把握し、前者からは、「各人は他人の諸権利の侵害が生じない範囲で自己の幸福を追求し増進する資格がある」という意味での人間の一般的な「自然的自由の権利 *Recht der natürlichen Freiheit*」を<sup>(4)</sup>したがつて「自然的平等 *natürliche Gleichheit*」を<sup>(5)</sup>導出しつゝ、同時に後者からは、「市民社会」の構成員各人の「出生 *Geburt*」および「市民社会においてかれが帰属する身分 *Stand*」という特殊・個人的な法的状況を帰結せしめて、現実の身分制的社会秩序を肯定し、<sup>(6)</sup>さらに既得権護護(「市民的自由」の基本原則)の立場から、緊急時を除いて現行の貴族の免税特権を論証・是認したのであるから、これに対して、「すべての身分制的諸制限の徹底的な除去により、自由な公民社会が育つための諸条件だけを創り出すこと」を<sup>(7)</sup>——少なくとも当初の——目標にかかげたハルデンブルク (*Karl August Fürst von Hardenberg, 1750-1822*) が改革者たちは、明らかに一定の近代性を示してゐたといつてよい。

ただここでも、一般ラント法の編纂者たちの構想の場合と同様に、「計画、約束と実現とのあいだのひらき」<sup>(8)</sup>が顕著であり、実際の改革は、憲法制定をあとまわしにした「行政改革の優先」<sup>(10)</sup>(後見的官房体制から、大臣統治制による合法的行政への転換が中心)を特徴とした。改革者たちは諸身分と諸プロヴィンツとにもとづく一般

ラント法体制下の多元主義と、法律家による立法独占とを批判して、ヴォルフスヴァーレツの自然的な自然法思想ではなくカントの理性的国法論の精神にそって「自由な公民社会」の建設を志向しながら、<sup>(11)</sup>そのための「経済の自由化は、たとえそれが成功することになるにしても、〈自由な〉憲法を、新しい「十九」世紀の初めには前提としたというよりむしろ排斥し」<sup>(12)</sup>て、結局、憲法制定の公約の実行は一八四八年末の「欽定憲法 Die okroyierte Verfassung」まで引き延ばされたうえに、革命の突発的産物たる同年四月の普通選挙法に代わって、翌年には三級選挙制度が導入されることになる。

他方、プロイセン改革者たちがいかに一貫して自由な自律的経済社会の建設を追求し、急進的に自由主義的な経済諸政策を展開したかは、コゼレックが強調したところであって、この自由化政策を遂行したものがほかならぬ開明的官僚行政であったから、たとえその後成文憲法への欲求が顕現しても、それは国民の政治参加をめざすものというより、依然として行政の成文法による拘束を指向せざるをえないであろう。<sup>(13)</sup>「多くの点で一八四八年の革命よりも革命的に作用した」<sup>(14)</sup>といわれる長期にわたるプロイセン改革は、身分制的社会構造の解体を促進したものであっても、立法への本格的な市民の参加をついに制度的に確定しえなかったのであって、さらに、<sup>(15)</sup>その間にドイツ諸領邦で成立した立憲君主政にかんする、次のようなライナー・ヴァールの指摘をも想起しておきたい。すなわちヴァールによれば、立憲君主政のもので「保証された諸権利は国民の基本権ではなく、国民主権の思想にもとづくものではなかった」のであり、十九世紀ドイツでは、「アメリカおよび西欧諸国の基本権思想にとつては不可分の、市民的自由と政治的自由との連関が妨げられ」て、「バーデン人、バイエルン人、およびプロイセン人の諸権利には、その国民がみずから闘い取り自分自身に与えた諸権利というパトス、国家の基礎を

### ドイツ法治国家思想の形成

なし国家を内側から形成する諸権利というパトスが、欠けている<sup>(17)</sup>のであった。

したがって、スヴァーレンツの場合にみられたように、「政治的自由」すなわち立法への市民の参加を断念し、国家権力からの「市民的自由」の法的確保を一面的に志向するという法治国家思想の原型的構造が、その後のプロイセン改革においても、「君主政的支配の連続性」を表示した立憲君主政のもとにおいてさえ、容易に克服されがたかったとすれば、この間に主として西南ドイツでモールらによって成立せしめられた本来の法治国家論もまた、「新しい諸自由を古い諸権威と現実的に調和させる」機能<sup>(18)</sup>、あるいは、「国家目的における個人主義を国家構造における伝統主義と結合させることを合理化する試み」と評される本質的契機を、はらんだものとして登場せざるをえないのであろうか。

しかしこの点の考察は続稿に譲り、法治国家思想の基本原理としての「市民的自由」論は、本来、国家目的論と不可分の関係にあったから、次にこの点をスヴァーレンツについて検討してみよう。

- (1) Vgl. E. F. Klein, a. a. O., S. 172 ff.; H. Conrad, a. a. O., S. 42 f.
- (2) R. Koselleck, a. a. O., S. 158.
- (3) Vgl. C. G. Svarez, Vorträge, z. B. S. 63 ff. (145 ff.), 215 ff. (201 ff.), 579 ff. (364 ff.).
- (4) Ebenda, S. 258 (214).
- (5) Vgl. ebenda, z. B. S. 63 f. (145 f.).
- (6) Vgl. ebenda, S. 260 (214 R.); H. Conrad, a. a. O., S. 26 ff.
- (7) Vgl. ebenda, S. 121 ff. (171 ff.), insb. S. 124 ff. (172 Rf.); G. Birtsch, a. a. O., S. 97 f.
- (8) R. Koselleck, a. a. O., S. 159.



- (9) Ebenda, S. 161.
- (10) Vgl. ebenda, S. 163 ff.
- (11) Vgl. ebenda, S. 153 ff.
- (12) Ebenda, S. 163.
- (13) Vgl. R. Koselleck, Staat und Gesellschaft in Preußen 1815-1848, in: H.-U. Wehler (hrsg.), Moderne deutsche Sozialgeschichte, Köln u. Berlin 1966, S. 55-84. 「プロイセンにおける国家と社会 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。たゞきは、「プロイセン政府のほうか、市民たちよりはるかにきつぱりと、国家と自由な経済社会とを切り離し、国家が市民たちに自由な活動を呼びかけたのに対して、市民たちのほうは、くりかえし国家の社会的使命を訴えた。」(ebenda, S. 75. 前掲訳書『四六二ページ。』「国家は経済社会を解き放ったが、これを統治体制に組み入れることをしなかつた。」(ebenda, S. 78. 前掲訳書『四六七ページ。』)
- (14) Vgl. ebenda, S. 81 ff. 前掲訳書『四七一ページ以下。』
- (15) R. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution, a. a. O., S. 13.
- (16) ほゞと唯一の例外として、市民の市政参加に道を開いた一八〇八年のシュタイン(Karl Reichsfrh. vom u. zum Stein, 1757-1831) とよる都市条令 Städteordnung とその問題点、およひ一八一〇年代前半のホルデンベルクによる国民代表機関設立への各種模索について( ebenda, S. 560 ff., 192 ff. を参照。)
- (17) R. Wahl, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in: Der Staat, Bd. 18, Heft 3, 1979, S. 321-348, S. 323.
- (18) L. Krieger, op. cit., p. 252.

ドイツ法治国家思想の形成

### ドイツ法治国家思想の形成

三 スヴァーレッツにおいては、既述のように、人間は「市民契約」によって「自然状態」から「市民的状態」に移行し「市民社会」を形成するが、「国家」は、人間がこの「市民契約」をつうじて主権を成立せしめ（服従契約）、主権者たる絶対君主を定立するところに成立するのであり、そのかぎりにおいて、法律制定権はもっぱら主権者たる君主に帰属すると同時に、「市民社会」形成の目的、したがって国家目的が、君主の権利を制約する論拠として、すなわち「市民社会」の構成員たる公民（国家市民）の個人的諸権利の確保の観点から、固有に重要な論点を形成する。

そもそもスヴァーレッツの法論・国家論の出発点は、人間各人が根源的に有する「幸福への欲求 [Trieb zur Glückseligkeit]」である。「人間の自然的諸権利と諸義務とは、きわめて当然にも幸福への欲求から導き出されるのであって、この欲求は、われわれの各人に我が偉大なる創造主によって植え付けられたものであり、したがって確かにわれわれの生存の目的であり、われわれの道徳的全本性の基礎である。」創造主は同時に他方で、人間に「幸福への欲求」を満たすための「諸力と手段」をも与えたから、「人間はすべて本来、自己の幸福を維持し促進するものすべてを行なう資格を有し、同時に、この幸福を妨害ないし阻止するものすべてを行なわないう義務を負っている」のであり、「理性、意思の自由、およびその他多くのさまざまな諸能力」を発見し、開展することにより、各人は自己の幸福に近づく<sup>(1)</sup>。だが、スヴァーレッツにしたがえば、「こういう自然的自由と平等の状態において人間が大いに幸福でありうるのは全員が啓蒙され好意的である場合であ」って、現実には人々の獸的感性が精神力を圧倒し、「万人の万人に対する争い、Krieg aller gegen alle」を生じさせるから、人々は「国家」を形成することになる<sup>(2)</sup>。すなわち、「この多数の人々が、みずからの内外の安全の共同防衛をかれらの結合の目的と

した場合に、そのような民族 Volk は市民社会と称せられる。この社会が、かれらの結合した諸力の使用を、その共同目的の達成のために一つの主権または一人の統治者に委ねた場合に、その社会は国家と呼ばれるのである。<sup>(3)</sup>

したがって、個人または家族が「市民契約」によって「民族」を構成し、さらにその「民族」が「市民社会」となるのは、それが「内外の安全の共同防衛」あるいはより一般的に「共同的幸福の増進<sup>(4)</sup>」を目的とする場合であり、「市民契約」は同時に、統治者と臣民との「相互的同意」にもとづく支配・服従契約として、「その民族を法律に従って、また法律で規定された市民社会の目的として従って……統治する」<sup>(5)</sup>義務を統治者に負わせるから、一方で右の「市民社会」の目的は国家の目的として実質的に国家活動を制約するとともに、他方では「一般意思の判決 Aussprüche des allgemeinen Willens」<sup>(6)</sup>としての現存する一般的諸法律が、国家活動を形式的に拘束する<sup>(7)</sup>。統治者がこれらの限界をふみ越えようと、かれは市民契約を破り、かれの命令権とかれの臣民のかれに対する服従義務とが本来立脚している根拠を掘りくずすことになる。<sup>(8)</sup>その実例が、スヴァールツにとってはフランス革命にほかならなかった。「フランス」革命の本当の唯一の根源<sup>(9)</sup>は、「財政の無秩序、過重課税の過酷な圧迫、宮廷の濫費、閹閹と情実、個々の公民の人格、自由、および財産を侵害しつつ無気力な統治者の黙認のもとで名譽欲と物欲にかられた大臣たちによって行なわれたほしいままの専制<sup>(9)</sup>」である。社会契約にもとづく国家形成論は原理的には革命を否定しえないし、いかなる国家権力も奪いえない上述の不可譲の諸権利のいわば超越的な積極的認定(ただし「国家の緊急権 Staatsnotrecht」にもとづく介入を例外とする)<sup>(10)</sup>は、ポテンシャルな革命の論理を補強するから、スヴァールツはみずからの論理的帰結としてありうべき革命の警鐘を鳴らすことにより、統

治者行為の実質的並びに形式的自己規律化の緊要性を訴えたといつてよい（既述の「大権裁定」へのスヴァールツの批判を想起せよ）。

以上の論理展開に明らかなように、スヴァールツにおける国家目的論は統治者行為制限論の要石であるから、国家目的の規定は御前講義草稿その他のかれの著作中に類似の表現で散見される。その代表事例を挙げれば、——「国家の目的は、内外の平穩と安全を維持し、各人にその財産 *das Seinige* を暴力と妨害から保護し、また、居住者たちに、かれらの諸力と諸能力とを開展してこれをかれらの私的福祉の増進に用いるための手段と機会とがあてがわれるような措置を構じることである。<sup>(11)</sup>」この国家目的の規定には、法目的ないし安全・秩序目的と、福祉目的とが並存しており、スヴァールツはこれら両目的を、「共同的幸福の増進」という一般的・伝統的な語法で包括した。しかしスヴァールツにとって第一義的国家目的は、一貫して各人の「所有権および諸権利の安全」(既出)であり、「ただ外的な妨害と侵害とに対する人格および所有権の安全のみ」<sup>(12)</sup>なのであって、この国家目的は必然的に、「市民社会」において確保されるべき「市民的自由」の内容を構成する。したがって、「国家が市民の自然的自由を制限する権利をもつのは、ただ各人にその財産の平穩な所有と享有とを保障するために必要な範囲においてであるにすぎない。<sup>(13)</sup>」あるいは、統治者が「個々の臣民の自由を制限せざるをえないのは、全員の安全と自由とを保護し保持するためにどうしても必要な範囲においてであるにすぎない。それ以外のすべての点では、かれ〔統治者〕は臣民が自己の諸能力と諸力とを開展し使用し、また自己の生来の、並びに既得の財を使用することを、かれらの自然的自由に委ねなければならないのであって、誰であれ自己の最善の分別と信念に従って自己の幸福を増進することを——それによってただ公共の安全が妨げられたり危険に陥れられたりしないか

ぎりは——「統治者は」阻止してはならない<sup>(14)</sup>のである。

だがそれにもかかわらず、スヴァーレッツは国家目的を市民の「人格および所有権の安全のみ」に限定しえずに、「内外の平穩と安全の維持」と並んで、「全員の協力により諸個人の福祉を増進すること」をも挙げて、「好意〔ないし慈善〕の義務 Pflichten des Wohlwollens」の覚醒（教育施設の設置）と強制（たとえば寄付の強制による救貧施設の設置）との権利を国家に帰せしめ、公共福祉の増進にまで国家目的を拡大させた。そこで、たとえば国家の「ポリツァイ法 das Recht der Polizei, Polizeirecht」の説明において、スヴァーレッツは「全員の安全と自由」の確保という法目的を優先させる基本観点から、国家が「市民の自然的自由」を各種ポリツァイ法令によって制限しうる根拠を、ただ「市民社会」にとつての重大な「損害の回避」と「全体にとつての非常に甚大かつ永続的な利益を獲得する」という確固たる見込み」とのみに限定し、「公共の損害および危険の防止をねらった諸制限」を、「たんに全体にとつての福祉、便宜、美しさ、その他同様の副次的利益を促進するにすぎない諸制限」に対して優越せしめた<sup>(16)</sup>けれども、そういう基本原則のもとで想定されたそのポリツァイ法の管轄範囲は、たんに犯罪や災害の防止だけではなくて、貧民・浮浪者対策、公衆衛生、各種産業政策、交通政策、教育・文化政策などの広範な諸領域における監督と助成をも包括するものとされ、<sup>(17)</sup>各種ポリツァイ法令は、「国家およびその市民の国内福祉を増進し、あるいはこの福祉の障害を防止する措置」<sup>(18)</sup>にかんするものと規定された。そしてこの規定に即して、たとえば「公共の安全と秩序に有害な」出版物の蔓延を防止するために、スヴァーレッツは「出版物ポリツァイ Bücherpolizei」と「検閲法令 Zensurgesetze」とを合理化せざるをえなかつたのであって、「理性、意思の自由」などと並んで「自己の思想を他人に伝達する権利」を「人間の第一の最も自然的な諸権利の一

ドイツ法治国家思想の形成

つ」に数えたこの啓蒙の人は、出版統制のもたらすさまざまな弊害を指摘したうえで、統制の対象をキリスト教の基本原理、国家、良き人倫のいずれかに敵対する出版物に限定するという——實際上限定にはなりえない——妥協的不安定性を示すのである。<sup>(19)</sup>

これと同じことが、国家の教育任務の認定の問題にもあてはまる。既述のようにスヴァーレッツは国家目的を拡大し、公共的福祉の増進のための国家干渉をも正当化したから、「法律によって命令された美徳『*ugend*』は、もはや美徳ではなくなる」ことを十分に認識していたスヴァーレッツは、自己の諸力の自由な発展を求める市民の権利と、市民に対する国家の教育任務を含む公共的強制権とのあいだで、苦悶することになった。<sup>(20)</sup>「自然的自由はやむをえない限度をこえて制限されるには及ばないという主原則から、当然全階級の公民の諸力の自由な使用をできるだけ確立することが要請される」と述べたのは、一八〇七年のハルデンベルクであり、この観点は、確かに啓蒙官僚スヴァーレッツの基本姿勢を受け継いだものといえるが、ただスヴァーレッツのほうは、このような観点のみに徹することがまだできなかったのである。

(1) C. G. Svarez, *Vorträge*, S. 454 (288), vgl. auch S. 3 (117).

(2) Vgl. *ebenda*, S. 5 f. (117 Rf.), 64 (145 f.), 459 ff. (290 ff.).

(3) *ebenda*, S. 141 (179).

(4) *ebenda*, S. 464 (291 R), vgl. a. S. 467 (292 R).

(5) *ebenda*, S. 463 (291), vgl. a. S. 7 (118).

(6) *ebenda*, S. 9 (119), 467 (292 R).

- (7) Vgl. auch G. Kleinheyer, a. a. O., S. 35, 38, 41 ff.
- (8) C. G. Svarez, Vorträge, S. 468 (292 R).
- (9) Ebenda, S. 497 (307 R).
- (10) Vgl. auch G. Kleinheyer, a. a. O., S. 45 ff.
- (11) C. G. Svarez, Vorträge, S. 228 (204 R).
- (12) C. G. Svarez, Über den Zweck des Staats (Ein Vortrag vor der Mittwochs-gesellschaft, 19. 1. 1791), in: ders., Vorträge, S. 639-644, S. 640.
- (13) Ebenda.
- (14) C. G. Svarez, Vorträge, S. 467 f. (292 R), vgl. a. G. Kleinheyer, S. 41 f.
- (15) C. G. Svarez, Über den Zweck des Staats, a. a. O., S. 641 ff., vgl. a. S. 8 f. (118 Rf.).
- (16) C. G. Svarez, Vorträge, S. 486 ff. (303 Rf.), 39 f. (134 R).
- (17) Vgl. ebenda, S. 38 f. (134).
- (18) Ebenda, S. 14 (123).
- (19) Vgl. ebenda, S. 491 ff. (305 Rff.), 43 ff. (136 ff.); G. Birtsch, a. a. O., S. 98 f.
- (20) Vgl. C. G. Svarez, Über den Zweck des Staats, a. a. O., S. 641 ff., 8 f. (118 Rf.); 只能 提議 一〇六一  
 ○ユイ一六; R. Koselleck, Staat und Gesellschaft in Preußen 1815-1848, a. a. O., S. 59 f. 提議 提議 提議 提議 提議  
 一〇六二。 國家が 市民の自由を成すを促す教育施設をなすはフーテンの親友が フーテンとサムエル  
 Pufendorf, 1632-1694) に於てその提議のたゞしき。 E. Wolf, a. a. O., S. 446 f. 参照。
- (21) K. A. Fürst v. Hardenberg, zit. bei: R. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution, a. a. O., S. 158.

フーテンが國家強國の形成

#### 四 小括と展望

こうしてスヴァールレッツは、市民の「人格および所有権の安全」、総じて「市民的自由」という、啓蒙絶対主義下で構想された国家目的における進歩的側面を前面に押し出すことにより、統治者行為ないし国家活動の法的拘束を希求しながら、同時に、啓蒙絶対主義を他方で支えたポリツァイ国家の「福祉国家」の後見性を追認する側面を、なお払拭しえずにいたのであって、現実に一七九四年六月一日に発効した一般ラント法は、旧来の身分制的な権利・義務の諸関係を「国家が正式に認可した」ことよって、伝統的な社会諸規制を、あらゆる生活分野にわたって「国家化」することになった。<sup>(1)</sup> われわれはスヴァールレッツにみられる以上のような啓蒙絶対主義の法的イデオロギーを、クラインハイアーとともに「君主政的法治国家の理念」<sup>(2)</sup>と呼んでよいであろう。

ドイツ法治国家思想は、全体としては、その後も本格的なブルジョア政治革命の洗礼を受けないまま、十九世紀中葉以降は、当初のスヴァールレッツ的な意味での個人の「市民的自由」の法的確保を指向する啓蒙主義的・自由主義的な国家目的論自体を次第に稀薄化させて、その基調においては、第二次大戦後の「実質的」・「社会的」法治国家論の登場までは、もっぱら国家活動の外的形式——行政の適法性と法律の留保の原則——にかかわる概念装置としてのみ、存続しえたと考えられる（「法治国家」のこの形式的概念規定の初期の代表者としてのフリードリヒ・ユールリウス・シュタール Friedrich Julius Stahl, 1802-1861, を想起<sup>(3)</sup>）。しかしそのような基本動向の定着に先立って、スヴァールレッツにおける右のような「君主政的法治国家の理念」は、当面、一方ではその「市民的自由」論における個人主義的・自由主義的国家目的論のいっそうの徹底化、すなわち公共福祉目的に表示される



ポリツアイ国家の後見性の払拭と法(ないし安全)目的への限定化の方向を生み出すとともに、他方では、「君主政的法治国家の理念」の本質的契機たる、「政治的自由」の本来的脱落を、国民代表制の導入によって克服ないし補正する諸志向を形成せしめるであろう。そしてそのいずれの方向も、プロイセンというよりむしろ西南ドイツ諸領邦を主要な舞台として登場したのであり、その後間もなく、西欧の世界に隣接しつつカントの理性的国法論を受容して、主としてモールによって明示的に成立せしめられた「法治国家」論は、手工業的「中間身分」を現実の社会的基盤とした西南ドイツ初期自由主義の特殊に「市民的」な刻印を受けて、国民代表制度の改革問題を射程におさめつつ、いったん右のように急進的に行なわれた国家目的の限定化志向を現実主義的に修正し、本稿のはじめに概観したように広範な国家活動領域を、新たに認定することになる。これらの点の追跡は、続稿の課題とした。

(一) Vgl. R. Koselleck, *Strat und Gesellschaft in Preußen 1815-1848*, a. a. O., S. 58ff. 前掲訳書、四四〇ページ下。

(二) G. Kleinheyer, a. a. O., S. 143ff.

(三) Vgl. z. B., H. Schambeck, a. a. O., S. 17ff.; E.-W. Böckenförde, a. a. O., S. 70ff. あわせて前掲拙稿IIを参照。

〔付記〕本稿は、昭和六一年度成城大学教員特別研究助成による研究成果の一部である。