

カント・改革時代・モール (下)

——ドイツ干渉国家と法治国家思想——

木村周市朗

- 一 開題——法治国家と干渉主義——
- 二 カントの法形式論と近代ブルジョア社会原理
- 三 「公民社会」像の規範的諸契機
- 四 改革者としての官僚制国家——プロイセンと西南ドイツ——
(以上、本誌前号)
- 五 西南ドイツ初期自由主義と理性法論 (以下、本号)
 - (一) 「プロイセン改革」とヘーゲル
 - (二) 西南ドイツ理性法論の成立次元
 - (三) カント・ヴェルカー・ロテク
- 六 モールの法治国家と干渉主義
 - (一) モールのカント批判と行政法体系
 - (二) 法治国家と補助性原理
 - (三) 行政干渉と権利保護
- 七 結取

カント・改革時代・モール (下)

五 西南ドイツ初期自由主義と理性法論

(一) 「プロイセン改革」とヘーゲル

一 ところで十九世紀初頭の「プロイセン改革」は、周知のように、一八〇六年のイエーナ、アウエルシュテット両会戦での潰滅的敗北と翌年のティルジット和約とをつうじてナポレオンの力に屈したプロイセンの国家存亡の危機の中で、二人の改革者シュタイン (Karl Heinrich Friedrich Reichsfh. vom u. zum Stein, 1757-1831. 主席大臣一八〇七—一八〇八年) とハルデンベルク (国家宰相 Staatskanzler 一八一〇—一八二二年) によって中心的に担われ、「改革」の領域は、行政(中央・地方の行政組織の再編)・経済社会(農業・営業・財政の制度改革)・軍制(国民皆兵制度の創設)・教育(小学校から大学にいたる国民的教育制度体系の整備)の各方面に及んだ。ナッサウ出身のシュタイン、ハノーファー出身のハルデンベルクをはじめ、多くの改革者たちが非プロイセン人であったことは、⁽¹⁾改革領域の広範さとあいまって、旧来のプロイセン絶対主義国家体制全体のゆきづまりの深刻さを示唆している。十八世紀末には出版物の数が急速に増大し、ドイツは「啓蒙」と「公論 Öffentliche Meinung」の時代を迎えており、⁽²⁾スミスとカントとペスタロッツィ (Johann Heinrich Pestalozzi, 1746-1827) とがそれぞれの意味で改革者たちの理想主義的精神を規定したと考えられるし、多方面にわたる諸改革は、個別分野ごとに波状的・漸次的に進められたにもかかわらず、それらは新しい国家と社会とを「つくる」ための自由主義的な、しかし官僚行政的な、「一つの全体」⁽³⁾をなしていた。帝国騎士身分出身のシュタインが、旧帝国における等族制という伝統的発想に立って中央集権制と経済的自由主義との急展開を警戒し、社団的な自由と自治を重視して、教養

ある国家市民の政治関与を展望していたのに対して、ハルデンベルクのほうは、シュタインの嫌った中央集権的官僚行政と、経済的個人主義・自由主義とを志向した合理主義者だったというような、両者のあいだの体質的な差異は、二人がそれぞれ前後して指導した実際の改革の方向の点でもたしかに無視できない。しかしそれにもかかわらず、諸改革の中心は、一貫して国家行政機構の再編にあった。

「プロイセン改革」がすぐれて行政改革として登場せざるをえなかったのは、なんらかの国家的政策を遂行しようとしても、それまでは肝心の国家行政を統括しうる中央の一元的な最高行政官庁が存在しないに等しかったからである。すなわち、十八世紀末のプロイセンでは、中央の国家行政は外務省、司法省、総監理府 (General-direktorium—内務・財政担当) の三者によってそれぞれ独自に司掌され、これに国王側近による宮内局 (Kabinett) が別途並存していたから、宮内局と総監理府、総監理府と司法省、という二種類の二元的な構造が、国家行政の組織的統一性を著しくそなっていた。⁽⁵⁾ 「プロイセン改革」は、ほかならぬ絶対主義国家体制におけるこの中央最高行政機構の分裂状態の克服をめざしたのであって、シュタインは一八〇八年に宮内局の廃止に成功し、また、合議制の國務院 (Staatsrat) の創設というかれの構想は、司法官僚の抵抗によっていったん挫折したが、まもなくハルデンベルクが、一八一〇年の勅令で、諸大臣を指揮する国家宰相制度を新設して中央集権的官僚制に道を開き、一七年には國務院の設置によって、一七八一年以来司法大臣 (および司法官僚) が独占していた法律発議権・公定解釈権を司法大臣から奪い去って、国家の最高統治体制を、宰相主導の内閣と法律を立案・審議する國務院とのもとで官僚制的に確立した。⁽⁶⁾ 国家統治制度全体の有機的統一化と中央集権的行政機構の確立とは、生産関係政策であれ生産力政策であれ、国家的政策が必要に応じて立案され有効に実施されるための基礎的

前提であり、したがって「プロイセン改革」は、絶対主義国家の家産的官房政治の限界を官僚制的に克服して、国民代表制度を導入しないまま「上からの革命」として右の前提を創出したことになる。そして一八一九年一月以降「諸身分会議〔議会〕事項 Ständische Angelegenheiten」担当大臣として憲法立案に取り組んでいたヴィルヘルム・フォン・フンボルト (Friedrich Wilhelm Christian Karl Ferdinand von Humboldt, 1767-1835) が、カールスバートの決議に反対してハルデンベルクと激しく対立し、同年末に、他の二名の自由主義的改革派閣僚とともに罷免された結果、政治的反動下の官僚支配体制というプロイセンの方向が確定した。それは、シュタインからフンボルトにリレーされていたこの国での国民代表議会創設の意図と努力が頓挫させられたことを意味し、ハルデンベルク自身の妥協的な憲法草案も、二一年には国王によって拒否されてしまった。⁽⁷⁾

こうしてシュタイン―ハルデンベルクの「改革」は、とくに中央行政機構の官僚制的集権化をつうじて国家的政策の本格的展開のための条件を整備し、それに並行して経済社会を「解放」して自由競争原理を導入する方向で一連の諸改革を実施し、政治的には結局「官僚制的絶対主義へのあともどり」を帰結した。プロイセンにおける世襲隷農制 *Erbuntertänigkeit* の廃止、農民の人格的自由、土地売買や職業選択の自由を宣言した「十月勅令」(一八〇七年) は、シュタインの農民層維持思想の実践をくじき、まもなくハルデンベルクによる「調整令」(一一年) 以降、農民の土地の割譲と領主による農民保護の廃止とが「解放」の代償とされて、農業における冷厳な資本主義化が進展することになったし、同じくハルデンベルクの初期の立法「営業税令」(一〇年) は、プロイセンが「営業の自由」という自由競争原理を、他のドイツ諸国より徹底して導入・実施する出発点となったから、この国では自由主義的な経済社会的諸改革が政治的反動と両立しえたわけであるし、むしろそれらの政策はその

このプロイセンにおけるユンカー支配の確立と工業化の進展との前提因となったといつてよい。⁽⁸⁾

二 ところで近代国家がとくに立法・行政活動をつうじて市民の私生活にポジティブに干渉し、それが体系的な国家的政策として客観的作用力をもつようになる、その政策作用力に対する一定の認識が社会的に形成されるであろう。国家政策認識が近代的な政策思想や政策学として、たんなる支配者の日常的統治技術の集積から分立的するのは、私的自治という近代ブルジョア社会原理が次第に浸透して法的にも道德的にも普遍性を獲得しはじめるときであると考えられる。そのばあい、私的自治が制度的・イデオロギー的に成熟するためには、たんに私的自治の担い手としての個人が相互に自由で平等な存在として一般に認知されるだけではまだ不十分であり、同時に、国家が、そのような相互に対等な個人によって構成され、均質な国民の総意のもとに存立しているのだという想定をつうじて、新たに近代的に共同性と正当性とを獲得し、私的自治が国家という全体の中に最終的な成立契機を見出す必要がある。したがってここに形成される国家政策認識は、共同性を担ったものとしての国家干渉と、その共同性の中で成立する私的自治とのあいだの相互関係をめぐって巡回するにちがいない。しかし現実の社会のブルジョア化は、経済社会と政治社会との両面で同時並行的に進行するとはかぎらない。カントは、上述のように、自由で平等な「公民社会」像と同時に、それらにみあった「統治方式」として社会契約論的に「共和制」を指定して国民代表制を展望していたが、政治的ブルジョア化、具体的には、国民代表制という近代国家による国民の政治的包摂の制度化（国家の近代的な共同性・正当性の成立）を欠いたまま、経済的ブルジョア化が国家政策的に突出するとき、たとえばすでにフィジオクラシーが絶対主義下の経済的自由主義の一類型として歴史的過渡性を示したように、私的自治の形成は不完全なものとならざるをえない。したがってこのばあいには、

その国家政策の認識主体は、近代個人主義的な私的自治の側には容易に見出しがたいであろう。

「プロイセン改革」は、たしかに国家統治機構の中央集権的再編・強化のうちに経済社会の自由化を国家的政策的に推進したが、自由化であれそれへの抵抗であれ、それらの国家的政策を立案・実施・修正したのは中央・地方の高級官僚層であり、君主制国家の側からの広い意味での「改革」者たちであった。そしてこの国家的政策の官僚制的展開に対するすぐれてプロイセン的な認識の事例を、ヘーゲルが『法の哲学』(一八二二年)の中で開示した。そのばあい、たしかにヘーゲルは、「市民社会」を「個々人の労働」にもとづく「欲求の体系」として把握しただけでなく、この体系が特殊利害の分裂(一方における「富の過剰」、他方における「貧困の過剰と賤民(Pöbel)の出現」)を帰結させること、そしてその利害の分裂が、「即自かつ対自的に理性的なもの」としての「国家」を必然化させて「個々人の生計と福祉との保障」を要求することを認識して、「司法権」のみならず広範な「ポリツァイ権」をも国家の統治権の構成因として措置したから、われわれは『法の哲学』を、「市民社会」の私的自治原理に包蔵された矛盾へのきわめて鋭利な批判と、「国家」と「市民社会」との分離認識とに立脚したところの、包括的国家干渉論として読むことができる。しかしヘーゲルは、「市民社会」の特殊性(特殊利害の分裂)を「近代国家」の普遍性で「包摂」したとき、国家を「絶対不動の自己目的」・「即自かつ対自的に存在する神的なもの」・「神のごとく不易なもの」として絶対化し、国家形成論としての社会契約論を全面否定した。また、政治的国家の国制構造を論じたさいには、かれは立法・執行・司法の三権分立論を拒否して、「立法権」と「統治権」(司法権・ポリツァイ権)とを「君主権」で総括させたのであり(ヘーゲルにおける「立憲君主政」)、そのばあい立法権の一契機とされた「議会 Stände」は、「市民社会」における各種中間団体(「コルポラツィオン」)

の自治的・利害調整的意義づけを継承してすぐれて旧身分制的に觀念され、近代的国民主権も均質な国民の存在自体さえも否認されたのであって、「議会よりも」国家の最高官吏たちのほうが、国家のもろもろの機構や要求の本性に対していっそう深くて包括的な洞察を必然的に具えているとともに、この職務についてのいっそうすぐれた技能と習慣をも必然的に具えており、議会があつてもたえず最善の事をなすにはちがいないとしても、議会なしでも最善のことをなすことができる」と考えられた。⁽¹⁹⁾

したがってヘーゲルにとっては、「普遍的身分」としての「官吏身分」が真の国民代表（「国家」と「市民社会」との「媒介項」）にはかならず、「官吏の属する中間身分のうちこそ、国家の意識と最も優れた教養がある。それゆえこの身分は、合法性と知性という点で国家の柱石でもある」と思われたのであり、それは、もともと「国家」が「市民社会」を「包摂 Subsumtion」する職務が「統治権 Regierungsgewalt」の内容ととらえられたからである。そうであつたかぎり、ヘーゲルの国家政策認識（統治権論）は、なによりも私的な特殊利害を調整・超越する官僚政治の管理行政論として展開されて、各種コルポラツィオンの自治が官僚政治を補完するという構成をとらざるをえなかつた。そしてそのような官僚制的国家干渉認識は、たんなる哲学的思惟の産物などではなく、むしろ当時のプロイセンの政治的現実を鮮明に映し出していたと考えるべきであろう。コゼレックの次のような指摘は、この点を示唆している。「ヘーゲルがその『法の哲学』の中で官吏階級について述べたことは、一八二〇年頃にはびつたりあてはまつた。……ヘーゲルの觀察の鋭さと率直さは、当時の官庁組織およびその国制上の地位を、添加も削除もせず、あたかもかれが自分で内部の職務関係を調べたかのように把握したのである。⁽²²⁾」しかし、この「ヘーゲルの觀察の鋭さ」は、「市民社会」に対する官僚制の優位と、管理行政論として

の統治権論とを帰結し、だから若きマルクス (Karl Heinrich Marx, 1818-83) の次のような批判 (一八四三年) をよびおこすことになった。「ヘーゲルが〈統治権〉について言っていることは、哲学的な展開の名に値しない。たいていの節は文字通りプロイセンのラント法に見出されるであろうが、しかし本来の意味での行政 Administration というものは分析の最も困難な点なのである。……ヘーゲルは、われわれに、一方では現実にあるがままの官僚制の、また他方では官僚制みずからが自己の存在について見解の、経験的な叙述を与えている。そして、これをもって〈統治権〉についての困難な章はかたづけられてしまっている。」⁽²³⁾

(二) 西南ドイツ理性法論の成立次元

一 他方、比較的早期に憲法と国民代表制議會とを創設した西南ドイツ諸国のばあいには、国家政策認識の形成経緯の点でもプロイセンとは事情が異なっていたように思われる。西南ドイツ初期自由主義者たちは、改革者たる国家が自由な公民社会を「つくる」というカントの理性法的規範を、「統治方式」の変更すなわち立憲制度の導入の方向に実践したというだけではなかった。この立憲主義的实践は、官僚行政サイドからの経済社会の自由化志向を特徴とした「プロイセン改革」のばあいとは異なり、国家における個人すなわち国家公民の基本権の思想およびそれを根拠づける自由主義的な国法の理論の独自の展開史と密接に結びついたのであって、その国法の諸理論は、とくに独立小経営的社会構造を立脚基盤とする西南ドイツ初期自由主義において、すぐれて理性的・市民的な観点から形成された。したがってその意味では、先に検討したカントの「公民社会」像の規範内容と改革的实践との対応関係の問題とは別に、西南ドイツでは、カントの理性法的な考え方が国法学的ないし国

家学的に継承されて、立憲自由主義的に発展させられ、それが政治的実践運動に理論的支柱を与えたという経緯が、まず注目される。

カントの「道徳学」すなわち「人倫の形而上学」は、経験から帰納された一般的了解の諸体系の一切から独立して、「ただ各人が自由であり実践理性をもつがゆえに、またそのかぎりまで、万人に命令を下す」⁽²⁴⁾のであり、このような理性理念という先見的原理から出発することによって、カントはヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754) 流の旧ヨーロッパ的实践哲学における旧自然法的な義務の体系と絶対主義的福祉国家の理念とを批判・克服した。したがって、カントの理性法論は、その理性理念的方法をつうじて、また、各人の自由の調和の形式的条件としての「法」規定とそれが含意した既述のような規範性の近代的側面とをつうじて、ドイツにおける新自然法思想の成立を決定づけたといつてよい。D・クリッペルが展望したように、ドイツでは一七八五年頃以降十九世紀初めにかけて、自然法文献の「最後の満開期」⁽²⁵⁾が訪れ、この新自然法思想は、フランス革命(一七八九年の「人および市民の権利宣言」とカントの批判哲学とを二大震源として、とくに自由と人権にかんする諸概念を発展させたというその政治的機能において、それまで身分制的・幸福主義的絶対主義国家の精神的支柱の役割を果たしていた旧自然法思想とは、区別されるべきものであった。そのばあい、ドイツにおけるフィジオクラシーは、たしかに「自然的秩序」の実現を啓蒙絶対主義国家の任務とみなすという本来的な過渡性を示しながらも、自然法の自由主義的意味転換を促進したように思われる。たとえば、バーデン辺境伯に仕えたシュレットヴァイ (Johann August Schlettwein, 1731-1802) は、一七七三年に、各人は「自分個人の一切の力と能力とを支配する自分自身の主である。……したがって、……その人が他人の所有権を侵害することなしに、自分自身の諸力に

よって自分のものからつくり出すものはすべて、固有にかれにだけ属さねばならない。このことは、かれがそれを実際につくるのに用いる諸力が固有にかれに属するのとまったく同様である」と述べて、各人の人格と所有権との保全を「絶対的な正義と自由の体系」と呼んで擁護した。⁽²⁷⁾

ドイツにおける新自然法論は、まもなくロマン主義の国家哲学と歴史法学とによって終息させられ、周知のよう⁽²⁸⁾に十九世紀中葉以降は、法の体系的自己完結性(没倫理性)と制定法至上主義とを特徴とする法実証主義が、次第に支配的となったから、十九世紀前半は、新(後期)自然法から実証主義への「過渡期」⁽²⁸⁾に相当した。この間、カントの理性法論が、人間を目的自体ととらえ、「自由」を、「一切の法的行為と無関係に万人各自に本来的に帰属する」ただ一つの根源的で内的な「生得的権利、das angeborene Recht」⁽²⁹⁾と規定し、そのうえで「根源的契約」すなわち国家契約による平等な国民の「外的自由」(「外的権利」)の確定的保証という規範を、先験的でア・プリオリな理性原理にもとづいた「国法の理論」の主題として提起したことにながされて、一連の理性的法的法論の諸体系が生み出されることになった。十八世紀末から十九世紀初頭にかけて出現した自然法的・理性的な国家論・国法論は、フランス革命への幻滅現象をひきがねとする政治的ロマン主義、有機体論、歴史主義といった広い意味での保守的・反啓蒙合理主義的諸潮流の抬頭に抵抗しながら、自由主義的な初期立憲主義運動の成立と展開を理論的にささえる役割を果たしたのであって、⁽³⁰⁾ロテクの『理性法および国家諸科学の教本』(全四巻、一八二九―三五年)は、人間理性、「全体意志 Gesamtwille」、社会契約などの諸概念にもとづいて構築された啓蒙主義的理性法体系として、ルソー(Jean-Jacques Rousseau, 1712-78)とカントにつらなる純粹理念的国家論・国法論のほぼ最後の典型例であったと思われる。

ロテクは、「理性的存在者の意志だけが自由なものとみなされうる⁽³¹⁾」という理性理念原理、いかえれば、各人自身の「実践理性」のみが立法し「良心」のみが審判するところの「内的自由」の原則たる「道德原則、Moralgesetz」から出発し、そのうえで、「相互作用の關係に立つすべての人が等しく承認」しなければならぬ「法原則、Rechtsgesetz」が、「外的自由」の原則として、「道德原則」とは別に存在すると考えた⁽³²⁾。「私は外的に自由である」という命題と、「汝も、他のすべての人も外的に自由である」という命題とのあいだの矛盾を止揚すること⁽³³⁾が、「法」の根本理念であり本質なのであって、ロテクは、このような「外的自由」の相互普遍的確定というカント的観点から国家の成立を説明し、「国家契約は一個の社会契約、すなわち多数の者が法的に結合する行為であり、この結合体すなわち国家は「一個の全体人格、Gesamtpersönlichkeit」であると、規定した⁽³⁴⁾。ロテクにとっては、人々が国家を形成する「結合契約」は、「すべての構成員を義務づける全体意志」という「一個の権力」をつくり出す行為であり、この「社会的な全体意志」という権力の「機関 Organ」は、「自然的に投票権のある stimmberichtig¹、あるいは父母を同じくする vollbürtig 社会構成員の多数、Majorität」である。したがって、「市民社会……と国家自体とのあいだにはなんの差異も存在しない⁽³⁵⁾」し、「全体意志」が多数意見の支配に見出されるから国民代表議会が多数者の意志を表示する「自然的機関」として定立される⁽³⁶⁾。しかし国民代表議会が「全体意志」の「自然的機関」であるというのは理念的規定であり、現実制度的には議会がつねに真の「全体意志」を表示するとはかぎらないから、ロテクは、「自然的機関」を補完し抑制するものとして、「人為的機関」すなわち政府または君主を措定し⁽³⁷⁾、そのことによって、政府と国民代表議会との二元主義的な立憲君主政論をすぐれて理性法理念的につくりあげた⁽³⁸⁾。

二 ロテクの右の『教本』は、自然法的私法論(第一巻)を出発点として、社会契約論的な国家権力成立論によって自然法的・理性法的に「国法学」範疇を定立し⁽³⁹⁾(第二巻)、そのうえで、国制(「形式的政治学 Formale Politik」)(第二巻)・国際法・司法・ポリツァイ(以上、「実体的政治学 Materielle Politik」)(第三巻)・国民経済と財政(「経済的政治学 Oekonomische Politik」)(第四巻)を、順次論じた⁽⁴⁰⁾。そのばあい、「国法学」は、「理論的国家学またはメタ政治学 Metapolitik」の課題とされ、国制から財政にいたる国家の形式と活動内容との一切は「実践的国家学」、「すなわち」狭義の、または本来の政治学」として総括されたから、それはまさに「理性法のうえに築かれた国家学⁽⁴¹⁾の総体」にはかならず、ロテクのいうPolitikは、近代的国家政策学というよりむしろ古典的な意味での「政治学」として理解されるべきものであろう。

しかしロテクがこのような理性法に依拠した国家学体系の『教本』を出版しはじめたとき、かれの祖国バーデンでは、現実には憲法制定後すでに十年以上経過していた。カント以降ロテクにいたる理性法的新自然法が、そのご実証主義にとつてかわられるという、法的思考様式上の推転局面は、理性法的国法学から、立憲制度の導入を結節点として、実定的な「法律による行政」の原理という意味での行政法学の形成・確立へといたる、ドイツ公法学成立の基礎過程を前提としている。十八世紀後半までは「一領土の法的な現にある状態全体」を意味していた「フェアファッスング Verfassung」という術語が、新自然法における国家契約思想と、英仏流の Konstitution の語の普及とをつうじて、次第に「一つの憲法文書に記載された包括的・規範的な国家秩序」の意味へと内実化されていったことは⁽⁴²⁾、巨視的にみれば右の基礎過程の開始を告げるものであった。そして西南ドイツ初期自由主義者たちは、初期立憲主義運動を政治実践的に担っただけではなく、その多くはカントの洗礼を受けて

自然法的理性法の世界を共有し、初期立憲主義をささえる国家・国法論を上述の「中間身分」的社会構造と結びつけて、その市民的・自由主義的な規範体系を、ロテクとヴェルカーの編集になる『国家事典 *Staats-Lexikon*』(全一五巻、一八三四―四三年、第二版全一二巻は一八四五―四八年、第一版への補巻全四巻は一八四六―四八年、第三版は一八五六―六六年)に結晶させるだけの凝集力と理論構成力とを示したのだが、その出版は、ドイツにおける法的関心が自然法的理性法から実定法へと移行しつつあった時期に該当したと考えられる。

右の『国家辞典』は、もともとフリードリヒ・リストが企画し、かれはロテクとヴェルカーの知名度を必要視して出版社に両名を編集者として推薦し、みずから執筆者の一人となりながら、すぐに両編集者と対立して一八三八年には刊行事業から身を引いたし、第二版では、三月革命期にバーデンを拠点として少数の急進的な共和派(民主派)を指導することになったシュトゥルムヴェ ⁽⁴³⁾ (*Gustav von Struve, 1805-70*) と ヱッカー (*Friedrich Hecker, 1811-81*) も執筆陣に加わっていた、といったことが示唆しているように、『辞典』の各項目の内容が相互に首尾一貫していたわけでは決してなかった。『辞典』はむしろ、政治的には三月革命における穏健自由派と急進的な民主派との対立をすでに内包していた。ロテクとヴェルカーについてさえ、両者の世界観・国家観が一致していたとはいえない。一七七五年生まれのロテクは、フランス人の母をもち、かつてカントがルソーから人間性の究極的肯定を感得したのに以て、自由と人権の発展を人類普遍の歴史原理ととらえ、純粹に理性法的な観点を保持することによって人間の自然権の延長線上に国民の政治的諸権利のカタログを抽象理性法的に主張し、「自由のない統一よりも、統一のない自由を選ぶ」と述べることができたのに対して、一五歳年少のヴェルカーは、「国家を民族生活と文化との生きた組織体ととらえ、理性法とともにドイツの歴史法(実定法の集積)をも積極的

に評価して、国法とドイツ連邦法との同時並行的な自由化(すなわち、自由も統一も)を、国民代表制 Nationalrepräsentation と出版の自由 Pressefreiheit とに力点を置いた実定法の水準で要求した⁽⁴⁴⁾。

したがって、ロテクとヴェルカーとのあいだの十五年の年齢差は、三月革命以前の西南ドイツ自由主義が展開した国家・国法論における、純粹理性法から歴史実定法への推移状況を照らし出したことになる。そして『辞典』の初版から執筆陣に加わったモールは、ヴェルカーよりさらに九歳年少であり、かれが学問的地位をまず確立したのは、処女作『ドイツ連邦司法論』(一八二二年)以降、『北アメリカ合衆国連邦法』(二四年)、とりわけ『ヴェルテムベルク国法論』(全三巻、一八二九・三一年)という、一連の実定的国法学分野での著作によってであったから、後述のような国法学的行政法学の形成に対するかれの貢献を思いあわせれば、モールは立憲制導入後の時代の申し子だったといってもよい。そして以上のような初期自由主義者たちのあいだでの年齢差や関心方向の分岐状況にもかかわらず、かれらは基本的に理性法の世界を共有しており、それが『辞典』の一つの立脚基盤であったし、実定法学から出発したモールが、ほどなく法治国家論を展開して国家における市民の自由と権利を論じることができたのも、理性の諸原理に照らして国家類型を理念的に把握したからであった。

(三) カント・ヴェルカー・ロテク

一 「法治国家 Rechtsstaat」という術語の使用例は、モールを嚆矢とするものではなく、二三歳の若きヴェルカーが、すでに一八一三年の処女作『法・国家および刑罰の究極的根拠』の中で、感覚 Sinnlichkeit、信仰 Glauben、理性 Vernunft という人間の三様の自然に、人間の成長の三段階と国家の統治原理の三種類とをそれ

それアナロジカルにあてはめ、「専制国家、Despotie」（感覚の国家）、「神権政国家、Theokratie」（信仰の国家）に對する第三の統治原理として、「理性の国家」を「法治国家」と呼んでいた。ヴェルカーにしたがえば、人間は幼年期（感覚）、青年期（信仰）を経て成年に達すると、冷静な省察によってそれまでの幻想を克服し、「自分の理性の声」に従うことをつうじて「確実に神威の声 die Stimme der Gottheit がかれの理性と良心のうちに目覚める」のであって、「この理性はいまやかれにとつて最高の法則であり、理性が命じることだけが法であり、人間の努力の究極目標は、一切の思考と行為が理性と一致することである。⁽⁴⁵⁾」オーバーヘッセンの農村地帯のルター派牧師の家系に生まれたヴェルカーは、ここで、内面的信仰の延長線上に理性をとらえたといつてよい。かれは君主制・貴族制・民主制という「通常の分類」を、たんに主権者の数を根拠とした「統治形式 Regierungsforn」論とみなし、「国家体制 Staatsverfassung」としての専制・神権制・法治国家の三分のほうを重視したから、⁽⁴⁶⁾まずこの点で、かれは既述のカントの国制形態論の継承者であった。

また、ヴェルカーにしたがえば、「理性の国家」すなわち「法治国家」は、「法の人倫的尊重と神聖、並びに市民の自由と自治の維持、これら両者を同時に要求する」のであり、「全員の意志の最も完全な結合」に立脚して、「諸個人の自由を制限することなく全体の確實強固な存続を維持すること」を任務とする。⁽⁴⁷⁾「法治国家」においてはじめて、「法の、また、市民の完全な法的自由の、厳格な神聖」が達成されるのであり、そこでは「政府は市民のためにあるのであって、専制のばあいのように後者が前者のために存在するのではない。⁽⁴⁸⁾」法治国家における風俗ポリツァイ Sittenpolizey についでいえば、一つにはそれは一般に市民の法的自由を制限しないことによつて、また一つには、認知された国民の宗教と人倫を確かに墮落させて万人の欲する目的に反するような行為を、

それは法律をつうじて客観的に不法にし、⁽⁴⁹⁾ とうとうものとして、処罰することによって、この風俗ポリツァイにも有益な作用因がなお存続しているということは、たしかに否定できない。しかし、まさにこの点に、そして一般にポリツァイ権力に、市民の自由にとって、⁽⁵⁰⁾ 法治国家の政府にとって、最も危険な障害が存していることを、決して忘れてはならない。カントが述べたように、〈市民を未成年の子供として扱う家父長的な、好意の原理を抛り所としている政府は、およそ考えられうるかぎりの最大の専制である〉⁽⁵¹⁾ ということを、決して忘れてはならない、⁽⁴⁹⁾ とヴェルカーは言う。カントは、周知のように、一七九三年の一論説および『人倫の形而上学(法論)』で、たしかに大略右の引用部分のように指摘していたが、⁽⁵⁰⁾ 「ポリツァイ」については、『法論』の中で、それは国家(執行権)の広範多岐にわたる諸権能のうちの一つとして、「公共の安全、快適、および風紀の保持の任にあたる」⁽⁵¹⁾ ものだ⁽⁵¹⁾ と即目的に述べて、「ポリツァイ」が市民の自由を抑圧する可能性にかんしては特別なにも言及していなかった。それに対してヴェルカーは、右のようにこの点に注意を向けて、「ポリツァイ権力」と「家父長的」「専制」との親和性を指摘したわけである。これは、後述のように、そのご一八三〇年代以降はじめて「ポリツァイ国家」という合成語がドイツ語圏にひろまり、「ポリツァイ国家」に「法治国家」が対置されるようになる、その一つの前史である。

ところでヴェルカーの法治国家は、このようなカントへの接続をふくみながらも、その根底には素朴な「美德(Tugend)論をもっていた。ヴェルカーにしたがえば、「法治国家」は、たしかに法の人倫的尊重と市民の自由の維持とを任務とし、「国民とその代表者による立法並びに官吏の選挙」、「権力の分立」、「行政当局の確固たる法的形式と合議制的編成」⁽⁵²⁾ などを要請するものだが、⁽⁵²⁾ そもそも「法関係全体とその原理との基礎、すなわち自分お

よび他人の道徳的尊厳 *moralische Würde* と自由との人倫的尊重の基礎は、法治国家が到達すべき究極目的と同じく真の美德である。⁽⁵³⁾「道徳的尊厳と法とを互に自由に尊重すること」が「市民の誇り *Ehre*」を保証し、その逆も真理だ、という意味で、ヴェルカーにとっては、古代ギリシアの哲人たちが「誇りと正義とを不可分のものと考えた」のは「大いに正しかった」のである。⁽⁵⁴⁾「国家が法から導き出され、なによりもまずそのために根拠づけられるとしても、そのことをもって、これ〔法〕が理性法に従えば国家成立の唯一の根拠であり目的である」と言っ
ては決してならないのであって、そこでは一個の人倫共同体と道徳的諸個人の相互作用との形式が示されたにすぎない。この形式は、市民相互の一切の行為が、また、市民に対する国家の一切の行為が即自的にもたねばならぬものであり、それによって必然的に国家および個人の一切の強制権限が、厳密強固に客観的に限定づけられる。……肉体的有機体組織が精神の表現と作用のための形式であるように、法律は、精神的・人倫的作用のために外的形式を規定したにすぎない。……したがって、法律はつねに、その上に愛の国、人倫的・精神的に美なるものすべての自由な発展の国がはじまるべき強固な地盤をつくり出したというにすぎないのであって、法と国家は全き美德のためにつくられるのだから、それらは全き美德、人間性全体をつねに念頭においていなければならない。⁽⁵⁵⁾」

二 このようにヴェルカーの「法治国家」論は、一面でカントにおける法の「外的形式」規定を継承しながらも、他面では、この形式に「美德」という内容を同時に最初から究極目的としてもちこんでいた。カントの理性法論は、法の外的形式性がそのまま自由で平等な国家公民の外的権利を普遍的に保証するというその一点の論証において一切終結するものであったから、ヴェルカーは、「目的」範疇を排除したカントの法論の形而上学的枠組

を、古典主義的有機体思想によって解体したことになる。それはカントからの後退とも発展とも両様に呼びうる
 が、この方向をヴェルカー自身はのちに立憲君主政論上に拡充し、『国家辞典』の中の „Staatsverfassung“ などの
 の諸項目において、たんなる外的強制機関としての国家规定を批判し、国家を、自由と統一、市民と政府が「内
 的に結合」した「生きた、自由な共同体、Gemeinwesen」ととらえ⁽⁵⁶⁾、政府と国民代表とによる立法権 Gesetz-
 gebende Gewalt の共同分担の中に国家の有機的統一性を見出したのであり、そのことによって、ヴェルカーは⁽⁵⁷⁾
 ロテクの啓蒙合理主義的・個人主義的自由主義とは別種の、有機体的自由主義の開拓者の一人となった。⁽⁵⁸⁾と同時
 に、ヴェルカーが「法」を国家成立のたんなる「形式」とみなし、「全き美德」という、「法」そのものとは別個
 の究極的な国家目的の不可欠性を強調したことは、国家活動を、たんなる法の維持による市民の自由の消極的達
 成には限定させず、論理的には「美德」の促進のための諸活動にまで一挙に拡大させるであろう。ヴェルカー自
 身は、自由主義者として、「真の美德にとつて最も不可欠なものは……市民の自由である⁽⁵⁹⁾」と述べて、「ポリツァ
 イ権力」の危険性を大いに警戒したのだが⁽⁶⁰⁾、だからといって、上述のように、「風俗ポリツァイ」の存在意義
 を否定したわけではなかった。国家目的を「法」の形式次元に限定せず、「美德」という人間生活の實質にまで拡
 張したという点では、ヴェルカーは現実主義者であり、この立場はまもなくモールに受け継がれるが、しかし
 ヴェルカーのばあいには、原理上広範囲にわたる国家干渉活動を「市民の自由」と整合させる論理や方法
 は、まだ明示的に獲得されてはいなかった。

そして同じことが、啓蒙合理主義者ロテクのばあいにもあてはまる。ロテクは、「一個人の幸福が何に存する⁽⁶¹⁾か
 は、他人によってではなくかれ自身によってのみ判定されるものだから、その「幸福になる」ための特定の方

法をかれに指定することは決してできない」と、とカント流に述べて、「諸個人の幸福」という意味での「公共の福祉 Öffentliches Wohl」という漠然とした概念⁽⁶¹⁾を国家目的から排除し、国家目的を、万人の社会生活の外的な「一般的諸条件」、すなわち何よりも「法状態、Rechtszustand」と「安全、Sicherheit」とに求めた⁽⁶²⁾。ところがロテックにおける「安全」概念は、各人の「願望の充足」を社会共同的に促進・達成することという「最広義における」一般抽象的なものだったから、「実体的政治学」を論じたときには、ロテックは対内的「国家目的」を「法、Recht」と「福祉、Wohl」とから構成させ、両者にそれぞれ対応する国家活動領域を、「司法、Justiz」および「ポリツァイ、Polizei」と規定した⁽⁶⁴⁾。したがってロテックも国家「ポリツァイ」活動を否定しなかったばかりか、「ポリツァイ権力は国家権力自体と同一であり、一般的な必要または利益の充足を目的とする」⁽⁶⁵⁾、と「実体的」に観念したのである。そしてたしかにロテックは、ヴェルカーと同様に「抑圧の後見による〔ポリツァイ〕権力の濫用の危険性」に注目して、「福祉ポリツァイ Wohlfahrtspolizei」という独自の一範疇を認定することには深い疑念を示した⁽⁶⁶⁾のだが、それにもかかわらず、ポリツァイ干渉の「一般諸原理を「全体意志」や「全員の権利の同等の保全」といった理性法の根本理念に終始還元させてしまい、国家干渉と「外的自由」との論理整合性問題を実定法的・現実制度的に意識することがなかった。それは純粹理性法的国法論が克服しえなかった固有の限界であったし、ロテックが近代的国家政策認識に到達しえずに古典的「政治学」の次元にとどまらざるをえなかったのも、この点に理由があったように思われる。モールにとっての課題は、近代法治国家における私的自治の基本原則と、国家の広範な政策的干渉の現実的必要性とを、整合させる方法を確立することにはかならなかった。

(一) 改革者たちの経歴については、たとえば次を参照。E. R. Huber, a. a. O., S. 123ff., 127ff.

- (2) Vgl. z. B., H.-U. Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 1: Vom Feudalismus des Alten Reiches bis zur Defensiven Modernisierung der Reformära 1700-1815, München 1987, S. 303ff.; H. Möller, Vernunft und Kritik, Deutsche Aufklärung im 17. und 18. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1986, S. 268ff.
- (3) T. Nipperdey, a. a. O., S. 35.
- (4) Vgl. ebenda, S. 35f.
- (5) ヲの点、宮崎、前掲書、ノベドニ因因ヤーシズトを参照。
- (6) Vgl. z. B., E. R. Huber, a. a. O., S. 145ff. 宮崎、前掲書、二五〇ヤーシズト。
- (7) Vgl. z. B., E. R. Huber, a. a. O., S. 290ff.
- (8) Vgl. z. B., E. R. Huber, a. a. O., S. 183ff.; T. Nipperdey, a. a. O., S. 42ff.; B. Vogel, a. a. O.; C. Dipper, Die Bauernbefreiung in Deutschland 1790-1850, Stuttgart 1980, S. 55. 藤瀬浩司『近代キーン農業の形成——ふゆの〈ノロムヤ型〉進化の歴史的検証——』、御茶の水書房、一九六七年、第二部。
- (9) G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Philosophische Bibliothek, Bd. 124, hrsg. v. G. Lasson, 2. Aufl., Leipzig 1921, S. 189 (§ 245). 前掲訳書、四七〇ヤーシ。
- (10) Ebenda, S. 195 (§ 258). 四七九ヤーシ。
- (11) Ebenda, S. 184 (§ 230). 四六二ヤーシ。
- (12) この点、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、とくに一七二ページ以下を参照。
- (13) G. W. F. Hegel, a. a. O., S. 195, 197 (§ 258). 四七九、四八二ヤーシ。
- (14) Ebenda, S. 225 (§ 273). 五二五ヤーシ。

- (15) Vgl. ebenda, S. 75 (§ 75), 305 (Zusatz zu § 75), 195ff. (§ 258), 二七六—二七八, 四八〇—四八二ページ。
- (16) Vgl. ebenda, S. 220f. (§ 272), 357f. (Zusatz zu § 272), 365 (Zusatz zu § 300), 五二七—五二〇, 五五七ページ。
- (17) Vgl. ebenda, S. 248ff. (§§ 303-313), 五六—一五七ページ。
- (18) Vgl. ebenda, z. B. S. 229ff. (§ 279), 五三三—五三五ページ。
- (19) Ebenda, S. 246 (§ 301), 五五八ページ。
- (20) Ebenda, S. 363 (Zusatz zu § 297), 五五二ページ。
- (21) Vgl. ebenda, S. 237 (§ 287), 五四四ページ。
- (22) R. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution, a. a. O., S. 263.
- (23) K. Marx, Kritik des Hegelschen Staatsrechts (§§ 261-313) (1843), in: K. Marx u. F. Engels, Werke (Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED), Bd. 1, Berlin 1961, S. 203-333, S. 246f. 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 二八〇ページ。マルクスの批判は、ヘーゲルの「統治権」論が、「えせ普遍的な、幻想上普遍的な身分、すなわち特殊な身分的な普遍性という前提から出発している」(ebenda, S. 253, 二八七ページ)点 いろいろかえれば、国家と市民との転倒性に向けられたが、ではマルクス自身は「国家行政をとりかえたのか」ということになると、それは本稿の課題をこえるであろう。
- (24) I. Kant, Rechtslehre, S. 17, 三三三ページ。
- (25) D. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976, S. 178.
- (26) J. A. Schlettwein, Die wichtigste Angelegenheit für das ganze Publicum: oder die natürliche Ordnung in der Politik überhaupt, 2 Bde., Carlruhe 1772-1773, Unveränderter Neudruck, Vaduz 1978, Bd. 2, S. 78.

- (27) Ebenda, S. 87. Vgl. auch D. Klippel, a. a. O., S. 324ff.
- (28) W. v. Rimscha, Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus, Köln u. a. 1973, S. 83f.
- (29) I. Kant, Rechtslehre, S. 43. 三六三頁一〇。
- (30) Vgl. M. Stolleis, Verwaltungslehre und Verwaltungswissenschaft 1803-1866, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, hrsg. v. K. G. A. Jeserich, H. Pohl u. G.-C. v. Urruh, Bd. 2, Stuttgart 1983, S. 56-94, S. 58ff.
- (31) C. v. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, Bd. 1: Lehrbuch des natürlichen Privatrechts, Neudruck der 2. Aufl. Stuttgart 1840, Aalen 1964, S. 5.
- (32) Vgl. ebenda, S. 10ff.
- (33) Ebenda, S. 16, vgl. auch S. 24.
- (34) Vgl. C. v. Rotteck, a. a. O., Bd. 2: Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre, Neudruck der 2. Aufl. Stuttgart 1840, Aalen 1964, S. 52f.
- (35) Vgl. ebenda, S. 85f.
- (36) Vgl. ebenda, S. 223ff.
- (37) Vgl. ebenda, S. 92ff., 223ff.
- (38) なお、ロテタの理性法国的国制論については、栗城壽夫『ドイツ初期立憲主義の研究——バーデンにおける憲法生活を中心として——』、有斐閣、一九六五年、第三部第一章を、あわせて参照。
- (39) Vgl. C. v. Rotteck, a. a. O., Bd. 2, insb. S. 78f.
- (40) ロテタの『教本』全四巻のうち、第三、第四巻は次のような副題をもっていた。 Bd. 3: Lehrbuch der materiellen Politik, Bd. 4: Lehrbuch der ökonomischen Politik. 一九六四年の新版全四巻は、第一・二巻が第二版（一八四〇

年)の第三・四巻は初版(それぞれ一八三四・三五年)の写真複製版である。

- (41) C. v. Rotteck, a. a. O., Bd. 2, S. 84.
- (42) Vgl. D. Klippel, a. a. O., S. 154ff.
- (43) Vgl. z. B., H. Zehntner, Das Staatslexikon von Rotteck und Welcker, Eine Studie zur Geschichte des deutschen Frühliberalismus, Unveränderter Neudruck der Ausgabe Jena 1929, Vaduz 1984 (List-Studien, Heft 3), Kap. I u. II; H. Fenske, Der liberale Südwesten, Freiheitliche und demokratische Traditionen in Baden und Württemberg 1790-1933, Stuttgart u. a. 1981, S. 77ff.
- (44) ロヒタム・カントの経歴と思想の概観については、カントの伝記については、K. Wild, Karl Theodor Welcker, ein Vorkämpfer des älteren Liberalismus, Heidelberg 1913,が、今日でも有用性を失っていない重要な資料である。ロヒタム・カントの思想を『國家學字典』を活用して究明したものとして、栗城、前掲書、第三部第一・二章を参照。
- (45) C. T. Welcker, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt, Neudruck der Ausgabe Giessen 1813, Aalen 1964, S. 25f.
- (46) Vgl. ebenda, S. 10f.
- (47) Vgl. ebenda, S. 166, 172f.
- (48) Ebenda, S. 167, 169.
- (49) Ebenda, S. 167.
- (50) Vgl. I. Kant, Gemeinspruch, S. 88. | 四三三頁。I. Kant, Rechtslehre, S. 140. 四三三頁。
- (51) I. Kant, Rechtslehre, S. 150. 四六三頁。

カント・改革時代・モール (下)

- (25) Vgl. C. T. Welcker, a. a. O., S. 174.
- (23) Ebenda, S. 166.
- (25) Vgl. ebenda, S. 174f.
- (55) Ebenda, S. 98f.
- (29) Vgl. z. B., C. T. Welcker, Art., Staatsverfassung, in: Staats-Lexikon, oder Encyclopaëdie der Staatswissenschaften in Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands, hrsg. v. C. v. Rotteck u. C. T. Welcker, Bd. 15, Altona 1843, S. 21-82; insb. S. 54ff.
- (22) Vgl. z. B., C. T. Welcker, Art., Gesetz, in: Staats-Lexikon, Bd. 6, 1838, S. 726-754, insb. S. 737ff.
- (25) Vgl. E.-W. Böckenförde, Der deutsche Typ……, a. a. O., S. 134 Anm. 3. 五〇—五一一頁『栗城 前提書 ニクレーンズル』。
- (25) C. T. Welcker, Die letzten Gründe……, a. a. O., S. 167.
- (26) 『国家辞典』におけるヴェルカーの「ポリツマイ」批判の例として、次を参照。C. T. Welcker, Art., Gesetz, a. a. O., S. 743. なお、前注(25)の項目「Staatsverfassung」(1843)の中で「ポリツマイ国家 Polizeistaat」という術語が、形式主義、物質主義、機械論、元子論と同列に用いられて、有機体論の観点から批判の対象とされている(S. 55)。
- (19) Vgl. C. v. Rotteck, Lehrbuch des Vernunftrechts……, a. a. O., Bd. 2, S. 59.
- (22) Ebenda, Bd. 2, S. 61, 63ff.
- (23) Vgl. ebenda, Bd. 2, S. 58, 63, 65.
- (29) Vgl. ebenda, Bd. 3, S. 170, 268.

(59) Ebenda, Bd. 3, S. 295.

(99) Vgl. ebenda, Bd. 3, S. 281f.

(75) Vgl. ebenda, Bd. 3, S. 288ff.

六 モールの法治国家と干渉主義

(一) モールのカント批判と行政法体系

一 モールは、一方で実定的国法学の立場からヴェルカーの上述のような便宜主義的アナロジーの空想性を批判するとともに、他方では、ヴェルカーから「法治国家」という述語と思想とを受け継いで、それを固有の国法学の領域に導入し、自由主義的な近代国家類型をこの述語で総括しうるまでに「法治国家」概念を練り上げる。これによって、近・現代をつらぬく法的ブルジョア・イデオロギーにドイツ的な国制論的思想装置をはじめて本格的に用意提供したと思われる。⁽¹⁾ モールにしたがえば、ヴェルカーは「さまざまな諸民族の、あるいはさまざまな時代における同一民族の、精神的・事象的状态を、人間個人の年齢段階と対比し、本質上異なった多数の国家諸類型を、この年齢段階に対応したものとみなして叙述した」⁽²⁾ であり、こういうやり方は、「あらゆる豊かな想念には通じて科学的真理には到達しえない恣意的な空想の戯れでしかない」⁽³⁾ のである。その反面、モールがヴェルカーを評価したのは、「国家はさまざまな民族状態に適合していなければならないこと、そして諸国家の多様性はたんに形式に見出されるべきではなく、とりわけその最も内的な本質と目的にこそ見出されるべきであること」⁽³⁾ をヴェルカーが「証明」したという点であった。このヴェルカー評は、モール自身がカントの形而上学

にはあき足らず、「さまざまな民族状態」と国家の「目的」とを重視する現実主義者だったことを示している。

モールにとって、プーフェンドルフ (Samuel Pufendorf, 1632-94) からヴォルフまでの「最初のドイツ国家哲学者たち」が「君主の形式的には無制約な請求権の根拠づけ」という限界を示したのに対して、カントは、その限界をふみこえて、「ドイツにおける法治国家の理論」の形成に「本質的な一歩」を印した人物だった。⁽⁴⁾ すなわち、モールの『国家諸科学の歴史と文献』(全三巻、一八五五―一八五八年) 第一巻所収の一論説にしたがえば、カントは、第一に、「理性的思考法則に従って形成された意志」の法論によって「国家結合の根拠」を説明し、第二に、「理念から展開された国家」の理論によって、「哲学的法治国家」が「即自的に効力をもつ永遠の法の要求」であることを「ドイツではじめて」論証し、しかも第三に、「自分の意図を、一個の圧倒的な、あらゆる請求権をもつ国家権力の根拠づけだけにではなく、国家における各人の諸権利の探究と確認にも向けた」のだった。「ところでカントとかれの学派は、国家を人間の主観的な自由の上に組み立てており、この自由は、人間の外的行為において、他の同様に自由な人々との共存の不可避性によって制限される。国家は、この理性にかなった外的な共同生活を保護するように決定づけられており、国家の唯一の目的は、各人のための権利保障であり、そしてこの目的に当てはまらぬことは、国家活動の対象ではないというわけである」⁽⁵⁾、とモールは解説した。

右のカント解釈は大筋においては正当なものだといつてよいのだが、そこにはモールの重大な誤解もふくまれている。すでに明らかなように、第一に、カントにおける「自由」は決して「主観的」なものではなく、実践理性がア・プリオリに要請する客観的法則なのであったし、第二に、「国家の唯一の目的」はたしかに公的強制法のもとでの外的権利の普遍的・相互的保障ではあったが、カントにおけるこの「目的」は、もともと人間相互の外

的關係においてそれ自体義務である目的であり、道德的命令のもっぱら外的で形式的な条件を表示しているにすぎず、經驗的・通俗的な目的概念からは隔絶しているものであったから、伝統的な国家目的概念とパラレルな「国家活動の対象」範疇とは、一切かかわりのないものだった。カントは、通俗的な国家目的概念の排除によって、むしろ「国家活動の対象」を「目的」から解放し、「外的自由」の形式的条件としての国法の執行に、目的論的に制限を付けようとはしなかった。そして第三に、カントは自由な人間相互の共存を保証する外的・形式的条件を「法」と規定したが、カントの主題はそこまでなのであって、それがそのまま「国家における各人の諸権利の探究と確認」を意味するわけではなく、⁽⁶⁾「国家における各人の諸権利」が語られるためには、カントの公民社会像における理念的諸規範が国制論上に基本権として実体化されなければならないはずである。

このカントへの理解と誤解、いいかえれば、理性法論の新自然法的画期性への直観的認識と、伝統的・啓蒙絶対主義的国家目的論への暗黙の接続、この両面の接点において、モールの法治国家論は成立する。モールにしたがえば、ドイツ法治国家論史上「カントとかれの学派」は、「その学説自体の巨大な何重もの功績」を有しているのだが、反面、「とくに、明らかにあまりにも狭い国家目的規定、民族におけるあらゆる自然的な組織と国家の一般的・人間的不可欠性との無視」、という「否定できない欠陥」も同時にもっている⁽⁷⁾のであり、この「欠陥」は、かれらの学説が「当世風の消極的な自由観と合致している」点にあらわれており、かれらのばあいには「個人の利己的な分離が完全に正当化された」、とモールは考えた。若きフンボルトの「国家活動限定論」(一七九二年執筆、一八五一年に死後出版)は、モールにとっては、個人の権利保障を唯一の国家目的とみなす「最も珍妙な議論」⁽⁸⁾なのである。フンボルトは、たしかにこの論説で、国家活動を安全・秩序維持目的に限定し、福祉増進目的

の国家活動を排除しようとしたが、カントのほうは、「法」形式と「外的自由」との相即関係論のもとに広範な国家諸権能（一般公課権、国家経済活動・財政・ポリツァイの諸権利、査察権、救貧院・教会などを維持するための公課権、一般行政職設営権、刑罰権など）を好悪の判断ぬきで即的に列挙していたから、フンボルトとカントをモールが同じ文脈で論じて、その「あまりにも狭い国家目的規定」を批判したことは、「目的」概念を『法論』では排除しようとしたカントの真意を、モールが結局とらえそこね、ドイツ伝来の国家目的論の観点からカントを安全目的単一論者と誤解してしまったことを示している。こうして「カントとかれの学派」（モールはその中にロテクをも算入した）⁽¹⁰⁾は、一種極端な夜警国家論者ととらえられ、その一面的「欠陥」をモールは克服しようとする。その克服の方法は、名望官僚を出自とするこの現実主義的な自由主義国法学者にとっては、多岐にわたる国家政策的干渉活動の実際の必要性と客観的作用力とを明確に認定して、その干渉活動に近代的形式を付与することであった。

二 前掲の『ヴェルテムベルク国法論』は、この領邦国家における立憲制実定国法の体系的分析の書であり、モールの『自叙伝』にしたがえば、この著作によってかれの「国法学者としての地位が確立した」⁽¹¹⁾のだが、そのさいモールはすでに、「ヴェルテムベルクの〔国法〕状態についてもその基礎として現代法治国家の諸原理をたえず考慮しておく」⁽¹²⁾ことを意図していた。モールは本書で、「実定法上の諸決定の源泉」を「哲学的国法」と呼び、「哲学的法の諸原則」を「直接最高の理性諸原理から」生じるものとみなして、「哲学的国法学」の出発点を「国家類型 Staats-Gattung und Staats-Art」の理論に求めた。そしてこのばあい、「国家類型」としての「法治国家」は、「統一支配」と、「国民代表による君主権力の制限」とを特徴とし、立憲制ヴェルテムベルクは「法治

国家」だと論定された⁽¹³⁾。このような実定的国法学を哲学的国法学で基礎づける観点を、モールはそのごも堅持し、のちに国家諸科学全体の体系的編成の試みのなかでそれを明示することになる⁽¹⁴⁾。

ところで『ヴェルテムベルク国法論』全二巻の第一巻は、国王の諸権利、国家市民および国民代表議会の諸権利、国事裁判所など、実定的憲法、Verfassungsrecht 領域を扱ひ、第二巻は行政法、Verwaltungsrecht の体系を論じた。モールの行政法体系は、ここでは行政組織論と統治分野別の行政論とから成り立っており、後者は、「司法行政 Verwaltung der Rechtspflege」と「ポリツァイ行政 Verwaltung der Polizei」とに大別された。そのばあい、「司法行政」以外のすべての行政分野、すなわち、「権利ポリツァイ Rechts-Polizei」、「補助ポリツァイ Hilfs-Polizei」、「軍事」、「外交」、「財政」の五分野全部が、「ポリツァイ行政」のもとに一括されており、「権利ポリツァイ」は国家市民の権利全般のとくに予防的保護を任務とするものと規定され、「補助ポリツァイ」は、人口・公衆衛生・救貧・飢饉の各政策（以上は国家市民の肉体面）、教育・道徳・宗教政策（同じく精神面）、農・工・商業政策および不慮の事故（火災・家畜病）対策（経済関係面）、から構成された⁽¹⁵⁾。

したがってモールの行政法体系は、近代的な法律学的方法による行政法体系ではまだなく、全体として個別行政分野に従った編成の点で、近代行政法学に先行した国法学的行政法学の典型を示している。たとえば K・クレッシェルが指摘したように、何らかの権利侵害の発生による裁判対象事項としての「司法事項 Justizsachen」と、司法権の及ばない統治事項としての「ポリツァイ事項 Polizeisachen」とを区別するのが、十七・八世紀ドイツの伝統的な慣わしであったこと⁽¹⁶⁾、しかも旧ドイツ帝国の二つの最高裁判所のうち、帝室裁判所 Reichskammergericht に領邦高権を制限する拠点の役割を期待した帝国国法論 Reichspublizistik の代表者 ヨーハン・

ヤーコプ・モーザー (Johann Jacob Moser, 1701-85) は、モールの曾祖父 (父の母の父) だったことを想起すれば、上述のようなモールの行政法体系における「司法行政」と「ポリツァイ行政」との二部門編成は、基本的発想の点では大いに伝統尊重主義的だったことになるであろう。そして、とりわけモールのいう「補助ポリツァイ」の包括領域が、旧来の内務行政全般に相当している点は、注目にあたいる。クネーマイヤーも確認したように、十八世紀には「ポリツァイ」から外交、財政、軍事が区別され、司法も分離されて、「ポリツァイ」は一般内務行政を意味するようになっていたから、その点でモールの「補助ポリツァイ」も伝統的観点によるものといつてよい。こういう旧来の「ポリツァイ」概念を継承しながら、モールは次に、ヴェルテムベルクの実定的国法の分析という特殊具体的テーマの制約から自由な次元で、伝統的「ポリツァイ」概念を近代的な「法治国家」概念と結びつけ、法治国家におけるきわめて多面的な国家干渉の一般的形式を問題にする。それが、『ヴェルテムベルク国法論』につづけてその翌年に第一巻が出版された『法治国家の諸原則からみたポリツァイ学』(全三巻、一八三二―三四年、第二版は一八四四―四五年、第三版は一八六六年)の主題であった。

三 この三巻本を、モールは後年評して、「わたくしの著書のうちで本書ほどひろく——外国、とりわけロシアとハンガリーでも——流布し、また實際生活においても大いに必要とされているものはない。本書はそれ以前のこの対象にかんする文献すべてを完全に廃棄させ(もちろんそのこと自体は、以前のポリツァイ学教本類の手のつけられない無原則性、無思想性を思えば、たいした名誉ではない)、また、これにとってかわるような後継書は今日までなおあらわれていない⁽¹⁸⁾、と述べた。初版では、全三巻のうち、『法治国家の諸原則からみたポリツァイ学』という表題をもつのははじめの二巻だけであり、第三巻に相当するものは、『予防司法 Präventiv-Justiz

たは権利ポリツァイの体系」という別個の書名をもっていった。第二版以降、正式に三巻本となったのは、それが「出版社のたつての希望」⁽¹⁹⁾だったからであり、それでも第二版以降の第三巻には、モールは依然として当初の『予防司法……』という書名を副題に掲げつづけて、初版の編成を変えなかった。

第一・二巻と第三巻との区別は、上述の『ヴェルテムベルク国法論』第二巻における「補助ポリツァイ」と「権利ポリツァイ」との区別にそれぞれ対応している。あらかじめいえば、モールは、これらの著書だけでなく、たとえばロテクとヴェルカーの編集した『国家辞典』の中の項目論説「ポリツァイ」や、一八五九年の著書『国家諸科学百科全書』などでも「法治国家」の基本原理を述べているが、かれはそれらをつうじて一貫して、「法治国家」の任務を、第一に他人の違法行為からの市民の権利の保護と、第二に市民へのさまざまな援助とに求め、前者を「司法、Rechtspflege, Justiz」、後者を「ポリツァイ」と規定した。⁽²⁰⁾ そのうえで、とくに前者について、モールは権利侵害の予防と、侵害された権利の回復とを区別し、現実には「ポリツァイ当局」が権利侵害の予防を任務としていることを十分に認めながらも、「予防と回復とは本質的には一対のものであり、時間が異なるだけであって、相互に補完しあうものである」という観点から、予防的権利保護を、援助としての「ポリツァイ」から峻別して「司法」範疇にくり入れようとした。その結果が、「予防司法または権利ポリツァイ」と、本来の「ポリツァイ」すなわち「補助ポリツァイ」との区別となったわけである。モールの右の論理はきわめて形式的であって、もともと「司法事項」は、上述のようになんらかの権利侵害の発生を前提とした裁判対象事項として成立した範疇であったから、権利侵害の予防をも「司法」に編入するのは実際上無理があったと思われるが、少なくとも援助的な「補助ポリツァイ」との関連では予防的権利保護の特殊性は明らかだから、モールが論理と

形式を重視して「権利ポリツァイ」と「補助ポリツァイ」とを区別することに生涯執着したのも、決して理由がないわけではない。かれ自身は、『自叙伝』で、「それはことによるとわたくしの気まぐれかもしれないが、少なくとも論理的に組み立てられている」⁽²³⁾と自負していた。ドイツでは十八世紀に、各地で保安任務に限定された特別の官庁が次第に設立され、この特定官庁とその構成員が近代的に「ポリツァイ」と呼ばれるようになり、他方、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」概念も十九世紀を通じて存続し、その結果、少なくとも一八八二年のプロイセン上級行政裁判所の「クロイツベルク判決」⁽²⁴⁾までは、実定法上の「ポリツァイ」概念は新旧両様の二重構造を付与されていたから、モールの「権利ポリツァイ」と「補助ポリツァイ」との区別は、たんなるモールの「気まぐれ」ですまされる問題などではなく、十九世紀ドイツの「ポリツァイ」概念におけるこの二重構造を反映したものであるといえる。そしてモールの右の区別は、モールが近代的行政法学の成立にいたる過渡期に、伝統的な「補助ポリツァイ」という十八世紀的遺産を引きずったことによって、かえって近代法律主義をこえて、現代行政法学における秩序行政と給付行政との区分⁽²⁵⁾にたつらなりうるであろう。

モールが一貫して主張を変えなかったのは、「予防司法または権利ポリツァイ」論だけではなく、内務行政全般として伝統的に把握された「ポリツァイ」の広範多岐にわたる活動領域の認定という点でも、モールの観点は不変であった。『法治国家の諸原則からみたポリツァイ学』の第一・二巻全体が、『ヴェルテムベルク国法論』第二巻において「補助ポリツァイ」の名称で総括された上記の内務行政諸政策の体系的詳論なのであって、それは版を重ねるごとにますます拡充されていった。たとえば、初版のあとまもなく一八三五年の論説「工場制工業経営によって労働者自身に、また、全市民社会の福祉と安全に対して生じる不利益について、そしてまた、その根本

的予防策の必要性について」で早くも示されたモールの工場労働者問題認識⁽²⁶⁾を經由することによって、第二版では、初版における「救貧ポリツァイ」の部分が「個人的貧困」と「大衆的貧困（プロレタリアート）」とに区分され、あるいは、市民による「所有権の取得を促進」するための方策については、第二版では、「土地所有権」（初版）だけでなく「資本」の取得の項が追加された。他方、たとえば「商業の促進」策のなかでは、第二版で新たに「鉄道」にかんする項が二二ページにわたって増補されもした。モールにおける「補助ポリツァイ」の任務領域は、既述のように国家市民の肉体面・精神面・経済関係面の諸分野に及び、それらは内務行政の事象的区分で編成されて、そこでは生産関係政策的側面と生産力政策的側面とが未分化のままなのだが、初版から第二版への右の改訂事例は、モールが、生産力的側面（営業の自由、保護関税、交通政策などをふくむ各種産業政策における一面）とともに、近代工場労働者問題というすぐれて生産関係的な側面に大いに関心を寄せて、賃金労働者に「所有権」を取得させるといふ西南ドイツ初期自由主義に特有の独立小経営的「中間身分」社会構想の方向に、問題の解決策を見出そうとしていたことを示している。

しかし、国家によるこのように広範な内務行政としての「ポリツァイ」活動の認定は、そのままでは十八世紀的な啓蒙絶対主義的旧福祉国家における「ポリツァイ」干渉主義の再現でしかないであろう。モールは、自由主義的国家学者として、この「ポリツァイ」活動を行なう国家に、近代的「法治国家」の網をかぶせる。

(二) 法治国家と補助性原理

一 モールの国家論、したがって「法治国家」論の出発点は、一民族はその発展段階に応じて「生活の目的に

かんするさまざま見解」をもつ、という考え方である。この一般的な生活目的ないし「生活観 [Lebensansicht]」に依じて、「生活を整理し助成すべき諸制度」も規定されるが、「この諸制度の中で最も包括的で重要なものは国家である」とモールはいう。⁽²⁷⁾つまりかれは、「生活目的」から出発することによって、国家を、生活目的の達成のための諸制度の一つへと相対化し、国家目的を生活目的に重ねながらも、もともと両者を区別する。「国家の目的は、支配的な国民観に応じた生活の目的以外の何ものでもありえない。というのは、それ [国家] は後者 [生活目的] を促進助成するためのたんなる一手段であるにすぎないからである。」⁽²⁸⁾このように「生活目的」に国家目的を整合させる観点は、モールの「法治国家」論が市民的・自由主義的特性を獲得するための最初の基礎的伏線であったし、同時に、「生活目的」論による国家の手段化と相対化は、のちにモール自身によって、個人と国家との中間に存在する多様な生活圏すなわち「社会 [Gesellschaft]」にかんする独自の学問領域 (Gesellschaftswissenschaften) が、旧来の「国家諸科学 [Staatswissenschaften]」とは別個の体系として構想されるにいたる、その出発点でもあった。したがって、後年になるほど中間的諸生活圏の独自の自治的任務と権能に対するモールの認識は深まり、本書『法治国家の諸原則からみたポリティクス』の第三版にしたがえば、「国家は、人間生活の全体を包括するものではなく、たとえば教会が実証しているように、国家は人間の諸目的がそれによって支援されうる唯一のものではない。……国家目的は人間生活全体の目的よりも狭いのであって、前者は後者のために役に立つものでなければならぬ」⁽²⁹⁾のである。

ところで民族のおかれた諸条件に規定された「生活目的」ないし「生活観」の多様性は、当然、それのみあった「国家目的」の多様性を帰結する。モールは「それ自体としては同等に正しい多くのさまざまな国家目的」の

存在を即目的に肯定し、「生活目的」のちがいに対応した諸民族の「国家目的」のちがいから、「国家類型」を、神権政国家 Theokratie・専制国家 Despotie・世襲領主制国家 Patrimonialstaat・家父長制国家 Patriarchalischer Staat・法治国家 Rechtsstaat に区分した。そのばあい、法治国家に支配的な生活観は、死後の永遠性を認めながらも、「この世の生活」を「自分自身の目的・独自の使命」とみなすのであり、この目的は、「人間に付与されたすべての精神的・肉体的諸力の、できるだけ全面的な、理性に従った開展 Ausbildung にのみ」見出される。この自己の諸力の開展は人間の「義務と権利」なのであって、「各個人は、しかもその感覚的かつ知的な存在としての二重の属性において自己に高い価値をおき、自己を意のままに処理してよいことを望み、その点に自分の幸福を見出す。かれが理性的存在として許容しなければならぬ無類の制約は、かれは理性に反することは一切なしえないということ、なぜならそれは自分の尊厳と自然とにさからうものだから、そして第二に、かれは自分の力を発揮するさいに、一切の他人の同等の権利を侵害してはならないということである、さもないと共同生活が不可能となるのであるから。」⁽³⁰⁾

法治国家における生活観は、このように理性主義的・個人主義的・人文主義的な自己開展の理想に求められるから、この理想が、モールにおける法治国家の目的を決定づける。モールにしたがえば、「ある法治国家がもちうる目的は、次のような目的をおいてほかにはない。すなわち、その民族の各構成員が自分の諸力全体をできるだけ自由かつ全面的に行使し利用するのを支援され促進されるように、その民族の共同生活を整理することである。」⁽³¹⁾したがって、こういう目的をもつ法治国家は、国家における個人との関係において、以下のような基本原則に立脚する。すなわち、「このような生活観にあっては、市民の自由が最高の原則である。かれ〔市民〕は、自分

自身で、理性と法との限界内で行為し運動しなければならない。まさに自主的な開展こそが、自分自身に対するかれの権利であり義務である。『国家は、国民生活全体をのみこんで、その代わりになるわけでは決してなく、国家は国民生活の開展のための、たんに一つの、もちろん最高に強力で不可欠の、手段であるにすぎない。』⁽³²⁾ それゆえ国家の支援は、消極的な種類 *negativer Art* のものでしかありえないし、その本質は、個人の諸力ではその除去が困難であるような障害物 *Hindernisse* を取り除くという点にしか存在しえない。しかしそのような支援の可能性を国家に獲得させるには、各個人が一つの共通の基金(国家権力)をつくるために自分の力の一部を国家に割譲しなければならないのであり、そうすることで、かれは自分が「支払い」不能となったばあいは、できればその資金から支援されるのである。⁽³³⁾

「市民の自由」は各人の能力の「自主的な開展」を意味し、これを「最高の原則」としたうえで、そのための手段としての国家の干渉は、各人の自由な開展にとつての障害物を、各人の自力による除去の不可能なばあいにのみ補助的に一掃することに限られること、これがモールの「法治国家」における基本原理であった。各人の能力の自主的な開展という理想は、若きフンボルトの「国家活動限定論」の出発点でもあったが、フンボルトのばあいには、世界市民主義的な新ヒューマニズムに立脚して、道徳的人格としての人間が各自で完全性を追及することが究極目的とされ、個人は既存の政治体から限りなく隔てられて即的に人類一般と等置されたから、あるべき国家活動は人間の全人格形成に不可欠の最小限度に縮減され、「国家は市民の積極的福祉のためのあらゆる手配を控えるべきであり、かれら自身および外国の敵に対してかれらの安全を確保するために不可欠な範囲をふみこえてはならない。これ以外のいかなる究極目的のためにも、国家はかれらの自由を制限してはならない。」⁽³⁴⁾と

というのがフンボルトの結論だった。このように国家活動を安全・秩序維持にきびしく限定しようとしたフンボルトに対して、モールは、逆に、右の「法治国家」の基本原則から、国家による広範な福祉助成活動の積極的認定を帰結する。たしかにモールは、個人にとつての「障害物」の補助的除去という、国家干渉の「消極的」特性を強調したが、その「障害物」の内容を決して一義的に規定しなかったし、「市民の自由」のための補完物としての国家干渉活動は、市民が自力では除去しえないならかの「障害物」が存在するかぎりには、その分野を問わず、国民の「生活目的」の達成をめざして市民の活動を積極的に「支援」し「助成」しうるのである。この原則的には補助的な国家干渉の制度体系を、モールは伝統的な「ポリツァイ」概念で総括した。

二 モールの「法治国家」概念において市民の自由と多方面にわたる「ポリツァイ」干渉とを無矛盾に両立させているものは、上述の国家干渉の補助性原理という形式論理である。この原理は、モールの「法治国家」における主要干渉形態である「ポリツァイ」の最高原則でもある。従来内務行政全般を包括し、旧福祉国家の存立要件をなしていた、このきわめて伝統的な概念と名称とをかれが継承し、それを「法治国家」概念に組みこんで、「ポリツァイ」および「ポリツァイ学」の必要性和有効性を生涯疑わなかったのは、補助性原理を「ポリツァイ」活動の第一原則ととらえることによってこの概念から旧福祉国家的後見性を払拭し、同時に、フンボルトの理想とは裏腹に現実にはむしろ増大さえする国家干渉の必要性——身分制社会の解体と社会の流動化、そしてまもなく工業化と近代社会問題の発生、などによるもの——に現実主義的にこたえようとしたからであった。

モールにしたがえば、市民各人の能力の自主的な開展をはばむ「障害物」は、かれの生命、人格的自由、および財産という「権利領域」を違法的に侵害する「他者」であるか、それとも、「個人の諸力では克服できない妨害

作用を及ぼす外的状況の優勢」であるかのどちらかである⁽³⁵⁾。そこで、前者には「司法」が予防的または回復的に対応し、後者には「ポリツァイ」が援助的に対応する。この点を「法治国家」の「任務 Aufgabe」の観点からいえば、右の二種類の「障害物」の除去、すなわち「第一に、国家力の全範囲における法秩序の維持、つまり必要物・即自的善として、そしてその他一切のものの条件として。第二に、理性的で人間的な諸目的の支援、つまり個々の関与者自身の、またはすでに小生活圏へと結合した関与者自身の手段が十分でないばあい、そして十分でないかぎりにおいて⁽³⁶⁾、という二点が、それぞれ「司法」および「ポリツァイ」として、「法治国家」の「任務」をなすのである。したがって、「ポリツァイ」とは、「普遍的國家權力の使用をつうじて、人間諸力の全面的な〔法的に〕許された発展の次のような障害物、すなわち個人ではまったく、または少なくとも完全かつ合目的には除去しえないような障害物を、取り除くことをねらいとする一切のさまざまな措置および制度の総体⁽³⁷⁾」であり、「ポリツァイ学」は、「優勢な外的障害物に対する國家の個別援助措置の制度および範囲にかんする諸原則の、科学的に整序された叙述⁽³⁸⁾」である。

「ポリツァイ」の全活動をつらぬく基本原則の問題とは、要するに「ポリツァイは何をなすべきであり、何を放任しておくべきなのか⁽³⁹⁾」という問題にはかならない。「法治国家」の最高原則は「市民の自由」であったから、「ポリツァイの最高原則」もこの点に対応して、次のようになる。すなわち、「理性にかなない、法的に許され、また公共社会に有益なある企てを達成するのを巨大な外的障害物がはばみ、しかもその障害物が国家市民の私的諸力では全面的に、または合目的かつ効果的に除去することが困難なほど巨大であるとき、このばあいにはつねに、またこのばあいにのみ、國家は干渉すべきである⁽⁴⁰⁾」、とモールは規定した。この「ポリツァイの最高原則」

は、第一に、「ある外的障害物が、関与した市民の自分の力の使用によって完全かつ合目的に取り除かれうるばあいには、ポリツァイは干渉すべきでない」、⁽⁴¹⁾という消極的の原則と、第二に、「理性にかなない、法的に許され、また公共社会に有益なある企てを実行するのをばんでいる障害物を除去するために、国家市民の諸力では十分でないばあいはつねに、ポリツァイは干渉する義務を負っている」、⁽⁴²⁾という積極的の原則との、総合規定である。一方で、市民各人は、「理性的目的を追求し第三者の権利になんら抵触しない」かぎり、まったく自由に行為「してよいし、すべき」なのだから、各自のなしうることに国家が干渉することは、「かれに對する支援ではなく制限」となり、「法治国家の最高原則への違反」である。これは、市民個人だけでなく「自由な私的団体」についても妥当する。しかもそういう不必要な干渉は、個人や私的団体の利益をそこなうだけでなく、国家のもっている有限な手段に無駄を生じさせ、国民の税負担を高めて、結局「公共善すなわち国民と国家の利益」に反することになる。しかし同時に、他方では、「個人がその理性的活動にさいして優勢な外的障害物にはばまれ、それゆえに国家の援助を望むばあい」もまた「無数に」存在するから、そうであるかぎり、一定の条件のもとで援助的に干渉することは国家の「義務」である。したがって、「ポリツァイ」活動の方法上の原則としても、「消極的、negativ」と「積極的、positiv」との両原則が成立する。⁽⁴³⁾

「ポリツァイ」が積極的干渉をなしうる一定の条件とは、モールにしたがえば、(一)干渉対象となる市民の意図が「理性にかなっている」こと、すなわちその目的自体においても、目的と手段との関係においても、不合理・不可能でないこと、(二)干渉対象の目的が「違法」「権利侵害的」でないこと、(三)干渉対象が「公共社会に有益な企て」であること、ただしこの点は、それが「文字通りすべての国家市民に有益である必要はなく、たんに個人

的なものであってはならないということの意味しているにすぎない」、さらに、(四)干渉対象が「諸個人、の諸力、をこえている」こと、すなわち、「諸個人の能力」をこえ、しかも十分な「団体形成」も不可能であること、ただし「諸個人の給付能力」は時と所によりきわめて多様だから、この判定基準は「相対的」たらざるをえないのだが、それでも「ポリツァイ援助」は、基本的には「たんなる一寄与」、ときにはたんなる「約束」(たとえば「子保証の引受け」)で十分であり、「つねにある方策の国家への全面的引受け」である必要はまったくなく、(五)「外的障害物」の除去という点では、もし市民と国家とが同等の能力をもつばあい、「なにはともあれ市民の権利が国家の権利に優先する」こと、(六)個人の利益と全体の利益すなわち「公共福祉 Gemeinwohl」とが相容れな**い**ばあいには、後者が優先すること、これらの諸点であった。⁽⁴⁴⁾「ポリツァイ」干渉は、以上のすべての条件をみとす必要があり、合理的・合法的・公益促進的に、しかもあくまで市民の自由で自主的な活動——すなわち私的自治——に対して補助的に成立する。

三 上述のような、国家干渉に「市民の自由」をあくまで優先させて国家を市民の生活目的のための手段とみなす個人主義的・自由主義的基本観点は、終生モールのものであったし、国家干渉の補助性の強調は、モールの法治国家論における不変の基礎論点であった。そして、そういう前提条件のもとで展開された「ポリツァイ」活動論は、すでに述べたように、工業化時代の到来とともに生産関係政策的にも生産力政策的にもますます拡充された。ところで、もともとなんらかの「障害物」が存在することを認識するのは、市民の側だけでは限らない。

モールによれば、「ポリツァイ的援助を行なう国家の義務は、たんに市民の願望によって根拠づけられるだけでは決してなく、「むしろ」事態の客観的な状況によって根拠づけられる」のであって、「たまたま個人の誰一人と

して要望を出す者がいなくても、それとは別にあらゆる諸条件が存在するならば、それ〔国家の義務〕は停止されることはない。国家目的の充足は、個人の偶然的な怠惰や無分別や不分明に依存してはならない。したがってポリツァイは、ある方策の目的性または不可欠性を確信すれば、ただちに活動しうるし、すべきなのである。そしてポリツァイが正しい洞察で市民の意識に先行するとすれば、それはポリツァイの名誉とするところであろう。⁽⁴⁵⁾これは、その出自によってヴェルテムベルクの官僚行政の伝統に親しみ、行政実務を熟知していたモールの、自然な発想なのであり、同時に、指導的官僚行政が下す判断の先見性に対する教養市民層一般の信頼、あるいは少なくとも官僚行政の不可欠性認識のあらわれでもあったといつてよい。裏をかえせば、三月革命以前の多くの自由主義者たちがそうであったように、モールもまた、無知な大衆への不信を、「教養と財産」にもとづく制限選挙への支持において表明し、それはモール晩年の、ビスマルク (Otto Eduard Leopold Fürst von Bismarck, 1815-98) による北ドイツ連邦への普通選挙制度の導入に対する反対まで、終始一貫していた。⁽⁴⁶⁾ 独立小経営を社会的地盤とする初期自由主義が不可避的に負った最大の限界の一つは、この点にあったと思われる。

しかし国家の「ポリツァイ」活動が、たとえ「市民の意識に先行」する官僚主導型の広範な内務行政として、その意味では伝統的に、展開されるとしても、上述の「法治国家」の形式論理的基本原理を逸脱しないかぎり、それはすでに旧来の啓蒙絶対主義的干渉国家としての旧福祉国家の行政活動ではありえない。旧福祉国家は、カントがその「人倫の形而上学」範疇で批判したように、伝来の「国家目的」論における通俗的な「幸福主義」イデオロギーと、国家市民ならざる受動的臣民の日常生活全体に対する家父長制的・後見主義的監督行政とを特徴としたとすれば、カントの理性法世界を体験すみのモールにおける「法治国家」は、市民の自由と自主を最高原

則とし、国家を明確に市民の自治的生活目的のための手段とみなし、国家干渉をあくまで市民の自由で自主的な生活目的活動の補完物の位置に限定するものであったから、それは国家干渉の十八世紀的な後見主義的「幸福主義」の段階をすでに脱却している。モールにとっては、上述のように、各人は自分の理性に従い、他人の権利を侵害しないかぎり、自分の生活目的に何を掲げ何を自分の幸福とみなそうとも、自由なのである。モールの「ポリツァイ」概念は、第一に、その干渉分野が人口・保健・救貧対策、宗教・教育政策、財産形成政策、農・工・商業および交通政策のすべてを包括し、保安行政を除く旧来の内務行政全般に相当すること、第二に、その干渉目的が、現実にはきわめて多方面にわたる市民の生活諸目的の「支援」と「促進」という、福祉目的にはかならないこと、この二点において、たしかに大いに伝統主義的であった。しかしそれにもかかわらず、この古い概念は、モールのばあい、市民的・自由主義的「法治国家」の基本原則にくみこまれて、「ポリツァイ」による援助的干渉は市民の私的自治の補完物にすぎぬものと規定されたから、国家干渉の補助性原理という形式論理によって、モールは国家干渉の目的と活動分野とをなら保安事項に限定することなく、市民の自由と、外延的には広範な福祉目的の干渉体系とを整合させることができたのである。E・アンガーマンにならって、これをわれわれは、モールにおける「福祉理想と法治国家思想との総合 Synthese」、あるいは「旧」福祉国家と法治国家との融合 *Verschmelzung*」と呼んでよい。

そしてこの「総合」ないし「融合」は、そのこと自体モールの意図であった。既述のカントに対するモールの敬意と、誤解にもとづく批判とが、それをすでに示唆している。もともとモールにとっては、「法治国家」の「任務」は、「法秩序の維持」だけなのではなく、それに「理性的で人間的な諸目的の支援」をも加えた二本立てであ

り、それぞれを「司法」と「ポリツァイ」とが担当するのであったから、「司法」による「法秩序の維持」のほうだけを連想させかねない「法治国家」という名称自体が、本来、この種の国家に最適だというわけでもないのである。だからモールは、一八五九年の『国家諸科学百科全書』で、「この国家類型に法治国家という名称がたとえ与えられたにせよ」、それは「決してうまい呼び名ではなく、とりわけ決して完全な呼び名ではない。しかしそれでも、混乱をまねかないためには、「すでに」ひろく普及しているこの呼称を保持するほうがよいと思われる」と述べたし、『ポリツァイ学』第三版では、さらに次のようにも指摘した。「司法の直接的な支柱と援助なしでも、市民は多分かれの全生活を平穩に過ごすことができるが、良きポリツァイ gute Polizei の判然たる作用なしでは一時たりともそれは不可能である。それゆえ、〈ポリツァイ〉国家を何か即自的にまちがったもの、除去すべきものと論じたり、それに〈法治〉国家を対立させたりすることは、まったく愚かなことである。国家は、ポリツァイも法も取りはからわねばならない。」⁽⁴⁸⁾

モールのこの注釈は、法—ポリツァイ関係にかんする当時の自由主義的な一般的理解を逆なでした点といい、旧ドイツ諸侯の領邦高権の歴史とともに少なくとも十五世紀にまでさかのぼる古色蒼然たる「良きポリツァイ」という術語をあえて用いた点といい、きわめて挑発的とさえいってよい。「ポリツァイ国家 Polizeistaat」という合成語の成立は、「ポリツァイ」の語そのものよりもはるかに新しいのであって、たとえばH・マイアーが「ポリツァイ国家」の最も初期の使用例として紹介しえたのは、一八三八年にコブレンツのカトリック自由主義者ヨゼフ・ゲレス (Joseph Görres, 1776-1848) 宛てのハインリヒ・レオ (Heinrich Leo, 1799-1878) の書簡にこの語があらわれてゲレスがこの術語にさっそく飛びついた、という点までである。⁽⁴⁹⁾ ドイツ語圏における「ポリツァ

「イ」概念史を本格的・網羅的にあつけたクネーマイアーのばあいには、「ポリツァイ国家」という用語は、一八三〇年代から五〇年代にかけての三月革命前後に、「高等」・「秘密」あるいは「後見的」など各種の「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」ものとして、急速に人口に膾炙するようになったことが確認されている。⁽⁵¹⁾ いずれにしても、「専制」的・「家父長的政府」に対するカントの批判を出発点として、上述のようにたとえヴェルカーが「市民の自由」に対する「ポリツァイ権力」の危険性を指摘し、ロテクは「福祉ポリツァイ」範疇の定立を、その抑圧の後見の危険性のゆえに否認し、あるいはフンボルトが近代的自我の発露を、保安任務への国家活動の限定というかたちであらわし、さらにはバイエルンのアレクサンダー(Johann Christoph von Aretin, 1773-1824)は、「立憲制国法の体系」を「法の支配の原理の首尾一貫した徹底」と規定して、「福祉ポリツァイ(特殊には幸福ポリツァイ Beglückungspolizei や啓蒙ポリツァイ Aufklärungspolizei)と呼ばれているもの」を「国家市民の自由への公然たる干渉」とみなし、「国内の安全と秩序を司るポリツァイ」しか認めなかった⁽⁵²⁾、というように、一連の自由主義的国家観の形成と定着が十九世紀前半に進行したのであって、その結果として、一八三〇年代以降、「ポリツァイ国家」が悪しき干渉国家の代名詞として普及し、同時に、「これに「法治国家」を多かれ少なかれ夜警国家主義的に対置する一般的な慣わしが生まれたのだった。しかしその「法治国家」という術語と思想の国法学的普及に決定的に貢献したのはほかならぬモール自身なのであり、かれの「法治国家」は「ポリツァイも法も取りはからわねばならない」ものだったから、本来なら「法治・ポリツァイ国家」とでも呼ぶべきものだったのである。ただこの名称では、市民の私的自治を事実上認めぬ啓蒙

絶対主義的「ポリツァイ国家」との決定的差異が見失われるという「混乱」が不可避だから、モールは「法治国家」という呼称で甘んじたと解釈すべきであろう。右のモールの注釈は、極端な夜警国家主義的一傾向の非現実的空想性を冷評しつつ、「良きポリツァイの判然たる作用」への客観認識を基礎に、「ポリツァイ」干渉による広範な生活諸目的の「支援」を「法治国家」の不可欠の構成因ととらえるみずからの現実即応的な意図を、明示したものであった。

こうしてモールは、国家干渉の補助性原理によって、安全目的への国家目的の限定という袋小路に入りこむことなく、いかにえれば多方面の福祉目的的政策干渉の現実の必要性を否定することなく、後見主義的旧干渉国家を脱却することができた。それは、夜警国家的安全目的単一論の非現実的無力さを尻目に、市民の私的自治を最高原則とする近代自由主義国家が、補助性原理をつうじて、必要とあらば政策分野を一切問わずに「義務」として積極的に干渉しようという、法治国家思想のオールマイティーな構造を示している。モールが、「外的障害物の除去」という、「ポリツァイ」干渉の総括的には「消極的」な特性規定との表現上の矛盾をおかして、「それ〔ポリツァイ〕はたんに現に存在する弊害を取り除くだけではなく、積極的諸利益 positive Vortheile の獲得をも取りはからねばならない⁽⁵³⁾」と述べたのも、近代法治国家の補助性原理が本来的にもちえた形式的全能性をあらわしている。カントは、先見的な「純粹意志」の原理から出発し、目的範疇を一切視野から排除して、法の内容ではなく法の理念的形式が自由を普遍的に実現する点を啓蒙合理主義的に論証することによって、その自由主義的国家における法の内容すなわち国家干渉の外延の即目的無制約性を暗示したのであったが、それに対してモールは、実定的国法学を中心領分とした現実主義者として、人間の史的定在としての生活の目的という無限のひろが

りをもった抽象概念で国家の目的と活動を形式的に包摂し内容的には拡散させ、個人の私的自治の実現をめざす法治国家に、外延的には無制約の干渉を可能にする形式論理を、補助性原理として提供した。補助性原理は、国家政策的干渉の内容にはかわらぬ形式性において、自由主義的法治国家の干渉主義的側面の存立を保証するのである。

(三) 行政干渉と権利保護

一 しかし、啓蒙絶対主義的旧干渉主義からの脱却と、近代自由主義国家における干渉主義の成立とを、同時に保証するこの補助性原理は、それ自体としてはあくまで抽象的論理形式であるにすぎない。そしてモールの「法治国家」概念のほうも、既述のように、もともと市民の私的自治という個人主義的生活観ないし生活目的によって抽象合理的に規定された一国家類型をいうにすぎなかった。したがって、第一に、「法治国家」も「ポリツァイ」の補助性原理も、その抽象的概念性のゆえに、実際の国制上では多様な統治形態を許容しうるのであって、だからモールは、たとえば『百科全書』で、「法治国家の目的は、ある特定の統治の形態を必然的に帰結するものではない」⁽⁵⁴⁾と述べて、「法治国家の個別種類」として民主制国家、貴族制国家、君主制国家を列挙した。「法治国家」は、個人と私的団体とによって充足されえないところの、「法秩序の維持」と「理性的で人間的な諸目的の支援」とを「任務」とするものとして、「次第に、歴史的道程をつうじて」、「一個の明確な、計算しうる悟性的洞察 Verstandesansicht」の帰結として成立する国家類型なのであり、「この国家類型にあっては、ある特定の統治形態は内的必然性から命じられるのではなく、「その民族および領土の大きさ、大衆の教養程度」

といった」外的諸原因からのみ可能となる⁽⁵⁵⁾のであるから、「法治国家」は統治形態に対しては無差別的な概念だったのである。他方、第二に、モールの「法治国家」が啓蒙絶対主義的旧福祉国家段階をこえる近代性を真に獲得するためには、「法治国家」と補助性原理との抽象的形式論理が、憲法と行政法との両実定法体系上で実質制度的に具体化される必要がある。官僚行政に対するモールの高い評価は、初期自由主義に特有の上述のような重大な制約と結びついたものであったが、本来、官僚による先取りの行政自体は、絶対主義国家であれ大衆民主主義国家であれ、時代をこえて生きつづけるはずだから、法治国家における干渉主義の近代性は、概念論理上の形式性だけでなく、立法・行政・司法の三権力の存立態様にかんする実定法規的形式性——とりわけ「行政の適性」——の獲得を、前提としなければなるまい。干渉主義におけるこの実定法規的形式性の存否は、「法治国家」において展開される「ポリツァイ」干渉の概念規定や個別行政分野の外延にかかわる問題ではなく、実定的国法学および国法学的行政法学の次元の問題である。

モールは『百科全書』の中で、およそ「法治国家」であるかぎりその統治形態の如何を問わず、共通的に要求される特定の権利項目を、統一的国家権力の側と国民の側との双方について、それぞれ次のように列挙した⁽⁵⁶⁾。まず国家権力の側がもつべき権利とは、第一に、国民の「平等な憲法的服従に対する請求権」、第二に、「国家目的の達成のために必要なあらゆる措置をとることの授權」、第三に、「個々の支援請求について、全体の力の使用を正当化するのに十分な重要性・公共性の利益があるかどうかを決定する権利」、そして第四に、「国民の財産から相応の収入を得る国家元首の権利」、以上の諸権利である。他方、「法治国家」における国民の一般的権利を構成するものは、「法の前の平等」、「それ自体として許されたすべての生活目的の追求の授權のみならず支援」、

「公務への参与に対する〔人格的〕能力者全員の平等な請求権」、「人格の自由」、「思想発表の自由」、「信教の自由」、「移転の権利」、そして、「許された、つまり不法でなく公共に不利益を及ぼさない諸目的の共同的追求のための任意団体形成の権利」、であった。国家権力と国民との双方がそれぞれなんらかの形式で以上の諸権利をもつていさえすれば、民主制・貴族制・君主制のいずれであっても、それは「専制国家」や「神権政国家」などとは区別された「法治国家」なのである。しかしこのような権利諸項目のたんなる列挙は、「法治国家」概念の抽象的形式概念性をますますあらわにするばかりで、「法治国家」概念の近代的・実践的有意義性を疑わせるであろう。モールが「法治国家」という名称で一つの国家類型を総括したのは、そのような抽象概念の構築自体のためだったのでなかった。実定的国法学者としてのモールの関心は、一貫して、市民の私的自治を最高原則とする近代自由主義国家がそれでもなお「ポリツァイ」干渉を行なわねばならない、その干渉の形式を、実定法規上どのように確定・確保するのか、という点にこそあったのであり、この点を明瞭に示すのはモールの国法学上の憲法的諸権利規定そのものではなく、国法学的行政法学範疇における、「ポリツァイ」干渉と市民の権利保護との関係をめぐる諸論点にはかならない。

二 まず第一に、モールにおける「ポリツァイ」が援助行政であるかぎり、国家行政一般の権力的または非権力的行為の規範のありかたが問題となる。モールの『ポリツァイ学』では、これは「ポリツァイ事項における立法権」の問題、より広くいえば行政立法の問題として取り扱われる。モールにしたがえば、国家行政の規範は「法律 Gesetze」と「行政命令 Verordnungen」である。一般に「法律」は、「市民の権利・義務の限界の確定」という「一般的諸原則」を規定し、「一国の憲法が立法権にかんして一般に定めた諸規定・諸制限」に拘束され

る⁽⁵⁸⁾。それに対して「行政命令」は形式的には立法権から独立しており、その意味で「行政命令」の公布は「政府に無制限的に委ねられている。」しかし「行政命令」は、「法律の諸原則から論理必然的に導き出される帰結」とどまり、「個々のケースへの法律の適用に必要な形式と手順」を規定するにすぎず、市民の権利関係の変更は「つねに法律を必要とする」し、たんなる「行政命令」は「罰則」を設けてはならない。このように把握された「法律」と「行政命令」との関係は、援助行政事項としての「ポリツァイ事項」にもそのままあてはまるのであって、ただ、とくに「ポリツァイ」領域では「多様な形態の生活の無数の必要を充足する」ことが求められるのだから、司法、財政その他の行政分野以上に諸法規の増大は不可避であり、それだけに「法律」では規定しえない施行細則としての「行政命令」の重要性は高い、とモールはいう⁽⁵⁹⁾。

すなわち、モールの「法治国家」においては、行政行為が支配者の恣意によらず法律・法規に拘束されるという意味での法律による行政の一般原則は自明のこととされており、ここでのモールの関心方向は、「ポリツァイ事項」については、法律―行政命令の関係におけるいわゆる法律の優先の原則の再確認と並んで、行政命令が法律に従いながら積極的かつ臨機応変に援助的行政需要にこたえることの必要性の強調のほうにも、すでに向かっているのである。『ポリツァイ学』の第二版以降には次のような一節が加筆されていることが、この点を示唆するであろう。すなわち、権利関係の変更には「法律」が必要であるという原則、あるいは「行政命令」は「罰則」を設けてはならないという原則は、たしかに「ポリツァイ事項」にも明白に妥当するが、「しかし、権利関係を命令の対象とするようなポリツァイ規定はきわめてわずかであり、それにもかかわらずそれらは、一部には最高度に重要な、市民の諸関係に深く食い込む作用力をもっており、それらすべてをたんなる施行行政命令の範疇に入

れてしまうことは不可能である。……(たんに地方的ではなく)全国的に効力をもつべきであるような、したがって全市民が強制的に服さねばならぬようなポリツァイ規則および措置のすべては、立法の領域に属する」という点を、たんなる「行政命令」とは別個の範疇として考慮すべきである。⁽⁶⁰⁾ともあれ、「ポリツァイ法規の不可欠の内容にかんする問題は、立憲制国法学の中で最も発達のおくれている部分である。」⁽⁶¹⁾したがってモールは、法律による行政の原則を前提としたうえで、内務行政全体の多面的諸任務の充足のために必要な行政立法範疇の実際的な拡充を志向していたことになる。⁽⁶²⁾

第二に、「ポリツァイ法規」とそれにもとづく「ポリツァイ行政命令」とを規範として成立し行使される援助行政は、モールにしたがえば、その利用が市民各人の自由な意思に委ねられるばあいもあれば、服従の免除を許さぬ普遍的強制を不可欠の前提とするものもある。⁽⁶³⁾援助行政としての「ポリツァイ」において強制が許されるのは、「個别的利用が不可能で、その「ポリツァイ」措置の目的を達成すべきだとしたら全員によってその措置が尊重され利用されねばならない」⁽⁶⁴⁾ばあいである。モールは、ポリツァイ法規違反による直接的な社会的不利益の発生と、罰則による法規の有効保全とを根拠に、強制手段の種類として、いわゆる(一)直接強制および(二)代執行と、(三)行政罰とを挙げ、まず(一)と(二)について、「ポリツァイ当局」自身による行政上の強制執行権の不可欠性を即的に認定した。⁽⁶⁵⁾他方、(三)については、まず、「法治国家の市民は万事について自分の権利の保全を要求してよいこと、そして国家制度の首尾一貫した施行の利益並びに行政の大きいなる迅速性の利益は、この「市民の」要求に比肩しうるものではないこと」を考えれば、「一般にポリツァイ立法の違反によるすべての処罰を裁判所に委ねることが筋が通ってはいる」⁽⁶⁶⁾、という一面をモールは否定しない。しかしその反面、かれは裁判所を、本来「人の

権利侵害的、widerrechtlich な意思の阻止のためにのみある」ものととらえ、たとえば旅券なしでの旅行のように、他者の権利の侵害を伴わないたんなる「法律違反 Gesetzwidrigkeit」の一切までも裁判所が取り扱う必然性を否定する⁽⁶⁷⁾。そして法律違反内容の軽重の差異と裁判所の事務能力、さらに行政官のもっている専門的知識などを現実主義的に考量して、モールは裁判判決を媒介としない「ポリツァイ当局」の自力強制としての行政罰範疇の存立を正当化した⁽⁶⁸⁾。ただしそのばあい、「ポリツァイ当局はその判決にさいして本質的には刑法および刑事訴訟法の諸原則に従って行為すべきこと」、したがって罪刑法定主義、帰責能力主義、当事者による自己弁護手段の保証、上級当局への控訴権の保証などの諸原則の遵守を、モールは行政罰の執行要件に挙げ、裁判所に準じた権利保護の形式の重要性を強調した⁽⁶⁹⁾。周知のように、一般に行政強制と司法権との関連態様は、基本的人権の制度的成熟度と深くかかわるが、犯意の存否とは無関係に、「ある国家措置の事實的維持」だけが問題となる一領域の特性を、行政機関に固有の権能と個人の権利保護との相互関係の観点から究明した右のようなモールの行政強制論は、それ自体として基本的には現代にも通用しうると思われるし、「ポリツァイ」活動の手段としての強制は、モールの「法治国家」の「ポリツァイ」による「外的障害物」の除去という補助性および援助性と、対立するよりな次元のものでもない。

三　そして第三に、法律による行政の原則、および通常の裁判所による司法活動に準じた行政当局自身による行政強制における権利保護形式の重視は、モールのばあい、「法治国家の市民は万事について自分の権利の保全を要求してよい」という上述の基本認識が示すように、個人を行政に対立する権利主体と把握することを前提としていた。この観点は、行政機関の行為によって生じる権利侵害から個人を救済する行政救済制度のなんらかの

確立を当然要請するであらう。モールは、一方で、総じて現実の必要性の観点から強制権をふくむ広範な行為能力を行政機関に認定することにより、それだけいっそう他方では、市民の権利保護のための実定的制度の確立に関心を集中せざるをえなかったと思われる。そのばあい、ヴェルテムベルクでは、一八一三年の国王布告によりフランスを模して司法と行政との管轄権の厳格な分離の方針がとられて以来、通常裁判所系統とは別個に行政当局自身が「行政裁判 Administrativjustiz」の名のもとに、違法行政行為に対する不服申立てにかんする決定や独自の直接的処罰権の行使を行なう強固な伝統が形成され、それが十九世紀をつうじて制度的に存続することになったから、モールは祖国のこういふ実定法上の現実に立脚しながら、行政機関による干渉と個人の権利保護とを調整する実際的な法的形式の確定と拡充に取り組んだのであって、モールの上述のような法律による行政の原則の実際への適用論や、行政罰制度にかかわる罪刑法定主義・控訴権の保証などの論点は、そういう努力を示すものといつてよい。

とくに行政救済制度の面では、一八一九年のヴェルテムベルク憲法が第三六条で、行政機関による違法行為に対する国民の不服申立て、および控訴の権利を、すでに規定していた。すなわち、「各人は、国家の一官庁の法律・規則に反する措置、または決定の遅滞にかんして、直接の当該官庁に文書で不服申立て *Beschwerde* を行ない、やむをえないばあいは段階的に最高官庁まで訴える権利を有する。」⁽¹²⁾モールは、この条文とともに、とりわけ憲法第二一条における国民の「平等な憲法的服従」規定に依拠して、行政当局の違法行為に対する市民の権利保護の形式を論究した。すなわち、憲法第二一条は、「すべてのヴェルテムベルク国民は平等な国家市民的権利を有し、……また、かれらは平等に憲法的に *verfassungsmäßig* 服従しなければならない」⁽¹³⁾と規定していたが、

モールは『ヴェルテムベルク国法論』第一巻の中の「国家市民の諸権利」の章で、次のように国民の服従義務を「憲法的」に限定解釈することにより、公権力の違法行為に対する国民の不服従の権利と抵抗権とを展望した。「法治国家の本質、したがってとりわけ、国民代表制を具えた統一支配の本質は、次の点にある。すなわち、国家市民はたんに国家元首の目的のための手段ではなく、「また」たんに後者に対して義務を負っているだけなのではなく、侵すべからざる諸権利が国家市民にも帰属しているということ、かれもまた自己目的であるということである。したがって憲法文書は、元首と市民とのあいだの相互の権利・義務関係を、その内容についても形式についても容易に紛争の生じないように厳密に確定するために書き留められている……。それゆえ、一切の国家市民法の最高原則は、次のようなものでなければならない。すなわち、市民は統治者およびその機関に服従する義務を、しかしまた憲法的にのみ服従する義務を負うこと、いいかえれば、市民は、基本法〔憲法〕自体の規定が法的に有効であるかぎりにおいてその規定に、また法律が合憲的に公布され合憲的内容のものであるかぎりでの法律に、そして行政命令が合憲的であるかぎりでの行政命令に、それぞれ無条件に服従しなければならないことである。」したがって、「違法の命令によっておびやかされた市民」は、まず「抗議」し、または事情によっては「不服申立てを上級官庁と〔国民代表〕議会とに提出する」ことができる。しかしそれらがなんの成果もあげないばあいには、次に、かれは「違法命令に対して静穏で消極的な服従拒否を行なう」べきである。「しかし命令者側がこの消極的服従を実力行使により妨害し帰順を強要」し、もってかれに「直接的」権利侵害がさし迫ったばあいは、「最後にかれは、自己防衛を強いられたものとして行為による抵抗に移ってもよい。」⁽⁷⁴⁾

以上のようなモールの「憲法的服従」論は、行政主体の行なう一切の措置は法律に違反するものであってはな

らないという意味での法律の優先の原則をふくんでいるが、同時にそこには、行政措置が合憲的・合法的でありさえすれば国民はそれに無条件に服従しなければならないという点で、形式的法治国家論にはらまれた法実証主義的危険性もまた、すでに伏在しているように思われる。しかし当面、モールはこのように「憲法的服従」論によって、公権力の行なう違法措置に対する国民の抵抗権を国法学の理論上で認定するとともに、「すでになされた不法または不適〔行為〕が再び中止されるという要求」すなわち「不服申立ての権利」と、「現在」なお瑕疵のある行為の将来における改善を求める」ところの「請願、Petition の権利」とを、「法治国家」としてのヴェルテムベルクにおいてすでに認められている国家市民の一般的諸権利の構成要素と規定した⁽⁷⁶⁾。他方、モールの「憲法的服従」論は、ヴェルテムベルク憲法の条文解釈というかたちをとってはいたが、そのテーマが公権力による違法行為に対する国民の抵抗権という、近代の社会・憲法思想史上の一つの重大論点にはかならなかったかぎり、たんなる行政救済制度論にとどまるものではなかった。したがってモールは、のちに『国科諸科学の歴史と文献』第一巻の中で「一般立憲制国法学の歴史と文献」を展望したさいに、「補遺」として、「たんなる憲法的服従にかんする文献」を抵抗権思想史として論じ、そこでは、たとえばホッブズ(Thomas Hobbes, 1588-1679)は、カントとともに「臣民の無条件的服従」を論定した者として、またルソーは、フランスにおける「革命派」の生みの親として把握された⁽⁷⁶⁾。しかしもとよりモールは革命家でも国家権力絶対主義者でもなく、国民の抵抗権は、「まったく明白で極限的なばあい」に限定されることが、法と知恵との命令である⁽⁷⁷⁾という観点に立って、立憲制国法学史に関心を集中したから、十七世紀の二度にわたる「イギリス人の反乱 Aufstände」をモールが高く評価したのは、それがはじめて議会制に立脚した新しい国家形式を樹立することによって、法治国家的立憲制国法

学の成立を促進したと考えられたからである。⁽⁷⁸⁾

したがってモールの「法治国家」概念は、それ自体としては上述のように統治形態に対して無差別的な抽象的国家類型概念であったが、それにもかかわらず、実際のヴェルテムベルクにおける立憲君主政の実定法体系にもとづいて、国家行政干渉と市民の権利保護（私的自治の法的基礎）とのあいだの憲法的・行政法的調整の実定法規上の形式にかんする近代自由主義的諸論点を、大いに包含していたわけであった。

- (1) モールの略歴とドイツにおけるモール研究史の概略については、前掲拙稿「西南ドイツ自由主義と社会政策」、第二節を、また、ドイツ法治国家論の開拓者としての一般的モール評価については、前掲拙稿「ドイツ法治国家思想の形成」、第二節一項を、それぞれ参照。なお、モールをふくむドイツ法治国家論史にかんする邦語文献としては、高田敏氏の以下のような一連の労作が、まず参照されるべきであろう。「近代における〈法の支配〉理論と〈法治国〉理論」、日本公法学会『公法研究』、第二〇号、有斐閣、一九五九年四月、所収、「法律による行政」と形式的法治国」、渡邊宗太郎博士還暦記念、公法学の諸問題』、有斐閣、一九五六年、所収、「法治国家概念と警察国家概念の形成（一）——ドイツにおける法治国理論の成立と確立 その一——」、『阪大法学』、第七〇号、一九六九年一月、所収、など。

- (2) R. v. Mohl, Grundzüge einer Geschichte des philosophischen Staatsrechtes, in: ders., Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, in Monographien dargestellt, Bd. I, Unveränderter Abdruck der 1855, Graz 1960, S. 215-264, S. 261f.

- (3) Ebenda, S. 263.

- (4) Vgl. ebenda, S. 240f.

カント・改革時代・モール (下)

- (5) Ebenda, S. 241f.
- (6) この点とくにかントにおける「権利」の形式性について、本稿(上)、『成城大学経済研究』、第一〇一号、一九八八年一〇月、所収、七四、七五ページを参照。
- (7) Vgl. R. v. Mohl, Grundzüge einer Geschichte..... a. a. O., S. 242f.
- (8) Ebenda, S. 242 Anm. 1. なお、このフンボルトの「国家活動限定論」については、拙稿「絶対主義末期の干渉主義批判の一類型——市民的自由と国家干渉(二)——」、『成城大学経済研究』、第九七号、一九八七年九月、所収、を参照。
- (9) Vgl. I. Kant, Rechtslehre, S. 150ff. 四六五ページ以下。
- (10) Vgl. R. v. Mohl, Grundzüge einer Geschichte..... a. a. O., S. 242f.
- (11) Lebens-Erinnerungen von Robert von Mohl 1799-1875, mit dreizehn Bildnissen, 2 Bde., Stuttgart u. Leipzig 1902, Bd. 1, S. 263. 下の『田叔』は、モールが一八四九—七四年の四半世紀にわたって断片的に書きつづけた『レーベンゲン大学図書館に寄贈されていた完成原稿を、一九〇二年にディートリヒ・ケルラー(Dietrich Kerler)が二巻本で刊行したものである。
- (12) Ebenda, Bd. 1, S. 262.
- (13) Vgl. R. v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, B. 1: Das Verfassungsrecht, 1829, 2. Aufl. Tübingen 1840, S. 87f.
- (14) この点、前掲拙稿「ドイツ法治国家思想の形成」第一節三項を参照。
- (15) Vgl. R. v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, Bd. 2: Das Verwaltungsrecht, 1831, 2. Aufl. Tübingen 1840.

- (16) カール・クレッシェル(講演)「村上淳一訳「司法事項とポリッマイ事項」、『法学協会雑誌』、第九九巻第九号、一九八二年九月、所収、を参照。
- (17) Vgl. F.-L. Knemeyer, Art., Polizei, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, a. a. O., B. 4, 1978, S. 875-897, S. 876, 881ff.; 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, 1967, S. 153-180.
- (18) *Lebens-Erinnerungen*, a. a. O., Bd. 1, S. 271.
- (19) Ein Brief von Robert von Mohl an seinen Bruder Julius (1833), zit.: E. Angermann, *Robert von Mohl 1799-1875*, *Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten*, Neuwied 1962, S. 132.
- (20) Vgl. R. v. Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 2 Bde., Tübingen 1832-33 [Abk.: *Polizei-Wissenschaft*], Bd. 1, S. 9f.; ders., Art., *Polizei*, in: *Staats-Lexikon*, Bd. 12, 1841, S. 642-684, S. 646; ders., *Encyclopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen 1859 [Abk.: *Encyclopädie*], S. 325. ロートンが「邦」と「福祉」という二重の国家的規定によって「国家活動領域を」「司法」と「ポリッマイ」とを二分したことについては、本稿第五節、注(64)に該当する本文を参照。また、このような「司法」と「ポリッマイ」との二分法が十八世紀以来の伝統ともよくつづいた点については、前注(17)を参照。
- (21) R. v. Mohl, Art., *Polizei*, in: *Staats-Lexikon*, a. a. O., S. 647.
- (22) Vgl. R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl. 1832, S. 37ff., 2. Aufl. 1844, S. 45ff., 3. Aufl. 1866, S. 63ff.
- (23) *Lebens-Erinnerungen*, a. a. O., Bd. 1, S. 272.
- (24) Vgl. F.-L. Knemeyer, Art., *Polizei*, a. a. O., S. 887ff. の中で、前掲拙稿「法治国家と〈公共の福祉〉」と同一六カント・改革時代・モール (下)

カント・改革時代・モール (下)

二一六三ページも参照。

- (25) たとえば、成田頼明・他『現代行政法』、有斐閣、一九六八年、第四編を参照。
- (26) この点については、前掲拙稿「西南ドイツ自由主義と社会政策」を参照。
- (27) Vgl. R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S. 3ff.
- (28) Ebenda, 1. Aufl., S. 5.
- (29) Ebenda, 3. Aufl., S. 15.
- (30) Ebenda, 1. Aufl., S. 4.
- (31) Ebenda, 1. Aufl., S. 7.
- (32) 19『』*解*々々『*第二編*の増加をみた。Ebenda, 2. Aufl., S. 8.
- (33) Ebenda, 1. Aufl., S. 7.
- (34) W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, in: Wilhelm von Humboldts Gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 1, Berlin 1903, S. 97-254, S. 129.
- (35) Vgl. R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S. 9.
- (36) R. v. Mohl, *Encyklopädie*, S. 325.
- (37) R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S.10, vgl. auch 2. Aufl., S. 11, 3. Aufl., S. 6f.; ders., *Art., Polizei*, in: *Staats-Lexikon*, a. a. O., S. 646.
- (38) R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S. 12f., 2. Aufl., S. 15.
- (39) R. v. Mohl, *Art., Polizei*, in: *Staats-Lexikon*, a. a. O., S. 652.

- (40) R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S. 21, 2. Aufl., S. 28.
- (41) Ebenda, 1. Aufl., S. 14. Vgl. 2. Aufl., S. 17.
- (42) Ebenda, 1. Aufl., S. 18. Vgl. 2. Aufl., S. 20.
- (43) Vgl. ebenda, 2. Aufl., S. 28ff., 3. Aufl., S. 37ff.
- (44) Vgl. ebenda, 1. Aufl., S. 14ff., 2. Aufl., S. 16ff. 國定上の条件は第二版も追加された。
- (45) Ebenda, 2. Aufl., S. 27.
- (46) Vgl. E. Angermann, a. a. O., S. 270f.
- (47) Vgl. ebenda, a. a. O., S. 139, 131; vgl. auch E. Angermann, Die Verbindung des „polizeistaatlichen“ Wohlfahrtsideals mit dem Rechtsstaatsgedanken im deutschen Frühliberalismus, Eine Studie über die Verwaltungstheorie Robert v. Mohls, in: *Historisches Jahrbuch*, Jg. 74, 1955, S. 462-472.
- (48) R. v. Mohl, *Encyklopädie*, S. 326.
- (49) R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 3. Aufl., S. 10 Anm. 4.
- (50) Vgl. H. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, 1966, 2. Aufl., München 1980, DTV 1986, S. 260 Anm. 7.
- (51) Vgl. F.-L. Knemeyer, Art., *Polizei*, a. a. O., insb. S. 893.
- (52) Vgl. ebenda, S. 892.
- (53) R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S. 12 Anm. 3.
- (54) R. v. Mohl, *Encyklopädie*, S. 333. Vgl. auch ders., *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S. 7f.
- (55) R. v. Mohl, *Encyklopädie*, S. 325f.

カント・改革時代・モール (下)

(95) Vgl. ebenda, S. 326ff.

(97) 日本におけるモール研究史上、佐藤功「ロムルト・フォン・モールの生涯と学説——ドイツにおける近代国家学の系譜 その一——」(一)・(二)定『社会科学研究』(東京大学) 第四号、一九四九年一月、第二巻第三号、一九五〇年一〇月、所収)は、モールの『自叙伝』を活用したものととして、開拓的労作と呼ぶべきものだが、ここではモールの『法治国家』概念を検討するうえで、むしろ『Encyklopädie』のみが典拠とされたために、モールの「法治国家」概念は「法の不配」の原理の薄さ」への「批判」をわづねてネガティブに評価せられたことをえなかった(二・完、九五ページを参照)。

(98) Vgl. R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S. 22, 2. Aufl., S. 33, 3. Aufl., S. 44.

(95) Vgl. ebenda, 1. Aufl., S. 22ff., 2. Aufl., 33ff., 3. Aufl., S. 45ff.

(96) Vgl. ebenda, 2. Aufl., S. 35, 3. Aufl., S. 46f.

(97) Ebenda, 2. Aufl., S. 35 Anm. 3, 3. Aufl., S. 47 Anm. 3.

(98) Vgl. E. Angermann, Robert von Mohl a. a. O., insb. S. 147ff.

(99) Vgl. R. v. Mohl, *Art., Polizei*, in: *Staats-Lexikon*, a. a. O., S. 698f.

(95) R. v. Mohl, *Polizei-Wissenschaft*, Bd. 1, 1. Aufl., S. 27, 2. Aufl., S. 37f., vgl. 3. Aufl., S. 51f.

(96) Vgl. ebenda, 1. Aufl., S. 29f., 2. Aufl., S. 39f., 3. Aufl., S. 56f.

(99) Ebenda, 1. Aufl., S. 32f., 2. Aufl., S. 42f., vgl. 3. Aufl., S. 60.

(97) Vgl. ebenda, 1. Aufl., S. 30f., 2. Aufl., S. 41, 3. Aufl., S. 58f.

(98) Vgl. ebenda, 1. Aufl., S. 33, 2. Aufl., S. 43, 3. Aufl., S. 60f.

(99) Vgl. ebenda, 1. Aufl., S. 34, 2. Aufl., S. 43f., 3. Aufl., S. 61f.

- (70) Ebenda, 1. Aufl., S. 35, 2. Aufl., S. 44, 3. Aufl., S. 62.
- (71) Vgl. E. Angermann, Robert von Mohl, a. a. O., S. 168ff.
- (72) E. R. Huber (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850, 3. Aufl., Stuttgart u. a. 1978, S. 191.
- (73) Ebenda, S. 190.
- (74) R. v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, a. a. O., Bd. 1, S. 323ff.
- (75) Vgl. ebenda, Bd. 1, S. 414ff.
- (76) Vgl. R. v. Mohl, Anhang, Die Literatur des blos verfassungsmässigen Gehorsam, in: ders., Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, a. a. O., Bd. 1, S. 320-334, S. 325, 330f.
- (77) Ebenda, S. 320.
- (78) Vgl. ebenda, S. 321, 324.

七 結 収

以上のように、モールは、十九世紀の一〇年代に西南ドイツの君主制諸国に導入された憲法と国民代表議会という初期立憲体制の成立を史的的前提として、「法治国家」という術語で総括された個人の私的自治の実現をめざす近代自由主義国家が、立法・行政活動をつうじて市民生活に広範に干渉しうることを明示し、その国家干渉活動に補助性原理という個人主義的形式論理を用意したのであり、同時にその論理に即応した近代実定法的干渉手続きの形式的諸条件をも、本格的・行政法学的に問題にした。そのばあい、モールにおける国家干渉の補助性原

理の直接的基礎は、理性的存在としての人間各人の自己開展というすぐれて啓蒙人文主義的な生活目的理想に
 かれており、この理想は、当時の西南ドイツに支配的な社会構造を反映した独立小生産者的に均質な国家市民の
 社会理想にはかならなかつた。自由で、法の前に平等な、独立した「国家公民」の社会というカントの描いた理
 念像を、西南ドイツの独立小経営的社会構造はもとと受け入れやすかつたし、この地方で形成された理性的法
 国法学は現にそれを自然法的・社会契約論的に受け入れ、同時に現実の立憲制度の導入が、カントの社会像の規
 範的諸契機、とりわけ独立した公民の投票権に、はじめて実体性を獲得させた。モールの法治国家思想と補助性
 原理は、十九世紀前半のそのような西南ドイツ的市民社会の理性的法観念と社会史的・国制史的現実との到達水
 準の上に生み出されたものであり、たしかにそのかぎりでは、たとえ国家市民が理念的にはいかに自由で平等な
 理性的存在にとらえられようと、私的自治の實際の担い手は、理性的法論的にも実定法上でも、教養と財産で測
 定された一部の投票権有資格者であつたにすぎない。しかしそれにもかかわらず、一方で理性法体系は、人間を
 相互に平等な理性的存在として一切の身分制的拘束から自然法的に解放する規範力を示し、また他方では、立憲
 制度の実定法体系は、それがいかに民族的自由観念の伝統を引きずり、いかに国制上の初期的制約のもとにおか
 れていようと、国家対個人の、また個人相互間の権利・義務関係が国民代表制度下に入ったん実定法化された
 からには、私的自治の実質的定着と累積的拡充をもちたらずにはおかない。

個人の自己開展という、それ自体としては教養主義的な生活目的理想は、それだけでは若き、フンボルトのばあ
 いのように個人を国家から遊離・逃避させ、個人の完全性理想が世界市民主義的に内面化されてしまふが、モー
 ルは、本来啓蒙合理主義的で個人主義的な生活目的を国家目的と結びつけ、そうすることによって私的自治を国

家との相互関係の中に位置づけたのであり、だから国家は、私的自治を実現するためのたんなる手段として、近代自由主義的に把握されたのであった。そしてこの点では、政治的反動下のプロイセンで、西南ドイツの社会契約論的理性法の世界を共有しえなかったヘーゲルが、国家を絶対化して「神のごとく不易なもの」ととらえたことは、モールの右の見地に対して著しい対照性を示している。モールが提起した国家干渉の補助性原理は、個人の生活目的としての私的自治から国家目的と国家活動とを引き出したことの論理的帰結であり、私的自治にとつての「外的障害物の除去」というその補助性原理の論理形式性は、国家干渉の内容を問わないから、その結果、私的自治という近代ブルジョア社会の基本原理を実現するために広範な国家干渉が是認されて事情に応じて積極的に要請されるものという、きわめて逆説的だが現実即応的にオールマイティーな近代干渉主義思想が、ここに成立した。

ところでモールにみられるこのような私的自治と国家干渉とを統合化させる思想は、国家の活動が、支配者のたんなる家産的・日常的統治行為の段階を脱して、一定の基準のもとで規則的に、すぐれて国家的政策として客観的作用力を発揮しつつあることに対する認識の形成を、あらわしている。既述のようにヘーゲルも、私的自治を「市民社会」のチームでとらえ、それを国家で包摂することによって国家的政策の官僚制的展開へのプロイセンの認識を表明したが、同時にここでは、社会契約論的諸契機が否定されて議會も身分制的観念で把握されたにすぎなかったから、結局私的自治（特殊利害の分裂）は国家によってのりこえられるべきものとして否定的に位置づけられて、国家が絶対化された。他方、モールのばあいには、西南ドイツの理性法体系が社会契約論的諸契機を先行的に育成していたし、しかもその諸契機が立憲制度の導入によって実定法化されていたから、一方では

社会契約論自体がすでに事実上無用化され、他方では、国家と市民(私的自治)とのあいだの権利・義務関係の
 実定法体系を前提として、立憲制的国家政策の展開動向が、私的自治の視点から行政法学的形式性において認識
 された。この実定法にもとづく国家的政策に対する認識は、実定法体系を社会契約論的理性法で説明し尽くそう
 としたロテクの純粹啓蒙主義的国家(政治)論の段階を、明瞭にふみこえている。その意味で、モールにおける
 私的自治と国家干渉との統合化思想は、近代国家政策思想の西南ドイツ的・国制論的生誕を告げるものであった
 と思われる。

そして国家的政策へのモールの関心は、とりわけ生産関係政策的側面に注がれた。モールが他の初期自由主義
 者たちと精神的に共有していた西南ドイツの理性法体系は、手工業者・農民を中核とするこの地方の独立小経営
 を社会構造的立脚基盤としていたから、資本主義化の進展は、早晩、農・工両部面で独立小経営を解体させる
 ことよって、理性法的国家市民の社会像を深刻に動揺させ、他方では、機械制工業の勃興が工場労働者問題と
 いう近代社会問題を生起させるであろう。モールは早くも一八三五年に、西欧諸外国の文献をつうじて工業化時
 代の到来に包蔵された社会・国家体制上の、また階級イデオロギー的な問題を先取的に察知し、工場労働者問
 題の本質を、かれらの貧困そのものよりもむしろ経済的・社会的地位上昇へのかれらの展望の閉塞状況(絶望
 性)に見出した。そこでモールは、工場労働者に「教養」と「財産」とへの接近手段(前者には公教育、後者に
 は利潤分配制度と国家融資制度)をあてがうことで独立自営化への可能性をかれらに付与することに問題の解決
 方向を求め、工場労働者を、なによりもその意識において「市民化」させることによって、西南ドイツ的「市民
 社会」の中にかれらを包摂しようとした。それはドイツにおける最初期の近代社会問題認識の一表明であり、西

南ドイツ初期自由主義が提起しえた最も真剣な社会政策的解答例であった。⁽¹⁾そして一八七五年まで生きたモールが、不断に精力的な著述活動と多彩な政治・外交活動とは裏腹に晩年になるほど孤独であったのは、なによりも第一に、その間にドイツの統一がプロイセン主導のうちに完遂され、第二に、モールが開拓に貢献した実定的国法学に代わって近代主義的法実証主義が抬頭し、第三に、資本主義化の進展は初期自由主義の社会的基盤と社会理想とを根底から掘りくずしたからであり、しかも第四に、以上のすべてにもかかわらずモールは国法学的発想の点でも、また、近代的階級社会化の必然を認識しながらなおも工場労働者の独立自営化に打開策を求めるといふ社会政策的関心内容においても、基本的には、三月革命以前の西南ドイツ初期自由主義の立場を、死ぬまでつらぬいたからであった。⁽²⁾

しかし、モールとその思想が十九世紀ドイツ史の中で負わざるをえなかったそのような諸制約にもかかわらず、とくにモールがわれわれの注意を引いてやまないのは、本稿でも一部言及した社会諸科学体系の構想⁽³⁾並びにその構想を反映した一種職分社会構成的な議会制度改革論(初期立憲制度における政治的三元主義の克服論)⁽⁴⁾とともに、なによりも、近・現代を貫通する国家的政策干渉の成立を、モールが私的自治原則に立脚した法治国家の形式性の次元で認識・表明した点であるといつてよいのではあるまいか。そしてモールの以上のような国制論的近代国家政策思想は、現代福祉国家としての社会的法治国家における政策的干渉主義の史的成立をも、私的自治のイデオロギーとともにきわめて基礎的に、予告したように思われる。

(1) 以上については、前掲拙稿「西南ドイツ自由主義と社会政策」を参照。

(2) 晩年のモールの労働者問題論としては、次を参照。R. v. Mohl, Die Arbeiterfrage, in: ders., Staatsrecht, Völker-

カント・改革時代・モール (下)

recht und Politik, Monographien, Bd. 3: Politik Bd. 2, Tübingen 1869, S. 509-604.

(3) この点、前注(1)の拙稿「一六五ページ、前掲拙稿『ドイツ法治国家思想の形成』」一四四―一四五ページをとりあえず参照。

(4) さしあたり、たとえば、栗城、前掲書、三〇五―三一一ページ、村上淳「『ドイツ市民法史』、東京大学出版会、一九八五年、とくに一九二―二〇三ページ、同「ドイツ市民社会と職業身分制」、『法学協会雑誌』、第九九巻第一号、一九八二年一月、所収、を参照。

〔付記〕 本稿は、昭和六三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。